



فصلنامه علمی پژوهشی جستارهای فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳، بهار ۱۴۰۵

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

سر دبیر: حسین ناصری مقدم

مدیر اجرایی: سید مصطفی اختراعی طوسی

فصلنامه جستارهای فقهی و اصولی، به استناد مصوبه ۷۹۷ شورای اعطای مجوزها و امتیازهای علمی به نشریات حوزوی، در تاریخ ۱۴۰۳/۱۰/۳۰ 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 (سیولیکا)، 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 (Nlai.ir)	پایگاه بین‌المللی ایسکو (EBSCO)

نشانی پستی: مشهد مقدس، چهارراه خسروی، خیابان آیت الله خزعلی، نبش گذر آیت الله واعظ طبسی

دفتر تبلیغات اسلامی خراسان رضوی، طبقه اول، مرکز تخصصی آخوند خراسانی

فصلنامه جستارهای فقهی و اصولی

کد پستی: ۹۱۳۴۶۸۳۱۸۷ - تلفکس: ۰۵۱۳۲۲۱۳۳۲۵

رایانامه: jfo.akhs@bou.ac.ir | سامانه الکترونیکی: jostar-fiqh.maalem.ir

http://JFO.akhs.bou.ac.ir

قیمت: ۱۰۰/۰۰۰ تومان

اعضای هیئت تحریریه «ترتیب الفبایی»:

مجتبی الهی خراسانی (مدّرس خارج حوزه علمیه و استادیار مرکز تخصصی آخوند خراسانی رحمته الله مشهد. ایران)
سعید جازاری معمولی (مدیر دانشگاه اهل البیت علیهم السلام و رایزن فرهنگی ایران در فرانسه. فوانسه)
ابوالقاسم علیدوست ابرقویی (مدّرس خارج حوزه علمیه و استاد پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی. قم. ایران)
شیخ خالد غفوری الحسینی (استادیار جامعة المصطفی صلی الله علیه و آله العالمیه قم و مدرّس حوزه علمیه نجف اشرف. عراق)
سید علی العباس الموسوی (مدرّس حوزه علمیه بیروت و مدیر حوزه علمیه رسول اکرم صلی الله علیه و آله بیروت. لبنان)
احمد مبلّغی (مدّرس خارج حوزه علمیه و دانشیار دانشگاه مذاهب اسلامی. قم. ایران)
مهدی مهریزی طرّقی (دانشیار دانشگاه آزاد اسلامی - واحد علوم و تحقیقات تهران. ایران)
حسین ناصری مقدم (استاد دانشگاه فردوسی مشهد. ایران)

...

ارزیابان علمی این شماره «ترتیب الفبایی»:

علی الهی خراسانی (استادیار پژوهشکده علوم اسلامی رضوی آستان قدس رضوی مشهد)
مجتبی الهی خراسانی (مدّرس خارج حوزه علمیه و استادیار مرکز تخصصی آخوند خراسانی رحمته الله)
عباسعلی سلطانی (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)
سیدکاظم سیدباقری (دانشیار پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی تهران)
بلال شاکری (مدرّس سطوح عالی حوزه علمیه مشهد و استادیار مرکز تخصصی آخوند خراسانی رحمته الله)
حمید مسجد سرائی (استاد تمام دانشگاه سمنان)
عباسعلی مشکانی سبزواری (استادیار مرکز تخصصی آخوند خراسانی رحمته الله)
حسین ناصری مقدم (استاد بازنشسته دانشگاه فردوسی مشهد)
علی اکبر نوابی (مدرّس سطوح عالی حوزه علمیه مشهد)
غلامرضا یزدانی (دانشیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی)

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

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 دنباله دار نباشد.

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

۳. مسئولیت 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 مسئولیت 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: jfo.akhs.bou.ac.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 اقتضائات 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 با ابعاد A۴ با نرم‌افزار Word فرمت Doc و متن با قلم ۱۳ IRZAR، و Times New Roman برای انگلیسی، چکیده، پاورقی و منابع با همان نوع قلم‌هادر اندازه ۱۱ حروفچینی شود. همچنین صفحه‌آرایی دارای حاشیه بالا ۵cm و پایین ۳cm، چپ و راست ۲/۵cm و میان سطور ۱ cm باشد.

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

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

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

۳

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

- **پایان‌نامه:** 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) یا روزآمد شدن. «عنوان مطلب» (ایتالیک). لینک کامل و آدرس سایت به صورت کامل.

- **همایش و کنفرانس‌ها:** نام خانوادگی، نام. (سال انتشار). «عنوان مقاله» (ایتالیک)، 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 زبان غیر فارسی از مخفف ق (هجری قمری) و م (میلادی) استفاده شود. 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 دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

۴

فهرست

- ۹ حکم شرعی به مثابه کنش هنجاری. خوانشی نواز نظریه محقق اصفهانی رحمۃ اللہ علیہ
اکرم عبدالله پور / ثریا منیری / حسن عباسی / مریم اسمعیلی پرزان
- ۳۷ مدلسازی امر و نهی شارع از طریق کشف سیستم امر و نهی عقلا جهت حل مسئله
مجید اصل غوابش
- ۶۹ مشروعیت دولت اسلامی در اندیشه آیت الله شهید سید علی خامنه‌ای با تأکید
بر نظریه مشروعیت مرکب
جواد نجفی
- ۹۳ امکان‌سنجی تفویض رأی فقهی شورای نگهبان در نظارت شرعی بر مقررات
سید احسان رفیعی علوی / محمدطاها دلیری
- ۱۲۷ تأملی در حکم و گستره تشبیه به کفار
روح‌الله بهرام ارجاوند / حسین سنایی
- ۱۵۵ رویکردهای انتصاب و انتخاب در انطباق با تقنین کیفری ایران
محسن برهانی / مهدی نارستانی
- ۱۷۹ مبانی خسارت ناشی از اعتماد در فقه و حقوق ایران
لیلا جهانیان / مرتضی شهبازی‌نیا
- ۲۰۹ چکیده‌های عربی

جستارهای
فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

۵

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳

۱۴۰۵

۶



The Sharī'ah Ruling as a Normative Act: A Novel Interpretation of al-Muḥaqqiq al-Iṣfahānī's Theory

Akram AbdollahPoor ¹; Soraya Moniri ² ; Hasan Abbasi ³;Maryam Esmaeiliparzan ⁴

1. Assistant Professor of Jurisprudence and the Essentials of Islamic Law, Payam Noor University, Tehran, Iran.

2. Corresponding author, Department of Law, Hash.C., Islamic Azad University, Hashtroud, Iran. sorayy-amoniri@iau.ir | ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7560-3645>

3. Associated Professor of Department Islamic Philosophy and Theosophy, Payam-e-noor University, Tehran, Iran.

4. Researcher at the Institute of Jurisprudence and Social Studies and Senior Lecturer at the Center for Seminary Management.

Article Info

ABSTRACT

Article Type:

Research Article

Article History:

Received 22 JUL 2025

Received in revised form
25 OCT 2025

Accepted 26 OCT 2025

Keywords:

Nature of the Legal
Ruling, Ba'th al-Imkānī
(Potential Instigation),
al-Muḥaqqiq al-Iṣfahānī,
Deontic Normativism,
Easy Ontology, Inshā'
(Normative Performative
Act)

Through a re-examination of al-Muḥaqqiq al-Iṣfahānī's view regarding the nature of the *sharī'ah* ruling (*al-ḥukm al-shar'ī*), this study demonstrates that a legal ruling is neither a purely mental matter nor a mere conventional or verbal construct. Rather, it constitutes an enactive, act-oriented normative act through which a new normative status is established for the legally accountable subject (*mukallaf*) by means of *al-ba'th wa-al-zajr bi-dā'ī ja'l al-dā'ī* (instigation and deterrence motivated by instantiating a motive). First, through a comparative analysis, three prevailing approaches-expression-centred, will-centred, and conventionalist-are delineated, thereby clarifying the distinctive features of al-Iṣfahānī's account (*taqrīr*) relative to each.

The study then addresses the fundamental objection that "an obligation cannot be established without the Lawmaker's volitional

Cite this article:

Moniri, S & Others (2026). "The Sharī'ah Ruling as a Normative Act: A Novel Interpretation of al-Muḥaqqiq al-Iṣfahānī's Theory" *Journal of Jurisprudential and Fundamental Studies*. 12(43), 11-11.



© The Author(s).

Publisher: Islamic Propagation Office of Qom Seminary- Khorāsān-e-Razavi Branch. DOI: <https://doi.org/10.22034/jrj.2026.73062.3069>

will” by utilizing two contemporary analytic frameworks: deontic normativism and easy ontology. Within deontic normativism, the language of “ought” and “ought not” serves to establish and transmit norms; within easy ontology, the institutional entities recognized in Islamic jurisprudence-ranging from the concept of a “ruling” itself to institutions such as ownership and prohibition-come into existence through valid enactment and collective acceptance, without requiring heavy metaphysical assumptions. Accordingly, the separation of volition from enactment is not incompatible with normativity; rather, it constitutes a prerequisite for an objective account of obedience and disobedience.

By analyzing foundational texts of *uṣūl al-fiqh* and reconstructing al-Muḥaqqiq al-Iṣfahānī’s theoretical framework in light of these modern approaches, this study yields three key findings: the formulation of criteria distinguishing *ḥukm al-mawlawī* (authoritative rulings) from *inshā’āt al-irshādīyyah* (advising enactments serving a guiding function); the elucidation of mechanisms governing obedience, reward, and punishment based on institutional structures and normative rules; and an explanation of the theory’s applicability to contemporary legal issues. The originality of this research lies in synthesizing al-Iṣfahānī’s thought with contemporary philosophy of law and formal ontology, thereby formalizing the conception of the legal ruling as an enactive normative act.

حکم شرعی به مثابه کنش هنجاری. خوانشی نواز نظریه محقق

اصفهانی حجت‌الله^۱

۱. اکرم عبدالله پور؛ ۲. ثریا منیری ؛ ۳. حسن عباسی؛ ۴. مریم اسمعیلی پوزان

۱. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران.

۲. استادیار گروه حقوق، واحد هشتگرد، دانشگاه آزاد اسلامی، هشتگرد، ایران (نویسنده مسئول)؛

رایانامه: sorayyamoniri@iau.ir؛ کد ارکید: https://orcid.org/0000-0002-7560-3645

۳. دانشیار گروه فلسفه و حکمت اسلامی دانشگاه پیام نور، تهران، ایران.

۴. پژوهشگر پژوهشکده فقه و مطالعات اجتماعی و مدرس سطح عالی مرکز مدیریت حوزه‌های علمیه، قم، ایران.

حکم شرعی
به مثابه کنش
هنجاری. خوانشی
نواز نظریه محقق
اصفهانی حجت‌الله

۹



تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۶/۲۵

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۴/۱۱/۰۵

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۱۱/۰۶

چکیده

این پژوهش با بازخوانی دیدگاه محقق اصفهانی درباره ماهیت حکم نشان می‌دهد که حکم شرعی نه امری نفسانی و نه صرفاً اعتباری یا لفظی است، بلکه کنشی انشائی و فعل محور به شمار می‌آید که با «بعث و زجر بداعی جعل داعی» وضعیت هنجاری تازه‌ای برای مکلف ایجاد می‌کند. ابتدا، با بررسی تطبیقی، سه رویکرد بیان محور، اراده محور و اعتبار محور تفکیک می‌شوند و تمایز تقریر اصفهانی نسبت به آن‌ها آشکار می‌گردد. سپس، اشکال اساسی «بی اعتباری الزام بدون اراده نفسانی شارع» طرح می‌شود و با تکیه

۱. منیری، ثریا و دیگران (۱۴۰۵). «حکم شرعی به مثابه کنش هنجاری. خوانشی نواز نظریه محقق اصفهانی ره».

جستارهای فقهی و اصولی. ۱۲: ۴۳ (۲). صص: ۱۱-۱۱ <https://doi.org/10.22034/jrj.2026.73062.3069>



© ۱۴۰۴. نویسندگان دارنده حق مؤلف مقاله خود بدون محدودیت هستند.

ناشر: مرکز تخصصی آخوند خراسانی دفتر تبلیغات اسلامی خراسان رضوی.

بر دو چارچوب معاصر پاسخ داده می‌شود که در «هنجارگرایی موجهانی»، زبان باید و نباید ابزار تثبیت و انتقال قواعد به شمار می‌آید و در «هستی‌شناسی آسان»، موجودیت‌های نهادی فقهی، از خود «حکم» تا نهادهایی چون ملکیت و حرمت، از راه انشای معتبر و پذیرش جمعی پدید می‌آیند و نیاز به فروض متافیزیکی سنگین ندارند. بدین ترتیب، جدایی اراده از انشا با الزام منافات ندارد و شرط فهم عینی اطاعت و عصیان به شمار می‌رود. پژوهش بر تحلیل تطبیقی متون اصولی و بازسازی مبانی اصفهانی در پرتو دو چارچوب یادشده استوار می‌شود. نتایج پژوهش شامل ارائه معیارهایی برای تمیز حکم مولوی از انشائات ارشادی، تبیین سازوکار اطاعت و ترتب ثواب و عقاب بر پایه نهاد و قاعده و توضیح کارکرد نظریه در مسائل حقوقی نوپدید می‌شود. نوآوری مقاله در پیوند دادن خوانش اصفهانی با این دو رویکرد و تبیین «حکم به مثابه کنش هنجاری» تحقق می‌یابد.

کلیدواژه‌ها: ماهیت حکم، حقیقت حکم، بحث امکانی، محقق اصفهانی، هنجارگرایی موجهانی، هستی‌شناسی آسان.

مقدمه

ماهیت حکم و به‌ویژه چیستی احکام شرعی در اندیشه اصولیان، همواره یکی از بنیان‌های بحث‌برانگیز و مسئله‌ساز بوده است؛ مفهومی که فهم درست آن، نه تنها در مباحث نظری اصولیان، بلکه در تبیین نظام حقوقی و اجتماعی شریعت، نقشی بنیادین دارد. با این حال، حقیقت حکم و چیستی آن، از آغاز تا امروز، محل اختلاف و گفت‌وگو میان فقیهان و اصولیان بود؛ برخی آن را صرفاً خطاب لفظی شارع به افعال مکلفین دانسته‌اند و گروهی دیگر، حقیقت حکم را به اراده نفسانی شارع یا حتی به کنش انشائی و نهادساز^۱ (فعل محور) او نسبت داده‌اند. این پراکندگی آرا، نشانگر پیچیدگی و حساسیت جایگاه حکم در ساختار فکری فقه و حقوق اسلامی است. مسئله اصلی این پژوهش آن است که آیا می‌توان تفسیری از حکم ارائه داد که هم از وابستگی به اراده و حالات درونی شارع رهایی یابد و

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

۱۰

۱. یعنی فعل جعل مولی که در قالب زبان بیان می‌شود و واقعیت هنجاری جدیدی می‌آفریند.

هم از کاستن آن به صرف الفاظ یا صیغه‌های دستوری پرهیز کند؟ پاسخ به این پرسش، اهمیتی دوچندان می‌یابد؛ چرا که درک درست ماهیت حکم، پایه هرگونه نظام‌سازی حقوقی و اخلاقی در شریعت است و می‌تواند افق‌های نوینی را برای اندیشه دینی و حتی تعامل آن با فلسفه فقه و حقوق معاصر بگشاید.

پژوهش حاضر با هدف مرور و بازخوانی سنتی و معاصر درباره حکم، تمرکز خود را بر تحلیل دیدگاه نوآورانه محقق اصفهانی نهاده است؛ دیدگاهی که با عبور از تلقی‌های رایج، حکم شرعی را کنشی انشائی، زبان‌آفرین^۱ و فعل‌محور می‌داند. نوآوری پژوهش در آن است که برای نخستین بار، نظریه اصفهانی را با بهره‌گیری از رویکردهای فلسفی تحلیلی معاصر، بازخوانی و تبیین می‌کند و نشان می‌دهد که الزام و وجوب شرعی را می‌توان نه به اراده نفسانی شارع، بلکه به قواعد زبان و ساختار نهادی تحلیل برد. به عبارتی، بر این مبنا، هم گره مشهور «انفکاک اراده از انشا» به صورت ساختاری - در بخش چهارم - حل می‌شود و هم معیارهای عملی برای تمیز حکم حقیقی از انشائات غیرحکمی، با ظرفیت کاربرد در مسائل فقهی و حقوقی، به‌ویژه مسائل نوپدید، ارائه می‌گردد.

روش تحقیق بر پایه تحلیل تطبیقی، مطالعه انتقادی منابع اصلی اصولی و بهره‌گیری از نظریات تحلیلی زبان و فلسفه معاصر است. ابتدا سیر تطور تاریخی مفهوم حکم و دیدگاه‌های برجسته اصولیان مرور می‌شود؛ سپس، با تمرکز بر آثار محقق اصفهانی، بنیان نظریه او واکاوی و در پایان، پس از بررسی دو رویکرد مهم در فلسفه تحلیلی معاصر، یعنی هنجارگرایی موجهاتی^۲ و هستی‌شناسی آسان^۳، کارآمدی و قدرت تبیین ماهیت حکم در دیدگاه محقق اصفهانی سنجیده می‌شود. بدین ترتیب، پژوهش حاضر تلاشی برای گشودن افق تازه در فهم حکم شرعی و بازآفرینی مبانی الزام دینی در پرتو زبان، قاعده و نهاد اجتماعی است.

۱. مراد از فعل زبان‌آفرین، یعنی عمل انشائی اعتباری که خود بیانگر حکم است و نیازی به پیش‌فرض‌های متافیزیکی نهان برای استخراج حکم شرعی نیست.

2. Modal Normativism.

3. Easy ontology.

۱. ادبیات پژوهش

با وجود آثار متعدد در زمینه تحلیل ماهیت و حقیقت حکم شرعی در میان اصولیان (ر.ک. انصاری، ۱۴۲۸ق، ۱/۴۵۵-۴۵۷ و ۳۸/۴؛ خراسانی، ۱۳۷۲، ۱/۹۹-۱۰۰؛ صدر، ۱۴۱۷ق، ۲/۲۲۵)، پژوهش حاضر کوشیده است با رویکردی نو و بر پایه نظریه محقق اصفهانی، بازخوانی تازه‌ای از این مسئله ارائه دهد. این رویکرد بر اساس دو ایده مهم، یعنی هنجارگرایی موجّهاتی و هستی‌شناسی آسان، شکل گرفته است. هنجارگرایی موجّهاتی این دیدگاه است که معنای «باید» و «ضرورت» در منطق و اخلاق، از قواعد هنجاری کاربرد زبان و نه از واقعیت‌های بیرونی به دست می‌آید؛ یعنی الزام، زائیده قاعده و نه واقعیت است (Thomasson, 2020, pp. 15, 63-71). هستی‌شناسی آسان نیز این ایده است که درباره «وجود داشتن چیزها» نیازی به استدلال‌های سنگین متافیزیکی نیست؛ اگر یک مفهوم در زبان و قواعد ما جایگاه دارد و در عمل به کار می‌رود، همان‌قدر «موجود» است (Thomasson, 2014, p. 20).

تفسیر دیدگاه محقق اصفهانی در پرتو هنجارگرایی موجّهاتی و هستی‌شناسی آسان، به عنوان دو رویکرد فلسفی معاصر، در هیچ‌یک از پژوهش‌های پیشین بررسی نشده است. از این رو، نوآوری این پژوهش در چارچوب تحلیل تطبیقی و فلسفی آن نهفته است و نه در اصل طرح مسئله.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

۱۲

۲. تبیین دیدگاه محقق اصفهانی در باب ماهیت حکم

۲/۱. مفهوم حکم نزد فقیهان و اصولیان

برای روشن‌تر شدن بحث و آماده‌سازی زمینه برای ورود به دیدگاه محقق اصفهانی، مروری خواهیم داشت بر آنچه برخی فقیهان و اصولیان در باب حقیقت و ماهیت حکم گفته‌اند. این مرور نشان می‌دهد که «حکم» در تاریخ اندیشه اسلامی مفهومی واحد و مورد اتفاق نبود، بلکه هر گروهی از منظری خاص آن را تعریف کرده است. برخی فقیهان و اصولیان اهل سنت اغلب حکم را به «خطاب الهی متعلق به افعال مکلفین» تعریف کرده‌اند (ایجی، ۱۴۲۱ق، ۷۲؛ اصفهانی، ۱۴۲۹ق،

۳۲۶/۱: طوفی، ۱۴۰۷ق، ۴۱۴/۱: ایکي، ۱۴۳۸ق، ۹۸: ارموی، ۱۴۰۸ق، ۱۷۰/۱: فاضل، ۱۳۹۰، ۱۰۲/۱^۱
به باور ایشان، حقیقت حکم چیزی جز خطاب تشریعی خداوند به بندگان نیست؛
خطابی که به صورت امر، نهی یا ترخیص ظهور می‌یابد. در این تلقی، آنچه اصل
است، لفظ خطاب و ارتباط مستقیم آن با افعال مکلفان است.

در ادامه، با گذر از تعریف فقیهان اهل سنت، باید به دیدگاه مشهور اصولیان
متأخر، از جمله شیخ انصاری، محقق خراسانی و سپس محقق عراقی پرداخت.
شیخ انصاری از نخستین کسانی است که حقیقت حکم را اراده شارع دانست
و خود به سابقه این دیدگاه در میان اصولیان پیش از خویش اشاره کرد (انصاری،
۱۴۲۸ق، ۴۵۵-۴۵۷ و ۳۸/۴). پس از او، محقق خراسانی همین تعریف را ارائه داد
(خراسانی، ۱۳۷۲، ۱-۹۹-۱۰۰). محقق عراقی این تحلیل را بسط داده و در قالب نظریه
«اراده اظهارشده مولى نسبت به فعل مکلف» تبیین کرده است. او حکم را نه
صرف خطاب، بلکه اراده اظهارشده مولى نسبت به فعل مکلف می‌داند (عراقی،
۱۳۷۰ق، ۳۳۵ و ۳۳۹). هرگاه اراده مولى به فعل یا ترک فعل مکلف تعلق بگیرد و این
اراده در قالب امر و نهی بروز کند، حکم تحقق یافته است؛ بنابراین، در نگاه او،
اراده مظهره رکن اصلی حقیقت حکم است.

ملا هاشم آملی، شاگرد محقق عراقی، نظریه‌ای نزدیک به استاد دارد، با این
تفاوت که اصلاً ظهور و اظهار را دخیل نمی‌داند. به باور او، حقیقت حکم همان
نفس اراده نفسانی مولى است، حتی اگر هیچ‌گاه اظهار نشود (آملی، بی‌تا، ۱۲۳). پس
حکم نزد او امری درونی است که در ذات مولى تحقق دارد. به عبارتی، حکم
همان اراده درونی شارع است. حتی اگر این اراده به طرق غیر معمول، مانند رمل
و جفر، کشف شود، اطاعت آن واجب است (آملی، بی‌تا، ۱۲۳).

مرحوم ایروانی تلاش کرده است تا میان دو سویه درونی و بیرونی جمع کند.
او حکم را اراده‌ای می‌داند که از طریق بعث و زجر اظهار شده باشد (ایروانی، ۱۳۸۰،
۲/۲۸۹)؛ بنابراین، صرف اراده کافی نیست و صرف لفظ نیز بی‌پشتوانه است، بلکه

۱. در تمامی این منابع، علاوه بر منابع اصولی شیعی که در این مقاله از آنها نام برده و ارجاع‌دهی خواهد شد، درباره
ابعاد گوناگون حکم شرعی بحث فراوان شده است.

آنچه حکم را شکل می‌دهد، اراده‌ای است که باعث و زجر بر مکلف آشکار گردد. در مقابل این دیدگاه‌ها، محقق نائینی حکم را از سنخ اعتبار و نه صرف لفظ می‌داند. او بر این باور است که حقیقت حکم، همان اعتبار نفسانی مولی است که به وسیله انشا و خطاب ابراز می‌شود و ابراز را جزئی از حقیقت حکم نمی‌انگارد. وی انشا را ابزار اظهار اعتبار می‌شمارد و آن را از مقومات حکم نمی‌داند. ابوالقاسم خویی که شاگرد نائینی است، همین تحلیل را می‌پذیرد و تصریح می‌کند که حقیقت انشا همان اعتبار امر نفسانی و ابراز آن به عنوان وسیله اعلام تلقی می‌شود. در نتیجه، هر دو در نهایت حکم را از سنخ اعتبار می‌دانند و آن را از سنخ لفظ یا ابراز نمی‌شمارند (خوئی، ۱۴۱۹ق، ۳۲۹/۲؛ خوئی، ۱۴۲۲ق، ۷۸/۳).

شهید صدر در یکی از تقریرات خود، حکم را اعمال اراده‌ی مولی بر عبد معرفی می‌کند. به نظر او، حقیقت حکم نه صرف اراده است و نه صرف جعل و اعتبار، بلکه مرحله‌ای است که مولی واقعاً اراده‌ی خویش را بر مکلف اعمال می‌کند (صدر، ۱۴۱۷ق، ۲۲۵/۲). با توجه به این مرور، می‌توان دیدگاه‌ها درباره‌ی ماهیت حکم را در سه دسته جای داد:

• **بیان محور:** کسانی که حکم را خطاب الهی به افعال مکلفین می‌دانند. در این رویکرد، حکم همان بیان تشریعی خداوند است که در قالب امر و نهی ظهور می‌یابد و در میان فقیهان اهل سنت رواج دارد.

• **اراده محور:** کسانی که حقیقت حکم را به اراده‌ی نفسانی یا اظهار شده‌ی مولی بازمی‌گردانند.

• **اعتبار محور:** کسانی که حکم را اعتبار نفسانی مولی می‌دانند که به وسیله انشا و خطاب ابراز می‌شود، بی‌آنکه ابراز، مقوم حقیقت حکم باشد.

در پی این مرور، نظریه‌ی محقق اصفهانی را بررسی می‌کنیم؛ چرا که ممکن است درباره‌ی کارکرد عملی حکم، یعنی سازوکار اطاعت و عصیان، ترتب ثواب و عقاب و تمایز انشا حکمی از غیر حکمی، توان تبیین فراهم آورد. پس از تبیین کامل نظریه، دو چارچوب معاصر هنجارگرایی موجّهاتی و هستی‌شناسی آسان را معرفی می‌کنیم و آنگاه، با استناد مشخص، درباره‌ی میزان پشتیبانی آن‌ها از قرائت اصفهانی داوری می‌کنیم؛ بی‌آنکه پیشاپیش ادعای انطباق طرح شود.

۲/۲. محقق اصفهانی و ماهیت حکم

محقق اصفهانی در بحث حقیقت حکم، قرائتی شاخص عرضه می‌کند که از حیث مبانی، با قرائت‌های اراده‌محور، مانند تقریرهای منسوب به محقق عراقی، هاشمی آملی، محقق ایروانی و شهید صدر، متمایز است؛ این بیان ناظر به تفاوت رویکرد است، نه تقدم و تأخر تاریخی یا اعلام فاصله‌گیری. اصفهانی، به جای تفسیر اراده‌محور مطرح در برخی تقریرها، حقیقت حکم را به منزله فعلی انشائی تقریر می‌کند و آن را به حالت نفسانی مانند اراده فرو نمی‌کاهد.

وی در کتاب نه‌ایة الدرایة دو تعریف مهم درباره حقیقت حکم شرعی بیان می‌کند که هر دو بیشتر بر جنبه انشائی بودن حکم و نقش بعث و زجر در تحریک مکلف تأکید دارند. در تعریف اول می‌گوید: «حقیقت حکم، خصوصاً در احکام شرعی، عبارت است از بعث و زجر؛ یعنی انشا به داعی جعل داعی، بی آن که اراده یا کراهتی نسبت به فعل مکلف در «مبدأ اعلی» لازم باشد و نه در سایر مبادی عالی؛ بلکه این بیان در مطلق کسی صادق است که بعث یا زجر او برای صلاح غیر باشد» (اصفهانی، ۱۴۲۹ق، ۳/۱۲۱).

در تعریف دوم بیان می‌دارد: «حقیقت حکم انشایی برآمده از اراده (قطعی یا غیرقطعی) است با هدف برانگیختن و به حرکت آوردن مکلف؛ اطاعت و عصیان و به تبع، استحقاق ثواب و عقاب، به همین نوع انشا تعلق می‌گیرد، نه به انشاهایی که انگیزه‌ای دیگر دارند، مانند اظهار عجز، گرفتن، تسخیر، یا ارشاد و مانند آن‌ها» (اصفهانی، ۱۴۲۹ق، ۲/۳۲۹-۳۳۰).

بر اساس این تعاریف، می‌توان ویژگی‌ها و مؤلفه‌های حکم شرعی را از نظر ایشان چنین توضیح داد: حکم شرعی، عبارت است از بعث و زجر، یعنی امر و نهی که به صورت انشائی صادر می‌شود تا برای مکلف انگیزه ایجاد کند. حقیقت حکم، همان انشا است که شارع برای ایجاد داعی و انگیزش در مکلف و برای مصلحت او انجام می‌دهد؛ یعنی هدف، صرفاً سوق دادن مکلف به انجام یا ترک فعلی است و این کار اساساً برای صلاح و منفعت بندگان و نه برای مصلحت خود شارع صورت می‌گیرد.

در این دیدگاه، تحقق حکم، وابسته به این نیست که الزاماً شارع نسبت به فعل مکلف اراده قطعی یا کراهت واقعی داشته باشد، بلکه همین که بعث و زجر به قصد مصلحت دیگران انشا شود، کفایت می‌کند و برای تحقق حکم شرعی کافی است؛ بنابراین، حکم شرعی امری انشائی است که ممکن است حتی بدون تعلق اراده جدی یا کراهت واقعی از سوی شارع نسبت به فعل مکلف صادر شود.

همچنین، وی در تعریف دوم تأکید دارد که حکم شرعی باید به نحوی باشد که اطاعت و عصیان و در نتیجه، استحقاق ثواب و عقاب بر آن مترتب شود. اگر انشا به انگیزه‌هایی غیر از بعث و تحریک، مانند ارشاد، تعجیز یا تسخیر، صادر شود، چنین انشائی دیگر حقیقتاً «حکم» محسوب نمی‌شود و آثار حکم بر آن مترتب نخواهد شد.

در نتیجه، از مجموع این دو تعریف می‌توان چنین استنباط کرد که حکم شرعی از دیدگاه محقق اصفهانی، امری است انشائی که موضوعش بعث و زجر است و هدفش ایجاد انگیزه در مکلف برای انجام یا ترک فعل به خاطر مصلحت خود او است. به عبارتی، حکم یک کنش هنجاری است که تنها از طریق انشا تحقق می‌یابد. مقصود این است که این انشا نسبت تازه‌ای میان مکلف و متعلق پدید می‌آورد و بر مدار آن، اطاعت و عصیان و به تبع، استحقاق ثواب و عقاب معنا می‌یابد. از این حیث، تقریر حاضر از قرائت‌های اراده‌محور متمایز می‌شود و در عین حال، با تقریرهای انشائی رایج نزد نائینی و خوئی هم‌خانواده می‌ماند.^۱ تقریب اصفهانی بر تمایز اراده تکوینی و تشریعی استوار می‌شود. او نخست یادآور می‌شود که اراده یا شوق مؤکد تنها در صورتی نسبت به فعل دیگری تحقق می‌یابد که آن فعل نفعی برای صاحب اراده داشته باشد یا نقصی از او برطرف کند. در گام دوم، نشان می‌دهد که افعال مکلف هیچ سودی برای شارع ندارند و مصالح و مفاسد آن صرفاً به خود مکلف باز می‌گردد. نتیجه آن می‌شود که شارع نسبت به افعال بندگان نه شوق مؤکد و نه اراده نفسانی دارد (اصفهانی، ۱۴۲۹ق، ۲/۱۲۴).

۱. تفاوت ما صرفاً در تأکید تحلیلی و اصطلاح‌گذاری کارکردی شکل می‌گیرد و به ادعای گسست ماهوی یا تقدم و تأخر تاریخی نمی‌انجامد.

بر این اساس، آنچه باقی می‌ماند صرفاً فعل انشائی شارع است که در قالب بعث و زجر بروز می‌یابد و با آن، انگیزه مکلف برانگیخته می‌شود.

برای وضوح تحلیلی می‌توان تنسيق فشرده زیر را آورد:

اراده نفسانی به فعلی آنگاه معقول می‌شود که آن فعل برای فاعل نفعی داشته باشد یا نقصی را از او رفع کند. افعال مکلف نفع و ضرری به ذات شارع باز نمی‌گرداند. پس تعلق اراده نفسانی شارع به افعال بندگان، مقوم حقیقت حکم شمرده نمی‌شود (بر اساس ۱ و ۲)؛ بنابراین، حقیقت حکم در ساحت تشریع، انشای بعث و زجر به داعی جعل داعی دانسته می‌شود (بر اساس ۲ و ۳). در نتیجه حکم شرعی «انشای بعث و زجر» است، نه «اراده نفسانی شارع» نسبت به فعل مکلف (اصفهانی، ۱۴۲۹ق، ۲/۱۲۴).

برای تقریب ذهن، اصفهانی حکم را به عقود و ایقاعات تشبیه می‌کند. همان‌گونه که جمله‌ای مانند «بعث» یا «زوجت» صرفاً حکایت از واقعیت خارجی نمی‌کند، بلکه به محض صدور، رابطه‌ای نهادی و حقوقی پدید می‌آورد، جمله «افعل» یا «لا تفعل» نیز چیزی بیش از بازتاب اراده مولی نیست. این جملات خود به تنهایی یک نسبت هنجاری واقعی می‌آفرینند. مکلف با شنیدن چنین الفاظی در موقعیتی جدید قرار می‌گیرد و معنای اطاعت و عصیان دقیقاً بر این موقعیت استوار است (اصفهانی، ۱۴۲۹ق، ۲/۳۲۹-۳۳۰).

از این تحلیل، دو نکته اساسی به دست می‌آید: نخست آنکه حکم در شمار افعال مولی و نه در اوصاف نفسانی او قرار می‌گیرد و دوم آنکه انشا به معنای ایجاد یک وضعیت هنجاری تلقی می‌شود و به همین دلیل، اطاعت و عصیان بر آن مترتب می‌گردد. از همین رو، ثواب و عقاب نیز نه بر مبنای اراده پنهانی، بلکه بر اساس همین انشا استوار است.

به این ترتیب، محقق اصفهانی با کنار زدن تحلیل‌های اراده‌محور، حقیقت حکم را به سطح کنش انشائی ارتقا می‌دهد که الزام شرعی نه به پشتوانه شوق نفسانی، بلکه به واسطه فعل زبان‌آفرین شارع تحقق می‌یابد. از این جهت، وی در دسته چهارم، یعنی فعل محور، قرار می‌گیرد.

حکم شرعی
به مثابه کنش
هنجاری. خوانشی
نواز نظریه محقق
اصفهانی عبدالله

جدول تطبیقی دیدگاه‌ها دربارهٔ ماهیت حکم^۱

دسته نظریه	تعریف کلی	نمایندگان شاخص	توضیح کوتاه
بیان محور (اهل سنت)	حکم یعنی خطاب الهی به افعال مکلفین	فقیهان اهل سنت؛ مانند ایجی، طوفی و ارموی	حکم تشریعی به صورت خطاب لفظی و بیانی الهی تحقق می‌یابد.
اراده محور	حکم یعنی ارادهٔ مولی	شیخ انصاری، محقق خراسانی، محقق عراقی، هاشم آملی	حکم بر ارادهٔ مولی استوار است؛ اختلاف در کافی بودن ارادهٔ درونی یا لزوم اظهار آن وجود دارد.
اعتبار محور	حکم یعنی اعتبار نفسانی مولی که به وسیلهٔ انشا و خطاب ابراز می‌شود	محقق نائینی، آیت‌الله خویی	حکم از سنخ اعتبار است و انشا صرفاً ابزار اظهار آن اعتبار است.
فعل محور	حکم یعنی کنش اعتباری مولی (انشا و جعل)	محقق اصفهانی	حکم کنشی انشائی است که با فعل جعل مولی، واقعیت هنجاری جدیدی می‌آفریند.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

۱۸

طرح یک اشکال

ممکن است در بافت سنتی، نسبت به این رویکرد ایرادی وارد شود؛ چراکه فهم و واکاوی این نقد، هم برای درک عمیق‌تر دیدگاه اصفهانی و هم برای روشن شدن بستر ورود به افق‌های نو، کاملاً ضروری است.

تقریب این اشکال آن است که انشا بعث و زجر مولی، اگر صرفاً الفاظی باشند که هیچ اراده‌ای در پس آن‌ها نیست، عقل و عرف چنین خطاب‌هایی را بی‌روح و فاقد هرگونه اعتبار الزام‌آور تلقی می‌کنند. در واقع، الزام اخلاقی یا شرعی زمانی

۱. نظریهٔ شهید صدر تلفیقی بدیع از رویکرد اراده محور و فعل محور است که در سبک خود، ابداعی و قابل تأمل می‌نماید؛ با این حال، در این پژوهش تمرکز بر دیدگاه محقق اصفهانی است و از این رو، به تفصیل وارد آرای ایشان نمی‌شویم.

معنا دارد که مکلف باور داشته باشد مولی واقعاً اراده‌ای در پس دستور دارد. اگر این اراده حذف شود، اطاعت و عصیان به مفاهیمی تهی بدل می‌شوند و ثواب و عقاب نیز بی‌مبنا می‌گردند. مکلف می‌تواند در برابر چنین خطاب‌هایی بگوید: اگر مولی در مقام جدی اراده نکرده است، چرا باید اطاعت کنم؟

این اشکال، نه یک نقد حاشیه‌ای، بلکه حمله‌ای به قلب نظریه اصفهانی است؛ زیرا او عمداً خواسته است حکم را از اراده جدا کند تا از اشکال سودمندی فعل برای شارع بگریزد؛ اما جدایی کامل انشا از اراده، اگر الزام‌آور بودن را از بین ببرد، دیگر جایی برای تبیین حکم به‌عنوان یک واقعیت هنجاری باقی نمی‌گذارد. بدین ترتیب، اگر این ایراد تمام باشد، کل ابتکار اصفهانی در فروکاستن حکم به انشا بداعی جعل داعی، بی‌ثمر خواهد شد. در نتیجه، اگر نتوانیم نشان دهیم که حکم حتی بدون اراده نفسانی هم می‌تواند منشأ الزام باشد، نظریه اصفهانی به مشکل می‌خورد و توان رقابت با نظریه‌های اراده‌محور را از دست می‌دهد.

این دقیقاً همان نقطه‌ای است که ادامه بحث ما باید روی آن متمرکز شود. چگونه می‌توان از این ایراد رهایی یافت؟ پاسخ در این است که محقق اصفهانی را باید در پرتو دو رویکرد معاصر، یعنی هنجارگرایی موجهاتی و هستی‌شناسی آسان، تحلیل و تفسیر کنیم تا پاسخ ایراد مذکور داده شود. این دو نظریه نشان می‌دهند که وجود و تحقق حکم نیازی به پشتوانه‌های متافیزیکی پیچیده ندارد و زبان باید و نباید اساساً کارکرد هنجاری دارد و نیازمند فرض اراده نفسانی در پشت صحنه نیست؛ اما برای آنکه این ادعا روشن شود، باید نخست این دو رویکرد را به تفصیل معرفی کنیم. از همین رو، در ادامه به سراغ تبیین هنجارگرایی موجهاتی و هستی‌شناسی آسان می‌رویم تا زمینه دفاع نهایی از دیدگاه محقق اصفهانی فراهم شود.

۳. هنجارگرایی موجهاتی و هستی‌شناسی آسان

نکته مقدماتی

از قدیم، پرسش «چه چیزهایی وجود دارند؟ چه چیزهایی ممکن یا ضروری هستند؟» محور بحث‌های متافیزیکی مطرح بود؛ اما در سده بیستم این پرسش‌ها

حکم شرعی
به‌مثابه‌کنش
هنجاری. خوانشی
نواز نظریه محقق
اصفهانی رحمته‌الله
۱۹

با صورت‌بندی‌های دقیق منطقی وارد مرحله‌ای تازه شدند. در باب امکان و ضرورت، نظریه جهان‌های ممکن توضیح داد که ضرورت یعنی صدق قضیه در همه جهان‌های ممکن و امکان یعنی صدق در دست کم یک جهان ممکن (Kripke, 1980, p. 38; Lewis, 2001, pp. 5-45).

همین چارچوب پرسش‌های متافیزیکی سنگینی پدید آورد: آیا جهان‌های ممکن موجودند؟ اگر آری، چه ماهیتی دارند و چگونه از آن‌ها آگاه می‌شویم؟ در باب «وجود»، تلاش برای تعیین معیار تعهدات هستی‌شناختی به مناقشات مشابهی انجامید. صورت‌بندی کواین، «بودن یعنی در دامنه سور بودن»^۱، هرچند موجز است، پیامدهای پرشماری درباره التزام به موجودات انتزاعی، مانند اعداد، در پی داشت (Field, 1980, pp. 41-46; Quine, 1948, pp. 21-38).^۲ در برابر، برخی قرائت‌های بدیل این پیامدها را نپذیرفتند و راه‌حل‌های دیگری عرضه کردند (Fine, 2008, pp. 449-474). حاصل دو جبهه بحث، یعنی موجهات و هستی‌شناسی، انباشت نزاع‌هایی شد که بسیاری آن‌ها را بیش از حد انتزاعی می‌دانستند و در عین حال، پاسخ‌های راهگشا به پرسش‌های ظاهراً ساده فراهم نمی‌کردند.

در این نقطه، دو رویکرد «هنجارگرایی موجهاتی» و «هستی‌شناسی آسان» با جابه‌جا کردن کانون توجه از «اشیای مفروض» به «قواعد کاربرد مفاهیم و زبان» وارد می‌شوند. مقصود، بازخوانی همین مسائل در چارچوبی است که به جای تعهدات متافیزیکی سنگین، بر شیوه به کارگیری مفاهیم و ملاک‌های توجیه تکیه دارد.

جستارهای
فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

۲۰

۳/۱. هنجارگرایی موجهاتی

موجهات در منطق و متافیزیک به گزاره‌هایی گفته می‌شود که با مفاهیمی چون «ضروری»، «ممکن»، «واجب»، «ممتنع» و مانند آن سروکار دارند.

۱. یعنی هر چیزی که متغیر منطقی بتواند به آن اشاره کند، وجود دارد. به عبارت روزمره‌تر، هر چیزی که بتوان آن را «در جمله آورد و درباره‌اش کمیت‌گذاری کرد»، از دید کواین، واقعاً موجود است.

۲. فیلد خودش استدلال می‌کند که علم (به‌ویژه فیزیک) می‌تواند بدون ارجاع به موجودات ریاضی مانند اعداد هم صورت‌بندی شود؛ یعنی او یک دفاع جدی از نام‌گرایی (nominalism) در برابر واقع‌گرایی ریاضی ارائه می‌دهد.

موجهاتی‌ها، مانند ممکن، باید، نباید، توانستن و ضرورت، به ما امکان می‌دهند فراتر از جمله‌های ساده X «هست یا نیست» سخن بگوییم و بگوییم X «می‌تواند باشد»، X «باید باشد» یا X «نمی‌تواند نباشد». هنگامی که می‌گوییم «ممکن است فردا باران بیارد»، منظورمان این است که چنین وضعی قابل تصور و بی‌تناقض است. هنگامی که می‌گوییم «مثلث سه‌ضلعی است»، از ضرورتی منطقی یا مفهومی سخن می‌گوییم. هنگامی که می‌گوییم «او می‌تواند شنا کند» یا «باید قوانین راهنمایی و رانندگی را رعایت کنی»، توانایی و الزام را نشان می‌دهیم. به این ترتیب، موجهات ابزار زبانی ساده‌ای برای بیان امکان، ضرورت و باید یا نباید هستند.

فیلسوفان به موجهات توجه می‌کنند؛ زیرا می‌خواهند بدانند فرق ممکن و ناممکن چیست و آیا ضرورت متافیزیکی وجود دارد؟ برای نمونه، کریپکی می‌گوید «آب لزوماً H_2O است» و می‌پرسد آیا هنگامی که می‌گوییم «ممکن است»، گزارشی از جهان ارائه می‌کنیم یا به قواعد زبانی و مفهومی تکیه می‌کنیم؟ (Kripke, 1980, p. 99) در اینجا، هنجار اهمیت پیدا می‌کند. هنجار قاعده‌ای است که تعیین می‌کند چه چیزی درست یا لازم یا مجاز است. این قاعده هم در زندگی روزمره و هم در زبان دیده می‌شود. برای مثال، قوانین رانندگی، آداب اجتماعی یا قواعد بازی، همه هنجار دارند و واژه‌ها نیز چنین هستند. واژه مثلث فقط برای شکل سه‌ضلعی به کار می‌رود و هنگامی که می‌گوییم «ممکن نیست مثلث چهارضلعی باشد»، در حقیقت به هنجار کاربردی واژه و نه به واقعیتی پنهان در جهان اشاره می‌کنیم.

با توجه به تبیین بالا، هنجارگرایی موجهاتی، رویکردی است که زبان و مفاهیم را در درجه اول، ابزارهای هنجاری و نه بازتاب‌دهنده واقعیت‌های مستقل می‌داند. تامسن این دیدگاه را هنجارگرایی موجهاتی می‌نامد؛ چون بر اساس آن، دعاوی بنیادی موجهاتی متافیزیکی، کارکردشان ردیابی یا توصیف ویژگی‌های خاص این جهان یا جهان‌های ممکن نیست. در عوض، زبان موجهاتی کارکرد دارد تا قواعد و هنجارها را الزام، انتقال یا بازچانه‌زنی کند و در مورد گفتار موجهاتی متافیزیکی،

حکم شرعی
به‌مثابه‌کنش
هنجاری. خوانشی
نواز نظریه محقق
اصفهانی ع

این قواعد، قواعد معنایی هستند (Thomasson, 2020, pp. 15, 63-71). به نظر تامسن، بیشتر گفتارهای موجهاتی چنین کارکرد هنجاری دارند و در واقع، قواعد درست به کاربردن مفاهیم را یادآوری و تثبیت می کنند و گزارش متافیزیکی ارائه نمی دهند. جمله «ممکن است فردا برف بیارد» نشان می دهد این تصور بی تناقض است. جمله «عدد اول فقط بر خودش و یک بخش پذیر است» ضرورتی را از تعریف می آورد. جمله «آب لزوماً H_2O است» ضرورت متافیزیکی را در نگاه کرییکی بیان می کند. همچنین جمله «بازیکن فوتبال جز دروازه بان نباید توپ را با دست بزند» هنجار بازی را نشان می دهد. جمله «این چهارضلعی مثلث است» نقض هنجار زبانی را آشکار می کند. به طور کل، موجهاتی ها راهی برای بیان امکان و ضرورت و الزام هستند و در نگاه هنجاری، بسیاری از این احکام گزارش واقعیت های اضافه نیستند، بلکه ابزارهایی برای اعمال و پاسداری از قواعد معنایی و کاربردی هستند. تامسن می گوید: وقتی ما می گوییم «این قضیه ضروری است» یا «فلان چیز ممکن است»، در واقع گزارشی از «حقایق مستقل موجهاتی» یا «جهان های ممکن» ارائه نمی دهیم، بلکه با این گفتارها، قواعد استفاده از مفاهیم را صریح می کنیم، تأیید می کنیم یا درباره آن ها مذاکره می کنیم (Thomasson, 2020, pp. 210-211, 215). به بیان ساده تر، گزاره های موجهاتی مانند تابلوهای راهنمایی هستند. آن ها نشان می دهند که چگونه باید واژه ها و مفاهیم را به کار ببریم، نه اینکه خبری از موجودات پنهانی در جهان بدهند. وقتی می گوییم «ممکن است فردا باران بیاید»، در واقع قاعده ای زبانی را به کار می بریم که نشان می دهد هنوز مانعی برای نسبت دادن «باران آمدن» به فردا وجود ندارد.

پیامد معرفتی

اگر گفتار موجهاتی ابزار هنجاری بیان قواعد باشد، در این صورت، معرفت موجهاتی یعنی توانایی درست به کار بردن واژه ها و مفاهیم. کسی که بداند کجا باید بگوید «ضروری است» یا «ممکن است»، در واقع معرفت موجهاتی دارد (Thomasson, 2020, chs. 2-3).

تامسن استدلال می‌کند که پرسش‌های وجودی از نوع «آیا X وجود دارد؟» در بسیاری از موارد، ساده‌تر از آن هستند که فیلسوفان متافیزیک‌دان پنداشته‌اند. پاسخ این پرسش‌ها معمولاً به شکل یک استنتاج آسان^۱ به دست می‌آید. او می‌گوید: «حقیقت این است که پاسخ به این پرسش‌ها با بررسی قواعد زبانی و مفهومی و گاهی با مشاهده‌های عادی روزمره، به سادگی به دست می‌آید» (Thomasson, 2015, p. 20). «برای توضیح این نکته، تامسن نمونه‌هایی از استنتاج‌های آسان می‌آورد. اگر بگوییم «جام‌ها و نعلبکی‌ها هم‌تعدادند»، نتیجه می‌گیریم که «عدد جام‌ها برابر با عدد نعلبکی‌هاست» و آنگاه نتیجه می‌گیریم که «اعداد وجود دارند» یا وقتی می‌گوییم «برف سفید است»، می‌توانیم بگوییم که گزاره «برف سفید است» صادق است و سپس نتیجه بگیریم که «گزاره‌ها وجود دارند» (Thomasson, 2015, pp. 21-22). این استدلال‌ها نشان می‌دهند که از حقایق بدیهی و بی‌نزاع می‌توان بی‌واسطه به ادعاهای وجودی رسید.

وی برای پاسخ به این نوع پرسش‌ها، یک شیوه مرحله‌ای پیشنهاد می‌کند: ابتدا باید قاعده یا تعریف کاربرد واژه مورد نظر را بشناسیم. مثلاً، عدد یعنی چیزی که برای شمارش به کار می‌رود یا کشور یعنی اجتماع انسانی با مرز و حکومت؛ سپس باید یک واقعیت بدیهی یا پذیرفته‌شده روزمره را بیاوریم. مثلاً، «سه سیب روی میز است» یا «ایران مرز و حکومت دارد» و در نهایت نتیجه می‌گیریم که آن چیز واقعاً وجود دارد. یعنی، عدد وجود دارد، چون ما سه سیب داریم و می‌شماریم یا کشورها وجود دارند، چون ایران یک اجتماع با مرز و حکومت است.

تامسون از این استدلال به دو نتیجه کلان می‌رسد: واقع‌گرایی ساده^۲ به این معنا که بسیاری از چیزهایی که در زبان و تجربه روزمره به آن‌ها اشاره می‌کنیم، واقعاً وجود دارند و نیازی به بحث‌های متافیزیکی پیچیده نیست. فروکاست متافیزیک^۳

1 Easy Inference

2. Simple Realism.

3. Meta-metaphysical Deflation.

به این معنا که پرسش‌های سنگین و حل‌ناشدنی متافیزیکی دربارهٔ «وجود»، بی‌معنا یا دست‌کم بی‌فایده هستند؛ زیرا پاسخ‌های آن‌ها از قبل در قواعد کاربرد واژه‌ها گنجانده شده است (Thomasson, 2015, p. 158).

نقطهٔ اتصال هنجارگرایی موجهاتی و هستی‌شناسی آسان در یک مفهوم خلاصه می‌شود: «قواعد یا شرط‌های کاربردی مفاهیم».

در هنجارگرایی موجهاتی، جملات موجهاتی مانند «ضروری است» یا «ممکن است» صرفاً ابزاری برای صریح‌سازی یا تثبیت قواعد کاربرد هستند. از سویی، در هستی‌شناسی آسان، پرسش‌های وجودی هم بر اساس همان قواعد کاربرد پاسخ داده می‌شوند.

این دو نظریه نشان می‌دهند که بسیاری از جدال‌های متافیزیکی سنتی که حول محور «حقیقت‌های موجهاتی» یا «مسائل وجودی پیچیده» شکل گرفته‌اند، می‌توانند به تحلیل سادهٔ قواعد زبان و شرط‌های کاربرد واژه‌ها فروکاسته شوند. به عبارت دیگر، زبان و قواعدش نه فقط ابزار ارتباط، بلکه مبنای اصلی معرفت موجهاتی و پاسخ به پرسش‌های وجودی هستند.

دیدگاه تامسن با دو محور هنجارگرایی موجهاتی و هستی‌شناسی آسان، تصویری تازه از فلسفهٔ متافیزیک ارائه می‌دهد. در این چارچوب، «ضرورت» و «امکان» نه حقایق مستقل در جهان، بلکه قواعد هنجاری کاربرد واژه‌ها هستند. همچنین، «وجود داشتن» نه معمایی حل‌نشده، بلکه نتیجهٔ سادهٔ استنتاج از قواعد کاربرد و حقایق روزمره است.

این رویکرد، اگرچه متافیزیک سنتی را فروتن می‌کند؛ اما در عوض به ما نشان می‌دهد که چگونه می‌توان با زبان و قواعدش، هم معرفت موجهاتی و هم معرفت وجودی را بازسازی کرد. همین اشتراک در «قواعد کاربرد» است که این دو نظریه را به هم پیوند می‌دهد و راهی تازه برای فهم مفاهیمی بنیادین چون «ضرورت» و «وجود» می‌گشاید.

اکنون، با این توضیحات، به سراغ تحلیل و تطبیق دیدگاه محقق اصفهانی در پرتو آن می‌رویم.

۴. تحلیل تطبیقی دیدگاه محقق اصفهانی

با توجه به توضیحات دربارهٔ هنجارگراییِ موجهاتی و هستی‌شناسیِ آسان، اکنون پرسش این است که اگر بخواهیم دیدگاه محقق اصفهانی را در پرتو هنجارگراییِ موجهاتی و هستی‌شناسیِ آسان بازخوانی کنیم، چگونه می‌توان این دیدگاه وی را تبیینی نو در ماهیت حکم دانست؟

اینجا دقیقاً جایی است که هنجارگراییِ موجهاتی و هستی‌شناسیِ آسان به کمک می‌آیند و می‌توانند راه را برای بازخوانیِ نظریهٔ محقق اصفهانی به روی افقی تازه و قانع‌کننده بگشایند. نخستین نکته این است که اگر زبان را نه تنها ابزار بیان واقعیت، بلکه سازندهٔ واقعیت‌های هنجاری و نهادی بدانیم، دیگر نیازی به اتکا بر ارادهٔ درونی شارع نخواهد بود. این تلقی، نقطهٔ عزیمت بحث است.

در چارچوب هنجارگراییِ موجهاتی، افعال گفتاری چون اوامر و نواهی، در زبان دینی و حقوقی، اساساً کارکردی نهادی دارند. به بیان روشن‌تر، این جملات و کنش‌های زبانی، برخلاف آن‌چه در نگاه واقع‌گرا و اراده‌محور رایج است، نه ترجمانِ واقعیتی پنهان و مستقل، بلکه سازندهٔ قاعده و نسبت تازه هستند. شارع، هنگامی که می‌گوید (أَقِمْوا الصَّلَاةَ) (بقره: ۴۳) یا «استعمال دخان حرام است»، عمل او نه گزارش ارادهٔ قلبی، بلکه خلق و تأسیس یک هنجار و قاعدهٔ اجتماعی است. در این چشم‌انداز، زبان شارع نه آینهٔ روان مولی، بلکه کارخانهٔ تولید وضعیت‌های هنجاری جدید است. گویی شارع با کنش انشائی خویش، مرز اطاعت و عصیان را دوباره ترسیم می‌کند.

در همین امتداد، هستی‌شناسیِ آسان نیز این فرآیند را در سطحی عینی‌تر و ساختاری‌تر تفسیر می‌کند. بر اساس این رویکرد، موجودیت‌هایی مانند حکم شرعی، عقد بیع، طلاق، یا حتی مالکیت، صرفاً محصول تحقق قواعد و کاربرد صحیح زبان در بستر اجتماعی خویش هستند. به محض آن‌که کنش انشائی بر مبنای قاعده‌ای مقبول و معتبر واقع شود، نهاد جدید موجودیت می‌یابد و تمام پیامدهای هنجاری و حقوقی بر آن مترتب خواهد بود. بدین معنا، تحقق حکم شرعی، بی‌نیاز از هرگونه ارادهٔ متافیزیکی یا شوق درونی است و زبان و قاعده،

حکم شرعی
به‌مثابهٔ کنش
هنجاری. خوانشی
نواز نظریهٔ محقق
اصفهانی رحمته الله علیه
۲۵

خود عهده‌دار همه کارکردهای وجودی و هنجاری هستند.

در نتیجه، از دل این مبانی جدید، راهی برای حل اشکال پیدا می‌شود. واقعیت این است که الزام و وجوب تنها در بستر زبان و قواعد اجتماعی ظهور می‌یابند. کنش انشائی شارع، هنگامی که در بستر قواعد معتبر اجتماعی، حقوقی و دینی قرار می‌گیرد، واقعیتی هنجاری می‌آفریند که مکلف را به لحاظ عقلی، عرفی و دینی ملزم به اطاعت می‌کند. نه تنها هیچ نیازی به فرض اراده نفسانی یا شوق قلبی شارع نیست، بلکه اساساً فلسفه قواعد نهادی و حقوقی این است که الزام، تابع زبان و پذیرش جمعی است و هرگز معلول نيات پنهان اشخاص نیست.

برای آن که این تبیین تنها در سطحی انتزاعی و تئوریک باقی نماند، می‌توان با مثال‌های دقیق فقهی، کارآمدی و دقت نظریه محقق اصفهانی را در پرتو این دو رویکرد به نمایش گذاشت. نخستین مثال را از باب بیع معاطاتی در فقه اسلامی برمی‌گزینیم. در بیع معاطاتی، صرف تحقق عمل معاطات (رد و بدل کالا و مال)، حتی بدون گفتن لفظ صریح «بعث» یا «اشتریت»، موجب تحقق بیع و انتقال مالکیت است؛ یعنی نهاد حقوقی بیع صرفاً بر اساس عرف و قاعده اجتماعی و کنش عملی افراد شکل می‌گیرد، بدون آن که نیاز به اراده نفسانی یا حتی تلفظ صریح باشد. این دقیقاً همان کارکرد هنجاری و نهادی زبان و عمل است که مورد تأکید رویکرد انشائی است.

به عبارتی، در معاطات، «دست‌به‌دست شدنِ مِثمن و ثمن با قصدِ تملیک و تملک» همان کنشِ زبانی - عملی است که وضعیت هنجاری تازه‌ای می‌سازد. پس از قبض طرفین، باید تصرف مالکانه برای هر کدام مجاز می‌شود و نباید استرداد مال منتقل شده (بی جهت شرعی و عرفی) برقرار است؛ تخلف از این الگو «عصیان» قاعده معاطات است. به بیان کاربردی، اگر «الف» کالا را تحویل دهد و «ب» ثمن را بپردازد، «الف» ذیل تعهد تحویل بی نقص و انتقال ید قرار می‌گیرد، «ب» ذیل تعهد پرداخت کامل و امتناع از استرداد بی جهت قرار می‌گیرد و عناوین تبعی، مثل جواز تصرف، ضمان تلف قبل و بعد از قبض و امکان اعمال اختیارات (در فرض تحقق شرایط)، بر همین وضعیت سنجیده می‌شود.

در این چارچوب، هنجارگراییِ موجّهاتی نه یک شعار کلی، بلکه سازوکار سنجشِ «باید و نباید» معینِ معاطات را فراهم می‌کند. «بایدِ جوازِ تصرف» و «نبایدِ استرداد» از قواعدِ کاربردِ همین نهاد به‌دست می‌آید و اطاعت یا عصیانِ مکلف دقیقاً همراه انطباق و عدم انطباق با این قواعد تعریف می‌شود. از سوی دیگر، هستی‌شناسیِ آسان توضیح می‌دهد که «وجود معامله و ملکیت جدید» چیزی جز برآمده از همان کنشِ معاطاتی و قاعدهٔ معتبرِ عرفی و شرعی نیست. با تحققِ قصد و قبض، «معامله» و «ملکیتِ طرفین» به‌مثابه واقعیت‌های نهادی پدیدار می‌شوند؛ واقعیت‌هایی که نه به پشتوانهٔ متافیزیکیِ سنگینی نیاز دارند و نه به روان‌شناسیِ مازاد، بلکه به همان اندازه که دیگر نهادهای اجتماعی متعارف موجودند، از وجود برخوردارند.

مثال دیگری از حوزهٔ احکام فقهی را می‌توان به همین شیوه تحلیل کرد. فرض کنید شارع در یک نص معتبر بگوید: «شربِ تنباکو حرام است». ممکن است حتی کسی معتقد باشد شارع هیچ نفرت قلبی یا ارادهٔ جدی نسبت به ترک دخان ندارد و این حکم صرفاً برای حفظ مصالح جامعه یا بر اساس عرف صادر شده است. با این حال، به‌محض صدور این انشا، وضعیتِ هنجاریِ جدیدی در نظام فقهی پدید می‌آید. ترک دخان، وظیفهٔ مکلف خواهد بود و ارتکاب آن، عصیان به حساب می‌آید. همهٔ پیامدهای اجتماعی، اخلاقی و حتی حقوقی، صرفاً بر اساس همین کنشِ زبانی و انشا نهادی قابل تبیین است و هیچ پژوهشگری نمی‌تواند شرط بودنِ ارادهٔ نفسانی را برای تحقق الزام ثابت کند. درست مانند وضع قانون در جوامع مدرن که الزام، معلول قانون و قاعده است، نه معلول تمایلات فردی یا ارادهٔ پنهان قانون‌گذار.

کار بستِ هنجارگراییِ موجّهاتی در خودِ این مثال چنین صورت‌بندی می‌شود. گزارهٔ «برای ...، استعمال دخان ممنوع است» نه گزارشِ یک واقع پیشینی، بلکه قاعده‌ای کاربردی است که برای هر رخدادِ استعمالِ دخان، وضعیتِ هنجاریِ «نباید» را فعال می‌کند؛ بنابراین، ارزیابیِ هر مورد (استعمال یا ترک) با سنجشِ انطباق با همین قاعده انجام می‌شود.

کاربست هستی‌شناسی آسان نیز در همین مثال روشن است. «وجود حکم تحریم تنباکو» و «وجود نهاد ممنوعیت استعمال» به شرط (الف) انشای معتبر نهی و (ب) پذیرش و اجرای روالی آن در نظام معتبر حاصل است؛ بدین معنا که با تحقق این دو شرط، واقعیت نهادی ممنوعیت استعمال دخان، به همان سادگی پدید آمدن هر قاعده نهادی دیگر و بی‌نیاز از فروض متافیزیکی افزوده بر آن، پدیدار می‌شود.

جدول تطبیقی تحلیل دو مثال فقهی با رویکرد هنجارگرایی موجهاتی و هستی‌شناسی آسان

هستی‌شناسی آسان	هنجارگرایی موجهاتی	مثال فقهی
بیع با عمل و قاعده عرفی محقق می‌شود.	معاطات، قاعده الزام‌آور را بدون لفظ و نیت می‌سازد.	بیع معاطاتی
همین اعلام، ترک دخان را واجب می‌کند؛ واقعیت حکم فقط با انشا ساخته می‌شود.	اعلام حرمت توسط شارع، تکلیف و عصیان را تعیین می‌کند؛ الزام از زبان برمی‌آید.	تحریم استعمال دخان

جستارهای
فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

۲۸

این جدول نشان می‌دهد که معیار تحقق و الزام، همان قواعد معتبر و کنش انشائی است و این دقیقاً روح نظریه محقق اصفهانی در خوانش معاصر است. اکنون می‌توان ادعا کرد که بازخوانی نظریه محقق اصفهانی در پرتو هنجارگرایی موجهاتی و هستی‌شناسی آسان، فقط یک بازی زبانی یا آرایش انتزاعی نیست، بلکه راه حلی روشمند، دقیق و کارآمد برای تبیین ماهیت حکم است. این رویکرد، ماهیت الزام شرعی را از سطح فردی و روان‌شناختی به ساحت جمعی و نهادی منتقل می‌کند و نشان می‌دهد که قدرت زبان و قواعد اجتماعی در ایجاد واقعیت‌های هنجاری، همان نیرویی است که می‌تواند شریعت اسلامی را در ردیف نظام‌های مدرن حقوقی و فلسفی بنشانند. به تعبیر دیگر، شارع با کنش زبانی خویش، بی‌نیاز از هر پشتوانه نفسانی، واقعیتی هنجاری و الزام‌آور می‌سازد که همه آثار فقهی و اخلاقی را بر همان مبنا سامان می‌دهد.

به همین دلیل، دیگر جایی برای اشکال مطرح شده در بخش قبل باقی نمی‌ماند؛ زیرا مبنای الزام‌آوری حکم، نه اراده پنهان شارع، بلکه کارکرد قواعد زبان و قاعده‌پذیری اجتماعی است. همین امر است که مکلف را وامی‌دارد تا در برابر حکم شرعی، خواه در طلاق لفظی، خواه در تحریم تنباکو یا در هر حکم دیگری، خود را ملزم به اطاعت بداند و از سر ایمان، عقل یا حتی عرف اجتماعی، به وجوب و الزام گردن نهد. به بیان دیگر، نظریه محقق اصفهانی، آنگاه که در پرتو این دو رویکرد تحلیل شود، تصویری منسجم و آینده‌نگر از ماهیت حکم شرعی ارائه می‌دهد؛ تصویری که قدرت تبیین آن، فراتر از ساختارهای فردی، در بستر قواعد و زبان جمعی استوار است.

۵. کاربردهای نظریه کنش هنجاری اصفهانی

با این نگاه روشن می‌شود که این قرائت فقط یک پاسخ تاریخی نیست، بلکه برای کار امروز فقه و حقوق نیز ابزار می‌دهد. اولاً، چند گره قدیمی را باز می‌کند. الزام حکم را به «نیت درونی منشئی» وابسته نمی‌کند و معیار عینی می‌دهد؛ البته وقتی که قاعده به درستی انشا و در نظام پذیرفته شد، الزام محقق است. خبر و انشا را با هم قاطی نمی‌کند و ارزیابی را بر «اطاعت یا عصیان نسبت به قاعده» می‌گذارد و مرز حکم مولوی و ارشادی را با اثر واقعی قاعده روشن می‌کند. ثانیاً، درباره «وجود» نهادهای فقهی و حقوقی نیز تکلیف را روشن می‌کند. ملکیت معاطاتی، ممنوعیت دخان یا ولایت‌ها، وقتی با انشای معتبر و پذیرش روالی شکل گرفتند، همین‌جا «موجود» هستند و نیازی به مفروضات متافیزیکی سنگین ندارند. نتیجه این است که می‌توان مسائل نوپدید را هم با همان منطق قاعده و کاربرد مفاهیم تحلیل کرد. در اینجا به چند نمونه عملی مستقیم اشاره می‌شود.

۵/۱. در قانون‌گذاری و تفسیر قضایی

در این دیدگاه، دیگر لازم نیست حدس بزنیم قانون‌گذار یا شارع در دلش چه نیتی داشته است. ملاک، خود متن قاعده و اثر عملی آن است. باید ببینیم متن

حکم شرعی
به مثابه کنش
هنجاری. خوانشی
نواز نظریه محقق
اصفهانی رحمته الله علیه
۲۹

چه «قاعده‌ای» برقرار می‌کند، مخاطبِ آن چه کسی است و معیارِ اطاعت یا تخلف چیست.

فرض کنید در قانون آمده است: «هر کس در فضای عمومی اقدام به تخریب اموال عمومی کند، مجازات می‌شود». در تفسیر این جمله، قاضی لازم نیست نیتِ شخصِ قانون‌گذار را کشف کند؛ مثلاً این که آیا او واقعاً از تخریب ناراحت بوده یا هدف سیاسی خاصی داشته است؟ ملاک این است که متن، یک قاعدهٔ روشن ساخته است: «تخریب اموال عمومی ممنوع است و مجازات دارد». پس هر موردی از تخریب، زیر این قاعده قرار می‌گیرد و داوری بر اساس همان انجام می‌شود.

۵/۲. در حلّ تعارضِ احکام

وقتی دو حکم در ظاهر با هم برخورد دارند، این قرائت می‌گوید باید بینیم کدام قاعده، در چه زمان و موقعیتی فعال می‌شود. هر قاعده قلمرو و شرایط خاص خود را دارد؛ در نتیجه، قاعدهٔ خاص بر قاعدهٔ عام مقدم است و اگر هیچ قاعده‌ای فعال نباشد، وضعیت «اباحه» است.

برای نمونه، اگر یک قاعده می‌گوید «راست گفتن واجب است» و قاعده‌ای دیگر در موقعیت خطر می‌گوید «حفظ جان واجب است»، در شرایط تهدید جانی، دومی فعال می‌شود و سکوت یا دروغ برای حفظ جان، نه تنها جایز، بلکه لازم می‌شود. این روش، برخورد احکام را از حالت درگیریِ مبهم بیرون می‌آورد و نظم منطقی به آن می‌دهد.

جستارهای
فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

۳۰

۵/۳. در برخورد با پدیده‌های جدید

در دنیای امروز، نهادهایی مثل دادهٔ شخصی، رمزارز یا توکن دیجیتال^۱ پدید آمده‌اند که در متون کلاسیک فقه سابقه ندارند. بر اساس این قرائت، حق‌ها و مالکیت‌های نو وقتی واقعاً «به وجود می‌آیند» که انشای معتبر انجام شده باشد -

۱. توکن واحدی دیجیتال است که نشان‌دهندهٔ مالکیت، حق یا سهمی مشخص در یک سامانهٔ الکترونیکی یا زنجیرهٔ بلوکی است.

مثل قرارداد دیجیتال - و روال و پذیرش عرفی یا قانونی پشت آن باشد. پس برای اثبات مالکیت یک رمزارز یا حق بر داده شخصی، لازم نیست وارد مباحث سنگین فلسفی شویم. همین که قرارداد و قاعده معتبر وجود داشته باشد و نظام آن را بشناسد، آن نهاد حقوقی واقعاً موجود است و آثارش - مثل جواز تصرف یا انتقال - به طور کامل جریان دارد.

۵/۴. در آموزش و داوری فقهی - حقوقی

این دیدگاه برای آموزش، قضاوت و داوری، روشی ساده و عینی پیشنهاد می کند. برای تشخیص اطاعت یا تخلف، فقط باید چهار چیز را بررسی کرد: آیا قاعده یا حکم معتبر وجود دارد؟ آیا مورد بحث زیر همان قاعده می گنجد؟ آیا استثنا یا مانعی (مثل ضرر، اضطرار، عسر و حرج) وجود ندارد؟ آیا فعل یا ترک واقع شده است؟

اگر هر چهار شرط برقرار بود و فرد برخلاف قاعده عمل کرد، «عصیان» محقق است؛ اگر مطابق آن عمل کرد، «اطاعت» و اگر استثنا برقرار بود، «اباحه» است. جمع بندی آن است که در واقع، می توان گفت محقق اصفهانی از پیشگامان اندیشه هنجارگرایی موجّهاتی در باب ماهیت حکم به شمار می آید و در عین حال، در عرصه هستی شناسی حکم نیز رویکردی آسان گیر و معقول اختیار کرده است؛ رویکردی که راه را برای تفسیرهای نو و کارآمد از مفهوم تکلیف و الزام دینی هموار ساخته است. تبیینی که در عین انسجام نظری، توانایی توضیح و سامان دهی مصادیق فقهی و حقوقی را نیز دارد.

نتیجه گیری

تحلیل تطبیقی دیدگاه محقق اصفهانی نشان داد که با انتقال مفهوم حکم از قلمرو اراده و ذهن به سطح کنش زبانی و نهادسازی، می توان ساختار الزام شرعی را به صورت عینی و نهادی بازفهم کرد. بر پایه این خوانش، الزام نه نتیجه احساس یا نیت درونی شارع، بلکه محصول انشای معتبر و پذیرش نهادی در جامعه دینی

حکم شرعی
به مثابه کنش
هنجارگرایی. خوانشی
نواز نظریه محقق
اصفهانی رحمته الله علیه
۳۱

است. این رویکرد، ظرفیت‌های تازه‌ای برای فقه و حقوق فراهم می‌آورد. در فقه، توضیح روشن‌تری از چگونگی پیدایش احکام مولوی و ارشادی می‌دهد و معیار تشخیص اطاعت و عصیان را عینی می‌سازد؛ در حقوق، تفسیر و تقنین را از وابستگی به نیت قانون‌گذار رها کرده و بر اثر هنجاری قواعد متمرکز می‌کند. بدین‌سان، نظریه اصفهانی در قرائت جدیدش، از طریق هنجارگرایی موجّهاتی و هستی‌شناسی آسان، به الگویی کارآمد برای فهم و توسعه نظام حقوقی و فقهی معاصر تبدیل می‌شود.

منابع

قرآن کریم

- خراسانی، محمدکاظم. (۱۳۷۲). *کفایة الأصول*. تهران: اسلامیه.
- آملی، هاشم. (بی‌تا). *تحریر الأصول*. قم: کتاب‌فروشی داوری.
- ارموی، سراج‌الدین محمود بن ابی‌بکر. (۱۴۰۸ق). *التحصیل من المحصول*. بیروت: مؤسسه الرسالة، ۲ جلد.
- اصفهانی، محمدحسین. (۱۴۲۹ق). *نهاية الدراية في شرح الكفاية*. چاپ دوم. بیروت: مؤسسه آل البيت (ع). ۱۴۰۵
- ایچی، عبدالرحمان بن احمد. (۱۴۲۱ق). *شرح العنصر على مختصر المنتهى الأصولی*. بیروت: دار الکتب العلمیه.
- ایروانی، علی. (۱۳۸۰). *الأصول في علم الأصول*. قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- ایکی، محمد بن ابی‌بکر. (۱۴۳۸ق). *معراج الوصول في شرح منهاج الأصول للبيضاوی*. بیروت: دار البشائر الإسلامية.
- انصاری، مرتضی. (۱۴۲۸ق). *فرائد الأصول*. چاپ نهم. قم: مجمع الفکر الإسلامی.
- طوفی، سلیمان بن عبدالقوی. (۱۴۰۷ق). *شرح مختصر الروضة*. بیروت: مؤسسه الرسالة.
- عراقی، ضیاء‌الدین. (۱۳۷۰ق). *بدائع الأفكار في الأصول*. نجف اشرف: المطبعة العلمیه.
- فاضل، محمدعلی. (۱۳۹۰). *الجامع في أصول الفقه*. قم: دار التفسیر.
- خوئی، ابوالقاسم. (۱۴۱۹ق). *دراسات في علم الأصول*. قم: مؤسسه دائرة معارف الفقه الاسلامی.
- خوئی، ابوالقاسم. (۱۴۲۲ق). *مصباح الأصول*. قم: کتاب‌فروشی داوری.

جستارهای

فقهی‌واصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

۳۲

صدر، محمدباقر. (۱۴۱۷ق). **بحوث فی علم الأصول**. چاپ سوم. قم: مؤسسه دائرة معارف الفقه الاسلامی.

Field, H. (1980). *Science without Numbers: A Defence of Nominalism*. Princeton, NJ: Princeton University Press.

Fine, K. (2008). "The Question of Ontology." *Synthese*, 160(3), 449–474. DOI: 10.1007/s11229-007-9233-3.

Kripke, S. A. (1980). *Naming and Necessity*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

Lewis, D. (1986). *On the Plurality of Worlds*. Oxford: Blackwell.

Quine, W. V. (1948). "On What There Is." *The Review of Metaphysics*, 2(5), 21–38. DOI: 10.2307/20123117.

Thomasson, A. L. (2014). *Ontology Made Easy*. Oxford: Oxford University Press.

Thomasson, A. L. (2020). *Norms and Necessity*. Oxford: Oxford University Press.

حکم شرعی
بہم ثابۃ کنش
ہنجاری. خوانشی
نواز نظریۂ محقق
اصفیہانی رحمۃ اللہ علیہ
۳۳

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳

۱۴۰۵

۳۴



Modelling the Lawmaker's Commands and Prohibitions: A Systemic Approach to Resolving Methodological Issues in *Uṣūl al-Fiqh*

Majid Asl Ghavabesh¹

1. Kareem Ahlul Bayt Qom Institute of Usuli Jurisprudence, Qom, Iran. chychypychy@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-4013-1527>

Article Info

Article Type:

Research Article

Article History:

Received 22 JUL 2025

Received in revised form
25 OCT 2025

Accepted 26 OCT 2025

Keywords:

The Lawmaker's
Commands and
Prohibitions, Network
Analysis, Ontological
Analysis, Modelling,
Conventional Constructs
(I'tibārāt)

ABSTRACT

The Holy Lawmaker (*al-shāri' al-muqaddas*) consistently utilizes the social conventions of rational agents (*'uqalā'*) to communicate legal rulings to legally accountable individuals (*mukallaḥūn*). Because human social organization is governed by interconnected systems, identifying the constituent components and internal relationships within a given domain provides an effective model for addressing and resolving related methodological problems. One such domain is the rational system of commands and prohibitions (*niẓām al-amr wa al-nahī al-'uqalā'ī*). By uncovering this system through an analysis of its underlying elements, formulating precise definitions of its principal components, and mapping them onto divine legislation, one can construct a robust "model of the Lawmaker's commands and prohibitions."

This study examines the efficacy of conceptual modelling in addressing unresolved issues within the discipline of principles of jurisprudence (*uṣūl al-fiqh*). Employing a network analysis methodology grounded in ontological analysis, the research is structured around three primary axes: discovering the rational

Cite this article:

Aslghavabesh. M (2026). "Modelling the Lawmaker's Commands and Prohibitions: A Systemic Approach to Resolving Methodological Issues in *Uṣūl al-Fiqh*" *Journal of Jurisprudential and Fundamental Studies*. 12(43), 11-11.



© The Author(s).

Publisher: Islamic Propagation Office of Qom Seminary- Khorāsān-e-Razavi Branch. DOI: <https://doi.org/10.22034/jrj.2026.71677.2976>

system of commands and prohibitions, constructing the theoretical model, and applying the model to *uṣūlī* problems.

The findings demonstrate that applying this methodology to the ontology of a problem yields a granular analysis of its foundational elements-including rational agents, commands, and prohibitions. Furthermore, applying it to operational mechanisms illuminates core processes, such as the relationship between conventional constructs (*i'tibārāt*) and divine commands and prohibitions. To attain results that are either strictly true or closely approximate the truth, this study recommends developing comprehensive models across major subfields of *uṣūl al-fiqh* to address its core theoretical challenges in a systematic manner.

مدلسازی امر و نهی شارع از طریق کشف سیستم امر و نهی عقلا جهت حل مسئله^۱

۱. مجید اصل غوابش 

۱. دانش پژوه مؤسسه فقهی اصولی کریم اهل بیت: قم. ایران. رایانامه: chychypychy@gmail.com

کد ارکید: https://orcid.org/0009-0009-4013-1527



تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۶/۲۵

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۴/۱۱/۰۵

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۱۱/۰۶

مدلسازی امر
و نهی شارع از
طریق کشف
سیستم امر و نهی
عقلا جهت حل
مسئله
۳۷

چکیده

همواره شارع مقدس برای ابلاغ احکام خود به عموم مکلفین، از نظام‌های اجتماعی عقلا استفاده نموده است. با توجه به نظام اجتماعی انسانی که از نظام‌واره‌ها (سیستم‌ها) شکل گرفته است، می‌توان با کشف اجزا و روابط یک نظام‌واره، به مدلی برای حل مسائل دست یافت. یکی از این نظام‌واره‌ها، «امر و نهی عقلا» است. با کشف سیستم امر و نهی عقلا از طریق تحلیل روابط بین اجزای سیستم و تعریف جامع از مؤلفه‌های اصلی و تطبیق آن بر امر و نهی شارع، می‌توان به «مدل امر و نهی شارع» دست یافت. هدف نوشتار، بررسی کارآمدی مدلسازی در پاسخ به مسائل دانش اصول فقه است. این مقاله به روش «تحلیل شبکه‌ای» و با استفاده از ابزارهای «تحلیل وجودشناسانه»، در سه محور

۱. اصل غوابش، مجید (۱۴۰۵). «مدلسازی امر و نهی شارع از طریق کشف سیستم امر و نهی عقلا جهت حل مسئله».

جستارهای فقهی و اصولی. ۱۲: ۴۲ (۱). صص: ۱۱-۱۱. <https://doi.org/10.22034/jrj.2026.71677.2976>



© ۱۴۰۴. نویسندگان دارنده حق مؤلف مقاله خود بدون محدودیت هستند.
ناشر: مرکز تخصصی آخوند خراسانی دفتر تبلیغات اسلامی خراسان رضوی.

«کشف سیستم امر و نهی عقلا»، «مدل سازی» و «بهره برداری از مدل» شکل گرفته است. یافته های این پژوهش نشان می دهد که کاربری این روش در چستی یک مسئله، موجب تحلیل عناصر بنیادی - مانند عقلا، امر و نهی - و در چگونگی، سبب شناخت فرآیندهای آن - مانند ارتباط ادراکات اعتباری با امر و نهی شارع - شده است. همچنین، برای رسیدن به پاسخ های واقعی یا نزدیک به واقع، پیشنهاد می گردد که مدلهایی جامع در موضوعات کلان دانش اصول فقه، جهت حل نظام مند مسائل طراحی گردد. **کلید واژه ها:** امر و نهی شارع؛ تحلیل شبکه ای؛ تحلیل وجودشناسانه؛ مدل سازی؛ ادراکات اعتباری.

مقدمه

هر نظام اجتماعی - به اقتضای نظام بودنش - بر پایه هایی استوار است؛ پایه هایی که مفاهیم، مخاطب، زندگی، ارزیابی ها و داوریه ها بر آنها نهاده می شود تا این که نظام سامان یابد (علیدوست، ۱۳۹۸، ۱۰۲). همه نظام واره هایی که ذیل نظام اجتماعی قرار می گیرند، در گستردگی و شمول یکسان نیستند. گاه یک نظام واره چنان فراگیر و شامل است که تقید به هیچ زمان، مکان و آیینی بر نمی تابد. یکسان نبودن را می توان در تأثیر این نظام واره ها در نظم اجتماعی و زندگی مردم دید. برخی چنان به حق مؤثر هستند که نبود آنها، زوال نظم، هلاک امت و خرابی بلاد را به دنبال دارد (علیدوست، ۱۳۹۸، ۱۰۳). از جمله آنها که این ویژگی را دارا است، «نظام واره امر و نهی عقلا» است. پدیده «نظام واره امر و نهی عقلا» کاشف از اندیشه انسان ها است که با توجه به آن، «تأسیس معینی» را سامان داده و «بنایی» را به وجود آورده است. این نظام واره پدیده ای است که هرگاه عقلا بخواهند آن را در قالب الفاظ - مکتوب یا شفاهی - بیان کنند، آن را به شکل «موضوع» و «محمول» بروز می دهند. با کشف اجزای و روابط امر و نهی عقلا و انطباق آن با شرع، می توان به مدلی از امر و نهی شارع دست یافت. مدل، شبیه ساز واقع خارجی به وسیله ترسیم روابط اجزای درونی و بیرونی است (واسطی، ۱۳۹۸، تحقیق شبکه ای، ۵). با دستیابی به مدل و عرضه مسائل به آن، می توان پاسخ هایی نزدیک به واقعیت دریافت نمود. مدل

جستارهای
فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

۳۸

و پاسخ یک مسئله رابطه مستقیمی با هم دارند؛ به طوری که هرچه مدل به واقع نزدیک تر باشد، پاسخ ها نیز به همان میزان به واقع نزدیک تر خواهند بود.

فرضیه مقاله: دستیابی به مدل امر و نهی شارع از طریق کشف سیستم امر و نهی عقلا جهت حل مسئله؛

اهداف مقاله: اهداف اولیه، میانی و نهایی این مقاله به ترتیب، عبارتند از کشف سیستم امر و نهی عقلا، تطبیق با امر و نهی شارع و مدل امر و نهی شارع جهت حل مسئله. بنابراین مباحث پیش رو در سه محور مورد بررسی قرار خواهد گرفت:

محور اول (کشف): تبیین و تفسیر مؤلفه های سیستم امر و نهی عقلا و تولید تعاریف آن ها (امر، نهی، عقلا)، بازتعریف اجزای اصلی سیستم و تطبیق سیستم بر نمونه خارجی (قانون کار کشور).

محور دوم (مدل سازی): مقایسه اجزای سیستم امر و نهی عقلا با امر و نهی شارع.

محور سوم (بهره برداری): استفاده از مدل امر و نهی عقلا در حل مسئله اجتماع امر و نهی.

این مقاله با روش «تحلیل شبکه ای»^۱ شکلی روش مند در مباحث به دنبال خواهد شد.

پیش فرض های مقاله عبارتند از استفاده از ابزارهای تحلیل وجودشناسانه «علل اربع»^۲، «مقولات عشر»^۳ و «مقومات سته حرکت»^۴ (واسطی، ۱۳۹۹، ۱/۱۲۴)، وضع الفاظ برای «روح معنا» (طباطبایی، ۱۳۸۳، ۳۱/۱) و استفاده از واژه های «سیستم» و

مدلسازی امر
ونهی شارع از
طریق کشف
سیستم امر و نهی
عقلا جهت حل
مسئله

۳۹

۱. تحلیل شبکه ای یعنی دستیابی به مراحل تکون موضوع یا مفهوم، از بدیهیات تا رسیدن به مفهوم مورد نظر که کلیه لایه های ذهنی، زبانی، فردی، جمعی، ساختاری، محسوس و غیر محسوس را دربرمی گیرد (واسطی، ۱۳۹۸، ۲۱).

۲. منظور از علل اربع، سؤال از عامل پدیدآورنده (علت فاعلی)، سؤال از جنس پدیده (علت مادی)، سؤال از شکل و قالب و صورت پدیده (علت صوری) و سؤال از هدف تحقق پدیده (علت غایی) است (واسطی، ۱۳۹۸، ۲۱).

۳. سؤال از ویژگی های ده گانه یک موضوع که معادل آن ها، واژگان «جوهره و اصل وجود، اندازه و مقدار، چگونگی و کیفیت، اجزا و عناصر داخلی، نسبت آن با اشیای دیگر، موقعیت زمانی، موقعیت مکانی، کلان یا خرد بودن، اثرپذیری، اثرگذاری» است (واسطی، ۱۳۹۸، ۲۲).

۴. عوامل شش گانه حرکت که مقوله حرکت را ایجاد می کنند، عبارتند از متحرک، محرک، نقطه شروع حرکت، سرعت حرکت، جهت حرکت و نقطه پایان حرکت (واسطی، ۱۳۹۸، ۲۵).

«مدل» به جای واژگان «نظام‌واره» و «الگو».

در پژوهش‌های پیشین، موضوع «امر و نهی» تنها در کتب اصولی و ذیل مباحث کلی مطرح شده است. نوآوری این مقاله، در روش، استفاده از «تحلیل وجودشناسانه» بر اساس «الگوریتم اجتهاد» (واسطی، ۱۳۹۹، ۸۰/۱) و در محتوا، تکیه بر «نظریه اعتباریات علامه طباطبائی» (طباطبائی، ۱۳۹۹، ۱۴۱/۲) است. انگیزه این تحقیق، خلأ پژوهشی در کشف سیستم امر و نهی عقلا و مدل‌سازی است. تمایز این پژوهش، دستیابی به مدلی از امر و نهی شارع برای حل مسائل اصول فقه است. مؤلفه‌های اصلی این تحقیق «امر»، «نهی» و «عقلا» هستند. درباره امر و نهی تعاریفی ارائه شده است؛ اما «عقلا» تعریف مستقلی ندارد و بحث درباره آن حول «سیره عقلا» خارج از محدوده این مقاله است. امر در لغت به معنای «طلب» است؛ یعنی ابراز اراده از طریق گفتار، نوشتار یا اشاره (مظفر، ۱۳۹۴، ۱۰۶/۱). نهی نیز مقابل امر تعریف شده است (سبحانی تبریزی، ۱۳۹۴، ۳۲). در این پژوهش، هر یک از این مؤلفه‌ها با استفاده از تحلیل شبکه‌ای بررسی و تعریف جامعی از آن‌ها ارائه خواهد شد. ابتدا «عقلا» و سپس «امر و نهی» تحلیل شده و در نهایت، تعریف کامل‌تری از «امر و نهی عقلا» استخراج می‌گردد.

جستارهای
فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

۴۰

۱. کشف سیستم امر و نهی عقلا

در استفاده از «تحلیل وجودشناسانه»، تبیین و تفسیر علل «فاعلی» و «صوری» از دیگر علل مهم‌تر هستند. هرچند می‌توان علل «مادی» و «غایی» را نیز با این ابزار مورد بررسی قرار داد، بیشترین شناخت یک پدیده در گرو شناخت علت فاعلی و علت صوری آن است. از این رو، به تبیین و تفسیر آن‌ها می‌پردازیم.

۱/۱. تبیین و تفسیر پیدایش «عقلا» (علت فاعلی)

۱/۱/۱. چیستی «عقلا»

ابتدا باید به معنای دقیق لغوی «عقلا» دست یابیم. برای دستیابی به معنای لغوی «عقلا»، دو گام را پیش می‌رویم.

۱/۱/۱. دامنه‌ی معنایی «عقل»

«عقلا» جمع «عقل» و ریشه‌ی آن «عقل» است. با استقرای دامنه‌ی معنایی «عقل» و حذف مشترکات، مشخص می‌شود که تمایزات آن شامل موارد زیر است: «بستن شکم شتر برای آماده‌سازی سفر» (ابن سیده، ۱۴۱۷ق، ۱/۲۰۴)، «بازدارنده از گفتار و کردار ناپسند» (فراهیدی، ۱۳۸۰ق، ۱/۱۵۹)، «نیک‌فهمی» (ابن فارس، ۱۹۶۹م، ۴/۶۹)، «نقطه‌ی مقابل جهل» (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ۱۱/۴۵۹)، «شناختن آنچه قبلاً نمی‌دانست» (راغب اصفهانی، ۱۴۲۲ق، ۱/۵۷۷)، «مقابل حماقت» (جوهری، ۱۴۰۴ق، ۵/۱۷۶۹)، «جمع‌کننده‌ی کار و نظر خویش» (ابن سیده، ۱۴۱۷ق، ۱/۲۰۴)، «کسی که خود را نگه می‌دارد و از هوای نفس باز می‌گردد» (راغب اصفهانی، ۱۴۲۲ق، ۱/۵۷۷)، «ثبات در امور» (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ۱۱/۴۵۹)، «چون انسان را از فروافتادن در هلاکت باز می‌دارد» (فراهیدی، ۱۳۸۰ق، ۱/۱۵۹)، «تمیزی که انسان را از دیگر حیوانات جدا می‌کند» (ابن فارس، ۱۹۶۹م، ۴/۶۹) و «قوه‌ای آماده برای پذیرش علم» (جوهری، ۱۴۰۴ق، ۵/۱۷۶۹).

مدلسازی امر
ونهی شارع از
طریق کشف
سیستم امر و نهی
عقلا جهت حل
مسئله

۴۱

۱/۱/۲. روح معنایی «عقل»

پس از اینکه شکل‌های مختلف واژه «عقل» را یافتیم، باید به دنبال بسیط‌ترین و اولی‌ترین معنایی باشیم که در قالب مصادیق عرضه شده است. به این معنای بسیط و اولی «روح معنا» گفته می‌شود (طباطبایی، ۱۳۹۰، ۶۷).

با ارتباط بین معانی به‌دست‌آمده، مانند بستن پای شتر که عملی عینی برای مهار کردن، کنترل و جلوگیری از گم شدن یک حیوان باارزش است و انتقال این مفهوم به سطح معنوی، درمی‌یابیم که این عمل دقیقاً معادل کارکرد «عقل» به‌عنوان ریشه‌ی این واژه است؛ به این ترتیب که فهم، علم، معرفت و هوشیاری، به‌عنوان مفاهیمی هم‌سنخ و مواد اولیه برای «تشخیص»، زمانی معنا می‌یابند که نسبت به حق و باطل، درستی و نادرستی تمایز قائل شوند. این «قوة تشخیص» اگر تنها در ذهن محدود بماند، سودمند نیست، بلکه باید در گفتار و کردار متجلی شود تا فرد را به کمال واقعی برساند. در نهایت، با کنار گذاشتن مفهوم دارنده

این قوه، می‌توان روح معنایی عقل را «قوة تشخیص انجام عمل نیکو و ترک عمل قبیح» تصویر نمود^۱ (واسطی، ۱۳۹۵، ۱۲).

هدف اصلی، معنای «عقلا» بود. وزن کلمه کالفصل برای تعریف عقلا است (واسطی، ۱۳۹۵، ۱۴). همان‌طور که می‌دانیم، «عقل» که مفرد «عقلا» است، به‌عنوان «صفت» در کتب صرفی شناخته شده است. اگر بخواهیم به معنای عقلا دست یابیم، باید موصوف آن را مشخص سازیم و موصوف کسی است که دارنده این قوه است؛ بنابراین، باید معنای به‌دست‌آمده را به صورت «موصوف و صفت» بازتعریف نماییم: به انسان‌هایی که قوه تشخیص انجام عمل نیکو و ترک عمل قبیح را دارند، «عقلا» گفته می‌شود.^۲

با توجه به معنای به‌دست‌آمده و با استفاده از «تحلیل وجودشناسانه»، به تولید تعریف اولیه و با دقت‌سازی آن، به تعریف نهایی می‌پردازیم. برای کشف تعریف اولیه، از پرسش درباره «علل اربع» در موضوع و برای دقت‌سازی تعریف، از پرسش درباره «مقولات عشر» در «علت صوری» به صورت زیر بهره خواهیم برد:

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳

۱۴۰۵

۴۲

تعریف اولیه	پاسخ	علل اربع
انسان به‌منظور تشخیص انجام عمل نیکو و ترک عمل قبیح، از ادراکاتی با کمیت و کیفیت خاص استفاده می‌نماید.	انسان	علت فاعلی
	ادراکات	علت مادی
	کمیت و کیفیت استفاده از ادراکات	علت صوری
	تشخیص انجام عمل نیکو و ترک عمل قبیح	علت غایی

۱. معنای ریشه کالجنس برای تعریف است.

۲. از این تعریف می‌توان برداشت نمود که لغت‌شناسان، عقل را به «عقل عملی» شناخته بودند نه عقل فلسفی.

پرسش از مقولات عشر در علت صوری (ادراکات):

۱	جوهره و اصل وجود	نوعی یافتن (علم، معرفت، فهم)	۶	موقعیت زمانی	همه زمان‌ها
۲	اندازه و مقدار	تعداد آن تابع تعداد مدرکات؛ عمق: رسوخ در ذهن (ارتکاز)؛ طول: تداوم انجام و ترک عمل طبق ادراکات (سیره‌ساز)	۷	موقعیت مکانی	همه مکان‌ها
۳	چگونگی و کیفیت	از طریق ابزار حس؛ ظرف آن ذهن است؛ با ورود معقولات اولی به ذهن شکل می‌گیرد؛ کشف از واقع می‌کند.	۸	کلان یا خرد بودن	کلان از جهت بنیادی بودن
۴	اجزا و عناصر داخلی	بسیط است.	۹	اثربرداری	از واقع خارجی؛ با تصرف ذهن در آن تغییر می‌کند؛ از قوای نفسانی مثل تخیل و واهمه اثر می‌پذیرد.
۵	نسبت آن با اشیای دیگر	از موجودات خارجی حکایت‌گری دارد؛ آثار موجودات خارجی را ندارد؛ زمینه‌ساز اراده و عمل	۱۰	اثربگذاری	موجب قدرت تشخیص ذهن؛ بر عمل غیرمستقیم تاثیر دارد.

مدلسازی امر
ونهی شارع از
طریق کشف
سیستم امر و نهی
عقلا جهت حل
مسئله
۴۳

با تحلیل داده‌هایی که از پاسخ به علل اربع و مقولات عشر به دست آمد، می‌توان تعریف نهایی را این گونه عبارت‌پردازی نمود: به افرادی که با توان ذهنی و حواس خود، ادراکاتی - با ویژگی‌های سادگی، بازنمایی واقعیت، بی‌تأثیری خارجی، تأثیرپذیری از نفس، مبنای عمل، جهان‌شمولی و بنیادین - را برای تشخیص اعمال نیک و بد دریافت می‌کنند، «عقلا» می‌گویند. نهادینه شدن این

ادراکات، «ارتکاز» و تداوم عمل به آن‌ها «سیره» نامیده می‌شود.^۱ به‌منظور رسیدن به لایه‌های بنیادین انسان، باید قوه تشخیص وی را مورد بررسی قرار داده و چگونگی آن را تحلیل نماییم.

۱/۱/۲. چگونگی تشخیص انجام و ترک عمل عقلا (علت صوری)

برخی از موجودات زنده از مسیر «علم» و «آگاهی» افعال خود را انجام می‌دهند؛ یعنی تا به چیزی علم و آگاهی نداشته باشند، به آن عمل نمی‌کنند (عمل متوقف بر علم است). از این رو، به آن‌ها «فاعل علمی» یا «فاعل شناسا»^۱ گفته می‌شود. انسان نیز به‌عنوان فاعل شناسا، همه افعال خود را با آگاهی انجام می‌دهد (طباطبایی، ۱۳۹۹، ۱۸۹/۳).

انسان از تولد تا مرگ، دارای نیازهای طبیعی متناسب با «ساختار بدنی»^۲ خود است که برآورده شدن آن‌ها به تکامل و تداوم حیاتش می‌انجامد (جواد آملی، ۱۳۸۵، ۸۷/۷). او از یک سو فاعل شناسا است و از سوی دیگر باید نیازهایش را از طریق افعال برطرف کند. ادراکات نقطه ارتباط این دو هستند؛ فاعل شناسا با واسطه قرار دادن ادراکات، به فعل مبادرت می‌ورزد تا به کمال برسد؛ بنابراین، دستگاه ادراکی، زمینه‌ساز فعل و کمال است و ناتوانی آن خللی در حیات انسان ایجاد می‌کند. پرسش کلیدی اینجا است که چه ارتباطی بین «نیازها» و «آگاهی» انسان وجود دارد؟ برای پاسخ به این پرسش، باید ارتباط میان «ذهن»، «احساسات» و «خارج ذهن» را بررسی نماییم. هنگامی که انسان احساسی را از طریق ساختمان بدنی خود درک می‌نماید، نیازی برای پاسخگویی به آن در وی ایجاد می‌گردد. تلاش انسان برای پاسخگویی به این نیاز، مرحله‌ای دارد که ضمن یک مثال، به توضیح آن می‌پردازیم:

جستارهای
فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

۴۴

۱. مراد از «فاعل شناسا» همان اصطلاحی است که در آثار فلاسفه اسلامی به‌کار برده شده است. البته در آثار ملاصدرا این اصطلاح به‌طور مستقیم استفاده نشده است؛ اما اصطلاح «نفس» همان فاعل شناسا است (نجاتی و دیگران، ۱۳۹۸، ص ۱۰).

۲. ساختمان بدنی انسان، همان «صورت نوعی انسان» است. هر نیازی نسبت به «صورت نوعی» هر موجودی پدید می‌آید.

مرحله اول: انسان با علم حضوری،^۱ «گرسنگی» را در خود می‌یابد؛ این حس برای او نیازی به نام «سیری» ایجاد می‌کند. در این مرحله، بین انسان و «گرسنگی» که غایت «فعل خوردن» است، اعتباری به نام «باید» پدید می‌آید که «واجب بالذات» نام دارد. صورت این اعتبار، ضمن یک مثال، به این شکل است: «من باید سیر شوم».

مرحله دوم: هرچند در مرحله اول، اعتباری برای رسیدن به غایت پدید آمد؛ اما با تصور واقع خارجی، غایت محقق نمی‌شود که همان سیری واقعی خارجی است؛ بلکه برای رسیدن به واقع خارجی، در مرحله دوم، ارتباطی در ذهن بین «غایت»، «فعل» و «متعلقات فعل» ایجاد می‌گردد و اعتباری به نام «باید» پدید می‌آید که «واجب بالغیر» نام دارد. صورت این اعتبار، ضمن مثال قبل، به این شکل است: «من باید غذای فلان را بخورم».

مرحله سوم: این اعتبار، زمینه را برای انجام عمل فراهم می‌سازد. به سخن دیگر، هنگامی که ذهن انسان «باید» را اعتبار می‌نماید، به اراده او تعلق گرفته و در اعضا و جوارح او سریان پیدا می‌کند. در نتیجه، به انجام یا ترک فعل خارجی مبادرت می‌ورزد.

نکته کلیدی این است که ذهن انسان با «تصورات» مرتبط است؛ اما رفع نیازها مستلزم تحقق افعال خارجی است. مثلاً هنگام گرسنگی (علم حضوری)، ابتدا تصور گرسنگی (علم حصولی) در ذهن شکل می‌گیرد؛ اما پاسخ به نیاز، غذای واقعی است، نه صرف تصور آن. در اینجا پرسش اساسی مطرح می‌شود که چرا ذهن به تصورات خود اعتبار «باید» می‌دهد؟ پاسخ این است که ذهن، اگرچه با تصوراتی که از ساختمان بدنی یا محیط به دست می‌آید، ارتباط دارد؛ اما برای دستیابی به واقعیت خارجی، به آن‌ها اعتبار وجود خارجی می‌بخشد؛ بنابراین، در رفع نیازها دو اعتبار رخ می‌دهد:

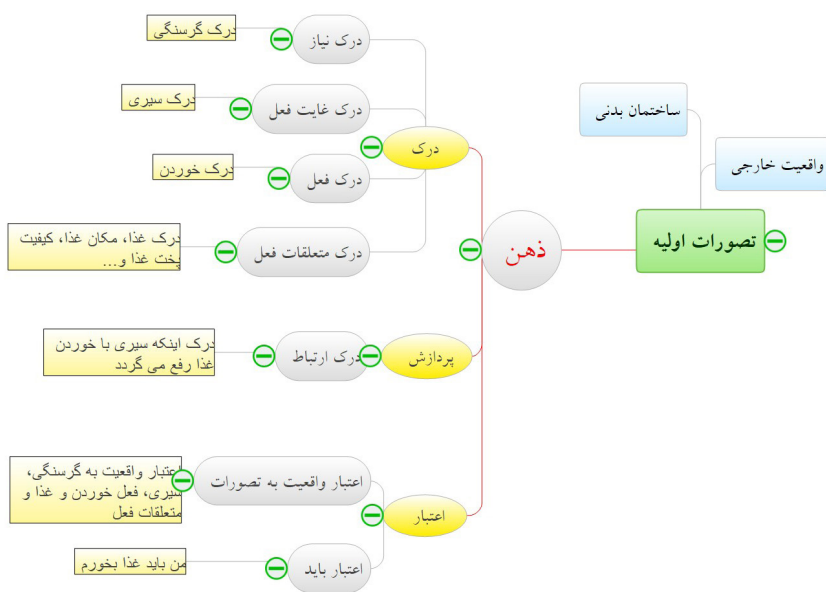
اعتبار اول: به تصورات خود اعتبار واقعیت می‌بخشد. مثلاً از احساس «سیری»

۱. ابتدا با علم حضوری گرسنگی را درک کرده است (بدون واسطه مفهوم)؛ اما پس از آن، ذهن از گرسنگی تصویرسازی می‌نماید و مفهوم گرسنگی نیز در ذهن حاصل می‌گردد (علم حصولی).

و از فعلِ خوردنِ خود یا از فعل خوردن دیگران - که از طریق حواس حاصل شده است - و نیز متعلقات فعل، مفاهیمی را در ذهن ادراک می‌نماید که به همه این عناوین اعتبار واقعیت می‌بخشد.

اعتبار دوم: اعتبار «باید» بین تصورات؛ یعنی بین عناوین «سیری»، «خوردن» و «متعلقات خوردن»، اعتبار «باید» صورت می‌گیرد؛ مانند «من باید سیر شوم»، «من باید غذا بخورم» و «من باید فلان غذا را، در فلان مکان، در ظرف فلان و... بخورم».

نمودار زیر نمایی کلی از این فرایند را نشان می‌دهد:



جستارهای

فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

۴۶

بنابراین، ذهن انسان فرض‌ها و نسبت‌هایی را به منظور رفع نیازهای حیاتی خود می‌سازد که به آن «ادراکات اعتباری» گفته می‌شود (طباطبایی، ۱۳۹۹، ۱۴۳/۲). برای شناخت بیشتر ادراکات اعتباری، ابتدا از علل اربع پرسش و سپس از مقولات عشر در هر علت، پرسش را شروع می‌نماییم:

علل اربع	پاسخ	شناخت اولیه
علت فاعلی	ذهن انسان	ذهن انسان به منظور رفع نیازهای حیاتی، ادراکاتی را به صورت فرض‌ها و نسبت‌ها به وجود می‌آورد.
علت مادی	ادراکات	
علت صوری	کمیت و کیفیت فرض‌ها و نسبت‌ها	
علت غایی	رفع نیازهای حیاتی	

پرسش از مقولات عشر	علت فاعلی (ذهن انسان)	علت مادی (ادراکات)	علت صوری (فرض‌ها و نسبت‌ها)	علت غایی (رفع نیازهای حیاتی)
جوهره و اصل وجود	نفس	مجرد	ادراکات بر ساخته	نیازهای زیستی
اندازه و مقدار	بسیط	بسیط	تابع رفع احتیاجات	به اندازه همه احتیاجات
چگونگی و کیفیت	قابلیت درک، پردازش و حکم کردن	کشف از واقع	می‌توانند در ذهن باشند و از آن، به صورت الفاظ (مکتوب یا شفاهی)، به خارج منتقل شوند.	رسیدن به مطلوب واقعی که نیاز رفع شود.
اجزا و عناصر داخلی	اجزا ندارد؛ ولی مراتب دارد: قوای نفسانی	بسیط	تصورات اولی، موضوع، محمول، نسبت	نیازهای زیستی، امنیتی، اجتماعی، خود شکوفایی و خودانگیزی ^۱
نسبت آن با اشیای دیگر	ارتباط مستقیم با بدن (جوارح) و ارتباط غیر مستقیم با دیگران	به طور مستقیم با ذهن ارتباط دارد.	به طور مستقیم با ذهن و قوه فعاله انسان ارتباط دارد و به طور غیر مستقیم با دیگران	با رشد انسان، محیط، جامعه و جوامع دیگر ارتباط دارد.

مدلسازی امر
و نهی شارع از
طریق کشف
سیستم امر و نهی
عقلا جهت حل
مسئله
۴۷

۱. این نیازها، طبق هرم نیازهای مازلو نوشته شده است.

پرسش از مقولات عشر	علت فاعلی (ذهن انسان)	علت مادی (ادراکات)	علت صوری (فرض‌ها و نسبت‌ها)	علت غایی (رفع نیازهای حیاتی)
موقعیت زمانی	در همهٔ زمان‌ها	در همهٔ زمان‌ها	در همهٔ زمان‌ها	در همهٔ زمان‌ها
موقعیت مکانی	در همهٔ مکان‌ها	در همهٔ مکان‌ها	در همهٔ مکان‌ها	در همهٔ مکان‌ها
کلان یا خرد بودن	خرد (جزئی)، ناظر به یک انسان	خرد و کلان (جزئی و کلی)	کلان و خرد	کلان و خرد
اثرپذیری	از واقع خارجی	از واقع خارجی	عدم رفع نیاز، آن‌ها را از بین می‌برد یا تغییر می‌کنند؛ در حال تغییر با توجه به اغراض	از رسیدن به مطلوب واقعی اثر می‌پذیرد.
اثرگذاری	بر اعضا و جوارح خود به‌طور مستقیم و بر دیگران با واسطه	بر ذهن انسان	بر ارادهٔ انسان به‌طور مستقیم و بر ارادهٔ دیگران به‌طور غیر مستقیم اثر می‌گذارد.	بر رشد انسان، محیط و جامعه اثر می‌گذارد.

با تحلیل داده‌هایی که از پاسخ به علل اربع و مقولات عشر به دست آمد، می‌توان شناخت نهایی از ادراکات اعتباری را این گونه عبارت‌پردازی نمود:

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳

۱۴۰۵

۴۸



بنابراین، قوهٔ تشخیص انسان با ادراک نیازهایی که ملائم با نفس وی هستند و او را به کمال خود می‌رسانند و نیز ادراک چیزهایی که مانع از رفع نیاز او هستند، اعمال نیکو و قبیح را تشخیص می‌دهد. به سخن دیگر، هر عملی که انسان را به نیاز حیاتی و کمال وی می‌رساند، «عمل نیکو» و هر عملی که مانع از رفع نیاز و رسیدن به کمال اوست، «عمل قبیح» نامیده می‌شود.

نقطهٔ عطف «عقلا» با «امر و نهی» این است که اگر ادراکات ساخته شده یک انسان به دیگر انسان‌ها تعلق بگیرد، «امر و نهی» پدید می‌آید. برای روشن‌تر شدن مطلب و تبیین ارتباط «ادراکات اعتباری» با «امر و نهی عقلا»، ابتدا با استفاده از «تحلیل وجودشناسانه»، به تولید تعریف اولیهٔ «امر و نهی» و دقیق‌سازی آن و سپس به تبیین ارتباط بین آن‌ها می‌پردازیم.

۱/۱/۲/۱. تبیین و تفسیر «امر و نهی»

با استفاده از «تحلیل لغوی» می‌توان تعریف جدیدی از «امر و نهی» بازتولید نمود. نکتهٔ قابل توجه این است که امر و نهی، دو صورت از یک چیز هستند؛ یکی دستور به انجام فعل است که «امر» نامیده می‌شود و دیگری دستور به ترک آن که «نهی» خوانده می‌شود. از این رو فقط به دقیق‌سازی تعریف «امر» از طریق سوال از مقولات عشر در علل اربع، می‌پردازیم:

علل اربع	پاسخ	شناخت اولیه
علت فاعلی	فاعل شناسا	فاعل شناسا برای حصول غرض خود،
علت مادی	الفاظ	الفاظ را با کمیت و کیفیت خاصی
علت صوری	کمیت و کیفیت الفاظ	ابلاغ می‌نماید. کیفیت یا کمیت
علت غایی	حصول غرض	خاص، تابع غرض است.

برای دقیق‌سازی تعریف اولیه، پرسش از «مقولات عشر» در «علل اربع» را آغاز می‌نماییم:

پرسش از مقولات عشر	علت فاعلی (فاعل شناسا)	علت مادی (الفاظ)	علت صوری (کمیت و کیفیت استفاده از الفاظ)	علت غایی (حصول غرض)
جوهره و اصل وجود	عموم عقلا	صوت	کتبی یا شفاهی	نیاز به منفعت و دفع ضرر
اندازه و مقدار	فردی؛ جمعی؛ سازمانی	به تعداد اغراض	به تعداد اغراض	به اندازه و مقدار نیاز
چگونگی و کیفیت و وضعیت	مُدِرک ادراکات؛ وضعیت علو ^۱	القای آن از طریق گفتار یا نوشتار	به صورت گزاره انشائی یا خبری در مقام انشا	انجام یا ترک فعل
اجزا و عناصر داخلی	دارای قوه مدرکه	مفردات	مفردات	بسیط
نسبت آن با اشیای دیگر	با ادراکات خود بی واسطه و با دیگران با واسطه	غیر مستقیم	غیر مستقیم	با رفع نیاز و الفاظ ارتباط مستقیم و با خارج ارتباط غیر مستقیم
موقعیت زمانی	همه زمان‌ها	همه زمان‌ها	همه زمان‌ها	همه زمان‌ها
موقعیت مکانی	همه مکان‌ها	همه مکان‌ها	همه مکان‌ها	همه مکان‌ها
کلان یا خرد بودن	کلان و خرد	خرد و کلان	تابع غرض	تابع نیاز
اثربرداری	از واقع خارجی	از فاعل شناسا	از فاعل شناسا	عدم اطاعت موجب عدم حصول غرض

۱. وضعیت «علو» بیانگر برتری و سلطه است که شرط ضروری برای امر و نهی محسوب می‌شود. این موقعیت ممتاز، اساس اعتبار نظام پاداش و مجازات است؛ چرا که فقط صاحب وضعیت علو صلاحیت اعطای پاداش یا اعمال مجازات را دارد. به همین دلیل، امر و نهی عقلا همواره مستلزم دارا بودن این موقعیت برتر است. در غیاب علو، هرگونه دستور صرفاً در حد یک درخواست یا التماس خواهد بود؛ زیرا فقدان این موقعیت، امکان مجازات مأمور در صورت عدم اطاعت را سلب می‌کند.

پرسش از مقولات عشر	علت فاعلی (فاعل شناسا)	علت مادی (الفاظ)	علت صوری (کمیت و کیفیت استفاده از الفاظ)	علت غایی (حصول غرض)
اثرگذاری	بر قوه فاعله خود و دیگران	بر اراده و ادراک دیگران	بر اراده و ادراک دیگران	تغییر اراده دیگران؛ در صورت اطاعت، پاداش و در صورت عدم اطاعت، مجازات دارد

با تحلیل داده‌هایی که از پاسخ به علل اربع و مقولات عشر به دست آمد، می‌توان تعریف نهایی «امر» را این گونه عبارت‌پردازی نمود:

به گزاره‌هایی که عموم عقلا (فردی، جمعی و سازمانی) در همه زمان‌ها و مکان‌ها، با وضعیت علو خود، به صورت کتبی یا شفاهی - در قالب انشائی یا خبری در مقام انشا - در مقیاس کلان و خرد، به منظور حصول غرض جلب منفعت و دفع ضرر واقعی، بر اراده دیگران القا نموده و با تحدید آزادی آن‌ها، انجام یا ترک فعلی را از آن‌ها می‌خواهند، «امر» گفته می‌شود؛ به گونه‌ای که دیگران در قبال اطاعت، پاداش دریافت کرده و در صورت عدم اطاعت، مجازات خواهند شد.

با توجه به پردازش‌هایی که گذشت، می‌توان «اجزای اصلی سیستم امر و نهی عقلا» را این گونه ترسیم نمود:

• **آمر:** فاعل شناسایی که با ارزیابی سود، زیان و موقعیت علو، به منظور رفع نیاز فردی یا جمعی، اراده خویش را - که به آن اعتبار واقعیت بخشیده است - به «مأمور» تسری می‌دهد.

• **مأمور:** فاعل شناسایی که با دریافت امر و نهی (کتبی یا شفاهی)، با اختیار، به انجام یا ترک فعل مورد نظر اقدام می‌کند.

• **حکم:** نسبت «بایدی» که آمر بین «مأمور» و «فعل و متعلقات آن» برقرار می‌کند، در حالی که به همه این عناصر اعتبار واقعیت بخشیده است.

• **متعلق حکم:** «عنوان فعل» مورد نظر که نزد آمر و مأمور تصور شده و به آن اعتبار واقعیت داده شده است.

• **موضوع متعلق حکم:** «عنوان متعلق فعل» مورد نظر که نزد آمر و مأمور تصور شده و به آن اعتبار واقعیت داده شده است.

۱/۱/۲/۲. نمای نهایی «سیستم امر و نهی عقلا»^۱

«سیستم امر و نهی عقلا» فرآیندی است که از تصورات اولیه ذهنی فاعل شناسا آغاز می‌شود و با تحقق غرض خارجی به پایان می‌رسد. فاعل شناسا با دریافت‌های حسی از خود و محیط، نیازهای خویش را شناسایی کرده و برای رفع آن‌ها، بین مفاهیم مختلف ارتباط اعتباری برقرار می‌نماید. این ارتباطات، اگرچه در سطح مفاهیم ذهنی شکل می‌گیرند؛ اما فاعل شناسا با اعتبار بخشیدن به تصورات خود، آن‌ها را به مثابه واقعیت خارجی تلقی می‌کند. این اعتبارات، مبنای عمل انسان قرار گرفته و زمینه‌ساز رفتارهای او می‌شوند. اراده حقیقی فاعل شناسا در ابتدا تنها به اعضای بدن خود او تعلق می‌گیرد؛ اما از آنجا که بسیاری از نیازهای انسان در تعامل با دیگران تأمین می‌شود، فاعل شناسا با محاسبه سود و زیان و با در نظر گرفتن موقعیت خود، به دیگران اعتبار «عضو بودن» می‌دهد. بدین ترتیب، همان‌گونه که اراده او به اعضای خود تعلق می‌گیرد، به افعال دیگران نیز سرایت می‌کند. این شکل از اراده را می‌توان «اراده تشریعی» نامید که از طریق الفاظ مکتوب یا شفاهی به دیگران ابلاغ می‌شود. از این رو، انسان با صدور «امر» و «نهی» در پی تأمین نیازهای خود برمی‌آید؛ اما در مقابل، این امر و نهی آزادی دیگران را محدود می‌سازد و طبیعتاً با مقاومت آن‌ها مواجه می‌شود. برای غلبه بر این مقاومت، مهم‌ترین ابزار آمر، اعتبار نظام «پاداش» و «جزا» است که مأمور را به انجام یا ترک فعل ملزم می‌سازد. انسان‌ها همواره برای پیشبرد اهداف خود از این سیستم امر و نهی بهره برده‌اند.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳

۱۴۰۵

۵۲

۱. این سیستم با فرمول مقومات سته حرکت طراحی شده است.

۱/۱/۲/۳. تطبیق سیستم بر نمونه خارجی (قانون کار کشور)

کشف «سیستم امر و نهی عقلا» امکان آزمایش نمونه‌های عینی و بررسی انسجام و کارآمدی آن‌ها را فراهم می‌کند. برای این منظور، از قوانین کلان جامعه، مانند «قانون کار»، استفاده می‌کنیم. به عنوان مثال، «وزارت کار» را در نظر بگیرید که شامل نیروهای انسانی با سطوح شغلی مختلف، قوانین مشخص و شرایط زمانی و مکانی معین است. در این نمونه، مؤلفه‌های «آمر»، «مأمور»، «حکم»، «متعلق حکم» و «موضوع حکم» را تحلیل می‌کنیم.

۱/۱/۲/۴. تطبیق اجزا امر و نهی بر «قانون کار کشور»^۱

	متن قانون	آمر	مأمور (عنوان)	حکم (نوع الزام)	متعلق حکم (فعل)	موضوع حکم
۱	ماده ۱: کلیه کارفرمایان، کارگران، کارگاه‌ها، مؤسسات تولیدی، صنعتی، خدماتی و کشاورزی مکلف به تبعیت از این قانون هستند.	وزارت	کلیه کارفرمایان، کارگران، کارگاه‌ها، مؤسسات تولیدی، صنعتی، خدماتی و کشاورزی	(امر) باید	تبعیت	قانون کار
۲	ماده ۲: کارگر از لحاظ این قانون، کسی است که به هر عنوان، در مقابل دریافت حق‌السعی، اعم از مزد، حقوق، سهم سود و سایر مزایا، به درخواست کارفرما کار می‌کند. ^۲					

مدلسازی امر و نهی شارع از طریق کشف سیستم امر و نهی عقلا جهت حل مسئله
۵۳

۱ برگرفته از تارنمای رسمی وزارت تعاون، کار و رفاه اجتماعی (www.mcls.gov.ir)

۲. ماده دوم، به تعریف کارگر پرداخته است که در تطبیق سیستم امر و نهی عقلا بر امر و نهی شارع، «مکلف» نیز مانند «کارگر» تعریف و اعتبار شده است.

موضوع حکم	متعلق حکم (فعل)	حکم (نوع الزام)	مامور (عنوان)	آمر	متن قانون	
تعهدات، تعهدات غیر مذکور	مسئول بودن (جواب گو)، ضامن بودن	باید، باید	کارفرما، نماینده کارفرما	وزارت	<p>ماده ۳: کارفرما شخصی است حقیقی یا حقوقی که کارگر به درخواست و به حساب او، در مقابل دریافت حق السعی، کار می کند. مدیران و مسئولان و به طور عموم، کلیه کسانی که عهده دار اداره کارگاه هستند، نماینده کارفرما محسوب می شوند و کارفرما مسئول کلیه تعهداتی است که نمایندگان مذکور در قبال کارگر به عهده می گیرند. در صورتی که نماینده کارفرما خارج از اختیارات خود تعهدی بنماید و کارفرما آن را نپذیرد، در مقابل کارفرما ضامن است.</p>	۳
					<p>ماده ۴: کارگاه محلی است که کارگر به درخواست کارفرما یا نماینده او در آنجا کار می کند؛ از قبیل مؤسسات صنعتی، کشاورزی، معدنی، ساختمانی، ترابری، مسافربری، خدماتی، تجاری، تولیدی و... و نظایر آنها جزء کارگاه هستند.^۱</p>	۴

جستارهای فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

۵۴

۱. این مورد مانند مکان «مسجد» در شریعت اعتبار گشته است.

موضوع حکم	متعلق حکم	حکم (نوع)	مامور (عنوان)	آمر	متن قانون	
حکم	(فعل)	(الزام)				
قانون	تبعیت	باید (خبر در مقام انشاء)	کلیه کارگران، کارفرمایان، نمایندگان آنان و کارآموزان و نیز کارگاهها	وزارت	ماده ۵: کلیه کارگران، کارفرمایان، نمایندگان آنان، کارآموزان و نیز کارگاهها مشمول مقررات این قانون می باشند.	۵
کار معین و بهره کشی از دیگری	اجبار کردن	نباید	افراد	وزارت	ماده ۶: بر اساس بند چهار اصل چهل و سوم و بند شش اصل دوم و اصول نوزدهم، بیستم و بیست و هشتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، اجبار افراد به کار معین و بهره کشی از دیگری ممنوع است و مردم ایران، از هر قوم و قبیله که باشند، از حقوق مساوی برخوردار هستند و رنگ، نژاد، زبان و مانند اینها سبب امتیاز نخواهد بود. همچنین، همه افراد اعم از زن و مرد، یکسان در حمایت قانون قرار دارند و هر کس حق دارد شغلی را که به آن مایل است و مخالف اسلام و مصالح عمومی و حقوق دیگران نیست، برگزیند.	۶
مزد	پرداخت نمودن	باید	کارفرما	وزارت	ماده ۳۷: مزد باید در فواصل زمانی مرتب و در روز غیر تعطیل و ضمن ساعات کار، به وجه نقد رایج کشور یا با تراضی طرفین، به وسیله چک عهده بانک و با رعایت شرایط ذیل پرداخت شود.	۷

برای تحلیل، گزاره انشائی ماده ۷ («کارفرما، مزد پرداخت کن») را به عنوان نمونه انتخاب می‌کنیم و اجزای آن را بررسی می‌نماییم:

موضوع و محمول اعتباری:

کارفرما یک عنوان اعتباری است که قانون‌گذار با تعریف ویژگی‌ها و شرایط خاص ایجاد کرده است. افرادی که واجد این شرایط باشند، مصداق «کارفرما» محسوب می‌شوند. آنچه در ذهن است، «معلوم بالذات» و آنچه در خارج وجود دارد، «معلوم بالعرض» است. وقتی به «کارفرما» امر می‌شود، اگر فرد خارجی واجد شرایط این عنوان باشد، امر شامل او شده و باید آن را اجرا کند.

در این گزاره، «کارفرما» موضوع است. وقتی موضوع اعتباری باشد، محمول نیز باید اعتباری باشد (طباطبایی، ۱۳۷۴، ۱۴۰/۱). محمول «باید مزد پردازی» یا «وجوب پرداخت مزد» خود شامل سه جزء اعتباری است: وجوب (باید)، فعل پرداخت و مزد. این امر مراحل خاصی ایجاد می‌کند:

تصور فعل: آمر ابتدا عمل پرداخت را در قالب مصداق عینی - مثلاً مشاهده انتقال ارزش در برابر کار - درک می‌کند؛ سپس این عمل را به صورت انتزاعی و مستقل از مصادیق، با عنوان «پرداخت» مفهوم‌سازی می‌نماید (اعتبار اول). ۵۶

تصور متعلقات فعل: «مزد» یک عنوان اعتباری است که قانون‌گذار تعریف می‌کند. هر عین خارجی واجد شرایط خاص - مانند تحقق غرض قانون‌گذار و روش انتقال مشخص - مصداق «مزد» محسوب می‌شود (اعتبار دوم). شرایط تکمیلی مانند زمان، مکان و نحوه پرداخت نیز تصور می‌شوند.

ایجاد ارتباط اعتباری: آمر یا قانون‌گذار بین «کارفرما» و «وجوب پرداخت مزد» رابطه‌ای اعتباری برقرار می‌سازد، با این ادراک که پرداخت مزد، غرض مورد نظر را محقق می‌کند (اعتبار سوم).

تحقق خارجی اغراض: قانون‌گذار با استخدام دیگران، اهداف خود را محقق می‌سازد. در این فرآیند: اراده‌اش به فعل دیگری تعلق می‌گیرد. برای «کارفرما» (به عنوان مصداق خارجی)، وجوب انجام فعل «پرداخت» را اعتبار می‌کند.

جستارهای
فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

این اراده ماهیتاً اعتباری است؛ چرا که کارفرما واقعاً تحت «اختیار» یا «ملک» قانون‌گذار نیست (اعتبار چهارم).

پرسش: آیا قانون‌گذار با امر به «باید»، عنوان را می‌خواهد یا مصداق خارجی آن؟
پاسخ: قانون‌گذار تحقق خارجی قانون را می‌طلبد، نه صرف عنوان آن.

اما چرا بین «کارفرما» و «پرداخت مزد» ارتباط اعتباری برقرار می‌کند؟ زیرا انسان به‌عنوان «فاعل شناسا» تنها از طریق علم خود با واقعیت ارتباط دارد (طباطبایی، ۱۳۹۹، ۲/۲۱۰).

مراحل اعتبارسازی قانون‌گذار:

- الف) اعتبار واقعیت به فرد خارجی و اعتبار عنوان «کارفرما»؛
- ب) تعلق اراده (پرداخت مزد) با اعتبار «باید»؛
- پ) وضع الزامات (پاداش یا جزا) برای تحقق غرض.

۲. مدل‌سازی امر و نهی شارع

با در نظر گرفتن الگوی کشف‌شده از سیستم امر و نهی عقلا، آن را بر قانون شرعی منطبق می‌کنیم تا مدل امر و نهی شارع استخراج گردد.

۲/۱. مقایسه «سیستم امر و نهی عقلا» با «امر و نهی شارع»

فرض کنید شارع به «غرض خاصی»^۱ فرموده است: «أَقِمْوُا الصَّلَاةَ» (بقره: ۴۳). با توجه به جدول زیر، اجزای اصلی سیستم (آمر، مأمور، حکم، متعلق حکم، موضوع حکم) را در این مورد مشخص می‌نماییم.

متن قانون	آمر	مأمور (عنوان)	حکم (نوع الزام)	متعلق حکم (فعل)	موضوع حکم
«أَقِمْوُا الصَّلَاةَ» (بقره: ۴۳)	خداوند متعال	مكلف	(امر) باید	صلاة	صلاة خارجی

۱. غرض شارع در رابطه با «صلاة» از نصوص فهمیده می‌شود.

تمایز اصلی بین سیستم امر و نهی عقلا و شارع، صرفاً در «آمر» است. با کشف ارتباط میان مناسبات عقلا و شارع و شناسایی رفتارهای مشترک آنها، می‌توان مدل امر و نهی شارع را طراحی کرد.

۲/۲. همانندی رفتار عقلا با رفتار شارع در امر و نهی

اراده تشریعی خداوند متعال که به انجام یا ترک فعل توسط مکلف تعلق می‌گیرد، با اراده حقیقی و تکوینی تفاوت دارد؛ چرا که این اراده به فعل دیگری (مکلف) مربوط شده و تابع اختیار او است. بنابراین آیا رفتار شارع در امر و نهی، مشابه فاعل شناسا است؟

شارع برای تفهیم احکام، ناگزیر از همان روش‌های عقلایی است که مردم در محاورات خود به کار می‌برند؛ زیرا مکلفین جز از طریق پیامبران راهی برای دریافت احکام ندارند. از این رو، سخن اصولیان که «شارع از عقلاست، بلکه رئیس آنان است» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۸ق، ۴۶۶/۲) کاملاً صادق است. این بدان معنا نیست که برای خداوند عقل فرض شود - که تصور نادرستی است - بلکه تأییدی است بر اینکه شارع برای انتقال احکام، از شیوه‌های عقلایی بهره می‌گیرد و به‌عنوان حکیم‌ترین عاقل، بر متعارف‌ترین این روش‌ها اشراف دارد.

بنابراین، می‌توان این نتیجه مهم را استنتاج نمود که: «شارع در قانون‌گذاری احکام، همانند فاعل شناسا عمل می‌کند».

بر اساس این تحلیل، باید امر به «صلاة» را بر اساس الگوی فاعل شناسا بررسی کنیم. همان‌گونه که در گزاره حقوقی «کارفرما، مزد پرداخت کن»، «کارفرما» عنوانی اعتباری است، در گزاره شرعی «مکلف، نماز بخوان» نیز «مکلف» عنوانی اعتباری محسوب می‌شود که شارع آن را با در نظر گرفتن ویژگی‌های خارجی اعتبار کرده است. با اعتباری بودن موضوع گزاره، محمول نیز طبق قواعد اعتباریات باید اعتباری باشد که شامل دو بخش است: وجوب (باید) و فعل نماز. فرآیند اعتبارسازی در سه مرحله صورت می‌پذیرد:

نخست، شارع فعل «صلاة» را ابتدا در قالب مصداق عینی - در ضمن فرد -

تصور کرد؛ سپس به صورت انتزاعی و مستقل از مصادیق، آن را با عنوان «صلاة» مفهوم‌سازی می‌نماید (اعتبار اول). در مرحله بعد، شارع با اعتبار «مكلف» به فرد خارجی، وجوب انجام صلاة را مقرر می‌دارد. این اراده ماهیتاً تشریعی است، نه تکوینی؛ چراکه مكلف در حوزه اراده تشریعی، به صورت تکوینی تحت سلطه شارع قرار ندارد (اعتبار دوم). هرچند حاکمیت مطلق الهی بر عالم مسلم است؛ ولی از این بحث خارج است. سرانجام، شارع با ایجاد ارتباط الزام‌آور بین مكلف و نماز، نظام تکلیف را تکمیل می‌نماید. در مرحله نهایی، شارع با اعتبار «باید»، رابطه‌ای الزام‌آور بین «مكلف» و «وجوب صلاة» برقرار می‌سازد (اعتبار سوم). این پیوند اعتباری، بنیاد نظام تکلیف را تشکیل می‌دهد؛ چراکه بدون این اعتبار، هیچ الزامی برای اقامه نماز توسط مكلف وجود نداشت. در حقیقت، این ارتباط ماهیتی «تبعیدی» دارد و نشانگر پذیرش حاکمیت تشریعی شارع از سوی مكلف است. بدین سان، التزام به نماز، تجلی پیروی از نظام قانون‌گذاری الهی محسوب می‌شود.

مدلسازی امر
ونهی شارع از
طریق کشف
سیستم امر و نهی
عقلا جهت حل
مسئله

۵۹

۲/۳. مدل نهایی امر و نهی شارع

این تطبیق نشان می‌دهد که فرآیند امر و نهی شارع، همان فرآیند عقلاست. از این رو، می‌توان از مدل امر و نهی عقلا در حل مسائل استفاده نمود.

۳. بهره‌برداری

۳/۱. استفاده از «مدل امر و نهی شارع» در حل مسئله اجتماع امر و نهی

از مباحث چالش‌برانگیز اصول فقه، بررسی امکان جمع میان امر و نهی در متعلق واحد است. به عنوان نمونه، وقتی شارع از یک سو به «صلاة» امر می‌کند و از سوی دیگر از «غصب» نهی می‌نماید، اگر مكلف با اختیار خود در محل غصبی به نماز بایستد، آیا این فعل واحد (نماز خواندن در مکان غصبی) می‌تواند هم‌زمان مشمول امر به نماز و نهی از غصب باشد؟

پس از تطبیق «مدل امر و نهی عقلا» با نظام تشریع، به بررسی مسئله اجتماع

امر و نهی در یک فعل واحد می‌پردازیم. فرض کنید قانون‌گذار از یک سو با امر «کارفرما، مزد پرداخت کن» و از سوی دیگر با نهی «هرگونه کاری در اتاق الف ممنوع است»، تکالیفی را مقرر کرده است. حال اگر کارفرما در اتاق الف اقدام به پرداخت مزد نماید، این پرسش‌ها مطرح می‌شود:

۱. آیا اساساً قانون‌گذار می‌تواند یک فعل واحد را هم‌زمان موضوع امر و نهی خود قرار دهد؟

۲. آیا چنین فعلی (پرداخت مزد در اتاق الف) با غرض قانون‌گذار از این دو حکم سازگاری دارد؟

پاسخ پرسش اول

هنگامی که تصور فعل وارد ذهن فاعل شناسا می‌شود - مثلاً تصور «فعل دادن عوض مقابل کار» - ذهن برای تصور ایجادشده، عنوان «پرداخت» را اعتبار می‌کند. با همین روند، برای فعل‌های متعدد، عنوان‌های متعدد اعتبار می‌کند. همچنین، یک عنوان برای همه فعل‌ها اعتبار می‌کند که عناوین همه افعال، مصادیق آن هستند.

حال اگر از یک سو امر نماید که «کارفرما، مزد پرداخت کن» و از سوی دیگر نهی نماید که «هرگونه کاری در الف ممنوع است»، رابطه بین این دو گزاره، عموم و خصوص من‌وجه است. اگر «هرگونه کاری» مقید به اتاق الف شود، پرداختی که در اتاق الف انجام شود، ممنوع است، نه همه پرداخت‌ها؛ اما قانون‌گذار می‌تواند به عنوان «پرداخت» امر و از عنوان «هرگونه کاری در اتاق الف» نهی نماید. این ارتباط توسط ذهن و به غرضی اعتبار می‌گردد؛ یعنی ارتباط بین عنوان امر و باید و عنوان نهی و نباید، توسط ذهن و به غرضی خاص اعتبار می‌گردد. حال پرسش اصلی اینجاست که اگر اعتباری مستلزم نقض غرض دیگر اعتبار قانون‌گذار باشد، آیا اعتبار صورت می‌گیرد یا خیر؟

تنها چیزی که اعتبارکننده را از اعتبار نمودن باز می‌دارد، لغویت یا نقض غرض است. با این توضیح که اگر غرض قانون‌گذار از امر این باشد که «فعل پرداخت»

جستارهای
فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

۶۰

باید انجام شود و همچنین غرض قانون‌گذار از نهی این باشد که در افاق الف نباید کاری انجام شود، حتی فعل پرداخت، در این صورت در مقام قانون‌گذاری هیچ‌گونه تنافی‌ای وجود ندارد. قانون‌گذار اگر بداند که با اعتباری غرض او حاصل نمی‌شود، اعتبار از او صادر نمی‌گردد؛ یعنی ارتباط بین دو چیز را محاسبه می‌نماید - مثلاً بین فعل خوردن و غذا - و اگر از ارتباط آن‌ها غرض حاصل شود، اعتبار «باید» می‌کند (من باید غذا بخورم) و اگر غرض حاصل نشود، اعتبار «باید» صادر نمی‌گردد یا مثلاً بین سنگ و خوردن ارتباط برقرار نمی‌کند؛ در نتیجه، اعتبار «باید» از وی صادر نمی‌شود. یا اینکه ارتباط بین خوردن و سنگ را محاسبه می‌کند و نتیجه می‌گیرد که با خوردن سنگ غرض حاصل نمی‌شود؛ در اینجا اعتبار «نباید» از او صادر می‌گردد. به عبارت دیگر، اعتبار «باید» به ترک «فعل خوردن سنگ» تعلق می‌گیرد.

در اینجا دو گزاره با دو غرض داریم که سه صورت برای آن متصور است:

اول: در مواردی که دو گزاره دارای اغراض متضاد باشند (یکی با غرض «الف» و دیگری با غرض «نقیض الف»)، قانون‌گذار از اعتبارسازی خودداری می‌نماید. این امتناع ناشی از تنافی ذاتی بین اغراض است؛ چرا که غرض به‌عنوان حقیقتی بنیادین، محرک اصلی فرآیند اعتبارسازی محسوب می‌شود. در چنین شرایطی، قانون‌گذار تنها به اعتبار یک گزاره - متناسب با غرض اصلی - مبادرت می‌ورزد.

دوم: اگر دو گزاره با هم تنافی داشته باشند؛ ولی اعتبار هر دو گزاره، یک غرض واحد را تأمین کند - مثلاً «باید غذا بخوری - نباید غذا بخوری» - غرض هر دو گزاره هم «متحیر شدن مأمور» است. در این صورت، مواجهه مأمور با این دو گزاره موجب حیرت خواهد شد و غرض قانون‌گذار تأمین شده است.

سوم: اگر دو گزاره عام و خاص با اغراض متفاوت در تعارض قرار گیرند - مانند امر به پرداخت مزد برای تأمین حق کارگر و نهی از کار در افاق الف برای حفظ نظم - در مواردی که انجام یکی مستلزم ترک دیگری باشد، مأمور نمی‌تواند هم‌زمان به هر دو دستور عمل کند. در چنین شرایطی، قانون‌گذار معمولاً با

تقدم‌بندی اغراض خود، یکی از اعتبارها را بر دیگری مرجح می‌داند. به‌عنوان مثال، اگر غرض «حق کارگر» مهم‌تر از «حفظ نظم» تشخیص داده شود، امر به پرداخت مزد مقدم شده و نهی از کار در اتاق الف در این مورد خاص لغو می‌شود؛ بنابراین، مأمور تنها در برابر یک غرض مسئولیت دارد و مجازات یا پاداش او تابع ترجیح قانون‌گذار بر اساس اهمیت اغراض است.

بر اساس تحلیل سه‌گانه تعارض، اگر اعتباری مستلزم نقض غرض اعتبار دیگر باشد، قانون‌گذار به صورت یکپارچه اقدام به اعتبارسازی متعارض نمی‌کند. در حالت اول (تعارض ذاتی)، از اعتبارسازی امتناع می‌کند؛ در حالت دوم (تعارض ظاهری)، هر دو اعتبار غرض واحدی را دنبال می‌کنند و در حالت سوم (تعارض عملی)، با سازوکارهایی مانند تقدم غرض مهم‌تر یا تخصیص، تعارض را حل می‌کند. در نتیجه، اعتبار نهایی به صورت منطقی و غیرمتعارض صورت می‌پذیرد.

پاسخ پرسش دوم

با توجه به پاسخ سؤال اول، حال اگر کارفرما در اتاق الف مزد را پرداخت نماید، در این صورت عقلاً دو گونه رفتار دارند:

اول: اگر غرض مرجح، «پرداخت مزد» باشد، سازگاری دارد. در صورتی که قانون‌گذار با سازوکارهایی مانند تقدم غرض مهم‌تر یا تخصیص، حق کارگر را بر حفظ نظم اولویت دهد، ورود به اتاق الف به‌عنوان جزء ضروری اجرای دستور پرداخت، توجیه می‌شود. در این حالت، نهی از ورود ملغی یا مستثنا شده و عمل مأمور که در مسیر تحقق غرض مرجح قانون‌گذار است، کاملاً سازگار و مستحق پاداش خواهد بود.

دوم: اگر غرض مرجح، «حفظ نظم» باشد سازگاری ندارد. اگر قانون‌گذار حفظ نظم در اتاق الف را به دلایل حیاتی، مانند مسائل امنیتی، مهم‌تر از پرداخت فوری مزد بداند، دستور پرداخت مشروط به روشی می‌شود که نظم را برهم نزنند. در نتیجه، ورود مأمور به اتاق الف، غرض مرجح قانون‌گذار را نقض کرده، عمل او ناسازگار محسوب شده و مستحق مجازات خواهد بود.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

۶۲

۳/۲. تطبیق رفتار عقلا با رفتار شارع

در تحلیل رفتار شارع مقدس در تعارض میان «امر به نماز» و «نهی از غضب» - در مواردی که نماز در مکان غصبی خوانده شود - دو صورت اصلی قابل تصور است که هر یک مبتنی بر کشف غرض مرجح شارع است:

۳/۲/۱. تقدم غرض نهی از غضب (نماز باطل است)

در این صورت، شارع مقدس غرض «حفظ حقوق الناس و منع ظلم» را که از طریق نهی از غضب دنبال می‌شود، بر غرض «ادای نماز در مکان خاص» ترجیح می‌دهد. از آنجا که نفس اقامه نماز در مکان غصبی مستلزم تصرف در مال غیر و نقض حق دیگری است، این عمل ذاتاً با غرض اصلی نهی از غضب در تعارض قرار می‌گیرد؛ بنابراین، شارع با تقدیم غرض مهم‌تر، حکم به بطلان نماز می‌دهد. در این حالت، نه تنها نمازگزار ثوابی نمی‌برد، بلکه به دلیل ارتکاب غضب - ولو برای انجام عبادت - مرتکب گناه شده است. تکلیف نهایی مأمور، اقامه نماز در مکان غیرغصبی است که هیچ تعارضی با حقوق دیگران نداشته باشد.

مدلسازی امر
ونهی شارع از
طریق کشف
سیستم امر و نهی
عقلا جهت حل
مسئله

۶۳

۳/۲/۲. تقدم غرض امر به نماز به نماز (نماز صحیح است)

این صورت بر این فرض استوار است که شارع مقدس در این شرایط خاص، غرض «حفظ فرصت عبادی و تقرب بنده» را که با امر به نماز محقق می‌شود، مهم‌تر از غرض حفظ آن مال خاص در آن زمان خاص می‌داند. در این حالت، شارع با استناد به قاعده‌ای مانند «الضرورات تبیح المحظورات» (حلی، ۱۴۱۸ق، ۲۹۵/۱) یا «حرج» (بحرانی، ۱۴۱۵ق، ۱/۱۸۰)، نهی از غضب را به طور موقت و برای این مورد خاص تعلیق می‌کند؛ بنابراین، نماز در آن مکان صحیح محسوب شده و مأمور پس از ادای نماز، تنها مکلف است غضب را با جبران خسارت یا استیذان از مالک مرتفع سازد. این حالت نشان‌دهنده انعطاف شریعت و توجه آن به اهمیت فوریت عبادت و رفع حرج از مکلف است.

۴. نتیجه اجتماع امر و نهی

با جمع‌بندی پاسخ‌های سؤال اول و دوم که از تطبیق سیستم امر و نهی عقلا و شارع به دست آمد، این نتیجه استنتاج می‌گردد که قانون‌گذار حکیم هیچ‌گاه به صورت متعارض و متناقض عمل نمی‌کند، بلکه همواره با محاسبه دقیق اغراض و اولویت‌بندی آن‌ها، اعتبارسازی می‌نماید؛ بنابراین، در نهایت، نظام اعتباری شارع، نظامی منسجم، عقلایی و غیرمتعارض است که در آن، مأمور همواره با یک تکلیف قطعی و روشن روبه‌رو می‌شود.

نتیجه‌گیری

در این مقاله تلاش شد، با بازتولید تعریف مؤلفه‌های اصلی و کشف روابط جزای سیستم امر و نهی عقلا از طریق روش «تحلیل شبکه‌ای» و «تحلیل وجودشناسانه» و تطبیق آن بر امر و نهی شارع، به مدلی قابل استفاده برای حل مسائل دست‌یابیم. با این روش که منجر به «مدل‌سازی» از طریق کشف سیستم‌های عقلا - مانند سیره‌ها و بناها - می‌گردد، می‌توان پاسخی نزدیک به واقعیت به مسائل دانش اصول فقه - مانند اجزا، مقدمه واجب، ضد و ... - و حتی علوم انسانی و تجربی داد که در این مقاله، کارآمدی این روش تا اندازه‌ای مشخص گردید. از مهم‌ترین ویژگی‌های این روش در مرحله چستی یک مسئله، تحلیل عناصر بنیادی آن مسئله، جهت بازتولید تعریف آن‌ها و در مرحله چگونگی، شناخت فرآیندهای موجود در یک مسئله است.

پیشنهاد این نوشتار این است که در مسائل کلان دانش اصول فقه، مدل‌هایی از این قبیل طراحی و در نهایت، تعامل این مدل‌ها با یکدیگر در یک سیستم کلان کشف گردد تا با عرضه مسائل اصول فقه به آن، پاسخ‌هایی جامع و نظام‌مند دریافت نمود.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳

۱۴۰۵

۶۴

منابع و مآخذ

قرآن کریم.

ابن سیده، علی بن اسماعیل. (۱۴۱۷). **المحکم و المحيط الأعظم**. دار الکتب العلمیة.
ابن فارس، احمد بن فارس. (۱۹۶۹م). **معجم مقاییس اللغة**. دار إحياء الکتب العربیة.
ابن منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۱۴ق). **لسان العرب**. دار الفكر للطباعة و النشر و التوزیع.
بحرانی، یوسف. (۱۴۱۵ق). **الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة**. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

جوادی آملی، عبدالله. (۱۳۸۵). **تفسیر موضوعی قرآن کریم**. چاپ ششم. قم: اسرا.
جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۴۰۴ق). **الصاحح (للجوهری)**. دار العلم للملایین.
حلی، حسن بن یوسف (علامه حلی). (۱۴۱۸ق). **تذکره الفقهاء**. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
فراهیدی، خلیل بن احمد. (۱۳۸۰ق). **العين**. مؤسسه دار الهجرة.
راغب اصفهانی، حسین بن محمد. (۱۴۲۲ق). **ترجمه و تحقیق مفردات الفاظ قرآن با تفسیر لغوی و ادبی قرآن**. مرتضوی.

سبحانی تبریزی، جعفر. (۱۳۹۴). **الموجز فی أصول الفقه**. قم: مؤسسه الإمام الصادق علیهما السلام.
طباطبایی، سیدمحمدکاظم. (۱۳۹۰). **منطق فهم حدیث**. قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی رحمته الله علیه.
طباطبایی، سیدمحمد حسین. (۱۳۸۳). **تفسیر المیزان (ترجمه)**. مترجم: محمد باقر موسوی، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

طباطبایی، سیدمحمد حسین. (۱۳۹۹). **اصول فلسفه و روش رئالیسم**. قم: صدرا.
طباطبایی، سیدمحمد حسین. (۱۳۷۴). **حاشیه الکفاية**. بنیاد علمی و فکری علامه طباطبایی.
علیدوست ابرقویی، ابوالقاسم. (۱۳۹۸). **فقه و عرف**. پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
مظفر، محمد رضا. (۱۳۹۴). **أصول الفقه**. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۸ق). **أنوار الأصول**. قم: مدرسة الإمام علي بن أبي طالب علیهما السلام.
نجاتی، محمد؛ محمودی، محسن و سالاری، یاسر. (۱۳۹۸). **فاعل شناسایی و نفس در تفکر کانت و ملاصدرا؛ لوازم و پیامدها**. فصلنامه شناخت، (۱۲).
واسطی، عبدالحمید. (۱۳۹۵). **روش شناسی تحلیل لغت در فرایند استنباط فقهی**. **کاوشی نو در فقه**، (۱۳۹۵).

واسطی، عبدالحمید. (۱۳۹۸الف). **روش اجتهاد تمدنی**. **فقه و اصول**، (۳).

مدلسازی امر
ونهی شارع از
طریق کشف
سیستم امر و نهی
عقلا جهت حل
مسئله
۶۵

واسطی، عبدالحمید. (۱۳۹۸ب). روش تحقیق شبکه‌ای روش معیار در تولید علم. ذهن، (۸۰).
واسطی، عبدالحمید. (۱۳۹۹). الگوریتم اجتهاد. پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳

۱۴۰۵

۶۶



The Legitimacy of the Islamic State in the Thought of Martyr Ayatollah Khamenei, with Emphasis on the Theory of Composite Legitimacy

Javad Najafi¹

گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران/مدرسه فقه‌های تخصصی، موسسه عالی فقه و علوم اسلامی، قم، ایران

javadnajafi110@gmail.com | ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-2126-4405>

Article Info

ABSTRACT

Article Type:

Research Article

Article History:

Received 22 JUL 2025

Received in revised form
25 OCT 2025

Accepted 26 OCT 2025

Keywords:

Political Legitimacy,
Martyr Ayatollah
Khamenei,
Islamic State, Wilāyat
al-Faqīh,
Composite Legitimacy
(Mashrū'īyyat-e
Murakkab),
Election and Appointment
(Intikhāb wa Naṣb),
Islamic Political Thought.

Legitimacy constitutes the foundation of every political system, establishing the framework by which a government may legitimately expect compliance and obedience from its citizens. In an Islamic state, political legitimacy is a multifaceted concept operating at the intersection of divine authority, popular will, and practical imperatives of governance. Within the framework of *wilāyat al-faqīh* (guardianship of the Islamic jurist), this dynamic manifests as a dynamic tension between popular election (*intikhāb*) and divine appointment (*naṣb*). Consequently, the source of authority of the *walī al-faqīh*-the central pillar of governance in the Islamic Republic of Iran-has long generated debate between two main theoretical models: “divine appointment” (*mashrū'īyyat-e ilāhī*) and “popular election” (*mashrū'īyyat-e mardumī*).

Employing a descriptive-analytical methodology applied to juristic works, speeches, and official statements, this study examines the political legitimacy of the *walī al-faqīh* within the thought of Martyr Ayatollah Khamenei. It seeks to harmonize

Cite this article:

Najafi, J (2026). “The Legitimacy of the Islamic State in the Thought of Martyr Ayatollah Khamenei, with Emphasis on the Theory of Composite Legitimacy; *Journal of Jurisprudential and Fundamental Studies*. 12(43), 11-11.



© The Author(s).

Publisher: Islamic Propagation Office of Qom Seminary- Khorāsān-e-Razavi Branch. DOI: <https://doi.org/10.22034/jrj.2026.73057.3068>

his seemingly divergent statements regarding the appointive versus elective dimensions of juristic guardianship.

The findings reveal that by articulating a dual divine-popular legitimacy-termed “composite legitimacy” (*mashrū ṭyyat-e murakkab*)-and by emphasizing the conditional nature of governance power, Ayatollah Khamenei posits that the realization and practical efficacy of the jurist’s authority is intrinsically contingent upon the active will and acceptance of the people. This theoretical synthesis holds significant implications for religious democracy (*mardom-sālāri-ye dīnī*) and constitutional jurisprudence.

مشروعیت دولت اسلامی در اندیشه آیت الله شهید سیدعلی خامنه‌ای با تأکید بر نظریه مشروعیت مرکب^۱

۱. جواد نجفی 

۱. دانش پژوه مؤسسه عالی فقه و علوم اسلامی، قم و دانش آموخته مقطع کارشناسی ارشد رشته حقوق عمومی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران. رایانامه: javadnajafi110@gmail.com
کد ارکید: <https://orcid.org/0009-0005-2126-4405>



تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۷/۰۹

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۴/۰۸/۱۱

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۱۱/۰۵

مشروعیت
دولت اسلامی در
اندیشه آیت الله
شهید سیدعلی
خامنه‌ای با
تأکید بر نظریه
مشروعیت مرکب
۶۹

چکیده

مشروعیت، زیربنای تمام نظام‌های سیاسی است که طبق آن، حکومت می‌تواند از شهروندان انتظار اطاعت و فرمان برداری داشته باشد. مشروعیت سیاسی در دولت اسلامی، مفهومی چندوجهی است که میان منابع الهی، خواست مردم و ضرورت‌های عملی حکمرانی در نوسان است. در نظریه ولایت فقیه، این تقابل به شکل انتخاب یا انتصاب تجلی می‌یابد. مشروعیت سیاسی ولی فقیه، به عنوان محور حکمرانی در نظام‌های اسلامی و از جمله نظام جمهوری اسلامی ایران، همواره محل بحث میان دو خوانش «نصب الهی» و «خواست مردمی» بوده است. این مقاله با روش تحلیلی -

۱. نجفی؛ جواد (۱۴۰۵). «مشروعیت دولت اسلامی در اندیشه آیت الله شهید سیدعلی خامنه‌ای با تأکید بر نظریه مشروعیت مرکب». جستارهای فقهی و اصولی. ۱۲: ۴۳ (۲). صص: ۱۱-۱۱.

 <https://doi.org/10.22034/jrj.2026.73057.3068>



© ۱۴۰۴. نویسندگان دارنده حق مؤلف مقاله خود بدون محدودیت هستند.
ناشر: مرکز تخصصی آخوند خراسانی دفتر تبلیغات اسلامی خراسان رضوی.

توصیفی و با استناد به آثار فقهی و بیانات، به بررسی مفهوم مشروعیت سیاسی ولی فقیه در ضمن آرای آیت‌الله خامنه‌ای می‌پردازد و تلاش می‌کند در لابه‌لای بیانات به ظاهر متفاوت در مقوله ولایت انتخابی یا انتصابی فقیه، اندیشه سیاسی ایشان را در این باره کشف نماید. یافته‌ها حاکی از آن است که ایشان با تکیه بر مشروعیت دوگانه الهی - مردمی (مشروعیت مرکب) و مشروطیت اختیارات فقیه، مشروعیت ثبوتی ولایت را نیز در گرو خواست مردم می‌داند؛ این مهم در نقشه راه حکمرانی دینی و به‌ویژه در حوزه حقوق اساسی حائز اهمیت خواهد بود.

کلیدواژه‌ها: مشروعیت، آیت‌الله خامنه‌ای، دولت اسلامی، ولایت فقیه، مشروعیت مرکب، انتخاب و انتصاب، نظام سیاسی.

مقدمه

مفهوم «مشروعیت سیاسی»^۱ از بنیادی‌ترین مفاهیم در حوزه فلسفه، حقوق عمومی و جامعه‌شناسی سیاسی است که به پرسش «چرا اطاعت از حکومت ضرورت دارد؟» پاسخ می‌دهد (Stillman, 1974, p. 37). مشروعیت، توجیه اخلاقی، حقوقی یا دینی برای اعمال قدرت دولت بر شهروندان است و به حکمرانی، حق فرمانروایی می‌بخشد تا الزام قانونی و مشروع شهروندان را به همراه داشته باشد. این مفهوم مشکک و واجد مراتب است؛ از همین رو، تبعیت «حکومت‌شوندگان» از «حکومت‌کنندگان» بسته به درجات مشروعیت، متفاوت است؛ در نازل‌ترین صورت، تبعیت به جهت ترس از کیفر و قدرت قهریه صورت می‌گیرد. در مرتبه بالاتر، تبعیت به طمع رفاه و آسایش است و در بهترین صورت، تبعیت به واسطه پذیرش ارزش‌های مشترک میان فرمانروایان و فرمانبران سامان می‌یابد.

لازم به ذکر است که عمده نظریات در باب منابع مشروعیت دولت، ذیل دو دیدگاه اصلی «منشأ الهی» و «منشأ مردمی» مشروعیت مندرج است. تطور اندیشه سیاسی در مغرب‌زمین، در نهایت، رو به پذیرش مشروعیت مردمی دارد

جستارهای
فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

۷۰

1. Political Legitimacy.

که خود مبتنی بر اصل «حق تعیین سرنوشت»^۱ است. این اصل، محور اساسی «نظریه قرارداد اجتماعی» است که ریشه آن در یونان قدیم و امتداد آن در قرن شانزدهم، به وسیله هوگو گروسیوس، حقوق دان هلندی و سپس توسط توماس هابز، جان لاک، کانت و دیگران، به عنوان مبنای اصلی مشروعیت در نظام های سیاسی لائیک مطرح و سرانجام در دوران انقلاب فرانسه، از طریق ژان ژاک روسو، تکمیل گردید (حاتمی، ۱۳۹۲، ۸۳).

در مقابل و به ویژه در مکتب امامیه، حق حاکمیت در انحصار ذات خداوند تلقی می گردد و هر مشروعیت بالعرضی لازم است از این چشمه، کسب مشروعیت نماید (حاتمی، ۱۳۹۲، ۳۲). در دانش سیاسی شیعه، سلطان تنها به دو صورت حق و عادل یا باطل و ظالم تجلی می یابد که مراد از سلطان عادل، «ائمہ معصومین (علیهم السلام)» و «مجتهدان» به عنوان نواب عام امام (علیه السلام) است و همه حاکمان غیر از آن دو، از مصادیق سلطان جور تلقی می گردند (فیرحی، ۱۳۹۷، ۳۱۵). بر این اساس، در دوران غیبت امام معصوم (علیه السلام)، «نظریه ولایت فقیه» به عنوان الگویی برای تداوم حکومت دینی در جهان مدرن مطرح است؛ اما ماهیت این ولایت همچنان محل مناقشه است که آیا مشروعیت ولی فقیه تماماً ناشی از نصب الهی است، به گونه ای که فقیه جامع الشرایط، به طور مستقیم از سوی خداوند حق حکمرانی دارد؟ یا این مشروعیت در گرو انتخاب مردمی نیز هست، حتی اگر فقیه واجد شرایط شرعی باشد؟ این پرسش، نه تنها یک بحث انتزاعی فقهی، بلکه مسئله ای حیاتی در طراحی ساختار حکومت های اسلامی معاصر، از جمله نظام جمهوری اسلامی ایران است و خاستگاه دو دیدگاه اساسی «انتخاب» و «انتصاب» ولی فقیه گشته است. به دیگر بیان، هرچند دو نظریه ولایت انتخابی یا انتصابی فقیه در چارچوب فقه شیعه قرار دارند؛ اما تفاوت های بنیادین آنها پیامدهای عملی چشم گیری در حوزه هایی مانند حق حاکمیت مردم، حدود اختیارات رهبری، تعامل با نهادهای دموکراتیک و در نهایت، تدوین قانون اساسی دارد.

مشروعیت
دولت اسلامی در
اندیشه آیت الله
شهید سیدعلی
خامنه ای با
تأکید بر نظریه
مشروعیت مرکب
۷۱

1 . The Right to Self-Determination

در هر صورت، موضوع ولایت فقیه و مسائل مرتبط با مشروعیت آن (انتخاب یا انتصاب)، در ادبیات فقه سیاسی امامیه و مطالعات اسلام سیاسی معاصر، جایگاهی محوری دارد. میرزای نائینی در کتاب تنبیه الامه و تنزیه المله، با تلفیق فقه و اندیشه مشروطه خواهی و با تأکید بر نظارت مردم بر حکومت، نخستین تلاش ها برای محدود کردن اختیارات حاکم در جامعه اسلامی را مطرح نموده است (نائینی، ۱۳۸۲، ۱). ملا احمد نراقی در عوائد الایام، برای نخستین بار مقوله ولایت فقیه را به شیوه استدلالی بیان کرده است (نراقی، ۱۳۷۵، ۱) و امام خمینی در کتاب البیع، با نزدیک شدن به دیدگاه انتصاب، نظریه ولایت مطلقه فقیه را به عنوان جانشینی امام معصوم (علیه السلام) در عصر غیبت تئوریزه کرده است (خمینی، ۱۳۹۲، ۱).

آیت الله منتظری نیز در کتاب دراسات فی ولایه الفقیه، دیدگاه ولایت انتخابی فقیه را بر پایه مقبولیت مردمی و تحدید اختیارات فقیه بنا نهاده است (منتظری، ۱۴۰۹، ۱). صادق آملی لاریجانی در مقاله «مبانی مشروعیت حکومت ها»، با تقسیم بندی مبانی مشروعیت به نظریه های اختیارگرا و نظریه های غیراختیارگرا، دیدگاه های مختلف در مقوله علت لزوم اطاعت از فرامین حکومت را مورد تحلیل قرار داده است (آملی لاریجانی، ۱۳۸۱، ۹). سید سجاد ایزدهی در مقاله «فلسفه فقه سیاسی»، مطالعات درجه دوم نسبت به دانش فقه سیاسی، از جمله تعریف، موضوع، مسائل و بازنمایی فقه سیاسی و توسعه و تضییق آن در ادوار گوناگون را پوشش داده است (ایزدهی، ۱۴۰۰، ۷۱). شریف لک زایی در کتاب بررسی تطبیقی نظریه های ولایت فقیه، به بررسی وجوه افتراق و اشتراک نظام سیاسی مبتنی بر دیدگاه انتصاب و انتخاب پرداخته است (لک زایی، ۱۳۹۶، ۱). همچنین، مقاله «جایگاه مردم سالاری دینی در صورت بندی اصول جهان بینی و ایدئولوژی اسلامی از منظر آیت الله خامنه ای»، از سید مصطفی موسوی و سید محمد هادی راجی، به تحلیل مردم سالاری دینی از منظر آیت الله خامنه ای در دو لایه جهان بینی و ایدئولوژی پرداخته است (موسوی و راجی، ۱۴۰۳، ۲۹).

با وجود مطالعات و تحقیقات گسترده صورت گرفته در حوزه فقه سیاسی و به ویژه مقوله ولایت فقیه، همچنان پژوهشی صورت نگرفته است که در ضمن

تحلیل بیانات متعدد، به جمع‌بندی دیدگاه آیت‌الله خامنه‌ای در مقوله ولایت انتخابی یا انتصابی فقیه پردازد. این مقاله با روش تحلیلی - توصیفی و با استناد به آثار مکتوب، بیانات و اسناد فقهی می‌کوشد به این پرسش اصلی پاسخ دهد که «دیدگاه آیت‌الله خامنه‌ای در مقوله ولایت فقیه، ذیل کدام یک از دو نظریه انتخاب یا انتصاب قرار می‌گیرد؟»

جهت پاسخ به این پرسش، تبیین سه مطلب ضروری به نظر می‌رسد؛ نخست آنکه تمایز مشروعیت انتخابی با مشروعیت انتصابی ولی فقیه در چیست و آیا دیدگاه سومی در عرض نظریات انتصاب و انتخاب قابل طرح است؟ دوم آنکه مقومات انتصاب یا انتخاب در کدام یک از بیانات آیت‌الله خامنه‌ای قابل احصا است؟ و در آخر، در صورت وجود مؤلفه‌های مختلف در بیانات آیت‌الله خامنه‌ای، دیدگاه ایشان به کدام نظریه نزدیک‌تر است؟

مشروعیت
دولت اسلامی در
اندیشه آیت‌الله
شهید سیدعلی
خامنه‌ای با
تأکید بر نظریه
مشروعیت مرکب

۷۳

بر این اساس، پژوهش پیش‌رو در سه بخش سامان می‌یابد؛ بخش نخست، وجوه مختلف مشروعیت نظام سیاسی ذیل دیدگاه ولایت فقیه را بررسی می‌نماید. بخش دوم به دسته‌بندی و تحلیل بیانات متعدد آیت‌الله خامنه‌ای اختصاص دارد و در نهایت، بخش سوم، با ابتنابر دو بخش پیشین، به جمع‌بندی دیدگاه ایشان در مقوله مشروعیت الهی یا مردمی دولت اسلامی می‌پردازد.

اهمیت پژوهش از آن جهت است که کشف دیدگاه فقیه برجسته‌ای چون آیت‌الله خامنه‌ای در مقوله نقش مردم در نظام سیاسی که علاوه بر دانش، رهبری یک دولت اسلامی را به مدت چندین دهه نیز متکفل بوده است، درخور توجه است. امید آنکه پژوهش حاضر، گشاینده افق‌های جدید برای حوزه‌های مختلف فقه سیاسی و به‌ویژه حقوق اساسی اسلامی باشد.

۱. مبانی نظری: انتخاب یا انتصاب

در اندیشه اسلامی، اصل وجود حکومت یک ضرورت اجتناب‌ناپذیر است که اکثر قریب به اتفاق مذاهب اسلامی بر آن تصریح دارند (ابن حزم، ۱۴۱۶، ۸۷/۴). با این حال، مقوله «منشأ مشروعیت حکومت» در میان مسلمین فاقد چنین اجماعی

است. مشروعیت سیاسی در دولت اسلامی، مفهومی چندوجهی است که میان منابع الهی، خواست مردم و ضرورت‌های عملی حکمرانی در نوسان است. در نظریه ولایت فقیه، این تقابل به شکل انتخاب یا انتصاب تجلی می‌یابد. مشروعیت سیاسی ولی فقیه، به عنوان محور حکمرانی در نظام‌های اسلامی و از جمله نظام جمهوری اسلامی ایران، همواره محل بحث بین دو خوانش «نصب الهی» و «خواست مردمی» بوده است. در مقام مقایسه دو دیدگاه ولایت انتخابی و انتصابی فقیه، مشهور فقیهان امامیه دیدگاه انتصاب را پذیرفته‌اند (جوان آراسته، ۱۴۰۲، ۱۶۵).

پیروان دیدگاه انتخاب و دیدگاه انتصاب، هر دو قائل به ضرورت وجود نظام سیاسی دینی هستند؛ بدین معنا که فهم و اجرای شریعت، علاوه بر حوزه خصوصی، در حوزه عمومی و اداره صحیح جامعه نیز ضرورت دارد و جایگاه مجتهدان در عصر غیبت امام علیه السلام، همانند جایگاه پیامبر صلی الله علیه و آله و امامان علیهم السلام در عصر حضور است. همچنین، دانش «فقه» همانند نبوت و امامت، از جمله اسباب موجد ولایت در امور عامه جامعه اسلامی است (فیرحی، ۱۳۹۷، ۲۷۸).

با این حال، عمده وجه تمایز دیدگاه‌های مختلف ذیل نظریه ولایت فقیه، در «منشأ مشروعیت نظام سیاسی» یا کیفیت نقش مردم در تعیین ولی فقیه است. نگارنده بر آن است که ذیل فقه سیاسی امامیه، علاوه بر مشروعیت انتصابی و انتخابی، مشروعیت سومی با عنوان «مشروعیت مرکب» نیز قابل طرح است. به منظور ترسیم بهتر فضای بحث، در ادامه به این سه دیدگاه اشاره می‌گردد.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

۷۴

۱/۱. مشروعیت انتصابی

نظریه انتصاب، فقیهان را با عنایت به دو رکن علم (فقاہت) و عدالت (پارسایی)، از جانب ائمه معصومین علیهم السلام به مقام ولایت بر جامعه اسلامی منصوب می‌گرداند. انتصاب و تعیین الهی است و مردم هیچ نقشی در آن ندارند؛ همان گونه که مردم در مشروعیت ولایت پیامبر صلی الله علیه و آله و امامان معصوم علیهم السلام هیچ نقشی نداشته‌اند. این نصب، از یک جهت، بر دو نوع عام و خاص تصویر می‌یابد: نصب خاص، تعیین یک شخص معین به ولایت و حکومت از جانب معصوم علیه السلام است؛ مانند نصب

مالک اشتر نخعی به حکومت مصر و نصب عام، یعنی تعیین فقیه جامع شرایط مقرر در فقه، بدون اختصاص به شخص یا زمان معین. به هر حال، مشروعیت بخشی به فقیه تنها از ناحیه نصب الهی است (لک زایی، ۱۳۹۶، ۴۷ و ۴۸).

نصب فقیه در عصر غیبت از جانب شارع، یعنی مردم او را برای شئون سه گانه افتا، قضاوت و رهبری سیاسی انتخاب نمی کنند که وکیل آنان برای به دست آوردن فتوا یا استنباط احکام قضایی و اجرای آن ها یا ولایت و حکمرانی باشد؛ بلکه فقیه نایب امام معصوم علیه السلام است و واجد ولایت افتا، ولایت قضا و ولایت سیاسی در حوزه عمومی است (جوادی آملی، ۱۳۸۲، ۳۸۹). این نظریه، به وضوح مقام ثبوت یا مشروعیت را از مقام اثبات یا کارآمدی و مقبولیت متمایز می سازد؛ بنابراین در فرایند اداره کشور و برقراری نظم و امنیت، اگر پذیرش مردم و حضور ایشان نباشد، رهبری الهی تنها در مقام اثبات و خارج محقق نمی شود و هیچ خللی متعرض مشروعیت سیاسی فقیه نخواهد شد.

این نظریه، استحالة ثبوتی مطرح شده توسط موافقان نظریه انتخاب - که در بخش بعدی به آن اشاره خواهد شد - را نارسا قلمداد می کند و صرف احتمال وجود عام بدلی را در فرض تعدد والیان، کلید حل مسئله مطرح می داند. طبق این احتمال، جمیع فقیهان یک عصر از جانب معصومین علیهم السلام به مقام ولایت منصوب گشته اند و به جهت عهد الهی و وظیفه دینی، بر ایشان جایز، بلکه واجب است که عهده دار اداره امور امت شوند (مؤمن قمی، ۱۴۲۵، ۳/۳۸۸)؛ لیکن این وجوب به نحو وجوب کفایی، برای غرض استقرار متصدی اداره امور امت است و چنانچه یکی از ایشان مبادرت به آن نمود، از عهده دیگران ساقط می گردد؛ بلکه بر جمیع افراد، حتی دیگر فقیهان، واجب است که آثار ولایت فعلی را بر فقیه قائم به امر مترتب سازند؛ از همین رو، احتمال ثبوت ولایت برای بیش از یک فقیه متنفی می گردد (مؤمن قمی، ۱۴۲۵، ۳/۴۵۷).

در هر صورت، با رد استحالة ثبوتی انتصاب، به جهت تحقق ولایت برای جمیع فقیهان در یک عصر به نحو وجوب کفایی از یک سو و حرمت اعمال ولایت و رهبری دیگر فقیهان به دلیل حرمت اختلال نظام از سوی دیگر، احتیاج به تأویل

مشروعیت
دولت اسلامی در
اندیشه آیت الله
شهید سید علی
خامنه ای با
تأکید بر نظریه
مشروعیت مرکب

ظاهر ادله ولایت انتصابی فقیه نیز منتفی می گردد و این ادله، همانند مقبوله عمرو بن حنظله، مثبت و ظاهر برای دیدگاه انتصاب باقی می ماند.

۱/۲. مشروعیت انتخابی

دیدگاه ولایت انتخابی که در فقه سیاسی امامیه حدود پنج دهه از تولد آن می گذرد، مهم ترین نظریه در مقابل دیدگاه انتصاب است. طبق این دیدگاه، دخالت شارع در امر تعیین ولی فقیه، محدود به تبیین شرایط چنگانه، از جمله فقاقت، عدالت و حسن تدبیر امور^۱ می شود و در نهایت، این حق مردم است که از میان نامزدها، یک نفر را انتخاب نمایند و به او مشروعیت بخشند؛ بنابراین، برخلاف دیدگاه انتصاب که مردم هیچ نقشی در مرحله مشروعیت ولی فقیه ندارند، در دیدگاه انتخاب، مردم محق دانسته می شوند.

دیدگاه انتخاب عمدتاً مبتنی بر نظریات آیت الله منتظری، به عنوان مهم ترین طراح و شارح این دیدگاه است که در کتاب *دراسات فی ولایة الفقیه و فقه الدولة الإسلامية انعکاس یافته است* (جوان آراسته، ۱۴۰۲، ۱۶۶). مهم ترین مبنای ارائه شده توسط آیت الله منتظری در باب مشروعیت ولایت انتخابی فقیه، «اشکال ثبوتی دیدگاه انتصاب» است.

توضیح آنکه، در نظر ایشان، نصب ولایت در دو مرحله مقام ثبوت (امکان) و مقام اثبات (وقوع) قابلیت بررسی دارد که استناد به روایات و دلایل انتصاب، متوقف بر امکان عقلی در مقام ثبوت است. نصب عام فقیهان واجد شرایط در یک عصر به مقام ولایت، از جهت ثبوت و امکان عقلی، خارج از احتمالات پنج گانه زیر نیست:

- نصب جمیع فقیهان (به نحو عام استغراقی) و حق اعمال ولایت برای تک تک ایشان؛

- نصب جمیع فقیهان (به نحو عام استغراقی) و البته حق اعمال ولایت فقط برای یکی از ایشان؛

جستارهای
فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

۷۶

۱. برای تفصیل شرایط ر. ک: *دراسات فی ولایة الفقیه و فقه الدولة الإسلامية*، صص ۲۵۹ تا ۳۶۷.

• نصب فقط یکی از فقیهان؛

• نصب جمیع فقیهان (به نحو عام استغراقی) و البته حق اعمال ولایت فقط برای یکی از ایشان، به شرط موافقت دیگران؛

• نصب جمیع فقیهان (به نحو عام مجموعی)؛ به گونه‌ای که همگی به منزله امام واحد هستند (منتظری، ۱۴۰۹، ۱/۴۰۹ و ۴۱۰).

همه احتمالات پنج گانه نصب قابل خدشه است؛ اشکال احتمال اول آن است که انظار فقیهان غالباً در استنباط احکام و تشخیص موضوعات، به‌ویژه در مسائل مهمی مانند جنگ و صلح، با هم متفاوت است و نصب جمیع فقیهان می‌تواند موجب بروز هرج و مرج در جامعه شود. از این رو، چنین نصبی از جانب شارع حکیم، نامناسب و قبیح محسوب می‌گردد. اشکال احتمال دوم و سوم در آن است که از چه راهی میان جمعی از فقیهان، یک نفر برای اعمال ولایت تعیین گردد؟ در صورت نبود چنین راهی، نصب ولایت لغو خواهد شد و در صورتی که این مهم از رهگذر انتخاب امت یا اهل حل و عقد و یا خصوص فقها باشد، دیگر نصبی وجود نخواهد داشت.

اشکال احتمال چهارم و پنجم نیز در مخالفت آن با روش خردمندان (سیره عقلا) و متسرعه است. در نتیجه، از آن جهت که در مقام ثبوت، انتصاب فقیه واجد شرایط امکان عقلی ندارد، ثبوت به مقام اثبات و تمسک به روایات نخواهد رسید و چنانچه ظاهر برخی از روایات هم گویای نصب ولایت باشد، باید آن ظاهر را به اهلیت و صلاحیت ولایت توجیه نمود، نه به فعلیت ولایت فقیهان؛ فعلیت ولایت، تنها با رضایت و انتخاب مردم محقق می‌شود (منتظری، ۱۴۰۹، ۱/۴۴۵).^۱ خلاصه آنکه «استحالة ثبوتی دیدگاه انتصاب»، به مثابه نقطه آغازین مسیری محسوب می‌شود که نظریه ولایت فقیه را به مقصد ولایت انتخابی فقیه رهنمون می‌سازد.

۱. «ما ذكرناه في الفصل السابق من الإشكال في النصب العام ثبوتاً بشقوقه الخمسة، فراجع. وإذا فرض عدم الإمكان ثبوتاً لم تصل النوبة إلى مقام الإثبات. ولو فرض وجود ظاهر يدل عليه وجب تأويله بأن يحمل على بيان الصلاحية لا الفعلية، وإنما تتحقق الفعلية بالرضا والانتخاب ولذا قال: "فليرضوا به حكماً". وإنما أمر بذلك ردعاً عن انتخاب الجائر أو انتخاب غير من ذكره من الفقيه الواجد للشرائط، فتأمل».

۱/۳. مشروعیت مرکب؛ اُمُر بین الامرین

دیدگاه مشروعیت مرکب، از مقوله‌های دوحقی است که در آن، علاوه بر رعایت «حق الله» و نصب عام الهی، «حق الناس» و رضایت مردم در امر حکمرانی نیز قسمتی از مشروعیت نظام سیاسی قلمداد می‌گردد؛ بنابراین، خداوند و مردم توأمان منشأ و خاستگاه مشروعیت هستند و به همین جهت، مشروعیت به صورت دوگانه الهی - مردمی خواهد بود. این دیدگاه، ضمن برخورداری از امتیازات مثبت مشروعیت الهی، غالب مؤلفه‌های نظام‌های مردم‌سالار را نیز دربر می‌گیرد و نارسایی‌های مشروعیت مردمی محض یا مشروعیت الهی محض را کنار می‌گذارد. اصل ۵۶ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، به بهترین وجه، این حاکمیت دوگانه را در طول یکدیگر به تصویر می‌کشد: «حاکمیت مطلق بر جهان و انسان از آن خدا است و هم او، انسان را بر سرنوشت اجتماعی خویش حاکم ساخته است. هیچ کس نمی‌تواند این حق الهی را از انسان سلب کند یا در خدمت منافع فرد یا گروهی خاص قرار دهد و ملت این حق خداداد را از طریق‌هایی که در اصول بعد می‌آید، اعمال می‌کند».

جستارهای
فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

۷۸

در اندیشه سیاسی امام خمینی نیز مردم واجد حق رأی و گزینش در نظر گرفته می‌شوند و تأکید می‌گردد: «ما تابع آرای ملت هستیم. ملت ما هر طور رای داد، ما هم از آن‌ها تبعیت می‌کنیم. ما حق نداریم. خدای تبارک و تعالی به ما حق نداده است، پیغمبر اسلام صلی الله علیه و آله به ما حق نداده است که ما به ملتمان یک چیزی را تحمیل بکنیم. بلکه ممکن است گاهی اوقات ما یک تقاضایی از آن‌ها بکنیم؛ تقاضای متواضعانه، تقاضایی که خادم یک ملت از ملت می‌کند؛ لکن اساس این است که مسأله دست من و امثال من نیست و دست ملت است» (خمینی، ۱۳۷۸، ۳۴/۱۱). بر این اساس، تکلیف الهی و حق مردمی به نوعی در هم تنیده شده است و هیچ‌یک مسقط دیگری نخواهد بود. از این رو، دیدگاه مشروعیت مرکب در میانه دو دیدگاه انتصاب و انتخاب سکنی می‌گزیند و تعدیل‌گر آن دو محسوب می‌شود. در هر صورت، مشروعیت انتصابی، انتخابی یا مرکب ولی فقیه در نظام سیاسی دینی، موجد آثار متعدد حقوقی و به‌ویژه در حوزه حقوق اساسی است که از جمله

آن می‌توان به محدوده صلاحیت‌های^۱ رئیس کشور^۲ در حکومت دینی یا همان ولی فقیه اشاره نمود. در دیدگاه انتصاب، اختیارات ولی فقیه همان اختیارات منصوبین خاص، یعنی پیامبر ﷺ و امام معصوم علیهم‌السلام است که در حوزه عمومی و به‌عنوان رهبر بر عهده داشته‌اند و محدود به اراده حکومت‌شوندگان در تفویض امر ولایت نیست؛ در نتیجه، صلاحیت‌های ولی فقیه فراتر از قانون اساسی یا قرارداد اجتماعی بین فرمانروا و فرمانبران است که در راستای اهداف و مصالح اسلام و جمیع مسلمین تجلی می‌یابد؛ حال آنکه پیروان دیدگاه انتخاب یا مشروعیت مرکب، به جهت مشروعیت‌بخشی به نقش مردم، قلمرو اختیارات ولی فقیه را بسته به قرارداد اجتماعی میان آن دو یا همان قانون اساسی می‌دانند که ولایت به‌صورت محدود به فقیه سپرده شده است (لک‌زایی، ۱۳۹۶، ۱۱۳).

نگارنده بر آن است که هیچ ضرورتی ندارد هر دیدگاه فقهی در مقوله ولایت فقیه الزاماً در یکی از دو نظریه انتصاب یا انتخاب جانمایی گردد و به دلیل غلبه ادبیات انتصابی - انتخابی در حوزه فقه سیاسی، نظریه مشروعیت مرکب چندان مورد عنایت صاحب‌نظران فقه سیاسی قرار نگرفته است؛ با آنکه این نظریه در قانون اساسی جمهوری اسلامی تبلور یافته است؛ جایی که «مشروعیت الهی» در اصل پنجم (ولایت فقیه) و «مشروعیت مردمی» در اصولی چون اصل ششم (حاکمیت اراده عمومی) و اصل یکصد و هفتم (نقش مجلس خبرگان) متجلی شده است.

۲. نقش مردم در مشروعیت‌بخشی به نظام دینی

استخراج دیدگاه آیت‌الله خامنه‌ای در مورد ولایت انتصابی یا انتخابی فقیه چندان آسان نیست؛ از آن جهت که در مقوله یادشده، از یک طرف، وجود اظهار نظر صریح یا تألیف علمی - فقهی منتفی است و از طرف دیگر، با مراجعه به

۱. Competencies.

۲. Head of State.

بیانات، برخی بیانات موافق دیدگاه انتصاب، برخی موافق دیدگاه انتخاب و برخی نیز مجمل و میان آن دو است که در ادامه به آن‌ها اشاره می‌گردد.

۲/۱. بیانات موافق با دیدگاه انتصاب

با جست‌وجو در نظرات آیت‌الله خامنه‌ای، موارد متعددی یافت می‌شود که به دیدگاه انتصاب متمایل است و با عنایت به محدودیت پژوهش، به ناچار تنها به برخی از آن‌ها اشاره می‌شود؛ از جمله، در دیدار با روحانیون عراقی مقیم ایران، به فرامرز بودن ولایت فقیه اشاره شده است که این مهم، از آثار ولایت انتصابی فقیه است: «با فهمی که فقاقت و اجتهاد ما از این آیه ﴿أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ﴾ (نسا: ۵۹) دارد، مال همهٔ مسلمان‌ها است. پس ولایت امام امت هم مال همهٔ امت است. امت اسلامی که فقط ملت ایران نیستند. ملت ایران توی این محدودهٔ جغرافیایی زندگی می‌کنند. معنا ندارد توی یک جامعهٔ اسلامی بزرگ دو امام، دو واجب‌الاطاعه؛ بنابراین همان نسبتی که امام با ملت ایران دارد، همان نسبت را عیناً امام با ملت عراق دارد» (حسینی خامنه‌ای، ۱۳۶۱).

در موارد متعدد نیز مبدأ یا پایهٔ اصلی مشروعیت حکومت، ارزش‌های اسلامی و احکام شریعت معرفی شده است و نقش مردم در نظام سیاسی دینی، محدود به تحقق حاکمیت لحاظ گشته است که این مهم، از مقومات دیدگاه انتصاب است. در پیام به مناسبت افتتاح چهارمین دورهٔ مجلس شورای اسلامی در سال ۱۳۷۱، مشروعیت «... همهٔ ارکان و اجزای نظام اسلامی» به رعایت احکام الهی در نظر گرفته شده است (حسینی خامنه‌ای، ۱۳۷۱). همچنین، در بیانات در دیدار نمایندگان مجلس شورای اسلامی در سال ۱۳۸۲ آمده است: «مشروعیت این نظام به تفکر اسلامی و به استواری بر پایهٔ اسلام است؛ مشروعیت مجلس و رهبری هم بر همین اساس است» (حسینی خامنه‌ای، ۱۳۸۲).

در بیانات در دیدار استادان و دانشجویان قزوین در سال ۱۳۸۲ نیز ضمن معرفی تقوا و عدالت به عنوان پایهٔ اصلی مشروعیت در حکومت دینی، خواست مردم یا مقبولیت در راستای تحقق و کارایی حکومت معرفی شده است و این نگاه به

جستارهای
فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

۸۰

دیدگاه انتصاب نزدیک‌تر است: «پایه اصلی تقوا و عدالت است؛ منتها تقوا و عدالت هم بدون رأی و مقبولیت مردم کارایی ندارد؛ لذا رأی مردم هم لازم است» (حسینی خامنه‌ای، ۱۳۸۲).

در دیدار رئیس و مسئولان قوه قضائیه در سال ۱۳۸۹، «حق و عدل» دو عنصر مشروعیت نظام بیان شده است: «مشروعیت من و شما وابسته به مبارزه با فساد، تبعیض و نیز عدالت خواهی است. این، پایه مشروعیت ما است. در نظام جمهوری اسلامی مبنای نظام و مشروعیت نظام متکی به حق و عدل است» (حسینی خامنه‌ای، ۱۳۸۹). در این بیان نیز، بدون اشاره به جایگاه مردم در مشروعیت بخشی به نظام سیاسی، ارزش‌های معنوی به عنوان پایه مشروعیت لحاظ گشته است. در مجموع، بیاناتی که در این قسمت به آن‌ها اشاره شد، به دیدگاه ولایت انتصابی فقیه متمایل است.

۲/۲. بیانات موافق با دیدگاه انتخاب

از جمله بیانات آیت‌الله خامنه‌ای در تأیید دیدگاه انتخاب، می‌توان به جلسه پرسش و پاسخ با مدیران مسئول و سردبیران نشریات دانشجویی اشاره کرد که در آن، خواست مردم پایه مشروعیت حکومت دانسته شده است: «در تفکر دینی، اساس حاکمیت دین و نفوذ دین و قدرت دین، تکیه به مردم است. تا مردم نخواهند، تا ایمان نداشته باشند، تا اعتقاد نداشته باشند، دین حاکم نمی‌شود... در قانون اساسی، همه مراکز قدرت هم، مستقیم یا غیرمستقیم با آرای مردم ارتباط دارند و مردم تعیین‌کننده و تصمیم‌گیرنده هستند و اگر مردم حکومتی را نخواهند، این حکومت در واقع پایه مشروعیت خودش را از دست داده است» (حسینی خامنه‌ای، ۱۳۷۷).

واضح است که اگر نقش مردم در منشأ مشروعیت منظور شود، از دیدگاه انتصاب فاصله گرفته و به انتخاب نزدیک شده‌ایم. مورد دیگر از بیانات که واضح‌تر دیدگاه انتخاب را مدنظر قرار داد، عباراتی است که طی خطبه‌های نماز جمعه تهران در سال ۱۳۶۶ ایراد شده است: «ما دو راه برای تعیین حاکم

داریم: ۱. نصب؛ توجه کنید که نصب در اسلام و در تشیع، نصب اشخاص نیست. یعنی هیچ کس، هیچ حاکمی، حتی آن حاکمی که خود او منصوب از خدا است، خود او حق ندارد کسی را نصب کند. ۲. انتخاب؛ یک راه دیگر راه انتخاب است. انتخاب کجاست؟ انتخاب در یکی از دو جا است: یا در آنجایی که نصب وجود ندارد، مثل دوران غیبت. در دوران غیبت کسی منصوب خدا نیست، آنجا معیارهایی معین شده است. نصب فقها به معنای تعیین معیار است که ائمه علیهم السلام در متون روایت و احکامی که بیان کردند، ملاک‌ها و معیارهایی را برای حاکم اسلامی مشخص کردند؛ در چارچوب این ملاک‌ها و معیارها مردم امام را انتخاب می‌کنند و گزینش می‌کنند. پس انتخاب یکی در آنجایی است که نصب وجود ندارد و جای نصب نیست، مثل دوران غیبت و دیگر در آنجایی است که اگر نصب هم هست، به نصب عمل نشده است؛ مثل دوران خلافت امیرالمؤمنین علیه السلام (حسینی خامنه‌ای، ۱۳۶۶).

در بیانات اخیر، راه تعیین ولی امر و حاکم اسلامی در عصر غیبت، به جهت عدم نصب توسط شارع، از رهگذر انتخاب مردم در نظر گرفته شده است. حاصل آنکه تا بدین جا، بیاناتی از آیت الله خامنه‌ای به دست آمد که بر اساس آن می‌توان ادعا نمود که ایشان از دیدگاه مشهور امامیه مبنی بر وجود نصب در عصر غیبت فاصله گرفته و با اشاره به مقومات دیدگاه انتخاب، از جمله «تأکید بر نفی نصب در این زمانه» و همچنین «در نظر گرفتن منشأ مردمی» برای بخشی از مشروعیت نظام سیاسی دینی، به دیدگاه انتخاب متمایل گشته است.

جستارهای
فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

۸۲

۲/۳. بیانات مجمل نسبت به دو دیدگاه انتخاب یا انتصاب

برخی بیانات آیت الله خامنه‌ای در تعیین حاکم، در حیطه اشتراکی دو دیدگاه انتصاب و انتخاب بیان شده است: «(دو انتخابات مهم در این مجلس - خبرگان - انجام می‌گیرد: یکی انتخاب به وسیله مردم که معتمدین خودشان را معین می‌کنند و انتخاب می‌کنند که این معتمدین، عمده کارشان هم انتخابی است که بعداً آن‌ها خواهند کرد؛ انتخاب دوم (انتخاب رهبری). دو انتخاب در اینجا وجود دارد؛ یعنی

مجلس خبرگان مظهر حضور مردم و مظهر مردمی بودن و دخالت آرای مردم و سلايق مردم است ... مجلس خبرگان است که از این طريق حاکمیت ارزش‌های الهی را و اجرای احکام الهی را و حاکمیت دین خدا را و حاکمیت اسلام را تضمین می‌کند؛ بنابراین، این مجلس همچنین مظهر آرای مردم و مردم‌سالاری دینی یا مردم‌سالاری اسلامی هم هست؛ یعنی مظهر مردم‌سالاری اسلامی به‌طور کامل و تام و تمام در واقع این مجلس است» (حسینی خامنه‌ای، ۱۳۹۴).

مورد دیگر از موارد مجمل، بیانات در دیدار اعضای مجلس خبرگان رهبری در سال ۱۴۰۰ است: «حکمرانی در منطق اسلام، از بن و بنیاد با حکمرانی‌های رایج جهان متفاوت است؛ نه شبیه سلطنت است، نه شبیه ریاست‌جمهوری‌های امروز دنیا است، نه شبیه فرماندهی‌ها است، نه شبیه رؤسای کودتاگر است؛ شبیه هیچ کدام از این‌ها نیست؛ یک چیز خاصی است، متکی به مبانی معنوی. سبک حکمرانی اسلامی این است: مردمی بودن، دینی بودن، اعتقادی بودن، اشرافی نبودن، مسرف نبودن، ظالم نبودن؛ نه ظالم و نه مظلوم» (حسینی خامنه‌ای، ۱۴۰۰).

در این بیانات، ضمن اشاره به عنصر «مردمی» در سبک حکمرانی اسلامی، مشخص نگردیده است که این نقش مردمی در مرتبه مشروعیت‌بخشی به اصل حکومت است (دیدگاه انتخاب یا دیدگاه مرکب) یا در مرتبه تحقق خارجی حکومت (دیدگاه انتصاب). در هر صورت، این بیانات با هر سه دیدگاه سازگار است و برای خروج از اجمال، نیازمند تکیه بر موارد مبین است.

۳. جمع‌بندی دیدگاه آیت‌الله خامنه‌ای

تا بدین جا، دو مطلب اساسی حاصل گردید؛ نخست آنکه علاوه بر دو دیدگاه ولایت انتصابی و انتخابی، دیدگاه سوم نیز در مقوله مشروعیت دولت اسلامی، با عنوان «مشروعیت مرکب» (الهی - مردمی)، قابل احصا است. دوم آنکه نظرات آیت‌الله خامنه‌ای در این زمینه، به‌سهولت ذیل یکی از عناوین انتصاب یا انتخاب قرار نمی‌گیرد؛ از آن جهت که برخی بیانات متمایل به دیدگاه نصب، برخی متمایل به دیدگاه انتخاب و برخی نیز مجمل است؛ لذا این نظر تقویت می‌شود که ایشان

در مقوله مشروعیت نظام اسلامی، قائل به دیدگاه سوم یا همان نظریه مشروعیت مرکب است؛ چرا که عناصر دوگانه مشروعیت بخش، به طور جدی در نظرات ایشان وجود دارد و هیچ یک از خاستگاه های الهی یا مردمی قابل چشم پوشی نیست.

در برخی بیانات، تأکید بیشتر بر عنصر الهی مشروعیت است؛ از جمله در کتاب طرح کلی اندیشه اسلامی که در تبیین «نصب خاص» و «نصب عام»، ولایت فقیه در زمره نصب عام آمده است: «امام یعنی آن حاکم و پیشوایی که از طرف پروردگار در جامعه معین می شود. آن کسی که هر جا او برود، انسان ها دنبالش می روند. خدا یا با نام و نشان معین می کند، مثل پیامبر ﷺ و علی بن ابی طالب (علیه السلام) یا فقط با نشان و بدون نام معین می کند، مثل فقها؛ هر کس که این نشان بر او تطبیق کرد، او امام می شود» (حسینی خامنه ای، ۱۳۹۲، ۴۳۲ و ۴۳۳).

همچنین، در خلال بیانات در مراسم هفدهمین سالگرد ارتحال حضرت امام خمینی در سال ۱۳۸۵ نیز به پابندی بر احکام الهی به عنوان مبدأ مشروعیت تصریح شده است: «در نظام جمهوری اسلامی، اساس حرکت بر پابندی به مبانی است. آن چیزی که به عنوان مبدأ مشروعیت این نظام محسوب می شود، یعنی ولایت الهی که به فقیه منتقل می شود، مشروط است به پابندی بر احکام الهی. آن کسی که در رتبه رهبری نشسته است، اگر نسبت به آرمان های اسلامی، نسبت به قوانین اسلامی، از لحاظ نظری یا عملی، بی قید شود، از مشروعیت می افتد و دیگر اطاعت او بر کسی واجب نیست، بلکه جایز نیست. این در خود قانون اساسی، یعنی در خود سند اصلی انقلاب، ثبت شده است» (حسینی خامنه ای، ۱۳۸۵).

موارد یاد شده، به انضمام تمامی بیاناتی که در بخش پیشین و ذیل عنوان «بیانات موافق با دیدگاه انتصاب» مطرح گردید، حاکی از آن است که مشروعیت الهی در نگاه ایشان، فراتر از دیدگاه انتخاب است؛ چرا که طبق دیدگاه انتخاب، اساس مشروعیت از ناحیه مردم و انتخاب ایشان تأمین می گردد. از دیگر سو، مطابق ظاهر برخی بیانات، دیدگاه آیت الله خامنه ای از نظریه انتصاب هم فاصله گرفته است؛ چرا که نقش مردم فراتر از مقوله تحقق بخش حاکمیت الهی و بلکه از عناصر مشروعیت بخش اساس نظام سیاسی تلقی شده است. در بخشی از خطبه های نماز

جمعه سال ۱۳۶۶ آمده است: «در اسلام به نظر مردم اعتبار داده شده است؛ رأی مردم در انتخاب حاکم و در کاری که حاکم انجام می‌دهد، مورد پذیرش قرار گرفته است؛ لذا شما می‌بینید که امیرالمؤمنین علیه السلام با اینکه خود را از لحاظ واقع منصوب پیغمبر و صاحب حق واقعی برای زمامداری می‌داند، آن وقتی که کار به رأی مردم و انتخاب مردم می‌گردد، روی نظر مردم و رأی مردم تکیه می‌کند؛ یعنی آن را معتبر می‌شمارد و بیعت در نظام اسلامی یک شرط برای حقانیت زمامداری زمامدار است. اگر یک زمامداری بود که مردم با او بیعت نکردند، یعنی آن را قبول نکردند، آن زمامدار خانه‌نشین خواهد شد و مشروعیت ولایت و حکومت به بیعت مردم وابسته است یا بگوییم فعلیت زمامداری و حکومت به بیعت مردم وابسته است ... مشروعیت دادن به رأی مردم و بیعت مردم، این یک اصل اسلامی است» (حسینی خامنه‌ای، ۱۳۶۶).

مشروعیت
دولت اسلامی در
اندیشه آیت الله
شهید سیدعلی
خامنه‌ای با
تأکید بر نظریه
مشروعیت مرکب

۸۵

در این بیان، به وضوح بیعت و خواست مردم به عنوان پایه مشروعیت حکومت در نظر گرفته شده است. در بیانات در دیدار جمعی از دانشجویان، پس از اشاره به جایگاه رأی اکثریت به عنوان منطق مردم سالاری در دموکراسی غربی، منطق مردم سالاری دینی تبیین می‌گردد: «در اسلام، مردم یک رکن مشروعیت هستند، نه همه پایه مشروعیت. نظام سیاسی در اسلام، علاوه بر رأی و خواست مردم، بر پایه اساسی دیگری هم که تقوا و عدالت نامیده می‌شود، استوار است. اگر کسی که برای حکومت انتخاب می‌شود، از تقوا و عدالت برخوردار نبود، همه مردم هم که بر او اتفاق کنند، از نظر اسلام این حکومت، حکومت نامشروعی است» (حسینی خامنه‌ای، ۱۳۸۲).

در این بیان و با توجه به سیاق کلام، ماهیت نقش مردم به عنوان جزء مشروعیت بخش نظام سیاسی در نظر گرفته شده است؛ چرا که تمایز منطق لیبرالی با اسلامی، صرفاً در اینکه رضایت مردم تمام الموضوع برای مشروعیت است یا جزء الموضوع، خلاصه گردیده است و اصل اینکه عنصر مردم مشروعیت بخش است، مفروض تلقی شده است. این مهم، حاکی از تمایز نظر ایشان با دیدگاه انتصاب است.

بنابراین، در مجموع می‌توان ادعا کرد که در بیانات آیت‌الله خامنه‌ای، هم خاستگاه الهی مشروعیت حضور دارد و هم خاستگاه مردمی و اشاره به یکی از آن دو در یک مقام مخاطب، هیچ دلیلی بر اعتقاد ایشان به نفی عنصر دیگر نیست؛ به دیگر بیان، اثبات شی نفی ماعدا نمی‌کند و چنانچه در یک فضای مخاطب، تأکید بر عنصر الهی مشروعیت بوده است، به معنای نفی عنصر مردمی نیست و در مقابل، چنانچه فضای مخاطب مقتضی تأکید بر عنصر مردمی مشروعیت را داشته است، نافی عنصر الهی در دیدگاه ایشان نیست.

واضح است که در استنباط نظریه فقهی یک مجتهد، تکیه بر تک جملات و گزاره‌های پراکنده، بدون نگاه به کلیت منظومه فکری او، روشی نارسا و گمراه کننده است. در دانش اصول فقه نیز اغلب، وجود مفهوم برای لقب یا وصف را نپذیرفته‌اند (خراسانی، ۱۴۰۹، ۲۰۶؛ نائینی، ۱۳۵۵، ۵۰۲/۲)؛ برای نمونه، چنانچه در روایتی گفته شود «به چهارپایان بیابان گرد، زکات تعلق می‌گیرد»، چنین نتیجه‌ای حاصل نمی‌شود که چهارپایانی که با علوفه تغذیه می‌شوند، زکات ندارند. در پژوهش حاضر نیز گزاره‌هایی وجود دارد که «عنصر الهی را منبع مشروعیت» معرفی نموده است؛ از این گزاره نمی‌توان نتیجه گرفت که عنصر دیگری، مانند مردم، لزوماً منبع مشروعیت نیست. پس برای فهم نظریه آیت‌الله خامنه‌ای، باید بیاناتی که بر جنبه الهی تأکید دارد، با بیاناتی که نقش مردم را محوری می‌داند، در کنار یکدیگر قرار داد. نتیجه این روش آن است که به جای انتخاب یکی و نادیده گرفتن دیگری، به نظریه‌ای فراتر و کامل‌تر، یعنی «مشروعیت مرکب»، رهنمون می‌شویم.

از واضح‌ترین بیانات در تأیید نظریه مشروعیت مرکب، پیام صادره به مناسبت آغاز به کار ششمین دوره مجلس خبرگان رهبری است: «مجلس خبرگان، مظهر مردم‌سالاری اسلامی است. گزینش رهبر بر طبق معیارهای اسلامی بر عهده این مجلس است که خود، منتخب و برگزیده مردم است. معیارها، اسلامی و گزینش مردمی است؛ این روشن‌ترین نشانه و معرف جمهوری اسلامی ایران است» (حسینی خامنه‌ای، ۱۴۰۳).

اهمیت این بیان از دو جهت است؛ نخست آنکه زمان ایراد آن نسبت به تمام آنچه بیان رفت، متأخر محسوب می‌گردد؛ بنابراین، واجد اعتبار فزون‌تر در مقام استظهار است. دوم آنکه «گزینش مردمی» و هم‌عرض با «معیارهای اسلامی»، به‌عنوان نقطه مطلوب و نشانه جمهوری اسلامی معرفی گشته که جایابی آن ذیل نظریه مشروعیت دوگانه (مرکب)، نسبت به انتصاب یا انتخاب، منطقی‌تر به نظر می‌آید.

نتیجه‌گیری

ذیل نظریه ولایت فقیه، حداقل دو دیدگاه اساسی انتخاب و انتصاب قابل شناسایی است که در مبانی و آثار، دارای نقاط مشترک و اختلافی متعددی هستند. در مقوله اصل وجود نظام سیاسی دینی، پیروان هر دو مسلک قائل به ضرورت آن هستند. تمایز اساسی در باب مشروعیت، به اعطای حق انتخاب حاکم به مردم یا سلب انتخاب از ایشان بازمی‌گردد؛ دیدگاه انتصاب، تمامی مشروعیت را به آموزه‌های دینی مستند ساخته است و نقش مردم را محدود به پذیرش و تحقق خارجی حاکمیت فقیه و نه انتخاب او، می‌بیند. از همین‌رو، منشأ مشروعیت در دیدگاه انتصاب، تک‌محوره و به‌صورت مشروعیت الهی تصویر می‌شود. در مقابل، در دیدگاه انتخاب، منشأ مشروعیت مردمی در نظر گرفته می‌شود؛ چراکه نصب ولی فقیه از جانب شارع در مقام ثبوت ممکن نیست؛ ازاین‌رو، نمی‌توان در مقام اثبات به روایات و دلایلی تمسک نمود که درصدد بیان ولایت انتصابی برای فقیه هستند؛ بنابراین، با توجه به ضرورت برپایی نظام سیاسی دینی، چاره‌ای جز مشروعیت‌بخشی به انتخاب و خواست مردم در این باب وجود ندارد.

با عبور از این دو دیدگاه، نظریه سومی در نظام سیاسی اسلام، تحت عنوان «مشروعیت مرکب»، قابل طرح است که از هر دو خاستگاه الهی و مردمی بهره می‌برد. این دیدگاه که شواهدی از قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و نظرات امام خمینی نیز مؤید آن است، ضمن برخورداری از امتیازات مثبت مشروعیت الهی، غالب مؤلفه‌های نظام‌های مردم‌سالار را نیز دربر می‌گیرد؛ با تأکید بر این

مطلب که هیچ ضرورتی ندارد هر دیدگاه فقهی در مقوله ولایت فقیه، لزوماً در یکی از دو نظریه انتصاب یا انتخاب جانمایی گردد.

کشف دیدگاه آیت الله خامنه‌ای در باب ولایت انتصابی یا انتخابی فقیه، با موانعی مواجه است؛ چراکه در دایره بیانات ایشان، برخی موارد به دیدگاه انتصاب نزدیک می‌شود، برخی بیانات واجد مقوم دیدگاه انتخاب است و برخی نیز مجمل به نظر می‌رسد. از همین رو، این نظر تقویت می‌شود که ایشان در مقوله مشروعیت نظام اسلامی، قائل به دیدگاه سوم یا همان نظریه مشروعیت مرکب است.

برای نمونه، در بیانات در دیدار جمعی از دانشجویان در سال ۱۳۸۲، پس از اشاره به جایگاه رأی اکثریت به عنوان منطق مردم‌سالاری در دموکراسی غربی، تصریح شده است که در اسلام، مردم یک رکن مشروعیت هستند؛ که حاکی از نقش مردم به عنوان عنصر مشروعیت‌بخش در نگاه ایشان است. در مقابل، در پیام به مناسبت افتتاح چهارمین دوره مجلس شورای اسلامی در سال ۱۳۷۱، مشروعیت همه ارکان و اجزای نظام اسلامی به رعایت احکام الهی در نظر گرفته شده است که مؤکد مشروعیت الهی حکومت است.

بنابراین، با عنایت به ضابطه اصولی عدم وجود مفهوم برای وصف یا لقب، می‌توان ادعا کرد که در مجموع، آیت الله خامنه‌ای قوام مشروعیت و حقانیت حکومت را به صورت مرکب و الهی - مردمی دانسته است که طبق آن، نقش مردم صرفاً محدود به ایجاد شرایط برای تحقق حکومت لحاظ نگشته است؛ بلکه خواست مردم به عنوان عنصر مشروعیت‌بخش به نظام سیاسی دینی و در عرض منشأ الهی است.

منابع

قرآن کریم.

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

آملی لاریجانی، محمد صادق. (۱۳۸۱). مبانی مشروعیت حکومت‌ها. **الهیات و حقوق**. شماره ۳، صص ۹ تا ۳۲.

خراسانی، محمدکاظم. (۱۴۰۹ق). **کفایة الأصول**. قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام لإحياء التراث.
ابن حزم اندلسی، ابو محمد علی بن أحمد. (۱۴۱۶ق). **الفصل فی الملل و الاهواء و النحل**.
القاهرة: مكتبة الخانجي.

خمینی، سید روح الله. (۱۳۷۸). **صحیفه امام**. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
خمینی، سید روح الله. (۱۳۹۲). **کتاب البیع**. چاپ چهارم. تهران مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
ایزدهی، سید سجاد و صدیق تقی زاده، صدیقه. (۱۴۰۰). **فلسفه فقه سیاسی**. **جستارهای
فقهی و اصولی**، شماره ۲۵، ۷۱ تا ۹۸.

جوادی آملی، عبدالله. (۱۳۸۲). **ولایت فقیه؛ ولایت فقاقت و عدالت**. چاپ پنجم. قم: اسرا.
جوان آراسته، حسین. (۱۴۰۲). **نظام سیاسی در اسلام**. چاپ دوم. قم: مؤسسه بوستان کتاب.
حاتمی، محمدرضا. (۱۳۹۲). **مبانی مشروعیت حکومت در اندیشه سیاسی شیعه**. چاپ دوم.
تهران: مجد.

حسینی خامنه‌ای، سید علی. (۱۳۹۲). **طرح کلی اندیشه اسلامی در قرآن**. تهران: مؤسسه جهادی.
حسینی خامنه‌ای، سید علی. (۱۳۷۷/۱۲/۰۴). **بیانات در جلسه پرسش و پاسخ با مدیران
مسئول و سر دبیران نشریات دانشجویی**.

حسینی خامنه‌ای، سید علی. (۱۳۶۶/۰۴/۱۲). **خطبه‌های نماز جمعه تهران**.
حسینی خامنه‌ای، سید علی. (۱۳۹۴/۰۶/۱۲). **بیانات در دیدار رئیس و اعضای مجلس خبرگان
رهبری**.

حسینی خامنه‌ای، سید علی. (۱۴۰۰/۱۲/۱۹). **بیانات در دیدار اعضای مجلس خبرگان رهبری**.
حسینی خامنه‌ای، سید علی. (۱۴۰۳/۰۳/۰۱). **پیام رهبر انقلاب به مناسبت آغاز به کار ششمین
دوره مجلس خبرگان رهبری**.

حسینی خامنه‌ای، سید علی. (۱۳۶۱/۰۱/۰۸). **بیانات آیت الله خامنه‌ای در دیدار بارو حانیون
عراقی مقیم ایران**.

حسینی خامنه‌ای، سید علی. (۱۳۷۱/۰۳/۰۷). **پیام به مناسبت افتتاح چهارمین دوره ی
مجلس شورای اسلامی**.

حسینی خامنه‌ای، سید علی. (۱۳۸۲/۰۳/۰۷). **بیانات در دیدار نمایندگان مجلس شورای اسلامی**.
حسینی خامنه‌ای، سید علی. (۱۳۷۸/۰۳/۱۴). **خطبه‌های نماز جمعه تهران در دهمین
سالگرد حضرت امام خمینی**.

حسینی خامنه‌ای، سید علی. (۱۳۸۵/۰۳/۱۴). **بیانات در مراسم هفدهمین سالگرد ارتحال
حضرت امام خمینی**.

مشروعیت
دولت اسلامی در
اندیشه آیت الله
شهید سید علی
خامنه‌ای با
تأکید بر نظریه
مشروعیت مرکب

حسینی خامنه‌ای، سید علی. (۱۳۸۹/۰۴/۰۷) بیانات در دیدار رئیس و مسئولان قوه قضائیه.

حسینی خامنه‌ای، سید علی. (۱۳۸۱/۱۲/۱۳). بیانات در دیدار اعضای مجلس خبرگان رهبری.

حسینی خامنه‌ای، سید علی. (۱۳۸۲/۰۹/۲۶). بیانات در دیدار استادان و دانشجویان قزوین.

حسینی خامنه‌ای، سید علی. (۱۳۶۰/۰۲/۲۹). بیانات در اولین کنگره بین‌المللی نهج البلاغه.

فیرحی، داود. (۱۳۹۷). قدرت، دانش و مشروعیت در اسلام. چاپ هفدهم. تهران: نشر نی.

کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۳۶۳). الکافی. چاپ پنجم. تهران: دار الکتب الإسلامية.

لک‌زایی، شریف. (۱۳۹۶). بررسی تطبیقی نظریه‌های ولایت فقیه. چاپ چهارم. قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.

منتظری، حسینعلی. (۱۴۰۹ق). دراسات في ولاية الفقيه و فقه الدولة الإسلامية. چاپ دوم. قم: المركز العالمي للدراسات الإسلامية.

مومن القمی، محمد. (۱۴۲۵ق). الولاية الإلهية الإسلامية. قم: مؤسسه نشر اسلامی.

موسوی، سید مصطفی و راجی، سید محمدهادی. (۱۴۰۳). جایگاه مردم‌سالاری دینی در صورت‌بندی اصول جهان‌بینی و ایدئولوژی اسلامی از منظر آیت الله خامنه‌ای. حکومت اسلامی، شماره ۱۱۱، صص ۲۹ تا ۵۶.

نایینی، محمدحسین و ورعی، جواد. (۱۳۸۲). تنبیه الأمة و تنزیه الملة. قم: مؤسسه بوستان کتاب.

نایینی، محمدحسین. (۱۳۵۵ق). فوائد الأصول. قم: مؤسسه نشر اسلامی.

نراقی، ملا احمد. (۱۳۷۵). عوائد الأيام. قم: مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه.

Stillman, P. G. (1974). The concept of legitimacy. *Polity*, 7(1), 32-56.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳

۱۴۰۵

۹۰



A Critical Appraisal of the Theory of *Bait al-Mal* Liability for Crimes Less Than Homicide Where the Perpetrator Is Unattainable

Seyyed Ehsan Rafiee Alavi ¹ ; Mohammad Taha Daliri ²

1. Assistant Professor of Jurisprudence Department of Baqer Al-Alum University of Qom. Qom. Iran.
rafieealavy272@gmail.com | ORCID: <https://orcid.org/0000>

2. Ph.D. student of Bagheral Uloom University (AS). bidari.1433@gmail.com

Article Info

Article Type:

Research Article

Article History:

Received 22 JUL 2025

Received in revised form
25 OCT 2025

Accepted 26 OCT 2025

Keywords:

Public Treasury (Bait
al-Mal)

Non-fatal crimes

Inaccessibility of the
perpetrator

La-yabtul (No right shall
be invalidated)

Public interest
(Maslahat)

ABSTRACT

Following Islamic jurisprudence, the Islamic Penal Code designates the Public Treasury (Bait al-Mal) as liable for the payment of Diyah (blood money) in certain circumstances. A critical question arises in this regard: in cases involving non-fatal crimes-where the perpetrator is inaccessible, such as due to flight or death-can the Public Treasury be held liable for the payment of Diyah? This specific issue is not explicitly addressed in traditional jurisprudential texts.

This study, conducted within the framework of Islamic jurisprudence through a descriptive-analytical and Ijtihadi (reasoning-based) method using library resources, examines the potential grounds for establishing Bait al-Mal liability. It evaluates three primary arguments: specific traditions concerning non-fatal crimes; traditions containing the rationale of “no right shall be invalidated” (La-yabtul); and the doctrine of utilizing the Public Treasury for the common interest of Muslims (Maslahat). The findings indicate that each of these arguments faces significant semantic and evidentiary challenges.

Cite this article:

Alavi Rafiee. E & Daliri. MT (2026). “An Analysis and Critique of the Theory of Bait al-Mal’s Liability in Non-fatal Crimes under the Assumption of Inaccessibility of the Perpetrator.” *Journal of Jurisprudential and Fundamental Studies*. 12(43), 11-11.



© The Author(s).

Publisher: Islamic Propagation Office of Qom Seminary- Khorāsān-e-Razavi Branch. DOI: <https://doi.org/10.22034/jrj.2026.73800.3113>

Ultimately, this research concludes that based on the principle of individual criminal responsibility-a fundamental tenet of law-the liability rests solely with the perpetrator, and the Public Treasury cannot be held accountable in such cases.

امکان سنجی تفویض رأی فقهی شورای نگهبان در نظارت شرعی بر مقررات^۱

۱. سید احسان رفیعی علوی ؛ ۲. محمدطاها دلیری

۱. استادیار دانشگاه باقرالعلوم ۷ قم، وابسته به دفتر تبلیغات اسلامی قم، ایران. (نویسنده مسئول)؛

رایانامه: rafiealavy272@gmail.com؛ کد ارکید:

۲. دانشجوی دکتری تخصصی فقه و حقوق دانشگاه باقرالعلوم ۷ قم، ایران. رایانامه: bidari.1433@gmail.com



تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۱۰/۰۸

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۵/۰۵/۰۸

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۵/۰۵/۱۰

امکان سنجی
تفویض رأی فقهی
شورای نگهبان در
نظارت شرعی بر
مقررات
۹۳

چکیده

این پژوهش به بررسی امکان فقهی تفویض رأی فقهی فقهای شورای نگهبان در نظارت شرعی بر قوانین می پردازد. مسئله اصلی آن است که آیا نظارت شرعی شورا قائم به شخص فقهای آن است یا می توان بخشی از فرایند تکوین و تنظیم رأی را به نهادی تخصصی واگذار کرد. ابتدا ماهیت نظارت شرعی فقهای شورا در سه ساحت افتا، قضا و حکمرانی تبیین می شود و سپس حدود تفویض در هر ساحت، با تفکیک موضوع شناسی، تهیه و تنظیم رأی پیشنهادی و تصویب نهایی، ارزیابی می گردد. یافته ها نشان می دهد که در مقام افتا، رأی مجتهد دیگر برای فقیه شورا جایگزین اجتهاد

۱. رفیعی علوی، سید احسان، دلیری، محمد (۱۴۰۵). «امکان سنجی تفویض رأی فقهی شورای نگهبان در نظارت شرعی بر مقررات». جستارهای فقهی و اصولی. ۱۲: ۴۳ (۲). صص: ۱۱-۱۱.

doi: <https://doi.org/10.22034/jrj.2026.73800.3113>



© ۱۴۰۴. نویسندگان دارنده حق مؤلف مقاله خود بدون محدودیت هستند.
ناشر: مرکز تخصصی آخوند خراسانی دفتر تبلیغات اسلامی خراسان رضوی.

و احراز شخصی او نمی‌شود؛ اما واگذاری موضوع‌شناسی، گردآوری و تحلیل ادله و تنظیم رأی فقهی پیشنهادی مستدل، با حفظ بررسی و تصویب صریح اکثریت فقهای شورا، قابل دفاع است. در مقام قضا نیز بحث صاحب مناهل درباره اذن به غیر مجتهد برای قضاوت بر پایه فتوای مجتهد زنده، ناظر به فرض فقدان قاضی مجتهد و ضرورت جلوگیری از تعطیل حقوق و هرج و مرج است و نباید دلیل جواز تقلید مجتهد در افتا تلقی شود.

در ساحت حکمرانی، تشکیل «دیوان تخصصی فقهی نظارت بر مصوبات» نوعی سازمان‌دهی نهادی برای انجام تکلیف اصل چهارم قانون اساسی است، نه انتقال صلاحیت نهایی مقرر در اصول چهارم و نود و ششم. مقاله، برای عملیاتی کردن این نتیجه، متن مواد پیشنهادی الحاقی به آیین‌نامه داخلی شورای نگهبان را ارائه می‌کند؛ بر اساس این مواد، دیوان می‌تواند رأی فقهی پیشنهادی را تولید و تنظیم کند؛ اما آن رأی تنها پس از تصویب صریح اکثریت فقهای شورای نگهبان اثر حقوقی می‌یابد و به آنان مستند می‌شود.

کلید واژه‌ها: شورای نگهبان، نظارت شرعی، تفویض رأی فقهی، قاضی مأذون، دیوان تخصصی فقهی

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

۹۴

مقدمه

در فقه امامیه، مکلفان در برابر احکام شرعی یکی از سه راه اجتهاد، تقلید یا احتیاط را برمی‌گزینند و اعتبار عمل آنان منوط به التزام به یکی از این مسیرهاست. اجتهاد، به عنوان عالی‌ترین مرتبه استنباط حکم شرعی، شأنی شخص‌محور داشته و از همین رو، در سنت فقهی شیعه، افتا و قضا غالباً اموری قائم به شخص مجتهد تلقی شده‌اند. این تلقی، مبنای دیدگاه مشهور فقها در عدم جواز تقلید مجتهد از مجتهد دیگر و حساسیت نسبت به تفویض شئون فقهی است.

با پیروزی انقلاب اسلامی و تأسیس نظام جمهوری اسلامی ایران، فقه شیعه وارد مرحله‌ای جدید شد که در آن، اجتهاد فقهی به صورت نهادمند در فرایند حکمرانی و قانون‌گذاری ایفای نقش می‌کند. در این چارچوب، قانون اساسی

جمهوری اسلامی ایران، به منظور تضمین اسلامیت قوانین، نهاد شورای نگهبان را پیش‌بینی کرده و تشخیص انطباق قوانین و مقررات با موازین شرعی را بر عهده فقهای این شورا نهاده است. بدین ترتیب، اجتهاد فقهی از سطح کنش فردی فراتر رفته و به عنصری مؤثر در کنترل قواعد الزام‌آور عمومی تبدیل شده است.

با این حال، تجربه عملی نظارت شرعی نشان می‌دهد که فقهای شورای نگهبان با محدودیت‌های جدی مواجه هستند؛ از جمله گستردگی و تنوع روزافزون قوانین و مقررات، تخصصی‌شدن موضوعات و حجم بالای شکایات ارجاعی از دیوان عدالت اداری. این وضعیت، نظارت شرعی را در بسیاری از موارد به نظارتی پسینی، انفعالی و همراه با اطاله زمانی تبدیل کرده است؛ امری که می‌تواند به اجرای موقت مقررات مغایر با موازین شرعی و تضییع حقوق عمومی بینجامد.

پژوهش‌های پیشین درباره نظارت شرعی شورای نگهبان را می‌توان در چهار دسته جای داد. دسته نخست، آثاری هستند که جایگاه شورای نگهبان را در نظام حقوق اساسی و صلاحیت فقهای آن را بر پایه اصول چهارم، نود و یکم و نود و چهارم قانون اساسی تبیین کرده‌اند. این آثار بیشتر ناظر به مبانی نهادی و حقوقی شورای نگهبان هستند و کمتر به ماهیت فقهی رأی فقهای شورا و امکان تفویض آن پرداخته‌اند (فتحی، کوهی اصفهانی و طاهری، ۱۳۹۸، ۳۵، ۱۵۳).

دسته دوم، پژوهش‌هایی هستند که قلمرو نظارت شورای نگهبان را بررسی کرده‌اند. این آثار، از جمله پژوهش‌هایی که بر شمول اصل چهارم نسبت به همه قوانین و مقررات کشور تأکید دارند، عمدتاً در پی تعیین گستره نظارت شرعی هستند، نه تحلیل سازوکار فقهی صدور یا تفویض رأی فقهای شورا (هدایت‌نیا، ۱۳۸۷، ۵۸). مقاله «بررسی قلمروی نظارت شورای نگهبان» نوشته سید احمد مرتضایی نیز از جهت تحلیل قلمرو اختیارات شورای نگهبان و نسبت نظارت با تشخیص صلاحیت اهمیت دارد؛ اما مستقیماً به مسئله تفویض رأی فقهی در نظارت شرعی بر مصوبات تقنینی نمی‌پردازد (مرتضایی، ۱۳۹۰، ۱۱۷).

دسته سوم، آثاری هستند که ماهیت نظرات شورای نگهبان و آثار حقوقی آن را تحلیل کرده‌اند. در این میان، مقاله «بررسی ماهیت نظرات شورای نگهبان» نوشته

طلابکی طرقي و ابريشمى راد، از جهت تبين جاىگاه حقوقى و آثار الزام آور نظر شورا قابل توجه است؛ با اين حال، رويکرد آن عمدتاً حقوقى و توصيفى است و پرسش از اينكه رأى فقهي فقهاى شورا از سنخ افتا، قضا، حكم حكومتى يا تركيبى از اين شئون است، در آن به صورت مستقل بررسى نمى شود.

دسته چهارم، پژوهش ها و گزارش هاى هستند كه به سازوكارهاى اجرايى نظارت شوراى نگهبان توجه كرده اند؛ مانند بحث از هيئت هاى نظارت بر انتخابات كه نشان دهنده امكان استفاده شورا از ساختارهاى واسط در اعمال نظارت است (نظرپور، ۱۳۸۷، ۷۷) و نيز تجربه شوراى فقهي بانك مركزى كه نمونه اى از بهره گيرى نهادى از فقهاى متخصص در ارزيابى انطباق مقررات و رويه هاى بانكى با موازين فقه اسلامى به شمار مى رود. با اين حال، اين آثار نيز معمولاً روشن نمى كنند كه استفاده از چنين نهادهاى از منظر فقهي، تفويض رأى فقهي است يا صرفاً كارشناسى، موضوع شناسى و آماده سازى مقدمات تصميم نهايى.

برآيند پيشينه نشان مى دهد كه ادبيات موجود، هرچند در تبين جاىگاه، قلمرو، آثار حقوقى و برخى سازوكارهاى اجرايى نظارت شوراى نگهبان مفيد است؛ اما مسئله «تفويض رأى فقهي فقهاى شوراى نگهبان» را به عنوان يك مسئله مستقل فقهي صورت بندى نكرده است. به ويژه، در اين آثار كمتر ميان تفويض در تشخيص موضوع، تفويض در كشف حكم شرعى و تفويض در تصميم نهايى تفكيك شده است؛ در حالى كه امكان تفويض در موضوع شناسى گسترده تر و كم چالش تر از تفويض در كشف حكم است و تصميم نهايى، با توجه به جاىگاه قانونى و شرعى فقهاى شوراى نگهبان، نيازمند قيود جدى ترى است.

از اين رو، نوآورى مقاله حاضر آن است كه نظارت شرعى فقهاى شوراى نگهبان را در سه لايه افتائى، قضايى و حكومتى بازخوانى مى كند و ميان سه مرحله «موضوع شناسى»، «تكوين و تنظيم رأى فقهي پيشنهاده» و «تصويب و انتساب رأى نهايى» تفكيك مى دهد. تفويض مورد دفاع، ناظر به دو مرحله نخست است و به معنای سلب يا انتقال صلاحيت نهايى فقهاى شورا نيست. افزون بر تحليل فقهي، مقاله براى نخستين بار اين الگو را در قالب مواد پيشنهاده قابل الحاق به

آیین‌نامه داخلی شورای نگهبان صورت‌بندی می‌کند.

بر این اساس، پرسش اصلی پژوهش آن است که آیا می‌توان تهیه و تنظیم رأی فقهی پیشنهادی درباره مصوبات را به دیوانی از فقهای متخصص سپرد و در عین حال، با الزام به بررسی و تصویب صریح اکثریت فقهای شورای نگهبان، صلاحیت شرعی و قانونی نهایی آنان را محفوظ داشت؟

پاسخ پیشنهادی مقاله، تأسیس «دیوان تخصصی فقهی نظارت بر مصوبات» است. این دیوان در حوزه‌های موضوعی مختلف، با همکاری فقهای متخصص و کارشناسان موضوعی، موضوع را تنقیح، ادله را ارزیابی و رأی فقهی پیشنهادی مستدل را تنظیم می‌کند؛ با این قید بنیادین که رأی دیوان مشورتی است و فقط پس از تصویب صریح اکثریت فقهای شورای نگهبان، به‌عنوان نظر شرعی شورا ابلاغ می‌شود.

۱. مبادی تصویری

پیش از ورود به بحث نخست، لازم است برخی از مفاهیمی را که به‌نوعی از مبادی مسئله فقهی ما به‌شمار می‌روند، مورد بررسی قرار دهیم تا تصور دقیق‌تری نسبت به آن‌ها پیدا کنیم.

۱.۱/۱. اجتهاد

یکی از مفاهیمی که در این بخش مورد بررسی قرار داده و معنای لغوی و اصطلاحی آن را تبیین می‌کنیم، مفهوم «اجتهاد» است. اهمیت این بحث از آن جهت است که وقتی پرسش می‌شود: تقلید مجتهد از مجتهدی دیگر چه حکمی دارد؟ نخست باید مشخص شود که مجتهد کیست؟ و اجتهاد در لغت و اصطلاح فقه به چه معنایی به کار رفته است؟

«اجتهاد» از ریشه «ج ه د» و در باب افتعال، به معنای صرف تمام توان برای دستیابی به چیزی است (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ۳/۱۳۵). در اصطلاح فقهی، تعاریف گوناگونی از این اصطلاح ارائه شده است. ابن حجب آن را تلاش برای تحصیل

ظن به حکم شرعی دانسته است (خراسانی، ۱۴۰۹ق، ۴۶۳)؛ اما آخوند خراسانی این تعریف را ناقص می‌شمارد و اجتهاد را صرف توانایی در تحصیل حجت بر حکم شرعی - چه بالقوه و چه بالفعل - می‌داند (خراسانی، ۱۴۰۹ق، ۴۶۳). شیخ بهایی اجتهاد را «ملکه‌ای» می‌خواند که فقیه به وسیله آن قادر به استنباط حکم شرعی فرعی است (بهایی، ۱۴۲۳ق، ۱۵۹).

در میان فقها، دو نکته محل اختلاف است: نخست آنکه برخی، مانند ابن حاجب و سید مرتضی، اجتهاد را صرف کوشش دانسته‌اند (سید مرتضی، ۱۴۰۵ق، ۲۶۲/۲؛ خراسانی، ۱۴۰۹ق، ۴۶۳)؛ در حالی که بسیاری، همچون شیخ بهایی، آن را «ملکه» می‌دانند. دوم آنکه عده‌ای توان بالقوه در استنباط را کافی می‌دانند؛ ولی گروهی تحقق بالفعل را شرط می‌دانند (عراقی، ۱۳۸۸، ۲۵). اهمیت توجه به این اختلاف نظر در پژوهش ما از این جهت است که وقتی فقها درباره حکم تقلید مجتهد از مجتهدی دیگر بحث می‌کنند، باید توجه داشته باشیم که چه تعریفی از مجتهد دارند؛ آیا مقصود آن‌ها صرف ملکه استنباط است یا اینکه مجتهد را کسی می‌دانند که علاوه بر برخورداری از ملکه استنباط، در مسئله مورد نظر بالفعل توانایی استنباط دارد.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

۹۸

۱/۲. تقلید

یکی دیگر از مفاهیمی که در این پژوهش لازم است ابعاد مختلف آن مورد بررسی قرار گیرد، مفهوم تقلید است؛ زیرا وقتی مسئله تقلید مجتهد از مجتهدی دیگر مطرح می‌شود، باید روشن شود این تقلید به چه معنا است.

«تقلید» از ریشه «ق ل د» در باب تفعیل، به معنای آویختن چیزی بر گردن است؛ مانند «تقلید البدنه» که در حج، به نشانه قربانی، بر گردن شتر می‌آویختند (ابن فارس، ۱۴۰۴ق، ۱۹/۵؛ جوهری، ۱۴۰۱ق، ۵۲۷/۲).

در اصطلاح فقهی و اصولی، تعابیر مختلفی ارائه شده است: برخی تقلید را مقدمه عمل به احکام دانسته‌اند؛ مانند «قبول قول دیگران اعم از قول اجتهادی یا قول یقینی» (سبزواری، ۱۴۲۷ق، ۲۱۹/۲) و یا «قبول قول غیر به شرطی که مستند

به اجتهاد نباشد» (عاملی، ۱۴۱۴ق، ۶۹/۲). گروهی دیگر آن را «التزام عملی به قول مجتهد معین» می‌دانند، حتی اگر هنوز به آن عمل نشده باشد (یزدی، ۱۴۰۹ق، ۵/۱) یا اخذ فتوای غیر برای عمل به آن دانسته‌اند (خراسانی، ۱۴۰۹ق، ۴۳۴/۲).

در مقابل، برخی تقلید را خود «یک نوع عمل» معرفی کرده‌اند؛ مانند «عمل به قول غیر بدون حجت معلوم» (حلی، ۱۴۱۹ق، ۳۹۸/۱) یا «عمل مستند به نظر دیگری» (ابن عاملی، ۱۴۳۱ق، ۲۴۲). برخی اشکال کرده‌اند که این دسته میان تقلید و مقدمات آن خلط کرده‌اند (صدر، ۱۴۲۰ق، ۷۵).

۱/۳. نظارت شرعی

«نظارت» از ریشه «نظر» به معنای مشاهده و تأمل است (ابن فارس، ۱۴۰۴ق، ۴۴۴/۵: جوهری، ۱۴۱۰ق، ۸۳۰/۲) و گاه به معنای «پاکیزه نمودن باغ» نیز به کار رفته است که در فقه هم استعمال دارد (زبیدی، ۱۴۱۴ق، ۵۳۷/۷؛ فیومی، بی‌تا، ۶۱۲/۲). دهخدا نیز آن را مصدر «نظر» و به معنای دیدن با اندیشه دانسته است (دهخدا، ۱۳۷۷، ۲۲۵۶۱/۱۴). برآیند این معانی، دقت و مراقبتی است که برای صیانت از شیء در برابر فساد اعمال می‌شود.

در اصطلاح مدیریتی، نظارت مقایسه «بایدها» با «هست‌ها» و «مطلوب‌ها» با «موجودها» است (محسن‌شینی، ۱۳۸۴، ۲۳) و در حقوق، مراقبت بر عمل دیگری برای تحقق صحیح تکلیف است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ۳۶۵۰/۵).

«نظارت شرعی» گونه‌ای خاص از نظارت است که فقهای شورای نگهبان براساس اصول چهارم و نود و یکم قانون اساسی، به عنوان تکلیف شرعی و حقوقی، موظف هستند بر مطابقت قوانین با موازین اسلامی نظارت داشته باشند.

۲. موضوع شناسی تفویض

موضوع تفویض در این پژوهش، واگذاری سازمان‌یافته دو مرحله از فرایند نظارت شرعی است: نخست، تشخیص و تنقیح موضوع و دوم، بررسی ادله و تنظیم رأی فقهی پیشنهادی مستدل. فقهای شورای نگهبان می‌توانند این دو مرحله

را به دیوان یا شعب تخصصی بسپارند؛ اما ملزم به تبعیت از نتیجه نیستند و رأی پیشنهادی تا هنگام بررسی و تصویب صریح اکثریت فقهای شورا، اثر حقوقی ندارد.

نمونه نزدیک این سازمان‌دهی، شورای فقهی بانک مرکزی است. مطابق ماده ۱۸ قانون بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۴۰۲، این شورا در ساختار بانک مرکزی برای حصول اطمینان از انطباق مصوبات و عملکردهای بانکی با موازین شرعی تشکیل می‌شود و پنج فقیه عضو آن، پس از پیشنهاد مشترک مدیر حوزه‌های علمیه و رئیس کل بانک مرکزی، با تأیید اکثریت فقهای شورای نگهبان انتخاب می‌شوند. الزام آور بودن تصمیمات آن شورا در قلمرو بانک مرکزی، جایگاه مستقل آن نهاد را نشان می‌دهد و به معنای قرارگرفتن آن زیر نظر شورای نگهبان یا محدودشدن صلاحیت فقهای شورا بر پایه اصل چهارم قانون اساسی نیست. ارزش این نمونه برای بحث حاضر، اثبات امکان ایجاد یک نهاد فقهی تخصصی با صلاحیت تعریف‌شده و حفظ مرجعیت نهایی نهاد مقرر در قانون اساسی است.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳

۱۴۰۵

۱۰۰

۲/۱. تفکیک تفویض در تشخیص موضوع و کشف حکم

از سویی، در موضوع‌شناسی فقهی مسئله باید میان دو سطح تفویض تفکیک کرد: نخست، تفویض در تشخیص موضوع و تنقیح واقعیت‌های کارشناسانه؛ دوم، تفویض در کشف حکم شرعی و اعلام مغایرت یا عدم مغایرت مصوبه با موازین اسلامی. تفویض در سطح نخست، یعنی تشخیص موضوع، آسان‌تر و از نظر فقهی قابل دفاع‌تر است؛ زیرا بسیاری از مصوبات تقنینی و مقررات اجرایی ناظر به موضوعات تخصصی، مانند بانکداری، فناوری، شهرسازی، سلامت، محیط زیست، مالیات و حکمرانی فضای مجازی است و فقیه بدون گزارش دقیق کارشناسی نمی‌تواند موضوع حکم را به‌درستی احراز کند. در این سطح، کمیته یا دیوان تخصصی می‌تواند موضوع را تنقیح، مفروضات کارشناسی را روشن، آثار عملی مصوبه را بررسی و محل نزاع فقهی را برای فقهای شورا آماده کند.

در سطح دوم، یعنی کشف حکم و صورت‌بندی نتیجه، باید میان «تنظیم رأی فقهی پیشنهادی» و «تصویب رأی نهایی» تفکیک کرد. دیوان تخصصی می‌تواند همهٔ مراحل پژوهشی لازم را انجام دهد و حتی متن کامل و مستدل رأی مبنی بر مغایرت یا عدم مغایرت را پیشنهاد کند؛ اما این متن، به‌خودی‌خود رأی شورای نگهبان نیست. اثر شرعی و حقوقی مقرر در اصول چهارم و نود و ششم قانون اساسی، زمانی پدید می‌آید که اکثریت فقهای شورای نگهبان، پس از امکان مطالعه، پرسش، اصلاح یا رد پیشنهاد، آن را صریحاً تصویب کنند؛ بنابراین، الگوی مقاله، «تفویض در تکوین و تنظیم رأی پیشنهادی» و «حفظ تنفیذ نهایی» است، نه جایگزینی رأی غیر با رأی فقیه شورا.

همچنین، براساس اصل ۹۹ قانون اساسی، یکی از وظایف شورای نگهبان، نظارت بر انتخابات است. مادهٔ ۱ قانون نظارت شورای نگهبان بر انتخابات مصوب ۱۳۶۵/۵/۹، در بیان شیوهٔ اعمال این نظارت، مقرر می‌دارد: «پیش از شروع انتخابات از سوی شورای نگهبان پنج نفر از افراد مسلمان و مطلع و مورد اعتماد - به‌عنوان هیأت مرکزی نظارت بر انتخابات - با اکثریت آرا انتخاب و به وزارت کشور معرفی می‌شوند» (نظرپور، ۱۳۸۷، ۷۷). بر این اساس، می‌توان گفت که اعمال نظارت شورای نگهبان از طریق هیأت‌های نظارتی صورت می‌گیرد و بخشی از فرایند اجرایی این نظارت به این هیأت‌ها واگذار شده است. اینها برخی از نمونه‌هایی هستند که با بررسی ابعاد آنها می‌توانند ایدهٔ تفویض نظارت شرعی شورای نگهبان به گروهی از فقها را تقویت کنند.

۳. تحریر مسئله

براساس اصل چهارم قانون اساسی، کلیهٔ قوانین و مقررات مدنی، جزائی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر این‌ها باید براساس موازین اسلامی باشد و مرجع تشخیص اسلامی بودن قوانین بر عهدهٔ فقهای شورای نگهبان است (فتحی، کوهی اصفهانی و طاهری، ۱۳۹۸، ۳۵). بخشی از این وظیفهٔ نظارتی شورای نگهبان، با توجه به سازوکاری که در اصل ۹۴ قانون اساسی در نظر گرفته شده

امکان‌سنجی
تفویض رأی فقهی
شورای نگهبان در
نظارت شرعی بر
مقررات
۱۰۱

است، نسبت به مصوبات مجلس صورت می‌گیرد؛ به‌طوری که پس از بررسی هر طرح یا لایحه در مجلس، رأی‌گیری در صحن علنی و کسب آرای اکثریت، مصوبه به شورای نگهبان ارائه می‌شود و شورای نگهبان موظف است که آن را حداکثر ظرف ده روز از تاریخ وصول، از نظر انطباق با موازین اسلام و قانون اساسی مورد بررسی قرار دهد و اگر آن را مغایر ببیند، برای تجدید نظر به مجلس بازگرداند و در غیر این صورت، مصوبه قابل اجرا خواهد بود (فتحی، کوهی اصفهانی و طاهری، ۱۳۹۸، ۱۵۳).

اما همه قوانین و مقررات کشور از طریق رأی‌گیری در مجلس ایجاد نمی‌شوند؛ بلکه حجم زیادی از مقررات کشور در قالب آیین‌نامه‌های اجرایی، توسط دولت یا دیگر نهادهای اجرایی تصویب می‌شوند. نظارت شورای نگهبان بر اسلامی بودن این مقررات به صورت ابتدایی نیست؛ بلکه مطابق ماده ۸۷ قانون دیوان عدالت اداری، هرگاه مصوبه‌ای صرفاً به سبب مغایرت با موازین شرعی مورد شکایت قرار گیرد، رئیس دیوان پس از تبادل دادخواست و دریافت پاسخ طرف شکایت، ضمن تعیین و تبیین هر یک از مواد و اجزایی که ادعای مغایرت آن‌ها با موازین شرعی شده است، موضوع را به همراه کلیه اسناد و مدارک پرونده، جهت اظهار نظر به شورای نگهبان ارسال می‌کند و نظر فقهای شورای نگهبان برای هیأت عمومی و هیأت‌های تخصصی لازم‌الاتباع است.

چالش عملی موجود در این زمینه آن است که حجم این شکایات بسیار زیاد است و بررسی و پاسخگویی به آن‌ها، زمان زیادی از فقهای شورای نگهبان می‌گیرد. با توجه به محدود بودن تعداد فقهای شورای نگهبان و حجم بالای این موارد، در بسیاری از موارد رسیدگی به این شکایات با تأخیر زمانی زیادی صورت می‌گیرد؛ به‌طوری که بررسی شکایات نشان می‌دهد در مواردی، پاسخ به یک شکایت بین یک تا دو سال به تأخیر افتاده است.

از سوی دیگر، نظارت شورای نگهبان نسبت به مقرراتی که خارج از فرایند تصویب مجلس وضع می‌شوند، پس از تصویب و اجرای آن‌ها و در پی طرح ادعای مغایرت با شرع صورت می‌گیرد؛ به‌طوری که معمولاً این نظارت زمانی

اعمال می‌شود که شکایتی از ناحیه دیوان عدالت اداری به شورای نگهبان ارسال شود. با توجه به حجم زیاد شکایات و محدودیت تعداد فقهای شورای نگهبان، به ندرت فقهای شورای نگهبان، رأساً و بدون طرح شکایت، از مغایرت یک مقررہ با شرع مطلع شوند.

از سوی دیگر، با توجه به اینکه این نظارت‌ها در موارد مذکور پس از تصویب و اجرای مقررات صورت می‌گیرد، ممکن است مقررہ‌ای خلاف موازین اسلامی باشد و برای مدتی به اجرا گذاشته شود و پس از گذشت مدتی، مغایرت آن با شرع کشف و اعلام شود. در چنین وضعیتی، هدف موردنظر در اصل چهارم قانون اساسی، یعنی تضمین انطباق قوانین و مقررات با موازین اسلامی، به صورت پیشگیرانه محقق نشده است.

اگر این حجم از شکایات و پاسخ‌های شورای نگهبان به آن‌ها را به صورت آماری مورد بررسی قرار دهیم، متوجه می‌شویم که سنخ بسیاری از این شکایات به گونه‌ای است که اگر بررسی تخصصی و جامعی نسبت به آن‌ها انجام گیرد، می‌توان به یک رویه واحد در پاسخ‌گویی به آن‌ها دست یافت؛ رویه‌ای که خود می‌تواند در صرفه‌جویی زمان و ارائه پاسخ‌های دقیق‌تر بسیار مؤثر باشد.

از مجموع این شواهد می‌توان به این جمع‌بندی رسید که نظارت شورای نگهبان در عمل، مطابق آنچه در قانون اساسی پیش‌بینی شده است، به صورت فراگیر اجرایی نمی‌شود؛ بلکه در مواردی مشاهده می‌شود که مقررات بدون انجام این نظارت شرعی تنظیم و اجرا می‌شوند. برخی از این موارد به شرح زیر است:

• برخی از مقررات و تصمیمات کشور حاصل مصوبات شوراهای شهر و شهرداری‌ها است که براساس اصل ۱۰۵ قانون اساسی، این تصمیمات نباید مخالف موازین شرع و قانون اساسی باشند.

• مصوبات شوراهای عالی کشور، مانند شورای عالی انقلاب فرهنگی، شورای عالی امنیت ملی، شورای عالی فضای مجازی و... نیز بخشی از مقررات و تصمیمات کشور را تشکیل می‌دهند.

با این حال، در عمل، سازوکار قانونی مشخصی برای نظارت بر شرعی بودن

امکان‌سنجی
تفویض رأی فقهی
شورای نگهبان در
نظارت شرعی بر
مقررات

۱۰۳

این مصوبات وجود ندارد؛ به طوری که حتی دیوان عدالت اداری نیز صلاحیت رسیدگی و بررسی شکایات مربوط به مصوبات شوراها را ندارد. از این رو، زمینه‌ای برای اعمال نظارت شرعی شورای نگهبان بر این دسته از مصوبات وجود ندارد.

از این جهت، به نظر می‌رسد نظارت شورای نگهبان، مطابق آنچه در اصل ۴ قانون اساسی پیش‌بینی شده، به طور کامل محقق نمی‌شود؛ زیرا نظارتی که در اصل ۴ قانون اساسی مطالبه شده، نظارتی فراگیر است که تضمین‌کننده اسلامی بودن قوانین و مقررات است؛ ولی آنچه در عمل محقق می‌شود، نظارتی منفعلانه و ناقص است؛ به طوری که در بسیاری از موارد، تا زمانی که شکایتی نسبت به مخالفت یک مقرر با احکام اسلامی ثبت نشود و به طریقی مغایرت آن برای شورای نگهبان کشف نشود، این شورا اقدام به بررسی و اعمال نظارت نمی‌کند. گویی در عمل، اصل بر مطابقت قوانین و مقررات با موازین اسلامی دانسته شده است.

بررسی ابعاد مختلف رویه عملی فقهای شورای نگهبان نشان می‌دهد که ما در زمینه نظارت شرعی و تضمین رعایت موازین شرعی در فقه سیاسی و دادرسی اساسی شورای نگهبان، با دو مشکل روبه‌رو هستیم:

۱. عدم امکان عملی: فقیه توان تمهید و بررسی کافی برای این حجم فوق‌العاده از مقررات را ندارد و این عدم توانایی، سبب اطاله دادرسی و تعطیل حقوق عامه و نیز تضییع حقوق اشخاص در فرآیند طولانی دادرسی اساسی و نظارت شرعی می‌گردد.

۲. عدم اعتماد به نظر اجتهادی غیر: فرآیند اجتهاد و نظارتی که توسط شورای نگهبان صورت می‌گیرد، کاملاً فردی و قائم به شخص است؛ به طوری که هر فقیه در همه موضوعات، به تنهایی بذل وسع نموده و اجتهاد می‌کند. در حالی که، اولاً گستردگی مسائل قابل بررسی از نظر کمی بسیار زیاد است و ثانیاً مسائل در موضوعات مختلف و متنوعی مطرح می‌شود که ارائه نظر اجتهادی در هریک از این موضوعات، نیازمند مطالعات تخصصی و ویژه در آن موضوع است.

جستارهای
فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

۱۰۴

لذا مسئله‌ای که در اینجا وجود دارد این است که آیا به لحاظ فقهی، نظارت شورای نگهبان بر قوانین، نظارتی قائم به فرد است و باید شخصاً توسط این فقها صورت گیرد یا اینکه می‌توان گفت شورای نگهبان باید تشکیلاتی داشته باشد که این تشکیلات، با نظر شورایی و با برخورداری از فقیهان متخصص در زمینه‌های مختلف و نمایندگانی در دستگاه‌های گوناگون، این نظارت را محقق کند؟

به تعبیر دقیق‌تر، آیا این امکان وجود دارد که فقهای شورای نگهبان رأی فقهی خود را در این موارد به مجموعه‌ها و کمیته‌های تخصصی فقهی که زیر نظر شورای نگهبان مشغول به فعالیت هستند، واگذار کنند یا خیر؟ چالش فقهی قابل طرح و بررسی در این مسئله آن است که اولاً ماهیت این نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان چیست و ثانیاً آیا این نظارت شرعی، با در نظر گرفتن ماهیت فقهی آن، قابل تفویض به گروهی از فقها هست یا خیر؟ در ادامه، نخست به بررسی فقهی ماهیت نظارت شرعی می‌پردازیم و سپس بررسی می‌کنیم که آیا این تفویض از نظر فقهی امکان‌پذیر است؟

۴. بررسی فقهی ماهیت نظارت شرعی

نظام سیاسی کشور ما، نظامی مکتبی و ایدئولوژیک است. در جوامع مکتبی، مردم با پذیرش آزادانه مکتب، در حقیقت اعلام می‌کنند که می‌خواهند تمام امور خود را براساس مکتب پایه‌ریزی نمایند. به همین دلیل است که در اصل چهارم قانون اساسی تصریح شده است که تمامی قوانین و مقررات در نظام جمهوری اسلامی باید براساس موازین شریعت و احکام شرعی باشد و نهاد قانون‌گذار نمی‌تواند قوانینی مغایر با اصول مذهب رسمی کشور وضع کند (هدایت‌نیا، ۱۳۸۷، ۵۸). در حکومت اسلامی، جایگاه حاکمیت و رهبری جامعه اسلامی از ناحیه خداوند تعیین می‌شود و این حاکمیت متعلق به پیامبر ﷺ و پس از ایشان امام معصوم علیهم‌السلام است و در دوران غیبت کبری، براساس ادله مختلف عقلی و نصوص شرعی که در قرآن کریم و از ناحیه اهل بیت علیهم‌السلام بیان شده است، به فقیه جامع الشرایط منتقل می‌شود. از جمله شئون مختلف ولایت معصوم که در دوران غیبت

امکان‌سنجی
تفویض رأی فقهی
شورای نگهبان در
نظارت شرعی بر
مقررات

۱۰۵

به فقیه منتقل می‌شود، سه شأن ولایت در فتوا، ولایت در قضا و ولایت در اجرا است (خلخالی، ۱۴۲۲ق، ۹۲، ۱۰۷، ۱۲۲).

این شئون فقیه، شئونی درهم‌تنیده هستند که به راحتی از یکدیگر قابل تفکیک نیستند. از این جهت، ممکن است فقیه کاری را با لحاظ همه یا برخی از این شئون، به صورت هم‌زمان انجام دهد.

شورای نگهبان در نظام قانون‌گذاری ما نهادی است که به منظور اطمینان از مطابقت قوانین با موازین شریعت شکل گرفته است. مقصود از احکام شرعی، احکام اولیه، احکام ثانویه و احکام حکومتی است (خلخالی، ۱۴۲۲ق، ۳۲۵، ۳۲۷)؛ بنابراین، قوانین کشور نباید با هیچ‌یک از این احکام سه‌گانه مغایرت داشته باشند. به این صورت که در مرحله نخست، قوانین باید منطبق با احکام اولیه باشند؛ البته گاهی اوقات شرایطی در کشور ایجاد می‌شود که ایجاب می‌کند قوانین به صورت حکم ثانویه یا حکم حکومتی تصویب شوند.

براساس اصل ۹۹ قانون اساسی، مسئولیت نظارت بر انتخابات و تأیید صلاحیت نمایندگان بر عهده شورای نگهبان است. از سوی دیگر، فقهای شورای نگهبان دارای یک‌سری وظایف اجرایی داخلی، مانند تصویب آیین‌نامه‌های داخلی، سازمان‌دهی کارگروه‌های بررسی، تقسیم کار و صدور دستورهای اجرایی، تعیین سازوکارهای جمع‌آوری اطلاعات و مدیریت روند بررسی صلاحیت‌ها هستند.

از آنجا که در فقه سیاسی شیعه، اصل بر عدم ولایت است (خلخالی، ۱۴۲۲ق، ۲۳۷)، هرگونه عمل حاکمیتی که متضمن حکم بر مردم، تصرف در حقوق عمومی، تشخیص مصلحت جمعی یا فصل خصومت و داوری در امور اجتماعی باشد، شرعاً متوقف بر ثبوت ولایت برای فاعل است. نظارت شورای نگهبان بر انتخابات دقیقاً از همین سنخ است؛ زیرا تشخیص صلاحیت یا عدم صلاحیت افراد، تصرف در حق عمومی نامزدی و رأی‌دادن است. احراز صحت یا بطلان انتخابات نیز متضمن صدور حکمی نافذ درباره سرنوشت عمومی است. اعلام رد صلاحیت نیز در حکم تصمیمی قضایی - اداری و لازم‌الاجرا است. این امور بدون ولایت شرعی ممکن نیست؛ بنابراین، قانون اساسی هنگامی که چنین

اختیاری را به فقهای شورای نگهبان واگذار می‌کند، بالا‌صالحه ولایت در قضا و اجرا را برای آنان مفروض گرفته است.

البته با توجه به اینکه بخشی از اعضای شورای نگهبان فقیه هستند و همان‌گونه که در بخش‌های قبل اشاره شد، فقیه از ناحیه معصوم، به صورت بالقوه دارای چنین ولایتی است. این ولایت برای فقهای شورای نگهبان به صورت ولایت شرعی بالفعل محقق می‌شود؛ اما برای سایر اعضای شورای نگهبان، این ولایت به صورت ولایت قانونی و حقوقی است.

در نگاه اولیه، نظارت بر اسلامی بودن قوانین نیز مستلزم ثبوت ولایت در افتا است؛ اما بررسی صورت‌های مختلف نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان نشان می‌دهد که این نظارت بر اسلامی بودن قوانین، در برخی موارد، نوعی شأن قضایی است و از باب ولایت در قضا صورت می‌گیرد که در بخش‌های بعدی، ابعاد آن را بررسی خواهیم کرد.

با در نظر گرفتن این مقدمات، نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان را نمی‌توان صرفاً در قالب افتا یا قضا تحلیل کرد؛ بلکه این نظارت، به اعتبار جایگاه شورای نگهبان در فرایند تقنین و تضمین اسلامیت نظم حقوقی، واجد شأن حکومتی نیز هست. از این رو، نظارت شرعی شورا را می‌توان در سه سطح تحلیل کرد: شأن افتائی در کشف حکم شرعی، شأن قضایی در رسیدگی پسینی به ادعای مغایرت مقررات با شرع و شأن حکومتی در اعمال ولایت عمومی برای صیانت از اسلامیت قانون و نظم تقنینی. توجه به این سه شأن، در نتیجه پژوهش اثرگذار است؛ زیرا قلمرو و امکان تفویض در هریک از این سطوح یکسان نیست.

۴/۱. شأن ولایت در افتا در نظارت شرعی

چنان‌که در مباحث قبل اشاره شد، نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر مصوبات مجلس، به صورت پیشینی و فعال است و پیش از تأیید شورای نگهبان، مصوبه مجلس لازم‌الاجرا نخواهد بود. در این صورت، شورای نگهبان به‌عنوان جزئی از نهاد قانون‌گذار، دارای نقشی ویژه در وضع قانون است. از این جهت،

امکان‌سنجی
تفویض رأی فقهی
شورای نگهبان در
نظارت شرعی بر
مقررات
۱۰۷

ماهیت این نظارت شرعی با لحاظ ولایت در افتا است.

در این موارد، فقهای شورای نگهبان به سبب برخورداری از قدرت فقاہت و ملکہ اجتہاد فقہی، در مواجهه با هر قانون و مقرره، در گام نخست با مراجعه به منابع دین، حکم خدا را در موضوع مصوبه کشف می کنند و نظر دین را در آن موضوع خاص اعلام می نمایند. این اقدام در اصطلاح «افتا» نامیده می شود (عبدالرحمان، بی تا، ۱/۲۴۴). از آنجا که افتا برای اجرای حکم در سطح کلان جامعه کافی نیست و برای تبدیل حکم شرعی به قانون، باید لباس قانون عرفی بر آن پوشاند، فقهای شورای نگهبان در گام بعدی، اقدام به نسبت سنجی میان مصوبه و آن فتوا می کنند و تلاش می کنند قانون را با حکم شرعی تطبیق دهند. در گام نهایی، مغایرت یا عدم مغایرت آن مصوبه با احکام شرعی و موازین اسلامی را احراز می نمایند.

پیمودن این مسیر، همراه با افتا و نوعی اجتہاد فقہی است. ازاین رو، در این موارد می توان گفت ماهیت نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان، نوعی قانون گذاری است و مستلزم اجتہاد فقہی است.

جستارهای
فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

۱۰۸

۴/۲. شأن ولایت در قضا و نظارت شرعی

چنان که در مباحث قبل اشاره شد، نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر غیر از مصوبات مجلس، به صورت پسینی و انفعالی صورت می گیرد. در این نوع نظارت، پس از آنکه شکایتی نسبت به قانون یا مقرره ای، مبنی بر مغایرت آن با موازین شرعی، توسط شخص حقیقی یا حقوقی ثبت شد، فقهای شورای نگهبان اقدام به بررسی آن قانون یا مقرره می کنند و مغایرت یا عدم مغایرت آن مصوبه را احراز می نمایند. در این موارد، فرض بر آن است که تا پیش از نظارت شورای نگهبان، آن مصوبه به صورت لازم الاجرا است و این نظارت با هدف توقف اجرای مصوبات مغایر با موازین شرعی صورت می گیرد.

دقت در نوع نظارت فقهای شورای نگهبان در این موارد نشان می دهد که این نظارت با لحاظ شأن قضا صورت می گیرد؛ زیرا در فضای نظارت شرعی پسینی،

فقیه ناظر با فضای اجرا و اعمال حکم مواجه است و سعی می کند قانون اجرا شده را از حیث مطابقت با احکام شرع در مقام اجرا به بوته نقد بگذارد و در صورت مغایرت، زمینه جبران آثار آن را فراهم سازد. این تحلیل از شأن نظارتی شورای نگهبان در این موارد، مبتنی بر فهمی عقلایی است؛ از این رو، در نظام های حقوقی مدرن، نهاد متناظر با این نوع نظارت شرعی، «نهاد دادرسی قانون اساسی» نامیده می شود که ماهیتی کاملاً قضایی دارد.

۴/۳. شأن ولایت حکومتی در نظارت شرعی

افزون بر دو شأن افتائی و قضایی، نظارت شرعی شورای نگهبان از جهت حضور در فرایند تقنین و صیانت از اسلامیت نظام حقوقی، شأن حکومتی نیز دارد. تقنین صرفاً اعلام حکم شرعی یا فصل خصومت نیست، بلکه بخشی از تدبیر عمومی جامعه و تنظیم قواعد الزام آور عمومی است. از این رو، اعمال نظارت شرعی بر مصوبات تقنینی، به ویژه در مقام جلوگیری از ورود حکم مغایر با شریعت به نظام حقوقی، نوعی اعمال ولایت حکومتی برای حفظ نظم شرعی و حقوقی جامعه است. مبنای مختار در این مقاله آن است که قلمرو حکمرانی شرعی را نباید به معنای «منطقه خالی از شریعت» یا حوزه ای بیرون از هدایت تشریعی شارع فهم کرد. در فقه امامیه، حتی در قلمروهایی که نص خاص یا حکم الزامی تفصیلی وجود ندارد، حاکم اسلامی در خلأ هنجاری عمل نمی کند؛ بلکه در چارچوب اصول عام شریعت، مقاصد شرعی، مصالح عمومی، قواعد نفی عسر و حرج، حفظ نظام، منع اضرار، عدالت و منع مخالفت با احکام قطعی شرع تصمیم می گیرد؛ بنابراین، قلمرو حکمرانی را می توان «منطقه تنظیم و تدبیر عمومی» نامید؛ یعنی حوزه ای که در آن، شارع جهت ها، حدود و قیود کلان را مقرر کرده است؛ اما تعیین سازوکارهای اجرایی، تشکیلات اداری، تقسیم کار نهادی و شیوه های کارشناسی را به ولی امر و نهادهای مأذون از او واگذار کرده است.

بر این اساس، تفویض در ساحت حکومتی با تفویض در افتا و قضا تفاوت دارد. در افتا، مسئله اصلی، حجیت رأی اجتهادی غیر برای مجتهد است؛ در

امکان سنجی
تفویض رأی فقهی
شورای نگهبان در
نظارت شرعی بر
مقررات
۱۰۹

قضا، مسئله اذن در منصب داوری و فصل خصومت است؛ اما در حکمرانی، مسئله اصلی، تنظیم نهادی فرایند انجام تکلیف عمومی است. ایجاد دیوان تخصصی فقهی، در صورتی مجاز است که سه سطح آن از یکدیگر تفکیک شود: موضوع‌شناسی و کارشناسی؛ تهیه و تنظیم رأی فقهی پیشنهادی و بررسی، تصویب و انتساب رأی نهایی. دو سطح نخست قابل واگذاری هستند؛ ولی سطح سوم، به حکم اصول چهارم و نود و ششم قانون اساسی، در صلاحیت فقهای شورای نگهبان باقی می‌ماند.

پس پرسش درست این نیست که آیا فقیه شورا می‌تواند بدون احراز شخصی، از فتوای عضو دیوان تقلید کند؛ بلکه پرسش آن است که آیا می‌توان سازوکاری ایجاد کرد که محصول کامل پژوهش فقهی را به صورت «رأی پیشنهادی» در اختیار فقهای شورا قرار دهد. پاسخ مثبت است، مشروط بر آنکه هر فقیه امکان ارزیابی ادله را داشته باشد، شورا اختیار اصلاح یا رد پیشنهاد را حفظ کند و هیچ رأیی بدون تصویب صریح اکثریت فقهای شورا، به‌عنوان نظر شرعی شورای نگهبان ابلاغ نشود.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳

۱۴۰۵

۱۱۰

۵. بررسی فقهی تفویض نظارت شرعی

پس از روشن‌شدن ماهیت نظارت شرعی، باید به بررسی این مسئله پردازیم که با در نظر گرفتن ماهیت فقهی این نظارت، آیا امکان واگذاری آن وجود دارد؟ از آنجا که اشاره شد این نظارت شرعی در سه سطح افتائی، قضایی و حکومتی قابل تحلیل است، باید بررسی کنیم که در هر یک از این سطوح، واگذاری یا سازمان‌دهی نهادی با چه چالش‌هایی مواجه است. در صورتی که نظارت شرعی ماهیت افتا داشته باشد، چالش اصلی این است که آیا یک مجتهد می‌تواند از مجتهد دیگر تقلید کند؟ در صورتی که ماهیت قضایی داشته باشد، مسئله در قالب امکان تفویض امر قضا تحلیل می‌شود و در صورتی که از منظر ولایت حکومتی نگریسته شود، مسئله اصلی، امکان تأسیس سازوکارهای تخصصی ذیل صلاحیت نهایی فقهای شورای نگهبان است.

۵/۱. بررسی کلمات فقها در مسئله تفویض در افتا

بررسی کلمات فقها نشان می‌دهد که در این مسئله، دیدگاه‌های مختلفی مطرح شده است که در ادامه، به بررسی این دیدگاه‌ها و ادله هریک می‌پردازیم.

۵/۱/۱. دیدگاه مشهور

مشهور فقها معتقدند تقلید از غیر، بر کسی که ملکه استنباط احکام را داشته باشد، حرام است (انصاری، ۱۴۰۴ق، ۵۳)، گرچه این شخص در مسئله مورد نظر استنباط نکرده باشد و بالفعل در آن مسئله مجتهد نباشد. قائلین به این دیدگاه، در مجموع، به ادله زیر استدلال کرده‌اند:

تناسب حکم و موضوع: برخی از فقها، مانند مرحوم آقا ضیاء و امام خمینی، معتقدند که موضوع حکم عدم جواز تقلید در این مسئله، توانایی استنباط است و از آنجا که در فرض مسئله، شخص دارای ملکه استنباط است، تقلید بر او حرام خواهد بود (عراقی، ۱۳۸۸، ۲۸۵؛ خمینی، ۱۴۲۶ق، ۶).

بنای عقلا: برخی از فقها معتقدند دلیل بر جواز تقلید از غیر، بنای عقلا بر رجوع جاهل به عالم است. موضوع بنای عقلا، جاهلی است که خودش راهی برای رسیدن به واقع ندارد. وقتی شخصی توانایی استنباط احکام شرعی را دارد، راهی برای رسیدن به واقع دارد و با رجوع به ادله و منابع و تلاش برای استنباط، می‌تواند وظیفه شرعی خود را پیدا کند؛ از این رو، چنین شخصی حق رجوع به غیر ندارد. از سوی دیگر، ما در میان عقلا بنایی نداریم که شخص عالم به عالم دیگری رجوع کند (خمینی، ۱۴۲۶ق، ۶). مرحوم آقای خویی در تقریری دیگر از این استدلال معتقد است که ادله‌ای که بر جواز رجوع جاهل به عالم دلالت دارد، از شخصی منصرف است که دارای ملکه استنباط است؛ زیرا چنین شخصی می‌تواند حجت به دست آورد. به‌ویژه اینکه چنین فردی با رجوع به ادله به جزم می‌رسد؛ ولی هنگامی که به غیر رجوع می‌کند، همچنان احتمال خطا وجود دارد (خویی، ۱۴۱۱ق، ۱۴).

اجماع تبعدی: مرحوم شیخ انصاری که از قائلین به این دیدگاه است، در بیان

استدلال می‌فرماید: «در بین فقهای شیعه هیچ کس قول به جواز را بیان نکرده است» (انصاری، ۱۴۰۴ق، ۵۳). مرحوم آقای خوبی از این تعبیر مرحوم شیخ انصاری استفاده کرده‌اند که ایشان در این مسئله به اجماع تعبدی استدلال می‌کنند (خویی، ۱۴۱۱ق، ۱۴).

عموم قرآنی و سنت: مرحوم شیخ انصاری در بیان استدلالی دیگر معتقد است که عمده دلیل در این مسئله آن است که اصل بر تقریرات و عموم ادله‌ای است که بر وجوب رجوع به قرآن و سنت برای فهم احکام دلالت می‌کند و از این ادله تنها افرادی خارج می‌شوند که قاصر از فهم و استنباط احکام هستند؛ بنابراین، وقتی کسی دارای ملکه استنباط احکام شرعی است و قادر به فهم احکام از منابع است، ترک استنباط و تقلید از غیر بر او حرام خواهد بود (انصاری، ۱۴۰۴ق، ۵۳).

تحصیل علم، مقتضای فطرت: مرحوم اصفهانی در بیان استدلالی می‌فرماید: «فطرت انسان مقتضی است که انسان سراغ تحصیل علم برود؛ همچنان که طبیعت انسان او را به سمت رفع جهل برمی‌انگیزاند، نه تبعیت از عالم. اگر او را به سمت تبعیت از عالم برانگیزاند، در فرضی است که او تمکن نداشته باشد، خودش حجت به دست آورد و به علم برسد» (اصفهانی، ۱۳۷۴ق، ۴۶۴/۳).

جستارهای
فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

۱۱۲

۵/۱/۲. قول به جواز و ارزیابی آن

در میان فقهای امامیه، قول معتبری گزارش نشده است که تقلید مجتهد از مجتهد دیگر را به طور مطلق تجویز کند. از این رو، جواز تفویض رأی نهایی فقهای شورای نگهبان را نمی‌توان بر یک قول مطلق در باب تقلید مجتهد بنا کرد. سید مجاهد در مفاتیح الاصول، جواز مطلق را به برخی از فقهای اهل سنت نسبت می‌دهد؛ ولی خود، تقلید کسی را که توان استنباط دارد جایز نمی‌داند (مجاهد طباطبایی، ۱۲۹۶ق، ۶۰۴)؛ بنابراین، محل بررسی در فقه امامیه، تنها فروض استثنایی، مانند عجز شخصی یا ضیق وقت است، نه یک قاعده عام برای جایگزینی رأی مجتهدی با رأی مجتهد دیگر.

بعضی از فقها در مقام طرح ادله برای قائلین به جواز برآمده‌اند و معتقدند

از جمله ادله قائلین به جواز تقلید آن است که وقتی شخصی تمکن از اجتهاد داشته باشد؛ ولی در مسئله تحقیق نکرده باشد، در حکم جاهل است و بنای عقلا بر رجوع جاهل به عالم دلالت دارد؛ از این رو، چنین شخصی می‌تواند در این مسئله از مجتهدین دیگر تقلید کند (خویی، ۱۴۱۱ق، ۱۴).

البته در اشکال به این استدلال بیان شده است که ادله‌ای که رجوع جاهل به عالم را جایز می‌داند، از این فرد منصرف است؛ زیرا چنین شخصی می‌تواند در این مسئله تحقیق کند و به حجت دست یابد. علاوه بر این، هنگامی که چنین شخصی به قول غیر رجوع می‌کند، در نظر او احتمال دارد آن مجتهد در استنباط احکام دچار خطا شده باشد و نوعی شک در حجیت قول غیر در حق خودش وجود دارد و این شک برای او مساوی با جزم به عدم حجیت قول غیر برای اوست. از سوی دیگر، چنین شخصی مصداق آیه «فَسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ» (نحل: ۴۳) نیست؛ زیرا او خودش در نهایت اهل ذکر است (خویی، ۱۴۱۱ق، ۱۴).

۵/۱/۳. قول به تفصیل

در بین فقها بعضی معتقد به تفصیل شده‌اند. در ادامه به بررسی برخی از مهم‌ترین اقوال قائل به تفصیل در این مسئله می‌پردازیم.

۵/۱/۳/۱. ضیق وقت یا عجز از تحقیق در مسئله

برخی از فقها معتقدند تقلید از شخصی که تمکن از اجتهاد دارد، در فرض ضیق وقت یا عجز از تحقیق در مسئله جایز است؛ زیرا قول به وجوب اجتهاد در این فرض، مستلزم تکلیف به مالایطاق است (موسوی قزوینی، ۱۲۵۸ق، ۱/۲۲۷). این قول، حتی در صورت پذیرش، ناظر به وضع استثنایی شخصی است که با وجود ملکه اجتهاد، در همان مسئله و در زمان لازم، واقعاً قادر به تحصیل حجت نیست؛ بنابراین از آن نمی‌توان قاعده‌ای عام برای واگذاری صلاحیت افتا یا الزام مجتهد به پیروی از رأی فقیه دیگر استخراج کرد. وضع فقهای شورای نگهبان نیز از سنخ عجز شخصی از استنباط نیست؛ مشکل

اصلی، کثرت پرونده‌ها، پیچیدگی موضوعات و محدودیت نهادی زمان است. ازاین‌رو، نظریه ضیق وقت، نهایتاً می‌تواند مؤید واگذاری موضوع‌شناسی، تتبع، تحلیل ادله و تنظیم پیش‌نویس رأی باشد، نه مجوز تقلید فقهای شورا یا انتقال رأی نهایی آنان؛ پس فقیه شورا باید امکان احراز و تصویب آگاهانه نتیجه را داشته باشد.

۵/۱/۳/۲. پیچیدگی راه رسیدن به واقع

برخی از فقها معتقدند تقلید از اعلم، در فرضی جایز است که راه رسیدن به واقع برای مجتهد پیچیده شود؛ زیرا فقیه در این شرایط نسبت به شخص اعلم، عامی محسوب می‌شود.

در اشکال به این نظریه گفته شده است که اگر دلیل تقلید از اعلم را وجود قصور در خود مستنبط بدانیم، این قصور در اعلم نیز قابل تصور است؛ همچنانکه در بسیاری از موارد مشاهده می‌شود که مسئله حتی برای شخص اعلم نیز پیچیده شده و راهی برای رسیدن به واقع وجود نداشته است. اگر این قصور در دلیل استنباط باشد، دیدگاه فقیه اعلم نیز در محل شبهه خواهد بود (موسوی زنجانی، ۱۳۱۶ق، ۱۹).

جستارهای
فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

۱۱۴

۵/۱/۴. دیدگاه‌های مشابه

در میان فقهای متأخر، دیدگاه‌هایی درباره نوع اجتهاد مطرح شده است که برخی از آن‌ها را می‌توان در شمار دیدگاه‌های تفصیلی در این مسئله برشمرد. در ادامه، به برخی از این دیدگاه‌ها اشاره می‌کنیم.

۵/۱/۴/۱. اجتهاد متوسط

نظریه اجتهاد متوسط که در سال‌های اخیر توسط برخی از محققین مطرح شده است، به بیان این نکته می‌پردازد که کسی که خود را متمکن از اجتهاد در پاره‌ای از مبادی استنباطی فروع می‌داند، می‌تواند در برخی از مبادی استنباط که در اثر تحقیق و تتبع، به خلاف نظر مرجع تقلید خود رسیده است، به رأی خود عمل کند

و آن را به مبادی ای که با تقلید از مرجع خود دریافت می کند، ضمیمه نماید و به نتیجه آن در فرع فقهی عمل کند.

قائلین به این دیدگاه در بیان استدلال معتقدند همه ادله جواز تقلید در فروع، اعم از آیات، سنت، بنای عقلا و دلیل عقلی انسدادی، برای اثبات جواز تقلید در مبادی استنباطی احکام نیز جریان دارد (حاجی سیدجواد، ۱۳۸۸، ۹).

در نگاه اولیه، این نظریه ناظر به مبادی اجتهاد است و خارج از محل نزاع در مسئله ما است؛ اما نکته ای که در این نظریه می تواند برای ما الهام بخش پاسخی جدید در مسئله باشد، این است که حد وسط استفاده شده در این استدلال، قابل تعمیم به پاسخ مسئله مورد نظر ماست. به این صورت که گفته شود در اجتهاد، دو لایه قابل تصویر است: لایه اول، جایی است که فقیه با در نظر گرفتن مبانی، به منابع استدلال رجوع می کند و تلاش می کند شواهد و ادله ای برای پاسخ به مسئله پیدا کند. لایه دوم، جایی است که فقیه تلاش می کند براساس ادله و قرائن موجود، تحلیلی جدید ارائه دهد و پاسخی مناسب برای مسئله پیدا کند.

چه بسا بتوان گفت با توجه به گستردگی مسائل در موضوعات مختلف و عدم احاطه یک فقیه بر همه موضوعات، گروهی از فقها اقدام به موضوع شناسی و تحقیق در لایه اول نمایند و گروهی دیگر از فقها، مبتنی بر تحقیقات آنان، اقدام به پاسخگویی و ارائه رأی فقهی نمایند.

۵/۱/۴/۲. فقه النظریه

فقه النظریه، روشی بدیع در متون فقهی است که با هدف کشف نظریات بنیادی اسلام در عرصه های گوناگون، چون اقتصاد، حقوق، سیاست و غیره دنبال می شود. این روش نوین از ابداعات فقیه متفکر، سید محمدباقر صدر است. البته عنوان «فقه النظریه» را خود شهید صدر جعل نکرده است؛ اما با تأمل در روش شناسی کشف نظریات اقتصادی که توسط ایشان اجرا شده است، مناسب بودن این نام برای روش مزبور آشکار می گردد (آقائری، ۱۳۹۲، ۱۰).

یکی از ویژگی های مهم فقه النظریه که سبب شد ما این نظریه را در شمار

نظریات دیگر بر شماریم، آن است که در فقه النظریه، فقیه در طرح نظریه خود می‌تواند از آرای فقهی سایر فقها که هماهنگی بیشتری با نظریه دارد، استفاده کند؛ هرچند خود از نظر فقهی بدان فتوا ندهد. این ویژگی از چالش برانگیزترین مباحثی است که شهید صدر در طراحی روش فقه النظریه مطرح می‌کند. ایشان تصریح می‌کند که تمامی احکام مورد استفاده در راستای کشف نظریات اقتصادی که در کتاب اقتصادنا گردآوری نموده است، نظر اجتهادی ایشان نیست و در مواردی، نظر سایر فقها را ترجیح داده است.

ایشان در توجیه این عمل می‌گویند: «در بعضی از حالات، کشف نظریه اسلامی و قواعد مکتبی کامل و شامل که با روبنای شریعت و تفصیل احکام فقهی منسجم باشد، امکان‌پذیر نیست. تنها راه غلبه بر این مشکل، استفاده از آرای سایر فقهاست» (صدر، ۱۴۲۴ق، ۴۶۰).

به عبارت دیگر، اگر محقق فقه النظریه صرفاً به آرای فقهی خود در مجموعه احکام گردآوری شده اکتفا کند، ممکن است در مسیر کشف نظریه متوقف شود؛ چراکه گاهی نظرات فقهی محقق، از هماهنگی لازم با نظریه برخوردار نیست. در این صورت، اکتفا به نظرات فقهی شخصی، منجر به توقف کشف نظریه شده و ثمرات راهبردی فقه النظریه نیز از دست می‌رود؛ اما از آنجا که «المیسور لا یتربک بالمعسور»، محقق می‌تواند با بهره‌گیری از نظرات سایر فقها، از بن‌بست به وجود آمده عبور کرده و در مسیر کشف نظریه گام بردارد.

محقق فقه النظریه به دنبال قوانین کلی در عرصه‌های پژوهشی خویش است تا بدین وسیله فقه را از چارچوب احکام خرد و فردی رها کرده و وارد عرصه‌های کلان اجتماعی نماید. اساس فقه النظریه بر این تفکر استوار است که احکام شریعت، اگرچه در ظاهر جدا و منفرد به نظر می‌رسند؛ اما در واقع با یکدیگر مرتبط بوده و از یک نظریه منسجم و متقن سرچشمه گرفته‌اند. به عبارت دیگر، هر حکمی به صورت منفصل از سایر احکام جعل نشده و شارع مقدس براساس یک مجموعه خطوط کلی، به جعل احکام پرداخته است (آقائری، ۱۳۹۲، ۱۰).

وظیفه فقه النظریه، کشف این خطوط کلی است تا در امتداد آن، چارچوب

کلان اقتصادی، حقوقی، سیاسی و اجتماعی اسلام مشخص گردد. البته روشن است که خروجی این نظریه، مجموعه‌ای از قضایای بنیادین است که اساس مکتب اقتصادی، سیاسی و اجتماعی اسلام را شکل می‌دهد و در آن، فقیه به دنبال کشف خطوط کلی حاکم بر احکام به‌ظاهر متفرق است (آقائری، ۱۳۹۲، ۱۱)؛ بنابراین، حتی خود شهید صدر که مبتکر این نظریه است، آن را در کشف مسائل خرد فقهی استفاده نکرد.

اهمیت این نظریه از این جهت است که شورای نگهبان در بررسی‌های متعدد خود، گاهی به رویه واحدی می‌رسد که نوعاً ناظر به خطوط کلی شریعت در حوزه‌های سیاسی، اقتصادی و... است. در این موارد، می‌توان از این ایده اجتهادی شهید صدر استفاده کرد.

۵/۲. بررسی کلمات فقها در مسئله تفویض در قضا

در بحث قضا باید میان دو مسئله تفکیک کرد: نخست، نصب یا تفویض امر قضا به فقیه جامع الشرایط؛ دوم، اذن دادن به شخص غیر مجتهد یا مقلد برای قضاوت براساس فتوای مجتهد زنده، آن هم در فرض فقدان قاضی مجتهد و ضرورت جلوگیری از تعطیل حقوق. کلام صاحب مناهل مربوط به مسئله دوم است و انتقال آن به بحث تقلید مجتهد در مقام افتا، خلط دو باب مستقل فقهی خواهد بود. صاحب مناهل در مبحث شرایط قاضی، این فرض را مطرح می‌کند که شخص نرسیده به رتبه اجتهاد، هنگامی که دسترسی به قاضی مجتهد ممکن نیست، با تقلید از مجتهد زنده عهده‌دار قضاوت شود. استدلال او به عسر و حرج، کمبود تعداد لازم قضات مجتهد، تعطیل حقوق و اموال و باقی ماندن منازعات ناظر است؛ زیرا منحصر کردن همه دعاوی در قضاوت مجتهدان واجد شرایط، در بسیاری از زمان‌ها و مکان‌ها به اختلال نظام قضایی و گسترش نزاع می‌انجامد (مجاهد طباطبایی، بی‌تا، ۶۹۸-۶۹۹)؛ بنابراین، «ضرورت» در این عبارت، ضرورت سامان دادن امر قضا است، نه مجوزی برای تقلید مجتهد از مجتهد دیگر در افتا.

صاحب جواهر نیز در همین زمینه، پس از نقل شرط اجتهاد، امکان نصب

امکان‌سنجی
تفویض رأی فقهی
شورای نگهبان در
نظارت شرعی بر
مقررات
۱۱۷

شخصی را بررسی می‌کند که احکام را از راه تقلید دانسته و بر قابلیت اذن مجتهد به مقلد خویش برای قضاوت براساس فتاوی او استدلال می‌نماید؛ هرچند این دیدگاه در میان فقها محل اختلاف است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۱۹۱۸/۴۰). در این تصویر، منبع حکم، فتوی مجتهد است، قاضی مأذون، مأمور تطبیق و فصل خصومت است و نفوذ عمل او از اذن معتبر ناشی می‌شود. پس بحث «تفویض اجرای قضا» است، نه انتقال ملکه اجتهاد یا حجیت بخشیدن به تقلید یک مجتهد از مجتهد دیگر. در مقابل، شیخ انصاری قضاوت غیرمجتهد را حتی با فرض اذن نافذ نمی‌داند و ادله نصب را ناظر به فقیه واجد شرایط می‌شمارد (انصاری، ۱۴۱۵ق، ۴۰۳۸). پس اختلاف صاحب مناهل و صاحب جواهر با این دیدگاه، اختلافی در باب «قاضی مأذون غیرمجتهد» است. بر این مبنا، اشکال به اطلاق سخن شیخ انصاری در باب عدم جواز تقلید مجتهد، ناشی از خلط قضا با افتا است و در نتیجه وارد نیست. برای مسئله حاضر، این مناقشه فقط می‌تواند مؤید امکان جداسازی نهادی تولید نظر تخصصی از مرحله تنفیذ نهایی باشد، نه دلیل استقلال دیوان از فقهای شورای نگهبان.

۵/۳. تفویض از منظر ولایت حکومتی و نسبت آن با حکم و موضوع

اگر نظارت شرعی شورای نگهبان از منظر ولایت حکومتی تحلیل شود، تفویض مورد بحث ناظر به اداره و سازمان‌دهی فرایند نظارت است. ایجاد دیوان یا شعب تخصصی، انتقال ولایت یا صلاحیت قانون اساسی نیست؛ بلکه تمهیدی نهادی برای تحقق دقیق‌تر و سریع‌تر وظیفه‌ای است که اصل چهارم بر عهده فقهای شورای نگهبان نهاده است.

در این چارچوب، دیوان می‌تواند موضوع را تنقیح کند، نظر کارشناسان را اخذ نماید، ادله فقهی و اقوال را گردآوری و ارزیابی کند و رأی فقهی پیشنهادی کامل - شامل منطوق، مستندات و آثار حقوقی - را تنظیم نماید. با این حال، این محصول تا پیش از بررسی و تصویب صریح اکثریت فقهای شورای نگهبان، صرفاً یک نظر مشورتی است.

در نتیجه، الگوی قابل دفاع عبارت است از «تفویض تکوین و تنظیم رأی

پیشنهادی» همراه با «عدم تفویض تنفیذ نهایی». این جمع، هم از ظرفیت تقسیم کار تخصصی بهره می‌گیرد و هم انتساب شرعی و قانونی نظر نهایی به فقهای شورای نگهبان را حفظ می‌کند.

۵/۴. الگوی الحاق موادی به آیین نامه داخلی شورای نگهبان

با توجه به اینکه اصول چهارم و نود و ششم قانون اساسی، تشخیص نهایی عدم مغایرت مصوبات با موازین اسلامی را به فقهای شورای نگهبان سپرده‌اند، قانون عادی نمی‌تواند این صلاحیت را به نهادی دیگر منتقل کند. با این حال، تنظیم تشکیلات و تقسیم کار داخلی شورا، بدون سلب صلاحیت نهایی فقها، در قالب آیین نامه داخلی امکان‌پذیر است. از این رو، متن زیر به عنوان مواد الحاقی پیشنهادی به آیین نامه داخلی شورای نگهبان ارائه می‌شود:

ماده پیشنهادی ۱: به منظور ارتقای سرعت، دقت و تخصص در نظارت شرعی بر مصوبات و مقررات، «دیوان تخصصی فقهی نظارت بر مصوبات» زیر نظر فقهای شورای نگهبان تشکیل می‌شود. دیوان در حدود این مواد، عهده‌دار موضوع‌شناسی، بررسی اجتهادی و تنظیم رأی فقهی پیشنهادی است.

ماده پیشنهادی ۲: دیوان دارای شعب تخصصی متناسب با حوزه‌های اقتصادی و بانکی، حقوق عمومی، قضایی، فرهنگی و اجتماعی، سلامت و محیط زیست، فناوری و سایر موضوعات مورد نیاز است. اعضای فقیه هر شعبه از میان مجتهدان یا صاحب نظران واجد توان استنباط در حوزه تخصصی مربوط، با تصویب اکثریت فقهای شورای نگهبان انتخاب می‌شوند. کارشناسان موضوعی می‌توانند بدون حق رأی فقهی در شعب حضور یابند.

ماده پیشنهادی ۳: وظایف هر شعبه عبارت است از تنقیح موضوع و تبیین آثار واقعی و حقوقی مصوبه، گردآوری و ارزیابی ادله، اقوال و رویه‌های فقهی مرتبط، تنظیم رأی فقهی پیشنهادی مستدل درباره مغایرت یا عدم مغایرت مصوبه با موازین اسلامی و پاسخ به پرسش‌ها و انجام بررسی تکمیلی مورد درخواست فقهای شورای نگهبان.

امکان‌سنجی
تفویض رأی فقهی
شورای نگهبان در
نظارت شرعی بر
مقررات

ماده پیشنهادی ۴: رأی دیوان و شعب آن مشورتی است و به تنهایی هیچ اثر حقوقی ندارد. رأی پیشنهادی فقط پس از بررسی و تصویب صریح اکثریت فقهای شورای نگهبان، در حدود اصول چهارم و نود و ششم قانون اساسی، به فقهای شورا مستند و به عنوان نظر شورای نگهبان ابلاغ می شود. سکوت، عدم رد یا تأیید کلی روش رسیدگی، جایگزین تصویب صریح نیست.

ماده پیشنهادی ۵: ارجاع پرونده به دیوان، نافی صلاحیت فقهای شورای نگهبان برای رسیدگی مستقیم نیست. فقهای شورا می توانند رأی پیشنهادی را تأیید، اصلاح، برای بررسی مجدد اعاده یا رد کنند. ترتیب ارجاع، نصاب داخلی شعب، مهلت رسیدگی و سازوکار رسیدگی فوری به مصوبات دارای مهلت قانون اساسی، در دستورالعملی به تصویب اکثریت فقهای شورای نگهبان می رسد.

بر اساس این پیشنهاد، «تفویض رأی فقهی» در معنای دقیق و قابل پذیرش آن، تفویض اختیار تولید و تنظیم رأی پیشنهادی است؛ اما مرحله ای که به رأی اثر الزام آور می بخشد، به صراحت در اختیار فقهای شورای نگهبان باقی می ماند. بدین ترتیب، پیشنهاد هم قابلیت تبدیل به قاعده نهادی را دارد و هم با نصاب و مرجع مقرر در قانون اساسی تعارض پیدا نمی کند.

نتیجه گیری

اصل چهارم قانون اساسی، تضمین انطباق همه قوانین و مقررات با موازین اسلامی را بر عهده فقهای شورای نگهبان نهاده است؛ اما کثرت و تخصصی شدن مقررات و محدودیت زمانی رسیدگی، استفاده از یک سازوکار نهادمند و تخصصی را ضروری ساخته است.

تحلیل فقهی نشان داد که باید میان سه ساحت افتا، قضا و حکمرانی و نیز میان سه مرحله موضوع شناسی، تهیه و تنظیم رأی پیشنهادی و تصویب رأی نهایی تفکیک کرد. امکان تفویض در این مراحل و ساحت ها یکسان نیست.

در مقام افتا، رأی مجتهد دیگر برای فقیه شورای نگهبان، صرفاً به دلیل ضیق وقت نهادی یا کثرت پرونده ها، حجت جایگزین نمی شود؛ بنابراین، آنچه قابل

واگذاری است، موضوع‌شناسی، تتبع، تحلیل ادله و تنظیم رأی فقهی پیشنهادی است؛ نه احراز و تصویب نهایی مغایرت یا عدم مغایرت.

در مقام قضا، کلام صاحب مناہل درباره قاضی غیر مجتہد مأذون، ناظر به فرض فقدان قاضی مجتہد و ضرورت جلوگیری از تعطیل حقوق و اختلال نظام است. صاحب جواهر این ظرفیت را در چارچوب اذن مجتہد بررسی می‌کند، در حالی که شیخ انصاری نفوذ قضاوت غیر مجتہد را حتی با اذن نمی‌پذیرد. از این رو، این مناقشه در باب قضا است و نمی‌توان آن را مستند جواز تقلید مجتہد در افتا یا مبنای اشکال به اطلاق سخن شیخ انصاری قرار داد.

در ساحت حکمرانی، ایجاد دیوان تخصصی فقهی، سازمان‌دهی انجام یک وظیفه عمومی است. این دیوان می‌تواند رأی فقهی پیشنهادی کامل و مستدل را تولید کند؛ اما محصول آن تا پیش از تصویب صریح اکثریت فقه‌های شورای نگهبان، مشورتی و فاقد اثر حقوقی است.

بر همین مبنا، مقاله پنج ماده پیشنهادی برای الحاق به آیین‌نامه داخلی شورای نگهبان ارائه کرد که ساختار دیوان، شعب تخصصی، وظایف، وصف مشورتی آراء و اختیار کامل فقه‌های شورا در تأیید، اصلاح، اعاده یا رد رأی پیشنهادی را روشن می‌سازد.

پاسخ نهایی آن است که «تفویض رأی فقهی» اگر به معنای انتقال صلاحیت نهایی فقه‌های شورای نگهبان باشد، قابل پذیرش نیست؛ اما اگر به معنای تفویض تکوین و تنظیم رأی فقهی پیشنهادی به نهادی تخصصی، همراه با بررسی و تصویب صریح اکثریت فقه‌های شورا باشد، از نظر فقهی و حقوقی قابل دفاع و از حیث عملی کارآمد است.

امکان‌سنجی
تفویض رأی فقهی
شورای نگهبان در
نظارت شرعی بر
مقررات

منابع

قرآن کریم

ابن عاملی، حسین بن زین الدین. (۱۴۳۱ق). معالم الدین و ملاذ المجتهدین. چاپ دوازدهم. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

ابن فارس، احمد. (۱۴۰۴ق). المعجم فی مقایس اللغة. تحقیق و تصحیح: عبدالسلام محمد هارون. قم: مکتب الإعلام الاسلامی.

ابن منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۱۴ق). لسان العرب. تحقیق و تصحیح: جمال الدین میردامادی. بیروت: دارالفکر.

اصفهانى، محمدحسین. (۱۳۷۴ق). نهاییه الدرايه فی شرح الکفایه. قم: سیدالشهدا علیه السلام.

انصاری، مرتضی بن محمدامین. (۱۴۰۴ق). اجتهاد و تقلید. قم: مکتبه المفید.

آقائظری، حسن. (۱۳۹۲). روش شناسی فقه نظریات اقتصادی از منظر شهید صدر. مجله معرفت اقتصادی، ۴(۲)، ۱۰.

آیین نامه داخلی شورای نگهبان، مصوب ۱۳۷۹/۴/۲۲، با اصلاحات بعدی.

بهای، محمد بن حسین. (۱۴۲۳ق). زبده الاصول. قم: نشر مرصاد.

جعفری لنگرودی، محمد، تاریخ نشر ۱۳۸۱ش، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش.

جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۴۱۰ق). الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربیه. تحقیق و تصحیح احمد عبدالغفور عطار. بیروت: دارالعلم للملایین.

حاجی سیدجوادی، سید فرید. (۱۳۸۸). گزارشی از همایش کرسی نظریه پردازی اجتهاد متوسط. مجله فقه اهل بیت علیه السلام، ۱۵(۵۸-۵۹)، ۳۵۵-۳۶۴.

حلی، حسن بن یوسف (علامه حلی). (۱۴۱۹ق). نهاییه الاحکام فی معرفه الاحکام. قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.

خراسانی، محمدکاظم بن حسین. (۱۴۰۹ق). کفایه الاصول. قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.

خلخال، سید محمد مهدی موسوی - مترجم، جعفر الهادی، ۱۴۲۲ق، حاکمیت در اسلام یا ولایت فقیه، قم - ایران ناشر: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، تاریخ نشر: ۱۴۲۲ ه.ق.

خمینی، سیدروح الله موسوی. (۱۴۲۶ق). الاجتهاد و التقليد. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

خویی، سیدابوالقاسم. (۱۴۱۱ق). الرأى السديد فى الاجتهاد و التقليد و الاحتياط و القضاء.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

۱۲۲

چاپ دوم. قم: المطبعة العلمية.

دهخدا، علی اکبر، تاریخ نشر ۱۳۷۳ش، لغت نامه دهخدا، تعداد مجلدات ۱۵، تهران، ایران، نشر روزنه.
زبیدی، محمد مرتضی. (۱۴۱۴ق). تاج العروس من جواهر القاموس. تحقیق و تصحیح علی هلالی و علی سیری. بیروت: دارالفکر.
سبزواری، محمدباقر بن مؤمن. (۱۲۴۷ق). ذخیره المعاد فی شرح الإرشاد. قم: مؤسسه آل البيت علیه السلام.

سید مرتضی، علی بن حسین. (۱۴۰۵ق). رسائل شریف مرتضی. تحقیق و تصحیح سیدمهدی رجائی. قم: نشر دارالقرآن الکریم.
صدر، رضا. (۱۴۲۰ق). الاجتهاد و التقليد. چاپ دوم. قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
صدر، سید محمدباقر. (۱۴۲۴ق). اقتصادنا (موسوعة الشهيد الصدر). قم: مرکز الابحاث و الدراسات التخصصیه للشهید الصدر.
عاملی، علی بن حسین (محقق ثانی). (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد. چاپ دوم. قم: مؤسسه آل البيت علیه السلام.

عبدالرحمان، محمود. (بی تا). معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهيہ. بی جا: بی نا.
عراقی، ضیاء الدین. (۱۳۸۸). الاجتهاد و التقليد. تقریرات میرزا هاشم آملی. قم: نوید اسلام.
فتحی، محمد، کوهی اصفهانی، کاظم و طاهری، سیدمحسن. (۱۳۹۸). قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، به همراه نظرات تفسیری شورای نگهبان. تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.
فیومی، احمد بن محمد مقری، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، تعداد جلد: ۱، ناشر: منشورات دار الرضی، بی تا، نوبت چاپ: اول، مکان چاپ: قم- ایران

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، اصول چهارم و نود و ششم.

قانون بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۴۰۲/۳/۳۰، ماده ۱۸.

مجاهد طباطبائی، سید محمدعلی. (۱۲۹۶ق). مفاتیح الاصول. قم: مؤسسه آل البيت علیه السلام.
مجاهد طباطبائی، سید محمدعلی. (بی تا). کتاب المناهل. قم: مؤسسه آل البيت.

محسن شیخی، علی اصغر، (۱۳۸۴ش). نظارت و باررسی. قم: زمزم هدایت. چاپ اول.

مرتضایی، سید احمد. (۱۳۹۰). بررسی قلمروی نظارت شورای نگهبان. معرفت. ۲۰(۶)، ۱۱۷.
موسوی زنجانی، محمد بن ابوالقاسم. (۱۳۱۶ق). التنقیذ لاحکام التقليد. تهران: احمد شیرازی.
موسوی قزوینی، سید ابراهیم. (۱۲۵۸ق). نتایج الافکار. بمبئی: مؤلف.

نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام. تحقیق و تصحیح

امکان سنجی
تفویض رأی فقهی
شورای نگهبان در
نظارت شرعی بر
مقررات

۱۲۳

عباس قوچانی و علی آخوندی. چاپ هفتم. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
نظرپور، مهدی و مرکز تحقیقات اسلامی سپاه. (۱۳۸۷). آشنایی با نظام جمهوری اسلامی
ایران. قم: زمزم هدایت.
هدایت‌نیا، فرج‌الله، ۱۳۸۷ش، شورای نگهبان، پرسش‌ها و پاسخ، نشر کانون اندیشه جوان،
چاپ اول، تهران.
یزدی، سید محمدکاظم. (۱۴۰۹ق). العروة الوثقی فیما نعم به البلوی. چاپ دوم. بیروت: مؤسسة
الاعلمی للمطبوعات.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳

۱۴۰۵

۱۲۴



A Jurisprudential Inquiry into the Legal Ruling and Scope of *Tashabbuh bi al-Kuffār* (Imitation of Disbelievers)

Rohollah Bahram Arjavand ¹ ; Hossein Sanaee ²

1. Assistant Professor of

2. Ph.D. student of

Article Info

Article Type:

Research Article

Article History:

Received 22 JUL 2025

Received in revised form
25 OCT 2025

Accepted 26 OCT 2025

Keywords:

Keywords:

Tashabbuh (Imitation),
Non-Muslims (Kuffār),
Legal Criterion (Mi'yār),
Intention (Qasd),
Prohibition (Ḥurmah)

ABSTRACT

Tashabbuh bi al-kuffār (imitation of non-Muslims/disbelievers) is an evolving jurisprudential category whose concrete instances vary across historical periods and cultural contexts. Given its explicit treatment in *ḥadīth* literature, establishing its legal ruling requires clarifying its conceptual boundaries and identifying the factors that govern its realization. Delimiting the scope of this concept is essential for evaluating newly emerging contemporary phenomena (*al-mawḍū'āt al-mustah-dathah*).

Employing a descriptive-analytical methodology grounded in Imāmī jurisprudential principles (*uṣūl al-fiqh*), this study examines the scope and legal ruling (*ḥukm*) of *tashabbuh bi al-kuffār*. Following a critical examination of the proofs (*adillah*) traditionally cited to establish its absolute prohibition, the study concludes that *tashabbuh bi al-kuffār* is not intrinsically (*bi-dhātih*) prohibited. Furthermore, the analysis demonstrates that the decisive criterion (*mi'yār*) for realizing *tashabbuh* is the exclusivity of the act to non-Muslims. Conversely, factors such as conscious awareness that an act constitutes imitation, a

Cite this article:

Bahram Arjavand, R & Sanaee, H (2026). "A Jurisprudential Inquiry into the Legal Ruling and Scope of Tashabbuh bi al-Kuffār (Imitation of Disbelievers)" *Journal of Jurisprudential and Fundamental Studies*. 12(43), 11-11.



© The Author(s).

Publisher: Islamic Propagation Office of Qom Seminary- Khorāsān-e-Razavi Branch. DOI: <https://doi.org/10.22034/jrj.2025.71277.2957>

deliberate intention (*qasḍ*) to imitate, or performance of the act within Muslim territory (*dār al-Islām*) do not constitute necessary conditions for the realization of the concept.

**Journal of
Islamic Law and
Jurisprudence**

Vol.12, No.43
2026

126

تأملی در حکم و گستره تشبه به کفار^۱

۱. روح‌الله بهرام ارجاوند  ID: ۲. حسین سنایی

۱. پژوهشگر مرکز فقهی ائمه اطهار: وابسته به دفتر حضرت آیت‌الله فاضل رحمته‌الله علیه، قم، ایران. (نویسنده مسئول)

رایانامه: gazi1234ab@gmail.com؛ کد ارکید: https://orcid.org/0009-0005-5658-728X

۲. پژوهشگر مرکز فقهی امام محمد باقر علیه السلام باقر العلوم قم، ایران. رایانامه: hoosin_solje@yahoo.com



تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱۲/۱۶

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۴/۰۶/۲۶

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۸/۱۳

چکیده

تأملی در حکم و
گستره تشبه به
کفار
۱۲۷

«تشبه به کفار» یکی از عناوینی است که در هر برهه‌ای مصادیق متفاوتی پیدا می‌کند. با توجه به اینکه این عنوان از موضوعات منصوص در احادیث نیز محسوب می‌شود، لازم است در سایه بررسی حکم آن، گستره و ابعاد «تشبه به کفار» از حیث عوامل مؤثر و غیرمؤثر در صدق «تشبه» نیز روشن گردد تا در پرتو شناخت گستره تشبه، شناسایی مصادیق جدید تسهیل شود. پژوهش حاضر بر اساس مبانی فقهی و با روش توصیفی - تحلیلی، گستره و حکم تشبه به کفار را مورد بررسی قرار داده و پس از واکاوی ادله ادعایی بر حرمت، به این نتیجه می‌رسد که حکم تشبه به کفار، حرمت نیست. همچنین ثابت می‌شود عامل مؤثر در صدق عنوان تشبه، اختصاص داشتن آن فعل به غیرمسلمانان است؛ ولی اینکه انجام فعل مورد نظر لزوماً باید از روی علم و آگاهی به تشبه باشد، یا

۱. بهرام ارجاوند، روح‌الله و سنایی، حسین (۱۴۰۵). «تأملی در حکم و گستره تشبه به کفار». جستارهای فقهی و

اصولی، ۱۲: ۴۳ (۲). صص: ۱-۱۱. <https://doi.org/10.22034/jrj.2025.71277.2957>



© ۱۴۰۴. نویسندگان دارنده حق مؤلف مقاله خود بدون محدودیت هستند.

ناشر: مرکز تخصصی آخوند خراسانی دفتر تبلیغات اسلامی خراسان رضوی.

اینکه باید قصد و تعمد به تشبه وجود داشته باشد و یا اینکه حتماً در سرزمین مسلمانان انجام گیرد، عواملی نیستند که در صدق عنوان تشبه تأثیرگذار باشند.

کلید واژه‌ها: تشبه، کافر، ضابطه، قصد، حرمت.

مقدمه

نهی از تقلید کفار در نوع پوشش و آداب، ازجمله موارد منصوص در روایات است. اگرچه لسان ادله نسبت به آن متفاوت می‌باشد؛ به این ترتیب که در بعضی «تشبه» نهی شده است و در بعضی با لسانی غیر از «تشبه» نهی صورت گرفته است. در عین حال، موضوعی چندبعدی است که دارای ابعاد کلامی، اخلاقی، روان‌شناختی، فرهنگی و اجتماعی است.

امروزه به دلیل هجوم فرهنگ بیگانه به جوامع اسلامی، به‌ویژه هجوم فرهنگی غرب و گسترش غرب‌زدگی در بین مسلمانان، پرداختن به ابعاد و جوانب موضوع تشبه به کفار در کشورهای اسلامی دارای اهمیت فراوانی است؛ چرا که تشبه به کفار، تربیت دینی در جامعه اسلامی را با آسیب‌های فراوانی مواجه می‌کند. ازجمله اینکه تشبه ظاهری مسلمانان به کفار در اعمال جوارحی و ظاهری و مؤلفه‌های مختلف سبک زندگی روزانه، به‌تدریج باعث تشبه و همانندی با آن‌ها در اعمال جوانحی و باطنی و امور اخلاقی و اعتقادی می‌شود و در نتیجه، باعث تقویت ناخواسته فرهنگ دشمنان اسلام و متقابلاً موجب تضعیف فرهنگ ناب و اصیل اسلامی می‌گردد. با توجه به آنچه گفته شد، ضرورت پرداختن به موضوع و گستره «تشبه به کفار» واضح می‌گردد.

تأجایی که نگارنده فحص نموده است، در باب موضوع‌شناسی و گستره‌شناسی تشبه به کفار پژوهشی انجام نشده است. اگرچه مقالاتی مرتبط با موضوع نوشتار حاضر وجود دارد؛ مثلاً مقاله‌ای با عنوان «نگاهی به مفهوم و حکم فقهی تشبه به کفار»، نوشته فلاح یخدائی و علی‌پور آنجائی^۱ یا مقاله «واکاوی موضوع تشبه به

جستارهای
فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

۱۲۸

۱. مجله تخصصی پژوهشهای فقهی، سال پنجم، شماره اول، ۱۳۹۵.

کفار در پرتو فقه مقارن» به نویسندگی مولوی وردنجانی^۱ وجود دارد که در هر دو نوشته ادله حرمت در فقه شیعه و یا عامه مورد بررسی قرار گرفته‌اند و حکم حرمت با استفاده از روایات برای تشبه به کفار اثبات شده است؛ ولی نوشتار حاضر، علاوه بر بررسی حکم تشبه به کفار و رد استدلال به روایات جهت اثبات کبرای کلی حرمت تشبه به کفار، درصدد ارائه یک موضوع‌شناسی کامل و همچنین ارائه عوامل مؤثر و غیر مؤثر در صدق عنوان تشبه به کفار است تا گستره تشبه به کفار مشخص شده و تطبیق موارد محتمل بر موضوع تشبه تسهیل گردد. علاوه بر این، در نوشتار حاضر تطبیقاتی از مسائل مستحدث مطرح شده است.

مقاله پیش رو در سه بخش اصلی تنظیم شده است که در بخش اول به موضوع‌شناسی تشبه به کفار پرداخته شده است و در بخش دوم حکم تشبه به کفار بررسی می‌شود و در بخش سوم، با توجه به بررسی ادله در بخش دوم، گستره یا ضابطه تشبه به کفار بررسی می‌شود.

۱. مفاهیم

۱/۱. مفهوم تشبه

واژه «تشبه» مصدر باب تفعّل است و از ریشه «شَبَه» گرفته شده است. تشبه از ریشه «شبه» به معنای مثل و نظیر، همچنین به معنای مشابهت با شیء ای از جهت رنگ و وصف است (ابن فارس، ۱۳۸۹ق، ۲۴۳/۳؛ زبیدی واسطی، ۱۴۱۴ق، ۵۱/۱۹؛ ابن منظور، ۱۴۰۵ق، ۵۰۳/۱۳). بعضی از لغویون تشبه را به معنای تمثیل و همانندسازی می‌دانند. ایشان می‌نویسند که چون تشبه در باب تفعّل رفته است؛ لذا منظور از آن، تکلف جهت همانندسازی دو چیز است (زبیدی واسطی، ۱۴۱۴ق، ۵۱/۱۹؛ ابن منظور، ۱۴۰۵ق، ۵۰۳/۱۳؛ جوهری، ۱۴۱۰ق، ۲۲۳۶/۶؛ مصطفوی، ۱۴۰۲ق، ۱۱/۶).

با توجه به معنای واژه تشبه در کتب لغت، به نظر می‌رسد بعضی از لغویون وجود قصد را مقوم تشبه می‌دانند و بعضی چنین اعتقادی ندارند؛ اما وقتی به کلمات فقها مراجعه می‌کنیم، می‌بینیم ایشان نیز در توضیح معنای تشبه دو دسته

تأملی در حکم و
گستره تشبه به
کفار
۱۲۹

۱. پژوهش‌نامه فرهنگ و معارف دینی، شماره ۲، ۱۴۰۱.

هستند. عده‌ای مانند مرحوم شاهرودی تشبّه را این گونه توضیح می‌دهند که شخص در نحوه رفتار یا پوششی که - به لحاظ جنسیت، دین و یا غیر آن - نشانه و مشخصه طایفه‌ای از انسان‌ها به شمار می‌رود، همانند آنان گردد، مانند پوشیدن لباس زن توسط مرد و عکس آن و آویختن صلیب به گردن توسط مسلمان (شاهرودی، ۱۴۲۶ق، ۲/۴۸۵). همان گونه که ملاحظه می‌شود، ایشان هیچ اشاره‌ای به لزوم وجود قصد ندارند؛ ولی دسته‌ای دیگر متذکر وجود قصد در توضیح معنای تشبّه می‌شوند؛ مثلاً مرحوم حکیم می‌نویسد: «تشبه همان تکلف و قصد و انجام عملی برای ایجاد شباهت بین خود با فرد و یا شیء دیگر است» (حکیم، مستمسک، ۱۴۱۶ق، ۵/۳۹۴). همچنین مرحوم خوئی هم می‌گوید تشبه هرگونه شباهت در خارج است که عالمانه و آگاهانه باشد (خوئی، ۱۳۷۷ق، ۱/۲۱۰).

اگرچه از کلمات فقها و لغویون نمی‌توان به یک نقطه اشتراکی نسبت به لزوم و عدم لزوم وجود قصد در صدق تشبّه دست یافت؛ ولی از آنجا که تشخیص عناوین و موضوعاتی که متعلق احکام قرار می‌گیرند به عرف واکذار شده است (شیری زنجان، ۱۴۱۹ق، ۷/۲۳۵۶) و با مراجعه به عرف و قضاوت ایشان می‌توان ادعا کرد که عنوان تشبّه از عناوین قصدی نیست؛ زیرا در نظر ایشان، اگر کسی فعلی را که از اختصاصات کفار است انجام دهد، در حالی که قصد تشبّه به کفار را نداشته باشد، تشبّه صدق می‌کند؛ همان‌طور که عنوان احترام و ... این گونه است.

ممکن است کسی ادعا کند روایاتی وجود دارد که لفظ تشبّه در آن استعمال شده است، مانند: «مَنْ تَشَبَّهَ بِقَوْمٍ فَهُوَ مِنْهُمْ» (ابن ابی جمهور، ۱۴۰۵ق، ۱/۱۶۵) و «مَنْ تَشَبَّهَ بِقَوْمٍ عُدَّ مِنْهُمْ» (نوری، ۱۴۰۸ق، ۱۷/۴۴۰) که اگر منظور از تشبّه در آن‌ها صرف شباهت و صدق خارجی باشد و قصد در آن دخالتی نداشته باشد، در این صورت شخص به خاطر مجرد شباهت به قومی داخل آن قوم شده و با آن قوم محشور می‌شود، در حالی که هیچ قصدی در مماثلت و مشابهت با آن قوم نداشته است و اگر قرار باشد قوم مورد نظر مشمول عذاب خداوند باشند، در نتیجه شخصی که بدون قصد به نحوی با قومی مشابهت پیدا کرده است نیز عذاب می‌شود؛ زیرا

آنچه در این دو روایت موضوعیت دارد، عنوان «تشبه» است. در نتیجه، عقاب بر تشبیهی مترتب می‌شود که بدون تعمد و قصد شباهت به کفار محقق شده است. پس صدق عنوان تشبه غیراختیاری است و عقاب در این صورت موجه نمی‌باشد؛ چون عقاب بر امر غیراختیاری برخلاف عدالت خداوند است، اگرچه نفس فعل و انتخاب آن اختیاری است. برعکس، اگر تشبه از روی قصد شباهت به کفار باشد، عقوبت موجه خواهد بود.

اولاً، صدق عنوان تشبه ربطی به موجه بودن عذاب و غیرموجه بودن آن ندارد؛ زیرا معقول بودن و غیرمعقول بودن عذاب، بحث حکم تکلیفی تشبه است و حکم تکلیفی است که دائرمدار قصد و علم می‌باشد، در صورتی که همان‌طور که گفته شد، معیار و مرجع تشخیص عنوان تشبه، عرف است. ثانیاً، در روایاتی که آورده شده است، کلامی دال بر عذاب وجود ندارد. ثالثاً، اگر شخص از روی علم و آگاهی به مشابهت فعل مورد نظر با کفار مرتکب آن شود، در این صورت عذاب موجه خواهد بود، حتی اگر به قصد مشابهت مرتکب فعل نشود؛ چراکه در این صورت وجود قصد قهری است. هرچند اگر علم و آگاهی به مشابهت فعل خود با کفار نداشته باشد، در این صورت عذاب او به صرف مشابهت موجه نیست.

تأملی در حکم و
گستره تشبه به
کفار
۱۳۱

۱/۲. معنای لغوی کافر

کافر از ریشه «کَفَرَ» و به معنای پرده انداختن بر روی چیزی یا پوشاندن چیزی است. به همین دلیل، به شخصی که حقیقت را می‌پوشاند، کافر می‌گویند (ابن فارس، ۱۴۰۴ق، ۱۹۱/۵؛ جوهری، ۱۴۱۰ق، ۸۰۷/۲؛ زبیدی واسطی، ۱۴۱۴ق، ۴۵۰/۷).

۱/۳. معنای اصطلاحی کافر

علامه حلی در مورد کافر می‌گوید: کافر به هر غیرمسلمانی گفته می‌شود و شامل حربی، ذمی، مرتد، اهل کتاب و ناصبی نیز می‌شود (حلی، ۱۴۲۰ق، ۴۱۰/۵). امام خمینی و بعضی از فقها، کسی را که منکر ضروریات دین باشد، مثلاً منکر

وجود خداوند، وحدانیت او یا نبوت پیامبر ﷺ باشد، کافر می‌دانند (خمینی، ۱۳۹۰ق، ۱۱۸/۱؛ طباطبائی، ۱۴۱۷ق، ۱/۱۴۳).

۲. موضوع شناسی تشبه به کفار

قبل از مشخص شدن حکم تشبه به کفار، لازم است منظور از موضوع آن، یعنی «تشبه به کفار»، روشن گردد.

تشبه به کفار عنوانی عام است که با بررسی لغوی و اصطلاحی مفردات آن، مراد از استعمالش در روایات و کلمات فقها شناخته نمی‌شود؛ زیرا تشبه به کفار نه تنها افعالی را که در نزد مسلمانان حرام است شامل می‌شود، بلکه غالب افعال غیرحرام مسلمانان را نیز در بر می‌گیرد؛ زیرا این گونه نیست که روش زندگی، کار یا خوراک و پوشاک و مرکب انسان‌ها متفاوت از یکدیگر باشد، بلکه برعکس، این خصوصیات حتی نسبت به کسانی که در دورترین نقاط از سرزمین مسلمانان زندگی می‌کنند، شبیه مسلمانان است؛ بنابراین، موضوع تشبه به کفار شامل انواع مصادیق محسوس، نامحسوس، رفتار و اعتقادات نیز می‌شود. منظور از مصادیق محسوس، موضوعاتی است که مصادیق آن‌ها را با حواس ظاهری می‌توان تشخیص داد که شامل مصادیق مختلف رفتاری و دیداری می‌شود و مصادیق موضوع تشبه به کفار در شعائر و نمادهای ظاهری این گونه هستند. مصادیق نامحسوس نیز شامل مصادیق عقلی، ذهنی، فکری و عاطفی است، مثل تشبه اعتقادی و اخلاقی به کفار.

با توجه به مقدمه فوق، در مورد موضوع «تشبه به کفار» لازم است محل بحث و حدود و گستره آن مشخص گردد؛ زیرا نیازی نیست مواردی از تشبه که ذیل محرمات شرعی قرار می‌گیرند و با دلیل خاص حرام شده‌اند، جداگانه و ذیل عنوان تشبه به کفار قرار گرفته و سپس حکم فقهی آن بررسی شود؛ مانند موارد محسوسی، مثلاً خوردن گوشت خوک یا میته و یا شراب و موارد غیرمحسوسی که به اعتقادات بازمی‌گردد، مانند اعتقاد به تثلیث و ...، از آن دسته هستند. همچنین مصادیق احتمالی از تشبه به کفار که در شریعت اسلام جزو واجبات شمرده

جستارهای
فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

۱۳۲

می‌شود نیز قطعاً نمی‌تواند داخل در بحث مقاله باشد؛ زیرا حکم آن مشخص است.

همچنین با توجه به روایات باب و نمونه‌هایی که در آن‌ها مورد نهی واقع شده است، ممکن است گفته شود محل بحث در تشبه به کفار، مصادیقی است که قابل رؤیت باشد یا به عبارتی، محسوس باشد؛ زیرا تمام مصادیقی که در روایات مورد نهی واقع شده است، محسوس و ظاهری هستند. البته شاید بازگشت این ادعا به وجود مناط نهی در موارد صرفاً محسوس باشد؛ به این بیان که ممکن است دلیل نهی در کلام شارع، جلوگیری از سلطه فرهنگی و اجتماعی کفار، جلوگیری از قدرت گرفتن ایشان و جلوگیری از ایجاد احساس ضعف در مسلمانان باشد و تشبه به کفار غالباً در صورتی منشأ قدرت و سلطه و ایجاد حس ضعف در مسلمانان می‌شود که مصادیق آن مرئی و محسوس باشد؛ بنابراین، طبق ادعای فوق و توجیه آن، باید مصادیقی را که صرفاً اعتقادی و غیرمحسوس هستند، نیز از دایره بحث تشبه به کفار خارج کنیم. به این ترتیب، دایره تشبه به کفار محدودتر می‌شود؛ ولی چون باز هم موارد احتمالی تشبه به کفار زیاد است، لازم است درصدد یافتن ضابطه و معیاری باشیم تا به کمک آن، صدق و عدم صدق عنوان تشبه به کفار در موارد مشکوک و محتمل معلوم گردد.

برای به‌دست آوردن گستره و عوامل مؤثر و غیرمؤثر در صدق عنوان تشبه، لازم است ادله لفظی واردشده در بحث بررسی شود.

۳. بررسی حکم تشبه به کفار

شناخت گستره تشبه به کفار می‌تواند ارتباط مستقیمی با بررسی ادله موجود در بحث داشته باشد؛ زیرا این احتمال وجود دارد که از آیات و روایاتی که «تشبه» را مورد نهی قرار داده‌اند، به عوامل مؤثر و غیرمؤثر در صدق عنوان تشبه پی ببریم؛ لذا ادله ادعایی جهت اثبات حرمت بررسی می‌گردد تا علاوه بر تعیین حکم تشبه از منظر ادله، عوامل احتمالی مؤثر در تشخیص مصادیق نیز معلوم گردد. همان‌طور که در مقدمه نیز اشاره شد، ادله مرتبط با تشبه به کفار دو دسته هستند؛ در بعضی

«تشبه» نهی شده است و در بعضی با لسانی غیر از «تشبه»، نهی صورت گرفته است.

۳/۱. ادله نهی با لسانی غیر از تشبه

۳/۱/۱. استدلال به آیات جهت اثبات حرمت تشبه

جهت استناد به قرآن کریم برای به دست آوردن حکم تشبه به کفار در موضوعات ظاهری و غیراعتقادی، باید از عموم و اطلاق آیات استفاده کرد؛ چرا که لسان آیات به گونه‌ای است که تبعیت از کفار را در مواردی که برآمده از اعتقاد کفرآمیز ایشان است، نهی کرده است و چنین اموری، مانند اعتقادات کفرآمیز و شرک‌آمیز، با ادله قطعی در شریعت نهی شده و شک و شبهه‌ای نسبت به آن وجود ندارد. به عنوان مثال، آیاتی که از ولایت و دوستی و دنباله‌روی کفار نهی می‌کند و پیروی از اهل کتاب را باعث روی گردانی از ایمان به کفر برمی‌شمارد: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن تَطِيعُوا فَرِيقًا مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ يَرُدُّوكُمْ بَعْدَ إِيمَانِكُمْ كَافِرِينَ﴾ (آل عمران: ۱۰۰).

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳

۱۴۰۵

۱۳۴

و یا آیاتی که یهود و نصاری را مانند هم معرفی می‌کند و دوستی با ایشان را ظلم به خدا برمی‌شمارد: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَارَى أَوْلِيَاءَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ وَمَنْ يَتَوَلَّهُمْ مِنْكُمْ فَإِنَّهُ مِنْهُمْ إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ﴾ (مائده: ۵۱)؛ ﴿وَلَنْ تَرْضَى عَنْكَ الْيَهُودُ وَلَا النَّصَارَى حَتَّى تَتَّبِعَ مِلَّتَهُمْ قُلْ إِنَّ هُدَى اللَّهِ هُوَ الْهُدَى وَلَئِنَّ آتِيتُكُمْ أَهْوَاءَهُمْ بَعْدَ الَّذِي جَاءَكُمْ مِنَ الْعِلْمِ مَا لَكُمْ مِنَ اللَّهِ مِنْ وَلِيٍّ وَلَا نَصِيرٍ﴾ (بقره: ۱۲۰).

پس اگر مفاد آیات مذکور و آیات بسیار دیگری که در قرآن کریم وجود دارد و در آن‌ها خداوند مسلمانان و مؤمنین را از تبعیت غیرمسلمانان، اعم از یهود و نصاری و مشرکان، نهی می‌کند و در بعضی از آن‌ها پیروی از غیرمسلمانان را مستلزم قرار گرفتن در زمره کفار و نزول غضب و عذاب الهی می‌داند: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقُولُوا زَاعِنًا وَقُولُوا انْظُرْنَا وَاسْمَعُوا وَلِلْكَافِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ (بقره: ۱۰۴) اطلاق داشته باشد که پیروی از کفار (به معنای عام آن که شامل یهود و نصاری

و بت پرستان و غیره ...) را در غیر از اموری که در شریعت اسلام نهی شده است شامل بشود، در این صورت می توان به آن برای اثبات حرمت در مواردی که صدق تشبه به کفار می کند، تمسک کرد؛ ولی ادعای وجود چنین اطلاقی مشکل است؛ زیرا ظهور آیات قرآنی به قرینه وجود الفاضلی همچون «أولیاء» و «اطاعت»، در عدم تبعیت از اعتقادات و دستورات کفرآمیز و شرک آمیز ایشان و نهی از ولایت ایشان به جای ولایت نبی مکرم ﷺ است؛ لذا در مقام بیان از جهت افعال و اعتقادات و رفتارهایی که از اختصاصات کفار است و در عین حال در شریعت اسلام نهی نیست که نسبت به آن وجود نداشته باشد تا حرمت مصادیق تشبه به کفار با تمسک به اطلاق آن ثابت شود. حتی در آیه مبارکه یکصد و چهارم سوره بقره که نسبت به امری غیر حرام در شریعت، یعنی تکرار لفظی توسط مسلمانان که در بین یهود شایع بوده، نهی شده است، احتمال دارد نهی خداوند به خاطر حفظ منزلت و شأن پیامبر ﷺ بوده و لذا خصوصیت داشته باشد؛ بنابراین، برای آن اطلاقی ثابت نمی شود تا حرمت را برای تمام مواردی که مصداق تشبه به کفار است، ثابت کند.

تأملی در حکم و
گستره تشبه به
کفار
۱۳۵

۳/۱/۲. استدلال به روایات جهت اثبات حرمت تشبه

روایت اول: روایتی که در منع تکفیر (گذارن یکی از دو دست بر روی دیگری به نشانه خضوع) وارد شده است.

کلینی در کافی به سند خود از حسین بن سعید، از صفوان و فضاله، از زراره از امام باقر علیه السلام نقل کرده است که فرمود: «وَلَا تُكْفِّرُوا فَإِنَّمَا يَفْعَلُ ذَلِكَ الْمَجُوسُ»^۱

۱. «عَلَيْهِمُ بْنُ إِثْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ وَ مُحَمَّدُ بْنُ إِسْمَاعِيلَ عَنِ الْفَضْلِ بْنِ شاذَانَ جَمِيعاً عَنْ حَمَّادِ بْنِ عِيسَى عَنْ حَرِيزٍ عَنْ زُرَّارَةَ قَالَ قَالَ أَبُو جَعْفَرٍ عليه السلام إِذَا قُمْتَ فِي الصَّلَاةِ فَعَلَيْكَ بِالْإِقْبَالِ عَلَى صَلَاتِكَ فَإِنَّمَا يُحْسِبُ لَكَ مِنْهَا مَا أَقْبَلْتَ عَلَيْهِ وَ لَا تُعْبِثُ فِيهَا بِيَدِكَ وَ لَا بِرَأْسِكَ وَ لَا بِلَحْيَتِكَ وَ لَا تُحَدِّثْ نَفْسَكَ وَ لَا تَنَاءَبْ وَ لَا تَسْمُطْ وَ لَا تُكْفِّرْ فَإِنَّمَا يَفْعَلُ ذَلِكَ الْمَجُوسُ وَ لَا تَلْتَمِسْ وَ لَا تُحْتَفِزْ وَ لَا تَفْرَجْ كَمَا يَفْرَجُ الْبَعِيرُ وَ لَا تَقْعُ عَلَى قَدَمَيْكَ وَ لَا تَقْرَشْ ذِرَاعَيْكَ وَ لَا تَقْرُقْ أَصَابِعَكَ فَإِنَّ ذَلِكَ كُلَّهُ نَقْصَانٌ مِنَ الصَّلَاةِ وَ لَا تَقُمْ إِلَى الصَّلَاةِ مُتَكَايِلاً وَ لَا مُتَنَاعِساً وَ لَا مُتَنَاقِلاً فَإِنَّهَا مِنْ خِلَالِ النِّفَاقِ فَإِنَّ اللَّهَ سُبْحَانَهُ نَهَى الْمُؤْمِنِينَ أَنْ يَقُومُوا إِلَى الصَّلَاةِ وَ هُمْ سُكَارَى يَعْنِي سُكْرَ النَّوْمِ وَ قَالَ لِلْمُتَنَافِقِينَ وَ إِذَا قَامُوا إِلَى الصَّلَاةِ قَامُوا كَسَالَى يُرَاؤُنَ النَّاسَ وَ لَا يَذْكُرُونَ اللَّهَ إِلَّا قَلِيلاً».

(کلینی، ۱۴۰۷ق، ۲۹۹/۳). تکفیر مکن که این کار را مجوس انجام می‌دهند.

روایت از جهت سند، صحیح است (حکیم، مستمسک، ۱۴۱۶ق، ۶۰۳/۶) و از نظر دلالت نیز نسبت به اینکه تکفیر در نماز باشد یا در غیر نماز، اطلاق دارد؛ مگر اینکه به قرینه روایات دیگر^۱، این روایت نیز حمل به تکفیر در نماز شود. به‌ویژه ممکن است تکفیر اساساً اصطلاحی باشد در قرار دادن یکی از دو دست بر روی دیگری در خصوص نماز.

روایت فوق دلالت دارد بر اینکه در شریعت اسلام، شباهت به کافر - چه رسد به تشبه به آنان - از راه تکفیر در نماز، ممنوع است و چه‌بسا تعبیر به اینکه این کار از عمل مجوس است یا این کار تشبه به کفار است، دلالت داشته باشد بر اینکه این ممنوعیت اختصاصی به خصوصیت تکفیر ندارد.

ولی محقق حلی در المعبر، برخلاف نظر فوق، معتقد است ظاهر روایاتی از این قبیل، مکروه بودن تکفیر است نه حرمت آن؛ زیرا این روایات متضمن این مطلب است که عمل مذکور، تشبه به مجوس است و امر پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله به مخالفت با مجوس، امر وجوبی نبوده است؛ زیرا گاهی مجوس، واجب را از روی اعتقاد به الهیت و اینکه او فاعل خیر است، انجام می‌دهند. در نتیجه، نمی‌توان احادیث این دسته را بر ظاهرشان حمل نمود (حلی، ۱۴۰۷ق، ۲۵۷/۲) و شاید به همین دلیل، محقق در کتاب شرایع نسبت به حکم حرمت مردد شده است (حلی، ۱۴۰۸ق، ۷۲/۲).

البته مرحوم صاحب جواهر در پاسخ به اشکال مذکور می‌گوید هیچ مانعی در حرمت تشبه به مجوس، به جز مواردی که توسط دلیل خارج شده، وجود ندارد و لا اقل در مورد بحث فعلی گفته می‌شود تشبه به مجوس حرام است؛ زیرا به عنوان علت برای نهی که ظهور در حرمت دارد، واقع شده است. البته خود صاحب جواهر نهایتاً حکم به کراهت تکفیر را ترجیح می‌دهد و می‌گوید نصوصی که در

۱. «وَعَنْهُ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ حَمَّادٍ عَنْ حَرِيزٍ عَنْ رَجُلٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عليه السلام قَالَ: قُلْتُ لَهُ فَصَلْ لِرَبِّكَ وَ انْحَرْ قَالَ- النَّحْرُ الْاِغْتِدَالُ فِي الْقِيَامِ أَنْ يُقِيمَ صَلَاتَهُ وَ نَحْرُهُ- وَ قَالَ لَا تُكْفِّرُ فَإِنَّمَا يَصْنَعُ ذَلِكَ الْمُجُوسُ- وَ لَا تَلْتَمَّ وَ لَا تَحْتَفِزْ وَ لَا تُعْ عَلَى قَدَمَيْكَ- وَ لَا تَقْرَشْ ذِرَاعَيْكَ» (حر عاملی، ۴۸۹/۵).

این زمینه وارد شده است، ظهور در کراهت تکفیر دارند؛ زیرا این نصوص مشتمل بر تعلیلی است که غالباً نظیر آن در مکروهات نیز به کار رفته است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۱۸/۱). در مستمسک و جامع المدارک نیز قول به کراهت تکفیر، تبعیت شده است (حکیم، ۱۴۱۶ق، ۵۳۰/۶؛ خوانساری، ۱۴۰۵ق، ۴۰۳/۱).

روایت دوم: روایتی که درباره «پوشاک و غذا» وارد شده است: «مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ الصَّفَّارُ عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ هَاشِمٍ عَنِ النَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنْ جَعْفَرٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ آبَائِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: أَوْحَى اللَّهُ إِلَى نَبِيِّهِ مِنَ الْأَنْبِيَاءِ أَنْ قُلْ لِقَوْمِكَ لَا يَلْبَسُوا لِبَاسَ أَعْدَائِي وَلَا يَطْعَمُوا طَعَامَ أَعْدَائِي وَلَا يَشَاكِلُوا بِمَشَاكِلِ أَعْدَائِي فَيَكُونُوا أَعْدَائِي كَمَا هُمْ أَعْدَائِي» (طوسی، ۱۴۰۷ق، ۱۷۲/۶).

خداوند به پیامبری از پیامبرانش وحی کرد که به قومت بگو: مانند لباسی که دشمنان من بر تن می کنند، شما بر تن نکنید و مانند غذایی که دشمنان من می خورند، شما نخورید و خود را به شکل دشمنان من دریاورید؛ در غیر این صورت، مانند آن‌ها، از زمره دشمنان من محسوب می شوید.

طریق شیخ طوسی معتبر است. اگرچه ابراهیم بن هاشم توثیق خاص ندارد؛ ولی بسیاری از علما از این جهت که ابراهیم بن هاشم در طریق بسیاری از احادیث واقع شده است و همچنین از ثقات تفسیر علی بن ابراهیم نیز محسوب می شود، روایات او را تصحیح کرده اند (مامقانی، ۱۳۵۰ق، ۸۷). نوفلی و سکونی نیز توثیق خاص ندارند و اینکه در راویان روایات کامل الزیارات واقع شده اند، نمی تواند وجهی برای توثیق آن‌ها باشد (سیستانی، ۱۴۱۴ق، ۳۲۲). البته اگر هم مبنا با سیدموسی شبیری باشیم که تضعیف سند روایت از جهت سکونی و نوفلی را نمی پذیرد، اشکال سندی مرتفع می شود؛ زیرا ایشان بر اساس قول شیخ در العده که می گوید: سکونی، اگرچه از اهل عامه است؛ ولی طایفه امامی به روایات او عمل می کنند (طوسی، ۱۴۱۷ق، ۱/۱۴۹)، روایات سکونی را دارای حجیت ذاتیه می داند و در مورد نوفلی نیز می گوید: چون تنها طریقی که به کتاب سکونی در روایات فراوان ذکر شده، همین طریق نوفلی به سکونی است و از طرفی گفته شد که اصحاب به روایات سکونی عمل کرده اند، پس معلوم می شود که یا این شخص، یعنی نوفلی،

تأملی در حکم و
گستره تشبه به
کفار
۱۳۷

مورد وثوق و اعتماد آنان بوده است و یا اینکه کتاب سکونی یک کتاب مشهور در بین آنها بوده است که برای آن سند خاصی را لازم نمی‌دیدند؛ چون انتساب کتاب به صاحب آن مسلم بوده است و این سند را به جهت خالی از سند نبودن یا قرب‌الاسناد بودن و مانند آن، نقل نموده‌اند (شیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ۵۵۵/۲۰).

در روایت سکونی، خداوند متعال مسلمانان را از تبعیت در لباس و غذا و هیئت‌هایی که مختص کفار است، نهی کرده است و نهی شارع نیز اطلاق دارد و شامل تمام مصادیق تشبه به کفار می‌شود؛ لذا می‌توان حرمت علی‌الاطلاق تشبه به کفار را از آن استفاده کرد؛ ولی حتی اگر اشکال سندی روایت را قبول نکنیم، باز هم نمی‌توان ملتزم به اطلاق روایت سکونی شد؛ زیرا حتی در عصر تشریع نیز از جهت لباس و خوراک و مسکن، مسلمانان به غیر از مواردی که قطعاً در شرع حرام شده بود، تفاوت چندانی با غیرمسلمانان نداشتند. پس اگر ادعا شود حدیث اطلاق دارد، باید اکثر رفتارها و افعال به واسطه تشبه به کفار مورد نهی باشد که هیچ فقیهی به آن ملتزم نشده است؛ لذا این حدیث به‌طور اطلاق دلالت بر حرمت تشبه به کفار ندارد.

جستارهای
فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

۱۳۸

شاید به همین دلیل است که بعضی نسبت به دلالت روایت سکونی می‌گویند: کسانی که به دشمنان خدا تشبه می‌جویند، غالباً از دشمنان اهل بیت علیهم‌السلام هستند و در مظنه دشمن بودن قرار دارند و این نظیر احادیثی است که در مذمت بنی‌امیه وارد شده است؛ زیرا چنین نیست که تمام بنی‌امیه دشمن اهل بیت علیهم‌السلام باشند، بلکه اغلب آنها چنین هستند و چنین نیست که کسی به آنها تشبه جوید، کافر و یا دشمن اهل بیت علیهم‌السلام باشد (خرازی، ۱۳۷۷، ۲۱۷/۱۵).

مرحوم صدوق نیز، بنابر نقل مجلسی اول، روایت سکونی را بر مبالغه در کراهت حمل کرده و متذکر می‌شود اگر تشبه در مواردی باشد که در شریعت اسلام حرام شمرده شده است، قطعاً شخص مرتکب حرام شده است؛ ولی نه از باب تشبه، بلکه از باب ارتکاب حرامی مانند خوردن گوشت میت و خوک و شراب و پوشیدن لباس‌های حریر و ... (مجلسی، ۱۴۰۶ق، ۱۳۷/۲).

همچنین در روایت صحیحی از امام صادق علیه‌السلام نقل شده است: «سزاوار

نیست لنگی بر روی پیراهن بپندی، در حالی که نماز می‌خوانی؛ چرا که این عمل از زنی جاهلیت است»^۱ (کلینی، ۱۴۰۷ق، ۳/۳۹۵).

اگرچه علامه مظفر و شیخ حر عاملی، نهی در این دسته از روایات را حمل بر تحریم کرده‌اند (مظفر، ۱۳۸۷ق، ۱۱۶؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ۴/۳۸۵)؛ ولی بعضی از فقها لسان این اخبار را حمل بر ارشاد به واقع کرده و می‌گویند نهایت چیزی که این اخبار بر آن دلالت دارد، کراهت است؛ زیرا این امور (طرز پوشش، آرایش و...) می‌تواند مسلمانان را تحت تأثیر اندیشه‌ها و اهداف دشمنان قرار داده، به گونه‌ای که پس از مدتی بدون آنکه خود بخواهند، مطیع و منقاد آنان شوند. مگر اینکه گفته شود آن چیزی که در این روایات به آن ارشاد شده است، با کراهت مناسبت ندارد؛ زیرا دشمن خدا بودن که در این روایات آمده است، شدیداً مبغوض خداوند است؛ ولی چنین تعبیراتی از قبیل دشمن خدا بودن، در مورد مکروهات نیز وارد شده است (خرازی، ۱۳۷۷، ۱۵/۲۱۸).

۳/۲. روایات مشتعل بر نهی با لسان تشبه

روایت اول: روایتی که در مورد تغییر موهای سپید وارد شده است.

شیخ صدوق در خصال از محمد بن جعفر بندار، از مسعدة بن اسمع، از احمد بن حازم، از محمد بن کناسه، از هشام بن عروه، از عثمان بن عروه، از پدرش، از زبیر پسر عوام نقل می‌کند که رسول خدا ﷺ فرمود: «غَيِّرُوا الشَّيْبَ وَلَا تَشَبَّهُوا بِالْيَهُودِ وَ النَّصَارَى»^۲ (ابن بابویه، ۱۵/۱، ۱۳۷۷، ح ۴۹۷-۳).

رسول خدا ﷺ می‌فرماید: موهای سپید را تغییر دهید (خضاب کنید) و خود را شبیه یهود و نصاری نگردانید.

۱. «مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَكَمِ عَنْ هِشَامِ بْنِ سَالِمٍ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: لَا يُبَغْيُ أَنْ تَتَوَشَّحَ بِإِزَارٍ فَوْقَ الْقَمِيصِ وَأَنْتَ تُصَلِّي وَلَا تَتَرَّ بِإِزَارٍ فَوْقَ الْقَمِيصِ إِذَا أَنْتَ صَلَّيْتَ فَإِنَّهُ مِنْ زِي الْجَاهِلِيَّةِ».

۲. «عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ جَعْفَرِ الْبُنْدَارِ عَنْ مَسْعَدَةَ بْنِ أَسْمَعَ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ حَازِمٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ كُنَاسَةَ عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ عَنْ عُثْمَانَ بْنِ عُرْوَةَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ الرَّبِيعِ بْنِ الْعَوَّامِ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ غَيِّرُوا الشَّيْبَ وَلَا تَشَبَّهُوا بِالْيَهُودِ وَ النَّصَارَى».

«شیب» به فتح «شین» و سکون «یا»، مو و سپیدی آن است (فیروزآبادی، ۱۴۱۴ق، ۱۳۳). سند به خاطر وجود راویانی مانند مسعدة بن اسمع و عثمان بن عروه که توثیق ندارند، ضعیف است. در این روایت، تشبه به یهود و نصاری به عنوان کبرای کلی مورد نهی قرار گرفته است و شباهت در رنگ مو یکی از مصادیق آن شمرده شده است و چون نهی شارع ظهور در حرمت دارد؛ لذا تشبه به کفار حرام است. لازم به ذکر است در نهج البلاغه از حضرت علی علیه السلام درباره کلام پیامبر صلی الله علیه و آله که فرمودند: «موهای سپید خود را تغییر دهید و خود را شبیه یهود نگردانید» پرسیده شد و امام علیه السلام در پاسخ می فرمایند: این سخن را زمانی پیامبر صلی الله علیه و آله فرمود که پیروان اسلام کم بودند؛ اما امروز که اسلام توسعه یافته و امنیت حکم فرما است، هرکسی مختار است (نهج البلاغه، کلمات قصار، حکمت ۱۷). در نتیجه، منع پیامبر صلی الله علیه و آله از شباهت داشتن به یهود، به خاطر دفع توهم ضعف پیروان اسلام بود و پس از قدرت گرفتن حکومت اسلامی دیگر مشکلی برای شباهت مذکور وجود ندارد و لذا اصل تشبه به یهود و حرمت آن در حکم پیامبر صلی الله علیه و آله موضوعیت نداشت تا اطلاقی برای آن ثابت شود و بتوان از روایت در جهت استدلال بر حرمت تشبه در هر موردی که مصداق تشبه است، استفاده کرد.

روایت دوم: روایتی که در مورد جارو کردن قسمت بیرونی منزل وارد شده است: «الْحُسَيْنُ بْنُ مُحَمَّدٍ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ إِسْحَاقَ عَنْ سَعْدَانَ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ قَالَ قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام اكْتَسُوا أَفْنِيَتَكُمْ وَلَا تَشَبَّهُوا بِالْيَهُودِ» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ۵۳۱/۶). کلینی در کافی از حسین بن محمد، از احمد بن اسحاق، از سعدان بن مسلم، از اسحاق بن عمار، از امام صادق علیه السلام چنین نقل می کند: حیاط منازل خود را جارو کنید و خود را به یهود شبیه نکنید.

سند صحیح است و راویان آن، با توجه به آنچه در نرم افزار درایه نور تحقیق شده است، توثیق شده اند. استدلال به روایت جهت اثبات حرمت تشبه به کفار از این طریق است که «لَا تَشَبَّهُوا بِالْيَهُودِ» کبرایی است که «اكْتَسُوا أَفْنِيَتَكُمْ» صغرای آن است و چون امر در صغری ظهور در وجوب دارد؛ لذا نمی تواند علت آن که کبری است، لزومی نباشد؛ زیرا مناسبات حکم و موضوع مقتضی وجود حکم لزومی

برای کبری است؛ بنابراین، حرمت تشبه به کفار که کبری است نیز ثابت می‌شود. ولی در جواب به استدلال می‌توان گفت: اگرچه امر در «اَكْنَسُوا أَفْنِيَتَكُمْ» ظهور در وجوب دارد و طبق آن باید جارو کردن خانه در زمان امام صادق علیه السلام واجب باشد؛ ولی هیچ کس قائل به وجوب جارو کردن در زمان امام صادق علیه السلام نیست و هیچ شاهد تاریخی و قرینه‌ای بر این مطلب وجود ندارد؛ لذا حکم لزومی برای صغری، با وجود اینکه مستند به علت آن و کبری شده است، ثابت نشده است. پس مشخص می‌شود کبری و علت آن نیز می‌تواند حکم لزومی نباشد. در نتیجه، از روایت اسحاق، حرمت تشبه به کفار و یا اطلاقی برای کبری در آن ثابت نمی‌شود.

روایت سوم: روایتی که درباره بلند نگذاردن ریش وارد شده است: شیخ صدوق در معانی الأخبار از حسین بن ابراهیم مکتب، از محمد بن جعفر اسدی، از موسی بن عمران نخعی، از عمویش حسین بن یزید، از علی بن غراب، از جعفر بن محمد، از پدرش از جدش علیه السلام نقل می‌کند که پیامبر صلی الله علیه و آله فرمود: «حُقُوا الشَّوَارِبَ وَاعْفُوا اللَّحَى وَلَا تَشَبَّهُوا بِالْمَجُوسِ»^۱ (ابن باویه، ۱۴۱۳ق، ۱/۱۳۰). شارب‌ها را کوتاه کنید و ریش‌ها را پر پشت بگذارید و خود را شبیه به مجوس نکنید.

تأملی در حکم و
گستره تشبه به
کفار
۱۴۱

در سند، راویانی از جمله علی بن غراب و موسی بن عمران هستند که توثیق ندارند؛ لذا روایت از جهت سند تمام نیست. فیض کاشانی در وافی می‌گوید: «الحف» و «الاحفاء» یعنی به نهایت امری رسیدن و مبالغه کردن در آن و «احفاء الشارب» یعنی شارب را بسیار کوتاه کردن و «اعفاء» یعنی رها کردن و «اعفاء اللحی» یعنی انبوه گذاشتن ریش، که ریشه‌اش از «عفی الشيء» است و به معنای زیاد و انبوه شدن است؛ بنابراین، اینکه امام علیه السلام فرمود «واعفوا اللحی» یعنی ریش‌هایتان را از ته تراشید، بلکه آن را رها کنید تا زیاد و انبوه شود و اینکه امام علیه السلام در ادامه فرمودند و خود را شبیه به یهود نکنید، معنایش این است که

۱. «و فِي مَعَانِي الْأَخْبَارِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ إِبْرَاهِيمَ الْمُكْتَبِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ جَعْفَرِ الْأَسَدِيِّ عَنْ مُوسَى بْنِ عُمَرَ النَّخَعِيِّ عَنْ عَمِّهِ الْحُسَيْنِ بْنِ يَزِيدَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ غُرَابٍ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ علیه السلام قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صلی الله علیه و آله حُقُوا الشَّوَارِبَ وَاعْفُوا اللَّحَى وَلَا تَشَبَّهُوا بِالْمَجُوسِ».

نگذارید ریش‌هایتان بسیار طولانی شود؛ زیرا عادت یهود بر این بوده است که ریش‌هایشان را بسیار طولانی می‌گذاشته‌اند. اینکه در روایات فوق، «اعفاء» به دنبال «احفاء» آمده است، آنگاه از تشبه به یهود نهی شده است، دلیل بر این است که مراد از «اعفاء» این بود که ریش‌ها از ته تراشیده نشود، بلکه مقداری از آن باقی بماند، به طوری که از یک مشت تجاوز نکند که در این صورت مستحق آتش است (فیض کاشانی، ۱۴۰۶ق، ۳۵۸/۴).

نحوه استدلال به روایت صدوق مانند استدلال به روایت قبل، یعنی روایت کلینی در کافی، است؛ ولی مرحوم خوئی در پاسخ به استدلال و تمسک به روایت برای اثبات حرمت تشبه به کفار، نهی در «وَلَا تَشَبَّهُوا بِالْمَجُوسِ» را حمل بر کراهت کرده و در توجیه آن می‌گوید مسلماً امر در عبارت «وَأَعْفُوا اللَّحَى» که امر به ازدیاد و پر پشت گذاشتن ریش است، مستحب است؛ پس به قرینه سیاق، نهی در فقره بعدی آن هم نهی و حرمت لزومی نیست و نهی کراهتی خواهد بود (خوئی، بی‌تا، ۲۵۹/۱).

جمع بندی روایات

با بررسی انجام‌شده پیرامون ادله، معلوم شد یکی از معیارهای اساسی برای صدق عنوان تشبه به کفار، اختصاصی بودن عمل مورد نهی به کفار است؛ به این معنا که حداقل در بازه زمانی‌ای که عمل در لسان شارع نهی شده است، آن عمل از اختصاصات غیرمسلمانان بوده است؛ زیرا تعبیری مانند «وَلَا تَشَبَّهُوا بِالْمَجُوسِ» و «وَلَا تَشَبَّهُوا بِالْيَهُودِ» و «لَا يَلْبَسُوا لِبَاسَ أَغْدَائِي وَلَا يَطْعَمُوا طَعَامَ أَغْدَائِي وَلَا يُشَاكِلُوا بِمَشَاكِلِ أَغْدَائِي» ظهور دارد در اینکه در برهه‌ای از زمان، عمل نهی شده از اختصاصات و نمادهای غیرمسلمانان بوده است که این امر می‌تواند در تعیین گستره تشبه به کفار تأثیرگذار باشد.

همچنین مشخص شد بعضی از روایات اشکال سندی دارند و بعضی دیگر از جهت دلالتی نمی‌توانند حرمت تشبه به کفار را به عنوان یک کبرای کلی اثبات کنند؛ لذا به نظر می‌رسد تشبه به کفار یک عنوان مشیر به کارهای انحرافی کفار باشد، نه اینکه یک عنوان مستقل باشد. به تعبیر دیگر، نفی تشبه به کفار از نظر فقه

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

۱۴۲

شیعه، عنوان مستقلی در کنار قبیح ذاتی اشیا و امور نیست؛ بلکه بسیاری از کارهای انحرافی که در روایات منع از تشبه به کفار از آن‌ها نهی شده است، بیشتر اشیا و اموری هستند که ذاتاً قبیح و حرام هستند و توسط کفار انجام شده یا می‌شوند و نهی نیز ذاتاً و اولاً به خود آن کارهای منحرف و قبیح و ثانیاً و بالعرض به جهت تشبه به کفار تعلق گرفته است.

کلام بعضی فقهای شیعه که در ذیل روایات تشبه آمد نیز همین نکته را صراحتاً بیان می‌کند. بعضی دیگر از فقها نیز عنوان تشبه به کفار را علت تامه و عنوان مستقلی برای حکم شرعی نمی‌دانند، بلکه عنوانی عرضی می‌دانند. در ادامه، نظرات بعضی از آن‌ها بیان می‌شود:

آقای اشتهاوردی بعد از ذکر روایات می‌گوید: این دسته از اخبار قرینه‌ای است بر اینکه تشبه به کفار حرام نیست؛ زیرا در غیر این صورت باید حکم به حرمت مواردی شود که در روایات آورده شده است، در حالی که چنین قولی وجود ندارد و اگر کسی ادعا کند که حکم کلی تشبه به کفار با استناد به روایات، حرمت است و هر موردی را که حرام نیست تخصیص می‌زنیم، چنین ادعایی هم باطل است؛ زیرا موجب تخصیص اکثر می‌شود (اشتهاوردی، ۱۴۱۷ق، ۳۸۲/۱۳).

تأملی در حکم و
گستره تشبه به
کفار
۱۴۳

همچنین مرحوم صدوق در ذیل روایتی که تعبیر «اعدائی»^۱ دارد، مقصود از لباس‌های دشمنان خدا در این احادیث را پوشیدن لباس‌های مشکي مخصوص حاکمان کافر بنی‌عباس، غذاهای دشمنان خدا را خوردن فقاق و مسکر توسط یزید بن معاویه و مسالک و آداب و رسوم دشمنان خدا را شرکت در مجالس اهل معاصی معنا کرده است (ابن بابویه، ۱۴۰۴ق، ۲/۲۳). از این تفسیر آقای صدوق واضح می‌شود که از نظر ایشان، عنوان تشبه به کفار و همانندی با دشمنان خدا، یک عنوان عرضی است و در نتیجه، به تنهایی نمی‌تواند علت تامه حکم شرعی قرار گیرد. صاحب حدائق نیز با پذیرش علت تامه نبودن عنوان تشبه به کفار، این عنوان را

۱. «مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ الصَّفَّارُ عَنْ إِبرَاهِيمَ بْنِ هَاشِمٍ عَنِ الثَّوْقَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنْ جَعْفَرٍ عَنْ أَبِيهِ عَنِ آبَائِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: أَوْحَى اللَّهُ إِلَى نَبِيِّهِ مِنَ الْأَنْبِيَاءِ أَنْ قُلْ لِقَوْمِكَ لَا يَلْبَسُوا لِبَاسَ أَعْدَائِي وَلَا يَطْعَمُوا طَعَامَ أَعْدَائِي وَلَا يَشَاكِلُوا بِمَشَاكِلِ أَعْدَائِي فَيَكُونُوا أَعْدَائِي كَمَا هُمْ أَعْدَائِي» (طوسی، ۱۴۰۷ق، ۶/۱۷۲).

به مکروهات سرایت داده است و برای تأیید ادعای خویش به برخی احادیث دال بر کراهت استناد کرده است (محدث بحرانی، ۱۴۰۵ق، ۱۱۸/۷).

البته دیدگاه غیرمشهوری نیز در بین بعضی فقهای شیعه وجود دارد که به مستقل و علت تامه بودن عنوان تشبه به کفار برای حکم شرعی معتقد هستند. برخی از فقهای متأخر در رد نظر شیخ صدوق و صاحب حدائق این گونه استدلال کرده‌اند که اگر صرفاً مقصود، نهی از این گونه محرمات و مکروهات خاص بود که خودشان به عنوان اولی منهی هستند، دیگر نیازی به نهی از آن‌ها با عنوان تشبه نبود و در اثبات حرمت و کراهت آن‌ها، همان ادله محرمات و مکروهات طبق عناوین اولی کافی بود. طبق این استدلال، بعضی عنوان تشبه به کفار را دلیل تام حرمت و کراهت افعال مذموم ذکرشده در روایاتی می‌دانند که در آخر آن‌ها با صیغه نهی از تشبه به کفار منع شده است. به عقیده صاحب این دیدگاه، اگر تشبه به کفار در این احادیث یک عنوان عرضی باشد و حرمت و کراهت افعال مورد منع در این روایات را به عنوان و علت دیگری غیر از عنوان تشبه به کفار نسبت دهیم، در نتیجه نهی از این افعال با عنوان تشبه، زائد و بی‌فایده است (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ۱۱۸/۷).

البته همان‌طور که در ابتدای جمع‌بندی روایی ذکر شد، عنوان تشبه در روایات به شکل استقلالی موضوعیت ندارد، بلکه عنوانی مشیر به کارهای انحرافی کفار است؛ زیرا همان‌طور که گذشت، مقتضای ادله لفظی جهت اثبات علت تامه بودن آن برای حرمت، قاصر بود و اما در جواب به اشکال لغویت می‌گوییم عنوان تشبه در مواردی که اصل فعل حرمت شرعی ندارد، می‌تواند کراهت را ثابت کند، ولو در برهه‌ای از زمان و در مواردی که اصل فعل منهی عنه حرمت شرعی دارد نیز عنوان مشیر است؛ بنابراین، این گونه نیست که ذکر آن بی‌فایده و زائد باشد.

جستارهای
فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

۱۴۴

۴. گستره تشبه به کفار

هدف از تبیین گستره تشبه به کفار، ارائه معیارهای کلی است که براساس آن، عوامل غیر مؤثر و مؤثر در صدق عنوان تشبه مطرح می‌شود تا به کمک آن، تشخیص مصادیق تشبه تسهیل گردد. البته همان‌طور که در بحث مفهوم تشبه ذکر

شد، معیار و مرجع تشخیص مصادیق تشبه به کفار، عرف است؛ ولی عواملی وجود دارند که در تشخیص عرف مؤثر یا غیر مؤثر هستند. لازم به ذکر است برشمردن عوامل غیر مؤثر، به جهت ادعای مؤثر بودن آن‌ها در بعضی مقالات و نوشته‌ها می‌باشد.

عامل مؤثر: شرط صدق عنوان تشبه به کفار این است که فعل مورد نظر به کفار اختصاص داشته باشد؛ بنابراین، طبق این شرط، اگر فعلی یا رفتاری مشترک بین مسلمان و غیر مسلمان باشد، مصداق تشبه نخواهد بود (سیستانی، ۲۰۰۰م، ۲۱۴؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۸ق، ۱/۲۰۵؛ حسینی خامنه‌ای، ۱۴۲۰ق، ۴۹؛ منتظری، ۱۴۱۵ق، ۳/۱۳۰).

عامل غیر مؤثر: در بعضی از نوشته‌ها، قیودی برای تحقق تشبه به کفار ذکر شده است. مثلاً با وجود اینکه هیچ فقیهی قیودی مثل قصدی و عمدی بودن و یا عالمانه و آگاهانه بودن را در صدق عنوان تشبه معتبر نمی‌داند و علاوه بر این، مرجع تشخیص صدق عنوان تشبه نیز به عرف واگذار شده است (سبحانی، بی‌تا، ۶۸؛ حسینی خامنه‌ای، ۱۴۲۰ق، ۴۹) و عرف هم در صدق عنوان تشبه تفاوتی بین کسی که آگاهانه فعل را انجام می‌دهد و یا غیر آگاهانه قائل نمی‌شود و همچنین برای عرف در صدق عنوان، فرقی بین قصدی و عمدی بودن فعل و غیر قصدی بودن آن وجود ندارد؛ ولی بعضی قصدی و عمدی بودن انجام فعل مشابه را جهت صدق عنوان تشبه معتبر می‌دانند و بعضی وجود علم و آگاهی فاعل نسبت به اینکه فعل مورد نظر از مختصات کفار است را به عنوان شرط تحقق تشبه برشمردند (مولوی وردنجانی، ص ۱۷۵-۲۰۳، ۱۴۰۱؛ فلاح یخدانی و علی‌پور آنجایی، ص ۱۱۷-۱۴۶، ۱۳۹۵، ۱۱۷-۱۴۶).

این عده برای اثبات ادعای خود به بعضی کلمات لغویون و یا استبعاد عقوبت در فرض غیر عمدی و غیر آگاهانه بودن استناد کرده‌اند؛ در حالی که استبعاد عقوبت در فرض غیر عمدی و غیر آگاهانه بودن، مربوط به جنبه حکم تکلیفی تشبه است و ربطی به صدق عنوان تشبه که مرجع تشخیص آن عرف است، ندارد. همچنین معنای لغوی نیز علاوه بر اینکه اختلافی است، نمی‌تواند معیار صدق عنوان تشبه باشد؛ زیرا تشخیص عناوین و موضوعاتی که متعلق احکام قرار

می گیرند به عرف واگذار شده است، حتی اگر تشخیص عرف چیزی برخلاف معنای لغوی آن باشد (شیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ۲۳۵۶/۷).

عامل غیر مؤثر دیگر در صدق عنوان تشبه این است که لازم نیست فعل تشبه به کفار حتماً در سرزمین های اسلامی باشد؛ یعنی اگر تشبه در بلاد و سرزمین های غیر اسلامی نیز باشد، عنوان تشبه نزد عرف مسلمانانی که مسلمانی را می بینند که خود را شبیه به غیرمسلمانان کرده است، صدق خواهد کرد؛ بنابراین، از عبارت های فقها ذیل فتوای ایشان که می گویند در صورتی که تشبه باعث ترویج فرهنگ کفار و تسلط کفار بر مسلمانان شود حرام است، نباید استفاده شود که اگر در بلاد کفار همانندی با ایشان انجام گیرد، دیگر صدق عنوان تشبه نمی کند، به این بهانه که در این فرض مناط حرمت وجود ندارد؛ بلکه فتوای ایشان صرفاً در جهت بیان حکم تکلیفی مسئله است، نه صدق عنوان تشبه که مرجع تشخیص آن به عرف واگذار شده است.

۵. تطبیقات تشبه به کفار

۵/۱. استفاده از کراوات

ممکن است استفاده از کراوات از مصادیق مشکوک تشبه به کفار باشد. گرچه پوشش کراوات امروزه، دست کم در بعضی از کشورهای مسلمان، از پوشش های مشترک شمرده می شود و شاید پوشیدن آن در این گونه مناطق از نظر شرعی مشکلی نداشته باشد؛ اما استفاده از کراوات در ایران، بعد از پیروزی انقلاب اسلامی و حتی امروزه، به رغم شایع شدن استفاده از آن در برخی مراسم مانند مراسم جشن عروسی، هنوز از نظر عرف مردم مسلمان، از جمله پوشش های اختصاصی کفار به حساب می آید. در جامعه ایران امروز نیز ظاهراً کماکان از پوشش های اختصاصی کفار به شمار می آید؛ ولی در بررسی ادله واضح گردید که حتی اگر موردی از مصادیق تشبه به کفار باشد، دلیلی بر حرمت آن به عنوان حکم اولی وجود ندارد؛ بلکه فقها عدم جواز را منوط به تحقق شروطی کرده اند که در قسمت فتوای مراجع خواهد آمد.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳

۱۴۰۵

۱۴۶

۵/۲. تعطیلی شنبه‌ها

یکی دیگر از تطبیقاتی که احتمال دارد از مصادیق تشبه به کفار باشد، تعطیلی شنبه‌ها در جامعه اسلامی است. با تطبیق شرط مذکور در ضوابط تشبه، می‌توان گفت چون تعطیلی شنبه‌ها از اختصاصات غیرمسلمانان است؛ لذا عنوان تشبه صادق است؛ اما همان‌طور که قبلاً اثبات شد، صرف تشبه به کفار موجبات حرمت را فراهم نمی‌کند، بلکه باید ملاحظه شود آیا شروطی که علما در فتوای خود آورده‌اند نیز تحقق دارد یا خیر؟ و نهایتاً حکمی که بر آن مترتب می‌شود، کراهت است.

۵/۳. نگهداری سگ‌های تزئینی در منزل

نگهداری سگ‌های تزئینی در منزل یکی از افعالی است که اشخاص عمدتاً برای فرار از تنهایی و سرگرمی انجام می‌دهند و اختصاصی هم به کفار ندارد؛ چرا که فرار از تنهایی و نگهداری حیوانات و پرندگان در منزل و همنشینی و بازی کردن با آن‌ها اختصاصی به غیرمسلمانان ندارد و حتی مسلمانان نیز بنابر شواهد تاریخی مرتکب آن می‌شدند؛ لذا از اختصاصات کفار شمرده نمی‌شود.

تأملی در حکم و
گستره تشبه به
کفار
۱۴۷

۶. فتوای معاصرین

مرحوم امام در پاسخ به این سؤال که «پوشیدن کروات چه حکمی دارد؟» می‌نویسد: «به‌طور کلی پوشیدن کروات و دیگر لباس‌هایی که پوشش و لباس غیرمسلمانان محسوب می‌شوند، به‌طوری که پوشیدن آن‌ها منجر به ترویج فرهنگ منحط غربی شود، جایز نیست» (خمینی، ۱۴۲۴ق، ۱۰۱۴/۲).

آقای تبریزی در پاسخ به این سؤال که «این روزها مدل لباس و آرایش ویژه غربی‌ها در کشور رواج یافته و برخی جوانان نیز خود را به آن می‌آرایند، آیا جایز است؟ همچنین بستن کروات و پاپیون که مسلمان را به کفار شبیه می‌کند، چگونه است؟» می‌نویسد: «باسمه تعالی؛ مؤمن باید از کاری که موجب ترویج فساد بین جامعه مسلمین است یا جامعه را در معرض فساد قرار می‌دهد، اجتناب کند. و الله

العالم» (تبریزی، بی تا، ۵۰۸/۱).

آقای بهجت در پاسخ به این سؤال که «در این زمان بسیاری از مد لباس‌ها از غرب وارد شده و جوانان از لباس‌هایی با فرهنگ غربی استفاده می‌کنند، آیا پوشیدن این گونه لباس‌ها شرعاً اشکال ندارد؟ و آیا عنوان تشبه به کفار بر آن‌ها صدق می‌نماید؟» می‌نویسد: «اگر ترویج کفر و فرهنگ غرب شود، اشکال دارد» (بهجت، ۱۴۲۸ق، ۱۸۳/۴).

آیت الله خامنه‌ای در پاسخ به این سؤال که «آیا پوشیدن لباس‌هایی که بر روی آن حروف و تصاویر خارجی چاپ شده، جایز است و آیا این لباس‌ها ترویج فرهنگ غربی محسوب می‌شوند؟» می‌نویسد: «اگر مفسد اجتماعی نداشته باشند، پوشیدن آن‌ها فی نفسه اشکال ندارد و اما اینکه ترویج فرهنگ غربی معارض با فرهنگ اسلامی محسوب می‌شود یا خیر، موکول به نظر عرف است» (خامنه‌ای، ۱۴۲۴ق، ۳۰۶).

نتیجه‌گیری

نوشته حاضر در راستای مشخص کردن حکم تشبه به کفار، به دو سؤال دیگر نیز پاسخ می‌دهد: سؤال اول اینکه محدوده موضوع تشبه به کفار تا کجاست و سؤال دوم اینکه عوامل مؤثر و غیر مؤثر در صدق عنوان تشبه به کفار کدام هستند؟ نسبت به حکم تشبه به کفار مشخص شد که «تشبه به کفار» هر کجا صدق کند، حکم آن حرمت نیست و نهایتاً در مواردی که این عنوان صادق باشد، حکم آن کراهت است؛ اما محدوده موضوع تشبه به کفار عبارت است از امور محسوس و ظاهری که از محرّمات یا واجبات شرعی و یا امور صرفاً اعتقادی نباشد. در پاسخ به سؤال آخر نیز این نتیجه حاصل شد که عامل مؤثر در صدق عنوان تشبه، اختصاص داشتن آن فعل به غیرمسلمانان است؛ ولی اینکه انجام فعل مورد نظر باید از روی علم و آگاهی به تشبه باشد، یا اینکه باید قصد و تعمد به تشبه وجود داشته باشد و یا اینکه حتماً در سرزمین مسلمانان انجام گیرد، عواملی نیستند که در صدق عنوان تشبه تأثیرگذار باشند.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

۱۴۸

منابع و مآخذ

قرآن کریم

ذهج البلاغه

- ابن ابی جمهور، محمد بن علی. (۱۴۰۵ق). **عوالم اللثالی العزیزیه**. قم: دار سیدالشهدا للنشر.
- ابن بابویه، محمد بن علی (شیخ صدوق). (۱۳۷۷). **الخصال**. تهران: کتابچی.
- ابن بابویه، محمد بن علی (شیخ صدوق). (۱۴۱۳ق). **من لایحضره الفقیه**. چاپ دوم. قم: جامعه مدرسین.
- ابن فارس، احمد. (۱۴۰۴ق). **معجم مقاییس اللغة**. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه.
- ابن منظور، محمد. (۱۴۱۴ق). **لسان العرب**. بیروت: دارالفکر.
- اشتهاردی، علی پناه. (۱۴۱۷ق). **مدارک العروة**. تهران: دارالأسوة للطباعة والنشر.
- بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم. (۱۴۰۵ق). **الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة**. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- بهجت، محمد تقی. (۱۴۲۸ق). **استفتاءات**. قم: دفتر حضرت آیت الله بهجت.
- تبریزی، جواد بن علی. (بی تا). **استفتاءات جدید**. قم.
- جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۴۱۰ق). **الصاحح - تاج اللغة و صحاح العربية**. بیروت، لبنان: دارالعلم للملایین.
- حائری، سید احمد بن یوسف. (۱۴۰۵ق). **جامع المدارک فی شرح مختصر النافع**. چاپ دوم. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- حسینی خامنه ای، سید علی بن جواد. (۱۴۲۴ق). **أجوبة الاستفتاءات**. قم: دفتر آیت الله خامنه ای در قم.
- حسینی روحانی، سید صادق. (۱۴۱۲ق). **فقه الصادق علیه السلام**. قم: دارالکتاب.
- حکیم، سید محسن. (۱۴۱۶ق). **دلیل الناسک**. نجف اشرف: دارالحکمة.
- حکیم، سید محسن. (۱۴۱۶ق). **مستمسک العروة الوثقی**. قم: مؤسسه دارالتفسیر.
- حلی، جعفر بن حسن (محقق حلی). (۱۴۰۷ق). **المعتبر فی شرح المختصر**. قم: مؤسسه سیدالشهدا علیه السلام.
- حلی، جعفر بن حسن (محقق حلی). (۱۴۰۸ق). **شرائع الإسلام**. چاپ دوم. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (علامه حلی). (۱۴۲۰ق). **تحریر الأحکام**. قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.

خرازی، سید محسن. (بی تا). **مجله فقه اهل بیت** علیه السلام. شماره ۱۵.

خمینی، سید روح الله موسوی. (۱۴۲۴ق). **توضیح المسائل (محشی)**. چاپ هشتم. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

خمینی، سید روح الله. (۱۳۹۰ق). **تحریر الوسيله**. نجف: مطبعة الآداب.

خوئی، سید ابوالقاسم. (۱۳۷۷ق). **مصباح الفقاهة (مکاسب)**. قم: داوری.

خوئی، سید ابوالقاسم. (بی تا). **المستند فی شرح العروة الوثقی**. بی جا: بی نا.

سبحانی، جعفر. (بی تا). **رساله در تأثیر زمان و مکان بر استنباط الأحکام**. قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.

سیستانی، سید علی حسینی. (۱۴۱۴ق). **قاعدة «لا ضرر و لا ضرار»**. قم: دفتر آیت الله سیستانی.

سیستانی، سید علی. (۲۰۰۰م). **استفتاءات**. قم: دفتر آیت الله سیستانی.

شاهرودی، سید محمود. (۱۴۲۶ق). **فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت** علیه السلام. قم: دائرة المعارف فقه.

شیرازی، سید موسی. (۱۴۱۹ق). **کتاب نکاح**. قم: مؤسسه پژوهشی رای پرداز.

صدوق، محمد بن علی. (۱۴۰۴ق). **عیون أخبار الرضا** علیه السلام. مؤسسه الاعلمی للمطبوعات.

طباطبائی، سید محمد حسین. (۱۴۱۷ق). **المیزان فی تفسیر القرآن**. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق). **تهذیب الأحکام**. چاپ چهارم. تهران: دارالکتب الإسلامية.

طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن. (۱۴۱۷ق). **الاجتهاد و التقليد (العدة فی أصول الفقه)**. قم: چاپخانه ستاره.

عاملی، محمد بن حسن (حر عاملی). (۱۴۰۹ق). **وسائل الشیعة**. قم: مؤسسه آل البيت علیه السلام.

فیروزآبادی، محمد بن یعقوب. (۱۴۱۴ق). **القاموس المحيط**. بیروت: دارالکتب العلمیة.

فیض کاشانی، محمد محسن. (۱۴۰۶ق). **الوافی**. کتابخانه امام امیرالمؤمنین علیه السلام.

کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق). **الکافی**. چاپ چهارم. تهران: دارالکتب الإسلامية.

مامقانی، ملا عبد الله بن محمد حسن. (۱۳۵۰ق). **نهایة المقال فی تکملة غاية الآمال**. چاپ اول. قم: مجمع الذخائر الإسلامية.

مجلسی، محمد تقی. (۱۴۰۶ق). **روضة المتقین فی شرح من لایحضره الفقیه**. چاپ دوم. قم: مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانپور.

مصطفوی، حسن. (۱۴۰۲ق). **التحقیق فی کلمات القرآن الکریم**. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.

جستارهای
فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

۱۵۰

مظفر، محمدرضا. (۱۳۸۷ق). أصول الفقه. چاپ پنجم. قم: بوستان کتاب.
منتظری، حسینعلی. (۱۴۱۵ق). دراسات في المكاسب المحرمة. قم: تفکر.
نجفی، محمدحسن (صاحب جواهر). (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام.
چاپ هفتم. بیروت، لبنان: دار إحياء التراث العربی.

تأملی در حکم و
گستره تشبیه به
کفار
۱۵۱

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳

۱۴۰۵

۱۵۲



Appointment and Selection Approaches in accordance with Iran's Criminal Legislation

Mohsen Borhani ¹ ; Mahdi Narestani ²

1. Faculty of Law and Political Science, University of Tehran; Tehran- Iran. (Corresponding Author);

m.borhani@ut.ac.ir | ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-6002-7324>

2. Assistant Professor of Law Department of Hakim Sabzevari University;; m.narestani@hsu.ac.ir

Article Info

Article Type:

Research Article

Article History:

Received 22 JUL 2025

Received in revised form
25 OCT 2025

Accepted 26 OCT 2025

Keywords:

Wilāyat al-Faqīh,
selection theory,
appointment theory,
criminal legislation.

ABSTRACT

According to the fifth principle of the Iranian constitution, the governance of the Islamic Republic of Iran is based on the theory of *wilāyat al-faqīh* (guardianship of the jurisprudent). In the political jurisprudence of *Shī'ah*, there are two different approaches and ideas in order to determine the legitimacy of the jurisprudence called selection and appointment, in which the formation of authority based on each one has its own process. Undoubtedly, the ruling political thought and its whyness will affect other government institutions. This study first describes the process of authority formation based on the two theories of selection and appointment and then analyzes the effects and consequences of each of the two theories on the issue of legislation and criminalization. In the end, by using the descriptive-comparative method, it was concluded that there is conformity and alignment with the theory of selection in the laws of Iran's criminal system. But regarding its compliance with the theory of appointment, not only there is no alignment, but it can be said that there is a definite opposition and it is not possible to consider the existing penal system as a product of the appointment theory.

Cite this article:

Narestani. M & Borhani. M (2026). "An Analysis and Critique of the Theory of Bait al-Mal's." *Journal of Jurisprudential and Fundamental Studies*. 12(43), 11-11.



© The Author(s).

Publisher: Islamic Propagation Office of Qom Seminary- Khorāsān-e-Razavi Branch. DOI: <https://doi.org/10.22034/jrj.2026.72905.3058>

**Journal of
Islamic Law and
Jurisprudence**

Vol.12, No.43
2026

154

رویکردهای انتصاب و انتخاب در انطباق با تقنین کیفری ایران^۱

۱. محسن برهانی؛ ۲. مهدی نارستانی  ID

۱. استادیار حقوق دانشگاه تهران، تهران: ایران؛ (نویسنده مسئول)

رایانامه: m.borhani@ut.ac.ir؛ کد ارکید: 7701-7167-0000-0000 <https://orcid.org/0000-0001-7701-7167>

۲. استادیار گروه حقوق دانشگاه حکیم سبزواری - سبزوار: ایران. رایانامه: m.narestani@hsu.ac.ir



تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۵/۲۰

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۰/۱۰/۱۰

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۰/۱۲

چکیده

حاکمیت جمهوری اسلامی ایران با توجه به اصل پنجم قانون اساسی مبتنی بر نظریه ولایت فقیه است. در فقه سیاسی شیعه در مقام تعلیل بر مشروعیت ولایت فقیه دو رویکرد و اندیشه متفاوت به نام انتخاب و انتصاب وجود دارد که تشکیل قدرت بر اساس هر یک، فرایند مختص به خود را دارد. بی تردید اندیشه سیاسی حاکم و چرایی آن، بر سایر نهادهای حکومتی اثرگذار خواهد بود. این تحقیق ابتدا به توصیف فرایند تشکیل قدرت بر اساس دو نظریه انتخاب و انتصاب پرداخته و سپس به واکاوی آثار و تبعات هر یک از دو نظریه در موضوع تقنین و جرم‌انگاری پرداخته است. در پایان با استفاده از روش توصیفی و تطبیقی این نتیجه حاصل شد که در امر تقنین کیفری در نظام کیفری ایران، انطباق و همسویی با نظریه انتخاب وجود دارد ولی در خصوص انطباق آن با نظریه

رویکردهای
انتصاب و انتخاب
در انطباق با تقنین
کیفری ایران
۱۵۵

۱. برهانی، محسن و مهدی نارستانی (۱۴۰۵). «رویکردهای انتصاب و انتخاب در انطباق با تقنین کیفری ایران». جستارهای فقهی و اصولی. ۱۲: ۴۳ (۲). صص: ۱۱-۱۱. <https://doi.org/10.22034/jrj.2022.61611.2320>



© ۱۴۰۴. نویسندگان دارنده حق مؤلف مقاله خود بدون محدودیت هستند.
ناشر: مرکز تخصصی آخوند خراسانی دفتر تبلیغات اسلامی خراسان رضوی.

انتصاب، نه تنها همسویی دیده نمی شود بلکه می توان گفت مخالفت قطعی وجود دارد و نمی توان نظام کیفری موجود را مولود نظریه انتصاب دانست.

کلیدواژه ها: ولایت فقیه، نظریه انتخاب، نظریه انتصاب، تقنین کیفری.

مقدمه

حاکمیت آن قدرت عالی‌ای است که بر کشور و مردم آن، اقتدار و برتری بلامنازع دارد به گونه‌ای که همگان در داخل کشور از آن اطاعت کنند و سایر کشورها به آن احترام گذاشته و به رسمیت بشناسند. در خصوص جوهره حاکمیت‌ها نظرات متفاوتی از دیرباز تاکنون مطرح و تجربه شده است (هاشمی، ۱۳۸۶، ۱/۲).

حاکمیت در ایران بعد از انقلاب سال ۱۳۵۷ با عنوان جمهوری اسلامی ایران رسمیت یافت و موردپذیرش قرار گرفت. در اصل پنجم قانون اساسی به یکی از ارکان اصلی حاکمیت اشاره می‌شود: «در زمان غیبت حضرت ولی عصر (عج) در جمهوری اسلامی ایران ولایت امر و امامت امت بر عهده فقیه عادل و باتقوا، آگاه به زمان، شجاع، مدیر و مدبر است که طبق اصل یک‌صد و هفتم عهده‌دار آن می‌گردد».

جستارهای
فقهی و اصولی
سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

۱۵۶

اصل پنجم قانون اساسی جمهوری اسلامی ریشه در فقه سیاسی شیعه دارد؛ زیرا با آغاز عصر غیبت، این پرسش در فقه امامیه مطرح گردید که پس از غیبت، نیاز به حکومتی برای حفظ نظام جامعه و تضمین اجرای احکام دین است، بنابراین الگوی مناسب حکومت چگونه خواهد بود؟ بر اساس ادله فقهی، نظریات متعددی مطرح شد که هسته مشترک اغلب آن‌ها، لزوم تعلق یا تأیید حکومت از طریق نائب امام معصوم علیه السلام یعنی فقیه جامع الشرایط بود. در میان این نظریات، نظریه «ولایت فقیه» جایگاه خاص و ویژه‌ای دارد؛ نظریه‌ای که معتقد است در عصر غیبت، فقیه عادل و واجد شرایط رهبری باید در رأس جامعه اسلامی قرار گیرد.

این نظریه در نهایت در سال ۱۳۵۸ در قانون اساسی مورد پذیرش قرار گرفت.

در خصوص تبیین ولایت فقیه در عصر غیبت و تحلیل مبنای آن، دو نظریه و رویکرد در فقه معاصر شیعه وجود دارد که البته هر دو نظریه، زعامت را برای فقیه،

یک منصب می‌دانند؛ نظریه انتصاب (نصب) و نظریه انتخاب (نخب). این دو اندیشه و نگرش در فقه سیاسی شیعه تفاوت‌های متعددی داشته و آثار و تبعات و لوازم خاص را به دنبال دارد. این پژوهش در مقام مقایسه این دو نظریه با یکدیگر و بررسی ادله هریک از نظرات نیست بلکه به اثرات و تبعات این دو نظریه در عرصه یکی از مهم‌ترین بخش‌های حاکمیت، یعنی تقنین کیفری می‌پردازد.

یکی از قلمروهایی که ارتباط نزدیکی با موضوع حاکمیت دارد، حقوق کیفری است و طبیعی است پذیرش یک نظریه سیاسی به احتمال بسیار زیاد، قلمرو تقنین کیفری و جرم‌انگاری را تحت تأثیر قرار می‌دهد. در راستای این امر بایستی به این پرسش پاسخ داد که تقنین کیفری مبتنی بر نظریه انتصاب با تقنین کیفری مبتنی بر نظریه انتخاب چه تفاوتی دارد؟ و در ادامه باید به این مهم پرداخت که نظام کیفری جمهوری اسلامی ایران با کدام نظریه همسویی دارد؟

پاسخ به این دو پرسش مستلزم آن است که ابتدا به صورت اجمالی ماهیت و فرایند تشکیل قدرت بر اساس هر دو اندیشه انتخاب و انتصاب بررسی شود، سپس معیار تقنین کیفری از منظر این دو دیدگاه ترسیم گردد و بالاخره بررسی گردد که تقنین موجود در نظام کیفری ایران، قابل انطباق بر کدام یک از نظریات است؟

رویکردهای
انتصاب و انتخاب
در انطباق با تقنین
کیفری ایران

۱۵۷

الف) بررسی ماهیت اندیشه انتصاب و فرایند تشکیل قدرت

بررسی پیشینه موضوع ولایت فقیه، در متون فقهی شیعه، نشان می‌دهد که دو عنوان انتصاب و انتخاب از مصطلحات جدید در ادبیات فقه سیاسی شیعه هست چرا که نخستین نظریه‌پردازان این موضوع، سخن خویش را تحت عنوان «ولایت فقیه» مطرح کرده‌اند؛ البته از نظر برخی هرچند ارتکازات آن‌ها جز انتصاب نبوده است، اما واژه «انتصاب» در آن به چشم نمی‌خورد. بعد از انقلاب اسلامی ایران نظریه‌هایی جدید در زمینه حکومت ظهور کرد که یکی از آن‌ها گرایش خاص به نام «انتخاب» بود. بدین سان، میان متفکران شیعه، نظریه دیگری پیدا شد که برای جداسازی این دو گروه، واژه «انتصاب» و «انتخاب» به نظریه «ولایت فقیه» اضافه شد (جعفری‌پیشه فرد، ۱۳۸۰، ۱۱۲).

«انتصاب» در لغت به معنای «برپاداشتن» است (قرشی، ۱۴۱۲ق، ۶۷/۷؛ ابن فارس، ۱۴۰۴ق، ۴۳۴/۵) و در فقه سیاسی بدین معنا است که فقیهان جامع الشرایط، از سوی ائمه علیهم السلام به منصب ولایت منصوب شده‌اند و شرعاً مجاز به اعمال ولایت و انجام تصرفات مختلف در امور هستند (قاسمی، ۱۴۲۶ق، ۶۲/۱). پس منظور از منصوب شدن آن است که در عصر غیبت، فقیه واجد شرایط علمی و عملی از سوی امامان معصوم علیهم السلام به سِمَت فتوا، قضاوت و ولایت منصوب می‌شود. البته باید توجه داشت که نصب، به معنای تعیین صاحب‌عنوان برای مقام و سِمَت است و این غیر از اعلام شرایط است (جوادی آملی، ۱۳۸۹، ولایت فقیه، ۳۸۹).

نصب در ادبیات فقه سیاسی بر دو گونه است: نصب خاص و نصب عام. نصب خاص بدان معناست که فرد معین و مشخصی انتخاب می‌شود تا اعمال ولایت کند؛ مانند: انتصاب مالک اشتر توسط امیرالمؤمنین علیه السلام. منظور از نصب عام آن است که تعیین فقیه جامع شرایط علمی و عملی مقرر در فقه برای مقام‌های افتا، قضا و رهبری بی آن‌که به شخص معین یا عصر و زمان معلوم یا مکان و سرزمین مشخصی اختصاص یابد (جوادی آملی، ۱۳۸۹، نسیم اندیشه، ۸۳).

در نتیجه از منظر اندیشه انتصاب در عصر غیبت، ادله ولایت و امامت اقتضا می‌کند خداوند منصب ولایت را برای فقیه قرار دهد و شخص فقیه دارای حق ولایت و سرپرستی باشد همان‌طور که خود معصوم علیه السلام ولایت دارد. ولی فقیه، کسی است که منصوب امام زمان است و آن حضرت نیز منصوب خداست (مصباح یزدی، ۱۳۹۷، ۳۷۶). در واقع، ولایت فقیه از نوع نصب عام است و این حق ارتباطی با مردم ندارد و به مقتضای اطلاق ادله ولایت، بیعت نه در اصل ولایت و نه در وجوب اطاعت مردم از آنان شرط نیست و تنها نقشی که می‌توان برای آن تصور نمود فراهم کردن مقدمات بسطید و نفوذ قدرت فقیه در اجرا است (فیرحی، ۱۳۹۳، ۴۴۸-۴۵۰).

مؤلفه‌های تشکیل قدرت عبارت از: کسب قدرت، اعمال قدرت و توزیع قدرت که این مؤلفه‌ها در اندیشه انتصاب به صورت مختصر به شرح زیر است.

۱. **کسب قدرت:** باورمندان به اندیشه انتصاب معتقدند که فقیه جامع الشرایط

از سوی خداوند و امامان معصوم علیهم السلام، منصوب به ولایت بر جامعه اسلامی است (جواد آملی، ۱۳۸۹، ولایت فقیه، ۲۱۲) و مردم در این اندیشه در فرایند کسب قدرت فقیه و اعطاء قدرت به او نقشی ندارند؛ بلکه با آنان بیعت نموده و ولایت آن بزرگان را پذیرفتند، دست پیروی و بیعت می‌دهند (فیرحی، ۱۳۹۳، ۲۱۳). در نتیجه فرایند کسب قدرت و منشأ و مشروعیت آن در این اندیشه از ناحیه خداوند و در طول آن پیامبر و ائمه علیهم السلام است و فقیه منصوب به نصب عام الهی است.

۲. اعمال قدرت: فقیه جامع الشرایط، همه اختیارات پیامبر و امامان معصوم علیهم السلام را در اداره جامعه و حکومت داراست (امام خمینی، ۱۴۲۱، ق، ۲/۶۲۵؛ جواد آملی، ۱۳۸۹، نسیم اندیشه، ۱۷۷)، حتی برخی در خصوص قلمروی اعمال قدرت و حدود اختیارات فقیه حاکم، معتقدند که فقیه علاوه بر جمیع شئون و امور مربوط به جامعه، در امور مربوط اشخاص به منظور حفظ مصالح نظام دین و مسلمان می‌تواند اعمال قدرت کند و نیز می‌تواند فراتر از احکام اولیه اسلام و قانون اساسی عمل نماید تا نظام سیاسی محفوظ و مصالح مسلمین و امت اسلامی تأمین گردد (لک‌زایی، ۱۳۸۶، ۹۸).

۳. توزیع قدرت: سازمان حکمرانی در حکومت اسلامی مبنی بر اندیشه انتصاب مانند یک مخروطی است که رأس مخروط ولی فقیه است که همه قوای سه‌گانه تحت امر و ولایت ایشان جمع شده است و انتهای مخروط مردم و شهروندان هستند و حکم از رأس مخروط به پایین تنزل می‌کند (تهرانی، ۱۴۲۱، ق، ۲۲۱/۳). به عبارت دیگر همه احکام در دست «ولی امر» متمرکز است و امکان حضور دیگر فقیهان حتی در اموری مثل قضا و حکومت وجود ندارد و حتی مشروعیت هر نوع انتخابات و نهادهای انتخابی مشروط به حکم و نظر حاکم منصوب الهی اعم از معصوم یا فقیه است (فیرحی، ۱۳۹۳، ۴۴۵). حتی اگر مصلحت اقتضا نماید که افراد یا نهادهای دیگری به انتخاب حاکم در امور حاکمیتی دخالت نمایند باید در حدود و حیطه‌ای باشند که فقیه حاکم تعیین می‌نماید (حائری، ۱۳۹۹، ق، ۷۸).

ثمره این شیوه تشکیل قدرت و حکومت آن است که همه سمت‌ها و

منصب‌های حکومتی باید با انتصاب فقیه حاکم باشد یا خود ایشان مستقیم اداره نمایند. این گونه ولایت سیاسی، موجب مشروعیت سایر نهادهای موجود در ساختار قدرت می‌گردد و به تعبیر برخی نظام و حکومت از او قوام می‌گیرد نه اینکه او جزئی از نظام باشد (فعنه النظام لا أنه عن النظام) (مؤمن، ۱۴۱۵ق، ۱۲).

ب) بررسی ماهیت اندیشه انتخاب و فرایند تشکیل قدرت

همان‌طور که در پیشینه نظریه انتصاب گفته شد دو عنوان انتصاب و انتخاب از واژگان تقابلی در ادبیات فقه سیاسی شیعه در عصر غیبت است؛ به اعتقاد برخی منشأ این نظریه، وجود نقد برخی از صاحب‌نظران به اندیشه انتصاب بود چرا که از نظر ایشان نصب عام فقیهان در دوره غیبت به لحاظ عقلی و در مقام ثبوت با اشکال مواجه بود لذا در مقام تأویل و تبیین ادله نقلی موجود، تحلیلی ارائه نمودند که سرانجام به نظریه انتخاب منتهی گردید (فیرحی، ۱۳۹۳، ۴۱۰). پیروان اندیشه انتخاب معتقدند که حاکمیت سیاسی در عصر غیبت، با انتخاب مردم، مطابق موازین شرعی شکل می‌گیرد.

جستارهای
فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

۱۶۰

«انتخاب» در لغت به معنای «برگزیدن و اختیار کردن» است (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ۷۵۱/۱؛ حمیری، ۱۴۲۰ق، ۶۵۲۶/۱۰). در ادبیات معاصر فقه سیاسی، انتخاب عبارت است از واگذاری حق تعیین سرنوشت سیاسی و انتخاب حاکم از بین واجدین شرایط، به مردم. پس حکومت اسلامی در زمان غیبت انتخابی است (منتظری، ۱۴۰۹ق، ۴۱۷/۱-۴۰۵). برخی دیگر از طرفداران نظریه انتخاب معتقدند دو مفهوم «خبری» و «انشایی» از ولایت فقیه وجود دارد که ولایت فقیه به مفهوم خبری به معنای این است که فقهای عادل از جانب خدا منصوب به ولایت هستند. مطابق این نظریه مردم در دادن ولایت به فقیهان و انتخاب آنان سهمی ندارند بلکه وظیفه دارند که ولایت آنان را فرضاً از جانب خدا بپذیرند. ولی ولایت فقیه به مفهوم انشایی به معنای این است که باید مردم فقیهی را که دارای شرایط موجود در اصل پنجم باشد به ولایت انتخاب کنند... طبق این نظر نقش اصلی در سپردن ولایت به فقیه، با مردم است ارزش رأی مردم در حدی است که ولی فقیه را تعیین

می‌کند (فیرحی، ۱۳۹۳، ۴۰۵). با این پشتوانه فقهی که آنچه از ادله ولایت فقیه استظهار می‌شود فقاهت، شرط اهلیت و شأنت ولایت است نه سبب فعلیت و تنجیز آن و ادله ولایت فقیه نمی‌تواند ناظر به فعلیت ولایت هر یک از فقها باشد (آصفی، ۱۴۲۶، ۳۸۳-۳۸۴).

بر اساس نظریه انتخاب، شخص معینی از سوی شارع مقدس به ولایت منصوب نشده، بلکه خداوند وجود صفاتی را برای حاکم اسلامی اعتبار کرده است. پس هرچند شارع مقدس اصل انتخاب فرد واجد شرایط را از سوی مردم امضا کرده اما شکل حکومت نحوه انتخاب و ویژگی‌های انتخاب‌کنندگان و چگونگی اجرای آن به عقلا واگذار شده است. بر اساس این نظریه، بیعت وسیله انشای ولایت در زمان غیبت است و مشروعیت حکومت در چارچوب شرع، مستند به مردم است. با سازوکار شرایط ضمن عقد، اختیارات حاکم را به قانون اساسی می‌توان مقید نمود. همچنین می‌شود ولایت حاکم را به مدت مشخصی محدود کنند. ولی امر در دو صورت قابل عزل است: صفات معتبر را از دست دهد یا از تعهدات خود یعنی شرایط ضمن عقد در قالب قانون اساسی تخلف نماید. دولت، متصدی امور عمومی جامعه است و مردم در زندگی خصوصی و امور شخصی آزاد هستند. بنا بر نظریه ولایت انتخابی فقیه، فقیه حاکم بر قوای سه‌گانه اشراف دارد و تفکیک قوا فقط می‌تواند به شکل نسبی در قانون اساسی پیش‌بینی شود. بر اساس این نظریه، فقیه منتخب، ولایت دارد نه همه فقیهان (فیرحی، ۱۳۹۳، ۴۱۲).

مؤلفه‌های تشکیل قدرت عبارت از: کسب قدرت، اعمال قدرت و توزیع قدرت که این مؤلفه‌ها در اندیشه انتخاب به صورت مختصر به شرح زیر است.

۱. **کسب قدرت:** ولایت و حاکمیت فقیه واجد شرایط با انتخاب امت ثابت می‌گردد و مردم او را یا در یک مرحله (رأی مستقیم مردم) و یا دو مرحله (توسط خبرگان) انتخاب می‌کنند (منتظری، ۱۴۰۹ق، حکومت اسلامی، ۳۲۷/۲). بنابراین فرایند شکل‌گیری قدرت در اراده و رأی و انتخاب مردم نهفته است و این مردم هستند که حق اعمال ولایت را به فقیه جامع‌الشرایط اعطاء می‌کنند. به بیان دیگر، خداوند این حق را به مردم داده است که شخص واجد شرایط را برای تصدی امور خود

انتخاب کنند. پس حق انتخاب از طرف خداوند به مردم داده شده اما انتخاب از سوی مردم است؛ در این نظریه منبع مشروعیت ولایت در زمان غیبت برای شخص غیر معصوم، انتخاب مردم است نه نصب و جعل الهی (منتظری، ۱۴۲۹ق، ۲۴). در نتیجه فقیه نوعی مشروعیت الهی - مردمی خواهد داشت و قبل از بیعت مشروعیتی ندارد و اطاعت از او هم واجب نیست.

۲. اعمال قدرت: در خصوص چگونگی اعمال قدرت در این اندیشه باید گفت: اولاً حق اعمال قدرت سیاسی و مشروعیت اعمال این حق تنها از فقهی است که با رأی اکثریت مردم انتخاب شده است (لکزایی ۱۳۸۶، ۱۰۰).

ثانیاً، حکومت در اندیشه انتخاب، محصول قراردادی است که بین مردم و فقیه بسته می شود به طوری که ایجاب آن از طرف مردم و قبولش از جانب فقیه عادل انجام می پذیرد. لذا حاکم و مردم می توانند حکومت را مقید به رعایت قیودی از قبیل قانون اساسی یا هر آنچه لازم بدانند، بکنند (منتظری، ۱۴۰۹ق، ۲۶۳/۸). در نتیجه منشأ مشروعیت حکمرانی فقیه حاکم بعد از گفتگوی فقیه و مردم و رضایت طرفین نسبت به شرایط یکدیگر، بیعتی است که مردم با فرد واجد شرایط انجام می دهند. با بیعت، ولایت فقیه محقق می شود و مشروعیت می یابد. لذا عقد ولایت به عنوان یک عقد لازم می تواند شرایط ضمن عقد نیز داشته باشد که اطلاعات عقد را مقید سازد.

۳. توزیع قدرت: به باور برخی از طرفداران نظریه انتخاب، قدرت مانند یک مخروط از قاعده مخروط به رأس مخروط جمع آوری شده و تمرکز پیدا کند و مجدداً از رأس مخروط به سوی مردم باز می گردد (خلخالی، ۱۴۲۲ق، ۴۸۸). بنابراین قدرت را مردم و شهروندانی که قاعده مخروط هستند به ولی فقیه که در رأس مخروط است می دهند و بعد از ایجاد و تشکیلات، لازم است که این قدرت به رهبری برسد. لذا خود مردم یا هیئت مؤسس می توانند از قبل در ضمن شرط و یا به تعبیری در قانون اساسی، نحوه توزیع قدرت را تبیین نمایند که سیستم یا به صورت تفکیک قوا یا تمرکز قوا است. حاکم با اطلاع از کیفیت توزیع قدرت، اقدام به پذیرش ولایت و رهبری می نماید و تعیین شکل حاکمیت دینی از این نظر

تابع شرایط اجتماعی و خواست مردمی است (منتظری، ۱۴۲۹ق، دراسات، ۱۳).
ثمره این فرایند و اثر این نحوه تشکیل قدرت و حکومت آن است که همه
منصب‌های حکومتی در حکومت اسلامی باید مستقیم یا غیرمستقیم به انتخاب
مردم یا نمایندگان آنان باشد. البته در حیطه موازین شرعی و هرکجا که در ساختار
نیازمند به تبعیت از نظر فقهی باشد ظاهراً باید منطبق با فتوای موردپذیرش مردم باشد.

ج) معیار تقنین در اندیشه انتصاب و انتخاب

صاحب‌نظران و پیروان هر دو دیدگاه انتصاب و انتخاب باور دارند هدف
از تشکیل حکومت در عصر غیبت در حقیقت بازگرداندن حاکمیت جامعه به
محور الهی است که با حضور فقیه در رأس آن محقق می‌گردد و ولایت فقیه در
عصر غیبت ادامه ولایت امامان معصوم علیهم‌السلام است (خامنه‌ای، ۱۳۹۳، ۲۶۹؛ هادوی تهرانی،
۱۳۸۹، ۶۳). با توجه به محوریت فقه در این ساختار و از سوی دیگر تکرر فتاوا و
استنباط‌های مختلف، پرسش آن است که کدام‌یک از فتاوا بایستی لباس قانون بر
تن نماید؟ آیا پاسخ اندیشه انتصاب و اندیشه انتخاب به این پرسش متفاوت خواهد
بود؟

رویکردهای
انتصاب و انتخاب
در انطباق با تقنین
کیفری ایران
۱۶۳

معیار تقنین در اندیشه انتصاب

وقتی که منشأ قدرت فقیه حاکم، نصب الهی و محدوده اعمال قدرت او همانند
معصومان علیهم‌السلام است و ساختار هرم قدرت، ابتدا از رأس مخروط تشکیل می‌شود
و حکومت در تمام ابعاد و زوایایش از ولی فقیه شروع می‌گردد، دیگر سخن گفتن
از فتوای معیار از حیث موضوعی جایگاه ندارد؛ چرا که حکومت در اندیشه
انتصاب با خواست و اراده ولی فقیه تشکیل می‌گردد و حتی اعتبار قانون اساسی
بنا بر پذیرش حاکم است (مصباح یزدی، ۱۳۹۷، ۳۷۶)؛ دیگر، سخن گفتن از اینکه باید
کدام فتوا، معیار تقنین باشد بی‌معناست. تنها استنباط و خواست فقیه حاکم است
که باید در تمامی قوانین معیار قرار گیرد و مقنن بایستی در امور مختلف از حاکم
استفتاء کند و آن استفتاء را وارد قانون نماید.

ولی فقیه منشأ مشروعیت نظام است و تمام تشکیلات حکومت و نظام، از اراده و اختیارات او ناشی می‌شود؛ نظام از او ناشی می‌شود نه اینکه او جزء نظام باشد (مؤمن، ۱۴۱۵ق، ۱۲). به باور این دسته وقتی حکومت اسلامی تأسیس شد، تشخیص موضوعات، برای تشخیص مصالح و مفساد در جامعه اسلامی، در اختیار ولی امر است و امکان دارد مجلس، آن را قانون‌گذاری کند. بنابراین، تشخیص مصلحت و مفسده بر عهده ولی فقیه است و او می‌تواند از طریق مجلس، قانون‌گذاری را انجام دهد و یا از طریق هیئت وزرا این کارها انجام بگیرد (نعیمیان، ۱۳۹۰، ۴۸). در زمینه قانون‌گذاری نیز فقیه حاکم می‌تواند تحت نظارت خود، افراد دیگری - نمایندگان مجلس - را مسئول قانون‌گذاری نماید، قانون‌گذاری این افراد زمانی از نظر اسلام دارای اعتبار است که هر یک از ایشان از فقیه مأذون از طرف معصوم، اذن داشته باشند (کعبی، ۱۳۹۳، ۱۳۲).

۲. معیار تقنین در اندیشه انتخاب

به دلیل اینکه منشأ قدرت در این اندیشه حق اختیاری است که خداوند به مردم داده است و این مردم هستند که به فقیه در قالب عقد و قراردادی لازم، حق اعمال قدرت داده و با توجه توافقی بودن این امر، امکان شرط‌گذاری و مقید کردن چگونگی حکومت‌داری وجود دارد. بنابراین طبق این اندیشه تفکیک یا تمرکز قوا، هر دو امکان‌پذیر است و قطعاً هر کدام آثار خاص خود را دارند. در فرض تفکیک قوا طبعاً دایره ولی فقیه واجد شرایط، محدود به همان افتاء و نظارت بر مشروعیت قوانین کشور خواهد بود (منتظری، ۱۴۲۹ق، دراسات، ۱۴).

در خصوص نتیجه پذیرش این نظریه در مرحله تقنین اختلاف نظر وجود دارد: از یکسو ادعا شده، ثمره این نظریه آن است که وقتی مردم تنها یک فقیه از میان فقهای صاحب فتوا و یا چند فقیه از میان آنان را به شکل شورایی، انتخاب کردند و به او حق نظارت بر قوانین کشور و احیاناً رد قوانین مخالف شرع را دادند، در حقیقت با کسب چنین سلطه‌ای نظر و فتوای او باید تبعیت شود چرا که از سوی اکثریت مردم واجد شرایط دانسته شده و این حق را یافته است و

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

۱۶۴

در حقیقت مردم به او چنین اختیاری داده‌اند. به همین خاطر است که فقهای که از سوی اکثریت مردم این اختیار را نیافته‌اند - هرچند در مسائل فردی مورد رجوع گروهی از مردم باشند - چنین اختیاری را ندارند و تا مردم چنین حقی را به آنان اعطا نکنند نمی‌توانند در قوانین دخل و تصرفی نمایند (منتظری، ۱۴۲۹ق، دراسات، ۱۵). بنابراین نگاه و تفسیر می‌توان گفت که فتوای معیار، نظر و فتوای ولی فقیه مستقر خواهد بود که در قوانین باید منعکس گردد و در فرض تمرکز قوا هم قطعاً این حوزه در حیطه اختیار ولی فقیه خواهد بود. به تعبیر دیگر حوزه افتاء و نظارت، قدر مشترک بین دو فرض تفکیک یا تمرکز قوا است لذا از این جهت تفاوتی در امر تقنین ندارد.

اما از سوی دیگر می‌توان ادعا کرد که تبعیت تقنین از نظر ولی فقیه از ذاتیات این نظریه نیست و این امکان هم وجود دارد که مردم در ضمن عقد ولایت حتی از قبل، قوانین را تعیین نمایند یا این حق را برای خود و یا سایر فقها محفوظ نگه دارند و در ادامه از ایشان جهت اجرا و نظارت دعوت به عمل آورند و ایشان با توجه به مبانی فقهی خویش، اجرای چنین قوانین موجود و از قبل تعیین شده‌ای را، یا می‌پذیرد یا نمی‌پذیرد؟ در این فرض رهبری اصلاً هیچ گونه اثرگذاری بر امر تقنین ندارد و این مردم و یا هیئت مؤسس حکومت اسلامی هستند که امر تقنین را در اختیار خواهند داشت. در فرض اخیر از ساختار سیاسی اندیشه انتخاب که تمام نیازمندی‌های حکومت قبل از انتخاب رهبری معین و تعیین تکلیف شده است سؤال می‌شود که مردم و یا هیئت مؤسس و یا نمایندگان آن‌ها بر چه مبنایی قوانین و مقررات کیفری اسلامی را تعیین کرده‌اند؟ آیا ساختار سیاسی این اندیشه در خصوص فتوا یا نظر فقهی معیار اثرگذاری دارد؟ در فرض اخیر سخن از فتوای معیار و احتمالات متعدد آن صحیح است؛ ساختار سیاسی در خصوص تعیین فتوای معیار، نه در بعد ایجابی و نه سلبی، قید و شرطی را اقتضاء نمی‌کند و انعطاف‌پذیر است و می‌تواند هر فتوایی را وارد قانون نماید و دست مقنن باز است که هر معیاری را مورد قبول قرار دهد: فتوای مشهور فقها، فتوای اکثریت فقهای ناظر بر عملکرد مجلس قانون‌گذاری، فتوای جرم‌زدا و کیفرزدا از هر فقیه، فتوای

نزدیک به عدالت کیفری، فتوای مورد اقبال اکثریت مردم یا نمایندگان آنها، فتوا اعلم فقهی و

حتی در این اندیشه می توان وظیفه شناخت احکام بر عهده «گروه افتاء» قرار گیرد. به این بیان که مقصود آن است که فقها و مجتهدان که از نظر قدرت فکری و احاطه علمی در افق واحدی قرار دارند دورهم گرد آیند و در مسائل اسلامی باهم به تبادل نظر و شور پردازند و با تبادل افکار بسیاری از مشکلات بهتر حل می گردد و گره بسیاری از احوطها و احتیاطها از دست و پای مردم باز می شود (سبحانی، ۱۴۱۳ق. ۲/ ۲۷۹).

بنابراین و بر اساس نظریه انتخاب، انحصار تقنین در دستان فقیه و نیز لزوم تبعیت مقنن از ایشان و ابتناء تقنین بر استفتاء از ولی فقیه، منتفی است و دست مقنن در رجوع به استنباط سایر فقها باز است و امکان انتخاب برای مقنن در میان فتاوی مختلف مهیاست.

د) واکاوی اندیشه انتخاب یا انتصاب در قوانین کیفری ایران

«هر حکومت و دولتی با توجه به مبانی هستی شناسانه و مبانی معرفت شناسانه، که مبانی فکری هر نظام حقوقی را تشکیل می دهند، گام برمی دارد؛ زیرا در واقع نظام حقوقی یک حکومت و به تبع نظام حقوق، نظام کیفری آن نظام حقوقی، مصرف کننده مبانی نظری حکومت بوده و نظام حقوقی روبنا بوده و زیربنای نظام حقوقی در این موارد فلسفه، اخلاق و سیاست است» (الهام، برهانی، ۱۳۹۴، ۱/ ۷۶).

بنابراین بدون شک، وجود و انتخاب هر مبنای نظری آثار متفاوتی در عرصه مختلف یک نظام کیفری از جمله جرم انگاری در بر خواهد داشت.

مطابق اصل پنجم قانون اساسی در جمهوری اسلامی ایران ولایت امر و امامت امت بر عهده فقیه عادل و باتقوا، آگاه به زمان، شجاع، مدیر و مدبر است. درحالی که ملاک و معیاری برای تشخیص قوانین الهی اعم از کیفری و غیر کیفری ارائه ننموده است و صرفاً در خصوص متصدی و معیار کلی تقنین و ضمانت اجرای آن تصریح نموده است که مجلس وظیفه قانون گذاری دارد و باید

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳

۱۴۰۵

۱۶۶

طبق موازین اسلامی که متبلور در فقیه شیعه است به وضع قانون پردازد (اصل چهارم، اصل هفتاد و یکم قانون اساسی)، «مجلس شورای اسلامی نمی تواند قوانینی وضع کند که با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد. تشخیص این امر به ترتیبی که در اصل نود و ششم آمده بر عهده شورای نگهبان است» (اصل هفتاد و دوم قانون اساسی).

اکنون با توجه به مقدمه فوق باید دید اگر در برخی موضوعات اعم از کیفری و غیر کیفری در تشخیص قانون الهی بین فقها اختلاف نظر وجود داشته باشد شورای نگهبان بر طبق کدام نظر فقهی عدم مغایرت را تشخیص می دهد؟ مطابق قانون اساسی، تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با احکام اسلام با اکثریت فقهای شورای نگهبان و تشخیص عدم تعارض آن ها با قانون اساسی بر عهده اکثریت همه اعضای شورای نگهبان است (اصل نود و ششم قانون اساسی) که طبق اصل نود و یکم قانون اساسی اعضای فقهای شورای نگهبان باید مجتهد و دارای قدرت فقهی برای استنباط احکام اسلامی از ادله آن بر شیوه متعارف فقه باشند و با داشتن چنین شرطی صلاحیت اظهار نظر در احکام اسلام را احرار خواهند نمود (عمید زنجانی، ۱۴۲۱ق، ۳۹۸/۱). بنابراین از قانون اساسی هم معلوم نمی شود که در صورت اختلاف نظر میان فقهای شورای نگهبان چه ضابطه ای باید حاکم باشد. گرچه تشخیص اسلامی بودن قوانین از دیدگاه قانون اساسی بر عهده شورای نگهبان است ولی در اینکه معیار اعلام نظر این گروه کدام فتوا باشد به صراحت در قانون اساسی ذکر نشده است.

تنها راهی که برای واکاوی اندیشه انتصاب یا اندیشه انتخاب در عرصه قانون گذاری وجود دارد آن است که به صورت عملی به مصوبات کیفری موجود مراجعه نماییم و با تطبیق این مصوبات با اندیشه انتصاب یا اندیشه انتخاب به این مهم دست یابیم که به صورت بالفعل کدام نگاه در شورای نگهبان به عنوان فیلتر قانون گذاری حاکم است و شورای نگهبان خود را منحصر در فتوای ولی فقیه دانسته است یا اینکه خیر چنین انحصاری از دید فقهای شورای نگهبان وجود ندارد؟ برای دست یافتن به این مهم نیازی نیست که تمامی قوانین کشور

مورد بررسی قرار گیرد بلکه اگر به صورت موجهه جزئی به برخی از قوانین به عنوان شاهد مثال ذکر شود که در آن موارد، مصوبه‌ای از سوی مجلس به تصویب رسیده و شورای نگهبان آن را تأیید کرده است اما این مصوبه با فتوای فقهی و استنباط ولی فقیه مخالف باشد، همین امر کفایت می‌کند برای اثبات آنکه نظریه انتصاب و یا تفسیر برخی از اندیشمندان نظریه انتخاب مبنی بر تبعیت مطلق قانون‌گذار از فتوای فقیه حاکم، مورد قبول قرار نگرفته و نظریه انتخاب در تفسیر دیگر که انحصار در برابر نظر ولی فقیه را ضروری نمی‌داند، مورد قبول قرار گرفته است.

۱. حذف مستند قانونی معیار بودن فتوای رهبری (مقتضای نظریه انتصاب)

ماده ۲۲۱ لایحه قانون مجازات اسلامی:

شاید یکی از مهم‌ترین دلایل بر نظریه انتخاب نحوه نگارش ماده ۲۲۱ قانون مجازات اسلامی باشد. در لایحه تقدیمی از سوی قوه قضاییه تصریح شده بود: «هرگاه رجوع به اصل یک‌صد و شصت و هفتم قانون اساسی لازم شود، مقام قضائی از رهبری استفتاء خواهد کرد. مقام رهبری می‌تواند این امر را به فرد یا افرادی تفویض نماید». شورای نگهبان به این ماده چنین ایراد گرفت و آن را مغایر قانون اساسی تشخیص داد: «در ماده ۱۲ مکرر در مواردی که مقام معظم رهبری فتوایی ندارد و قاضی می‌تواند از منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر حکم قضیه را استنباط نماید الزام قاضی به استفتاء از محضر مقام معظم رهبری مدظله‌العالی، مغایر اصل ۱۶۷ قانون اساسی شناخته شد» (الهام، برهانی، ۱۳۹۴، ۲/۳۱۵). در نهایت این ماده حذف شد و حذف این ماده می‌تواند دلیل مهمی بر عدم تبعیت از نظریه انتصاب باشد چرا که در حدود شرعی این امکان برای قاضی صادرکننده رأی وجود دارد که به سایر فتاوا مراجعه نماید. البته در این صورت قاعده درء و اصل برائت بایستی نقطه عزیمت باشد.

در ادامه به برخی از قوانین دیگر که مواد قانون مجازات اسلامی از استنباط فقهی ولی فقیه تبعیت ننموده است به عنوان شاهد بر عدول از نظریه انتصاب و گرایش به سمت نظریه انتخاب، اشاره خواهد شد.

جستارهای
فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

۱۶۸

۲. قلمروی شمول قسامه:

در بحث قسامه، فتوای رهبری بر محدود بودن قسامه است: «قسامه از طرق شرعی اثبات قتل یا قطع عضو یا کسر عضو یا جرح است و جریان آن در مثل تورم یا تغییر رنگ پوست معلوم نیست» (مؤسسه آموزشی و پژوهشی قضا، ۱۳۹۰، ۸۲). درحالی که ماده ۳۱۲ قانون مجازات اسلامی، کلیه جنایات را از طریق قسامه قابل اثبات می‌داند و مقرر می‌دارد: «جنایات علاوه بر طرق مقرر در کتاب اول این قانون، از طریق قسامه نیز ثابت می‌شود». با توجه به این که مطابق ماده ۷۱۵ قانون مجازات اسلامی، تورم یا تغییر رنگ پوست از موارد ثبوت دیه یا ارش و مصداق جنایت بر عضو است، در نتیجه از منظر قانون مجازات این نوع جنایات، با قسامه قابل اثبات هستند.

۳. مصادیق زنای به عنف:

در بحث زنای به عنف، رهبری در پاسخ به استفتایی مصادیق زنای به عنف را محدود دانسته است: «در صورتی که پزشک یا فرد دیگری هنگام بی‌هوشی بیمار برای عمل جراحی با وی زنا کند آیا زنای به عنف محسوب می‌شود؟ همچنین اگر در تیمارستان، پزشک یا روانشناس یا فرد دیگری با دختران جوانی که مشاعرشان کامل نیست یا دچار اختلال روانی هستند مرتکب زنا شوند آیا زنای به عنف است؟» ایشان پاسخ دادند: «در فرض سؤال زنای به عنف محسوب نمی‌شود» (مؤسسه آموزشی و پژوهشی قضا، ۱۳۹۰، ۳۷). درحالی که تبصره ۲ ماده ۲۲۴ ق.م.ا این گونه موارد را از مصادیق زنای به عنف دانسته و مقرر داشته است: «هرگاه کسی با زنی که راضی به زنای با او نباشد در حال بیهوشی، خواب یا مستی زنا کند رفتار او در حکم زنای به عنف است. در زنا از طریق اغفال و فریب دادن دختر نابالغ یا از طریق ربایش، تهدید و یا ترساندن زن اگرچه موجب تسلیم شدن او شود نیز حکم فوق جاری است».

۴. مالک فاضل دیه و محدوده اختیارات آن :

در این که آیا جانی مالک فاضل دیه است یا ورثه او، رهبری جانی را مالک

می‌داند: «دیه حق جانی است و باید به او داده شود» و در ادامه باز از ایشان پرسیده شده است: «آیا هر یک از وراث یا جانی حق گذشت از دیه را دارند یا خیر» (یعنی قاتل بدون دریافت دیه قصاص شود)؟ پاسخ ایشان آن است که: «باید رد صدق کند و در فرض مذکور رد صدق نمی‌کند» (مؤسسه آموزشی و پژوهشی قضا، ۱۳۹۰، ۱۰۳). بنابراین، جانی درعین حال که مالک فاضل دیه هست ولی حق گذشت ندارد، درحالی که مطابق ماده ۴۳۱ قانون مجازات اسلامی: «فاضل دیه یا سهم پرداختی شرکا از دیه جنایت، متعلق قصاص شونده است و او می‌تواند آن را به صاحب حق قصاص یا شرکای خود ببخشد و یا هر نوع تصرف مالکانه دیگری در آن انجام دهد».

۵. مسئول پرداخت دیه در مورد علم اجمالی به جانی:

در صورتی که جانی مردد بین دو یا چند نفر معین بوده و امکان اثبات جنایت از طریق قسامه وجود نداشته باشد این که دیه به طور مساوی از اطراف علم اجمالی گرفته می‌شود یا از بیت‌المال یا با قرعه، مسئول پرداخت دیه مشخص می‌شود، نظر فقهی ولی فقیه آن است که: «احتیاط آن است که دیه از بیت‌المال داده شود مگر در صورتی که منشأ علم اجمالی اقرار دو نفر به قتل علی نحو الاستقلال باشد که در این صورت بعید نیست تخییر ولی در گرفتن دیه کامله از هر کدام از دو نفر» (مؤسسه آموزشی و پژوهشی قضا، ۱۳۹۰، ۱۱۲)، درحالی که قانون‌گذار در ماده ۴۷۹ ق.م.ا. مقرر می‌دارد: «هرگاه کسی در اثر رفتار عده‌ای کشته یا مصدوم شود و جنایت مستند به برخی رفتارها باشد و مرتکب هر رفتار، مشخص نباشد همه آن‌ها باید دیه نفس یا صدمات را به طور مساوی بپردازند».

جستارهای
فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

۱۷۰

۶. تحقق جرم قذف از طریق نوشته:

در مورد تحقق جرم قذف از طریق نوشته نیز چنین عدم تبعیتی واضح است. قانون‌گذار در آخرین قانون‌گذاری در سال ۱۳۹۲ در تبصره ماده ۲۴۶، قذف را با نوشتن، هرچند به شیوه الکترونیکی، قابل تحقق می‌داند در مقابل مقام رهبری در پاسخ به این سؤال که آیا نسبت کتبی زنا به کسی، حکم قذف دارد؟ می‌فرماید:

حد قذف جاری نمی‌شود (فتحی، ۱۳۹۳، ۵۸).

۷. مشروعیت تصمیم‌گیری قَیم در خصوص حق قصاص:

مطابق استفتاءات موجود از مقام معظم رهبری در صورت واگذاری اختیارات ولّی شرعی به قَیم منصوب ایشان، می‌تواند با رعایت مصلحت و غبطه صغیر نسبت به عفو قاتل یا تبدیل قصاص به دیه اقدام نماید (خامنه‌ای، ۱۴۲۴ق، ۳۳۷). حال آنکه مطابق نص ماده ۳۵۶ قانون مجازات «اگر مقتول یا مجنی علیه یا ولّی دمی که صغیر یا مجنون است ولّی نداشته باشد و یا ولّی او شناخته نشود و یا به او دسترسی نباشد، ولّی او، مقام رهبری است و رئیس قوه قضائیه با استیذان از مقام رهبری و در صورت موافقت ایشان، اختیار آن را به دادستان‌های مربوط تفویض می‌کند». دیگر سخنی از قَیم و حق تصمیم‌گیری آن مطرح نشده است.

۸. پرداخت فاضل دیه از بیت‌المال:

در ماده ۴۲۸ قانون مجازات اسلامی قانون‌گذار تصریح می‌نماید: «در مواردی که جنایت، نظم و امنیت عمومی را بر هم زند یا احساسات عمومی را جریحه‌دار کند و مصلحت در اجرای قصاص باشد لکن خواهان قصاص، تمکن از پرداخت فاضل دیه یا سهم دیگر صاحبان حق قصاص را نداشته باشد، با درخواست دادستان و تأیید رئیس قوه قضائیه، مقدار مذکور از بیت‌المال پرداخت می‌شود»، در حالی مقام رهبری در پاسخ با این سؤال: «در شرایطی که عدم قصاص یا تأخیر آن به مصلحت نباشد و چه‌بسا عوارض سیاسی و اجتماعی شدیدی در برداشته باشد آیا می‌توان فاضل دیه را از بیت‌المال پرداخت و حکم قصاص را اجرا نمود؟ فرمودند: مورد ثبوت دیه بر بیت‌المال نیست» (امامی، ۱۳۹۷، ۳۰۲). تعارض بین نظر فقهی فقیه حاکم با قانون مجازات مشهود است.

۹. مسئول پرداخت دیه عدم امکان قصاص به علت مرگ یا فرار مرتکب:

ماده ۴۳۵ قانون مجازات اسلامی: «هرگاه در جنایت عمدی، به علت مرگ

رویکردهای
انتصاب و انتخاب
در انطباق با تقنین
کیفری ایران
۱۷۱

یا فرار، دسترسی به مرتکب ممکن نباشد با درخواست صاحب حق، دیه جنایت از اموال مرتکب پرداخت می‌شود و در صورتی که مرتکب مالی نداشته باشد در خصوص قتل عمد، ولی دم می‌تواند دیه را از عاقله بگیرد و در صورت نبود عاقله یا عدم دسترسی به آن‌ها یا عدم تمکن آن‌ها، دیه از بیت‌المال پرداخت می‌شود و در غیر قتل، دیه بر بیت‌المال خواهد بود. چنانچه پس از اخذ دیه، دسترسی به مرتکب جنایت اعم از قتل و غیر قتل، ممکن شود در صورتی که اخذ دیه به جهت گذشت از قصاص نباشد، حق قصاص حسب مورد برای ولی دم یا مجنی علیه محفوظ است، لکن باید قبل از قصاص، دیه گرفته شده را برگرداند».

مطابق ظاهر این ماده قانونی در فرضی که مرتکب مالی نداشته باشد دیه از عاقله و سپس از بیت‌المال پرداخت می‌شود و اگر هرگونه مالی داشته باشد خواه از مستثنیات دین باشد یا از غیر آن، دیه از اموال مرتکب پرداخت می‌شود این حکم در فرضی که مرتکب از دنیا رفته باشد صحیح است اما در فرض فراری بودن مرتکب و عدم دسترسی به آن اینکه گفته شود مطلقاً از اموال موجود او دیه اخذ می‌شود با فتوای آیت‌الله خامنه‌ای تطابق ندارد چرا که ایشان در پاسخ استفتایی مقرر می‌نماید: «لزوم پرداخت دیه عمد و شبه عمد بر بستگان جانی مخصوص به موارد فوت یا فرار جانی است به نحوی که دسترسی به او نباشد و مشروط به این است که مالی از او که قابل صرف در پرداخت دیه باشد نمانده باشد بنابراین در صورت فوت جانی مستثنیات دین از مال او استثناء نمی‌شود و در صورت فرار نیز اگر مستثنیات دین برای رفع نیاز شخص خودش باشد استثناء نمی‌شود و الا اگر برای نیاز عایله تحت تکفل وی باشد استثناء می‌شود». مطابق قانون در پرداخت دیه رعایت مستثنیات دین مطلقاً لحاظ نمی‌شود ولی مطابق فتوای رهبری در خصوص خانواده تحت تکفل مرتکب باید مستثنیات دین باید رعایت شود (امامی، ۱۳۹۷، ۴۴۵).

در این بخش در مقام احصای تمام موادی که منطبق بر استنباط فقهی ولی فقیه نباشد، نیستیم بلکه همین مقدار کفایت می‌نماید برای اثبات این نکته که تقنین کیفری از پتانسیل نظریه انتخاب استفاده کرده است و خود را منحصر به یک

رویکرد فقهی ننموده است. چنانچه پیش از این گذشت، این انعطاف در گزینش فتاوی مختلف در تقنین، از اقتضائات و توابع نظریه انتخاب است و نظریه انتصاب چنین امری را برنمی تابد.

نکته قابل توجه آنکه قانون گذار در دو مورد صریحاً به نظر ولی فقیه اشاره کرده است: مورد اول در بحث تعیین مقادیر دیه است که ماده ۵۴۹ قانون مجازات اسلامی مقرر می دارد: «موارد دیه کامل همان است که در مقررات شرع تعیین شده است و میزان آن در ابتدای هر سال توسط رئیس قوه قضائیه به تفصیل بر اساس نظر مقام رهبری تعیین و اعلام می شود». مورد دوم دیه اقلیت های دینی است؛ ماده ۵۵۴ قانون مجازات اسلامی مقرر می دارد: «بر اساس نظر حکومتی مقام رهبری، دیه جنایت بر اقلیت های دینی شناخته شده در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به اندازه دیه مسلمان تعیین می گردد». وجود این دو مثال که در مثال دوم تصریح به حکم حکومتی شده است نمی تواند دلیلی برای نظریه انتصاب محسوب شود چرا که تبعیت در برخی از مواد قانونی نمی تواند تبعیت قانون گذار از نظریه انتصاب را به کرسی بنشانند بلکه وجود برخی موارد که مغایرت با نظر فقهی ولی امر دارد، می تواند تبعیت قانون گذار از نظریه انتخاب را به اثبات برساند.

رویکردهای
انتصاب و انتخاب
در انطباق با تقنین
کیفری ایران

۱۷۳

نتیجه گیری

در فقه سیاسی شیعه حاکمیت و ولایتی مورد پذیرش مردم است که از مشروعیت برخوردار باشد. در مبانی مشروعیت ولایت فقیه دو نظریه انتخاب و انتصاب از نظریات ممتاز و بارز این زمینه می باشند. پذیرش مردم و استقبال آنها از حاکمیت صرفاً اقتدار آفرین است (انتصاب) یا اینکه مشروعیت بخش است (انتخاب)؛ این همان عمده تفاوت مبانی این دو دیدگاه است که قطعاً این تفاوت مبانی در مؤلفه های مختلف حاکمیت، اثرگذار خواهد بود و یکی از موارد مهم آن در بُعد تقنین کیفری در نظام کیفری است که برخی از مصادیق آن به شرح زیر است:

۱- مطابق فرایند نظریه انتصاب محور مشروعیت نظام، فقیه حاکم در رأس

قدرت است در نتیجه فتوای معیار موضوعیتی ندارد تنها فتوایی که مشروعیت اجرایی دارد فتوای فقیه حاکم هست اما از منظر فرایند اندیشه انتخاب این امکان و انعطاف وجود دارد که سایر فتاوا هم مدنظر قرار گیرند.

۲- تنها راه مبنا قرار گرفتن سایر فتاوا (فتاوی غیر از فقیه حاکم) مطابق ساختار انتصاب، پذیرش این نظر فقهی است که اولاً رجوع مجتهد به غیر مطلقاً حرام و ممنوع نیست ثانیاً بین فقه فردی و حکومتی در مسئله رجوع مجتهد به غیر تفاوت قایل شویم. البته بررسی این مسئله پژوهش دیگری را می طلبد.

۳- در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، تبعیت مطلق از نظر فقهی ولی فقیه به ویژه در موضوعاتی که معظم له فتوا دارند وجود ندارد.

منابع

- آصفی، محمد مهدی. ۱۴۲۶ق. ولایة الامر. تهران: المجمع العالمی للتقريب بين المذاهب الاسلاميه.
- ابن فارس، احمد بن فارس. ۱۴۰۴ق. معجم مقائيس اللغة. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- ابن منظور، محمد بن مکرم. ۱۴۱۴ق. لسان العرب. سوم، بیروت: دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع - دار صادر.
- امام خمینی، سید روح الله. ۱۴۲۱ق. کتاب البیع (للإمام الخميني). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره.
- امامی، مسعود. ۱۳۹۷. شرح مبسوط قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ اجرای قصاص. قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی.
- تهرانی حسینی، سید محمد حسین. ۱۴۲۱ق. ولایت فقیه در حکومت اسلام. دوم، مشهد: انتشارات علامه طباطبائی.
- جعفر پیشه فرد، مصطفی. ۱۳۸۰. مفاهیم اساسی ولایت فقیه. بی جا: تهیه مرکز تحقیقات علمی دفتر دبیرخانه مجلس خبرگان.
- جوادی آملی، عبدالله. ۱۳۸۹. ولایت فقیه. نهم، قم: انتشارات اسراء.
- جوادی آملی، عبدالله. ۱۳۸۹. نسیم اندیشه دفتر سوم. دوم، قم: انتشارات اسراء.
- خامنه ای، سید علی (حسینی). ۱۳۹۳. ولایت و حکومت. سوم، تهران: چاپ سلمان فارسی.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

۱۷۴

- خامنه‌ای، سید علی (حسینی). ۱۴۲۴ق. أجوبة الاستفتاءات (فارسی). قم: دفتر معظم له در قم.
- خلخالی، سید محمد مهدی. ۱۴۲۲ق. حاکمیت در اسلام یا ولایت فقیه. مترجم: جعفر الهادی، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- سبحانی، جعفر. ۱۴۱۳ق. مفاهیم القرآن. چهارم، قم: مؤسسه الإمام الصادق علیه السلام.
- عمید زنجانی، عباسعلی. ۱۴۲۱ق. فقه سیاسی. چهارم، تهران: انتشارات امیر کبیر.
- فتحی، حجت الله. ۱۳۹۳. شرح مبسوط قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ حدود. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی.
- الهام، غلامحسین و برهانی، محسن. ۱۳۹۴. درآمدی بر حقوق جزای عمومی جرم و مجرم. تهران: نشر میزان.
- فیرحی، داود. ۱۳۹۳. فقه و سیاست در ایران معاصر. تهران: نشر نی.
- قاسمی، محمدعلی و پژوهشگران دانشگاه علوم اسلامی رضوی. ۱۴۲۶ق. فقیهان امامی و عرصه‌های ولایت فقیه. مشهد: انتشارات دانشگاه علوم اسلامی رضوی.
- قرشی، سید علی اکبر. ۱۴۱۲ق. قاموس قرآن. ششم، تهران: دار الکتب الإسلامية.
- کعبی، عباس و حکیمی، سجاد. «ماهیت نمایندگی مجلس در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران». حکومت اسلامی. ۱۳۹۳. (شماره ۷۲/ ۲۲ صفحه - از ۱۲۳ تا ۱۴۴).
- لک زایی، شریف. ۱۳۸۶. بررسی تطبیقی نظریه‌های ولایت فقیه. دوم، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
- مصباح یزدی، محمدتقی. ۱۳۹۷. حکیمانه‌ترین حکومت: کاوشی در نظریه ولایت فقیه. چهارم، قم: انتشارات مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی رحمته الله علیه.
- منتظری نجف‌آبادی، حسین علی. ۱۴۰۹ق. مبانی فقهی حکومت اسلامی. مترجم: صلواتی، محمود و شکوری، ابوالفضل، قم: مؤسسه کیهان.
- منتظری نجف‌آبادی، حسین علی. ۱۴۰۹ق. دراسات في ولاية الفقيه و فقه الدولة الإسلامية. دوم، قم: نشر تفکر.
- منتظری نجف‌آبادی، حسین علی. ۱۴۲۹ق. حکومت دینی و حقوق انسان. قم: ارغوان دانش.
- مؤسسه آموزشی و پژوهشی قضا، ۱۳۹۰، ره توشه قضایی. قم: نشر قضا.
- مؤمن قمی، محمد. ۱۴۱۵ق. کلمات سدیدة. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- نعیمیان، ذبیح الله. «واکاوی انتقادی رابطه «تشریع و احکام حکومتی» در نظریه «منطقه الفراغ»». فصلنامه علمی، پژوهشی حکومت اسلامی. ۱۳۹۰. (شماره ۶۰؛ ۲۴ صفحه - از ۳۳ تا ۵۶).

هادوی تهرانی، مهدی. ۱۳۸۹. ولایت و دیانت. قم: مؤسسه خانه فرهنگی خرد.
هاشمی، سید محمود. ۱۳۸۶. حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران: حاکمیت و نهادهای
سیاسی. هفدهم، تهران: نشر میزان.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳

۱۴۰۵

۱۷۶



The Legal Foundations of Reliance Damages in *Imāmī* Jurisprudence and Iranian Law

Leyla Jahaniyan ¹ ; Morteza Shabaziniya ²

1. PhD Student in Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Islamic Azad University, Science and Research Branch, Tehran, Iran. leila.jahaniyan@yahoo.com

ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-3289-8679>

2. Manager of the Faculty of Law and Associate Professor, Tarbiat Modares University, Tehran, Iran. shahbaziniya@modares.ac.ir.

Article Info

ABSTRACT

Article Type:

Research Article

Article History:

Received 22 JUL 2025

Received in revised form

25 OCT 2025

Accepted 26 OCT 2025

Keywords:

Reliance Damages,

Lā Ḍarar Principle,

Ghurūr Principle, Tasbīb

Principle, Contractual

Liability, Iranian Law,

Imāmī Jurisprudence

In contract law, compensation for losses arising from the breach of contractual obligations constitutes a primary mechanism for protecting the contracting parties' legitimate expectations. Alongside expectation damages and restitution, a distinct category known as "reliance damages" addresses losses incurred when a party reasonably relies on the formation or performance of a contract. While common law systems explicitly recognize reliance damages to advance contractual justice, Iranian statutory law and traditional jurisprudential texts do not explicitly employ this term. Nevertheless, foundational principles of Islamic jurisprudence—namely *qā' idat lā ḍarar* (the principle of harm prevention), *qā' idat al-ghurūr* (the principle of deceit/misleading action), and *qā' idat al-tasbīb* (the principle of indirect causation)—offer robust jurisprudential and legal grounds for recognizing and enforcing this remedy.

Utilizing a descriptive-analytical methodology applied to classical Imāmī jurisprudence and modern Iranian positive law, this study examines the legal feasibility of institutionalizing reliance damages within the Iranian legal system.

Cite this article:

Shahbazineya. M & Jahaniyan. L (2026). "The Legal Foundations of Reliance Damages in Imāmī Jurisprudence and Iranian Law" *Journal of Jurisprudential and Fundamental Studies*. 12(43), 11-11.



© The Author(s).

Publisher: Islamic Propagation Office of Qom Seminary- Khorāsān-e-Razavi Branch. DOI: <https://doi.org/10.22034/jrj.2026.72610.3049>

The research concludes that providing full remedy for reliance-based losses requires either legislative reform or a broader judicial interpretation of existing legal doctrines.

**Journal of
Islamic Law and
Jurisprudence**

Vol.12, No.43
2026

178

مبانی خسارت ناشی از اعتماد در فقه و حقوق ایران^۱

۱. لیلا جهانیان ؛ ۲. مرتضی شهبازی نیا

۱. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم تحقیقات تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول). رایانامه: leila.jahanian@yahoo.com کد ارکید: https://orcid.org/0009-0003-3289-8679
۲. رییس دانشکده حقوق و دانشیار دانشگاه تربیت مدرس تهران، تهران، ایران. رایانامه: shahbazinia@modares.ac.ir



تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۲/۲۲

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۴/۰۸/۰۳

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۵/۰۱/۰۱

چکیده

در حقوق قراردادهای، جبران خسارت ناشی از نقض تعهدات، یکی از مهم‌ترین ابزارهای حمایت از انتظارات مشروع طرفین است. در کنار خسارت‌های ناشی از فوت منفعت و استرداد، نوع دیگری از خسارت به نام «خسارت ناشی از اعتماد» وجود دارد که شامل زیان‌های واردشده به طرف متعهدله، به دلیل اتکا و اعتماد عقلایی به انعقاد یا اجرای قرارداد است. در نظام‌های حقوقی مانند کامن‌لا، این نوع خسارت به رسمیت شناخته شده و نقش مهمی در تحقق عدالت قراردادی دارد.

در حقوق ایران، باوجود آنکه اصطلاح «خسارت اعتماد» به صورت صریح در متون قانونی و فقهی مطرح نشده است، قواعدی همچون قاعده لاضرر، قاعده غرور و قاعده تسبیب می‌توانند مبانی فقهی و حقوقی قابل اتکایی برای شناسایی و حمایت از این نوع خسارت فراهم کنند.

۱. جهانیان، لیلا، شهبازی نیا، مرتضی (۱۴۰۵). «مبانی خسارت ناشی از اعتماد در فقه و حقوق ایران». جستارهای فقهی و اصولی. ۱۲: ۴۳ (۲). صص: ۱۱-۱۱. <https://doi.org/10.22034/jrj.2026.72610.3049>



© ۱۴۰۴. نویسندگان دارنده حق مؤلف مقاله خود بدون محدودیت هستند.
ناشر: مرکز تخصصی آخوند خراسانی دفتر تبلیغات اسلامی خراسان رضوی.

این مقاله با روش توصیفی - تحلیلی و با بهره‌گیری از منابع فقهی و حقوقی، به بررسی امکان‌سنجی شناسایی خسارت ناشی از اعتماد در فقه اسلامی و حقوق موضوعه ایران می‌پردازد و در نهایت، ضرورت بازنگری در قوانین یا توسعه تفسیر قضایی برای جبران این نوع خسارت را تبیین می‌کند.

کلید واژه‌ها: خسارت ناشی از اعتماد، قاعده لاضرر، قاعده غرور، قاعده تسبیب، مسئولیت قراردادی، حقوق ایران، فقه امامیه.

مقدمه

جبران خسارت به عنوان یکی از ضمانت اجرای نقض تعهدات قراردادی، همواره مورد توجه نظام‌های حقوقی مختلف بوده است. اغلب نظام‌های حقوقی با پذیرش اصل جبران کامل خسارت، امنیت و اعتماد قراردادی را مورد توجه قرار داده‌اند. در نظام کامن‌لا^۱ سه معیار خسارت که معمولاً در قراردادها مورد استفاده قرار می‌گیرد، عبارتند از خسارت اتکا، خسارت انتظار و خسارت استرداد (Rogerson, 1984, p. 40).

خسارت اتکا^۲ نوعی از جبران خسارت است که هدف اصلی آن جبران ضررهایی است که طرف متضرر، به اتکا و اعتماد به انعقاد و اجرای قرارداد، متحمل شده است. در واقع، این خسارت شخص را در موقعیتی قرار می‌دهد که گویی اصلاً قراردادی منعقد نشده است و اغلب در مواقعی مطرح می‌شود که روش‌های متداول جبران خسارت دشوار یا غیرممکن باشد یا تمامی جوانب خسارت وارد شده به متعهدله را پوشش ندهد. از این عنوان، تعبیر «خسارت ناشی از اعتماد» نیز می‌شود. هدف نهایی از این معیار، قرار گرفتن متعهدله در وضعیت پیش از قرارداد است، نه موقعیتی که اگر قرارداد اجرا می‌شد، در آن قرار می‌گرفت.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

۱۸۰

1. Common Low.

2. Reliance Damage.

بدین ترتیب، پرداخت «خسارت ناشی از اعتماد» نقش بسزایی در تعیین مسئولیت‌ها و جبران کامل خسارات دارد. این مفهوم به خساراتی اطلاق می‌شود که به‌طور غیرمستقیم و به‌واسطهٔ عمل یا ترک فعل طرف قرارداد، در زمانی که یک طرف به اجرای قرارداد اعتماد و اتکای معقول داشته و در اثر این اعتماد، اقدام به انجام هزینه‌ها و تغییر شرایط خود نموده است؛ اما طرف دیگر با نقض قرارداد سبب ورود زیان به وی گردیده و باعث شده است که انجام آن هزینه‌ها بی‌اثر و زیان‌آور محسوب شود.

به‌طور کلی، خسارت اتکایی دو جزء دارد: نخست، اتکای اساسی که مطالبهٔ هزینه‌های لازم برای آماده‌سازی و اجرای قرارداد را تجویز می‌کند و در واقع، هزینه‌هایی که مستقیماً در ارتباط با قرارداد انجام شده و نوعاً با اتکا و اعتماد به انجام قرارداد لازم بوده‌اند و دوم، اتکای جنبی که مطالبهٔ هزینه‌های مربوط به انعقاد قراردادهای دیگر جهت فراهم‌سازی زمینهٔ اجرای قرارداد نخست و نیل به توقعات قراردادی را تجویز می‌کند (امینی و پیری، ۱۴۰۰، ۱۵۰).

همچنین، طرفین هنگام انعقاد قرارداد، برای آن‌ها قابل پیش‌بینی است که عدم اجرای تعهدات مربوطه، منجر به هدر رفتن هزینه‌های انجام‌شده توسط طرف دیگر شود و این موضوع منطقاً و عرفاً قابل پیش‌بینی است (Farnsworth, E. Allan, 1990).

در فقه اسلامی و حقوق ایران، به‌صراحت از «خسارت ناشی از اعتماد» ذکری به میان نیامده است؛ اما با جست‌وجو در منابع فقهی و حقوقی مشخص می‌گردد که فقها و حقوقدانان با این مفهوم بیگانه نیستند؛ بنابراین، پس از تعریف خسارت ناشی از اعتماد، به بررسی قابلیت مطالبهٔ این خسارت بر اساس مبانی فقهی و حقوقی پرداخته و مصادیق مشابه آن را در قواعد فقهی و نهادهای حقوقی بررسی می‌نماییم؛ سپس، به قابلیت مطالبهٔ خسارت ناشی از اعتماد در قانون ایران پرداخته و در پایان، به جست‌وجوی مصادیق این خسارت در رویهٔ قضایی کشور می‌پردازیم.

جبران کامل خسارات، رکن اصلی حفظ امنیت و ثبات در قراردادهای است.

این موضوع به صورت قابل توجهی سبب کاهش نقض تعهدات شده و همچنین موجب می‌شود متعهد قراردادی، نهایت کوشش و دقت خود را در حفظ و اجرای قرارداد به کار گیرد. علی‌رغم اهمیت جبران کامل انواع خسارات در تأمین امنیت حقوقی قراردادهای و گسترش معاملات و رونق اقتصادی، همان‌طور که دکتر کاتوزیان نیز اشاره کرده‌اند، تحلیل سنتی «تلف مال و فوت منفعت» در عمل با چالش عدم پوشش برخی زیان‌های اقتصادی مواجه است؛ چراکه برخی خسارات در این قالب نمی‌گنجد و بدون جبران باقی می‌ماند؛ اما تقسیم‌بندی خسارات قراردادی به خسارات سه‌گانه اعتماد، استرداد و انتظار، تقسیم‌بندی دقیق و کاملی است (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ۳۳۳-۳۳۴).

اهمیت این پژوهش در آن است که با بهره‌گیری از منابع فقهی و حقوقی، نشان دهد حقوق ایران با مفهوم خسارت ناشی از اعتماد بیگانه نیست و ریشه‌های آن را می‌توان در بطن قواعد فقهی جست‌وجو کرد. این امر نه تنها به غنای نظری در زمینه حقوق قراردادهای کمک می‌کند، بلکه رویه قضایی را نیز در مواجهه با پرونده‌های پیچیده مسئولیت مدنی یاری می‌دهد.

از میان پژوهش‌های انجام‌یافته، تنها برخی مقالات به بیان موضوع خسارت ناشی از اعتماد، آن هم به‌طور پراکنده، پرداخته‌اند؛ بنابراین، بررسی این عنوان در فقه و حقوق ایران تحت عنوانی مستقل انجام نشده است. با این حال، مفهوم خسارات سه‌گانه «فولر» در چند مقاله از آقای نعمت‌اللهی مورد توجه قرار گرفته است. وی نیز به صورت مستقل، خسارت ناشی از اعتماد در فقه و حقوق ایران را مورد بررسی قرار نداده است. همچنین، آقایان طالب‌احمدی و نقوی این مفهوم را در مقاله‌ای تبیین و در فرض بطلان قرارداد و قابلیت انتساب آن به طرف قرارداد، مورد بررسی و مذاقه قرار داده‌اند؛ درحالی‌که مقاله حاضر، بحث مبانی فقهی و حقوقی این نوع جبران خسارت را مدنظر قرار داده است.

برخی نویسندگان نیز به مسئولیت پیش‌قراردادی پرداخته‌اند که به بحث مذاکرات و مسئولیت‌های پیش از قرارداد اشاره دارد، درحالی‌که خسارت اتکایی در مقاله حاضر، به‌عنوان یکی از معیارهای خسارت در قراردادهای مورد توجه قرار

گرفته است؛ بنابراین، گرچه جنبه‌های مختلفی از این مفهوم مورد توجه نویسندگان حقوقی قرار گرفته است؛ اما با توجه به نبودن این موضوع و لزوم تلاش هرچه بیشتر محققان حقوقی در جهت ورود این مفهوم به ادبیات حقوقی و ضرورت قانون‌گذاری، یافتن مبانی فقهی آن در تحقیق حاضر به‌طور مستقل مورد بررسی قرار نگرفته است. این پژوهش می‌تواند برای قانون‌گذار در جهت تدوین قوانین، خصوصاً در حوزه حقوق قراردادها، با توجه به نیاز روز جامعه مؤثر باشد و موجب استفاده از ظرفیت‌ها و قابلیت‌های نهفته در قواعد فقهی و به‌روزرسانی آن‌ها گردد و اصل پویایی فقه را که از اصلی‌ترین خصایص فقه شیعی است، نیز دربر داشته باشد. روش انجام این پژوهش، توصیفی - تحلیلی و از نوع کتابخانه‌ای و اسنادی است. روش تجزیه و تحلیل به صورت کیفی بوده و تلاش شده است تا موضوع «خسارت اتکایی» که برگرفته از «حقوق کامن‌لا» است، با استفاده از منابع فقهی و حقوقی و نظریات علمای حقوق، مورد بررسی قرار گیرد.

۱. مفاهیم خسارت ناشی از اعتماد

همان‌طور که قبلاً اشاره شد، حقوقدانان کامن‌لا برای طرفین قرارداد، سه منفعت انتظار، اعتماد و استرداد را در نظر می‌گیرند که نقض قرارداد موجب محرومیت زیان‌دیده از منافع مذکور یا برخی از آن‌ها می‌شود. حقوق باید با اعطای حق دریافت خسارت مربوطه، از منفعت زیان‌دیده حمایت کند (Mckendrick, 2000, p. 396).

۱/۱. خسارت انتظار

در واقع، ارزش پولی انتظار متعهدله نسبت به اجرای تعهد از سوی متعهد است. هدف از پرداخت آن به زیان‌دیده، قرار دادن وی در وضعیتی است که در صورت انجام تعهد از سوی متعهد، در آن وضعیت قرار می‌گرفت (Treitel, 2003, p. 937). معیار عادی خسارت برای نقض قرارداد، انتظار است و آن مبلغی است که طرف زیان‌دیده را در موقعیتی قرار می‌دهد که گویی قرارداد اجرا شده است؛ اما دو معیار دیگر، یعنی خسارت اتکا و استرداد، نیز در دسترس هستند. از آنجایی که

این دو معیار معمولاً مبلغ کمتری از خسارت را فراهم می کنند، عموماً فقط زمانی استفاده می شوند که معیار انتظار در دسترس نباشد (David, Slawson, 1990, p. 197). خسارات انتظاری اساساً جبرانی هستند و خواهان را در موقعیتی قرار می دهند که اگر قرارداد به طور کامل اجرا شده بود، از نظر سودآوری در آن موقعیت قرار می گرفت. گاهی اوقات محاسبه این خسارت آسان است. به عنوان مثال، اگر خریدار قرارداد معامله را نقض کند، خسارات در واقع از دست دادن همان سود حاصل از فروش است (Pulv. Gat enby, 2019, YKSC18)؛ اما در جایی که متغیرها و عدم قطعیت زیادی در محاسبه سودآوری آتی یک قرارداد وجود داشته باشد - که اگر قرارداد انجام شده بود، در چه وضعیتی از سودآوری قرار داشت - رویکرد «خسارت اتکایی» می تواند مناسب تر از «خسارت انتظاری» باشد.

به هر حال، در برخی موارد ممکن است خواهان تمایل نداشته باشد یا قادر به اثبات این نباشد که در صورت اجرای قرارداد، از نظر مالی در چه وضعیتی قرار می گرفت و در این شرایط، او ممکن است به جای خسارت انتظار، به دنبال خسارت اتکایی باشد.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳

۱۴۰۵

۱۸۴

۱/۲. خسارت استرداد

در خسارت استرداد، متعهدله برای اجرای تعهد، مبالغی را به متعهد پرداخت می کند؛ اما وی از اجرای قرارداد امتناع و قرارداد را نقض می کند. در این صورت، مبالغی را که دریافت کرده است باید مسترد نماید و هدف از این کار، جلوگیری از دارا شدن ناحق و ناعادلانه متعهد است.

۱/۳. خسارت ناشی از اعتماد

در یک تعریف جامع، می توان خسارات ناشی از اعتماد را خساراتی دانست که شخص در نتیجه سرمایه گذاری، تغییر در وضعیت حقوقی خود و از دست دادن فرصت های معاملاتی دیگر، به جهت اعتماد و اتکا به انعقاد، ابقا، صحت و اجرای کامل قرارداد متحمل می شود (نقوی و طالب احمدی، ۱۳۹۸، ۱۴۶). در خسارت اتکایی،

طرف متخلف باید تمام هزینه‌های اتکای غیرقابل جبران را به طرف زیان‌دیده پرداخت نماید (Rogerson, 1984, p. 40).

خسارت ناشی از اعتماد، با هدف قرار دادن طرف زیان‌دیده در موقعیتی است که اگر قرارداد هرگز منعقد نشده بود، در آن قرار داشت. این معیار، به جای سودهای از دست‌رفته، هزینه‌هایی را جبران می‌کند که خواهان در اتکا به طرف قرارداد متحمل شده است. به عبارت دیگر، این‌ها هزینه‌هایی هستند که طرف زیان‌دیده در اعتماد و اتکا به قرارداد انجام داده است؛ اما اگر می‌دانست که قرارداد نقض می‌شود، متحمل آن نمی‌شد. نمونه‌های متداول قابل جبران عبارتند از هزینه‌های آماده‌سازی قرارداد، مانند هزینه‌های حمل‌ونقل، هزینه‌های بازاریابی و سایر هزینه‌های قانونی (Collins, 2009, p. 230). این هزینه‌ها را می‌توان هزینه‌های تلف‌شده توصیف کرد.

فرض کنید «الف» با «ب» قراردادی را امضا می‌کند که در آن «ب» موافقت می‌کند یک انبار برای «الف» بسازد. «الف» به امید اینکه انبار در زمان مقرر تکمیل و تحویل می‌شود، ماشین‌آلات و تجهیزات لازم برای بهره‌برداری از انبار را خریداری می‌کند. اگر «ب» قرارداد را نقض کند، «الف» می‌تواند برای هزینه‌های ماشین‌آلات و تجهیزات از «ب» مطالبه خسارت کند؛ زیرا این هزینه‌ها را به اتکا و اعتماد به وعده و قرارداد با «ب»، برای ساخت انبار متحمل شده است. با این حال، در اینجا «الف» نمی‌تواند از «ب» برای هیچ‌گونه سود از دست‌رفته‌ای که ممکن بود از بهره‌برداری از انبار به دست آورد، مطالبه خسارت کند و موضوع، خسارت انتظار نیست.

دکتر کاتوزیان در این خصوص معتقد است که «منفعت اتکایی» یا «منفعت اعتماد» عبارت است از خسارتی که طرف قرارداد، در نتیجه تغییر وضع خود و به اعتماد اجرای قرارداد متحمل شده است؛ مانند وامی که بازرگانی به‌منظور اجرای قرارداد می‌گیرد یا پیشنهادی را که به اعتماد قرارداد رد می‌کند یا تأسیساتی که به وجود می‌آورد. به‌ویژه در مورد «منفعت اتکایی»، گاه طرف قرارداد به امید اجرای پیمان، تغییراتی در وضع خود می‌دهد که به‌خودی‌خود مالی از او تلف نمی‌کند

و ممکن است منافع نیز در آینده داشته باشد؛ ولی از آنجا که هدف از تغییر، بیهوده و عاطل می‌ماند، خسارتی است که عدالت نمی‌تواند از آن بگذرد و ناچار باید آن را در حکم تلف مال قرار داد.

فرض کنیم مهندسی که طرف قرارداد پیمانکاری مهمی واقع شده است، به اعتماد آن، خانه خود را می‌فروشد و ساختمانی در نزدیکی محل کار خود می‌خرد و به مؤسسه‌ای که در آن کار می‌کند، اطلاع می‌دهد که دیگر نمی‌تواند به خدمت ادامه دهد و از بانک مبلغی وام می‌گیرد؛ آنگاه کارفرمای عهدشکن، طرح مورد قرارداد را به دیگری واگذار می‌کند یا به هر دلیلی از آن منصرف می‌شود. این مورد از این نمونه به‌شمار می‌رود.

پاره‌ای از این زیان‌ها به‌دشواری، تلف مال یا فوت منفعت است، درحالی که در تقسیم پیشنهادی، به‌سادگی جای می‌گیرد. دشواری، در شیوه ارزیابی ضرر و اندازه‌گیری درجه احتمال ورود آن است که در هر دعوا، با توجه به اوضاع و احوال و بر مبنای نظر کارشناس، انجام می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ۲۳۳-۲۳۴).

بنابراین، هدف از جبران خسارت ناشی از اعتماد، قرار دادن متعهدله در همان موقعیتی است که اگر آن قرارداد منعقد نشده بود، قرار می‌گرفت (Fuller, 1936, pp. 52-66). درحالی که خسارت انتظاری از منافع شخص زیان‌دیده حمایت می‌کند، خسارت ناشی از اعتماد از سرمایه شخص زیان‌دیده حمایت می‌کند (Leitzel, 2014, p. 90). در حقوق ایران، خسارت اعاده‌ای یا همان خسارت استرداد، کاملاً پذیرفته شده است. در خصوص خسارت ناشی از اعتماد نیز با تحلیل منابع حقوقی و فقهی می‌توان به این نتیجه رسید که در اکثر موارد قابل پذیرش است؛ ولی خسارت انتظاری در حقوق ما به‌طور کامل قابل قبول نیست؛ زیرا خسارت انتظاری نزدیک به عدم النفع بوده و قابل مطالبه نیست. در واقع، در نظام حقوقی کشور ما و نیز اندکی از سایر نظام‌های حقوقی اسلامی، منفعی که طرف زیان‌دیده انتظار دریافت آن را از قرارداد داشته و با نقض قرارداد از آن محروم شده است، قابل حمایت نیست (نعمت‌اللهی، ۱۴۰۰، ۳۹۳).

جبران خسارت انتظار در حقوق ایران با چالش‌های مهمی روبه‌رو است. یکی از

دلایل مهم آن این است که این نوع خسارت، «تلف مال» تلقی نمی‌شود؛ بدین معنا که نمی‌توان گفت متعهدی که تعهد قراردادی خود را اجرا نکرده است، مال متعهدله را تلف کرده است. تلف مال در صورتی صدق می‌کند که مال، موجود باشد؛ اما باید توجه داشت که خسارت انتظار مصادیق دیگری هم دارد؛ مانند زیان ناشی از دست نیافتن به موضوع قرارداد. این نوع خسارت و شیوه جبران آن، یعنی پرداخت بدل، در فقه و حقوق ما به رسمیت شناخته می‌شود (نعمت‌اللهی، ۱۳۹۵، ۱۴۶-۱۵۳)؛ اما در حقوق انگلستان، مدعی در مورد نقض قرارداد حق انتخاب دارد که آیا ادعای از دست دادن سود یا پرداخت هزینه‌های هدررفته‌ای را داشته باشد که با اتکا به اجرای قرارداد انجام شده است؟ (England and Wales High Court, 2008, EWHC 3017). برخلاف حقوق ما که اجرای عین قرارداد و الزام به این موضوع، اصلی‌ترین شیوه جبران خسارت قراردادی است، در حقوق انگلستان در صورت نقض قرارداد، پرداخت خسارت به‌عنوان شیوه اصلی جبران خسارت در نظر گرفته می‌شود (Pearce, Halson, 2008, p. 3) و دادگاه‌ها معمولاً در صورت نقض قرارداد، خسارت انتظاری را پیش‌فرض می‌گیرند؛ زیرا بیشترین مطابقت را با حالت اجرای قرارداد دارد.

مبانی خسارت
ناشی از اعتماد در
فقه و حقوق ایران

۱۸۷

۱/۳/۱. مبانی مطالبه «خسارت ناشی از اعتماد» در فقه و حقوق ایران

اگرچه نظریه خسارت ناشی از اعتماد به صورت مستقیم و تحت همین عنوان^۱ در حقوق ایران مطرح نشده است؛ اما اصول و مفاهیم مشابهی در پشتیبانی و حفاظت از حقوق و منافع افراد و اعتماد آن‌ها به قرارداد و همچنین در رابطه با جبران ضرر زیان‌دیده، در ساختار حقوقی ایران وجود دارد که در این مقاله با مفهوم خسارت ناشی از اعتماد مقایسه می‌شوند.

در فقه اسلامی نیز خسارات ناشی از اعتماد به‌عنوان موضوعی مستقل مورد بحث فقها قرار نگرفته است؛ اما با توجه به قواعد فقهی مسلم و معروف و با تأمل

۱. Reliance Damages.

در مصادیق این قواعد فقهی که توسط فقها تفسیر و تبیین شده است، می‌توان مبانی مطالبه خسارت ناشی از اعتماد را در فقه و احکام اسلامی استنباط کرد.^۱

از جمله این قواعد فقهی و حقوقی که مورد بحث ما در موضوع خسارت ناشی از اعتماد هستند، قاعده لاضرر، قاعده تسبیب، قاعده غرور و برخی از احکام اسلامی است که در ادامه، به بررسی خسارت ناشی از اعتماد در بستر این قواعد می‌پردازیم.

۱/۳/۱/۱. قاعده لاضرر

در خصوص مطالبه خسارت ناشی از اعتماد، یکی از قواعد فقهی که می‌توان بدان استناد کرد، قاعده فقهی لاضرر است. مطابق با قاعده مذکور، هیچ ضرر و ضراری در اسلام وجود ندارد و هیچ ضرر جبران نشده‌ای نباید باقی بماند؛ بنابراین، خساراتی که زیان‌دیده با تکیه بر اعتماد به قرارداد متحمل شده است، از آنجا که مفهوم ضرر را در خود دارد، نباید بدون جبران باقی بماند.

در فقه اسلامی، معادل خسارت، واژه «ضرر» به کار رفته و فقها در بحث قاعده لاضرر، به‌طور مفصل به مفهوم ضرر و ضرار و مصادیق آن پرداخته‌اند (نراقی، ۱۴۱۸ق، ۵۷/۱۴).^۱

جستارهای
فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

۱۸۸

قاعده لاضرر از لحاظ مستندات، دارای مستندات قوی و محکمی است و کتاب، سنت، عقل و اجماع بر آن دلالت دارند (محمدی خراسانی، ۱۳۷۳، ۳۸۷/۴).

در خصوص وجه دلالت قاعده «لاضرر و لاضرار فی الاسلام»، قدر متیقن نظر فقها این است که در اسلام هیچ ضرر جبران نشده‌ای وجود ندارد و این بدین معناست که هرکس موجب وارد شدن ضرر و زیانی به دیگری شود، باید ضرری را که وارد کرده است، جبران نماید (فاضل تونی، ۱۴۱۲ق، ۱۹۴).^۲

۱. برای تعریف تفصیلی ضرر و انواع آن، به این منابع می‌توان مراجعه نمود. (ر.ک. ابن اثیر، ۱۴۱۸ق، ۷۷/۳؛ راغب اصفهانی، ۱۴۱۶ق، ذیل واژه ضرر؛ کاتوزیان، ۱۳۷۴، ۲۱۹؛ صفایی، ۱۳۹۲، ۹۷).

۲. برای مطالعه توضیحات بیشتر در باب معانی قاعده لاضرر، به این منابع رجوع کنید (ر.ک. آقامهدوی، ۱۳۹۴، ۱۰؛ انصاری، ۱۴۱۹ق، ۴۶۰/۲؛ مکارم شیرازی، ۱۳۷۰، ۵۹/۱؛ موسوی بجنوردی، ۱۳۸۷، ۱۹۱).

گفته شد در تقسیم‌بندی معمول حقوق ما در بحث جبران خسارت، بسیاری از ضرر و زیان‌ها بدون جبران یا با جبران ناقص مواجه می‌شوند. این در حالی است که براساس قاعده لاضرر، هیچ ضرر و زانی نباید بدون جبران باقی بماند و هیچ‌کس نباید با رفتار و اعمال خود موجب تحمیل ضرر و زیان به دیگری شود و در صورت ورود زیان، ملزم به جبران خسارت است؛ بنابراین، ضروری است که به جبران خسارت‌های ناشی از اعتماد نیز براساس این قاعده فقهی حکم شود؛ زیرا خسارت ناشی از اعتماد، دربردارنده طیف زیادی از خسارت‌ها است که در صورت بی‌توجهی قانون‌گذار، بدون جبران باقی می‌ماند و در نتیجه، از استحکام و اعتماد قراردادی نیز می‌کاهد.

فرض کنید اگر شخص با اعتماد به قرارداد و سودی که بعد از اجرای آن برای او متصور است، اقدام به تغییر وضعیت خود، از جمله فروش منزل مسکونی، قطع ارتباط با محل کار خود یا اجاره یک محل می‌کرد؛ اما طرف قرارداد با نقض نابجای قرارداد و عدم انجام تعهدات، باعث می‌شد که زیان‌دیده نه تنها سودی نبرد، بلکه از بابت فروش منزل یا از دست دادن شغل قبلی، متحمل خسارت‌های زیادی شود. درحالی که اگر قرارداد اجرا می‌شد، خواهان با توجه به سود حاصله از قرارداد، درنهایت هزینه‌هایی را جبران می‌کرد که بابت تغییرات حاصله ایجاد کرده بود؛ اما اکنون، به دلیل عدم اجرای قرارداد، تمام این هزینه‌ها هدر رفته و ضرر محسوب می‌شوند.

در اینجا قاعده لاضرر حکم می‌کند که ضرر وارده نباید بدون جبران باشد و زیان‌دیده حق مطالبه خسارت ناشی از اعتماد معقول را دارد؛ زیرا مفاد این قاعده عام است و هر نوع ضرری را دربر می‌گیرد. در صورتی که طرف قرارداد اعتماد معقول و متعارف داشته و براساس آن، تغییرات معقول و قابل‌پذیری در وضعیت خود ایجاد کرده باشد و همچنین در صورتی که خسارت‌های ناشی از اعتماد، عقلاً و عرفاً متناسب به طرف ناقض قرارداد باشد و در نتیجه نقض ناروای قرارداد ایجاد شده باشد، براساس قاعده لاضرر، عامل ورود زیان مسئول جبران ضررهای وارده است.

برای استنباط خسارت ناشی از اعتماد براساس قاعده لاضرر، سه موضوع کلی مورد توجه قرار می گیرد:

ایجاد ضرر: یکی از طرفین با نقض قرارداد یا خلف وعده، سبب ایجاد ضرر به فرد اعتمادکننده می شود که این ضرر می تواند مالی یا معنوی باشد.

منع ضرر در اسلام: بنابر قاعده لاضرر، هرگونه ضرر رساندن به دیگری در اسلام منع می شود و ورود زیان به شخص اعتمادکننده، مصداق بارز نقض قاعده لاضرر است.

لزوم جبران خسارت: طبق این قاعده، هیچ ضرر و خسارتی نباید بدون جبران باقی بماند و عامل زیان موظف است ضرر وارده به زیان دیده را جبران نماید.

رابطه سببیت بین ضرر و فعل زیان بار: با اثبات وجود ضرر به شخص زیان دیده و احراز رابطه سببیت بین عمل زیان بار که می تواند خلف وعده و نقض قرارداد باشد و ضرر وارده که اعم از هرگونه تغییر وضعیت معقول است که به اتکای قرارداد انجام پذیرفته و می توان حکم به جبران خسارت و ضرر ناشی از اعتماد کرد.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳

۱۴۰۵

۱۹۰

۱/۳/۱/۲. مطالبه ضرر معنوی و عدم النفع در خسارت ناشی از اعتماد

در موضوع خسارت ناشی از اعتماد، گاهی ضرر وارد شده، ضرر معنوی است که خواننده با نقض قرارداد بر خواهان وارد کرده و مطابق با اصول فقهی قابل مطالبه باشد. مثال آن، موردی است که یک تاجر، به اعتماد اجرای قرارداد و تحصیل ثمن، اسناد تجاری صادر کرده است و با نقض قرارداد، اسناد تجاری صادره، منتهی به واخواست شده و اعتبار وی در بازار مورد خدشه قرار می گیرد. در اینجا، با توجه به اینکه اعتبار بازار برای یک تاجر، بزرگ ترین سرمایه بوده و حاصل سال ها خوش حساسی و خوش قولی وی است و معمولاً میان تاجر چنین است که بسیاری از معاملات خود را بر اساس اعتبارشان در بازار انجام می دهند، خدشه بر اعتبار وی که به اعتماد اجرای قرارداد متحمل آن می شود، ضرر بسیار بزرگی است که نمی تواند بدون جبران باقی بماند و ضروری است به شیوه ای

متناسب و ممکن جبران گردد؛ بنابراین، تردیدی دربارهٔ مطالبهٔ خسارت معنوی وجود ندارد.

بسیاری از فقها، در شمول عنوان «ضرر» بر زیان‌های معنوی تردیدی ندارند (ر.ک. موسوی بجنوردی، ۱۳۸۹ق، ۱۷۸؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ۴۹؛ حلی، ۱۴۱۵ق، ۲۰۱). همچنین، منابع معتبر قانونی، از جمله اصل ۱۷۱ قانون اساسی، مواد ۱، ۲، ۸، ۹ و ۱۰ قانون مسئولیت مدنی و نیز قوانین و مقررات پراکندهٔ دیگر، جبران خسارت معنوی را امکان‌پذیر نموده است (حسینی، ۱۳۹۹، ۱۴۷).

حق مطالبهٔ خسارات معنوی ناشی از نقض قرارداد، در مادهٔ اصول قراردادهای اروپا (۹ و ۵۰۱) و مادهٔ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی (۲، ۴ و ۷) نیز پیش‌بینی گردیده است (پارساپور و همکاران، ۱۳۹۴، ۱۱).

۱/۳/۱/۳. قاعدهٔ تسبیب

در تعریف تسبیب گفته شده است که اگر شخصی سبب شود دیگری متحمل خسارتی شود، ضامن آن خسارت خواهد بود (ایروانی، ۱۴۳۲ق، ۱۶۰).

در واقع، در تسبیب، شخص به‌طور مستقیم مباشر تلف مال نیست؛ ولی مقدمات تلف را فراهم می‌کند. به عبارت دیگر، ضرر از آن فعل ناشی شده است (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ۴۴۹)؛ به تعبیر دیگر، باید عمل تسبیبی به گونه‌ای باشد که تحقق علت تلف از آن متوقع باشد (حلی، ۱۴۱۳ق، ۲۲۱-۲۲۲).

پس می‌توان گفت در تسبیب، عمل شخص مستقیماً و مباشرتاً مال دیگری را از بین نمی‌برد؛ بلکه رابطهٔ بین عمل شخص و تلف مال به این صورت است که اگر آن عمل واقع نشود، تلف مال نیز اتفاق نمی‌افتد.

فقها در خصوص ضمان ناشی از تسبیب، متفق القول هستند. صاحب جواهر در این باره می‌گوید: در خصوص ضمان ناشی از قاعدهٔ تسبیب، اختلافی بین فقها وجود ندارد و علاوه بر آن، اخبار متعددی بر وجود ضمان بر اساس چنین قاعده‌ای دلالت می‌کند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۴۶/۲۷).

تسبیب می‌تواند به صورت فعل مثبت یا منفی باشد که اولی با فعل و دومی

با ترک فعل است؛ به طوری که عرف، حصول تلف را مستند به فعل یا ترک فعل خواننده بداند (آهنگری و آقامهدوی، ۱۳۹۴، ۱۴؛ کاتوزیان، ۱۳۷۸، ۲۱۲).

در فرض ترک فعل، ممکن است فرد با نقض قرارداد یا عمل نکردن به تکالیف ناشی از قرارداد، موجب ورود زیان به طرف دیگر قرارداد شود.

در قاعده تسبیب، باید علاوه بر ورود زیان، بین ورود ضرر و فعل زیان‌بار، رابطه سببیت وجود داشته باشد و این رابطه سببیت، رابطه‌ای است که عرف آن را درک کند و نیاز نیست که یک رابطه مستقیم باشد. برخی معتقدند که ملاک تشخیص رابطه سببیت در ماده ۳۳۲ قانون مدنی^۱ نیز «عرف» است (یزدانیان، ۱۳۸۶، ۲۶)؛ پس در واقع، منظور از سبب در اینجا، سبب تام یا علت تامه نیست، بلکه عاملی است که ضرر مستند به رفتار او است و عرف نیز خسارت را به وی نسبت می‌دهد (صفایی، ۱۳۹۲، ۱۹۵؛ میرشکاری، ۱۳۸۹، ۸۸).

در بحث خسارت ناشی از اعتماد، هر سه رکن قاعده تسبیب، یعنی ورود زیان، ارتکاب فعل زیان‌بار و رابطه سببیت بین فعل انجام‌شده و زیان وارده، قابل اثبات است. ضمن اینکه رکن دیگری نیز که خسارت ناشی از اعتماد را می‌توان بدان وابسته کرد، وجود اعتماد مشروع و معقول است؛ زیرا زیان‌دیده در خسارت ناشی از اعتماد، با اتکا و اعتماد به اجرای قرارداد، تغییراتی را در وضعیت خود ایجاد نموده که در صورت اجرای قرارداد، آن اقدامات به‌صرفه بود؛ اما در صورت نقض قرارداد توسط طرف مقابل، آن اقدامات بی‌حاصل و بیهوده مانده و سبب ورود ضرر شده است. درحالی که اگر طرف قرارداد مرتکب عمل زیان‌بار نقض قرارداد نمی‌شد، ضرری هم از این بابت متوجه زیان‌دیده نمی‌گردید. پس بین این دو، یعنی تلف و هدررفت هزینه‌ها و عمل نقض قرارداد، رابطه سببیت برقرار است و بر این اساس، مطالبه جبران خسارت ناشی از اعتماد در حقوق ما میسر می‌نماید. رکن دیگر، «تقصیر» است که امری اختلافی است. در بحث ما می‌توان این سؤال را مطرح نمود که آیا نقض قرارداد توسط طرف مقابل باید ناشی از تقصیر

۱. هرگاه یک نفر سبب تلف مالی را ایجاد کند و دیگری مباشر تلف شدن آن مال بشود، مباشر مسئول است، نه مسبب؛ مگر اینکه سبب اقوی باشد، به نحوی که عرفاً اتلاف مستند به او باشد (ماده ۳۳۲ ق.م).

وی باشد تا حکم به جبران خسارت گردد؟

برخی، علاوه بر وقوع فعل زیان‌بار و ورود ضرر و ارتباط بین این دو، وجود تقصیر را از ارکان مسئولیت دانسته‌اند. از میان فقها، به فقهی برخورد نکرده‌ایم که تقصیر را در سببیت ضروری بداند و به صراحت بر آن تأکید کرده باشد؛ اما برخی از حقوق‌دانان، همچون دکتر امامی و دکتر کاتوزیان، آن را پذیرفته‌اند (امامی، ۱۳۷۱، ۳۹۳/۱؛ کاتوزیان، ۱۳۷۸، ۲۱۶-۲۱۷) و برخی دیگر از حقوق‌دانان بر این عقیده هستند که در قانون مدنی ما چنین مبنایی استفاده نمی‌شود که تقصیر در تسبیب شرط باشد (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۲، ۸۱)؛ بلکه در اتلاف و تسبیب، تقصیر تنها وسیله‌ای برای احراز رابطه سببیت بین فعل شخص و خسارت است (بابایی، ۱۳۸۱، ۶۰).

برخی چنین گفته‌اند که رابطه سببیت در مسئولیت ناشی از اعتماد، با رابطه سببیت در سایر موارد مسئولیت مدنی، یک تفاوت مهم دارد و آن این است که برای احراز رابطه سببیت، باید دو رابطه را بررسی کرد و عدم احراز هر یک، به معنای فقدان رابطه سببیت است. این موضوع را می‌توان ناشی از این امر دانست که زیان‌های اتکایی از باب تسبیب قابلیت مطالبه پیدا می‌کنند؛ لذا باید، اول رابطه بین فعل زیان‌بار و اعتماد معقول و در مرحله دوم، رابطه بین اعتماد ایجادشده و هزینه‌ها و اقدامات صورت گرفته احراز شود (نقوی و طالب‌احمدی، ۱۳۹۸، ۱۰).

بدین ترتیب که اعتماد طرف قرارداد به اجرای قرارداد باید یک اعتماد معقول باشد و صرف اینکه زیان‌دیده اعتماد کرده باشد، کفایت نمی‌کند و این اعتماد باید پایه و اساس قوی داشته باشد. در جایی که قرارداد بین طرفین منعقد شده و طرف قرارداد، به پشتوانه وجود قرارداد و اجرای آن، اقدام به انجام هزینه‌هایی به‌عنوان مقدمات و لوازم عرفی نموده است، می‌توان گفت اعتماد وی کاملاً معقول است؛ اما در جایی که قرارداد هنوز منعقد نشده است، اعتماد به رفتار یا اظهار طرف مقابل باید عقلاً و عرفاً ضروری بوده و این معقول بودن اثبات گردد. باید بین هزینه‌های مربوطه و اعتماد به قرارداد، رابطه معقولی وجود داشته باشد. شاید بتوان وحدت ملاکی بین این قرارداد و بیع فضولی ایجاد کرد؛ آنگونه که صاحب جواهر معتقدند که اگر در بیع فضولی، خریدار نسبت به آنچه بیش

از مقدار متعارف هزینه کرده و پرداخت‌های غیر ضروری انجام داده است، حق رجوع به غار را ندارد؛ زیرا این نوع غرامت‌ها مستند به تقصیر خودش است که از حدود متعارف خارج شده است (نجفی، ۱۳۶۲ق، ۳۰۴).

خسارت ناشی از اعتماد، مصداقی از قاعده تسبیب است؛ به عبارت دیگر، شخص مورد اعتماد با عمل خود (فریب، دروغ، نقض تعهد) سبب ورود زیان به شخص اعتمادکننده شده است.

ماده ۳۳۱ قانون مدنی ایران، به صراحت به مفهوم تسبیب اشاره کرده و بیان داشته است که هرکس سبب تلف مالی شود، ضامن است؛ بنابراین، همان‌طور که گفتیم، طرف قرارداد با نقض قرارداد، موجب تلف هزینه‌های انجام‌شده توسط زیان‌دیده شده است؛ هزینه‌هایی که وی به اعتماد و امید اتکای اجرای قرارداد انجام داده و در نتیجه نقض قرارداد، تلف شده و بی‌مصرف باقی مانده‌اند.

۱/۳/۱/۴. قاعده غرور

یکی دیگر از قواعد فقهی که مفهوم خسارت ناشی از اعتماد را به صراحت در خود گنجانده است، قاعده غرور است. در فقه اسلامی، برای جبران خسارت ناشی از فریب، به این قاعده استناد می‌گردد.

هرگاه از شخصی عملی صادر گردد که باعث فریب خوردن شخص دیگری شود و از این رهگذر، ضرر و زیانی متوجه او گردد، شخص نخست به موجب این قاعده ضامن است و باید از عهده خسارت برآید (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ۱۶۳).

دقت در تعریف بالا نشان می‌دهد که در این تعریف گفته نشده است که هرکس دیگری را گول بزند، بلکه گفته شده است اگر از شخص عملی صادر گردد که آن عمل موجب فریب خوردن دیگری شود. پس بدین ترتیب، لازم نیست که شخص اول قصد نیرنگ و خدعه داشته باشد و حتی ممکن است خودش هم از دیگری فریب خورده باشد، بلکه همین مقدار که از او فعلی صادر شود که دیگری با توجه به آن فریب بخورد، برای صدق غرور کافی است (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ۱۶۲-۱۶۳).

جستارهای
فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

۱۹۴

در حقیقت، وقتی کسی با اعتقاد و اعتماد به گفتار یا کردار دیگری تن به کاری می‌دهد یا در راهی قدم می‌نهد و سپس به اشتباه خود پی می‌برد، آن اعتماد ناشی از اشتباه، عواقب و آثار و نتایجی به بار می‌آورد. قاعده غرور به چنین کسی حق و اجازه رجوع و مطالبه ضرر و زیان می‌دهد (محمدی، ۱۳۹۹، ۸۹-۹۰).

قاعده غرور در فقه و حقوق ایران دارای مصادیق متنوعی است که ضمن اشاره به برخی از این مصادیق و بررسی رابطه مشابهت آن‌ها با خسارت ناشی از اعتماد، با مقایسه وجوه اشتراک و ارکان اساسی این دو نهاد حقوقی، ریشه‌های مفهوم خسارت ناشی از اعتماد را در قاعده غرور جست‌وجو و می‌کنیم.

الف) بیع فضولی

چنانچه مشتری از شخص فضول چیزی را خریداری کند و فضول به مشتری نگوید که مال متعلق به دیگری است و مشتری بر اساس قاعده ید که هر کس مالی را در اختیار دارد، متعلق به او است، اعتماد کند و بعد مشخص شود که مال متعلق به دیگری بوده و مالک اصلی مال را از مشتری بگیرد و تقاضای پرداخت خسارت از مشتری نماید، در این صورت، طبق نظر برخی فقها، از جمله شیخ انصاری، مشتری جاهل که از اعتماد او سوء استفاده شده است، می‌تواند به فضول رجوع نموده و تمام خساراتی را مطالبه نماید که متحمل شده است. در صورتی که اگر مشتری جاهل نبوده و بحث اعتماد در میان نباشد، مشتری تنها حق دریافت ثمن را دارد و حقی برای مطالبه خسارت ندارد (ر.ک. محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ۱۷۲).

مبانی خسارت
ناشی از اعتماد در
فقه و حقوق ایران

۱۹۵

ب) تدلیس در ازدواج

اگر زوج یا زوجه تدلیس کند، طرف مقابل ضمن فسخ عقد نکاح، حق مطالبه تمام خسارات خود را از مدلس دارد (بحرانی، ۱۳۶۳، ۳۷۸/۲۴؛ مکارم شیرازی، ۱۳۹۲، ۲۹۳/۳). این موضوع در مورد تدلیس در سایر قراردادها، از جمله بیع، نیز صادق است (محقق قمی، ۱۳۷۵، ۱۷۱/۲) که می‌تواند با عنوان Misrepresentation در کامن‌لا نزدیک دانسته شود و یکی از مصادیق خسارت ناشی از اعتماد در

کامن لا است (Mckendrick, Even, 2018). در حقوق انگلیس، در فرضی که قرارداد به علت تدلیس باطل باشد نیز بهترین شیوه جبران، پرداخت خسارت ناشی از اعتماد دانسته شده است (Taylor, 1982, p. 141).

ج) وکالت

هرگاه، فرضاً، مادری با ادعای اینکه از سوی پسرش وکالت دارد، دختری را برای او تزویج کند و پس از آن معلوم شود که دروغ گفته و وکالت نداشت و پسر عقد را قبول نکند، در اینجا فقها گفته‌اند که عقد باطل است و شهید اول در اینجا مادر را ضامن پرداخت نصف مهریه دانسته است (عاملی، بی تا، ۱۷۷). شهید ثانی قاعده غرور را به عنوان یکی از مستندات این فتوا دانسته است (عاملی جزینی، ۱۴۰۳، ۱۵۱). به نظر می‌رسد اعتماد دختر به ظاهر گفتار و رفتار مادر و نقض این اعتماد موجب ورود ضرر و زیان معنوی برای دختر گردیده و عقد تنفیذ و کامل نشده است؛ اما مادر ملزم به جبران خسارت شده است.

این همان مفهومی است که فولر در توضیح خسارت اتکایی مطرح کرده است؛ زمانی که خواهان با اتکا و اعتماد به گفتار و رفتار و تعهد خواننده، تغییری در وضعیت خویش ایجاد می‌کند و با نقض آن تعهد توسط خواننده، متحمل ضرر مادی یا معنوی می‌شود یا با اطلاعات نادرست و ادعاهای کذب طرف مقابل، قراردادی را منعقد می‌کند و آن قرارداد مورد نقض قرار می‌گیرد که در هر حالت، حق مطالبه خسارت ناشی از اعتماد را دارد (Fuller, 1936, pp. 52-66; Vonbar et al., 2009, p. 942). از مجموع مثال‌های فوق، آنچه استنباط می‌شود این است که فقهای امامیه برای تحقق قاعده غرور و ترتب مسئولیت بر غار، چهار رکن اصلی را مدنظر داشته‌اند که این ارکان با ارکان خسارت ناشی از اعتماد مقایسه می‌شود تا مبانی این مفهوم در قاعده غرور مشخص شود.

الف) وجود غرور: این رکن به معنای صدور فعل یا ترک فعل از جانب فریب‌دهنده است که منجر به اغوا یا اعتماد طرف مقابل شده است. این امر می‌تواند به صورت فعل ایجابی یا ترک فعل باشد؛ در جایی که شخص وظیفه

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

۱۹۶

اطلاع‌رسانی یا رفع اشتباه از دیگری را داشته و سکوت کرده است و این سکوت منجر به ورود زیان شده است.

ب) وقوع ضرر برای مغرور: باید در نتیجه این فریب، زیان مادی یا معنوی بر فریب‌خورده وارد شده باشد.

ج) انتساب ضرر به غرور: بین فریب و ضرر وارده باید رابطه علیت برقرار باشد؛ یعنی ضرر باید ناشی از عمل یا ترک فعل غار باشد، نه عوامل دیگر. انتساب ضرر به فریب نیز معمولاً با ملاک‌های عرفی سنجیده می‌شود.

د) جهل مغرور و اتکای او به غرور و فعل غار: فریب‌خورده باید در انجام عمل خود، از روی اتکا و اعتماد به فعل و قول غار اقدام کرده باشد. در توضیح خسارت ناشی از اعتماد دیدیم که هر چهار رکن در آن وجود دارد و با اثبات این ارکان در مطالبه خسارت اتکایی، می‌توان بر اساس قاعده غرور نیز حکم به پرداخت خسارت‌های اتکایی کرد.

۱/۳/۱/۵. جهل مغرور

لازم به ذکر است که نقش اعتماد و اتکا و در واقع، «جهل مغرور» به حقیقت و اتکای او به فعل و قول غار، رکن اساسی و محوری است؛ زیرا بدون این جهل، اعتمادی صورت نمی‌گیرد و این وجه اساسی در خسارت اتکایی و قاعده غرور است؛ اما در قاعده تسبیب، لزوماً نیازی به جهل مسبب و اتکای او به فعل و قول مسبب نیست. ممکن است فردی به سبب بی‌احتیاطی دیگری دچار ضرر و زیان شود، بدون آنکه عنصر فریب و اعتماد در میان باشد؛ بنابراین، جهل زیان‌دیده در اینجا شرط است؛ چون در غیر این صورت، اتکا و اعتماد معنا نمی‌دهد.

۱/۳/۱/۶. جهل غار

عده‌ای از فقها، علم غار را شرط مسئولیت او دانسته‌اند، به نحوی که اگر از حقیقت موضوع بی‌خبر باشد، عنوان غار بر او صحیح نیست (مکارم شیرازی، ۱۳۸۲ق، ۲/۲۹۴)؛ اما قول مشهور فقها چنین شخصی را در برابر ظاهر عملش که موجب فریب

دیگری شده است، مسئول دانسته‌اند؛ زیرا در هر صورت، عمل به او منتسب است و غرور را از افعالی نشمرده‌اند که نیازمند قصد باشند و همین که رابطه سببیت بین فعل غار و فریب مغرور و ایجاد زیان تحقق یابد، دلیل بر مسئولیت خواهد بود (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ۴۴۱/۲؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۲۴ق، ۲۷۸/۱؛ محقق داماد، ۱۳۸۲، ۷۱؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۸ق، ۲)؛ بنابراین، قصد فریب و خدعه داشتن لازم نیست، بلکه ممکن است آن شخص اول، خودش هم از دیگری گول خورده باشد. همین مقدار که فعلی از او صادر گردد که دیگری با توجه به آن فریب بخورد، برای صدق عنوان غرور کافی است (لطفی، ۱۳۷۹، ۶۰)؛ پس غرور برای آنکه موجب ضمان شود، نیاز به تقصیر ندارد و صرف ایجاد اوضاع و احوال اعتمادساز کافی است (طهماسبی و شیرازی، ۱۳۹۸، ۲۵۷) و همین استناد، نزدیکی این قاعده به خسارت ناشی از اعتماد را قوی‌تر می‌کند. قانون مدنی هم در مواد ۲۳۶، ۳۰۵ و ۳۲۵، به تبعیت از قول مشهور فقهای امامیه، نظر فوق را پذیرفته است و از علم یا جهل فریب‌دهنده سخنی به میان نیاورده است؛ بنابراین، در قاعده غرور نیز فریب و اغفال عنصر اساسی نیست، بلکه آنچه در مثال‌های فوق نیز مشهود است، عنصر تکیه و اعتماد معقول است و این وجه، اساسی‌ترین وجه مشترک این قاعده با خسارت ناشی از اعتماد است. اگر بخواهیم ارکان خسارت اتکایی را در قاعده غرور بررسی کنیم، این ارکان عبارتند از اتکا و اعتماد معقول، ضرر ناشی از اتکا و رابطه سببیت بین اتکا و اعتماد و ضرر. این ارکان که اساس خسارت اتکایی را تشکیل می‌دهند، به‌وضوح در قاعده غرور قابل مشاهده بوده و هر دو نهاد حقوقی، از منطق اعاده وضع زیان‌دیده به حالت قبل از وقوع فعل زیان‌بار، تبعیت می‌کنند. اکنون دو قاعده فقهی دیگر را بررسی می‌کنیم که می‌توانند بر خسارت ناشی از اعتماد در بستر این قواعد فقهی، یعنی لاضرر، تسبیب و غرور، اثر بگذارند.

۱/۳/۱/۷. قاعده اقدام

قاعده اقدام به معنای رضایت یا تن دادن آگاهانه شخص به ضرر است؛ یعنی فرد با علم و اراده، خود را در معرض زیان قرار داده یا حقی را ساقط می‌کند.

اقدام انسان در جهت ضرر خود، مسقط ضمان است (محمدی، ۱۳۹۹، ۲۳۵). در نتیجه، فرد زیان‌دیده حق مطالبه خسارت ندارد.

اقدام، استثنایی بر قاعده کلی لاضرر است. اگر کسی خود اقدام به تحمل ضرر کند، نمی‌تواند بعداً به قاعده لاضرر استناد کرده و مطالبه جبران خسارت کند. «الاقدام مسقط الضمان»؛ یعنی اقدام انسان در جهت ضرر خود، مسقط ضمان است (محمدی، ۱۳۹۹، ۲۳۵). همچنین اقدام زیان‌دیده می‌تواند مسئولیت مسبب را زایل کند. اگر عمل زیان‌دیده (اقدام)، عامل قوی‌تر و نهایی در ایجاد ضرر باشد، دیگر مسبب (عامل غیرمستقیم) ضامن نخواهد بود؛ زیرا در مواردی که خود شخص اقدام به ضرر خویش کند، دو رکن از ارکان مسئولیت، یعنی وجود ضرر و فعل زیان‌بار، تحقق یافته است؛ اما رکن دیگر، یعنی رابطه سببیت منتفی است؛ زیرا نمی‌توان ضرر را به عامل زیان نسبت داد (ولی‌زاده، ۱۳۹۸، ۳۴۵).

از طرف دیگر قاعده اقدام در برابر غرور قرار می‌گیرد. اگر زیان‌دیده با آگاهی از خطر یا وضعیت اقدام کرده باشد، دیگر نمی‌تواند ادعا کند که فریب خورده یا مغرور شده است. این موضوع در لسان فقها با مثال‌های مختلفی ذکر شده است (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۵، ۳۵).

مبانی خسارت
ناشی از اعتماد در
فقه و حقوق ایران

۱۹۹

۱/۳/۱/۸. قاعده احسان

در فقه و حقوق، به عملی که برای کمک به دیگری و به قصد تبرع انجام شود، احسان گویند (انصاری و طاهری، ۱۳۵۱، ۱۱۶/۱). قاعده احسان بیان می‌دارد که هرکس عملی را به قصد نیکی و احسان انجام دهد، اگر در جریان آن عمل خسارتی وارد آید، ضامن نیست: «ما علی المحسنین من سبیل».

بنابراین احسان، نوعی معافیت از ضمان ناشی از قاعده لاضرر ایجاد می‌کند. اگر عمل احسان‌آمیز ناخواسته منجر به ضرر شود، شخص محسن ضامن جبران آن زیان نیست. در صورت تعارض این قاعده با قاعده لاضرر، قاعده احسان مقدم بر لاضرر است. در نتیجه، لاضرر جاری نیست و شخص محسن ضامن نخواهد بود (محقق، ۱۴۰۰، ۱۷۸).

همچنین احسان، ضمان ناشی از تسبیب را نیز برطرف می‌کند. اگر نیکی‌کننده برای انجام کار خیر، ناچار به عملی شود که منجر به تسبیب خسارت گردد - مانند تخریب در جهت نجات - ضمان از او ساقط می‌شود؛ مثلاً اگر سیل سنگی را به راه مردم بیاورد، مسلمانی سنگ را برای مصلحت عابرین راه، به کنار جاده بگذارد و کسی در اثر برخورد با این سنگ آسیب ببیند، او ضامن نیست؛ زیرا محسن است (اسکندریان و شکاری، ۱۳۲۳، ۲۱).

از طرف دیگر احسان ارتباط مستقیم کمتری با غرور (فریب) دارد؛ اما اگر فعل محسن برای طرف مقابل ایجاد اعتماد کند و آن اعتماد ناخواسته منجر به خسارت شود، به دلیل نیت خیر و احسان، ممکن است مسئولیت او در قبال خسارت ناشی از اعتماد کاهش یابد.

۱/۳/۱/۸/۱. تاثیر قواعد فوق در خسارت ناشی از اعتماد

خسارت ناشی از اعتماد^۱ معمولاً یا در مرحله پیش‌قراردادی یا در نتیجه عدم صداقت در مذاکرات یا عدم انجام تعهد ایجاد می‌شود؛ یعنی فرد بر پایه وعده، رفتار یا قرارداد دیگری، هزینه‌ای را متحمل شده یا فرصتی را از دست داده است. اساس مسئولیت در خسارت ناشی از اعتماد، غالباً قاعده غرور است. طرفی که دیگری را فریب داده و باعث اعتماد و زیان او شده (غار)، ضامن خسارت ناشی از این فریب خواهد بود.

شخص مغرور باید نسبت به واقعیت غرورآمیز جاهل باشد؛ در غیر این صورت، بر مبنای قاعده اقدام، خودش ضامن خسارات وارده است (نجفیان، ۱۳۹۷، ۱۵). اگر شخص زیان‌دیده، نسبت به ابعاد و شرایط موجود آگاهی داشته و با این وجود اقدام به اعتماد نامعقول کرده باشد، حسب مورد، تمام یا بخشی از خسارات بر اساس قاعده اقدام بر عهده خود او قرار می‌گیرد و مسئولیت طرف مقابل زایل یا تعدیل می‌شود.

جستارهای
فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

۲۰۰

1. Reliance Damages.

در طرف دیگر از مهم‌ترین قواعد فقهی که در جهت اسقاط ضمان، بسیار مورد توجه فقها بود، قاعده احسان است (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ۴؛ کاشف‌الغطا، ۱۴۲۲ق، ۱۲۳). قاعده احسان می‌تواند در مواردی که شخص بدون قصد فریب و صرفاً به نیت کمک یا نیکی، اظهار یا رفتاری کرده که منجر به اعتماد و در نتیجه ضرر دیگری شده است، مسئولیت او را تخفیف دهد یا حتی کاملاً ساقط کند. در واقع، احسان می‌تواند توجیه‌کننده عدم مسئولیت در برابر خسارت ناشی از اعتماد باشد.

۱/۳/۲. مبانی خسارت اتکایی در نظام حقوقی ایران

در حقوق ایران، قواعد عمومی مسئولیت مدنی می‌تواند در مطرح نمودن مطالبه خسارت ناشی از اعتماد مورد استفاده قرار گیرد؛ براساس این قانون، هرگاه کسی به دیگری بدون دلیل قانونی ضرر برساند، مکلف به جبران خسارت است. در مواد ۳۸۴ و ۳۸۵ قانون مدنی ایران، موضوع ضمان بایع بیان شده و در ادامه، ماده ۳۸۶ این‌طور آمده است که اگر در مورد دو ماده قبل معامله فسخ شود، بایع باید علاوه بر ثمن، مخارج معامله و مصارف متعارفی را بپردازد که مشتری نموده است. با تمسک به مفاد ماده ۳۸۶ قانون مدنی و قواعد عمومی مسئولیت، می‌توان خسارت اتکایی را قابل مطالبه دانست. به موجب ماده مذکور، آنگاه که در مقدار مبیع، نسبت به آنچه مورد توافق واقع شده است، تغایر وجود داشته باشد، در صورت فسخ قرارداد، بایع می‌بایست علاوه بر ثمن، مخارج معامله و مصارف متعارفی را که مشتری متحمل شده است، به او پرداخت نماید.

در خصوص ماده مذکور باید توجه داشت، اولاً هرچند ناظر به تفاوت مقدار در مبیع است؛ اما نباید آن را محدود به عقد بیع و مبیع دانست، بلکه باید آن را به عنوان یک قاعده در نظر گرفت؛ زیرا بایع نه تنها ملزم و متعهد به استرداد ثمن معامله است، باید هزینه‌هایی را که مشتری به سبب قرارداد متحمل شده است، به او پرداخت نماید؛ بنابراین، پس از فسخ قرارداد، متعهد مکلف است آنچه را که متعهدله با اتکا و اعتماد به قرارداد متقبل شده است، جبران کند (امینی و پیری، ۱۴۰۰، ۱۵۰-۱۵۱).

مبانی خسارت
ناشی از اعتماد در
فقه و حقوق ایران
۲۰۱

مواد ۲۶۳، ۳۹۰ و ۳۹۱ قانون مدنی و قید عبارت «غرامات» در مواد مذکور را نیز می‌توان به‌عنوان خسارت ناشی از اعتماد تلقی کرد. آرای وحدت رویه به شماره ۸۱۱ مورخ ۱/۴/۱۴۰۰ و شماره ۷۳۳ مورخ ۱۵/۷/۱۳۹۳ دیوان عالی کشور نیز اطلاق کلمه «غرامات» در ماده ۳۹۱ قانون مدنی را بیانگر جبران کلیه خسارات وارده به خریدار دانسته است که از جمله این خسارات، مطالبه مازاد بر ثمن و برگرداندن قدرت خرید به نرخ روز برای مشتری، به‌عنوان خسارت و غرامت است. به نظر می‌رسد با توجه به عبارت «از جمله کاهش ارزش ثمن» در رأی وحدت رویه شماره ۸۱۱، خریدار جاهل می‌تواند علاوه بر مابه‌التفاوت ارزش ثمن، سایر خسارات وارده را نیز مطالبه کند.

ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی، اگرچه مفهوم خسارت اتکایی را تعریف نمی‌کند؛ اما با اشاره به شرایط اثبات خسارت و اهمیت رابطه سببیت، به قاضی کمک می‌کند تا در دعاوی، بحث خسارت ناشی از اعتماد را لحاظ کند و حق متضرر را احقاق کند؛ اما برای اثبات خسارت اتکایی و جلوگیری از ابهام و تفاسیر مختلف، علاوه بر این ماده، نیاز به صراحت بیشتری در قانون وجود دارد، مگر اینکه رویه قضایی در این زمینه به قدری قوی باشد که این نیاز را حمایت و جبران کند.

جستارهای
فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

۲۰۲

از مطالبی که گفته شد، ممکن است این گونه تصور شود که اصول کلی حقوقی موجود برای جبران خسارت ناشی از اعتماد کافی است؛ اما باید اذعان کرد با توجه به اینکه حقوق ایران به‌طور مشخص به موضوع خسارت ناشی از اعتماد پرداخته است، تدوین ماده قانونی مشخص در قانون مدنی یا قانون تجارت ضروری به نظر می‌رسد؛ ماده‌ای که ضمن تعریف دقیقی از خسارت ناشی از اعتماد، شرایط و مبنای مسئولیت ناشی از آن را تعیین کند و ابهام‌ها را کاهش دهد. موضوع دیگر، توسعه دکترین حقوقی و تبیین این مفهوم توسط حقوقدانان است که با نگارش مقالات، به تبیین مفهوم خسارت ناشی از اعتماد در پرتو اصول کلی فقهی و حقوقی ایران پردازند.

بدیهی است در هنگام تدوین قوانین یا تفسیر مقررات موجود، می‌توان به

بررسی تطبیقی این مفهوم در نظام‌های حقوقی دیگر و همچنین رویه قضایی سایر کشورها در این زمینه توجه کرد و راهکارهایی را برای انطباق آن با نظام حقوقی ایران ارائه داد.

نتیجه‌گیری

با توجه به بررسی‌های صورت گرفته، روشن گردید که مفهوم «خسارت ناشی از اعتماد» گرچه به صورت مستقل و به صراحت و تحت همین عنوان، در ادبیات فقهی و حقوقی ایران مطرح نشده است؛ اما قابلیت استنباط و توسعه از طریق قواعد فقهی همچون لاضرر، غرر و تسبیب را دارد. این قواعد می‌توانند نقش اساسی در توجیه مسئولیت مدنی برای جبران هزینه‌ها و زیان‌هایی را ایفا کنند که متعهدله به اعتماد در انعقاد یا اجرای قرارداد متحمل شده است.

از منظر حقوق موضوعه نیز، با وجود پراکندگی مواد قانونی، امکان پذیرش این نوع خسارت از طریق تفسیر موسع از مفاد مواد ۲۶۳، ۳۸۴، ۳۹۰ و ۳۹۱ قانون مدنی و همچنین ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی وجود دارد. با این حال، خلأ صریح قانونی در این حوزه همچنان احساس می‌شود و نیاز به بازنگری در قوانین یا تصویب مقررات حمایتی ویژه برای شناسایی خسارت‌های اعتمادمحور وجود دارد.

در نهایت، به رسمیت شناختن خسارت ناشی از اعتماد، موجب تقویت عمومی قراردادهای افزایش اطمینان در معاملات و جلوگیری از سوء استفاده و رفتارهای زیان‌بار طرف‌های قرارداد خواهد شد.

بررسی نمونه‌های قضایی نشان می‌دهد که برخی دادگاه‌های ایران نیز با استناد به قواعدی نظیر لاضرر، غرر و تسبیب، در موارد خاص از خسارت‌های ناشی از اعتماد حمایت کرده‌اند؛ هرچند این رویکرد هنوز به صورت نهادینه و منسجم در رویه قضایی تثبیت نشده است؛ اما می‌تواند مقدمه‌ای برای به رسمیت شناختن و توسعه تدریجی این مفهوم در حقوق ایران باشد.

منابع فارسی و عربی

قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران

قانون آیین دادرسی مدنی

ابن اثیر، مجدالدین مبارک بن محمد. (۱۴۱۸ق). *النهاية في غريب الحديث*. بيروت: دارالكتب العلمية.

اسکندریان، حسن و روشنعلی شکاری. (۱۳۹۳). *قواعد فقه، بخش مدنی*. تهران: نشر میزان.

انصاری، شیخ مرتضی. (۱۴۱۹ق). *فرائد الاصول*. قم: مجمع الفکر الاسلامی.

ایروانی، باقر. (۱۴۳۲ق). *دروس تمهیدیه فی القواعد الفقهیه*. قم: دارالفقه للطباعة والنشر.

بحرانی، یوسف. (۱۳۶۳). *حدائق الناظرة في احكام العترة الطاهرة*. قم: مؤسسه نشر اسلامی.

حسینی مراغی، میرعبدالفتاح. (۱۴۱۷ق). *العناوين*. قم: مؤسسه نشر اسلامی.

حلی، حسین بن علی. (۱۴۱۵ق). *بحوث الفقهیه*. بی جا: مؤسسه المناره.

حلی، محمد بن حسن بن یوسف (علامه حلی). (۱۳۸۷ق). *ایضاح الفوائد في شرح مشکلات القواعد*. نشر مؤسسه اسماعیلیان.

راغب اصفهانی، حسین بن محمد. (۱۴۱۶ق). *المفردات في غريب القرآن*. بیروت.

رنجبر، مسعودرضا. (۱۳۹۵). *اصول حاکم بر تعیین خسارت ناشی از نقض قرارداد*. نشر میزان.

شهیدی، مهدی. (۱۳۸۶). *آثار قراردادها و تعهدات*. چاپ سوم. تهران: انتشارات مجد.

صفایی، سیدحسین و رحیمی، حبیب الله. (۱۳۹۲). *مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)*. چاپ پنجم. تهران: انتشارات سمت.

صفایی، سیدحسین. (۱۳۹۸ش). *قواعد عمومی قراردادها*. چاپ سی و یکم. تهران: انتشارات میزان.

عاملی جزینی، زین الدین (شهید ثانی). (۱۴۰۳ق). *الروضة البهية في شرح اللمعة*. بیروت: دار إحياء التراث العربی.

عاملی، محمد بن مکی (شهید اول). (بی تا). *اللمعة الدمشقية*. بیروت: بی نا.

حلی، محمد بن حسن بن یوسف (علامه حلی). (۱۴۱۳ق). *قواعد الاحکام*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

فاضل تونی. (۱۴۱۲ق). *الوافیه فی اصول الفقه*. قم: مجمع الفکر الاسلامی.

فیومی، احمد بن محمد. (۱۴۱۴ق). *المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير*. بیروت: مؤسسه دارالهجره.

جستارهای
فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

۲۰۴

- فیومی، احمد بن محمد. (۱۴۰۵ق). مصباح المنیر. قم: دارالهجره.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۴). الزامات خارج از قرارداد (ضمان قهری). تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۸). الزامات خارج از قرارداد (ضمان قهری). تهران: مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۰). قواعد عمومی قراردادها. چاپ سوم. تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۷). قواعد عمومی قراردادها. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کرکی، نورالدین علی بن حسین. (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد. قم: مؤسسه آل البيت علیه السلام.
- کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۳۷۶). الفروع من الکافی. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- محقق داماد، سید مصطفی. (۱۴۰۶ق). قواعد فقه. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- محمدری خراسانی، علی. (۱۳۷۳). شرح رسائل. قم: دار الفکر.
- محمدری، ابوالحسن. (۱۳۹۹). قواعد فقه. چاپ شانزدهم. تهران: انتشارات میزان.
- مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۹۲). استفتائات جدید. قم: نشر قدس.
- مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۱۱ق). القواعد الفقهیه. قم: مدرسه الامام امیرالمؤمنین علیه السلام.
- موسوی بجنوردی، سید محمدحسن. (۱۳۸۷). قواعد فقهیه. تهران: انتشارات مجد.
- موسوی بجنوردی، سید محمدحسن. (۱۴۲۴ق). القواعد الفقهیه. قم: نشر دلیل ما.
- نجفی، محمدحسن. (۱۳۶۲). جواهر الکلام. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- نراقی، ملا احمد. (۱۴۱۸ق). مستند الشیعه. قم: مؤسسه آل البيت علیه السلام.
- یزدانیان، علیرضا. (۱۳۸۶). حقوق مدنی، قواعد عمومی مسئولیت مدنی. تهران: نشر میزان.
- یزدی، سید محمد کاظم. (۱۴۲۸ق). العروة الوثقی مع التعليقات. قم: مدرسه علی بن ابی طالب علیه السلام.
- امینی، منصور و پیری، جواد. (۱۴۰۰). ضابطه ارزیابی خسارات ناشی از نقض تعهد قراردادی در نظام های حقوقی و اسناد بین المللی. مجله حقوقی دادگستری. ۸۵ (۱۱۴)، ۱۳۵-۱۵۸.
- آقامهدوی، اصغر. (۱۳۹۴). نگاهی دیگر به قاعده لاضرر. دوفصلنامه علمی. تخصصی

پژوهشنامه فقه اجتماعی. سال سوم، شماره ۲، ۱۲۳-۱۴۹.

آهنگری، احسان و اصغر آقامهدوی. (۱۳۹۴). بررسی تطبیقی وجوه افتراق و اشتراك معین و سبب در دو قاعده حرمت اعانه بر اسم و تسبیب. *مجله مطالعات اسلامی - فقه و اصول*. سال چهل و هفتم، شماره ۱۰۳، ۹-۳۰.

بابایی، ایرج. (۱۳۸۱). جایگاه تفکیک اتلاف و تسبیب در حقوق و مسئولیت مدنی. *فصلنامه تحقیقات حقوقی*. شماره ۷۶، ۸۳-۱۰۸.

پارساپور، محمدباقر، حسینی، میلاد و شاهی، احمد. (۱۳۹۴). قابلیت جمع شیوه‌های جبران خسارت قراردادی در حقوق اسلام و ایران در مقایسه با اسناد بین‌المللی. *فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب*. ۲(۱)، ۱-۲۸.

حسینی، مینا. (۱۳۹۹). انواع خسارت‌های نقض تعهدات قراردادی و شرایط مطالبه آن‌ها در نظام حقوقی آلمان با مروری بر رویکرد حقوق ایران. *دوفصلنامه حقوق قراردادها و فناوری‌های نوین*. ۱(۱)، ۱۳۵-۱۶۵.

طباطبایی، محمدصادق و سرمدی، پگاه. (۱۳۹۳). قابلیت جبران ضرر از بین رفتن دارایی براساس فقه امامیه. *مجله مطالعات حقوقی شیراز*. ۶(۳)، ۸۹-۱۱۳.

طهماسبی، علی و شیرازی، علی. (۱۳۹۸). قابلیت مطالبه خسارت ناشی از کاهش ارزش ثمن در صورت فسخ قرارداد. *دوفصلنامه علمی پژوهشنامه حقوق اسلامی*. سال بیستم، شماره ۱، ۲۴۷-۲۷۰.

عبدی پورفرد، ابراهیم و پرهیزکار، عبدالرضا. (۱۳۹۴). بررسی تطبیقی مبانی التزام به عقد با تأکید بر نظریه اعتماد. *فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب*. سال دوم، شماره ۴، ۶۷-۹۲.

فلاح، زکيه. (۱۴۰۲). بررسی فقهی و حقوقی نقش غرور در مسئولیت مدنی. *مجله مطالعات علوم سیاسی، حقوق و فقه*. ۹(۳)، ۴۲۰-۴۲۸.

لطفی، اسدالله. (۱۳۷۹). قاعده غرور. *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*. ۴۷(۷۷۷)، ۶۰-۹۰.

محقق، اسحاق. (۱۴۰۰). بررسی قاعده احسان و نسبت آن با قاعده لاضرر. *دوفصلنامه مطالعات اصول فقه امامیه*. سال هشتم، شماره ۱۵، ۱۵۹-۱۸۰.

مصباح، عبدالرئوف. (۱۴۰۱). بررسی تطبیقی قاعده لاضرر در اندیشه شیخ انصاری و آخوند خراسانی. *دوفصلنامه یافته‌های فقهی - معارفی*. سال دوم، شماره ۳، ۵۷-۸۰.

موسوی بجنوردی، سیدمحمدحسن. (۱۳۷۵). قاعده اقدام. *دیدگاه‌های حقوقی*. شماره ۲، ۲۳-۴۲.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

۲۰۶

میرشکاری، عباس. (۱۳۸۹). بررسی مفهوم و مصداقی سبب و شرط در حقوق مدنی. *مجله کانون*. شماره ۱۱۳، ۷۸-۱۰۰.

نجفیان، مجید. (۱۳۹۷). بررسی مسئولیت مدنی ناشی از اضطرار، اکراه، فریب و غرور در فقه امامیه و حقوق ایران. *کنفرانس ملی اندیشه‌های نوین و خلاق در مدیریت، حسابداری، مطالعات حقوقی و اجتماعی*، SID.

نعمت‌اللهی، اسماعیل و رضایی، روح‌الله. (۱۴۰۰). تبیین جایگاه منفعت اعتماد در حقوق غربی و شناسایی مصداق آن در فقه. *مجله دانش حقوق مدنی*. سال دهم، ۷۹-۹۲.

نعمت‌اللهی، اسماعیل. (۱۳۹۵). بررسی خسارت انتظار ناشی از نقض قرارداد در کامن‌لا و حقوق ایران. *فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب*. سال سوم، شماره ۳، ۱۳۱-۱۵۶.

نعمت‌اللهی، اسماعیل. (۱۳۹۷). منافع سه گانه در خسارت‌های قراردادی. *مجله پژوهش‌های حقوق تطبیقی*. ۲۲(۳)، ۱۶۳-۱۸۹.

نعمت‌اللهی، اسماعیل. (۱۴۰۰). مطالعه تطبیقی هدف از پرداخت خسارت ناشی از نقض قرارداد. *مجله مطالعات حقوق تطبیقی*. ۱۲(۱)، ۳۶۹-۳۹۶.

نعمت‌اللهی، اسماعیل. (۱۴۰۱). اهداف و مبانی جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد با تأکید بر آرای قضایی. *مجله حقوق خصوصی*، سال نوزدهم، شماره ۲، ۴۰۱-۴۱۴.

نقوی، امیرحسین و طالب‌احمدی، حسین. (۱۳۹۸). مسئولیت مدنی ناشی از اعتماد در فرض بطلان قرارداد. *نشریه علمی دانش حقوق مدنی*، سال هشتم، شماره ۲، ۱۴۱-۱۵۵.

نقیبی، ابوالقاسم. (۱۳۹۰). قاعده لاضرر و جبران خسارت معنوی در خانواده. *پژوهشنامه فقه و حقوق اسلامی*. سال چهارم، شماره ۷، ۹-۲۳.

منابع انگلیسی

Collins, David. (2009). "Efficient Breach, Reliance and Contract Remedies at the WTO." *Journal of World Trade*, 43(2), pp. 225-224.

England and Wales High Court. (2008). *Parker & Anor v SJ Berwin Co & Anor*, EWHC 3017 (QB), delivered 17 December 2008, accessed 15 March 2025.

Farnsworth, E. Allan. (1990). *Contracts*, 2nd ed. Boston.

Fuller, L. L., & Perdue, W. R. (1936). "The Reliance Interest in Contract Damages: 1." *The Yale Law Journal*, 46(1), pp. 52-96.

Leitzel, Jim. (1989). "Reliance and Contract Breach." Available at: *Scholarship Law*.

Pearce, David & Roger Halson. (2008). "Damages for Breach of Contract: Compensation,

جستارهای
فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳

۱۴۰۵

۲۰۷

Restitution and Vindication.” Oxford Journal of Legal Studies, 28(1), p. 73.

Rogerson, William P. (1984). “Efficient Reliance and Damage Measures for Breach of Contract.” RAND Journal of Economics, 15(1), pp. 35–39, Spring.

Slawson, W. David. (1990). “Role of Reliance in Contract Damages.” Cornell Law Review, 76, p. 197. Available at: Cornell Law School.

Taylor, R. D. (1982). “Expectation, Reliance and Misrepresentation.” Available at: DOI: 10.1111/j.1468-2230.1982.tb02474.x.

Von Bar, Christian, Eric Clive & Hans Schulte-Nölke. (2009). Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR).

W.David Slawson, Role Of Reliance in contract Dameages, 76 cornel .L. Rev.197.1990. Availble t: <https://scholarship.Law.cornell.edu/clr/vol76/iss1/3>

William. P.Rogerson,1984.” Efficient Reliance and Damege Measures for Breach of contract” RAND Journal of ECONOMICS, The RAND Corporation, vol. 15(1),Pages 39-35, spring .

Von Bar, Ch., Eric Clive, & Schulte-Nölke, H. (2009), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law; Draft Common Frame of Reference (DCFR).

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳

۱۴۰۵

۲۰۸



فصليةٌ بحوثٌ فقهيةٌ وأصوليةٌ المحكمةُ
السنة الثاني عشر، الرقم المسلسل الثالث والأربعين: صيف ١٤٠٥ شمسي-١٤٤٨ قمری
ISSN: 2476-7565 ; EISSN:2538-3361

مكتب الإعلام الإسلامي حوزة قم العلمية، فرع خراسان رضوي
(مركز الآخوند الخراساني ﷺ للدراسات العليا)

المدير المسؤول: مجتبی إلهي الخراساني
رئيس التحرير: حسين ناصري مقدم
المدير التنفيذي: السيد مصطفی إختراعي الطوسي

أعضاء هيئة التحرير (بالترتيب الهجاءية):

مجتبی إلهي الخراساني (أستاذ البحث الخارج في حوزة مشهد العلمية ورئيس قسم تطوير العلوم الإسلامية وتمكينها في مكتب الإعلام الإسلامي)
سعيد جازاري معموي (عضو الهيئة العلمية بجامعة سوربون الفرنسية، ورئيس جامعة أهل البيت ﷺ)
شيخ خالد غفوري الحسني (أستاذ السطوح العالية في حوزة قم العلمية)
السيد علي عباس الموسوي (أستاذ السطوح العالية في الحوزة والجامعة. رئيس تحرير مجلة « المنهاج » العلمية - رئيس جمعية المعارف الإسلامية الثقافية في لبنان)
أبوالقاسم عليدوست الأبرقوئي (أستاذ البحث الخارج وأستاذ بمعهد الثقافة والفكر الإسلامي)
أحمد مبليغي (أستاذ البحث الخارج والأستاذ المشارك بجامعة المذاهب الإسلامية)
مهدي مهريزي الطرقي (أستاذ المشارك بجامعة آزاد الإسلامية)
حسين ناصري مقدم (أستاذ في جامعة الفردوسي بمشهد المقدسة)

إستناداً إلى ترخيص رقم ٧٩٧ بتاريخ ٣٠ / ١٠ / ١٤٠٣ 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 للدراسات العليا

الحكم الشرعي بوصفه فعلاً معيارياً: قراءة جديدة في نظرية المحقق الأصفهاني^١

أكرم عبدالله بور^٢

ثريا منيري^٣

حسن عباسي^٤

مريم اسمعيلي برزان^٥

ملخص

تُظهر هذه الدراسة، من خلال إعادة قراءة وجهة نظر المحقق الأصفهاني حول ماهية الحكم، أن الحكم الشرعي ليس أمراً نفسانياً ولا مجرد اعتبار أو لفظ، بل هو فعل إنشائي محوري ينشئ حالة معيارية جديدة للمكلف عبر «البعث والزجر بداعي جعل الداعي». في البدء، ومن خلال دراسة مقارنة، تم التمييز بين ثلاثة اتجاهات: الاتجاه البياني، والاتجاه الإرادي، والاتجاه الاعتباري، لتتضح بذلك فريدة تقرير الأصفهاني مقارنة بها. ثم يُطرح الإشكال الأساسي المتمثل في «بطلان إلزام الحكم بدون إرادة نفسانية من الشارع»، ويُجاب عنه بالاستناد إلى إطارين معاصرين؛ حيث يُعد لسان «الوجوب والتحریم» في «المعيارية الجهية» أداة لتثبيت القواعد ونقلها، بينما تشكل

فصلية بحوث فقهية
وأصولية المحكمة

السنة الثاني عشر
الرقم المسلسل: ٤٣

٢١٠

١. تاريخ الإسلام: تاريخ القبول:

٢. أستاذ مساعد، قسم الفقه ومباني القانون الإسلامي، جامعة بيام نور، طهران، إيران. <https://orcid.org/0000-0001-7701-7167>

٣. أستاذ مساعد، قسم القانون، فرع هشتود، جامعة آزاد الإسلامية، هشتود، إيران. (المؤلف المسؤول) رمز أوركيد: <https://orcid.org/0000-0002-7060-3645> | البريد الإلكتروني: sorayyamoniri@iau.ir

٤. أستاذ مساعد، دانشیار گروه فلسفه و حکمت اسلامی دانشگاه بيام نور

٥. أستاذ مساعد، پژوهشگر پژوهشکده فقه و مطالعات اجتماعی و مدرس سطح عالی مرکز مدیریت حوزه های علمیه. قم.

الكيانات المؤسسية الفقهية في «الأنتولوجيا الميسرة» - بدءاً من اصل «الحكم» وصولاً إلى مؤسسات كالملكية والحرمة - عبر الإنشاء المعترّ والقبول الجمعي، دون الحاجة إلى افتراضات ميتافيزيقية ثقيلة. وبذلك، فإن انفصال الإرادة عن الإنشاء لا ينافي الإلزام، بل يُعد شرطاً للفهم الموضوعي للطاعة والعصيان.

تعتمد الدراسة على التحليل المقارن للنصوص الأصولية وإعادة بناء مباني الأصفهاني في ضوء الإطارين المذكورين. وتتضمن نتائج البحث تقديم معايير للتمييز بين الحكم المولوي والإنشاءات الإرشادية، وتبيين آليات الطاعة وترتب الثواب والعقاب على أساس المؤسسة والقاعدة، وتوضيح فاعلية هذه النظرية في المسائل القانونية المستحدثة. وتتجلى نوآورية المقال في ربط قراءة الأصفهاني بهذين الاتجاهين وتبيين «الحكم بوصفه فعلاً معيارياً».

الكلمات المفتاحية: ماهية الحكم، حقيقة الحكم، البعث الإمكاناني، المحقق الأصفهاني، المعيارية الجبهية، الأنتولوجيا الميسرة.

نمذجة أمر الشارع ونهيه عبر اكتشاف نظام الأمر والنهي لدى العقلاء لحل المسألة^١

مجيد أصل غوابش^٢

ملخص

لطالما اعتمد الشارع المقدس الأنظمة الاجتماعية لدى العقلاء لإبلاغ أحكامه إلى عموم المكلفين. ونظراً لأن النظام الاجتماعي الإنساني يتشكل من أنظمة فرعية (أنظمة)، فإنه يمكن الوصول إلى نموذج لحل المسائل من خلال اكتشاف أجزاء نظام ما والعلاقات القائمة فيه. ويُعد «الأمر والنهي لدى العقلاء» أحد هذه الأنظمة الفرعية. ومن خلال اكتشاف نظام الأمر والنهي العقلاني عبر تحليل العلاقات بين أجزاء النظام، وتقديم تعريف جامع للمكونات الأساسية، وتطبيق ذلك على أمر الشارع ونهيه، يمكن التوصل إلى «نموذج أمر الشارع ونهيه».

فصلية بحوث فقهية
وأصولية المحكمة
السنة الثاني عشر
الرقم المسلسل: ٤٣

٢١٢

يهدف هذا البحث إلى دراسة فاعلية النمذجة في الإجابة عن مسائل علم أصول الفقه. وقد صيغت هذه المقالة وفق منهج «التحليل الشبكي» وباستخدام أدوات «التحليل الأنطولوجي/ الوجودي»، وذلك ضمن ثلاثة محاور رئيسية: «اكتشاف نظام الأمر والنهي لدى العقلاء»، و«النمذجة»، و«الاستفادة من النموذج».

وتُظهر نتائج هذا البحث أن تطبيق هذا المنهج قد أدى -على مستوى كنه المسألة وماهيتها- إلى تحليل العناصر الأساسية كالعقلاء والأمر والنهي، كما أدى -على مستوى كيفية تحققها- إلى التعرف على عملياتها؛ مثل ارتباط الإدراكات الاعتباريات

١. تاريخ الإسلام: ٢٠٢٥/٠٩/١٦ م؛ تاريخ القبول: ٢٠٢٦/٠١/٢٨ م

٢. باحث في مؤسسة كريم أهل البيت (ع) الفقهية الأصولية، قم، إيران. البريد الإلكتروني: chychypychy@

1527-4013-0009-0009/gmail.com: (ORCID): https://orcid.org

بأمر الشارع ونهيه. وللوصول إلى إجابات حقيقية أو قريبة من الواقع، تُوصي الدراسة بتصميم نماذج شاملة في الموضوعات الكبرى لعلم أصول الفقه من أجل الحل المنظم والمنهجي للمسائل.

الكلمات المفتاحية: أمر الشارع ونهيه؛ التحليل الشبكي؛ التحليل الأنطولوجي؛ النمذجة؛ الإدراكات الاعتباريات.

شرعية الدولة الإسلامية في فكر آية الله الخامنئي مع التركيز على نظرية «الشرعية المركبة»^١

جواد نجفي^٢

ملخص

تُعَدُّ الشرعية الركيزة الأساسية لجميع الأنظمة السياسية، والتي بموجبها يحق للحكومة أن تتوقع الطاعة والامتثال من المواطنين. وتُعتبر الشرعية السياسية في الدولة الإسلامية مفهوماً متعدد الأبعاد يتجاذب بين المصادر الإلهية، والإرادة الشعبية، والمقتضيات العملية للحكم. وتتجلى هذه الثنائية في نظرية «ولاية الفقيه» على شكل جدلية «الانتخاب أم التعيين (النصب الإلهي)».

لطالما كانت الشرعية السياسية للولي الفقيه - باعتباره محورا للحكم في الأنظمة الإسلامية ومنها نظام الجمهورية الإسلامية الإيرانية - محل نقاش بين قراءتين: «النصب الإلهي» و«الإرادة الشعبية».

تناول هذه المقالة - وفق المنهج الوصفي التحليلي وبالاستناد إلى الآثار الفقهية والتصريحات - مفهوم الشرعية السياسية للولي الفقيه في أفكار آية الله الخامنئي، وتسعى إلى الكشف عن فكره السياسي في هذا الصدد من خلال معالجة التصريحات التي تبدو متميزة حول ولاية الفقيه أهي بالانتخاب أم بالنصب. وتُظهر النتائج أنه مع اعتماده على الشرعية المزدوجة (الإلهية - الشعبية / الشرعية

فصلية بحوث فقهية
وأصولية المحكمة
السنة الثاني عشر
الرقم المسلسل: ٤٣

٢١٤

١. تاريخ الإستلام: ٢٠٢٥/٠٩/١٦ م؛ تاريخ القبول: ٢٠٢٦/٠١/٢٨ م

٢. طالب في المعهد العالي للفقه والعلوم الإسلامية، قم؛ وخريج مرحلة الماجستير في فرع القانون العام، جامعة العلامة الطباطبائي، طهران، إيران.

البريد الإلكتروني: javadnajafi@gmail.com؛ معرّف أوركيد (ORCID): 0009-0000

٤٤٠٥-٢١٢٦-٠٠٠٥

المركبة) واشتراط صلاحيات الفقيه، يعتبر الشرعية الثبوتية للولاية مرهونة أيضاً بإرادة الشعب؛ وهو أمرٌ بالغ الأهمية في خريطة طريق الحكم الديني، ولا سيما في مجال القانون الدستوري.

الكلمات المفتاحية: الشرعية، آية الله الخامني، الدولة الإسلامية، ولاية الفقيه، الشرعية المركبة، الانتخاب والنصب، النظام السياسي.

امکان سنجی تفویض رأی فقهی شورای نگهبان در نظارت شرعی بر

مقررات

مهدی نارستانی^۱

محسن برهانی^۲

۱ استادیار دانشگاه حکیم سبزواری

۲ استادیار گروه حقوق دانشگاه تهران

این پژوهش به بررسی امکان فقهی تفویض رأی فقهی فقهای شورای نگهبان در نظارت شرعی بر قوانین می‌پردازد. مسئله اصلی آن است که آیا نظارت شرعی شورا قائم به شخص فقهای آن است یا می‌توان بخشی از فرایند تکوین و تنظیم رأی را به نهادی تخصصی واگذار کرد. ابتدا ماهیت نظارت شرعی فقهای شورا در سه ساحت افتا، قضا و حکمرانی تبیین می‌شود و سپس حدود تفویض در هر ساحت، با تفکیک موضوع‌شناسی، تهیه و تنظیم رأی پیشنهادی و تصویب نهایی، ارزیابی می‌گردد. یافته‌ها نشان می‌دهد که در مقام افتا، رأی مجتهد دیگر برای فقیه شورا جایگزین اجتهاد و احراز شخصی او نمی‌شود؛ اما واگذاری موضوع‌شناسی، گردآوری و تحلیل ادله و تنظیم رأی فقهی پیشنهادی مستدل، با حفظ بررسی و تصویب صریح اکثریت فقهای شورا، قابل دفاع است. در مقام قضا نیز بحث صاحب مناهل درباره اذن به غیر مجتهد برای قضاوت بر پایه فتوای مجتهد زنده، ناظر به فرض فقدان قاضی مجتهد و ضرورت جلوگیری از تعطیل حقوق و هرج و مرج است و نباید دلیل جواز تقلید مجتهد در افتا تلقی شود. در ساحت حکمرانی، تشکیل «دیوان تخصصی فقهی نظارت بر مصوبات» نوعی سازمان‌دهی نهادی برای انجام تکلیف اصل چهارم قانون اساسی است، نه انتقال

فصلیه بحوث فقهیه
و اصولیه المحکمة

السنة الثاني عشر
الرقم المسلسل: ٤٣

۲۱۶

صلاحیت نهایی مقرر در اصول چهارم و نود و ششم. مقاله، برای عملیاتی کردن این نتیجه، متن مواد پیشنهادی الحاقی به آیین نامه داخلی شورای نگهبان را ارائه می کند؛ بر اساس این مواد، دیوان می تواند رأی فقهی پیشنهادی را تولید و تنظیم کند؛ اما آن رأی تنها پس از تصویب صریح اکثریت فقهای شورای نگهبان اثر حقوقی می یابد و به آنان مستند می شود.

کلیدواژه ها

شورای نگهبان

نظارت شرعی

تفویض رأی فقهی

قاضی مأذون

دیوان تخصصی فقهی

تأمل في حكم وسعة «التشبه بالكفار»^١

روح الله بهرام أرجاوند^٢

حسين سنائي^٣

ملخص

يُعدّ «التشبه بالكفار» من العناوين التي تتغير مصاديقها في كل عصر. ونظراً لكونه من الموضوعات المنصوص عليها في الأحاديث، فمن الضروري في ضوء دراسة حكمه توضيح سعة وأبعاد «التشبه بالكفار» من حيث العوامل المؤثرة وغير المؤثرة في صدق مفهوم «التشبه»، لتسهيل معرفة المصاديق الجديدة في ضوء ذلك.

تناولت هذه الدراسة بناءً على المباني الفقهية والمنهج الوصفي - التحليلي سعة وحكم التشبه بالكفار، وبعد فحص الأدلة المدعاة للحرمة، وصلت إلى نتيجة مفادها أن حكم التشبه بالكفار ليس الحرمة مطلقاً. كما ثبت أن العامل المؤثر في صدق عنوان التشبه هو اختصاص ذلك الفعل بغير المسلمين، أما كون الفعل صادراً عن علم ومعرفة بالتشبه أو بقصد وتعمد للتشبه أو وقوعه حتماً في بلاد المسلمين، فليست من العوامل المؤثرة في صدق عنوان التشبه.

الكلمات المفتاحية: التشبه، الكافر، الضابطة، القصد، الحرمة.

فصلية بحوث فقهية
وأصولية المحكمة

السنة الثاني عشر
الرقم المسلسل: ٤٣

٢١٨

١. تاريخ الإسلام: ٢٠٢٥/٠٩/١٦ م؛ تاريخ القبول: ٢٠٢٦/٠١/٢٨ م

٢. مدرس في مركز فقه الأئمة الأطهار (عليهم السلام) تحت إشراف سماحة الشيخ جواد الفاضل اللنكراني (دام ظله)

٣. أستاذ مساعد في جامعة باقر العلوم (عليه السلام)

رویکردهای انتصاب و انتخاب در انطباق با تقنین کیفری ایران

سیداحسان رفیعی علوی

استاد سطح عالی حوزه علمیه قم، دانشیار گروه حقوق دانشگاه باقر العلوم قم

محمد دلیری

دانشجوی دکتری تخصصی فقه و حقوق دانشگاه باقرالعلوم (ع)

چکیده

حاکمیت جمهوری اسلامی ایران با توجه به اصل پنجم قانون اساسی مبتنی بر نظریه ولایت فقیه است. در فقه سیاسی شیعه در مقام تعلیل بر مشروعیت ولایت فقیه دو رویکرد و اندیشه متفاوت به نام انتخاب و انتصاب وجود دارد که تشکیل قدرت بر اساس هر یک، فرایند مختص به خود را دارد. بی تردید اندیشه سیاسی حاکم و چرایی آن، بر سایر نهادهای حکومتی اثرگذار خواهد بود. در این تحقیق ابتدا به توصیف فرایند تشکیل قدرت بر اساس دو نظریه انتخاب و انتصاب پرداخته خواهد شد و سپس به واکاوی آثار و تبعات هر یک از دو نظریه در موضوع تقنین و جرم-انگاری پرداخته شد. در پایان با استفاده از روش توصیفی و تطبیقی این نتیجه حاصل شد که در امر تقنین کیفری در نظام کیفری ایران، انطباق و همسویی با نظریه انتخاب وجود دارد ولی در خصوص انطباق آن با نظریه انتصاب، نه تنها همسویی دیده نمی شود بلکه می توان گفت مخالفت قطعی وجود دارد و نمی توان نظام کیفری موجود را مولود نظریه انتصاب دانست.

کلیدواژه‌ها

مجازات

انتخاب

انتصاب

أسس التعويض عن الأضرار الناجمة عن الاعتماد في الفقه والقانون الإيراني^١

ليلي جهانيان^٢
مرتضى شهبازي نيا^٣

ملخص

في قانون العقود، يُعدّ التعويض عن الأضرار الناجمة عن الإخلال بالالتزامات أحد أهم الأدوات لحماية التوقعات المشروعة للطرفين. وإلى جانب التعويض عن تفويت المنفعة والاسترداد، يبرز نوع آخر من التعويض يُعرف بـ «التعويض عن الأضرار الناجمة عن الاعتماد»، والذي يشمل الأضرار والكسور التي تلحق بالمتعهد له نتيجة الاعتماد والمعقولة في إبرام العقد أو تنفيذه. وقد أُقرّ هذا النوع من التعويض في الأنظمة القانونية مثل «القانون العام» (Common Law)، حيث يلعب دوراً هاماً في تحقيق العدالة العقدية.

فصلية بحوث فقهية
وأصولية المحكمة
السنة الثاني عشر
الرقم المسلسل: ٤٣

٢٢٠

وفي القانون الإيراني، وعلى الرغم من عدم طرح مصطلح «خسارة الاعتماد» بشكل صريح في النصوص القانونية والفقهية، فإن القواعد الفقهية والقانونية مثل «قاعدة لا ضرر»، و«قاعدة الغرور»، و«قاعدة التسبب» يمكن أن توفر أسساً فقهية وقانونية موثوقة للتعرف على هذا النوع من التعويض وحمايته. تتناول هذه المقالة -وفق المنهج الوصفي التحليلي وبالاستناد إلى المصادر الفقهية

١. تاريخ الاستلام: ٢٠٢٥/٠٥/١٢؛ تاريخ المراجعة: ٢٠٢٥/١٠/٢٥؛ تاريخ القبول: ٢٠٢٦/٠٣/٢١

٢. طالبة دكتوراه في الفقه ومباني القانون الإسلامي، جامعة آزاد الإسلامية، فرع العلوم والبحوث، طهران، إيران.
البريد الإلكتروني: leila.jahanian@yahoo.com معرّف أوركيد (https://orcid.org): ٠٠٠٩-٠٠٠٩-٨٦٧٩-٣٢٨٩-٠٠٠٣

٣. رئيس دانشكده حقوق و دانشیار دانشگاه تربیت مدرس تهران. تهران. إيران

والقانونية-إمكانية التعرف على التعويض عن الأضرار الناجمة عن الاعتماد في الفقه الإسلامي والقانون الوضع الإيراني، وتخلص في النهاية إلى تبين ضرورة إعادة النظر في القوانين أو توسيع التفسير القضائي لجبر هذا النوع من الضرر.

الكلمات المفتاحية: الأضرار الناجمة عن الاعتماد، قاعدة لا ضرر، قاعدة الغرور، قاعدة التسبب، المسؤولية العقدية، القانون الإيراني، الفقه الإمامي.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵
۲۲۲

Contents

**Journal of
Islamic Law and
Jurisprudence**

Vol.12, No.43
2026

223

- 7 The Sharī‘ah Ruling as a Normative Act: A Novel Interpretation of al-Muḥaqqiq al-Iṣfahānī’s Theory
Akram AbdollahPoor ; Soraya Moniri ; Hasan Abbasi ;
Maryam Esmaeeliparzan
- 35 Modelling the Lawmaker’s Commands and Prohibitions: A Systemic Approach to Resolving Methodological Issues in Uṣūl al-Fiqh
Majid Asl Ghavabesh
- 67 The Legitimacy of the Islamic State in the Thought of Martyr Ayatollah Khamenei, with Emphasis on the Theory of Composite Legitimacy
Javad Najafi
- 91 A Critical Appraisal of the Theory of Bait al-Mal Liability for Crimes Less Than Homicide Where the Perpetrator Is Unattainable
Seyyed Ehsan Rafiee Alavi ; Mohammad Taha Daliri
- 125 A Jurisprudential Inquiry into the Legal Ruling and Scope of Tashabbuh bi al-Kuffār (Imitation of Disbelievers)
Rohollah Bahram Arjavand ; Hossein Sanaee
- 153 Appointment and Selection Approaches in accordance with Iran’s Criminal Legislation
Mohsen Borhani ; Mahdi Narestani
- 177 The Legal Foundations of Reliance Damages in Imāmī Jurisprudence and Iranian Law
Leyla Jahaniyan ; Morteza Shabaziniya

Journal of Islamic Law and Jurisprudence

Vol.12 , No.43 , 2026
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 Nāssemi Moqadam

Director & Editorial Secretary: Sayid Mostafā Ekhterāee Tousi

Editorial Board:

Abolqāsem Alidoust (Postgraduate Studies Instructor of Seminary and Professor of the Islamic Sciences and Culture Research Centre. Qom; **Iran.**)

Mojtabā Elāhi Khorāsāni (Instructor of Advanced Level Studies of Mashhad Seminary & Assistant Professor of Akhund Khorasani Specialized Center in Mashhad, **Iran.**)

Khaled Ghafoori Al-Hassani (Associate Professor of *Al-Mustafa* International University, Qom, **Iran.**)

Saeed Jazari Maamoe (Faculty Member of the Sorbonne University in **France** and President of the *Ahlul Bayt* International University('A)

Mahdi Mehrizi Toroqi (Associate Professor of Islamic Azad University- Tehran; **Iran.** Science and Research Branch)

Ahmad Moballeghi (Postgraduate Studies Instructor of Seminary and Associate Professor of Islamic Denominations University Qom; **Iran.**)

Seyyed Ali Al- Mousawi (Instructor of Advanced Level Studies of Beirut Seminary and Director of Rasoul al-Akram Seminary in Beirut ;**Lebanon.**)

Hossein Nāssemi Moqadam (Professor of Ferdowsi University of Mashhad- **Iran.**)

Publisher: Boustāne Ketab Publishing Company

By the virtue of the license No.797 extended in 19 Jan 2025 from the Council for Granting Scientific Licenses to Seminary Journals, this journal is qualified for promoting to **Scientific-Research** rank.

Journal of Islamic Law and Jurisprudence is indexed in: **ISC, EBSCO, Sudoc, World Cat, Noormags, Civilica, Ensani.ir; Road; Google Scholar, Magiran, SID 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:** <http://jostar-fiqh.maalem.ir/?lang=en>

Website: <http://JFO.akhs.bou.ac.ir>