

## قاعده منع تبعیض در حقوق بین المللی بشر و امکان سنجی گذار از قوانین تمایزگذار حقوق اسلامی<sup>۱</sup>

علی اصغر افشاری<sup>۲</sup>

### چکیده

قاعده منع تبعیض قاعده‌ای است که به عنوان یک قاعده حقوق بشری در حقوق بین الملل مورد شناسایی قرار گرفته و اسناد متعدد بر آن تأکید کرده است. ظهور قاعده منع تبعیض که مقبولیت جهانی یافته و عقلانیت معاصر بر آن تأکید می‌کند می‌تواند نمایانگر تغییر عرف تمایزگذار عصر تشریح به عرف برابری طلبانه در عصر حاضر باشد. سؤالی که اینجا شکل می‌گیرد این است که تغییر عرف تمایزگذار به عرف برابری طلبانه چه تأثیری بر قوانین تمایزگذار حقوق اسلامی می‌گذارد؟ آیا می‌توان گفت عرف تمایزگذار عصر تشریح نسبت به موضوعات قوانین تمایزگذار حیثیت تقییدیه داشته است، در نتیجه با ظهور قاعده منع تبعیض که حکایت از انتفاء عرف تمایزگذار عصر تشریح و شکل‌گیری عرف جدید دارد، موضوعات قوانین تمایزگذار منتفی و در نتیجه قوانین تمایزگذار حقوق اسلامی سالبه به انتفاء موضوع می‌گردند؟ این مقاله کوششی است در جهت تبیین اینکه عرف تمایزگذار عصر تشریح نسبت به موضوعات قوانین تمایزگذار حیثیت تقییدیه داشته است و در نتیجه با شکل‌گیری قاعده منع تبعیض که حکایت از عرف مساوات طلبانه دارد، قوانین تمایزگذار حقوق اسلامی جای خود به قوانین مساوات طلبانه می‌دهند.

**واژگان کلیدی:** منع تبعیض، عقلانیت عصر، تغییر عرف، حیثیت تقییدیه، احکام امضائی

<sup>۱</sup> - تاریخ دریافت: ۰۸ اردیبهشت ۱۳۹۹، تاریخ پذیرش: ۰۱ اردیبهشت ۱۴۰۱.

<sup>۲</sup> - دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشکده الهیات دانشگاه تهران.

## مقدمه

قاعده منع تبعیض قاعده‌ای است که به عنوان یک قاعده حقوق بشری در حقوق بین الملل مورد شناسایی قرار گرفته و اسناد متعدد بر آن تأکید کرده است. قاعده منع تبعیض که مقبولیت جهانی یافته و عقلانیت معاصر بر آن تأکید می‌کند، چه تأثیری بر حقوق اسلامی می‌تواند داشته باشد؟ آیا حقوق اسلامی می‌تواند بی تفاوت از کنار چنین قاعده‌ای که نقش پایه‌ای و گسترده در بسیار قوانین حقوق بشری و بین المللی دارد عبور کند؟ اگر قاعده منع تبعیض به طریقی در حقوق اسلامی به رسمیت شناخته شود، به مانند اینکه یک بنای عقلایی معتبر تلقی شود، در آن صورت می‌تواند به مواجهه برخی آیات و روایات که بر پایه ظواهر آنها گونه‌هایی از تمایزگذاری بین انسان‌ها در یکسری از حقوق و مسئولیت‌ها در حقوق اسلامی ریشه دوانیده است، برود و در صدد حذف یا تعدیل قوانین تمایزگذار حقوق اسلامی در آید. اما حتی اگر حقوق اسلامی اعتباری برای قاعده منع تبعیض به رسمیت نشناسد، به نظر می‌رسد همچنان نمی‌تواند بدون اینکه از آن تأثیر بپذیرد از کنار آن عبور کند و این به دلیل نقشی است که قاعده منع تبعیض در حکایت از عرف ایفا می‌کند.

عرف عصر تشریح عرف تمایزگذار و تبعیض پذیر بوده است، در آن دوره انواع تمایزات حقوقی بین انسان‌ها عقلایی تلقی می‌شده است، و احکام اسلامی مختلف دائر بر تمایز بین انسان‌ها نظیر تفاوت در بسیاری احکام بین زن و مرد، مسلم و غیر مسلم، آزاد و مملوک و ... همگی در عصر تشریح در یک عرف تمایزگذار صادر شده‌اند و نوعاً از قبیل احکام امضایی هستند، اما نقش عرف در احکام امضایی چیست؟ ظهور قاعده منع تبعیض که نمایانگر تغییر عرف تمایزگذار عصر تشریح به عرف برابری طلبانه در عصر حاضر است، چه تأثیری بر قوانین تمایزگذار حقوق اسلامی می‌تواند داشته باشد؟ آیا می‌توان گفت اگر عرف تمایزگذار عصر تشریح تحول و تبدل یابد احکام امضایی وابسته به آن عرف نیز در سرنوشتی مشابه رو به دگرگونی و تبدل خواهند نهاد، و این به دلیل دگرگونی موضوعات آنها خواهد بود. یعنی آیا می‌توان گفت عرف تمایزگذار عصر تشریح نسبت به موضوعات قوانین تمایزگذار حیثیت تقییدیه داشته است و در نتیجه با ظهور قاعده منع تبعیض که حکایت از انتفاء عرف تمایزگذار عصر تشریح و شکل‌گیری عرف جدید دارد، موضوعات قوانین تمایزگذار منتفی و در نتیجه قوانین تمایزگذار حقوق اسلامی سالبه به انتفاء موضوع می‌گردند؟

فرضیه‌ای که این مقاله در صدد بررسی آن است، این است که عرف عقلایی تمایزگذار و تبعیض پذیر عصر نزول قرآن و صدور نصوص، حیثیت تقییدیه در موضوعات احکام تمایزگذار داشته است، و در نتیجه با شکل‌گیری قاعده منع تبعیض که حکایت از تبدل و تحول آن عرف به عرف برابری طلبانه دارد، موضوعات آن احکام منتفی شده و لذا آن احکام منتفی خواهند شد. البته اینکه جایگزین آن احکام چه باشد طبیعتاً با انتفای تفاوت‌گذاری و تمایزگذاری، احکام مساوات طلبانه جایگزین خواهند شد. بررسی فرضیه فوق پیرامون دو عنوان صورت می‌گیرد: امضایی بودن احکام تمایزگذار، و حیثیت تقییدیه یا تعلیلیه بودن عرف تمایزگذار عصر تشریح نسبت به موضوعات احکام تمایزگذار.

## ۱- مفهوم شناسی

### ۱-۱- مفهوم امضایی بودن احکام تمایزگذار

اینکه عمده احکام معاملات بمعنی الاعم از احکام امضایی است مورد تردید نیست و بسیاری فقها و اصولیون بر این مطلب تأکید کرده‌اند. (مازندرانی، ۱۴۲۹، ص ۱۴۳؛ شیرازی، ۱۴۲۵، ص ۴۷۵؛ خمینی، ۱۴۲۰، ص ۲۱۱؛ خویی، ۱۴۱۶، ج ۱، ص ۳۵۳) در عین حال امضایی بودن این احکام به این معنا نیست که دقیقاً به همان شکل که قانون اسلامی آمده است به همان شکل و حدود و خصوصیات در عرف عرب جاهلی مرسوم بوده باشد، بلکه مراد

این است که شاکله کلی آن احکام در محیط پیدایش اسلام و یا در گستره مکانی و یا زمانی وسیعتری رایج بوده‌اند ولو اینکه قوانین اسلامی اصلاحات و تعدیلاتی در آنها اعمال کرده باشد. در هر حال تردیدی نیست که احکام تمایزگذار اسلامی پیش از ظهور اسلام به لحاظ نوعی رایج بوده‌اند. برده داری و تمایزات بین عبد و حر یک نمونه از قوانین و رسومات تمایزگذار آن دوره بوده است. تمایزات بین زن و مرد در یکسری حقوق نمونه بدیهی دیگری از زندگی آن دوره عرب جاهلی و بلکه در گستره مکانی وسیعتری بوده است. چند همسری رسم شایع آن دوره بوده است. زنان حق ارث نداشتند. (سبحانی، ۱۳۸۰، ج ۱، ص ۵۰) همچنین تمایزات مختلف بین دیات افراد برقرار بود و گاهی دیه اشراف و بزرگان تا ۱۰۰۰ شتر یعنی ده برابر دیه افراد معمولی تقدیر می‌شد. (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۱، ص ۴۴) امتیازات طبقاتی در آن دوره غوغا می‌کرد و حتی در ایران مهد تمدن آن روز حق مالکیت و حق تحصیل ویژه طبقات ممتاز بود. (سبحانی، ۱۳۸۰، ج ۱، ص ۷۵-۷۷)

غرض از ذکر نمونه‌ها این است که تبیین گردد تلقی مقبول اندیشه حقوقی در آن عصر تلقی تمایزگذار بود و اندیشه برابری جایگاهی نداشت. مطالعه عرف عرب جاهلی و بلکه یک بررسی خارج از عرف حجاز نشان می‌دهد که شاکله عرف عقلائی آن روزگار که تا همین دوران عصر روشنگری ادامه یافت، همراه با تمایزگذاری‌ها و اعطای حقوق بر اساس استحقاق‌ها بوده است، استحقاق‌هایی که به همراه هر شخص متولد شده و خاستگاهی طبیعی دارد و به سادگی قابل تغییر و ارتقا نیست. سهم هر کسی از حقوق با بخت او تعیین می‌شد اینک آزاد به دنیا آمده باشد یا مملوک، مذکر به دنیا آمده باشد یا مؤنث، در طبقات پایین به دنیا آمده باشد یا در طبقه اشراف و ... و بدین گونه تمایزات توجیه می‌شد. زمان درازی عدالت استحقاقی و تساوی تناسبی اندیشه غالب بود. بر این اساس جایگاه طبیعی زنان بردگان و سیاهان فروتر از مردان، انسانهای آزاد و سفید تشخیص داده می‌شد، این فرودستی حقوقی قرن‌ها عدالت شمرده شده [توسط فلاسفه] توجیه عقلی می‌شد. (کدیور، ۱۳۹۰، ص ۱۶)

## ۱-۲- حیثیت تعلیلیه یا تقییدیه بودن عرف تمایزگذار عصر تشریح نسبت به موضوعات احکام تمایزگذار

### چیستی حیثیت تقییدیه و حیثیت تعلیلیه

شارع می‌تواند در احکام خود هرگونه خصوصیتی را اخذ نماید، همچنین حق شارع است که خصوصیت را به نحو حیثیت تعلیلیه اخذ نماید و یا اینکه به نحو حیثیت تقییدیه اخذ کند. (صدر، ۱۴۱۷، ج ۶، ص ۱۱۹؛ ایروانی، ۲۰۰۷، ج ۴، ص ۱۲۲) اگر خصوصیت مأخوذه صرفاً به عنوان علت ثبوت حکم بر موضوع اخذ شده باشد، به نحوی که اگر آن خصوصیت زایل گردد موضوع باقی بماند، در این صورت خصوصیت به نحو حیثیت تعلیلیه اخذ شده است، اما اگر خصوصیت مأخوذه به عنوان قید موضوع اخذ شود به نحوی که حکم وجوداً و عدماً دایر مدار آن خصوصیت باشد، در این صورت آن خصوصیت به نحو حیثیت تقییدیه اخذ شده است. (مروجی، ۱۴۱۰، ج ۱۰، ص ۲۳۶؛ فیاض حسین عاملی، ۱۴۲۸، ج ۱، ص ۱۳۹) به عنوان مثال پیرامون اشتراط قدرت در تکلیف گفته می‌شود مقدوریت صرف وجود طبیعت حیثیت تعلیلیه برای تعلق تکلیف به آن است نه آنکه حیثیت تقییدیه مأخوذ در متعلق تکلیف بوده باشد، متعلق تکلیف طبیعت مقدوره نیست بلکه متعلق تکلیف صرف وجود طبیعت است. (اصفهان‌ی، ۱۴۱۶، ج ۱، ص ۱۰۱)

نمونه دیگر اعتبار حیثیت ایصال به ذی المقدمه در وجوب مقدمه است که حیثیت ایصال به نحو حیثیت تعلیلیه اخذ شده است نه اینکه به نحو حیثیت تقییدیه اخذ شده باشد. بنابراین وجوب مقدمه بخاطر این است که مقدمه از اجزاء علت وجود ذی المقدمه است و لذا معروض وجوب غیری مقدمه واقع در سلسله علت تامه وجود ذی المقدمه است، لکن نه اینکه وقوع در این سلسله به عنوان قید اخذ شده باشد به حیثی که واجب، مقدمه مقید به وقوع در

سلسله باشد، نتیجه آنکه تخلف ایصال منافاتی با اعتبار اتخاذ حیثیت ایصال در وجوب آن نخواهد داشت. (جزایری، ۱۴۱۵، ج ۲، ص ۳۳۶) و لذا نظریه صاحب فصول مبنی بر وجوب مقدمه موصله از این جهت مورد نقد قرار می‌گیرد که صاحب فصول، حیث تعلیلی را با حیث تقییدی اشتباه گرفته است، یعنی «ایصال» را جزء موضوع قرار داده به این صورت که المقدمه الموصلة واجبه، با اینکه ایصال، دلیل وجوب مقدمه است، به این صورت که المقدمه واجبه لإیصالها. (صالحی مازندرانی، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۲۷۶)

## ۱-۲-۱- ثمره حیثیت تقییدیه و حیثیت تعلیلیه

### ثمره اول: بقا یا زوال موضوع و حکم

درباره همه احکام امضایی و از جمله احکام دائر بر انواع تبعیض این پرسش مطرح می‌شود که عرف عقلایی عصر تشریح که احکام امضایی بر پایه آنها مورد شناسایی شارع قرار گرفته‌اند چه مدخلیتی در احکام او داشته‌اند؟ اگر بخواهیم این سؤال را در راستای پژوهش حاضر ارائه دهیم، سؤال این است که عرف تمایزگذار عصر نزول و تشریح چه مدخلیتی در احکام امضایی تمایزگذار داشته است؟ اینکه بگوییم شیوع انواع تمایزگذاری‌ها در آن عصر هیچ مدخلیتی در احکام شارع نداشته است، این احتمال نمی‌تواند صحیح باشد. عرف و شیوع عقلایی در هر صورت در ماهیت حکم امضایی مدخلیت دارد. فرض این است که شارع حکمی را تأسیس نمی‌کند، بلکه تشریح او بر پایه واقعیتی جاری مانند برده داری یا تمایزات رایج عرف بین زن و مرد و ... صورت گرفته است. انکار تناظر بین تشریح و عرف تمایزگذار آن عصر به معنای آن است که آن احکام تمایزگذار نظیر برده داری و تزییقات مختلف نسبت به زن در مقایسه با مرد و ... در نظر شارع موضوعیت داشته است به گونه‌ای که حتی اگر چنین عرف‌ها و رسوماتی و یا نظایر آنها هم اگر وجود نمی‌داشت شارع آن احکام را تشریح می‌نمود، و این ادعایی است که جایگاه حکم امضایی را به حکم تأسیسی ارتقا می‌دهد، و دلیلی بر آن گواهی نمی‌دهد و خلاف فرض است. بنابراین اگر عرف عقلایی عصر تشریح در ماهیت حکم امضایی مدخلیت دارد، حال یا بایست این مدخلیت به نحو حیثیت تعلیلیه باشد و یا بایست به نحو حیثیت تقییدیه اخذ شده باشد. حال باید دنبال پاسخ این پرسش بود که عرف تمایزگذار عصر تشریح که انواع تفاوت‌ها و تمایزها میان زن و مرد؛ عبد و حر؛ و مسلمان و کافر و ... را برمی‌تابیده و بلکه بسیاری از این تمایزگذاری‌ها را ضروری می‌دانسته است چگونه حیثیتی در احکام تمایزگذار داشته است؟ اگر عرف به نحو حیثیت تعلیلیه در احکام شارع اخذ شده باشد بعد از آنکه آن عرف زائل شود همچنان آن احکام باقی خواهند بود، اما اگر شارع احکام تمایزگذار مختلف مانند احکام تمایزگذار در باب دیات، شهادت، قصاص، ازدواج، طلاق، حضانت، تابعیت و ... را با قید اینکه شیوع عرفی داشته‌اند و عقلانیت آن عصر آن‌ها را لازم می‌شمرده‌اند امضا کرده باشد، روشن است که در این صورت شیوع عرفی و عقلایی به عنوان قیدی از قیود موضوعات آن احکام اخذ شده است، و در صورت زوال قید، جزء موضوع و در نتیجه خود موضوع منتفی شده و حکم منتفی خواهد شد. (مراجعه شود به: نوبهار، ۱۳۹۶، ص ۴۳ و ۴۴)

در صفحات بعدی ادله و شواهد بر این مطلب که حیثیت عرف تمایزگذار عصر تشریح به نحو حیثیت تقییدیه اخذ شده است اقامه خواهد شد. اما ایده‌ای که دسترسی به مدعای مقاله را سهل تر می‌کند این است که چنانچه برخی اصولیون مطرح کرده‌اند، ادعا شود حیثیات تعلیلیه در نهایت به حیثیات تقییدیه بازگشت می‌کنند، هر چند اعتقاد غالب‌تر این است که بازگشت حیثیت‌های تعلیلیه به حیثیت‌های تقییدیه ویژه احکام عقلی است. (سبحانی، ۱۴۲۴، ج ۳، ص ۴۴۰؛ تبریزی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۹۱؛ مدرسی یزدی، ۱۳۸۳، ج ۲، ص ۶۱۰؛ خرازی، ۱۴۲۲، ج ۲، ص ۵۲۴؛ آملی، ۱۳۸۶، ص ۶۶؛ صدر، ۱۴۱۷، ب، ج ۱۰، ص ۱۴۷؛ عراقی، ۱۳۷۰، ص ۳۸۷) روشن است که در این صورت این دو حیثیت از لحاظ دستیابی به نتیجه مطلوب یعنی انتفاء احکام تمایزگذار عصر نزول و تشریح تفاوتی

نخواهند داشت و در نتیجه نیازی به هزینه توش و توان در اثبات اینکه عرف تمایزگذار عصر نزول و تشریح به نحو حیثیت تقییدیه اخذ شده بوده است و نه تعلیلیه نخواهد بود.

### اشکال بر ثمره اول

ممکن است بر ثمره مذکور اشکال شود که ماهیت امضاء، جعل حکم مماثل است و لذا با تبدیل عرف ممضاء، حکم باقی می ماند. محقق اصفهانی پیرامون احکام امضایی می گوید: « لا معنی لإمضاء الاعتبارات إلا باعتبار یماثل ذلك الاعتبار و ترتیب أثر یوافق ذلك الأثر، و إلا فترتب الأثر العقلائی لا یتوقف إلا علی بناءهم و اعتبارهم لا علی اعتبار الشارع» (اصفهانی، ۱۴۲۹، ج ۳، ص ۱۲۵ و ۱۲۶) همچنین اصفهانی در حاشیه بر مکاسب شیخ در مورد اطلاعات ادله بیع، می گوید گاهی لسان ادله لسان امضاء است و امضاء همان اعتبار ملکیت به عوض است که شارع مانند آنچه در عرف بوده انجام می دهد. (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۹۱) تقریر اشکال این است که شارع با فرایند امضاء، حکم عرف را داخل در دستگاه تشریحی خود می کند و لذا بایست اعتباری از ناحیه شارع مماثل اعتبار عرف صورت گرفته باشد. در واقع چون اختیار هر محیط اعتباری به دست معتبر آن می باشد؛ پس احکام عرف اگر بخواهند وارد محیط شرعی شوند و جزء شریعت قلمداد شوند، باید به ید شارع مورد اعتبار قرار گیرند و اگر چنین اعتباری رخ ندهد، هیچ گونه شرعیتی بر آن احکام مترتب نیست. در این صورت، به دلیل اینکه حکم عقلایی به حکمی شرعی تبدیل شده و عرف عقلا فقط بهانه ای برای صدور حکم مزبور از سوی شارع بوده است، با از میان رفتن عرف، حکم از میان نرفته و کماکان به قوت خود باقی است؛ زیرا اولاً، عرف از عناصر رکنی موضوع نیست؛ ثانیاً، حکم مزبور با امضای شارع به حکمی شرعی مانند احکام تأسیسی تبدیل شده است که در این صورت جز با فرایندی که خود او معین می کند، از فعلیت نمی افتد. (فیاضی، ۱۳۹۱، ص ۱۹۵ و ۱۹۶)

محمد حسین نائینی نیز معتقد است صحت امور اعتباری متوقف بر این است که به ید معتبر اعتبار شوند و معاملات از قبیل اعتباریات هستند و لذا اگر معتبر آن ها غیر شارع باشد، بایست توسط شارع در عالم تشریح اعتبار شوند ولو اینکه این اعتبار توسط یک دلیل عام و یا مطلق صورت گیرد. نائینی می گوید ثمره لزوم اعتبار توسط شارع در باب معاملات، در معاملات مستحدثه ظاهر می گردد، معاملاتی مانند بیمه که در زمان شارع وجود نداشته اند. این قبیل معاملات اگر تحت ادله عامی مانند «أحلّ الله» و «أوفو بالعقود» قرار نگیرند ترتیب آثار صحت بر آنها صحیح نخواهد بود. (نائینی، ۱۳۷۶، ج ۳، ص ۱۹۳) اینکه حقیقت امضا تقریر حکم عقلا نیست و بلکه انشاء حکمی مماثل رویه و اعتبار عقلا است مورد تأکید دیگر اصولیان نیز قرار گرفته است. (حسینی میلانی، ۱۴۲۸، ج ۵، ص ۳۳۴؛ مروجی، ۱۴۱۰، ج ۱۰، ص ۳۸۶ و ۳۸۷)

محمد حسینی روحانی در تقریری مشابه قائل است لسان دلیل «أحلّ الله ألبیع» لسان انشاء یک حکم مستقل است و ایصال حکم عقلا و یا اخبار از حکم عقلا در آن لحاظ نشده است و به همین جهت می توان به اطلاق آن در حلیت بعض بیوع غیر معتبر در عرف تمسک کرد. (روحانی، ۱۴۱۳، ج ۷، ص ۲۵) صاحب منتقی الاصول در پاسخ به این دعوی که در صورت عدم لحاظ حکم عقلا در ادله احکام امضایی دیگر عنوان امضاء از آن ادله انتزاع نمی شود، می گوید: اطلاق عنوان امضاء بر ادله شرعیه احکام امضایی نه به لحاظ این است که این ادله ایصال حکم عقلا می کنند و نه به لحاظ این است که این ادله اخبار از حکم عقلا می کنند. اطلاق عنوان امضا به اعتبار لحاظ حکم غیر در ادله شرعیه نیست بلکه به اعتبار این است که حکم انشاء شده با آن ادله، مماثل حکم و رویه ای است که عقلا داشته اند، به همین دلیل ادله احکام امضایی در واقع تأسیسی هستند هر چند به ادله امضایی عنوان می شوند. (روحانی، ۱۴۱۳، ج ۷، ص ۲۶)

## پاسخ اشکال

مناقشه اول: اشکال فوق میان اعتبار حکم مماثل در فرایند امضای عرف و حیثیت تعلیلیه بودن آن عرف نسبت به حکم، ملازمه برقرار می‌کند. در حالی که چنین ملازمه‌ای وجود ندارد. شارع در فرایند اعتبار حکم مماثل حکم عقلا می‌تواند عرف عقلا را به عنوان حیثیت تقییدیه در موضوع حکم خود اخذ نماید. در واقع موضوع به ید شارع است و همچنان که او می‌تواند عرف را صرفاً بهانه‌ای برای اعتبار حکم برای موضوع قرار دهد، همچنان می‌تواند آن را جزئی از موضوع حکم خود قرار دهد.

مناقشه دوم: آنجا که عقلا بر یک رویه مشی و سلوک می‌کنند اعتبار حکمی نظیر آن در دستگاه تشریح لغو خواهد بود. وجه لغویت این است که تشریح در صدد دستیابی به یکسری مقاصد و مصالح است، از طرف دیگر امضای رویه‌های عقلا به ملاک همان مقاصد و مصالحی است که عقلا برای آن رویه‌ها شناسایی و بر اساس آن سلوک می‌کنند، حال اعتبار حکمی نظیر آن احکام عقلا در دستگاه تشریح جهت دستیابی به همان مقاصد و مصالح عقلایی وقتی که عقلا از پیش آن حکم را در دستگاه خود شناسایی و بر اساس آن سلوک می‌کنند لغو و بی‌حاصل خواهد بود.

محمد تقی بهجت پیرامون حجیت امارات می‌گوید: «ملاک تعبد متعلق به جعل حکم مماثل نیست مگر غلبه وصول به واقعیات، به خاطر اینکه امارات غالباً ایصال به واقع می‌کنند و بعد از تنقیح قاعده تحسین و تقبیح، غلبه ثابتة نزد عقلا کافی است و نیازی به تعبد از ناحیه شارع نیست. ... نتیجه اینکه تعبد از ناحیه شارع که به دنبال انفاذ مقاصد خود از تکالیف است یک امر غیر لازم خواهد بود.» (بهجت، ۱۳۸۸، ج ۳، ص ۱۲۹) به عبارت دیگر حکم عقلا در باب امارات همان طریقت است و بنابراین اعتبار حکم مماثل به معنای جعل طریقت برای چیزی خواهد بود که از پیش طریقت داشته است، و لذا تحصیل حاصل خواهد بود. آیه الله خمینی می‌گوید: «فإن الواجد للأمریة لا معنى لجعله أمارة، فإنه من قبيل تحصیل الحصول و إيجاد الموجود.» (خمینی، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۱۰۵) همچنین ایشان در جای دیگری تأکید می‌کند «در باب امارات و طرق عقلائیة امضائیه هیچ حکم معمولی وجود ندارد، نه حجیت نه وسطیت در اثبات و نه حکم تکلیفی تعبدی، معنای امضاء انشاء یک حکم امضائی نیست، بلکه شارع هیچ تصرفی در طرق عقلائیة نکرده و همانگونه که عقلا به طرق عمل می‌کنند عمل می‌کند.» (خمینی، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۲۰۴) عطف توجه به همین لغویت جعل حکم از ناحیه شارع است که بهجت و خمینی ادله لفظی طرق عقلائیة را ارشادی می‌دانند. (بهجت، ۱۳۸۸، ج ۳، ص ۱۲۸ و ۱۲۹؛ خمینی، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۲۰۴) و البته پیش از ایشان شیخ انصاری است که بر ارشادی بودن تعبد به امارات بر مبنای طریقت تأکید کرده است. (انصاری، ۱۴۱۶، ج ۱، ص ۴۳)

نکته شایان ذکر این است که اگرچه عمده تأکید کلمات فوق از بهجت و خمینی و نیز شیخ انصاری پیرامون لغویت جعل حکم مماثل برای امارات عقلائیة بود، اما همان‌گونه که در تقریر مناقشه آمد لغویت جعل حکم مماثل کلیت دارد و هرگونه بنای عقلائی ولو از بناات هنجاری عقلا باشد را نیز شامل می‌شود، و لذا است که موسوی خمینی (قدس سره) پیرامون رجوع جاهل به عالم که یک بنای هنجاری عقلائی است و نه یک طریقه عقلائیة می‌گوید: شارع در امضای رویه عقلا مبنی بر مراجعه جاهل هر فن به خبیر آن، هیچ‌گونه تأسیس و جعل حکم مماثل نداشته است. (خمینی، ۱۳۸۲، ج ۳، ص ۱۹۹)

## ۱-۲-۲- ثمره دوم: جریان یا عدم جریان استصحاب حکم

یکی از آثاری که بر تفاوت بین حیثیت تعلیلیه و حیثیت تقییدیه مترتب می‌گردد جریان یا عدم جریان استصحاب است. اگرچه موجب شک در حکم، زوال بعض خصوصیات است اما اگر آن خصوصیت زائله از حیثیات تعلیلیه باشد همچنان صدق می‌کند که متیقن عین مشکوک است و بقاء موضوع نیز محرز است، بنابراین

استصحاب جریان خواهد داشت، اما اگر آن خصوصیت زائله از حیثیات تقییدیه باشد چون خصوصیت به عنوان مقوم معروض حکم اخذ شده است، موضوع تبدل یافته و بنابراین استصحاب جاری نخواهد بود. (انصاری، ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۶۹۳؛ صدر، ۱۴۱۷، ج ۶، ص ۱۱۸؛ ایروانی، ۲۰۰۷، ج ۴، ص ۱۲۱) به عبارت دیگر در صورتی استصحاب جریان خواهد داشت که آن خصوصیت زائل از مقومات موضوع نباشد تا اتحاد قضیه متیقنه و قضیه مشکوکه محرز گردد. (مروجی، ۱۴۱۰، ج ۱۰، ص ۲۳۵)

اما اینکه از کجا باید فهمید که آن خصوصیت زائله از حیثیات تعلیلیه است یا تقییدیه، مراجع تعیین کننده‌ای معرفی شده است. اما پیش از پاسخ به این سؤال، یادآوری می‌شود که اگر در نهایت امر نتوان تعیین کرد که آن حیثیت مأخوذه زائله به نحو تعلیلیه اخذ شده بوده است یا به نحو تقییدیه همچنان نمی‌توان قائل به جریان استصحاب حکم گردید، چرا که اتحاد قضیه متیقنه و مشکوکه محرز نمی‌شود. شیخ انصاری در این باب می‌گوید: «ثم لو لم يعلم مدخلیة القيود فی الموضوع کفی فی عدم جریان الاستصحاب الشک فی بقاء الموضوع» شیخ انصاری عدم جریان استصحاب آنجا که شک از غیر جهت رافع باشد و دلیل نیز غیر لفظی باشد و مثلاً حکم برای موضوع با اجماع ثابت شده باشد و در نتیجه امکان تمیز موضوع نباشد را مستند به احتمال مدخلیت قید زائل در موضوع می‌کند. (انصاری، ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۶۹۳) یکی از محشین رسائل توضیح می‌دهد که در عدم جریان استصحاب احراز اینکه قیود زائل شده از مقومات موضوع بوده‌اند لازم نیست، بلکه شک در اینکه آن قیود از مقومات موضوع بوده‌اند یا از حالات کفایت می‌کند چرا که این شک به موضوع استصحاب سرایت کرده و شک در بقای موضوع می‌شود و حال آنکه استصحاب در صورت بقای موضوع جاری می‌گردد. (مروجی، ۱۴۱۰، ج ۱۰، ص ۲۴۱) اگر نتوانیم تعیین کنیم که خصوصیت به نحو تعلیلیه لحاظ شده است یا به نحو تقییدیه چون احتمال تقییدیه بودن قید وجود دارد مجرای استصحاب نخواهد بود. برای جریان استصحاب بایست به تعلیلیه بودن حیثیت مأخوذه علم پیدا کرد در صورت شک در تعلیلیه بودن یا تقییدیه بودن شبهه مصداقیه برای دلیل استصحاب خواهد بود. (هاشمی شاهرودی، ۱۴۳۱، ج ۳، ص ۲۱۴)

تطبیق این مدعی بر مسأله ما نحن فیه این نتیجه را به بار می‌آورد که اگر نتوانیم تعیین کنیم عرف تمایزگذار عصر تشریح حیثیت تعلیلیه در احکام تمایزگذار دارد یا اینکه به نحو حیثیت تقییدیه در موضوعات آن احکام اخذ شده است و از طرف دیگر آن عرف زایل شده باشد، در نتیجه بقای موضوعات احراز نشده و لذا نمی‌توان آن احکام را برای موضوعات عصر حاضر استصحاب کرد.

### ۱-۲-۳- ثمره سوم: تعیین مولی برای احراز حیثیت تعلیلیه و عبد برای احراز حیثیت تقییدیه

تمایز دیگری که اخذ خصوصیت در حکم به نحو تعلیلیه یا تقییدیه ایجاد می‌کند این است که اگر خصوصیت به نحو حیثیت تعلیلیه در حکم اخذ شده باشد چون علت انشاء حکم و داعی جعل حکم است، در این صورت مولی است که متصدی احراز آن خواهد بود، اگر مولی علت را احراز کرد حکم خود را انشاء می‌کند؛ اما اگر خصوصیت به نحو حیثیت تقییدیه در موضوع حکم اخذ شده باشد چون احراز موضوع به ید مکلف است در نتیجه عبد است که متصدی احراز آن خصوصیت در خارج خواهد بود نه مولی، اگر مکلف وجود خصوصیت را احراز کرد حکم مترتب می‌شود و الا مترتب نمی‌شود. این تمایز در واقع همان تمایز میان قضیه خارجی و قضیه حقیقیه است، یعنی اینکه اگر خصوصیت به نحو حیثیت تعلیلیه اخذ شده باشد تشریح شارع به نحو قضیه خارجی خواهد بود و اگر خصوصیت به نحو حیثیت تقییدیه اخذ شده باشد تشریح شارع به نحو قضیه حقیقیه خواهد بود. (فیاض حسین عاملی، ۱۴۲۸، ج ۱، ص ۱۳۹)

ثمره این تمایز میان حیثیت تقییدیه و تعلیلیه در ما نحن فیه بدین نحو به ظهور می‌رسد که اگر معلوم شود اخذ حیثیت عرف تمایزگذار در احکام از نوع حیثیت تقییدیه است، مکلفان هر عصر هستند که بایست بقای عرف

تمایزگذار مأخوذ به نحو حیثیت تقییدیه را تعیین کنند، و به نظر می‌رسد بررسی‌های کارشناسانه پیرامون بقا یا تبدل عرف تمایزگذار خاصه با شکل‌گیری یک قاعده گسترده حقوق بشری به نام منع تبعیض و بلکه داوری‌های عموم عقلا نشان می‌دهد که عرف تمایزگذار، گذار کرده و جای خود را به عرف برابری طلبانه داده است. در نتیجه با منتفی دانستن حیثیت تقییدیه، موضوع منتفی شده و به تبع حکم نیز منتفی می‌گردد. و اما اگر بررسی‌های موضوعی پیرامون زوال یا بقای عرف تمایزگذار عصر نزول به نتیجه نرسد و کارشناسی موضوع به سرانجام تردید نائل آید، البته در این صورت استصحاب حکمی جریان نخواهد داشت چرا که در صورت شک در زوال یا عدم زوال حیثیت تقییدیه موضوع، بقای موضوع محرز نمی‌شود و لذا نمی‌توان خود احکام تمایزگذار را استصحاب کرد، اما مجال استصحاب موضوعی وجود دارد. شیخ انصاری پیرامون شک در بقای حیات زید استصحاب آثار شرعیّه مترتب بر شخص حی را به دلیل عدم علم به بقای موضوع در زمان لاحق صحیح ندانسته اما استصحاب حیات زید برای ترتب آثار شرعی را صحیح دانسته است. (انصاری، ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۵۹۴)

## ۲- مرجع تعیین حیثیت تقییدیه و حیثیت تعلیلیه

### ۲-۱- مرجعیت لسان ادله

اینکه چگونه می‌توان تشخیص داد که خصوصیت مأخوذه به نحو حیثیت تعلیلیه اخذ شده است یا به نحو تقییدیه؟ در این رابطه یک مرجع این است که به لسان ادله احکام مراجعه شود چرا که اخذ حیثیت و کیفیت اخذ تحت سلطان شارع است، بنابراین دلیل شرعی است که کاشف از کیفیت اخذ خواهد بود، بنابراین اگر دلیل به این لسان آید که (الماء إذا تغير تنجس) فهمیده می‌شود که تغییر به عنوان حیثیت تعلیلیه اخذ شده است و اگر به این لسان آید که (الماء المتغير متنجس) فهمیده می‌شود که تغییر به عنوان حیثیت تقییدیه اخذ شده است. (صدر، ۱۴۱۷، ج ۶، ص ۱۱۹)

گوینده اصلی طریق فوق شیخ انصاری است. (انصاری، ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۶۹۳) سید محمد باقر صدر آن را با عبارت قد یقال مطرح کرده و مورد نقد قرار داده است که در عالم جعل است که کیفیت اخذ حیثیت به ید شارع است، این در حالی است که جریان استصحاب حکم در شبهات حکمیه به لحاظ عالم جعل نیست بلکه به لحاظ عالم مجعول است. به عبارت دیگر قابلیت اتصاف خارجی خصوصیت به حکم است که معیار تعلیلیه یا تقییدیه بودن آن قرار می‌گیرد نه لسان دلیل. (صدر، ۱۴۱۷، ج ۶، ص ۱۱۹ و ۱۲۰)

حتی با صرف نظر از اشکال صدر بر مرجعیت لسان دلیل در تشخیص تعلیلیه یا تقییدیه بودن خصوصیت مأخوذ، لسان دلیل در مسأله ما نحن فیه کارایی نخواهد داشت. ادله احکام تمایزگذار نظیر «لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَى» یا «الْحَرُّ بِالْحَرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ» هیچ‌گونه ظهوری نسبت به تعلیلیه یا تقییدیه بودن حیثیت عرف جاری آن عصر ندارند و این به خلاف مثال‌هایی نظیر (قَدْ الْعَالَم) یا (قَدْهَ انْ كَانْ عَالَمًا) است که به ترتیب ظاهر در تقییدیه بودن حیثیت عالمیّت و تعلیلیه بودن آن هستند.

و اما ادعای اطلاق زمانی ادله احکام تمایزگذار درست نیست، چرا که اصلاً تقیید به بقای عرف عصر امکان نداشته است تا اطلاق فرض شود. توضیح آنکه تقابل اطلاق و تقیید تقابل عدم و ملکه است. اگر تقیید از جهتی امکان نداشته است نمی‌توان از آن جهت برای کلام اطلاق قائل شد. (نائینی، ۱۳۵۲، ج ۱، ص ۱۰۳؛ عراقی، ۱۳۷۰، ص ۲۳۸؛ حکیم، ۱۴۱۸، ص ۵۱۰؛ حسینی میلانی، ۱۴۲۸، ج ۲، ص ۶۸؛ خمینی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۴۱۵؛ مومن قمی، ۱۴۱۹، ج ۱، ص ۲۹۸؛ فانی اصفهانی، ۱۴۰۱، ج ۲، ص ۲۰؛ طباطبایی قمی، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۹۷) به عنوان یک نمونه، علاوه بر این که ممکن است کسی با ادعای اطلاق زمانی «مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَوَاتًا فَهِيَ لَهُ» (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۱۵۲) مسأله احیا در عصر حاضر را حل نماید، اما شهید صدر با طرح تطوّر قدرت انسان بر طبیعت



و رشد آن و توقّف و وسایل سیطره بر طبیعت، مساله احیا را داخل در منطقه فراغ شریعت دانسته است. (صدر، ۱۴۱۷ الف، ص ۶۸۸) و این بدین معنا است که صدر اطلاق دلیل را نپذیرفته است. شارع نمی‌توانسته و معقول نبوده حکم احیا را مقید به وسایل سیطره عصر خود نماید. نمونه دیگر پیرامون ادله حدّ قصر است. در عصر ما معقول است که متکلم حکم خود را مشروط و مقید به طی مسافت با پای پیاده و یا اسب و مانند اینها نماید چرا که طی مسافت با وسایل موتوری ممکن است، بنابراین اگر چنین تقییدی نکند ادعای اطلاق مقبول است، هرچند ممکن است ادعای انصراف شود، اما شارع به عنوان یک متکلم حکیم نمی‌توانسته ادله ۲۴ میل در وجوب قصر را مقید و مشروط به طی مسافت با پای پیاده و یا اسب و اشتر و مانند اینها یا به عبارت دیگر مقید به عدم طی مسافت با وسایل نقلیه موتوری نماید. چنین تقییدی در عصری که احدی از مخاطبان یک وسیله موتوری ندیده بی معنا و غیر معقول است. درست به همین منوال در عصری که تساوی بین زن و مرد معقول مخاطبان نبوده است و عرب آن روز و بلکه عمده انسان‌های آن عصر تلقی موجود دست دومی از زن داشتند، دلیل «لذکر مثل حظّ الانثیین» نمی‌توانسته مقید به بقای عرف و تلقیات آن عصر شود تا تمسک به اطلاق آن شود. در عصری که عرف بر برده داری بوده است و تصویری از عرف منع برده داری و برچیده شدن بساط بردگی حتی برای خود برده‌ها وجود نداشته است، چگونه شارع می‌توانسته «دلیل الحرّ بالحرّ و العبد بالعبد» را مقید به بقای عرف برده داری، به عبارت دیگر عدم عرف منع برده داری نماید که گفته شود حال که مقید نکرده پس به اطلاق آن تمسک شود. بصورت یک قضیه کلی معقول نیست متکلم کلام خود را در گرو عرف نیامده و شناخته نشده برای مخاطبان قرار دهد.

### ۲-۲- مرجعیت عرف

#### ۲-۲-۱- دلایل مرجعیت عرف در تعیین حیثیت تقییدیه و حیثیت تعلیلیه

دلیل اول بر مرجعیت عرف در تعیین موضوعات و تعیین حیثیات این است که اگر شارع موضوعی را تأسیس کرده و بر آن حکم نماید، طبیعی است که چون مؤسس آن موضوع، شارع بوده است تعیین حدود و قیود آن موضوع به ید شارع است، اما اگر شارع یک موضوع عرفی را متعلق حکم خود قرار دهد، تعیین حدود و ثغور موضوعات عرفی به ید عرف خواهد بود. بنابراین اگر نسبت به یک خصوصیت تردیدی حاصل آید که آیا جزء موضوع بوده و به نحو تقییدیه اخذ شده است یا خیر؟ مرجع تعیین آن عرف است. البته اگر از ادله شرعی استظهار گردد که شارع آن خصوصیت را به نحو حیثیت تقییدیه در موضوع یا به نحو حیثیت تعلیلیه اخذ کرده است ایده و نظر او متبع خواهد بود. لزوم تفحص از ایده شارع از این جهت است که درست است موضوع یک موضوع عرفی است، اما در عین حال شارع آن را موضوع حکم خود قرار داده است و لذا ممکن است موضوع را با خصوصیت خاصی موضوع حکم خود قرار داده باشد و یا اینکه آن خصوصیت را به نحو حیثیت تعلیلیه اخذ کرده باشد، اما سخن این است که اگر استظهاری از ایده شارع نسبت به یک خصوصیت حاصل نیامد، چون موضوع یک موضوع عرفی است، طبیعی است که ایده عرف نسبت به آن خصوصیت متبع خواهد بود. اگر عرف آن خصوصیت را حیثیت تعلیلیه یا حیثیت تقییدیه شناسایی کند ایده او متبع خواهد بود. جعفر سبحانی در این باره می‌گوید: زمانی که بیع و اجاره و مشابهاً این دو موضوع حکم شرعی قرار گیرند، آنگاه نسبت به مدخلیت خصوصیتی در صدق و صحت و مانعیت شرعی آن تردید شود صحت نزد عرف دلیل بر این است که همان صحیح عرفی است که موضوع شارع است، چون اگر معتبر نزد شارع بیع به غیر از معنای عرفی آن باشد، اهمال آن از جانب شارع در حالی که متبادر همان بیع عرفی است و در حالی که بیان تمام جزئیات از مستحبات و مکروهات مورد اهتمام شارع است، صحیح نیست. (سبحانی، ۱۳۸۳، ص ۳۰۴)

شیخ انصاری، سید محمد باقر صدر و برخی اصول دانان دیگر بر مرجعیت عرف در تشخیص حیثیات تقییدیه و تعلیلیه تصریح کرده‌اند. (انصاری، ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۶۹۳؛ صدر، ۱۴۱۷، ج ۶، ص ۱۱۹؛ مروجی، ۱۴۱۰، ج ۱۰، ص ۲۴۴؛ موسوی جزایری، ۱۴۳۰، ص ۲۵۷؛ هاشمی شاهرودی، ۱۴۳۱، ج ۳، ص ۲۱۴) همچنین موسوی خمینی مرجعیت عرف در تعیین موضوع را لا محیص عنه معرفی می‌کند. (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص ۵۵۹) محقق اردبیلی الهام بخش سایر اصولیون بوده است او می‌گوید: «تقرر فی الشرع ان ما لم یثبت له الوضع الشرعی یحال الی العرف» (اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۸، ص ۴۰۳) عدم ثبوت وضع شرعی عبارت دیگری از عرفی بودن موضوع است، یعنی در موضوعات عرفی بایست در تعیین حدود و قیود موضوع به عرف مراجعه کرد. لازم به ذکر است عمده موضوعاتی که وضع شرعی پیرامون آنها صورت نگرفته است، معاملات هستند. (حسنی، بی تا، ص ۳۲۸) معاملات موضوعات عرفی هستند که در تعیین حیثیات موضوع بایست به عرف مراجعه کرد. موضوعات احکام تمایزگذار نیز در حوزه معاملات قرار دارند.

دلیل دوم بر مرجعیت عرف در تعیین حیثیات تعلیلیه و تقییدیه این است که خطابات شارع خطاباتی عرفی بوده است و لذا در تعیین حدود و قیود هر موضوع بایست به عرف مراجعه کرد، مگر آنکه شارع خود حدود و قیود خاصی مشخص کرده باشد. محمد باقر صدر این مسأله را طرح می‌کند که اگر جزء یسیری از آب کر زوال یابد، آیا می‌توان استصحاب اعتصام کرد یا خیر؟ ایشان اینگونه به حل مسأله می‌پردازد که بایست مشخص کرد مرجع تعیین موضوع اعتصام کیست؟ اگر مرجع تعیین، عقل دقیق باشد روشن است که با زوال جزء یسیر موضوع باقی نمی‌ماند تا بتوان استصحاب کرد، اما اگر مرجع تعیین عرف باشد، عرف با بقای معظم آب همچنان موضوع را باقی می‌داند، در نتیجه می‌توان استصحاب اعتصام کرد. آنگاه می‌گوید: متبع نظر عرفی است نه عقلی، چون دلیل استصحاب یک خطاب عرفی است که بر انظار عرفیه تنزیل می‌شود. (صدر، ۱۴۱۷، ج ۶، ص ۱۲۰) به عبارت دیگر دلیل استصحاب یک خطاب عرفی است که از یک انسان عرفی به یک انسان عرفی صادر شده است پس میزان نمی‌تواند جز نظر عرفی باشد. (ایروانی، ۲۰۰۷، ج ۴، ص ۱۲۴) شارع مردم را به لسان ایشان و عقول ایشان مورد خطاب قرار می‌دهد. شارع در مقام مخاطب نه حکیم است و نه فیلسوف، بلکه خویش را به منزله عرف تنزیل می‌کند. نتیجه اینکه فهم عرف هم در تحدید مفاهیم متبع است و هم در تشخیص مصادیق. (سبحانی، ۱۴۱۴، ج ۴، ص ۱۶۵)

مشکله معروفه در تمسک به اطلاقات و عمومات ادله نظیر «احل الله البیع» و «أوفوا بالعقود» به هنگام شک در جزئیت یا شرطیت، مبنی بر اینکه بنا بر قول به صحیح بازگشت شک به صدق موضوع خواهد بود، بنابراین مورد از قبیل تمسک به عام یا مطلق در شبهه مصداقیه خواهد بود، به این طریق حل می‌گردد که مراد از صحیح در اینگونه موضوعات، همان صحیح در نزد عرف است. شیخ انصاری در این باره می‌گوید: «وجه تمسک علما به اطلاق ادله بیع و نظیر آن این است که چون خطابات بر طبق عرف وارد آمده اند، لفظ بیع و مانند آن در خطابات شرعی بر همان بیع صحیح و مؤثر در نظر عرف و یا بر مصدری که از لفظ «بعث» اراده می‌شود حمل می‌گردد.» (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۲۰) تعلیل شیخ انصاری بر مرجعیت عرف در تعیین موضوعات ادله آنجا که بیع و مانند آن از سایر موضوعات عرفی باشد، این است که خطابات شارع بر طبق عرف صادر می‌شوند و شارع در تفهیم مقاصد و احکام خود شیوه دیگری غیر از شیوه تفهیم و مفاهمه عرفی انتخاب نکرده است.

## ۲-۲-۲- دواوری عرف پیرامون تقییدیه یا تعلیلیه بودن حیثیت کارکرد عرفی موضوع

اینکه دواوری عرف در تعیین حیثیت تعلیلیه و حیثیت تقییدیه بر چه پایه‌ای صورت می‌گیرد، یکی از قواعدی که عرف بر آن تکیه می‌کند، مناسبت حکم و موضوع است. محمد باقر صدر می‌گوید: در موضوعات عرفی مسأله به اختلاف مناسبات حکم و موضوع متفاوت می‌گردد، گاهی عرف چیزی را حیثیت تقییدیه می‌داند ولو اینکه در لسان

دلیل به نحو شرطیت اخذ شده باشد و گاهی عرف چیزی را حیثیت تعلیلیه محسوب می کند ولو اینکه در لسان دلیل به نحو وصفیت اخذ شده باشد. (صدر، ۱۴۰۸، ج ۵، ص ۵۳۲) آقا ضیاء نیز تصریح کرده است عرف به حسب مناسبات حکم و موضوع مرتکز در اذهان حیثیت تقییدیه یا تعلیلیه بودن خصوصیت مأخوذه را تعیین می کند. (عراقی، ۱۴۱۷، ج ۴، ص ۱۲)

موضوعات عرفی موضوعاتی هستند که به دلیل کارکردی که در عرصه های مختلف حیات انسانی و مناسبات اجتماعی بر آن ها مترتب است، مورد شناسایی و پایه گذاری عرف قرار گرفته و شارع نیز آنها را متعلق حکم خود قرار داده است. این دسته موضوعات اگر چه ظرف احکام شریعت هستند و عنایت تعدیل و تصحیح شریعت قرار گرفته اند، اما خود آنها از شریعت ناشی نشده بلکه علائق و ضرورت های فردی و اجتماعی است که این موضوعات را پدید آورده است. عمده موضوعات عرفی معاملات هستند.

علت موضوع قرار گرفتن موضوعات عرفی برای احکام امضایی شارع همان کارکرد مورد عنایت عرف است، و کارکرد مذکور حیثیت تقییدیه در اینگونه موضوعات نسبت به احکام آنها دارد. این چیزی است که داوری عرفی به تناسب حکم و موضوع به آن اعتراف می کند. در واقع موضوعیت این پدیده ها در فقه، به اعتبار کارکرد آنهاست و نه ماهیت آنها. کارکرد موضوع «واسطه در عروض» حکم است نه «واسطه در ثبوت».

بعد از آنکه عرف به عنوان مرجع تعیین موضوع روشن می کند علت موضوع قرار گرفتن موضوعات عرفی برای حکم امضایی شارع همان کارکرد عرفی آنها است، و نتیجه اینکه کارکرد عرفی آن موضوعات جزئی از موضوعات و به نحو حیثیت تقییدیه در موضوعات آن احکام اخذ شده است، از سوی دیگر در مورد بسیاری موضوعات عرفی، کارکرد موضوع وابستگی تام به عرف ها و تلقی های شایع عقلایی پیرامون آن دارد، به نحوی که اگر آن عرف ها و تلقی های شایع عقلایی زوال یا تبدل یابد کارکرد مذکور منتفی می گردد و چون کارکرد مذکور حیثیت تقییدیه در موضوع داشته است، نتیجه این می شود که آن موضوع منتفی می گردد. و نهایت اینکه با انتفای موضوع، حکم آن منتفی می گردد. تحلیل فوق این مطلب را روشن می کند که عرف ها و تلقی های شایع عقلایی پیرامون بسیاری موضوعات عرفی به یک واسطه یعنی به واسطه کارکردی که برای آن موضوعات در آن عرف ها و تلقی ها وجود دارد، همانند خود آن کارکردها حیثیت تقییدیه در موضوعات عرفی دارند به گونه ای که با زوال یا تبدل آن عرف ها و تلقی های شایع پیرامونی موضوع، حیث کارکردی موضوع منتفی و نتیجه اینکه خود موضوع حکم منتفی می گردد. اینکه شهید اول تغییر عادت را علت تغییر حکم می داند. (عاملی، بی تا، ج ۱، ص ۱۵۱) یک حلقه واسطه دارد و آن این است که تغییر عادت باعث تغییر کارکرد موضوع یعنی خود موضوع می گردد و به تبع تغییر موضوع تغییر حکم اتفاق می افتد. موسوی خمینی می گوید: «با شناخت دقیق روابط اقتصادی و اجتماعی و سیاسی، همان موضوع اول که از نظر ظاهر با قدیم فرقی نکرده است، واقعاً موضوع جدیدی شده است که قهراً حکم جدیدی می طلبد.» (خمینی، ۱۳۷۸، ج ۲۱، ص ۲۸۹) عرف ها و مناسبات جدید اقتصادی و اجتماعی و ... با تعریف کارکرد جدید برای موضوع عرفی، باعث حکم جدید آن می شود. مغنیه پیرامون معاملات که موضوعات مصنوع عرف هستند می گوید: «تغییر و تجدید حکم آنها ممکن و بلکه به تبع مصلحت حیات و تطورات آن در هر جامعه ای ضروری است.» (مغنیه، ۱۹۷۸، ص ۹۱۹)

و اما نمونه های صغروی فراوانی وجود دارد که فقیهان بر اساس تغییر کارکرد موضوع به سبب تغییر عرف فتوی داده اند. سید احمد خوانساری پیرامون بیع خون در عصر ما می گوید: «مانعی از عدم حلیت اکتساب به یک شیء به جهت عدم منفعت محلله قابل توجه در یک عصر، با حلیت آن در عصر دیگر به جهت دستیابی به منفعت محلله قابل توجه نیست.» (خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۳، ص ۳) همچنین خمینی می گوید: «در زمان های گذشته برای خون غیر از خوردن آن نفع و سود دیگری وجود نداشت. ... و نهی از بیع منصرف به همین است، چرا که اکل خون در آن زمان ها متعارف بوده است و بنابراین خرید و فروش خون در صورتی که منفعت عقلایی در عصر ما

داشته باشد جایز است» (خمینی، ۱۴۱۵ الف، ج ۱، ص ۵۷) نمونه دیگر، تعدی از نصوص سبق و رمایه است. مغنیه می‌نویسد: «تردید نیست که دشمن نمی‌ترسد، مگر زمانی که مسلح به نوع سلاح او یا قوی‌تر و نافذتر از آن شویم. به تعبیر دیگر اعتباری به اسب دوانی و تیر و کمان نیست، بلکه آنچه معتبر است سلاح معروف متداول است و رسول اعظم (صلی الله علیه و آله) این سه را فقط از این جهت ذکر کرده است که آنها، نه غیر آنها، سلاح های متعارف عصر او بوده‌اند.» (مغنیه، ۱۴۲۱، ج ۴، ص ۲۳۵) مناسبت حکم و موضوع، کارکرد سبق و رمایه در ادوات و مهارت‌هایی مثل اسب دوانی و تیر و کمان را، همان تقویت بنیه نظامی در مقابل دشمن می‌شناساند و بدیهی است که چنین کارکردی برای این موضوعات وابستگی تام به عرف جنگی زمان‌های گذشته دارد که هنوز ابزار آلات جنگی پیشرفته امروز به وجود نیامده بودند. مسابقات اسب دوانی و تیر و کمان امروزه کارکرد گذشته خود را ندارند به همین جهت آیه الله صدر صحت سبق و رمایه با این مهارت‌ها و ادوات قدیمی را مورد تردید قرار می‌دهد و به عکس تعدی از موارد منصوصه به سبق و رمایه در مهارت‌ها و آلات جدید تحرک جنگی را محتمل می‌شمارد. (حکیم، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۱۵۴) این تعدی مورد توجه مرتضی مطهری نیز قرار گرفته است. (مطهری، بی تا، ج ۲۱، ص ۱۶۲) حکم دیه بر عاقله (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۱، ص ۴۸؛ مرعشی، ۱۴۲۷، ج ۱، ص ۱۹۹)، حکم مجسمه سازی (صانعی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۳۱)، حکم بازی شطرنج (خمینی، ۱۳۷۸، ج ۲۱، ص ۱۵۱) نمونه های دیگری هستند که فقیهان بر اساس تغییر عرف و موضوع فتوی داده‌اند و مجال بررسی وجود ندارد.

### ۲-۲-۳- دواری عرف پیرامون تقییدیه یا تعلیلیه بودن حیثیت عرف تمایزگذار عصر تشریح

قوانین تمایزگذار حقوق اسلامی در باب‌های مختلف قضاء، شهادات، قصاص، دیات، نکاح، ارث و ... حضور دارند. موضوعات این باب‌ها، موضوعات عرفی هستند که متعلق حکم امضایی شارع قرار گرفته‌اند. دلیل موضوع قرار گرفتن این‌گونه موضوعات برای حکم شارع، همان کارکرد مورد عنایت عرف یعنی همان تنظیم مناسبات اجتماعی و معاش است. حواله دادن دلیل موضوع قرار گرفتن موضوعات عرفی به حیثیات رمزگونه تعدی و غیر این دنیایی با عرفی بودن این موضوعات که متعلق حکم امضایی شارع قرار گرفته‌اند، سازگاری نخواهد داشت. این چیزی است که عرف به عنوان مرجع تعیین موضوع و حیثیات مأخوذه در موضوع بر پایه مناسبت حکم و موضوع به آن قضاوت می‌کند. برای جریان قاعده مناسبت حکم و موضوع باید به دو شاخصه «عرفی بودن» و «امضایی بودن» در باب موضوعات عرفی عنایت کرد. در نتیجه عنایت به دو شاخصه مذکور کارکردها و ملاک هایی عرفی و این دنیایی برای آنها شناسایی می‌شود.

شهید اول به صراحت، غرض اهم و اصلی از غیر عبادات یعنی عقود و ایقاعات و احکام را امر دنیوی و نه اخروی دانسته است. (عاملی، بی تا، ج ۱، ص ۳۰) نقدی که وجود دارد این است که غرض اخروی این احکام قابل تفکیک از غرض دنیوی آن‌ها نیست و بلکه مترتب بر غرض دنیوی دنبال می‌شود و لذا اصح این است که تمام غرض احکام غیر عبادی نظم و نسق عادلانه مناسبات دنیایی است. مطهری می‌گوید: «قوانین اسلامی به اصطلاح امروز در عین اینکه آسمانی است، زمینی است یعنی براساس مصالح و مفاسد موجود در زندگی بشر است، به این معنا که جنبه‌ی مرموز و صد درصد مخفی و رمزی ندارد.» (مطهری، بی تا، ج ۲۱، ص ۲۹۳) البته سخن مطهری را بایست بیشتر ناظر به قوانین معاملات دانست. مغنیه نیز تعدی در احکام معاملات را نفی می‌کند. (مغنیه، ۱۹۷۸، ص ۹۱۹)

قوانین تمایزگذار حقوق اسلامی به عنوان بخشی از معاملات، کارکرد مورد انتظار در نظم و نسق مناسبات اجتماعی و ضرورت‌های معاش در عصر تشریح و بعد از آن را دارا بوده‌اند. اما سؤال این است که آیا همچنان در عصر حاضر نیز همین کارکرد را ایفا می‌کنند؟ و آیا مقصود مورد انتظار از چنین قوانینی تحصیل می‌گردد یا خیر؟ به نظر نمی‌رسد پاسخ مثبت باشد. ابتدا بایست دانست که پاسخ منفی به این سوال به معنای این است که کارکرد

این موضوعات و قوانین وابسته به عرف عصر تشریح بوده است و به همین جهت است که با زوال آن عرف و ظهور عرف جدید کارکرد خود را از دست داده‌اند و این به این معنا است که عرف پیشین به تبع کارکرد پیشین، حیثیت تقییدیه در موضوعات این‌گونه قوانین داشته است و نتیجه اینکه با زوال آن عرف موضوعات قوانین تمایزگذار منتفی و در نتیجه خود قوانین منتفی می‌گردند.

دلیل اول بر اینکه قوانین تمایزگذار در سنت فقهی کارایی لازم در عصر حاضر را ندارند، این است که ذهنیت عمومی شهروندان با این گونه قوانین همراهی نمی‌کند و عموم مردم این‌گونه قوانین را غیر عادلانه و تبعیض آمیز محسوب می‌کنند. بدیهی است که اگر قانونی وجهه حقانیت خود در تلقیات عمومی را از دست داده باشد توفیق عملی چندانی به دست نیآورده و کارکرد لازم را نخواهد داشت. اینکه گفته می‌شود عموم مردم قوانین تمایزگذار حقوق اسلامی را تبعیض آمیز تلقی می‌کنند، منظور این نیست که غیر مسلمانان این‌گونه برداشتی از قوانین اسلامی دارند، بلکه خود مسلمانان نیز به چنین برداشتهایی نزدیک هستند و اگر حیث تبعد خود به قوانین اسلامی را معطل گذارند، داوری ایشان همین است که این قوانین تبعیض آمیز هستند. واقعیت این است که مفهوم عدالت در عرصه عقلانیت و عرف زمانه تحول یافته و از عدالت استحقاقی به سوی عدالت مساواتی رو نهاده است. در این تلقی جدید از عدالت همه چه غیر مسلمان و چه مسلمان شریک هستند. عدالت زمانه همگان را به این داوری می‌کشاند که قوانین متفاوت مبتنی بر جنسیت و مذهب و نژاد و ... عمدتاً تبعیض آمیز و ظالمانه هستند. در این میان تمسک به کنوانسیون‌های منع تبعیض نه از این روی است که دلیل حقانیت تلقی جدید عدالت قرار گیرند بلکه از این روی است که شکل‌گیری و توسعه قاعده بین المللی منع تبعیض حکایت از تلقی جدید عدالت می‌کند.

شاهد بر عدم همراهی ذهنیت عمومی با قوانین تمایزگذار سنت فقهی، پدیده بیزاری دینی است. قوانین تمایزگذار مبتنی بر جنسیت و مذهب و برده داری موجبات بیزاری مسلمان و غیر مسلمان از دین را فراهم می‌آورد، و یحتمل بر اساس حرمت تنفیر از دین است که مشاهده می‌شود در کشوری مانند ایران دیه جنایت بر اقلیت‌های دینی شناخته شده در قانون اساسی بر خلاف سنت فقهی که یک دهم دیه مسلمان است، بر اساس نظر حکومتی به اندازه دیه مسلمان تعیین می‌گردد. (ماده ۵۵۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲) همچنین علاوه بر مجازات اسلامی بر مواد مبتنی بر تفاوت دیه زن و مرد (ماده ۵۵۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲) اما مقرر می‌گردد که ما به التفاوت دیه زنان نسبت به مردان از صندوق تأمین خسارات بدنی جبران شود. (رای وحدت رویه ۷۷۷ هیئت عمومی دیوان عالی کشور مصوب ۳۱ اردیبهشت ۹۸) همچنین مشاهده می‌شود حق طلاق زن به صورت وکالت از طرف زوج و یا برخی حقوق دیگر مربوط به زنان به عنوان شروط ضمن عقد در دفترچه‌های نکاح مطرح می‌شود. واقعیت این است که تمسک به تتمه‌های روینایی نظیر قاعده حرمت تنفیر از دین، فرمان حکومتی و یا رای وحدت رویه و یا شرط ضمن عقد و ... همه حکایت از غیر عادلانه بودن قوانین تمایزگذار و عدم کارایی فی نفسه آنها در جوامع فعلی دارد.

دلیل دوم بر اینکه قوانین تمایزگذار در سنت فقهی، کارایی لازم در عصر حاضر را ندارند دقت نظر به مسأله تحول در عرصه مصالح است. کارایی لازم چیزی جز همان تأمین مصالح نیست. عقلای جهان اگر نه از سر عدالت طلبی و عطف توجه به حقوق انسانی، قاعده منع تبعیض را پیش بینی کرده‌اند، اما به طور قطع، مصالح و ضرورت‌ها ایشان را به شناسایی قاعده رهنمون کرده است. صلح و امنیت، دموکراسی، توسعه و رفاه، مصالح و ضرورت‌هایی است که اسناد متعدد حقوق بشری از اعلامیه تا میثاقین و ... در ورای شناسایی قاعده منع تبعیض مطرح می‌کنند. قوانین تمایزگذار حقوق اسلامی پیش از تحولات یکی دو قرن اخیر، کارکرد لازم در تأمین مصالح و نظم و نسق دادن به روابط اجتماعی و امور معاش را داشتند، اما اکنون مصالح چهره جدیدی به خود گرفته و آنچه کارکرد لازم در تأمین مصالح جدید را دارا است منع تمایزگذاری‌ها است و این چیزی است که اسناد متعدد

حقوق بشری که به تصویب عموم جامعه جهانی رسیده است، تحت عنوان قاعده منع تبعیض به آن اعتراف می‌کند.

### نتیجه گیری

از آنجا که کارکرد عرفی قوانین تمایزگذار سنت حقوقی اسلامی، اعم از قوانین تمایزگذار بین زن و مرد، بین مسلم و غیر مسلم، بین عبد و حر وابسته به عرف عصر تشریح پیرامون این موضوعات بوده است، بنابراین عرف عصر تشریح پیرامون موضوعات فوق حیثیت تقییدیه در آن موضوعات داشته است و لذا با تغییر و تبدل عرف تمایزگذار عصر تشریح به عرف برابری طلبانه عصر حاضر، چنانچه ظهور قاعده منع تبعیض از آن حکایت می‌کند، موضوعات قوانین تمایزگذار منتفی و در نتیجه خود قوانین تمایزگذار سالبه به انتفای موضوع می‌گردند. نتیجه اینکه قوانین مساوات طلبانه جایگزین می‌گردد.

## فهرست منابع

۱. اردبیلی، احمد بن محمد. مجمع الفائدة و البرهان فى شرح إرشاد الأذهان، ج ۱، قم، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم. ۱۴۰۳
۲. اصفهانی، محمد حسین کمپانی. حاشیة کتاب المکاسب (للأصفهانی، ط - الحديثة)، ج ۱، قم، أنوار الهدى. ۱۴۱۸
۳. اصفهانی، محمد حسین. بحوث فى الأصول، ج ۲، قم، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم. ۱۴۱۶
۴. اصفهانی، محمد حسین. نهاية الدراية فى شرح الكفاية، ج ۲، بيروت، موسسه آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث. ۱۴۲۹
۵. انصارى، مرتضى بن محمد امين. كتاب المکاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج ۱، قم، کنگره جهانى بزرگداشت شيخ اعظم انصارى. ۱۴۱۵
۶. انصارى، مرتضى بن محمدامين. فرائد الأصول، ج ۵، قم، موسسه النشر الاسلامى التابعة لجماعة المدرسين بقم. ۱۴۱۶
۷. ايروانى، باقر. الحلقة الثالثة فى اسلوبها الثانى، ج ۱، تهران، انتشارات قلم. ۲۰۰۷
۸. آملی، ميرزا هاشم. تحرير الأصول، ج ۱، قم، مكتبة الداوری. ۱۳۸۶
۹. بهجت، محمد تقى. مباحث الأصول، ج ۱، قم، نشر شفق. ۱۳۸۸
۱۰. تبریزی، ميرزا جواد. دروس فى مسائل علم الأصول، ج ۲، قم، دار الصديقة الشهيدة (س). ۱۳۸۷
۱۱. جزايرى، محمدجعفر. منتهى الدراية فى توضيح الكفاية، ج ۴، قم، موسسه دار الكتاب. ۱۴۱۵
۱۲. حسنى، هاشم معروف. نظرية العقد فى الفقه الجعفرى، ج ۱، بيروت، منشورات مكتبة هاشم. بى تا
۱۳. حسینی میلانى، على. تحقيق الأصول، ج ۱، قم، نشر الحقائق. ۱۴۲۸
۱۴. حكيم، سيد محسن. منهج الصالحين (المحشى)، ج ۱، بيروت، دار التعارف للمطبوعات. ۱۴۱۰
۱۵. حكيم، محمد تقى بن محمد سعيد. الأصول العامة فى الفقه المقارن، ج ۲، قم، مجمع جهانى اهل بيت (ع). ۱۴۱۸
۱۶. خرازى، محسن. عمدة الأصول، ج ۱، قم، موسسه در راه حق. ۱۴۲۲
۱۷. خمينى، سيد روح الله موسوى. صحيفه امام، تهران، مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمينى (س). ۱۳۷۸
۱۸. خمينى، سيد روح الله موسوى. القواعد الفقيهية و الاجتهاد و التقليد (تهذيب الأصول)، ج ۱، قم، دار الفكر - كتابفروشى اسماعيليان. ۱۳۸۲
۱۹. خمينى، سيد روح الله موسوى. المکاسب المحرمة (للإمام الخمينى)، ج ۱، قم، مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمينى (ره). ۱۴۱۵ الف
۲۰. خمينى، سيد روح الله موسوى. انوار الهداية فى التعليق على الكفاية، ج ۲، تهران، موسسه تنظيم و نشر آثار امام خمينى (ره). ۱۴۱۵
۲۱. خمينى، سيد روح الله موسوى. تنقيح الأصول، ج ۱، تهران، موسسه تنظيم و نشر آثار امام خمينى (ره). ۱۴۱۸
۲۲. خمينى، سيد روح الله موسوى. الرسائل العشرة (للإمام الخمينى)، ج ۱، قم، مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمينى (ره). ۱۴۲۰

۲۳. خمینی، سید روح الله موسوی. کتاب البیع (للإمام الخمينی)، ج ۱، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره). ۱۴۲۱
۲۴. خوانساری، سید احمد بن یوسف. جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، ج ۲، قم، مؤسسه اسماعیلیان. ۱۴۰۵
۲۵. خویی، سید ابو القاسم موسوی. معتمد العروة الوثقی، ج ۲، قم، منشورات مدرسه دار العلم - لطفی. ۱۴۱۶
۲۶. روحانی، محمد. منتقى الأصول، ج ۱، قم، دفتر آیه الله سید محمد حسینی روحانی. ۱۴۱۳
۲۷. سبحانی، جعفر. فروغ ابدیت، ج ۱۷، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم - بوستان کتاب. ۱۳۸۰
۲۸. سبحانی، جعفر. المحصول فی علم الأصول، ج ۱، قم، مؤسسه امام صادق (ع). ۱۴۱۴
۲۹. سبحانی، جعفر. أصول الفقه المقارن فیما لا نصّ فيه، ج ۱، قم، مؤسسه امام صادق (ع). ۱۳۸۳
۳۰. سبحانی، جعفر. إرشاد العقول الی مباحث الأصول، ج ۱، قم، مؤسسه امام صادق (ع). ۱۴۲۴
۳۱. شیرازی، ناصر مکارم. أنوار الفقاهة - کتاب النکاح، ج ۱، قم، انتشارات مدرسه الإمام علی بن ابی طالب (ع). ۱۴۲۵
۳۲. صالحی مازندرانی، اسماعیل. شرح کفایة الأصول، ج ۱، قم، انتشارات صالحان. ۱۳۸۲
۳۳. صانعی، یوسف. مجمع المسائل استفتائات جلد دوم، ج ۱۰، قم، انتشارات میثم تمّار. ۱۳۸۷
۳۴. صدر، سید محمد باقر. مباحث الأصول، ج ۱، قم، مطبعة مرکز النشر - مرکز الاعلام الاسلامی. ۱۴۰۸
۳۵. صدر، سید محمد باقر. اقتصادنا، ج ۱، قم، دفتر تبلیغات اسلامی - شعبه خراسان. ۱۴۱۷ الف
۳۶. صدر، سید محمد باقر. بحوث فی علم الأصول، ج ۱، بیروت، الدار الاسلامیة. ۱۴۱۷ ب
۳۷. صدر، سید محمد باقر. بحوث فی علم الأصول، ج ۳، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع). ۱۴۱۷
۳۸. طباطبایی قمی، تقی. آراؤنا فی أصول الفقه، ج ۱، قم، انتشارات محلاتی، قم. ۱۳۷۱
۳۹. طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن. تهذیب الأحکام، ج ۴، تهران، دار الکتب الإسلامیة. ۱۴۰۷
۴۰. عاملی، شهید اول، محمد بن مکی. القواعد و الفوائد، ج ۱، قم، کتابفروشی مفید. بی تا
۴۱. عراقی، ضیاءالدین. بدائع الافکار فی الأصول، ج ۱، نجف اشرف، المطبعة العلمیة. ۱۳۷۰
۴۲. عراقی، ضیاءالدین. نهاییة الافکار، ج ۳، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم. ۱۴۱۷
۴۳. فانی اصفهانی، علی. آراء حول مبحث الألفاظ فی علم الأصول، ج ۱، قم، انتشارات رضا مظاهری. ۱۴۰۱
۴۴. فیاضی، مسعود. «ماهیت احکام امضایی (بررسی تطبیقی آرای محقق اصفهانی و امام خمینی)»، مجله حقوق اسلامی، شماره ۳۴، صفحات ۱۹۳-۲۱۸. ۱۳۹۱
۴۵. فیاض حسین عاملی، حسن محمد. شرح الحلقة الثالثة، ج ۱، بیروت، شركة المصطفى لإحياء التراث. ۱۴۲۸
۴۶. کدیور، محسن. بازخوانی حقوق زنان در اسلام - «عدالت مساواتی» بجای «عدالت استحقاقی» ۱، وبسایت رسمی محسن کدیور. ۱۳۹۰
۴۷. مازندرانی، علی اکبر سیفی. دلیل تحریر الوسیلة - أحكام الأسرة، ج ۱، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره). ۱۴۲۹
۴۸. مدرسی یزدی، عباس. نماذج الأصول فی شرح مقالات الأصول، ج ۱، قم، داوری. ۱۳۸۳
۴۹. مرعشی، سید محمد حسن. دیدگاه‌های نو در حقوق، ج ۲، تهران، نشر میزان. ۱۴۲۷



## قاصده منع تبخیز در حقوق بین المللی بشر و امکان سنجی گذار از قوانین تمانیزگذار حقوق اسلامی / ۱۰۲

۵۰. مروجی، علی. تمهید الوسائل فی شرح الرسائل، ج ۱، قم، مکتب النشر الاسلامی. ۱۴۱۰
۵۱. مطهری، شهید مرتضی. فقه و حقوق (مجموعه آثار)، ج ۱، قم، بی نا. بی تا
۵۲. مغنیه، محمد جواد. فلسفات اسلامیّه - مقاله الاسلام بنظره عصریّه، بیروت، دارالتعارف. ۱۹۷۸
۵۳. مغنیه، محمد جواد. فقه الإمام الصادق علیه السلام، ج ۲، قم، مؤسسه انصاریان. ۱۴۲۱
۵۴. موسوی بجنوردی، سید محمد. «جایگاه عرف در حقوق بین الملل و حقوق اسلام»، پژوهشنامه متین، شماره ۱۵ و ۱۶، صفحات ۲۳-۴۸. ۱۳۸۱
۵۵. موسوی جزایری، محمد علی. تحریر الأصول، ج ۱، قم، موسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین بقم. ۱۴۳۰
۵۶. مومن قمی، محمد. تسدید الأصول، ج ۱، قم، موسسه النشر الاسلامی. ۱۴۱۹
۵۷. نائینی، محمد حسین. أجود التقريرات، ج ۱، قم، مطبعه العرفان. ۱۳۵۲
۵۸. نائینی، محمد حسین. فوائد الأصول، ج ۱، قم، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم. ۱۳۷۶
۵۹. نوبهار، رحیم. «امکانسنجی گذار از مجازات های بدنی»، کاوشی نو در فقه، شماره ۲، صفحات ۳۹-۶۹. ۱۳۹۶
۶۰. هاشمی شاهرودی، محمود. اضواء و آراء؛ تعلیقات علی کتابنا بحوث فی علم الأصول، ج ۱، قم، موسسه دائره المعارف فقه اسلامی. ۱۴۳۱

***The principle of prohibition of discrimination in the international law regarding human rights and a feasibility study on disregarding the discriminatory rules of Islamic law<sup>3</sup>***

*Ali Asghar Afshari<sup>4</sup>*

***Abstract***

*The principle of prohibition of discrimination is a principle that is recognized as a human rights principle in the international law and is emphasized on by numerous documents. The principle of prohibition of discrimination that enjoys a worldwide acceptability and is confirmed by the contemporary rationality, may represent the transition from the discriminatory mores of the age of legislation to the egalitarian mores of the contemporary age. The question at hand is: what are the impacts of this transition on the discriminatory rules of Islamic law? Considering the fact that the discriminatory mores of the age of legislation were part of the subjects of the discriminatory rules of the legislator, is it right to claim that with the advent of the principle of prohibition of discrimination -that indicates the annihilation of the discriminatory mores of the age of legislation and formation of the new mores- the subjects of the discriminatory rules are eliminated and as a result the discriminatory rules of Islamic law are negated through the negation of their subjects? This article is an attempt to present that the discriminatory mores of the age of legislation are bound to the subjects of the discriminatory rules and thereupon with the formation of the principle of prohibition of discrimination that implies the egalitarian mores, the discriminatory rules of Islamic law will be replaced with egalitarian rules.*

***Keywords:*** *prohibition of discrimination" contemporary rationality" transition of mores" conditional mode" " confirmative rules.*

---

<sup>3</sup>- Receive Date: 27 April 2020, Accept Date: 21 April 2022.

<sup>4</sup>- PhD Student in Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, University of Tehran, Tehran, Iran.