

تأثیر عرف و مقتضیات زمان و مکان بر احکام امضایی^۱

نجمه شریف پور^۲، محمد بهرامی خوشکار^۳، سید ابوالقاسم نقیعی^۴

چکیده

در اسلام علاوه بر احکام تأسیسی، احکام امضایی نیز وجود دارد، برخی قائل اند که احکام امضایی باید طبق عرف هر زمان تغییر یابند، تأیید یا رد این نظریه مبتنی بر تشخیص افراد از ماهیت احکام امضایی می باشد. این پژوهش به روش توصیفی - تحلیلی و با استفاده از منابع فقهی به تأثیر عرف و مقتضیات زمان و مکان بر احکام امضایی پرداخته است. مشخص شد ماهیت احکام امضایی، جعل حکمی مماثل با حکم عقلاست نه صرف امضای آن، که در نتیجه با تغییر عرف که ظرف حکم امضایی است، حکم بر جای خود استوار است و فعلیت خود را از دست نمی دهد. فقهاء می توانند با نظر به توجه شارع به بنای عقلا و عرف نخبگان در امضائیات و ملاک های جدیدی که طبق تحولات زمان به دست می آورد، در حوزه غیر تعبدیات حکم جدیدی را بر اساس تغییر موضوع حکم یا تغییر ویژگی ها و صفات موضوع حکم، استنباط نمایند و در صورت عدم تغییر موضوع یا ویژگی هایش، تمهیداتی جهت اجرای صحیح حکم فعلی برای تأمین مصالح در نظر بگیرند و موجبات حاکمیت فقه بر حوادث و مناسبات جدید و هدایت آن ها در مسیر صلاح و تعالی انسان را فراهم نمایند.

کلید واژه ها: حکم امضایی، حکم تأسیسی، شارع، مقتضیات زمان و مکان.

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۸/۱۷ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۴/۲۸ نوع مقاله: پژوهشی

۲. دانشجوی دکتری رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

۳. دانشیار گروه فقه و حقوق، دانشکده الهیات، مدرسه عالی شهید مطهری، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)

m1.khoshkar@gmail.com

۴. دانشیار گروه فقه و حقوق، دانشکده الهیات، مدرسه عالی شهید مطهری، تهران، ایران.

۱- مقدمه

آداب و رسوم، سنت های ملی، شیوه های قبیله ای و عادات فامیلی جایگاه خاص خود را دارند. آنگاه که با ارزش های آسمانی و اصول اصیل دینی برخوردی نداشته باشند، محترم و ارزشمند بوده و هرگاه در راستای تقویت، ترمیم و بالندگی دستورات و سخنان معصومان (ع) باشند، رنگ جاودانگی و بوی تقدس گرفته و حتی قابل دفاع و هم سنگ اصول ارزشمند مذهبی خواهند بود. همانند برخی از آداب و سنتی که پیش از ظهور اسلام، در جوامع پیشین وجود داشته و رسول اکرم (ص) آن ها را محترم شمرد و به عنوان حکمی از احکام امضایی اسلام وارد دایره بایدها و نبایدهای دینی نمود. لذا در فقه امروزی احکام فقهی را می توان به دو دسته امضایی و تأسیسی تقسیم نمود. گرچه این تقسیم بندی در بین فقها سابقه طولانی ندارد و اصطلاح حکم امضایی و تأسیسی از زمان شیخ انصاری (ره) به بعد رواج پیدا کرده است، اصطلاح امضای شارع در کلمات فقها و اصولیان به کرات مشاهده می شود. در کلمات فقها، اصطلاح امضا همیشه در مقابل تأسیس به کار نرفته بلکه گاهی در مقابل ارشاد (آملی، ۱۳۹۵: ۱۶۷) جعل (آشتیانی رازی، ۱۴۰۳: ۲۹۴/۱) و نیز تعبد (نجفی اصفهانی، ۱۴۱۳: ۵۰۰/۱) استفاده شده است. از طرف دیگر در مقابل تأسیس هم همیشه امضا به کار نرفته و گاهی هم در برابر آن تأکید استعمال شده است (محقق داماد یزدی، ۱۴۰۱، ۳/۳۱۵). هدف از طرح این بحث آن است که اگر چنین تقسیم بندی را بین احکام قبول کنیم آیا این تقسیم می تواند منشأ اثر هم بشود و نتایجی در استنباط احکام با توجه به تفاوتی که بین احکام امضایی و تأسیسی وجود دارد ایجاد نماید.

۲- مفهوم شناسی

۲-۱- حکم امضایی و تأسیسی

امضا در لغت از «مضی» به معنای رفتن، نفوذ و موت آمده است که در مباحث حقوقی و فقهی، معنای نفوذ منظور است. همچنین تأسیس نیز به معنای ایجاد و بنا نهادن است (جوهری، ۱۴۱۰: ۶/۲۴۹۳، فراهیدی، ۱۴۱۰: ۷/۷۱، حسینی واسطی زبیدی، ۱۴۱۴: ۲۰/۱۹۰). در معنای اصطلاحی حکم امضایی و تأسیسی، تعاریف زیاد و مشابهی در کتب فقهی و اصولی بیان شده است و می توان گفت که این کلمات در اصطلاح از معنای لغوی شان فاصله نگرفته اند. هر چند معلوم نیست که این اصطلاحات در فقه و اصول دارای معنای اصطلاحی خاصی شده باشند اما تعریف

آن‌ها به صورت واضح‌تر می‌تواند ماهیت آن‌ها را نیز روشن‌تر نماید. در معنای لغوی این دو کلمه شکی نیست اما جای تردید در اصل این تقسیم‌بندی و مقسم‌قرار دادن حکم شرعی در آن وجود دارد. پیش از ظهور اسلام قواعد و مقرراتی در عرف جامعه رایج بودند که به عنوان نهادهای اصلی جامعه آن روز، وظیفه تنظیم روابط و مناسبات اجتماعی، حقوقی، سیاسی و اقتصادی و نیز مراسم عبادی را بر عهده داشتند.^۱ این قوانین در بین عقلای جامعه از مقبولیت لازم برخوردار بوده و نادیده انگاشتن آن‌ها مذمت ایشان را به دنبال داشت. با آمدن اسلام، شارع در مواجهه با آن‌ها سه‌گونه عمل کرد: **الف:** در برخی موارد که عرف و عادت و قانون موجود با مقررات اسلام هماهنگی نداشتند را به کلی ابطال نمود. **ب:** برخی دیگر را که با تغییراتی و اجرای برخی تعدیلات در آن‌ها قابل پذیرش بودند، اصلاح و سپس امضا نمود. **ج:** برخی دیگر را که برای حفظ و بقای جامعه ضروری و با مصالح واقعی مردم و مقاصد اسلام سازگار بودند را عیناً تأیید کرده و اصطلاحاً مورد امضا قرار داده است. روشن است که شارع در رویه قانونگذاری خود از عرف و سیره جاری عقلا در زمان خود به گونه‌ای فعال و نه منفعل استفاده کرده و بسیاری از آن‌ها را عیناً یا به همراه اعمال اصلاحاتی در شریعت خود داخل نموده است. اصولیان قسم دوم و سوم را «احکام امضایی» می‌نامند (جمعی از مولفان، مجله فقه اهل بیت (ع): ۲۶ / ۱۵۹). اغلب معاملات از قبیل حلیت بیع، اعتبار عقد ضمان، اعتبار نکاح، اعتبار مالکیت خصوصی، اعتبار عقد اجاره، صلح، مضاربه، مزارعه، ودیعه و عاریه و همچنین حق حضانت اطفال و قسمتی از عبادات همچون غسل و قربانی و همچنین قسمتی از احکام جزایی مانند دیات و قصاص بنابر نقل مشهور فقهای اسلام از احکام امضایی اند. و اما در شریعت اسلام احکام دیگری نیز وجود دارند که یا قبل از اسلام هیچ سابقه‌ای نداشته‌اند و تشریح‌کننده آن، شارع مقدس اسلام می‌باشد و برآمده از ابتکار دین اسلام هستند و یا اگر در سابق نیز نامی از آن‌ها بوده، ماهیت‌شان به کلی با آنچه در اسلام تشریح شده، متفاوت بوده است. فقها و اصولیان این احکام را «احکام تأسیسی» نامیده‌اند. احکام عبادات (و جوب نماز، روزه، حج با خصوصیات و کیفیات موجود در اسلام، خمس، زکات)، و جوب حجاب، حرمت نکاح شغار، منع ازدواج همزمان

۱- این قوانین بر اساس عقل (مانند وجوب شکر منعم، وجوب اطاعت خدا و رسول و اولی الامر)، عقلا (مانند حجیت و اعتبار خبر موثق، ظهورات ادله و امثال آن)، عرف خاص آن زمان و عرف عام (مانند ضمان عاقله و ضمان جریره، احکام عقود و ایقاعات، قاعده ید، قاعده ضمان ید، غرر و غرور، نکاح متعه که حکم عرف زمان، عرف عام و عمل عقلا بود)، شرایع گذشته (مانند قرعه) و حتی قوانین دیگر ملل و اقوام، در میان مردم جامعه جاری بودند.

یک مرد با دو خواهر (نساء ۲۳)، احکام خوردنی ها و آشامیدنی ها، قضا و شهادت و امثال آن از این قسم می باشند (کاظمی خراسانی، ۱۴۱۷: ۴ / ۳۸۸ و ۳۸۹). به عبارت دیگر آنچه عقلاً صحیح بدانند به لحاظ شرعی نیز صحیح است مگر آن که شارع به دلیل وجود مفسده، آن را باطل و مردود اعلام کرده باشد، خواه ما بتوانیم آن مفسده را درک کنیم خواه نه، مانند معاملات ربوی و غرری و بیع کالی به کالی. نکته قابل توجه این که، مورد امضاء قرار گرفتن احکام امضایی به واسطه حدوث اتفاقی، منافاتی با امضایی بودن آن ها ندارد چرا که هر حکمی اعم از امضایی و تأسیسی سرآغازی دارد. البته مصادیقی وجود دارد که مورد اختلاف علما واقع شده است. مثلاً در قاعده لوئدرباره تأسیسی یا امضایی بودن قسامه، و در صورت تأسیسی دانستن آن، درباره زمان تشریح آن بحث می شود (به نقل از موسوی بجنوردی، قواعد فقهیه، ۱۴۰۱: ۱ / ۲۷۱). از سوی دیگر به نظر می رسد اسلام در برخی از احکام امضایی چنان تغییراتی داده که باید آن را شبه تأسیسی دانست لذا بعضاً احکامی مانند روزه و حج را امضایی و بعضاً تأسیسی دانسته اند. برخی از فقها قائل اند با اتخاذ رویکردی متفاوت می توان همه احکام اسلام را تأسیسی دانست زیرا انسان بنده خدای متعال است و در همه احکام باید به او رجوع کند و از همین جهت است که در احکامی که به امضایی معروف اند مانند خرید و فروش نیز باید از شارع اجازه بگیرد. برخی دیگر از فقها از لحاظی دیگر احکام امضایی را تأسیسی می دانند؛ به این جهت که گرچه اصل احکام امضایی فی الجمله برای بشریت بوده است اما نه به صورت مفصل و نه به شکلی که قرآن بیان کرده است. بشریت دزد را قابل مجازات می دانسته ولی در این که چگونه باید او را مجازات کرد، قرآن احکام کاملاً جدید و بدیعی آورد. به بیان دیگر موارد و خصوصیات این گونه احکام، تأسیسی می باشند. اما در مقابل برخی دیگر این نوع احکام را امضایی می دانند نه تأسیسی مثلاً در مورد حکم حجاب قائل اند که قرآن کریم در سوره نور با لفظ «خمرهن» و هم در سوره احزاب با لفظ «جلا بیهن» نشان می دهد که آنان چیزهایی برای سرکردن داشته اند، مقنعه و جلاباب برایشان شناخته شده و آشنا بود ولی استفاده کامل و صحیح از آن نمی کردند. لذا به قول برخی از دانشمندان، این بیان قرآن نشان می دهد که حکم حجاب، حکم امضایی بوده است نه تأسیسی؛ همچنین است طلاق. و اما نکته دیگری که قابل ذکر است این که در مورد احکام امضایی همواره چنین نیست که به علت مطلوب و پسندیده بودن، مورد امضاء و تأیید شارع قرار گرفته باشند بلکه گاهی به خاطر رواج و شیوع در عرف و وجود محذورات اجتماعی در مخالفت با آن ها، مورد امضا قرار گرفته اند مانند بحث برده داری؛ لذا این احکام در واقع بر دو قسم اند: قسم اول را می توان «احکام امضایی مطلوب» و قسم دوم را «احکام امضایی تحمیلی» نامید. نتیجه این برداشت این است که اگر احکام دسته دوم در بستر زمان

رواج عرفی خود را از دست بدهند و متروک گردند، بی گمان حکم شرع تغییر خواهد یافت. لذا امروزه نمی توان جواز برده داری را که از نظر عرف یک امر متروک و حتی زشت و ناپسند تلقی می شود، به شریعت مقدس اسلامی منتسب ساخت (محقق داماد، ۱/۱۴۰۶: ۷-۸)

۳- ضرورت وجود احکام امضایی

دین مبین اسلام از نظر زمانی، آخرین دین و از حیث محتوی، کامل ترین ادیان است. از این رو خداوند متعال در قرآن کریم می فرماید: دین در نزد خدا اسلام است^۱. روشن شد که همه احکام اسلام، ویژگی جعل و تاسیس ندارند بلکه پاره ای امضایی هستند و منظور از امضاء آن نیست که تغییری در آن ها صورت نگرفته باشد بلکه ممکن است با قید یا قیودی چند، تغییراتی محدود در آن ها (احکام موجود در ملل و نحل قبل از اسلام) ایجاد شده باشد. اما تعصبات جاهلانه ای که برخی به آن مبتلا هستند و تصور می کنند که همه احکام اسلام تاسیسی است و شایسته نیست که اسلام برخی از احکام خود را از دیگر ادیان یا سایر اقوام و ملل بگیرد درست نیست بلکه برعکس اگر نگیرد، خلاف روش عقلا و حتی خلاف ادله قطعی است. و از این جاهلانه تر تصور برخی از روشنفکران است که حتی در مورد مسائل قطعی اسلام، سعی دارند مطالب را از دیگر اقوام و ملل بگیرند. احمقانه تر این که چیزهایی را که در صدد ابطال آن هستند به ادیان مستند می کنند و آن چه را که در مقام اثبات آن هستند به ملل مترقی نسبت می دهند، نه به دین اسلام و یا دیگر ادیان الهی.

در علوم روانشناسی و تربیتی، مؤلفه ارزیابی، گزینش و طرد از عناصر تربیتی است و این ویژگی در واقع، پشتوانه ای برای تقوای حضور در شرایط هر عصری است. لازمه حضور غیر انفعالی، ارزیابی اطلاعات و رویدادهای اجتماعی است. اما ارزیابی و نقادی مستلزم بازشناسی جنبه های مثبت و منفی پدیده های هر دوران است. احکام امضایی که پیامبر اسلام (ص) در مکه پدید آورد، حاصل مواجهه ای نقادانه از این دست بوده است (بر این اساس تربیت دینی همواره باید پدیده های نوظهور این عصر را مورد ارزیابی و نقادی منصفانه قرار دهد و افراد را برای گزینش و طرد آماده سازد). البته از طرف دیگر با این بررسی، بطلان ادعاهایی بسیار عجیب از سوی برخی مبنی بر این که

¹ _آل عمران/ ۱۹.

اعتقادات، افکار و اندیشه های مسلمانان برگرفته از ملل مختلف جهان و از فرضیه های یونانیان و ایرانیان بوده است، معلوم می شود. به راستی آیا اسلام در زمینه ی عقاید، احکام اجتماعی، حقوقی و سیاسی و اقتصادی چیزی از خود ندارد و آن چه در این باره در اسلام هست، برگرفته از این جا و آن جا بوده است؟! تنها برخی از عقود در اسلام، امضایی بوده است آن هم با تغییرات و دستکاری ها. این افراد مطالب غیر مستند و ضعیف و گاه شاذ را مطرح می کنند و در بسیاری از موارد نیز بدآموزی های بسیاری وجود دارد که مخاطب را دچار تردید و یا انحراف عقیدتی می کند. به عبارت دیگر معروف و منکر، لزوماً اموری نیستند که به عنوان ارزش یا ضد ارزش در جامعه، مورد شناسایی قرار گرفته باشند بلکه اموری اند که با توجه به منشأ حقانی خودشان، معروفیت و منکریت آن ها به رسمیت شناخته شده است، چه جامعه آن را درک کرده و به آن رسیده باشد و چه درک نکرده باشد. البته در نظام تشریحی الهی، برخی موارد به عرف واگذار شده است که در فقه اسلامی در اصطلاح این امور را، احکام امضایی می گویند. حتی اگر برخی معارف اسلام با ادیان دیگر مانند مسیحیت مشابهت دارد بر خلاف پندار غالب مستشرقان که این امر را دلیل اخذ این معارف از سوی پیامبر اسلام (ص) از مسیحیت می دانند، این تشابهات نشانگر وحدت سرچشمه این دو دین است. چنانچه که اسلام همراه با پافشاری بر فراگیری علوم از غیر دنیای اسلام، بر نقد عالمانه و خردمندانه آن علوم نیز امر می کند. در رویکرد دینی نه پدیرش منفعلانه مانند وحی پسندیده است و نه طرد کلی تمام محصولات اندیشه ای صاحب نظران؛ بلکه باید با بها دادن به اندیشه بشر از راه نقد، راه میانه ای برگزید تا ضمن بهره مندی از نتیجه های سودمند و مفید علم از خطاهای نظریه پردازان، که ریشه در دیدگاه های الحادی آن ها به جهان هستی دارد و در مواردی نیز از ارزش های غیر دینی متأثر است، مصون ماند.

۴- ماهیت حکم امضایی

برخی از نواعترالیان جهان عرب مانند ابوزید و حسن حنفی^۱ و به تبعیت آن ها جمعی از روشنفکران دینی ایران با تفکیک دین به ذاتیات و عرضیات، بخش شریعت دین اعم از احکام تأسیسی و امضایی را در زمره عرضیات دین قرار داده و معتقدند زمانه این احکام گذشته و این بخش دین باید متناسب با شرایط روز تغییر کند (مجتهد شبستری، ۱۳۷۶، ۸۵-۸۷، ملکیان، ۱۳۸۰، ۳۰۵). در نظر ایشان حقانیت این مدعا در مورد احکام امضایی بسیار واضح است زیرا به نظر آن ها، قوام اصلی این احکام به عرف رایج در بین عقلای زمان تشریح برمی گردد و به همین دلیل با از

^۱ _ عرب صالحی، «ذاتی و عرضی دین»، مجله معرفت کلامی، ش ۲، ص ۲۸.

بین رفتن آن عرف، طبیعی است که این احکام نیز اعتبار خود را از دست بدهند. بنابراین بیشتر همت ایشان برای اثبات این مدعا در مورد احکام تأسیسی است. از سوی دیگر فقها و اصولیان شیعی معتقدند تمامی موضوعات نزد خدای تعالی دارای حکم است و آن چه مهم است، چگونگی دستیابی به آن هاست؛ زیرا ایشان معتقدند **اولاً**: حق قانون گذاری تنها از آن خداوند است و **ثانیاً**: او در هدایت خلق امری را فروگذار نکرده و همه احکام را بیان کرده است، ولی در بیان خود گاه صریح گویی را برگزیده و گاه عدم آن را. ولی این واگذاری هرگز به معنی اهمال در ناحیه احکام نیست (نهج البلاغه، حکمت ۱۰۲). امام صادق (ع) فرموده است: هیچ امری نیست که دو نفر در آن اختلاف نظر داشته باشند، جز آنکه در کتاب خدا برای آن بنیادی نهاده شده است ولی عقل های مردم به آن نمی رسد (کلینی، ۱۳۸۸، ق، ۷۸/۱). از طرف دیگر احکام الهی تغییر ناپذیرند و حلال و حرام محمد تا قیامت ثابت اند. بررسی صحت و سقم این دو نظریه در خصوص احکام امضایی در گرو شناخت ماهیت امضاء در احکام امضایی است. جهت دیگر در اهمیت این بحث که می تواند عبارت اخرازی از بحث قبلی باشد آن است که بعضی از علما، امکان وجود حکم امضایی را منکر شده اند، در واقع این افراد بین امضای شارع و حکم امضایی تفاوت قائل هستند که این تفاوت در توضیح اقوال روشن می گردد. سوال این است که در فرآیند امضاء، حکمی مانند مماثل حکم عقلا در دستگاه تشریح جعل شده است یا خیر، هیچ نوع اعتبار جدیدی در بین نیست و امضاء تنها تصدیق و اخبار از حکم عقلا بوده است. به طور کلی در مسئله تقسیم حکم شرعی به حکم امضایی و تأسیسی و یا به تعبیر دیگر در وجود و عدم حکم شرعی امضایی، سه نظریه مطرح است:

الف: نظریه صحت تقسیم حکم شرعی به تأسیسی و امضایی:

مشهور متأخران حکم امضایی را مانند حکم تأسیسی، حکمی می دانند که توسط شارع جعل شده است لذا معتقدند که تقسیم حکم شرعی به حکم تأسیسی و امضایی صحیح است؛ مانند عبادات که عمدتاً حکم تأسیسی محسوب می شوند و توسط شارع جعل شده اند، احکام امضایی هم که عمدتاً در باب معاملات به چشم می خورند توسط شارع جعل شده اند، پس هر دو مجعول شارع اند؛ هر چند شاید در کتب ایشان، احکام شرعی به دو دسته امضایی و تأسیسی تقسیم نشده باشد ولی به کار بردن حکم امضایی در مقابل حکم تأسیسی در گفتار ایشان، نشانگر پذیرش

حکم امضایی به عنوان یک حکم شرعی است. غروی اصفهانی^۱ و غروی نائینی^۲ از جمله قائلین به این نظریه هستند، همچنین محقق عراقی^۳ و موسوی خویی^۴ به کرات تعبیر به جعل تاسیسی و جعل امضایی دارند. آیت الله بروجردی هم صریحاً می‌فرماید که صحت در معاملات جعل شده چون ترتب اثر بر اساس جعل شرعی است ولو آن جعل، امضایی و تقریری باشد.

ب: نظریه عدم وجود حکم امضایی:

برخی بزرگان قائل به عدم صحت تقسیم هستند یعنی تقسیم حکم شرعی به حکم امضایی و حکم تاسیسی را نمی‌پذیرند، البته این بدان معنا نیست که اصلاً شارع امضایی ندارد بلکه می‌گویند که امضاء شارع داریم اما حکم امضایی نداریم. ایشان معتقدند حکم امضایی به عنوان یک مجعول شرعی در مقابل حکم تاسیسی وجود ندارد. طبق این دیدگاه فقط در جایی که شارع حکمی را تأسیس می‌کند مسئله جعل مطرح است و در مواردی که شارع حکم عقلاً را پذیرفته، جعل صورت نمی‌گیرد چرا که در تعریف امضا گفته شد که تأیید حکم عقلاست؛ یعنی حکم امضایی مجعول نداریم. از پیروان این نظر مرحوم آشتیانی است (طباطبایی، بی تا: ۲ / ۴۲۰)، امام خمینی (ره) هم در مواردی امضاء را در مقابل جعل قرار داده است (موسوی خمینی، ۱۳۷۸: ۱۷۲ و ۱۷۳)، اما به هر حال نفس قرار دادن امضاء در مقابل جعل و انشاء، حاکی از آن است که طبق این نظر در امضاء، مسئله جعل و انشاء مطرح نیست. امام

۱- و لا معنى لإمضاء الاعتبارات ألا باعتبار يماثل ذلك الاعتبار و ترتيب اثر يوافق ذلك الاثر و ألا فترتب الاثر العقلاني لا يتوقف ألا على بنائهم و اعتبارهم لا على اعتبار الشارع ... (غروی اصفهانی، ۱۳۷۴: ۳ / ۱۲۵ و ۱۲۶).

۲- و قد يتوهم أيضاً: أنّ المراد من المقتضى لوجود الشيء في باب الاسباب و المسببات بحسب الجعل الشرعي تاسيساً أو امضائاً ... (کاظمی خراسانی، ۱۴۱۷: ۴ / ۳۲۵).

۳- به طور مثال محقق عراقی در نهایتاً افکار چنین ذکر می‌کند: و اما الاحکام الوضعیه فقد عرفت اختلافهم فیها، تارةً فی تعدادها و اخرى فی جعليتها و انتزاعيتها من التکلیف... ولكن الجهة الاولى لا يهمننا التکلم فيها لعدم ترتب ثمره مهمه عمليه أو علميه عليها، مع وضوح أنّ ملاك حکميتها إنما هو يانتهاها الى جعل الشارع تأسيساً أو امضائاً و ... و قد يتوهم كونها بأجمعها اموراً انتزاعية صرفه من التکلیف لا تنالها يد الجعل التأسيسي أو الامضائي لا استقلالاً و لا تبعاً.. (عراقی، بی تا: ۴ / ۸۹ و ۹۰).

۴- ... و قد تحصل من ذلك أنّ المعاملات بما أنّها موضوعات للإمضاء الشرعي فبطبيعة الحال يتعد الامضاء بتعدد افرادها فيثبت لكل فرد منها امضاء مستقل مثلاً الحلية في قوله تعالى «احل الله البيع» تنحل بانحلال افراد البيع فتثبت لكل فرد منه حلية مستقلة ... و من ناحية اخرى الا لا نعقل للصحة و الفساد في باب المعاملات معنى الا امضاء الشارع لها و عدم امضاءه من جهة الشمول الاطلاقات و العمومات لها و عدم شمولها ... و وجه التبين ما عرفت من أنّ هذه النظرية تنبني على نقطة واحدة و هي كون المعاملات كالعبادات متعلقات للامضانات الشرعية لا موضوعات لها ... (موسوی خویی، ۱۴۱۷: ۵ / ۱۲).

خمینی (ره) معتقد است امضای شارع یعنی این که شارع جایی را که عقلاً حکمی دارند رها کرده و همان حکم عقلاً را برای بعث در مسئله کافی دانسته و دیگر تصرفی نکرده است (موسوی خمینی، ۱۴۱۳: ۱ / ۲۰۴). و با امضای خود فقط رضایتش را نسبت به سیره ابراز می‌دارد. امام خمینی (ره) معتقد است که شارع می‌تواند حکمی را مطابق بنای عقلاً تشریح کند یعنی اگر شارع بر اساس بنای عقلاً حکمی را تشریح کند، هیچ منعی ندارد و محذوری پیش نمی‌آید ولی نیازی به این کار نیست (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۴ / ۴۰۷)

ج: نظریه جعل حکم مطابق بودن حکم امضایی:

حسینی روحانی در کتاب منتقى الأصول در پاسخ محقق عراقی پیرامون ادله اعتبار ید، حکم امضایی را از سه صورت خارج نمی‌داند: و تحقیق ذلك: أن الدلیل المتکفل لیان حکم مماثل لحکم موجود متحقق الاعتبار، یمکن أن یکون علی أحد أنحاء ثلاثه، لأنه تارة یکون إخباریاً و أخرى یکون إنشائیاً؛ و در صورت انشایی بودن خود منقسم به دو قسم است (روحانی، ۱۴۱۳: ۷ / ۲۴). این نظریه در واقع جمع بین دو نظر قبلی است.

۱- اخباری بودن حکم مماثل:

گاهی اوقات روایات وارده در باب احکام، اخبار از تحقق متعلق اخبار یعنی حکم است، یعنی اگرچه ظاهر روایات، انشای حکم باشد اما در واقع از حکمی که تحقق پیدا کرده خبر می‌دهد. لذا در این جا معنای امضای شارع، حکم امضایی نیست و در فرآیند امضاء هیچ گونه اعتباری از سوی شارع صورت نمی‌گیرد و امضای او فقط اخباری از رضایتش است و شارع در روش عقلاً تصرفی نکرده است. این نوع روایات مانند اوامر ارشادیه هستند که گرچه در واقع اخبار از تحقق متعلق آن اوامر در خارج هستند اما در ظاهر به صورت انشاء می‌باشند، لذا روایات وارده به این شکل، احکام ارشادی هستند (روحانی، ۱۴۱۳: ۷ / ۲۴).

۲- انشایی بودن حکم مماثل:

و اما در مقابل حکم مماثلی که اخباری است، حکم مماثل انشایی قرار دارد. انگیزه از این حکم انشایی، گاه اراده ایصال حکم غیر است یعنی در واقع شارع با بیان این حکم می‌خواهد امری را تبلیغ نماید و گاهی در حکم، ایصال

امر غیر لحاظ نشده و همچنین اخبار هم نیست، بلکه صرفاً انشای حکم لحاظ شده، منتها این حکمی که انشاء شده، مماثل با آن حکمی است که غیر اعتبار کرده، نه بیشتر. تفصیل این دو مورد به شرح زیر است: ممکن است حکم انشایی که از سوی شارع بیان شده است، به جهت اراده ایصال حکم غیر باشد. در این معنا دلیل شرعی یک حکم را انشاء می کند اما در واقع غرض منشی از انشای حکم این است که حکم غیر و یک حکم دیگری را که تحقق پیدا کرده به مخاطب خودش برساند. مثلاً پدر که پسرش را امر به نماز می کند، این امر به نماز در واقع برای بعث و تحریک پسر است و اخبار نیست ولی غرض او از این بعث و تحریک، ایصال فرمان خدا به فرزندش می باشد؛ یعنی می گوید: «صلِّ» که در مقام انشاءست منتها هدفش این است که خدا این را گفته و این دستور خداست. در واقع این انشای حکم که منتهی به تبلیغ برای حکم عقلا می شود، امضای حکم آنان از سوی شارع تلقی شده که در این صورت هم حکمی امضایی داریم (روحانی، ۱۴۱۳: ۷/ ۲۴). اگر ادله شرعیه در مواردی که عقلا و عرف حکمی دارند وارد می شود و حکمی را انشاء می کند صرفاً مماثل با حکم عرف و عقلاست و نه بیشتر؛ یعنی ارتباط این دلیل با حکم غیر، نه مسئله اخبار از حکم عقلاست و نه ایصال حکم ایشان به غیر، تنها مماثلت در این جا وجود دارد. با این حکم خداوند تبارک و تعالی حکمی مماثل با حکم عقلا و عرف جعل می کند که این هم امضاست و به اعتبار مماثلت، مثل بودن و شبیه بودن این حکم با حکم عقلا و عرف، به این دلیل، دلیل امضایی می گویند و از طرف دیگر چون در این موارد عقلا و عرف، حکم دارند، اگر دلیل شرعی متکفل بیان یک حکم مماثل با آن حکم عرف و عقلا باشد، در واقع دارد یک حکم مماثل با آن حکم عقلا و عرف را جعل می کند که این هم یک نوع تأسیس است گرچه عنوانش امضایی است. ادله شرعیه ای که متکفل انشای احکام مماثل احکام عقلائی عرفی هستند، همه از این نوع امضایات هستند.

۵- ثمره های متفرع بر بحث ماهیت امضاء

نکته ای که درباره احکام امضایی وجود دارد این است که با توجه به این که پس از زمان تشریح و در طول سالیان دراز، عرف به مرور تغییر یافته و قواعدی که در میان عقلا در جریان بوده، جای خود را به قواعد دیگری سپرده است؛ لذا آیا می توان گفت با از میان رفتن عرف آن روزگار، این احکام نیز از فعلیت می افتند؟ ثمره اختلاف در ماهیت حکم امضایی به این صورت خود را نمایان می کند که اگر بگوییم در فرآیند امضاء، حکمی مماثل حکم عقلا جعل می شود، با تغییر عرف که ظرف حکم است، حکم بر جای خود استوار است و فعلیت خود را از دست

نمی دهد لذا تفاوت خاصی بین احکام امضایی و تأسیسی وجود نخواهد داشت چرا که **اولاً**: عرف جزو عناصر رکنی موضوع نیست و **ثانیاً**: حکم مزبور با امضای شارع به حکمی شرعی مانند احکام تأسیسی تبدیل شده است، ولی اگر ماهیت امضاء را عبارت از إخبار و تصدیق صرف بدون هیچ گونه اعتباری در عالم تشریح بدانیم یعنی شارع حکمی از پیش خود صادر نکرده است، با رفتن ظرف حکم چون دیگر سیره بر اساس حکم قبلی عمل نمی کند و شرع هم تنها آن را تصدیق کرده بود، دیگر این احکام سالبه به انتفاء موضوع می شوند زیرا در این تلقی امضاء فقط رضایت بر سیره مزبور از سوی عقلا بود نه بیشتر. بر این اساس با از میان رفتن سیره عقلا، رضایت مزبور، سالبه به انتفاء موضوع شده، خود به خود بلا موضوع می شود. ثمره مهم دیگر بحث در ساحت تفسیر احکام امضایی است؛ زیرا احکام امضایی نیز مانند سایر احکام شرعی دارای مسائلی مانند شرایط تحقق موضوع، قیود موضوع، سعه و ضیق حکم و مواردی از این قبیل هستند که با مراجعه به دلیل و تفسیر آن قابل دستیابی هستند. بر این اساس اگر در فرآیند امضاء، معتقد باشیم امضاء عبارت از إخبار و رضایت صرف است، حتی اگر امضاء با بیان لفظی نیز رخ داده باشد، نمی توانیم از لفظ صادره از سوی شارع اطلاق گیری نماییم و با تفسیر آن، شرایط مختلف حکم و موضوع را معین کنیم (موسوی خمینی، ۱۳۸۲: ۳/ ۱۹۹). اما اگر قائل به اعتبار حکم مماثل در فرآیند امضاء باشیم، اگر امضاء با لفظ رخ داده باشد، تفسیر آن دلیل لفظی به منظور استخراج شرایط حکم و موضوع، هم چون سایر ادله لفظی ممکن است.

۶- نظریه مختار

به نظر می رسد باید با نظر قاطبه علما مبنی بر لزوم جعل اعتبار از سوی شارع برای احکام امضایی همراه شد و تقسیم حکم شرعی به حکم امضایی و تأسیسی را صحیح دانست و قائل شد که صرف رضایت با فرض هیچ گونه اعتباری مجوز ورود حکم به دستگاه شرعی نیست، چرا که احکام امضایی جزو دستگاه شرعی شارع بوده و در محیط شرع دارای اثر هستند. حکم شرعی امری مجعول است و نیاز به جعل و اعتبار دارد و لذا طبق تقسیم بندی احکام به تأسیسی و امضایی، به ناچار باید حکمی باشد و مورد جعل قرار گرفته باشد تا متصف به این صفات گردد. این عقیده با توجه به مطالبی که در نتیجه گیری می آید بیشتر مورد تأیید قرار خواهد گرفت.

۷- نتیجه گیری

مهمترین نتایجی که می توان از این بحث گرفت عبارتند از:

۱- تأثیر مقتضیات و شرایط زمان و مکان به نوعی در استنباط احکام حتی از نظر ثابت انگاران که راه حل این قضیه را تعبیه شده در خود دین می دانند امری ضروری است و همه به شکلی دگرگونی در شریعت را قبول دارند که مراجعه ای گذرا در احکام شریعت، گواه روشن بر چنین واقعیتی است و این تأثیرات در ابعاد، انواع و انحاء مختلفی متصور است.

۲- بحث امامت و آیه ای که متضمن تکمیل دین می باشد و همچنین حدیث ثقلین از دلایل روشن بر لزوم تفسیر آیات قرآن و تفریع فروع از اصول و نظارت بر ادامه اجرای احکام پس از پیامبر اکرم(ص) و دقت در رعایت مصالح و سازگار ساختن احکام با مقتضیات زمان هستند چون اگر هدف این واقعیت نبود، معرفی او چه ضرورتی داشت؟! فلسفه وجودی ائمه(ع) و گرفتاری های گوناگون آنان و پرسش های بسیار اصحاب این بوده که مردم عصر غیبت بتوانند دگرگون پذیرها را از دگرگون ناپذیرها باز شناسند.

۳- به طور کلی پس از عصر ائمه(ع) سرپرستی اجرای احکام و توجه به مسائل زمان و مقتضیات آن، به علمایی که علاوه بر اعتقاد به ولایت ائمه(ع) و دارا بودن شرایط اخلاقی (ایمان، تقوا و اتصاف به صفات نیک)، به مقام اجتهاد و قدرت استنباط احکام از منابع و ادله آن ها نائل گردیده باشند. یکی از مهم ترین خطرها در این زمینه تأثیر شخصیت مجتهد در اجتهاد یعنی دخالت کردن سلیقه و افکار شخصی مجتهد در اجتهاد و کشف احکام مفاهیم است. اگر هر کسی به دلیلی که خودش آن را موجه می داند و هدفی که تنها خودش به آن باور دارد، بخشی از دین را دگرگون پذیر بداند و شکل و قالب خاصی در نظر بگیرد آن گاه اسلامی پدیدار می گردد که شاید با اسلام پیامبر اکرم(ص) تنها در اسم مشترک باشد

۴- با توجه به معنای امضائیات شارع و توجهی که شارع در امضائیات به «بنای عقلا بما هم عقلا» دارد _ یعنی بنای عقلا با منشأ فطری و عقلانی که ناشی از ضروریات نظام اجتماعی هستند و انسان ها فطرتاً آن ها را درک می نمایند و مخالفت شارع هم با آن ها، مخالفت با اجتماع و نظام بشری است و با نظر به علم شارع به ایجاد این بنائات در عصرهای آینده و معیار قرار دادن هادی بودن ائمه(ع) نسبت به نسل های آینده و توجه به شارع به لحاظ حیثیت

عاقبت ایشان، لذا اگر فقیه عادل در حوزه احکامی که به یقین تعبدی نمی باشند، با تشخیص عقلا و کارشناسان و عرف نخبگان، و پی جویی کامل از اهداف و روح شریعت، علت های ذکر شده در ذیل احکام، سنجیدن شرایط زمان و مکان و ویژگی های زمان صدور حکم با ویژگی های روزگار کنونی، مصالح عمومی در جامعه اسلامی و آبروی مسلمانان و جامعه آنان و پیشرفت و توسعه و ترقی جوامع اسلامی و در نظر گرفتن سایر امور و دسته بندی درصد نقش هر یک در حکم، به تغییر مصلحت و مفسده واقعی، قطع و یقین پیدا کند و ملاک های جدیدی را طبق تحولات زمان به دست آورد و میان مقتضیات هم سو با روح شریعت اسلامی و غیر هم سو با آن تفکیک قائل شود به طوری که بقای حکم اول گزاف باشد و تأمین کننده مصالح دین نباشد، در چنین موردی می تواند حکم جدیدی را استنباط نماید و یا اگر موضوع یا ویژگی های آن تغییر نیافته، تمهیداتی جهت اجرای صحیح همان حکم در نظر بگیرد.

۵- تقسیم بندی احکام به امضایی و تأسیسی از این جهت می تواند منشأ بسیاری از احکام باشد.

و اما احکام مربوط به باب خانواده، در میان ابواب فقهی، کتاب نکاح دارای ویژگی های خاصی است گرچه شکی نیست که این باب، امضایی است اما برخلاف دیگر ابواب مباحث عقود و معاملات، شارع در آن زیاد اظهار نظر کرده و احکام جدیدی وضع کرده و در بعضی موارد رد کرده است؛ لذا نمی تواند مستمسک برداشت آزادانه از نکاح و احکام آن باشد. این بدان علت است که مباحث مطروحه در مورد احکام امضایی، از باب ریشه عقلانی داشتن آن ها مطرح می شود اما مبنای شارع در احکام مربوط به خانواده و به ویژه احکام مرتبط با زنان، علاوه بر تطابق منطقی با طبیعت خلقت و فطرت انسانی، بیانگر نوع نگاه حمایتی شرع از نهاد خانواده است که در نهایت به منفعت جمعی جامعه منجر می شود.

منابع

-قرآن کریم

-نهج البلاغه

- ۱- آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، کفایة الأصول، موسسه نشر اسلامی، قم، ۱۴۲۳.
- ۲- آشتیانی رازی، میرزا محمد حسن بن جعفر، بحر الفوائد فی شرح الفرائد، قم، کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۳ ق.
- ۳- آملی، میرزا هاشم، مجمع الأفكار و مطرح الأنظار، تقریر محمد علی اسماعیل پور قمشه ای قمی، قم، چاپخانه علمیه، ۱۳۹۵ ش.
- ۴- ابن منظور، جمال الدین محمد بن مکرم، لسان العرب، بیروت، دارالفکر للطباعة والنشر والتوزیع، چاپ سوم، ۱۴۱۴ ق.
- ۵- اصفهانی، محمدحسین کمپانی، نهاية الدراية فی شرح الکفایة، سید الشهداء، قم، ۱۳۷۴.
- ۶- بدری، تحسین، معجم مفردات اصول الفقه المقارن، المشرق للثقافة والنشر، تهران، چاپ اول، ۱۴۲۸ ق.
- ۷- جمعی از پژوهشگران زیر نظر شاهرودی، سید محمود هاشمی، موسوعه الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب اهل البيت (ع)، موسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)، چاپ اول، قم- ایران، ۱۴۲۳ ق.
- ۸- جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح، تاج اللغة و صحاح العربیة، بیروت، دارالعلم للملایین، چاپ اول، بیروت، لبنان، ۱۴۱۰ ق.
- ۹- حداد عادل، غلامعلی (زیر نظر)، دانشنامه جهان اسلام، تهران، بنیاد دائرة المعارف اسلامی، چاپ اول، ۱۳۷۵.
- ۱۰- حر عاملی، محمد بن الحسن، وسائل الشیعة، موسسه آل البيت (ع)، قم، ۱۴۰۹ ق.

- ۱۱- حسینی واسطی زبیدی، محب الدین سید محمد مرتضی بن محمد، تاج العروس من جواهر القاموس، بیروت، دارالفکر، چاپ اول، ۱۴۱۴ ق.
- ۱۲- حکمت نیا، محمود، فلسفه نظام حقوق زن، تهران، سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ اول، ۱۳۹۰.
- ۱۳- روحانی، محمد، منتقى الأصول، دفتر آیت الله سید محمد حسینی روحانی، قم- ایران، ۱۴۱۳ ق.
- ۱۴- سروش، عبدالکریم، بسط تجربه نبوی، تهران، موسسه فرهنگی صراط، چاپ اول، ۱۳۷۸.
- ۱۵- صدر، محمد باقر، کبوحث فی علم الأصول، بی نا، بی جا، بی تا.
- ۱۶-، دروس فی علم الأصول، موسسه نشر اسلامی، قم، ۱۴۱۸.
- ۱۷- طباطبایی، سید محمد حسین، حاشیة الکفایة، قم، بنیاد علمی و فکری علامه طباطبایی، بی تا.
- ۱۸- عراقی، آقا ضیاء الدین، نهایة الأفكار، تقریر محمد تقی بروجردی نجفی، تحقیق علی کزازی، قم، موسسه نشر اسلامی، بی تا.
- ۱۹- عرب صالحی، «ذاتی و عرضی دین»، مجله معرفت کلامی، ش ۲.
- ۲۰- غروی اصفهانی، محمد حسین، نهایة الدراية فی شرح الکفایة، قم، سیدالشهداء (ع)، ۱۳۷۴ ش.
- ۲۱- فراهیدی، خلیل بن احمد، کتاب العین، چاپ دوم، قم، هجرت، ۱۴۱۰ ق.
- ۲۲- کاظمی خراسانی، محمد علی، فوائد الأصول، تقریر دروس محمد حسین غروی نائینی، تحقیق و تعلیق آقا ضیاء الدین عراقی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
- ۲۳- کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، بی جا، دارالکتب الإسلامیة، چاپ سوم، ۱۳۸۸ ق.

- ۲۴- محقق داماد یزدی، سید محمد، کتاب الحج، قم، چاپخانه مهر، ۱۴۰۱ق.
- ۲۵- محقق داماد یزدی، سید مصطفی، قواعد فقه، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران، چاپ دوازدهم، ۱۴۰۶ق.
- ۲۶- مجتهد شبستری، محمد، ایمان و آزادی، تهران، طرح نو، چاپ اول، ۱۳۷۶.
- ۲۷- مطهری، مرتضی، نظام حقوق زن در اسلام، تهران، صدرا، چ ۷، ۱۳۶۲.
- ۲۸- مظفر، محمد رضا، اصول الفقه، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۳۰.
- ۲۹- ملکیان، مصطفی، راهی به راهی، تهران، نشر نگاه معاصر، چاپ اول، ۱۳۸۰.
- ۳۰- موسوی بجنوردی، سید محمد بن حسن، قواعد فقهیه، چاپ سوم، تهران، عروج، ۱۴۰۱ق.
- ۳۱- موسوی خمینی، سید روح ا...، الرسائل العشره، قم، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، چاپ اول، ۱۳۷۸ش.
- ۳۲- انوار الهدایه فی التعلیقہ علی الکفایه، چاپ یک، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۴۱۳ق.
- ۳۳- تهذیب الأصول، چ ۱، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۲ق.
- ۳۴- صحیفه نور، وزارت ارشاد اسلامی، ۱۳۷۱.
- ۳۵- کتاب البیع، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۴۲۱ق.
- ۳۶- موسوی خویی، سید ابوالقاسم، محاضرات فی اصول الفقه، قم، انصاریان، ۱۴۱۷ق.
- ۳۷- نجفی اصفهانی، محمد رضا، وقایه الأذهان والالباب و لباب اصول السنه والکتاب، قم، موسسه آل البيت (ع) لإحياء التراث، ۱۴۱۳ق.
- ۳۸- واسعی، سید محمدحسین، الفقه و العرف، مجله فقه اهل البيت (ع)، شماره ۲۶، بی تا.

۳۹- يعقوبی، احمد بن ابی يعقوب، تاريخ يعقوبی، تهران، ۱۳۵۸ ق.