

## خردپذیری حقوق؛ تبیین مرزهای تعقل و تعبد

حسین سیمایی صراف<sup>۱</sup>

تقدیم به استاد جعفری لنگرودی

### مقدمه

حقوق ایران - که در وابستگی آن به فقه و التزامش به مبانی شرع تردیدی نیست - با سایر نظام‌های حقوقی که از بن، بر پایه عقل و عرف بنیاد شده‌اند از حیث دامنۀ خردورزی و آزادی عقل‌گرایی تفاوت‌های بسیاری دارد. از آن جا که بنای فقه - علاوه بر عبادات - در بخشی از معاملات هم بر بنیاد تعبد استوار است، لذا حقوق موضوعه ایران - که آبشخور اصلی‌اش فقه است - در حوزه‌های بسیاری همچون حوزه‌های جزایی، احوال شخصیه و گاهی در عقود و ایقاعات، غیر منعطف و غیرقابل تعقل به نظر می‌رسد.

در این نوشتار کوتاه، نویسنده پس از بیان دیدگاه استاد جعفری لنگرودی درباره مرزهای تعقل و تعبد، می‌کوشد تا نخست مفهوم تعبد و تعقل را بیان کند و سپس مرزهای تعقل و تعبد را تبیین و تعیین کند و از آن جا که دیدگاه جان لاک درباره قلمرو ایمان و عقل با دیدگاه اصولیان درباره تعقل و تعبد شباهت فراوان دارد، در آغاز نظریۀ جان لاک و متعاقباً نظریۀ اصولیان بیان خواهد شد. ثمرۀ شناخت حوزه تعقل در فقه، کشف ظرفیت‌های تحول در فقه است. لذا نگارنده از امضایی بودن برخی از احکام، قابل تغییر بودن آنها را با استفاده از سازوکارهای اصولی به اثبات می‌رساند. به همین مناسبت برخی از موانع کارکرد عقل در فقه تحت عنوان چالش‌ها مورد بررسی قرار گرفته، راه‌حلی برای رفع موانع و کارآمدی فقه از طریق کاربست عقل ارائه می‌شود. در نهایت، نقد و نظری بر دیدگاه استاد جعفری لنگرودی در باب تعقل و تعبد انداخته می‌شود و با نتیجه‌گیری، مقاله پایان می‌یابد.

### ۱- دیدگاه استاد جعفری لنگرودی

از مجموع نوشته‌های استاد جعفری لنگرودی در زمینه تعقل و تعبد بر می‌آید که از نظر ایشان؛

۱. در حقوق اصل بر تعقل است؛ به ویژه در عقود، ایقاعات و حقوق مدنی به طور کلی. اما در همین قلمرو هم تعبد محال نیست و مصادیقی برای تعبد وجود دارد. حتی در حقوق بین‌الملل هم تعبد رواست.
۲. تعبدگرایی ویژه فقه اسلامی نیست، گرچه در فقه بیشتر از سایر سیستم‌های حقوقی مشاهده می‌شود. تعبد در همه سیستم‌های حقوقی جهان راه دارد.
۳. مفهوم تعبد در نوشته‌های استاد خیلی روشن نیست. در عین حال از نظر وی احکام تعبدی آن دسته از احکام هستند که از دسترس عقل آدمی دورند. برخی از معیارهای تعبدی تلقی شدن یک گزاره حقوقی که از آثار ایشان استنباط می‌شود به شرح زیر است:

- \* گزاره‌ای که برخلاف «قاعده» است.  
\* گزاره‌ای که فاقد زمینه عقلی است.
۴. مفهوم تعقلی بودن هم در آثار استاد چندان روشن نیست و لیکن معیارهای زیر را برای تعقلی محسوب شدن می‌توان از برخی آثارشان استنباط کرد:
- \* احکام امضایی  
\* احکام ارشادی  
\* هر جا که ملاک‌ها و مصالح شناخته شوند.  
۵. رأی و قیاس نزد اهل سنت (حنفیه) همان دلیل عقل نزد شیعه هستند.  
۶. مصداق گزاره‌ها و هنجارهای تعبّدی عبارتند از:
- \* هر قانون یا قاعده‌ای که مشتمل بر عدد است. مثل مدت عدّه، مقادیر ارث، مدت در حبس کیفری، مواعد قانونی و مرور زمان، مهلت‌های قضایی  
\* حقوق جزا و مقادیر مجازات‌ها در همه سیستم‌های حقوقی قلمرو تعبّدیات‌اند.  
\* اصل قانونی بودن جرم و مجازات  
\* اجماع، مگر اجماع مدرکی که دلیل تعقلی است.  
\* موارد استعمال قرعه، مثل ماده ۱۵۷ ق.م.  
\* فرض‌های قانونی مطلقاً، امور تعبّدی و البته ضروری هستند. مثل ماده ۱۰۲۴ ق.م.  
\* مقدار اراضی ساحلی در حقوق بین‌الملل  
\* فرض شخصیت حقوقی در (حقوق خصوصی و حقوق عمومی)  
\* اعتبار قضیه محکومٌ بها  
\* تابعیت
- قابل ذکر است که برخی قوانین و قواعد که از نظر برخی از فقها یا حقوق‌دانان امور تعبّدی هستند از نظر وی تعقلی هستند. مثلاً فقیهان و حقوق‌دانان نوعاً، قاعده تلف مبیع قبل از قبض را اصولاً تعبّدی تلقی کرده‌اند. در حالی که از نظر ایشان امری موافق قاعده و تعقلی است.
۷. ثمره شناخت موارد تعقل و تعبّد در تفسیر ظاهر می‌شود. در موارد تعبّد نباید قانون را موسّع تفسیر کرد.
۸. راه فهم و تمیز تعبّدیات از تعقلی‌ها مطالعه تاریخی است.
۹. اصل تعبّد در همه سیستم‌های حقوقی یک ضرورت است. آن چه که از آن باید بر حذر بود توسعه تعبّدیات است نه اصل آن که چاره و گریزی از آن نیست.<sup>۱</sup>

۱. نک:

- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، و سیط در ترمینولوژی حقوق، ۱۳۸۹، ۲۰۸ و ۳۱۸

- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، روش جدید در مقدمه عمومی علم حقوق، ۱۳۸۷، ۲۳۷ و ۲۰۸ و ۳۰۶

## ۲- مفهوم تعقل و تعبد

اصطلاح تعبد در شاخه‌های مختلف علم به کار می‌رود. در اصول فقه از تعبدی در مقابل توصلی نام می‌برند. مقصود از تعبد در این حوزه عبارت از هر عملی است که جز به نیت تقرب به خداوند صحیح و مجزی نیست، مثل نماز و روزه و حج. در مقابل، عمل توصلی به عملی می‌گویند که به هر نیتی انجام شود صحیح است. کافی است که آن عمل با همه شرایط و ابعاد گفته شده انجام شود. مثل طهارت.<sup>۱</sup>

در الهیات مفهوم تعبد تقریباً مترادف ایمان و وحی است و در مقابل عقل به کار می‌رود. در این شاخه از دانش، امر تعبدی عبارت از امری رازگونه و اسرارآمیز است که از حیطة عقل بیرون است و با نیروی عقل ضروری یا عقل برهانی قابل درک و تحلیل نیست. جان لاک در این باب می‌گوید: «در اینجا، تلقی من از عقل، در مقابل ایمان و تعبد، کشف قطعیت یا احتمال قضایا یا حقایقی است که ذهن از طریق قیاس به آنها دست می‌یابد. قیاسی مرکب از تصویری که ذهن، با استفاده از قوای طبیعی‌اش، یعنی به وساطت حس ظاهر یا حس باطن، کسب کرده است. ایمان و تعبد، از سوی دیگر، تصدیق به هر قضیه‌ای است که به مدد قیاسات عقلی حاصل نیامده است، بلکه مبتنی بر وثاقت شخص قائل است و قضیه‌ای تلقی می‌شود که در طی نوعی ارتباط خارق العاده از جانب خدا نازل شده است. این نحوه کشف حقایق را برای آدمیان وحی می‌نامیم.»<sup>۲</sup>

بیان جان لاک را به زبان ساده‌تر می‌توان چنین صورت‌بندی کرد که:

«صورت استدلالی تعبد این است که کسی بگوید الف، ب است، چون X می‌گوید الف، ب است. خود تعبد هیچگونه محمل عقلانی ندارد. اگر صورت دیگری از تعبد که بسیار نادرالوجود است، تحقق پیدا کند، عقلانی است و آن این است که کسی نگوید الف، ب است، چون X می‌گوید، بلکه بگوید الف، ب است، چون X می‌گوید و برهان قاطعی اقامه شده است که هر چه X می‌گوید، درست است و یا اگر سخنان هم سنخ الف، ب است، از X صادر شود، آن سخنان نیز درست‌اند. اگر چنین چیزی پدید آید، عقلانی است.»<sup>۳</sup>

«در نقطه مقابل تعبد، تعقل است. تعقل به این معناست که الف، ب است، نه به این دلیل که X، می‌گوید بلکه به این دلیل که عقل، برهان و استدلال از آن پشتیبانی می‌کند. پس حجیت و اعتبار یک گزاره به گوینده آن وابسته نیست، بلکه به قوت استدلال عقلانی است.»

۱- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مکتبهای حقوقی در حقوق اسلام، ۱۳۷۰، ۱۱۲

۲- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دایره المعارف حقوق مدنی و تجارت (ج ۱) (حقوق تعهدات عقود و ایقاعات) گنج دانش ۱۳۸۸، چاپ ۷۲۶، ۱

۱. نک: خراسانی (آخوند)، محمدکاظم، کفایه الاصول، مؤسسه آل‌البیت، لاحیاء التراث، قم، ۱۴۰۹، ۷۲.

۲. جان لاک، در باب ایمان و عقل و ساحت‌های متمایز آنها، ترجمه مصطفی ملکیان، منتشر شده در مجله نقد و نظر در یک مجلد تحت عنوان دین و عقلانیت، سال هفتم، ش سوم و چهارم، ۱۳۷۹-۱۳۸۰، ص ۳.

۳. ملکیان، مصطفی، در رهگذار باد و نگاهبان لاله، معاصر، ۱۳۹۴، ج ۲، ص ۲۵۱

حال مقصود ما از تعبّد و تعقل در این نوشتار، تعبّدی در مقابل توصلی نیست؛ بلکه مفهوم الهیاتی آن مورد نظر است که به زبان فقهی چنین معنا و معرفی شده است که: حکم تعبّدی، حکمی است که راز و رمز آن و به تعبیر فنی، مصلحت و مفسده آن برای عقل روشن نیست ولی در عین حال به خاطر اعتبار و حجیت شرعی آن باید در برابرش تسلیم بود و در مقابل حکمی که مصلحت یا مفسده و به بیان دیگر ملاک و مناط آن برای عقل و عقلا معلوم و مبرهن باشد حکم تعبّدی نیست.<sup>۱</sup>

### ۳- مرزهای تعقل و تعبّد

#### ۳-۱- از دیدگاه جان لاک

جان لاک درباره ضرورت مرزبندی ساحت‌های ایمان و عقل به درستی می‌گوید که اگر ساحت‌های ایمان و عقل را از هم جدا نکنیم، دیگر جایی برای دخالت عقل در امور دینی باقی نخواهد ماند. حتی اگر آموزه‌های دین با فهم عرفی و اصول همه علوم و معارف انسانی منافات آشکار داشته باشد باید به اسم دین پذیرفت و آن‌گاه عرصه برای خرافه‌پرستی و خیال‌پردازی و رویاپردازی گشوده خواهد شد و بالمآل دین که باید بیش از همه انسان را فراتر از دام و دد ببرد تبدیل به چیزی می‌شود که در آن آدمیان غالباً بی‌تفکرترین موجودات و بیشعورتر از حیوانات به نظر می‌آیند.<sup>۲</sup>

به طور خلاصه حیطه‌های تعقل و تعبّد یا ایمان و وحی از نظر جان لاک بدین ترتیب مرزبندی می‌شوند: ۱. امکان یا عدم امکان داوری درباره صدق گزاره‌ها با عقل؛ هرگاه ذهن با استفاده از قوای طبیعی که در اختیار دارد بتواند درباره صدق گزاره‌ای داوری کند آن حیطه عقل است و هرگاه از داوری به مدد ذهن عاجز باشد حیطه راستین تعبّد و ایمان است. به گفته وی «بسا چیزها هستند که در آنها ما تصورات بسیار ناقصی داریم یا اصلاً تصویری نداریم و چیزهای دیگری هستند که از وجود گذشته، حال و آینده‌شان، با استفاده طبیعی از قوای خود اصلاً، علمی حاصل نمی‌توانیم کرد. این قبیل چیزها چون فراتر از حیطه کشف قوای طبیعی ما و ورای طور عقل‌اند اگر وحی شوند، متعلّق راستین ایمان و تعبّداند. مثلاً، اینکه گروهی از فرشتگان بر خدا شوریدند و با این کار، وضع و حال سعادت‌آمیز نخستین خود را از دست دادند و اینکه مردگان دوباره زنده خواهند شد و زندگی خواهند کرد، اینها و نظائر اینها، چون فراتر از حیطه کشف عقل‌اند، صرفاً متعلّق ایمان و تعبّدند، که عقل سروکار مستقیمی با آن ندارد».<sup>۳</sup> به بیان دیگر می‌گوید: «هر قضیه‌ای که وحی شده باشد و ذهن ما، به مدد قوا و تصورات طبیعی‌اش، نتواند درباره صدق آن داوری کند منحصراً امر ایمانی و تعبّدی و ورای طور عقل است». و بالعکس «همه قضایایی که درباره

۱. معتمدی، محمد، سیره عقلا و عرف در اجتهاد، تقریر و تحلیلی از آراء فقیه عالیقدر حضرت آیه الله العظمی منتظری، سرابی، ۱۳۹۷، ص

۷۴.

۲. جان لاک، پیشین، صص ۱۰-۱۱.

۳. همان، ص ۸.

آنها ذهن، با استفاده از قوای طبیعی اش، بتواند از طریق تصوراتی که به نحو طبیعی و عادی اکتساب شده‌اند، به رأی و حکمی نایل آید امور عقلی اند.»<sup>۱</sup>

۲. امکان ورود وحی (تعبد) به حیطة عقل؛ وحی ممکن است به حیطة عقل وارد شود و عین ادراکات عقلی را مورد تأیید قرار دهد، اما در عین حال قطع و اطمینان حاصل از عقل در این حیطة از اطمینان حاصل از وحی باورآمیزتر و اطمینان بخش‌تر است. عبارت جان لاک چنین است: «همان حقایقی که به مدد عقل و آن تصوراتی که طبیعتاً می‌توانیم داشت برای ما کشف شدنی‌اند ممکن است از طریق وحی نیز مکشوف و نازل شوند. به همین جهت هم آدمیان، با استفاده طبیعی از قوای خود، خودشان به کشف صدق هر یک از قضایای هندسه اقلیدس نائل می‌آیند و هم خدا ممکن است به توسط وحی، این صدق را مکشوف دارد.»<sup>۲</sup>

۳- منافات وحی (تعبد) با عقل قطعی؛ چنان که در بند بالا گفتیم وحی می‌تواند در حیطة عقل وارد شود. به تعبیر جان لاک، خداوند با اعطای نور عقل به ما حق ورود به آن حیطة را خود سلب نکرده است. اما سخن این است که اگر گزاره وحی با داده‌های عقل قطعی مغایرت داشته باشد کدامیک مقدم‌اند؟ به نظر جان لاک چون حیطة، حیطة عقل است، عقل بر تعبد پیشه می‌گیرد. این سخن جان لاک مشابه با روایات عرضه نقل بر عقل است که به موجب آنها باید از نقل به نفع عقل عبور کرد. تعبیر جان لاک درباره موارد مخالفت وحی با عقل قطعی چنین است: «قضیه‌ای که با علم شهودی ما منافات داشته باشد نمی‌تواند وحی الاهی تلقی شود یا مورد تصدیقی در خور این‌گونه امور واقع گردد... زیرا این امر به معنای براندازی اصول و مبانی کل علم، وضوح و تصدیق خواهد بود و فرقی میان صدق و کذب و ملاکی برای تمیز امور باورکردنی از امور باورنکردنی در جهان برقرار نخواهد ماند. ایمان و تعبد نمی‌تواند ما را به چیزی متقاعد کند که با علم ما منافات دارد.»<sup>۳</sup>

۴- منافات وحی (تعبد) با عقل ظنی؛ چنان که گفتیم وحی، ممنوع از ورود به ساحت عقل نیست. اما نکته اینجاست که اگر یافته عقل، ظنی بوده و احتمال صادق بودن خلاف آن وجود داشته باشد و اتفاقاً وحی از در مخالفت با یافته ظنی عقلی درآمده باشد وحی مقدم است یا عقل؟ به عقیده جان لاک حق تقدم با وحی است. چون عقل به یافته خود قطع ندارد. پس باید اعتماد کند به سخن کسی که احتمال خطا و فریب در او وجود ندارد. اما این همه در صورتی است که مفاد وحی با هیچیک از اصول علمی و عقلی مغایرت نداشته باشد. زیرا خود وحی در ساحت‌های مربوط به عقل با عقل سنجیده و ارزیابی می‌شود. به گفته جان لاک «آدمی هرگز نمی‌تواند علمی داشته باشد به این که قضیه‌ای که با وضوح و اصول روشن علم خودش منافات دارد وحی الهی بوده است یا کلماتی را که آن قضیه در قالب آنها ادا شده است درست

۱. همان، ص ۹

۲. جان لاک، همان، ص ۴.

۳. همان، ص ۶

می‌فهمد، که قطعیت‌اش به اندازه قطعیت علمی باشد که صدق خلاف این امر دارد. بنابراین، چاره‌ای ندارد جز اینکه آن را به عنوان امری عقلی مورد بررسی و داوری قرار دهد، نه اینکه به عنوان امری ایمانی و تعبّدی، بدون مذاقه، در بست بپذیرد».<sup>۱</sup>

اما اگر وحی با ادله عقلی ظنی مغایرت داشته و در عین حال منافات با اصول عقلی و علمی نداشته باشد، حق تقدّم با وحی است و حتی باید آن حیطة را حیطة تعبّد و وحی انگاشت. «زیرا در آن جا که اصول عقلی ثابت نکرده‌اند که قضیه‌ای قطعاً صادق یا کاذب است، وحی واضح، به عنوان یکی دیگر از اصول صدق و مبانی تصدیق، می‌تواند تعیین‌کننده باشد و بنابراین قضیه مذکور می‌تواند امری ایمانی و تعبّدی و نیز ورای طّور عقل، باشد. چون عقل، در این مورد خاصّ نتوانسته است به چیزی فراتر از ظنّ دست یابد، در اینجا که عقل قاصر آمده است، ایمان و تعبّد حکم کرده است و وحی مکشوف ساخته است که حقیقت چیست».<sup>۲</sup>

### ۳-۲- از دیدگاه فقها

از دو منظر می‌توان مرزهای تعبّد و تعقل را در فقه و اصول فقه امامیه تبیین کرد؛ هم مانند جان لاک می‌توان ضوابط و معیارها را بیان کرد و هم می‌توان به طور مشخص حوزه‌هایی از مباحث فقه را که به طور مشخص با دلیل عقلی یا تعبّدی سنجیده می‌شوند معرفی کرد. ما در این نوشتار کوتاه از هر دو منظر، موضوع را بررسی می‌کنیم.

#### الف- مرزبندی تعبّد و تعقل به اعتبار ضوابط و معیارها

درست همانند جان لاک، اصولیان شیعه بعد از تعریف امر تعبّدی به امری که استدلال‌پذیر نیست و تعریف امر تعقلی به امری که ملاک‌های آن قابل کشف و درک بوده و استدلال‌پذیر است، گفته‌اند که تعارض عقل و نقل ممکن نیست و در صورت بروز تعارض ظاهری، نقل به نفع عقل کناره‌گیری می‌کند. به نظر اصولیان:

- ۱- دلیل قطعی نقلی با دلیل قطعی عقلی هیچگاه در تعارض نیست. چون هیچگاه دین (کتاب و سنت) معارض و مخالف دلیل عقلی قطعی نیست.
- ۲- دلیل لفظی غیرقطعی با دلیل عقلی قطعی هم تاب تعارض ندارد و در صورت بروز چنین تعارضی (تعارض بدوی)، دلیل عقل مقدّم خواهد بود.<sup>۳</sup>

#### ب- مرزبندی تعبّد و تعقل به اعتبار حوزه‌های مداخله؛ عبادات و معاملات

فقه که به تعبیر مصطلح از طهارات تا دیات را دربر می‌گیرد، در یک تقسیم‌بندی کلی به عبادات و

۱. همان، صص ۸-۹

۲. همان، ص ۱۰

۳. صدر، محمدباقر، دروس فی علم الاصول، قم، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۰ ق، ص ۱۶۳



معاملات تقسیم می‌شود. عبادات از نظر غالب اصولیان عامه و امامیه - اجمالاً - حوزه تعبد و معاملات حوزه تعقل‌اند. البته تعبدیات هم گونه‌های مختلف دارند و برخی از آنها قابل فهم‌اند یا حداقل از جنبه‌هایی قابل تعلیل و تحلیل‌اند. امر تعبدی - چنان که گفته شد - غیرقابل تعلیل و تحلیل عقلی است. در حالی که امر تعقلی، مستظهر به عقل و معلل به ادله قابل درک و فهم عقل بشری است.

«اهل سنت به جز ظاهرگرایان و شماری از اهل حدیث، شریعت را معلل به حکمت و مصلحت می‌دانند. شاطبی، گزاره‌های هنجاری به جز عبادات را تعلیل‌پذیر دانسته است و از دو اصل مهم در فقه عامه گزارش می‌دهد که التزام به آنها آثار و عوارض مهمی در پی دارد. به حکایت او، اصل در عبادات تعبد و در عادات (معاملات به معنی اعم)، توجه به علل و معانی است و استثناً بر این اصول بسیار اندک است»<sup>۱</sup>.  
اندیشمندان عامه، کتاب وحی، سنت پیامبر و سیره صحابه را آکنده از تعلیل و توجیه دانسته با ذکر مستندات بی‌شمار، نتیجه گرفته‌اند که طبیعت شرع بر تعلیل‌پذیری است.<sup>۲</sup>

«اهل سنت به دنبال تئوری تعلیل‌پذیری شریعت، به مسئله امکان عقلی و شرعی فهم علت پرداخته و برای کشف آن طرقی متعارف، بشری و دست‌یافتنی طراحی کرده و در این راه به ظن اعتماد کرده‌اند. آنان با این گمان که ملاک‌های شرعی قابل فهم نیست چه آن‌که بنای شارع بر جمع بین مختلفات و تفریق بین متشابهات است به صراحت مقابله کرده گفته‌اند؛ وجود این بنا در تعبدیات گرچه قابل انکار نیست و لیکن در معاملات و عادات به یقین بنای شارع بر تعلیل و تعقل و الحاق نظیر به نظیر است و قیاس هم صرفاً در این حوزه صورت می‌گیرد»<sup>۳</sup>.

«امامیه به جز اخباریان با اذعان به حسن و قبح عقلی، بنیاد نظری متقنی برای ایده تعلیل‌پذیری شریعت دارند. آنان همچنین باور جدی به تبعیت گزاره‌های شرعی از مصالح و مفاسد دارند که ستون محکم دیگری برای ایده تعلیل‌پذیری شرع به شمار می‌آید. شهید اول در قالب یک قاعده به نحو موجز گفته است که ((الشرع معلل بالمصالح))<sup>۴</sup>.

فقیهان شیعه، همچنین با تفکیک عبادات از معاملات، بر آنند که عبادات از مخترعات شرع و در نتیجه از

۱. شاطبی، ابواسحاق، الموافقات فی اصول الشریعه، دارالمعرفه، بی‌تا، صص ۲۲۸-۲۳۴.

۲. سیمایی صراف، حسین، قیاس در استدلال حقوقی، مطالعه تطبیقی در فقه، نظام حقوقی ایران و کامن‌لا، شهردانش، چاپ ۲، ۱۳۹۳، صص ۱۲۹-۱۳۰

۳. ابن قیم جوزی، محمد ابن ابی بکر، اعلام الموقعین، داراحیاء التراث العربی ۱۴۱۳ق. صص ۲۱۹-۲۱۴، ۳۷۸-۳۷۶ و ۳۹۲ به بعد؛ غزالی، محمد، المستصفی من علم الاصول، دارالصادر، ۱۹۹۵م، صص ۲۴۶-۲۴۱. هر دو به نقل از سیمایی صراف، همان.

۴. غزالی، پیشین، صص ۲۶۵-۲۶۴؛ ابن قیم، پیشین، ص ۲۱۴.

۵. سیمایی صراف، حسین، پیشین، ص ۱۳۰

۶. مظفر، محمدرضا، اصول الفقه، مکتب الإعلام الإسلامی، ۱۴۱۵ق، ص ۲۱۰.

۷. محمد بن مکی العاملی، القواعد و الفوائد، کتابفروشی مفید، بی‌تا، قاعده ۶۴، ص ۲۱۸.

مقوله تعبّداند،<sup>۱</sup> اما معاملات، اموری عقلایی و امضایی‌اند؛ بدین مفهوم که شارع در معاملات دست‌اندرکار تأسیس نشده، آنچه را که بشر برحسب ضرورت و نیاز خود ابداع کرده است عیناً یا با برخی اصلاحات پذیرفته است<sup>۲</sup> و البته، گاه هم اقدام به حذف و تحریم کرده است که آنها از یک سو اندک و از سوی دیگر باز هم تابع مصالح یا مفاسداند. مانند تحریم معاملات ربوی. نائینی تصریح می‌کند که همه معاملات، امضایی است و هیچ معامله تأسیسی وجود ندارد<sup>۳</sup>.

حال نکته بسیار مهمی که گاه مورد غفلت واقع شده است و منجر به مغالطه بزرگی می‌شود این است که؛ آیا امضایی بودن حکم به معنای قابل تغییر و تبدیل بودن آن است؟ آیا قابل فهم بودن علت و راز و رمز حکم به این معناست که به راحتی می‌توان از آن حکم دست کشید؟ به عبارت دیگر، اگر دلیل امضای حکم، رواج و شیوع آن حکم نزد عقلا باشد هرگاه بنای عقلا تغییر کند به راحتی می‌توان از آن حکم دست کشید و حکم دیگری مطابق با رویه جدید عقلا جایگزین آن کرد؟ مثلاً اگر دیه عاقله از آن جهت مورد امضای شارع قرار گرفته باشد که عقلای زمان آن را پذیرفته‌اند؛ حال که عقلا تغییر رویه داده و بیمه را جایگزین آن کرده‌اند می‌توان حکم دیه عاقله را نامشروع و یا حداقل حکم بیمه را شرعاً تأیید کرد؟ یا مثلاً اگر اصل دیه یا افراد و مصادیق آن، حکم امضایی باشند، امروزه با تغییر رویه و بنای عقلا راجع به اصل دیه یا افراد و مصادیق آن، می‌توان حکم شرعی را هم تغییر داد؟ اگر فرق حکم تأسیسی و امضایی

۱. در عبادات نیز یکسره نمی‌توان قائل به تأسیس شد، گرچه میزان دخالت شرع در تأسیس و پیرایش آنها فراوان است.

۲. خویی، ابوالقاسم، محاضرات فی الأصول، ج ۱، تقریر توسط فیاض، محمداسحاق، دارالهادی، ۱۳۱۳ق، صص ۱۸۵ - ۱۸۴ «انّ المعاملات امور عرفیة عقلانیة و لیست من الماهیات المخترعة عند الشارع المقدس، و انما هی ماهیات قد اخترعها العقلاء قبل هذه الشریعة لتمشیة نظام الحیاة، ثم لما جاء نبینا الأعظم صلی الله علیه و آله لم یخالفهم فی هذه الطریقة المستقرّة عندهم، و لم یجعل صلی الله علیه و آله طرقاً خاصّة لا بد للناس ان یمشی علی طبق تلك الطرق، بل و لم یتصرف فیها تصرفاً أساسیاً، بل أمضاهما علی ما كانت عندهم، و تکلم بلسانهم فهو صلی الله علیه و آله كأحدهم من هذه الجهة. نعم قد تصرف صلی الله علیه و آله فیها فی بعض الموارد فنهی عن بعض المعاملات کالمعاملة الربویة، و ما شاکلها، و زاد فی بعضها قیداً، أو جزء لم یکن معتبراً عند العقلاء کاعتبار البلوغ فی المتعاقدين، و اعتبار الصیغة فی بعض الموارد. و علی ذلك الأصل نحمل ما ورد فی الشرع من الآیات و الروایات کقوله تعالی (أو فوا بالعقود) (و أحل الله البیع) (و تجارة عن تراض) و کقوله صلی الله علیه و آله (النکاح سنتی) (و الصلح جائز) و نحو ذلك علی المفاهیم التي قد استقرت عندهم، و جرى دینهم علیها، فانه صلی الله علیه و آله لم یتصرف فیها لا لفظاً و لا معنی»

۳. نائینی، فوائد الأصول، ج ۴، ۱۳۷۶، ص ۳۸۶. مرحوم نائینی در تعریف حکم تأسیسی و امضایی می‌گوید: المجعولات الشرعیة: إما أن تكون تأسیسیة و هی التي لا تكون لها عین و لا أثر عند العرف و العقلاء، کالأحكام الخمسة التکلیفیة، و إما أن تكون إمضائیة و هی الأمور الاعترافیة العرفیة التي یعتبرها العرف و العقلاء، کالملکیة و الزوجیة و الرقیة و الحریة و نحو ذلك من منشآت العقود و الإیقات، فان هذه الأمور الاعترافیة کلّها ثابتة عند عامة الناس قبل الشرع و الشریعة، و علیها یدور نظامهم و معاشهم، و الشارع قد أمضاهما بمثل قوله تعالی «أحلّ الله البیع» و «أو فوا بالعقود» و «الصلح جائز بین المسلمین» و نحو ذلك من الأدلة الواردة فی الكتاب و السنة، و لیست الملکیة المنشأة بالبیع و الزوجیة المنشأة بالنکاح و التسالم المنشأة بالصلح من المخترعات الشرعیة، بل هی من الأمور الاعترافیة العرفیة التي أمضاهما الشارع بزيادة بعض القيود و الخصوصیات، و لیست من الأمور الانتزاعیة. پیشین، ص ۳۸۶ و همان ص ۳۸۸.

۴. سیمایی صراف، حسین، پیشین، صص ۱۳۳ - ۱۳۴.



همین یک نکته باشد، آن گاه ظرفیت بزرگی در فقه برای تحوّل و تغییر ایجاد خواهد شد. پاسخ به این سؤال در بدو امر منفی است. درست است که شارع -مثلاً- بیع، اجاره، مضاربه، قصاص، دیه، ارث و دهها عنوان معاملاتی دیگر را به دلیل رواج بین عقلا تأیید و امضا کرده است، اما لازمه امضایی بودن آنها، این نیست که با تغییر نظر عقلا، نظر شارع هم عوض شود. حکم شارع می‌تواند دائمی و ابدی باشد و علیرغم تغییر نظر مردم تغییر نکند. اصولاً احکام شرعی به نحو قضیه حقیقیه جعل شده و دارای اطلاق احوالی و ازمانی است. اگر امضایی بودن به معنای قابل تغییر بودن باشد با توجه به تحولات و تغییرات شگرفی که در بناهای عقلایی ایجاد شده است، علی‌القاعده باید شاهد تغییر و تفاوت زیادی در فتاوی فقهای معاصر با فقهای متقدم می‌بودیم. در حالی که چنین تفاوتی اصلاً دیده نمی‌شود.<sup>۱</sup> در عین حال نمی‌توان انکار کرد که برخی احکام امضایی به دلیل تغییر و تحولات بناهای عقلایی تغییر کرده‌اند یا ظرفیت تغییر دارند. مثلاً برخی از فقها، درباره دیه و مقادیر آن یا در مورد جبران هزینه‌های پزشکی در صورتی که دیه پرداختی به مجنی علیه کافی نباشد یا در خصوص موارد وجوب زکات با توجه به تغییرات زیادی که در عرف و رویه‌های عقلایی ایجاد شده است قایل به تغییر حکم شرعی شده‌اند.<sup>۲</sup>

حل و فصل دقیق و علمی پرسش بالا ایجاب می‌کند که به نحوه دخالت عرف و بنای عقلا در مرحله جعل و وضع حکم شرعی توجه کنیم. درست است که شارع نظر عرف یا همان بنای عقلا را پذیرفته ولیکن آیا بنای عقلا حداقل جزئی از موضوع را تشکیل داده یا خیر؛ حکم شارع به طور اتفاقی با حکم عقلا هماهنگ شده و الا شارع خود در مفاد و مضمون حکم عقلا مصلحت و مفسده واقعی را دیده و حکمی در عرض حکم عقلا وضع کرده است و لذا با تغییر حکم عقلا، حکم شارع تغییر نمی‌کند. یا هم که بنای عقلا صرفاً در حد انگیزه برای تأیید و امضای حکم عقلا بوده و لذا با تغییر نظر عقلا لزوماً حکم شارع تغییر نمی‌کند. اصولیان اجمالاً به تحلیل و تشریح انواع دخالت بنای عقلا در وضع حکم شرعی پرداخته‌اند که به تفصیل بیان می‌شود:

از نظر اصولیان، شارع یا از روی اضطرار و ناچاری حکم عقلا را امضا می‌کند یا بنای عقلا در حدی از اعتبار و مقبولیت برخوردار است که جزء موضوع قرار می‌گیرد - اگر تمام الموضوع نباشد - و یا بنای عقلا دلیل و علت تأیید و امضای حکم شارع است.

شاید مثال بارز امضای بنای عقلا از سر اضطرار و ناچاری برده داری باشد. بنای عقلا در عصر جاهلیت برده داری را قبیح نمی‌دانسته است. چون ظاهراً برده‌داری در اقتصاد و معیشت جامعه نقش مثبت داشته و حتی برای بردگان نیز مفید و مؤثر بوده است. اسلام که نمی‌خواست و شاید نمی‌توانسته نظم اجتماعی و اقتصادی را به کلی به هم بریزد، اصل برده‌داری را پذیرفت و البته از طریق احکام خاصی سعی در رفع ظلم، برقراری عدالت و تشویق به آزاد کردن بردگان کرد.

۱. نک: به فتاوی نایینی و خوبی که در همین نوشته نظر آنان درباره امضایی بودن معاملات نقل شد.

۲. منتظری، حسینعلی، مجازات‌های اسلامی و حقوق بشر، ۱۳۸۸، صص ۴۸ و ۵۰.

تأیید بنای عقلا از روی اضطرار گرچه محال نیست و لیکن بسیار اندک و نادر است و جز با شواهد وقراین کافی نمی‌توان باور کرد که اسلام بنای عقلا را در عین حال که قبیح می‌شمرده از روی مصلحت اندیشی تأیید کرده است. چون بنای شریعت بر انفعال و توجیه وضع موجود نبوده، بلکه بنابر اصلاح رویه‌ها و عادات غلط و جاهلی بوده است.<sup>۱</sup>

اما در موارد دیگری که بنای عقلا مقبول و مورد پسند شارع بوده است به دو نحو ممکن است در جعل و وضع شارع دخالت کرده باشند. گاهی بنای عقلا، یعنی؛ رواج یک فرهنگ و عادت نزد عقلا در «موضوع» حکم دخالت کرده و اگر «تمام الموضوع» نشده باشد حداقل «جزءالموضوع» می‌باشد. (حیثیت تقییدی) در این قبیل احکام با منتفی شدن رواج و شیوع عقلایی حکم شرع هم منتفی می‌شود. چون موضوع یا جزء الموضوع-حسب مورد-منتفی شده است و گاهی رواج و شیوع عقلایی صرفاً دلیل و علت جعل و وضع شده است. (حیثیت تعلیلی)<sup>۲</sup>. در این صورت از بین رفتن سیره و رویه عقلایی و تغییر آن موجب زوال حکم نمی‌شود. «اما بعضی معتقدند حتی در این فرض هم حکم منتفی می‌شود. چون تعمیم امضا به عصر جدید، متوقف بر عمومیت مفاد سیره نسبت به شرایط جدید- اطلاق احوالی علاوه بر اطلاق زمانی- است. اگر موضوع سیره و مفاد آن محدود به اوضاع و شرایط و محدودیت‌های عصری باشد، امضای سیره برای تعمیم به سایر احوال شرایط کافی نیست و نمی‌توان به جهت آن که حیثیت رواج و سیره، تعلیلی و یا طریقی است، حکم را درعصر دیگر اثبات کرد. حتی در موارد شک و تردید در حدّ و حدود مفاد سیره و موضوع آن نیز بیش از قدر متیقّن آن، یعنی اختصاص به همان عصر و شرایط خاص عصر رواج و سیره، حکم اثبات نمی‌شود. حتی در مواردی که خطاب لفظی در تأیید و امضا وجود دارد تمسک به اطلاق منوط به اطمینان از عدم دخالت احوال و شرایط خاص در حکم است.<sup>۳</sup>»

اکنون دو سؤال پیش‌رو قرار دارد. نخست این که چگونه و با چه سازوکاری می‌توان تشخیص داد که رواج عقلایی حیثیت تعلیلی دارد یا حیثیت تقییدی و دوم این که اصل بر حیثیت تقییدی است یا تعلیلی؟ در پاسخ به سؤال اول گفته شده است که از لسان دلیل امضا باید نحوه دخالت رواج عقلایی را تمیز داد.<sup>۴</sup> و در پاسخ به سؤال دوم بعضی اصل را بر حیثیت تقییدی می‌دانند. «زیرا دخالت داشتن به نحو تعلیل، به بیان بیشتری نیازمند است و بنابر فرض چنین بیانی وجود ندارد. قائل شدن به دخالت عنصر رواج به نحو تعلیل تا اندازه‌ای حکم امضایی را از وصف امضایی بودن خارج می‌کند و آن را به حکم تأسیسی نزدیک

۱. معتمدی، محمد، پیشین، ۱۴۳. و نیز نک: منتظری، حسینعلی، دراسات فی ولایه الفقیه، ج ۳، ۱۴۱۵ ق، ص ۲۴ «ان بئانهم (ائمنا) کان علی بیان الحق و رفع الباطل فی کل مورد انحراف الناس عن مسیر الحق. الاتری کیف انکروا العول و التعصیب فی الموارث و الجماعه فی صلاه التراویح و صلاه الضحی و الطلاق ثلاثا و امثال ذالک مما استقر علیه فقه اهل الخلاف بلسان قاطع؟»  
 ۲. برای دیدن مفهوم حیثیت تقییدیه و حیثیت تعلیلیه نک: ضیاء الدین عراقی، نهاییه الأفكار. قم، چاپ: سوم، ۱۴۱۷ ق. ج ۲، ص ۴۲۰. و مطهری، مرتضی، مجموعه آثار (شرح مبسوط منظومه)، صدر، ۱۳۷۲، ج ۱۰، ص ۲۴۰.  
 ۳. معتمدی، محمد، پیشین، ۱۵۱-۱۵۲.

۴. صدر، سیدمحمدباقر، دروس فی علم الاصول، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۰ ق، ج ۲، ۴۹۰.

می‌کند؛ زیرا بر این پایه، از بین رفتن رواج عقلایی، در انتفای حکم دخالت نخواهد داشت و این از ویژگی‌های حکم تأسیسی است.<sup>۱</sup> و بعضی اصل را بر حیثیت تعلیلی دانسته‌اند. با این استدلال که «علت امضا، طریقت و صائب بودن اکثری آرای ارتکازی عقول بشری است و با حجیت سیره که در حقیقت اماره و طریقی بیش نیست، درستی حکم متعلق سیره ثابت می‌شود<sup>۲</sup>». البته دیدیم که همین نویسندگان معتقد بود که حتی با این دیدگاه با منتفی شدن سیره، حکم منتفی می‌شود. چون تعمیم و توسعه حکم به حالتی که چنین سیره‌ای وجود ندارد نیازمند احراز اطلاق احوالی علاوه بر اطلاق زمانی است. در پایان شایان ذکر است که بدون تردید امضای پاره‌ای از بناها و رویه‌های عقلایی مثل لزوم وفای به عهد، حرمت اموال و مالکیت و اصل سلطنت، جنبه دائمی و ابدی داشته و به فرض که بنای عقلا هم تغییر کند، حکم شرعی تفاوت نمی‌کند. اما دائمی دانستن همه احکام امضایی هم اصلاً قابل قبول نیست. چون گذشته از تحلیل اصولی و عقلی که در بالا بدانها اشاره شد، دوام و ثبات احکام امضایی به معنای این است که شارع که رویه‌های عقلایی عصر جاهلیت را پذیرفته، حاضر به پذیرش رویه‌های عقلایی معاصر و متناسب با عقلانیت و عدالت جدید نباشد و از همگان بخواهد که خود را با رویه‌های عصر جاهلی تطبیق دهند.

تاکنون اثبات شد که عقل توان فهم ملاک‌های احکام امضایی را دارد و در بسیاری از موارد با تغییر ملاک‌ها زمینه تغییر احکام فراهم می‌شود. اکنون در صدد آنیم که ثابت کنیم زمینه خردگرایی در فقه و حقوق اسلامی گسترده‌تر از این است. عقل - برخلاف نظریه مشهور - قادر به تشخیص مصادیق عدل و ظلم می‌باشد. همچنین قادر به شناسایی ملاک‌ها به طور کلی - برای احکام موجود شرعی و برای احکام عقلی و عقلایی جدید - می‌باشد و بالاخره، بناهای عقلایی نوظهور و مستحدث همانند بناهای عقلایی قدیمی و کهنه که در عصر معصومین علیهم‌السلام اعتبار یافته‌اند، معتبر می‌باشند. این مباحث را نخست از طریق نظریه‌های مخالف، تحت عنوان چالش‌ها و سپس با طرح نقدها و پاسخ‌ها به عنوان راه حل‌ها، مطرح می‌کنیم.

#### ۴- چالش‌های عقل در استنباط و راه حل‌ها

##### ۴-۱- چالش‌ها

##### الف- عجز از درک ملاک‌های احکام

فقها که در تئوری قایل به نفوذ و اعتبار عقل در حوزه معاملات شده‌اند، در اصول فقه راه دیگری رفته‌اند. حتی اصولیان که - برخلاف اخباریان - قایل به مستقلات عقلیه و حسن و قبح ذاتی و عقلی هستند و

۱. نوبهار، رحیم، اهداف مجازات‌ها در جرایم جنسی، چشم اندازی اسلامی، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۹، ص ۷۶.

۲. معتمدی، محمد، پیشین، ۱۵۰.

حکم به تلازم بین حکم عقل و شرع کرده و قایل به تلازم در غیرمستقلات عقلیه شده‌اند، در جای دیگر عقل را از درک ملاکات و مناطات احکام عاجز و ناتوان دانسته‌اند که نتیجه آن ناکارآمد شدن عقل در عرصه فقه شده است. از باب نمونه نظریهٔ دو تن از اصولیان را که در عین اعتقاد به مستقلات و غیرمستقلات عقلیه، حکم به عجز عقل از درک ملاک‌ها کرده‌اند نقل می‌کنیم:

محقق خویی می‌گوید: بر طبق مسلک عدلیه اگر عقل مصلحت یا مفسده ملزمه (و غیر مزاحم) را درک کند لامحاله شرع به وجوب یا حرمت آن فعل -حسب مورد- حکم خواهد کرد. اما واقعیت این است که صغرای این قضیه هیچ وقت محقق نمی‌شود. یعنی هیچگاه عقل قادر به درک چنین ملاک و مصلحت یا مفسده‌ای نیست. به نظر ایشان عقل مستقلا و فارغ از امر و نهی شارع نمی‌تواند ملاک‌ها را درک کند.<sup>۱</sup> به بیان دیگر ایشان قایل به کبرای تلازم عقلی بین حکم عقل و شرع می‌باشد ولیکن صغرای قضیه، یعنی درک ملاک‌ها را ناممکن می‌داند.

مظفر نیز می‌گوید: مصالح احکام شرعی تحت قاعده و ضابطه خاصی در نمی‌آیند و لذا مصالح عقلی لزوماً منطبق بر مصالح شرعی نیستند.<sup>۲</sup> در نتیجه به نظر ایشان -جز در آرای محموده- تلازمی بین حکم عقل و شرع نیست و روایت امام صادق علیه السلام هم که می‌فرماید انّ دین الله لایصاب بالعقول، اشاره به همین موارد دارد.<sup>۳</sup>

### ب- عجز عقل از تشخیص مصادیق

اصولیان معاصر، قضیه عقلی را قضیه‌ای می‌دانند که با تصوّر نهاد، گزاره تصدیق می‌شود. البته برخی هم عقل را آرای محموده -یعنی آرای که عقلا فقط از آن جهت که عاقل‌اند- می‌دانند. برای چنین مفهومی هیچ مصادیقی وجود ندارد جز این مصداق که عدل نیکوست و ظلم بد است. اما عقل حتی از درک مصادیق همین یک گزاره هم ناتوان است.<sup>۴</sup> و لذا عقل در مصادیق حجت نیست.

به نظر نگارنده عقل به این معنا، بود و نبودش چندان اثر عملی در فقه نمی‌گذارد. چون به این معنا اولاً؛ عقل، مصادیقی ندارد. ثانیاً؛ باز هم می‌توان احکام شرعی مغایر عقل عرفی و جمعی داشت و آنها را حجّت و معتبر دانست. چون می‌توان از چنان گزاره‌هایی با این استدلال که عقل ما قادر به تشخیص مصادیق عدل و ظلم باشد نیست، دفاع کرد. ثالثاً؛ می‌توان احکام عصری را دائمی، فرازمانی و فرامکانی تلقی کرد و بالاخره می‌توان سیره‌های عقلایی عصر جاهلیت را معتبر و سیره‌های عقلایی عصر عقلانیت و مدرنیته را نامعتبر و نامشروع قلمداد کرد.

۱. فیاض، محمد اسحاق، محاضرات فی اصول الفقه، تقریرات درس آیه الله خویی، دارالهادی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۷۰.

۲. ظاهراً ایشان مصالحی که مورد اتفاق همه عقلا نبوده و به اصطلاح از آراء محموده؛ یعنی مما تطابقت علیه جمیع العقلا، نباشد را قابل انطباق با حکم شرع ندانسته و تلازم بین حکم شرع و عقل در این دسته را انکار می‌کند. مظفر، محمد رضا، پیشین، ۲۴۷.

۳. همانجا

۴. برخی از محققان به صراحت گفته‌اند که «این احکام آن قدر کلی هستند که از فایده عملی تهی می‌شوند، مانند قبح ظلم به طور کلی، بدون این که بتوانیم موارد آن را مشخص کنیم». سیف الله صرامی، منابع قانون‌گذاری در اسلام، بوستان کتاب، ۱۳۸۲، ص ۲۰۲.

براین اساس تا تشخیص عقل در مصادیق حجت نباشد و تا امکان درک ملاک‌های احکام فراهم نیاید، طرفی از حجیت عقل در فقه نمی‌توان بست. اما مدّعی نویسنده در این مرحله این است که اولاً؛ عقل آن مفهوم ذهنی انتزاعی دور از دسترس بشر که اصولیان ساخته و پرداخته‌اند نیست. عقل، همین نیروی خدای است که بشر پیوسته از آن در زندگی بهره می‌گیرد و بامدد آن حیات فردی و اجتماعی خود را سامان بخشیده و زندگی خود را از زندگی حیوانی متمایز کرده و به آن رنگ و لعاب انسانی بخشیده است. ظاهراً عقل در فلسفه غربی و در سیستم‌های حقوقی عرفی جز همین نیروی زمینی و در دسترس بشر عادی نیست. ثانیاً؛ عقل قادر به درک ملاک‌های احکام می‌باشد و ثالثاً؛ سیره‌های عقلایی نوظهور و مستحدث همچون سیره‌های معاصر پیامبر و ائمه علیهم السلام حجت‌اند. به نظر می‌رسد با این ساز و کارها حضور عقل در فقه کارآمد شده و امکان تحوّل و تطابق فقه با مقتضیات زمان فراهم می‌گردد.

#### ۴-۲- راه حل‌ها

##### الف- مرجعیت عقل در تشخیص مصادیق عدالت و ظلم

منتظری در باب قدرت و توان عقل در تشخیص موارد و مصادیق عدالت و ظلم می‌گوید: «با این که حسن اصل عدل و قبح اصل ظلم از مستقلات عقلیه است، لکن مصادیق آن دو از مستقلات عقلیه نیست و بسا در مواردی بین عقلا مورد اختلاف واقع شود. پس اگر کسانی همچون اشاعره حسن و قبح عقلی را انکار نمایند و ملاک آن دو را همان شرع بدانند قهراً باید شاخصه‌های عدالت و ظلم را بدون ارشاد شارع غیرقابل درک بدانند؛ اما بنابر نظر عدلیه- که نظر صحیح می‌باشد- عقل و عقلا قادر به تشخیص مصادیق زیادی از عدل و ظلم می‌باشند، هرچند شرع در آن موارد ارشادی نداشته باشد و در موارد نادری که عقل و عقلا نتوانند عدل و ظلم را تشخیص دهند، یا در آن اختلاف نظر داشته باشند و یا به خطا روند، با ارشاد شرع می‌توانیم آن مصادیق را مشخص کنیم. لکن تشخیص ارشاد شرع در این گونه موارد بر عهده عالمان دینی زمان شناس و آشنا به مصالح و مفاسد جامعه از یک سو و کارشناسان امور اجتماعی- در حوزه‌های گوناگون مربوط به عدالت اجتماعی- از سوی دیگر می‌باشد»<sup>۱</sup>

در تأیید این نظر می‌توان به انبوه آیات و روایاتی اشاره کرد که مردم را در داوری، در گفتار، در رفتار، در حل و فصل منازعات و در تعامل با یکدیگر به اجرای عدالت و رعایت اخلاق فرمان داده و از ظلم و ستم به یکدیگر نهی می‌کند. زیرا اگر عقل قادر به درک و تشخیص مصادیق و موارد نباشد این همه خطاب و امر و نهی به اجرای عدالت و پرهیز از ستم، لغو و عبث خواهد بود. مثلاً وقتی که قرآن می‌فرماید: *إن الله یامر بالعدل و الاحسان (نحل، ۹۰)*. و *اذا حکمتم بین الناس أن تحکموا بالعدل (نساء، ۵۸)*. *فلاتتبعوا الهوی أن تعدلوا (نساء، ۱۳۵)*. *اعدلوا هو اقرب للتقوی (مائده، ۸)*. و *اذا قلتم فاعدلوا و لوکان ذا قربی (انعام، ۱۵۲)*.

۱. منتظری، حسینعلی، استفتانات، قم، ج ۲، ۱۳۷۳، ص ۴۳۲.

فاصلحوا بینهما بالعدل (حجرات، ۹). امر به معنا و مصادیقی قابل فهم و درک برای مردم می‌کند. به بیان دیگر «خطاباتی که به عدالت و عمل به معروف و وعرف امر می‌کند دلالت بر اموری دارد که ارتکاز و عرف عقلا آن را مصداق حق و عدالت می‌دانند. این خطابات صرفاً ارشادی و تأکید بر رعایت همه مواردی است که عقلا حق و عدالت می‌دانند. البته شارع مصادیق مورد غفلت عرف را نیز به مصادیق عدالت اضافه کرده و در مواردی نیز نظر عرف را در تشخیص برخی از مصادیق تخطئه کرده است».<sup>۱</sup>

### ب- توانایی عقل در فهم ملاک‌های احکام

میان نظریه اصولیان درباره عدم درک ملاک‌های احکام و فتاوی فقیهان همیشه سازگاری نیست. زیرا؛ مستند فتاوی زیادی از فقیهان، صرفاً دلیل عقلی است و یا عقل - حداقل - یکی از مستندات آنهاست. از طرف دیگر عبارت «این دین الله لایصاب بالعقول که به عنوان حدیث نقل شد در منابع و متون روایی وجود ندارد. بلی در بعضی از منابع حدیثی آمده است که این دین الله لایصاب بالمقیاس یا این دین الله لایصاب بالمقیاس»<sup>۲</sup>

به نظر می‌رسد ملاکات و مناطات احکام معاملات - اگر نه در همه موارد، حداقل در غالب موارد - معلوم و روشن است. زیرا معاملات چنان که گفته شد اصولاً از مقوله امضای رفتار معاملاتی مردم بوده و دارای اسرار غیبی و نهانی نمی‌باشد. منتظری تصریح می‌کند که احکام معاملات - مثل عبادات - احکام تعبّدی که نتوان مصالح و اسرار آنها را به دست آورد نیست. آنها اموری عقلایی هستند که عقلا برای رفع حوایج و نیازمندی‌های شان ابداع کرده‌اند و شارع هم جز در مواردی مثل بیع غرری و مانند آن، ردّ نکرده است.<sup>۳</sup> ایشان در جای دیگر ضمن بیان این امر مهم که هدف شریعت، اساساً دخالت در امور عادی زندگانی نبوده بلکه برای هدایت انسان به سعادت و کمال آمده است، می‌گوید: هدف اصلی شریعت سهله و سمحه اضمحلال بنیادهای زندگی و دخالت در امور عادی بشری نبوده است. شریعت آمده است تا بشر را به سوی سعادت و تکامل سوق دهد. اما در امور زندگانی دنیوی، عقل بشری قادر به درک خیر و صلاح خود می‌باشد و لذا این دسته از امور به عقل و خرد انسانی و فهم جمعی واگذار شده است.<sup>۴</sup>

جالب توجه است که این فقیه، دیات و ارش در جنایت<sup>۵</sup> و نیز تعزیرات را امور عبادی یا تعبّدی که دارای اسرار نهان باشند نمی‌داند و آنها را در زمره حقوق عرفی و عقلایی می‌داند.<sup>۶</sup> ایشان به طور کلی، دخالت شرع در حکومت و اقتصاد را در حدّ تعیین ضوابط کلی و خطوط اساسی

۱. معتمدی، محمد، ۱۳۹۷، ص ۹۱.

۲. علامه مجلسی، بحارالانوار، ج ۲، ص ۳۰۲ و ج ۲۶، ص ۳۳.

۳. منتظری، حسینعلی، دراسات فی المکاسب، ج ۲، ۱۴۱۵ ق، ص ۱۲۷.

۴. منتظری، حسینعلی، دراسات فی المکاسب، ج ۱، ۱۴۱۵ ق، ص ۵۰.

۵. منتظری، حسینعلی، کتاب الزکاه، ج ۱، ص ۱۳۵.

۶. منتظری، حسینعلی، دراسات فی ولایه الفقیه، ج ۲، ۱۴۱۵ ق، ص ۳۴۱. ان التعزیر لیس امرا عبادیا تعبّدا محضاً شرع لمصالح غیبیه لانعرفها.



دانسته و معتقد است سایر موارد بر حسب شرایط زمانی و مکانی و تجارب و دستاوردهای بشری به عقل و خرد فردی و جمعی واگذار شده است.<sup>۱</sup>

### ج- اعتبار سیره‌های عقلایی نوظهور

در ادبیات اصول فقه شیعه اصطلاحی است به نام «سیره یا بنای عقلا» که در اصول فقه عامه و سایر سیستم‌های حقوقی مشابه ندارد.<sup>۲</sup> سیره عقلا به معنای روش جمعی و توافق ضمنی و عملی عقلا - فارغ از دین و فرهنگ و جغرافیا - برای فعل یا ترک فعل است.<sup>۳</sup> اگر قضایای عقلی را مانند ابن سینا و محقق اصفهانی، آرای محموده معنا کنیم - یعنی قضایایی که عقلای عالم با هدف حفظ نوع انسانی - بر سر آن توافق و تسالم می‌کنند آن گاه فرق مفهومی چندانی بین عقل و بنای عقلا نخواهد ماند.<sup>۴</sup> در غیر این صورت، میان عقل و بنای عقلا تفاوت مفهومی زیادی خواهد بود. بر این اساس - که بنای عقلا، غیر از آرای محموده باشد - قضایای عقلی قضایایی است که عقل به محض تصور نهاد و گزاره - بدون توجه به حفظ نظام و مانند آن - به ارتباط میان آنها حکم می‌کند. مثل حکم عقل به حسن عدل و قبح ظلم که صرف تصور عدالت برای تصدیق به خوب بودن آن و صرف تصور ظلم برای تصدیق به زشت بودن آن کفایت می‌کند. اما بنای عقلا عبارت است از توافق عقلا بماهیم عقلا بر فعل یا ترک فعل به خاطر حفظ نظام نوع انسانی، مصالح عامه، خیر عمومی و مانند آن.<sup>۵</sup>

از نظر مشهور اصولیان، سیره‌های عقلایی که در عصر معصوم بوده و به امضای ایشان رسیده یا حداقل ردع و رد نشده است حجت و معتبرند. چون این دسته از سیره‌ها اعتبار خود را در واقع از سنت وام می‌گیرند.<sup>۶</sup> اما درباره اعتبار سیره‌های نوظهور، یعنی سیره‌هایی که بعد از عصر معصوم شکل گرفته‌اند سخن بسیار است و غالباً آنها را معتبر نمی‌دانند. در این بین برخی از فقیهان و اصولیان امامیه، قایل به اعتبار و حجیت این دسته از سیره‌ها نیز شده‌اند. اساس استدلال این دسته از فقها این است که: «۱- امور زندگی عادی بشر ذاتاً اموری اسرارآمیز نیستند و غالباً مصالح و مفسدات آن برای انسان‌ها قابل درک است. ۲- عقل و درک ارتکازی بشر در مورد تشخیص مصالح و مفسدات در حوزه مربوط به امور عادی کمتر خطا می‌کند و لذا عقل نوعی بشر در این حوزه قابل اعتماد است و هدف از خلقت عقل همین اصابت حداکثری آن است. ۳- بنای شریعت سمحه و سهله بر سخت‌گیری نیست. بر این اساس سیره‌های جدید نیز مورد قبول شرع است و قیام سیره حجتی بر مشروعیت محسوب می‌شود و شارع جز مواردی که مشمول ادله

۱. منتظری، حسینعلی، دراسات فی ولایه الفقیه، ج ۱، ۱۴۱۵ ق، ص ۵۴۸.

۲. البته عرف عام در فقه عامه و در حقوق می‌تواند معادل سیره عقلا در اصول فقه امامیه باشد.

۳. مظفر، محمدرضا، پیشین، ص ۵۱۱.

۴. همان، ص ۲۳۴.

۵. علیدوست، ابوالقاسم، فقه و عقل، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۹۶، صص ۲۲۰-۲۲۱.

۶. مظفر، محمد رضا، پیشین، ص ۵۱۴.

عام و کلی منع قرار گرفته است، سیره‌های عقلا را هر چند مستحدث و جدید باشد به رسمیت می‌شناسد؛ زیرا شریعت اسلام، شریعتی است هم سهله و بر مبنای تسهیل آسانگیر و هم مروّج عقلانیت. همانطور که شریعت اسلام چشم بر خطاهای تاثیرگذار نبسته است، نمی‌توان پذیرفت بر حاصل پیشرفت تمدن بشر - حداقل در دید خود بشر- چشم ببندد و انتظار داشته باشد بشر سیره‌های جدید خود را که حاصل پیشرفت دانش خویش و از لوازم و دستاوردهای آن می‌داند، نادیده بگیرد.<sup>۱</sup> «

تاجایی که نگارنده فحص کرده است، فقهی که بیش از همه به لوازم عقل منبع- در تشخیص کلیات احکام و مصادیق آنها- ملتزم شده و احکام زیادی را بر مبنای بنای عقلا (بنای عقلای مستحدث) استوار ساخته است، منتظری است. اکنون فهرست‌وار برخی از نمونه‌ها را ذکر می‌کنیم:<sup>۲</sup>

- عقل و نیز سیره عقلا حکم به سلطه انسان بر مال و جانس دارد. لذا تصرف در مال دیگران حرام و تحدید آزادی انسانها و دخالت در سرنوشت آنها ممنوع است.<sup>۳</sup>

- حفظ حقوق اقلیت‌ها، مشروع و عقلایی است.<sup>۴</sup>

- همه انسانها - چه مسلمان و چه غیرمسلمان و خواه موافق یا مخالف- از کلیه حقوق اساسی و فطری و حقوق سیاسی و اجتماعی نظیر حق آزادی عقیده، حق آزادی بیان، حق اشتغال، حق مسکن، حق وطن برخوردارند.<sup>۵</sup>

- شرایط والی منتخب، شرایط انتخاب‌کنندگان، تقدّم رأی اکثریت بر اقلیت، لزوم مشورت حکومت با مردم، تداوم مسئولیت منصوبان حاکم با تغییر حاکم - علی‌رغم اینکه با تغییر وضعیت موکل، وکیل منعزل می‌شود- حدود شورا و حدود حکومت امور عقلایی بوده و شرع تابع رویه عقلاست.<sup>۶</sup>

- تعیین کیفیت حکومت بر حسب اقتضائات زمانی و مکانی امری نسبی و در حوزه اختیارات مردم است و شرع جز در کلیات مثل تجویز اصل شورا دخالت دیگری ندارد. چنان که در اقتصاد هم شرع مداخله‌ای جز در حدّ کلیات و اصول ندارد و لذا در شرع اقتصاد منظم و مدونی وجود ندارد.<sup>۷</sup>

- مالکیت یک امر اعتباری عقلایی است و لذا مطابق سیره عقلا می‌توان قایل به مالکیت اماکن مثل مساجد و حسینیه‌ها و حتی مالکیت حیوانات شد.<sup>۸</sup>

۱. معتمدی، محمد، پیشین، صص ۷۹ و ۸۰-۸۳.

۲. نگارنده گرچه این موارد را با مراجعه مستقیم به آثار مکتوب آیه الله منتظری در این مقال نقل می‌کند اما ناسپاسی خواهد بود اگر به اثر وزینی که توسط محمد معتمدی زیر نظر آیه الله منتظری، تدوین شده و این موارد با نظم و تدوین دیگری در آن کتاب منعکس شده است، ارجاع ندهد. کتابشناسی این اثر قبلاً آمده است.

۳. منتظری، حسینعلی، دراسات فی ولایه الفقیه، ج ۱، ۱۴۱۰ ق، صص ۴۹۵ و ۴۹۶.

۴. همان، ج ۱، ص ۲۷۵.

۵. همان، ۴۲۱، ۴۴۲ و نیز منتظری، حکومت دینی و حقوق انسان، ص ۱۱۵.

۶. دراسات فی ولایه الفقیه، ج ۱، ۱۴۱۰ ق، صص ۱۰، ۴۹۴، ۵۰۳، ۵۴۸، ۴۴۲، ۴۹۴.

۷. دراسات فی ولایه الفقیه، ج ۱، ۱۴۱۰ ق، ص ۵۴۸.

۸. منتظری، حسینعلی، کتاب الزکاه، ج ۱، (بی‌تا)، ص ۳۹.

- قلمرو مالکیت از نظر اعماق زمین و فراز آسمانها تابع نظر عقلاست و لذا مالک زمین نمی‌تواند مانع تردد هواپیماها شده یا مدعی مالکیت معادن زیرزمینی شود. گرچه کشورها می‌توانند مدعی حق سلطه بر فراز کشور خود بشوند.<sup>۱</sup>

- مالیت و ملکیت از امور اعتباری عقلایی می‌باشند. لذا نرم‌افزارهای کامپیوتری، حق تألیف، حق انتشار، حق اختراع، اسرار تجاری و مانند آن مالیت داشته، تجاوز به آنها غصب و موجب ضمان است.<sup>۲</sup>

- معادن، اموال عمومی محسوب شده و ملک شخصیت حقوقی - و نه حقیقی - امام است تا در منافع و مصالح امت مصرف کند.<sup>۳</sup>

- شرط ضمن عقد، صرف تعهد نیست. بلکه از نظر عقلا بخشی از عوض در قبال آن قرار گرفته است. و لذا تصرف در معوض با صرف پرداخت عوض در حالی که مودای شرط انجام نشده است، حرام و اکل مال به باطل است.<sup>۴</sup>

- لزوم جبران هزینه‌های پزشکی برای درمان مجنی علیه در صورتی که دیه کفایت نکند امری عقلایی است و باید پرداخت شود.<sup>۵</sup>

- همه مجازات‌های مذکور در متون اسلامی - به اصطلاح مجازات‌های اسلامی - اعم از اعدام، تازیانه، قطع دست و پا و تبعید، امضایی بوده و هیچکدام تأسیسی نیستند.<sup>۶</sup>

##### ۵- تفاوت‌های فقه و حقوق در قلمرو تعقل و تعبد

مباحث تعبد و تعقل که در دین و شریعت صورت می‌گیرد قابل تسری به حقوق نیست. زیرا قوام تعبدی بودن یک امر به غیرمعلل بودن آن یا عجز عقل و علم بشری از راهیابی به اسرار و رموز یک حکم است و این عجز در جایی قابل تصور است که واضع کس دیگری است و ما درصدد فهم چرایی عمل و تصمیم او هستیم. اما در حقوق که واضع، خود بشر است نامعلوم بودن چرایی وضع و جعل، سالبه به انتفای موضوع است. چون هر وضعی از عمل خود آگاه است. پس در حقوق، تعبد بی‌معناست. بلی در حقوق ایران که مطابق اصل چهارم قانون اساسی همه قوانین و مقررات باید بر وفق شرع باشد در مواردی که حکم یا هنجاری تعبدی را از شرع وام گرفته و عیناً وارد نظم حقوقی کرده باشد به طور محدود و فقط در همان مورد می‌توان قایل به تعبد شد. گرچه در فقه نیز چنان که دیدیم همه یا عمده احکام معاملات - به معنی

۱. منتظری، حسینعلی، دراسات فی ولایه الفقیه، ج ۴، ۱۴۱۵ ق، ص ۷۴

۲. منتظری، حسینعلی، استفتانات، پیشین، ج ۳، ص ۴۰۵

۳. دراسات فی ولایه الفقیه، ج ۴، ص ۱۰۳

۴. دراسات فی المکاسب المحرمه، ج ۱، ۱۴۱۵ ق، ص ۱۸. در همین زمینه نک: حسین سیمایی صراف، مطالبه بهای شرط؛ تضمینی جدید برای تخلف از شرط و نقد رویکرد سنتی، نامه مفید، ش ۶۷.

۵. منتظری، حسینعلی، مجازات‌های اسلامی و حقوق بشر، ۱۳۸۸، ص ۵۰

۶. نوبهار، رحیم، پیشین، ص ۷۱

الاعم- احکام امضایی و مبتنی بر عقل و خرد بشری است و لذا امکان راهیابی به رمز و راز آنها منتفی نیست و در نتیجه ظرفیت تغییر و تحوّل - چنان که گفتیم- باقی است. شبیه همین بحث را نگارنده درباره امکان قیاس در حقوق - در صورتی که قیاس در فقه ناروا باشد- مطرح کرده است.<sup>۱</sup>

### ۶- نقد و نظری بر دیدگاه استاد جعفری لنگرودی

دیدگاه استاد جعفری لنگرودی در دو حوزه قابل نقد و نظر است. الف- در مفهوم و مصادیق تعبّد ب- در جهانی تلقی کردن مقوله تعبّد. حال هر دو موضوع را مورد تدقیق و تحقیق قرار می‌دهیم:

#### ۶-۱- مفهوم و مصادیق تعقل و تعبّد

با توجه به طرح و بحث گسترده از تعبّد و تعقل در آثار استاد جعفری لنگرودی، این انتظار خیلی طبیعی است که باید تعبّد و تعقل تعریف می‌شد که نشده است.

اگر دو معیار «خلاف قاعده بودن» و «فقدان زمینه عقلی» برای تعبّدی تلقی کردن یک قانون یا قاعده درست باشد، تقریباً همه مصادیق قوانین و قواعد تعبّدی که استاد بر شمرده‌اند قابل نقد و خدشه است. قضیه اعتبار امر مختومه، اصل قانونی بودن جرم و مجازات، تابعیت، شخصیت حقوقی، مقدار ساحلی در حقوق بین‌الملل و فرض‌های قانونی با کدام معیار تعبّدی هستند! آیا خلاف قاعده هستند یا فاقد زمینه عقلی! حتی مقادیر مجازات‌ها (جز در مجازات‌های شرعی<sup>۲</sup>) و مواعد قانونی مرور زمان چرا باید تعبّدی محسوب شوند! چنان که در مباحث قبلی گفتیم، چیزی تعبّدی است که ملاک و معیار آن معلوم نباشد و بشر با عقل و محاسبه و تحلیل نظری و عقلی نتواند ملاک‌ها و مبانی آن را دریابد. در حالی که ملاک‌ها و معیارهای مصادیق اخیر که نام بردیم - حتی مقادیر مجازات‌ها- که بشر خود واضع آنها بوده است معلوم و مبرهن است. پس اینها امور تعقلی هستند نه تعبّدی.

#### ۶-۲- جهانی بودن

به نظر استاد جعفری لنگرودی اصل تعبّدی بودن امری جهانی و فرامرزی است و اساساً بدون تعبّد حیات حقوقی و قضایی ناممکن است. این نکته که مکرر در آثار وی بیان شده، قابل نقد است. زیرا چگونه معقول است که بشر خود واضع و جاعل قانون و قاعده‌ای باشد و لیکن نداند چرا آن قانون یا قاعده را وضع کرده است؟ واضع، قهراً و قطعاً ملاک وضع و جعل خود را می‌داند و در نتیجه می‌تواند آن را تخصیص بزند، تغییر دهد یا الغا و نسخ کند و در هر حال تعبّد برای واضع قانون معنا ندارد. با این حساب چطور می‌توان تعبّد را در همه سیستم‌های حقوقی ساری و جاری دانست؟<sup>۳</sup>

۱. سیمایی صراف، حسین، پیشین، صص ۱۷۴-۱۷۵.

۲. بماند که مجازات‌های شرعی هم - چنان که گفتیم- بنابر تحقیق امور امضایی هستند.

۳. ان اعمال العقلا لیست مبنیه علی التعبد و انما یعمل کل واحد منهم بعلمه و و ثوقه. و لم یعهد من العقلا تشکیل مجمع تقنینی لجعل امارات تعبّدیه و اصول عقلائیہ یتعبدون بها و لو مع عدم حصول العلم و الوثوق. منتظری، کتاب الزکاه، ج ۳، (بی‌تا)، ص ۴۰۰

### نتیجه‌گیری:

ثمره بزرگ شناخت مرزهای تعبد و تعقل، شناسایی قلمرو عقلانیت در شریعت است. فقیهان اصولی شیعه گرچه در مقام نظر، عقل‌گرا هستند، اما در عمل تفاوت چندانی با نص‌گرایان و نقل‌گرایان ندارند. نگارنده با بضاعت اندک خود کوشید تا موانع سر راه کاریست عقل در مقام عمل (افتا) را بکاود و برای هر یک راه حلی ارائه دهد. به نظر نویسنده تعجیز عقل از درک ملاک‌ها احکام و از تشخیص مصادیق عدالت و نیز تحدید بنای عقلا به عصر معصومین علیهم‌السلام از مهمترین تهدیدهای عقلانی شدن فقه است. این نوشتار کوشید تا برای هر یک از تهدیدها، از درون فقه و با تمسک به منطق فقه راه حلی ارائه دهد. از نظر نویسنده، تعمیم منطق فقه به حقوق یک مغالطه است. اگر از دیدگاه فقهی درک ملاکات و مناطات احکام شرع ناممکن است، نمی‌توان به دلیل اصل چهارم قانون اساسی که بر لزوم انطباق قانون با شرع تاکید دارد، نتیجه گرفت که پس درک ملاکات و مناطات هنجارهای حقوقی هم ناممکن است. در این نحوه استدلال مغالطه آشکاری نهفته است. چون واضع یک حکم مطمئناً اسرار و ملاک‌های وضع خود را می‌داند. بلی در مواردی که هنجاری تعبدی عیناً از شرع وام گرفته شده باشد، تعبدی بودن آن در شرع به حقوق هم سرایت می‌کند.



### منابع و مأخذ:

۱. ابن قیم جوزی، محمد بن ابی بکر (۱۴۱۳ ق)، اعلام الموقعین، ج ۱ و ۲، داراحیاء التراث العربی.
۲. جان لاک (۱۳۷۹)، «در باب ایمان و عقل و ساحت‌های متمایز آنها»، ترجمه مصطفی ملکیان، مجله نقد و نظر در یک مجلد تحت عنوان دین و عقلانیت، سال هفتم، ش سوم و چهارم.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۷)، روش جدید در مقدمه عمومی علم حقوق، تهران، گنج دانش.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۹)، وسیط در ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۲) مکتبهای حقوقی در حقوق اسلام، تهران، گنج دانش.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸) دایره المعارف حقوق مدنی و تجارت (جلد اول) (حقوق تعهدات عقود و ایقاعات)، تهران، گنج دانش.
۷. خراسانی (آخوند)، محمدکاظم (۱۴۰۹ ق)، کفایه الاصول، قم، مؤسسه آل‌البیت، لاحیاء التراث.
۸. خویی، ابوالقاسم (۱۴۱۳ ق)، محاضرات فی الاصول، جلد اول، تقریر توسط محمداسحاق فیاض، دارالهادی.
۹. سیمایی صراف، حسین (۱۳۹۳)، قیاس در استدلال حقوقی، مطالعه تطبیقی در فقه، نظام حقوقی ایران و کامن لا، چاپ دوم، تهران: شهردانش.
۱۰. سیمایی صراف، حسین، «مطالبه بهای شرط؛ تضمینی جدید برای تخلف از شرط و نقد رویکرد سنتی»، نامه پژوهشی مفید، شماره ۶۷.
۱۱. شاطبی، ابو اسحاق، الموافقات فی اصول الشریعه، جلد اول و دوم، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۱ ق.
۱۲. صدر، محمدباقر (۱۴۰۰ ق)، دروس فی علم الاصول، جلد اول و دوم، قم، موسسه النشر الاسلامی.
۱۳. صرامی، سیف‌الله (۱۳۸۲)، منابع قانون‌گذاری در اسلام، قم، بوستان کتاب.
۱۴. عاملی، محمد بن مکی (بی تا)، القواعد و الفوائد، قم، مکتب مفید.
۱۵. عراقی، ضیاء‌الدین (۱۴۱۷ ق)، نه‌ایه الأفكار، چاپ سوم، جلد دوم، قم، موسسه النشر الاسلامی.
۱۶. علامه مجلسی، محمدباقر (بی تا)، بحار الانوار، جلد دوم، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
۱۷. غزالی، محمد (۱۹۹۵ م)، المستصفی من علم الاصول، دارالصادر.
۱۸. فیاض، محمد اسحاق (۱۴۱۳)، محاضرات فی اصول الفقه، تقریرات درس آیه الله خویی، جلد سوم، قم، دارالهادی.
۱۹. مطهری، مرتضی (۱۳۷۲)، مجموعه آثار (شرح مبسوط منظومه)، جلد دهم، تهران، صدرا.
۲۰. مظفر، محمد رضا (۱۴۱۵ ق)، اصول الفقه، قم، مکتب الإعلام الإسلامی.
۲۱. معتمدی، محمد (۱۳۹۷)، سیره عقلا و عرف در اجتهاد، تقریر و تحلیلی از آراء فقیه عالیقدر حضرت آیه الله العظمی منتظری، تهران، سرایی.
۲۲. ملکیان، مصطفی (۱۳۹۴)، در رهگذر باد و نگهبان لاله، تهران، معاصر.
۲۳. منتظری، حسینعلی (۱۳۷۳)، استفتائات، جلد دوم و سوم، قم، تفکر.



۲۴. منتظری، حسینعلی (۱۳۸۸)، مجازات‌های اسلامی و حقوق بشر، قم، ارغوان دانش.
۲۵. منتظری، حسینعلی (۱۴۱۵ ق)، دراسات فی ولایه الفقیه، جلد اول و دوم و سوم، قم، تفکر.
۲۶. منتظری، حسینعلی (۱۴۱۷)، دراسات فی المکاسب، جلد اول و دوم، قم، تفکر.
۲۷. منتظری، حسینعلی (بی تا)، حکومت دینی و حقوق انسان، قم، ارغوان دانش.
۲۸. منتظری، حسینعلی (بی تا)، کتاب الزکاه، جلد اول و سوم، قم، مرکز العالمی للدراسات الاسلامیه.
۲۹. نائینی (۱۳۷۶)، فوائد الأصول، جلد چهارم، قم، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم - مرکز نشر اسلامی.
۳۰. نوبهار، رحیم (۱۳۸۹)، اهداف مجازات‌ها در جرایم جنسی، چشم اندازی اسلامی، تهران، پژوهشگاه علوم و فرهنگ.

