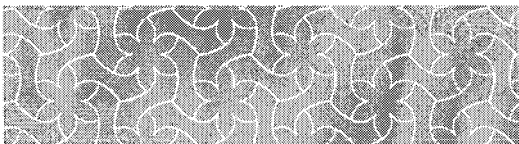


جایگاه ارتکاز در اصول و فقه امامیه

زهدا یوسف فرزند



یوسفی فرحزادی، زهرا، ۱۳۴۶-
جایگاه ارتکاز در اصول و فقه امامیه / نویسنده زهرا یوسفی فرحزادی.
قم: مرکز مدیریت حوزه‌های علمیه خواران، مرکز نشر هاجر، ۱۴۰۰.
۹۶ ص.

۳۰۰۰۰ ریال - ۳۵۶-۳۷۸-۶۰۰-۹۷۸

فنیاء / مسلسل: ۱۵۸۶

کتابنامه: ص. [۸۹] - ۹۶.

تفاسیر فقهی Qur'an — *Legislative hermeneutics
ارتکاز عرفی * (Customary concentration Islamic law)
اصول فقه

Islamic law — Interpretation and construction
حوزه علمیه قم، مرکز مدیریت حوزه‌های علمیه خواران، مرکز نشر هاجر
Hozeh Elmīyeh Qom. Center management Hozeh Elmīyeh sisters
Centre Publications hajar
BP۱۹۸/۶ ۲۹۷/۳۴۲ ۸۴۶۶۹۲۱

جایگاه ارتکاز در اصول و فقه امامیه

ناشر: مرکز نشر هاجر (ناشر تخصصی زن و خانواده)
نویسنده: زهرا یوسفی فرحزادی ❧ نوبت چاپ: اول / بهار ۱۴۰۱
صفحه آرایی و طراحی جلد: واحد هنری مرکز نشر هاجر
شمارگان: ۳۰۰ نسخه ❧ تعداد صفحه: ۹۶ / رقی
چاپ دیجیتال مبین ❧ قیمت: ۳۰۰۰۰ تومان
شابک: ۹۷۸-۶۰۰-۳۷۸-۳۵۶-۰

نشانی: قم - بلوار معلم - مجتمع ناشران - واحد ۱۱۴

تلفن: ۰۲۵-۳۱۰۱۵ پیامک: ۱۰۰۰۳۱۰۱۵

hajarpub.ir info@hajarpub.ir



۵	سخن ناشر
۷	مقدمه نویسنده
۹	مقدمه
۱۱	♦ فصل اول: اهمیت ارتکاز
۱۱	گفتار اول: اهمیت و جایگاه ارتکاز
۱۲	گفتار دوم: تاریخچه تحقیقات پیرامون ارتکاز
۱۴	گفتار سوم: پیش فرض های کتاب
۱۴	فرضیه های پیرامون ارتکاز
۱۴	مفاهیم و متغیرها
۱۵	♦ فصل دوم: مفهوم شناسی ارتکاز و مفاهیم مرتبط
۱۵	گفتار اول: تعریف لغوی و اصطلاحی ارتکاز و اقسام آن
۱۶	انواع ارتکاز
۱۷	گفتار دوم: تعریف سیره و اقسام آن
۲۱	اقسام سیره
۲۱	الف. سیره عقلا
۲۳	ب. سیره متشرعه
۲۷	گفتار سوم: تعریف لغوی و اصطلاحی عرف و انواع آن
۲۹	کاربرد و محدوده عرف
۳۰	اقسام عرف
۳۰	عرف عام
۳۰	عرف خاص
۳۳	♦ فصل سوم: تفاوت ارتکاز با عرف و سیره متشرعه
۳۳	گفتار اول: تفاوت ارتکاز با عرف از جنبه فردی و اجتماعی
۳۴	گفتار دوم: تفاوت ارتکاز با عرف از نظر کیفیت تقسیم بندی
۳۷	♦ فصل چهارم: تفاوت ارتکاز با سیره متشرعه
۳۷	گفتار اول: واکاوی ماهیت سیره متشرعه در مقایسه با عرف و بنای عقلا
۳۹	گفتار دوم: تفاوت ماهوی و شکلی ارتکاز و سیره متشرعه

♦ فصل پنجم: جایگاه ارتکاز در فقه و اصول امامیه

- ۴۱ گفتار اول: حجیت ارتکاز همسان با حجیت سیره
۴۱ گفتار دوم: حجیت ارتکاز به عنوان مخصص لئی
۴۹ عناصر کاربردی مخصص لئی همسان با ارتکاز در گستره علم اصول
۵۰ رجوع یا عدم رجوع به عمومیت عام
۵۰ شبهه مفهومی و مصداقیه
۵۲ دلایل جواز تمسک به عام در شبهه مصداقیه
۵۳ ۱. تراجم «لاحجت» با «حجت»
۵۳ ۲. تمسک به عمومیت «عام احوالی»
۵۵ گفتار سوم: ارتکاز، مقدمه‌ای جهت تشخیص مذاق شارع
۵۹

♦ فصل ششم: جایگاه ارتکاز در فقه امامیه و بیان برخی از مصادیق آن ۶۳

- ۶۳ گفتار اول: ارتکاز به عنوان «شرط ارتکازی» در فقه
۶۳ کاربرد شرط ارتکازی در متون فقهی
۶۵ معناشناسی شرط ارتکازی
۶۶ ویژگی‌های شرط ارتکازی
۶۷ مبانی شرط ارتکازی در فقه امامیه
۶۷ ۱. عرف و عادت
۶۷ ۲. سیره عقلا
۶۸ ۳. دلالت التزامی
۶۹ ۴. اصل اختیار یا حاکمیت اراده در قراردادها
۶۹ ۵. عمومات وفای به عقد
۷۰ ۶. عموم حدیث «المؤمنون عند شروطهم»
۷۱ مصادیق شرط ارتکازی
۷۲ گفتار دوم: ارتکاز در برخی مصادیق و مسایل فقهی مستحدثه
۷۲ ۱. جایگاه ارتکازات مستحدثه در خطابات شرعیه
۷۲ ۲. تأثیر بناء عقلا در احکام معاملات:
۷۴ ۳. حقوق معنوی و ارتباط آن با ارتکاز

سخن‌نار

در ستایش قلم، همین بس که سوره‌ای از قرآن کریم به این نام است و مطلع آن با سوگندی از پروردگار عالمیان در ارجمندی قلم آغاز می‌شود که: ﴿ن وَالْقَلَمِ وَمَا يَسْطُرُونَ﴾؛ پیامبر اکرم ﷺ در تمجید کتابت می‌فرمایند:

الْمُؤْمِنُ إِذَا مَاتَ وَتَرَكَ وَرَقَةً وَاحِدَةً عَلَيْهَا عِلْمٌ تَكُونُ تِلْكَ الْوَرَقَةُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ سِتْرًا فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ النَّارِ وَأَعْطَاهُ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى بِكُلِّ حَرْفٍ مَكْتُوبٍ عَلَيْهَا مَدِينَةً أَوْسَعَ مِنَ الدُّنْيَا سَبْعَ مَرَّاتٍ؛ اگر مؤمن از دنیا برود و یک ورقه از خودش باقی بگذارد که بر آن علمی نوشته شده باشد، روز قیامت این ورقه حائل و ساتر و حاجب است بین او و بین آتش، نه تنها مانع از آتش است؛ بلکه خداوند تبارک و تعالی در عوض هر حرفی که بر آن ورقه نوشته است شهری وسیع‌تر از دنیا به اندازه هفت برابر به او اعطا می‌فرماید. (امالی، شیخ صدوق، ج ۱، ص ۳۷)

آری، قلم معجزه‌ی مانای اندیشه‌هاست؛ قلم ناب، پاسدارِ صدق و راستی و عدالت است و قلم ناباب اگر در دست نامهذبین و ناهلان بیافتد، می‌تواند عامل انحطاط و کژروی‌ها باشد. قلم پاک مقدس و ماندگار است.

مرکز نشر هاجر یکی از اهداف خویش را حمایت از نشر آثار نویسندگان متعهد، می‌داند. این ناشر، آرمان بلند خود را در تولید آثار فخیم و با حمایت از نویسندگان پرتلاش، قابل تحقق می‌داند و امید است، در پرتو قوت علمی و سلاست قلمی نویسندگان جوان در استمرار خط کتابت و دفاع از اندیشه‌های متعالی و آموزه‌های نورانی و انسان‌ساز مکتب قرآن و اهل بیت علیهم‌السلام خدمتی ارزشمند به جامعه علمی فرهنگی ارایه نماید.

در همین راستا حمایت از نشر موضوعات زن و خانواده به عنوان محور اصلی فعالیت مرکز نشر هاجر قرار دارد تا در این حیطه، نویسندگان با عزمی جدی، نیتی

خالصانه، مطالعه‌ای فراگیر، دانشی درخور و تجربه آموزی از نگاره‌های مؤلفان نام آشنا؛ طرحی نو درافکنند و همسویا نیازهای جامعه‌ی هدف با اولویت مذکور، مبادرت به خلق اثر نمایند.

مرکز نشر هاجر

ناشر تخصصی زن و خانواده

نقش ادله در خارج کردن احکام شرعی و نیازهای روزافزون جامعه به آن و پدید آمدن مسایل مستحدثه موجب شده است که گستره فقه و اصول، متناسب با مبانی اسلام، جایگاه کاربردی خویش را ظاهر سازد. سالیان متمادی است که واژه ارتکاز نیز به عنوان دلیل نزد اصولیون معاصر رایج شده و با توجه به اینکه استنباط حکم بدون دریافت جایگاه حقیقی ارتکاز عقلا، عادات مردم و عرف رایج و متداول در میان متن جامعه‌ای که حکم در آن اجرا می‌شود، کامل نخواهد بود. از این رو فقها در بسیاری از موارد ارتکاز را به عنوان دلیلی برای تبیین نوع حکم شرعی (وجوب، حرمت و...) به کار برده‌اند. از این رو بررسی و پرداختن به این موضوع ضروری به نظر می‌رسد. از مهمترین دستاوردهای کتاب حاضر که با رویکردی توصیفی-تحلیلی به نگارش درآمده است این است که علاوه بر سیره و عرف، ارتکاز را نیز یکی از دلایلی می‌داند که در جهت استنباط احکام و حل بسیاری از مسایل مستحدثه به آن استناد می‌شود و دیگر اینکه منشأ ارتکاز در کلام فقها بر اساس حالات سابقه، عادات، خلق و خوی مردم متفاوت است.

سپاس بیکران خداوند را که توفیق تحقیق و نگارش این اثر را فراهم آورد. برخورد فرض می‌دانم از باب «من لم یشکر المخلوق لم یشکر الخالق» از زحمات و تلاش بزرگانی که اینجانب را در تهیه و تنظیم کتاب حاضریاری نمودند، تشکر و قدردانی نمایم. تقدیر و تشکر شایسته از مسئولین فرهیخته حوزه حضرت قاسم بن الحسن علیه السلام، به ویژه سرکار خانم دکتر هاشمی علیا و همه اساتید بزرگواری که مقدمات تحصیل اینجانب را فراهم نمودند و از استاد فرهیخته و فرزانه حجت الاسلام والمسلمین جناب آقای دکتر حسن خداوردیان که با نکته‌های ظریف و دقیق، همواره راهنما و

راه‌گشا، در اتمام و اکمال این کتاب بوده‌اند.

برای روح پرفتوح استاد فرزانه، مرحوم حجت الاسلام والمسلمین جناب آقای محمدرضا شهریار که با حسن خلق و فروتنی، زحمت مشاوری این کتاب را متقبل شدند، علو درجات را در پیشگاه حضرت حق خواستارم.

زهرایوسفی فرهزادی

مصادف با مبعث ۱۴۴۲ هـ. ق.

دانش فقه دارای گستره وسیع و مسایل متنوع و متفاوت است و ارائه آن به صورت‌های قابل فهم و پاسخگوبه مسایل نوپیدای کنونی در عصر مدرنیته امری ضروری و لازم است. با درک این ضرورت، می‌توان اصطلاحاتی همچون عرف، ارتکاز و سیره عقلا را از سایر اصطلاحاتی که در فقه اهمیت خاصی دارند متمایز و معرفی نمود؛ زیرا اهمیت این موارد در نظام‌های فقهی و حقوقی بر کسی پوشیده نیست.

از سویی دیگر، عرف؛ عادت‌ها و رسومی است که عقلای جامعه آن را به طور کلی پذیرفته‌اند و آن را روا می‌دارند. یا به تعریف دیگر، عرف به مجموعه‌ای از توافق‌ها و معیارها و هنجارها گفته می‌شود که از سوی عموم پذیرفته شده باشد و ارتکاز به معنای رسوخ و ثبوت ذهنی در کلمات فقها و اصولیون نیز مدنظر بوده، استفاده می‌شود. ارتکاز همچون تکیه‌گاهی در برخی موارد پشتوانه علمی سیره نیز می‌باشد. در این زمینه، مراد از ارتکاز بنا بر آنچه که به عنوان دلیل در کلمات فقیهان و اصولیون استفاده می‌شود ارتکازی است که سیره عملی برطبق آن موجود باشد و ارتکاز، در حقیقت، پشتوانه علمی سیره به شمار می‌آید.

ارتکاز عقلا به صورت عقلای جامعه اسلامی، با صرف نظر از آیین آنان، به صورت قبول خبر واحد ثقة و ارتکاز متشرعه به عنوان افرادی که به مذهب و شریعت پایبند می‌باشند از راه‌های رسیدن به حکم شرعی، قابلیت بهره‌وری دارند. از این رو ضروری است که این نوع از ارتکاز و بلکه به طور کلی ارتکاز در گستره فقه و اصول فقه امامیه بررسی شود و با تحلیل جایگاه، مصادیق و موارد کاربرد این نوع رسوخ ذهنی، به موارد مشابه و مرتبط پرداخته شود؛ زیرا به گواهی بیشتر فقهاء حجیت ارتکاز همانند حجیت سیره است. به این معنا که ارتکاز اگر به زمان معصوم علیه السلام متصل باشد و

امام با آگاهی از آن و توان نهی از آن، مردم را از آن نهی نکرده باشد، حجت است. ارتکازی که چنین ویژگی‌ای ندارد حجت نیست، مگر آنکه به گونه‌ای رضایت و موافقت معصوم علیه السلام با آن آشکار شود. ارتکاز همچون اجماع و سیره از دلایل‌های لبی است و اطلاق ندارد. اثر حاضر با بهره‌گیری از منابع علمی، مبتنی بر شش فصل است که در پرتو هر فصل به کارکردها و گستره ارتکاز و ارتباط آن با سیره و عرف به طور تفصیلی پرداخته شده است.

اهمیت ارتکاز

گفتار اول: اهمیت و جایگاه ارتکاز

در این کتاب سعی بر آن است که ارتکاز و مؤلفه‌های آن همانند سیره و عرف به صورت کامل در اصول فقه شیعه بیان گردد و جایگاه هریک از سیره و عرف به صورت مستقل بررسی شود تا بسیاری از تفاوت‌ها و تشابهاتی که در بیان سهم هریک در فقه و اصول به وجود آمده مشخص شود.

زیرا گاهی سهم عرف به اندازه ابزاری بودن در خدمت ادله استنباط است و گاهی به صورت مستقل و مجزا به عنوان یکی از منابع برای کشف و استنباط احکام به کار می‌رود و گاهی سیره عقلاً آنچنان پیشرفت می‌کند که برخی اصولیون آن را جایگزین سیره متشرعه می‌نمایند. در برخی موارد بدون شناخت عرف، ارتکاز و عادات مردم، اجتهاد و استنباط حکم، ناتمام می‌شود و در برخی زمان‌ها بسیاری از مصادیق تحت پوشش سیره، ارتکاز و عرف‌هایی که در ذهن و فعل مردم به مرور زمان جای گرفته‌اند شارع رد می‌کند. پس واشکافی جایگاه، عناصر، محدوده و کاربرد هریک تأثیر مهمی در استنباط احکام دارد.

کاربرد واژه ارتکاز به عنوان دلیل نزد اصولیان معاصر رایج شده است و فقها در موارد بسیاری ارتکاز را به عنوان دلیل برای تعیین نوع حکم شرعی (وجوب و حرمت و...) به کار برده‌اند ولی توضیحی درباره بکارگیری ارتکاز و جایگاه آن نداده‌اند. با توجه به احکام مستحدثه و بکارگیری ارتکاز به عنوان یک دلیل، ضرورت ایجاب

می‌کند تا نویسنده به بررسی جایگاه ارتکاز در اصول و فقه امامیه و تفاوت آن با عرف و سیره متشرعه بپردازد.

فوایدی که براین موضوع مترتب است عبارتست از:

۱. تبیین کامل جایگاه هریک از سیره متشرعه، ارتکاز و عرف در اصول فقه شیعه و پاکسازی ابهامات موجود.
۲. شناسایی آشفته‌گی‌های ممکن ناشی از اختلاط جایگاه هریک از موارد فوق و نقاط اشتراک و افتراق هریک.
۳. کاربردهای عملیاتی ارتکاز، سیره و عرف در فقه و حقوق امامیه.
۴. استعمال هریک از موارد مذکور در جهت رفع پیچیدگی‌های حاصل از مسایل مستحدثه و پاسخ به بسیاری از مسایل نوپدید در جوامع امروزی.

گفتار دوم: تاریخچه تحقیقات پیرامون ارتکاز

به کار بردن منابع استنباط و استفاده کامل و وافی از هریک از آنها در فقه و تعیین ابعاد عملی دین اسلام و خارج کردن احکام شرعی از مبانی و کلیات و تبدیل قضایای خارجی به حقیقه از مهم‌ترین اهداف پیشوایان دین است. نیازهای روزافزون جامعه با توجه به شرایط کنونی و پدید آمدن مسایل جدید ایجاب می‌کند که گستره فقه و اصول متناسب با مبانی اسلام جایگاه کاربردی خویش را ظاهر سازد. بنابراین فقها و علمای شیعه همواره در این صدد می‌باشند که دایره فقه و دین از مجرای اصلی خویش لغزش پیدا نکند و محدوده عرف در سیره و ارتکاز در عین حال که راهگشای بسیاری از معضلات و مسایل نوپدید باشد از محور اصلی خویش تجاوز ننماید.

پیرامون هریک از مباحث بیان شده کتاب‌ها و مقالات زیادی نوشته شده است و مطالعات و تحقیقات فراوانی از سوی علمای شیعه صورت پذیرفته است از جمله نویسندگان مطرح در به کار بردن واژه ارتکاز، محمدباقر ایروانی است که در کتاب «دروس تمهیدیه فی الفقه الاستدلالی» در باب‌هایی مانند: عبادات (اعم از صلاة، صوم و...) و

معاملات از این واژه و نقش آن در استدلال حکم صادره از سوی شارع، استفاده نموده است. همچنین شهید محمد باقر صدر در کتاب اصولی «حائقات» ارتکاز عقل را همگام با سیره و بنای عقلا به تصویر می کشد. برای مثال بر این امر تصریح می کند که هم حکم وضعی و هم تکلیفی را می توان با بنای عقلا ثابت کرد. اگرچه محدوده بنای عقلا در گرو حضور سیره عقلا در زمان شارع نیست، اما در پایان شهید صدر هریک از سیره، بنا، عرف و ارتکاز را به شرطی حجت می داند که کاشف قطعی از قول معصوم باشند و چون مبنای او برخلاف مشهور، حق الطاعة است، حیثیت کشف قطعی از قول معصوم برای رعایت هر چه کامل تر محدوده حق الطاعة بیشتر از خود ارتکاز، سیره، بنا و عرف خودنمایی می کند. همچنین امام خمینی رحمته الله نیز از این واژه و مفاهیم مرتبط بهره می گیرند برای مثال ایشان در کتاب «الرسائل» خویش، در زمان غیبت رجوع عامه مردم به علمای مرجع خود را از باب ارتکاز عقلایی می داند و بر این امر صرح می نهد که علمای بنام شیعه از جمله امام خمینی رحمته الله ارتکاز عقلایی و سیره را در متن جامعه قبول می کنند و پیرامون آن تحقیق و تفحص فراوان نموده اند.

پیرامون عرف و سیره نیز کتب دیگری تدوین و تألیف شده است کتبی مانند: شرایع الاسلام، عروة الوثقی، جواهر الکلام، کفایة الاصول، فرائد الاصول، اصول الفقه، العرف العاده فی رأی الفقهاء و فقه و عرف نگاشته شده است. در این کتاب ها هر چند گاهی از عرف و سیره استفاده شده، گاهی به آنها به عنوان یک سرفصل پرداخت شده است، اما این کتاب ها در خصوص عرف و سیره نگاشته نشده است. همچنین مقالاتی مانند: عرف از دیدگاه امام خمینی رحمته الله، عرف و بنای عقلا و... در این عرصه خودنمایی می کند.

کتاب حاضر با بهره گیری از منابع بالا و منابع مرتبط دیگر که در ضمن کتاب ذکر خواهد شد در صدد بیان جایگاه ارتکاز و تفاوت ها و نقاط افتراق آن با سیره و عرف است.

علما درباره جایگاه ارتکاز عقلا و متشرعه و فرق آن با سیره و عرف مباحث قابل

توجهی مطرح نکرده‌اند.

اثرپیش رو با عنوان "جایگاه ارتکاز در اصول و فقه امامیه و تفاوت آن با عرف و سیره متشرعه" به طرح مباحث قابل توجهی می‌پردازد.

گفتار سوم: پیش‌فرض‌های کتاب

۱. بسیاری از موضوعات احکام یا متخذ از شرع است یا از عرف و سیره متشرعه و ارتکاز عقلا

۲. فهم عرفی مرجع مدالیل الفاظ است که به عنوان مرجعی قابل اعتماد به کار می‌رود و این مرجعیت انکارناپذیر است.

۳. موضوعات ناشی از عرف، سیره عقلا و ارتکاز محصول ارتباطات و تعاملات متقابل انسان‌ها در جامعه است.

فرضیه‌های پیرامون ارتکاز

۱. استنباط حکم بدون دریافت جایگاه حقیقی ارتکاز عقلا، عادات مردم و عرف رایج و متداول در میان متن جامعه‌ای که حکم در آن جامعه اجرا می‌شود، کامل و وافی نخواهد بود.

۲. ارتکاز در زمان صدور حکم به عنوان مرجع قرار می‌گیرد و عرف در زمان اجرای حکم؛ و منشأ سیره متشرعه یک حکم شرعی است که به ما نرسیده ولی ارتکاز منشأ شرعی ندارد.

مفاهیم و متغیرها

عرف، سیره متشرعه و ارتکاز هر سه متغیر مستقل‌اند که در عین حال که دچار تغییرات و نوسانات می‌شوند، برفقه و استنباط احکام براساس هریک تأثیر می‌گذارند.

مفهوم‌شناسی ارتکاز و مفاهیم مرتبط

گفتار اول: تعریف لغوی و اصطلاحی ارتکاز و اقسام آن

ارتکاز در لغت به معنای ثابت و مستقر بودن است.^۱ رکز الشیء به معنای چیزی است که در جایگاه خویش در حالت ثبات قرار گیرد. اصل ماده «رکز» همان تثبیت و استقرار یک چیز در جایی می‌باشد، مثلاً گفته می‌شود: «رکز الله المعادن فی الأرض» خداوند معادن را در زمین قرار داد.

بنابراین قرار گرفتن یک چیز در دیگری به نحوی که حاکی از ثبوت و استقرار باشد و به عبارت دیگر در آن چیز رسوخ و نفوذ پیدا کرده باشد «ارتکاز» گویند و به همین دلیل در لغت عرب به مالی که در زمین قرار داشته باشد اصطلاحاً «رکاز» گفته می‌شود که منظور از آن گنج است و در احادیث آمده است که «وفی الرکاز خمس».^۲

معنای اصطلاحی ارتکاز نیز رابطه مستقیمی با معنای لغوی آن دارد. ارتکاز به معنای نوعی درک ناخودآگاه نسبت به اطلاعاتی است که در عمق ذهن افراد نفوذ و رسوخ کرده است. برخی از فقها، ارتکاز را این‌گونه تعریف می‌نمایند:

۱. حسن مصطفوی، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، ج ۴، ص ۲۱۳.
۲. محمد بن حسن حر عاملی، وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، ج ۲۹، ص ۲۷۲؛ محمد باقر مجلسی، بحار الانوار، ج ۹۳، ص ۱۹۰.

«ارتکاز عبارت است از اندیشه ثابتی که در ذهن نفوذ و رسوخ پیدا نموده به طوری که دست برداشتن از آن دشوار باشد. حتی اگر دلیلی برخلاف آن حاصل شود.»^۱

ارتکاز در واقع به معنای امری است که در ورای ذهن افراد وجود دارد، به طوری که اگر هر فردی به ذهنیت خود مراجعه کند، حکم مسأله را می یابد و درباره آن داوری می کند. از طرفی به معنای دیدگاه یا نظریه ای که در فهم و روح فرد رسوخ کرده باشد نیز است. بنابراین چنین رسوخ و مرتکزی می تواند در خارج عینیت یابد و ممکن است مجالی برای بروز عینی نیابد.^۲ هرگاه بروز و نمود یابد ممکن است زمینه به بروز رسیدن آن زیاد باشد و ممکن است زمینه بروز اندکی پیدا کند. طبق نظر برخی از علمای مسلمان، در صورتی که امر مرتکزی زمینه بروز بیابد و این زمینه زیاد باشد، سیره، مجال تجلی پیدا خواهد کرد. در واقع یکی از عوامل پیدایش سیره، همین ارتکازاتی است که امکان تحقق یافته و امکان بروز آنها زیاد بوده است.

انواع ارتکاز

ارتکاز به ارتکاز عقلا و متشرعه تقسیم می شود: منظور از عقلاء، عقلای جامعه، قطع نظر از آیین آنان است. به طوری که به دین، مذهب و طرز فکر مذهبی آنان توجه نمی شود بلکه صرفاً از این نظر که عاقل اند و عملکرد عقلایی انجام می دهند، نوع رسوخ ذهنی آنان، بیانگر ارتکاز است. مانند ارتکاز پذیرش خبرثقه. بنابراین ارتکاز عقلایی همان رسوخ و نفوذ مطلبی در ذهن عقلای یک جامعه است با صرف نظر از مذهب یا آیین آنان.

مراد از متشرعه افرادی هستند که به مذهب و شریعت پایبندند. بنابراین ارتکاز متشرعه به معنای رسوخ و نفوذ مطلبی در ذهن متشرعه جامعه اسلامی است. مانند

۱. سید علی حسینی سیستانی، قاعده لاضرر و لاضرار، ص ۲۴۹.

۲. آقا رضا بن محمد هادی همدانی، مصباح الفقیه، ص ۵۷؛ سید محمد کاظم طباطبائی یزدی، العروة الوثقی فیما تعم به البلوی (المحشی)، ج ۱، ص ۱۴۵.

ارتکاز قبح و ناپسندی تراشیدن ریش نزد آنان. ارتکاز متشرعه در زمره راه‌های یقینی دستیابی به سنت شمرده شده است.^۱

سخن شیخ محمدعلی انصاری بیانگر این امر است: «ارتکاز المتشرعة: و یقصد به ما هو المرتکز عند خصوص الملتزمین بالمذهب و المتشرعین، کارتکاز مطلوبیه استقبال القبلة حالة النوم، و مذمومیه حلق اللحية عندهم. حجیه الارتکاز: حکم الارتکاز حکم السیره من حیث الحجیه، فإذا کان الارتکاز متصلاً بزمان أحد المعصومین و کان بمرأى و مسمع منه و لم ینه عنه مع تمکنه منه یكون حجة، وإلا فالارتکاز الحاصل بعد زمان المعصومین لا یكون حجة إلا إذا أحرز رضاه بذلك بطریق ما، و هو بعيد عادة.»^۲

«ارتکاز متشرعه: به معنای رسوخ و نفوذ مطلبی در ذهن افرادی است که به مذهب و شریعت پایبندند. مانند ارتکاز مطلوبیت رو به قبله خوابیدن در هنگام خواب و قبح و ناپسندی تراشیدن ریش نزد آنان. حجیت ارتکاز همانند حجیت سیره است؛ به این معنا که ارتکاز اگر به زمان معصوم علیه السلام متصل باشد و امام با آگاهی و توان نهی و ردع از آن، مردم را نهی نکرده باشد، حجت است. ارتکازی که بعد از زمان معصوم علیه السلام به وجود می‌آید حجت نیست، مگر آن که به گونه‌ای رضایت و موافقت معصوم علیه السلام با آن محرز شود و به طور معمول چنین چیزی بعید است.»

ارتکاز همچون اجماع و سیره از دلایل‌های لَبّی محسوب می‌شود و اطلاق ندارد.

گفتار دوم: تعریف سیره و اقسام آن

واژه‌شناسان معانی متعددی برای کلمه «سیره» ذکر کرده‌اند؛

سیره در لغت: به معنای روش، طریقه، سنت، سبک و نحوه انجام دادن کار، حرکت در روز، حرکت در شب و مطلق حرکت کردن و راه رفتن می‌باشد. سیره را

۱. محمدتقی حکیم، الاصول العامة للفقهاء المقارن، ص ۲۰۰.

۲. شیخ محمدعلی انصاری، الموسوعة الفقهية الميسرة، ج ۲، ص ۳۹۲.

مثل فطره و بروزن «فعله» گرفته اند که برنوع و سبک رفتار دلالت می کند.^۱ راغب اصفهانی می گوید: سیره به معنای حالتی است که انسان یا غیر او بر آن حالت زندگی می کند. چه آن حالت غریزی باشد و چه اکتسابی.^۲

چنان که سیره در قرآن به همین معنا به کار رفته است: «سنعیدها سیرتها الاولى» (طه: ۲۱)؛ ما آن (اژدها) را به حالت اولش (عصا) برمی گردانیم. به نظر اهل لغت یک نوع سیرو حرکت در قالب راه رفتن یا فعالیت های دیگر در مفهوم سیره نهفته است؛ همان گونه که مشتقات آن مانند «سار، سیرو و سیروا» به نوعی متضمن معنای رفتار و حرکت هستند. همچنین کاربرد مشتقات سیره در قرآن کریم به شکل امر «سیروا فی الأرض» (انعام: ۱۱) و فعل مضارع: «أولم یسیروا فی الارض» (روم: ۹)؛ ناظر به همین معناست.

سیره در اصطلاح: در معانی متفاوتی به کار رفته است و تعریف واحدی که مورد وفاق همه اندیشمندان باشد، تاکنون درباره آن وجود ندارد. برخی از سیره نویسان آن را به معنای طریقه و حالت دانسته اند که برگرفته از مفهوم لغوی آن است.^۳ بعضی دیگر سیره را برابر با تاریخ و ثبت وقایع تاریخی قرار داده اند که دامنه وسیعی همانند تاریخ پیدا می کند.^۴

چنان که عرف تاریخ نویسان همین معنا را تأیید می کند و برداشت عمومی آنها از سیره، ذکر حوادث و سرگذشت افراد می باشد که سیره های تدوین یافته به وسیله آنان، گواه بر این امر است.^۵

همچنین سیره را بر چگونگی رفتار انسان نیز اطلاق کرده اند که شامل همه

۱. سید علی اکبر قرشی، قاموس قرآن، ص ۱۲۲۴۱-۱۲۲۴۲؛ حسن مصطفوی تبریزی، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، ص ۲۳۵-۲۳۶؛ محمد بن مکرم، ابن منظور افریقی، لسان العرب، ج ۶، ص ۴۵۴؛ فخرالدین طریحی، مجمع البحرین، تحقیق سید احمد حسینی، ج ۳، ص ۲۴۰؛ احمد بن فارس، ابن فارس، معجم مقاییس اللغة، تحقیق: عبدالسلام، محمد هارون، ج ۳، ص ۶۱.

۲. راغب اصفهانی، مفردات الفاظ القرآن، محقق، مصحح: صفوان عدنان داودی، ص ۴۳.

۳. محمد حسین طباطبائی، المیزان، ج ۱۴، ص ۱۹۹.

۴. محمد ملک زاده، سیره سیاسی معصومان علیهم السلام، ص ۲۱.

۵. سیره های نوشته شده به وسیله تاریخ نگاران مانند سیره ابن هشام، سیره حلبی، سیره نبوی از ابن عساکرو امثال آن.

فعالیت‌های فرد می‌شود.^۱

شهید مطهری بیش از دیگران در مفهوم‌شناسی سیره سخن گفته است. ایشان هم وزن بودن سیره با هیئت «فعله» را دلیل بر این قرار داده که این هیئت معنای خاصی به آن می‌بخشد و آن معنا عبارت از نوع و سبک خاص رفتار است. به نظر ایشان هر رفتاری را نمی‌توان اصطلاحاً سیره نامید؛ بلکه رفتاری که دارای روش و سبک ویژه باشد، مصداق سیره خواهد بود؛^۲ زیرا هیئت مذکور در لغت عرب دلالت بر نوع و روش خاص دارد؛ چنان که اگر گفته شود جلسه «جلسه» نوع مخصوص نشستن را می‌رساند؛ برعکس اگر بگوییم جلسه «جلسه» به مطلق نشستن دلالت دارد.^۳ برخی دیگر از سیره‌نویسان بر همین اساس «سبک و قاعده رفتار» را معنای سیره دانستند که بنابراین تعریف، قواعد حاکم بر رفتار فرد را باید جستجو کرد.^۴

در مجموع دو معنا از تعریف‌های گفته شده به دست می‌آید: یکی معنای عام سیره که عبارت است از ثبت وقایع تاریخی و سرگذشت افراد، دوم معنایی خاص که سبک و قاعده رفتار می‌باشد. تفاوت این دو معنا علاوه بر میزان شمول و فراگیری، در این جهت نیز ظاهر می‌شود که سیره به معنای اول، یکی از مصادر سیره به معنای دوم است؛ یعنی از بررسی عملکرد افراد در طول زندگی‌شان، می‌توان به سبک و روش رفتاری‌شان دست یافت.^۵

منظور از سیره در این نوشتار نزدیک به معنای دوم، رفتارهای نسبتاً ثابت، روش مند و ضابطه‌مندی است که از مجموع عملکرد فرد در عرصه زندگی وی قابل استخراج است.

گرچه تاریخ‌نگاران به بررسی «سیره» به عنوان شاخه‌ای از تاریخ پرداختند، در

۱. محمد داودی و سید علی حسینی‌زاده، سیره پیامبر اهل بیت (علیهم‌السلام)، ج ۱، ص ۱۰.

۲. مرتضی مطهری، سیری در سیره نبوی، ص ۴۵.

۳. همان، ص ۴۶.

۴. سیره پیامبر اهل بیت (علیهم‌السلام)، ج ۱، ص ۱۰.

۵. همان.

بیان چیزی که هدف آنان بود، موفق نشدند. تاریخ نگارانی که در احوال پیامبر اسلام کتاب نوشتند، تاریخ خود را «سیره النبی» نامیدند^۱ و شاید نخستین رشته تاریخی که توجه آموزگاران را به خود جلب کرد، «علم السیره» باشد. احتمال می رود هدف آنان بیان سبک رفتار یا رفتارشناسی پیامبر بود، ولی تنها به بیان رفتار پیامبر خدا بسنده کردند. آنان «سیره» را به معنای شرح وقایع زندگی رسول خدا؛ یعنی حوادث پیش از بعثت، بعثت و پس از آن و جنگ های پیامبر به کار بردند.^۲

بدین ترتیب، شرح احوال و تاریخ زندگی پیامبر، با مفهوم اصطلاحی واژه «سیره» معرفی شد و همچنان باقی ماند و به عنوان «رفتارشناسی» و «روش شناسی» توجه چندان به آن نشد.

با توجه به آنچه گذشت، شناخت سیره پیامبر ﷺ و حضرت علی علیه السلام به معنای «رفتارشناسی» آن بزرگواران است و در حقیقت، شناخت اصول و روش هایی است که این بزرگواران، در رفتار و کردار خود دارند. بنابراین «سیره شناسی» امری جز «سبک شناسی» نیست.^۳

سیره در حقیقت، اصولی است پایدار که تعیین کننده سبک رفتار در حوزه ای معین باشد. به عبارت دیگر، سیره «منطق عملی» است. از این رو، استاد مرتضی مطهری، درباره کتاب هایی که نام «سیره» بر آنها اطلاق شده است، ولی بیانگر سبک و رفتار پیامبر خدا نیستند، می نویسد:

سیره؛ یعنی نوع و سبک رفتار. آنچه مهم است، شناختن سبک رفتار پیامبر است. آنها که سیره نوشته اند، رفتار پیامبر را نوشته اند. این کتاب هایی که ما به نام «سیره» داریم، سیراست، نه سیره. مثلاً «سیره حلبیه» سیراست، نه سیره؛ اسمش هست، ولی واقعش سیراست. رفتار پیامبر نوشته شده است، نه سبک پیامبر در رفتار، نه اسلوب رفتار پیامبر، نه روش و در اصطلاح عرف

۱. سید محمد باقر حجتی، سیری در سیره نویسی و مروری بر احوال و آثار پاره ای از سیره نویسان، ص ۸۸-۲۳۶.

۲. عبدالملک بن هشام، ابومحمد، سیره النبی، تحقیق: محمد محیی الدین عبدالحمید، ج ۱، ص ۱۵.

۳. مصطفی دلشاد تهرانی، گزیده سیره نبوی (منطق عملی)، ص ۲۱.

کنونی: مَثَدِ پیامبر.^۱

برای دست یافتن به علوم و معارف اسلامی و حکمی از احکام شرعی، ادله‌ی اربعه؛ یعنی، کتاب، سنت، عقل و اجماع مورد نیاز است.^۲ «سنت» پس از قرآن، دومین منبع شناخت دین است که تبیین و تفسیر کلیات قرآن را بر عهده دارد. اگر آموزه‌های قرآن را به سه بخش اساسی عقاید، اخلاق و احکام تقسیم کنیم، «سنت» دیدگاه‌های اسلامی را در این سه بخش به تفصیل تبیین می‌کند.^۳

در تفسیر مجمع‌البیان آمده است: به هر چیزی که به صورت «دوام» و «استمرار» اتفاق بیفتد، سنت یا طریقت می‌گویند.^۴ سنت، سیره، طریقت هر سه کلماتی دارای معانی نظیر هم هستند^۵ و سنت، راهی است که برای اقتدا به آن و تبعیت از آن قرار داده شده است از جمله، «سیره» و «سنت» حضرت رسول ﷺ.^۶

اقسام سیره

علماء سیره را به سیره عقلا و متشرعه تقسیم کرده‌اند.

الف. سیره عقلا

مقصود از سیره تبانی عملی مردم است بر انجام یا ترک کاری.^۷ که اگر این سیره در میان عقلا بما هم عقلا بدون در نظر گرفتن زمان و مکان خاصی رایج باشد آن را سیره و بنای عقلا می‌نامیم.^۸ برخی معنای آن را توسعه می‌دهند و سیره عقلا را اعم از رفتار خارجی عقلا می‌دانند که شامل مرتکزات ذهنی هم می‌شود.^۹ منشأ این دیدگاه و نسبت دادن حجت به ظاهر کلام هر گوینده‌ای می‌تواند به شکلی توصیف

۱. مرتضی مطهری، سیری در سیره نبوی، ص ۴۶.

۲. سید علی نقی حیدری، اصول الاستنباط، ص ۲۸۷.

۳. علی نصیری، درسنامه علم حدیث، ص ۲۳.

۴. طبرسی، مجمع‌البیان فی تفسیر القرآن، محقق: سید هاشم رسولی محلاتی، ج ۱، ص ۶۴۳.

۵. همان، ج ۴۳، ص ۶۷۰ و ۶۷۱.

۶. همان، ج ۲، ص ۶۴۲.

۷. محمدرضا مظفر، اصول الفقه، ج ۳، ص ۱۷۹.

۸. رک: جمعی از مؤلفان، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام، ج ۴۲، ص ۴۵-۴۶ و ۶۹.

۹. سید محمود هاشمی شاهرودی، مقالات فقهیه، موضوع: فقه استدلالی، ج ۴، ص ۲۳۳.

شود که با توجه به اینکه برخی قضایا از سنخ قضایای تحلیلی محض می‌باشند و در آنها محمول از تحلیل موضوع به دست می‌آید، تصور صحیح موضوع و محمول در علم به نسبت کافی است و سلب محمول از موضوع چیزی جز تناقض نیست. خاصیت قضایای تحلیلی داشتن ورایی خارج از اعتبار و حمل است و حاکم و سند در این قضایا عقل است و اگرچه عقلا پذیرفته‌اند برای این است که عقل به آن رسیده است. در این قضایا، مصلحت‌اندیشی، منفعت‌خواهی و حفظ نظام مطرح نیست.^۱

از سویی دیگر این احتمال نیز وجود دارد که در برخی از تأسیسات و بناهای عقلانی هر چند محمول در درون لازم تحلیلی موضوع نیست، اما تصور نفس موضوع و محمول برای قطع و یقین پیدا کردن به نسبت کافی است و گزاره‌های عقل عملی همچون «عدل نیکوست» و «ظلم قبیح است» از این قبیل می‌باشد. در این بخش از تأسیسات عقلا محمول به جهتی خارج از اقتضاء نهاد بر موضوع مترتب می‌شود و عناصری همچون مصلحت نظام و حفظ نظام و اخلاص به آن در پیدایش این بناها نقش اساسی دارند. نشانه این قضایا مقبولیت آنها در نزد همه عقلا در همه زمان‌ها و مکان‌ها است و به عبارت دیگر عقلا بما هم عقلا بر این تأسیسات توافق عمومی دارند.^۲

احتمال سوم به این صورت است که در بررسی مبادی بنائات عقلا گاهی به عناصر دیگری همچون «راحت طلبی»، «عادت»، «احساسات و عواطف» و... برمی‌خوریم که پایه برخی از بناها در نزد عقلا می‌باشند. از جمله می‌توان اکتفا به ظن و ظهور در تفاهم را از این قسم دانست. «تعبیر گویای»، بنای «عقلا لایما هم عقلا»، گویای این قسم است.^۳

با این توضیحات این مطلب به دست می‌آید که منشأ برخی سیره‌ها در میان مردم امور دیگری غیر از عقل و خرد صحیح آنها نیز می‌باشد و نکته دیگر اینکه صرفاً افعال و سیره‌هایی می‌توانند منشأ قانون شرعی کلی قرار بگیرند که در جهت حفظ

۱. ابوالقاسم علی دوست، فقه و عرف، ص ۱۰۵.

۲. همان.

۳. همان، ص ۱۱۶.

مصالح عمومی و حفظ نظام شکل گرفته باشند. فقهای اسلامی و شیعی به ملازمه میان این رفتارها و حکم شرعی قائل شده‌اند.

البته درباره منشأ حجیت این بناءهای عقلایی اختلاف نظر وجود دارد. برخی حجیت آن را جعل و امضاء شارع می‌دانند که درباره شیوه کشف این امضاء اختلاف نظر وجود دارد و برخی هم حجیت آن را ذاتی می‌دانند که برخی آن را به دلیل عقل و برخی براساس مصالح نظام اجتماعی آن را تبیین می‌نمایند. نکته دیگر اینکه مبحث بنای عقلا با مسأله تحسین و تقبیح عقلی که در فلسفه و کلام اسلامی مطرح است ارتباط دارد و لازم است درباره رابطه این دو توضیحاتی ارائه گردد.^۱

به طور خلاصه در تعریف سیره عقلا، می‌توان گفت: «مجموعه افعال و رفتارهایی که عقلای عالم صرف نظر از تعلقشان به زمان و مکان خاصی، به منظور حفظ نظام و در جهت مصالح عمومی می‌پذیرند و براساس آنها رفتار می‌نمایند، سیره و بنای عقلا نام دارند و البته این رفتارها بایستی ناشی از عقل عقلا باشد نه اموری همچون «راحت طلبی، عادت، احساسات و عواطف و ...».

ب. سیره متشرعه

سیره متشرعه روش و عادت مستمرین متشرعین متصل به معصوم است. آنچه در سیره متشرعه مهم است فراهم آمدن دو امر ضروری است تا قابلیت استدلال داشته باشد آن دو امر عبارت‌اند از:

۱. اثبات همزمانی سیره با زمان حضور معصوم علیه السلام؛

۲. اثبات موافقت معصوم علیه السلام با مضمون این سیره.^۲

برای اثبات مورد اول راه‌های متفاوتی وجود دارد این راه‌ها عبارت‌اند از:

۱. وجود سیره‌ای خاص که موضوع آن در معرض ابتلای همگان است و اتفاق نظر داشتن و وحدت عمل در آن، گویای آن است که این سیره دارای ریشه‌های کهن است و به زمان امامان معصوم علیهم السلام می‌رسد. مثلاً سیره متشرعه درباره «اخفات»

۱. ابوالقاسم علی دوست، فقه و عرف، ص ۱۱۷.

۲. سید حسن اسلامی، حجیت سیره، نشریه نقد و نظر، ج ۱، ص ۴.

در نماز ظهر روز جمعه، دلیل بر آن است که در زمان معصومین علیهم السلام نیز چنین بوده است و دستور بر اخفات از خود آنان صادر شده است؛ زیرا بعید به نظر می‌رسد و به طور عادی محال است که متشرعه ناگهان از وجوب «جهر» در نماز ظهر روز جمعه به «اخفات» در آن نماز روی آورند و اگر این تغییر مستند به عصر تشریع نباشد، بایستی ناشی از عوامل و شرایطی استثنائی باشد که در این صورت به طور طبیعی به چنین عواملی اشاره می‌شد.

این راه در موارد بسیاری دفاع‌پذیر نیست. حتی اگر فرض کنیم بر مضمون آن تطابق عملی وجود دارد؛ زیرا قبول می‌کنیم که تصور دگرگونی ناگهانی در التزامات متشرعه و عقلایی بسیار دشوار و به حساب احتمالات، نزدیک به صفر است، ولی فرض‌های دیگری نیز می‌توان در این زمینه ارائه کرد که بر طبق آنها سیره در طی قرون پی‌درپی به تدریج دگرگون می‌شود، در همین مثال می‌توان فرض کرد که فقیهی با بررسی ادله و نیافتن دلیلی خاص بر وجوب «جهر» در نماز ظهر روز جمعه، به عدم وجوب «جهر» فتوا داده است و گروهی از متشرعه به این فتوا عمل کرده‌اند.

مدتی بعد، فقیهی دیگر با بررسی ادله و توجه به مقتضای قاعده که اخفات در نمازهای ظهر و عصر است، و اجماع یا سیره‌ای که تأییدکننده فتوای پیشین باشد نیست، در اصل جواز جهر تردید می‌کند و به وجوب اخفات در نماز ظهر روز جمعه فتوا می‌دهد. مدت‌ها بعد این فتوا را دیگران هم می‌پذیرند و فتواهای دیگری مانند آن صادر می‌شود و به تدریج سیره متشرعه طبق آن شکل می‌گیرد. بنابراین چنین فرضیه‌ای نه غریب است و نه دور از انتظار.^۱

۲. اثبات همزمانی سیره و وجود آن در زمان معصوم علیهم السلام به وسیله نقل و شهادت است، مانند آنچه شیخ طوسی رحمته الله درباره استقرار بنای اصحاب ائمه و متشرعه در زندگی‌شان نقل می‌کند که آنان نسلی پس از نسلی احکام و دستورات دینی خود را از اخبار ثقات گرفته، بر آنها اعتماد ورزیده‌اند.

مشهور شدن مطلب و خبری بین مردم، به نحوی که تعداد فراوانی آن را نقل

۱. سید حسن اسلامی، حجیت سیره، نشریه نقد و نظر، ج ۱، ص ۷.

کند در تحقق استفاضه کافی است و در قطعیت آن شکی نخواهد ماند. ولی اگر وجود چنین سیره‌ای، با خبر واحد ثقه ثابت شده باشد، سودی برای ما ندارد؛ زیرا باید حجیت خبر ثقه قبلاً با دلیل دیگری ثابت شده باشد تا بتوان به آن استناد کرد، نه اینکه از سیره برای اثبات حجیت آن استفاده نمود. مسامحاتی هم که از طرف ناقلان اجماع‌های منقول رخ می‌دهد، لطمه‌ای به گفته ما نمی‌زند؛ زیرا این مسامحات در مقام نقل فتوای اصحاب است که معمولاً در آن تسامح روی می‌دهد. ولی در مقام نقل التزام متشرعه و سیره اصحاب نمی‌توان تسامح را پذیرفت و از ناقلان همچنین تسامحی ثبت نشده است. در این مورد خبر دادن از یک عمل عینی است که باید با دقت صورت گیرد نه از یک مسأله علمی که تا فراهم آمدن برخی دلایل و اقتضای فتوا، بتوان تسامح را پذیرفت.

۳. وجود سیره یکسانی در جوامع مختلف و شرایط متفاوت و کشف آن از طریق استقراء سبب تعمیم وجود چنین سیره‌ای در تمام جوامع عقلایی، از جمله جوامع معاصر با دوران معصومین علیهم‌السلام می‌گردد.^۱

از دیدگاه بسیاری از فقهای شیعه، این راه نیز در مواردی ناتمام است. ما با این استقراء تنها جوامع معاصر را بررسی می‌کنیم، در صورتی که قصد تعمیم این سیره را به جامعه‌ای داریم که از نظر زمانی بسیار از ما دور است و شرایط خاص خود را دارد. چنین تعمیمی معمولاً طبق حساب احتمالات، نادرست است؛ زیرا تعمیم در جایی رواست که احتمال وجود تکیه خاصی و تفاوتی در میان برخی از موارد نباشد. حال آنکه اجمالاً می‌دانیم اوضاع اجتماعی جوامع بر اثر عوامل متعدد نسبت به گذشته دگرگون شده است و می‌توان احتمال داد که این تغییر شامل حال همه نیز شده باشد.

۴. مسأله‌ای که خواهان اثبات وجود سیره در آن هستیم، اگر بسیار مورد ابتلای مردم باشد و در لسان روایات و ادله هم در این باب پرسش و پاسخی دیده نشود، در چنین حالتی کشف می‌کنیم که این رفتار خاص در زمان معصوم علیه‌السلام نیز وجود داشته است، وگرنه یا خلاف آن از واضحات نزد مردم بود یا آنکه در این مورد

پرسش‌های زیادی مطرح می‌شد که هر دو خلاف فرض ماست.

مثلاً فرض کنیم سیره بر عمل به خبرثقه که عدم آن نزد طبایع عقلایی از واضحات نیست منعقد شده و مورد ابتلای بسیار باشد و در ادله و نصوص صادره از شارع هم از آن نهی به عمل نیامده باشد و حتی گاه عمل به آن تأکید هم شده باشد. در این صورت می‌یابیم که عمل به خبرثقه در زمان شارع نیز رایج و مرسوم بوده است.

۵. در موردی که قصد اثبات انعقاد سیره بر آن را داریم، اگر فرض کنیم چنین سیره‌ای نبوده است، باید جانشین و بدیلی داشته باشد که چنین جانشینی معمولاً به فراموشی سپرده نمی‌شود و به سبب اهمیت موضوع ثبت شده و به ما می‌رسد. شاید بهترین شاهد مثال انعقاد سیره عقلایی عمل به «ظواهر» است؛ اگر این سیره در زمان معصومین علیهم‌السلام نبود و صحابه و اصحاب ائمه ظهور را مقیاس فهم معنی در نظر نمی‌گرفتند، از آنجا که قطعاً به فهم مراد شارع و درک مفهوم می‌پرداختند ناچار بایستی در مقام فهم مقصود مقیاس‌ها و مبانی دیگری داشته باشند و آن مقیاس و روش به ما منتقل می‌شد.

فقه‌های عصر غیبت نیز اگر با اجماع رأی و نظرشان بر مطلبی قرار گیرد و اجماع فتوایی حاصل شود، این اجماع در چنین زمانی ناگزیر کاشف از آن است که آن را از شارع گرفته‌اند و مستند آن شریعت مقدس است؛ زیرا احتمال استناد آن به نکاتی عقلایی طبق فرض مردود است. چون مفروض آن است که سیره در مسأله شرعی صرف، مانند «جهر» در نماز منعقد شده است.

پس فرض اینکه چنین سلوک و رفتاری مورد قبول و رضای شارع نبوده باشد و حتی به او مستند نباشد، لازمه‌اش پذیرش غفلت و بی‌توجهی محسوسی از سوی بخش بزرگی از مردم است؛ یعنی یا اساساً درباره اصل پرسش و فحص غفلت صورت گرفته، یا درباره فحص کامل، این غفلت روی داده است که به حساب احتمالات، منفی است؛ زیرا احتمال غفلت درباره یکایک افراد می‌رود، اما غفلت همگانی طبق حساب احتمالات و منطق استقرا، عقلانی نیست، و اساساً چگونه در

نتیجه غفلت‌های متفاوت، یک نتیجه واحد و مورد قبول همگان به دست آمده است که این هم با حساب احتمالات منطبق نیست. بنابراین این سیره در مقام کشف موضع شارع، به مراتب از اجماع اهل رأی و اجتهاد قوی‌تر است؛ زیرا اجماع در قضیه‌ای حدسی است که در صورت نبود عنایات خاص و جدی احتمال خطای همگانی در آن عقلانی است.^۱

گفتار سوم: تعریف لنوی و اصطلاحی عرف و انواع آن

عرف در لغت به معنای «امر شناخته شده و متداول بین مردم»^۲ و «ضد نکر»^۳ «فعل پسندیده از سوی عقل یا شرع»^۴ «خوی و عادت»^۵ «تتابع و پی‌درپی بودن چیزی به طوری که اجرای آن دارای اتصال باشد»^۶ همچنین به معنای «آرامش، سکون و قرار»^۷ یا «اسم به معنای اعتراف کردن»^۸ است. این واژه در اصطلاح علم فقه و اصول به معنای «روش خاصی است که افراد در مسأله معینی پیروی می‌کنند» همچنین به معنای «عادات و رسومی است که عقلای جامعه آن را به طور کلی پذیرفته‌اند و روا می‌دارند» در برخی کتب اصولی، به معنای «چیزهایی است که مردم آن را متعارف می‌دانند و از جهت قول، فعل یا ترک فعل، براساس آن رفتار می‌کنند»^۹ چنین عرفی به معنای عادت نزدیک است؛ زیرا «به این امر برمی‌گردد که عادت را به معنای شهادت عقل‌ها و برخورد طبع‌های افراد در نظر بگیریم».^{۱۰}

۱. فرهنگ‌نامه اصول فقه، مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، معاونت پژوهشی دفتر تبلیغاتی حوزه علمیه قم، ۱۳۸۹، ص ۴۹.

۲. خلیل بن احمد، فراهیدی، کتاب العین، ج ۲، ص ۱۲۱.

۳. محمد بن مکرم، ابن منظور افریقی، لسان العرب، ج ۲، ص ۷۲۹؛ احمد بن محمد مقرئ قیومی، مصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، ج ۹، منشورات دار الرضی، ص ۲۴۲؛ مبارک بن محمد بن ابن اثیر، النهایه فی غریب الحدیث والأثر، ج ۳، ص ۲۱۷.

۴. محمد بن مکرم، ابن منظور افریقی، لسان العرب، ج ۹، ص ۲۳۹.

۵. حسن عمید، فرهنگ عمید، ج ۲، ص ۷۲۸.

۶. حسن مصطفوی تبریزی، التحقیق فی کلمات القرآن، ج ۸، ص ۹۶.

۷. احمد بن فارس، ابن فارس، معجم مقاییس اللغة، ج ۴، ص ۲۸۱.

۸. لوئیس معلوف، المنجد، ص ۵۰۰.

۹. سید محمد تقی حکیم، الاصول العامه للفقهاء المقارن، ص ۴۰۵.

۱۰. همان

فیض کاشانی در کتاب «سائل» خویش می گوید:

عرف، دستوری است که عامه مردم در میان خود وضع کرده باشند و بر خود لازم و واجب ساخته باشند که به آن عمل کنند و مخالفت با آن را قبیح شمرند. اگرچه عمل به آن، نامالیم طبع و دشوار باشد هریک در مخالفت آن از سرزنش دیگری اندیشد و این دستور براساس اختلاف زبان ها، بلاد و طوایف مختلف اند گاه موافق شرع و عقل و طبع اند و گاه نه. عرف اگر مشتمل بر غلبه و استیلا باشد آن را سلطنت خوانند و هر اجتماعی را ناچار است از سلطنتی تا جمعیت ایشان نظام گیرد و اسباب تعیش ایشان انتظام پذیرد.^۱

برآیند معانی ذکر شده در کتب فقهی و اصولی براین معنا اتفاق نظر دارد که عرف، مجموعه ای از هنجارها، توافقی ها، معیارها و آداب و رسوم پذیرفته شده ای است که بر اثر شیوع و تثبیت در نفس انسان ها، از سوی آحاد جامعه عامه پذیرفته می شود. به طوری که تغییر آن به صورت کوتاه مدت در برخی زمان ها ناممکن می نماید.

بنابراین، برخی از موضوعات احکام، قطعاً عرفی خواهند بود. موضوعات عرفی، موضوعاتی است که تابع تلقی عرف عام است. برای مثال، هنگامی که در میان عموم مردم جامعه ای، نوعی خرید و فروش، بیع نامیده شود، شارع نیز آن را قبول می نماید و احکام صادر از سوی او به آن موضوع با همان تلقی عرفی اش تعلق خواهد گرفت. چنین چیزی نه فقط در تعاملات اجتماعی بلکه در سیره حکومتی پیشوایانمان نیز بیان شده است. «در فرازی از عهدنامه مالک اشتر آمده است: «وَلَا تَذَعْنَ صَلْحاً دَعَاكَ إِلَيْهِ عَدُوُّكَ وَلِلَّهِ فِيهِ رِضًى، فَإِنَّ فِي الصَّلْحِ دَعَةً»^۲

همچنین امام علی علیه السلام می فرماید: «فحط عهدك بالوفاء»^۳ (وقتی صلح نامه نوشتی حتماً به عهد خود وفا کن)

تمامی این موارد نشانگر صحه نهادن شارع در مناسبات اجتماعی و حکومتی بر

۱. محمد محسن بن شاه مرتضی، فیض کاشانی، مجموعه رسائل.

۲. سید رضی، نهج البلاغه، تصحیح صبحی صالح، نامه ۵۳، ص ۱۰۲.

۳. همان.

منافع و رضایت عموم مردم و آنچه که عرف جامعه ممدوح می‌داند، است بدین معنا که آن خصلت ممدوحی که در نفوس رسوخ یافته، شارع تأیید می‌کند و این همان «عرف» است.

کاربرد و محدوده عرف

● **فقه اسلامی:** اگرچه عرف در ردیف منابع اربعه فقه امامیه بیان نشده، ولی آثار فقها حاکی از آن است که عرف نیز مانند قرآن و سنت از ادله و منابع استنباط احکام محسوب می‌شود. به هر حال در بسیاری از موارد، عرف‌های نیکو توسط قرآن و سنت تقریر و بیان شده است.^۱ با این وجود، کاربردهای فراوان عرف در عرصه‌های مختلف اجتماع دلیلی بر این نیست که عرف، لزوماً از منابع استنباط باشد.^۲ اگرچه با مفاهیمی همچون: عادت، تعارف، سیره، بنای عقلا و... تقارن دارد.

● **حقوق:** بسیاری از حقوقدانان، عرف را به عنوان یکی از منابع اصلی حقوق، معرفی می‌نمایند. با این حال، در حقوق جزا و جرم‌شناسی این نقش را برای عرف قرار نمی‌دهند و اگر هم این نقش را برای عرف قائل باشند آن را به صورت محدودتر نسبت به حقوق خصوصی معرفی می‌کنند.^۳

● **حقوق بین الملل:** در عرصه بین الملل، عرف به عنوان یک منبع کارآمد محسوب شده، در تدوین و شکل‌گیری حقوق بین الملل نقش برجسته‌ای را ایفا کرده است.^۴

● **حقوق داخلی:** در نظام‌های پیشرفته حقوق داخلی معمولاً از استناد به عرف، خودداری شده، آن را عنصری نسبتاً مزاحم و بی‌اهمیت می‌شمارند.

۱. محمدجعفر، جعفری لنگرودی، مقدمه علم حقوق، ص ۳۲۹.

۲. سیف‌الله صرامی، جایگاه قرآن در استنباط احکام، ص ۳۲۹.

۳. همان

۵. ربکا والاس، حقوق بین الملل، ترجمه: قاسم زمانی و مهناز بهراملو، تهران، ص ۱۰.

اقسام عرف

عرف عام:

عرف عام به گونه ای کلی، امری شناخته شده در میان عموم مردم است برای مثال، آقای علی دوست در کتاب فقه و عرف، پس از نقل سخنانی از علما و اهل فن درباره معنای اصرار بر گناه که از گناهان کبیره به شمار می رود، می نویسد: «والاولی فیه الرجوع الی العرف العام فان لم یکن فالی ما ذکرنا عن اهل اللغة»^۱

بهرتر است در این مورد به عرف عام و در صورت نبود آن، به سخن لغت دانان رجوع کنید. چنان که از این عبارت به روشنی فهمیده می شود، عرف عام نیز برگفته اهل لغت، پیشی دارد، اما اینکه مقصود وی از (عرف عام) چیست، از عبارت بالا روشن می شود که مراد او از اصطلاح یادشده، آن چیزی است که در میان توده مردم، بدون اینکه مختص به گروهی ویژه باشد، شناخته شده است.

در مقابل لغت دانان که صنف ویژه ای از مردم را تشکیل می دهند، و نیز در برابر عرف شرع، که خود مصداقی از مصداق های عرف خاص است. نکته اخیر را از پاره ای از عبارت های وی می توان برداشت کرد. از جمله آن جا که می نویسد: «لانصراف الشهر الی الهلال فی عرف الشرع، بل فی العرف العام»^۲. ماه، در عرف شرع، بلکه در عرف عام، انصراف به ماه قمری دارد.

عرف خاص:

در پاره ای از عبارت ها، عرف شرعی را یکی از مصداق های عرف خاص دانسته اند، از جمله پس از نقل عبارتی از محقق که در آن سخن از عرف به میان آمده، به نقل از شهید ثانی، می نویسد: «المراد بالعرف ما یشمل الخاص الذی منه الشرعی»^۳. مقصود از عرف، معنایی است که شامل عرف خاص، از جمله عرف شرعی نیز می شود. در پاره ای موارد نیز مقصود او از عرف خاص، چیزی است که نزد فقها،

۱. ابوالقاسم علی دوست، فقه و عرف، ص ۶۷.

۲. موسی جوان، مبانی حقوق، ج ۳، ص ۳۵۸؛ حقوق بین الملل عمومی اسلامی، ص ۱۸۴.

۳. ناصر کاتوزیان، کلیات حقوق، ج ۲، ص ۱۰۳.

شناخته شده است. از باب نمونه، در مبحث ربا، پس از این عبارت محقق که (کبوتر، جنس واحد است) می‌نویسد:

عرف، با صدق کبوتر بر افراد بسیاری که برای آن ذکر کرده‌اند، مساعد نیست؛ زیرا بنا بر آنچه نزد بیشتر فقها معروف است، کبوتر، پرنده‌ای است که با یک نفس آب می‌خورد، یا صوت خود را در حنجره می‌چرخاند و این تعریف شامل انواع قمری و... نیز می‌شود.^۱

همچنین در پاره‌ای موارد، اصطلاح دانشمندان ادب را، عرف خاص قلمداد می‌کند که چنانکه خواهیم گفت این عرف، در مکتب فقهی صاحب جواهر، ارزش و بهای چندانی ندارد، به گونه‌ای که حتی عرف عام نیز در صورت ناسازگاری بر آن برتری و پیشی دارد. از همین روی، در جایی می‌نویسد:

«عن جماعة التصريح بأن اصطلاح الادباء، عرف خاص، فلا يحمل عليه الفاظ العرف

العام»^۲

گروهی این نکته را به روشنی یادآور شده‌اند که اصطلاح دانشمندان ادب، عرف خاص است، در نتیجه، واژگان عرف عام، بر آن حمل نمی‌شود.

۱. درآمدی بر حقوق اسلامی، ص ۳۷ و ۳۶.

۲. قدرت‌الله واحدی، مقدمه علم حقوق، ص ۵۲.

تفاوت ارتکاز

با عرف و سیره متشرعه

گفتار اول: تفاوت ارتکاز با عرف از جنبه فردی و اجتماعی

با مطالبی که در بخش قبل پیرامون تعریف و تبیین ارتکاز و عرف و محدوده آن دو ذکر شد، می‌توان به این مطلب دست یافت که با توجه به اینکه عرف به معنای امر شناخته شده و متداول در میان مردم است. در فقه شیعه به چیزی گفته می‌شود که مردم آن را متعارف می‌دانند و از جهت رفتاری معمولاً مطابق آن رفتار می‌کنند.

عرف، اگرچه در شهرها و کشورها متفاوت است با این حال جنبه فردی صرف ندارد، بلکه جنبه اجتماعی داشته، در میان افراد و تعاملات آنها معنا پیدا می‌کند. به همین دلیل در تمییز مفاهیم و معانی واژه‌های وارد در متون دینی، فهمیدن ظواهر و تشخیص کلی مراد شارع در ترکیبات اجتماعی از عرف کمک گرفته می‌شود. منظور از ترکیبات اجتماعی، اجزای تشکیل دهنده جامعه می‌باشد که در این عرصه به وضوح می‌توان دریافت که عرف، تلقی جمعی داشته، در میان افراد مختلف، گاه معانی‌اش تغییر می‌کند و اگر موجب تغییر در احکام و الزامات مورد تأکید شارع نشود، معمولاً مورد تأیید شارع و متشرعین قرار می‌گیرد.

این در حالی است که جنبه فردی ارتکاز نسبت به جنبه اجتماعی‌اش برتری دارد؛ زیرا ممکن است امری در ذهن فردی رسوخ قطعی پیدا کند و در عین حال در فرد

دیگری به گونه ای دیگر تبلور یابد. همچنان که ذکر شد ارتکاز به معنای امری است که در ذهن افراد موجودیت می یابد به گونه ای که اگر هر فردی به درون ذهن خویش، به دور از پیرایه ها مراجعه کند، حکم مسأله را تا حد بسیاری می تواند دریافت کند.

تحلیل و بررسی

به هر حال وجه اشتراک عرف و ارتکاز در جنبه اجتماعی بودن آن است؛ زیرا رسوخ مطرح شده در ارتکاز می تواند در ذهن افراد گروه یا جامعه خاصی صورت پذیرد که با عرف آن جامعه به گونه ای عجین گردد که عرف و ارتکاز در یک مورد کاملاً تطبیق یابند به طوری که آن مورد علاوه بر اینکه در میان سلیقه ها و متعارف مردم قابل شناسایی باشد در ذهن تمامی افراد نیز ثبوت و رسوخ لازم را نیز پیدا کند.

در عین حال این جنبه از اشتراک، خود بیانگر نوعی افتراق و جدایی است؛ زیرا ارتکاز هر چند که در میان اجتماع باشد، باز هم در قالب ذهن افراد شکل می گیرد و رسوخ می یابد در حالی که عرف، ناظر به عملکرد و فعل افراد است که در موارد مختلف مشاهده می شود و جنبه ذهنی ندارد. همچنین ارتکاز می تواند مقدمه ای برای عرف شدن یک چیز باشد؛ زیرا می تواند ابتدا در ذهن افراد رسوخ یابد سپس در جامعه یا محله یا قوم جنبه عملکردی و فعلی پیدا نماید.

گفتار دوم: تفاوت ارتکاز با عرف از نظر کیفیت تقسیم بندی

در کیفیت تقسیم بندی تفاوت های شایانی میان عرف و ارتکاز مشاهده می شود؛ چون ارتکاز در یک تقسیم بندی به ارتکاز عقلا و ارتکاز متشرعه تقسیم می شود؛ زیرا عقلای جامعه با صرف نظر از جامعه، مسلمان یا غیرمسلمان می باشند و این به معنای عقلای صرف است و در این عرصه، همچنان که ذکر شد، نوع رسوخ ذهنی آنان بیانگر جنبه ارتکازیت موضوع در آن است.

ارتکاز متشرعه، به رسوخ و ثبوت ذهنی افرادی گفته می شود که پایبند به مذهب و شریعت می باشند و با قید التزام قلبی و عملی به شریعت، در ذهن آنان، موضوع یا حکمی رسوخ نموده و ثبوت می یابد.

این در حالی است که عرف علاوه بر اینکه می‌تواند به عرف عقلا و عرف متشرعه تقسیم شود، به جهات مختلف، تقسیم‌بندی‌های متنوع‌تری را قبول می‌کند؛ همچون «عرف تسامحی» و «عرف دقیق»، «عرف کارشناس» و «عرف غیرکارشناس»، «عرف مفهومی» و «عرف تطبیقی».

«عرف تسامحی» به عرفی گفته می‌شود که در آن، مردم به ضابطه خویش در تطبیق عنوان بر معنوی توجه دقیق ندارند. به دیگر سخن، عدم اهتمام مردم به ضابطه خویش در تطبیق عنوان بر معنوی، تسامح عرفی نامیده می‌شود. این در حالی است که در عرف دقیق، داوری مردم در تطبیق عناوین و مفاهیم بر مصادیق واقعی و حقیقی وجود دارد.^۱

پس مراعات آنان و توجه‌شان به این ضابطه موجب پدید آمدن دقت عرفی می‌گردد. در حالی که در ارتکاز، این نوع تقسیم‌بندی مشاهده نمی‌شود؛ زیرا در رسوخ و ثبوت، مجالی برای دقت نیست چراکه رسوخ همان‌طور تثبیتی امری در ذهن است که ارتباط خاصی با دقت یا عدم دقت ندارد.

برای مثال، مفهوم و عنوان فرسخ، سال و خون از مفاهیم روشن نزد مردم است. حال اگر مردم مفهوم چهار فرسخ را بر مصداقی که مطابق واقعی این مفهوم است، انطباق دادند و بر مسیری منطبق کردند که دقیقاً چهار فرسخ است، این انطباق عرف دقیق است ولی مردم بر مسافتی که چند متر از چهار فرسخی که خود تعریف کرده‌اند، کمتر است، باز این عنوان را منطبق می‌نمایند. این داوری که مطابق ضابطه خود مردم هم نیست یک تسامح عرفی است و انطباق عنوان چهار فرسخ بر مصداق غیرواقعی است و نزد فقهاء داوری اول قبول و منشأ حکم و داوری دوم غیر مؤثر است.^۲

«عرف کارشناس» به موارد متعارف و شناخته شده در میان متخصصین و کارشناسان گفته می‌شود و عرف غیرکارشناس، مربوط به بنا و متعارف توده

۱. ابوالقاسم علی‌دوست، فقه و عرف، ص ۷۰.

۲. همان، ص ۷۱.

مردم (سواد الناس) است. این نوع کاربرد موجب این تقسیم‌بندی ظریف و دقیق شده است؛ زیرا همان‌گونه که در موارد زیادی، بنا و عادت توده مردم، مرجع است، در مواردی هم باید به عرف و داوری متخصصین مراجعه کرد و نظر کارشناس را جویا شد این مسأله در فقه باعث می‌شود که تقسیم ذکر شده برای عرف سامان یابد.^۱

علاوه بر تقسیم‌بندی بالا برای عرف، عرف مفهومی و تطبیقی نیز جریان دارد؛ زیرا مراجعه به عرف و بنای مردم در تعیین و تعریف مفاهیمی که موضوع حکم شرعی قرار گرفته است و تحدید خاصی از شارع ندارد، مورد اتفاق همگان است و مقصود ما از عرف مفهومی این عرف است، اما مرجعیت عرف در تطبیق مفاهیم بر مصادیق در صورتی که به انگیزه کشف مفهوم نباشد، مورد اختلاف فقهاست. منظور از عرف تطبیقی این عرف است.^۲

تحلیل و بررسی

در تحلیل و بررسی موارد ذکر شده همچنان که بیان شد، عرف، تقسیم‌بندی‌های متنوعی را علاوه بر تقسیمات ارتکاز می‌پذیرد و این می‌تواند یکی از مصادیق تفاوت بین عرف و ارتکاز باشد؛ زیرا ارتکاز به معنای رسوخ و ثبوت مطلب در اذهان عقلا و متشرعین است که محدود به این نوع افراد می‌باشد. این در حالی است که عرف در تقسیم‌بندی‌های خویش، می‌تواند متنوع باشد و علاوه بر اذهان، رفتار، اعمال و گفتار افراد را به فراخور زمان و مکانی که در آن سکونت دارند و در شرایط مختلف محیطی که تربیت پذیرفته‌اند، تحت پوشش قرار دهد.

۱. همان، ص ۷۲.

۲. همان، ص ۷۳.

تفاوت ارتکاز با سیره متشرعه

گفتار اول: واکاوی ماهیت سیره متشرعه در مقایسه با عرف و بنای عقلا

قبل از بیان تفصیلی تفاوت، بیان چند نکته پیرامون سیره و عرف، لازم و ضروری است. هرگاه سیره بدون اضافه و صفت ذکر شود، غالباً از آن اراده بنای عقلا می‌شود و کاربردش در غیراین معنا قرینه و نشان می‌طلبد. سیره متشرعه و سیره مسلمانان دو اصطلاح همسان و مرادف‌اند که دلالت بر سلوک پایبندان به شرع اسلام دارد این دو واژه به خصوص اصطلاح اول با کاربرد وسیع در نوشته‌های فقها و اصولیان تنها بر تأسیساتی اطلاق می‌گردد که تدبیر و تعهد پدیدآورندگان به شریعت اسلام، در پیدایش آنها دخالت داشته، مبدایی جز تدبیر آنها نداشته است. به دیگر سخن، ذکر واژه‌های متشرعه و مسلمین در نامگذاری، دلالت بر علیت و احتراز دارد. وجود این ویژگی در سیره متشرعه و مسلمین تفاوت اساسی این مفاهیم با مفهوم عرف و بنای عقلاست.^۱

این در حالی است که برخی اندیشمندان تفاوت اساسی سیره و بنای عقلا با سیره متشرعه و مسلمین را در عدم اعتبار اول و احتیاج حجیت آن به امضای شارع و اعتبار دوم و عدم احتیاج آن به امضای شارع برای کشف احکام می‌دانند. چنانچه محقق اصفهانی در این زمینه می‌نویسد:

«الفرق بین السیرتین ثبتت کانت هی بنفسها دلیلاً علی الحکم کالاجماع الموجب للحدس القطعی للمعصوم بخلاف سیره العقلاء فإنّها لاحجیه لها الا بعد الامضاء و لو بعدم الردع مع عموم البلوی»

«تفاوت بین دو سیره بیان شده این مطلب را به اثبات می‌رساند که در سیره متشرعه، مانند اجماع حکم می‌شود. اجماعی که موجب حدس قطعی به رأی معصوم است. برخلاف سیره عقلا؛ زیرا سیره عقلا به خودی خود حجیتی ندارد مگر پس از امضاء و تأیید شارع. هرچند این امضاء با عدم ردع و انکار توأم باشد.»^۱

تحلیل و بررسی

وجه مشترک توافق فقها و اصولیون بر سیره متشرعه این امر است که راه و روش، سلوک و پیمایش افراد پایبند به شرع به صورتی است که نیازمند به امضای شارع نیست؛ زیرا قبلاً خود متشرعه به دلیل پایبندی کامل و کافی به ارکان و ضوابط شرع، امضای طبیعی شارع را دارند. بنابراین در این نوع از سیره، آنچه که قطعی است، تأیید و امضای قبلی و اصلی شارع بر عملکرد و سیر و سلوک متشرعین است. این عملکرد در میان جامعه متشرعین شناسایی شده، معنای عرف متشرعه نیز همسوبا این نوع سیره متشرعه خواهد بود. بنابراین سیره متشرعه با نوع روشی که در پیش می‌گیرد در برخی مواقع با عرف جامعه هر زمانی که مردم در آن زندگی می‌کنند همسو و همگرا است و از این رو مبنای عقلا نیز در بیشتر مواقع، تأییدکننده آن خواهد بود.

در جهت تفاوت سیره متشرعه با عرف و بنای عقلا ذکر این نکته ضروری و لازم است که عقلاگاه با توجه به مقتضای عقلی خویش، بنایی را پی می‌افکنند و به اصطلاح، عقلا بما هم عقلا امری را می‌پذیرند. حال اگر قضایای عقلی را به قضایایی که عقلاً به جهت حفظ نظام نوع انسانی بر آن توافق دارند (آراء محموده) تفسیر کنیم، میان قضایای عقلی و بنای عقلا بما هم عقلا تفاوتی مشاهده نمی‌شود. اما برگرداندن قضایای عقلی به اعتباریاتی که عقلاً به مصالح عامه و حفظ نظام توجه دارند، نادرست

۱. محمدحسین، اصفهانی، حاشیه مکاسب، ج ۱، ص ۲۵.

می‌نماید. بنابراین، 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. برای مثال در جمله «عدل نیکو است» یا «ظلم قبیح است»، صرف تصور عدل برای حمل نیکویی بر آن و تصور ظلم برای قبیح شمردن آن کافی است پس بنای عقلا و احکام عقلایی بر حفظ نظام و مصلحت عامه متوقف است و احکام عقلی چنین توقفی ندارند.^۱

البته تمامی این سخنان، در بنای عقلا بما هم عقلا جریان می‌یابد، اما گاه عقلا بناهایی دارند که در غیر عقل ریشه دارد. برای مثال در طول زمان به منظور راحت بودن خویش یا رعایت عادت و رسم رایج یا هر انگیزه دیگری که چه بسا مقبول عقل نیست بناهایی را پی افکنده‌اند. برای مثال اخذ به ظواهر یا برخی از ظنون مانند خبر واحد در عقل ریشه ندارد. روشن است این قضایا که به این نوع بنای از عقلا مربوط می‌شود با قضایا و احکام عقلی تفاوت بسیار دارد.

در این صورت، منظور از بنای عرف - اگر عرف بما هو عاقل باشد - با قسم اول از بنای عقلا یکسان است و اگر صرف عرف حتی به انگیزه راحت طلبی و مانند آن مراد باشد، با قسم دوم از بنای عقلا متحد می‌گردد. بنابراین رابطه بنای عقلا و عرف با قضایای عقلی آشکار است.

گفتار دوم: تفاوت ماهوی و شکلی ارتکاز و سیره منشرعه

با توجه به اینکه ارتکاز، نوعی رسوخ ذهنی است که در ذهن افراد گروه یا جامعه‌ای رسوخ و ثبوت یافته است با عقل و ادراکات عقلی رابطه مستقیم دارد.

عقل، گوهری نفسانی است که خیر و شر و حسن فعل خیر و قبح فعل شر را درک می‌کند. عقل در دانش فقه، علاوه بر اینکه منبعی مستقل از کتاب و سنت محسوب می‌شود، گاه همچون ابزاری در خدمت سایر منابع قرار می‌گیرد. بر این اساس، عقل، در فقه، جدا از عقل فلسفی فرض می‌شود و حکمش با حکم عقل فلسفی، تفاوت دارد و در نگاه فقها، حکم عقلی حکم جازمانه‌ای است که در کنار قرآن و سنت

۱. ابوالقاسم علی دوست، فقه و عقل، ص ۲۱۸.

است، نه مستند به این دو. ولی جستجوی گسترده در گفتار دانشمندان اصول و فقه نشان می‌دهد که هرچند مراد از عقل، در کاربرد استقلالی آن، عقل مستقل از قرآن و سنت و مراد از حکم عقل، حکم قاطع این قوه است، اما این تفسیر، عقل را در مقابل اصطلاح فلسفی اش قرار نمی‌دهد.^۱

تحلیل و بررسی

ارتکاز که از عقل نشأت می‌گیرد، به صورت نوعی ادراک و شعور ناخودآگاه به معلوماتی است که در عمق اذهان مردم و نظریات عقلی آنان رسوخ کرده، منشأ پیدایش آن به طور واضح برای آنان روشن نیست. اگرچه اجمالاً علت پدید آمدن آن، اعتقاد مردم به امری واحد و پایبندی بدان محسوب می‌شود. چه طبق این ارتکاز، سلوک عملی در خارج شکل گرفته باشد و چه نگرفته باشد. یعنی ممکن است ارتکاز در اذهان پدید آید - و به تعبیر برخی از فقها «این اندیشه ثابت در ذهن افراد نفوذ و رسوخ پیدا کند به طوری که دست برداشتن از آن دشوار باشد، حتی اگر دلیلی برخلاف آن حاصل شود».^۲ - اما در روش و منش اهل شرع پذیرفته نشود.

بنابراین، از نظر ماهوی، جنبه ارتکازی لزوماً باطنی، نظری و عقلی است و جنبه سیره متشرعه، عملکردی و فعلی در متن جامعه است و از نظر شکلی ممکن است این دو با یکدیگر تطبیق پیدا نکنند؛ زیرا ارتکاز رسوخ عقلی، ذهنی و قلبی است که ممکن است با سیره متشرعه سازگار نباشد و عرف متشرعه آن را قابل قبول تلقی ننماید. همچنان که ممکن است این دو در برخی موارد با یکدیگر تطبیق پیدا کنند به طوری که چیزی، هم در ذهن عموم مردم رسوخ، ثبوت و وضوح یابد و هم قابلیت پذیرش برای اهل شرع داشته باشد و از جهت عملکردی بر آن صحه نهند.

به نظر می‌رسد با توجه به اینکه پذیرش اهل شرع، به نوعی ارتکاز محسوب می‌شود در این صورت ارتکاز عقلا و متشرعه در برخی موارد تطبیق پیدا می‌کند.

۱. همان، ص ۳۵.

۲. محسن اسماعیلی و امید توکلی نیا، شرط ارتکازی در فقه امامیه و حقوق ایران، ص ۱۵۹ به نقل از: سید علی، سیستانی، ص ۲۴۹.

جایگاه ارتکاز در فقه و اصول امامیه

گفتار اول: حجیت ارتکاز همسان با حجیت سیره

ارتکاز از جهت متشرعه و عقلایی در آثار متقدمان اصولی و اصولیون معاصر دیده شده است. چنانکه ارتکاز با عنوان شعور و درک عمیق نسبت به نوع حکمی است که انجام یا ترک آن - با توجه به وجود سیره برانجام یا ترک - از سوی عقلا و متشرعه صادر می‌گردد، بدون اینکه دقیقاً منشأ آن شناخته شود.^۱

بنابراین، چنانچه پیشتر بدان اشاره شد، از دیدگاه برخی از علمای علم اصول، عملکرد ارتکازی به فعلی گفته می‌شود که در گستره سیره (سیره متشرعه، سیره عقلانی) به دلیل مداومت در تکرار و استمرار در ذهن به صورت سخت و پیوسته، جایگزین شده، استقرار و ثبوت یابد،^۲ بنابراین در نزد این دسته از علما مرتکزات عقلا و متشرعه همان سیره و طریقه عقلا و متشرعه است که بر اثر استمرار و دوام و تکرار به اموری ارتکازی مبدل می‌گردند.^۳

در کتاب *الاصول العامة* بر این مطلب توجه شده که اصطلاح ارتکاز متشرعه در زمان حاضر از سوی تعدادی از استادان اصول فقه رایج شده است. ظاهراً منظور آنان این است که علاوه بر وجود سیره بر فعل یا ترک چیزی، نوع حکم آن، در شعور و عمق

۱. سید محمد تقی، حکیم، *الاصول العامة للفقه المقارن*، ص ۱۲۰-۲۰۰.

۲. محمد علی کاظمی، *فوائد الاصول*، ج ۳، ص ۱۹۲.

۳. علیرضا فیض، *مبانی فقه و اصول*، ص ۱۲۱-۲۲۴-۲۲۵.

ذهن جای گرفته باشد، گرچه منشأ آن ناشناخته باقی بماند. فرق ارتکاز متشرعه با سیره عقلا در این است که چون سیره، دلیل لَبّی است پس به لحاظ تعیین نوع حکم، مجمل است، اما ارتکاز متشرعه نوع حکم را از وجوب یا حرمت یا... معین می‌کند. حجیت ارتکاز متشرعه زمانی است که ثابت شود حکم در زمان ائمه علیهم‌السلام صادر شده است و تقریر آن بزرگواران پشتوانه آن قرار گیرد.

این در حالی است که برخی دیگر از علمای اصول فقه، بر این باورند که ارتکاز عقلا و متشرعه الزاماً وابسته به عمل خارجی نیست؛ زیرا این امور ارتکازی، مفاهیمی ذهنی‌اند که انسان‌ها بدون توجه و نظر و استدلال و حتی بدون اراده بر طبق آنها رفتار می‌کنند.^۱

پس با توجه به این دیدگاه است که این علمای اصول، سیره عقلا را به دو گونه کاسته‌اند: سیره عقلانی به معنای اخص که آن را در برابر سیره متشرعه قرار می‌دهند و سیره عقلانی به معنای اعم که آن را اعم از سلوک خارجی و مرتکبات عقلانی می‌شمارند. هرچند اگر از سوی عرف و عقلا بر طبق آن، سلوک خارجی تحقق نیافته باشد، عنوان مواقف عقلانی را برای مجموع آن شایسته می‌دانند.^۲

از دیدگاه برخی اصولیون امامیه، نحوه حجیت ارتکاز، همچون حجیت سیره می‌باشد. همچنان که سیره، به شرط معاصرت با معصوم، قبول و حجت است، در ارتکاز نیز اگر به زمان معصوم علیه‌السلام متصل باشد و امام با آگاهی از آن و توان نهی، مردم را از آن نهی نکرده باشد، حجت است. بنابراین، اگر ارتکازی، چنین ویژگی‌ای را نداشته باشد، حجت نیست، مگر آن که به گونه‌ای رضایت و موافقت معصوم علیه‌السلام با آن آشکار شود.^۳

برخی از علما، تفاوتی بین سیره عقلا و متشرعه قائل شده‌اند. بدین معنا که

۱. محمد باقر صدر، تقریرات بحوث فی علم الاصول، تألیف محمود هاشمی، ج ۴، ص ۲۳۴؛ سید محمد صدری، مبادی فقه و اصول، ص ۲۲۵؛ محمد جعفر جعفری لنگرودی، ج ۲، ص ۶۱.

۲. بحوث فی علم الاصول، ج ۴، ص ۲۳۴.

۳. شیخ محمد علی، انصاری، الموسوعة الفقهية الميترية، ج ۲، ص ۳۹۲.

سیره عقلا باید تا زمان ائمه مستمر باشد و ردعی از آن نشده باشد، اما سیره متشرعه چون ناشی از شرع است نیازی به عدم ردع ندارد.

این در حالی است که سیره عقلا باید تا زمان ائمه مستمر باشد و ردعی از آن نشده باشد ولی سیره متشرعه چون، ناشی از شرع است نیاز به عدم ردع ندارد.^۱ همچنین از نظرنوع دللیت ارتکاز، این نکته در کلام اصولیون امامیه ذکر شده که ارتکاز همچون اجماع و سیره از دلیل‌های لبی است و اطلاق ندارد.^۲

از کلام شهید صدر این نکته فهمیده می‌شود که ایشان، سیره را دربرگیرنده ارتکاز نیز می‌داند و براین باور است که سیره اعم از سلوک خارجی است که شامل مرتکزات عقلانی نیز می‌شود. اگرچه برطبق آن، رفتاری خارجی صادر نشده باشد؛ زیرا موضوع آن ارتکاز، هنوز به وجود نیامده است.^۳

شهید صدر در بحث جنبه اجتماعی فهم نص، باور دارد کسی که می‌خواهد نص را دریابد در گستره‌های گوناگون زندگی اجتماعی با دیگر خردمندان هم‌نوع خویش به سربرده است.

چنین کسانی که زندگی اجتماعی این‌گونه دارند آگاهی مشترک و ذهنیت واحدی، در کنار آگاهی‌ها و جهت‌گیری‌های ویژه هر فرد، نزد آنان شکل می‌گیرد. این آگاهی مشترک و ذهنیت واحد، پایه ارتکازهای همگانی و سلیقه‌ای مشترک را در گستره‌های گوناگون می‌سازد که عرصه تشریع و قانون‌گذاری نیز از آنها است. ارتکازهای همگانی و سلیقه مشترک در عرصه تشریع و قانون‌گذاری همان چیزی است که فقیهان در فقه آن را مناسبت حکم و موضوع، می‌نامند.^۴

برای مثال، می‌گویند: هرگاه دلیلی دلالت کند که هرکس آبی را از نهری یا چوبی را از جنگلی به چنگ آورد، مالک آن خواهد بود درمی‌یابیم که هرکس چیزی

۱. باقر، ایروانی، *دروس تمهیدیة فی القواعد الفقهیة*، ج ۱، ص ۷۷.

۲. همان.

۳. *بحوث فی علم الاصول*، ج ۴، ص ۲۲۴.

۴. ابوالفضل علیشاهی قلعه جوقی، *پژوهشی در مفهوم و حجیت ارتکاز منتشره در بیان فقیهان شیعه*، فصلنامه مطالعات اسلامی، فقه و اصول، سال ۴۶، شماره ۹۷، تابستان، ۱۳۹۳، ص ۱۲۶.

از ثروت های خام و دست نخورده طبیعی به دست آورد مالک می شود، بی آنکه میان آب و چوب و غیر آنها فرقی باشد؛ زیرا مناسبت های حکم و موضوع، محدود کردن موضوع حکم را تنها به چوب و آب روا نمی شمارد.^۱

تحلیل و بررسی

به نظر می رسد بین مناسبت موضوع و حکم و ارتکاز تفاوت اساسی وجود دارد. از این رو بر اساس دیدگاه صاحب نظران می توان گفت ارتکاز از اسبابی است که مناسبت بین موضوع و حکم را سامان می بخشد و سبب پیدایش آن می شود.^۲

اگرچه مرحوم صدر و برخی فقها بر این باورند که ارتکاز بر پایه مناسبت موضوع و حکم استوار شده و از آن نشأت گرفته است.^۳ با تعریف مناسبت بین حکم و موضوع تا حدودی تفاوت این دو اصطلاح با هم روشن می شود. در تعریف مناسبت میان حکم و موضوع می توان گفت مناسبت حکم با موضوع عبارت است از: حالات و خصوصیات موضوع که حکم را آورده و گاه باعث گستردگی اثبات حکم به دیگر موارد و گاه تنگی و محدودیت حکم را خواهان است به طوری که یارای سرایت به دیگر موضوعات را نخواهد داشت.

برخی از اصولیون، بر این اعتقادند که در تحقق ارتکاز، ثبوت سیره شرط مهمی می باشد. به طوری که در ارتکاز، افزون بر وجود شعور عمیق و راسخ در ذهن، فعل یا ترک را نیز معتبر می دانند. بنابراین در تعریف ارتکاز متشرعه این گونه گفته اند: نوعی ادراک و شعور ناخود آگاه و عمیق به نوع حکم که در ذهن متشرعان رسوخ کرده است. به گونه ای که منشأ پیدایش آن حقیقتاً روشن نیست.^۴ البته یادآوری این نکته ضروری است که به طور اجمال علت پیدایش ارتکاز متشرعه، اعتقاد متشرعه به شریعت واحد و پایبندی به آن محسوب می شود.

۱. همان، به نقل از کتاب *فهم اجتماعی از نصوص در فقه امام صادق*، ص ۹۹.

۲. عبدالکریم حائری یزدی، *کتاب الصلاة*، ص ۶۴۲.

۳. سید محمد باقر صدر، *بحوث فی شرح العروة الوثقی*، تألیف محمود هاشمی، ج ۱، ص ۱۰۳؛ سید ابوالقاسم خوبی، *محاضرات فی اصول الفقه*، ج ۱، ص ۲۸۸.

۴. محمد تقی حکیم، *الاصول العامة للفقه المقارن*، ص ۲۰۰.

به بیانی دیگر، ارتکاز، علم به معلوماتی است که در ذهن اشخاص انباشته شده است و به آن توجه نمی‌شود و چه بسا این علم و شعور ناخودآگاه منشأ بسیاری از اعمال نزد عقلا یا متشرعان می‌شود که علت آن برای خودشان هم روشن نیست. برای مثال کسی که در منطقه‌ای عرب زبان زندگی می‌کند وقتی با لفظی عربی خطاب می‌شود، بلافاصله معنای آن لفظ به ذهنش خطور می‌کند و این به سبب همان علم ارتکازی اوست این ارتکاز عقلایی، منشأ سیره عقلایی است. در ارتکاز متشرعه نیز امر به همین گونه است.

از نگاه برخی اصولیون، هرگاه فعلی در پرتو سیره (متشرعه یا عقلائیه) به جهت مداومت در تکرار و استمرار در ذهن، سخت جایگزین، استقرار و ثبوت یابد، آن را ارتکاز می‌گویند.^۱

برخی دیگر از اصولیون، براین اعتقادند که در تحقق ارتکاز، ثبوت سیره شرط نمی‌باشد. این گروه در مقابل گروه اول می‌باشند که ارتکاز را وابسته به تحقق عملکرد خارجی می‌دانستند.

این دسته از اصولیون (گروه دوم) براین باورند که ارتکاز عقلا و متشرعه الزاماً وابسته به عملکرد خارجی نیست؛ زیرا این امور ارتکازی؛ مفاهیمی ذهنی و عقلی‌اند که انسان‌ها بدون توجه نظر و استدلال و حتی بدون اراده بر طبق آنها رفتار می‌کنند.^۲ با توجه به این دیدگاه، سیره عقلا را به دو گونه می‌توان تصور کرد: سیره عقلا به معنای اخص که در برابر سیره متشرعه قرار می‌گیرد و سیره عقلا به معنای اعم که اعم از سلوک خارجی و مرتکبات عقلائیه است. اگرچه از سوی عرف و عقلا بر طبق آن سلوک خارجی تحقق نیافته باشد.^۳

با توجه به دو دیدگاه مطرح شده، به ظاهر دیدگاه نخست، به واقعیت نزدیک‌تر می‌باشد؛ زیرا بین سیره و ارتکاز، تلازم عرفی وجود دارد. این تلازم همچون ملازمه

۱. محمد علی کاظمی، *فوائد الاصول*، ص ۱۹۲؛ علیرضا فیض، *مبانی فقه و اصول*، ص ۲۲۴.

۲. محمد جعفر جعفری لنگرودی، ص ۶۱.

۳. محمد علی کاظمی، *فوائد الاصول*، ج ۳، ص ۲۳۴.

علت و معلول است. بنابراین هر سیره‌ای از ارتکاز نشأت گرفته است و هر ارتکازی علت برای سیره است.

برای مثال، ارتکاز عقلایی و متشرعه بر حجیت قول فرد ثقه، علت برای شکل‌گیری سیره ایشان بر این مطلب می‌باشد که با قول ثقه در مقام منجز شدن تکلیف و معذور بودن مکلف، رفتار و معامله علم کنند.^۱

همان‌طور که به‌طور مختصر گفته شد، حکم ارتکاز (اعم از ارتکاز عقلا، مسلمانان و متشرعه) از نظر حجیت، همانند حکم سیره است که تفصیل آن آورده شد. همان‌طور که اشاره شده سیره بر دو قسم است و سیره عقلا نیاز به امضاء دارد، اما سیره متشرعه نیاز به امضاء ندارد.

بنابراین، زمانی که ارتکاز متصل به زمان یکی از معصومان علیهم‌السلام باشد و به سمع و نظر معصوم رسیده باشد و از آن نهی نکرده باشد، در این صورت حجت است. وگرنه ارتکازی که بعد از زمان معصوم باشد، حجت نیست مگر اینکه رضایت معصوم به طریقی در مورد آن آشکار شود.^۲

این در حالی است که امام خمینی رحمته‌الله بر این عقیده است که ارتکاز در صورتی حجت است که منجر به سیره شود. بنابراین می‌فرماید:

بی‌شک عقلا میان دیدگاه مجتهد میت و زنده تفاوتی نمی‌نهند چون در ارتکاز عقلا دیدگاه‌های مجتهدان مثل دیگر امارات همگی طُرُق و اماراتی به سوی واقع هستند ولی بحث در این است که آیا صرف نبود تفاوت بین دیدگاه مجتهد زنده و میت براساس ارتکاز کفایت می‌کند یا باید مطلب دیگری نیز اثبات شود و آن اینکه بنای عقلا و عرف ثابت نزد آنها که بر عمل کردن به دیدگاه میت استوار است، در زمان معصوم علیه‌السلام وجود داشته و به همین دلیل از عدم نهی و سکوت معصوم رضایت ایشان استفاده می‌شود. ظاهراً دیدگاه دوم درست است؛ زیرا اگر سیره

۱. صادق حسینی شیرازی، بیان الاصول، ج ۱، ص ۲۳۷.

۲. محمدعلی انصاری، الموسوعة الفقهية الميسرة، ص ۳۹۱.

عقلا بر عمل کردن به قول میت جاری نشده باشد - هر چند ارتکاز آنها بر جواز عمل به قول میت بوده باشد - دیگر برای نهی و ردع شارع موضوعی باقی نمی ماند؛ زیرا آنچه بر شارع واجب است، رد سیره ای است که بین عقلا بر اساس ارتکازشان جریان دارد، اما اگر بر اساس ارتکازشان رفتار نکنند، غرض شارع بدون نیاز به ردع حاصل می شود.^۱

به همین دلیل، امام خمینی رحمته الله علیه در باب ارتکازی که منجر به سیره شود، بر این باور است که امامان معصوم علیهم السلام با توجه به علم غیبی که داشته اند، برخی از ارتکازهای منجر به سیره را که در آینده تحقق پیدا خواهد کرد و متأخر از زمان ایشان بوده، در مرآی و منظر خود قرار داده اند و در نتیجه از آنها ردع نکرده اند.

ایشان در کتاب اجتهاد و تقلید می نویسند:

امامان معصوم می دانسته اند که در زمان غیبت علمای شیعه به کتاب ها و جوامع روایی مراجعه خواهند کرد و شیعیان بر اساس ارتکازاتشان به علما مراجعه خواهند کرد، اگر به این ارتکاز راضی نبودند، باید منع می کردند؛ زیرا تفاوتی بین سیره متصل به زمان ایشان و یا غیر متصل نیست همان گونه که از زمان غیبت و هرج و مرج آگاهی داده اند.^۲

مرحوم خویی نیز سیره ارتکازیه ای را حجت می داند که در مرآی و منظر معصوم علیه السلام باشد و اگر ارتکازی این چنین نباشد از عدم ردع نمی توانیم به دست آوریم که امضاء کرده اند.^۳

برخی دیگر از اصولیون بیان می کنند که نیاز نیست ارتکاز به سیره ختم شود و و در نتیجه تأیید معصوم را به همراه داشته باشد. مرحوم حکیم در مسئله ثابت شدن مقدار کر شرعی با سخن ذوالید که درباره آن نص خاصی نرسیده و سیره ای نیز که متصل به زمان معصوم علیه السلام باشد، وجود ندارد، بر این باور است که سیره براعتماد

۱. روح الله موسوی خمینی، تهذیب الاصول، تقریر از جعفر سبحانی، ج ۳، ص ۲۰۲.

۲. روح الله موسوی خمینی، الرسائل، ج ۲، ص ۱۳۰.

۳. ابوالقاسم خویی، التنقیح فی شرح العروة الوثقی، تقریر از علی غروی، ج ۱، ص ۳۳۰.

کردن به خبر ذوالید درباره نجاست چیزی وجود دارد و این سیره دلالت بر وجود یک ارتکاز متشرعه بر عمل کردن به سخن ذوالید می کند و این ارتکاز مانند سیره حجت است.^۱

شهید صدر که به همین دیدگاه متمایل است و تبدیل ارتکاز به سیره را در حجیت ارتکاز شرط نمی داند و نیز لازم نمی داند که مسأله مورد ارتکاز، دارای تطبیق فعلی باشد براین باور است اینکه باید ملاک استکشاف امضاء و عدم ردع را به دست آورد، اگر به وظیفه امر به معروف و نهی از منکر برگردد، باید تطبیق فعلی در زمان معصوم علیه السلام داشته باشد و به سیره بیانجامد یا اینکه نقش امام را مانند قانون گذار و مشرّع دانست که در این صورت ردع نکردن، کاشف از امضاء است و ظاهراً نقش امام از نوع دوم است.^۲

به همین دلیل است که می توان حجیت ارتکازات عقلائیه را که در حقیقت قانون گذاری های عاقلان است، گسترش داد و برای مواردی که در عصر شارع نیز نبوده اند، ثابت دانست. مگر اینکه شارع، آن را در ضمن حدود شرعی و شروط عامه ممنوع کرده باشد این شروط عامه، در باب اموال و اعیان ملکی به مانند حدود و تضيیقات، برای اعتبار عقلایی و قانون گذاری های بعدی به شمار می آید. مثلاً در حق التألیف که یک امر مستحدثه است، ممنوعیتی در شرع، از مانند چنین حق عقلایی یافت نمی شود که در ضمن شروط عامه به اثبات رسیده باشد.^۳

از سویی دیگر، به نظر می رسد که باید بین ارتکازات نیز تفاوت قائل شویم و اعتبار برخی از مسایل را به ارتکازات از سوی شرع بدانیم و اعتبار برخی را حتی از ارتکازات عرف نیز به دست آوریم. مثلاً برای جزئیت چیزی برای مفهومی که از مفاهیم عرفی است، ارتکاز عرف در جزئیت برای آن کفایت می کند. ولی اگر مفهوم از مفاهیمی باشد که شارع آن را اختراع کرده است، مانند اقتدا به امام جماعت، در این صورت

۱. محسن حکیم، متمسک العروة الوثقی، قم، مکتبه آیه الله العظمی المرعشی النجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۱، ص ۲۱۵.

۲. محمد باقر صدر، بحوث فی شرح العروة الوثقی، ج ۲، ص ۱۲۹.

۳. محمد سند بحرانی، فقه المصارف والنقود، تقریر از مصطفی اسکندری، ص ۴۸۳-۴۸۶.

باید در به دست آوردن اجزاء و شرایط آن به ارتکاز متشرعه روی آورد.^۱ همچنین در نحوه حجیت نیز باید بین ارتکاز متشرعه با دیگر ارتکازات مانند ارتکاز عقلا تفاوت قائل شد به این معنا که در ارتکاز متشرعه امضاء شرعی نیاز نیست برخلاف ارتکاز عقلا؛ زیرا ارتکاز متشرعه مانند اجماعی می ماند که اگر به اثبات برسد نیاز به امضای شرعی ندارد. علت این عدم نیاز به امضاء این است که میان ارتکاز متشرعه با استناد آن به حکم شرع، تلازم وجود دارد و نوعی کاشفیت از حکم شرع را دارد مانند تلازم عرفی که بین ظاهر و مراد لفظ وجود دارد.^۲ به هر حال، جایگاه ارتکاز از نظر اصولیون شیعه همانند جایگاه سایر ادله لئی است مانند اجماع و سیره. از این جهت که جز در قدر متیقن حجت نیست و در آن اطلاق وجود ندارد.

گفتار دوم: حجیت ارتکاز به عنوان مخصص لئی

همچنان که در مباحث پیشین ذکر شد، جایگاه ارتکاز از نظر اصولیون شیعه همانند جایگاه سایر ادله لئی است مانند اجماع و سیره. از این نظر که در آن اطلاق وجود ندارد. به همین دلیل به نظر می رسد که از این نظر شبیه مخصص لئی بوده و بین این دو ارتباط سامانداری وجود داشته باشد؛ زیرا در گونه شناسی مخصص لئی، همچنان که از نام آن پیداست مخصصی است که از ناحیه لفظ و کلام نباشد. بنابراین اجماع علما که به صورت لفظ نیست و همچنین عقل انسان که از مقوله الفاظ نیست و از ناحیه ادراک و استنباط باطنی است در زمره مخصص لئی قرار می گیرد. بنابراین، مخصص لئی از قبیل اجماع و عقل می باشد.

وجه تسمیه این مخصص به لئی این است که «لب» به معنای «مغز»^۳ است و چون توسط اجماع و عقل، حکم ثابت می شود (حکم مغز کلام است) نامش را دلیل لئی گذاشته اند و این در مقابل آیات و روایات است که دلیل لفظی بوده، شارع از

۱. محسن حکیم، متمسک العروة الوثقی، ج ۷، ص ۲۰۸.

۲. صادق حسینی شیرازی، بیان الاصول، ج ۱، ص ۲۴۷-۲۴۸.

۳. محمد بن مکرم، ابن منظور افریقی، لسان العرب، ج ۲، ص ۷۲۹؛ احمد بن محمد مقرئ، فیومی، مصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی.

طریق لفظ و کلام، حکم خویش را بیان می کند. برای مثال، چنانچه شخصی بگوید: «من همه مردم را دیدم» هر عقل سلیمی حکم می کند که مقصود او دیدن همه مردم به جز خود شخص است. پس مستثنا شدن شخص گوینده از همه مردم از باب تخصیص عقلی خواهد بود؛ زیرا عقل در مقام استنباط باطنی و نه در مقام الفاظ به این نتیجه رسیده است که همه مردم غیر از گوینده کلام مقصود است.

همچنین اگر مولا به عبد خود بگوید: «اکرم جیرانی»: همسایگان مرا گرامی بدار. از طرفی عبد بداند که مولا با فلان همسایه عداوت و دشمنی دارد و گرامی داشتن و عداوت با هم در تعارض هستند، با توجه نمودن به شیوه حکمی که از سوی مولا صادر شده، درک می کند که منظور مولا از همسایگان، همسایگانی است که با آنها عداوت و دشمنی ندارد و عبد براساس عقل نظری می داند که نباید دشمنان مولی را که همسایه او هستند اکرام کند.^۱

مثال دیگر تخصیص روایت «المؤمنون عند شروطهم»^۲ به شروط فعل و شروط نتیجه و خروج شرط صفت از آن به درک عقلی است؛ زیرا طبق عموم روایت، هر مسلمانی باید به شرط خود عمل نماید، اما عقل حکم می کند که شرط صفت چون عملی نیست که انجام پذیرد، از این عموم خارج است.

عناصر کاربردی مخصص لیبی همسان با ارتکاز در گستره علم اصول

رجوع یا عدم رجوع به عمومیت عام

به عقیده برخی از علمای علم اصول،^۳ اگر مخصص لفظی باشد نمی توان به عام رجوع کرد، اما اگر مخصص لیبی باشد می توان به عام مراجعه کرد. طبق دیدگاه صاحب کفایه، مخصص لیبی گاهی به نحوی است که متکلم اگر

۱. محمدکاظم خراسانی، کفایة الاصول، ج ۱، ص ۲۲۲: «مثلاً إذا قال المولى أكرم جیرانی وقطع بأنه لا يريد إكرام من كان عدوا له منهم كان أصالة العموم باقية على الحجية بالنسبة إلى من لم يعلم بخروجه عن عموم الكلام للعلم بعداوتة لعدم حجة أخرى بدون ذلك على خلافه».

۲. محمدباقر مجلسی، بحار الانوار الجامعة لدرر اخبار الائمة الاطهار، ج ۷۲، ص ۹۶.

۳. مطالب مذکور با اقتباس از تقریرات درس خارج استاد رضا زاده، مورخ ۸۹/۱۲/۲۴ تدوین یافته و همچنین در ادامه مطلب پیشتر به کتب ذیل مراجعه شده است: کفایة الاصول محقق خراسانی و اصول الفقه محمد رضا مظفر، ج ۱، ص ۱۵۴ و فوائد الاصول محمد حسین نائینی، ج ۲، ص ۵۳۷.

نظرش عموم نباشد به همین مخصص لبتی اکتفا می‌کند و خاص لفظی بیان نمی‌کند. در این صورت، مخصص لبتی همچون مخصص لفظی متصل به عام خواهد بود، یعنی برای عام، ظهوری در عموم منعقد نمی‌شود و تمسک به عام در شبهه مصداقیه جایز نیست؛ زیرا عام ظهور ندارد، اما اگر خاص لبتی در شرایطی نباشد که متکلم به آن اعتماد کند، تمسک به عام جایز است.^۱

به بیانی دیگر، مخصص لبتی دو نوع است؛ گاه از نوع عقل ضروری و گاهی از قبیل عقل نظری است. عقل ضروری به مطلبی گفته می‌شود که نیازی به استدلال و دقت نظر ندارد مانند «کل بزرگتر از جزء است» و عقل نظری به آنچه گفته می‌شود که نیاز به دقت دارد مانند «زمین متحرک است»، بنابراین اگر دلیل لبتی از قبیل عقل ضروری بود مانند مخصص لفظی متصل می‌باشد. پس تمسک به عام در شبهه مصداقیه جایز نیست، اما اگر از قبیل عقل نظری باشد در شبهه مصداقیه تمسک به عام جایز است؛ زیرا در این صورت مانند مخصص منفصل می‌باشد و عام ظهورش منعقد شده است. پس تمسک به عام در شبهه مصداقیه جایز است.^۲

مشابه این نظریه در دیدگاه مرحوم نائینی^۳ مشاهده می‌شود. به عقیده نائینی، معیار کلی در تمسک به عام در مخصص لبتی آن است که در مقام اثبات، سه حالت در آن متصور است:

۱. مخصص لبتی، موضوع حکم را تقیید می‌کند. برای مثال امام صادق علیه السلام

۱. «و اما إذا كان لبيا فإن كان مما يصح أن يتكل عليه المتكلم إذا كان يصدد البيان في مقام التخاطب فهو كالمتصل حيث لا يكاد ينقصد معه ظهور للعام إلا في الخصوص وإن لم يكن كذلك فالظاهر بقاء العام في المصداق المشتبه على حجتيه كظهوره فيه. و السرفي ذلك أن الكلام الملقى من السيد حجة ليس إلا ما اشتمل على العام الكاشف بظهوره عن إرادته للعموم فلا بد من اتباعه ما لم يقطع بخلافه مثلاً إذا قال المولى أكرم جيرانى و قطع بأنه لا يريد إكرام من كان عدواً له منهم كان أصالة العموم باقية على الحجية بالنسبة إلى من لم يعلم بخروجه عن عموم الكلام للعلم بعداوتة لعدم حجة أخرى بدون ذلك على خلافه بخلاف ما إذا كان المخصص لفظياً فإن قضية تقديمه عليه هو كون الملقى إليه كانه كان من رأس لا يعم الخاص كما كان كذلك حقيقة فيما كان الخاص متصلاً و القطع بعدم إرادة العدو لا يوجب انقطاع حجتيه إلا فيما قطع أنه عدوه لا فيما شك فيه كما يظهر صدق هذا من صحة مؤاخذه المولى لو لم يكرم واحداً من جيرانه لا احتمال عداوته له و حسن عقوبته على مخالفتة و عدم صحة الاعتذار عنه بمجرد احتمال العداوة كما لا يخفى على من راجع الطريقة المعروفة و السيرة المستمرة المألوفة بين العقلاء التى هى ملاك حجية أصالة الظهور». رك: كفاية الأصول، ص ۲۲۳.

۲. همان

۳. «و الحاصل ان الضابط الكلى فى صحة التعويل على العام عند الشبه المصداقيه» رك: فوائد الاصول، ج ۲، ص ۵۳۷.

فرمود: «انظروا إلى رجل قد روی حدیثنا»^۱ در این حدیث امام فرمود: «در بحث قضاوت به مردی مراجعه کنید که احادیث ما را نقل کند و آگاه به آنها باشد و بتواند در حلال و حرام ما دقت نظر کند.» حدیث بیان شده، هم شامل مرد عادل و هم فاسق می شود. این در حالی است که اجماع می گوید حاکم باید عادل باشد. این اجماع دلیل لثبی است به طوری که موجب مقید شدن موضوع به قید عدالت شده است. در این حالت تمسک به عام در شبهه مصداقیه جایز نیست؛ چه از قبیل عقل ضروری باشد چه نظری؛ زیرا موضوع مقید شده و ظهوری در عموم ندارد.

۲. مخصص لثبی موضوع را مقید نمی کند ولی کاشف از ملاک حکم است یعنی پس از اینکه مولی عمومی را بیان کرده است به وسیله برهان اتی ملاک حکم مولی کشف می شود و عام را تخصیص می زند. در این فرض، تمسک به عام مطلقاً جایز است؛ چه از نوع عقل ضروری باشد یا عقل نظری.

۳. قسمی که مردد بین قسم اول و دوم است به طوری که به شکل قطعی مشخص نیست که آیا از قسم اول است که موضوع را مقید ساخته یا از قسم دوم است که کاشف از ملاک مولا است. در این صورت تفصیل می دهند که اگر مخصص از قبیل عقل ضروری باشد، تمسک به عام جایز نیست و اگر از قبیل عقل نظری بود، تمسک به عام جایز است.^۲

شبهه مفهومی و مصداقیه

برای تبیین شبهه مفهومی و مصداقیه مثال های ملموس زیر طرح شدنی است:
(أ) فرض کنیم مولی به عبد خویش فرمان گرامیداشت دانشمندان را صادر می کند و به او خطاب می کند: «أکریم العلماء» و بعد در کلامی دیگر بیان می کند:

۱. کلینی، الکافی، ج ۱، ص ۶۷.

۲. محمد حسین، نائینی، فوائد الأصول، ج ۲، ص ۵۳۷: «مثل قوله ﷺ: انظروا إلى رجل قد روی حدیثنا إلخ، حیث انه عام يشمل العادل وغيره، إلا انه قام الإجماع على اعتبار العدالة في المجتهد الذي يرجع إليه في القضاء، فتكون العدالة قيداً في الموضوع، ولا يجوز الرجوع إلى العموم عند الشك في عدالة مجتهد، كما إذا كان اعتبار العدالة بدليل لفظي وان كان الذي لم يتعلق إرادته به من العناوين التي لاتصلح ان تكون قيداً للموضوع - و كان إحرازها من وظيفة الأمر و المتكلم».

«لا تکرّم الفساق من العلماء» در این حالت در خارج کسی وجود دارد که به طور یقین عالم است ولی نمی دانیم فاسق است یا خیر. در این حال که شک در مصداق خارجی است، آیا می توانیم به عام مراجعه کرده، او را اکرام نمائیم؟ چنین تردیدی از باب شبهه است. به عبارت دیگر می دانیم او یقیناً داخل در عام است، یعنی می دانیم عالم است و اکرم العلماء او را شامل می شود. منتها شک داریم که داخل در خاص هست یا نه، یعنی آیا عادل هست یا فاسق؟

ب) فرض کنیم زید مالی نزد عمرو داشته باشد و آن مال تلف شود. نمی دانیم زید عمرو عدوانی بوده یا امانی بوده است؛ زیرا در صورت عدوانی بودن، عمرو ضامن است و در صورت امانی بودن، وی ضامن نخواهد بود؛ زیرا امانتدار در صورت عدم افراط یا تفریط ضامن نیست.

در چنین مواردی یک قانون کلی و عمومی وجود دارد: «علی الید ما اخذت حتی تؤدی» این قانون کلی شامل تمام موارد تسلط می شود؛ به این معنا که هم شامل زید امانی و هم شامل زید عدوانی خواهد شد. بعد تخصیص خورده است: الا ان تکون الید امانیه. یعنی اگر زید امانی باشد او دیگر ضامن نیست و شخص ضامن فقط سوگند ادا می نماید. در این مورد، اگر بگوییم در شبهه مصداقیه مخصص می توان به عام تمسک کرد عمرو ضامن می باشد و اگر نتوانیم به عام تمسک کنیم باید به ادله دیگری مراجعه کنیم.

دلایل جواز تمسک به عام در شبهه مصداقیه

۱. تزاحیم «لا حجت» با «حجت»

جمله «أکرّم العلماء» عام است و معنای آن واضح است و پس از ورود خاص «لا تکرّم الفساق من العلماء» آن دسته از علمایی که فسق آنان معلوم است، بی تردید حجت خواهد بود ولی در علمای که فسقشان مجهول است حجت نیست؛ زیرا حکم، موضوع خود را ثابت نمی کند. حال که خاص در مشکوک الفسق حجت نیست، پس اکرم العلماء در عالم مشکوک الفسق حجت است؛ زیرا قبلاً عام تمام علما را شامل شده بود و در همه حجت بود، حال که خاص آمد آن هم در مورد

مشکوک حجت نیست و این لاحجت نمی‌تواند با حجت که عام است، تراحم داشته باشد در نتیجه عام، مورد مشکوک را شامل می‌شود.

به عبارت دیگر: اصل این است که اراده استعمالیه با جدیه تطابق داشته باشد. این اصل در معلوم العدالة و معلوم الفسق و مشکوک الفسق جاری می‌شود. بلکه معلوم الفسق به یقین خارج شده است و در آن اراده‌ی استعمالیه با جدیه متفاوت است، ولی دوشق دیگر تحت اصل باقی می‌مانند.

تحلیل و بررسی

در مقام تحلیل و نقد استدلال بالا، موارد زیر قابل بررسی است:

جمله «أكره العلماء» عام است و دارای یک ظهور و حجیت است. او ظاهر در جمیع است، ولی بعد که «لاتكره العالم الفاسق» آمد، هرچند ظهور عام خدشه‌دار نشد، ولی حجیت عام خدشه‌دار شده است. به این گونه که خاص، یک مورد را قطعاً بیرون کرد و آن فردی است که معلوم الفسق است ولی نسبت به موردی که مشکوک الفسق است به حجیت عام لطمه وارد کرده است؛ زیرا خاص وقتی آمد، عام را حجت در غیر عنوان خاص کرده است و عام دیگر در مورد مشکوک حجت نیست. بنابراین لاحجت با حجت تراحم پیدا نکرده است. بلکه دو لاحجت با هم مزاحم شده‌اند. عام در مورد مشکوک حجت نیست و خاص هم در مورد آن حجت نیست.

در مورد اصل تطابق اراده‌ی استعمالیه و جدیه این نکته باید خاطر نشان گردد که تطابق اراده استعمالی و جدی، قابلیت اجرایی ندارد؛ زیرا اصل بیان شده در مواردی به کار می‌رود که آنچه که صلاحیت قرینه دارد، وجود نداشته باشد. به عبارت دیگر؛ گاه در اصل قرینه تردید داریم به طوری که نمی‌دانیم مولی مخصصی ذکر کرده است یا خیر؟ در این حال می‌توانیم به اصل تطابق مراجعه کنیم. ولی گاه می‌دانیم مخصصی وجود دارد ولی چون مخصص، از نظر مصداق مجمل است در این حال دیگر نمی‌توانیم به اصل ذکر شده عمل کنیم.

۲. تمسک به عمومیت «عام احوالی»

عمومیت عام در برخی موارد، افرادی است مانند «اکرم العلماء» که تمامی افراد عالم را شامل می‌شود و گاه عموم، احوالی است مانند «اکرم زیداً» که عام است یعنی زید در تمامی احوال باید اکرام شود چه در حال نشستن باشد و چه در حالتی ایستاده، در حال خوردن یا نوشیدن باشد یا غیر آن.

یکی از این احوال عبارت است از اینکه چه معلوم الفسق باشد؛ چه مشکوک الفسق یا معلوم العدالة، همه این حالات در تحت «اکرم العلماء» داخل است. وقتی مخصص آمد، یک حالت به یقین خارج شده است که همان معلوم الفسق است و بقیه حالات تحت عموم باقی مانده است.

تحلیل و بررسی

آنچه در نقد این دلیل مبرهن است تبعیت کردن عام احوالی از عام افرادی است. بنابراین در صورتی که عام نتواند فرد مزبور را شامل گردد عمومیت احوالی نیز وجود نخواهد داشت.

این در حالی است که مرحوم صاحب کفایه معتقد است: اگر مخصص لبتی به گونه‌ای باشد که در مقام مخاطب، اتکال بر آن صحیح باشد، در این صورت تمسک به عام جایز نیست؛ زیرا در این صورت، از قبیل مخصص متصل خواهد بود و مانع از انعقاد ظهور در عموم می‌شود، اما اگر مخصص لبتی از این قبیل نباشد، تمسک به عام جایز است. ایشان برای توجیه این مطلب دو بیان را مطرح می‌کنند:

بنای عقلا بر استناد به عام در موارد مخصص لبتی این چنین است؛ همان بنای عقلایی که اساس حجیت ظهور است؛ همان بنای عقلا در تشخیص مصادیق اینجا وجود دارد. برای مثال، اگر مولی بگوید «اکرم کل جیرانی» و عبد یقین دارد که دشمنان مولی واجب الاکرام نیستند و این یقین نه از طریق الفاظ مولا، بلکه از قرائن عقلی و لبتی به وجود آید، در این صورت اگر شک کند که فردی از این افراد از دشمنان مولی است یا نه؟ بنای عقلا بر این است که به عام تمسک می‌کنند و عذر

عبد را در ترک اکرام به صرف احتمال دشمن بودن او نمی‌پذیرند. همان عقلایی که عموم را حجت می‌دانند، عام را در این موارد نیز حجت می‌دانند.

در موارد مخصص لئی مولی، خود، مصداق را تعیین می‌نماید، اما در مخصص لفظی این چنین نیست. یعنی مولا شخصاً مصداق را تعیین نمی‌کند، بلکه مورد مشکوک را همان مورد معلومی می‌داند که تحت عام قرار دارد، نه اینکه از جهت حکم همچون بقیه موارد تحت عام باشد، بلکه مشکوک و معلوم را به طور حقیقی بر یکدیگر منطبق می‌داند. در مثال ذکر شده، فرد مشکوک العداوه را از جهت حکمی همچون دوست محسوب نمی‌کند، بلکه او را حقیقتاً و واقعاً دوست می‌داند.

تفاوت بیان دوم با بیان قبل در این امر است که در بیان اول، فرد مشکوک، مشمول حکم عام قرار می‌گیرد، ولی در بیان دوم وضعیت مشکوک با عام روشن می‌گردد. بنابراین، شاخصه تفاوت بیان دوم با بیان اول همچون تفاوت اصل عملی با اماره است.

حاصل کلام صاحب کفایه بر این امر استوار است که اگر مخصص لفظی باشد، تمسک به عام در موارد مشکوک جایز نیست، اما اگر مخصص لئی باشد، تمسک به عام جایز خواهد بود؛ زیرا پس از اینکه قدر متیقن عدم حجیت ظهور عام در شمول عناوین مختلف را احراز نماییم، از ظهور آن دست برمی‌داریم و هر کجا احراز نمائیم که عموم حجیت دارد و این حجیت هم برای مولا و هم برای عبد وجود دارد، موارد مشکوک تحت شمول عام قرار خواهد گرفت.

بیان دوم صاحب کفایه دقیق‌تر از بیان اول اوست؛ زیرا از نظر او مقتضای عموم این است که فرد مشکوک از موارد مخصص نیست. بنابراین معنای عموم این است که فرد مشکوک از افراد عناوین باقی تحت شمول عام است، اما نه از جهت مشکوک بودن عنوان. بلکه به یکی از آن عناوین مقتضای عموم عدم خاص بودن این مشکوک است.

تفاوت این دو بیان در جایی روشن می‌شود که اگر حکمی دیگر بر روی یکی از آن عناوینی که یقیناً تحت عام باقی است رفته باشد، طبق بیان اول نمی‌توان به استناد

این عموم حکم به ترتب آن حکم کرد؛ چرا که طبق بیان اول تکلیف فرد مشکوک از نظر حکمی مشخص شده است، نه از نظر موضوعی، اما طبق بیان دوم می‌توان آن حکم دیگر را نیز مترتب کرد؛ چرا که با بیان دوم مشخص شد که فرد مشکوک واقعاً از افراد آن عنوان است.

از سویی دیگر دیدگاه مرحوم نائینی درباره تمسک به عام در شبهه مصداقیه در مخصص لّبی قائل به این مطلب است که اگر دلیل با دلیل لفظی منفصل مقید یا مخصص شد و شک کردیم که فردی مصداق عام است یا مخصص؟ در این جا نمی‌توانیم به عام تمسک کنیم. مانند «اکرم العلماء و لاتکرم الفساق» در این حالت، اگر در عدالت کسی شک داشته باشیم نمی‌توانیم به عمومیت عام تمسک کنیم، اما اگر مخصص، لفظی نبود بلکه لّبی بود در این صورت تمسک به دلیل اشکالی ندارد. مثلاً در همین مثال اگر دلیلی لفظی بر لاتکرم الفساق من العلماء نداشتیم، بلکه اجماع یا حکم عقل بود و اگر به عالمی برخوردیم که در فسق او شک داریم می‌توان به اکرم العلماء اخذ کرد یا در اکرم جیرانی که فرزند آمرمی‌داند که مراد پدر از همسایه‌ها دشمن او نیست. در این موارد اگر به همسایه‌ای برخوردیم که شک در عداوتش داریم باید به اکرم جیرانی تمسک کرد. در این مورد که مخصص لّبی است، می‌توان به دلیل تمسک کرد.

دیدگاه میرزای نائینی به این صورت تفصیل داده می‌شود که هرگاه مخصص لّبی داشته باشیم، این مخصص کاشف از تقیید موضوع حکم است. یعنی حکم برای همه اشخاص صادر نشده است.

در این حالت، مخصص لّبی شبیه مخصص متصل خواهد بود و در این حالت تفاوتی ندارد که حکم، از احکام عقل ضروری باشد یا نظری. بدین سان، تمسک به عام در شبهه‌ی مصداقیه همانند مخصص متصل جایز نیست.

اما در برخی موارد، مخصص لّبی کاشف از حکمت حکم است، اما کاشف از تقیید موضوع نیست. برای مثال در «لعن الله بنی امیه قاطبة»، باید برای اعتقاد به عمومیت حکم، دو چیز مشخص شود:

۱. عدم وجود امری که منافات با لعن بنی امیه داشته باشد (مثل ایمان ایشان).

۲. عدم وجود مصداقی از مصادیق بنی امیه که آن صفات را داراست.

وقتی یکی از این دو نبود، مخصص لَبّی کاشف از تقييد موضوع نیست، بلکه صرفاً فلسفه حکم را بیان می دارد (مثلاً می گوید میان لعن آنها و کفرشان ربط است). در این حالت حکم عام از اول ظهور در عموم ندارد که بعد بخواهد دچار اجمال شود. گویی برخی مصادیق آن از همان ابتدا خروج موضوعی داشته اند.

شهید صدر^۱ مبنای نائینی را نقد نموده و دیدگاه خویش را بر این مطلب استوار می سازد که اگر مقیدی برای دلیلی وجود داشت که خود آن مقید شبهه حکمیه دارد و از شأن مولی است که تشخیص بدهد این موارد اشکال ندارد. مثلاً مولی فرموده است «اجتنب عن المائع الملاقی للنجس» در این جا می دانیم ما لم یطهر داریم، اما این که چه چیزی مطهر هست یا نه مرجع فهم آن شارع است. این با مثال «أکرّم العلما ولا تکرّم الفساق» و شک در فسق کسی متفاوت است، چون در اینجا شناسایی به عهده خود عبد است.

در چنین مواردی؛ جواز تمسک به عموم عام در شبهات مصداقیه؛ در صورتی که مخصص دلیل لَبّی باشد، نه لفظی، دلیل لَبّی مقابل دلیل لفظی است. مثل اجماع و دلیل عقل که هر دو از زمره ادله اربعه می باشند و از سنخ الفاظ هم نیستند. شیخ انصاری رحمته الله در صورت وجود مخصص به دلیل لَبّی، قائل به جواز تمسک به عموم عام در شبهات مصداقیه اند. گروهی از بزرگان نیز از ایشان متابعت کرده اند. مرحوم آقای آخوند رحمته الله در این معنی یعنی دلیل لَبّی تفصیل داده و گفته اند چنانچه مخصص ما دلیلی باشد که در مقام بیان مراد بتوان بدان اتکال کرد، مانند عقل ضروری، مسأله مثل مخصص متصل است؛ یعنی اصلاً در عموم، ظهوری از عام منعقد نمی شود و بنابراین نمی توان به عموم عام تمسک کرد، اما اگر دلیل از قبیل عقل ضروری نباشد و نتوان به طور صحیح بدان اتکاء نمود مانعی از تمسک به عموم

۱. «لأنّه تمسک بالعام فی الشبهة المصداقیة له، ولا يمكن التمسک بأصالة عدم المخصص لأنها بملاک حجية الظهور...» سید محمد باقر صدر، بحوث فی علم الأصول، ج ۳، ص ۲۶۴.

عام در شبهات مصداقیه نیست؛ زیرا عام ما بر ظهور خود باقی است و حجت است و مزاحمی هم ندارد.

اکنون آیا مانند شیخ رحمته الله علیه باید گفت که اگر دلیل مخصص دلیل لثبی بود، تمسک به عموم عام در شبهات مصداقیه مطلقاً اشکال ندارد یا باید قائل به تفصیل مورد نظر آقای آخوند شد و گفت اگر مخصص لثبی ما از قبیل عقل ضروری باشد، نمی‌توان به عموم تمسک نمود و اگر از قبیل عقل ضروری نبود، می‌شود تمسک کرد؟ مرحوم مظفر با خاطرنشان کردن نظرات شیخ انصاری مبنی بر جواز تمسک به عمومیت عام در شبهات مصداقیه، در صورت لثبی بودن مخصص و اعلام جانب‌داری علمای متأخر اصولی از این مبنا، دیدگاه صاحب کفایه را با عنوان دیدگاه مطرح شده از سوی یکی از اساتید خویش مطرح می‌سازد و تفصیل صاحب کفایه را پیرامون مخصص لثبی مبنی بر ضروری بودن یا نبودن آن را عنوان می‌کند. این تفصیل در بیان نظر صاحب کفایه مطرح شد. حاصل گفتار مرحوم مظفر به نوعی تأیید علما و اساتید خویش است به این صورت که مرحوم مظفر نیز همچون اساتید خویش با وجود تفاوت در نوع طبقه‌بندی و معیار مطرح شده در مخصص لثبی، به جواز تمسک ورزیدن به عام در شبهه مصداقیه معتقد است و این در کتاب اصول او به وضوح مشاهده می‌شود.

گفتار سوم: ارتکاز، مقدمه‌ای جهت تشخیص مذاق شارع

بسیاری از فقه‌های شیعه، پایه و اساس کشف مذاق شارع را اجماع فقیهان، ارتکاز متشرعان، بنای عقلا و عرف متشرعه دانسته‌اند که می‌توان گفت: از دید این فقها می‌توان از موارد یاد شده به گونه‌ای یقینی به مذاق شارع پی برد.

برخی از فقیهان، به مذاق متشرعان و باورهای آنها در کشف مذاق شریعت ارزش داده‌اند. مرحوم مرعشی نجفی هرچند در ادله‌ای که برای اعتبار ایمان در مرجعیت اقامه شده است، خدشه وارد می‌کند ولی مذاق و باور متشرعان را بر این می‌داند که ایمان را معتبر می‌دانند و می‌توان گفت این باور متشرعان از مذاق شارع

سرچشمه گرفته و در تاریخ طولانی اجتهاد، وجود داشته است به گونه‌ای که از افراد دارای اندکی انحراف نیز دوری می‌کرده‌اند چه رسد به اینکه بخواهند مرجعیت فرد مخالف با مذهب شیعه را بپذیرند. از این راه می‌شود به اعتبار ایمان در مجتهد و مرجع تقلید، باور داشت.^۱

همچنین آیت الله مکارم شیرازی، درباره اینکه آیا طهارت و نجاست از احکام واقعی‌اند یا از احکام علمی، این دو حکم را واقعی می‌داند؛ زیرا این دو پیش از اینکه شریعت اسلام برپا شود، در میان مردم پابرجا بوده است. بنابراین از چیزهایی نیست که شرع آنها را پدید آورده باشد. چه بسا بتوان گفت: این‌ها از احکام تکوینی‌اند و شارع تنها کاری که کرده، گاهی بر آنها افزوده و گاهی نیز آنها را کاسته است، بنابراین، عرف اینها را از امور واقعی می‌داند.^۲

وی از آنجا که بین عرف و ارتکاز متشرعان تفاوت قرار می‌دهد، برای دومین دلیلی که می‌آورد از ارتکاز متشرعان کمک می‌گیرد و می‌نویسد:

در این ارتکاز متشرعان هیچ شکی نیست که آنها نجاست را مانند طهارت از امور واقعی می‌دانند و می‌توان گفت: این را از شارع دریافت کرده‌اند؛ زیرا بسیار دور از واقع است که متشرعان را به نادیده انگاشتن کلام شارع و ناآگاهی از مقصود او متهم کنیم.^۳

مفهوم این کلام حاکی از آن است که برخی از مواردی که از باورهای عرف به شمار می‌آیند، یعنی قبل از آمدن شرع نیز در باور عرف جا گرفته‌اند، می‌توانند مذاق و اراده شارع را با خود هماهنگ سازند و از این عرف می‌توان به کشف مذاق شریعت رسید.

بعضی از بزرگان نیز بر این باور بوده‌اند که نسب از امور تکوینی و عرفی است. بنابراین دو خواهری را که از راه زنا به دنیا آمده باشند، خواهر می‌دانند و از این حکم

۱. شهاب الدین مرعشی نجفی، القول الرشید فی الاجتهاد و التقليد، ج ۱، ص ۴۱۵.

۲. ناصر مکارم شیرازی، القواعد الفقهية، ج ۲، ص ۴۲۴-۴۲۵.

۳. همان

عرف، مذاق شارع کشف می شود، پس حکم می شود که شارع نیز این دو نفر را خواهر می داند، در نتیجه حکم جایز نبودن جمع بین دو خواهر در ازدواج، در اینجا نیز خواهد آمد.^۱

از دید امام خمینی رحمته الله علیه می توان بحث را به شیوه ای گسترده تر مطرح کرد به طوری که نه تنها اجماع فقیهان می تواند مذاق شریعت را بنمایاند بلکه بنای عقلا نیز می تواند این نقش را بر عهده گیرد. بنابراین، از دیدگاه وی می توان یکی از راه های کشف مذاق شریعت را بنای عقلا دانست.^۲

ایشان در احکام کالای مقبوض (گرفته شده) به عقد فاسد مطلبی فرعی را بازگو می کنند که اعواز (نایابی) مثل، بر چه چیزی صدق می کند؟ آیا هر چند در نواحی دیگر بشود کالا را یافت، عرف، حکم به نایاب بودن آن کالا می کند تا اینکه شخص بتواند به جای اینکه دنبال کالا در جاهای دیگر بگردد، قیمت را بپردازد؟^۳

از سویی دیگر ایشان بنای عقلا را بر اینکه چنین کمیابی را سبب تبدیل به قیمت بدانند، نمی پذیرد؛ زیرا بنایی را حجت می داند که کاشف از مذاق شارع باشد و در این جا نیز دلیل وجود دارد؛^۴ زیرا در دلیل روایی، قاعده تسلیط بر کالا به ذهن متبادر می شود. به بیانی دیگر دلیل روایی، دال بر تسلط مردم بر کالاهای خویش است، پس نیازی به جستجو کردن مثل آن نیست. یعنی عاقلان در چنین جایی ضرورتی نمی بینند که شخص برود و مثل کالا را بیاورد هر چند از جاهای دور باشد بلکه به پرداخت قیمت آن بسنده می کنند. پس این بنای عقلایی را که کاشف از مذاق شارع است می توان بر دلیل مقدم کرد. این سخن حاکی از آن است که در هر مقامی که شارع مقدس، قوانینی را وضع کرده باشد و فقیه ریشه آن قانون را در بنای عقلا بیابد، می تواند به بنای عقلا ارتباط بدهد و احکامی را که این بنا به

۱. ابوالقاسم خوئی، المبانی: النکاح (موسوعه الامام خوئی).

۲. رک. خمینی، سید روح الله، انوار الهدایه، ج ۱، ص ۳۱۱.

۳. رک. خمینی، سید روح الله، کتاب البیع، ج ۲، ص ۴۸۳.

۴. روایتی از رسول اکرم صلی الله علیه و آله وجود دارد که در این باره فرموده: «الناس مسلطون علی اموالهم» (اشخاص بر دارایی های خود تسلط دارند) رک: محمد باقر مجلسی، بحار الانوار، ج ۲، ص ۲۷۲.

اثبات می‌رساند، نیز احکام شرع بداند، بنابراین باید در مواردی که استناد به مذاق شارع صورت گرفته است، دقت و امعان نظر به عمل آوریم که آیا قانون به دست آمده، ریشه در بنای عقلا دارد یا خیر؟ چنانچه این قانون از دیدگاه عقلا پذیرفته باشد می‌توان دیدگاه و مذاق شریعت را نیز از این بنا به دست آورد.

نتایج حاصل شده از دیدگاه‌های بیان شده برایین مطلب دلالت دارد که نه تنها اجماعات و ارتکازات، توانایی کشف مذاق شریعت را دارند بلکه رویکرد عاقلان نیز می‌تواند در این کشف، نقش بسزایی داشته باشد. پس همچنان که به آن اشاره شد، یکی از اموری که می‌تواند به کشف مذاق شارع ختم شود، پسند عقلا است.

صاحب جواهر بر این عقیده است که اگر حکمی را عاقلان عالم نپسندند یا بالاتر از آن، درباره آن حکم، نگرشی منفی وجود داشته باشد و آن را برتابند، از این می‌توان به کشف مذاق شریعت رسید؛ زیرا می‌توان گفت: مذاق شریعت برایین استوار است که حکمی را که عاقلان عالم از آن روی برمی‌تابند، جعل نمی‌کند. از این رو اگر روایتی با رویکردها و باورهای عاقلان سازگار درنیاید و دارای ظاهری ناپسند باشد و آنها از آن روی برتابند، می‌توان گفت: این حکم را شارع وضع نکرده است مانند برخورد شدید نمازگزاران با کسانی که از برابر آنها می‌گذرند.^۱

۱. محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۸، ص ۴۰۵.

جایگاه ارتکاز در فقه امامیه و بیان برخی از مصادیق آن

گفتار اول: ارتکاز به عنوان «شرط ارتکازی» در فقه

شرط ارتکازی شرطی است که در اذهان طرفین قرارداد رسوخ پیدا کرده و از اقسام شرط ضمنی است. برای همین عموم ادله اعتبار شرط، شامل او نیز می شود و از اصطلاحاتی است که در چند دهه اخیر استعمال شده است. فقیهی که بیش از همه از اصطلاح «شرط ارتکازی» در آثار ارزشمند خویش استفاده کرده است، محقق خویی است.

کاربرد شرط ارتکازی در متون فقهی

ایشان، تعبیر «شرط ارتکازی» را در بسیاری از موارد مسایل حقوقی به کار می برد و مسایل زیادی را براساس آن تبیین می کند. ایشان گاهی از اصطلاح «شرط ضمنی» و گاهی از اصطلاح «شرط ارتکازی» استفاده می کند. برای مثال ایشان در مبنا و مدرک خیار غبن به صورت های گوناگونی این دو اصطلاح را استفاده کرده است. گاهی فقط از شرط ضمنی استفاده کرده و می فرماید: «ان خیار الغبن انما هو ثابت بالشرط الضمنی و بتخلفه یتثبت الخیار للمشروط علیه».^۱

گاهی از شرط ارتکازی استفاده کرده و می فرماید: «و المدرك لخيار الغبن هو تخلف الشرط الارتكازي الثابت في المعاملات العقلانية».^۲

۱. سید ابوالقاسم موسوی خویی، موسوعه الامام خویی، ج ۷، ص ۳۳۷.

۲. همو، مصباح الاصول، ج ۲، ص ۵۹۲.

گاهی این دو اصطلاح را در ردیف هم به صورت موصوف و صفت به کار می برد و می فرماید: « فی ثبوت الخيار لدی ظهور الغبن الی تخلف الشرط الضمنی الارتکازی المقرر بین العقلاء علی مساواة العوضین فی المالیه ».^۱

در جایی دیگر این دو اصطلاح را به صورت مترادف درباره خيار عیب به کار می برد و می فرماید: « ومنها [الشروط المعتبره فی ضمن العقد] عدم کون کل من الثمن او المثلثین معیبا فان الشرط الضمنی علی ذلک والارتکازی العقلانی يقتضی کونها خالیین عن العیب والا ثبت الخيار لمن کان ماله معیوبا ».^۲

بنابراین، نحوه استعمال شرط ارتکازی در آثار محقق خویی متفاوت است و نمی توان با قاطعیت گفت که منظور ایشان آیا این است که شروط ضمنی همان شروط ارتکازی هستند یا اینکه این دو با یکدیگر فرق دارند و شرط ارتکازی غیر از شرط ضمنی می باشد؟

آنچه که از ظاهر عبارات ایشان برداشت می شود این است که شرط ارتکازی همان شرط ضمنی است و این دو اصطلاح مترادف یکدیگر می باشند و به همین خاطر ایشان گاهی از اصطلاح شرط ضمنی و گاهی از شرط ارتکازی استفاده نموده است، اما به نظر می رسد که این دو شرط کاملاً با یکدیگر منطبق نیستند و نسبت منطقی بین آنها تساوی نیست، بلکه شرط ضمنی به معنای عام در بردارنده شرط ارتکازی می باشد، پس نسبت بین آنها عام و خاص مطلق می باشد.^۳

پس از محقق خویی، شرط ارتکازی بیش از همه در آثار شاگردان ایشان از جمله مرحوم آیت الله میرزا جواد تبریزی نمایان است. ایشان همچون محقق خویی مبنای بسیاری از مسایل حقوقی را بر اساس شرط ارتکازی توجیه و تبیین می کند.^۴

سید محمد کاظم مصطفوی نیز در کتاب «فقه المعاملات» از شرط ارتکازی

۱. همو، التفتیح فی شرح العروة الوثقی، تقریر میرزا علی غروی تبریزی، ج ۴، ص ۱۴۸.

۲. موسوی خونی، موسوعه الامام خونی، ج ۷، ص ۳۳۷.

۳. محسن اسماعیلی و امید توکلی نیا، شرط ارتکازی در فقه امامیه و حقوق ایران، پژوهش نامه حقوق اسلامی، سال دوازدهم، شماره دوم - پاییز و زمستان ۱۳۹۰، پیاپی ۳۴، ص ۱۶۰.

۴. میرزا جواد تبریزی، ارشاد الطالب الی التعليق علی المکاسب، ۱۴۱۶ق، ج ۴، ص ۷۱-۱۶۵.

استفاده نموده است.^۱

از فقهای عصر حاضر نیز آیت الله سیستانی از اصطلاح شرط ارتکازی در برخی از مسایل استفاده نموده است. برای مثال، ایشان وجوب انفاق را از جمله شروط ارتکازی عقد نکاح می‌داند و در صورت عدم پرداخت نفقه توسط مرد، به زوجه این حق را می‌دهد که نکاح را فسخ نماید و مبنای آن را تخلف از شرط ارتکازی در ضمن عقد نکاح می‌داند.^۲ ایشان نیز مبنای خیار غبن را شرط ارتکازی قرار می‌دهد.^۳

برخی دیگر نیز به پیروی از این دسته از فقهاء شرط ارتکازی را در عبارات خود به کار برده‌اند و برخی از مسایل فقهی حقوقی را براساس آن بحث و بررسی کرده‌اند.^۴ به یقین نظرات بیان شده براین اساس است که شرط ارتکازی در آثار فقهی علمای مشهور متأخر در موارد مختلف به کار رفته است.

معناشناسی شرط ارتکازی

شرط ارتکازی شرطی است که در اذهان طرفین قرارداد رسوخ و نفوذ دارد ولی منشأ پیدایش آن برای طرفین مشخص نیست و هرچند طرفین قرارداد نسبت به آن توجه فعلی نداشته باشند، اما به گونه‌ای لازمه عقد می‌باشد و دارای اعتبار است. به طوری که حتی بدون تصریح، قرارداد در بر دارنده آن می‌باشد و برخی از فقهاء آن را حقیقتاً از شروط ضمن عقد می‌دانند. چراکه در عالم ثبوت و واقع، قصد مشترک طرفین به آن تعلق گرفته است. برخی دیگر در رابطه با معنای شرط ارتکازی گفته‌اند: آن دسته از شروط ضمنی هستند که در قرارداد تصریح نشده ولی قصد مشترک طرفین نسبت به آن آشکار باشد. احراز این گونه شروط توسط دادگاه از اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد

۱. سید کاظم مصطفوی، فقه المعاملات، ص ۴۴، ۶۸، ۱۵۱، ۲۰۲، ۲۵۷، ۳۴۲ و ۴۴۶.

۲. سیستانی، ص ۲۹۶.

۳. همو، ص ۳۱۴.

۴. محمد باقر خالصی، رفع الغرر عن قاعدة لاضرر، ص ۵۹ و محمد تقی جواهری، رسائل فقهیه - الربا فقهیاً و اقتصادياً، ص ۲۱۰.

انجام می‌شود.^۱

محقق خوبی تعبیر شرط ارتکازی را در بسیاری از مسایل فقهی حقوقی به کار می‌برد و مسایل زیادی را براساس آن توجیه می‌کند و چنین پیدا است که ایشان اصولاً به جای شرط ضمنی، شرط ارتکازی را به کار برده‌اند.

از نظرایشان، شروط ضمنی به دلیل وجود در ارتکاز طرفین، در حیطه مدلول التزامی عقد قرار می‌گیرد پس وفای به آن لازم است و اصطلاحاً لازم الوفاء می‌گردد.

ویژگی‌های شرط ارتکازی

ویژگی‌های شرط ارتکازی به تعبیر فقها عبارت‌اند از:

۱. شرط ارتکازی از اقسام شرط صحیح است؛
۲. شرط ارتکازی، نوعی شرط غیرصریح (ضمنی) محسوب می‌شود؛
۳. شرط ارتکازی، مدلول التزامی الفاظ عقد است؛
۴. تلازم در شرط ارتکازی به صورت لزوم بین است؛
۵. تلازم در شرط ارتکازی به نحو بین بالمعنی الاخص است؛ یعنی لزوم به مرحله ای از وضوح باشد که نفس تصور ملزوم تصور لازم را در پی داشته باشد.
۶. شرط ارتکازی، ناشی از اندیشه و فکر ثابته است که در عمق اذهان طرفین قرارداد رسوخ و نفوذ دارد به طوری که رفع ید از آن مشکل است؛
۷. شرط ارتکازی برگرفته از حکم فطرت و وجدان انسان است مانند بحث رجوع جاهل به عالم یا قدرت و توانایی که شرط تنجز و ثابت شدن تکالیف است؛
۸. شرط ارتکازی، مبتنی بر احکام عقلایی است و عقلاً بما هم عقلاً این شرط را داخل در مفاد عقد و قرارداد می‌دانند مانند حق حبس که بنای عقلاً بر این است که تسلیم در برابر تسلیم قرار بگیرد. پس اگر یک طرف معامله از دادن آنچه که بر عهده اوست امتناع ورزد، طرف مقابل نیز دارای چنین حقی می‌باشد.
۹. شرط ارتکازی نوعی از تعهد می‌باشد و در صورت قرار دادن چنین شرطی،

۱. محسن اسماعیلی و امید توکلی نیا، *شرط ارتکازی در فقه امامیه و حقوق ایران*، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، سال دوازدهم، شماره دوم - پاییز و زمستان ۱۳۹۰، پیاپی ۳۴، ص ۱۶۱.

دیگر نمی‌توان به اطلاق الفاظ تمسک نمود.

۱۰. شرط ارتکازی منتسب به اراده طرفین قرارداد نمی‌باشد و ناشی از دلالت و انصراف لفظ است.^۱

مبانی شرط ارتکازی در فقه امامیه

ادله‌ای که در فقه امامیه و حقوق، مؤید نفوذ و اعتبار شرط ارتکازی معرفی شده است، عبارت است از: عرف و عادت، سیره یا بنای عقلا، مدلول التزامی عقد و عمومات و اطلاقات ادله وفای به عقد و همچنین عموم حدیث «المؤمنون عند شروطهم» می‌باشد. تفصیل این مبانی در متون فقهی و اصولی به‌طور خلاصه، عبارت است از:

۱. عرف و عادت

فقه‌ها و حقوق دانان، تعاریف گوناگونی از عرف با این عنوان یا عناوینی همچون عادت، بنای عقلا و سیره ارائه داده‌اند. صرف نظر از پرداختن به این تعاریف، این امر آشکار است که عرف و عادت گاهی چنان با قرارداد ملازمه پیدا می‌کند که مفاد آن داخل در شرایط قرارداد محسوب می‌شود و به‌صورت شرط ارتکازی درمی‌آید که به تعبیر محقق نائینی رحمته‌الله، بناء نوعی عرف و عادت بر آن دلالت دارد.^۲

۲. سیره عقلا

سیره همچنان که ذکر شد در لغت به معنای روش است و در اصطلاح اندیشمندان به راه و شیوه مستمر و بناء عملی مردم نسبت به فعل یا ترک آن اطلاق می‌شود. و در اصطلاح اصولیان و محققان، معانی متنوع و گوناگونی دارد.

نکته شایان توجه در این بحث، آن است که مهمترین دلیل اعتبار شرط ارتکازی، سیره عقلاست که البته اصطلاح «بناء عقلا» در نزد متأخرین رواج بیشتری دارد. محقق خویی رحمته‌الله در کتاب مصباح الفقاهه، مبنای اعتبار شرط

۱. محسن اسماعیلی و امید توکلی‌نیا، ص ۱۶۴.

۲. محمد حسین نائینی، فوائده الاصول، ج ۳، ص ۱۹۲-۱۹۳.

ارتکازی را «بناء عقلا» معرفی می‌کند و می‌فرماید: «فإنها وإن لم تذكر في ضمن العقد ولكنها معتبرة فيها ببناء العقلاء عليها»^۱

یعنی شروط ارتکازی هرچند که در متن عقد بیان نمی‌شود ولی به دلیل وجود بناء عقلا دارای اعتبار است، بنابراین مبنای اعتبار شرط ارتکازی در لسان فقها «سیره عقلا» یا «بناء عقلا» است و در لسان حقوقی، «عرف و عادت» است.^۲

۳. دلالت التزامی

دلالت لفظ بر معنا (دلالت وضعیه) گاه مطابقی، گاه تضمنی و گاهی التزامی است. دلالت التزامی دلالت لفظ بر معنایی است که خارج از موضوع له باشد ولی لازم لاینفک و جدانشدنی آن معنی است. منشأ تلازم بین معنای خارجی و معنای موضوع له گاهی عقل و گاهی عرف است.^۳

دلالت التزامی، فرع دلالت مطابقی است؛ چون دلالت لفظ بر خارج لازم پس از دلالت لفظ بر خود معنای موضوع له است و تا چنین معنایی نباشد، خارج لازمی نیست.

ادعا این است که شرط ارتکازی، مدلول التزامی قرارداد است و به دنبال انشای قرارداد آن نیز انشاء می‌گردد؛ زیرا شرط ارتکازی، شرطی رایج و مرکّز در نزد عرف و عقلا می‌باشد به طوری که این عرف بین آن و قرارداد تلازم می‌بیند و از آنجا که با ایجاد ملزوم، لازم نیز وجود پیدا می‌کند در نتیجه با انشای قرارداد شرط ارتکازی نیز به عنوان شرط ملازم با مفاد اصلی قرارداد وجود می‌یابد.

برای مثال، این شرط ارتکازی مندرج در عقود معاوضی است که عوضین مورد معامله باید سالم و بدون عیب و نقص باشند و این شرط مدلول التزامی عقد است و در صورت تخلف از آن متضرر دارای حق خیار فسخ خواهد بود. در حقیقت، طرفین قرارداد به دلیل اعتماد بر ارتکاز عرفی نسبت به آن سکوت نموده و عقد را به صورت

۱. سید ابوالقاسم موسوی خوئی، مصباح الفقاهه، ج ۷، ص ۳۵۳.

۲. محمدجعفر جعفری لنگرودی، ۱۳۸۹، ص ۴۱۶.

۳. اسماعیلی و توکلی‌نیا، شرط ارتکازی در فقه امامیه و حقوق ایران، ص ۱۷۰.

مطلق انشاء کرده‌اند.^۱

فرمایش میرزای نائینی^۲ مؤید این گفتار است که لزوم به مرحله ای از وضوح باشد که نفس تصور ملزوم تصور لازم را در پی داشته باشد.

۴. اصل اختیاریا حاکمیت اراده در قراردادها

از نظر فقهای امامیه اصل بر آن است که هرگونه شرطی در هر قراردادی صحیح و لازم الاجرا است. به تعبیر دیگر در فقه امامیه اصل اختیار در شروط همانند اصل اختیار در قراردادها در حقوق معاصر از اصول مسلم است. مقتضای این اصل آن است که چنانچه مواردی از شروط ضمن عقد غیر صحیح محسوب شوند، استثنای بر اصل هستند و نیاز به دلیل خاص دارند. این اصل می‌تواند به گونه‌ای دال بر اعتبار و لزوم وفای به شرط ارتکازی باشد.

۵. عموماً وفای به عقد

طبق آیه مبارکه «اوفوا بالعقود» (مائده: ۱) وفای به همه عقود، مورد امر و دستور الهی قرار گرفته است. عقود به معنای عهود است. همان گونه که در صحیح‌ه عبدالله بن سنان^۳ ذکر شده است. بنابراین چون واژه شرط در معنی عهد به طور مطلق به کار رفته، مشمول این آیه بوده، وفا به آن لازم است.

این در حالی است که شیخ انصاری رحمته الله علیه بر اساس یک مبنای اصولی معتقد است آنچه از سوی شرع مستقیماً وضع و جعل می‌گردد، حکم تکلیفی است و احکام وضعی نظیر ملکیت، شرطیت و سببیت از احکام تکلیفی انتزاع می‌شوند. بدین معنا که وقتی شرع جواز و اباحه تصرف در مالی را برای کسی جعل می‌کند، ملکیت از آن انتزاع می‌گردد و بنابراین آیه «اوفوا بالعقود» در صدد بیان حکم تکلیفی وجوب وفای به عقد است و حکم وضعی «لزوم» از حکم تکلیفی گرفته و انتزاع شده

۱. همان، ص ۱۷۱.

۲. ایشان می‌فرماید: «ما يدل عليه العقد بالدلالة الالتزامية باللازم بالمعنى الاخص وهو ما يكون بناء العرف والعادة نوعاً عليه كاشتراط تساوى المالىن فى المالىة واشتراط عدم كونهما معيباً واشتراط التسليم والتسليم». محمد حسين نائینی، منية الطالب فى شرح المكاسب، ج ۲، ص ۳۹۷.

۳. شيخ محمد حسن حر عاملى، وسائل الشیعه، ج ۱۶، ص ۲۰۶.

است، اما پس از ایشان اکثر فقها معتقدند که احکام وضعی مستقیماً قابل جعل اند و منظور آیه بیان حکم وضعی است و به تعبیر دیگر، هدف آیه بیان نفوذ و لزوم عقود و شروط است.^۱

مطلب فوق براین اساس است که شرط ضمنی ارتکازی در هر فرضی، موجب تشکیل یک تعهد مقید و مشروط می شود و دلیل صحت معاملات، مانند «اوفوا بالعقود» (مائده: ۱) دلالت دارد بر لزوم عمل به تعهد به همان نحوی که پدید آمده که البته در شرط ضمنی ارتکازی، تعهد به طور مقید و مشروط پدید آمده است.^۲

۶. عموم حدیث «المؤمنون عند شروطهم»

مفاد این حدیث لزوم پابندی مسلمانان به هرگونه شرط و التزام است که به عهده می گیرند و این لزوم، همان گونه که بدون شک شرط صریح را دربرمی گیرد، شامل شرط ارتکازی نیز می گردد و تنها فرقی با شرط صریح آن است که به دلیل روشنی و بدهت بدان تصریح نشده است.^۳

عبارت «المؤمنون (المسلمون) عند شروطهم» که در روایات فوق به شکل های مختلف آمده، یک جمله خبری است و استنتاج مفهوم مورد نظر از آن، مستلزم اندکی تحلیل و تبیین نحوی است. الف و لام در واژه «المؤمنون» دلالت بر جنس می کند نه عهد؛ زیرا می توان آن را برداشت و به جای آن واژه «کل» را قرار داد. پس این واژه، افاده عموم و استغراق می کند. کلمه «عند» ظرف است و نمی تواند برای مبتدا به تنهایی خبر قرار گیرد بلکه باید متعلقی برای آن پیدا کرد که کلمه «ثابتون» است.

همچنین واژه «شروطهم» با توجه به اینکه جمع مضاف است، افاده عموم می کند و بنابراین، معنای جمله چنین می شود: «جميع المؤمنون ثابتون عند جميع شروطهم» جمله «المؤمنون (المسلمون) عند شروطهم» اگرچه یک جمله خبری

۱. سید مصطفی محقق داماد، قواعد فقه، ج ۲، ص ۴۰.

۲. اسماعیلی و توکلی نیا، شرط ارتکازی در فقه امامیه و حقوق ایران، ص ۱۷۳.

۳. همان، ص ۱۷۴.

است ولی در حقیقت انشای حکم است. همان طور که در اصول فقه آمده، منظور از جمله خبری در مقام انشاء، اعلام نیست بلکه بعث است و به قول فقها چنین جمله‌ای «آکد در بعث» است؛ زیرا جمله خبری از وقوع مطلوب در مقام طلب خبر می‌دهد به طوری که گوینده جمله جز به وقوع مدلول آن راضی نیست و از این رو، جمله، مؤکد است.^۱

شیخ انصاری رحمته الله بر اساس مبنای اصولی خود معتقد است مفاد جمله ذکر شده، یک حکم تکلیفی است. به بیانی دیگر، به موجب این قاعده، مؤمنان موظف و مکلف شده‌اند که به قراردادهای و شروطشان وفا کنند ولی حکم وضعی، یعنی لزوم قراردادهای از حکم تکلیفی انتزاع می‌شود. برخی فقها با عقیده شیخ انصاری مخالفت کرده، معتقدند، استنباط حکم تکلیفی در مورد وفای به شرط، صحیح نیست؛ زیرا اگر وفا واجب است، تخلف از آن باید مطلقاً حرام باشد، خواه مشروط له بخواهد و خواه اسقاط کند در حالی که چنین نیست و در فرض اسقاط مشروط له، تخلف مجاز است. بنابراین، جمله ذکر شده بیانگر حکم وضعی است که مفاد آن نفوذ و لزوم شرط و در نتیجه ایجاد حق برای مشروط له است.^۲

مصادیق شرط ارتکازی

برخی از مصادیق شرط ارتکازی در آثار فقها به شکل‌های زیر مشاهده می‌شود:

۱. تنجیز، یک شرط ارتکازی عقلایی است. بنای عقلا بر این است که عقد، منجز باشد؛^۳

۲. تسلیم مبیع یعنی کالای فروخته شده و تأدیه ثمن یعنی پرداخت قیمت آن به دلیل شرط ارتکازی لازم است؛^۴

۳. مالیت داشتن عوضین، شرط ارتکازی عقد بیع است.^۵

۱. همان، ص ۱۷۵ به نقل از: محمد کاظم خراسانی، کفایة الاصول، ص ۷۱.

۲. سید مصطفی محقق داماد، قواعد الفقه، ج ۲، ص ۴۰.

۳. عبد الکریم حائری، درر الفوائد، ج ۲، ص ۷۲-۷۴.

۴. موسوی خویی، مصباح الاصول، ص ۳۲۲.

۵. سید کاظم مصطفوی، فقه المعاملات، ص ۴۴.

۴. سلامت داشتن مبیع، شرط ارتکازی عقد بیع است.^۱
۵. تعادل ارزش عوضین، شرط ارتکازی قرارداد است و به همین دلیل در صورت تخلف، خيار غبن به وجود می آید.^۲

گفتار دوم: ارتکاز در برخی مصادیق و مسایل فقهی مستحدثه

۱. جایگاه ارتکازات مستحدثه در خطابات شرعیه

در مباحث پیشین توضیح داده شد که مقصود از ارتکاز و بناء عقلا، معتبر بودن آن به عنوان یکی از منابع استنباط احکام شرعی است. با توجه به این مطلب، ارتکازات عقلایی جدید در زمینه حقوق معنوی مانند حق التألیف و... حجت می باشد یا خیر؟

در جواب می گویم ممکن است ادعا شود که شارع سیره های عقلایی مستحدثه را به طور کلی امضاء کرده و آن را به ارتکازاتشان واگذار کرده است و این عمل تأیید می کند هر چیزی را که بناء عقلا آن را تصویب نماید شارع تأیید کند، اما این ادعا به دو دلیل رد می شود:

الف) احکامی که درباره رجوع به سیره های عقلایی وجود دارد محدود می باشد و چنین چیزی را تأیید نمی کند.

ب) درباره میزان اعتبار بناء عقلا اختلاف نظر وجود دارد.

۲. تأثیر بناء عقلا در احکام معاملات:

بنای عقلا نقش بسیار مهمی در بنیان احکام شرع دارد، مانند حجیت ظهورات، حجیت خبر ثقه، قراردادهای اجتماعی، عهدنامه ها، مالکیت های فکری و معنوی و دیگر اموری که در ارتباط با احکام شرع هستند و می توانند حالت یا موضوع حکم را عوض کنند و در نتیجه حکم شرع نیز عوض می شود. آیا بنای عقلا حقوق معنوی

۱. موسوی خویی، التتقیح فی شرح العروة الوثقی، ص ۱۱۳.

۲. همان، ص ۱۵۵.

را نیز مشروع می‌داند و آن را قبول می‌کند یا خیر؟

احکام بردو قسم می‌باشند:

یک. احکام تأسیسی، احکامی هستند که از طرف شارع جعل و صادر شده و سابقه‌ای در عرف و در بین عقلا نداشته‌اند.

دو. احکام امضائی، امور اعتباری هستند که عرف و عقلا آنها را اعتبار کرده‌اند همانند ملکیت و زوجیت و دیگر منشآت عقود و ایقاعات، این امور اعتباری قبل از شریعت هم در جامعه انسانی وجود داشته‌اند و نظام اجتماعی و اقتصادی مبتنی بر آنهاست و شارع مقدس اسلام نیز آنها را امضاء و تأیید کرده است.^۱

با توجه به زندگی اجتماعی بشر و نیازهای متعدد آن و ارتباط با هم‌نوعانش، او را به انعقاد قراردادهایی مجبور ساخته است و موجب شده است تا شرایع الهی آن را پذیرفته، گاهی اوقات نیز به اصلاح یا ردع آن اقدام نمایند و در اکثر موارد بناء عقلا را تأیید کنند. پس عموم و اطلاق ادله‌ای نظیر «اوفوا بالعقود» (مائده: ۱)، نیز که بر زشتی پیمان شکنی و وجوب پایبندی به همه انواع و افراد قراردادها دلالت می‌کنند، ناشی از همین دیدگاه است. البته بعضی فقها معتقدند که الف و لام در «العقود» اصطلاحاً «عهدی» و فقط شامل قراردادها و معاملاتی است که در زمان شارع و در محیط نزول قرآن رواج داشته است.^۲ ولی اکثر فقها به ویژه متأخران، چنین نظری را نپذیرفته، تصریح می‌کنند که این الف و لام «استغراقی» است و دربرگیرنده همه عقود^۳ می‌باشد.

امام خمینی رحمته الله علیه پس از بحث مفصل در این باره می‌گوید:

بدون تردید این آیه کلیه قراردادهای رایج در بین مردم را که عرفاً به آنها «عقد» گفته می‌شود، دربرمی‌گیرد و عدم وجوب وفا به این نوع از قراردادها، مخالفت عموماً ادله است. بنابراین هر نوع توافقی که عرفاً

۱. سید مصطفی محقق داماد یزدی، قواعد فقه، ج ۱، ص ۶.

۲. رک: محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۲، ص ۲۱۳.

۳. رک: ملا احمد نراقی، عوائد الایام، ص ۸-۱؛ طبرسی، فضل بن حسن، مجمع البیان، ج ۳، ص ۱۵۱.

عقد نامیده می‌شود و مخالفتی با موازین شرعی ندارد، مشمول عموم و اطلاق این آیه خواهد بود. و هر نوع معامله عقلایی صحیح شمرده می‌شود مگر آنکه دلیل خاصی بر بطلان آن وجود داشته باشد.^۱

بنابراین بناء عقلا علاوه بر اینکه در مشروعیت معاملات نقش عمده‌ای را ایفاء می‌نماید در خصوصیات آن مانند لازم یا جایز بودن نقشی تعیین‌کننده‌ای دارد، به‌صورتی که اکثر فقها و حقوق‌دانان مسلمان گفته‌اند: جواز یا لزوم عقود ناشی از بنای عقلا و از احکام امضایی است، نه تأسیسی.^۲

۳. حقوق معنوی و ارتباط آن با ارتکاز

از منظر محققان، حقوق دانان و برخی از فقیهان، حقوق معنوی جزء مسایل مستحدثه فقهی و حقوقی است که در هیچ کدام از ابواب فقهی کتب فقه‌های قدیم یافت نمی‌شود. مطرح نشدن چنین موضوعی در بین فقها شاید کاملاً طبیعی باشد؛ زیرا چنین مشکل و معضلی در سطح جامعه مطرح نبوده است، اما از زمانی که چنین موضوعی در سطح جامعه مطرح شد، آنها با درک شرایط زمان و مکان به تبیین مسأله و بیان حکم فقهی آن مبادرت ورزیدند. البته فقیهانی در شرعی بودن آن اشکال وارد کرده‌اند. بنابراین در این مبحث، ابتدا به بیان کلیاتی در باب حقوق معنوی و تعریف آن، مصادیق، تاریخچه و عناصر تشکیل دهنده آن در متون قانونی به‌صورت مختصر اشاره می‌شود و سپس مبناهای فقهی آن که یکی از این مبناها، ارتکاز است، بیان می‌گردد.

انقلاب صنعتی تحول شگرفی را در دنیای کنونی به وجود آورده و با شتابی وصف‌ناپذیر استمرار دارد، اما این تحول نه تنها بشر را از تعالیم اسلام بی‌نیاز نساخته، بلکه او را بیش‌تر به آن وابسته کرده است. علم حقوق نیز مانند علوم دیگر در مسیر پیشرفت روزافزون گام می‌بردارد و مسایل جدیدی را فرا روی مکاتب مختلف

۱. امام خمینی، *فرائد الاصول*، ج ۴، ص ۳۸۶.

۲. رک: محمد جعفر جعفری لنگرودی، *جواز و لزوم در عقود و ایقاعات*، نشریه تحولات حقوق خصوصی، زیر نظر ناصر کاتوزیان، ص ۴۱-۴۷.

حقوقی می‌نهد تا برای آن پاسخی درخور یابد. مسأله حقوق معنوی آثار فرهنگی از قبیل حق تألیف و... از مسایل جدیدی است که در استنباط حکم، به ارتکاز عقلی استناد شده و از این واژه کمک گرفته شده است.

۳-۱. تعریف حقوق معنوی: کلمه معنوی در لغت، از معنی گرفته شده و در برابر مادی بیان می‌شود. حقوق معنوی عبارت است از: حقوق ذاتی که دارای محدودیت زمانی نیست. مانند حق دسترسی به اثر، حق حرمت اثر، حق انتساب و نیز حق عود یا استرداد و به عبارت دیگر «حق معنوی سیطره شخصی برشیء معنوی است و منظور از شیء معنوی چیزی است که با حواس درک نشود، مانند: افکار، اختراعات و شهرت تجاری»^۱ به بیان دیگر حقوق معنوی در برابر حقوق مالی به کار می‌رود که این حقوق متعلق به اعیان است مانند حق شفیع در شفعه، پس هر حقی که به عین تعلق نگیرد، معنوی می‌باشد.

۳-۲. تاریخچه: نخستین رویکرد قانونی به مسأله حقوق معنوی باید در مواد ۲۴۵، ۲۴۶، ۲۴۷ و ۲۴۸ از فصل یازدهم قانون جزای مصوب ۱۵ مرداد ۱۳۱۰ جستجو کرد که گرچه این مواد پیش از آنکه در مقام شناسایی این حق باشند در موضع دفع تجاوز از آن بوده‌اند. به دنبال گسترش ارتباطات فرهنگی بین‌المللی و مشروط شدن این ارتباطات از سوی برخی از دولت‌های خارجی تصویب قانون خاص ضروری شد. از سوی دیگر برای حمایت از پدیدآورندگان و افزایش انتشار کتاب، به قوانین حمایت کننده از پدیدآورندگان روز به روز بیش‌تر نیاز شد. به همین دلیل در نیمه دوم سال ۱۳۳۴، ۲۲ نفر از نمایندگان طرحی در ۹ ماده و ۲ تبصره، تدوین و تقدیم مجلس شورای ملی کردند.

این طرح پس از ارائه در جلسه علنی و ارجاع آن به کمیسیون فرهنگ در آن جا بی‌دفاع ماند. پس از گذشت دو سال، در سال ۱۳۳۶ به علت فشار هنرمندان و مؤلفان، دولت لایحه قانونی موسوم به (لایحه تألیف و ترجمه) مشتمل بر ۱۶ ماده و ۳ تبصره به مجلس سنا تسلیم کرد که باز هم با توجه به اشکالات محتوایی همانند

۱. محمد سامی مدکور، نظریه الحق.

طرح قبلی عقیم ماند.

لایحه قانونی حفظ حقوق مؤلف به عنوان نتیجه مطالعات کنوانسیون‌های فرهنگ و دادگستری مجلس سنا که در اواخر بهمن ۱۳۳۸ در ۱۸ ماده و ۱ تبصره تهیه شده بود، به سرنوشت مواد پیشین دچار شد. در سال ۱۳۴۳ نیز وزارت اطلاعات طرحی با عنوان (مالکیت ادبی و هنری) در ۹۷ ماده تهیه کرد که راه به جایی نبرد.^۱

بالاخره در سال ۱۳۴۷ لایحه (حمایت از مؤلفان و مصنفان و هنرمندان) که در سال ۱۳۴۶ به کوشش وزارت فرهنگ و هنر و با همکاری دست‌اندرکاران تهیه شده بود، در آبان ماه تقدیم مجلس شد و در ۱۱ دی ماه ۱۳۴۸ در مجلس شورای ملی به تصویب رسید. این قانون با ۳۳ ماده و ۳ تبصره، نظام حمایتی نسبتاً کاملی را پایه‌ریزی کرد.^۲ آئین‌نامه اجرایی این قانون در تاریخ ۴ دی ماه ۱۳۵۰ به تصویب هیأت وزیران رسید. پس از قانون ۱۳۴۸، تا سال ۱۳۷۹ به جز مقررات پراکنده، قانون دیگری در زمینه حقوق معنوی تدوین نشد.^۳

اقسام و برخی از مصادیق حقوق معنوی دو بخش دارد:

الف) حقوق مالکیت‌های صنعتی، مانند حق اختراع، ابتکار و...

ب) حقوق مالکیت‌های ادبی و هنری، مانند حقوق مؤلفان، مصنفان، هنرمندان، و...

حق التالیف یکی از برجسته‌ترین مصادیق مالکیت‌های ادبی و هنری می‌باشد که دارای دو عنصر مادی و معنوی است.

الف) عنصر مادی

دربدارنده منافع مالی برای مؤلف می‌باشد و مالیت اعتباری عقلایی است، برخاسته از غرض و رغبت مردم بدان، به گونه‌ای که به آن تنافس و تفاخر کنند و برای به دست آوردنش، بر یکدیگر پیشی گیرند و کشمکش

۱. ستار زرکلام، حقوق مالکیت ادبی هنری، ج ۱، ص ۱۴.

۲. معاونت پژوهش و آموزش و گروه مطالعات و پژوهش‌های حقوق اقتصادی و بازرگانی، حمایت از حقوق مالکیت فکری در محیط اینترنت، ج ۱، ص ۷۲.

۳. شیرین عبادی، حقوق حرفه و فن، حقوق ادبی و هنری، ج ۲.

کنند، خواه مانند غذا از نیازهای اولیه آنان باشد یا همچون ادویه که بدان نیاز عارضی و رزق و رفاه و لذت باشد. البته همین که مردم چیزی را رغبت کنند، به تنافس نمی انجامد بلکه باید کمیاب نیز باشد. بنابراین به آب در کنار رودخانه و همچنین هیزم در جنگل و ریگ در صحرا، مال گفته نمی شود.^۱

بنابراین از آنجایی که مال در نزد عرف، لغویون و فقها شامل: عین، منفعت و انتفاع عمل می باشد حق التألیف را نیز در بر می گیرد؛ چون آن چیزی جزء منفعت عمل نمی باشد، اما شایان ذکر است که مالیت داشتن حق التألیف هیچ منافاتی با مشروعیت آن ندارد. چه بسا برخی از معاملات که در عرف و لغت مال شمرده می شوند ولی مشروع نمی باشند مانند معاملات ربوی.

ب) عنصر معنوی:

معنوی بودن حق، قسم مستقلی از حقوق را تشکیل می دهد و آن را در برابر دیگر حقوق قرار می دهد. از ویژگی های بارز آن انتقال ناپذیر بودن است. و حق التألیف دارای چنین معنایی می باشد؛ چون رابطه بین ائرو خالق آن جدایی ناپذیر است. پس ممکن است حق مالی اثری منقل شود، اما حق معنوی آن مانند: تحریف، تقلید و... برای پدیدآورنده آن محفوظ می باشد.

مشروعیت حق التألیف: دیدگاه فقها نسبت به مشروعیت حق التألیف متفاوت

است. برخی آن را مشروع می دانند و برخی قائل بر عدم مشروعیت آن هستند. برای اثبات مشروعیت حق التألیف می توان ۱- به سیره عقلا ۲- به دلیل عقلی تمسک نمود.

۱. سیره عقلا: با توجه به این که فقها موضوعات احکام را از جامعه می گیرند و نظر عرف را در تشخیص مصادیق و موضوعات محترم می دانند، نسبت به شرعی بودن حق التألیف و عدم آن به عرف و سیره عقلا رجوع کرده اند، برای مثال وقتی گفته می شود «ربا حرام است.» حکم حرمت آن از قرآن و احادیث گرفته شده است، اما

۱. سید محسن طباطبایی حکیم، نهج الفقاهه، ج ۲، ص ۳۲۵.

اینکه موضوع ربا چیست؟ نیاز به تشخیص عرف دارد. تأییدکننده این مطلب نظر آقای مکارم شیرازی است که می فرمایند:

ما همواره موضوعات را از عرف می گیریم و احکام را از شرع، مثلاً: وقتی می گوییم: قمار حرام است، حکم تحریم از قرآن و احادیث اسلامی گرفته شده است، اما موضوع قمار چیست؟ بسته به تشخیص عرف است. در مورد مالکیت های فکری نیز همین گونه است، اسلام می گوید: ظلم و ستم و تجاوز به حق دیگران حرام است. این حکم از اسلام گرفته شده است، اما موضوعش یعنی: ظلم و ستم و تجاوز به حق، موضوعی است که از عرف گرفته می شود و امروز تقریباً همه عقلای دنیا این مسأله را به عنوان یک حق شناخته، سلب آن را ظلم می دانند.^۱

بنابراین طبق نظرایشان، موضوع تنها توسط عقلا برگزیده می شود و عقلا حق التألیف را از مصادیق حق شمرده و در نتیجه حکم کلی شرع (حرمت تعدی بر حقوق دیگران) بر آن منطبق می گردد. آقای موسوی بجنوردی چنین بیان کرده اند:

امروزه در تمام جوامع عقلایی و نظام های حقیقی دنیا این مسأله جزء حقوقی است که از برای آن ارزش قائل هستند و مختص به ذی حق است، به طوری که کسی غیر از او، حق استفاده از این حق را ندارد، مگر با اجازه او مثل اینکه کسی حق او را بخرد و در مقابل پولی به او بدهد و الا کسی از این حق بدون اجازه ذی حق استفاده کند هم کار خلاف و ناپسندی انجام داده است و هم مسأله جزایی برای او مطرح می شود.^۲

۲. دلیل عقلی: عقل از دلایلی است که برای مشروعیت حقوق معنوی به آن استدلال می کنند. به عبارت دیگر، دلیل عقلی بر مشروعیت حقوق معنوی دلالت می کند و کسانی که منکر مشروعیت حقوق معنوی هستند باید دلیل خاص بر عدم اعتبار بیاورند و از آن جا که شارع در جایی عدم اعتبار حقوق معنوی را اعلام نکرده است، پس حقوق

۱. ناصر مکارم شیرازی، فصلنامه رهنمون، مدرسه عالی شهید مطهری، شماره ۲ و ۳، ۱۳۷۱ ش، ص ۲۱۱.

۲. سید محمد موسوی بجنوردی، همان، ص ۲۱۲.

معنوی اعتبار دارد.^۱ زیرا به عقیده اصولیون بین حکم عقل و حکم شرع همیشه ملازمه است. (کَلِمَا حُكْمٌ بِهَ الْعَقْلِ حُكْمٌ بِهَ الشَّرْعِ) یعنی اگر عقل حکمی را صادر نماید شارع از آن جهت که خود یکی از عقلا می باشد آن را تأیید می کند. البته در صورتی که همه عقلا در شرایط مختلف به آن حکم عقل پایبند باشند. با توجه به توسعه حقوق معنوی مانند حق التألیف و... در زندگی روزمره انسان، آیا شارع مقدس می تواند از به رسمیت شناختن آن صرف نظر کند؟ چون اگر حقوق معنوی به رسمیت شناخته نشود علاوه بر اضرار به جامعه اسلامی خلأهای فراوانی را ایجاد خواهد کرد.

مسلم این است که خردمندان، امروزه حقوق معنوی را به رسمیت می شناسند و این بنای امری جدید است.

اگرچه ممکن است بگوییم خردمندان با توسعه در ارتکاز خود درباره تحصیل ملکیت، مالکیت فکری و... حقوق معنوی را به رسمیت شناخته اند این سخن به معنای عدم توسعه در مصداق نیست؛ زیرا اصطلاح مالکیت فکری در این باره موضوعیت ندارد که از فهم و ارتکاز عقلا درباره ملکیت سخن بگوییم، بلکه مسلم است که عقلا موضوعی جدید را برای عنوان کلی (حق) شناخته اند و آن را مشروع می دانند، هرچند پیرامون ماهیت حق و جایگاه آن در ساختار حقوقی اختلاف نظر دارند و همین مقدار برای مصداق تلقی شدن حقوق معنوی کافی است.

خلاصه اینکه حقوق و مالکیت معنوی صرفاً توسعه در مصداق تلقی می شود و توسعه در مصداق اگر با منعی مواجه نباشد، حجت خواهد بود.^۳

ادله برخی از فقها در نفی مشروعیت حق التألیف

برخی از فقها از جمله آیت الله صافی گلپایگانی معتقد هستند که حق التألیف مطابقت با احکام اسلامی ندارد. و هیچ دلیل شرعی بر آن دلالت نمی کند. آیت الله صافی گلپایگانی می فرماید:

۱. کاظم حسینی حائری، فقه العقود، ج ۱، ص ۱۶۲.

۲. شهید صدر، حلقه ناله، ج ۲، ص ۲۰۱، ۴۹۵، ۴۹۹، ۵۰۲.

۳. محمود حکمت نیا، مبانی مالکیت فکری، ج ۱، ص ۴۰۶.

حق طبع، حق تألیف و حق اختراع را به مفهومی که در قوانین موضوعه جدید از آن تعریف شده و آثاری که بر آن مترتب می‌نمایند، حقیر نتوانسته‌ام با احکام و نظامات اسلامی تطبیق نمایم. و از عقود و معاملات هم نیست که بتوانیم بگوییم هرچند در عصر شارع مقدس عنوان نشده است، به اعتبار این که عقد است و معامله است، با ملاحظه شرایطی که در صحت عقد و معامله معتبر است، مشمول اطلاقات یا عموم بعضی ادله مثل «أوفوا بالعقود» (مانده: ۱) است و اگر گفته شود: این هم حقی است که عرف زمان ما آن را اعتبار می‌کند. نظیر: (حق التحجیر)^۱ یا (حق السبق)^۲ که چون شارع از آن ردع نکرده است، از عدم ردع او استکشاف امضاء می‌نماییم و معتبر است. جواب این است که عدم ردع نسبت به حقوقی که در عصور متأخره از عصر شارع مقدس و ائمه طاهرين علیهم‌السلام عرفاً یا برحسب قوانین موضوعه مستحدث می‌شود، به اطلاق یا عموم آن نمی‌شود تمسک نمود. بلی، در ارتباط با اقتباس از اختراع یا تألیف یا تجدید طبع کتاب یا تقلید از آثار هنری مشروعه، اگر متوقف بر تصرف در مال غیر باشد، بدون اذن صاحب مال جایز نیست، اما بر حرمت نفس اقتباس و تقلید از ابتکار دیگران دلیلی وجود ندارد.^۳

همچنین امام خمینی رحمته‌الله حق التألیف را مخالف با قاعده تسلیط می‌دانند و به همین دلیل حکم داده‌اند بر عدم مشروعیت آن و درباره آن می‌فرمایند:

مایستی عند بعض بحق الطبع لیس حقاً شرعياً، فلا يجوز سلب تسلط الناس علی أموالهم بلا تعاقد و تشارط، فمجرد طبع کتاب و التسجيل فيه، بأن حق الطبع و التقليد محفوظة لصاحبه لایوجب شیئاً و لا یعدّ قراراً

۱. محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، فی شرح شرایع الاسلام.

۲. شهید اول، اللمعة الدمشقیة.

۳. فصلنامه رهنمون، ص ۲۰۹-۲۰۷.

مع غیره، فجاز لغیره الطبع و التقليد، ولا يجوز لاحد منعه عن ذلك.^۱ آن چیزی که به آن حق طبع (چاپ) گویند، حق شرعی نیست. پس منع کردن مردم از تسلط بر اموالشان بدون عقد و شرط خاصی جایز نمی باشد. بنابراین مجرد چاپ کتاب و ثبت این مطلب که (حق چاپ و تقلید برای صاحب اثر محفوظ است) برای او هیچ گونه حقی را ایجاد نمی کند و برای دیگران عهدهی شمرده نمی شود. پس دیگران می توانند آن را چاپ کنند و از آن تقلید نمایند و هیچ کسی نمی تواند او را از این کار بازدارد.

و به گفته یکی از محققانی که مستندات احکام و آرای فقهی امام را در تحریر الوسیله توضیح داده است: دلیلی بر ثبوت چنین حقی از طرف شارع نداریم و نیز مسأله از موضوعات ارتکازی عقلا نیست تا شارع آن را امضاء کند؛ زیرا عقلا با ارتکازشان این مسأله را تأیید نمی کنند که ناشر تنها به دلیل چاپ کتاب، افزون بر کتاب بیرونی که موجود است و ملک او شمرده می شود، حقی دیگر داشته باشد، چنان که عقلا، بازداشتن مردم را از حق تقلید و اقتباس نمی پذیرند؛ زیرا انسان بنابر خلقت و فطرتش، در تمامی اشیاء، اعمال، اختراعات و صناعاتش تقلید می کند. عقلا، تقلید از صنایع و استفاده از ثمرات فکری و اعمال گذشتگان را هرگز تصرف در حقوق مردم نمی شمردند تا برای این تصرفات ناگزیر از اجازه ایشان شوند. چاپ کتاب نیز از این سیره عقلایی جدا نیست.^۲

دکتر ابوالقاسم گرجی دلیل مخالفت برخی از فقیهان را چنین بیان می کند:

علت اینکه فقهای سابق و بعضی از فقهای معاصر حقوق معنوی را نپذیرفته اند، این است که آنها مدعی هستند این حق از جانب شارع امضاء نشده است. به عبارت دیگر، این از طرف شارع شناسایی نشده است و لویه تقریر. فقها می گویند: شارع مقدس مسائلی را که عرف خاص بر آن قرار می گذارد، اگر امضاء کرد معتبر است، حقوق مادی هم از طرف

۱. امام خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۵۹۶.

۲. احمد مطهری، مستند تحریر الوسیله، ص ۱۸۷ و ۱۸۶.

او امضاء شده و ادله «أوفوا بالعقود» (مائده: ۱)، (المؤمنون عند شروطهم)^۱، «أحل الله البيع» (بقره: ۲۷۵) و (الصلح جایز) اگر به مادیات تعلق بگیرد، معتبر است. از طرف دیگر، نه به دلالت التزام و نه به دلالت تضمن، و نه مطابقی هیچ گونه ادله‌ای در دسترس قرار نمی‌گیرد تا به واسطه آن بتوان گفت: شارع، حق معنوی را امضاء کرده است. حتی اگر در فرضی که از عموم آیه «أوفوا بالعقود» استفاده شود و عموم آن را در صحت قرارداد فروش حق معنوی مورد استناد قرار دهیم، استناد صحیحی نخواهد بود؛ زیرا این حالت ناظر به موردی است که من نمی‌دانم این عقدی که با شما منعقد نموده‌ام، در نظر شارع عقد است یا نه؟ این شک و تردید، همان شبهه مصداقیه است و روشن است که تمسک به عام در شبهه مصداقیه جایز نیست.^۲

به نظر می‌رسد برای اثبات شرعیت حق التألیف نیازی به امضاء شارع نیست چون اصل معامله اموال و مصادیق آن در شرع، عرف و در نزد عقلا ثابت است و نیازی به اثبات ندارد، چنانچه تقسیم اموال به منقول و غیرمنقول در زمان شارع مقدس وجود نداشته است و شارع آن را امضاء نکرده است، شاید چنین تقسیمی براساس نیازهای مردم به آن ایجاد شده است و نمی‌توان گفت که شرعی نیست از آنجایی که حقوق معنوی و مصادیق آن مانند حق التألیف و... از مصادیق مال است پس برای اثبات نیازی به امضاء جدید شارع نیست. و همچنین فقیهانی که قائل بر عدم مشروعیت آن هستند در پایان رسمیت شناختن حق التألیف را به مصالح عمومی برمی‌گردانند و حاکم شرع و ولی فقیه را شایسته تصمیم‌گیری در شرعی بودن حق التألیف می‌شناسند. مانند امام خمینی رحمته الله با وجود اینکه قائل به عدم مشروعیت حق التألیف هستند و مالیت آن را به طور ضمنی پذیرفته‌اند، می‌فرمایند:

۱. محمدکاظم طباطبائی، حاشیه مکاسب، ص ۱۱۸.
 ۲. ابوالقاسم گرجی، مجله دانش پژوهان، ش ۱۴۱، ۸۲ و ۱۳۸۱.

للإمام والى المسلمین أن یعمل ما هو صلاح للمسلمین، من تثبیت سعر أو حصر تجارة أو غیرها، مما هو دخیل فی النظام و صلاح للجامعة.^۱ از اختیارات امام علیه السلام و والی مسلمین است که عمل نماید آنچه را که به صلاح جامعه اسلامی است، اعمالی همانند تثبیت قیمت یا ایجاد انحصار و غیر آن، و هر آنچه را که حفظ نظام و مصالح جامعه اقتضاء دارد، انجام دهد.

خيار تأخیر و غبن در معاملات و ارتباط آن با ارتکاز

یکی از مصادیق کاربردی ارتکاز که بیشتر مربوط به شرط ارتکازی است، بحث خيار تأخیر و غبن می باشد. توازن در تسلیم عوضین چیزی است که هدف متعاقدين را در بیع (برای مثال) تشکیل می دهد و آنان را متعهد می کند که به این توازن فعلیت ببخشند، اما گاهی ممکن است در تسلیم هریک از عوضین یا هردو تأخیر رخ دهد که سبب ایجاد حق خيار تأخیر می گردد.^۲

در تعریف خيار تأخیر ثمن گفته اند: اگر بایع، مبیع را به قبض ندهد و ثمن را قبض نکند و شرط تأخیر ثمن نشده باشد بیع تا سه روز لازم است، پس هرگاه مشتری در این مدت، ثمن را بیاورد آن را از بایع می گیرد وگرنه بایع بدون مراجعه به دادگاه می تواند یا بیع را فسخ کند یا بیع را ابقاء کند و ثمن را از مشتری بخواهد.^۳

برای ثبوت خيار تأخیر، وجود چهار شرط لازم است:

۱. مبیع، عین خارجی یا در حکم آن باشد؛
 ۲. بیع به صورت نقدی باشد؛
 ۳. سه روز از حین عقد بگذرد و بایع تمام مبیع را به مشتری تسلیم نکرده باشد؛
 ۴. مشتری در ظرف سه روز از تاریخ عقد، تمام ثمن را به بایع نداده باشد.
- در صورت تحقق شرایط چهارگانه بالا، بایع می تواند پس از گذشتن سه روز از

۱. امام خمینی، *تحریر الوسیله*، ص ۵۶۹.

۲. اسماعیلی و توکلی نیا، *شرط ارتکازی در فقه امامیه و حقوق ایران*، ص ۱۷۷.

۳. محمد حسن نجفی، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، ج ۲۳، ص ۵۱.

حین عقد، بیع را فسخ کند و مبنای این حق فسخ شرط ارتکازی پرداخت ثمن و عدم امتناع از طرف مشتری است شرایط اختیار تأخیر ثمن برگرفته از فقه امامیه است و مرحوم شیخ انصاری در کتاب مکاسب و شاگردان ایشان در حاشیه بر مکاسب به تفصیل به این موضوع پرداخته‌اند.^۱

به هر حال، قبض ثمن و تسلیم مبیع از شرایط ثبوت حق اختیار تأخیر است و این شرط از شروط ارتکازی است که در صورت تخلف از آن برای طرف دیگر حق فسخ ایجاد می‌گردد و بر مبنای شرط ارتکازی قبض ثمن در برابر تسلیم مبیع، می‌توان گفت که اگر هریک از طرفین از انجام تعهد خویش خودداری کند طرف مقابل به استناد تخلف از شرط ارتکازی، حق اختیار فسخ دارد؛ زیرا قبض ثمن و تسلیم مبیع، شرط ارتکازی در بیع است و شرط ارتکازی همانند شرط صریح در عقد است و از طرف دیگر شرط ارتکازی بیان شده از نوع شرط فعل است که تخلف از آن به موجب مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی در نهایت سبب ایجاد حق فسخ می‌باشد. «ذوالخیار کسی است که طرف مقابل او که می‌بایست طبق عقد به تعهدات خود عمل کند از انجام تعهد خود امتناع نماید و در اثر این تخلف، متعهد له قرارداد از حق اختیار فسخ برخوردار می‌گردد.»^۲

از سویی دیگر، یکی دیگر از آثار شرط ارتکازی در رابطه مدرک و مبنای اختیار غبن است.

در فقه امامیه سه مبنای گوناگون برای اختیار غبن بیان شده است:

۱. عیب اراده، به این تعبیر که مغبون ناآگاه به آنچه واقع شده راضی نیست و معامله او مشمول نهی «خوردن مال دیگری به غیر تراضی» است.
۲. قاعده «لا ضرر» التزام به معامله‌ای که ضرر ناخواسته به بار می‌آورد، مشمول قاعده لا ضرر است و باید نفی گردد.
۳. شرط ارتکازی، به این مضمون که ارزش دو عوض برابر است و با این فرض، معامله انجام می‌شود.

۱. مرتضی انصاری، مکاسب، ج ۵، ص ۲۲۱-۲۲۷.

۲. همان، ص ۱۷۸.

از میان این سه مبنا در این نوشتار، آنچه که مربوط به بحث ما است، شرط ارتکازی است. در مبحث خیار غبن، اگرچه شیخ انصاری رحمته الله علیه به نهاد شرط ارتکازی تصریح ننموده است ولی فقهای متأخر، عبارات شیخ را با همین اصطلاح تفسیر کرده‌اند. میرزای نائینی در حاشیه بر مکاسب شیخ انصاری، شرط ضمنی ارتکازی را کامل‌ترین مدرک خیار غبن می‌شمارد و از آن به «اتم المدارک» تعبیر می‌کند.^۱

بنابراین این گونه نتیجه می‌گیریم که برای مثال، تساوی ارزش عوضین در مالیت، از شروط ارتکازی موجود در عقود مبتنی بر معاوضه است که تخلف از آن موجب حق خیار فسخ می‌گردد. از سوی دیگر، آنچه از این راه بر معامله ساده افزوده می‌شود، قید تراضی نیست تا تخلف از آن موجب بطلان معامله شود، شرطی است فرعی که بر طبق قواعد باعث ایجاد خیار می‌شود. ویژگی نظریه شرط ارتکازی آن است که خیار غبن را نتیجه حکومت اراده می‌داند نه عیب آن و دیگر این که تمام احکام و شرایط غبن را نیز به خوبی توجیه می‌کند.^۲

حق حبس و ارتباط آن با شرط ارتکازی

خریدار می‌تواند از پرداختن ثمن خودداری کند تا فروشنده حاضر به تسلیم مبیع (کالا) شود. همین اختیار را فروشنده در مورد تسلیم مبیع دارد یعنی می‌تواند ایفای به عهد را منوط به پرداختن ثمن کند. این اختیار متقابل از رابطه بین دو تعهد یا همبستگی ارادی آن دو استنباط می‌شود و «حق حبس» نام دارد. فروشنده به خاطر دست یافتن به ثمن الزام به تسلیم مبیع را پذیرفته، خریدار برای تصرف در مبیع به پرداختن ثمن تعهد کرده است.^۳

برخی مبنای حق حبس را «شرط ارتکازی» می‌دانند و بر این اعتقادند که عقود مبتنی بر معاوضه تملیک در مقابل تملیک است و همچنین تسلیم هریک از طرفین عقد، یعنی فروشنده و خریدار در مقابل تسلیم طرف دیگر می‌باشد، نه اینکه در

۱. همان، به نقل از نائینی، ج ۳، ۱۴۲۷ق، ص ۱۰۷.

۲. همان، ص ۱۸۱.

۳. همان، ص ۱۷۵.

این گونه عقود خود عقد مقتضی تملیک یا تسلیط شخص بر مال باشد به تصور اینکه مقصود از عقد، حصول تسلیط به معنای جامع آن است که هم شامل سلطنت اعتباری و هم سلطنت فعلی خارجی می شود.^۱

در حالی که سلطنت اعتباری که حقیقت ملکیت را در بین طرفین عقد تشکیل می دهد قابل انشاء است، برخلاف سلطنت فعلی خارجی که با انشاء عقد حاصل نمی شود، بلکه در باب معاوضات بنای عقلا بر این است که تملیک در مقابل تملیک و تسلیط خارجی در مقابل تسلیط انجام شود. بنابراین، التزام طرفین عقد به تسلیط در مقابل تسلیط، شرط ارتکازی است که از مصادیق شروط ضمنی است که طرفین عقد هر چند در ضمن عقد بدان تصریح نکرده اند ولی نسبت به آن ملتزم شده اند.^۲

بنابراین، موازنه تسلیم مبیع در برابر تسلیم ثمن، معروضی عارضی است که حق حبس نامیده می شود و این عارضه از شئون موازنه تسلیم در برابر تسلیم است پس در صورت اطلاق عقد بیع، تسلیم همزمان عوضین، شرط ارتکازی عقد بیع می باشد که باعث انصراف آن به تسلیم مورد عقد از سوی یک طرف قرارداد در برابر تسلیم دیگری است که اگر هر دو طرف از تسلیم خودداری کنند قانون به واسطه وجود شرط ارتکازی مستتر در عقد بیع، آنان را ذی حق در امتناع می شناسد و این حق را حق حبس خوانده اند که مبنای آن با نظریه شرط ضمنی ارتکازی به نسبت دیگر مبانی، منطبق تر می باشد.^۳

نقشه زوجه در فاصله زمانی بین عقد و عروسی و ارتباط آن با شرط ارتکازی

حق نفقه از جمله تکالیف و وظائفی است که با انعقاد عقد نکاح بر عهده زوج قرار می گیرد و وجوب آن مشروط به دو امر است:

۱. دائمی بودن نکاح.

۲. تمکین زوجه.

۱. محمد حسین اصفهانی، حاشیه کتاب المکاسب، ج ۵، ص ۳۷۲.

۲. محمد حسین نائینی، منیه الطالب فی شرح المکاسب، ج ۱، ص ۳۵۳ و ج ۲، ص ۷۷.

۳. پژوهش نامه حقوق اسلامی، ص ۱۷۶.

در رویه و عرف جاری در بین مردم در عقد نکاح به طور معمول پس از عقد و قبل از عروسی، فاصله زمانی هر چند کوتاه وجود دارد که از آن به «دوران عقد» یا «دوران نامزدی» تعبیر می‌شود. مسأله‌ای که در این رابطه سؤال می‌شود این است که در این فاصله زمانی بین عقد و عروسی که هر کدام از زن و مرد جدا از یکدیگر زندگی می‌کنند، آیا تکالیف هریک از زوجین در برابر یکدیگر که ناشی از عقد نکاح است، مثل پرداخت نفقه زوجه توسط زوج یا تمکین زوجه در فاصله زمانی پس از عقد و قبل از عروسی، به مجرد وقوع نکاح بر عهده هریک از طرفین مستقر و ثابت می‌گردد و زوجه می‌تواند به این وسیله درخواست حق نفقه خود را در این مدت از همسرش بنماید؟ به نظر می‌رسد که آنچه که در بین مردم مرسوم و متداول است و بنای عملی و عرف عادت آنها بر اساس آن شکل گرفته و به گونه‌ای این امر در ارتکاز و عمق اذهان آنها نفوذ پیدا کرده است که پس از گذشت زمان این مسأله به صورت امری بدیهی در عقد نکاح تلقی به قبول شده است به طوری که حتی در فرض بیان نکردن از مفاد لازمه عقد است و بنای طرفین بر آن استوار گردیده، تبدیل به شرط ارتکازی نوشته شده در عقد نکاح شده است که در فاصله زمانی بین عقد و عروسی، هنگامی که زن به خانه شوهر نرفته است از زوجه نفقه نمی‌گیرند و پرداخت نفقه زوجه بر زوج واجب نیست؛ زیرا عدم پرداخت نفقه زن در خلال بین عقد و عروسی، شرط ارتکازی عقد نکاح می‌باشد. سیره مستمر و رویه جاری در جوامع اسلامی نیز مؤید همین نظر است.^۱

جمع‌بندی

با مطالعه اقوال، آراء و نظرات فقها و اصولیون، پیرامون عرف، سیره و ارتکاز، نتایج ذیل به دست می‌آید:

۱. سیره متشرعه در حقیقت به تکرار و استمرار عملکرد، سلوک و عادات متدینین بر شیوه‌ای عام گفته می‌شود و در صورتی حجیت تام خواهد داشت که معصوم آن را تأیید کند یا حداقل عدم ردع معصوم درباره آن محقق نشده باشد.

۱. پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، ص ۱۸۲.

۲. برای منشأ پیدایش ارتکاز در کلام فقها، می‌توان به موارد گوناگون اشاره کرد؛ امور فطری و غریزی، عملکرد براساس حالات سابقه، عادات و خلق و خوی مردم، وضع لغت و مناسبت بین حکم و موضوع می‌تواند به عنوان منشأهای ارتکاز قرار گیرد.
۳. ارتکاز عقلا و متشرعه براساس گستره افراد و جوامع در مکان‌های مختلف تغییر و تحول پیدا می‌کند.
۴. شرط ارتکازی شرطی خواهد بود که براساس ارتکاز عرف لازم است که در دو طرف معامله عقد وجود داشته باشد و به حکم عقلاء عقد نمی‌تواند بدون وجود آن صحیح باشد.
۵. مصادیق شرط ارتکازی را می‌توان در برخی از عقود مانند بیع، ضمان، نکاح و بسیاری از مسایل حقوقی دیگر مشاهده نمود.
۶. ارتکاز در کنار عرف و سیره می‌تواند یکی از مواردی باشد که در جهت استنباط احکام و حل بسیاری از مسایل نوپدید، راهگشا قرار گیرد.

* قرآن کریم.

الف) فارسی

۱. ابن فارس، احمد بن فارس، معجم مقاییس اللغة، تحقیق: عبدالسلام محمد هارون، قم: مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۰۴ ه.ق.
۲. ابن منظور افریقی، محمد بن مکرم، لسان العرب، بیروت: لبنان، دارالفکر للطباعة والنشر، ۱۴۱۴ق.
۳. ابن اثیر، مبارک بن محمد، النهایه فی غریب الحدیث و الآثار، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۳۶۷ش.
۴. اصفهانی، حسین بن محمد راغب، مفردات ألفاظ القرآن، محقق / مصحح: صفوان عدنان داودی، چاپ اول، لبنان - سوریه: دار العلم - الدار الشامیه، ۱۴۱۲ ه.ق.
۵. طریحی، فخرالدین، مجمع البحرین، تحقیق سید احمد حسینی، ج ۳، چ ۲، بی جا: مکتب النشر الثقافه الاسلامیه، ۱۳۶۷ش.
۶. فراهیدی، خلیل بن احمد، کتاب العین، چاپ دوم، قم: نشر هجرت، ۱۴۰۹ق.
۷. فیومی، احمد بن بمحمد، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر، ج ۹، چ ۳، قم: منشورات دار الرضی، ۱۳۸۳.
۸. قرشی، سید علی اکبر، قاموس قرآن، چاپ ششم، تهران: دار الکتب الإسلامیه، ۱۴۱۲ق.
۹. مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی، فرهنگ نامه اصول فقه، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، معاونت پژوهشی دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۳۸۹ش.
۱۰. مصطفوی تبریزی، حسن، التحقیق فی کلمات القرآن، تهران: وزارت فرهنگ و

- ارشاد اسلامی، سازمان چاپ و انتشارات، ۱۳۶۰.
۱۱. -----، التحقيق فى كلمات القرآن الكريم، ج ۴، تهران: مؤسسه الطباعة والنشر، ۱۴۱۶ق.
۱۲. معلوف، لويس، المنجد، چاپ بیست و یکم، بيروت: بی نا، ۱۹۷۳م.
- دیگر کتب مرتبط (اعم از روایی، فقهی، اصولی، تاریخی و ...)
۱۳. ابو محمد عبدالملک بن هشام، سيرة النبى، تحقيق: محمد محیى الدين عبد الحمید، ج ۱، بيروت: دارالفکر، بی تا.
۱۴. اصفهانی، محمد حسین، حاشیه کتاب المکاسب، قم: انتشارات انوار الهدی، ۱۴۱۸ق.
۱۵. -----، المکاسب، قم: مجمع الفكر الاسلامی، ۱۴۲۸ق.
۱۶. انصاری، شیخ محمد علی، الموسوعة الفقهية الميسرة، مجمع الفکر الاسلامیه، ۱۴۱۸ق.
۱۷. ایروانی، باقر، دروس تمهیدیه فی القواعد الفقهية؛ دو جلد، چاپ سوم، قم: دار الفقه للطباعة والنشر، ۱۴۲۶ هـ. ق.
۱۸. بحرانی، محمد سند، سند العروة الوثقی، کتاب النکاح، فقه استدلالی، چاپ اول، قم: مکتبه فذک، ۱۴۲۹ هـ. ق.
۱۹. -----، فقه المصارف و النقود، تقریر از مصطفی اسکندری، قم: مکتبه فذک، ۱۴۲۸ق.
۲۰. تبریزی، میرزا جواد، ارشاد الطالب الی التعليق علی المکاسب، چ سوم، قم: بی تا.
۲۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مقدمه علم حقوق، چاپ پنجم، تهران: انتشارات گنج دانش، بی تا.
۲۲. -----، دانشنامه حقوقی، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۴۵ش.
۲۳. -----، جواز و لزوم در عقود و ایقاعات، زیر نظر ناصر کاتوزیان، نشریه تحولات حقوق خصوصی، ش ۳۰-۳۱، ۱۳۷۲.
۲۴. حسینی حائری، سید کاظم، القضاء فی الفقه الإسلامی، چاپ اول، قم: مجمع اندیشه اسلامی، ۱۴۱۵ هـ. ق.

۲۵. جوان، موسی، مبانی حقوق، ج ۳، چاپ اول، تهران: انتشارات رنگین، ۱۳۲۹.
۲۶. جواهری، محمدتقی، رسائل فقهیه - الربا فقهياً واقتصادياً، قم: انتشارات دار المهدی، بی تا.
۲۷. حائری یزدی، عبدالکریم، کتاب الصلاة، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۶۲ ش.
۲۸. حکیم، سید محمدتقی، الاصول العامه للفقهاء المقارن، الطبعة الثانية، بی جا، مؤسسه آل البيت للطباعة والنشر، ۱۴۱۸ ق (۱۹۷۹ م).
۲۹. -----، الاصول العامه للفقهاء المقارن، بی جا، المجمع العالمي لاهل البيت، ۱۴۱۸ هـ ق.
۳۰. حر عاملی، شیخ محمد بن حسن، وسائل الشیعه الى تحصیل مسائل الشریعه، قم: مؤسسه آل البيت، ۱۴۰۹ ق.
۳۱. -----، وسائل الشیعه، ج ۱۶، بیروت: دار احیاء التراث، ۱۳۹۱ ق.
۳۲. حجتی، سید محمدباقر، سیری در سیره نویسی و مروری بر احوال و آثار پاره ای از سیره نویسان، بی جا، کنگره حضرت رضا علیه السلام، ۱۳۷۱ ش.
۳۳. الحسینی الحائری، کاظم، فقه العقود، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۳ ق.
۳۴. حسینی شیرازی، صادق، بیان الاصول، قم: انتشارات دار الانصار، ۱۴۲۷ ق.
۳۵. حکمت نیا، محمود، مبانی مالکیت فکری، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۶ ش.
۳۶. حکیم، محسن، متمسک العروة الوثقی، قم: مکتبه آیه الله العظمی المرعشی النجفی، ۱۴۰۴ ق.
۳۷. حیدری، سید علی نقی، اصول الاستنباط، چاپ چهارم، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۷۶ ش.
۳۸. حائری، عبدالکریم، درر الفوائد، ج ۲، قم: چاپخانه مهر، ۱۴۲۳.
۳۹. خالصی، محمدباقر، رفع الغرر عن قاعده لاضرر، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۵ ق.
۴۰. خراسانی، محمدکاظم، کفایة الاصول، بیروت: مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث، ۱۴۲۹ ق.
۴۱. دلشاد تهرانی، مصطفی، گزیده سیره نبوی (منطق عملی)، ج اول، ۱۳۸۵ ش.

۴۲. داودی، محمد و سید علی حسین زاده، سیره پیامبر و اهل البيت (عليهم السلام)، ج ۱، چ ۵، انتشارات حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۱ ش.
۴۳. دفتر همکاری حوزه و دانشگاه، درآمدی بر حقوق اسلامی، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها، ۱۳۷۶ ش.
۴۴. سید رضی، نهج البلاغه، تصحیح صبحی صالح، نامه ۵۳، انتشارات تابان، ۱۳۸۱ ش.
۴۵. زرکلام، ستار، حقوق مالکیت ادبی، تهران: نشر سمت، ۱۳۸۷ ش.
۴۶. سیستانی، سید علی، شرط ارتکازی در فقه امامیه و حقوق ایران، قم: دفتر آیت الله سیستانی، بی تا.
۴۷. -----، المسایل المنتخبة، قم: دفتر آیت الله سیستانی، ۱۴۲۲ ق.
۴۸. -----، قاعده لاضرر و لاضرار، قم: دفتر آیت الله سیستانی، بی تا.
۴۹. سامی مذکور، محمد، نظریه الحق، مصر: دارالفکر العربی، بی تا.
۵۰. شهید اول، اللمعه المشقیه، ج اول، قم: دارالفکر، ۱۴۱۱ ق.
۵۱. صادقی نشاط، امیر، حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم افزارهای کامپیوتری، تهران: سازمان برنامه و بودجه، ۱۳۷۶ ش.
۵۲. صرامی، سیف الله، جایگاه قرآن در استنباط احکام، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۸ ش.
۵۳. صدر، سید محمد باقر، تقریرات بحوث فی علم الاصول، ج ۴، تألیف محمود هاشمی، قم: دائرة المعارف فقه اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۵۴. -----، بحوث فی شرح العروة الوثقی، ج ۱، قم: مرکز الأبحاث و الدراسات التخصصية للشهید الصدر، بی تا.
۵۵. -----، حلقه ثالثه، ج ۲، بی جا، بی نا، بی تا.
۵۶. صدری، سید محمد، مبادی فقه و اصول، تهران: دانشپذیر، ۱۳۸۸ ش.
۵۷. طبرسی، فضل بن الحسن، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، چاپ اول، محقق: سید هاشم رسولی محلاتی، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۶.
۵۸. طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم، العروة الوثقی فیما تعم به البلوی (المحشی)، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه

- علمیه قم، ۱۴۱۹ق.
۵۹. طباطبایی، سید محسن، نهج الفقاهه، ج ۲، قم: انتشارات جواد قیومی، بی تا.
۶۰. عربیان، جواد، چشم انداز فقهی و حقوقی مالکیت های فکری با تأکید بر دیدگاه فقهی امام خمینی علیه السلام، تهران: پژوهشکده امام خمینی و انقلاب اسلامی بی تا.
۶۱. علی دوست، ابوالقاسم، فقه و عرف، تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۸ش.
۶۲. -----، فقه و عقل، چاپ اول، تهران: مؤسسه فرهنگی دانش و اندیشه معاصر، بی تا.
۶۳. عبادی، شیرین، حقوق حرفه و فن، حقوق ادبی و هنری، ج ۲، ویرایش جدید، تهران: نشر چشمه، ۱۳۸۰.
۶۴. فیض کاشانی، محمد محسن بن شاه مرتضی، مجموعه رسائل، تهران: مدرسه عالی شهید مطهری، ۱۴۲۹ه ق.
۶۵. فیض، علیرضا، مبادی فقه و اصول، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۴ش.
۶۶. کلینی، الکافی، ج ۱، تهران: انتشارات اسلامی، ۱۳۶۲ش.
۶۷. کاتوزیان، ناصر، کلیات حقوق، تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷ش.
۶۸. کاظمی، محمد علی، فوائد الاصول، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۳۷۴ش.
۶۹. گلباغی ماسوله، سید علی جبار، درآمدی بر عرف، قم: مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۳۷۸ش.
۷۰. محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ق.
۷۱. مجلسی، محمد باقر، بحار الانوار، بیروت: مؤسسه الوفاء، ۱۴۰۴ق.
۷۲. مظفر، محمدرضا، اصول الفقه، قم: انتشارات اسماعیلیان.
۷۳. مطهری، مرتضی، سیری در سیره نبوی، چ بیست و هفتم، انتشارات صدرا، ۱۳۸۳ش.
۷۴. مطهری، احمد، مستند تحریر الوسیله، چ اول، چاپخانه خیام، قم: ۱۴۰۳ق.
۷۵. موسوی بجنوردی، سید حسن، منتهی الاصول، ج ۱، چاپ دوم، قم: مکتبه بصیرتی، بی تا.

۷۶. مشیریان، محمد، حق مؤلف و حقوق تطبیقی، ج ۱، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۳۹.
۷۷. مرعشی نجفی، شهاب الدین، القول الرشید فی الاجتهاد و التقليد، قم: انتشارات کتابخانه حضرت آیت الله العظمی مرعشی نجفی، بی تا.
۷۸. مصطفوی، سید کاظم، فقه المعاملات، ج اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، ۱۴۲۳ق.
۷۹. مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهیه، ج ۲، قم: انتشارات مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۳۷۰ش.
۸۰. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، التتبیح فی شرح العروة الوثقی، تقریر میرزا علی غروی تبریزی، قم: مؤسسه آل البيت، بی تا.
۸۱. -----، مصباح الفقاهه، ج ۷، بیروت: نشر الهادی، بی تا.
۸۲. -----، المبانی: النکاح (موسوعة الامام خوئی)، قم: مؤسسه آل البيت، بی تا.
۸۳. -----، موسوعة الامام خویی، قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۱۸ق.
۸۴. -----، مصباح الاصول، قم: مؤسسه نشر الفقاهه، ۱۴۲۲ق.
۸۵. -----، محاضرات فی الاصول، قم: مؤسسه نشر الفقاهه، ۱۴۱۷ق.
۸۶. معاونت پژوهش و آموزش و گروه مطالعات و پژوهش های حقوق اقتصادی و بازرگانی، حمایت از حقوق مالکیت فکری در محیط اینترنت، ج ۱، تهران: توسعه مطالعات و پژوهش های بازرگانی، ۱۳۸۶ش.
۸۷. موسوی خمینی، روح الله، تهذیب الاصول، تقریر از جعفر سبحانی، قم: انتشارات دارالفکر، ۱۳۶۷ش.
۸۸. -----، فرائد الاصول، ج دوم، مؤسسه نشر و تنظیم آثار امام خمینی، ۱۴۱۴ق.
۸۹. -----، الرسائل، ج ۲، قم: مؤسسه مطبوعاتی، ۱۳۸۵ش.
۹۰. -----، تحریر الوسیله، ج ۲، ج اول، تهران: مؤسسه نشر و تنظیم آثار امام، ۱۳۷۹ش.

۹۱. ملک زاده، محمد، سیره سیاسی معصومان علیهم السلام، انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه، ۱۳۸۹ ش.

۹۲. نائینی، محمدحسین، فوائد الاصول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۹ق.

۹۳. -----، منية الطالب فی شرح المکاسب، چاپ اول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۷ق.

۹۴. نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، چاپ هفتم، بیروت: دار احیاء التراث العربی، بی تا.

۹۵. نصیری، علی، درسنامه علم حدیث، چاپ اول، قم: انتشارات نصایح، ۱۳۸۱.

۹۶. نراقی، ملا احمد، عوائد الایام، چاپ دوم، قم: مکتبه بصیرتی، ۱۴۰۸ق.

۹۷. واحدی، قدرت الله، مقدمه علم حقوق، چاپ چهاردهم، تهران: انتشارات میزان، ۱۳۹۱.

۹۸. والاس، ربکا، حقوق بین الملل، ترجمه: قاسم زمانی و مهناز بهراملو، چاپ اول، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی، ۱۳۸۲.

۹۹. هاشمی شاهرودی، سید محمود، مقالات فقهیه، چاپ اول، بیروت - لبنان: مرکز الغدیر للدراسات الإسلامیة، ۱۴۱۷ ه ق.

۱۰۰. همدانی، آقا رضا بن محمد هادی، مصباح الفقیه، چاپ اول، قم: مؤسسه الجعفریه لاحیاء التراث و مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۶ق.

ب) مقالات

۱۰۱. اسلامی، سید حسن، حجیت سیره، نشریه نقد و نظر، جلد ۱، دفتر تبلیغات اسلامی قم، بی تا.

۱۰۲. جمعی از مؤلفان، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، بی تا.

۱۰۳. علیشاهی قلعه جوقی، ابوالفضل، پژوهشی در مفهوم و حجیت ارتکاز متشرعه در بیان فقیهان شیعه، فصلنامه مطالعات اسلامی، فقه و اصول، سال ۴۶، شماره ۹۷، تابستان ۱۳۹۳.

۱۰۴. اسماعیلی، محسن و توکلی نیا، امید، شرط ارتکازی در فقه امامیه و حقوق ایران،

- پژوهش نامه حقوق اسلامی، سال دوازدهم، شماره دوم- پاییز و زمستان، پیاپی ۳۴، ۱۳۹۰.
۱۰۵. مکارم شیرازی، ناصر، فصلنامه رهنمون، مدرسه عالی شهید مطهری، شماره ۳ و ۲، ۱۳۷۱.
۱۰۶. موسوی بجنوردی، سید محمد، مجموعه مقالات فقهی حقوقی و اجتماعی، جلد دهم، چاپ اول، تهران: انتشارات پژوهشکده امام خمینی و انقلاب اسلامی، ۱۳۹۰.
۱۰۷. گرجی، ابوالقاسم، مجله دانش پژوهان، شماره ۱۴۱، ۱۳۸۱ و ۸۲.

ج) منابع نوری

کتابخانه الکترونیکی

۱۰۸. Library of Usouial-fiqh کتابخانه اصول فقه ۲
۱۰۹. Ganjineh noor گنجینه نور ۲
۱۱۰. Jami Fiqh جامع فقه ۲
۱۱۱. Noor al-Sireh نور السیره ۲
۱۱۲. Turath کتابخانه تراث
۱۱۳. Qamous al-Noor کتابخانه قاموس النور
۱۱۴. Jami al-Tafasir کتابخانه جامع التفاسیر ۲
۱۱۵. Islamic Theology library کتابخانه تنولوژی اسلامی

وب سایت های اینترنتی

۱۱۶. www.noormagz.com
۱۱۷. www.Noorlib.ir
۱۱۸. ویکی فقه (وب سایت علمی دانشنامه حوزوی)

