

فقه و مبانی حقوق اسلامی

Jurisprudence and the Essentials of Islamic Law
Vol. 54, No. 1, Spring & Summer 2021

سال پنجاه و چهارم، شماره اول، بهار و تابستان ۱۴۰۰
صص ۲۰۳-۱۸۳ (مقاله پژوهشی)

DOI: 10.22059/jjfil.2021.307487.668985

توسعه و تزییق در احکام معاملات در پرتو مقتضیات عرفی و مقاصد شرعی

حمید موذنی^۱، محمدرضا کیخا^۲

(تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۹۹/۱/۴ - تاریخ پذیرش مقاله: ۱۴۰۰/۶/۲۷)

چکیده

اکثر فقهاء ابراز می‌دارند قوانینی که در جامعه اجرا می‌شود، اعم از کیفری، قوانین تجاری، بانکداری و... باید عیناً مطابق قوانینی باشد که در کتب فقهی آمده یا تحت یکی از آن عناوین بگنجد تا مشروعیت داشته باشد. طبق یافته‌های این تحقیق - که به روش توصیفی تحلیلی به نگارش در آمده است- نه تنها مشروعیت معاملات، صرفاً در گرو معاصرت آنها با شارع و امضای شارع نسبت به آنها نیست تا از این رهگذر، اعتبار معاملات مستحدثه، نفی گردد؛ بلکه حتی نمی‌توان پذیرفت هر معامله و قانونی که در عصر نزول، مشروع و مورد امضای شارع بوده الزاماً امروزه هم مشروع باشد. به عبارت دیگر، دلالت سنت و اخبار بر امضای یک معامله، ملاک مشروعیت و اعتبار سنجی آن در اعصار و امصار دیگر نیست. بلکه قوانین - اعم از امضا شده و یا مستحدثه - با دو شرط، مشروع خواهند بود یکی آنکه متناسب با شرائط و اقتضائات موجود باشند و دیگری آنکه با مقاصد و کلیات شرعی در تعارض نباشد در این صورت در همان زمان و برای همان جامعه، مشروع خواهد بود.

کلید واژه‌ها: ابدی بودن احکام، احکام ثابت و متغیر، فقه معاملات، منطقه الفراغ.

۱. دانش آموخته دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه سیستان و بلوچستان؛

Email: moazzeni62@gmail.com

۲. دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه سیستان و بلوچستان (نویسنده مسئول)؛

Email: kaykha@hamoon.usb.ac.ir

۱. مقدمه

از آنجایی که دین مبین اسلام، خاتم ادیان است می‌بایست قوانین آن در تمام عرصه‌ها از جمله، عرصه معاملات و قوانین مربوط به اداره جامعه، در تمام زمان‌ها و مکان‌ها قابل اجرا و از انعطاف و پویایی لازم در این زمینه برخوردار باشد. مشهور فقهاء معتقدند که خاتمیت دین اسلام، اقتضا می‌کند که فقه، دارای دستوراتی مشخص برای جمیع مکلفین در جمیع اعصار و امصار باشد. شریعت اسلام، در قالب سنت نبی اکرم و ائمه معصومین -علیهم السلام- دستوراتی در حوزه اداره جامعه، بیان کرده که اصل در ابدیت و جاودانگی آنهاست. طبق این دیدگاه، فقیه خود را ملزم می‌داند به تمامی این عرصه‌ها ورود پیدا کند و تکلیف مکلفین را مشخص نماید. اما برخی برخلاف این دیدگاه، معتقدند که اصل در قوانین مربوط به اداره جامعه، عدم ابدیت است؛ یعنی اصل بر این است که قوانین مربوط به اداره جامعه در طول زمان و حتی در عرض جغرافیایی مکان، متغیر باشد. [۳۸۱/۱۹] بخصوص از آنجایی که معاملات، از احکام امضایی اسلام هستند؛ یعنی ارمغان شارع برای جامعه نبوده، بلکه همگی ساخته و پرداخته دست بشر در یک زمان و منطقه جغرافیایی خاص بوده است که پیامبر -صلی الله علیه و آله- هیچ نقشی در اختراع آنها نداشته بلکه صرفاً آنها را مناسب جامعه‌ی موجود یافته و به امضای آنها پرداخته است و دلیلی ندارد که مکلفین در زمان‌های بعد و مکان‌های دیگر، خود را ملزم به اجرای فقط همان قوانین بدانند. بنابراین سوال اساسی این است که آیا دلالت سنت بر مشروعیت برخی معاملات در عصر معصوم، دلیلی بر اعتبار معامله مذکور در این عصر نیز هست؟ به عبارت دیگر آیا امضای شارع ذیل برخی قوانین تجاری و... که به حسب شرایط و مقتضیات عصری و منطقه‌ای صورت گرفته، موضوعیت دارد و وجاهت قوانین در حوزه معاملات بالامعنی الاخص، دائرمدار دلالت سنت بر اعتبار آن است؟ با توجه به اینکه عمده احکام شرعی در معاملات مبتنی بر اخبار آحاد است، لذا بنا بر بررسی صورت گرفته در خصوص خبر واحد پژوهش‌های متعدد و از زوایای مختلف انجام شده اما در این تحقیق بنا بر این داریم که حجیت آن را مورد مناقشه قرار دهیم؛ آن هم در فرض و جایگاه استنباط احکام حوزه معاملات به معنای خاص که بسیار کاربرد دارد.

۲. مفهوم‌شناسی

۲-۱. **معامله:** معاملات به آن دسته از قوانین شرعی گفته می‌شود که نیازی به قصد قربت ندارند؛ چون عمدتاً اغراض اخروی در آن‌ها لحاظ نشده، بلکه دارای اغراض دنیوی و حکمت‌های معین و مشخصی هستند. [۶: ۳۱۵] غرض اصلی آنها تنظیم روابط اجتماعی است. [۳۳: ۱۷۰] اموری امضایی هستند [۱، ۳۰۹/۲] که عمدتاً قبل از نزول شریعت، در بین اعراب آن زمان مرسوم بوده‌اند. [۱۴: ۲۱۱] واژه معامله به دو معنای اخص و اعم به کار می‌رود. معامله به معنای اخص بر تمام عقود و ایقاعات اسلامی اطلاق می‌شود. معامله به معنای اعم، هر حکمی را گویند که امتثال آن، متوقف بر قصد قربت نباشد؛ اعم از اینکه از عقود یا ایقاعات یا احکام توصلی باشد. [۲۴: ۲۱۵/۵] این مقاله، ناظر به معاملات به معنای اخص است.

۲-۲. **موضوعیت و طریقیّت:** اموری که مقوم موضوع باشند و بدون آنها موضوع حکم، منتفی است؛ اصطلاحاً موضوعیت در حکم دارند. در مقابل، اموری که بنفسه دخالت در ایجاد موضوع ندارند، بلکه از رهگذر آنها عنوان دیگری - که در حقیقت، موضوع حکم است - محقق می‌شود، اصطلاحاً طریقیّت دارند. بنابراین وقتی چیزی به نحو موضوعیت در دلیل اخذ شده باشد، حکم، نفیاً و اثباتاً دائرمدار آن خواهد بود. [۱۲، ۳۴۴/۲] در این پژوهش وقتی بحث از موضوعیت یا طریقیّت سنت می‌کنیم اشاره به نزاع بین مخطئه و مصوبه در باب طریقی یا موضوعی بودن امارات نداریم بلکه درصددیم تا بگوییم اعتبار یک معامله، نفیاً و اثباتاً دائرمدار وجود سنت بر حجیت آن نیست. اگر امارات، حکایت از اعتبار فلان قانون در عصر نزول و امضای آن توسط معصوم می‌کند از آن جهت است که قانون مذکور، اولاً: متناسب با مقتضیات عصری و جغرافیایی بوده است. ثانیاً: تعارضی با مقاصد کلی شریعت نداشته است. بنابراین سنت، موضوعیت ندارد بلکه طریق و راهی برای احراز دو مطلب مذکور است؛ لذا حکم، نفیاً و اثباتاً دائرمدار اثبات و احراز دو مطلب مذکور است. تشخیص مطلب اول، به عهده عقلاء و کارشناسان است. لذا از شارع بما هو شارع، سراغ نداریم که نسبت به برچیدن معاملات رایج بین مردم و اختراع معاملات نوظهور، همت گمارده باشد؛ بلکه به امضا و ردع و نیز جرح و اصلاح همان قوانین دست ساخته بشری پرداخته است. تشخیص مطلب دوم هم در عصر معصوم، به عهده معصوم و در زمان فقهاء به عهده فقهاء می‌باشد. از این رهگذر به چنین نتیجه‌ای می‌رسیم که اگر در مورد معاملاتی نظیر جعالة، مضاربه و... دلیلی از

سنت بر اعتبار آنها یافتیم، خود سنت، موضوعیت نخواهد داشت، بلکه دلالت سنت، اگر توانست طریق و راهی باشد برای اثبات اینکه معاملات مذکور، در عصر امروز هم متناسب با مقتضیات زمان و مکان هستند و در تعارض و تضاد با مقاصد کلی شریعت نیستند، آنها را معتبر و حجت می‌دانیم؛ و الا خیر. در مقابل، اگر معامله و قانون نوظهوری واجد دو شرط مذکور بود محکوم به اعتبار و حجیت خواهد بود، حتی اگر دلیل خاص نقلی بر اعتبار آن وجود نداشته باشد.

۳. اقوال فقهاء پیرامون گستره احکام شرعی

در پاسخ به این پرسش که آیا شریعت، برای تمام زوایا و عرصه‌های حیات بشری، دستورات مشخص ابدی و جاودانه دارد یا امکان دارد که در بستر زمان، تصمیم‌گیری و قانون‌گذاری در برخی حوزه‌ها را به خود بشر واگذار نموده باشد؟ به دو دیدگاه اساسی اشاره می‌کنیم:

۳.۱. **دیدگاه اول:** مشهور فقهاء معتقدند شریعت برای تمام و یا اکثر زوایا و شئون فردی و اجتماعی زندگی بشر، دستورات مشخص دارد. [۱۳، ۱۴؛ ۳۲، ۱۴۱] که اصل بر ابدیت و جاودانگی احکام صادره از معصومین -علیهم السلام- است [۲۲، ۲۴۸-۱۷، ۱۰۷/۲] مگر آنکه قطع به عدم بقاء و عدم اعتبار آنها پیدا کنیم.

۳-۲. **دیدگاه دوم:** اما برخی از فقهاء معتقدند قانونگذاری در بسیاری از امور اجتماعی به عهده خود بشر گذاشته شده و اگر هم شارع، در این عرصه‌ها بیانی دارد، دلیلی بر ابدی بودن آنها نداریم. [نک: ۱۹، ۱۸۳؛ ۱۹ ص ۳۸۱]

۴. ادله مشهور مبنی بر ابدی بودن تمام احکام شرعی

۴.۱. **دلیل اول:** مطابق نصوصی مانند " حَلَالٌ مُّحَمَّدٌ حَلَالٌ أَبَدًا إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ وَ حَرَامُهُ حَرَامٌ أَبَدًا إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ لَا يَكُونُ غَيْرُهُ وَ لَا يَجِيءُ غَيْرُهُ " [۲۳، ۵۸/۱] حلال پیامبر - صلی الله علیه و آله- برای همیشه تا روز قیامت، حلال خواهد بود و حرامش نیز تا روز قیامت حرام می‌ماند. غیر از این‌ها نخواهد بود و حکمی غیر از اینها نخواهد آمد.

نقد: اما باید گفت حکم، عارض بر موضوع می‌شود؛ لذا موضوع، علت ثبوت حکم است. [۲۵، ۴۳۵/۸؛ ۲۹، ۳۵۰/۱] و مادامی که موضوع، محرز نشود، ثبوت حکم، محرز نمی‌شود؛ زیرا بقاء عارض بدون معروض، معقول نیست. [۸، ۷۷/۵] بنابراین حلال ابدی

بودن - که در روایت مذکور، محمول واقع شده است - متوقف بر آن است که صدق عنوان "حلال" و مشروع بودن، بر یک موضوعی، محرز باشد. در حالیکه اساساً ابدی بودن قوانین مربوط به عرصه معاملات بالمعنی الاخص، محل بحث است؛ لذا اصل صدق عنوان "حلال محمد" بر احکامی که در گذشته مطابق با شرایط و اقتضائات موجود، مورد امضا قرار گرفته محل بحث و نظر است. نتیجه آنکه وقتی صدق عنوان "حلال محمد" مورد تردید قرار گرفت و محرز نشد، حکم هم بر آن مترتب نمی‌شود. در واقع، در جایی که ابدیت یک حکمی، محل بحث و نظر است تمسک به حدیث مذکور، مستلزم دور می‌باشد؛ زیرا ابدی بودن حکم، متوقف بر آن است که همچنان عنوان "حلال محمد"، بر آن صدق کند. صدق عنوان "حلال محمد" متوقف بر آن است که ابدی بودن آن ثابت شده باشد. بنابراین برای آنکه با محذور دور مواجه نشویم؛ لازم است با دلیل خاص - منهای دلیل مذکور - ابدی بودن احکام امضا شده توسط شارع، اثبات شود.

۴.۲. **دلیل دوم: اطلاق ادله:** از آنجایی که احکام الهی مقید به زمان خاصی نشده دانسته می‌شود که حکم، شمولیت داشته و در تمام زمان‌ها حجیت دارد؛ و گرنه بر شارع، لازم بود که با آوردن قید، آن را مختص به زمان خاص کند. [۲۶، ۱۶۰/۲]

نقد: اولاً: تمسک به اطلاق، در گرو آن است که در مقام بیان بودن متکلم، احراز شود. در حالیکه امضای قانونی که به دست خود بشر حسب مصالح، مفاسد و مقتضیات موجود، جعل شده به معنای اعتبار آن در تمام ازمه و امکانه و برای تمام مناسبات و اقتضائات نیست.

ثانیاً: در احکام امضایی، قانونی که متناسب با اقتضائات موجود، امضا می‌شود، قطعاً مقید لیبی دارد یعنی عقل می‌گوید اعتبار قانون مذکور، مادامی است که همچنان با اقتضائات موجود، متناسب باشد. البته شاید این اشکال به ذهن برسد که اگر چنین مطلبی مبنای داوری و اتخاذ دیدگاه، قرار گیرد چه بسا قوانین بسیار دیگر مثل دیات و حدود هم زیر سؤال بروند چه آنکه آنها نیز اگر همه امضایی نباشند، به صورت جزئی، امضایی هستند. برای دفع این اشکال، توجه به این مهم، ضرورت دارد که اولاً: چنین اشکالاتی، استدلالاتی حلی به مثابه دلیل فقهی نیستند، بلکه نهایتاً اشکالاتی نقضی هستند که بر فرض اثبات آنها می‌توان از بطلان لازم، بطلان ملزوم را نتیجه گرفت؛ لکن ثابت و مسلم بودن خود لازم، اول الکلام است. به عبارت دیگر استدلال مذکور، به این شکل است که در صغری گفته می‌شود "اگر احکام معاملات، ابدی نباشد احکام حدود و

دیات نیز ابدی نخواهد بود" و در کبری با نقض لازم یا تالی، نقیض ملزوم یا مقدم، نتیجه گرفته شده و گفته می‌شود "لکن احکام حدود و دیات، ابدی نیست" آنگاه نتیجه گرفته شده که "پس احکام معاملات، ابدی نیست" این در حالی است که تأملات پیرامون حجیت ملزوم - یعنی تغییر ناپذیری احکام معاملات - می‌تواند لزوم درنگ در ادله‌ی لازم - یعنی مفروض بودن تغییر ناپذیری احکام حدود و دیات - را آشکار سازد. خلاصه اینکه وقتی بطلان لازم، مسلم نیست نمی‌توان بطلان ملزوم را نتیجه گرفت بلکه هر کدام از لازم و ملزوم، نیاز به بحث مستقل دارند؛ یعنی مادامی که بطلان لازم، قطعی نیست بطلان ملزوم را فی نفسه و بدون ملاحظه توالی فاسدهای که فساد آنها می‌تواند محل بحث باشد، نمی‌توان اثبات نمود. ثانیاً: تفاوت اساسی میان احکام معاملات بالمعنی الاخص و احکام حدود و دیات، در آن است که مقاصد حکمی در قسم اول از احکام، قابل کشف برای عقل بشری می‌باشد یعنی عقل، می‌تواند مقاصدی که در احکام بیع - اعم از لزوم معلوم بودن ثمن و مضمن، لزوم قابل تحویل بودن و ... - ملحوظ بشر بوده و شارع به امضای آنها پرداخته است را کشف نماید؛ در جایی که مناطات حکم، قابل کشف باشد، توسعه و تضییق حکم بر مبنای مناطات، مقبول است. در مقابل، کشف مقاصد موجود در احکام جزائی - نظیر لزوم زدن هشتاد ضربه شلاق، شروط مربوط به ترتب حکم قطع ید، احکام مربوط به شهود در جرایمی نظیر زنا و ... - قابل کشف برای عقل بشری نیست.

۴.۳. دلیل سوم: استصحاب احکام شرعیه؛ احکامی که سابقاً به طور قطعی در عصر معصوم حجت بوده، امروزه اگر شک در حجیت آنها کردیم به حکم اصل استصحاب، بقاء آنها را ثابت می‌کنیم. [نک: ۲۶، ۱۶۰/۲]

نقد: در جایی که اساساً شک در مشروعیت یک حکم داریم در واقع شک داریم که آیا حکم مذکور به چه نحو مجعول بوده است. اگر حکم به صورت استمراری جعل شده باشد، اقتضای بقاء دارد و گرنه مقتضی بقاء نیست. بنابراین در اینگونه موارد به دو دلیل تمسک به استصحاب، مردود است:

اولاً: جعل حکم، یک امر دفعی است نه استمراری و تمسک به استصحاب در امور دفعی برای اثبات استمرار و بقاء، صحیح نیست. [۴، ۱۷۳/۴]

ثانیاً: در اینگونه موارد، شک ما از نوع شک در مقتضی است که به باور بسیاری از اصولیون، مجرای استصحاب نیست. [۳، ۱۵۹/۳] در واقع شک در اقتضای قوانین مذکور

برای بقاء در تمام زمان‌ها و مکان‌ها را داریم که در اینگونه موارد، تمسک به استصحاب، صحیح نیست. لازم به ذکر است که در مقام دفع دو اشکال مذکور، نمی‌توان به اطلاق ادله تمسک جست؛ چرا که مقام بحث، مقام بررسی مقتضای اصل عملی مرتبط با بحث است که مفروض در آن، منتفی بودن مقتضای اصل لفظی است. به دیگر سخن، پس از آنکه طی واکاوی دلیل قبلی، به نفی اطلاق احکام و مقتضای اصل لفظی همت گماشته شد، در این مقام، به بررسی مقتضای اصل عملی پرداخته شده است.

۵. بررسی دیدگاه عدم التزام به ابدیت همه احکام شرعی

در اینجا به دیدگاه دو تن از فقهاء اشاره می‌کنیم که معتقدند قانونگذاری در بسیاری از عرصه‌های اداره جامعه بر عهده خود بشر گذارده شده است و حتی اگر حکم و قانونی توسط معصومین بیان شده الزاما محکوم به ابدیت نیست:

۵. ۱. نظریه منصوص و غیرمنصوص (ثابت و متغیر)

نائینی یکی از فقهاء و اصولیون نامدار شیعه است. وی که از علمای تاثیرگذار و فعال در عرصه سیاسی - اجتماعی خصوصا در زمان مشروطیت بوده، تمام تلاش خود را به کار می‌بندد تا در راستای اثبات توانمندی فقه در عرصه حکومتداری و امور جامعه، پاره‌ای آراء و مبانی کاربردی ارائه نماید. وی با اشاره به جایگاه و اهمیت زمان و مکان، قلمرو و محدوده‌ی فقه، ولایت فقیه و همچنین مباحث مفصلی پیرامون دولت و حکومت، به آسیب‌شناسی اجتهاد و فقه موجود می‌پردازد. فقیه نامبرده، در مقام بیان وظایف نمایندگان ملت، یکی از وظایف آنان را تشخیص قوانین ثابت از متغیر می‌داند. ایشان وظایف مربوط به اداره جامعه را دو قسم می‌داند: قسم اول، امور منصوص است که وظیفه عملی در آن، مشخص و حکمش در شریعت، معین است. قسم دوم، امور غیر منصوص است که به نظر حاکم بستگی دارد. ایشان وظایف مربوط به قسم دوم را تابع مصالح و اقتضائات زمان و مکان می‌داند که به واسطه تغییر زمان و مکان، قابل تغییر هستند. تعیین تکلیف درباره آنها را برعهده متصدیان امر - که البته مأذون از طرف ولی امر باشند - می‌داند. [نک: ۲۲، ۱۳۳-۱۳۴] برای آنکه وجه تمسک به گفتار ایشان آشکار گردد و همگرایی دیدگاه ایشان با مدعای این نگارش، آشکار گردد به ارائه و بررسی پاره ای از فروعی که ایشان بر این کلام مترتب می‌سازد خواهیم پرداخت تا گمان برده نشود

که بر اساس نظر نایینی مسائل سیاسی و حکومتی در قسم دوم داخل است و ظاهر کلام ایشان هیچ ارتباطی به معاملات به معنی الاخص ندارد. پس این مطلب دلالتی بر موضوع مقاله ندارد. ایشان فروع مهمی را بر این دیدگاه مترتب می‌داند که عبارتند از:

الف) قوانین و دستوراتی که در تطبیق آنها بر شرعیات باید مراقبت و دقت شود، منحصر به قسم اول است و در قسم دوم اصلاً این مطلب، بدون موضوع و بلا محلّ است.

ب) کارشناسی و مشورت نمایندگان مجلس در مقام جعل و وضع قوانین، مربوط به قسم دوم از احکام است.

ج) همانطور که احکام دسته اول، الزام آور است، قوانین دسته دوم نیز لازم الاتباع می‌باشد.

د) ایشان غالب قوانین در حوزه اداره جامعه را - که با عنوان "سیاسات نوعیه" از آنها یاد می‌کند- مربوط به قسم دوم می‌داند که وضع و جعل آنها به عهده منتخبین و نخبگان جامعه است.

و) از آنجایی که قوانین دسته دوم، به حسب شرایط زمان و مکان، تغییر پذیرند، جاودانگی و ابدیت نخواهند داشت. [نک: ۲۱، ۱۳۳-۱۳۴]

نایینی وقتی در این باب سخن می‌گوید از تعبیر "معظم سیاسات نوعیه" استفاده می‌کند یعنی به باور وی، سهم بسیار زیادی از وقایع و مسائل، بدون حکم منصوص می‌باشند که اساساً جعل قانون برای آنها به عهده منتخبان ملت، نخبگان و کارشناسان امر است. احکام مربوط به آن توسط کارشناسان و عقلای قوم قانونگذاری می‌شود. بنابراین در عین حال که الزام آور هستند لکن نیازی نیست که انطباق آنها با شرع، بررسی شود. نکته مهمی که ایشان درباره این دسته از احکام، معتقد است این است که حتی اگر طبق دلیلی ثابت شود که معصومین یا نواب خاص آنها در زمان حضور، حکمی مربوط به این دسته از امور را تقنین و اجرا می‌کردند اصلاً برای ما در این عصر، الزام آور نیست چرا که معصوم یا نائب خاص ایشان، حسب شرایط و مصالح آن زمان، حکم و قانونی را جعل کرده است و قوانین مربوط به این حوزه، با تغییر شرایط، تغییر می‌کند و محکوم به ابدیت و جاودانگی نیست. ایشان در این باره می‌نویسد: "قسم ثانی، تابع مصالح و مقتضیات اعصار و امصار و به اختلاف آن قابل اختلاف و تغییر است، و چنانچه با حضور و بسط ید ولی منصوب الهی - عزّ اسمہ - حتی در سایر اقطار هم به نظر و ترجیحات منصوبین از جانب حضرتش - صلوات اللّٰه علیہ - موکول است، در عصر غیبت

هم به نظر و ترجیحات نوآب عام یا کسی که در اقامه وظائف مذکوره عمّن له ولایة الإذن مأذون باشد، موکول خواهد بود". [۲۱، ۱۳۴]

۵.۲. نظریه منطقه الفراغ

نظریه "منطقه الفراغ" که توسط شهید سید محمد باقر صدر ارائه شده از وجود قلمروی فاقد حکم شرعی در دین خبر می‌دهد. شهید صدر که در کتاب اقتصادنا می‌کوشد برنامه اقتصادی اسلام را پویا و قابل اجرا در شرایط مختلف و در زمان و مکان‌های مختلف معرفی کند با ارائه نظریه "منطقه الفراغ" درصدد تبیین این دیدگاه است که دین به حاکم اسلامی اجازه داده تا در برخی مسائل اجتماعی، سیاسی، حقوقی و... حسب شرایط زمان و با در نظر گرفتن دو عنصر زمان و مکان به تدوین قوانین مورد نیاز جامعه دست بزند. به باور وی قانونگذاری‌های پیامبر نیز از دو حیث صورت می‌گرفته است: برخی را پیامبر، از حیث آنکه شارع و مبلغ الاحکام بوده تقنین نموده تا احکام ثابت و تغییرناپذیر الهی را بیان کند. برخی دیگر قوانینی بوده که پیامبر، از آن جهت که حاکم و ولی امر جامعه بوده برای اداره جامعه و تنظیم امور اجتماعی وضع می‌کرده است. دسته اول محکوم به ابدیت و جاودانگی می‌باشد اما دسته دوم، حسب شرایط و اقتضات زمان و مکان، قابل تغییر است. شهید صدر احکام دسته دوم را دستوراتی مربوط به میدان‌های آزاد قانونگذاری - که از آن به منطقه الفراغ تعبیر می‌شود - می‌داند و برای آن اهمیت بسیاری در مکتب قانونگذاری اسلام قائل است. طبق این دیدگاه، امروزه هیچ الزامی برای تبعیت از آن دسته قوانینی که پیامبر صلی الله علیه و آله از حیث حاکم بودن وضع کرده است، وجود ندارد. ایشان ضمن تاکید بر ضرورت وجود منطقه الفراغ می‌نویسد: قوام مکتب اقتصادی اسلام بدون در نظر گرفتن منطقه الفراغ، امکان ندارد. از نگاه او غفلت از وجود منطقه الفراغ و جایگاه بس ارزنده آن به معنای نادیده گرفتن عنصر محرک اسلام و تمرکز بر عناصر ساکن و غیر پویای اسلام می‌باشد. از منظر شهید صدر، قوانین اقتصادی که پیامبر، تنظیم و تقنین کرده نوعاً برای پر کردن همین منطقه خالی از حکم می‌باشد که طبیعتاً جاودانه هم نخواهند بود و اساساً جزء ثابت قوانین اقتصادی اسلام به شمار نمی‌روند. ایشان تنها خاصیت این دسته قوانین را برای مسلمانان این روزگار در این می‌داند که چه بسا با دقت و مطالعه در قوانین و احکامی که پیامبر صلی الله علیه و آله برای جامعه خود وضع می‌کرده چراغی

پیش روی ما روشن شود تا در پرتو آن بتوانیم اهداف و مقاصد کلی و اساسی که مطلوب پیامبر صلی علیه و آله بوده را کشف نماییم. [۱۹، ۳۸۰-۳۸۱]

۶. دیدگاه مختار و ادله آن

با نقد ادله دیدگاه مشهور، معلوم شد که هیچ دلیلی نداریم مبنی بر اینکه دلالت سنت بر اعتبار یک معامله، موضوعیت داشته باشد؛ یعنی این چنین نیست که اعتبار یک معامله، دایره مدار وجود دلیل خاص بر آن باشد، همچنانکه دلالت دلیل خاص و اقامه سنت بر اعتبار یک معامله، الزاماً دلیلی بر اعتبار آن در تمام شرایط نیست. لذا درباره قوانین معاملات بالمعنی الاخص-که عمدتاً ناظر به اداره جامعه و تنظیم مناسبات اجتماعی اعم از مالی و... هستند- به نظر می‌رسد که اصل بر تغییر آنها به تناسب اقتضات زمان و مکان است. بنابراین چه بسا یک معامله‌ای توسط معصوم، امضا شده باشد اما امروزه نامشروع باشد و یا بنابر اقتضات زمان، قراردادهایی مورد نیاز مردم باشد که نصی در خصوص آن وارد نشده باشد؛ مثل قرارداد بیمه و امثال آن. ادله این دیدگاه عبارتند از:

۶. ۱. **دلیل اول: فقدان دلیل بر اعتبار ابدی؛ مهمترین دلیلی که می‌توان بر عدم ابدی بودن امضات شارع ارائه نمود خود فقدان دلیل بر ابدیت است.** در واقع بهترین دلیل، این است که بگوییم عدم الدلیل، دلیل العدم؛ به این بیان که وقتی دلیلی بر ابدیت و اعتبار قوانین امضا شده در تمام اعصار و امصار نداریم، خود عدم احراز اعتبار، دلیلی بر عدم اعتبار است. زیرا اعتبار و مشروعیت، نیاز به دلیل دارد. نظر به اینکه ادله ابدی بودن قوانین حوزه معاملات را نقد کردیم دلیلی بر اعتبار آنها در تمام ازمنه و امکانه باقی نمی‌ماند. از آنجا که در مقام نقد این دلیل، ممکن است گفته شود که آیات و روایات مربوط به ابواب معاملات، مقید به زمان خاصی نیستند و اصل بر اطلاق آنهاست، پیش از این به نقد اطلاق ادله در باب معاملات بالمعنی الاخص و نیز مقتضای اصل استصحاب، همت گماشتیم.

۶. ۲. **دلیل دوم: وجود مقید لبی؛ مطابق این دلیل می‌گوییم نه تنها دلیلی بر اعتبار قوانین امضا شده توسط معصومین علیهم السلام در اعصار و امصار دیگر نداریم، بلکه می‌توان ادعا کرد که دلیل بر عدم اعتبار و تخصیص قوانین مذکور داریم. تقریب این استدلال، به این کیفیت است که وقتی غرض از معاملات، تنظیم روابط اجتماعی باشد، معقول نیست که با تغییر اجتماع، تغییر نکنند. به عبارت دیگر، وقتی می‌بینیم که**

جعل معاملات به دست بشر بوده و شارع، صرفاً از آن جهت که آنها را مناسب برای اداره جامعه یافته نسبت به امضای آنها اقدام فرموده است، عقل، حکم می‌کند به اینکه اعتبار قوانین مذکور، مادامی است که این مناسب بودن، محرز باشد. لذا به حکم مخصص لیبی می‌گوییم در جایی که کارآمد بودن معاملات مذکور و مفید بودن آنها برای تنظیم مناسبات اجتماعی، محرز نباشد دلیلی بر اعتبار و بقاء امضای شارع وجود ندارد. نباید گمان شود که دلیل مذکور، یک دلیل استحسان است چه آنکه اساساً وقتی سخن از لیبی بودن این تقیید به میان می‌آید بدان معناست که الزاماً بر پایه مناسبات لفظیه، تحصیل نشده است، بلکه بر پایه تحلیل مفهوم معامله، کیفیت تشریح و امضای آن توسط شارع و نیز واکاوی چگونگی مواجهه شارع با معاملات عصر نزول، استظهار شده است.

۳.۶. دلیل سوم: ظهور روش و فعل شارع؛ شارع مقدس با ورود به اجتماع و مواجهه با نوع معاملات آدمیان، اقدام به برچیدن آنها و ارائه نظام جدیدی در باب معاملات نکرد و اساساً معاملات جدیدی را از ناحیه پروردگار به ارمغان نیاورد. به تعبیر دیگر مهم‌ترین رسالت شارع در این حوزه، ارائه ضوابط و مقاصد کلی از قبیل رعایت عدالت و اجتناب از ظلم، غرر، ضرر و... بوده و می‌کوشید چنانچه معامله‌ای با این مقاصد، ناسازگار بود حذف یا تعدیل نماید. [۲۶، ۴۷۵] حال وقتی چنین روشی را از شارع، سراغ داریم آیا می‌توان احتمال داد که اگر شارع، امروز بود ما را ملزم به استفاده از معاملاتی می‌نمود که در قرون گذشته برای تنظیم روابط اجتماعی مفید بوده است؟ آیا شارع می‌فرمود شما باید از همان معاملاتی برای تنظیم روابط اجتماعی خود بهره‌گیرید که من هیچ نقشی در تشریح و جعل آنها نداشتم؟ اگر نگوییم که قطعاً جواب، منفی است، لاقلاً، قائل به اجمال و لزوم اخذ به قدرمتیقن می‌شویم. قدر متیقن از ادله مذکور، مشروعیت آنها در فرضی است که ترتب نتایج مورد انتظار از قوانین مذکور، محرز باشد. از روش شارع چنین استنباط می‌شود که اگر امروز هم می‌بود، دست به امضای تمام معاملات - که بشر برای تنظیم روابط اجتماعی خویش جعل نموده - می‌زد و فقط آنها را ملزم به انطباق معاملات خویش با اغراض و مقاصد کلی می‌نمود.

شاید گفته شود که این دلیل، صرفاً مقتضی اعتبار بخشیدن به معاملات نوظهور است، لکن دلیلی بر الغاء معاملات عصر نزول نخواهد بود. بر پایه آنچه پیش از این گفته شد ارکان دخیل در مشروعیت یک معامله، در مرتبه اول، قابلیت آن برای تنظیم روابط اجتماعی و در مرتبه دوم، انطباق آن با مقاصد کلی شریعت است. به دیگر سخن،

وقتی شارع، به امضای یک معامله می‌پردازد موضوعی که امضاء شارع، ذیل آن آمده است یک قانونی است که جعل آن بر پایه مناسبات عقلی بشر و در راستای تنظیم روابط اجتماعی صورت پذیرفته است. تحلیل چنین مفهومی، آشکارا حکایت دارد که اگر عقل بشری، چنان کارکردی را منتفی بداند و بر پایه همان مناسباتی که جعل آن توسط بشر صورت پذیرفته نفی آن صورت پذیرد، راهی برای احراز مشروعیت و بقاء آن وجود ندارد. در تأیید ادله مذکور، نکته ای را می‌افزاییم و آن اینکه تنقیح مناط از فتوای برخی فقهاء مبنی بر عدم لزوم تعاصر معاملات با عصر معصوم، مؤیدی بر دیدگاه مختار است. برخی فقهاء، صریحا می‌گویند لازم نیست امروزه صرفا معاملاتی را به رسمیت بشناسیم که حتما در زمان شارع بوده و به امضا و تقریر وی در آمده است [۱۸، ۹] اگر مناط این رأی را عدم تأسیسی و توقیفی بودن قوانین این حوزه بدانیم، آشکارا دلالت می‌کند بر اینکه قرار نیست معاملاتی که قبلا به امضای شارع رسیده نیز الزاما امروزه هم در این جوامع مورد امضای شارع باشد؛ زیرا اساسا قوانین و دستورات این عرصه، متناسب با شرایط و اقتضائات زمانی تنظیم و به اجرا گذاشته می‌شود. البته استناد به ادله مذکور، بدان معنا نیست که حتما باید تمام معاملات عصر شارع را کنار بگذاریم، بلکه سخن بر سر آن است که صرف امضای شارع و دلالت سنت بر اعتبار قوانین مذکور در زمان معصوم، موضوعیت ندارد بلکه هر کدام از آن معاملات که امروزه هم کارآمد بود، به کار می‌گیریم و اگر کارآمد نبود رها می‌کنیم و به سراغ وضع قوانین جدید می‌رویم.

۷. نقدها و اشکالات وارده بر دیدگاه مختار

در اینجا به بررسی و نقد برخی اشکالاتی که ممکن است متوجه دیدگاه نگارندگان شود، می‌پردازم:

۷.۱. اشکال اول: اگر قرار باشد معاملات، متناسب با شرایط زمان و مکان، توسط عقلای قوم و کارشناسان هر فن تدوین شود پس خاصیت این همه آموزه، دستور و نصوص دینی در باب معاملات چه می‌شود؟

پاسخ: فایده بسیار مهمی که بر دستورات در این حوزه، مترتب می‌شود آن است که با تأمل در آنها اهداف و مقاصد کلی شارع را به دست می‌آوریم. شهید صدر در این باره می‌نویسد: "نوع تشریح و قوانینی که پیامبر از حیث ولی امر بودن در این حوزه صادر نموده احکام دائمی نخواهند بود... بنابراین جزء ثابتی از مکتب اسلام نیست؛ گرچه تا

حد زیادی چراغی روشن می‌کند تا نحوه تدوین قانون در این بخش از شریعت که خالی از احکام ثابت است را بیاموزیم و بتوانیم اهداف اساسی که مدنظر پیامبر بوده را شناسایی نماییم". [۱۹، ۳۸۱]

۷.۲. اشکال دوم: نظر به توحید تشریحی و با توجه به اینکه تنها مرجع قانونگذاری، خداوند است چطور جایز می‌باشد که خود مکلفین نسبت به جعل قانون و تدوین نظام معاملات اقدام نمایند؟ آیا این کار به معنای راه انداختن دستگاهی در برابر برنامه‌های شارع نیست؟ آیا این بدعت نیست؟

پاسخ: در تعریف بدعت گفته شده بدعت عبارت است از "إدخال ما لیس من الدین فیه؛ اینکه چیزی را که جزء دین نیست داخل دین کنیم". [۱۶، ۳ / ۴۲۸] بنابراین مناط و ملاک اصلی در حرمت بدعت، آن است که حکمی را بدون دلیل، به خداوند نسبت دهیم و در دین خداوند وارد سازیم در حالی که سخن ما در اینجا این نیست که مجتهد، جزئیات و تفصیل قوانین را - که کارشناسان به آنها دست یافته‌اند به خداوند نسبت دهند بلکه صرفاً انطباق آنها را با قواعد کلی که از ناحیه شارع ارائه شده کشف می‌کنند و این انطباق را به دین نسبت می‌دهند. نائینی، شبهه‌ای را که برخی در این باره مطرح می‌کردند چنین بیان می‌کند: "عجب‌تر آنکه مدعیان اسلام چگونه از لوازم و مقتضیات اصول مذهب غفلت و یا تغافل و تجاهل نموده، مغالطه تردیدی خیلی بی‌ربط، که آیا این نسخ و تغییر، عدول از واجب به حرام و یا از حرام به واجب و یا از مباح به مباح دیگر است؟ برای تشویش اذهان عوام القاء، و بر هر تقدیر نغمه مضحکه سرودند" [۲۱، ۱۳۸] نگاه این تغییر احکام را بدون اشکال می‌داند و در پاسخ به این شبهه می‌نویسد: "دانستی که این نسخ و تغییر... از باب عدول از فرد واجب است به فرد دیگر، و قدر مشترک آنها - که حفظ نظام و سیاست امور امت است - واجب حسبی است و اختیار افراد، تابع خصوصیات مصالح و مقتضیات اعصار می‌باشد." [۲۱، ۱۳۸] ایشان مغالطه ای را متصف به مغرضانه می‌کند - که علی‌رغم روان نبودن متن آن و صرفاً به جهت تحفظ بر ذکر صریح کلام ایشان - به نقل عین عبارات ایشان می‌پردازیم. وی در این باره می‌نویسد: "دین ما مسلمانان، اسلام، و قانونمان قرآن آسمانی و سنت پیغمبر آخر الزمان صلی الله علیه و آله است؛ پس تدوین قانون دیگری در بلد اسلام، بدعت و در مقابل صاحب شریعت دگان باز کردن است و التزام به آن هم - چون بدون ملزم شرعی است - بدعتی دیگر، و مسئول داشتن از تخلف هم بدعت سوم است." [۲۱، ۱۰۶] سپس

در نقد این مغالطه، آن را شبیه سخن خوارج می‌داند که قرآن را بر سر نیزه کردند و شعار لاحکم الا لله سر می‌دادند [۲۱، ۱۰۶] و در رد این مغالطه می‌نویسد: "این مطلب از اظهر بدیهیات اسلامی و متفق علیه کلّ علمای امت و از ضروریات است که مقابله با دستگاه نبوت و در مقابل شارع مقدّس، دگان باز کردن، که در لسان اخبار بدعت و به اصطلاح فقهاء تشریح نامیده می‌شود، در صورتی متحقق و صورت پذیر می‌شود که غیر مجعول شرعی به عنوان آنکه مجعول شرعی و حکم الهی - عزّ اسمہ - است، ارائه و اظهار و الزام و التزام شود؛ و آلا بدون اقتران به عنوان مذکور، هیچ نوعی الزام و التزامی بدعت و تشریح نخواهد بود. [۲۱، ۱۰۷]"

۳.۷. اشکال سوم: نقش حجیت قول و تأیید معصوم یا عدم ردع معصوم نسبت به احکام معاملات چیست؟

پاسخ: برای دفع اشکال مذکور، آنچه مکرر در خلال مباحث، مورد اشاره قرار گرفت را مجدداً مطرح می‌سازیم. تبیین آن را از خلال کلمات شهید صدر دنبال می‌کنیم. ایشان ابراز می‌دارد قوانین اقتصادی که پیامبر، تنظیم و تقنین کرده نوعاً در جهت پرکردن همین منطقه خالی از حکم می‌باشد که طبیعتاً جاودانه هم نخواهند بود و اساساً جزء ثابت قوانین اقتصادی اسلام به شمار نمی‌روند. ایشان تنها خاصیت این دسته قوانین را برای مسلمانان این روزگار در این می‌داند که چه بسا با دقت و مطالعه در قوانین و احکامی که پیامبر برای جامعه خود وضع می‌کرده چراغی پیش روی ما روشن شود تا در پرتو آن بتوانیم اهداف و مقاصد کلی و اساسی که مطلوب پیامبر بوده را کشف نماییم. [۱۹، ۳۸۰-۳۸۱]

۴.۷. اشکال چهارم: آیا باز خورد این رویکرد، به معنای عصری و عرفی شدن فقه اسلامی نیست؟

پاسخ: برای دفع این اشکال، لازم به ذکر است که آنچه گفته شد ناظر به احکام معاملات بالمعنی الاخص است یعنی نه تنها ناظر به ابواب عبادات نیست، بلکه در بخش معاملات بالمعنی الاعم نظیر احکام نکاح و ... نیز کارکرد ندارد بنابراین در این ابواب که سهم زیاد بلکه حداکثری از فقه را به خود، اختصاص می‌دهد شیوه‌ای که گفته شد اتخاذ نمی‌شود. ضمن اینکه در خود ابواب معاملات بالمعنی الاخص نیز همچنان این فقهاء هستند که با

روش و ابزار فقهی، مقاصد کلی شریعت و آنچه مورد لحاظ شارع بوده را از اخبار وارده، استنتاج و استظهار می‌کنند تا در راستای توسعه و تزییق احکام از آن بهره‌جویند و در کنار کارشناسی‌های کارشناسان، مورد عمل قرار دهند تا به اثبات مشروعیت احکام معاملات بالمعنی الاخص در اعصار و امصار مختلف همت‌گمارند. افزون بر آنچه گفته شد، ذکر این نکته نیز خالی از فایده نیست که وقتی ادله به نفع دیدگاهی اقامه شد مادام که ادله، قوی و مستند باشند باید مورد تبعیت قرار گیرند و به صرف پاره‌ای از توالی فاسده‌ای که فاسد بودن آنها محرز نیست، نمی‌توان از ادله دست کشید. در این باره نیز به بیانی از شهید صدر اشاره می‌کنیم. ایشان در بحث چرایی ورود سیره عقلاء به فقه شیعه - طی دو قرن اخیر - می‌نویسد: فقهاء امامیه تا پیش از افول اصول قدیم و ظهور اصول جدید - که مؤسس آن شیخ انصاری است - تلاش خویش را به کار می‌بستند تا به هر شکل ممکن از مخالفت با اجماع فقهاء و مشهور اصحاب، اجتناب نمایند تا آنکه در دوره جدید اصول، مردود بودن برخی عناصر که راهی برای موافقت با قدماء بود، آشکار شد. اجماع منقول به خبر واحد، شهرت، فهم اصحاب، جابریت شهرت نسبت به ضعف سند، همگی فقیه را کمک می‌کردند تا آراء خود را متناسب با اقوال پیشینیان کند. در دوره جدید اصول، فقیهان نامداری همچون شیخ انصاری، بسیاری از مبانی مسلم گذشتگان را انکار نمودند لکن همین بزرگان، تحت تأثیر یک عنصر روانشناختی بر خلاف یافته‌های اصولی خویش، در بحث‌های فقهی، دقیقاً به چیزهایی استناد کردند که در اصول، باطل ساخته بودند... این اقدام، بدان جهت بود که خیالشان آسوده گردد که نه فقه جدیدی تأسیس خواهد شد و نه حکم غریبی از ادله، بیرون خواهد آمد. [نک: ۲۰، ۹۴-۹۷/۲]

۸. ثمره بحث

در پایان به بیان برخی مصادیق عینی برای تطبیق مبحث ارائه شده در این مقاله می‌پردازیم.

۸. ۱. **مصدق اول: تحجیر؛** یکی از اسباب شرعی که مفید حق و اولویت است تحجیر می‌باشد. [۱۰، ۲۵۹/۲] تحجیر عبارت از این است که "شخصی بر روی زمین، مرز قرار دهد و یا اطراف آن دیوار بکشد" [۱۱، ۲۱۹] و به این ترتیب در جهت آبادانی زمین، گام بردارد. شخصی که تحجیر می‌کند نسبت به دیگران، حق اولویت پیدا می‌کند

و تا زمانی که وی از این زمین، اعراض نکرده و یا آثار تحجیر بر اثر اسباب طبیعی از بین نرفته است دیگران حق تصرف در آن زمین را ندارند. تحجیر، اقدام و تدبیری است که جهت آباد کردن سرزمین‌ها توسط پیامبر، تأسیس و یا امضا شده است.

۸.۲. مصداق دوم: حیازت؛ یکی از راه‌های تحصیل مالکیت بر مباحات، حیازت است.

مطابق قاعده فقهی "من حاز شیئا ملکه" [۱۵، ۳۶۲] چنانچه شخصی بر یکی از مباحات [یعنی اموری که سابقه مالکیت کسی بر آن وجود ندارد] تسلط یابد، مالک آن می‌شود.

۸.۳. مصداق سوم: بسیاری از عقود اسلامی نظیر جعاله، مضاربه و...؛ این عقود

در قرون متمادی، اهدافی که مطلوب بشر و سازگار با اغراض شارع بوده را تامین می‌کرده‌اند. امروزه نیز در بسیاری از موارد، همچنان بر مطلوبیت خود باقی هستند لکن در مواردی نیز کاملا برای کارشناسان و متدینین، روشن است که این عملیات‌ها از کارکرد اصلی خود دور شده و چه بسا عکس مطلوب را نتیجه می‌دهند و در نظاماتی نظیر نظام بانکی، گاهی نتایج نامطلوبی بر آنها مترتب می‌شود که بر معاملات نامعتبری چون ربا مترتب می‌گردد. مثلا بسیاری از سودهای کلان بانکی، جریمه‌های تاخیر و... در قالب همین عقود، محکوم به مشروعیت می‌شوند. فعلا در مقام بررسی صغروی نیستیم که آیا دریافت این سودها، عقلانی و به نفع نظام اقتصادی و آحاد جامعه هست یا نه؟ آیا حلال هستند یا نه؟ بلکه می‌خواهیم ببینیم چنانچه قوانین نظام بانکی که نتیجه آنها دریافت چنین سود و جریمه‌هایی است چنانچه به مصلحت افراد جامعه و در راستای بهبود تنظیم روابط اجتماعی نباشند آیا صرف اندراج آنها تحت یکی از عقود مذکور، به آنها مشروعیت می‌بخشد؟ به عبارت دیگر اگر عقود مذکور، در یک زمانی اغراض شارع را برآورده می‌ساختند اما در روزگار فعلی در یک عملیات بانکی، دقیقا به ضد مقاصد شارع، می‌انجامد آیا همچنان محکوم به حجیت هستند؟ به عبارت دیگر آیا دلالت سنت بر حجیت و امضای آنها فی نفسه، موضوعیت دارد؟ آیا می‌توانیم بگوییم به صرف اینکه قطع به اقامه سنت بر اعتبار آنها در عصر معصوم وجود دارد امروزه هم اعتبار و مشروعیت دارند؟

شاید برای نقد سخن مذکور، گفته شود مشروعیت معاملات یک بحث است و استفاده از حیل شرعی بحث دیگر است. اینکه معاملات بانکی را به نحو غلط، وارد مضاربه و... می‌کنند منافاتی با مشروعیت این عقود ندارد. جهت دفع این اشکال، خاطر نشان می‌گردد غرض از ذکر این عبارات، آن است که اگر قرار باشد صرفا با تمسک به اطلاق ادله معاملات مذکور و بدون عطف توجه به مقاصد موجود در آنها، می‌بایست

چنین شکلی از تمسک به حیل شرعی را مشروع دانست و طبیعتاً توالی فاسده ای که ذکر کرد را نیز پذیرفت. همین که مستشکل، این شکل از مستمسک قرار دادن معاملات شرعی را ناروا می‌داند و گاه با تعبیر حیل شرعی از آنها یاد می‌کند حکایت از آن دارد که اطلاق آنها را به شکلی تبعدی نپذیرفته بلکه اعتبار به کار بستن آنها را دائر مدار ترتب مقاصد ملحوظه می‌داند. در ادامه به برخی از مصادیق معاملات مستحده و نوظهور جهت تبیین ثمره بحث، اشاره می‌کنیم:

۸. ۴. مصداق اول: بیمه؛ درباره بیمه‌ها در کتب فقهی معاصر تحت عنوان "تأمین" به عنوان یکی از عقود مستحده، بحث می‌شود. عمدتاً فقهاء می‌کوشند تا آن را تحت یکی از عناوین شرعی در آورند. گاهی تحت عنوان جعاله و گاهی تحت عنوان ضمان، به بحث پیرامون آن می‌پردازند. [۳۲، ۱۷۹]

۸. ۵. مصداق دوم: سرقتی؛ عبارت است از حق اولویتی که مستأجر بر ملک پیدا می‌کند در مقابل پولی که به مالک در اول کار می‌پردازد و مطابق آن، مستأجری که سرقتی پرداخته در اجاره کردن آن ملک، اولی از دیگران است. [۲۸، ۴۷۸] سرقتی در سابق وجود نداشت و امروز در میان عقلای اهل عرف وجود دارد. [۲۸، ۴۷۸] از اینرو فقهاء می‌کوشند تا آن را تحت یکی از عقود و ایقاعات شرعی بگنجانند. در برخی موارد آن را تحت عنوان حواله و در برخی موارد تحت عنوان هبه و یا مصالحه، برای آن وجاهت شرعی قائل می‌شوند. [۹، ۱۷۹/۱]

۸. ۶. مصداق سوم: تجارت‌های الکترونیک؛ بسیاری از قوانین که در تجارت‌های سنتی، قابل تحقق بود نظیر قبض و اقباض، ایجاب و قبول، خیار مجلس، خیار رویت و اموری از این قبیل، در تجارت‌های الکترونیک -که سهم عمده در مبادلات داخلی و بین‌المللی دارد- قابل اجرا نیست. از این رو مباحث گسترده‌ای در این زمینه بین فقهاء صورت پذیرفته تا ببینند انطباق این نوع عملیات‌های اقتصادی بر قوانین شرعی چگونه امکان دارد؟

۸. ۷. مصداق چهارم: عملیات‌های بانکی؛ بانکداری به عنوان یک پدیده نوظهور - که اثری از آن در عصر معصوم نیست- با توجه به حضور وسیع و تأثیرگذاری که در عرصه حیات بشر امروز و نظام اقتصادی دولت‌ها دارد، اسلامی کردن آن برای فقهاء، همیشه یک بحث جدی و دغدغه مهم بوده است. پرسش‌های مختلف فقهی که ره‌آورد حضور بانک‌ها در زندگی آدمیان این دوره است پیوسته فقهاء را در مقام پاسخگویی قرار داده و البته اختلافات بنیادین نظری بین دانشمندان فقه و اقتصاد، این بحث را به یکی

از مباحث چالشی تبدیل نموده است. مشروعیت سودهای بانکی، جریمه‌های تأخیر، کارمزدها و امثال این عناوین، پیوسته محل بحث بین فقهاء است. عمدتاً فقهاء، مشروعیت عملیات‌های بانکی را در گرو اندراج آنها تحت یکی از عناوین جعله، مضاربه، مشارکت، صلح، حواله و... می‌دانند. [۷، ۴۷۸/۱] که البته مورد انتقاد بسیاری از فقهاء و حقوقدانان واقع شده است. این روش گرچه مورد تأیید بسیاری از فقهاء قرار گرفته است [۵، ۲۷۷/۳] لکن عده دیگری از فقهاء به نقد جدی آن همت گمارده‌اند. مکارم شیرازی در این باره می‌نویسد: "اگر فرار از ربا به این آسانی بود و این مسئله مهم و گناه کبیره، با یک معاوضه و صلح و هبه و... حل می‌شد، چرا پیامبر گرامی اسلام - صلی الله علیه و آله و سلم - این راهها را به مردم نشان نداد؟ بلکه برای برخورد جدی با رباخواری و جلوگیری از این گناه بزرگ، حتی دستور جنگ می‌دهد" [۲۹، ۸۰]

بسیاری از حقوقدانان نظیر امامی نیز معتقدند "بعضی از حیل قانونی اگر چه از نظر حقوقی اشکالی در بر ندارد و به قالب و صورت معاملات مشروع می‌تواند درآید، ولی پلیدی و زشتی امر را از نظر اجتماعی و اخلاقی نمیتوان دور داشت و مصالحی که قانون حفظش را در نظر داشته زیرا پا گذاشت و بر خلاف منظور قانون‌گذار عمل کرد." [۲، ۲۰۲/۲] یکی از عرصه‌هایی که می‌تواند محل ظهور ثمره برای مبحث این مقاله باشد همین عملیات‌های بانکی است. مصادیق و موارد مذکور، بخش اندکی از مصادیق بسیاری هستند که بسط کلام پیرامون آنها در گنجایش این پژوهش نیست. مواردی که پیوسته محل بحث و تبادل نظر بین فقهاء، کارشناسان و حتی توده متدینین و متشرعین است. درباره این موارد می‌بایست این بحث را مطرح کنیم که آیا اسباب ملکیت و عملیات‌های اقتصادی، منحصر در همان مواردی است که در عصر معصوم به اجرا در آمده و مورد امضای شارع واقع شده است؟ با توجه به این که در نظام بانکداری فعلی - که از آن به بانکداری اسلامی یاد می‌شود - بسیاری از سودها تحت عنوان یکی از نهادهای شرعی، مشروعیت می‌یابد آیا تمامی معاملات و اسباب ملکیت که به امضای معصوم رسیده در تمام شرایط، مشروعیت دارند؟

۹. بیان پاسخ مبتنی بر یافته‌های مقاله

برای پاسخ به سوالات قسم اول و دوم، راه حل‌های متعددی ارائه شده است. راه حل ما در این مقاله - مبتنی بر یافته‌های تحقیق - این است که اولاً قرار نیست هر معامله‌ای

که به امضای معصوم رسیده امروز نیز مورد عمل قرار گیرد بلکه امضای شارع، طریقیست دارد تا از رهگذر آن احراز گردد که فلان معامله در عصر معصوم، جهت تنظیم روابط اجتماعی، کارآمد و مطابق با مقاصد کلی شریعت بوده است. حال اگر همچنان کارآمد بودن معامله‌ای به تأیید کارشناسان و نیز انطباق آن با قواعد کلی شریعت به تأیید فقیه برسد مشروع خواهد بود وگرنه نمی‌تواند به عنوان قانون و معامله شرعی تلقی گردد. بنابراین لازم نیست برای خارج کردن معاملاتی نظیر تحجیر، احیاء، حیات، جعاله، مضاربه، و... از چرخه عملیات‌های اقتصادی، به احراز ناکارآمد بودن آنها بپردازیم یعنی قرار نیست که فقیه، بکوشد تا ادله‌ای به عنوان ادله حاکم بر ادله مشروعیت معاملات مذکور بیابد و یا عدم حجیت معاملات مذکور را در قالب یکی از عناوین ثانوی احراز کند بلکه عدم احراز کارآمد و غیرمفید بودن آنها برای حکم به عدم حجیت آنها کافی است. به عبارت دیگر عدم حجیت آنها نیاز به احراز اخلاف آنها به نظام معاش ندارد بلکه عدم احراز مفید بودن آنها به حال نظام معاش، دلیل بر عدم حجیت آنهاست. از اینرو اگر کارشناسان قوانینی را برای نظام بانکی تنظیم کردند که چه بسا تحت هیچیک از عقود عصر معصوم ننگند و فقهاء نیز هیچ محذوری - که منافی با مقاصد کلی شریعت باشد - را در آنها نیابند قوانینی لازم‌الاتباع خواهند بود. بالعکس، چنانچه معاملاتی به امضای شارع رسیده باشد اما امروزه، مفید بودن آنها به تأیید کارشناسان نرسد و یا اعمال آنها به نقض اغراض شارع بینجامد اصلاً مشروعیت نخواهند داشت.

۱۰. نتیجه‌گیری

جامعه‌ای که پیامبر در آن ظهور کرد مانند هر جامعه دیگر، قوانینی را برای خود تنظیم کرده بودند و با آنها به تنظیم امور اجتماعی خویش می‌پرداختند. پیامبر ابداء در جهت حذف این قوانین و بنا نهادن نظام قانونی جدیدی اقدام نفرمود بلکه صرفاً با ارائه پاره‌ای از قواعد و مقاصد کلی مثل غرری و ضرری نبودن، به رد یا اصلاح معدودی از این قوانین و معاملات مبادرت ورزید و بقیه را بالکل امضا فرمود. امضای پیامبر ناظر به شرائط، مصالح و اقتضات زمان و مکانی بوده که این معاملات را در آن به کار می‌گرفته‌اند. بدیهی است چنین امضایی، محکوم به ابدیت نخواهد بود بلکه کاملاً تابع شرایط و اقتضات زمان و مکان می‌باشد. از این رو با توجه به فقدان دلیل بر اعتبار ابدی امضات شارع بلکه وجود مقید لیبی و نیز با توجه به ظهور روش و فعل شارع می‌گوییم معاملات

شرعی به معنای دستوراتی از ناحیه پروردگار که در تمام امصار و اعصار مختلف، ملزم به اجرای آنها باشیم وجود ندارد. ضمناً تنظیم معاملات بر عهده کارشناسان هر فن و انطباق آنها با قواعد و مقاصد کلی شریعت بر عهده فقهاء است.

منابع

- [۱]. اراکی، محمدعلی، (۱۴۱۵ق) کتاب البیع (للأراکی)، قم، مؤسسه در راه حق، چاپ اول.
- [۲]. امامی، سید حسن، (؟) حقوق مدنی (امامی)، تهران، انتشارات اسلامیه.
- [۳]. انصاری، مرتضی بن محمدامین، (۱۴۲۸ق) فرائد الأصول، قم، بی‌نا، چاپ نهم.
- [۴]. آل فقیه عاملی، ناجی طالب، (۱۴۲۱ق) دروس فی علم الأصول (شرح الحلقة الثالثة) - بیروت، بی‌نا، چاپ اول.
- [۵]. بهجت، محمدتقی، (۱۴۲۸ق) استفتاءات (بهجت)، قم، دفتر حضرت آیه الله بهجت، چاپ اول.
- [۶]. بحرانی، محمد سند، (۱۴۲۸ق) فقه المصارف و النقود، قم، مکتبه فدک، چاپ اول.
- [۷]. تبریزی، جواد بن علی، (؟) استفتاءات جدید (تبریزی)، قم، بی‌نا، چاپ اول.
- [۸]. تبریزی، موسی بن جعفر، (۱۳۸۸ش) فرائد الأصول (مع حواشی أوثق الوسائل)، قم، بی‌نا، چاپ دوم.
- [۹]. جمعی از مولفان، (؟) مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، چاپ اول.
- [۱۰]. حلّی، محقق، نجم الدین جعفر بن حسن، (۱۴۱۸ق) المختصر النافع فی فقه الإمامیه، قم، مؤسسه المطبوعات الدینیة، چاپ ششم.
- [۱۱]. ———، (۱۴۰۸ق) شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم.
- [۱۲]. حیدری، کمال، (۱۴۲۸ق) الدروس شرح الحلقة الثانية، قم، بی‌نا، چاپ اول.
- [۱۳]. خمینی، سیدروح الله موسوی، (۱۴۱۸ق) الاجتهاد و التقليد (للإمام الخمينی)، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، چاپ اول.
- [۱۴]. ———، (۱۴۲۰ق) الرسائل العشرة (للإمام الخمينی)، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، اول.
- [۱۵]. ———، (؟) کتاب البیع (تقریرات، للقدیری)، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، چاپ اول.
- [۱۶]. خوبی، سیدابوالقاسم موسوی، (۱۴۱۶ق) صراط النجاة (المحتسب للخوائی)، قم، مکتب نشر المنتخب، چاپ اول.
- [۱۷]. خوبی، شهید، سیدمحمدتقی موسوی، (۱۴۱۴ق) الشروط أو الالتزامات التبعية فی العقود، بیروت، دار المؤرخ العربی، چاپ اول.
- [۱۸]. سبحانی تبریزی، جعفر، (۱۴۲۳ق) دراسات موجزة فی الخيارات و الشروط، قم، مرکز العالمی للدراسات الإسلامیة، چاپ اول.
- [۱۹]. صدر، سید محمدباقر، (۱۴۱۷ق) اقتصادنا، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ اول.

- [۲۰]. _____، (۱۴۰۸ ق) مباحث الأصول، چاپ اول، قم.
- [۲۱]. غروی نایینی، میرزا محمدحسین، (۱۴۲۴ ق) تنبيه الأمة و تنزيه الملة، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول.
- [۲۲]. فیاض کابلی، محمد اسحاق، (۱۴۲۶ ق) المسائل المستحدثة (للفیاض)، کویت، مؤسسه مرحوم محمد رفیع حسین، چاپ اول.
- [۲۳]. کلینی، محمد بن یعقوب بن اسحاق، (۱۴۰۷ ق) الکافی (ط-الإسلامية)، تهران، دارالکتب الإسلامية، چاپ چهارم.
- [۲۴]. مدنی تبریزی، یوسف، (۱۴۰۳ ق) درر الفوائد فی شرح الفرائد، قم، چاپ سوم.
- [۲۵]. مروجی، علی، (۱۴۱۰ ق)، تمهید الوسائل فی شرح الرسائل - قم، چاپ اول.
- [۲۶]. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۲۸ ق) انوار الأصول، قم، چاپ دوم.
- [۲۷]. _____، (۱۴۲۵ ق) أنوار الفقاهة - كتاب النکاح (لمکارم)، قم، انتشارات مدرسة الإمام علی بن أبی طالب علیه السلام، چاپ اول.
- [۲۸]. _____، (۱۴۲۹ ق) رساله توضیح المسائل (مکارم) قم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، چاپ پنجاه و دوم.
- [۲۹]. _____، (؟) بررسی طرق فرار از ربا، قم، بی نا، چاپ اول.
- [۳۰]. مومن قمی، محمد، (۱۴۱۹ ق) تسدید الأصول، قم، بی نا، چاپ اول.
- [۳۱]. نجف آبادی، حسین علی منتظری، (؟) رساله استفتاءات (منتظری)، قم، بی نا، چاپ اول.
- [۳۲]. نجفی، بشیر حسین، مصطفی الدین القيم، (۱۴۲۷) نجف اشرف، دفتر حضرت آیه الله نجفی، چاپ اول.
- [۳۳]. نجفی، کاشف الغطاء، علی بن محمد رضا بن هادی، (؟) باب مدينة العلم، مؤسسه کاشف الغطاء.
- [۳۴]. نجفی، کاشف الغطاء، موسی، (؟) منية الراغب فی شرح بلغة الطالب، مؤسسه کاشف الغطاء.

