

رهیافت الگوی «تخیر و تلفیق» در منظومه تقنین شریعت برای نظام حقوقی ایران

سیدمحمد میرلوحی • دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران.

s.mirlowhi@shirazu.ac.ir

محمدعلی خورسندیان • دانشیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران.

khorsand@shirazu.ac.ir

(نویسنده مسئول)

محمد امامی • استاد، گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران.

emami@shirazu.ac.ir

چکیده

تبدیل شریعت به قانون از دیرباز در جوامع اکثریت مسلمان‌نشین، محل بحث اندیشمندان و سیاستمداران بوده و در عصر حاضر نیز نظریه‌پردازی در این زمینه ادامه دارد. به‌منظور انجام صحیح و کامل این امر، الگوهایی تا کنون طراحی و اجرایی شده‌اند که بر اساس مبانی مختلفی قابل دسته‌بندی هستند. یکی از الگوهایی که برای تقنین احکام شرعی به‌کار گرفته شده، الگوی «تخیر و تلفیق» است. «تخیر» به معنای اختیار در انتخاب حکم یک مسأله از میان فتاوی موجود در دایره مذاهب اسلامی و «تلفیق» به معنای آمیختن فتاوی مختلف در یک حکم واحد است، که این دو عنوان را می‌توان به مثابه یک الگو شناسایی کرد. مقاله حاضر که با روش توصیفی تحلیلی سامان یافته، در پی بازشناسی این مدل از تقنین شریعت است که در برخی مذاهب و کشورها سابقه دارد و در ادامه، آن را با مبانی فقهی و حقوقی نظام جمهوری اسلامی ایران تطبیق خواهد داد تا بدین پرسش پاسخ دهد که مفهوم و مصادیق الگوی تخیر و تلفیق چیست و چگونه می‌توان از الگوی مذکور در نظام قانون‌گذاری ایران بهره جست؟ در پایان نیز بدین نتیجه رهنمون می‌شود که در مواضع توسل به فتاوی جایگزین، استفاده ضابطه‌مند از این روش نسبت به کنار گذاشتن کامل احکام شرعی ارجحیت دارد؛ اما با عنایت به الهام نظام حقوقی ما از فقه امامیه، فتوایی که توسط مقنن اختیار می‌شود، باید از میان فتاوی فقیهان امامیه انتخاب گردد تا واجد حجیت شرعی باشد. بنابراین، کاربرست این الگو در نظام‌های حقوقی مختلف با عنایت به مذهب پشتیبان هر نظام، متفاوت خواهد بود.

واژگان کلیدی: تقنین شریعت، الگوی تقنینی، تخیر، تلفیق.



مقدمه

امروزه «قانون» یکی از نیازهای اساسی جوامع انسانی به‌شمار می‌رود. برترین قوانین، قوانینی است که از سوی پروردگار متعال و به‌واسطه پیامبران - در قالب شریعت تبلور یافته و - به انسان‌ها رسیده است؛ چراکه قوانین الهی تأمین‌کننده حداکثر مصالح انسان در زندگی دنیوی و رستگاری ابدی او در سرای آخرت هستند.

دولت‌های حاکم در کشورهای اکثریت مسلمان‌نشین،^۱ غالباً خود را موظف به اجرای احکام شریعت می‌دانند و بنا بر اقتضائات جوامع مدرن، قانون را مبنای اداره‌ی حکومت کرده‌اند. بر همین اساس، باید قوانینی وضع کنند که برآمده از شرع یا عدم مغایر با احکام شرعی باشند. اما تطبیق قوانین با شرع، همیشه کار آسانی نیست و گاهی با چالش‌هایی روبرو می‌شود. اندیشمندان مذاهب اسلامی جهت برون‌رفت از این چالش‌ها در طول تاریخ راهکارهایی را مطرح کرده و قواعدی را وضع نموده‌اند. یکی از این راهکارها که اساساً در برخی مذاهب اهل سنت بنیان‌گذاری (تتوریزه) شده و مبنای برخی قوانین موضوعه در کشورهایی چند گردیده، «تخییر و تلفیق» است. آنچه نیازمند مذاق‌ه‌ی بیشتر به نظر می‌رسد، بازشناسی الگوی تخییر و تلفیق به‌مثابه الگویی برای تقنین شریعت، حول این پرسش اصلی است که نسبت این الگو با نظام قانون‌گذاری جمهوری اسلامی ایران - که بر مبنای فقه شیعه استوار شده - چیست و چگونه می‌توان آن الگو را در این نظام جاری کرد؟

در خصوص تقنین شریعت به‌صورت کلی، کتب و مقالاتی به زبان‌های مختلف به رشته‌ی تحریر درآمده، اما پیرامون الگوی تخییر و تلفیق، منبعی که به‌نحو جامع به این مبحث اختصاص یافته باشد و به تطبیق آن با نظام حقوقی ایران بپردازد، یافت نشد. این مبحث به‌صورت پراکنده و جزئی در برخی

۱- عبارت «Muslem-majority countries» که به معنای کشورهای با اکثریت ساکنان مسلمان می‌باشد، نسبت به عبارت «کشورهای اسلامی» دقیق‌تر به نظر می‌رسد و شایسته است در متون علمی از تعبیر «کشورهای اکثریت مسلمان‌نشین» استفاده شود.

مقالات مورد اشاره قرار گرفته است. مقاله‌ای با عنوان «حکم فقهی تلفیق فتوی در مذاهب اربعه اهل سنت» (سلیمی‌پور، ضیائی و مریوانی، ۱۳۹۹) این قاعده را از منظر چهار مذهب رسمی اهل سنت بررسی کرده است. مقاله‌ی «بررسی تلفیق و تیسیر در اجتهاد» (ضیائی، مریوانی و سلیمی‌پور، ۱۴۰۰) تنها جایگاه تلفیق را در نسبت با قاعده‌ی تیسیر در فقه اهل سنت بررسی کرده است؛ مقاله‌ی دیگری با عنوان «التلفیق بین المذاهب الفقهية» (کوکصال، ۱۴۲۳) به زبان عربی نگارش شده و مفهوم و تاریخچه‌ی تلفیق در مذاهب اهل سنت را تبیین نموده و به این نتیجه رسیده که می‌توان به‌جای تکیه بر قوانین غربی، از روش تلفیق - به‌عنوان یک انعطاف شرعی - استفاده کرد. چند مقاله به زبان انگلیسی نیز با همین هدف به رشته‌ی تحریر درآمده، مانند مقاله‌ای با عنوان «کُپی و پیست (بُرش و چسباندن) در قوانین حقوقی؛ طراحی هنجارهای اسلامی به‌وسیله تلفیق» (Krawietz, 2016) که در یک کتاب مجموعه مقالات به نام «تئوری (نظریه‌ی) حقوقی اسلامی» به چاپ رسیده است. آخرین مقاله‌ای که می‌توان در مقام پیشینه به آن اشاره کرد، مقاله‌ای با عنوان «اعتبارسنجی مشروعیت «تتبع رخص شرعی» با تحلیل مسأله‌ی تبعیض در تقلید» است (قباد، ۱۳۹۸) که شیوه‌ی تبعیض در فتوا که در فقه شیعه مطرح می‌شود را با شیوه‌ی تلفیق در فقه اهل سنت، مقایسه و حکم آن را بیان کرده است. تمامی مقالات مذکور و موارد مشابه آن‌ها تنها به بررسی تلفیق از منظر مذاهب اهل سنت پرداخته‌اند، اما در خصوص حجیت‌سنجی آن از دیدگاه فقه شیعه و استفاده‌ای که می‌توان در نظام حقوقی ایران از آن کرد، سخنی به میان نیاورده‌اند و نوآوری مقاله‌ی حاضر در این بخش است.

مقاله‌ی حاضر که با روش تحقیق توصیفی - تحلیلی و ابزار اسنادی در گردآوری مطالب به رشته‌ی تحریر درآمده، در سه بند سامان می‌یابد. بند نخست، به مفهوم‌شناسی الگوی «تخیر» و «تلفیق» می‌پردازد؛ بند دوم، مصادیق این الگو در نظام‌های حقوقی مختلف را بررسی می‌کند؛ بند سوم نیز مسئله‌ی حجیت‌سنجی الگوی تخیر و تلفیق در نظام حقوقی ایران را مورد بررسی قرار می‌دهد تا تبیین گردد که این الگو چه ثمره‌ای برای نظام حقوقی ما به همراه خواهد داشت.

۱- مفهوم‌شناسی الگوی «تخیر» و «تلفیق»

در این قسمت ابتدا مفاهیم مرتبط و مقدماتی به صورت مختصر تبیین شده، سپس مفهوم الگوی مورد بحث در این مقاله بازشناسی خواهد شد.

۱-۱- مفاهیم مرتبط

اصطلاحاتی که لازم است در اینجا مورد اشاره قرار گیرند، عبارتند از شریعت، قانون و تقنین شریعت.

۱-۱-۱- شریعت

شریعت در لغت به معنای محل آشامیدن آب (مقری فیومی، بی تا: ج ۲، ۳۱۰) و در اصطلاح به معنای آنچه خداوند متعال برای بندگان خود وضع کرده و تمامی مقررات اسلام - یعنی اصول عقاید، اخلاق و احکام - به کار می رود (علیدوست، ۱۳۸۸: ۷۶). بنابراین شریعت، اعم از فقه است. یعنی احکام فقهی، قسمتی از دستورات شریعت را شامل می شوند و گستره‌ی شریعت، موارد دیگری را نیز در بر می گیرد. از مسلمات دینی که هر مسلمانی بدان اعتقاد دارد، این است که شریعت، برای هر زمان و مکانی صلاحیت (کارآمدی) دارد (الجابری، ۱۹۹۶م: ۱۴۳). اسلام، خود را به عنوان دینی مترقی، پویا و جهانی معرفی می کند. به منظور اجرای شایسته‌ی اسلام، نیازمند یافتن روش‌شناسی قابل قبول دینی در بستر اجتهاد برای حرکت در چارچوب اصول و قواعد اسلامی هستیم (Codd, 1999: 112).

۱-۱-۲- قانون

قانون در بیان حقوق دانان، به معنای قاعده‌ی عمومی مدون است که به وسیله‌ی مرجع صلاحیت‌دار به تصویب برسد (علومی، ۱۳۴۸: ۱۶). در بیانی دقیق تر می توان قانون را این گونه تعریف کرد: قاعده‌ای مکتوب که توسط مقام دارای صلاحیت، برای تنظیم روابط در اجتماع وضع شده و نقض آن موجب اعمال ضمانت‌های اجرایی توسط دولت خواهد بود (گرگی، ۱۳۸۵: ج ۲، ۲۷۳). در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، قانون به قواعدی اطلاق می شود که با طی تشریفات مقرر در قانون اساسی، توسط قوه‌ی مقننه (اصل ۵۸) وضع شده یا از طریق همه پرسی به طور مستقیم توسط مردم (اصل ۵۹) به

تصویب می‌رسد (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۱۲۰). در اواسط قرن بیستم میلادی، «قوانین موضوعه» آن‌چنان تبدیل به یکی از ارکان انکارناپذیر دولت‌داری شده بودند که تدوین قانون، از مهمترین دغدغه‌های دولت‌های مختلف گردیده بود (Emon, 2016: 280). بنابراین اعمال حاکمیت دولت‌ها لازم است از مجرای قوانین صورت گیرد.

در سرزمین‌های اکثریت مسلمان‌نشین به گواهی تاریخ، نخستین دولتی که نسبت به ارایه‌ی یک مجموعه قانون مدون در قالب قوانین موضوعه به شکل امروزی روی آورد، دولت عثمانی بود که در سال ۱۲۹۳ هجری قمری قانون مدنی خود را با عنوان «مجله‌ی احکام عدلیه» منتشر کرد تا به پراکندگی‌ها و اختلاف نظرهای فقهی که مورد عمل دادگاه‌ها قرار می‌گرفت پایان داده، نیازهای جامعه‌ی خود را پاسخ دهد (محمصانی، ۱۳۸۶: ۶۸).

۳-۱-۱- تقنین شریعت

تقنین شریعت به معنای صورت و شکل قانونی دادن به احکام شرعی یا به عبارت دیگر، تبلور یافتن محتوای شرع در قالب قوانین موضوعه است. تقنین شریعت در اصطلاح، ناظر بر مجموعه قواعدی است که از فقه اسلامی اخذ می‌شود. یعنی منظور، تقنین تمامی محتوای شریعت نیست بلکه تنها تبدیل آن مجموعه قواعد موضوع علم فقه به قانون با هدف تنظیم رفتارهای مردم در جامعه از طریق ایجاد ضمانت اجرای قانونی است (خمیس، ۱۳۹۹: ۸۰۶).

الگوهای تقنین شریعت، روش‌هایی هستند که به منظور جای دادن مفاد شرعی در قالب قوانین - با اقتضائات جوامع مدرن - به کار گرفته می‌شوند. این الگوها را از جهات مختلف می‌توان دسته‌بندی کرد. یکی از این دسته‌بندی‌ها تفکیک میان الگوهای اولیه و الگوهای جایگزین است. منظور از الگوهای جایگزین، مدل‌هایی است که در هنگام عدم امکان توسل به الگوهای اولیه مورد استفاده قرار می‌گیرند؛ یعنی در صورتی می‌توان از الگوهای جایگزین استفاده کرد که به دلیلی، امکان استفاده از الگوی اولیه وجود نداشته باشد. جایگاه الگوی تخییر و تلفیق را در میان الگوهای «جایگزین» تقنین

شریعت باید جست‌وجو کرد؛ یعنی هنگامی می‌توان از این الگو در قانون‌گذاری استفاده نمود که امکان استفاده از مفاد یکی از احکام اولیه در قوانین موضوعه وجود نداشته باشد که در اینجا با استناد به مبانی فقهی و راهکاری که در خود شریعت پیش‌بینی شده، از الگوهای جایگزین استفاده می‌شود.^۱

قانون در راستای پاسخگویی به نیازهای روز هر جامعه، ناگزیر است واجد درجه‌ای از انعطاف‌پذیری باشد. تغییرات مستمر در قوانین و مقررات یک نظام حقوقی، به عنوان مقوم جامعه‌ای متوازن و ضامن روزآمدی نظام‌های حقوقی شناخته می‌شود. عنصر انعطاف‌پذیری، اجتهاد را ابزاری جهت نوسازی در اندیشه‌ی اسلامی معرفی می‌کند که با هدف اداره‌ی نظام به بهترین نحو صورت می‌گیرد (تسخیری، ۱۳۸۴: ۱۲). اساساً یکی از ویژگی‌های پارادایم حقوق اسلامی که تضمین‌کننده‌ی اجراپذیری آن در طیف گسترده‌ای از جوامع و مناطق خواهد بود، همین قابلیت انعطاف‌پذیری و سازگاری با اقتضائات است (حلاق، ۱۳۹۷: ۹۸). در نظام جمهوری اسلامی ایران نیز تغییرپذیری قوانین، امری پذیرفته است و به‌جز اصول ثابتی که غیرقابل تغییر معرفی شده‌اند (مانند اقامه‌ی عدل، مبارزه با فساد، بالا بردن سطح معرفت اسلامی و سطح عمل اسلامی در جامعه)، سایر احکام و قوانین ممکن است با در نظر گرفتن اقتضائات تغییر پیدا کنند (خامنه‌ای، ۱۴۰۲/۱۲/۱۷). جایگاه الگوهای جایگزین تقنین شریعت — که تخییر و تلفیق از جمله‌ی این الگوها هستند — در اینجا نمود پیدا می‌کند تا با استفاده از آنها بتوان کارآمدی احکام شرعی را تضمین کرد.

۱- الگوهای اولیه در برابر الگوهای جایگزین، به‌نوعی مشابهت‌سازی با احکام اولیه و ثانویه است. احکام اولیه، احکامی از دین اسلام هستند که برای موضوعات مختلف قرار داده شده‌اند؛ فارغ از حالات خاصی که ممکن است بر آنها عارض گردد. احکام ثانوی، احکامی هستند که هنگام عارض شدن برخی حالات خاص وضع می‌شوند و احکام اولیه را تحت تأثیر قرار می‌دهند و آن را تبدیل به حکم دیگری می‌گردانند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ه.ق: ۲۱۵).

۱-۲- مفهوم تخییر

تخییر در لغت به معنای انتخاب کردن و برتری دادن یک چیز بر چیز دیگر است (ابن منظور، ۱۴۱۴: ج ۴، ۲۶۶). این اصطلاح در فقه به معنای وجود حق انتخاب و ملاک عمل قرار دادن یکی از فتوای فقها در یک موضوع است. به عبارت دیگر، تخییر را می‌توان نوعی گزینش و ترجیح یک فتوا از میان فتاوی موجود دانست که طی آن، می‌توان یک فتوا را جایگزین فتوای دیگری کرد. اندیشمندانی که این نظریه را مطرح کرده‌اند، دامنهی فتواها را تمامی مذاهب اسلامی قلمداد کرده و اعتقاد دارند حتی اگر مذهب رسمی یک نظام حقوقی، مثلاً حنفی باشد، در مقام تخییر می‌توان از فتاوی علمای سایر مذاهب اسلامی نیز بهره جست (Esposito, 1976: 20). مبنای این گزینش و ترجیح، ممکن است کارآمدی یک فتوا در مقام عمل باشد؛ یعنی فتوایی ملاک عمل قرار می‌گیرد که با اقتضائات زمان و مکان، سازگارتر و برای جامعه راهگشا باشد.

مسئله‌ی تخییر (به عنوان مقدمه‌ی منتهی به تلفیق) در نوشته‌های قرافی (متوفی ۱۲۸۳ یا ۱۲۸۵ ه.ق) از بزرگان مذهب مالکی به چشم می‌خورد که در کتاب «شرح تنقیح الفصول فی اختصار المحصول» بدان اشاره کرده است (Qadri, 1983: 126). علمای حنفی نیز عموماً در این مسئله، موضع متوسطی را ارائه نموده و تأکید داشتند قاضی برای تصمیم‌گیری صحیح و مناسب، باید از نظرات فقهای سایر مذاهب استفاده کند. بدین ترتیب، قضات به تدریج از برخی آموزه‌های معتبر مذهب خود فراتر رفتند و این رفتار آنان، نطفه‌ی تغییر قانونی (به واسطه‌ی جریان یافتن تخییر در امر تقنین) را تشکیل داد (Hallaq, 2004: 173). در دوره‌های مختلف مشاهده می‌شود که با وجود تعیین فقه یکی از مذاهب به عنوان فقه معیار در تقنین و قضا، دادگاه‌ها مجاز بودند از شیوه‌ی تخییر استفاده برند و در مواردی به فقه سایر مذاهب متوسل شوند (عبدالله و کشاوجی، ۱۴۰۱: ۱۷۸ و ۱۷۹). گستره‌ی استفاده از تخییر در ابتدا، محدود به فتاوی موجود در یک مذهب بود، یعنی مثلاً اگر مذهب رسمی یک کشور حنفی بود، تنها امکان استفاده از فتوای یک فقیه حنفی وجود داشت و باید فتوایی از میان فتاوی علمای حنفی انتخاب

می شد؛ اما این گستره به مرور افزایش یافت و امکان تمسک به فتاوی فقهای سایر مذاهب اسلامی نیز فراهم گشت (Anderson, 1966: 248). بنابراین تخییر در طول تاریخ با تحولاتی مواجه شده و گستره‌ی آن فزاینده بوده است.

یکی از مهمترین نمونه‌های استفاده از تخییر در مقام تقنین را می‌توان هنگام تدوین قانون مدنی عثمانی (۱۸۶۹ تا ۱۸۷۶ میلادی) دانست که با وجود ابتدای نظام حقوقی عثمانی بر فقه حنفی، برای تصویب یک قانون کارآمد و منطبق با اقتضائات روز دولت و جامعه، به آموزه‌های حقوقی سودمند سایر مذاهب متوسل شدند (Layish, 2004: 89)؛ لذا خود را محدود به فتاوی منبعث از مذهب رسمی دولت-کشور ندانستند.

۱-۳- مفهوم تلفیق

تلفیق از ریشه‌ی «لفق» در لغت به معنای ضمیمه کردن یا چسباندن دو چیز به یکدیگر و دوختن آن دو به هم آمده است (ابن منظور، ۱۴۱۴: ج ۱۰، ۳۳۰). معانی اصطلاحی این واژه در دانش فقه به معنای لغوی آن بسیار نزدیک است. تلفیق در اصطلاح، یعنی هنگام مواجهه با یک موضوع، دو یا چند فتوا را با یکدیگر ترکیب کرد و به نظر جدیدی رسید که مطابق فتوای هیچ‌یک از مجتهدان در مذاهب اسلامی نباشد (ضیائی، مریوانی و سلیمی‌پور، ۱۴۰۰: ۱۲۰). به عبارت دیگر، یعنی تعدادی از نظرات مطرح در مکاتب مختلف با هم در نظر گرفته شود و سپس تکه‌هایی از هر یک از آن‌ها جمع شود تا نظر جدیدی متولد شود که توسط هیچ‌یک از مکاتب به‌طور جداگانه مورد قبول نیست. در این روش، حتی می‌توان فتاوای علمای اهل سنت را با آرای علمای شیعه ترکیب کرد و به آن‌ها ارزشی یکسان داد (Krawietz, 2016: 427). تلفیق در مقام تقنین بدین معناست که قانون‌گذار در یک موضوع واحد، می‌تواند با ترکیب چند فتوا به یک رأی رسیده و آن را مبنای قانون موضوعه قرار دهد تا به‌وسیله‌ی استفاده از این تکنیک (روش)، با ادغام گزینشی فتواها از مذاهب فقهی مختلف، به نظری رسید که بیشترین سودمندی یا کارایی را برای شرایط خاص یا برون‌رفت از معضل پیش روی جامعه دارد.

تلفیق می‌تواند در باب‌های مختلف فقهی، یعنی عبادات (مانند وضو و نماز)، معاملات (مانند اینکه جواز اجاره طولانی مدت موقوفه را از شافعی اخذ کند و جواز اجاره بدون رؤیت را از ابوحنیفه تقلید کند)، احوال شخصیه (مانند احکام ازدواج و طلاق) و... مصداق داشته باشد (سلیمی‌پور، ۱۴۰۱: ۳۸). بنابراین گستره‌ی آن محدود به یک یا چند دسته از احکام نیست و می‌تواند در موضوعات مختلف جریان داشته باشد.

سابقه‌ی مطرح شدن این روش به‌عنوان یک شیوه‌ی معتبر در بعضی مذاهب اسلامی، احتمالاً به قرن پنجم یا هفتم هجری قمری می‌رسد؛ اما واضح است که مسئله‌ی تلفیق، در بیانات امامان مذاهب فقهی اهل سنت و شاگردان آنان مطرح نشده و از مسایل اساسی و اصولی این مذاهب محسوب نمی‌شود (رحمان ستایش، ۱۳۸۳: ج ۸، ۱۰۳). به هر صورت، اکنون این روش در بسیاری از نظام‌های حقوقی مورد استفاده قرار می‌گیرد و درخور بررسی است.

الگوی تلفیق – که به‌نوعی، الهام گرفته از تخییر است – از یک منظر، نقض جدی مبانی سنتی فقهی در برخی مذاهب اسلامی به‌شمار می‌رود (Esposito, 1976: 20). این الگو در برخی نظام‌های حقوقی مبتنی بر شریعت، به‌مثابه ابزاری برای اصلاحات درونی اسلامی به‌منظور جلوگیری از محدودیت‌های به‌ظاهر قدیمی و پویایی قوانین اسلامی است (Krawietz, 2016: 423). بر همین اساس، جایگاه این الگو را باید در میان الگوهای جایگزین تقنین شریعت جست‌وجو کرد که برای شرایط استثنایی و غیرعادی در نظر گرفته شده است.

۲- مصداق‌شناسی تخییر و تلفیق در قوانین موضوعه

مصادیق استفاده از این روش در قوانین وضع‌شده در نظام‌های حقوقی مبتنی بر شریعت اسلام (اهل سنت) در دو حوزه‌ی کلی تبیین می‌شود.

۲-۱- در حوزه احوال شخصیه

احوال شخصیه، مجموعه اوصافی است که وضع شخص را در خانواده و جامعه معین می‌کند و از شخصیت او جداسدنی نیست؛ مانند نکاح، طلاق، نسب و قیمومت (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۲۲۴). در این قسمت، مصادیق موجود در قوانین برخی کشورها ذکر می‌شود.

۱-۲- در قوانین عثمانی

در قانون خانواده عثمانی نمونه‌هایی فراوان از اجرای این روش وجود دارد. قانون المجله عثمانی مبتنی بر اصول برگرفته از شرع بود. اما به‌جای پذیرش آموزه‌های مسلط در مکتب حنفی در تمام جزئیات، مشتمل بر گزیده‌ی آرا از میان آن دسته از عقایدی بود که در آن مذهب راه پیدا کرده بودند (حتی برخی از آنها در واقع از مذاهب دیگر سرچشمه می‌گرفتند) (Anderson, 1971: 2). این قانون در سال ۱۹۱۷ میلادی به‌منظور تدوین نسبتاً کاملی از قواعد ازدواج، طلاق و... - براساس انتخاب التقاطی بین فتواها - وضع شد (Anderson, 1966: 246). مثلاً ماده‌ی «۹» قانون مذکور براساس نظر فقه شافعی تدوین شده و مقرر داشته که اشخاص سفیه باید به‌وسیله سرپرستان و قیم‌های خود ازدواج کنند مگر در صورت نیاز؛ این اقدام تنها با رضایت دادگاه صورت می‌گیرد. ماده‌ی «۱۰» این قانون از نظر شبیانی که رأی ضعیف در حنفیه به شمار می‌رود، پیروی کرده و مقرر داشته که ولایت بر ازدواج اصالتاً باید به خویشاوندان پدری، به ترتیب اولویت محدود شود. ماده‌ی «۲۶» نظر شافعی را پذیرفته و عنوان داشته که الفاظ ایجاب و قبول عقد نکاح باید صریح باشند. مواد «۴۵» و «۴۷» نیز دست به گزینش میان نظریه‌های گوناگون علمای حنفی در مورد کفویت در ازدواج زده است (اندرسون ۱۳۷۶: ۸۸). نمونه‌ی دیگر اینکه براساس فقه حنفی - که مبنای قوانین در عثمانی بود - زن تنها در صورت ناتوانی جنسی شوهر خود می‌توانست درخواست فسخ نکاح کند اما در سال ۱۹۱۵ میلادی به‌موجب فرمان سلطان عثمانی زوجه می‌توانست در موارد دیگری (مانند غیبت شوهر یا عدم پرداخت نفقه یا ابتلای زوج به بیماری‌های حاد) نیز فسخ نکاح را درخواست کند (شحاته، ۱۳۸۲: ۸۵). این تغییر با الهام از

آرای فقهای مالکی و حنبلی انجام شده است (Adawiyah, 2019: 115). موردی دیگر در قانون حقوق خانواده عثمانی، معتبر بودن شرط عدم ازدواج مجدد مرد در نکاح است که نشان‌دهنده‌ی پذیرش دیدگاه حنبلی در مورد شروط مندرج در عقد ازدواج است و با دیدگاه سایر مذاهب اهل سنت تفاوت اساسی دارد (Anderson, 1970: 43). به نظر می‌رسد قانون‌گذار در دولت عثمانی سعی کرده به‌وسیله‌ی تمسک به آرای فقهی سایر مذاهب، دیدگاه حنفیه در حقوق خانواده را تعدیل و حمایت بیشتری از زنان داشته باشد. لذا تخییر و تلفیق را با این نگاه دنبال کرده است.

۲-۱-۲- در قوانین هند

استفاده از این الگو در هند نیز مسبوق به سابقه است. قانون احوال شخصیه مسلمانان هند که در سال ۱۹۳۷ میلادی به تصویب رسید، اصولاً با تکیه بر مذهب حنفی پایه‌ریزی شده بود. مکتب حنفی در مورد طلاق بانوان قواعدی سختگیرانه نسبت به سایر مذاهب دارد و در مقام عمل اگر زنی بخواهد طلاق بگیرد، چاره‌ای جز ترک اسلام نخواهد داشت تا بدین وسیله نکاح منفسخ شود. تأثیر اجتماعی این قانون باعث شد بسیاری از زنان مسلمان در هند فقط با هدف طلاق، از دین اسلام خارج شوند. قانون‌گذار هند با مشاهده‌ی این عوارض منفی، به کمک علمای مذهب در سال ۱۹۳۹ با وضع قانون انحلال ازدواج، مسئله‌ی طلاق را از اندیشه‌های مذهب مالکی وام گرفت تا مصلحت عمومی را تأمین کند. همین الگو در قوانین سایر کشورهای اسلامی نیز دنبال شد؛ از جمله قانون احوال شخصیه مراکش ۱۸۵۸، قانون حقوق خانواده اردن ۱۹۵۱، قانون احوال شخصیه سوریه ۱۹۵۳، قانون حقوق خانواده عثمانی ۱۹۱۷ و جدیدترین قانون خانواده مراکش مصوب ۲۰۰۴ میلادی (Chishti, 2021: 13).

۲-۱-۳- در قوانین تونس، مصر، سودان و عراق

یک نمونه‌ی دیگر را می‌توان در قانون احوال شخصیه تونس مصوب ۱۹۵۶ میلادی یافت. قوانین تونس ملهم از مذهب مالکی هستند و فقهای این مذهب حضور شهود را برای انعقاد صحیح عقد نکاح

ضروری نمی‌دانند، اما ماده «۳» قانون مذکور براساس نظر فقهای حنفی مقرر داشته که حضور دو شاهد عادل برای صحت نکاح لازم است (شحاته، ۱۳۸۲: ۸۹).

بر مبنای قوانین مصر، مرد باید از جهاتی کمابیش با وضعیت زن خود برابر باشد که عبارتند از: الف) تولد، در صورتی که هر دو اصالتاً عرب باشند؛ ب) نسب اسلامی؛ ج) ثروت؛ د) فضیلت؛ ث) موقعیت شغلی یا اجتماعی. اما تساوی در موقعیت اجتماعی و شغلی، از نظر ابوحنیفه اهمیت چندانی ندارد؛ با این حال قانون مصر نظر ابویوسف (شاگرد ابوحنیفه) را پذیرفته که نظر مخالف داشته است، یعنی مردی که شغل پایینی دارد نمی‌تواند با زنی که مشغول به حرفه‌ی عالی است و جایگاه بالایی در جامعه دارد، برابری کند (Feroze, 1962: 118).

نمونه‌ای دیگر، در حیطه‌ی ارث و وصیت به چشم می‌خورد که در قوانین کشورهای سودان، مصر و عراق تدوین شده است. در نظام‌های مذکور، مقرر شده که وصیت‌کننده (موصی) آزادی کامل دارد هرگونه وصیتی را که می‌خواهد، چه برای ورثه و چه برای غیرورثه، در حدود ثلث (یک‌سوم) ترکه انجام دهد و نفوذ هرگونه وصیتی که به‌نفع یکی از ورثه می‌کند، نیازمند رضایت سایر ورثه نخواهد بود. این اصلاح در کشور سودان با تصویب بخشنامه قضایی شماره ۵۳ سال ۱۹۴۵ میلادی انجام شد. در کشور مصر، ضمیمه (پیوست) قانون احکام وصیت در سال ۱۹۴۶ بیان می‌دارد که صحت اساسی وصیت به وارث، مشروط به اینکه در حدود ثلث ترکه باشد، مورد تأیید اکثر فقها است. این نظر عده‌ای از علما از جمله ابومسلم اصفهانی، و همچنین تعدادی از فقهای خارج از چهار مذهب اهل سنت (یعنی فقهای شیعه) است که در ماده‌ی «۳۷» «به‌دلیل نیاز مردم به آن» پذیرفته شده است. این تغییر شاید در نگاه اول یک اصلاح بسیار جزئی و طبیعی به نظر برسد، اما باید عنایت داشت که با آنچه به‌عنوان «اجماع» مذاهب چهارگانه اهل سنت مطرح می‌شود، در تضاد است و در واقع، بر مبنای نظر فقهای شیعه اثنی‌عشری تدوین شده است. به همین دلیل است که گنجاندن این ماده در قانون احوال شخصیه مصوب ۱۹۵۹ عراق (که نسبت جمعیت شیعه و سنی در آن کشور تقریباً برابر است)، کمتر از مصر و

سودان - که غالباً سنی هستند - قابل توجه بود (Anderson, 1965: 355). بنابراین حکم وصیت نسبت به ثلث ترکه، از فقه شیعه به برخی نظام‌های حقوقی که یکی از مذاهب اهل سنت را معیار و ملاک تقنین در سرزمین خود اعلام کرده‌اند، راه یافته است.

۲-۲- در حوزه مسایل اقتصادی

در زمینه‌ی مسایل اقتصادی نیز فقهای متأخر اهل سنت، با استفاده از تلفیق فتواها سعی در تضمین کارآمدی قوانین شرعی دارند؛ یک نمونه‌ی رایج، مسئله‌ی «بیع المراهجه للآمر بالشراء» یعنی خرید با سود برای کسی که دستور خرید می‌دهد، است که در این قسمت مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۲-۲- مسئله «بیع المراهجه للآمر بالشراء»

این نوع از بیع، یک عقد نسبتاً جدید است که در کتب فقهی متقدم سابقه ندارد، در سال ۱۹۷۶ میلادی به‌صورت آکادمیک مطرح شده و اکنون در موسسات مالی اسلامی (برای تأمین مالی) رواج یافته است (بن عفانه، ۱۹۹۶: ج ۱، ۱۹). این معامله بدین صورت است که بانک (مؤسسه مالی)، کالایی را به درخواست مشتری می‌خرد و سپس آن کالا را با سود معین به او می‌فروشد. از نظر شرعی، اصولاً فروش چیزی که وجود ندارد، جایز نیست و مبیع باید هنگام انعقاد بیع در دست فروشنده موجود بوده، ملک او و در قبض او باشد تا بتوان حکم به صحت بیع داد. اما این معامله از منظر امام شافعی صحیح است (عبدالرؤوف صالح، ۱۴۳۹: ۲۵)؛ پس برای بانک جایز خواهد بود کالای مشخصی را که مشتری درخواست کرده از بازار بخرد و سپس با سود معین به او بفروشد. با وجود این در چنین عقود، بانک اسلامی از انکار بعدی مشتری در مورد خرید نگران است، زیرا در فقه شافعی ذکر شده که برای مشتری حق خیار ایجاد خواهد شد و می‌تواند کالا را نخواهد. بر این اساس، بانک از مشتری تعهد می‌گیرد که حتماً آن کالا را از بانک بخرد تا مشتری ضامن باشد و از ضرر و زیان جلوگیری گردد. در اینجا سؤال جدیدی مطرح می‌شود: آیا مشتری مکلف است به وعده‌ی خود در چنین معاملاتی وفا کند؟ وفای به عهد، نزد همه‌ی مذاهب اسلامی واجب است؛ اما در وجوب وفای به وعده، بین فقها

اختلاف نظر وجود دارد. مالک بن انس، عمر بن عبدالعزیز، قاضی سعید و دیگر علمای اهل سنت، وفای به وعده را واجب می‌دانند و حتی حاکم و قاضی را در وادار کردن به وفای به وعده، مکلف می‌دانند. اما حنفیه، شافعیه و حنبلیه، وفای به وعده را از نظر قضایی واجب نمی‌دانند. هیأت حسابرسی و ممیزی مؤسسات مالی اسلامی بحرین - که برای حل مسائل اقتصادی معاصر تأسیس شده - در مورد جواز مراحه مذکور، طبق قول شافعیه^۱ فتوا داده و در مورد الزام به وعده از نظر قضایی، به قول مالکیه فتوا داده است (Razzaq, & Farooq, 2019: 210). بنابراین در بحرین نیز مشاهده می‌شود که با استفاده از تلفیق چند فتوا از مذاهب گوناگون، مسایل مالی روز را حل و فصل می‌کنند.

۲-۲-۲- کاهش موانع در زنجیره تأمین حلال

نمونه‌ای دیگر که در زمینه‌ی مسایل اقتصادی از تلفیق استفاده شده، در مسأله‌ی کاهش موانع در عملیات زنجیره تأمین حلال است. در این زمینه پاک بودن (طهارت) تمامی ابزارهای موجود در زنجیره ضروری است. تمامی مذاهب اسلامی، سگ و خوک را نجس‌العین می‌دانند اما در خصوص نحوه‌ی طهارت ظرف‌ها و سایر وسایلی که با آن دو تماس داشته‌اند، میان مذاهب اختلاف نظر وجود دارد. مثلاً شافعیه معتقدند ظرف آلوده به بزاق سگ را باید هفت مرتبه خاک مال کرد تا تطهیر شود، اما مالکیه طهارت با آب را بدون نیاز به استفاده از خاک، کافی می‌دانند (Sirajuddin, 2017: 48). با عنایت به اهمیت صرفه‌جویی در زمان، تجهیزات و نیروی انسانی در صنعت، این مسئله دارای اهمیت است و لذا برخی اندیشمندان اهل سنت با تلفیق فتاوی مختلف در این زمینه، سعی داشته‌اند راهکار ساده‌تر در تطهیر را برگزینند.

۱- ایشان مبنای صحت «بیع المراحه للآمر بالشراء» را مشابهت آن با بیع نسبه در زمان پیامبر اکرم (ص) می‌دانند که در آن عصر نیز بیع معوق با افزایش قیمت، یک امر پذیرفته شده بوده است. همچنین ایشان معتقدند نهاد مشابهی با این نوع بیع در امپراطوری عثمانی رواج داشته است (Khan, 2013: 153).

یکی دیگر از انواع مصادیق تلفیق را می‌توان راهکاری دانست که سنه‌وری در ماده «۱» قانون مدنی ۱۹۴۹ میلادی مصر طراحی کرد که براساس آن، پیش‌بینی شده بود در اموری که تحت پوشش قانون مذکور قرار نمی‌گیرند، دادگاه‌ها باید با استناد به قانون عرف، اصول فقه اسلامی یا اصول عدالت طبیعی، حکم قضیه را صادر کنند. ادعا شده قانون مدنی ۱۹۴۹ مصر را به جهت سازشی که میان قوانین غربی و شریعت ایجاد کرده، می‌توان گامی در راستای جلوگیری از واردات افراطی قوانین غربی در کشورهای اسلامی دانست (عبدالله و کشاوجی، ۱۴۰۱: ۱۶۹). این روش، در واقع نوعی تلفیق میان دستورات مشخص شرع (که موضوع علم فقه می‌باشد) با کلیاتی است که مورد تأیید شرع باشد (یعنی عرف، اصول کلی منبعث از شرع و اصول عدالت).

۳- حجیت سنجی الگوی تخییر و تلفیق؛ رهیافتی برای نظام حقوقی ایران

هرچند مفروض مقاله‌ی حاضر، لزوم تغییر در برخی قوانین به منظور سازگاری آن‌ها با اقتضائات زمان و مکان است، اما از آنجا که شریعت اسلام، شریعتی الهی است و منابع آن از منبعی قدسی سرچشمه می‌گیرد، باید در زمینه‌ی تغییر قوانین با دقتی بیشتر گام برداشت (محمصانی، ۱۳۸۶: ۱۶۹). در این راستا، ابتدا معیارهای جواز استفاده از تخییر و تلفیق از منظر فقهای اهل سنت بررسی می‌شود و پس از آن، حجیت این الگو از نظر فقه شیعه بررسی خواهد شد.

۳-۱- ضوابط استفاده از تخییر و تلفیق در فقه اهل سنت

استفاده از الگوی تخییر و تلفیق، در خود فقه اهل سنت نیز ضوابطی دارد و دست حکومت (مقنن/ قاضی) را در انتخاب یک نظر کاملاً باز نمی‌گذارند تا دقت نظرهای لازم صورت گیرد. این ضوابط عبارتند از: قرار داشتن موضوع تلفیق در محدوده‌ی مسایل اجتهادی ظنی (Razzaq & Farooq, 2019: 209)،^۱ منافات نداشتن با اجماع صحابه در یک موضوع، تشخیص دادن مصلحت استفاده از تلفیق

۱- بنابراین در مسایل اعتقادی و اخلاقی نمی‌توان از تلفیق استفاده کرد.

توسط یک جمع،^۱ تضييع نکردن حقوق مردم^۲ (Chishti, 2021: 17)، وجود ضرورت واقعی، عدم مغایرت با حلال و حرام قطعی (انحراف آشکار از شریعت)، واحد نبودن اجزای حکمی که در مورد آن به تلفیق متمسک می‌شویم،^۳ منجر نشدن به بطلان حکم قاضی،^۴ اخذ نشدن آرای ضعیف هر مذهب. صاحب‌نظران تأکید دارند که رعایت نشدن این شرایط و تمسک حداکثری به تلفیق، منجر به بدعت و دستکاری دین خواهد شد و تلفیقی که شرایط مذکور را نداشته باشد، باطل خواهد بود (Krawietz, 2016: 451&452). ضوابط دیگری نیز برای قوهی مقننه‌ای که قصد استفاده از تلفیق در قانون‌گذاری را داشته باشد، ذکر گردیده؛ مانند این که قانون مصوب باید در چارچوب اهداف و مقاصد شریعت وضع شود و اعضای نهاد تقنین باید دارای علم، عدالت و تقوا باشند تا از روی «تَبَعُ رُخَص» و هوای نفس اعلام نظر نکنند (سلیمی‌پور، ۱۴۰۱: ۱۶۱). آنچه واضح به نظر می‌رسد، آن است که قائلان به تلفیق، جملگی اذعان دارند که این قاعده باید به نحو حداقلی و در شرایط استثنایی مورد استفاده قرار گیرد تا باب سوء استفاده از آن و عرفی شدن دین باز نشود.

۳-۲- تخیر و تلفیق از منظر فقه شیعه

هنگامی که در نظام‌های شریعت‌محور، یک فتوا در مقام تقنین کارآمد نباشد، چند جایگزین از نظر منطقی برای آن قابل تصور است: ۱- استفاده از آن فتوا به هر قیمتی، هرچند موجب اختلال در نظام مسلمین شود؛^۵ ۲- تمسک به سایر فتواهای معتبر که ممکن است از جهتی ضعیف‌تر باشند یا از منظر

۱- یعنی این مسئله باید توسط عده‌ای از افراد (به‌صورت جمعی و شورایی) تشخیص داده شود.

۲- زیرا اساساً هدف تلفیق، تسهیل امور و حمایت از حقوق مردم است.

۳- «فی أجزاء حکم واحد»؛ بدین معنا که در یک موضوع واحد، نمی‌توان دو یا چند فتوا را با یکدیگر تلفیق کرد. برای نمونه، نمی‌توان در زمینه‌ی انواع مطهرات یا در زمینه‌ی نماز میت، به دو فتوای جداگانه مراجعه نمود.

۴- به نظر می‌رسد این ضابطه به‌دلیل جایگاه «اعتبار امر مختوم» قید شده است.

۵- منظور از اختلال در امور مسلمین، مختل شدن امور عمومی جامعه‌ی اسلامی است که لازمه‌ی حفظ نظام مادی و معنوی مسلمانان باشد (نجفی، ۱۳۵۹: ج ۲، ۲۰۸).

مبانی فکری نظام تقنین در یک دولت-کشور در اولویت نباشند؛ ۳- کنار گذاشتن کامل فتوا و استفاده از یک منبع دیگر (غالباً قوانین غربی) که تضمین‌کننده‌ی کارآمدی باشد، با استناد به عناوین ثانویه احکام مانند حفظ نظام و مصلحت. در این میان به نظر می‌رسد راهکار دوم، هم از نظر تأمین کارآمدی و هم از جهت تضمین شرعی بودن قوانین، بهترین جایگزین باشد.

در فقه امامیه، اصولاً استفاده از فتاوی علمای سایر مذاهب اسلامی (اهل سنت) حجیت ندارد. زیرا مجتهدان شیعه اعتقاد دارند تنها از مجتهدی که شرایط فتوا دادن را دارد، باید پیروی کرد و یکی از ویژگی‌های ضروری چنین مجتهدی، شیعه‌ی اثنی‌عشری بودن است (منتظری، ۱۴۰۹: ج ۱، ۲۸۸). ائمه اطهار (ع) شیعیان را از مراجعه به آرای غیرشیعه در مسایل دینی نهی فرموده‌اند^۱ (حر عاملی، ۱۴۰۹: ج ۲۷، ۱۵۰). فقهای امامیه بر مبنای همین روایت، اخذ فتاوی غیرشیعه در مقام بیان احکام شرعی را جایز نمی‌دانند (حائری یزدی، ۱۳۸۸: ۳۳۲). بنابراین اساساً امکان تلفیق میان آرای مذاهب مختلف یا تخییر در انتخاب فتاوی مذاهب اهل سنت در فقه شیعه وجود ندارد. هرچند در عمل، فقیهان شیعه در فروع مختلف فقهی به کرات آرای فقیهان مذاهب اهل تسنن را از نظر گذارنده‌اند و می‌توان راجع به راهیابی پاره‌ای از فتاوی اهل سنت به فقه شیعه تحقیق و تأمل کرد. در بغداد قرن چهارم و پنجم هجری که یکی از مراکز مهم همزیستی شیعه و سنی بوده است، از زمان سید مرتضی و شیخ طوسی با تدوین کتاب‌های انتصار، مبسوط و خلاف، آرای اهل سنت به کتب فقهی شیعه راه یافت و این روش تا زمان شهید اول در قرن هشتم ادامه داشت، حتی علامه حلّی نیز با تألیف کتاب «مختلف» روش شیخ طوسی را بسط داد. اما از زمان شهید اول این شیوه به کندی یا فراموشی گرایید.^۲

مسئله‌ی قابل تأمل دیگر، امکان جاری ساختن الگوی تخییر و تلفیق در میان فتاوی معتبر در حوزه‌ی فقه‌های شیعه است؛ یعنی گستره‌ی فتاوی مورد استناد در این الگو که اهل سنت، آن را فتاوی فقه‌های

۱- «... لَا تَأْخُذَنَّ مَعَالِمَ دِينِكَ عَنْ غَيْرِ شِيعَتِنَا ...»

۲- ن.ک: مدرسی طباطبائی، ۱۳۶۸: ۴۹-۵۴.

تمامی مذاهب اسلامی قلمداد می‌کنند، محدود به فتاوی معتبر فقهای شیعه‌ی دوازده امامی کنیم. این مسئله را می‌توان با وضعیتی که برای مکلفان در مقام تقلید فردی از مرجع تقلید ممکن است به وجود بیاید، وحدت ملاک گرفت که در آنجا اگر دو یا چند مجتهد از نظر علم، تقوا و سایر فضایل در یک سطح یکسان قرار داشته باشند، مکلفان در انتخاب هر کدام از ایشان مخیر هستند (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ج ۱، ۶). البته ادله‌ی دیگری نیز برای اثبات این امر که منجر به جواز استفاده از هر فتوای معتبری در مقام قانون‌گذاری خواهد شد، وجود دارد. از جمله اینکه محقق حلی مراجعه به هر فقیه جامع الشرایطی را جایز دانسته است (حلی، ۱۴۰۸: ج ۴، ۶۱). علامه حلی مراجعه به مجتهد فاضل‌تر را لازم نمی‌داند و معتقد است اگر مجتهدی از نظر فضیلت نسبت به دیگران پایین‌تر باشد نیز می‌توان کلام او را حجت دانست (حلی، ۱۴۲۰: ج ۱، ۱۹۰). صاحب جواهر نیز بر همین نظر تأکید داشته و از آنجا که تمامی فقها منصوب امام معصوم (ع) - به نصب عام - هستند، مراجعه به تمامی ایشان را صحیح می‌داند (نجفی، ۱۴۰۴: ج ۴۰، ۴۳). بر این اساس، قانون‌گذار در مقام تقنین اجازه دارد فتوای هر فقیه جامع شرایطی را مبنای خود قرار دهد.

استفاده از الگوی معرفی‌شده در پژوهش حاضر، این ترجیح را دارد که می‌توان ادعا کرد گزاره‌ای غیرشرعی تبدیل به قانون نخواهد شد؛ چراکه یک فتوا هرچقدر هم که شاذ و محجور باشد، باز هم از آنجا که در نتیجه‌ی استنباط یک فقیه صادر شده، نمی‌توان آن را مغایر شرع قلمداد کرد. روایاتی که مبنای نظریه‌ی ولایت فقیه در عصر غیبت هستند، بر این معنا تأکید دارند که هر فقیهی دارای شرایط لازم باشد، صلاحیت فتوا دادن را خواهد داشت و نظر فقهی او که در مقام بیان شرع صادر شده باشد «حجت» خواهد بود؛^۱ لذا انجام رفتار براساس هر فتوای معتبری را می‌توان مورد تأیید شارع مقدس قلمداد کرد. به مبانی شرعی دیگری نیز می‌توان جهت اثبات این مدعا اشاره کرد که مهمترین آن‌ها،

۱- مانند روایت «وَأَمَّا الْحَوَادِثُ الْوَاقِعَةُ فَارْجِعُوا فِيهَا إِلَى رُوَاةِ حَدِيثِنَا فَإِنَّهُمْ حُجَّتِي عَلَيْكُمْ وَ أَنَا حُجَّةُ اللَّهِ» (حر عاملی، ۱۴۰۹: ج ۲۷، ۱۴۰).

بحث مصلحت است. منظور از مصلحت، حفظ مقاصد و اهداف شرع است که مهم‌ترین مصادیق آن حفظ دین، نفس، نسل، عقل و مال انسان‌ها است (جناتی، ۱۳۷۰: ۳۲۹). اساساً امور تدبیری - که حکومت‌داری و امر تقنین را نیز در بر می‌گیرد - مبتنی بر مصلحت است و تدبیر، چیزی جز رعایت مصلحت نیست. محل جاری ساختن قاعده‌ی مصلحت، هنگام پدید آمدن تراحم میان دو یا چند حکم است. تراحم، میان ماهیت دو حکم صورت نمی‌گیرد؛ بلکه در مرحله‌ی اجرای احکام، ممکن است بین دو حکم تراحم به وجود بیاید. لذا تراحم، در نتیجه‌ی عدم تمکن بر انجام دو حکم الزامی، پدید می‌آید و همواره جنبه‌ی اجرایی دارد، نه تشریعی (عمید زنجانی، ۱۳۸۶: ج ۳، ۲۷۳). استفاده‌ای که از عنصر مصلحت در اینجا می‌توان کرد، آن است که در صورت حدوث عنوان ثانوی در یک موضوع و عدم امکان اجرای حکم اولیه (یعنی استناد به فتوایی که به‌عنوان معیار تقنین در نظر گرفته شده)، باید مصلحت نظام اسلامی را در نظر گرفت و جامه‌ی قانون را بر فتوای دیگری پوشانید.

۳-۳- برخی مصادیق مشابه در قوانین موضوعه ایران

در قوانین موضوعه‌ی ایران، خصوصاً قانون مدنی و قانون مجازات اسلامی که بسیاری از مفاد آن‌ها برآمده از فقه است، مصادیقی از استناد به فتوای غیرمشهور یا شاذ (نادر) یعنی عدول مقنن از فتوایی که خود، به‌عنوان معیار ترجیح در نظر گرفته، مشاهده می‌شود. برخی از این مصادیق که به روش استقرایی احصا شده‌اند، در ادامه می‌آید.

۳-۳-۱- قانون مدنی

قانون مدنی ایران که اوایل قرن ۱۴ هجری خورشیدی به تصویب رسیده، هرچند در زمان حاکمیت نظام اسلامی تدوین نشده، از اصول و قواعد فقه امامیه پیروی کرده است. به‌دلیل وجود آرای مختلف علمی میان فقها، قانون مدنی قول مشهور را در هر مسأله انتخاب کرده و تنها در مواردی اندک بر اقوال غیرمشهور مبتنی شده است (امامی، ۱۳۷۵: ج ۱، ۱۷). در ادامه، برخی از این موارد بیان می‌شود.

۱-۳-۳-۱ اعمال حق فسخ نکاح توسط زوجه با استناد به عنن

یکی از مصادیق عدول قانون‌گذار از قول مشهور فقها در قانون مدنی، ماده‌ی «۱۱۲۲» است که در مقام احصای عیوب مرد که موجب حق فسخ برای زن در عقد نکاح خواهد شد، عنن (ناتوانی مرد برای نزدیکی) را از جمله‌ی این عیوب شمرده است. طبق نظر مشهور فقها اگر مرد چنین عیبی داشته باشد، زن باید تا یک سال از انعقاد نکاح صبر کند و پس از سپری شدن یک سال می‌تواند با این مستمسک، عقد را فسخ نماید؛ اما در ماده‌ی مذکور سخنی از این قید به میان نیامده است^۱ (کیوان- باقری، ۱۳۹۹: ۹۹).

۲-۳-۳-۱ ارث‌بری زوجه از قیمت عرصه و اعیان

ماده‌ی «۹۴۶» قانون مدنی در سال ۱۳۸۷ بدین شرح اصلاح شده است: «زوج از تمام اموال زوجه ارث می‌برد و زوجه در صورت فرزندان بودن زوج، یک‌هشتم از عین اموال منقول و یک‌هشتم از قیمت اموال غیرمنقول اعم از عرصه و اعیان ارث می‌برد و در صورتی که زوج هیچ فرزندی نداشته باشد سهم زوجه یک‌چهارم از همه اموال به ترتیب یاد شده خواهد بود.» این ماده تا پیش از اصلاح، مقرر داشته بود که زوجه فقط از اموال منقول (از هر قبیل که باشد) و از ابنیه و اشجار، ارث خواهد برد. تفاوت ماده‌ی مذکور، قبل و بعد از اصلاح، در آن است که اکنون زوجه علاوه بر قیمت اعیان، از قیمت عرصه نیز ارث می‌برد. این ماده در ابتدا مطابق نظر مشهور فقهای امامیه تدوین شده بود که معتقدند زن از زمین ارث نمی‌برد و تنها از قیمت ابنیه و اشجار و از عین بقیه‌ی ترکه ارث می‌برد (امامی، ۱۳۷۵: ج ۳، ۳۰۸). اما قانون‌گذار در سال ۱۳۸۷ بر خلاف نظر مشهور، دست به تغییر مفاد ماده‌ی «۹۴۶» قانون مدنی زد و فتاوی‌ی شاذی را ملاک عمل قرار داد که براساس آن‌ها، زوجه همانند سایر وراث از تمامی ترکه ارث می‌برد (حلی، ۱۳۲۴: ج ۹، ۳۴).

۱- به منظور مطالعه بیشتر در این زمینه، ن.ک: خورسندیان، ۱۳۸۳: ۱۶۸.

۳-۳-۱-۳- فوریت خیار عیب

یک نمونه‌ی دیگر را می‌توان ماده‌ی «۴۳۵» قانون مدنی دانست که مقرر داشته: «خیار عیب بعد از علم به آن، فوری است.» این ماده در وضعیتی انشا شده که فوری نبودن خیار عیب نزد فقهای امامیه، قول مشهور است و فوری بودن آن، قول نادر و در واقع، منطبق با قول شافعی محسوب می‌شود (امامی، ۱۳۷۵: ج ۱، ۵۱۳).

۳-۳-۱-۴- صحت معامله معاطاتی

قانون مدنی صراحتاً از واژه‌ی معاطات نام نبرده اما در ماده‌ی «۳۳۹» مقرر داشته: «پس از توافق بایع و مشتری در مبیع و قیمت آن، عقد بیع به ایجاب و قبول واقع می‌شود. ممکن است بیع به داد و ستد نیز واقع گردد.» جمله‌ی اخیر ماده‌ی مزبور به موضوع بیع معاطاتی اشاره کرده و داد و ستد (قبض و اقباض) را برای وقوع عقد بیع، کافی اعلام نموده است؛ یعنی همان که فروشنده، مال را به خریدار بدهد و مبلغ آن را بگیرد. همین مسئله در ماده‌ی «۱۹۳» قانون مدنی بدین صورت بیان شده است: «انشاء معامله ممکن است به وسیله عملی که مبین قصد و رضا باشد مثل قبض و اقباض حاصل گردد مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد.» قانون مدنی در شرایطی حکم به صحت معامله‌ی معاطاتی صادر کرده، که غالب فقهای متقدم شیعه، چنین بیعی را صحیح نمی‌دانستند (ذوالفقاری، برنا و سلیمی، ۱۴۰۳: ۱۴۰). از جمله شهید ثانی که معتقد است آن، مفید مالکیت نیست و صرفاً افاده‌ی اباحه در تصرف می‌کند (عاملی، ۱۴۱۳: ج ۳، ۱۴۸). اساساً مبنای سخن فقهای مخالف معامله‌ی معاطاتی آن است که الفاظ، منحصرأ کاشف از قصد هستند و معاطات، تنها نوعی اباحه است و الزام‌آور نیست؛ لذا مادامی که مورد معامله موجود باشد، هر یک از متعاملین قادر خواهد بود آنچه به طرف دیگر داده، مسترد دارد (امامی، ۱۳۷۵: ج ۱، ۱۸۲).

۵-۱-۳-۳- اهلیت استیفای صغیر و سفیه

قانون مدنی در ماده ۱۲۱۲ مقرر داشته: «اعمال و اقوال صغیر تا حدی که مربوط به اموال و حقوق مالی او باشد باطل و بلااثر است معذلک صغیر ممیز می‌تواند تملک بلاعوض کند مثل قبول هبه و صلح بلاعوض و حیازت مباحات.» همچنین در ماده ۱۲۱۴ آمده است: «معاملات و تصرفات غیر رشید در اموال خود نافذ نیست مگر با اجازه ولی یا قیم او اعم از این که این اجازه قبلاً داده شده باشد یا بعد از انجام عمل. معذلک تملکات بلاعوض از هر قبیل که باشد بدون اجازه هم نافذ است.» همان‌طور که مشاهده می‌شود، جمله‌ی اخیر دو ماده‌ی مذکور، تملک بلاعوض صغیر و سفیه را حتی بدون اذن یا اجازه‌ی ولی یا قیم صحیح دانسته است؛ در حالی که بسیاری از فقهای شیعه با تکیه بر آیات و روایات معتبر، تمامی تصرفات اشخاص صغیر و سفیه را مطلقاً باطل می‌دانند و برخی در این زمینه ادعای اجماع هم کرده‌اند (میرزای قمی، ۱۳۷۱: ج ۲، ۲۵۲). بر این اساس، قانون مدنی در این زمینه بر خلاف قول مشهور فقها عمل کرده و طبق فتوای فقهای انشا شده که حکم به صحت تصرفات افزایش‌دهنده‌ی دارایی صغار و سفهاء داده‌اند (انصاری، ۱۴۲۹: ج ۷، ۱۵۱).

۶-۱-۳-۳- ضمان التزام به تأدیه

غالب فقهای امامیه بر مبنای ادله‌ی روایی و عقلی، اساساً قرار گرفتن یک دین بر چندین ضمه در آن واحد (ضم ذمه) را صحیح نمی‌دانند و ضمان تضامنی بدین صورت که ذمه‌ی چند نفر در یک زمان واحد به دینی واحد مشغول باشد را نپذیرفته‌اند (مصطفوی و افشارنیا، ۱۳۸۸: ۴۲). با این وجود، قانون مدنی در مواد «۶۹۹» و «۷۲۳» به صراحت دو مفهوم «دین» و «التزام به تأدیه» یا همان مسئولیت پرداخت دین را از یکدیگر متمایز کرده که این مسئله، به نوعی ظهور در پذیرش جواز ضم ذمه به ذمه در صورت توافق طرفین دارد (سرلک، ۱۳۹۴: ۴۴).^۱

۱- قابل ذکر است قرائت‌های دیگری نیز از این مواد وجود دارد. جهت مطالعه‌ی بیشتر، ن. ک: اسدی، حمید؛ افشارنیا، طیب (۱۳۹۰). صحت تعدد ضمانت‌ها از یک دین در حقوق ایران و فقه امامیه، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، ۱۲ (۲).

۷-۱-۳-۳- عقد یا ایقاع بودن وقف

در خصوص ماهیت «وقف»، سه نظر عمده میان فقهای شیعه وجود دارد: ۱- فقهای که قائل به لزوم قبول در همه‌ی اقسام وقف هستند و در واقع وقف را یک عقد می‌دانند (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ج ۱۰، ۹۴). ۲- فقهای که میان وقف عام و وقف خاص قائل به تفصیل هستند؛ یعنی قبول را در وقف عام، لازم نمی‌دانند اما در وقف خاص قبول را شرط دانسته و آن را یک عقد قلمداد می‌کند (حلی، ۱۳۸۸: ۴۲۸). ۳- فقهای که مطلقاً قبول را در وقف شرط نمی‌دانند. یعنی وقف را یک ایقاع به‌شمار می‌آورند (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ج ۱، ۱۸۷). قانون مدنی مطابق نظر دسته‌ی نخست فقهای امامیه، وقف را مطلقاً (وقف عام باشد یا وقف خاص) عقد دانسته که نیازمند قبول است (امامی، ۱۳۷۵: ج ۱، ۶۹). مفاد مواد «۵۶» و «۷۹» قانون مدنی، مؤید عقد بودن وقف از نظر قانون‌گذار ایران می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۲۰۸).

۳-۳-۲- قانون مجازات اسلامی

در موادی از قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مشاهده می‌شود که از فتوایی مغایر با فتوای مشهور فقها بهره گرفته شده که به چند نمونه اشاره می‌شود.

۱-۲-۳-۳- ضامن دیه منفعت بینایی

در ماده «۶۷۴»^۱ منفعت بینایی به‌عنوان یکی از مصادیق حکم مقرر در این ماده مطرح شده، اما در مباحث فقهی به‌صورت یک فرع مستقل مطرح گردیده و دیه منفعت بینایی با دیدگاه قانون‌گذار در ماده مذکور متفاوت است. توضیح اینکه شیخ طوسی و غالب فقها، مرتکب اول را ضامن دیه کامل منفعت بینایی و مرتکب دوم را ضامن دیه عضو فاقد منفعت (یعنی معادل یک‌سوم دیه کامل آن

۱- «هرگاه در مهلتی که به طریق معتبری برای بازگشت منفعت زایل یا ناقص شده، تعیین گردیده، عضوی که منفعت، قائم به آن است از بین برود، به‌عنوان مثال چشمی که بینایی آن به‌طور موقت از بین رفته است از حدقه بیرون بیاید، مرتکب، فقط ضامن ارش زوال موقت آن منفعت است و چنانچه از بین رفتن آن عضو به سبب جنایت شخص دیگر باشد مرتکب دوم، ضامن دیه کامل آن عضو می‌باشد.»

عضو) می‌دانند (طوسی، ۱۳۸۷: ج ۷، ۱۲۸)؛ برخی دیگر از فقها نیز معتقدند مرتکب جنایت اول، باید دیه‌ی کامل منفعت زایل‌شده را پرداخت کند (نجفی، ۱۴۰۴: ج ۴۳، ۳۰۲)؛ تنها فقیه‌ی که نظری متفاوت از دو نظر پیش‌گفته دارد و به نظر می‌رسد مفاد ماده «۶۷۴» از فتوای او الهام گرفته شده، محقق کرکی است که اعتقاد دارد مرتکب جنایت اول فقط موظف به پرداخت ارش زوال موقت منفعت است و مرتکب جنایت دوم باید دیه‌ی کامل را بپردازد (عاملی، بی‌تا: ج ۱۰، ۴۶۶).

۲-۳-۳-۱- اکراه مرد در زنا

ماده «۲۲۴» قانون مجازات اسلامی در مقام بیان حد زنا (اعدام)، «زنای به عنف یا اکراه از سوی زانی» را موجب اعدام زانی دانسته و به نوعی، امکان مکروه واقع شدن مردان و تحقق اکراه از جانب زانیه، رد شده است. این در حالی است که فتوای مشهور فقهای شیعه با مفاد این ماده متفاوت است و بسیاری از فقهای بزرگ امامیه، معتقدند مرد نیز ممکن است در امر زنا مکروه واقع شود؛ لذا نظریه‌ی عدم اکراه زانی، قول غیر مشهور است (یعقوبی، کوخایی‌زاده و علی‌محمدی، ۱۴۰۲: ۲۹۶).

۳-۳-۲- تساوی دیه اهل ذمه با دیه مسلمانان

ماده «۵۵۴» قانون مجازات اسلامی، مقرر داشته: «براساس نظر حکومتی مقام رهبری دیه جنایت بر اقلیت‌های دینی شناخته‌شده در قانون اساسی ایران به اندازه دیه مسلمان تعیین می‌گردد.» براساس نظر غالب فقها که حتی ادعای اجماع نیز بر آن شده، دیه‌ی اهل ذمه با مسلمانان تفاوت دارد؛ دیه‌ی کامل مرد ذمی، ۸۰۰ دینار و زن ذمی، ۴۰۰ دینار ذکر گردیده (نجفی، ۱۴۰۴: ج ۴۳، ۳۸)؛ اما اکنون در نظام حقوقی ایران، دیه‌ی ایشان با مسلمانان برابر اعلام شده است. این ماده، منطبق با اصل اولی که همان اولویت داشتن فتوای ولی فقیه حاکم در تقنین است، انشا گردیده.

۴-۳-۲- مسئولیت پزشک در قبال بیمار

ماده «۴۹۵» قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ از اطلاق حکم «ضمان پزشک»، مقرر در ماده «۳۱۹» قانون سابق که براساس نظریه مشهور مبتنی بر «قاعده اتلاف» بود، به جهت مشکلات فراوانی

که پدید آورده بود عدول کرد و به نوعی «قاعده احسان» را در اقدامات متعارف پزشکان برتری داد و مقرر نمود پزشکی که براءت نگرفته باشد در صورت اثبات متعارف بودن اقدامات خود، مسئول نیست.

۵-۲-۳- حد لواط برای فاعل

ماده «۲۳۴» قانون مجازات اسلامی، در خصوص مجازات شرعی و قانونی لواط بیان کرده: «حد لواط برای فاعل، در صورت عنف، اکراه یا دارا بودن شرایط احصان، اعدام و در غیر این صورت صد ضربه شلاق است. حد لواط برای مفعول در هر صورت (وجود یا عدم احصان) اعدام است.» طبق نظر مشهور فقهای امامیه، حد لواط برای فاعل در هر صورت (محسن باشد یا نباشد) اعدام خواهد بود (مفید، ۱۴۱۰: ۷۸۵ و حلی، ۱۴۰۸: ج ۴: ۹۴۲؛ اما ماده‌ی مذکور، اعدام فاعل را منوط به محسن بودن وی کرده است که میل به نظر نادر میان فقها دارد (سبحانی، ۱۴۳۲: ۱۷۴).

موارد دیگری نیز در قانون مجازات اسلامی وجود دارد که مغایر با مفاد فتوای مشهور فقها قانونیت یافته است که از آن جمله می‌توان به مواد «۲۲۵» (اجرای حد زنای محصنه)، «۲۸۳» (اجرای حد محاربه)، «۳۶۰» (مخیر بودن صاحب حق قصاص، میان قصاص با رد فاضل دیه و گرفتن دیه‌ی مقرر در قانون) و «۴۱۳» (قصاص کردن دندان)، اشاره کرد.^۱

نتیجه‌گیری

تقنین شریعت نیازمند برنامه و الگوهایی است. یکی از این الگوها که در نظام تقنینی برخی کشورهای اکثریت مسلمان‌نشین سابقه دارد، الگوی تخییر و تلفیق است. تخییر به معنای گزینش حکم یک مسئله از میان فتواهای موجود در دایره‌ی مذاهب اسلامی و تلفیق به معنای ترکیب (آمیختن) فتاوی مختلف در یک حکم واحد است. هدف از ابداع این الگو، منطبق کردن خلاقانه‌ی قوانین اسلامی با نیازهای روز جامعه بوده و در پارادایم انعطاف‌پذیری شریعت باید آن را تفسیر نمود. قانون‌گذاران مسلمان با استفاده

۱- ن.ک: موسوی، سیداحمد (۱۳۹۵). موارد عدول قانون‌گذار از آراء مشهور فقها در قانون مجازات اسلامی و تبیین مبانی آن (با تاکید بر حدود، قصاص و دیات)، پایان‌نامه کارشناسی‌ارشد فقه و حقوق جزا، دانشگاه شهید مطهری.

از چنین فرآیندهایی می‌توانند قانونی برگرفته از وحی الهی را تولید کنند که پاسخگوی نیازهای جامعه‌ی اسلامی در عصر حاضر باشد. الگوی مذکور در نظام‌هایی که مبتنی بر فقه اهل سنت نضج یافته، رواج دارد و خصوصاً در قوانین مربوط به احوال شخصیه و مسایل مستحدثه‌ی اقتصادی مصداق پیدا کرده است.

کاربست این الگو در فقه شیعه، به شکلی که در آن نظام‌ها رایج است، جایز نیست؛ زیرا فتاوی علمای اهل سنت را نمی‌توان معیار قانون‌گذاری قرار داد و یکی از شرایط فتوای صحیح از منظر فقه امامیه، صدور فتوا از یک فقیه جامع‌الشرایط است که یکی از شرایط وی، شیعه‌ی اثنی‌عشری بودن می‌باشد. راهکاری که می‌توان از فقه شیعه استنباط کرد، استفاده از یک فتوای کارآمد از میان فتاوی فقهای جامع شرایط است که هم ضامن شرعی بودن قوانین باشد، هم کارآمدی قوانین موضوعه را تضمین نماید، هم مانع گریته‌برداری از قوانین غربی که اصولاً نسبتی با شریعت ندارند، شود. با تحلیل رویه‌ی قانون‌گذار در کشور ما می‌توان دریافت که استفاده از این الگو در نظام حقوقی ایران مصادیق زیادی - خصوصاً در قانون مدنی و قانون مجازات اسلامی - دارد و در عرف تقنینی ما امری پذیرفته شده است. البته استفاده از این روش در تمامی نظام‌های شریعت‌محور، قیود و ضابطه‌هایی دارد؛ مانند اینکه موضوعی که در آن تخییر و تلفیق جاری می‌شود، در دایره‌ی مسایل اجتهادی ذاتی قرار گیرد و در خصوص مسلمات شرعی (همچون وجوب نماز و حرمت شراب) نباشد. بنابراین نمی‌توان در تمامی مسایل و موضوعات، با استناد به این قاعده، احکام شرعی را تغییر داد. همچنین استفاده از این الگو همانند سایر احکام ثانوی باید حداقلی باشد تا ضمن پویاسازی و تضمین حیات فعال فقه در عرصه‌ی تقنین مدرن، زمینه‌ی تغییر در دین الهی و فراموش شدن احکام شرعی فراهم نیاید. با عنایت به اهمیت این امر در نظام تقنینی جمهوری اسلامی ایران، پیشنهاد می‌شود تلفیق، به‌عنوان یک الگوی رسمی توسط مقنن پذیرفته شده و ضوابط آن به‌صورت شفاف بیان گردد.

منابع

- ابن منظور، جمال الدین محمد بن مکرم (۱۴۱۴ ه.ق). لسان العرب، بیروت: دار الفکر - دار صادر.
- امامی، سید حسن (۱۳۷۵). حقوق مدنی، تهران: انتشارات اسلامی.
- اندرسون، نورمن (۱۳۷۶). تحولات حقوقی جهان اسلام، ترجمه مرکز مطالعات و تحقیقات اسلامی، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
- انصاری، قدرت اله (۱۴۲۹ ه.ق). موسوعة احکام الأطفال و أدلتها، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).
- بن عفانه، حسام الدین بن موسی (۱۹۹۶ م). بیع المراجعة للآمر بالشراء، شركة بيت المال الفلسطيني العربی.
- تسخیری، محمدعلی (۱۳۸۴). تجدید در اندیشه اسلامی و انعطاف پذیری در شرع، اندیشه تقریب، شماره ۵.
- الجابری، محمدعابد (۱۹۹۶ م). الدین والدولة وتطبيق الشريعة، بیروت: مرکز دراسات الوحدة العربية.
- جناتی، محمدابراهیم (۱۳۷۰). منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی، تهران: کیهان.
- حائری یزدی، مرتضی بن عبدالکریم (۱۳۸۸ ه.ق). القواعد الفقهية و الاجتهاد و التقليد (مبانی الأحکام)، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ ه.ق). وسائل الشیعة، قم: مؤسسه آل البيت.
- حلاق، وائل (۱۳۹۷). دولت ممتنع: اسلام، سیاست، مخصصه اخلاقی مدرنیته، ترجمه مهدی رضایی، تهران: خرسندی.
- حلی، حسن بن یوسف (۱۳۲۴ ه.ق). مختلف الشیعه، چاپ سنگی.
- حلی، حسن بن یوسف (۱۳۸۸ ه.ق). تذکره الفقهاء، قم: آل البيت ع.
- حلی، حسن بن یوسف بن مطهر (۱۴۲۰ ه.ق). تحریر الأحکام الشرعية علی مذهب الإمامية، قم: مؤسسه امام صادق.
- حلی، نجم الدین جعفر بن حسن (۱۴۰۸ ه.ق). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- خامنه‌ای، سیدعلی (۱۴۰۲/۱۲/۱۷). «بیانات در دیدار اعضای مجلس خبرگان رهبری»، قابل دسترسی از طریق <https://farsi.khamenei.ir/speech-content?id=5555> تاریخ مشاهده: ۱۴۰۲/۱۲/۲۹.

خمیس، محمد عطیه (۱۳۹۹ه.ق). تقنین الشریعة الإسلامية، نشریه الازهر، السنة ۵۱، الجزء ۴.
خوردسندیان، محمدعلی (۱۳۸۳). اختلالات جنسی و بررسی آثار آن در حقوق خانواده، پزشکی قانونی، شماره ۳۵.

ذوالفقاری، مریم؛ برنا، علی محمد؛ سلیمی، مهناز (۱۴۰۳). آثار معاطات در عقود و ایقاعات و ادلهی صحت و عدم صحت بیع معاطاتی، پژوهشهای تطبیقی فقه، حقوق و سیاست، ۶ (۲).
رحمان ستایش، محمدکاظم (۱۳۸۳). «تلفیق» (دانشنامه جهان اسلام)، تهران: بنیاد دائرة المعارف اسلامی.
سیحانی، جعفر (۱۴۳۲ه.ق). الحدود و التعزیرات فی الشریعة الإسلامية الغراء، قم: مؤسسه الإمام الصادق (ع).
سرلک، معصومه (۱۳۹۴). ماهیت، احکام و آثار التزام به تأدیه دین دیگری، پایان نامه کارشناسی ارشد رشته حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم و تحقیقات شهر قدس.
سلیمی پور، عبدالوهاب (۱۴۰۱). تلفیق فتوا و ضوابط آن در مذاهب اربعه اهل سنت و جماعت، تهران: نشر احسان.

سلیمی پور، عبدالوهاب؛ مریوانی، ناصر؛ ضیائی، محمدعادل (۱۳۹۹). حکم فقهی تلفیق فتوی در مذاهب اربعه اهل سنت، فقه و اصول، شماره ۱۲۲.

شحاته، شفیق (۱۳۸۲). حقوق اسلامی در خاورمیانه، ترجمه سیدمحمد علوی، تهران: سمت.
ضیائی، محمدعادل؛ مریوانی، ناصر؛ سلیمی پور، عبدالوهاب (۱۴۰۰). بررسی تلفیق و تیسیر در اجتهاد، مبانی فقهی حقوق اسلامی، شماره ۲۷.

طباطبایی حائری، سیدعلی (۱۴۱۸ه.ق). ریاض المسائل، قم: آل البيت ع.

طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۴۱۴ه.ق). تکملة العروة الوثقی، قم: کتابفروشی داوری.
طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۴۰۹ه.ق). العروة الوثقی فیما تعم به البلوی، بیروت: مؤسسه الأعلمی للمطبوعات.

طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۳۸۷ه.ق). المبسوط فی فقه الامامیه، تهران، المکتبه المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریه.

عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ ه.ق). مسالک الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، قم: مؤسسه المعارف الإسلامية.

عبدالرؤوف صالح، أيمن علی (۱۴۳۹ ه.ق). تحقیق أقوال الفقهاء فی بیع المراهئة للآمر بالشراء، الاقتصاد الإسلامي (مجلة جامعة الملك عبدالعزيز)، ۳۰ (۳).

عبدالله، رفیق؛ کشاوجی، محمد (۱۴۰۱). شناخت شریعت، ترجمه نورالدین الله دینی، تهران: نامک.

علومی، رضا (۱۳۴۸). کلیات حقوق، تهران: مؤسسه عالی حسابداری.

علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۸۸). فقه و عرف، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۸۶). قواعد فقه: بخش حقوق عمومی، تهران: سمت.

قباد، احسان (۱۳۹۸). اعتبارسنجی مشروعیت «تتبع رخص شرعی» با تحلیل مسأله‌ی تبعیض در تقلید، مبانی فقهی حقوق اسلامی، شماره ۲۳.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۵). اموال و مالکیت، تهران: میزان.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰). مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، تهران: انتشار.

کوکصال، إسماعیل (۱۴۲۳ ه.ق). التلیق بین المذاهب الفقهیة، آفاق الثقافة و التراث، العدد ۳۹.

کیوان باقری، محمدجواد (۱۳۹۹). بررسی مبانی فقهی و حقوقی عدول از آراء مشهور در باب نکاح قانون مدنی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد رشته فقه و حقوق خصوصی، دانشگاه شهید مطهری (واحد برادران مشهد).

گرگی، ابوالقاسم (۱۳۸۵). مقالات حقوقی، تهران: دانشگاه تهران.

محمصانی، صبحی رجب (۱۳۸۶). فلسفه قانون‌گذاری در اسلام، ترجمه اسماعیل گلستانی، تهران: آثار اندیشه.

مدرسی طباطبایی، سیدحسین (۱۳۶۸). مقدمه‌ای بر فقه شیعه، ترجمه محمد آصف فکرت، مشهد: بنیاد پژوهش‌های اسلامی آستان قدس رضوی.

مصطفوی، مصطفی؛ افشارنیا، طیب (۱۳۸۸). بررسی ماهیت و مبانی تعدد مسئولیت در پرداخت یک دین، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، ۱۰ (۲).

مفید، محمد بن محمد (۱۴۱۰ ه.ق). المقنعة، قم: مؤسسه النشر الإسلامی.

مقری فیومی، احمد بن محمد (بی تا). المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی، قم: دار الرضی.

مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۲ه.ق). بحوث فقهیة هامة، قم: انتشارات مدرسة الإمام علی بن أبیطالب علیه السلام.

منتظری (نجف آبادی)، حسین علی (۱۴۰۹ه.ق)، دراسات فی ولاية الفقیه و فقه الدولة الاسلامیة، قم: نشر تفکر.

میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن (۱۳۷۱). جامع الشتات، تهران: کیهان.

نارستانی، مهدی؛ پوراسماعیلی، علیرضا (۱۴۰۳). بررسی مبانی ماده ۶۷۴ قانون مجازات اسلامی، فصلنامه قضاوت، دوره ۲۴، شماره ۱۱۸.

نجفی، محمدحسین بن علی بن محمدرضا (۱۳۵۹ه.ق). تحریر المجلة، نجف: المكتبة المرتضوية.

نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ه.ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت: دار إحياء التراث العربی.

یعقوبی، جواد؛ کوخایی زاده، کریم؛ علی محمدی، طاهر (۱۴۰۲). تحلیل ماده ۲۲۴ قانون مجازات اسلامی براساس رویکرد مشهور فقیهان مسلمان به موضوع اکراه به زنا (اکراه کردن مرد به زنا)، مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق، سال ۱۷، شماره ۴۷.

Adawiyah, Robi'atul (2019). The Reform of Muslim Women's Rights in the Marriage Law of Indonesia and Malaysia, Journal of Law, Policy and Globalization, 82.

Anderson, J. N. D. (1965). Recent Reforms in the Islamic Law of Inheritance, The International and Comparative Law Quarterly, 14 (2).

Anderson, J. N. D. (1966). Codification in the Muslim World: Some Reflections, The Rabel Journal of Comparative and International Private Law, 30.

Anderson, J. N. D. (1970). Reforms in the Law of Divorce in the Muslim World, Studia Islamica, ۳۱.

Anderson, J. N. D. (1971). Modern Trends in Islam: Legal Reform and Modernisation in the Middle East, The International and Comparative Law Quarterly, 20 (1).

Chishti, Shahbaz Ahmad (2021). Legal Methodology of Eclecticism in Contemporary Islamic Jurisprudence: Impediments and Edicts. Al-Kashaf, 1 (2).

Codd, Rachel Anne (1999). A Critical Analysis of the Role of Ijtihad in Legal Reforms in the Muslim World, Arab Law Quarterly, 14 (2).

Emon, Anver M. (2016). Codification and Islamic Law: The Ideology Behind a Tragic Narrative, middle east law and governance, 8.

Esposito, John L. (1976). Muslim Family Law Reform: Towards an Islamic Methodology. Islamic Studies, 15 (1).

Feroze, Muhammad Rashid (1962). The Reform in Family Laws in the Muslim World. Islamic Studies, 1 (1).

Hallaq, Wael B. (2004). *Authority, Contituity, and Change in Islamic Law*. United Kingdom: Cambridge University Press.

Khan, G. G. (2013). Application of Talfiq in Modern Islamic Commercial Contracts. *Policy Perspectives*, 10 (2).

Kraweitz, Birgit (2016). Cut and Paste in Legal Rules: Designing Islamic Norms with Talfiq, in *Islamic Legal Theory*, Vol. I, by Mashood A. Baderin, New York: Routledge.

Layish,, Aharon (2004). The transformation of the Shari'a from jurists' law to statutory law in the contemporary Muslim world. *Welt Des Islams*, 44.

Razzaq, A., & Farooq, Y. (2019). Status of talfiq in the four schools of thought and its applications in contemporary financial transactions: an analytical study. *Journal of Religious Studies (UOCHJRS)*, 3 (1).

Sirajuddin, M. D. M. (۲۰۱۷). Al-Talfiq as an Innovative Solution for Primary Fiqh Issues in Halal Supply Chain Operations. *Pertanika Journal of Social Science and Humanities*, ۲۰.