



University of Tehran Press

Private Law

Home Page: <https://jolt.ut.ac.ir>

Online ISSN: 2423-6209

Reliance on the Famous Fatwa or the Exercise of Desirable Ijtihād in Relation to Article 949 of the Iranian Civil Code

Mohammad Taqi Rafiei 

Department of Energy Law and International Trade, Faculty of Law, Farabi Campus, University of Tehran, Qom, Iran.
Email: rafiei@ut.ac.ir

ARTICLE INFO

Article type:
Research Article

Article History:
Received: September 12, 2025
Revised: March 15, 2026
Accepted: April 18, 2026
Published online: 19 May 2026

Keywords:
wife's inheritance,
fame in fatwa,
desirable ijtihād,
taqlīd,
jurisprudential reasoning.

ABSTRACT

Article 949 of the Iranian Civil Code is rooted in Imami jurisprudence, where in cases of disagreement among jurists, reliance is placed on the authority of fame in fatwa. This study examines whether such reliance hinders the exercise of desirable ijtihād—a dynamic method of jurisprudential reasoning that, grounded in valid Islamic legal sources and positive law, adapts legal rulings to evolving temporal, social, and human circumstances. Desirable ijtihād reflects a balanced uṣūlī approach in which the jurist's awareness of contemporary realities informs interpretation of the sources. Analysis of the nature of fame in fatwa shows that it belongs to the realm of taqlīd rather than constituting an independent method of legal reasoning. Consequently, desirable ijtihād is incompatible with granting authoritative weight to fame in fatwa. The study concludes that revisiting juristic reasoning and amending Article 949 to ensure equality in inheritance in cases of exclusivity is necessary for achieving justice for women.

Cite this article: Rafiei, M. T. (2025-2026). Reliance on the Famous Fatwa or the Exercise of Desirable Ijtihād in Relation to Article 949 of the Iranian Civil Code. *Private Law*. 22 (2), 319-332. <http://doi.org/10.22059/jolt.2026.401722.1007409>



© Authors retain the copyright and full publishing rights.
DOI: <http://doi.org/10.22059/jolt.2026.401722.1007409>

Publisher: University of Tehran Press.



انتشارات دانشگاه تهران

حقوق خصوصی

سایت نشریه: <https://jolt.ut.ac.ir>

شاپا الکترونیکی: ۶۲۰۹-۲۴۲۳

اعمال شهرت فتوایی یا اجتهاد مطلوب نسبت به ماده ۹۴۹ قانون مدنی ایران

محمدتقی رفیعی

گروه حقوق انرژی و تجارت بین الملل، دانشکده حقوق، دانشکدگان فارابی دانشگاه تهران، قم، ایران. رایانامه: rafiei@ut.ac.ir

چکیده

اطلاعات مقاله

نوع مقاله:

پژوهشی

تاریخ های مقاله:

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۶/۲۱

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۵/۱۲/۲۴

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۵/۰۱/۱۹

تاریخ انتشار: ۱۴۰۵/۰۲/۲۹

کلیدواژه:

اجتهاد مطلوب،

ارث زوج،

استنباط فقهی،

تقلید،

شهرت فتوایی.

منبع قانون مدنی ایران، از جمله ماده ۹۴۹ آن، فقه امامیه است و هنگام اختلاف نظر فقیهان به شهرت فتوایی رجوع می شود. مسئله اصلی جستار حاضر که به روش توصیفی-تحلیلی نگارش یافته این است که آیا اعمال فتوای مشهور نسبت به ماده قانونی یادشده مانع از اعمال اجتهاد مطلوب نمی شود؟ اجتهاد مطلوب اجتهاد پویایی است که از طریق اجتهاد در منابع شرعی معتبر و مبتنی بر قانون تحول اجتهاد با تحول زمان، شرایط، و احوال انسان ها به احکام جدید شرعی برای موضوعات جدید دست می یابد. اجتهاد مطلوب همان دیدگاه اصولی معتدل است که در مقام عمل استنباط و نه فقط تئوری آگاهی فقیه نسبت به موضوع جدید را مؤثر در فهم فقیه از منابع اجتهاد می داند. بررسی ماهیت شهرت فتوایی نشان می دهد که از سنخ تقلید است و نه روش استنباط فقهی. بنابراین، نگارنده معتقد است اعمال اجتهاد مطلوب که به معنای لحاظ شرایط اجتماعی-اقتصادی زنان در جامعه کنونی است با حجیت شهرت فتوایی همخوانی ندارد. ازاین رو، تجدیدنظر در اجتهاد فقیهان و اصلاح این ماده مبنی بر تساوی ارث بردن در صورت انحصار جهت اجرای عدالت در حق زنان از ضروریات است.

استناد: رفیعی، محمدتقی (۱۴۰۴). اعمال شهرت فتوایی یا اجتهاد مطلوب نسبت به ماده ۹۴۹ قانون مدنی ایران. حقوق خصوصی، ۲۲ (۲) ۳۱۹-۳۳۲.

<http://doi.org/10.22059/jolt.2026.401722.1007409>

ناشر: مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران.

© نویسندگان.

DOI: <http://doi.org/10.22059/jolt.2026.401722.1007409>



مقدمه

بر اساس مفاد ماده ۹۴۹ قانون مدنی ایران، در صورتی که زن تنها وارث زوج باشد فقط نصیب خود را می‌برد؛ برخلاف شوهر که اگر تنها وارث زوجه باشد همه ترکه زن متوفای خود را می‌برد. از آنجا که فقه امامیه منبع اصلی قانون مدنی ایران را تشکیل می‌دهد و هنگام اختلاف نظر فقیهان رجوع به نظر مشهور فقها مورد توجه قانون قرار می‌گیرد (امامی، ۱۳۶۶: ۵) طرح این مسئله بسیار اساسی است که بدانیم آیا رجوع به شهرت فتوایی ما را از اعمال اجتهاد مطلوب باز نمی‌دارد؟ در همین راستا، آیا اعمال فتوای مشهور نسبت به ماده ۹۴۹ قانون مدنی ایران، یعنی ارث زوجه در صورت انحصار، مانع از اعمال اجتهاد مطلوب نمی‌گردد؟ این جستار برای پاسخگویی به مسئله اصلی با موضوعات شهرت فتوایی، مضمون ماده ۹۴۹، و اجتهاد مرتبط است. در زمینه‌های یادشده مقالات متعددی وجود دارد؛ اما به جهت اختصار تنها چند مقاله به عنوان پیشینه برای مسئله اصلی مقاله حاضر مورد اشاره قرار می‌گیرد. مقاله «بررسی ارث زوجین در فرض انحصار در فقه امامیه» (صفایی و فولادی، ۱۳۹۱) به بررسی فقهی دیدگاه‌های مربوط می‌پردازد. مقاله «بررسی تأثیر عنصر روانی در تناقض روش استنباطی برخی فقیهان متأخر» (مؤذنی و کیخا، ۱۴۰۲) دیدگاه شهید صدر مبنی بر نقش حالت نفسانی در امر اجتهاد را درباره برخی فقیهان تبیین کرده است، اما مقصود شهید صدر را از وضعیت روان‌شناختی نام‌برده روشن نمی‌داند. همچنین، مقاله «عدم امکان دسترسی به شهرت فتوائیه و مقتضای ادله» (فقیهی، ۱۳۹۷) نشان می‌دهد اگر شهرت فتوایی به معنی فتوای واحد تعداد بسیار زیاد فقه‌های امامیه باشد، امکان دسترسی به چنین فتوای واحدی قابل تردید است. نگارنده مقاله بعضی دلایل این عدم دسترسی را گمنامی بسیاری از فقیهان، تقیّه در برابر حاکمان متعصب، و محو بیشتر آثار قلمی آنان می‌داند. همچنین، این مقاله می‌افزاید آنچه به نام شهرت فتوایی در کتاب‌های فقهی بیان شده در حقیقت فتوای تعدادی از فقه‌هاست که مصداق شهرت فتوائیه نیست. نویسندگان مقاله «حجیت شهرت فتوایی قدما با رویکردی به آرای امام خمینی» (بهرامی‌نژاد و موسوی بجنوردی، ۱۳۹۴) ضمن توضیح ادله قائلین به تفصیل بین شهرت فتوایی قدما و متأخرین می‌نویسند در واقع حجیت شهرت فتوایی قدما همان اجماع بر کشف قطعی از قول معصوم^(ع) است. زیرا شهرت فتوایی قدما به معنای فتوا دادن طبق مضمون روایت ائمه^(ع) بوده است. اما شهرت فتوایی متأخرین شکل استنباطی و اجتهادی ظنی به خود گرفته و حجت نیست.

اما پژوهش حاضر، ضمن بررسی مختصر منابع فقهی مفاد ماده ۹۴۹ قانون مدنی، یعنی سهم ارث زن در صورت انحصار، به توضیح کوتاهی از شرایط اجتهاد به طور کلی می‌پردازد. سپس، در خصوص حجیت شهرت فتوایی و ماهیت شهرت فتوایی به بحث می‌پردازد. نوآوری مقاله حاضر در بخش تحلیل نهایی آشکار می‌شود، آنجا که پاسخی برای این پرسش می‌یابد که آیا اعمال اجتهاد مطلوب ما را از عمل به شهرت فتوایی بی‌نیاز نمی‌کند؟ بدین ترتیب، مسئله اصلی مقاله حاضر این است که آیا اجتهاد مطلوب با اعمال شهرت فتوایی در تناقض عملی نیست؟ در اینجا، بحث از دیدگاه فقیهان پیرامون حجیت یا عدم حجیت شهرت فتوایی نیست؛ بلکه بررسی این موضوع است که آیا با وجود اجتهاد مطلوب ضرورت دارد به رأی مشهور استناد شود؟ پیش از ورود به بیان نظر فقیهان و حقوقدانان درباره مفاد ماده ۹۴۹ قانون مدنی، ضروری است چند نکته درباره حکم کلی ارث زن در قرآن کریم را یادآور شویم.

حکم کلی ارث زن در قرآن

نکته نخست: آیه ۷ سوره نساء^۱، بنا به باور مفسران و فقیهان، اصل و قاعده کلی اسلام در بحث ارث را بیان می‌کند. مفسران این آیه را آغازگر قانون و احکام ارث تلقی می‌کنند و آیات دیگر را تفصیل آن دانسته‌اند (طباطبایی، ۱۴۱۷، ج ۴: ۱۹۹). خداوند در این آیه برای نخستین بار زنان را به طور مستقل مستحق ارث بردن به حساب می‌آورد. این آیه کلمه «نساء» را به کلمه «رجال» عطف نکرده است و نمی‌فرماید: «للرجال والنساء نصیب مما ترک الوالدان والاقرّبون...» (جوادی آملی، ۱۳۹۵).

نکته دوم: خداوند در تعیین سهم الارث زن نه تنها آن را مسلم می‌داند، بلکه ارث زن را مبنا و معیار قرار می‌دهد، چنان که آیه ۱۱ سوره نساء می‌فرماید: «یوصیکم الله فی اولادکم للذکر مثل حظّ الأنثیین.»؛ حکم خدا در حق فرزندان شما این است که

۱. آیه ۷ سوره نساء: لِلرَّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا.

پسران دو برابر دختران ارث برند.^۱ به این معنا که آیه معیار و اصل مفروض و مسلم را ارث خواهر که دختر میت است قرار می‌دهد و سهم برادر را که پسر متوفاست دوبرابر سهم خواهر می‌داند تا اصل ارث زن قطعی و مفروغ عنه باشد (جوادی آملی، ۱۳۹۵).

نکته سوم: اگرچه قرآن سهم ارث زن را نصف سهم مرد قرار می‌دهد، در مقابل، بر اساس احکام اسلام بسیاری از احکام مالی و اجتماعی از عهده زن برداشته شده و به عهده مرد گذاشته شده است؛ از جمله آن‌ها تحمیل هزینه زندگی و مهریه زن که به عهده مرد است.

نکته چهارم: وراثت به طور کلی به دو صورت انجام می‌گیرد؛ وراثت به فرض و وراثت به قرابت. صاحبان ارث به فرض کسانی هستند که سهم آن‌ها از ترکه معین است و به بیان دیگر در قرآن سهم آنان مشخص شده است؛ مانند فرض یک‌دوم، یک‌چهارم، یک‌هشتم، و غیر آن. اما وراثت به قرابت به این معناست که تمام یا قسمتی از ترکه متوفی بدون در نظر گرفتن نسبت معینی از ترکه به وارث می‌رسد. بنا به تعریف، ارث زوجین از همدیگر یکی از مصداق‌های ارث به فرض است. خداوند در آیه ۱۲ سوره نساء می‌فرماید: «و لکم نصف ما ترک ازواجکم ... و لهنّ الرّبع مما ترکتم ...». بنابراین، زوج و زوجه از وارثان فرض‌بر هستند. زیرا سهم آنان از ترکه معین است.

نکته پنجم: زوج و زوجه که خویشاوند سببی هستند در همه طبقات ارث در کنار ورثه ارث می‌برند و هیچ‌یک از وارثان آن طبقه مانع ارث‌بری آنان نیستند. بنابراین، زنی که شوهرش فوت شده مانند شوهری که زنش فوت شده در تمامی مراتب طبقه‌بندی سه‌گانه ارث حضور دارد و ارث می‌برد.

نظر فقیهان و حقوقدانان درباره سهم ارث زن در صورت انحصار

بر اساس حکم ماده ۹۴۹ قانون مدنی، اگر غیر از زوجه وارث دیگری اعم از سببی و نسبی برای زوج متوفی نباشد، زن فقط نصیب خود را می‌برد و از بردن بیش از آن محروم است؛ درحالی‌که اگر زوجه فوت کند و زوج تنها وارث زوجه باشد زوج تمام ترکه زن متوفای خود را مالک می‌شود، یعنی نیمی را به فرض و نیم دیگر نیز به او رد می‌شود. حال پرسش اصلی این است که آیا تمام ترکه متعلق به زوجه است (یعنی یک‌چهارم را به فرض و بقیه را به رد می‌برد) یا فقط فرض خود را که همان یک‌چهارم ترکه است مالک می‌شود و بقیه ترکه متعلق به امام و بیت‌المال است؟

در پاسخ به پرسش یادشده، میان فقهای شیعه اختلاف نظر وجود دارد و سه دیدگاه در این ارتباط مطرح شده است:

۱. زوجه همانند زوج مالک تمام ترکه می‌شود.
۲. زوجه فقط فرض خود را که یک‌چهارم است می‌برد و بقیه متعلق به امام است.
۳. در زمان حضور امام زوجه فقط فرض خود را می‌برد و بقیه برای امام است. اما در زمان غیبت تمام ترکه متعلق به زوجه است. برخی از فقیهان متقدم و معاصر و نیز حقوقدانان به تبع آنان قائل به قول نخست هستند که به تناسب استدلال آن‌ها مطرح می‌شود. عمده دلیل روایی فقیهان در تأیید قول نخست روایت صحیح ابوبصیر (شیخ طوسی، ۱۳۶۵، ج ۹: ۲۹۵؛ شیخ طوسی، ۱۳۹۰، ج ۴: ۱۵۰؛ شیخ حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۶: ۲۰۳) بدین مضمون است: از امام صادق (ع) در مورد مردی که مرده و همسرش وارث اوست سؤال شد و امام در پاسخ فرمود: «تمام مالش از آن زوجه است». پرسیدم: «اگر زنی مرد همسرش وارث اوست؟». امام فرمود: «اموالش از آن زوج است».

یکی از فقیهان معاصر، که قول نخست را به واقع نزدیک‌تر می‌داند، اعتقاد دارد رأی شیخ مفید^۲ یا شیخ صدوق^۳ با عدالت سازگار و به احتیاط نزدیک‌تر است (صانعی، ۱۳۸۸: ۴۲). استدلال فقیه نام‌برده در دفاع از دیدگاه خویش چنین است: او در پاسخ به اشکال مقدس اردبیلی (مبنی بر اینکه دلالت روایت ابوبصیر که تمامی مال از آن زن باشد آشکار نیست و نمی‌توان در مقام

۱. از ترجمه مهدی الهی قمشه‌ای استفاده شده است.

۲. رأی شیخ مفید آن است که در زمان غیبت و نیز در زمان حضور زوجه همانند زوج مالک تمام ترکه می‌شود. دلیل شیخ مفید هم روایت صحیح ابوبصیر است که معارضی با آن یافت نشد.

۳. شیخ صدوق قائل است در زمان حضور امام زوجه فقط فرض خود را می‌برد و بقیه برای امام است. اما در زمان غیبت تمام ترکه متعلق به زوجه است.

معارضه این روایت از ظهور قرآن دست برداشت) می‌گوید اگر اخراج آیه شریفه «و لکم نصف ما ترک ازواجکم ... و لهنّ الرّبع مما ترکتم ...» (نساء/ ۱۲) از ظهورش مشکل است و نباید صورت پذیرد، چگونه خود ایشان در مورد وضعیتی که زوج تنها وارث همسر خویش است از ظهور آیه مربوطه دست برمی‌دارد؟

همچنین، فقیه یادشده در ادامه می‌افزاید چنان که آشکار است نمی‌توان به دلیل کثرت اخبار در خصوص ردّ مازاد از سهم الارث زوج از ظاهر آیه شریفه ذکرشده دست برداشت. زیرا خبر مخالف با قرآن مطلقاً حجت نیست؛ اگرچه اخبار کثیر باشند. از سوی دیگر، خود ایشان (یعنی مقدس اردبیلی) راهکار حل مسئله در مورد ردّ مازاد از سهم الارث زوج در صورت انحصار را جمع بین اخبار و آیه مذکور می‌داند. ما نیز می‌توانیم همین دلیل را به نفع زوجه سرایت دهیم (صانعی، ۱۳۸۸: ۲۸). بنابراین، فقیه نام‌برده معتقد است، چنان که ردّ مازاد از سهم الارث زوج توجیه فقهی دارد، ردّ مازاد از سهم الارث زوج نیز به همین اعتبار قابل توجیه است.

یکی از حقوقدانان معاصر نیز معتقد است منطق و عدالت حکم می‌کند که قول نخست (رد به زن بدون قید و شرط) یا قول سوم رد به زن در زمان غیبت را بپذیریم. زیرا این دو قول طرفدارانی در میان فقهای سلف داشته است؛ از جمله این فقیهان شیخ مفید است که ظاهراً قول اول را پذیرفته است (شیخ مفید، ۱۴۱۳: ۶۹۱) و شیخ صدوق (۱۴۱۳، ج ۴: ۲۶۲) و شیخ طوسی (۱۳۹۰، ج ۴: ۱۵۱) و شهید ثانی (۱۴۱۰ ج ۸: ۸۲) و شهید ثانی (۱۴۲۵، ج ۱۳: ۷۱ - ۷۴) و علامه حلی (۱۴۲۲، ج ۵: ۳۹). دیگران نیز طرفدار قول سوم بوده‌اند. سپس، این حقوقدان اظهار می‌کند اگر قانونگذار از برابری زن و شوهر حمایت و با فقیهان برجسته نام‌برده همراهی کند، به دشواری می‌توان گفت از احکام و منابع اسلامی تخلف کرده است (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۲۱۰).

حقوقدان دیگری، ضمن توضیح نظر فقیهان امامیه و نحوه استناد آنان به روایات، نظر شیخ مفید را، که مبتنی بر صحیحۀ ابوبصیر به نقل از امام باقر^(ع) است، تبیین می‌کند. ایشان پس از بررسی نظرات سه‌گانه پیش گفته چنین استدلال می‌کند که زمانی ترکۀ متوفی به امام یا حاکم داده می‌شود که متوفی هیچ وارثی نداشته باشد. بنابراین، اموال بلاصاحب که از آنفال به حساب می‌آید در اختیار امام یا حاکم جامعه قرار می‌گیرد. اما برای زوجه که تنها وارث است فرض معینی در نظر گرفته شده است و بر اساس اصل و قاعده مابقی ترکۀ نیز باید به ورثۀ متوفی برسد. از این‌رو، تا زمانی که وارثی وجود داشته باشد (هرچند یک وارث) مال متوفی بلاوارث یا بلاصاحب محسوب نمی‌شود و باید به تنها وارث او داده شود. همچنین، این حقوقدان قائل است امام در ردیف ورث قرار ندارد. زیرا اگر چنین بود این مال از اموال شخصی او محسوب می‌شد. از سوی دیگر، این نویسنده حقوقی در ادامه استدلال می‌کند زوجه بنا بر نص قرآن وارث شناخته می‌شود و برای او فرض و سهم تعیین شده است و تعیین فرض برای او نیز به این معنا نیست که به هیچ وجه بیش از فرض معین نمی‌تواند ارث ببرد. آن‌گاه، او نتیجه می‌گیرد قول اول به طور اصولی منطقی‌تر و به انصاف نزدیک‌تر به نظر می‌آید (مهرپور، ۱۳۷۰: ۱۰۷ - ۱۱۶). بنابراین، حقوقدان نام‌برده معتقد است زوجه مانند زوج تمام ترکۀ را می‌برد.

همچنین، در ترجیح قول نخست نویسنده دیگری چنین استدلال می‌کند: افزون بر روایت ابوبصیر، روایت دیگری وجود دارد که امام صادق^(ع) از امام علی^(ع) نقل فرموده‌اند (شیخ حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۶: ۲۰۱): هرگاه وارث صاحب‌فرضی (برای مورث) وجود داشته باشد او به مال مورد ارث سزاوارتر است. در اینجا، زوجه از جمله وارثانی است که فرض مشخصی از ارث برای او وجود دارد. در این صورت او به مال مورث محق‌تر است. همچنین، این نویسنده روایت نقل‌شده از امام علی^(ع) را بیان می‌کند که فرموده است: «الامام وارث من لا وارث له». (شیخ حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۶: ۲۴۸) که «لا» در این روایت حرف نفی جنس است و بدین ترتیب حدیث چنین ترجمه می‌شود: امام وارث کسی است که هیچ‌گونه وارثی نداشته باشد. در نتیجه، با وجود زوجه نمی‌توان گفت متوفی بلاوارث است. زیرا زوجه بر اساس نص قرآن وارث شناخته می‌شود، بلکه از وارثان فرض‌بر به حساب می‌آید و با تعیین فرض برای وارث نه‌تنها اماره‌ای بر ارث نبردن او بیش از فرض وجود ندارد، بلکه او را نسبت به ارث مستحق‌تر می‌کند (بجنوردی، ۱۳۸۵: ۱۰). در اینجا نیز روایات به نفع قول اول تفسیر شده است.

اما دشواری مسئله این است که تعداد بسیاری از فقیهان سلف به روایات متعددی از امامان استناد می‌کنند که در آن‌ها تصریح شده یک‌چهارم اموال متوفی متعلق به زوجه است و بقیه باید به امام داده شود. نزد این دسته از فقیهان این روایات اگرچه

دارای سند ضعیفی هستند و به قوتِ روایت صحیح ابوبصیر نیستند، بر اساس عمل مشهور فقیهان مطابق با آن روایات ضعف سند جبران می‌شود. از سوی دیگر، مشهور فقیهان به مفاد صحیح ابوبصیر عمل نکرده یا آن را ترک کرده‌اند یا تفسیر دیگری از آن کرده‌اند. بنابراین، از لحاظ فقهی، باید نظر مشهور را پذیرفت (مهرپور، ۱۳۷۰: ۱۱۹ - ۱۲۰). بدین ترتیب، این نویسنده حقوقی، به‌رغم منطقی بودن قول اول، خود را ناچار به پذیرفتن نظر مشهور می‌داند.

از این‌رو، ماده ۹۴۹ قانون مدنی بر اساس نظر مشهور فقیهان تصویب شده و از سال ۱۳۰۷ تاکنون به موقع اجرا گذاشته شده است. ماده ۹۴۹ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «در صورت نبودن هیچ وارث دیگری به غیر از زوج یا زوجه، شوهر تمام ترکه زن متوفای خود را می‌برد. لیکن زن فقط نصیب خود را و بقیه ترکه شوهر در حکم مال اشخاص بلاوارث و تابع ماده ۸۶۶ خواهد بود». ماده ۸۶۶ قانون مدنی نیز می‌گوید: «در صورت نبودن وارث، امر ترکه متوفی راجع به حاکم است».

این بخش از مقاله، پیش از ورود به بحث شهرت فتوایی، به دلیل اینکه به چگونگی شکل‌گیری فتوای مشهور بپردازد، نخست اجتهاد مطلوب را مورد بررسی مختصر قرار می‌دهد.

اجتهاد مطلوب

جهت رعایت سیر منطقی بحث، ضروری است، پس از تعریف اجمالی اجتهاد، منابع اجتهاد مورد اشاره قرار گیرد. سپس، انواع اجتهاد به طور مختصر تبیین شود. در پایان این بخش نیز منظور از اجتهاد مطلوب روشن می‌شود.

منابع اجتهاد

در تعریف اجمالی اجتهاد مصطلح گفته می‌شود اجتهاد تلاش علمی و روشمند جهت استنباط احکام شرعی فقهی از منابع معتبر شرعی است. نظریه عمومی درباره منابع اجتهاد یا منابع معتبر شرعی این است که این منابع عبارت‌اند از: کتاب (یا قرآن)، سنت (یعنی گفتار، کردار، و تقریر پیامبر و ائمه)، اجماع، عقل. اما دانشمندان اصولی شیعه معتقدند اجماع دارای اعتبار و حجیت ذاتی نیست و به سنت برمی‌گردد. زیرا بدون حضور و رضای معصوم اجماع معتبر حاصل نمی‌شود. بنابراین، منابع اجتهاد عبارت است از منابع نقلی (قرآن و سنت) و عقلی. چنان که گفته می‌شود، منظور از عقل نیز عقل مبرهنی است که از قیاس، گمان، خیال، و وهم منزّه باشد و از مقدمات قطعی در استدلال استفاده کند (جوادی آملی، ۱۳۹۵).

در بحث از دسته اول منابع (منابع نقلی) می‌توان گفت عمده آیات الاحکام دارای اجمال و اطلاق هستند و نیاز به تفسیر دارند. روشن است که تفسیر آیات و تبیین شرایط آن احکام فقط از طریق سنت پیامبر و معصومین میسر می‌شود. از این‌رو، سنت در مقایسه با آیات الاحکام قرآن دارای حجم وسیع‌تری است و در سنت است که ابعاد مختلف یک موضوع شرعی بیان می‌شود. تفاوت دیگر میان قرآن و سنت آن است که قرآن اصل است و الفاظ و کلمات آن معجزه؛ ولی سنت فرع محسوب می‌شود و الفاظ آن معجزه نیست. همچنین، همه آیات قرآن از جهت سند و صدور قطعی است؛ ولی بیشتر روایات از جهت سند ظنی هستند. بنابراین، هنگام تعارض میان آیه با روایت، اگر راهی برای جمع میان آن دو وجود نداشته باشد، باید قرآن را در مقام استنباط احکام شرعی بر سنت ترجیح داد. اما یکی از دشواری‌های امر اجتهاد فهم معنا و دلالت قرآن و نیز روایات است. زیرا دلالت قرآن و روایات هر دو ظنی و غیر قطعی است و ممکن است فهم و استنباط فقیه از ظاهر آیات و روایات مطابق با مراد و مقصود شارع نباشد.

منبع دوم اجتهاد عقل است. حکم عقل در قلمرو مستقلات عقلی روشن و قطعی و کلی است. اما قلمرو غیر مستقلات عقلی موضوعاتی است که عقل به‌تنهایی به درک آن نمی‌رسد و به هدایت وحی یا شرع نیازمند است. بنابراین، در این موضوعات ادراک عقلی به‌تنهایی معتبر نیست و ملاک اعتبار آن تأیید و امضای شارع است. به این معنا برای شناخت احکام شرعی باید نخست سراغ کتاب و سنت رفت و در صورت فقدان یا عدم دریافت حکم از منابع یادشده در مرحله بعد به عقل مراجعه کرد. از این‌رو، اندیشمندان اصولی هیچ‌یک دلیل عقلی را در عرض دلیل‌های دیگر اجتهاد قرار نداده‌اند، بلکه نزد آنان عقل در طول قرآن و سنت قرار دارد (جناتی، ۱۳۷۰: ۲۴۶ - ۲۴۹).

تأثیر عنصر زمان و مکان در انواع اجتهاد

اجتهاد مصطلح دو نوع است: اجتهاد پویا و بالنده، اجتهاد جامد و ایستا. در توضیح این دو نوع اجتهاد گفته می‌شود اجتهاد پویا اجتهادی است که استنباط احکام شرعی همراه با سنجیدن ابعاد قضایا و لحاظ کردن دو عنصر زمان و مکان و نیز مشخص کردن ملاک و ویژگی‌های موضوعات در بستر زمان از منابع معتبر شرعی انجام می‌شود. اما منظور از اجتهاد جامد اجتهادی است که بدون سنجیدن ابعاد قضایا و بررسی موضوعات و ویژگی‌های آن‌ها صورت می‌پذیرد. همان‌گونه که نوع اول اجتهاد مورد تأیید مکتب اصولی است، اجتهاد نوع دوم را مکتب اخباری مورد تأیید قرار می‌دهد (جناتی، ۱۳۷۰: پیش‌گفتار). آشکار است که برای دست یافتن به احکام الهی در شرایط زمانی و مکانی مختلف اجتهادی که می‌تواند در تکاپوی رسیدن به احکام شرعی به حقیقت نزدیک‌تر باشد اجتهاد پویاست و جایی برای اجتهاد ایستا و جامد وجود ندارد.

تمایز دو نوع یا دو روش اجتهاد اصولی و اخباریگری به مسئله مهم تأثیر دو عنصر زمان و مکان بستگی دارد. لحاظ تغییر زمان و مکان که از شرایط بسیار مهم در اجتهاد پویاست موجب تحول احکام شریعت می‌شود. در زمینه نظریه تحول، دو دیدگاه کلی وجود دارد. دیدگاه نخست بر آن است که حقیقت احکام شریعت در برابر تحول زمان و مظاهر آن باید خاضع شود. زیرا احکام الهی مطابق با مقتضیات زمان و شرایط و اوضاع و احوال انسان‌ها تشریع شده است. اما اشکال اساسی این دیدگاه آن است که چیزی را که غیر دین است از راه‌های غیر اصولی وارد دین می‌کند. دیدگاه دوم معتقد است باید رویدادها و مظاهر جدید زندگی در ابعاد مختلف در بستر زمان در برابر احکام شریعت خاضع شوند؛ بدین معنا که از طریق اجتهاد در منابع آن و با توجه به ویژگی موضوعات که با تحول زمان دچار تحول می‌شوند احکام جدید شرعی برای موضوعات جدید به دست می‌آید. دیدگاه دوم مبتنی بر قانون تحول اجتهاد با تحول زمان و شرایط و احوال انسان‌ها بر اساس مبانی شرعی معتبر است و مورد قبول بیشتر فقیهان بزرگ مذاهب اسلامی است (جناتی، ۱۳۸۵: ۳۷ - ۴۲). از این‌رو، فقیهان بسیاری درباره تأثیر دو عنصر زمان و مکان در امر اجتهاد سخن گفته‌اند.

از جمله فقیهان سلف شیعه که معتقد به تحول اجتهاد با تحول زمان بوده‌اند می‌توان از علامه حلی (۱۴۳۰: ۴۸۵)، شهید اول (۱۴۰۰، ج ۱: ۱۵۱)، مقدس اردبیلی (مجمع الفائده و البرهان، ج ۳: ۴۳۶)، و صاحب‌جوهر (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۲۳: ۳۷۵) نام برد. بسیاری از عالمان و فقیهان معاصر نیز به این عنصر اساسی در امر اجتهاد معتقدند. برخی، تغییر موضوع را تحت تأثیر تغییر زمان و مکان دانسته‌اند که در نتیجه چنین تغییری حکم جدیدی پدید می‌آید (مکارم شیرازی، ۱۳۷۴، ج ۱۴: ۳۶۴). بعضی نیز معتقدند ممکن است تحت تأثیر تغییر زمان و مکان ملاک حکم و در نتیجه حکم متحول شود (فاضل لنکرانی، ۱۳۷۴، ج ۳: ۷۰). بلکه فقیه مشهوری معتقد است با شناخت دقیق روابط اقتصادی، اجتماعی، و سیاسی موضوع جدیدی مطرح می‌شود که قهراً حکم جدیدی نیز می‌طلبد. این است که مجتهد باید به مسائل زمان خود احاطه داشته باشد (خمینی، ۱۳۶۷، ج ۲۱: ۹۸). همچنین، این نظر وجود دارد که روابط اجتماعی و شرایط آن، که در طول زمان‌ها و نیز در مکان‌های گوناگون متغیر است، در قواعد و روش فقاقت و اجتهاد تأثیرگذار است و بر اساس آن امکان دارد نتایج فقهی تغییر یابد (هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۴: ۲۵). دیدگاه دیگری نیز قائل است افزون بر تغییر موضوع بر اثر نیازها و ضرورت‌های زمانی و مکانی، همچنین، فقیه به سبب اطلاعات علمی گسترده و آگاهی از علوم جدید بشری ممکن است برداشت و فهم جدیدی از منابع فقهی داشته باشد؛ هرچند اجتهاد او مبتنی بر همان مبانی اساسی پیشین باشد (فاضل لنکرانی، ۱۳۷۴، ج ۳: ۶۰). از این‌رو، آگاهی و تسلط فقیه به مسائل و شرایط زمان در نحوه اجتهاد او تأثیرگذار است.

پیش از این گفته شد که نقطه تمایز دو روش اجتهاد اصولی و اخباریگری به مسئله مهم تأثیر دو عنصر زمان و مکان بستگی دارد. اکنون، تقسیم‌بندی مهم دیگری قابل توجه است که اجتهاد بر اساس مکتب اصولی به سه قسم تقسیم می‌شود: نظریه اصولی معتدل، نظریه اصولی افراطی، نظریه اصولی احتیاطی. نظریه اصولی معتدل بر این باور است که بدون اعمال اجتهاد در منابع مربوطه امکان ندارد فقه با زمان و شرایط آن هماهنگ شود؛ به این معنا، اجتهاد همچون چشمه‌ای جوشان پیوسته نیروی محرکی برای هماهنگی میان فقه و رویدادهای نو به نو در زندگی است. اما نزد پیروان نظریه اصولی افراطی منابع اجتهاد، افزون بر کتاب خدا و سنت، قیاس و استحسان است. نظریه اصولی احتیاطی نیز اگرچه در مقام تئوری مانند نظریه اصولی معتدل است،

صاحبان این نظریه در مقام استنباط احکام شرعی به روش اخباریگری عمل می‌کنند. از این رو، تنها با اجتهاد به روش اصولی معتدل می‌توان مشکل تطبیق شریعت ثابت با متغیر زمان و شرایط آن را حل کرد و با تحوّل موضوعات و ملاک احکام تحوّل در احکام را پدید آورد (جناتی، ۱۳۸۵: ۶۰ و ۴۳). بدین ترتیب، آگاهی فقیهان از تحولات زمان که تأثیر در استنباط فقهی ایشان داشته باشد نقطه تمایز اجتهاد مطلوب از غیر آن است. منظور از اجتهاد مطلوب در این مقاله همان دیدگاه اصولی معتدل است که در مقام استنباط احکام شرعی نیز به دیدگاه‌های اصولی خویش، همچون در مقام تئوری، پایبند هستند.

شهرت فتوایی

در اینجا، ابتدا خلاصه بحثی از حجیت شهرت فتوایی به میان می‌آید و در ادامه به اختصار ماهیت شهرت فتوایی مورد بحث قرار می‌گیرد.

حجیت شهرت فتوایی

فقیهان به فتوایی که فتوا دهندگان زیادی داشته باشد اما به حد اجماع نرسد فتوای مشهور یا شهرت فتوایی می‌گویند و درباره حجیت آن سه دیدگاه مختلف وجود دارد: ۱. فقیهانی که شهرت فتوایی را مطلقاً حجت می‌دانند؛^۱ ۲. در مقابل، برخی از فقیهان آن را مطلقاً حجت نمی‌دانند (شیخ مرتضی انصاری، *فرائد الاصول*، ج ۱: ۵۴۶؛ محمدتقی نجفی اصفهانی، *هدایه المسترشدين*، ج ۳: ۴۴۱)؛ ۳. بعضی دیگر از فقیهان (بروجردی، *البدر الزاهر فی صلاه الجمعة و المسافر*؛ ۱۹؛ خمینی، *انوار الهدایه*، ج ۱: ۲۶۱) نیز بر این نظر هستند که فقط شهرت فتوایی قدما، یعنی تا زمان شیخ طوسی، حجت است و شهرت فتوایی متأخرین دارای حجیت نیست.

در اینجا نخست برخی ادله برای حجیت شهرت فتوایی، یعنی دیدگاه دسته اول فقیهان، طرح می‌شود و در ذیل هر دلیل ردّ حجیت شهرت فتوایی بنا بر نظر دسته دوم فقیهان می‌آید. در بحث حجیت شهرت فتوایی به ادله‌ای استناد شده است که از جمله آن‌ها سه دلیل در این ارتباط قابل طرح است (محمدکاظم خراسانی، *کفایه الاصول*، ج ۷: ۷۷). دلیل نخست دلیل اولویت است که از مفهوم موافق حجیت خبر واحد استفاده می‌شود. به این معنا، خبر واحد که فقط یک خبر است حجیت دارد. زیرا مفید ظن است؛ در حالی که شهرت فتوایی که خبر جمع زیادی از فقیهان است و مفید ظن قوی‌تری است به طریق اولی حجیت است. در رد این دلیل چنین استدلال می‌شود: اول اینکه معلوم نیست ملاک حجیت خبر واحد به سبب «مفید ظن بودن» است و شاید ملاک دیگری برای حجت بودن خبر واحد وجود داشته باشد. دوم اینکه اگر ملاک حجیت خبر واحد ظن باشد، ظن نوعی است. اما در شهرت فتوایی مجتهد از اینکه می‌بیند جمعی از فقیهان درباره مسئله‌ای به گونه‌ای واحد فتوا داده‌اند برای او ظن شخصی ایجاد می‌شود و ظن نوعی در شهرت فتوایی وجود ندارد.

دلیل دوم در باب حجیت شهرت فتوایی استدلال به آیه نبأ^۲ است. آن دسته از فقیهان که شهرت فتوایی را حجت می‌دانند معتقدند بر اساس آیه نام برده نباید به هر چیزی که جهالت و سفاهت است عمل کرد؛ بلکه باید به شهرت فتوایی عمل کرد. زیرا عمل به فتوای بسیاری از فقیهان جهالت و سفاهت نیست. در رد این دلیل گفته می‌شود برای استدلال کننده میان نفی چیزی و اثبات چیز دیگری خلط ایجاد شده است؛ بلکه اینجا آنچه آیه درصدد بیان آن است اینکه عمل به جهالت ممنوع است، نه اینکه عمل به آنچه جهالت نیست (در اینجا، شهرت فتوایی) لازم است. بلکه دیدگاه دیگری قائل است عمل به شهرت فتوایی که دلیلی بر حجیت آن وجود ندارد غیر عقلانی و جهالت است. توضیح آنکه اگر منظور از جهل عدم علم باشد آشکارا می‌توان گفت عمل به شهرت فتوایی از آنجا که مفید علم نیست یا به بیان دیگر علم‌آور نیست جهالت است (خویی، ۱۴۲۲، ج ۱: ۱۶۹).

دلیل سوم که دلیل مهمی به حساب می‌آید استفاده از روایت مقبولة عمر بن حنظله^۳ است. راوی از امام سؤال می‌کند که در مسئله میراث اختلاف پیش آمده است. در مقام عمل چه باید کرد؟ امام می‌فرماید: برای رفع اختلاف باید به سراغ اصدق و افقه و

۱. محمدرضا مظفر قائل است شهید اول و آقا جمال خوانساری از این دسته از فقیهان هستند (*اصول الفقه*، ج ۲: ۱۴۶).

۲. آیه نبأ به آیه ۶ سورة حجرات می‌گویند که می‌فرماید: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا أَن تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصْحَبُوا عَلَى مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ».

۳. متن روایت: «ينظر الى ما كان من روايتهم عنا في ذلك الذي حكما به المجمع عليه من اصحابك فيؤخذ به من حكما و يترك الشاذ الذي ليس بمشهور عند اصحابك ...» (كليني، ۱۳۶۵، ج ۱: ۶۸).

اعدل رفت. عمر بن حنظله اضافه می‌کند: اگر قاضی‌ها هر دو صادق و فقیه و عادل باشند چه باید کرد؟ امام در پاسخ می‌فرماید: به آنچه (روایت) از ما نقل شده مراجعه کنید که مشهور فقیهان به آن عمل می‌کنند. بنابراین، موافقان حجیت شهرت فتوایی به روایت نام‌برده استدلال می‌کنند؛ هرچند در متن روایت مراد از ماء موصوله را «روایت» در نظر می‌گیرند. حال آنکه در رد دلیل سوم چنین گفته می‌شود: این روایت مربوط به شهرت عملی یا روایی است و ارتباطی به شهرت فتوایی ندارد. زیرا «ما» موصوله به روایت برمی‌گردد و حال آنکه بحث ما در شهرت فتوایی است.

از نظر دسته سوم فقیهان، نزدیک بودن زمان قدما به امامان معصوم و اصحاب ایشان و نیز سبک خاص نگارش فتاوا که برگرفته از متن احادیث بوده است موجب اطمینان به وجود روایت معتبری می‌شود که قدما بر آن اساس فتوا داده‌اند؛ ولی به دست ما نرسیده است. در واقع، این دسته از فقیهان معتقدند قدما دقیقاً از کلمات واحدی استفاده می‌کردند که از روایت مأثوره، بدون هیچ‌گونه دخل و تصرفی، گرفته شده بود. همچنین، آنان در توضیح نظر خویش می‌گویند چه بسا مسئله واحدی با لفظ واحدی در کتاب‌های قدما یافت می‌شود که از روایات مأثور گرفته شده است، به گونه‌ای که با دیدن آن لفظ واحد انسان گمان می‌کند که آن‌ها اهل اجتهاد و استنباط نبوده‌اند، بلکه از متقدمین خود تقلید می‌کردند. البته چنین امری به سبب شدت توجه ایشان است به آنچه از ائمه توسط بزرگان و استادان آنان روایت شده است (بروجردی، ۱۴۱۶: ۱۹). ظاهراً در قول به تمایز فقیهان سلف و متأخر تأکید بر اعتبار روایت مأثور است.

با هدف پاسخگویی به پرسش مدّ نظر این پژوهش، بررسی ماهیت شهرت فتوایی از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است.

ماهیت شهرت فتوایی

در باب ماهیت شهرت فتوایی چند دیدگاه محدود مشاهده می‌شود: برخی قائل‌اند از آنجا که فقیه توانایی استنباط احکام شرعی را دارد فقط بر اساس دلیل و حجت شرعی حکم و فتوای خود را صادر می‌کند و جایز نیست از فتوای یک فقیه یا تعداد زیادی از فقیهان دیگر تقلید کند (مظفر، ۱۳۷۰، ج ۲: ۱۴۶). در واقع، این محقق مشهور سیره عملی گروه بزرگی از فقهای امامیه را به چالش می‌کشانند و آن سیره عدم ابراز مخالفت با احکامی است که از مشهور فقیهان درباره موضوع معینی صادر شده است. در چنین مواردی، گویی ماهیت شهرت فتوایی از سنخ تقلید است و نه اجتهاد.

شهید صدر در بررسی تاریخ دانش اصول، رشد و تطور آن را به سه دوره تقسیم می‌کند: ۱. دوره تمهید که بذر دانش اصول کاشته می‌شود و از زمان ابی عقیل تا زمان شیخ طوسی بوده است؛ ۲. عصر تولید علم اصول که این دانش رشد می‌کند و ثمر آن در مباحث فقهی آشکار می‌شود. این دوره از زمان شیخ طوسی تا شهید اول ادامه دارد؛ ۳. عصر تکامل علم اصول که با ظهور وحید بهبهانی یا شیخ انصاری آغاز می‌شود و تا هم اکنون در آن دوره به سر می‌بریم. او سپس به بیان ویژگی‌های هر دوره می‌پردازد، از جمله اینکه علم اصول در عصر سوم دارای تعمق بیشتری می‌شود (صدر، ۱۳۹۵: ۸۷ - ۹۸). در این ارتباط، او معتقد است تا قبل از افول اصول قدیم فقیهان به دلیل حالت نفسانی و عاملی روان‌شناختی از مخالفت با اجماع و نظر مشهور اصحاب پرهیز می‌کردند (صدر، بی‌تا، ج ۲: ۹۴). اما، با ظهور عصر جدید اصول، عناصر پرکاربردی مانند اجماع منقول و شهرت فتوایی هنگام بیان دیدگاه‌های اصولی انکار شد (صدر، بی‌تا، ج ۲: ۹۴ - ۹۶). بنابراین، مهم‌ترین ویژگی دوره تکامل یا ظهور عصر جدید علم اصول این است که فقیهان تلاش داشتند اعتبار برخی ادله ظنیه مانند اجماع منقول و شهرت فتوایی را رد کنند.

اندیشمند نام‌برده دیدگاه خویش را چنین توضیح می‌دهد که این حالت نفسی پیش‌گفته هم میان فقیهان شیعه هم سنی وجود داشته است. به این معنا که طبع ایشان نمی‌پذیرفت با آنچه در عصر صحابه از مسلمات شمرده می‌شد مخالفت کنند؛ به این سبب فقیه در محذوری میان این حالت نفسی و مقتضای ادله و قواعد اصولی قرار می‌گرفت. گویی مسدود شدن باب اجتهاد در میان اهل سنت به همین جهت اتفاق افتاده است که با آنچه در زمان صحابه از مسلمات محسوب می‌شد مخالفت نکنند و اجتهاد را به فقیهان چهارگانه بسپارند. زیرا، آنان چنین مخالفتی را تأسیس فقه جدید و حکم غریب تلقی می‌کردند. همچنین، فقیه یادشده معتقد است از سوی دیگر برخی فقیهان شیعه تا قبل از عصر سوم علم اصول دوگانه عمل می‌کردند و آن مبانی، مانند اجماع منقول و شهرت فتوایی، را که در علم اصول به عدم حجیت آن نظر می‌دادند در فقه معتبر می‌دانستند و بر آن مبنا فتوا صادر می‌کردند. اما فقیهان در عصر سوم علم اصول به تدریج درصدد برآمدن تا آن مبانی، از جمله حجیت اجماع منقول و شهرت

فتوایی، را که در مباحث اصولی باطل می‌دانستند در فقه و هنگام استنباط حکم شرعی نیز بی‌اعتبار به حساب آوردند (صدر، بی‌تا، ج ۲). بنابراین، نزد فقیهان اهل سنت و شیعه عدم مخالفت با فقیهان سلف، از جهت پابندی به فقه مرسوم، رواج داشته است. اما نزد فقیهان شیعه، با رشد تدریجی علم استدلالی اصول، اعتبار شهرت فتوایی رد می‌شود و این مسئله ماهیت شهرت فتوایی را آشکارتر می‌کند.

دسته‌ای از فقیهان نیز که قائل به تمایز فتوای مشهور میان فقه‌های قدیم و متأخر بوده‌اند معتقدند از آن جهت رأی مشهور میان قدما معتبر است که آنان فتوای خود را از روایت مأثوره بدون هیچ‌گونه دخل و تصرفی گرفته‌اند. در واقع، آن‌ها اهل اجتهاد و استنباط نبوده‌اند بلکه از متقدمین خود تقلید می‌کردند (بروجردی، ۱۴۱۶: ۱۹). در اینجا نیز اعتماد بر فقه‌های سلف از جهت امانت‌داری در نقل روایت است و نه روش استنباط فقهی.

تحلیل نهایی

در این بخش، چند نکته در تفاوت میان عمل به اجتهاد مطلوب و شهرت فتوایی نسبت به ماده ۹۴۹ قانون مدنی می‌توان یافت.

۱. چنان که پیش‌تر نقل شد، فقهی که توانایی استنباط احکام شرعی را دارد جایز نیست از فتوای یک فقیه یا تعداد زیادی از فقیهان دیگر تقلید کند. بنابراین، عمل به شهرت فتوایی تقلید است در مقابل استنباط حکم شرعی؛ یعنی، بدون اجتهاد، حکم شرعی که پیشینیان در شرایط اجتماعی خود به دست آورده‌اند را برای زمان جدید صادر کنیم. در واقع، اجتهاد نکردن به معنای سکوت شارع نسبت به حکم موضوعات جدید یا انسداد باب اجتهاد است.

۲. بنا بر تحلیل شهید صدر یک حالت نفسانی فقیه را از استنباط حکم شرعی بر اساس منابع معتبر شرعی بازمی‌دارد. او قائل است که التزام برخی فقیهان اصولی به فن استنباط مانع از آن می‌شد که ایشان آن حالت نفسی را آشکار کنند. از این‌رو، اثر آن حالت نفسی برای ایشان به صورت دلیل ظاهر می‌شد و در عین حال که ادعای ایشان در فتوا عدم حجیت اجماع منقول و شهرت فتوایی بوده است، در واقع، دلیل حقیقی ایشان برای صدور آن فتوا همان حالت نفسی پیش‌گفته بوده است و نه ادله اجتهاد و استنباط حکم شرعی از روی منابع (صدر، بی‌تا، ج ۲: ۹۴ - ۹۶). در توضیح دیدگاه گفته‌شده می‌توان چنین فهمید که از پیش عواملی روان‌شناختی ذهن فقیه را تحت تأثیر قرار می‌دهد. در نتیجه، فقیه به تصور اینکه عمل استنباط حکم شرعی را انجام داده است قائل به نظر مشهور از فقیهان می‌شود. نگارنده معتقد است یکی از این عوامل روان‌شناختی ابهت علمی فقیهان سلف نزد فقیه متأخر است. هرچند احترام به فقیهان سلف اعتماد به خرد جمعی گذشتگان محسوب می‌شود، هیچ‌خردی نمی‌پسندد فتوای مشهور سدی در برابر حرکت اندیشه اجتهادی با لحاظ شرایط و مقتضیات زمان قرار گیرد. به نظر می‌رسد اگر فقیه در هر زمان موضوع را با لحاظ شرایط حاضر خود صورت‌بندی کند دچار چنین خطای مهمی نمی‌شود.

۳. چنان که ملاحظه شد، نزد گروهی از فقیهان اعتبار رأی قدما به نقل روایت از معصوم است، با این احتمال و گمان که آنان روایتی معتبر را دیده‌اند، اما این روایات به دست فقیهان بعدی نرسیده است. در اینجا، آشکار است آنچه شهرتش معتبر است فتوا نیست بلکه روایت معتبر است. در این صورت، این پرسش مهم پیش روی فقیه قرار می‌گیرد که آیا وظیفه فقیه مطمئن شدن به اعتبار روایت است که از معصوم رسیده باشد یا باید متن روایت را به عنوان منبع اجتهاد ببیند و با توجه به موضوع جدید حکم شرعی را استنباط کند؟ آیا فقیه موقع استنباط حکم شرعی مورد بحث ما توجه به شرایط کنونی زنان و فعالیت‌های اقتصادی آنان دوشادوش مردان دارد؟

۴. یکی از فقیهان معاصر قائل است که اگرچه ماهیت احکام شرعی فی نفسه بر موضوعات خود ثابت‌اند، دارای ملاکاتی هستند که به آن‌ها مشروط و مقیدند. بنابراین، وظیفه فقیه، افزون بر شناخت موضوع، ادراک ملاک حکم شرعی نیز هست. زیرا ملاکات احکام در مسائل غیر عبادی در بسیاری موارد برای آگاهان از شیوه‌های استنباطی از راه عقل قابل درک است. فقیه نام‌برده در عین حال دلیل عدم ادراک ملاکات احکام را «عدم دقت کافی» و «افراط در تعبدگرایی» تلقی می‌کند و معتقد است در مواردی فقیه به دلیل تعبدگرایی افراطی راه کشف ملاک حکم، که وظیفه عقلی فقیه است،

همچنین، راه برداشت صحیح از مبانی استنباطی را بر خود می‌بندد (جناتی، ۱۳۸۵: ۸۶). در صورتی که اِعمال اجتهاد مطلوب و دیدن شرایط جدید موضوع فقیه را به کنکاشگری وادار می‌کند تا ملاک حکم را در منبع شرعی بیابد.

۵. افزون بر آنچه در بند ۴ آمده است، جست‌وجو با دقت کافی در متن منابع شرعی فقیه را وامی‌دارد تا از احتیاط‌ورزی در کسب حکم شرعی پرهیز کند و رعایت احتیاط را به عنوان مفری برای خروج از مخمصه مخالفت با فقیهان سلف قرار ندهد. زیرا احتیاط‌ورزی در اجتهاد پیامدهای جبران‌ناپذیری به همراه دارد. یکی از این پیامدها این است که برخی فقیهان به جای ابداع و کشف موضوعات واقعی به فقاقت تقلیدی بسنده می‌کنند و به همین دلیل در دنیای متطور امروز پاسخی در برابر رخدادها نمی‌یابند (جناتی، ۱۳۸۵: ۹۶ - ۱۱۳). فقیه معاصر دیگری نیز معتقد است حفاظت از دین به معنای محدود کردن دین نیست و در این زمینه قائل است مکتب اخباری، با حصار احتیاط، دین را محدود به زمان صدر اسلام کردند و این همان ایستایی و جمود و تعطیل دین در بسیاری از ابعاد زندگی بشر است. در نتیجه، چنین تفکر و تفسیری با کمال دین و نیز با خاتمیت آن سازگاری ندارد (جوادی آملی، ۱۳۸۴: ۲۳۱). بنابراین، برخلاف تصور ظاهری، احتیاط‌ورزی در امر دین نه به نفع دین است نه به نفع پیروان دین. در این ارتباط، این پرسش مطرح می‌شود که در موضوع ارث زن آیا رعایت جانب احتیاط ما را به اجرای عدالت که خواسته شارع است می‌رساند یا عدم اجرای عدالت؟ آیا فقیه، با اجتهاد مطلوب و همراه با زمان، اجرای عدالت را در این می‌بیند که زنان را از ارثی محروم کند که در کنار همسران خود با دشواری فراوان فراهم آورده‌اند؟

۶. چنان که بدیهی است، اجتهاد تلاش فقیه است در درون نظام فقهی و ضرورت دارد که رأی فقیه را از شریعت واقعی متمایز کنیم. در واقع، مخالفت با فتوای هر فقیه‌ای که شامل تمام فقیهان سلف، معاصر، مشهور، و ناشناخته می‌شود مخالفت با شریعت و احکام خداوند نیست. پس، برای ایجاد هر گونه تحول در نظام فقهی توجه به این نکته اساسی از ضروریات است.

نتیجه

از آنجا که اختلاف نظر فقه‌های امامیه در موضوع ارث زوجه در صورت انحصار سبب رجوع به نظر مشهور فقها شده است، مسئله اصلی پژوهش حاضر پاسخگویی به این پرسش بوده است که آیا اعمال فتوای مشهور نسبت به ماده ۹۴۹ قانون مدنی مانع از اعمال اجتهاد مطلوب نمی‌شود؟

اجتهاد مطلوب اجتهاد پویایی است که از طریق اجتهاد در منابع شرعی معتبر و مبتنی بر قانون تحول اجتهاد با تحول زمان و شرایط و احوال انسان‌ها به احکام جدید شرعی برای موضوعات جدید دست می‌یابد. اجتهاد مطلوب همان دیدگاه اصولی معتدل است که در مقام عمل استنباط آگاهی فقیه نسبت به موضوع در شرایط زمانی و مکانی متفاوت را مؤثر در فهم فقیه از آیات و روایات و در نتیجه اجتهاد فقیه می‌داند و بدین ترتیب آگاهی و تسلط فقیه به شرایط زمان در نحوه اجتهاد او تأثیرگذار خواهد بود. حاصل آنکه اجتهاد مطلوب که باید با شناخت دقیق و حال حاضر موضوع همراه باشد با حجیت شهرت فتوایی که از سنخ تقلید است سازگاری ندارد. از این رو، نسبت به مفاد ماده ۹۴۹ قانون مدنی اِعمال اجتهاد مطلوب و لحاظ شرایط اقتصادی- اجتماعی درباره موقعیت فعلی زنان فتوای مشهور را، که اکنون شکل قانون موضوعه به خود گرفته است، به چالش می‌کشاند. زیرا، شرایط اجتماعی- اقتصادی زنان در جامعه کنونی بسیار متفاوت از جامعه چندین قرن گذشته است. به بیان دیگر، نمی‌توان پذیرفت پاسخ پرسش اکنون ما عطف به اجتهاد پیشینیان باشد. افزون بر آن، اعمال اجتهاد مطلوب منفع از شرایط جامعه کنونی نیست، بلکه با تغییر موضوع حکم شرعی نیز تغییر می‌یابد.

از این رو، تجدید نظر حقوقدانان جهت صورت‌بندی موضوع جدید در ماده ۹۴۹ که رعایت عدالت در مورد زنان در شرایط مشابه با مردان است ضروری می‌نماید. از سوی دیگر، فقیهان نیز ضرورت دارد، با اجتهاد مطلوب و لحاظ موضوع جدید، حکم شارع را که برای تحقق عدالت است از منابع معتبر استنباط کنند.

منابع

- قرآن کریم.
- امامی، سید حسن (۱۳۶۶). حقوق مدنی. چ ۶ تهران: کتابفروشی اسلامیة. ج ۱.
- بجنوردی، سید محمد (۱۳۸۵). ارث زن از شوهر با رویکردی بر نظر حضرت امام خمینی. متین، ش ۳۰، ۳ - ۴۰.
- بروجردی، سید حسین (۱۴۱۶ ق). *البدر الزاهر فی صلاه الجمعة و المسافر*. تقرير الابحاث حسين الطباطبائي البروجردی. به قلم حسين علی المنتظری. چ ۳. قم: مکتب آیت الله العظمی المنتظری.
- بهرامی نژاد، علی و بجنوردی، سید مصطفی (۱۳۹۴). حجیت شهرت فتوایی قدما با رویکردی به آرای امام خمینی. متین، ش ۶۹، ۷۳ - ۹۶.
- جناتی شاهرودی، محمد ابراهیم (۱۳۷۰). *منابع/جتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی*. تهران: مؤسسه کیهان.
- _____ (۱۳۸۵). *فقه و زمان*. قم: احیاءگران.
- جوادی آملی، عبدالله (۱۳۸۴). *تسریع در آئینه معرفت*. چ ۴. قم: مرکز نشر اسراء.
- _____ (۱۳۹۵). *حل شبهات و روایات معارض درباره زن*. <https://javadi.esra.ir>
- خراسانی، محمد کاظم (۱۳۶۸). *کفایه الاصول*. چ ۷. تهران: کتابفروشی اسلامیة.
- خمینی، سید روح الله (۱۴۲۷ ق). *انوار الهدایه فی التعلیقہ علی الکفایه*. چ ۳. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر تراث الامام الخمينی.
- _____ (۱۳۷۰). *صحیفه نور*. تهران: مؤسسه چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۲۲ ق). *مصباح الاصول*. تقریرات محمدرسور واعظ حسینی بهسودی. قم: مؤسسه احیاء آثار السید الخوئی.
- سبحانی، جعفر (۱۳۹۶). *شهرت فتوایی، درس خارج اصول آیت الله سبحانی*. سایت مدرسه فقهات: <https://eshia.ir/feqh/archive/text/sobhani/osool/96/960927/>
- شهید اول (۱۴۰۰ ق). *التواعد و الفوائد*. تحقیق و تصحیح: سید عبدالهادی الحکیم. قم: مکتبه المفید.
- شهید ثانی (۱۴۱۰ ق). *شرح للمعه*. باشراف السید محمد کلانتر. قم: کتابفروشی داوری.
- _____ (۱۴۲۵ ق). *مسالك الأفهام الى تنقيح شرائع الاسلام*. چ ۳. قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- شیخ انصاری، مرتضی (۱۴۱۹ ق). *فرائد الاصول*. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- شیخ حرّ عاملی (۱۴۰۹ ق). *وسائل الشیعه*. قم: مؤسسه آل البيت.
- شیخ صدوق (۱۴۱۳ ق). *من لا یحضره الفقیه*. قم: انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه.
- شیخ طوسی (۱۳۶۵). *التهذیب*. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- _____ (۱۳۹۰ ق). *الاستبصار*. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- شیخ مفید (۱۴۱۳ ق). *المقنعه*. قم: چاپ کنگره شیخ مفید.
- صانع، یوسف (۱۳۸۸). *ارث زن از شوهر (در صورت انحصار)*. چ ۷. قم: فقه الثقلین.
- صدر، سید محمدباقر (۱۳۹۵ ق). *المعالم الجدیده للأصول*. چ ۲. تهران: مکتبه النجاح.
- _____ (بی تا). *مباحث الاصول*. بی تا.
- صفایی، سید حسین و فولادی سوادکوهی، ابراهیم (۱۳۹۱). بررسی ارث زوجین در فرض انحصار در فقه امامیه. *دیدگاه های حقوق قضایی*، ش ۶۰، ۹۷ - ۱۲۶.
- علامه حلی (۱۴۲۲ ق). *تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه*. قم: مؤسسه الامام الصادق.
- _____ (۱۴۳۰ ق). *کشف المراد فی شرح تجرید الاعتقاد*. صححه و قدم له و علق علیه حسن حسن زاده آملی، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- طباطبایی، سید محمدحسین (۱۴۱۷ ق). *المیزان فی تفسیر القرآن*. قم: انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه. ج ۴.
- فاضل لنکرانی، محمدجواد (۱۳۷۴). *زمان و مکان و علم فقه*. مجموعه آثار کنگره بررسی مبانی فقهی حضرت امام خمینی: *نقش زمان و مکان در جتهاد*. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- فقیهی، علی (۱۳۹۷). عدم امکان دسترسی به شهرت فتواییه و مقتضای ادله. *پژوهش های فقه و حقوق اسلامی*، ش ۵۱، ۱۱۹ - ۱۳۶.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۱). *حقوق مدنی: درس هایی از شفعه، وصیت، و ارث*. چ ۳. تهران: میزان.
- کلینی (۱۳۶۵). *الکافی*. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- مظفر، محمدرضا (۱۳۷۰). *اصول الفقه*. چ ۴. قم: مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.

- مقدس اردبیلی (بی تا). مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان. المحقق: الشیخ المجتبی العراقي. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۷۴). نقش زمان و مکان و حکم عقل در اجتهاد. مجموعه آثار کنگره بررسی مبانی فقهی حضرت امام خمینی: نقش زمان و مکان در اجتهاد. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- مهرپور، حسین (۱۳۷۰). بررسی میراث زوجه در حقوق اسلام و ایران. ج ۲. تهران: اطلاعات.
- مؤذنی بیستگانی، حمید و کیخا، محمدرضا (۱۴۰۲). بررسی تأثیر عنصر روانی در تناقض روش استنباطی برخی فقیهان متأخر. فقه و اصول، س ۵۵، ش ۲، ۱۹۱ - ۲۱۱.
- نجفی اصفهانی، محمدتقی (۱۴۲۹ق). هدایه المسترشدين. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
- نجفی، محمدحسن (۱۳۶۲). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام. محقق: علی آخوندی. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۳۷۴). فقه و زمان. فقه اهل بیت، ش ۳، ۲۴ - ۳۰.
- Allāmeḥ Hilli (2001). *Tahrīr al-Ahkām al-Shar‘iyya ‘ala Madhhab al-Imāmiyya*. Qom: Imam al-Sādiq Institute. (in Arabic)
- (2009). *Kashf al-Murād fi Sharḥ Tajrid al-I’tiqād*. Edited and annotated by Hasan Hasan Zādeh Āmoli. Qom: Islamic Publishing Institute. (in Arabic)
- Bahrāmi-Nejād, A. & Bojnurdi, S. M. (2015). Validity of the Jurisprudential Fame of Early Scholars with an Approach to the Opinions of Imam Khomeini. *Matin Research Journal*, Issue 69, 73–96. (in Persian)
- Bojnurdi, S. M. (2006). Inheritance of a Wife from Her Husband with an Approach to the Opinion of Imam Khomeini. *Matin Research Journal*, Issue 30, 3–40. (in Persian)
- Borujerdi, S. H. (1995). *Al-Badr al-Zāhir fi Salāt al-Jum‘a wa al-Musāfir*. Notes on the discussions of Hossein Tabātabā‘i Borujerdi, written by Hosseinali Montazeri. 3rd edition. Qom: Office of Ayatollah al-Uzma Montazeri. (in Arabic)
- Emāmi, S. H. (1987). *Civil Law*. 6th edition. Tehran: Eslāmiyye Bookstore. Vol. 1. (in Persian)
- Faqīhi, A. (2018). Impossibility of Accessing Jurisprudential Fame and the Implication of Evidence. *Quarterly Journal of Islamic Jurisprudence and Law Research*, Issue 51, 119–136. (in Persian)
- Fāzel Lankarāni, M.J. (1995). Time, Place, and the Science of Fiqh. *Collection of Works from the Congress on the Jurisprudential Foundations of Imam Khomeini: The Role of Time and Place in Ijtihād*. Tehran: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini’s Works. (in Persian)
- Hāshemi Shāhrudi, S. M. (1995). Fiqh and Time. *Ahl al-Bayt Fiqh Quarterly*, Issue 3, 24–30. (in Persian)
- Janāti Shāhrudi, M.E. (1991). *Sources of Ijtihād from the Perspective of Islamic Schools of Thought*. Tehran: Keyhān Institute. (in Persian)
- (2006). *Fiqh and Time*. Qom: Ahyāgarān Publications. (in Persian)
- Javādi Āmoli, A. (2005). *Shari‘a in the Mirror of Knowledge*. 4th edition. Qom: Esrā Publishing Center. (in Persian)
- (2016). Resolving Doubts and Contradictory Narrations about Women. (in Persian)
Available at: <https://javadi.esra.ir>
- Kātuziān, N. (2002). *Civil Law: Lessons on Preemption, Wills, and Inheritance*. 3rd edition. Tehran: Mizān Publications. (in Persian)
- Kho‘i, S. A. (2001). *Misbāh al-Usūl*. Notes by Mohammad-Sarvar Vā‘ez Hosseini Behsudi. Qom: Institute for the Revival of the Works of Seyyed al-Kho‘i. (in Arabic)
- Khomeini, S. R. (1991). *Sahīfe-ye Nur*. Tehran: Institute for Printing and Publishing Affiliated with the Ministry of Culture and Islamic Guidance. (in Persian)
- (2006). *Anwār al-Hidāya fi al-Ta‘līq ‘ala al-Kifāya*. 3rd edition. Tehran: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini’s Works. (in Arabic)
- Khorāsāni, M.K. (1989). *Kifāyat al-Usūl*. 7th edition. Tehran: Eslāmiyye Publishing. (in Arabic)
- Kulayni (1986). *Al-Kāfi*. Tehran: Islamic Publishing. (in Arabic)
- Makārem Shirāzi, N. (1995). The Role of Time, Place, and Reason in Ijtihād. *Collection of Works from the Congress on the Jurisprudential Foundations of Imam Khomeini: The Role of Time and Place in Ijtihād*. Tehran: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini’s Works. (in Persian)
- Mehrpour, H. (1991). *Investigation of the Wife’s Inheritance in Islamic and Iranian Law*. 2nd edition. Tehran: Ettelā‘āt Publications. (in Persian)
- Mo‘azzeni Bistgāni, H. & Keykhā, M.R. (2023). Investigation of the Impact of the Psychological Element on the Contradictory Deductive Methods of Some Later Jurists. *Journal of Fiqh and Principles*, Year 55, Issue 2, 191–211. (in Persian)
- Moqaddas Ardabili (n.d.). *Majma‘ al-Fā‘ida wa al-Burhān fi Sharḥ Irshād al-Adhḥān*. Researcher: Sheikh Mojtabā Irāqi. Qom: Islamic Publishing Institute. (in Arabic)

- Mozaffar, M.R. (1991). *Usūl al-Fiqh*. 4th edition. Qom: Islamic Propagation Office Publishing Center. (in Arabic)
- Najafi Esfahāni, M.T. (2008). *Hidāyat al-Mustarshidīn*. Qom: Islamic Publishing Institute. (in Arabic)
- Najafi, M.H. (1983). *Jawāhir al-Kalām fī Sharh Sharā'i al-Islām*. Researcher: Ali Ākhundi. Beirut: Dār Ihyā' al-Turāth al-'Arabi. (in Arabic)
- Qur'ān. Translation by Mahdi Elāhi Qomsha'i (1893). Qom: Dār al-Hekma Publications. (in Arabic)
- Sadr, S. M.B. (1974). *Al-Ma'ālīm al-Jadīda lil-Usūl*. 2nd edition. Tehran: Najāh Publishing. (in Arabic)
- (n.d.). *Mabāhiṭh al-Usūl*. n.p. (in Arabic)
- Safā'i, S. H. & Fulādi Savādkūhi, E. (2012). Investigation of the Inheritance of Spouses in Case of Exclusivity in Imami Fiqh. *Judicial Perspectives Quarterly*, Issue 60, 97–126. (in Persian)
- Sāne'i, Y. (2009). *Inheritance of a Wife from Her Husband (in Case of Exclusivity)*. 7th edition. Qom: Fiqh al-Thaqalayn Publications. (in Persian)
- Shahīd Awwal (1979). *Al-Qawā'id wa al-Fawā'id*. Edited and corrected by: Seyyed Abdulhādī al-Hakīm. Qom: Mofid Publishing. (in Arabic)
- Shahīd Thāni (1979). *Sharh al-Lum'a*. Supervised by Seyyed Mohammad Kalāntar. Qom: Dāvari Publishing. (in Arabic)
- (2004). *Masālik al-Afhām ilā Tanqīh Sharā'i al-Islām*. 3rd edition. Qom: Institute of Islamic Knowledge. (in Arabic)
- Sheikh Ansāri, M. (1998). *Farā'id al-Usūl*. Qom: Islamic Thought Assembly. (in Arabic)
- Sheikh Horr 'Āmili (1988). *Wasā'il al-Shī'a*. Qom: Āl al-Bayt Institute. (in Arabic)
- Sheikh Mofid (1992). *Al-Muqni'a*. Qom: Sheikh Mofid Congress Publications. (in Arabic)
- Sheikh Sadūq (1992). *Man Lā Yahduruh al-Faqīh*. Qom: Publications of the Qom Seminary Teachers' Society. (in Arabic)
- Sheikh Tusi (1986). *Al-Tahdhib*. Tehran: Islamic Publishing. (in Arabic)
- (1969). *Al-Istibṣār*. Tehran: Islamic Publishing. (in Arabic)
- Sobhāni, J. (1396 SH). Jurisprudential Fame. Advanced Principles Course by Ayatollah Sobhāni. (in Persian)
Available at: <https://eshia.ir/feqh/archive/text/sobhani/osool/96/960927/>
- Tabātabā'i, S. M.H. (1996). *Al-Mizān fī Tafsīr al-Qur'ān*. Qom: Publications of the Qom Seminary Teachers' Society. Vol. 4. (in Arabic)