

کاربرد شأن عرفی فقها در فقه

مهدی منتظر قائم / دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری تهران / montazer@ujss.ac.ir

تاریخ وصول: ۱۴۰۱/۰۴/۰۲ / تاریخ تصویب نهایی: ۱۴۰۱/۱۱/۱۳

(DOI): 10.22034/shistu.2023.556403.2263

چکیده

فقها شئون و جنبه‌های گوناگونی دارند و کارهای متفاوتی می‌توانند انجام دهند که اصلی‌ترین آن‌ها فقاہت است. اینان برای شأن فقاہت خود - که چیزی جز فهم احکام شرعی از ادله نیست - بر ادبیات عربی، اصول فقه، فقه، درایه و رجال احاطه پیدا می‌کنند؛ اما در مسیر استنباط احکام به آگاهی‌های دیگری نیاز پیدا می‌کنند و ناچار می‌شوند به «عرف عام» یا «خبره» نیز مراجعه نمایند یا با «شأن عرفی» خود مسئله را حل کنند. در پاسخ به این سؤال که فقها در فقاہت چقدر از شأن عرفی خود استفاده می‌کنند؟ با روش «توصیفی - تحلیلی» می‌توان به این نتیجه رسید که فقها برای شناخت معانی ظاهری خطاب‌های شارع و آگاهی از عرف مقارن شارع و عرف معاصر، ناچارند عرف و بناهای عقلایی را بشناسند و نظر و رویه آن را در فقاہت منعکس کنند. اینان در همه این موارد از شأن عرفی خود استفاده می‌کنند، نه از تخصص فقهی‌شان. اگر گروه‌هایی از عرف خاص و عام تشکیل شود که بیانگر آراء و بناهای عرفی باشد ممکن است فقها در همه امور عرفی مؤثر در فهم مراد شارع به آنان رجوع کنند و خود به جای عرف نظر ندهند. کلیدواژه‌ها: عرف، فقه، عرف در فقه، شأن فقها، عرف مقارن شارع.

مقدمه

فقها در باره شئون خودشان اختلاف نظر دارند،^۱ ولی همه در حق افتنا و نگارش فقه اتفاق دارند. فتوای فقها احکام مستند به ادله فقهی است، و ادله فقهی نقلی (کتاب و سنت) یا غیر نقلی (لَبّی) است. وقتی فقها احکام را از کتاب یا سنت استنباط می‌نمایند از تخصص فقهی‌شان نیز استفاده می‌کنند و علومی را که برای یادگیری فقه خوانده‌اند (مثل ادبیات عربی، اصول فقه، تفسیر، درایه و رجال) به کار می‌گیرند؛ و وقتی احکام را به عقل یا عقلا مستند می‌کنند، به عنوان یکی از عقلا، از استدلال‌های عقلی و فهم عقلایی بهره می‌گیرند. در صورت دوم، فقها از تخصص انحصاری‌شان استفاده نمی‌کنند و در کارشان، با عقلا مشترکند. البته در صورت اول نیز گاهی خود را در مقام عقلا و عرف قرار می‌دهند و از رویه آنان در فهم احکام استفاده می‌کنند. اینان در هر دو صورت حق دارند اظهار نظر کنند؛ چون هم فقیه‌اند و هم در زمره عقلا و عرف قرار دارند. اما وقتی خود را در مقام عقلا و عرف قرار می‌دهند و فتوایشان متکی به عقلا یا عرف است با دیگران مشترکند و دیگران هم همین حق را دارند که با اتکا به جنبه عقلانی و عرفی خود نظر بدهند.

بنابراین، فقها در فقاہت خود دو شأن و جنبه دارند: شأن فقهی و شأن عرفی. تفکیک این دو شأن و تشخیص جایگاه فقها و عرف در مسیر استنباط‌های فقهی موجب می‌شود مبانی فقهی و عرفی فتواها از هم تفکیک شود و قلمرو فتوایی که بیشتر نیازمند فهم و رویه عقلا و عرف است، معین گردد. البته برخی علما بیش از اینکه با عرف سر و کار داشته باشند، در تخصص خود اوج گرفته‌اند و با اصطلاحات علمی مأنوس‌اند. اینان کمتر می‌توانند خود را به جای عرف بگذارند و از زبان عرف سخن بگویند. این عالمان، حتی اگر از فقها باشند در نظرهای عرفی‌شان مورد اتهام هستند. فقها در حدس‌هایشان در مسائل عرفی متهم‌اند، هر چند خودشان از عرف‌اند. (قمی، ۱۴۳۰ق، ج ۱، ص ۵۷)

۱. برای مثال، اختلاف نظر درباره ولایت فقها و محدوده آن.

فقها در مسیر استنباط احکام فقهی می‌توانند در موارد لازم به «عرف خبره» رجوع کنند؛ زیرا قاعده «لزوم رجوع به خبره» در همه مسائل، یک قاعده ارتکازی و معتبر است. (اراکي، ۱۴۱۵، ص ۴۱۴)

توجه به دو شأن و جنبه متفاوت فقها در استنباط احکام شرعی این سؤال را در ذهن پدید می‌آورد که فقها در مسیر استنباط احکام مستند به ادله نقلی، در چه مواردی از شأن عرفی‌شان استفاده می‌کنند؟ در این مقاله سعی می‌گردد با طرح عنوان اصلی «کاربرد شأن عرفی فقها در استنباط احکام» به سؤال فوق پاسخ داده شود. همچنین ذیل عنوان «کاربرد شأن عرفی فقها در شناخت مصادیق» بررسی می‌شود که فقها که در جواب استفتائات، در بسیاری از موارد، مصادیق موضوعات را بیان می‌کنند، چقدر شأن عرفی‌شان را به‌کار می‌گیرند.

هرچند درباره «نقش عرف در فقه و حجیت عرف» کتب و مقالات متعددی نوشته شده، اما نگارنده در خصوص موضوع این مقاله و پاسخ به سؤال مذکور به کتاب یا مقاله مستقلی دست نیافته است.

۱. کاربرد شأن عرفی فقها در استنباط احکام از ادله نقلی

فقها در موارد زیادی از «عرف» استفاده کرده و با تعبیرهای گوناگون از آن یاد نموده‌اند؛ از قبیل: «اهل البلد» (مفید، ۱۴۱۳ق - ب، ص ۶۱۶؛ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۲۶۸)، «الاعراف المتفق بین العقلاء» (مفید، ۱۴۱۳ق - الف، ص ۵)، «التعارف» (مرتضی، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۳۵۲)، «العاده» (مرتضی، ۱۴۱۵ق، ص ۱۶۴)، «عرف الاستعمال» (سید مرتضی، ۱۴۰۵ق، ج ۳، ص ۱۳۴)، «عادة الناس و عادة البلد» (ابن براج، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص ۴۸۵ و ۳۶۳)، «طريقة العرف و العادة»، «عرف العادة» و «عرف اللغة» (ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۳۳۹؛ ج ۲، ص ۵۸۳)، «عادة القوم» (سلار، ۱۴۰۴ق، ص ۱۹۶)، «قضاء العرف» (حلی، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۳۴)، «عرف القوم و الرجوع الی العرف» (مامقانی، ۱۳۵۰، ص ۲۳۹)، «عرف الزمان»

(نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۵، ص ۱۶۵)، «فهم العرف» (بهبهانی، ۱۴۱۵ق - الف، ج ۱، ص ۳۳۰؛ ج ۲، ص ۱۲۹)، و «ذهن العرف». (نائینی، ۱۴۱۱ق، ج ۱، ص ۲۴۵)

کاربرد مکرر این تعابیر متفاوت نشان‌دهنده نیاز بسیار فقه به عرف و تغییر بعضی از احکام با تغییر عادات است (عاملی، ۱۴۰۰ق، ج ۱، ص ۱۵۱) و به همین علت، شناخت عرف عام و خاص از شرایط اجتهاد به شمار آمده است. (بهبهانی، ۱۴۱۵ق - ب، ص ۳۳۶) فقها در بسیاری از مسائل، اگر بخواهند نظر بدهند با اتکا به عرف نظر می‌دهند و در طریق استنباط بسیاری از احکام فقهی نیز به عرف رجوع می‌کنند؛ زیرا احکام از ادله نقلی یا غیر نقلی استنباط می‌شود و در هر دو طریق، عرف (خاص و عام) نقش بسزایی دارد.

فقها در مسیر استنباط احکام از ادله نقلی، نیازمند شناخت «عرف مقارن شارع» و «عرف مقارن خودشان» هستند.^۱ تشخیص اینکه در چه مواردی باید به «عرف مقارن شارع» و در چه مواردی باید به «عرف مقارن خودشان» رجوع کنند نقش مهمی در استنباط دارد و به فهم مراد شارع و ظهور الفاظ در معانی کمک می‌کند. فقها در مقام استنباط، برای تشخیص معانی الفاظ شارع به معانی لغوی و عرفی مقارن شارع مراجعه می‌کنند و برای تشخیص مصادیق موضوعات (در جواب استفتائات) نیز از عرف بهره می‌گیرند.

علاوه بر این برای فهم مقصود شارع و تشخیص معانی الفاظ، لازم است معلوم شود خطاب‌های شارع برای کدام عصر بیان شده است و هر فقهی در هر عصری چگونه می‌تواند از آنها استفاده کند. در این باره به طور کلی سه نظر وجود دارد:

۱) عمومات و اطلاقات شارع ناظر به عرف مقارن خودش است و این قابلیت را ندارد که اکنون به آنها استناد گردد. بعضی از محققان با استناد به نظر زبان‌شناسان گفته‌اند: زبان قابلیت تجرید فلسفی ندارد (مجتهد شبستری، ۱۳۷۳، ش ۱، ص ۴۲) و نمی‌توان گفت: شارع

۱. بعضی از فقها به «عرف مقارن شارع» و «عرف غیر مقارن (حادث)» تعبیر کرده‌اند. (خوانساری،

از «احل الله البيع» (بقره: ۲۷۵) همه بیعها در همه زمانها را منظور داشته است. بنابراین، فقط شامل بیعهای زمان نزول قرآن می‌شود و در خصوص بیعهای مستحدث باید به عرف رجوع کرد.

۲) همه ادله نقلی برای همه زمانها و مکانها و تمام عرفها قابل استفاده و استناد است.^۱

۱. این نظر با بیانهای متفاوتی ارائه شده است: الف) همه آدمیان در همه اعصار، مخاطب عمومات و اطلاعات شارع‌اند، مگر اینکه دلیل خاصی بر محدودیت زمانی یا مکانی آنها وجود داشته باشد. به عبارت دیگر، همه قضایای شرعی قضایای حقیقی‌اند (نائینی، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۱۷۳)، مگر اینکه خارجی بودن آنها اثبات شود. ب) افراد معدوم مصداق قضایای شرعی نیستند و تکلیفی متوجه آنان نیست؛ ولی وقتی موجود شوند، حکم شامل آنان می‌شود. فقط پیامبر مخاطب وحی بوده و دیگران - اعم از حاضران و غایبان، موجودان و غیر موجودان - به واسطه پیامبر از وحی مطلع شده‌اند و خطاب‌های قرآن و احکام دیگر که توسط معصومان حکایت شده، تا زمان ما باقی است. خدا مقنن و پیامبر مبلغ است و قانون اسلامی مثل سایر قوانین عرفی است. اسلام شکل جدیدی برای قانون‌گذاری ایجاد نکرده است و قوانین اسلامی هر کسی را که از آن آگاه شود، دربر می‌گیرد (موسوی خمینی، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص ۲۸۷ تا ۲۸۹). ج) فقط حاضران در زمان نزول آیات و صدور روایات (مشافهان) مخاطب نصوص بوده‌اند. خطاب به معدومان عقلاً و شرعاً قبیح است (قمی، ۱۴۳۰ق، ج ۱، ص ۵۱۷) و معدومان بعد از موجود شدن و بلوغ، به خطاب‌های شارع مکلف می‌شوند. خطاب‌های مطلق شارع به واجدان شرایط تکلیف تعلق می‌گیرد و فاقدان شرط هر وقت واجد شرط شوند حکم به آنان نیز تعلق می‌گیرد (قمی، ۱۴۳۰ق، ج ۱، ص ۵۱۹). معدومان [در زمان شارع]، نه به‌طور حقیقی و نه به‌طور مجازی، مخاطب شارع نبوده‌اند، ولی به دلیل اجماع، ضرورت و روایات، در حکم، با مشافهان مشترکند (قمی، ۱۴۳۰ق، ج ۱، ص ۵۲۱). بنابراین، متأخران از عصر شارع موظفند تلاش و اجتهاد کنند تا فهم مخاطبان شارع و نحوه ادراک آنان از خطاب‌های شارع را، هرچند با ظنون اجتهادی (مثل اصل «عدم نقل»، «عدم تحریف» و «عدم قرینه حالی دال بر خلاف ظاهر») تحصیل کنند (قمی، ۱۴۳۰ق، ج ۱، ص ۵۲۱). د) غیر مخاطبان در صورتی با مخاطبان اشتراک در تکلیف دارند که از صنف مخاطبان باشند. برای مثال، خطاب قرآن به مؤمنان درباره نماز جمعه، در خصوص مشافهانی است که نماز جمعه را با امامت پیامبر یا منصوب او می‌خوانده‌اند و غیر مشافهان در صورتی در این تکلیف با آنان مشترکند که همان شرایط را داشته باشند. (بهبهانی، ۱۴۱۵ق - ب، ص ۱۵۳ تا ۱۵۴)

۳) بعضی از خطاب‌های شارح مختص عرف مقارن خودش است و با استناد به «اجماع منقول» و «استصحاب» می‌توان آنها را به اکنون نیز تعمیم داد و به عنوان ضابطه پذیرفت. برای مثال، در معامله ربوی، ملاک مکیل و موزون بودن، عصر رسول خداست. کالایی که در آن عصر مکیل یا موزون بوده است اکنون هم باید ربوی در نظر گرفته شود، هرچند مکیل یا موزون نباشد، و کالایی که در آن زمان مکیل یا موزون نبوده، اکنون ربوی نیست، هرچند مکیل یا موزون باشد. (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۳، ص ۳۶۲؛ بحرانی، ۱۳۶۳، ج ۱۸، ص ۴۷۱)

به نظر می‌رسد نظر اول عقلایی نیست؛ زیرا عقلا (با صرف نظر از مباحث علمی زبان‌شناختی)، خطاب‌های عام و مطلق پیامبران و بزرگان دوران‌های گذشته را متوجه خود نیز می‌دانند و آنها را به روزگار گویندگان منحصر نمی‌کنند.

نظر دوم (که خطاب‌های شارح را برای همه قابل استفاده می‌داند) عقلایی است و امکان استفاده از خطاب‌های شارح برای همه نسل‌ها وجود دارد؛ اما با استناد به این نظر نمی‌توان گفت: خطاب‌های شارح بدون توجه به عرف مقارن خودش، همه مردم در همه اعصار را دربر می‌گیرد و شرایط عرفی در آنها تأثیری نداشته است. بنابراین، خطاب‌های شرعی قضایای حقیقی و خطاب‌های قانونی‌اند؛ ولی فراتر از قضایای اعتباری و اعتبارات قانون‌گذاران نیستند و با قضایای حقیقی تکوینی متفاوت‌اند. خطاب‌ها و قضایای شرعی، قضایای عرفی و عقلایی‌اند و ویژگی‌های عرفی و عقلایی دارند. عرف همه قضایای اعتباری و قانونی را همیشگی، و همه مردم - اعم از موجودان و معدومان - را مخاطب آنها نمی‌داند و به همین علت است که بسیاری از قوانین در زمان‌های گوناگون تغییر می‌کند.

در خصوص مخاطبان شارح، قدر متیقن این است که عرف مقارن شارح مخاطب خطاب‌های شارح بوده است، و عرف‌های غیر مقارن نیز مکلف به تکالیف الهی هستند؛ ولی عرف‌های غیر مقارن برای تشخیص تکالیف خود، ضرورت دارد اولاً، به خطاب‌های شارح دست پیدا کنند. ثانیاً، عرف مقارن شارح را بشناسند. ثالثاً، به عرف معاصر خود

آگاهی پیدا کنند تا در محدوده این سه ضلع بتوانند وظایف خود را بفهمند. آکتفا به یکی از اینها و بی‌توجهی به هر ضلع دیگر ممکن است موجب نقص در فهم وظایف مسلمان معاصر شود.

فقها نیز برای فهم وظایف مردم، لازم است عرف زمان شارع را بشناسند تا بتوانند معانی الفاظ و مصادیق آنها را که مردم معاصر شارع می‌فهمیده‌اند، دریابند. علاوه بر آن، باید ببینند کدام‌یک از خطاب‌های شارع متناسب با عرف خاص مقارن خود و مختص آن بوده و کدام‌یک از آنها متناسب با عرف عقلایی تمام اعصار است. به همین علت است که «زمان» و «مکان» دو عنصر تعیین‌کننده در اجتهادند. (موسوی خمینی، ۱۳۸۹، ج ۲۱، ص ۲۸۹) گاهی «ارتکازات عرفی» در احکامی که تعبدی یا عقلایی محض نیستند، موجب انصراف آن احکام به ارتکازات و مناسبات عرفی می‌شوند (موسوی خمینی، ۱۳۸۱، ص ۳۴۷) و گاهی عرف عمومات شرعی را تخصیص می‌زند. (سید مرتضی، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۳۰۷) بدون توجه به لزوم شناخت عرف مقارن شارع و معاصر، و بدون آگاهی از شرایط زمان و مکان صدور ادله نقلی، اطمینان به مراد شارع حاصل نمی‌شود و نمی‌توان فتوای معتبر داد.

نظر سوم شناخت عرف مقارن شارع را لازم می‌داند؛ ولی به شناخت عرف رایج کنونی اهمیتی نمی‌دهد، در حالی که به همان میزان که شناخت عرف مقارن شارع در فهم مراد شارع مؤثر است، شناخت عرف معاصر نیز برای تعمیم حکم مدنظر شارع به زمان معاصر مهم است. نمی‌توان مکیل یا موزون بودن کالاها را که کاملاً عرفی است، تعبدی دانست و مکیل یا موزون بودن عرف مقارن شارع را بر عرف کنونی تحمیل کرد. حکم به ربوی بودن معاوضه کالاها همجنس که در عرف شارع موزون بوده ولی اکنون معدود است، به این معناست که عرف امروز باید آنها را موزون بداند. تعبد به حکم شارع را می‌توان پذیرفت؛ ولی هیچ دستوری درباره لزوم تعبد به عرف مقارن شارع به ما نرسیده است.

اعمال تعبد و بیان حکم ابدی و غیر متغیر در این موارد (که به اختلاف مکان‌ها، زمان‌ها، عادات و حالت‌ها دگرگون می‌گردد و زمینه تغییر در آن بسیار است) بیانی قوی و شفاف می‌طلبد و بر قانونگذار حکیم است که تبیینی روشن و دال بر ابدیت حکم ارائه دهد تا توهم عصری بودن آن پیش نیاید. (علیدوست، ۱۳۸۵، ص ۲۳۰)

بنابراین، خطاب‌های شارع در همه زمان‌ها قابل استفاده است؛ ولی هیچ‌کس برای فهم آنها بی‌نیاز از عرف نیست. آنجا که فقها برای استنباط احکام از ادله نقلی، به معانی عرفی الفاظ استناد می‌کنند از شأن و حیثیت عرفی خود بهره می‌گیرند. همچنین وقتی خطاب‌های شرعی مقید به عرف مقارن شارع را از خطاب‌های منطبق با عرف معاصر تفکیک می‌کنند، به عرف خبره نیازمندند. فقها در این موارد به افرادی نیازمندند که شناخت نسبتاً کاملی از عرف مقارن شارع و عرف معاصر داشته باشند؛ زیرا عرف‌شناسی در تخصص فقها نیست و جزو علوم‌ی که برای فقاهت یاد می‌گیرند (ادبیات عربی، اصول فقه، فقه، تفسیر، درایه و رجال) قرار ندارد.

۱-۱- کاربرد شأن عرفی فقها در شناخت معنای عرفی الفاظ

۱-۱-۱. شناخت معنای موضوع حکم

تشخیص معانی الفاظ خطاب‌های شارع با عرف است، اعم از اینکه آن الفاظ، «موضوع» یا «متعلق» امر یا نهی باشند. فقیه معنای موضوع^۱ را از عرف، ولی حدود و شرایطش را از شرع می‌گیرد. (معرفت، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۵۷) میزان در تبیین مفاهیم، عرف است (موسوی خمینی، ۱۳۸۱، ص ۲۲۰) و به همین علت، برای فهم کتاب و سنت، لازم است علوم عربی فراگرفته شود. (موسوی خمینی، ۱۴۲۶، ص ۹) اینکه لفظ «بیع»، «غنا» یا «لهو» در زمان شارع در چه معنایی ظهور داشته و اکنون در چه معنایی ظهور دارد، امری عرفی است.

۱. که آیا این موضوع بر این معنا صدق می‌کند. (شبهه صدقی)

فقهایی که به تعریف غنا - و امثال آن - پرداخته‌اند نیز مفهوم عرفی آن را بیان کرده‌اند و تعاریف آنان مرجعیت انحصاری عرف در بیان مفاهیم مفردات و جمله‌ها را نقض نمی‌کند. (علیدوست، ۱۳۸۵، ص ۲۱۹)

اختلاف نظر فقها در تعاریف موضوعات، مثل تعریف «بیماری»، بی‌وجه است؛ زیرا فقه در این امور دخالتی ندارد و مرجع منحصر آن قوانین طب و تجربه است. (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۸، ص ۴۶۲) بعضی از حقوقدانان (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۱۳۶۰) راه «عناصرشماری» را - به جای عرف - برای حل مشکلات و مجهولات در ماهیات حقوقی پیشنهاد کرده‌اند؛ اما این مسیر سندی در قبال عرف نیست و راهی است به آنچه در ذهن و ارتکاز مردم (عرف) وجود دارد. (علیدوست، ۱۳۸۵، ص ۲۲۱)

«تنقیح موضوع» عرفی است و به دو شکل صورت می‌گیرد:

الف) تنقیح ثبوتی موضوع؛ مثل اینکه عرف نفقه زوجه را به نحو کامل بداند (و فراهم کردن لوازم زندگی امروزی را مشمول نفقه بشمارد)، نه مثل سابق. این سیره برای همه لازم الاتباع است.

ب) تنقیح اثباتی موضوع؛ مثل اینکه عرف از «المؤمنون عند شروطهم» (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۷۱) چنین بفهمد که طرفین معامله در صورتی ملتزم به آن هستند که غبن فاحشی در آن نباشد. (صدر، ۱۴۱۷ق، ج ۴، ص ۲۳۴)

موضوعات عرفی باید به عرف عام یا خاص ارجاع شود و روش فقها در موضوعات احکام شرعی ارجاع آنها به عرف خبره بوده است. (نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص ۱۲۱) فقها درباره معنای «معدن» اختلاف نظرهای بسیاری دارند، در حالی که آنان در این مسئله خبره نیستند. (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۱۱، ص ۳۸۷) توسعه و توضیح مفاهیم کلمات نیز وابسته به نظر عرف است. برای مثال، عرف «آب» و «طلا» را بر آب و طلای ناخالص نیز اطلاق می‌کند. (خوئی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۲۷۶)

گاهی نیز موضوع تبدیل عرفی پیدا می‌کند. برای مثال:

الف) موضوع استحاله می‌شود و ذاتش تغییر می‌کند؛ مثل اینکه فاضلاب به آب تبدیل می‌شود. (صانعی، ۱۳۹۵، ص ۱۷ تا ۱۸)

ب) صفت موضوع تغییر می‌کند؛ مثل اینکه کالای موزون معدود یا مکمل می‌شود.

ج) موضوعی که مالیت ندارد در زمان دیگر مالیت پیدا می‌کند؛ یعنی دارای منفعت معتد به عقلایی می‌شود (خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۳، ص ۳)؛ یا تحصیل تملک (مثل تملک خون) از تصرف باطل (نساء: ۲۹) خارج می‌شود و جزو تجارت با رضایت (نساء: ۲۹) قرار می‌گیرد.

۱-۱-۲. شناخت معنای «امر» و «نهی»

اینکه کدام‌یک از اوامر و نواهی شارع در وجوب و حرمت یا در استحباب و کراهت ظهور دارد، به عهده عرف است. البته اینکه «اصل» در معنای امر و نهی چیست، در علم اصول از آن بحث شده است؛ اما تشخیص اینکه مثلاً امر به اقامه نماز (بقره: ۴۳) با تأکید بیان شده است و ظهور در وجوب دارد، و امر به احسان (نحل: ۹۰) ظهور در استحباب دارد نیز در شأن عرف است.

علاوه بر این، گاهی عرف در معانی الفاظ تأثیر می‌گذارد و الفاظ عموم به وسیله آن تخصیص زده می‌شود (مرتضی، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۷۳۰) و فقها وقتی تنقیح مناط، الغای خصوصیت، تخصیص دلیل، تقیید دلیل، تصرفات متکی به مناسبات حکم و موضوع، اولویت عرفی و تغییر نص انجام می‌دهند از کارایی عرف استفاده می‌کنند. (علیدوست، ۱۳۸۵، ص ۲۳۲) فهم تعارض ادله و جمع میان آنها نیز از امور عرفی است. (علیدوست، ۱۳۸۵، ص ۲۹۴)

بنابراین، اختلافی که فقها در تشخیص این ظهورها دارند بیشتر ناشی از شأن عرفی آنها و تفاوت نظرهای عرف در فهم ظهورهاست. البته فقها بعد از تشخیص عرفی ظهور الفاظ و جملات شارع با توجه به احاطه‌شان به ادله نقلی، ممکن است با ادله معارض مواجه شوند و به راه‌های عرفی رفع تعارض روی آورند.

۱-۱-۳. شناخت معنای «اظهر»

معیار در فهم ادله نقلی، شناخت معنای اظهر است، و این شناخت، ارتکازی است و تحت حدّ و ضابطه معینی در نمی‌آید. (حلی، ۴۳۲ق، ج ۵، ص ۴۵۸) شارع در رساندن احکام به مردم مثل بقیه مردم است و در محاورات و خطاب‌هایش مثل محاورات مردم عمل می‌کند. همان‌گونه که اگر مقنن عرفی به نجاست خون حکم کند مفهوم این موضوع چیزی جز آنچه عرف می‌فهمد نیست، مفاهیم قوانینی که شارع به ما رسانده نیز عرفی است، و شرع در خطاباتش عرف است. (موسوی خمینی، ۱۳۸۱، ص ۱۶۰) به همین سبب در اعتبار اجماع قدما می‌توان تشکیک کرد؛ زیرا چه بسا روایاتی که مستند اجماع قدما بوده اگر به دست معاصران می‌رسید چیز دیگری استظهار می‌کردند. (موسوی خمینی، ۱۴۲۰ق، ج ۱، ص ۴۵۴)

۱-۱-۴. شناخت اراده جدی شارع

برای شناخت عرف لفظی باید توجه داشت که بعضی از خطاب‌های شارع خطاب‌های ادبی است، برای تأثیرگذاری در مخاطب است، فردی است، اراده استعمالی گوینده با اراده جدی‌اش منطبق نیست، هدف و آثار خطاب‌های قانونی را ندارد و دالّ بر تشریح حکم نیست. (سیستانی، ۱۴۱۴ق، ص ۶۵-۶۶) برای مثال، «زکات چرک دست مردم است». (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۴، ص ۵۸؛ سیستانی، ۱۴۱۴ق، ص ۷۰) «بازار میدان ابلیس است» (صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۱۹۹)، «کسانی که در نماز جماعت حاضر نمی‌شوند دستور می‌دهیم منزلشان آتش زده شود» (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص ۲۵)، «گردن رباخوار را خواهم زد» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۱۴۷)، «کافران مثل حیوانات می‌خورند و بهره می‌برند» (محمد:

۱۲)، «مهریه أجر است» (احزاب: ۵۰؛ نساء: ۲۴)، «در ازدواج، مرد زن را گران می‌خرد» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۳۶۵)، «پیامبر به ولیّ دم گفتند: عفو کن، وگرنه تو هم مثل او هستی» (بیهقی، ۱۴۲۴ق، ج ۸، ص ۹۷)، «پیامبر به پسری که علیه پدر خود طرح دعوا کرده بود، گفتند: تو و مالت ملک پدرت هستی» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۱۳۶)، «کفر تارکان نماز» (همان، ج ۲، ص ۳۸۶) و «نماز نخواندن بر جنازه مدیون» [و عدم جواز آن]. (ابن ابی‌جمهور، ۱۴۰۵ق، ج ۲، ص ۱۱۴)

هیچکدام از این خطاب‌ها در معنای حقیقی خود به کار نرفته و مراد جدی شارع نیست و فقها نیز مطابق مفاد آن فتوا نداده‌اند. فهم اینکه این الفاظ در معنای حقیقی خود به کار نرفته نیز عرفی است.

بنابراین، فقها وقتی برای فهم معنای عرفی الفاظ ادله نقلی تلاش می‌کنند شأن و جنبه عرفی خود را به کار می‌گیرند؛ زیرا فقها (در ادبیات عربی و اصول فقه) تقسیم معانی به حقیقی و مجازی و اصالة الحقیقه را می‌خوانند؛ اما در این باره که به نظر عرف در کدامیک از خطاب‌های شارع قرینه کاربرد مجازی وجود دارد، نیازمند عرف‌اند.

۱-۲. کاربرد شأن عرفی فقها در شناخت خطاب‌های شرعی مقید به عرف مقارن

شارع

بخشی از اختلاف فهم فقها در دلالت روایات، نتیجه تفاوت عرف عصر شارع با عصر کنونی و روشن نبودن قراین صدور ادله است. (قمی، ۱۴۳۰، ج ۲، ص ۷۵) چون فهم خطاب مبتنی بر فهم معنای لغوی یا معنای عرفی (عرف عام یا خاص) است اگر معنای آن در زمانی که آن خطاب وارد شده معلوم باشد بنا بر همان معنا گذاشته می‌شود و معانی دیگر معتبر نیست. خطاب هر زمانی بر عرف همان زمان حمل می‌شود. (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق، ج ۱، ص ۱۵۰) پس الفاظ «غناء، تریه، لبن، نهر، کُر، بحر، حجر، ساعة، کعب، مئزر، مثقال، وزنه، رطل،

اوقیة، فرسخ، سید، مؤمن، فاسق» و امثال آنها نباید بر معانی جدیدی حمل شود؛ زیرا این الفاظ در زمان خطاب به معانی جدید شرعی تعلق نگرفته است. (همان، ج ۱، ص ۱۵۱) البته اگر شارع لفظ جدیدی اختراع کرده یا لفظی را به معنای جدید شرعی نقل داده باشد، فقیه برای فهم مراد شارع باید به ادله نقلی رجوع کند. البته وجود چنین الفاظی - که حقیقت شرعی داشته باشند - محل تردید است.

گاهی تأثیر عرف خاص یا عام مقارن شارع در خطاب‌های شارع آنقدر زیاد بوده که آن خطاب‌ها را مقید به خود کرده است. شناخت اینگونه خطاب‌های شرعی به فقیه کمک می‌کند که احکام مستنبط از آنها را به عرف‌های دیگر تعمیم ندهد. مسئله‌ای که در قدیم دارای حکمی بوده، به‌ظاهر همان مسئله در روابط حاکم بر سیاست، اجتماع و اقتصاد یک نظام ممکن است حکم جدیدی پیدا کند، بدین معنا که با شناخت دقیق روابط اقتصادی، اجتماعی و سیاسی، همان موضوع اول که از نظر ظاهر با قدیم فرقی نکرده، واقعاً موضوع جدیدی شده است که قهراً حکم جدیدی می‌طلبد. (موسوی خمینی، ۱۳۸۹، ج ۲۱، ص ۲۸۹)

با این نگاه، خطاب‌های شارع و سنت معصومان علیهم‌السلام دو قسم می‌شود:

۱-۲-۱. خطاب‌های مقید به عرف خاص مقارن شارع

هیچ خطابی که در زمان و مکان معینی بیان می‌شود نمی‌تواند ناظر به عرف آن زمان و مکان نباشد و شرایط عرفی و فرهنگ مخاطبان بی‌واسطه خود را نادیده بگیرد. به همین دلیل است که امروزه فقها برای فهم ادله شرعی و خطابات دین، باید فهم عرف زمان صدور را بشناسند و با توجه به فهم و برداشت و فرهنگ آن مردم، به تفسیر و تجزیه و تحلیل آراء شرعی بپردازند. شناخت متفاوت فقها از عرف مقارن شارع موجب اختلاف فتواها می‌شود و بسیاری از اختلافات فقهی معلول استظهارات عرفی فقهاست. (رجبی، ۱۳۷۲، ش ۴۸، ص ۱۲۷-۱۲۸)

خطاب‌های شارع اساساً و ابتدائاً برای مردم زمان خودش بیان شده و شرایط زمانی و مکانی عصر شارع در نزول این خطاب‌ها و کیفیت آنها تأثیر داشته است. شناخت عرف مقارن شارع به فقیه کمک می‌کند تا بتواند فهمی را که مردم عصر نزول از این خطاب‌ها داشته‌اند، دریابد و مراد شارع را بهتر بفهمد. فقیه برای استنباط، لازم است کوشش کند تمام خصوصیات و شرایطی را که زمان صدور روایت یا نزول آیه دخالت داشته است مدنظر قرار دهد (گرجی، ۱۳۷۳، ش ۱، ص ۳۰) و از جمله شرایط اجتهاد، «انس با محاورات عرفی» و «فهم موضوعات عرفی» است که محاورات قرآن و سنت بر طبق آن صورت گرفته است. (موسوی خمینی، ۱۴۲۶ق، ص ۹)

وقتی خطابات شرعی مطلق باشند و قید شرعی نداشته باشند، برای تقیید آنها باید به عرف عادت مراجعه کرد. (ابن ادريس، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۵۸۳) ارتکازات عرفی و عقلایی مقارن شارع در تکوین ظهور الفاظ شارع نقش دارند و مثل قراین لَبِّي متصل به کلام، دایره ظهور را توسعه و ضیق می‌دهند. (صدر، ۱۴۱۷ق، ج ۴، ص ۲۳۵)

برای مثال، ممکن است گفته شود: این احکام مقید به عرف خاص مقارن شارع‌اند: تعیین هفت ذراع برای راه‌ها (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۲۹۵) و هفت ذراع برای سقف اتاق (همان، ج ۶، ص ۵۲۹)، مقررات مربوط به مرکب‌های زمان شارع (همان، ج ۷، ص ۳۶۸)، دلالت سکوت دختر باکره بر رضایت به عقد ازدواج (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۳۹۴)، عربی بودن صیغه نکاح (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۴۵۶)، بعضی از بیماری‌هایی که سبب فسخ نکاح‌اند (همان، ج ۵، ص ۴۰۸)، نپذیرفتن ادعای زوجه (بعد از نزدیکی) به عدم وصول مهریه (همان، ج ۵، ص ۳۸۵)،^۱ عربی خواندن خطبه‌های نماز جمعه به نشانه تأسی (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۱۱،

۱. زیرا در زمان شارع در مدینه، همه مهریه قبل از نزدیکی به زوجه پرداخت می‌شد. (عاملی، ۱۴۰۰،

ص ۲۱۶)، پلید شمرده شدن مزد قضات (صدوق، ۱۳۶۲، ج ۱، ص ۳۳۰)،^۱ حکم به پرداخت دو برابر قیمت میوه برای سارق میوه از باغ (حرّ عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۸، ص ۲۸۶)، جواز برداشت مخفیانه همسر ابوسفیان از مال شوهرش به اندازه نیاز (عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۳، ص ۴۶۷)، ضمان عاقله (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۶۴)، ضمان جریره (همان، ج ۷، ص ۱۶۹)، تقدیر دیه با درهم و دینار (همان، ج ۷، ص ۲۸۲)، و مقدار دیات. (همان، ج ۷، ص ۲۸۲)

به نظر بعضی از فقها، نهی از جلوس زنان با مردان در خلأ (همان، ج ۵، ص ۵۱۹) نیز مقید به زمانی است که زنان و مردان در مستراح‌های عمومی برای قضای حاجت می‌نشستند. (خوئی، بی‌تا، ج ۱، ص ۳۴۸)^۲

البته چه بسا بتوان از احکام مقید به عرف مقارن شارع، یک حکم کلی غیر مقید به آن عرف استنتاج کرد. برای مثال، عرف معاصر انحصار تعلق دیات به شش چیز را نمی‌پذیرد؛ ولی اصل مشروعیت دیات را که عقلایی است و به عرف مقارن شارع اختصاص ندارد، می‌پذیرد و خودش را مخاطب آن می‌داند. همچنین بعضی از مجازات‌های شرعی مقید به رواج عرفی است و همان موقع اگر پیامبر - مثلاً - در روم یا ایران مبعوث می‌شدند مجازات‌های عرفی دیگری امضا می‌شد؛ اما اصل مجازات فراعرفی است.

۱. بعضی از فقها با استناد به پلید بودن اجرت قضات، به حرمت اخذ آن فتوا داده‌اند (نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۷، ص ۶۶؛ انصاری، ۱۴۱۵ق - الف، ص ۱۰۰)، در حالی که به نظر بعضی دیگر از فقها این روایت ناظر به قضات منصوب از طرف حاکمان ظالم است (موسوی تبریزی، ۱۴۲۱ق، ص ۱۱۶) و با توجه به قضات زمان امام صادق علیه السلام که منصوب جائران (امویان و عباسیان) بوده‌اند بیان شده و شامل قضات منصوب از طرف حاکمان عادل نمی‌شود.

۲. بنابراین، از آن نمی‌توان حرمت خلوت اجنبی و اجنبیه را استنباط کرد. البته روایتی در خصوص اجتماع زن و مرد نامحرم در محلی که دیگری نباشد (صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۲۵۲) و جایی که زن نامحرم صدای نفس مرد را می‌شنود (طوسی، ۱۴۱۴ق، ص ۶۸۸) وارد شده و بعضی از فقها به حرمت آن فتوا داده‌اند، ولی بعضی دیگر دلالت آنها را تمام ندانسته‌اند. (خوئی، بی‌تا، ج ۱، ص ۳۴۸)

بیان این مثال‌ها صرفاً برای توضیح این مطلب است که اجمالاً بعضی از خطاب‌های شارع مقید به عرف همان زمان است، و فقها برای استنباط حکم از این ادله نیازمند شناخت عرف‌اند. شناخت عرف زمان شارع در شأن عرف خیره است و فقها برای شناخت آن از شأن عرفی خود استفاده می‌کنند؛ زیرا شناخت عرف زمان شارع جزو علمی نیست که فقها برای فقاهت یاد می‌گیرند. البته اثبات اینکه هر یک از این مثال‌ها در زمان صدور روایات رواج عرفی داشته نیازمند مستندات تاریخی است.

همچنین بعضی از افعال پیامبر مقید به طبیعت انسانی او بوده و استفاده قصد وجه (وجوب یا استحباب) از آن قابل اثبات نیست و تشخیص آن نیز با عرف است؛ مثل تشخیص اینکه آیا پیامبر شستن صورت از بالا و دست از آرنج را در وضو به قصد وجه انجام داده یا از افعال جبلی و طبیعی او بوده، با عرف است. (طباطبائی، ۱۳۹۶ق، ص ۲۸۲، تنبیه دوم)

به نظر بعضی از اهل سنت «جلسه استراحت» پیامبر منشأ بدنی و طبیعی داشته است. (عاملی، ۱۴۰۰ق، ج ۱، ص ۲۱۱) تفکیک جنبه‌های گوناگون افعال معصومان و تشخیص افعال طبیعی آنان - که نمی‌تواند منشأ احکام الزامی باشد - در شأن «عرف خبره» و در قلمرو کار اوست. فقها نیز با شأن عرفی خود آن را تشخیص می‌دهند.

۱-۲-۲. خطاب‌های مقید به عرف عام مقارن شارع

بعضی از خطاب‌های شارع مقید به عرف عام و بناهای عقلایی رایج در عصر خودش بوده است و با زوال آنها این خطاب‌ها هم کارایی خود را از دست می‌دهند؛ و اگر آن بناهای عقلایی دوباره رایج شد این خطاب‌ها هم دوباره مشروعیت پیدا می‌کنند. تحولات گوناگون فرهنگی، اقتصادی و سیاسی که در جوامع پدید آمده موجب تغییر بعضی از بناهای عقلایی رایج در عصر شارع شده و ادله امضایی شارع که آن بناها را امضا کرده بود، اکنون کارایی ندارد. برای مثال، می‌توان به ادله برده‌داری، تمرکز قوا و قاضی‌محوری (در مقابل قانون‌محوری) اشاره کرد.

در همه این موارد، تشخیص اینکه خطاب شرعی به عرف خاص یا عام مقارن شارع مقید است، با عرف خبره است و وقتی فقها سعی می‌کنند بناهای عقلایی مقارن شارع را بشناسند، و خطاب‌های شرعی منطبق با آن را تشخیص دهند از شأن عرفی خود استفاده می‌کنند؛ زیرا شناخت عرف زمان شارع جزء علمی نیست که فقها برای فقاقت خود یاد می‌گیرند.

بنابراین، در تمام مواردی که فقها تلاش می‌کنند خطاب‌های مقید به عرف (خاص یا عام) شارع را بشناسند و برای شناخت آن به عرف مقارن شارع رجوع می‌نمایند، به تخصص تاریخی و اجتماعی نیازمندند و از شأن و جنبه عرفی خود استفاده می‌کنند.

۱-۳. کاربرد شأن عرفی فقها در شناخت خطاب‌های شرعی منطبق با بناهای عقلایی

معاصر

بعضی از خطاب‌های عرفی یا عقلایی شارع اختصاص به عصر او ندارد و فرازمانی و فرامکانی است؛ مثل خطاب‌های شارع در زمینه عدل، احسان، اصل بیع، اجاره و دیگر عقود. پیامبر اگر در غیر مکه و مدینه یا در زمانی دیگر زندگی می‌کردند «احلّ الله البیع» (بقره: ۲۷۵) و «اوفوا بالعقود» (مائده: ۱) نیز نازل می‌شد؛ زیرا همه جا بیع راجع و وفای به عقد لازم بوده و هنوز هم این عهد جاری هستند. بنابراین، «البیع» و «العقود» مقید به بیع‌های مکه و مدینه نیستند، منطبق با بنای عقلایی همیشگی هستند، ناظر به بیع و عقود عصر نزول هستند؛ ولی دلیلی بر اختصاص آن به مکه و مدینه وجود ندارد. بنا به همین نظر است که فقها می‌توانند با استناد به این دو آیه، همه معاملات در همه زمان‌ها را صحیح و لازم الوفاء بدانند و بگویند: مقتضای عمومات این است که هر معامله عقلایی صحیح است، مگر اینکه شارع با دلیل خاص آن را منع کرده باشد. (طباطبائی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۷۱۱) خرید و فروش‌های صحیح عرفی شرعاً نیز صحیح و لازم الوفاء است؛ زیرا خطاب‌های شرعی بر طبق عرف وارد شده است. (انصاری، ۱۴۱۵ق - ب، ج ۳، ص ۲۰) معامله‌های

مستحدث نیز مشمول عمومات زمان شارع هستند و بیع حقوق (مثل سرقفلی که در عرف شایع است) ذیل عمومات کتاب و سنت قرار می‌گیرد. (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ق، ص ۱۵)

تشخیص «انطباق خطاب‌های شرعی» با «بناهای عقلایی معاصر» با عرف است، و فقها با شأن و جنبه عرفی خود، به آن اقدام می‌کنند.

۲. کاربرد شأن عرفی فقها در شناخت مصادیق

عرف مرجع تشخیص مصادیق است. (سبحانی، ۱۴۱۹ق، ص ۱۹۳ و ۱۸۹) میزان در تشخیص همه مصادیق مفاهیم و چگونگی صدق مفاهیم بر مصادیق (موسوی خمینی، ۱۳۸۱، ص ۲۲۰) و سعه و ضیق موضوع، عرف است. (خرازی، ۱۳۶۷، ش ۲۱، ص ۱۳) مصادیق قوانینی که شارع به ما رسانده عرفی است، و سخن آخوند خراسانی که «تشخیص مفاهیم را عرفی، ولی تشخیص مصادیق را عقلی می‌داند» اشکال دارد؛ زیرا شارع در خطاب‌هایش، مثل یکی از عرف است و نمی‌توان گفت: فهم عرف در موضوعات احکام شارع معتبر، ولی فهم او در مصادیق موضوعات غیر معتبر است. (موسوی خمینی، ۱۳۸۱، ص ۱۵۹)

فقیه در ابواب معاملات، نسبت به مصادیق هیچ نقشی ندارد و تشخیص مصادیق^۱ وظیفه فقیه بما آنه فقیه نیست. (معرفت، ۱۳۷۳، ش ۱، ص ۵۶) برای مثال، چگونه جنگیدن به اسلام ربطی ندارد. پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله آن‌گونه می‌جنگیدند؛ چون دنیای آن روز آن‌گونه می‌جنگید. (همان، ش ۱، ص ۶۴) همچنین مصادیق «معروف» در آیه «با زنان به معروف معاشرت کنید» (نساء: ۱۹)، مصادیق «مؤونه» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۱۶، ص ۵۹) و «نفقه» (نساء: ۳۴)، مصداق «سگ شکاری معلم» (ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۸۳)، اجتناب از خون، شست‌وشوی لباس آغشته به ادرار، شستن صورت و دست تا آرنج (موسوی خمینی، ۱۳۸۱، ص ۲۲۰)، مصادیق «ظرف طلا و نقره»، تشخیص مصادیق «مأکول» (که از موارد

۱. شبهه مصداقی.

جواز سجده بر زمین استثنا شده)، تغییر تقدیری آب‌های تیره که مقداری خون در آن ریخته شده، مصداق «نظر به نامحرم» در نگاه به زنان بی حجاب در پخش مستقیم تلویزیون، مصداق استماع آیات سجده از رسانه‌های شنیداری (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ق - ب، ص ۳۲۴) و ده‌ها مصداق عرفی برای «زمین» (طباطبائی، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص ۵۸۹ تا ۵۹۱) در شأن عرف است و اگر فقها به تشخیص آنها اقدام کنند شأن عرفی خود را به‌کار گرفته‌اند.

البته برای تشخیص مصادیق، گاهی باید به عرف عام و گاهی به عرف خاص رجوع کرد: مصداق «آهنگ» و «صوت مناسب مجالس لهو و فساد» با عرف عام متدین و رجوع علما و فقها در اینگونه موارد به عرف عام متدین است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ق - الف، ج ۲، ص ۲۲۸) و برای تشخیص مصداق‌های گوناگون «مال» به عرف عام یا خاص رجوع می‌شود.

برای مثال، در نیمه اول سال ۱۳۶۲ شمسی به دستور یکی از فقها، همایشی در بندر انزلی برای تشخیص ماهی‌های فلس‌دار تشکیل شد و نظر عرف کارشناس این بود که انواع تاس‌ماهی‌ها، اوزون‌برون، شیرماهی و فیل‌ماهی فلس دارند (معرفت، ۱۳۷۴، ص ۱۶۶)؛ اما به نظر برخی دیگر از فقها، چیزی که در نظر متخصص «فلس» باشد، ولی در عرف به آن «فلس» نگویند شرعاً اعتباری ندارد (تبریزی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۴۰۳) و مسائل فقهی بر محور موضوعات عرفی دور می‌زنند، نه موضوعات خاص محفل علمی. (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ق - الف، ج ۲، ص ۱۶۹)

برخی از فقها در موضوعات غیر مختص شرعی، مکلف را مرجع تشخیص مصادیق دانسته‌اند. (معرفت، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۱۰۶) البته بعضی از فقها تشخیص مصادیق عرفی را نیز به عهده فقها گذاشته‌اند، با این استدلال که اگر تطبیق این موضوعات بر مصادیق، به دست مقلدان سپرده شود بسیاری از آنها سردرگم می‌شوند و در تشخیص وظیفه خود می‌مانند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ق - ب، ص ۳۲۴)؛ اما به نظر می‌رسد برای رفع سردرگمی مردم

راه‌های دیگری هم هست که با آنها بتوان تشخیص مصادیق را به عرف نسبت داد و فقها را - هرچند زیاد با عرف ارتباط دارند - به کاری که وظیفه‌شان نیست و تخصصی در آن ندارند، و انداشت. تردید مقلد در مسائل عرفی با فحص عرفی برطرف می‌شود، نه با رجوع به مرجع تقلید.^۱

رساله‌های استفتائات پر است از تشخیص مصادیق عرفی الفاظ توسط فقها، و در تمام این موارد که فقها برای شناخت مصادیق عرفی الفاظ ادله نقلی می‌کشند، از شأن و حیثیت عرفی خود استفاده می‌کنند؛ زیرا کار آنان استنباط احکام کلی است و تعیین مصادیق در شأن آنان نیست.

جمع‌بندی و نتیجه

فقها در مسیر استنباط احکام شرعی از ادله، غیر از تخصص فقهی‌شان، از آراء و رویه‌های عرفی و بناهای عقلایی نیز استفاده می‌کنند. نقش پررنگ عرف در مسیر استنباط احکام از ادله نقلی ظهورسازی است، و فقها بدون آن نمی‌توانند به مراد شارع پی ببرند. اینان برای شناخت معانی عرفی الفاظ شارع و مصادیق آن به عرف مراجعه می‌کنند و به کمک عرف، خطاب‌های شرعی مقید به عرف مقارن شارع و خطاب‌های شرعی منطبق با بناهای عقلایی معاصر را تشخیص می‌دهند. علاوه بر این، فقها برای بسیاری از مسائل، دلیل نقلی نمی‌یابند و برای پاسخ آنها نیز ناچار از مراجعه به عرف و بناهای عقلایی‌اند. در همه این موارد، یا به

۱. چون منظور از موضوعی که حکم به آن تعلق می‌گیرد موضوع واقعی و خارجی است، نظر هر نهادی که عهده‌دار تشخیص مصداق می‌شود، طریقت دارد. عرف عام و داوری توده مردم در بسیاری از موارد، اطمینان‌بخش‌ترین، ساده‌ترین و در دسترس‌ترین راه حل قابل قبول است. مگر رسیدن به واقع موضوعات در موضوعات قابل درک برای همگان از غیر این راه میسر است؟ اما به نظر برخی دیگر از فقهای معاصر، موضوع عرفی ملاک است، نه موضوع واقعی. برای مثال، خون عرفی نجس است، نه واقع خون. واقع خون در رنگ خون نیز وجود دارد، ولی نجس نیست. (علیدوست، ۱۳۸۳، ش ۲، ص ۲۲ تا ۲۳)

عرف رجوع می‌کنند و متأثر از آن فتوا می‌دهند یا سکوت می‌کنند و مقلدان را به عرف ارجاع می‌دهند. اگر سازوکاری فراهم شود که بتواند نظر عرف را به‌درستی منعکس کند، ممکن است فقها همه عرفیات را به عرف خاص و عام بسپارند و به کار تخصصی خود بپردازند.

منابع

قرآن کریم.

۱. ابن ابی‌جمهور، محمد (۱۴۰۵ق)، عوالی اللثالی، قم، دار سیدالشهداء.
۲. ابن ادريس، محمد (۱۴۱۰ق)، السرائر، قم، انتشارات اسلامی.
۳. ابن براج، عبدالعزيز (۱۴۰۶ق)، المهذب، قم، انتشارات اسلامی.
۴. اراکی، محمد علی (۱۴۱۵ق)، رساله فی الاجتهاد و التقليد، قم، در راه حق.
۵. انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق - الف)، القضاء و الشهادات، قم، کنگره جهانی شیخ انصاری.
۶. _____ (۱۴۱۵ق - ب)، کتاب المکاسب، قم، کنگره جهانی شیخ انصاری.
۷. بحرانی، یوسف (۱۳۶۳)، الحدائق الناضرة، قم، النشر الاسلامی.
۸. بهبهانی (وحدید)، محمد باقر (۱۴۱۵ق - الف)، الحاشیة علی مدارک الاحکام، قم، آل البيت.
۹. _____ (۱۴۱۵ق - ب)، الفوائد الحائریة، قم، مجمع الفكر الاسلامی.
۱۰. بیهقی، ابوبکر (۱۴۲۴ق)، السنن الکبری، بیروت، دار الکتب العلمیه.
۱۱. تبریزی، جواد (۱۳۸۵)، استفتائات جدید، قم، سرور.
۱۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۸)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش.
۱۳. حرّ عاملی، محمد (۱۴۱۹ق)، وسائل الشیعة، قم، مؤسسه آل البيت.
۱۴. حلّی (فخر المحققین)، محمد (۱۳۸۷ق)، ایضاح الفوائد، قم، اسماعیلیان.
۱۵. حلّی، حسین (۱۴۳۲ق)، اصول الفقه، قم، مکتبه الفقه والاصول المختصه.
۱۶. خرازی، سید محسن (۱۳۶۷)، «پژوهشی پیرامون عرف»، مشکوة، ش ۲۱.
۱۷. خوانساری، سید احمد (۱۴۰۵ق)، جامع المدارک، قم، اسماعیلیان.
۱۸. خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۸ق)، التنقیح «الاجتهاد و التقليد»، تقریر میرزا علی غروی، قم، لطفی.
۱۹. _____ (بی‌تا)، مصباح الفقاهة «المکاسب»، تقریر محمد علی توحیدی، قم، داوری.
۲۰. رجبی، حسین (۱۳۷۲)، «کاربرد عرف در استنباط»، کیهان اندیشه، ش ۴۸، ص ۱۲۷-۱۳۶.
۲۱. سبحانی، جعفر (۱۴۱۹ق)، مصادر الفقه الاسلامی، بیروت، دار الاضواء.
۲۲. سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳ق)، مهذب الاحکام، قم، دفتر آیت‌الله سید عبدالاعلی سبزواری.

۲۳. سلار دیلمی، حمزه (۱۴۰۴ق)، **المراسم العلویة**، قم، منشورات الحرمین.
۲۴. سید مرتضی، علی (۱۳۷۶ش)، **الذریعه**، تهران، دانشگاه تهران.
۲۵. _____ (۱۴۰۵ق)، **رسائل المرتضی**، قم، دارالقرآن الکریم.
۲۶. _____ (۱۴۱۵ق)، **الانتصار**، قم، انتشارات اسلامی.
۲۷. سیستانی، سید علی (۱۴۱۴ق)، **الرافد فی علم الاصول**، تقریر سید منیر القطیفی، قم، مکتب آیه الله سیستانی.
۲۸. شریف کاشانی، حبیب الله (۱۴۰۴ق)، **تسهیل المسالک**، قم، المطبعة العلمیه.
۲۹. صانعی، یوسف (۱۳۹۵)، **استفتائات «فتاوی مورد نیاز افراد مقیم خارج از کشور»**، فقه الثقلین.
۳۰. صدر، سید محمد باقر (۱۴۱۷ق)، **بحوث فی علم الاصول**، تقریر سید محمود هاشمی شاهرودی، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی.
۳۱. صدوق، محمد بن علی بن بابویه (۱۳۶۲)، **الخصال**، قم، جامعه مدرسین.
۳۲. _____ (۱۴۱۳ق)، **کتاب من لا یحضره الفقیه**، قم، انتشارات اسلامی.
۳۳. طباطبائی، سید محمد کاظم (۱۴۰۹ق)، **العروة الوثقی**، بیروت: مؤسسه الاعلمی.
۳۴. طباطبائی، محمد (۱۲۹۶ق)، **مفاتیح الاصول**، قم، آل البيت.
۳۵. طوسی، محمد (۱۳۸۷ق)، **المبسوط**، قم، المكتبة المرتضویه.
۳۶. _____ (۱۴۰۷ق)، **تهذیب الاحکام**، تهران، دار الکتب الاسلامیه.
۳۷. _____ (۱۴۱۴ق)، **الامالی**، قم، دارالثقافه.
۳۸. عاملی، زین الدین (۱۴۱۳ق)، **مسالک الأفهام**، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه.
۳۹. عاملی، محمد (۱۴۰۰ق)، **القواعد والفوائد**، قم، کتابفروشی مفید.
۴۰. علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۸۳)، **فصلنامه حقوق اسلامی**، ش ۲.
۴۱. _____ (۱۳۸۵)، **فقه و عرف**، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۴۲. قمی، میرزا ابوالقاسم (۱۴۳۰ق)، **القوانین المحکمه**، قم، احیاء الکتب الاسلامیه.
۴۳. کاشف الغطاء، جعفر (۱۴۲۲ق)، **کشف الغطاء**، قم، دفتر تبلیغات اسلامی.
۴۴. کلینی، محمد (۱۴۰۷ق)، **الکافی**، تهران، دار الکتب الاسلامیه.

۴۵. گرجی، ابوالقاسم (۱۳۷۳)، «اقتراح»، نقد و نظر، ش ۱، ص ۱۴-۱۰۶.
۴۶. مامقانی، عبدالله (۱۳۵۰ق)، «نهایة المقال»، قم، مجمع الذخائر الاسلامیه.
۴۷. مجتهد شبستری، محمد (۱۳۷۳)، «اقتراح»، نقد و نظر، ش ۱، ص ۱۴-۱۰۶.
۴۸. معرفت، محمد هادی (۱۳۷۳)، «اقتراح»، نقد و نظر، ش ۱، ص ۱۴-۱۰۶.
۴۹. مفید، محمد (۱۴۱۳ق - الف)، مختصر التذکرة باصول الفقه، قم، کنگره شیخ مفید.
۵۰. _____ (۱۴۱۳ق - ب)، المنفعة، قم، کنگره شیخ مفید.
۵۱. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۵ق)، انوار الفقاهة «کتاب البیع»، قم: مدرسة الامام علی عليه السلام.
۵۲. _____ (۱۴۲۷ق - الف)، استفتائات جدید، قم، مدرسة الامام علی عليه السلام.
۵۳. _____ (۱۴۲۷ق - ب)، دائرة المعارف فقه مقارن، قم، مدرسة امام علی عليه السلام.
۵۴. موسوی تبریزی، سید حسین (۱۴۲۱ق)، میزان القضاء فی الكتاب والسنة وعند العقلاء، قم، نور علی نور.
۵۵. موسوی خمینی، سید روح‌الله (۱۳۸۱)، الاستصحاب، تهران، مؤسسه نشر آثار امام خمینی.
۵۶. _____ (۱۳۸۹)، صحیفه امام، تهران، مؤسسه نشر آثار امام خمینی.
۵۷. _____ (۱۴۱۵ق)، مناهج الوصول، تهران، مؤسسه نشر آثار امام خمینی.
۵۸. _____ (۱۴۲۰ق)، معتمد الاصول، تقریر محمد فاضل لنکرانی، تهران، مؤسسه نشر آثار امام خمینی.
۵۹. _____ (۱۴۲۶ق)، الاجتهاد والتقلید، تهران، مؤسسه نشر آثار امام خمینی.
۶۰. _____ (۱۴۳۴ق)، تحریر الوسيلة (موسوعة الامام الخميني، ج ۲۲ و ۲۳)، تهران، مؤسسه نشر آثار امام خمینی.
۶۱. نائینی، میرزا محمد حسین (۱۳۷۶)، فوائد الاصول، قم، جامعه مدرسین.
۶۲. _____ (۱۴۱۱ق)، کتاب الصلاة، قم، انتشارات اسلامی.
۶۳. نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴ق)، جواهر الکلام، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
۶۴. نراقی، احمد (۱۴۱۵ق)، مستند الشیعة، قم، آل البيت.