

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين و صلي الله علي سيدنا محمد و آله الطاهرين

دامنه دخالت عرف در استنباط احکام شرعی

به دنبال آن بحثی که در جلسه گذشته در مورد فرمایش مرحوم محقق اصفهانی داشتیم مناسب است چند نکته را راجع به مسئله‌ی عرف تذکر بدهیم. بحث از محدوده دخالت عرف در استنباط در احکام شرعی بحثی مهم است که متأسفانه تاکنون به شکلی که باید منعقد نشده است. و یکی از مباحثی است که میتوان پیرامون آن تحقیق کرده و رساله ای تدوین نمود. مباحث مربوط به عرف را میتوان حول این محورها مطرح نمود:

نخست: عرف در مسائل اصولی چقدر اثر دارد، در قواعد اصولی عرف تا چه اندازه‌ای تأثیر دارد؟ باید يك دور از اول تا آخر اصول ملاحظه كنید و موارد را بررسی كنید. مرحوم محقق اصفهانی در مسئله‌ی خروج از محل ابتلا به دلیل شیخ، نائینی و آخوند اشكال كرد و فرمود عرف در واقع تكلیف دخالت ندارد، اما در دلالت الفاظ دخالت دارد، حالا ما در اصول بررسی كنیم ببینیم آیا جای دیگری هم نظیر این بحث خروج از ابتلا داریم که به عرف تمسك شده باشد یا نه؟ يك مثالش را در جلسه‌ی گذشته عرض کردیم، مسئله‌ی تأخیر بیان از وقت حاجت که يك امر قبیح عرفی است، عرف قبیح می‌داند و همین عامل سبب می‌شود که عرف این تکلیف را نپذیرد.

دوم : مورد دوم مطلبی است که زیاد به آن برخورد کردید، می‌گوئید تخصیص اکثر قبیح است، یعنی اگر يك عامی باشد و این عام اینقدر تخصیص بخورد که به حدّ استهجان عرفی برسد، این را عرف قبیح می‌داند و در ذهنم هست که خود مرحوم محقق اصفهانی اعلي الله مقامه الشریف این مبنا را دارند که اگر تخصیص به حدّ استهجان عرفی برسد قبیح است. اگر ما همین را قبول کردیم خود این باز يك مقدار دایره‌ی دخالت عرف را توسعه می‌دهد، یعنی دایره‌ی دخالت عرف را فقط در مفهوم الفاظ محدود نمی‌کند. عرف برای شارع معین می‌کند که اگر يك قانون عامی را آوردید تا يك حدّی می‌توانید تخصیص بزنید، و اگر تخصیص اکثر شد قبیح است، وقتی قبیح دانست آن عام دیگر از استدلال برای عمومیت ساقط می‌شود، یا تخصیص اگر به این حدّ برسد عرف می‌گوید نباید از این حد فراتر رود، این هم يك بحث اصولی است.

سوم : مورد سوم مساله خروج از محل ابتلا در اطراف علم اجمالی است که عرف این را قبیح می‌داند.

داخل پرانتز عرض کنم که اهل سنت از نظر شکلی در این موارد خیلی جلوتر از ما هستند، یعنی بحث‌های این چنینی را در تمام فقه‌شان مطرح کردند. حنابلّه، حنفی، مالکی و شافعی در بعضی از کتب‌شان از اول تا آخر موارد عرف را درآوردند، آنها از نظر غنای بحثی بحث‌های مهم و معتبر ندارند، ولی از جهت شکلی بیشتر کار کردند و اگر در حوزه واقعاً افرادی بایند این را در بیاورند که در اصول می‌بینیم از اول علم اصول تا آخر علم اصول قواعد اصولی که بر پایه عرف است چه قواعدی است، کار

چهارم : تقييد و تخصيص؛ آنجا مي‌گویند خاص عرفاً بيان براي عام است، مقيد عرفاً دليل براي تقييد مطلق است، عرف را باز ملاك قرار مي‌دهند، ما اگر عرف را کنار بگذاريم به چه دليلي يك دليل مخصص دليل ديگر بشود؟ عرف مي‌آيد مي‌گويد اگر مولا يك عامي را گفت و بعد يك خاصي را گفت، اين مخصص براي او قرار بگيرد.

پنجم : مورد پنجم در بحث تعارض دليلين است، يكي از مباحثي كه در بحث تعادل و تراجيح مطرح است جمع عرفي است، يعني باز در اینجا آن عرف دخیل است، يعني شارع در ذكر ادله با توجه به اينكه عرف مي‌آيد جمع مي‌كند بين الأدله، با توجه به اين آمده ادله را ذكر کرده كه از آن تعبير مي‌كنند به جمع عرفي ميان متعارضين.

اين مواردی كه ذكر شد از اصول فقه بود در فقه هم مواردی كه فقها عرف را معيار و ملاك قرار مي‌دهند فراوان است، يك بحثي را همين اواخر در كتاب البيع داشتيم كه ريشه اين نظريه را امام رضوان الله عليه دارند و در كلمات ديگران من اين نظريه را نديدم و آن اين است كه شارع در باب ضمان و ضمانات آمده اصل ضمان را تأييد کرده، «**من أتلّف مال الغير فهو له ضامن**» «**علي اليد ما أخذت حتي تؤديه**» اينها تأييد در اصل ضمان است اما كيفيت ضمان را به عرف محول کرده، آن هم عرف هر زماني و بلکه عرف هر منطقه‌اي. در اينكه الآن اگر كسي يك مالي را تلف كرد به چه چيز ضامن است؟ مضمون به چيست؟ آيا مثل آن مال است يا قيمت آن مال؟ ايشان مي‌فرمايد ما بگوئيم شارع چون متعرض كيفيت نشده، اينرا به عرف محول کرده است. ديگران مي‌گویند نه!

شارع قبول کرده «**المثلي يضمن بالمثل و القيمي بالقيمة**» مادامي كه مثل موجود است سراغ قيمت هم نبايد رفت، اما روي اين مبنا اگر بپذيريم كه به نظر ما مبناي قوي‌اي است، ولو اينكه باز در همان كتاب البيع يك موارد و كلماتي از امام رضوان الله تعالي عليه هست كه از اين مبناي شان دست برداشتند، يعني بعضي جاها فرمودند در اين روايات كيفيت ضمان و مضمون به را هم شارع معين کرده ولي ما آنجا جواب داديم و اصل اين مطلب را تثبيت كرديم. شارع اساساً در باب ضمان نظري ندارد به اينكه المثلي يضمن بالمثل و القيمي يضمن بالقيمة، الآن - مخصوصاً در زمان ما - مسئله‌ي مثلي و قيمي ديگر مطرح نمی‌شود؟ هر چيزي كه تلف شد بلافاصله مي‌گویند قيمتش را بدهيد، ديگر ملاحظه نمي‌كنند كه اين مثلي است يا قيمي! لذا اگر عرف در يك جا مثلي بودن را معتبر بدانند بايد مثل داده شود، اگر معتبر نداند قيمت داده شود، اين يك مطلب بسيار مهمي است كه ما در فقه اين چنين بپايم يك فتوايي بدهيم و يك مبناي اين چيني را قائل شويم. در باب نفقه، در نكاح، آنجا مرجع عرف است، در باب زكات مواردی مطرح مي‌شود عرف است، در باب مؤونه در خمس مرجع اينكه آيا مؤونه است يا نيست، عرف است. ما در فقه موارد زيادي داريم.

بالآخره فقيه نمي‌تواند از تأثير عرف در مسائل شرعي و احكام شرعي غافل باشد، بگويد من اصلاً كاري به عرف ندارم. در اين بحث ما نحن فيه، آن نکته‌اي كه مي‌خواستم مجدداً تأكيد كنم اين است كه ببينيد ما فرمايش مرحوم اصفهاني را قبول نكرديم و مي‌گوئيم چه اشكالي دارد در موردی كه ما شك داريم شارع يك تكليفي را آورده يا نه؟ و عرف مي‌گويد اين تكليف اگر باشد مستهجن است. از همين استهجان عرفي كشف كنيم كه چنين تكليفي وجود ندارد. مواردی را داريم كه شارع عرف را تخطئه کرده، اصلاً عرف را قبول نمي‌كند، آنجا ما تسليم هستيم، كما اينكه اگر در مواردی شارع عقل را تخطئه کرده باشد، بعضي مواردی كه عقل قدرت دركش را ندارد و شارع او را تخطئه کرده. اين نکته‌اي است كه بايد به آن توجه شود.

عرض كردم حالا يك بحث ديگري كه آقاياں در ايام تعطيلي داشته باشند، مثلاً يك كتاب استدلالی مسالك مرحوم شهيد ثاني را

بردارید، از اول تا آخر يك مروري بکنید، اولاً يك مروري براي شما نسبت به مسائل فقهي مي‌شود آن هم تمام فقه، و ثانياً ببينيد شهيد ثاني در كجا به عرف تمسك مي‌كند و مثلاً يك دوره رياض را برداريد اين چنين مراجعه كنيد، يك دوره مستند مرحوم نراقي برداريد، مراجعه كنيد ببينيد اين فقها كجا به عرف استدلال كردند؟ كتاب جواهر را ملاحظه كنيد كه از همهي اين كتب كه نام برديم متقن‌تر و محكم‌تر است. ببينيد صاحب جواهر در كجا عرف را مؤثر دانسته در احكام شرعيه و آن وقت اگر بعد بتوانيد يك مقارنه‌اي كنيد با آنچه كه اهل سنت در تأثير عرف در احكام شرعيه دارند باز خودش روشن مي‌شود قوت فقه شيعه نسبت به فقه اهل سنت. كه يكي از نقاط برتري در همين جاست، يعني فقه شيعه براي دخالت عرف محدوده‌ي روشني را مشخص کرده است اما علماي اهل سنت يك تعابير خيلي عجيب و غريبي دارند، حالا من بعضي از آن را يادداشت كردم.

مثلاً از جمله حرف‌هايي كه اكثر مذاهب اهل سنت دارند اين است كه مي‌گويند خود عرف مي‌تواند مقيد و مخصص باشد، اصلاً همان طوري كه شما نص و دليل شرعي، يك روايتي مخصص يك روايتي مي‌شود، يك آيه‌اي مخصص يك آيه اي مي‌شود كه ما اين را قبول داريم، اجماع به نظر ما مي‌تواند مخصص واقع شود. دليل عقلي را به عنوان قرينه‌ي لبّيه قرار مي‌دهيم براي تخصيص، در همين بحث شرطيت ابتلاء مي‌گوئيم اين شرطيت ابتلاء از كجا آمد؟ مي‌گوئيم اين قرينه‌ي عقليه بر تخصيص است، عقل مي‌گويد اين تكليف مقيد به اطلاع است، اينها را ما قبول داريم، اما اهل سنت يك مرتبه مي‌گويند خود عرف ما تعارف بين الناس آنچه كه رايج بين عموم مردم است، اين مي‌تواند مقيد واقع شود، مخصص واقع شود. حنفي‌ها اين عبارت را دارند كه «تقييد المطلق بالعرف جائز» كتاب بدائع الصنائع كاساني جلد سوم صفحه 79؛ يا در حاشيه‌ي ابن عابدين كه آن هم فقه حنفي است، در جلد سوم صفحه 784 مي‌گويد «تخصيص العام بالعرف يصح ديانة و قضاء»، هم در باب احكام و هم در باب قضاء، عام را مي‌توانيم به عرف تخصيص بزنيم، عرف را مخصص قرار بدهيم. مثلاً از اين آيه شريفه «وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ» اينها اول مي‌آيند وجوب رضاع و شير دادن را بر مادر استفاده مي‌كنند، بر والداات واجب است كه شير بدهند، بعد مي‌گويند در عرف، زنانی كه از طبقه‌ي اشراف هستند استثنا ميشوند، مي‌گوئيم دليل اين استثناء چيست؟ مي‌گويند عرف اين را استثناء مي‌دانيد، خود عرف را مخصص براي قرآن قرار مي‌دهند، يا موارد ديگري كه در كتبشان زياد وجود دارد.

در فقه مالكي مي‌گويند «العمل بالعرف الذي هو أصل من اصول المذهب» .

شافعيه مي‌گويد «الشرع دلّ علي الاعتبار الحرز» در شرع آمده كه دزد اگر از حرز سرقت كرد دستش قطع مي‌شود «وليس له حد من جهت الشرع» ولي شارع نيامده حرز را معين كند كه چيست؟ «و وجب الرجوع فيه إلي العرف» به عرف بايد مراجعه كرد مثل قبض كه قبض كلّ شيء عرفاً قبض هر چيزي به يك چيزي است، قبض خانه اين است كه كليد خانه را به شما بدهند، قبض كتاب اين است كه خود كتاب را به شما بدهند. شافعي‌ها مي‌گويند «ما اطلق و لم يحد رجع في ضبطه إلي العرف» يا در كتاب المجموع أبو زكريا يحيي شرف الدين نووي جلد چهارم صفحه 147 مي‌گويد «والصحيح الذي عليه الأصحاب إعتبار العرف» عرف را معتبر مي‌دانند. تا اين حد معتبر مي‌دانند كه عرف را به عنوان مخصص براي قرآن قرار دادند.

از جاهايي كه اين متأخرين شان خيلي به عرف تمسك كردند در حدّ مسافت شرعي است كه چه مسافتي موجب قصر در نماز است، خود ابن تيميه در آن مجموع الفتاويش مي‌گويد «السفر يرجع فيه إلي مسماه لغتاً و عرف» كجا مي‌گويند سفر كرد؟ هر جا صدق سفر مي‌شود آنجا نماز قصر مي‌شود. و اگر صدق سفر نشود نماز قصر نمي‌شود.

از چيزهايي كه اينها عرف را مؤثر در باب احكام مي‌دانند بحث اخذ اجرت بر تعليم قرآن است، اينها مي‌گويند رواياتي داريم كه اخذ اجرت بر واجبات حرام است، حنفي‌ها همين را مي‌گويند كه چون تعليم قرآن يكي از مصاديق اطاعت خداست مثل نماز است نمي‌شود بر آن اجرت گرفت، ولي متأخرين شان آمدند فتوا دادند كه نه! الآن مانعي ندارد چون الآن اگر به كسي براي تعليم

قرآن پول ندهیم برای تعلیم قرآن نمی‌آید، برای امرار معاش خود سراغ کارهای دیگری می‌رود و دین ضایع می‌شود! قرآن فراموش می‌شود. یا مثال دیگری که زدند اینکه می‌گویند اگر مرد و زن در گرفتن مهریه اختلاف کنند، مرد می‌گوید من مهریه را به تو دادم و زن می‌گوید ندادی! فتوا دادند گفتند چون در مدینه رسم بر این بوده، شاید هم حالا باشد که قبل از دخول زن مهر را تماماً از مرد می‌گرفته، رسم بر این است، حالا اگر بعد از دخول این دعوا را کردند حق با مرد است، اگر قبل از دخول این کار را کردند حق با زن است، يك امور عرفي خاصي را اينها مؤثر در احكام اين چنین می‌دانند که در مدینه چون يك چنین عرفي وجود دارد که قبل از دخول زن تمام مهر را از مرد می‌گیرد، حالا اگر دخول واقع شده قول مرد مقدم است که می‌گوید من مهر را دادم، اگر قبل از دخول باشد قول زن مقدم است که می‌گوید مهر داده نشده است.

اینها اشاراتی بود که خواستم نسبت به مسئله‌ی عرف کنم، من به ذهنم آمده بود که ما وارد بحث عرف شویم شاید دو سه ماهی هم طول بکشد، علي اّحال به نظر ما در این سه مورد تردیدی نیست، یکی در بحث تشخیص مفاهیم الفاظ است، و دوم تطبیق مفاهیم کلی بر مصادیق. و در همین بحث تطبیق خیلی بحث زیادی دارد، چرا مثلاً فقها اینجا فتاوای شان مختلف است؛ در باب ماهی می‌گویند فلس اگر فلس واقعی باشد موجب حلیّت است، فلس واقعی را عرف تشخیص نمی‌دهد متخصصین تشخیص می‌دهند ولي می‌گویند همین کافی است، البته اکثرشان می‌گویند، بعضی‌ها هم تصریح کردند که نه! شارع که گفته اگر فلس دارد یعنی اگر عند العرف في العام فلس داشته باشد، اما اگر متخصصین بگویند این هم فلس دارد به درد نمی‌خورد، باید عرف عام مردم بگویند، اما از آن طرف این شیري که از گاو دوشیده می‌شود، آنجا واقع خون در این شیر وجود دارد، اگر این شیر را زیر میکروسکوپ بگذارند ذرات خون در آن پیداست، اینجا يك جور گفته می‌شود و آنجا يك جور گفته می‌شود. بالأخره این خیلی بحث مهمی است که فقیه کجا عرف عام را دخیل بداند و کجا عرف عام متخصص و اهل خبره را دخیل بداند، کجا عرف يك منطقه‌ی خاص، عرف عمومی يك منطقه خاصی را دخیل بداند، ببینید اهل سنت در این بحث تنازع زوجین در مهریه عرف يك شهر خاص را ملاک قرار دادند، این بحث خیلی مهمی است، خواستم اشاراتی کرده باشند، خود آقایان ان شاء الله این بحث را مفصل دنبال کنید.

مورد سوم همین ما نحن فیه است، اگر تکلیفی استهجان داشته باشد.

و صلي الله علي محمد و آله الطاهرين