

بسم الله الرحمن الرحيم

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

دامنه دخالت عرف در استنباط احکام شرعی

بحث تأثیر عرف در استنباط و مقدار دخالت عرف در باب اجتهاد، بحثی مفصل است که باید در زمان مناسبی به آن بپردازیم. به خصوص که برخی افراد در مقالات و نوشته های خود اظهار میدارند اصلاً ادله منحصر در ادله اربعه نیست و عرف را به عنوان دلیل پنجم و یکی از منابع احکام قرار داده اند. در بعضی از کتبی که من مراجعه کردم و مربوط به برخی از دانشگاهی ها است ملاحظه کردم که این را تصریح کردند که عرف در کنار ادله اربعه به عنوان یکی از منابعی است که ما می توانیم از طریق آن احکام را به دست بیاوریم که این خیلی مطلب عجیبی است و به هیچ وجه قابل قبول نیست که ما عرف را به عنوان مصدر و منبع احکام شرعی قرار دهیم، حتی اهل سنت که این همه به مسئله ی عرف بها دادند تصریح می کنند به اینکه عرف مصدر و منبع حکم شرعی نیست! خود همین یکی از موضوعاتی است که انشاء الله باید بعداً دنبال کنیم که آیا عرف در استنباط احکام شرعی دخالت دارد یا نه؟ بعبارة آخری همان طوری که ما در مورد عقل قاعده ی ملازمه را درست کرده و می گوئیم «کلّ ما حکم به العقل حکم به الشرع» آیا میتوان گفت «کلّ ما حکم به العرف حکم به الشرع». این ملازمه را در عرف هم داریم یا نه؟ بعضی ها در صدد اثبات این هستند که چنین مطلبی وجود دارد.

يك بحث مهمي كه نبايد از آن غافل شد اين است كه در زمان ما بعضي دنبال عرفي كردن دين هستند، يعني مي گويند احكام را طوري بپذيريم كه مناسب با وضع عقلاي زمان و وضع عرف زمان باشد و در هر زماني احكام مورد پسند آن زمان مطرح باشد. در يك زماني اقتضا مي كرد كه حدود اسلامي به يك نحوي اجرا شود، الآن به يك نحو ديگري بايد اجرا شود. در يك زماني اقتضا مي كرد شهادت زن قبول نشود، الآن بايد قبول شود. در همهي ابعاد اسلامي دنبال عرفي كردن دين هستند كه اين عرفي كردن دين معنايش اين است كه اصلاً فاتحه ي دين را بخوانيم، ديگر چيزي از دين باقي نماند، اين هم يك بحث ديگري است كه مورد توجه و مهم است.

اينها مباحثي است كه مي طلبد در زماني مناسب مورد بررسي قرار دهيم و ان شاء الله پس از اتمام بحث تنبيهات به اين مطلب خواهيم پرداخت. آنچه كه از آقاياں انتظار مي رود اين است كه در اين مدت كه بحث تنبيهات را مطرح مي كنيم مقداري راجع به مواردی كه فقها به عرف تمسك كردند، مطالعه کرده و اين موارد را بررسي كنيد و فيش برداري كنيد ببينيد فقها در چه مواردی به عرف تمسك كردند. ما در بحث گذشته برخي از اين موارد را در مسائل اصول و فقه ذكر كرديم كه يكي از چيزهايي را كه فراموش كرديم ديروز عرض كنيم بحث الغاء خصوصيت است كه فقها در بسياري از موارد به استناد عرف از يك عنواني در يك دليلي الغاء خصوصيت مي كنند و اين مطلبي پذيرفته شده است و مطلبي است كه در روش اجتهادي همهي فقها وجود دارد كه جايي كه مجال و امكان الغاء خصوصيت باشد، مي آيند به استناد به عرف الغاء خصوصيت مي كنند. مثلاً رجل شك بين الثلاث و الأربع، عرف مي گويد رجل خصوصيتي ندارد. در شك سه و چهار شكی بين رجل و زن نيست. حالا چه ميزاني داريم از نظر

همین عرف برای الغاء خصوصیت و در کجا می‌شود الغاء خصوصیت کرد؟ کجا نمی‌شود الغاء خصوصیت کرد؟ خود این هم يك مطلب بسیار مهمی است. علی‌الحال اگر آقایان عنایت کنید و این کتب فقهی و اصولی و قواعد فقه را مرور کنید ببینید فقها در کجا به عرف تمسک کردند.

اشکال امام خمینی - نظریه خطابات قانونیه:

بحث ما در این بود که آیا خروج از محل ابتلا در اطراف علم اجمالی مانع از منجزیت هست یا نه؟ و به عبارت دیگر دخول در محل ابتلا از شرایط منجزیت علم اجمالی است یا خیر؟ ما تا اینجا دلیل شیخ را پذیرفتیم که همان مسئله استهجان عرفی بود. از آنجا به کلام مرحوم اصفهانی و بعد هم به این بحث مهم دخالت عرف رسیدیم. قبلاً عرض کردیم نسبت به این دلیل سه اشکال وجود دارد، یکی اشکال اصفهانی بود که جواب دادیم. اشکال دوم اشکال مرحوم آقای خوئی قدس سره بود که آن را هم جواب دادیم. اشکال سوم که اشکال مبنایی و مهمی است اشکالی است که امام رضوان الله تعالی علیه دارد. امام از همین بحث نظریه خطابات قانونیه را ابداع کردند، این نظریه خطابات قانونیه که عرض کردم شروع از همین بحث ابتلا در اطراف علم اجمالی و شرطیت ابتلا است و بعد هم جاهای دیگر اصول و فقه امام این را مورد توجه قرار دادند و تعبیری را مرحوم شهید حاج آقا مصطفی خمینی رضوان الله تعالی علیه در اصول خود دارد که فرموده این نظریه‌ی والد ما يك عنایت خاص خدا به ایشان بوده و نظریه‌ای است که از اول فقه تا آخر آنرا متحول می‌کند.

بعضی از نظریاتی که بزرگان می‌دهند دایره‌ی تأثیرش کم است و مثلاً در يك بحث اثر دارد، اما این بحث در همه فقه تأثیرگذار است. در اصول تأثیرگذار است، در فقه تأثیرگذار است و آن نظریه خطابات قانونیه است.

ما سال گذشته در بحث فقه‌مان به يك مناسبت این بحث خطابات قانونیه را مطرح کردیم و آقایان اگر میل دارند به آنجا مراجعه کنید از جلسه 92 تا 112 بحث فقه معاملات سال گذشته، حدود 20 جلسه راجع به این نظریه بحث شد. اشکال در ما نحن فیه عنوانش این است که شرطیت ابتلا در منجزیت علم اجمالی روی نظریه‌ی مشهور که خطابات را شخصی می‌دانند صحیح است. اما روی تحقیق که خطابات خطابات قانونیه است این شرطیت ابتلا برای منجزیت علم اجمالی صحیح نیست.

تقسیم خطاب به خطاب شخصی و قانونی

امام رضوان الله علیه می‌فرمایند ما دو جور خطاب داریم؛ خطاب شخصی داریم و خطاب قانونی. در خطاب شخصی مولا مخاطب یا مخاطبین معین را در نظر می‌گیرد. در خطاب قانونی اصلاً مولا مکلفی را در نظر نمی‌گیرد، در خطاب قانونی مولا فقط در مقام جعل قانون است، آن وقت می‌فرمایند به نظر ما تمام خطابات شرعی خطابات قانونیه است. اُقیموا الصلاة، اوفوا بالعقود، احلّ الله البيع، تمام این خطابات شرعی از قبیل خطابات قانونیه است که مکلف در آن مورد توجه نیست، وقتی شارع اوفوا بالعقود را مطرح می‌کند یا اُقیموا الصلاة را مطرح می‌کند در مقام جعل قانون کلی وجوب وفاء بالعقد است، در مقام جعل قانون کلی وجوب الصلاة است. آن وقت خطاب شخصی شرایطی دارد، اگر در يك جا مولا به يك شخصی که دست و پایش را بسته‌اند امر کند که حرکت کن، می‌گویند هذا الخطاب قبیح این خطاب خطاب قبیحی است. بعبارة أُخري در خطاب شخصی قدرت معتبر است، در خطاب شخصی مخاطب باید قادر بر انجام عمل باشد، اگر قادر نباشد اصل تکلیف و اصل خطاب به او توجه پیدا نمی‌کند و توجه پیدا کردنش را عقلاً قبیح می‌دانند. اما در خطاب قانونی می‌گوئیم خطاب قانونی یعنی خطابی که به عنوان جعل قانون مطرح می‌شود. در خطاب قانونی خدا و مولا مکلف را در نظر نمی‌گیرد، وقتی مکلف در نظر گرفته نمی‌شود

دیگر مسئله‌ی عجز، قدرت، علم، جهل، سهو، نصیان، نوم و بیداری و ... هیچ ارتباطی به مسائل تکلیف ندارد! خدای تبارک و تعالی به نحو قانون کلی وجوب الصلاة را جعل کرده. این وجوب الصلاة برای مکلف است در جای دیگر هم شرایط مکلف را بیان کرده، این وجوب الصلاة انطباق پیدا می‌کند بر مکلف، اما در حین خطاب خداوند اصلاً مکلفین را در نظر نمی‌گیرد. می‌فرماید فقط در خطابات قانونیه عقل می‌گوید باید یک جمعی باشند که این قانون را اجرا کنند. اما مخاطب را در نظر بگیرد، مکلف را در نظر بگیرد، خطاب موجه او باشد معنا ندارد، خطابات قانونی فقط برای اینکه لغو نباشد باید یک جمعی باشند که این قانون را اجرا کنند.

از اینجا می‌فرمایند مشهور گفتند این خطابات شرعیه به عدد المکلفین انحلال پیدا می‌کند، می‌فرمایند ما این را قبول نداریم، مشهور می‌گویند اقیموا الصلاة انحلال پیدا می‌کند به هفت میلیارد اقیموا الصلاة، حالا در زمان ما مثلاً بگوئیم جمعیت بشر هفت میلیارد است، به تعداد هر مکلفی یک اقیموا الصلاة در می‌آید، مشهور انحلالی هستند، لذا می‌گویند هر مکلفی یک اطاعت جدا دارد و یک عصیان جدا دارد. امام می‌فرماید اصلاً انحلال وجود ندارد، هیچ وقت نمی‌توانیم بگوئیم این اقیموا الصلاة انحلال پیدا می‌کند به تعداد مکلفین. انحلال نیست و انطباق است. یک قانون کلی است، این مکلف مشمول این قانون کلی است و این قانون بر آن منطبق می‌شود و انحلالی در کار نیست.

بنابراین ایشان می‌فرمایند خطابات خطابات قانونیه است، این یک. در خطابات قانونیه مکلف مدّ نظر نیست، این دو. انحلال در کار نیست، این سه. نتیجه‌ی این نظریه این است که وقتی خدا قانون را برای مکلف جعل کرده این قانون هم شامل عالم می‌شود و هم شامل جاهل می‌شود، این قانون هم شامل عاجز می‌شود و هم شامل قادر، یعنی آدم عاجز هم مکلف است، آدم عاجز هم این قانون شاملش می‌شود، منتهی عجز عقلاً برای عذر می‌آورد، مشهور می‌گویند تکلیف به آدم عاجز اصلاً متوجه نمی‌شود، امام می‌فرماید خطاب قانونی شامل آدم عاجز هم می‌شود، منتهی این آدم عاجز، به سبب عجز عقلاً عذر دارد، آن وقت شامل نائم می‌شود، آدم خواب این تکلیف شاملش است، شامل جاهل می‌شود، همه‌ی اینها را می‌گیرد، شامل عاصی می‌شود. اساساً یکی از اشکالاتی که به مشهور وارد است و امام می‌فرمایند مشهور نمی‌توانند این اشکال را حل کنند و آن این است که تکلیف چطور متوجه به عاصی می‌شود؟ وقتی که مولا می‌داند انزجار در عاصی به وجود نمی‌آید و می‌داند این کار را انجام نمی‌دهد، توجه تکلیف به او استهجان دارد، نظیر همان اشکالی که قبلاً بود.

می‌فرمایند روی نظریه مشهور که خطابات را خطابات شخصی می‌گیرند تکلیف به عصاة قابل جواب نیست، اما روی نظریه‌ی خطابات قانونیه تکلیف به عصاة مانعی ندارد، برای اینکه شارع از اول تکلیف را به نحو قانونی جعل کرده، این تکلیف را که به نحو قانونی جعل کرده شامل مطیع می‌شود و شامل عاصی هم می‌شود. باز به عبارت دیگر امام می‌فرمایند مشهور اراده‌ی تشریعی است، اراده‌ی تشریعی همان حکم است. این را یک جوری معنا کردند اما امام اراده تشریعی را به نحو دیگری معنا می‌کنند. مشهور می‌گویند اراده‌ی تشریعی «إرادة أن ينزجر أو يفعل، إرادة أن ينبعث المكلف عن هذا التكليف أو ينزجر المكلف عن هذا التكليف» اراده‌ی تشریعی را مشهور اینطور می‌کنند. همین که می‌گوئیم حکم یعنی بعث است و بعث برای انبعاث است، حکم یعنی زجر و زجر برای انزجار است، اراده فعل یا اراده ترك. حالا اصلاً همین را بگوئیم اراده الفعل أو إرادة الترك، به مشهور می‌گوییم امر یعنی چه؟ می‌گوید اراده أن يفعل المكلف، نهی یعنی چه؟ اراده أن لا يفعل المكلف. اما ایشان می‌فرمایند اراده‌ی تشریعی را اینطور می‌کنیم، در اراده‌ی تشریعی فعل و عدم فعل، در انزجار اراده‌ی مکلف دخالت ندارد! اراده‌ی تشریعی یعنی اراده جعل القانون یعنی اراده التشريع، این می‌شود اراده‌ی تشریعی. می‌گوئیم مولا به اراده‌ی تشریعی وجوب صلاة را جعل کرد، مولا به اراده‌ی تشریعی وجوب صوم را جعل فرمود، اراده‌ی تشریعی یعنی اراده جعل القانون.

قانون جعل می‌شود اما در حین جعل قانون مکلف در نظر گرفته نمی‌شود، مکلف خطاب نمی‌شود، ولی وقتی ادله‌شان را ذکر می‌کنند می‌فرمایند شاهد بر مدعی ما این قوانین عرفیه است، این قوانینی که امروز در مجلس شورای اسلامی تصویب می‌شود به چه کیفیتی است؟ ایشان می‌فرماید عقلاً در قانونگذاری اشخاص را، ذات و صفات اشخاص را در نظر نمی‌گیرند بلکه می‌گویند این قانون در این کشور است که باید افراد مالیات بدهند. قانون برای مکلفین است اما مکلف مخاطب او نیست، هم‌ه‌ی دقتی که امام فرمودند این است که می‌فرمایند وجوب صلاة علي كل مكلف جعل می‌شود، بالأخره قانون به قول شما برای چه کسی است؟ برای خلاً که نیست! قانون برای همین مردم است، علي كل مكلف، اما این مکلف مخاطب این قانون نیست. این قانون بر آن انطباق پیدا می‌کند اما خود این مکلف و خصوصیات در این خطاب و در این جعل دخالتی ندارد. به عبارت دیگر قانون مخاطب نمی‌خواهد بلکه کسانی را می‌خواهد که این قانون مربوط به آنها و مرتبط با آنها باشد.

در بحث لاجرج اگر فقیه در يك موردی به بخواد به لاجرج تمسك كند می‌گوید چون لاجرج امتناني است در صورتی می‌توانیم به آن تمسك كنیم که خلاف امتنان بر شخص دیگر نباشد. مثالش این است که يك کسی مال دیگری را غصب کرده، این مال در يد غاصب تلف شده و الآن ذمه‌اش مشغول به این است که مثل این مال را بدهد، می‌خواهد به بازار برود مثل را بخرد، این مثل را يك نفر در بازار دارد که به صد برابر قیمت می‌دهد. اینجا به لاجرج تمسك می‌کنند و می‌گویند «ما جعل عليكم في الدين من حرج»، می‌گوئیم اگر غاصب بخواد این جنس را به صد برابر بخرد برایش حرجی است، جواب: می‌گویند لاجرج را جایی می‌شود تمسك كرد که خلاف امتنان بر دیگری نباشد، شما با لاجرج از غاصب حمایت می‌کنید اما دست مالك بیچاره خالی می‌ماند، این بحث‌ها مطرح می‌شود.

امام آنجا می‌فرمایند اساساً با این مبنایی که ما داریم اینکه بگوئیم در لاجرج امتنان بر این شخص باشد، خلاف امتنان بر دیگری نباشد يك حرف لغوی است، روی خطابات قانونیه دیگر امتنان بر این شخص خلاف امتنان بر این شخص اصلاً معنا ندارد، روی خطابات قانونیه می‌گوئیم جعل لاجرج امتنان علي نوع الامه ولو بر این آدمی که در موردش می‌خواهیم جاری کنیم خلاف امتنان باشد، ولو در این موردی که جاری می‌شود بر يك آدم دیگری که این طرف قضیه است خلاف امتنان باشد، روی خطابات قانونیه ما دیگر امتنان به این شخص، عدم امتنان به آن شخص، اینها نقشی در مسئله ندارد. می‌فرمایند همین مطلب در ما نحن فيه در اینجا هم هست، اگر اینجایی که علم اجمالی داریم یکی از این دو تا نجس است، تکلیف إجتنب عن النجس بیاید، اگر یکی از اینها خارج از محل ابتلا باشد، روی خطاب شخصی آنکه خارج از محل ابتلا است قابلیت تخاطب ندارد، اما روی خطابات قانونیه چه اشکالی دارد؟ روی خطابات قانونیه شارع به نحو قانون وجوب اجتناب از نجس را جعل فرموده، و تفاوتی نمی‌کند که آن نجس از محل ابتلا خارج باشد یا نباشد.

بعبارة أُخري، این را امام در حاشیه کفایه‌شان در همین بحث تصحیح می‌کنند و می‌فرمایند اگر ما خطابات قانونیه را قبول نکنیم لازمه‌اش این است که آن ظرف خارج از محل ابتلائی که در هند است و نجس است، برای من که در اینجا هستم نجس نباشد و برای آن آدمی که در آنجاست نجس باشد و این قابل التزام نیست، روی مبنای مشهور باید اینطور بگوئیم که آن ظرف برای ما نجس نیست، چون از محل ابتلائی ما خارج است، تکلیف نمی‌تواند به ما متوجه شود، امام برای مدعایشان چند شاهد می‌آورند، دلیل می‌آورند، بعضی از ادله‌ی مشهور را رد می‌کنند که البته عرض کردم این يك بحث خیلی مفصل و مهمی است که ما بحمدالله در سال گذشته به صورت مستوفی این بحث را مطرح کردیم. همان جا عرض کردیم يك جزوه‌ای از طرف دفتر نشر آثار امام رضوان الله علیه منتشر شده با عده‌ای راجع به همین خطابات قانونیه مصاحبه کردند، آدم وقتی آن مصاحبه را می‌خواند می‌فهمد که اصلاً آن مصاحبه شونده متأسفانه نظریه امام را در خطابات قانونیه متوجه نشده! بحث بحث خیلی خوب و دقیقی است، مرحوم والد ما رضوان الله علیه شدیداً طرفدار این نظریه بودند و از این نظریه در مواردی که حتی خود امام هم در فقه استفاده نکرده بودند ایشان استفاده کردند، اما بالأخره ما نتوانستیم بفهمیم و در همان بحث سال گذشته به نتیجه‌ای نرسیدیم.

حالا آن بحث را آقایان ببینید و دیگر نیازی نیست که بخواهیم آن را اینجا تکرار کنیم، ادله را مفصل آوردیم.

علي ايّحال يکي از اشکالاتي که به این دلیل شیخ وارد است همین فرمایش امام رضوان الله عليه است.

و صلي الله علي محمد و آله الطاهرين