



شما اینجا هستید: خانه (/index.php) ▶ درس خارج اصول ▶ مباحث حجج ▶ عرف و جایگاه آن در استنباط احکام
تقرير مباحث حجج (/index.php/تقریرات-خارج-اصول/مباحث-حجج/51-20-13-03-04-2019) ▶ عرف و جایگاه آن در استنباط احکام

عرف و جایگاه آن در استنباط احکام

عرف و جایگاه آن در استنباط احکام

گفتیم به مناسبت بحث از سیره عقلا و ارتباط آن به عرف به جا است که بحث مختصری راجع به موقعیت عرف و جایگاه آن در استنباط بیان شود و بنامد چهارشنبه‌ها این بحث را پیگیریم کنیم.

قبل از بررسی اصل مسأله مقدمه‌ای اشاره میکنیم:

مقدمه فقهی اصولی: تطبیقات فقهی اصولی عرف در مکتب اهل بیت و خلفا

در فقه و اصول شیعه و اهل سنت به مناسبت‌های مختلف اشاره و استدلال به عرف شده است. به مواردی از آنها اشاره می‌کنیم تا ببینیم مفارقات و مشترکات بین دیدگاه شیعه و اهل سنت نسبت به عرف چیست و شیعه موقعیت عرف را در استنباط در چه جایگاهی می‌داند.

اهل سنت اعتبار بسیار ویژه‌ای برای عرف در اصول و فقه قائل‌اند، گاهی می‌بینیم وقتی مصادر تشریع و قانون‌گذاری را می‌خواهند اشاره کنند در استنباط احکام شرعیه در کنار قرآن، سنت، اجماع و قول صحابی از عرف و عادت هم به عنوان یکی از منابع احکام شرعیه یاد می‌کنند، در فقه به طور گسترده به جایگاه عرف در استنباط فقهاء اهل سنت اشاره دارند. گاهی بعضی مذاهب فقهی اهل سنت را وقتی می‌خواهند ساختارش را بیان کنند می‌گویند مذهب فقهی شافعی مبتنی بر پنج یا شش اصل است، یکی از این اصول را عرف می‌دانند، قواعدی را در اصول و فقه مطرح می‌کنند که محورش عرف است، مثلاً المعروف عرفاً کالمشروط شرطاً. گاهی با مراحت عرف را مخصّص عمومات و مقید اطلاقات می‌دانند حتی قرآن، مثلاً مالکیه برای لزوم شیر دادن مادران فرزندان‌شان را به این آیه تمسک می‌کنند که "و الوالدات یرضعن أولادهن حولین کاملین" بعد آیه کریمه را تخصیص و تقيید می‌زنند و می‌گویند هر چند ظاهر آیه الوالدات عام است هم شامل زنان موقعیت دار در جامعه می‌شود هم شامل زنان عادی می‌شود اما چون در عرف و عادت زنان مکنت دار برای اولادشان مرضعه می‌گیرند آیه را تخصیص می‌زنیم و می‌گوییم بر زنان دارای موقعیت لازم نیست بچه‌هایشان را حولین کاملین شیر دهند.

حتی گاهی ادعا می‌کنند شافعی که دو مذهب فقهی دارد، تا وقتی در بغداد بود یک سری فتاوا داشت و به مصر که رفت انبوهی از فتاوايش تغییر کرد لذا در کتبشان می‌گویند این فتوا مذهب قدیم شافعی است یا مذهب جدید او است، تحلیل می‌کنند این همه اختلاف فتوا بین مذهب قدیم و جدید شافعی برمی‌گردد به اختلاف عرف که اختلاف در عرف این دو کشور و دو منطقه سبب اختلاف در حکم شده است.

در فقه و اصول شیعه هم موارد کثیرهای از رجوع به عرف وجود دارد. چند مثال:

مثال اول: صاحب جواهر در ج 38، ص 65 در مبحث معنای احیاء موات می‌فرماید لاخلاف بین الأصحاب فی أنّ المرجع فیه إلى العرف لعدم تنصيص شرعی علی کیفیة خاصة له حتی تقدّم علیه، و لا لغةً لو قلنا بتقدمها علیه و ما كان كذلك فلا اشكال فی الرجوع إلى العرف. می‌فرماید در اینکه احیاء موات یعنی چه باید به عرف مراجعه کرد چون نص شرعی نداریم که احیاء به کیفیت خاص است تا به آن عمل

نماییم، تصریح لغوی هم نداریم. ایشان میگویند لو قلنا بتقدمها علیه یعنی اگر قائل شویم لغت بر عرف مقدم است. که باید تحلیل شود نزد شیعه جایگاه عرف و لغت چگونه است چرا صاحب جواهر تردید دارند در تقدم لغت بر عرف.

مثال دوم: صاحب جواهر در ج 20، ص 248 در بحث حج میفرمایند و فی قتل كثير من الجراد دم شاة، میفرمایند المرجع فی اکثره الی العرف و یحتمل اللغة فتكون الثلاثه كثيره و التحقيق فی الرجوع فی اکثره الی العرف. پس اینجا هم در تشخیص مفهوم فرمودند به عرف مراجعه شود.

مثال سوم: در بحث وصیت اگر فرد وصیت کرده بود که این مقدار را تُعطون الی قومی، یا این مقدار را بدهید به اهل بیتی، قوم یعنی چه اهل بیت یعنی چه؟ صاحب جواهر میگوید فالأقوی الرجوع الی عرف بلد الموصی.

در مباحث اصول شیعه هم موارد مختلفی بحث عرف مطرح است. چند مثال:

مثال اول: در بحث تعارض أدله که در فقه موارد انبوهی از تعارض داریم، اصولیان قاعده ای دارند که الجمع مهما امکن أولى من الطرح. در جمع هم در اصول هم صدها مورد در فقه میگویند جمع قابل قبول جمع عرفی است نه جمع تبرعی و کم من مواردی که فقیهی جمع میکند فقیه دیگر میگویند عرفی نیست و تبرعی است لذا فائده ندارد. اینجا عرف ملاک شد.

مثال دوم: در اصول بحثی است که در فقه هم کاربرد دارد و ضابطه مند هم نشده تحت عنوان إلغاء خصوصیت از موضوع مأخوذ در کلام، مثالهای راحت ترش را میگوییم بعد مثالهای دقیقتر را هم بیان میکنیم.

در روایت آمده رجل شک بین الثلاث و الأربع، اصل کلی این است که أخذ قید در موضوع خصوصیت دارد و حکم منوط به آن است. فقها میگویند از رجولیت الغاء خصوصیت میشود و مراد مطلق مکلف است و الغاء خصوصیت مستند به عرف است. باید عملکرد عرف تحلیل شود.

مثال سوم: قانونی داریم در اصول باید بازسازی شود که در فقه هم پرکاربرد است با عنوان مناسبت حکم و موضوع، موضوعی بظاهر عام است و میگوییم مناسبت حکم و موضوع اقتضا دارد اختصاص را و موضوع تضییق میشود و گاهی عکس است که مناسبت حکم و موضوع اقتضاء تعمیم دارد. این مناسبت حکم و موضوع وقتی به باطنش دقت میکنیم باز عرف است.

مثال چهارم: در بحث عام و خاص، مطلق و مقید، خواندیم بحث مفصلی را که میگویید تخصیص اکثر قبیح است تقييد اکثر قبیح است، در استدلال بر این قبح به عرف تمسک می شود.

پس در استنباط احکام هم در فقه هم در اصول مواردی الأمر موكول الی العرف است که باید بررسی شود عرف به چه معنا است بعد تحلیل کنیم شیعه چگونه در استنباط تحلیل می کند و اهل سنت چگونه؟

چهارشنبه بعد این بحث را ادامه میدهیم.

[1]. جلسه اول مبحث عرف، جلسه 80 امسال، مسلسل 660، چهارشنبه، 96.12.09.

جلسه دوم مبحث عرف

بسم الله الرحمن الرحيم [1]

گفتیم در مباحث عرف در اصول و فقه شیعه و اهل سنت موارد ارجاع به عرف و تمسک به آن فراوان است، گفتیم مفارقات نظر به عرف را عند الشیعه و اهل السنة باید بشناسیم زیرا در تعریف عرف هم تأثیر دارد.

با توجه به یک نکته مفارقه بین آن دو روشن می شود:

جهات ارجاع به عرف در نظام های حقوقی جهان غرب و فقه و اصول شیعه و اهل سنت

ما هم در نظام های حقوقی جهان غرب هم در فقه و اصول شیعه و اهل سنت موارد ارجاع به عرف را مشاهده می کنیم که سه جهت ممکن است داشته باشد:

جهت اول: عرف منبع تقنین

جهت اول: در نظام‌های حقوقی غرب وقتی عرف به عنوان مرجع معرفی می‌شود عمدتاً از این نگاه است که عرف را منبع تقنین می‌دانند آن هم به این معنا که همان جایگاهی را که مسلمانان اعم از شیعه و اهل سنت برای اراده الهی قائل‌اند این حکم‌ال‌الله، حق تشریع و تقنین در اسلام انحصاراً از آن خداوند است، توحید در تشریع و اینکه تقنین حق انحصاری خداوند است نظام‌های حقوقی غرب این حق التشریع را مستقلاً برای عرف قائل‌اند، لذا عرف از مهم‌ترین مصادر تقنین در مانند قوانین رم بوده است، در انگلستان و امریکا، عرف را قانون عمومی می‌دانند و آن را مأخذ تقنین می‌شمارند. عرف حق التشریع دارد مستقلاً، بعضی روشن‌فکران مسلمان چه در شیعه چه اهل سنت همین معنا را قائل‌اند و اصلاً اینکه مقتن خداوند است ممکن است در امور عبادی قبول کنند نه سایر امور. یکی از اینان که سابقاً معمم هم بوده و سابقه حوزی هم دارد در کتاب نقدی بر قرائت رسمی از دین در بحث این حکم‌ال‌الله تحلیل می‌کند و می‌گوید اینکه گفته شود مقتن خدا است یعنی چه؟ تقنین لله است لام ملکیت است؟ قانون‌گذاری ملک خدا است یعنی تصرف در این حیطة برای دیگری جایز نیست؟ بعد می‌گوید تصور حقی به عنوان تقنین به معنای حقوقی برای خداوند مشکل است و اشکالات فراوان دارد، این حکم‌ال‌الله معنای حقوقی ندارد بلکه معنای حکم در این آیات یعنی داوری نهایی روز قیامت بین حق و باطل، و الا اینکه خداوند منشأ تقنین است به هیچ وجه مورد قبول نیست،

لذا در نگاه این افراد هم جای تقنین الهی را عرف می‌گیرد. حتی علماء اهل سنت این نگاه را به عرف ندارند این خلط نشود.

جهت دوم: عرف کاشف از حکم الله

نگاه دوم به عرف: می‌گویند ما قبول داریم حق تقنین از آن خداوند است این حکم‌ال‌الله، تشریع و جعل قانون منحصر به خداوند است اما حکم الله چگونه کشف می‌شود؟ کاشف از آن چیست؟ این دیدگاه می‌گوید چنانکه قرآن، سنت، اجماع و حکم عقل کاشف از حکم الله است، همچنین مورد خامسی داریم که کاشف از حکم الله است که عرف می‌باشد. جمع معتنابهی از علماء اهل سنت و فقها و اصولیان‌شان این نگاه را برای عرف قائل‌اند لذا می‌گویند مصادر حجت و کاشف از حکم الله چند تا است که قرآن، سنت، عقل، قیاس، مصالح مرسله و عرف است. در مباحث سیر عقلانیّه مستحدثه مباحثی داشتیم و گفتیم بناء عقلانی مستحدث با سه دلیل ممکن است گفته شود کاشف از حکم الله است و آن أدله را رد کردیم، همه آن أدله در کاشفیت عرف از حکم شارع هم مطرح است، مثلاً گفته میشود مبدأ احکام عرفیه حکم عقل است لذا احکام عرفیه کاشف از حکم عقل است و احد مصادیق حکم عقل احکام عرفیه است. این را در بحث بناء عقلاً تحلیل کردیم که در خود بناء عقلاً مبادئ مختلفی برای این بناء هست، محرز نیست که مبدأ بناء عقلاً حکم عقل عملی یا نظری باشد، احکام عرفیه هم همین است، مگر آنچه عرف به عنوان باید یا نباید بینشان متعارف است منشأ حکم عقل است؟ آتی لنا بإثبات ذلک. بلکه در احکام عرفیه مسأله اشکل از بنائات عقلانیّه است. گاهی افرادی که خودشان را مبدأ تحول و تعقل می‌دانند در مواقعی چه می‌کنند،

شنقبطی از علماء اهل سنت در اضواء البیان فی ایضاح القرآن بالقرآن ج 8، ص 439 می‌گوید: عن عمر: أَمَرَانِ فِي الْجَاهِلِيَّةِ. أَحَدُهُمَا يُبْكِيْنِي وَالْآخَرُ يُمْحِكُنِي. أَمَّا الَّذِي يُبْكِيْنِي: فَقَدْ ذَهَبْتُ بِإِبْنَةٍ لِي لِوَأْدِهَا، فَكُنْتُ أَخْفِرُ لَهَا الْحَفْرَةَ وَتَنْفُضُ التُّرَابَ عَنْ يَحْيَتِي، وَهِيَ لَا تَدْرِي مَاذَا أُرِيدُ لَهَا، فَإِذَا تَذَكَّرْتُ ذَلِكَ بَكَيتُ. وَالْآخَرِي: كُنْتُ أَمْنَعُ إِلَهَا مِنَ التَّمْرِ أَمْنَعُهُ عِنْدَ رَأْسِي يَحْرُسُنِي لَيْلًا، فَإِذَا أَمْبَحْتُ مُعَافَى أَكَلْتُهُ، فَإِذَا تَذَكَّرْتُ ذَلِكَ مَنَحْتُ مِنْ نَفْسِي.

در المجموع نووی ج 19، ص 189 او عمر نقل می‌کند که قَالَ، يَا رَسُولَ اللَّهِ اِنِّي وَاَدْتُ فِي الْجَاهِلِيَّةِ، فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ اَعْتَقْ بِكُلِّ مَوْءُودَةٍ رَقَبَةٍ. وَاَدْتُ يَعْنِي زَنْدَةً بِيَدِ الْغُورِ كَرْدَنِ دَخْتَرَانِ، قرآن می‌گوید وَ إِذَا الْمَوْءُودَةُ سُئِلَتْ بِأَيِّ ذَنْبٍ قُتِلَتْ. از جواب حضرت معلوم میشود بیش از یک دختر هم زنده به گور کرده.

مسیر دوم را گفتیم که از راه قرآن حجیت عرف اثبات شود و کاشفیت آن از احکام شرعیه مانند خبر واحد که برای حجیتش بعضی به قرآن تمسک میکنند داشتیم کسانی به قرآن تمسک میکردند که خذ العفو وأمر بالعرف یبحثش گذشت که گفتیم چنین نیست که عرف کاشف از حکم الله باشد.

راه سوم: از راه سنت لفظی بود که بحث کردیم و گفتیم ادله سنت لفظی قاصر است از اینکه حجیت عرف را و ما استحسنة العرف برای ما ثابت کند. لذا این نگاه دوم به عرف که عرف مصدر تشریع و کاشف از احکام الله است که جمع معتنابهی از اهل سنت قائل‌اند این هم مورد قبول ما نیست و دلیل برای آن نداریم.

اینجا اشاره میکنم بعض نویسندگان شیعی جدیداً تحت تأثیر این نگاه قرار گرفته‌اند که با آن روشنفکران مخالف است، بعضی میگویند خدا منبع تقنین نیست اما گروه دیگری چنین میگویند که تقنین مال خدا است اما چنانکه سنت و حکم عقل کاشف از حکم الله است حکم عرف هم چنین است. لذا بعضشان در کتبشان اظهار تعجب میکنند در کتاب درآمدی بر عرف میگویند تعجب میکنم چرا فقهاء ما منابع چهارگانه را برای فقه و حقوق ذکر کرده‌اند از منبع پنجم که عرف است غافل شده‌اند با اینکه مطالعه کتبشان نشان میدهد عرف دخیل در استنباط است، مغالطه ایشان را روشن میکنیم، گویا با کامپیوتر بز نیم و لیست کنیم موارد ذکر کلمه عرف را اعجاب کنیم. بعد توجیه میکند میگوید شاید این آقایان علما عرف را جزء کتاب و قرآن میدانند چون دلیل بر حجیت عرف را قرآن میدانند خذ العفو و امر بالعرف پس قرآن شامل عرف هم میشود. میگوید ممکن است عرف را از باب سنت حجت میدانسته‌اند و روایات را دال بر حجیت عرف میدانسته‌اند لذا نام نبرده‌اند چون عرف داخل سنت است. لذا در این ملاحظه دوم نتیجه میگیریم عند الشيعة محققین و علماء این نگاه دوم به عرف که عرف کاشف از حکم شرعی است و مثبت حکم شرعی است قائل ندارد و هیچ دلیلی بر اینکه عرف میتواند کاشف از حکم شرعی باشد نداریم. عبارت جواره رج 40، ص 500 در مبحث تداعی زوج و زوجه اموال بیت را در طلاق مرد میگوید این فرش مال من است زن هم میگوید مال من است کلامی را نقل میکند بعد در نقد آن میگوید بل کلامه عند التأمل فی غایة البُعد اذ حاصله استفادة الحكم الشرعی من الحكم العادی و هو واضح الفساد ضرورة عدم مدخلية للعادة فی الأحكام الشرعية. نعم قد يُرجع الی العرف فی موضوع الحكم الشرعی لا فیه نفسه. تبیین گرایش سوم خواهد آمد

[1]. جلسه دوم مبحث عرف، جلسه 85 امسال، مسلسل 665، چهارشنبه، 96.12.16.

جلسه سوم مبحث عرف

بسم الله الرحمن الرحيم [1]

گفتیم سه نگاه به عرف و جایگاه حقوقی نسبت به عرف مطرح است. نگاه اول این بود که عرف مصدر تشریع و تقنین است، یعنی همان جایگاهی را که مسلمانان برای اراده الهی قائل‌اند و حق حکم و تقنین را از آن خدا میدانند بعض حقوقدانان همین حق را برای عرف قائل‌اند و حداقل یکی از مصادر تقنین را، عرف میدانند. گفتیم در حقوق غربی مسأله چنین است، بعض روشنفکران ما هم چنین میگویند. نگاه دوم این بود که حق تقنین از آن خداوند است، إن الحكم إلا لله مورد قبول است، اما کاشف از حکم الله چنانکه کتاب، سنت، اجماع و عقل است عرف هم میتواند کاشف از حکم الله باشد، گفتیم جمعی از اهل سنت این نظریه را پذیرفته‌اند و توسعه بحث عرف عند اهل السنة به همین جهت است چون از مصادر تشریع هست عرف را تعریف میکنند و محدوده و دلیل بر حجیتش را تبیین میکنند، به این جهت که عرف را یکی از کواشف از حکم الله میدانند. گفتیم بعضی از روشنفکران ما هم چنین عقیده‌ای دارند.

جهت سوم: تشخیص مراد متکلم توسط عرف

نگاه سوم: گفته شده از جهتی در منابع قوانین الهی مانند کتاب، سنت، معاهد اجماعات الفاظ، مفردات، جملات و ترکیباتی به کار رفته است که مراد گوینده باید روشن شود، چون اغلب کلمات و ترکیبات که در منابع تشریع به کار رفته نص در معنا نیستند که احتمال خلاف در آنها نباشد، گاهی در یک کلمه یا یک جمله یا یک هیئت احتمالات گوناگونی مطرح میشود که کدام یک از این احتمالات مراد گوینده است تا برای ما حجت باشد مختلف است لذا گفته میشود لازم است ابتدا ظهور عرفی این کلمه یا جمله یا ترکیب کلام را با کمک ابزاری احراز کنیم و بعد از احراز با ضم یک دلیل می‌گوییم مراد گوینده همین ظهور عرفی است.

فقهاء و اصولیان شیعه این نگاه به عرف را قبول دارند که کاربرد وسیع برای عرف فراهم میکند که قبل از بیان دلیل بر این نگاه و شرایط و اقسام آن می‌گوییم کسانی که قائل به نگاه اول و دوم برای عرف هستند به اولویت قطعی این نگاه سوم را به عرف قبول دارند یعنی آنانی که می‌گویند عرف مصدر تشریع و تقنین است به طریق اولی عرف را در تشخیص مراد متکلم دخیل میدانند، یا کسانی که عرف را کاشف از حکم شرعی میدانند به طریق اولی عرف را در تشخیص مراد متکلم دخیل میدانند.

پس طبق نگاه سوم آنچه را عرف از کلام شارع می‌فهمد مراد شارع هم همان است و این ظهور عرفی حجت است، بر این اساس که از طرفی شارع مقدس چنانکه در حجیت ظهور اشاره کردیم شارع تفاهم عرفی را در خطابات خودش پذیرفته است زیرا شارع برای بیان مقاصد خود به دیگران نیاز به مفاهمه با دیگران دارد اگر غیر از محاورات عرفیه و قواعد حاکم بر این محاورات شارع مقدس طریقه دیگری

می‌داشت برای مردم بیان می‌کرد، از اینکه شارع مقدس طریقه خاصی در محاورات و تفاهمات بین الناس بیان نکرده است معلوم می‌شود همین طریقه عرفی را در مفاهیم پذیرفته است، لذا آنچه را که عرف مردم از کلمات و ترکیبات جملات می‌فهمند لامحاله شارع مقدس هم همان معنا را اراده کرده است، لذا در کلمات و جملات صادره از شارع برای اینکه متفاهم شارع را به دست آوریم ابتدا باید ظهور عرفی یک کلمه یا یک ترکیب یا یک جمله را در زمان شارع به دست آوریم، در زمان شارع کلمه وطن ای جمله شرطیه ظهور در چه معنایی داشته؟ وقتی این ظهورات به دست آمد می‌گوییم ظهور این کلمه یا جمله عرفا در زمان شارع چنین بوده، شارع هم طریقه خاصه‌ای در مفاهماتش بیان نکرده لذا همین ظهور عرفی مقصود شارع است و به آن ظهور عرفی اعتماد می‌کنیم.

این اعتماد به عرف است در تشخیص ظهورات و اعتماد به اینکه مقصود شارع هم همین ظهور عرفی است.

تنها یک شرط اساسی وجود دارد که در مفردات و کلمات که دنبال ظهور عرفی در زمان شارع هستیم موارد زیادی از کلمات داریم که شارع مقدس در خصوص آنها جعل اصطلاح دارد یعنی از این کلمه معنایی را اراده کرده غیر ما أراد العرف، لذا طبیعی است که به حکم دلیل اقامه شده ظهور عرفی اینجا معتبر نیست زیرا اساس ظهور عرفی این بود که شارع اصطلاح خاص نداشته باشد. لذا در نگاه سوم قبل از مراجعه به عرف و تشخیص ظهور عرفی یک کلمه در زمان شارع، ابتدا باید کلمات شارع را بررسی کنیم که شارع اصطلاح خاصی نسبت به این کلمه دارد تا بر ظهور عرفی مقدم باشد یا نه اصطلاح خاص ندارد؟ قبلاً هم اشاره کردیم که صاحب جواهر آنجا که می‌خواهد جایگاه عرف را عند الشیعه بیان کند همیشه این قید را مطرح می‌کردند که شارع مقدس نسبت به این کلمه اصطلاح خاصی ندارد پس ظهور عرفی محکم است، مثلاً در مثال احياء موات، و معنای آن صاحب جواهر فرمودند لاخلاف بين الأصحاب في أن المرجع فيه الى العرف لعدم تنصيص شرعي على كيفية خاصة له حتى تقدم عليه. یا فی قتل الكثير من الجراد شاة صاحب جواهر فرمودند المرجع في الكثير الى العرف چون شارع مقدس کثرت را معنا نکرده و اصطلاح خاص ندارد.

مثال: در بحث زکات یکی از مصادیق مصرف زکات فقیر است در روایات آمده به فقیر می‌شود زکات داد، فقیر یعنی چه؟ ظهور عرفی فقیر چیست؟ از روایات استفاده می‌شود که شارع مقدس تفسیر خاصی از واژه فقیر دارد، و می‌گوید کسی که مالک بالقوة یا بالفعل مؤنة خودش و عیالش در یک سال نیست فقیر شمرده می‌شود، نه مطلق ندارد. مرحوم فیض کاشانی در مفاتیح الشرایع به نقل مرحوم حکیم در مستمسک می‌گوید فقیر کسی است که به قدر کفایت مؤنة خود و عیالش را علی الدوام ندارد، به ربح مال یا غلة یا صنعت. مرحوم حکیم به این بیان مرحوم فیض کاشانی اشکال می‌کنند و می‌گویند این تعریف از فقیر صحیح نیست و کیف کان فدليلة غیر ظاهر لما عرفت من أن مفاد النصوص غیر ذلک. یعنی وقتی فقیر در روایات و نزد شارع معنای خاص دارد دیگر معنا ندارد ظهور عرفی را مطرح کنید و قید علی الدوام بیاورید.

خصوصیات، موارد و کاربردهای این نگاه سوم خواهد آمد.

[1]. جلسه سوم بحث عرف، جلسه 90 امسال، مسلسل 670، چهارشنبه، 97.01.15. بعد از تعطیلات نوروز 97.

بسم الله الرحمن الرحيم [1]

جلسه چهارم بحث عرف

گفتیم سومین نگاه به عرف آن است که عرف در تشخیص ظهورات مفردات و ترکیبات کلام لذا اگر ظهور عرفی کلمات را شناختیم و استنتاج کردیم ظهور عرفی جملات و هیئات ترکیبی را، این ظهور کلمه و ظهور جمله را می‌توانیم به شارع نسبت دهیم. این کارکرد سوم عرف که مورد پذیرش فقهاء شیعه است یک مصادیق روشنی دارد که به وضوح در لغت و اصول از آنها بحث می‌شود، از مفردات در معاجم و از هیئات در علم اصول بحث می‌شود. یک سری عناوین هم داریم که برمی‌گردد به تشخیص ظهورات، در فقه هم زیاد کاربرد دارد اما در اصول از اینها بحث نشده است.

مصادیق مبین ظهور عرفی:

وارد می‌شویم بعضی از مصادیق که مبین ظهور عرفی هستند ارکانش را تبیین می‌کنیم.

عنوان اول: مناسبت حکم و موضوع

هم در فقه هم در اصول دهها بلکه صدها مورد برخورد می‌کنیم که اصول و فقیه می‌گویند مناسبت حکم و موضوع یقتضی ذلک.

در مورد فراوانی در مقارنه بین حکم و موضوع و کنار یکدیگر گذاشتن یک موضوع با یک حکم، عرف مناسبات و ارتکازاتی دارد که این مناسبات و ارتکازات را وقتی در کنار این حکم و موضوع قرار می‌دهد نوعی تعدیل در موضوع ایجاد می‌کند و ظهور بدویو اولی دلیل تبدیل می‌شود به یک ظهور ثانوی، و این ظهور ثانوی عرفی می‌شود موضوع حکم، حال عرف چه عرف عام و چه عرف متشرعه که مثال خواهیم زد وقتی موضوع را در کنار حکم ملاحظه می‌کند یک مناسبات، ارتکازات و پیش‌فرضهایی دارد و اینها را ضمیمه می‌کند در ظهور اولی دلیل تعدیل می‌کند، ظهور اولی دلیل را تبدیل می‌کند به یک ظهور ثانوی، حال این تعدیل به سه نحوه است، گاهی این تعدیل موضوع به نحو توسعه است، مدلول دلیل ظهور اولیه اش مضیق عرف توسعه می‌دهد گاهی عکس ظهور اولیه دلیل موسع است و عرف مضیقش می‌کند با مناسبت حکم و موضوع و در نظر گرفتن ارتکازات و گاهی ظاهر دلیل مجمل است و مناسبت حکم و موضوع و ارتکازات عرفی رفع اجمال می‌کند، به این مناسبت حکم و موضوع که با آن ارتکازات گاهی ظهور دلیل را توسعه می‌دهد گاهی مضیق می‌کند و گاهی رفع اجمال می‌کند می‌گوییم مناسبت حکم و موضوع ظهور ساز است. بیان چند مثال به ترتیب از مثالهای ساده به سخت:

مثال اول: مرحوم شهید صدر مثال می‌زنند که در دلیل وارد شده إغسل ثوبک إذا أصابه الدم. غُسل یعنی شستشو به هر مایعی، ظهور بدوی دلیل توسعه دارد، جامه‌ای وقتی با خون ملاقات کرد آن را بشوی نفرموده بالماء، عرف متشرعه این حکم را با موضوع نسبت سنجی می‌کند و یک ارتکاز را دخالت می‌دهد که دم نجس است و غسل النجس فقط بالماء است لذا مناسبت حکم و موضوع ظهور دلیل را مضیق می‌کند و می‌گویند مقصود مولا این است که إغسل ثوبک بالماء.

مثال دوم: راوی سؤال می‌کند در مشک آب نجس افتاده حضرت می‌فرمایند لاتتوضأ و لاتشرب منها. ظاهر دلیل این است که اگر نجس در مشک آب افتاد اجتناب کن، عرف این حکم را با موضوع نسبت سنجی می‌کند و می‌گویند مشک موضوعیت ندارد و هر ظرفی چنین است.

مثال سوم: روایت می‌گویند رجلٌ شکّ بین الثلاث و الأربع. حکم و موضوع را عرف نگاه می‌کند یک ارتکاز را دخالت می‌دهد می‌گویند مناسبت حکم و موضوع، مقارنه بین این حکم و موضوع یک ظهور ثانوی درست می‌کند و رجل خصوصیت ندارد بلکه انسان دخیل است.

مثال چهارم: مثالهای رفع اجمال مانند لاعلم إلا بالعمل. ظهور اولیه نفی جنس است که علمی بدون عمل نیست اما الی ما شاء الله علم بدن عمل داریم اما عرف از ارتکازاتش استفاده می‌کند و می‌گویند مقصود مولا این است که لاعلم نافع. یا مثل لاغیبة لفاسق یعنی نمیشود غیبت فاسق را کرد نه مقصود لاغیبة محرمه لفاسق. یا حرمت علیکم امهاتکم مناسبت حکم و موضوع می‌گویند مراد نکاح است. النفس التي حرم الله یعنی حرم الله قتله.

مثال پنجم: مرحوم امام در حدیث رفع القلم می‌فرمایند مقصود مطلق قلم تکلیف حتی مستحبات نیست بلکه مناسبت حکم و موضوع اقتضا دارد قلم رفع شده از صبی ممیز قلم الزام باشد. رفع القلم را ایشان مضیق می‌کند با کمک یک ارتکاز، می‌گویند أدله رفع در مقام امتنان است الزام را بردارند امتنان است اما استحباب را دلش می‌خواهد انجام دهد یا ندهد اگر بردارند رفع امتنان نیست لذا می‌فرمایند مناسبت حکم و موضوع با این نکته ارتکازی اقتضا دارد ظهور ثانوی برای حدیث رفع که رفع قلم الإلزام.

شهید صدر در یَنْزِلُ عَلَیْکُمْ مِنَ السَّمَاءِ مَاءً لِيُطَهِّرَکُمْ بِهِ می‌گویند ظاهر دلیل می‌گوید آب مطهر است اما عرف از ارتکاز استفاده می‌کند می‌گویند ریزش از آسمان دخیل در مطهریت آب نیست لذا مناسبت حکم و موضوع اقتضاء دارد مطلق الماء مطهر باشد حتی اگر از چشمه بجوشد.

چند نکته راجع به ظهور سازی عرفی با مناسبت بین حکم و موضوع باید دقت شود:

نکته اول: مناسبتی را که عرف با یک قانون ارتکازی نزد خودش ملاحظه می‌کند باید اولاً بر شرع عرضه کنیم مانند سایر ظهورات عرفی مبدا در یک دلیل شارع مقدس این مناسبت عرفی را الغاء کرده باشد و کأن لم یکن دانسته باشد، مثال: نمی‌خواهیم در مثال قضاوت کنیم، در باب جنایات فقهاء و روایات می‌گویند جنایت بر بیضتین تمام الدیه را دارد، مناسبت عرفی می‌گویند اگر یک بیضه را قطع کرد نصف دیه را دارد، هر عرفی این مناسبت را می‌بیند اما روایت امام صادق علیه السلام این مناسبت عرفی را الغاء کرده و فرموده اند قال الولد یكون من البیضة اليسرى فإذا قطعت ففيها ثلثا الدية و فی الیمین ثلث الدية. لذا ارتکازاتی که در ادله می‌خواهیم کنار موضوع بیاوریم و بررسی کنیم باید اول عرض کنیم آن ارتکاز را بر ادله شرعیه.

نکته دوم: گاهی مناسبت حکم و موضوع با یک ارتکاز به حد ظهور نمی‌رسد و فقط در حد اشعار است فقیه باید توجه کند در مناسبت حکم و موضوع تشخیص ظهور از ظهور صرفاً لفظی سخت تر است، خیلی باید دقت کند، اگر به حد ظهور نرسد مناسبت حکم و موضوع و ارتکاز عرفی حق ندارد در موضوع دلیل دست کاری کند و توسعه دهد یا تضییق کند.

مثال: در بعض افراد زناکار أدله می‌گوید حاکم شرعی حکم می‌کند به تغریب و تبعید زناکار. بحثی است که آیا اگر حاکم حکم کرد به تغریب زناکار و زناکار همسر داشت می‌تواند همسرش را باخودش ببرد یا نه؟ مشهور می‌گویند اطلاق حداقل اطلاق مقامی ادله تغریب جاری است و می‌تواند همسرش را ببرد، یکی از اعلام فقهاء قم رحمه الله که در حج هم بسیار دقیق النظر هستند می‌فرمایند این زناکاری که حکم به تغریبش شده حق ندارد همسرش را همراه ببرد. دلیلشان برای رفع ید از اطلاق مقامی ادله تغریب مناسبت حکم و موضوع است، می‌فرمایند مجازات تغریب جنبه عقوبت دارد و عقوبت به جهت ارتکاب زنا است، مناسبت حکم و موضوع می‌گوید این مجرم حق استفاده از التذاذات مباح متعلق به زوجه اش را ندارد.

عرض می‌کنیم اینجا صرفاً یک إشعار است و به حد ظهور نمی‌رسد شاید اصل تغریب و دوری از وطن سختی باشد برایش و عقوبت باشد اما اینکه ظهور بسازیم که پس التذاذ مباح هم نداشته باشد این صحیح نیست.

نکته سوم: مواردی داریم عکس این مورد که مناسبت حکم و موضوع بسیار واضح است با وضوح ظهور فقیه توسعه یا تضییق در دلیل قائل نمی‌شود و جمود به نص دارد و به مناسبت حکم و موضوع عمل نمی‌کند. مثال: امر به معروف و نهی از منکر که کار حاکم و مردم است مراتب دارد، لسانی یدی و یدی هم مراتب دارد ضرب جرح قتل. مشهور می‌گویند در امر به معروف و نهی از منکر حفظ مراتب لازم است و اگر با لسان و نصیحت میسر است نوبت به ضرب و جرح و قتل نمی‌رسد، أحد الفقهاء رحمه الله در کتاب فقهی شان می‌فرمایند در امر به معروف و نهی از منکر ترتیب معتبر نیست زیرا روایات باب امر به معروف و نهی از منکر در لسانی و یدی با واو عاطفه آمده و او ظهور در ترتیب ندارد بلکه واو عاطفه دال بر تسویه است که هر کدام را خواست می‌تواند انتخاب کند در حالی که اینجا مناسبت حکم و موضوع به وضوح ثابت است تا مرحله ادنی میسر است نوبت به مرحله اعلی نمی‌رسد.

سایر مصادیق خواهد آمد ان شاء الله.

[1]. جلسه چهارم عرف، جلسه 95 امسال، مسلسل 675، چهارشنبه، 97.01.22.

بسم الله الرحمن الرحيم [1]

جلسه پنجم مبحث عرف

گفتیم نگاه اندیشمندان شیعه به عرف آن است که عرف سبب تشخیص ظهور مفردات و ترکیبات کلام است، با این نگاه که وقتی ظهور عرفی را از مفردات و ترکیبات کلام به دست آوریم به حکم یک استدلال می‌گوییم مراد شارع هم همین ظهور عرفی است. گفتیم عناوینی در استدلالات فقهی، اصولی به کار می‌رود که هر چند این عناوین اسم‌های خاصی دارند اما در حقیقت این عناوین مصادیق خاصی از تشخیص ظهورات عرفی می‌باشند. یکی از این عناوین و اهمیتشان مناسبت حکم و موضوع بود که اشاره کردیم فقیه با مقارنه بین حکم و موضوع در دلیل شرعی و ارتکازاتی که از عرف عام یا عرف متشرعه در ذهنش نقش بسته است در موضوع یک حکم تعدیل ایجاد می‌کند به این عملیه می‌گوییم مناسبت حکم و موضوع چنین اقتضائی دارد و این تعدیل که یک ظهور ثانوی مستقر برای دلیل درست می‌کند یا به توسعه است یا به تضییق یا به رفع اجمال است.

تعبیر دیگری در اصول و فقه داریم که در حقیقت همین غایت و همین هدف را برآورده می‌کند و در حقیقت تعدیل ایجاد می‌کند در موضوع دلیل، تعدیلی که وقتی این تعدیل به عرف عرضه می‌شود عرف عام یا عرف خاص این ظهورسازی ثانوی و این تعدیل را می‌پذیرد. مثلاً اصطلاح دیگری که همین هدف تعدیل در موضوع حکم را به نحو ظهور عرفی تبیین می‌کند اصطلاح إلغاء خصوصیت در موضوع است. إلغاء خصوصیت در حقیقت ظهور سازی ثانوی برای موضوع دلیل است، این ظهورسازی ثانوی به شکل تعمیم موضوع است. به این معنا که فقیه موضوعی را در دلیل ملاحظه می‌کند و با ارتکازات عرفی که از عرف عام یا عرف خاص در ذهن فقیه نقش بسته است موضوع یا صفتی از صفات مأخوذ در موضوع را دخیل در حکم نمی‌بیند و در حقیقت حکم را به فاقد آن صفت هم توسعه می‌دهد یا فاقد آن صفت را موضوع حکم می‌داند و در این عملیه استناد فقیه به ظهور عرفی است. چند مثال به ترتیب ساده به پیچیده بیان می‌کنیم:

مثال اول: صاحب جواهر در کتاب الصلاة بحثی دارند که اگر امام جماعت حین نماز از دنیا برود [2] روایات می‌گوید نماز جماعت باید ادامه پیدا کند، چگونه باشد می‌گویند به نیابت از او شخص دیگری که در نماز بوده امام شود، روایت راجع به موت امام جماعت است اما صاحب جواهر می‌فرماید ظاهر جمعی از اصحاب این است که موضوع این حکم صرف موت الإمام نیست بلکه کُلّ عذر مساوٍ للموت من إغماء أو جنون أو غيره فإن كان لاتصريح في النصوص إلا بالموت إلا أنّ الظاهر إلغاء الخصوصية. در وجه إلغاء خصوصیت می‌فرمایند و لو بمؤنة الاتفاق المذكور.

مثال دوم: در خمس ضیعة و زمین زراعتی روایت معتبر می‌گوید اگر خمس ما حصل ضیعه یا خود ضیعه را خواستی پرداخت کنی بعد از کسر مخارج است. صاحب جواهر می‌فرماید اینجا ضیعه خصوصیت ندارد و إلغاء خصوصیت می‌کنیم که در هر متاعی که در تحصیل آن مخارجی پرداخت کردی وقتی می‌خواهی خمس دهی باید آن مخارج کسر شود.

یک نکته مهم است، دو عنوان است در عناوین مستدل در فقه و اصول که گاهی خلط می‌شود توسط جمعی از محققان و به جای یکدیگر بکار می‌روند، یکی إلغاء خصوصیت است و دیگری تنقیح مناط است. برای تفارق بین این دو باید توجه کنیم إلغاء خصوصیت یک ظهور لفظی ناشی از فهم عرف است به اینکه این صفت مأخوذ در موضوع دخالت ندارد به حکم قرائن ارتکازی به شکلی که وقتی این فهم را بر عرف خاص یا عام عرضه کنیم قبول می‌کنند که در این لفظ چنین ظهوری هست، لذا إلغاء خصوصیت ظهور لفظی و یک دلیل لفظی است. محققینی که به این معنا توجه دارند مانند مرحوم شهید صدر در شرح عروه ج 1، ص 54 عبارتشان این است که می‌فرمایند ارتکاز إلغاء الخصوصية فی الذهن العرفی إنما ینفع فی باب الأدلة اللفظية لأنه یكون من القرائن المكتنفة بالكلام. إلغاء خصوصیت در باب أدله لفظیه کاربرد دارد چون ارتکاز قرینه مکتنف به کلام میشود و برای کلام ظهور ثانوی ایجاد میکند که نشانه دقت این فقیه است. مرحوم نائینی در کتاب الصلاة ص 319 در بحثی می‌فرماید إن إلغاء الخصوصية بالنسبة إلى ذلك مما لیساعد علیه الفهم العرفی. مرحوم امام در بحث مکاسب محرمه به این مناسبت که احکام لقطه به غیر لقطه قابل سریان است یا نه می‌فرمایند و لایصح إسراء الحكم من اللقطة إلى غيرها و دعوا إلغاء الخصوصية باطلة لعدم مساعدة العرف معه.

در إلغاء خصوصیت محور، ظهور عرفی است لذا می‌فرمایند این دلیل یک دلیل ظهور ساز و از مصادیق ظهور لفظی است.

لکن تنقیح مناط که به تفصیل در مباحث قیاس خواهد آمد این است که شارع مقدس حکمی را بر موضوعی مترتب کرده مانند الخمر حرام فقیه به کمک أدله دیگر علت و مناط و ملاک قطعی حکم را تشخیص می‌دهد و می‌گوید قطع داریم که ملاک حرمت خمر اسکار آن است حال که فقیه قطع به مناط و علت پیدا کرد حکم را سریان می‌دهد این یک دلیل عقلی است، می‌گوید شارعی که گفته است خمر حرام است و حرمت خمر تنها علتش اسکار است همو باید بگوید به حکم عقل که فقاع هم حرام است چون آن هم مسکر است.

پس تنقیح مناط موسع موضوع دلیل نیست و ظهور عرفی برای یک دلیل ایجاد نمیکند و نمی‌گویند شارع فرموده الخمر حرام بلکه فرموده المسکر حرام خیر دست به موضوع دلیل نمیزدند بلکه یک معادله عقلی میکنند که شارع الف را فرموده قطعاً ملاک الف در ب هم هست پس حکم الف در ب هست. لذا جمعی از محققان که إلغاء خصوصیت را با تنقیح مناط خلط کرده اند اشکالات وارد بر تنقیح مناط را به إلغاء خصوصیت سریان داده اند در حقیقت دلیل لفظی را با دلیل عقلی خلط کرده اند.

مانند مناسبت حکم و موضوع در إلغاء خصوصیت هم باید توجه داشت به صرف یک احتمال که ممکن است این صفت خصوصیت در حکم نداشته باشد نمیشود از آن صفت و خصوصیت رفع ید نمود و حکم را تعمیم داد بلکه اگر فقیه می‌خواهد إلغاء خصوصیتی و صفتی از صفات موضوع را داشته باشد این إلغاء خصوصیت و عدم دخالت صفت در حکم باید به حد ظهور عرفی برسد و لازم نیست مانند تنقیح مناط به حد قطع برسد. پس صرف احتمال عدم دخالت کارساز نیست، ای چه بسا فقیه یا فقہائی که به صرف احتمال عدم دخالت یک صفت در موضوع حکم، حکم می‌کنند به إلغاء خصوصیت.

مثال: در بحث زکات نقدین در موضوع أدله آمده است که درهم و دینار اگر ورق رائج باشد زکات دارد، بعض فقهاء فتوا می‌دهند اسکناس هم زکات دارد با اینکه رد زمان شارع نبوده به این دلیل که می‌گویند در روایات عنوان درهم و دینار آمده است که درهم و دینار دو خصوصیت دارد یکی اینکه پول اعتباری نیست بلکه جنس حقیقی است دوم ثمن رایج و مورد معامله بوده و هست. می‌گوییم موضوع برای زکات ثمن رایج بودن است خصوصیت طلا و نقره در این موضوع دخالت ندارد لذا هر چیزی که ثمن رایج شد هر چند ارزش اعتباری داشت زکات در آن واجب است. فقهاء دقیق نگاهشان این است که شما إلغاء خصوصیت کردید از جنسیت ذهب و فضة، اسکناس نه ذهب است

نه فضا به چه دلیل این الغاء خصوصیت را انجام دادید، کدام قرینه و کدام عرف عام و متشرعه چنین ارتکاز ظهور سازی دارد که جنس طلا و نقره در حکم زکات دخیل نیست و شاهد بر عدمش این است که در بعض روایات موضوع زکات نه در هم و دینار بلکه ذهب و فضا قرار داده شده، پس به صرف اینکه احتمال دارد جنس طلا و نقره دخالت در حکم نداشته باشد إلغاء خصوصیت قابل قبول نیست.

[1]. جلسه پنجم مبحث عرف، جلسه 99 امسال، مسلسل 679، چهارشنبه، 97.01.29.

بسم الله الرحمن الرحيم [1]

جلسه ششم مبحث عرف

گفتیم بعض عناوین در اصول و فقه مورد استدلال قرار می‌گیرند که در حقیقت از مصادیق تشخیص ظهور عرفی می‌باشند. به بعض این مصادیق اشاره کردیم.

از عناوینی که در فقه فی الجمله بکار می‌رود و مورد استناد است و گفته شده از مصادیق تشخیص ظهور عرفی است، مذاق شریعت است.

عنوان دوم: مذاق شریعت

در موارد مختلفی فقیه مطلبی را بیان می‌کند بعد تعلیل می‌کند به آن مذاق الشریعة یقتضی ذلک. در تبیین معنای آن بعضی که توضیح داده‌اند خواسته‌اند آن را به دلیل عقلی ارجاع دهند و بعضی هم آن را از مصادیق تشخیص ظهور عرفی دانسته‌اند و بعضی گفته‌اند استدلال به مذاق شریعت توسط بعض فقهاء شیعه به معنای توجه به مقاصد الشریعة است که در فقه تسنن بسیار کاربرد دارد.

ما با توجه به موارد استعمال و کاربرد این اصطلاح در کلمات محققان از فقهاء ابتدا هویت این عنوان را بشناسیم و سپس ببینیم که این عنوان رجوعش به کدام یک از مصادر است. ما ارجاع آن را به دلیل عقلی و مقاصد الشریعة قبول نداریم. بله فی الجمله بعض مصادیقش تشخیص ظهور عرفی است اما در کل معنایی فراتر از آن دارد.

با توجه به کاربرد این اصطلاح هویتش آن است که بعض فقهاء با توجه به کثرت ممارست و تتبع و دقتی که در أدله احکام و موضوعات آنها دارند یک ارتکازات ثابتی در نفسشان نقش می‌بندد که به جهت این ارتکازات با غور در أدله گاهی موضوعی از موضوعات و گاهی بالاتر حکمی از احکام شرعی را تقیید می‌زنند به ادعای اینکه من علم و یقین دارم که شریعت اسلام مقصودش از این دلیل باید به این کیفیت باشد، از این نگاه دانسته می‌شود که مذاق شریعت گاهی ظهور عرفی یک موضوع را برای انسان تبیین می‌کند با مناسبات حکم و موضوع و گاهی بالاتر موجب توسعه یا تضییق یک حکم می‌شود، و باید توجه نمود تعبیر به مذاق شریعت معمولاً جایی بکار می‌رود که فقیه با تتبع در أدله و جمع بین آنها به یک نتیجه می‌رسد اما نص خاصی که الآن این نتیجه را به آن نص مستند کند ندارد، اما از جمع قطع پیدا می‌کند که مقصود شریعت چنین است. لذا با دقت و تفحص گاهی خود آن فقیه تجزیه تحلیل می‌کند این مذاق شریعت را تبدیل به یک دلیل شریعت پسند می‌کند که روایی آبی قاعده ای یا عقلی باشد. گاهی دیگران این تجزیه و تحلیل را انجام می‌دهند، مواردی هم داریم که استدلال به مذاق شریعت را در تقیید موضوع یا حکم فقهاء دیگر قبول نمی‌کنند و می‌گویند از مجموع أدله چنین برداشتی نمی‌شود. چند مثال بیان می‌کنیم مناقشه نکنید قبول داریم یا نه بحث دیگری است:

مثال اول: دلیل عمده تقلی و رجوع جاهل به عالم سیره عقلاء است. آیا در تقلید عدالت مقلد شرط است یا نه؟ مرحوم خوئی روایات باب را یا سندا قبول نمی‌کنند یا می‌گویند ارشاد به بناء عقلاً است لذا اطلاق ندارند. از سیره عقلائیه هم استفاده نمی‌شود رجوع به خبره عدل امامی یعنی اگر کسی مریض بود گفتند یک پزشک مسیحی است که خوب علاج می‌کند بناء عقلاً نمی‌گوید شرط است که پزشک خبره مسلمان شیعه باشد. بله در بعض موارد غای ما یستفاد بله ممکن است عقلاً وثاقت را معتبر بدانند اما عدالت را شرط نمی‌دانند. مرحوم خوئی بعد از این بیان نشان در أدله تقلید می‌فرمایند آیا جایز است بگوییم شیعه تقلید کند از عالمی که دیروز در ملاهی مشغول رقص بوده و فردا در مقاهی مشغول قلیان کشیدن است بگوییم اشکال ندارد عدالت هم مهم نیست فقط علم مهم است. می‌فرمایند مذاق شریعت یقتضی که در منصب مرجعیت و مقلد که أعظم المناصب بعد از ولایت و امامت است که عدالت شرط باشد بلکه ملکه قدس و تقوا شرط باشد.

گویا مرحوم خوئی می‌خواهند بفرمایند ما برداشتمان از شریعت این است که در موارد اقتداء به غیر در اقل از این منصب توضیح می‌دهند که عدالت شرط است مانند امام جماعت، شریعتی که در اقل از این منصب عدالت را شرط می‌داند طریقه و روش و مذاقش یقطنی در إقتداء أعظم عدالت را شرط بداند.

مثال دوم: در شرط رجولیت در مقلد که آیا زن می‌تواند متصدی منصب إفتاء شود یا نه؟ مرحوم خوئی تصریح دارند مقتضای اطلاعات و سیره جواز تقلید از زن است، در اطلاعات خصوصیت رجولیت اخذ نشده و در سیره هم که رجوع جاهل به عالم است رجولیت مطرح نیست لکن می‌فرمایند از مذاق شریعت استفاده می‌کنیم که تصدی این منصب برای زن جایز نیست. گاهی هم می‌گویند أدله را که ملاحظه می‌کنیم از طرفی وظیفه شایسته زنان تصدی امور منزل، خانه داری و تربیت اولاد است، از جهت دیگر در اموری که منجر به بروز و ظهور و مشارکت عمومی است از زنان برداشته شده مانند صلاة جمعه، و ما الی ذلک، تصدی امام جماعتی از زنان برداشته شده، تصدی مقام إفتاء از امور اجتماعی است که منجر به کثرت إحتکاک با دیگران است لذا فقهی ادعا می‌کند از جمع بین أدله استفاده می‌کنم که شریعت تصدی این مقام را برای زن مجاز نمی‌داند.

از فقهائی که در موارد لالبأس به‌ای تمسک می‌کند به مذاق شریعت و بازسازی کلماتش در این دلیل قابل توجه است و فقیه ممارس و دقیقی است صاحب جواهر است.

به چند نمونه در کلام صاحب جواهر اشاره می‌کنیم:

نمونه اول: در فقه مواردی داریم که وجوب مشروط به شرط است، شرط وجوب نه واجب، وجوب حج مشروط به استطاعت است و وجوب زکات مشروط به وصول به نصاب است. شرط وجوب تحصیلش لازم نیست که حتما تلاش کند غلاتش به نصاب برسد، اما اگر انسان در حصول شرط وجوب شک کرد آیا فحص واجب است یا نه؟ تاجری است اموال مختلف دارد شک دارد مستطیع شده یا نه؟ یا شک دارد غلاتش به نصاب رسیده یا نه؟ صاحب جواهر می‌فرماید مذاق الشریعة اقتضا دارد فحص در موارد شک در حصول شرط وجوب لازم است. بعد در بعض کلماتشان دلیل هم بیان می‌کنند که اگر فحص از شرط واجب نباشد یلزم اسقاط بسیاری از واجبات و شارع راضی به این امر نیست.

نمونه دوم: در بحث ارث در زواج متعه بعض فقهاء تمسک می‌کنند به بعض روایات و فتوا می‌دهند لو شرط در نکاح متعه ارث را ساق است. صاحب جواهر نقد میکنند بعد می‌فرمایند اقرب از این فتوا آن است که بعضی ملتزم شده اند شرط زوج و زوجه در زواج متعه بر حسب الحال هم صحیح است. مثلا اگر فرزند دار شادی نصف اگر نشدی ثلث مثلا، صاحب جواهر می‌فرماید لاینبغی لمن رزقه الله معرفة مذاق الشرع أن یحتمل ذلک فضلا عن أن یفتی به. بعد تحلیل میکنند مذاق شریعت چیست در اینجا.

نمونه سوم: در مبحث طلاق صبی مطلقا حق طلاق ندارد در حال مباوت هر چند مبتلا به جنون شود یا فاسد العقل شود که از جنون پائین تر است. حال اگر صبی فاسد العقل بالغ شد آیا به مجرد بلوغ ولی او میتواند همسرش را طلاق دهد یا نه شیخ طوسی در خلاف ادعای اجماع دارد بر عدم جواز، صاحب جواهر می‌فرماید لکن هو کما تری بعید عن مذاق الشرع. بعد می‌فرماید اینکه بگوییم ولی این صبی بعد از بلوغ هم حق طلاق دادن زن صبی فاسد العقل را ندارد خلفا شرع ضرورة منافاة ذلک لمصلحة الزوج و لازوجة بلا أمد یُنْتَظَر. می‌گویند ما از ادله روابط بین زوجین استفاده می‌کنیم یک اصولی را که یکی از آنها این است که تعطیل امر زوجه بلا أمد یُنْتَظَر صحیح نیست لذا اگر زوج غائب است مدتی و با شرائطی حاکم شرع یا عدول مؤمنین میتوانند طلاق دهند. می‌فرمایند شریعتی که چنین احکامی دارد اطمینان دارم که این شریعت امر زوجه را معطل نمی‌گذارد بلا أمد. حال بالغ شده فساد عقل هم دارد کی خوب شود معلوم نیست امر زوجه نباید معطل باشد.

خلاصه کلام اینکه مذاق شریعت در معنای عامش این است که از مجموع أدله شرعی فقیه به علم و اطمینان می‌رسد که شارع مقدسی که به این گونه مشی کرده است ممکن نیست این حکم را موسع بداند بلکه حتما مضیق است یا ممکن نیست مضیق بداند بلکه موسع است یا این موضوع را با قرائن مناسبت حکم و موضوع ممکن نیست مضیق بداند یا ممکن نیست موسع بداند لذا در بعض مصادیق مذاق شریعت ممکن است تشخیص ساز ظهور عرفی باشد اما فقیه دیگر حق استفاده از آن را ندارد و باید خود تتبع نماید.