

تقریر دفتر استاد سید کاظم مصطفوی «زید عزه العالی» از درس خارج فقه
استاد سید کاظم مصطفوی؛ 1388/07/19



بحث فقه از اشرف بحثها و علم فقه اشرف علوم است. در روایتی از امیرالمؤمنین سلام الله تعالی علیه آمده است که بقیه علوم فنون اند. علم فقط فقه است. در روایتی از امام موسی بن جعفر سلام الله تعالی علیه: «تَفَقَّهُوا فِي دِينِ اللَّهِ فَإِنَّ الْفَقْهَ مِفْتَاحُ الْبَصِيرَةِ وَ تَمَامُ الْعِبَادَةِ وَ السَّبَبُ إِلَى الْمَنَازِلِ الرَّفِيعَةِ وَ الرَّتَبِ الْجَلِيلَةِ فِي الدِّينِ وَ الدُّنْيَا» [1]. یک روایت صحیح هم هست که صحیح ابان بن تغلب است امام صادق سلام الله علیه می فرماید: «لَوَدِدْتُ أَنَّ أَصْحَابِي ضَرَبَتْ رُؤُوسَهُمْ بِالسَّيَاطِ حَتَّى يَتَفَقَّهُوا» [2]، دوست دارم اصحاب من با سیاط به سرشان بخورد تا تعلیم فقه بکنند. فقه این قدر عظمت و ارزش دارد. می دانیم هر علمی را که بحث می کنیم سه تا نکته را به عنوان نکات مقدماتی در مقدمه آن علم باید تعرض کنیم تا نمایی آن علم و شمایی دور آن علم برای ما روشن بشود. این سه تا نکته از آن هشت نکته ای است که در منطق آمده است که به آنها رؤوس ثمانیه می گویند. در منطق ارسطویی آورده اند رؤوس ثمانیه یعنی هشت تا سر نخ بحث در مقدمه، تا علم از دور معرفی بشود که چه علمی است. ما از آن هشت تا سه تا را گرفته ایم:

1. تعریف علم

2. موضوع علم

3. غرض علم که در اصول هم این را داریم و الآن بین فقهاء هم این مرسوم است. ما الآن که به حول و قوه خداوند فقه بحث می کنیم این سه نکته را تعرض کنیم:

1. تعریف علم فقه: تعریف مشهوری که اشکالی هم در آن نیست و جزء تعاریف متصادق علیها هست این است که می فرمایند: الفقه فی اللغة الفهم و فی الاصطلاح هو العلم بالاحکام الشرعیة الفرعیة عن ادلتها التفصیلیة. این تعریف فقه است. معنای لغوی فقه فهم است و معنای اصطلاحی آن در اصطلاح فقهاء، فقه عبارت است از علم به احکام شرعی، نه احکام عقلی. اگر عقلی بود میشد کلام. احکام شرعی با قید فرعی که اصولی در آن دخل ندارد. علم به احکام شرعی فرعی، براساس ادله آن احکام که تفصیلی است و منظور از آن

ادله، همان ادله اربعه است. اشاره کوتاهي درباره ادله بکنیم و بعد اقسام را تعرض کنیم. منظور از ادله تفصيليه در اصطلاح مشهور همان ادله اربعه است: کتاب، سنت، اجماع و عقل. يك سوال و يك جواب نکته را توجه کنید. در جمع این ادله ما مي بینیم يك دليلي است که قلمرو وسيعي دارد و نه از ادله شرعيه به حساب آمده (کتاب و سنت) و نه از ادله عقليه، این را کجا بگجانیم؟ و آن دليل معروف، سیره عقلاء است. سیره عقلاء زیرمجموعه کدامیک از این ادله است؟ آیا سیره عقلاء جزء ادله عقليه است (زیرا کلمه عقل ذکر شده در آن) یا جزء سنت است (سیره و سنت با هم قریب المخرجند)؟ کدام است؟ یا این که بگوییم يك دليل جزئي و کوچکی است. جواب: خير، سیره عقلاء قلمرو وسيعي دارد مخصوصاً در ابواب معاملات و در بحث هايي که تأسيسی نباشد بلکه امضائي باشد. در معاملات امضائي پشتمانه اصلي سیره عقلاء است. سیره عقلاء را با این گستره وسيع کجا بگذاریم؟ این يك مطلب. نکته ديگر هم که باز هم در اصول و هم در فقه داریم عرف است. این عرف چیست؟ آیا دليل است؟ ضميمه دليل است؟ کمک دليل است؟ زیرمجموعه سنت است یا سیره؟ این دو نکته را براي شما توضيح بدهم:

سیره عقلاء آن سيره اي که حجت شرعي دارد بايد دو شاخصه و مقوم داشته باشد:

1. استمرار

2. امضاء

باز هم يك نکته بگویم: فرق بين سیره عقلاء و سیره متشرعه چیست؟ فرقی این است که سیره متشرعه فقط يك مقوم مي خواهد نیاز به دو تا مقوم ندارد. سیره متشرعه استمرارش که ثابت شد، کافي است و نیاز به امضاء ندارد. سیره متشرعه از دامن شرع آمده ديگر نيازي نیست که امضاء را ثابت کنیم. پس فرق بين سیره عقلاء با سیره متشرعه چه شد؟ سیره عقلاء دو تا ویژگی لازم دارد ولي براي سیره متشرعه يکي کافي است (فقط استمرار داشته باشد). حالا این سیره عقلاء را ما کجا مي توانیم بگجانیم؟ منظور از سنت چه بود؟ فعل و قول و تقرير (تقرير هم جزء سنت است). سیره ي عقلاء را که گفتیم نیاز به تقرير (تقرير يعني امضاء) معصوم دارد. امضاي معصوم را که لازم داشت سیره عقلاء چه مي شود؟ جزء سنت مي شود. لذا سیره عقلاء را از طريق نیازمندیش به امضاء زیرمجموعه ي سنت قرار مي هیم. به کلمه عقلاء بودن مشتبّه نشود براي اينکه عقلاء، عقل نیست. نکته ديگر: فرق است بين دليل عقلي و دليل عقلايي. دليل عقلي (يا براهين عقلي) عبارت است از حکم عقل بر اساس ضرورت عقلي مثل حسن عدل و قبح ظلم. دليل عقلائي همان است که براي تان گفتم يعني سیره عقلاء. خردمندان يك چيزي را بر اساس رفتارشان، ارتكازشان به عنوان عقلاء مورد تصويب قرار دادند مي شود عقلائي. پس عقلي و عقلائي مرزشان براي تان مشخص باشد. سؤال: بعد از زمان امام عسکري ما برای سیره عقلاء حجت نداریم. چون حجت سیره ارتباط تنگاتنگ با امضاء معصوم دارد در حالي که بعد از امام عسکري امضاي معصومي نبوده است. جواب: نکته اي که براي تان گفتم را دقت کنید که سیره، استمرار و امضاء است. کلمه استمرار سؤال شما را جواب داد. يك سيره اي الآن هست ولي مي دانیم که این سیره همينطوري بين مردم استمرار داشته تا زمان معصوم. الآن هست، ولي تا زمان معصوم استمرار داشته و معصوم این را مشاهده مي کرده و رد نکرده است.

2. موضوع علم فقه: این نکته را هم توجه کنید بدردتان مي خورد. شما در كفایه خواندید (يك

جمله معترضه داشت که شما را سرگردان کرده بود) در اول جلد اول کفایه فرمود: موضوع کل علم هو نفس موضوعات مسائله. موضوع علم را برایتان معرفی کرد. يك قانون كلي: موضوع هر علم، همان موضوعات مسائلش است. مثلاً علم اصول، موضوعش چه می‌شود؟ موضوع علم اصول مثلاً از اوامر و نواهی هست تا تعادل و تراجیح. موضوع کل علم هو نفس موضوعات مسائله يك جمله كليدي و كلي برایتان گفت. يك پرانتزي بود آن جا شما را سرگردانتان کرد. چه بود؟ و هو الذي يبحث فيه عن عوارض الذاتيه. ما آن را فعلاً کاري نداریم. ما فعلاً فقه بحث می‌کنیم. موضوع فقه چیست؟ يك قانون برایتان گفتم که این قانون كلي دستتان باشد و بعد در فقه تطبیق کنید که موضوع فقه چیست؟ قانون كلي ما چه شد؟ موضوع هر علم نفس موضوعات مسائلش است. این را صاحب کفایه گفته بود، نظر آقای خویی هم همین است و آخرین حرف اصولی‌ها هم همین است. این را که گرفتید قاعده بود اما تطبیق کنید در فقه که موضوع فقه چیست؟ باز هم يك قانون دیگر: هر وقت تعریف علم جامع بود در ضمن تعریف، موضوع و غرض اشاره می‌شود. تعریف فقه را چه گفتیم؟ گفتیم: الفقه في الاصطلاح هو العلم بالاحكام الشرعيه الفرعيه عن ادلتها التفصيليه. در همین تعریف به موضوع و غرض اشاره شده است. موضوع چه می‌شود؟ نفس موضوعات مسائلش، مسائلي که در فقه بحث می‌شود از طهارت و صلاة تا حدود و دیات این مسائل، موضوع علم فقه است. اشکال: موضوع باید يك موضوع مشخص و واحدی باشد. اگر واحد نباشد وحدت علم به دست نمی‌آید. قد يقال اهل منطق که: وحدت علم ارتباط تنگاتنگ با وحدت موضوع دارد. موضوع که بشود الطهاره، بیست و چهار باب مشهور فقهی دارد ابواب غیر مشهورش بماند. این موضوع واحدی نشد که علم وحدتش بدهد. جواب: جوابش را هم صاحب کفایه گفته است که شما وحدت علم را بوسیله‌ی وحدت موضوع لازم نیست بدست بیاورید. وحدت علم بوسیله وحدت غرض بدست می‌آید. همه این مسائل عین واحد است. چرا؟ چون همه‌آنها برای یک هدف تنظیم شده‌اند. در کفایه هم می‌گوید: جمعها اشتراكها في الدخل في الغرض. این را که فهمیدیم موضوع علم فقه برایمان معلوم شد.

3. غرض علم فقه: غرض علم فقه این است که علم به احکام شرع پیدا کنم. يك نکته‌ای را توجه کنید، علم پیدا کردن به احکام شرع به دو گونه است:

1. علم تقلیدی

2. علم اجتهادی.

بنابراین يك اصطلاح غلط مشهور را اصلاح کنیم. درس فقه را که شما عنوان کردید خارج فقه، این تعبیر اشتباهی است. اسم اصلي این درس چه باید باشد؟

1. فقه تقلیدی

2. فقه اجتهادی.

درس خارج فقه اسم واقعی‌ش فقه اجتهادی است. برای چه می‌گویند خارج فقه؟ برای این که از روی کتاب اگر بخوانند می‌گویند سطح، که يك اصطلاح خودماني بوده است. خارج از متن که باشد گفته‌اند خارج فقه. الآن در نوشته‌های علمی‌مان چیزی که می‌نویسیم «دراساه الخارجيه الفقه» برای بیگانه‌ها چیز عجیبی است. بنابراین منظور از خارج فقه، درس فقه اجتهادی است. نکته‌ای که باید از احکام بیان کنیم این است که احکام متفرعات زیادی دارد

اما تقسيم كلي احكام به دو قسم است:

1. تكليفي

2. وضعي.

حكم تكليفي: عبارت است از دستور مستقيم خدا نسبت به فعل شخصي مكلف. لذا اين اصطلاح را مي دانيم كه مي گويند موضوع حكم شرعي فعل مكلف است.

حكم وضعي: عبارت است از دستورات يا امضاهاي شرعي نسبت به افعال اجتماعي مكلف مثل معاملاتي كه در ارتباط با همدگر انجام مي دهند (بيع و شراء يا طلب مال مردم). اين را كه فهميديد يك نکته ديگر را هم اضافه كنيم تا كاملا از ابهام خارج شود. مي دانيد كه قوانين اجتماعي را در اصطلاح عربي روز، قوانين موضوعه (وضعي) مي گويند. بنابراين اگر خوب دقت كنيد احكام وضعي يعني همان قوانين حاكم بر جامعه در معاملات، در رفت و آمدها. تكليف الهي كه به طور اغلب جنبه عبادي دارد در انجام تكليف و اتيان تكليف، التفات و قصد مكلف دخالت دارد. انجامش كه امتثال و تركش معصيت است و ترك اگر باشد آثار مترتب مي شود چون جنبه عبادي در آنجا بيشتتر مترتب است. اما در احكام وضعيه قصد مكلف لازم نيست. مثلاً شما خواب كه هستيد پايان مي خورده به قوري چيني خيلي گرانقيمت رفيقتان و مي شكند. چه حكمي دارد؟ حرام نيست چون عن قصد نبوده است ولي ضمان دارد زيرا حكم وضعي است و در حكم وضعي قصد و عمد دخالتي ندارد. نکته ديگر اينكه اصطلاحي به كار مي بريم كه بخش تكليف پنج قسم دارد، مي گوئيم احكام خمس تكليفه اشكال: احكام خمس تكليفه كه مي گوئيم خمس اش درست، اما تكليف از مشقت و كلفت و فشار و تحميل است، در حالي كه در احكام خمس تكليفه فقط دوتاي آنها كُلفت است (وجوب و حرمت)، مباح و مستحب و مكروه كه كلفتي نيست پس چرا احكام خمس تكليفه مي گوئيد؟

جواب: يك جواب، جوابي است كه قبلا گفته شده و يك جواب هم جديد است كه حل اصلي است. جوابي كه گفته شده است اين است كه در استعمالات يك نوع استعمالي داريم كه مي گوئيم «از باب تغليب». مثلاً مي گوئيم حسنين. خب حسنين، سلام الله تعالى عليهم، يكي حسن است و ديگري حسين. چرا مي گوئيم حسنين؟ مي گوئيم چون تغليب است يعني امام حسن را غلبه داديم بر امام حسين و بر اساس غلبه، امام حسين را عن امام حسن قصد كرديم و در مرحله بعدي جمع بين دو كلمه كرديم. اينجا هم كه احكام تكليفه مي گوئيم به خاطر تغليب وجوب و حرمت بر بقيه اقسام است.

اشكال: جواب شما كامل نيست. چون اينجا تغليبي نيست. تغليب در جايي است كه عدد پنج باشد، سه تاي آن اگر يك عنوان داشت بر دو تا تغليب دارد در حالي كه اينجا دوتا است و تغليب نمي شود.

جواب: تغليب بر دو گونه است: تغليب كمّي و تغليب كيفي. اينجا تغليب كمّي نيست. كميت، غلبه بر اكثريت ندارد. اينجا تغليب كيفي است. دو تا حكم واجب كيفيتش بالاست، الزامي است. به اين خاطر غلبه كرده اند بر سه حكم ديگر و احكام خمس تكليفه شده اند. اين جوابي بود كه تا حالا گفته مي شد. اما جواب اصلي مسئله اين است كه در احكام خمس تكليفه كه ما اين پنج تا را تكليفي مي گوئيم در حالي كه دوتاش فقط كُلفت است و بقيه اش كلفت و مشقت ندارد از باب تغليب نيست. چون تغليب غلبه افراد

مي‌خواهد که ندارد و غلبه اهميت هم، محل کلام نیست. احتمالات اجازه نميدهد. در استعمالات ما تتبعي که کرده‌ايم نيافته‌ايم که استعمال تغليب بر اساس اهميت باشد و تغليب کيفي باشد. پس اين جواب نشد و قابل خدشه است. جواب اصلي اين است: حفظ شيئا و غاب عنک شيء آخر. اشکالي که ميکنيد به اين خاطر است که نکته را خوب دقت نميکنيد. گاهي اشکال از عدم توضيح صورت و ماهيت مسأله بوجود مي‌آيد. شما ديده‌ايد که تکليف از ماده کلفت است اما اين را دقت نکرده‌ايد که فقه يك معنای لغوي دارد و يك معنای اصطلاحي. تکليف هم همينطور است يك معنای لغوي و يك معنای اصطلاحي دارد. تکليف بر اساس معنای لغويش مشقت است اما معنای اصطلاحي تکليف مشقت نیست بلکه تعيين وظيفه شرعي است. تازه تعيين وظيفه شرعي کمک و مساعدت است و نعمتي است که خداوند به بندگان خودش عنايت مي‌کند. يك مؤيد هم داريم: «لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا» [3]. وسع در برابر مشقت است. در قواعد شما خوانده‌ايد که سعه در برابر ضيق و مشقت است. پس خدا در قرآن مي‌فرمايد که مکلف نمي‌کند خدا بندگان را مگر بر آنچه که وسع بندگان باشد يعني مشقتي برايش ايجاد نشود. بنابر اين احکام خمس به تکليفه يعني تعيين وظيفه. احکام پنجگانه‌اي که وظايف شرعيه هستند، نه تکليف به معنای مشقت. حتي حکم الزامي هم مشقت ندارد زيرا با آيه فوق تطبيق نمي‌کند. در تعريف ما يك نکته ديگري هم آمده بود «عن ادلته التفصيليه» که عبارت بود از کتاب و سنت و اجماع، اين اجماع را باز هم يك شرح مختصري مي‌طلب که بيان کنيم.

ما بحث فقهي را نسبت به آن مسائلي دنبال مي‌کنيم که ضرورت فقهي نباشد. زيرا مسأله اگر ضرورت فقهي بود نياز به بحث ندارد. مثلاً وجوب صلوات يوميه و وجوب سوره در نماز مجمع عليها است، نياز به بحث ندارند. بنابر اين در بحثي که ما در فقه انشاءالله دنبال مي‌کنيم مسائلي را که ضروري، اجماعي و متسالم عليها است را کنار مي‌گذاريم. نکته‌اي که بايد مورد توجه قرارگيرد اين است که اجماع و مايشاکله بايد روشن بشود. ما چند تا اصطلاح داريم:

1. نفي خلاف

2. اجماع

3. تسالم

مسئله اجماع عبارت است از توافق فقهاء نسبت به يك حکم شرعي. تقسيم‌بنديهاي معروف اجماع (محصل و منقول و ...) را در اصول خوانده‌ايد و آن‌ها را تکرار نمي‌کنيم. فقط يك تاريخچه کوتاه را ذکر مي‌کنيم. اجماع در اصطلاح اصوليون اخير يك تقسيم تازه‌اي پيدا کرده است به نام اجماع تعبدي و اجماع مدرکي. اين از کي بوجود آمده است؟ از زمان شيخ انصاري به اين طرف. استاد شيخ انصاري مرحوم صاحب جواهر است. صاحب جواهر قدس ا.. نفسه الزکيه اجماع تعبدي و اجماع مدرکي ندارد. يك نمونه براي تان بگويم: حکمي را بيان مي‌کند مي‌گويد «هذا مجمع عليه و يدل عليه النصوص الكثيره». براساس نظريه اصوليون از شيخ انصاري به اين طرف اجماعي که در کنار آن نصوص باشد، اجماع مدرکي است و اعتبار ندارد. نظر صاحب جواهر اين است که اجماع فقط توافق فقهاست چه مدرکي داشته باشد چه نداشته باشد. تا زمان صاحب جواهر اجماع مدرکي و تعبدي مطرح نبود. شيخ‌الاصول (شيخ انصاري) که تشريف آورد اجماع را با شرعي که در رسائل و درسهاي خارجش داد گفت:

هر اجماعي نمي تواند حجت باشد بلکه اجماعي مي تواند حجت باشد که فقط تعبدي محض باشد. يعني تمام فقهاء توافق کنند و هيچ مدرکي هم سو و هم جهت با اجماع، از روايت و دليل عقل و نقل وجود نداشته باشد. بدون هيچ دليلي، فقط و فقط اجماع باشد. اين تعبدي است. اين مي تواند حجت باشد در بحثي که در خود اجماع خوانديم که کاشف از قول معصوم باشد. نکته اي که بايد توجه کنید اين است که اجماع تعبدي به اين معنا در سرتاسر فقه فقط دو تا مورد وجود دارد که هيچ مدرکي ندارد و فقط توافق فقهاء است. آن دو مورد عبارتند از:

1. وضع الميَّيت مستقبلاً الي القبله في قبره. ميت را در قبر رو به قبله بايد گذاشت. حکم شرعي است که دليلش فقط اجماع است. نه دليل عقلي دارد، نه سیره است، نه روايتي، نه آيه اي فقط و فقط اجماع.
2. حرمان ولد الزنا از ارث (پدر نامشروعش) است. نکته اي که بايد بدانيد اين است که نفي خلاف رتبه اش از اجماع پائين تر است. چرا؟ چون خلاف را ندیده و ندیدن دليل بر نبودن نيست. اجماع آن است که اثباتي است، که توافق کل حاصل شده است. یک رتبه بالاتر است. بعضي ها که ابتدائي مي نگرند فکر مي کنند نفي خلاف بالاتر از اجماع است ولي اينطور نيست. نکته ديگر اين که مرحله بالاتر از اجماع هم داريم. مرحله بالاتر از اجماع تسالم است. تسالم اصحاب بالاتر از اجماع است.

[1] ۱ موسوعة طبقات الفقهاء، جلد ۲، صفحه 16

[2] ۲ معالم الدين (قسم الفقه)، جلد 1، صفحه 88

[3] بقره/سوره 2، آيه 286