

تعارض عرف با آیات و روایات فقهی و راه حل‌ها^۱

فاطمه قدرتی*

چکیده

دخالت فہم عرف در استنباط احکام امری مسلم و روشن است، اما مرز این دخالت از حیث عملی همواره مبہم و مورد بحث فقہاء بوده است، بہ ویژه زمانی کہ قضاوت عرف در مورد مفہوم واژہ ہا در آیات و روایات و نیز مراد شارع از ترکیب ادلہ لفظی، با نصوص و ظہور بدوی آیات و روایات مغایر باشد، یا زمانی کہ نظر عرف در مصداق یابی واژہ ہا و نیز تعمیم و تزییق حکم، با نصوص و دلالت صریح آیات و روایات ہمخوانی ندارد، این ابہام با توجہ بہ تضارب آراء در این موارد، بیشتر نمود دارد. در این پژوهش با روش توصیفی تحلیلی و نظر بہ مسلمات فقہ امامیہ درحوزہ کاربرد و میدان عمل عرف، ہشت مورد از موارد ممکن‌الوقوع تعارض عرف با آیات و روایات فقهی شناسایی شدہ و با طرح راه‌های برون رفت، سعی دارد نہایتاً بہ ضابطہ روشنی برای حل تعارض در این موارد دست یابد.

کلید واژہ‌ها: عرف، تعارض، آیات، روایات.

۱- تاریخ وصول: ۱۳۹۵/۸/۱۹ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۳/۱۰

* استادیار گروه الهیات، دانشگاه یاسوج، یاسوج، ایران (نویسنده مسؤول) f.ghodrati@yu.ac.ir

۱- طرح مسأله

در فقه امامیه اعتبار و کاربرد عرف در مواردی است که نصّ و دلیل شرعی، معلل به عرف یا مبتنی بر آن یا با توجه به آن صادر گردیده است، همچنین در مواردی است که نسبت به عرف ردعی صورت پذیرفته و کاربرد آن معارض با نصّ و دلیل شرعی نباشد. با وجود مرزبندی دقیق میدان عمل عرف از حیث نظری، در مقام عمل مشاهده می‌شود که هرگاه قضاوت و داوری عرف و توده مردم در بخش مفاهیم و تشخیص مصادیق واژگان متخذ در آیات و روایات یا برداشت و قضاوت از مجموع ادله و تعمیم و تضییق متن ادله، در مقابل ظهور و نصوص آیات و روایات فقهی قرار گرفته، محل تضارب آراء فقهاء در متون فقهی بوده است. به نظر می‌رسد این اختلاف نظر در تقدم یا عدم تقدم عرف به دو بحث مبنایی بر می‌گردد: ۱- با توجه به اصل تقدم عرف و رویه شارع بر عرف عام و رویه توده مردم، آیا امارات لفظی می‌توانند معارض با عرف عام محسوب شوند؟ یا در مورد نصوص آیات و روایات، فرض تعارض آن‌ها با عرف چگونه خواهد بود؟ ۲- در موارد وقوع تعارض ملاک ردع یا عدم ردع عرف عام چیست؟

لازم به ذکر است که این مسأله کمتر مورد بحث و کاوش‌های بایسته بوده است و به همین جهت در میان فقهای معاصر نیز اختلاف فتاوا در بسیاری موارد ناشی تفاوت در همین مبانی اشاره شده است. این پژوهش در راستای پاسخ به این دو بحث مبنایی با توجه به مسلمات فقه امامیه در حوزه کاربرد و میدان عمل عرف در استنباط از ادله لفظی، در سه بخش تنظیم شده است و موارد وقوع تعارض و راه برون رفت از آن را در بخش مفاهیم مفردات آیات و روایات، فهم هیأت‌های ترکیبی و مدلول آیات و روایات و نهایتاً تطبیق مفاهیم عرفی بر مصادیق بررسی می‌کند.

۲- بخش مفاهیم مفردات آیات و روایات

در بخش مفردات و واژه‌های متخذ در ادله و آیات و روایات، تعارض عرف یعنی تنافی مفهوم عرفی یک لغت با مفهوم اصطلاح شرعی آن. بدون شک مصطلح شرعی بر عرفی مقدم است. لکن این مسأله روشن در کنار خود حواشی قابل بحثی دارد که کمتر مورد توجه و بحث قرار گرفته است:

۲-۱- مصادیق ممکن در تعارض عرف با ادله لفظی

تعارض اول) موضوعات شرعی یا «مخترعات شرعی» عموماً ریشه در عرف دارند اما به دو شکل معنای عرفی آنها دستخوش تغییر و تحول می‌شود: ۱- گاه معنای عرفی کاملاً کنار گذاشته می‌شود و در

لسان شارع با محتوایی خاص و جدید مورد عنایت قرار می‌گیرد؛ مانند «صلا»، «حج»، «خمس» و ... که این مورد محل بحث ما نیست چرا که قدر متیقن در تقدم مصطلح شرعی بر مفهوم عرفی همین قسم است. ۲- گاهی همان معنای عرفی با شکل و شرایطی جدید مصطلح شارع می‌شود و شارع در روایات متعدد به تفسیر معنای عرفی این واژه‌ها می‌پردازد مثل روایاتی که در تعریف «بلوغ» (حرعاملی، ۱۳۹۸، ۳۰-۳۲)، «فقیر» (حرعاملی، ۱۳۹۸، ۶-۱۲)، «استبراء» (حرعاملی، ۱۳۹۸، ۱۶، ۴۳۳-۴۳۵) و مانند آن وجود دارد. در این دسته اخیر از مصطلحات شرعی، برخلاف دسته اول فرض تعارض امکان دارد و فقهاء در موارد تنافی فهم عرف با معنای ارائه شده در این روایات تفسیری، با دو برخورد تعبدی یا عرف‌مدار با این روایات، در مسائل فقهی مربوطه فتاوای متفاوتی داشته‌اند.

تعارض دوم) در رابطه با موضوعات عرفی که از ناحیه شارع مطلقاً اصطلاح خاصی وجود ندارد، گاه فهم عرف از این واژه‌ها با ظهور و معنای آن نزد فقیه متفاوت است. به عنوان مثال در روایات متعدد آمده: «السجود لایجوز إلا علی الأرض أو علی ما أنبتت الأرض إلا ما اکل أو لبس: سجده جز بر زمین یا آنچه از زمین می‌روید و ماکول و ملبوس نیست، جایز نمی‌باشد» (حرعاملی، ۱۳۹۸، ۳، ۵۹۱، همچنین رک: روایات ابواب مایسجد علیه).

موضوع در اینجا «ارض» و «نبات الارض غیر ماکول و ملبوس» است که تقریباً از روشن‌ترین مفاهیم عرفی است و تشخیص مصادق این عناوین نیز نسبت به تشخیص بسیاری از مفاهیم عرفی دیگر ساده‌تر است. با این حال بسیاری از فقهاء با طرح مسأله فوق در قالب فروع متعدد به تبیین معنای آن پرداخته‌اند (طباطبایی یزدی، بی‌تا، ۱، ۵۹۳-۵۸۸). به عنوان مثال آیا مراد از ارض مذکور در این ادله سطح زمین است یا معادن را نیز شامل می‌شود؟ آیا اطلاقی برای این ادله از این جهت هست یا خیر؟ مراد از ماکول در این مسأله خوراک انسانهاست یا خوراک حیوانات را نیز در بر می‌گیرد؟ و مانند آن. که در بسیاری از این موارد نظر فقهاء در تعیین حدود این مفاهیم و فروع مسأله با رجوع به آیات و روایات بوده است. در این بحث نیز با توجه به اینکه از ناحیه شارع مطلقاً اصطلاح خاصی وجود ندارد، فرض تعارض محتمل است و مخالفت با شرع محسوب نمی‌شود و فقهاء در حل تعارض یا قائل به مرجعیت عرف مقلدین یا تشخیص مجتهد شده و بر این اساس فتاوای فقهی متفاوتی دارند.

تعارض سوم) در حوزه مخترعات شرعیه گاهی یک لفظ در باب فقهی خاصی، معنای جدیدی می‌باید و مصطلح شرعی می‌شود، حال ممکن است این لفظ و موضوع در ابواب فقهی دیگر نیز به کار رود

و در آنجا فهم عرف با آن معنای مصطلح متفاوت باشد. مثلاً در بیان مفهوم «وجه و صورت» در باب وضو در روایات، تفسیر خاصی از شرع وارد شده است (حرعاملی، ۱۳۹۸، ۱، ۲۸۴-۲۸۳، ۲: از نظر طول: از اول رستنگاه موتا چانه و از نظر عرض: آنچه بین دو انگشت شصت و وسط قرار می‌گیرد) حال سوال این است که آیا این اصطلاح و تفسیر در باب نگاه به نامحرم و عدم لزوم پوشش آن توسط زن هم جاری است؟ یا باید آن تفسیر خاص را به باب وضو منحصر کرد؟ در این موارد مبنای فقهاء بر رجوع به عرف در سایر ابواب یا انحصار در شرع آثار و نتایج فقهی متفاوتی ایجاد کرده است.

۲-۲- دیدگاه‌ها در رفع تعارض و راه برون رفت

تعارض اول) زمانی که شارع با آیات و روایات تفسیری، در معنای عرفی یک واژه تصرف می‌کند و فهم عرف با تفسیر ارائه شده از سوی شارع، متفاوت است، فقهاء به دو شیوه به حل مسئله پرداخته اند: بسیاری از فقهاء امامیه اصالت را به عدم تعبد می‌دهند، و معتقدند در این دسته از مصطلحات، شارع در جایگاه عرف نشسته و در واقع معنای عرفی واژه را بیان نموده است بدون اینکه تعبد و سرسپردگی نسبت به تفسیر وی لازم باشد (نجفی، ۱۳۹۲، ۲۸، ۴۲؛ باز لبنانی، ۱۴۰۶، ۳۴). در مقابل بسیاری نیز با برخورد حصری و تعبدی با این دسته از روایات، به اصل در تقدم عرف شارع بر سایر عرف‌ها رجوع کرده و قائل به اولویت معنای متخذ در روایات هستند (طباطبایی یزدی، بی‌تا، ۳۰۶، ۲). مثلاً در مورد واژه «فقیر» تعبیر «فقیر شرعی» از بسیاری از فقهاء حاکی از همین تلقی حصری و تعبدی از معنای روایات است که در مقابل، عبارات برخی دیگر در نقد این معنا حاکی از تلقی عرف مدار از روایات می‌باشد (رک: حکیم، ۱۴۰۴، ۹، ۲۱۵) یا در رابطه با واژه «زوجیت» که برخی فقهاء تصرف شارع را با هدف جعل اصطلاح شرعی ندانسته و می‌گویند: «نعم ان الشرايع قد تصرفت فيها نوع تصرفات فی حدودها لانهما اخترعها، بل اتخاذ الزوج و تشکیل العائله من مرتکزات بعض الحيوانات ایضاً» (خمینی، ۱۴۱۵، ۲۰۸، ۱).

لازم به ذکر است که فقهاء با هر دو مینا در مورد فلسفه ورود کردن شارع در معنای این دسته از واژه‌ها، معتقدند شارع از این باب که محدوده‌ی معنای عرفی این واژه‌ها مشکوک است و در جهت تنقیح معنای عرفی و نه جعل معنای اصطلاحی جدید اقدام به تفسیر کرده است. شهید اول که قائل به تقدم عرف است در این رابطه می‌فرماید: «دراموری که حدود معنای الفاظ در آیات و روایات عادتاً بر مردم پنهان

است، روش شریعت بر آن است که برای آنها حدود و ضوابطی روشن تعیین نماید و از آن جمله است... قرار دادن عقل از شرایط تکلیف» (مکی عاملی، ۱۴۰۰، ۲۷۸، ۱).

یا صاحب جواهر که قائل به تعبد و تقدم معنای شرعی است می‌فرماید: «در مواردی مانند «وجه»، «مسافت» و امثال آن عادت شرع بر این قرار گرفته است که در مفهوم آنها دخالت نماید و آنها را تعریف کند، چون معنای عرفی آنها مشکوک است و این ایجاد معنای جدید از طرف شرع و یا داخل نمودن چیزی که از نظر عرف خارج است، و یا خارج نمودن چیزی که از نظر عرف داخل است، نمی‌باشد» (نجفی، ۱۳۹۲، ۲۸، ۴۲).

به نظر می‌رسد با توجه به اینکه اصل اولی در قضایای واصله از طرف شارع، «تشریح» و «بیان حکم» است و هر نوع احتمال دیگر همچون «بیان عرف» قرینه خاص می‌خواهد، بنابراین در مواردی که نص خاصی از طرف شارع در تعیین حدود معنای عرفی به عنوان «مصطلحات شرعی» وارد شده، باید معنای متخذ از روایات را مقدم دانست مگر آنکه با قرآینی بدست آید که روایت حاکی از بیان عرف است که در این صورت فهم عرف مقدم خواهد بود و با توجه به آنچه در لسان فقهاء از فلسفه ورود شارع در این حوزه بیان شده، احتمال درک این قرائن سوی فقهاء می‌رود.

تعارض دوم) زمانی که در مصطلحات عرفی - مطلقا نصی از جانب شارع وجود ندارد - فهم عرف با معانی مستنبط از سوی فقیهان که برگرفته از آیات و روایات است تغایر دارد، در این موارد اختلاف در ترجیح عرف یا دیدگاه فقیهان ناشی از دو چیز است:

۱- تفاوت نظر در نسبت سنجی مخترعات شرعیه با این دسته از مصطلحات عرفی؛ برخی با آمیخت موضوعات مستنبطه و مخترعات شرعی، موضوع مستنبط را در قبال موضوع عرفی قلمداد کرده اند (رک: تبریزی، بی تا، ۳، ۱۷) و برخی دیگر نیز موضوعات مستنبط را اعم از عرفی و شرعی می‌دانند و مخترعات شرعیه را قسمی از آن پنداشته اند (غروی تبریزی، بی تا، ۱، ۴۱۲) که در هر دو حالت با توجه به اصل تقدم عرف شارع، بی تردید فهم فقیه بر فهم عرف مقدم خواهد بود (قدرتی، ۱۳۹۱، ۱۰۱-۸۱)

این در حالی است که بسیاری از فقیهان موضوع مستنبط را قسمی از موضوع و مفهوم عرفی می‌دانند و آن را قسیم «مخترعات شرعیه» دانسته اند و با این مبنا در خصوص تقدم و عدم تقدم عرف عام وارد بحث می‌شوند (نجفی، ۱۳۹۲، ۲۷، ۲۸۴؛ قمی، ۱۳۷۸، ۱، ۱۴؛ کرکی، ۱۴۱۱، ۴، ۱۵؛ توحیدی، بی تا، ۷، ۳۴۱)

که تنها در این صورت تعارض ممکن‌الوقوع خواهد بود و می‌توان در حل مسأله احتمال تقدم عرف را نیز مطرح کرد.

۲- اختلاف در لزوم یا عدم لزوم تقلید از مجتهد در موضوع‌شناسی؛ برخی از فقیهان مانند سید محمد کاظم یزدی تقلید را در موضوعات استنباطی عرفی یا لغوی و موضوعات عرفی ساده و غیر استنباطی جایز نمی‌دانند بلکه تنها در احکام فرعی عملی و موضوعات شرعی از قبیل صلوه و صوم قائل به جریان تقلید هستند (طباطبایی یزدی، بی‌تا، ۱۰۲۵-۲۴؛ معرفت، ۱۳۷۳، ۱۰۶) در مقابل برخی از فقیهان در نقد کلام ایشان معتقدند در موضوعات عرفی مستنبط - به جهت اینکه موضوع حکم قرار گرفته‌اند و تقلید از آن مساوق با تقلید در حکم فرعی عملی است - تقلید لازم و جایز است تا آنجا که برخی همچون امام خمینی باوجود پذیرش مرجعیت عرف در تعیین مصادیق عرف، در خصوص «فهم موضوعات عرفی وارد در کتاب و سنت» آن را از شرایط اجتهاد و امری فقاهتی دانسته و بدون آن حصول اجتهاد را غیر ممکن می‌داند (خمینی، ۱۳۸۵، ۲، ۹۷-۹۶).

مرحوم نراقی در دلیل لزوم تقلید از مقلد در مصطلحات عرفی می‌گوید: «مثلا در حکم «خمر نجس است» چه بسا فقیه برای معنای خاصی که از «خمر» می‌کند، دلیلی از قبیل مجاز‌گویی یا اختلاف اصطلاح شارع یا عرف زمان تشریع در مورد خمر با عرف مقلدین در دست دارد. بله اگر مقلد، مقلدی است مطلع بر اینکه فقیه بر این تعیین دلیلی ندارد باید به نظر خویش مراجعه کند» (نراقی، ۱۴۱۷، ۵۴۵)

از میان فقهای معاصر نیز آیت ... مکارم با این مضمون می‌فرماید: «موضوعات احکام اعم از شرعی، لغوی و عرفی بسان احکام شرعی است که جاهل باید در مورد آنها پرسش نماید ... و از آنجا که راه یافتن به کنه این موضوعات جز از طریق بررسی اسناد شرعی میسر نیست، باید به مجتهد مطلق مراجعه کرد» (مکارم، ۱۳۷۴، ۱۹-۱۸؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۴، ۲، ۲۱۲)

همچنین آیت ... جوادی آملی در پاسخ به اینکه موضوع‌شناسی کار فقیه نیست و فقه درباره احکام بحث می‌کند نه درباره خود موضوعات، می‌فرماید: «فقیه در مسند فقاهت موضوع‌شناسی نمی‌کند اما در مسند قضاء مباشرة یا با مشورت کارشناسان، دقیقا موضوع‌شناسی می‌کند و سپس حکم می‌دهد ... یا در مسند ولایت و حکومت... خواه با مباشرت، خواه با مشورت و خواه تسبیب [نیازمند موضوع‌شناسی است]» (جوادی آملی، ۱۳۷۹، ۳۷۸)

در تحلیل دیدگاه‌های ارائه شده و تبیین مرز و حدود مرجعیت فقیه در مقابل عرف به عنوان یکی از پیچیده‌ترین و دقیق‌ترین مسائل فلسفه فقه می‌توان مسئله در چند بخش بررسی کرد:

دراحکام قضایی و حکومتی یا درمخترعات شرعیه لزوماً باید به مجتهد رجوع کرد زیرا در احکام قضایی و حکومتی مجتهد با وقایع خاص و جزئی روبروست و مانند یک افتاء عمل نمی‌کند که حکم را با موضوع کلی اش بیان کند و دراختیار مکلف بگذارد بنابراین ضرورتاً باید موضوع شناسی کند (مکی عامل، ۱۴۰۰، ۱، ۳۲۲؛ نجفی، ۱۳۹۲، ۴۰، ۱۰۰) و مخترعات شرعیه نیز چه حقیقت شرعیه را بپذیریم و چه استعمال واژه‌ها را در معنای جدید مورد نظر شارع به استعمال مجازی و با کمک قرینه، قطعی بدانیم، در هر حال تشخیص دقیق این مفاهیم نیاز به کارشناسی فقیه دارد.

اما در موضوعات عرفی که فی نفسه ابهام و اجمالی ندارند، به نظر می‌رسد رجوع به فقیه تنها زمانی قابل پذیرش خواهد بود که موضوع عرفی به عنوان متعلق حکم (بما هو موضوع و متعلق) پرسش‌هایی ایجاد کند که پاسخ به آن بدون مراجعه به اسناد شرعی و ادله‌ای که این واژه و مفهوم در آن به عنوان موضوع یا متعلق حضور دارد، میسر نباشد.

البته با توجه به اینکه در رجوع به سایر آیات و روایات برای تعیین حدود واژه متخذ در دلیل مورد نظر، نیز مرجع در مفاهمه و برداشت از ادله و بیان حدود موضوع و توسیع و تضییق آن همان عرف است، بنابراین فقیه نباید در بیان موضوع و متعلق و حدود آنها عرف عام را نادیده بگیرد و در داوری نهایی باید ذهنیت عرفی خود را معیار قرار دهد و چنین فرض کند که مردمان کوچه و بازار (که مخاطبان آیات و روایات هستند) اگر در موقعیتی قرار گیرند که من قرار گرفته ام و به جوانبی که من توجه کرده ام، توجه نمایند، چه برداشتی از دلیل خواهند داشت و داوری آنها چه خواهد بود؟

جالب است بدانیم که موارد بی شماری از کارشناسی موضوعی فقیهان، از این باب است و از آن جا که بحث چندانی از آن به عمل نیامده، گاه مورد غفلت و حتی مورد اعتراض قرار گرفته که چرا فقیهان در این موضوعات دخالت کرده و آن را به تشخیص شخص مقلد یا نوعی وی (عرف عام) واگذار نکرده اند؟! از این موضوعات در لسان برخی فقهاء به «موضوعات استنباطیه» یا تعبیری شبیه آن یاد می‌شود و نباید با «مخترعات شرعیه» یا اشتباه گرفت (علیدوست، ۱۳۸۶، ۳۷۵-۳۷۴).

به نظر می‌رسد این ملاک و مناط کارگشا برای بیان محدود تقلید، بتواند در موارد تعارض فهم عرف با فهم فقیه، به روشنی تعیین کننده تقدّم هر یک از آنها در موارد مختلف تعارض باشد.

تعارض سوم) در خصوص امکان تسری مفاهیم و مخترعات شرعیه در یک باب خاص به سایر ابوابی که آن واژه در آنجا استعمال شده، در متون فقهی رویه ثابتی وجود ندارد و فقهاء در این خصوص نظرات متفاوتی که ناشی از اختلاف در پذیرش اصل اولی در مرجعیت تشخیص مفردات و مفاهیم متخذ در آیات و روایات است که آیا با عرف عام است با فهم فقیهان؟

اگر اصل بر تفاهم عرفی باشد در نتیجه در موضوع مورد بحث ما، تنها زمانی که توسط خود شارع ضمن آیات و روایات توسعه یک مفهوم شرعی در تمام ابواب فقهی بدست آید، به مفاد دلیل عمل می‌شود و در غیر این صورت بدون احراز این توسع، باید اصطلاح را در مورد خودش حبس نمود و در سایر موارد از عرف عام سراغ گرفت (علیدوست، ۱۳۸۶، ۲۱۵).

لازم به ذکر است که تقریباً همه فقهاء این دو اصل را قبول دارند که: ۱- شارع مقدس روش خاصی در مفاهمه تشریحی ندارد ۲- اصطلاح شرع بر عرف مقدم است. بنابراین تعبّد نسبت به عرف شارع همواره نیازمند قرینه است. اما در غیر مورد نص، در اینکه اصل با تفاهم و تقدم عرف و اصول حاکم بر گفتمان اهل محاوره خواهد بود یا ارتکازات فقیهان - که در واقع تحصیلی از نظر شرع است - دیدگاه‌ها متفاوت است؛ همچنانکه برخی حقوقدانان در مخالفت با مرجعیت عرف و تمسک به اجتهاد چنین نوشته‌اند: «آیا تفاهم عرفی واقعا گره‌گشاست؟ «مال» را در شرع و قانون مدنی تعریف نکرده‌اند، عرف لفظی تا کنون نتوانسته در یافتن تعریف مال کوچکترین کمکی بکند، «استلاب» در حقوق جزای اسلام تعریف نشده است و هکذا «اختلاس»... سرقفلی، موضوع شایع روزگار ماست و در مالیت آن، اختلاف شدید هست؛ آیا به یاری تفاهم عرفی می‌توان گفت سرقفلی مال است یا مال نیست؟ تفاهم عرفی از حلّ مجهولات در ماهیات حقوقی مطلقاً بر نمی‌آید و جز راه عناصر شماری راهی دیگر برای حل مشکلات و مجهولات در ماهیات حقوقی نیست» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ۲، ۱۳۶۱-۱۳۶۲ عبارت «تفاهم عرف» و ۱، ۷۷۳-۷۷۲ عبارت «ایکال به عرف»).

در مقابل برخی در مقام نقد این دیدگاه می‌گویند: «آیا عناصر شماری در قبال عرف و جدای از آن، ممکن است؟ مثلاً هرگاه فقیه‌ی خواسته باشد، واژه «مال»، «استلاب»، «غصب» و... را از طریق شمارش عناصری که در پیدایش این مفاهیم موثرند، تحلیل نماید، آیا نباید مفهوم - هر چند به اجمال و ارتکاز - از این واژه‌ها در ذهن داشته باشد؟ پرسش این است که این مفاهیم اجمالی را از کجا بدست می‌آورد؟

شمارش عناصر واژه‌ها پایگاه می‌خواهد و پایگاه آن، جز عرف نیست. نتیجه اینکه عناصر شماری سندی در قبال عرف نیست» (علیدوست، ۱۳۸۶، ۲۲۱).

در تأیید این نقد می‌توان گفت اساساً اعتبار «عناصر شماری» به این جهت است که به عنوان کنکاش و واریسی عالمانه برای نیل به آنچه در ذهن و ارتکاز مردم (عرف) وجود دارد به کار می‌رود، نه آنکه مقصد و پایان راه باشد. به عبارت دیگر عناصر شماری جز به عنوان مسیر به تفاهم عرفی و برای تحلیل مؤلفه‌های مفاهیم عرفی ارزش علمی دیگری ندارد و بلکه جز با این نگرش تحقق آن ممکن نیست (مظهر قراملکی و دیگران، ۱۴۳۳، ۲۴۳).

علاوه اینکه بیان «مفاهیم کلمه و کلام» نباید با «تطبیق مفاهیم بر مصادیق» خلط شود و آنچه در نظر منتقدین ثابت است مرجعیت عرف در امر اول است و نه امر دوم. به عنوان مثال: اینکه «سرقفلی»، «مال» است یا نه و عنوان مال بر او صدق می‌کند یا نه؟ یک تطبیق است و این را نباید با مبحث «مفهوم سرقفلی چیست؟» یا «مفهوم مال چیست؟» اشتباه گرفت.

همچنین تلقی ما از عرف در تعیین مفاهیم، هر چند عرف توده مردم است، اما این به معنی آن نیست که لزوماً خود مردم عهده دارد سامان‌دهی و تحلیل ذهنیت‌ها و ارتکازات موجود در ذهنشان باشند، بلکه بر عکس باید همیشه کارشناسان جوانب و حواشی آن ذهنیت‌ها را بررسی نموده، به واکاوی لوازم، ملزومات و ملازمات و شمارش عناصر مفاهیم عرفی پردازند و حتی صاحبان عرف را هم به این امور توجه دهند، بدون اینکه عرف از مسندی که عقل برای آن، قرار داده و شرع مقدس توشیح نموده است، برکنار ماند. با بیانی که ارائه شد به نظر می‌رسد عرف در بیان مفاهیم واژه‌ها مرجعیت انحصاری دارد و بنابراین در فهم معنای مصطلحات شرعی در غیر مورد نص، باید به عرف عام رجوع کرد و نمی‌توان آن را در ابواب دیگر تسری داد یا وفق نظر فقیهان معنای آن را تعیین نمود.

۳- بخش فهم هیات‌های ترکیبی و مدلول آیات و روایات

عرف علاوه بر فهم مفهوم مفردات و مفاهیم تصویری (عرف لفظی)، در تفسیر و تبیین ادله و استنباط از آیات و روایات و مفاهیم تصدیقی نیز کارآمد است. برخی نویسندگان این کاربرد را با عنوان «فهم عرفی» یا «تفاهم عرف» می‌شناسند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۵، ۲، ۳۷۶). بدین معنا که می‌توان مناسبات عرفی در فهم نصوص، احکام و تکوین ظهورات را از جمله قرائن لبی در کلام دانست.

۳-۱- مصادیق ممکن در تعارض عرف با ادله لفظی

حضور علمی و عملی عرف در این بخش، عموماً در دو قالب مورد توجه قرار می‌گیرد: ۱- فهم عرف در تخصیص، تقیید و عدم انعقاد اطلاق در دلیل؛ ۲- فهم عرف در توسعه مدلول دلیل (مظهرقراملکی، ۱۴۳۳، ۲۶۷-۲۴۳).

گاهی عرف در مواجهه با آیه و روایتی الغای خصوصیت می‌کند و حکم مذکور در دلیل را تعمیم و توسیع می‌دهد و مراد شارع را چنین می‌پندارد. در بسیاری موارد پشتوانه فتاوی فقهای نیز همین فهم مخاطبین (فهم عرف) از ادله مزبور است؛ مثلاً فقهاء حرمت توریه را از ادله حرمت کذب استنباط کرده اند: «الفاظ و معانی آنها دخالتی در موضوع حکم به حرمت ندارد، آنچه به دید عرف تمام موضوع حرمت است، "بیان خلاف واقع" است به هر دالی که باشد [بنابراین حرمت تنها متعلق به کذب نیست و مثل توریه را نیز شامل می‌شود]» (خمینی، ۱۳۸۱، ۴۱، ۲).

یا در استنباط عدم جواز تصرف در «ملک متعلق حق غیر» از طریق ادله عدم جواز تصرف در «ملک غیر» آمده است که: «هرگاه از دلیل نهی از بیع ملک غیر، بطلان بیع ملک غیر را استفاده نکردیم و تنها به توقف بر اجازه مالک قائل شدیم، به اولویت عرفیه نسبت به ملکی که مانند عین مرهونه متعلق حق غیر است، قائل به بطلان معامله بدون اذن از غیر نمی‌شویم» (آیه الله وحید خراسانی، درس خارج فقه، تاریخ ۱۳۷۷، ۱۹۸).

البته برخی این توانایی عرف را تنها در حیطه‌ی احکام غیرتأسیسی می‌دانند چرا که در آن احکام، بنای شارع بر تأیید عرف عقلاء است، اگر چه در ادامه بیان می‌دارند که، تنقیح مناط احکام در پاره‌ای از احکام تأسیسی نیز خالی از امکان نیست (جبار گلباغی ماسوله، ۱۳۷۸، ۲۱۴).

همچنین ممکن است عرف از عمومیت و اطلاق یک دلیل فهم تقییدی و تخصیص داشته باشد در مکتوبات فقهای متقدمین به وفور کارکرد عرف در نقش مخصص و مقید قابل مشاهده است؛ سید مرتضی علم الهدی در کتاب اصولی خویش فصلی را با عنوان «فصل فی تخصیص العموم بالعادات» اختصاص داده است (علم الهدی، ۱۳۶۳، ۱، ۳۰۶) به عنوان نمونه، قول فقهاء در تقیید آیه تیمم «فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا...» (نساء، ۴۳؛ مائده، ۶) و بیان موارد جواز تیمم است: «ارتکاز و عرف مخاطبین این اطلاق و ظهور مورد ادعا را نمی‌پذیرد و بر این مبنا که حکم اضطراری را میسور از حکم اختیاری معسور (وضو و غسل) می‌داند».

و این ارتکاز قرینه محفوف به آیه است - قهرا زمینه برای انعقاد این اطلاق نمی‌ماند از این رو اکتفاء به تیمم برای کسی که در بخشی از وقت معذور است، صحیح نیست» (فیاض، بی‌تا، ۲، ۲۳۵).

با توجه به تعریف این دوکارکرد برای عرف، در بیان ادامه موارد تعارض ممکن الوقوع میان عرف و آیات و روایات، می‌توان دو تعارض دیگر را فرض کرد:

تعارض چهارم) زمانی که نصوص آیات و روایات فقهی با ظهور و اقتضای عرفی آنها همخوانی نداشته باشد. مثلا در دعوی زن و شوهر در پرداخت مهریه بعد از واقعه، مطابق نص در روایات، قول شوهر مبنی بر پرداخت مهر مقدم خواهد بود، همچنانکه در صحیح محمد بن یحیی آمده است: «... عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إذا دخل الرجل بامرأته ثم ادعت المهر وقال: قد أعطيتك فعليها البية وعليه اليمين. إذا دخل الرجل بامرأته ثم ادعت المهر وقال: قد أعطيتك فعليها البينه و عليه اليمين» (حرعاملی، ۱۳۹۸، ۱۵، ۱۵، ۷).

و حال آنکه امروزه اقتضای عرفی در این دعوی تقدم قول زن مبنی بر عدم پرداخت مهر است زیرا قول او موافق با ظاهر و حتی اصل در مسئله است؛ بنابراین در این موارد پایبندی به نصوص شرعی یا توجه به مناسبات و قرائن عرفی در تعیین مراد شارع نتایج و آراء فقهی را متفاوت خواهد کرد.

تعارض پنجم) ظهور و اقتضای عرفی یک آیه و روایت فقهی با ظهور و اطلاق بدوی آن - صرف نظر از مناسبات عرفی عصر حاضر - منافات داشته باشد. مثلا زمانی که احادیث مربوط به حکم وجوب صوم و افطار، روزه را منوط به «رویت هلال ماه رمضان و شوال» دانسته‌اند. ظهور و اطلاق بدوی این احادیث، مقتضی یقین به آغاز ماه از طریق دیدن آن با چشم است. همچنانکه در دو صحیح زیر این مطلب آمده است؛ صحیح منصور بن حازم عن ابی عبدالله علیه السلام: «صم لرؤیه الهلال و أفطر لرؤيته، فان شهد عندك شاهدان مرضيان بأنيهما رأياه فاقضه» (حرعاملی، ۱۳۹۸، ۷، ۱۸۲، ۱۳).

و در صحیح عبيدالله بن علی الحلبي عن ابی عبدالله علیه السلام در سوال از يوم الشك که امام می‌فرماید: «هي أهلة الشهر، فإذا رأيت الهلال فصم، وإذا رأيت فافطر» (حرعاملی، ۱۳۹۸، ۷، ۱۸۲، ۳).

و حال آنکه با نظر به اقتضانات عرفی عصر حاضر، امروزه ظهور این احادیث در مطلق یقین و حجت بر حلول هلال ماه با هر وسیله ای خواهد بود.

لازم به ذکر است که در هر دو صورت اول و دوم از فرض تعارض، فهم عرف ممکن است از جهت توسیع مدلول لفظی دلیل یا تضييق مدلول، باعث بروز تنافی و تعارض شود؛ در این موارد تقدم عرف بر نصوص یا ظهور آیات و روایات فقهی به معنای تعمیم یا تخصیص نصوص و ظواهر با عرف خواهد بود.

۳-۲- دیدگاه‌ها در رفع تعارض و راه برون‌رفت

دیدگاه اول بسیاری از فقهاء و محققین در این موارد قائل به تقدم عرف بوده و برای مناسبات عرفی در تفسیر نصوص و ظواهر - چه درجهت توسیع مدلول و تضييق آن - نقش بیانی قائل‌اند (هاشمی، ۱۴۰۵، ۴، ۲۳۵؛ محمضانی، ۱۳۵۸، ۲۳۴) تا آنجا که برخی همچون سید مرتضی عرف را به عنوان یک دلیل ارائه کرده‌اند (علم الهدی، ۱۴۱۵، ۱۳۵). البته هم ایشان در جایی دیگر در ردّ اندیشه جواز تخصیص عموم خطاب، به عرف و عادت می‌گوید: «چنین امری جایز نیست، چرا که افعال مردم باید تابع خطاب الهی باشد نه بالعکس. آری هر گاه عرف و عادت در قالب فهم از نصّ ظاهر شود [مربوط به کاربرد غیر استقلالی عرف در تنقیح ظهور دلیل و یا موضوع و سایر مواردی که عرف در آن موضوعیت دارد و نه طریقیّت]، باید عموم را به آن تخصیص زد» (علم الهدی، ۱۳۶۳، ۱، ۳۰۶).

بنابراین به نظر می‌رسد در این دیدگاه عرف هر چند محکم و ریشه دار باشد هر گاه مخالفت تباینی با آیات و روایات منصوص یا صحیح‌السند داشته باشد نمی‌تواند مقدم بر آن‌ها باشد چرا که این به معنای کاربرد استقلالی عرف خواهد بود مگر آنکه حکم آن آیه و روایت معلل بر عرف باشد که با تغییر عرف و عادت، آن نصوص نیز تغییر کنند. شهید اول در بحثی با عنوان «يجوز تغیر احکام بتغیر العادات» به امکان تقدم عرف بر نصوص شرعی با وجود مخالفت تباینی پرداخته است منتها با همین پیش شرط گفته شده (مکی عاملی، ۱۴۰۰، ۱، ۱۵۱). ایشان در استدلال خود برای تقدم عرف در حل تعارض هنگامی که زن و مرد بعد از موافقه در پرداخت مهریه اختلاف کنند چنین می‌نویسد: «در این زمان [بر خلاف نص صحیح که قول مرد را مبنی بر پرداخت مهر مقدم می‌داند] باید گفته زن را مقدم کرد؛ زیرا روایت مورد اشاره ناظر به عادت و وارد در فرضی است که شوهران مهر را قبل از عمل زناشویی پرداخت می‌نمودند» (مکی عاملی، ۱۴۰۰، ۱، ۱۵۱).

همچنین اگر مخالفت عرف با روایات به نحو عموم خصوص باشد (نه مخالفت تباینی) و عرف ریشه دار و محکمی با ظاهر و نصوص شرعی مخالفت کند در حالی که روایت مقابل آن ضعیف است، چنین

روایتی قادر به ردع عرف نخواهد بود اما اگر روایت مقابل، صحیح السند یا آیه مربوطه نص غیرمعلل بر عرف باشد، مقدم بر عرف خواهد بود؛ همچنانکه شیخ انصاری در کتاب مکاسب ضمن بحث در موضوع «عیب» در مخالفت عرف با ظهور روایت با همین تفصیل، به تقدم عرف اشاره کرده است: «و لو سلمنا مخالفت الروایه فی معنی العرف فلا ینهض لرفع الید عن العرف المحکم فی مثل ذلک لو لانص المعتبر لا مثل هذه الروایه الضعیفه بالارسال» (انصاری، ۱۴۲۲، ۲۶۷؛ صدر، ۱۴۱۲، ۱، ۲۸۱).

و در کتاب جواهر الکلام نیز در مخالفت عرف با اخبار ضعیف آمده است که: «و بذلک کله و غیره ینظهر لک الاحتیاج الی مراعه العرف و صعوبه الاكتفاء بالخبر المزبور» (نجفی، ۱۳۹۲، ۲۳، ۱۶۱).

لازم به ذکر است که برخی این نظر را که روایت ضعیف موجب ردع عرف نیست، دیدگاه مشهور دانسته‌اند (خمینی، ۱۴۱۵، ۱، ۳۷۹) و در ادامه ادله امارات را تنها هنگامی مقدم بر عرف و احکام عقلایی می‌دانند که اماره مورد نظر خود از امارات عقلایی شمرده نشود: «دلایلهای امارات گسترش دهنده گستره دایره احراز حکم‌اند. بنابراین، حاکم بر حکم عقلایی هستند، هرگاه که اماره، از امارات عقلایی نباشد» (خمینی، ۱۴۱۵، ۱، ۳۷۹).

دیدگاه دوم) برخی معتقدند عرف به عنوان یک دلیل لبی که مضمون آن قضیه ای مهمله است فاقد صراحت بوده و امضای آن در واقع امضای یک عمل خارجی صامت است که توان دلالت بر بیش از قدر متیقن را ندارد. بنابراین عرف به عنوان یک دلیل، بیان و قرینه در کنار آیات و روایات فقهی شأن قانونگذاری ندارد (حکیم، ۱۹۷۹، ۴۲۲؛ هاشمی، ۱۴۰۵، ۴، ۲۳۶؛ صدر، ۱۴۱۲، ۲، ۱۳۱). طبق این نظر که عرف از باب تقریر پذیرفته شده، وجود حتی یک روایت ضعیف برای ردع و ابطال آن کافی است. در این دیدگاه عرف تنها زمانی کاشف حکم شرع است که از عرف‌های همگانی (عرف عام) و در همه زمان‌ها و مکان‌ها جاری باشد به گونه‌ای که بتوان آن را به عصر معصومین رساند و تقریر و رضایت ایشان را به دست آورد.

با توجه به این دو دیدگاه اگر کسی مثلاً سوگند یاد کند که گوشت نخورد و سپس گوشت ماهی بخورد؛ در این جا چون گوشت در عرف از گوشت ماهی انصراف دارد، این شخص در نزد عرف خطایی مرتکب نشده، ولی چون خداوند در آیات و روایات، گوشت ماهی را از مصادیق گوشت برشمرده، در نزد شرع، حنث قسم نموده است که با توجه به دیدگاه اول مبنی بر تقدم عرف به عنوان قرینه حالیه در کلام یا عدم ردع عرف با روایات ضعیف، بسته به قوت و ضعف روایات معارض، تقدم یا عدم تقدم عرف تعیین

خواهد شد اما بر اساس دیدگاه دوم به هیچ وجه نمی‌توان عرف را مقدم دانست و فرد باید کفاره حنث قسم بپردازد.

در تأیید دیدگاه اول مبنی بر تقدم عرف به عنوان یک قرینه لبی، می‌توان گفت اگرچه نصوص و الفاظ از مفاهیم و دلایل لبی در تفسیر و تاویل کلام قوی تر هستند، اما با توجه به اینکه قانونگذاری بر اساس تفهیم و تفهّم بین قانونگذار و مخاطبان صورت می‌گیرد و مبنای حجیت ظواهر نیز همین قاعده در محاورات است، بنابراین امارات و قرائن صرف نظر از لفظی یا غیرلفظی بودن، بسته به قدرت و قوت بیان، مقدم خواهند بود و از همین باب مراجعه به عرف صاحبان لغتی که قانونگذار با آن لغت سخن می‌گوید، وظیفه اولیه متصدی استنباط کشف شریعت است. همچنین در خصوص نصوص آیات و روایات نیز اگر فقیهی از قرآینی استفاده کرد که این روایت طبق عرف موجود در آن زمان بوده، در عرف دیگر باید مطابق با آن عرف عمل شود و تقدم عرف کنونی به معنای مخالفت با شرع نخواهد بود و صرفاً یکی از مصادیق پذیرش عرف به عنوان قرینه حالیه و متصل به کلام است.

۴- بخش تطبیق مفاهیم عرفی بر مصادیق

قبل از پرداختن به انواع تعارضات محتمل میان عرف و آیات و روایات فقهی در امر تطبیق مفاهیم درعالم خارج، ذکر دو نکته ضروری است:

نکته اول) طبق نظر محققین و اهل فن این کارایی برای عرف تنها در موضوعات عرفی مورد بحث است، وگرنه در موضوعاتی که از مخترعات شرعی بوده یا جزء گزاره های عقلی است، مجالی برای حضور عرف نیست. مثلاً در قضیه: «انجام عملی که صورت نماز را بر هم بزند موجب بطلان نماز است» داوری درباره معنا و مفهوم «صورت نماز» و انطباق آن با عینیت خارجی بر عهده عرف نیست. زیرا نماز و صورت نماز مخترع شرعی است و داوری نیز با شارع است یا در قضیه: «ملتقط (یابنده مال) باید در شناسایی مالک کوشش کند» اگر یک گزاره عقلی باشد نباید در صدق اشتغال به کوشش برای شناسایی مالک، به عرف مراجعه کرد بلکه حدود موضوع و تطبیق را عقل تعیین می‌نماید و عقل در مثال فوق ممکن است تا حد ناامید شدن از پیدا نمودن مالک تفحص را لازم بداند و صدق عرفی را کافی نداند (ایروانی، ۱۳۷۹، ۱، ۶۱؛ علیدوست، ۱۳۸۶، ۲۵۶). نظیر این سخن را شیخ انصاری در استصحاب در گزاره- های عقلی دارد (انصاری، بی تا، ۳۷۸).

نکته دوم) آنچه مورد اختلاف و گفتگو است عرف دقیق است، نه عرف تسامحی. مراجعه به عرف تسامحی حتی از سوی آنان که قائل به اولویت مراجعه به عرف و داوری مردم در تطبیق مفاهیم هستند، پذیرفته نیست. امام خمینی در این رابطه می‌فرماید: «تسامح عرفی در هیچ مورد معیار نیست، نه در بیان مفاهیم و نه در تشخیص مصادیق و اگر سخن از مراجعه به عرف است، منظور عرف با همه دقت هایش در تشخیص مفاهیم و مصادیق است» (خمینی، ۱۳۸۵، ۱، ۲۲۷).

۴-۱- مصادیق ممکن در تعارض عرف با ادله لفظی

تعارض ششم) در مفاهیم عرفی زمانی که مربوط به تحدیدات زمانی، مکانی و مسافت‌ها و اندازه‌ها است گاهی قضاوت عرف با دلالت صریح آیات و روایات معارض می‌شود، مثلاً در گزاره: «نماز مسافر شکسته است»، عرف با نظر به مفهومی که از مسافر سراغ دارد در یک مصداق خاص حکم به قصر نماز می‌کند و حال آنکه بر اساس روایات مسافرت از این مبداء تا آن مقصد مصداق مسافرت موجب قصر نماز نیست یا در رابطه با بلوغ که عرف فردی را بالغ می‌داند و حال آنکه از نگاه آیات و روایات چنین شخصی بالغ محسوب نمی‌شود و مثلاً دو هفته دیگر بالغ خواهد شد و نمونه‌های فراوان دیگر از این دسته تحدیدات مانند زمان عده، حد ترخص، نصاب زکات یا مقدار زکات فطره^۱، مقدار آب کر و... در این موارد بسته به اینکه مبنای ما در تطبیق عرف دقیق است یا شرع و مرزبندی‌های ارائه شده از سوی آیات و روایات، آراء فقهی متفاوت خواهد بود.

تعارض هفتم) گاهی تطبیقات شرعی و حالات و عادات رایج زمان شارع با عرف کنونی همخوانی ندارند. به عنوان نمونه در روایات، احکامی بر مکیل و موزون و معدود مترتب گردیده؛ مثلاً حکم ربای معاملی در مکیل و موزون جاری می‌شود نه در معدود (حرعاملی، ۱۳۹۸، ۱۲، ۴۳۴، ۱ و ۳) یا مکیل را با کیل و موزون را با وزن و معدود را با شمارش باید فروخت (حرعاملی، ۱۳۹۸، ۲۵۴، ۲)، و در همین حال در

۱. مثلاً در روایات آمده میزان زکات فطره شش رطل مدنی و یا نه رطل عراقی است: «الْفِطْرَةُ عَلَيْكَ وَ عَلَى النَّاسِ كُلِّهِمْ ... تَذُقُهُ وَزَنَا سِتَّةَ أَرْطَالٍ بِرِطْلِ الْمَدِينَةِ» (حرعاملی، ۱۳۹۸: ۶، ۲۳۷، ح ۴) یا چون در باب زکات فطره، هر نفر باید یک صاع بدهد، در روایت دیگری میزان صاع را بر طبق رطل مدنی و عراقی بیان کرده است. «الصَّاعُ بِسِتَّةِ أَرْطَالٍ بِالْمَدَنِيِّ وَ تِسْعَةُ أَرْطَالٍ بِالْعِرَاقِيِّ» (حرعاملی، ۱۳۹۸، ۶، ۲۳۶، ۱).

برخی روایات کالاهایی به عنوان مکیل و موزون بیان گردیده که در زمان شارع چنین وضعیتی داشته اند و اکنون به عنوان مکیل و موزون شناخته نمی‌شوند.

در این مصادیق مبنای ما در برخوردی متصلب و فرازمانی با تطبیقات شرعی با محصور کردن آیات و روایات به همان عصر شارع، فتاوی فقہی را متمایز خواهد کرد. اینکه مثلاً آیا بر اساس روایات، طلا و نقره را برای همیشه موزون و گندم و جو، خرما و نمک را برای همیشه مکیل بدانیم یا این روایات را مختص به عصر شارع دانسته و در زمان های بعد به عرف عام آن زمان رجوع کنیم؟

تعارض هشتم) گاهی در برخی گزاره های شرعی که نهاد و موضوع آن عرفی است مانند گزاره «خون نجس است»، یا «پرداخت زکات بر دیوانه واجب نیست»، بدون آنکه نص خاص و تعبدی ویژه در شرع در مورد دایره مصادیق آنها وجود داشته باشد، مشاهده می‌شود که مثلاً آراء فقهاء در خصوص مصادیق خونی که متعلق حکم نجاست است یا دیوانه ای که لازم نیست زکات بپردازد اختلاف دارد. به نظر می‌رسد در این موارد اختلاف در اعتبار بخشی به عرف یا دقت عقلی یا قضاوت فقیهان که مستنبط و برگرفته از آیات و احادیث است باعث اختلاف شده است.

۴-۲- دیدگاه ها در رفع تعارض و راه برون رفت

تعارض ششم) در مفاهیم عرفی مربوط به تحدیدات زمانی، مکانی و مسافت ها و اندازه ها، برخی مراعات مرز بندی ارائه شده در آیات و روایات را با تطبیق دقیق عقلی لازم می‌دانند. مرحوم محمدکاظم یزدی در بحث انواع آب ها می‌گوید: «هرگاه آب کمتر از کر باشد، هر چند به نصف مثقال، حکم آب قلیل را دارد» (طباطبایی یزدی، بی‌تا، ۱، ۳۶، مسأله ۴) یا در فصل صلاه مسافر می‌نویسد: «اگر مسافت در مسافرت، کمتر از هشت فرسخ - هرچند اندک - باشد، موجب قصر نماز نمی‌گردد. زیرا مسافت مزبور مبتنی بر تحقیق است و نه تسامح عرفی» (طباطبایی یزدی، بی‌تا، ۲، ۱۱۳، مسأله ۲).

به عقیده ایشان، هرگاه مفهوم واژه کاملاً روشن باشد و سخن از توسیع در مفهوم نباشد، [مانند مفهوم سال که آغاز و انجام آن معلوم و قابل زیاده و نقصان نیست یا مفاهیمی که توسط آیه و روایت تحدید شده‌اند] در اینجا اگر از طرف عرف توسیع یا تزییقی دیده شود، ناشی از سهل انگاری در تطبیق است که مورد پذیرش شرع نیست، هرچند عرف بر آن اصرار ورزد (حکیم، ۱۴۰۴، ۱، ۲۶-۲۴) و جعل حکم با پذیرش تسامح (که حکایت از لغو جعل می‌نماید) منافات دارد، به همین جهت، دقیقه و ثانیه در تحدیدات

زمانی و سانتی متر و میلی متر در تحدیدات مکانی و مرتبط با مسافت، قابل اغماض و تسامح نیست و در شرایط طبیعی (مانند نبود عسر و حرج و ضرر) هر نهادی که در امر تطبیق دقیق تر و مطمئن تر است، مقدم تر است (قدرتی، ۱۳۹۱، ۱۰۱-۹۱).

در مقابل برخی همواره و مطلقا عرف عام و داوری توده مردم را ملاک می‌دانند: «معیار در تبیین همه مفاهیم عرفی و کیفیت انطباق آن‌ها بر موارد، عرف است» (خمینی، ۱۳۸۵، ۱، ۲۲۸-۲۲۹؛ خمینی، ۱۳۷۹، ۴، ۲۲۰) و در تعلیل بر این نظر می‌گویند، از آنجا که چون توسیع و تضییق مفاهیم عرفی وابسته به عرف است، احکام متعلق به این موضوعات نیز با قضاوت همان عرف به افراد ذیل موضوع تعلق می‌گیرد (غروی تبریزی، بی‌تا، ۱، ۲۷۶).

ایرادی که به این تعلیل وارد است این است که مصدريت عرف در تفسیر مفاهیم، ملازمه‌ای با تشخیص مصادیق ندارد و فقهایی که کارایی عرف را در مورد دوم نمی‌پذیرند، همسانی محاوره شرع را با آحاد مردم و مصدريت عرف را در این مفاهیم پذیرفته‌اند. البته قائلین به لزوم دقت عقلی در تطبیق مرزبندی ارائه شده در آیات و روایات نیز دلیل اعراض از عرف را تسامحی بودن آن دانسته‌اند (غروی تبریزی، بی‌تا؛ بروجردی، ۱۴۱۴، ۱، ۲۵-۲۴) و حال آنکه محل بحث، عرف دقیق و غیر مسامحی است. نهایتاً در مقام جمع نظرات به نظر می‌رسد با توجه به اینکه در سیره عقلاء هنگام تطبیق این مفاهیم، عدم توجه به دقیقه و ثانیه، میلی متر و سانتی متر یا گرم و حتی کیلو گرم - بسته به وزن مجموع ماده - نمی‌تواند مصداق تسامح عرفی باشد، بنابراین عرف دقیق نیز می‌تواند به عنوان طریقی در کشف مراد واقعی شارع به کار گرفته شود، به ویژه اینکه در عمل نیز هیچ فقیهی قائل به دقت عقلی در تطبیق مفهوم امثال آب، گندم، طلا و جو نیست و لذا اگر می‌گویند آب کر فلان مقدار است، یا حد نصاب گندم و جو در زکات فلان مقدار است منظورشان همان آب و گندم و جوی است که معمولا مقداری خاک و املاح دارد (قدرتی، ۱۳۹۱، ۱۰۱-۹۱).

تعارض هفتم) در موضوعات عرفی که تطبیقات شرعی و عادات رایج زمان شارع با عرف کنونی همخوانی ندارند، مانند بحث مکیل و موزون، برخی فقهاء بر تعبد نسبت به این تطبیقات تاکید دارند. صاحب جواهر الکلام می‌فرماید: «از آنجا که در تحقیق ربای معاملی شرط است که کالای مورد مبادله مکیل یا موزون باشد، باید دانست که معیار عادت و عرف شرع است، از این رو هر آنچه مکیل یا موزون

در عصر پیامبر(ص) بود، حکم ربا بر آن عارض می‌گردد، هر چند در زمان‌های بعد تغییر حالت داده و با کیل یا وزن مبادله نگردد» (نجفی، ۱۳۹۲، ۲۳، ۳۶۳-۳۶۲).

در مقابل برخی بر محوریت عرف عام تأکید کرده و در فراعصری بودن تطبیقات و حالات موجود زمان شارع تردید دارند: «در این نظریه [توقف در عرف شارع] باید تامل نمود، چرا که محتمل است کیل و وزن متعارف به عرف عام باشد یا عرف اکثر شهرها یا هر شهری حکم خود را داشته باشد چنانکه برخی در مورد ماکول و ملبوس در باب ما یصح السجود علیه، قائل شده‌اند» (بازلبنانی، ۱۴۰۶، ۳۴؛ اردبیلی، ۱۴۰۳، ۸، ۱۷۷). در جمع این دیدگاه به نظر می‌رسد اگر چه اصل بر تشریح و قانونگذاری است و شارع ابتدائاً به ما هو شارع لحاظ می‌گردد و نه به عنوان کسی که مثالی موردی و عصری زده باشد اما به نظر می‌رسد اعمال تعدد و بیان حکم ابدی و غیر متغیر در مواردی که به اختلاف زمان و مکان و عادات و حالات متغیر می‌شود، بیانی قوی و شفاف می‌طلبد بنابراین اگر آیات و روایات مقرون به قرائن قطعی در این خصوص نباشند یا از جهت سندی و دلالی ضعیف باشند، عرف و عادات کنونی مقدم خواهد بود.

تعارض هشتم) در موضوعات عرفی که نصی خاص و تعبدی ویژه در رابطه با دایره مصادیق آن وجود ندارد گروهی اولویت را در تشخیص به عرف داده‌اند (نجفی، ۱۳۹۲، ۲۶، ۷۴؛ همدانی، ۱۳۷۴، ۶۷۵؛ خمینی، ۱۳۸۵، ۱، ۲۲۹-۱۸۴؛ خمینی، ۱۳۷۹، ۴، ۲۱۹). در تعلیل بر این نظر نوشته اند: «زیرا شارع در محاوره و گفتگو با دیگران، اصطلاح و روش ویژه‌ای ندارد. بر این بنیان وقتی گفته می‌شود: «صورت و دست خود را تا آرنج بشوید» [مطابق ظهور عرفی آیه (فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ) (مائده، ۶)] مراد چیزی جز شستشو به نحو متعارف و معمول نیست، نه شستن از بالا به پایین با دقت و تامل عقلی» (خمینی، ۱۳۸۵، ۱، ۲۲۹-۱۸۴) یا در برداشت عرفی دیگری از «فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ» (مائده، ۶) آمده است: «طبیعت و عادت انسان‌ها در شستن صورت و دست (بلکه همه بدن) شستن از بالا به پایین است، اما به گونه متعارف، یعنی اینگونه نیست که ذره ذره قسمت بالا را قبل از قسمت پایین بشویند» (علیدوست، ۱۳۸۶، ۲۸۲).

در مقابل گروهی دیگر از فقها با این مبنا که دلیل معتبری بر مرجعیت عرف در این کارایی وجود ندارد و احکام نیز به واقع موضوعات تعلق می‌گیرد و نه مصادیق عرفی، مراجعه به عقل را به عنوان راهی برای کشف واقع توصیه می‌کنند (فیاض، بی تا، ۴، ۱۸۳؛ غروی تبریزی، بی تا، ۱، ۲۷۶؛ بروجردی، ۱۴۱۴، ۱، ۲۶-۲۴). بر این اساس در مورد وجوب با عدم وجوب زکات بر فردی که یک لحظه در سال دیوانه شود

با توجه به شرط سلامت عقل در وجوب زکات می‌گویند: «اگر برخوردار از نصاب وجوب زکات یک لحظه در سال دیوانه گردد پرداخت زکات براو واجب نیست؛ چرا که واقعا در تمام سال عاقل نبوده است، هر چند عرف - با عدم ملاحظه جنون در یک لحظه و چند لحظه ... قائل به انطباق عاقل در طول سال بر مالک نصاب باشد» (بروجردی، ۱۴۱۴، ۱، ۲۶-۲۴).

درحالی که قائلین به مرجعیت عرف در همین رابطه نوشته‌اند: «عروض دیوانگی بر شخص در طول سال - هر چند به یک لحظه - باعث عدم صدق سلامتی در طول سال می‌گردد لکن قبول این گفته مشکل است، زیرا آنچه وجوب پرداخت زکات را برمی‌دارد، صدق نام دیوانه بر صاحب مال است و عروض جنون در یک لحظه بلکه تا یک ساعت و بیشتر به چنین صدقی لطمه نمی‌زند» (طباطبایی یزدی، بی‌تا، ۲، کتاب زکاه، ۲۶۴، ۲۷۸، ۲۷۹).

البته در یک دیدگاه تفصیلی نیز در موضوعات مستنبطه عرفی کار تطبیق مفاهیم به عنوان امری فقهاتی مختص به فقهاء دانسته شده و در غیر موضوعات مستنبطه مانند نماز، زکات، حج و روزه به عهده شخص مکلف گذاشته شده است (رک: معرفت، ۱۳۷۳، ۱۰۶). در برخی نوشته‌ها و استفتائات نیز عرف متشرعین و متدینین به عنوان آشنا با مذاق شارع به عنوان مرجع معرفی شده است (مکارم، ۱۳۷۶، ۲، ۲۲۹-۲۲۸، سؤال ۶۹۵).

به نظر می‌رسد با توجه به آنچه در تعارض ششم از موارد ممکن الوقوع تعارض گفته شد، در خصوص آیات و روایاتی که مصادیق عینی و خارجی دارد، عرف دقیق نیز می‌تواند طریق الی الواقع باشد و در مواردی که موضوع آیه و روایت جزء ماهیت‌های جعلی و اعتباری در شرع است مانند مفهوم «حق» یا «باطل» در آیه «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ» (نساء، ۲۹)، در اینجا نیز مانند سایر موارد، منظور واقعیت این مفاهیم است اما با توجه به اینکه واقعیت ماهیت جعلی به همان جعل و اعتباری است که درباره آن‌ها صورت گرفته بنابراین باید نگرش خود شارع را در تبیین و تعیین واقعیت این موارد جستجو کرد. در نتیجه در تشخیص و تعیین فرد و مصداق برای این مفاهیم مراجعه به عرف یا هر نهاد دیگری صحیح نخواهد بود و باید به خود آیات و روایات که مبین نظر شارع است یا فقیهانی که نظرشان مستنبط از آیات و روایات است (زمانی که نصی در این رابطه وجود ندارد) مراجعه شود. همچنانکه مثلا در مصداق شناسی «شخص مستطیع» فقهاء در کتب خود مصادیق متعددی را برشمرده‌اند (خمینی، ۱۳۸۰، مسأله ۴۸، ۵۰، ۵۸، ۸۲، ۹۰، ۱۰۰) با وجود آنکه موضوع استطاعت و مستطیع از مخترعات شرعی یا موضوع عرفی پیچیده‌ای

نیست اما این موضوع در شمول و عدم شمول نسبت به برخی مصادیق محتاج استنباط فقیه است مثلاً در صدق یا عدم صدق مستطیع بر طلبه‌ای که در حوزه علمیه از سهم امام استفاده می‌کند، بر این بحث اجتهادی و فقهی متوقف است که آیا این گروه مالک سهم امام می‌شوند یا تنها حق مصرف دارند، و تنها در فرض اول مستطیع خواهند بود، یا در بحث حدود نفقه که به عنوان یک مفهوم عرفی در مصادیق آن لزوماً آیات و روایات و دیدگاه فقیهان ملاک خواهد بود و نه عرف عام (نجفی، ۱۳۹۲، ۳۱، ۳۴۰-۳۳۰) زیرا مصادیق‌یابی در آن بدون تامل در نحوه ارتباط شرعی زوج و زوجه قابل دسترسی نیست و کشف نحوه این ارتباط از اسناد شرعی و در توان فقیه است.

۵- نتایج

در این پژوهش صورت‌های مختلف تعارض عرف با آیات و روایات فقهی و راه‌های حل تعارض در آنها مورد بررسی قرار گرفت و نتایج ذیل به دست آمد:

۱. در تفسیر مفاهیم مخترعات شرعی حتی اگر مبنای عرفی دارند اصل بر تقدم بیان شارع در روایات تفسیری است. در امکان تسری مفهوم مخترعات شرعی در سایر ابواب، با توجه به اینکه اصل بر تفاهم عرفی است، نمی‌توان بدون قرینه قائل به تسری بود.

۲. در موضوعات عرفی نیز اصل بر مصدریت عرف است مگر در موضوعات مستنبطه عرفی که باید به فهم فقیهان که مستنبط از آیات و روایات است، رجوع کرد.

۳. در فهم هیات‌های ترکیبی و مدلول آیات و روایات اصل بر عدم تعبد نسبت به عرف زمان شارع است، بنابراین اگر نص و ظهور بدوی آنها مبتنی بر عرف زمان شارع باشد، می‌توان از آن عدول کرد.

۴. برای تطبیق مفاهیم در تحدیدات شرعی، با توجه به سیره عقلا مبنی بر غیرمسامحی دانستن تفاوت‌های جزئی، قضاوت عرف دقیق نیز می‌تواند مبنای عمل باشد. در تطبیقات شرعی اگر به اختلاف زمان و مکان متغیر می‌شود، تعبد و بیان حکم ابدی نیاز به بیانی قوی و شفاف دارد و اصل رجوع به عرف عام خواهد بود و نهایتاً اگر موضوع آیه و روایت جزء ماهیت‌های جعلی و اعتباری است، نگرش خود شارع در تعیین واقعیت موضوع و افراد آن مبنا عمل است، بنابراین مراجعه به عرف یا هر نهاد دیگری صحیح نخواهد بود.

فهرست منابع

۱. اردبیلی، احمد، (۱۴۰۳). مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم.
۲. انصاری، مرتضی، (بی تا)، فرائد الاصول، مکتبه المصطفویه، قم.
۳. انصاری، مرتضی، (۱۴۲۲)، مکاسب، مجمع الفکر الاسلامی، قم.
۴. ایروانی، میرزاعلی، (۱۳۷۹)، حاشیه مکاسب، مطبعه رشیدی، تهران.
۵. بازلبنانی، سلیم رستم، (۱۴۰۶)، شرح المجله، دارالاحیاء التراث العربی، بیروت.
۶. بروجردی، مرتضی، (۱۴۱۴)، مستند العروه الوثقی، مطبعه العلمیه، قم.
۷. تبریزی، جواد، (بی تا)، ارشاد الطالب الی تعلیق المکاسب، مطبعه مهر، قم.
۸. توحیدی، محمدعلی، (بی تا)، مصباح الفقاهه، مطبعه سید الشهداء، قم.
۹. جبار گلباغی ماسوله، سیدعلی، (۱۳۷۸)، درآمدی بر عرف، دفتر تبلیغات اسلامی، قم.
۱۰. جعفری لنگرودی، جعفر، (۱۳۷۸)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، گنج دانش، تهران.
۱۱. جعفری لنگرودی، جعفر، (۱۳۷۵)، دانشنامه حقوقی، انتشارات امیرکبیر، تهران.
۱۲. جوادی آملی، عبدالله، (۱۳۷۹)، ولایت فقیه ولایت فقاها و عدالت، نشر اسراء، قم.
۱۳. حرعاملی، محمد، (۱۳۹۸)، وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، مکتبه الاسلامیه، تهران.
۱۴. حکیم، سیدمحسن، (۱۴۰۴)، مستمسک العروه الوثقی، مکتبه آیة الله المرعشی نجفی، قم.
۱۵. حکیم، محمدتقی، (۱۹۷۹). اصول العامه للفقہ المقارن، مؤسسه آل البيت، قم.
۱۶. خمینی، سیدروح الله، (۱۳۸۵). الرسائل، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۱۷. خمینی، سیدروح الله، (۱۴۱۵)، انوار الهدایه فی التعلیقہ علی الکفایه، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، تهران.
۱۸. خمینی، سیدروح الله، (۱۳۸۰)، مناسک حج، نشر مشعر، تهران.
۱۹. خمینی، سیدروح الله، (۱۳۷۹). البیع، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، قم.
۲۰. خمینی، سیدروح الله، (۱۳۸۱)، مکاسب المحرمه، مطبعه مهر، قم.
۲۱. محمصانی، صبحی (۱۳۵۸)، فلسفه قانونگذاری در اسلام، ترجمه اسماعیل گلستانی، امیر کبیر، تهران.
۲۲. صدر، محمدباقر، (۱۴۱۲)، دروس فی علم الاصول، مؤسسه نشر الاسلامی، تهران.
۲۳. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، (بی تا)، العروه الوثقی، مکتبه العلمیه الاسلامیه، تهران.

۲۴. علم الهدی، مرتضی، (۱۴۱۵)، الانتصار، مؤسسه نشر الاسلامی، تهران.
۲۵. علم الهدی، مرتضی، (۱۳۶۳)، الذریعه الی اصول الشریعه، تحقیق ابوالقاسم گرجی، انتشارات دانشگاه تهران، تهران.
۲۶. علیدوست، ابوالقاسم، (۱۳۸۶)، فقه و عرف، انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، تهران.
۲۷. غروی تبریزی، علی، (بی‌تا)، التنقیح فی شرح العروه الوثقی، مؤسسه آل‌البتیت (ع)، قم.
۲۸. فیاض، محمداسحاق، (بی‌تا)، محاضرات فی اصول الفقه، انتشارات امام موسی صدر، قم.
۲۹. قدرتی، فاطمه، رحیمیان، سعید، حاجعلی، فریبا، (۱۳۹۱)، «آسیب‌شناسی عرف در ساحت فقهی دین»، فصلنامه فقه و حقوق اسلامی دانشگاه تهران، سال ۴۵، شماره ۱، صص ۱۰۲-۸۳.
۳۰. قمی، ابوالقاسم، (۱۳۷۸)، قوانین الاصول، مکتبه الاسلامیه، تهران.
۳۱. کاشف‌الغطاء، جعفر، (۱۴۲۴)، کشف‌الغطاء عن خفیات مبهمات الشریعه الغراء، دفتر تبلیغات اسلامی، قم.
۳۲. کرکی، علی، (۱۴۱۱)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، مؤسسه آل‌البتیت، بیروت.
۳۳. مظهرقراملکی، علی، قدرتی، فاطمه، (۱۴۳۳)، «موقع‌العرف فی تحدید الموضوعات الفقهیه»، فصلنامه الاجتهاد و التجدید، سال ۶، شماره ۳ (پیاپی ۲۴ و ۲۵)، صص ۲۴۳-۲۶۷.
۳۴. معرفت، محمدهادی، (۱۳۷۳)، «اقتراح درباره مبانی اجتهاد»، فصلنامه نقد و نظر، دوره ۱، شماره ۱، صص ۱۵-۲.
۳۵. مکارم، ناصر، (۱۳۷۴)، «اقتراح»، فصلنامه نقد و نظر، سال دوم، شماره ۵، صص ۱۹-۱۸.
۳۶. مکارم، ناصر، (۱۳۷۶)، استفتائات جدید، تنظیم علیان نژادی، ابوالقاسم، مدرسه الإمام علی بن ابی‌طالب (ع)، قم.
۳۷. مکی عاملی، محمد بن جمال‌الدین، (۱۴۰۰)، القواعد و الفوائد، منشورات مفید، قم.
۳۸. نجفی، محمدحسن، (۱۳۹۲)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، دارالکتب الاسلامیه، تهران.
۳۹. نراقی، احمد (۱۴۱۷)، عوائد الايام، مکتب الاعلام الاسلامی، قم.
۴۰. هاشمی، سید محمود، (۱۴۰۵)، بحوث فی علم الاصول، مجتمع علمی شهید صدر، تهران.
۴۱. همدانی، رضا، (۱۳۷۴)، مصباح الفقه، چاپخانه حیدری، تهران.