

مقالات و بررسیها، دفتر ۷۷(۳) فقه، بهار و تابستان ۸۴، ص ۱۱-۳۱

آمیختگی مصادیق و مفاهیم در فقه

محمد جعفری هرندی^۱

چکیده

احکام فقهی، مفاهیم کلی مترتب بر موضوعات است که تعیین چنین احکامی بر عهده شارع و استنباط و توضیح آنها وظیفه فقهاست. اما تعریف و تبیین همه موضوعاتی که متحمل احکامند در محدوده رسالت شارع و وظایف فقها نیست بلکه بیشتر موضوعات، متخذ از عرف و جامعه است. چون در پاره‌ای موارد، فقه اسلامی که علی القاعده بیان کننده حکم شرعی است، به تعریف موضوع و یا حتی تعیین مصداق دست یازیده - موضوعی که تعریف و تعیین آن بر عهده فقیه نبوده است - و این گونه تعاریف رفته رفته نهادینه شده تا بدانجا که تصور می‌شود تعیین آن مصادیق هم نوعی حکم شرعی است و تخطی از آن روا نمی‌باشد؛ از این رهگذر مشکلاتی پدید آمده است که به بخشی از آنها در این مقاله پرداخته‌ایم. اگر بتوان این گونه موضوعات را در فقه یافت و از مفاهیم متمایز ساخت، مشخص خواهد شد که ذکر این گونه مصادیق برای بیان مفهوم و حکم کلی بوده و چنانکه تغییر کند حکم تغییر خواهد کرد و اشکالی بر فتاوی وارد نخواهد بود.

کلید واژه‌ها فقه، مصداق، ماهیات شرعی، ماهیات عرفی، فقها.

طرح مسأله

۱- در امور حقوقی، به معنای خاص آن، که قسمتی از فقه اسلامی هم بدان اختصاص یافته، تعریف و شناخت موضوع که بستر حکم را ایجاد می‌کند با توجه به گستردگی و تنوع موضوعات بسیار حائز اهمیت است. به طوری که معمولاً برداشتهای متفاوت از

۱. استادیار دانشگاه آزاد اسلامی واحد شهرری

یک موضوع، آن هم در شرایط متفاوت، تغایر حکم را به ذهن تداعی می‌کند.
۲- همه احکام و پاره‌ای از موضوعات آن احکام در فقه، همراه مسأله و در قانون، ضمن ماده قانونی بیان می‌شود ولی تعیین مصادیق چه در محدوده احکام و چه در محدوده موضوعات، بر عهده قضات یا مکلفان است و به همین جهت گفته شده: «تعیین مصداق شأن فقیه نیست».

۳- در احکام فقهی که ریشه در مفاهیم قرآن و سنت دارد و فهم این دو، به نوبه خود وابسته به آگاهی از زبان عربی است، شناخت معانی واژه‌ها و چگونگی ترکیب جملات و ارتباط الفاظ با هم اهمیت ویژه دارد و چون از آغاز شکل‌گیری استنباط احکام، تشخیص معانی واژه‌ها به خصوص از لوازم پی بردن به حکم بوده، در این راستا تلاشهای بسیاری صورت گرفت و مصطلحات شرعی و فقهی به وجود آمد و با نهادینه شدن آن معانی و مصطلحات، تعرض بدانها دور از دسترس باقی ماند. در مقابل واژه‌ها و اصطلاحاتی که برای موضوعات بکار گرفته شده عمدتاً از دسترس شارع و فقها بدور بوده و همین امر مسأله حقیقت شرعی را در بحث الفاظ علم اصول فقه ایجاد کرده است. این گونه واژه‌ها و مصطلحات در قرآن و سنت تعریف نشده و تعیین آنها بر عهده عرف و جامعه واگذار گشته و از همان ابتدا که شارع، احکام را وضع می‌کرد موضوع آن را از عرف می‌گرفته است. مثلاً وقتی بیع را حلال و ربا را حرام کرده مقصودش از بیع و ربا قراردادی بوده که مردم می‌شناخته و به کار می‌بردند گرچه امکان داشته و دارد که در طول زمان، مردم و اهل زبان برای این دو لفظ، معانی دیگری برگزینند. اما حلیت و حرمت که حکم شرعی آن دو است هرگز قابل تغییر نیست و هر قدر هم که از زمان بیان آن فاصله ایجاد شود تغییر در معنای آنها روا نمی‌باشد.

از همین جاست که فقها در بحث ربا که حرمت آن در اجناس مکیل و موزون اجماعی است، این سؤال را مطرح کرده‌اند که ملاک در توزین و کیل، زمان و مکان نزول وحی است یا بستگی به زمانها و مکانهای متفاوت دارد؟ و همین بحث را در باب زکات و کزیت آب در خصوص میزان رطل دارند که منظور رطل عراقی است یا رطل مدنی و یا رطل مکی؟

به عنوان نمونه فاضل مقداد در بحث ربا، ملاک کیل و وزن اجناس را عرف زمان

پیامبر می‌داند (کنزالعرفان فی فقه القرآن، ۳۶/۲) و علامه حلی در مسأله هشتم از فصل ششم کتاب متاجر (مختلف الشیعة) از مرحوم مفید نقل کرده که اگر چیزی در شهری به کیل یا وزن فروخته شود و در شهر دیگری به تخمین، در حکم موزون است.

چنین سؤالی می‌تواند در تعریف نفقه، زینت، پوشش و موضوعاتی نظیر اینها که در طول زمان به اقتضای زمان و مکان تغییر می‌کرده مطرح گردد.

۴- با این توضیح توجه به دو مطلب در این باب ضرور می‌نماید:

یکی تعریف موضوعات احکام فقهی است که در بیشتر موارد به بحث گذاشته و در مواردی به نقض و ابرام آن پرداخته‌اند.

مطلب دیگر برداشت و استنباط فقیهان است از الفاظ و عباراتی که در قرآن و حدیث برای حکم یا احیاناً موضوع آورده شده است.

در این نوشتار مطلب اول مورد توجه قرار گرفته و برای مطلب دوم باید به مباحث اصول فقه که عمدتاً به چنین مطلبی پرداخته‌اند رجوع کرد و در این مورد هم با توجه به شرایط فعلی می‌توان مباحث جدیدی مطرح ساخت.

سؤال اصلی

پرسش اساسی این مقال این است که آیا در گزاره‌های فقهی، موضوعات هم بیان شده یا می‌بایست بیان شود و یا اینکه تعیین موضوع، چه در قالب تعریف کلی آن و یا تشخیص مصداق، بیرون از شئون فقه است و در عهده عرف و جامعه می‌باشد؟

فرضیه

پاسخ این سؤال می‌تواند چنین باشد که تعیین و تعریف موضوع، در شأن فقه و فقها نیست و شخص فقیه وظیفه‌ای برای بیان موضوع ندارد بلکه وی می‌بایست حکم موضوع را بیان کند و شناخت موضوع بر عهده مکلف است.

پاسخ دیگری که می‌توان برای سوال یاد شده فرض کرد این است که: هم چنانکه فقها احکام را بیان می‌کنند می‌بایست همه موضوعات احکام را نیز تعریف کنند و بهره‌مندان از نظر ایشان به همان نحو که می‌بایست در تشخیص حکم، تابع آنان باشند، در تشخیص و تعریف موضوع هم لازم است از آنان پیروی کنند.

پاسخ سومی که ممکن است برای سؤال مطروحه فرض کرد این است که تعریف

پاره‌ای از موضوعات، مربوط به فقه است و باید همراه بیان حکم آورده شود ولی موضوعاتی هم وجود دارند که تعریف و تشخیص آنها خارج از وظیفه مشخص شده برای فقه و فقها است و حسب مورد می‌توان چگونگی این موضوعات را از طبیعت و عرف اخذ کرد.

نگارنده، گزیننده و مدافع فرضیه سوم است و در پی این گزینش بر این باور است که فقیهان به اقتضای دلائلی که بیان خواهد شد همراه حکم شرعی، موضوع آن را هم که تعریف و تعیین آن بر عهده آنان نبوده بیان کرده‌اند و حتی گاه به تعیین مصداق هم پرداخته‌اند و همین امر موجب گشته که تصور شود محدوده حکم شرعی همان موضوعی است که فقیهان بیان کرده‌اند و این دو جدایی ناپذیرند. در پی چنین تصویری مشکلاتی به وجود آمده که هم اکنون گریبانگیر جامعه فقهاتی است؛ جامعه‌ای که به صورت سنتی و به حق برای آراء مشهور یا سخن فقیهان بزرگ ارزش فراوان قائل است و این مشکل بالطبع به جامعه دینی هم عموماً سرایت کرده؛ جامعه‌ای که می‌خواهد کارهای خود را براساس احکام فقهی سروسامان دهد.

با روشن شدن افق بحث، مطالب اصلی تحت عناوین یاد شده ذیل آورده خواهد شد، بدین امید که بتوان نتیجه‌ای مفید حداقل در قالب یک اقتراح به دست آورد:

- حکم شرعی و اقسام موضوعات
- چگونگی تشخیص موضوعات
- مرجع تعیین مصادیق
- بیان مشکل و راه حل پیشنهادی

۱- حکم شرعی و اقسام موضوعات

۱-۱- حکم شرعی که ناشی از جملات خبری یا انشائی مذکور در کلام خدا یا سنت معصوم و یا برخاسته از استنباط فقها است همواره بر دو پایه اساسی استوار است: پایه نخست مجری حکم و یا موجودی است که حکم متوجه او است و در اصطلاح او را مکلف می‌نامند.

دومین پایه، فعل یا شیء یا واقعه‌ای است که با ملکف مرتبط می‌شود و عموماً احکام

شرعی متوجه اشخاص است و چنین توجهی غالباً مرتبط با فعل مکلف می‌باشد در عین حال، در پاره‌ای موارد، فعل شخص هیچ دخالتی در حکم که به وی باز می‌گردد ندارد مانند حق ارتکاب که حکمی است شرعی و شخص بخواهد یا نخواهد خود به خود از ماترک مورت خویش ارتکاب می‌برد و یا ضمانت عاقله نسبت به جنایت کسی که دیه جنایت او شرعاً بر ذمه عاقله است.

در این موارد حکم شرعی وجود دارد بدون آنکه مکلف فعلی را انجام داده باشد ولی به هر صورت، حکم توجه به مکلف دارد.

در پاره‌ای موارد، فعل مکلف در حکم دخالت دارد اما حکم، مستقیماً به فعل او متوجه نیست بلکه به نتیجه فعل او توجه دارد.

به عنوان مثال وقتی شارع معامله‌ای را صحیح و معامله دیگری را باطل اعلام می‌فرماید، حکم «صحت» و «بطلان» به کاری که مکلف انجام داده توجه ندارد و یا به عبارت دیگر، شارع در این مقام نیست که مکلف را به کاری وادارد یا وی را از آن منع کند بلکه بر آن است تا بگوید آنچه صورت گرفته بی اعتبار است اگرچه انجام آن هم ناروا (حرام) نبوده مثل فروش حیوان گمشده که باطل است اگرچه اصل فعل به لحاظ (وجوب) و (حرمت) مطمح نظر نیست.

از این رو احکام شرعی با چنین دیدگاهی به احکام (تکلیفی) و (وضعی) تقسیم می‌شود و فقها در تعریف این دو اصطلاح تعابیر متفاوتی دارند.^۱ همچنین در این که هر یک از احکام یاد شده بالاستقلال از سوی شارع وضع گشته یا این که احکام وضعی ناشی از احکام تکلیفی است، نظرات متفاوتی ابراز شده است و از آن میان شیخ انصاری معتقد است احکام وضعی خود استقلالی ندارند و شارع آنها را وضع نکرده بلکه مکلفان چنین احکامی را از احکام تکلیفی برداشت می‌کنند.^۲

به هر صورت این که احکام مترتب بر موضوعات، به دو گونه تکلیفی و وضعی

۱. در این خصوص مراجعه شود به اصطلاحات الاصول و معظم ابحاثها، آیه‌الله حاج میرزا علی مشکینی، نشر هادی.

۲. شیخ انصاری در اوائل بحث خیارات مکاسب می‌فرماید: «بلکه در اصول ثابت شده که معنایی برای حکم وضعی نیست جز آنچه از حکم شرعی انتزاع می‌شود».

تقسیم می شود مورد موافقت فقهاست.

۱-۲- آنچه بیشتر در مسائل متضمن حکم شرعی اهمیت دارد همان واقعه یا شیء و یا فعلی است که حکم شرعی بر آن مترتب می شود و آن را اصطلاحاً موضوع حکم می نامند. مثلاً اداء زکات یک فعل است که حکم و جوب بر آن مترتب شده و نوشیدن خمر (شراب) نیز یک فعل است که حکم به حرمت آن شده است. در همه این موارد، مکلف، انجام دهنده یا تارک فعل است.

همچنین در احکام وضعی وقتی حکم به صحت یا بطلان فعلی می شود مکلف حق دارد از این دو نوع حکم حسب مورد بهره مند شود.

اما آنچه در این میان حائز اهمیت است، تعیین و شناخت موضوعی است که حکم بر آن مترتب گشته و در همین جاست که می توان موضوع را به دو نحو تصور کرد: یکی موضوعی که تعیین آن بر عهده شارع است و دیگر موضوعی که تشخیص آن بر عهده مکلف نهاده شده و او خود باید حسب مورد به فهم خویش یا برداشت جامعه و یا نظر اهل خبره برای تشخیص مراجعه کند.

۱-۳- موضوع حکم را اگر از سوی شارع تعریف و تعیین شده باشد، اصطلاحاً ماهیت شرعی می نامند که معمولاً در لسان فقها به صورت جمع ماهیات شرعی از آن یاد شده است.

تمام واجبات تعبدی ماهیات شرعی اند و لذا نحوه انجام و تعیین اجزاء و شرایط آنها منوط به نظر شارع است و هیچ کس جز شارع حق ندارد کاری را که شارع، عبادت تلقی نکرده به عنوان عبادت انجام دهد و اگر شخص با نیت قربت هم چنین عملی را انجام دهد نه تنها کار وی ثواب ندارد بلکه مرتکب گناه هم شده است. به همین جهت می گویند: عبادات توقیفی است.

به عنوان مثال خواندن نماز مستحبی به صورت سه رکعتی روا نیست هر چند نماز و نیایش در پیشگاه خدا کار بسیار پسندیده ای است، ولی چون شارع چنین نمازی را تشریح نفرموده انجام آن حرام است و موجب عقاب.

بر همین اساس، بحث صحیح و اعم در مباحث اصول فقه مطرح شده و اصولیان این سؤال را مطرح کرده اند که آیا منظور شارع از الفاظی که برای معانی مورد نظر خود در

عبادات برگزیده و به کار برده است، ماهیات صحیح است یا اعم از صحیح و فاسد؟ چنین سؤالی را عالمان اصولی در مورد عبادات مطرح می‌سازند نه در سایر موارد. ۴-۱- چون ماهیات شرعیه تعریف شده‌اند در پی بردن به حدود و مصادیق آنها مشکل چندانی میان اهل فن ایجاد نشده مگر آنکه برداشت صاحب نظران از تعاریف عرضه شده به وسیله شارع متفاوت باشد که در این صورت، چنانکه در استنباط احکام نظرات متفاوتی به وجود می‌آید در تعیین موضوع هم تفاوتی حاصل خواهد شد هر چند بروز چنین اختلاف نظری در ماهیات شرعیه نادر است و شاید بتوان اختلاف نظر فقها را در مورد ارکان نماز از این دسته دانست. بنابراین، موضوعاتی که مورد بحث بیشتر فقها قرار گرفته موضوعاتی است که شارع، حکمی برای آنها بیان کرده ولی تعریفی برای آن به دست نداده است و چنین موضوعاتی را در مقابل ماهیات شرعیه ماهیات عرفیه می‌نامند.^۱

اختلاف نظری که فقها در معنای غنا دارند از این جمله است. چه غنا در لسان شارع حرام شده ولی کمتر به مصادیق آن اشاره گشته، چنانکه نه تعریف آن خواسته شده و نه تعریفی برای آن به هنگام وضع حکم ارائه کرده‌اند. همچنین می‌توان ربا و بیع را هم از این نمونه تلقی کرد زیرا شارع مقدس حکم به حرمت بیع و حرمت ربا فرموده بدون آنکه لازم دانسته باشد آن دو موضوع را تعریف کند.^۲

۲- چگونگی تشخیص موضوع

۲-۱- اینک که روشن شد تشخیص و تعریف پاره‌ای از موضوعات در محدوده بیان شارع است و تعریف و شناسایی بقیه به مکلفان واگذار شده، این سؤال مطرح می‌شود که مکلف چگونه باید موضوعاتی را که تشخیص آنها بر عهده اوست تعریف و شناسایی کند؟

پیش از پاسخ به این سؤال باید یادآور شد که چه نسبت به موضوعاتی که شناسایی

۱. بحثی که فقها در بقاء موضوع در باب استصحاب دارند که آیا تبدیل و تغییر موضوع باید با تشخیص

عقل باشد یا داوری عرف؟ به همین مطلب بازمی‌گردد.

۲. احل الله البیع و حرم الربا (بقره/۲۷۵).

آنها بر عهده مکلف است و چه نسبت به موضوعاتی که به وسیله شارع تعریف شده، تشخیص مکلف، هنگام اجرای حکم، اهمیتی ویژه دارد. فی المثل در خصوص نماز یا روزه، که ماهیات شرعیه‌اند و حدود و نحوه اجرای آنها را شارع تعیین کرده، این که آیا عمل انجام شده منطبق با حدود تعیین شده است یا نه، بر عهده مکلف است و وقتی خود تشخیص دهد که فعلی موضوع حکم چنانست که شارع خواسته باید براساس تشخیص خود عمل کند و در همین جاست که گاه انجام یک کار توسط دو نفر متفاوت می‌شود و چون هر دو بنابر تشخیص خود عمل کرده‌اند عملشان مورد قبول است. برای این مورد می‌توان اقتداء فرد شیعی مذهب را در نماز یومیه به امام جماعت سنی مذهب مثال آورد که حکم به صحت آن شده با اینکه ماهیت وضو که شرط نماز است از دیدگاه فقه شیعی متفاوت با دیدگاه اهل سنت است اگرچه در وجوب و اشتراط آن (حکم) برای نماز، هر دو متفق القولند. تشخیص و تعریف موضوعاتی که فقط حکم آنها از سوی شارع تعیین گردیده بدون آنکه صاحب شریعت در تعیین آنها دخالت کند، از دیدگاه فقها مورد توجه قرار گرفته و به تناسب هر موضوعی نظرات متفاوتی ابراز شده است که می‌توان موضوعات مورد توجه یا عدم توجه فقها را در سه بخش خلاصه کرد:

۲-۲- در تشخیص برخی موضوعاتی که از منظر فقها اهمیتی ویژه دارد گروهی از فقها، زمان شارع و مکان تشریح را در نظر گرفته‌اند. به عنوان نمونه می‌توان از رطل و کیل و وزن نام برد که هر یک از این واژه‌ها موضوع حکم شرعی می‌باشند. رطل برای تعیین میزان کر در باب طهارت ذکر شده و چون رطل عراقی و مدنی و مکی وجود داشته گروهی از فقها به استناد آن که موضوع به کار رفته در گزاره، متضمن حکم شرعی مفید معانی‌ای است که در عرف، بیان‌کننده حکم متعارف بوده و چون بیان حکم، مستند به سنت نبوی است پس باید رطل مدنی را در نظر گرفت. گروهی نیز عرف هر آبادی را ملاک تعیین موضوع قرار داده‌اند.^۱

همچنین در بحث ربا که فقها حرمت آن را در اجناس قابل کیل و وزن می‌دانند در چگونگی تعیین مکیل و موزون اختلاف نظر وجود دارد.

۱. علامه حلی، مختلف الشیعة، چاپ سنگی، مسأله اول از فصل دوم کتاب الطهارة.

عده‌ای بر آنند که آنچه در زمان نزول آیه و حضور پیامبر اسلام، مکیل و یا موزون بوده ربای در آن حرام است اگرچه الان با کیل و وزن سنجش نشود. در مقابل، گروهی ملاک کیل و وزن را عرف دانسته آن هم عرف هر شهر یا آبادی (کنزالعرفان، ۳۶/۲).

۲-۳- بعضی از موضوعات با این که دارای اهمیت به نظر رسیده‌اند، تعاریف آنها موکول به عرف و نظر فرهنگ نویسان شده و کمتر و شاید به هیچ وجه، نظر یا عرف شارع را در آن دخیل نکرده‌اند مانند تعریف «بیع» یا «تجارت» و «غنا» که فقها تعریف آنها را مهم دانسته ولی در شناسایی آنها بر عرف و نظر واژه شناسان اکتفا کرده‌اند.

شیخ انصاری در مکاسب محرمة در بحث از غنا تعریف و معنای آن را از کتب لغوی مانند صحاح و اساس زمخشری نقل و آنگاه احکام مربوط را بیان کرده، می‌فرماید: «در زمانهای اخیر در این مسأله شبهه‌ای از لحاظ حکم و از لحاظ موضوع و از لحاظ اختصاص حکم به بعضی از موضوعات پیدا شده است»، آنگاه شیخ در بحث، حکم نظر محدث کاشانی را به بحث گذاشته، در خصوص موضوع می‌فرماید: «اشتباه در موضوع از بعضی از طلاب زمان ما که اهل اطلاع نیستند به تقلید بعضی از بزرگان پیشین پیدا شده و بر آن شده‌اند که غنا در مراثی صدق نمی‌کند و این عجیب است زیرا اگر مقصودشان این است که در معنای غنا مواد الفاظ دخالت دارد چنین ادعایی تکذیب عرف و لغت است... و اگر مقصودشان این است که کیفیت قرائت مراثی مشمول تعریف غنا نیست این هم نادیده انگاشتن حس است». ^۱ همچنین در باب قذف، فقها به عرف، سخت متکی شده و در این که چه الفاظی مستلزم قذف است بالصراحة «عرف قاذف» را ملاک دانسته‌اند.

در کتاب جواهر الکلام آمده: «اگر به دیگری بگوید ای کشخان یا ای قرنان (مردمی که محارم خود را برای زنا به دیگران عرضه می‌کنند)، چنانکه این الفاظ در عرف گوینده مفید قذف باشد حد بر او جاری می‌شود زیرا از مصادیق قذف می‌باشد» (۴۰۹/۴۱).

این قدامه هم می‌گوید که قذف با لفظ صریح که احتمال غیر قذف در آن نرود محقق می‌شود... اما در مورد الفاظ غیر صریح باید در تفسیر آنها به گوینده مراجعه کرد»

(۲۲۲-۲۲۱/۸).

۲-۴- موضوعاتی هم در فقه متحمل حکم شرعی اند بدون آنکه شناساندن تعریف موضوع آنها مورد اهتمام بوده باشد؛ برای نمونه می توان از ایجاب و قبول که در عقود ودیعه و عاریه لازم است نام برد که فقها با تسامح بدانها نگریسته و گفته اند هر آنچه مفید این معنا باشد کافی است.^۱

در موارد سه گانه آنچه در حکم شرعی به عنوان موضوع مطرح است یک مفهوم کلی است چنانکه حکم شرعی و قانونی هم جنبه کلی دارد.

طبیعی است که کلیات مفاهیم موجود در ذهنند و در مرحله عمل در ضمن افراد و جزئیات تحقق پیدا می کنند^۲ و در اینجا است که بحث از تعیین مصداق به میان می آید.

۳- مرجع تعیین مصادیق

با در نظر گرفتن اینکه مقام افتاء با مقام قضا متفاوت است، و مفتی بودن از شرایط قاضی است، برای روشن شدن تفاوت افتاء و تعیین مصداق متذکر می شود که تشخیص قاضی در امر قضاوت همواره مصون از تعرض است زیرا وی در مقام یافتن مصداق یا مصادیق مفاهیمی است که در مواد قانونی آمده و وقتی هم معلوم شود که در تعیین مصداق به خطا رفته است از تعرض مصون خواهد ماند. نهایت آنکه اگر خطای وی موجب اضرار شده باشد می بایست ضرر وارده از بیت المال جبران گردد.^۳

در تکالیف شخصی هم مکلف چه در یافتن مصادیق ماهیات شرعی و چه در

۱. مرحوم شهید ثانی در شرح لمعه می فرماید: «کفایت می کند هر لفظی دلالت بر آن نماید بلکه گوشه زدن و اشاره ای هم که آن معنا را برساند کافی است»

۲. به همین جهت منطقیان می گویند: «الشیء مالم یتشخص لم یوجد» = «تا چیزی تشخیص پیدا نکند به وجود نمی آید» که البته مقصودشان وجود خارجی است نه وجود ذهنی.

۳. شیخ طوسی می گوید: «اصحاب ما روایت کرده اند که در هر موردی حکام (قاضیان) خطا کنند جبران از بیت المال است (المبسوط، ۲۴۹/۸).

و نیز اصل ۱۷۰ قانون اساسی ایران می گوید: «هرگاه در اثر تقصیر یا اشتباه قاضی در موضوع یا در حکم یا در تطبیق حکم بر مورد خاص، ضرر مادی یا معنوی متوجه کسی گردد، در صورت تقصیر، مقصر طبق موازین اسلامی ضامن است و در غیر این صورت خسارت بوسیله دولت جبران می شود....

موضوعات دیگر، خود باید تشخیص دهد و فقیه جز القاء مفهوم حکم یا تعریف، وظیفه دیگری در قبال وی ندارد. البته ملکف در تشخیص مصادیق باید از رویه متعارف استفاده کند و حق ندارد رویه‌ای خود ساخته و به دور از متعارف را برگزیند و این امر منحصر به یافتن مصادیق در امور دین نیست بلکه در تمام امور جاری در روابط فرد و جامعه، باید رویه‌ای اتخاذ شود که عرف بدان عمل کند. در این خصوص فقیه هم مانند دیگر افراد خواهد بود و او هم در تعیین مصادیق به نظر خود و تشخیص فردی عمل می‌کند بدون آنکه دغدغه خلاف مشهور و یا خلاف اجماع یا اقوال بزرگان را داشته باشد چه این دل واپسی در صدور حکم بجاست تا مبداً مثلاً خلاف اجماع که یکی از مآخذ استنباط حکم است فتوا دهد اما در تشخیص موضوع چنین دل واپسی‌ای وجود ندارد.

دایره تشخیص موضوع به قدری می‌تواند وسیع باشد که امکان دارد در یک مسئله خاص، مقلد و مرجع تقلید به لحاظ تشخیص موضوع، متفاوت عمل کنند. مثلاً مقلدی که مرجع تقلید وی خوردن ماهی بدون فلس را حرام می‌داند ممکن است در خصوص نوع ماهی با مرجع تقلید خود از لحاظ فلس دار بودن یا نبودن ماهی اختلاف نظر پیدا کنند و مجتهد وی آن ماهی را فلس دار بداند ولی مقلد آن را بدون فلس تشخیص دهد. در چنین مواردی چون نظر هر یک برای خود معتبر است خوردن این ماهی برابر فتوای مرجع تقلید فرضی بر مقلد حرام ولی برای خود مرجع تقلید حلال خواهد بود و در این مورد نباید مقلد در خصوص تشخیص موضوع از نظر خود صرف نظر کرده و تابع نظر مرجع تقلید گردد، اگرچه در حکم موضوع از وی تقلید می‌کند.

البته اگر تشخیص مرجع تقلید به قدری دقیق و علمی باشد که موجب قطع و یقین برای مقلد گردد، در اینجا از باب رجوع به اهل خبره - نه تقلید از مجتهد - طبعاً مقلد تشخیص خود را کنار می‌نهد زیرا یا یقین و قطع برایش حاصل می‌شود و یا ظنی که اقوای از ظن خود اوست و در هر صورت نظر و تشخیص اولیه‌اش خدشه دار خواهد شد.

شاید نمازگزاردن براء ابن معرور و همراهان او هنگام مراجعت از مکه به مدینه و تأیید ضمنی عمل هر دو از سوی پیامبر از نوع تشخیص موضوع باشد. هم براء و هم همراهان وی می‌دانستند که باید نماز را به سوی قبله خواند اما قبله تا آن زمان به طور صریح تعریف نشده بود و مستفاد از آن لفظ، فی الجمله مکان مقدس بود و این مکان

مقدس می‌توانست کعبه باشد یا بیت المقدس یا هر جای دیگر که مرتبط با تجلی پروردگار است^۱ و عمل پیامبر هم به تصریح تعیین کننده قطعی قبله نبود چه آن حضرت وقتی در مکه بود در بیت الله الحرام در جایی به نماز می‌ایستاد که رو به بیت المقدس داشت و کعبه هم در جلوی روی ایشان قرار می‌گرفت (جایی که اکنون امام جماعت در خانه خدا می‌ایستد) و این عمل قابل تفسیر به دو وجه بود از طرفی وقتی پیامبر (ص) به مدینه آمد هنگام نماز رو به بیت المقدس ایستاد و از این رو آن دو مسلمان در تعیین قبله دچار تردید شدند و هر یک به جهتی که خود قبله می‌دانستند نماز گزاردند و چون به محضر رسول خدا رسیده و ماقع را بازگو کردند، آن حضرت خطاب به کسی که رو به کعبه نماز خوانده بود فرمود: «لقد كنت على قبلة لوصبرت عليها» (ابن اثیر، ۱/۱۷۳-۱۷۴). در این مورد به کار بردن واژه قبله به صورت نکره می‌رساند که تشخیص قبله پیش از تعیین و تعریف آن به وسیله شارع بر عهده فرد مسلمان بوده است.

فقطها هنگام بیان احکام، گاه بحث از مصادیق را به میان آورده‌اند تا چگونگی حکم را بیان کنند و در واقع به عنوان یک فرد عادی - بدون دیدگاه فقهی - مثالهایی برای موضوعی که در صدد بیان حکم آنند ذکر می‌کنند. به عنوان نمونه چنانکه گفته شد در باب قذف متعرض این مسأله شده‌اند که اگر کسی به دیگری بگوید: «کشخان» یا ای «دیوث» آیا قذف محقق شده است یا نه؟^۲ در حالی که پیشتر از آن بیان داشته‌اند که قذف باید به وسیله لفظ صریح در نسبت دادن عمل لواط یا زنا به دیگری باشد.

طرح سؤال فوق، نه برای تعیین موضوعی خاص بلکه برای نشان دادن این است که الفاظ یاد شده صریح در نسبت می‌باشد یا نه؟ طبعاً برداشتهای متفاوت از آنها موجب تفاوت حکم خواهد شد و چنین برداشتهایی نمی‌تواند منتسب به نظر فقیه باشد و لذا در پی بحث از صراحت الفاظ یاد شده یا نظایر آنها گفته‌اند: ملاک، تشخیص عرف است و

۱. در آیه شریفه ۱۱۰ از سوره بقره آمده است: ولله المشرق والمغرب اینما تولوا فثم وجه الله ان الله واسع علیم.

۲. برای این دو لفظ معنای متفاوتی ذکر شده چنانکه شهید ثانی در مسالک الافهام می‌گوید: «تغلب گفته (القرنان) و (الکشخان) را در سخن عرب ندیدم و معنای آن نزد مردم عامی همانند (دیوث) و چیزی شبیه آن است» (چاپ سنگی، سال ۱۳۱۴ق. جلد دوم بدون شماره صفحه).

قصد گوینده و همین اظهار نظر به خوبی می‌رساند که منظور فقیه از آوردن این مصادیق این نبوده که آنها را قطعاً مشمول حکم یا خروج از شمول حکم قرار دهد و به اصطلاح فتوایی در این خصوص صادر کند بلکه نظر کارشناسانه خود را به عنوان فردی که تابع برداشت عرف است ابراز داشته.

آوردن چنین مسأله‌ای در کتب فقهی و حتی می‌توان گفت در کتب حدیثی رفته رفته این ذهنیت را برای استفاده کنندگان به وجود آورد که شاید پاره‌ای از این گونه مصادیق، خواه ناخواه مشمول حکم شرعی هستند و به عبارت دیگر آنچه فقیه به عنوان نمونه موضوع حکم معرفی کرده همواره موضوع حکم خواهد بود و تخطی از آن روا نیست و از همین جا اشکال مورد نظر بروز کرده است.

بیان مشکل و راه حل پیشنهادی

مشکل عمده‌ای که در این زمینه بروز کرده و امکان بروز آن باز هم فراهم است، این است که موضوعات، بر اثر تحولات و رویدادها و حتی عوامل طبیعی تغییرپذیرند و در این راستا پاره‌ای از آنچه قبلاً فقها به عنوان مصداق حکم تلقی کرده‌اند هم اکنون یا در آینده ممکن است وصف موضوعیت خود را از دست بدهد و این سوال را به وجود آورد که وقتی فقها حکم و جوب و حرمت را بر فلان عنوان یا مصداق مترتب ساخته‌اند و در شرایط موجود ترتب چنین احکامی بر مصادیق یا عناوین مذکور بعید به نظر می‌رسد، به خصوص که در مرئی و منظر عالمان دینی صاحب قدرت در امر و نهی، برخلاف حکم پیشین عمل می‌شود و ایشان با سکوت خود نوعی مهر تأیید بر آن می‌زنند، چه باید کرد و چه دلیل موجهی بر این امر وجود دارد؟

برای روشن شدن مطلب و احتراز از کلی‌گویی به چند مورد اشاره می‌شود:

۱-۴- مواضع زینت و پوشش زنان

بسیاری از فقها شنیدن صدای مرد اجنبی را برای زنان حرام می‌دانند و همچنین شنیدن صدای زن را بر مرد^۱ ولی هم اکنون مشاهده می‌شود در مجامع و محافل که فقها

۱. شهید ثانی در شرح لمعه می‌گوید: «برای مرد نابینا قطعاً جایز نیست که صدای زن اجنبی را از روی

هم حضور دارند، زنان صدای مردان و بالعکس مردان صدای زنان اجنبی را استماع می‌کنند و یا دست کم از طریق رادیو و تلویزیون سماع و استماع صورت می‌گیرد و مراجع تقلید، در حالی که هیچ مشکلی برای ابراز مخالفت با امور غیر شرعی ندارند و اکثراً منفی نسبت به این امر نشان نمی‌دهند. در همین زمینه بحث مفصلی چه در احادیث و چه در فتاوی فقیهان آمده که زن کدام قسمت از بدن خود را می‌بایست از مرد نامحرم و اجنبی بپوشاند.

اصل حکم لزوم پوشش برای زنان فی الجمله از آیه شریفه ۳۱ سوره نور استفاده می‌شود که در آن آمده است: «زنان نباید زینت خود را نشان دهند مگر برای شوهران و محارم خویش». در آیه مزبور ابراز وجوب پوشش که حکم است بر موضوع (زینت) مترتب شده و لذا سؤال این است که زینت چیست؟

همچنین از حکم (وجوب پوشش)، زینتهای ظاهر استثنا شده و لذا این پرسش به وجود می‌آید که کدام زینت، ظاهری محسوب می‌شود تا پوشش آن لازم نباشد؟ چنین سؤالهایی، هم در احادیث آمده و هم در فتاوی فقها، که در همه آنها پاسخ، ناظر به مصادیق است و این مصادیق در زمانها و حتی مکانهای مختلف متفاوت‌اند.

به عنوان نمونه در چند روایت آمده که مرد نمی‌تواند به بدن زن اجنبی نگاه کند جز به صورت و کف دو دستش (حر عاملی، باب ۱۰۹ از ابواب مقدمات نکاح، حدیث ۵)، در حالی که در روایت دیگر (همانجا) علاوه بر صورت و کف دو دست، قدمها هم از حرمت نگاه استثناء شده و در حدیث سوم، همراه کف دست انگشتان هم استثنا شده است (تفسیر جوامع الجامع، ذیل آیه ۳۱ سوره نور). در روایتی دیگر آمده که می‌توان به لباس و سرمه و انگشتری و خضاب کف دست و النگوی زن نگاه کرد (المستدرک، باب ۸۴، مقدمات نکاح، حدیث سوم). این موارد جزء زینتهایی محسوب گشته که در قرآن

←

لذت و ریب و در صورت خوف فتنه بشنود اما در صورت نبودن این موارد از متن شرایع الاحکام و قواعد و تحریر و ارشاد و تلخیص چنین استفاده می‌شود که (بازهم) حرام است زیرا صدای زن عورت است و بنابراین شنیدن آن حرام و بر او لازم است که آن را در هر حال بپوشاند (جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ۹۷/۲۹).

مجید از حکم وجوب پوشش استثناء شده و فقها با توجه به روایات که همه ناظر به مصادیق «زینت ظاهری» مذکور در آیه شریفه‌اند، فتاویٰ مختلفی دارند و معمولاً صورت و کف دو دست را از لزوم پوشش استثناء نموده و نگاه بدانها را حرام نمی‌دانند. اما فقهای هم هستند که اجازه نگاه کردن به هیچ قسمتی از بدن زن را برای مرد اجنبی مجاز نمی‌دانند، خواه از روی لذت باشد یا نه و دلیل آنان این است که زن عورت است و پوشش عورت لازم و نگریستن به آن حرام (جواهر الکلام، ۲۹/۷۷). ایشان برای اثبات نظر خود، علاوه بر آیه حجاب و سیره متدینان به روایتی استناد می‌کنند که در آن نگاه به زن اجنبی نهی شده زیرا نگاه به نامحرم تیری از تیرهای زهر آلود شیطان است (حر عاملی، باب ۱۰۴ از ابواب نکاح).

این اختلاف فتوا و تفاوت عبارات احادیث، به خصوص وقتی بدانیم که ناظر به آیه قرآنی و در جهت بیان موضوع و ذکر مصادیق موضوع مذکور در آیه است، به خوبی می‌رساند که موارد ذکر شده در آنها به قصد نشان دادن مصداق و نمونه بوده است و اگر غیر از این باشد حداقل در مورد احادیث باید گفت تمام موضوع حکم در آنها بیان نشده و این نقصی است در کلام معصوم، آن هم در مقام بیان حکم، که با شئون عصمت منافات دارد. بنابراین می‌توان حدس زد، که چه احادیث و چه فتاویٰ فقها، در مقام بیان تعریف موضوع به عنوان یک مصطلح شرعی نبوده بلکه مصادیق را بیان داشته‌اند که در مقام تخاطب و ذهنیت عرفی وجود داشته موجب تفاوت پاسخ گشته است. این تفاوت و ذهنیت در مورد پوشش زنان تا امروز هم ادامه دارد و در جامعه مطرح است و به نظر می‌رسد با دگرگونی شرایط و تغییر عناوین، عمل به حکم هم متفاوت خواهد بود. رویه جامعه اسلامی، به خصوص در پوشش زنان شهری و روستایی که از دیرباز شناخته شده و مورد عمل بوده و هست؛ تفاوت نگرش به موضوع را بیان می‌کند.

۲-۴- نفقه زوج

فقها عموماً لزوم پرداخت نفقه به وسیله شوهر را مستند به آیه شریفه و عاشروهم بالمعروف.... (نساء/۱۹) کرده‌اند که در آن امر شده است مردان با زنان خود بدانچه متعارف است رفتار کنند و یکی از موارد این رفتار متعارف هم پرداخت نفقه است که طبعاً نوع متعارف آن باید در نظر گرفته شود و این بستگی دارد به شرایط اجتماعی و

حالات زن و مرد. فقها به این امر توجه کرده و لذا در پاسخ سؤال فرضی یا مطرح شده که نفقه شامل چه چیزهایی است جوابهای گوناگون داده‌اند. گروهی مانند شیخ طوسی و ابن براج مقدار آن را تعیین کرده‌اند - آن هم در خوراکها - اگرچه فتوای شیخ در کتاب المبسوط با فتوای وی در کتاب الخلاف اندکی متفاوت است. در مقابل، دسته دیگری از فقها مانند ابن جنید و ابن ادریس برآنند که میزان نفقه معین نیست. ابن جنید می‌گوید: «حق زن بر شوی آن است که گرسنگی وی را برطرف ساخته و پوشاک وی را فراهم سازد و حد متوسط آن که هر سه روز به او غذای گوشتی بدهد (نک: مختلف الشیعه، بی صفحه). به عقیده ابن ادریس «نفقه زنان نزد امامیه معین نیست، برخلاف نظر شیخ طوسی که در مسائل خلاف بر آن شده که نفقه معین است و مقدار آن یک مد می‌باشد و وزن مد هم دو رطل و یک چهارم رطل است و دلیل آن را اجماع فرقه امامیه دانسته است و این اظهار نظر از وی عجیب است». ابن ادریس در رد نظر شیخ طوسی می‌گوید: «هیچ روایتی در خصوص تعیین میزان نفقه وارد نشده و فقهایی هم که کتاب نوشته‌اند در هیچ یک از نوشته‌های خود مقدار نفقه را تعیین نکرده‌اند مگر فقهایی که از شیخ طوسی تقلید و پیروی کرده‌اند (السرائر، ۲/۶۵۵).

در این مقال فرصت پرداختن به چگونگی پرداخت نفقه و انعکاس آراء فقها نیست و جا دارد در نوشتاری دیگر مستقلاً بدان پرداخته شود ولی غرض از ذکر این آراء این است که نشان داده شود آنچه موجب تفاوت فتوهای فقیهان شده، نه مفهوم نفقه بلکه ورود در بیان مصداق بوده است که گروهی آن را معین کرده و در تعیین آن با یکدیگر اختلاف نظر پیدا کرده‌اند و گروه دیگر آن را بر عهده عرف نهاده‌اند.

این که گفته شده در روایات (که پس از قرآن مهمترین منبع برای بیان احکام است) مقدار نفقه تعیین نشده و فقها هم در کتب خود - جز تابعان شیخ طوسی - مقداری برای آن در نظر نگرفته‌اند، به خوبی می‌رساند که فقهایی چون شیخ طوسی هنگام تعیین مقدار در صدد پاسخ به مصداق بوده‌اند که طبعاً نسبت به موارد، متفاوت خواهد بود و لذا مرحوم شیخ در کتاب المبسوط می‌فرماید: «اگر شوهر متمکن باشد در هر روز باید دو مد و اگر فرد متوسط و ظاهر آراسته باشد یک مد و نیم و اگر تنگدست باشد یک مد پرداخت کند» (۶/۶-۷). ولی همو در کتاب خلاف می‌فرماید: «نفقه زنان معین است و آن

دو رطل و یک چهارم رطل است» (۵/۱۱۲). اگر دو نظر شیخ را ناظر به تعیین مصداق بدانیم تناقض آن دو برطرف می‌شود چه می‌توان گفت در هر مورد ناظر به شرایط خاصی است که موضوع را عوض می‌کنند و گرنه تأمین مخارج زن در حد متعارف به استناد آیه شریفه یاد شده بر عهده شوهر است و در این خصوص اختلافی وجود ندارد.

۳-۴- خرید و فروش نجاسات

چیزهای نجس مانند خون، مردار، سگ، شراب و... به اجماع فقها حرام و معامله با این اشیاء باطل است. با وجود این و به طور قطع، خرید و فروش بعضی از نجاسات به استناد روایاتی که از پیامبر اسلام (ص) یا امامان معصوم (ع) نقل شده از این حکم مستثنی گشته مانند سگ شکاری، که از آن به «کلب سلوقی»^۱ یاد شده و همه فقها خرید و فروش آن را جایز می‌دانند و بیشتر ایشان حکم سگ نگهبان مزرعه و خانه را هم به دلیل مفید بودن همانند حکم سگ شکاری می‌دانند.

آنچه در این مسأله می‌تواند از نوع بیان مصداق باشد اختلاف نظری است که فقها در خصوص خرید و فروش نجاسات و یا اشیاء غیر مفید دارند. به همین جهت در مورد فضولات حیوانات، اعم از نجس و پاک، و نیز در مورد خرید و فروش میمون و فیل (که جزء نجاسات نیستند) نظرات مختلف اظهار داشته‌اند.

شیخ طوسی در کتاب النهایه می‌گوید: خرید و فروش و تصرف در بول هیچ یک از حیوانات جز بول شتر روا نیست (نک: مختلف الشیعه، ۲۶۲) ولی همو در کتاب المبسوط می‌فرماید: ظاهر این است که معامله هر آنچه دارای فایده باشد جایز است (نک: همانجا). به همین جهت شیخ در کتاب النهایه خرید و فروش حیواناتی چون میمون و فیل و خرس و درندگان را جایز نمی‌داند اما یوزپلنگ را استثناء می‌کند زیرا معتقد است که می‌توان به وسیله آن صید کرد (همانجا).

شیخ در کتاب المبسوط دایره مفید بودن را که دلیلی است برای جواز معامله و کسب درآمد به وسیله این حیوانات، توسعه داده و فرموده: «ظاهر آنست که حیوانات حرام گوشت مانند یوزپلنگ و پلنگ و فیل و پرندگان شکاری و شاهین و عقاب و روباه و مانند

۱. منظور سگ شکاری است که از روستایی در یمن به نام سلوق آورده می‌شده و چنانکه ابن ادریس فرموده سلوقی بودن خصوصیتی ندارد بلکه هر سگ شکاری را می‌توان خرید یا فروخت.

آنها همه خرید و فروششان رواست. اما اگر فایده نداشته باشد مانند شیر و گریگ خرید و فروش آنها جایز نیست» (۱۶۶/۲).

از این اظهار نظرها می‌توان استفاده کرد که ملاک در تجویز معامله نجاسات مفید بودن آنهاست و لذا سگ که برابر نظر اکثر قریب به اتفاق فقهای اسلام اعم از شیعه و سنی نجس است وقتی دارای فایده باشد، بیع و شراء آن تجویز شده، آن هم از زمان پیامبر اسلام (ص)، چه رسد به حیوانات و اشیاء دیگر و این که فقها و حتی یک فقیه در مورد یک یا چند حیوان یا شیء اظهار نظر متفاوت کرده‌اند مربوط می‌شود به مفید بودن یا عدم فایده آن و همین ملاک، تحت شرایط مختلف تغییرپذیر است زیرا ممکن است یک شیء یا یک حیوان در شرایطی عرفاً مفید تلقی شود و در شرایط دیگر غیر مفید.

هم اکنون در شرایط فعلی جامعه، خرید و فروش خون متعارف است و مفید بودن آن برای تهیه بعضی داروها و یا تزریق به انسان مسلم می‌باشد، بنابراین خون انسان یا هر حیوان دیگر، که خونس جهنده باشد، اگرچه نجس است ولی اگر دارای فایده باشد می‌توان آن را خرید و یا فروخت و اگر در کتب فقهی چنین معامله‌ای باطل و حرام اعلام شده بدان جهت بوده است که در آن زمان هیچ فایده حلالی برای آن متصور نبودند و آن را از مصادیق اشیاء بی‌فایده محسوب می‌کردند. همین حکم در خصوص فاضلاب و زیاله، که امروزه از آن به «طلای کثیف» یاد می‌شود قابل اجرا خواهد بود.

۴-۴- تسلط در قاعده نفی سبیل

آخرین موردی که در این نوشتار به عنوان نمونه آمیختگی مصداق با مفهوم یادآور می‌شویم پاره‌ای از امور است که فقها آنها را از مصادیق تسلط کافر بر مسلمانان دانسته‌اند.

در خصوص تسلط کفار بر مسلمین به موجب قاعده نفی سبیل، که متخذ از آیه شریفه: *لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً* (نساء/۱۴۱) است در شرایط غیر اضطراری نباید مسلمان تن به تسلط کافر دهد و بر مسلمانان لازم است از تسلط کافران بر خود جلوگیری کنند و هر عملی که موجب تسلط کافری بر مسلمانی گردد ناروا و اگر معامله‌ای باشد باطل خواهد بود. از این رو فقها بر آنند که زن مسلمان نمی‌تواند با هیچ مرد غیر مسلمانی - حتی اهل کتاب - ازدواج کند در حالی که بعضی از فقیهان ازدواج مرد

مسلمان را با زن غیر مسلمان اهل کتاب جایز می‌دانند. دلیل عمده برای این حکم همان قاعده نفی سبیل ذکر شده است که می‌گویند: چون در ازدواج همواره مرد نیروی حاکم و مسلط و برتر است، وقتی زن مسلمان همسر مرد کافر شود موجبات تسلط کافر بر مسلمان فراهم می‌گردد ولی عکس آن چنین نیست. از این قاعده در بسیاری از موارد استفاده شده و فقها آن موارد را از مصادیق تسلط محسوب کرده‌اند که شاید در شرایط فعلی چنین عنوانی را نداشته باشد. مثلاً گروهی فتوا داده‌اند که کافر حق ندارد خانه خود را بلندتر از خانه همسایه مسلمان خویش بنا کند و این حکم را مستند به قاعده یاد شده کرده‌اند (نک: المبسوط، ۲/۴۶). در حالی که در شرایط فعلی ذهنیت افراد جامعه به چنین مفهومی در بنای خانه توجه ندارد. گرچه در جوامع پیشین ساختن چنین خانه‌ای یا سواره بودن شخص در برابر پیاده بودن دیگری نشانه سلطه بود.

۴-۵- راه حل پیشنهادی

با ذکر چهار مورد از مصادیق موضوعاتی که با تصریح فقها مشمول حکم شده و با در نظر گرفتن تفاوت آرای که گاه یک فقیه در جاهای مختلف نسبت به یک موضوع ابراز کرده، می‌توان بدین نتیجه رسید که آنچه در تشخیص موضوعات حامل حکم شرعی اهمیت دارد ابزار و وسیله شناخت می‌باشد که در ماهیات شرعی تعاریف رسیده از شارع چگونگی آن را روشن می‌سازد، اگرچه برداشتهای متفاوت از این گونه تعاریف نیز وجود دارد. ولی وقتی توجه کنیم که چنین وضعی در احکام مترتب بر موضوعات هم از دیرباز وجود داشته مطلب سهل خواهد شد. به علاوه که در ماهیات شرعی چندان اختلاف برداشتی وجود ندارد.

در ماهیات غیر شرعی ابزار و ملاک تشخیص عرف می‌باشد و پر واضح است که عرف در زمانها و مکانهای مختلف گوناگون است و اگر در کلام فقها موضوعی از این دست مشمول حکمی قرار گرفته نباید آن را یک امر شرعی غیر قابل تغییر دانست بلکه در صورت تفاوت موضوع در زمانها و مکانهای مختلف باید پذیرفت که امکان دارد موضوع فعلی با موضوعی که در اصل مشمول حکم شده یکی نباشد. و از این رو در التزام بدین امر که حکم شارع به موضوع فعلی سرایت نمی‌کند، مخالفتی با حکم شرعی

نشده است. چنانکه در هیچ یک از مواردی که موضوعات تخصصاً یا تخصیصاً از عموماً شرعی خارج می شود مخالفتی با حکم شرع ایجاد نمی شود. در شرایط کنونی که تحولات سریعی در تمام شئون جامعه رخ داده و همچنان در حال رخ دادن است، بسیاری از مفاهیم نسبت بدانچه در گذشته متعارف بوده، متفاوت بلکه در پاره‌ای موارد، متباین گردیده، اگر گفته شود: حکمی که در گذشته، حتی از سوی شارع، برای فلان موضوع به مفهوم خاصی در آن زمان مقرر شده، امروز، به دلیل آنکه مفهوم متبادر از آن موضوع، غیر از آن مفهومی است که در زمان صدور حکم، عرف برای آن قائل بوده، پس شامل آن موضوع نمی شود، سخنی به گزاف گفته نشده است. با این اقتراح - اگر مورد پذیرش صاحب نظران باشد - جادارد موضوعات مشمول حکم شرعی به ویژه موضوعاتی که در کتب فقها تکرار و نهادینه شده را بازبینی کرد، و تغییر یا عدم تغییر آنها را از زمان وضع حکم تاکنون روشن ساخت.

کتابشناسی

- ابن ادریس، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، جامعه مدرسین قم، ۱۴۱۷ق.
- ابن اثیر، اسد الغابة فی معرفة الصحابة، دار احیاء التراث العربی، بیروت، بی تا.
- ابن قدامة، المغنی، دار احیاء التراث العربی، بیروت، بی تا.
- انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، چاپ تبریز، ۱۳۷۶ق.
- حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعة الی تحصیل الشریعة، کتابفروشی اسلامیة، تهران، ۱۳۹۸ق.
- خراسانی، آخوند ملا محمد کاظم، کفاية الاصول، کتابفروشی اسلامیة، تهران بی تا.
- شیخ طوسی، الخلاف، جامعه مدرسین قم، ۱۴۱۲ق.
- همو، المبسوط فی فقه الامامیه، کتابفروشی مرتضویه، تهران، ۱۳۸۷ق.
- شهید ثانی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، کتابفروشی طباطبایی، قم، بی تا.
- فاضل مقداد، کنز العرفان فی فقه القرآن، انتشارات مرتضوی، تهران، ۱۳۶۹ش.
- طبرسی، امین الاسلام، تفسیر جوامع الجامعه، چاپ سنگی، بی تا.
- علامه حلی، مختلف الشیعه، چاپ سنگی، ۱۳۲۳ق.

مشکینی، حاج میرزا علی، اصطلاحات الاصول، دفتر نشر الهادی، قم، ۱۳۶۷ق.
نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، انتشارات اسلامیة، تهران،
۱۳۶۷ش.

نوری، میرزا حسین، المستدرک، چاپ قدیم.