



The Scientific Journal in Jurisprudence and Bases of Islamic law The ۱۴ rd.

Year/NO: ۳ Autumn ۲۰۲۱

مفهوم پنداری مصادیق در فقه با تاکید بر باب معاملات

مریم سلطان زاده یامچی<sup>۱</sup> محمد جعفری هرنندی<sup>۲</sup> اصغر عربیان<sup>۳</sup>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۱/۳۱

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۴/۰۶

#### چکیده:

احکام فقهی و مفاهیم کلی مترتب بر موضوعات است، در شرایط کنونی که تحولات سریعی در تمام شئون جامعه رخ داده و همچنان در حال رخ دادن است، بسیاری از مفاهیم نسبت بدان چه در گذشته متعارف بوده، نه تنها متفاوت، بلکه در پاره‌ای موارد، متباین است، به دلیل اینکه بیشتر موضوعات متخذ از عرف و جامعه است و فقها همراه حکم شرعی، موضوع آن را که تعیین و تعریف آن بر عهده آنها نبوده بیان کرده‌اند. حتی گاه به تعیین مصداق هم پرداخته‌اند و همین امر موجب گشته که تصور شود محدوده حکم شرعی همان موضوعی است که فقها بیان کرده‌اند و این دو جدایی ناپذیرند، در پی چنین تصویری مشکلاتی بوجود آمده که هم اکنون گریبان‌گیر جامعه فقاهتی است، لذا در این مقاله سعی شده است مواردی از موضوعات مشمول حکم شرعی به ویژه موضوعاتی که در کتب فقها تکرار و نهادینه شده‌اند بررسی شود و تغییر یا عدم تغییر آن‌ها از زمان وضع تا حال روشن گردد.

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

۱. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

soltanzadeh8221@gmail.com

۲. دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده علوم انسانی، واحد یادگار امام (ره) دانشگاه آزاد اسلامی شهر ری، تهران، ایران) نویسنده مسؤول.

harandi\_lawyer@yahoo.com

۳. دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، الهیات علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران a-arabian@srbiau.ac.ir

## مقدمه

گسترش جامعه و پیشرفت وسائل ارتباطی، روابط جدیدی در صحنه اجتماع انسانی پدیدار نموده و این روابط جدید، موضوعات جدیدی را بوجود آورده‌اند، 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 یک موضوع آن هم در شرایط متفاوت تغایر حکم را به ذهن تداعی می‌کند.

از طرفی ممکن است موضوعات بر اثر تحولات و تغییرات در روابط اجتماعی و اقتصادی و حتی عوامل طبیعی از تحت عنوان اصلی خارج شده و داخل در اصول دیگر شریعت قرار گیرد و در این راستا پاره‌ای از آنچه قبلاً فقها به عنوان مصداق حکم تلقی کرده‌اند ممکن است هم‌اکنون یا در آینده وصف موضوعیت خود را از دست بدهند و این مساله پیش می‌آید که وقتی فقها حکم و جوب و حرمت را بر فلان عنوان یا مصداق مرتب ساخته‌اند و در شرایط موجود ترتب چنین احکامی بر مصادیق یا عناوین مذکور بعید به نظر می‌رسد چه باید کرد و چه دلیل موجهی بر این امر وجود دارد.

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 آن که مفهوم متبادر از آن موضوع، غیر از آن مفهومی است که در زمان صدور حکم، عرف برای آن قائل بوده، پس شامل آن موضوع نمی‌شود، سخنی به گراف گفته نشده است.

## اهداف تحقیق

اما هدف از این تحقیق متمایز ساختن مصادیق و مفاهیم در آراء فقها و دستیابی به خاستگاه آمیختگی مفاهیم با مصادیق در آراء فقها و نیز پاسخ به این سوالات است که موارد آمیختگی مفاهیم با مصادیق آن در آراء فقها کدام‌اند؟ خاستگاه آمیختگی مفاهیم با مصادیق آن در آراء فقها کدام‌اند؟ و فقها در چه مواردی باید، یا، می‌توانند بیان‌کننده موضوعات احکام باشند؟ و چه انگیزه‌ای باعث شده تا پاره‌ای از موضوعات همراه حکم خود پایدار بمانند و مخالف با آن‌ها راحت نباشد؟

## ۱. اهمیت شناخت موضوع و چگونگی تشخیص آن

واژه‌های فقه و اجتهاد یا فقیه و مجتهد با معنای حکم شرع، پیوندی بس تنگاتنگ دارند، چه آن که برای نمونه فقه را شناختی خاص از احکام شرع شمرده‌اند. (شهید ثانی، ۱۴۰۶ق، ص ۲۶)، و فقیه را کسی خوانده‌اند که این معرفت را در صدف جاننش پاس می‌دارد از همین روست که همگان از فقیه و مجتهد، شناخت حکم شرع را انتظار دارند.

اما از آنجا که حکم از مقوله محمول است، محمول نیز آویخته موضوع و رتبه‌اش قبل از موضوع - چه با نبودش محمول نیز بودی ندارد- بایسته است پیش از پرداختن به حکم، موضوع را دریافت. 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 برداشت متفاوت از یک موضوع، آن هم در شرایط متفاوت، تغایر حکم را به ذهن تداعی می‌کند و در مواردی بسیار، شناخت موضوع بی‌مشکل می‌نماید، اما از یک سو، دگرگونی زمان و مکان، تحولات دوران همراه با پیشرفت شگرف علوم و... موضوعاتی جدید و چه بسا پیچیده را به پیشگاه فقیهان تقدیم می‌کند و از سوی دیگر، موضوع بودن برخی امور را که قرن‌ها در موضوع بودن آن سخنی نبوده، به چالش می‌کشاند.

## ۱-۱ رابطه موضوع و حکم در فقه

موضوع در مقام استنباط و افتاء یا در مقام قضاوت نقشی اساسی را ایفا می‌کند. اساساً ترتب احکام شرعی بر موضوعات، به نحو قضایای حقیقیه است. به این معنا که «متی تحقق الموضوع تحقق الحكم، هر گاه که موضوع تحقق یابد، حکم نیز تحقق می‌یابد». از این رو منظور از مرحله فعلیت - از مراحل چهارگانه حکم (اقتضا، انشا، فعلیت و تنجز) که در سخن اصولیان از جمله صاحب کفایه آمده (آخوند خراسانی، ۱۴۱۲ق، ص ۳۶) - این است که شارع در مقام انشا، حکم را روی موضوع می‌برد وجود و عدم این حکم، دایر مدار وجود و عدم آن موضوع است و از همین روست که وجود موضوع را برای حکم مقدرالوجود فرض می‌کنند. لذا رابطه بین موضوع و حکم را، رابطه علیت می‌دانند، البته نه علیت در مقام ثبوت، بلکه علیت در مقام اثبات، چون علیت در مقام ثبوت مربوط به مرحله تکوین است، ولی علیت در مقام اثبات، قراردادی است. اگر قضیه‌ای فلسفی باشد، نسبت موضوع و حکم، علیت در مقام ثبوت است، یعنی واقعاً و تکویناً این موضوع علت این حکم است. اما در فقه چون ترتب احکام بر موضوعات به جعل و اعتبار شارع است، رابطه میان حکم و موضوع علیت است (کاظمی، ۱۴۰۹ق، ج ۳، ص ۹)، ولی علیت در مقام اثبات، به این معنا که تحقق موضوع در خارج سبب می‌شود که این حکم به سبب جعل و اعتبار شارع ثابت شود، نه اینکه حکم از ذات موضوع تراوش کند. به دلیل اعتباری بودن این رابطه است که آقای خوئی هنگام بحث از اینکه آیا حکم، الزام است یا چیز دیگر، تعبیر «جعل العهده» آورده، یعنی شارع جعل عهده کرده و از مکلفان پیمان گرفته است. برای مثال وقتی شارع می‌گوید: «إذا زالت الشمس فصل، هرگاه خورشید زوال یافت نماز بگزار»، هنگامی که شرط تحقق پیدا کرد - چون شرط جزء موضوع است - این تکلیف و عهده بر ذمه شما می‌آید، نه اینکه الان شارع برای شما انشای حکم می‌کند بلکه جعل عهده کرده است.<sup>۱</sup>

## ۲. اقسام موضوع و مرجع تبیین هر قسم

همه موضوعات مطرح شده در فقه، از یک سنخ نیستند و همه آن‌ها در معرض تغییر و تحول قرار ندارند. پس می‌سزد که در خور بحث خود، تقسیم‌بندی جدیدی از موضوعات فقهی داشته باشیم، تا بتوانیم موضوعاتی را که استعداد تحول دارند و تحت تاثیر تحولات اجتماعی هستند از موضوعات ثابتی که تحولات جامعه در آن‌ها بی اثر است، بازشناسیم.

۱. درباره تعریف حکم ر. ک: محمد سرور واعظ حسینی بهسودی، مصباح الاصول (تقریرات درس آیت الله سید ابوالقاسم خوئی) ج ۳، ص ۷۷ و ۷۸.

## ۱-۲ موضوعات مخترع شرعی و مرجع تشخیص آن‌ها

بسیاری از موضوعات مطرح شده در فقه، امور اعتباری هستند که خود شارع اقدام به تأسیس و اعتبار آن‌ها کرده است و بدون تعلیم شارع معنای آن قابل دریافت نیست. نماز، روزه، زکات، حدود، قصاص، و... از این دست موضوعات هستند که در اصطلاح آن‌ها را مجعولات شرعی یا مستنبط شرعی نیز گویند، زیرا فقیه باید آن را از ادله استخراج کند. پاسخگوی شبهات درباره ماهیت مخترع شرعی، شارع است چرا که خود آن را ایجاد کرده است و هر چه را که شارع پاسخگوی آن است. وظیفه فقیه است که بیابد مراد از موضوع چیست و شارع چه خواسته است و ضوابط آن کدام است؟

## ۲-۲ موضوعات مستنبط عرفی و مرجع تشخیص آن

برخی دیگر از موضوعات، مستنبط از عرف هستند، یعنی از عرف أخذ و با تصرفاتی از سوی شارع، ارائه شده‌اند، انسان در زندگی اجتماعی خود، دارای رفتارها و روابطی است که بخش عظیمی از آن‌ها زیر پوشش مقررات شریعت قرار گرفته‌اند، این گونه رفتارها و پیوندهای اجتماعی را موضوعات عرفی می‌نامیم. این دسته از موضوعات اگر چه ظرف احکام شریعت هستند، اما خود آن‌ها از شریعت ناشی نشده‌اند، بلکه محصول روابط متقابل انسان‌ها در زندگی اجتماعی خود هستند.

ضرورت‌های زندگی جمعی این رفتارها و پیوندها را آفریده است و شریعت فقط با احکام خود، آن‌ها را تصحیح کرده و در جهت مشخصی هدایت می‌کند. مفاهیم اعتباری مانند: داد و ستد، ملکیت، زوجیت، حاکمیت و... همچنین پدیده‌های واقعی و محسوس، مانند: پول، موسیقی و مجسمه‌سازی، از این دست موضوعات هستند. موضوع بودن این گونه موضوعات در فقه، به اعتبار احکامی است که در شریعت برای آن‌ها وضع شده است: یعنی چون این مفاهیم یا پدیده‌های اجتماعی، محمل احکامی از شریعت هستند، در علم فقه نیز به عنوان موضوعات فقهی مطرح شده‌اند. در این قسم یعنی موضوعات مستنبط، به مقداری که وظیفه شارع بیان آن است، همان مقدار نیز فقیه وظیفه دارد که بیان شارع را پیدا کند و مقدار دیگر کار عرف است. بنابراین کار شناخت این نوع موضوع، میان فقیه و عرف مشترک است مثلاً بر فرض در همه جا ربا حرام است، اما برخی انواع ربا تجویز شده است که این خود تصرف شارع در ریاست فقیه باید موارد تجویز را از لسان ادله استخراج کند.

مرحوم آیت الله محمد هادی معرفت در مصاحبه‌ای راجع به اقسام موضوع و مرجع تبیین هر قسم گفته‌اند: «تعریف موضوع در عبادات کار خود شارع است، یعنی اگر گفت: «صل» باید خود او معنای صلوات را که موضوع حکم و جوب قرار گرفته است بیان کند اما وقتی که از دایره عبادات بیرون می‌آییم، موضوع در بستر علم و واقعیت قرار می‌گیرد. بنابراین وقتی شارع گفت: «الدم نجس» و «الربا حرام» و «البيع حلال» ما نباید از شارع پرسیم خون چیست؟ ربا چیست؟ بیع چیست؟ چون این‌ها در باب معاملات قرار دارند، نه عبادات. شارع حکم را روی موضوعی برده است که در خارج وجود دارد. لذا فقیه برای به دست آوردن احکام در این قبیل موضوعات، باید به متن واقع رجوع کند، نه اینکه در کتابخانه‌اش به دنبال معنای بیع، ربا، شفعه، مضاربه، محاقله و... باشد. اظهار نظر ائمه (ع) در موضوعات هم از این باب است که آن‌ها نیز یکی از افراد عرف - آن هم عرف آگاه - هستند نه به عنوان شارع بودنشان که بخواهند قانونی کلی بگویند. (فرحناک، علیرضا،

موضوع شناسی در فقه، گفتگو با جمعی از اساتید حوزه و دانشگاه، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم، ۱۳۹۰)، تبیین و تعریف موضوعات شرعی بر عهده شارع است، مانند «مسافر»، که شارع آن را بیان کرده است. اما در موضوعات عرفی، این عرف است که در حدود موضوع (مانند: حریم، مؤونه، عیال، حرز، لقطه، اماء، صعید)، در تحقق موضوع (مانند: تصرف در ملک غیر) و در تغییر موضوع حکم شرعی (مانند: مالیت داشتن و نداشتن چیزی؛ مثل خون انسان) ورود پیدا می‌کند. (علیدوست، ۱۳۸۶، ص ۴۲۴).

شکی نیست که تبیین موضوعات شرعی، بر عهده شارع و شارع است، اما موضوعاتی که مخترع آن شرع نباشد، تشخیص مفاهیم و تعیین مصادیقش بعهدہ عرف است. از این رو، بر فقیه لازم است برای تشخیص و تحدید آن‌ها به عرف متخصص مراجعه کند تا در فهم آن مفاهیم دچار لغزش و اشتباه نگردد. (سبزواری، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ص ۱۹).

امروزه با گسترش دامنه علوم، موضوعات عرفی را با مراجعه کردن به شخص عالم و متخصص به آن، بهتر می‌توان شناخت. و همین نکته موجب پیدایش تقسیم عرف به «کارشناس» و «غیرکارشناس» می‌شود. برای مثال، در علوم و مسائل پزشکی، جای عرف ناآشنا به آن موضوعات و مسائل نیست، بلکه عرف پزشکان آشنا، باید حکم موضوع و مسئله مورد بحث را بیان نمایند و سایر مردم نیز باید به آن‌ها رجوع کنند.

سؤال: در مواردی که مواد مخدر جنبه درمانی پیدا کند، استفاده از آن چه حکمی دارد؟

در پاسخ به این سؤال، همه مراجع می‌فرمایند: اگر بر اساس تشخیص پزشک متخصص و مورد اطمینان، استفاده از مواد مخدر، تنها راه درمان محسوب شود (به مقدار ضرورت) اشکال ندارد. (حسینی، ۱۳۸۴، ۴۵۵).

در این مسئله، عرف پزشکی تشخیص می‌دهد که مواد مخدر جنبه درمانی دارد یا خیر، و هر چه او بگوید حجت است. البته این مسئله باید مورد وثوق نیز باشد. این نوع واگذاری را، «عرف کارشناس» می‌گویند یا به عبارت دیگر، «رجوع به نظر و داوری متخصص عالم و آگاه به مسئله را، عرف کارشناس و رجوع به غیر عالم و غیر متخصص را عرف غیرکارشناس گویند». (علیدوست، ۱۳۸۶، ص ۷۲)

در نتیجه، ضروری به نظر می‌رسد فقیه به گونه‌ای باشد که در حوزه‌های مختلف علوم به نظر کارشناسان در آن زمینه رجوع کند، مثلاً، در مسائل اقتصادی، پزشکی، هسته‌ای، فنی، کشاورزی، زیستی و...، برای بیان حکم یکی از این مسائل، به نظر متخصص آن رشته رجوع کند و این باعث می‌شود که با آگاهی بیشتر بتواند فتوا دهد.

## ۲-۳ موضوعات عرفی صرف و مرجع تشخیص آن

یا همان موضوعات طبیعی که در حقیقت همان اشیاء و عناصر طبیعی هستند که پیوندی با نظام معیشت مردم دارند و به گونه‌ای مشمول احکام شریعت نیز واقع شده‌اند. عناصری مانند آب، خاک، خون و انواع خوردنی‌ها و نوشیدنی‌ها از این قبیل موضوعات هستند. موضوعات عرفی صرف یا عادی موضوعاتی است که شناخت آن نیازمند تخصص نیست و نوع مردم می‌توانند به راحتی آن را از جهات مفهوم، مصداق یا هر دو تشخیص دهند این قسم دقیقاً خلاف گروه اول است و شارع با اینها هیچ کاری ندارد و موضوعات صرف اند و آن‌ها بخش اعظم موضوعات فقهی را تشکیل می‌دهند.

در این قسم قطعاً فقیه هیچ نقشی ندارد، چون شارع در اینجا نقش ندارد و آن شبهات موضوعی صرف است، به این معنا که اساساً وضع و رفعش به دست شارع به لحاظ شارعیت نبوده است تا برای آن تکلیفی مشخص کند.

### ۳. تأثیر زمان و مکان در موضوع، نه حکم

عالمان و فقیهان امامیه که در تقلید از مجتهد، شرط زنده بودن را اعتبار کرده‌اند، بدین جهت است که او در جامعه حضور داشته باشد و اوضاع و ویژگی‌ها و شرایط آن را که در بستر زمان در تحول و دگرگونی است دائماً مورد بررسی و کاوش قرار دهد، تا حکم مناسب هر موضوع متحول یافته درونی و یا بیرونی را از راه مایه‌های اصلی استنباط و استخراج نماید. پس حکم جدید برای موضوع تحول یافته نه بدین معنا است که حکم از موضوع قدیم و اصلی خودش سلب شده بلکه بدین معنا است که حکم جدیدی بر موضوع جدید مترتب شده است. و به همین گفتار اشاره دارد کلام امام راحل که فرموده است: «... مسأله‌ای را که در قدیم دارای حکمی بوده است به ظاهر همان مسئله در رابطه حاکم بر سیاست و اجتهاد و اقتصاد یک نظام ممکن است، حکم جدیدی پیدا کند، بدان معنا که با شناخت دقیق روابط اقتصادی و اجتماعی و سیاسی همان موضوع اول که از نظر ظاهر با قدیم فرق نکرده است، موضوع جدیدی شده است که قهراً حکم جدیدی را می‌طلبد». (امام خمینی، ۱۳۷۹، ج ۲۱، ص ۲۷۳)

پس فرموده امام(ره) هم درباره نقش زمان و مکان در اجتهاد راجع به تشخیص موضوع است، (همان، ج ۲۱، ص ۲۸۹). یعنی زمان و مکان در هیچ حکمی نقش ندارد، چون «حلال محمد حلال الی یوم القیامه و حرامه حرام الی یوم القیامه». (حر عاملی، ۱۳۹۸ق، ج ۸، ص ۱۲۴)، بنابراین آنچه زمان و مکان در آن نقش دارد، موضوعات است، به عنوان نمونه یادآور می‌شوم.

۱. جواز خرید و فروش خون در این زمان با اینکه در زمان‌های پیشین جایز نبود و حتی ادعای عدم خلاف در آن می‌شد. در مکاسب آمده: (یحرم المعاوضه علی الدم بلاخلاف). این اختلاف بدین جهت است که صحت بیع منوط است بر این که آن چیزی که مورد معامله قرار می‌گیرد دارای فایده و ارزش و از نظر عقلاً و شرع مالیت داشته باشد. پس چیزی که از نظر شرع و یا عقلاً دارای ارزش و فایده‌ای نباشد خرید و فروش آن صحیح نمی‌باشد.

بر این اساس معلوم می‌شود که چرا در زمان‌های گذشته خرید و فروش خون حرام بوده ولی امروزه مباح شمرده می‌شود. زیرا در زمان‌های پیشین خون هیچ گونه فایده و مالیتی نداشت و مورد استفاده معقولی قرار نمی‌گرفت و استفاده از آن منحصر بود به آشامیدن آن، که آن هم حرام بود. مضافاً این که در آن زمان مثل امروز وسیله‌ای که استفاده حلال از آن شود وجود نداشت، و بدین جهت در آن زمان‌ها خرید و فروش آن را حرام می‌دانستند. اما امروز که ارزش و مالیت پیدا کرده است، و می‌توان به وسیله آن از راه ابزار و وسائل پزشکی و تزریق آن به مریض، انسانی را از خطر مرگ نجات داد، خرید و فروش آن حلال و مباح است. لذا اگر ما بخواهیم بگوییم اجماع فقها در عصر صاحب جواهر بر حرمت آن، مستند به قاعده «کل ما لا منفعة فیه منفعة محلله مقصوده عقلانیه، لایجوز البیعه» باشد، می‌گوییم امروزه موضوع عوض شده و اساساً خون از همان اول موضوع نبوده، بلکه مصداق برای موضوع حکم بوده که عبارت است از: «ما لا منفعة فیه منفعة مقصوده عقلانیه». دیروز مصداقش خون بود و امروز دیگر مصداقش خون نیست، پس قاعده دیروز هنوز بر جای خود باقی است.

امروز هم بیع ما لامنفعه فيه منفعه مقصوده عقلاعیه جایز نیست، اما امروز دیگر مصداقش خون نیست و موضوع به مرور زمان شکلش را تغییر داده و مصدق دیروز آن با امروز متفاوت است. بدین جهت، شیخ در مکاسب یک روایت نقل می‌کند: «بیع العذره سحت» (حر عاملی، ۱۳۹۸، ج ۱۲، ص ۱۲۶)، و روایت دیگر می‌گوید: «لابأس بیع العذره» (همان، ص ۱۲۶ و ۱۲۷. احادیث ۳ و ۲)، پدر مرحوم مجلسی بین دو روایت را اینگونه جمع کرده که روایت اول مربوط به مکان‌هایی است که از عذره انتفاع برده نمی‌شده و روایت دوم مربوط به مناطقی است که از عذره انتفاع برده می‌شده است، شیخ به او می‌گوید این جمع تبرعی است، ولی چنین نیست، بلکه مرحوم مجلسی توجه داشت که این از باب نقش مکان است و به همین دلیل، عذره‌ای را که منفعت عقلایی مقصوده‌ای داشته، معامله‌اش را جایز شمرده و اگر چنین نبوده، جایز نشمرده است.

پس تغییر حکم خرید و فروش خون بدین جهت است که با گذشت زمان شرایط و ویژگی‌های موضوع تغییر کرد و از آنجا که موضوع تغییر کرد به طور طبیعی حکم آن نیز تغییر پیدا می‌کند و نیز از اینجا معلوم می‌شود که چرا در گذشته خرید و فروش منی حیوان حرام بوده ولی امروز می‌شود، قائل به جواز آن شد زیرا در زمان‌های پیشین هیچ‌گونه فایده‌ای بر آن مترتب نمی‌شد و لیکن امروز به وسیله ابزار و وسائل مناسب مورد فایده قرار می‌گیرد، بنابراین از آنجا که موضوع حکم از نظر ویژگی با گذشت زمان تغییر کرده حکم آن نیز تغییر می‌کند. (جناتی، ۱۳۷۲، ش. ۵۰)

#### ۴. شأن فقیه در تشخیص موضوع

از آنچه که در مباحث قبل درباره اقسام موضوع گفتیم معنای این عبارت نیز روشن می‌شود که تشخیص موضوع در شأن فقیه نیست، زیرا شناسایی موضوعاتی که شرع در آن به نوعی دخالت کرده - خواه تماماً، خواه بعضاً - در همان حد دخالت شده به عهده فقیه است، اما در موضوعاتی که شرع، یا اصلاً دخالتی در آن نداشته یا در بخشی از آن نظر نداشته، تشخیص موضوع تماماً یا در همان حد دخالت نشده، از عهده فقیه به عنوان فقیه بیرون است.

در صورتی که از موضوعات عادی است شناسایی آن نیز عادی است و اگر تخصصی است، شناختش با کارشناس و خبره است، چنان‌که برخی مراد از عبارت را چنین دانسته‌اند که تشخیص تحقق خارجی موضوع که چیستی آن قبلاً تبیین شده است، به عهده مکلف است که البته در موارد تخصصی، منوط به نظر متخصص و در موارد غیرتخصصی، وابسته به نظر عرف است.

این معنا با عبارت معروف دیگری که تطبیق را نه شأن فقیه، بلکه وظیفه مکلف دانسته و کار فقیه را فقط بیان حکم شمرده، هم معناست، چنانکه عدم تکلیف فقیه در تعیین مصداق شیء نیز همین معنا را می‌رساند.

کلیدی که در کتب فقهی می‌تواند فارق میان فقیه و غیرفقیه از جنبه تعیین تشخیص دهنده موضوع باشد، تقلیدی یا تقلیدی نبودن موضوع است، به این ترتیب اگر موضوعی تقلیدی اعلام شد، تشخیص دهنده آن فقیه است و اگر چنین نبود، تشخیص دهنده غیر فقیه است. برای نمونه صاحب عروه می‌نویسد: «مساله ۶۷: محل التقلید و مورده هو الاحکام الفرعیه العملیه، فلا یجری...» (طباطبائی یزدی، ۱۳۹۷ق، ج ۱، ص ۵۶ و ۵۸)، صاحب عروه مورد تقلید را احکام فرعی عملی می‌داند و نتیجه می‌گیرد که در موارد اصول دین، اصول فقه، مبادی استنباط، موضوعات مستبطن عرفی و لغوی موضوعات صرف

تقلید جریان نمی یابد و فقط در موضوعات مستنبط شرعی مانند نماز و صوم و مانند آن، که همچون احکام عملی هستند، تقلید جریان دارد.

مرحوم آیت اله خوئی می نویسد:<sup>۱</sup>

عدم جواز تقلید در موضوعات صرف، سزاوار هیچگونه توقفی نیست. زیرا تطبیق کبریات بر صغراهایش درحد وظایف مجتهد نیست تا لازم باشد که نظرش پیروی شود. تطبیقات، امورحسی هستند و مجتهد و مقلد در آن مساوی می باشند، بلکه گاهی عوام در این گونه تطبیقات آگاه تر از مجتهد هستند. و بر مقلد واجب نیست که در مانند این امور از مجتهد پیروی نماید. اما موضوعات مستنبطه شرعی، مانند نماز، یا مستنبطه عرفی و لغوی، نظر صحیح و جوب تقلید در این قبیل موضوعات است. (موسوی خوئی، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص ۴۱۲، مسأله ۶۷).

### ۵. نقش عرف در استنباط احکام

عرف تنها به مرحله عمل اختصاص ندارد، بلکه عرصه گفتار را نیز شامل می شود. مرجعیت عرف در تفسیر مفاهیم و مفردات الفاظ، غیرقابل انکار است. (سبحانی، درس خارج اصول، ۱۳۸۸)، شارع به عنوان یک متکلم حکیم و دانا، همانند سایر افراد عرف است و از افراد عرف شمرده می شود. از اینرو، هنگامی که بخواهد با عرف تکلم کند باید همانند آن‌ها محاوره و سخن بگوید (انصاری، ۱۴۲۲ق، ج ۱، ص ۵۵)، زیرا عقل حکم می کند که هر قانون گذاری، در رساندن و تفهیم قانون به شهروندان و مخاطبان آن قانون، باید به قواعد و اصول رایج میان مخاطبان و مردم پایبند، و به عرف و روش آن‌ها در محاوره مقید باشد و اگر روش یا شیوه خاصی برای مفاهیم دارد، باید آن را به عرف یادآوری نماید. حال که شارع روش خاصی بیان نکرده، پس معلوم می شود که روش او در مباحث و مفاهیم لفظی، همانند عرف است<sup>۲</sup> با این بیان، فهم و نقش عرف در کشف الفاظ و مفاهیم شرعی روشن است. در ذیل، به نمونه هایی از این موارد اشاره می شود:

### ۱-۵ نقش عرف در تبیین مفاهیم و عناوین شرعی

ادله ما حامل احکام شارع هستند، و رابطه بین ما و احکام شرعی یک سری الفاظ و عباراتی است که در یک ظرف زمانی معین و در یک فضای خاص مطرح شده نیست گرچه احکام مختص به مشافهین نیست و حکم اعم است و غایبین را هم شامل می شود زیرا در جعل حکم توجه به افراد خارجی نشده است، تا گفته شود آیا مختص به حاضرین است یا اعم، بلکه فرض وجود شده و احکام به نحو قضیه حقیقیه جعل شده و حکم بر روی موضوع مفروض الوجود رفته است اما مراد از این الفاظ و این عناوین مأخوذ در قضیه را می بایست از عرف زمان صدور فهمید و بر همین اساس است که یگانه مرجع الفاظ، عرف است و این فهم عرفی است که خواه ناخواه متبع است، گرچه ممکن است استظهارات مختلفی از این فهم بشود، اما هر کدام از این استظهارات مدعی است که درک صحیح از فهم عرفی را استظهار کرده است.

۱. عروه «لابنغی التوقف فی عدم جواز التقليد فی الموضوعات الصرفة لان تطبیق الکبریات علی صغریاتها خارج عن وظائف المجتهد حتی یتبع فیها رأیه و نظره فان التطبیقات امور حسیه و المجتهد و المقلد فیها سواء بل (قد) یكون العامی اعرف فی التطبیقات من المجتهد فلا یجب علی المقلد ان یتابع المجتهد فی مثلها، اما الموضوعات المستنبطه الشرعیه كالصلاة او العرفیه و اللغویه الصحیح وجوب التقليد فیها».

۲. رک: مرتضی انصاری، فرائد الاصول، ج ۱، ص ۵۵؛ وحید بهبهانی، همان، ص ۱۰۶-۱۰۵؛ سیدمحمد مجاهد، مفاتیح الاصول، ص ۴۱.



حکم شرعی متعلق و موضوع خاص خود را دارد گاه شارع مقدس افزون بر تشریح حکم، حدود، قلمرو و موضوع آن را نیز تعیین می‌کند، مانند نماز، روزه، زکات، خمس، اعتکاف، وضو، غسل، تیمم، کفاره و موضوعاتی از این قبیل که ماهیات شرعی می‌گوییم اما گاه شارع مصلحت را در این می‌داند که تشخیص مفهوم و تعیین قلمرو موضوع حکم شرعی را به عرف واگذارد و به تشریح حکم اکتفا کند. از دیدگاه فقها در تشخیص و تمیز این‌گونه مفاهیم، عرف مرجعیت دارد و تنها معیار شناخت آن‌هاست.

دلیل مراجعه به عرف این است که احکام شرعی، به لحاظ معنی و مصادیق عرفی تشریح شده و دقت‌های فلسفی و عقلی در آن راه ندارد. شارع به زبان عرف سخن گفته و در بیان مقاصد خود، از زبان رایج استفاده کرده است پس فهم معانی الفاظ و تعیین مصداق، جز در مواردی که شارع از آن مقصود خاص در نظر دارد، موکول به فهم عرف است.

در بسیاری از موارد، شرع مقدس تحدید حدود را به عرف واگذار نموده است، مثلاً از نظر شرعی زوج موظف است که نفقه و مسکن زوجه خویش را تأمین نماید، ولی مقدار و حدود آن به تشخیص عرف نهاده شده است. همچنین مفهوم فقیر به تناسب وضع زندگی عامه مردم، از نظر سعه و ضیق، متغیر خواهد بود.

#### ۵-۲ نقش عرف در تطبیق مفاهیم و عناوین شرعی بر مصادیق

از دیگر کاربردهای عرف در فقه، تعیین مصداق و تطبیق موضوعات و مفاهیم بر مصادیق آن‌هاست. همانطور که گفته شد مرجع تشخیص مفاهیم مأخوذ در ادله، عرف است، و این فهم عرفی است که در اصل مفهوم، در سعه و ضیق آن، نحوه اخذ قیود در موضوع و بالطبع در حکم دخالت دارد فقها در بسیاری موارد تصریح کرده‌اند که تطبیق عناوین بر مصادیق و تشخیص افراد هر موضوع، به عرف واگذار شده است برای نمونه پس از این‌که مفهوم «غنا» به طور کامل روشن شد، تطبیق آن بر افراد واقعی و خارجی‌اش به عرف واگذار شده است، زیرا امام معصوم(ع) در تبیین مقاصد خود، شیوه خاصی ندارند و روش عقلاً را مقبول و متبع می‌داند و بی‌شک، اگر مفهوم موضوعی روشن باشد، عقلاً تعیین مصداق آن را به عرف وا می‌گذارند.

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، 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 برآن شده‌اند که غنا در مرثی 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 مرثی مشمول تعریف غنا نیست این هم نادیده انگاشتن حس است(انصاری، ۱۳۷۶ق)، همچنین در باب قذف، فقها به عرف، سخت متکی شده و در این که چه الفاظی مستلزم قذف است بالصریح «عرف قاذف» را ملاک دانسته‌اند.

در کتاب جواهرالکلام 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. (نجفی، ۱۳۶۸، ج ۴۱، ص ۴۰۹).

ابن 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» (همان، ج ۸، صص ۲۲۱-۲۲۲).

پس فهم معانی الفاظ و تعیین مصداق، جز در مواردی که شارع از آن مقصودی خاص دارد، موکول به فهم عرف است.

مصداق‌های ماهیات شرعی به دلیل تحولات اجتماعی، اقتصادی، فرهنگی، صنعتی و علمی، پیوسته تغییر می‌کند و قبض و بسط می‌یابند و از آن رو که عرف، مفاهیم شرعی را بر مصادیق جدید تطبیق می‌کند و در نتیجه، حکم شرعی بر آن‌ها نیز بار می‌شود، این امر در ردیف عوامل بالندگی و پویایی فقه اسلام قرار می‌گیرد و تطبیق آن بر اوضاع و احوال گوناگون به دنبال می‌آورد. برای نمونه می‌توان به «مکیل و موزون» و «ربا» در بیع اشاره کرد.

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، معنا و مفهوم مکیل و موزون روشن است (همان، ج ۲۲، ص ۴۲۷). و اجمال و تغیر در آن راه ندارد، اما مصادیق آن به تناسب زمان و مکان، قبض و بسط می‌یابند، زیرا مرجع تشخیص آن‌ها عرف است و عرف نیز متغیر است.

عده‌ای برآنند که آنچه در زمان نزول آیه و حضور پیامبر اسلام، مکیل یا موزون بوده ربای در آن حرام است اگر چه الان با کیل و وزن سنجش نشود. در مقابل، گروهی ملاک کیل و وزن را عرف دانسته آن هم عرف هر شهر یا آبادی (فاضل مقداد سیوری، ۱۴۲۵ق، ج ۲، ص ۳۶)

بیان نمونه‌هایی از مفهوم پنداری مصادیق در فقه

فقها 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 مساله شده‌اند که اگر کسی به دیگری بگوید: «کشخان» یا «ای قرنان» آیا قذف محقق شده است یا نه؟ 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 این سوال 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 در این جا ملاک تشخیص عرف و قصد گوینده است در این مساله منظور فقیه از آوردن این مصادیق این بوده که نظر کارشناسانه خود را به عنوان فردی که تابع برداشت عرف است ابراز داشته است.

آوردن چنین مسایلی در کتب فقهی و حتی در کتب حدیثی این ذهنیت را برای استفاده‌کنندگان به وجود آورده که آنچه فقیه به عنوان مصداق و 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 و امکان بروز آن باز هم فراهم است، این که موضوعات بر اثر تحولات و

رویدادها و حتی عوامل طبیعی تغییر پذیرند و در این راستا آنچه قبلاً فقها به عنوان مصداق حکم تلقی کرده‌اند هم اکنون یا در آینده ممکن است وصف موضوعیت خود را از دست بدهند و این مساله به وجود آید 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 چه باید کرد؟ برای روشن شدن مطلب به دو مورد از مصادیق موضوعاتی که با تصریح فقها مشمول حکم شده اشاره می‌شود:

### نفقه زوجه

### مفهوم نفقه

از موارد شناور در زمان و مکان «نفقه» است. می‌دانیم نفقه زن بر شوهر واجب است، اعم از اینکه زن از خود، ثروتی داشته باشد یا نه. در جواهرالکلام بیان شده: «مایحتاج زن از جمله غذا، البسه، مسکن، خادم و وسائل آشپزی که به طور متعارف با وضعیت زن در آن شهر متناسب باشد» (نجفی جواهری، ۱۳۶۸، ج ۳۱، ص ۳۳۰). بعضی از فقها، مصادیق دیگری به آن اضافه نموده‌اند، همانند: «وسائل تنظیف و آرایش از جمله شانه، کرم، صابون و هزینه حمام در صورت نیاز» (شهید ثانی، ۱۴۰۶ق، ج ۵، ص ۶۹). در تحریر الاحکام در تعریفی کوتاه بدون ذکر مصادیق آمده است: «آنچه زن بدان نیازمند است و در شأن چنین زنی در آن شهر است». (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۴۷) به نظر می‌رسد مفهوم نفقه یک مفهوم کاملاً عرفی است و شارع مقدس آن را به عرف واگذار کرده است که عنصر زمان و مکان در آن نقش تعیین کننده‌ای دارد و قرآن کریم هم آن را تأیید می‌کند زیرا تمام آیاتی که مسأله نفقه را مطرح می‌کنند، آن را احاله به عرف داده‌اند، همانند: «عاشروهن بالمعروف» (نساء/۱۹) «فامساک بالمعروف او تسریح باحسان» (بقره/۲۲۹) «علی المولود له رزقهن و کسوتهن بالمعروف» (بقره/۲۲۳) کلمه معروف در برخی تفاسیر به معنای امور متعارف تفسیر شده است. چنان‌که بعضی مفسرین در تفسیر آیه «علی المولود له رزقهن و کسوتهن بالمعروف» آورده‌اند: «منظور از رزق و کسوة خرجی و لباس است و خدای عزوجل این خرجی را مقید به معروف نموده، یعنی متعارف از حال شوهر و همسر، همچنین مصالح زندگی و لوازم تربیت و از آن جمله خوراک و پوشاک و نفقه مادری که (به بچه) شیر می‌دهد به عهده اوست». (طباطبائی، ۱۳۶۳ش، ج ۲، ص ۳۶۰) خوراک و پوشاک به عنوان بعضی از مصادیق لوازم و مصالح زندگی ذکر گردیده و در تفسیر «عاشروهن بالمعروف» چنین بیان شده: «معروف به معنای هر امری است که مردم در مجتمع خود آن را بشناسند و انکار نکنند و بدان جاهل نباشند». (همان، ج ۲، ص ۴۰۴)، برخی مفسرین هم، کلمه معروف را به معنای «مناسب و شایسته» تفسیر نمودند. (مکارم شیرازی، ۱۳۶۶ش، ج ۳، ص ۳۱)، یعنی مناسب و در شأن زنان که در واقع به همان معنای متعارف برمی‌گردد. به نظر می‌رسد، این مفهوم که یک مفهوم عرفی است، روشن و واضح می‌باشد. البته اختلافاتی که در مصادیق مشاهده می‌شود، ابهامی در اصل مفهوم به وجود نمی‌آورد.

### اختلاف آرای فقها در مصادیق نفقه

فقها عموماً لزوم پرداخت نفقه به وسیله شوهر را مستند به آیه شریفه و عاشروهن بالمعروف... (نساء/۱۹)، کرده‌اند که در آن امر شده است مردان با زنان خود بدان چه 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 خوراکی‌ها - 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 ادريس 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 (علامه حلی، ۱۳۲۳ق)، به عقیده ابن ادريس «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 ادريس در رد نظر شیخ طوسی می‌گوید: «هیچ روایتی در خصوص تعیین میزان نفقه وارد نشده و فقهای هم که کتاب نوشته‌اند در هیچ یک از نوشته‌های خود مقدار نفقه را تعیین نکرده‌اند مگر فقهای که از شیخ طوسی تقلید و پیروی کرده‌اند». (ابن ادريس حلی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۶۵۵)

غرض از ذکر این آراء این است که نشان داده شود آنچه موجب تفاوت فتوای 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.

پس می‌توان گفت: «عرف تعیین کننده ماهیت نفقه است، زیرا هر گاه در شرع واژه‌ای تعریف نشده باشد و حقیقت شرعی هم برای آن وجود نداشته باشد، تعریف آن واژه به عرف واگذار می‌شود. بنابراین، شرع در تعیین محدوده نفقه به عرف تکیه کرده است و هر چه مردم در نفقه لازم می‌دانند، جزو نفقه به حساب می‌آید. اگر هم در بعضی روایات، حدودی ذکر شده، منظور بیان چیزی است که در بین مردم آن زمان معمول بوده است» (ابن تراب، ۱۳۸۷، ص ۳۷)

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 فقهای چون شیخ طوسی هنگام تعیین مقدار درصدد 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. (طوسی، ۱۴۱۰ق، ج ۶، ص ۶-۷)، ولی هم او در کتاب خلاف می‌فرماید: «نفقه زنان معین است و آن دو رطل و یک چهارم رطل است». (همان، ج ۵، ص 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. (جعفری هرندی، ۱۳۸۴، ص ۲۶)

مفهوم نشوز و تبیین آن در لسان فقها

نشوز گاهی از جانب مرد است و گاهی از ناحیه زن. نشوز مرد وقتی است که بخواهد زن را طلاق بدهد و زن به او بگوید من را طلاق نده و من حق زناشویی خود را به تو می‌بخشم و روی این توافق کنند و هنگامی که زن مثل مرد نشوز کند آن خلع است و آن زمانی است که زن مرد را اطاعت نکند که منطبق با آیه شریفه «واللاتی تخافون...» (نساء/۳۴)، با او عمل می‌شود. (ابن بابویه، ۱۴۰۶ق، ص ۲۴۵)

نشوز مرد همان است که در آیه شریفه «و ان امراه خافت...» آمده و آن زمانی است که مرد از زن کراهت دارد و به زن می‌گوید می‌خواهم تو را طلاق بدهم و زن به او می‌گوید من از سرزنش شدن کراهت دارم و تو من را طلاق نده و حق زناشویی را می‌بخشد و هر دو توافق می‌کنند و نشوز زن وقتی مثل نشوز مرد باشد خلع نامیده می‌شود و خود را در فراش مرد نمی‌داند و مصداق آیه «واللاتی تخافون» است. (ابن بابویه، ۱۴۱۵ق، ص ۳۵۰)

ابن بابویه و شیخ صدوق فقط به تبیین اجمالی نص آیه ۲۱ سوره نساء در قرآن بدون هیچ تفسیری پرداخته‌اند:<sup>۱</sup>

«و اگر زنی از شوهر خویش بیم ناسازگاری یا رویگردانی داشته باشد، بر آن دو گناهی نیست که از راه صلح با یکدیگر به آشتی گریند که سازش بهتر است (ولی) بخل (و بی‌گذشت بودن)، در نفوس، حضور (و غلبه) دارد و اگر نیکی کنید و پرهیزکاری پیشه نمایید، قطعاً خدا به آنچه انجام می‌دهید آگاه است».

با استناد به این آیه شریفه زمان نشوز مرد را هنگامی می‌دانند که شوهر قصد طلاق دادن زن را دارد. البته در ادامه موضوع آیه به چگونگی صلح بین زن و مرد در زمان نشوز مرد تغییر یافته است.

و در هنگام نشوز زن با استناد به آیه ۳۴ سوره نساء:<sup>۲</sup>

«مردان سرپرست زن‌اند، به دلیل آن که خدا برخی از ایشان را بر برخی برتری داده و نیز به دلیل آن که از اموالشان خرج می‌کنند، پس زنان درستکار فرمان‌بردارند و به پاس آنچه خدا برای آنان حفظ کرده اسرار (شوهران خود) را حفظ می‌کنند و زنانی را که از نافرمانی آنها بیم دارید (نخست) پندشان دهید و (بعد) در خوابگاه‌ها از ایشان دوری کنید و (اگر) تأثیر نکرد آنان را بزیند، پس اگر شما را اطاعت کردند (دیگر) بر آنها هیچ راهی (برای سرزنش) مجوید که خدا والای بزرگ است».

مطابق این آیه شریفه ایشان نشوز زن را هنگامی می‌دانند که خود را در کابین مرد نمی‌دانند.

از مضمون آیات و عبارات فقها به دست می‌آید نشوز هم برای زن و هم برای مرد وجود دارد و آن زمانی است که هر یک از دیگری کراهت دارد. این کراهت از طرف مرد به طلاق و از طرف زن به خلع می‌انجامد.

۱. «وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الْأَنْفُسُ الشُّحَّ وَإِنْ تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا».

۲. «الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا».

شیخ مفید در کتاب مقنعه نشانه‌های نشوز زن را اطاعت نکردن از شوهر در منزل و یا خارج شدن از منزل بدون اجازه شوهر می‌داند. (مفید، ۱۴۱۰ق، ص ۵۱۸)

نشوز از جانب مرد یکی از این دو حالت را دارد. یا نشوز است یا دلایل و نشانه‌های نشوز، نشوز از جانب مرد این است که حق زن در نفقه و لباس و... را نپردازد که حاکم با او برخورد می‌کند و نشانه‌های نشوز مرد این است که زن او را به فراش دعوت کند و او امتناع کند و یا نزدیک زن باشد ولی از او دوری کند. در این صورت زن بعضی حقوق خود از نفقه و حق قسم خود را ببخشد و با هم مصالحه کنند. (طوسی، ۱۴۱۰، ج ۴، صص ۳۳۷-۳۳۹)

وجه امتیاز نظر شیخ طوسی این است که تشریح دقیق‌تری از عصیان زن و نشانه‌های نشوز مرد ارائه نموده است. (همان، ج ۴، صص ۳۳۷-۳۳۹) و برای نشوز مرد به صراحت دو سبب (عدم نفقه و عدم ارتباط جنسی) را برشمرده است. تا پیش از این تصمیم به طلاق مرد نشانه نشوز او بود ولی با این نظر شیخ، این نکته مشخص شد که مرد هم مانند زن وظایفی دارد. لذا وقتی تصمیم بر طلاق می‌گیرد، نباید در مسئولیت خویش کوتاهی کرده باشد یعنی در حقیقت قبل از اینکه مرد تصمیم به طلاق بگیرد و زن مجبور به صلح بشود، باید از ادای حقوق متقابل میان زوجین مطلع شد. زیرا درجایی که مرد وظیفه خانوادگی خود را انجام نداده است، اگر از زن خواسته شود حقوق خود را ببخشد، ظلم مضاعف بر زن است. در این صورت اگر عدم ناسازگاری مرد با زن و ترک انجام وظایف به دلایل موجهی بوده باشد، در این مرحله تجدیدنظر در رفتار زن به صلح و موارد دیگر سزاوار است، زیرا منشأ نشوز مرد عملکرد زن بوده است، اما اگر مرد بدون دلیل موجه به وظایفش پایبند نیست، نمی‌توان زن را بعد از این بی‌مهری از جانب مرد، توصیه به صلح و بخشش حقوق کرد و به هر حال مداوای این کراهت به تعدیل رفتار مرد (ادای نفقه و انجام روابط جنسی) شایسته و بایسته است.

ابن زهره در غنیه، نشوز زوجه را اگر در منزل شوهر باشد دوری کردن، روی برگرداندن از شوهر و یا این که خارج شدن از منزل بدون اجازه شوهر می‌داند و یا اگر با اجازه خارج شده، از بازگشت به خانه امتناع کند، که به نظر می‌رسد حضور در خانه ملاک سنجش نشوز و عدم نشوز زن است. ایشان برای نشوز مرد فقط کراهت داشتن از زن را مطرح می‌کند (حلبی، ۱۴۱۷ق، ص ۳۵۲).

- ابن ادریس نشوز زن را منطبق با نظر ابن بابویه دانسته که زن خود را مطیع مرد نمی‌داند و خواهان خلع است و نشوز مرد را هم کراهت داشتن از زن دانسته است (حلی، ۱۴۰۷ق، ج ۲، ص ۷۲۸).

فاضل هندی در بخشی از کتاب خود نشانه‌های نشوز زن را ترشروی، برخورد سنگین، عدم پاسخ به استقبال می‌داند، (فاضل هندی، ۱۴۰۵ق، ج ۲، ص ۱۰۷ و ج ۷، ص ۵۲۴) و در نشوز مرد نسبت به فقهای پیشین موارد ذیل را تکمیل نموده است:

- علاوه بر عدم ادای حقوق واجب زن (قسم و نفقه) او را مورد آزار قرار داده و سوء معاشرت داشته باشد در این صورت زن می‌تواند مرد را موعظه و سپس به حاکم مراجعه کند.

پس از ایشان محقق بحرانی نسبت به نشوز مرد یک نظر تفصیلی دارد و معتقد است بین زمانی که زوج حقوق واجب زن را نمی‌دهد با جایی که به دلیل کبر سن یا مرض بخواهد زن را طلاق بدهد تفاوت وجود دارد. درجایی که نشوز مرد

تعدی به حقوق زن باشد، زن باید به حاکم رجوع کند و لازم نیست حقوق خود را ببخشد، اما اگر به دلیلی خارج از این مورد بخواهد زن را طلاق بدهد زن مجاز به بخشش حقوق خود است. تفاوت دیگر نظر ایشان این است که مانند فاضل هندی معاشرت به معروف را از حقوق زن نسبت به مرد دانسته و لذا سوء معاشرت زوج را هم از علامات نشوز او می‌داند. (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۴، ص ۶۱۹)

امام خمینی خروج از امور واجب را موجب نشوز او می‌داند اما ایشان عدم آمادگی برای تمکین را هم مثل خودآرایی برای زوج از امارات نشوز می‌شمارد و نشانه‌های نشوز را تغییر عادت در قول و فعل و عکس‌العمل خشن در مقابل مرد و برخورد سنگین با او دانسته‌اند (امام خمینی، ۱۳۹۰ق، ج ۲، ص ۳۰۵: گلپایگانی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۳۶۴) و نشوز مرد را در جایی می‌دانند که زوج حقوق واجب او را که نفقه و لباس است، ندهد که در این صورت زن بعد از موعظه مرد و امتناع مرد به حاکم رجوع می‌کند، و اگر مرد بعض حقوق غیر واجب را ترک کرد و یا خواست جهت کراهتی که به دلایل مختلف از زن دارد، بدون اینکه هیچ آزاری به زن برساند او را طلاق بدهد، زن می‌تواند بعض حقوق خود را بذل کند تا مرد او را طلاق ندهد ولی اگر با ظلم و اذیت بخواهد حقوق واجب زن را ندهد، آنچه زن بذل کرده بر او حرام است (امام خمینی، ۱۳۹۰ق، ج ۲، ص ۳۰۵).

در مورد تعریف و مفهوم نشوز چه از ناحیه مرد و چه زن در کلام فقها ملاک‌هایی وجود داشت که احصاء شد:

الف) یکی از زوجین در مقابل رفتار قابل قبول و پسندیده دیگری رفتاری نامناسب داشته باشد.

ب) سرپیچی کردن یکی از طرفین در وظایف واجبی که نسبت به طرف دیگر بر عهده دارد نشوز نامیده می‌شود. این تعریف را بسیاری از فقها پذیرفته‌اند.

با وجود بحث‌هایی که راجع به تمکین انجام شده، مفهوم نشوز امر نامعلومی نبوده و فقط مصداق آن در طول زمان تغییراتی داشته است و غالب فقها در مورد علامات نشوز زن نظرات مشابهی چون ترشرویی، برخورد سنگین زن با مرد، برخورد خشمگین و عدم پاسخ به دعوت شوهر و... ذکر کرده‌اند و اندک تغییراتی در نظرات وجود دارد.

## نتیجه گیری

۱. با ذکر نمونه‌هایی 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 آنچه در تشخیص موضوعات حامل حکم شرعی اهمیت دارد ابزار و وسیله شناخت می‌باشد که در ماهیات غیر شرعی ابزار و ملاک تشخیص عرف می‌باشد و واضح است که عرف در زمان‌ها و مکان‌های مختلف متفاوت 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. بنابراین در آرای فقهاء مواردی چون نفقه، غناء، نشوز که جنبه عرفی دارند مصادیق به جای مفهوم مطرح شده است.

۲. ادله احکام متضمن شرایط زمان سائل و دیگر قرائن و ویژگی‌های اجتماعی و اقتصادی عصر فقیه و تکرار مصادیق از یک سو و والا بودن مقام فقهای عرضه‌کننده از سوی دیگر از جمله خاستگاه‌های آمیختگی با مصادیق آن در آرای فقیهان است. راه تمیز مفاهیم از مصادیق، واکاوی ادله حکم و شناخت عرفی است که در آن عرف حکم برای موضوع تشریح یا تفریح شده است.

۳. فقیهان در موردی که معصوم به مصداق تصریح فرموده است همچنین در مقام دادرسی و قضاوت و نیز در مقام افتاء برای تفهیم، مصادیق حکم شرعی را بیان کرده‌اند.

۴. تکرار مصادیق در آثار فقیهان و برجستگی موقعیت فقهی برخی از آنان از جمله علل پایداری مصایق بوده است.

لذا تحقیق فوق در این راستا به چند دلیل ضروری است:

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 بطوری که معمولاً برداشت‌های متفاوت از 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 مساله 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.

۳. پیشرفت علوم و فن‌آوری و تبدیل و تغییر موضوعات و پدید آمدن موضوعات جدید.

۴. سردرگمی مردم در شناخت صحیح موضوعات و عدم فرصت کافی برای تحقیق در مورد آن‌ها و در نتیجه عدم عمل صحیح به تکلیف.

۵. تعبیرهای متفاوت از موضوع واحد و تفاوت در عمل به آن و در نتیجه سست شدن اعتماد و اعتقاد مردم به فتاوی و گاه به احکام شرعی و گاه به اصل دین.



۶. برخی از تفاوت فتاوی مراجع عظام تقلید به سبب ناشناخته بودن بعضی از موضوعات فقهی پدید آمده است.

## فهرست منابع

## القرآن الکریم

- آخوندخراسانی، محمدکاظم بن حسین، (۱۴۱۲ق)، کفایه الاصول، تصحیح: آیت الله حسین بروجردی، چاپ اول، قم: انتشارات انصاریان.
- ابن ادريس، محمد بن منصور بن احمد، (۱۴۱۷ق)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم: جامعه مدرسین قم.
- ابن بابویه، علی بن حسین، (۱۴۰۶ق)، فقه الرضا، مشهد: المؤتمر العالمی للامام الرضا(ع).
- بی نا (۱۴۱۵)، المقنع، قم: موسسه امام هادی(ع).
- امام خمینی، سید روح الله، (۱۳۹۰ق)، تحریر الوسيله، نجف: مطبعه الاداب.
- بی نا (۱۳۷۹)، صحیفه نور، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی(ره).
- انصاری، مرتضی، (۱۴۲۲)، فرائد الاصول، چ دوم، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- بی نا (۱۳۷۶ق)، مکاسب المحرمه، چاپ تبریز.
- بحرانی، یوسف بن احمد، (۱۴۰۵ق)، الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- بهبهانی، وحید، الفوائد الحائریه، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۵ق.
- سبحانی، جعفر، درس خارج اصول، ۲۴ آبان ۱۳۸۸.
- حراملی، محمد بن حسن، (۱۳۹۸)، وسائل الشیعه الی تحصیل الشریعه، تهران: کتابفروشی اسلامی.
- حسینی، سیدمجتبی، (۱۳۸۴)، رساله دانشجویی، قم: دفتر نشر معارف.
- حلبی، ابن زهره، (۱۴۱۷)، غنیه، قم: موسسه امام صادق(ع).
- سبزواری، عبدالاعلی، (۱۴۱۶)، تهذیب الاصول، بیروت: الدارالاسلامیه.
- سیدمجاهد، سیدمحمد، (۱۲۹۶)، مفاتیح الاصول، نسخه خطی.
- شهید ثانی، زین الدین الجبعی العامل، (۱۴۰۶)، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، قم: انتشارات داوری.
- طباطبائی یزدی، سید محمدکاظم، (۱۳۹۷)، عروه الوثقی، چ دوم، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- طباطبائی، سیدمحمدحسین، (۱۳۶۳)، تفسیر المیزان، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
- طوسی، محمد بن حسن، (۱۴۱۰)، المبسوط فی فقه الامامیه، تهران: المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.
- بی نا (۱۴۱۲ق)، الخلاف، قم: جامعه مدرسین.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف، (۱۳۲۳ق)، مختلف الشیعه فی الاحکام الشیعه، تبریز، چاپ سنگی.
- بی نا (۱۴۱۳)، تحریر الأحکام، قم: موسسه آل البيت(ع).
- علیدوست، ابوالقاسم، (۱۳۸۶)، فقه و عرف، چ سوم، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله سیوری، (۱۴۲۵)، کنز العرفان فی فقه القرآن، تهران: انتشارات مرتضوی.
- فاضل هندی، بهاءالدین محمد، (۱۴۰۵)، کشف اللثام، قم: مکتب آیت الله المرعشی النجفی.
- فرحناک، علیرضا، موضوع شناسی در فقه، گفتگو با جمعی از اساتید حوزه و دانشگاه، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۹۰.

کاظمی خراسانی، محمدعلی، (۱۴۰۹)، فوائد الاصول، تقریرات میرزای نائینی، با تعلیقات ضیاءالدین عراقی، قم: موسسه نشر اسلامی.

گلپایگانی، محمدرضا، (۱۴۱۳)، هدایه العباد، قم: دارالقرآن الکریم.

مفید، محمد بن النعمان، (۱۴۱۰)، المقنعه، قم: موسسه نشر اسلامی.

مکارم شیرازی، ناصر، (۱۳۶۶)، تفسیر نمونه، تهران: دارالکتب الاسلامیه.

موسوی خوئی، سیدابوالقاسم، (۱۴۰۷ق)، التنقیح فی شرح العروه الوثقی، قم: لطفی.

نجفی، محمدحسن، (۱۳۶۸)، جواهر الکلام، تهران: دارالکتب الاسلامیه.

#### مقالات:

ابن تراب، مریم، مبانی فقهی نفقه و هزینه دارو و درمان، ندای صادق، دانشگاه امام صادق(ع)، بهار و تابستان ۱۳۸۷ش،

شماره ۴۸، ص ۳۷.

جعفری هرنندی، محمد، (۱۳۸۴)، آمیختگی مصادیق و مفاهیم در فقه، مجله مقالات و بررسیها، شماره ۸۷، بهار و تابستان

۱۳۸۴، ص ۱۱-۳۲.

جناتی، محمد ابراهیم، نقش زمان و مکان در اجتهاد، کیهان اندیشه، ۱۳۷۲ش، شماره ۵۰.

## The concept of conceptual examples in jurisprudence

### Abstract

Jurisprudential rulings are general concepts related to the subjects, and it is the duty of the jurists to determine such rulings and to deduce and explain them. However, the definition and explanation of all the issues that are subject to the rulings is not within the scope of the mission of the Shari'a and the duties of the jurists, but most of the issues are taken from custom and society. cases, Islamic jurisprudence, which expresses the Shari'a ruling on al-Qaeda, Defining a subject or even determining an example - a subject that has not been defined and determined by the jurist. And such definitions have been gradually institutionalized to the extent that it is thought that the determination of those instances is also a kind of Shari 'a ruling and it is not permissible to violate it. If such issues can be found in jurisprudence and distinguished from concepts, it will be clear that mentioning such examples is to express the general concept and ruling, and if it changes, the ruling will change and there will be no problem with the fatwa.

**Keywords:** jurisprudence, instance, religious nature, customary nature, jurists.