

کارکردگرایی در موضوعات عرفی احکام شرعی

تاریخ دریافت: ۹۴/۱۰/۲۶

تاریخ تأیید: ۹۵/۱/۲۵

مسعود فیاضی*

چکیده

مواردی که در قانونگذاری و در دلیل شرعی موضوع حکم قرار می‌گیرند، یا مخترع شارع یا عرفی‌اند. موضوعات عرفی که از عرف عام یا خاص پدید آمده‌اند و شارع از آنها اصطلاح خاصی اراده نکرده است نیز به «عرفی مستنبط» و «عرفی ساده» تقسیم می‌شوند. مدعای مقاله این است که در موضوعات عرفی ساده به طور مطلق و در موضوعات عرفی مستنبط بسته به لسان دلیل، به طور قطع یا با احتمال عقلایی قابل توجه، «کارکردشان در مناسبات فردی و اجتماعی» وجه اصلی موضوعیت آنها برای احکامشان بوده است. از این رو، اگر با تغییرات زمان یا مکان، کارکرد اولیه آنها از میان برود، دیگر بر اساس ادله سابقه نمی‌توان دوباره احکام قبلی را برایشان ثابت کرد؛ زیرا اگر دلیل ثابت‌کننده حکم، لفظی باشد، به دلیل مخدوش شدن ظهورش قابل استناد نیست و اگر لفظی باشد، از دایره قدر متیقن آن خارج است؛ بنابراین برای تعیین حکم جدیدشان باید به دلایل دیگری مراجعه کرد.

واژگان کلیدی: موضوع عرفی، کارکردگرایی، احکام امضایی، ابزارگرایی، صورت‌گرایی، سیره عقلا.

مقدمه

احکام شرعی در تقسیم‌بندی کلی به دو گونه تأسیسی و امضایی تقسیم می‌شوند. احکام تأسیسی که بیشتر به عبادات و ملحقات آنها مرتبط‌اند، یا پیش از اسلام سابقه‌ای نداشته‌اند، یا اگر در سابق نیز نامی از آنها بوده است، ماهیت‌شان با آنچه در اسلام تشریح شده، کاملاً متفاوت است (واسعی، [بی‌تا]، ج ۲۶، ص ۱۶۰). در مقابل، احکام امضایی آن دسته از احکامی‌اند که پیش از ظهور اسلام به عنوان نهادهای تنظیم‌کننده روابط اجتماعی، سیاسی و اقتصادی با نام عرف و سیره عقلا در میان ایشان رایج بوده‌اند و شارع نیز آنها را امضا کرده، ردع نکرده است (بدری، ۱۴۲۸، ص ۱۳۲).

هر دو دسته هم از ادله لفظی، هم از ادله لَبّی فهمیده می‌شوند. ادله لَبّی - مانند عقل، اجماع و سیره عقلا - به هر دلیلی گفته می‌شود که لفظی نباشد (حسینی، ۲۰۰۷، ص ۱۷۴). تفاوت مهم ادله لَبّی و لفظی این است که ادله لفظی به دلیل در میان بودن لفظ، اطلاق و عمومیت دارند؛ ولی ادله لَبّی چون فاقد لفظ‌اند، قابلیت اطلاق‌گیری یا تمسک به عمومیت ندارند، مگر در مواردی که دلیل لَبّی - مانند اجماع - معقددار باشد* که در این صورت، به اطلاق و عموم معقد آن می‌توان تمسک کرد. از این رو، در ادله لَبّی مانند عقل و سیره عقلائی که فاقد معقدند، فقط باید به قدر متیقن‌شان عمل کرد؛ به همین دلیل، ادله لَبّی مزبور شامل موارد مشکوک نمی‌شوند (خویی، ۱۴۱۹، ج ۳، ص ۱۹۱).

موضوعات احکام مزبور نیز یا از مختراعات شارع‌اند که به آنها موضوعات شرعی یا تأسیسی گویند (نائینی، ۱۴۱۷، ج ۴، ص ۳۸۸) که ممکن است قبلاً در عرف اصلی داشته باشند؛ ولی در نظر شارع با شکل، شرایط و گاه محتوای خاصی مورد عنایت بوده باشند (علیدوست، ۱۳۸۴، ص ۳۶۲)، یا مواردی‌اند که از عرف عام یا خاص پدید

* مقصود از «معقد اجماع»، لفظ جمله‌ای است که مجمعین بر آن اتفاق نظر دارند؛ مانند اینکه گفته شود «یحرم العصیر اجماعاً» (حسینی شیرازی، [بی‌تا]، ص ۱۱۵). از این رو، ممکن است اجماع بدون معقد باشد؛ مثل مواردی که مجمعین بدون اینکه بر یک جمله لفظی اتفاق نظر داشته باشند، بر یک مطلب و مسئله‌ای اجماع کنند. به همین دلیل همه ادله لَبّی قابلیت داشتن معقد را ندارند؛ زیرا اصطلاح معقد دلیل لَبّی به یک جمله و یک لفظ که مورد دلیل لَبّی است، اشاره دارد.

آمده‌اند و شارع نیز از آنها اصطلاح خاصی اراده نکرده است (همان، ص ۳۶۳). این موضوعات را که معنایشان ناظر به همان تلقی رایج در میان عرف است (خمینی، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۶۶)، موضوعات عرفی می‌گویند (نائینی، ۱۴۱۷، ج ۴، ص ۳۸۸). البته در میان موضوعات عرفی، مواردی وجود دارند که به رغم روشن‌بودن مفهوم‌شان از نظر عرف، برای فهم دقیق‌تر آنها و درک حدود و ثغورشان باید به لسان ادله مراجعه کرد و در غیر این صورت، فهم صحیحی از آنها به دست نمی‌آید. به این دسته از موضوعات عرفی، موضوعات مستنبط عرفی گویند (ر.ک: علیدوست، ۱۳۸۴، ص ۳۶۳-۳۶۴). در کنار این دسته، به مواردی که در درک حدود و ثغور و تبیین آنها همان تلقی عرف، معیار نهایی است و ادله نیز همان تلقی از موضوع را دارند، موضوعات عرفی ساده می‌گویند (همان، ص ۳۶۵).

پرسش اینکه وجه موضوعیت این‌گونه موضوعات نزد شارع چه بوده است؟ به عبارت دیگر، چه ویژگی در این موضوعات باعث شده است متعلق احکامشان قرار گیرند؟

مدعای مقاله این است که به طور قطع یا با احتمال عقلایی قابل توجه، وجه موضوعیت این موضوعات - در موضوعات عرفی ساده به طور مطلق و در موضوعات عرفی مستنبط، بسته به لسان دلیل - «کارکرد» آنها در مناسبات فردی و اجتماعی بوده است. مقصود از کارکرد نیز همان اثری است که بر آن موضوعات مترتب می‌باشد (ر.ک: حسامی، ۱۳۸۹، ص ۴۷)؛ زیرا همان‌گونه که در تعریف این موضوعات بیان شد، موضوعات عرفی مواردی‌اند که در میان مردم رایج بوده‌اند و معنایشان به همان تلقی رایج در میان عرف ناظر بوده است. دغدغه عرف و عقلا نیز در زندگی اجتماعی، رفع نیازهای فردی و اجتماعی است و احکامی که در ارتکازات آنها وجود دارد، از این باب است و این مسئله همان رویکرد کارکردگرایی در فهم‌های آنها از این موضوعات است. در مقابل این ادعا، در مواردی که دلیل، لفظی است اعم از اینکه این دلیل لفظی برای امضای سیره باشد یا خود دلیل مستقلی باشد، برخی فقها و اصولیون معتقدند خود «عنوانی» که در دلیل به عنوان موضوع ذکر شده است، برای تعلق حکم به مصادیق گوناگون، موضوعیت دارد؛ به همین دلیل، تعلق یا عدم تعلق حکم نسبت به یک مورد،

دائرمدار تحقق عنوانی است که در دلیل ذکر شده است. این مسئله در قالب قاعده‌ای با عناوین «الأحكام تابعة للأسماء» (نراقی، ۱۴۲۲، ص ۲۵۷/ همو، ۱۴۱۵، ج ۱۴، ص ۳۴۴/ خوانساری، [بی تا]، ج ۳، ص ۴۴۸)، «إن الأحكام تتبع عناوينها» (مراغی، ۱۴۱۷، ج ۱، ص ۱۸۲)، «الأحكام تدور مدار الأسماء» (انصاری، ۱۴۲۸، ج ۳، ص ۳۰۳) و «إن الأحكام تابعة للعناوين والأسماء» (لنکرانی، ۱۴۰۹، ص ۱۳۵) به طور مطلق مطرح شده است؛ زیرا ایشان معتقدند علت تعلق حکم بر موضوع، اولاً و بالذات مصلحت یا مفسده واقعی‌ای است که در موضوع نهفته می‌باشد (صدر، ۱۴۰۵، ج ۲، ص ۱۲)؛ ولی به این دلیل که در بسیاری موارد عقل بشری توانایی درک و شناخت آنها را ندارد (جوادی، ۱۴۰۴، ص ۸۱)، به منظور تأمین امکان دستیابی به حکم، خود موضوع مذکور در دلیل را - که با توجه به لسان دلیل دست‌یافتنی است و به همین دلیل در فرایند استنباط ثمره عملی دارد - علت حکم قرار داده‌اند (نائینی، ۱۴۱۷، ج ۴، ص ۳۸۹)؛ چون در این صورت، به جای اینکه به دنبال درک مصالح و مفاصد واقعیه منظوی در موضوع باشند، با مراجعه به عرف و تمسک به قواعد عرفی، می‌کوشند از لسان دلیل موضوع را شناسایی کنند (انصاری، ۱۴۲۸، ج ۳، ص ۲۹۵-۳۰۰) و تکلیف حکم را بر اساس آن معلوم کنند. به همین دلیل است که عنوان مذکور در دلیل موضوعیت می‌یابد؛ ولی بر اساس مدعای مقاله درباره موضوعات عرفی - به خصوص موضوعات عرفی ساده - که در دسترس فهم عرف قرار دارند و تلقی آنها مرجع تشخیص‌شان است، یا قطعاً یا با احتمال قوی عقلایی، کارکردهای موضوع همان مصالح یا مفاصدی‌اند که سبب شده‌اند حکم به آن موضوع تعلق گیرد.

ثمره مدعای مقاله نیز این است که اگر بتوانیم ثابت کنیم به طور قطع، وجه موضوعیت موضوعات عرفی برای احکام‌شان وجه کارکردی‌شان بوده است، یا اگر در این مطلب به قطع نرسیم؛ ولی به احتمال عقلایی قابل توجهی نسبت به این امر دست یابیم، اگر در اثر تغییرات زمانی و مکانی، کارکرد اولیه موضوع مزبور که در زمان شارع شایع بوده است، تغییر یابد، در هر صورت دلایل اولیه از حجیت می‌افتند؛ زیرا در هر حال، ادله ثابت‌کننده حکم شرعی این موضوعات، لفظی یا لَبّی‌اند. اگر مانند احکام امضایی که مستندشان سیره عقلای مورد امضای شارع بوده است، لَبّی باشند،

از آنجاکه این ادله فاقد اطلاق اند، در آنها باید به قدر متیقن اکتفا کرد. بر این اساس، اگر دست کم احتمال عقلایی قابل توجهی بدهیم که وجه تعلق حکم، کارکرد اولیه موضوع بوده است که در زمان امضا شایع بوده، حال که این کارکرد از میان رفته است، در تعلق حکم به آن تردید می‌کنیم و دلیل مزبور توان تسری حکم به مورد جدید را ندارد. اگر هم دلیل مزبور لفظی باشد، به این علت که ظهور اولیه موضوع به دلیل وجود سیره در موضوعی بوده که کارکرد مزبور را داشته است، با تغییر کارکردهای موضوع، ظهور اولیه از میان می‌رود و ظهور جدید نیز منعقد نمی‌شود؛ زیرا سیره جدید در مرآ و منظر شارع نبوده است تا فهمش نسبت به موضوع مورد امضا باشد. از این رو، دلیل نسبت به موضوع جدید که فاقد کارکرد اول است، مجمل می‌شود و از ظهور می‌افتد؛ بنابراین قابل استناد نیست.

۱۶۳

ادعای مزبور که با عنوان کارکردگرایی در موضوعات عرفی قابل بیان است، در میان مباحث فقهی و اصولی قابل پیگیری است؛ مثلاً امام خمینی در ضرورت ملاحظه تأثیر زمان و مکان در تشخیص تغییرات موضوعات عرفی که در دلیل لفظی آمده‌اند، در فرایند استنباط می‌فرماید:

زمان و مکان دو عنصر تعیین‌کننده در اجتهادند. مسئله‌ای که در قدیم دارای حکمی بوده است به ظاهر همان مسئله در روابط حاکم بر سیاست و اجتماع 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 فرقی نکرده است، واقعاً موضوع جدیدی شده است که قهراً حکم جدیدی می‌طلبد. مجتهد باید به مسائل زمان خود احاطه داشته باشد (خمینی، ۱۳۷۸، ج ۲۱، ص ۲۸۹).

امام خمینی حتی در بسیاری از احکام مانند مصرف زکات، رهان در سبق و رمایه، انفال، مساجد و منازلی که در خیابان‌ها واقع می‌شوند و...، تصلب بر عنوان ذکر شده در لسان دلیل را نادرست می‌داند و حتی ادعا می‌کند چنین برداشتی از آیات و روایات، سبب نابودی تمدن جدید می‌شود (همان، ص ۱۵۰). وقتی نظر ایشان در موضوعات عرفی مذکور در ادله لفظی چنین است، به طریق اولی در موضوعات عرفی ادله لَبّی، به چنین نظری قائل است.

البته این نزاع در میان ابرارگرایان و صورت‌گرایان نیز در مجامع علمی غربی مطرح می‌باشد و مباحثات زیادی درباره آنها شده است که توضیح مختصری درباره آنها داده خواهد شد؛ ولی در هر حال، به این دلیل که مباحثات آنها دامنه‌دار و درخور توجه است، در این مقاله گنجایش طرح تفصیلی آنها وجود ندارد.

بر این اساس، در ادامه می‌کوشیم پس از تبیین محل نزاع، با نشان‌دادن اینکه ارتکاز اصولیون و فقها در وجه موضوعیت موضوعات مزبور، همان کارکردشان بوده است، کارکردگرایی در موضوعات عرفی را تقویت کنیم و مدعای مقاله را به اثبات برسانیم. این مهم را با ملاحظه تعاریف مختار آنها از سیره عقلا، مناشی و ریشه‌های مورد قبول آن از منظر ایشان و در نهایت، کارکردهای متوقع عرف در فقه از نظر آنها دنبال می‌کنیم.

۱. تقریر محل نزاع

قبل از اینکه ادعای مقاله در مورد موضوعات عرفی مورد بررسی قرار گیرد، لازم است تا تبیین دقیق‌تری از محل سوال اصلی بیان شود.

۱-۱. استقلال بحث از مباحث مربوط به ماهیت حکم امضایی

درباره ماهیت حکم امضایی، دو مبنای اصلی وجود دارد که در هر دو مبنا ادعای اصلی مقاله قابل جریان است؛ زیرا بر اساس مطالب پیش‌گفته، ادعای مقاله این است که وجه موضوعیت موضوعات عرفی در احکام امضایی یا قطعاً یا با احتمال عقلایی قابل ملاحظه، در کارکردهای اجتماعی‌شان ریشه دارد؛ زیرا در هر حال، در فرایند امضای شارع، وجه موضوعیت موضوع برای حکم، محل کلام شارع نیست، بلکه حکمی که پیش‌تر در عرف برای این موضوع با همین وجه موضوعیت شایع بوده، محل بحث است که مورد نقض و ابرام و در نهایت، امضا قرار می‌گیرد.

از این رو، اگرچه مانند محقق نائینی (نائینی، ۱۴۱۷، ج ۴، ص ۳۸۱)، محقق غروی اصفهانی (غروی، ۱۳۷۴، ج ۳، ص ۱۲۶)، محقق خوبی (خوبی، ۱۴۱۷، ج ۵، ص ۱۲) و محقق روحانی در *منتقى الأصول* (روحانی، ۱۴۱۳، ج ۷، ص ۲۶)، به نظریه حکم مماثل

قائل باشیم و بگوییم شارع در فرایند امضای متناظر و مماثل با حکم عرف، به جعل حکم مبادرت کرده است و بدین وسیله آن را در محیط شریعت خود وارد می‌کند، یا مانند امام خمینی بگوییم امضا اساساً به معنای انشای حکم از سوی شارع نیست و او در فرایند امضا هیچ تصرفی در سیره عقلا نمی‌کند (خمینی، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۲۰۴)، بلکه با امضای خود فقط رضایتش را نسبت به سیره ابراز می‌دارد (همو، ۱۳۸۲، ج ۳، ص ۱۹۹)، تفاوتی در مدعای مقاله ایجاد نمی‌شود.

۱-۲. ارتباط بحث با مباحث ابزارگرایی (Instrumentalism) و صورت‌گرایی (Formalism)

یکی از مباحث بسیار پُردامنه حقوقی امروزی در مجامع علمی غربی، نزاع و جدال میان ابزارگرایان و صورت‌گرایان است. این جدال در قرن بیستم صورت بسیار جدی به خود گرفته است؛ زیرا تا پیش از آن - در قرن نوزدهم - صورت‌گرایی در مجامع قضایی غربی شیوع بیشتری داشت و بر اساس آن حکم می‌شد (Quevedo, 1985, p.119)؛ ولی در قرن بیستم، مخالفت‌ها و نقدها نسبت به آن مکتب آغاز شد؛ به گونه‌ای که در جنبش رئالیستی حقوقی که در دهه سوم قرن بیستم رخ داد، تمایز کامل این دو مکتب رسمی شد و تفاوت آنها در ثمره‌های حقوقی‌شان به خوبی آشکار گشت (Ibid, p.121)

در میان این دو مکتب، تفکرات صورت‌گرایان تشابه زیادی با اصولیونی دارد که ملاک اصلی در تحقق موضوع و سپس ترتب حکم را تنها صدق «عنوانی» می‌دانند که در دلیل آمده است.* در مقابل، ابزارگرایان حقوقی، تصلبی بر عنوان ندارند و به کارکرد اجتماعی موضوعات اهمیت ویژه‌ای می‌دهند؛ زیرا فرم‌گراها اولاً، با تصلبی مکتبی فقط محتوای قوانین را مدلولات منطوقی آنها می‌دانند و تأکید زیادی بر استنباط منطقی از آنها دارند؛ ثانیاً، با نگاهی محافظه‌گرایانه هرگز به قانون به عنوان جزئی از یک مجموعه اجتماعی وسیع‌تر و ابزاری برای ساختن مجموعه‌ای منسجم‌تر، انعطاف‌پذیرتر و پذیرفتنی‌تر نمی‌نگرند (Ibid, p.123). از این رو، در منازعات مزبور، سه گروه از

* قاعده «الأحكام تابعة للعناوين».

ابزارگرایان در مقابل آنها قرار گرفتند که هریک به بخشی از ادعای صورت‌گرایان ناظر بود؛ گروه اول بر وجه تأکید بر استنباط منطقی از قوانین تمرکز کردند و برخلاف صورت‌گرایان، معتقد شدند هرگز تأکیدی بر استنباط منطقی صرف از قوانین حقوقی موجود نباید داشت؛ گروه دوم به این وجه تأکید کردند که قانون، خود پدیده‌ای اجتماعی و با ارتباطات اجتماعی است؛ گروه سوم نیز به عنوان نتیجه معتقد شدند اساساً قانون، ابزار ممکن برای تغییر اجتماعی است (Ibid). در نظر ایشان اگر اساساً قانون بخواهد با معنا باشد، باید ناظر به غایاتی باشد (Summers, 1982, p.93)؛ زیرا قانون در واقع ابزاری برای رسیدن به غایات اقتصادی و اجتماعی است (Ibid). در نظر آنها قانون خودش به تحقق بخشیدن به یک ارزش کمک می‌کند و در اصل، مجموعه نظام‌مندی می‌باشد که ابزاری برای اداره کردن جامعه است. از این رو، ارزش‌ها، عوامل تعیین‌کننده محتوای قانون‌اند (Ibid)، وگرنه عناوین درونی قوانین فی‌نفسه موضوعیت ندارند و فقط جنبه آلی دارند. در این دیدگاه، قانون به دست خود مردم و عرف ساخته می‌شود تا همه بتوانند برای غایات شخصی و اجتماعی‌شان از آنها بهره‌برداری کنند (Ibid, p.94). به همین دلیل، قانون در شرایط گوناگون اجتماعی، هم می‌تواند و هم باید تغییر داده شود؛ زیرا قانون در واکنش به نیازهای اجتماعی تهیه شده، به طور دائم نیازمند بازبینی است (Ibid).

البته صورت‌گرایان در مقابل ادعاهای ابزارگرایان، دفاع‌های جدی از خود کرده‌اند و دلایل زیادی بر تمرکز بر عناوین ارائه داده‌اند.

در هر صورت، بررسی علمی جدال و مباحثه این دو مکتب، به مسئله مورد بحث در مقاله و ادعای طرح‌شده کمک شایانی می‌کند؛ ولی به دلیل اینکه خود بحث مستقلی است و در این مقاله گنجایش طرح همه آنها نیست، طرح آن به مقاله دیگری موکول می‌شود.

۲. کارکردگرایی در تعریف سیره عقلا و عرف

واژه «سیره عقلا» که همان عرف عقلاست (لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۸۸۳)، پیش‌تر با عناوین: «العقلاء» (سید مرتضی، ۱۴۰۵، ج ۱، ص ۵۷ / حلی، ۱۴۲۰، ج ۲، ص ۲۴۰)،

«عادات العقلاء» (سید مرتضی، ۱۴۰۵، ج ۱، ص ۵۸)، «غرض العقلاء» (حلی، [بی تا]، ج ۱۱، ص ۵۶)، «نظر العقلاء» (همان، ج ۱۷، ص ۴۲۵/همو، ب، ۱۴۱۳، ج ۷، ص ۱۸۲)، «أفعال العقلاء» (همو، ۱۴۱۳، الف، ج ۲، ص ۱۳۴/همو، ۱۴۰۷، ج ۲، ص ۵۱۶)، «أغراض العقلاء» (نجفی، [بی تا]، ج ۳۱، ص ۱۵۵) و «عرف العقلاء» (حلی، ۱۴۰۴، ج ۲، ص ۲۳۸) در میان فقها و اصولیون شیعی متداول بوده است. عرف نیز در عام‌ترین معنای خود، عبارت است از قول، فعل و ترک فعلی که برای مردم شناخته شده است و مردم بر اساس آن عمل می‌کنند (حکیم، ۱۴۱۸، ص ۴۰۵). برخی اندیشمندان نیز در معنای آن گفته‌اند: «عرف، عادت است که زمانی طولانی در میان مردم مرسوم باشد و به الزامی بودن آن معتقد شده باشند» (لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۵۹). عرف هرگاه به نژاد، مذهب، زمان، گروه و محدوده خاصی وابسته نباشد، «عرف عام» نام دارد و در غیر این صورت، «عرف خاص» نامیده می‌شود (هاشمی و ترابی، ۱۳۷۵، ج ۴، ص ۲۴۱).

سیره عقلا یا همان عرف عقلا، شاخه‌ای از عرف است که مورد پسند عقل بوده، به همین دلیل شامل عرف‌های ناپسند نمی‌شود (لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۸۸۳). از این رو، پیش از رواج عبارت سیره عقلا در دو سده اخیر (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۵۷)، این حقیقت با عناوین: «عادات العقلاء»، «أفهام العقلاء»، «غرض العقلاء»، «نظر العقلاء»، «أفعال العقلاء»، «أغراض العقلاء» و «عرف العقلاء» بیان می‌شده است که ناظر به همان معنایی است که از عرف عقلا گفته شد. البته به دلیل اینکه آنچه در فضای عمومی جامعه به عنوان قوانین اصلی و قوانین غیرقابل نقض - که حفظ نظام جامعه مبتنی بر آنهاست - رواج می‌یابد، در اغلب موارد ناشی از مشی عقلایی عرف آن جامعه است؛ به همین دلیل، برخی متفکران عرف عام را همان سیره عقلا دانسته‌اند (نائینی، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۱۹۲)؛ به عنوان مثال، جرجانی در تعریف خود از عرف می‌گوید: «عرف، آن چیزی است که انسان‌ها بر اساس جهت‌دهی عقولشان به آنها بر اساس آن مشی کرده و آن را تلقی به قبول می‌کنند» (حکیم، ۱۴۱۸، ص ۴۰۵).

در تعاریف مزبور مشاهده می‌کنیم که اولاً، درباره موضوعات عرفی، وجود شناخت عمومی نسبت به آنها موضوعیت دارد؛ ثانیاً، شناخت و حکم آنها ناظر به رویکرد کارکردی به موضوعات است و آن هم کارکردی که متناسب با شرایط و مناسبات

اجتماعی باشد. ذکر مواردی چون: «قول»، «فعل» و «ترک فعلی» که برای مردم شناخته شده است و مردم بر اساس آن عمل می‌کنند (همان، ص ۴۰۵)، مواردی که مورد پسند عقل است و شامل موارد ناپسند نمی‌شود (لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۸۸۳) یا مواردی که در فضای عمومی جامعه به عنوان قوانین اصلی و قوانین غیرقابل نقض - که حفظ نظام جامعه مبتنی بر آنهاست - رواج می‌یابد (نائینی، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۱۹۲) یا مواردی که انسان‌ها بر اساس جهت‌دهی عقولشان به آنها بر اساس آن مشی کرده، آن را تلقی به قبول می‌کنند (حکیم، ۱۴۱۸، ص ۴۰۵)، شواهدی برای این مدعا هستند.

۳. کارکردگرایی در مناشی سیره عقلا و عرف از دیدگاه اصولیون

اصولیون مباحثی را درباره مناشی احکام عقلا طرح کرده‌اند و گفته‌اند عقلا بر چه اساس به جعل حکم برای برخی موضوعات می‌پردازند. در ذیل به موارد استقرائی اصولیون خواهیم پرداخت.

۳-۱. عقل عملی به عنوان منشأ اول

برخی از اصولیون، ریشه سیره عقلا را در عقل عملی آنها دانسته‌اند و معتقدند عقل عملی عقلاست که مصالح و مفاسد موضوعات مورد نظر آنها را می‌شناسد و بر اساس آن حکم می‌کند. این دسته خواسته‌اند این منشأ را تنها منشأ سیره عقلا نشان دهند (ر.ک: غروی، ۱۳۷۴، ج ۲، ص ۱۸۶ / مظفر، ۱۳۷۵، ج ۲، ص ۱۲۸) که مورد مخالفت برخی دیگر - مانند شهید صدر - قرار گرفته است (صدر، ۱۴۱۷، ج ۴، ص ۲۴۵)؛ زیرا بسیاری از موارد شایع در میان عقلا، از حکم عقل عملی ایشان سرچشمه نمی‌گیرد؛ چون حکم عقل عملی، قطعی است؛ ولی بسیاری از احکام عقلا هرچند در مقام عمل مورد اذعان همگان باشد، ظنی بوده و بهره‌ای از قطع ندارند. افزون بر این، اگر سیره عقلا فقط به عقل عملی برگردد، دیگر دلیلی وجود ندارد که سیره مزبور با الحاق امضای شارع، دلیل مستقلاً در اثبات احکام باشد؛ زیرا در این صورت، بازگشت سیره عقلائی به همان دلیل عقل خواهد بود و امری جدا از آن نیست و نیازی به امضای شارع نیز ندارد.

در این منشأ، عقلا بر اساس عقل عملی خود عمل می‌کنند. مدرکات عقل عملی نیز به دانستنی‌هایی مربوط است که موضوعات آنها امور انسانی بوده، با خواست و اراده انسان تحقق می‌پذیرد؛ مانند اخلاق، زندگی خانوادگی و زندگی اجتماعی. نظام و ساخت اجتماعی افراد از مسیر آگاهی و رفتار ارادی انسان‌ها شکل می‌گیرد (پارسانیا، ۱۳۸۳، ص ۱۹). در متعلقات عقل عملی، مشاهده می‌شود که دقیقاً بر اثر کارکردها تصمیم‌گیری می‌شود؛ یعنی تأیید یا رد موضوعات به وسیله عقل عملی، دقیقاً به مناسبات فردی و اجتماعی ناظر است.

۲-۳. قریحه، سجیه و عادات عقلا به عنوان منشأ دوم

منشأ دیگری که برای احکام سیره عقلا برشمرده‌اند - همان‌گونه که شهید صدر اشاره کرده است - عبارت است از: قریحه، سجیه و عادات عقلا؛ به گونه‌ای که اگر کسی با این عادات و سجایا مخالفت کند، از سوی آنها شایسته مذمت و تقبیح است (صدر، ۱۴۰۸، ج ۲، صص ۹۷-۹۸ و ۵۲۲). ایشان این جنبه را با عنوان وجه عقلایی از وجه پیش که نام وجه عقلی بر آن می‌گذارند، متمایز می‌دانند (همان، ص ۱۰۰).

در این منشأ نیز اگر دقت شود، مواردی که مورد عادات و سجیه آنهاست، به روابط فردی و اجتماعی برمی‌گردد و به همین دلیل است که وقتی فردی مخالف آن عمل کند، از سوی همگان مذمت می‌شود؛ یعنی این امر به لحاظ اجتماعی، امر پذیرفته‌شده‌ای بوده است. پذیرش هر امری در اجتماع نیز بر اقتضائات اجتماع مبتنی می‌باشد و آن نیز همان کارکردی است که در مقام عمل رخ می‌دهد.

۳-۳. حالات و اغراض شخصیه یا غلبه سلطانی به عنوان منشأ سوم

منشأ دیگر، موردی است که نه به عقل عقلا برمی‌گردد و نه قریحه مشترک و ارتکاز عقلایی عمومی آنها دلیل است، بلکه به سبب حالات و اغراض شخصیه (همان، ص ۹۷) یا قهر و جبر سلطان و حاکمی است که عقلا را به کاری گماشته، پس از مدتی جزء مرتکبات آنها شده است (نائینی، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۱۹۲). در واقع مخالفت با این موارد، شایستگی مذمت را به دنبال ندارد و از محل بحث نیز خارج است.

باید توجه داشت که در میان موارد پیش گفته، نوع اول در صورت اثبات، نیازی به تأیید شارع ندارد؛ زیرا به دلیل حکم عقل، قطع حاصل از آن ذاتاً حجت است و نیازی به جعل حجیت ندارد؛ ولی مورد دوم باید مورد امضای شارع قرار گیرد. امضای مزبور نیز شرایطی دارد؛ از جمله اینکه اولاً، این سیره در میان عرف، عام و غالبی باشد و حتی در عرف‌های خاص نیز این ویژگی در محدوده خودشان برقرار باشد (واسعی، [بی‌تا]، ج ۲۶، ص ۱۶۰)؛ ثانیاً، با احکام عقل عملی در تخالف نباشد (همان)؛ ثالثاً، اتصال آن به زمان شارع و در مرآ و منظر او بودن، محرز باشد. به همین دلیل است که عرف‌های متأخر از زمان شارع، مورد تأیید نیستند (خمینی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۱۲۳)؛ رابعاً، وجود امکان ردع نسبت به آن از سوی شارع وجود داشته باشد و فرضاً شارع در مقام تقیه نباشد (همو، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۳۱۵)؛ خامساً، از سوی شارع، ردع نشده باشد (همان). از این بیان معلوم می‌شود که در کشف امضای شارع، حتماً نیازی به احراز ابراز امضا از سوی شارع نیست، بلکه همین که سیره در مرآ و منظر او بوده است و امکان ردع نیز برای او وجود داشته؛ ولی ردع نکرده است، برای تحقق این شرط کفایت می‌کند (خراسانی، ۱۴۰۹، ص ۳۰۳ / غروی، ۱۳۷۴، ج ۲، ص ۲۳۳).

۴. کارکردگرایی در موارد کاربرد عرف از نظر اصولیون

در میان اصولیون و فقها، «عرف» هرگز به عنوان «منبع» حکم شرعی شناخته نمی‌شود (علیدوست، ۱۳۸۴، ص ۱۴۴). همچنین به خودی خود، سندیتی نیز در کشف حکم شرعی ندارد و به همین دلیل در کنار ادله اربعه قرار داده نشده است (همان، ص ۱۶۹)؛ ولی جنبه ابزار بودن آن، بدین معنا که بسان ابزاری در خدمت اسناد کشف شریعت باشد، همواره مورد تأکید و قبول بوده است (همان، ص ۲۱۳). این شأن، مصادیق زیادی دارد که در ذیل به دسته‌بندی آنها اشاره می‌شود:

اول، تحدید عنوانی که در دلیل شرعی ذکر شده است؛ ولی خود شارع تعریفی از آن ارائه نکرده است (نجفی، [بی‌تا]، ج ۲۹، ص ۲۹۰). در این مورد، عرف مفردات و واژه‌های متخذ در ادله، همچنین جمله‌ها و هیئت‌های ترکیبی در آن را تفسیر می‌کند؛ یعنی ساحت تصورات (علیدوست، ۱۳۸۴، ص ۲۱۴).

دوم، مرجع برداشت از مجموعه دلیل یا ادله و امور پیرامون آن. این مورد خود شامل «تنقیح مناط، الغای خصوصیت و اولویت عرفی»، «تقیید و تخصیص و جلوگیری از انعقاد اطلاق»، «عمل نکردن به نصّ به دلیل تغییر عادت و عرف»^{*} و «مناسبت حکم و موضوع» می‌شود؛ یعنی ساحت تصدیقات (ر.ک: همان، ص ۲۳۴-۲۴۰).

سوم، مرجع تطبیق مفاهیم عرفی بر موضوعات (همان، ص ۲۵۲)؛ مانند تشخیص مکیل یا موزون و معدود بودن کالایی که ممکن است در عرف‌های گوناگون متفاوت باشند (عاملی حسینی، ۱۴۱۹، ج ۱۳، ص ۳۶). البته در این کارکرد، اختلافات متعددی در میان اصولیون و فقها به چشم می‌خورد که پرداختن به آن، محل بحث این مقاله نیست. چهارم، مرجع رویه مورد انتخاب شارع در فرایند قانونگذاری؛ زیرا شارع در فرایند قانونگذاری، رویه خاصی جعل نکرده، بر اساس رویه عرف عمل کرده است.^{**}

پنجم، نقش‌آفرینی در حل تعارض ادله، جمع میان آنها و توسیع مفهوم واژه‌های ذکر شده در دلیل (علیدوست، ۱۳۸۴، ص ۲۹۸).

ششم، نقش‌آفرینی در معاملات و قراردادهای (همان، ص ۲۹۹).

هفتم، موضوع‌سازی و زمینه‌سازی یا موضوع‌زدایی برای جریان ادله و احکام خاص (همان، ص ۳۰۳).^{***}

در میان موارد پیش‌گفته، برخی تخصصاً از محل بحث مقاله خارج‌اند؛ زیرا محل بحث مقاله در وجه موضوعیت موضوع برای حکم شرعی در موضوعات عرفی ساده و

* شهید اول در ذیل بحثی با عنوان «یجوز تغییر الأحكام بتغییر العادات» در کتاب القواعد والفوائد در خصوص اختلاف زن و شوهر در پرداخت مهریه پس از عمل زناشویی، به رغم وجود روایتی مبنی بر تقدم قول شوهر، معتقد است قول زن، مقدم است؛ زیرا در عرف زمان این روایت، مهریه پیش از عمل زناشویی پرداخت می‌شده است؛ بنابراین قول او در این اختلاف، مقدم شمرده می‌شده است؛ ولی اکنون که این عادت عوض شده است، به چنین حکمی عمل نمی‌شود (عاملی، [بی‌تا]، ج ۱، ص ۱۵۱).

** از آنجاکه شارع مقدس اسلام، رویه و اصول خاصی را در امور مذکور - چگونگی جعل، کیفیت و بیان مجعول - [فرایند تقنین] اعلام نکرده است، از رویه متداول و عرف مخاطبان تبعیت کرده است (علیدوست، ۱۳۸۴، ص ۲۸۳).

*** به عنوان مثال، امام خمینی[ؑ] می‌فرماید: «تبعیت اعماق زمین و نیز هوا نسبت به املاک شخصی تا حدود احتیاجات عرفی است ... بنابراین نفت، گاز و معادنی که خارج از حدود عرفی املاک شخصی است، تابع املاک نمی‌باشد» (خمینی، ۱۴۲۲، ج ۲، ص ۵۸۸).

نیز در موضوعات عرفی مستنبط بسته به لسان دلیل است. از این رو، مواردی از نقش عرف که اساساً به این بُعد مربوط نمی‌شوند، از محل بحث خارج‌اند؛ از جمله این موارد می‌توان به نسبت‌سنجی میان دو یا چند دلیل در مقام رفع تعارض بدوی یا حمل یک دلیل بر دیگری - حمل عام بر خاص، مطلق بر مقید و محکوم بر حاکم - و مواردی مانند آن اشاره کرد.

دیگر موارد ذکرشده، در نقش‌های ابزاری عرف نیز مصادیق و موارد جریان متنوعی دارند که برخی از آنها به محل بحث - یعنی وجه موضوعیت موضوع در موضوعات عرفیه - مربوط می‌شود و برخی نیز مربوط نمی‌شود. ادعای مقاله این است که در این موارد، هر جا مورد جریان به وجه موضوعیت موضوع عرفی مربوط است، جنبه کارکردی آن مد نظر می‌باشد؛ زیرا عرف، ملاکی جز این ندارد و نمی‌شناسد.

برای روشن‌شدن مطلب، در ذیل به اختصار به هریک از نقش‌های پیش‌گفته که در محل بحث قابلیت جریان دارند، اشاره می‌کنیم و در مواردی نیز مثال‌هایی از استنباط فقها می‌آوریم که ملاک تصمیم‌گیری در آنها کارکرد موضوع عرفی بوده است. البته مثال‌های این موارد در فقه زیاد است و این مقاله محل استقرای تام این موارد نیست؛ ولی همین استقرای ناقص نیز به همراه توضیحاتی که در ملاکات تصمیم‌گیری عرف بیان شد، باعث اطمینان می‌شود.

- در مورد نخستین کارکرد ابزاری عرف؛ یعنی تحدید موضوعات و تعریف مفردات و واژه‌های متخذ در ادله، همچنین تفسیر جمله‌ها و هیئت‌های ترکیبی مذکور در دلیل، وقتی بحث بر سر تعریف و تعیین حدود و ثغور موضوع عرفی است - به ویژه موضوع عرفی ساده - و نه تعریف دیگر مفاهیم یا تفسیر یک جمله یا هیئت ترکیبی صرف، به دلیل اینکه اولاً، شارع تصرفی در موضوع نکرده، تلقی عرف را مبنای خود گذاشته است؛ ثانیاً، روش خاصی در مفاهیم تشریحی قرار نداده، حتماً کارکرد موضوع مبنای نظر بوده است؛ زیرا عرف در تلقی خود ناظر به مناسبات آن با دیگر پدیده‌ها و کارکرد آن در جهت رفع احتیاجات فرد و جامعه تصمیم می‌گیرد؛ مثلاً در تعریف مالیت کالا، عرف دقیقاً به کارکرد آن نظر دارد و به همین دلیل، فروش یخ را در مناطق سردسیری کوهستانی که فاقد هرگونه ارزش مالی است - به شرط اینکه منفعت دیگری نداشته

باشد که از جهت آن ارزش مالی بیابد - در قیاس با مناطق گرمسیری استوایی جایز نمی‌داند (احمدی، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۴۶).

- در مورد دومین نقش آفرینی ابزار عرف نیز مدعای مقاله برقرار است؛ زیرا اگر به فقه مراجعه کنیم، در موارد زیادی مشاهده می‌کنیم که وقتی محور «تنقیح مناط، الغای خصوصیت و اولویت عرفی»، «تقیید و تخصیص و جلوگیری از انعقاد اطلاق»، «عمل نکردن به نصّ به دلیل تغییر عادت و عرف» و «مناسبت حکم و موضوع» همین وجه موضوعیت در موضوع عرفی است، فهم عرفی فقیه، همین جنبه کارکردی را مد نظر قرار می‌دهد. البته گفتنی است بسیاری از موارد جریان این قواعد، به مواردی مربوط می‌شود که به وجه موضوعیت موضوع ناظر نیست؛ مثلاً در مثال مشهور الغای خصوصیت از قید اعرابی بودن در روایتی که کفاره را برای اعرابی که در ظهر ماه رمضان با همسر خود جماع کرده بود، ثابت نموده بود (سبحانی، ۱۴۲۰، ج ۱، ص ۲۸۹)، الغای خصوصیت به قیدی تعلق گرفته است که به وجه موضوعیت موضوع در موضوعات عرفی بر نمی‌گردد. به همین دلیل، در ذیل مثال‌هایی از استنباطات فقها در موارد مرتبط با مدعا نشان داده می‌شود:

- اگر آلت ذبح، غیر آهن باشد؛ ولی در حدت و استحکام و تیزی و اطراد تا آخر ذبح مثل آهن باشد، به نحو یقین، بعید نیست به الغای خصوصیت به آهن ملحق شود (بهجت، ۱۴۲۸، ج ۴ ص ۳۶۹).

- بر فرض در مفهوم غنا، طرب به معنای مطلق سبکی باشد، نه خصوص سبکی که از شادی یا حزن ناشی می‌شود و طبق این فرض ثابت شود که غنا بر موسیقی حماسی صدق می‌کند، در این صورت ممکن است بگوییم دلیل حرمت غنا به مناسبت حکم و موضوع منصرف به غنایی است که در مجالس لهو و طرب متعارف است و موجب رقص یا دست‌کم لذتی می‌شود که از گریه لهوی ناشی است (حائری، [بی تا]، ص ۱۸).

- مناسبت حکم و موضوع مقتضی است تا ادله دالّ بر سبق و رمایه را منحصر در اسب و تیر ندانیم و مصادیق مذکور در برخی نصوص و متون را حمل بر مثال نماییم، نه انحصار، بلکه هرچه آشنایی با «کاربرد» آن موجب آمادگی و تفوق مسلمانان می‌گردد، موجب حکم است (علیدوست، ۱۳۸۴، ص ۲۳۹).

در همه این موارد، نظر عرفی فقیه، به جنبه کارکردی موضوع معطوف است. حتی در نقش «تقیید و تخصیص و جلوگیری از انعقاد اطلاق» نیز جایی که مورد بحث، وجه موضوعیت موضوع است، این ادعا وجود دارد؛ مثلاً وقتی حرمت شطرنج بیان شد، مردم از شطرنج چیزی می‌فهمیدند که قمار ذاتی آن بود و حالت دیگری برای آن متصور نبود. همین فهم نیز سبب شده بود ظهوری که برای مطلق شطرنج در روایت در نظر عرف مشهود بود، چنین شطرنجی باشد و از ابتدا عملاً اطلاقی به معنای واقعی کلمه نداشته باشد. به همین دلیل، وقتی این کارکرد از شطرنج رخت بر بست، دلیل قبلی با اینکه عنوان شطرنج را در خود داشت؛ ولی دیگر ظهوری در این شطرنج که دیگر وسیله قمار نبود و فقط ورزش فکری بود، نداشت. از این رو، وقتی در استفتائی از امام خمینی پرسیده می‌شود که «با اینکه شطرنج دیگر ابزار قمار نیست و فقط بازی فکری است، آیا باز هم حرام است؟»، ایشان با اینکه تا پیش از این پرسش به صراحت حکم به حرمت داده بودند؛ ولی در این فرض حکم به جواز می‌دهند (خمینی، ۱۴۲۲، ج ۲، ص ۱۰).

در نقش «عمل نکردن به نصّ به دلیل تغییر عادت و عرف» نیز هر چند موارد آن اعم از جایی است که وجه موضوعیت موضوع، محور بحث است؛ ولی به وضوح شامل محل بحث مقاله می‌باشد.

- در مورد سوم و چهارم نقش‌آفرینی ابزاری عرف که پیش‌تر ذکر شد، وقتی محور بحث «وجه موضوعیت موضوع» است، اثبات مدعا به دلیل وضوح نیاز به دلیل ندارد.

- در مورد ششم، به عقیده نویسنده مدعای مقاله از همه موارد دیگر آشکارتر است؛ زیرا بسیاری از امضائات شارع در این حوزه است (ر.ک: علیدوست، ۱۳۸۴، ص ۳۰۰). در این موارد، شارع بر روال جاری در عرف در خرید و فروش‌ها و شروط آنها - جز در موارد اندکی - صحه گذاشته است. مبنای عمل عرف نیز در همه این موارد، سود و زیان‌هایی بوده که در مناسبات فردی و اجتماعی مطرح بوده است و این همان کارکرد مورد ادعاست؛ مثلاً در باب معاملات، شرع هر معامله‌ای را که منفعت محله عقلائی دارد، جایز می‌داند و در شرع، دلیلی بر منع آن نیست (لنکرانی، ۱۴۲۷، ج ۱، ص ۴۰۹) و در غیر این صورت نیز معامله درست نیست. ملاک «منفعت محله

عقلانیه»، جز کارکرد مثبت موضوع در مناسبات فردی و اجتماعی، چیز دیگری نیست. - در مورد هفتم وقتی محور بحث وجه موضوعیت موضوع عرفی است، حکم فقها بر اساس کارکرد موضوع می‌باشد. مصداق نفقه واجبه بودن کالایی در قیاس با منطقه‌ای که همان کالا از نفقات واجبه نیست، مواردی که مصلحت عمومی مسلمانان در آنها باعث تغییر موضوع می‌شود - مثل فروش سلاح و مانند آن - همه از این‌گونه‌اند (ر.ک: احمدی، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۴۵-۵۰).

در نهایت گفتنی است یکی از سرفصل‌هایی که حاوی مدعای مقاله به وسیله اصولیون است، سرفصل مربوط به دخالت عنصر زمان و مکان در فرایند استنباط می‌باشد؛ زیرا در بسیاری از روایاتی که از امامان معصوم علیهم‌السلام نقل شده است، به این حقیقت اشاره شده که زمان و مکان در دگرگونی احکام، نقش دارند و این تغییر یا به این دلیل است که به مرور زمان، موضوعات احکام نیز تغییر می‌کند، یا به دلیل تبدیل ملاک‌های آن احکام به ملاک‌های دیگری است، یا بدین علت است که ملاک وسیع‌تری نسبت به ملاک موجود در زمان تشریح آن احکام کشف شده است (سبحانی، [بی تا]، ص ۵۸).

در میان اصولیون، تعداد زیادی به این مهم اشاره کرده‌اند؛ مثلاً مرحوم کاشف‌الغطا در **تحریرالمجله** می‌گوید:

پیش‌تر گفتیم که یکی از اصول مذهب امامیه این است که احکام تغییر نمی‌کنند، مگر با تغییر موضوعات‌شان ... آری! با حالات مختلفی که بر یک فرد عارض می‌شود؛ از قبیل بلوغ، رشد، سفر، اقامت در وطن، فقر و بی‌نیازی و امثال اینها، حکم الهی هم در حق او تغییر می‌کند و در همه این موارد، تغییر موضوع باعث تغییر حکم می‌شود. باید در این مسئله دقت شود تا امر مشتبه نگردد (نجفی، ۱۳۵۹، ج ۱، ص ۳۴).

نتیجه

ادعای مقاله این بود که وجه موضوعیت موضوع در موضوعات عرفی ساده، به طور مطلق و در موضوعات عرفیه مستنبط، بسته به لسان دلیل و برای احکام امضایی، کارکردهای آنها در مناسبات اجتماعی است. روش به‌کارگیری شده برای رسیدن به این

مدعا، تحقیق نظرات فقها و اصولیون و تحلیل آنها در مواردی بود که به وجه موضوعیت موضوع عرفی مربوط می‌شد. به همین دلیل، ردپای این مدعا را در مباحثی که ایشان درباره سیره عقلا و نیز مباحث مربوط به کارکرد عرف در فقه کاوش کردیم و نشان دادیم هر جا بحث درباره وجه موضوعیت موضوع در این گونه موضوعات است، وجه کارکردی موضوع مد نظر بوده است. بر این اساس، نتیجه بررسی این بود که دست‌کم به اندازه یک احتمال عقلایی قابل توجه می‌توان چنین ادعایی را مد نظر قرار داد و به آن ملتزم شد.

ثمره فقهی این مدعا - هر چند به اندازه احتمال عقلایی قابل توجه باشد - این است که اگر کارکرد این موضوعات در اثر تغییرات زمان و مکان نسبت به کارکرد اولیه تغییر یافت، دیگر با استناد به ادله سابقه نمی‌توان احکام قبلی را دوباره برایشان ثابت کرد؛ زیرا در واقع موضوع تغییر کرده، موضوع جدیدی شده است و حکم جدیدی می‌طلبد؛ چون اگر دلیل سابق آن لفظی بوده، ظهورش به دلیل همین احتمال عقلایی قابل توجه - دست‌کم - مخدوش می‌شود و دیگر قابل استناد نیست و اگر دلیل سابق آن لبی بوده، این مورد از دایره میزان متیقن خارج است و ادله لبی نیز در خارج این دایره، کارایی ندارند و شامل موارد مشکوک نمی‌شوند؛ در این صورت باید حکم جدید موضوع را از ادله و مجاری دیگری تعیین کرد.

منابع

۱. احمدی، حبیب‌الله؛ «فقه پویای اسلام»، مجموعه آثار کنگره بررسی مبانی فقهی امام خمینی (اجتهاد و زمان)؛ ج ۱، چ ۱، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۴، ص ۴۵-۸۱.
۲. اردبیلی، احمدبن محمد؛ مجمع الفائدة والبرهان؛ ج ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۳ق.
۳. اسدی حلّی، جمال‌الدین احمدبن محمد؛ المذهب البارع فی شرح المختصر النافع؛ ج ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۷ق.
۴. اکاشا، سمیر؛ فلسفه علم؛ ترجمه هومن پناهنده؛ تهران: فرهنگ معاصر، ۱۳۸۹.
۵. انصاری، مرتضی؛ فرائد الأصول؛ ج ۹، قم: مجمع الفکر الإسلامی، ۱۴۲۸ق.
۶. بدری، تحسین؛ معجم مفردات أصول الفقه المقارن؛ ج ۱، تهران: المشرق للثقافة والنشر، ۱۴۲۸ق.
۷. بهجت، محمدتقی؛ استفتانات؛ ج ۱، قم: دفتر حضرت آیت‌الله بهجت، ۱۴۲۸ق.
۸. پارسانیا، حمید؛ علم و فلسفه؛ ج ۳، تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۳.
۹. جمعی از نویسندگان (زیر نظر سید محمود شاهرودی)؛ فرهنگ فقه اهل بیت (ع)؛ ج ۱، چ ۱، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)، ۱۴۲۶ق.
۱۰. جوادی آملی، عبدالله؛ خمس رسائل؛ ج ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۴ق.
۱۱. حائری، سید کاظم؛ مجله فقه اهل بیت (ع)؛ قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)، ش ۴۸، [بی تا].

۱۲. هاشمی، سیدرضا و اکبر ترابی؛ «بنای عقلا»، دانشنامه جهان اسلام؛ زیر نظر غلامعلی حداد عادل؛ ج ۴، چ ۱، تهران: بنیاد دائرة المعارف اسلامی، ۱۳۷۵.
۱۳. حسامی، فاضل؛ جامعه شناسی فقه؛ چ ۲، قم: انتشارات مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی، ۱۳۹۳.
۱۴. حسینی، محمد؛ تطبیقات فقهیه لمصطلحات علم الأصول؛ چ ۱، دمشق: مرکز ابن ادریس الحلّی للدارسات الفقهیة، ۲۰۰۷م.
۱۵. حسینی شیرازی، سیدمحمد؛ إیصال الطالب إلى المكاسب؛ چ ۱، تهران: منشورات اعلمی، [بی تا].
۱۶. حسینی عاملی، سیدجوادی بن محمد؛ مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة؛ چ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۹ق.
۱۷. حکیم، سیدمحمد تقی؛ الأصول العامة فی الفقه المقارن؛ چ ۲، قم: مجمع جهانی اهل بیت، ۱۴۱۸ق.
۱۸. حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر؛ قواعد الأحكام فی معرفة الحلال والحرام؛ چ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ق، الف.
۱۹. —؛ مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة؛ چ ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ق، ب.
۲۰. —؛ تحریر الأحكام الشرعیة علی مذهب الإمامیة؛ چ ۱، قم: مؤسسه امام صادق، ۱۴۲۰ق.
۲۱. —؛ تذکرة الفقهاء؛ چ ۱، قم: مؤسسه آل البيت، [بی تا].
۲۲. خراسانی، محمد کاظم؛ کفایة الأصول؛ چ ۱، قم: مؤسسه آل البيت، ۱۴۰۹ق.
۲۳. خمینی، سیدروح الله؛ استفتائات؛ چ ۵، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۲۲ق.
۲۴. —؛ الرسائل؛ چ ۳، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۱۰ق.
۲۵. —؛ أنوار الهدایة؛ چ ۱، تهران: مؤسسه تنظیم نشر و آثار امام خمینی، ۱۴۱۳ق.
۲۶. —؛ تهذیب الأصول؛ چ ۱، قم: اسماعیلیان، ۱۳۸۲ق.

۲۷. —؛ صحیفه امام؛ ج ۲۱، چ ۱، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام، ۱۳۷۸.
۲۸. خوانساری، آقاحسین بن محمد؛ مشارق الشموس فی شرح الدروس؛ [بی جا]: [بی نا]، [بی تا].
۲۹. خویی، سید ابوالقاسم؛ دراسات فی علم الأصول؛ چ ۱، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، ۱۴۱۹ق.
۳۰. —؛ محاضرات فی الأصول؛ چ ۴، قم: انصاریان، ۱۴۱۷ق.
۳۱. روحانی، محمدحسین؛ منتقى الأصول؛ چ ۱، [بی جا]: چاپخانه امیر، ۱۴۱۳ق.
۳۲. سبحانی، جعفر؛ «نقش زمان و مکان در استنباط»، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام؛ ش ۴۳، [بی تا]، ص ۵۳-۱۲۸.
۳۳. —؛ الصوم فی الشریعة الإسلامیة الغراء؛ چ ۱، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۰ق.
۳۴. سیوری حلی، مقداد بن عبدالله؛ التفتیح الرائع لمختصر الشرائع؛ چ ۱، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ق.
۳۵. شیخ رضایی، حسن و امیراحسان کرباسی زاده؛ آشنایی با فلسفه علم؛ چ ۱، تهران: هرمس، ۱۳۹۱.
۳۶. صدر، سید محمدباقر؛ بحوث فی علم الأصول؛ چ ۳، قم: مؤسسه دائرة المعارف اسلامی، ۱۴۱۷ق.
۳۷. —؛ دروس فی علم الأصول (حلقه الثانية)؛ ج ۲، چ ۱، بیروت: دارالمتنظر، ۱۴۰۵ق.
۳۸. —؛ مباحث الأصول؛ چ ۱، قم: مکتب الاعلام الإسلامی، ۱۴۰۸ق.
۳۹. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی؛ القواعد والفوائد؛ چ ۱، قم: کتابفروشی مفید، [بی تا].
۴۰. علیدوست، ابوالقاسم؛ فقه و عرف؛ چ ۱، تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۴.
۴۱. غروی اصفهانی، محمدحسین؛ نهاية الدراية فی شرح الکفاية؛ قم: انتشارات سیدالشهدا علیهم السلام، ۱۳۷۴.

٤٢. لنگرودى، جعفر؛ مبسوط در ترمينولوژى حقوق؛ ج ١، تهران: كتابخانه گنج دانش، ١٣٧٨.
٤٣. مظفر، محمدرضا؛ أصول الفقه؛ ج ٥، قم: اسماعيليان، ١٣٧٥.
٤٤. موحدى لنگراني، محمدافضل؛ تفصيل الشريعة فى شرح تحرير الوسيلة - المكاسب المحرمة؛ ج ١، قم: مركز فقهى ائمه اطهار، ١٤٢٧ق.
٤٥. —؛ تفصيل الشريعة فى شرح تحرير الوسيلة - النجاسات و أحكامها؛ ج ١، قم: مؤلف، ١٤٠٩ق.
٤٦. موسى (سيدمرتضى)، على بن حسين؛ رسائل الشريف المرتضى؛ ج ١، قم: دارالقرآن الكريم، ١٤٠٥ق.
٤٧. نائينى، محمدحسين؛ فوائد الأصول؛ ج ١، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ١٣٧٦.
٤٨. —؛ فوائد الأصول؛ ج ٦، قم: دفتر انتشارات اسلامي، ١٤١٧ق.
٤٩. نجفى، محمدحسن؛ جواهر الكلام فى شرح شرائع الإسلام؛ ج ٢٩ و ٣١، ج ٧، بيروت: دار احياء التراث الإسلامى، [بى تا].
٥٠. نجفى (كاشف الغطاء)، محمدحسين بن على بن محمدرضا؛ تحرير المجله؛ ج ١، نجف: المكتبة المرتضوية، ١٣٥٩ق.
٥١. نراقى، احمد بن محمد مهدى؛ مستند الشيعة فى أحكام الشريعة؛ ج ١، قم: مؤسسه آل البيت، ١٤١٥ق.
٥٢. نراقى، محمد بن احمد؛ مشارق الأحكام؛ ج ٢، قم: كنگره نراقين ملامهدى و ملا احمد، ١٤٢٢ق.
٥٣. واسعى، سيد محمد حسين؛ «الفقه و العرف»، مجله فقه أهل البيت؛ ش ٢٦، [بى تا]، ص ١٧٦-١٤٢.
54. Quevedo, Steven M.; **Formalist and Instrumentalist Legal Reasoning and Legal Theory**; California Law Review, Vol.73, Issue 1, Article 3, January 1985.
55. Summers, Robert S.; **Instrumentalism and American legal theory**; Cornell University Press, 1982.