

# فقه و عرف

ابوالقاسم علی دوست

www.ketab.ir



## فقه و عرف

ابوالقاسم علیدوست

ناشر: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی

طراح جلد: بیژن صیفوری

چاپ هشتم: ۱۴۰۱

شمارگان: ۱۰۰ نسخه

چاپ و صحافی: آرزوی دیدار

علیدوست، ابوالقاسم

فقه و عرف / ابوالقاسم علیدوست.

تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۴، ۴۸۴ ص.

ISBN 978-964-8355-38-2

فهرست‌نویسی بر اساس اطلاعات کتابخانه‌ها: ۲۹۷ - ۴۸۲.

۱. عرف. ۲. عرف (فقه). الف. پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

ب. عنوان.

۳۳۰/۵۷ K ۵۸۸/ع ۸ف۷

کتابخانه ملی ایران ۱۰۹۳۳-۸۴ م

**این کتاب با کاغذ حمایتی منتشر شده است.**

تهران: تقاطع بزرگراه شهید مدرس و خیابان شهید بهشتی، پلاک ۵۶

تلفن: ۸۸۵۰۵۴۰۲ - ۸۸۵۰۳۳۴۱

فروشگاه کتاب اندیشه: تهران: خیابان انقلاب، روبروی

درب اصلی دانشگاه تهران، پلاک ۱۳۴۸، تلفن: ۶۶۱۷۵۶۷۰

همه حقوق محفوظ است

## فهرست

۱۷	..... پیشگفتار
۱۹	..... مقدمه
۱۹	..... ۱. بیان موضوع
۲۰	..... اجتهاد در همه اعصار
۲۱	..... رابطه شریعت، فقه و اجتهاد با عرف
۲۲	..... ۲. انگیزه
۲۴	..... ۳. عرف در مذاهب فقهی
۲۹	..... ۱-۳. فقه شیعه و عرف
۳۰	..... ۲-۳. مالکیه و عرف
۳۰	..... ۳-۳. حنفیه و عرف
۳۱	..... ۴-۳. شافعیه و عرف
۳۳	..... ۵-۳. حنابله و عرف
۳۵	..... ۴. ساختار کتاب
۳۷	..... بخش یکم، کلیات
۳۹	..... فصل یکم، مفاهیم تحقیق (فقه و عرف)
۳۹	..... میحت اول، فقه
۳۹	..... ۱. «فقه» در لغت و عرف
۴۰	..... ۲. واژه «فقه» در بستر تاریخ دینی خویش

۳. «فقه» در اصطلاح..... ۴۳
- مبحث دوم: عرف ..... ۴۴
- گفتار اول: واژه‌شناسی عرف ..... ۴۴
۱. «عرف» در لغت ..... ۴۴
۲. «عرف» و «معروف» در نصوص و متون دینی
- (قرآن، حدیث و کتب تفسیر) ..... ۴۷
۳. «عرف» در اصطلاح فقه، حقوق و اصول ..... ۴۸
- گفتار دوم، تفسیر «عرف» از طریق تحلیل کاربردها و مؤلفه‌ها ..... ۵۲
۱. کاربردها ..... ۵۲
- تسامح در استعمال «عرف» به معنای مردم ..... ۵۴
۲. مؤلفه‌های عرف مصطلح ..... ۵۸
- نمودهای عرف ..... ۶۰
- تفسیر نهایی عرف مصطلح ..... ۶۱
- گفتار سوم: مبادی عرف ..... ۶۳
- گفتار چهارم، اقسام عرف ..... ۶۸
۱. عرف تسامحی و دقیق ..... ۷۰
۲. عرف کارشناسی و غیر کارشناسی ..... ۷۲
۳. عرف مفهومی و تطبیقی ..... ۷۳
- فصل دوم، واژه‌های کلیدی همسو و مرتبط با مفاهیم تحقیق ..... ۷۵
- مبحث اول، واژه‌های همسو و مرتبط با «فقه» ..... ۷۵
۱. «شریعت» ..... ۷۵
- شریعت بالمعنی الاعم ..... ۷۷
- شریعت بالمعنی الاخص ..... ۷۷
- رابطه شریعت و فقه ..... ۷۸
۲. «اجتهاد» ..... ۸۳

۱۵	..... ۳، ۴ و ۵. «مبنا»، «منبع» و «سند»
۹۴	..... گونه‌های اجتهاد
۹۶	..... مبحث دوم، واژه‌های همسو و مرتبط با عرف
۹۶	..... ۱. «عادت»
۹۷	..... رابطه عرف و عادت
۹۹	..... بررسی نهایی
۱۰۰	..... ۲. «بنای عقلا» (= سیره، سیره عقلا)
۱۰۲	..... گفتار اول، چیستی بنای عقلا
۱۰۵	..... گفتار دوم، مبادی بنای عقلا
۱۰۷	..... بررسی ماهیت مدرکات عقل عملی
۱۱۰	..... نقد نظر نخست
۱۱۲	..... نقد نظر دوم و بررسی نهایی
۱۱۲	..... مشهورات بالمعنی الاخص و بالمعنی الاعم
۱۱۷	..... گفتار سوم، رابطه بنای عقلا و دیگر مفاهیم همسو
۱۱۹	..... رابطه عرف و بنای عقلا
۱۲۱	..... رابطه مدرکات عقل و بنای عقلا
۱۲۲	..... سیره، سیره مشرعه و بنای عقلا
۱۲۳	..... ۳. «اجماع»
۱۲۴	..... رابطه اجماع، عرف و بنای عقلا
۱۲۵	..... ۴. «قانون»
۱۲۵	..... رابطه قانون و عرف
۱۲۸	..... ۵. «سنت، هنجار و نرم»
۱۲۸	..... رابطه سنت و عرف
۱۲۹	..... رابطه هنجار، نرم و عرف
۱۳۰	..... یادآوری

- ۱۳۱ ..... چکیده بخش یکم
- ۱۳۳ ..... بخش دوم، کاربرد عرف در فقه و استنباط احکام شرع
- ۱۳۷ ..... فصل یکم، کاربرد استقلالی
- ۱۳۷ ..... مبحث اول، منبع‌انگاشتن عرف
- ۱۴۰ ..... منبع‌انگاشتن عرف و اقتضای عقل
- ۱۴۲ ..... منبع‌انگاشتن عرف و نصوص و متون دینی
- ۱۴۹ ..... مبحث دوم، سندانگاشتن عرف در اجتهاد
- ۱۴۹ ..... گفتار اول، مفهوم سندانگاشتن عرف
- ۱۵۳ ..... گفتار دوم، پیش‌فرض‌ها در سندانگاشتن عرف
- ۱۵۴ ..... قلمرو شریعت
- ۱۵۸ ..... بررسی و تحقیق
- ۱۶۱ ..... گفتار سوم، تعیین عرف مورد گفتار
- ۱۶۷ ..... گفتار چهارم، موقعیت سندی عرف و بنای عقلا در اندیشه‌ها
- ۱۶۹ ..... عدم حضور سندی عرف در فقه شیعه
- ۱۷۳ ..... بررسی وظیفه شارع و امام(ع) در بیان شریعت
- ۱۷۶ ..... تحلیل روایات: «ان شئنا اجینا و ان شئنا امسکنا»
- ۱۸۱ ..... گفتار پنجم، موقعیت سندی عرف و بنای عقلا در ادله و اسناد معتبر
- ۱۸۱ ..... ۱. ادله اثبات
- ۱۸۲ ..... یکم. و علی المولود له رزقهن و کسوتهن بالمعروف
- ۱۸۳ ..... نقد
- ۱۸۳ ..... دوم. خذ العفو و أمر بالعرف
- ۱۸۵ ..... نقد
- ۱۸۸ ..... سوم. ما راه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن
- ۱۸۹ ..... نقد
- ۱۹۰ ..... چهارم. انتم اعلم بأمور دنیاکم

- ۱۹۱..... نقد
- ۱۹۳..... پنجم. روایات دال بر سکوت خداوند در مواردی چند
- ۱۹۴..... نقد
- ۱۹۶..... ششم. روایات دال بر لزوم همراهی با اکثریت
- ۱۹۷..... نقد
- ۱۹۷..... هفتم. اقتضای عقل
- ۲۰۰..... نقد
- ۲۰۱..... ۲. ادله نفی
- ۲۰۱..... الف) اصل عدم سندیت عرف
- ۲۰۲..... ب) ادله مذمت از اکثریت
- ۲۰۳..... اندیشه نجفگرا
- ۲۰۵..... نقد
- ۲۰۶..... بررسی نقد
- ۲۰۷..... گزیده گفتار
- ۲۰۷..... کالبدشکافی، مبدأشناسی و پسینه‌کاوی عرف‌ها
- ۲۰۷..... لزوم توجه به کارکردهای عقل به‌جای سندانگاری عرف  
یافتن منشأ معتبر برای عرف به‌جای کاوش
- ۲۰۸..... از اتصال به عصر معصوم(ع)
- ۲۰۹..... مشکل کالبدشکافی بنای عقلا و عرف
- ۲۱۰..... پاسخ
- ۲۱۱..... گفتار ششم، بررسی راه‌های احراز اتصال سیره‌ها به عصر معصوم(ع)
- ۲۱۳..... فصل دوم، کاربرد غیراستقلالی (الی) عرف
- ۲۱۳..... موقعیت این کارایی در اندیشه‌ها
- ۲۱۴..... ۱. مراجعه به عرف در مفاهیم مفردات و هیأت‌های به‌کار رفته در دلیل
- ۲۱۵..... بای‌بندی شرع به قواعد حاکم بر محاورات مردم

- بیان اندیشه مخالف این کارایی و نقد آن ..... ۲۱۶
- بررسی ..... ۲۱۶
- بیان رقیب برای عرف در این کارایی و نقد آن ..... ۲۱۷
- بررسی ..... ۲۱۸
- شمارش عناصر، رقیب ایکال به عرف و نقد آن ..... ۲۱۹
- نقد ..... ۲۲۰
- محدوده کاربرد مصطلح شرع ..... ۲۲۳
- برخورد تبعیدی یا عرف مدار با مصطلحات و تطبیقات زمان شارع ..... ۲۲۴
- نظریه تحقیق ..... ۲۳۰
۲. مراجعه به عرف در برداشت از مجموعه دلیل یا ادله و امور پیرامون ..... ۲۳۱
- تفاوت این کارایی با کلیه اول ..... ۲۳۱
- موقعیت این کاربرد ..... ۲۳۲
- بین اندیشه مخالف و نقد آن ..... ۲۳۳
- گونه‌های این کاربرد ..... ۲۳۴
۱. تنفیح مناخا، الغای خصوصیت  
و اولویت عرفی (توسیع مدلول دلیل) ..... ۲۳۴
۲. تخصیص، تقیید و عدم انعقاد اطلاق  
در دلیل به عرف و عادت (تضییق مدلول دلیل) ..... ۲۳۶
۳. تغییر و عمل نکردن به نص شرعی به دلیل تغییر عادت و عرف ..... ۲۳۷
۴. عرف و فهم مناسبات بین موضوع و حکم مذکور در اسناد شرعی ..... ۲۳۸
- توضیح اجمالی عناوینی چون مذاق فقه، شم الفقاهه ذوق حقوقی و ..... ۲۴۰
- لایوم توجه بیشتر به عقل و اسناد کلان در اجتهاد ..... ۲۴۲
- اولویت حذف عناوینی چون مذاق فقه و... از متون استدلالی فقه ..... ۲۴۳
- کارایی دوم عرف و کار تحقیقی فقیهان ..... ۲۴۷
۳. مراجعه به عرف در تطبیق مفاهیم عرفی بر مصادیق ..... ۲۵۲



۲۵۲	..... موقعیت این کاربرد در اندیشه‌ها
۲۵۴	..... موارد ناهمگن با کاربرد عرف در تطبیق، از فقه
۲۵۸	..... عدم اعتبار عرف غافل و متأثر از مقارنات
۲۵۹	..... اندیشه اول (موافق)
۲۶۰	..... اندیشه دوم (مخالف)
۲۶۳	..... نقد و بررسی
۲۶۳	..... نقد اندیشه اول
۲۶۴	..... نقد اندیشه دوم
۲۶۵	..... نقد نظریه توسعه در مفهوم
۲۶۶	..... نهادهای تطبیقی مذکور در متون فقهی
۲۶۷	..... ۱. فقیه و محدی استنباط
۲۶۷	..... ۲. شخص مکلف
۲۶۷	..... ۳. عرف خاص و مقید
۲۶۸	..... ۴. عرف خبره و کارشناس
۲۶۹	..... ۵. عقل و دقت کامل
۲۷۰	..... ۶. عرف عام (دقیق و مسامح)
۲۷۰	..... بررسی پایانی
۲۷۰	..... اصل اول
۲۷۲	..... اصل دوم
۲۷۳	..... اصل سوم
۲۷۴	..... بررسی اعتبار یا عدم اعتبار داوری کارشناس در تطبیق
۲۷۵	..... نقد اندیشه عدم اعتبار نظر کارشناس در تطبیق
۲۷۵	..... نقد سخن نخست
۲۷۶	..... نقد سخن دوم
۲۷۸	..... بررسی سخن سوم

- ۲۷۸..... اصل چهارم.
- ۲۸۰..... تریح
- ۲۸۲..... ۴. کارایی عرف در امور تقنین
- ۲۸۳..... نمونه اول. استهجان عرفی تخصیص و تقید اکثر از عام و مطلق
- ۲۸۴..... نمونه دوم، نحوه و حد و کفایت بیان قانون
- ۲۸۴..... ۱. نحوه بیان قانون
- ۲۸۶..... ب. حد بیان قانون
- ۲۸۷..... ج. کفایت بیان قانون با داوری مردم (عرف)
- ۲۹۱..... شواهد اصولی و فقهی مرجعیت عرف در کفایت بیان
- ۲۹۳..... ۵. حضور عرف در عرصه ادله و اسناد
- ۲۹۴..... نمونه اول. عرف و فهم تعارض ادله
- ۲۹۴..... نمونه دوم. عرف و جمع میان ادله و تنسیق آن ها
- ۲۹۴..... ۱. جمع میان ادله
- ۲۹۶..... بررسی
- ۲۹۷..... ب. تنظیم و تنسیق ادله
- ۲۹۸..... نمونه سوم، عرف و توسیع مفهوم واژه‌های ذکر شده در دلیل
- ۲۹۹..... نمونه‌های متفرق دیگر
- ۲۹۹..... ۶. حضور عرف در قراردادها و معاملات
۷. موضوع سازی و موضوع‌زدایی عرف
- ۳۰۳..... برای جریان اسناد و احکام و عدم جریان آن‌ها
- ۳۰۸..... لزوم اعلان عدم رضایت از سوی مالک در برخی موارد
- ۳۱۰..... حضور عرف موضوع‌ساز در تثبیت حقوق معنوی مؤلفان و
- نمودار
- ۳۱۳.....
- ۳۱۴..... چکیده بخش دوم
- ۳۱۷..... بخش سوم، شبهه‌ها، پرسش‌ها و آسیب‌ها

## پیشگفتار

اهمیت عرف و قواعد عرفی در نظام‌های حقوقی بر کسی پوشیده نیست. نظام‌های حقوقی همه در محیط عرف شکل گرفته و به مدد اندیشه‌ها و نظریه‌های فلسفی در حقوقی رشد و توسعه و تکامل یافته‌اند. هرچند وجود تطوراتی چون روی آوردن به قلمداد این نوشته در برخی نظام‌های حقوقی، از اهمیت عرف کاسته، اما هنوز سهم بانی مانده آن گسترده و با اهمیت است. به طوری که بعد از قانون نوشته مقام دوم منابع را به خود اختصاص داده است. نظام‌های فقهی - حقوقی اسلام نیز از این امر برکنار مانده است. اگرچه نقش عرف به عنوان منشأ و مبنای اعتبار قوانین و قواعد مردود شمرده شده و تنها منشأ اعتبار اراده شارع قلمداد گردیده است، اما اینکه شارع در محیط عرف قانونگذاری کرده و در موارد بسیاری نهادها و قواعد عرفی را مضافاً، تعدیل، تکمیل و یا نسخ نموده و در شناخت و اجرای قواعد و خطابات خود به فهم عرفی و اصول آن اکتفا کرده است جای تردید نیست. از این رو نقش عرف در نظام حقوقی اسلام چه در مقام استنباط احکام و چه در مقام تطبیق و اجرای قواعد بسی والا و ارزنده است.

در این میان آنچه اهمیت دارد کاویدن مرزهای دقیق و کاربردهای ظریف عرف و زدودن برخی برداشت‌های ناروا از کاربرد عرف است و این امر شدنی نیست مگر اینکه مفاهیم مربوط به درستی تعیین شده کاربرد اصطلاح به نحوی

ترسیم و نقیشت عرف در سطوح مختلف استنباط و اجرا در قالب کارکرد استقلالی و بیزاری عرف بررسی و نظریه‌های رقیب نقد و ارزیابی گردد.

گروه فقه و حقوق پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی در راستای اهداف خود مبنی بر ترسیم نظام حقوق اسلام موضوعات مهم در ساختار نظام حقوقی اسلام چون «فقه و عقل»، «فقه و قیاس»، «فقه و عرف» و «فقه و مصلحت» را در دستور کار خود قرار داده است.

علاوه بر این گروه فقه و حقوق محور فلسفه فقه را به دو صورت کلان و موضوعی در دستور ۵ سانه ۱۳۸۸ - ۱۳۸۳ قرار داده است و تلاش می‌کند ابعاد دیگر فقه را از منظر برون‌فقهی مورد مطالعه قرار دهد.

اینک آنچه عرضه می‌شود، دفتر سوم از این مجموعه است. این پژوهش به همت والای جناب حجت الاسلام ابوالقاسم علیدوست عضو محترم هیأت علمی گروه فقه و حقوق و استاد دروس سطح و خارج حوزه علمیه می‌باشد. گروه فقه و حقوق بر خود لازم می‌داند از تلاش فراوان محقق ارجمند و ساعی شورای علمی به‌خصوص آقایان جناب حجت الاسلام دکتر سید احمد میرخلیلی و دکتر محمود حکمت‌نیا که به‌صورت دقیق متن پژوهش را مطالعه کرده و نکاتی ارزشمند ارائه داده‌اند قدردانی و تشکر نماید و موفقیت همگان را از درگاه ایزد متعال خواستار گردد.

### گروه فقه و حقوق

پژوهشکده نظام‌های اسلامی

پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی