

عرف و کاربرست های فقهی آن

www.ketab.ir

سعید معتقدی ترک آبادی



سرشناسه : معتقدی ترک‌آبادی، سعید، ۱۳۸۱-
 عنوان و نام پدیدآور : عرف و کاربرست‌های فقهی آن/مؤلف سعید معتقدی ترک‌آبادی.
 مشخصات نشر : قم: میراث ماندگار، ۱۴۰۳.
 مشخصات ظاهری : ۷۴ص.
 شابک : ۹۷۸-۶۰۰-۳۱۴-۰۰۴-۲
 یادداشت : کتابنامه.
 موضوع : عرف (فقه) (Customary law (Islamic law)
 رده بندی کنگره : ۴/۶/BP۱۹۸
 رده بندی دیویی : ۳۷۹/۲۹۷
 شماره کتابشناسی ملی: ۹۶۸۵۹۹۷



انتشارات میراث ماندگار

www.ketab.ir

■ نام کتاب: عرف و کاربرست‌های فقهی آن

□ نویسنده: سعید معتقدی ترک‌آبادی

□ ناشر: میراث ماندگار

□ طراحی و صفحه‌آرایی: محمد حسین عرب‌زاده

□ نوبت چاپ: اول ۱۴۰۳

□ تیراژ: ۱۰۰۰ نسخه

□ چاپخانه: وفا

□ قیمت: ۸۰,۰۰۰ تومان

□ شابک: ۹۷۸-۶۰۰-۳۱۴-۰۰۴-۲

مرکزپخش:

قم، خیابان معلم، ساختمان ناشران، طبقه ۳، واحد ۳۱۸

تلفن: ۰۲۵۳۷۸۴۲۳۹۸

فهرست

۷	 مقدمه
۱۳	 فصل یکم: مفاهیم و کلیات
۱۳	 گفتار اول: مفهوم شناسی
۱۴	 چیستی عرف و انواع آن
۲۴	 عرف در مکاتب غیر اسلامی
۲۵	 قلمرو عرف
۲۶	 مبانی عرف
۲۷	 اقسام عرف
۲۹	 گفتار دوم: تفاوت عرف و عادت
۳۰	 گفتار سوم: شرایط تشکیک عرف
۳۰	 گفتار چهارم: تفاوت عرف با سیره عارف
۳۲	 گفتار پنجم: تفاوت عرف با سیره عارف
۳۳	 گفتار ششم: تفاوت عرف با اجماع
۳۴	 گفتار هفتم: تحلیل فهم عرف (تفاوت عرف با دقت عقلی)
۳۶	 گفتار یکم: شرایط اعتبار عرف
۳۹	 گفتار دوم: ادله حجیت عرف
۴۹	 فصل دوم: کاربری عرف
۴۹	 گفتار یکم: جایگاه عرف در فهم و تطبیق احکام شرعی
۵۱	 گفتار دوم: کاربری و قلمرو عرف
۵۳	 گفتار سوم: مصادیق و محدوده کاربرد عرف
۵۷	 گفتار چهارم: جایگاه عرف در موضوعات فقهی و استنباط احکام
۵۸	 گفتار پنجم: تغییر عرف بر احکام و فتاوا
۶۶	 فصل سوم: نتیجه گیری
۶۹	 منابع و مأخذ

مقدمه

همه اندیشمندان در طول تاریخ در صدد بوده اند با ارائه برنامه و دستورالعمل، انسان را به سعادت و نیک بختی که هدف آفرینش انسان است، هدایت کنند. روشن است که همه برنامه های عملی، مبتنی بر مبانی نظری اند؛ ازاین رو با توجه به اختلافات اندیشمندان در مبانی نظری، دستورالعمل های متفاوتی نیز پیشنهاد شده است. بسیاری از قوانین اصولی، قواعد فقهی و احکام شرعی به ظاهر آیات و روایات مستند هستند و یکی از شایسته ترین مراجع تشخیص ظواهر، عرف است. البته باید توجه داشت درک صحت و سقم راهکارهایی که برای دستیابی به سعادت ارائه شده، درگرو فهم مبانی نظری دیدگاه های مختلف و تشخیص دیدگاه درست است. لذا مخلص این است که عرف از جمله مقوله هایی است که برای انطباق پاره ای از احکام فقهی با مقتضیات زمان و مکان به کار می آید.

از جمله اشکالاتی که مطرح می شود این است که با وجود لایتغیر بودن احکام اسلامی، پاسخگویی مسائل مستحدثه چگونه ممکن است؟ جواب این است

مجتهد با به مسأله عرف حلقهٔ رابط بین احکام ثابت دینی با تحولات اجتماعی شود. البته جای بسی تأسف است توجه به عرف و شرایط متغیر اجتماعی از زمینهٔ اجتهاد فقیهان خصوصاً در فقه شیعه کمی برکنار مانده است. شاید دلیل آن دوری فقهاء از امور اجتماعی، سیاسی، اقتصادی به طور خواسته یا ناخواسته و تمرکز به امور عبادی و اخلاقی. لذا این مورد به صورت مطبوع مورد توجه قرار نگرفته است.

یکی از مهم‌ترین مبانی که خاستگاه اختلافات موجود در میان نظریه‌های فقهی به شمار می‌آید، مسئلهٔ کاربرست‌های عرف در فقه است. مراد از عرف در اینجا فهم، باور، تصمیم (بنا)، گفتار یا رفتار مستمر و ارادی اکثر افراد یک گروه می‌باشد که ممکن است در قالب انواع قراردادهای اجتماعی ظهور یابد. اما برای مثال سؤال در اینجاست که آیا عرف در فقه کاربرستی دارد و آیا تغییر عرف بر حکم و تغییر آن تأثیری دارد یا نه؟ و این دسته از ابهامات که در این تحقیق، پژوهشگر در صدد است تا با مراجعه به منابع اصولی موجود و مصادیق کاربرد عرف را مورد بررسی قرار دهد.

اهمیت این مسئله به اندازه‌ای است که بسیاری از فقهاء و مجتهدین شیعه و اهل سنت در بیان فتوا و دیدگاه فقهی خود از عرف یا واژه‌های مرتبطی مانند قرارداد اجتماعی، پذیرش عمومی، شهرت و توافق آرای عقلاسخن به میان آورده و توجه به آن را مهم ارزیابی کرده‌اند. تا جایی که بسیاری از قوانین اصولی، قواعد فقهی و احکام شرعی به ظاهر آیات و روایات مستند هستند و یکی از شایسته‌ترین مراجع تشخیص ظواهر، عرف شمرده شده است. تأثیر چنین دیدگاه‌هایی بر شکل‌گیری و تداوم مکاتب اخلاقی، بر کسانی که از مکاتب

اخلاقی اطلاع کافی دارند، پوشیده نیست.

عرف در بسیاری از مسائل فقهی نقش تعیین کننده ای دارد. ارزش شناخت عرف در استنباط احکام و وضع قانون، آن گاه روشن تر می شود که بدانیم امروزه این عنصر، هم در محدوده ی حقوق داخلی و هم در قلمرو حقوق بین الملل نقش تعیین کننده دارد. البته چنان که حقوق دانان اذعان دارند، عرف در حقوق بین الملل مکانی بالاتر از عرف در حقوق داخلی دارد و سبب اصلی این حقیقت را می توان در نوبیادی حقوق بین الملل و در نتیجه کمبود قواعد قراردادی در این زمینه دانست.^۱

از جمله موارد میان اهمیت این است که در بسیاری از مواد قانون مدنی واژه عرف به کار رفته و در نظر گرفته شده است. برای مثال ماده ۴۱۷ قانون مدنی مقرر می دارد: «غبن در صورتی فاحش است که عرفاً قابل مسامحه نباشد.» در این ماده واژه عرف به کار رفته و مورد نظر مقنن است. در برخی موارد مانند مواد ۱۳، ۲۲۴، ۲۷۹، ۳۶۹، ۵۴۹ قانون مدنی نیز واژه «عرف» یا «عرفاً» به تنهایی به کار رفته است. در برخی موارد مانند مواد ۴۸۶، ۵۱۲، ۵۲۴ قانون مدنی، «عرف بلد» استفاده شده است. در برخی موارد از مشتقات عرف استفاده شده است همچون در مواد ۴۹۰، ۵۰۸، ۵۴۲، ۱۱۰۷ قانون مدنی واژه «متعارف» به کار رفته است. در ماده ۶۷۶ قانون مدنی واژه «عادت مسلم» به معنای عرف مسلم به کار رفته است.

کارکرد عرف در مسائل فقهی از منظرهای مختلفی قابل بحث و بررسی است. از میان ابعاد مختلف این مسئله آنچه در این نوشتار بر آن تأکید شده، کارکرد

۱. جهت آشنایی با عرف در حقوق بین الملل و اسلام ن.ک: موسوی، سید محمد، جایگاه عرف در حقوق بین الملل و حقوق اسلام، ۴۸-۲۳.

هستی‌شناسانه و معرفت‌شناسانه عرف و به عبارتی تأثیر آن در مقام استنباط احکام شرعی و کاربرست‌های آن در فقه است. بنابراین گرچه به اقتضای بحث ممکن است به ابعاد دیگر نیز توجه شود، تمرکز اصلی بر جنبه‌های مذکور است. افزون بر بررسی کاربرست‌های فقهی عرف، تبیین صحیح نقش عرف در دو مقام ثبوت و اثبات نیز از دیگر رسالت‌های اصلی نوشتار حاضر است که این مهم، پس از بررسی کاربرست‌ها انجام خواهد گرفت.

در زمینه ضرورت تحقیق درباره این مسئله نیز گفتنی است نبود تفکیک میان ابعاد مختلفی که عرف در آنها مؤثر دانسته شده، استخراج نشدن کاربرست‌های صحیح عرف در فقه و نیز فقدان پژوهشی درباره نقش عرف و کاربرست‌های آن در فقه خلأهای نظری اند که در این حوزه وجود دارند. این خلأهای معرفتی افزون بر اینکه مانعی در جهت شناسایی کاربرگیری مقوله مهمی به نام عرف، زمینه سوء استفاده از عرف را نیز فراهم کرده اند. از این منظر، ارائه تحقیقی که بتواند در جهت برطرف کردن ابهامات موجود گام بردارد، ضروری به نظر می‌رسد.

«علاوه بر این، ترویج انواع خاصی از تفکر عرف‌گرایی، مخاطراتی را برای جامعه اسلامی به همراه دارد؛ از جمله اینکه باعث ترویج افکار نسبی‌گرایانه در حوزه ارزش‌ها می‌شود، با آموزه‌هایی نظیر امر به معروف و نهی از منکر به مبارزه بر می‌خیزد و تأثیرات مخربی در حوزه‌های مهم دیگری نظیر سیاست نیز بر جای می‌گذارد.»^۱ در حقیقت، برخی انواع عرف‌گرایی با همه ارکان حکومت اسلامی به ویژه قانون‌گذاری و نیز اجرای قوانین اسلامی مخالفت می‌کند. ازاین رو لازم

۱. محیطی اردکان، حسن، نقش عرف در ارزش اخلاقی، صفحه ۳۰.

است با تبیین دقیق مفهوم عرف، نقش ثبوتی و اثباتی آن کاملاً منقح شود تا از این راه، علاوه بر به کارگیری درست آن، از استفاده نابجا در کاربرست‌های بی جا و ناصحیح آن جلوگیری شود.

مسئله کاربرست‌های فقهی عرف از دیرباز در میان اندیشمندان، به ویژه فیلسوفان مطرح بوده است. در ادامه پیشینه پژوهش‌های انجام شده درباره‌ی این مسئله را به صورت جزئی‌تر بررسی خواهیم کرد.

بابررسی آثار منتشرشده این نتیجه به دست آمد که تاکنون هیچ اثری اعم از مقاله، کتاب و پایان نامه به طور مستقل به بررسی کاربرست‌های عرف در فقه اختصاص داده نشده است. بنابراین محتوای پژوهش حاضر بررسی جدیدی است که در نتیجه استخراج بررسی ادله دیدگاه‌های مختلف عرف‌گرا حاصل شده است. البته سابقه نداشتن پژوهش مستقل درباره مسئله حاضر، نافی وجود آثاری در زمینه معرفی دیدگاه‌های عرف نیست، بلکه در این زمینه‌آثار متعددی وجود دارد که در تبیین دیدگاه‌ها استفاده شده‌اند.

حل مسائلی که تحقیق حاضر عهده دار پاسخ به آنهاست، درگرو مطالعات مختلف و اطلاع یافتن از مقدمات بحث و نیز نظریات مرتبط جز از طریق مراجعه به آثار صاحب نظران در این حوزه میسر نیست. بررسی ادله و تبیین دیدگاه صحیح نیز جز از راه تحلیل و نقادی مقدور نیست. با این توضیح، روشن است که اطلاعات لازم برای انجام تحقیق حاضر از طریق مراجعه به آثار مکتوب جمع آوری شده است. بنابراین روش گردآوری اطلاعات در نوشتار حاضر، روش کتابخانه‌ای و مسأله محور است. همچنین روش پردازش اطلاعات، تلفیقی از روش توصیفی و تحلیل عقلی همراه با رویکرد انتقادی

می‌باشد. لازم به ذکر است که تحقیقات گردآوری شده بر پایه روش عقلی و برهانی است.

بر پایه آنچه گذشت، این کتاب به دنبال بررسی کاربست‌های عرف در فقه شیعی است، از این رو لازم به ذکر است تحقیقات گردآوری شده بر پایه روش پژوهش؛ عقلی - برهانی بوده و اطلاعات آن نیز با جستار در اسناد نوشتاری و سامانه‌های رایانه‌ای و نرم‌افزارهای علمی، گردآوری شده و پردازش داده‌های آن با شیوه تحلیلی انجام گردیده است.

پژوهش حاضر در سه فصل تنظیم گشته و هر فصل نیز دارای عناوین و ریز موضوعات پژوهشی ویژه است:

فصل یکم: مفاهیم و کلیات و پیش‌نیازهای پژوهش

فصل دوم: کاربست عرف

فصل سوم: نتیجه‌گیری