



عرف و بنای عقلا در فرایند اجتهاد

پدیدآورنده (ها) : محصلی، هدایت حسین

فقه و اصول :: نشریه پژوهش نامه فقهی :: بهار ۱۳۹۰ - شماره ۳

صفحات : از ۲۷۱ تا ۳۰۱

آدرس ثابت : <https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/889487>

تاریخ دائلود : ۱۴۰۲/۰۹/۱۴

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) جهت ارائه مجلات عرضه شده در پایگاه، مجوز لازم را از صاحبان مجلات، دریافت نموده است، بر این اساس همه حقوق مادی برآمده از ورود اطلاعات مقالات، مجلات و تألیفات موجود در پایگاه، متعلق به "مرکز نور" می باشد. بنابراین، هرگونه نشر و عرضه مقالات در قالب نوشتار و تصویر به صورت کاغذی و مانند آن، یا به صورت دیجیتالی که حاصل و بر گرفته از این پایگاه باشد، نیازمند کسب مجوز لازم، از صاحبان مجلات و مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) می باشد و تخلف از آن موجب پیگرد قانونی است. به منظور کسب اطلاعات بیشتر به صفحه [قوانین و مقررات](#) استفاده از پایگاه مجلات تخصصی نور مراجعه فرمائید.



مقالات مرتبط

- نقش عرف در تشخیص موضوع و استنباط احکام
- عرف و جایگاه آن در استنباط احکام شرعی
- بناء عقلا
- نقش عرف و سیره در استنباط احکام نزد شیعه
- حجیت عرف در تشخیص مصادیق
- کاربرد عرف در استنباط
- مرجعیت «عرف» از دیدگاه مذاهب اسلامی
- حجیت سیره و بنای عقلا
- جایگاه و ارزش سیره عقلا در فقه امامیه
- تحلیل حجیت بنای عقلا با رویکردی در مسائل مستحدثه
- بررسی ماهیت و شرایط کاربرد عرف و عادت در استنباط و قانون‌گذاری
- چیستی بنای عقلا

عناوین مشابه

- جایگاه شریعت سلف و عرف در منابع اجتهاد
- آنالیز بنای عقلا در «رجوع جاهل به عالم» به روش «رفتارشناسی» و مقایسه آن با «رجوع مقلد به مرجع تقلید»
- قلمرو نقش زمان و مکان در فرایند اجتهاد
- کارکرد بنای عقلا در قاعده «علی الید» و بررسی استناد آن قاعده بر ضمان مقبوض به
- بنای عقلا و جایگاه آن در آثار فقهی سید حسن بجنوردی و امام خمینی (ره)
- خاستگاه عرف در اجتهاد، دادرسی و هنجارهای فرهنگی
- تاریخی‌نگری در فرایند اجتهاد با تاکید بر روش اجتهادی و شیوه مقارنه‌ای آیت‌الله بروجردی رحمه الله علیه
- عرف و عقلا در مکتب فقهی و اصولی محقق نایینی
- نقش زمان و مکان در فرایند اجتهاد در نزد امامیه
- فرایند هزینه یابی و تخصیص هزینه در بانک ها

عرف و بنای عقلا در فرایند اجتهاد

تاریخ دریافت: ۱۳۸۹/۹/۳

تاریخ تأیید: ۱۳۹۰/۱۲/۴

هدایت حسین محصلی*

چکیده

به شهادت تاریخ، شرایع آسمانی در جامعه به دور از قانون اجلال نزول نیافته‌اند. ادیان همگی در آغاز نزول، مواجه با آیین و آدابی جاری و ساری در اجتماع بودند. آداب و قانونهایی که اکثر آنها با ذات انسان، به طور فطری و طبیعی سازگار بوده و هستند. انسان، موجودی اجتماعی است و با توجه به نیازش همواره در دو جهت تلاش داشته است. یکی بهره‌گیری از طبیعت و کوشش برای استمرار حیات، و دیگری قانونگذاری. انسانها پیوسته در هر وضع زندگی، دارای روش و اسلوبهای قانونی بوده‌اند. بر همین اساس، حکمت و فلسفه آمدن پیامبران در بین انسانها چنین توجیه شده که مهم‌ترین حکمت نزول پیامبران وضع قانون و اصلاح آن است. بنابراین، بدون تردید می‌توان گفت که اساسی‌ترین نقش پیامبران، اضافه بر وضع قانون، ترمیم و اصلاح آداب و سنن اجتماعی بوده که در هر جامعه‌ای این دو به طور طبیعی وجود داشته است.

کلیدواژه‌ها: عقل، بنای عقلا، شریعت، فقه، عرف.

* طلبه دوره دکتری کلام اسلامی مجتمع آموزش عالی فقه.

مقدمه

بی‌تردید، پیامبران، پیام الهی و آسمانی خویش را با مدد عقل و استدلال بیان کرده‌اند و آدمیان را به فراگیری از آن در تمام زمینه‌ها فراخوانده‌اند و همگی را از سخن بی‌دلیل و خطاب بی‌برهان، پرهیز داده‌اند.

به فرموده حضرت امیر علیه السلام: «خداوند پیامبران را بر انگیخت تا عقول خفته را بر انگیخته، آدمیان را به حیات عقلانی فرا خوانند» (نهج البلاغه: خطبه اول). روشن است که باز داشتن قومی از آداب و رسوم دیرینش، دعوت و خواندن آن قوم به عادات و آداب نوینی دیگر، جز با پشتوانه عقل و توان برهان، ممکن نخواهد بود.

به همین جهت است که اسلام، با طرح جهانی بودنش، پیوسته با توان عقل و برهان استوار، گام در کارزار اندیشه گذاشته است تا فرجام کار، زار نگردد. بنابراین، هدفی که در این جستار پی گرفته خواهد شد، رابطه «شریعت» با «عقل» و «عرف» و معیار این دو در اجتهاد و فرایند آن است.

الف. عقل و بنای عقلا

۱. مفهوم شناسی

۱-۱. عقل

عقل در لغت

کلمه «عقل» در علوم مختلف کاربردهای گوناگون و متفاوت دارد. لغت شناسان برای کلمه «عقل» معانی مختلف و کاربردهای گوناگون را ذکر نموده‌اند. خلیل بن احمد، «عقل» را نقیض «جهل» می‌داند و «جهل» را نقیض «علم» (فرهیدی، کتاب العین ۱۴۲۱: ۱۵۸). با چنین منطقی این دو، وی نتیجه می‌گیرد که «عقل» همان «علم» است. جوهری «عقل» را «حجر و نهی» معنا می‌کند (جوهری، الصحاح ۱۹۹۰: ۵/۱۷۶۸). ابن

منظور «عقل» را «رشد و خرد» در مقابل «حمقت و ابله‌ی» تعریف می‌کند (ابن منظور، لسان العرب ۱۴۰۵: ۱۱/۴۵۸). برخی دیگر از لغت‌شناسان عرب، همچنین به کاربرد «عقل» در معانی «قلب»، «تمیز»، «تأمل در کارها»، «قلعه و حصن»، «دیه» و «قوه و استعدادی که با آن آگاهی و علم تحقق می‌یابد»، تصریح کرده‌اند (ابن فارس، معجم مقاییس اللغة ۱۴۰۴: ۴/۷۱؛ راغب اصفهانی، معجم مفردات الفاظ القرآن، ۱۳۹۲: ۳۵۴).

تحقیق در معانی فوق نشان می‌دهد که همگی در معنای جامع «جلوگیری و نهی کردن» اتفاق نظر دارند. براین اساس، «قلعه» بدان جهت که مانع ورود دشمن می‌گردد، «عقل» گفته می‌شود. چنانچه بر «دیه» به دلیل آنکه از ریختن خون جانی جلوگیری می‌کند «عقل» اطلاق می‌گردد (احمد بن فارس، همان: ۴/۶۹ - ۷۱).

عقل در اصطلاح

در «دانش کلام» قضایایی ضروری و مورد پذیرش همگان یا اکثریت، (علوم ضروری)، «عقل» خوانده می‌شود. دانشوران اخلاق بخشی از نفس انسانی را که منشأ انتخاب افعال ارادی یا پرهیز از آنهاست، «عقل» می‌گویند (صدرالمثلهین، شرح اصول کافی ۱۳۹۱: ۱۹؛ حائری یزدی، کاوشهای عقل نظری ۱۳۶۰: ۲۴۰ - ۲۴۲).

در «علم منطقی»، «عقل» قوه‌ای است که مدرکات حسی، خیالی و وهمی را دور می‌زند، صحیح آنها را از فاسد تفکیک کرده، کلیات را انتزاع می‌کند و با سنجش مدرکات با یکدیگر سبب انتقال از معلوم به مجهول می‌گردد (مظفر، المنطق ۱۳۸۸/۱۴).

در «دانش فلسفه»، گاه «عقل» را با «علم» (صورت علمیه) که برای «عالم» حاصل می‌شود، مرادف می‌دانند (طباطبایی، نه‌ایة الحکمة ۱۳۸۰: ۲۱۴). گاه نیز آن را قوه‌ای برای نفس ناطقة انسانی به شمار می‌آورند (رازی، المحاکمة بین شرحی الاشارات ۱۳۷۷: ۲/۳۵۲).

افزون براین، در نزد فیلسوفان «عقل» به جوهری اطلاق شده است که از ماده و صفات آن مجرد بوده و کار آن ادراک و تعقل است (صدرالمثلهین، الحکمة المتعالیة

بی تا: ۵۳/۲).

در اندیشه فلاسفه، «عقل» دارای مراتبی است که فلاسفه چهار مرتبه آن را ذکر نموده‌اند. ریشه‌شناسی این تعریف نشان می‌دهد که سابقه یونانی و اسکندرانی دارد و وارد حوزه فرهنگ اسلامی شده است.

در نتیجه، جملگی در اطلاق «عقل» بر گوهر نفسانی که «خیر»، «شر»، «حسن فعل خیر» و «قیح فعل شر» را درک می‌کند، اتفاق نظر دارند. البته این سخن با کاربرد واژه «عقل» بر دیگر معانی منافات ندارد.

مفهوم «عقل» در کاربرد «عرفی»، روشن و بی‌نیاز از گفت‌وگوست. «عقل» در قلمرو «عرف» محمل دو مفهوم می‌تواند باشد. مفهوم اول به معنای صلاح‌اندیشی، تیزهوشی، زیرکی، موقعیت‌شناسی و رفتار مناسب است. در کاربرد و عملیاتی کردن این مفهوم در اهداف دنیایی و یا دینی تفاوت نیست. این مفهوم از «عقل» فراگیرتر و شمولی‌تر از مفهومی است که شرع برای این واژه می‌شناسد (غزالی، احیاء علوم‌الدین ۱: ۱۴۲۵ / ۱۱۰).

مفهوم دوم «عقل» از نگاه «عرف»، تشخیص نیکی از پلیدی، خوبی از بدی، خیر از شر، پسندیده از ناپسند است. «عقل» به این مفهوم به «عقل» مصطلح در کتابهای اخلاق نزدیک می‌شود (صابری، عقل و استنباط فقهی ۱۳۸۱: ۴۲ - ۴۳).

در «دانش فقه»، «عقل» افزون بر آنکه منبعی مستقل از کتاب و سنت به شمار است، گاه چون ابزاری در خدمت سایر منابع قرار می‌گیرد. در کاربرد اول، «عقل» منبع مستقل از قرآن و سنت به حساب می‌آید. هرزمان «عقل» در انجام دادن کاری مصلحت‌یقینی و مهم دید، می‌توان با استناد به این دید عقلی، آن کار را واجب شرعی قلمداد کرد. با مشاهده مفسده در انجام دادن کار، می‌توان آن را حرمت شرعی خواند. در کاربرد دوم، «عقل» ابزاری در خدمت سایر منابع است. می‌توان به مدد آن، حکم شرعی را از منابع دیگر چون قرآن و سنت استنتاج و استنباط کرد.

بنابراین، تحقیق در آثار فقها و اصولیان نشان می‌دهد که آنان تعریف خاصی و

اصطلاح ویژه ای از واژه «عقل» ندارند. تنها سخن شهید صدر رحمته الله است که در کاربرد استقلالی «عقل» می گوید: مراد از حکم عقلی، حکم قوه عاقله به معنای فلسفی اش نیست. مراد حکمی است که «عقل» به صورت جزم و یقین، بدون استناد به قرآن و سنت صادر می کند (هاشمی، بحوث فی علم الاصول ۱۴۰۵: ۱۱۹/۴).

۱-۲. بنای عقلا (Common sense)

در تعریف «بنای عقلا» گفته شده است که مقصود از «بنای عقلا» تکرار و استمرار عمل (عقلا بماه عقلا) است. اطاعت از مذهب خاص در این روش شرط نیست (نابینی، فوائد الاصول ۱۴۰۶: ۱۹۲/۳؛ بروجردی، نهایة الافکار بی تا: ۱۳۷/۳؛ مظفر، اصول فقه ۱۳۷۰: ۱۷۱/۲؛ حکیم، اصول عامه للفقہ المقارن ۱۹۷۹: ۱۹۷ - ۱۹۸؛ صدر، دروس فی علم الاصول بی تا: ۱/۱۱۱). بنابراین، می توان عناصر و مؤلفه های «بنای عقلا» را چنین بر شمرد:

۱. عمل معین عقلا.
۲. پیوستگی و تکرار عمل.
۳. شمول گرایی و همگانی بودن عمل.
۴. مفید بودن و منشأ عقلایی داشتن عمل (نابینی، همان: ۱۹۲/۳).

۲. نسبت «عقل» و «بنای عقلا»

در نسبت سنجی میان «عقل» و «بنای عقلا»، می توان گفت: «عقلا» گاه با توجه به مقتضای «عقل خودش» پدیده را می شکافند و «بنایی» را پی می افکنند. «عقلا» - از آن جهت که عاقل اند - امری را مقبول و پذیرفتنی قلمداد می کنند. بنابراین، اگر قضایایی عقلی را به قضایایی که «عقلا» به جهت حفظ نظام نوع انسانی بر آن توافق دارند، (آرای محموده) تفسیر کنیم (اصفهانی، نهایة الدرایة بی تا: ۱۹۷/۱؛ همون: ۸/۲، ۱۳۰، ۱۳۲)، میان گزاره های عقل عملی و گزاره های «عقلا بماه عقلا»، تفاوتی

مشاهده نمی‌شود.

نگاه تحقیقی به عدم همسانی «عقل» و «بنای عقلا» شهادت می‌دهد، زیرا معنای «عقل» غیر از معنای «بنای عقلا» است. بر این اساس، تحویل و ارجاع گزاره‌های «عقلی» به اعتباریاتی که «عقلا» با توجه به مصالح عامه و حفظ نظام دارند، ناصواب است. چون گفته‌اند: گزاره‌های عقلی، گزاره‌هایی است که «عقل» به محض تصور موضوع و محمول، بدون توجه به حفظ نظام و مانند آن، به ارتباط میان آنها حکم می‌کند. مثل حکم کردن به حسن عدل و قبیح ظلم در جمله «عدل نیکو است و ظلم قبیح». تنها تصور عدل برای حمل نیکویی بر آن، و تصور ظلم برای قبیح شمردن آن، کافی است. در صورتی که «بنای عقلا» و «احکام عقلاییه»، بر حفظ نظام و مصلحت عام متوقف است، اما «احکام عقل» چنین توفقی ندارد. بنابراین، با توجه به تعریف «عقل» و «بنای عقلا»، می‌توان تفاوت آن دو را چنین گزارش کرد:

۱. حکم «بنای عقلا» یک عملکرد است. حکم «عقل» تنها استنتاج عقل می‌باشد.
۲. حکم «بنای عقلا» توسط تکرار یک عمل معین ثابت می‌شود. حکم «عقل» در حصول نیازمند و وابسته به عمل و تکرار آن نیست.
۳. حکم «بنای عقلا» اگر فطری نباشد، مسبوق به مصلحت اندیشی و رعایت آن است. حکم «عقل» که استنباط عقل است، منوط به مصلحت اندیشی، نیست (محمد جعفر جعفری لنگرودی، مکتبهای حقوقی در حقوق اسلام، ۱۳۷۰: ۲۱۸).
۴. حکم «بنای عقلا» منوط به مصلحت و مفسده واقعی، نیست. حکم «عقل» در مواردی که منوط به مصلحت و مفسده می‌باشد، منظور مصلحت و مفسده واقعی است (حکیم، همان: ۱۹۱).
۵. حکم «بنای عقلا» نیازمند به امضای شرع است. حکم «عقل» نیاز به امضای شرع ندارد (نظریه مشهور).

۳. فقه

لغت‌شناسان، واژه «فقه» را در دو قلمرو بازشناسی و معنا کردند. برخی آن را توسعه داده و در «مطلق فهم، علم، و ادراک» به کار بسته‌اند (جوهری، همان: ۲۲۴۳/۶؛ فیومی، المصباح المنیر ۱۴۰۵: ۴۷۹؛ ابن فارس، همان: ۴/۴۴۲؛ ابن منظور، همان: ۱۳/۵۲۲). گروهی نوعی محدودیت در مورد واژه «فقه» قائل شده‌اند و آن را به «علمی که در مسیر دین است» (فراهیدی، همان: ۶۳۴) یا «علمی که با تأمل و اندیشیدن به دست آید» (ابوهلال العسکری، الغروق اللغویة: ۶۹) معنا کرده‌اند.

«فقه» در اصطلاح، بر مجموعه مسائلی اطلاق می‌شود که کاشف از حلال و حرام و اعتبارات الهی است. به مسائلی که با سعی و کوشش و اجتهاد «فقیه» از منابع و مستندات شرعی استخراج می‌گردد، «فقه» گفته می‌شود. برخی از محققان گفته‌اند: واژه «فقه» مثل بسیاری از واژه‌های علوم از قبیل «اصول»، «کلام»، «فلسفه»، «فیزیک»، «نحو»، و... بر مجموعه‌ای از مسائل همگون و مرتبط و گاه، بر دانش و فهم این مجموعه به کار بسته می‌شود (علی دوست، فقه و عرف ۱۳۸۵: ۴۳ - ۴۴).

واژه «فقه» در قرآن کریم کاربرد نداشته است، اما مشتقات آن مکرر در قرآن کریم به کار رفته است. البته در تمام این کاربردها به معنای لغوی آن توجه شده است که همان مطلق فهم یا فهم با دقت و تأمل است.

۴. شریعت

واژه «شریعت» در فرهنگ لغت به «راه ورود به آب» (ابن منظور، همان: ۱۷۵/۸؛ جوهری، همان: ۱۲۳۶/۳) معنا و تفسیر شده است. اما در متون دینی با واژه‌های «شرع» و «شرعه» هم‌افق گرفته شده و به معنای «دین» یا نزدیک به آن به کار رفته است (فیومی، همان: ۳۱۰؛ اصفهانی، معجم مفردات الفاظ القرآن: ۲۶۵؛ جوهری، همان: ۱۲۳۶/۳).

فقیهان، اصولیان و واژه‌شناسان تازی، اعتقاد به همسانی و یکسانی «دین» با «شریعت» دارند و انفکاک آن دو را غیر جایز قلمداد می‌کنند. «شریعت» در این

کاربرد بر مجموعه‌ای به نام «دین» اطلاق می‌گردد. گروهی بر دوگانگی و جدایی واژه «دین» از «شریعت» تأکید دارند و «شریعت» را تنها بر احکام که بخشی از «دین» است تلقی می‌کنند. علامه طباطبایی اعتقاد دارد که معنای «شریعت» در قرآن کریم اخص از معنای «دین» است (طباطبایی، المیزان فی التفسیر القرآن، بی‌تا: ۱/۵ - ۳۸۰ - ۳۸۱).

۳. پیشینه تاریخی «عرف» و «بنای عقلا»

دیرینه‌شناسی بحث «بنای عقلا» اهمیت بسیار دارد. «بنای عقلا» گونه‌ای از گونه‌های «عرف» و «عادت» شمرده شده و در بستر زمان به جای آن نشسته است. متون کهن فقهی و اصولی نشان می‌دهد که «عرف» از آغاز تشریح اسلامی به عنوان یک منبع در حوزه استنباط «فقه» و «حقوق اسلامی» همواره مورد توجه بوده است. ظاهراً واژه «عرف» از قرن چهارم به بعد در متون فقهی و اصولی متداول گردیده است. برخی دیگر منبع بودن «عرف» و «عادت» را در حوزه استنباط احکام شرعی به قرن دوم هجرت باز می‌گردانند، و می‌گویند: نخستین کسانی که «عرف» را در شناخت احکام شرعی در حوزه استنباط و اجتهاد پذیرفته‌اند، ابوحنیفه و پس از آن مالک بن انس اصبحی‌اند (جناتی، منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی ۱۳۷۰: ۳۹۵).

در فرهنگ «اهل سنت» می‌توان ریشه‌های بحث «بنای عقلا» را در «دانش کلام» جست‌وجو نمود. تحقیق در این دیرینه‌شناسی نشان می‌دهد که اصولیان اهل سنت در این بحث پیشگام بوده‌اند. آنان بحث «بنای عقلا» را با اصطلاحاتی چون «متفق علیه بین الفقهاء» (شاطبی، الموافقات فی اصول الشریعة بی‌تا: ۱/ ۶۵)، «اعتمد علیه الفقهاء» (همان: ۲/ ۲۳۳) و «العادة الجارية من الفقهاء» (همان: ۳/ ۹۹) «عادات العقلا» (همان: ۳/ ۱۲۷) در متون فقهی و اصولی خود به کار برده‌اند.

دیرینه‌شناسی بحث «بنای عقلا» را در سنت «تشیع» می‌توان با «مکتب اصولی بغداد» پیوند زد. این واژه در دوران معاصر در میان اصولیان امامیه، به «عرف عقلا»، «سیره عقلاییه»، «طریقه عقلا»، «بنای عرف»، «سلوک و عمل عقلا» نامبردار شده است.

ج. طبقه‌بندی بنای عقلا در اصول^(۱)

جست‌وجو و دقت در آثار اصولیان پیشین نشان می‌دهد که طبقه‌بندی مباحث «بنای عقلا» جایگاهی نداشته و بحث از آن پراهمیت تلقی نشده است. اما در آثار اصولیان معاصر بحث از طبقه‌بندی «بنای عقلا» چشم‌نواز است. مرحوم شهید صدر (رح) «بنای عقلا» را از لحاظ کاربرد و نقش آن، به سه دسته تقسیم نموده است:

۱. «بنای عقلا» که نقش آن تعیین موضوع برای حکم شرعی است.

۲. «بنای عقلا» که نقش آن تعیین ظهور دلیل شرعی است.

۳. «بنای عقلا» که نقش آن کبریا واقع شدن برای اثبات حکم شرعی است.

در کاربرد اول، نقش سازندگی موضوع حکم شرعی مطرح است. در این کاربرد، مقام «هستی‌شناسی» از مقام «معرفت‌شناسی» تفکیک شده است. در مقام «هستی‌شناسی»، «بنای عقلا» در تعیین موضوع ثبوتاً دخالت دارد و خود موضوع حکم را تعیین و حدود آن را مشخص می‌کند. مثلاً در وجوب نفقه زوجه، عنوان «امساک زوجه با معروف»، موضوع است. چون واژه «معروف» از «عرف» گرفته شده، باید برای تعیین معنای «معروف» به «عرف» مراجعه کنیم. معنای عرفی «معروف» توسعه و شیوع است؛ یعنی نفقه، آنچه در میان مردم امروز شایع است، باید محاسبه و پرداخت گردد، و مقدار گذشته کفایت نمی‌کند. بنابراین، «عرف» و «بنای عقلا» اینجا در تعیین موضوع نفقه دخالت دارد.

در مقام «معرفت‌شناسی» «بنای عقلا» موضوع حکم شرعی را اثباتاً کشف می‌کند. مثلاً در حکم شرعی «المؤمنون عند شروطهم»، از طریق «بنای عقلا» کشف می‌کنیم که یکی از شروط متعاقدین، عدم تفاوت فاحش در «مالیت» است. روشن است که با عدم رعایت این شرط، «بنای عقلا» «خیار غبن» را برای «مشتري» یا «بایع» کشف می‌کند؛ یعنی «بنای عقلا» کشف می‌کند که یک شرط در «ارتکاز» متعاملین وجود داشته که می‌تواند موضوع برای «خیار غبن» باشد. از این روش کشف می‌کنیم که در میان عوض و معوض نباید تفاوت فاحشی باشد و گرنه کسی به این معاوضه

رضایت و آن را اجازه نخواهد داد.

تفاوت میان این «دونوع» تعیین موضوع آن است که اگر کسی از قالب «بنای عقلا» و مقتضای آن خارج شود، این خروج تأثیری در «نوع اول» نخواهد داشت و حکم همچنان در حق او ثابت است و مخالفت او اثری نخواهد داشت. برخلاف «نوع دوم» که سیره تنها کشف قصد و شرط شخصی را دارد و اگر او تصریح کند که در مورد خاصی با «بنای عقلا» مخالف است، این مخالفت رافع حکم خواهد بود. چون کاشف از آن است که «بنای عقلا» مقصود او را در این مورد خاص که ثبوتاً و در واقع موضوع حکم است درک نکرده است.

در کاربرد دوم، نقش «بنای عقلا» تعیین ظهور دلیل شرعی است، نه تبیین موضوع. در این صورت از «بنای عقلا» برای «فهم نص» و «ظهور دلیل» بهره‌جسته می‌شود. در این کاربرد احیاناً، از «بنای عقلا» در ایجاد ظهور و تصرف در گستره موضوع، جهت توسعه و یا تضییق موضوع بهره‌گرفته می‌شود.

در کاربرد سوم، گاهی «بنای عقلا» برای اثبات حکم شرعی واقعی کاربرد دارد؛ چنان‌که در «فقه» به آن استدلال می‌شود. گاهی از «بنای عقلا» برای اثبات حکم شرعی ظاهری استدلال می‌شود؛ چنان‌که این نوع استدلال به «بنای عقلا» در کتابهای اصولی کاربرد دارد، مثل استدلال بر حجیت ظواهر خبر ثقه و... .

د. خاستگاه بنای عقلا

بدون تردید، اندیشه انسانی عامل پیدایش و زایش اعمال، کردارها و رفتارهای فردی و اجتماعی در گستره زندگی انسان است. با تحول در اندیشه، به تبع، رفتارها نیز متحول می‌گردد. از این رو، با بررسی در رفتارها، می‌توان بر اساس برهان آئی، خاستگاه آن را کشف کرد.

جست‌وجو و تأمل در آثار اصولیان نشان می‌دهد که بحث خاستگاه «بنای عقلا» از اقبال کمتری در «دانش اصول» برخوردار بوده است. اما اندک ژرف‌نگرهای

اصولی در گذشته به آن توجه کرده اند. در این برهه از زمان نیز، بر اساس ضرورت‌های پیش آمده، اهمیت آن روزافزون گردیده است. مرحوم «نایینی» منشأ «بنای عقلا» را در سه چیز می‌بیند که عبارت‌اند از:

۱. سلطه حکومت و حاکم

حکومت از هر نوعی که باشد، ایدئولوژیک، یا غیر ایدئولوژیک، در جهت تسلط بر مردم تلاش می‌کند. حکومت و حاکم همواره می‌کوشد اندیشه و تفکری را که محل مناسب برای بسترسازی و سهل‌الوصول ساختن اهداف حکومت است، بر عقلا، جامعه و مردم زمانه خویش تحمیل کند و آنان را بر انجام عمل بر طبق آن اندیشه و ادار سازد. در نتیجه با گذشت زمان، نسل‌های بعد نیز طبق آن عمل می‌کنند، به گونه‌ای که جزء «مرتکبات» و «بنای» آنها می‌گردد.

۲. دستور پیامبران

امر و نهی از پیامبران علیهم‌السلام در عصر و زمانه خود آنان در میان امت تبلیغ و اعلام می‌شد. مردم و عقلا نیز به تبع پیامبر از آن متابعت و پیروی می‌کردند. به این سخنان پیامبران در عصرهای بعد از زمان حضور نیز عمل می‌شد. این اوامر و نواهی بر اساس تکرار عمل، به صورت «بنای عقلا» شناخته می‌شود.

۳. فطرت

«فطرت»، یا همان مرتکبات ذهنی که خداوند متعال در نهاد انسان به ودیعت گذاشته است، سبب پیدایش بسیاری از گرایشها و گزینشها در وجود انسان می‌گردد. بنیش و گرایش خدا باوری و خداپرستی، محصول و فرآورده کارخانه عظیم «فطرت» است. این «فطرت» که برای حفظ نظام عمومی مفید قلمداد شده است، می‌تواند منشأ پیدایش «بنای عقلا» باشد (نایینی، همان: ۱۹۲/۳ - ۱۹۳؛ امام خمینی، الرسائل ۱۳۸۵: ۲/

۱۲۳؛ طباطبایی، حاشیه کفایه الاصول بی تا: ۱۶).

بعد از مرحوم نایینی، برخی از اندیشه‌ورزان اصولی، گستره منشأ «بنای عقلا» را به موارد دیگر توسعه داده‌اند که عبارت‌اند از:

۱. عواطف

۲. خُلُقیات

۳. عادات

۴. مصلحت‌اندیشی

۵. ارتکازات.

۶. خصوصیت موجود در موضوع

۷. عقل بدیهی

۸. اقرارهای عام اجتماعی یا مصالح عمومی

۹. سودجویی شخصی، تقلید، قوانین دولت، تعصب نژادی، عقاید دینی و..

(فیاض، مباحث الاصولیه ۱۴۲۷: ۱/۸؛ ۴۹؛ حسنی قائم مقامی، کاوشهای فقهی ۱۳۷۸: ۲۱۷؛

روحانی، زیده الاصول ۱۴۱۲: ۳/۸۴؛ اصفهانی، نه‌ایة الدراية: ۳/۱۷ - ۱۸، ۲۴ - ۲۵ - ۳۴۸ -

۳۴۹؛ واسعی، الفقه والعرف ۱۴۲۳: ۲۶/۱۵۳ - ۱۵۵).

ه. حجیت بنای عقلا

«بنای عقلا» یکی از پدیده‌هایی است که در علم اصول بر «حجیت» آن تأکید شده است. در بحث از حجیت «بنای عقلا» سؤال اساسی و مهم این است: آیا ملاک حجیت آن ذاتی است یا جعلی و قراردادی؟ به عبارت روشن‌تر: «بنای عقلا» حجیت استقلالی دارد یا غیر استقلالی؟ در پاسخ این پرسش، اصولیان وحدت نظر ندارند. در یک تقسیم‌بندی کلان، می‌توان تأکید کرد که دو رویکرد مهم و اساسی در میان دانشمندان اصولی در پاسخ به پرسش فوق، مطرح است.

۱. حجیت غیر استقلالی

طرفداران حجیت غیر استقلالی «بنای عقلا» به دوگرایش قابل بازشناسی اند. برخی می‌گویند: مناط حجیت «بنای عقلا» «تقریر» و «امضای» شارع است. فقط در این صورت است که «بنای عقلا» حجت است و منبعی از منابع استنباط فقهی قرار خواهد گرفت (آخوند خراسانی، کفایة الاصول، ۱۴۲۳: ۳۴۷؛ نایینی، همان: ۱۹۳/۳؛ انصاری، فرائد الاصول ۱۴۰۶: ۱/۳۴۵).

آنان اعتقاد دارند که «بنای عقلا» وقتی معتبر است و حجیت دارد که در بردارنده دو شرط اساسی استمرار و امضای شرع باشد. از این رو، «بناهای» رایج در جامعه بشری نمی‌تواند در عرصه زندگی شرعی، به خودی خود، مورد اعتبار و اعتماد قرار گیرد، بلکه نیازمند تأیید و امضای شارع مقدس است (حکیم، الفقه المقارن، ۱۹۷۹: ۱۹۸؛ صدر، همان: ۲/۱۳۱؛ مظفر، همان: ۲/۱۲۲).

برخی دیگر حجیت «بنای عقلا» را بر پایه حسن و قبح عقلی جست‌وجو می‌کنند و «بنای عقلا» را کاشف از حکم «عقل» می‌دانند و بر این باورند که میان اعتبار حکم «عقل» و اعتبار «بنای عقلا» نباید تفکیک کرد. در حقیقت «بنای عقلا» کاشف از حکم «عقل» است. بنابراین، «بنای عقلا» وسیله کشف و اثبات حکم «عقل» است، نه یک دلیل مستقل در کنار «عقل». در این رویکرد، منشأ «بنای عقلا» حکم «عقل» معرفی گردیده است (بروجردی، نه‌ایة الاصول ۱۴۰۵: ۴۷۱ - ۴۷۲؛ آشتیانی، بحرال فوائد ۱۴۰۳: ۱/۱۷۱).

آنان استدلال می‌کنند که حکم «عقل» حکمی است که «عقل بماهو عقل» درک می‌کند و نشانه آن مقبولیت همگانی در همه زمانها و مکانهاست؛ حکمی که تصور موضوع و محمول در آن کافی است. نفس مدرک، اعتبار و مطابق با واقع بودن آن را نزد خود می‌یابد و به آن علم حضوری دارد.

۲. حجیت استقلالی

گروهی از دانشوران اصولی بر این اعتقادند که «بنای عقلا» حجیت ذاتی دارد و از امضای شرع بی‌نیاز است (آشتیانی، همان: ۱ / ۱۷۱؛ طباطبایی، حاشیه کفایة الاصول: ۲ / ۲۰۶) آنان اعتقاد دارند که «بنای عقلا»، به عنوان حیث تعلیلیه موجب راه یافتن بشر در عرصه قانونگذاری می‌شود (قائم مقامی، همان: ۲۳۳). از سخنان آنان استفاده می‌شود که حجت «بنای عقلا» بنفسه است و به امضای شرع نیازمند نیست.^(۲)

آیت الله العظمی وحید خراسانی و آیت الله محسن خرازی در صورتی حجیت «بنای عقلا» را مقبول می‌دانند که مبنای آن «فطرت» باشد.

آنان در استدلالشان می‌گویند: اگر «بنای عقلا» را همان «حکم عقل» بدانیم - چنان که محقق اصفهانی نظر داشت - در عدم لزوم تردیدی نیست. اگر «بنای عقلا» را جزء «حکم عقل» بدانیم، باز هم به امضای شرع نیاز نیست، زیرا «عقلا بامهم عقلا» وقتی برای حفظ مصلحت حکم می‌کنند، شارع نیز که از همان «عقلا» است، نمی‌تواند با آنان مخالفت کند.

بنابراین، می‌توان نتیجه گرفت که «بنای عقلا بامهم عقلا»، پس از اثبات آن، از منابع استنباط حکم شرعی شمرده می‌شود. «بنای عقلا» اگر منشأ عقلی داشته باشد، حجت و از منابع استنباط حکم است، و اگر منشأ غیر عقلی داشته باشد، به امضای شرع مقدس نیازمند است.

ب. عرف

۱. معناشناسی عرف

۱-۱. عرف در لغت

«عرف» در نزد ارباب دانش و لغت‌شناسان کاربردهای زیاد دارد. ادب‌دانان و لغت‌شناسان ۲۴ مورد از کاربری آن را شناسایی کرده‌اند. از جمله می‌توان

کاربردهای آن را در معنای «معروف»، «بوی خوش»، «یال اسب»، «پیبایی»، «صبر و بردباری»، «جود و بخشش»، «مکان بلند»، «بلندی کوه»، «اعتراف»، «معرفت»، «خُلُق و خوی، عادت»، «آرامش و سکون»، «امر شناخته شده و متداول بین مردم»، و... دانست (ابن فارس، همان: ۲۸۱ / ۴؛ اصفهانی، معجم مفردات الفاظ القرآن: ۳۴۳؛ ابن منظور، همان: ۲۳۸ / ۹ - ۲۳۹؛ جوهری، همان: ۱۴۰۱ / ۴).

هدف از فهم و درک معنای لغوی، یافتن ارتباط آن با معنای اصطلاحی است. جهت رسیدن به این هدف مهم، لغت دانان که در این حوزه اظهار نظر نموده اند، به سه رهیافت دست یافته‌اند که به آنها اشاره می‌گردد.

الف. گروهی بر این باورند که کاربست واژه «عرف» در بسیاری از معانی «مجاز» و «استعاره» بوده و معنای اصلی آن محدود است. اگر چه آنان معنای اصلی را روشن نساخته‌اند.^(۳)

ب. برخی دیگر به تبع و پیروی از ابن فارس، اعتقاد دارند که معانی یاد شده برای واژه «عرف» در لغت نامه‌ها، به دو معنای اصلی قابل ارجاع و تحویل اند. این دو معنای اصلی عبارت‌اند از: «پیبایی بودن یک چیز به گونه‌ای که باهم پیوسته باشد مثل «یال اسب» و دیگری «آرامش و سکون و اطمینان».^(۴)

ج. جمعی دیگر معتقدند که واژه «عرف» یک معنا بیشتر ندارد و تمام معانی دیگر به شکلی به معنای اصلی باز می‌گردند. معنای اصلی عبارت از: «انکشاف و ظهور» است؛^(۵) یا معنای اصلی همان «اطلاع و شناخت خصوصیات و آثار چیزی» است (مصطفوی، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم: ۱۳۶۰: ۹۷/۱ - ۹۸).

واژه «عرف» و «معروف» در قرآن کریم نیز آمده است. این واژه در «دانش تفسیر» کاربردهای متعدد داشته است. مفسران ژرف نگر آن را در معنای «امر پسندیده در نزد عقل و شرع»، «کار نیک»، «پیبایی» «نیکی آشکار»، «حق شناخته شده»، «سنت پیامبر» و... به کار بسته‌اند (راوندی، فقه القرآن فی شرح آیات الاحکام: ۱۴۰۵: ۴۳/۲).

از دقت در کاربست واژه «عرف» و «معروف» در قرآن روشن می‌شود که کاربرد

این واژه در «دانش تفسیر» با معنای لغوی آن همگون و همسان است. اما «عرف» در میان توده مردم در معنای «خوی»، «عادت»، «فعل پسندیده»، امر متداول و شناخته شده‌ای است که همه آن را مقبول می‌دانند.

۱-۲. عرف در اصطلاح

«عرف» در سه حوزه: علم حقوق، علم جامعه‌شناسی و علم فقه و اصول، کاربرد داشته است. گستره «عرف» در دانش فقه و اصول، همواره بسیار است. فقه دانان، اصول‌شناسان و دانشوران علم حقوق، تعاریف مختلفی از «عرف» با همین عنوان و یا با عنوانهایی چون «عادت»، «بنای عقلا»، «سیره» و... انجام داده‌اند. فقیهان و اصولیان، با تکیه به پیش‌فرضهای ذهنی خود، در مطالب مختلف فقه و اصول آن را به کار بسته‌اند که می‌توان مجموع تعاریف فقها و اصولیان را در سه تعریف گنجانند.

۱. «عادت» و «عرف» چیزی است که عقل در اندیشه آدمی نهاد و طبع سالم آن را مقبول می‌داند^(۶) (عادل عبدالقادر، *العرف حجتة و اثره فی فقه اللغة المعاملات المالیه عند الحنابلة*، ۱۴۱۸: ۹۳/۱ - ۹۴).

۲. «عرف» عادت است که عموم مردم یا گروهی خاص، با آن زندگی می‌کنند. این «عادت» می‌تواند در شکل گفتار، کردار و یا ترک سامان یابد^(۷) (حکیم، همان: ۴۰۵).

۳. «عرف»، استمرار عمل عقلا بر چیزی است.^(۸) (نابینی، همان: ۱۹۲/۳ - ۱۹۳). پس با توجه به شناخت و معرفتی که از کاربرد لغوی و اصطلاحی «عرف» به دست آوردیم، می‌توان گفت: عرف، گفتار، رفتار، یا ترکی است که مردم به آن خو گرفته‌اند و بر طبق آن رفتار زندگی می‌کنند.

بنابراین، این واژه، از همان آغاز کاربرد در متون فقهی و اصولی، با معنای لغوی آن، هم‌افق بوده است. نگاه دقیق اگر حکم به «این‌همانی» دو معنا نکند، بدون تردید عام و خاص مطلق را تجویز می‌کند، زیرا گستره «عرف لغوی» بیشتر و تمامی «عرف اصطلاحی» و فراتر از آن را پوشش می‌دهد. از این رو، می‌توان مؤلفه‌ها و

عناصر «عرف» را در «دانش فقه» و «اصول» چنین خلاصه کرد (جعفری لنگرودی، مکتبهای حقوقی در اسلام ۱۳۷۰: ۱۷/۲ همو، دانشنامه حقوقی ۱۳۵۶: ۵۹/۲).

۱. عمل معین
۲. تکرار و پیوستگی آن عمل معین
۳. شمول‌گرایی عمل به گونه‌ای که رنگ همگانی داشته باشد
۴. ارادی بودن عمل

۲. خاستگاه «عرف»

پژوهش و دقت در «دانش فقه» و «اصول» نشان می‌دهد که خاستگاه «عرف» در هندسه فکری آنان در فرهنگ و سنت اهل تشیع، پراهمیت دانسته نشده است. از این رو، در مباحثی فقهی و اصولی چشم‌نواز نیست. اما اندک اندیشه‌وزان ظریف‌نگر به آن توجه داشته (جعفری لنگرودی، دانشنامه حقوقی ۱۳۵۶: ۵۹/۲)؛ نایینی، همان: ۳/ ۱۹۳ - ۱۹۲) و منشأ «عرف» را چنین بر شمرده‌اند:

۱. درک عقل
۲. فطرت
۳. وحی و شبهه وحی
۴. سلطه حاکمان
۵. اعراض شخصی
۶. تقلید از گذشتگان
۷. مسامحه و راحت طلبی

۳. طبقه‌بندی عرف

دانشمندان اصول فقه، «عرف» را به جهات مختلف طبقه‌بندی نموده‌اند، مانند تقسیم «عرف» به معتبر و نامعتبر، تسامحی و دقیق، حکمی و موضوعی، عام

وخاص، لفظی و عملی، ممضا، مردوع و مرسل و... روشن است که تمام این طبقه بندیها، به ذات واژه «عرف» مربوط نیست، بلکه هرکس بر اساس درک و نیاز خویش از زاویه خاص به آن توجه کرده است. از آنجا که این طبقه بندی در روشن ساختن پیوند «عرف» و «سیره عقلا» نقش اساسی دارد، این نگاهسته به مهم ترین طبقه بندیهای «عرف» در هندسه فکری اصولیان تشیع و اهل سنت، اشاره می کند.

۱. عرف عام

مقصود از «عرف عام»، عرفی است که اکثر قریب به اتفاق مردم، با اختلاف زمانی، مکانی، فرهنگی و سطوح مختلف علمی در آن شرکت دارند و بسیاری از پدیده های عام اجتماعی مانند رجوع جاهل به عالم، عدم نقض یقین به شک و... را شامل می شود (بوزهره، اصول الفقه بی تا: ص ۲۵۵؛ حکیم، همان: ۴۰۶).

۲. عرف خاص

منظور از «عرف خاص»، عرف گروهی از مردم است که وحدت زمانی معین، مکان معین، حرفه خاص، یا دانش و فنی آنان را گرد هم می آورد (حکیم، همان: ۴۰۶).

۳. عرف قولی

«عرف قولی» آن است که لفظ بر اثر استعمال، معنای خاصی به خود بگیرد که این معنای خاص هم با معنای لغوی و هم با معنای شناخته شده لفظ در نزد سایر عرفها متفاوت باشد، مثل اینکه عراقیان لفظ «ولد» را برای پسر به کار می برند در حالی که در لغت برای مطلق فرزند کاربرد دارد (حکیم، همان: ۴۰۷).

۴. عرف عملی

مراد اصولیان از «عرف عملی» اعمال متعارفی است که در برخی از زمینه های خاص

از مردم سر می‌زند، مانند شیوع بیعه‌های معاطاتی در برخی مناطق (حکیم، همان: ۴۰۷).

۵. عرف صحیح

«عرف صحیح» عرفی است که با نص شریعت مخالفت نداشته باشد و موجب فوت مصلحت و یا جلت مفسده نشود (عبدالخالق، مصادر التشریح الاسلامی فیما لانصر فیه ۱۹۷۸: ۱۴۶).

۶. عرف فاسد

«عرف فاسد»، عرفی است که با شریعت ناسازگار است. به عبارت دیگر، «عرف فاسد» عرفی است که با شریعت ناسازگار است و موجب جلب ضرر یا فوت منفعت می‌شود (زحیلی، اصول الفقه الاسلامی ۱۴۲۱: ۴۹).

با توجه و دقت در مواردی که «دانش فقه» و «حقوق» به «عرف» ارجاع داده است، آنچه از سخنان فقها روشن می‌شود این است که آنان «عرف معیار» را در موارد بسیار معتبر می‌دانند. آنان «عرفی» را «عرف معیار» و معتبر می‌دانند که از شرایط ذیل برخوردار باشد:

۱. عام باشد، یعنی همه درباره آن اتفاق داشته باشند.
۲. مستمره باشد، یعنی از زمانهای دیر تا حال ادامه داشته باشد.
۳. ثابت باشد، یعنی متحول نباشد.
۴. مخالف نص کتاب و سنت نباشد.
۵. با درک عقلانی ناسازگار نباشد.

۴. حجیت عرف

«مصلحت انگاری» در «فقه» پیوند گریزناپذیر با «عرف» و داوریه‌های آن دارد. سخن گفتن از «مصلحت» در «شرع» بدون توجه و تأمل در جایگاه «عرف» و نیز

کارکردهای آن در «فقه» به دست نمی‌آید.

در اکثر منابع اصولی اهل سنت، از «عرف» به عنوان یک منبع و دلیل مستقل در کنار قیاس، استحسان، استصلاح، سداذرایع و همانند آن یاد شده است (زحیلی، *الوجیز فی اصول الفقه* ۱۹۹۵: ۹۷ - ۹۸). لذا در فرهنگ اهل سنت در تشخیص الفاظ به «عرف» رجوع می‌شود. همچنین مواردی که در شرع مطلق آمده و ضابطه و معیاری در شرع و لغت، برایش یافت نشده است، به داوری «عرف» تن داده می‌شود (زحیلی، همان: ۹۸). آنان اعتقاد دارند که شارع «عرف» را در اصل تشریح مراعات کرده و هم در فرایند استنباط اثر گذار دانسته است (ابوزهره، همان: ۲۷۷ - ۲۷۸).

در متون اصولی اهل سنت آمده است: مالک، بسیاری از احکام خود را بر عمل مردم مدینه بنا کرده است ابوحنیفه و اصحاب او به دلیل اختلاف در «عرف»، خود در پاره‌ای از احکام و فتواها اختلاف کرده‌اند. نقش «عرف» در اجتهاد «حنفیه» تا آنجا پیش رفته است که در ناهمگونی «عرف» و «روایت»، «عرف» را مقدم می‌دانند، و عذر خویش را در این تقدیم، عسر و حرج یا منع عمل به «عرف» تلقی می‌کنند. «شافعی» پس از آنکه به بصره آمد، به واسطه تفاوت «عرف»، بسیاری از فتوهای او که در دوران زندگی در بغداد داده بود، تغییر داد و به همین جهت صاحب دو مذهب قدیم و جدید شد (خلاف، همان: ۹۰).

ابن نجیم «عرف» را یکی از قواعد شش‌گانه کلی می‌داند و می‌گوید: «عادت، حکم کننده است» (ابن نجیم، *الاشباه والنظائر* ۱۴۰۵: ۱۱۴). وی مستند اصلی حجیت و اعتبار «عرف» را حدیثی می‌داند که در آن آمده است:

مارأه المسلمون حسن فهو عند الله حسن؛ آنچه را مسلمانان پسندیده بینند، همان نزد خداوند پسندیده است (ابن حنبل، مسند احمد بی تا: حدیث ۳۴۱۸).

در قلمرو حجیت «عرف» در میان اصولیان توافق نظر مشاهده نمی‌شود. برخی حجیت «عرف» را محدود می‌دانند و اعتقاد دارند در آنچه خلاف نص باشد، مقبول

نیست، و می‌گویند: «عرف» مخالف نص اعتبار ندارد، زیرا «عرف» بر خلاف نص، باطل است. برخی دیگر اعتقاد دارند که در آنچه بر آن تصریح شده باشد، «عرف» اعتبار ندارد و مطلقاً غیر مقبول است. گروه سوم از دیدگاه تفصیلی جانبداری می‌کنند و می‌گویند: عرف یا موافق دلیل شرعی در کتاب و سنت است، یا نیست. اگر موافق باشد، هیچ سخنی در اعتبار آن نیست. اگر موافق نباشد، می‌توان آن را در دو زمینه بررسی کرد: در صورتی که مخالفت «عرف» با «نص» از همه جهات باشد، به گونه‌ای که از مخالفت آن ترک نص لازم بیاید، تردید در مردود بودن آن نیست. در صورتی که مخالفت از همه جهات نباشد، بلکه در برخی جهات باهم ناسازگار باشند، در این صورت اگر «عرف» موجود از نوع «عرف عام» باشد، معتبر است، زیرا «عرف عام» می‌تواند مخصص واقع شود و به واسطه آن می‌توان قیاس را تخصیص زد (ابن عابدین، مجموعه رسائل ابن عابدین بی‌تا: ۱۱۴/۲ - ۱۱۳ و ۱۲۲).

در یک نگاه کلی می‌توان پیوند «عرف» با «فقه» را در سه رویکرد باز بینی نمود. برخی اعتقاد دارند که «عرف» همسان کتاب و سنت منبع قانون است. براساس این نظریه، آنچه «عرف» بر آن صدق کند، باید مورد عمل قرار گیرد. برخی دیگر به سند بودن و کاشف بودن «عرف» برای شریعت معتقدند. این نگاه اعتقاد دارد که «عرف» سندی است کاشف از شریعت و آنچه به اراده الهی جعل و تشریح شده است. در این رویکرد، «عرف» جدا از سایر ادله، یکی از مدارک اجتهاد به شمار می‌رود. گروه سوم باورمند است که «عرف» ابزاری است در خدمت ادله احکام. مفاهیم به کار رفته در آن، ادله را تفسیر و در مورد آنها داور می‌نماید. در این نگاه، «عرف» به صورت استقلالی نه منبع حکم است و نه توان کشف شریعت را دارد، بلکه ابزاری در استخدام ادله احکام است.

در مجموع، می‌توان چنین بیان کرد: فرایند اثبات گزاره‌های فقهی یا به نص، یا به اجتهاد و رأی ثابت گردیده است. در صورت اثبات شدن گزاره‌های فقهی در فرایند اجتهاد، روشن است که این فرایند اجتهاد مجتهد، بر آنچه در عرف زمان او وجود

داشته، بنا شده است، به گونه‌ای که اگر وی در زمان «عرف» حادث و متأخر می‌زیست، فتوایی دیگر می‌داد. از این رو، دانستن «عادات مردم»، از شرایط اجتهاد دانسته شده است؛ چرا که کثیری از احکام، به دلیل اختلاف زمان و مکان و یا به جهت دگرگونی «عرف» و... تغییر می‌یابد، به گونه‌ای که اگر حکم با متغییر شدن «عرف» متحول نگردد، از آن مشقت و ضرر بر مردم لازم می‌آید. ضرر و مشقتی که با اصل فلسفه شریعت که مبتنی بر سهولت و آسانگیری است، ناسازگاری دارد (ابن عابدین، همان: ۱۲۲/۲).

نگاه دقیق در آثار و متون اصولی و چگونگی برخورد با «عرف» در «فقه»، گواهی روشن بر این حقیقت است که با «عرف» هم در حجیت و هم در مقام تعارض ظاهری با دیگر ادله نقلی، به سان یک دلیل لفظی برخورد شده، تا حدی که توانسته است مخصص دلیل نص یا قیاس قرارگیرد. بنابراین، پس از جواز روی برتافتن از ظاهر روایت به دلیل «عرف»، مصادیقی از توجه فقها به مقتضیات «عرف» در حوزه‌های معاملات، عبادات و قضاوت را می‌توان یاد آور شد (ابن مفلح حنبلی، المبدع ۱۴۰۰: ۱/۲۶۹ و ۲۰۳؛ همو، المبدع: ۱۹/۲؛ همو، الفروغ ۱۴۱۸: ۶/۳۲۷؛ بحرانی، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة ۱۳۶۳: ۹/۲۹۷؛ همو، همان: ۱/۳۹۶؛ روحانی، فقه الصادق ۱۴۱۲: ۶/۴۵۵؛ ابن تیمیه، کتب و رسائل و فتاوی ابن تیمیه فی الفقه بی‌تا: ۲۲/۳۳۹).

۱. فتوا به جواز استیجار بر تعلیم قرآن کریم.
۲. فتوا به جواز استیجار بر امامت نماز یا مؤذن بودن.
۳. عدم اکتفا به ظاهر عدالت در شهادت به دلیل شرایط زمان.
۴. مجاز دانستن وصی به مضاربه با مال یتیم.
۵. جواز استحمام بدون بیان مقدار آب و زمان استحمام.
۶. تشخیص مقدار آبی که موجب تطهیر آب چاه می‌شود.
۷. صدق حیض و چگونگی آن.
۸. صدق موالات در افعال عبادی مشروط به آن، مثل نماز و وضو.

۹. اتصال یا عدم اتصال میان صفوف.
 ۱۰. صدق کثرت و کثیرالشک در افعال و رکعات نماز.
 ۱۱. صدق اقامت در مباحث سفر.
 ۱۲. تفسیر سوگند و تحقق آن.
 ۱۳. تشخیص اینکه چه چیزی باعث حث سوگند است.
 ۱۴. صدق مفهوم زنا.
 ۱۵. مقدار نفقه زن.
- افزون بر مصادیق نامبرده، در «فقه» شیعه و سنی موارد زیادی به «عرف» ارجاع داده شده است که با اندک تأمل و مراجعه به متون فقهی می توان موارد مراجعه «فقه» به «عرف» را در حوزه‌های گوناگون بازآفرینی و بازشناسی کرد.
- نگاه دقیق، کارکرد فراتر از تشخیص مصداق، برای «عرف» قائل است. این نگاه اعتقاد دارد که داوری «عرف» تنها به معنای واژه یا تحقق مصداق خارجی محدود نیست، بلکه گستره گسترده تری را در بر می گیرد، و به نوعی جعل و وضع احکام نظر دارد (بهوتی، کشف القناع عن متن الافناع ۱۴۰۲: ۳/۲۶۳؛ روحانی، فقه الصادق: ۱۹/۳۱۸).
- نمونه هایی مثل پذیرش و اعتبار بخشیدن به بیع معاطات، بانک، بیمه، مالکیت معنوی، حق کارگر، پیوند اعضا و ... از مواردی است که نشان می دهد، «فقه» آنچه را که «عرف» زمینه ساز آنهاست، به رسمیت شناخته و منشأ آثار و لوازم دانسته است. در اندیشه مرحوم شهید اول، «عرف» زمانی بر روایت منقول تقدم دارد و بر اثر همین صدرنشینی «عرف» است که شریعت به دنبال دگرگونی «عرف»، متحول می شود. وی در این مورد می نویسد:
- يجوز تغيير الاحكام بتغيير العادات (عرف) كما في النقود المتداولة والاوزان المتداولة و نفقات الزوجات والاقارب والاختلاف بعدالدخول في قبض الصدقات فالمروى تقديم قول الزوج عملاً بما كان عليه السلف من تقديم المهر على الدخول (شهيد اول، القواعد والفوائد، ۱۹۸۰: ۱/۱۵۱).

۴. نسبت «بنای عقلا» و «عرف»

در پایان، جهت تکمیل بحث، ضرورت دارد نگاهی گذرا به نسبت سنجی «بنای عقلا» و «عرف» اشاره گردد؛ چرا که دیدگاههایی در این مورد وجود دارد.

برخی «بنای عقلا» را شاخه‌ای از «عرف» که مورد پذیرش «عقل» است (عرف خاص) می‌دانند. و اعتقاد دارند که «عرفهای ناپسند» را شامل نمی‌گردد (جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق: ۱۹۲/۲). گروهی دیگر، گستره «بنای عقلا» را گسترده می‌دانند، و اعتقاد دارند که ضمن «سلوک خارجی» و «عرف عملی»، شامل «مرتکبات عقلاییه» نیز می‌شود. از این رو، به جای کاربرد واژه «بنای عقلا» از عنوان «مواقف عقلاییه» استفاده می‌کنند. برخی دیگر «ارتکاز عقلا» را چیزی غیر از «بنای عقلا» دانسته، و آن را قوی‌تر و با ثبات‌تر از «بنای عقلا» می‌شمارند (فیض، مبادی فقه و اصول ۱۳۷۱: ۲۲۴ - ۲۲۵).

برخی به یکسانی و همسانی آن دو حکم کرده‌اند، و گفته‌اند که میان «بنای عقلا» و «عرف» تباین مفهومی وجود ندارد و «بنای عقلا» را همان «عرف صحیح» دانسته‌اند. برخی «بنای عقلا» را «عرف عملی» و برخی دیگر آن را «عرف عقلا» به شمار آورده‌اند. با این حال می‌توان گفت که در منابع فقهی و اصولی امامیه، کاربرد واژه «عرف» یا «عادت» هم‌افق با مفهوم «بنای عقلا»، گسترده است (ثابینی، همان: ۱۹۲/۳).

از همین جهت گفته‌اند که «عرف» افزون بر آنکه مرجع تشخیص موضوعات و مصادیق به شمار می‌رود، می‌تواند «بنایی» را بی‌افکند و با امضای شرع منشأ کشف حکم شرعی شود (مغنیه، در فصلنامه حضور: ۲۵/۷ - ۵).

برخی میان «عرف» و «بنای عقلا» ثنویت و دوگانگی مشاهده کرده‌اند و گفته‌اند که مؤلفه‌ها و عناصر تشکیل دهنده آن دو متفاوت‌اند. مثلاً بر مفید بودن «عمل» که یکی از عناصر تشکیل دهنده «بنای عقلا» است، تأکید شده است. در صورتی که در عناصر تشکیل دهنده «عرف» به آن توجه نگردیده است. از سویی «ارادی» بودن در عناصر تشکیل دهنده «عرف» قید شده است، حال آنکه در «بنای عقلا» چنین قیدی

وجود ندارد (www.encyclopaediaislamica.com). برخی دیگر نیز نسبت میان «بنای عقلا» و «عرف» را عموم و خصوص مطلق دانسته‌اند؛ یعنی «عرف» عام و «بنای عقلا» خاص است (خرازی، مصاحبه پیرامون حقیقت عرف و اقسام آن: ۱۵۶/۱۴ - ۱۵۷).

در جانبداری از همسانی «عرف» و «بنای عقلا» باید تأکید کرد: اگرچه در ابتدای امر ثنویت و دوگانگی «عرف» و «بنای عقلا»، مقبول می‌نمایند، ولی در نگاه اهل تحقیق این تفاوت محمل ندارد، زیرا نگاهی به تعریف و توصیف «عرف» و «بنای عقلا» در هندسه فکری فقیهان و دانشمندان اصولی و کاریست «عرف» در گستره «فقه» و «حقوق» نشان می‌دهد که می‌توان آن دو ویژگی را هم در «عرف» و هم در «بنای عقلا» یافت. در نتیجه، می‌توان به همسانی «عرف» با «بنای عقلا» حکم کرد.

نتیجه

به شهادت تاریخ، آیین اسلام پیوسته به پدیده‌های فکری بشر حرمت نهاده و چنانچه قوانین موجود را با روح توحید و عدالت اجتماعی مباین نمی‌دیده، آن را به آیین خود ملحق می‌ساخته که احکام امضایی اسلام دلیل بر این مدعاست. در واقع، تکامل و تکوین شریعت اسلام با بازتاب «عرفها»، در گذر زمان، صورت پذیرفته است. اسلام، از همان نخستین روزها، بنا را بر این گذاشته است که به آداب و رسوم جوامع احترام بگذارد، مگر آداب و عاداتی که با توحید و عدالت درگیر شوند. لذا برخی از اندیشه‌ورزان بر آن‌اند که یکی از مصادر و منابع اسلام، فقه پیشین حجازیان بوده است.

بنابراین، از آنچه گذشت، به نقش و تأثیر «عرف» در اجتهاد شیعه پی می‌بریم. با درک و فهم از روش فقهای شیعه که از «عرف» در جایگاه خویش استفاده کرده‌اند، به این نکته می‌رسیم که استفاده از «عرف» و لزوم آشنایی با آن در امر استنباط حکم، مورد اتفاق است.

بنابراین، پیامبر ﷺ برای استقرار شریعت، از بناهای عرفی و روشهای عقلایی جامعه آن روز بهره گرفته و برخی از احکام را، هم در عبادات و هم در معاملات، امضا کرده است. لذا در لسان فقها آمده است: احکام امضایی اسلام کمتر از احکام تأسیسی آن نیست. در نتیجه، می‌توان چنین گفت که «عرف» در عرصه عبادات و امور توقیفی، تنها به داوری در تحقق و عدم تحقق مصداق و موضوع بسنده نمی‌کند. در حوزه معاملات و امور غیر عبادی و غیر توقیفی می‌تواند حکمی نوین را پایه‌گذاری کند که این حکم از دیدگاه فقها نیز می‌تواند پذیرفته شود.

مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

پی‌نوشتها

- (۱). در این بخش از کتاب ارزشمند: *دروس فی علم الاصول*، شهید سید محمدباقر صدر رحمته الله، مرکز الغدیر، ۱۴۱۷ق، ص ۲۳۴-۲۳۵ استفاده شده است.
- (۲). حضرت امام خمینی رحمته الله با توجه به مبنای خود، اتصال «سیره» و «بنای عقلا» را به زمان معصوم علیه السلام لازم نمی‌داند و معتقد است: اگر «سیره» بعد از معصوم علیه السلام پیدا شد- با توجه به علم معصوم علیه السلام به پیدا شدن این «سیره» و ردع نکردن وی - می‌توان آن را حجت دانست. نک: امام خمینی، همان: ۱۳۰. همچنین حضرت آیت الله العظمی وحید خراسانی در درس خارج فقه تاریخ ۱۳۷۱/۹/۱ می‌گوید: بناهایی که عقلا با توجه به فطرت خویش دارند، نظیر حق اعتبار تلفن، سر قفلی و...، به امضا و احراز اتصال تا زمان معصوم علیه السلام نیاز ندارد.
- (۳). جوهری، ابن منظور، زبیدی و زمخشری از نام آوران این گروه‌اند.
- (۴). ابن فارس و عادل عبدالقادر از طرفداران این نظریه‌اند.
- (۵). این نظریه مربوط به صبحی صالح در کتاب *دراسات فی فقه اللغة* است.
- (۶). «العادة والعرف ما استقر فی النفوس من جهة العقل و تالقته الطباع السلیمة بالقبول».
- (۷). «العرف ما تعارف الناس و ساروا علیه من قول و او ترک (یسمى العادة)».
- (۸). «فهی عبارة عن استمرار عمل العقلاء - بما هم عقلا - علی شیء».

۱. قرآن کریم.
۲. نهج البلاغه.
۳. آنخوند خراسانی محمد کاظم، کفایة الاصول، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۲۳ق.
۴. آشتیانی، محمد حسن، بحر الفوائد فی شرح الفرائد، قم، منشورات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۳ق.
۵. ابن تیمیه، تقی الدین احمد بن عبدالحلیم، کتب و رسائل و فتاوی ابن تیمیه فی الفقه، تحقیق عبدالرحمن محمد قاسم العاصمی، مکتبه ابن تیمیه، بی جا، بی تا.
۶. ابن حنبل، احمد بن حنبل شیبانی، مسند احمد، مصر، مؤسسه فرطیه، بی تا.
۷. ابن عابدین، محمد امین افندی، مجموعه رسائل ابن عابدین، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
۸. ابن فارس، احمد، معجم مقاییس اللغة، تحقیق عبدالسلام محمد هارون، قم، مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۰۴ق.
۹. ابن مفلح حنبلی، ابواسحاق ابراهیم بن محمد، الفروع، تحقیق ابوزهره حادق القاضی، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۸ق.
۱۰. ابن مفلح حنبلی، ابواسحاق ابراهیم بن محمد، المبدع، بیروت، المکتب الاسلامی، ۱۴۰۰ق.
۱۱. ابن منظور، ابوالفضل محمد بن مکرم، لسان العرب، قم، نشر ادب الحوزه، ۱۴۰۵ق.
۱۲. ابن نجیم، زین العابدین بن ابراهیم حنفی، الاشباه و النظائر، قم، نشر ادب الحوزه، ۱۴۰۵ق.
۱۳. ابوزهره، محمد، اصول الفقه، دار الفکر العربی، ۱۳۷۷ق.
۱۴. اصفهانی، محمد حسین، نهایة الدراية، قم، مکتبه السيد الشهداء، ۱۳۷۴.
۱۵. امام خمینی، روح الله، الرسائل، قم، مکتبه اسماعیلیان، ۱۳۸۵ق.
۱۶. انصاری، شیخ اعظم، فرائد الاصول، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۰۶ق.

۱۷. بحرانی، یوسف بن احمد درازی، الحدایق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، قم، موسسه نشر الاسلامی، ۱۳۶۳.
۱۸. بروجردی، محمد تقی، نهاية الافکار، موسسه النشر الاسلامی، بی تا.
۱۹. بروجردی، محمد حسین، نهاية الاصول، قم، نشر الفکر، ۱۴۰۵ ق.
۲۰. بهوتی، منصور بن یونس بن ادريس، کشف القناع عن متن الاقتناع، تحقیق هلال مصیلحی مصطفی هلال، بیروت، دارالفکر، ۱۴۰۲ ق.
۲۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، انتشارات گنج سخن، پنجم، ۱۳۷۰.
۲۲. ———، مکتبهای حقوقی در اسلام، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۰ ش.
۲۳. جناتی، محمدابراهیم، منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی، تهران، موسسه کیهان، ۱۳۷۰.
۲۴. جواد، علی، المفصل فی تاریخ العرب قبل الاسلام، بیروت، دارالعلم للملایین، ۱۹۷۸.
۲۵. جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح، تحقیق احمد عبدالغفور عطار، بیروت، دارالعلم للملایین، چهارم، ۱۹۹۰.
۲۶. حسینی قائم مقامی، سید عباس، کاوشهای فقهی، تهران، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۷۸.
۲۷. حکیم، محمد تقی، اصول عامه للفقہ المقارن، موسسه آل البيت، ۱۹۷۹.
۲۸. خلاف، عبدالوهاب، علم اصول الفقه و خلاصة التشريع الاسلامی، بی جا، بی تا.
۲۹. رازی، قطب الدین، محمد بن محمد، المحاکمة بین شرحی الاشارات، چاپ شده در پاورقی الاشارات والتنبیها، مطبعة الحیدری، ۱۳۷۷ ق.
۳۰. راغب اصفهانی، حسین بن محمد، معجم مفردات الفاظ القرآن، تحقیق ندیم مرعشلی، مطبعة التقدم العربی، ۱۳۹۲ ق.
۳۱. راوندی، قطب الدین سعد بن هبة الله، فقه القرآن فی شرح آیات الاحکام، قم، کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۵ ق.
۳۲. روحانی، سید صادق، زیادة الاصول، مدرسه الامام الصادق، اول، ۱۴۱۲ ق.

۳۳. ——— فقه الصادق، قم، موسسه دارالکتب، ۱۴۱۲ق.
۳۴. زحیلی، وهبه، اصول الفقه الاسلامی، بیروت، دارالفکر المعاصر، دوم، ۱۴۲۱ق.
۳۵. ——— الوجیز فی اصول الفقه، بیروت، دارالفکر المعاصر، ۱۹۹۵.
۳۶. شاطبی، ابی اسحاق، الموافقات فی اصول الشریعة، دارالکتب العلمیة، بی تا.
۳۷. شهید اول، محمد بن مکی، القواعد والفوائد الفقهیة، تحقیق سید عبدالهادی حکیم، نجف، منتدی النشر، ۱۹۸۰.
۳۸. صابری، حسین، عقل و استنباط فقهی، بنیاد پژوهش‌های اسلامی، اول، ۱۳۸۱.
۳۹. صدر، محمد باقر، دروس فی علم الاصول، مرکز الغدیر، ۱۴۱۷ق.
۴۰. ——— دروس فی علم الاصول، موسسه النشر الاسلامی، اول، بی تا.
۴۱. صدرالمآلهین، محمد شیرازی، الحکمة المتعالیة، قم، مکتبه المصطفوی، بی تا.
۴۲. ——— شرح اصول کافی، تهران، مکتبه المحمودی، ۱۳۹۱ق.
۴۳. طباطبایی محمدحسین، حاشیة کفایة الاصول، بنیاد علمی و فکری علامه طباطبایی، بی تا.
۴۴. ——— نهاية الحکمة، با تعلیقه غلام رضا فیاضی، موسسه آموزش پژوهشی امام خمینی رحمته، ۱۳۸۰.
۴۵. ——— المیزان فی التفسیر القرآن، بیروت، موسسه العلمی للمطبوعات، بی تا.
۴۶. عادل، عبدالقادر، محمد بن ولی قوته، العرف حجته و اثره فی فقه اللغة المعاملات المالیه عند الحنابلة، المکة المکرمة، المکتبه المکیة، اول، ۱۴۱۸ق.
۴۷. عبدالخالق، مصادر التشريع الاسلامی فیما لانص فیہ، کویت، دارالعلم، چهارم، ۱۹۷۸.
۴۸. علی دوست، ابوالقاسم، فقه و عرف، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، دوم، ۱۳۸۵.
۴۹. غزالی، محمد، احیاء علوم الدین، بیروت، دارالکتب العربی، اول، ۱۴۲۵ق.
۵۰. فراهیدی، خلیل بن احمد، کتاب العین، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۲۱ق.
۵۱. فیاض، شیخ محمد، مباحث الاصولیة، مکتب سماحته، ۱۴۲۷ق.
۵۲. فیض، علیرضا، مبادئ فقه و اصول، دانشگاه تهران، پنجم، ۱۳۷۱.
۵۳. فیومی، احمد بن محمد، المصباح المنیر، قم، موسسه دارالهجرة، اول، ۱۴۰۵ق.

۵۴. مجلسی، محمدباقر، بحار الانوار، بیروت، انتشارات الوفا، دوم، ۱۴۰۳ق.
۵۵. مصطفوی، حسن، التحقیق فی کلمات القرآن، تهران، بنگاه ترجمه و نشر کتاب، ۱۳۶۰.
۵۶. مظفر، محمدرضا، المنطق، نجف، مطبعة النعمان، ۱۳۸۸ق.
۵۷. —، اصول فقه، قم، موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، چهارم، ۱۳۷۰.
۵۸. نایینی، محمدحسین، فوائد الاصول، محمدعلی کاظمی خراسانی، موسسه النشر اسلامی، اول، ۱۴۰۶ق.
۵۹. هاشمی، سید محمود، بحوث فی علم الاصول، المجمع العلمی للشهید الصدر، اول، ۱۴۰۵ق.
۶۰. واسعی، سید محمد، الفقه والعرف، موسسه دائرة المعارف الفقه الاسلامی، طبقاً لمذهب اهل البيت، ۱۴۲۳ق.
۶۱. یزدی، مهدی حائری، کاوشهای عقل نظری، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۶۰.
۶۲. www.encyclopaediaislamica.com