

دیدگاهی جدید در مشروعیت نظام‌های حقوقی نوپدید

سید حسن شبیری زنجانی*

استادیار گروه حقوق مالکیت فکری دانشکده حقوق، دانشگاه قم.

(تاریخ دریافت: ۱۳۸۶/۱۲/۱۲ - تاریخ تصویب: ۱۳۸۸/۱۲/۳)

چکیده:

یکی از راه‌های پی بردن به حکم شرعی در نظام فقهی اسلام رجوع به بنای عقلاست. بسیاری از فقیهان پیشین شرط حجیت و اعتبار بنای عقلا را اتصال بنا یا ملاک آن به زمان معصوم (ع) می‌دانند. در این نوشتار، دیدگاهی جدید ارائه می‌شود که بر اساس آن در صورت وجود شرایطی خاص بدون لزوم اتصال بنا به زمان معصوم، حجیت آن اثبات می‌شود. فایده مهم نظریه یافتن مبنایی شرعی برای بسیاری از بناهای عقلایی نو پدید از جمله نظام حقوق مالکیت فکری است.

واژگان کلیدی:

مبنا، بنای عقلا، مشروعیت، حجیت تقریر، اتصال سیره، عرف عام، مسائل نوپدید، حقوق مالکیت فکری

مقدمه

از موضوعاتی که در فقه، حضوری سابقه‌دار و پررنگ دارد؛ نهاد عرف عام یا بنای عقلا است که فقیهان در اجتهاد خویش ناگزیر به لحاظ آن بوده و هستند. اهمیت و سهم عرف در استنباط و کشف احکام شرع تا جایی است که برخی از اندیشوران، شناخت عرف و عادات مردم را یکی از مقدمات اجتهاد برشمردند (امام خمینی، ۱۳۷۹، ص ۹). گرچه نقش عرف در عرصه‌های مختلف فقهت بر کسی پوشیده نیست اما آنچه مبهم و مورد اختلاف است تعیین مرز دقیق دخالت عرف در استنباط احکام شرعی و یافتن مقصود شارع است. با اینکه عرف در فقه اهل سنت از جایگاهی ویژه برخوردار است و اغلب آن را منبع و سندی مستقل در کنار دیگر منابع استنباط می‌دانند؛ اما فقیهان شیعی این نهاد را به دیدی دیگر می‌نگرند و بسیاری آن را ضمن دلیل سنت و در قالب «تقریر معصوم (ع)» حجت می‌دانند. از آنجایی که غایت قصوی و هدف اعلائی نظام فقه اسلامی مطابقت احکام و فتوای صادر شده با اهداف و اغراض شارع مقدس است؛ بنابراین در این نوشتار لازم است به بررسی این امر پردازیم که عرف تا چه اندازه می‌تواند ما را در رسیدن به این هدف یاری رساند و سبب کشف مقصود و رضایت شارع باشد؟ پس از مشخص شدن میزان حجیت و اعتبار عرف در کاربردهای مختلف آن، ضروری است این موضوع را بررسی کنیم که آیا عرف و یا بنای عقلا می‌تواند مبنایی بر مشروعیت نظام‌های جدید حقوقی مانند نظام حقوق مالکیت فکری باشد؟ برای نیل به این هدف در این نوشتار ابتدا مروری بر چیستی و ماهیت بنای عقلا داشته، آنگاه این مفهوم را با دیگر مفاهیم مشابه - همچون دلیل عقل که به عنوان سایر منابع و راه‌های کشف حکم شرع می‌باشند - سنجیده و سپس با طرح اندیشه‌های گوناگون پیرامون حجیت بنای عقلا آن‌ها را مورد نقد قرار می‌دهیم و بعد از بیان اندیشه‌ها، نظریه برگزیده را طرح و ابعاد مختلف «بنای عقلا را به عنوان یکی از مبانی برگزیده جهت اثبات مشروعیت بسیاری از نظام‌های حقوقی نوپدید همچون نظام حقوق مالکیت فکری» موشکافی می‌نماییم. بدیهی است بحث از تمامی ابعاد مختلف عرف و بنای عقلا و جایگاه دقیق آن در فقه مجال گسترده می‌طلبد و از حوصله این مقال خارج است. بنابراین در این مقاله تنها به مطالب ضروری بسنده شود و پیگیری تفصیلی آن - به ویژه چگونگی بکارگیری نظریه برگزیده جهت اثبات مشروعیت نظام حقوق مالکیت فکری - را به محلی دیگر وا می‌گذاریم.

مبحث یکم) مروری بر مفهوم و خاستگاه بنای عقلا و جایگاه آن در شرع

گفتار یکم) مفهوم بنای عقلا

در این گفتار به دنبال تصویری روشن و صحیح از بنای عقلا به عنوان مبادی تصویری هستیم تا زمینه‌ای برای طرح مبادی تصدیقی آن - یعنی بحث حجیت و اعتبار بنای عقلا - باشد. اصطلاح «بنای عقلا» در متون فقهی و اصولی با تعبیری مختلف همچون «طریقه عقلا»، «بنای عرف» و «عرف عام» به کار برده شده است که در متون جدید، عبارت «بنای عقلا» رایج‌تر از بقیه می‌باشد. این اصطلاح با وجود کاربرد وسیعش در کلمات فقیهان پیشین به مفهوم و تعریف آن کمتر پرداخته شده است. به همین خاطر برخی از دانشمندان اصولی معاصر کوشیده‌اند تا تعریف و ضابطه‌ای مشخص برای آن ارائه دهند. مرحوم نائینی این اصطلاح را با تعبیر «طریقه عقلا» این‌گونه تعریف می‌کند: «اما طریقه عقلا عبارت از استمرار عمل عقلا از آن جهت که عاقل هستند بر امری واحد می‌باشد خواه نژاد و آیین‌شان یکی باشد یا متفاوت» (کاظمی خراسانی، ۱۴۰۴، ص ۱۹۲). همچنین مرحوم مظفر این مفهوم را ضمن بیان مفهوم سیره تعریف می‌کند. سیره در نزد او مفهومی عام دارد که یکی از اقسام آن سیره عقلایی یا بنای عقلا می‌باشد.^۱ وی ابتدا سیره را به این صورت تعریف می‌نماید: «همان‌طوری که از لفظ «سیره» هویداست مراد از آن استمرار عادت مردم و تباری و توافق عملی آن‌ها بر انجام یا ترک عملی است» (مظفر، ۱۳۸۱، ص ۱۷۶). وی سپس در تعریف بنای عقلا می‌نویسد: «چنان‌که منظور از مردم [در فرض بالا] تمام عاقلان و به تعبیری عرف عام از هر ملت و هر آیینی باشد، یعنی هم شامل مسلمانان و هم غیر مسلمانان شود، در این صورت این نوع سیره را «سیره عقلایی» می‌نامند که از این اصطلاح در کلمات اصولیین پیشین به «بنای عقلا» یاد می‌شود» (پیشین).

اما در پاسخ به این سؤال که علت و سبب اتفاق عقلا بر انجام عملی چیست؟ شهید صدر اجماع عقلا را به دو قسم زیر تقسیم می‌نماید: «اجماع مردم بر امری واحد، بر دو قسم است: ۱- گاه اجماع و اتفاق عقلا به خاطر نکته عامی است که در ذهن تمام آنها وجود دارد و بنابراین اگر کسی خلاف راه آن‌ها را در پیش گیرد، از سوی ایشان مورد سرزنش و مؤاخذه

۱. سیره در مفهوم عامش بر دو قسم است: یکی از اقسام آن سیره عقلایی یا بنای عقلا است و قسم دیگر آن سیره متشرعه است. تفاوت سیره عقلا با سیره متشرعه در این است که بنای عقلا شیوع عمل بدون تقید به آیین و دین خاص است اما مقصود از سیره یا عرف متشرعه آن دسته از اعمال و رفتارهایی است که در میان پیروان یک آیین از آیین‌های الهی رواج یافته و علت آن فرمان‌ها و دستورهای عملی است که از سوی رهبران و امامان آنها برای پیروان آن ادیان و مذاهب صادر می‌شود. البته ممکن است بنای عقلی‌ای وجود داشته باشد که به علت امضای شرع، در بین متشرعه رایج شده باشد که در این صورت هر دو عنوان سیره عقلا و سیره متشرعه بر آن قابل صدق خواهد بود مانند حیات مباحات به عنوان سبب و مبنای ملکیت که هم مورد تأیید عقلاء بما هم عقلاء می‌باشد و هم شرع آن را تقریر و امضا نموده است. به طور معمول گفته می‌شود سیره متشرعه از لحاظ اعتبار و حجیت شرعی از جایگاه ممتازتری نسبت به سیره عقلایی برخوردار است.

قرار می‌گیرد؛ ۲- گاه اجماع عقلا بر امری واحد در یک زمان در جهت اغراض و مصالح شخصی تک تک افراد است که به طور اتفاقی مصالح شخصی همه افراد یکی شده است. مثلاً همه عقلا در یک عصر برای رفع نیاز جسمی خود بر مصرف دارویی خاص اجماع داشته باشند. این حالت بر خلاف حالت قبل به گونه‌ای نیست که تخلف و سرپیچی از آن سرزنش و ملامت را به همراه داشته باشد» (حسینی حائری، ۱۴۲۵ ق، صص ۹۷-۹۸). به نظر ایشان گرچه مراد مشهور از بنای عقلا تنها قسم اول است اما اشکالی ندارد به خاطر فوایدی که بر دو قسم کردن این اجماع بار می‌شود، این قسم جدید نیز مدنظر قرار گیرد.

یکی از حقوقدانان معاصر که علاقه‌ای شدید به تحلیل مفاهیم به اجزای آن به هنگام تعریف هر مفهوم دارد، در این باره می‌نویسد: «عناصر بنای عقلا از قرار ذیل است: ۱- عمل؛ ۲- تکرار عمل؛ ۳- وصول تکرار عمل به حد غالب یا عموم در محل معین یا غیر معین؛ ۴- مفید بودن یا مستحسن بودن عمل» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ص ۶۰).

حال پرسش اصلی این است که بنای عقلا در چه مواردی حجت است؟ به دیگر سخن، جایگاه بنای عقلا در استنباط و کشف احکام شرع چگونه است؟ اما قبل از هر چیز لازم است برای پرهیز از هرگونه اختلاط، این مفهوم با مفاهیم مشابه دیگر همچون عرف (در معنای عامش) و دلیل عقل مقایسه شود.

گفتار دوم) مقایسه بنای عقلا با سایر مفاهیم مشابه

الف) مقایسه با دلیل عرف

عرف در کاربرد فقهی‌اش اگر در معنای عرف عام یا عرف عقلا به کار رود، آن گونه که در تعریف مرحوم مظفر گذشت؛ در این صورت مفهوم آن با بنا و سیره عقلا یکی می‌باشد. اما چنان که عرف به طور مطلق مراد باشد در آن صورت به نظر می‌رسد رابطه عرف در معنای فقهی‌اش با بنای عقلا، عام و خاص مطلق باشد؛ یعنی از این لحاظ، عرفها بر دو دسته تقسیم می‌شوند: برخی متناسب به بنای عقلا هستند و برخی دیگر به امور دیگر. بدیهی است حوزه عرف ممکن است عام باشد یا خاص و مربوط به قلمرو خاص مکانی یا زمانی باشد. مثلاً در قبیله‌ای خاص عرفی رایج باشد که تنها به آن قبیله اختصاص داشته باشد. با توجه به مطالب یاد شده می‌توان این فرق را میان بنای عقلا و عرف گذاشت که بنای عقلا چون مورد اتفاق همه عقلا است. عام است و همه عقلا را در بر می‌گیرد؛ بر خلاف عرف که برخی از شاخه‌های آن ممکن است محلی و یا مخصوص به زمان خاص باشد که در این معنا حجیت آن در نزد فقیهان شیعه مورد تردید و حتی انکار می‌باشد. یکی از نویسندگان در خلطی آشکار، یکی از اقسام بنای عقلا را مواردی می‌داند که مورد پذیرش عموم مردم نیست و فاقد گستره

زمانی یا مکانی است و استصحاب و عمل به ظهورات را جزء این دسته قرار داده است که منشأ و مبدأ آن اموری همچون «زندگی راحت کردن» «منفعت طلبی» و «عادت» می‌داند (علیدوست، ۱۳۸۵، صص ۱۰۲-۱۰۳). در حالی که به نظر می‌رسد قرار دادن این دسته از بناها در زمره بناهای عقلایی خلاف اصطلاح مشهور است و خود تقسیم‌بندی جدید به حساب می‌آید.

ب) مقایسه با دلیل عقل

مراد از عقل در این‌جا آن چیزی است که با عقل درک می‌شود (مُدْرک عقلی) نه قوه عاقله انسانی. علاوه بر این، همان‌طوری که گذشت از دیدگاه فیلسوفان، عقل بر دو نوع است: عقل نظری و عقل عملی. عقل عملی بر خلاف عقل نظری مربوط به قضایای عقلی می‌شود که عقل در مقام عمل به آن حکم می‌کند. از آنجایی که حوزه بحث فعلی تنها مربوط به اعمال انسان‌هاست؛ بنابراین، مراد از عقل در این‌جا تنها عقل عملی است که در این معنا، عقل یکی از منابع اصلی و پایه در نظام فقهی اسلام است. در حالی که بنای عقلا در فقه شیعه به خودی خود در زمره منابع اصلی احکام شرعی نیامده و تنها به عنوان منبع ثانوی یا پیرو به شمار می‌آید. البته چنان‌که گذشت در فقه اهل سنت، بنای عقلا چنان‌که به معنای عرف باشد یکی از منابع اصلی و در ردیف عقل به حساب آمده است.

در خصوص تفاوت میان بنای عقلا و مُدْرک عقل عملی، ممکن است در ابتدا این توهم پیش آید. بنابر تعریفی که از بنای عقلا شد این مفهوم با عقل عملی دست کم از لحاظ مصداقی یکسان است؛ زیرا طبق تعریف، بنای عقلا منحصر به بناهایی شد که «عقلاء بما هو عقلاء» بر آن اتفاق دارند یعنی علت توافق آنها امر ارتکازی عقلی مشترک بین همه عقلا است. پس با این بیان، دلیل عقلی تفاوتی با بنای عقلا نخواهد داشت، زیرا دلیل عقلی هم مستند به نکته‌ای است که در عقل همه عقلا به طور یکسان وجود دارد. ولی این توهم ابتدایی را می‌توان به آسانی زدود؛ زیرا امر ارتکازی ثابت و مشترک در ذهن همه عقلا، لازم نیست منتسب به عقل انسانها باشد؛ بلکه ممکن است به جهت اشتراک عقلا در درک عواطف و احساسات و دیگر مشترکات انسانی باشد. مثلاً ممکن است رنگ سبز مطلوب همه عقلا باشد، اما مطلوبیت رنگ سبز نه به خاطر درک عقلی آنها، بلکه به خاطر اشتراک آنها در احساسات مادی آنهاست. بنابر مطلب یادشده، به نظر می‌رسد رابطه بین بنای عقلا و دلیل عقل عملی عام و خاص مطلق باشد، یعنی آن امر ارتکازی ثابت و مشترک در ذهن عقلا که سبب شده است آنان در عمل، سلوک و رفتاری مشترک داشته باشند منشأ آن گاه درک عقل آنهاست و گاه عواطف و احساسات و دیگر امور مشترک بین آنها. صورت اول مورد تصادق

بنای عقلا با دلیل عقل است و صورت دوم مورد افتراق این دو می‌باشد (حسینی حائری، پیشین، صص ۱۲۸ - ۱۲۹).

گفتار سوم) جایگاه بنای عقلا در استنباط و کشف احکام شرع

بنای عقلا و به تعبیری عرف عام می‌تواند دو نقش اساسی در استنباط احکام شرعی داشته باشد:

- ۱- به عنوان منبع استنباط احکام خواه به عنوان منبع اصلی و پایه یا به عنوان منبع فرعی و پیرو (برخی^۱ از منبع فرعی به سند و ابزار رسیدن به «حکم» یاد می‌کنند)؛
- ۲- به عنوان ابزاری جهت درک و کشف احکام شرعی.

همان طوری که گذشت در فقه شیعه برخلاف فقه اهل سنت، عرف و بنای عقلا هیچگاه به عنوان منبعی اصیل و در ردیف دیگر منابع اصلی همچون کتاب و سنت قرار نمی‌گیرد. اما حجیت بنای عقلا به عنوان منبع دست دوم و راهی برای کشف اراده و نظر شارع بحثی است که مورد اختلاف فقیهان شیعه است که در بحث بعدی به تفصیل از آن یاد خواهیم کرد. اما استفاده از عرف و بنای عقلا به عنوان ابزاری در خدمت دلیل شرعی از جایگاهی ویژه در فقه برخوردار است که برخی از نویسندگان معاصر موارد کاربرد عرف در این نقش (کاربرد آلی و غیر استقلالی) را در هفت مورد برشمرده‌اند که در ادامه به برخی از آنها اشاره می‌شود (علیدوست، پیشین، ص ۳۱۳)^۲:

- ۱- مفاهیم مفردات و هیأت‌های کار رفته در دلیل (تصور موضوع و محمول احکام شرع)؛ مثلاً اگر موضوع مستحقین زکات «فقیر» باشد، برای شناخت مفهوم آن از عرف کمک گرفته می‌شود؛
- ۲- مجموعه دلیل و مجموعه ادله و امور حول (تنقیح مناط، الغای خصوصیت اولویت عرفی توسیع و تضییق دلیل فهم مناسبات حکم و موضوع و...). مثلاً اگر موضوع حکم «رجل» باشد اما عرف خصوصیتی در آن نبیند، با الغای خصوصیت آن را شامل جنس مونث نیز می‌کند؛
- ۳- تطبیق مفاهیم عرفی بر مصادیق. مثلاً اگر موضوع حکمی «آب» باشد، در انطباق این مفهوم بر آب انگور، عرف معیار است؛

۱. ابوالقاسم علیدوست.

۲. برای مشاهده تفصیل کامل موارد یادشده به فصل دوم کتاب فوق (ص ۲۱۳ تا ۳۱۶) مراجعه شود.

۴- موضوع‌سازی و موضوع‌زدایی برای جریان اسناد و احکام و عدم جریان آن‌ها. مثلاً اگر «حیازت» از اسباب شرعی ملکیت باشد، عرف می‌تواند با موضوع‌سازی خود مصداقی جدید به مصداق این موضوع حکم شرعی بیفزاید.

مبحث دوم) حجیت شرعی بنای عقلا

نظر به کاربرد سه گانه عرف عام (بنای عقلا) در استنباط احکام شرعی ضروری است برای بررسی حجیت طریق عقلا این سه مورد را از یکدیگر تفکیک نماییم (پیشین، ص ۱۳۶):

الف) عرف به عنوان منبع مستقل جهت کشف حکم شرعی (منبع پایه)؛

ب) عرف به عنوان منبع غیر مستقل جهت کشف حکم شرعی (منبع پیرو)؛

ج) عرف به عنوان منبع مستقل جهت کشف مقدمات حکم شرعی (منبع ابزاری).

گفتار یکم) حجیت عرف به عنوان منبع مستقل کشف حکم (منبع پایه)

بحث از معرفی عرف به عنوان منبعی مستقل، موضوعی است که بخشی از آن ریشه در مسائل برون فقهی دارد و در علم کلام باید پی‌جوی آن بود از این رو از چارچوب این نوشتار خارج است که محور آن بررسی ابعاد فقهی مسئله است. اما برای روشن شدن بیشتر بحث تا آنجا که ضرورت دارد به برخی از این مباحث برون فقهی می‌پردازیم. ابتدا مناسب است توضیحی درباره «منبع مستقل انگاشتن عرف» داده شود. این مفهوم از لحاظ تصور عقلی یکی از دو احتمال زیر درباره آن می‌رود:

۱- اینکه عرف در عرض حکم شرعی منبعی برای کشف واقع باشد؛

۲- اینکه عرف در طول حکم شرعی منبعی برای کشف مقصود شارع باشد.

برخی از نویسندگان با مسلم پنداشتن احتمال اول به بررسی و نقد این مفهوم پرداخته‌اند (پیشین، ص ۱۴۵). اما بر کسی پوشیده نیست که هیچ دینداری نمی‌پذیرد که عرف در عرض احکام الهی و شرعی منبعی برای کشف واقع باشد چه برسد به دانشمندان اهل سنت که معتقد به منبع مستقل بودن عرف می‌باشند. بنابراین، بدون شک مراد از عرف در کلمات فقیهان سنی احتمال دوم است، یعنی بناهای عرفی منبعی مستقل و در ردیف منابعی همچون کتاب و سنت برای کشف مقصود و نظر شارع یا همان احکام الهی باشد. نظر به کلامی بودن این مسئله می‌توان گفت در علم کلام ثابت شده است که هدف از آفرینش موجودات رسیدن آنها به کمال است که این مقصود تنها با عبادت بندگان و اطاعت از فرامین و تأمین خواسته‌های او حاصل می‌شود. انسانها هم به حکم بنده بودن باید در پی کشف مطلوب و مقصود شرع و تحصیل رضای او باشند. بنابراین، تنها اعمالی از آنها مطلوب است که منطبق با نظر شارع و

آفریننده آنها باشد. حال برای رسیدن به حکم شرع، خداوند دو حجت را بر انسان‌ها قرار داده است:

- ۱- حجت ظاهری یعنی پیامبران و امامان که دو منبع پایه شریعت- یعنی قرآن و سنت- از این دو سرچشمه می‌گیرند؛
- ۲- حجیت باطنی یعنی عقل که در نهاد انسان‌ها برای کشف واقع و تمییز حق از باطل به ودیعه گذاشته شده است.

در علم کلام دلایل عقلی و نیز نقلی فراوان برای اثبات این دو حجت بیان شده است. اما اینکه آیا به غیر از این منابع یاد شده- یعنی کتاب، سنت و عقل- منبعی دیگر در عرض آنها قابل شناسایی است؛ موضوعی در خور تأمل است که هم علم کلام می‌تواند پاسخگوی آن باشد و هم در علم اصول فقه می‌توان جواب‌هایی را برای آن یافت. مثلاً ممکن است کسی در علم کلام این احتمال را مطرح کند که مجموع رؤیاهای صادق یا الهامات انسانها هم منبعی در عرض کتاب و سنت باشد. بدیهی است گرچه از لحاظ عقلی اشکالی ندارد که پیام‌های ملائکه الهی مانند جبرئیل بر اشخاصی غیر از پیامبران منبعی دیگر بر دستورات الهی باشد، اما روایات و نصوص دینی فراوان وحی خداوند را مختص پیامبران دانسته که بعد از رحلت آخرین پیامبر به طور کامل قطع شده است. حال سخن در این است که آیا می‌توان در کنار سه منبع یادشده منبعی دیگر را پیدا کرد به عنوان مجموعه‌هایی که بیانگر احکام و فرامین الهی هستند؟ بایسته ذکر است که هیچ اشکالی ندارد که برای یافتن منابع جدید به همان سه منبع مراجعه و در آنها جستجو صورت گیرد، زیرا حجیت و کاشفیت این منابع با ادله دیگر مفروض انگاشته شده است. به همین خاطر تمامی دلایلی که بر منبع مستقل بودن عرف عام از سوی فقیهان اهل سنت ارائه شده با استناد به سه منبع یاد شده است که در ادامه به آن خواهیم پرداخت.

الف) دلایل حجیت عرف عام (بنای عقلا) به عنوان منبع کشف حکم

بسیاری از فقیهان اهل سنت عرف عام (بنای عقلا) را به عنوان منبع کشف حکم می‌دانند و برای این ادعا به دلایل نقلی استناد جسته‌اند که در ادامه به برخی از آن‌ها اشاره می‌شود.

۱) نصوص دینی که بر وجوب امر به معروف دلالت دارند

در این خصوص به آیه شریفه زیر استناد شده است: «خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ؛ ای رسول ما با مردم طریق عفو و بخشش را پیش گیر و به نیکوکاری امر کن» (سوره اعراف، آیه ۱۹۹) برخی از تفاسیر اهل سنت آیه فوق را این‌چنین تفسیر کرده‌اند:

«عفو و بخشش پیش گیر و طبق آنچه که در نزد عقول مردم نیکو و پسندیده است عمل نما» (المنار، ۱۹۷۳ق، صص ۵۳۴ - ۵۳۷). یکی از دلایلی که ابن عابدین از علمای اهل سنت برای اعتبار عرف بیان می‌کند، تمسک به این آیه شریفه است (ابن عابدین، ۱۹۸۴م، ص ۱۱۳). برخی از مفسرین اهل سنت، «عرف» در این آیات و روایات مشابه را به «هر آنچه در نزد عموم مردم نیکوست» تفسیر نموده‌اند (جعیت، ۱۴۰۹ق، ص ۲۹۵).

۲) احترام شارع به عرف رایج میان اعراب

شارع اسلامی در وضع برخی از احکام خود عرف رایج بین اعراب را مراعات کرده و طبق آن عرف سلوک کرده است. مثلاً مطابق رسومات قبایل عرب دیه را بر عاقله واجب نموده و در ازدواج، کفو بودن را شرط کرده است (عبدالوهاب، ۱۴۱۴ق، ص ۱۲۴).

ب) نقد دلایل حجیت عرف عام (بنای عقلا) به عنوان منبع کشف حکم

۱) نقد و بررسی نصوص دینی که بر وجوب امر به معروف دلالت دارند:

مراد از عرف در آیه شریفه پیش گفته طبق تفاسیر مختلف اهل سنت «اعمال و افعال نیکو» است نه هر آنچه در نزد مردم نیکو باشد. زمخشری در این باره می‌گوید: «و العرف: المعروف و الجمیل من الافعال» (زمخشری، ج ۲، ص ۵۴۵). بسیاری از مفسرین اهل سنت آن را بر اوامر شرعی منطبق کرده‌اند. در تفسیر فخر رازی در شرح این آیه و علت بیان «وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ» می‌گوید: «حقوقی که بر دوش مردم است بر دو قسم است که در یک قسم آن تسامح و تساهل جایز است و آن مربوط به حقوق مالی و حسن خلق با مردم می‌شود (خذ العفو) و قسم دیگر که در آن تسامح روا نمی‌باشد که در این موارد امر به معروف واجب است و مراد از معروف اموری است که انجام دادن آن طبق دستورات دین لازم و ترک آن حرام می‌باشد» (امام محمد رازی [فخر رازی]، ۱۴۱۳ق، ص ۱۰۰). گرچه برخی از مفسرین شیعی عرف را به بنای پسندیده عقلا معنا کرده‌اند؛ از جمله: علامه طباطبایی که عرف را به عقل عملی اجتماعی تفسیر نموده است: «عرف آن چیزی است که عقلا جامعه آن را به رسمیت شناخته و مورد توجه خود قرار می‌دهند که عبارت از سنت‌ها و سیره‌های نیکو بین آن‌ها است و مقابل آن، چیزی است که اجتماع و عقل اجتماعی آن را مورد انکار قرار می‌دهند که عبارت از اعمال نادر و شاذ است». (طباطبایی، ۱۴۱۲ق، ص ۳۸۰). اما اینکه چه چیزی مصداق امر نیکوست باید از جای دیگر فهمیده شود. به دیگر سخن، دلیل هیچ گاه سازنده و مبین موضوع خود نیست (علیدوست، پیشین، ص ۱۸۶).

۲) نقد و بررسی دلیل احترام شارع به عرف رایج میان اعراب؛

شارع در این جا عرف را به طور استقلالی معتبر ندانسته است بلکه از آنجا که برخی از احکامش با عرف یکی بوده با تقریر آن‌ها را امضا کرده است. بدیهی است همان‌طوری که گذشت بین این امر که عرف به عنوان تقریر نظر شرع حجت باشد و اینکه عرف به خودی خود وسیله‌ای برای کشف احکام واقعی شرعی باشد، تفاوت فراوان است (حکیم، ۱۹۷۹م، ص ۴۲۵).

گفتار دوم) حجیت عرف به عنوان منبع غیر مستقل کشف حکم (منبع پیرو)

همان طور که در گفتار پیشین گذشت سیره عقلا به خودی خود حجیت ذاتی ندارد، بلکه تنها در صورتی معتبر است که به منابع اصلی (یعنی کتاب، سنت، عقل و اجماع) و به ویژه «سنت تقریر» مستند شود. به دیگر سخن، اعتبار و حجیت بنای عقلا وابسته به امضای شارع است و از این رو تنها اگر با تایید شارع همراه باشد معتبر و در غیر این صورت اعتباری ندارد. به همین خاطر سیره و بنای عقلا نه به عنوان منبع اصلی و پایه بلکه به عنوان منبعی فرعی و پیرو شناخته شده است.

برای روشن شدن دقیق موضوع بحث، لازم است سیره‌های عقلایی دسته بندی شوند. سیره‌های عقلایی از لحاظ امضا یا رد بر سه دسته تقسیم می‌شوند: ۱- یا به طور کامل یا با اصلاحاتی مورد امضای شارع واقع شده‌اند؛ ۲- یا شارع به صراحت یا با اطلاقات و عمومات خود آن‌ها را مردود اعلام کرده است؛ ۳- یا در برابر آن‌ها سکوت اختیار کرده است. شکی نیست که قسم اول از سیره‌های یادشده معتبر و قسم دوم آن نامعتبر است. پس این دو قسم از موضوع بحث خارج می‌باشند و بحث تنها محدود به آن دسته از سیره‌هایی است که از سوی شارع دلیلی بر اعتبار یا رد آنها صادر یا به ما وصول نشده است. بنابراین در این گفتار بحث را از دو منظر پی می‌گیریم:

- الف- دیدگاه‌های دانشمندان درباره حجیت سیره پیش گفته چیست؟
ب- برای معتبر کردن سیره‌های نوپدید و مستحدث چگونه باید عمل کرد؟

الف) دیدگاه‌های مختلف درباره حجیت بنای عقلا

درباره حجیت و اعتبار این دسته از سیره‌های عقلایی سه نظر وجود دارد:

- ۱- لزوم اتصال سیره به زمان معصوم(ع)؛
- ۲- لزوم اتصال ملاک سیره به زمان معصوم(ع)؛
- ۳- عدم لزوم اتصال سیره یا ملاک آن به زمان معصوم(ع).

(۱) لزوم اتصال سیره به زمان معصوم (ع)

طرفداران نظریه اول خود به چند دسته تقسیم می‌شوند:

۱- تمامی بناهای عقلایی خواه مستند به فطرت و اعتبارات عام عقلایی و خواه ناشی از نیازهای خاص هر عصر باشد، برای معتبر شدنشان باید به گونه‌ای تا زمان شارع استمرار داشته باشند. بیشتر فقیهان و اصولیین از جمله شیخ انصاری و سید حکیم را می‌توان در این دسته جا داد. طبق این نظر با اتصال سیره به زمان معصوم (ع) و عدم ردع آن، کشف قطعی می‌شود که شارع آن را امضا کرده است و بنابراین عدم ردع به خودی خود کفایت نمی‌کند.

۲- بناهای عقلی که ریشه در فطرت خدادادی راسخ در ذهن افراد دارد و در نزد تمامی عقلای عالم در هر زمان و مکان اعتبار دارد، نیازی به اتصال آن به زمان معصوم نیست و صرف عدم ردع در اعتبار آن کفایت می‌کند. اما دیگر بناهای اجتماعی نیازمند امضای شارع هستند (کاظمی خراسانی، پیشین، ص ۶۸). بنابراین، از منظر این اندیشمندان، تفاوتی میان سیره‌های عام و سیره‌های نوپیدا نیست و ملاک اصلی همان تقریر معصوم است. مرحوم شیخ محمد اصفهانی و مرحوم مظفر جزء این گروه می‌باشد. به نظر ایشان، شارع دو جهت دارد: ۱- اینکه شارع است؛ ۲- اینکه جزء عقلا است. به لحاظ جنبه دوم، سلوک و رفتار شارع با دیگر عقلا یکی است. به قول این دو اندیشمند، شارع نه تنها در زمره عقلا بلکه رئیس عقلا است. بنابراین هیچ گاه مخالف مصالح و مفاسد عقلایی حکمی را صادر نمی‌کند. مگر در مواردی که وی به جهت شارعیتش، روش عقلا را تخطئه کرده و مردود اعلام نماید (غروی اصفهانی، ۱۳۷۴، ص ۳۰). پس طبق این نظریه صرف عدم ردع در این دسته بناهای عقلایی که مورد اتفاق عقلای عالم است، کفایت در حجیت و اعتبار شرعی آن می‌کند.

۳- برخی به گونه‌ای دیگر اظهار نظر کرده‌اند؛ به عقیده آنان، بناهای عقلایی که به حکم عقل بازگشت می‌کند حجت دارد. مرحوم آشتیانی در بحرالفوائد این نظر را برگزیده است. وی سیره عقلا را در مواردی حجیت می‌داند که آئینه تمام‌نما و بازتاب حکم عقل باشد. در واقع، ایشان بنای عقلا را با دلیل عقل یکی پنداشته‌اند.

(۲) لزوم اتصال ملاک سیره به زمان معصوم (ع)

شهید صدر دیدگاه دوم را برگزیده است. به نظر ایشان، مقصود از سیره، اعم از اعمال و رفتار خارجی است و بنابراین ارتکازهای عقلایی را نیز شامل می‌شود. زیرا شارع، ملاک عقلایی این سیره‌ها را امضای می‌کند نه نفس عملی که در خارج به وقوع پیوسته است. چه بسا ملاک‌های عقلایی به دلیل عدم تحقق موضوع آن در زمان شارع تجسم خارجی پیدا نکرده باشد، اما به دلیل اینکه ملاک آن در ارتکازات ذهنی عقلا در زمان معصومین (ع) موجود بوده،

حجیت و اعتبار دارد (شهید صدر، ۱۴۰۵، صص ۲۳۴ و ۲۴۶). البته ایشان احکام عقلی را به دو دسته تقسیم می‌کنند: «حکم مشروط عقلی» که شارع می‌تواند آن را ممنوع اعلام کند و حکمی دیگر را جایگزین آن سازد و «حکم منجز عقلی» که شارع بر خلاف آن حکمی را جعل یا از آن نهی می‌کند و سیره عقلا را در دسته احکام مشروط عقلی قرار می‌دهند (آشتیانی، ۱۴۰۴، ص ۱۷۱).

۳) عدم لزوم اتصال به زمان معصوم (ع)

طرفداران نظریه سوم معتقدند تمامی سیره‌های عقلایی تا زمانی که معصوم (ع) آن را ردع نکرده باشد، حجت است، چه به آن سیره در زمان معصوم عمل شده باشد یا اینکه سیره از بناهای جدید و نوپدید باشد. شریف العلماء در شرح این نظریه می‌گوید: چنان‌که دلیل شرعی بر خلاف بنای عقلا نباشد، آن بنا حجت است و در صورتی که نسبت به وجود دلیل مخالف تردید باشد، به وسیله اصل عدم، احتمال وجود آن نفی می‌شود (آملی [شریف العلماء]، ۱۳۷۱، ص ۳۹۹).

در بین فقیهان معاصر امام خمینی بصورت محدود و تحت شرایطی خاص (امام خمینی، ۱۴۱۰، ص ۴۰) و استاد شبیری زنجانی به طور مطلق این نظریه را انتخاب کرده‌اند. با توجه به اینکه دیدگاه برگزیده شده در این نوشتار با دیدگاه این دو اندیشمند بسیار نزدیک است و در واقع نسخه‌ای دیگر از همین دیدگاه است، مبحثی ویژه در ادامه برای شرح و بسط این نظریه در نظر گرفته شده است.

ب) نظریه برگزیده نسبت به حجیت بنای عقلا

۱) توضیح و شرح نظریه برگزیده

چنان‌که اشاره شد یکی از فقیهان معاصر^۱ برای اعتبار و حجیت سیره عقلا، وجود آن سیره را - خواه به صورت سیره عملی یا ارتکاز ذهنی - در زمان معصوم شرط نمی‌دانند. این اندیشمند بر مدعای خویش دلیل زیر را اقامه کرده است:

«شارع مقدس موظف به جلوگیری و پیشگیری از منکر است؛ پس اگر می‌داند که سیره‌ای غیر مرضی و منکر در آینده تحقق می‌یابد، باید با ردع از آن، نارضایتی خود را اعلام نماید و با عدم ردع، رضایت وی را احراز می‌کنیم. شرع مقدس شیوه‌ای خاص و تعبدی در نهی از منکر ندارد، شیوه او عقلانی است و عقل دلالت بر این دارد که اگر نسبت به سیره‌های آینده نیز ناراضی است، عدم رضایت خود را بیان کند، بر این پایه است که ما اعتبار شرعی شیوه‌های مستحدثه را مشروط به اتصال آن تا عصر معصوم (ع) نمی‌دانیم» (علیدوست، پیشین، ص ۱۷۲).

۱. آیه الله زنجانی

این فقیه معاصر برای اثبات نظریه خود به دلایل حجیت تقریر و سیره متصل به زمان معصوم(ع) استناد جسته است و آن را شامل تقریرهای آینده هم می‌داند. یکی از مقدمات استدلال به حجیت تقریر این است که وظیفه معصوم(ع) بیان احکام و تکالیف مکلفین است و در همین راستا، لازم است نسبت به اعمال و رفتار مردم موضع بگیرد. به همین علت سکوت امام نسبت به این اعمال دلیل تقریر و امضای آن اعمال می‌باشد و در ردیف گفتار و رفتار معصوم، جزو سنت به حساب می‌آید. همان‌طوری که ملاحظه می‌شود این دلیل به ویژه با توجه به جاودانگی دین اسلام و تعلق ائمه معصومین علیهم السلام به همه زمان‌ها، اختصاصی به زمان حیات آن‌ها ندارد، بلکه خداوند تبارک و تعالی این وظیفه و تکلیف را بر دوش پیامبر(ص) و امامان(ع) قرار داده است که نسبت به تمام عصرهای بعد از خود موضع بگیرند و چنان‌که عمل یا سیره‌های آینده مردم مورد رضایت آنان نباشد باید به شیوه‌ای آن را اعلام و بیان نمایند. در غیر این صورت، سکوت و عدم ردع آنها دلیلی بر امضا و رضایت آن‌هاست.^۱

۲) مقایسه نظریه برگزیده با نظریه بنای عقلا امام خمینی

مرحوم امام خمینی در مبحث اجتهاد و تقلید، نظری مشابه در باره حجیت بنای عقلا و گستره آن مطرح کرده‌اند. در مسئله تقلید مقلد از مجتهد، برخی به بنای عقلایی «رجوع جاهل به عالم» که در زمان معصومین رایج بوده استناد کرده و رجوع مقلد به مجتهد را مصداق این بنای عقلایی پنداشته‌اند. مرحوم امام ابتدا با بیان این اشکال که «تقلید مقلد از مجتهد» با توجه به ویژگی‌ها و شرایطش، بنایی جدید و متفاوت با بنای عقلا مبنی بر رجوع جاهل به عالم می‌باشد، بنابراین، نمی‌توان آن را مصداق بنای عقلایی رجوع جاهل به عالم دانست، اما در ادامه ایشان حجیت این نوع بناهای جدید را به شیوه‌ای دیگر اثبات می‌کنند. از دیدگاه ایشان، اعتبار و حجیت این بنای خاص و جدید از این باب می‌باشد که معصومین(ع) از اوضاع و احوال شیعیان در زمان غیبت آگاه بودند و پیشاپیش مردم را از شرایط عصر غیبت مطلع ساخته و با اینکه می‌دانستند که مردم در این شرایط به مجتهدهای عصر خود مراجعه می‌کنند، با وجود این، نسبت به ردع این بنای آینده سکوت اختیار کرده‌اند و این نشان‌دهنده امضا و رضایت شارع نسبت به آن سیره‌هاست و از این جهت فرقی بین سیره متصل به زمان معصوم(ع) و سیره‌های غیر متصل و جدید نیست(امام خمینی، ۱۳۸۲، ق، صص ۱۲۹-۱۳۰).

۱. بیانات آیه الله سید موسی شبیری زنجانی در تاریخ ۱۳۸۶/۲/۳ با نگراند (این بیانات به صورت ضبط شده در اختیار نگارنده می‌باشد).

چنان‌که ملاحظه می‌شود طبق نظر امام خمینی به شرطی سیره‌های نو حجت می‌باشند که ارتکاز عقلایی آن در زمان معصوم (ع) وجود داشته باشد و دست کم امام معصوم وجود ارتکاز عقلایی آینده مردم را به اطلاع مردم رسانده باشد، در حالی که طبق نظر دوم، حتی این ارتکاز هم لازم نیست.

ج) بررسی انتقادات وارد بر نظریه برگزیده

۱) دلیل نقض غرض

اشکال اول: دلیلی که مستدل برای مدعای خود بیان کرده، «دلیل نقض غرض» است. به این صورت که اگر امام (ع) درباره سیره‌های جدید موضع‌گیری نکند با غرض خداوند از ارسال پیامبران و نزول قرآن و امامت ائمه (ع) و هدایت مردم در تنافی خواهد بود. نتیجه این است که بر او واجب است درباره این قبیل سیره‌های عقلایی اظهار نظر کند و از عدم اظهار ائمه (ع) رضایت آنها کشف می‌شود. این استدلال ناتمام است؛ «زیرا دلیل نقض غرض، کمیت و مقداری خاص از ابلاغ را بیان نمی‌کند، بلکه حد این برهان آن است که خداوند باید آنچه را در هدایت مردم مؤثر است بیان کند. اما آن چیزها چیست و به چه مقدار است از برهان خارج است. شاید آنچه در کتاب و سنت بیان شده همان مقداری باشد که برای هدایت مردم لازم است و لازم نیست که خداوند در همه عقود و ایقاعات متداول در میان مردم دخالت کند و نظر بدهد، بلکه ممکن است بسیاری از امور زندگی مردم را به عقول خودشان واگذار کرده باشد» (کاملان، ۱۳۷۴، صص ۲۰۹ - ۲۱۰).

نقد اشکال اول: این اشکال از چند جهت مخدوش است:

۱- با این بیان پایه استدلال به هر نوع تقریری به طور کامل سست گشته و فرو می‌ریزد، زیرا هر عملی - خواه عبادی و خواه غیر عبادی - که در حضور امام (ع) انجام گرفته باشد، طبق نظر فوق هم ممکن است از مواردی باشد که خداوند به عقول مردم واگذار کرده به خاطر اینکه آنچه برای هدایت مردم نیاز است قبلاً بیان شده است، لذا حضرت به این خاطر در برابر آن سکوت اختیار کرده‌اند که آن را در حیطة وظایف خود ندیده است. پس سکوت حضرت در هیچ شکل از اشکال تقریر، دلالت بر امضای او نمی‌کند (اشکال نقضی).

۲- به نظر می‌رسد اشکال‌کننده مفهوم هدایت را که از وظائف معصوم (ع) است به درستی درک نکرده باشد. زیرا چنان‌که در علم کلام و نیز اصول فقه اثبات شده است طبق نظر عدلیه (امامیه و معتزله) مصلحت و مفسده در ذات همه افعال وجود دارد قبل از اینکه احکام خمسسه الهی به آنها تعلق بگیرد و در این حکم فرقی میان احکام عبادی و غیر عبادی و معیشتی انسان‌ها نیست. اما تشخیص مصالح و مفاسد در همه افعال به دلیل اشراف نداشتن انسان به

تمام ابعاد کائنات برای او ناممکن است مگر در مواردی که عقل مصلحت و مفسده‌ای را تشخیص دهد. بنابراین در غیر از احکام عقلی، در سایر موارد همه مکلفین نیازمند هدایت شارع هستند تا با اوامر و نواهی خود، انسان‌ها از اعمال دارای مفسده دوری جسته و تنها افعال دارای مصلحت را بجای آورند. به عبارت دیگر در نزد متکلمین امامیه تمام اعمال و رفتار انسان‌ها باید به گونه‌ای به شرع منتسب شده و شارع آن را تایید نموده باشد تا هیچ کس در گمراهی و ضلالت نیفتد. سیره‌های نوپیدا هم از این قبیل می‌باشند و مکلفین باید بدانند موضع شرع نسبت به این بناهای مستحدثه چیست و آیا عمل کردن طبق این بناها مورد رضایت شرع است یا خیر؟

۳- جالب اینجاست که ایشان تنها با یک ادعا بدون اینکه دلیلی بر آن ارائه دهند، مقدار احکام موجود در شرع را (با تعبیر شاید!) کافی در هدایت و رفع حیرت مردم می‌دانند. حال باید از ایشان سؤال کرد در مورد سیره عقلایی «رجوع مقلد به مجتهد» که به نظر مبتکر این نظریه از سیره‌های نوپدید است، آیا نباید مکلفین موضع شارع نسبت به این بنا را بدانند و چنانکه مفسده‌ای در این بنای مستحدث باشد آیا وظیفه شارع این نیست که مردم عصر غیبت را از آن باز دارد؟

۴- ایشان در انتهای این اشکال باز هم ادعای بدون دلیل را ذکر می‌کنند: «ممکن است بسیاری از امور زندگی مردم را شارع به عقول خودشان واگذار کرده باشد». باید از ایشان پرسید دلیل و مدرک این واگذاری چیست؟

۲) تبیین و اعلام تمامی احکام توسط شارع

اشکال دوم: روایات بسیار به این مضمون وارد شده است که ائمه (ع) می‌فرمایند: در نزد ما کتابی است (کتاب علی (ع) به املائی رسول الله (ص) و خط آن امام) که در آن کتاب، حکم همه نیازهای مردم بیان شده است حتی ارش خدشه. بنابراین در آن کتاب، همه احکام الهی وجود دارد و از نرسیدن آن‌ها به ما نمی‌توان کشف رضایت معصوم (ع) را در باره سیره‌های مستحدث کرد. زیرا شارع احکام را در آن کتاب بیان نموده و نقض غرض نکرده است (پیشین: ۲۱۰).

نقد اشکال دوم: بی پایه بودن این اشکال هم آشکار است. زیرا سخن در این نیست که آیا احکام شرعی بر پیامبر و ائمه (ع) بیان شده است، بلکه کلام در لزوم بیان احکام است به مکلفین که مخاطبین این احکام هستند. بدیهی است علم امام نسبت به احکام شرعی، ایشان را از وظیفه ابلاغ احکام به مردم بی نیاز نمی‌کند. پس عدم بیان نقض غرض خواهد بود.

۳) عدم لزوم پاسخگویی امام

اشکال سوم: روایاتی هست که مفاد آنها عدم وظیفه امام(ع) در پاسخگویی به سؤال سائل است؛ اگر امام مایل بود پاسخ می‌دهد و اگر نخواست سکوت می‌کند. اگر جواب به سؤال در زمان حضور واجب نیست، چگونه می‌توان آن را وظیفه امام(ع) دانست که او باید در مورد سیره‌های جدید و مستحدث بعد از عصر خود اظهار نظر کند و از عدم اظهار نظر او کشف رضایت بتوان کرد. اشکال‌کننده در ادامه نمونه‌هایی از روایات را برای تقویت مدعای خود بیان می‌کند (کلینی، ۱۳۶۳، صص ۲۱۰ و ۳۱۲):

«محمد بن وشاء از امام رضا(ع) سؤالاتی می‌کنند از جمله اینکه: آیا ما مکلف به پرسش از شما هستیم؟ امام(ع) می‌فرماید: آری، او می‌پرسد: آیا بر شماست که به ما پاسخ دهید؟ امام(ع) جواب می‌دهند، نه. اختیار با ماست؛ اگر تمایل داشته باشیم پاسخ می‌دهیم و اگر نخواستیم پاسخ نمی‌دهیم، مگر نشنیدی قول خداوند عزوجل را: این است بخشش به حساب ما، خواهی بخشش یا نگهدار.»

نقد اشکال: گرچه روایاتی که در این باب وارد شده نسبتاً زیاد است و از لحاظ سندی برخی از آنها از اعتبار لازم برخوردار است، اما از لحاظ متنی دلالتی بر مدعا نمی‌کند. زیرا برخی روایات دیگر این دسته روایات را تفسیر و معنا کرده‌اند. در حدیثی از امام رضا(ع) ایشان علت جواب ندادن امام(ع) را در این می‌دانند که سؤال‌کننده‌ها گاه در صدد فهم احکام الهی و اطاعت از آن نیستند، بلکه هدف آنها تبعیت از هوای نفس خود است. برخی از نویسندگان این روایات را بر این معنا حمل کرده‌اند که امام مکلف نیست در هر ساعت و در هر مکان به روشنگری پرداخته و پاسخگو باشد، بلکه ممکن است با تعیین نهادهایی این مهم یا بخشی از آن را بر عهده دیگران نهاد، بدون اینکه از عهد و شأن خود در حراست از دین و حدود الهی دست برداشته باشد (علیدوست، پیشین، ص ۱۷۷).

۴) عدم اتکای ائمه به علم غیب در بیان احکام

اشکال چهارم: در مقدمه استدلال آمده است که ائمه به خاطر علم و آگاهی غیبی‌شان به آینده وظیفه دارند با بیان احکام مربوط به عصرهای بعد، جلوی انحرافات آینده را بگیرند. اشکالی که بر این مقدمه وارد شده این است که روش عملی امام(ع) عمل کردن طبق علم عادی خود و نه اتکا به علم غیب می‌باشد (حسینی حائری، پیشین، ص ۱۲۸).

نقد اشکال: ادعای فوق که بنای شرع در بیان احکام بر توجه نکردن به آینده و تکیه نکردن به علم غیب است دلیلی بر آن اقامه نشده است و این در حالی است که پایه بسیاری از استدلال‌های فقهی و اصولی در بسیاری از فروع فقهی لزوم بیان احکام توسط شارع و رفع

تخیر از مکلفین است؛ از جمله ریشه استدلال به حجیت تقریر یا قبج تأخیر بیان از وقت حاجت، توجه به همین نکته است.

ج) امتیازات و ویژگی‌های نظریه برگزیده

۱- با این نظریه نه تنها مشروعیت بناهای موجود عقلایی که به طور گسترده و مستمر در عمل به کار گرفته شده‌اند. اثبات می‌شود، بلکه حتی نظام‌های حقوقی که قانون‌گذار بر مبنای ملاحظات عقلی و مورد قبول همه عقلا طراحی کرده ولی هنوز تصویب نشده و یا در حد سیره عقلایی رواج نیافته نیز مشروعیت آنها در آینده ثابت می‌شود، مشروط بر اینکه بدانیم در آن زمان این رویه به صورت سیره عقلایی در خواهد آمد.

۲- این نظریه نه تنها مبنایی برای باید و نبایدهای عقلایی (احکام تکلیفی) است، بلکه مبنایی بر احکام وضعی است که در زندگی روزانه عقلا به صورت سیره مستمر درآمده و یا در خواهد آمد.

بدیهی است این نظریه می‌تواند نه تنها راه حلی برای موضوع مورد بحث باشد بلکه علاوه بر آن توانایی آن را دارد که راه‌گشای بسیاری از مسائل نوپدید باشد و تأییدی دیگر در جهت اثبات پویایی فقه شیعه و توانایی آن در حل مشکلات روز و تطبیق آن با نیازهای اجتماعی در هر مکان و زمان می‌باشد.

گفتار سوم) عرف به عنوان منبع مستقل جهت کشف مقدمات حکم شرعی (منبع ابزاری)

کارایی آلی و ابزاری عرف در شریعت مورد اتفاق همگان است به گونه‌ای که برخی بر این باورند نقش عرف در نظام حقوقی اسلام کمتر از نقش آن در نظام حقوقی کشورهای کامن‌لا نیست (صفایی و دیگران، ۱۳۷۰، ص ۴۵۵). با مراجعه به روایت و متون دینی به خوبی می‌توان دریافت که شارع در بیان احکام خود روشی خاص را برگزیده است و به همان اصول و قواعد حاکم و رایج اجتماعی پایبند است. بنابراین، برای فهم نظام حقوقی اسلام و درک احکام و دستورات الهی لازم است از روش‌های عرفی بهره کامل گرفته و درک عرفی را محور فهم متون دینی قرار دهیم. از جمله مواردی که مرجعیت عرف مورد قبول همه فقیهان و اندیشمندان دینی است، مراجعه به عرف در تفسیر الفاظ و عبارات موجود در آیات و روایات صادر شده از معصوم (ع) است. در تأیید این مطلب برخی به آیه شریفه زیر استناد جسته‌اند: (تبریزی، ۱۳۷۸، ص ۴۶۷). «و ما ارسلنا من رسول الا بلسان قومه لیبین لهم» (سوره ابراهیم: ۴) به عنوان نمونه چنان‌که در دلیل شرعی آب به عنوان مطهر و پاک کننده شناخته شده باشد، برای

تشخیص مفهوم آب به عنوان موضوع این حکم چاره‌ای جز مراجعه به عرف نیست و یا برای تشخیص مفهوم مال در دلیل «لایحل مال امرء مسلم الا عن طیب نفسه» عرف ملاک و معیار است.

یکی دیگر از کارکردهای عرف، تطبیق موضوعات احکام بر مصادیق آن است. به عنوان نمونه برای تعیین مصادیق عقد در آیه شریفه «اوفوا بالعقود» باید به عرف مراجعه کرد و آن را ملاک قضاوت قرار داد. البته مراجعه به عرف مشروط به این است که موضوع از مخترعات شرعی همچون نماز نباشد که در این صورت داوری آن با شارع است. از دیگر صحنه‌هایی که عرف در آن حضور جدی دارد موضوع سازی و موضوع زدایی در حوزه احکام شرعی است. به عنوان نمونه حیات با ابزار و آلات جدید ممکن است مصداقی عرفی برای قاعده شرعی «من حاز فقد ملک» باشد. لزوم احترام به مالکیت شخص نسبت به زمین تنها محدود به بخشی از زمین می‌شود که در حدود احتیاجات عرفی است. بنابراین، دولت و یا اشخاص دیگر می‌توانند در زیر منزل مسکونی شهروندان مترو احداث نمایند بدون اینکه نیازمند کسب اجازه از مالکین آن زمین‌ها باشند (خمینی، ۱۳۷۹، ص ۵۸۸).

نتیجه

در پاسخ به این پرسش که جایگاه و اهمیت بنای عقلا و به تعبیری عرف عام در شرع مقدس چگونه است و تا چه اندازه می‌تواند در مسائل حقوقی نوپدید، در کشف مقصود و مطلوب شارع مؤثر باشد، می‌توان چند نقش اساسی در استنباط احکام شرعی را برای عرف تصویر کرد: به عنوان منبع مستقل (منبع پایه) یا منبع غیرمستقل (منبع پیرو) استنباط احکام و یا به عنوان ابزاری مقدماتی جهت کشف احکام شرعی (منبع ابزاری). در صورتی که بنای عقلا به عنوان منبع پایه مطرح باشد این نتیجه حاصل شد که مطابق فقه شیعه و بر خلاف فقه اهل سنت، نمی‌تواند آن حجیت و اعتباری داشته باشد. ولی عرف عام به عنوان منبع پیرو، اعتبار و حجیتش وابسته به امضای شارع است که بر این اساس، حکم سیره‌های عقلی امضا یا رد شده در زمان معصومین (ع) مشخص خواهد بود. اما نسبت به حجیت سیره‌های نوپدید که در زمان معصومین (ع) وجود نداشته سه دیدگاه مختلف در بین فقیهان شیعه دیده می‌شود: نظر مشهور بر لزوم اتصال سیره به زمان معصوم (ع) است. نظر دیگر یکی کفایت اتصال ملاک سیره به زمان معصوم (ع) است و دیگری عدم لزوم اتصال سیره یا ملاک آن به زمان معصوم (ع) است (نظریه برگزیده این نوشتار). برای اثبات نظریه برگزیده به دلایل حجیت تقریر و سیره متصل به زمان معصوم (ع) استناد شده است با این بیان که آن شامل تقریرهای آینده هم می‌شود. توضیح مطلب این است که یکی از مقدمات استدلال به حجیت تقریر این بود که

وظیفه معصوم (ع) بیان احکام و تکالیف مکلفین است و در همین راستا لازم است نسبت به اعمال و رفتار مردم موضع بگیرد. بنابراین، سکوت امام نسبت به این اعمال دلیل تقریر و امضای آن اعمال می‌باشد. این دلیل به ویژه با توجه به جاودانگی دین اسلام و تعلق ائمه معصومین علیهم السلام به همه زمانها، اختصاصی به زمان حیات آنها ندارد، بلکه خداوند تبارک و تعالی این وظیفه و تکلیف را بر دوش پیامبر (ص) و امامان (ع) قرار داده است که نسبت به تمام عصرهای بعد از خود موضع بگیرند و چنان‌که عمل یا سیره‌های آینده مردم مورد رضایت آنان نباشد باید به شیوه‌ای آن را اعلام و بیان نمایند. در غیر این صورت سکوت و عدم ردع آن‌ها دلیلی بر امضا و رضایت آن‌هاست.

یکی از فواید مهم نظریه برگزیده، کاربرد آن جهت اثبات مشروعیت بسیاری از نظام‌های حقوقی نوپدید همچون نظام حقوق مالکیت فکری است که پرداختن به آن مجالی واسع می‌طلبد و نگارنده در نظر دارد در مقاله بعدی آن را به عنوان یکی از مبانی مشروعیت نظام حقوق مالکیت فکری به تفصیل مورد بررسی قرار دهد.

منابع و مأخذ

الف - فارسی

۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۷۶)، دانشنامه حقوقی، دوره پنج جلدی، ج ۲، چاپ ششم، تهران، انتشارات امیر کبیر.
۲. صفایی، سید حسین، (۱۳۷۰)، نظامهای بزرگ حقوقی معاصر، ترجمه با همکاری عزت ... عراقی و محمد آشوری، چاپ دوم، تهران، مرکز نشر دانشگاهی.
۳. علیدوست، ابوالقاسم، (۱۳۸۵)، فقه و عرف، چاپ اول، قم، انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۴. کامران، صادق، (۱۳۷۴)، «نقش و قلمرو عرف در فقه»، مجموعه آثار کنگره بررسی مبانی فقهی حضرت امام خمینی، ج ۹، چاپ اول، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

ب - عربی

۱. آشتیانی، محمدحسن، (۱۴۰۴ق)، بحر الفوائد فی شرح الفرائد، قم، مکتبه آیت الله المرعشی النجفی.
۲. ابن عابدین (افندی)، محمد امین، (۱۹۸۴م)، نشر العرف فی بناء بعض الاحکام علی العرف، مجموعه رسائل، جزء دوم، بیروت، انتشارات دار احیاء التراث العربی.
۳. ابن نجیم، (۱۹۸۶م)، الاشباه والنظائر، چاپ دوم، دمشق، دارالفکر للطباعة و التوزیع.
۴. بخاری، محمد بن اسماعیل، (۱۴۰۱ق)، صحیح البخاری، ج ۲، بیروت، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع.
۵. تبریزی، موسی، (۱۳۷۸ق)، اوفق الوسائل فی شرح الرسائل، تهران، انتشارات رشدیه.
۶. جعیت، کمال الدین، (۱۴۰۹ق)، مقاله العرف، مجله مجمع الفقه الاسلامی، دور پنجم، عدد نهم، جزء چهارم.
۷. حسینی حائری، سید کاظم، (۱۴۲۵ق)، مباحث الاصول، تقریر درس شهید محمد باقر صدر، ج ۲ از قسم دوم، چاپ دوم، قم، انتشارات بشیر.
۸. حکیم، سید محمد تقی، (۱۹۷۹م)، اصول فقه مقارن، چاپ دوم، قم، انتشارات مؤسسه آل البيت.
۹. خمینی [امام]، روح الله، (۱۳۷۹)، تحریر الوسیله، ج ۲، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، نشر عروج.

۱۰. شریف العلماء، محمد شریف بن حسن آملی، (۱۳۷۱ق)، ضوابط الاصول، چاپ سنگی، تهران.
۱۱. صدر، محمد باقر، (۱۴۰۵ق)، بحوث فی علم الاصول، تقریر از سید محمود هاشمی، ج ۴، چاپ اول، قم، مجمع علمی شهید صدر.
۱۲. طباطبایی، سید محمد حسین، (۱۴۱۲)، تفسیر المیزان، ج ۸، چاپ اول، قم، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۱۳. عبدالوهاب، خلاف، (۱۴۱۴ق)، مصادر التشريع الاسلامی فیما لانص فيه، چاپ ششم، کویت، انتشارات دارالقلم للنشر و التوزيع.
۱۴. غروی اصفهانی، محمد حسین، (۱۳۷۴)، نهاية الدراية فی شرح الکفايه، ج ۲، چاپ اول، قم، انتشارات سیدالشهداء.
۱۵. فخر رازی، محمد بن عمر، (۱۴۱۳ق)، تفسیر کبیر (مفاتیح الغیب)، جلد ۸، چاپ چهارم، قم، نشر مکتب الاعلام الاسلامی.
۱۶. فیاض، محمد اسحاق، (۱۴۱۹ق)، محاضرات فی اصول الفقه، تقریر درس آیه الله خویی، چاپ اول، قم، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۱۷. کاظمی خراسانی، محمد علی، (۱۴۰۴ق)، فوائد الاصول، تقریر درس محمد حسین نائینی، ج ۳، چاپ اول، قم، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۱۸. کلینی، محمد بن یعقوب، (۱۳۶۳)، الاصول من الکافی، ج ۱، چاپ پنجم، تهران، دارالکتب الاسلامیه.
۱۹. مظفر، محمد رضا، (۱۳۸۱)، اصول الفقه، ج ۳، چاپ اول، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، دفتر انتشارات اسلامی.