

مقدمه، تعریف و بیان مسأله

دین مقدس اسلام دربرگیرنده قواعدی است که می تواند با توجه به نیازهای انسان ها در همه زمان ها و مکان ها پاسخگوی تغییرات و تحولات بی وقفه عصر جدید باشد.

یکی از این قواعد کلی در کار استنباط احکام و اجتهاد که می تواند حلقه رابط و واسطه بین احکام ثابت دینی با تغییر و تحولات اجتماعی باشد مراجعه به عرف است. در فقه اسلامی نقش عرف به عنوان منبع و سند برای اعتبار قوانین رد شده است و تنها منبع اعتبار، اراده شارع قلمداد شده است، اما این که شارع در محیط عرف قانون گذاری کرده و در موارد بسیاری نهادها و قواعد عرفی را امضا، تعدیل و 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؛ اما دراینکه عرف امور تعبدی را شامل نخواهد شد و فقط متوجه احکام اجتماعی و اقتصادی خواهد بود شکی نیست. موضوع رساله نیز فقط بحث اقتصادی را مورد مطالعه قرار داده که مهمترین آن معاملات (عقود و ایقاعات) می باشند. معاملات به دلیل امضایی بودن همواره قابل انعطاف و تغییر و تحول هستند و تغییرات زمانی باعث تغییرات موضوع احکام معاملات نیز خواهد بود و دادوستدهایی که سالها قبل به عنوان معامله ای بدون منفعت عقلانی محسوب می شد، ممکن است امروزه به خاطر تغییرات زمانی دارای منفعت گردیده و در نتیجه صحیح و مشروع تلقی شود. مصادیق این موارد را در فقه اسلامی اعم از امامیه و اهل سنت زیاد داریم که تغییرات عرفی موجب تغییرات در موضوع احکام شده، و به این ترتیب فقها پویایی و همگام بودن فقه با تغییرات زمانی را ارمغان آورده اند. موضوع عرف، در کتابهای اصولی شیعه و اهل سنت تحت عنوان مستقلى مورد بحث واقع نشده است با آن که کاربرد وسیعی در فقه دارد، به طوری که حتی حجیت بعضی از ادله اصولی مثل حجیت ظواهر قرآن و سنت با آن اثبات می شود، و همچنین مرجع تحدید موضوعات فقهیه و اصولیه است. در این بین چیزی که مهم می نماید، توجه به کاربرد وسیع عرف در فقه می باشد که نیاز دارد بحث کامل و مستقلى، البته با زدودن برداشت های ناروا از کاربرد عرف، در مورد آن صورت گیرد و جایگاه عرف در استنباط احکام شرعی بخوبی شناسانده شود.

اهمیت و ضرورت انجام تحقیق

اگر واقعاً بخواهیم بیشتر دقیق شویم خواهیم دید که آن گونه که عرف به عنوان میثاق نا نوشته بین مردم جای خود را در بین معاملات و حتی در اکثر امور مردم باز کرده به آن توجه نشده است و خیلی پراکنده به در چندین کتاب و مقاله به آن پرداخته شده است و در این نوشتار بر آنیم تا به صورت کاملاً منسجم به جایگاه عرف در روابط معاملاتی (که یکی از پرکاربردترین فعالیت های روزمره مردم است) بین فریقین پردازیم، با عنوان جایگاه عرف بین فقه معاملاتی شیعه و اهل سنت (که اهل سنت در مذهبشان عرف را بیشتر از شیعه مد نظر قرار داده اند) به صورت تطبیقی.

اهداف پژوهشی

۱. نگاهی مختصر به تفاوت جایگاه عرف در امور امضایی و تأسیسی، در واقع اشاره ای گذرا به تفاوت های نقش عرف در معاملات و عبادات
۲. تطبیق جایگاه عرف در تمامی معاملات رایج بین شیعه و اهل سنت
۳. مقایسه جایگاه و همچنین تأثیر عرف در معاملات زمان شارع با عصر حاضر
۴. تشخیص و تطبیق عرف های موجود با معاملات مستحدثه، که جایگاهی بین قوانین اسلامی ندارند.
۵. تعیین تمام مصادیق عرفی به کاررفته در معاملات شیعه و اهل سنت و همچنین بیان تفاسیر الفاظی که طرفین قراردادها به کا می برند.

سؤالات و فرضیه های پژوهشی

عرف در معاملات شیعه و سنی تا چه حدی از ارزش و اعتبار برخوردار است؟ نقش عرف در استنباط احکام از منابع فقه از جمله کتاب و سنت بسیار جدی است تا جایی که شاید دور از واقع نباشد اگر ادعا کنیم بسیاری از اختلافات فقهی معلول استظهارات عرفی است، البته نقش عرف در تعیین موضوع معاملات و احکام بسیار پررنگ تر می باشد.

آیا قوانین بیان شده توسط شارع مقدس جوابگوی تحول روز به روز معاملات بوجود آمده جدید می تواند باشد؟ از آن جایی که قوانین بیان شده توسط شارع را نمی توان با مسائل جامعه امروز تطبیق داد، پس باید در فکر تنظیم قوانین جدید در راستای موازین شرعی و عرف موجود در جامعه بود.

آیا تغییرات زمانی و مکانی و به تبع آن تغییرات عرفی، موجب تغییر در احکام معاملات هم می شود؟ تغییرات عرفی بر اساس تغییرات زمانی موجب تغییر در فتواها و به تبع آن تغییر در احکام هم می شود.

پیشینه نظری و تجربی موضوع

با توجه به اهمیت موضوع و جایگاه پررنگ عرف در کنار قوانین معاملاتی بیان شده توسط شارع مقدس، کتاب ها و مقالاتی به صورت پراکنده به رشته تحریر در آمده است که در ذیل به آن ها اشاره می کنم:

علیدوست، ابوالقاسم، مرجعیت عرف در تطبیق مفاهیم بر مصادیق، فصلنامه فقه و مبانی حقوق، شماره ۲
محمد دوست، عبدالله، عرف و جایگاه آن در استنباط احکام شرعی، پایان نامه، دانشگاه تهران
موسوی بجنوردی، سید محمد، جایگاه عرف در حقوق بین الملل و اسلام، مجله متین، شماره ۱۵ و ۱۶
واسعی، سید محمد، مقاله فقه و عرف، مجله قیسات، شماره ۱۵ و ۱۶
الاسلام تقدیری، علی، مرجعیت عرف از دیدگاه مذاهب اسلامی، مجله طلوع، شماره ۱۰، تابستان و پاییز ۸۳
محمد دوست، عبدالله، عرف و جایگاه آن در استنباط احکام شرعی، پایان نامه، دانشگاه تهران
علیدوست، ابوالقاسم، فقه و عرف، سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، بهمن ۸۸
کتاب و مقالات بالا در مورد عرف نوشته شده ولی موضوع پایان نامه ما بر خلاف کتب و مقالات و پایان نامه هایی که اکثراً به صورت کاملاً کلی به آن پرداخته اند، عرف را در نگاهی جزئی تر و فقط در معاملات بررسی کرده است. البته برخلاف مقالات و پایان نامه ها که اکثراً عرف شیعه را مورد بحث کرده اند، خواسته ایم در این نوشتار عرف را به صورت تطبیقی مورد مطالعه و تحقیق قرار دهیم.

(سنت و طریقه شایسته ای را که بزرگان این امت به آن رفتار نموده اند و به سبب آن الفت و انس بین مردم پیدا شده و کار رعیت بر آن منظم گردیده است، مشکن و هرگز سنتی را که به چیزی از سنت های گذشته زیان می رساند، ایجاد نکن و به کار مگیر)^۱.

در نظام های غیردینی، که حکومت مبتنی بر آرا و اراده عمومی را بهترین نوع حکومت می شمارند، اراده جمعی ملت به عنوان منبع اصلی در اعتبار قوانین به شمار می رود، که به طور مستقیم در شکل عرف و عادات و رسوم و به طور غیرمستقیم به صورت قانون و قواعد حقوقی وضع و لازم الاجرا می نماید.

در نظام های حقوقی مبتنی بر تفکر توحیدی، به ویژه در فقه اسلام که مفهومی وسیع تر از حقوق را دارا است، تنها وحی و اراده ی خدا است که منبع اصلی و مشخص کننده قواعد و قوانین حقوقی است و هم او است که مبدأ مشروعیت و پیروی از قانون تلقی می گردد. ولی از آن جا که مشیت خداوند بر آزادی و اختیار انسان در مورد اعمال و سرنوشت خویش قرار گرفته است، گذشته از کتاب و سنت که به جهت در برداشتن وحی الهی از منابع و ادله اصلی فقه و حقوق اسلام و مقدم بر هر دلیل دیگری شمرده می شوند، عقل، اجماع، سیره مسلمین، عرف و ... نیز به عنوان منابع و ادله کاشف، مأخذ استنباط قواعد حقوقی و قوانین الهی به شمار می آیند و به این دلیل که تنها، اراده خداوند منبع اصلی و مشخص کننده قواعد و قوانین است و حاکمیت و قانون گذاری نیز مختص ذات خداوندی است، از منابع اخیر به عنوان منابع ثانوی و ادله کاشف نام برده می شود.

در میان این ادله کاشف و منابع ثانوی، عرف به عنوان یکی از مقوله هایی است که نقش آن در انطباق پاره ای از احکام فقهی با مقتضیات زمان و مکان قابل تأمل است. عرف به عنوان یک جریان مستمر رفتار، یا روش ویژه ی همگانی در میان افراد جامعه است، که کاربرد هایی مستقل و غیر مستقل به عنوان منبع، سند و ابزار بودن برای آن مطرح می شود.

در این فصل به کلیاتی در مورد مقوله عرف که تعاریفات لغوی و اصطلاحی عرف را شامل می شود؛ و همین طور به جایگاه عرف در قران اشاره کردیم و برخی از عوامل موثر که باعث پیدایش

^۱ . امیر المؤمنین علی بن ابیطالب: نهج البلاغه (شرح السید الرضی)، نامه ۵۳، ص ۱۰۰۱

عرف می شوند را ذکر کردیم و چند مورد از واژه هایی که ارتباط مستقیم با عرف دارند و همینطور به اقسام عرف و تعارض ادله شرعی با عرف پرداخته ایم.

۱-۱. تعاریف

کارایی گسترده عرف در دانش فقه موجب گردیده تا متصدیان مباحث فقهی و اصولی بخشی از همت خویش را در تبیین و تفسیر این واژه کلیدی به کار گیرند. با این حال برای هر محقق قابل فهم است که رسیدن به معنایی روشن، جامع و مانع در مورد این عنوان بسیار مشکل، بلکه با تاریخ فقهی و اصولی که این کلمه دارد- به تدریج وارد این دو دانش شده و قرارداد و وضعی در مورد آن صورت نگرفته است- نمی توان به تعریف کامل و مقبول همگان در این باره دست یافت. البته این موارد، محققان را از تلاش و فعالیت باز نداشته و فقهای فقهی و اصولی شیعه و اهل سنت تعریف های گوناگونی از عرف با همین عنوان، یا عناوینی چون عادت، بنای عقلا و سیره ارائه داده اند. کلیات بحث شامل تعریف لغوی و اصطلاحی عرف از دیدگاه فقهای امامیه و اهل سنت و چند تن از دانشیان مطرح لغت در این عرصه می باشد.

۱-۱-۱. معنای عرف از منظر لغوی

عرف واژه‌ای است تازی که با واژه‌های مُتعارف، عرفان، عارف، معرفت و معروف از یک ریشه^۱ و در معنا، به هم نزدیک می‌باشند. دانشیان لغت برای واژه عرف معانی گوناگونی را ذکر کرده اند، از آن جمله می‌توان به معنای (امرپسندیده و نیکو) اشاره داشت که با موضوع مورد بحث نیز در تناسب است. چنان که ابن منظور در این باره می‌گوید^۲: عرف و عارفه و معروف، به یک معنی واحد و ضد (نکر) هستند و آن هر چیزی است که نفس آدمی آن را نیکو شناسد، بدان خو گیرد و آرامش یابد. در این تعریف دو نکته قابل توجه است، یکی اینکه عرف را در کنار معروف قرار داده است و هر دو را خلاف منکر و ضد نکر^۳ معنا کرده است، و دیگری مسئله اطمینان است، زیرا می‌گوید: عرف آن خیری است که نفس انسان با آن آرامش و اطمینان می‌یابد. تعاریف دیگری که سایر لغویان آورده اند مشابه معانی فوق می‌باشد^۴.

۱. ریشه این کلمات - ع ر ف - می باشد.

۲. (والعرف والعارفة والمعروف واحد ضد النکر، وهو کل ما تعرفه النفس من الخیر وتبسأ به وتطمئن إلیه) ابن منظور، محمد

بن مکرّم: لسان العرب، ج ۹، ص ۲۳۹

۳. قلجی، محمد: معجم لغه الفقهاء، ج ۱، ص ۳۰۹

۴. فراهیدی، خلیل بن احمد: کتاب العین، ج ۲، ص ۱۲۱؛ طریحی، فخرالدین: مجمع البحرین، ج ۵، ص ۹۲

راغب در مفردات، عرف را این گونه تعریف می کند^۱: معروف اسمی است برای هر فعل که بوسیله عقل یا شرع، خوبی و بدی آن دانسته می شود.

در تعریف راغب دو نکته قابل توجه وجود دارد، یکی اینکه به وضوح و روشنی، یکی بودن عرف و معروف را از لحاظ معنا نشان داده است و دیگر اینکه، ملاک شناخت عرف را عقل و شرع دانسته است.

عرف به معنای معرفت و عرفان، که به معنای درک و شناختن است نیز آمده است^۲. همچنین به معنای شناسایی، سخا و کرم، آنچه به دیگران می دهی، - اسم است از اعتراف و اقرار- نیز آمده است^۳.

به معنای، (آن چیز را شناخت)، (خود را به او معرفی کرد تا او را بشناسد^۴)، نیز آمده است. خداوند متعال نیز عرف را به این معنا نزدیک تر می داند و در قرآن فرموده: «وَأْمُرِ بِالْعُرْفِ^۵». با توجه به تعاریف لغوی عرف، تنها وجه مشترکی که در تمام تعاریف به چشم می خورد و خمیر مایه این واژه محسوب می شود، پسندیده بودن و نیکویی و مقبول واقع شدن است، و مطلب دیگری که در رابطه با تعاریف لغوی می توان گفت رابطه تنگاتنگ عرف با کلمه معروف است. در این نوشتار معنای لغوی عرف، که تفاوت چندانی با معنای اصطلاحی ندارد، مد نظر است.

۱-۱-۲. معنای عرف از منظر اصطلاحی

نقش غیر قابل انکار عرف در مباحث فقهی باعث شده تا علمای فقهی به تبیین و تعریف این واژه در این حوزه اقدام کنند و مطمئناً به دلیل اینکه این واژه به تدریج به این حوزه انتقال یافته و قرارداد و وضعی به آن صورت در مورد این واژه صورت نگرفته، تعریف دقیق این واژه دشوار خواهد بود ولی دانشمندان فقهی و اصولی شیعه و اهل سنت تلاش خود را نموده و تعاریف گوناگونی در مورد این واژه ذکر کرده اند، که به آنها اشاره می کنیم .

۱. (والمعروف اسمٌ لكل فعلٍ يُعرفُ بالعقلِ او الشرعِ حُسْنَهُ والمُنْكَرُ ما يُنْكَرُ بِهِمَا)؛ راغب اصفهانی، حسین بن محمد:

المفردات فی غریب القرآن، ص ۵۶۱

۲. « فَدَخَلُوا عَلَيْهِمْ فَعَرَّفَهُمْ وَهُمْ لَهُ مُنْكَرُونَ » : بر یوسف داخل شدند یوسف آن ها را شناخت درحالیکه آنها او را نمی شناختند؛ سوره یوسف، آیه شریفه ۵۸؛ قرشی، سید علی اکبر: قاموس قرآن، ج ۴، ص ۳۲۷؛ الحموی، شیخ شهاب الدین: معجم

البدان، ج ۴، ص ۱۰۵

۳. (لَه عَلَيَّ أَلْفٌ عُرْفًا) : برای او هزاران بار اعتراف می کنم؛ مهیار، رضا: فرهنگ ابجدی عربی - فارسی، ص ۶۰۶

۴. (عَرَفَ الشَّيْءَ) : آن چیز را شناخت؛ (عَرَفَ إِلَى فُلَانٍ) : خود را به او معرفی کرد تا او را بشناسد؛ همان، ص ۶۱

۵. (به نیکی امر کن)؛ سوره اعراف، آیه شریفه ۱۹۹

جرجانی در التعریفات این گونه به تعریف این واژه می‌پردازد: عرف، آن چیزی است که همه افراد انسانی بر خوبی و پسندیده بودن آن شهادت داده اند و فطرت های بشری هم آن را پذیرفته است.^۱ این تعریف، شهادت عقول و قبول طبایع مردم را به شرط اینکه آن عمل مستمر و دائمی باشد، به عنوان ملاک تحقق عرف معرفی کرده است.

ابن نجیم در الأشباه والنظائر می‌نویسد:^۲ عادت عبارت است از امور متکرر که مورد قبول سرشت های سالم قرار می‌گیرد.

این تعریف را کهن ترین تعریف از واژه عرف می‌دانند که با بیش ترین اقبال مواجه شده است. عناصر سه گانه شیوع بین انسان ها و استقرار در نفوس آن ها، منشأ عقلایی داشتن و پذیرش طبع سالم آدمی از شاخصه ها و فصول عرف و عادت در این تعریف است، ضمن اینکه جنس و ماهیت عرف در این تعریف، امری قرار داده شده که موطن اصلی آن جان انسان هاست نه این که عینیت خارجی داشته باشد.^۳

سمعانی در کتاب قواطع الأدله عرف را چنین تعریف می‌کند: عرف پدیده ای است که آدمیان آن را می‌شناسند و آن را به عنوان یک قرارداد در بین خویش جست و جو می‌کنند.

محمد حسن آشتیانی در تعریف عرف می‌نویسد: مراد از عرف، همان خردمندان از حیث خردمند بودنشان است... گاهی به بنای عقلاء استدلال می‌شود و مراد از آن عنوان فهم، و روش عرفی آنان است.

علامه طباطبایی مفسر تفسیر گرانقدر المیزان در تعریف عرف، عنصر عقل اجتماعی^۴ را ملاک قرار می‌دهد و در تعریف آن می‌نویسد: عرف پدیده ای است که عقلای جامعه آن را سنت ها

۱. (العرف ما استقرت النفوس علیه بشهادة العقول و تلقته الطباع بالقبول)؛ جرجانی، سید الشریف علی بن محمد: التعریفات، ص ۶۴

۲. (العاده عبارة عما يستقر في النفوس من الأمور المتكرره المقبوله عند الطباع السليمه)؛ ابن نجیم، شیخ زین العابدین بن ابراهیم: الأشباه والنظائر علی مذهب ابي حنيفة النعمان، ج ۱، ص ۹۳

۳. علیدوست، ابوالقاسم: فقه و عرف، ص ۵۰

۴. (العرف ما يعرفه الناس ويتعارفونه فيما بينهم معاملة)؛ السمعانی، ابي المظفر بن محمد بن عبد الجبار: قواطع الأدله، ج ۱، ص ۱۵

۵. (فالمراء من العرف هم العقلاء من حيث عنوان عقليهم... قد يستدلون ببناء العقلاء ويكون المراء عنوان فهمهم وجهتهم

العرفيه)؛ آشتیانی، محمد حسن بن جعفر: بحر الفوائد فی شرح الفرائد، ج ۲، ص ۱۲۹

۶. علوی، محمد تقی: عرف و عادت در حقوق اسلام و ایران، ص ۲۸

۷. (والعرف هو ما يعرفه العقلاء المجتمع من السنن والسير الجميله بينهم بخلاف ما ينكره العقل الاجتماعي من الأعمال النادرة الشاذه)؛ طباطبایی، محمد حسین: المیزان فی تفسیر القرآن، ج ۸، ص ۳۸۰

وروش های نیکوی جاری در میان خویش می شناسند برخلاف اعمال شاذ و نادری که عقل اجتماعی آن را انکار می کند. نکته ای که در این تعریف مورد توجه است، مسأله عقل اجتماعی است و طبیعی است که عقل اجتماعی متأثر از یک سلسله عوامل مثل، منطقه جغرافیایی، سطح فرهنگ و سواد مردم، پیشرفت علوم و تمدن و سایر مسائل دخیل در فرایند عقل اجتماعی است، بنابراین چون این گونه امور همیشه در حال تغییر و تحول اند، طبیعی است که عرف و معروف جوامع هم همزمان با این تحولات، تغییر می کند؛ اما نکته مهم این است که عرف هر جامعه و زمانی برای خودش معتبر است و مادام که همان شرایط باقی است، اعتبار دارد اما اگر عرف تغییر کرد مردم دیگر مجبور به تبعیت از عرف سابق نیستند.

شهید صدر در المعالم الجدیده می نویسد: عرف، میل و گرایش عمومی انسان - اعم از دین دار و بی دین - به امری در مسیری معین که مخالف شرع نباشد.^۱ صدر در تعریف خود به دو نکته اساسی در مورد عرف اشاره دارد؛ اول آنکه گرایش موجود نباید مخالف شرع باشد، به عبارتی دیگر شارع از آن منع نکرده باشد؛ و دوم این که مراد از آن صلاح و مصلحت اجتماع باشد.

امام خمینی (ره) در تعریف عرف می نویسد: تعریف عرف چیزی نیست که از طرف شارع تعیین شده باشد، بلکه ایشان (ره) تعریف آن را به خود عرف واگذار می کند. ایشان (ره) عرف را همان بنای عقلا می داند^۲ و گاهی از عرف با واژه هایی همانند امور عقلانی، امارات عقلانی، طرُق عقلانی، بناء عقلا، عمل العقلا، و سیره عقلانی نام می برد و در تعریف آن می فرماید: روش عمومی و همگانی توده مردم (عقلا) در محاورات، معاملات، سیاسات و دیگر امور و روابط زندگی اجتماعی. با وجود اینکه امام (ره) در بسیاری از کتاب هایش عرف را در کنار عقل و عقلاء قرار داده ولی ایشان هیچ وقت عرف را با عقل یکی ندانسته و همیشه آن ها را روبروی هم می دید.^۳

اکنون پس از بیان برخی تعاریف و نگرش های ارایه شده از سوی دانشیان فقه و اصول درباره عرف می توان این پدیده را در تعریفی تعلیمی از دیدگاه فقه و اصول چنین شناساند: عرف عبارت است از جریان مستمر یک رفتار یا سلوک ویژه همگانی در میان افراد جامعه بر انجام یا ترک یک فعل، خواه گفتار باشد یا کردار. این پدیده که نوع مردم بدان انس گرفته و با آن آشنایی داشته و به طور مکرر آن را انجام می دهند، عملی است نوعاً ارادی که مردم بدون نفرت و کراهت به انجام آن مبادرت می ورزند. این سیره مستمر و بنای عملی مردم بر انجام یا ترک یک فعل که واضع آن خود

۱. صدر، سید محمد باقر: المعالم الجدیده للاصول، ص ۱۶۹

۲. خمینی، روح الله: تهذیب الاصول، ج ۱، ص ۷۸؛ خمینی، روح الله: انوارالهدایه، ج ۱، صص ۲۶۵ و ۳۰۲ و ۳۱۶

۳. (ما یعملُ بها الْعُقَلَاءُ فِی جَمِیعِ أُمُورِ مَعَاشِهِمْ وَ سِیَاسَاتِهِمْ وَ مُعَامَلَاتِهِمْ)؛ خمینی، روح الله، انوارالهدایه، ج ۱ ص ۳۴۰

مردم می‌باشند، پیروی از آن را لازم و مخالفت با آن را قبیح و متخلف را نیز سزاوار سرزنش و توبیخ می‌دانند.

۱-۱-۳. تأملی بر تعاریف

پس از روشن شدن تعریف عرف در دانش فقه و اصول شایسته است در ضمن چند نکته به بررسی و تأمل در این تعاریف پردازیم.

۱. کاملاً واضح است که اصطلاح عرف، یک واژه مجعول از سوی شارع مقدس و یا مرجع قانون‌گذار نیست، چنان‌که هیچ‌یک نیز برای آن تعریفی ارائه نداده‌اند، بلکه این اصطلاح همچون بسیاری دیگر از واژگان، واژه‌ای عرفی است. لذا با توجه به این نکته و نیز با بررسی و دقت در مواردی که در دانش فقه و حقوق به عرف ارجاع داده شده، می‌توان این ادعا را ارائه داد که پدیده عرف با تمامی ظرافت و پیچیدگی‌های موجود در آن، پدیده‌ای است روشن که بی‌نیاز از تعریف می‌نماید. به این دلیل است که گفته شده است: (العُرفُ بَیْبَک)'.^۱

۲. اگر اندکی درباره تعاریف ارائه شده از عرف درنگ و ژرف‌نگری شود، نتیجه این خواهد بود که هیچ‌یک از این تعاریف را نمی‌توان به عنوان تعریفی حقیقی، آن‌گونه که در دانش منطق از آن به حدّ تام تعبیر می‌شود، پذیرفت؛ هر چند که هر یک از این دسته تعاریف و توصیف‌ها افق‌های بسیاری را درباره شناخت پدیده عرف و دریافت معنا و ظرافت‌های موجود در آن، پیش روی ما می‌گشایند. لذا با توجه به حقیقت مذکور گریزی از ارائه تعریفی شرح‌اللفظی به عنوان تعریفی تعلیمی و نیز توضیح و توصیفی چند پیرامون آن برای دریافت و شناخت اجمالی معنای عرف وجود ندارد.

۳. اگرچه در پاره‌ای از تعاریف لغوی واژه عرف، ویژگی نیکو و حسن بودن دیده می‌شود، ولی باید توجه داشت که منظور از بیان آن درباره انجام یا ترک یک فعل (گفتار یا کردار)، حُسن ذاتی آن فعل یا ترک آن نیست، بلکه منظور مقبولیت و پذیرش در میان توده افراد جامعه می‌باشد؛ خواه این فعل یا ترک دارای حُسن ذاتی باشد و یا نباشد، چه در غیر این صورت، تعریف تنها عرف‌های حَسَن را در بر خواهد گرفت و حال آن که وجود عرف‌های بد و مخالف ذوق سلیم انکارناپذیر است.

۱. (عرف بر در خانه تو است)؛ الروحانی، سید محمد الصادق: زبده الأصول، ج ۱، ص ۹۹

۱-۱-۴. جایگاه عرف در قرآن

در قرآن شریف واژه عُرْف دو مرتبه به کار رفته است. یکی در اولین آیه شریفه سوره مُرسَلات است: «وَأَلْمَسَلَاتُ عُرْفًا»، که در این آیه به معنای تتابع و پی در پی بودن به کار رفته است، که ربطی به بحث ما ندارد و صرفاً یک معنای لغوی محض است.

مورد بعدی آیه ۱۹۹ سوره أعراف است: « خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ»: عفو را پیشه کن و به نیکی فرمان بده و از جاهلان إعراف کن؛ که طبق نقل احادیث و تفاسیر، آیه ای جامع تر از این در قرآن نیست^۱.

واژه بعدی که رابطه نزدیکی با عرف دارد، کلمه معروف است که ۳۸ مرتبه در قرآن به کار رفته است، و با توجه به هماهنگی و رابطه نزدیکی که بین این دو واژه در قرآن کریم وجود دارد می توان گفت در هر آیه ای که امر به معروف شده است در واقع امر به عرف نیز شده است.

با نگاهی گذرا به موارد استعمال کلمه معروف در قرآن روشن می گردد که جایگاه و کاربرد عرف و معروف غالباً مربوط به مسائل اجتماعی و اقتصادی و روابط خانوادگی و معاشرت با نزدیکان و دیگر افراد جامعه می باشد. ما به عنوان نمونه مواردی را از قرآن ذکر می کنیم:

۱. وصیت: درباره پدر و مادر و خویشاوندان از روی انصاف وصیت کند و این شایسته پرهیزگاران است^۲.

۲. طلاق: این طلاق دو بار است و از آن پس یا به وجهی نیکو نگه داشتن اوست یا به وجهی نیکو رها ساختن^۳.

۳. نکاح: مانع مشوید که به نکاح همسران خود- هر گاه که میانشان رضایتی حاصل شده باشد- در آیند. (منظور زنانی است که طلاق داده شده اند)^۴.

۴. نفقه: خوراک و لباس آنان (فرزندان) به وجهی نیکو بر عهده صاحب فرزند است^۵.

آیات فراوانی دیگری نیز هست که نیازی به ذکر آن ها نیست^۶.

^۱ . طبرسی، فضل بن حسن: مجمع البیان فی تفسیر القرآن، ج ۱، ص ۴۹۱

^۲ . «...أَلْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ»؛ سوره بقره، آیه شریفه ۱۸۰

^۳ . «...الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فِيمَا كُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ»؛ سوره بقره، آیه شریفه ۲۲۹

^۴ . «...فَلَا تَعْضَلُوهُنَّ أَنْ يَنْكَحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرْضَوْنَ بَيْنَهُمْ»؛ سوره بقره، آیه شریفه ۲۳۲.

^۵ . «...وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ»؛ سوره بقره، آیه شریفه ۲۳۳

^۶ . سوره نساء، آیه شریفه ۲۰؛ سوره آل عمران، آیه شریفه ۱۱۴؛ سوره بقره، آیه شریفه ۲۳۶

پس از بیان کلی مطالب در مورد جایگاه عرف در قران وارد بررسی نظریات چندی از مفسران شیعی و سنی در مورد عرف می شویم:

طبرسی به عنوان یکی از مفسران مطرح شیعه، در تفسیر آیه شریفه ۱۹۹ سوره اعراف می نویسد: هر اخلاق نیکویی و روش مقبولی که حُسن و صواب آن را عاقلان تشخیص دهند و انسان با عمل به آن آرام بگیرد، مصداق عرف است. ایشان در ادامه سخن خود مراد از عرف در آیه مذکور را صریحاً (معروف) می داند و بعد از فقره «وَأُمِّرَ بِالْعُرْفِ» می نویسد: مرجع تشخیص مفاهیم عرف و معروف، هم شرع می تواند باشد و هم عقل؛ و در هر دو صورت وجه مشترک بین آن ها پسندیده بودن و نیکو بودن است.^۱

محمد حسین فضل الله به عنوان یکی از مفسرین به نام اهل سنت در تفسیر خود با اشاره به منشأ و ریشه عرف و همچنین اثرات و منافع آن، اولاً عرف را همان معروف دانسته که اعم از قول یا عمل می باشد، ثانیاً بیشتر روی فطرت و سرشت انسان تکیه کرده است، البته فطرت سلیم که با عقل همیشه موافق است؛ ولی ایشان، رابطه عرف را با فطرت و طبیعت انسان ها نزدیکتر دیده است تا با عقل و عاقلان، گر چه با هم مخالفتی هم ندارند. ثالثاً آن که به اثرات و نتایج عمل به عرف و معروف پرداخته و آن را باعث شکوفایی روحی و جسمی و فکری بشر دانسته و می گوید چون انسان می بیند مصالح و منافع مطلوب در عمل و پیروی از عرف و معروف نهفته است با ادراک خود از این واقعیت به آن تن می دهد.^۲

سید محمد قطب به عنوان یکی دیگر از مفسرین اهل سنت در تفسیر خود در مورد عرف می نویسد: امر به عرف، امر به خیر روشن و آشکاری است که فطرت بشری بدون هیچ گونه تقیید و اشکالی آن را می پذیرد، عرف، آن احسان واضح و مشخصی است که هر انسان سلیم النفسی بدون مناقشه و جدال آن را می پذیرد و انسان وقتی به انجام عمل معروفی عادت کرد دیگر از انجام آن رنج نمی برد. سید قطب الدین معتقد است مواردی را می توان به عنوان عرف مقبول پذیرفت که بین مردم در قبول و خوبی آن ها هیچ گونه بحث و نزاع نباشد.^۳

رشید رضا در المنار بعد از بیان اینکه عرف به معنی خوبی و احسان متعارف بین مردم و مطابق با معروف است می نویسد: کلمه معروف بسیار فراوان در احادیث به کار رفته است و مراد از آن، دو چیز است، یکی طاعت الهی و اعمال عبادی شرعی که باعث نزدیکی به خداوند متعال می شود و دیگری هم، احسان و تعاون و خیر خواهی برای مردم و جامعه که آن هم باعث نزدیکی به خدا می

۱. طبرسی، فضل بن حسن: تفسیر جوامع الجامع، ج ۴، ص ۷۸۸

۲. فضل الله، محمد حسن: من وحی القرآن، ج ۱۰، ص ۳۱

۳. قطب ابراهیم شاذلی، سید محمد: فی ظلال القرآن، ج ۳، ص ۱۴۱۹

گردد. سپس می گوید، امر به عرف در این سوره مکی (سوره الأعراف)، که در مورد اصول کلی تشریح نازل گشته است، برای ما ثابت می کند که عرف و معروف یکی از ارکان و پایه های احکام دینی در تشریح اسلامی است و این مبتنی است بر اعتبار عادات و أعراف حسنه امت و نیز دال است بر اعتبار آن چه که مردم بر اساس مصالح و منافع خود بین خودشان مقرر می کنند^۱.

ایشان در این مورد به طور صریح می نویسد: به راستی که عرف و معروف یکی از پایه های آداب دینی و شریعت اسلامی است و این قول مبنی بر معتبر بودن عادات شایسته امت می باشد^۲. پس از آن به ذکر نکته مهم دیگری که همانا قابل تغییر و دگرگونی بودن عرف و معروف بر اساس آئینه و امکان و شرایط مختلف اجتماعی است، اشاره می کند و می گوید مراد از عرف همان چیزی است که بین مردم در معاملات و معاهدات رایج است و بدیهی است که این گونه امور با اختلاف ملتها و قبایل و... مختلف می شود. سپس به این مسأله اشاره می کند که تحدید و تعیین کردن آن عرف ها توسط اجتهاد بعضی مجتهدان، بدون مراعات عرف مردم کار صحیحی نیست. مواردی را مثل اکثر معاملات و قراردادهای که خود شرع، شناخت موضوع و حدود و ثغورش را به عرف جامعه واگذار نموده است، حتی فقیهان و مجتهدان هم نباید در آن دخالت نمایند و برایش حد و مرز تعیین کنند، زیرا اگر لازم بود خود شارع از همه آگاه تر است و این کار را انجام می داد ولی همین که بدون تعیین مصداق و مشخص کردن کیفیت بعضی چیزها حکمی برای آن ها صادر ننموده است، یعنی اینکه به تناسب تغییر عرف ها و شرایط، آن ها هم قابل تغییرند و این همان روح کلی توجه به عرف و معروف در مسایل و احکام مربوطه است. برداشتی که از سخنان مفسران بدست می آید را می توان در موارد ذیل خلاصه کرد:

۱. مراد از عرف، همان معروف است و مراد از معروف، همان عرف است.
۲. راه شناخت معروف گاهی عقل است، گاهی شرع و گاهی فطرت.
۳. منشأ پیدایش عرف ها ضروریات اجتماعی و نیازمندی های جامعه بشری است.
۴. هدف به وجود آمدن عرف ها رسیدن به مصالح و منافع فردی و اجتماعی است.
۵. احاله امور به عرف به معنی قبول تغییر و تحول در برخی احکام است.
۶. لازمه رجوع به عرف شناخت زمان و مکان و شرایط مختلف اجتماعی است.
۷. مواردی که شارع به عرف ارجاع داده است، مجتهد نباید با اجتهاد خود آن ها را محدود

کند.

۱. رشید، محمد رضا: تفسیر المنار، ج ۹، ص ۵۳۴

۲. همان، ج ۹، ص ۵۳۵

۸. در اموری که مربوط به جامعه اسلامی است، عرف مؤمنان معتبر است ولی اموری که اختصاص به جامعه اسلامی ندارد، عرف همه مردم و جوامع گوناگون معتبر است.
۹. نحوه بیان عرف باید بر اساس رعایت عرف ارائه شود.
۱۰. عرف مورد نظر شارع اختصاص به عرف صدر اسلام و زمان حضور پیامبر اکرم (ص) ندارد.

۱-۲. عوامل پیدایش عرف

منشأ پیدایش عرف، هر مورد یا موارد خاصی است که علمای هر رشته، مانند حقوقدانان، عالمان دینی، جامعه شناسان و انسان شناسان فرهنگی و... به تناسب کاربرد آن ذکر کرده اند، که برمی گردد به روابط اجتماعی بشر که قبل از هر چیزی به صورت ذهنی و قراردادی یکسری قواعد را بوجود آورده است، که تبعیت از آن الزامی محسوب می شود.

باز هم می توان این سؤال را مطرح کرد که عرف و عادت به عنوان یک پدیده روابط اجتماعی، چگونه و چرا بوجود می آید؟ مبداء و منبع آن چیست؟ پاسخ به این سؤال را در هر مکتب فقهی - حقوقی به گونه ای می توان یافت اما هرچه باشد می توان به یکی از منابع و مبادی زیر مستند ساخت.

۱-۲-۱. نیاز و احتیاج جامعه

به خاطر نیاز های جمعی انسان هاست که طبع جامعه اقتضای پیدایش عرف را می نماید. این نیازها برحسب اوضاع طبیعی، اجتماعی، اقتصادی، نظامات مملکتی، عواطف دینی، خصوصیات اخلاقی و ملی مردم و درجه تمدن آنها متفاوت است^۱.

۱-۲-۱-۲. درک عقل

درک عقل به عنوان یکی از منابع مهم پیدایش عرف ذکر شده است؛ چون گاهی مردم به جا آوردن یا ترک کردن عملی را دارای مصلحت می بینند، از این رو بر آن توافق می نمایند و به تدریج به عنوان یک هنجار و عادت و عرف در می آید^۲. عقل می تواند ادراک کند آنچه را که به نفع بشریت و یا به زیان آن می باشد. بنابراین اکثر عرف ها به گونه ای است که به طرف تمدن فکری جامعه پیش می رود

^۱. علیدوست، ابوالقاسم: پیشین، ص ۶۵

^۲. الشیخ محمد رضا مظفر: اصول الفقه، ج ۲، ص ۱۵۲

۱-۲-۳. درک فطری

بنای عرف از فطرتی که خداوند به مقتضای حکمت حفظ نظام انسانی در اذهان و طبع عقلا نهاده است، سرچشمه می گیرد.^۱ (خواسته های طبیعی، نیازها و ضرورت های انسان). در بین منابع عرف، حضور فطرت و غریزه را می توان به راحتی مشاهده کرد، حتی به وضوح می توان دید که بسیاری از مسائل عرفی انسان ها ریشه در غریزه و طبع انسانی دارد، مثلاً ازدواج که در بین تمام انسان ها یک امری غریزی است، با این حال عرف بشری گردیده است؛ مثال دیگر، فرار اختیاری انسان ها از آن چه مضر به حالشان شناخته می شود، یک عرف است که به فطرت و غریزه مستند است.

۱-۲-۴. وحی و شبه آن

تردید نخواهد بود که وحی و اوامر الهی و اندیشه انبیاء و اوصیاء و بزرگان دین در پیدایش بسیاری از هنجارها، عادات نیکو و ارزشهای پسندیده نقش داشته است. عرف در صورتی که منشاء الهی و دینی داشته باشد و یا مورد امضای شریعت قرار بگیرد مانند شریعت اسلام، و همینطور مورد عمل مسلمین هم واقع شود، عنوان سیره شرعی یا سیره مُتشرَّعه و یا سیره اسلامی را به خود می گیرد.

۱-۲-۵. سلطه حاکمان:

جبر و قهر قدرتهای حاکم یکی از علل پیدایش عرف می باشد. منشاء عرف و روش مردم گاه قهر قاهر و جبر سلطان جابری است که مردم زمان خویش را به راه و روشی اجبار می کند، و مردم در زمان های بعد آن را به عنوان روشی برای خود بر می گزینند تا آن جا که در ذهن آنها نهادینه می گردد.^۲ برخی عوامل دیگر را هم در پیدایش عرف دخیل می دانند. مانند: اغراض شخصی، تقلید از گذشتگان، مسامحه و راحت طلبی، وجدان و اراده عمومی مردم.

۳. همان، ج ۲، ص ۱۵۲

۲. (فان مبدأ الطریقه العقلانیه، إما أن یكون لَقَهْرٍ قاهرٍ او جبرِ سلطانٍ جائراً قَهْرٍ جمیعِ عَقْلَاءِ عَصْرِهِ عَلَی تِلْكَ الطریقه وَاَتَّخَذَهَا الْعَقْلَاءُ فِی الزمانِ الْمُتَأَخَّرِ طریقهً لَهُمْ وَاِسْتَمَرَّتْ اِلَی اَنْ صَارَتْ مِنْ مُرْتَكِزَاتِهِمْ)؛ الکاظمی الخراسانی، شیخ محمد علی: فوائد الاصول، ج ۳، ص ۱۹۲

۱-۳. واژه های مهم مرتبط با عرف

بعضی واژه ها هستند که رابطه تنگاتنگی با عرف دارند و در کتب و متون فقهی که نگاهی بیندازیم واژه عرف را در کنار این واژگان می بینیم. در ذیل به چندین مورد از این واژه ها اشاره می کنیم.

۱-۳-۱. عرف و بنای عقلاء (سیره^۱، سیره عقلا)

بنای عقلا (که گاه از آن به بنای عرف تعبیر می شود)، اصطلاحی است در علم اصول فقه و فقه، به معنای روش و سلوک عملی خردمندان بر انجام دادن یا ترک کاری بدون دخالت و تأثیر عوامل زمانی، مکانی، نژادی، دینی و گروهی.^۲ مفهوم این اصطلاح، که بیشتر در منابع اصولی شیعی در دو سده اخیر رواج یافته، به معنای لغوی آن نزدیک است. در این منابع، به جای این اصطلاح تعبیری دیگر مانند سیره عقلا، ارتکاز عقلا، طریقه عقلا، عمل عقلا، سیره عقلایی، قانون عقلایی، اصل عقلایی، حکم عقلایی، عرف عقلا، اتفاق عقلا و عرف و عادت نیز به کار رفته است.^۳ استدلال به بنای عقلا در آرای اصولی شیخ انصاری بسیار چشمگیر است. وی در موارد متعدد، از جمله حجیت ظواهر^۴، حجیت خبر واحد^۵، وجوب دفع ضرر مظنون، ترجیح امتثال علم اجمالی بر ظن تفصیلی، عدم وجوب احتیاط در برخی اقسام شبهات و جوبی، قبح عقاب بدون بیان، وجوب تعلم و نیز وجوب فحص برای جاهل به احکام، بدان استناد کرده است. اصولیان اخیر^۶ نیز در بعضی موارد به بنای عقلا استدلال کرده اند ولی اصولیان متأخر امامی به جای تعبیری چون عرف، عادت، عقل و جز اینها، که در منابع پیشین رواج داشته، اصطلاح بنای عقلا را، که دقیقتر است و تنها شامل عرف صحیح، معتبر و عقلایی می شود، به کار برده اند. این اصطلاح در منابع اصول فقه عامه رواج چندانی ندارد و در آن منابع استناد به عرف و عادت، استحسان، مصالح مرسله و مانند آن بسیار رایج تر است.

^۱ از این واژه وقتی بدون اضافه و صفت ذکر می شود، معنای سیره و بنای عقلا اراده می گردد، اما گاه به عنوانی، اضافه یا موصوف می شود، مانند سیره مسلمین یا سیره متشرعه، سیره عقلا، در این صورت معنای سیره تابع مضاف الیه و صفت خواهد بود. علیدوست، ابوالقاسم: پیشین، ص ۱۰۰

^۲ مظفر، محمد رضا: پیشین، ج ۲، ص ۳۰؛ فیض، علیرضا، مبادی فقه و اصول، ص ۳۰۲

^۳ فیض، علیرضا: مبادی فقه و اصول، همان، ص ۲۱۵

^۴ انصاری، شیخ مرتضی: فرائد الاصول، ج ۱، ص ۱۶۱

^۵ همان، ج ۱، ص ۳۴۶

^۶ بهبهانی، وحید: الفوائد الحائریه، ص ۳۱؛ صدر، سید محمد باقر: المعالم الجدیدة للاصول، ج ۲، صص ۸۶ و ۸۷ و ۱۰۷

علاوه بر منابع اصول فقه، در منابع فقهی نیز، بویژه در ابواب معاملات که بیشتر در بردارنده احکام امضایی^۱ است، از بنای عقلا بسیار بهره گرفته شده است. البته چه بسا در منابع مزبور، بویژه در منابع متقدم، به جای این تعبیر، تعابیر عادت و عرف و مشابه اینها به کار رفته که مفهوم آن در بسیاری موارد با عرف عام یا بنای عقلا مطابقت دارد. در بسیاری از احکام مهم فقهی، بنای عقلا از جمله ادله مهم و حتی به نظر برخی فقها^۲، در برخی احکام از جمله اجتهاد و تقلید، مانند لزوم تقلید از مجتهد، جواز افتاء برای مجتهد، شرطیت عقل و عدم شرطیت حریت و بلوغ برای مفتی، دلیل منحصر دانسته شده است.

همچنین بنای عقلا دلیل و مستند مهم مشروعیت معاملات متداول در میان مردم شناخته می شود. به نظر طباطبائی یزدی، دلیلی برای انحصار معاملات در عقود معین وجود ندارد، بلکه هر معامله عقلایی صحیح است مگر آنکه با دلیلی خاص از شمول ادله عام خارج شده باشد. بر این اساس، وی دلیل اصلی جواز بسیاری از معاملات رایج از جمله عقد مساقات را عقلایی بودن آنها دانسته^۳، و درباره برخی شرایط و قیود آنها به بنا و اعتبار عقلا استناد می کند.^۴ همینطور دلیل فقهی بسیاری از احکام معاملات، بنای عقلا دانسته شده است، از جمله: صحت معامله معاطاتی، حصول ملکیت با حیازت مباحات، وجود خیار در عقد بیع معاطات، لزوم تساوی عوضین در مالیت، وقوع تلف قبل از قبض از مال بایع، ضمان نسبت به مقبوض با عقد فاسد، ضمان ید، وجوب تسلیم مبیع و ثمن در عقد بیع و موارد دیگر.^۵

علاوه بر این، در شماری از احکام، احراز و شناخت دقیق موضوع، منوط به نظر عرف و بنای عقلا شده است. برای مثال، به نظر فقها هر چیزی که دارای منفعت عقلایی و حلال باشد، می تواند اجاره داده شود^۶، یا هر چیزی که از نظر عرف و عقلا مال به شمار رود، مشمول احکام ملکیت شده، می تواند مبیع قرار گیرد یا هر عمل حلال عقلایی می تواند موضوع عقد جعاله باشد.^۷ بعلاوه، در تشخیص مفاهیم الفاظ در احکام معاملات و جز آنها بنای عقلا و عرف نقشی انکارناپذیر دارد و به

۱. یعنی احکامی که به موجب نیاز جمعی و بر پایه ی مصالح عمومی در زندگی اجتماعی مردم وجود داشته و شارع با تغییراتی آنها را تأیید کرده است.

۲. (امام) خمینی، سید روح الله: الرسائل، ج ۲، ص ۱۲۴

۳. یزدی، سید محمد کاظم: العروه الوثقی، ج ۵، ص ۳۴۸

۴. همان، ج ۵، ص ۳۵۲

۵. نجفی، محمد حسن: جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۸، ص ۳۳۳

۶. یزدی، سید محمد کاظم: پیشین، ج ۵، ص ۱۱

۷. روحانی، سید محمد: منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۳

مثابه قرائنی غیرلفظی برای ادله لفظی است، همانطور که اکثر فقها اشاره کرده اند که، الفاظ عقود را باید بر معانی عرفی حمل کرد.^۱

از دیدگاه فقها و اصولیان، حجیت بنای عقلا به هیچ روی مطلق نیست، بلکه مشروط بر آن است که قواعد عرفی و عقلایی در زمان شارع وجود داشته باشد تا در صورت مخالف بودن شارع با آن قواعد، امکان اظهار مخالفت برای وی باشد؛ و با وجود این، شارع آن قواعد عقلایی را امضا کرده یا لااقل با آنها مخالفت نکرده باشد.^۲ به نظر مشهور اصولیان برای حجیت بودن بنای عقلا، اثبات امضا و تأیید صریح و خاص شارع ضروری نیست، بلکه صرف عدم منع (ردع) شارع از یک سیره عقلایی، بیانگر رضایت و امضای شارع نسبت بدان سیره است.^۳

شماری دیگر از اصولیان، حتی ثبوت عدم مخالفت شارع را هم لازم ندانسته و عدم ثبوت مخالفت را برای اثبات حجیت بنای عقلا کافی شمرده اند. علامه مظفر، بر آن است که اگر شارع با عقلا هم مسلک باشد، از آنجا که وی از عقلا و بلکه رئیس عقلاست، برای حجیت بنای عقلایی، صرف عدم ثبوت مخالفت کافی است؛ زیرا اگر شارع منع کرده بود، از آن آگاه می شدیم اما اگر برای هم مسلک بودن شارع با عقلا مانعی موجود باشد، در این صورت عدم ثبوت مخالفت، دلیل حجیت سیره عقلایی خواهد بود که عمل به آن بنای عقلایی نسبت به امور شرعی معلوم و قطعی باشد، وگرنه بنای عقلایی مزبور حجیت نیست.

دامنه بنای عقلا، که در فقه و اصول بدان استناد می شود، به سیره های عقلایی زمان شارع محدود نیست، زیرا در برخی موارد، بنای عقلا بیانگر موضوعات احکام در آن دسته از احکام شرعی است که موضوع آنها بر عرف متکی باشد. در این موارد، باید به بنای عقلایی و عرفی زمان اثبات حکم رجوع کرد نه زمان تشریح حکم. از سوی دیگر، برخی اصولیان کوشیده اند که دامنه ی بنای عقلا را فراتر از زمان تشریح احکام جلوه دهند. به نظر شهید صدر امضای مصداقی از بنای عقلا صرفاً تأیید یک عمل خارجی نیست، بلکه دال بر امضای آن نکته ارتکازی و عقلایی است که سلوک از آن ناشی شده است. به بیان دیگر، امضای بنای عقلایی در واقع به معنای امضای ملاک و طبیعت عقلایی آن است نه صرفاً پذیرش یک سلوک خارجی. براین اساس، می توان گفت که هرگاه مثلاً حیات مباحات با وسایل و ابزار ابتدایی، که از موارد بنای عقلاست، مقبول شارع باشد، حیات با وسایل پیشرفته امروزی نیز مورد پذیرش اوست. بدین ترتیب، صحت بسیاری از معاملات جدید، که ملاک عقلایی آنها در زمان شارع هم وجود داشته، قابل اثبات است.

۱. نجفی، محمدحسن: پیشین، ج ۲۳، ص ۲۸۳ و ج ۲۳، ص ۱۲۶

۲. مظفر، محمد رضا: پیشین، ج ۲، ص ۳۰۵

۳. انصاری، فرائد الاصول: پیشین، ج ۱، ص ۳۴۵

امام خمینی (ره) می نویسد: ائمه علیهم السلام که می دانستند در زمان غیبت، عامه مردم به سبب ارتکاز عقلایی خود به عالمان رجوع می کنند، اگر این روش را قبول نداشتند، می بایست ما را از عمل براساس این ارتکاز برحذر می داشتند؛ و عدم مخالفت آنان دال بر حجیت این روش است. اگر ریشه بنای عقلا را مرتکبات فطری انسان و مبنای حجیت آن را اتحاد روش و مسلک شارع با عقلا بدانیم، در این صورت، حجیت بنای عقلا به سیره های پیشین انحصار ندارد، بلکه شاید مرتکباتی را نیز که عقلا از آنها غافل بوده اند یا برایشان مطرح نبوده و اکنون بدان دست یافته اند، دربرگیرد^۱.

برای تبیین مفهوم بنای عقلا باید به رابطه آن با معنای عرف و عادت توجه کرد. تعابیر عرف و عادت در فقه، چه فقه امامی چه فقه اهل سنت، کاربرد بسیار دارد. با توجه به تعاریفی که در بالا بیان داشتیم، مشهود است که در این تعاریف، مفهوم این دو واژه به مفهوم بنای عقلا بسیار نزدیک است، در واقع عقلا و خردمندان در قانونگذاریهای احکام به عرف مألوف، توجه داشته و به آن اهمیت می داده اند، و در پرتو همین عرف با مردم سخن گفته اند.

در مورد رابطه عرف و بنای عقلا برخلاف نظر برخی از فقها^۲ باید گفت که میان بنای عقلا و عرف تباین مفهومی وجود ندارد^۳ و حتی برخی^۴ سیره عقلا را همان عرف صحیح دانسته اند. برخی بنای عقلا را عرف عملی و برخی دیگر^۵ آن را عرف عقلا به شمار آورده اند. با این همه می توان گفت که در منابع فقهی و اصولی امامیه کاربرد واژه عرف یا عادت (به طور مطلق) در معنایی نزدیک به مفهوم بنای عقلا، یعنی به معنای عرف عام، بسیار رایج است؛ از جمله شواهد این امر، می توان به کاربرد این دو تعبیر با هم و به معنایی یگانه در برخی از متون^۶ و نیز یکسان بودن شرایط حجیت آن دو از نظر فقها اشاره کرد.

برخی از نویسندگان^۷، تفاوت عرف را با بنای عقلا در این دانسته اند که بنای عقلا برخلاف عرف، که همواره ارادی و ناشی از اختیار است، می تواند غیر ارادی و برخاسته از فطرت ناخودآگاه باشد، و بعلاوه بنای عقلا باید عملی نیکو و ممدوح باشد؛ ازاین رو نسبت آن دو عموم و خصوص من وجه می باشد. گرایش بسیاری از اصولیان این است که مراد از بنای عقلا (یا سیره عقلا) سیره و

۱. خمینی، روح الله: الرسائل، پیشین، ج ۲، ص ۱۳۰

۲. علیدوست، ابوالقاسم: پیشین، ص ۱۲۱

۳. مغنیه، محمد جواد: به نقل: فیض، علیرضا: پیشین، ص ۲۱۶

۴. فیض، علیرضا: پیشین، ص ۲۱۶

۵. جعفری لنگرودی، جعفر: ترمینولوژی حقوق، ص ۵۴، ذیل بنای عقلا، عرف عقلا

۶. بروجرودی: نهاییه الافکار، ج ۱، ص ۸۷ و ۱۳۲ و ج ۳، ص ۷۳ و ۹۴

۷. جعفری لنگرودی، جعفر: دانشنامه حقوقی، ج ۲، ص ۵۹ و ۶۱

عملی است که ناشی از فطرت و ارتکاز انسانها باشد نه سیره ناشی از مبادی دیگر، مانند اجبار و ستم حاکمی زورمند یا دستور پیامبری الهی. از این رو چه بسا به جای بنای عقلا تعبیر ارتکاز عقلا یا تعبیر مشابه دیگری را به کار برده اند.^۱

برخی دیگر برآنند که بنای عقلا، همانند عرف، گاه ممکن است از انگیزه هایی جز فطرت سلیم انسانی، یعنی عوامل متغیر اجتماعی و فرهنگی و جغرافیایی و باورها و تعصبات نژادی و ملی و جز اینها ناشی شود و نیاز بنای عقلا به امضا و تأیید شریعت نیز به همین جهت است.

۱-۳-۲. عرف و عادت

عادت از ریشه (عَوَدَ)، به معنای بازگشت و در لغت به معنای (دأب و دیدن و رسم و خوی) می باشد^۲، و آن صرفاً تکرار یک عمل یا رفتار بدون منشأ جمعی و عقلایی؛ در حالی که عرف همیشه دارای یک منشأ اجتماعی و عقلایی است.

عرف و عادت در برخی کتب فقهی و لسان فقها به یک معنی به کار رفته است، علامه عبدالوهاب خلف می نویسد: عرف و عادت روشی است که مردم در گفتار و کردار خود به طور مستمر به آن عمل و یا آن را ترک می کنند.^۳

زحیلی در الوجیز بعد از تعریف عرف می نویسد: عرف و عادت در نزد فقها به یک معناست. پس سخن فقهاء که می گویند این به عرف و عادت ثابت است، به این معنا نیست که عادت در میان آن ها غیر از عرف است بلکه عادت، خود عرف است و تنها برای تأکید ذکر شده نه برای تأسیس.

در لسان گروهی دیگر از فقهاء عادت اعم از عرف است، پس نسبت بین عادت و عرف، عموم و خصوص مطلق خواهد بود. احمد زرقاء درالمدخل در مورد رابطه عرف و عادت می نویسد: عادت اعم از عرف است پس نسبت بین عادت و عرف عموم و خصوص مطلق است.^۴ از آن چه در مورد عادت گفته شد به نظر می رسد که در عرف یک حالت الزام آور وجود دارد ولی در عادت الزام و اجباری وجود ندارد. عادت ممکن است پسندیده یا زشت باشد ولی چنان که در تعریف عرف

^۱ . فیض، علیرضا: پیشین، ص ۲۱۷

^۲ . جعفری لنگرودی، جعفر: دانشنامه حقوقی، پیشین، ج ۲، ص ۶۲

^۳ . مهیار، رضا: پیشین، ص ۵۹۳

^۴ . (العرف هو ما تعارفه الناس و ساروا علیه، من قول، أو فعل، أو ترک، و یسمی العادة. و فی لسان الشرعیین: لا فرق بین العرف و العادة)؛ خلف، عبدالوهاب: علم الاصول الفقه، ج ۱، ص ۸۹

^۵ . فاضل الدبوی، ابراهیم، نظریه العرف فی فقه الاسلامی، مجله مجمع الفقه الاسلامی، شماره ۵، ص ۲۶۱۵ به نقل: الزحیلی،

و هبه: الوجیز فی اصول الفقه، ص ۲۵۳

^۶ . الزرقاء، مصطفی احمد: المدخل الفقهی العام، ج ۲، ص ۸۳۶