

چکیده

مهمترین مسئله ای که در استنباط حکم شرعی مطرح است ، منابعی است که فقیه باید به آنها استناد نماید ، چون هر امری صلاحیت ندارد تا منبع استنباط حکم شرعی قرار گیرد ، از این جهت ضرورت دارد که پیرامون عرف و سیره تحقیقی ژرف صورت گیرد تا دلیل اعتبار یا عدم اعتبار آن در فقه امامیه روشن شود .

با تبیین دیدگاه امامیه در باب ملاک حجیت ادله استنباط ، دانستیم که هر دلیلی که قطع ایجاد نماید و یا از جانب شارع تأیید شود صلاحیت دارد تا در کنار ادله اربعه قرار گیرد . از بررسی مکاتب موجود در باب حجیت عرف نتیجه گرفتیم که اگر چه همه این مکاتب تکلیف مطلق عرف و بنای عقلاء را تعیین نموده اند ، اما هر کدام در قسمی از اقسام عرف قابل تطبیق اند. زیرا مبادی عرف و بنای عقلاء گاهی بدیهیات عقلی است بنابراین در این موارد می توان قائل به حجیت ذاتی عرف و بنای عقلاء بود. اما حجیت سایر عرف ها- که ناشی از بدیهیات عقلی نیستند - وهم عرف ها و سیره های عقلایی مستحدث ، منوط به امضاء شارع خواهد بود ، ضمن اینکه در سیره های مستحدث عقلایی و متشرعه ، حتی احراز عدم ردع کفایت نمی کند .

بنابراین عرف و سیره در قسمی که حجیت ذاتی دارد ، می تواند خود دلیلی برای احکام شرعی باشد ، عرف و سیره ای که از سوی شارع حجیت آن ثابت شده است می توان آن را ابزاری در دست مجتهد دانست که در توسیع مدلول دلیل ، در جمع بین ادله ، در تخصیص اکثر و یا در تنظیم و تنسيق ادله و ... مورد مراجعه فقیه قرار می گیرد . در این کاربرد ، عرف در استنباط احکام طریقت خواهد داشت ، اما در مواردی نیز رجوع به عرف در استنباط قضایای فقهی موضوعیت دارد و نه طریقت و آن هم زمانی است که عرف را منقح موضوعات عرفی بدانیم ، یا آن را در تنقیح ظهور دلیل بکار گیریم و یا در تطبیق مفاهیم موضوعات عرفی بر مصادیقشان ، به عرف رجوع نماییم . اساساً در این موارد حجیت عرف نیازی به اثبات نخواهد داشت .

واژگان کلیدی: عرف ، سیره ی عقلاء ، سیره ی متشرعه ، حجیت ، استنباط حکم .

مقدمه	۱
-------------	---

فصل اول

تبیین مفهوم عرف و سیره

بخش اول : تبیین مفهوم عرف

گفتار اول : تعریف عرف.....	۹
بند اول : عرف از دیدگاه لغت شناسان.....	۹
الف (کاربرد مصدری.....	۹
ب (کاربرد اسم مفعولی.....	۹
ج (کاربرد اسم مصدری.....	۱۰
بند دوم : کاربرد واژه عرف در قرآن.....	۱۲
بند سوم: تعریف اصطلاحی عرف.....	۱۴
الف (در اصطلاح فقهاء و اصولیین.....	۱۴
ب (در اصطلاح حقوقدانان.....	۱۸
گفتار دوم: ارکان حقوقی و عناصر تشکیل دهنده عرف	۱۹

گفتار سوم : اقسام عرف.....	۲۳
بند اول : اقسام عرف به اعتبار موضوع و سبب آن.....	۲۳
الف (عرف لفظی (یا عرف قولی یا عرف محاوره و عرف استعمالی).....	۲۳
ب (عرف عملی.....	۲۴
بند دوم : اقسام عرف به اعتبار اهل عرف	۲۵
الف (عرف عام.....	۲۵
ب (عرف خاص.....	۲۵

- بند سوم : اقسام عرف به اعتبار مشروعیت آن ۲۶
- الف) عرف صحیح (یا معتبر) ۲۶
- ب) عرف فاسد (یا نا معتبر) ۲۷
- بند چهارم : اقسام عرف به اعتبار زمان ۲۷
- الف) عرف سابق ۲۷
- ب) عرف مقارن ۲۷
- ج) عرف متأخر ۲۸
- بند پنجم : اقسام عرف به اعتبار توسعه و تکرار عمل معروف ۲۸
- الف) عرف مطرّد ۲۸
- ب) عرف غالب ۲۸
- بند ششم : انواع عرف به اعتبار دقت در تطبیق مفاهیم بر مصادیق ۲۹
- الف) تسامحی ۲۹
- ب) عرف دقیق ۲۹
- بند هفتم : انواع عرف به اعتبار صحت تطبیق مفاهیم بر مصادیق ۳۰
- الف) عرف غیر متخصص ۳۰
- ب) عرف متخصص ۳۰
- بند هشتم : انواع دیگر عرف ۳۱
- الف) عرف مسلم و عرف قرار دادی ۳۱
- ب) عرف موضوعی و عرف حکمی ۳۱

بخش دوم : تبیین مفهوم سیره

- گفتار اول : تعریف سیره ۳۲
- بند اول : مفهوم لغوی سیره ۳۲
- بند دوم : مفهوم اصطلاحی سیره ۳۳
- گفتار دوم : اقسام سیره ۳۵
- بند اول : سیره عقلاء ۳۵
- بند دوم : سیره متشرعه ۳۶
- الف) تعریف سیره متشرعه ۳۶
- ب) اقسام سیره متشرعه ۳۷

گفتار سوم : بررسی تفاوت های سیره عقلاء و سیره متشرعه ۳۸

بخش سوم : منشاء عرف و سیره

گفتار اول : مبادی عرف ۴۱

گفتار دوم : مبادی سیره عقلاء ۴۳

بخش چهارم : مقایسه عرف و سیره

گفتار اول : عرف و سیره عقلاء ۴۵

گفتار دوم : عرف و سیره متشرعه ۴۸

فصل دوم :

تحلیلی بر حجّیت عرف و سیره

بخش اول : منابع استنباط احکام در فقه امامیه

گفتار اول : بحثی در انحصار ادله در چهار مورد ۵۱

گفتار دوم : تمسک به عقل در استنباط احکام ۵۳

بند اول : سیر تاریخی تمسک به عقل در استنباط احکام ۵۴

بند دوم : بررسی ماهیت مدرکات عقل در دلیل عقل و بنای عقلاء ۵۵

بند سوم : تفاوت های دلیل عقل و بنای عقلاء ۵۸

بخش دوم : اقسام کاربرد عرف و بنای عقلاء در استنباط احکام شرع

گفتار اول : کاربرد استقلالی عرف و بنای عقلاء ۶۰

گفتار دوم : کاربرد غیر استقلالی برای عرف ۶۱

بخش سوم: مکتب های حجّیت عرف و بنای عقلاء

- گفتار اول: حجّیت ذاتی عرف و سیره عقلاء..... ۶۴
- گفتار دوم: حجّیت عرف و سیره به عنوان کاشف از حکم عقل..... ۶۸
- گفتار سوم: حجّیت عرف و بنای عقلاء به موجب امضاء..... ۷۲

بخش چهارم: تحلیلی بر حجّیت سیره متشرّعه

- گفتار اول: تاثیر زمان حدوث سیره متشرّعه بر نحوه ی اثبات حجّیت آن..... ۷۵
- گفتار دوم: کیفیت استکشاف موافقت شارع با سیره ی متشرّعه..... ۸۱
- بند اول: نحوه ی احراز تأیید در سیره های معاصر با معصوم..... ۸۱
- بند دوم: نحوه ی احراز تأیید در سیره های متشرّعه ی مستحدثه..... ۸۲
- گفتار سوم: مقدار دلالت سیره متشرّعه..... ۸۹

بخش پنجم: بررسی حجّیت سیره عقلاء و سیره های مستحدثه

- گفتار اول: بررسی راه های اثبات حجّیت بنای عقلاء..... ۹۱
- گفتار دوم: استحداث سیره ی عقلاء..... ۹۹
- گفتار سوم: مبنای حجّیت سیره های جدید..... ۱۰۰

بخش ششم: ادله اعتبار عرف

- گفتار اول: تعیین عرف مورد گفتگو..... ۱۱۰
- گفتار دوم: ادله حجّیت مطلق عرف و نقد دلایل..... ۱۱۱
- ۱- کتاب..... ۱۱۳
- ۲- اخبار..... ۱۱۶
- ۳- اجماع..... ۱۲۱
- ۴- وجود احکام امضایی در شریعت..... ۱۲۱
- ۵- حفظ نظام و پرهیز از اخلال در آن..... ۱۲۲
- ۶- سکوت شارع و عدم ردع او..... ۱۲۳
- ۷- روایات دال بر سکوت شارع به نفع بندگان..... ۱۲۴
- ۸- لزوم همراهی با اکثریت و عدم اجتماع آنها بر ضلالت..... ۱۲۶
- ۹- تحقق تکالیف مالایطاق به موجب عدم حجّیت عرف..... ۱۲۷

۱۰- استناد به برخی از قواعد فقهی ۱۲۷

گفتار سوم : ادله عدم حجیت مطلق عرف به عنوان دلیل حکم ۱۲۸

۱- اصل عدم حجیت عرف ۱۲۸

۲- ادله مذمت از اکثریت ۱۲۸

گفتار چهارم : شرایط بکارگیری عرف معتبر ۱۲۹

۱- صحت ۱۳۰

۲- تعلیل ، ابتناء و توجه حکم شرع به عرف ۱۳۰

۳- استحسان ۱۳۰

۴- اطراد یا غلبه ۱۳۰

۵- تقارن ۱۳۱

۶- عدم تصریح به مخالفت با عرف ۱۳۱

گفتار پنجم : موقعیت عرف در تعارض با ادله دیگر ۱۳۲

بند اول : تعارض عرف با نصّ و لغت ۱۳۲

بند دوم : تعارض عرف با عرف ۱۳۳

فصل سوم :

بازتاب عرف و سیره در آثار فقیهان

مقدمه ۱۳۸

بخش اول : عرف و سیره ی عقلاء در موضوع و دلیل قضایای فقهی

گفتار اول : کیفیت اعمال نظر عرف در بخش موضوعات و متعلقات حکم ۱۴۰

بند اول : مراجعه به عرف در مفاهیم موضوع و متعلقات حکم ۱۴۰

بند دوم : تطبیق مفاهیم موضوعات عرفی بر مصادیق ۱۴۶

- گفتار دوم:** کیفیت اعمال نظر سیره ی عقلاء در نحوه ی استنباط از دلیل ۱۴۹
- بند اول: مراجعه به عرف (بنای عقلاء) در توسیع مدلول دلیل ۱۴۹
- بند دوم: استهجان عرفی (عقلائی) تخصیص و تقیید اکثر از عام و مطلق ۱۵۰
- بند سوم: مراجعه به عرف (بنای عقلاء) در جمع میان ادله ۱۵۱
- بند چهارم: مراجعه به عرف در تنظیم و تنسيق ادله ۱۵۱

بخش دوم: نمونه هایی از کاربرد عرف و سیره در فقه و اصول

- گفتار اول:** عرف و سیره در فقه و قواعد فقهی ۱۵۲
- بند اول: نمونه هایی از کاربرد عرف و بنای عقلاء ۱۵۲
- الف) در فقه ۱۵۲
- ب) در قواعد فقه ۱۵۳
- بند دوم: نمونه هایی از کاربرد سیره ی متشرعه ۱۵۵

- گفتار دوم:** عرف و سیره در علم اصول ۱۵۶
- بند اول: نمونه هایی از کاربرد عرف و بنای عقلاء در علم اصول ۱۵۶
- بند دوم: نمونه هایی از کاربرد سیره ی متشرعه در علم اصول ۱۵۷

بخش سوم: نقش زمان و مکان در تحول موضوعات عرفی

- گفتار اول:** بررسی ماهیت موضوعات فقهی ۱۶۰
- بند اول: مراد از موضوع، مصداق موضوع، حکم و متعلق حکم ۱۶۰
- بند دوم: اقسام موضوعات فقهی ۱۶۲

- گفتار دوم:** عرف مرجع، در تشخیص مفهوم و مصداق موضوعات عرفی ۱۶۵

- گفتار سوم:** تحلیل اندیشه ی « عرفی شدن دین » ۱۶۶
- بند اول: معنای زمان و مکان در بحث مزبور ۱۷۰
- بند دوم: نحوه ی تاثیر گذاری زمان و مکان ۱۷۱

- گفتار چهارم:** نحوه ی دگرگونی موضوعات عرفی با تغییر شرایط زمانی و مکانی ۱۷۳

فصل چهارم :

رابطه عرف با برخی از عناوین همسو و مرتبط

بخش اول : عرف و عادت

- گفتار اول : مفهوم عادت..... ۱۸۲
- بند اول : معنای لغوی عادت ۱۸۲
- بند دوم : معنای عادت در اصطلاح فقه ۱۸۳
- گفتار دوم : مقایسه عرف و عادت..... ۱۸۴

بخش دوم : عرف ، سیره و اجماع

- گفتار اول : مقایسه عرف و اجماع ۱۹۰
- گفتار دوم : مقایسه سیره ی متشرعه و بنای عقلاء با اجماع..... ۱۹۲

بخش سوم : عرف ، سیره و مصلحت

- گفتار اول : جایگاه مصلحت در فقه امامیه..... ۱۹۴
- گفتار دوم : رابطه عرف با مصلحت ۱۹۴
- گفتار سوم : رابطه سیره ی عقلاء با مصلحت ۱۹۶

بخش چهارم : عرف و قانون

- گفتار اول : رابطه ی عرف با قانون ۱۹۹
- بند اول : تعریف قانون و تعریف حقوقی عرف ۱۹۹
- بند دوم : شباهت ها و تفاوت های عرف با قانون..... ۲۰۰
- گفتار دوم : موقعیت عرف در تعارض با قانون..... ۲۰۲

- نتیجه گیری ۲۰۳
- فهرست منابع ۲۰۸ - ۲۱۸

مقدمه

بشر همواره به دنبال قانونی برای اداره بهتر زندگی فردی و اجتماعی بوده است و فقه اسلامی را می توان تئوری واقعی اداره انسان ها از گهواره تا گور دانست .

متصدی امر اجتهاد برای چنین برنامه ای ، می بایست از منابع معتبر فقهی احکام و فروعات مورد نظر را استخراج نماید .

در نظام فقهی و حقوقی امامیه چنین صلاحیتی مشمول منابعی می شود که حجّیت آن ها به اثبات رسیده باشد و حتی ظنّ به حجّیت چیزی ، موجب تبدیل آن به لاحجّیت می شود . بر این اساس می - توان نظام فقهی امامیه را یک نظام حجت مدار دانست .

در کنار این عقیده که «فقه تئوری واقعی و کامل زندگی انسان از گهواره تا گور است» از سوی دیگر می دانیم که ساختار زندگی فردی و اجتماعی انسان روز به روز در حال تغییر و دگرگونی است و همواره با پیشرفت زمان ، تحولات شگرفی در عرصه زندگی انسان به وجود می آید و از حدود دو قرن پیش و به خصوص در دهه های اخیر ، شتاب گرفتن تحولات در تمامی ابعاد ، شکل زندگی و نوع روابط اجتماعی را به شدت تحت تاثیر خود قرار داده است . این تحول سریع در زمان و مکان و بروز مسائل مستحدثه ، ضرورت نگاه جدیدی را در پی دارد و دین کامل و همگانی ، و مدعی پاسخگویی را ، به جواب می خواند که چگونه از دو عنصر زمان و مکان در اجرایی نمودن بسیاری از قوانین جهان شمول خود مدد می گیرد و اساساً تأثیر زمان و مکان در تغییرات احکام تا چه حد خواهد بود و اینکه عرفیات و اقتضائات متفاوت زمانی و مکانی در جوامع چگونه در دست یابی به احکام قابل اجرا در یک جامعه نقش آفرینی می نماید .

با توجه به این اصل مسلم که تنها اراده خداوند است که مصدر احکام می باشد ، بررسی و تنقیح جایگاه حقیقی استناد به عرفیات و بناهای عقلایی در جامعه ، در استنباط احکام ضروری می نماید . تا اولاً نحوه ورود عرف و سیره را در نظام قانونگذاری و اجتهاد تعیین نماییم و ثانیاً با توجه به آهنگ سریعی که این تحولات دارند ، موضع شرع را در رابطه با مشروعیت یا عدم مشروعیت عرف ها و سیره های جدید بدست آوریم .

دیدگاه های ارائه شده در پاسخ به این دو سوال خالی از افراط و تفریط نیست ، برخی معتقدند

که اساساً عرف بما هو عرف و سیره بما هی سیره فاقد شرایط حجّیت هستند و از سوی دیگر عده ای فقه را محکوم به پذیرش همه عرفیات یک جامعه نموده اند و خارج از چهارچوب حجّیت موجب انحراف در پویایی فقه شده اند علاوه اینکه در رابطه با نحوی استناد به عرف و سیره نیز دیدگاه های کاملاً متفاوتی قابل مشاهده است .

به اعتقاد ما تحلیل دقیق نظریات موجود ، با اتخاذ مبانی صحیح در بحث ، می تواند در تبیین این مسئله که چگونه می توان اصول محکم فقه را در عمل خود و جامعه پیاده نمود ، راهگشا باشد .

سوال اصلی پژوهش :

عرف و سیره در فقه امامیه چگونه می تواند دلیل استنباط احکام شرعی واقع شود ؟
فقهها به عنوان متخصصان حقوق اسلام ، با استفاده از طرّقی که حجّیت آنها ثابت شده است به استنباط احکام شرعی می پردازند . با توجه به این رویکرد می بینیم که بخش اعظمی از اصول فقه امامیه اختصاص به اثبات حجّیت ادله استنباط احکام دارد . در همین راستا در بحث از حجّیت امارات ، به نظر شیعه امامیه در مواردی هم که کشف ، به صورت کشف ظنی معتبر دانسته شده ، از باب تأیید خود شارع بوده است و در واقع امارات نیز از پشتوانه قطع برخوردارند . بنابراین ادله شرعی امامیه (اعم از نقلی و عقلی) شامل ، ادله قطعی و ادله ظنی خاصه (ظنی معتبره) و ادله عقلیه اجتهادیه یا اصول عملیه می باشد . با این وجود می بینیم که سراسر کتب فقهی صحبت از عرف است . الفاظ و عباراتی نظیر عرفاً ، فی نظر العرف ، عند العرف ، حکم العرف ، عرفاً و شرعاً ، عرفاً و لغةً ، بیع عرفی ، ظهور عرفی و بیانگر این مطلب است . در اصول فقه نیز در موارد متعددی از عرف و بنای عقلاء و عادت ولو به طور پراکنده و اشاره سخن به میان آمده است . همچنین اگر بنای عقلاء را یکی از اقسام عرف بدانیم ، می بینیم که اگر چه در استنباط احکام مستقل نیست اما پایه بسیاری از اصول و قواعد فقهی می باشد . و این در حالی است که امروز می بینیم عرفیات در جوامع بشری اشکال متنوعی پیدا نموده است و آهنگ سریع این تبدیلات ، این سوال را پیش می آورد که با توجه به دیدگاهی که شیعه در طرق استنباط احکام دارد موضع شریعت در قبال این مبنا چیست ؟ آیا می توان آنگونه که برخی قائلند عرف را با تمامی اقسام آن مشروع و یا نامشروع دانست ؟ و موارد ارجاع به عرف و دلیل حجّیت عرف چیست ؟ در راستای پاسخ به این پرسش تحقیق حاضر به تبیین جایگاه عرف در استنباط احکام

می پردازد.

سوالات فرعی پژوهش :

۱. تفاوت عرف و سیره عقلاء چیست ؟
۲. حوزه و قلمرو رجوع به عرف و سیره کجاست ؟
۳. دلیل ارجاع به عرف با توجه با اقسام صحیح و فاسد آن چیست ؟
۴. عرف در چه مواردی ، منبعی مستقل برای استنباط است ؟

فرضیات پژوهش :

۱. عرف اعم از سیره است و عرفی که مستمراً مبنای عملکرد عقلاء قرار گرفته باشد ، سیره نامیده می شود .
۲. مرجعیت عرف در اموری مثل تشخیص موضوعات و معانی الفاظ و احیاناً در استنباط احکام شرعی است.
۳. رجوع به عرف در مواردی مانند تشخیص موضوعات از باب رجوع به خبره است و در موارد استنباط احکام متوقف بر اثبات وجود سیره عقلاء و عدم ردع شارع از آن است .
۴. عرف در استنباط احکام مستقل نیست و بلکه بازگشت به سنت دارد . اما در تشخیص موضوعات منبع مستقلی به شمار می رود .

اهداف پژوهش و ضرورت آن :

الف (ضرورت :

امروزه عرفیات در جوامع بشری اشکال متنوعی پیدا کرده و در حال گسترش است . در کتابهای مختلف حقوقی عرف و عادت در کنار قانون ، رویه های قضایی و نظریات دکترین حقوقی جزء منابع حقوقی بشمار میرود. در سراسر کتب فقهی نیز صحبت از عرف است و در زمانی که ظاهراً علوم و تکنولوژی امروزه نبوده ، نظیر نظام اجتماعی شهیدین ، عرف کاربرد فراوان در فقه آن زمان داشته است . اما با این وجود می بینیم که عرف از دیدگاه امامیه جزء ادله احکام شناخته نشده است . بنابراین بررسی و تنقیح جایگاه حقیقی استناد به این مبنا در استنباط احکام ضروری می نماید . چرا که در غیر این صورت نا خودآگاه با استفاده از بنای عقلاء یا عرفیات مستحدث ، خارج از چهارچوب

حجیت ، موجب انحراف در پویایی فقه خواهد شد . تا جایی که برخی بیان نموده اند که رمز پویایی فقه اسلامی در این است که خود را با این عرفیات مستحدث هماهنگ نماید .

ب) هدف :

این پژوهش با توجه به موضوع و عنوان خود اهداف ذیل را دنبال می کند که از جمله آن موارد زیر است :

۱- شناخت دیدگاه امامیه در رابطه با طرق استنباط احکام

۲- روشن سازی جامعیت و بسندگی ادله معرفی شده برای استنباط و عدم نیاز به رجوع به منابع

دیگر

۳- شناخت میادین حقیقی حجیت عرف و سیره در فقه امامیه

۴- بررسی ملاک حجیت عرف ، سیره ی عقلاء و سیره ی متشرعه

پیشینه پژوهش :

اکثر تحقیقاتی که در رابطه با موضوع عرف در استنباط احکام صورت گرفته است ، بدون پرداختن به دلیل اعتبار و عدم اعتبار عرف و یا حیثیتی که مدّ نظر امامیه بوده است ، صورت گرفته و به ذکر مواردی در استناد به عرف در فقه و اصول اشاره شده و یا به بررسی عرف در سایر نظام های حقوقی پرداخته شده است و بررسی ملاکات حجیت ادله در مورد عرف که بحثی اصولی و مبنایی خواهد بود بسیار کم مورد توجه قرار گرفته است.

اهم تحریرات صورت گرفته در این عنوان به قرار زیر است :

الف) کتاب :

- کتاب **فقه و زمان** نوشته رحیمیان ، سعید (شیراز : نوید ، ۱۳۷۹ ه ش .) که

نویسنده در بخشی از کتاب خود در راستای بررسی اصول کلی و مبانی حاکم بر احکام

شرعی به کنکاش در بعضی از منابع استنباط احکام پرداخته و برای این منظور مبادی

تصوری بحث - که از جمله آن بررسی انواع علل در احکام است - و روشهای استکشاف

مناط را مورد بررسی قرار داده است اما در خصوص تطبیق مباحث بر منبع مورد نظر تحقیق

حاضر که همان عرف می باشد، بسیار ناقص و کوتاه است.

ب) پایان نامه :

- پایان نامه **جایگاه عرف در فقه و حقوق اسلامی** ، مرضیه باغستانی میبدی ، به راهنمایی آیت الله سید محمد موسوی بجنوردی و مشاوره علیرضا فیض ، پایان نامه کارشناسی ارشد ، دانشگاه تهران ، دانشکده الهیات که در تاریخ خرداد ۱۳۷۳ دفاع شده است ، به طور مستقل و مجزا در کنار نقش عرف به بررسی جایگاه سیره در استنباط احکام پرداخته نشده است همچنین نحوه ی بکار گیری عرف در موضوعات و متعلقات احکام و شیوه ی استنباط حکم مورد بررسی قرار نگرفته است ، اگر چه در ذیل عنوان نقش زمان و مکان در اجتهاد ، تا حدودی به نقش تحول عرف و تأثیر آن بر تغییر احکام پرداخته شده است ، اما لازم است که این موضوع با بسط و تفصیل بیشتری مورد بررسی قرار گیرد .

- پایان نامه **نقش عرف به عنوان یکی از منابع حقوق** ، حسین و کیلیان ، به راهنمایی حامد قاسمی و مشاوره خامی زاده ، پایان نامه کارشناسی ارشد ، دانشگاه شهید بهشتی ، دانشکده حقوق ، که در تاریخ ۷۹-۱۳۷۸ دفاع شده است ، جایگاه عرف را به عنوان یکی از منابع اختلافی و یا فرعی برای احکام اسلامی به عنوان یک سیستم حقوقی در کنار منابع متفق علیه مورد بررسی قرار داده است . اگر چه در حقوق عرف و عادت مثل روح قانون یکی از وسائل استنباط شناخته شده اما به مبانی فقهی شیعه و تنقیح جایگاه حقیقی استناد به این مبنا اشاره نشده است .

ج) مقالات :

- از میان مقاله های موجود ، مقاله ای با عنوان **مرجعیت عرف در تطبیق مفاهیم بر مصادیق** ، نوشته ابوالقاسم علیدوست که در سال اول مجله فقه و حقوق ، شماره ۲، (پاییز ۱۳۸۳) می توان برشمرد . نویسنده در این مقاله در صدد تبیین مجاری عرف در موضوعات و مفاهیم عرفی بوده است اما در راستای بحث مرجعیت عرف در تطبیق مفاهیم عرفی بر مصادیق ابتدا لازم است تا در باب مفاهیم عرفی و جایگاه عرف در تشخیص مفاهیم موضوعات قضایای فقهی سخن گفته شود که در مقاله مزبور مورد توجه نبوده است . همچنین در مقاله **عرف از دیدگاه محقق اردبیلی** نوشته سید علی حسینی که در مجله فقه (کاوشی نو در فقه اسلامی) ، شماره ۹

(پاییز ۱۳۷۵)، قابل دسترسی است گزیده ای از دیدگاه علمای متقدم و معاصر را در زمینه قلمرو گزاره های احکام شرعی و نقش عرف در برابر سازی این گزاره ها بر نمونه ها و تشخیص آنها و به عبارتی کیفیت تعیین موضوعات در عرف تبیین شده است اما به بحث اثبات حجیت یا عدم حجیت عرف به عنوان یک منبع برای استنباط احکام برای موضوعات فوق اشاره نشده است.

روش تجزیه و تحلیل داده ها :

تحقیق از نظر ابزار گرد آوری اطلاعات، کتابخانه ای و روش تجزیه و تحلیل داده ها به صورت نقد و تحلیل محتوایی است.

ترتیب و شیوه ی بحث :

پاسخ مناسب به سوال اصلی پژوهش، پس از تحلیل مکاتب موجود در باب حجیت عرف، سیره ی عقلاء و سیره ی متشرعه و همچنین بررسی نحوه ی اعمال نظر عرف و سیره در موضوع و دلیل قضایای فقهی، امکان پذیر خواهد بود.

چنین تحلیلی نیازمند آن است که ابتدا مفهوم هر یک از عرف و سیره و اقسام آنها به عنوان موضوع سخن روشن شود که بدین منظور در فصل اول رساله به تبیین مفهوم «عرف» و «سیره عقلاء» و «سیره متشرعه» و همچنین بررسی ارتباط مفهومی بین آنها و منشاء و مبادی هر کدام پرداخته شد.

در فصل دوم کلام که به منظور تحلیلی بر حجیت عرف و سیره ترتیب داده شده است، به عنوان مقدمه ابتدا بحثی در باب چرایی انحصار ادله احکام در چهار دلیل ارائه شده تا ملاک دلیلیت را در ادله احکام بررسی کنیم و همچنین در رابطه با دلیل عقل و تفاوت آن با بنای عقلاء مباحثی بیان شده است تا حیطه سخن در تحلیل حجیت سیره را روشن نماییم. سپس به ارائه اقسام کاربرد عرف و سیره در استنباط احکام و همچنین تحلیل مکاتب موجود در باب حجیت هر کدام پرداخته شده و نقدهای وارده بر هر یک از این مکاتب نیز ارائه شده است. در ادامه پس از تعیین محدوده ی عرف و سیره ی قابل استناد به عنوان دلیل حکم، ادله موجود در باب اعتبار آنها مورد بررسی قرار گرفته است.

فصل سوم تحت عنوان «بازتاب عرف و سیره در آثار فقیهان» تنظیم شده است که در خلال آن کیفیت اعمال نظر عرف، سیره ی عقلاء و سیره ی متشرعه در بخش موضوعات و متعلقات حکم و نحوه ی استناد به آنها در استنباط از دلیل بررسی شده است، ضمن آنکه به نمونه هایی از نقش آفرینی

هر کدام در علم فقه، قواعد فقه و علم اصول اشاره شده است. همچنین در این بخش به نقش زمان و مکان در تحول موضوعات عرفی و نحوه ی دگرگونی موضوعات احکام در بستر زمان و مکان پرداخته شده و عرفی را که قابلیت دارد تا در تشخیص مفهوم و مصداق موضوعات عرفی مرجع قرار گیرد، تعیین شده است. همچنین در این فصل سعی شده است تا در خلال ارائه تحلیلی در باب اندیشه عرفی شدن دین، انحرافات را که در مبانی این اندیشه وجود دارد بررسی نماییم.

در فصل چهارم رابطه عرف و سیره را با عناوین همسو و مرتبط با آنها مثل «عادت»، «اجماع»، «مصلحت» و «قانون» مورد بررسی قرار داده و نظرات مطرح در رابطه با ارتباط معنایی این عناوین بیان و مورد نقد قرار گرفته است.

فصل اول

تبیین مفهوم عرف و سیره

بخش اول: تبیین مفهوم عرف

بخش دوم: تبیین مفهوم سیره

بخش سوم: منشاء عرف و سیره

بخش چهارم: مقایسه عرف و سیره

بخش اول : تبیین مفهوم عرف

گفتار اول : تعریف عرف

بند اول : عرف از دیدگاه لغت شناسان

در کتابهای مختلف لغت ، تعاریف و معانی مختلفی برای عرف ذکر شده است که می توان آنها را در چند کاربرد تقسیم بندی نمود .

الف) کاربرد مصدری : برخی از لغت شناسان عرف را به صورت مصدری و به معنای «تتابع و اتصال و پی در پی بودن» دانسته اند ^۱، همچنین بنا بر وجهی ^۲، «قرار ، آرامش و سکون» ، و نیز «معرفت و شناخت» معنای مصدری عرف معرفی شده اند .

(عرف الفرس) که به معنای یال اسب می باشد با توجه به معنای اول عرف وضع شده است ، زیرا موهای یال اسب به طور متراکم و پشت سر هم رویده اند ، و واژه های (معرفت) و (عرفان) نظر به معنای دوم عرف دارند ، زیرا معرفت و عرفان برای فردی که چیزی را نمی شناسد ایجاد سکون و آرامش می نماید . در واقع ریشه «معرفت و عرفان» به «سکون و طمانینه» بر می گردد . همچنین (عَرَفَ) نیز که به معنای بوی خوش است از همین ریشه می باشد زیرا بوی خوش نیز موجب سکونت و آرامش می شود.

ب) کاربرد اسم مفعولی : عرف در معنای «امر شناخته شده و متداول میان مردم» ، «فعل پسندیده از ناحیه عقل یا شرع» ، «خوی و عادت» و «اصطلاح» معنای اسم مفعولی عرف را ترتیب می دهند .

ابن منظور می گوید :

«المعروف كالعرف : والمعروف ما يستحسن من الأفعال..... وألعرف وألعارفة

^۱ جوهری ، اسماعیل بن حماد، **الصحاح (تاج اللغة وصحاح العربية)**، تحقیق احمد عبد الغفور عطار بیروت : دارالعلم للملایین ، ۱۹۷۹ م ، ج ۴ ، ۱۴۰۱ ؛ فراهیدی ، خلیل بن احمد ، **کتاب العین** ، قم : دارالهجره ، ۱۴۰۵ ق ، ج ۲ ، ص ۱۲۲ .
^۲ ابن فارس بن زکریاء ، احمد ، **معجم مقاییس اللغة** ، مصر : شرکة مکتبة و مطبعة الحلبي ، ۱۳۸۹ ق ، ج ۴ ، ص ۲۸۱ .
تعبیر ابن فارس «السکون ، الطمانينة» ، و المعرفة و العرفان» است ، این چهار واژه هم در معنای مصدری کاربرد دارند و هم اسم مصدری ، و احتمال کاربرد دوم در اینجا قوی تر است .

والمعروف واحدٌ، ضدُّ النكر و هو كلُّ ما تعرفه النفس من الخير و تبساً به

تطمئن اليه ^۳»

ایشان برای تعریف عرف، آن را با معروف یکی دانسته و به عنوان امر شناخته شده ای که موجب سکون و آرامش نفس می شود معرفی می نماید .

همچنین خلیل ابن احمد در تعریف عرف آن را امری که پسندیده و شناخته شده است می داند ^۴.

راغب اصفهانی در رابطه با ملاک پسندیده بودن در عرف می نویسد :

« کلمه معروف اسمی است برای هر فعل پسندیده ، که پسندیده بودن آن توسط

شرع و یا عقل شناسایی شده باشد ، و منکر آن چیزی است که زشتی و

ناپسندی آن توسط عقل یا شرع شناخته شده باشد ، و عرف و معروف هر دوی به

معنای احسان و عمل نیک می باشند . لذا خداوند می فرماید : (و امر بالعرف) ^۵»

ج (کاربرد اسم مصدری : عرف در معنای «اسم برای اعتراف و اقرار» و « معرفت و عرفان»

از جمله مصادیق کاربرد اسم مصدری عرف می باشد که برخی از لغت شناسان به آن اشاره نموده اند ^۶.

البته واضح است که برخی از این معانی بیان شده برای عرف ، معنای مستقلی برای این واژه نیستند ، بلکه مورد استعمال و زیر مجموعه معنای دیگر هستند ، بنابراین برخی از علماء اهل لغت در صدد برآمده اند تا معانی اولیه ای را که سایر معانی عرف بدان ها برمی گردد شناسایی و معرفی نمایند.

صاحب کتاب «معجم مقاییس اللغة» در این رابطه می گوید:

«عرف بر دو اصل و معنا دلالت می کند ، اول : تنابع و اتصال بعضی اجزای

^۳ ابن منظور ، جمال الدین محمد بن مکرم ، **لسان العرب** ، بیروت : دارمکتبة الاحیاء ، بی تا ، ج ۹ ، ص ۲۳۹ .

^۴ فراهیدی ، **کتاب العین** ، ج ۲ ، ص ۱۲۱ .

^۵ « و المعروف اسم لكل فعل يعرف بالعقل او الشرع حسنه ، و المنکر ما ينکر بهما و قال تعالى : (و أمر بالعرف و انه عن المنکر ...) » : راغب اصفهانی ، ابو القاسم الحسین بن محمد بن الفضل ، **المفردات فی غریب القرآن** ، بی جا : دفتر نشر الکتاب ، ج ۲ ، ۱۴۰۴ ق ، ص ۳۳۲ - ۳۳۱ .

^۶ معلوف ، لويس ، **المنجد فی اللغة و الادب و العلوم** ، بیروت : المطبعة الکاثولیکية ، ج ۱۵ ، ۱۹۵۶ م ، ص ۵۰۰ .

یک چیز به اجزای دیگر آن ، دوم : سکون و طمانینه .^۷

که البته عبارت ایشان خالی از نقص نیست ، چرا که در ادامه ، تغییر عقیده داده و معنای سوم را نیز برای عرف بیان نموده است که : «و الأصل الآخر المعرفة والعرفان» در صورتی که همانگونه که قبلاً بیان شد این اصل و ریشه به سکون و طمانینه بر می گردد.

در همین راستا در کتاب «التحقیق فی کلمات القرآن الکریم» آمده است که :

«معنای اولیه و پایه ای در ماده «عرف» بیش از یک معنا نیست و آن «اطلاع و شناخت خصوصیات و آثار چیزی» است ، شناختی که معروف را از غیر خودش جدا نماید ، از این رو «معرفت» اخص از «علم» است ، بنابراین «معروف» به چیزی گفته می شود که «شناخته شده ، مورد اطلاع و ممتاز از غیر خود است» در مقابل «منکر» که از جهت خصوصیات و آثار ، مجهول است ؛ و «عرف» به «شیء آشکار ، بلند و شناخته شده» گویند .^۸

این محقق همچنین معتقد است که آنچه در معنای «معروف» بیان شد ، اقتضا می کند که «معروف» همیشه مورد پسند و مطلوب نزد عقل باشد .^۹ در حالی که در نقد این سخن می توان گفت هیچ تلازم و پیوندی بین «شناخته شده» در آثار و خصوصیات و متمایز از غیر «با» نیکویی و مطلوبیت عقلی « نیست . چرا که امر قبیح و فعل ناپسند نیز می تواند «معروف و متمایز از غیر» باشد . علاوه اینکه اگر چه برخی از معانی بیان شده برای «عرف» به دیگری بر می گردد و رابطه برخی با برخی دیگر رابطه لازم و ملزوم است^{۱۰} اما اجتهاد و اعمال نظر در لغت ، تا به شاهد و دلیلی مستند نباشد ، ارزش علمی نخواهد داشت . برگرداندن چند معنا در یک ماده به یک یا چند اصل و تعیین آنها، در صورتی از اعتبار برخوردار است که مورد ارتکاز کسانی که این ماده را در آن معانی استعمال می-

^۷ ابن فارس بن زکریاء ، معجم مقاییس اللغة ، ج ۴ ، ص ۲۸۱ .

^۸ مصطفوی ، حسن ، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم ، تهران : وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی ، ج ۱ ، ۱۴۱۶ ق ، ج ۸ ، ص ۹۸-۹۷ .

^۹ همان .

^{۱۰} معنای «قرار ، آرامش و سکون» ، «معرفت و عرفان» ، «امر شناخته شده و متداول بین مردم» و «خوی و عادت» همگی لازمه معنای «فعل پسندیده از ناحیه عقل یا شرع» می باشد .

کنند، باشد. همچنان که ارجاعی که در کتابهای معجم مقایس اللغة و التحقیق فی کلمات القرآن الکریم ادعا شده است، تنها در صورتی قابل پذیرش است که مرتکز و نهاده در ذهن عرب باشد، و در غیر این صورت قابل پذیرش نیست و به نظر می رسد این دو سخن اخیر و این نحوه برگرداندن معانی از حدّ حدس و استحسان فراتر نمی رود.^{۱۱}

اما آنچه مسلم است این است که عرف در لغت، در معانی عادت، فعل پسندیده و امر متداول بین مردم - که مورد نظر ما در این نگارش است - استعمال می شود.

بند دوم: کاربرد واژه عرف در قرآن

واژه عرف در قرآن نیز به کار رفته است و از آنجا که توجه به این کاربرد می تواند در روشن شدن مفهوم عرف مفید باشد، مختصری به مفهوم قرآنی عرف خواهیم پرداخت.

عرف در قرآن ۲ بار به کار رفته است، یکبار در آیه «والمرسلات عرفاً»^{۱۲} که در این آیه، عرف در یکی از معنای لغوی ذکر شده برای آن، به کار رفته است که همان تتابع و پشت سر هم بودن است و مراد رسولانی است که پشت سر هم می آیند.^{۱۳}

بار دوم عرف در قرآن به معنای معروف آمده است. در آیه ۱۹۹ سوره اعراف که طبق نقل احادیث مختلف از جامع ترین آیات اخلاقی و اجتماعی قرآن محسوب می شود، آمده است که: «خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلین»^{۱۴}.

شیخ طوسی درباره این آیه می گوید:

«عرف یعنی معروف و آن هم هر چیزی است که انجام دادن آن در شرع و

عقل حسن باشد و در نزد عقلاء منکر و قبیح شمرده نمی شود»^{۱۵}.

^{۱۱} علیدوست، ابوالقاسم، **فقه و عرف**، تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چ ۳، ۱۳۸۶ ش، ص ۴۶.

^{۱۲} مرسلات ۷۷/۱: (سوگند به فرشتگانی که پی در پی فرستاده می شوند).

^{۱۳} جوهری، **الصحاح (تاج اللغة و صحاح العربیه)**، ج ۴، ص ۱۰۴۱.

^{۱۴} (طریقه عفو و بخشش را پیش گیر و امت را به نیکوکاری امر کن و از مردم نادان روی گردان).

^{۱۵} طوسی، محمد بن حسن، **التبیین فی تفسیر القرآن**، بیروت: إحياء التراث العربی، بی تا، ج ۵، ص ۶۲.

ایشان در ذیل همین آیه روایتی را از پیامبر نقل می کند که براساس آن ، مراد از عرف صله رحم با کسانی است که با آنها قطع رابطه شده ، بخشش به کسی است که تو را محروم داشته و عفو از ظالم می باشد ^{۱۶}. که همگی این موارد ، از مصادیقی است که عقل و شرع آن را حسن و نیکو می داند و لذا انجام آن پسندیده می باشد.

علامه طباطبایی در تفسیر آیه مذکور می گوید :

« عرف همان چیزی است که عقلای جامعه آن را به عنوان معروف می شناسند ، و

اعم از سنت ها و آداب نیکو و شایسته ای است که در بین مردم رایج است » ^{۱۷}.

نکته مورد توجه ایشان ، جایگاه عقل اجتماعی است که ملاک تشخیص عرف شناخته شده است و طبیعی است که عقل اجتماعی متأثر از یک سلسله عوامل متعدد و گوناگون مانند زمان ، منطقه جغرافیایی ، سطح فرهنگ و سواد مردم ، پیشرفت علم و تمدن و سایر مسائل دخیل در فرایند عقل اجتماعی است . و چون این امور همواره در حال تغییر و تحول هستند ، بدیهی است که عرف و معروف جوامع هم تغییر می کند . اما نکته مهم آن است که عرف هر جامعه و عصری برای خودش معتبر است ، و مادام که همان شرایط باقی است اعتبار دارد ، اما اگر عرف تغییر کرد مردم مجبور به رعایت عرف سابق نیستند .

علمای اهل سنت نیز در تفسیر و معنای این واژه ، سخنی همانند آن چه گفته شد را بیان داشته اند.

به عنوان مثال صاحب تفسیر «الکشاف» می نویسد :

«وَالْعَرَفُ : الْمَعْرُوفُ وَالْجَمِيلُ مِنَ الْأَفْعَالِ» ^{۱۸}

همچنین در تفسیر کبیر فخر رازی ، چنین آمده است :

«وَالْعَرَفُ وَالْعَارِفَةُ وَالْمَعْرُوفُ هُوَ كُلُّ أَمْرٍ عَرِفَ أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنَ الْإِتْيَانِ بِهِ وَ أَنَّ وَجُودَهُ

^{۱۶} همان ، ج ۵ ، ص ۶۴ .

^{۱۷} «العرف هو ما يعرفه عقلاء المجتمع من السنن و السير الجميلة الجارية بينهم ، بخلاف ما ينكره العقل الاجتماعي من الاعمال النادرة الشاذة» : طباطبایی ، محمد حسین ، **الميزان في تفسير القرآن** ، تهران : اسلامیه ، ۱۳۶۲ ش . ج ۸ ، ص ۳۹۶ .

^{۱۸} زمخشری ، جار الله محمود بن عمر ، **الکشاف عن حقائق غوامض التّنزيل و عیون الأقاویل فی وجوه التّأویل** ، بی جا : نشر ادب الحوزه ، بی تا . ج ۲ ، ص ۱۹۰ .

بنابراین می بینیم که واژه ی عرف در قرآن بار ارزشی مثبت دارد و تنها به آنچه که به نیکویی در بین مردم شناخته شود ، تفسیر شده است . در حالی که در معنای لغوی ، صرف شناخته شده بودن امری در بین مردم نیز موجب معروف بودن آن می باشد و لزوماً بار ارزشی مثبت ندارد ، اگر چه به این معنا نیز آمده است .

کلمه معروف از جمله واژگانی است که ارتباط نزدیکی با واژه عرف دارد و در قرآن ۳۲ مرتبه به کار رفته است . با نگاهی گذرا به موارد استعمال این دو واژه روشن می شود 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 ، و بار ارزشی، اخلاقی و اصلاحی دارد با این که در لغت ، تا زمان ابن اثیر^{۲۰} (۵۴۴ - ۶۶۰ ه. ق) دیده نشد که چنین باری به این دو واژه ، و جهت ضد اخلاقی و اصلاحی به واژه «منکر» داده باشند ، اما همانگونه که بیان شد در قرآن و به تبع آن ، در متون تفسیری و روایی ، چنین کاری صورت گرفته است ، که به نمونه های از این آیات اشاره می شود :

وصیت : الوصیة للوالدین و الأقربین بالمعروفِ حقاً علی الممتقین (بقره ۲ / ۱۷۸)

طلاق : الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريحاً بإحسان (بقره ۲ / ۲۲۹)

نکاح : فلا تعضلوهنَّ أن ینکحنَّ أزواجهنَّ إذا تواضوا بینهم بالمعروف (بقره ۲ / ۲۳۲)

نفقه : و علی المولود له رزقهنَّ و کسوتهنَّ بالمعروف (بقره ۲ / ۲۳۳)

امر به معروف : و لتکن منکم أمه یدعون إلی الخیر و یأمرون بالمعروف (آل عمران ۳ / ۱۰۴)

بند سوم: تعریف اصطلاحی عرف

الف) در اصطلاح فقهاء و اصولی ها

فقهاء و اصولی ها اگر چه در بسیاری از مسائل فقه و اصول ، عرف را مد نظر قرار داده اند و بدان

^{۱۹} رازی ، فخر الدین ابو عبد الله محمد بن عمر ، التفسیر الکبیر ، بیروت : دار الفکر، ج ۱ ، ۱۴۰۱ ق ، قم : مکتب الاعلام الاسلامی، ج ۵ ، ص ۹۶ .

^{۲۰} البته در برخی از کتب لغت که ناظر به واژه های قرآنی است ، (مثل مفردات راغب) با این که قبل از ابن اثیر سامان یافته ، بار ارزشی در این دو واژه قرار داده شده است .

استناد نموده اند، لکن نوعاً در صدد تعریف آن بر نیامده اند، و با پیش فرض های ذهنی خود درباره آن، آن را در جای جای دانش فقه و اصول بکار گرفته اند. فقها و اصولی های معاصر نیز بر اثر رویارویی و آشنایی با دانش حقوق و به جهت تطبیق و سازگاری فقه با آن به طرح این بحث روی آورده و تا حدود زیادی در ارائه بحث خود از دانش حقوق متأثر بوده اند، همچنان که بررسی و مطالعه نوشته های ایشان درستی این سخن را گواهی می دهد. بنابراین کم اند فقها و اصولی هایی که بحث مستقلی را درباره عرف ارائه کرده و تنها از دیدگاه فقهی و اصولی به آن پرداخته اند. علاوه اینکه برای هر محقق قابل فهم است که رسیدن به معنایی روشن و جامع و مانع در مورد این عنوان، بسیار مشکل است و نمی توان به تعریف کامل و مقبول همگان در این باره دست یافت. در این مجال به تعدادی از این تعاریف اشاره کرده و در پایان تعریف مختار را ارائه خواهیم نمود:

محمد تقی حکیم، دو تعریف برای عرف ذکر می نماید یک تعریف از قول جرجانی است و عرف را چیزی دانسته است که مورد پذیرش نفوس انسانها است و به دلالت عقل و طبایع انسانی آن را پذیرفته اند. تعریف دیگری را هم از استاد علی حیدر نقل می نماید که عرف و عادت عبارت است از امری که در نفوس انسانها استقرار یافته و به واسطه تکرار، ملکه انسان های سلیم الطبع شده باشد.^{۲۱} خود وی به این دو تعریف ایراد وارد می سازد، چرا که در این تعاریف قید عقل و نفس صحیح، وجود دارد بنابراین این تعاریف شامل عرف فاسد نمی شوند با اینکه همه آنها عرف را به صحیح و فاسد تقسیم می کنند.^{۲۲}

باوجود ایراد وارده به تعریف جرجانی، قبل از ایشان تعریفی شبیه به این تعریف که شاید کهن-ترین تعریف از عرف باشد و با بیش ترین اقبال مواجه گردیده به غزالی در «المستصفی من علم اصول

^{۲۱} «فقد عرفه الجرجانی بقوله: «العرف ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول و تلقته الطبائع بالقبول: سلم الوصول إلى علم الأصول، حافظ بن أحمد آل حکمی، ص ۳۱۷.... و عرفه الاستاذ علی حیدر فی شرحه للمجله عندما عرف العادة بقوله: (هی الامر الذی یقرر بالنفوس و یكون مقبولا عند ذوی الطبائع السلیمة بتکراره المرة بعد المرة: الوصول إلى علم الأصول، حافظ بن أحمد آل حکمی، ص ۳۱۷...): «حکیم، محمد تقی، **الأصول العامه للفقه المقارن**، بیروت: موسسه آل النبی، ۱۹۷۹ م، ص ۴۱۵.

^{۲۲} همان.

الفقه « نسبت داده شده است^{۲۳} که عرف را امری دانسته است که در جان انسان ها جای می گیرد و طبع سالم و غیر آلوده به شهوات آن را می پذیرد . عناصر سه گانه : شیوع بین انسان ها و استقرار در نفوس آن ها و منشاء عقلانی داشتن و پذیرفتن طبع سالم آدمی از شاخصه ها و فصول عرف در این تعریف است ، مناقشاتی به این تعریف وارد است ؛ در این تعریف جنس و ماهیت عرف امری قرار داده شده که موطن آن جان انسان ها است نه اینکه عینیت خارجی داشته باشد . علاوه اینکه اگر مراد از استقرار در نفوس از راه عقل ، توافق همه عقلاء باشد ، این تعریف به عرف عام اختصاص می یابد و شامل عرف های خاص نمی شود و اگر مقصود ، جمع خاصی از نفوس باشد این ، موجب استقرار در نفوس نمی شود و اختصاص به همان جمع کوچک یا بزرگ پیدا می کند .

در همین راستا در برخی از تعاریف ، از عرف با عنوان «سیره » نام برده شده است و گاه با افزودن واژه «عقلاء» به آن در صدد تقیید و محدود کردن ، و یا توسعه و گسترش دایره شمول آن بوده اند^{۲۴} گروهی نیز در تقیید دایره شمول عرف ، راه مبالغه را پیموده و به غلط در مسیر تخصیص و تفسیر عرف کوشیده اند و بر این باورند که منظور از عرف عمل کسانی است که در زمان صدور و خطابات و ادله شرعی حضور داشته و مخاطب بی واسطه و مستقیم پیام وحی و سخنان پیامبر و معصومین بوده اند .^{۲۵} اشتباه واضح این بیان این است که عرف یک پدیده مردمی است و نباید در تعریف آن ، تنها عمل گروه خاصی از مردم را عرف دانست !

در برخی تعاریف دیگر ، عرف عملی تعریف شده است که اکثریت مردم آن را به طور مکرر و ارادی ، بدون احساس نفرت و کراهت انجام می دهند و گاه در تعبیر فقها آن را بنای عقلاء خوانند و گاهی نیز به آن سیره عملی گویند .^{۲۶} و یا آنکه عرف را یک سلسله استظهارات کلامی ، گفتاری و رفتاری و بنائات نسبت به فعل و ترک و یا اراده گوینده کلام ، تعریف کرده اند که در بین عموم

^{۲۳} به نقل از : محمد جعفری لنگرودی ، محمد جعفر ، **دانشنامه حقوقی** ، تهران : انتشارات امیر کبیر ، ج ۴ ، ص ۱۳۷۵ ش ؛ ج ۲ ، ص ۵۸ .

^{۲۴} در این خصوص دو تعریف ارائه شده در کتاب **الاصول العامه للفقهاء المقارن** (محمد تقی حکیم) ص ۱۹۷ ، با تعریف بیان شده در کتاب **بحوث فی علم الاصول** (محمود هاشمی) ج ۴ ، ص ۱۲۷ ، با یکدیگر مقایسه شوند .

^{۲۵} رجبی ، حسین ، **کاربرد عرف در استنباط** ، مجله کیهان اندیشه ، شماره ۴۸ ، خرداد و تیر ۱۳۷۲ ، ص ۱۲۷ .

^{۲۶} عمید زنجانی ، عباسعلی ، **فقه سیاسی** ، تهران : امیر کبیر ، ۱۳۶۶ ش ، ج ۲ ، ص ۲۱۷ .

مردم و یا اقوام و جماعت خاصی ، به جهتی از جهات فطرت ، عقل و یا قرار دادهای اجتماعی و یا هواهای نفسانی و غیره ، به وجود آمده و رواج دارد ^{۲۷} که در این تعاریف نیز روی عنصر الزام آور بودن عرف و تفاوت آن با آداب و رسوم تاکید نشده و لذا مانعیت تعریف مخدوش شده است .

تعریف مختار :

با توجه به عناصری که برای شکل گیری عرف ذکر شده است و ما در گفتار دوم به طور مفصل به آن خواهیم پرداخت ، می توان برای عرف دو عنصر اساسی را نام برد و سپس با توجه به آنها عرف را تعریف نمود :

عنصر مادی ؛ که همان گفتار و یا فعل معینی است که در میان عموم مرسوم باشد و البته مقصود از عمومیت ، عمومی بودن آن در میان همه مردم جامعه نیست بلکه می تواند در میان دسته ای از مردم که شغل و یا اقامتگاه معینی دارند جنبه عمومی پیدا کرده باشد و عمومیت به حدی برسد که بتوانیم آن را شایع و رایج بدانیم .

عنصر معنوی ؛ که همان اعتقاد به الزام آور بودن یک عادت ، نزد مراعات کنندگان آن عادت می باشد و لذا آداب و رسوم که چنین عنصری را ندارند ، عرف به حساب نمی آیند .

به لحاظ این دو ویژگی می توان گفت عرف عبارت است از جریان مستمر یک رفتار و یا سلوک ویژه همگانی برخاسته از فهم و بناء یا داوری مستمر مردم در انجام یا ترک یک فعل ، خواه گفتار باشد و یا کردار که پیروی از آن را بر خود لازم می دانند و به صورت تدریجی در میان ایشان شکل گرفته و در نزد آنها به صورت قانون مجعول و مشروع در نیامده باشد .

با توجه به آنچه بیان شد می توان برخی تعاریف را به تعریف صحیح از عرف نزدیک بدانیم از جمله تعریفی که در آن عرف را جریان مستمر سلوکی همگانی یا اختصاصی گروهی از جامعه بر انجام یا ترک یک کار خواه گفتار باشد و یا کردار معرفی کرده است که در عین حال پیروی از آن

^{۲۷} خرازی ، محسن ، مصاحبه مندرج در کتاب مجموعه مقالات کنگره نقش زمان و مکان در اجتهاد ، ۱۳۷۴ ش ، ج ۱۴ ، ص ۱۵۲ .

را بر خود لازم می دانند.^{۲۸} اگر چه در این تعریف نیز به خواستگاه عرف که همان داوری مستمر مردم و بنا گذاری ایشان است، اشاره نشده است.

ب) در اصطلاح حقوقدانان

حقوقدانان با توجه به شاخه های متعدد حقوق، برای عرف تعاریف گوناگونی را بیان داشته اند، و با توجه به اختلاف موجود در این تعاریف، روشن است که نمی توان تعریفی حقیقی برای عرف ارائه نمود که قابل انطباق و پذیرش از سوی همه شاخه های حقوق باشد. لذا، در مقام تعریف اصطلاحی حقوق از عرف، ناچار هستیم یک تعریف کلی ارائه کنیم تا در تمام شاخه های حقوق شمولیت داشته باشد و نوع حقوقدانان نیز نسبت به آن اقبال نشان دهند.

اشاره شد که حقوقدانان تعاریف متعددی از عرف ارائه نموده اند گاه از آن به مجموعه ی مقرراتی که از سوی شارع اسلام وضع نشده، تعبیر می کنند.^{۲۹} برخی نیز آن را آنگونه که در حقوق فرانسه از آن تعبیر می شود، حکمی دانسته اند که در تمام مملکت یکسان بوده و یکسان نیز مورد عمل قرار می گیرد.^{۳۰} در پاره ای از نوشته های حقوقی نیز، عرف مجموعه قواعدی معرفی شده است که از پدیده های اجتماع استخراج شده و بدون دخالت قانونگذار، به صورت قاعده حقوقی در آمده که البته در این معنا علاوه بر قانون، دیگر منابع حقوق همچون رویه ی قضایی و قواعد ناشی از عقاید علمای حقوق را نیز در بر می گیرد.^{۳۱}

اما با توجه به دو ویژگی تشکیل دهنده عرف که همان کلیت و الزام آوری آن است. شاید بتوان عرف را همان عمل، یا سلسله اعمال و روش هایی دانست که به تدریج در طول زمان بر اثر تکرار، خود به خود و بدون دخالت قوه ی قانونگذاری، در اثر حوایج اجتماعی میان همه افراد جامعه یا گروهی از آن ها به عنوان قاعده ای الزام آور در تنظیم روابط حقوقی بین افراد جامعه مقبول و مرسوم

^{۲۸}. واسعی، محمد، جایگاه عرف در فقه، تهران: اندیشه جوان، ۱۳۸۴، ش، ص ۲۳.

^{۲۹} جعفری لنگرودی، محمد جعفر، حقوق اموال، تهران: انتشارات گنج دانش، ج ۳، ۱۳۷۳، ش، ص ۲.

^{۳۰} نجومیان، حسین، ارزیابی حقوق اسلام، بی جا: شرکت انتشار، ج ۱، ۱۳۴۴، ش، ص ۱۷۴.

^{۳۱} کاتوزیان، ناصر، کلیات حقوق، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۴۹، ش، ج ۲، ص ۱۰۲، ج ۲، ص ۱۰۲؛ همو، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، بی جا: شرکت انتشار، ج ۱۷، ۱۳۷۳، ش، ص ۱۸۸-۱۸۷.

شده است .^{۳۲}

البته آنچه بیان گردید تعریف عرف در «حقوق داخلی»^{۳۳} بود . اما در «حقوق بین الملل عمومی»^{۳۴} عرف تعریف دیگری خواهد داشت . در حقوق بین الملل عمومی ، عرف و عادت از شیوه ی عمل و رفتار دولت ها در ایجاد و بسط مناسبات خود با یکدیگر ناشی می شود ، بدین گونه که در روابط بین الملل ، در نتیجه تکرار این شیوه ی عمل ، ایمان و اعتقاد نسبت به قواعدی پیدا می - شود که به تدریج در روابط مشترک دولت ها جنبه الزامی به خود گرفته و به عنوان معیار سنجش ارزش های حاکم پذیرفته می شود . لذا به موجب بند ۲ ماده ۳۸ اساسنامه «دیوان بین المللی دادگستری»^{۳۵} عرف عبارت است از رویه ی عمومی دولت ها که به صورت قاعده ی حقوقی مورد قبول آن ها قرار گرفته است که ممکن است به صورت جهانی یا منطقه ای یا به صورت دو جانبه در روابط دو کشور با یکدیگر در تکرار امری با موافقت ضمنی آن ها باشد .^{۳۶}

لازم به یاد آوری است که در مواردی حقوق ، در اصل و منشأ خود از عرف و آداب و رسوم مردم به وجود آمده است . چرا که عرف ، قبل از پیدایش قانون و قانونگذاری ، بر جوامع بشری حاکم بوده است . بنابراین عرف از نظر تاریخی بر دیگر منابع حقوقی مقدم می باشد .

گفتار دوم : ارکان حقوقی و عناصر تشکیل دهنده عرف

بررسی مؤلفه ها و عناصر معتبر در واژه های پر بار علمی ، راهی مطمئن برای درک بهتر ماهیت این واژه ها است . در گفتار قبل با تعریف کلمه « عرف » تا حدودی ماهیت این واژه را روشن نمودیم . در این گفتار با بررسی عناصر تشکیل دهنده عرف و شروط «تحقق» آن ، به دنبال علم تفصیلی و درک بهتر حقیقت این واژه می باشیم . چرا که گاه تشخیص و دریافت عرف در میان رفتار های اجتماعی بسیار سخت و دشوار می نماید و چه بسا کسانی که به جهت عدم توجه به این

^{۳۲} جبار گلباغی ماسوله ، در آمدی بر عرف ، ص ۲۵ .

^{۳۳} . (national law)

^{۳۴} . (public international law)

^{۳۵} . (international Court of justice)

^{۳۶} عرفانی ، محمود ، حقوق تطبیقی و نظام های حقوقی معاصر ، انتشارات ماجد ، چ ۴ ، ۱۳۷۳ ش ، ج ۱ ، ص ۴۳

نکته گام در بیراهه پویدند . دانش حقوق برای تسهیل دریافت پدیده عرف وجود عناصری را در تکوین این پدیده لحاظ کرده است از جمله :

عنصر اول : عمل معین که اعم از فعل و گفتار و روشی می باشد که در کنار عناصر دیگر، عرف را تشکیل می دهد.

عنصر دوم : تکرار و استمرار آن فعل و گفتار معین در طول زمان ، به گونه ای که به مدت طولانی آن فعل در میان مردم مرسوم باشد . که البته این مستلزم قدیمی بودن آن ، آنگونه که برخی^{۳۷} معتقدند ، نیست .

عنصر سوم : « اطراد و شیوع » میان مردم . البته مراد از اطراد ، تکرار و فراوانی صد درصد عمل در جامعه نیست ، چرا که در غیر این صورت تقسیم عرف به «عرف مطرد» و «عرف غالب» بی وجه خواهد بود . بنابراین عرف باید به گونه ای فراگیر باشد که بتوان گفت «تقریباً» همه آن را پذیرفته و محترم می شمارند . مثلاً اگر عادت به عنوان عرف در تجارت کالایی مورد استناد قرار می گیرد ، باید در میان بازرگانان آن کالا چنان مرسوم باشد که قریب به اتفاق بازرگانان تخلف از آن را موردی استثنایی و خاص تلقی کنند .

عنصر چهارم : ارادی بودن و عدم جبر و قهر ، از جمله عناصری است که مورد ارتکاز همگان می باشد و سخن محقق نائینی تاییدی است بر این سخن ؛ ایشان پس از طرح قهر و جبر به عنوان یکی از عناصر تکوینی عرف ، می فرماید :

«وَاتَّخَذَهَا الْعُقَلَاءُ فِي الزَّمانِ الْمَتَأَخَّرِ طَرِيقَةً لَهُمْ وَاسْتَمَرَّتْ إِلَى انْ صَارَتْ مِنْ مَرْتَكِزَاتِهِمْ»^{۳۸}

به بیان دیگر عدم احساس کراهت و نفرت پدید آورندگان از پدیده ای که عرف شده است ،^{۳۹} و یا نداشتن منشاء غریزی و فطری^{۴۰} ، در واقع بیانی از ارادی بودن انجام یا ترک آن فعل و یا گفتار ویژه است .

^{۳۷} شایگان ، علی ، حقوق مدنی ، بی جا : انتشارات طه ، ج ۱ ، ص ۱۳۷۵ ش ، ص ۲۹ .

^{۳۸} ، غروی نائینی ، محمد حسین ، فوائد الأصول ، قم : نشر اسلامی ، ۱۳۷۳ ش ، ج ۳ ، ص ۱۹۲ .

^{۳۹} عمید زنجانی ، فقه سیاسی ، ج ۲ ، ص ۲۱۷ .

^{۴۰} جعفری لنگرودی ، محمد جعفر ، مبسوط در ترمینولوژی حقوق ، ج ۴ ، ص ۲۵۲۳ .

عنصر پنجم : صورت قانونی به خود نگرفتن ، که البته یکی از مؤلفه های اختلافی است و بیان می دارد که هر گاه عرف به شکل قانونی درآید دیگر به عنوان عرف از آن یاد نمی شود .

در مقابل این نظر ، دیدگاه لزوم قانونی بودن عرف مبتنی بر این عقیده است که حقوق منبعی جز قانون ندارد و لذا عرف تنها هنگامی الزام آور خواهد بود که از صراحت قانونی برخوردار باشد و طی مصوباتی ، قانونگذار خود آن را تصویب نماید .^{۴۱} در حالی که بسیاری از حقوقدانان معتقدند که قانون منبع اصلی حقوق نیست و تنها ادراک و تبیین آن است و عرف نه تنها نیروی الزام آور در خود دارد بلکه نیروی الزام آور قانون نیز به شمار می رود^{۴۲} البته این دیدگاه نیز قابل مناقشه است چرا که همواره نیروی الزام آوری قانون ، عرف نیست و همه ی قوانین ریشه و اصلی در عرف ندارند .

آری عرف گاهی از آن جهت که عرف است ، به عنوان یک قاعده حقوقی در قانون پذیرفته می شود و آن هم زمانی است که قانون کشور کامل یا صریح نبوده و یا متناقض باشد ، و یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه نداشته باشد ، (بنابراین از یک طرف نمی توان مستقیماً قضیه مطروحه را از مواد قانونی به دست آورد و از طرف دیگر قاضی نمی تواند از صدور حکم استنکاف ورزد) ، در این موارد ، قانون آیین دادرسی مدنی (سابق) در ذیل ماده ۳ خود ، دادرسان را به دو امر راهنمایی نموده است : «..... دادگاه باید موافق روح و مفاد قوانین موضوعه و عرف و عادت مسلم ، قضیه را قطع و فصل نماید » .

عنصر ششم : عقلانی بودن عمل و دخالت عنصر عقل در آن ، که آن نیز از جمله مؤلفه های اختلافی محسوب می شود چرا که برخی معتقدند که این عنصر ، شرط «اعتبار و مشروعیت» عرف محسوب می شود و نه شرط «تحقق» عرف^{۴۳} ، و بدیهی است که آنچه شرط مشروعیت عرف است ، مؤلفه پیدایش آن محسوب نمی شود . در مقابل برخی نیز این مؤلفه را از جمله عناصر تشکیل دهنده عرف می دانند .^{۴۴}

^{۴۱} جوان ، موسی ، مبانی حقوق ، بی نا ، ۱۳۳۷ ش ؛ ج ۲ ، ص ۱۰۷ .

^{۴۲} جعفری لنگرودی ، محمد جعفر ، مقدمه عمومی علم حقوق ، تهران : گنج دانش ، ج ۳ ، ۱۳۷۱ ش ، ص ۳۱ .

^{۴۳} علیدوست ، فقه و عرف ، ص ۶۰ .

^{۴۴} محمدی ، ابوالحسن ، مبانی استنباط حقوق اسلامی ، ص ۲۵۱ ؛ جناتی ، محمد ابراهیم ، «جایگاه شریعت سلف و عرف در منابع اجتهاد» ، مجله کیهان اندیشه ، شماره ۳۳ ، آذر و دی ۱۳۶۹ ش ، ص ۸

به نظر می رسد سخن گروه اول که آن را از جمله شرایط مشروعیت دانسته اند صحیح تر باشد چرا که عرف منشاء های مختلفی دارد که یکی از آنها درک عقل است . بنابراین همه ی عرف ها ، عقلانی نیستند تا اینکه بتوان آن را جزء عناصر متکون عرف دانست .

آنچه تا کنون بیان شد درباره نفس شکل گیری پدیده ی عرف به عنوان یک رفتار اجتماعی است . اما در گذر از یک رفتار اجتماعی به سوی قاعده ای حقوقی ، گذشته از احراز عناصر نام برده شده ، وجود مؤلفه های دیگری که حقوقی بودن عرف بدان وابسته است ، نیز مورد نیاز است .

از دیدگاه جامعه شناسی ، نظامی که تعهد آفرین است ، نظامی مقتدر خواهد بود . حال اگر این اقتدار اعتبارش از بیرون و توسط این احتمال تضمین گردد که انحراف از آن ، در درون یک گروه اجتماعی معین ، با مخالفتی نسبتاً همگانی که اهمیت محسوسی هم دارد ، رو به رو شود و رفتار غیر عادی افراد با فشار های روحی و جسمی در گروه با هدف تحمیل هم نوایی ، به عنوان مجازات نافرمانی ، رو به رو شود ، این چنین نظام اقتداری ، حقوقی تلقی می شود.^{۴۵}

بر این اساس دانش حقوق احراز دو رکن اساسی مادی و معنوی را برای حقوقی بودن پدیده ی عرف به عنوان یک نظام تعهد آفرین در جامعه ناگزیر می داند . همچنان که دکتر ناصر کاتوزیان در این رابطه می گوید :

« از تعریف عرف (قاعده ای که به تدریج و خود به خود میان همه مردم یا گروه ویژه ای از آنان ، به عنوان قاعده ای الزام آور مرسوم شده است) دو عنصر اساسی استخراج می شود که جمع آنها برای ایجاد این قاعده حقوقی ضروری است » .^{۴۶}

در نتیجه برای عرف دو عنصر مادی و معنوی است :

رکن مادی : لازم است عادت قدیم و مستقر وجود داشته باشد که به مدت طولانی میان مردم مرسوم باشد و آنگونه که برخی معتقدند عنصر مادی عرف ، در صورتی کامل است که عمومی و

^{۴۵} وبر، ماکس ، مفاهیم اساسی جامعه شناسی ، ترجمه احمد صدارتی ، نشر مرکز ، چ ۳ ، ۱۳۷۱ش ، ص ۹۴ - ۹۳ .

^{۴۶} کاتوزیان ، ناصر ، فلسفه حقوق ، تهران : شرکت سهامی انتشار ، چ ۱ ، ۱۳۷۷ ش ، ج ۲ ، ص ۴۷۵ به بعد .

پایدار باشد.^{۴۷} منظور از «عمومی بودن»، این نیست که تمام مردم جامعه به آن خو گرفته باشند زیرا بسیاری از عادت ها ویژه محل یا گروهی معین از اشخاص است (مواد ۴۲۶ و ۴۸۶ ق.م)، و در رابطه با مفهوم «پایدار بودن» باید گفت که بدین وسیله عرف از عادت های زودگذر و رسومی که چندی مورد پسند قرار می گیرد، ممتاز می شود و وصف قاعده حقوقی (دوام) را پیدا می کند. به وجود آمدن عرف، ملازمه با تکرار عملی در مدت طولانی دارد.

رکن معنوی: اعتقاد به رعایت پدیده عرف و تنظیم رفتار بر اساس آن بدون آنکه در مجموعه ی قانون یا نظام نامه و آیین نامه ای ثبت و ضبط شده باشد، رکن معنوی عرف را تشکیل می دهد و عرف را الزام آور و موجد تعهد و تکلیف می سازد. در واقع، عرف به واسطه این رکن ضمانت اجرا یافته و از عادت و رسوم جاری در زندگی اجتماعی باز شناخته می شود. بدین جهت به بسیاری از اعمال و عادت ها که مدت ها تکرار شده و جنبه عمومی پیدا نموده، ولی در نظر مردم اجباری نیستند، عرف اطلاق نمی شود. همانند آداب و رسومی که توده ی مردم در طرز برخورد و معاشرت با هم رعایت می کنند.^{۴۸}

گفتار سوم: اقسام عرف

در نگاشته هایی که درباره عرف سامان یافته اند، عرف از منظر های گوناگون تقسیماتی دارد:

بند اول: اقسام عرف به اعتبار موضوع و سبب آن

الف) عرف لفظی (یا عرف قولی یا عرف محاوره و عرف استعمالی)

در گذشته از این عرف با عناوینی همچون (عرف التخاطب)^{۴۹}، (عادة اهل اللغة)^{۵۰} و (عادة اهل

^{۴۷} علوی، محمد تقی، عرف و عادت در حقوق اسلام و ایران، تبریز: دانشگاه تبریز، چ ۱، ۱۳۸۳ش، ص ۲۲۰.

^{۴۸} دفتر همکاری حوزه و دانشگاه، در آمدی بر حقوق اسلامی تهران: سمت چ ۱، ۱۳۶۸ش، ج ۱، ص ۳۶۶.

^{۴۹} باجی، ابو ولید، احکام الفصول فی احکام الاصول، تحقیق عبد المجید ترکی، بی جا: دارالغرب الاسلامی، چ ۲، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص ۲۹۶.

^{۵۰} رازی، فخر الدین ابو عبد الله محمد بن عمر، المحصول فی علم اصول الفقه، بی جا: دار الکتب العلمیه، چ ۱، ۱۴۰۸ق، ج ۱، ص ۳۶۲.

اللسان)^{۵۱} نام برده می شد. زمانی که برای لفظی، معنایی غیر از معنای موضوع له آن بوجود آمده باشد، عرف لفظی بدون نیاز به قرینه، معنای عرفی را می رساند. در این حالت معنای اولی را معنای حقیقی لفظی و معنای دوم را معنای حقیقی عرفی می نامیم و لفظ را حقیقت عرفیه می گوئیم. مثلاً لفظ «دائیه» که معنای لغوی آن «جنبیده» است اما در عرف لفظی به معنای «چهار پا» می باشد، و یا واژه «ولد» که در لغت به معنای «فرزند» است اما در عرف لفظی به معنای «پسر» می باشد. یا کلمه «متکلم» که در لغت یعنی «ناطق» اما در عرف لفظی به معنای «عالم علم کلام» می باشد، همچنین است واژه «فقیه» که در لغت به معنای «مُدرِّک» اما در عرف لفظی، به معنای «عالم فقه» می باشد.^{۵۲}

گاهی عرف لفظی تنها شامل گروه خاصی است که امری مثل زمان، یا مکان، یا شغل و یا فرهنگ، آنها را در این عرف مشترک می سازد، حال اگر اهل این عرف، لفظی را در معنای خاص استعمال کنند، عرف لفظی خاص ایجاد شده است.^{۵۳}

عرف لفظی عام که اغلب مردم در آن شرکت دارند، اگر چه نزدیکترین چیز به بنای عقلاء است، با بنای عقلاء تفاوت دارد، زیرا در بنای عقلاء، هر عاقلی به آن معترف است و بنابراین دو ویژگی همیشگی و همه جایی را دارا می باشد.

ب) عرف عملی

عرفی است که روش فعلی و عملی مردم مبتنی بر آن است و عبارت است از تکرار عمل از طرف اکثر یا تمام افراد یک گروه در زندگی قضایی، اقتصادی و غیره.^{۵۴} در واقع عرف عملی شیوه مشخصی است که مردم در احوال شخصی و معاملات در پیش گرفته اند.

عرف عملی ممکن است عام باشد مانند بیع معاطاتی و یا مثال ورود به حمام عمومی بدون تعیین زمان توقف یا اندازه مصرف آب، یا مقدار بهایی که شخص خواهد پرداخت و ... و یا ممکن است خاص باشد که خود اقسامی دارد نظیر؛ عرف عملی خاص مکانی؛ مثلاً در تهران لباس عروس سفید

^{۵۱} همان، ج ۱، ص ۳۶۲؛ باجی، احکام الفصول فی احکام الاصول، ج ۱، ص ۲۹۶.

^{۵۲} علیان، شوکت محمد، التشریع الاسلامی و القانون الوضعی، الرياض: دار الشّواب، بی تا، ص ۱۱۷.

^{۵۳} فیض، علیرضا، مبادی فقه و اصول، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۹ ش، ص ۲۰۰؛ زرکشی، بدرالدین محمد بن عبد الله، المنتور فی القواعد، بی جا: شرکت دار الکویت للصحافة، ج ۲، ۱۴۰۵ ق، ج ۲، ص ۳۶۲.

^{۵۴} فیض، مبادی فقه و اصول، ص ۲۰۰.

رنگ و در بین عشایر رنگارنگ است^{۵۵} که به آن «عرف بلد» نیز می گویند.^{۵۶}

قسم دیگر از عرف عملی خاص، سیره متشرّعه یا همان شیوه عملی اهل اسلام بر انجام چیزی یا ترک آن می باشد.^{۵۷}

قسم دیگر عرف عملی خاص، عرف اصناف است. مثلاً ممکن است خیاطان، دستمزد کارگران را هفتگی پردازند، اما باغداران به هنگام دریافت محصول این کار را انجام دهند. شاید بتوان عرف عملی زمان پیامبر را نیز به عنوان عرف عملی خاص پذیرفت که در این صورت عرف شارع نامیده می شود.^{۵۸}

بند دوم: اقسام عرف به اعتبار اهل عرف

الف) عرف عام

روشی است که همه یا بیشتر مردم با اختلافاتی که از نظر زمانی، مکانی و محل اقامت، دانش و زبان، رنگ و نژاد و جز اینها دارند، آن را پذیرفته باشند. بسیاری از رفتارهای عمومی جامعه در این قسم از عرف، نظم و سامان می گیرد؛ مانند خضوع و احترام نسبت به انسان کامل و فاضل، نشکستن یقین به وسیله شک، اعتماد به اقوال ثقات و رجوع جاهل به عالم و عرف عام از حیث زمان و مکان در دو معنی به کار برده شده است:

عرف اعصار؛ عرفی که در جمیع اعصار و همه زمان ها، از زمان شارع تا کنون جاری است.

عرف امصار؛ عرفی است که در همه قلمروها و سرزمین اسلامی جاری است.^{۵۹}

ب) عرف خاص

روشی است که از یک گروه خاص (دارای یک زبان و یک مکان و یک کار)، پدیدار می شود. مانند عرف هایی که در یک شهر و یا یک منطقه و یا در بین صاحبان یک کار خاص یا علم خاص و یا فن خاص وجود دارد.

^{۵۵} محمدی، مبانی استنباط حقوق اسلامی، ص ۲۵۲.

^{۵۶} میرزای قمی، ابو القاسم بن محمد بن حسن، جامع الشتات، تهران: کیهان، ۱۳۷۱ ش، ج ۱، ص ۳۲۵.

^{۵۷} جناتی، محمد ابراهیم، منابع اجتهاد، تهران: نشر کیهان، ۱۳۷۰ ش، ص ۲۰.

^{۵۸} محمدی، مبانی استنباط حقوق اسلامی، ص ۲۵۲.

^{۵۹} علوی، عرف و عادت در حقوق اسلام و ایران، ص ۳۹.

عرف خاص از حیث زمان و مکان و صنفی که آن عرف را در میان خود پذیرفته اند ، در سه معنا استعمال می شود :

عرف خاص زمانی، که در زمانی معمول و رایج بوده و در زمانی دیگر متروک و منسوخ گردیده است .

عرف خاص مکانی، که در محلی و مکانی خاص معمول بوده و در جاهای دیگر نباشد . این عرف غالباً در معاملات مورد توجه قرار می گیرد و در علم فقه به آن « عرف بلد » گفته می شود. همچنان که در ماده ۳۴۲ ق . م نیز آمده است که :

« مقدار ، جنس و وصف مبیع باید معلوم باشد و تعیین مقدار آن به وزن یا کیل یا عدد و یا مساحت و یا مشاهده ، تابع عرف بلد است » .

عرف خاص صنفی که در بین گروه و صنفی خاص معمول بوده و همه یا اغلب افراد آن گروه یا صنف ، آن را پذیرفته و بکار می بندند ؛ مانند عرف اصولیان ، حقوقدانان و تجار . لازم به یاد آوری است که این سه قسم از عرف خاص ، قبلاً نیز در مقام شمارش اقسام عرف عملی خاص مورد اشاره قرار گرفته اند . منتها بدیهی است که عرف خاص عام تر از عرف عملی خاص می باشد .

همچنین عرف شارع و عرف متشرعه هر دو از اقسام عرف خاص هستند .

بند سوم : اقسام عرف به اعتبار مشروعیت آن

الف (عرف صحیح (یا معتبر)

عرف صحیح ، عرفی است که مخالف نصوص قانونی و ادله و قواعد شرعی نباشد .

مؤلف «الأصول العامة للفقهاء المقارن» در مقام تعریف عرف صحیح می گوید :

«عرف صحیح راه و روشی است که در میان مردم و در نفوس آنان در پرتو

راهنمایی عقل و اندیشه ، استقرار پیدا می کند و رایج می گردد و طبیعت مردم

آن را می پذیرد و با قانون شرع مخالفتی نداشته باشد . مثلاً شیر بها دادن در

ازدواج یا هدایا و تحفه و کادو که در خواستگاری ، برای دختر خواستگاری

شده می فرستند و مهریه او به حساب نمی آید . همچنین بیع معاطات و عقود

جدیدی که ربوی نباشند».^{۶۰}

ب (عرف فاسد (نا معتبر)

عرف فاسد در مقابل عرف صحیح قرار دارد . هر گاه روشی که در میان مردم رایج و معمول باشد ، اما بر عدم مشروعیت آن دلیل اقامه شده باشد و مخالف نصوص قانونی و ادله و قواعد شرعی باشد ، عرف فاسد خواهد بود . مانند متعارف بودن برخی از معاملات ربوی ، بی حجابی ، مجالس لهو، جلسات آموزش کارهای باطل ، قمار بازی ، خود سوزی زن با مرگ شوهر و ... که در شرع ممنوع است .

بند چهارم : اقسام عرف به اعتبار زمان حدوث

سبقت ، تقارن و تأخر ، در مقایسه ی عرف با یک مورد خاص است که پیدا می شود ، مثلاً زید خانه خود را اجاره می دهد ، از طرفی عرف بر این است که اجاره هر ماه در آخر همان ماه پرداخت گردد ، حال تحقق این عرف از سه حال خارج نیست یا سابق بر زمان انعقاد عقد اجاره ی زید است ، یا مقارن و یا متأخر ، واضح است که رجوع به عرف در این مورد تنها در دو فرض اول صحیح است . به عبارت دیگر عرف به اعتبار زمان حدوث آن نسبت به واقعه ای خاص به اقسام زیر قابل تقسیم است :

الف (عرف سابق

عرف سابق عرفی است که پیش از حدوث واقعه ، موجود بوده و سپس منقطع شده باشد .^{۶۱} با این تعریف ، عرف زمان شارع را نسبت به تمام حوادث و وقایعی که امروزه رخ می دهد را می توان از نوع عرف سابق دانست .

ب (عرف مقارن

عرفی است که در زمان حدوث چیزی وجود داشته باشد ، مانند عرف موجود در زمان انعقاد عقد که در عقد مؤثر است . این عرف در صورت لزوم ، توانایی اثر گذاری بر واقعه (مثلاً عقد) را

^{۶۰} « و هوما تعارفه الناس و لیست فیہ مخالفة لنص و لا تفویت مصلحة و لا جلب مفسدة ، کتعارفهم تقدیم بعض المهر و تأجیل بعضه ، و تعارفهم ان ما يقدمه الخاطب إلى خطیبه من ثياب و حلوی و نحوها یعتبر هدیه و لیس من المهر... » : حکیم ، محمد تقی ، **الأصول أعلامه للفقہ الممارن**، قم : المجمع العالمی لأهل البیت (ع) ، ۱۴۱۸ ق ، ص ۴۳۰ و ۱۹۸ .
^{۶۱} جبار گلباغی ماسوله ، **درآمدی بر عرف** ، ص ۱۶۹ .

دارا است. یعنی اگر در مفهوم عقد یا هنگام اجرای آن ابهامی پیش آید، می توان از عرف مقارن عقد، کمک گرفت.

ج) عرف متأخر

مقصود از عرف متأخر، متأخر از منشاء دعوی یا متأخر از حدوث واقعه است^{۶۲} که در هنگام بروز منشاء دعوی، یا حدوث واقعه وجود ندارد. چنین عرفی بر خلاف عرف مقارن، بر دعوی حکومت ندارد.^{۶۳} از این عرف گاه با عنوان «عرف لاحق» نیز نام برده می شود.^{۶۴}

با توجه به این تعریف می توان گفت عرف حادث (یا عرف طاری و سیره مستحدثه) در مقایسه با حوادث و پدیده های عصر شارع عرف متأخر محسوب می شود. در واقع عرف حادث یا سیره مستحدثه، عرفی است که بعد از ظهور اسلام و عصر تشریع پدید آمده باشد و عرفی است که اثری از وجود آن در زمان معصومین دیده نمی شود، بنابراین این عرف نسبت به آنچه در زمان معصومین وجود دارد متأخر می باشد. ولی امروزه در روابط فردی و اجتماعی مورد توجه و عمل است. مانند حق تألیف و چاپ و ...^{۶۵}

بند پنجم: اقسام عرف به اعتبار توسعه و تکرار عمل معروف

الف) عرف مطرد

هر گاه شمول و فراگیری عرف به شکلی باشد که تمامی افراد محلی که آن عرف در آن پدید آمده، آن روش را پذیرفته و عمل خلاف آن، حتی از اقلیتی نیز مشاهده نشود، به آن عرف مطرد یا شایع می گویند. در واقع هر گاه عملی که عرف شده در محدوده زمانی و مکانی خود از سوی همه تکرار شود، عرف شایع و مطرد خواهد بود.^{۶۶}

ب) عرف غالب

اگر یک عرف، مورد پذیرش غالب مردم باشد (یعنی با وجود پذیرش عموم، در یک محلی و

^{۶۲} جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مکتب های حقوقی در حقوق اسلام، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۰، ش، ص ۹۰.

^{۶۳} علوی، عرف و عادت در حقوق اسلام و ایران، ص ۴۰.

^{۶۴} ابن نجیم، الأشباه و النظائر علی مذهب ابی حنیفه النعمان، ص ۹.

^{۶۵} همان، ص ۱۰۱ به نقل از جعفری لنگرودی، مکتب های حقوقی در حقوق اسلام، ص ۹۰.

^{۶۶} همو، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، چ ۵، ۱۳۷۰، ش، ص ۴۴۸-۴۴۷.

یا مملکتی، عملی خلاف آن عرف پذیرفته شده باشد) به آن، «عرف غالب» می گویند.^{۶۷} در واقع در باب تفاوت عرف عام و خاص و عرف مطرّد و غالب می توان گفت، منظور از عام و خاص بودن عرف، کثرت و قلت افرادی است که آن را پذیرفته اند و اطّراد، شیوع و غلبه به لحاظ توسعه مصادیق و تکرار عمل معروف می باشد. چه اینکه ممکن است چیزی بین عموم مردم معمول باشد ولی تکرار و شیوع آن عمل، در میان آن ها زیاد نباشد^{۶۸} و یا اینکه در میان گروه خاصی، عمل معروفی شیوع داشته باشد.

بند ششم: انواع عرف به اعتبار دقت در تطبیق مفاهیم بر مصادیق

الف) تسامحی

به عادت و رویه مردم در تطبیق عناوین و مفاهیم بر غیر مصادیق واقعی آنان، عرف تسامحی گفته می شود. به دیگر سخن، عدم توجه مردم به ضابطه خود در تطبیق عنوان بر معنویات، تسامح عرفی است به عنوان مثال مفهوم و عنوان چهار فرسخ نزد مردم واضح است اما عموماً مردم این عنوان را بر مسافتی که چند متر از چهار فرسخ کمتر باشد، نیز منطبق می نمایند و این همان عرف تسامحی است. نزد فقها این داوری مردم مقبول و منشاء حکم نمی باشد. این توضیح در مفهوم سال، یا مسأله بلوغ و... نیز قابل طرح است.^{۶۹}

ب) عرف دقیق

هر گاه مردم در تطبیق عناوین و مفاهیم بر مصادیقشان، به ضوابط خود توجه نموده و مفاهیم را بر مصادیق واقعی شان منطبق کنند، این انطباق که از سنخ داوری است، «عرف دقیق» خواهد بود، و آنچه نزد فقها در رجوع به عرف، قابل پذیرش است، رجوع به چنین عرفی می باشد. لازم به ذکر است که در عرف متسامح و دقیق، افراد نسبت به موضوع له عالم هستند و معنویات مصادیق واقعی آن را می شناسند و با وجود علم به ضابطه موجود، تسامحاً (بر خلاف ضابطه ای که به آن علم دارند) و یا دقیقاً (با توجه داشتن به ضابطه ی موجود) اقدام به انطباق مفاهیم و عناوین بر

^{۶۷} همان.

^{۶۸} محمدی، مبانی استنباط حقوق اسلامی، ص ۲۵۹.

^{۶۹} علیدوست، فقه و عرف، ص ۷۱ - ۷۰.

مصادیق و معنونات واقعی یا غیر واقعی شان می کنند .

بنابراین به داوریهای نادرست مردم که ناشی از عدم علم ایشان به موضوع وضابطه موجود باشد را نمی توان عرف متسامح دانست ، بلکه باید آن را تحت عنوان عرف متخصص و غیر متخصص بررسی کرد .

بند هفتم : انواع عرف به اعتبار صحت تطبیق مفاهیم بر مصادیق

الف) عرف غیر متخصص

همانگونه که اشاره شد موضوع در این تقسیم بر خلاف تقسیم قبل ، عرف به طور مطلق است است و نه عرفی که اهل آن عرف عالم و دانا نسبت به موضوع له هستند . چرا که عرف غیر متخصص در موضوعی که نیازمند کارشناسی است، عرف عالم محسوب نمی شود . مفهوم «سود و ربح» ، «خسران و ضرر» و «عسر و حرج» و برخی مفاهیمی از این دست ، گاه مصادیقی دارند که چالش انگیز و نیازمند به دقت است ، در این حالت نمی توان داوری توده غیر آشنا به واقع را ، ملاک قرار داد .^{۷۰}

ب) عرف متخصص

با توجه به آنچه در رابطه با عرف غیر متخصص بیان شد تا حدودی مفهوم عرف متخصص نیز روشن گردید ، نظر و داوری عموم متخصصان در باب موضوعی که نیازمند تخصص و آگاهی است، عرف متخصص خواهد بود . در واقع زمانی که داوری و عرف یک صنف را در رابطه با داوری و عرف افراد خارج از آن صنف (توده مردم) در نظر گیریم می توان محدوده عرف متخصص را تعریف نمود . مثلاً در اقتصاد نا سالم و تورّم غیر معمول ، تشخیص سود و زیان ، به سادگی تشخیص این دو ، در نظام صحیح اقتصادی نیست ، از این رو نیازمند نظر و داوری عموم متخصصین در اقتصاد، خواهیم بود .

اساساً تفکیک این دو عرف از یکدیگر و استفاده به جا از هر کدام ، کاری ضروری در اجتهاد

می باشد که متأسفانه مورد غفلت برخی قرار گرفته است .

^{۷۰} همان ، ص ۷۳ - ۷۲ .

بند هشتم : انواع دیگر عرف

الف) عرف مسلم و عرف قرار دادی

عرف مسلم و محرز ، عرفی است که عناصر و ارکان عرف در مورد معینی ، به گونه ای احراز گردد که در نتیجه تکرار و انس با آن ، مخالفت با آن زشت و محلّ نظم در جامعه شمرده شود ،^{۷۱} و در تفاوت آن با عرف مطرّد می توان گفت که ؛ هر عرفی که شیوع داشت لزوماً مخالفت با آن محلّ نظم نظام اجتماعی محسوب نمی شود.

قوانین نیز به منظور نظم و آرامش جامعه به عرف و عادت مسلم احترام می گذارند همچنان که در مواردی که قانون کشور کامل یا صریح نبوده و یا متناقض باشد ، و یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه نداشته باشد ، در این موارد قانون آیین دادرسی مدنی (سابق) در ذیل ماده ۳ خود ، دادرسان را به دو امر راهنمایی نموده است : «..... دادگاه باید موافق روح و مفاد قوانین موضوعه و عرف و عادت مسلم ، قضیه را قطع و فصل نماید»

عرف قرار دادی عرفی است که طرفین ، ضمن قرار داد های خصوصی آن را پذیرفته اند . مثلاً زمانی که متعاملین محل تحویل را در قرارداد مشخص نکنند و آن را موکول به عرف محل وقوع معامله نمایند.^{۷۲}

ب) عرف موضوعی و عرف حکمی

عرف موضوعی یا عرف مفهومی ، عرفی است که حدود و سامان یک موضوع را که در نصوص روشن نشده است ، روشن می کند و عرف حکمی ، عرفی است که حکم یک موضوع را با رجوع به آن تعیین می کنیم ؛ مانند کشیدن چک که عرفاً دلیل مدیون بودن شخص است .^{۷۳}

^{۷۱} جعفری لنگرودی ، دانشنامه حقوقی ، ج ۴ ، ص ۶۹۵ ؛ امامی ، حقوق مدنی ، تهران : کتابفروشی اسلامیّه ، ج ۱۰ ، ۱۳۷۲ ش ، ج ۴ ، ص ۱۴۳ .

^{۷۲} شیخ نیا ، امیر حسین ، ادله اثبات دعوی ، شرکت سهامی انتشار ، ج ۳ ، ۱۳۷۵ ش ، ص ۳۴ .

^{۷۳} جعفری لنگرودی ، دانشنامه حقوقی ، ج ۴ ، ص ۶۹۷ .

بخش دوم : تبیین مفهوم سیره

گفتار اول : تعریف سیره

بند اول : مفهوم لغوی سیره

واژه « سیره » از کلمه « سَیَر » است.^{۷۴} در کتاب «المفردات فی غریب القرآن» آمده است : «سیر» یعنی حرکت کردن در روی زمین.^{۷۵} و «سیرة» بر وزن فَعَلَة از مصادر نوعیه است که بر نوع سیر و حرکت دلالت دارد.^{۷۶}

راغب اصفهانی در این زمینه می نویسد:

« سیره حالت و روشی است که انسان و غیر انسان ، نهاد و وجودشان بر آن قرار دارد ، خواه غریزی و خواه اکتسابی باشد . چنان که گفته می شود ، فلانی سیره و روشی نیکو یا سیره و روشی زشت دارد ، و آیه «سُنِعِدْهَا سِیرَتِهَا الْأُولَى» (درباره تبدیل عصای موسی به اژدها) یعنی آن حالتی که بر آن بوده (به سیره اولش) که همان چوب است باز می گردانیم ».^{۷۷}

بنابراین به هر نوع رفتار و منشی سیره اطلاق نمی شود ، بلکه در مفهوم سیره ، نوعی استواری و صلابت نهفته است . همچنان که در تعریفی از سیره آمده است که سیره استمرار عادت انسان ها و بنای عملی آنان بر انجام دادن و یا ترک نمودن کاری است .^{۷۸}

صاحب کتاب « المصباح المنیر » معتقد است : واژه سیره به معنی طریقه و روش است و به معنای هیأت و حالت نیز آمده است.^{۷۹} و در این رابطه تهانوی در کتاب کشاف اصطلاحات الفنون

^{۷۴} ابن فارس بن زکریاء ، معجم مقاییس اللغة ، ج ۳ ، ص ۱۲۰ .

^{۷۵} راغب اصفهانی ، حسین بن محمد ، المفردات فی غریب القرآن ، بیروت : دارالمعرفه ، ۱۹۹۸م ، ص ۲۵۵ .

^{۷۶} ابن عقیل ، قاضی بهاء الدین ، شرح ابن عقیل ، قم : انتشارات لقاء ، ۱۳۷۵ ش ، ج ۳ ، ص ۱۳۲ .

^{۷۷} (السیره : الحالة الّتی یكون علیها الإنسان و غیره غریزياً کان أو مكتسبياً ، یقال فلان له سیره حسنة و سیره قبیحة و قوله « سنعيدھا سیرتها الأولى » أی أَلحالة الّتی كانت علیها من کونها عوداً) : راغب اصفهانی ، المفردات فی غریب القرآن ، ص ۲۴۷ .

^{۷۸} (و أَلْمقصود من السّیره کما هو واضحٌ ، استمرار عادة أَلنّاس و تبانیهم أَلعملی علی فعل شیءٍ أو ترک شیءٍ) : مظفر ، محمد رضا ، أصول الفقه ، نشر دانش اسلامی ، ۱۴۰۵ ق ، ج ۴ ، ص ۱۷۱ .

^{۷۹} قیومی ، احمد بن محمد ، المصباح المنیر ، قم : مؤسسه دارالهجرة ، ج ۱ ، ۱۴۰۵ ق ، ص ۲۹۹ .

می نویسد: « سیره (در لغت) اسم از سیر (حرکت کردن) است که به (معنی) طریقه و روش ، نقل داده شده است »^{۸۰}

بند دوم: مفهوم اصطلاحی سیره

در ضمن معنای لغوی سیره ، اشاره شد که در معنای این واژه ، نوع و سبک رفتاری که استواری دارد ، نهفته است .^{۸۱} تعاریف اصطلاحی چندی در مورد سیره از سوی فقها صورت گرفته است ؛ مرحوم مظفر در کتاب « اصول الفقه » می نویسد :

« همانگونه که واضح است ، مقصود از سیره ، عبارت است از استمرار عادت

مردم و بنای عملی ایشان بر انجام یک چیز یا ترک آن ».^{۸۲}

در این تعریف سیره را استمرار عادت ، معنا نموده است و مراد از مردم همانگونه که خود ایشان، بیان نموده اند (با عبارت استمرار عادة الناس...) ، همه مردم از هر ملت و گروهی هستند ، بنابراین سیره در لسان مرحوم مظفر عبات است از استمرار عادت در فعل و ترک اعم از مردم متدین به یک دین و معتقد به یک مذهب . مرحوم مظفر برخلاف معنای لغوی سیره که عام است و هر نوع سبک و شیوه ی رفتار و سلوک مردمان را که مستمر باشد در برمی گیرد ، در تعریف اصطلاحی از سیره ، تنها به رفتار مستمری که ناشی از عادت باشد ، سیره اطلاق نموده است و ظاهراً معنای اصطلاحی را اخص از معنای لغوی دانسته است ، در حالی که با توجه به اینکه سیره عقلاء یکی از اقسام سیره است اما مبناء آن عادت نمی باشد ، (بلکه سیره ای است که متأثر از عقل عقلاء بما هم عقلاء است) ، بنابراین باید نتیجه گرفت که این تعریف ، تعریف جامع و مانعی از سیره بدست نمی دهد .

برخی سیره را با عنوان بنای عقلاء تعریف نموده اند و معتقدند که بنای عقلاء دو گونه است : «سیره ی عقلائیة بالمعنی الأخص» که در برابر «سیره ی متشرّعه» قرار می گیرد و «سیره ی عقلائیة بالمعنی الأعم» که «سیره ی متشرّعه» را نیز در بر می گیرد ، و با این تقسیم بندی در مقام تعریف

^{۸۰} تهانوی، محمد اعلی ، کشف اصطلاحات الفنون ، بیروت : دار الکتب العلمیّه، ج ۱، ۱۹۹۸م، ج ۲، ص ۳۶۶ و ۳۶۵ .

^{۸۱} مظفر ، اصول الفقه ، ج ۴ ، ص ۱۷۱ .

^{۸۲} (والمقصود من السیره کما هو واضحٌ ، استمرار عادة الناس وتبانیهم العملی علی فعل شیءٍ أو ترک شیءٍ): همان ، ۱۷۳ .

اصطلاحی «سیره»، در واقع به تعریف «سیره ی عقلانیة بالمعنی الأعم» می پردازند.^{۸۳}

اگر سیره را اعم از سیره ی عقلانیة و سیره ی متشرعه بدانیم باید آن را همان سبک رفتاری و روش و منشی تعریف نماییم که هر گروهی، اعمال خود را براساس آن سامان می بخشد.

البته برخی نیز در مقام تعریف سیره، سیره متشرعه را تعریف نموده اند اما آن را (سیره ی متشرعه را) جزئی از بنای عقلاء دانسته اند و در واقع با نظر به محدوده سیره ی عقلانیة به معنی الأعم، تنها به تعریف سیره متشرعه که در این محدوده قرار داد بسنده نموده اند و معتقدند که: «سیره به معنی روش و بنای عملی مردم متدین به یک دین و معتقد به یک مذهب، بر انجام یا ترک عملی از اعمال، می باشد و این اصل (روش متدینین) در واقع خود از نوع اصل بنای عقلاء است.»^{۸۴}

همچنین با این رویکرد، در مقام تمایز «بنای عرف» و «سیره» و «بنای عقلاء» می گویند: «اتفاق و اجماع همسویان بر امری، گاه از فهم و داوری مشترک آن ها صورت می گیرد، مانند بنای بر ظواهر، و گاه از اعتقاد به آیین خاصی که دارند، پدید می آید، و گاه از جهت خرد و عقل آن هاست؛ که اتفاق اول «بنای عرف» و دوم «سیره» و سوم «بنای عقلاء» نامیده می شود.»^{۸۵}

تعریف مختار

با توجه به آنچه بیان شد می توان گفت؛ سیره، سبک رفتاری و منشی است که در یک امر خاص مردم بدان خو گرفته اند، خواه خوب و خواه بد، و همان روش عمومی مردم است در محاورات و معاملات و سایر روابط اجتماعی. اعم از متدین به یک مذهب و غیر آنها، و نکته متمایز کننده آن از سیره عقلاء بالمعنی الاخص این است که سیره عقلاء به معنی الاخص (بنای عقلاء) شامل سیره متشرعه نمی باشد.

لازم به ذکر است که سیره شناسی در واقع همان سبک شناسی است و آن هم روش خاص عمل

^{۸۳} هاشمی شاهرودی، محمود، بحوث فی علم الأصول، ج ۴، ص ۲۳۴.

^{۸۴} شریعتی، مهدی، بررسی مصادر و منابع فقه فریقین، ص ۱۳۰.

^{۸۵} همان.

و موضع گیری در امور مختلف است.^{۸۶} لذا وقتی گفته می شود، سیره فقها، طبیبان و یا سیره فلان شخص، منظور نوع سبک و متدی است که او در طریق خود پیش می گیرد، و افراد مختلف در سبک ها و منش های خود، شیوه های متفاوتی دارند.^{۸۷}

گفتار دوم: اقسام سیره

به طور کلی سیره یا همان منش و شیوه ی عملی افراد، بر دو قسم است؛ یا مربوط به تمام عقلاء است، و یا تنها در رفتار عدّه ای خاصّ و متدّین به امری دیده می شود. بنابراین شامل سیره ی عقلاء و سیره متشرّعه می باشد.

بند اول: سیره عقلاء

می توان سیره عقلاء (= عرف عقلاء، طریقه عقلاء، بنای عقلاء)، را همان سبک و روش عقلاء تعریف نمود. در این رابطه برخی از فقها و اصولی ها تعاریفی را بیان نموده اند از جمله:

مرحوم نائینی می گوید:

«طریقه عقلاء عبارت است از استمرار رفتار عقلاء بما هم عقلاء بر چیزی، چه همگی از یک ملّت و دین خاص باشند و چه نباشند.»^{۸۸}

در واقع ایشان ثبوت و دوام رفتار را با عبارت (إستمرار الْعُقَلَاء) تبیین نموده است. نائینی در ادامه می گوید:

«گاهی از طریق عقلاء به عنوان عرف یاد می شود، که مراد عرف عام است. مثلاً گفته می شود که: بنای عرف در فلان معامله چنین است، و بنای عرف

^{۸۶} مطهری، مرتضی، **سیری در سیره نبوی**، تهران: صدرا، ۱۳۶۸ ش، ص ۵۵.

^{۸۷} همان، ص ۴۸-۵۷.

^{۸۸} غروی نائینی، محمد حسین، **فوائد الأصول**، قم: مؤسسه انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ ق، ج ۳، ص ۱۹۲: «و أما طريقة العقلاء فهي عبارة عن استمرار عمل الْعُقَلَاء بما هم عقلاء على شيء، سواءً انتحلوا إلى ملة أو دين أو لم ينتحلوا، ومنهم المسلمون، و سواء كان ما إستمرّت عليه طريقتهم من المسائل الْأَصُولِيَّة أو من المسائل الْفَقْهِيَّة» و در جای دیگر می فرماید: «و الْمَقْصُود من السيرة تبانِيهم الْعَمَلِي على فعل شيء أو تركه و الْمَقْصُود بالناس اما جميع الْعُقَلَاء و الْعُرف الْعَام فيعم المسلمین و غیرهم فيسمی حينئذ السيرة الْعُقَلَائِيَّة او بناء الْعُقَلَاء» (همان ج ۳، ص ۶۸)

چیزی نیست که در مقابل روش عقلاء قرار گیرد.^{۸۹}

تعریف مختار

حال در تعریف سیره عقلاء با محدوده ای که برای آن تعریف شد، می توان گفت: سیره عقلاء شیوه ی مستمر عملی همه عقلای عالم است بر چیزی که آن را مفید و نیک نیز تشخیص می دهند و در برخورد با یک واقعه که می تواند انواع معاملات و محاورات و دیگر مناسبات اجتماعی باشد، از خود عکس العمل نشان می دهند.

بنابراین در تعریف سیره عقلاء پیروی از آیینی خاص و اشتراک در آن، شرط نخواهد بود. علاوه اینکه در سیره عقلاء، چون روش عملی، از سوی عقل توده مردم عاقل انتخاب شده است، بنابراین همواره عملی که منتسب به سیره عقلاء است، مستحسن و نیکو خواهد بود. در حالی که عرف ها همواره مستحسن و نیکو و مورد تأیید عقل توده مردم عاقل قرار ندارد، بنابراین نمی توان همواره بنای عقلاء را آنگونه که مرحوم نائینی معتقد است برابر عرف عام دانست. در رابطه با تمایزات عرف و سیره در آینده به طور مبسوط به ارائه بحث خواهیم پرداخت.

بند دوم: سیره متشرعه

الف) تعریف سیره ی متشرعه

با توجه به تعریف اصطلاحی که از واژه سیره و محدوده آن - که شامل همه عقلاء از هر کیش و آیین و ملت است - داده شد، در رابطه با تعریف سیره ی متشرعه که گاه از آن با اسامی «سیره ی شرعی»، «سیره ی اسلامی» و «عرف متشرعه» نیز نام برده می شود^{۹۰}، می توان گفت که، اگر مراد از مردم، همه مسلمانان یا تنها خصوص گروهی از آنان باشد، آن را سیره ی متشرعه نامند.^{۹۱} بنابراین، سیره ی متشرعه عبارت از روش و رفتاری است که همواره و به طور مستمر از همه ی مسلمانان و افراد

^{۸۹} همان، ج ۳، ص ۶۸

^{۹۰} همان، ج ۲، ص ۱۷۱؛ محمدی، مبانی استنباط حقوق اسلامی، ص ۲۶۳.

^{۹۱} مظفر، اصول الفقه، ج ۲، ص ۱۷۱.

پای بند شریعت و یا تنها از گروهی خاص از آنان - همچون امامیه - بدین عنوان که مسلمان اند ، بروز می کند.^{۹۲} در واقع واژه های مشرعه و مسلمین در نامگذاری ، دلالت بر علیّت و احتراز دارد .

ب) اقسام سیره مشرعه

اشاره شد که مشرعه کسانی را گویند که پای بند شریعت باشند . در رابطه با معنای شریعت ، علامه طباطبائی معتقد است ؛ معنای شریعت در قرآن اخصّ از معنای دین می باشد ، شریعت برنامه و راهی است که برای امتی یا پیامبری آورده شده و به او ابلاغ می گردد ، از این رو گفته می شود : شریعت نوح ، شریعت ابراهیم ، شریعت موسی ، شریعت عیسی و شریعت محمد (صلی الله علیه) اما دین راه و سنت الهی برای همه امت ها و ملت ها است ؛ از این رو می توان به نسخ شریعت قائل گردید و نسخ دین را منع کرد .^{۹۳} البته مطلب قابل تأمل بر سخن ایشان این است که اخصّ بودن شریعت از دین ، و پذیرش نسخ در آن ، در شریعت غیر جامع قابل طرح است و در آنجا که صحبت از شریعت جامع (شریعت محمد « صلی الله علیه ») است می توان قائل به یکسانی شریعت (شریعت محمدی) و دین و غیر قابل نسخ بودن شریعت بود . علاوه اینکه یکسانی واژگان «شریعت» و «دین» مورد تأیید دانشمندان فقه و اصول^{۹۴} نیز می باشد است ، زیرا زمانی که واژه ی شریعت ، در شریعت محمدی به کار رود بر مجموعه دین اطلاق می گردد . از این رو شریعت را - همچون دین - باید به سه بخش عقاید ، احکام و اخلاق تقسیم کرد . بنابراین می توان شریعت را در این کاربرد ، «**شریعت بالمعنی الاعم**» دانست.

شریعت در لغت و متون دینی کاربرد دیگری نیز دارد ، که توسعه کمتری نسبت به معنای نخست دارد و تنها در رابطه با احکام شریعت محمدی (از مجموعه عقاید و احکام و اخلاق) اطلاق می -

^{۹۲} « و اما السيرة فهي عبارة عن عمل المسلمين بما انهم مسلمون و ملتزمون باحكام الشريعة » : غروی نائینی ، **فوائد الأصول** ، ج ۳ ، ص ۱۹۱ ؛ بروجردی ، محمد تقی ، **نهاية الافكار في مباحث الالفاظ** (تقریرات درس محقق عراقی)، قم: موسسه نشر اسلامی، ۱۳۶۴ش، ج ۳ ، ص ۱۳۷ ؛ صدر ، محمد باقر ، **دروس في علم الأصول** ، قم: موسسه نشر اسلامی ، ج ۱ ، ۱۴۱۲ ق ، ج ۱ ، ص ۲۷۶ .

^{۹۳} طباطبائی ، محمد حسین ، **الميزان في تفسير القرآن** ، بیروت : مؤسسه الاعلمی ، ج ۳ ، ۱۲۹۳ ق ، ج ۵ ، ص ۳۸۱ - ۳۸۰ .

^{۹۴} **موسوعة الفقه الاسلامی** ، (معروف به موسوعة جمال عبد الناصر الفقهية) ، قاهره : بی نا ، ۱۹۸۸ م ، ج ۲ - ۱ ، ص ۱۳ و ۹ .

گردد.^{۹۵} البته در رابطه با علم اخلاق، باید گفت که باید ها و نباید های اخلاقی، اگر چه از حیث ماهیت گزاره، جزء گزاره های فقهی قرار نمی گیرد، اما با توجه به اینکه گزاره های اخلاقی جزء احکام عملی هستند، بنابراین می توان گفت به نوعی، گزاره های اخلاقی نیز همچون سایر آموزه های عملی، داخل در «**شریعت بالمعنی الأخص**» می باشند.

با توجه به آنچه بیان شد، «شریعت بالمعنی الأخص» عام تر از فقه است و در تعریف آن می توان گفت: آموزه هایی درباره رفتارهای مجاز و غیر مجاز، راجح یا مرجوح و گزاره های اعتباری و وضعی می باشد.^{۹۶}

بنابراین شریعت در هر دو کاربرد آن عام تر از فقه خواهد بود و به تأسیساتی اطلاق می گردد که تعهد و تدین پدید آورندگان آن به شریعت اسلام در پیدایش آن دخالت داشته و مبدئی جز تدین آنها نداشته باشد. به دیگر سخن شامل تمام آموزه های عملی در دین اسلام می باشد.

گفتار سوم: تفاوت های سیره عقلاء و متشرعه

به طور کلی هر مسلمانی دارای دو حیثیت است:

الف) از طرفی مسلمان است و رفتار و اعمالش مطابق شریعت می باشد.

ب) از طرف دیگر فرد عاقلی است که عمل غیر معقول از او سر نمی زند.

حال در مقایسه ی رفتار مسلمان زمانی که ناشی از عاقل بودنش است با رفتار دیگرش که ناشی از متشرع بودنش می باشد، می توان گفت:

۱) در تعیین حجیت رفتاری که ناشی از متشرع بودن فرد است نیازی به تأیید شارع نیست و هر گاه چنین سیره ای استقرار یابد از آن کشف می شود که منع شرعی نسبت به آن وجود ندارد چرا که این سیره از سوی مسلمانان و صرفاً از آن جهت که دین دار هستند، استقرار یافته است. بنابراین نیاز به

^{۹۵} ری شهری، محمد، **میزان الحکمة**، بیروت: مؤسسه دارالحديث، ج ۲، ۱۴۱۹ ق، ج ۴، ص ۱۴۳۰، ح ۹۲۶۹؛ ابن منظور، جمال الدین محمد بن مکرم، **لسان العرب**، قم: نشر ادب حوزه، ۱۴۰۵ ق، ج ۸، ص ۱۷۶.

^{۹۶} علیدوست، **فقه و عرف**، ص ۷۷.

امضاء معصوم ندارد و کاشف از حکم شرعی است.^{۹۷}

البته برخی از فقها از جمله مرحوم مظفر در این زمینه قائل به تفصیل شده و معتقدند که تنها سیره ی متشرعه ای بی نیاز از امضاء معصوم است که، در عصر حضور معصومین، جاری بوده باشد و بنابراین نسبت به سیره هایی که پس از عصر معصومین شکل بگیرند، نمی توان به طور قطع آنان را حجت دانست و از این جهت سیره ی متشرعه شبیه نوعی اجماع عملی است.^{۹۸} و برخی نیز سیره ی متشرعه را حلقه ی میان، اجماع و دلیل شرعی دانسته اند.^{۹۹} بنابراین با توجه به این تفصیل، برای حجت دانستن سیره ی متشرعه پس از احراز استقرار بنای متشرعه بر عملی، نیاز است که کاربرد آن سیره، توسط اصحاب ائمه «علیهم السلام» و نسل های معاصر با آنان نیز احراز شود، و حال آنکه در بنای عقلاء چنین چیزی نیاز نیست. بنابراین در تفاوت سیره ی عقلاء و سیره ی متشرعه باید گفت که، در عمل نمودن بر طبق سیره ی متشرعه، احراز اتصال سیره به عصر معصومین لازم است ولی در عمل و استدلال به بنای عقلاء، عدم ردع کافی است.

۲) هر گاه شرایط حصول سیره ی متشرعه کامل گردد، احتمال وجود ردع از آن بی معنا است، زیرا سیره ی متشرعه خود کاشف بیان شرعی است، بر خلاف بنای عقلاء که در صورت استقرار، احتمال ردع در آن می رود، زیرا وقتی انعقاد بنای عقلاء، معلول قضیه ای عقلایی است، احتمال ردع شرعی در آن وجود دارد.^{۱۰۰} به بیان دیگر، عقلاء همواره مطابق شرع عمل نمی نمایند. البته در رابطه با تلازم حکم عقل و شرع و مقایسه آن با حکم عقلاء بما هم عقلاء، به تفصیل در فصل دوم رساله سخن خواهیم گفت.

۳) منشاء پیدایش این دو سیره نیز با یکدیگر متفاوت است؛ در سیره متشرعه تدین افراد به مذهب و آئین خاصی است، ولی در سیره عقلاء عقل عقلاء است.

^{۹۷} «... و علی هذا تكون السيرة المذكورة كاشفتاً كشفاً انياً مباشراً علی امضاء و لا حاجة حينئذٍ إلى توسيط قاعدة أن السكوت كاشف عن الامضاء ...»: صدر، **دروس فی علم الأصول**، ج ۲، ص ۱۷۶؛ بروجردی، محمد تقی، **نهایة الافکار فی مباحث الالفاظ** (تقریرات درس محقق عراقی)، ج ۴، ص ۱۳۸.

^{۹۸} مظفر، **اصول الفقه**، ص ۱۶۲ - ۱۶۱.

^{۹۹} صدر، **دروس فی علم الاصول**، ج ۱، ص ۲۷۷ - ۲۷۶.

^{۱۰۰} هاشمی شاهرودی، محمود، **بحوث فی علم الاصول**، ج ۴، ص ۲۴۷.

۴) سیره متشرعه بر خلاف سیره عقلاء، صرفاً در محدوده عبادات که دارای ملاکات الهیِ صرف هستند، حاکم می باشد. چرا که مردم به خودی خود و صرف نظر از شرع نمی توانند در شکل دهی به سیره ای که در محدوده عبادات است، نقش ایفاء نمایند، برخلاف امور غیر عبادی که هر چند آن را اجماع و اتفاق امت و یا سیره مستمره بدانیم باز، همان بنای عقلا است، زیرا بنائات عقلایی، معمولاً دایر مدار مصالح معیشتی است و همین نیز ملاک علی وضع بسیاری از احکام معاملاتی می باشد. که صرفاً در رابطه با جوامع بشری قرار می گیرد.^{۱۰۱}

البته برخی از سیره ها مشکوکند که آیا ناشی از طبع عقلایی هستند، و یا معلول خطابات شرعی غیر واصل به ما؟ که در این حالت مرحوم شهید صدر، این موارد را ملحق به سیره ی متشرعه می داند، چرا که نفس صورت مسأله می فهماند که بعید است که مسلمین متشرع، بدون استفسار از شارع، به این شکل وسیع عمل کننده ی به آن سیره باشند، پس مسلمین حتماً امضاء و رضایت شارع را کسب کرده اند، پس شیوع و رواج این سیره معلول اظهار نظر شرع است و نه عقلانی بودن آنها.^{۱۰۲} در واقع این نحوه استدلال مبتنی بر دیدگاهی است که ابتدای بحث به آن اشاره شد که بیان می دارد، پس از احراز استقرار بنای متشرعه بر عملی، نیازی به تأیید آن از جانب شارع نمی باشد. بر خلاف آنچه که برخی دیگر از فقها همچون مرحوم مظفر- به رأی تفصیلی ایشان اشاره شد- به آن قائلند.

^{۱۰۱} حسینی قائم مقامی، عباس، **کاوش های فقهی**، تهران: امیر کبیر، ۱۳۷۸ ش، ص ۲۶۰.

^{۱۰۲} هاشمی شاهرودی، محمود، **بحوث فی علم الاصول**، قم: مرکز الغدير، ۱۳۷۵ ش. ج ۴، ص ۲۴۸.

بخش سوم : منشاء عرف و سیره

گفتار اول : مبادی عرف

بحث را با این سؤال آغاز می کنیم که عرف به عنوان یک پدیده چرا و چگونه به وجود می آید ؟
مبدأ و منبع آن چیست ؟

تحقق عرف در نوشته ها عموماً به یکی از مبادی و منابع زیر مستند و معلول آن دانسته شده است :

۱- **درک عقل** : عقلاء بما هم عقلاء ، گاه به جا آوردن یا ترک عملی را دارای مصلحت می بینند ، از این رو بر آن توافق می نمایند و به تدریج به عنوان یک هنجار و عادت در می آید . در واقع گاه منشاء برخی از سیره ها خرد جمعی و درک عقلانی آنان است . گزاره های همچون (عدل حسن است) و (ظلم قبیح است) از این قبیل می باشد در این گزاره ها محمول به لحاظ جهاتی همچون حفظ نظام و جلوگیری از اخلال به آن و مفسد عام و ... ، بر موضوع مترتب می شود و عقلاء بر آن توافق عمومی دارند و نشانه آن هم محبوبیت آن نزد همه عقلاء در همه زمان ها و مکان ها است . البته این دیدگاه در صورتی صحیح خواهد بود که ما سیره ی عقلاء را به عنوان عرف عام (قسمی از عرف) تلقی کنیم در حالی که تفاوت هایی بین عرف عام و سیره عقلاء وجود دارد که اگرچه در مواردی مصادیق مشترکی دارند اما در مواردی نیز با هم اختلافاتی پیدا می کنند . در رابطه با تفاوت عرف و سیره در همین فصل مطالبی را بیان می داریم .

۲- **فطرت** : مرحوم نائینی معتقد است که :

«طریقه و بنای عقلاء گاه از فطرتی که خداوند بر مقتضای حکمت حفظ نظام

در اذهان و طبع عقلاء نهاده است ، سرچشمه می گیرد .»^{۱۰۳}

به عنوان مثال فرار اختیاری از آنچه مضرّ به حال شناخته می شود عرفی است که به فطرت و غریزه مستند است هر چند عقل هم قضاوتی جز این ندارد . لازم به ذکر است که منشاء فطرت را باید از جمله مبادی اختلافی دانست چرا که برخی معتقدند که با توجه به عنصر ارادی بودن و عدم جبردر

^{۱۰۳} «... و إما ان تكون ناشئة عن فطرتهم المرتکزة فی اذهانهم حسب ما أودعها الله تعالی فی طباعهم بمقتضى الحکمة البالغة حفظاً للنظام » : غروی نائینی ، **فوائد الأصول** ، ج ۳ ، ص ۱۹۳ .

تحقق عرف، نمی توان عملی را که براساس فطرت و غریزه در جامعه متداول است، عرف دانست.^{۱۰۴} البته اگر ما عدم جبر و ارادی بودن را به معنای عدم احساس اکراه و اجبار در التزام به عرف تعریف نماییم در این صورت می توانیم همانند مرحوم نائینی قائل به منشاء فطرت (به عنوان یکی از مبادی) در شکل گیری عرف باشیم.

۳- وحی و شبه آن: بدون تردید وحی در پیدایش بسیاری از هنجارها و عادات نیکو نقش داشته است. در واقع عرفها گاه منشاء الهی دارند. البته دامنه ی این عرف بسیار وسیع تر از سیره ی متشرعه (با توجه به تعریفی که از شریعت نمودیم) می باشد و شامل هر شریعت و آموزه ی الهی خواهد بود و تنها متوقف بر شریعت محمدی نمی باشد.

۴- سلطه حاکمان: در فوائد الاصول آمده است که منشاء عرف گاه جبر و قهر خارجی است که عقلاء را بر طریقه ای وای می دارد، لکن به مرور از مرتکبات آن ها می گردد.^{۱۰۵} البته مرحوم نائینی این وجه را محال عادی می داند، که اگر بر فرض محال سیره بدین صورت شکل بگیرد، و تا زمان شارع استمرار داشته و با تمکن از ردع، از آن ردع نکرده باشد، می تواند حائز شرایط حجّیت گردد.^{۱۰۶} لازم به ذکر است که برخی ملاحظات بر کلام نائینی وارد است از جمله تقیید این منشاء به «قهر و جبر» و وصف سلطان به «جائر»، که وجه قابل قبولی نیست و می توان تصور کرد که سلطان عادل، طریقه ای را بر مردم عرضه کند و مردم با اختیار و علاقه، راه وی را برگزینند و به تدریج در اذهان و خرد آیندگان نهادینه گردد، همچنین برخی از عرف ها در آغاز پدیده ای نامأنوس و استقرار آن نیازمند قهر و جبر است اما به تدریج مردم با آن انس گرفته و آن را هنجار اجتماعی به حساب می-آورند.

در واقع در این دیدگاه بیان می شود که عرف از شعور و اراده و ایمان جامعه بر نمی خیزد، بلکه از اراده و تمایل گروه خاصی که در طول تاریخ به اشکال گوناگون همچون انبیاء، حکام و سلاطین، نظام های سیاسی، اداری و حقوقی و مقامات و مناصب دولتی و قانونی نمود پیدا کرده اند، ناشی

^{۱۰۴} جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۴، ص ۲۵۲۳.

^{۱۰۵} «...إما ان یکون لقهر قاهر و جبر سلطان جائر قهر جمیع العقلاء عصره علی تلک الطریقه و اتخذها العقلاء فی زمان المتأخر طریقه لهم واستمرت الی ان صارت من مرتکباتهم»: غروی نائینی، فوائد الاصول، ج ۳، ص ۱۹۳-۱۹۲.

^{۱۰۶} همان، ج ۳، ص ۱۹۳.

گردیده و صرفاً آمره بوده اند که به تدریج با گذشت زمان و بر اثر تکرار در اندیشه افراد جامعه ریشه دوانیده، به گونه ای که رعایت آن برای حفظ نظام زندگی اجتماعی ضرورت یافته است.^{۱۰۷}

۵- سایر عوامل : عوامل گوناگون دیگری همچون تعصبات و باورهای قومی و تقلید از گذشتگان و عاداتها ، می تواند منشاء عرف تلقی شود ، علاوه اینکه بسیاری از عرف ها ناشی از نیاز می باشد و برحسب اوضاع طبیعی و ضرورت های زندگی اجتماعی و اقتصادی به وجود می آیند .

گفتار دوم : مبادی سیره عقلاء

سیره عقلاء کاشف از جهتی در اندیشه مردم و خردمندان است که با توجه به آن تأسیسی را سامان داده و بنایی را به وجود آورده اند . در واقع ، عقلاء زمانی رفتار ویژه ای را می پذیرند که آن را مفید و نیک تشخیص دهند ، چرا که عاقلند و عاقل کسی است که کار بیهوده و عبث انجام نمی - دهد و البته در رابطه با منشاء این مفید پنداری و نیک دیدن ، عوامل مختلفی مطرح شده که در واقع همان عوامل شکل دهنده عرف می باشد ؛ از جمله فطرت ، وحی ، سلطه حاکمان و درک عقل . اما به نظر می رسد با توجه به اینکه ما نظر به نقش عقلاء بمام عقلاء در شکل گیری سیره داریم آنچه موجب نیک پنداری عقل در اتخاذ یک سیره توسط عقلاء می شود باید برگشت به حکم عقل داشته باشد ، و بنابراین می توان گفت تنها عامل پیدایی بنای عقلاء درک عقل است و اگر عوامل دیگری را در نظر بگیریم در واقع از عرف عام سخن گفته ایم نه از بنای عقلاء بمام عقلاء .

در واقع عقل با درک مصلحت ، در انجام یا ترک فعلی در حفظ نظام ، آن را انجام یا ترک می گوید ؛ این درک مصلحت منجر به شکل گیری قضایایی در میان عقلاء می شود که آن قضایا مبنای عمل و سیره عقلاء قرار می گیرند و قرار داد های اجتماعی را شکل می دهند . به عنوان مثال در زمینه اعتماد به ظهور کلام در مفاهمه ، شکل گیری قضیه ای با محتوای «ظاهر کلام حجت است» ، کاشف از وجود مصلحت در اعتماد بر ظهور سخن گوینده است ، یعنی عقلاء مصلحت را در این یافته اند که در محاوره و مفاهمه به ظهورات کلام اعتماد نمایند و خود را در تنگنای ایراد سخن صریح قرار ندهند .^{۱۰۸} و بنابراین قضیه ای را با این محتوا که ظاهر کلام حجت است ترتیب داده اند و

^{۱۰۷} جوان ، مبانی حقوق ، ج ۳ ، ص ۳۵۸ .

^{۱۰۸} علیدوست ، فقه و عرف ، ص ۱۰۵ .

بر اساس آن عمل می کنند. به این قضایاء اصطلاحاً مشهورات بالمعنی الاخص^{۱۰۹} گفته می شود. در تعریف مشهورات در این کاربرد می گویند: منظور از آن، قضایایی است که در میان عقلاء، پایگاه دارد و به رغم نابرخورداری از یقین، در قیاس جدل از آن بهره می برند. می توان سیره عقلاء را در اموری همچون اکتفاء به گفته شخص مورد اعتماد، استصحاب وضعیت گذشته تا یقین و یا اطمینان به نقض آن و اموری از این قبیل را از جمله تأسیسات عقلاء بدانیم که با انگیزه هایی همچون تأمین مصالح و مفاسد عام، حفظ نظام و جلوگیری از اخلال به آن، اصلاح حال مردم و ... به وجود آمده اند. در کنار قضایای مشهوره - با تعریفی که برای آن بیان شد - گاه قضایای بدیهی و فطری - که مواد قیاس برهان هستند - نیز می تواند از اقبال مردم و شهرت برخوردار شده و مورد عمل عموم عقلاء قرار بگیرند، به عنوان مثال عادلانه رفتار کردن و ظلم نکردن، مورد پذیرش و بنای خردمندان است. که برگرفته از قضایایی همچون «عدل حسن است» و «ظلم قبیح است» می باشد. در واقع اینها گزاره های عقل - عقل مدرک بدیهیات - هستند که مورد پذیرش بنای عقلاء نیز می باشند و در این حالت نیز عناصری همچون مصالح و مفاسد عام، حفظ نظام و ... در پیدایش بناهای عقلایی برگرفته از مدرکات عقل نقش دارند.

به طور خلاصه می توان مبانی سیره عقلاء را دو چیز دانست: ۱) قضایای عقل بدیهی ۲) قضایایی که مبنای قرارداد های اجتماعی است و صرفاً ناشی از مصلحت اندیشی عقل است. در این راستا، با توجه به اینکه حجیت عقل بدیهی و ذاتی است، و قطع حالتی است وجدانی که نیاز به اثبات ندارد، بنابراین باید گفت که در بحث حجیت سیره ی عقلاء، اثبات حجیت سیره ی عقلاء تنها در رابطه با سیره های عقلایی صورت می گیرد که صرفاً از توجه به مصالح و مفاسد عام اجتماعی به وجود آمده اند، (و شامل سیره ای که به واسطه ی ادراک بدیهیات عقلی شکل گرفته اند، نمی شود چرا که حجیت آنها ذاتی است).^{۱۱۰}

^{۱۰۹} این اصطلاح در مقابل « مشهورات بالمعنی الاعم » قرار دارد که شامل قضایای تحلیلی مثل اولیات و فطریات نیز می شود. رک: مظفر، المنطق، النجف: مطبعة النعمان، ۱۳۸۸ ق، ص ۳۲۷.

^{۱۱۰} علوی، عرف و عادت در حقوق اسلام و ایران، ص ۱۹۱.

بخش چهارم : مقایسه عرف و سیره

گفتار اول : عرف و سیره عقلاء

با توجه به بررسی های صورت گرفته در دیدگاه های مطرح در باب رابطه عرف و بنای عقلاء می توان به دو دیدگاه عمده در این دو مسئله اشاره کرد ؛ برخی^{۱۱۱} معتقدند که رابطه این دو عموم و خصوص من وجه می باشد . برخی^{۱۱۲} نیز بنای عقلاء را از گونه های عرف دانسته اند و معتقدند که رابطه این دو عموم و خصوص مطلق می باشد . ما به بررسی این دیدگاه ها پرداخته و نهایتاً نظر مختار را ارائه می کنیم .

بررسی رابطه عموم و خصوص من وجه :

در نظری که رابطه عرف و بنای عقلاء را عموم و خصوص من وجه می داند به تبیین موارد افتراقی و اشتراکی عرف و بنای عقلاء پرداخته شده است . که ما نیز به بررسی آن می پردازیم :

- موارد افتراقی عرف و بنای عقلاء از یکدیگر .

در بیان موارد افتراقی بنای عقلاء و عرف بیان می شود که :

- ✓ در بنای عقلاء ، مفید بودن و نیکو بودن عمل عنصر لاینفک محسوب می شود در حالی که در عرف چنین قیدی وجود ندارد و عرف می توان مستحست و غیر مستحسن باشد.
- ✓ سیره ی عقلاء تنها -همچنان که برآیند نامش می باشد - منحصر در بنا و سلوک است ، اما عرف در حوزه اعم از رفتار و گفتار است . همچنین همچنین وسعتی که در عرف از جهت فهم ، بنا و داوری وجود دارد ، در سیره دیده نمی شود .
- ✓ بنای عقلاء تنها در حیطه اثبات حکمی وارد عمل می شود مانند استناد به بنای عقلاء برای اثبات قاعده لزوم عقد ، ولی عرف هم در مواردی به عنوان دلیل حکم -زمانی که حجیت ذاتی دارد و در فصل دوم به آن خواهیم پرداخت - و هم برای اثبات امر موضوعی ، مانند تعیین معانی کلمات قرارداد و لوازم و توابع مورد معامله و شناسایی مقصود طرف های قرار داد در مورد ماهیت عقد

^{۱۱۱} جعفری لنگرودی ، دانشنامه حقوقی ، ج ۲ ، ص ۵۷ .

^{۱۱۲} جبار گلباغی ماسوله ، درآمدی بر عرف ، ص ۱۷۴ .

انشاء شده مورد استناد قرار می گیرد، آن را عرف می گویند.^{۱۱۳}

در مصباح الاصول در ذیل آیه ۲۳۲ سوره بقره: (فَأَمْسِكُوهُمْ بِمَعْرُوفٍ) آمده است که:

«... حکم امساک هم از لحاظ کیفیت و هم کمیت، به عرف و متعارف زمان واکذار شده است، و متعارف میان مردم، یعنی چیزی که مردم آن دوره به آن عمل می کنند و جنبه عمومی دارد. اما چون مسأله صغروی است و از احکام کبروی نیست، بنابراین جزء مصادیق عرف به حساب می آید، نه سیره عقلاء. پس مسائلی همچون عمل به ظواهر کلام، عمل به خبر ثقه، تقدیم خاص بر عام، رجوع جاهل به عالم و... جزء سیره عقلاء است.»^{۱۱۴}

علامه طباطبایی در حاشیه بر کفایة الاصول می فرماید:

«موضوع سیره عقلاء همیشه احکام کلی است که از فطرت اجتماعی عقلاء سرچشمه می گیرد، به گونه ای که جامعه از آن احکام بی نیاز نیست؛ فبناء العقلاء إنما يتحقق في حكم لم يستند إلى شيء آخر غير نفسه و بعباره أخرى: إذا كان ذلك كبروياً غير صغروياً»^{۱۱۵}

بنابر آنچه در باب تفاوت ها ذکر شد، ابتدا به نظر می رسد که بنای عقلاء اخص از عرف است و رابطه عرف و بنای عقلاء عموم و خصوص مطلق باشد. اما در ادامه می بینیم که در برای بنای عقلاء موردی را به عنوان **گسست بنای عقلاء از عرف** بیان می دارند، و آن اینکه مجعول قانونی نبودن عرف از عناصر تشکیل دهنده عرف محسوب می شود، در حالی که برای تحقق بنای عقلاء چنین شرطی وجود ندارد.

مثلاً زمانی که طریقه ای همچون کفایت معاطات در معاملات، شکل قانونی به خود بگیرد اگر چه نام بنای عقلاء بر او صادق است، اما نمی توان نام عرف را بر آن نهاد چرا که همانگونه که در باب

^{۱۱۳} شهیدی، مهدی، حقوق مدنی (اصول قراردادها و تعهدات)، بی جا: عصر حقوق، چ ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۲، ص ۳۴۷.

^{۱۱۴} حسینی بهسودی، محمد سرور، مصباح الاصول (تقریرات درس سید ابوالقاسم خویی)، نجف: مطبعة النجف، ۱۳۸۶ ق، ج ۳، ص ۱۴۸.

^{۱۱۵} طباطبایی، محمد حسین، حاشیة کفایة الاصول، بنیاد علمی - فرهنگی علامه طباطبایی، بی تا، ص ۲۰۵.

مبادی عرف اشاره شد بنا بر نظری^{۱۱۶} مجعول قانون نبودن عرف از عناصر تشکیل دهنده آن بشمار می آید.

در نظری که رابطه عرف و عادت را عموم و خصوص من وجه دانسته است، در رابطه با نقطه اشتراک بنای عقلاء و عرف معتقد است که توجه به تعریفی که برای عرف عام و خاص^{۱۱۷} صورت گرفته است و عرف عام را جریان مستمر یک رفتار یا سکوک ویژه همگانی دانسته اند که همه افراد یا بیشتر مردم با اختلافاتی که از نظر زمانی، مکانی و محل اقامت و دانش و زبان و رنگ و نژاد و جز اینها دارند، آن را پذیرفته باشند. می توان مقبولیت همگانی را که در عرف عام وجود دارد در سیره برخاسته از عقل عقلاء نیز مشاهده نمود و آن را نقطه مشترک عرف و سیره قلمداد کرد، علاوه اینکه در مبادی عرف درک عقل به عنوان یکی از خواستگاه های عرف معرفی شده بود.

بنابراین سیره ای که برخاسته از عقل باشد و تنها در محدوده عمل و رفتار باشد و شکل قانونی نیز به خود نگرفته باشد را می توان هم عرف و هم بنای عقلاء دانست.^{۱۱۸}

در واقع با این بیان برخی حیطه مشترک بین عرف و بنای عقلاء را در عرف عام دانسته اند و معتقدند عرف عام همان بنای عقلاء است، همچنان که محقق نائینی می گوید:

« گاه از طریق عقلایی به بنای عرف تعبیر می شود و مراد از آن، عرف عام

است، چنانکه گفته می شود بنای عرف در فلان معامله چنین است...»^{۱۱۹}

نقد دیدگاه فوق و ارائه نظریه مختار

در نقد نظریه فوق می توان گفت اگر چه عمومیت و مقبولیت هم در سیره عقلاء و هم در تعریف عرف عام وجود دارد، اما نباید فراموش شود که عرف عام همواره برخاسته از درک عقل عقلاء نیست، و در این حالت نیز می تواند عمومیت و پذیرشی همگانی کسب کند، مثلاً اگر عرفی

^{۱۱۶} جعفری لنگرودی، مقدمه عمومی علم حقوق، ص ۳۱؛ جوان، مبانی حقوق ج ۲، ص ۱۰۷.

^{۱۱۷} لازم به یاد آوری است که تقسیم عرف به عام و خاص از تقسیماتی است که به جهتی خارج از ذات عرف بر می گردد؛ بنابراین این عبارت تناقضی با عبارت قبل در نفی بنای عقلاء به عنوان یکی از گونه های عرف، ندارد

^{۱۱۸} همو، ترمینولوژی حقوقی، ص ۴۴۸ و ۱۱۴؛ همو، دانشنامه حقوقی، ج ۲، ص ۵۷.

^{۱۱۹} (و قد يعبر عن طريقة العقلانية ببناء العرف، و المراد منه العرف العام، كما يقال: إن بناء العرف في المعاملة الكذائية على كذا): غروی نائینی، فوائد الاصول، ج ۳، ص ۱۹۳ - ۱۹۲.

ناشی از خلق و خوی فطری و غرایز شعوری باشد مانند خضوع در مقابل کامل، گریز از ضرر، می-تواند عرف عام محسوب شود. بنابراین هر عرف عامی، سیره عقلا نخواهد بود اگر چه هر سیره عقلانی می تواند عرف عام محسوب شود، البته اگر شکل قانونی به خود نگرفته باشد. بنابراین اگر چه رابطه سیره عقلاء و عرف عموم و خصوص من وجه است اما دایره مشترک آن نمی تواند عرف عام باشد. چرا که خیلی از عرف های عام عمومیتشان ناشی از عقلایی بودنشان نیست. البته با توجه به اینکه نقطه گسست سیره عقلاء از عرف تنها در جایی است که سیره عقلاء قانونی شده باشد. بنابراین می توان به طور تسامحی رابطه عرف و بنای عقلا را عموم و خصوص مطلق بدانیم یعنی قائل شویم که هر کجا بنای عقلا شکل گرفت می توان نام عرف عام را بر آن نهاد ولی هر کجا عرف عام شکل گرفت ضرورتاً بنای عقلا نخواهد بود. به ویژه اینکه عموماً فقهاء زمانی که به تعریف بنای عقلاء می-پردازند آن را تحت عنوان عرف عام می نامند و همچنین همانگونه که قبلاً اشاره شد قانونی نبودن عرف یک موضوع اختلافی است و حقوقدانانی نیز هستند که با توجه به این مبنا که تنها منبع حقوق قانون است، معتقدند که عرف تنها هنگامی الزام آور می باشد که قانونی بوده باشد و اعتبار عرف را منوط به تصریح از سوی قانونگذار می دانند.^{۱۲۰} (که البته ما در گفتار دوم از بخش اول همین فصل با عنوان بررسی ارکان حقوقی و عناصر تشکیل دهنده عرف، این نظریه را مردود دانستیم).

گفتار دوم: عرف و سیره متشرعه

هر چند اصطلاحاتی همچون «عرف الشرع»، «عرف الشریعه»، «عرف متشرعه» و... در آثار پیش از دو قرن اخیر دیده می شود، ولی اصطلاح «سیره ی متشرعه» در کتاب های فقهی و اصولی اهل سنت و امامیه در پیش از دو قرن اخیر مشاهده نمی شود. و علمای شیعه، مخصوصاً معاصرین، در دو قرن اخیر هنگام بحث از عرف به تفکیک آن از سیره مسلمین مبادرت نموده و به صورت مستقل درباره آن بحث کرده اند.^{۱۲۱}

^{۱۲۰} جوان، مبانی حقوق، ج ۲، ص ۱۰۷.

^{۱۲۱} علوی، عرف و عادت در حقوق اسلام و ایران، ص ۱۷۸.

در بررسی تفاوت های سیره عقلاء و سیره متشرعه ، اشاره شد که در باب حجّیت سیره متشرعه دو نظر وجود داشت ؛ ما چه سیره متشرعه را خصوص متدینین عصر تشریع بدانیم و یا اینکه آن را تا زمان کنونی تعمیم دهیم و در تعریف و تحقق خارجی سیره متشرعه قید مذکور را ملحوظ ندانیم باید آن را از گونه عرف خاص قلمداد کنیم . البته برخی^{۱۲۲} معتقدند که در پاره ای از موارد سیره متشرعه از گونه عرف عام است . شاید وجود دو نوع حکم امضائی و تأسیسی در اسلام ، موجب چنین نظری شده باشد . در واقع زمانی که عمل به احکام امضایی را از باب سیره ی متشرعه بدانیم ، این باعث می - شود که سیره متشرعه را جزء عرف عام محسوب کنیم ، در حالی که باید گفت که احکام امضایی بازگشت به سیره عقلاء دارند و در واقع امضاء شارع تایید سیره ی عقلاء می باشد . بنابراین نمی توان آن را جزء سیره متشرعه با محدوده و تعریفی که برای آن ذکر شده است دانست و به نظر می رسد که عمل براساس احکام امضایی عمل براساس سیره عقلاء است نه سیره متشرعه .

چرا که در تعریف سیره متشرعه آن را روش و رفتاری دانستیم که همواره و به طور مستمر از همه ی مسلمانان و پای بند شریعت و یا تنها از گروهی خاص از آنان - همچون امامیه - بدین عنوان که مسلمان اند ، بروز می کند^{۱۲۳} ، در حالی که رفتار هایی که به موجب احکام امضایی از مسلمانان بروز می کند چون بازگشت به سیره ی عقلاء دارد ، در غیر مسلمانان هم قابل رؤیت است . علاوه اینکه اشاره نمودیم که سیره ی متشرعه تنها در محدوده ی امور تعبّدی و عبادی محقق می شود .

^{۱۲۲} جبار گلباغی ماسوله ، درآمدی بر عرف ، ص ۱۸۰ .

^{۱۲۳} غروی نائینی ، فوائد الأصول ، ج ۳ ، ص ۱۹۱ ؛ بروجردی ، محمدتقی ، نهایة الافکار فی مباحث الالفاظ (تقریرات درس محقق عراقی) ، قم: موسسه نشر اسلامی، ۱۳۶۴ش.، ج ۳ ، ص ۱۳۷ ؛ صدر ، دروس فی علم الأصول ، ج ۱ ، ص ۲۷۶ .

فصل دوم

تحلیلی بر حجّیت عرف و سیره

بخش اول: منابع استنباط احکام در فقه امامیه

بخش دوم: اقسام کاربرد عرف و بنای عقلاء در استنباط احکام شرع

بخش سوم: مکتب های حجّیت عرف و بنای عقلاء

بخش چهارم: تحلیلی بر حجّیت سیره مشرّعه

بخش پنجم: تحلیلی بر حجّیت سیره عقلاء و سیره های مستحدثه

بخش ششم: ادله اعتبار عرف

بخش اول : منابع استنباط احکام در فقه امامیه

گفتار اول : بحثی در انحصار ادله در چهار مورد

ادله احکام ، هر چه هست باید به حکم عقل برسید منع خلوّ ، دارای یکی از دو خصوصیت باشد:

- ۱- یا موجب حصول قطع به واقع گردد .
 - ۲- یا اگر موجب حصول قطع به واقع نیست ، لااقل حجّیت و قابل استناد بودنش ، قطعی باشد ؛ یعنی به دلیل معتبر ثابت شده باشد .
- در غیر این صورت ، به هیچ وجه منبع مزبور حجت نبوده و قابل استناد نیست ، چه عدم حجّیت آن قطعی باشد و چه حجّیت آن مشکوک باشد و دلیل معتبر بر حجّیتش یا عدم حجّیتش وجود نداشته باشد . مثل شهرت فتوایی که مجرد استشهار فتوا به حکمی در بین دانشمندان می باشد و در صحت معاطات به آن استناد می شود .^{۱۲۴} در منابع مشکوک ، اصل عدم حجّیت ، اصلی است عقلانی . چرا که شیوه ی عقلایی بر این جاری است که تا حجّیت و قابل استناد بودن اماره ای را به دلیل معتبر اخذ نکند ، به آن استناد ننماید . لذا گفته اند که شک در حجّیت مساوی با قطع به عدم حجّیت است .^{۱۲۵}
- اما اینکه چرا منبع استنباط فقهی باید دارای حجّیت قطعی باشد می توان گفت ، که شارع امثال از اوامر را از مکلفین انتظار دارد و امثال نیز تنها هنگامی رخ می دهد که ما قطع یا ظن خاص به حکم داشته باشیم . بنابراین برای وصول به این مقصود ، در اولین قدم لازم است از منابعی که حجّیت آنها قطعی است احکام الهی را اخذ نماییم .

این نکته مسلم است که تنها اراده خداوند مبنای عمل می باشد و منبع اصلی و مشخص کننده ی قواعد و قوانین است . در این راستا گذشته از کتاب و سنت که به جهت دربرداشتن وحی الهی از منابع و ادله اصلی فقه و حقوق اسلام و مقدم بر هر دلیل دیگری شمرده می شوند ، عقل ، اجماع ، سیره ی مسلمین ، عرف و بنای عقلاء نیز ، به عنوان منابع و ادله کاشف ، می توانند مأخذ استنباط

^{۱۲۴} گرجی ، ابوالقاسم ، مقالات حقوقی ، تهران : انتشارات دانشگاه تهران ، ۱۳۶۹ ش ، ج ۲ ، ص ۱۵۷ .

^{۱۲۵} همان .

قوانین الهی به شمار آیند.^{۱۲۶} اما ما در کتب فقهی می بینیم که عموماً تنها از کتاب و سنت و اجماع و عقل نام برده می شود. سوال این است که با توجه به ملاک مطرح شده در باب منابع مورد استنباط، که همان حجیت قطعی منابع بود، آیا دلیل دیگری نیز وجود دارد که موجب حصر منابع به چهار مورد فوق شده است؟ و آیا مستندی از شرع یا عقل بر انحصار ادله مذکور داریم یا خیر؟ به نظر می رسد که هیچ دلیل شرعی و عقلی در اینکه تنها ادله احکام منحصر به چهار مورد است، وجود ندارد چرا که اگر چنین دلیلی وجود داشت، از همان زمانی که فقهاء دست به اجتهاد زدند، در تمامی این چهار دلیل اتفاق نظر می نمودند، در صورتی که با نگاهی به تاریخ فقه می بینیم که فقهاء در خود همین چهار منبع نیز اختلاف نموده اند به این صورت که همه مذاهب اسلامی از همان ابتدا، کتاب و سنت را به عنوان منابع احکام پذیرفته و به قرآن مجید به عنوان مهمترین منبع و اصیل ترین منبع توجه داشته و سنت را دومین منبع معتبر قلمداد نموده اند اما در رابطه با اجماع، امامیه اجماع را همانند کتاب و سنت نمی دانند و به آن عمل نمی کنند مگر اینکه کاشف از قول معصوم باشد و بر این عقیده اند که اجماع همان سنت است که با تعبیر دیگری بیان شده است.^{۱۲۷} البته برخی نیز همچون میرزای قمی، آن را منبعی مستقل به حساب آورده و معتقدند که اجماع اگر چه به لحاظ کشف از قول معصوم حجت است ولی خود قول معصوم نیست و در رابطه با اجماع نمی توان گفت که الفاظ آن را امام یا پیغمبر گفته و معنای آن منظور او بوده و هرگونه دلالت و لوازمی که داشته باشد، قابل انتساب به اوست. بلکه اجمالاً می توانیم بگوییم امام یا پیغمبر با مفاد اجماع موافقند.^{۱۲۸} در رابطه با دلیل عقل و حجیت آن نیز مباحث مبسوطی در کتب اصولی مطرح شده است، بعضی از فقهاء و اصولی ها، همچون صاحب معالم و آخوند خراسانی به هیچ عنوان متعرض دلیل عقلی نشده اند و حتی یک کلمه درباره ی آن سخن نگفته اند و چگونه می توان تصور کرد که چیزی چون عقل

^{۱۲۶} امید زنجانی، فقه سیاسی، ج ۲ ص ۲۱۶-۲۱۵.

^{۱۲۷} علم الهدی، مرتضی، الذریعة الی اصول الشریعة، تصحیح و تعلیق ابوالقاسم گرجی، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۶ ش، ص ۶۰۵-۶۰۴؛ هَذَاکِی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن (محقق حلی)، **المعتبر فی شرح المختصر**، قم: مؤسسه سید الشهداء علیه السلام، ۱۳۶۴ ش، ص ۶؛ نجفی، محمد حسن **جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام**، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ج ۴، ۱۳۷۳ ش، ج ۴۱، ص ۳۶-۳۵.

^{۱۲۸} میرزای قمی، ابوالقاسم، **قوانین الاصول**، چاپ سنگی، در دومجلد، چاپ طاهر و عبد الرحیم، بی تا. ج ۱، ص ۷۴.

به عنوان دلیل فقهی وجود داشته باشد و حضرات با بی اعتنائی از کنار آن بگذرند.^{۱۲۹} و در عین حال چند تن از علماء از قرن سیزدهم همچون محقق قمی - در کتاب «قوانین الاصول» - در حمایت از دلیل عقل، به نحو مبالغه آمیزی از حجّیت و اعتبار آن سخن گفته اند^{۱۳۰} و بعد از او نیز در کتاب «هدایة المسترشدين فی شرح معالم الدین»^{۱۳۱} به طور مبسوط تر در این باره بحث هایی شده است. بنابراین به راستی ضروری است که جایگاه عقل در استنباط احکام تبیین شود که البته خود رساله ای مبسوط را می طلبد.

بنابراین با وجود اختلاف در برخی از این منابع نمی توان قائل به وجود دلیلی قابل استناد در انحصار ادله به این چهار مورد باشیم، علاوه اینکه تقریباً از زمان شیخ انصاری به بعد، «سیره عقلاء» نیز بر ادله چهارگانه قبلی اضافه شده است و از آن به عنوان «دلیل خامس» نیز یاد می شود. و اگر با توجه به آنچه در فصل قبل در مورد رابطه عرف و بنای عقلا بیان نمودیم؛ بپذیریم که سیره ی عقلاء و بنای عقلاء تعبیرات دیگری از عرف عقلاء هستند، می توان نتیجه گرفت که عرف عقلاء هم به عنوان یکی از منابع محسوب می شود. البته در صورتی که همان ملاک مطرح شده در باب ادله احکام (حجّیت قطعی ادله ی مورد استناد)، در مورد عرف عقلاء نیز صادق باشد و اشاره شد که در منابع استنباط، شک در حجّیت مساوی با قطع به عدم حجّیت است.

گفتار دوم: تمسک به عقل و بنای عقلاء در استنباط احکام

اشاره شد که از میان منابع استنباط احکام، کتاب و سنت^{۱۳۲} از همان ابتدا به عنوان منابعی معتبر و مسلم، مورد اتفاق تمام مذاهب اسلامی بوده است. اما نسبت به حجّیت سایر منابع، اشاره شد که اختلافات دامنه داری بین اصولی ها مطرح است. به نظر می رسد که قبل از ورود به مباحث حجّیت

^{۱۲۹} فیض، مبادی فقه و اصول، ص ۴۵.

^{۱۳۰} میرزای قمی، قوانین الاصول، ج ۱، قوانین المحکمه، مقصد چهارم.

^{۱۳۱} در بحث قیاس

^{۱۳۲} البته در رابطه با سنت، اهل سنت تنها سنت نبوی را حجت می دانند در حالی که امامیه به حکم برخی از آیات و احادیث متواتر از رسول اکرم که خود اهل سنت نیز روایت کرده اند، سنت را تعمیم بخشیده و گفتار و کردار و تقریر سایر معصومین (علیهم السلام) را نیز حجت دانسته و بدان استناد می کنند.

بنای عقلاء و عرف، که مورد نظر این فصل از رساله است، شایسته است که در رابطه با تفاوت دلیل عقل و بنای عقلاء و موارد رجوع به هر کدام، به عنوان دو دلیلی که در آنها درک عقل مبناء قرار گرفته اجمالاً مطالبی مطرح شود.

بند اول: سیر تاریخی تمسک به عقل در استنباط احکام

در زمان ائمه، بخصوص در قرن دوم هجری، در کنار محدثان و راویان که قدرت و نفوذی داشتند، گرایش های اجتهادی عقلی کم و بیش وجود داشت^{۱۳۳}، و آنگونه که در برخی از کتاب ها^{۱۳۴} اشاره شده است گروهی از شاگردان ائمه (علیهم السلام) از جمله فضل بن شاذان، یونس بن عبد الرحمان، زرارة بن اعین، جمیل بن دراج و عبد الله بن بُکیر و ... شیوه ی تحلیل اجتهادی و استدلال عقلی را در فقه برای خود برگزیده بودند، اما هیچ کدام از دلیل عقل به عنوان یک مأخذ، نام نبرده اند. در میان امامیه «عقل» در اواسط قرن چهارم، به عنوان طریق معتبر دستیابی به وحی مطرح شد و نخستین فقیهی که آن را در مقام استنباط احکام شرعی بکار گرفت، ابن جنید بود^{۱۳۵}، پس از او شاگردش شیخ مفید، آن را به عنوان راهی برای شناخت قرآن و ادله مستفاد از اخبار دانست^{۱۳۶} و پس از آن ابن ادریس حلی برای دستیابی به احکام - در مواردی که نصّ و اجماع نباشد - به صراحت عقل را به عنوان یک منبع در استنباط احکام مطرح نمود.

^{۱۳۳} گرجی، ابوالقاسم، **تاریخ فقه و فقها**، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه ها (سمت)، ۱۳۷۷ ش، ص ۱۱۳.

^{۱۳۴} فیض، **مبادی فقه و اصول**، ص ۴۲.

^{۱۳۵} همان. البته در رابطه با سیر استفاده فقهاء از عقل در استنباط احکام تاریخیهای دیگری نیز مطرح شده است همچنان که در رابطه با تاریخ شروع آن در نظر دیگری آن را به ابن جنید نسبت نمی دهند و معتقدند که ابن جنید تنها اجتهاد به رأی بر مبنای قیاس داشته است و در رابطه با دلیل عقل چیزی از او نقل نشده است؛ رک: فیض، علیرضا، **ویژگی های اجتهاد و فقه پویا**، تهران: پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی، چ ۱، ۱۳۸۲ ش، ص ۵۷؛ همو، **مبادی فقه و اصول**، ص ۴۲ و ۳۸۸.

^{۱۳۶} ایشان در رساله ی اصولیه خود به نام «التذکرة باصول الفقه» که کراچکی آن را تلخیص کرده و ضمن کتاب کنز الفوائد او چاپ شده است می نویسد: (أصول الأحكام ثلاثة: ۱- الكتاب، ۲- السنة، ۳- اقوال الأئمة عليهم السلام و سپس اضافه نموده است که الطرق الموصلة إلى هذه الأصول ثلاثة: اللسان والأخبار وأولها العقل) و بنابراین ایشان برای عقل وظیفه ای بیش از فهم نصوص شرعی قائل نشده است.

همچنان که در کتاب «السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی» می نویسد :

« فإذا فقدتُ الثلاثة : الكتاب و السنة و الإجماع ، فالمعتمد فی المسألة الشرعیة عند المحققین ، التمسكُ بدلیل العقل . »^{۱۳۷}.

بعد از این مرحله فقها و اصولی ها ، هر کدام به کیفیتی عقل را به عنوان دلیل استنباط مطرح و تقسیماتی را برای آن ارائه نموده و هر کدام چیز هایی را بر آن افزوده اند همچنان که محقق اول (پس از ابن ادریس) علاوه بر اینکه عقل را یکی از منابع دانسته به ذکر تقسیماتی در دلیل عقل پرداخته است و آن را دو قسم می داند ؛ قسمی که متوقف بر خطاب شارع است که خود بر سه گونه (لحن الخطاب^{۱۳۸} ، فحوی الخطاب^{۱۳۹} ، دلیل الخطاب^{۱۴۰}) می باشد و قسمی که در دلالت بر حکم و درک آن مستقل است و برای این قسم وجود رد و دیعه ، قبح ظلم و دروغ و حسن انصاف و راستی را مثال زده است .^{۱۴۱} و از میان فقهاء میرزای قمی (متوفی سال ۱۲۳۱ ه.ق) از جمله کسانی است که دلیل عقل را به تفصیل تمام در کتاب قوانین الاصول خود مورد بررسی و تتبع قرار داده است .

در عصر حاضر که عموماً آغاز آن را از مرتضی انصاری (۱۲۸۱ ش) دانسته اند اجتهاد و بهره گیری از عقل در استنباط احکام به اوج خود رسیده است و در واقع باید شیخ انصاری را پیشوای عالیتین دوره ی اجتهاد و استفاده از ادله ی عقلی و منطقی در مسائل فقهی و اصولی ، دانست .

بند دوم : بررسی ماهیت مدرکات عقل در دلیل عقل و بنای عقلاء

در فصل دوم از رساله ، با توجه به اینکه در اصل بنا داریم به بررسی عرف و بنای عقلاء و جایگاه آنها در استنباط احکام ، پردازیم و از طرف دیگر ، هم در بنای عقلاء - که آن را به عنوان قسمی از

^{۱۳۷} حلی ، محمد بن ادریس ، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی ، قم : مؤسسه نشر اسلامی ، بی تا ، ص ۴ ، البته از سخن ایشان چنین استفاده می شود که او دلیل عقل را در طول ادله قرار داده است و معتقد است که در صورت وجود سه دلیل دیگر (کتاب و سنت و اجماع) نوبت به استفاده از دلیل عقل نمی رسد .

^{۱۳۸} مترادف با مفهوم موافق .

^{۱۳۹} نام دیگر قیاس اولویت .

^{۱۴۰} نام دیگر مفهوم مخالف .

^{۱۴۱} محقق حلی (هذکلی) ، المعتبر فی شرح المختصر ، ج ۱ ، ص ۲۸ .

سیره دانستیم که می تواند عرف عام نیز تلقی شود - و هم در دلیل عقل ، عنصر عقل نقش تعیین کننده دارد ، لاجرم در رابطه با ماهیت مدرکات عقل در دلیل عقل و بنای عقلاء مطالبی را ذکر کرده تا بدین ترتیب ، موضوع سخن در فصل تحلیل مبانی حجّیت سیره ی عقلاء را تبیین و روشن نموده باشیم .

ابتدا برای روشن شدن تفاوت بنای عقلاء با « دلیل عقل » که گاه از آن به « حکم عقل » نیز تعبیر می شود ، ناگزیر به ارائه تعریفی برای دلیل عقل می باشیم . در تعریف دلیل عقل آمده است که دلیل عقل عبارت است از هر حکم و محصول عقلی ، و به تعبیر دیگر آنگونه که مرحوم مظفر بیان داشته است ، دلیل عقلی هر قضیه عقلی است که موجب اکتشاف و رسیدن به حکم شرعی شود.^{۱۴۲} چنان که در مسئله تراحم احکام ، عقل به تخییر حکم می کند . مثلاً هر گاه شخصی موظف به نجات دو نفر باشد که هر دو دچار سیل و یا طوفان شده اند ، و در معرض هلاکت هستند ، و برای او فقط نجات یکی از آنان ممکن باشد ، و هیچ یک هم بر دیگری ترجیحی نداشته باشد ، عقل چنین حکم می کند که این شخص در نجات هر یک از آن دو مخیر است . به موجب حکم عقل و درک عقلی می توان به تحسین و در مواردی به تقبیح فاعل پرداخت و حتی به موجب آن فاعل را از نظر شرعی مستوجب عقاب و یا شایسته ثواب دانست ؛ و بر همین مبنا است که می گویند ، حکم عقلی ، دلیل حکم شرعی است .^{۱۴۳} در واقع با توجه به آنچه در باب دلیل عقل بیان شد ، می توان گفت دلیل عقل تنها استنتاج عقل است و عقل نیرو و گونه ای از تعین نفس است .

در باب مقایسه ی ماهیت قضایا و مدرکات عقلی مطرح در سیره ی عقلاء ، با ماهیت قضایا و استنتاج عقلی مطرح در دلیل عقل باید گفت ، مدرکات عقل در دلیل عقل تنها کلیّات است و فهم جزئیات در قلمرو حکومت عقل نیست . عقل نهایت چیزی را که می تواند درک کند کلیات و مفاهیم است ولی در تطبیق آن با جزئیات مصادیق ، عقل را عاجز و ناتوان می یابیم . علاوه اینکه قضایایی که توسط عقل (در دلیل عقل) قابل درک است ، متکی بر درک مصالح و مفاسد واقعی امور

^{۱۴۲} «کل حکم للعقل یوجب القطع بالحکم الشرعی» : مظفر، اصول الفقه، ج ۲، ص ۱۲۵؛ حائری اصفهانی، محمد حسین بن عبد الرحیم، الفصول الغرویة فی الاصول الفقهیة، قم: داراحیاء العلوم الاسلامیة، ج ۱، ۱۳۶۳ ش، ج ۲، ص ۳۱۶.

^{۱۴۳} علوی، عرف و عادت در حقوق اسلام و ایران، ص ۱۸۸-۱۸۷.

است. بنابراین به طور خلاصه می توان گفت که عقل بما هو عقل تنها قضایای کلی بدیهی را درک می کند. در این قضایاء محمول از تحلیل موضوع بدست می آید و در حمل نیازی به قرار و اعتبار معتبری نیست، همچنان که در قضایایی مثل «قطع حجت است»، «احسان و عدل نیکو است»، «فساد و ظلم قبیح است» و ... تصوّر صحیح موضوع و محمول، در حصول علم به نسبت کافی است و سلب محمول از موضوع چیزی جز تناقض نیست. بنابراین قضایای عقلی که در دلیل عقل مبنای عمل قرار می گیرد، قضایایی بدیهی هستند و سند و دلیل آنها خود عقل می باشد و متکی به اعتبار و حمل نمی-باشند.

اما مدرکات عقل در سیره عقلاء صرفاً امور بدیهی و قضایای اولی و ضروری نیست که در آنها محمول از تحلیل موضوع بدست آید بلکه قضایایی که در سیره عقلاء مبنای عمل عقلاء قرار دارد همچنین می تواند صرفاً از توجه به مصلحت های عمومی و حفظ نظام اجتماعی و بقاء نوع انسانی تألیف شده باشد و براین اساس آراء همه عقلاء بر آن اتفاق داشته باشند. همچنان که در کتب اصولی و منطقی این قضایا راتحت عنوان قضایاء محمودیه و یا مشهورات بالمعنی الاخص تقسیم بندی نموده-اند.^{۱۴۴} البته در خصوص ماهیت قضایایی همچون «عدل نیکو است» و یا «ظلم قبیح است» دو نظر وجود دارد: برخی^{۱۴۵} آن را از جمله مشهورات بالمعنی الاخص می دانند که صرفاً باعتبار عقلاء و بنا بر مصالح و مفاسد عام ایجاد شده اند و واقعیتی جدای از اعتبار ندارند و بنابراین در حیطه مدرکات عقل در دلیل عقل قرار ندارند، در مقابل برخی نیز آن را از جمله قضایای بدیهی و مدرکات در دلیل عقل دانسته اند و هر گونه تردید و اختلافی را در رابطه با این قضایا انکار نموده اند.^{۱۴۶} اما در یک دیدگاه سوم برخی معتقدند که اگر چه این قضایاء از جمله بدیهیات عقلی و قضایای برهانی محسوب می شوند^{۱۴۷} اما اولیه بودن این قضایا منافاتی با این ندارد که حسن عدل و قبح ظلم را به مصلحت و

^{۱۴۴} مظفر، المنطق، ص ۳۳؛ علیدوست، فقه و عرف، ص ۱۱۳.

^{۱۴۵} غروی اصفهانی، محمد حسین (معروف به کمپانی)، بحوث فی الاصول (رساله الطلب و الاراده)، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ج ۲، ۱۴۰۹ ق، ص ۶۲.

^{۱۴۶} حائری، مهدی، کاوش های عقل عملی، تهران: مؤسسه مطالعات و تحقیقات فرهنگی، ۱۳۶۱ ش، ص ۲۳۶ - ۲۳۰.

^{۱۴۷} چرا که تصور صحیح از «عدل»، «حسن»، «ظلم» و «قیح» در قطع به ثبوت نسبت کافی است.

مفسده عام مربوط بدانیم و نه به نفس عدل و ظلم . چرا که نباید اولیات را منحصر در قضایایی کرد که محمول گزاره ی ذاتی نهاد است و حمل آن بر نهاد بدون توجه به جهات خارج است . در واقع گاه در قضایای اولیه محمول در درون و ذات ، لازمه ی تحلیل موضوع نیست اما نفس تصور موضوع و محمول برای قطع به نسبت کافی است . بنابراین ممکن است که قضایای اولیه ای (قضایایی که محمول به جهتی خارج از اقتضای نهاد ، بر آن موضوع مترتب است) در جهت مصلحت و مفسده عام قرار گرفته و از اقبال مردم و شهرت برخوردار شوند که این قضایای اخیر را تحت عنوان مشهورات بالمعنی الاعم تقسیم بندی می کنند .^{۱۴۸}

بنابراین در باب ماهیت مدرکات عقل در سیره عقلاء می توان دو نوع قضیه را نتیجه گیری کرد ؛ قضایای محموده که تنها سند و دلیل آن اعتبار عقلاء ، و مبتنی بر توجه ایشان به مصالح و مفسد عام در اجتماع است که عموماً قرار دادهای اجتماعی از این دست هستند (مشهورات بالمعنی الاخص) همچون اعتماد به ظهور کلام و معاملات معاطاتی و .. ، نوع دوم قضایای بدیهی است که اگر چه از جمله مدرکات عقل در دلیل عقل بشمار می آیند اما محمول در آنها به جهتی خارج از اقتضای نهاد ، بر موضوع مترتب می شود و عناصری چون مصالح و مفسد عام ، حفظ نظام و اخلال به آن ، اصلاح حال مردم و ... در پیدایش آن دلیل نقش دارند (مشهورات بالمعنی الاعم) . می توان گفت که بخش وسیعی از عرف ها و رویه های نهاده شده در اندیشه و عمل عقلاء همانند دادن اجرت به عامل ، وفای به عهد ... مبتنی بر قضایایی از قسم دوم می باشند . در واقع بناهای برخاسته از این قضایا جز به اقتضای عقل عقلاء (درک عقل نسبت به قضایای بدیهی) نیست ، به دیگر سخن «عقلاء بما هم عقلاء» بر این تأسیسات توافق عمومی دارند .

بند سوم: تفاوت های دلیل عقل و بنای عقلاء

در خصوص بررسی تفاوت های دلیل عقل و بنای عقلاء ، لازم به ذکر است که اساساً مقارنه دلیل عقل و بنای عقلاء و پرسش از فرق این دو ، کاری غلط می باشد چرا که :

(۱) عقل نیرو و گونه ای از تعین نفس است ، در حالی که بنای عقلاء تأسیس و سلوک می باشد.

^{۱۴۸} علیدوست ، فقه و عرف ، ص ۱۱۱ .

۲) اشاره شد قضایای مدرک توسط عقل در دلیل عقل تنها شامل قضایای بدیهی و اولی است و اساساً عقل تنها زمانی حکمی می دهد که موضوع برایش کاملاً مشخص و یقینی باشد. در حالی که در بنای عقلاء معیار تعیین قضایایی که مبنای عمل قرار می گیرد تشخیص مصالح و مفاسد نوعی و حفظ نظام و ... است و قضایای بدیهی نیز تنها در صورتی که مصلحتی عام از دیدگاه عقلاء بر آن مترتب باشد مقبولیت یافته و همگانی می شود و مبنای عمل قرار میگیرد. بنابراین بنای عقلاء همواره مسبوق به مصلحت سنجی است اما استنتاج عقل، صرف ادراک بدیهیات و کلیات توسط عقل است که ممکن است مجرد بوده و مسبوق به مصلحت سنجی نباشد (و محمول گزاره ذاتی نهاد باشد و به جهتی خارج از جهات موضوع بر آن بار نشده باشد).

۳) بنای عقلاء به تکرار عمل وابسته است، چون از سنخ سیره می باشد و قضایایی که بنا بر درک مصالح و مفاسد عام و حفظ نظام تعیین شده اند در اثر تکرار، بنای عقلاء را شکل می دهند، در حالی که دلیل عقل صرفاً استنتاج عقل است ولو آنکه به مرحله عمل نرسیده باشد. و به طور خلاصه می توان گفت که حکم عقل (دلیل عقل)، از سنخ علم است ولی بنای عقلاء از سنخ عمل است و به عبارت دیگر سیره و بنای عقلاء، رفتار و روشی است که براساس بدیهیات عقلی و یا مصلحت اندیشی عقل و قرار دادهای اجتماعی جریان دارد ولی حکم عقل، صرف ادراک بدیهیات و یقینیات است.

بخش دوم: اقسام کاربرد عرف و بنای عقلاء در استنباط احکام شرع

گفتار اول: کاربرد استقلالی عرف و بنای عقلاء

آیا مردم می توانند در کنار اراده خداوند بنایی را لازم نمایند و با تأسیسات و عرف های خود قانونگذاری نمایند؟ بررسی نقش عرف به عنوان سرچشمه پیدایش قانون و الزام آن، همان بررسی کاربرد استقلالی عرف و بنای عقلاء است. در مقابل، زمانی که عرف را به عنوان سند قانون پدید آمده از مصدری دیگر (وحی؛ اراده خدا) و یا به عنوان ابزاری جهت تفسیر سند قانون پدید آمده، بررسی کنیم کاربرد غیر استقلالی عرف را بررسی کرده ایم.

در رابطه با اصل صحت کاربرد استقلالی عرف باید گفت، در نصوص و متون دینی ولایت و حق تشریع و تقنین، منحصر در ذات مقدس الهی است مگر فرد یا نهادی که از طرف خداوند برخوردار از این حق و یا مأمور به این تکلیف باشد که در این صورت اراده او نیز می تواند همسان با اراده الهی منبع قانون گردد. اما در رابطه با اینکه آیا عرف نیز می تواند مصدر احکام شود و این حق برای مردم نیز وجود دارد، باید گفت که فقیهان در آنجا که سخن از «ولایت» است، اصل را عدم ولایت و عدم حق طاعت احدی بر احدی می دانند مگر اینکه ولایت و حق پیروی ثابت شود و ثبوت آن را جز از طریق جعل الهی نمی پذیرند، این در حالی است که اندیشه و خرد بر ارتباط بین «ولایت داشتن» و «حق طاعت و حکم» تأکید دارد و وقتی دلیلی بر لزوم متابعت نباشد، حق تقنین نیز مورد سوال و در نهایت مورد انکار قرار می گیرد. سوال از لزوم اطاعت وقتی قطع می شود که به ولایت داری و ربوبیت برسد؛ در این جا است که عقل با علم حضوری، در درون خود، معلوم را می یابد و به لزوم اطاعت قانع می گردد.

در رابطه با حجیت ذاتی عقل به عنوان مصدری که می تواند قانونگذاری کند باید گفت که قطع یک حالت وجدانی است و زمانی که این حالت بر نفس عارض شود به گونه ای که در رابطه با همه افراد دیگر نیز اینگونه باشد، این حالت برای شارع نیز مجزی است و در این حالت بر حکم عقل عقاب

و ثواب شرعی مرتب خواهد بود .

اما در اینکه آیا می توان آنگونه که برخی^{۱۴۹} معتقدند عرف را نیز در کنار عقل و وحی مصدر احکام دانست و صرف اتفاق همگانی مردم و عرف شدن روش و سلوکی تبعیت از آن را مستوجب ثواب و عدم تبعیت از آن را منجر به عقاب اخروی دانست ؟

از میان مکاتبی که در باب حجیت عرف مطرح است مکتبی که حجیت عرف را بما هو عرف ، ذاتی می انگارد در واقع قائل به منبع انگاشتن عرف است ، و با توجه به این مبنا که اقتضائات و ضرورت های جامعه عرف را رقم می زند لذا اعتبار احکام عرف را نزد شارع مسلم می دانند و مخالفت شرع با آن را مخالفت با اجتماع و نظام محسوب می کنند^{۱۵۰} و بنابراین لزوماً شارع را موافق با آن دانسته و همانگونه که مخالفت شارع را با قطع روا نمی دانند ، همچون « قطع » برای عرف نیز حجیت ذاتی قائل هستند . البته در رابطه با مکتب حجیت ذاتی عرف به طور مبسوط سخن خواهیم گفت و بیان خواهیم کرد که تنها عرفی که بازگشت به حکم عقل دارد از حجیت ذاتی برخوردار است . چه بسا که عرفی مبتنی بر مصالح عام باشد اما شارع به عنوان فردی که رئیس عقلاء است مصلحت عام را در چیزی غیر از آنچه عموم عقلاء دیده اند ، ببیند . بنابراین غیر از بدیهیات که مفید قطع است هیچ مصدر دیگری نمی تواند در کنار وحی و اراده خداوند قانونگذاری نماید.

گفتار دوم : کاربرد غیر استدلالی برای عرف

با توجه به آنچه در گفتار قبل بیان شد ، باید پذیرفت که تنها مصدر و منبع احکام شرع اراده خدا و استنباطات بدیهی عقل است اما در اینکه آیا می توان عرف را دلیل و ابزاری در جهت استنباط احکام دانست و از طریق آن به احکام الهی دست یافت ، بحثی است که به شدت محل گفتگو و اختلاف نظر است . آیا می توان عرف را در کنار قرآن ، سنت ، اجماع و عقل ، دلیل خامسی دانست که احکام را بدان ارجاع دهیم ؟ برخی از صاحب نظران در صورت مثبت بودن پاسخ ، دو پیش فرض را

^{۱۴۹} عمید زنجانی ، **فقه سیاسی** ، ج ۲ ، ص ۲۱۷ .

^{۱۵۰} (ثم إنك عرفت في بحث الوضع ، ان اعتبار الوضع والدلالة اللفظية ما يقضي به الفطرة الإنسانية ونظام الاجتماع فهو ما بني عليه العقلاء ولا معنى للردع عنه كما عرفت .) : طباطبائی ، **حاشية كفاية الاصول** ، ج ۲ ، ص ۲۰۶ .

بیان داشته اند :

۱- اثبات شأن سندیت برای عرف زمانی صحیح است که عرف ، خود لازم الاتباع و حکمی از احکام نباشد بلکه آنچه که مکشوف عرف است خواص حکم را دارا باشد . و این زمانی میسر است که الزام در پیروی از عرف در امری خارج از آن تعبیه گردیده باشد . بنابراین زمانی که عرف خود موضوعیت دارد و در تنقیح موضوعات عرفی و یا تطبیق مفاهیم موضوعات بر مصادیق آنها و یا ظهور دلیل ... به عرف رجوع می کنیم در این موارد نیازی به اثبات حجیت عرف نیست . بلکه در مواردی که عرف سند حکم قرار می گیرد و در دست یابی به حکم طریقت دارد ، لازم است تا حجیت آن به اثبات برسد .

۲- سند انگاشتن و یا انکار سندیت عرف در فرضی است که حوزه ی مورد بحث و تحقیق عرف، مطمح نظر شارع بوده و از طرف او در آن مورد تقنین صورت گرفته باشد . در این صورت است که می توان از صلاحیت یا عدم صلاحیت عرف برای کشف حکم شارع گفتگو نمود .^{۱۵۱}

البته بحث در رابطه با تعیین محدوده هایی که مطمح نظر شارع بوده و قلمرو شریعت را تشکیل می دهد و همچنین بحث از خلاء های قانونی و حوزه ی اختیار مردم در این ارتباط از جمله مباحث مهم و بنیادین مطرح شده در این باب است ؛ برخی با محدود کردن دین ، و قرارداد آن را در حصاری بسیار کوچک ، و یا تلطیف دین به گونه ای که با هر مسلک و ایده ای کنار آید و همچنین با عصری کردن گزاره های وارده در کتاب و سنت ، در صدد محدود کردن قلمرو شریعت و توسعه و بسط محدوده ی عرف و اراده مردم می باشند .^{۱۵۲} در مقابل ایشان ، گروه دیگری معتقدند که احکام شرع و دین منحصر به نماز و روزه و عبادات نبوده و بلکه همه اقوال و افعال ما ، لابد تحت یکی از احکام خمس مندرج است ، و شمولیت مطرح در دین نسبت به هر عمل و حرکتی تا بدان جاست که قبل از هر اقدام پیش تر باید حکم آن را از شریعت جستجو کرد خواه امور دولتی و سیاسی و خواه عبادات و معاملات باشد . و در این اندیشه تفکیک امور به شرعی و عرفی و نظامات دولتی مجال بروز

^{۱۵۱} علیدوست ، فقه و عرف ، ص ۱۵۳ .

^{۱۵۲} مجتهد شبستری ، محمد ، **هرمنوتیک کتاب و سنت** ، تهران: انتشارات طرح نو ، چ ۱ ، ۱۳۷۵ش ، ص ۵۶ - ۵۲ .

اما دیدگاه سوم و متعادلی نیز در این میان وجود دارد و آن اینکه ؛ اگر چه دینِ خداوند جامع و جهانی است و مبین هر خُرد و کلانی می باشد . لکن همین کمال و جامعیت ، موجب وسعت و گستردگی آن خواهد بود و این مقتضی است که شارع نهاد هایی را در خود دین تعیین نماید تا در خلاء قانونیِ مباشر و مستقیم ، به برنامه ریزی و جعل مقررات متناسب با اهداف کلی شریعت پردازد، و این اقدام همزمان است با تلاش دیگر شارع در توجه به باطن و سلوک و جهت دادن به عرف ها و نهاد های تأسیسی و جلب نظر ها به کانونی معنوی و قدسی ، در درون خود دین .

دینی که ادعای جاودانگی می کند ، نمی تواند برای تک تک اعمال برنامه ی ویژه ای داشته باشد . اساساً یک شبکه ی کاملاً بسته و متصلب ، به هیچ وجه قدرت هماهنگی و همگامی با تحولات اجتماعی و پیشرفت بشری را ندارد ، بنابراین اکمال دین و اتمام نعمت و تبیین همه شئون می تواند به تقنین ثابت ها و مقررات غیر قابل تغییر ، در کنار نهاد های برنامه ریز و قانونگذار در ضرورت ها و مصلحت ها باشد .

^{۱۵۳} تبریزی ، محمد حسین ، **کشف المراد من المشروطة والاستبداد** ، تهران : بی نا ، ۱۳۲۵ق . ص ۷۹ ، به نقل از زرگری نژاد ، علامحسین ، **رسائل مشروطیت** ، موسسه تحقیقات و توسعه علوم انسانی ، ۱۳۸۷ش . ص ۱۴۲ .

بخش سوم: مکتب های حجّیت عرف و بنای عقلاء

از زمان های گذشته اگر چه فقها و اصولی ها با عرف آشنا بوده و آن را به کار می گرفتند ، ولی نوعاً در صدد بحث از حجّیت آن بر نیامده اند و گاه که سخن از حجّیت عرف به میان آمده است ، تنها به عرف لفظی گریزی زده اند و در کتب اصولی کمتر دیده شده است که بحث جامع و کاملی در این زمینه ارائه شود. تنها در دو قرن اخیر است که سخن از حجّیت عرف و ادله اعتبار آن به عنوان بحثی جدی در محافل علمی مطرح شده است ، و بر خلاف فقها و اصولی های گذشته که در این امر روشی جز تمسک به ادله لفظی نداشتند ، امروزه فقها و اصولی های امامیه با بحث و کاوش درباره ی اعتبار و حجّیت عرف و ارائه ی اندیشه ها و دیدگاه های گوناگون درباره آن توانسته اند اندک اندک و در گذر زمان گرایش ها و مکتب هایی را درباره ی حجّیت و اعتبار عرف سامان دهند . که در این فصل به مهمترین این گرایش ها و مکاتب که از ویژگی های مکتب عرف شیعه محسوب می شود، اشاره خواهیم نمود . مجموعه گرایش ها در باب اعتبار و حجّیت عرف را می توان تحت عنوان سه مکتب کلی تقسیم نمود :

۱- مکتب حجّیت ذاتی عرف و سیره عقلاء

۲- مکتب حجّیت عرف و سیره به عنوان کاشف از حکم عقل

۳- مکتب حجّیت عرف و بنای عقلاء به موجب امضاء

لازم به ذکر است که همین سه دیدگاه در باب حجّیت سیره عقلاء نیز مطرح شده است .

گفتار اول: حجّیت ذاتی عرف و بنای عقلاء

این مکتب اعتبار عرف و بنای عقلاء را ذاتی و بی نیاز از دلیل و امضاء شارع می داند . این دیدگاه مبتنی برنظری است که صاحبان آن نسبت به مبادی عرف و بنای عقلاء دارند و معتقدند که عرف تنها مستند به فطرت و توجه به مصالح و مفاسد عام و برخاسته از ضرورت های زندگی اجتماعی است . بنابراین مخالفت با آن به منزله مخالفت با مقتضیات زندگی اجتماعی بشر است . لذا هرگونه نظام اقتصادی ، اجتماعی که عرف بر طبق مصالح خود ابداع کند مورد تأیید شارع نیز خواهد

بود. چه اینکه شارع خود از عقلاء است و در جعل احکام نیز از توجه به این مهم، یعنی حفظ نظام و پرهیز از اختلال در آن فروگذار نبوده و بلکه همواره احکام را برپایه ی همین مهم جعل کرده است.^{۱۵۴}

از پیشگامان این اندیشه، علامه طباطبایی است. وی در مباحث اصولی خود در کتاب «حاشیه کفایة الاصول» به این دیدگاه پرداخته است. ایشان با این مبنا که بناهای عقلانی ناشی از ضروریات اجتماعی است و عقلاء فطرتاً آن را درک می نمایند، درباره اعتبار وضع و دلالت الفاظ بر معانی آنها معتقد است که اعتبار آن از باب سیره عقلانی بودن آن است و هرگاه بنای عقلاء به معنای واقعی خود وجود داشته باشد، رضایت و امضاء شارع مسلم است و نیازی به کاشف از رضایت و واسطه در اثبات حجیت نیست و نظیر قطع، حجیت بالذات دارد و درباره وجه حجیت بنای عقلاء می فرماید:

« ثم إنك عرفت في بحث الوضع ان اعتبار الوضع و الدلالة اللفظية ما يقضي به

الفطرة الإنسانية و نظام الاجتماع فهو ما بنى عليه العقلاء و لا معنى للردع عنه كما

عرفت. »^{۱۵۵}

در همین راستا صاحبان این عقیده در تأیید نظر خود معتقدند روایاتی که در ابواب عبادی و احوال شخصیه در دست است، نسبت بالایی از روایات فقهی را در مقایسه با روایات ابواب معاملات – با وجود ابتلای مردم به آنها – به خود اختصاص داده است، و این را مؤیدی می دانند که معاملات اموری عرفی و عقلایی و ناشی از اعتبارات عرف و عقلاء است و شریعت دست عرف و عقلاء را در مسائلی که به تدبیر امور اجتماعی ارتباط دارد باز گذارده است که این خود به معنای پذیرش حجیت ذاتی عرف خواهد بود.^{۱۵۶}

خلاصه اینکه شارع رئیس العقلاء است و به طبع، در هربنای عقلایی که امکان هم مسلک بودن شارع با عقلاء وجود دارد، وارد است و ضرورتاً با آن موافق خواهد بود.

^{۱۵۴} طباطبایی، حاشیه کفایة الاصول، ج ۲، ص ۱۸۸ و ۲۰۶-۲۰۵.

^{۱۵۵} همان، ج ۲، ص ۲۰۶.

^{۱۵۶} جبار گلباغی ماسوله، درآمدی بر عرف، ص ۲۳۳.

نقد دیدگاه حجّیت ذاتی عرف و بنای عقلاء

اولاً این دیدگاه نمی تواند تمام انواع عرف را تحت پوشش قرار دهد چرا که در بحث از مبادی عرف درک عقل تنها به عنوان یکی از مبادی ، مطرح می شود و عرف هایی که برخاسته از «سلطه حاکمان» ، «منفعت طلبی» ، «عادت» ، «تقلید از دیگران» و ... است نمی تواند به خودی خود حجت باشد . بنابراین در بخشی از عرف که همان عرف عام است این دیدگاه قابل طرح است که البته قبلاً نیز اشاره شد که هر عرف عامی عمومیتش به خاطر عقلایی بودنش نیست و چه بسا عرف هایی که ناشی از غریزه و فطرت باشند و عرف عام محسوب شوند .

در باب حجّیت بنای عقلاء نیز در باب مبادی آن درک عقل نسبت به مصالح و مفاسد عام را به عنوان تنها عامل ، مطرح نمودیم که می تواند منجر به شکل گیری قضایای محموده و مشهورات بالمعنی الاخص می شود که مبنای قراردادهای اجتماعی خواهد بود . علاوه اینکه اشاره کردیم که گاهی قضایای بدیهی و اولیه نیز می تواند در جهت مصالح عام و حفظ نظام مورد توجه عقلاء قرار گرفته و مقبولیت عمومی پیدا نمایند (مشهورات بالمعنی الاعم) . بنابراین در باب حجّیت ذاتی بنای عقلاء نیز تنها زمانی که سیره برخاسته از عقل بدیهی و قضایای اولیه باشد می توان حجّیت ذاتی آن را پذیرفت و دلیلی بر اینکه هر مصلحت اندیشی عقل به خودی خود حجّیت ذاتی دارد ، وجود ندارد چرا که اگر ما بپذیریم که مصلحت اندیشی عقل به خودی خود کفایت می کند در این صورت فلسفه دین زیر سوال خواهد بود. بلکه عقل تنها در یقینیات و امور بدیهی است که مفید قطع است و حجّیت ذاتی دارد .

علاوه اینکه لازمه پذیرش حجّیت ذاتی عرف و بنای عقلاء این است که چون در دیدگاه حجّیت ذاتی ، حکم بر خود عرف (طبیعت کلی عرف) و بنای عقلاء ، از جهت کلی بودن آن حمل می شود . لذا اگر حجّیت ذاتی آن ها را بپذیریم در واقع پذیرفته ایم که «عرف بما هو عرف و سیره عقلاء بما هی سیره عقلاء» حجت است که این سخنی است که خطر عرفی شدن دین را در پی خواهد داشت ، چرا که براساس این دیدگاه ، دیگر معاصرت با معصوم شرط حجّیت یک عرف نیست و صرف صدق عنوان عرف هر چند مستحدث و نو پیدا ، باشد دلالت بر حجّیت و اعتبار آن دارد . و اساساً این سوال که دلیل حجّیت عرف و سیره عقلاء چیست بی معنا خواهد بود .

بنابراین بنای عقلاء و عرف عام تنها زمانی که برخاسته از عقل بدیهی باشند نیازی به تأیید شارع ندارند، اما در رابطه با قراردادهای اجتماعی که صرف مصلحت اندیشی عقلاء موجب شکل گیری آن شده است نیاز به تأیید شارع دارد و در تأیید آن - که در بخشی جدا به طور مبسوط به تحلیل آن خواهیم پرداخت -، صرف «احراز عدم ردع» کافی خواهد بود و در رابطه با سیره عقلاء نیازی به امضاء نصی نیست. زیرا شارع یکی از عقلاء است و نمی تواند مصالح و مفاسد عامه عقلایی را نادیده بگیرد و برخلاف آن حکم نماید. اما این به معنای آن نخواهد بود که شارع همواره بر وفق بنای عقلاء حکم نماید. همچنان که «مرحوم کمپانی» در کلام خود قائل به این تفصیل شده است و در رابطه با این مسئله که آیا شارع از این جهت که شارع است، می تواند با سیره و بنای عقلاء مخالفت داشته باشد، در یک جا میان حسن و قبح ذاتی و عرضی قائل به تفصیل شده و می گوید، اگر چیزی ذاتاً مشمول حسن و قبح باشد، مثل عدل و ظلم [اشاره به قضایای مربوط به عقل بدیهی و اولیات دارد] نه تنها شارع نمی تواند حکم مولوی برخلاف آن بنماید، بلکه حتی حکم مولوی بر وفق آن نیز نمی تواند داشته باشد و صرفاً در حد عقلاء می تواند متحد المسلک با آنها باشد. اما اگر بالعرض مشمول حکم حسن و قبح باشد [اشاره به قضایای محموده و مشهورات بالمعنی الاخص که در مقابل قضایای بدیهی و اولیات قرار دارند و قبلاً در بحث از مبادی سیره عقلاء به طور مبسوط در رابطه با آن سخن گفته شد] می توان تصور کرد که حکم شارع برخلاف حکم طبعی این عناوین باشد [بنابراین نیاز به تأیید شارع دارد و از حجیت ذاتی برخوردار نخواهد بود].^{۱۵۷} اما در رابطه با کیفیت تأیید سیره عقلاء توسط شارع، همانگونه که اشاره شد احراز عدم ردع کافی خواهد بود.

بنابراین در رابطه با بنای عقلاء می توان گفت:

کلیه سیره های عقلائیه مورد رضایت شارع هستند، مگر اینکه احراز شود شارع بما هو شارع با این سیره مخالفت کرده است. چرا که ردع کاشف از غیر عقلایی بودن این بناست، چون شارع در استتاجات عقلی از عقلاء مصاب تر بوده و ردع او کاشف از خطای عقلاء می باشد.^{۱۵۸}

^{۱۵۷} غروی اصفهانی، *نهایة الدرایة فی شرح الکفایة*، ج ۲، ص ۱۳۰.

^{۱۵۸} حسینی قائم مقامی، *کاوش های فقهی*، ص ۶۲.

اما این سخن را نمی توان در رابطه با عرف بما هو عرف پذیرفت ، چرا که هم در مبادی به گونه- ای است که نمی توان آن را همواره عقلایی دانست و به همین دلیل نیز در بحث مقایسه عرف و بنای عقلاء اشاره شد که بنای عقلاء همواره مستحسن و نیکو است اما عرف همواره اینگونه نخواهد بود . بنابراین نیاز به تأیید شارع و امضاء نصّی شارع وجود دارد و تنها در عرف عام زمانی که منشاء عقلایی داشته باشد همانند بنای عقلاء خواهد بود . و به همین دلیل نیز در باب حجّیت عرف همواره بایی با عنوان ادله ی حجّیت عرف مطرح است چرا که نمی توان قائل به حجّیت ذاتی آن بود .

گفتار دوم : حجّیت عرف و سیره به عنوان کاشف از حکم عقل

این مکتب اعتبار عرف و بنای عقلاء را در عقل عقلاء (= دلیل عقل) می جوید و عرف را مرتبه- ای از مراتب و طوری از اطوار عقل می داند و براین باور است که اختلافی بین حکم عقل و عرف وجود ندارد . لذا به وسیله قانون ملازمه در پی اثبات شرعی بودن عرف برآمده و دلیل اعتبار عرف را کاشفیت آن از حکم عقل می بینند.^{۱۵۹} به دیگر سخن در نزد این مکتب حجّیت عقل به منزله واسطه ی عروض حجّیت عرف و بنای عقلاء می باشد. در واقع در این مکتب اساس اعتبار عرف و سیره عقلاء، حکم بدیهی «عقل» است ، عقلی که یکی از منابع احکام به شمار می آید ، و قاعده ملازمه نیز می- گوید: «هر چه عقل به آن حکم کند ، شرع نیز به آن حکم می نماید» . از جمله صاحبان این عقیده مرحوم آشتیانی است که از طریق قاعده ملازمه در صدد اثبات حجّیت عرف و سیره عقلاء برآمده است . ایشان در شرحی که بر فرائد الاصول شیخ انصاری نگاشته است در باب بازگشت بنائات عقلاء به دلیل عقلی ، در چند موضع به این مطلب اشاره می نماید :

در بحث از حجّیت خبر ثقه ، ضمن استدلال به بنای عقلاء بر اعتماد به اخبار ثقات در امور جاریه

می گوید:

«إن بعد إستقرار طريقة العقلاء على توسط اخبار الثقات فى جميع امور هم

العادية منها الاوامر الجارية من الموالى الى العبيد و جعلها طرقاً فى باب الإطاعة

^{۱۵۹} عمید زنجانی ، فقه سیاسى ، ج ۲ ، ص ۲۱۸ .

الاورامر و الاعتماد بها فى سقوطها و إمتثالها يكشف ذلك كشفاً علمياً عن حكم العقل بحجّية خبر الثقة و طريقتيه فى باب الإطاعة فيستكشف من ذلك عن رضا الشارع بسلوكه فى إطاعة الاحكام الشرعيه ما لم يثبت منع الشارع او نصبه طريقاً آخرأ لإطاعة احكامه».^{۱۶۰}

از نظر ایشان بنای عقلاء در واقع همان اجتماع و اتفاق نظر عملی عقلاء بر یک عمل است و خود این اتفاق نظر، کاشف از حکم عقل بر تحقق آن می باشد. و همین کاشفیت آن از حکم عقل دلیل بر حجّیت آن می باشد چرا که «کَلَمَا حَكَمَ بِهِ الْعَقْلُ، حَكَمَ بِهِ الشَّرْعُ» لذا ایشان می افزاید: «إن اجماع العقلاء قولاً و عملاً يكشف أولاً من حكم العقل الداعى على اتفاقهم و الباعث لهم على ذلك».^{۱۶۱}

البته همانطور که در عبارت نخست تأکید کرد کاشفیت این سیره از حکم عقل و در نتیجه حجّیت آن تا زمانی است که از سوی شارع طریقه و روش دیگری غیر از طریقه عقلاء جعل نشود. در واقع این سیره، کاشف از رضایت شارع است، به دلیل اینکه از حکم عقل پرده بر می دارد و میان حکم عقل و شرع نیز ملازمه وجود دارد.

مرحوم آشتیانی در جای دیگر از کتاب خود تصریح می نماید که وجه اعتبار بنای عقلاء در مبحث استصحاب و بلکه در هر مبحث دیگری کاشفیت آن از حکم عقل است.^{۱۶۲} ثمره مهم این دیدگاه در اثبات حجّیت سیره های مستحدثه است که بر اساس این دیدگاه اگر سلوک و روشی از عقلاء صادر شود، و بدانیم که ناشی از حیثیت عقلانی آن هاست، امضاء شارع را براساس ملازمه حکم عقل و شرع به دنبال خواهد داشت.

نقد دیدگاه حجّیت عرف و بنای عقلاء به عنوان کاشف حکم عقل

به نظر می رسد با توجه به آنچه در باب ماهیّت مدرّکات حکم عقل و سیره عقلاء در بخش قبل بیان شد، آنچه به عنوان خدشه بر این دیدگاه قابل بیان است، روشن باشد. ما مدرّکات عقل در بنای

^{۱۶۰} آشتیانی، محمد حسین، بحر الفوائد فى شرح الفرائد، قم: کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۲ق، ص ۱۷۱.

^{۱۶۱} همان.

^{۱۶۲} همان: «الوجه فى اعتبار بناء العقلاء فى المقام على فرض تحققه بل فى كل مقام هو كشفه عن حكم العقل كاجماعهم القولى».

عقلاء را هم قضایای بدیهیه دانستیم و هم قضایای محموده که با عنوان مشهورات بالمعنی الاخص نیز از آنها یاد می شود و تنها با توجه به اعتبار عقلاء و مبتنی بر مصالح و مفاسد عام ایجاد شده اند ، بنابراین هر بنای عقلایی نمی تواند کاشف از حکم عقل (عقل مدرک بدیهیات) باشد . در رابطه با عرف نیز همین سخن به نحو بارزتری صدق می کند .

به عنوان نمونه ای از سیره عقلاء ، که به واسطه کاشفیت آن از حکم عقل ، حجت دانسته شده است می توان دیدگاه آیت الله بروجردی را در باب حجیت ظواهر بیان نمود ، ایشان ، دلیل حجیت ظواهر را سیره عقلاء دانسته است و در این مورد دلیلی بنای عقلاء را کاشفیت آن از حکم عقل می داند^{۱۶۳} و معتقد است که در این مورد بازگشت بنای عقلاء به یکی از احکام ضروری عقل ، که همان حسن و قبح عقلی است ، می باشد. مثلاً اگر عبدی با ظاهر امر مولایش مخالفت نماید ، از نظر عقلاء باید عقوبت شود ، دلیل آن هم این است که عقل این نوع عقوبت را حسن می داند ، همانگونه که در صورت عمل به ظاهر امر مولا ، عقوبت وی را قبیح می شمرد .^{۱۶۴}

بنابراین در مقدمه نخست استدلال مکتب فوق که «عرف و سیره کاشفیت از حکم عقل دارند» اشکال وارد است ، چرا که همواره اینگونه نیست و سیره عقلاء همواره به بدیهیات و احکام ضروری عقل بر نمی گردد و بنابراین نوبت به طرح مقدمه دوم که «هر آنچه حکم عقل می گوید ، شرع نیز تأیید می کند» نمی رسد . علاوه اینکه مقدمه دوم که به طور عام هر حکم عقل را مورد تأیید شرع دانسته است نیز شاهی است بر اینکه تنها بدیهیات عقلی است که مورد نظر است ، زیرا قطع ایجاد می کند و شارع نمی تواند خلاف آن حکم دهد و در این حالت نیز تأیید او دلیل حکم شرعی محسوب نمی شود بلکه صرفاً تأیید حکم عقل است . و در این حالت دلیل حکم شرعی حکم عقل است و نه تأییدی که نسبت به حکم عقلی صورت گرفته است . همچنین سیره عقلایی که کاشف از حکم عقل است ، کاشفیت آن نمی تواند موجب دلیلیت سیره برای حکم شرعی باشد . بلکه دلیل ، همان حکم عقل است .

^{۱۶۳} (والاستدلال ببناء العقلاء ایضاً لیس من جهة جعل بنائهم وسطاً للإثبات ، بل المراد به حکم العقلاء بما هم عقلاء بذلك و مرجع ذلك إلى حکم العقل بالحجیة .) : منتظری ، حسین علی ، **نهایة الاصول (تقریرات آیه الله بروجردی)** ، قم : نشر قدس ، ۱۴۱۵ ق ، ص ۴۷۱ .

^{۱۶۴} همان ، ص ۴۷۲ .

نتیجه اینکه ؛ علاوه اینکه از طریق قانون ملازمه نمی توان حجّیت شرعی سیره عقلاء را ثابت نمود ، همچنین قانون ملازمه را نمی توان در رابطه با همه سیره های عقلایی نیز اجراء کرد ، چرا که برخی از سیره های عقلایی مبتنی بر قضایای محموده (= مشهورات بالمعنی الاخص) می باشند . حجّیت شرعی این بنائات اخیر را جدای از حجّیت حکم عقل باید ثابت نمود و اثبات آن هم از طریق احراز عدم ردع می باشد چرا که شارع نیز از این حیث که یکی از عقلاء است ، همواره به مصالح و مفاسد عام نظر دارد .

میرزای آشتیانی نیز قضایای محموده را تحت عنوان حکم معلق ومشروط عقل معرفی می کند که در مقابل حکم منجز و قطعی عقل قرار دارد و در رابطه با عکس العمل شارع نسبت به این دو حکم می گوید :

« در حکم منجز و قطعی عقل ، شارع هیچ گونه دخل و تصرفی نمی تواند بکند و اگر هم امر و نهی از جانب شارع برسد ، ارشادی است و نه مولوی ، و در بحث اطاعت از مولا ، اصل ، اطاعت از حکم بدیهی عقل است و نه تنها نیازی به امضاء شارع ندارد ، بلکه اساساً شارع نمی - تواند در این حکم عقلیه تصرف نماید . اما در حکم معلق و مشروط ، حکم عقل معلق و مشروط به عدم وصول بیان طریق خاصی از جانب مولاست و روش و شیوه اطاعت از مولا از این قسم است ، و در اطاعت از مولا در احکام عقلایی که قابلیت ارتفاع توسط مولی را دارند تنها عدم ثبوت ردع برای حجّیت آن کافی است و نیازی به اثبات عدم ردع (= إمضاء نصّی) نداریم » .^{۱۶۵}

البته در رابطه با کفایت «عدم احراز ردع» به عنوان تایید شارع در سیره های عقلایی (که حجّیت ذاتی ندارند) در مباحث آینده به طور مبسوط سخن خواهیم گفت . در رابطه با عرف نیز باید گفت که با توجه به مبادی متعددی که برای آن بیان شده تنها زمانی که شبیه بنا عقلاء است نیاز به امضاء نصّی شارع ندارد .

^{۱۶۵} آشتیانی ، بحر الفوائد فی شرح الفرائد ، ص ۱۷۱ .

گفتار سوم : حجّیت عرف و بنای عقلاء به موجب امضاء

این مکتب تنها هنگامی عرف و بنای عقلاء را دارای اعتبار و حجّیت دانسته و برای آن دلیلیّت قائل است که از سوی شارع امضاء شده باشد،^{۱۶۶} و بدین جهت برخی آن را تحت عنوان مکتب امضاء نام گذاری نموده اند.^{۱۶۷}

در این دیدگاه بیان می شود که ، اساساً عرف ها و بناءهای عقلایی به موجب اتفاق همگانی مردم جامعه ، پدید آمده اند لذا وجود مخالفت شرع درباره ی پاره ای از آنها امری محتمل می باشد ، بدین جهت استناد جستن به عرف در مسائل فقهی و اصولی و حقوقی منوط و وابسته به ، بدست آوردن موافقت و امضاء شارع خواهد بود . البته این نیازمندی به امضاء ، [همانگونه که قبلاً نیز در بحث شروط اثبات شأن سندیت برای عرف بیان شد] نوعاً در دایره ی اثبات حکم شرعی است و نه در اثبات موضوعات و یا دیگر موارد کاربرد عرف .^{۱۶۸} که در آنها عرف در کشف حکم شرعی موضوعیت دارد و خود لازم الاتباع است .

بنابراین به موجب این دیدگاه سیره ی عقلاء به خودی خود حجیت ندارد ، بلکه حجّیت آن منوط به این است که در منظر و مسمع معصوم تحقق یابد و معصوم نیز آن را امضاء نماید و یا حداقل در مقابل آن سکوت کند ، براین اساس بنای عقلاء تنها جنبه ی کاشفیت و طریقیّت دارد و آنچه مبنای حجّیت است ، گفتار یا کردار و در نهایت سکوت معصوم می باشد . البته در این مکتب در رابطه با راه های کشف رضایت معصوم اختلافاتی وجود دارد که تفصیل آن را در تحلیلی که در بخش های بعد ، بر حجّیت سیره عقلاء خواهیم داشت ، بیان می کنیم .

نقد مکتب حجّیت بنای عقلاء بر مبنای طریقیّت

نقطه ضعفی که هم در این مکتب و هم در دو مکتب قبلی وجود دارد مطلق انگاری است . در این سه مکتب سعی شده است تا تکلیف عرف را با تمام اقسام آن و با مبادی متفاوتی که برای آن

^{۱۶۶} سبحانی ، جعفر ، تهذیب الاصول ، قم : مؤسسه نشر اسلامی ، ج ۱ ، ۱۴۰۵ق ، ج ۲ ، ص ۱۰۶ ؛ صدر ، دروس

فی علم الاصول ، ج ۲ ، ص ۱۳۱ .

^{۱۶۷} اصغری ، محمد ، عقلانیّت و عدالت در فقه و حقوق ، تهران : اطلاعات ، ج ۱ ، ۱۳۶۸ ش ، ص ۱۷۹ .

^{۱۶۸} هاشمی شاهرودی ، بحوث فی علم الاصول ، ج ۴ ، ص ۲۳۶ .

تعریف شده و همچنین تکلیف هر بنای عقلایی را یکجا تعیین کنند ، در حالی که سخن آنها تنها نسبت به افرادی از عرف و بنای عقلاء قابل انطباق است . در این مکتب نیز حجّیت عرف بما هو عرف و بنای عقلاء بما هو بنای عقلاء منوط به امضاء شارع و موافقت شارع با آن دانسته شده است در حالی که همانگونه که قبلاً به اقتضای کلام به طور مبسوط بیان داشتیم ، گاهی بنای عقلاء و عرف برگرفته از احکام ضروری و اولیات عقلی است که در این موارد حجّیت آن ذاتی بوده و اساساً سخن شارع ورود ندارد. و حتی اگر آن را تایید نماید در این حالت این تأیید دلیل حکم شرعی قلمداد نمی شود و صرفاً تایید حکم عقلی می باشد و در این موارد این حکم عقل است که دلیل حکم شرعی قرار می - گیرد .

بنابراین به طور خلاصه می توان گفت که هر کدام از این مکاتب تنها در بخشی از موضوع قابل اعمال و اجرا می باشد . ما در بخشی که به تحلیل حجّیت بنای عقلاء اختصاص دادیم حیطه صحیح هر کدام از این مکاتب را بررسی خواهیم نمود .

بخش چهارم: تحلیلی بر حجّیت سیره متشرّعه

در فصل اول به دنبال تبیین مفهوم سیره متشرّعه اشاره شد که سیره ی متشرّعه مستقل و جدای از سیره ی عقلانیّه و از گونه عرف های خاص می باشد. روشن است که متشرّعه دارای دو ویژگی هستند: متشرّع بودن و از عقلاء بودن، اما سیره ی متشرّعه بما هم متشرّعه تنها نظر به متشرّع بودن و عامل تشریع و پای بندی به شریعت دارد. و سیره ای است که به امور توقیفی [که مقتضای شأن آن امور، القای از سوی شارع است] توجه دارد، بنابراین هیچ ربطی به اهل عقلاء بودن متشرّعين ندارد. برخی از اصولی ها با توجه نمودن به ویژگی دیگر متشرّعين که همان اهل عقلاء بودن متشرّعين است، با اشاره به قسم دیگری از سیره متشرّعه با عنوان سیره ی متشرّعه بما هم عقلاء، معتقدند که قسم اول را باید سیره ی متشرّعه بالمعنی الاخصّ نامید.^{۱۶۹} اما به نظر می رسد که با توجه به عنوان سیره متشرّعه و تعریفی که عموماً از آن صورت می گیرد، نمی توان چنین تقسیم بندی ارائه نمود و سیره ی متشرّعه بما هم عقلاء را باید تحت عنوان سیره عقلاء بررسی کرد. اما برخی معتقدند که سیره متشرّعه بما هم عقلاء را باید دلیلی مستقل و در کنار عرف و بنای عقلا دانست چرا که (بر خلاف بنای عقلاء) مستقیماً کاشف از رأی و نظر شارع است.^{۱۷۰} در واقع این گروه معتقدند که سیره ی متشرّعه و بنای عقلاء می توانند همزمان (تحت عنوان سیره ی متشرّعه بما هم عقلاء) دلیل برای یک مولود باشند و صورت اجتماع سیره ی متشرّعه و عقلاء، یا سیره ی متشرّعه و عرف از باب تعدد دلیل بر امر واحد خواهد بود. در حالی که اشاره شد که با توجه به تعریف سیره متشرّعه، زمانی که سیره متشرّعه مطرح می شود حیثیت عقلایی اساساً سالبه به انتفاع موضوع است. مدلول سیره ی عقلاء و طریقی را که آن برای اثبات حجّیت عمل می پیماید کاملاً متفاوت با مدلول سیره ی متشرّعه و طریقی است که

^{۱۶۹} همان، ج ۴، ص ۲۴۷.

^{۱۷۰} عرف و بنای عقلاء کاشفیت مستقیم ندارند بلکه نهایتاً در مواردی می توانند اشاره به حکم عقل داشته باشند و در مقدمه دوم قیاس است که سخن از حکم شارع به میان می آید (کلما حکم به العقل، حکم به الشرع) که البته در رابطه با ماهیت این تلازم، اشاره شد که از طریق این ملازمه دلیلیّت عرف و سیره عقلاء قابل اثبات نیست، بلکه در این موارد حکم عقل است که دلیل قرار می گیرد و در واقع کاشفیت عرف و بنای عقلاء از حکم عقل، موجب دلیلیّت آنها جدای از حکم عقل نخواهد بود و بازگشت به حکم عقل دارد و در واقع در این موارد این حکم عقل است که مصدر و دلیل حکم شرعی قرار گرفته است، و نه آنچه که کاشف از آن بوده است.

برای اثبات حجیت عملی که منتسب به سیره ی متشرعه است ، دنبال می کند و تنها زمانی که در تحقق سیره ی متشرعه ، تنها ویژگی پای بندی به شریعت مطمح نظر باشد ، می توان به آن استناد جست و می توان آن را در کنار عرف و سیره عقلاء به عنوان دلیلی مستقل مورد ارزیابی قرار داد.^{۱۷۱} بنابراین سیره ی متشرعه و بنای عقلاء نمی توانند همزمان (تحت عنوان سیره ی متشرعه بما هم عقلاء) دلیل برای یک مدلول باشند . بلکه هر کدام از جهتی به موضوع نگریسته و آن را ثابت می کنند .

گفتار اول: تاثیر زمان حدوث سیره متشرعه بر نحوه ی اثبات حجیت آن

برخی معتقدند که در سیره ی متشرعه صرف اینکه عمل یا سلوک ویژه ای ، در جامعه اسلامی دیده شود کاشف است که ناشی از متشرع بودن ایشان است و لذا نیازی به تأیید شارع ندارد و بنابراین بدون انضمام رضایت معصوم ، کاشف از حکم شرعی است.^{۱۷۲} چرا که پذیرش این مطلب که همه متشرعین با توجه به ویژگی متشرع بودنشان ، از حکم شرعی مسأله ای که بسیار مورد ابتلای ایشان است ، غفلت ورزند و بدون پرسش و تفحص و استفسار از موقف شرعی آن ، به عرف و طبیعت عقلانی خود روی آورند ، و بر طبق آن عمل نمایند، سخت می نماید ، لذا عمل عمومی آنان کاشف از حکم شرعی خواهد بود و بنابراین مبنا است که معتقدند ، سیره ی متشرعه بر خلاف سیره ی عقلاء کشف مستقیم دارد و صرف احراز عملی به عنوان اینکه سیره ی متشرعه است ، در حجیت آن کافی است .^{۱۷۳}

اما برخی دیگر در این نحوه از حجیت (بدون نیاز به امضاء و تأیید) قائل به تفصیل شده و معتقدند که تنها سیره ی متشرعه ای بی نیاز از امضاء معصوم است که در عصر حضور معصومین ، جاری بوده باشد زیرا سیره ی متشرعه شبیه نوعی اجماع عملی است، ولی در مورد سیره هایی که پس از عصر معصومین شکل بگیرند ، نمی توان به طور قطع آنان را حجت دانست .^{۱۷۴} و بدین ترتیب آن

^{۱۷۱} غروی نائینی ، **فوائد الاصول** ، ج ۳ ، ص ۹۴ ؛ سبحانی ، **تهذیب الاصول** ، ج ۲ ، ص ۱۳۵ .

^{۱۷۲} صدر ، **دروس فی علم الاصول** ، ج ۲ ، ص ۱۷۶ ؛ بروجردی ، محمدتقی ، **نهاية الأفكار فی مباحث الالفاظ** (تقریرات درس محقق عراقی) ، ج ۴ ، ص ۱۳۸ .

^{۱۷۳} صدر ، محمد باقر ، **المعالم الجديدة للاصول** ، نجف : مطبعة النعمان ، ج ۱ ، ۱۳۵۸ ق ، ص ۱۶۹ .

^{۱۷۴} مظفر ، **اصول الفقه** ، ص ۱۶۲ - ۱۶۱ .

را از اجماع قولی نیز قوی تر دانسته اند چرا که اولاً در سیره ی متشرعه اتفاق همه مسلمین اعم از عالم و عامی مطرح است و ثانیاً در اجماع اتفاق بر یک قول و نظر، و در سیره بر یک عمل است.^{۱۷۵} برخی نیز سیره ی متشرعه را حلقه ی میان، اجماع و دلیل شرعی دانسته اند.^{۱۷۶} با توجه به این تفصیل، برای حجت دانستن سیره ی متشرعه ای که معاصر با معصوم نبوده است صرف عدم ردع کافی نیست بلکه پس از احراز استقرار بنای متشرعه بر عملی، نیاز است که کاربرد آن سیره، توسط اصحاب ائمه «علیهم السلام» و نسل های معاصر با آنان نیز احراز شود و امضاء نصی شارع را نسبت به آن داشته باشیم، و حال آنکه در بنای عقلاء چنین چیزی نیاز نیست و صرف، عدم ردع کافی است.

به نظر می رسد که قول به تفصیل صحیح تر باشد و چه بسا که در جامعه ی مسلمین عرف ها و سیره هایی وجود دارد که در جوامع دیگر نباشد و اگر ریشه یابی شوند منشایی جز عواطف و اغراض شخصیّه، تقلید و تسامح گری و... ندارند که با گذشت زمان و پس از چند نسل به صورت سیره ی مسلمین، شایع و رایج گردیده است و آنچنان استقرار و قداستی یافته که هرگونه مخالفت و خروج بر آنها از منکرات و بسیار زشت و ناپسند شمرده می شود. از طرفی با توجه به اینکه در باب ادله استنباط احکام، قطع به حجّیت لازم است به ویژه اینکه «شک در حجّیت هر چیز، برای از بین بردن حجّیت و اعتبار آن کافی شمرده می شود»^{۱۷۷}، لذا تنها سیره های مسلمین در زمان معصومین است که می تواند کاشفیت مستقیم از حکم شرعی داشته باشد. و در بقیه موارد نیاز به امضاء و کشف تأیید شارع خواهد بود.

خلاصه اینکه می توان سیره ی متشرعه را که جاری بین مسلمین است از حیث تحقق زمانی دو گونه دانست:

۱- سیره ای را که مراحل نخستین آن به زمان معصوم برمی گردد به گونه ای که معصوم خود یکی از عمل کنندگان و یا تقریر کننده ی آن سیره باشد. در رابطه با حجّیت و اعتبار این سیره همگان اتفاق نظر دارند، چرا که این سیره ها یا خود مستقیماً مورد امضاء و عمل شارع قرار گرفته و

^{۱۷۵} شریعتی، بررسی مصادر و منابع فقه فریقین، ص ۱۴۱.

^{۱۷۶} صدر، دروس فی علم الأصول، ج ۱، ص ۲۷۷-۲۷۶.

^{۱۷۷} مظفر، اصول الفقه، ج ۲، ص ۱۷۶-۱۷۴.

یا به وسیله سکوت و عدم ردع، رضایت و امضاء قطعی آن آشکار گردیده است. و از آنجا که این سیره ها معلول حکم شرعی می باشند، به شکل کشف‌ائی، وجود حکم شرعی را اثبات می کنند، بدون اینکه نیازمند تمسک به عدم ردع باشند^{۱۷۸}، علاوه اینکه بسیار بعید است که سیره ای که در بین متشرعه در زمان معصوم استقرار یافته و همواره مبنای عمل آنان قرار گرفته است بدون جعل شرعی و دستور و رضایت شارع و تنها از روی طبع خود متشرعه تحقق یافته باشد. چرا که در صورت عدم جعل شرعی و عدم رضایت شارع، بر اوست که نارضایتی خود را اظهار نماید.^{۱۷۹} بنابراین برخی این سیره را نظیر اجماع دخولی که قطعاً حجت است، دانسته اند.^{۱۸۰} به عنوان مثال سیره ی متشرعه بر عزاداری برای امام حسین مثالی است از سیره ای که ما یقین داریم تا زمان امام صادق و امام باقر و امام سجاد جریان داشته است و خود ائمه به این سیره عمل می نمودند، و یا اتفاق مسلمین در به پا داشتن نماز ظهر در روز جمعه مثلاً به جای نماز جمعه و یا سیره بر اینکه از میراث خمس نمی دادند و ...^{۱۸۱}

شهید صدر در رابطه با این سیره معتقد است:

« سیره ای که استدلال به آن برای اثبات حکم شرعی ممکن است، سیره ای است که همزمان و هم عصر معصومین باشد. زیرا فقط همین سیره است که از سکوت معصوم در برابر آن، ظهور در امضای شارع منعقد می شود، نه سیره ای که متأخر از زمان معصومین باشد».^{۱۸۲}

۲- سیره ای که پس از زمان معصوم حادث شده و یا از زمان پیدایش آن اطلاعی در دست نیست، به گونه ای که نمی توان به قطع آن را به زمان معصوم متصل دانست. برخی^{۱۸۳} معتقدند که

^{۱۷۸} واعظی، احمد، نقش عرف در استنباط فقهی، مجموعه آثار کنگره بررسی مبانی فقهی امام خمینی، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۴ش، ج ۹، ص ۵۲.
^{۱۷۹} غروی نائینی، فوائد الاصول، ج ۳، ص ۱۹۴؛ بروجردی، نه‌ایة الافکار فی مباحث الالفاظ، ج ۳، ص ۱۳۷؛ سبحانی، تهذیب الاصول، ج ۲، ص ۱۳۵.
^{۱۸۰} شریعتی، بررسی مصادر و منابع فقه فریقین، ص ۱۴۱.
^{۱۸۱} فیض، مبادی فقه و اصول، ص ۲۱۰.
^{۱۸۲} صدر، دروس فی علم الاصول، ج ۱، ص ۲۶۴.
^{۱۸۳} جبار گلباغی ماسوله، درآمدی بر عرف، ص ۲۷۳-۲۷۲.

چنین سیره ای اگر به بنای عقلاء برگشت ننماید ، حجّیت نخواهد داشت . در واقع چنین سیره ای اگر چه صرفاً در جامعه مسلمین جریان دارد اما در اثبات حجّیت آن ، باید آن را از باب اینکه سیره ی عقلا است حجت بدانیم نه از این باب که سیره متشرعه و کاشف از حکم شارع است . چرا که ما در آینده در طی تبیین راه های کسب تأیید شارع نسبت به سیره های متشرعه ی مستحدثه ، بحث خواهیم نمود که غالباً احراز هم عصری این سیره ها با زمان معصوم امکان ندارد ، بنابراین باید برای این سیره ها مبنایی عقلایی یافت و با توجه به اینکه در بنائات عقلایی احراز عدم ردع از سوی شارع کفایت می- کند ، باید چنین سیره هایی را حجّت دانست ؛ اما در اینکه آیا در این حال حجّیت آنها از باب بنای عقلاء است و یا از باب سیره ی متشرعه ، باید گفت که در سیره ی متشرعه کشف مستقیم وجود دارد اما در این سیره اینگونه نیست ، علاوه اینکه سیره ی متشرعه سیره ای است که بر امور توقیفی تحقق یافته و مقتضای شأن آن امور القای از سوی شارع است و هیچ گونه ربطی به اهل عرف و عقلاء بودن متشرعه ندارد . به دیگر سخن در سیره متشرعه تشرع متشرعه خود حیثیت تعلیلیه برای سیره می باشد ، لذا بهتر است که این چنین سیره هایی را که صرفاً در جامعه مسلمین پدیدار می شود و نمی دانیم که به سیره معصومین بازگشت دارد یا خیر ، اما می توان برای تحقق آن یک مصلحت عقلایی تصور نمود اگر چه منحصر به جامعه مسلمین هستند و (در بخشی ، با تعریف سیره ی متشرعه هماهنگ می- باشند) اما به دلیل تفاوت های که با سیره ی متشرعه دارند ، حجّیت عمل بر اساس آن ها را از باب بنای عقلاء محسوب کنیم . البته در این حالت نیز همانگونه که در اثبات حجّیت بنای عقلاء بیان خواهیم نمود ، در بناهای عقلایی مستحدثه ، صرف احراز عدم ردع شارع ، مثبت حجّیت شرعی بناهای عقلایی مستحدث نخواهد بود چرا که عدم ردع زمانی موثر است که امکان ردع وجود داشته باشد ، بنابراین در رابطه با چنین سیره هایی که تنها در جامعه مسلمین وجود دارد ولی می توان برای آنها مصلحتی عقلایی در نظر گرفت ، اگر چه باید آن را در زمره بنائات عقلایی محسوب نمود ولی در این بنائات نیز صرف احراز عدم ردع برای اثبات حجّیت شرعی آنها کافی نخواهد بود .

بحث و تحلیل در حجّیت سیره های عقلایی مستحدث از جمله مباحث جالب و مهمی است که در آینده در ضمن بخشی مستقل بدان خواهیم پرداخت .

به عنوان نمونه ای از این سیره می توان بحث تقلید را مثال آورد ؛ تقلید از جمله سیره هایی است

که مستحدثه و به زمان معصوم باز نمی گردد و از طرفی تنها در جامعه مسلمین جریان دارد و همچنین می توان برای آن منشاء عقلایی در نظر گرفت و آن را از باب رجوع جاهل به عالم دانست . در واقع در زمان معصوم نیز عنوان تقلید وجود داشته است ، اما نه به نحوی که امروزه در جامعه شاهد آن می باشیم . به بیان دیگر باید گفت علت اینکه نمی توان این سیره را به زمان معصوم سرایت داد ، این است که اجتهاد در زمان معصومین با اجتهاد در عصر حاضر که معصوم غایب است ، متفاوت می- باشد ، چرا که در آن دوران ، اجتهاد به گونه نقل روایت و رجوع به روایاتی بود که با علم وجدانی که نزد ائمه فرا گرفته بودند ، اجتهاد می کردند . لذا اگر ائمه رجوع جاهل به عالم را اجازه می دادند جواز رجوع به چنین عالمی بوده است و نه جواز رجوع به مجتهدین عصر ما که براساس ظنون اجتهادی و امارات ظنیه معتبر حکم می کنند .

حال در ادامه باید گفت که اگر چه این سیره در زمان معصوم نبوده است ، اما با توجه به اینکه ائمه می دانستند که لاجرم در آینده (دوران غیبت) چنین سیره و روشی ، در تقلید از مجتهدان در میان شیعیان شکل خواهد گرفت بنابراین اگر با چنین سیره و روشی مخالف بودند ، قطعاً نظر مخالف خود را اعلام می کردند و چون منع و ردی از جانب ائمه نرسیده ، بلکه روایاتی نیز در تایید این سیره رسیده است ، می توانیم حجّیت چنین سیره ای را اثبات نماییم .^{۱۸۴}

البته سیره تقلید از جمله سیره هایی است که امکان ردع شارع را (با توجه به قطعی الوقوع بودن سیره) ، می توان برای آن تصور نمود و احراز عدم ردع را در تایید آن کافی دانست . اما در غالب سیره های عقلایی مستحدث نمی توان امکان ردع را تصور کرد ، به ویژه اینکه شارع نسبت به بنائاتی که در آینده در جامعه شکل می گیرد تکلیفی از جهت تعیین حکم ندارد . در این رابطه در بخشی با عنوان تحلیلی بر حجّیت بنائات عقلایی مستحدث به طور مبسوط سخن خواهیم گفت .

البته برخی در پاسخ به این سوال که آیا تمسک به چنین سیره ای از باب بنای عقلاء است و یا سیره متشرعه ، معتقدند که باید سیره های متشرعه ای که مبنای عقلایی دارند را با عنوان قسمی از سیره متشرعه و به عنوان سیره ی متشرعه بالمعنی الاعم در مقابل سیره ی متشرعه بالمعنی الاخص که صرفاً مربوط به امور توقیفی است ، تقسیم بندی نماییم . اما همانگونه که در گذشته نیز اشاره نمودیم با

^{۱۸۴} خمینی، روح الله ، **الاجتهاد و التقليد** ، تهران : مؤسسه نشر و تنظیم آثار امام خمینی ، ۱۳۷۶ ق ، ص ۱۲۹ .

توجه به اینکه طریقت سیره ی متشرعه و بنای عقلاء در کشف حکم متفاوت است نمی توان همزمان مشروعیت عملی را مستند به هر دو راه دانست ، و عموم فقها^{۱۸۵} نیز چنین سیره ای را ارجاع به بنای عقلاء می دهند ، و آن را دلیلی مستقل در کنار عرف و بنای عقلاء نمی دانند . چرا که سیره ی متشرعه زمانی که تنها به جهت ویژگی تشریع صورت پذیرد (در محدوده ی امور توقیفی که برای عرف و عقلاء ، موقفی در آن نیست) می تواند به عنوان دلیلی مستقل در کنار عرف و بنای عقلاء قرار گیرد .

البته برخی در این مرحله در مقام پاسخ به این استدلال بیان می دارند که اگر چه این سیره ها برگشت به بنای عقلاء دارند ، اما باید به عنوان دلیلی مستقل در کنار عرف و بنای عقلاء محسوب شوند، چرا که بر خلاف بنای عقلاء کاشفیت مستقیم از حکم شرعی دارد ، علاوه اینکه هیچ گونه جزم و قطعی وجود ندارد که تحقق آن و عمل به آن از باب عرف و عقلاء باشد . بنابراین این قابلیت را دارند که آنها را در کنار عرف و بنای عقلاء به عنوان یک دلیل مستقل در نظر آوریم^{۱۸۶} مانند سیره ی متشرعه بر عمل به اخبار افراد ثقه که برخی از اصولی ها با توجه به اینکه چنین سیره هایی ، هم با ویژگی متشرع بودن سازگاری دارد و هم با ویژگی از عقلا بودن ، از آنها با عنوان سیره ی متشرعه بالمعنی ااعم نام برده اند.^{۱۸۷}

اما در پاسخ باید گفت ، اولاً همانگونه که هیچ جزمی وجود ندارد که عمل به این سیره از باب عرف و عقلاء باشد ، به همین صورت هیچ جزمی نسبت به سیره ی متشرعه بودن آن وجود ندارد و کشف مستقیم سیره ی متشرعه منوط به احراز استقرار سیره ی متشرعه بر عمل می باشد . بنابراین چنین سیره های کشف مستقیم از حکم شرعی ندارند .

^{۱۸۵} غروی نائینی ، **فوائد الاصول** ، ج ۳ ، ص ۱۹۴ ؛ سبحانی ، **تهذیب الاصول** ، ج ۲ ، ص ۱۳۵ ، خمینی ، روح الله ، **انوار الهدایة فی تعلیقة علی الکفایة** ، تحقیق مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی ، ج ۱ ، ص ۱۳۷۲ ش ، ج ۱ ، ص ۳۱۶-۳۱۶ .

^{۱۸۶} غروی نائینی ، **فوائد الاصول** ، ج ۳ ، ص ۱۹۴ ؛ هاشمی شاهرودی ، **بحوث فی علم الاصول** ، ج ۴ ، ص ۲۴۸ .
^{۱۸۷} غروی نائینی ، همان ؛ سبحانی ، **تهذیب الاصول** ، ج ۲ ، ص ۱۳۵ ؛ خمینی ، **انوار الهدایة فی تعلیقة علی الکفایة** ، ج ۱ ، ص ۳۱۶-۳۱۵ .

خلاصه اینکه ما در حجّیت سیره متشرعه ای که در زمان معصوم وجود دارد شکی نداریم ، اما در رابطه با حجّیت سیره هایی که تنها در جامعه مسلمین جریان دارد و بنا بر مقتضیات زمانی و مکانی در عصر های بعد به وجود آمده اند نیز اگر بتوانیم امضاء شارع را در رابطه با این سیره ها احراز نماییم (با احراز معاصرت سیره با زمان ائمه) می توانیم آن را نیز از باب سیره ی متشرعه حجت بدانیم و بر اساس آن عمل نماییم و در خصوص سیره های که تنها در جامعه مسلمین وجود دارد و مبتنی بر یک مصلحت عقلایی است ، باید گفت چنین سیره ای نمی تواند منطبق با تعریف سیره متشرعه باشد بلکه برگشت به بنای عقلاء دارد و از باب بنای عقلاء مورد بررسی قرار می گیرد . و دلیل مستقلى در کنار عرف و بنای عقلاء نخواهد بود .

لازم به یاد آوری است که هر گاه شرایط حصول سیره ی متشرعه کامل گردد ، احتمال وجود ردع از آن بی معنا است ، زیرا سیره ی متشرعه خود کاشف بیان شرعی است و کاشفیت مستقیم دارد، بر خلاف بنای عقلاء که در صورت استقرار ، احتمال ردع در آن می رود ، زیرا وقتی انعقاد بنای عقلاء، معلول قضیه ای عقلایی است ، احتمال ردع شرعی در آن وجود دارد .

بنابراین در رابطه با سیره هایی که متأثر از مقتضیات زمانی و مکانی متفاوت با عصر معصومین ، هستند ، و تنها نیز در جامعه مسلمین دیده می شود (و ریشه ای نیز در عرف و بنای عقلاء ندارند) باید گفت که اثبات حجّیت آنها منوط به احراز اتصال سیره به زمان معصوم و تأیید آن توسط معصوم می باشد و به همین دلیل می بینیم عموماً در کتاب ها راه هایی را برای احراز این تأیید بیان نموده اند که در طی گفتار بعد ، آن ها را بررسی خواهیم نمود . لازم به ذکر است که اگر نتوانیم در این سیره ها تأیید شارع را ، بدست آوریم ، در این صورت تمسک به چنین سیره ای به عنوان سیره متشرعه نه تنها دلیل شرعی محسوب نمی شود ، بلکه چیزی جز بدعت در شریعت نخواهد بود .

گفتار دوم : کیفیت استکشاف موافقت شارع با سیره ی متشرعه

بند اول : نحوه ی احراز تأیید در سیره های معاصر با معصوم

در مورد سیره های معاصر معصوم ، صرف احراز استقرار سیره ای در عصر معصومین کاشف

از این است که نسبت به آن سیره منع شرعی وجود ندارد، چرا که صرف وجود آن سیره در زمان معصوم و عدم ردع معصوم نسبت به آن، مفید قطع خواهد بود. البته ممکن است گفته شود که حصول جزم و قطع به سکوت شارع در برابر سیره، امری بسیار دشوار و مشکل است؛ زیرا چگونگی و از چه راهی می‌توان علم حاصل کرد که ردع و منعی از ناحیه معصوم نسبت به سیره صادر نشده است. بنابراین حداکثر چیزی که می‌توان گفت آن است که در نصوص واصله به ما، ردعی از آن سیره وجود ندارد و این به معنی عدم صدور ردع نخواهد بود، زیرا شاید در واقع ردعی صادر شده ولی به ما نرسیده است.

برای حل این مشکل می‌توان به دو قضیه شرطیه زیر تکیه نمود که:

۱- اگر شارع با مضمون سیره موافق نبود، از آن ردع و ممانعت می‌فرمود.

۲- اگر شارع از سیره ردع کرده بود، آن ردع به ما رسیده بود.^{۱۸۸} و از آنجا که ردع سیره به ما نرسیده، پس ردع نکرده است و این کاشف از امضاء شارع است.

چرا که ردع و منع جدی از سیره ای که در جامعه مسلمین پدیدار شده و موجب نارضایتی شارع است، با یک یا دو بار نهی از آن محقق نمی‌شود، بلکه باید حجم ردع و تعداد دفعات منع از سیره، متناسب با قوت و قدرت رسوخ سیره در میان صاحبان سیره باشد، پس ردع از چنین سیره‌ی راسخ و مستحکمی که مدت‌ها عده‌ای به آن عمل کرده‌اند، باید در قالب نهی‌های متعدد و زیادی متمثل و بیان شده باشد و چون که دواعی زیادی از طرف اصحاب امام و راویان، برای ضبط این نواهی متعدد وجود دارد، طبیعی است که اگر این نهی صادره از امام به وسیله‌ی راویان ضبط می‌شد، باید حداقل مقداری از آنها به ما می‌رسید.

بند دوم: نحوه‌ی احراز تأیید در سیره‌های متشرعه‌ی مستحدثه

در رابطه با سیره‌های متشرعه مستحدث اشاره نمودیم که اگر با وجود اینکه سیره تنها در جامعه مسلمین وجود دارد اما بتوان برای آن یک مبنای عقلایی تصور نمود چنین سیره‌ای را نباید سیره‌ی

^{۱۸۸} شریعتی، بررسی مصادر و منابع فقه فریقین، ص ۱۴۷.

مشرعه محسوب نمود بلکه باید آن را در زمره بنائات عقلایی مستحدث مورد بررسی قرار داد، اما در غیر این موارد باید گفت که برای استکشاف موافقت شارع با سیره ی نوپدید در جامعه مسلمین ، نیاز به تأیید شارع می باشد ، زیرا اگر چه پذیرش این مطلب سخت می نماید که همه ی مشرعه با توجه به ویژگی مشرع بودنشان ، از حکم شرعی مسأله ای که بسیار مورد ابتلای ایشان است ، غفلت ورزند و بدون پرسش و تفحص و استفسار از موقف شرعی آن ، بر طبق آن عمل نمایند ، اما با نگاهی به برخی از عرف ها و عادات موجود در جامعه خود خواهیم دید که چه بسیار عرف هایی که اگر ریشه یابی شوند منشایی جز عواطف و اغراض شخصیّه ، تقلید و تسامح گری و ... ندارند ، اما با گذشت زمان و پس از چند نسل به صورت سیره ی مسلمین ، شایع و رایج گردیده است و آنچنان استقرار و قداستی یافته اند که هرگونه مخالفت و خروج بر آنها از منکرات و بسیار زشت و ناپسند شمرده می شود . بنابراین با توجه به اینکه ما می خواهیم دلیلیّت سیره های مشرعه مستحدثه را ، برای کشف حکم شرعی بررسی کنیم ، باید نسبت به حجّیت آن نزد شارع قطع داشته باشیم . لذا بر خلاف سیره های مشرعه که معاصر با معصوم هستند ؛ چون در سیره های مستحدثه امکان ردع وجود ندارد تا احراز عدم آن را موجب قطع بدانیم بنابراین باید از راهی دیگر در مورد آن سیره ها به قطع برسیم و آن هم بدین نحو است که کاربرد آن سیره را، توسط معصومین و نسل های معاصر با آنان احراز کنیم (امضاء نصّی).^{۱۸۹} اما همانگونه که اشاره شد معنای مستحدثه بودن آن است که ، چنین سیره هایی در زمان شارع حادث نشده اند و یا دست کم نمی دانیم که حادث شده اند و یا نه لذا برخی در رابطه با این سیره ها می گویند :

« عموماً این سیره ها یا معلوم نیست که در زمان های اولیه اسلامی بوده اند و یا معلوم است که نبوده اند بنابراین اصل در سیره های مشرعه در زمان کنونی که یقین به اتصال آنها به زمان معصوم نداریم ، عدم حجّیت آنها است چرا که با وجود شک در امتداد این سیره ها به زمان معصوم ، سزاوارتر پذیرش عدم حجّیت آنها است و شک در حجّیت با قطع به عدم حجّیت به یک معنی می -

^{۱۸۹} هاشمی شاهرودی ، بحوث فی علم الأصول ، ج ۴ ، ص ۲۴۷ .

لازم به ذکر است که برخی از سیره ها مشکوکند که آیا ناشی از طبع عقلایی هستند و یا معلول خطابات شرعی غیر واصل به ما؛ در این خصوص مرحوم شهید صدر معتقد است که این سیره ها را باید ملحق به سیره ی متشرعه دانست چرا که نفس صورت مسأله، می فهماند که بعید است مسلمین متشرع [و پای بند به شریعت]، بدون استفسار از شارع به این شکل وسیع، عمل کننده به آن باشند، پس مسلمین حتماً امضاء و رضایت شارع را کسب کرده اند و بنابراین شیوع و رواج این سیره، معلول اظهار نظر شرع است و نه عقلانی بودن آنها.^{۱۹۱} اما همانگونه که بیان شد امروزه در جامعه مسلمین شاهد سیره هایی هستیم که اگر ریشه یابی شوند، خواهیم دید که مبتنی بر عواطف و تقلید و تعصبات می باشند اما به مرور زمان چنان قداستی پیدا نموده اند که اعراض از آنها زشت و منکر محسوب می شود. بنابراین بهتر است که در موارد شک در الحاق سیره به سیره های متشرعه اصل را بر عدم الحاق بگذاریم. مضافاً اینکه ما بیان داشتیم که اگر بتوان برای سیره مصلحتی عقلایی تصور نمود، اساساً بررسی آن سیره از باب سیره متشرعه موضوعاً منتفی خواهد بود.

راه های احراز اتصال سیره های مستحدثه به عصر معصوم

برای اثبات اینکه سیره ای در جامعه مسلمین، در زمان معصومین هم رایج و برقرار بوده است، عموماً پنج روش بیان شده است. قبل از تبیین این روش ها لازم به یاد آوری است که اگر نتوان اتصال سیره متشرعه ی مستحدثه ای را به عصر معصومین بدست آورد، در این صورت تمسک به چنین سیره ای به عنوان سیره متشرعه نه تنها دلیل شرعی محسوب نمی شود، بلکه چیزی جز بدعت در شریعت نخواهد بود.

و اینک راه های احراز اتصال سیره های متشرعه ی مستحدثه به عصر معصوم :

۱- نفس انعقاد سیره و تطابق عملی متشرعه با آن با نظریه همگانی و عام البلوی بودن موضوع و مضمون سیره را دلیل قرار دهیم که این سیره دارای ریشه های عمیق و کهنی است که تا عصر

^{۱۹۰} مظفر، اصول الفقه، ج ۲، ص ۱۵۷.

^{۱۹۱} هاشمی شاهرودی، بحوث فی علم الاصول، قم: مرکز الغدير، ۱۳۷۵ ش، ج ۴، ص ۲۴۸.

معصومین امتداد پیدا می کند.^{۱۹۲} مثلاً فرض کنیم که سیره ی متشرعه دایر بر اخفات در نماز ظهر روز جمعه باشد، نفس همین تطابق عملی و این که متشرعه عملاً نماز ظهر را در روز جمعه به اخفات برگزار می کنند، دلیل ثبوت این اخفات از زمان ائمه است، زیرا عادتاً بعید است که متشرعه ناگهان از جهر در نماز ظهر روز جمعه، به اخفات آن تحول و انتقال یابند.

در رابطه با طریقت داشتن این راه باید گفت که صرفاً آنچه عادتاً بعید است تحول ناگهانی سیره است و نه تحول تدریجی آن. علاوه اینکه با این بیان، گویی وجود سیره را دلیل حجّیت آن دانسته ایم در حالیکه زمانی که حجّیت یک دلیل ذاتی آن نیست، باید به دنبال چیزی خارج از ذات آن، به عنوان موجبات حجّیت برای آن باشیم. بنابراین به واسطه این روش نمی توان به قطع رسید.

۲- اثبات معاصرت سیره و وجود آن در زمان معصوم، از طریق نقل تاریخی، (خواه از طریق نقل تاریخی عام و خواه از طریق نقل در روایات و احادیث فقهیه). به بیانی دیگر اعتماد به نقل راویان و شهادت موثقان بر معاصرت سیره ای معین با عصر معصوم، به عنوان یک راه دیگر از سوی شهید صدر ارائه شده است. ایشان در این رابطه می گوید:

« اثبات همعصری سیره و وجود آن در زمان معصوم از طریق نقل و گواهی

راویان بر آن، از قبیل آنچیزی است که شیخ طوسی نقل می کند که بنای

اصحاب ائمه و متشرعه بر این بود که در زندگی خود، نسلی پس از نسل در مقام

فراگرفتن معالم و احکام دین خود بر اخبار راویان ثقه اعتماد می کردند. »^{۱۹۳}

البته این روش تنها هنگامی کارا و قابل پذیرش است که به وسیله ی فراوانی و استفاضه ی نقل، قطعی باشد و یا به واسطه توافر قرائن بر قطعی بودن نقل، موجب پدید آمدن وثوق و اطمینان گردد. در غیر این صورت تنها مفید ظن خواهد بود و مشمول اصل اولی در ظنون می باشد.

۳- طریقه سوم که به نظر یکی از بهترین راه ها است تا بدست آوریم، سیره ای که امروزه در جامعه مسلمین وجود دارد، مورد تأیید معصوم است و چنین سیره ای در زمان معصوم نیز وجود داشته است. این است که ما ابتدا تصور کنیم، اگر این سیره در زمان شارع وجود نداشت و بلکه

^{۱۹۲} همان، ج ۴، ص ۲۳۸.

^{۱۹۳} همان، ج ۴، ص ۲۳۹.

چیزی بر خلاف آن وجود داشت (که مبتنی بر حکم شرعی نبود) در آن زمان وجود این همتای متضاد (منظور از متضاد، متضاد با حکم شرعی و همچنین متضاد با سیره ای که امروزه تنها در جامعه مسلمین وجود دارد) لوازمی به همراه داشت و چون آن لوازم منتفی است، پس چنین سیره ای کاشف از حکم شرعی است.

این نحوه ی استدلال برای سیره هایی که اساساً وجودشان در آن زمان موضوعیت نداشته قابل طرح نیست چرا که در این طریقه همانگونه که اشاره شد حتماً باید یک همتای متضاد برای سیره ی مزبور در زمان معصوم تصور کنیم و چون لوازم سیره ای بر خلاف سیره ی مورد نظر ما (سیره ای که امروز تنها در جامعه مسلمین وجود دارد)، منتفی است پس سیره ی مزبور است که وجود داشته است.

این طریقه در کتاب «در آمدی بر عرف» با یک مثال اینگونه بیان شده است: فرض می کنیم که می خواهیم ثابت کنیم که در مسئله وضو سیره ی معاصر معصومین دایر بر اکتفا کردن به مسح مقداری از پا بوده است، بنابراین می گوییم: اگر حقیقتاً سیره ی زمان معصوم دایر بر مسح قسمتی از پا نباشد بلکه مسح تمام پا واجب باشد و عملاً هم بسیاری از متشرعه زمان معصوم تمام پا را مسح کنند، لازمه آن این است که اکنون که قسمتی از پا را مسح می کنیم، حکم مسأله را پی گیری کنیم [چون بر سیره ای خلاف سیره ی متشرعه معاصر با معصوم عمل می کنیم و از طرفی دیگر، اینکه متشرعه در زمان معصوم تمام پا را مسح می کنند، برای اثبات وجوب مسح تمام پا کافی نمی باشد چرا که مسأله محل ابتلای عموم افراد مکلف می باشد، و صرف اکتفاء به عمل متشرعه در زمان معصوم (بدون دانستن حکم صریح مسئله از جانب معصوم) در حالی که عموم مسلمین امروزه عملی بر خلاف آن را دارند، کافی نخواهد بود] و طبیعی است که در این حالت سوالات زیادی در زمان معصوم مطرح بوده است و اگر سوال و جوابهای زیادی در مسئله وجود می داشت باید حداقل مقداری از آنها به ما رسیده باشد و از این که چنین سوال و جوابهایی به ما نرسیده است، در می یابیم که در این مورد سوال و جوابهای زیادی در کار نبوده است زیرا اساساً نیازی به سوال و جواب، برای دانستن حکم مسأله نبوده است [زیرا سیره ی زمان معصوم نیز مبتنی بر حکم شرعی و دایر بر مسح قسمتی از پا بوده

است].^{۱۹۴}

خلاصه اینکه باید برای سیره ای که امروزه جریان دارد یک سیره ی مخالف (مخالف با حکم شرعی و مخالف با سیره ای که امروزه وجود دارد) در همین مسئله در زمان معصوم فرض کنیم و بگوییم اگر این سیره ی مخالف وجود می داشت و حکم شارع با آن هماهنگ نبود حتماً سوال و جواب هایی در رابطه با حکم مسئله مزبور در زمان معصوم مطرح می شد که به ما می رسید ، اما چون چنین سوال و جوابی در حکم مسئله مطرح نبوده به معنی این است که اساساً چنین سیره ی مخالفی وجود نداشته و همین سیره ای که امروزه در جامعه وجود دارد ، در همان زمان نیز وجود داشته است .

۴- طریقه ی چهارم اینکه پدیده ی موجود و سیره ی جاری به گونه ای باشد که اگر شرع با آن مخالف بود جایگزینی برای آن قرار می داد به گونه ای که اگر این سیره ی مزبور اثبات نشود لاجرم آن سیره ی بدلی متعین می شد و این سیره ی بدلی مشهور و معروف می گشت و حتماً ضبط می شد و به ما می رسید ، بنابراین از نبود این جایگزین ، به معاصرت عرف جاری با عصر معصوم و رضای او پی می بریم .^{۱۹۵}

صاحب کتاب «در آمدی بر عرف» این طریقه را نیز با مثالی بیان نموده است : به عنوان مثال می - توان به انعقادسیره بر اعتبار و عمل به ظواهر اشاره داشت که اگر سیره ی زمان معصوم و اصحاب در به دست آوردن معنا بر چیزی جز قاعده و مقیاس قرار دادنِ ظهور قرار گرفته باشد ، در این صورت باید برای بدست آوردن معنا ، مبانی دیگری که بتواند جایگزین سیره ی مورد نظر شود ، وجود داشته باشد . و اگر واقعاً این بدل وجود می داشت ، حتماً پدیده ی منحصر به فرد و قابل توجهی بود و چون آثار و اخباری در این زمینه به ما نرسیده است ، لذا باید گفت اصلاً در مسأله ی مورد بحث بدلی وجود ندارد .^{۱۹۶}

اشکالی که به نظر می رسد به این مثال وارد باشد این است که این مثال مربوط به سیره ی متشرعه نیست ، چرا که مبنای حجّیت ظواهر، بنای عقلا است و در مثالی که برای طریقه مزبور بیان شد ، در

^{۱۹۴} جبار گلباغی ماسوله ، در آمدی بر عرف ، ص ۲۷۶ .

^{۱۹۵} هاشمی شاهرودی ، بحوث فی علم الاصول ، ج ۴ ، ص ۲۴۵ - ۲۴۴ .

^{۱۹۶} جبار گلباغی ماسوله ، در آمدی بر عرف ، ص ۲۷۸ .

واقع معصوم بنای عقلا را تأیید نموده اند و نه سیره ی متشرعه را . در واقع می توان گفت این بنائات عقلایی است که بنا بر ضرورت های اجتماعی محقق می شود و نه سیره های متشرعه ، در نتیجه این طریقه در رابطه با تأیید بنائات عقلانی کاربرد دارد و نه سیره های متشرعه ، چرا که موضوع سیره ی متشرعه امور توقیفی است ، بنابراین حذف هر سیره ای ضرورت وجود سیره ای بدلی را به همراه ندارد ، مثلاً در رابطه با نظام تقسیم ارث نمی توان گفت اگر این نظام نبود لاجرم نظامی دیگر باید وجود می داشت که به ما می رسید ، زیرا می بینیم که اهل سنت نظام دیگری را در این رابطه دارند ! بنابراین نمی توان از این راه نتیجه گرفت چرا که اساساً این راه ، راه تأیید سیره ی متشرعه نیست . بلکه راهی است برای احراز عدم ردع در رابطه با بنائات عقلایی که برخاسته از ضرورت های اجتماعی است .

۵- در طریقه دیگری که ذکر شده ، آمده است که اگر مسأله ای که سعی در اثبات سیره برای آن می رود ، از مسائل مورد ابتلای فراوان مردم باشد و در نزد مردم نیز مخالفت با سیره از بدیهیات شمرده نشود ، هم چنین در سطح روایات و ادله ی شرعی ، پرسش و پاسخ چندانی درباره ی آن وجود نداشته باشد ، در این صورت می توان کشف نمود که سیره ی مورد نظر در زمان معصوم نیز ثابت بوده است . و برای این مورد سیره ی عمل به خبر ثقه را مثال آورده اند که عدم عمل به این سیره از بدیهیات شمرده نمی شود و مورد ابتلای فراوان مردم نیز می باشد و در ادله و روایات نیز چیزی که مانع از عمل به خبر ثقه شود ، صادر نشده است ، بلکه آنچه از روایات و ادله وارد شده است ، خود مؤید و مؤکدی برای عمل به خبر ثقه می باشد . بنابراین می توان گفت که این سیره در زمان معصومین نیز متبع بوده است .^{۱۹۷}

در واقع در این استدلال از یک طرف به عدم ردع شارع نسبت به سیره (سیره ای که امروز به عنوان سیره ی متشرعه در جامعه مسلمین وجود دارد و نمی دانیم که آیا در زمان معصوم نیز وجود داشته است یا خیر) و از طرف دیگر به دلالت ضمنی روایات در تأیید آن اشاره شده است . علاوه اینکه نسبت به ابتلای فراوان مردم هم توجه شده است . اما هیچ کدام از این سه عامل نمی تواند مفید قطع به حجیت چنین سیره ای و تأیید آن از نظر معصوم باشد، علاوه اینکه سیره ای که به عنوان مثال

^{۱۹۷} همان ، ص ۲۷۹ .

ذکر شده است از جمله بنائات عقلایی است و نه سیره ای که تنها در جامعه مسلمین وجود داشته باشد.

۶- به دنبال پی جویی و بررسی حالات و وضعیّت های گوناگون اجتماعی در جوامع مختلف و پس از مشاهده ی همسانی و تطابق همه ی آن جوامع بشری از نظر حکمی ، می توان حکم را بر همه ی جوامع معاصر با زمان معصوم نیز تعمیم داد . در واقع در این شیوه با اتکاء به وجود یک سیره ی جهانی معتقد است که ، می توان همانگونه که یک سیره را به جوامع معاصر تسری داد ، همچنین می-توان سیره ای را حتی به جوامع معاصر با معصوم نیز تعمیم داد ! در حالیکه ، وقتی در استقرار یک سیره ، جوامع معاصر را ملاحظه می کنیم ، تعمیم دادن حکم آن به جوامعی که با ما فاصله زمانی بسیار دارد ، با توجه به حوادث و وقایع و شرایط آن جوامع ، از نظر حساب احتمالات غالباً غیر ممکن است.^{۱۹۸}

بنابراین با توجه به آنچه در رابطه با احراز همعصری سیره ی متشرعه با معصوم بیان شد ، به نظر می رسد که در غالب موارد نمی توان در رابطه با سیره های متشرعه که امروزه در جامعه مسلمین متداول شده اند اما نمی دانیم که در زمان معصومین هم رایج بوده اند یا خیر ، به پاسخ قانع کننده رسید و باید عموماً به همان اصل در مسئله (عدم حجّیت آنها) رجوع نمود و نباید آن را در امور دینی خود مبنا قرار داد ، چرا که در غیر این صورت همانگونه که اشاره شد ، معنای آن چیزی جز بدعت گذاری در دین نخواهد بود .

گفتار چهارم : مقدار دلالت سیره متشرعه

اگر ترک عملی در بین مسلمین رایج شود و همه آن را ترک کنند ، نمی توان برای حرمت آن عمل به سیره تمسک جست بلکه در این حالت سیره دلالت بر عدم وجوب خواهد داشت . همچنین اگر انجام عملی در بین مسلمین رایج شود و آن را ترک نکنند ، نمی توان برای وجوب آن عمل ، به

^{۱۹۸} هاشمی شاهرودی ، بحوث فی علم الاصول ، ج ۴ ، ص ۲۴۵ - ۲۴۴ .

سیره استناد جست بلکه در این حالت ، دو صورت را می توان تصور نمود^{۱۹۹} :

- ۱- سیره از همان ابتدا بر استحباب یا وجوب و یا اباحه منعقد شده است که به نفس همان دلیلی که حجّیت سیره ثابت می شود ، به نفس همان دلیل ، استحباب یا وجوب یا اباحه هم ثابت می شود . زیرا می گوئیم اگر قائل شدن به استحباب یا وجوب عمل از جانب شارع نباشد ، باید از سر غفلت باشد و چون غفلت مجموع ممکن نیست ، پس از ناحیه شرع اتخاذ شده است .
- ۲- سیره دلالت بر وجوب یا استحباب ، یا اباحه ندارد که در این صورت فقط جواز بالمعنی الاعم که در مقابل حرمت است را ثابت می کند ، نه اصل مطلوبیت و نه وجوب و نه استحباب را .

^{۱۹۹} همان ، ج ۴ ، ص ۲۴۶ .

بخش پنجم: بررسی حجیت سیره عقلاء و سیره های مستحذّه

گفتار اول: بررسی راه های اثبات حجیت بنای عقلاء

در فصلی که به بررسی مکاتب حجیت عرف و بنای عقلاء پرداختیم به سه مکتب اشاره نمودیم و در طی آن به تبیین شرایطی پرداختیم که بنای عقلاء در ذیل هر کدام از این مکاتب چگونه می تواند دلیل بر حکم شرعی به شمار آید و اشاره کردیم که در این مقام، بنائات عقلایی که کاشف از حکم شرعی هستند، مدنظر می باشند و همانگونه که برخی از اصولی ها همچون شهید صدر نیز یادآور شده اند، بنائات عقلایی که منقح موضوع هستند و یا در تنقیح ظهور دلیل نقش دارند، نیازی به امضاء و اثبات حجیت ندارند.^{۲۰۰}

در رابطه با مکتب «حجیت ذاتی» و مکتب «کاشفیت سیره عقلاء از دلیل عقل» اشاره شد که محدوده ای را که این دو مکتب می توانند اثبات نمایند صرفاً در حیطه سیره های عقلایی است که برخاسته از بدیهیات عقلی باشد و تنها در این محدوده است که وجود سیره عقلاء خود دلیلیت و موضوعیت خواهد داشت و نیازی به تأیید شارع چه به صورت احراز عدم ردع و چه امضاء صریح آن نیست.

اما در رابطه با طیف وسیعی از قرار داد های اجتماعی و رویه های عقلایی مرسوم در جامعه که با نظر به مصالح و مفاسد عام تحقق یافته، نه درک قضایای بدیهی و مصالح واقعی آنها، در این حالت اثبات حجیت سیره عقلاء نیازمند کشف رضایت معصوم است و در این موارد که بخش اعظمی از سیره ها را شامل می شود تحقق سیره عقلاء طریقت و کاشفیت از حکم شرعی خواهد داشت.

با توجه به اینکه در رابطه با دو مکتب اول در فصل های قبل به طور مبسوط سخن گفته شد، بنا داریم در این فصل همانگونه که وعده نمودیم به بسط و بررسی مکتب سوم در حجیت بنای عقلاء که امضای معصوم است بپردازیم:

در این مکتب سیره از آن جهت که سیره است حجت نمی باشد و آنچه مبنای حجیت آن است گفتار، کردار و در نهایت سکوت معصوم می باشد، البته در رابطه با طریق کشف رضایت معصوم

^{۲۰۰} همان، ج ۴، ص ۲۳۴.

اختلاف نظر وجود دارد .

دیدگاه های فقها را در این زمینه می توان به سه دسته تقسیم نمود :

الف) گرایش احراز عدم ردع (امضاء کشفی) :

به موجب این دیدگاه در اثبات حجیت بنای عقلاء ، پس از احراز استقرار بنای عقلایی ، صرف احراز عدم ردع شارع کافی خواهد بود و همین عدم منع با امکان ردع ، کاشف از تأیید و امضاء سیره توسط شارع می باشد.^{۲۰۱} البته برخی همچون صاحب فوائد الاصول در این زمینه قائل به تفصیل شده و معتقدند که تنها در غیر ابواب معاملات است که ، نیازی به تصریح امضای شارع نیست و اثبات عدم ردع برای کشف امضاء و رضایتمندی شارع کافی است . اما در ابواب معاملات ، از آن جا که معاملات از اموراتعباریه ای هستند که صحت آن اعتبار به امضاء شارع وابسته است ، لذا عدم ردع کافی نبوده و به امضای صریح شارع نیاز است .^{۲۰۲} لازم به ذکر است که همانگونه که اشاره شد ایشان در باب مبادی عرف و بنای عقلاء ، قائل به فطری بودن عرف و حجیت ذاتی آن شده است و لذا این تفصیل نمی تواند با این مبنا سازگاری داشته باشد .^{۲۰۳} علاوه اینکه صرف اعتباری بودن یک معامله ، نمی تواند موجب نیازمندی آن به تأیید صریح شارع باشد ، وعدم ردع شارع در برابر نفوذ سیره ای که در نظر عرف و عقلاء صحیح است ، خود به معنای امضاء نفوذ آن معامله خواهد بود. در همین راستا می بینیم که فقهای همچون میرزای قمی و امام خمینی، بنای عقلاء را در باب معاملات نیازمند امضاء صریح شارع نمی دانند و معتقدند که معاملات دارای مبانی عقلایی هستند و مانند هر بنای عقلایی دیگر صرف عدم ردع شارع در حجیت آن کافی می باشد .^{۲۰۴}

از جمله پیشگامان کفایت احراز عدم ردع سیره عقلاء برای حجیت آن ، مرحوم مظفر^{۲۰۵} و

^{۲۰۱} بروجردی ، **نهایة الافکار فی مباحث الالفاظ** ، ج ۳ ، ص ۱۳۸ ؛ آشتیانی ، محمد حسین ، **بحر الفوائد فی شرح الفرائد** ، تحقیق السید مهدی شمس الدین ، وزارة الثقافة الارشاد الاسلامی ، ج ۱ ، ۱۴۱۰ ق ، ص ۱۲۴ - ۱۲۳ .

^{۲۰۲} « لا یبعد الحاجة الى الامضاء فی باب المعاملات لانها من امور الاعتباریة التي تتوقف صحتها علی اعتبارها ، و لو كان المعبر غیر الشارع فلا بد من إمضاء ذلك ولو بالعموم او الاصلاح » : غروی نائینی ، **فوائد الاصول** ، ج ۳ ، ص ۱۹۳ .

^{۲۰۳} همان .

^{۲۰۴} میرزای قمی ، **جامع الشتات** ، ج ۱ ، ص ۲۴۲ ، خمینی ، **الاجتهاد و التقليد** ، ص ۱۳۰ .

^{۲۰۵} مظفر ، **اصول الفقه** ، ج ۲ ، ص ۱۴۱ .

شریف العلماء^{۲۰۶} هستند. البته شریف العلماء امضاء معصوم را با فقدان دلیل مخالف محقق می داند، و در این رابطه در کتاب ضوابط الاصول می نویسد:

« که اگر بنای عقلاء ثابت شود و دلیل شرعی بر خلاف آن نداشته باشیم، آن بنا

حجت است » .^{۲۰۷}

لازم به ذکر است که شیوه شریف العلماء در مورد سیره های عقلایی مستحدث نمی تواند کارایی داشته باشد، زیرا اگر اساساً وجود موضوع در زمان های گذشته مقتضی نداشته باشد. حکمی نیز در رد یا تأیید آن از شارع صادر نشده است تا بتوان دیدگاه شارع را در رابطه با آن موضوع بدست آورد. البته در رابطه با کفایت یا عدم کفایت طریقه ی عدم ردع در حجیت سیره های عقلایی مستحدثه در آینده به طور مبسوط سخن خواهیم گفت.

خلاصه اینکه برخی سکوت شارع را در سیره عقلاء، به معنای تقریر وامضاء و تأیید او دانسته اند، بدین صورت که:

اولاً: سکوت دلالت بر عدم وصول ردع از سوی شارع دارد، زیرا به لحاظ شارع بودن معصوم و همین طور به لحاظ مکلف بودن او به نهی از منکر، و یا تعلیم جاهل، و تبلیغ شریعت، عقلاً می-توان از سکوتش پی به رضایتش برد. در کنار این قرینه ی عقلیه، قرینه حالیه ای نیز وجود دارد که وقتی عملی عقلایی در زمان معصوم، تبدیل به سیره می شود، اگر تقیه ای در کار نباشد، از این سکوت رضایت دانسته می شود.

ثانیاً: اگر ردعی از سوی شارع صورت پذیرفته باشد می باید به ما می رسید. زیرا فرض ما این است که سیره عقلاً، عملی است که تکرار می شود و منحصر در یک بار انجام دادن نیست، لذا منع معصوم هم باید تکرار شود و این احتمال که ممکن است معصوم عملی را ردع کند و به ما نرسیده باشد، منتفی است. البته برای ردع سیره، با توجه به حدود دلالت سیره (حدود دلالت سیره را به

^{۲۰۶} موسوی قزوینی حائری، ابراهیم، **ضوابط الاصول** (تقریرات درس اصول شریف العلماء مانددرانی)، تهران: بی نا، ۱۳۷۱ق، ص ۳۹۹؛ حسینی، علی، **عرف متغیر و سیره عقلاء**، مجموعه آثار کنگره بررسی مبانی فقهی امام خمینی، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۴ش، ج ۹، ص ۱۲۱.

^{۲۰۷} «ثم اعلم ان بناء العقلاء حجة ما لم يرد دليل على خلافه»: موسوی قزوینی حائری، **ضوابط الاصول** (تقریرات درس اصول شریف العلماء مانددرانی)، ص ۳۹۹.

مناسبت بحث در رابطه با دلالت سیره ی متشرعه بیان داشتیم که شامل دلالت سیره ی عقلاء نیز می- باشد) ، خبر ضعیف هم کفایت می کند^{۲۰۸} ، چرا که موجب شک می شود و با توجه به اینکه در حجّیت دلیل قطع لازم دارد ، شک در حجّیت مساوی قطع به عدم حجّیت خواهد بود . بنابراین لزومی ندارد که حتماً به واسطه خبر صحیح این ردع به ما رسیده باشد .

در اینجا به ذکر دو نمونه از سیره های عقلایی می پردازیم که به موجب احراز عدم ردع شارع و سکوت او نسبت به آنها حجّیت شرعی یافته اند :

مثال اول در باب حجّیت ظواهر است ، مردم ناچارند و به ضرورت نیاز دارند که از ظواهر کلام یکدیگر استفاده کنند و شارع هم با آنان متحد المسلك است ، زیرا ما می بینیم که خود ائمه نیز به ظواهر کلام عمل می کردند همچنان که افرادی خدمت امام می آمدند و سخن می گفتند و امام ظاهر سخن آن ها را قبول می کردند ، و یا اینکه همانطور که مردم در کارها و مبادلات خود به خبر واحد ثقة عمل می کردند ، امام هم مثلاً در مدینه بودند و شیعیان در شهر های دیگر و امام نیاز داشت که پیام خود را به وسیله خبر واحد ثقة به مردم برساند . حال اگر امام در رساندن احکام شرعی می فرمود که حق ندارید چنین عمل کنید ، از آن کشف می کنیم که شارع عمل عقلاء را امضاء نفرموده است ، در حالی که می بینیم موضع شارع نسبت به این سیره تنها سکوت بوده است و این سیره نیاز خود شارع نیز بوده است و شارع عقلاء را ردع نفرموده است .

با توجه به آنچه بیان شد ، برخی از فقها همچون امام خمینی در رابطه با حجّیت خبر واحد، پس از ذکر ادله منکرین و مثبتین حجّیت خبر واحد ، به عنوان بهترین و آخرین دلیل با ذکر عنوانی مستقل می فرماید :

«استدلال به سیره عقلاء : دانستی که دلیل عمده در باب حجّیت خبر واحد ، سیره ی عقلا است ، بلکه غیر از آن دلیلی نداریم و هر که نسبت به جوامع بشری اطلاع کافی داشته باشد ، بر وجود سیره- ی عقلا ، از زمان تدوین تاریخ بشر و استقرار تمدن بشری و از زمانی که انسان برای خود روشی اجتماعی

^{۲۰۸} (إنَّ عدم وصول الردع كاشف عن عدمه ثبوتاً و ملاك ذلك أنَّ الردع عن كل سيرة المقابل للسكوت عنها يتحدد حجمه و مقداره و عمقه بتلك السيرة ...) : صدر ، **دروس فی علم الاصول** ، ج ۴ ، ص ۲۴۴ .

برگزیده است ، واقف می شود و آیاتی که در نهی از عمل به غیر علم یا در

نهی از عمل به ظن وارد شده است ، از عمل به سیره جلو گیری نمی کند .^{۲۰۹}

و در پایان بحث می فرماید :

« بلکه دلیل حجّیت خبر واحد منحصر به یک دلیل است و آن سیره ی عقلا

است .^{۲۱۰} »

در واقع ایشان بقیّه آیات و روایات موجود در باب حجّیت خبر واحد را ناظر بر این سیره دانسته

اند . و آنها را ادله امضائیّه تلقی نموده اند .

مثال دیگر از سیره ای که به موجب عدم ردع شارع و سکوت او حجّیت شرعی یافته است در

باب استصحاب است که خود شارع به آن نیاز نداشته و در آن با عقلاء هم مسلک نیست ، زیرا شارع

دچار حالت شک نمی شود تا بنا را بر حالت سابقه بگذارد و استصحاب حالت سابقه نماید ، ولی

عقلاء در تمام امور شرعی و غیر شرعی خود به استصحاب عمل می نمایند و ما دلیل داریم که عقلاء

در حضور شارع در امور شرعی خود به استصحاب عمل نموده و شارع سکوت کرده است ، این

سکوت همان تقریر است زیرا شرایط تقریر حاصل بوده است (یعنی تقیّه ای در کار نبوده) و امکان

ردع وجود داشته است .

ب) گرایش عدم احراز ردع : برخی «عدم احراز ردع» را برای احراز تأیید کافی می دانند. چرا

که شارع را هم مسلک عقلاء و بلکه رئیس عقلاء دانسته و بنابراین معتقدند که شارع نمی تواند

مصالح و مفسد عامی که مورد نظر عقلاء بوده است را نادیده بگیرد و بر خلاف آن حکم نماید و بر

همین اساس در صورت جهل و عدم علم به ردع ، همان عدم احراز ردع برای اثبات حجّیت سیره ی

عقلاء کافی خواهد بود. از پیشگامان این اندیشه محقق اصفهانی مشهور به کمپانی است که در حاشیه

خود بر کفایة الاصول در دلیل بنای العقلاء بر حجّیت استصحاب می نویسد :

«إنّ اللازم - فی حجّیة سیرة العقلائیة - مجرد عدم ثبوت الردع عنها من الشارع،

^{۲۰۹} سبحانی ، تهذیب الاصول ، ج ۲ ، ص ۱۳۳ .

^{۲۱۰} همان ، ج ۲ ، ص ۱۳۵ : بل الدلیل ینحصر فی واحد و هو سیرة العقلاء .

و لایجب احراز الإمضاء ، و اثبات عدم الردع ، حتی یجب البناء علی عدم حجّيتها بمجرد عدم العلم بالإمضاء ، او جهل بعدم الردع ، لما ذكرنا هناك من ان الشارع - بما هو عاقل بل رئيس العقلاء - متحد المسلك معهم ، الا اذا احرز اختلاف مسلكه معهم بما هو شارع».^{۲۱۱}

سپس ایشان این سؤال را مطرح می نمایند که آیا شارع از حیث اینکه شارع است ، می تواند با سیره ی عقلاء مخالفت نماید ؟ که در اینجا میان حسن و قبح ذاتی و عرضی قائل به تفکیک شده و معتقد است که : اگر چیزی ذاتاً مشمول حسن و قبح باشد ، مثل عدل و ظلم ، شارع اساساً نمی تواند حکم مولوی در رابطه با آن بنماید و در این رابطه تنها بر مسلك عقلاء می تواند متحد المسلك با ایشان باشد و اما اگر بالعرض مشمول حسن و قبح باشد می توان تصور نمود که حکم شارع بر خلاف حکم طبعی این عناوین باشد .^{۲۱۲}

بنابراین ایشان معتقد است که عدم احراز ردع برای احراز امضاء کفایت می کند چرا که در غیر این صورت بر شارع لازم است که از جهت شارع بودن ، به وسیله ردع، اختلاف و دوگانگی مسلك خود با سیره را به مردم اعلام دارد .

در تحلیل بیان ایشان باید گفت که ما نیز در رابطه با حجّیت قسم اول (سیره مبتنی بر قضایای بدیهی عقلی) سخن نمی گوئیم و همانگونه که اشاره کردیم حجّیت آن را ذاتی دانستیم ، بلکه در رابطه با سیره ای که مبتنی بر مصالح و مفاسد عام است سخن می گوئیم که خود ایشان نیز احتمال ردع را از سوی شارع از حیث شارع بودن بیان داشته است ، در حالی که اگر ایشان شارع را همواره از حیث عقلانی اش هم مسلك با عقلا بدانند نمی تواند قائل باشد که شارع در رابطه با سیره ای ، از حیث عقلانی با آن سیره موافق و از حیث شارع بودن با آن سیره مخالف باشد . چرا که در این حالت حیثیت عقلانی شارع را در تضاد با حیثیت شارع بودن او قرار داده است . مضافاً اینکه حتی شارع از حیث عاقلّیت نیز می تواند سیره را ردع نماید ، چرا که او رئیس عقلا است و چه بسا مصلحت و مفسده ای را که عموم عقلاء بر مبنای آن بنایی را نهاده اند از دیدگاه رئیس عقلاء قابل ردع باشد و او

^{۲۱۱} غروی اصفهانی ، *نهاية الدراية في شرح الكفاية* ، ج ۵ ، ص ۳۰ .

^{۲۱۲} همان ، ج ۲ ، ص ۱۳۰ ؛ مظفر ، *اصول الفقه* ، ج ۲ ، ص ۱۷۲ و ۱۴۲ .

مصلحت را در چیز دیگری بیابد. همچنان که مواردی وجود دارد که عقلاء بر طبق آن عمل می- نمودند و شارع نیز در آن سیره با عقلاء هم مسلک است اما صراحتاً آن را ردع نموده است مثلاً در باب شهادت در دادگاه، عقلاء شهادت یک فرد را نیز می پذیرند اما شارع فرموده است که در محاکم دو شاهد عادل شهادت دهند و شهادت یک فرد اعتباری ندارد، و یا مثلاً عقلاء تمام انواع خرید و فروش را صحیح می دانند، حتی بیع ربوی را، اما شارع تنها مقداری از این سیره را تأیید نموده و فرموده است که «احل الله البیع و حرّم الرباء» و این نقض سخن فقهای است که معتقدند که هر گاه شارع با عقلاء هم مسلک باشد یقیناً بر همان حکم عقلاء حکم خواهد نمود، در حالی که اگر شارع را رئیس عقلاء بدانیم با توجه به اینکه سایر عقلاء همواره در بنائات خود نمی توانند مصالح و مفاسد واقعی را بیانند می بینیم که این احتمال که شارع مصلحت را در جایی ببیند که عقلاء ندیده اند وجود خواهد داشت. بنابراین عدم ردع باید احراز شود.

حال در این فرض که سیره ی عقلانی ای وجود دارد و ما نمی دانیم که آیا این سیره در منظر و مسمع شارع بوده است یا نه و شارع نیز نسبت به آن سکوت نموده است، در این حالت آیا جهل به عدم منع می تواند مجوزی برای تمسک به گرایش «عدم احراز ردع» باشد؟

جواب منفی خواهد بود چرا که این حالت مولد شک در حجّیت است و شک در حجّیت دلیل مشابه قطع به عدم حجّیت است. بنابراین چنین سیره ای حجّت نخواهد بود. به ویژه اینکه بیان داشتیم که شارع از حیث عقلانی بودن لزوماً حکمی مشابه حکم عقلاء ندارد. بنابراین اصل، عدم حجّیت چنین سیره ای است.

خلاصه اینکه برای اثبات حجّیت یک سیره احراز عدم ردع ضروری می نماید، و اگر شرایط تقریر وجود نداشت و امکان ردع از سوی شارع نبود (زیرا شارع همواره به صورت مرسوم و معمول ردع می نماید بنابراین نسبت به سیره ای که در هزاران سال بعد محقق شده است امکان ردع ندارد)، با وجود عدم آگاهی بر امضاء و یا جهل به عدم ردع، «عدم احراز ردع» نمی تواند راهگشا باشد و در این شرایط باید دلیل خاص (امضاء نصی) نسبت به سیره وجود داشته باشد و در غیر این صورت باید حکم بر بی اعتباری سیره عقلاء نمود.

ج) **امضاء نصّی** : فقهاء و اصولی ها در برخی موارد سیره ی عقلاء را نیازمند امضاء صریح معصوم می دانند و تنها در این حالت او را به عنوان دلیل برای حکم شرعی حجت دانسته اند . همچنان که مرحوم مظفر معتقد است که هر گاه سیره در زمان معصوم شکل گرفته باشد و یا شارع متحد المسلك با عقلاء^{۲۱۳} باشد ، نیازی به امضاء نصّی نیست ، و در غیر این موارد امضاء صریح معصوم نیاز است .^{۲۱۴} بنابراین ایشان حجّیت سیره های مستحدثه و سیره هایی که در آن شارع با عقلاء هم مسلك نباشد را نیازمند امضاء صریح می داند . مرحوم نائینی نیز همانگونه که قبلاً اشاره شد ، در تفصیل خود قائل است که در معاملات عدم ردع کافی نیست و نیازمند امضاء صریح می باشد .^{۲۱۵} که در رابطه با مناقشه ی وارده در سخن ایشان بیان شد که صرف اعتباری بودن یک معامله نمی تواند موجب نیازمندی آن به تأیید صریح شارع باشد ، و عدم ردع شارع از نفوذ سیره ای که در نظر عرف و عقلاء صحیح است ، خود به معنای امضاء نفوذ آن معامله خواهد بود و فقهای همچون میرزای قمی^{۲۱۶} و امام خمینی^{۲۱۷} نیز بنای عقلاء را زمانی که معاصر با معصوم باشد در هیچ حالی نیازمند امضاء صریح شارع نمی دانند و معتقدند که معاملات نیز دارای مبانی عقلایی است و بنابراین صرف عدم ردع شارع کافی می باشد .

اما در رابطه با سخن مرحوم مظفر مبنی بر نیاز به امضاء نصّی در سیره های عقلایی که شارع در آن ها با عقلاء متحد المسلك نیست (مانند استصحاب و ...) ، به نظر می رسد که صرف متحد المسلك نبودن شارع نمی تواند موجبی برای نیازمندی سیره به امضاء نصّی باشد . علاوه اینکه صرف هم مسلكی شارع با عقلاء نیز نمی تواند ضرورتاً شباهت حکمی ایجاد نماید ، چه بسا شارع سیره هایی

^{۲۱۳} یعنی زمانی که بازگشت سیره به حکم عقل باشد و یا سیره برخاسته از قضایای بدیهی عقلی است که در این موارد حیثیت شارع بودن شارع ورود ندارد و شارع تنها در حد عقلاء است و با ایشان هم مسلك می باشد .

^{۲۱۴} همان .

^{۲۱۵} غروی نائینی ، **فوائد الاصول** ، ص ۱۹۲ .

^{۲۱۶} میرزای قمی ، **جامع الشتات** ، ج ۱ ، ص ۲۴۲ ؛ حسینی ، «**عرف متغیر و سیره عقلاء**» ، ج ۹ ، ص ۱۲۱ .

^{۲۱۷} خمینی ، **الاجتهاد و التقليد** ، ص ۱۳۰ .

را که عقلاء بدان عمل نموده اند را اصلاح نموده است ، همچنان که در میان انواع معاملات ، معامله ربوی را باطل دانسته و یا در باب شهادت ، گواهی یک شاهد را معتبر نمی داند و

بنابراین صرف عقلایی بودن یک سیره کافی است تا در صورت احراز عدم ردع شارع از آن ، حجّیت آن را ثابت بدانیم .

البته در رابطه با مبانی حجّیت سیره های مستحدثه در ضمن گفتار های بعدی به طور مبسوط سخن خواهیم گفت .

گفتار دوم : استحداث سیره ی عقلاء

تحول اجتماعی ، یک پدیده عام است که در همه جوامع حتی جوامع ابتدایی نیز رخ می دهد که به دلیل کُند بودن آن در جوامع ابتدایی ، این تصور پیش می آید که این جوامع ایستا هستند . امروزه دیگر توجه به تغییرات اهمیت ندارد بلکه هماهنگ نمودن خود با سرعت این تغییرات است که مورد توجه قرار گرفته است . اساساً تغییرات زاده ی احتیاجات است که به موازات احتیاجات جدید ، اموری در جامعه شکل می گیرد که در گذشته سابقه نداشته است . در واقع در معرفی مبادی سیره- های مستحدثه عقلایی می توان از همین احتیاجات جدید جوامع نام برد . در همین راستا علمای علوم اجتماعی در سعی و کوشش خود برای یافتن عواملی که باعث دگرگونی های اجتماعی که بستر ساز احتیاجات جدید هستند از چهار عامل نام برده اند که عبارتند از : تکنولوژی ، ایدئولوژی ، محیط طبیعی و رهبری .^{۲۱۸}

به عنوان نمونه ای از تأثیر تکنولوژی بر سیره ی عقلاء می توان گفت ، یکی از اسباب ملکیت حیازت است ؛ در این زمینه شهید صدر با عنایت به تحول تکنولوژی و با توجه به اینکه در مبنای فقهی حیازت ، بنای عقلانیّه مورد تأیید شارع است ، می نویسد :

« اصل سببیت حیازت برای ملکیت ، یک ارتکاز عقلایی است ، در آن زمان

مصادیق حیازت با آلات آن زمان بوده ولی در زمان ما ابزار و آلات تغییر کرده

اما بنای عقلاء بر حیازت در زمان ما نیز معتبر و مورد تأیید شارع می باشد » .^{۲۱۹}

^{۲۱۸} باقی نصرآبادی ، علی ، **سیری در اندیشه های اجتماعی** ، قم : دفتر تبلیغات حوزه ی علمیّه ، ۱۳۷۷ ش ، ص ۲۱۰ .

^{۲۱۹} صدر ، **دروس فی علم الاصول** ، ج ۴ ، ص ۲۴۲ .

لذا از نظر ایشان حيازت با ابزار نوين و جديد نيز سبب حصول ملكيت خواهد شد .

بنابراين مى توان گفت كه بيشترين سهم از تغيير احكام به واسطه تغيير زمان و مكان و مقتضيات آن ، در ناحيه سيره ي عقلاء امكان پذير است و آن هم از سه ناحيه :

الف) از آن جهت كه بناء سيره ي عقلاء بر مصالح است و ممكن است مصالح امور و موضوعات عوض شود .

ب) از آن جهت كه سيره ي عقلاء و عرف در تنقيح موضوع دخالت دارند و طبعاً تشخيص تغييرات آن بر عهده آنان است .

ج) عقلاء در جريان پيشرفت زمان ، ظواهر و صورتها و اشكال عمل خود را تغيير مى دهند، همانند آنچه پيشرفت تكنولوژى در باب تغيير اسباب حيازت موجب شده است .

در رابطه با اين سه نحوه از تغيير حكم كه در بستر تغيير شرايط زمانى و مكانى به وقوع مى - پيوند در فصل سوم رساله در بخشى با عنوان نقش زمان و مكان در تحول موضوعات عرفى (فصل سوم) به طور مبسوط بحث خواهيم كرد .

گفتار سوم : مباني حجيت سيره هاى جديد

ابتدا در رابطه با اين سوال كه اساساً چرا در سيره ي عقلاء نيازمند تقرير معصوم و يا مشاركت او مى باشيم ، بايد گفت كه سيره ي عقلاء از جمله حجت هاى قطعى در مقام كشف واقع نيست ، زيرا ممكن است راهى را كه عقلاء مى پيمايند ، از ديد شارع خطاء باشد چرا كه سيره عقلاء همانگونه كه قبلاً نيز اشاره شد لزوماً مبتنى بر مصالح و مفاصد واقعى امور نيست ، لذا جز در آن مواردى كه قبلاً اشاره كرديم كه حجيت ذاتى دارد ، نمى تواند به خودى خود براى مكلف دليليت داشته باشد ، ولى با تقرير و امضاء معصوم يا عدم ردع آن ، مكلف قطع به حجيت آن به عنوان دليلى براى تكليف الهى خود پيدا مى نمايد .^{۲۲۰}

براى كشف امضاء شارع سه شيوه كلى تبين و بررسى شد در اين گفتار بنا داريم تا كارآمدى

^{۲۲۰} محمد تقى ، الاصول العامة للفقه المقارن ، ص ۲۰۰ - ۱۹۸ .

این سه شیوه را نسبت به سیره های مستحدث که در زمان معصوم ایجاد نشده اند بررسی نماییم . البته با توجه به اینکه گرایش عدم احراز ردع اساساً به عنوان راهی برای اثبات حجّیت سیره عقلاء مردود دانسته شد بنابراین در این فرصت تنها به بررسی کفایت دو طریقه دیگر خواهیم پرداخت :

الف) احراز عدم ردع (امضاء کشفی) : در رابطه با این شیوه اشاره شد که برای اینکه بتوان عدم ردع را احراز نمود با توجه به اینکه شارع تنها از طرق عادی به ردع و نهی می پردازد بدین صورت که نسبت به آنچه در زمان ، با او معاصرت دارد اظهار نظر می نماید ، بنابراین نمی توان قائل به کفایت این روش نسبت به سیره های مستحدثه بود ، از همین رو برخی از طرفداران این روش همچون محقق نائینی معتقد است که دیدگاه عدم ردع را تنها باید نسبت به سیره هایی که پیوسته به عصر معصوم باشد و در منظر و نگاه و اطلاع وی قرار داشته باشد ، به گونه ای که وی امکان منع داشته باشد ولی منع ننموده است ، منحصر دانست چرا که تنها در این حالت است که عدم ردع شارع کشف قطعی از رضایت او نسبت به سیره عقلاء می کند.^{۲۲۱}

اما در مقابل فقهای همچون امام خمینی و موسوی تبریزی زنجانی ، معتقدند که همین عدم ردع در حجّیت سیره های مستحدثه کافی است و معتقدند که اگر پیغمبر و یا امام از آن عرف هایی که قرن ها بعد وجود پیدا می کند ، راضی نباشد ، باید در همان زمان حضور خود از پیروی آنها توسط مردم منع نمایند ولی چون منع نکرده اند از آن کشف می کنیم که سیره ی عقلاء در همه زمانها و مکان ها حجت و معتبر است^{۲۲۲} و لزوم اعلام ردع شارع را نسبت به سیره های مستحدثه ناشی از شأن امام و شارع در بیان شریعت و حفظ دین و نوامیس الهی دانسته اند . و همین شأن است که پایه ی بسیاری از مسائل اصولی از جمله « قبح تأخیر بیان از وقت حاجت » ، « حجّیت اجماع بر مسلک لطف » و ... قرار گرفته است . زیرا تا چنین شأنی برای پیامبر و امام قائل نشویم هیچ یک از گزاره های فوق ثابت نمی شود ، بلکه تأخیر بیان از وقت حاجت جایز می شود و انعقاد اجماع بر خلاف حکم الهی و سکوت امام ممکن می گردد .

^{۲۲۱} غروی نائینی ، **فوائد الاصول** ، ص ۱۹۲ .

^{۲۲۲} خمینی ، **الاجتهاد و التقليد** ، ص ۱۳۰ ؛ فیض ، علیرضا ، **نقش زمان و مکان در اجتهاد** ، مجله کانون وکلاء ، شماره ۱۵۶ ، ص ۱۸ - ۱۷ ؛ آیه الله موسوی تبریزی زنجانی ، به نقل از علی دوست ، فقه و عرف ، ص ۱۷۲ .

اما سوال اساسی این است که آیا امام وظیفه دارد که از طریق دانش غیب و یا حدس قطعی ، بنای عقلانی غیر موافق با شرع در آینده را پیش بینی کرده و از آن ردع نماید ؟

در برابر این سوال دو پاسخ داده شده ؛ برخی این نحوه موضع گیری شرع نسبت به سیره های مستحدثه را معجزه و غیب گویی و خبر از آینده دانسته اند و آن را رویه شارع نمی دانند .^{۲۲۳} هر چند از نظر برخی دیگر این سخن ادعایی بی دلیل است و شأن شارع اقتضاء چنین رویه ای را دارد .^{۲۲۴}

اما به نظر می رسد که بدون نیازمندی به هر گونه مناقشه کلامی بتوان گفت ، وجود سیره های غیر شرعی در میان مردم اعصار مختلف و عدم اظهار نظر ائمه درباره آنها خود دلیل موجهی بر این مدعا است که اساساً چنین اظهار نظری از سوی ائمه درباره همه ی سیره ها محال عادی است .

نظیر این مسأله همانگونه که برخی^{۲۲۵} بیان داشته اند در اجماع نیز مطرح است و اگر ائمه (علیهم السلام) چنین وظیفه ای را بر عهده داشتند ، لازم بود با استفاده از علم غیب خود ، اجماع متأخرین در هر مسأله ای را پیش بینی کرده و نظر موافق و مخالف خود را ابراز بدارند و بر این اساس اجماع متأخرین هم باید حجت باشد ، در حالی که هیچ یک از بزرگان چنین دیدگاهی نداشته اند .

برخی از صاحب نظران ، از جمله شهید صدر معتقدند است که ، آنچه به وسیله سکوت شارع مورد امضاء قرار گرفته است ، علاوه بر سیره عقلاء ، ارتکازات نهفته در پس هر عرف و سیره ای است که عمل خارجی عرف و عقلاء متأثر از آن است ، در نتیجه با نظر به این نکته که از وظایف معصوم تشریع و تبلیغ احکام الهی و نیز تصحیح و یا تغییر مرتکبات مردمان است لذا سکوت او ظهور در امضاء تمام آن نکته های عقلایی نهفته در پس هر عرف و بنای عقلایی متأثر از آن را خواهد داشت ، هر چند که این نکته ی ارتکازی در عصر معصومین نیز به فعلیت خارجی نرسیده باشد.^{۲۲۶} این دیدگاهی است که به واسطه آن می توان شیوه ی احراز عدم ردع و سکوت شارع را به سیره های مستحدثه نیز سرایت داد . زیرا اگر امضاء و تقریر معصوم به ملاک و نکته ی عقلایی تعلق بگیرد ، این

^{۲۲۳} خمینی ، مصطفی ، **تحریرات الاصول** ، تهران : مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام ، ۱۴۱۸ ق ، ج ۴ ، ص ۳۸۲ .

^{۲۲۴} خمینی ، **الاجتهاد و التقليد** ، ص ۱۳۰ .

^{۲۲۵} علیدوست ، **فقه و عرف** ، ص ۱۷۵ .

^{۲۲۶} صدر ، **دروس فی علم الاصول** ، ج ۱ ، ص ۲۶۴ ؛ هاشمی شاهرودی ، **بحوث فی علم الاصول** ، ج ۴ ، ص ۲۴۶-۲۴۷ .

امضاء و عدم ردع شامل سیره های نوپیدایی که در بردارنده ی آن روح و ملاک هستند ، نیز خواهد شد . مثلاً بر فرض اینکه حیا زت ، بنا بر سیره عقلاء دلالت بر ملکیت بنماید، شکل این حیا زت می تواند در اعصار مختلف متفاوت باشد. ولی آنچه مهم است این است که در ذهن عقلاء مرتکز است که حیا زت موجب ملکیت است و شارع هم این نکته عقلائیّه را امضاء و تقریر نموده است .

در واقع در این دیدگاه برای ثبوت حجّیت از طریق عدم ردع ، شهید صدر در ضمن اینکه معتقد است امضاء مذکور باید نسبت به سیره ای باشد که هم عصر با معصوم است اما دلالت این تأیید را شامل سیره های مستحدثه در زمان های بعد از معصوم که همان نکته عقلائی را در خود دارند نیز دانسته است.^{۲۲۷}

اما مناقشه وارده در این عقیده را خود ایشان با تناقضی که در کلام خود دارد به نحوی بیان نموده است ، زیرا ایشان در کنار این عقیده از طرف دیگر معتقد است که سیره ی عقلائیّه دلیل لبی است و نه لفظی ، از این رو ظهور در قضیه حقیقه ندارد و تنها به صورت قضیه خارجیّه حجّیت و دلالت دارد^{۲۲۸}، و بنابراین از سکوت معصوم چیزی بیش از امضاء به نحو قضیه خارجیّه را نمی توان بدست آورد و بنابراین باید به قدر متیقن که همان سیره های معاصر با امام است بسنده نمود .

بنابراین تا اینجا به نظر می رسد که اساساً نمی توان توسط احراز عدم ردع حجّیت سیره های مستحدثه را ثابت نمود و حتماً برای اثبات سیره های که نیاز به اثبات دارند (برگشت به دلیل عقل و یا برخاسته از بدیهیات عقلی نیستند) ، لزوماً باید به روشی غیر از احراز عدم ردع متمایل بود . البته در این مورد یک استثناء وجود دارد و آن هم زمانی است که ماهیت سیره ای به گونه ای باشد که حتماً در رابطه با آن باید برای مردم تعیین تکلیف می شده اما چون این تعیین تکلیف صورت نگرفته ما یقین حاصل می کنیم که در مسئله مزبور شیوه ای که برگرفته از بنای عقلائی است مورد تأیید بوده است .

به عنوان نمونه ای برای استثناء ی مزبور ، می توان عمل تقلید را مثال آورد که از جمله سیره هایی

^{۲۲۷} هاشمی شاهرودی ، **بحوث فی علم الاصول** (تقریرات درس های شهید صدر) ، ج ۴ ، ص ۲۳۱ .

^{۲۲۸} حسینی ، **عرف متغیر سیره ی عقلاء** ، ج ۹ ، ص ۱۲۳ .

است که تنها در جامعه مسلمین وجود داد و مستحدثه بوده و به زمان معصوم باز نمی گردد ، اما می -
توان برای آن منشاء عقلایی در نظر گرفت و آن را از باب رجوع جاهل به عالم دانست علت اینکه
نمی توان آن را به زمان معصوم سرایت داد ، این است که اجتهاد در زمان معصومین با اجتهاد در عصر
حاضر که معصوم غایب است ، متفاوت می باشد ، چرا که در آن دوران ، اجتهاد به گونه نقل روایت
و رجوع به راویانی بود که با علم وجدانی که نزد ائمه فرا گرفته بودند ، اجتهاد می کردند . لذا اگر
ائمه رجوع جاهل به عالم را اجازه می دادند جواز رجوع به چنین عالمی بوده است و نه جواز رجوع
به مجتهدین عصر ما که براساس ظنون اجتهادی و امارات ظنیه معتبر حکم می کنند . بنابراین اگر چه
اجتهاد و تقلید در هر دو دوره وجود داشته است اما نحوه و شکل آن کاملاً متفاوت و به عبارتی تنها
تشابه اسمی است .

حال در ادامه باید گفت که اگر چه این سیره در زمان معصوم نبوده است ، اما با توجه به اینکه
ائمه می دانستند که یقیناً در آینده (دوران غیبت) چنین سیره و روشی ، در تقلید از مجتهدان در میان
شیعیان شکل خواهد گرفت بنابراین اگر با چنین سیره و روشی مخالف بودند ، قطعاً نظر مخالف خود
را اعلام می کردند و چون منع و ردی از جانب ائمه نرسیده ، بلکه روایاتی نیز در تایید این سیره
رسیده است ، می توانیم حجیت چنین سیره ای را ثابت بدانیم .^{۲۲۹} در واقع در این حالت آنچه موجب
حجیت تقلید (به عنوان سیره ی عقلایی مستحدث) می شود صرف احراز عدم ردع نمی باشد بلکه
یقینی است که از سکوت شارع حاصل شده است چرا که بحث تقلید از امور قابل پیش بینی و قطعی
الوقوع و مورد ابتلای عموم مردم (به محض آغاز دوران غیبت تا کنون) بوده است ، در این حالت
لازم بود تا اگر باید روشی خاص در دینداری توسط مردم اتخاذ می شد از طریق معصومین ابلاغ می -
گردید ، اما می بینیم که چنین روش خاصی ارائه نشده است و این می تواند موجب یقین به حجیت
روش فعلی (که مبتنی بر بنای عقلایی رجوع جاهل به عالم است) باشد . علاوه اینکه در روایات به
طور ضمنی بر رجوع به عالم احکام ، در دوران غیبت سفارش شده است و این می توان در کنار
سکوت از بیان صریح حکم تقلید در زمان غیبت ، موجب یقین به حکم مزبور باشد .

^{۲۲۹} خمینی، الاجتهاد و التقليد ، ص ۱۲۹ .

ب (امضاء نصی : اشاره شد که عموماً فقها در سیره هایی که در عصر معصوم و در منظر و مسمع او شکل نگرفته اند و یا ریشه در بدیهیات عقلی ندارد ، امضاء نصی را لازم می دانند ، اما در اینکه چگونه ممکن است در سیره های مستحدثه به امضاء نصی امام دست یابند سخنی نیامده است.^{۲۳۰}

باید گفت زمانی که در سیره های عقلایی مستحدث ثابت نمودیم که امکان عقلایی احراز عدم ردع وجود ندارد چگونه می توان قائل به امکان احراز امضاء نصی امام در رابطه با آنها بود ! بنابراین به نظر می رسد که اگر فقها به جای تاکید بر لزوم امضاء نصی به عنوان راه کشف حجیت سیره های مستحدث ، نسبت به قطع حاصل از امضاء نصی تأکید می نمودند ، راهی عملی تر و عادی تری را برای اثبات حجیت شرعی سیره های مستحدث معرفی کرده بودند ؛ چرا که اگر وجود سیره ای در زمان معصوم موضوعیت نداشته نباشد و متأثر از شرایط جدید و تحولات زمانی و مکانی باشد ، چگونه ممکن است که معصوم بتواند آن را صراحته تأیید نماید . بنابراین بهتر است که حصول قطع را که حالتی وجدانی است و ممکن است از راهی غیر از صراحت تایید شارع حاصل شود ، ملاک بدانیم و این در حالی است که نباید فراموش کنیم که اصل در این سیره ها همانگونه که قبلاً بیان نمودیم عدم حجیت آنها می باشد .

بنابراین واقعاً جای تأمل است که اگر سیره ای مستحدث ، ضروری یک جامعه باشد و مبنای عقلایی داشته باشد، اما نتوان دیدگاه شارع را در رابطه با آن بدست آورد آیا چنین سیره ای می تواند مبنای عمل شرعی و عقاب و ثواب اخروی باشد ؟ به نظر می رسد که با توجه به قاعده قبح عقاب بلا بیان اگر چه چنین سیره ای مبنای عمل مردم قرار می گیرد (چون مقتضی زمانی و مکانی عصر کنونی است ، و وجودش در جامعه ضروری است) اما عمل مردم بر اساس آن نمی تواند موجب عقاب اخروی باشد . علاوه اینکه نباید در امور شرعی آن را دلیل قرار داد زیرا دلیل باید از حجیت برخوردار باشد . و چون ما به همه مصالح و مفاسد واقعی امور آگاه نیستیم صرف درک این مطلب که این سیره برای جامعه ضروری است نمی تواند موجب حجیت شرعی آن باشد . زیرا اگر این ملاک معتبر بود حتماً ائمه بدان اشاره می نمودند که هر گاه رویه ای در جامعه ضروری تلقی شود می تواند دلیل شرعی باشد . علاوه اینکه اشاره شد که شارع از حیث عقلایی نیز می تواند با سیره های عقلایی

^{۲۳۰} مظفر ، اصول الفقه ، ج ۲ ، ص ۱۴۲ .

مخالفت نماید و بر همین اساس است که در سیره های عقلایی عدم ردع شارع باید احراز شود تا بتوان دلیلت آن سیره را ثابت نمود .

خلاصه اینکه در میان نظراتی که تا کنون در ضمن این سه گفتار از فقها و اصولی ها در باب طرق حجّیت سیره مستحدثه ذکر شد در کنار تأکید فقها نسبت به لزوم امضاء نصّی شارع در سیره- های مستحدثه ، می بینیم که سکوت معصومین نسبت به سیره های مستحدثه به سه گونه تفسیر شده است که تا حدودی آنها را در ضمن این سه گفتار بررسی نمودیم .

۱- زمانی که سیره مستحدثه ای با سکوت معصوم همراه باشد ، اساساً بی اعتبار خواهد بود و حجّیت ندارد ، چرا که سیره عقلاء تقریر محسوب می شود و چون دلیل لبی است ، لذا اطلاق و عموم در آن راه ندارد و باید به قدر متیقّن بسنده نمود. (نظر محمد باقر صدر)

۲- صرف عدم وجود دلیل مخالف باعث حجّیت یک سیره خواهد بود (حال چه آن سیره در زمان معصوم مبنای عمل باشد و چه اینکه مستحدثه باشد) . بنابراین اگر معصوم در برابر سیره ی مستحدثه ای سکوت نمود و دلیل مخالفی نسبت به آن در کلام معصوم وجود نداشت ، آن سیره حجّت خواهد بود. (نظر شریف العلماء) ^{۳۳۱}

۳- اگر سیره ی دیگری را که معاصر معصوم بوده و معصوم آن را تأیید کرده باشد و این سیره ی مستحدث دارای همان مرتکزات نهفته در آن سیره ای باشد که از جانب معصوم تأیید شده است ، چنین سیره مستحدثه ای نیز حجّت است . مثلاً هنگامی که عقلاء در جریان پیشرفت زمان ، ظواهر و صورتها و اشکال عمل خود را تغییر می دهند . (نظر محمد باقر صدر) ^{۳۳۲}

۴- **نظر مختار :** سکوت معصوم در رابطه با سیره های مستحدثه ای که بنا بر ضروریات اجتماعی - نه بدیهیات عقلی - شکل گرفته باشد هیچ گاه نمی تواند دلیل تأیید سیره و حجّیت آن محسوب شود ، اگر چه عمل به آن به واسطه قبح عقاب بلا بیان ، موجب عقاب اخروی نخواهد بود . البته ، باید اضافه نمود که هر گاه قطع (ممکن است از راهی غیر از امضاء نصّی باشد) به تأیید سیره

^{۳۳۱} حسینی ، «عرف متغیر و سیره ی عقلاء» ، ج ۳ ، ص ۱۲۱ .

^{۳۳۲} صدر ، **دروس فی علم الاصول** ، ج ۱ ، ص ۲۶۴ ؛ هاشمی شاهرودی ، **بحوث فی علم الاصول** ، ج ۴ ، ص ۲۴۶- ۲۴۷ .

مستحده ای حاصل شد یقیناً آن سیره حجّت خواهد بود .

بنابراین اموری همچون «تأسیس بیمه» ، «تشکیل بانک» ، «ایجاد خطوط مرزی» ، «تشکیل ده ها نهاد تقنینی ، اجرایی و قضایی» ، «تفکیک قوا» ، «ایجاد سفارت خانه ها و دفتر خانه های فرهنگی» به شکل رایج و ... که همگی بر اساس ضرورت های جامعه و توجه به مصالح و مفاسد عام پدید آمده اند، لکن سندی از اسناد چهارگانه (قرآن ، سنت ، اجماع و عقل) به طور عام یا خاص آن ها را نه ردّ و نه تأیید می کند ، هیچ گاه از نظر شرعی موجب عقاب اخروی نخواهد بود چرا که طبق قاعده عقلی قبح عقاب بلا بیان ، تا بیانی از سوی شارع نباشد ، عقابی نیز نخواهد بود .

بعد از این نتیجه باید بیان کنیم که در تمام مواردی که حجّیت بنای عقلاء به عنوان دلیل شرعی ثابت شد ، با توجه به حدود دلالت سیره - که در ضمن بحث از حجّیت سیره ی متشرعه بیان شد و شامل سیره عقلاء نیز می شود - باید گفت که در این حالت :

(۱) یا وجود سیره دلالت بر وجوب ، یا استحباب و یا اباحه دارد که به نفس همان دلیلی که حجّیت سیره را ثابت می کند ، استحباب یا وجوب یا اباحه سیره نیز ثابت می شود . زیرا می گوئیم اگر قول به استحباب یا وجوب عمل (سیره) از جانب شارع نباشد ، باید از سر غفلت و یا بدعت باشد و چون غفلت و یا بدعت گذاری عموم در رابطه با واجب بودن و یا مستحب بودن سیره ای ممکن نیست ، پس از ناحیه شرع اتخاذ شده است .

(۲) یا ممکن است که سیره دلالت بر وجوب و استحباب و یا اباحه نداشته باشد که در این حالت حجّیت و دلیلیّت سیره تنها به معنای جواز بالمعنی الاعم (و عدم حرمت عمل بدان سیره) خواهد بود، در این حالت عمل به سیره عقلاء ، از نظر نتیجه تفاوتی ندارد ، با مواردی که نمی تواند از باب دلیل شرعی مورد استناد باشد (مثلاً اگر مستحده باشد) . منتها در جایی که بنای عقلاء در جایگاه دلیل شرعی قرار گرفته است ، جواز ، حکم واقعی شرع خواهد بود هر چند به طور اجمال باشد و در جایی که بنای عقلاء دلیل نیست همواره تنها یک اباحه ظاهری را بدست می دهد .

در پایان لازم به ذکر است که برخی به هر طریقی متوسل شده اند که بتوانند عرف های مستحدث را دلیل شرعی محسوب نمایند که ما با توجه به مناقشاتی که در ادله ایشان وارد است آنها را در طول

بحث طرح نکردیم اما برای اینکه تا حد امکان توانسته باشیم دیدگاه های موجود در مسئله را تبیین و بررسی نموده باشیم ، ادله قائلین به حجّیت ذاتی تمام سیره های مستحدثه را مرور می کنیم :

۱- **تمسک به آیه شریفه « خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلین »**^{۲۳۳} ؛ برخی از مفسرین ، کلمه عرف را در این آیه ناظر به سنت هایی که عقلاء در میان خود برای حفظ نظامشان متداول کرده اند ، می دانند .

در کتاب «المیزان فی تفسیر القرآن» در ذیل این آیه شریفه آمده است که :

« عرف عبارت است از سنت ها و سیره های خوب و زیبا که در میان عقلاء متداول است . »^{۲۳۴}

حال برخی با استناد به این تفاسیر معتقدند که عرف هر زمان اگر با دلیل و نصّ شرعی مخالفت نداشته و منعی از آن نشده باشد ، حتماً معتبر است.^{۲۳۵} در حالی که باید یاد آوری کرد که ما نیز منکر اعتبار آن نزد عقلاء نیستیم اما سخن در حجّیت شرعی این سیره ها است که با توجه به صدر و ذیل این آیه می توان فهمید که « امر » در این آیه دلالت بر وجوب شرعی ندارد و سیاق آیه به جهت امر به عفو از افعال جاهلان و اعراض از آن ها و نیز تفسیر آیه از سوی برخی مفسرین^{۲۳۶} گواه بر این است که عرف مذکور در آیه شریفه دارای بار ارزشی و اخلاقی و اصلاحی بوده و در معنای امرپسندیده و نیکو به کار رفته است .

۲- **تمسک به آیه شریفه « أوفوا بالعقود »**^{۲۳۷} قائلین به این دلیل اینگونه استدلال می کنند که با توجه به اینکه «العقود» جمع محلی به الف و لام است ، بنابراین آیه شامل تمام انواع عقد ها و قرار دادهای مستحدث که به مرور زمان در میان جامعه رواج پیدا کرده اند نیز خواهد بود . در مورد صحت عقودی که نام چهارچوب معینی مثل بیع و اجاره را ندارند، مانند توافق مؤلف با ناشر ، مبنی بر

^{۲۳۳} اعراف / ۱۹۹

^{۲۳۴} طباطبایی ، المیزان فی تفسیر القرآن ، ج ۸ ، ص ۳۹۷ .

^{۲۳۵} فیض ، علیرضا ، «پویایی فقه و اجتهاد در پرتو عرف یا بستر زمان و مکان » ، مجله کانون وکلاء ، شماره ۶ و ۷ ، ص ۱۸ و ۱۷ .

^{۲۳۶} انصاری قرطبی، محمد بن احمد، الجامع لاحکام القرآن، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۹۶۵م، ج ۷، ص ۳۴۶ .

^{۲۳۷} مائده / ۱

این که کتاب او (مؤلف) را در مقابل مبلغ معینی چاپ و نشر و توزیع کند، این سوال مطرح است که آیا این قبیل از عقود همچون سایر قرار داد های معین (مثل بیع) صحیح و لازم الوفاء هستند؟ مرحوم مغنیه در این رابطه معتقد است که هر گاه جمیع شروط معتبره در عقد، جمع بوده و با مبدائی از مبادی شرع مقدس منافات نداشته باشد، چنین عقدی صحیح و لازم الوفاء است. علاوه اینکه چون معاملات امور تعبدی نیستند، و مصلحت آن در بیشتر موارد روشن است، بنابراین در عبادات است که باید به الفاظ نصّ شرعی اکتفا کرد، خواه مصلحت را بدانیم یا ندانیم، ولی در معاملات باید پیوندهای نزدیک میان نصّ و مصلحت آن را برقرار ساخت.^{۲۳۸}

بنابراین اگر چه العقود افاده عموم می کند اما اولاً این عمومیت در دایره محدودی قرار دارد و آن هم جمع بودن شروط معتبره در عقد و عدم منافات آن با مبدئی از مبادی شرع است، بنابراین صرف ضرورت وجود عقد و قرار دادی مستحدث در جامعه نمی تواند دلیل بر صحت و لازم الوفاء بودن آن باشد. علاوه اینکه کافی دانستن عدم منافات عقد مزبور با مبدئی از مبادی شرع نمی تواند قطع به حجّیت آن عقد را ایجاد نماید و این شیوه در رابطه با عقود مستحدثه همان شیوه ی «عدم احراز ردع» خواهد بود، که در رابطه با عدم کفایت آن اشاره شد که جهل به عدم ردع نمی تواند مجوزی برای تمسک به این شیوه باشد. چرا که قطع آور نیست. در حالی که مشروعیت عقود متوقف بر قطع به تأیید آنها از سوی شارع می باشد. بنابراین همانگونه که در نظریه مختار نیز بیان شد تمسک به این عقود که ضروری جامعه هستند اما از سوی شارع تأییدی در خصوص آنها بما نرسیده است، از باب قاعده قبح عقاب بلا بیان، بدون اشکال خواهد بود و می دانیم که این به معنای حجّیت شرعی داشتن این عقود نمی باشد.

۳- تمسک به دلیل انسداد؛ در این استدلال در مقدمه اول بیان می شود که مطلق ظنون معتبر

هستند و حجّیت دارند و در مقدمه دوم عرف ها و بنائات عقلایی مستحدثه را ظن آور قلمداد نموده است.^{۲۳۹} که نتیجه آن و عدم دلیلیّت آن در فقه امامیه کاملاً روشن است.

^{۲۳۸} «ان المعاملات لا تحتاج فی صحتها و لزومها الی نص، بل یکفی عدم ثبوت النهی عنها....العقد صحیح و لازم اذا جمعت فيه جميع الشروط المعبرة و لم يتناف مع مبدء من مبادئ الشرع المقدس هو لازم يجب الوفاء به لقوله تعالى: اوفوا بالعقود.» مغنیه، محمد جواد، **فقه الامام جعفر الصادق**، بی جا: دارالجواد، ج ۵، ۱۴۰۴ ق، ج ۳، ص ۱۴.

^{۲۳۹} فیض، علیرضا، «پویایی فقه و اجتهاد در پرتو عرف یا بستر زمان و مکان»، شماره ۷ و ۶، ص ۱۸ و ۱۷.

بخش ششم : ادله اعتبار عرف

گفتار اول : تعیین عرف مورد گفتگو

در فصل اول این رساله در مقام تبیین مفهوم عرف ، در بخش سوم در باب مبادی و سرچشمه های عرف و انگیزه های گوناگونی که موجب پدیدار شدن عرف می شود سخن گفته شد . برخی از این مبادی از جمله وحی و آنچه شبیه آن است ، و یا درک عقل ، دارای مصلحت و تأمین کننده اهداف بلند دنیوی و اخروی هستند و در مقابل برخی نیز غیر عقلایی و مخالف منافع و مصالح انسان ها است.^{۲۴۰} به واسطه ی وجود همین مبادی متفاوت برای عرف ، قانونگذار اسلام با عرف ها برخورد- های متفاوتی دارد ؛ و سه سیاست امضاء و اصلاح و انکار را در قبال آنها داشته است .

اما در اینکه اساساً در مقام ارائه ادله اعتبار عرف ، چه عرفی قابلیت دارد تا ادله حجّیت آن بررسی شود ، باید گفت ، اگر عرفی با ادله استنباط احکام که همان ادله کشف شریعت است ناسازگار باشد ، در این حالت نمی توان از ادله دال بر حجّیت آن سخن گفت ، چرا که این اقدام چیزی جز تناقض نخواهد بود . اما جدای از عرف مردود و نامعتبر آیا می توان سایر عرف ها را داخل در موضوع دانست ؟

منظور از سایر عرف ها ، می تواند عرفی باشد که :

- دلیل معتبر عام یا خاص بر وفق آن وجود دارد.

- عرفی که ناشی از پای بندی به شریعت محمدی است .

- عرفی که برخاسته از سندی مسلم همچون درک عقل و بدیهیات عقلی باشد .

- عرف هایی که مستحدث هستند و در زمان معصوم نبوده اند تا امکان تأیید با دلیل خاص را

داشته باشند و برگرفته از سند مسلم درک عقل و بدیهیات عقلی نیز نیستند .

^{۲۴۰} به عنوان مؤید سخن فوق می توان به این نکته اشاره نمود که اساساً در بحث لغوی عرف ، نیز اهل لغت در این واژه بار ارزشی قرار نداده اند و در لغت ، تا زمان ابن اثیر (۵۴۴ - ۶۶۰ ه. ق) دیده نشد که بار ارزشی ، اخلاقی و اصلاحی در عرف و معروف ، و جهت ضد اخلاقی و اصلاحی به واژه «منکر» داده شود . البته در برخی از کتب لغت که ناظر به واژه های قرآنی است ، (مثل مفردات راغب) با این که قبل از ابن اثیر سامان یافته ، بار ارزشی و عرشی در این دو واژه قرار داده شده است .

در رابطه با این سه قسم اول (عرفی که در تأیید آن دلیل خاص یا عام وجود دارد و عرف متشرعه و عرفی که با توجه به قضایای اولیه و از بدیهیات عقلی ناشی شده است) ، باید گفت که چنین عرف هایی دارای حجت هستند و بنابراین ارائه دلیل در باب حجیت آنها تحصیل حاصل خواهد بود .

خلاصه اینکه زمانی که نفس عرف را در نظر آوریم و از سندیت آن بحث کنیم ، سه مورد بیان شده را ، دارای حجیت یافته و نسبت به عرف منهای آنها دلیل اقامه می کنیم ، به عنوان مثال «استصحاب حالت سابق در زمان لاحق » یک عرف محسوب می شود (عرف عام) که در ضمن به واسطه چند روایت نیز تأیید شده و دارای ادله خاص در حجیت است ، بنابراین ما دیگر برای این قسم از عرف که با دلیل خاص قبلاً تأیید شده به دنبال دلیل حجیت نخواهیم بود و

بعد از عرف های نا معتبر و عرف های تأیید شده که عرف های اصلاح شده را نیز شامل می - شود، با نظر داشت به نفس عرف می توانیم عرف هایی را تصور کنیم که فاسد و نامعتبر نیستند و با ادله کاشف از شریعت ناسازگاری ندارند اما به دلیل اینکه معاصر با معصوم نبوده اند مورد تأیید قرار نگرفته اند ، علاوه اینکه با توجه به مبادی متفاوتی که می توانند داشته باشند لزوماً عدم ناسازگاری آنان با سایر ادله احکام نمی تواند دلیلی بر حجیت آنها و مثبت قابلیت آنها به عنوان یک دلیل شرعی باشد . لازم به یاد آوری است که «اعتبار» در عبارت «ادله اعتبار عرف» ناظر بر حجیت آن در اثبات حکم شرعی و سندیت آن در کنار سایر ادله احکام است و در این حالت اصل و قاعده نخستین در عرف - مثل بقیه اسناد غیر از عقل^{۲۴۱} - عدم سندیت و اعتبار است . مگر اینکه به دلیلی معتبر ، مرجعیت آن ، برای کشف شریعت ثابت شود وگرنه عرف هایی که منقح موضوع هستند و یا در تنقیح ظهور دلیل نقش دارند ، نیازی به امضاء و اثبات حجیت ندارند .^{۲۴۲}

بنابراین ما در این فصل در پی یک بحث مفهومی با نظر داشت به عرف در حالتی که نامعتبر نباشد و دلیلی خاص در تأیید آن نیامده باشد و همچنین حجیت ذاتی نیز نداشته باشد (یعنی بر گرفته

^{۲۴۱} استثنای عقل ، به واسطه ی اعتبار ذاتی عقل است ؛ زیرا حجیت تمام حجج به عقل است و حجیت گزاره های عقلی به خود آن است و به تعبیر دیگر به علم حضوری است ؛ ر.ک : علیدوست ، ابوالقاسم ، **فقه و عقل** ، تهران : مؤسسه فرهنگی دانش و اندیشه معاصر ، چ ۱ ، ۱۳۸۱ ش ، ص ۲۰۴ - ۲۰۲ .

^{۲۴۲} هاشمی شاهرودی ، **بحوث فی علم الاصول (تقریرات شهید صدر)** ، ج ۴ ، ص ۲۳۴ .

از بدیهیات عقلی نباشد) ، نظر می افکنیم و بدون اینکه ناظر به موردی خاص و جزئی باشیم از امکان مرجعیت آن در کشف حکم گفتگو می کنیم .

و اینک ادله اعتبار عرف

گفتار دوم : ادله حجّیت مطلق عرف و نقد دلایل

مکاتب حجّیت عرف را در فقه امامیه در بخشی جدا بررسی نمودیم ، در اینجا نیز چون سخن از ادله حجّیت عرف است، اشاره ای گذارا به آن مکاتب خواهیم داشت و در پایان ادله مکتب امضاء را بررسی می کنیم .

✓ اشاره شد که پیروان مکتب حجّیت ذاتی عرف ، عرف را تنها منبعث از فطریات و ضرورت های اجتماعی تلقی نموده اند و معتقدند که عرف بر فطرت اجتماعی آدمیان بنا نهاده شده است . لذا اعتبار آن را نزد شارع مسلم و بلکه اساساً قابل ردع نمی دانند^{۲۴۳} چرا که مخالفت شارع با این عرف ها در حقیقت به معنای مخالفت شارع با فطرت و نظام زندگی اجتماعی و تکوّن آن خواهد بود . که در پاسخ با توجه به مبادی متفاوتی که برای عرف برشمرده شده این استدلال مخدوش خواهد بود ، و بنابراین همواره تمام عرف ها معتبر نیستند، علاوه اینکه شارع نسبت به عرف هایی که برخاسته از ضرورت زندگی اجتماعی است دو رویکرد امضاء نصّی و سکوت را داشته است و در رویکرد سکوت اگر چه این عرف ها در زندگی بشر اعتبار می یابند اما این اعتبار ضرورتاً به معنای قابلیت حجّیت آن ها به عنوان دلیل شرعی نخواهد بود . مگر اینکه به امضاء نصّی شارع برسد .

البته می توان برای برخی از عرف ها با توجه به مبادی آنها حجّیت ذاتی قائل شد که بحث آن به تفصیل بیان شده و آن عرفی است که برخاسته از بدیهیات عقلی باشد .

✓ در دومین مکتب که همان مکتب عقل است ، اینگونه استدلال می شود که تفاوتی بین حکم عقل و عرف وجود ندارد و بنابراین از طریق قاعده ملازمه با این تصور که عرف مرتبه ای از مراتب عقل است ، با پیش فرض حجّیت حکم عقل ، قائل به ملازمه حکم عقل و

^{۲۴۳} طباطبایی ، حاشیه کفایة الاصول ، ج ۲ ، ص ۲۰۶ - ۲۰۵ .

شرع شده است و بدین ترتیب حجّیت عرف را ثابت نموده اند . در حالی که این بیان نیز تمام اقسام عرف را در بر نمی گیرد و تنها عرف هایی که از بدیهیات عقلی نشأت گرفته اند در این چهارچوب قرار دارد ، علاوه اینکه همانگونه که قبلاً به تفصیل بیان شد ، حکم عقل نیز تنها از آن جهت که مدرک بدیهیات است حجّیت ذاتی دارد .

✓ خیل کثیری از فقهای امامیه و فقهای اهل سنت ، از پیروان مکتب امضاء هستند ، منتها فقهای اهل سنت قائل به حجّیت مطلق عرف هستند و معتقدند که عرف در هر حال حجّیت دارد و مورد تأیید شرع قرار دارد (و عرف را با تمام مبادی آن در مقام استنباط حکم شرعی به عنوان دلیل حکم دارای اعتبار و قابل استناد در کشف احکام شرعی می دانند). اما فقهای امامیه با وجود تمام اهمّیتی که برای عرف به عنوان منقّح موضوع و یا منقّح ظهور دلیل قائلند از عرف به عنوان یکی از ادله احکام بحثی به میان نیاورده اند چرا که اولین کاربرد عرف کشف حکم شرعی در مالانص فیه است و لازمه توفیق در این کارکرد این است که ابتدا از جانب شارع تأیید شده باشد ، اما همانگونه که خواهیم دید این اتفاق در رابطه با عرف بما هو عرف نیفتاده است .

در این گفتار اگر چه ما دلیل عدم حجّیت عرف را از دیدگاه امامیه مطرح می نماییم اما به دلیل این که فقهای امامیه دیدگاه مخالف خود ، که حجّیت مطلق عرف است را نیز مورد نقادی قرار داده اند برای تبیین بهتر بحث مناسب است نخست در این گفتار ادله قائلین به حجّیت مطلق عرف را بررسی نموده و در گفتار بعد به ادله فقهای امامیه در ردّ حجّیت مطلق عرف پردازیم .

و اینک ادله حجّیت مطلق عرف ...

۱- کتاب

مهمترین و مشهورترین آیات مورد استناد به قرار زیر است :

الف) آیه شریفه ی ۱۹۹ سوره ی مبارکه اعراف ؛

« خذ العفو و أمر بالعرف و أعرض عن الجاهلین »

نحوه ی استدلال : با توجه به تفسیر واژه ی «عرف» در کتب تفسیری به سنت ها و روش های جامعه که آدمیان برای انتظام اجتماع در بین خود متداول می دارند^{۲۴۴}، و نیز با نظر داشت به کاربرد صیغه وماده ی «امر» می توان این استنباط را از آیه ارائه داد که خدای تعالی به پیامبرش دستور می دهد که در پرتو بخشش و آسان گیری با مردم رفتار نموده و آنان را در مسائل روزمره ی زندگی بر تکالیف سخت و دشوار نگمارد؛ بلکه به پیروی از عرف فرا خواند که مردم به آسانی با آن خو گرفته و شیوه ی عملی خود ساخته اند.^{۲۴۵}

نقد استدلال : آیه مذکور در باب استدلال در حجّیت سیره ی های عقلایی مستحدثه نیز بکار گرفته شده بود، همان مناقشات را در اینجا نیز می توان طرح نمود و بیان داشت که سیاق آیه به جهت امر به عفو از افعال جاهلان و اعراض از آن ها و نیز تفسیر آیه از سوی برخی مفسرین^{۲۴۶} گواه بر این است که عرف مذکور در آیه شریفه دارای بار ارزشی و اخلاقی و اصلاحی بوده و در معنای امرپسندیده و نیکو به کار رفته است. علاوه اینکه امر در آیه نیز با توجه به صدر و ذیل آیه نمی تواند دلالت بر وجوب شرعی داشته باشد تا از این طریق بتوان حجّیت آن را اثبات نمود. بنابراین باید آیه ی شریفه را از گونه های آیه های اخلاقی شمرد که نمی توان به وسیله ی آن به اثبات مدعی دست یافت.^{۲۴۷} به ویژه اینکه از خود اهل سنت نیز در این زمینه روایاتی وجود دارد که در ضمن آن، آیه مزبور را تنها در رابطه با اخلاق مردم دانسته است.^{۲۴۸} علاوه اینکه به هر حال مسلم است که آیات و روایات امر به عرف و معروف، عرفی را شامل می گردد که به واسطه یکی از اسناد معتبر شرعی – به گونه ای عام یا خاص – تأیید شده باشد، از این رو، نمی توان این آیات و روایات را دلیلی برای

^{۲۴۴} طباطبائی، المیزان فی تفسیر القرآن، ج ۸، ص ۳۸۰.

^{۲۴۵} حکیم، الاصول العامة للفقهاء المقارن، ص ۲۰۰-۱۹۸ و ۴۲۴-۴۲۲؛ بحر العلوم، محمد، الاجتهاد اصوله و احکامه، بی جا: دارالزهراء، ج ۱، ۱۳۹۷ ق، ص ۸۹-۸۸.

^{۲۴۶} انصاری قرطبی، الجامع لاحکام القرآن، ج ۷، ص ۳۴۶.

^{۲۴۷} جناتی، منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی، ص ۴۰۲.

^{۲۴۸} بخاری در صحیح خود از عبد الله بن زبیر روایت کرده که: عبد الله بن زبیر گفت خداوند آیه «خذ العفو...» را تنها درباره اخلاق مردم نازل کرده است: بخاری، صحیح بخاری، ج ۱، ص ۷۱، ح ۵۶۱۳.

دلیلت عرف بما هو عرف ، دانست .

ب (آیه ی شریفه ۲۸ سوره ی مبارکه حج ؛

« ما جعل علیکم فی الدین من حرج »

نحوی استدلال : برخی از اصولی ها با توجه به قاعده ی نفی عسر و حرج ، معتقدند که تردیدی نیست که بازداشت مردم از آنچه بدان انس گرفته اند ، و زندگی اجتماعی خود را بر اساس آن سامان داده اند ، از مصادیق بارز حرج محسوب می شود که آیه ی فوق به نفی آن پرداخته است و این یعنی همان حجیت عرف به طور مطلق .^{۲۴۹}

نقد استدلال : باید دید که آیا محدوده ی قاعده عسر و حرج شامل نفی هر چیزی است که ایجاد حرج نماید؟ و یا مراد از این قاعده ایجاد تسهیلی است که مناسب با شریعت سمحه ی سهله باشد؟ علاوه اینکه مبادی و انگیزه های مختلفی موجب پدیدارشدن یک عرف می شود که از جمله ی آنها عادت و یا سلطه حاکمان و ... می باشد . که با توجه به وجود این مبادی برای عرف ، نمی توان ردع از عرف را همواره موجب حرج دانست . مگر اینکه معنای حرج را آن قدر توسعه دهیم که حتی کنار گذاردن یک عادت که ناشی از تقلید بوده است را نیز موجب حرج بدانیم . که در این صورت بر خلاف مفاد قاعده مزبور خواهد بود و بنابراین مشمول این قاعده نخواهد شد .

ج (آیه ی شریفه ۱۱۰ سوره مبارکه آل عمران ؛

« کنتم خیر امة اخرجت للناس تأمرون بالمعروف »

نحوه ی استدلال و نقد آن : نحوی استدلال به این آیه نیز همانند آیه ی ۱۱۹ سوره اعراف می باشد و «امر» و «معروف» را دال بر سنت ها و روش های نیکو در جامعه می داند ، اساساً در این آیه و آیات مشابه آن^{۲۵۰} معروف را به معنای عرف دانسته اند و با توجه به این مبنا سخن گفته اند، که در نقد آن باید گفت که از یک آیه که در مقام یک دستور اخلاقی است نمی توان در جهت یک

^{۲۴۹} زیدان ، عبد الکریم ، مجموعه بحوث فقهیة ، بی جا : مکتبة القدس و مؤسسة الرسالة ، ج ۱ ، ۱۳۹۶ ق . ص ۲۶ .
^{۲۵۰} در فصل اول (تبیین مفهومی عرف) در بحث کاربرد عرف در قرآن اشاره کردیم که عرف و معروف در قرآن به یک معنا به کار رفته اند و معروف در آیات قرآن ۳۲ بار تکرار شده است ، بنابراین این استدلال شامل آن ۳۲ مورد نیز می باشد از جمله : سوره بقره در آیات : ۱۷۸ ، ۱۸۰ ، ۲۲۸ ، ۲۲۹ ، ۲۳۱ ، ۲۳۲ ؛ و سوره نساء آیات : ۶ ، ۱۹ ع ۲۵ و

حکم الزامی در شرع استفاده نمود.^{۲۵۱}

۲- اخبار

الف (موقوفه ی « عبد الله ابن مسعود » :

«حدَّثنا عبدالله ، حدَّثنی ابی ، حدَّثنا ابو بکر ، حدَّثنا عاصم عن زر بن حبیش عن عبد الله بن سعود؛ قال : إن الله نظر فی قلوب العباد ، فوجد قلب محمد خیر قلوب العباد فاصطفاه لنفسه فابتعته برسالته ، ثم نظر فی قلوب العباد بعد قلب محمد فوجد قلوب اصحابه خیر قلوب العباد فجعلهم وزراء نبیه ، یقاتلون علی دینه فما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن ، و ما رآوه سیئاً فهو عند الله سیئ » .^{۲۵۲}

نحوی استدلال : برای استدلال به حجیت مطلق عرف در این حدیث به جمله ی « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن » استناد شده است و ابن عابدین^{۲۵۳} و سیوطی^{۲۵۴} و برخی دیگر از فقهاء اهل سنت^{۲۵۵} قائلند که روایت در مقام بیان پذیرش و تأیید عرف پذیرفته شده در نزد مسلمانان ، از سوی شارع است . ابن نجیم نیز پس از طرح قاعده ی «العادة محكمة» می گوید : بنیان این قانون قول رسول الله است که فرمود : « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن » .^{۲۵۶}

نقد استدلال : به نظر می رسد که استدلال ایشان به این روایت به نسبت استدلالی که به آیات داشتند قوی تر باشد اگر چه در این استدلال هم مناقشات قابل توجهی مطرح است :

از نظر سندی روایت مذکور موقوفه است (یعنی سند حدیث به معصوم نمی رسد) اگر چه علماء

^{۲۵۱} جعفری لنگرودی ، مکتب های حقوقی در حقوق اسلام ، ص ۹۸ .

^{۲۵۲} شببانی ، ابو عبد الله احمد بن محمد بن حنبل ، مسند احمد بن حنبل ، تحقیق گروه محققان ، بیروت : عالم الکتاب ، ج ۱ ، ۱۴۱۹ ق ، ج ۲ ، ص ۱۸ حدیث ۳۶۰۰ .

^{۲۵۳} ابن عابدین ، محمد امین بن عمر ، مجموعه رسائل ابن عابدین ، بی نا ، ج ۱ ، ۱۲۳۷ ق ، ج ۲ ، ص ۱۱۵ .

^{۲۵۴} سیوطی ، جلال الدین عبد الرحمن ، الأشباه والنظائر فی قواعد و فروع فقه الشافعیة ، بیروت : دارالکتب العلمیة ، ج ۱ ، ۱۴۰۳ ق ، ص ۸۹ .

^{۲۵۵} ابن نجیم ، زین العابدین ابراهیم ، الأشباه والنظائر علی مذهب ابی حنیفه النعمان ، تحقیق : عبد العزیز محمد الوکیل ، مؤسسة الحلبي و شركاء ، ۱۳۸۷ ق . ص ۹۳ ؛ ابن عابدین ، محمد امین ، رد المختار علی الدر المختار ، بیروت : دار احیاء التراث العربی ، بی تا ، ج ۴ ، ص ۱۸۱ ؛ فهمی ، ابوسنة احمد ، العرف و العادة فی رأی الفقهاء ، بی جا : الازهر ، ۱۹۴۷ م ، ص ۲۶ ؛ حکیم ، الاصول العامة للفقهاء المقارن ، ص ۴۲۴ .

^{۲۵۶} ابن نجیم ، الأشباه والنظائر علی مذهب ابی حنیفه النعمان ، ص ۱۰۱ .

اصول در استدلال خود به این روایت آن را با عنوان روایت نبوی نام برده اند^{۲۵۷}، لکن در مسند احمد بن حنبل (مأخذ روایت) این روایت به گونه‌ی موقوفه «عبد الله بن مسعود» روایت شده است و آیه الله حکیم احتمال داده است که این روایت از خود عبد الله بن مسعود باشد.^{۲۵۸} فقهای همچون «سیوطی»^{۲۵۹}، «ابن نجیم»^{۲۶۰} نیز به موقوفه بودن این روایت اشاره نموده و در کتاب های خود به نقل از «علایی» چنین می گویند:

«قال العلایی: لم اجد مرفوعاً فی شیء من کتب الحدیث اصلاً و لا بسند ضعیف

بعد طول البحث و کثرة الکشف و السؤال وإنما هو من قول عبد الله بن مسعود

موقوفاً علیه»^{۲۶۱}

علاوه اینکه بنا بر تحقیق تعدادی از فقهای امامیه اساساً چنین روایتی در متون روایی شیعه دیده نشده است^{۲۶۲} و در متون اهل سنت نیز تنها در مسند احمد بن حنبل و آن هم به صورت موقوفه آمده است. بنابراین این روایت یک خبر واحد است و بنابر نظر آنان که حجیت خبر واحد را پذیرا نیستند، نمی تواند حجیت عرف را اثبات نماید.

از نظر دلالتی؛ از نظر دلالتی باید گفت که دلیل اخص از مدعا است، زیرا در روایت ویژگی حسن بودن آمده است در حالی که همه عرف ها لزوماً حسن نیستند.^{۲۶۳} علاوه اینکه این روایت ربطی به عرف ندارد، زیرا اگر مراد از واژه «المسلمون» به کار رفته در روایت، مسلمون به وصف «از عقلاء بودن» باشد، در این صورت همانگونه که برخی بیان نموده اند، باید روایت را تأکیدی برای قاعده ملازمه ی بین حکم عقل و شرع و از صغریات حکم عقل به شما آورد.^{۲۶۴}

^{۲۵۷} ابن عابدین، مجموعه رسائل ابن عابدین، ج ۲، ص ۱۱۵.

^{۲۵۸} حکیم، الاصول العامة للفقهاء المقارن، ص ۴۲۲.

^{۲۵۹} سیوطی، الاشباه والنظائر فی قواعد و فروع فقه الشافعیة، ص ۸۹.

^{۲۶۰} ابن نجیم، الأشباه والنظائر علی مذهب ابی حنیفه النعمان، ص ۹۳.

^{۲۶۱} همان؛ سیوطی، الاشباه والنظائر فی قواعد و فروع فقه الشافعیة، ص ۸۹.

^{۲۶۲} جبار گلباغی ماسوله، درآمدی بر عرف، ص ۲۴۵.

^{۲۶۳} حکیم، الاصول العامة للفقهاء المقارن، ص ۴۲۴، ۳۷۵.

^{۲۶۴} همان.

از میان خود اهل سنت نیز برخی این روایت را از ادله استحسان به شمار آورده اند و نه از ادله حجّیت عرف . همچنان که سرخسی بر این عقیده است و می گوید :

« و قد قال رسول الله (صلى الله عليه) : (ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن) و كثيراً ما كان يستعمل ابن مسعود هذه العبارة و مالك بن انس في كتابه ذكر لفظ الاستحسان في مواضع ».^{۲۶۵}

برخی نیز آن را در شمار ادله ی اجماع آورده اند .^{۲۶۶}

برخی نیز با این استدلال که اندیشه ی مسلمین و عرف نسبت عام و خاص من وجه دارند ، لذا معتقدند که از واضحات عقلی است که نمی توان مدعایی را با دلیلی که رابطه ی آن ها با یکدیگر عموم و خصوص من وجه است ثابت نمود . به دیگر سخن أخذ واژه ی مسلمون در روایت ، مُشعر بر علیّت است ، و در نتیجه محور سخن ، عرف مشرعه می باشد . بنابراین عرف با چنین پیشینه ای ، عرف مستند به اسناد معتبر شرعی است و بدون تردید سندیت خواهد داشت . اما نه چون عرف است بلکه چون عرف مشرعه است ، این اعتبار را کسب نموده است .^{۲۶۷}

ب) روایت عایشه :

« حدّثنی علی بن حُجر السّعدی حدّثنا عل بن مسهر عن هشام بن عروة عن ابيه عن عائشة قالت : دخلت هند بنت عتبة امرأة ابي سفيان على رسول الله فقالت : يا رسول الله إنّ ابا سفيان رجل شحيح ليعطيني من النفقة ما يكفيني و يكفى بنىّ إلا ما أخذت من ماله بغير علمه فهل على في ذلك من جناح؟ فقال رسول الله خذی من ماله بالمعروف ما يكفيك و يكفى بنيك »^{۲۶۸}

^{۲۶۵} سرخسی ، ابوبکر محمد بن احمد بن ابی سهل ، **اصول السرخسی** ، تحقیق ابو الوفاء الافغانی ، بیروت : دارالکتب العلمیّة ، ج ۱ ، ۱۴۱۴ ق ، ج ۲ ، ص ۲۰۷ ؛ نسفی ، ابو البرکات عبد الله بن احمد ، **کشف الاسرار** ، بیروت : دارالکتب العلمیّة ، ج ۱ ، ۱۴۰۶ ق ، ج ۲ ، ص ۳۰۰ .

^{۲۶۶} باجی ، **احکام الفصول فی احکام الاصول** ، ج ۲ ، ص ۶۹۵ ؛ رازی ، **المحصول فی علم اصول الفقه** ، ج ۲ ، ص ۳۸ .

^{۲۶۷} علیدوست ، **فقه و عرف** ، ص ۱۹۰ - ۱۸۹ .

^{۲۶۸} ابن حجاج نیشابوری ، ابوالحسن مسلم ، **صحیح مسلم** ، تحقیق موسی شاهین لاشین و احمد عمر هاشم ، بی جا : مؤسسه عزالدین ، ج ۱ ، ۱۴۰۷ ق ، ج ۳ ، ص ۵۴۹ ، کتاب اقضية ، ح ۷ ؛ شیبانی ، **مسند احمد بن حنبل** ، ج ۶ ، ص ۵۰ .

این روایت با سند های مختلف و بیان های گوناگون در اکثر کتب روایی اهل سنت ذکر شده که در همه آن ها از عایشه روایت شده است.^{۲۶۹}

نحوه استدلال : در این روایت آمده است که پیامبر زن ابی سفیان را امر به أخذ به معروف نموده است و فرموده است : «خدی مایکفیک ولدک بالمعروف» و لازمه این امر نمودن این است که عرف حجّت باشد.^{۲۷۰}

نقد استدلال : این روایت اگر چه همانگونه که اشاره شد دارای سند های متعدد است اما چون همگی از عایشه نقل نموده اند بنابراین خبر واحد محسوب می گردد ، و از نظر دلالت نیز این روایت اخص از مدعاست چرا که تنها حجّت عرف را در موضوعات اثبات می کند و نمی تواند حجّت عرف را به عنوان دلیل و سند در استنباط حکم - که مورد نظر ماست - ثابت نماید .^{۲۷۱}

ج (عهد نامه « مالک اشتر » :

« ولاتنقض سنة صالحة عمل بها صدور هذه الامة ، واجتمعت بها الالفه ، وصلحت عليها الرعية ، ولأتحدثن سنة تضرّ بشيء من ماضی تلك السنن ، فيكون الاجر لمن سنّها ، و الوزر عليك بما نقضت منها »^{۲۷۲}

^{۲۶۹} ابو داود سجستانی ازدی ، سلیمان بن اشعث ، سنن ابی داود ، تحقیق محمد محی الدین عبد الحمید ، بیروت : دار احیاء التراث العربی ، بی تا ، ج ۳ ، ص ۲۹۰ ، باب فی الرجل يأخذ حقه من تحت یده ، ح ۳۵۳۳ ؛ بخاری ، ابو عبد الله محمد بن اسماعیل ، صحیح بخاری ، بیروت : دار التراث العربی ، ج ۲ ، ۱۴۰۱ ق ، ج ۱۰ ، ص ۶۳ ، کتاب بیوع ، ح ۲۰۷۱ و ج ۲۴ ، ص ۲۰۶ - ۲۰۵ ، کتاب الاحکام ، ح ۶۷۲۷ و ج ۲۰ ص ۱۷ - ۱۶ ، کتاب نفقات ، ح ۵۰۲۶ .
^{۲۷۰} جوزی ، محمد بن ابی بکر بن قیم ، اعلام الموقعین عن رب العالمین ، تحقیق عبد الرحمن وکیل ، بی جا : دارالکتب الحدیثه ، ج ۱ ، ۱۳۸۹ ق . ج ۴ ، ص ۴۴۵ - ۴۴۴ ؛ جعفری لنگرودی ، مکتب های حقوقی در حقوق اسلام ، ص ۹۶ .

^{۲۷۱} جبار گلباغی ماسوله ، درآمدی بر عرف ، ص ۲۵۱ .

^{۲۷۲} « و مشکن هیچ سنت (عرف) شایسته ای را که بزرگان و صاحب نظران صالح و مدیر جامعه اسلامی به آن رفتار نموده اند و الفت و انس (بین مردم) به سبب آن پیدا شده و (کار) رعیت بر آن منظم گردیده و هرگز سنت و طریقه ای را مقرر مدار که به چیزی از آن سنت های گذشته ضرری وارد بسازد که در نتیجه پاداش آن از آن کسی باشد که آن سنت های شایسته (عرف های نیکو) را مقرر داشته و وبال و گناه شکستن آن سنت به گردن تو (مالک) بیفتد » : شریف رضی ، جمعه ، نهج البلاغه ، تحقیق صبحی الصالح ، قم : دارالهجرة ، بی تا . ص ۴۳۱ .

نحوه ی استدلال : در این روایت حضرت علی (علیه السلام) مالک اشتر را به حفظ سنن و عرف های رایج بین مردم و عدم نقض آن ها فرمان می دهد و این خود به معنای معتبر شمردن سنن و عرف های رایج است .

نقد استدلال : از نظر دلالت این دلیل نیز اخص از مدعا است و تنها سنت های صالحه را شامل می شود و نه مطلق عرف را ، اما با توجه به اینکه سند این روایت دچار ضعف نیست این سوال مطرح است که بنابراین آیا می توان در حجّیت سنت های حسنه مردم که بخشی از عرف می باشد ، به این روایت استناد جست ؟

به نظر می رسد که از این توصیه نامه نمی توان حجّیت شرعی و دلیلیّت عرف مستحسن و یا سیره^{۲۷۳} نیکو را برای اینکه به خودی خود بتواند کاشفیّت از حکم شرعی داشته باشد ، بدست آورد . همچنان که ما روایات دیگری نیز از معصومین داریم که در آن توصیه به وضع سنت های نیکو و عمل به آنها شده است .

همچنان که در سفینه البحار از امام باقر (علیه السلام) روایت شده است که ایشان فرمودند :

«ایما عبد من عباد الله سن سنة هدی کان له اجر مثل اجر من عمل بذلک من غیر

ان ینقص من اجرهم شی ، و ایما عبد من عباد الله سن سنة ضلالة کان علیه مثل

وزر من فعل ذلک من غیر أن ینقص من اوزارهم شیء »^{۲۷۴}

به نظر می رسد اگر ما صالحه بودن سنت را در نسبت با شرع بسنجیم نه در نسبت با دیدگاه مردم، این روایات تبیین شایسته تری خواهد داشت در واقع در این توصیه نامه و در روایاتی با مضمون آنچه

^{۲۷۳} علامه جعفری در ذیل تفسیر کلام امام علی به مالک اشتر نکات ارزشمندی را بیان داشته اند و با توجه به تعریفی که از سنت اجتماعی در این حدیث بدست می دهند، آن را همسان با تعریف «سیره» در اصطلاح فقهی دانسته اند : جعفری ، محمد تقی ، **حکمت اصول سیاسی اسلام** ، ترجمه و تفسیر فرمان امام علی به مالک اشتر ، چاپ رستم خانی ، چ ۲ ، ۱۳۷۳ ش ، ص ۲۴۰ به بعد .

^{۲۷۴} یعنی : (هر بنده از بندگان خداوندی که یک سنت هدایت را وضع کند ، برای او است مثل پاداش کسی که به آن سنت عمل کند ، بدون این که از اجر عمل کنندگان به آن کاسته شود ، و هر بنده ای از بندگان خداوندی سنت ظالمتی را وضع کند برای اوست و بال کسی که به آن سنت عمل کند ، بدون این که از وبال عمل کنندگان به آن سنت گمراه کننده کاسته شود .) محدّث قمی ، عباس ، **سفینه البحار و مدینه الحکم و الآثار** ، بی جا : انتشارات فراهانی و کتابخانه سنایی ، ۱۳۶۳ ش ، ج ۱ ، ص ۶۶۵ .

در سفینه البحار از امام محمد باقر روایت شده است ، توصیه می شود که افراد و از جمله زمامداران به سنت هایی که از دید گاه شرع صالحه هستند و مردم آن ها را منش و روش خود قرار داده اند پای بند باشند .

خلاصه اینکه این توصیه نامه و روایات مشابه آن ، سنت هایی که با توجه به موازین شریعت ، صالحه محسوب می شوند را تأیید نموده و براندازی آن را موجب عقاب و عمل براساس آنها و وضع نمودن چنین سنت هایی را موجب پاداش می دانند.

۳- اجماع

نحوه ی استدلال : برخی معتقدند که عدم وجود دلیل لفظی برای حجّیت و اعتبار عرف ، خللی بر اعتبار آن وارد نمی آورد ، چه اینکه عموماً فقها در هر زمان عرف را تا حدودی که محل نصوص شرعی نباشد ، معتبر دانسته و بسیاری از احکام خود را بر پایه ی آن استوار نموده اند .^{۲۷۵}

نقد استدلال : در نقد استدلال به اجماع ، باید گفت که : اولاً ، با وجود مخالفت گروهی از دانشمندان اسلامی در منع بودن عرف ، اجماع حاصل نمی شود . ثانیاً ، نمی توان یک اجماع مدرکی و منقول را پایه ی اثبات حجّیت عرف قرار داد . ثالثاً ، از دیدگاه امامیه ، اجماع حجّیت ذاتی ندارد و تنها زمانی معتبر است که کاشف از رأی معصوم باشد .^{۲۷۶}

۴- وجود احکام امضایی در شریعت

نحوه ی استدلال : با توجه به اینکه بسیاری از احکام امضایی ، عرف ها و عادات متداول زمان بعث پیامبر اکرم هستند ، و نوعاً احکام معاملات و تجارات ، عقود و ایقاعات به صورت امضایی تشریع شده و بسیاری دیگر نیز مانند موارد عبادات ، حدود ، دیات (دیه عاقله^{۲۷۷} و ...) و قصاص (قسامه و ...) با توجه به تغییرات صورت گرفته در آن ها ، اصل و کلیات آن مورد امضاء و پذیرش

^{۲۷۵} سیوطی ، **الاشباه والنظائر فی قواعد و فروع فقه الشافعیّة** ، ص ۹۰ ؛ فهمی ، **العرف و العادة فی رأی الفقهاء** ، ص ۲۶ .

^{۲۷۶} جبار گلباغی ماسوله ، **درآمدی بر عرف** ، ص ۲۵۴ - ۲۵۳ .

^{۲۷۷} جناتی ، **منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی** ، ص ۴۰۵ .

قرار گرفته است^{۲۷۸}. لذا این رویکرد، این اندیشه را نیرو بخشیده است که در برخورد معصومین با عرف های رایج زمان، اصل بر امضاء سیره و عرف بوده است، مگر اینکه دلیلی بر ردع وجود داشته باشد و اساساً شرع، دست عرف و عقلاء را در امور اجتماعی، اقتصادی و در هر امری که برقراری نظام زندگی اجتماعی و اقتصادی بشر به آن وابسته و برای عرف و عقلاء نیز در آن امور شأن و جایگاهی است را، باز گذارده و آن ها را به آدیان واگذار نموده است.^{۲۷۹}

نقد استدلال: به موجب این استدلال اصل عدم حجیت ادله احکام مخدوش شده و اصلی خلاف آن برای ادله احکام اثبات شده است، علاوه اینکه به موجب این حکم علی الاغلب، تکلیف عرف های مستحدثه یکسره معلوم شده است. در حالی که باید گفت که امضاء شارع نه از باب حجیت عرف بما هو عرف است، بلکه شارع پاره ای از عرف ها را بدان جهت که همگام با احکام اسلامی بوده است و با نظر داشت به شرایط و قیود خاصی تأیید نموده است^{۲۸۰}. همچنان که عرف های بیشماری را نیز در معاملات و سایر عقود ردع نموده است مانند نکاح شغار (ترویج دو دختر توسط اولیای آنها به دو زوج به این صورت که مهر یکی بضع دیگری باشد) و یا خرید و فروش بدون اینکه مبیع و عوض آن معین باشد و ...^{۲۸۱} به واقع همین روش دوگانه شارع نسبت به مصادیق عرف می توان تأییدی بر اصل عدم حجیت عرف باشد.

۵ - حفظ نظام و پرهیز از اخلال در آن

برخی از اصولی ها معتقدند که حجت ندانستن عرف از جانب شارع تالی فاسد دارد، بدین نحو که با توجه به اینکه بسیاری از امور زندگی بر محور عرف و امور عقلایی می چرخد، لذا حجت ندانستن آن موجب اختلال نظام جامعه و زندگی اجتماعی مردم خواهد بود و حال آنکه شارع خود بر

^{۲۷۸} عمید زنجانی، فقه سیاسی، ج ۲، ص ۲۲۰؛ خلاف، عبد الوهاب، مصادر التشريع الاسلامی فی ما لانص فیه، دارالکتاب العربی، ج ۱، بی تا، ص ۱۲۴.

^{۲۷۹} خلاف، همان؛ حکیم، الاصول العامة للفقہ المقارن، ص ۲۲۴؛ هاشمی شاهرودی، بحوث فی علم الاصول (تقریرات درس های شهید صدر)، ج ۴، ص ۲۳۷.

^{۲۸۰} همان.

^{۲۸۱} جناتی، منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی، ص ۴۰۶.

حفظ نظام و عدم اختلال در آن تأکید نموده است.^{۲۸۲}

نقد استدلال : در نقد این استدلال باید گفت همانگونه که ما در گفتاری که با عنوان «تعیین عرف مورد گفتگو» به طور مبسوط بیان داشتیم منظور از «اعتبار» در عبارت «اعتبار عرف نزد شارع»، حجّیت عرف به عنوان یک دلیل در کشف حکم شرعی است. و در این مقام اگر شارع عرف را معتبر نداند اخلاقی به نظام اجتماعی مردم وارد نمی آید، اساساً معتبر ندانستن عرف به معنای رخت بربستن آن عرف از جامعه نخواهد بود، اگر مردم روشی را ضروری جامعه خود ببیند و بر مبنای آن عمل نمایند به گونه ای که عمل نمودن بر خلاف آن موجب اخلال به نظام اجتماعی باشد، و در عین حال حکم آن از جانب شارع تعیین نشده باشد، اگر چه حجّیت شرعی ندارد اما به موجب قبح عقاب بلا بیان، عقاب مردم به خاطر عمل نمودن به آن قبح عقلی خواهد داشت. بنابراین همین اندازه که مخالفتی با سایر نصوص شرعی نداشته باشد (از اقسام عرف فاسد نباشد) برای اعتبار آن به این معنا که مردم بر مبنای آن عمل نمایند کافی خواهد بود، اما این نحو اعتبار، ملازمه ای با حجّیت و اعتبار این عرف به این عنوان که در کنار ادله اربعه مبنای استنباط احکام باشد، نخواهد داشت. بنابراین تالی فاسدی در کار نیست.

۶- سکوت شارع و عدم ردع او

نحوه ی استدلال : اگر شارع موافق و همگام با مضمون عرف نبود می بایست از آن منع نماید همچنان که بسیاری از عرف های گذشته را منع نموده لذا چون نسبت به عرف های کنونی منع و ردعی از سوی شارع در دست نیست لذا از آن امضاء و تایید شارع را کشف می نماییم.^{۲۸۳}

نقد استدلال : این استدلال هم برای عرف و هم برای بنای عقلاء بیان شده است که ما در بحث حجّیت بنای عقلا به آن پاسخ دادیم و در اینجا نیز اشاره می کنیم که منع و ردع شارع به طور معمول صورت می پذیرد، لذا زمانی که امکان منع وجود داشته باشد و شارع منع ننماید این منع در

^{۲۸۲} حکیم، الاصول العامة للفقهاء المقارن، ص ۴۲۵.

^{۲۸۳} صدر، دروس فی علم الأصول، ج ۱، ص ۲۸۱، ۲۷۷، ۲۶۵ - ۲۶۴، ج ۲، ص ۱۳۰؛ هاشمی شاهرودی، بحوث فی علم الاصول (تقریرات درس های شهید صدر)، ج ۴، ص ۲۴۳.

حکم تقریر خواهد بود ، اما زمانی که امکان منع از عرفی که هزار سال بعد پدیدار می شود ، وجود ندارد این سکوت نمی تواند حجّیت شرعی داشته باشد ، اگر از عرف نامعتبر محسوب نشود و ضروری جامعه تلقی شود ، حکم آن برای عمل مردم بدان جواز خواهد بود و مستوجب عقاب نیست.

نحوه ی استدلال دوم : برخی با توجه به این مبنا که شارع خود از اهل عرف و بلکه رئیس ایشان است لذا مسلک و روش او با مسلک اهل عرف یکی خواهد بود و لذا اگر شارع سکوت نماید، و طریقه ی دیگری را تأیید نماید این نشانه آن است که آن را تأیید نموده است .^{۲۸۴} در واقع در این استدلال بر روی وحدت روش عرف و شرع که کاشف از حجّیت عرف است تأکید شده است .

نقد استدلال : اولاً) همان اشکال استدلال اول که عدم شمولیت آن نسبت به عرف های مستحدث بود ، در اینجا نیز قابل طرح است . ثانیاً) اینکه شارع خود نیز از اهل عرف است لزوماً به معنای هم مسلکی او با اهل عرف نخواهد بود و چه بسا عرف هایی که از جهات غیر عقلانی نشأت یافته و شارع آنان را ردع نموده است ، گذشته اینکه نمی توان اتم و اکمل بودن شارع را نادیده گرفت و بدین جهت این احتمال وجود دارد که وجود عرفی از دید عموم ، عقلانی و منطقی به نظر آید اما شارع آن را ردع نماید .

۷- روایات دال بر سکوت شارع به نفع بندگان

روایاتی که دلالت بر سکوت شارع در مواردی چند دارند و افراد را تا زمانی که از طرف شرع نهی نرسیده است ، آزاد گذاشته اند ، از جمله مستندات ادعای حجّیت عرف به طور مطلق می باشد .

نحوه ی استدلال : در روایتی آمده است : « إِنَّ اللَّهَ ... وَ سَكَتَ لَكُمْ عَنْ أَشْيَاءٍ وَ لَمْ يَدْعَهَا نَسِيَاناً فَلَا تَتَكَلَّفُوهَا : خداوند به نفع شما در مواردی سکوت کرده و حکم الزامی بر شما معین نکرده است ؛ اما نه به خاطر آنکه فراموش کرده (بلکه برای آسان نمودن زندگی است) بنابراین خودتان را در مورد آنها بزحمت نیفکنید »^{۲۸۵} .

^{۲۸۴} غروی اصفهانی ، **نهاية الدراية في شرح الكفاية** ، ج ۳ ، ص ۲۵۰ و ج ۵ ، ص ۳۰ ؛ هاشمی شاهرودی ، **بحوث في علم الاصول (تقریرات شهید صدر)** ، ج ۴ ، ص ۲۴۵ - ۲۴۴ .

^{۲۸۵} شریف رضی ، **نهج البلاغه** ، ص ۴۸۷ ، کلمه قصار ۱۰۵ .

برخی فقهای اهل سنت در استدلال به این روایت می گویند: به نظری می رسد که مضمون این حدیث آن است که در موارد سکوت، به دنبال آن نباشید که حکمی را به خدا و شرع نسبت دهید و برای یافتن آن خود را به زحمت اندازید [چرا که ممکن است حکم آن را شارع به اختیار مردم گذاشته باشد].^{۲۸۶}

شاید بتوان علت این سکوت و پدید آمدن پدیده ای که به اصطلاح «ما لا نص فیه» شناخته می-شود، را در تأمین آزادی انسان در بخشی از زندگی اش دانست تا او بتواند در آن بخش از زندگی اش بدون کردن نهادن به قانون مشخصی، به اختیار خویش زندگی کند و الزامی در آن نداشته باشد. بنابراین اگر انسان براساس یک توافق، مراعات یک یا چند قاعده ی حقوقی را بر خود لازم شمرد و آن را مبنای عمل جمعی قرار دهد، با مسکوت ماندن آن قاعده ی حقوقی در زبان شرع منافاتی ندارد؛ زیرا سکوت شرع به دلیل آزادی بیشتر و تفویض کار انسان به خود او و مراعات لطف و مهر بیشتر در حق اوست و این فلسفه با منع انسان از التزام به یک یا چند قاعده ی حقوقی که به مصلحت خویش شناخته است، سازگار نیست.^{۲۸۷}

در واقع شرع مقدس با اعلام «کلّ شیء مطلق حتی یرد فیه نهی»^{۲۸۸} جز در مواردی که به طور صریح در کتاب و سنت نهی وارد شده، در دیگر عرصه ها انسان را آزاد و مطلق و رها گذاره و به او آزادی مطلق بخشیده است.

نقد استدلال: به نظر می رسد که این استدلال نسبت به آنچه تا کنون بیان شد از نقاط قوت بیشتری برخوردار است، از جمله، در این استدلال اگرچه به نوعی عدم ردع را ملاک حجّیت دانسته است و از سوی دیگر اشکالی که به استدلال عدم ردع وارد است را پاسخ گفته است، بدین گونه که برای عرف های مستحدثه نیز امکان تقریر شارع را بیان نموده است و معتقد است که اساساً سبک و رویه شارع این است که نسبت به برخی امور سکوت پیشه نماید و آن را به اختیار انسان بگذارد، علاوه اینکه تا نهی صریح از جانب شارع وارد نشده اصل بر آزادی و رهایی انسان است.

^{۲۸۶} شاطبی، ابواسحاق ابراهیم بن موسی، **الموافقات فی اصول الشریعة**، ج ۱، ص ۱۰۳.

^{۲۸۷} جبار گلباغی ماسوله، **درآمدی بر عرف**، ص ۱۲۱.

^{۲۸۸} حر عاملی، محمد بن حسن، **وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة**، تحقیق محمد الرازی، بیروت: دار احیاء التراث العربی، بی تا، ج ۱۸، ص ۱۲۷، باب ۱۲، ح ۶۰.

حال سوال در این است که آیا سکوت و اِصْلَاحِ حِلّ و اِطْلَاق در این دست از روایات، مرجعیت عرف را در کشف حکم شرعی ثابت می کند؟! و یا اینکه صرفاً تکلیف مردم را در زندگی روزمره در عمل به رویه ها و بناهای جاریه تعیین می نماید که همان اباحه خواهد بود؟

در واقع همانگونه که برخی^{۲۸۹} نیز بیان داشته اند، در این قبیل احادیث که سکوت شارع مطرح شده است، سخن از عدم جعل و قانونگذاری است، نه اینکه شارع صرفاً به طور مستقیم قانونگذاری نکرده اما در عوض نهاد عرف را به رسمیت شناخته است. بلکه به نظر می رسد که این احادیث به فراغی جاودانه و یا تا مقطعی خاص، اشاره دارند.

محقق خویی در ذیل برخی از احادیث مورد بحث می فرماید:

«ظاهر این نوع از اخبار (اخبار سکوت) این است که مصلحت الهی، گاه مقتضی اخفای بخشی از احکام تا زمان ظهور امام عصر (عجل الله تعالی فرجه) است، شاید همین معنا از برخی روایات که دلالت دارد که امام عصر (علیه السلام) دین جدید می آورد، اراده شده است».^{۲۹۰}

و خلاصه اینکه این روایات هیچ دلالتی در اثبات سندیت عرف ندارند.

۸- لزوم همراهی با اکثریت و عدم اجتماع آنها بر ضلالت

نحوه ی استدلال: روایات دال بر لزوم همراهی با اکثریت^{۲۹۱}، تأیید الهی جماعت مسلمین و عدم اجتماع آن ها بر ضلالت^{۲۹۲} و.. که بر ترجیح اندیشه و عمل اکثریت و مطابقت آن با اراده و جعل الهی، خبر می دهد، دلالتی جز سندیت و اعتبار عرف و کشف آن از شریعت ندارد.

نقد استدلال: لازم به ذکر است که تعبیر «جماعت» که در بسیاری از این احادیث آمده، به

^{۲۸۹} علیدوست، فقه و عرف، ص ۱۹۵.

^{۲۹۰} حسینی بهسودی، محمد سرور، مصباح الاصول (تقریرات درس سید ابوالقاسم خویی)، نجف: مطبعة النجف، ۱۳۸۶ ق. ص ۸۵.

^{۲۹۱} به عنوان مثال: «و الزموا السواد الاعظم؛ فَإِنَّ يَدَ اللَّهِ مَعَ الْجَمَاعَةِ، و اياكم و الفرقة...»: شریف رضی، نهج البلاغه، ترجمه فیض الاسلام علینقی، خطبه ۱۲۷، ص ۳۹۲.

^{۲۹۲} به عنوان مثال: «إِنَّ اللَّهَ لَا يَجْمَعُ أُمَّةً - او قال: أُمَّةً مُحَمَّدٌ (ص) - عَلَى ضَلَالَةٍ و يَدُ اللَّهِ مَعَ الْجَمَاعَةِ و مَنْ شَذَّ شَذَّ إِلَى النَّارِ» ترمزی، محمد بن عیسی بن سَور، سنن الترمذی، بیروت: دار الفکر، ۱۴۰۳ق، ج ۴، ص ۶۸، ح ۲۱۷۳.

«اهل حق» هر چند محدود ، معنا شده است^{۲۹۳}. بنابراین تفسیر این واژه به «تودی مردم» و تطهیر اندیشه و عمل و عادت آن ها از این طریق ، وجاهت علمی ندارد . علاوه اینکه تأیید اجماع امت اسلام ، دلالتی بر لزوم پذیرش عرف بما هو عرف ندارد .

۹- تحقق تکالیف مالایطاق به موجب عدم حجیت عرف

نحوه ی استدلال : با توجه به اینکه شروط عامه تکلیف از جمله علم و قدرت ، اموری عرفی هستند ، در این صورت در خواست انجام تکالیفی که خود وابسته به عرفی که معتبر نیست ، همان تکلیف مالایطاق خواهد بود.^{۲۹۴}

همچنین در یک استدلال دیگر آمده است که با توجه به اینکه بسیاری از تکالیف وابسته به عرف هستند ، حال اگر عرف را از دید شارع معتبر ندانیم ، امثال احکام مترتب بر این عرف ها امکان پذیر نخواهد بود .^{۲۹۵}

نقد استدلال : این استدلال اگر چه به خودی خود صحیح است اما اثبات مدعا (حجیت مطلق عرف به عنوان دلیل حکم) را ، نمی کند و تنها حجیت عرف در موضوعات را ثابت می نماید.^{۲۹۶}

۱۰- استناد به برخی از قواعد فقهی

نحوه ی استدلال : برخی از اصولی ها در اثبات حجیت مطلق عرف به پاره ای از قواعد تمسک جسته اند از جمله :

« استعمال الناس حجة يجب العمل بها »

^{۲۹۳} « قيل يا رسول الله ! و ما جماعة المسلمين ؟ قال : جماعة اهل الحق و إن قلّوا » مجلسی ، محمد باقر ، بحار الانوار الجامعة لدرر اخبار الائمة الاطهار (ع) ، ج ۲۷ ص ۶۷ . ۴ « قال امير المؤمنين (ع) السنة ما سنّ رسول الله (ص) و البدعة ما احدث من بعده ، و الجماعة ، اهل الحق و إن كانوا قليلاً و الفرقة اهل الباطل و إن كانوا كثيراً » : همان ، ج ۲ ، ص ۲۶۶ .

^{۲۹۴} شاطبی ، الموافقات فی اصول الشريعة ج ۲ ، ص ۲۱۹ .

^{۲۹۵} همان ، ج ۲ ، ص ۲۱۸ .

^{۲۹۶} جبار گلباغی ماسوله ، درآمدی بر عرف ، ص ۲۶۴ .

- «المعروف عرفاً كالمشروط شرعاً»^{۲۹۷}

- «المعروف بين التجار كالمشروط بينهم»^{۲۹۸}

- «التعيين بالعرف كالتعيين بالنص»^{۲۹۹}

نقد استدلال: مناقشه ای که به این استدلال وارد است این است که این قواعد خود برون داده و نتیجه ی حجّیت عرف هستند پس نمی توان به واسطه ی آنها حجّیت عرف را ثابت نمود^{۳۰۰}، علاوه اینکه شارع همواره متعارف بین مردم را تأیید نموده و همانگونه که قبلاً نیز اشاره شد نسبت به این عرف ها، سه سیاست امضاء، ردع و سکوت را در پیش گرفته است که البته از سکوت شارع حکم به اباحه می شود.

گفتار سوم: ادله عدم حجّیت مطلق عرف به عنوان دلیل حکم

۱- اصل عدم حجّیت عرف

در رابطه با ویژگی های ادله احکام (در بخش اول این فصل) و لزوم قطعیت آنها سخن گفته شد، و بیان نمودیم که غیر از عقل که حجّیت ذاتی دارد، اصل در سایر ادله عدم حجّیت آنها است، بنابراین تا زمانی که اعتبار آن از جانب شارع ثابت نگردیده باشد، اسناد آن به شرع، مصداق روشن «افتراء علی الله» است ولذا شک در حجّیت را مساوی قطع به عدم حجّیت دانستیم. حال در رابطه با عرف نیز، زمانی که بخواهیم آن را به عنوان یکی از ادله احکام محسوب نماییم همین اصل جاری خواهد بود. علاوه اینکه وجود مبادی متفاوتی که برای عرف بیان شده که گاه صرفاً تقلید و عواطف و... است، ایجاد شک در حجّیت آن را افزون می نماید.

۲- ادله ی مذمت از اکثریت

با توجه به اینکه مذمت از اندیشه، عمل، گفتار، سنن و آداب اکثریت در نصوص دینی و غیر

^{۲۹۷} به نقل از: محمضانی، صبحی، **فلسفه التشریع فی الاسلام**، مترجم: اسماعیل گلستانی، تهران: امیر کبیر، چ ۲، ۱۳۵۸ ش.ص ۲۳۰.

^{۲۹۸} ابن عابدین، محمد امین، **نشر العرف فی بناء بعض الاحکام علی العرف** (ضمن مجموعه ی رسائل ابن عابدین)، بی نا، چ ۱، ۱۲۳۷ ق. ص ۱۵ به نقل از: محمضانی، **فلسفه التشریع فی الاسلام**، ص ۲۳۰.

^{۲۹۹} خلاف، **مصادر التشریع الاسلامی فی ما لانس فیہ**، ص ۱۲۴.

^{۳۰۰} همان.

دینی زیاد دیده می شود^{۳۰۱}، و عرف در فرض بحث، چیزی جز تجسم و تجسد اندیشه، فهم و داوری «توده ی مردم» نیست، بنابراین چگونه می توان بر عرف تکیه زد و برای کشف شریعت، از آن بهره برد؟!

گفتار چهارم: شرایط بکارگیری عرف معتبر

در بخش دوم از این فصل با عنوان اقسام کاربرد عرف در استنباط احکام، در باب سخن از کاربرد غیر استقلالی عرف دو نقش را برای عرف تبیین نمودیم:

۱. زمانی که عرف سند و دلیل قانون الهی باشد (طریقیت عرف)

۲. زمانی که عرف مفسر و منقح ظهور دلیل و یا موضوع حکم می باشد (موضوعیت عرف)

حاصل پی جویی ها و جستجو ها در آن چه گذشت عدم اعتبار عرف را در مقام دلیل حکم ثابت می کند، اما همانگونه که در جای جای کلام به فراخور حال اشاره شد فقها به گونه دیگری نیز در استنباط احکام از عرف مدد می گیرند و آن هم زمانی است که در تنقیح موضوع و یا ظهور دلیل از عرف استفاده می کنند؛ در رابطه با این که عرف چگونه و در چه مواردی از سوی فقهای امامیه به کار گرفته می شود، به طور مبسوط و گسترده در فصل سوم رساله که با عنوان «بازتاب عرف در آثار فقیهان» ترتیب داده شده است به ارائه بحث خواهیم پرداخت، اما در این گفتار بنا داریم تا به دنبال بحثی که در ادله اعتبار عرف نمودیم بحثی نیز در شروط اعتبار عرف از این جهت که در چه شرایطی می توان عرف را بکار برد، داشته باشیم و در این زمینه که در چه شرایطی یک عرف، این اعتبار را می یابد که فقیه بتواند در موارد مجاز از آن استفاده نماید، مطالب را ارائه نماییم.

در کتب مختلف اصولی، شرایطی بدین شرح را می توان دید:

۱- صحت

در برخی کتب فقهی و اصولی اینطور آمده است که: اساساً در موارد مجاز برای استفاده از

^{۳۰۱} به عنوان نمونه: «اکثر الناس لا یعلمون: اعراف / ۱۸۷ و یوسف / ۲۱، ۴۰، ۶۸ و نحل / ۳۸ و»؛ «اکثر الناس لا یسکرون: بقره / ۲۴۳ و یوسف / ۳۸ و غافر / ۶۱»؛ «و إن تُطْعَ أَكْثَرُ مَنْ فی الْأَرْضِ یُضِلُّوكَ: انعام / ۱۱۶»

عرف ، عرفی قابل استناد است که با نصوص شرعی ناسازگاری نداشته باشد . و حتی لازم است هماهنگ با نصوص و قواعد شرعی و قوانین موضوعه نیز باشد . بنابراین اگر اجرای عرفی باعث تعطیل شدن نصّ یا قاعده ی قطعی شرعی یا قانونی باشد نمی توان بدان دست یازید^{۳۰۲}.

در رابطه با این شرط باید گفت ما در بحثی با عنوان «تعیین عرف مورد گفتگو» (گفتار اول در بخش پنجم همین فصل) اشاره کردیم اساساً عرف فاسد از بحث خروج موضوعی دارد تا در رابطه با حجّیت آن سخن بگوییم ، حال چه برسد که بخواهیم از آن در مقام استنباط حکم شرعی استفاده نماییم ، اساساً تصور استفاده از عرفی که با نصوص شرعی مخالفت دارد برای کشف حکم شرعی تناقض خواهد بود . بنابراین شایسته و مناسب است تا شرط «صحّت» را جزء « ادله حجّیت » بدانیم تا «شروط حجّیت » . بنابراین به نظر می رسد که به جای شرط صحت ، شرط تعلیل ، ابتناء و توجه شرع به عرف را به عنوان شرطی طرح نماییم که موجب اعتبار عرف برای استفاده از آن می باشد .

۲- تعلیل ، ابتناء و توجه حکم شرع به عرف

اساساً کاربرد و اعتبار عرف در مواردی است که نصّ و دلیل شرعی ، معلل به عرف و یا مبتنی بر آن و یا با توجه به آن صادر گردیده است .

۳- استحسان

عرف مستحسن عرفی است که مورد پسند عقل و با ذوق سلیم مطابق باشد^{۳۰۳}.

۴- اطراد یا غلبه

یکی از شرایطی که برای اعتبار عرف (در مقام بکارگیری آن) ذکر شده است ، آن است که عرف مزبور در میان کسانی که در قلمرو آن قرار دارند ، اطراد و یا حداقل غلبه داشته باشد^{۳۰۴} . اما به نظر می رسد که اطراد و غلبه از جمله شروط تحقق عرف است چرا که ما عرف را از حیث فراوانی و

^{۳۰۲} زرقاء ، مصطفی احمد ، المدخل الفقهي العام الى الحقوق المدنية في بلاد سوريا ، بی جا : بی نا ، ج ۳ ، ۱۹۵۲ م ، ص ۵۸۴ ؛ محمضانی ، فلسفه التشريع في الاسلام ، ص ۲۳۲ - ۲۳۱ ؛ محمدی ، مبانی استنباط حقوق اسلامی ، ص ۲۶۰ .

^{۳۰۳} علوی ، عرف و عادت در حقوق اسلام و ایران ، ص ۱۰۴ ؛ جعفری لنگرودی ، مقدمه ی عمومی علم حقوق ، ص ۱۳۹ .

^{۳۰۴} علوی ، همان ؛ جبار گلباغی ماسوله ، درآمدی بر عرف ، ۲۶۶ .

توسعه عمل در میان اهل عرف به دو قسم (عرف مطرّد و عرف غالب) تقسیم نمودیم و بدین ترتیب اطراد و غلبه را به عنوان دو صفت احترازی برای عرف بیان نمودیم (عرفی که نه مطرّد باشد و نه غالب اساساً عرف نیست). بنابراین شایسته است که اطراد و غلبه را از شروط تحقق عرف بدانیم و نه شروط اعتبار عرف، علاوه اینکه در باب سخن از شروط اعتبار عرف، ما از عرفی سخن می‌گوییم که اولاً محقق است و ثانیاً حجّیت آن ثابت شده است و تنها در موارد استعمال و به کارگیری آن باید شرایطی را مد نظر داشت.

۵- تقارن

در بحث بررسی اقسام عرف، در تعریفی که از عرف مقارن داده شد، آن را عرفی معرفی نمودیم که در زمان حدوث چیزی وجود داشته باشد، مانند عرف موجود در زمان انعقاد عقد که در عقد مؤثر است، بنابراین در میان اقسام عرف از نظر زمان، عرف سابق و متأخر نمی‌تواند در مسئله کاربرد داشته باشد بلکه عرف باید همزمان با حدوث و وقوع آن مسأله یا پدیده، محقق باشد.^{۳۰۵} البته در برخی از کتب، عرف سابق (که در دوران گذشته وجود داشته و زمان آن سپری شده باشد) را نیز قابل استناد دانسته و معتقدند که تنها عرف متأخر با توجه به اینکه عطف به ماسبق امکان ندارد، نمی‌تواند مورد استفاده قرار گیرد.^{۳۰۶} اما به نظر می‌رسد که در بیان مطلب فوق در باب جواز استناد به عرف سابق یک نکته را باید یاد آور شد و آن اینکه عرف مقارن در تعارض با عرف سابق نباشد. لازم به ذکر است که اگر عرف زمان شارع را نسبت به مسائل مستحدثه عرف سابق تلقی نماییم. در رابطه با عرف شارع اصل اولی تقدم آن بر تمامی عرف‌ها خواهد بود. البته در این رابطه هم در گفتار بعدی و هم در فصل سوم کلام که به بررسی بازتاب عرف در آثار فقیهان می‌پردازیم، به فراخور حال مطالبی را به طور مبسوط تر بیان خواهیم داشت.

۶- عدم تصریح به مخالفت با آن

عرف در اطراف قراردادی که طرفین قرار داد ساکت مانده اند، از زمره ی دلالت به شمار می-

^{۳۰۵} محمضانی، فلسفه التشریع فی الاسلام، ص ۲۳۱ - ۲۳۰؛ محمدی، مبانی استنباط حقوق اسلامی، ص

۲۶۰؛ بحر العلوم، الاجتهاد اصوله و احکامه، ص ۸۶.

^{۳۰۶} علوی، عرف و عادت در حقوق اسلام و ایران، ص ۱۰۷.

آید و قابل استناد است. بنابراین چنانچه در اطراف قراردادی بر خلاف عرف، شرطی قرار داده شده باشد و یا از طرف مقام صلاحیت داری بر خلاف اقتضای عرف، تصریحی صورت گرفته باشد، در این صورت پیروی از عرف روا نیست؛ زیرا عرف به منزله شرط ضمنی است که با وجود شرط صریح دیگر جایی برای آن باقی نمی ماند.^{۳۰۷}

گفتار پنجم: موقعیت عرف در تعارض با ادله دیگر

موضوع تعارض عرف در بحث های اصولی مربوط به عرف بعد از پذیرش اصل اعتبار عرف در روند استنباط احکام، قابل طرح و بررسی است. ما نیز در این رساله با توجه به این ترتیب منطقی، مباحث خود را در فصل تحلیلی بر حجیت عرف با موضوع موقعیت عرف در تعارض با نص و سایر عرف ها پی می گیریم.

بند اول: تعارض عرف با نص و لغت

اشاره شد که اساساً کاربرد و اعتبار عرف در مواردی است که نص و دلیل شرعی، معلل به عرف و یا مبتنی بر آن و یا با توجه به آن صادر گردیده است و همچنین در مواردی است که ردعی صورت پذیرفته و کاربرد آن معارض با نص و دلیل شرعی نباشد. حال چه این کاربرد در محدوده ی موضوعات باشد و چه در محدوده ی دایره ی احکام و یا در دیگر موارد.

اکنون با توجه به این محدوده، این سوال قابل طرح است که آیا خبر ضعیف می تواند معارض محسوب شود؟ برخی آن را برای ردع کافی دانسته و برخی دیگر معتقدند که ردع از عرف جز با خبر صحیح امکان پذیر نیست و در این حالت رجحان با عرف بوده و نمی توان به نص و دلیل شرعی (خبر ضعیف) عمل نمود. البته همانگونه که اشاره شد، همگی بر بی اعتباری عرف معارضی که پس از ورود نص صریح و پس از تعیین و تحدید کامل مفهوم و موضوع نص حادث گردیده (عرف متأخر)، متفق اند. البته عموم فقهای امامیه معتقدند که ردع جز به صورت جدی و متناسب با

^{۳۰۷} بحر العلوم، الاجتهاد اصوله و احکامه، ص ۸۶؛ محمدی، مبانی استنباط حقوق اسلامی، ص ۲۶۰.

قوت عرف و به وسیله ی منع و نهی هایی مکرر ، به ویژه در مواردی که میدان کاربرد عرف به شمار می آید ، امکان پذیر نیست . همچنین ادله امارات را هنگامی مقدم بر عرف و احکام عقلایی می دانند که اماره ی مورد نظر خود از امارات عقلایی شمرده نشود.^{۳۰۸}

بند دوم : تعارض عرف با عرف

اگر دو عرف با یکدیگر از لحاظ زمانی و مکانی معارض باشند ، مشکلی وجود نخواهد داشت ؛ زیرا هر عرفی در زمان و گستره ی جغرافیایی خویش دارای اعتبار است . اما اگر در زمان و مکان واحد و در رابطه با موضوع واحد ، دو عرف معارض هم باشند ، و هیچ قرینه و دلیل خارجی که حکم بر تقدم یکی بر دیگری کند ، نیز وجود نداشته باشد ، در این صورت بررسی مرجحات در باب تعارض عرف ها موضوع بحث ما را شکل خواهد داد :

توجه به عرف شارع ؛ در تعارض عرف شارع با سایر عرف ها (اعم از خاص و عام) ، عرف شارع ترجیح خواهد داشت ؛ شهید ثانی در تبیین این مطلب در بحث دخول اشیاء در مبیع یا خروج آن ها ، لغت (= عرف خاص) ، عرف (= عرف عام) و شارع (= عرف شاع) را به عنوان سه مرجع قابل رجوع تعیین می نماید ، لکن به طریق اولی رعایت عرف شرع را لازم شمرده و می فرماید در مقام تعارض عرف شارع با سایر عرف ها ، عرف شارع مقدم می باشد .^{۳۰۹}

محقق حلی در کتاب شرایع الاسلام به تقدم همیشگی عرف شرع بر عرف های خاص اشاره نموده و معتقد است که تنها در صورتی که عرف زمان رسول (عرف شارع) معلوم نباشد ، عرف هر بلدی برای همان بلد معتبر خواهد بود .^{۳۱۰}

توجه به مرجح زمان حدوث ؛ هر کدام از عرف ها متأخر از دیگری باشد ، آن عرف ترجیح خواهد داشت . چرا که شیوع عرف جدید و تبعیت مردم از آن بیانگر این نکته است که عرف

^{۳۰۸} خمینی ، **انوار الهدایة فی التعلیقة علی الکفایة** ، ج ۱ ، ص ۳۷۹ .

^{۳۰۹} « و الضابط ان یراعی فیہ اللغة و العرف العام او الخاص و کذا یراعی الشرع بطریق اولی بل هو مقدم علیهما و لعلہ ادرجه فی العرف لانه عرف خاص . ثم ان اتفقت و الا قدم الشرعی ثم العرفی ثم اللغوی » : جبعی عاملی ، (شهید ثانی) ، **الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة** ، ج ۳ ، ص ۲۲۷ .

^{۳۱۰} محقق حلی ، (هذکلی) ، **شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام** ، ج ۱ ، کتاب متاجر ، ص ۱۶۳ .

پیشین شرایط وجودی خود را از دست داده و زمان آن به سر آمده است^{۳۱۱}. اما اگر تاریخ هیچ کدام مشخص نبود و یا هر دو در یک زمان حادث شده باشند؛ چنانچه اختلاف عرف ها موجب جهل به معامله شود، هیچ کدام از عرف ها معتبر نبوده و معامله باطل خواهد بود.^{۳۱۲}

البته برخی از حقوقدانان در این حالت نظر دیگری دارند و بعد از مرجح زمان حدوث، مرجح دیگری را طرح می کنند که تحت عنوان مرجح بعدی آن را بررسی می کنیم:

توجه به مرجح نزدیکی مفاد عرف به اراده مشترک طرف های قرار داد؛ برخی از

حقوقدانان و فقها بعد از مرجح زمان حدوث، مرجح دیگری را طرح می کنند و می گویند:

« در تقدم یکی از دو عرف متعارض بر دیگری (در حالی که از نظر زمانی ترجیحی ندارند)، ملاک اندازه ی نزدیکی مفاد عرف به اراده مشترک طرف های قرار داد است که این نزدیک بودن ممکن است از درجه استواری و شدت انس افراد نسبت به مفاد عرف و یا عوامل دیگر، استنباط گردد.»^{۳۱۳}

تبیین این تعارض را در کتب فقها می توان تحت عنوان تعارض عرف عام با عرف خاص پی-گیری نمود، بدین نحو که چنانچه تعارض، بین عرف عام و خاص باشد در این حالت اگر طرفین قرارداد اهل عرف خاص باشند با توجه به اینکه ذهن آنها، نسبت به محتوای آن عرف مأنوس تر و آشنا تر است، بدین جهت انعکاس محتوای عرف خاص در ذهن طرف های قرار داد، به هنگام انشاء عقد، آشکارتر و روشن تر از عرف عام ایشان است.^{۳۱۴}

به بیان دیگر اگر هدف هیچ یک از دو عرف اثبات حکم عام نباشد، عرف خاص در قلمرو خود بر عرف عام مقدم است و عرف عام در باقیمانده دایره ی خود، دارای اعتبار خواهد بود. و بنابراین در صورت اطلاق عقد، قصد و اراده کسانی که در قلمرو عرف خاص قرار دارند، ناظر بر عرف مخصوص آنان می باشد.^{۳۱۵} و اگر هدف عرف عام یا عرف خاص اثبات حکم عام باشد، عرف

^{۳۱۱} علوی، عرف و عادت در حقوق اسلام و ایران، ص ۲۳۴.

^{۳۱۲} میرزای قمی، جامع الشتات، ج ۲، ص ۲۷.

^{۳۱۳} شهیدی، حقوق مدنی (اصول قرار داد ها و تعهدات)، ص ۳۵۶-۳۵۵.

^{۳۱۴} همان.

^{۳۱۵} جبار گلباغی ماسوله، درآمدی بر عرف، ص ۲۹۱.

عام مقدم خواهد بود. همچنان که شیخ حرعاملی در بحث ربا، بابی را تحت «ان الربا لا یثبت الا فی المکیل و الموزون غالباً و ان الاعتبار قیمتها بالعرف العام دون الخاص»^{۳۱۶} مطرح نموده و حل تعارض عرفها را به مقدم بودن عرف عام دانسته است.

اگر اراده مشترک طرف های قرارداد نسبت به هر دو عرف یکسان باشد، ناگزیر باید هر دو عرف را ساقط دانست. فقها این وجه را تحت عنوان اختلاف بین دو عرف خاص و یا دو عرف عام طرح می کنند؛ اگر طرفین معامله دارای دو عرف مخالف یکدیگر باشند، ولی هیچ کدام در ضمن عقد، عرفی را معین نمایند، هر دو عرف ساقط خواهد بود و طرفین معامله باید از عرف محل وقوع معامله پیروی نمایند. بنابراین ادعای عرف مخالف محل معامله از سوی یکی، ادعای خلاف ظاهر تلقی می گردد و سخن طرف موافق عرف محل معامله، همراه با سوگند پذیرفته می شود.^{۳۱۷}

صاحب جواهر با طرح بحث تعارض بین عرف بلد بر عرف متعاملین، عرف بلد را مقدم می-داند. همچنین اگر عرف محل عقد نیز متعدد باشد (غالب و غیر غالب)، ایشان ابتدا عرف غالب محل عقد را حجت دانسته و بعد اگر همگی در یک درجه باشند (یعنی همه غیر غالب باشند) قاعده قرعه را راه حل مسئله می داند.^{۳۱۸}

نکته ی پایانی اینکه نزدیکی مفاد عرف به اراده مشترک طرف های قرار داد، مرجّحی است که در صورت تعارض عرف با مفاد ضمنی عقد نیز می تواند مورد استناد قرار گیرد. اشاره شد که عرف (عرف عام یا خاص یا بلد) همانند شرط ضمنی عقد می باشد و بنابراین تنها در صورتی که شرط صریحی بر خلاف آن از سوی متعاقدين گذاشته نشده باشد، می تواند دلالتش حجت باشد، حال اگر شرط ضمن عقد صریحی بر خلاف عرف صورت نگرفته باشد اما دلالت ضمنی عقد در تعارض با عرف باشد، همانگونه که اشاره شد ملاک تقدم یکی بر دیگری همان قوت ارتباط آن با اراده طرفین است. حال سوال این است که کدامیک (شرط ضمنی عقد و یا عرف) را باید به اراده متعاقدين نزدیک تر دانست؟

^{۳۱۶} مروارید، علی اصغر، سلسله الینایع الفقهیه، بیروت: دارالتراث، ۱۴۱۰ ق، ج ۱۲، ص ۴۳۴

^{۳۱۷} میرزای قمی، جامع الشتات، ج ۲، ص ۲۸.

^{۳۱۸} نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۷، ص ۴۲۵.

در برخی کتب با توجه به اینکه مفاد ضمن عقد اصولاً از تکرار روش خاصی در روابط طرف-های قرارداد و یا از عبارات متبادل بین طرفین و یا به طور کلی از قوانین و اوضاع و احوال موجود استنباط می گردد، آن را مقدم بر عرف می دانند. زیرا ظاهر این است که طرفین با لحاظ قوانین موجود در روابط خاص خویش از آنچه در عرف رواج دارد، به طور ضمنی و غیر صریح دست کشیده اند.^{۳۱۹} که به نظر دیدگاه صحیحی می باشد.

^{۳۱۹} مثالی که در این رابطه ذکر شده است مثال فروش یک دستگاه پیچیده ماشینی است که به حکم عرف با تعهد فروشنده بر تعلیم روش بکارگیری آن همراه است، اما اگر خریدار شخص متخصصی را برای تعلیم روش مزبور از پیش استخدام نموده و فروشنده نیز از این وضعیت به هنگام بیع آگاهی داشته و در چند معامله قبلی، خریدار بی نیازی خود را از تعلیمات فروشنده اعلام کرده باشد، در معامله حاضر نیز مفاد ضمنی عقد، شامل تعهد فروشنده بر تعلیم نخواهد بود، به این ترتیب بین عرف و مفاد ضمنی عقد تعارض به وجود خواهد آمد که در آن همانگونه که اشاره شد مفاد ضمنی عقد را نزدیک تر به اراده مشترک متعاقدين می دانیم و بنابراین آن را بر عرف مقدم می داریم. شهیدی، **حقوق مدنی (اصول قراردادها و تعهدات)**، ج ۲، ص ۳۵۸ - ۳۵۷؛ علوی، **عرف و عادت در حقوق اسلام و ایران**، ص ۲۳۳.

فصل سوم

بازتاب عرف و سیره در آثار فقیهان

بخش اول: عرف و سیره ی عقلاء در موضوع و دلیل قضایای فقهی

بخش دوم: نمونه هایی از کاربرد عرف ، و سیره در فقه و اصول

بخش سوم: نقش زمان و مکان در تحول موضوعات عرفی

مقدمه

در پی جستجو و کاوش هایی که در فصل دوم این رساله در باب تحلیلی بر حجیت عرف و سیره صورت گرفت؛ در بخش دوم از این فصل با عنوان اقسام کاربرد عرف در استنباط احکام، در باب سخن از کاربرد غیر استقلالی عرف دو نقش را برای عرف تبیین نمودیم:

۱. زمانی که عرف سند و دلیل قانون الهی باشد (طریقت عرف)
۲. زمانی که عرف مفسر و منقح ظهور دلیل و یا موضوع حکم باشد و نصّ و دلیل شرعی، معلل به عرف و یا مبتنی بر آن و یا با توجه به آن صادر گردیده است (مواردی که عرف خود لازم الاتباع است و موضوعیت دارد)

همچنین اشاره شد عرفی قابل استناد است که ردعی نسبت به آن صورت نپذیرفته و کاربرد آن معارض با نصّ و دلیل شرعی نباشد. حال چه این کاربرد در محدوده ی موضوعات باشد و چه در محدوده ی دایره ی احکام^{۳۲۰} باشد.

حاصل پی جویی ها و جستجو ها در آن چه گذشت عدم اعتبار عرف را در مقام دلیل حکم ثابت می کند (البته در مواردی که عرف حجیت ذاتی دارد می توان به عنوان دلیل مورد استناد قرار گیرد)، اما همانگونه که در جای جای کلام به فراخور حال اشاره شد فقها به گونه دیگری نیز در استنباط احکام از عرف مدد می گیرند و آن هم زمانی است که در تنقیح موضوع و یا ظهور دلیل از عرف استفاده می کنند.

پس از پذیرش حضور عرف به عنوان ابزاری (نه مستقل) در کشف احکام، حال در این فصل از رساله که یکی از اساسی ترین فصل های این نوشتار است بنا داریم نحوه ی ورود و اثرگذاری عرف در موضوعات و دایره ی احکام، و چگونگی استفاده فقیه از عرف در استنباط احکام، را بررسی نماییم.

^{۳۲۰} البته در محدوده دایره احکام نیاز است که حجیت عرف اثبات شود و در این رابطه در طول مباحث فصل قبل به طور مفصل به تفاوت نحوه اثبات حجیت عرف و بناء عقلاء پرداخته شد و اشاره نمودیم که در بناات عقلایی غیر مستحدث احراز عدم ردع کفایت می کند ولی در عرف ها امضاء نصی لازم دارد البته در مواردی که عرف و بناء عقلایی به بدیهیات عقلی بازگشت دارند از حجت ذاتی برخوردار خواهند بود، همچنین در رابطه با بناات عقلایی و عرف های مستحدث اشاره نمودیم که حجیت شرعی آن ها قابل اثبات نیست. اما این به معنای رخت بر بستن آنها از جامعه نخواهد بود. بلکه اگر عرف و بناء عقلایی ضروری جامعه باشد به موجب قاعده قبح عقاب بلا بیان عمل بدان عقابی در پی نخواهد داشت.

بخش اول: عرف و سیره عقلاء در موضوع و دلیل قضایای فقهی

در ابتدا لازم به یاد آوری است که ما در فصل اول این رساله در بخشی که برای مقایسه عرف و سیره ترتیب داده بودیم در گفتار اول در رابطه با تفاوت های عرف و سیره ی عقلاء ، بیان داشتیم که اساساً همانگونه که در کلام اصولی ها نیز قابل مشاهده است ، حیطه های بنای عقلاء و حیطه های عرف ، با یکدیگر متفاوت هستند:

مواردی که انس و روش جامعه برای اثبات حکمی در فقه مورد استناد قرار می گیرد ، آن را بنای عقلاء می نامند مانند استناد به بنای عقلاء برای اثبات قاعده لزوم عقد . و مواردی که انس و روش مزبور برای اثبات امر موضوعی، مانند تعیین معانی کلمات قرارداد ها ، و لوازم و توابع مورد معامله و شناسایی مقصود طرف های قرار داد در مورد ماهیت عقد انشاء شده مورد استناد قرار می - گیرد ، آن را عرف می گویند .^{۳۲۱} در این رابطه به عنوان مثال ، اشاره شد که در مصباح الاصول ، آمده است :

« در ذیل آیه (فأمسکوهنَّ بمعروف) ، حکم امساک هم از لحاظ کیفیت و هم کمیت ، به عرف و متعارف زمان واگذار شده است ، متعارف میان مردم ، یعنی چیزی که مردم آن دوره به آن عمل می کنند و جنبه عمومی دارد. اما چون مسأله صغروی است و از احکام کبروی نیست ، بنابراین جزء مصادیق عرف به حساب می آید نه سیره عقلاء ، پس مسائلی همچون عمل به ظواهر کلام ، عمل به خبر ثقه ، تقدیم خاص بر عام ، رجوع جاهل به عالم و ... جزء سیره عقلاء است. »^{۳۲۲}

همچنین به سخن علامه طباطبایی در حاشیه بر کفایة (در مبحث حجّیت ظواهر) ، استناد نمودیم

که فرمودند :

« موضوع سیره عقلاء همیشه احکام کلی است که از فطرت اجتماعی عقلاء سرچشمه می گیرد ، به گونه ای که جامعه از آن احکام بی نیاز نیست ؛ فبناء العقلاء إنما یتحقق فی

^{۳۲۱} شهیدی ، حقوق مدنی (اصول قرار داد ها و تعهدات) ، ج ۲ ، ص ۳۴۷ .

^{۳۲۲} حسینی بهسودی ، مصباح الاصول (تقریرات درس سید ابوالقاسم خویی) ، ج ۳ ، ص ۱۴۸ .

حكم لم يستند إلى شيء آخر غير نفسه و بعبارة أخرى : إذا كان ذلك كبروياً غير

صغروی»^{۳۲۳}

با این پیش فرض در باب عرف و سیره ی عقلاء ، باز تاب آن ها را در استنباط احکام توسط فقها در ضمن دو گفتار ، بررسی کرده و بخش موضوعات را از بخشی که استنباط حکم در آن رخ می دهد جدا نموده ایم . البته نباید فراموش کرد که با توجه به همپوشی هایی که در عرف و بنای عقلاء وجود دارد نمی توان آن دو را همانگونه که بارها اشاره شد کاملاً از یکدیگر جدا دانست ، همچنان که فقها و اصولی ها چنین نکرده اند و سیره ی عقلاء را با نام عرف عام می شناسند .

گفتار اول: کیفیت اعمال نظر عرف در بخش موضوعات و متعلقات حکم

شهید صدر در ضمن مثالی ، در تعریف موضوع و متعلق حکم می گوید :

« وجود مکلف مستطیع ، موضوع حکم وجوب حج است اما متعلق این حکم ،

فعلی است که مکلف آن را به خاطر تعلق وجوب به آن ، انجام می دهد » .^{۳۲۴}

در واقع موضوع حکم چیزی است که حکم بر آن نهاده می شود . در قضیه ی «نوشیدن شراب حرام است » ؛ حرمت ، حکم است و نوشیدن ، که فعل مکلف است ، متعلق حکم است و شراب موضوع حکم می باشد .

با توجه به تعریفی که از موضوع حکم صورت گرفت بدیهی است که با هر تغییری که در موضوع ایجاد شود ، خواه در ویژگی ها و قیود موضوع تغییر ایجاد شود خواه در ملاک یا مصادیق یا نسبت های موضوع تغییری ایجاد گردد ، حکم نیز تغییر خواهد کرد .

بند اول : مراجعه به عرف در مفاهیم موضوع و متعلقات حکم

در فقه عرف اختصاص به عمل نداشته و عرصه ی گفتار را نیز در برمی گیرد ، که در فصل اول در باب تقسیمات عرف تحت عنوان عرف لفظی از آن سخن گفته شد . مرجعیت عرف در تفسیر

^{۳۲۳} طباطبایی ، حاشیه کفایة الاصول ، ص ۲۰۵ .

^{۳۲۴} صدر ، دروس فی علم الاصول ، الحلقة الاولى ، ص ۱۵۸ .

مفردات و واژه های متخذ در ادله و اسناد شرعی ، از جمله کاربرد های قطعی عرف و مورد پذیرش همگان، می باشد ؛ همچنین عرف مرجع قابلی در تفسیر مجموعه ی جمله و هیأت های ترکیبی نیز محسوب می شود .

برخی در این سخن ، از جهت ارائه ی شاهی از کتاب ، به آیاتی همانند «و ما ارسلنا من رسول الا بلسان قومه لبیین لهم» (ابراهیم / آیه ۴) تمسک جسته اند .^{۳۲۵}

محقق اردبیلی در بحث خیار « غبن » می گوید :

« مرجع در این مسأله عرف است ، چون در شرع ثابت شده که هر لفظی را که

شارع تعریف نکرده است ، فهم آن به عرف واگذار شده است ، به همان

صورت که در میان مردم رواج دارد» .^{۳۲۶}

وی همچنین در مورد تشخیص مفهوم «غنا» می گوید:

« برخی از اصحاب امامیه ، تشخیص مفهوم آن را به عرف واگذار کرده اند .

براین اساس ، آنچه از دید عرف، غنا به شمار آید حرام خواهد بود ، هر چند

که صدا در گلو نیچد و طرب انگیز هم نباشد . زیرا غنا لفظی است که در شرع

، معنای آن حرام اعلام شده ولی شارع آن را تعریف نکرده است » .^{۳۲۷}

برخی از فقها همچون صاحب مفتاح الکرامه ، اگر چه در شناخت مفاهیم موجود در دلیل ، عرف

را ملاک می دانند ، اما معتقدند که تنها عرف عام در زمان معصوم معتبر خواهد بود .

صاحب مفتاح الکرامه در این زمینه می نویسد :

« آنچه از مباحث و قواعد فقیهان استفاده می شود ، این است که الفاضلی که در

سخنان معصومین وارد شده است باید به عرف زمان آنان تفسیر شود ، پس اگر

به عرف زمان آنان در آن موضوع واقف باشیم ، باید بر همان اساس عمل

^{۳۲۵} تبریزی ، موسی ، **اوثق الوسائل فی شرح الرسائل** ، قم : انتشارات کتبی نجفی ، بی تا ، ص ۴۶۷ .

^{۳۲۶} مقدس الاردبیلی ، احمد ، **مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان** ، قم : جامعة مدرسین ،

۱۴۰۳ق، ج ۸، ص ۳۴۱ .

^{۳۲۷} همان .

نماییم، و در مواردی که عرف زمان شارع برای ما روشن نیست، در فهم الفاظ

به کار رفته در سخنان ائمه (علیهم السلام) باید به عرف عام رجوع نمود^{۳۲۸}.

البته در این باره به نظر می‌رسد که اگر ما قائل شویم که فهم معنای دلیل متوقف به عرف لفظی است، در آن صورت، نباید آن را منحصر در عرف زمان خاصی بدانیم چرا که آن دلیل تنها برای مردمان آن زمان دلیل حکم محسوب نمی‌شود، چون خاصیت عرف تحول‌پذیری و دگرگونی است و زمانی که شارع عرف را ملاک دانسته است (و بر موضوعات عرفی حکم شرعی تعیین نموده است) لذا یقیناً این خاصیت عرف را مد نظر داشته است، علاوه اینکه اقتضای کلام صاحب مفتاح الکرامه این است که در صورت مشخص نبودن عرف زمان معصوم دلیل مجمل باشد، در حالی که ایشان در این حالت رجوع به عرف عام را تجویز نموده است.

آری اصل اولی در قضایا و گزاره‌هایی که از طرف شارع به ما رسیده است «تشریع» و «بیان حکم» است و هر نوع احتمال دیگر چون «بیان عرف» قرینه می‌خواهد. اما زمانی که شارع برای واژه‌ای اصطلاحی را جعل ننموده و معنای آن را به عرف واگذار کرده است و در عین حال می‌بینیم که عرف عام زمان معصوم با عرف عام زمان ما متفاوت است در این حالت نهایت چیزی که می‌توان گفت همانگونه که برخی^{۳۲۹} قائلند، این است که، اگر دلیلی بر گزینش و معیار بودن عرف زمان صدور و عدم اعتبار عرف جدید در دست باشد به گونه‌ای که بتوان گفت در نزد شارع، عرف کنونی صلاحیت تشخیص موضوع را ندارد، در این صورت است که معیار همان عرف صدور خواهد بود و در غیر این صورت این عرف و فهم عرفی جدید است که معیار و مرجع می‌باشد.

می‌توان گفت که اساساً اتفاق فقها در کارایی عرف، در فهم معنای واژه‌ها و هیئت‌های ترکیبی موضوع در دلیل، مبتنی بر سه پیش‌فرض غیر قابل انکار است:

۱- **اراده قانونگذار برای ما قابل فهم است؛** شارع در مفاهیم و آموزه‌های وحیانی به

اصول و قواعد محاوره و مفاهیمی حاکم و رایج در میان مخاطبین خویش پای بند می‌باشد و حاصل

^{۳۲۸} حسینی عاملی، محمد جواد، **مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامة**، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی، بی تا ج. ۴ ص ۹۵.

^{۳۲۹} کاشف الغطاء، محمد، **کشف الغطاء عن خفیات مبهمات الشریعة الغراء**، بی‌جا: انتشارات مهدوی، بی تا. ص ۲۲.

این درک عقلی دو گزاره ی دیگر (گزاره ی دوم و سوم) می باشد :

۲- شارع مقدس روش خاصی در مفاهمه ی تشریعی خویش ندارد . بنابراین فهم

حاکم و رایج در میان مخاطبین ، حجت و سند است .

۳- اصطلاح شرع بر عرف مقدم است . یعنی همواره اصل اولی در قضایا و گزاره هایی

که از طرف شارع به ما رسیده است « تشریع » و « بیان حکم » است و هر نوع احتمال دیگر چون « بیان عرف » قرینه می خواهد .

محدوده ی کاربرد مصطلح شرع

بر اساس آنچه از اصل اولی در تقدم مصطلحات شرعی بر عرف بیان شد ، باید پاسخ دو سوال

روشن شود :

۱- آیا تعریف اصطلاحی شرعی برای واژه ای ، در آیات و روایات ، تنها محدود به همان بابی

است که برای آن واژه در آن تعریف اصطلاحی صورت گرفته است ، یا در ابواب دیگر نیز می توان

همان تعریف اصطلاحی را برای واژه ی مزبور لحاظ نمود ؟

۲- اینکه آیا باید نسبت به احکامی که مثلاً بر مکیل و موزون و معدود مترتب شده اند (اموری

که به اختلاف زمان و مکان و عادات و حالت ها ، دگرگون می شود و زمینه تغییر در آن زیاد است)

حالت تبعّد داشت ؟ و اگر شارع به عنوان مثال کالایی را موزون دانسته است ، آن را حکم ابدی

بدانیم ؟ و یا اینکه در این موارد شارع را در جایگاه کسی قرار دهیم که برای موزون ها و مکیل ها

مثالی موردی و عصری زده است ؟

بررسی سوال اول :

آیا می توان معنای مصطلح شرعی در مورد واژه ای در باب معینی را به ابواب فقهی دیگر نیز

سرایت داد ؟ و یا اینکه در دیگر ابواب فقهی در رابطه با معنای آن واژه باید به عرف مراجعه نمود ؟

در این مورد نظرات متفاوت است . از طرفی در متون فقهی در این رابطه نمی توان به رویه ی

واحدی دست یافت . برخی^{۳۳۰} معتقدند که در این حالت باید در غیر مورد نصّ به عرف عام رجوع

^{۳۳۰} علیدوست ، فقه و عرف ، ص ۲۲۴ - ۲۲۳.

نمود. مگر آنکه از تفسیر واژه ای توسط شارع در باب خاص، توسعه را بفهمیم، و در این مثال که آیا آن مفهوم خاصی که در باب وضو نسبت به وجه و صورت وجود دارد، همان مفهوم را در باب نگاه به نامحرم و عدم لزوم پوشش آن توسط زن باید جاری نمود، معتقدند که اگر بدست آوریم که مفهوم کلی «صورت» نزد شارع در همه جا همان مفهومی است که در باب وضو آمده است می توان آن را تعمیم دارد، در غیر این صورت باید اصطلاح را در مورد خودش حبس نمود و در سایر موارد به عرف عام مراجعه نمود. همچنان که رویه ی برخی از فقها چنین است. به عنوان مثال شرع مقدس در صدق عنوان مسافر در باب صلاة و صوم، مسافت معین و قصد را شرط نموده است و شهید ثانی در باب مضاربه به مناسبتی بیان می دارد:

«و المراد بالسفر العرفی لا الشرعی و هو ما اشتمل علی المسافة المعیّنة»^{۳۳۱}

و مسافرت را در مسئله ای در باب مضاربه به معنای عرفی آن منظور نموده است و نه معنای شرعی که مشتمل بر مسافت معینی است.

به نظر می رسد وظیفه ی اولی ما این است که ابتدا نصوص شرعی را حمل بر عرف شرعی نموده و آن را منحصر به مورد خود بدانیم، زیرا تنها در صورت وجود قرینه است که می توان عرف شارع را تعمیم به موارد دیگر نمود، و اگر این قرینه نباشد باید به عرف عام رجوع کرد. اساساً در مواردی که عرف شارع و عرف عام متفاوت می شود، اعمال تعبد نسبت به عرف شارع نیازمند قرینه است.

بررسی سوال دوم:

در نصوص و متون فقهی، احکامی بر مکیل و موزون و معدود مترتب گردیده است، مثلاً گفته شده، مکیل را باید با کیل و موزون را با وزن و معدود را با شمارش فروخت. یا گفته شده است که ربای معاملی در مکیل و موزون جاری است و در معدود جاری نیست. از طرفی در برخی روایات، کالاهایی مکیل و کالاهایی موزون بیان گردیده؛ آیا با این نصوص باید برخوردی فرا زمانی داشت و مثلاً همواره طلا و نقره را موزون و گندم و جو را مکیل دانست و یا اینکه این روایات را مختص به عصر شارع دانست؟

^{۳۳۱} شهید ثانی (جبعی عاملی)، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، ج ۴، ص ۲۱۶.

در این مورد با تأمل در متون دینی، نمایندگانی از هر دو اندیشه می‌یابیم. مثلاً صاحب جواهر الکلام بر اندیشه تعبد نسبت به تطبیقات شرعی و حفظ حالت های آن زمان، پای می‌فشارد چنانکه می‌گوید:

«از آنجا که در تحقق ربای معاملی شرط است که کالای مورد مبادله مکیل یا موزون باشد، باید دانست که معیار، عادت و عرف شرع است؛ از این رو هر آنچه در عصر پیامبر (ص) مکیل یا موزون بود، حکم ربا بر آن عارض می‌گردد؛ هر چند در زمان های بعد تغییر حالت داده و با کیل یا وزن مبادله نگردد»^{۳۳۲}.

در مقابل افرادی بر محوریت عرف عام و تردید در فرا زمانی بودن حالت های موجود زمان شارع تأکید دارند؛ چنانکه محقق اردبیلی می‌گوید:

«محتمل است که از کیل و وزن، متعارف به عرف عام اراده شده باشد یا کیل و وزن اکثر شهر ها اراده شده باشد یا برخی از شهر ها ...»^{۳۳۳}.

امام خمینی نیز ظاهر روایات باب ربا و مکیل و موزون را حمل بر ظواهر عرفی نموده است و اعتقاد دارد که قضیه به نحو قضیه حقیقه است و مکیل و موزون عنوانها هستند، نه مصادیق، لذا اگر مصادیق عنوان در اثر تغییر زمان و مکان تغییر کند، حکم هم تغییر می‌کند.^{۳۳۴}

بنابراین در رابطه با محدوده ی کاربرد مصطلحات شرعی اگر چه اصل اولی تقدم عرف شرعی بر عرف های دیگر است، و اگر در مواردی که به اختلاف مکان ها و زمان ها دگرگون می‌شوند و زمینه تغییر در آن وجود دارد، نصی از سوی شارع آمده باشد، باید از این نص حکم شرعی را أخذ نمود و نه اینکه شارع را در جایگاه فردی قرار داد که برای موزون ها و مکیل ها مثالی موردی و عصری زده است.^{۳۳۵} اما در کنار این اصل اولی ممکن است فقیه در رابطه با نصی تعبد را در نیابد در

^{۳۳۲} «... ينبغي ان يعلم ان الاعتبار في ذلك بعادة الشرع؛ فما ثبت انه مكيل او موزون في عصر النبي (صل الله عليه) بنى عليه حكم الربا اجماعاً محكياً في التنقيح ان لم يكن محصلاً و ان تغير بعد ذلك ...»: نجفی، **جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام**، ج ۲۳، ص ۳۶۳-۳۶۲.

^{۳۳۳} «وفيه تأمل لاحتمال ارادة الكيل والوزن المتعارف عرفاً عاماً او في اکثر البلدان أو في الجملة مطلقاً...»: مقدس اردبیلی، احمد، **مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الاذهان**، قم: جامعه مدرسین، ۱۴۰۳ ق، ج ۸، ص ۳۴۱.

^{۳۳۴} خمینی، روح الله، **کتاب البیع**، قم: انتشارات اسماعیلیان، بی تا. ج ۳، ص ۲۵۵.

^{۳۳۵} علیدوست، **فقه و عرف**، ص ۲۳۰.

این حالت می تواند به عرف عام زمان خود مراجعه نماید . به نظر می رسد که اگر ما در اموری که به اختلاف زمان و مکان تغییر می نماید و در عین حال نصی نیز از جانب شارع در رابطه با آن آمده است، تشخیص و تأمل جدی فقیه در تعبدی بودن و یا نبودن حکم بیان شده در این نص را ملاک بدانیم ، طریقه صحیح تری را در استنباط ملاک قرار داده ایم .

بند دوم : تطبیق مفاهیم موضوعات عرفی^{۳۳۶} بر مصادیق

در نصوص و متون دینی به هزاران قضیه برمی خوریم که «نهاد» آن عرفی و «گزاره اش» شرعی است ؛ مثال هایی از این قبیل : معامله سفیه و دیوانه باطل است ، خون نجس است، مسکر حرام است و... اگر چه همانگونه که اشاره شد ، تفسیر و تبیین معنای این واژه ها به عهده عرف می باشد ، لکن تطبیق مفاهیمی که عرف برای این واژه ها در نظر دارد ، بر مصادیق و افراد و افعال که اموری عینی و خارجی هستند، امر دیگری است که تفسیر مفهوم ، ربطی به آن ندارد .

به بیان دیگر مثلاً در رابطه با اینکه آیا خون نجس است یا نه ، شارع تصمیم خواهد گرفت ، در رابطه با اینکه خون چیست ، عرف سخن می گوید ، اما در رابطه با اینکه این فرد موجود در خارج آیا مصداق خون است یا خیر ، چه کسی سخن خواهد گفت ؟ آیا حکم عقل وارد می شود و یا فهم عموم مردم ؟

به عنوان مثال^{۳۳۷} وقتی لباس آلوده به خون ، شسته می شود ، گاه چنان شسته شده است که هیچ اثری از خون - حتی رنگ و بو- در آن نیست ، گاه رنگی از خون در آن باقی است ، و گاه ذرات ریزی از خون - که قابل رؤیت است و صدق خون بر آن می کند - در لباس هنوز باقی است .

در فرض نخست ، عقل و عرف بر نبود خون در لباس متفق هستند ، از این رو داوری را چه به عقل بسپاریم و چه به عرف (اعم از عرف دقیق و متسامح) حکم به زوال خون از لباس می نمایند ، در

^{۳۳۶} لازم به یاد آوری است که این بحث همانگونه که در عنوان بند مزبور نیز مورد تأکید است ، تنها در رابطه با موضوعات عرفی مطرح است و در رابطه با موضوعاتی که از مخترعات شرعی محسوب می شود ، مجالی برای توهّم مرجعیت عرف در تطبیق آن موضوع بر مصادیقش نیست .

^{۳۳۷} همان ، ص ۷۱ .

دومین فرض - عرف با همه دقتی که اعمال کند - خونی در لباس نمی بیند ، آنچه هست رنگ و بوی خون است و رنگ و بوی خون نزد مردم غیر از خود خون است ، و از آنجا که حکم به طهارت تابع این داوری است ، حکم به طهارت لباس می شود ، اما داوری عقل این گونه نیست ؛ عقل در این فرض می گوید : بقای عرض (رنگ و بو) بدون معروض (خود خون) محال است و وجود عرض از وجود معروض حکایت می کند ؛ در سومین فرض حکم به نبود خون در عرف جز از سر تسامح و بی اعتنایی نخواهد بود بنابراین هم به داوری عرف و هم به داوری عقل نمی توان حکم به طهارت لباس نمود .

بنابراین تنها در یک مورد و آن هم زمانی که عرف دقیق (در فصل اول در باب تقسیمات عرف تعریف عرف دقیق ارائه شده است) و حکم عقل در تقابل قرار می گیرند ، سوال مزبور قابل طرح است که مرجعیت در تطبیق مفاهیم بر مصادیق با کدام یک خواهد بود ؟ و در غیر مورد عرف دقیق (عرف متسامح) ، همگان مراجعه به عرف را در تطبیق و پذیرش داوری مردم بر اساس مسامحاتی که دارند ، رد می کنند .

با تتبع در اقوال فقها به دنبال پاسخ برای سوال فوق ، می بینیم که بعضی از فقها مانند آخوند خراسانی^{۳۳۸} ، سید ابوالقاسم خویی^{۳۳۹} این کارایی و توانمندی را برای عرف انکار نموده و معتقدند که دلیل معتبری بر مرجعیت عرف در این کاربرد وجود ندارد . علاوه اینکه تعلق احکام به واقع موضوعات است و نه به مصادیق مورد نظر عرف^{۳۴۰} . البته لازم به ذکر است زمانی که عرف نقش سند و دلیل حکم را ندارد ، صرف نبود دلیل نمی تواند مانع بکارگیری عرف شود . همچنین گرچه احکام به واقع موضوعات تعلق داشته ، لکن برای حقیقت موضوعات باید یک مصداق عینی وجود داشته باشد تا بستر اجرای حکم برای مکلف فراهم شود ، بنابراین ما ناگزیر هستیم که مفهوم حکم را اخذ نموده و آن را در مواردش اجرا نماییم .

^{۳۳۸} آخوند خراسانی ، محمد کاظم ، **درر الفوائد فی الحاشیة علی الفرائد**، ص ۲۲۷ .

^{۳۳۹} خویی ، ابوالقاسم ، **مستند العروة الوثقی** ، قم: انتشارات احیاء آثار خویی ، ۱۴۰۰ ق ، کتاب زکاة ، ج ۱ ، ص ۲۴ ؛ غروی تبریزی ، میرزا علی ، **التنقیح فی شرح العروة الوثقی** (تقریرات درس سید ابوالقاسم خویی) ، قم: مؤسسه آل البیت ، ج ۲ ، بی تا ، ج ۱ ، ص ۲۷۶ .

^{۳۴۰} خوئی ، ابوالقاسم ، **محاضرات فی اصول الفقه**، تقریرات اسحاق فیاض ، مطبعة النجف ، ۱۳۸۲ ق ، ج ۴ ، ص ۱۸۳ .

در مقابل این دسته از فقها، برخی مرجع را در تطبیق مفاهیم بر مصادیق عرف می دانند، به عنوان نمونه صاحب جواهر الکلام در مورد حفظ ودیعه می گوید:

« و دیعه به گونه هایی که عادت بر حفظ آن است، حفظ می شود، مانند لباس و کتاب در صندوق، چهارپا در استبل و گوسفند در آغل ... این ضابطه در رابطه با هر چیز دیگری که شرع برایش حدی تعیین ننموده نیز جاری می شود و بر شخص (مستودع) است که برای نگهداری ودیعه، حرز به دست آورد. آری ظاهر این است که حرز به اختلاف زمان ها و مکان ها مختلف می شود».^{۳۴۱}

همچنین صاحب جواهر در شناخت «کلب معلّم» می گوید:

« المرجع فی صدق ذلك الى العرف ».^{۳۴۲}

همچنین شهید ثانی در بحث شناخت مصداق «اقرار» در موارد متعددی به نقش عرف تصریح نموده است.^{۳۴۳} و موارد متعدد دیگری را از جمله مفاهیم «تلف»، «احیاء موات»، «نفقه»، «سفاهت و رشد» و ... را نیز می توان در متون فقهی مشاهده کرد که فقها در آن از جایگاه عرف در شناخت مصداق آن سخن می گویند و آن را تأیید نموده اند.

به نظر می رسد، اگر ما داوری را به حکم عقل بسپاریم، تا حدودی در رابطه با احکام شرعی ناگزیر خواهیم شد که از شیوه و طریقه ی معمول در زندگی، فاصله بگیریم، که در مواردی ممکن است توأم با حرج و سختی نیز باشد، در حالی که ما از جانب شارع سخنی در این رابطه که رویه خاصی را در اجرای موضوعات عرفی داشته باشیم دریافت ننمودیم، بنابراین به نظر می رسد که در عمل مناسب تر است تا عرف در این رابطه اظهار نظر نماید. به ویژه اینکه ما در رابطه با مرجعیّت عرف دقیق و همچنین عرف متخصص (در مواجهه با مفاهیم پیچیده) سخن می گوئیم و نه عرف متسامح و بی اعتنا و غیر متخصص و نا آشنا در برخورد با مفاهیم موضوعات پیچیده و چند لایه.

^{۳۴۱} نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۲۷، ص ۱۰۸.

^{۳۴۲} همان، ج ۳۶، ص ۱۹.

^{۳۴۳} شهید ثانی (جبعی عاملی)، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، ج ۱ ص ۲۸.

گفتار دوم: کیفیت اعمال نظر عرف در نحوه استنباط از دلیل

بند اول: مراجعه به عرف در توسیع مدلول دلیل

در کتاب «مناسک حج» آمده است:

«اگر آلت ذبح تا انتهای ذبح در تیزی و حدّت مثل آهن باشد، بعید نیست حکم

آهن را داشته باشد به الغای خصوصیت».^{۳۴۴}

در اینجا مدلول دلیلی که دلالت بر شرطیت آهن دارد، توسعه یافته و پشتوانه این فتوا همان، فهم مخاطبین این ادله (فهم عرف) از دلیل مزبور است. در واقع فقیه زمانی که با دلیل فوق مبنی بر شرطیت آهن در آلت ذبح مواجه می شود، احساسش این است که وقتی این دلیل بر عرف عام القا گردد، عرف آن را تنقیح می کند و حکم مذکور در دلیل را در محدوده ی خود دلیل حبس نمی نماید و آن را تعمیم و توسیع می دهد و مراد شارع را چنین می پندارد.^{۳۴۵}

البته برخی این توانایی عرف را تنها در حیطه ی احکام غیر تأسیسی می دانند چرا که در آن احکام، بنای شارع بر تأیید عرف عقلاء است، اگر چه در ادامه بیان می دارند که، تنقیح مناط احکام در پاره ای از احکام تأسیسی نیز خالی از امکان نیست.^{۳۴۶}

امکان تضییق مدلول دلیل توسط عرف

قول به این امکان مساوی با پذیرش کاربرد استقلالی عرف در کشف حکم شرعی است، چرا که هر گاه اطلاق و عموم برای دلیل شرعی تمام و مستقر شده باشد، اگر در تعارض با عرف عام باشد همانگونه که اشاره شد مقدم بر عرف است، اساساً عرف شارع و نص شرعی مقدم بر عرف می باشد. مگر زمانی که اطلاق و یا عموم نص مستقر و تمام نشده باشد.

مرحوم سید مرتضی در ردّ اندیشه جواز تخصیص عموم خطاب، به عرف و عادت میگوید:

«چنین امری جایز نیست، چرا که افعال مردم باید تابع خطاب الهی باشد نه

بالعکس. آری هر گاه عرف و عادت در قالب فهم از نص ظاهر شود مربوط

^{۳۴۴} بهجت، محمد تقی، «مناسک حج و عمره» ناشر: دفتر معظم له، ج ۵، ۱۳۸۳ ش، پاورقی، ص ۴۱۷.

^{۳۴۵} علیدوست، فقه و عرف، ص ۲۳۵.

^{۳۴۶} جبار گلباغی ماسوله، در آمدی بر عرف، ص ۲۱۵-۲۱۴.

به کاربرد غیر استقلالی عرف در تنقیح ظهور دلیل و یا موضوع و سایر مواردی

که عرف در آن موضوعیت دارد و نه طریقیّت [، باید عموم را به آن تخصیص

زد. ۳۴۷]

تحلیل علمی سخن ایشان این است نمی توان عرف و عادت را دلیل دانست و نباید آنگونه که روایت خاص را بر روایت عام مقدم می داریم، عرف را بر نص مقدم کنیم؛ لکن از آنجا که خطابات شرع بر مردم القاء گردیده است، در صورتی که اهل عرف از لفظی عام، فهم خاص را داشته باشند، این فهم مقبول است و در این حالت، به عموم ابتدایی نص عمل نمی شود و بدین ترتیب ایشان در عین حال که به کارایی عرف در استنباط احکام اذعان دارد، لکن کاربرد عرف را به عنوان دلیل و سند حکم شرعی نپذیرفته است.

باید خاطر نشان نمود که لازمه ی جدانپذیر این کارایی (توسیع مدلول دلیل) برای عرف این است که متصدی استنباط، در برخورد با مدارک شریعت، نظر نوع مردم را جویا شود و پس از آن به افتاء پردازد. به دیگر بیان در گام اول در رابطه با مفهوم و مؤدای دلیل، از عرف عقلاء جویا شود و در گام بعد به اظهار نظر پردازد. چرا که از جمله اموری که رعایت آن بر قانونگذار حتمی است، مراعات و حفظ اصول و ضوابط حاکم بر لغتی است که وی با آن لغت محاوره ی خود را صورت می دهد، و تا زمانی که رویه ی خاصی را ابداع ننموده است، باید مقررات محیط بر لغت انتخابی خود را مراعات نماید و فهم و برداشت مخاطبین را از سخنان خود منظور نماید. و از طرف دیگر مکلفین و مخاطبین نیز باید سخنان و عملکرد قانونگذار را بر همین پایه فهم و ارزیابی و داوری نمایند. البته در این داوری باید مجموعه ادله و مقررات، اغراض و مبانی حکم را در نظر بگیرند، این حق هر قانونگذار است که سخنان وی را با ملاحظه ی سایر کلماتش بسنجند و داوری نمایند.

بند دوم: استهجان عرفی تخصیص و تقیید اکثر ازعام و مطلق

از جمله مباحث مأنوس در اصول فقه بحث جواز یا عدم جواز تخصیص یا تقیید اکثر-و به

^{۳۴۷} علم الهدی، الذریعة الی اصول الشریعة، ج ۱، ص ۳۰۷-۳۰۶.

عبارت صحیح تر، اخراج اکثر و تخصیص و تقیید اقل - است که در این رابطه استهجان عرفی موجب عدم جواز می شود و این مورد از مواردی است که عرف و هنجارهای مقبول نزد مردم، در چگونگی و کیفیت و بیان مجعول برای مکلفان نقش آفرینی نموده است. البته در این مورد چون شارع رویه ی ویژه ای را جعل ننموده است، لذا حکم عرف و حکم شارع یکسان خواهد بود.

بند سوم: مراجعه به عرف در جمع میان ادله

تعبیر «جمع عرفی» و یا «جمع مقبول» در کتب اصول و فقه، فراوان به چشم می خورد؛ فقها دلیل عام و خاص، مطلق و مقید را بدون دغدغه در کنار هم قرار می دهند و تعارض ابتدایی آنها را با کمک عرف با حمل عام بر خاص و مطلق بر مقید، بر طرف می نمایند.

این کارایی عرف مورد اتفاق همه فقها قرار دارد. زمانی که مخاطب اصلی ادله، عموم مردم هستند و شرع مقدس همانند آنان سخن می گوید و ابلاغ رسالت و بیان شرع می نماید، چه جای خدشه در مرجعیت فهم و داوری آن ها در تصدیقات است؟!

بند چهارم: مراجعه به عرف در تنظیم و تنسيق ادله

تنظیم ادله و ملاحظه اتحاد و اختلاف رتبه آنها و استفاده بجا از آنها و چینش هر دلیل در موضع مناسب خود و تنسيق بسامان میان آنها از جمله امور حساس در کار اجتهاد است، در این رابطه می-توان مثال امارات و اصول را بیان نمود. اصولی ها علت تقدیم اماره بر اصل را اینگونه بیان می کنند که عرف در تقدّم امارات بر اصول دچار تحیر نمی شود، چون اصل در هنگامی که اماره وجود دارد، موضوعیت ندارد. یعنی امارات بر اصول واردند.^{۳۴۸}

^{۳۴۸} «و لذلك تقدم الامارات المعتبرة على الاصول الشرعية، فانه لا يكاد يتحير اهل العرف في تقديمها عليها بعد ملاحظتهما، حيث لا يلزم منه محذور تخصيص اصلاً، بخلاف العكس فانه يلزم منه محذور التخصيص بلا وجه»: آخوند خراسانی، محمد کاظم، **کفایة الاصول**، ص ۴۳۸؛ خمینی، روح الله، **لمحات الاصول**، (تقریرات درس آیه الله حسین بروجردی)، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چ ۱، ۱۳۷۹ش، ص ۱۰۳.

بخش دوم: نمونه هایی از کاربرد عرف و سیره در فقه و اصول

گفتار اول : عرف و سیره در فقه و قواعد فقهی

بند اول : نمونه هایی از کاربرد عرف و بنای عقلاء

الف) در فقه

✓ در رابطه بابت مفهوم واژه «غنا» عرف سخن می گوید. شهید ثانی در این رابطه می گوید :

«الغناء بالمدّ و هو مدّ الصوت المشتمل على الترجيع المُطَرَّب ، او ما سَمِيَ في
العرف غناءً و إن لم يُطَرَّب» .^{۳۴۹}

✓ آیه ۷ سوره ی نساء دو امر را نشانه برای رسید موعده پرداختن اموال اطفال به آنان می داند :

۱- بلوغ . ۲- رشد ؛ اما اینکه مفهوم رشد چیست ، به عهده عرف خواهد بود :

«والمفهوم من الرشد عرفاً هو اصلاح المال على الوجه المذكور و إن كان
فاسقاً» .^{۳۵۰}

✓ محقق حلی در رابطع با ملاک محدوده مبیع می گوید :

« ملاک تعیین چیزی که داخل در مبیع است ، عرف است ، پس اگر کسی
باغی را بفروشد ، درخت و عمارت در آن داخل خواهد بود »^{۳۵۱}

و همچنین در جای دیگر بیان می کند :

«سنگ هایی که در همان زمین به وجود آمده اند و معدنها ، همگی در فروختن
زمین ، چون در حکم اجزاء زمین هستند ، داخل خواهند بود ، به دلیل
عرف» .^{۳۵۲}

✓ اشاره شد که بنای عقلاء در رابطه با اثبات حکم (و نه موضوعات) در فقه به کار گرفته می

شود ؛ به عنوان مثال شیخ انصاری معتقد است که اگر چه عرف (بنای عقلاء) ، معاطات را بیع می
داند ، چه مفید ملکیت و چه مفید اباحه تصرف ، اما شارع آن را امضاء نمی کند مگر بعد از تلف

^{۳۴۹} شهید ثانی (جعی عاملی) ، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة ، ج ۱ ، ص ۲۷ .

^{۳۵۰} همان ، ج ۱ ، ص ۳۵۹ .

^{۳۵۱} هُذَلِی ، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن (محقق حلی) ، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام ،

ترجمه ابوالقاسم ابن احمد یزدی ، تهران : انتشارات دانشگاه تهران ، ۱۳۷۴ ش . ج ۲ ، ص ۱۶۰

^{۳۵۲} همان ، ج ۲ ، ص ۱۶۳ .

احدی العینین و در آن صورت است که احکام بیع را دارد.^{۳۵۳} البته باید خاطر نشان نمود که تعیین مصداق تلف به عهده عرف نهاده شده است^{۳۵۴} در مقابل شیخ انصاری، برخی از فقهاء همچون محقق اردبیلی معاطات را همان بیع دانسته و نسبت به سیره ی عقلاء در این رابطه تأکید دارند با این بیان که:

«اگر مقصود شارع از بیع، همان خرید و فروش عرفی نباشد و با این وجود، مفهوم آن را روشن نکند، این عمل اغراء به جهل و به گونه ای گول زدن محسوب می شود و از نظر ما جایز نیست. بلکه سکوت شارع و عدم بیان معنای بیع دلالت دارد که معنای آن به عرف واگذار شده است».^{۳۵۵}

✓ در باب معاملات، در تحقق خیار غبن دو شرط بیان شده است: ۱) معامله کننده باید به هنگام انعقاد عقد و قرار داد علم به قیمت عادلانه نداشته باشد. ۲) غبن فاحش باشد. در رابطه با فاحش بودن غبن این بنای عقلاء است که تشخیص دهنده است. بنابراین تحقق خیار غبن و در نتیجه حکم به امکان فسخ معامله به عهده بنای عقلاء می باشد.

ب) در قواعد فقهی

بعضی از قواعد فقه به موجب بنای عقلاء محقق شده اند. به عنوان مثال:

✓ قاعده ید: یکی از مشهور ترین قواعدی است که در اکثر مسائل فقهی و حقوقی مورد استناد قرار می گیرد، و محور بسیاری از معاملات روز مره است و براساس آن، نظر مجموع عقلاء بر آن است که وقتی فردی چیزی را در تصرف دارد، ظاهر و اصل این است که مالک آن است و شارع مقدس نه تنها ردعی به عمل نیاورده، بلکه آن را امضاء هم نموده است و لذا در روایت هایی که دلالت بر این قاعده دارد، آمده است: «لو لم یجز هذا لم یقم للمسلمین سوق»^{۳۵۶}. که نشان می دهد

^{۳۵۳} انصاری، مرتضی، **المکاسب**، قم: انتشارات دهقانی، ۱۳۷۴ ش.، ج ۱، ص ۲۵۸.

^{۳۵۴} همچنان که امام خمینی در رابطه با مراد از تلف در حدیث «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه» تلف را تلف عرفی معنا نموده و بنابراین غرق و سرقت و امثال آن را که در نزد عرف تلف محسوب می شوند مشمول حدیث می داند: خمینی، **کتاب البیع**، ج ۵، ص ۱۶۶.

^{۳۵۵} مقدس الاردبیلی، **مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان**، ج ۸، ص ۱۳۹.

^{۳۵۶} حر عاملی، **وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة**، ج ۱۸، ص ۲۱۴ - کتاب القضاء من ابواب کیفیة الحكم، باب ۲۵، ح ۲.

دلیل اصلی و مستند این قاعده همان بنای عقلاء و رویه خردمندان است.^{۳۵۷}

✓ قاعده اصالة الصحة: عمده ترین دلیل در رابطه با این قاعده، بنای عقلاء است. روش عقلا در همه اعصار و امصار این بوده و هست که اعمال دیگران را حمل به صحت نمایند، تا خلاف آن ثابت شود و این رویه مورد نفی و ردع شارع واقع نشده است.^{۳۵۸}

✓ قاعده غرور: بر اساس این قاعده فقهی کسی که فریب خورده است به کسی که او را فریب داده رجوع می نماید و از جمله مستندات ذکر شده برای این قاعده، همان بنای عقلاء می باشد. بدین معنا که عقلاء عالم هر گاه در معامله یا سایر اعمالشان به واسطه ی فریبی که از جانب دیگری خورده اند، ضرر کنند، به همان مقداری که ضرر کرده اند، به فریب دهنده مراجعه می نمایند.^{۳۵۹}

✓ قاعده اقرار: یکی از ادله اثبات دعوی اقرار است که بر اساس این قاعده، مقرر نسبت به اقراری که به ضرر خودش است، ملزم می شود. در مورد مستندات این قاعده گفته شده است که همه عقلاء عالم، بر این عقیده اند که اقرار هر فرد عاقل، قاصد و مختار، به زیان خودش نافذ و الزام آور است. علاوه بر این از سوی شارع نیز از چنین روشی منع نشده است و همین برای حجیت قاعده اقرار کافی است.^{۳۶۰}

✓ قواعد متعدد دیگری نیز در فقه وجود دارد که عمده مستندات آن ها را بنای عقلاء بر شمرده اند، از جمله قاعده تسلط^{۳۶۱}، حجیت بینه^{۳۶۲} و که در کتاب های قواعد فقهی قابل دسترسی و مشاهده است.

^{۳۵۷} بجنوردی، میرزا محمد حسن، القواعد الفقهية، قم: دلیل ما، ۱۳۸۳ ش. ج ۱، ص ۱۴۰؛ مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهية، ج ۱، قم: بی نا، ۱۴۱۶ ق، ج ۱، ص ۲۷۹؛ خمینی، روح الله، رسائل، تهران: اسماعیلیان، ۱۳۸۵ ش، ج ۱، ص ۱۸۷.

^{۳۵۸} بجنوردی، همان، ج ۱، ص ۲۳۹؛ خمینی، انوار الهدایة فی تعلیقة علی الکفایة، ص ۱۸۷. همو، رسائل، ج ۱، ص ۳۲۰.

^{۳۵۹} بجنوردی، همان، ج ۱، ص ۲۷۰؛ مکارم شیرازی، القواعد الفقهية، ج ۴، ص ۲۸۲؛ محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه بخش مدنی، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه ها، ۱۳۸۰ ش، ج ۲، ص ۱۶۵.

^{۳۶۰} بجنوردی، همان، ج ۲، ص ۴۵.

^{۳۶۱} محقق داماد، قواعد فقه بخش مدنی، ج ۲، ص ۱۲۲.

^{۳۶۲} فاضل لنکرانی، محمد، القواعد الفقهية، قم: مکتبه مهر، ۱۴۱۶ ق، ص ۴۷۲؛ بجنوردی، القواعد الفقهية، ج ۳، ص ۲۱.

بند دوم: نمونه هایی از کاربرد سیره ی متشرعه

قبل از ورود به مسائل و احکام ثابت شده به وسیله سیره ی متشرعه، لازم است یاد آور شویم که همانگونه که قبلاً در رابطه با حدود دلالت سیره ی متشرعه اشاره نمودیم، گرچه سیره ی متشرعه کاشفیت مستقیم دارد اما حداکثر چیزی که به وسیله این سیره می توان اثبات نمود، جواز فعل یا جواز ترک فعل است ولی وجوب و حرمت را اثبات نمی کند و به همین دلیل نیز در احکام فقهی در اکثر موارد به عنوان مؤید ادله دیگر مورد استناد قرار می گیرد.

✓ برای دادن قرآن به دست کودک بدون وضو برای تعلیم، به سیره ی متشرعه استدلال شده است؛ می دانیم که طبق ادله، مسّ قرآن بدون وضو حرام است^{۳۶۳} این حکم اختصاص به بالغین و مکلفین دارد و نه کودکان. اما سوال این است که آیا بر ولی طفل حرام نیست که قرآن را در اختیار کودک بگذارد؟ مرحوم صاحب جواهر الکلام قول به عدم تحریم را اختیار می کند و سپس اشاره به سیره ی قطعی بر جواز در اختیار گزاردن قرآن برای کودکان غیر متطهر را بیان نموده است.^{۳۶۴}

✓ در رابطه با حرمت مسأله «حلق لحيه» هم به روایات نبوی و هم به روایات مروی از ائمه (علیهم السلام) و هم به بعضی از آیات قرآن استدلال شده است^{۳۶۵} اما یکی از ادله مهمی که برای اثبات حرمت حلق لحيه مطرح شده است، استدلال به سیره ی متشرعه می باشد. که در میان ادله این مسأله شاید محکمترین دلیل باشد. زیرا دلالت اخبار و روایات بر حرمت قطعی نیست. البته با توجه به آنچه در باب محدوده ی دلالت سیره ی متشرعه بیان شد (ترک عموم تنها دلالت بر عدم

^{۳۶۳} شیخ طوسی بر این قول (حرمت) ادعای اجماع نموده است. (طوسی، **الخلافا**، ج ۱، ص ۹۹) البته قول به کراهت هم از سوی ابن ادریس بیان شده است که با توجه به تفسیر خاصی که از آیه «انه لقرآن کریم فی کتاب مکنون، لا یمسّه الا المطهرون» این قول بیان شده چرا که معتقدند که «لا یمسّه» به «کتاب مکنون» باز می گردد و نه قرآن و همچنین منظور از «مطهرون» نیز ملائکه هستند (حلی، **السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی**، ص ۸۴) اما با توجه به ظهور آیه و روایاتی همچون خبر ابراهیم بن عبد الحمید از امام کاظم که می فرماید: «المصحف لا تمسّه علی غیر طهر و لا جنباً و لا تمسّ خطّه و لا تعلّقه، إنّ الله تعالى يقول: لا یمسّه الا المطهرون» (حر عاملی، **وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة** ج ۱، ص ۲۶۹ - کتاب طهارة من ابواب الوضوء، باب ۱۲، ح ۳) بر می آید که قول به حرمت اقوی باشد.

^{۳۶۴} نجفی، **جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام**، ج ۲، ص ۳۱۷.

^{۳۶۵} شریعتی، **بررسی مصادر و منابع فقه فریقین**، ص ۲۰۰ - ۱۹۲.

و جوب دارد و نه حرمت انجام عمل (بنابراین اگر تنها دلیل و محکمترین دلیل سیره ی متشرعه باشد ، این سیره دلالت دارد بر اینکه ریش زدن واجب نیست . ولی درعین حال عده ای از فقهاء^{۳۶۶} خصوصاً آنان که رساله ی مستقلی در حرمت حلق لحيه نوشته اند ، برای اثبات حرمت آن به سیره ی مسلمین تمسک کرده اند.

گفتار دوم : عرف و سیره در علم اصول

بند اول : نمونه هایی از کاربرد عرف و بنای عقلاء در علم اصول

✓ در رابطه با نقش تبادر و یا همان عرف لفظی در کشف معانی الفاظ موارد فراوانی در اصول قابل مشاهده است ، مرحوم صاحب « کفایة الاصول » در رابطه با لفظ «إنما» می گوید :

« و ممّا يدل على الحصر و الاختصاص (إنما) و ذلك لتصريح اهل اللغة بذلك ، و تبادره منها قطعاً عند اهل العرف و المحاوره »^{۳۶۷}

همچنین مرحوم صاحب معالم، به نقش عرف لفظی یا تبادر نزد عرف اشاره نموده است و می گوید :

« از دلیل های وضع الفاظ عام بر عموم ، تبادر است ، مثلاً اگر مولی به عبد خود بگوید: (لا تضرب احداً عرفاً) از آن عموم ، متبادر می شود . »^{۳۶۸}

✓ صاحب معالم حجّیت عام را بعد از تخصیص ، در مابقی افراد ، به دلیل قضاوت عرف می داند و در این رابطه می گوید :

« اگر مولی به عبدش بگوید هر کس که وارد خانه من می شود ، اکرامش کن و بعد به وسیله مخصّص « متصل و یا منفصل » بکر و عثمان را خارج کند ، در صورتی که عبد بقیّه افراد را نیز اکرام نکند ، به نظر اهل عرف عاصی و مورد مواخذه قرار می گیرد و این خود حاکی است که عام در حجّیت باقی ظهور

^{۳۶۶} مجلسی ، محمد تقی ، روضة المتّقین (شرح من لایحضره الفقیه) ، قم: بنیاد فرهنگ اسلامی ، ۱۳۹۹ ق ، ج ۱ ، ص ۳۳۳ ؛ هاشمی ، علی ، محاضرات فی الفقه الجعفری (تقریرات مکاسب محرّمه آیه الله خویی) ، قم: بی نا ، ۱۴۰۸ ق ، ص ۱۹۷ ؛ استادی ، تحقیق در یک مسأله فقهی ، ص ۵۴ .

^{۳۶۷} آخوند خراسانی ، کفایة الاصول ، ص ۲۴۹ .

^{۳۶۸} عاملی ، حسن ، معالم الاصول ، قم: انتشارات دفتر تبلیغات حوزه ، ۱۳۶۸ ش ، ص ۳۷ .

- ✓ در رابطه با نقش بنای عقلاء در اصول می توان حجّیت استصحاب را مثال آورد که مرحوم مظفر در این رابطه بنای عقلاء را از ادله حجّیت استصحاب معرفی می نماید و می گوید :
- « تردیدی نیست که عقلاء سیره ی عملی شان بر این جریان یافته است به هنگام شك لاحق بر تداوم یقین سابق ، یقین سابق را مبنای عمل قرار می دهند » .^{۳۷۰}
- ✓ در مواردی که نمی توان بین دو خبر جمع عرفی نمود ، بنای عقلاء حکم به تخییر یا ترجیح می دهد ، اما در مواردی که امکان حمل مطلق بر مقید و عام بر خاص وجود دارد ، دیگر نمی توان بینشان تخییر و یا ترجیح قائل شد و اصلاً در این موارد عرف بعد از تأمل ، حکم به عدم تعارض در بین آنها می نماید .^{۳۷۱}
- ✓ در اثبات حجّیت خبر واحد ، که بخش عمده ای از مباحث را به خود اختصاص می دهد ، به سیره ی عقلاء تمسک شده است . مرحوم نائینی در این باره می گوید :
- « و اما طريقة العقلاء فهي عمدة ادلة الباب ، بحيث لو فرض انه كان سبيل إلى المناقشة في بقیة الأدلة فلا سبيل إلى المناقشة في الطريقة العقلانية القائمة على الاعتماد بخبر الثقة و الاتكال عليه في محاوراتهم » .^{۳۷۲}
- مرحوم مظفر نیز سیره ی عقلاء را به عنوان دلیلی بر حجّیت خبر واحد می پذیرد و آیات ناهیه از تبعیت ظن را نیز دلیل بر ردع این سیره نمی داند .^{۳۷۳}
- ✓ همچنین در رابطه با اصالة الصحة آمده است : « عقلاء در ارتباطات سوقی و اجتماعی ، وقتی قراردادی بینشان صورت می گیرد ، پس از پایان آن به هیچ شکی و تردیدی در صحت معامله اعتنا نمی کنند ، مگر اثبات شود که اخلاقی در ارکان وجود داشته است » .^{۳۷۴}
- ✓ در بین اصول عملیه نیز اصالة التخییر از مواردی است که صرفاً مبتنی بر بنای عقلاء می باشد .

^{۳۶۹} همان ، ص ۱۶۵ .

^{۳۷۰} مظفر ، اصول الفقه ، ج ۲ ، ص ۲۵۲ .

^{۳۷۱} آخوند خراسانی ، کفایة الاصول ، ص ۵۱۱ .

^{۳۷۲} غروی نائینی ، فوائد الاصول (التقرير شيخ محمد كاظمی) ، ج ۳ ، ص ۶۹ .

^{۳۷۳} مظفر ، اصول الفقه ، ج ۲ ، ص ۹۳ .

^{۳۷۴} بجنوردی ، القواعد الفقهية ، ج ۱ ، ص ۲۴۳ .

بند دوم: نمونه هایی از کاربرد سیره ی متشرعه در علم اصول

✓ در رابطه با اینکه وجوب وضوی واجب ، آیا نفسی است و یا غیری ؟ اختلاف نظر وجود دارد ، برخی بر جواز انجام وضوی واجب قبل از وقت نماز معتقدند که این جواز ظهور در شرعیّت مستقل طهارت دارد و وجوب وضو را نفسی دانسته اند .^{۳۷۵} اما صاحب جواهر الکلام می گوید ظاهر آیه ی « إذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا وجوهکم ... »^{۳۷۶} و ظاهر خبر زراره : « ... فاذا دخل الوقت وجب الطهور و الصلاة »^{۳۷۷} و نیز اجماعات منقول ، همه دلالت بر وجوب غیری وضو می کنند و در پایان ، وجود سیره متشرعه را در مسئله ، به عنوان مؤید ذکر کرده است و می فرماید : « علاوه بر آیه و روایت و اجماعات ، سیره ی قطعی بین عوام و علماء (دایر بر وجوب غیری وضو) و خطبه ها و مواعظ نیز ذکری از وجوب نفسی آن ننموده و احدی آن را در ردیف واجبات (نفسی) ذکر نکرده است ، مخصوصاً به هنگام احتضار (کسی آن را واجب ندانسته) و نیز پیامبر و صحابه و تابعین و ائمه ، احدی از محتضرین از زنان و اصحاب خود را ملزم به آن نکرده و پیامبر به هنگام جهاد با مشرکین ، اصحابش را به آن امر نفرموده است ... و نیز مفهوم آیه (اذا قمتم ...) دلالت دارد بر نفی وجوب وضو به هنگام فراهم نبودن شرط که وجوب نماز باشد . »^{۳۷۸}

✓ بحث حقیقت متشرعه در معانی اصطلاحات شرعی (وضع تعینی معانی شرعی در الفاظ) مثال دیگر در رابطه با کاربرد سیره ی متشرعه در علم اصول است ؛ که پذیرش یا عدم پذیرش آن تبعات مختلفی را در برخورد با لغاتی که در قرآن و سنت بدون قرینه بکار رفته اند ، در پی خواهد داشت . بدین صورت که اگر همانگونه که مرحوم مظفر^{۳۷۹} نیز معتقد است ما نیز بپذیریم که معانی اصطلاحات شرعی وضع تعینی داشته اند و در نتیجه ی استعمالات مکرر الفاظ توسط متشرعه ، در معانی شرعی ، این معانی برای الفاظ فوق به سر حدّ حقیقت رسیده اند ، در آن صورت زمانی که این

^{۳۷۵} این عقیده را شهید اول در کتاب ذکری نقل نموده و به برخی از فقهای اهل سنت اسناد داده است ؛ مکی عاملی ، محمد بن جمال الدین (شهید اول)، **ذکری الشیعة فی احکام الشریعة** ، باب طهارة ، ص ۶۸ .

^{۳۷۶} مائده / ۸

^{۳۷۷} حر عاملی ، **وسائل الشیعة الى تحصيل مسائل الشریعة** ، ج ۱ ، ص ۲۶۱ باب چهارم از ابواب وضوء ، ح ۱ .

^{۳۷۸} نجفی ، **جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام** ، ج ۱ ، ص ۱۰ .

^{۳۷۹} مظفر ، **اصول الفقه** ، ج ۱ ، ص ۳۶ - ۳۷ .

الفاظ بدون قرینه در روایات ائمه آمده است ، می توان آنها را حمل به معانی شرعی جدید نمود . اما در مورد الفاظ وارده در قرآن و سنت نبوی در صورتی که قرینه ای با آنها نباشد، حمل بر معانی لغوی می شوند. اما اگر نپذیریم که وضع تعینی داشته اند و معتقد باشیم که معانی شرعی جدید برای الفاظ فوق به نحو تعیین و در زمان شارع صورت گرفته است (قول به حقیقت شرعیّه نه حقیقت متشرعه) در این حالت هر گاه این الفاظ چه در قرآن یا سنت نبوی و یا در زبان ائمه ، بدون قرینه به کار آیند ، بر معانی شرعی جدید حمل می شوند . البته قول به وضع تعینی و حقیقت شرعیّه قول ضعیفی است ، چرا که در این صورت همانگونه که برخی^{۳۸۰} نیز بیان نموده اند ، باید آن را در آثار و روایات می دیدیم و بدان آگاه می شدیم . علاوه اینکه در صورت پذیرش حقیقت متشرعه در رابطه با الفاظی که در کتاب خدا آمده است ، می توان گفت با توجه به اینکه این الفاظ همگی به قرائن پوشیده شده اند می توان در پرتو قرائن پی به معنای اصطلاحی جدید آن ها برد .

^{۳۸۰} فیض ، مبادی فقه و اصول ، ص ۹۴ .

بخش سوم : نقش زمان و مکان در تحول موضوعات عرفی

گفتار اول : بررسی ماهیت موضوعات فقهی

بند اول : مراد از موضوع ، مصداق موضوع ، حکم و متعلق حکم

در بخش اول این فصل در بررسی نحوه ی اعمال نظر عرف در موضوعات و متعلقات حکم ، تا حدودی در رابطه با موضوع و جایگاه آن در حکم شرعی مطالبی مطرح شد ، اما در این مجال بنا داریم تا در رابطه با نقش دو عنصر زمان و مکان ، در دگرگونی موضوعات حکم شرعی سخن بگوییم . بنابراین لازم است تا با تفصیلی بیش از آنچه بیان شد ، در باب ماهیت موضوعات احکام شرعی به ارائه بحث پردازیم .

موضوع از اصطلاحات بسیار رایج در کتابهای فقهی است . بیشتر فقیهان به تعریف حدی و رسمی آن پرداخته و به وضوحش واگذار کرده اند . برخی از فقها نیز به تعریف آن پرداخته اند . با توجه به تعریفی که مرحوم نائینی از موضوع نموده است ، می توان گفت موضوع چیزی است که حکم بر آن نهاده می شود^{۳۸۱} ، بنابراین نام کامل موضوع ، « موضوع علیه » می باشد که به جهت اختصار ، حرف جار و مجرور را برداشته اند . به عنوان مثال در دو قضیه «نماز واجب است» و «آب طاهر است» . نماز و آب هر دو موضوع این دو قضیه را تشکیل داده اند . متعلق حکم چیزی است که مربوط به موضوع می باشد و حکم مستقیماً به آن تعلق گرفته است . در همین رابطه شهید صدر می - گوید :

« وجود مکلف مستطیع ، موضوع حکم وجوب حج است اما متعلق این حکم ،

فعلی است که مکلف آن را به خاطر تعلق وجوب به آن ، انجام می دهد .»^{۳۸۲}

به عنوان مثال های دیگر ، در دو قضیه ی «احترام مؤمن واجب است» و «وفا به عقد لازم است» ، وفانمودن و احترام گذاشتن هر دو عملی هستند که از مکلف در رابطه با مؤمن و عقد (موضوع حکم) خواسته شده است . البته گاهی متعلق حکم و موضوع یک چیز می باشد . مثلاً در قضیه ی «نماز واجب است» ، نماز هم موضوع حکم شرعی است و هم متعلق حکم .

^{۳۸۱} «... و هو [الموضوع] الامر الذی رتب الحکم الشرعی علیه ...» : غروی نائینی ، **فوائد الاصول** ، ج ۴ ، ص ۳۸۹ .

^{۳۸۲} صدر ، **دروس فی علم الاصول** ، الحلقة الاولى ، ص ۱۵۸ .

نکته ی دیگر اینکه گاه موضوع حکم شرعی ، خود حکم شرعی است ، لکن چون حکمی از شریعت بر آن نهاده شده و به آن تعلق گرفته است ، آن را موضوع حکم شرعی می نامند . به عنوان مثال در قضیه ی «نجاست بدن یا لباس ، نماز را باطل می نماید» . نجاست بدن ، موضوع حکم بطلان می باشد با این خصوصیت که خود یک حکم شرعی می باشد . چرا که نجاست ، اعتباری از اعتبارات قانونگذار می باشد .

در رابطه با تعریف مصداق موضوع می توان گفت که مصداق موضوع آن چیزی است که موضوع حکم بر آن منطبق می گردد. زمانی که حکم بر مصداق موضوع قرار دارد ، این مصداق می تواند کلی و یا جزئی باشد ، زمانی که مصداق جزئی است ، یک قضیه شخصی را تشکیل می دهد که موضوع آن جزئی حقیقی است . در این حالت موضوع از مصداق جدا نیست و به همین دلیل به موضوع این قضایا مصداق گفته نمی شود . به عنوان مثال زمانی که گفته می شود « زید مرتد است » در این حالت باز هم زید را موضوع حکم می دانیم (و نه مصداق جزئی موضوع منکر ضروری دین) . همین طور است زمانی که مصداق ، کلی باشد ؛ مثلاً در قضیه ی « قائلین به تجسیم کافرنند » ، قائلین به تجسیم موضوع نیست ، بلکه مصداق کلی « منکر ضروری دین » است . اما چون از موضوع جدا نیست ، آن را موضوع می نامیم .^{۳۸۳}

خلاصه این که موضوع ، مصداق موضوع و مصداق متعلق حکم ، نهاد هایی هستند که توسط شارع برای حکم تعیین می گردند و نسبت به حکم تقدم رتبی دارند ، چرا که محل فعلیت یافتن حکم هستند .

یک خاصیت بسیار مهم و کلیدی که در رابطه با موضوع و متعلق حکم می توان بیان نمود این است که همانگونه که برخی^{۳۸۴} به آن اشاره نموده اند، موضوع و متعلق حکم همواره ثابت هستند و زمان و مکان بر آن ها تأثیری ندارد. ولی مصداق موضوع و مصداق متعلق حکم توسط قانونگذار- از آن جهت که قانونگذار است - تعیین نمی گردد و فقیه نیز در صورت نیاز برای تعیین باید به اسنادی

^{۳۸۳} علیدوست ، فقه و عرف ، ص ۳۵۸ .

^{۳۸۴} همو ، نظرات کارشناسانه فقیه در موضوعات احکام ، ص ۴۷ .

غیر از کتاب و سنت و اجماع و عقل مراجعه نماید . و گاهی از عرف و گاهی از نظر کارشناس و گاهی از دانش های بشری و ... کمک بگیرد .

در واقع نکته مبنایی سخن ما این است که این مصادیق هستند که متأثر از شرایط زمان و مکان و ظرفیت های گوناگون می باشند ، که به تسامح و یا به اشتباه با عنوان موضوع از آن یاد می شود .
ما در ادامه بحث با توجه به تبیین مطلب فوق ، زمانی که حکم بر مصداق بار شده است تسامحاً از آن با عنوان موضوع یاد خواهیم نمود و نه مصداق موضوع .

بند دوم : اقسام موضوعات فقهی

موضوعاتی که احکام بر آنها بار می شود ، به دو دسته کلی تقسیم می شوند :

۱- موضوعات شرعی که مخترعات شارع هستند که گاه ممکن است ریشه در عرف داشته باشند. اما در لسان شارع گاه با محتوایی خاص مورد عنایت قرار گرفته اند ؛ مانند صلاة و حج ، خمس و ... که شرع در معنای لغوی آنها تصرف کرده است و در مفهومی جدید ، به کار برده است . و گاهی نیز همان معنای عرفی با شکل و شرایطی جدید مصطلح شارع شده است . موضوعاتی از قبیل «وطن» در باب صلاة و صوم ، «فقیر» در باب مستحقین زکات ، «وقت بلوغ» در باب واجبات ، مفهوم «مسافر» در باب صلاة و صوم و یا مفهوم «زوجیت» در باب نکاح و ... از همین قبیل است .

نکته ی قابل توجه اینکه برخی از فقهاء این قسم دوم را در ذیل موضوعات عرفی قرار می دهند ، چرا که شارع تنها در معنای عرفی تصرف نموده است و از مخترعات شرعی نمی باشند^{۳۸۵} و اقدام شارع را در جهت تنقیح معنای عرفی دانسته اند ، به دلیل اینکه محدوده ی معنای عرفی این واژه ها

^{۳۸۵} امام خمینی در رابطه با معنای زوجیت می فرماید : « فَأَنَّ الزَّوْجِيَّةَ مِنَ الْأُمُورِ الْعَقْلِيَّةِ وَمِنَ الْإِعْتِبَارَاتِ الَّتِي يَكُونُ أَسَاسُ الْحَيَاةِ الْاجْتِمَاعِيَّةِ وَنِظَامُهَا مُتَوَقِّفًا عَلَيْهَا وَلَا تَكُونُ مِنَ الْمَخْتَرَعَاتِ الشَّرْعِيَّةِ . نَعَمْ إِنَّ الشَّرَائِعَ قَدْ تَصَرَّفَتْ فِيهَا نَوْعَ تَصَرُّفَاتٍ فِي حُدُودِهَا لِأَنَّهَا اخْتَرَعَهَا ، بَلْ اتَّخَذَ الزَّوْجَ وَتَشْكِيلَ الْعَائِلَةِ مِنْ مَرْتَكِزَاتٍ بَعْضُ الْحَيَوَانَاتِ أَيْضًا » : خمینی ، **انوار الهداية في التعلیقة على الكفاية** ، ج ۱ ، ص ۲۰۸ .

مشکوک است، نه اینکه شارع در صدد بیان عرفی برای خود (عرف شارع) در موضوع باشد^{۳۸۶} و بنابراین اساساً آن را در ذیل موضوعات عرفی و در مقابل موضوعات شرعی قرار داده اند. همچنین که صاحب جواهر در شرح عبارت محقق حلی در مورد تعریف همسایگان می نویسد:

« شاید این معنا که همسایگان را به چهل ذراع تحدید کرده است با آن معنای اول (که فهم همسایگان را به عرف واگذار کرده) منافات نداشته باشد. چون روشن است که این تحدید (تحدید شدن همسایه به چهل ذراع) مفهوم عرفی است، همان طوری که در مواردی مانند «وجه»، «مسافت» و امثال آن عادت شرع بر این قرار گرفته است که در مفهوم آنها دخالت نماید و آنها را تعریف کند، چون معنای عرفی آنها مشکوک است و این ایجاد معنای جدید از طرف شرع و یا داخل نمودن چیزی که از نظر عرف خارج است، و یا خارج نمودن چیزی که از نظر عرف داخل است، نمی باشد^{۳۸۷}.

این رویکرد موجب شده است که به ناچار بابی را با عنوان رویکرد شارع نسبت به موضوعات عرفی مطرح نمایند^{۳۸۸} و چهار رویکرد (امضاء، نفی، اصلاح و سکوت) را برای شارع تعریف نموده و الفاظ مزبور را در ذیل عنوان «رویکرد تصحیح شارع نسبت به موضوعات عرفی» بررسی نمایند.

اما به نظر می رسد که زمانی که شارع در مفهوم و یا مصداق موضوعی عرفی تصرف می نماید در واقع در آن موضوع و باب خاص، عرف را واجد صلاحیت برای قضاوت نمی داند. بنابراین همانگونه که در رابطه با محدوده ی مصطلحات شرع نیز بیان داشتیم زمانی که موضوعی شرعی،

^{۳۸۶} شهید اول در رابطه با ماهیت موضوعاتی که عرفی هستند و شارع نسبت به آنها رویکرد تصحیحی دارد می نویسد:

« در اموری که حدود آن ها عادتاً بر مردم پنهان است، روش شریعت بر آن است که برای آنها حدود و ضوابطی روشن تعیین نماید و از آن جمله است... قرار دادن عقل از شرایط تکلیف. : مکی عاملی، محمد بن جمال الدین (شهید اول)، القواعد و الفوائد، قم: منشورات مفید، بی تا، ج ۱، ص ۲۷۸.

^{۳۸۷} « و لعلّه غیر مناف للاول ضرورة انه تحدید للعرف بذلک، کما هی عادة الشارع فی مثل ذلک، کالوجه و المسافة و نحوهما مما یشک فی بعض الافراد منها، بعدم معرفة التحقيق فی العرف علی وجه یعلم الداخل فیه، و الخارج عنه فیضبطه الشارع الذی لایخفی علیه الشئ بما هو حد له فی الواقع، و لیس ذلک منه معنی جدید، و لا ادخال لما هو معلوم الخروج فی العرف و بالعکس»: نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۲۸، ص ۴۲.

^{۳۸۸} علوی، عرف و عادت در حقوق اسلام و ایران، ص ۱۵؛ برجی، یعقوب علی، «زمان و مکان و دگرگونی موضوعات احکام»، مجموعه آثار کنگره بررسی مبانی فقهی امام خمینی، ج ۴، ص ۷۹-۷۸.

ریشه در عرف داشته باشد مانند موضوع «وجه» در وضو، اما شارع در مفهوم آن تصرف نموده و حدود و قیودی را برای آن تعیین می نماید، در واقع آن را در عرف خود وارد نموده است و با توجه به اصل تقدّم عرف شارع بر سایر عرف ها، در آن باب خاص، مثلاً باب وضو، برای معنای «وجه»، عرف، واجد صلاحیت برای قضاوت نخواهد بود اما در اینکه آیا این معنای شرعی از «وجه» به سایر ابواب نیز سرایت دارد و یا خیر، اشاره نمودیم که در سایر ابواب تعبّد نسبت به عرف شارع نیازمند قرینه خواهد بود.

خلاصه اینکه در رابطه با موضوعاتی که هرچند از مخترعات شرع نیستند، لکن تعبّد و اعتباری خاص از ناحیه ی شارع در مورد آنها صورت گرفته است، بر خلاف نمای عرفی اش، در نهایت باید آن را شرعی دانست. موضوعاتی مثل «فقیر»، «غنی»، «استبراء حیوان نجاست خوار» و ... از جمله عناوینی هستند که در شریعت اسلام موضوع احکامی قرار گرفته و فقیهان زیادی به تعیین محدوده و مرزهای این عناوین پرداخته اند و تنها توجیهی که بر این حرکت فقیهان وجود دارد تعبّدی بودن این عناوین در آن ابواب فقهی است.

۲- موضوعات عرفی که در مقابل موضوعات شرعی قرار دارند و برآمده از عرف عام و یا خاص می باشند. بدون اینکه شارع در آنها اصطلاحی خاص به وجود آورده باشد و آن را در معنای ویژه ی محاوره خویش استعمال کرده باشد. مانند عناوین معاملات، که شارع به تبیین آنها نپرداخته و تنها به تشریح حکم اکتفاء نموده است. در این موارد عرف تنها مرجع شایسته شناخت و تعریف این عناوین می باشد.

محقق اردبیلی در رابطه با موضوعات عرفی می نویسد:

«در فقه بیشتر موضوعات، از جمله موضوعات عرفی هستند که برای تشخیص

معنای آنها باید به عرف رجوع نمود.»^{۳۸۹}

بسیاری از قواعد اصولی و فقهی و احکام شرعی مستند به ظاهر آیات و روایات می باشند و شایسته ترین مرجع برای تشخیص ظاهر، عرف است.

^{۳۸۹} مقدس الاردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان، ج ۱۰، ص ۱۳۵.

همچنان که صاحب جواهر الکلام نیز می گوید :

«إنه [العرف] المرجع فی کل ما لیس له حقيقة شرعیة».^{۳۹۰}

گفتار دوم : عرف مرجع در تشخیص مفهوم و مصداق موضوعات عرفی

همانگونه که قبلاً نیز اشاره شد عرف عوامانه در تشخیص معنای موضوعات عرفی در احکام شرعی ، غیر قابل استناد است و ارزشی ندارد . از این عرف در لسان فقها ، تعبیر به «عرف تسامحی» شده است و ما نیز در بحث تقسیمات عرف به آن اشاره نمودیم و آن را در مقابل «عرف دقیق» دانستیم .

صاحب جواهر الکلام در رابطه با جایگاه عرف تسامحی در تشخیص معانی موضوعات احکام شرعی می گوید :

«هر گاه از روی تسامح عرفی ، کلمه ای در معنایی بکار برده شد ، خطابه‌های

شرعی بر آن معنی حمل نمی شود زیرا بدیهی است که با چنین کاربردی

حقیقت عرفیه درست نمی شود».^{۳۹۱}

حال سؤال قابل طرح این است که راه رسیدن به نظر عرف و حاصل دقت در مورد تشخیص مفهوم و مصداق چیست؟ به عبارتی کشف نظر عرف و راه رسیدن بدون تسامح به مصادیق -با همه ی اهمیتش در متون اصولی و فقهی - چیست ؟ آنچه حاصل تحقیق برخی محققین در این زمینه است ، این است که :

« پی جویی در نصوص دینی و متون فقهی ، محقق را به راه ویژه و تعبّدی

خاص در کشف مفاهیم عرفی نمی رساند . قانونگذار اسلام رویّه و عرف

خردمندان را در فهم مفاهیمی که با آن درگیر هستند ، پذیرفته است و از

مشرّعان اِعمال این رویه را در کشف حدود و جوانب مفاهیمی که موضوع

^{۳۹۰} نجفی ، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام ، ج ۱۴ ، ص ۳۰۵ .

^{۳۹۱} «التسامح العرفی فی الاطلاق لا تحمل علیه الخطابات الشرعیة ضرورة عدم صیورته حقيقة عرفیة » : همان ، ص ۳۱۱ .

احکام شرعی است، خواسته است. طبیعی است که وضوح و خفای مفاهیم عرفی یکسان نیست. از این رو در شریعت اسلام و دانش اصول فقه برای فرض عدم وضوح معنا و اجمال مفهوم نیز قواعد و ضوابطی تعبیه گردیده است.^{۳۹۲}

این قواعد و ضوابط در بحث شبهات مفهومی و مصداقی قابل پیگیری می باشد. علاوه اینکه ما در فصل اول، در بخش تبیین تقسیمات عرف، در یکی از تقسیمات، عرف را به عرف متخصص و غیر متخصص تقسیم نمودیم؛ مفهوم «سود و ربح»، «خسران و ضرر» و «عسر و حرج» و برخی مفاهیمی از این دست، گاه مصادیقی دارند که چالش انگیز و نیازمند به دقت است، در این حالت نمی توان داوری توده غیر آشنا به واقع را، ملاک قرار داد. مثلاً در اقتصاد ناسالم و تورم غیر معمول، تشخیص سود و زیان، به سادگی تشخیص این دو، در نظام صحیح اقتصادی نیست، از این رو نیازمند نظر و داوری عموم متخصصین در اقتصاد، خواهیم بود.

بنابراین اگر چه عرف تسامحی در هیچ حالی مورد استناد قرار نمی گیرد اما نباید فراموش کرد که در مواردی عرف توده مردم عاقل و دقیق نیز پاسخگو نخواهد بود بلکه لازم است تا به عرف متخصص و کارشناس رجوع شود. اساساً تفکیک این دو عرف (عرف کارشناس و غیر کارشناس) از یکدیگر و استفاده ی به جا از هر کدام، کاری ضروری در اجتهاد می باشد که متأسفانه مورد غفلت برخی قرار گرفته است.

گفتار سوم: تحلیل اندیشه ی «عرفی شدن دین»

از دیر باز بحث درباره ی حجّیت، دلالت و دیگر مباحث مربوط به منابع فقه، از اهمّیت و حسّاسیت زیادی برخوردار بوده است، زیرا فقهاء بر این نکته آگاه بودند که کوچکترین چشم پوشی و سهل انگاری در باب شریعت، لغزش به سوی «عرفی شدن»^{۳۹۳} دستگاه فقه و حقوق و احکام و فروع آن را در پی خواهد داشت؛ لذا با وجود تمامی اختلاف ها، به هنگام بحث از اجماع، عقل، قیاس، عرف، استحسان، مصالح مرسله و... همواره بر این بودند که جانب احتیاط را نگاه دارند.

^{۳۹۲} علیدوست، فقه و عرف، ص ۳۹۵.

^{۳۹۳} Secularization .

بحث در باب عرفی شدن دین که امروزه در «جامعه شناسی دین» و «جامعه شناسی فقه و حقوق» مورد بررسی و بحث قرار می گیرد ، اگر چه نیازمند پژوهش و نوشتاری نکته سنجانه و فربه ترمی - باشد اما در این مجال با توجه به اقتضاء کلام بنا داریم تا در بحثی مختصر ، به شناخت و بررسی آن بپردازیم .

اساساً در رابطه با ضرورت و لزوم وجود پدیده ی عرف در دستگاه فقه دو دیدگاه کاملاً متضاد وجود دارد :

برخی آن را لازم و ضروری می دانند و معتقدند برای همسو شدن دین با تحولات اجتماعی و اقتضائات زمانه لازم است تا عرف را در آموزه های فقهی و حقوقی وارد سازیم و بدین دین را همسو با تحولات اجتماعی نماییم .

برخی دیگر اساساً با ورود پدیده ی عرف مخالف هستند چرا که معتقدند که حکم هر امری را می توان با رجوع به دین بدست آورد و اساساً نیازی به ورود عرف در دین نیست ، و در صورت بکارگیری عرف در آموزه های دین ، دین را به سمت نابودی سوق داده ایم .

در بررسی مبانی هر دو دیدگاه فوق ، می بینیم که صاحبان آنها در رابطه با تعریف و تبیین سه مفهوم دچار اشتباه شده اند :

۱. معنای تاثیر عرف در دستگاه فقه

۲. حوزه شریعت و دین

۳. حوزه و میدان عمل عرف

دیدگاهی که بر لزوم عرفی نمودن دین تاکید دارد ، بر اساس سه مبنا سخن می گوید :

۱) این اندیشه ، ناشی از تعبیر و تفسیر اشتباهی است که برخی در رابطه با تاثیر عرف در احکام دارند ، و نقش عرف را مساوی با تاثیر ذوق و سلیقه ی مردمان در هر زمان دانسته اند که هرزمانی متفاوت با زمان دیگر خواهد بود .

۲) در این اندیشه ، دین (religion) به گونه ای خاص تعریف شده است و عبارت است از دستگاهی همبسته از باورها و اعمال مربوط به امور مقدّس (sacreds) ، یعنی اموری مجزا از امور

عادی . در واقع در این دیدگاه، دین محدود به اموری مبهم دانسته شده است و دامنه شریعت را تا حد این امور کوتاه تصوّر نموده است .^{۳۹۴}

این اندیشه با این مبانی می کوشد تا به عرف ها و عادات - به صرف عرف و عادت بودن - رسمیت بخشیده و حوزه ی تشریع را به چند امر مبهم محدود دارد و با راهبرد هایی هم چون ترویج اندیشه ی ترقیق و تلطیف شریعت و ترویج هرمنوتیک و رسمیت دادن به قرائت های مختلف ، به ذوق و سلیقه ی مردم هر زمانه ای اصالت بخشد ، تا بدین گونه دین را همسو با تحولات اجتماعی به پیش برد .

۳) علاوه اینکه صاحبان این عقیده وجود موضوعات عرفی و دخالت عرف در گستره احکام شرعی فقه اسلام را ، گواهی آشکار بر صحت این رویکرد نسبت به دین دانسته شده است . همچنین تقسیم احکام به تأسیسی و امضایی و تفسیر امضاء به پذیرش و تصحیح عرف رایج نیز شاهدی بر وجود چنین بستری در خود دین تلقی می شود . به ویژه اینکه احکام تأسیسی را نیز نوعاً به عبادات (فقه العبادة) - اگر چه آن نیز از دست اندازی عرف درامان نمانده است - محدود می کنند و بدین گونه میدان عمل عرف را گسترده تر می سازد . همچنین ارجاع بسیاری از قواعد و احکام فقهی به عرف ، سکوت فقه در (ما لا نص فيه) در بسیاری از موارد ، چه درباره ی پدیده ها و مسایل زمان گذشته و چه در زمان کنونی (قضیة فی الواقعة) و ... همه جلوه هایی از تجلی عرف در دین هستند، و در دیدگاه مزبور بحث از آنها ابزاری در جهت عرفی کردن دستگاه فقه بشمار می رود .

با توجه به قاعده ی «لطف» در گفتاری کلی ، برای لزوم عرفی شدن دستگاه فقه و حقوق اسلامی اینگونه استدلال می شود که با توجه به زیرساخت های اجتماعی و انسانی دستگاه فقه و حقوق اسلام و این که همه یا بسیاری از قواعد و احکام شرعی بر مدار مصالح بشری - که خود دلیل اصلی لزوم عرفی شدن دین در دیدگاه فوق قلمداد می شود - قرار گرفته است ، از لطف خداوند به دور است که حکمی بر خلاف مصالح بشری تنفیذ نماید ؛ لذا می توان به تأسیس نوعی تئولوژی عقلانی یا

^{۳۹۴} اقتباس از : جبار گلباغی ماسوله ، در آمدی بر عرف ، ص ۱۰۱ - ۹۴ .

طبیعی دست یافت که احکام نه از طریق توسل به نصوص فقهی - حقوقی ، بلکه با روی آوردن به فلسفه ی اصلی احکام (یعنی مصالح و ارزش های بشری و مفاسد) استنباط و به دست آورده شود که در نتیجه به تدریج قانون طبیعی بر جایگاه قانون الهی تکیه خواهد زد . این فرایند نه تنها از طریق فلسفه ی احکام ، بلکه حتی می تواند از درون خود نصوص و با توسل به چند مرحله تنقیح مناط که خود یکی از ابزار های عرفی شدن است ، صورت پذیرد .^{۳۹۵} یعنی از درون شرع به چنین فرایندی نائل آید و بدین طریق دین را پویا و پویا تر نموده و همسو با زمانه به پیش برند تا محو و نابود شود !

در حالی که پویایی شریعت و انطباق آن با تغییرات زمان را نباید به گونه ای توجیه و تفسیر نمود که سبب از بین رفتن احکام اسلام شود و اساساً آدمی نباید تا این حد متجری شود که خود را همسان خداوند قادر به درک تمامی مصالح و مفاسد واقعی امور بیابد ، تا فلسفه وجود و ظهور دین را اینگونه زیر سوال برد. البته این دیدگاه همانگونه که در ابتدا اشاره شد به واسطه ی کجی در مبانی و تعریف و تصویری است که از دین و توانمندی آن و عرصه و گستره ی ظهور آن وجود دارد. علاوه اینکه دخالت عرف رامساوی با دخالت ذوق و سلیقه ی مردم هر عصر و زمان دانسته است .

در یک پاسخ کوتاه به این دیدگاه باید گفت که اگر چه ما نیز اصل وجود و ظهور پدیده عرف را در دایره احکام می پذیریم اما اساساً پذیرش عرف در فقه به معنای عرفی نمودن احکام آن نخواهد بود .

در مقابل این دیدگاه ، همانگونه که اشاره شد ، گروه دیگری نیز قرار دارند . اینان معتقدند که احکام شرع و دین منحصر به نماز و روزه و عبادات نبوده و بلکه همه اقوال و افعال ما لابد تحت یکی از احکام خمس مندرج است ، و شمولیت مطرح در دین نسبت به هر عمل و حرکتی تا بدان جاست که قبل از هر اقدام پیش تر باید حکم آن را از شریعت جستجو کرد خواه امور دولتی و سیاسی و خواه عبادات و معاملات باشد . در این اندیشه تفکیک امور به شرعی و عرفی و نظامات دولتی مجال بروز

^{۳۹۵} همان ، ص ۱۱۲ .

ندارد.^{۳۹۶} و ورود عرف با توجه به تفسیر آن به ذوق و سلیقه مردمان اساساً موضوعیت نخواهد داشت . در واقع صاحبان این دیدگاه بدون تغییر موضع در باب معنای تاثیر عرف در دستگاه فقه ، تنها به تبیین حوزه شریعت پرداخته و سعی نموده اند تا مسئله ضرورت حضور عرف را با وسع تصور نمودن دایره شریعت متفی بدانند .

حال در تبیین و بیان مناقشات مطرح در باب دو اندیشه فوق در گام اول باید به بررسی مفهوم صحیح و نا صحیح زمان و مکان در بحث مزبور پردازیم و مفهوم زمان و مکان را ، زمانی که به عنوان دو عنصر مطرح در عرف و تأثیر گذار در اندیشه ی فقیه در استنباط احکام مطرح می باشند ، بررسی کنیم ، بعد از آن در رابطه با نحوه ی تأثیر گذاری زمان و مکان (که در غالب تحول عرف خود را نشان می دهد) در تغییر احکام به ارائه بحث پردازیم ، که در ذیل این مباحث محتوا و غنای درون دین نیز تا حدودی تبیین خواهد شد .

بند اول : معنای زمان و مکان در بحث مزبور

بحث را با این سؤال آغاز می کنیم که نفس زمان و مکان تا چه حد می تواند در تغییر احکام دخالت داشته باشد ؟

یکی از مباحثی که اساساً با ورود عرف در دین ، راه خطور اندیشه ی امکان عرفی نمودن دین را باز می کند ، پاسخی است که به سوال فوق داده شده است و خود زمان و مکان و تغییر آن ها را ، علت و موجبی برای تغییر حکم دانسته است . در حالی که باید اشاره نمود که معنای زمان و مکان در عبارت «تأثیر تغییر زمان و مکان بر تغییر حکم» ، نفس زمان و مکان نمی باشد تا صرفاً گذشت زمان را علتی برای تغییر حکم قلمدار نماییم ، بلکه شرایط زمانی و مکانی مطرح است ، بنابراین اگر دو زمان از حیث وضعیت یکسان باشند ، در آن صورت تغییر حکم معنایی ندارد . در واقع شرایط و تحولات اجتماعی ، علمی ، فرهنگی ، اقتصادی ، سیاسی و نظامی و موقعیت تاریخی یک جامعه که در ظرف زمانی و یا مکان بوقوع پیوسته است ، باعث می شود که موضوع حکم دو اعتبار داشته باشد ، به اعتبار

^{۳۹۶} تبریزی ، محمد حسین ، کشف المراد من المشروطه و الاستبداد ، تهران : بی نا ، ۱۳۲۵ق . به نقل از زرگری نژاد ، علامحسین ، رسائل مشروطیت ، موسسه تحقیقات و توسعه علوم انسانی ، ۱۳۸۷ش .

وجود شرایطی در گذشته حلیّت و شرایطی جدید در زمان دیگر حرمت بر او بار می شود . علاوه اینکه این تغییر که بنا به اعتبارات مختلف زمانی و مکانی در مفهوم و مصداق موضوع و به تبعیت آن در حکم رخ می دهد ، به لایتغیر بودن و پایدار بودن احکام نیز لطمه وارد نمی سازد چون با دو اعتبار مختلف صورت گرفته است .

در رابطه با تبیین مفهوم صحیح زمان و مکان در تغییر احکام می توان به روایتی از امام صادق در کتاب فروع کافی ، استناد جست :

امام صادق می فرماید :

« لَأَنَّ حَكْمَ اللَّهِ عَزَّوَجَلَّ فِي الْأَوَّلِينَ وَالْآخِرِينَ وَفَرَائِضَهُ عَلَيْهِمْ سَوَاءٌ أَلَا مِنْ عِلَّةٍ
أَوْ حَادِثٍ يَكُونُ وَالْأَوَّلُونَ وَالْآخِرُونَ أَيْضًا فِي مَنَعِ الْحَوَادِثِ شُرَكَاءُ وَفَرَائِضُ
عَلَيْهِمْ وَاحِدَةٌ يَسْأَلُ الْآخِرُونَ عَنْ آدَاءِ الْفَرَائِضِ عَمَّا يَسْأَلُ عَنْهُ الْأَوَّلُونَ وَيَحَاسِبُونَ
عَمَّا بِهِ يَحَاسِبُونَ » .^{۳۹۷}

در این روایت اشاره به دینی کامل شده است که برای هر زمان و در هر شرایط حکم مناسب دارد. در واقع توجه شارع به وجود اقتضائات زمانی و مکانی متفاوت در جوامع ، در شاکله ی احکام (حکم شرعی را بر موضوعی عرفی بار نموده است) ، ستودنی است و یکی از رازهایی جاودانگی دین نیز همین ترتب حکم شرعی بر موضوعات عرفی است .

بند دوم : نحوه ی تاثیر گذاری زمان و مکان

اشاره شد که رابطه ی حکم و موضوع رابطه ی معلول و علت است و هیچ حکمی بدون موضوع تشخّص ندارد . بنابراین وقتی حکمی در شریعت بر موضوعی جعل می گردد ، بقای حکم به بقای موضوع است . برخی نحوه ی تغییر احکام به مناسبت اقتضائات زمانی و مکانی را ، اینطور بیان می - کنند که :

^{۳۹۷} کلینی رازی ، **الفروع من الکافی** ، ج ۵ ، ص ۱۸ ، کتاب الجهاد ، باب ۱۳ ، ح ۱ : « حکم الهی و تکالیف خداوند در حقّ اولین و آخرین یکسان است ، مگر این که علت یا پدیده ای پیش آید که باعث دگرگونی حکم شود . و نیز همگان نسبت به تغییر حکم ، هنگام پیش آمدن حوادث همانند هستند و واجبات بر همه یکسان است از همانها که پیشینیان سؤال می شوند ، آیندگان نیز سؤال می شوند و مورد محاسبه قرار می گیرند ... » .

«اصولاً تغییر و دگرگونی، خاصّ عینیت‌ها در خارج است و حکم و موضوع

هیچ کدام عینیت خارجی ندارند، بنابراین آنچه تغییر و تحول در آن راه می-

یابد، مصداق خارجی موضوعات و متعلقات احکام می باشد. ^{۳۹۸}»

در واقع تغییر احکام را تنها در حوزه ی مصادیق پذیرفته اند و معتقدند که شرایط زمانی و مکانی موجب می شود که مصداقی در یک زمان حکمی داشته باشد و در زمان دیگر حکم دیگری بر آن بار شود و مصداق موضوعی دیگر قرار می گیرد.

البته برخی از فقهاء مانند آخوند خراسانی^{۳۹۹}، آیه الله خویی^{۴۰۰} این کارایی و توانمندی را برای عرف انکار نموده اند و معتقدند که دلیل معتبری بر مرجعیت عرف در این کاربرد وجود ندارد، علاوه اینکه معتقدند تعلق احکام به طبیعت موضوعات است و نه به مصادیق مورد نظر عرف.^{۴۰۱} در این رابطه باید گفت زمانی که عرف نقش سند و دلیل حکم را ندارد، صرف نبود دلیل نمی تواند مانع بکارگیری عرف شود، و اساساً در مواردی که حکم شرعی معلل و مبتنی بر عرف است و عرف خود موضوعیت دارد، نیازی به اقامه دلیل بر حجّیت آن نیست. همچنین اگرچه احکام به طبیعت موضوعات تعلق دارد، لکن برای طبیعت موضوعات باید یک مصداق عینی وجود داشته باشد تا بستر اجرای حکم برای مکلف فراهم شود، بنابراین ما ناگزیر هستیم که مفهوم حکم را اخذ نموده و آن را در مواردش اجرا نماییم. ما در گذشته بیان نمودیم که اساساً اعتقاد به ثابت بودن موضوعات و احکام مترتب بر آن‌ها به عنوان یک نکته ی مبنایی و تعیین کننده در بحث ما قابل طرح است. چرا که اگر قائل شویم که تغییر حکم به تبع تغییر خود موضوع (و نه مصداق موضوع) بوده است، در این حالت حکم جدید یک تشریع و قانونگذاری جدید محسوب خواهد شد که تنها از طریق اراده خداوند مجال بروز خواهد داشت و فهم عرف در این رابطه موضوعیتی ندارد. فهم عرف تنها در تشخیص

^{۳۹۸} علیدوست، **فقه و عرف**، ص ۴۲۳.

^{۳۹۹} آخوند خراسانی، **تعلیق بر فرائد الاصول** (حاشیه رسائل)، ص ۲۲۷.

^{۴۰۰} خویی، **مستند العروة الوثقی**، قم: انتشارات احیاء آثار خویی، ۱۴۰۰ ق، کتاب زکاة، ج ۱، ص ۲۴؛ غروی

تبریزی، **التنقیح فی شرح العروة الوثقی (تقریرات درس سید ابوالقاسم خویی)**، ج ۱، ص ۲۷۶.

^{۴۰۱} خوئی، **محاضرات فی اصول الفقه**، ج ۴، ص ۱۸۳.

عناوین و موضوعات عرفی تعیین شده از جانب شارع و همچنین تعیین مصادیق آنها می تواند در استنباط احکام به فقیه کمک نماید .

باید پذیرفت که تغییر حکم تنها در محدوده ی مصادیق موضوع قابل تصور است و این تغییر در نتیجه ی تغییر فهم عرف صورت می گیرد و فهم عرف نیز متأثر از شرایط زمانی و مکانی است . بدین شکل که با تغییر شرایط و اقتضائات زمانی و مکانی مصادیق مزبور را منطبق با موضوع دیگری می بیند که حکمی متفاوت با موضوع اول دارد .

با رجوع به گفتار اول همین فصل و مروری دوباره در تعریف موضوع و مصادیق موضوع ، می- بینیم که بسیاری از احکام بر روی مصادیق کلی و یا جزئی موضوع قرار گرفته اند و شاید همین مطلب باعث این تفسیر شده است که : «تغییر حکم» به واسطه ی «تغییر موضوع» (و نه تغییر مصادیق موضوع) حاصل می شود . خود ما نیز بارها این تعبیر را به کار برده ایم . به دنبال این تعبیر ممکن است این تصور ایجاد شود که بنابراین گذر زمان ، می تواند موجب استحاله ی احکام شرعی (تغییر حکم و موضوع) و ذوقی و سلیقه ای شدن آن شود و همان ادعای استقلال عرف در استنباط احکام که تعبیر دیگری از عرفی شدن دین است را در پی داشته باشد .

البته یک راهبرد خزننده به سوی عرفی نمودن دین که با عنوان « هرمونوتیک » و « دانش فهم متون » مطرح می باشد ، قائل به ثبات موضوع و حکم شده است و در این بخش قابل خدشه نیست ، اما در مرجعی که برای تفسیر و تشخیص مفهوم و مصادیق موضوع معرفی کرده است ، بر خلاف آنچه ما در تعیین عرف مرجع ، بیان نمودیم ، به فهم های مختلف اعتبار بخشیده و آن فهم را نیز صرفاً متأثر از ذهنیت و شخصیت فکری و ذوقی هر فردی دانسته است . و بدین ترتیب پای تشریع و مقصود و اراده شارع را در احکام شرعی کوتاه نموده است .

گفتار چهارم: نحوه دگرگونی موضوعات عرفی با تغییر شرایط زمانی و مکانی

در ضمن گفتار های قبل اشاره نمودیم که عرف در موضوع و متعلقات حکم به دو شکل نقش آفرینی می کند :

۱. یا در تطبیق مصادیق موضوع بر مفاهیم به کار گرفته می شود

۲. ویا در تشخیص موضوع و فهم مفهوم موضوع مورد استناد قرار می گیرد.

با توجه به این دو راه باید اشاره نمود که تغییر حکم مصادیق موضوعات عرفی نیز به دو صورت رخ می دهد:

طریقه اول)

با تغییر عرف ممکن است ، مصداقی که تا دیروز در ذیل موضوعی قرار داشت و از مصادیق آن به شمار می رفت ، امروز دیگر جزء مصادیق آن موضوع قرار نداشته باشد . گاهی تغییر زمان و مکان موجب می شود که فهم عرف در تطبیق مفهوم به مصداق تغییر نماید و بدون اینکه مفهوم موضوع تغییر کند ، مصداق مزبور را ، مصداق آن موضوع نداند و آن را مصداق موضوع دیگری که حکم دیگری دارد تشخیص دهد. و همین نکته است که احکام اسلامی را با دانش بشری هماهنگ و آن را جاویدانه و فراگیر می کند .

به عنوان مثال در دگرگونی مصداق ؛ در قضیه ی « فروش سلاح به دشمنان دین ، حرام است » ، روشن است که مصادیق سلاح در زمانها و مکانهای مختلف ، متفاوت است . بنابراین وسیله ای که در گذشته سلاح محسوب می شد ولی امروزه سلاح به حساب نمی آید ، مشمول حکم حرمت نخواهد بود .^{۴۰۲} علاوه اینکه با توجه به آنچه در بخش اول همین فصل در تعریف موضوع و مصداق آن بیان نمودیم ، در همین قضیه ی مزبور ، موضوع ، در واقع خود مصداق کلی عنوان «مساعدت به دشمن دین» می باشد که فروش سلاح یکی از مصادیق آن کلی می باشد، بنابراین هر آنچه مساعدت و یاری به دشمنان دین محسوب شود ، به واسطه ی این قضیه ، حرمت دارد و ممکن است مصادیق مساعدت به دشمن با توجه به تغییر زمان و مکان تغییر نماید .

آیه الله خوئی به مناسبتی بیان نموده اند که :

« احکام دایر مدار عناوینی هستند که در موضوعاتشان اخذ شده است ، و هنگامی که عنوان زایل شود ، ناگزیر حکم نیز زایل می گردد . در صورتی که

^{۴۰۲} خمینی ، روح الله ، **المکاسب المحرمه** ، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی ، ج ۱ ، ۱۳۷۴ ش ، ج ۱ ، ص ۵۲ .

عنوان خمر از آنچه حکم حرمت به آن تعلق گرفته زایل شود، و عنوان دیگری پیدا کند، حکم به عدم نجاست و حرمت آن می شود».^{۴۰۳}

در واقع می توان گفت اثری که تغییر شرایط زمانی و مکانی دارد، این است که موجب تغییر حکم مصادیق از طریق توسعه و یا تضییق مصادیق موضوع می شود چرا که مثلاً مصادیق مساعدت به دشمن تحت تاثیر شرایط و اقتضائات متفاوت زمانی و مکانی در جوامع تغییر می نماید و چیزی که در گذشته تحت این عنوان قرار داشت ممکن است امروزه عنوان مساعدت به دشمن بر آن صدق نکند (از نظر عرف). و مثال های فراوانی در این زمینه وجود دارد که فقهاء در استنباطات خود به این موضوع توجه داشته اند که در اینجا به ذکر چند نمونه بسنده می شود:

۱) در باب عنوان جعاله که عبارت است از متعهد شدن شخص به پرداخت دستمزد معلوم در برابر عمل معلوم می بینیم که امروزه این حکم در مصادیقی همچون تعهد در برابر اکتشاف معدن و اجرای پروژه های خاص تأسیساتی و عمرانی توسعه یافته است که در گذشته مطرح نبوده است.

۲) در باب ممنوعیت احتکار؛ بعضی از فقهاء بدون توجه به اقتضائات زمانی، احتکار را تنها در مواد غذایی و آن هم تنها چند نوع (مثلاً گندم، جو، خرما، کشمش ...)، محدود کرده اند^{۴۰۴}، در حالی که می توان گفت، احتکار محدود به مواد غذایی نیست، چون معیار و ملاک تشریع آن، نجات مردم از تنگناهای اقتصادی به هنگام سختی و شدت است. در واقع موضوع حکم احتکار عنوانی است که نسبت به تمام آن چیزهایی که مردم را در تنگنای اقتصادی قرار دهد، شمولیت دارد لکن مصادیق این عنوان در گذشته، بیشتر مواد غذایی و آن هم چند نوع خاص بوده است.

۳) در رابطه با تحریم خرید و فروش خون، فقهای همچون علامه حلی^{۴۰۵} و محمدجواد حسینی عاملی^{۴۰۶} در فتاوی خود مبنی بر تحریم خرید و فروش خون، بر نداشتن مالیت تکیه نموده اند.

^{۴۰۳} خوئی، التنقیح فی شرح العروة الوثقی، ج ۴، ص ۱۹۱.

^{۴۰۴} جبعی عاملی، زین الدین علی ابن احمد (شهید ثانی)، شرح لمعه الدمشقیة، ج ۶، کتاب متاجر، ص ۱۶۳.

^{۴۰۵} اسدی، ابو منصور حسن بن یوسف مطهر (علامه ی حلی)، نهایة الاحکام فی معرفة الاحکام، قم: مهدی رجایی، ۱۴۱۰ ق، ج ۲، ص ۴۶۳.

^{۴۰۶} حسینی عاملی، مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة، ج ۴، ص ۲۰.

امام خمینی می فرماید:

«حرمت تکسب به وسیله ی نجاسات دائر مدار عدم جواز انتفاع می باشد و درواقع حکم حرمت خرید و فروش خون را در فتاوی فقها از باب آنکه مصادق موضوعات بی ارزش و فاقد مالیت است، می داند».^{۴۰۷}

در حالی که اساساً مصادیق مالیت و منفعت عقلایی و حلال داشتن و یا نداشتن، بستگی تام به شرایط زمانی و مکانی دارد. بنابراین برخی فقهاء همچون آیه الله خوئی، با توجه به نکته ی مزبور معتقدند که دلیلی بر حرمت خرید و فروش خون - چه پاک و چه نجس - وجود ندارد، نه حرمت وضعی و نه حرمت تکلیفی.^{۴۰۸}

لازم به ذکر است که در کتاب های فقهی موارد زیادی را به عنوان انواع دگرگونی و تحول موضوع بیان می دارند اما با کمی تأمل و تحقیق می توان دید که تمام راه های دیگر همگی بیان دیگری از شیوه های تغییر مصادیق موضوع هستند؛ به عنوان نمونه می توان به موارد زیر اشاره کرد:

(۱) «تغییر در ویژگی ها و صفات موضوع» از جمله انواع تحوّل در کنار تغییر مصادیق ذکر شده که در ذیل آن مثال حکم شراب را زمانی که سرکه شود، بیان می دارند. در حالی که شراب زمانی که سرکه شود، اساساً عنوانش تغییر نموده و موضوع دیگری خواهد بود نه اینکه ویژگی های موضوع تغییر نموده باشد.

(۲) «استحاله و تبدیل موضوع» از جمله عوامل دیگری است که در کنار تغییر مصادیق، موجب تغییر حکم دانسته شده است و برای آن مثال تغییر حکم مردار سگ در زمین شوره زار را ذکر نموده اند. در حالی که می توان گفت اساساً تغییر حکم مردار سگ به این علت است که زمانی که در شوره زار قرار داشته باشد عنوان آن از مردار سگ تغییر نموده و در ذیل مصادیق عنوان دیگری به نام (نمک) قرار گرفته است که حکم آن حلیّت است. بنابراین در این مثال خود موضوع تغییر ننموده و حکم مردار سگ همواره حرمت می باشد.

^{۴۰۷} خمینی، **المکاسب المحرمه**، ج ۱، ص ۳۷.

^{۴۰۸} خوئی، ابوالقاسم، **مصباح الفقاهة فی المعاملات**، تقریر میرزا محمد علی توحیدی، بیروت: دارالهادی، بی تا، ج ۱، ص ۵۴.

۲) « تغییر در ملاک موضوع » به عنوان شکلی از دگرگونی موضوع بیان شده و در ذیل آن عنوان « مجسمه سازی » مثال آورده شده است که اگر چه شکل این عمل در گذشته و حال تفاوت نداشته است اما ملاک عمل تغییر نموده و اینگونه موضوع دگرگون شده است.^{۴۰۹} اما ما با مبنایی که ارائه نمودیم مثال مزبور را اینگونه تفسیر می کنیم که ، اولاً مجسمه سازی یک مصداق جزئی از عنوان « اشاعه شرک » است و حکم اشاعه شرک همواره حرمت است . بنابراین موضوع تغییر ننموده و این مصداق است که تحت تأثیر تغییر شرایط زمانی و مکانی ، دیگر تحت عنوان موضوع مذکور قرار ندارد و تحت عنوان دیگری (مثلاً فعل هنری) قرار گرفته که حکم آن عنوان ، حرمت نمی باشد.

۳) دگرگونی موضوع به واسطه ی « دگرگونی اضافات و نسبت های موضوع » است که در ذیل آن مثال حکم خون حیوان حرام گوشت زمانی که به بدن حیوان حلال گوشت انتقال یابد ذکر شده است . که این نیز مثالی از تغییر مصداق موضوع خواهد بود .^{۴۱۰}

طریقه دوم)

طریقه دوم در دخالت عرف ، تغییر مصداق موضوع به دلیل تغییر فهم و داوری عرف از معنا و مفهوم موضوع می باشد . اشاره شد که اقتضائات زمانی و مکانی یک تأثیر بیشتر ندارد و آن هم تغییر مصادیق ، و یا توسعه و تضییق مصادیق موضوعات احکام می باشد . حال این تغییر مصادیق یا ممکن است به دلیل تغییر داوری عرف در تطبیق مصادیق با موضوعات احکام رخ دهد (این طریقه را مورد بحث قرار دادیم) و یا ممکن است اساساً فهم و داوری عرف نسبت به مفهوم موضوع عرفی تغییر نماید و به تبع آن مصادیق موضوع نیز تغییر نماید . البته این طریقه ی اخیر بسیار می تواند راهی خزنده را به سوی ظهور و بروز اندیشه عرفی نمودن دین که با عنوان « هرمونوتیک » و « دانش فهم متون » مطرح می باشد ، باز نماید اما ما با توجه به بحث های مبسوطی که در گذشته در رابطه با شرایط حجّیت و محدوده ی اعمال نظر عرف و معنای عرف قابل استناد و... صورت دادیم به گونه ای می توان راه ایجاد این انحراف را مسدود دانست . چرا که ما (اولاً) اصل تقدم عرف شارع را بر عرف عام بیان

^{۴۰۹} علوی ، عرف و عادت در حقوق اسلام و ایران ، ص ۱۴۳ .

^{۴۱۰} همان .

داشتیم ، **ثانیاً**) در موضوعات عرفی که خود شارع حکم را معلل و مبتنی بر فهم عرف از موضوع دانسته است در فهم معنای موضوعات ، تنها فهم عرف توده مردم عاقل و در مواردی عرف کارشناس و متخصص را قابل استناد دانستیم . **ثالثاً**) بیان داشتیم که تنها گذر از زمانی به زمان دیگر مجوزی برای تغییر عرف نخواهد بود چرا که در آن صورت این عرف نیست که تغییر نموده بلکه ذوق و سلیقه مردم است که تغییر کرده است ، و اشاره کردیم که تغییر عرف متأثر از تغییر اقتضائات زمان و مکان خواهد بود و تعریف خاص خود را دارد . بنابراین اگر فهم عرف از مفهوم عنوانی که حکم شرعی بر آن بار شده است ، تغییر نماید ، در این حالت این عنوان مصادیق جدیدی پیدا می کند و حکم مزبور نسبت به این مصادیق جدید اعمال می گردد .

همچنان که مقدس اردبیلی در مورد تشخیص مفهوم «غنا» می گوید:

« برخی از اصحاب امامیه ، تشخیص مفهوم آن را به عرف واگذار کرده اند .
براین اساس ، آنچه از دید عرف، غنا به شمار آید حرام خواهد بود ، هر چند
که صدا در گلو نیچد و طرب انگیز هم نباشد . زیرا غنا لفظی است که در
شرع، معنای آن حرام اعلام شده ولی شارع آن را تعریف نکرده است »^{۴۱۱}

در کنار کیفیت تأثیر گذاری عرف در استنباط احکام و همچنین محدوده ی نقش آفرینی تغییرات و تحولات عرف در تغییر احکام، می بینیم که اساساً سخن از عرف اگر در چهار چوب بیان شده برای آن صورت گیرد به هیچ وجه موجب عرفی شدن احکام ، و از دست رفتن آنها به عنوان تشریع اراده ی شارع نخواهد بود .

همچنین در مواردی که عرف در نقش سند و دلیل حکم قرار می گیرد ، برخی^{۴۱۲} از صاحب نظران معتقدند که اساساً اثبات شأن سندیت برای عرف و سند انگاشتن و یا انکار سندیت عرف در فرضی است که حوزه ی مورد بحث و مورد تحقیق عرف ، مطمح نظر شارع بوده و از طرف او در آن مورد

^{۴۱۱} مقدس الاردبیلی ، احمد ، **مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان** ، ج ۸ ، ص ۳۴۱ .

^{۴۱۲} علیدوست ، **فقه و عرف** ، ص ۴۲۳

تقنین صورت گرفته باشد. در این صورت است که می توان از صلاحیت یا عدم صلاحیت عرف برای کشف حکم شارع گفتگو نمود.

تعیین محدوده هایی که مطمح نظر شارع بوده و قلمرو شریعت را تشکیل می دهد و همچنین بحث از خلاء های قانونی و حوزه ی اختیار مردم در این ارتباط از جمله مباحث مهم و بنیادین مطرح شده در این باب است و همانگونه که اشاره شد می تواند منجر به انحراف به سوی عرفی شدن دین شود.

البته همانگونه که در گفتار سوم اشاره شد، تعریف غیر صحیح از دین و محدوده های آن موجب دو رویکرد متضاد در رابطه با جایگاه عرف در دین شده است؛ برخی با محدود کردن دین و آن را در حصاری بسیار کوچک قرار دادن، و یا تلطیف دین به گونه ای که با هر مسلک و ایده ای کنار آید و همچنین با عصری کردن گزاره های وارده در کتاب و سنت، در صدد محدود کردن قلمرو شریعت و توسعه و بسط محدوده ی عرف و اراده مردم می باشند.^{۴۱۳} این دیدگاه را تحت عنوان عرفی شدن دین مورد نقد و بررسی قرار دادیم، اما در مقابل ایشان، گروه دیگری نیز قرار می گیرند که معتقدند که احکام شرع و دین منحصر به نماز و روزه و عبادات نبوده و بلکه همه اقوال و افعال ما لابد تحت یکی از احکام خمس مندرج است، و شمولیت مطرح در دین نسبت به هر عمل و حرکتی تا بدان جاست که قبل از هر اقدام پیش تر باید حکم آن را از شریعت جستجو کرد خواه امور دولتی و سیاسی و خواه عبادات و معاملات باشد. در این اندیشه تفکیک امور به شرعی و عرفی و نظامات دولتی مجال بروز ندارد.^{۴۱۴}

اما دیدگاه سوم و متعادلی نیز در این میان وجود دارد و آن اینکه؛ اگر چه دین خداوند جامع و جهانی است و مبین هر خرد و کلانی می باشد لکن همین کمال و جامعیت، موجب وسعت و گستردگی آن خواهد بود و این مقتضی است که شارع نهاد هایی را در خود دین تعیین نماید تا در خلاء قانونی مباشر و مستقیم، به برنامه ریزی و جعل مقررات متناسب با اهداف کلی شریعت پردازد،

^{۴۱۳} مجتهد شبستری، **هرمنوتیک کتاب و سنت**، ص ۵۶-۵۲.

^{۴۱۴} تبریزی، محمد حسین، **کشف المراد من المشروطه والاستبداد**، تهران: بی نا، ۱۳۲۵ق. به نقل از زرگری نژاد، علامحسین، **رسائل مشروطیت**، موسسه تحقیقات و توسعه علوم انسانی، ۱۳۸۷ش.

و این اقدام همزمان است با تلاش دیگر شارع در توجه به باطن و سلوک و جهت دادن به عرف ها و نهاد های تأسیسی و جلب نظر ها به کانونی معنوی و قدسی ، در درون خود دین .

دینی که ادعای جاودانگی می کند ، نمی تواند برای تک تک اعمال برنامه ی ویژه ای ، داشته باشد اساساً یک شبکه ی کاملاً بسته و متصلب ، به هیچ وجه قدرت هماهنگی و همگامی با تحولات اجتماعی و پیشرفت بشری را ندارد ، بنابراین اکمال دین و اتمام نعمت و تبیین همه شئون می تواند به تقنین ثابت ها و مقررات غیر قابل تغییر در کنار نهاد های برنامه ریز و قانونگذار در ضرورت ها و مصلحت ها باشد .

فصل چهارم

رابطه عرف و سیره با برخی از عناوین همسو و مرتبط

بخش اول : عرف و عادت

بخش دوم : عرف ، سیره و اجماع

بخش سوم : عرف ، سیره و مصلحت

بخش چهارم : عرف و قانون

بخش اول : عرف و عادت

گفتار اول : مفهوم عادت

بند اول : معنای لغوی عادت

واژه ی « عادت » که جمع آن عادات و عوائد است ، از « عود » به معنای بازگشت گرفته شده است،^{۴۱۵} و واژه ای عربی است که با حفظ معنی در فارسی استعمال می گردد .

در نگاه اول معنای آن روشن و بی نیاز از شناساندن می نماید ، اما با کمی تأمل می بینیم که خالی از ابهام نیست . لغت شناسان سه تعبیر را در معنای عادت بیان داشته اند :

تعبیر اول : عادت را مصدر دانسته اند؛ راغب اصفهانی در تعریف عادت می نویسد:

«العادة اسم لتكرير الفعل حتى يصير ذلك سهلاً تعاطيه كالطبع . و لذلك قيل :

العادة طبيعة ثانية».^{۴۱۶}

همچنین در کتاب « تاج العروس من جواهر القاموس » نیز چنین تعبیری قابل مشاهده است :

« تكرير الشيء دائماً أو غالباً على نهج واحد بلاعلاقة عقلية ».^{۴۱۷}

تعبیر دوم : عادت را مصدر ندانسته بلکه امور نهاده شده ای در نفوس آدمیان تلقی نموده است

که مردمان بر اساس آن زیست می کنند .

در کتاب « التعريفات » در تعریف لغوی عادت چنین آمده است :

« العادة ما استمر الناس عليه على حكم المعقول و عادوا اليه مرة بعد أخرى ».^{۴۱۸}

در واقع در این تعبیر عادت را مساوی با حالتی نفسانی در مردمان می داند که در اثر تکرار نمودن

یک عمل در فرد ایجاد می شود .

^{۴۱۵} راغب اصفهانی ، المفردات فی غریب القرآن ، ص ۳۵۱ : « العود : الرجوع إلى الشيء بعد الانصراف عنه » .

^{۴۱۶} همان ، ص ۳۵۲ . (عادت نامی است برای تکرار کردن فعل تا اینکه انجام فعل به گونه ای آسان شود که گویی از سر طبع و غریزه انجام می شود و به همین دلیل عادت را طبیعت دوم می خوانند)

^{۴۱۷} حسینی زبیدی ، محمد مدتضی ، تاج العروس من جواهر القاموس ، تحقیق عبد الستار احمد فراح ، بیروت : دارالهدایة ، ۱۳۸۵ ق ، ج ۸ ، ص ۴۴۳ .

^{۴۱۸} جرجانی ، شریف علی بن محمد ، التعريفات ، بی جا : المطبعة الخيرية المنشأة ، ج ۱ ، ۱۳۰۶ ق . ص ۶۴ - ۶۳ .

تعبیر سوم: در فرهنگ عمید عادت بر نفس عمل خاص اطلاق نموده است: عادت عملی است که انسان به آن خو بگیرد و در وقت معین انجام دهد.^{۴۱۹}

هر سه تعبیر فوق به عنوان تعاریف لغوی عادت بیان شده اند. به نظر می رسد که در همه این تعابیر عنصر «تکرار» در عادت نقش تعیین کننده دارد. حال ممکن است خود این تکرار نمودن را عادت بدانیم (تعبیر اول) و یا ممکن است حالتی نفسانی، که در اثر تکرار در فرد ایجاد می شود، عادت دانسته شود (تعبیر دوم) و یا کاری را که در اثر تکرار کردن آن بدن خو گرفته ایم، عادت تلقی کنیم (تعبیر سوم).

بند دوم: معنای عادت در اصطلاح فقه

گاه دیده می شود برخی از فقها، عادت را در معنای کلی آن، روشی دانسته اند که همه و یا گروهی از مردم بدان خو گرفته و آن را شیوه خود ساخته اند.^{۴۲۰} این تعریف بسیار به تعریف عرف شبیه می باشد، و از بین تعابیری که در لغت برای عادت بیان شد، نزدیک به معنای اول می باشد. تعریف دیگری که از عادت به عمل آمده و نوعاً مورد پذیرش نیز بوده است، عادت را امری دانسته است که بدون علاقه عقلی، به تکرار در آید^{۴۲۱}؛ بنابراین با توجه به تعریف فوق عادت اصطلاح است برای امری که بدون علاقه ی عقلی تکرار می شود و دامنه ی آن به گونه ای است که تمام کردار ها و گفتار هایی را که بدون تلازم عقلی تکرار می شوند را در بر می گیرد. اما به نظر می رسد همانگونه که برخی^{۴۲۲} نیز بیان داشته اند، عادت که در فقه از آن یاد می شود، یک روش رفتاری نیست، بلکه یک حالت روانی است که می تواند نسبت به هر فعلی واقع شود بنابراین، دلیلی برای پذیرش قید «عدم تلازم و علاقه ی عقلی» وجود ندارد. چرا که همانگونه که اشاره شد عادت یک حالت روانی است که در اثر ممارست و تکرار حاصل می شود. این حالت پس از حصول

^{۴۱۹} عمید، حسن، فرهنگ عمید، تهران: انتشارات امیر کبیر، چ ۱۳، ۱۳۵۸ ش، ص ۷۲۳.

^{۴۲۰} محمضانی، فلسفه التشریع فی الاسلام، ص ۲۲۵.

^{۴۲۱} «هی الامر المتكرر من غير علاقة عقلية»: زرقاء، المدخل الفقهي العام الى الحقوق المدنية في بلاد سوريا، ج ۲، ص ۸۳۶.

^{۴۲۲} جبار گلباغی ماسوله، در آمدی بر عرف، ص ۵۳.

آن، برای انجام کاری که عادت شده نیازی به اراده‌ی صریح ندارد و هر گاه شرایط آن فراهم آید، خود به خود و بر طبق سابقه جریان می‌یابد.

با این بیان می‌توان گفت که معنای اصطلاح فقهی و معنای لغوی که «جرجانی» در کتاب «التعريفات» برای عادت بیان نموده است، و ما آن را به عنوان تعبیر دوم از تعابیر لغت شناسان بیان نمودیم، بسیار به یکدیگر نزدیک هستند؛ دو باره به تعریف جرجانی توجه نمایید:

«العادة ما استمر الناس عليه على حكم المعقول و عادوا اليه مرة بعد أخرى».^{۴۲۳}

گفتار دوم: مقایسه عرف و عادت

در مقام مقایسه عرف و عادت ابتدا لازم است که معنای اصطلاحی عرف را که در فصل اول رساله به بررسی آن پرداختیم بار دیگر از نظر بگذرانیم؛ در تعریف مختار از عرف در اصطلاح فقها بیان شد که: عرف عبارت است از جریان مستمر یک رفتار و یا سلوک ویژه همگانی برخاسته از فهم و بناء یا داوری مستمر مردم در انجام یا ترک یک فعل، خواه گفتار باشد و یا کردار که پیروی از آن را بر خود لازم می‌دانند و به صورت تدریجی در میان ایشان شکل گرفته و در نزد آنها قانون مجعول و مشروع نشده باشد.

در کنار این تعریف از عرف، عادت را حالت روانی خاصی دانستیم که در اثر تکرار عمل و یا گفتار حاصل می‌شود، به گونه‌ای که پس از حصول این حالت روانی، انجام کاری که عادت شده است، نیازی به اراده‌ی صریح ندارد.

اموری که نسبت به آنها ممکن است این حالت روانی خاص (عادت) بروز نماید می‌تواند یک فعل طبیعی یا عقلی و یا عملی برخاسته از هوای نفس و یا امر حادث خاصی باشد. همچنین عادت می‌تواند نسبت به امور فردی و یا اجتماعی بروز پیدا کند.^{۴۲۴}

با توجه به تعریفی که از عرف و عادت صورت گرفت جای هیچ شکی نیست که پدیده‌ی عرف

^{۴۲۳} جرجانی، التعريفات، ص ۶۴-۶۳.

^{۴۲۴} فهمی، العرف و العادة في رأى الفقهاء، ص ۱۰؛ زرقاء، المدخل الفقهي العام الى الحقوق المدنية في بلاد السوریا، ص ۸۳۶؛ جبار گلباغی ماسوله، در آمدی بر عرف، ص ۵۵-۵۴.

غیر از پدیده‌ی عادت می‌باشد و دارای تمایزات متعددی هستند، علاوه‌اینکه از نقاط مشترکی نیز برخوردارند:

تمایزات عرف و عادت:

- عرف صرفاً یک پدیده‌ی اجتماعی است اما عادت می‌تواند به صورت فردی هم تظاهر داشته باشد.

- عرف یک سلوک رفتاری است که برخاسته از داوری و فهم مردم می‌باشد، اما عادت یک حالت روانی در فرد، نسبت به عملی خاص است که به واسطه‌ی تکرار عمل، ایجاد می‌شود.

- عنصر الزام درون گروهی، در پدیده عرف جایگاه ویژه‌ای دارد اما چنین عنصری در عادت دیده نمی‌شود و تنها یک الزام درونی (اگر آن را الزام بدانیم) نسبت به تکرار نمودن رفتار و یا گفتاری که عادت شده است در فرد وجود دارد.

نقاط مشترک در عرف و عادت:

با وجود تفاوت‌های بیان شده می‌توان نقاط مشترکی را نیز بین عرف و عادت مشاهده نمود که گاهی توجه به آنها موجب همسان‌پنداشتن عرف و عادت شده است.

- هم عرف و هم عادت می‌توانند در عرصه گفتار و کردار حضور و بروز داشته باشند.

- هم عرف و هم عادت می‌توانند همگانی و عمومی باشند

- در عادت انگیزه‌ای که موجب تکرار نمودن عمل می‌شود (که در نهایت موجب بروز عادت نسبت به آن عمل می‌شود) در مواردی با انگیزه‌ای که موجب پدیدار شدن یک سلوک خاص همگانی (عرف) می‌شود، شباهت دارد.

در بررسی دیدگاه‌های مطرح در باب نسبت بین عرف و عادت، چهار نظر را می‌توان مشاهده نمود:

۱) دیدگاه نسبت تساوی عرف و عادت:

همانگونه که در باب تعریف عادت اشاره نمودیم برخی عادت را یک روش رفتاری (که همان

تکرار کردن یک فعل و یا گفتار خاص است) که مردم بدان خو گرفته اند، تعریف نموده اند.^{۴۲۵} و همین مبنا موجب شده است که بعضی از فقهاء عرف و عادت را پدیده ی واحدی تلقی نمایند. از این رو تکرار واژه ی عادت را در پی عرف تنها برای تأکید و نه تأسیس می دانند.^{۴۲۶} همچنان که معتقدند که عادت در واقع اعم از عرف بوده است اما زمانی که در کنار عرف واقع می شود، از مفهوم خاص خود اعراض نموده و با عرف اصطلاحی، متحد و یگانه شده است.^{۴۲۷}

این دیدگاه با توجه به تعاریف مختار ما از عرف و عادت و تمایزاتی که بین دو پدیده وجود دارد قابل پذیرش نیست.

۲) نسبت تباین بین عرف و عادت :

برخی اگر چه در تعریف عادت، همان تعریف مأخوذ در دیدگاه اول را برگزیده اند اما با استناد به این سخن که عرف امری محدود به الفاظ، و عادت منحصر در افعال است، قائل به تباین عرف و عادت شده اند.^{۴۲۸} در حالی که نادرستی این استدلال کاملاً روشن است و ما در باب تقسیمات عرف جنبه ی عملی عرف را به عنوان امری غیر قابل انکار مورد بررسی قرار دادیم منتهی در بخش استنباط احکام، مجاری عرف را تنها در موضوعات دانستیم و البته در موارد محدودی (زمانی که عرف حجیت ذاتی داشته باشد) می تواند به عنوان دلیل و سند حکم شرعی نیز مورد استناد باشد.

۳) نسبت عام و خاص مطلق

برخی از معتقدان به این نسبت، عادت را عام و عرف را خاص تلقی می کنند و می گویند هر عرفی عادت است، اما هر عادت عرف نیست.^{۴۲۹} این دسته در رابطه با دلیل این سخن می گویند: با توجه به اینکه شمول عادت هم نسبت به جنبه های فردی و هم نسبت به جنبه های اجتماعی قابل طرح

^{۴۲۵} محمضانی، فلسفه التشريع فی الاسلام، ص ۲۲۵.

^{۴۲۶} جناتی، منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی، ص ۳۹۴؛ زیدان، عبد الکریم، مجموعه بحوث الفقہیة، بی جا: مکتبة القدس و مؤسسة الرسالة، ج ۱، ۱۳۹۶ ق، ص ۲۶.

^{۴۲۷} جناتی، همان، ص ۳۹۵.

^{۴۲۸} فہمی، العرف و العادة فی رأی الفقهاء، ص ۱۱.

^{۴۲۹} جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۴، ص ۲۵۲۲.

است لذا عام تر از عرف می باشد که تنها دارای جنبه جمعی و اجتماعی است.^{۴۳۰} در رابطه با این استدلال باید گفت که اگر چه هر عادت عرفی نیست، اما اینگونه هم نیست که هر عرفی عادت باشد و نمی توان گفت عنوان عادت بر هر عرفی همپوشی دارد. جای تعجب است که با وجود موارد آشکاری که در گسست عرف از عادت وجود دارد؛ از جمله وجود عنصر الزام که در عرف هست و در عادت نیست و... تنها تفاوت بین عرف و عادت را در فردی بودن عادت و اجتماعی بودن عرف تصور کرده- اند و هر عرفی را عادت دانسته اند. همچنین اگر جریان مستمر سلوک همگانی، ناشی از سلطه ی حاکمان و یا درک بدیهیات عقلی باشد در این صورت آیا می توان عنوان عادت را (که صرفاً به موجب تکرار عمل حادث می شود)، بر آن بار نمود. آیا نمی توان سلوکی مستمر و همگانی را تصور کرد که از روی عادت رخ ندهد؟

در مقابل این گروه برخی نیز عرف را عام و عادت را خاص می دانند و در دلیل خود بیان می- دارند که عادت منحصر در عمل است و شمول عرف عام تر و الفاظ را نیز در بر می گیرد.^{۴۳۱} در حالی که استدلال ایشان نیز همچون گروه قبل کاملاً مخدوش است. چرا که عادت نیز می تواند نسبت به لفظ و سخن خاصی ایجاد شود.

۴) نسبت عموم و خصوص من وجه

قائلین به این نظر معتقدند که از یک طرف هر عرفی، عادت محسوب نمی شوند (چرا که عرف در محدوده گفتار نیز وارد می شود اما عادت تنها در محدوده ی کردار است)، از طرف دیگر هر عادت نیز عرف محسوب نمی شود (چرا که عادات فردی را نمی توان عرف دانست). بنابراین قائل به نسبت عموم و خصوص من وجه هستند و تنها عادت هایی را که در عرصه کردار قرار دارند و عمومی هستند را همسان با عرف می دانند.^{۴۳۲}

در رابطه با مناقشه ی وارده در این استدلال باید گفت که این نظر دایره ی مشترک عرف و عادت را عادت دانسته که در عرصه ی کردار رخ داده باشد و عمومی نیز شده باشد، اما باید گفت

^{۴۳۰} جناتی، منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی، ص ۳۹۵؛ عمید زنجانی، فقه سیاسی، ج ۲، ص ۲۱۷؛

محمدی، مبانی استنباط حقوق اسلامی، ص ۲۵۲.

^{۴۳۱} بحر العلوم، الاجتهاد اصوله و احکامه، ص ۸۳.

^{۴۳۲} محمدی، مبانی استنباط حقوق اسلامی، ص ۲۵۵.

که چنین عاداتی را به دلیل اینکه فاقد عنصر معنوی عرف می باشد که همان عنصر الزام آوری است ، نمی توان عرف دانست . علاوه اینکه عادت را نمی توان منحصر در کردار دید چرا که در عرصه گفتار نیز عادت وارد می شود .

نظریه مختار

به نظر می رسد که عرف و عادت تباین مفهومی دارند.

در باب مفهوم اساساً عادت یک حالت روانی است که بعد از مدتی در اثر تکرار عمل ایجاد شده و با بروز آن ، انجام مکرر فعل (اعم از گفتار و کردار) را برای فرد آسان می نماید . اما عرف یک روش و سلوک خاص در رفتار و کردار است که می تواند منشاء عادت داشته باشد . بنابراین می توان گفت که سر منشاء بعضی از عرف ها عادت است . اما هیچ عادت (چون فاقد عنصر الزام است) نمی تواند رنگی از عرف داشته باشد چرا که اگر عنصر الزام آوری در عادت همگانی ، به وجود آید در واقع سلوک خاص رفتاری همگانی ای خواهد بود که عرف نامیده می شود و بنابراین عادت نخواهد بود . به عبارت دیگر عادت یک حالت روانی است ، و عرف یک روش و سلوک در رفتار و کردار است .

اهل قانون نیز بین عرف و عادت تفاوت هایی قائلند که ریشه در همین تمایزات مطرح شده دارد: (۱) دو طرف قرار داد نسبت به احکام عرفی - هر چند نسبت به آن جاهل باشند - تعهد دارند ، اما عادت تا به صراحت یا ظهور مورد تعهد قرار نگیرد ، مسئولیتی را پدید نمی آورد . (اشاره به عنصر الزام آوری درون گروهی موجود در عرف و عدم آن در عادت)

(۲) عادت هر گاه مورد ادعا قرار بگیرد ، باید ثابت شود ، اما عرف چنین نیست . (اشاره به اینکه عرف اصالتاً پدیده ای اجتماعی و عمومی است و عادت اصالتاً فردی می باشد و عمومیت عادت جزء عناصر متکون آن نیست) .^{۴۳۳}

اما در اینجا سوالی مطرح است که چرا با وجود تباین این دو پدیده فقها غالباً آنها را در کنار هم آورده اند ؟ برخی در این رابطه بیان نموده اند که عبارت عرف و عادت درست نیست بلکه عبارت

^{۴۳۳} جبار گلباغی ماسوله ، در آمدی بر عرف ، ص ۵۵ .

صحیح ، عرفِ عادت است ؛ یعنی عرفی که منشاء آن عادت باشد و در واقع فقهاء اشاره به این عرف دارند .^{۴۳۴}

اما به نظر می رسد که در توجیه آن مناسب تر باشد که بگوییم شاید این همسان انگاری عرف و عادت از باب غلط مشهور باشد . زیرا عادت، اصطلاحی برگرفته از قرآن و حدیث نیست و از جمله واژه هایی است که به تدریج در متون دینی و اسناد مکتوب و ملفوظ فقیهان و حقوقدانان و اصولیان وارد شده و مصطلح گردیده است و از آنجا که از اول ، قراری بر تعیین دقیق حدود آن در کار نبوده، چنین عدم وفاقی در گفتار فقها ایجاد شده است که برخی^{۴۳۵} آن را همسان انگاشته و برخی دیگر عدم تفاوت آن دو را پذیرفتنی نمی دانند .^{۴۳۶}

با نظر به اینکه نمی توان عادت را در معنایی که برای آن بیان شده در کنار عرف و مترادف آن قرار داد ، بنابراین باید گفت زمانی که فقهاء آن را در کنار عادت قرار می دهند و یا همسانی آن را با عرف مفروض می گیرند و یا به آن تصریح دارند^{۴۳۷} ، در این موارد (اگر چه قائل به تفاوت معنوی عرف و عادت هستند) عادت را به معنای یک روش و یا سلوک رفتاری همگانی دانسته اند (و همانگونه که اشاره شد این معنا یکی از معانی لغوی ذکر شده برای عادت می باشد و نزدیک به معنای عرف است) .

^{۴۳۴} جعفری لنگرودی ، مبسوط در ترمینولوژی حقوق ، ج ۴ ، ص ۲۵۲۲ .

^{۴۳۵} عجم توفیر ، رفیق ، مؤسوعة مصطلحات اصول الفقه عند المسلمین ، بیروت : مکتبة لبنان ناشرون ، ج ۱ ،

۱۴۱۱ ق .، ج ۱ ، ص ۹۳۴ ؛ کاشف الغطاء ، مصادر الحكم الشرعی و القانون المدني ، ص ۱۱۸ .

^{۴۳۶} جبار گلباغی ماسوله ، در آمدی بر عرف ، ص ۵۵ .

^{۴۳۷} کاشف الغطاء ، مصادر الحكم الشرعی و القانون المدني ، ص ۱۱۸ .

بخش دوم: عرف، سیره و اجماع

گفتار اول: مقایسه عرف و اجماع

با توجه به تعریفی که فقهای امامیه از اجماع (اجماعی که حجیت است) دارند، گمان همسان انگاری عرف و اجماع، در بین ایشان هیچگاه منجر به حجیت عرف بما هو عرف نشده است.^{۴۳۸} البته برخی از فقهاء در تعریفی که از اجماع عملی نموده اند راه ورود این شبهه را باز کرده اند که در ادامه به آن اشاره خواهیم کرد.

صاحب معالم الاصول اجماع را اتفاق کسانی می داند که قول آنان در میان امت معتبر باشد.^{۴۳۹} ایشان با این بیان دامنه ی تحقق اجماع را محدود نموده است و آن را تنها در محدوده ی افراد معتبر در امت اسلام قابل تحقق دانسته است.

اجماع دو گونه است؛ اجماع قولی و اجماع عملی. صاحب کتاب «فوائد الاصول» در تعریف اجماع قولی و اجماع عملی می نویسد:

« اجماع قولی عبارت است از اتفاق فقیهان و مفتیان بر فتوی درباره ی حکمی فقهی و اصولی، که به وسیله ی تتبع و بررسی در گفته ها و نوشته های آنان به دست آمده است، و اجماع عملی عبارت است از اتفاق عمل مجتهدین در مسأله ای اصولی، بدین گونه که در مقام استنباط، به آن مسأله استناد جسته و با توجه به آن فتوی دهند، همانند کاربرد استصحاب در ابواب گوناگون فقه».^{۴۴۰}

^{۴۳۸} بر خلاف امامیه، این شبهه بیشتر برای فقهای اهل سنت پیش آمده است. چرا که به دلیل تشابه اصطلاح اجماع با عرف، عرف را همان اجماع دانسته اند و اجماع را با «اتفاق طائفة من الائمة أو جميعها علی امر» قابل تحقق می دانند: (غزالی، ابوحامد محمد بن محمد، المستصفی من علم اصول الفقه، المطبعة الامیریة، ج ۱، ۱۳۲۲ ق، ج ۱، ص ۱۷۳) و همانگونه که در بخش حجیت عرف نیز اشاره شد، عموماً قائل به حجیت مطلق عرف هستند.....

^{۴۳۹} عاملی، حسن، معالم الاصول، قم: انتشارات دفتر تبلیغات حوزه، ۱۳۶۸ ش، ص ۱۶۴.

^{۴۴۰} «و أما الاجماع القولی: فهو عبارة عن اتفاق ارباب الفتوی علی الفتوی بحکم الفرعی او الاصلی. و طریق إحراز ذلك إنما یكون من تتبع اقوالهم فی کتبهم و رسائلهم. و اما الاجماع العملی: فهو عبارة عن عمل المجتهدین فی المسأله الاصولیة، بحيث یستندون إليها فی مقام الاستنباط و یعتمدون علیها عند الفتوی کاجماعهم علی التمسک بالاستصحاب فی ابواب الفقه»: غروی نائینی، فوائد الاصول، ج ۳، ص ۱۹۱.

بنابراین اهل اجماع تنها فقیهان و اصولی ها هستند . به بیانی دیگر اجماع از مختصات مجتهد بما انه مجتهد می باشد و دامنه آن در اجماع قولی محدود به مسائل فقهی و اصولی است و در اجماع عملی نیز منحصر در مسائل اصولی می باشد و به دلیل اینکه مجتهد و غیر مجتهد در مسائل فقهی مشترک هستند ، لذا ایشان معتقد است که اجماع عملی به مسائل فقهی راه ندارد .

البته برخی از فقها بر خلاف آنچه در «فوائد الاصول» آمده است ، دامنه اجماع عملی را به مسائل فقهی نیز کشانده اند و آن را از مختصات مجتهدین نمی دانند و غیر علماء را نیز در اجماع عملی وارد نموده اند .^{۴۴۱}

و این تلقی از اجماع عملی موجب شده است که برخی از امامیه عرف را به عنوان شاخه ای از اجماع به شمار آورند.^{۴۴۲} البته این گروه دلیلی برای این مدعای خود ارائه ننموده اند . علاوه اینکه (حتی اگر عرف را شاخه ای از اجماع عملی بدانیم) نمونه های اجماع عملی نشان می دهد که این رابطه عموم و خصوص مطلق نیست و عرف واجماع تنها در پاره ای از موارد بر یکدیگر همپوشی دارند و در بسیاری از موارد غیر قابل انطباق می باشند . و علاوه اینکه صاحبان این اعتقاد تنها زمانی می توانند سخن خود را به اثبات برسانند که اجماع و یا عرف را از معنای مصطلح خویش عاری و به معنای مورد نظر خود نزدیک نمایند .

در باب تفاوت های اجماع و عرف می توان به موارد زیر اشاره نمود :

- در اثبات عرف ، توافق غالب مردم - اعم از عوام و خواص - بر گفتار یا کرداری کافی است لیکن اجماع تنها از مجتهدان امت به منصبه ی ظهور می رسد .

- صرف تحقق اجماع در حقوق اسلامی قدرت قانونگذاری دارد و می تواند منشاء حق و تکلیف باشد و به منزله نصّ است . اما این سخن را نمی توان در رابطه با عرف بیان نمود .^{۴۴۳}

- عرف به فاسد و صحیح تقسیم می شود اما اجماعی که محقق شود به هیچ روی فاسد نیست . همچنین با توجه به مبادی عرف می توان برخی عرف ها را غیر مستحسن دانست و حال آنکه این

^{۴۴۱} مظفر ، اصول الفقه ، ج ۲ ، ص ۱۷۴ .

^{۴۴۲} همان ؛ جعفری لنگرودی ، مکتب های حقوقی در حقوق اسلام ، ص ۹۴ .

^{۴۴۳} محمدی ، مبانی استنباط حقوق اسلامی ، ص ۱۸۷ .

تعبیر را نمی توان در رابطه با اجماع بکار برد.^{۴۴۴}

- تکرار از مؤلفه های عرف است اما اجماع به مجرد اتفاق مجتهدین ، محقق می شود . البته برخی این تفاوت را به گونه ی دیگری بیان نموده اند که به نظر خالی از ایراد نیست ؛ بحر العلوم در کتاب خود آورده است که :

«عرف گاه غالب و گاه مطرد است و حال آنکه اجماع همواره مطرد بوده و

اجماع غالب معنا ندارد .»^{۴۴۵}

مناقشه ای که در این سخن قابل طرح است این است که اساساً نمی توان از اتفاق مجتهدین در اجماع با عنوان مطرد بودن آن اجماع یاد کرد چرا که تکرار و فراوانی چه به صورت غالبی و چه مطرد در تحقق اجماع مطرح نیست .

- در بین اقسام عرف ، عرف خاص وجود دارد اما اجماع خاص وجود ندارد.^{۴۴۶}

- شکل گیری و تحقق اجماع همیشه ناشی از وجود یک مدرک و سندی شرعی است ، ولی تحقق عرف سندی از درون دین نمی خواهد ، بلکه مردم با نظر به مصالح نوعیه و سایر مبادی وانگیزه-هایی که موجب پدیدار شدن یک عرف می شود (و در طی مباحث قبل بررسی شده است)، عرف را به وجود می آورند .

گفتار دوم : مقایسه سیره ی متشرعه و بنای عقلاء با اجماع

شبهه ای که در رابطه با همسان انگاری عرف و اجماع بیان شد، به طریق اولی در رابطه با سیره ی متشرعه عنوان شده است و عده ای از فقهاء همانگونه که به مناسبت بحث از حجّیت سیره ی متشرعه ، اشاره نمودیم ، سیره ی متشرعه را از آن جهت که کشف مستقیم از حکم شرعی دارد ، نوعی از اجماع عملی و قوی تر از اجماع قولی دانسته اند . ایشان به عنوان دلیل برای این مدعا (قوی تر بودن از اجماع قولی) بیان می کنند که اولاً در سیره ی متشرعه اتفاق همه مسلمین اعم از عالم و عامی مطرح

^{۴۴۴} جبار گلباغی ماسوله ، در آمدی بر عرف ، ص ۱۸۶ .

^{۴۴۵} بحر العلوم ، الاجتهاد اصوله و احکامه ، ص ۸۹-۸۸ .

^{۴۴۶} جبار گلباغی ماسوله ، در آمدی بر عرف ، ص ۱۸۷ .

است و ثانیاً در اجماع قولی اتفاق بر یک قول و نظراست و در سیره بر یک عمل است.^{۴۴۷}

اما با نظر به تفاوت های اجماع عملی و سیره ی متشرعه به این نتیجه خواهیم رسید که به هیچ وجه نمی توان آنها را همسان دانست :

- به موجب اجماع می توان وجوب و حرمت را ثابت نمود اما سیره ی متشرعه تنها به عنوان یک مؤید دلالت بر جواز دارد .

- سیره ی متشرعه از نظر زمانی تقسیماتی دارد و تنها سیره هایی که به زمان معصوم می رسند ، کشف مستقیم از حکم شرعی دارند و در بقیّه موارد ، سیره نیازمند امضاء معصوم و احراز اتصال سیره به عصر معصوم می باشد . اما اجماع زمانی که محقق شد معتبر است و دلیلیّت دارد .

همچنین اتفاق همه ی مسلمین اعم از عالم و عامی به معنای قوی تر بودن سیره از اجماع قولی نمی باشد. زیرا اساساً همانگونه که در بحث سیره متشرعه اشاره نمودیم صرف اتفاق مسلمین بما هو مسلمین حجّیت ندارد و تنها زمانی که اتصال آن به عصر معصوم به اثبات برسد ، بی نیاز از امضاء خواهد بود ، بنابراین نمی توان آن را به صرف اینکه اتفاق همه مسلمین است ، دلیل بر قوت سیره ی متشرعه بر اجماع دانست .

در بیان گسست بنای عقلاء و اجماع نیز باید اشاره نمود که :

- بنای عقلاء نهاد و سلوکی است که از عقلاء بما هم عقلاء (بدون پای بندی به شریعتی خاص و یا محدوده ای معین) پای گرفته است ، اما اجماع اتفاقی است که از صنفی که در حوزه ی شریعت اسلام از فقیهان محسوب می شوند ، با توجه به تقیّدی که در کشف شریعت و بیان آن دارند ، به عرصه ظهور می رسد .

- در بنای عقلاء عدم ردع باید احراز شود و در اجماع چنین چیزی وجود ندارد.

بنابراین دوباره یاد آور می شویم که تنها زمانی می توان اجماع را با عرف و سیره یکسان نمود که ابتدا اجماع و یا عرف و سیره را از معنای مصطلح خویش عاری و به معنای مورد نظر نزدیک نمود.

^{۴۴۷} مظفر ، اصول الفقه ، ج ۲ ، ص ۱۷۴ ؛ شریعتی ، بررسی مصادر و منابع فقه فریقین ، ص ۱۴۱ .

بخش سوم : عرف ، سیره و مصلحت

گفتار اول : جایگاه مصلحت در فقه امامیه

هدف در دین الهی کمال و سعادت بشر در زندگانی دنیوی و اخروی است و احکام الهی برای رسیدن به این هدف بر اساس مصالح و مفساد نفس الامری امور تنظیم شده اند . علاوه اینکه فلسفه و اساس قانونگذاری نیز در حقوق اسلامی به خاطر رعایت مصالح و مفساد بشر بوده است . شهید اول در کتاب « القواعد و الفوائد » در رابطه با اینکه شرع کدام مصالح و مفساد را مورد توجه قرار داده است ، می نویسد :

« مصالح بر سه قسم است : مصالح ضروریّه مانند نفقه انسان بر خود (تکفل زندگی شخصی) ، مصالح حاجتیّه مانند نفقه زوجه (تکفل زندگانی همسر) ، و مصالح تمامیّه مانند نفقه نزدیکان (خویشاوندان) ، قسم اخیر را تمامیّه گفته اند چون متمم اخلاق کریمه است . مصالح قسم اول بر قسم دوم و قسم دوم بر قسم سوم مقدم است » .^{۴۴۸}

اهمیت توجه به مصالح و مفساد در شکل گیری احکام تا جایی است که به نظر برخی از فقهای امامیه احکام شرعی تابع منافع و مضرات نیست و تنها تابع جهات مصالح و مفساد در متعلقات احکام است و روشن است که مصلحت برابر با منفعت و مفسد برابر با ضرر نمی باشد و به همین دلیل بسیاری از امور در عین حال که با ضرر مالی همراه هستند مانند زکات و خمس و حج ، واجب شده اند و بسیاری از امور دیگر که نفع مالی و بدنی دارند ، حرام شده اند، چرا که اولی تابع مصالح پنهان و دومی تابع مفساد پنهان می باشد .^{۴۴۹}

گفتار دوم : رابطه عرف با مصلحت

با توجه به مبادی مختلفی که برای تحقق یک عرف عنوان شده است ، از جمله ، سلطه ی حاکمان ، تقلید ، عادت ، تعصبات و باور های قومی و... باید گفت عموماً عنصر مصلحت اندیشی در

^{۴۴۸} شهید اول (مکی عاملی)، القواعد و الفوائد، ج ۲، ص ۱۳۸.

^{۴۴۹} خوئی، محاضرات فی اصول الفقه، ج ۴، ص ۴۰۹.

عرف (آنگونه که در بنای عقلاء وجود دارد) مورد ملاحظه ی جدی اهل عرف نبوده است ؛ اما برخی فقهاء معتقدند که با کمی دقت هر گاه فعل و عمل رایجی را از ابتدای اقدام مردم بر آن تا زمان استقرار آن عمل ، به صورت عرف آنان ، مورد توجه قرار دهیم ، خواهیم دید که در آغاز ، انگیزه ی اقدام بر آن عمل ، نیاز مردم بدان بوده است . زیرا آن عمل برای آنان نفعی داشته است ، یا ضرری را از آنها برطرف می نموده است . اگر بخواهیم مصلحت تحت العرف را در یابیم باید بینیم که با حذف آن عرف چه حرجی بر اهل عرف وارد خواهد آمد.^{۴۵۰} ممکن است که در ابتدا این گونه به نظر آید به ویژه اینکه ما در تعریف عرف فهم و داوری مردم را نیز دخیل دانستیم اما در رابطه با ارزشمندی و اصالت مصالح در عرفی که مثلاً با منشاء تقلید و یا تعصبات قومی وجود دارد چه می توان گفت ؟! ما در ضمن مباحث مربوط به حجّیت بنای عقلاء بارها اشاره نمودیم ، حتی عقل عقلاء به ما هم عقلاء نیز نمی تواند همواره در رابطه با مصالح عام و نوعیه و آنچه مربوط به حفظ نظام است ، درست بیندیشد ، و در رابطه با فهم مصالح واقعی امور که به طریق اولی در خیلی از موارد عقل عقلاء ناتوان می باشد . حال زمانی که عقل عقلاء این چنین است ، تکلیف عرف ها در تشخیص مصالح واقعی امور - با توجه به مبادی متفاوتی که دارند - روشن می باشد . علاوه اینکه اشاره نمودیم که هر ضرری را نمی توان مساوی با مفسده دانست و کسب هر منفعی دارای مصلحت نخواهد بود بنابراین همواره تشخیص عقلاء (و به طریق اولی اهل عرف) نسبت به مصالح و مفسد عام و نوعیه ، و نسبت به مصالح و مفسد واقعی امور، نمی تواند درست باشد . و اگر ما قائل به کفایت و بسندگی تشخیص اهل عرف و عقلاء در این رابطه باشیم ، اساساً فلسفه وجود دین زیر سوال خواهد رفت .

بنابراین در باره ی رابطه ی مصلحت با عرف ، باید گفت تنها برخی از عرف ها ناشی از مصلحت اندیشی و دفع مفسده و جلب منفعت عام و نوعیه می باشد . اگر چه نوعی از جلب منفعت و دفع ضرر را در تمام عرف ها می توان مشاهده کرد . همچنین تنها برخی از اعمالی که از روی مصلحت اندیشی انجام می گیرد ، به صورت عرف در می آید . بنابراین در اینجا می توان یک رابطه عموم و خصوص من وجه را بین دو مفهوم مزبور ترسیم نمود.

^{۴۵۰} شلبی ، محمد مصطفی ، اصول الفقه الاسلامی ، بیروت : دارالنهضة العربیّة ، ۱۴۰۶ ق . ۱۹۸۶ م . ص ۳۲۳ .

اما نکته قابل ذکر دیگر در این بخش این است که اصل توجه به عرف در جوامع خود نوعی مصلحت اندیشی در قانونگذاری محسوب می شود؛ شارع برای ماندگار شدن دین و شریعت به این مهم توجه نموده است و در ساختار احکام تشریعی خود برای عرفیات در جوامع جایگاه ویژه ای قائل شده است، و بدین جهت است که عرف در اجتهاد فقهاء نیز تأثیر دارد و مجتهدی که از عرف زمان خویش غافل نشود در بیان حکم صحیح الهی توفیق بیشتری دارد.

بیان شد که توجه به عرف هر زمان نوعی مصلحت اندیشی است که شارع آن را با جعل احکام شرعی برای موضوعات عرفی، بر عهده فقیه نهاده است. در آسیب شناسی این رویکرد باید گفت که افراط در تأثیر عرف و زمان و مکان در فقه و اجتهاد نتایج تأسف باری خواهد داشت. بنابراین نمی-توان هر تحول و هر پدیده ای را در جامعه با عنوان مصلحت و حفظ نظام در حکم مؤثر بدانیم، بلکه همانگونه که در شرایط حجّیت عرف بیان شد صحت یک عرف و عدم تعارض آن با سایر ادله نکته-ای بسیار مهم در راه بهره گیری از عرف و پویایی شریعت می باشد. در رابطه با این مهم قبلاً به طور مبسوط تحت عنوان اندیشه عرفی شدن دین مطالبی ارائه شده است.

گفتار سوم: رابطه سیره ی عقلاء با مصلحت

اشاره شد که احکام تابع مصالح و مفاسد نفس الامری می باشند و توجه به مصالح و مفاسد در تشریع احکام توسط شارع نقش تعیین کننده دارد. اما برخی معتقدند که شارع تمام مصالح و مفاسد را در لا بلای احکام لحاظ ننموده و مصالحی وجود دارد که از دید شارع پنهان مانده و به آن عنوان مصالح مرسله داده اند؛ یعنی مصلحتی که در شرع در باره ی عین آن مصلحت و یا نوع آن، نصّی بر اعتبارش، وارد نشده است.^{۴۵۱}

اکثر فقهای امامیه مصالح مرسله را حجت نمی دانند چرا که عمل بر طبق آن را به منزله عمل به ظن دانسته اند و با توجه به اصل اولی در ظنون - عدم اعتبار - معتقدند که عمل بر طبق مصالح مرسله

^{۴۵۱} شوکانی، محمد بن علی، *ارشاد الفحول الی تحقیق الحق من علم الاصول*، مصر: مطبعة السعادة، ۱۳۲۷ ق، ص ۳۵۹ - ۳۵۸؛ زرقاء، *المدخل الفقهي العام الی الحقوق المدنية فی بلاد السوریا*، ج ۱، ص ۹۰.

نمی تواند حجّیت شرعی داشته باشد.^{۴۵۲} اما در مقابل، برخی همچون آیت الله مرعشی نظر دیگری در این باب دارند؛ ایشان در اثبات مدعای خود اینگونه استدلال می کند که:

۱- در باب حجّیت بنای عقلاء صرف احراز عدم ردع شارع کافی است.

۲- سیره و بنای عقلاء بر اساس توجه به مصالح و مفاسد عام و حفظ نظام و جلوگیری از اخلال آن پدید می آید، و سیره ی عقلاء همیشه بر این امر مستقر بوده است که در مواردی که تشخیص دهند عملی برای آنها مفید است، به آن اقدام می کنند، البته مادامی که از طرف شارع ردع نشده باشد. در نتیجه در مواردی که ردعی از سوی شارع نسبت به سیره ی عقلاء وجود ندارد (مانند حجّیت امارات و...)، سیره ی عقلاء از جانب شارع تأیید شده است. بنابراین عمل به آن تخصیصاً از آیات ناهیه (از عمل به ظن) خارج می گردد.

۳- چون عمده ترین دلیل بر حجّیت عمل بر اساس مصلحت اندیشی، تأیید شارع نسبت به بنای عقلاء است، در نتیجه نمی تواند عمل انجام شده بر اساس مصلحت اندیشی، در موردی معتبر و در موردی غیر معتبر باشد. چرا که ظنّ حاصل از مصلحت مادامی که ردعی بر آن وجود نداشته باشد، از جمله ظنون نامعتبر محسوب نمی شود. به ویژه اینکه در مصالح مرسله به ظنونی عمل می شود که با مصالح شارع هماهنگ باشد.^{۴۵۳}

در واقع ایشان نکته گمراه کننده در عبارت مصالح مرسله را، در واژه ی ارسال می داند که فقهاء تصور نموده اند که مراد از ارسال یعنی مصلحتی که تحت هیچ دلیلی قرار نمی گیرد و شارع آن مصلحت را اصلاً اعتبار نکرده و در نظر نداشته است و لذا عمل به آن را از باب عمل به ظن مطلق دانسته اند. در حالی که مقصود از ارسال، اعتبار نکردن آن مصلحت نیست بلکه رویه شارع این نیست که در یکایک موضوعات حکم خاص بیان نماید و عدم وجود حکم خاص در هر موضوع از محسنات شرع محسوب می شود، در واقع شارع با تأیید حکم عقلاء به گونه ای ظنّ حاصل از مصلحت را تأیید نموده است.^{۴۵۴}

^{۴۵۲} جناتی، منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی، ص ۳۳۵.

^{۴۵۳} مرعشی، محمد حسن، دیدگاه های نو در حقوق کیفری اسلام، تهران: نشر میزان، چ ۲، ۱۳۷۶ ش، ص ۵۶.

^{۴۵۴} همان، ص ۵۵.

اما به نظر می‌رسد که با توجه به مباحث مبسوطی که ما در بحث حجیت سیره ی عقلاء وسیره- های مستحدثه ی عقلایی طرح نمودیم، بتوان مناقشاتی را بر این کلام وارد دانست:

در مقدمه اول استدلال ایشان مناقشه ای قابل طرح است؛ ما در بخش تحلیلی بر حجیت سیره عقلاء، بحث سیره های عقلایی مستحدثه را جدا نمودیم از سیره هایی که امکان ردع در آن‌ها از سوی شارع وجود دارد، و بیان داشتیم که با توجه به اینکه شارع به شیوه ی معمول ردع وامضاء می- نماید لذا زمانی که سیره ی عقلایی در زمان معصوم شکل گرفته باشد و امکان ردع از سوی او وجود داشته باشد و او ردع ننماید در این حالت چنین سیره ی عقلایی حجیت شرعی خواهد داشت. اما در رابطه با سیره های مستحدث نمی‌توان چنین سخنی را بیان نمود. بنابراین در این حالت با توجه به اینکه عقلاء بر اساس مصالح و مفسد عام و حفظ نظام و جلوگیری از اخلال در آن، سیره ای را ایجاد نموده اند، تنها قاعده عقلی قبح عقاب بلا بیان اقتضا می‌کند که عمل بر طبق این سیره مستوجب عقاب نباشد، اما چون تأییدی نیز نسبت به آن از سوی شارع در دست نیست، نمی‌تواند مبنای حکم شرعی قرار بگیرد و عمل بر اساس آن، عمل به حکم شرع تلقی شود.

در واقع مصالح مرسله همان مبنایی است که موجب شکل گیری بنائات عقلایی مستحدث می‌شود. و سکوت معصوم در رابطه با سیره های مستحدثه ای که بنا بر ضروریات اجتماعی و نه بدیهیات عقلی شکل گرفته باشد، هیچ گاه نمی‌تواند دلیل تأیید سیره و حجیت آن محسوب شود و همانگونه که اکثر فقهاء بیان نموده اند عمل بر طبق مصالح مرسله حجیت شرعی ندارد و حکم شرعی محسوب نمی‌شود.

بنابراین اموری همچون «تأسیس بیمه»، «تشکیل بانک»، «ایجاد خطوط مرزی» «تشکیل ده ها نهاد تقنینی، اجرایی و قضایی»، «تفکیک قوا»، «ایجاد سفارت خانه ها و دفتر خانه های فرهنگی» به شکل رایج و ... که همگی بر اساس ضرورت های جامعه و توجه به مصالح و مفسد عام پدید آمده اند، لکن سندی از اسناد چهارگانه (قرآن، سنت، اجماع و عقل) به طور عام یا خاص آن ها را نه ردّ و نه تأیید می‌کند، هیچ گاه از نظر شرعی انجام و یا ترک آنها موجب عقاب اخروی نخواهد بود چرا که طبق قاعده عقلی قبح عقاب بلا بیان، تا بیانی از سوی شارع نباشد، عقابی نیز نخواهد بود.

بخش چهارم : عرف و قانون

گفتار اول : رابطه ی عرف با قانون

نمی توان از عرف بحث نمود اما سخنی از قانون به میان نیاورد ، بنابراین بخش پایانی این فصل را که آخرین فصل این رساله است ، به بررسی رابطه ی این دو نهاد اختصاص داده ایم . اما قبل از بیان رابطه ی این دو ابتدا به تعریف اجمالی قانون و همچنین عرف می پردازیم :

بند اول : تعریف قانون و تعریف حقوقی عرف

آنچه عموماً در کتاب های حقوقی در تعریف قانون بیان می شود ، این است که مقصود از قانون تمام مقرراتی است که از طرف یکی از سازمان های صالح دولت وضع شده است ، خواه این سازمان قوه ی مقننه و یا رئیس دولت و یا یکی از اعضای قوه مجریه باشد.^{۴۵۵} به دیگر سخن قانون در معنای عام آن به قواعدی گفته می شود که با تشریفات ویژه ، توسط مجلس یا مجالس قانونگذاری به تصویب رسیده باشد ، و یا در شرایطی از طریق همه پرسی به طور مستقیم به تصویب مردم رسد . به این ترتیب قانون مفهوم ویژه ای دارد که با تصویب قوه ی مجریه متفاوت است .^{۴۵۶} بنابراین قانون در معنای عام آن شامل تمام مصوبات مجلس و تصویب نامه ها و بخشنامه های اداری خواهد بود .

در اصطلاح حقوق اساسی نیز ، قانون به قواعدی گفته می شود که یا با تشریفات مقرر در قانون اساسی ، از طرف مجلس شورای اسلامی وضع شده باشد و یا از راه همه پرسی به طور مستقیم به تصویب رسیده باشد (اصول ۵۸ و ۵۹ قانون اساسی) . بنابراین قانون مفهوم ویژه ای خواهد داشت که با تصمیم های قوه ی مجریه متفاوت می باشد .^{۴۵۷}

در تعریف حقوقی عرف ، همانگونه که در فصل اول نیز به آن اشاره شد ، عرف را می توان عمل ، یا سلسله اعمال و روش هایی دانست که به تدریج در طول زمان بر اثر تکرار ، خود به خود و

^{۴۵۵} کاتوزیان ، ناصر ، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران ، تهران : شرکت سهامی انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا ، چ ۲۲ ، ۱۳۷۶ ش . ص ۱۲۰ .

^{۴۵۶} دفتر همکاری حوزه و دانشگاه ، در آمدی بر حقوق اسلامی ، ص ۲۹۳ - ۲۹۱ .

^{۴۵۷} علوی ، عرف و عادت در حقوق اسلام و ایران ، ص ۲۰۸ .

بدون دخالت قوه ی قانونگذاری ، در اثر حوایج اجتماعی میان همه افراد جامعه یا گروهی از آن ها به عنوان قاعده ای الزام آور در تنظیم روابط حقوقی بین افراد جامعه مقبول و مرسوم شده است .^{۴۵۸}

همانگونه که در کتاب های فلسفه ی حقوق نیز آمده است ، قانون در کشور ما ، از مهمترین منابع حقوقی^{۴۵۹} به شمار می رود و نباید قدرت آن را با سایر منابع برابر دانست .^{۴۶۰}

بند دوم : شباهت هاو تفاوت های عرف و قانون

در باب شباهت عرف و قانون عموماً بیان می شود که قانون با وجود تأخّر زمانی از عرف ، همانند عرف بیانگر اراده ی گروه اجتماعی است.^{۴۶۱}

اما در باب تفاوت های این دو نهاد آمده است که :

- متولی عرف خود اهل عرف هستند، اما قانون از طریق یک دستگاه متخصص به وجود می آید.

- عرف با تعین (و نه تعیین) و بدون برنامه و خود به خود به وجود می آید در حالی که قانون ناشی از اراده معین دستگاه قانونگذار است .

با توجه به این شباهت و تفاوت ها برخی معتقدند که عرف و قانون یک چیز است . منتها عرف امری غیر مستقل و پیرو و تابع قانون است ، صاحبان این عقیده کسانی هستند که ریشه الزام آور بودن عرف را در به رسمیت شناختن آن ، از سوی قانون یا رویه قضایی می دانند ، چرا که اگر چه عرف دارای دو رکن مادی و معنوی است ، اما تا زمانی که مورد استفاده رویه قضایی قرار نگیرد ، کامل نشده و الزام آور نگشته است.^{۴۶۲} در این دیدگاه حقوق ، منبعی جز قانون ندارد و لذا عرف تنها

^{۴۵۸} جبار گلباغی ماسوله ، **در آمدی بر عرف** ، ص ۲۵ .

^{۴۵۹} در تعریف منابع حقوقی آمده است که منابع حقوق اموری هستند که قاعده های حقوقی از آن ها ریشه گرفته و مقررات حقوقی را می توان از آنها بدست آورد : علوی ، **عرف و عادت در حقوق اسلام و ایران** ، ص ۲۰۷ .

^{۴۶۰} کاتوزیان ، **فلسفه حقوق** ، ج ۲ ، ص ۴۷۱ .

^{۴۶۱} همان ، ج ۲ ، ص ۴۷۳ .

^{۴۶۲} جوان ، **مبانی حقوق** ، ج ۲ ، ص ۱۰۷ .

هنگامی الزام آور خواهد بود که از صراحت قانونی برخوردار باشد و طی مصوباتی، قانونگذار خود آن را تصویب نماید.^{۴۶۳}

در مقابل این عقیده بسیاری از حقوقدانان معتقدند که قانون، منبع اصلی حقوق نیست و تنها ادراک و تبیین آن است و عرف نه تنها نیروی الزام آور در خود دارد بلکه نیروی الزام آور قانون نیز به شمار می رود^{۴۶۴} به ویژه اینکه عرف تقدم بر قانون دارد و قبل از پیدایش قانون و قانونگذاری بر جوامع بشری حاکم بوده است و همانگونه که برخی حقوقدانان نیز اشاره دارند، حقوق در اصل و منشاء خود، از عرف و آداب و رسوم مردم به وجود آمده است.^{۴۶۵} بنابراین، مطابق این عقیده جمع آوری و تدوین عادات و رسوم، به هر صورت که باشد، ماهیت قواعد عرفی را دگرگون نمی کند.^{۴۶۶}

البته این دیدگاه نیز قابل مناقشه است چرا که همواره عرف نیروی الزام آوری قانون نیست و همه ی قوانین ریشه در عرف ندارند.

با توجه به آنچه بیان شد، می توان گفت اگر چه با توجه به تفاوت هایی که عرف و قانون با یکدیگر دارند، و همچنین با توجه به تعاریف عرف و قانون این دو، نهادی جدا از یکدیگر هستند اما عرف در مواردی وارد قانون شده و به عنوان یک قاعده ی حقوقی پذیرفته شده است؛ بنابراین قانون در مواردی، عرف را از آن جهت که عرف است، محترم می شمارد و کاربرد آن را در مواردی که قانون کشور کامل یا صریح نبوده و یا متناقض باشد، و یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه نداشته باشد، می پذیرد.^{۴۶۷} همچنان که قانون آیین دادرسی مدنی (سابق) در ذیل ماده ۳، دادرسان را به دو امر راهنمایی نموده است: «..... دادگاه باید موافق روح و مفاد قوانین موضوعه و عرف و عادت مسلم، قضیه را قطع و فصل نماید».

^{۴۶۳} جوان، مبانی حقوق، ج ۲، ص ۱۰۷.

^{۴۶۴} جعفری لنگرودی، مقدمه عمومی علم حقوق، ص ۳۱.

^{۴۶۵} کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۲، ص ۴۷۱.

^{۴۶۶} همان، ج ۲، ص ۴۷۴.

^{۴۶۷} علوی، عرف و عادت در حقوق اسلام و ایران، ص ۲۰۸-۲۰۷.

گفتار سوم : موقعیت عرف در تعارض با قانون

در مواردی که عرفی قانون را تکمیل و نقایص آن را نسبت به حالات پیش بینی نشده بر طرف می سازد و یا به رفع ابهام از قانون برخاسته و در موارد مبهم و مشکوک معنای آن را آشکار می سازد نمی توان سخن از تعارض را طرح نمود . همچنین در نزد آنان که عرف را نیروی الزام آور قانون می - دانند^{۴۶۸} و یا دیدگاه مقابل ایشان که اعتبار عرف را منوط به امضاء آن از سوی قانونگذار دانسته اند^{۴۶۹} نمی توان بحث تعارض عرف را طرح نمود .

اما با توجه به مبنایی که ما بعد از طرح دیدگاه های فوق (در گفتار قبل) انتخاب نمودیم که همان استقلال مفهومی عرف و قانون است ، می توان عرف و قانون را در حالت تعارض با یکدیگر نیز تصور نمود . چرا که در گفتار قبل به این نتیجه رسیدیم که اعتبار عرف وابسته به تصریح قانونگذار نخواهد بود . همچنین هر قانونی نیز ریشه و اصلی در عرف ندارد ، و نمی توان الزام هر قانونی را ناشی از عرف تلقی نمود . اگر چه در برخی موارد قانون ، عرف را محترم شمرده است و کاربرد آن را در موارد سکوت ، اجمال و تناقض قوانین و ... به عنوان قاعده ی حقوقی پذیرفته است .

حال سوال این است که در موارد تعارض کدام مورد ترجیح دارد ؟

امروزه حقوقدانان معتقدند که به هنگام بروز اختلاف و تعارض بین عرف و قانون آمره ، قانون، حاکم و مقدم بر عرف است و به الغاء یا تغییر آن می پردازد . چنان که به هنگام تعارض عرف با نظم عمومی ، اخلاق حسنه و عقل سلیم ، عرف کنار زده می شود .

اما به هنگام تعارض عرف و روح قانون ، این عرف است که بر روح قانون و نیز بر قوانین تکمیلی و مقررات تفسیری مقدم است و آن را ساقط می نماید . البته در تقدم عرف بر روح قانون ، از وضوح عرف نباید فروگذار بود .^{۴۷۰}

^{۴۶۸} جعفری لنگرودی ، مقدمه عمومی علم حقوق ، ص ۳۱ .

^{۴۶۹} همان .

^{۴۷۰} کی نیا ، مهدی ، کلیات مقدماتی حقوق ، دانشگاه تهران ، چ ۱ ، ۱۳۴۸ ش ، ص ۲۱۰ ؛ ساکت ، محمد حسین ، دیباچه ای بر دانش حقوق ، نشر نخست ، چ ۱ ، ۱۳۷۱ ش ، ص ۳۵۴ - ۳۵۳ .

نتیجه گیری

نتیجه مباحث پایان نامه را در ضمن چند شماره به اختصار بیان می کنیم :

۱. در ضمن مباحث گذشته اشاره شد که در مکتب فقهی امامیه آنچه که ما را نسبت به حکم خداوند به قطع یا اطمینان نرساند ، حجّیت ندارد . بر این مبنا ادله احکام یا خود قطعی هستند و از حجّیت ذاتی برخوردارند و یا اینکه باید به یک دلیل قطعی منتهی شوند . حال سخن اصلی پایان نامه در رابطه با عرف و سیره (سیره عقلاء و سیره ی متشرعه) است که آیا حجّیت دارند و یا خیر و اگر از حجّیت برخوردارند به چه نحوی است ؟

۲. ابتدا در رابطه با اصل صحت کاربرد استقلالی عرف باید گفت ، در نصوص و متون دینی ولایت تشریعی و حق تقنین ، منحصر در ذات مقدس الهی است مگر فرد یا نهادی که از طرف خداوند برخوردار از این حق و یا مأمور به این تکلیف باشد که در این صورت اراده او نیز می تواند همسان با اراده الهی منبع قانون گردد . فقیهان در آنجا که سخن از « ولایت » است ، اصل را عدم ولایت و عدم حق طاعت احدی بر احدی می دانند مگر اینکه ولایت و حق پیروی ثابت شود و ثبوت آن را جز از طریق جعل الهی نمی پذیرند . این در حالی است که اندیشه و خرد بر ارتباط بین «ولایت داشتن » و «حق طاعت و حکم » تأکید دارد و وقتی دلیلی بر لزوم متابعت نباشد ، حق تقنین نیز مورد سوال و در نهایت مورد انکار قرار می گیرد . سوال از لزوم اطاعت وقتی قطع می شود که به ولایت داری و ربوبیت برسد ؛ در این شرایط است که عقل با علم حضوری ، در درون خود ، معلوم را می یابد و به لزوم اطاعت قانع می گردد.

۳. در باب تحلیل مکاتب حجّیت عرف ، در قسمی از اقسام عرف ، حجّیت ذاتی آن را به عنوان مصدی از مصادر حکم ثابت نمودیم ، و آن ، عرفی است که بازگشت به حکم عقل دارد. اما در دیگر اقسام عرف - که با توجه به مبادی و انگیزه های پیدایی آنها ، می توان آن ها را از عرف مزبور بازشناخت - نمی توان قائل به حجّیت ذاتی برای عرف بود ، زیرا چه بسا که عرفی مبتنی بر مصالح عام (نه بدیهیات عقلی) باشد اما شارع به عنوان فردی که رئیس عقلاء است ، مصلحت عام را در چیزی غیر از آنچه عموم عقلاء دیده اند، ببیند. بنابراین غیر از بدیهیات که مفید قطع است هیچ مصدر دیگری

نمی تواند در کنار وحی و اراده خداوند قانونگذاری نماید .

۴. در رابطه با حجیت ذاتی عقل به عنوان مصدري که می تواند قانونگذاری کند باید گفت که قطع یک حالت وجدانی است و زمانی که این حالت بر نفس عارض شود به گونه ای که در رابطه با همه افراد دیگر نیز اینگونه باشد ، این حالت برای شارع نیز مجزی است و در این حالت بر حکم عقل عقاب و ثواب شرعی مترتب خواهد بود .

۵. در باب حجیت بنای عقلاء ابتدا در باب بحث از مبادی آن درك عقل نسبت به مصالح و مفاسد عام را به عنوان تنها عامل ، مطرح نمودیم که می تواند منجر به شکل گیری قضایای محموده و مشهورات بالمعنی الاخص شود که مبنای قراردادهای اجتماعی خواهد بود . علاوه اینکه اشاره کردیم که گاهی قضایای بدیهی و اولیه (به عنوان مشهورات بالمعنی الاعم) نیز می تواند در جهت مصالح عام و حفظ نظام مورد توجه عقلاء قرار گرفته و مقبولیت عمومی پیدا نمایند . بنابراین در باب حجیت ذاتی بنای عقلا نیز تنها زمانی که سیره برخاسته از عقل بدیهی و قضایای اولیه باشد می توان حجیت ذاتی آن را پذیرفت ، ولی دلیلی بر اینکه هر مصلحت اندیشی عقل به خودی خود حجیت ذاتی دارد ، وجود ندارد چرا که اگر ما بپذیریم که مصلحت اندیشی عقل به خودی خود کفایت می کند در این صورت فلسفه دین زیر سوال خواهد بود. بلکه عقل تنها در یقینیات و امور بدیهی است که مفید قطع است و حجیت ذاتی دارد . بنابراین در دیگر موارد ، حجیت بنای عقلاء همچون حجیت عرف ، نیازمند تأیید شارع خواهد بود .

۶. در رابطه با سیره عقلاء ، صرف « احراز عدم ردع » کافی خواهد بود . زیرا شارع یکی از عقلاء است بنابراین کلیه سیره های عقلائیه مورد رضایت شارع هستند ، مگر اینکه احراز شود شارع بما هو شارع با این سیره مخالفت کرده است . چرا که ردع کاشف از غیر عقلایی بودن این بناست ، چون شارع در استنتاجات عقلی از عقلاء مصاب تر بوده و ردع او کاشف از خطای عقلایی می باشد . اما این سخن را نمی توان در رابطه با عرف بما هو عرف پذیرفت ، چرا که با نظر به مبادی آن می بینیم که برخلاف سیره عقلاء همواره ناشی از مصلحت اندیشی عقل نمی باشد .

۷. در رابطه با سیره های عقلایی مستحدث نیز نمی توان احراز عدم ردع را برای حجیت آنها کافی دانست چرا که احراز عدم ردع زمانی مؤثر است که امکان ردع وجود داشته باشد . علاوه اینکه

صرف اثبات ضرورت اجتماعی آن و هم مسلک بودن شارع با آن ، نیز دلیل حجّیت شرعی این سیره - ها نخواهد بود و صرف هم مسلکی شارع با عقلاء نمی تواند شباهت حکمی ایجاد نماید و چه بسا شارع سیره هایی که عقلاء بدان عمل نموده اند را اصلاح نموده است .

۸ . نکته قابل ذکر در رابطه با سیره های عقلایی مستحدث این است که اگر سیره ای مستحدث ، ضروری یک جامعه و مقتضی زمانی و مکانی عصر کنونی باشد و در عین حال مبنای عقلایی داشته باشد، اما نتوان دیدگاه شارع را در رابطه با آن بدست آورد ، با توجه به قاعده قبح عقاب بلا بیان ، عمل مردم بر اساس آن را نمی تواند مستوجب عقاب اخروی دانست . البته نباید آن را در امور شرعی دلیل قرار داد زیرا دلیل باید از حجّیت برخوردار باشد . به بیان دیگر عدم حجّیت سیره ی مستحدثه به عنوان دلیل ، به معنای رخت پرستن آن از جامعه نخواهد بود .

۹ . در رابطه با حجّیت سیره های متشرعه نیز بیان نمودیم که سیره ی متشرعه ای بی نیاز از امضاء معصوم است که در عصر حضور معصومین ، جاری بوده باشد . بنابراین نسبت به سیره هایی که پس از عصر معصومین شکل بگیرند ، نمی توان به طور قطع آن را حجت دانست . اگر با استفاده از روش - های بیان شده اتصال آن به عصر معصوم به اثبات رسید ، در این صورت حجت خواهد بود و در غیر این صورت نه تنها حجت نیست و چه بسا بدعت محسوب می شود ؛ چه بسیارند عرف هایی که اگر ریشه یابی شوند منشایی جز عواطف و اغراض شخصیّه ، تقلید و تسامح گری و ... ندارند ، اما با گذشت زمان و پس از چند نسل به صورت سیره ی مسلمین ، شایع و رایج گردیده است و آنچنان استقرار و قداستی یافته که هرگونه مخالفتی با آنها از منکرات و بسیار زشت و ناپسند شمرده می شود .

بنابراین در کنار کاربرد استقلال عرف (زمانی که عرف از حجّیت ذاتی برخوردار است) ، به منظور جواز کاربرد غیر استقلال عرف زمانی که در استنباط حکم شرعی طریقیّت دارد و در نقش دلیل و سند قرار می گیرد ، باید حجّیت آن به گونه ای که در ضمن این شماره و شماره های قبل بیان شد ، به اثبات رسیده باشد .

۱۰ . در رابطه با کاربرد غیر استقلال دیگر عرف ، زمانی که عرف در استنباط حکم خود موضوعیّت دارد ، اشاره شد که کاربرد عرف در باب مباحث مربوط به الفاظ ، هم در بحث دریافت مفاهیم موضوعات عرفی و هم تشخیص مصادیق موضوعات عرفی ، بسیار رایج است . البته در این موارد هر

عرفی قابلیت مرجوع بودن را ندارد بلکه با توجه به اقسام عرف تنها عرف دقیق است که در مقابل عرف تسامحی و همچنین عرف کارشناس و متخصص در برابر عرف نا آشنا می تواند مورد استناد قرار گیرد .

علاوه بر کاربرد فوق بیان شد که ، عرف در نحوه استنباط از دلیل نیز در مواردی نقش آفرینی می کند ؛ آن هم زمانی است که آن را در توسیع مدلول دلیل ، در جمع نمودن میان ادله ، در تخصیص اکثر و یا در تنظیم و تنسيق ادله و ... ملاک قرار دهیم .

بنابراین اگر چه عرف - در مواردی که به بدیهیات بازگشت ندارد - در استنباط احکام منبع مستقلی نیست اما هم در موضوعات و هم در نحوه ی استنباط ابزاری در دست مجتهد خواهد بود .

۱۱. در رابطه با اندیشه عرفی شدن دین که ورود عرف را در احکام دینی با توجه به تغییر عرف و دگرگونی موضوعات عرفی منجر به عرفی شدن دین دانسته است ، بیان شد که چنین سرانجامی با توجه به مبانی اتخاذ شده در پایان نامه برای احکامی که موضوعات عرفی دارند رخ نخواهد داد چرا که اولاً تأثیر عرف مساوی تأثیر ذوق و سلیقه ی مردمان در هر زمان نیست تا با تغییر سلیقه آنان احکام تغییر نماید ثانیاً تغییر و دگرگونی ، خاصّ عینیت ها در خارج است در حالی که در قضایای فقهی حکم به واقع موضوع تعلق می گیرد . بنابراین آنچه تغییر و تحول در آن راه می یابد ، مصداق خارجی موضوعات و متعلقات احکام می باشد و نه عناوین و واقع موضوعات احکام و در بخشی که عرف در تشخیص موضوعات وارد می شود ، ضوابط و محدودیت های را دارد که مانع از انحراف در استعمال عرف شده و هیچ گاه موجب عرفی شدن احکام و از دست رفتن آنها به عنوان تشریع اراده شارع نخواهد شد . ثالثاً بستر حضور عرف در خود دین فراهم شده است و اینگونه نیست که عرف خارج از محدوده ی دین بر احکام دین تأثیر داشته باشد .

۱۲. در تکمیل نکته فوق اضافه می شود که کمال و جامعیت دین اقتضا می کند که شارع نهاد هایی را در خود دین تعیین نماید تا در خلاء قانونی مباشر و مستقیم ، به برنامه ریزی و جعل مقررات متناسب با اهداف کلی شریعت پردازد ، و این اقدام همزمان است با تلاش دیگر شارع در توجه به باطن و سلوک و جهت دادن به عرف ها و نهاد های تأسیسی و جلب نظر ها به کانونی معنوی و قدسی، در درون خود دین .

بدیهی است که یک شبکه ی کاملاً بسته و متصلب ، قدرت هماهنگی و همگامی با تحولات اجتماعی و پیشرفت بشری را ندارد ، بنابراین اکمال دین و اتمام نعمت و تبیین همه شئون می تواند به تقنین ثابت ها و مقررات غیر قابل تغییر ، درکنار نهاد های برنامه ریز و قانونگذار در ضرورت ها و مصلحت ها باشد .

بنابراین با وجود مبانی اتخاذ شده در پایان نامه ، می بینیم که اساساً سخن از عرف اگر در چهار چوب بیان شده برای آن صورت گیرد به هیچ وجه موجب عرفی شدن احکام و از دست رفتن آنها به عنوان تشریع اراده ی شارع نخواهد بود .

فهرست منابع

الف) فهرست منابع فارسی

۱. اصغری ، محمد، عقلانیت و عدالت در فقه و حقوق ، تهران : اطلاعات ، چ ۱، ۱۳۶۸ ش .
۲. امامی ، حسن ، حقوق مدنی ، تهران : کتابفروشی اسلامیّه ، چ ۱۰، ۱۳۷۲ ش .
۳. باقی نصر آبادی ، علی ، سیری در اندیشه های اجتماعی ، قم : دفتر تبلیغات حوزه ی علمیّه ، ۱۳۷۷ ش .
۴. برجی ، یعقوب علی ، زمان و مکان و دگرگونی موضوعات احکام ، مجموعه آثار کنگره بررسی مبانی فقهی امام خمینی ، ۱۳۷۴ ش ، ج ۴ .
۵. استادی ، رضا ، تحقیق در یک مسأله فقهی ، قم : چاپخانه حکمت ، ۱۳۵۲ ش .
۶. بهجت ، محمد تقی ، مناسک حج و عمره ، ناشر: دفتر معظم له ، چ ۵، ۱۳۸۳ ش .
۷. جبار گلباغی ماسوله ، علی ، در آمدی بر عرف ، قم : دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیّه قم ، چ ۱، ۱۳۷۸ ش .
۸. جبعی عاملی ، زین الدین علی ابن احمد (شهید ثانی) ، شرح المعة الدمشقیة ، ترجمه علی شیروانی ، قم : مؤسسه انتشارات دارالعلم ، چ ۵، ۱۳۸۴ ش .
۹. جعفری ، محمد تقی ، حکمت اصول سیاسی اسلام ، ترجمه و تفسیر فرمان امام علی به مالک اشتر ، چاپ رستم خانی ، چ ۲، ۱۳۷۳ ش .
۱۰. جعفری لنگرودی ، محمد جعفر ، دانشنامه حقوقی ، تهران : انتشارات امیر کبیر ، چ ۴ ، ص ۱۳۷۵ ش .
۱۱. _____ ، حقوق اموال ، تهران : انتشارات گنج دانش ، چ ۳، ۱۳۷۳ ش .
۱۲. _____ ، مبسوط در ترمینولوژی حقوق ، تهران : گنج دانش ، چ ۱، ۱۳۷۸ ش .
۱۳. _____ ، مکتب های حقوقی در حقوق اسلام ، تهران : گنج دانش ، ۱۳۷۰ ش .
۱۴. _____ ، مقدمه عمومی علم حقوق ، گنج دانش ، چ ۳، ۱۳۷۱ ش .
۱۵. جناتی ، محمد ابراهیم ، جایگاه شریعت سلف و عرف در منابع اجتهاد ، مجله کیهان اندیشه ، شماره ۳۳ ، آذر و دی ۱۳۶۹ ش .
۱۶. _____ ، منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی ، تهران : مؤسسه کیهان ، چ ۱، ۱۳۷۰ ش .

۱۷. جوان ، موسی ، **مبانی حقوق** ، بی جا : بی نا ، ۱۳۳۷ ش .
۱۸. حائری ، مهدی ، **کاوش های عقل عملی** ، تهران : مؤسسه مطالعات و تحقیقات فرهنگی ، ۱۳۶۱ ش .
۱۹. حسینی ، علی ، **عرف متغیر و سیره عقلاء** ، مجموعه آثار کنگره بررسی مبانی فقهی امام خمینی ، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی ، ۱۳۷۴ ش . ج ۳
۲۰. حسینی قائم مقامی ، عباس ، **کاوش های فقهی** ، تهران : امیر کبیر ، ۱۳۷۸ ش .
۲۱. خرازی ، محسن ، **مصاحبه مندرج در کتاب مجموعه مقالات کنگره نقش زمان و مکان در اجتهاد** ، ۱۳۷۴ ش ، ج ۱۴
۲۲. دفتر همکاری حوزه و دانشگاه ، **در آمدی بر حقوق اسلامی** ، تهران : سمت ، چ ۱ ، ۱۳۶۸ ش .
۲۳. رحیمیان ، سعید ، **فقه و زمان (فلسفه فقه)** ، شیراز : انتشارات نوید ، چ ۱ ، ۱۳۷۹ ش .
۲۴. رجبی ، حسین ، **کاربرد عرف در استنباط** ، مجله کیهان اندیشه ، شماره ۴۸ ، خرداد و تیر ۱۳۷۲ ش .
۲۵. زرگری نژاد ، علامحسین ، **رسائل مشروطیت** ، مؤسسه تحقیقات و توسعه علوم انسانی ، ۱۳۸۷ ش .
۲۶. ساکت ، محمد حسین ، **دیباچه ای بر دانش حقوق** ، نشر نخست ، چ ۱ ، ۱۳۷۱ ش .
۲۷. شایگان ، علی ، **حقوق مدنی** ، انتشارات طه ، چ ۱ ، ص ۱۳۷۵ ش .
۲۸. شریعتی ، مهدی ، **بررسی مصادر و منابع فقه فریقین** ، مشهد : بنیاد پژوهش های اسلامی ، چ ۱ ، ۱۳۸۰ ش .
۲۹. شهیدی ، مهدی ، **حقوق مدنی (اصول قراردادها و تعهدات)** ، بی جا : عصر حقوق ، چ ۱ ، ۱۳۷۹ ش .
۳۰. شیخ نیا ، امیر حسین ، **ادله اثبات دعوی** ، شرکت سهامی انتشار ، چ ۳ ، ۱۳۷۵ ش .
۳۱. عرفانی ، محمود ، **حقوق تطبیقی و نظام های حقوقی معاصر** ، بی جا : انتشارات ماجد ، چ ۴ ، ۱۳۷۳ ش .
۳۲. علوی ، محمد تقی ، **عرف و عادت در حقوق اسلام و ایران** ، تبریز : دانشگاه تبریز ، چ ۱ ، ۱۳۸۳ ش .
۳۳. علیدوست ، ابوالقاسم ، **فقه و عقل** ، تهران : مؤسسه فرهنگی دانش و اندیشه معاصر ، چ ۱ ، ۱۳۸۱ ش .

۳۴. _____، **فقه و عرف**، تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چ ۳، ۱۳۸۶ ش.
۳۵. _____، **نظرات کارشناسانه فقیه در موضوعات احکام**، فصلنامه فقه و حقوق، سال اول، زمستان ۱۳۸۳ ش.
۳۶. _____، **مرجعیت عرف در تطبیق مفاهیم بر مصادیق**، فصلنامه فقه و حقوق، سال اول، پاییز ۱۳۸۸ ش.
۳۷. عمید، حسن، **فرهنگ عمید**، تهران: انتشارات امیر کبیر، چ ۱۳، ۱۳۵۸ ش.
۳۸. عمید زنجانی، عباسعلی، **فقه سیاسی**، تهران: امیر کبیر، ۱۳۶۶ ش.
۳۹. فیض، علیرضا، **مبادی فقه و اصول**، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چ ۱۲، ۱۳۸۰ ش.
۴۰. _____، **ویژگی های اجتهاد و فقه پویا**، تهران: پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی، چ ۱، ۱۳۸۲ ش.
۴۱. _____، **نقش زمان و مکان در اجتهاد**، مجله کانون و کلاء، شماره ۱۵۶.
۴۲. _____، **پویایی فقه و اجتهاد در پرتو عرف یا بستر زمان و مکان**، مجله کانون و کلاء، شماره ۷ و ۶.
۴۳. کاتوزیان، ناصر، **کلیات حقوق**، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۴۹ ش.
۴۴. _____، **فلسفه حقوق**، تهران: شرکت سهامی انتشار، چ ۱، ۱۳۷۷ ش.
۴۵. _____، **مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران**، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا، چ ۲۲، ۱۳۷۶ ش.
۴۶. کی نیا، مهدی، **کلیات مقدماتی حقوق**، دانشگاه تهران، چ ۱، ۱۳۴۸ ش.
۴۷. گرجی، ابوالقاسم، **مقالات حقوقی**، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۹ ش.
۴۸. _____، **تاریخ فقه و فقها**، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه ها (سمت)، ۱۳۷۷ ش.
۴۹. مجتهد شبستری، محمد، **هرمنوتیک کتاب و سنت**، تهران: انتشارات طرح نو، چ ۱، ۱۳۷۵ ش.
۵۰. محقق داماد، مصطفی، **قواعد فقه بخش مدنی**، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه ها، ۱۳۸۰ ش.

۵۱. محمدی، ابوالحسن، **مبانی استنباط حقوق اسلامی**، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چ ۸، ۱۳۷۳ ش.
۵۲. محمضانی، صبحی، **فلسفه التشریع فی الاسلام**، ترجمه اسماعیل گلستانی، تهران: امیرکبیر، چ ۲، ۱۳۵۸ ش.
۵۳. مرعشی، محمد حسن، **دیدگاه های نو در حقوق کیفری اسلام**، تهران: نشر میزان، چ ۲، ۱۳۷۶ ش.
۵۴. مطهری، مرتضی، **سیری در سیره نبوی**، تهران: صدرا، ۱۳۶۸ ش.
۵۵. نجومیان، حسین، **ارزیابی حقوق اسلام**، بی جا: شرکت انتشار، چ ۱، ۱۳۴۴ ش.
۵۶. واسعی، محمد، **جایگاه عرف در فقه**، تهران: اندیشه جوان، ۱۳۸۴ ش.
۵۷. واعظی، احمد، **نقش عرف در استنباط فقهی**، مجموعه آثار کنگره بررسی مبانی فقهی امام خمینی، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۴ ش.
۵۸. وبر، ماکس، **مفاهیم اساسی جامعه شناسی**، ترجمه احمد صدارتی، نشر مرکز، چ ۳، ۱۳۷۱ ش.
۵۹. ولیدی، محمد صالح، **حقوق جزای عمومی**، تهران: انتشارات سمت، چ ۲، ۱۳۷۲ ش.

ب) فهرست منابع عربی

۶۰. آشتیانی، محمد حسین، **بحر الفوائد فی شرح الفرائد**، قم: کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۲ ق.
۶۱. آخوند خراسانی، محمد کاظم، **درر الفوائد فی الحاشیه علی الفرائد**، تحقیق سید مهدی شمس الدین، بی جا: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چ ۱، ۱۴۱۰ ق.
۶۲. _____، **کفایة الاصول**، تهران: کتابفروشی اسلامیّه، ۱۳۶۴ ق.
۶۳. آمدی، سیف الدین علی بن محمد، **الاحکام فی اصول الاحکام**، بیروت: دارالکتب العلمیّه، ۱۴۰۰ ق.

۶۴. اسدی ، ابو منصور الحسن بن یوسف المطهر (علامه ی حلی) ، **تذکرة الفقهاء** ، تهران :
- المکتبة المرتضویة . بی تا .**
۶۵. _____ ، **نهاية الاحکام فی معرفة الاحکام** ، قم : مهدی رجایی ، ۱۴۱۰ ق .
۶۶. انصاری ، مرتضی ، **المکاسب** ، قم : انتشارات دهقانی ، ۱۳۷۴ ش .
۶۷. انصاری قرطبی ، ابو عبدالله محمد بن احمد ؛ **الجامع لاحکام القرآن** ، بیروت : داراحیاء التراث العربی ، ۱۴۲۲ هـ . ق
۶۸. ابن اثیر، مبارک بن محمد ؛ **النهاية فی غریب الحديث والاثر** ، تحقیق محمود محمد طناحی ، قم : مؤسسه اسمائیلیان ، چ ۴ ، ۱۳۶۴ هـ . ش
۶۹. ابن بابویه قمی ، ابوجعفر محمد بن علی بن الحسین (الصدوق) ، **کمال الدین** ، تهران : دارالکتب الاسلامیة ، ۱۳۹۵ ق .
۷۰. ابن حجاج نیشابوری، ابوالحسین مسلم ، **صحیح مسلم** ، تحقیق موسی شاهین لاشین و احمد عمر هاشم ، بی جا : مؤسسه عز الدین ، چ ۱ ، ۱۴۰۷ ق .
۷۱. ابن عابدین ، محمد امین بن عمر ، **مجموعه رسائل ابن عابدین** ، بی جا : بی نا ، چ ۱ ، ۱۲۳۷ ق .
۷۲. _____ ، **نشر العرف فی بناء بعض الاحکام علی العرف (ضمن مجموعه ی رسائل ابن عابدین)** ، بی جا : بی نا ، چ ۱ ، ۱۲۳۷ ق .
۷۳. _____ ، **رد المحتار علی الدر المختار** ، بیروت : دار احیاء التراث العربی ، بی تا ،
۷۴. ابن عقیل ، قاضی بهاء الدین ، **شرح ابن عقیل** ، قم : انتشارات لقاء ، ۱۳۷۵ ش .
۷۵. ابن فارس بن زکریاء ، احمد ، **معجم مقاییس اللغة** ، مصر: شركة مكتبة و مطبعة الحلبي ، ۱۳۸۹ ق .
۷۶. ابن قیم جوزیة ، محمد بن ابی بکر بن قیم ، **اعلام الموقعین عن رب العالمین** ، تحقیق عبد الرحمن الوکیل ، بی جا : دارالکتب الحدیثة ، چ ۱ ، ۱۳۸۹ ق .
۷۷. ابن منظور ، جمال الدین محمد بن مکرم ، **لسان العرب** ، بیروت : دارمکتبة الإحياء ، بی تا .
۷۸. ابن نُجیم ، زین العابدین ابراهیم ، **الأشباه و النظائر علی مذهب ابی حنیفه النعمان** ، قاهره : بی نا ، ۱۹۶۸ م .

۷۹. ابو داود سجستانی ازدی ، سلیمان بن اشعث ، سنن ابی داود ، تحقیق محمد محی الدین عبد الحمید ، بیروت : داراحیاء التراث العربی ، بی تا .
۸۰. باجی ، ابو ولید سلیمان بن خلف ، احکام الفصول فی احکام الاصول ، تحقیق عبد المجید ترکی ، بی جا : دارالغرب الاسلامی ، چ ۲ ، ۱۴۱۵ ق .
۸۱. بجنوردی ، میرزا محمد حسن ، القواعد الفقهیة ، قم : دلیل ما ، ۱۳۸۳ ش .
۸۲. بحر العلوم ، محمد ، الاجتهاد اصوله و احکامه ، بی جا : دارالزهراء ، چ ۱ ، ۱۳۹۷ ق .
۸۳. بخاری ، ابو عبد الله محمد بن اسماعیل ، صحیح بخاری ، بیروت : دارالتراث العربی ، چ ۲ ، ۱۴۰۱ ق .
۸۴. بروجردی ، محمد تقی ، نهاییه الافکار فی مباحث الالفاظ (تقریرات درس محقق عراقی) ، قم : موسسه نشر اسلامی ، ۱۳۶۴ ش .
۸۵. بهبهانی ، وحید ، الفوائد الحائریة ، تحقیق : لجنة تحقیق مجمع الفكر الاسلامی ، قم : بی نا ، ۱۴۱۵ ق .
۸۶. تبریزی ، موسی ، اوثق الوسائل فی شرح الرسائل ، قم : انتشارات کتبی نجفی ، بی تا .
۸۷. تبریزی ، محمد حسین ، کشف المراد من المشروطه و الاستبداد ، تهران : بی نا ، ۱۳۲۵ ق .
۸۸. ترمزی ، محمد بن عیسی بن سؤر ، سنن الترمذی ، بیروت : دار الفکر ، ۱۴۰۳ ق .
۸۹. تهانوی ، محمد اعلی ، کشاف اصطلاحات الفنون ، بیروت : دار الکتب العلمیة ، چ ۱ ، ۱۹۹۸ م .
۹۰. جبعی عاملی ، زین الدین علی ابن احمد (شهید ثانی) ، مسالک الافهام فی شرح شرایع الاسلام ، قم : انتشارات المهدی ، بی تا .
۹۱. _____ ، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة ، قم : مکتب الاعلام الاسلامی ، چ ۸ ، ۱۳۷۳ ش .
۹۲. جرجانی ، شریف علی بن محمد ، التعریفات ، بی جا : المطبعة الخیریة المنشأة ، چ ۱ ، ۱۳۰۶ ق .
۹۳. جوهری ، اسماعیل بن حماد ، الصحاح (تاج اللغة و صحاح العربیة) ، تحقیق احمد عبد الغفور عطار بیروت : دارالعلم للملایین ، ۱۹۷۹ م .
۹۴. حائری اصفهانی ، محمد حسین بن عبد الرحیم ، الفصول الغرویة فی الاصول الفقهیة ، قم : داراحیاء العلوم الاسلامیة ، چ ۱ ، ۱۳۶۳ ش .

۹۵. حر عاملی ، محمد بن حسن ، **وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة** ، تحقيق محمد رازی ، بيروت : داراحياء التراث العربي ، بی تا .
۹۶. حسینی بهسودی ، محمد سرور ، **مصباح الاصول** (تقریرات درس سید ابوالقاسم خویی) ، نجف : مطبعة النجف ، ۱۳۸۶ ق .
۹۷. حسینی زبیدی ، محمد مدتضی ، **تاج العروس من جواهر القاموس** ، تحقيق عبد الستار احمد فراح ، بيروت : دارالهداية ، ۱۳۸۵ ق .
۹۸. حسینی عاملی ، محمد جواد ، **مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة** ، بيروت : دارالاحياء التراث العربي ، بی تا .
۹۹. حکیم ، محمد تقی ، **الاصول العامة للفقہ المقارن** ، بيروت : مؤسسه آل البيت ، چ ۲، ۱۹۷۹م .
۱۰۰. حلی ، محمد بن ادریس ، **السرائر الحاوی لتحرير الفتاوی** ، قم : مؤسسه نشر اسلامی ، بی تا .
۱۰۱. خلاف ، عبد الوهاب ، **مصادر التشريع الاسلامی فیما لانص فيه** ، دارالکتاب العربی ، چ ۱ ، بی تا .
۱۰۲. خمینی ، روح الله ، **الاجتهاد و التقليد** ، تهران : مؤسسه نشر و تنظيم آثار امام خمینی ، ۱۳۷۶ق .
۱۰۳. _____ ، **کتاب البيع** ، قم : انتشارات اسماعیلیان ، بی تا .
۱۰۴. _____ ، **لمحات الاصول** (تقریرات درس آیه الله حسین بروجردی) ، تهران : مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمینی ، چ ۱ ، ۱۳۷۹ ش .
۱۰۵. _____ ، **انوار الهدایة فی التعليقة علی الکفاية** ، تحقيق مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمینی ، و مکتب اعلام اسلامی ، چ ۱ ، ۱۳۷۲ ش .
۱۰۶. _____ ، **رسائل** ، تهران ، اسماعیلیان ، ۱۳۸۵ ش .
۱۰۷. _____ ، **المکاسب المحرمه** ، مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمینی ، چ ۱ ، ۱۳۷۴ ش .
۱۰۸. خمینی ، مصطفی ، **تحریرات الاصول** ، تهران : مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام ، ۱۴۱۸ ق .
۱۰۹. خوئی ، ابوالقاسم ، **مصباح الفقاهة فی المعاملات** ، تقرير ميرزا محمد علی توحیدی ، بيروت : دارالهادی ، بی تا .
۱۱۰. _____ ، **محاضرات فی اصول الفقه** ، تقریرات اسحاق فیاض ، مطبعة النجف ، ۱۳۸۲ق .
۱۱۱. _____ ، **مستند العروة الوثقی** ، قم : انتشارات احیاء آثار خویی ، ۱۴۰۰ ق .

۱۱۲. رازی ، فخر الدین ابو عبد الله محمد بن عمر ، **المحصل فی علم اصول الفقه** ، بیروت : دارالکتب العلمیة ، چ ۱ ، ۱۴۰۸ ق .
۱۱۳. _____ ، **التفسیر الکبیر** ، بیروت : دار الفکر ، چ ۱ ، ۱۴۰۱ ق .
۱۱۴. راغب اصفهانی ، ابو القاسم حسین بن محمد بن فضل ، **المفردات فی غریب القرآن** ، بی جا : دفتر نشر کتاب ، چ ۲ ، ۱۴۰۴ ق .
۱۱۵. ری شهری ، محمد ، **میزان الحکمه** ، بیروت : مؤسسه دارالحديث ، چ ۲ ، ۱۴۱۹ ق .
۱۱۶. زرقاء ، مصطفی احمد ، **المدخل الفقهي العام الى الحقوق المدنيّة فی بلاد السوریا** ، بیروت : دارالفکر چ ۳ ، ۱۹۶۸ م .
۱۱۷. زرکشی ، بدر الدین محمد بن عبدالله ، **المنثور فی القواعد** ، بی جا : شرکت دار الکویت للصحافة ، چ ۲ ، ۱۴۰۵ ق .
۱۱۸. زمخشری ، جار الله محمود بن عمر ، **الکشاف عن حقائق غوامض التّنزیل و عیون الأقاویل فی وجوه التّأویل** ، بی جا : نشر ادب الحوزه ، بی تا .
۱۱۹. زیدان ، عبد الکریم ، **مجموعه بحوث فقهیة** ، بی جا : مکتبة القدس و مؤسسة الرسالة ، چ ۱ ، ۱۳۹۶ ق .
۱۲۰. سبحانی ، جعفر ، **تهذیب الاصول** ، قم : مؤسسه نشر اسلامی ، چ ۱ ، ۱۴۰۵ ق .
۱۲۱. سرخسی ، ابوبکر محمد بن احمد بن ابی سهل ، **اصول السرخسی** ، تحقیق ابوالوفاء افغانی ، بیروت : دارالکتب العلمیة ، چ ۱ ، ۱۴۱۴ ق .
۱۲۲. سیوطی ، جلال الدین عبد الرحمن ، **الاشباه والنظائر فی قواعد و فروع فقه الشافعیة** ، بیروت : دارالکتب العلمیة ، چ ۱ ، ۱۴۰۳ ق .
۱۲۳. شاطبی ، ابواسحاق ابراهیم بن موسی ، **الموافقات فی اصول الشریعة** ، بیروت : دارالکتب العلمیة ، بی تا .
۱۲۴. شریف رضی ، جمعه ، **فہج البلاغہ** ، تحقیق صبحی صالح ، قم : دارالہجرة ، بی تا .
۱۲۵. شلبی ، محمد مصطفی ، **اصول الفقه الاسلامی** ، بیروت : دارالنهضة العربیة ، ۱۴۰۶ ق ، ۱۹۸۶ م .
۱۲۶. شوکانی ، محمد بن علی ، **ارشاد الفحول الى تحقیق الحق من علم الاصول** ، مصر : مطبعة السعادة ، ۱۳۲۷ ق .

۱۲۷. شیبانی ، ابو عبد الله احمد بن محمد بن حنبل ، **مسند احمد بن حنبل** ، تحقيق گروه محققان ، بيروت : عالم الكتاب ، چ ۱ ، ۱۴۱۹ ق .
۱۲۸. صدر ، محمد باقر ، **دروس في علم الأصول** ، قم : مؤسسه نشر اسلامي ، چ ۱ ، ۱۴۱۲ ق .
۱۲۹. _____ ، **المعالم الجديدة للأصول** ، نجف : مطبعة النعمان ، چ ۱ ، ۱۳۵۸ ق .
۱۳۰. طباطبائي ، محمد حسين ، **الميزان في تفسير القرآن** ، تهران : اسلاميه ، ۱۳۶۲ ش .
۱۳۱. _____ ، **حاشية كفاية الاصول** ، بی جا : بنیاد علمی - فرهنگی علامه طباطبائی، بی تا.
۱۳۲. طریحی ، فخرالدین بن محمد ، **مجمع البحرين** ، تهران : فرهنگ اسلامي ، چ ۲ ، ۱۳۶۷ ش .
۱۳۳. طوسی ، ابو جعفر محمد بن حسن ، **التبيان في تفسير القرآن** ، بيروت : إحياء التراث العربي ، بی تا .
۱۳۴. _____ ، **الخلافا** ، تحقيق: سيد علي خراساني و سيد جواد شهرستاني ، قم: مؤسسه نشر اسلاميه ، ۱۴۲۴ ق .
۱۳۵. عاملی ، ابو منصور حسن ، **معالم الاصول** ، قم : انتشارات دفتر تبلیغات حوزه ، ۱۳۶۸ ش .
۱۳۶. عجم توفیر ، رفیق ، **مؤسوعة مصطلحات اصول الفقه عند المسلمين** ، بيروت : مكتبة لبنان ناشرون ، چ ۱ ، ۱۴۱۱ ق .
۱۳۷. علم الهدی ، مرتضی ، **الذريعة الى اصول الشريعة** ، تصحيح و تعليق ابوالقاسم گر جي ، تهران : انتشارات دانشگاه تهران ، ۱۳۴۶ ش .
۱۳۸. عليان ، شوكت محمد ، **التشريع الإسلامي و القانون الوضعي** ، الرياض: دار الشّواب ، بی تا.
۱۳۹. غروی اصفهانی ، محمد حسين (معروف به کمپانی)، **نهاية الدراية في شرح الكفاية** ، قم : مؤسسه آل البيت لإحياء التراث ، ۱۴۱۴ ق .
۱۴۰. _____ ، **بحوث في الاصول (رساله الطلب و الاراده)** ، قم : مؤسسه نشر اسلامي ، چ ۲ ، ۱۴۰۹ ق .
۱۴۱. غروی تبریزی ، میرزا علی ، **التنقيح في شرح العروة الوثقى** (تقریرات درس سيد ابوالقاسم خویی)، قم: مؤسسه آل البيت لإحياء التراث ، چ ۲ ، بی تا.
۱۴۲. غروی نائینی ، محمد حسين ، **فوائد الاصول** ، تقرير محمد علي كاظمي خراساني ، قم : مؤسسه نشر اسلامي ، چ ۱ ، ۱۴۰۶ ق .
۱۴۳. غزالی ، ابو حامد محمد بن محمد ، **المستصفی من علم اصول الفقه** ، قم: بی نا ، ۱۳۶۸ ش .

۱۴۴. فاضل لنکرانی ، محمد ، القواعد الفقهيّة ، قم : مكتبه مهر ، ۱۴۱۶ ق .
۱۴۵. فراهیدی ، خليل بن احمد ، كتاب العين ، قم : دارالهجرة ، ۱۴۰۵ ق .
۱۴۶. فهمی ، ابوسنة احمد ، العرف و العادة في رأى الفقهاء ، بی جا : مطبعة الازهر ، ۱۹۴۷ م .
۱۴۷. قیومی ، احمد بن محمد ، المصباح المنیر ، قم : مؤسسه دارالهجرة ، چ ۱ ، ۱۴۰۵ ق .
۱۴۸. کاشف الغطاء ، جعفر بن خضر بن شلال ، كشف الغطاء في مبهمات الشريعة الغراء ، اصفهان : انتشارات مهدوی ، بی تا .
۱۴۹. کلینی رازی ، محمد بن یعقوب ، الفروع من الکافی ، با ترجمه و شرح هاشم محلاتی ، جواد مصطفوی ، تهران : مكتبة العلمية الاسلامية ، ۱۴۰۶ ق .
۱۵۰. مجلسی ، محمد باقر ، بحار الانوار الجامعة لدرر اخبار الائمة الاطهار(ع) ، بیروت : مؤسسة الوفاء ، چ ۳ ، ۱۴۰۳ ق .
۱۵۱. مجلسی ، محمد تقی ، روضة المتّقین (شرح من لا يحضره الفقيه) ، قم: بنیاد فرهنگ اسلامی ، ۱۳۹۹ ق .
۱۵۲. محدّث قمی ، عباس ، سفينة البحار و مدينة الحكم و الآثار ، بی جا : انتشارات فراهانی و کتابخانه سنایی ، ۱۳۶۳ ش .
۱۵۳. مروارید ، علی اصغر ، سلسلة البنايع الفقهيّة، بیروت : دارالاحياء التراث العربی ، ۱۴۱۰ ق .
۱۵۴. مصطفوی ، حسن ، التّحقيق في كلمات القرآن الكريم ، تهران : وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی ، چ ۱ ، ۱۴۱۶ ق .
۱۵۵. مظفر ، محمد رضا ، اصول الفقه ، قم : مكتب الاعلام الإسلامي ، ۱۳۷۳ ش .
۱۵۶. _____ ، المنطق ، النجف : مطبعة النعمان ، ۱۳۸۸ ق .
۱۵۷. معلوف ، لويس ، المنجد في اللغة و الادب و العلوم ، بیروت : المطبعة الكاثوليكية ، چ ۱۵ ، ۱۹۵۶ م .
۱۵۸. مغنیه ، محمد جواد ، فقه الامام جعفر الصادق ، بی جا : دارالجواد ، چ ۵ ، ۱۴۰۴ ق .
۱۵۹. مقدس اردبیلی ، احمد ، مجمع الفائدة و البرهان في شرح ارشاد الاذهان ، قم : جامعة مدرسين قم ، ۱۴۰۳ ق .
۱۶۰. مکارم شیرازی ، ناصر ، القواعد الفقهيّة ، قم: مدرسه امام اميرالمؤمنين(ع)، چ ۳ ، ۱۴۱۱ ق .

۱۶۱. مکی عاملی ، محمد بن جمال الدین (شهید اول) ، **القواعد و الفوائد** ، قم : منشورات مفید ، بی تا.

۱۶۲. _____ ، **ذکری الشیعة فی احکام الشریعة** ، قم : مکتبه بصیری ، بی تا .

۱۶۳. منتظری ، حسینعلی ، **نهایة الاصول** (تقریرات آیه الله بروجردی) ، قم : نشر قدس ، ۱۴۱۵ق.

۱۶۴. **موسوعة الفقه الاسلامی** ، (معروف به موسوعة جمال عبد الناصر الفقهیة) ، قاهره : بی نا ، ۱۹۸۸ م .

۱۶۵. موسوی قزوینی حائری ، ابراهیم ، **ضوابط الاصول** (تقریرات درس اصول شریف العلماء مازندرانی) ، تهران : بی نا ، ۱۲۷۱ق

۱۶۶. میرزای قمی ، ابو القاسم بن محمد ، **جامع الشتات** ، تحقیق مرتضی رضوی ، تهران : مؤسسه کیهان ، ۱۳۷۱ ش .

۱۶۷. _____ ، **قوانین الاصول** ، چاپ سنگی ، در دومجلد ، چاپ طاهر و عبد الرحیم ، بی تا .

۱۶۸. نسفی ، ابو البرکات عبد الله بن احمد ، **کشف الاسرار** ، بیروت : دارالکتب العلمیة ، چ ۱ ، ۱۴۰۶ ق .

۱۶۹. نجفی ، محمد حسن ، **جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام** ، تهران : دارالکتب الاسلامیة ، چ ۴ ، ۱۳۷۳ ش .

۱۷۰. هاشمی ، علی ، **محاضرات فی الفقه الجعفری** (تقریرات مکاسب محرمة آیه الله خویی) ، قم : بی نا ، ۱۴۰۸ ق .

۱۷۱. هاشمی شاهرودی ، محمود ، **بحوث فی علم الاصول** (تقریرات درس های شهید صدر) ، المجمع العلمی للشهید الصدر ، چ ۱ ، ۱۴۰۵ ق .

۱۷۲. هذکلی ، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن (محقق حلّی) ، **المعتبر فی شرح المختصر** ، قم : مؤسسه سید الشهداء علیه السلام ، ۱۳۶۴ ش .

۱۷۳. _____ ، **شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام** ، ترجمه ابوالقاسم ابن احمد یزدی ، تهران : انتشارات دانشگاه تهران ، ۱۳۷۴ ش .

The situation of common law (custom) and manner of the household (tradition) and of rationales in the Imami Jurisprudence

Abstract:

The most important matters which are considered in finding the order of legislator are resources that the religious man should use them, because not every affair is qualified to be used as an order. It is vital to researches be done based on custom and tradition to survey the reasons of non-validity of them by Shiites.

By determination of Imamieh viewpoint concerning proof criterion in reasoning, we found out that any reason that causes disconnection or be confirmed by legislator is qualified to be used besides quarter reasons. By survey of existing doctrines concerning custom's proof we said that however all of these doctrines have determined the duty of custom and rational tradition definitely, each of them is adjustable in a part of custom kinds. Since, the resources of custom and rational tradition are sometimes rational apparent. Thus, in these cases we can rely on innate custom's proof and rational tradition. But, the proof of other customs – which are not leaded from rational apparent- and both customs and rational traditions are depending to the signature of share, while despite rational traditions in customs achievement of non-rejection is not sufficient.

Therefore, custom and tradition can be a reason for legislator of orders in a part which has innate proof. But, concerning custom and tradition which their proof is proved, we can find it in the method of presumption from reason as a tool at the hand of clergyman which is referred by clergyman for expansion of purport of reason, gathering the reasons, dedication of maximum, etc. in this application, jural cases are subjective and not the approach or its simultaneously situation to find custom dependent to custom subjects or to use it in emergence of reason. Principally these cases custom's proof does not need approval.

Key words: Custom, rational tradition, religious tradition, proof, presumption of orders