

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 طریقیّت خواهد داشت، اما در مواردی نیز رجوع به عرف در استنباط قضایای فقهی موضوعیت دارد و نه طریقیّت 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 مطرد 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 مشرعه ۳۶
- الف) تعریف سیره مشرعه ۳۶
- ب) اقسام سیره مشرعه 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 حجیت 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: مکتب‌های حجیت عرف و بنای عقلاء

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

بخش چهارم: تحلیلی بر حجیت سیره متشرعه

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

بخش پنجم: بررسی حجیت سیره عقلاء و سیره های مستحدثه

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

بخش ششم: ادله اعتبار عرف

- گفتار اول: تعیین عرف مورد گفتگو..... ۱۱۰
- گفتار دوم: ادله حجیت 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 حجیت 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 (عقلایی) 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 تنسیق 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 حجیت آن ها به اثبات رسیده باشد و حتی ظن به حجیت چیزی ، موجب تبدیل آن به لاجحیت 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 تاثیر 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 حجیت هستند و از سوی دیگر عده ای فقه را محکوم به پذیرش همه عرفیات یک جامعه نموده اند و خارج از چهارچوب حجیت 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 طرقی که حجیت 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 حجیت ادله استنباط احکام دارد . در همین راستا در بحث از حجیت 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 قطعیه و ادله ظنیه خاصه (ظنیه 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 وبیانگر 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 حجیت 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 دلالت 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 روئیده 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 العربيه)**،تحقیق احمدعبد الغفور عطار بیروت : دارالعلم للملایین ، ۱۹۷۹ م ، ج ۴ ، ۱۴۰۱ ؛ فراهیدی ، خلیل بن احمد ، **کتاب العین** ، قم : دارالهیجره ، ۱۴۰۵ ق ، ج ۲ ، ص ۱۲۲ .
^۲ ابن فارس بن زکریاء ، احمد ، **معجم مقاییس اللغة** ، مصر : شركة مكتبة و مطبعة الحلبي ، ۱۳۸۹ ق ، ج ۴ ، ص ۲۸۱ .
تعبیر ابن فارس «السکون ، الطمانینه ، 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 النُّكر و هو كلُّ ما تعرفه النَّفس من الخیر و تَبسُّأ 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 معنای 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 : تابع و اتصال بعضی اجزای

^۳ ابن منظور ، جمال الدین محمد بن مکرم ، **لسان العرب** ، بیروت : دارمکتبه 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 ینکر بهما و قال تعالی : (و أمر بالعرف و انه عن المنکر ...) » : راغب اصفهانی ، ابو القاسم الحسین بن محمد بن الفضل ، **المفردات فی غریب القرآن** ، بی جا : دفتر نشر الكتاب ، ج ۲ ، ۱۴۰۴ ق ، ص ۳۳۲ - ۳۳۱ .

^۶ معلوف ، لويس ، **المنجد فی اللغة و الادب و العلوم** ، بیروت : المطبعة الكاثولیکية ، 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 و العرفان» 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» اخصّ 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 برمی 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 اللغه و التّحقیق 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 و أمر بالعرف و أعرض 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 ۱/۷۷: (سوگند به فرشتگانی که پی در پی فرستاده می شوند).

^{۱۳} جوهری، **الصحاح (تاج اللغه 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.