عرف عقلاء

عليرضا فيض

دانشگاه آزاد اسلامي ـ واحد علوم و تحقيقات تهران

چكيده

اين تحقيقي است دربارة عرف كه تأثير فراوان در استنباط احكام فقهي دارد و راهگشاي بسياري از مسائل مستحدثه است. نقش عرف در فقه و حقوق نبايد مورد غفلت فقيه قرار گيرد چرا كه بسياري از مسائل فقهي و اصول فقه به وسيلة عرف ثابت مي‌شود همة سيستم‌هاي حقوقي جهان به عرف عقلاء توجه داشته‌اند. در زمان‌هاي گذشته در ميان قبايل، عرف، پايه، و مايهٔ همة پديده‌هاي اجتماعي بوده و خود به تنهايي مصدر دين و اخلاق و معاملات به شمار مي‌رفت. عرف از نظر اسلام معتبر شناخته شده و حلّال بسياري از مشكلات فقهي است. عرف به مانند جامعه پويائي دارد و در اثر اين پويائي، فقه و حقوق دستخوش پويائي و هم آهنگي با محيط مي‌شوند.

بعضي فكر مي‌كنند كه بر پايه حديث« حَلالُ محمدٍ، حلال الي يوم القيامة» در احكام اسلامي تحوّل راه ندارد در حالي كه اين برداشت سطحي، مورد پذيرش پژوهشگران نيست.

كليد واژه: عرف، بناي عقلاء، حجيّت، پويائي، دين و فقه، تقليد، عرف رجوع جاهل به عالم.

مقدمه

چندي پيش دربارة عرف عقلاء مقاله‌اي كوتاه ترتيب داده بودم كه منتشر شد، و مورد توجه قرار گرفت. افزون بر آن در كتاب ويژگي‌هاي فقه و اجتهاد(ص۲۷) به فراخور حال پيرامون آن بحث‌هائي داشته‌ام كه اهل فضل و دانش آن را مورد نظر قرار داده‌اند، و نكاتي تقريظ گونه براي من نوشته يا گفته‌اند. در ضمن، آنجا كه نظر امام خميني را گفته‌ام كه به طور عموم عرف‌هاي زمان حاضر را معتبر و حجت مي‌شناسند، بعضي از فضلاي حوزه به من ايراد گرفته و عقيده داشتند كه امام فقط يك عرف كه عرف رجوع جاهل

به عـالم اسـت يعنـي عـرف تقليـد و نـه عـرف‌هـاي ديگـر را حجـت و معتبـر مي‌شناسند و بعضي در همين زمينه بر من رديه نوشته و منتشر كرده‌انـد، كـه ناچار در اين مقاله با تفصيل و اهتمام بشتري عرف را از جوانب مختلـف مـورد كاوش و بررسي قـرار داده‌ام و در بحـث از نظـر محققانـة امـام خمينـي عـين عبارات ايشان را نيز زينت بخش مقاله‌ام گردانيده‌ام تا فضلاي دانش پژوه حـوزه و دانشگاه آنچه را از نظرات امام منتشر كرده‌ام با عبارات ايشان انطباق دهنـد و بي‌طرفانه داوري كنند.

عرف به راستي نقش بـسيار مهـم و سـازنده‌اي در فقـه دارد، و راهگـشاي بسياري از مسائل جديد است كه به صورت ظاهر از كتاب و سنت دليلي بر آنها يافته نمي‌شود كه در جاي مناسب، تفصيل آن خواهـد آمـد. حتـي عمومـات و اطلاقات كتاب و سنت جوابگوي مسائل جديد نيستند كـه اگـر بودنـد بحـث از اصول عمليّه بي فايده بود. زيرا مسائلي كه نـو پيـدا هـستند اگـر از اطلاقـات و عمومات گسترده، اخذ مي‌شدند جائي براي رجوع به اصول عمليّه وجود نداشت. باري براي فراهم آوردن اين مقاله علاوه بر مطالعـات قبلـي و نوشـته‌هـائي كـه داشتم در كتابهاي فقهي و اصولي بـسياري از فـضلا و محققـين شـيعه و اهـل سنت به جست و جوي گمشدة خود پرداختم و نكات مهم و بسيار مفيـدي بـه دست آوردم كه اين مقاله را از آنچه قبلاً گفته يا نوشته‌ام ممتاز گردانيده است. در اين رهگذر نياز فراوان فقـه را بـه عـرف‌هـاي عقلائـي، بـه ويـژه عـرف‌هـاي پديد آمده و استقرار يافته در جوامع امروزي جهان عقلاء گوشزد كرده‌ام.

بايد بدانيم كه مسائل تأسيسي اسلام يعني احكام تأسيسي بـسي كمتـر از مباحثي است كه از ادلّه عقلي به خصوص از عرف عقلاء عايد فقه پر بـار شـيعه گرديده است.

هنگامي كه مي‌بينيم بسياري از مباحث اصول فقـه از قبيـل حجيّـت خبـر واحد، حجيّت ظواهر، حجيّت ظنون معتبر، و اعتبار آراء مجتهـدان و عمـل بـه آنها و تقليد از آنان و نيز شايد همة مسائل فقهي ابواب عقود و ايقاعات و احكام

به برکت و قدرت دليل توانا و مشکل گشاي عرف عقلاء ثابت مي‌شـوند در ايـن موقع است که مي‌توانيم به نقش مهم عرف و مبناي عقلاء چـه در علـم اصـول فقه و چه در فقه اعتراف کنيم.

با اين همه سزاوار بود که اصـوليين بحـث و فـصلي مـستقل را بـه بنـاءات عقلائي، و أعراف اختصاص مي‌دادند، و در آن فصل که به عقيدة من مهـم‌تـرين فصل اصول است، عرف عقلاء را آن گونه که بايد و شايد به بررسي و امعان نظر مي‌گرفتند. افسوس و صد افسوس که فقهاء و اصوليان ما از اهميّـت روز افـزون آن شايد غفلت داشته‌اند.

از اينرو کاوشگري که مي‌خواهد به بررسي و کنجکاوي در آن بپردازد، بايد مسائل مختلف و پراکندة آن را از جاي جاي کتب اصولي و حتي فقهي پـس از جست و جوي فراوان به چنگ آوَرَد و از کارگشائي‌ها و راهنمائي‌هاي آن فقـه را به راه باز و هموار برساند. و فقيه را در استنباط احکام پيش آمدها و رخدادهاي نوچيره گرداند. حاصل اينکه سعي ما بر اين است تا ثابت کنيم عـرف‌هـائي کـه اينك در جامعة جهـاني وجـود دارنـد از رواج بـازار هـر گونـه معـاملات، انـواع گوناگون خريد و فروش، انواع شرکت‌ها و حتي انواع بيمه‌ها و هر چه از اين بـه بعد متداول مي‌شود همه صحيح و جائز هستند و معصوم عليـه الـسلام بـا آنهـا موافقت داشته که اگر رضايت نداشت، مي‌توانست در هر حـال و وضـع، از آنهـا جلوگيري کند. بنابراين اگر بـر طبـق عـرف رايـج عمـل کـرديم، هـيچ عـاملي نمي‌تواند مانع کار ما و معاملات ما گردد و ما توانسته‌ايم در پرتو راهنمائي‌هـاي امام خميني امضاي شارع را در آن مسائل حقوقي بدست آوريم. تفصيل مطالب را در مقاله مطالعه کنيد.

بايد توجه داشت که فقهاء در کتاب‌هاي خود با تعبيرات گوناگوني از عـرف عقلاء نام برده‌اند که بايد مورد غفلت فضلاء قـرار نگيـرد بـه ويـژه کـساني کـه مي‌خواهند دربارة آن پژوهش داشته باشند.

اصوليين و فقهاء در زير اين نام‌ها از عرف عقلاء سخن گفته‌اند:

عرف، عرف عقلاء و بناي عقلاء، طريقة عقلاء، عادت، عادت عقـلاء، سـنّت، سنّت عقلاء، سيرة عقلاء، موقع عقلائـي، اصـل عقلائـي، قـانون عقـلاء، قـوانين عقلائي، احكام عقلائـي، حكـم فطـري، ارتكـاز عقـلاء، مرتكـز عقـلا، ارتكـازي، امرارتكازي، ارتكازيات، رسم عقلاء، رسوم عقلائي، و شايد زمـان و مكـان، تـأثير زمان و مكان و مردم كه از آن به فرهنگ جامعه تعبير مي‌كنند.

زمان و مكان تعبير جديدي است از امام خميني كه بيش از هر چيـز نـاظر به اعراف عقلائي است.

عرف:

هر پديده‌اي كه درميان مردم رواج پيدا كند، هر شيوة عملي و گاه گفتاري كه مردم آن را در ميان جامعة خود متداول كنند، چه خوب باشـد و پـسنديده يابد و ناپسند و زيان بخش براي فرد و جامعه.

بايد بدانيم كه پديده‌هاي رايج در ميان مردم بر پاية اغـراض گونـاگون گـاه بر مبناي عقل و انديشه و نياز جامعه، و گاه بر مبناي شهوات و تمايلات نفساني و هوي و هوس متداول مي‌شـوند، پـس عـرف‌هـائي كـه در جامعـه خودنمـائي مي‌كنند، برخي از آنها صحيح و سودمند و عقلائـي هـستند، و برخـي فاسـد و زيـان بخـش كـه از منـشاء هـوس بـازي و بـي بنـد و بـاري، و وقـت گـذراني رايج گرديده‌اند.

شناخت و تشخيص عرف عقلاء از ميان مجموعه‌اي از عرف‌هـاي صـحيح و غلط كه درميان جامعة انساني رواج دارند، كار مشكلي به نظر نمي‌رسد.

كيست كـه ندانـد عرفيّـت مـشروبخواري و بـي‌بنـد و بـاري و قماربـازي و شهوت راني و صدها عرف ديگر غلط و فاسد هـستند كـه بـر مـصلحين جهـان فرض است تا در ريشه كن كردن آنها اقدام كنند، آن چنان كه اسلام با اعـراف غلط جاهليت مبارزه كرد و تا آنها را از بيخ و بن ريشه كن نساخت آرام نگرفت.

اقسام عرف:

عرف اقسامي دارد در يك تقسيم به عرف عام، و عرف خاص، در تقسيمي ديگر به عرف صحيح و عرف فاسد و در تقسيم سوم به عرف عملي، و عرف قولي بخش مي‌شود. سخن كوتاهي دربارة هر يك از آنها بي فايده نيست:

۱ـ عرف عام، در اين عرف عموم يا اغلب مردم شركت دارند، علي رغم اختلافي كه در سطح مختلف زندگي و در فرهنگ‌ها و محيط‌ها و زبان‌ها و نهادها و گرايش‌هاي مذهبي دارند.

در اين عرف بسياري از پديده‌ها و نهادهاي اجتماعي بنياد مي‌شوند، و نظم و سامان مي‌يابند، مثل رجوع جاهل به عالم در هر علم و فن، اعتبار داشتن ظواهر كلمات، اعتماد داشتن به قول و خبر اشخاص موثّق، يا چيزهائي از قبيل استعمال دخانيات، نشستن و وقت گذراني در مراكزي از قبيل قهوه‌خانه، نمايشگاه و تآتر و قماربازي و شرب مسكرات در پاره‌اي از جوامع.

۲ـ عرف خاص، در اين عرف گروه ويژه‌اي شركت دارند، كه عامل و انگيزه‌اي خاص، اين گروه را گرد خود فراهم آورده است، از قبيل زماني ويژه يا مكاني ويژه يا شغل و صنعت و حرفه‌اي ويژه يا علم و هنر و فرهنگي ويژه.

بسياري از رفتارها كه به آداب و سنن و اخلاق، و معاشرت بستگي دارد در اين عرف شكل مي‌گيرد.

۳ـ عرف قولي، و آن عرفي است كه پاره‌اي الفاظ، و اقوال در آن رنگ ويژه‌اي بخود مي‌گيرد، گاه از معاني لغوي موضوع لَهِ خود دور مي‌شود، گاه محدوديت، و گاه گستردگي مي‌يابد، لغات محلي نيز از مصاديق اين عرف محسوب مي‌شوند وبراي خود در فرهنگ مردم جائي ويژه دارند.

۴ـ عرف عملي، و آن عرفي است است كه در بخشي از كارهاي ويژه مردم، و مبادلات آنان خودنمائي مي‌كند، مثل عقود معاطاتي كه درميان آنان، امر رائجي مي‌شود يا عقود ربوي تداول پيدا مي‌كند.

۵ـ عرف صحيح يا عرف عقلاء عرفي است كه درميان مردم و در نفوس آنان در پرتو راهنمائي عقل و انديشه استقرار و رواج مي‌يابد و طبايع مردم آنها

را مي‌پذيرند اين عرف بـا قـانون و دليـل شـرعي مخـالفتي نـدارد (حكـيم، الاصـول العامه/۱۹۸ـ۴۲۰ـ محمصاني، مصادر التـشريع/۱۲۴، خلّـاف/۸۹)، مـثلاً شـير بهـا دادن در ازدواج، هدايا و تحفه‌ها كه در خواستگاري براي مخطوبه مي‌فرستند كه جزو مهريه نيـز شمرده نمي‌شود. و بيع معاطات و عقود جديد كه ربـوي نباشـند، همـه در ايـن عرف قرار دارند.

استاد حكيم گويد: عرف صحيح عبارت است از آنچه در ميان مردم متـداول گردد، و مخالفتي با نص شـرعي نداشـته باشـد، و مـصلحتي را از ميـان نبـرد، مفسده‌اي بار نياورد، مثـل اينكـه در ميـان مـردم متـداول شـده كـه بعـضي از منقولات را وقف مي‌كنند و اينكه بخشي از مهرية زن را نقداً مي‌دهند، و بخـش ديگر آن را پس از مدتي (الاصول العامـه/ ۴۲۱) شهيد صدر گويد: سيرة عقلاء، عـرف، ميل وگرايش عمومي آنان است از متـدين و غيـر متـدين بـه امـري خـاص در جهتي معين و خطي ويژه (المعالم الجديـده /۱۹۸) كه مخالفتي با شرع نداشته باشـد. و خلاصه روش عمومي مردم، كه از مصلحت انديشي، سرچشمه گرفته، و بـراي حفظ فرد و جامعه نظم و سامان يافته باشـد، در محـاورات و معـاملات و سـاير روابط اجتماعي، برخوردي با شرع پيدا نكند، عـرف صـحيح و پـسنديده اسـت مثل اينكه هر جاهلي براي فهم آنچه نمي داند به عالم مراجعه مـي‌كنـد، و هـر بيماري نزد پزشك مي‌رود. مردم اين روش‌ها را براي نظم و بقـاي جامعـة خـود لازم و ضروري مي‌دانند.

۶ـ عرف فاسد، عرفي است كه در ميان گروهي متداول مـي‌گـردد و خـلاف شرع است، مثل عقود ربوي، يا شرب مسكرات در برخي جامعه‌ها و قماربـازي و غيره، و پاره‌اي منكرات كه در جشن مولود جديد يا عزاداري بر مردگـان انجـام مي‌شد.(خلّاف، علم الاصول خلاف/۸۹)

آيا مرتكزات عقلي، همان عرف عقلاء است؟

به طوريكه كه قبلاً در مقدمه اشاره شد، تعبيرات مختلفي از عرف، در لسان فقها و اصوليين به چشم مي‌خورند كه در اغلب آنها، مـراد، عـرف عقـلاء اسـت مثلاً سيرة عقلاء، طريقة عقلاء بناي عقـلاء، تـأثير زمـان و مكـان در تجديـد و تبيين موضوع، و متعلق و تعيين حكم فقهي و غيره، چيـزي جـز عـرف عقـلاء نيستند.

اينك بايد ديد مراد از ارتكاز عقلا، مرتكز عقلاء، ارتكازات عقلائي چيـست؟ بيشتر آن‌ها را هم تعبير ديگري از عرف مي‌شناسند.

استاد حكيم گويد: (الاصول العامه للفقه المقارن/۲۰۰) اين اصطلاحات در زبان بعضي از اساتيد متأخر فن اصول فقه داير و رايج شده و ظاهراً مراد آنان اين است كـه علاوه بر آماده بودن سيره عقلاء، و وجود داشتن آن، بر فعل، يـا تـرك چيـزي، نوع حكم آن فعل يا ترك نيز، در عمـق شـعور و ژرفـاي ذهـن عقـلاء اسـتقرار يافته، و پابرجا شده باشد ولي منشاء آن را دقيقاً نشناسند ...

بنابراين عقيده، آنچه از سيره كه در اثـر تكـرار بيـشتر در ذهـن و عقليّـت مردم جايگزين شده و ثبوت و استقرار يافته باشد، و مبدأ آن معلوم نباشـد، آن را ارتكاز عقلا نامند، و اگر چنين باشد، ارتكاز و مرتكزات عقلائي، حتي از سـيرة عقلا و عرف، قوي‌تر هستند.

محقّق نائيني نيز دربارة ارتكاز عقلي

آنجا كه منشأ پيدايش بناي عرف و عقلاء را شـرح مـي‌دهـد گويـد: احكـام عرفي از چند راه ممكن است تحقق يافته و عرف بوجود آمده باشد:

يا منشاء آن فطرت است، يا تعليمـات كـه از پيـامبران گذشـته اسـت، يـا فرمان سلطان قاهري كه جميع مردم و عقـلاي عـصر خـود را بـه راه و روشـي وا داشته است، و مردم در زمان‌هاي بعد نيز همان روش را ادامه داده و استمرار بخشيده‌اند، تا از مرتكزات آنان (مرتكزات عقلاء) شده است (فوائد الاصول۱۹۲/۳) ....

از اين عبارت اخير بدست مي‌آيد كه ارتكاز عقلي عبارت است از طريقـه و روشي كه با دوام و استمرار تحقق مي‌يابد.

ولي آيت الله شهيد صدر در اين باره نظري ديگر دارد.

ايشان ظاهراً مي‌گويند: ارتكاز عقلاء چيـزي اسـت كـه در ذهـن عقـلاء پـا گرفته، و جا افتاده و استقرار يافته باشد، اگر چه بر طبق آن فعلاً عملي يا تركي انجام نگرفته باشد، و سيرة عقلاء را شامل اين مرتكزات عقلي نيز مي‌دانند.

مراد از سيرة عقلاء، چيزي است اعّم از سلوك و عمل خارجي، و آنچه هنوز زمينه براي تحقق خارجي آن وجود ندارد، يعنـي شـامل مرتكـزات عقلـي نيـز مي‌شود(بحوث في اصول الفقه ۲۳۴/۴). اين عبارت، ظـاهر در ايـن معنـي اسـت كـه در ارتكاز عقلائي سلوك و رفتار خارجي، نقشي ندارد، و فقط شعور عميقـي اسـت (از مثلاً حسن چيزي يا قبح) كه در عقل و ذهن سخت تقرّر و ثبوت پيدا كرده، و ممكن است هنوز وجود خارجي پيدا نكرده باشد، و شايد هم پيدا كرده باشد.

نه تنها ارتكاز عقلاء از نظر شهيد صدر معني ديگري دارد بلكه سيره نيـز از نظر شهيد صدر داراي معني گسترده‌تري است كه شامل همان مرتكزات ذهني عقلي هم مي‌شود، اگر چه چون موضوع آن در خارج تحقق ندارد، خود آن هـم هنوز وجود عيني پيدا نكرده است.

سابقة عرف عقلاء

با پي‌جوئي در سيستم‌هاي حقوقي جهان مي‌توان گفـت: تمـام نظـام‌هـاي عالم براي عرف، كم و بيش اهميت قائل بوده‌اند ...

عرف و عادت در جوامع ابتدائي و در ميان قبايل مختلف پايه و مايـة همـة پديده‌هاي اجتماعي بـود، و خـود بـه تنهـائي مـصدر، و اسـاس ديـن، اخـلاق، مبادلات، و معاملات بشمار مي‌رفت.

عرف از مهمترين مصادر و مآخذ در تاريخ قانونگذاري روم بـود، و تـا دورة ژوسنيائوس امپراطور آن سامان معتبر شناخته شـده بـود. او مـي‌گفـت: قـانون ننوشته را هم عرف و عادت نيكو مي‌شمارد.

عرف، و سنّت‌هاي عرفي در نظام حقوقي استان‌هاي شمالي فرانسه، تا عهـد ناپلئون پا برجا بود و پس از تدوين قانون ناپلئون و قوانين پس از آن، از اهمّيّت و اعتبار آن كاسـته شـد، و تنهـا در معـاملات و امـور بازرگـاني اعتبـار خـود را حفظ كرد.

در انگلـستان و آمريكـا عـرف را قـانون عمـومي نامنـد، و آن را از مآخـذ قانونگذاري مـي‌شـمارند و قانونگـذاران، بيـشتر عـرف‌هـاي كهـن را بـه عنـوان سنّت‌هائي كه روا نيست از آنها غفلت شود، مقرّر مي‌دارند. خلاصه اين كه عـرف نقش بس مهمي را در تاريخ همة ملت‌ها ايفاء كرده است و اين نقش، اگـر چـه در حال حاضر نسبت به زمان گذشته اهميت خود را از دست داده ولي در عين حال نقشي است حياتي، كه قانونگذاران نبايد آن را نديـده بگيرنـد، زيـرا عـرف قانوني است كه پـيش از قانونگـذاريهاي وضـعي وجـود داشـته و ريـشة آن بـه شمار رفته و اين عرف اسـت كـه همـواره قـوانين را تفـسير و تأييـد و تعـديل مـي‌كنـد، و آن را از حالـت جمـود و ركـود بـه پويـائي و تحـرك وا مـي‌دارد. دانشمندان جامعه شناس كه هماره عـادت و عـرف را بـه عنـوان طبيعـت دوم انساني تلقّي كرده و گفته‌اند: «*العادة طبيعة ثانيـة*» نيـز دليـل روشـني اسـت بـر اهميت به سزائي كه عرف و عادت، همواره از آن بهره‌مند بـوده اسـت (محمـصاني، فلسفه التشريع في الاسلام /۲۶۳و ۲۶۴).

عرف و عادت در ميان عرب جاهليت، پايه و ريشة هر نمـودي از نمودهـاي زندگي فردي و اجتماعي بود كه همه چيز مردم را فرا مي‌گرفت. اين سنّت‌ها بر دين، اخلاق، تجارت و همة معاملات و خلاصه بـر تمـام شـيوه‌هـا و روش‌هـاي زندگي آنان سيطره و حكومت داشت. چون اسلام ظهور كرد قرآن و سنّت پايـه و منشاء قانونگـذاري بـراي فـرد و جامعـه گرديـد و از اهميـت شـايان عـرف و

سنّت‌هاي عرفي كاست، ولي عرف همچنان به عنوان عـاملي مهـم و ارزنـده در صحنة اجتماعي، حضور و فعاليت خود را حفظ كرده، و در فهم نصوص شـرعي نقش تعيين كننده دارد، و حتي بعضي از نصوص كتاب و سنت بـر پايـة عـرف، بنياد پذيرفته است. سنت تقريري پيغمبر(ص) بسياري از عادات و اعـراف را كـه در محيط اجتماعي وجود داشتند، پذيرفت و از كنار آنها با سكوت و عـدم منـع گذشت و بر آنها صحّه گذاشت. با اين رضامندي، آن عادات و اعـراف، بخـشي از عرفيّات اسلام قلمداد گرديدند و معتبر شناخته شدند.

عرف مردم، به ويژه محيطي كه پيغمبر(ص) در آن زندگي مي‌كرد، به قدري اهميّت و اعتبار دارد كه مالك و مالكيّه عمل اهل مدينه را تنها اجماع معتبـر و قابل اتّباع معرّفي كردند، و آن را به عنوان يـك دليـل قـوي بـراي قانونگـذاري اسلام شناختند، و روشن است كه بسياري از رفتارهاي مردم آن شـهر بـر پايـه عرف و عادت استوار بوده است چه عرف كهنه و چه عرف نو.

در فقه اسلام، كم نيستند موضوعات و متعلقات احكام كـه بـراي مـشخص كردن آنها به عرف، بايد مراجعه شود. خوانندگان پژوهـشگر در ضـمن مباحـث آينده اهميّت عرف را در قانونگذاري اسلام مرور خواهند كرد.

جنگ با عرف صحيح، غلط است

ما بايد آنچنان كه شايسته است به اهميّت فزايندة عرف آگاهي پيدا كنيم.

عرف صحيح كه از منشاء عقلائي در ميان مردم ريشه مـي‌گيـرد و متـداول مي‌شود، با تار و پود وجود آنان در آميخته و با زنـدگي آنـان پيونـدي اسـتوار و ناگسستني برقرار كرده و طبيعت ثانوي آنان شده است.

اين اساساً درست نيست كه شارع بخواهد عرف عقلاء را بهم بريزد وكاسه و كوزة آنان را درهم بشكند، اگر شارع بـر فـرض محـال در برابـر اعـراف عقلائـي جبهه گيري كند، كاري از پيش نخواهد برد. شارع، آئين خود را نياورده كـه بـا

همة كارهاي رايج در ميان مردم بستيزد و همـه را از بـيخ و بـن بركنـد، هـيچ ديني چنين ادّعائي ندارد، و معقول نيست داشته باشد.

او براي نبرد با بديها و تباهيها آمده است و اگر عرفـي بـر پايـة نيازهـا و ضرورتهاي عقلائي مردم پا گرفتـه باشـد، چـرا بـد باشـد و چـرا شـارع بـا آن مخالفت نمايد.

بدين جهت است كـه مـيبينـيم اكثـر احكـام اسـلامي امـضائي هـستند و تأسيسي نيستند، عظمت اسلام در همين است كـه بـا خـوبيهـاي جامعـه بـد نيست و آنها را قبول دارد. از كنار خوبيها ميگذرد بيآنكـه عليـه آن جبهـهاي بگشايد يا اخم و تخمي كند يا توپ و تشري زند، يا منع و ردعي به كار گيرد.

ولي واي اگر عرفي غلط و فاسد و زيان بخش را در ميان جامعه ببينـد كـه ديگر ساكت نخواهد نشست. و به هر وسيلة ممكن بـا آن برخـورد خواهـد كـرد و تا گاو و ماهي پيش خواهد رفت.

اين ميرساند كه عرفهاي سالم در هر زمان و مكاني باشند، از نظـر شـارع معتبر شناخته شدهاند و دليل ديگري بر اعتبار آن لازم نيست ارائه شود كه بـه قول استاد مغنيه تحصيل حاصل خواهد بود بـه سـخنان اسـتاد در ايـن بحـث خواهيم رسيد.

گفته شد عرفي كه معقول باشد اگر با آن معارضه شود، پيروزي بـه دنبـال نخواهد داشت، براي روشن شدن اين مسأله يك مثال ميآوريم. شما ميبينيـد كه در همة عرفهاي عقلاء، اغلب خريد و فروشها به صورت داد و ستد بـدون اجراي صيغه و حتي تكلّم به هر لفظي، برگزار ميشوند. شيخ طوسي و محقـق حلي و شهيدين و پيروان آنان در كتب فقهي خود در برابـر ايـن عـرف شـايع، جبهه گيري و صف آرائي كرده، و گفتهاند: اين خريد و فروشهـا و ايـن نقـل و انتقال أملاك را ما خريد و فروش ونقل و انتقال نميشناسيم، و فتوي ميدهـيم كه به وسيلة آن، ثمن و مُثمن به بايع و مُشتري منتقل نخواهد گرديد، و اساساً اين بيع نيست، و طرفين آن بايع و مُشتري نيستند، فقط هريك از آن دو مـال خود را با حفظ مالكيت خود در اختيار طرف ديگر قرار داده، و فقط اسـتفاده از

آن و تصرف در آن را براي آن طرف ديگر مباح گردانيده است(محقق حلي، شرايع و لمعه، و شهيد ثاني، شرح لمعه، باب بيع) آيا اين فتوي كامياب بود؟

فتواي مزبور هرگز مورد اقبال هيچ كس قرار نگرفت و مردم حتي در زمان آن علماء بيع معاطات را بيع شناختند، و اموال و املاك خود را به وسيلة آن به ديگري منتقل كردند، و هر معارضه‌اي بي‌نتيجه ماند و سرانجام همه فقها رسميت اين بيع را امضاء كردند و به بيع بودن آن فتوي دادند.

هركس اين چنين با عرف عقلاء سرناسازگاري داشته باشد شكست خواهد خورد!

اگر مجتهد به عرفيات مردم توجه نداشته باشد، و خوب و بد آن عرفها را برآورد نكند، مثل آن است كه در آن جامعه نيست، و براي آن مردم فتوي نداده و با آنان ارتباط برقرار نكرده و سخن نگفته است. مجتهد بايد نخست جامعه را وراندار كند، بعد با توجه به عرف و عرفيّات و نيازهاي حتمي آنان فتوي بدهد تا فتواي او در جامعه پياده شود و اجرا گردد.

مگر فتوي براي چيست؟ جز اين كه جامعه در پرتو آن راه صحيح خود را باز يابد، و جز اين كه جامعه، مصلحت خود را به طور آشكار در آن فتوي به، و جز اين كه مردم در عين حال در پرتو آن فتوي، خود را از پرتگاه حرام و مهلكة فساد و دام سقوط كنار كشند؟ و اطمينان خاطر يابند؟

پس بررسي و كنجكاوي در عرفيات جامعه و ارزشيابي آن مهم‌ترين شرط براي فتوي دادن يك مُفتي است. و بدين گونه توجه به عرف يكي از شرائط لازم براي اجتهاد ذكر شده است(رجوع به قوانين ميرزاي قمي و فصول شيخ محمد(ص) و كفاية آخوند خراساني شود).

عرف و دين و جامعه

جامعه شناسان همه به طور كلّي جامعه را پديده اي پويا و متحوّل توصيف كرده‌اند، كه شتابان به پيش مي‌رود، و هر مانعي را از سر راه خود بر مي‌دارد.

نهادهاي اجتماعي معمولاً در مسير پيشرفت جامعه قرار گرفته‌اند، و در اين تحوّل و پويائي از خود هم آهنگي نشان داده‌اند، و هر نهادي به هر علّتي نتواند پا به پاي جامعه پيش برود، عقب مي ماند و همين كه رابطة خود را بـا جامعـة تند پا ُبريد از ميان مي‌رود.

اين يكي از قانون‌هاي غير قابل انكار علم جامعه شناسي است كه هيچ كس كوچك ترين شك و ترديدي در آن ندارد، و همة مردم ايـن جنـب و جـوش و پويش به سوي كمال را در همة افراد و اجـزاي جامعـه "بـه روشـني" احـساس مي‌كنند، و حتي علماي منطق و فيلسوفان تغيّـر و دگرگـوني آن را نـشانه‌اي از حدوث جهان طبيعت مي‌شناسند و در صورت يك قـضيّة ضـروريه مـي‌گوينـد: عالم متغير است و هر متغيري، حادث است پس عالم حادث مـي‌باشـد. ديـن و مذهب اگر چه متكّي بر وحي الهـي اسـت و سـاخته و پرداختـة دسـت انـسان نيست، ولي نمي‌توان انكار كرد كه درعين حال يك نهـاد اجتمـاعي اسـت كـه براي پيشرفت و تعالي جامعه به سوي كمال فرستاده شـده اسـت. پـس بناچـار بايد نوعي از پويائي و تحرّك را بتوانيم در آن احساس كنيم.

دين خدا اگر داراي نيروي پوينـدگي باشـد، و بتوانـد در پرتـو ايـن سـير و سلوك و جنب و جوش همسوئي خود را با جامعة متحـوّل حفـظ كنـد بـاقي و جاويد خواهد ماند و گرنه چگونه مي‌تواند مقـام و منزلـت خـود را بـدون هـيچ اشكال و ايراد در كفّ با كفايت خود نگهداردا!

هنگامي كه كسي بخواهد دربارة پويائي فقه و دين سـخني بـر زبـان آورد بعضي از دينداران سطحي نگر، با تعصّبي جاهلانه تحـوّل فقـه و ديـن را انكـار مي‌كنند و به حديث شريف نبوي (ص) تمسّك مـي‌جوينـد كـه فرمـود: «حـلال محمد، حلال الي يوم القيامةُ حرامه حرام الي يوم القيامة.»

اينك به طور سربسته و كوتاه مي‌گويم: آن پويائي كه ما و خيلي از فقهـاي بزرگ ما بدنبال آن هستند، با حلال و حرام بودن ابدي احكام مربوط به اصـول و فروع دين منافاتي ندارد، و در جاي ديگر از اين مقاله دربـارة معنـاي ديـن و معني جاوداني بودن احكام فقهي با شما سخن خواهيم داشت.

آنچه مي‌توان به اجمال در اين فرصت گفت اين است كه ما هـم معتقـديم كه اسلام دينـي‌اي جهانـشمول و جـاوداني كـه زنـدگي و پاينـدگي آن تـا روز رستاخيز تضمين شده، و حيـات ابـدي آن را بـه مـا مـژده داده انـد. و ايـن در صورتي تحقق خواهد يافت كه با جامعه هم آهنگي داشته باشـد و پـا بـه پـاي جامعة پويا با حفظ اصول و فروع به پيشرفت خود ادامه دهد، و بي هيچ شك و ترديدي اگر دچار ايستائي و جمود و ركود گردد ديـري نخواهـد پائيـد. منتظـر تفصيل در معني پويائي دين از يك طرف، و جاوداني بودن احكام آن، از طـرف ديگر باشيد. ما بايد اسلام را آن چنان مجهّز بـه احكـام عقـل و نقـل پـسند آن كنيم كه بتواند در همه جاي دنيا مردم را به خود جذب كند تـا جهـان شـمول گردد نه آنكه حقايق ديني را با خرافاتي درهم آميزيم كه مردم از آن بگريزند.

انواع احكام اسلام

صاحب نظران در حقوق اسلامي بايد دربارة اقـسام احكـام اسـلام، از نظـر عقل و شرع و ويژگي هر يك از آنها دقّت نظر و موشـكافي داشـته باشـند، كـه تقسيمات درست احكام شرعي و عقلي اسـلام، كليـد فهـم بـسياري از مباحـث اسلام و ويژگي‌هاي هر يك قلمداد مي‌گردد.

هر پژوهنده‌اي كه دربارة انواع احكام اسلامي و مآخـذ آنهـا كنـد و كـاوي موشكافانه داشته باشد، به خوبي در مي‌يابد كه در اسـلام چهـار نـوع احكـام از عقلي و نقلي وجود دارند كه هر يك ويژگي خود را داراست.

۱ـ احكام اصول عقائد يعني اصول دين است.

همه مي دانند كه اصول عقائد بخش اصلي دين اسلام را تشكيل مـي‌دهـد، هيچ دليلي براي اثبات اصول عقائد جز دليل عقلي كارساز نيست.

مسائل اصول عقائد دين از قبيل توحيد و معـاد و نبّـوت و اصـول مـذهب يعني عدل و امامت را به وسيلة كتاب و سنت نمي‌شود اثبات كـرد چـرا كـه در مرتبه قبل از كتاب و سنت قرار دارد و كسي كه در پرتو دليل عقلي بـه اصـول دين ايمان پيدا نكرده و خدا و پيغمبر را نشناخته چگونه بـا او در پنـاه قـرآن و

روايات معصومين مي‌شود سخن گفت كـه مـستلزم دور و برخـي تـوالي فاسـد مي‌گردد.

اگر مي‌بينيم كه قرآن كريم و سنّت شريف دربارة خداوند آفريدگار و صفات ثبوتي و كمالي او و در مورد ساير اصول دين اظهار نظر كـرده‌انـد بـدون شـك بلكه به اجماع كافة مجتهدين (نه مُحَدِّثين) احكام ارشادي هستند كه نـاظر بـه احكام عقلي مي باشند و حكم عقلي را مورد تأييد قرار مي‌دهند و ما را به سوي تعقل و تفكر در عالم و آفرينش فرا مي خوانند «افي الله شـكٌ فـاطر الـسموات و الارض»(سورة ۱۴، آية ۱۲)

«انّ في خلق السموات و الارض و ... لآياتٍ لقومٍ يتفكرون» (سورة ۲، آية ۱۶۰)

احكام اصول عقائد همواره ثابت و غير پويا هستند و هرگز دسـتخوش تغيـر و تحوّل و دگرگوني نخواهند گرديد، چرا كه درباره اصول و حقـايقي اسـت كـه كمال مطلق‌اند و ثابت و پا برجا هستند و تحوّل و تكامل در آنها معني ندارد.

۲ـ احكام فروع دين است از نماز و روزه و ساير عبـادات كـه همـة آنهـا در قلمرو احكام مولوي بـه وسـيلة كتـاب و سـنّت، تـشريع، يعنـي قـانون گـذاري شده‌اند، عقل هر عاقل به طور كلّي حـسن و مـصلحت و حكمـت آنهـا را درك مي‌كند ولي از تجزيه و تحليل يكايك آنها خود را ناتوان مي‌يابد. اگر دليل قسم اول فقط عقل بود، مهمتـرين دليـل قـسم دوم فقـط نقـل اسـت و شـرع و در مواردي عقل هم كم و بيش در تأييد و امضاي آنها اظهار نظر تواند كرد.

اين احكام هم همواره و تا روز رستاخيز ثابت و لايتغير خواهند ماند.

۳ـ احكام اخلاقي اسلام كه در قرآن و سنّت پيغمبر اكـرم و ائمـة هـدي از آنها و اهمّيت آنها بسيار سخن رفته و عمل به آنها مـورد تأكيـد قـرار گرفتـه و همة مردم به ملتزم شدن به آنها توصيه شده اند. اين نوع از احكام پس از اصول و فروع دين به قدري در اسلام حائز اهمّيت است كـه پيغمبـر اكـرم(ص) علّـت مبعوث شدن خود را به مقام والاي رسالت براي تكميل مباني و مكارم اخلاقي معرّفي فرمود، و فرمود: «بُعِثْتُ لِاُتَمِّمَ مكارم الاخلاق»

احکام اخلاقي که اينك در مباحث فقهي و در علم فقه انحلال پيدا کرده و رنگ احکام و ويژگيهاي فقه را به خود گرفتـه اسـت، هرگـاه بـه دقـت در آنهـا امعان نظر شود به دست مي‌آيد که تفاوتهائي با احکام فقهـي دارد. يکـي اينکـه احکام اخلاقي بيشتر بلکه همه آنها عقلي هـستند و اگـر شـارع هـم آنهـا را در کتاب و سنت مورد امر و اهتمام قرار داده است ارشاد است. زيـرا سـابقه احکـام اخلاقي همچون سابقه فلسفة مشاّ سـابقه‌اي طـولاني اسـت و مبتکـر مـسائل اخلاقي و علم اخلاق نيکو ما خوس بود، و در فلسفة مشاّ ارسطوئي علم اخلاق جاي رفيعي را به خود اختصاص داده است. ديگر اينکه عبادات از نمـاز و روزه و حج و غيره به اين صورت که در اسلام آمـده و واجـب شـده اسـت از ابتکـارات اسلام است که نمازها مثلاً چند رکعت‌اند و روزه مثلاً چند روز، و به اين ترتيب و ترکيب درساير مذاهب نبود، ديگر اينکه علم اخلاق ضـمانت اجرائـي نـدارد و فقط اخلاق فاضله را که انسان هـا بايـد متخلّـق بـه آن باشـند و رذيلـه را کـه انسان‌ها بايد ترک کنند، بهشت و جهنمي براي مـسائل اخلاقـي اصـلي وجـود ندارد ولي فضائل اخلاقي، و همچنين رذائل اخلاقـي در اسـلام پـاداش و کيفـر اخروي هم خواهد داشت. به هر حال اين سـه نـوع از احکـام ماهيّـت اسـلام را تشکيل مي‌دهند و هر سه نوع مزبور ثابت، بـاقي، و غيـر قابـل تغيّـر و تغييـر و تبدّل و تبديل هستند و حديث شريف؛ «حلال محمد الخ ... » ناظر به همين سـه نوع از احکام است که هويّت و حقيقت اسلام است.

۴ـ قسم چهارم که احکام عرفي است، اصليّت و ماهيّت آن را عرف عقلاء از روز و روزگاري که از توحّش بيرون آمده و به تجمّـع روي آورده و خواسـته‌انـد اجتماعي شوند و جوامع اوليه را به وجود آورده‌اند، جوامع اوليّه‌اي کـه شـکل و شـمائل قبيلـه‌اي داشـت تـشکيل مـي‌دهـد. عـرف عقـلاء از آن روزگـاران خودنمائي‌هائي داشت و به صورت‌هاي ابتدائي به وجود آمد. پس به طـور قطـع مي‌توان گفت که قسم چهارم يعنـي احکـام عـرف عقـلاء جـزو احکـام خـالص

اسلامي نيست، بلكه پايه‌گذار و پديـد آورنـدة اوّلـي آن انـسان اجتمـاعي شـدة قرن‌هاي اوّليه است.

احكام عرف عقلائي يا بگوئيد: عـرف عقـلاء، تـاريخي دور و دراز بـه انـدازة تاريخ اجتماعي شدن انسان دارد.

انسان‌هاي اجتماعي جامعه‌هاي نخستين را تشكيل دادند، نه يك جامعه كه جوامعي متعدد به وجود آوردند كه نام آنرا بعدها قبيله گذاشتند ايـن قبائـل در دور و بر هم براي خود زندگي قبيلگي داشتند كه ويژگيهاي خـود را داشـت، و عرف حاكم بر آنها قانون همه چيز آنان بود. روابط فرد را با خـانواده و بـا سـاير مردم هم قبيله و رئيس قبيلة خود و با رئيس قبيلة ديگر و با مردم ساير قبايل، اينها همه را عرف آنان كه بعداً عرف عقلاء ناميده شد مشخص كرده بود. و يكي از مهم‌ترين صفات و ويژگيهاي عرف عقلاء اين است كه هر چه عقـلاي قـوم و قبيله عاقل‌تر و داناتر و كاردان‌تر و اجتماعي تر شوند عرف حاكم بر آنـان خـود به خود راه پيشرفت و كمال را بدون راهنما و معلّم مـي‌پيمايـد و در هـر حـال عرف عقلاء خود را با زمان و مكان تطبيق مي‌دهد.

جاهليّت در هنگام مبعوث شدن رسول‌الله بـه پيغمبـري و رسـالت، جامعـة قبيله‌اي بود كه از قبايل متعدد تشكيل يافته بود، حضرت رسول(ص) عرف‌هـاي عقلائي و صحيح آنان را تأئيد و امضاء فرمود از قبيـل معـاملات رايـج در ميـان آنان و شركت‌ها و مضاربه و غيره و وجوب ديه بـر عاقلـه و هـر عرفـي از قبيـل عرف معاملات ربوي را ممنوع گردانيد. بعضي ديگـر از عرفيـات غلـط جاهليّـت زمان پيغمبر اكرم كه همـة آنهـا را ممنـوع و نـاروا گردانيـد و مـردم را از آنهـا بر حذر داشت عبارتند از: نذر كردن براي بت‌ها و قربـاني كـردن شـتر و گـاو و گوسفند كشتن براي بت‌ها و دوسـت پـسر گـرفتن دختـران، و دوسـت دختـر گرفتن پسران كه در قرآن مجيد نيز تحت عنوان متّخـذين اخـدان، ومُتّخِـدات اخدان از آنها نام برده و حرام گردانيده و آنها را در زمرة زناكاران قلمـداد كـرده است و نيز نكاح شِغار، نكاح زن پدر، جمع بين اُختين، و بعضي عرفهاي ديگر.

نظر امام خميني رضوان الله عليه

امـام، عـرف و سـيرة عقـلاء را در هـر جـا و در هـر عـصر و زمـان معتبـر مي‌شناسند، و ماننـد سـاير فقهـاء معتقدنـد در صـورتي آن عـرف‌هـا حجـت و پذيرفته هستند كه به امضاي معصوم رسـيده باشـند، و در صـورتي بـه امـضاء رسيده‌اندكه در مرئي و منظر معصوم باشند، ولي اختلاف معظم لـه بـا مـشهور فقهاء از اينجا آغاز مي‌شود، يعني مرئي و منظر معصوم از نظر امام خميني، يك معني وسيع فوق عادت دارد، يعني معصوم بر همة زمانها احاطه و آگاهي دارد و عرف در هر زمان و در هر جامعه استقراري يابد ولو در اين زمانهاي متـأخر، در برابر ديد معصوم هست، و معصوم از آن آگاه است. بنابراين از نظر امام خمينـي عرف‌ها در هر زمان و مكان تحقق پيدا كُنـد و ردع و منعـي از آن نـشده باشـد حجت است.

امام خميني در مسألة تقليد كردن از مجتهد كه از سنّت و روايـات، دليـل قابل قبولي بر آن وجود ندارد، و حديث: «مَن كان من الفقهاء ... فَلِلْعَوام أن يقلُدوه» كه به خاطر ضعف آن، هيچ يك از محققان فقهاء به آن تمسّك نكرده است، به عرف و بناي عقلاء تمسّك كرده‌اند.

چنين عرفي در ميان عقلاي جهان از هر ملّت و نحلت و ديني و غير دينـي يعني در ميان عقلاء بِماهُم عقلاء وجود دارد كه جاهل به دانا رجوع مي‌كنـد، و بيمار به پزشك و فرق نمي‌كند كه آن دانا يا آن نادان يا آن بيمار و آن پزشـك ديني داشته باشند يا نداشته باشند، ولي عاقـل باشـند در ميـان تمـام عقـلاي جهان به رغم هر ويژگي كه داشته باشند، يك چنـين عـرف و سـيره‌اي وجـود دارد، و اغلب اصوليان گفته‌اند كه عرف تقليد كردن، بلكه هر عرفي در صـورتي معتبر است كه به زمان معصوم(ع) بپيوندند، به اين معني كـه ثابـت شـود عينـاً اين عرف تقليد يا هر عرفي كه در زمان ما(يعني زمـان غيبـت) رايـج اسـت، در زمان معصوم(ع) نيز رايج بوده تا در برابر ديد او قرار گرفته باشد، و معـصوم آنـرا ديده و از آن جلوگيري نكرده باشد، و اثبات اين ويژگي در نهايت اشكال اسـت.

با این شرط و این گونه که مشهور فقهاء رؤیت امام را معني کرده‌اند عـرف را از اعتبار انداخته‌اند یا مشکل حلّ نشدني در برابر آن قرار داده‌اند.

براي رفع اشکال و تجدید حیات عرف، امام خمیني، شرط اینکه باید عرف، در مرئي و منظر امام معصوم باشد، را پذیرفته‌اند ولـي نـوع دیـد معـصوم را بـر طبق عقیدة امامیه توضیح داده‌اند که مشکل‌گشاي معجـزه آسـائي بـراي فقـه وحقوق اسلامي به شمار مي‌رود.

معظّم له در کتاب الاجتهاد و التقلید(صص ۱۲۰-۱۳۰) مي‌فرماید:

پیغمبر اکرم و سایر معصومان صلوات الله علیهم در زمان حیـات خودشـان که اینك قرنها از آن مي‌گذرد از همان هنگام به وضع فعلـي مـا و جوامـع مـا و جریان‌هائي که در محیط اجتماعي ما اتفاق مي‌افتد، آگاهي داشتند و بـه دلیـل این علم و آگاهي، دربارة آخر الزمان و مشکلات آن بسیار چیزها گفته‌اند و ما را از وقایع آن دوره‌ها آگاه ساخته‌اند. بنابر آنچه گفتـه شـد هـر گـاه ایـن بنـاءات عقلائي و عرفهائي که در جامعه‌هاي ما تا روز رستاخیز استقرار پیـدا مـي‌کننـد مورد خوشنودي و تقریر معصومین نبودند باید پیغمبر اکـرم و ائمّـة معـصومین در همان زمان حیات خود و حضور خـود بـه مـا گوشـزد مـي‌کردنـد و مـا را از پیروي آن عرف‌ها بر حذر مي‌داشتند، ولي چنین منع و تحـذیري وجـود نـدارد که اگر وجود داشت حتماً در کتابها مي‌نوشتند و ما آگاه مي‌شدیم و ما ندیـدیم و نشنیدیم که معصومین(ع) این عرف‌هاي رایج در میان جامعه و از جمله عـرف رجوع جاهل به عالم را جلوگیري کرده باشند.

این است امضاء معصوم و تقریر او دربارة عرف عقلاء

امام در کتاب الاجتهاد و التقلید در ذیل عنوان «*بحث حول بناء العقلاء*» به نکات دقیقي دربارة عرف و فطري بودن آن و قدرت بي‌بدیل آن اشاره کـرده‌انـد که ذکر آنها براي ما بسیار مفید و با ارزش است. در آنجا گفته‌اند:

پيش از ورود در ادّلة طرفين اشكالي ندارد كه دربـارة بنـاي عقـلاء تـدبر و بررسي كنيم و مقتضاي ارتكاز عقلي تقليد از عالم را در باب تقليد از اعلم بيـان كنيم.

معروف است كه دليل عمده بر وجـوب تقليـد، ارتكـاز عقـلاء(يعنـي عـرف عقلاء) است و اين از فطريات عقول است كه هر جاهلي به عالم رجوع مي‌كند و چـون عـرف عقـلاء چنـين اقتـضائي دارد و شـارع، آن را ردع نفرمـوده و از آن جلوگيري نكرده است به دست مي‌آوريم كه عمل به عرف عقلاء مورد رضايت و اجازة شارع است، و دليل حرمت پيروي از ظنون بـراي جلـوگيري از عمـل بـه عرف عقلاء شايستگي ندارد.

زيرا در بحث از حجّيّت ظن گفته‌ايم كه عرف تقليد و امثـال ايـن فطريـات يعني ساير عرف‌هاي عقلائي، بناهاي محكم و استواري هستند كه امكان نـدارد عموم و كلّيّت «انّ الظن لا يغني من الحق شيئاً»جلوي حجّيّت آنها را بگيـرد، تـازه اين در صورتي است كه در عموم دلالت آية نهي از ظن، خدشه و اشكالي وجود نداشته باشد، زيرا غالباً آن فطريات عقلي (يعني عرفهاي عقلائي) چنـان قـوي و قدرتمند هستند كه با آگاهي از استحكام و نيرومندي آنها هرگـز ايـن فكـر در ذهن فقهاء نمي‌آيد كه عموماتي از قبيل «*انّ الظنّ*» بتوانند از مثل ايـن بنـاءات عقلائي كه در ارتكاز عقلاء است جلوگيري كننـد، و اگـر بنـا باشـد كـه دليلـي جلوي حجّيّت اين عرفهاي عقلائي را بگيرد بايد دليلي صريح و روشـن و مؤكـدّ باشد.

از اين رو امثال اين آيات ناهي از ظنون در صـدر اوّل هـم وجـود داشـتند، ولي در ذهن هيچ يك از فقهاي صدر اول، نيامد كه بگويند آيات ناهي از عمـل به ظنون جلوي اين عرف‌هاي عقلائي را كه در صدر اول وجـود داشـته‌انـد و از آنها ذيلاً نام برده مي‌شود مي‌گيرند آن عرفها عبارتند از؛ عرفيّـت قاعدةيـد (كـه آنچه در دست كسي است نشانة ملكيت اوست مگر دليلي جلوي آن را بگيرد) و قاعده يا عرف عقلائي صحّت (يعني حكم شود به اينكه معامله‌هـائي كـه مـردم

انجام مي‌دهند صحيح است مگر دليلي بـر بطـلان آن باشـد) كـه نيـز يكـي از بناءات عقلائي است و عرف عقلائي قبول قول ثقه، و عمل به خبر واحد و عمـل به ظواهر كه همه آنها از عرف‌هاي قوي و قدرتمند هستند.[1]

با دقت در عبارات امـام خمينـي بـه دسـت مـي‌آوريـم كـه عـرف‌هـائي از قبيل قاعدة يد و اعتبار خبـر واحـد ثقـه، و نيـز عـرف عقلائـي قاعـدة صـحّت (يعنـي اينكـه عـرف قائـل بـه صـحّت معـاملاتي اسـت كـه در ميـان عقـلاء پا مي‌گيرند)، و نيز عرف عقلائي حجيّت و اعتبار ظـاهر هـر سـخن (و از جملـه ظواهر كتاب، و سنّت).

همة اين عـرف‌هـا كـه نـامبرده شـدند، اگـر ايـن‌هـا را بـه زمـان معـصوم برسانيم چندان تفاوتي ميان آنهـا نـسبت بـه ايـن دو زمـان يعنـي زمـان مـا و زمان معصوم وجود ندارد و فكر نمي‌كنم قول به صحّت و اعتبـار آنهـا مخـالفي داشته باشد در حالي كه در زمان معـصومين كـه ايـن عرفهـا مثـل ايـن زمـان وجود داشته‌اند، آية شريفه دالّ بر حرمت ظنون نيز وجود داشته است.

اشكال در مورد عرف رجوع جاهل به عالم يعني عـرف تقليـد از عـالم‌هـا و عرفهائي از اين قبيل است كه در جامعه تازگي دارند و در اين زمانها در جوامـع پديدآمده‌اند كه اگر آن را به زمان معصوم برسانيم عرف اين زمان با عرف زمـان معصوم مثل هم نيستند و با هم تفاوت دارند.[2] ولي امام معصوم نسبت بـه آنهـا هم ردعي نداشته‌اند.

---

۱. در كتاب الاجتهاد و التقليد ص۱۲۳ تحت عنـوان، بحـوث حـول بنـاء العقـلاء مطـالبي آمـده كـه ترجمـة آنهـا از نظـر پژوهشگران گرامي گذشت كه همة عرفهاي صدر اول را ذكر كرده اند و عرفهاي اين زمان را به آنهـا تـشبيه كـرده انـد كـه همه داراي حجيّت هستند و بسيار قوي و نيرومند مي‌باشند و امام در زمان خود از همة اين عرفها حمايت كرده است زيـرا هيچ روايتي به ما نرسيده كه دالّ بر ردع امام از يكي از آنها باشد.

۲. خلاصه اين كه خواسته‌ام بگويم. استدلال امام خميني كلّي است و همة عرف‌هاي جديد را در بر مي‌گيرد، ولي چـون آن را در مبحث اجتهاد مطرح كرده‌اند از ميان اعراف جديد عرف تقليد از مجتهد در اين استدلال به عنـوان يكـي از مـصاديق عرفهائي كه تازگي دارند، و در زمان معصوم به اين صورت وجود نداشته‌اند مورد بحث قرار گرفته است. بنابراين هيچ شك و شبهه‌اي وجود ندارد كه عرف تقليد نمايندة تمام عرفهاي نوپيدا، و تمام عرف‌هاي مربوط به مسائل مستحدثه‌اي اسـت كـه در زمان شارع نبوده و در اين زمان‌ها در جوامع عقلاء يعني جامعه‌هاي بشري رخ مي‌نمايد، باز مي‌گـويم كـه هـيچ شـك و ترديدي وجود ندارد كه منظور امام راحل همين تعميم بوده است، و فضلائي كـه آن را اختـصاص بـه مـسألة تقليـد داده و گفته‌اند امام خميني فقط در عرف تقليد چنين نظري داشته‌اند در اشتباه هستند براي آن فاضل محترمـي كـه بـر مـن ردّ نوشته و آن را اختصاص به تقليد داده است و نيز ديگران براي اينكه شبهه‌اي در ذهنشان وجود پيدا نكند، عين عبارت امام را از كتاب شريف الاجتهاد و التقليد در ذيل همين مسأله مي‌آورم اميد است با حوصله و دقّت موشكافي و بـا ذهـن خـالي آن را مورد مطالعه قرار دهند.

و اينك عين عبارات امام خميني از كتاب الاجتهاد و التقليد

بحوث حول بناء العقلاء

ثمّ انه قبل الورود في ادلة الطرفين لابأس بالتدبر في بناء العقلاء و بيان مقتضي ارتكاز هم في اصل التقليد و في تقليد الاعلم فنقول: المعروف انّ عمدة دليل وجوب التقليد هو ارتكاز العقلاء فانّه من فطريات العقول، رجوع كل جاهل الي العالم و رجوع كلّ محتاج الي صنعة و فنّ الي البخير بما فاذا كان بناء العقلاء، ذلك، و لم يرد ردع من الشارع عنه، يستكشف انّه مجاز و مرضي. و لا يصلح ما ورد من حرمة اتباع الظن للرادعيّه لما ذكرنا في باب حجّيه الظنّ من انّ مثل هذه الفطريات و الابنية المحكمه المبرمه لايمكن فيها ردع العقلاء بمثل عموم (الظنّ لايغني من الحق شيئاً) بناءاً علي عدم الخدشة في دلالته و غير ذلك، فانّه لاينقدح في ذهنهم احتمال الخلاف في تلك الفطريات غالباً مع التنبه، فلا ينقدح في بالهم انّ مثل تلك العمومات رادعه عن مثل تلك الارتكازيات.

فلابد من ردعهم(اي العقلاء) عن مثلها من التصريح و التاكيد و لهذا بعد ورود امثال ما يُدّعي الردع بها ثمّ ينقدح في ذهن من في الصدر الاول عدم جواز ترتيب الملكية علي ما في يد الغير، و اثر الصحة علي معاملات الناس و عدم قبول قول الثقة و العمل بالظواهر فاذاً يكون اصل التقليد و رجوع الجاهل الي العالم جائزاً.

پس در اين عبارت امام مي‌خواهند دو اشكال آنان را پاسخ گويند ۱ـ در عبارت امام در واقع هر دو گونه عرف عقلائي مورد بحث قرار گرفته‌اند؛ چه آن عرف كه در دو زمان (زمان معصوم و زمان حاضر) مشابه و يكسان نبوده‌اند،

مانند عرف تقليد و عرف‌هاي جديد و چه آن كـه در هـر دو زمـان مـشابه هـم بوده‌اند مانند عرف قاعدة يد، و قاعدة صحت، و عرف اعتبار ظواهر كـلام كـه در هر دو زمان به دون اختلاف ماهوي وجود داشته، و وجود دارند.

از بررسي در عبارات محققانة امام راحل رضوان الله عليه به دست آمـد كـه همة عرف‌ها و بناءات عقلائي كه در زمان حاضر(پس از عـصر غيبـت) در ميـان جوامع بشري تا به حال و تا روز رسـتاخيز اسـتقرار پيـدا كـرده، و مـي‌كننـد و خواهند كرد همة آنها مانند عرف تقليد جاهل و مانند عرف‌هاي قبـل از غيبـت تمام آنها در مرآي و مسمع و منظر امام معصوم(ع) قرار داشته و دارنـد، و مـورد تأئيد و امضاي امام معصوم قرار گرفته‌اند.

۲ـ اشكال ديگر اينكه فقهاي متأخر براي ردّ عرفهائي كه در زمـان معـصوم نبوده‌اند به آية« انّ الظن لايغني من الحق شيئاً» تمسك كرده‌اند و امام خميني در مقام ردّ استدلال آنان به اين آيه و عموم آن فرموده‌اند:

در زمان معصومين عرف‌هائي از قبيـل قاعـدة يـد، قاعـدة صـحّت و قاعـده اعتبار ظهورات مورد عمل فقهاي آن زمان قرار داشتند در حالي كه آية شـريفة «*انّ الظنّ*» هم وجود داشت ولي هيچ يك از فقهاي صـدر اول نگفتـه اسـت كـه عموم آيه «*ان الظنّ*» جلوي حجّيّت قاعده‌هاي عرفي يد و صـحت و ظهـورات را كه ظنّي هستند مي‌گيرد و اين به خـاطر آن اسـت كـه اعـراف عقلائـي كـه از فطرت انساني و عقل به وجود آمده‌اند آن چنـان قـوي و نيرومنـد هـستند كـه ظهور «*انّ الظنّ*» الخ جلوي حجّيّت آنها را نمي‌گيرد، تازه اين در صـورتي اسـت كه خدشه در دلالت ظهور ان الظنّ وجود نداشته باشد (مراد همان مطلبي است كه درباره ظهور آية ان الظن و آيات مـشابه گفتـه شـده و در كتابهـاي اصـولي مورد نقد و تحليل قرار گرفته است).

پس مي‌توان به صورت قطع و يقين نظر امام خميني را بـدين گونـه تقريـر كرد كه اين همه عرف‌هاي عقلائي و سنت‌هاي ضـروري كـه در جوامـع بـشري پديد آمده، يا از اين به بعد نيز پديد خواهند آمد و ماننـد عـرف تقليـد از عـالِم هستند از قبيل انواع مبادلات و معاملات از بيع معاطات(داد و ستد بدون صـيغه

لفظي) گرفته تا ساير بيع‌هاي رايج حتي كالي به كـالي كـه ايـن بيـع اخيـر در معاملات كلان كه اكثر ميان حكومت‌هاي كـشورها يـا ميـان بازرگانـان بـزرگ انجام مـي‌شـود بـه طـور فـراوان رواج دارد، و انـواع اجـاره، و انـواع شـركتها و كمپاني‌ها و كارتل‌ها و تراست‌ها و انواع مـضاربه و مزارعـه و مـساقات و رهـن و قضا و شهادت و شرائط قاضـي كـه آن را نيـز عـرف عقـلاء نظـر داده و صـحه گذاشته است و خلاصه هر مسألة حقوقي و غير حقوقي كـه در دنيـاي متمـدن عاقل تحقق يافته و دوام پيدا كرده و نياز بشري در آن به طور محـسوس ديـده مي‌شود و حتّي اگر جلوي يكي از آنها گرفته شود چالشي و اختلالـي بـزرگ در جامعة عقلاء پديد مي‌آيد و نيز مانند انواع معـاملات بيمـه و ماننـد سـرقفلي و غيره، عرف عقلا شامل همه مـي‌شـود و بـسيار گـسترده اسـت. بـر طبـق نظـر امام خميني مي‌توان گفت: همة ايـن عـرف‌هـاي عقلائـي اگـر مـورد رضـايت و امضاي شارع نبودند بايد پيغمبر و ائمـة صـلوات الله علـيهم در زمـان حيـات و حضور خود از آنها جلوگيري مي‌كردند و ما معتقديم كه اين قـدرت را داشـتند كه در زمان خود اين كار را انجام دهند، و چـون اثـري از منـع و ردع آنـان در هيچ جايي و هيچ سخني و هيچ كتابي وجود ندارد ما دستمان باز است و بدون چون و چرا و بدون اقامة برهاني ديگر همة آنها را جايز و صحيح و امـضاء شـده مي‌شناسـيم. اگـر هـر يـك از آن عرفيـات عقلائـي را ممنـوع و فاسـد و باطـل بشناسيم بـه ماننـد بيـع معاطـات مـي‌شـود كـه قرنهـا عالمـان مـا آن را بيـع نمي‌شناختند و در تمام كتابهاي فقهي دربارة فساد و بطلان آن به عنـوان يـك عقد استدلال‌ها كردند ولي كوچكترين تـوفيقي بـه دسـت نياوردنـد و مـردم و عقلاي اين قرنها حتي خود آن عالمان، همة دارائي و ملك و مال و منـال خـود را از راه داد و ستد معاطاتي مالك شدند و سرانجام از راهي كه بـي راهـه رفتـه بودند برگشتند و تسليم عرف عقلاء شدند. قدرت فائقة عرف عقلاء را مي‌توان از همين يك مثال به دست آورد.

در ميان اهل سنّت نيز بيع وفا كه امـروزه آن را بيـع شـرط يـا بيـع خيـار مي‌نامند همين حال را پيدا كرده بوده است، نخست آنان بر فـساد و بطـلان آن پا مي‌فشردند، به اين دليل كه اين بيع، درميان جامعه به كـشمكش و اخـتلاف دامن مي‌زند، و هنگامي كه مشاهده كردند كه اين عقـد بيـع در ميـان جامعـة عرفيّت يافته و متداول شده است، فقهاي اهل سنت تـسليم ايـن عـرف عقـلاء شدند و صحّت آن بيع را امضاء و تأئيد كردند.

در كتاب مبادي فقه و اصول تأليف اينجانب آمده است:

بيع شرط نوعي از معاملات مالي است و براي توضيح آن بايد مقدّمتاً گفتـه شود: همان طور كه طرفين بيع مي‌توانند خيار شـرط را بـه طـور مطلـق تعهّـد كنند همچنين ممكن است خيار شرط را به امري مقيّد كننـد. در ايـن صـورت اگر خيار بايع را مقيد كنند به اينكه بايع، ثمن را در مدّت معيّنـي بـه مـشتري پس بدهد و مَبيع را باز پس بگيرد، صحيح است و اين را اصـطلاحاً بيـع شـرط گويند پس اگر فروشنده در مدت معين شده ثمن را كاملاً پـس نـداد بيـع لازم مي‌شود، خريدار هم مي‌تواند شرط كند كه هر گاه در مدت معيّني كالا را پـس بدهد بتواند معامله را به هم بزند و ثمـن آن را پـس بگيـرد (فـيض، چـاپ شـانزدهم، ص۳۰۰).

ادلّة حجيت عرف

مشهور فقهاي شيعه دليل حجيّت عرف عقلاء را سُنت مي‌دانند ولي نه قول يا فعل معصوم بلكه تقرير معـصوم را دليـل اعتبـار آن مـي‌داننـد، در بعـضي از مباحث قبل در اين باره بحثي داشتيم.

حنفيّه و مالكيه عرف را به خودي خـود دليـل بـر احكـام فقهـي ويـژه‌اي مي‌شناسند و اغلب آنان عـرف را در رديـف كتـاب و سـنت، و اجمـاع و قيـاس قلمداد مي‌كنند و براي آن اهميّت به سزائي قائل مي‌شوند.

دليل آنان بر حجيّت عرف، كتاب و سنّت و قواعدي است ويـژة حنفيّـه كـه آنها را از روايات گرفته‌اند.

از كتاب به آية شريفه ۱۹۹ سورة اعراف استفاده كرده‌اند كه عبـارت اسـت از: «خُذِ العَفْوَ و أْمر بِالعُرْفِ، و أعرِضْ عن الجاهلين.»

در اين آيه شريفه به پيغمبر اكرم (ص) دستور داده‌اند كه به عرف امر كند. اهل سنت گويند: اين همان عرف‌ها و سنن عقلائي است، و در آياتي كه در آنها امر به معروف شده عرف عقلاء يكي از مصاديق معروف است.

فقهاي شيعه اگر چه به اين آيات شريفه اسـتناد نكـرده‌انـد ولـي در ميـان مفسران شيعه اين تفسير ديده مي‌شود.

طبرسـي در مجمـع البيـان و علامـه طباطبـائي در الميـزان در ذيـل آيـه «*خذ العفو* ... » گفته‌اند كه يكي از معاني عرف در ايـن آيـه هـر شـيوه و خـصلت پسنديده‌اي است كه عقول مـردم خـوبي و درسـتي آن را تـشخيص داده‌انـد و سنّت‌ها و سيره‌هاي خوبي كه در ميـان عقـلاء رواج دارد. و بـه عقيـده نگارنـده خداي تعالي در اين آيه شريفه به پيغمبر اكرم دستور داده است كه با مردم بـه عفو و بخشش و آسان گيري رفتاركند كه اسلام دين سهولت و سماحت اسـت، و آنان را به پيروي از عرف و بناءات عقلائي بخواند كه مردم به سهولت بـه آنهـا خو گرفته‌اند و از جاهلان به آن سنن و اعراف عقلائي دوري جويند.

اهل سنت نيز به احاديثي استفاده كرده‌اند از جمله اين روايت صـحيح كـه آن را از قول پيغمبر اكرم (ص) نقل كرده‌اند كه فرمود:

«انـتم اعلـم بـامر دنيـاكم»(قدضـاوي ص۶۲) و امـور دنيـوي همـان معـاملات و مبادلات و امثال آنها است كه اغلب، عرفهاي عقلائي را بـه وجـود آورده كـه در جامعه استقرار يافته است. اهل سنّت افزون بر آنها بـه قواعـدي فقهـي در ايـن زمينه استناد كرده‌اند كه در كتاب تحرير المجلّه آمده كه از مفاد آيات و روايات گرفته شده‌اند براي نمونه بعضي از آن قواعد را ذكر مي‌كنيم.

العادة محمكة، يعني عرف عقلاء براي اثبات حكم شرعي براي خـود حكمـي دارد(ماده ۳۶ المجلّه) و در كتاب فلسفه التشريع في الاسلام از دكتر محمـصاني قاعدة فوق را ترجمه كرده و سپس گويد: دليـل بـر اينكـه عـرف عقـلاء، حكـم شرعي براي ما ثابت مي‌كند، اجماع فقهاء است و سـپس گويـد: در قـول مـأثور آمده: «مارَآهُ المسلمون حَسَناً فهو عند الله حسن»، يعنـي آنچـه را مـسلمين نيكـو و داراي مصلحت مي‌شناسند آن فعل يا ترك نـزد خـداي تعـالي نيـز حَـسَن و نيكو است.

بخاري در صحيح خود آن را نقل كرده و در دنبال آن در روايتـي از شـريح قاضي نقل مي‌كند كه گفت در كتب روائي بـسياري، «مـارَآهُ المـسلمون حـسن» را حديث دانسته‌اند، ولي دكتر محمصاني آنـرا از سـخنان عبـدالله بـن مـسعود دانسته است نه حديث(محمصاني، ص ۲۶۶).

قاعدة ديگر: «المعروف عُرفا كالمنصوص نصاً»، يعني عرف كه در ميـان عقـلاء مستقر گرديده مانند نصّ شرعي حجّت است.

قاعدة ديگر:«المعروف عرفاً كالمشروط شرطا» يعني هر عرفـي عقلائـي ماننـد شرط شرعي است كه الزام آور است و معتبر.

قاعدة ديگر: «المعروف بين التجّار كالمعروف بالنصّ » يعني عرفي كه در ميان بازرگانان استقرار پيدا كرده مانند نصّ شرعي است.

قاعدة ديگر «التعيين بِا لعُرف كالتقنين بالنّصّ»، يعنـي آنچـه بـه وسـيلة عـرف معيّن مي‌شود مانند قانونگذاري نصّ شرعي است.

با توجه به آن ادّله و تفاسير معتبري كـه در علمـاي شـيعه و علمـاي اهـل سنّت نقل شد بعيد نيست و غرابتي ندارد اگر فقهاي مـا عـرف را نـه بـه دليـل سنّت و تقرير معصوم بلكه آن را مستقيماً يكي از مآخذ قانونگذاري بشناسند.

يكي از حقوقدانان مشهور اسلامي(زرقاء ص۵۶) گويد:

باز گردانيدن بناي عقلاء و عرف، به سنّت مثل نظرية دانشمنداني است كـه همة ادّله را به كتاب و سنّت رجوع داده‌اند و ديگـر نـامي از عقـل و مـصلحت و اجماع نبرده‌اند. چنين كاري مورد انتقاد قرار گرفته و گفته است: ايـن كـار اگـر چه از حيث منشأ حجيّت اين دلائل صحيح به نظر مي‌رسـد، امّـا منـشأ اعتبـار خود سنّت نيز كتاب است، و با اين حال درست نيست كه تمام فـروع فقهـي را مستند بر نصّ قرآن بدانيم.

شايد بتوان عرف عقلاء را در رديف ادّلة اربعه فقه به عنوان منبع پنجم نـام برد، گر چه آن را مستقلاً در شمار اين منابع ذكر نكرده‌اند مع هذا مطالعة كتب فقهاء به خصوص فقهاي عامّه نـشان مـي‌دهـد كـه اغلـب، آن را يكـي از ادّلـه مي‌دانند، آن چنان كه اجماع و سنّت را از مآخذ حقوق اسلامي شمرده‌اند.

بر اساس اين نظريه اين عرف عقلاء را چون توسط شارع امضاء شـده اسـت جزو اقسام سنّت آوريم، مانند آن است كه چـون در كتـاب و سـنّت دعـوت بـه تعقّل شده است پس عقل را به طور مستقل ذكر نكنيم، و آن را در عرض كتاب و سنت به عنوان يك منبع جداگانه در نياوريم، و حال آنكه اين امر مانع از ذكر عقل به عنوان يكي از منابع نشده است. پس چرا مانع از به شـمار آوردن عـرف عقلاء در رديف ساير منابع حقوق اسلامي مي‌شود.

منابع و مآخذ:

- حكيم، سيد محمد تقي، الاصول العامه للفقه المقارن، بيروت، موسسه آل البيت.
- خراساني، آخوند ملا محمد كاظم، كفاية الاصول، تهران، نشر اسلامي.
- خلاّف، عبدالوهاب علم اصول الفقه، كويت، دارالعلم، چاپ نهم، ۱۳۹۰ هـ.ق.
- خميني، روح الله، الرسائل، رسالة الاجتهاد و التقليد، قم، اسماعيليان، ۱۳۵۷.
- شهيد اول، اللمعة الدمشقيه، قم، نشر اسلامي، چاپ اول.
- شهيد ثاني، الروضة البهيه في شرح الدمشقيه، قم، انتشارات داوري، ۱۴۱۰ هـ.ق، چاپ اول.
- شيخ محمد حسن، الفصول، چاپ سنگي.
- صدر، سيد محمد باقر، بحوث في اصول الفقه، بيروت، مكتبه المدرسة.
- ـــــــــ ، المعالم الجديدة للاصول، نجف اشرف، مطبعة النعمان.
- فيض، عليرضا، مبادي فقه و اصول، تهران، نشر دانشگاه تهران، چاپ شانزدهم.
- ـــــــــ ، ويژگيهاي اجتهاد و فقه پويا، تهران، پژوهشگاه علوم انساني، ۱۳۸۱.
- قرضاوي، يوسف، الصحوة الاسلامية و هموم الوطن العربي و الاسلامي، الدوحه، ۱۳۰۸ هـ.ق.
- قمي، ميرزا ابوالقاسم، قوانين الاصول، بي نا، بي تا.
- كاظم خراساني، محمد علي، فوائد الاصول(تقريرات درس نائيني)، قم، جامعة المدرسين، ۱۴۰۴ هـ.ق.
- محقق حلّي، شرايع الاسلام، تهران، نشر استقلال، ۱۴۰۹، چاپ دوم.
- محصاني، صبحي، فلسفة التشريع، بيروت، دارالعلم للملائين، چاپ پنجم.