



تاریخ دریافت: ۹۸/۱۲/۲۷

تاریخ بازنگری: ۹۹/۰۳/۰۹

تاریخ پذیرش: ۹۹/۰۴/۰۲

تاریخ انتشار: ۹۹/۰۶/۳۱

عرف و جایگاه آن در آثار اصولی و فقهی امام خمینی (ره) و شهید صدر

رضا رنجبر^۳حمید عیوضی*^۲ساجده رسولی^۱

چکیده

با توجه به اهمیت عرف در استنباط احکام شرعی به ویژه در مسائل نو، بررسی آثار فقها در استفاده از عرف، به کاربرد بهتر از آن کمک می کند. بررسی آثار فقهی و اصولی امام خمینی (ره) و شهید صدر به عنوان فقیهانی مؤثر در تکامل فقه که با ادله ی قوی، حجیت عرف هر زمان را اثبات کرده اند، برای اثبات این مسأله، شایسته و بسزاست. بدین منظور بررسی متون فقهی استدلالی و اصولی ایشان بر اساس روش کتابخانه ای و تحلیل محتوی انجام شده و بیاناتشان مورد بررسی قرار گرفته است. هدف اصلی مقاله این است که نحوه به کارگیری عرف توسط ایشان را هم در اندیشه های نظری و هم در سیره عملی به دست آوریم. با توجه به هدف فوق، سؤال اصلی مقاله این است که دو فقیه معظم در سیره فقهی اصولی خودشان چگونه عرف را در عرض کتاب و سنت به کار گرفته اند و اینکه آیا ایشان با توجه به عصر خویش نحوه استفاده از عرف را تبیین و بدان عمل کرده اند؟ نتیجه تحقیق نشان می دهد هر دو فقیه ضمن استفاده از عرف و استناد به آن در زمینه های فراوان، عرف را فراتر از مکان و زمان می دانند، ضمن اینکه به حجیت آن توسط شارع معتقدند و با توجه به تاثیر زمان و مکان در مسائل فقهی، بایستی از منبع مهم و کاربردی عرف در تطبیق فقه با اوضاع و شرایط امروزی در جهت عقلانیت و حل مسائل و مشکلات امروزی بهره برد.

کلید واژه ها: عرف، عرف عقلا، امام خمینی (ره)، شهید صدر، استنباط احکام شرعی.

۱- گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد تبریز، دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران. Email: rasoulisajede@yahoo.com

۲- گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد تبریز، دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران (نویسنده مسئول) Email: eivazy.hamid@yahoo.com

۳- گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد تبریز، دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران. Email: r_ranjbar4@yahoo.com

عرف، پدیده‌ای است اجتماعی و بیانگر اراده اجتماع و آن عبارتست از شیوه و روشی که مردم آن را پذیرفته و بر اساس آن حرکت می‌کنند؛ خواه در گفتار باشد یا در کردار. عرف از آغاز تشریح اسلامی بعنوان منبع در حوزه استنباط فقهی مذاهب اسلامی مورد توجه قرار گرفته است. و می‌توان گفت که نقشی اساسی در استنباط احکام شرعی دارد. این نوشته در صدد است تا برای یافتن مفهوم و منزلت شایسته عرف در اصول و فقه، موضوع را مورد بررسی قرار دهد. بررسی سیره عملی و فقهی دو فقیه بزرگوار معاصر، امام خمینی (ره) و شهید صدر برای این منظور بسیار کمک کننده است. بنابراین، هدف اصلی مقاله این است که نحوه به کارگیری عرف توسط ایشان را هم در اندیشه‌های نظری و هم در سیره عملی به دست آوریم.

با توجه به هدف فوق، سؤال اصلی مقاله این است که دو فقیه معظم در سیره فقهی و اصولی خودشان چگونه عرف را در عرض کتاب و سنت به کار گرفته‌اند و اینکه آیا ایشان با توجه به عصر خویش نحوه استفاده از عرف را تبیین و بدان عمل کرده‌اند؟

برای پاسخ به پرسش، ابتدا کتب فقهی امام خمینی (ره) و شهید صدر را انتخاب و سپس با روش تحلیل محتوا، متون فقهی استدلالی و اصولی ایشان مورد بررسی قرار گرفته است. در منابع فقهی و اصولیون اعم از متقدمین و متاخرین استناد به عرف ملاحظه می‌شود. دانشیان شیعه نوعاً با عنوان «بنای عقلا» یا «سیره عقلاییه» از پدیده‌ی عرف نام می‌برند. این حرکت که گام‌های نخستین آن در قالب مباحث لفظی در دوران تفوق مجتهدین اصولی برداشته شده بود، با رای‌ی برخی پژوهش‌های محققانه و مدققانه از سوی دانشیان قرن اخیر شکل‌گیری و به وجود آمدن «مکتب عرف شیعه» را اعلام می‌دارد. (جبار گلباغی، ۱۳۷۸) در بسیاری از کتب مشهور و مختلف فقهی و اصولی و مقالات و پایان‌نامه‌هایی دیگر به بررسی این منبع مهم استنباط احکام خود پرداخته‌اند، از جمله امام خمینی (ره) که در کتاب اجتهاد و تقلید خود به بنای عقلا استناد نموده و به بررسی آن پرداخته‌اند، شهید محمد باقر صدر در کتب اصولی خود از جمله بحوث فی علم الاصول و دروس فی علم الاصول، سیره عقلا در مذهب امامیه و حجیت حجیت آن را مورد بررسی قرار داده‌اند. و کتب دیگری همچون اصول فقه مرحوم علامه مظفر، اصول العامه للفقہ المقارن از سید محمد تقی حکیم، و فقهی و اصولیون شیعی دیگری که به بحث و بررسی عرف یا سیره عقلا و حجیت آن پرداخته‌اند. اما بطور مستقل و بخصوص، جایگاه و حجیت عرف و نحوه به کارگیری عرف در عصر حاضر با مطالعه آثار دو فقیه دانشمند معاصر، امام خمینی (ره) و شهید صدر که بیش از همه فقهی با ادله‌ی قوی، حجیت عرف هر زمان را اثبات کرده‌اند، بررسی و تطبیق داده نشده و نظرات فقهی این دو مذهب بصورت مقایسه‌ای بررسی نشده است. روش گردآوری اطلاعات، روش کتابخانه‌ای است.

در ابتدا به منظور تبیین و روشن تر شدن اصطلاح اصلی تحقیق به بررسی آن پرداخته و از جهت لغوی و اصطلاحی بررسی می نماییم.

۲-۱- عرف در لغت:

عرف واژه ای عربی است و اهل لغت معانی مختلفی برای آن ذکر کرده اند. صاحب لسان العرب می گوید: «العُرْفُ و العَارِفَةُ و المَعْرُوفُ واحد: ضد النکر، و هو کلُّ ما تَعْرِفه النفس من الخیر و تَبْسأُ به و تَطْمئنُ إلیه» (ابن منظور، ۱۴۱۷) یعنی: عرف، عارفه و معروف به یک معنی و ضد «نکر» است. و آن هر چیزی است که نفس آدمی آن را نیکو شناسد، بدان خو گیرد و آرامش یابد.

جرجانی در «تعریفات» می نویسد: «العرف ما استقرت علیه النفوس بشهادة العقول و تلتقه الطبايع بالقبول.» (جرجانی، ۱۳۵۷) یعنی: عرف پدیده ای است که نفس های آدمیان به گواهی خرد ها بر آن آرام گیرد و سرشت های آدمیان آنرا بپذیرند.

۲-۲- عرف در اصطلاح فقها

برای عرف تعاریف مختلفی بیان شده است. از جمله اینکه: «عرف شیوه و روشی است که مردم آن را پذیرفته و بر اساس آن حرکت می کنند؛ خواه در گفتار باشد یا در کردار. از عرف به عادت نیز تعبیر کرده اند.» (حکیم، ۱۹۷۹ و سبحانی، ۱۳۶۳) و یا برخی می نویسند: «عرف آن است که مردم جامعه آن را رایج کرده اند و جاری می کنند بصورت فعل یا ترک فعل.» (مغنیه، ۱۴۱۱) از نظر بعض فقها نیز، عرف، آداب و رسومی است که بیشتر در رفتار و زندگی عملی انسان ها پدید آمده و در عمق جان همه نفوذ کرده، پا گرفته، پابرجا شده و اکثر مردم بدان پایبند و معتقد هستند...چه خوب باشد و پسندیده یا بد و ناپسند و زیان بخش برای فرد و جامعه.» (فیض، ۱۳۹۰)

۳- حجیت عرف نزد شارع

حجیت عرف، به معنای درستی استناد به آن، نزد اهل عرف و اعتبار آن نزد شارع است. عرف، نزد اهل سنت، اماره شرعی به حساب می آید، اما نزد شیعه، حجیت و اعتبار آن به موارد خاصی محدود است. عرف، نزد شیعه سه کاربرد کلی دارد که در برخی حجیت استقلالی دارد و در برخی تحت عنوان سنت قرار می گیرد، زیرا حجیت آن به امضای شارع و یا عدم ردع وی بستگی دارد. (جناتی، ۱۳۷۰؛ منصوری، ۱۳۷۲)

اما شرایط حجیت عرف، شرایطی است که وجود آنها زمینه تمسک به عرف را آماده می سازد.

این شرایط عبارت است از:

- روش عرفی، مورد پذیرش عقل و پسند ذوق سلیم و خواسته عموم باشد؛

- روش عرفی، از امور تکراری و شایع بین همه مردم باشد؛

- روش عرفی یا باید از زمان گذشته رایج باشد و یا عرف معمول در زمان واقعه باشد؛ بنابراین، اگر روش عرفی بعد از زمان واقعه‌ای رایج شود، نسبت به آن، اعتبار و حجیت ندارد؛

- توافقی بر خلاف عرف صورت نگرفته باشد؛ پس اگر بر خلاف عرف رایج، توافقی صورت گیرد، پیروی از آن عرف لزومی ندارد، زیرا عرف اگر چه به منزله شرط ضمنی در عقود و معاملات هم چون عقد بیع است، ولی با وجود شرط صریح از سوی بایع یا مشتری بر خلاف آن، دیگر زمینه‌ای برای تمسک به آن عرف باقی نمی‌ماند؛

- نص معتبر، با عرف، مخالف نباشد، زیرا این مخالفت به منزله ردع و منع شارع از آن است. (بحرالعلوم، ۱۹۷۷؛ محمدی، ۱۳۷۵)

۴- دیدگاه های امام خمینی (ره)

پس از بررسی مفاهیم و تحریر تعاریف و ماهیت پژوهش و بیان نظریات فقها، دیدگاه های امام خمینی (ره) بررسی خواهد شد و در این زمینه ابتدا به مفهوم عرف نزد ایشان پرداخته می‌شود.

۴-۱- مفهوم عرف نزد امام خمینی (ره)

ایشان عرف، را مترادف بنای عقلا می‌دانند. (خمینی، ۱۴۱۵؛ ۱۴۱۰؛ ۱۴۳۵) در توصیف امارات عقلانیه نیز این گونه به توصیف "عرف" می‌پردازند :

اماره های عقلایی [آن اموری است] که عقلا در داد و ستدها، تدبیرهای اجتماعی و به طور خلاصه در تمامی شئون زندگی خویش، بدانها عمل می‌کنند به گونه ای که اگر شارع ایشان را از عمل به آن‌ها باز دارد نظام جامعه فرو می‌پاشد و چرخه حیات اجتماعی انسان‌ها از حرکت باز می‌ایستد. هر چیزی که نزد عرف مسلم باشد و عقلا احتمال خلاف آن را ندهند، واجب است مورد توجه قرار گیرد (خمینی، ۱۴۱۵)

لازم به ذکر است که اگرچه حضرت امام (ره) گاه در کنار واژه "عرف"، واژه "عقلا" را قرار داده و یا گاهی از پدیده عرف با واژه "عقلا" نام برده اند و یا در تعریف و توصیف آن از واژه "عقلا" بهره برده اند، با این همه، به هیچ روی به یگانگی عقل و عرف باور نداشته اند، بلکه گاهی ایشان عرف را در برابر عقل قرار داده اند. (خمینی، ۱۳۸۵)

۴-۲- مبنا و ادله حجیت عرف از دیدگاه امام خمینی (ره)

از میان سخنان امام راحل (ره)، می‌توان دلایل ذیل را برای اثبات حجیت عرف ارائه داد:

- علم معصوم: روشن است که معصومان (ع) عالم و آگاه به آینده بودند و می‌دانستند در آینده چه سیره‌ها و عرف‌هایی در جامعه مسلمانان متداول می‌گردد. اگر این عرف‌ها نزد شارع فاقد اعتبار و حجیت هستند، بر معصومان (ع)

لازم بود از این عرف ها منع و ردع نمایند و ناخشنودی شارع را ابلاغ دارند؛ زیرا آنان عالمان به آینده و نگهبانان شریعت اند و چون ردعی از سوی آنان اثبات نگردیده، بنابراین، با توجه به علم آن ها نسبت به وقایع آینده، می توان گفت: عرف - هرچند در زمان آینده تحقق یابد - حجت و معتبر است. (خمینی، ۱۳۸۵)

- حفظ نظام و پرهیز از اختلال در آن: از آنجا که بسیاری از امور زندگی اجتماعی بر محور عرف و امور عقلایی می چرخد، (خمینی، ۱۴۳۵) شارع نمی تواند به ردع عرف بپردازد. زیرا ردع و عدم حجیت عرف اختلال نظام جامعه و زندگی اجتماعی را در پی دارد و حال آن که شارع، خود بر حفظ نظام و عدم اختلال در آن تاکید ورزیده است. انوار الهدایه، ج ۱، ص ۱۰۵. بنابراین، می توان گفت: شارع عرف را حجت و معتبر می داند؛ چنان که خود همچون دیگران به برخورد با عرف روی آورده است. (خمینی، ۱۴۱۵)

- یگانگی روش شارع و عرف: روشن است که شارع در بسیاری از موارد، در برابر عرف راه سکوت و عدم بیان را پیش گرفته است. از این عدم بیان، به دست می آید که او خود را یکی از افراد عرف دانسته و شیوه عرف را پذیرفته است و البته این خود گواهی است آشکار بر اعتبار عرف؛ چه آن که در غیر این صورت، بر او لازم است که از عرف منع کند و شیوه خود را بنمایاند. (خمینی، ۱۴۳۵)

در اینجا، این پرسش رخ می نمایاند که در صورت پذیرش حجیت و اعتبار عرف و کاربرد آن در گستره فقه شیعه، آیا این پذیرش و کاربرد، خروج از دایره شریعت و لغزش به سوی عرفی شدن را در پی نخواهد داشت؟ حضرت امام (ره) در پاسخ به این پرسش، بر این باورند که تا وقتی عرف و بنای عقلا در دایره استنباط فقهی و بر پایه اصول و اجتهاد شرعی پیوند درونی خود را با شریعت حفظ کرده اند، پذیرش اعتبار عرف و بنای عقلا و کاربرد آن در گستره فقه به خروج فقه شیعه از دایره شریعت و لغزش به سوی عرفی شدن نخواهد انجامید. ایشان برای القای این مفاهیم، مکرر واژه هایی همچون "فقه سنتی" و "اجتهاد جواهری" را مطرح کرده اند و بر روشی که می خواهیم به وسیله آن، اصول محکم فقه را در عمل فرد و جامعه پیاده کنیم تا بتوانیم جواب گوی معضلات باشیم، تاکید می ورزند (خمینی، ۱۳۶۳) و این روش را همان روش "فقه سنتی" و "اجتهاد جواهری" می دانند و بر عدم جواز تخلف از آن تصریح می کنند. چه این که دامنه این فقه و روش آن، همه کتاب و سنت است و فقه تا زمانی که بر همین روش - که شیوه سلف صالح و مشایخ معظم می باشد - استوار است، از انحراف مصون خواهد ماند. (خمینی، ۱۴۳۵)

بی شک، جمع بندی تحلیل این سخنان چیزی نخواهد بود جز همان کاربرد در دایره استنباط فقهی بر پایه اصول و اجتهاد روش مند شرعی با حفظ پیوند درونی با شریعت که همواره شیوه فقه سنتی سلف صالح و اجتهاد جواهری فقه پویای اسلام است. (جبار گلباغی، ۱۳۸۰)

۴-۳- تشخیص، تعریف و تنقیح موضوع حکم

روشن است که هر حکم شرعی دارای موضوعی است که در بسیاری از موارد، این موضوعات تنها به وسیله عرف و فهم عرفی شناخته می شود. در این موارد، شارع با بسنده نمودن به بیان حکم، تعریف، تشخیص و تنقیح این موضوعات را به عرف واگذاشته است: حضرت امام (ره) در این باره می فرماید: اما مراجعه به عرف در شناخت موضوع و عنوان، سخنی صواب می باشد که گریزی از [پذیرش] آن نیست. (خمینی، ۱۴۳۵) ایشان دلیل این مساله را چنین بیان می کنند:

زیرا موضوع حکم شرعی همان چیزی است که در نزد عرف به عنوان موضوع قلمداد می شود به این دلیل که [روش] شارع در بیان احکام بر امت همانند دیگر محرومان است و بیانات و خطاب های او همچون گفتمان مردم با هم است، پس همان طور که اگر قانون گذار عرفی به نجاست خون حکم کند، موضوع حکمش مفهوم و مصداقی است که عرف تشخیص می دهد و رنگ خون در نزد او موضوع نجاست به شمار نمی آید و خون محسوب نمی شود همچنین است قوانینی که شارع نسبت به عرف بیان می دارد. (خمینی، ۱۳۸۵)

۴-۴- تشخیص مفاهیم و معانی الفاظ و کشف مقصود گوینده

عرف اختصاص به عمل ندارد و عرصه گفتار را نیز در برمی گیرد. این عرف که به "عرف لفظی" یا "عرف استعمالی" شناخته می شود، در کشف معانی و مفاهیم الفاظ و مرادات گویندگان، معیار قرار می گیرد. حضرت امام درباره کاربرد عرف لفظی و اعتبار آن چنین اظهار نظر می کنند:

اشکالی در این حقیقت نیست که معیار شناخت مفاهیم، مصادیق آن ها و چگونگی انطباق آن مصادیق بر مفاهیم عرف است؛ زیرا شارع در شیوه سخن گفتن و گفتگوهایش همچون یکی از افراد عرف است و در رساندن کلام به مخاطب واژگان و یا روش ویژه ای ندارد، پس آنچه را که مردم از جمله شخصی که بگوید: از خون پرهیز کن... می فهمند همان را هم از سخن شارع درمی یابند و روش گفتگوی شارع با مردم چیزی جز همان شیوه متداول در گفتگوی مردم با هم دیگر نیست. (خمینی، ۱۳۸۵)

۴-۵- تعیین مصادیق و تطبیق موضوعات و مفاهیم بر مصادیق

از دیگر کاربردهای عرف، تعیین مصداق و تطبیق موضوعات و مفاهیم بر مصادیق است. حضرت امام (ره) برخلاف برخی از فقیهان و اصولیان، بر این نکته تصریح دارند که تعیین مصادیق و تطبیق موضوعات و مفاهیم بر مصادیق، به عرف واگذار شده است:

مفاهیم عرفی و شناخت مصادیق آن ها نیز چنین اند. عرف در تطبیق مفاهیم بر مصادیق و نیز شناخت مصادیق داوری می کند آن چنان که در شناخت مفاهیم به قضاوت گرفته می شود در نتیجه آنچه را که عرف مصداق نداند، مصداق موضوع حکم شرعی نیز نخواهد بود. امام راحل (ره) برای اثبات سخن خود و ناپذیرفتنی بودن سخن برخی از فقیهان

و اصولیان - همچون مرحوم آخوند خراسانی - که تشخیص مصداق را موکول به عقل می کنند و نه عرف، می نویسند:

[صحت] آنچه که در سخن محقق خراسانی (ره) آمده و برخی نیز از او پیروی کرده اند - مبنی بر اینکه تشخیص مفاهیم به عرف واگذار شده، ولی شناخت مصداق های آن به عقل وانهاده شده است - نیازمند دقت و بررسی است زیرا واضح است که شارع در شیوه خطاب های خویش جز همانند یکی از افراد عرف می باشد و نمی توان پذیرفت که در تشخیص موضوع احکام شرعی مصادیق آن از عقل پیروی شود نه از عرف. (خمینی، ۱۳۸۵)

۶-۴- تغییر عرف

عرف پدیده ای است اجتماعی که به تنظیم روابط انسان ها و حفظ تفاهم و سازش بین آنان می پردازد. این پدیده همانند دیگر پدیده های اجتماعی، این ویژگی را داراست که با اختلاف زمان و مکان دگرگون شده و در هر زمان و مکان به شکل و گونه ای خاص خودنمایی کند. این تحول و دگرگونی عرف، چنانچه بر اثر تغییر صفات اعتباری شیء صورت پذیرفته باشد - و نه به صورت تغییر نام - تحول و دگرگونی حکم و فتوا را در پی خواهد داشت. بدین روی حضرت امام (ره) فقیهان و مجتهدان را به تاثیر دو عنصر زمان و مکان در اجتهاد توجه می دهند و بر این باورند که مجتهد باید با توجه به شناخت زمان و عرف زمان خویش، در صدور حکم و فتوا قلم فرساید، هرچند فتوای او برخلاف فتوای فقیهان پیشین تلقی گردد. زمان و مکان دو عنصر تعیین کننده در اجتهادند. مساله ای که در قدیم، دارای حکمی بوده است، به ظاهر همان مساله در روابط حاکم بر سیاست و اجتماع و اقتصاد یک نظام، ممکن است حکم جدیدی پیدا کند؛ بدان معنا که با شناخت دقیق روابط اقتصادی و اجتماعی و سیاسی، همان موضوع اول که از نظر ظاهر، با قدیم فرقی نکرده است، واقعا موضوع جدیدی شده است که قهرا حکم جدیدی می طلبد. مجتهد باید به مسائل زمان خود احاطه داشته باشد. (همو، ۱۳۶۳) البته چنان که از گفتار حضرت امام راحل پیداست، ایشان همانند برخی از فقیهان پیشین، این دگرگونی در حکم را به دلیل دگرگونی موضوعات و عناوین تفسیر می کنند. (جبار گلباغی، ۱۳۸۰)

۷-۴- نقش عرف در فقه از دیدگاه امام خمینی (ره)

امام میفرماید این که میگویند معاملات از آنجاکه امر اعتباری است، نیاز به امضا شارع دارد سخن صحیحی نیست. چراکه اعتباری بودن معاملات ضرورت امضای شارع را در پی ندارد و نفس عدم ردع شارع در صحت آن معامله کافی است. بنابراین معامله ای که در نزد عقلا نافذ است، اگر در نزد شرع نافذ نبوده، می بایست آن را مورد ردع قرار دهد. همین قدر که شارع آن را ردع نکرده است، برای نافذ بودن و صحت آن معامله کافی است. (خمینی، ۱۳۸۵)

ایشان در بحث ضمان با اعتقاد به اینکه مقصود از قاعده ضمان جبران خسارت به هر شکل ممکن است و شارع کیفیت آن را محدود نکرده است، می گوید روایات جزو ادله ضمانات که در ابواب مختلف فقهی به آن پرداخته شده،

به هیچ نحو متعرض کیفیت ضمان مثلی یا قیمی نشده است. اگر شارع در این مورد دارای طریقه خاصی بوده در اینجا که مبتلا به است باید اعلام می‌کرد؛ در اینگونه موارد صحیح نیست که شارع با طریقه عرفی مخالفت داشته باشد و منع خود را مطرح نکند. پس نتیجه می‌گیریم که ضمان مثل در مثلی و ضمان قیم در قیمی امری تبعدی نیست بلکه به خاطر ارتکاز عقلایی است (خمینی، ۱۴۳۵)

۵- دیدگاه های شهید صدر

پس از بررسی و پژوهش تعاریف و بیان نظریات امام خمینی (ره)، دیدگاه های شهید صدر بررسی خواهد شد و در این زمینه ابتدا به مفهوم عرف نزد ایشان پرداخته می‌شود.

۱-۵- مفهوم عرف نزد شهید صدر

در دو قرن اخیر، ادبیات فقه شیعه به ایجاد واژگان جدیدی برای پدیده عرف روی آورده است. فقهای شیعه نوعاً از این پدیده با واژه های سیره عقلا نام برده اند (گل‌باغی ماسوله، ۱۳۷۸) بدین ترتیب، اصولیان متأخر امامی به جای تعبیری چون عرف، عادت، عقل و جز اینها، که در منابع پیشین رواج داشته اصطلاح سیره عقلا را، که دقیقتر است و تنها شامل عرف صحیح، معتبر و عقلایی می‌شود، به کار گرفته اند. شهید آیت‌الله... صدر نیز از جمله این اصولیون هستند که می‌گویند: «سیره عقلا (عرف)، میل و گرایش عمومی انسان است اعم از دیندار و بی‌دین - به امری در مسیری معین و خطی ویژه که با شرع مخالفتی نداشته باشد، و خلاصه عرف عبارت است از روش عمومی مردم که از مصلحت اندیشی سرچشمه گرفته و برای حفظ فرد و جامعه، نظم و سامان یافته باشد؛ چه در محاورات یا معاملات و چه در سایر روابط اجتماعی، در صورتی که برخوردی با شرع پیدا نکند، عرف صحیح و پسندیده ای است. مثل اینکه هر جاهلی برای فهمیدن و دانستن به عالم رجوع می‌کند، و هر بیماری برای به دست آوردن سلامت و تندرستی نزد پزشک می‌رود، مردم این راه و روشها را برای نظم و بقای جامعه خود لازم و ضروری می‌دانند.» (صدر، ۱۳۴۵)

همانطور که مشاهده می‌شود ایشان فقط عرف صحیح و پسندیده و دارای مصلحت را عرف تلقی نموده اند بعبارتی ایشان، قائل به این هستند که عرف فاسد و غلط و غیر عقلایی اصلاً وجود ندارد و آنچه تحت این عناوین قرار گیرد عرف نیست بلکه می‌توان گفت که صرفاً آداب و رسوم غلط و فاسد می‌باشند. که عقل، عمل به آن‌ها را نیکو و پسندیده نمی‌داند. و ایشان معتقدند سیره به هر نوع سبک و روشی گفته نمیشود، بلکه در مفهوم سیره مفهوم ثبات و استواری نهفته است؛ اما باید توجه داشت که ضرورت ندارد عقلا این رفتار را در عالم خارج هم از خود بروز دهند، بلکه سیره عقلا اعم از رفتار خارجی و مرتکبات عقلیه است. بنابراین، اصطلاح «بنای عقلا» تنها شامل عمل و سلوک عقلا نیست، بلکه شامل «مرتکبات عقلایی» (یعنی آن احکام عقلایی که در ژرفای ادراک و فطرت خردمندان وجود دارد، هرچند بر طریق آن سلوک عملی ندارند) نیز می‌شود. و شهید صدر با توسعه در معنای سیره عقلا، به این مطلب اشاره نموده است. (هاشمی، ۱۴۱۷)

۲-۵- تفاوت های میان سیره متشرعه و سیره عقلاء (یعنی عرف) از نظر شهید صدر

استاد شهید، آیت‌الله سید محمد باقر صدر در کتاب «بحوث فی علم الاصول» در فصلی از آن کتاب تحت عنوان «الفوارق بین السیره المتشرعیه، و العقلائیه» تفاوت‌های میان سیره متشرعه و سیره عقلاء (یعنی عرف) را متذکر شده، گوید:

از جمله فرق‌ها میان آن دو، این است که در استدلال به سیره متشرعه باید دو چیز ثابت شوند، یکی اینکه ثابت شود که مردم متشرع به عملی سرگرم هستند و آن، سیره آنان شده است. دوم اینکه ثابت شود که آن سیره در میان فقهای معاصر ائمه علیهم‌السلام رایج بوده و بر طبق آن رفتار می‌کرده‌اند. ولی در سیره عقلاء (یعنی عرف عقلاء) برای ما همین بس است که ثابت شود که طبیعت عقلاء و نهاد و سرشت آنان مقتضی آن است که فلان سیره و عرف را داشته باشند، و هرگاه شارع جلوی آن سرشت و طبیعت را نگرفته باشد، عرف ناشی از آن طبیعت انسانی برای ما حجت و معتبر خواهد بود، و لازم نیست که هر عرف عقلانی به زمان یکی از معصومین متصل گردد. یعنی عقلای زمان معصوم نیز همین عرف را داشته باشند، تا حجیت آن به اثبات برسد. برای حجیت عرف و سیره عقلاء به چیزی افزون بر آنچه گفتیم، نیاز نیست و ثبوت قضیه طبیعی بخودی خود برای اعتبار عرف، کافی است در صورتی که شارع جلوی این طبیعت را نگرفته باشد، و این کاشف است از اینکه مقتضای طبیعت عقلاء که در اینجا چیزی جز عرف نیست، مورد تأیید شارع است. (صدر، ۱۴۱۷)

۳-۵- انواع عرف عقلاء از نظر حجیت

استاد شهید آیت‌الله صدر عرف عقلاء را به ۳ نوع بخش کرده است:

- عرف عقلاء که ظهور دلیل شرعی را منقح، و مشخص می‌کند.

- عرف عقلاء که موضوع و متعلق حکم شرعی را مشخص می‌کند.

- عرف عقلاء که خود مستقلاً دلیل بر حکمی می‌شود. (صدر، ۱۴۱۷)

دو نوع اول، بحث چندانی در بر ندارد، این دو نوع کم و بیش مورد پذیرش و اعتراف اکثریت فقها قرار دارد. آنچه باید بیشتر مورد عنایت، و بررسی قرار گیرد، نوع سوم از انواع چندگانه عرف عقلاء است که بسی مهم و قابل توجه است، و مشکلات اجتماعی و اقتصادی جامعه را می‌توان در پرتو اعتبار آن حل و فصل کرد، برای ما بسیار مهم، و حیاتی است، اگر بتوانیم ثابت کنیم که عرف عقلاء همواره با رضایت شارع توأم است و بنابراین خود دلیل مستقلی است، برای اثبات حکم شرعی و با وجود آن به چیز دیگری نیاز نیست. (فیض، ۱۳۹۰)

۴-۵- مبنای فقهی شهید صدر در حجیت عرف و استنباط حکم

از نظر شهید صدر یکی از ایرادات نظریه ای که در دسته ای از نظرات اصولیون امامیه ذکر شد آن است که این مطلب که شارع از آن جهت که عاقل است داخل در سیره های عقلایی است صحیح نمی باشد، چون ممکن است شارع بما

هو شارع عاقل، با عقلا مخالفت کند اولاً به خاطر اینکه سیره آنان ممکن است ناشی از عوامل غیرعقلیه نظیر عواطف باشد و ثانیاً مرتبه عقل شارع اعم و اکمل از مراتب عقل عقلاست، پس ممکن است موضعی که شارع اتخاذ میکند با موضع عقلا مخالف باشد (صدر، ۱۹۸۷).

دلیل سیره عقلا بر دو رکن تکیه دارد: یک: قیام سیره ی عقلای معاصر معصومین (ع)، بر چیزی، و دیگری، سکوت معصوم (ع) که دلالت بر امضای شارع کند. بعبارتی، تقریر و سکوت شارع برای کشف امضا کافی و دلیل بر اعتبار و حجت بودن عرف و بنای عقلا می باشد. (صدر، ۱۹۸۷؛ ۱۳۴۵) سید صدر قائلند سکوت، امضای ارتکاز است و مثال آن «حق السبق» و «حق التحجیر» و ... است. امضای شارع بر این امور امضای ارتکاز پشتوانه آن یعنی «احترام عمل انسان» است، و در زمان ما امثال «حق التالیف» را امضا می کند و سپس فرموده اند که یکی از وظایف معصومین تصحیح ارتکازات مردم است. (صدر، ۱۴۱۷).

۵-۵- نقش عرف در فقه از دیدگاه شهید صدر

شهید صدر در این خصوص معتقد است که استناد به سیره عقلا منحصر در مسایل اصولی نیست، بلکه در فقه و به ویژه در باب معاملات که اغلب احکام آن امضایی است چنین استنادی شایع است (هاشمی، ۱۴۱۷).
دلیل فقهی بسیاری از احکام معاملات، بنای عقلا دانسته شده است، از جمله: صحّت معامله معاطاتی، حصول ملکیت با حیازت مباحات، وجود خیار در عقد بیع معاطات، لزوم تساوی عوضین در مالیت، وقوع تلف قبل از قبض از مال بایع، ضمان نسبت به مقبوض با عقد فاسد، ضمان ید، وجوب تسلیم مبیع و ثمن در عقد بیع و موارد دیگر (توحیدی، ۱۳۷۱؛ نجفی، ۱۴۱۲، صدر، ۱۹۸۷؛ طوسی، ۱۴۱۷) علاوه بر این، به تصریح فقها (نجفی، ۱۴۱۲، توحیدی، ۱۳۷۱؛ هاشمی، ۱۴۱۷) در شماری از احکام احراز و شناخت دقیق موضوع منوط به نظر عرف و بنای عقلا شده است. صدر براین استدلال خرده گرفته که منشأ بنای عقلا همیشه امر فطری و عقلانی نیست تا شارع با عقلا هم مسلک باشد، بلکه گاه ممکن است ناشی از عواملی غیرعقلی باشد. بعلاوه، ممکن است شارع برای اتخاذ طریقی عقلانی تر از روش عقلا با بنای عقلا مخالفت کرده باشد (صدر، ۱۹۸۷؛ هاشمی، ۱۴۱۷؛ طباطبائی حکیم، ۱۴۱۴) عدم ثبوت مخالفت را در صورتی دلیل حجّیت بنای عقلا می شمارد که بنای مزبور ناشی از مرتکزات فطری عقلا باشد.
شهید صدر (الحلقه الثانیة) تصریح کرده که هم حکم وضعی و هم حکم تکلیفی را می توان با بنای عقلا اثبات کرد، چنانکه برای احکام گوناگون در منابع فقهی بدان استدلال شده است.

۶-۵- امضاء عرف عقلایی و محدوده آن

مرحوم شهید صدر مفاد و محدوده این امضا را بیان نموده می نویسد:
در مورد مفاد سیره عقلایی و اینکه آیا حدود امضا همان امور متعارف و خارجی زمان معصوم (ع) است یا این که این امضا، وسیع تر از این زمان است و عرف عقلایی را امضا می کند که وسیع تر از مقداری است که در خارج جریان

یافته است؟ مانند این روش که حیازت مباحات موجب تملیک است در گذشته مقدار معمول در کارهایی چون آب برگرفتن و چوب در آوردن بود اما شامل حیازت الکتریسیته که در آن زمان وجود نداشت نمیشود؟ به عبارتی امضا فقط در موارد معمول در آن زمان را شامل میشود و یا اینکه این امضا وسیع تر از زمان هاست؟ این نکته آثار مهمی در فقه دارد.

ایشان لزوم اثبات عدم ردع را در مورد عرف های عقلایی جاری می دانند. البته به دلیل ملاک عقلایی بودن عرف، ابتکاری در مورد سیره های عقلایی جدید ارائه نموده اند. بدین معنا که اگر امضاء شارع کشف شد، امضای آن توسط شارع را وسیع تر از زمان ها و مکان ها می دانند و آن را منحصر به همان مورد و زمان و مکان نمی دانند لذا اگر بعدها در همان زمینه موردی پیش بیاید باز همان امضا و تأیید در آن مورد هم جاری خواهد بود و حکم جواز عمل آن در هر زمانی وجود خواهد داشت. مثلاً شارع قبول دارد که حیازت سبب حصول ملکیت می شود و نیز می دانیم که حیازت امروزی با حیازت زمان معصوم فرق دارد؛ چون حیازت زمان معصوم با وسایل ابتدایی آن زمان بود و حیازت امروز با وسایل پیشرفته برقی و مکانیکی است، اما از آنجایی که اصل حیازت مورد قبول شارع است، حیازت های امروزی هم مقبول شارع اند. (صدر، ۱۹۸۷) هر چند بنظر می رسد تغییر مصادیق حیازت، تحت تاثیر عرف و زمان و مکان و پیشرفت های تکنولوژیک می باشد و بدیهی است.

بحث و نتیجه گیری

۱- امام خمینی (ره) و شهید صدر از عرف صحیح و عقلایی در جهت استنباط احکام شرعی در کنار ادله اربعه اصلی استفاده های زیادی نموده اند که در بیشتر کتب خود، بدان اشاره کرده اند؛ و این نشانگر اهمیت و نقش وافر عرف در استنباط احکام شرعی است. از دید امام خمینی (ره)، اماره هایی هستند که عقلا در داد و ستدها، تدبیرهای اجتماعی و به طور خلاصه در تمامی شئون زندگی خویش، بدانها عمل می کنند. از نظر شهید صدر، عرف، روش عمومی مردم است که از مصلحت اندیشی سرچشمه گرفته و برای حفظ فرد و جامعه، نظم و سامان یافته باشد؛ چه در محاورات یا معاملات و چه در سایر روابط اجتماعی، در صورتی که برخوردی با شرع پیدا نکند. ملاحظه می شود که هر دو فقیه قائل به صحیح و عقلایی بودن عرف می باشند.

۲- هر دو فقیه بزرگوار، به حجیت و مشروعیت عرف صحیح و عقلایی معتقدند. شهید صدر معتقد است دلیل عرف عقلا بر دو رکن تکیه دارد: یک: قیام سیره ی عقلای معاصر معصومین (ع)، بر چیزی، و دیگری، سکوت معصوم (ع) که دلالت بر امضای شارع کند. به عبارتی، تقریر و سکوت شارع برای کشف امضا کافی و دلیل بر اعتبار و حجت بودن عرف و بنای عقلا می باشد. اما امام خمینی (ره)، به حجیت عرف عقلا صرفاً با عدم منع و ردع شارع معتقدند، بدون نیاز به امضای شارع. به بیان دیگر، به اعتقاد ایشان، عدم ردع شارع، کاشف از امضای شارع است. و هر دو فقیه بطور خاص و مستقل از عرف در فقه و اصول، در استنباط احکام شرعی استفاده نموده اند.

عرف و جایگاه آن در آثار اصولی و فقهی امام خمینی (ره) و شهید صدر

۳- با توجه به موارد کاربرد عرف به نظر امام خمینی (ره) و شهید صدر، مهم ترین ویژگی ایشان، باور به حجیت عرف و مشروعیت آن در جهت ارائه حکم الزامی و در مرحله دوم، استفاده از عرف برای استنباط حکم است. که با توجه به تاثیر زمان و مکان در مسائل فقهی، بایستی از منبع مهم و کاربردی عرف در تطبیق فقه با اوضاع و شرایط امروزی در جهت عقلانیت و حل مسائل و مشکلات امروزی بهره بُرد.

۴- امام خمینی (ره) با تکیه بر آگاهی معصومین (ع) معتقدند، عرف عقلایی و صحیح در هر زمان پدید آید و متداول گردد و در جامعه رسوخ پیدا کند، درباره هر موضوعی از موضوعات و هر پدیده‌ای از پدیده‌های اجتماعی باشد و در برابر آن ردع و منعی نباشد که بدست ما رسیده باشد آن عرف حجت و معتبر و مورد اعتماد است. و لازم نیست که خود عرف به زمان معصوم علیه السلام بپیوندد. بنابراین عرف هر زمان، اگر ثابت شود که عرف عقلایی است، و اگر دلیل مخالفی از شرع در برابر آن نباشد، همه آن ها حجت هستند و در واقع چنین عرفی یکی از منابع قانونگذاری به شمار می‌رود، و ما می‌توانیم در پناه آن‌ها بسیاری از مسایل اجتماعی خود را حل و فصل کنیم. شهید صدر نیز به دلیل ملاک عقلایی بودن عرف، ابتکاری در مورد سیره‌های عقلایی جدید ارائه نموده‌اند؛ بدین معنا که اگر امضاء شارع کشف شد، امضای آن توسط شارع را وسیع‌تر از زمان‌ها و مکان‌ها می‌دانند و آن را منحصر به همان مورد و زمان و مکان نمی‌دانند لذا اگر بعدها در همان زمینه موردی پیش بیاید باز همان امضا و تأیید در آن مورد هم جاری خواهد بود و حکم جواز عمل آن در هر زمانی وجود خواهد داشت.

منابع

۱. ابن منظور، جمال الدین، (۱۴۱۷)، لسان العرب، دار احیاء التراث العربی، بیروت.
۲. آخوند خراسانی، کاظم، (۱۴۱۰)، تحقیق سید مهدی شمس الدین، درر الفوائد، چاپ اول، وزارت الثقافة و الارشاد الاسلامی.
۳. آشتیانی، محمد حسن، (۱۴۰۳)، بحر الفوائد فی شرح الفرائد، ج ۳ و ۴، مکتبه آیت ... مرعشی نجفی،
۴. بحر العلوم، محمد، (۱۹۷۷)، الاجتهاد اصوله و احکامه، بیروت: دارالزهرا
۵. توحیدی، محمدعلی، (۱۳۷۱)، مصباح الفقاهة فی المعاملات، تقریرات درس سید ابوالقاسم خوئی، قم،
۶. جبار گلباغی ماسوله، سیدعلی، (۱۳۷۸)، درآمدی بر عرف، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم،
۷. .. جبار گلباغی ماسوله، سیدعلی، (۱۳۸۰)، عرف از دیدگاه امام خمینی، مجله حضور، شماره ۳۵،
۸. جرجانی، سیدشرف علی بن محمد، (۱۳۵۷)، التعریفات، مصر، مطبعه مصطفی.
۹. حکیم، سید محمد تقی، (۱۹۷۹)، اصول العامه للفقہ المقارن، موسسه آل البیت (ع).
۱۰. خمینی، روح‌الله، (۱۳۶۳)، صحیفه نور، ج ۲۱، بی جا.
۱۱. خمینی، روح‌الله، (۱۳۸۵)، الرسائل، ج ۲، قم: انتشارات اسماعیلیان.
۱۲. خمینی، روح‌الله، (۱۴۱۰)، المکاسب المحرمه، قم: انتشارات اسماعیلیان.

۱۳. خمینی، روح الله، (۱۴۱۵)، انوار الهدایه، ج ۱، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام [ره].
۱۴. خمینی، روح الله، (۱۴۳۵)، البیع، ج ۱، تهران: تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س)؛ مؤسسه العروج.
۱۵. خمینی، روح الله، (۱۳۷۶)، الاجتهاد و التقليد، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
۱۶. خمینی، روح الله، (۱۳۶۳)، تهذیب الاصول، ج ۲ و ۳، قم: مؤسسه النشر الاسلامی،
۱۷. صدر، سید محمد باقر، (۱۴۱۷)، تالیف سید محمود هاشمی شاهرودی، بحوث فی علم الاصول، قم، دایره المعارف اسلامی.
۱۸. صدر، سید محمد باقر، (۱۳۴۵)، المعالم الجدیة للأصول [طبع قدیم]، تهران، کتاب فروشی النجاج.
۱۹. طباطبائی حکیم، محمد سعید، (۱۴۱۴)، المحکم فی اصول الفقه، قم.
۲۰. طباطبائی یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم، (۱۴۱۷)، العروة الوثقی، تهران.
۲۱. طوسی، محمد بن حسن، (۱۴۱۷)، العدة فی اصول الفقه، چاپ محمد رضا انصاری، قم.
۲۲. فیض، علی رضا، (۱۳۹۰)، عرف و اجتهاد، تهران: مجد.
۲۳. فیض، علی رضا، (۱۳۷۱)، مبادئ فقه و اصول، تهران: دانشگاه تهران، چاپ پنجم.
۲۴. فیض، علی رضا، (۱۳۷۱)، نقش زمان و مکان در فقه و اجتهاد، مجله حضور، شماره ۵ و ۶.
۲۵. فیض، علی رضا، (۱۳۸۵)، عرف عقلا، برهان و عرفان، شماره ۷.
۲۶. مغنیه، محمد جواد، (بی تا)، علم اصول الفقه فی ثوبه الجدید، قم.
۲۷. نجفی، محمد حسن بن باقر، (۱۴۱۲)، جواهر الکلام، بیروت.

Received: 11 January 2019

Published: 21 September 2020

Custom and Its Position in the Principal and Jurisprudential Works of Imam Khomeini and Shahid Sadr

Sajedeh Rasouli¹

Hamid Eivazy^{2*}

Reza Ranjbar³

Abstract

The Rule of Dara' is one of the most important rules of criminal jurisprudence, which has been established in the Islamic penal code and is also enforceable in the Iranian criminal law. The rule has been explicitly adopted by the legislator since the 2013 amendments to the Islamic Penal Code. The purport of this rule is that, if there is any doubt or ignorance about the judgment of subject (examples of confusion) on behalf of the accused or any doubt about the attribution of criminal act on the behalf of the judge or about the conditions of criminal responsibility, the criminal responsibility and punishment are no longer under consideration. The present research seeks to articulate the concepts of the rule of Dara' and the criterion of confusion and doubt about the three elements of crime; in this way, it states the cases in which the existing confusion results in the application of the rule of Dara'. It should be noted that in the Islamic jurisprudence, the basis of the criterion of confusion is the rule of Dara' which has many channels. The "confusion" also refers to the confusion in practice the owner of which can be a judge or a defendant.

Keywords: custom, wisdom custom, Imam Khomeini, Shahid Sadr, Inference of Shari'a Laws.

1- Department of Jurisprudence and principles of Islamic law, Tabriz Branch, Islamic Azad University, Tabriz, Iran, Email: rasoulisajedeh@yahoo.com.

2 -Department of Jurisprudence and principles of Islamic law, Tabriz Branch, Islamic Azad University, Tabriz, Iran, Email: eivazy.hamid@yahoo.com.

3 -Department of Jurisprudence and principles of Islamic law, Tabriz Branch, Islamic Azad University, Tabriz, Iran, Email: r_ranjbar4@yahoo.com.