



تأملی بر عرف

پژوهشگر و مولف:

افشین کرمی

سرشناسه	: کرمی، افشین، ۱۳۵۲ -
عنوان و نام پدیدآور	: نامی بر عرف / پژوهشگر و مولف افشین کرمی؛ [برای] پژوهشگاه میراث فرهنگی، گردشگری و صنایع دستی.
مشخصات نشر	: تهران: پژوهشگاه میراث فرهنگی و گردشگری، ۱۳۹۵.
مشخصات ظاهری	: ۱۵۰ ص.
شابک	: 978-600-8412-25-0
وضعیت فهرست نویسی	: فیبا
یادداشت	: کتابنامه: ص. ۱۴۵-۱۴۸.
موضوع	: عرف -- جنبه‌های مذهبی -- اسلام
موضوع	: اجتهاد و تقلید -- جنبه‌های قرآنی
موضوع	: عرف (فقه) -- ایران
موضوع	: عادت
شناسه افزوده	: پژوهشگاه میراث فرهنگی و گردشگری
شناسه افزوده	: سازمان میراث فرهنگی کشور (پژوهشگاه)
رده بندی کنگره	: BP ۱۹۸/۴۶۶: ۱۳۹۵ ۴۲
رده بندی دیوید	: ۲۹۷/۳۴۲
شماره کتابخانه ملی	: ۴۵۹۴۸۲۷



نامی بر عرف

پژوهشگر و مولف: افشین کرمی

ناشر: انتشارات پژوهشگاه میراث فرهنگی و گردشگری

شمارگان: ۳۰۰ نسخه

شابک: ۰۰-۲۵-۸۴۱۲-۶۰۰-۹۷۸

حروفچینی و صفحه آرایی: انتشارات پادینا

لیتوگرافی و چاپ صحافی: انتشارات پادینا

نوبت چاپ: چاپ اول ۱۳۹۵

قیمت: ۱۰۰۰۰۰ ریال

همه حقوق برای ناشر محفوظ است.

نشانی: تهران، خیابان امام خمینی (ره)، ابتدای خیابان سی تیر، پژوهشگاه میراث فرهنگی و گردشگری

تلفن: ۶۰-۶۶۷۳۶۴۵۲

نشانی اینترنتی: www.ichtobook.ir رایانامه: ch.publish@yahoo.com

فهرست

۱۱	مقدمه مولف.....
۱۳	پیشگفتار.....
۱۵	فصل ۱- فقه و اجتهاد.....
۱۷	تعریف فقه و ابعاد آن.....
۱۸	تعریف اجتهاد، جایگاه آن در مذاهب.....
۲۲	منابع اجتهاد از نظر کلیه مذاهب اسلامی.....
۲۲	۱- قرآن.....
۲۲	۲- سنت.....
۲۴	۳- اجماع.....
۲۶	تفاوت عرف و اجماع.....
۲۶	۴- عقل.....
۲۷	فرق بنای عقلا و عقل.....
۲۸	۵- قیاس.....
۲۹	۶- استحسان.....
۲۹	۷- مصالح مرسله.....
۲۹	۸- قاعده استصلاح.....
۳۰	۹- مذهب صحابی.....
۳۰	۱۰- و ۱۱- سد ذرایع و فتح ذرایع.....
۳۱	۱۲- شریعت سلف.....
۳۱	۱۳- عرف و عادت.....
۳۱	۱۴- سیره عملی اهل مدینه.....
۳۱	۱۴-۱- اقسام سیره.....
۳۲	۱۴-۲- حجیت سیره عملی.....
۳۲	۱۴-۳- تفاوت عرف و سیره عملی.....
۳۲	۱۴-۴- فرق سیره متشرعه و بنای عقلاء.....
۳۳	۱۴-۵- فرق اجماع و سیره عملی.....
۳۳	۱۵- استدلال.....

- ۱۶- و ۱۷ - استصحاب و براءت ۳۳
- منابع اجتهاد از منظر هر مذهب ۳۴
- فصل ۲- کلیات و تعاریف ۳۷
- سیر تاریخی عرف ۳۹
- تعریف عرف در لغت و اصطلاح ۴۱
- معنی عرف در علم حقوق ۴۶
- عرف بعنوان منبع مستقل برای تفسیر قرارداد ۴۷
- معنای اصطلاحی و رابطه عرف در علوم ۴۸
- رابطه عرف و فقه و اصول ۴۸
- رابطه عرف و دانش حقوق ۵۶
- در حق بین الملل ۶۰
- رابطه عرف و جامعه و مناسبات ۶۱
- عرف به عنوان منبع آیدایش حقوق و قانون ۶۲
- فرق و سنجش عرف با قانون ۶۳
- حقوق عرفی ۶۶
- سه ویژگی حقوق عرفی ۶۷
- حقوق عرفی جوامع دیگر ۶۸
- کامن لاو ۶۸
- حقوق عرفی در اروپا ۶۸
- حقوق عرفی در آسیا ۶۹
- حقوق عرفی در آفریقا ۷۰
- اقسام عرف ۷۰
- ۱- عرف لفظی (قولی) و عرف عملی و عرف ارتكازی ۷۰
- انواع عرف عملی ۷۱
- تفاوت عرف با بنای عقلا ۷۲
- فرق سیره عقلا و دلیل عقل ۷۲
- ۲- عرف عام و عرف مقید و عرف خاص ۷۳
- تعارض (دوران) عرف عام و خاص ۷۴
- ۳- عرف صحیح (عرف عقلاء) و عرف فاسد ۷۴

- ۴- عرف مسلم و عرف قراردادی..... ۷۵
- ۵- عرف امری و عرف تکمیلی..... ۷۵
- ۶- عرف کتبی و عرف شفاهی..... ۷۵
- ۷- عرف حکمی و عرف موضوعی و عرف محلی..... ۷۶
- ۸- عرف مطرد (شایع) و عرف غالب و عرف مشترک..... ۷۶
- ۹- عرف سابق، عرف مقارن، عرف متاخر..... ۷۶
- ۱۰- عرف ممضا، عرف مردوع و عرف مرسل..... ۷۷
- ۱۱- عرف خبر و کارشناس..... ۷۷
- ۱۲- عرف فقیق و عرف مسامحی..... ۷۷
- وجوه مرتکبات عقلی نسبت به عرف عقلا..... ۷۸
- تعریف عادت..... ۷۸
- اقسام عادات..... ۸۰
- فرق عرف با عادت..... ۸۰
- تعریف مصلحت..... ۸۲
- شروط بهره از مصلحت و استصلاح..... ۸۲
- فصل ۳ - ابعاد عرف..... ۸۵
- محل کاربرد عرف در فقه و حقوق..... ۸۷
- ۱- کشف حکم..... ۸۷
- ۲- تکمیل قانون..... ۸۷
- ۳- تشخیص، تعریف و تنقیح موضوع حکم..... ۸۸
- ۴- تشخیص مفاهیم و معانی الفاظ و کشف مقصود گوینده..... ۸۸
- ۵- تعیین مصادیق و تطبیق موضوعات و مفاهیم بر مصادیق..... ۸۸
- ۷- شرط ضمنی و شاهد حال..... ۸۹
- ۸- کشف مناط‌های احکام..... ۹۰
- رفتار اسلام با عرف‌های موجود..... ۹۰
- عناصر عرف از منظر فقیهان اسلامی..... ۹۱
- عناصر عرف از منظر دیگر..... ۹۲
- جایگاه عرف در استنباط احکام شرعی در سه جهت است..... ۹۲
- عوامل موثر بر عرف..... ۹۳

- عرف در سه عرصه از اجتهادات فقهی تأثیر می‌گذارد..... ۹۷
- دوران و تعارض بین عرف با لغت و حقیقت شرعی..... ۹۹
- فصل ۴ - حجیت عرف..... ۱۰۱
- قلمرو تمسک به عرف..... ۱۰۴
- مکاتب حجیت عرف شیعه..... ۱۰۵
- ۱- مکتب حجیت ذاتی..... ۱۰۶
- ۲- مکتب عقل..... ۱۰۶
- ۳- مکتب امضا:..... ۱۰۸
- ادای حجیت عرف..... ۱۰۹
- ۱- کتاب:..... ۱۰۹
- ۲- آخر و وسط..... ۱۱۰
- ۳- اجماع..... ۱۱۳
- ۴- کلام شریعی..... ۱۱۳
- ۵- وجود احکام امضائی در شریعت اسلام..... ۱۱۴
- ۶- حجیت عرف به جهت اتکالی آن به طرط، ذاتی و بی نیاز از دلیل است..... ۱۱۴
- ۷- قاعده ملازمه..... ۱۱۵
- ۸- سکوت شارع..... ۱۱۶
- ۹- وحدت روش شارع و عرف..... ۱۱۶
- ۱۰- رعایت مصلحت تسهیل..... ۱۱۷
- ۱۱- علم معصوم (ع)..... ۱۱۸
- ۱۲- برخی قواعد..... ۱۱۸
- ۱۴- رعایت عرف عرب..... ۱۱۹
- ۱۵- عدم اعتبار عرف، موجب عدم تحقق بسیاری تکالیف..... ۱۲۰
- ۱۶- یکسان بودن تکالیف برای همگان..... ۱۲۰
- ۱۷- عدم اعتبار عرف، موجب در داشتن تکلیف مالایطاق..... ۱۲۰
- اختلاف فقها در تعیین مفاهیم عرفی و تطبیق آن بر مصادیق..... ۱۲۰
- عرف و عامل زمان و مکان..... ۱۲۲
- امام خمینی (ره) و نظریه دخالت زمان و مکان در اجتهاد..... ۱۲۴
- شرایط اعتبار عرف..... ۱۲۵

- شرائط حصول عدم ردع شارع (مجتعاً) ۱۲۸
- نظر امام خمینی (ره) گامی نو در جهت اجتهاد پویا ۱۲۹
- شرائط اعتبار عرف از دیدگاه اهل سنت ۱۲۹
- سکولاریزم یا عرفی شدن دین ۱۳۲
- دسته بندی مراحل سکولاریسم در سیر تاریخی و طرفداران آن ۱۳۳
- عوامل و زمینه‌های بروز سکولاریسم در غرب ۱۳۷
- عیوب عرف ۱۴۰
- نتیجه ۱۴۲
- منابع ۱۴۵
- منابع عربی ۱۴۵
- منابع فارسی ۱۴۵
- مقالات و مجلات و پایان نامه ها ۱۴۸

مقدمه مولف

بسم الله الرحمن الرحيم

باب دں را هست مفتاحی عظیم اوست بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي أنزل القرآن و جعله نفعاً و رحمة للمؤمنين، و الصلاة و السلام على أشرف الخلق و سيد الأنبياء و المرسلين، سيدنا و مولانا أبي القاسم محمد و على آله الغر الميامين.

سیحان خالقى که صفاتش ز کبریا در ناک عجز می فکند عقل انبیا
گر صد هزار قرن همه خلق کاینات زکرت کنند در صفت عزت خدا
آخر به عجز معترف آیند کای اله دانسته شد که هیچ ندانسته ایم ما^۱
کلام را با نام و یاد خداوندی آغاز نمایم، که اول است و آخر و دم اوست که نه زاده شده و نه موت او فراگیرد، حیات بخش است و مرگ آفرین، ذاتش جاری از بُعد و مکان و زمان، و جنس و جسم، و خالقى که ستار العیوب است برای معاصی و خطاهای فراوان.

جهان متفق برالهیتش فرو ماند از کنه ماهیتش
بشر ماورای جلالش نیافت بصر متتهای جمالش نیافت^۲

و پروردگار یکتایی که رحمن است برای همه خلائق و رحیم برای همه و خاصه برای خوب‌ترین انسان‌ها، قادر است بر هر امری، بدون حدود و ثغور، شنونده است بر هر صدا و ندایی در هر مکان و زمان، خالق است بر همه، از جاندار و بی جان، و مصور است بر زیبایی‌های جهان هستی و کائنات، و بسیار از این صفات که زبان، قاصر از استدراک آن بود، پس چنگ زنیم به درگاه عظیم جلال و جبروتش با نام جلالت او و صفات عظیم الشان و نیز نشانه‌های او که در همه هستی پراکنده اند، و درگاه که یکسان برای گدایان و شاهان، فرمانبرداران و فرمانروایان، کوچک و بزرگ و هم، که معیار و شاخص رضایت الهی اینجا تقوا است و بس.

پس بکوشید و همت عالی معطوف نمائیم، در مزرعه دنیا، بذری بقدر وسع کاشته، تا محصول آن در جهان عقبی ذخیره و یاری رسان ما گردد. همچنان که خداوند متعال فرمود: برای کسانی که پروردگارشان را اجابت کرده‌اند، پاداش بس نیکوست.^۱

در پایان، از ایزد متان سپاس گزارم از اینکه که توفیقی دیگر برای این رقم کمترین حاصل نمود و امید دارم آنان که حقیر را در نگارش این مرقومه یاری نمودند از جمله اساتید ارجمند دانشگاه آزاد واحد تهران مرکزی و معاونت محترم پژوهشی آن و همچنین پژوهشگاه میراث فرهنگی و گردشگری، رسانی آنان در دنیا و عقبی خداوند متعال گردد و دعای خیر خود را نثار همسر و دختر خود و پدر و مادر عزیزترینم داشته و عافیت فرزندانم، مهدیار و یاس را از درگاه با عظمت خداوند قادر متعال و نیز حضرت بقیه الله الاعظم (عجل الله تعالی فرجه الشریف) مسئلت دارم.

افشین کرمی - آذر ۱۳۹۵

پیشگفتار

ای نام تودیبیاچه مجموعه جان‌ها حمد تو طراوت ده گلزار بیان‌ها
میین و مشهود است که، هم اکنون، مبحث عرف در بین حقوق‌دانان و فقها جایگاه ویژه‌ای داشته و در روند موضوع اجتهاد و استنباط احکام شرعی و تققه بعنوان یک عامل موثر به آن نگرسته می‌شود، لکن در گذشته به تناسب زمان‌های مختلف و نیز مذاهب، کم رنگ‌تر و یا پررنگ‌تر شده است و دچار افراط و تفریط گردیده و حتی جماعتی از فقهای اهل سنت به مرور زمان مکتبی را به نام "مکتب عرف" بنا نهادند که مذهب حنفیه از پیروان خاص و با استدلال آن بشمار می‌آیند و در مکتب فوق تا آن حد پیش رفتند که نه تنها عرف را در معاملات و تصرفات و اثبات حقوق به عنوان یک منبع بزرگ معتبر دانستند، بلکه با عنوان اصلی از اصول شرعی معرفی نمودند.

البته، شاید بتوان گفت، در هر جامعه احترام به عادات و رعایت سنت‌های مردم، ابتدایی‌ترین حقوق فرد فرد آن اجتماع محسوب می‌گردد و اعراض از عرف در جامعه می‌تواند پیامدهای سنگینی را برای کسی که از آن عادات غافل شده، در برداشته باشد و نیز توجه به اینکه مرزبندی عرف و عادات و سنت‌ها با دین اسلام به گونه‌ای باشد و نیز سطح عملکرد آن و شرایط عرف برای جلب حمایت دین و صحت آن و... را نباید فراموش نمود و سیره پیامبر اکرم (ص) این چنین بود که ایشان به عرف‌ها و عادات صحیح مردم احترام گذاشته و در مقابل عرف و عادات صحیحی که تقابل با دین و اخلاق ندارند، مقاومتی نداشتند و بعضاً نیز با تائید دین به جزئی از اسلام درآمده و مقبولیت آن با تائید دین به مشروعیت تبدیل گردیده و بعضاً هنوز کاربرد آن عرف دیده می‌شود.

پیامبر اکرم (ص) فرمودند :

روى أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى قَالَ مَا رَأَى الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ تَعَالَى حَسَنٌ وَمَا رَأَوْهُ قَبِيحًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ قَبِيحٌ.

آنچه را مسلمانان نیکو بینند در نزد خداوند نیکو خواهد بود و آنچه را قبیح بینند در نزد خداوند قبیح خواهد بود. (شیخ صدوق، ۱۳۷۸ ق، ج ۲، ۱۹۵ و سلجوقی، محمود، ۱۳۸۸، ۲۹)

و امیرالمومنین علی (ع) نیز در نامه خود به مالک اشتر فرمودند:

قال امیرالمومنین (ع): وَلَا تَنْقُضْ سُنَّةَ صَالِحَةٍ عَمِلَ بِهَا صُدُورُ هَذِهِ الْأُمَّةِ وَاجْتَمَعَتْ بِهَا الْأُمَّةُ وَمَلَكَتْ عَلَيْهَا الرَّعِيَّةُ وَلَا تُحْدِثَنَّ سُنَّةً تُضَرُّ بِشَيْءٍ مِمَّا مَضَى مِنْ تِلْكَ السُّنَنِ فَيَكُونَ الْأَجْرُ لِمَنْ سَنَهَا وَالْوِزْرُ عَلَيْكَ بِمَا قَضَتْ مِنْهَا.

آداب و رسوم شایسته‌ای را که بزرگان نخستین بکار بسته‌اند و مایه همبستگی و اصلاح حال رعیت بوده در هم نشکن، رسمی تازه که به آن سنن و آداب زیان رساند مگذار، که سنت‌گذاران پیشین اجر برند و تو زاری. (ابن رضی، محمد بن حسین موسوی، ۱۴۱۴ هـ ق، ۳۷۰ و نیز ابن شعبه حرانی، ۱۴۰۴ ق، ۱۱۱ و علامه مجلسی، چاپ مکرر، ج ۷۴، ۲۴ و اخوان حکیمی - احمد آرام، ۱۳۸۰ ش، ج ۲، ۷۱۹)

اما باید دید منظور شارع مقدس از عرف و شرایط صحت آن و نحوه کاربرد آن چیست؟ که قبل از شروع بحث اصلی، شارح بر فقه و اجتهاد در جهت روشن نمودن روش‌ها و منابع استنباطی در شیعه و نیز ادل سنت خواهیم داشت و سپس به مبحث اصلی ورود خواهیم نمود.

^۱ فرمان امیرالمؤمنین علی(ع) به مالک اشتر، هنگامی که او را به حکومت مصر و توابع آن گماشت.