

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



## به نام خدا مشور اخلاق پژوهش

یادگیری از خداوند سبحان و اعتماد بر این که عالم محضر خدایت در همواره بنظر در احوال انسان در حضور پارس داشت تمام بنده و دانش و پژوهش و تقریر است  
بجایگاه دانشگاه و استلای فرهنگ و تمدن بشری، ما دانشمندان و اصحاب بیات علمی و اندکاه از آوا اسلامی شهدی گردیم اصول زیر را در انجام  
غایت‌های پژوهشی مد نظر قرار داده و آرایین عملی نگهیم:

- ۱- اصل برت: التزام بر برت جلی از حرکت رتبه غیر خدای و اعلام موضع نسبت به کسانی که حوزه علم و پژوهش را در جنبه‌های غیر علمی می‌آیند.
- ۲- اصل رعایت انصاف و امانت: تمهید به استاب از حرکت جانب داری غیر علمی و مخالفت از احوال، تجهیزات و منابع و اختیار.
- ۳- اصل ترویج: تمهید به رواج دانش و اندک نتایج تحقیقات و انتقال آن به همکاران علمی و دانشمندان به غیر از محدودی که منع قانونی دارد.
- ۴- اصل احترام: تمهید به رعایت حریم با حرمت باور انجام تحقیقات و رعایت جانب تمهید و خودداری از حرکت حرمت شکنی.
- ۵- اصل رعایت حقوق: التزام به رعایت کامل حقوق پژوهشگران و پژوهشگران (انسان، حیوان و نبات) و سایر صاحبان حق.
- ۶- اصل رازداری: تمهید به صیانت از اسرار و اطلاعات محرمانه افراد سازمان، دانشوران و دیگر افراد و نهادهای مرتبط با تحقیق.
- ۷- اصل حقیقت‌جویی: تلاش در راستای بی‌جلی حقیقت و وفاداری به آن و دوری از حرکت پنهانی سازی حقیقت.
- ۸- اصل ناکلیت‌بازی و مسئولی: تمهید به رعایت کامل حقوق‌بازی و مسئولی دانشگاه و دیگر همکاران پژوهش.
- ۹- اصل منافع‌علی: تمهید به رعایت مصالح ملی و در نظر داشتن پیشبرد و توسعه کشور و دیگر ممال پژوهش.



دانشگاه آزاد اسلامی

واحد تهران مرکزی

دانشکده ادبیات و علوم انسانی، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد ( M.A )

گرایش : فقه و مبانی حقوق اسلامی

عنوان :

بررسی مبانی فقهی و حقوقی نقش عرف در استنباط احکام

استاد راهنما :

جناب حجه الاسلام و المسلمین آقای دکتر علی بهرامی نژاد

استاد مشاور :

جناب آقای دکتر سید علی پور منوچهری

پژوهشگر :

افشین کرمی

زمستان

۱۳۹۱

حاصل پژوهش و کتابت این پایان نامه، ابتدائاً بهجت اعتلای شیعه و فقه پویای آن

و سپس تقدیم می‌گردد به:

همسر عزیز و شایسته ام

پدر و مادر گرانقدرم

و فرزندان دلبندم

پس از ہمہ اساتیدی کہ زکات علم خود را، توشہ راہ ما قرار دادند

و بمصدق

منشیگر المخلو قلمیگر الخالق

از ہمہ پاسکزارم

افشین کرمی

بسمه تعالی

تعهد نامه اصالت پایان نامه کارشناسی ارشد

اینجانب افشین کرمی دانش آموخته مقطع کارشناسی ارشد ناپیوسته به شماره دانشجویی ۸۹۰۹۷۶۵۹۳ در رشته الهیات و معارف اسلامی گرایش فقه و مبانی حقوق اسلامی که در تاریخ ۱۳۹۱/۱۱/۲۸ از پایان نامه خود تحت عنوان : بررسی مبانی فقهی و حقوقی نقش عرف در استنباط احکام با کسب نمره ۱۷/۵ و درجه بسیار خوب دفاع نموده ام بدینوسیله متعهد می شوم :

۱- این پایان نامه حاصل تحقیق و پژوهش انجام شده توسط اینجانب بوده و در مواردی که از دستاوردهای علمی و پژوهشی دیگران ( اعم از پایان نامه ، کتاب ، مقاله و ... ) استفاده نموده ام ، مطابق ضوابط و رویه های موجود ، نام منبع مورد استفاده و سایر مشخصات آن را در فهرست ذکر و درج کرده ام .

۲- این پایان نامه قبلاً برای دریافت هیچ مدرک تحصیلی (هم سطح ، پایین تر یا بالاتر ) در سایر دانشگاهها و موسسات آموزش عالی ارائه نشده است .

۳- چنانچه بعد از فراغت از تحصیل ، قصد استفاده و هر گونه بهره برداری اعم از چاپ کتاب ، ثبت اختراع و ... از این پایان نامه داشته باشم ، از حوزه معاونت پژوهشی واحد مجوز های مربوطه را اخذ نمایم .

۴- چنانچه در هر مقطع زمانی خلاف موارد فوق ثابت شود ، عواقب ناشی از آن را بپذیرم و واحد دانشگاهی مجاز است با اینجانب مطابق ضوابط و مقررات رفتار نموده و در صورت ابطال مدرک تحصیلی ام هیچگونه ادعایی نخواهم داشت .

افشین کرمی

## بسمه تعالی

در تاریخ ۹۱/۱۱/۲۸

دانشجوی کارشناسی ارشد آقای افشین کرمی از پایان نامه خود دفاع نموده  
و با نمره ۱۷٫۵ بحروف فصلنامه و با درجه بسیار خوب مورد  
تصویب قرار گرفت .

امضاء استاد راهنما



## فهرست

پیشگفتار :	۱۵
فصل اول- کلیات و مفاهیم طرح	۱۷
۱-۱- بخش اول : طرح مسئله	۱۸
۱-۱-۱- بیان مسئله :	۱۸
۱-۱-۲- هدف های تحقیق :	۱۹
۱-۱-۳- اهمیت موضوع تحقیق و انگیزش انتخاب آن :	۱۹
۱-۱-۴- سئوالات و فرضیه های تحقیق :	۲۰
۱-۱-۵- مدل تحقیق :	۲۱
۱-۱-۶- روش تحقیق :	۲۲
۱-۱-۷- قلمرو تحقیق :	۲۲
۱-۱-۸- فصل بندی تحقیق :	۲۲
۱-۱-۹- محدودیت ها و مشکلات تحقیق :	۲۲
۱-۱-۱۰- ابعاد کاربردی نظری و عملی	۲۳
۲-۱- بخش دوم : واژه شناسی	۲۳
۲-۱-۱- تعاریف :	۲۳
۲-۱-۲-۱- تعریف عرف در لغت و اصطلاح :	۲۳
۲-۱-۲-۲- معنی عرف در علم حقوق :	۲۷
۲-۱-۲-۳- معنای اصطلاحی و رابطه عرف در علوم :	۲۸
۲-۱-۳-۱-۲-۱- رابطه عرف و فقه و اصول :	۲۸
۲-۱-۳-۱-۲-۲- رابطه عرف و دانش حقوق :	۳۶
۲-۱-۳-۳-۱-۲-۱- در حقوق بین الملل	۴۱
۲-۱-۳-۳-۱-۲-۲- رابطه عرف و جامعه شناسی :	۴۲



- ۴۳ ..... ۴-۱-۲-۱- عادت
- ۴۴ ..... ۵-۱-۲-۱- حقوق عرفی
- ۴۵ ..... ۶-۱-۲-۱- تعریف فقه و ابعاد آن
- ۴۶ ..... ۷-۱-۲-۱- تعریف اجتهاد
- ۵۰ ..... ۸-۱-۲-۱- پیشینه تاریخی عرف
- ۵۳ ..... ۲-۲-۱- اقسام :
- ۵۳ ..... ۱-۲-۲-۱- اقسام عرف :
- ۵۳ ..... ۱-۱-۲-۲-۱- عرف لفظی (قولی) و عرف عملی و عرف ارتکازی :
- ۵۳ ..... ۱-۱-۱-۲-۲-۱- انواع عرف عملی
- ۵۴ ..... ۲-۱-۱-۲-۲-۱- تفاوت عرف با بنای عقلا
- ۵۴ ..... ۳-۱-۱-۲-۲-۱- فرق بنای عقلا و دلیل عقل : ( علیدوست ، ابوالقاسم ، ۱۳۸۸ ، ۱۰۲ )
- ۵۵ ..... ۴-۱-۱-۲-۲-۱- وجوه مرتکزات عقلی نسبت به عرف عقلا
- ۵۶ ..... ۲-۱-۲-۲-۱- عرف عام و عرف مقید و عرف خاص :
- ۵۷ ..... ۱-۲-۱-۲-۲-۱- تعارض عرف عام و خاص
- ۵۷ ..... ۳-۱-۲-۲-۱- عرف صحیح (عرف عقلاء) و عرف فاسد :
- ۵۸ ..... ۴-۱-۲-۲-۱- عرف مسلم و عرف قراردادی :
- ۵۸ ..... ۵-۱-۲-۲-۱- عرف امری و عرف تکمیلی :
- ۵۸ ..... ۶-۱-۲-۲-۱- عرف کتبی و عرف شفاهی :
- ۵۹ ..... ۷-۱-۲-۲-۱- عرف حکمی و عرف موضوعی و عرف محلی :
- ۵۹ ..... ۸-۱-۲-۲-۱- عرف مطرد(شایع) و عرف غالب و عرف مشترک :
- ۵۹ ..... ۹-۱-۲-۲-۱- عرف سابق ، عرف مقارن ، عرف متاخر :
- ۶۰ ..... ۱۰-۱-۲-۲-۱- عرف ممضا ، عرف مردوع و عرف مرسل :
- ۶۰ ..... ۱۱-۱-۲-۲-۱- عرف خبره و کارشناس :
- ۶۰ ..... ۱۲-۱-۲-۲-۱- عرف دقیق و عرف مسامحی :
- ۶۱ ..... ۲-۲-۲-۱- اقسام عادات
- ۶۱ ..... ۳-۲-۲-۱- منابع اجتهاد از نظر کلیه مذاهب اسلامی
- ۶۲ ..... ۱-۳-۲-۲-۱- قرآن
- ۶۲ ..... ۲-۳-۲-۲-۱- سنت
- ۶۴ ..... ۳-۳-۲-۲-۱- اجماع :
- ۶۶ ..... ۱-۳-۳-۲-۲-۱- تفاوت عرف و اجماع :

۶۶	..... ۱-۲-۳-۴- عقل :
۶۷	..... ۱-۲-۳-۵- قیاس
۶۸	..... ۱-۲-۳-۶- استحسان
۶۸	..... ۱-۲-۳-۷- مصالح مرسله
۶۸	..... ۱-۲-۳-۸- قاعده استصلاح
۶۸	..... ۱-۲-۳-۸- مصلحت
۶۹	..... ۱-۲-۳-۸-۲- شروط بهره از مصلحت و استصلاح
۷۰	..... ۱-۲-۳-۹- مذهب صحابی
۷۱	..... ۱-۲-۳-۱۰- و ۱۱- سد ذرایع و فتح ذرایع
۷۱	..... ۱-۲-۳-۱۲- شریعت سلف
۷۲	..... ۱-۲-۳-۱۳- عرف و عادت
۷۲	..... ۱-۲-۳-۱۴- سیره عملی اهل مدینه
۷۲	..... ۱-۲-۳-۱۴- اقسام سیره
۷۳	..... ۱-۲-۳-۱۴- حجیت سیره عملی
۷۳	..... ۱-۲-۳-۱۴- تفاوت عرف و سیره عملی
۷۳	..... ۱-۲-۳-۱۴-۴- فرق سیره منتشره و بنای عقلاء
۷۴	..... ۱-۲-۳-۱۴-۵- فرق اجماع و سیره عملی
۷۴	..... ۱-۲-۳-۱۵- استدلال
۷۴	..... ۱-۲-۳-۱۶- و ۱۷ : استصحاب و برائت
۷۴	..... ۱-۲-۴- منابع اجتهاد از منظر هر مذهب :
۷۶	..... ۱-۳-۳- جایگاه عرف در استنباط
۷۶	..... ۱-۳-۱- جایگاه عرف در استنباط احکام شرعی در سه جهت است :
۷۷	..... ۱-۳-۲- عرف در سه عرصه از اجتهادات فقهی تأثیر می‌گذارد :
۸۰	..... فصل دوم : مبانی فقهی و حقوقی عرف
۸۲	..... ۱-۲- قلمرو تمسک به عرف
۸۳	..... ۲-۲- مکاتب حجیت عرف شیعه
۸۳	..... ۱-۲-۲- مکتب حجیت ذاتی :
۸۴	..... ۲-۲-۲- مکتب عقل :
۸۵	..... ۲-۲-۳- مکتب امضاً :
۸۶	..... ۲-۳- ادله حجیت عرف

- ۸۶ ..... ۱-۳-۲- کتاب :
- ۸۸ ..... ۲-۳-۲- اخبار و سنت.
- ۹۰ ..... ۳-۳-۲- اجماع
- ۹۱ ..... ۴-۳-۲- قول صحابی
- ۹۱ ..... ۵-۳-۲- وجود احکام امضائی در شریعت اسلام
- ۹۲ ..... ۶-۳-۲- حجیت عرف به جهت اتکای آن به فطرت ، ذاتی و بی نیاز از دلیل است
- ۹۲ ..... ۷-۳-۲- قاعده ملازمه
- ۹۳ ..... ۸-۳-۲- سکوت شارع
- ۹۳ ..... ۹-۳-۲- وحدت روش شارع و عرف
- ۹۴ ..... ۱۰-۳-۲- رعایت مصلحت تسهیل
- ۹۵ ..... ۱۱-۳-۲- علم معصوم (ع)
- ۹۵ ..... ۱۲-۳-۲- حفظ نظام و پرهیز از اختلال در آن
- ۹۵ ..... ۱۳-۳-۲- برخی قواعد
- ۹۶ ..... ۱۴-۳-۲- رعایت عرف عرب
- ۹۷ ..... ۱۵-۳-۲- عدم اعتبار عرف ، مستلزم عدم امتثال احکام مترتب بر عرف
- ۹۷ ..... ۱۶-۳-۲- یکسان بودن تکالیف برای همگان
- ۹۷ ..... ۱۷-۳-۲- عدم اعتبار عرف ، مستلزم تکلیف مالایطاق
- ۹۸ ..... ۴-۲- نظر مرحوم محقق داماد و مرحوم حاج شیخ (حجیت عرف در تعیین مفاهیم و مصادیق):
- ۹۹ ..... ۵-۲- عرف و عامل زمان و مکان
- ۱۰۰ ..... ۱-۵-۲- امام خمینی (ره) و نظریه دخالت زمان و مکان در اجتهاد
- ۱۰۱ ..... ۶-۲- شرایط اعتبار عرف
- ۱۰۱ ..... ۱-۶-۲- اطراد و اغلیبیت شمولیت :
- ۱۰۲ ..... ۲-۶-۲- همگانی بودن عرف و شیوع آن در بلاد اسلامی :
- ۱۰۲ ..... ۳-۶-۲- دقت:
- ۱۰۲ ..... ۴-۶-۲- عدم مخالفت عرف با ادله شرعی :
- ۱۰۲ ..... ۵-۶-۲- مسبوق به سابقه بودن عرف مذکور :
- ۱۰۲ ..... ۶-۶-۲- مخالفت نداشتن با عقل عملی :
- ۱۰۳ ..... ۷-۶-۲- الزام آور بودن عرف :
- ۱۰۳ ..... ۸-۶-۲- مقارن بودن:
- ۱۰۳ ..... ۹-۶-۲- عدم وجود قول و یا عمل خلاف عرف (عدم تصریح به خلاف) :

- ۱۰۴-۶-۱۰- احراز عدم ردع شارع:..... ۱۰۴
- ۱۰۴-۶-۱۰-۱- شرائط حصول عدم ردع شارع(مجتمعا) : ..... ۱۰۴
- ۱۰۵-۷-۲- نظر امام خمینی(ره) گامی نو در جهت اجتهاد پویا..... ۱۰۵
- ۱۰۶-۸-۲- شرایط اعتبار عرف از دیدگاه اهل سنت..... ۱۰۶
- ۱۰۸-۹-۲- سکولاریزم یا عرفی شدن دین..... ۱۰۸
- ۱۰۸-۹-۱- دسته بندی مراحل سکولاریسم در سیر تاریخی و طرفداران آن..... ۱۰۸
- ۱۰۹-۲-۹-۲- کارکردهای عرفی نمودن دین ( سکولاریزم ) ..... ۱۰۹
- ۱۱۲-۹-۳- عوامل و زمینه های بروز سکولاریسم در غرب..... ۱۱۲
- ۱۱۵-۱۰-۲- عیوب عرف..... ۱۱۵
- ۱۱۷- فصل سوم- ابعاد عرف..... ۱۱۷
- ۱۱۸-۱-۳- رفتار اسلام با عرفهای موجود..... ۱۱۸
- ۱۱۹-۲-۳- عناصر عرف از منظر فقیهان اسلامی : ..... ۱۱۹
- ۱۲۰-۱-۲-۳- عناصر عرف از منظر دیگر..... ۱۲۰
- ۱۲۰-۳-۳- عوامل موثر بر عرف..... ۱۲۰
- ۱۲۳-۴-۳- عرف بعنوان منبع مستقل برای تفسیر قرارداد..... ۱۲۳
- ۱۲۴-۵-۳- عرف به عنوان منشأ پیدایش حقوق و قانون..... ۱۲۴
- ۱۲۵-۱-۵-۳- فرق و سنجش عرف با قانون..... ۱۲۵
- ۱۲۸-۶-۳- محل کاربرد عرف در فقه و حقوق..... ۱۲۸
- ۱۲۸-۱-۶-۳- کشف حکم : ..... ۱۲۸
- ۱۲۸-۲-۶-۳- تکمیل قانون..... ۱۲۸
- ۱۲۸-۳-۶-۳- تشخیص ، تعریف و تنقیح موضوع حکم..... ۱۲۸
- ۱۲۹-۴-۶-۳- تشخیص مفاهیم و معانی الفاظ و کشف مقصود گوینده..... ۱۲۹
- ۱۲۹-۵-۶-۳- تعیین مصادیق و تطبیق موضوعات و مفاهیم بر مصادیق..... ۱۲۹
- ۱۳۰-۶-۶-۳- تنقیح ظهور دلیل و تفسیر نصوص و احکام..... ۱۳۰
- ۱۳۰-۷-۶-۳- شرط ضمنی و شاهد حال..... ۱۳۰
- ۱۳۱-۸-۶-۳- کشف مناط های احکام..... ۱۳۱
- ۱۳۱-۷-۳- سه ویژگی حقوق عرفی..... ۱۳۱
- ۱۳۱-۸-۳- حقوق عرفی جوامع دیگر : ..... ۱۳۱
- ۱۳۲-۱-۸-۳- کامن لاء : ..... ۱۳۲
- ۱۳۲-۲-۸-۳- حقوق عرفی در اروپا : ..... ۱۳۲

۱۳۳	..... ۳-۸-۳- حقوق عرفی در آسیا :
۱۳۴	..... ۳-۸-۴- حقوق عرفی در آفریقا :
۱۳۴	..... ۳-۹- فرق عرف با عادت .....
۱۳۶	..... ۳-۱۰- تعارض عرف با لغت :
۱۳۷	..... فصل چهارم - نتیجه گیری و پیشنهاد.
۱۳۸	..... ۴-۱- نتیجه
۱۴۰	..... ۴-۲- پیشنهاد.
۱۴۲	..... منابع
۱۴۲	..... منابع عربی.
۱۴۳	..... منابع فارسی.
۱۴۶	..... مقالات و مجلات و پایان نامه ها.

## پیشگفتار :

### بسم الله الرحمن الرحيم

#### باب دل را هست مفتاحی عظیم      اوست بسم الله الرحمن الرحيم

مبیین و مشهود است که هم اکنون مبحث عرف در بین فقها جایگاه ویژه ای داشته و در روند موضوع اجتهاد و استنباط احکام شرعی و تفقه بعنوان یک عامل موثر به آن نگریده می شود ، لکن در گذشته به تناسب زمانهای مختلف و نیز مذاهب ، کم رنگ تر و یا پر رنگ تر شده است و یا 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 می آیند 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 به عنوان اصلی از اصول شرعی معرفی نمودند .

البته ، شاید بتوان گفت ، در هر جامعه احترام به عرف و عادت ، و رعایت سنتها مردم ، ابتدائی ترین حقوق فرد فرد آن اجتماع محسوب می گردد و اعراض از عرف در جامعه می تواند پیامدهای سنگینی را برای کسی که از آن عدول نموده ، داشته باشد و نیز توجه به اینکه مرزبندی عرف و عادت و سنتها با دین چگونه باید باشد و نیز سطح عمکرد 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 عرف ها 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 می شود .

پیامبر اکرم (ص) فرمودند :

روى أَنَّ النَّبِيَّ ص قَالَ مَا رَأَهُ الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ تَعَالَى حَسَنٌ وَ مَا 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 :<sup>۱</sup>

قال امیرالمومنین (ع) : وَ لَا تَنْفُضْ سُنَّةَ صَالِحَةٍ عَمِلَ بِهَا صُدُورُ هَذِهِ الْأُمَّةِ وَ اجْتَمَعَتْ بِهَا الْأَلْفَةُ وَ صَلَحَتْ عَلَيْهَا الرَّعِيَّةُ وَ لَا تُحْدِثَنَّ سُنَّةً تُضِرُّ بِشَيْءٍ مِمَّا مَضَى مِنْ تِلْكَ السُّنَنِ فَيَكُونَ الْأَجْرُ لِمَنْ سَنَّهَا وَ الْوِزْرُ عَلَيْكَ بِمَا قَضَتْ مِنْهَا .

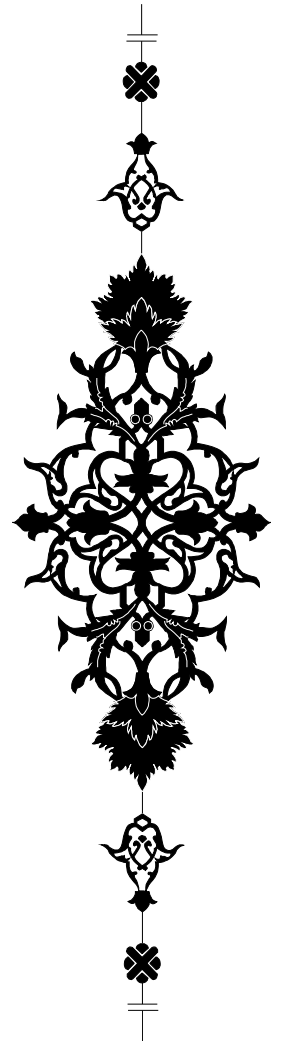
آداب و رسوم شایسته‌ای را که بزرگان نخستین بکار بسته‌اند و مایه همبستگی و اصلاح حال رعیت بوده در هم نشکن، رسمی تازه که به آن سنن و آداب زیان رساند مگذار، که سنت‌گذاران پیشین اجر برند و تو وزر . ( سید رضی، محمد بن حسین موسوی ، ۱۴۱۴ ه ق ، ۳۷۰ و نیز ابن شعبه حرانی ، ۱۴۰۴ ق ، ۱۳۱ و علامه مجلسی ، چاپ مکرر ، ج ۷۴ ، ۲۴ و اخوان حکیمی- احمد آرام ، ۱۳۸۰ ش ، ج ۲ ، ۷۱۹ )

اما باید دید منظور شارع مقدس از عرف و شرائط صحت آن و نحوه کار برد آن و ... چیست ؟ که قبل از شروع بحث اصلی ، اشارتی بر فقه و اجتهاد و کلیات و تعاریف و مفاهیم مرتبط با پایان نامه خواهیم داشت و سپس به مبحث اصلی ورود خواهیم نمود .

---

<sup>۱</sup> فرمان امیرالمؤمنین علی(ع) به مالک اشتر ، هنگامی که او را به حکومت مصر و توابع آن

فصل اول- کلیات و مفاهیم طرح





## فصل ۱- کلیات و مفاهیم طرح

### مقدمه :

با توجه به حساسیت و پیچیدگی مبحث عرف و حوزه استنباط و نحوه استناد به آن ، لازم است قبل از هرگونه پردازش و تحلیل موضوع پایان نامه ، مفاهیم و کلیات و تعاریف مربوط به عرف و موضوعات مرتبط با آن را تبیین نموده و مباحثی که قبل از ورود به بحث اصلی لازم است روشن گردد ، را در این فصل دنبال خواهیم نمود .

### ۱-۱- بخش اول : طرح مسئله

#### ۱-۱-۱- بیان مسئله :

موضوع عرف، در کتب و فقهی و اصولی گذشته شیعه، تحت عنوان مستقلی مورد بحث واقع نشده است، حال آنکه کاربرد وسیعی در جمع ادله دارد، به طوری که حتی حجیت بعض ادله اصولی مثل حجیت ظواهر قرآن و سنت با آن اثبات می شود، و نیز مرجع تحدید موضوعات فقهی و اصولی است ، بنابراین با توجه به کاربرد وسیع آن در فقه و اصول ، سزاوار است که بحث کامل و مستقلی در مورد آن صورت گیرد و جایگاه عرف در استنباط احکام شرعی بخوبی شناسانده شود ولیکن باید بین عرف و عادت فرق گذاشته شود .

در این میان موضوع عرف و نقش و جایگاه آن در فقه، از ابزارهایی است که مجتهد برای استنباط حکم شرعی می تواند استفاده نماید و نیز از پدیده‌های بحث‌برانگیز و متغیر فقه و حقوق شیعه و اهل سنت است که باعث تحول و دگرگونی در برخی موضوعات احکام و

قوانین جامعه می‌شود ، از این‌رو، فقیه برای به دست آوردن حکم يك پدیده عرفی، باید مسائل و شرایط مستحدث اجتماع را مورد دقت قرار دهد تا پویایی فقه شیعه محفوظ بماند .

پس در شرع و حقوق ، هر لفظی که که شارع تعریف نکرده باشد و قانونی برای آن وضع نشده باشد ، می‌توان به عرف رجوع نمود و از آن طریق و یا به کمک آن ( علاوه بر سایر منابع و ابراز ) ، حکم شرعی و قانون لازم را بدست آورد .

#### ۱-۱-۲- هدف های تحقیق :

تبیین و بررسی مبانی فقهی و حقوقی جایگاه عرف در تشخیص موضوع و استنباط صحیح احکام شرعی و کشف قوانین صحیح و پرداختن به حواشی موضوع و ضرورت ها و اهمیت استفاده از عرف و همچنین معایب آن و نظرات فقها و قانون .

#### ۱-۱-۳- اهمیت موضوع تحقیق و انگیزش انتخاب آن :

با توجه به رشد و تعالی فکری و اجتماعی جامعه و نیز تنوع موضوعات در حوزه تفقه و قانون گذاری ، ایجاب می‌نماید تا جایگاه عرف در کلیه مناظر تبیین گردیده تا بتواند در مواقع مورد نیاز و با کمک سایر ادله ، به فقیه در جهت تشخیص موضوعات شرعی و استنباط صحیح مساعدت نماید ، لذا با عنایت به دلایل متعدد مانند احتیاط مبنی بر عدم استقرار جایگاه واقعی عرف در کنار مابقی ادله ، پرداختن به این موضوع ضروری بنظر می‌رسد .

۱-۱-۴- سنولات و فرضیه های تحقیق :

۱-۱-۴-۱- سنولات تحقیق :

⊕ جایگاه عرف در مقابل سایر ادله ؟

⊕ عوامل موثر بر عرف ؟

⊕ شرائط اعتبار عرف ؟

⊕ آیا با تغییر عرف ، حکم تغییر پیدا می کند ؟

⊕ دلایل حجیت عرف چیست ؟

⊕ معایب عرف ؟

۱-۱-۴-۲- فرضیه های تحقیق :

⊕ **جایگاه عرف در مقابل سایر ادله ؟** . غالب فرّق اهل سنت عرف را از ادله اصلی اثبات موضوعات فقهی می دانند و برای آن اهمیتی بیش از ظرفیت واقعی آن بر می شمرده اند و لیکن شیعه نظری دیگر دارد و عرف در نزد او جزء ادله اصلی نیست ولی می تواند ابزار خوبی باشد و بعنوان کمک در استنباط ، نقش ایفاد نماید و حوزه حقوق نیز می توان گفت تقریباً در تمام کشورها منبع اولیه قوانین عرف است و به مرور زمان تغییرات در آن حاصل گردیده و تکمیل شده است و حتی هم اکنون نیز در بسیاری از مواقع منبع تفسیر و محل قضاوت می باشد .

⊕ **عوامل موثر بر عرف ؟** . عوامل بسیاری بر عرف در طول زمان تاثیرگذار هستند که به این شرح ذکر می گردد ، فطرت انسان ، عقل و ادراک عقلانی ، تجارب گذشتگان ، نزول وحی و احکام دینی ، سلطه حاکمان و اغراض شخصی ، سلطه حاکمان و اغراض شخصی ، تقلید از پیشینیان و معاصران ، تعصب ها و باور های نژادی و دینی ، تبادل فرهنگی ، تهاجم فرهنگی ، مسامحه و سهل نگاری ، جهالت و نادانی و ...

⊕ **شرایط اعتبار عرف ؟** . عرف زمانی نزد قانونگذار و شارع مورد تأیید است که شرائطی بر او حاصل گردد ، که چند نمونه آن به این صورت است : اطراد و

اغلیبیت شمولیت ، همگانی بودن عرف و شیوع آن در بلاد اسلامی ، عدم مخالفت عرف با ادله شرعی ، دقت ، مسبق به سابقه بودن عرف مذکور ، الزام آور بودن عرف ، مخالفت نداشتن با عقل عملی ، مقارن بودن ، عدم وجود قول و یا عمل خلاف عرف (عدم تصریح به خلاف) ، احراز عدم ردع شارع .

✚ **آیا با تغییر عرف ، حکم تغییر پیدا می کند ؟** . بله ، شیعه به این موضوع اهمیت قائل است و مبحث زمان و مکان و تغییرات ناشی از سیر تطور آنها مد نظر می باشد ، و مثلاً چنانچه عرف آنقدر تغییر نماید که موجب تغییر موضوع گردد ، مطمئناً نتیجه نیز با تناسب به موضوع جدید بررسی می گردد .

✚ **دلایل حجیت عرف چیست ؟** . دلایل بسیاری را می توان در حجیت عرف برشمرد که برخی از آن به این صورت می باشد : کتاب ، اخبار و سنت ، اجماع ، وجود احکام امضائی در شریعت اسلام ، کلام شریح قاضی ، حجیت عرف به جهت اتکای آن به فطرت ، ذاتی و بی نیاز از دلیل است ، وحدت روش شارع و عرف ، قاعده ملازمه ، سکوت شارع ، علم معصوم (ع) ، رعایت مصلحت تسهیل ، حفظ نظام و پرهیز از اختلال در آن ، برخی قواعد ، رعایت عرف عرب ، عدم اعتبار عرف ، موجب عدم تحقق بسیاری تکالیف ، یکسان بودن تکالیف برای همگان ، عدم اعتبار عرف ، موجب در داشتن تکلیف مالایطاق ،

✚ **معایب عرف ؟** . با توجه به اینکه عرف در استنباط احکام شرعی و نیز کشف قانون نقش بی بدیلی دارد و لیکن معایبی نیز آن را احاطه نموده ، که شاید کمی اقبال گذشتگان به موضوع عرف ناشی از همین معایب باشد و بهر صورت توجه به این معایب قابل اهمیت است : عرف در دست حاکمان ، عرف در طول زمان متغیر است ، عرف دلیل لیبی ، عرف در دست حاکمان ، تشکیل عرف با گذشت زمان طولانی ، عدم وقوف عرف به مصالح و محاسن موضوعات .

#### ۱-۱-۵-مدل تحقیق :

تحقیق و پژوهش با کمک فیش برداری کتابخانه ای و توصیفی و بر اساس منابع فقهی و حقوقی و کتابهای و مجلات و دیگر منابع مربوطه مانند اینترنت بصورت تشریحی و تحلیلی و تفسیری و تطبیقی انجام می گردد .