



عرف و نقش استقلالی و آلی آن در فقه و حقوق

پدیدآورنده (ها) : فهیمی، عزیز الله؛ سلطانیه، محمد

فقه و اصول :: نشریه مطالعات اصول فقه امامیه :: پاییز و زمستان ۱۳۹۳ - شماره ۲ (علمی-ترویجی)

صفحات : از ۲۹ تا ۴۶

آدرس ثابت : <https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/1110116>

تاریخ داندود : ۱۴۰۴/۰۸/۰۳

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) جهت ارائه مجلات عرضه شده در پایگاه، مجوز لازم را از صاحبان مجلات، دریافت نموده است، بر این اساس همه حقوق مادی برآمده از ورود اطلاعات مقالات، مجلات و تألیفات موجود در پایگاه، متعلق به "مرکز نور" می باشد. بنابر این، هرگونه نشر و عرضه مقالات در قالب نوشتار و تصویر به صورت کاغذی و مانند آن، یا به صورت دیجیتالی که حاصل و بر گرفته از این پایگاه باشد، نیازمند کسب مجوز لازم، از صاحبان مجلات و مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) می باشد و تخلف از آن موجب پیگرد قانونی است. به منظور کسب اطلاعات بیشتر به صفحه [قوانین و مقررات](#) استفاده از پایگاه مجلات تخصصی نور مراجعه فرمائید.



- تبارشناسی عرف در فقه امامیه و حقوق ایران
- مروری انتقادی بر کتاب غیاث الامم فی الثیبات الظلم نوشته امام الحرمین ابوالمعالی جوینی
- تاملی بر جایگاه "عرف" و "عادت" در فقه و حقوق موضوعه ایران
- فقه و عرف

عناوین مشابه

- ویژگی های فقه اهل بیت (علیهم السلام) و نقش آن در حمایت از حقوق شهروندی
- آراء وحدت رویه قضایی دیوان عالی کشور و نقش علمای فقه و حقوق در کارآمدی آن
- بررسی ادلهی حکم حجاب در فقه و حقوق و نقش حکومت اسلامی در آن
- انکار پس از اقرار در حدود با تاکید بر نقش آن در سرقت و جلد، در فقه و حقوق موضوعه
- قسامه و نقش آن در اثبات جنایت از منظر فقه و حقوق موضوعه ایران
- ماهیت توبه و شرایط آن در فقه امامیه و حقوق ایران و نقش آن در اسقاط حدود
- نقش اراده در تنظیم روابط حقوق خصوصی و مقایسه تطبیقی آن در فقه امامیه و قانون وضعی
- میانجی‌گری در فقه و حقوق کیفری ایران و نقش آن در تراکم‌زدایی در مرحله تعقیب جرم
- منشور اخلاق پزشکی در فقه امامیه و حقوق و نقش آن در کاهش تخلفات پزشکی (مطالعه موردی بیمارستان امام رضا (ع) بجنورد)
- کارکرد عرف در فقه و حقوق کیفری و کاربرست آن در احراز رابطه استناد

عرف و نقش استقلالی و آلی آن در فقه و حقوق*

چکیده

از جمله مقوله‌های پرگفت‌وگو مقوله عرف است که فهم و شناسایی آن در اجتهاد و طریق استنباط نقش بسزایی دارد. اما مانند بسیاری از گفتمان‌های مطرح در علوم انسانی، برخی در آن راه افراط را پیموده و گفته‌اند اگر پیامبر^۱ در عصر ما ظهور می‌کرد، با قبول عرف زمان، از مردم می‌خواست تا حیاتشان را به کانون دین معطوف نمایند. و یا گفته‌اند آیه «ان الحكم الا لله» اصلاً مربوط به قانون‌گذاری الهی نیست، بلکه مربوط به دادرسی نهایی درباره حق و باطل است که غیر از دادرسی حقوقی است. در مقابل برخی گفته‌اند حیطة عرف بسیار محدود است و احکام رطب و یابس‌ها در کتاب و سنت آمده است و عرف حتی حق تعیین واژه‌های مرکب را نیز ندارد، بلکه فقط می‌تواند معنای واژه‌های مفرد مثل «انسان» یا «حیوان» را تعیین نماید و تعیین معنای واژه «حیوان ناطق» هم با عرف نیست. در این نوشتار، نقش استقلالی عرف در استنباط و سند بودن برای احکام شرع، همان‌گونه که عقل منبع قرار گرفته، مردود اعلام شده و کاربرد غیر استقلالی عرف به عنوان کاربرد ابزاری مورد قبول قرار گرفته و موارد متعدد این استفاده ابزاری، بررسی شده است.

کلیدواژه‌ها: عرف، کاربرد استقلالی، کاربرد آلی، فقه، حقوق، استنباط.



* تاریخ وصول: ۱۳۹۳/۲/۲۵؛ تاریخ تصویب: ۱۳۹۳/۴/۳۰.

** استادیار دانشگاه قم (Aziz.fahimi@yahoo.com).

*** طلبه سطح چهار حوزه علمیه قم و دانشجوی دکتری قرآن و علوم اجتماعی (نویسنده مسئول) (Ms. ۲۵۲۲@yahoo.com).

مقدمه

شریعت الهی محتاج دانش فقه است و دانش فقه نیاز به اجتهاد دارد و از زمان پیامبر^ص و ائمه معصومین^ع ارجاع به افرادی مثل ابان بن تغلب برای گرفتن فتوا، بیانگر قبول و وجود اجتهاد از همان زمان آغازین اسلام بوده است (امام خمینی، الاجتهاد و التقليد ۱۴۱۷: ۷۰ - ۸۱). فقه محصول اجتهاد است که کاشف از شریعت اسلامی است و کسی که بدان عمل می‌کند، معاف از عقاب است، چون برای عمل خود حجت داشته است، از جمله عناصری که مجتهد به تأیید شرع مقدس، همواره مدنظر قرار می‌دهد، «عرف» است؛ به طوری که طبق گفته برخی از فقهای شیعه (همان: ۹) و سنی (ابن عابدین، نشر العرف فی بناء بعض الاحکام علی العرف: ۱۲۳/۲) و (ولی قوته، ۱۴۱۵) از مقدمات اجتهاد، انس به محاورات و فهم موضوعات عرفی است.

فقهای پیشین به دلیل انزوای فقه حکومتی، بیشتر به جنبه‌های فردی فقه توجه داشته‌اند و از پرداختن به جامعه و جنبه اجتماعی آن به دور مانده‌اند؛ حال آنکه پیوند عمیق فقه با جامعه، امری روشن و انکارناپذیر است و امروزه با مطرح شدن حکومت دینی، در بسیاری از موارد، خروج از تنگنای فقه فردی و ورود به گستره فقه اجتماعی اجتناب‌ناپذیر است. به تبع این مسئله، بازنگری مباحث پیشین فقه و شیوه‌های استنباطی آن، از جمله پدیده عرف که از منابع و عناصر استنباط است، امری ضروری به نظر می‌رسد (گلباغی ماسوله، درآمدی بر عرف ۱۳۷۸: ۱۶).

عرف به راستی نقش بسیار مهم و سازنده‌ای در فقه دارد و راهگشای بسیاری از مسائل جدید است که به صورت ظاهر از کتاب و سنت، دلیلی بر عموم آن‌ها یافت نمی‌شود. حتی در برخی موارد، عموماً و اطلاعات کتاب و سنت، جوابگوی مسائل جدید نیستند که اگر بودند، بحث از اصول عملیه بی‌فایده بود، زیرا مسائل مستحدثه، اگر قابل برداشت از اطلاعات و عموماً باشند، دیگر نیاز به رجوع به اصول عملیه وجود نداشت (فیض، عرف و اجتهاد ۱۳۸۷: ۵۱).

در این نوشتار، به دنبال بیان نقش عرف و رابطه آن با فقه هستیم و به سؤالاتی نظیر اینکه آیا عرف به عنوان منبع مستقل در کنار عقل و اجماع به کار گرفته می‌شود یا به عنوان ابزاری در خدمت عقل برای استنباط احکام شرع به کار می‌رود، پاسخ می‌دهیم. همچنین تطبیق مفاهیم توسط عرف و میزان تعبد مقابل عرف و کارایی عرف خاص و عام از مباحث مورد گفت‌وگو در این مقاله خواهند بود.

تاریخچه اعتبار عرف

از نظر قدمت، حقوق رم، اثر غیرقابل تردیدی بر روی حقوق همه کشورهای متمدن، خاصه کشورهای دارای حقوق نوشته، داشته است و تأثیر آن در حقوق فرانسه به خصوص در قسمت تعهدات آن قابل انکار نیست.

اهالی رم، تقریباً چهار قرن قبل از میلاد به فکر تدوین الواح دوازده‌گانه افتادند و مأمورینی به شهرهای یونان فرستادند که عرف‌های محلی را جمع‌آوری کردند و سپس با افزودن مقرراتی که جانشین سنن و عرف‌های گذشته شد، الواح دوازده‌گانه را به وجود آوردند. این الواح متضمن قوانین کتبی رم بود. (سلجوقی، ۱۳۴۷: ۱۶-۱۹).

در شبه جزیره عربستان و بین اعراب جاهلی، عرف و عادت در حد تقدیس ارج نهاده می‌شد و مخالفت با عرف رایج، قبیح شمرده می‌شد (بقره: ۱۷۰). اسلام در چنین شرایطی ظهور و قانونگذاری را فقط مختص خدا دانست (مائده: ۵) بنابراین، قانونگذاری از عرف گرفته شده و فقط نقش عرف به عنوان تفسیر قانون شرع و حداکثر به عنوان کاشف از شریعت و سندی از اسناد فقه پذیرفته شده است. اسلام برخی عرف‌ها را صریحاً رد کرد، مثل عرف نماز خواندن به همراه

سوت و کف (انفال: ۳۵) و برخی معاملات را مردود اعلام کرد، مثل معاملات ربوی (بقره: ۲۷۵). بنابراین، مقوله عرف از آغاز، در اجتهاد نقش خود را نشان داد؛ «عرف، واجد شرایط حجیت است و هیچ فقیهی چه در مسند افتاء چه در مسند قضا، مجاز به عدم لحاظ عادات و جمود بر آنچه از کتب فقها نقل می‌شود، نیست» (مجمع الفقه الاسلامی ۱۴۰۹: ۳۴۶۵).

در فقه شیعه نیز واژگانی چون اهل بلد (مفید، ۱۴۱۰: ۷۹۴) تعارف (موسوی، الذریعة الى اصول الشريعة ۱۳۶۳: ۳۰۷/۱) عادة البلد (ابن براج، المذهب ۱۴۰۶: ۳۰۷/۱) و عادة الناس (همان: ۳۶۳/۱) و عادة (علم الهدی، الانتصار ۱۴۱۵: ۹۳ و ۱۳۵) به کار رفته است.

شرط حجیت عرف، عبارت است از عدم مخالفت با شریعت، شیوع و استقرار و در معاملات با عدم تصریح متعاقدان برخلاف آن، محقق می‌شود (مجمع الفقه الاسلامی: ۳۴۶۵). فقه اهل سنت اتکای بیشتری به عرف داشته و در نوشته‌های آنان، عبارات عادت، محکمه و یا «المعروف عرفاً کالمعروف شرعاً» زیاد دیده می‌شود (همان: ۳۳۸۷). در شرح المجله نیز آمده است که «حکومت با عادت است، عادت عام یا خاص» (رستم‌باز، بی‌تا: ۳۴). اتکای عامه بر عرف به سه علت بیشتر بوده است که عبارت‌اند از:

۱. برخورد اسلام به عنوان راه میانه با عرف؛ ۲. عدم دسترسی اهل سنت به اندازه شیعه به امامان معصوم^۳ و ۳. مبسوط‌الید بودن در امر حکومت که در فقه اهل سنت رایج و عملی بود.

در فقه شیعه نیز موارد بسیاری از ارجاع به عرف را می‌توان مشاهده کرد، به طور مثال: صاحب جواهر & فرموده است: گاهی عرف منشأ حق دانسته شده است (نجفی، جواهرالکلام ۱۳۶۸: ۲۳/۲۶۳؛ شهید صدر، دروس فی علم الاصول ۱۴۱۲: ۱/۲۸۱) امام خمینی & نیز فرموده است: هر آنچه در نزد عرف تردیدی در آن وجود ندارد و عرف به احتمال خلاف بودن آن نیز اعتنا نمی‌کند، باید مورد پذیرش قرار گیرد (امام خمینی، استفتانات ۱۳۷۲: ۱/۲۶۴).

قسمت اول، کلیات

الف. تعریف فقه و عرف

۱. الف. تعریف فقه

فقه در لغت به مطلق فهم، علم و ادراک معنا شده است (جوهری، الصحاح ۱۹۹۰: ۳۶/۲۲۴). اما در اصطلاح، فقه به مجموعه مسائلی اطلاق می‌گردد که کاشف از حلال، حرام و اعتبارات الهی باشد (عسگری، الفروق اللغویه: ۴/۴۴۲).

۲. الف. تعریف عرف

عرف در لغت به عنوان تابع، اتصال و پی‌درپی بودن و قرار و آرامش و سکون معنا شده است (ابن فارس، معجم مقاییس اللغة ۱۴۰۴: ۴/۲۸۱). گاهی هم به معنای خوی و عادت به کار رفته است (عمید، فرهنگ عمید ۱۳۵۸: ۷۲۸).

در تعریف اصطلاحی عرف، تعاریف مختلفی ذکر شده که شاید بهترین آن چنین است:

«عرف عادت است از عموم یا گروهی خاص از مردم که بر آن زندگی می‌کنند. این عادت می‌تواند در شکل گفتار، کردار یا ترک شکل گیرد» (مجمع الفقه الاسلامی: ۳۴۶۵).

در دانش حقوق، عرف را می‌توان چنین معنا کرد: عمل یا روش یا سلسله اعمال و روش‌هایی است که به تدریج در

طول زمان، بر اثر تکرار، خودبه‌خود و بدون دخالت قوه قانون‌گذاری، در اثر حوایج اجتماعی، میان همه افراد جامعه یا گروهی از آن‌ها، به عنوان قاعده‌ای الزام‌آور در تنظیم روابط حقوقی بین افراد اجتماع، مقبول و مرسوم شده است. این سلسله اعمال و روش‌ها، دو ویژگی عمومیت و الزام را دارد (گل‌باغی، همان: ۲۵).

ب. مبای عرف

منظور منشأ پیدایش عرف است که می‌توان منابع زیر را به عنوان مبدأ پیدایش عرف برشمرد.

۱. ب. درک عقل

برخی از نویسندگان درک عقل را به عنوان تنها منبع یا یکی از منابع پیدایش عرف، معرفی نموده‌اند (ابن نجیم، الاشباه و النظائر ۱۹۸۶: ۱۰۱). کسانی که در تعریف عرف، مطابقت با مصلحت را ذکر کرده‌اند، توجه به این منبع داشته‌اند (جعفری‌لنگرودی، دانشنامه حقوقی ۱۳۷۵: ۵۲/۲).

۲. ب. فطرت

محقق نائینی گفته است: «طریقه و بنای عقلا گاه از فطرتی که خداوند بر اساس حکمت حفظ نظام در اذهان و طبع عقلا نهاده است، سرچشمه می‌گیرد (نائینی، فوائد الاصول ۱۴۱۴: ۱۹۳/۳).

۳. ب. وحی و شبه آن

برخی منشأ شکل‌گیری عرف را وحی الهی می‌دانند که البته سیره متشرعه قطعاً دلالت بر چنین عرفی دارد.

۴. ب. سلطه حاکمان

به فرمایش مرحوم نائینی، گاهی سلطه و اجبار حاکمان، عرف را به وجود می‌آورد و بعدها عقلا آن را به عنوان مشی خود انتخاب می‌کنند تا جایی که در ذهن آن‌ها نهادینه می‌شود (همان: ۱۹۲/۳).

فرمایش مرحوم نائینی از آن جهت قابل قبول به نظر می‌رسد که لازم نیست تمام عرف‌هایی که حاکمان ایجاد می‌کنند، عرف‌های غلط و ناصحیح باشد.

۵. ب. عوامل دیگر

گاهی ممکن است اموری مثل نقلی از گذشتگان، راحت‌طلبی و غیره منشأ پیدایش یک عرف باشد (حائری، مباحث الاصول ۱۴۰۸: ۱۲۸/۲) بر این اساس، نمی‌توان هر عرفی را مقدس شمرد و برای آن احترام ذاتی قائل شد (کاتوزیان، فلسفه حقوق ۱۳۸۱: ۴۸/۲).

ج. تقسیمات عرف

برای عرف تقسیماتی برشمرده‌اند؛ از جمله: عرف تسامحی و دقیق، عرف کارشناس و غیرکارشناس، عرف مفهومی و تطبیقی، عرف لفظی و عملی، عرف عام و خاص، عرف مسلّم و قراردادی، عرف موضوعی و حکمی، عرف ممضی و مردوع و مرسل، عرف صحیح و فاسد و غیره (گل‌باغی، همان: ۱۵۷ - ۱۷۱).

اجمالاً می‌توان گفت که همه فقها، مرجعیت عرف در تعیین مفهوم موضوعاتی را که مورد حکم شرع است، قبول دارند، ولی مرجعیت عرف در تطبیق مفاهیم بر مصادیق، مورد قبول همه فقها نیست (علیدوست، فقه و عرف ۱۳۸۶: ۷۳).

د. رابطه عرف و عادت

منظور از عادت، خوی و کاری است که انسان به آن خو بگیرد و در وقت معینی انجام دهد (زنجانی، فقه سیاسی ۱۳۵۸: ۷۲۳) اما برخی عرف و عادت را مترادف می‌دانند و اختصاص عادت به اعمال و عرف به اقوال را رد می‌کنند (زبیدی، تاج العروس من جواهر القاموس ۱۳۸۵: ۸/۴۴۳).

برخی عادت را اعم از عرف گرفته‌اند و گفته‌اند که اگر عادت، شمول به همه اقوام داشته باشد، عرف عام و اگر به قوم خاصی مربوط باشد، عرف خاص نامیده می‌شود (رستم‌باز، همان: ۳۵). یک نویسنده، سه فرق بین عرف و عادت بر شمرده است:

۱. عرف بین طرفین قرارداد تعهدآور است، اما عادت تا به صراحت مورد تعهد قرار نگیرد، معتبر نیست. ۲. عادت مورد ادعا باید ثابت شود، ولی عرف چنین نیست. ۳. حکم قاضی برخلاف عرف اعتبار ندارد، ولی برخلاف عادت چنین نیست (مجمع فقه اسلامی: ۳۱۶۷).

در مجموع نمی‌توان بین عرف و عادت فرقی نهاد، مخصوصاً وقتی کنار هم ذکر شده باشند؛ گرچه منظور از عادت تکرار است، به عنوان عرف به کار رفته است.

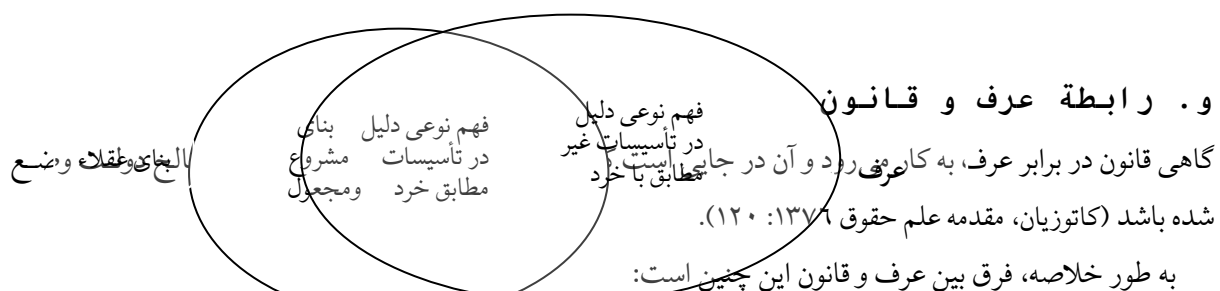
ه. رابطه عرف و بنای عقلا

برخی عرف و بنای عقلا را یکی می‌دانند (زنجانی، همان: ۲۲۱/۲). شیخ انصاری نیز در بسیاری از موارد، عرف و بنای عقلا را یکی دانسته است (انصاری، مطارح الانظار ۱۴۰۴: ۱۵۰).

در تحقق بنای عقلا، چهار شرط لازم است که عبارت‌اند از: عمل معین، تکرار عمل، فراگیری (که به صورت غالب درآید) نیکو و مفید بودن عمل، خواه آن عمل ارادی باشد یا غیر ارادی (جعفری لنگرودی، همان: ۹۱). ولی دو عامل نیکو و مفید بودن و نیز ارادی بودن عمل در تحقق عرف لازم نیست.

واقع مطلب آن است که عرف و بنای عقلا از نظر مفهوم متباین هستند، زیرا:

بنای عقلا جنبه مشروع نزد صاحبان عرف و عادت دارد، ولی عرف چنین حالتی ندارد. بنای عقلا مربوط به سلوک عقلاست، ولی عرف مربوط به فهم گروهی از مردم است که ممکن است مربوط به سلوک نباشد؛ بنابراین از نظر مصداق، رابطه واژه عرف و بنای عقلا عموم و خصوص من وجه است.



عرف معمولاً خودبه‌خود و بدون برنامه قبلی و به صورت تعین، برای مردم تعیین می‌شود، ولی قانون، ناشی از اراده معین است. علامت قانون، تدوین و علامت عرف، نانوشته بودن آن است (جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق ۱۳۷۸: ۴/۲۵۲۳). مصداق بارز آن در قوانین الهی است که از طرف خداوند مکتوب است، ولی عرف بین مردم شکل گرفته است.

برخی از علمای اهل سنت (طبق نقل قول علامه مغنیه) معتقدند که «شایسته است در احکام اسلامی، تعدیل و تبدیل راه یابد.» البته حق آن است که باید قائل به تفصیل شویم و بگوییم برخی از احکام شریعت با نهاد انسان، کمال سازگاری را دارد و هماهنگ با سرشت انسان، قانون‌گذاری شده است و سرشت انسان حکم به آن می‌کند؛ مثل برداشتن تکلیف از دوش کودک که این قانون تغییر نمی‌کند. اما برخی از قوانین، با طبیعت و سرشت انسان پیوند نخورده است، مثل «حریم راه که هفت ذراع است». این مثال، اگرچه مضمون روایت نبوی است، ممکن است به دلیل تحول اجتماع، تغییر نماید، چون پیوند با جامعه دارد. یعنی با توجه به اینکه امروزه، مسیرها با ماشین‌ها و نه چهارپایان طی می‌شوند، تغییر در حریم ایجاد شود (فیض، همان: ۱۳۵-۱۳۸).

قسمت دوم، کاربرد عرف در فقه و استنباط

این کاربردها را در دو قسمت استقلالی و غیراستقلالی بررسی می‌کنیم:

سه نوع برداشت در ارتباط با عرف، قانون و شریعت ممکن است.

برداشت اول: عرف منشأ قانون و شریعت باشد، یعنی عرف همسان اراده الهی قرار می‌گیرد.

برداشت دوم: عرف سند دلیل کشف قانون و شریعت باشد. در این حالت، عرف طریقی است، چون عقل و اجماع برای کشف حکم قانون و شریعت، از مدارک اجتهاد به شمار می‌آید.

برداشت سوم: عرف ابزاری است در خدمت ادله احکام که مفاهیم به کار رفته در آن را تفسیر می‌کند و مورد داوری قرار می‌دهد.

به نوشته یکی از عالمان حقوق، برخی از نویسندگان عرف را جزء کتاب یا سنت دانسته‌اند (جعفری لنگرودی، همان: ۵۰). اما حق آن است که عرف فقط ابزاری برای یافتن ادله احکام است و نقش آن غیر استقلالی و آلی است، نه اینکه استقلالی باشد.

الف. قائلان به نقش استقلالی عرف در استنباط

در این قسمت، بحث از آن است که آیا عرف می‌تواند منبع یا محور قانون قرار گیرد و آیا مردم می‌توانند انجام یا ترک عملی را مستوجب ثواب و عقاب قرار دهند. در میان نویسندگان در گذشته و حال کسانی هستند که معتقدند عرف منبع استقلالی در قانون‌گذاری است. «ما امروزه می‌توانیم حداکثر تغییرات حقوقی و قانونی در جهت تأمین حقوق همه انسان‌ها را که در این عصر به آن اعتقاد داریم، به وجود آوریم» (زنجانی، مقاله اصلاح طلبی غربی و فلسفه تجدد در ایران ۱۳۷۹: ۲۴/۲۶). دیگری نیز می‌گوید: اینکه می‌گویند «ان الحکم إلا لله» (انعام: ۵۷) مربوط به قانون‌گذاری الهی نیست، بلکه به معنای دادرسی نهایی الهی درباره حق و باطل است که غیر از داوری حقوقی است (مجتهد شبستری، نقدی بر قرائت رسمی از دین ۱۳۷۹: ۷۶). برخی نیز در کلام ملایم‌تر، عرف را به عنوان منبع پنجم فقه شیعه، در کنار عقل و اجماع می‌شمارند (عمید زنجانی، همان: ۲/۲۱۷).

نقد این دیدگاه آن است که افراد بشر حق قانون‌گذاری برای افراد دیگر را ندارند و عقل، دلیلی برای متابعت چنین قانونی نمی‌یابد. عقل فقط خدا را منشأ قانون‌گذاری می‌داند؛ مگر آنکه خداوند، خود فرمان به متابعت از شخص خاصی دهد.

در متون دینی نیز به انحصار بر این مسئله تأکید شده است. مثلاً: برخی آیات این مطلب را صریحاً بیان می‌نماید، مثل

«ان الحكم الا لله» (انعام: ۵۷).

علی × در نهج البلاغه بارها بر این مطلب تأکید می‌کند (فیض الاسلام، نهج البلاغه: خ ۴۷/۱۸). مرحوم شیخ انصاری، چون منشأ بسیاری از عرف‌ها را تسامح عرفی می‌داند، می‌گوید چون این سیره‌ها، از بی‌مبالاتی مردم در امور عبادی و غیر آن نشأت می‌گیرد، قابل اعتماد نیست (انصاری، المکاسب: ۸۳). بنابراین، پذیرش عرف به عنوان منبع مستقل استنباط، قابل قبول نیست. عرف دلیل مستقل مثل عقل و اجماع نیست، بلکه عرف همواره کاشف از حکم است (ولی قوته، العرف ۱۴۱۵: ۲۲۵).

ب. عرف سند احکام باشد مثل عقل

به نظر می‌رسد که محل اصلی نزاع بین شیعه و سنی، مربوط به همین قسمت باشد که آیا عرف می‌تواند به تنهایی سند کشف قانون و شریعت قرار گیرد یا خیر.

به همین دلیل، برخی با مسلم دانستن اینکه عرف، هم‌ردیف سایر ادله اربعه است گفته‌اند این نزاع لفظی است، یعنی تردیدی در سندیت عرف وجود ندارد (مجمع الفقه الاسلامی: ۲۹۶۸). گروهی نیز عرف را جزء مصادر تبعی و احتیاطی در کنار منابع اصلی مثل قرآن قرار داده‌اند (الزرقا، المدخل الفقهي ۱۹۶۷: صفحات مختلف).

برخی از نویسندگان معاصر معتقدند که ۹۹٪ احکام اجتماعی اسلام، امضایی است (سروش، بسط تجربه نبوی ۱۳۷۸: ۲۹ - ۳۰) لذا به راحتی می‌توان تصور کرد که اگر پیامبر ' در عصر ما ظهور می‌کرد بدون دست زدن به بسیاری از آشکال زندگی امروزی، محور و قانون معنوی جدیدی برای زندگی مردم می‌آورد، بلکه اصلاً با قبول عرف زمان، از مردم می‌خواست تا زندگی‌شان را معطوف به قانون معنوی دین کنند (سروش، اخلاق خدایان ۱۳۸۰: ۱۰۳). در مقابل برخی گفته‌اند: «احکام شرع دین ما منحصر به نماز، روزه و عبادات نیست، بلکه همه اقوال و افعال ما باید تحت یکی از احکام خمسة مندرج باشد؛ خواه امور دولتی و سیاسی و خواه عبادات و معاملات» (زرگری‌نژاد، رسائل مشروطیت ۱۳۷۷: ۱۴۲).

حتی برخی نظریه منطقه الفراغ (شهید صدر، اقتصادنا ۱۴۱۱: ۳۷۸) و یا اجرای عرف در امور غیرمنصوص (نائینی، تنبیه الامة و تنزیه الملة: ۹۸۰) را نیز قبول ندارند؛ البته حق آن است که دخالت شریعت برای امور جزئی اجتماعی، قابل تصور نیست. یعنی همان‌گونه که شهید صدر در بحث منطقه الفراغ آورده یا امام خمینی & قائل است، باید اختیاراتی برای حوزه‌های قانون‌گذاری و برنامه‌ریزی تعیین کرد و پذیرش احکام حکومتی و نهادهای قانونی را مورد تأکید قرار داد (صحیفه نور: ۱۶/۴۹۲ و ۱۸/۴۹۱ و ۱۹/۴۲۴).

به طور مثال، تأمین مخارج و نفقه همسر بر شوهر واجب است و طبق آیه «و علی المولود له رزقهن و کسوتهن بالمعروف» (بقره: ۲۳۳) قطعاً نمی‌توان فهم این عرف را اتصال به زمان معصوم دانست. عرف مکان و زمان در این زمینه راهگشاست، ولی هرگز خود عرف، سندی مستقل برای فهم احکام به شمار نمی‌آید. پیگیری بسیاری از عرف‌ها، سر از سیره شرعی یا متشرعه درمی‌آورد و حجیت آن‌ها از این باب است (هاشمی شاهرودی، بحوث فی علم الاصول ۱۴۰۵: ۲۳۸ - ۲۴۱) نه اینکه خود عرف سندیت خاص داشته باشد.

در این مورد باید گفت: اگرچه هیچ شریعتی، بی‌نیاز از عرف نیست، برخی چون صاحب جواهر، کارایی عرف را در صورت نبودن نص شرعی، منشأ حق می‌داند (نجفی، همان: ۲۳/۲۶۳) حتی برخی عرف ریشه‌دار را مقدم بر بیان ظاهری شرع دانسته‌اند (انصاری، المکاسب: ۳۶۷). البته این امر به معنای استقلالی بودن عرف در احکام نیست؛ برخلاف برخی

که نقش عرف در اسلام را با رعایت اختلاف این دو سیستم، همسان نقش عرف در کامن‌لا می‌دانند (ضیایی بیگدلی، ۱۳۶۹: ۴۱).

ج. کاربرد غیراستقلالی عرف

این کاربرد که کاربرد آلی هم می‌گویند، به معنای استفاده ابزاری از عرف است؛ بدون آنکه سندیت استقلالی آن را بپذیریم. ممکن نیست از کاربرد اجتهاد و شریعت سخن گفت، ولی کاربرد ابزاری عرف را نپذیرفت (زنجانی، همان: ۳/ ۱۰۲) این کاربرد را می‌توان به صورت‌های زیر برشمرد.

۱- ج. مراجعه به عرف در مفاهیم و مفردات و هیأت‌های به کار رفته در دلیل

از آنجایی که اراده قانون‌گذار برای ما قابل درک است و این فهم حجت است و شرع راه خاصی را در تفهیم مقاصد خویش بر نگزیده است، رجوع به عرف، قابل انکار نیست. رجوع برای تفسیر مفردات و نیز واژه‌های متحد در ادله و اسناد شرعی و تفسیر مجموعه جمل و هیأت‌های ترکیبی لازم است. برخی برای اثبات این مسئله، به آیه «وما ارسلنا من رسول الا بلسان قومه لنبین لهم» (ابراهیم: ۴) تمسک جسته‌اند (تبریزی، اوثق الوسائل فی شرح الرسائل: ۴۶۷).

اما محقق نائینی^۵ در این مورد، جایگاهی برای عرف قایل نیست و «ذهنیت و ارتکاز خالص متشرعه که از گذشتگان به آیندگان رسیده است» را مرجع و حاکم برای تشخیص می‌داند.

استاد محقق وحید خراسانی در تبیین ماهیت فعل کثیر، که صورت نماز را از بین می‌برد، گفته‌اند: باید ببینیم «حاکم به محو صورت نماز کیست؟» بعد گفته‌اند:

اگر عرف را حاکم بدانیم، با این معضل روبه‌رو می‌شویم که نماز موضوع عرفی نیست، بلکه مرکبی شرعی است و نظر عرف در این امور، مرجع نیست. از طرفی، نظر شارع نیز نمی‌تواند مرجع باشد، چون اگر نظر شارع مرجع شود، حقیقت قضیه چنین می‌شود که «هرچه صورت نماز را شرعاً محو می‌نماید، محو صورت نماز نموده است» (درس خارج فقه: جلسه ۸۹، ۶۹/۷۰). این مسئله، چیزی جز اخذ حکم در موضوع خودش نیست. به همین دلیل محقق نائینی حاکم و مرجع در محورا «ذهنیت و ارتکاز خالص متشرعه که از گذشتگان به آیندگان رسیده است» می‌داند (آملی، الصلوة ۱۴۰۳: ۲/ ۲۷۲).

حق آن است که تعیین‌کننده معنای کلمه محو، عرف است. تعیین مصداق محورا از شرع باید سراغ گرفت که ذهنیت متشرعان می‌تواند بیانگر سیره متشرعه در این زمینه باشد.

بر این اساس، شهید ثانی مرجعیت عرف را در فهم، تشخیص، تعریف و تنقیح موضوعات پذیرفته و آنها را به عرف واگذار نموده است (شهید ثانی، الروضة البهیه فی شرح اللمعة الدمشقیه: ۹۴/۲). فقهای دیگری نیز این نظر را دارند (امام خمینی، رسائل ۱۳۸۷: ۱/ ۱۸۴؛ هاشمی‌شاهرودی، همان: ۲۳۴/۴).

از آنجا که گفتیم تشخیص معنای واژه‌ها با عرف است، گاهی برخی فقها در این زمینه دخالت نموده و در کنار عرف عباراتی آورده‌اند که عرفی بودن واژه را دچار تشکیک می‌کند. به طور مثال، در بحث غنا، تشخیص اینکه چه چیزی غناست کار عرف است، ولی شهید ثانی در تعریف غنا دخالت کرده و فرموده است: «غنا کشیدن مد است به گونه‌ای که صدا در گلو رفت و برگشت داده باشد و با اهتزاز حاکی از شدت شادی یا غم همراه باشد، یا هر آنچه در عرف به غنا موسوم گردد، یا هر آنچه با اهتزاز و طرب باشد» (شهید ثانی، همان: ۳۰۹/۱). یکی از حقوق‌دانان نیز در مرجعیت عرف

برای تفسیر واژگانی چون «مال، اختلاس و سرقتی...» می‌گوید تفاهم عرفی هیچ‌گاه نمی‌تواند این واژگان را تعریف نماید و باید به سراغ «عناصر شماری» و «اجتهاد و ماهیات حقوقی» رفت (جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق: ۱۳۶۰/۲ و ۷۷۳/۱).

۲- ج. تبصره: محدوده کاربرد مصطلح شرع

سؤال این است: اگر شرع مقدس اصطلاح خاصی در باب معینی یا در مورد واژه‌ای داشت، آیا در سایر ابواب فقهی در تعیین مفهوم آن واژه به عرف عام مراجعه می‌شود؟ مثل تفسیر کلمه وجه و صورت در هنگام شستن برای وضو که آیا در بحث نگاه نامحرم هم همان محدوده است یا خیر (حر عاملی، وسائل الشیعه ۱۳۹۸: ۱/ ابواب وضو باب ۱۷) به نظر می‌رسد نمی‌توان این ملاک را در سایر ابواب فقهی به کار بست.

برخی نیز کارگشایی عرف را در جایی دانسته‌اند که نص خاصی در مورد واژه‌ها نداشته باشیم. به عنوان مثال، در تشخیص ربای معاملی، صاحب جواهر می‌گوید: ملاک مکیل یا موزون بودن، عصر رسول خدا^۱ است؛ ولو در زمان‌های بعد، تغییراتی در سنجش آن‌ها حاصل شده باشد (نجفی، همان: ۳۶۲/۲۳).

برخی نیز گفته‌اند که «نص شرعی در این موارد متأثر از عرف است، بنابراین عرف معتبر است، در هر زمانی که باشد» (ابن عابدین، همان: ۱۱۶/۲).

تطبیق احکام مطلق بر حوادث، وقایع و مصادیق آن‌ها نوعاً عرفی است و رمز انطباق شریعت با شرایط خاص هر محیط، در مراعات عرف‌های صحیح آن محیط نهفته است (ابوسنه، العرف والعادة فی رأی الفقهاء ۱۹۴۷: ۴۴ - ۴۶). از آنجا که کار شرع، بیان احکام است، در مصادیق قرینه خاص می‌طلبد و این سخن که با تغییر زمان نیز همان مصداق مکیل و موزون بودن زمان رسول خدا^۱ حاکم باشد، استدلال خاص می‌طلبد، چون این مسئله از مسائل تعبیدی نیست.

۳- ج. مراجعه به عرف در برداشت از مجموعه دلایل یا ادله و امور پیرامون

استناد به عرف برای استنباط احکام و کاربرد آن در تفاسیر، تبیین ادله و اسناد معتبر شرعی، دومین محل اعمال آلی عرف است. یعنی بینیم عرف زمان نزول آیه قرآن یا صدور حدیث، از آن دلیل چه چیزی را می‌فهمیده است که آن فهم برای ما حجیت دارد.

۱-۳- ج. فرق این کاربرد با کاربرد قبلی

در کاربرد قبلی که مربوط به تفسیر مفردات و هیأت‌های یک دلیل از عرف بود، می‌خواستیم بینیم آشنایان به زبان عربی مثلاً از صیغه امر یا نهی چه چیزی برداشت می‌کنند و فهم آن‌ها معیار قرار می‌گرفت که به آن «عرف لفظی» می‌گفتیم که بیشتر مربوط به ظهورات بود. اما در کاربرد دوم، داوری مردم در مورد «مجموعه دلیل» یا «عرف ترکیبی» مد نظر است. به طور مثال، برداشت مردم از آیه «ولا تعاونوا علی الاثم والعدوان» (مانده: ۲) صرف تعاون نیست، بلکه از این آیه، علاوه بر عدم تعاون بر گناه، مخالفت با ماده فساد هم برداشت می‌شود، یعنی علاوه بر عدم تعاون بر گناه، راضی به تحقق اثم هم نباشید. یعنی علاوه بر مفردات لفظ و هیأت آن‌ها، از عناصر دیگری نیز کمک گرفته می‌شود. یعنی سخن از ماده و هیأت تعاون و اثم و عدوان نیست.

عرف با کمک سایر ادله و مذاق شریعت، از مجموع این آیه، برداشت دیگری می‌کند. برخی از نویسندگان این برداشت را «فهم عرفی» یا «تفاهم عرفی» نامیده‌اند و به یک ماده قانونی مثال زده‌اند. قانون مالک و مستأجر مصوب ۱۳۳۹، که این ماده قانونی، اراضی مزروعی را مشمول این قانون ندانسته است. حال اختلاف شده که آیا باغ گل و باغ میوه هم مشمول اراضی مزروعی است یا خیر.

در این جمله بحث بر سر زراعت یا کشت نیست، بلکه مراد آن است که کشاورزان چه تصور و فهمی از مفهوم کشت و زرع در ذهن خود دارند (جعفری لنگرودی، دانشنامه حقوقی: ۳۷۶/۲). موقعیت این کاربرد آن است که اگر قابل اعتماد باشد، می‌تواند در تخصیص عموم یا در تنقیح مناط و الغای خصوصیت به کار گرفته شود. همچنان که سید مرتضی در کتاب خود بابتی به نام «فصل فی تخصیص العموم بالعادات» گشوده است (علم‌الهدی، الذریعه فی اصول الشریعة ۱۳۴۶: ۱/ ۳۰۶ و ۳۰۷).

برخی نیز حیطة عرف لفظی را تشخیص معنای مقررات می‌دانند و حتی توان تشخیص جملات مرکب مثل (حیوان ناطق) را در حیطة عرف نمی‌دانند (مصطفوی، ۱۳۹۲: درس خارج فقه).

۲-۳-ج. ارزیابی این کاربرد

برخی از نویسندگان با حمله به فهم عرفی مذکور، آن را مختص زمان صدور کتاب و سنت دانسته، در زمان حاضر قابل اعتماد نمی‌دانند و به جای آن، سراغ «فهم علمی دقیق» می‌روند و در حال حاضر، چاره‌ای جز کنار گذاشتن فهم عرفی مذکور نمی‌بینند (مجتهد شبستری، همان: ۲۷). چون فهم عرفی سوءفهم دارد، آن را کنار زده و سراغ تعریف نامعلومی به نام «فهم علمی دقیق» رفته است.

۳-۳-ج. استفاده از فهم در تنقیح مناط

در ذبح حیوان، آهن بودن چاقو شرط شده است، فتوای مرحوم آقای بهجت این است: «اگر آلت ذبح در تیزی و حدت، مثل آهن باشد تا انتهای ذبح، بعید نیست، حکم آهن را داشته باشد به الغای خصوصیت» (بهجت، مناسک محشی: ۴۱۷). در این حکم، مرحوم آقای بهجت آهن بودن را بنا بر فهم عرفی تعمیم داده و شامل غیر آهنی که تیزی و حدت آهن را داشته باشد، هم می‌داند. بنابراین، فهم عرفی از جمله مذکور، توان تعمیم دلیل را دارد.

۴-۳-ج. استفاده از فهم عرفی در اولویت

استاد وحید خراسانی با به کارگیری اولویت عرفی می‌گوید:

وقتی از دلیل نهی بیع ملک غیر، بطلان بیع ملک غیر را استفاده نکردیم، به طریق اولویت عرفی عدم بطلان معامله با ملکی که متعلق حق غیر (مثل مرهون بودن) است، را قائل می‌شویم (وحید خراسانی، درس خارج فقه: ۱۳۷۷).

۵-۳-ج. تخصیص و تقیید ادله با فهم عرفی

فهم عرفی از آیه «وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرْ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ» (انعام: ۱۲۱) می‌گوید: فقط بردن نام خدا ذبح را حلال می‌کند و قید می‌زند که بردن صفات کمال الهی بر زبان، نمی‌تواند ذبح را حلال کند، یعنی عموم اسم خدا را قید می‌زند. در آیه «وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ» (بقره: ۲۳۳) فهم عرفی در موارد عدم وجود شیر در زن شیرده، این دو سال را تخصیص می‌زند. یعنی فهم عرفی عام را تخصیص می‌زند و می‌گوید دوره دو ساله شیردهی،

مخصوص زنی است که شیر دارد.

در آیه «فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا...» (نساء: ۴۳) فهم عرفی می‌گوید: جواز تیمم فقط برای کسی نیست که آب در اختیار ندارد، بلکه برای کسی که آب برای بدنش ضرر دارد، نیز تیمم جایز است. یعنی عرف از آیه اطلاق را می‌فهمد. برخی نیز گفته‌اند که در این سه مثال، از ابتدا عموم و اطلاقی منعقد نمی‌شود تا فهم عرفی، تخصیص و تقییدی بر آن بزند (علیدوست، همان: ۲۳۷).

۶-۳-ج. تغییر نص و عدم عمل به آن به دلیل تغییر عادت و عرف

شهید اول در کتاب القواعد و الفوائد (يجوز تغير الاحكام بتغير العادات) می‌گوید:

اگر زن و شوهر بعد از عمل زناشویی، در پرداخت مهریه اختلاف نمایند، اگرچه روایت قول مرد را مقدم می‌دارد، امروزه باید قول زن را مقدم نمود، زیرا روایت دال بر زمانی است که مردان موقع عقد نکاح، مهریه را نقداً می‌پرداختند و چون این عادت و عرف تغییر کرده است، اثبات پرداخت مهریه وظیفه مرد است (شهید اول، القواعد و الفوائد: ۱۵۱/۱).

۴-ج. عرف و فهم مناسبات بین موضوع و حکم مذکور در اسناد شرعی

در بسیاری از موارد، فهم عرفی به تناسب حکم و موضوع، اقتضائاتی را می‌فهمد. به طور مثال، وقتی گفته می‌شود «امام جامعه دیه را در شرایط ویژه باید بپردازد»، تناسب حکم و موضوع می‌فهماند که امام موظف نیست این دیه را از اموال شخصی خود بپردازد (خویی، مبانی تکملة المنهاج: ۴۴۴/۲).

وقتی سبق (مسابقه) در اسب سواری جایز شمرده می‌شود، با فهم عرفی می‌فهمیم که این حکم مختص مسابقه اسب سواری نیست و شامل مسابقات دیگر هم می‌شود، بلکه شامل هر چیزی نیز می‌شود که آشنایی با کاربرد آن، موجب آمادگی و تفوق مسلمین می‌گردد (وحید خراسانی، درس خارج فقه: ۱۳۷۳).

۵-ج. مراجعه به عرف در تطبیق مفاهیم عرفی بر مصادیق

در متون دینی به قضایای متعددی بر می‌خوریم که نهاد آن عرفی، ولی گزاره آن شرعی است. مثال: غصب حرام است، یا معامله دیوانه باطل است. نهاد غصب و معامله دیوانه، از نهادهای عرفی‌اند، ولی گزاره (حرمت در بطلان) آن‌ها شرعی است. تفسیر غصب و معامله دیوانه کار عرف است، ولی تطبیق این مفاهیم بر افراد، افعال و اشیایی که در خارج‌اند، امر دیگری است که غیر از تفسیر مفهوم است. حال این تطبیق کار چه کسی است؟ چه کسی باید بگوید فلان عمل غصب است و فلان معامله، معامله دیوانه است؟

یعنی مرجعیت عرف در تفسیر کلمه غصب و معامله دیوانه، غیر از تطبیق مفاهیم بر مصادیق است. در کاربردهای آلی اول و دوم، فقها اختلاف نظری نداشتند، ولی کاربرد سوم (که بحث فعلی است) در عرصه نظری و عملی مورد اختلاف اندیشمندان قرار گرفته است.

به طور مثال، در تعیین مصداق مسافت هشت فرسخ، مرحوم صاحب عروه می‌گوید: «اگر مسافت در مسافرت کمتر از هشت فرسخ، هر چند اندک، باشد، موجب قصر نماز نمی‌گردد، زیرا مسافت مزبور مبتنی بر تحقیق است نه تسامح عرفی» (طباطبایی یزدی، العروة الوثقی: ۱۱۳/۲).

یا در جای دیگر گفته‌اند: «هرگاه آب کمتر از کر باشد، هر چند به نصف مثقال، حکم آب قلیل را دارد» (همان: ۱/۱).

۳۴). پس مرحوم صاحب عروه، داوری عرف در تطبیق مفاهیم عرفی بر مصادیق را نمی‌پذیرد.

۱-۵-ج. سه نکته در مورد داوری عرف در تطبیق مفاهیم عرفی بر مصادیق

۱. کارایی عرف در این زمینه فقط در مورد موضوعات عرفی است، مثل تطبیق غصب بر فلان عمل خارجی، ولی در مخترعات شرعی کارایی ندارد. به طور مثال، وقتی می‌گوییم «انجام عملی که صورت نماز را به هم بزند، جایز نیست»، داوری عرف در تشخیص «صورت نماز» و تطبیق آن بر موضوع خارجی قابل قبول نیست، زیرا «صورت نماز» واژه‌ای است که مخترع شرع است نه عرف. به عبارت دیگر، نظر عرف وقتی در شریعت قابل قبول است که عرف به معنای حکم ثانوی شمرده شده است (سلجوقی، همان: ۳۹).

۲. اگر مراجعه فقیه به عرف برای تشخیص مفهوم عرفی یک واژه و هیأت باشد، این مراجعه مورد قبول همه فقهاست و با مراجعه برای تطبیق مفهوم عرفی بر مصادیق فرق دارد.

۳. مورد گفت‌وگوی ما در تطبیق، عرف دقیق است نه عرف تسامحی.

یعنی مراجعه به عرف مردم برای تطبیق تسامحی را هیچ‌کس قبول ندارد. حتی کسانی که داوری عرف در تطبیق مفاهیم عرفی بر مصادیق را قبول دارند، مرادشان عرف دقیق است نه عرف تسامحی. برخی از این عرف به عنوان عرف عقلایی یاد کرده‌اند (فیض، همان: ۱۴۴).

امام خمینی & در این زمینه می‌گوید:

تسامح عرفی در هیچ مورد معیار نیست، نه در بیان مفاهیم و نه در تشخیص مصادیق. اگر سخن از مراجعه به عرف است، منظور عرف با همه دقت‌هایش در تشخیص مفاهیم و مصادیق است؛ این عرف در قبال تشخیص دقیق و برهانی عقل، معیار است (امام خمینی، ۱۳۸۵، ۱/۲۲۷).

ایشان در جای دیگر می‌گوید:

معیار در تبیین همه مفاهیم عرفی، کیفیت انطباق آن‌ها بر موارد عرف است، زیرا شارع در محاورات خود با مردم، اصطلاح خاص و روش ویژه‌ای ندارد. کلمه شست‌وشو در بول، همان معنای کلمه شست‌وشو در وضو را می‌دهد. با دقت عقلی نمی‌توان فهمید که شست‌وشوی در وضو، باید از بالا به پایین باشد (مگر دلیل خاص داشته باشیم) (امام خمینی، کتاب البیع ۱۳۷۹: ۲۲۰).

اما اکثر فقها، این استدلال را قبول نداشته، مرجعیت عرف برای تطبیق مفاهیم عرفی بر مصادیق را قبول نکرده‌اند؛ مثل مرحوم آخوند خراسانی (۱۴۲۲-۲۲۷)، مرحوم آقای خویی (خویی، تنقیح: ۲۷۶/۱؛ همو، مستند العروة: ۲۴/۱؛ همو، محاضرات فی الاصول، ۱۸۳/۴)، آقای وحید خراسانی در موارد مکرر از درس خارج خود و آقای هاشمی شاهرودی (هاشمی شاهرودی، همان: ۲۶۴/۲). در رأس این گروه از علما، مرحوم آقای خویی قرار دارد که برای بیان خود دلیلی اقامه نمی‌کند و مرجعیت عرف در تطبیق مفاهیم بر مصادیق را همراه با بی‌دقتی و تسامح می‌داند (خویی، تنقیح: ۲۷۶/۱). در صورتی که طبق نوشته‌های خود ایشان، عرف مورد گفت‌وگو، عرف دقیق بی‌تسامح است نه عرف متسامح (خویی، محاضرات: ۱۸۳/۴) دقت عقلی که مدنظر این بزرگوار است، تنگنای زیادی ایجاد می‌کند، زیرا هیچ فقیهی با دقت عقلی وارد احکام نمی‌شود.

خود ایشان هم، پس از صحت تطبیق مفهوم بر مصداق به صورت حقیقی، این موضوع را مد نظر قرار داده و گفته‌اند (و ان لم یکن دقیقاً). یعنی دقت عقلی هم مد نظر ایشان نیست؛ مثل مثال‌های زیر:

۱. فقها در بحث سجده بر زمین گفته‌اند سجده بر غیر خوردنی و پوشیدنی جایز است (طباطبایی، همان: ۵۸۸/۱ و ۵۹۱).

۲. در تشخیص فرد مکلف برای حج، تطبیق مفهوم بر مصداق را بر عهده خود مکلف دانسته‌اند (معرفت، ۱۳۷۳: ۱۰۶).

۳. در تشخیص عرف خاص و مقید، کار تطبیق به مردم واگذار شده است. مثال: اگر در وقف نامه‌ای آمده که سالی دو روز روضه‌خوانی شود، آیا کلمه روز، شب را هم شامل می‌شود؟ فرموده‌اند: اگر روضه‌خوانی در شب متعارف باشد، شامل شب هم می‌شود (تبریزی، استفتانات جدید ۱۳۷۸: ۳۱۹). برخی پویایی فقه را در عمل به دلیل عقل و عرف عقلا میسر می‌دانند که اگر آن را از فقه بگیرند، رکود و جمود به آن تحمیل می‌گردد و چنین قانونی عمر درازی نخواهد داشت (فیض، همان: ۱۴۲). نیز اضافه کرده‌اند: همان‌طور که دلیل عقل به عنوان یک منبع فقهی مورد قبول است، عرف نیز می‌باید همان جایگاه را بیابد تا قانون شرع بتواند جامعه را رهبری نماید (همان).

۵-ج. مرجعیت عرف خبره و کارشناس

گرچه برخی چنین مرجعیتی را نپذیرفته‌اند، امام خمینی & تشخیص کارشناس در وجود فلس در ماهی را می‌پذیرد؛ تا چه برسد به موضوعات پیچیده (امام خمینی، ۱۳۷۴، ۱۶۷ و ۱۶۶؛ همو، صحیفه امام: ۲۲۱/۱۷). مرحوم تبریزی نیز گفته است «چیزی که در نظر متخصص فلس باشد، ولی در عرف به آن فلس نگویند، شرعاً اعتباری ندارد» (تبریزی، استفتانات جدید: سؤال ۱۷۸۵).

قسمت سوم - عرف و قانون‌گذاری

عرف قانون‌گذار نیست، ولی در شکل‌گیری قوانین هم بی‌تأثیر نیست. لذا در موارد زیر نقش عرف را بررسی می‌نماییم.

الف. تخصیص و تقیید اکثر، نزد عرف مستهجن است

برخی از اندیشمندان، در تمام فروض، تخصیص و تقیید اکثر را جایز نمی‌دانند. یعنی نمی‌شود عام یا مطلق را بیان نمود و سپس آن قدر به آن تخصیص و یا قید زد که افراد کمی برای آن عام و مطلق باقی بماند (حسن بن زین الدین، معالم الدین و ملاذ المجتهدین: ۱۱۴). اما برخی مثل سید مرتضی، تخصیص و تقیید اکثر را جایز می‌دانند (علم الهدی، الذریعه فی اصول الشریعه: ۲۹۷/۱). به تعبیر استاد مکارم شیرازی، «عرف بین القای قانون در قالب عام یا مطلق، با اخراج اکثر افراد یا کثیری از افراد از دایره آن قانون، منافات می‌بیند» (مکارم شیرازی، قواعد الفقهیه ۱۳۸۲: ۷۰/۱).

ب. در نحوه بیان قانون

منظور آن است که در نحوه بیان قانون، عرف مد نظر قرار می‌گیرد. مثلاً ائمه^ع پاسخ کسی را که یک بار خدمت ایشان آمده با کسی که هر روز در حلقه درس ایشان شرکت می‌کرد، به یک نحوه نمی‌داده‌اند، بلکه برای کسی که یک‌بار در جلسه ایشان حاضر می‌شده با تقیید و تخصیص بیشتری بیان می‌نموده‌اند (امام خمینی، رسائل: ۳۲).

ج. در حد بیان قانون

عرف مردم تأثیر بسیاری در نحوه بیان قانون داشته است. مثلاً وقتی قانون‌گذار واجب عینی را بیان می‌کند، عرفاً نیازی به

قید زدن نیست، ولی وقتی واجب کفایی را بیان می‌کند، لازم است قرینه‌ای برای کفایی بودن آن بیاورد. برخی این عرف را عرف لفظی دانسته‌اند (خراسانی، بی‌تا: ۱۶۱/۱) و برخی آن را صرفاً یک داوری دانسته و متعرض عرف لفظی یا عملی بودن آن نشده‌اند (امام خمینی، لمحات الاصول ۱۳۷۹: ۱۹۴).

به عبارتی رفع اجمال و تکمیل قانون و یا رفع تناقض در قوانین، مربوط به عرف است (کی‌نیا، کلیات مقدماتی حقوق ۱۳۴۸: ۲۰۷؛ کاتوزیان، کلیات حقوق ۱۳۴۹: ۱۱۵/۲).

د. کفایت بیان قانون با داوری مردم (عرف)

یکی از موارد عرف، داوری مردم در مورد کفایت معنای خاصی برای قانون ویژه‌ای است. به طور مثال، عرف مردم در استصحاب حیات زید چون یک اصل شرعی را دارد اقامه می‌کند، به دنبال آثار شرعی استصحاب حیات زید است؛ مثل وجوب نفقه همسر وی، حرمت نکاح همسرش و ... پس به عبارتی، کاری با آثار عادی حیات او (مثل ریش درآوردن زید) یا آثار عقلی مثل (مرده نبودن زید) ندارد.

ه. حضور عرف در عرصه ادله و اسناد

در هنگام تعارض ادله، بحثی به نام جمع عرفی وجود دارد که عام را تخصیص می‌زند یا قید مطلق را مقید می‌کند. در مثال دیگر، وقتی حکم وضعی «اوفوا بالعقود» با عدم وفای به عهد فروش شراب تعارض کند، عرف در چنین مواردی تعارض نمی‌بیند. چون یکی حکم وضعی و دیگری تکلیفی است و حتی اگر هر دو را وضعی یا هر دو را هم تکلیفی بدانیم، دایره وجوب وفا را مضیق فرض می‌نماید (خویی، مصباح الفقاهه: ۳۲۱/۷). مثال دیگر اینکه در تعارض اصل و اماره، همواره اماره را مقدم می‌دارد. البته اثبات نظر عرف، در تمام این موارد، با مدعی تحقق عرف است (سلجوقی، همان: ۴۸؛ گلباغی، همان: ۲۱۸).

و. داوری عرف در قراردادها

عرف در مورد قراردادها داوری می‌کند، نه اینکه سند باشد. به طور مثال، وقتی برای پشیمان شدن طرفین، مبلغی به عنوان وا قولی قرار داده می‌شود، چنانچه زمان متعارفی برای پشیمانی وجود داشته باشد، حمل بر همان زمان می‌گردد و معامله صحیح است (امام خمینی، ۱۳۷۳: ۹۱/۲). در تفسیر قراردادها، چون نظر عرف این است که همواره ایجاب مقدم بر قبول است، مقدم داشتن قبول بر ایجاب مشکل است (شیخ انصاری، المکاسب: ۹۸).

ز. موضوع‌سازی عرف

گاهی با اینکه مالکی مالکی دارد، عرف به عموم اجازه مقداری تصرف می‌دهد؛ البته مالکی که دیوار و حصار نداشته باشد و رهگذر تصرف مختصری در آن کند. در این مورد، یکی از نویسندگان می‌گوید: «مصرف‌کننده عرفاً چنین می‌فهمد که صاحب زمین و قنات، به آن مقدار از خست و دنائت نیست که امثال این‌گونه مصارف کم و کوچک را منع کند» (جعفری‌لنگرودی، همان: ۳۸۰/۲). می‌توان گفت: عرف در چنین مواقعی، موضوع‌ساز برای اجرای ادله و احکام خاص است. مرحوم خوانساری نیز این سیره عرفی را در زمین‌های خرد هم جاری می‌داند و لزومی به کلان بودن آن نمی‌بیند (خوانساری، حاشیه بر عروه: ۲۲۴/۱). البته نصوصی نیز برای رضایت شارع بر این‌گونه تصرفات ارائه شده است (حر عاملی، وسائل الشیعه ۱۳۹۸: ۱۳/۱۴ - ۱۷).

طبق ماده ۲۲۰ ق.م.عقود، این قانون طرفین معامله را به انجام کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادت از عقد حاصل می‌شود، نیز ملزم می‌کند. اصطلاح عرف قراردادی به معنای عرفی است که طرفین قرارداد آن را پذیرفته‌اند، مثل تعیین محل تحویل مبیع طبق عرف محل (شیخ‌نیا، ادله اثبات دعوی ۱۳۴۴: ۳۴ - ۳۵).

نتیجه

در صفحاتی که گذشت، به دو برداشت متقابل از عرف اشاره کردیم. برخی برای عرف جایگاهی در استنباط قائل نبودند (شمام، ۱۴۰۹: ۳۴۰۷) و برخی جنگ با عرف را برخلاف عقل و شرع دانسته، محکوم به شکست می‌دانستند (فیض، فصلنامه حضور ۱۳۷۱: ۲۴) و یا برخی جایگاه عرف را همسان با جایگاه عقل و اجماع می‌دانستند (عمید زنجانی، همان: ۲۱۸ - ۲۲۱) و یا دلیل عادت را همیشه حاکم می‌دانستند؛ چه عادت عام یا خاص (رستم‌باز، همان: ۳۴).

از فرمایش برخی مثل صاحب جواهر که عرف را منشأ حق دانسته است (نجفی، همان: ۲۳/۲۶۳) و یا فرمایش امام خمینی^۵ که عرف بی‌تردید را مورد پذیرش قرار داده است (امام خمینی، انوار الهدایة فی التعلیقة علی الکفایة ۱۳۷۲: ۱/۲۶۴) چنین برداشت می‌شود که عرف می‌تواند حداکثر تغییرات حقوقی و قانونی را در جهت تأمین حقوق همه انسان‌ها در عصر ما به وجود آورد (زنجانی، همان: ۲۴/۲۲۶) یعنی عرف می‌تواند حکم صادر نماید. برخی با یک پله تنزل، عرف را در کنار منابع اربعه به عنوان مصادر تبعی و احتیاطی بر شمرده‌اند (الزرقا، همان: صفحات مختلف). در مقابل این دو قول، برخی گفته‌اند که حوزه شریعت، گسترده و شامل هر خرد و کلانی هست و همه اقوال و افعال زیر مجموعه یکی از افعال خمسه مندرج می‌گردد؛ خواه امور دولتی یا سیاسی و خواه عبادات و معاملات (زرگری‌نژاد، همان: ۱۴۲).

اما واقع مطلب آن است که عرف ارزش استقلالی برای صدور حکم یا سندیت آن را ندارد، بلکه به عنوان ابزاری آلی و غیرمستقل، در طریق استنباط مورد استفاده قرار می‌گیرد که موارد اعمال آن عبارت‌اند از:

- تشخیص مفردات و هیأت‌های به کار رفته در دلیل یا به عنوان تنقیح مناط یا اولویت یا تخصیص و تقیید.

- فهم تناسب بین حکم و موضوع.

- تطبیق مفاهیم عرفی بر مصادیق، مثل تشخیص نهاد غضب و معامله دیوانه در مثل «معامله دیوانه باطل است» یا

«غضب حرام است».

- تشخیص محدوده قانون (مثل تشخیص واجب کفایی از عینی).

- در تفسیر قراردادها که معمولاً ایجاب را بر قبول مقدم می‌دارد.

البته گاهی نیز عرف، موضوع ساز است، مثل تصرف مختصر عموم در ملکی که دیوار و حصار ندارد، چه خرد باشد چه کلان (خوانساری، حاشیه بر عروه: ۲/۲۲۴)، ولی در اصلاح حکم و یا مستند قرار گرفتن حکم، عرف جایگاهی ندارد.

- آملی، محمدتقی، **الصلوة** (تقریرات درس محمدحسین نائینی)، مؤسسه آل‌البیت، بی‌تا.
- ابن براج طرابلسی، عبدالعزيز، **المهذب**، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۶ق.
- ابن عابدین، سید محمد امین افندی، **نشر العرف فی بناء بعض الاحکام علی العرف**، بیروت، داراحیاء التراث العربی، جلد دوم، بی‌تا.
- ابن فارس، احمد، **معجم مقایس اللغة**، تحقیق عبدالسلام، محمد هارون، قم، مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۰۴ق.
- ابوسنه، احمد فهمی، **العرف و العادة فی رأى الفقهاء**، مطبعة الازهر - ۱۹۴۷م.
- امام خمینی سید روح‌الله، **الاجتهاد و التقليد**، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، ۱۴۱۷ق.
- ____، **رسائل**، نشر مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۸۷ق.
- ____، **کتاب البیع**، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، ۱۳۷۹.
- ____، **لمحات الاصول**، چاپ اول، ۱۳۷۹.
- ____، **استفتائات**، قم، انتشارات اسلامی، ۱۳۷۲.
- ____، **انوار الهدایة فی التعليقة علی الکفاية**، تحقیق مؤسسه نشر آثار امام خمینی & نشر دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ اول، ۱۳۷۲.
- انصاری، مرتضی، **المتاجر (المکاسب)**، چاپ سنگی.
- ____، **مطارح الانظار**، تحقیق ابوالقاسم کلانتری، آل‌البیت، چاپ اول، ۱۴۰۴ق.
- تبریزی، جواد، **استفتائات جدید**، انتشارات سرور، چاپ اول، ۱۳۷۸.
- تبریزی، میرزاموسی، **اوثق الوسائل فی شرح الرسائل**، قم، انتشارات کتب نجفی، بی‌تا.
- الجبعی‌العاملی، زین‌الدین (شهید ثانی)، **الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية**، تهران، مکتبه الاسلامیه، بی‌تا.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **دانشنامه حقوقی**، تهران، امیرکبیر، چاپ چهارم، ۱۳۷۵.
- ____، **ترمینولوژی حقوق**، تهران، گنج دانش، جلد ششم، ۱۳۷۲.
- ____، **مبسوط در ترمینولوژی حقوق**، تهران، گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۸.
- جمال‌الدین، حسن بن زین‌الدین، **معالم‌الدین و ملاذ‌المجتهدین**، مؤسسه نشر اسلامی، بی‌تا.
- جوهری، اسماعیل بن حماد، **الصحاح (تاج اللغة و صحاح العربیه)**، تحقیق احمد عبدالغفور عطا، بیروت، دارالعلم للملایین، چاپ چهارم، ۱۹۹۰.
- حر عاملی، محمدحسن، **وسائل الشیعه**، المکتبه الاسلامیه، چاپ پنجم، ۱۳۹۸ق.
- حسینی حائری، سید کاظم، **مباحث الاصول**، تقریرات درس مرحوم صدر، قم، مکتب الاعلام الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۸ق.
- حنفی، ابن نجیم، **الاشباه و النظائر**، تحقیق محمد مطیع الحافظ، دمشق، دارالفکر، چاپ اول، ۱۹۸۶.
- زبیدی، محمدمرتضی، **تاج العروس من جواهر القاموس**، تحقیق عبدالستار احمد فراع، بیروت، دارالهدایه، ۱۳۸۵ق.
- الزرقا، مصطفی احمد، **المدخل الفقهي العام**، دمشق، دارالفکر، ۱۹۶۷.
- زرگری‌نژاد، غلامحسین، **رسائل مشروطیت**، تهران، انتشارات کویر، چاپ دوم، ۱۳۷۷.
- زنجانی، موسی، **مقاله اصلاح طلبی غربی و فلسفه تجدد در ایران**، کتاب نقد، فصل‌نامه، شماره ۱۶، پاییز ۱۳۷۹.
- سروش، عبدالکریم، **اخلاق خدایان**، تهران، انتشارات طرح نو، چاپ سوم، ۱۳۸۰.
- ____، **بسط تجربه نبوی**، تهران، مؤسسه فرهنگی صراط، ۱۳۷۸.
- شیخ‌نیا، امیرحسین، **ادله اثبات دعوی**، نشر شرکت انتشار، چاپ نخست، ۱۳۴۴.

- صدر، سید محمدباقر، اقتصادنا، بیروت، دارالتعارف للمطبوعات، ۱۴۱۱ق.
- _____، **دروس فی علم الاصول**، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۲ق.
- طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم، **العروة الوثقی**، تهران، المكتبة العلمية الاسلامیه، بی تا.
- العاملی، ابوعبدالله محمد بن مکی، **القواعد و الفوائد فی الفقه و الاصول و العربیه**، تحقیق سیدعبدالهادی الحکیم، قم، مكتبة المفید، بی تا.
- عسگری، ابوهلال، **الفروق اللغویه**، قم، مكتبه بصیرتی، بی تا.
- علم الهدی، الشریف المرتضی، **الانتصار**، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۵ق.
- _____، **الذریعه فی اصول الشریعه**، تصحیح و تعلیق ابوالقاسم گرجی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۶.
- علیدوست، ابوالقاسم، **فقه و عرف**، نشر پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۶.
- عمید، حسن، **فرهنگ عمید**، انتشارات امیرکبیر، چاپ سیزدهم، ۱۳۵۸.
- عمید زنجانی، عباسعلی، **فقه سیاسی**، نشر امیرکبیر، چاپ اول، ج ۲، ۱۳۶۶.
- فصل نامه نقد و نظر**، مصاحبه با محمد مجتهد شبستری، شماره ۱، زمستان ۱۳۷۴.
- فیض، علیرضا، **عرف و اجتهاد**، مجمع علمی و فرهنگی مجد، چاپ اول، ۱۳۷۸.
- _____، مقاله «نقش زمان و مکان در فقه و اجتهاد» **فصلنامه حضور**، شماره ۵ و ۶، تابستان و پاییز ۱۳۷۱.
- فیض الاسلام، علی نقی، **نهج البلاغه**، بی جا، بی تا.
- کاتوزیان، ناصر، **فلسفه حقوق**، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم، ۱۳۸۱.
- _____، **کلیات حقوق**، نشر دانشگاه تهران، چاپ اول، ۱۳۴۹.
- _____، **مقدمه علم حقوق**، نشر شرکت انتشار، چاپ بیست و دوم، ۱۳۷۶.
- کی نیا، مهدی، **کلیات مقدماتی حقوق**، نشر دانشگاه تهران، چاپ اول، ۱۳۴۸.
- گلbaughی ماسوی، سید علی جبار، **درآمدی بر عرف**، دفتر تبلیغات اسلامی مشهد، چاپ اول، ۱۳۷۸.
- مجتهد شبستری، محمد، **نقدی بر قرائت رسمی از دین**، نشر طرح نو، چاپ اول، ۱۳۷۹.
- مجمع الفقه الاسلامی (مجله) جده، دوره پنجم، شماره ۵، جزء چهارم، ۱۴۰۹ق.
- مکارم شیرازی، ناصر، **قواعد الفقهیه**، قم، نشر مدرسه امیرالمؤمنین (علیه السلام)، ۱۳۸۲.
- موسوی، ابوالقاسم علی بن الحسین، **الذریعه الی اصول الشریعه**، تحقیق ابوالقاسم گرجی، دانشگاه تهران، چاپ دوم، ۱۳۶۳.
- موسوی خویی، سید ابوالقاسم، **مصباح الفقاهه**، بی جا، بی تا، بی تا.
- نائبینی، محمدحسین، **تنبيه الامة و تنزیه الملة**، بی جا، بی تا.
- _____، **فوائد الاصول**، نشر جامعه مدرسین، قم، ۱۴۱۴ق.
- نجفی، محمدحسن، **جواهرالکلام**، تصحیح آخوندی، تهران، دارالکتب الاسلامیه، چاپ هفتم، ۱۳۹۲.
- هاشمی شاهرودی، سید محمود، **بحوث فی علم الاصول**، مجمع علمی شهید صدر، چاپ اول، ۱۴۰۵ق.
- ولّی قوته، عادل بن عبدالقادر بن محمد و همکاران، **العرف، حجّیته و اثره فی فقه المعاملات المالیه عندالحنابله**، مکه، المكتبة المکیة، ۱۴۱۵ق.

Internal and External Evidences and Their Contradiction

Abstract

The conflicting oral testimonies are one of the important issues in legal discussions. What is generally said is that the presence of two just witnesses is sufficient as a proof of something. At times it happens that the claimant may have two witnesses while the defendant too might present two witnesses in which case the first testimony is contradicted by the second. This contradiction is the subject of study in this article.

If the two sides are the parties to the legal case, they will take an oath or do *nokul* (lit. refusal) in which case the thing which the two sides are disputing over will be halved. Some jurists like Sheikh Tusi (ra) are of the view that the denier has no right to present two witnesses. They have said that the denier has the right to only take an oath, not to present witnesses. Some other jurists like Allamah Hili (ra) have stated that the denier has the right to present witnesses. In fact, it has been said that the denier has such a right only in non-legal cases. However, there are people like Abu Salah al-Halabi who believe that the denier has the right to present witnesses (internal evidence) and if their oral testimony contradicted that of the plaintiff (external evidence), the testimony of the denier takes precedence. Some jurists like late Naraqji and Imam Khomeini (ra) are of the view that in the case of contradiction between the testimonies of the two parties, the denier's testimony takes precedence. Indeed, every single approach in this regard has its own respective reasons and arguments.

The writer is of the view that occurrence of contradiction is possible between internal and external evidences and some jurisprudents like Sheikh Tusi (ra) have finally said: "If the external testimony mentions the cause for its testimony, it will take precedence." The Second Martyr (ra) also gives precedence to internal testimony to internal one in case the proofs are equally credible. But the true opinion is that none of the evidence precedes the other. If both evidences are dominant, the denier has to take an oath and the decree will be issued in favor of the one who is holding the property in possession.

Keywords: evidence (testimony), refusal, denier, lot, internal evidence, external evidence.

* Date of submission: ۱۵/۵/۲۰۱۴ Date of acceptance: ۲۱/۷/۲۰۱۴.

** Assistant professor, University of Qom.

*** Graduated student from level four of the Islamic Seminary of Qom, PhD student, Quran and Social Sciences.