



مرجعیت «عرف» از دیدگاه مذاهب اسلامی

پدیدآورنده (ها) : تقدیری، علی

ادیان، مذاهب و عرفان :: نشریه پژوهشنامه حکمت و فلسفه اسلامی :: تابستان و پاییز ۱۳۸۳ - شماره ۱۰ و ۱۱

صفحات : از ۱۱ تا ۴۴

آدرس ثابت : <https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/317553>

تاریخ داندلود : ۱۴۰۴/۰۸/۰۴

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.



مقالات مرتبط

- حجیت عرف در تشخیص مصادیق
- تبارشناسی عرف در فقه امامیه و حقوق ایران
- بررسی ماهیت و شرایط کاربرد عرف و عادت در استنباط و قانون‌گذاری
- تاملی بر جایگاه "عرف" و "عادت" در فقه و حقوق موضوعه ایران
- نقش عرف در تشخیص موضوع و استنباط احکام
- کاربرد عرف در استنباط
- نقش عرف در فقه ابن ادریس
- تناسب میان حکم و موضوع با رویکردی به کارکرد ابزاری عرف
- تحلیل جایگاه عرف در موضوع شناسی و مصداق شناسی فقه هنر
- واکاوی تفاوت دلیل عقلی و بناء عقلاء
- عرف و جایگاه آن در استنباط احکام شرعی
- فقه و عرف

عناوین مشابه

- نقش عرف سیاسی در حقوق غیرمالی زوجین از دیدگاه حقوق ایران (مذاهب اسلامی وادیان رسمی)
- قصاص پدر و مادر در برابر قتل عمدی فرزند از دیدگاه مذاهب اسلامی
- بررسی حکم شرعی استعمال مواد مسکر و روان گردان از دیدگاه فقهای مذاهب اسلامی
- وضو از دیدگاه مذاهب اسلامی
- بررسی ترجمه قرآن در قرائت نماز از دیدگاه مذاهب اسلامی
- بررسی فقهی مسح در وضو از دیدگاه مذاهب اسلامی
- شک؛ شبهه و ارتداد از دیدگاه مذاهب اسلامی
- قاعده احتیاط از دیدگاه فقهاء و اصولیین مذاهب پنگانه اسلامی
- گستره و قلمرو دفاع مشروع از دیدگاه مذاهب فقهی اسلامی
- آثار تخلف ولی قهری از دیدگاه فقهای مذاهب اسلامی و حقوق ایران

مرجعیت عرف

از دیدگاه مذاهب اسلامی

حجت الاسلام و المسلمین علی تقدیری*

چکیده

مقوله «عرف و عادت» به تناسب بحث اجتهاد و استنباط، جایگاه کاربردی و مؤثر در روند استنباط احکام مذاهب اسلامی دارد. در این مقاله، مرجع بودن عرف در دو فصل و از زوایای مختلف بررسی می‌شود. در فصل اول، کلیاتی از مفهوم عرف و عادت و تفاوت عرف و ادله لویه تشریح می‌گردد. در فصل دوم، با بررسی مقایسه‌ای بین دو دیدگاه امامیه و مذاهب اهل سنت، شرایط و ادله وارده در منابع و مبانی اصولی مذاهب، مورد ارزیابی نهایی قرار می‌گیرد.

واژه‌های کلیدی: عرف، عادت، شیعه، اهل سنت، مذاهب اسلامی، ادله عرف.

مقدمه

عرف، نخستین مظهر حقوق جوامع و جوهره مکاتب فکری است. معارف دینی و منابع اصیل بر پایه اسلوب عرف و محاورات عرفیه بنا گردیده است. از آغاز تشریع اسلامی، عرف به عنوان منبع در حوزه استنباط فقهی مذاهب اسلامی مورد توجه قرار گرفته است. در این باب مذاهب و فرق اسلامی به تناسب ابواب فقه از عرف بهره‌های فراوان برده‌اند که هویت عرف و کاربرد آن بر اساس قلمرو و تأثیر در فضای شرعیت به لحاظ شرایط زمانی و مکانی نگریسته شده است.

پارهای از فقیهان اهل سنت به مرور زمان مکتبی به نام «مکتب عرف» بنا نهاده‌اند که مذهب حنفیه از پیروان دارای مبنا و استدلال آن به شمار می‌آیند.

اهمیت عرف در مکتب فوق تا به آن پایه است که نه تنها آن را در اثبات حقوق و معاملات و تصرفات به عنوان یک منبع بزرگ اثبات احکام فقهی معتبر دانسته‌اند، بلکه به عنوان اصلی از اصول شرعی پذیرفته شده است.

* محقق و نویسنده حوزه علمیه قم.

طرح این مقوله علمی نیازمند احاطه به مبانی و نگرشهای مذاهب اسلامی است که در متون فقهی و اصولی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

ماهیت عرف

عرف در لغت دو گونه معنا شده است: الف - امر شناخته شده. ب - امر پسندیده. عرف را برخی چنین تعریف کرده‌اند:

العرف: المعروف و هو خلاف النکر و ما تعارف علیه الناس فی عاداتهم و معاملاتهم^۱

مفهوم عرف، امر شناخته شده و معروف، در برابر «تکر» است، خواه آن امر از امور تکوینی باشد، مانند زمین بلند یا موج و امواج دریا و خواه از عادات شایع مردمی که برای همگان شناخته شده باشد.

شیخ طوسی در ذیل آیه «وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ»^۲ فرموده است: «قوله: «وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ»؛ یعنی بالمعروف و هو کل ما حسن فی العقل فعله او فی الشرع و لم یکن منکرا و لاقبیحا عند العقلاء». ^۳ غالب تعابیر و تعاریف عرف، نمونه‌های خارجی آن است، نه تفسیر مضمون یا مراد حقیقی آن. مهم‌تر آنکه متبادر اولیه از عرف نیز همان امر شناخته شده و مستحسن عقلی است و همین نیز از آیات استفاده می‌شود. درباره عرف اصطلاحاتی مانند «سیره متشرعه»، «سیره عقلا»، «مرتکزات متشرعه»، «عادات و آداب» و «سنت تقریری» نیز ذکر شده است.

«عادت» از ریشه «عود» و به معنای بازگشت است و با تکرار پیاپی عمل ایجاد می‌شود. چنین عملی به مرور نزد مردم شناخته می‌شود و در نفوس رسوخ می‌یابد. آنچه از بیان اهل فن درباره عرف و عادت فهمیده می‌شود این است که به ظاهر تفاوتی بین عرف و عادت از جهت مفهوم و مصداق وجود ندارد؛ به ویژه آنکه بعضی از تعاریف به یکدیگر عطف شده‌اند، ولی از نوشته‌های اهل اصول چنین برمی‌آید که عرف و عادت از حیث مفهوم افتراق دارند؛ هر چند در مصداق متحدند.^۴ عرف و عادت دارای ویژگیهایی انحصاری‌اند:

قدمت عرف: متعارف باید ناشی از شیوه عمل مردم جامعه طی سالهای متمادی باشد و گرنه در زمان محدود، یک قاعده حقوقی معتبر و لازم‌الرعایه محسوب نمی‌شود.

استمرار: آن عمل و شیوه، باید بی‌وقفه عادت همگان شود.

اعتقاد عمومی: این ویژگی ناظر به جنبه روانی عمل است؛ یعنی آن عمل باید در روان و اندیشه مردم جامعه به عنوان یک اصل مسلم و معتبر درآید و اجرای آن را الزام‌آور سازد و مقبول عامه باشد.

تعریف عرف

وهبه زحیلی در ذیل عرف می‌نویسد:

طرح

سال سوم، شماره ۱۰-۱، تابستان و پیاپی: ۸۳

العرف هو ما اعتاده الناس و ساروا عليه من كل فعل شاع بينهم او
قول تعارفوا اطلاقه على معنى خاص لاتألفه اللغة ولايتبادر غيره سماعه
وهذا يشمل العرف العملي والعرف القولي؛^٥

عرف آن است که متعارف بین مردم باشد و مردم هر عمل رایج
همگانی یا گفتاری را انجام دهند که بر مفهوم خاصی استعمال گردد و در
لغت یافت نشود و در هنگام شنیدن، غیر آن به ذهن سبقت نگیرد عرف
می‌نامند و این شامل عرف عملی و قولی است.

مرحوم علامه طباطبایی در ذیل آیه شریفه «وأمر بالعرف» آورده‌اند که عرف باید در روش و
عمل مردم امری حسن و معقول باشد و برخلاف ارزشها نباشد.^٦

عملی‌ترین تعریف از مرحوم آقا ضیاء نراقی است. وی در باب ادله اجتهاد و تقلید فرموده است:
والی ذلك ايضا يرجع السيرة الممهودة من العرف و العقلایی و المتدینین
من الصدر الاول على رجوعهم فی کل ما جهلوا به الى العالم بل و يرشد
اليه ماورد فی الادلة الشرعية من ارجاع الجاهل الى العالم...^٧

تقلید در آنچه آدمی خود اطلاع کافی درباره آن ندارد، امری جبلی و فطری و ارتکازی است که
در همه انسانها وجود دارد. سیره عرف و عقلا نیز به همین معنا باز می‌گردد، ولی مفهوم عرف را باید
از خود عرف گرفت؛ زیرا واژه عرف اصطلاح شرعی نیست تا در آیات و روایات کاوش شود، بلکه
چیزی است که ریشه در فطرت انسانها و زندگی مردم دارد. در میان تعاریف عرف، تعریف
بحث‌انگیزی از ابن عابدین حنفی به نقل از غزالی نقل شده که می‌گوید:

العادة والعرف ما استقر فی النفوس من جهة العقل وتلقته الطبیاع
بالقول...^٨

عرف و عادت روشنی است که با یاری عقل در نفوس جای می‌گیرد و
طبیاع سالم آن را مورد پذیرش قرار می‌دهند.

در تعریف ایشان دو نکته اساسی است: اول آنکه وی دو واژه عرف و عادت را به یکدیگر عطف
نموده است و دیگر اینکه جایگاه اعتبار عرف را مستند به عقل و طبع دانسته است.
در اینجا باید گفت که بر تمام تعاریف مذکور نقدهایی وارد است:

١. عرف و عادت در مفهوم، با یکدیگر تفاوت ماهوی دارند. بر اساس تعریف غزالی، افتراق آنها
در این است که در عرف جهت عقلایی مورد توجه است، ولی عادت جنبه عقلایی ندارد.

٢. عرفها و عادات با دگرگونی ازمنه و امکنه تغییر پذیرند و لازمه این مطلب، تغییر عقول سلیم
و طبیاع است.

٣. بنابر تقسیم عرف به صحیح و فاسد و این که بخشی از عرفها فاسد و مسامحی‌اند، اطلاق
عرف بر عرفهای مخالف عقول و طبیاع سلیم و فاسد صحیح نیست و افزودن شهادت عقول در
بعضی از تعاریف، هیچ اعتباری به مفهوم عرف نمی‌دهد.

۴. تعاریف، جامع افراد و مانع اغیار نیستند، بلکه غالب آنها تنها شرح الاسماءند.

عرف عام: شیوه عملی اغلب مردم عرف عام نامیده می‌شود که با اختلاف زمانها و مناسبتها و امور اجتماعی تغییر نمی‌کند و در همه زمانها و مکانها جریان دارد؛ از جمله این عرف، رجوع به ظواهر اجتماعی، رجوع جاهل به عالم، عدم نقض یقین به شک و سیره روزمره مردم است.

عرف خاص: شیوه گروهی خاص در زمان یا مکان معین، مانند صنعت یا مهارت مخصوصی که در برخی از شهرها معمول است، عرف خاص نام دارد. استعمال الفاظ و مجاری آن نزد اهل عرف و بخشی از معاملات منطقه‌ای و آداب معاشرت و رسوم در اینجا مطرح می‌شود. عرف عملی در یک محل خاص می‌تواند در موارد خاص مانند وقف‌نامه‌ها و وصیت‌نامه‌ها به کار آید.

عرف قولی، عرف عملی: عرف قولی یا لفظی، معنای لفظ یا نحوه استعمال آن است که نزد گروهی مفهومی خاص دارد و ممکن است نزد دیگران مفهوم دیگری پیدا کند. در عرف، سائل، مسئول، تطبیق و نیز درک مراد مؤثر است. مثلاً اطلاق «ولد» به خصوص جنس مذکر در نزد اهل عراق معهود است، ولی این واژه در زبان عرب هم بر مذکر و هم بر مؤنث اطلاق می‌شود و در اصطلاح حقیقت عرفیه می‌گردد. عرف عملی از اسبابی مانند معاملات، معاطات و قراردادهای نشأت می‌گیرد.

عرف صحیح، عرف فاسد: عرف صحیح آن است که عمل مردم به آن، مخالفت با نص را در پی نداشته باشد، به شهادت عرف و پذیرش شرع مشروع گردد و تفویت مصلحت و جلب مفسدت هم در آن نباشد. تعارف اطلاق لفظ بر معنای عرفی غیر لغوی مانند وقف اموال منقول، معاملات و عقود و ایقاعات شرعی از این قبیل است. عرف فاسد نیز آن است که مطابق با شرع نباشد، عرف معمول بر لغویت آن گواهی دهد و مابین با دلیل شرع باشد. بیع ربوی که یقین به ردع آن از سوی شارع مقدس احراز شده، از آن جمله است.

عرف حادث، عرف متأخر، عرف مقارن: عرف حادث، عرفی است که بعد از ظهور اسلام و تشریع احکام پدید آمده است. عرف متأخر آن است که عرف از منشأ ادعا و یا مقرب و امثال آن متأخر باشد. این عرف حاکم بر دعوا نیست. عرف مقارن در انعقاد معامله مؤثر و عود حاکم بر آن است و در حقیقت به منزله قریبه خارجی برای مشخص کردن مفاد معاملات و قراردادهاست.

عرف مطرد، عرف غالب: عرف مطرد آن است که در منطقه یا مناطقی شایع شود و هیچ گونه مخالفتی با آن در کار نباشد. در غیر این صورت، عرف غالب خواهد بود.

عرف فقها (اجماع): برخی از علمای حنفیه معتقدند که عرف فرعی از فروع اجماع است؛ زیرا اجماع نزد اهل سنت از عرف عام یا عرف خاص برمی‌آید و اعتبار آن منوط به اتفاق امت یا اتفاق اهل حل و عقد است؛ ولی حق آن است که اجماع فرعی از انواع عرف است، نه عکس آن؛ زیرا عرف یا حسن است یا قبح دارد ولی اجماع حسن مطلق است؛ عرف یا مطرد است و یا غالب، ولی اجماع

منحصراً مطرد است؛ عرف بلدی و محلی است، ولی اجماع بلدی وجود ندارد و نیز در عرف عمل معتبر است، ولی در اجماع، عمل شرط تحقق نیست.^۹

عرف حکمی، عرف محلی: عرف حکمی آن است که در همه نقاط به یک شیوه بدان عمل می‌شود، اما عرف محلی در نقاط گوناگون متفاوت است. مثلاً احکام قضایی در مناطق مختلف با توجه به عرف مناطق و متناسب با آن مکان صادر می‌شود. به عنوان مثال، در مورد حقوق مالک و زارع در مازندران، حق کارانه و «تبر تراشی» و یا «دستارمی» عرف محلی است، اما این حق در خوزستان «تبعه» و در شیراز «فلاح» نامیده می‌شود.

عرف و ادله لبیه

عرف با عقل متفاوت است و این تفاوت چند وجه دارد:

۱. عرف می‌تواند صحیح یا فاسد باشد، ولی دلیل عقل فاسد نیست؛ هر چند خطا کند. این سخن بدین معناست که در دلیل عقلی وصف فساد به کار نمی‌رود؛ گرچه تعبیر باطل می‌تواند به کار رود.

۲. عرف باید همگام با عمل و تکرار باشد، ولی در دلیل عقلی حضور عمل ضرورتی ندارد.

۳. عرف به تدریج به دست می‌آید، ولی محصول عقل یکباره ظهور می‌کند.

۴. عرف در فقه و اجتهاد اهل سنت و حقوق اروپا اصل و منبع مستقل به حساب می‌آید، ولی همگان عقل را منبع قواعد و حقوق بر نمی‌شمرند. ظاهریه از اهل سنت و اخباریان از امامیه مخالف دخالت عقل در منابع حقوقی‌اند. اشاعره و حنفیه نیز عقل را از منابع حقوق نمی‌دانند.^{۱۰} این بینشها در مورد عرف و عقل، سبب تفاوت دیدگاه در استنباط گردیده است. برخی از مذاهب، مانند شافعیه و امامیه، برای حکم عقل اعتبار ویژه‌ای قائل‌اند. البته فقیهان شیعه دلیل عقل را به عنوان حجت برای حکم شرعی نپذیرفته‌اند و محدثان امامیه از اساس منکر حکمیت عقل‌اند.^{۱۱}

تفاوت عرف با اجماع

اجماع از طریق اتفاق امت یا فقها و مجتهدان یک مذهب معین منعقد می‌شود. بنابراین، با اینکه اختلاف در کیفیت کاشف است، این اتفاق باید به هر صورت به رأی معصوم منتهی شود، ولی عرف فاقد عنصر اتفاق است، بلکه سلوک اکثریت و عمل مطابق با سیره همگانی در آن کفایت می‌کند. پس مورد عرف، عمل معین است و مورد اجماع، رأی معین است. عرف گاهی فاسد است، ولی اجماع بر مفسده وجود ندارد. عرف محلی و بلدی دارد، ولی اجماع این گونه نیست. عرف ممکن است غالب یا مطرد باشد، درحالی که اجماع باید مطرد باشد.^{۱۲}

تفاوت عرف با بنای عقلا

عرف جنبه عمومی یعنی لفظی و عملی دارد و بنای عقلا بخشی از عرف یعنی عرف عملی است. بیشتر فقیهان و اصولیان این عرف عملی را «بنای عقلا» نامیده‌اند و قواعد فقهی را بر آن بنا کرده‌اند. در این عرصه، بنای عقلا در مقابل دلیل عقل، هویت نو پیدا می‌کند؛ به این مفهوم که بنای عقلا یک عملکرد خارجی است که به تکرار عمل بستگی دارد، ولی حکم عقل، استنتاج عقلی است.^{۱۳}

دیدگاهها

الف. شیعه

عرف در تاریخ از سه عامل تأثیر پذیرفته است: سرزمین، روح ملی و قومی، حس تقلید. در جزیره العرب، عرف و عادت پایه مظاهر زندگی و اساس شناخت بوده است؛ زیرا عربها در هیچ جنبه از ابعاد زندگی مادی و معنوی خود قانون مدونی نداشته‌اند و بر طبق عرفهای جاهلی که در تاریخ و اشعار و آثار باقی مانده، عمل می‌کرده‌اند. با تشریع منابع اسلامی (کتاب، سنت) ارزشمندی عرف و عادت به ویژه نزد اعراب از بین رفته است.^{۱۴} البته کلیت این سخن مورد ایراد است؛ زیرا ممکن است در عرفهایی که مورد ردع شارع واقع نشده است، نتوانیم به زوال و انقراض حکم کنیم. برحسب روال تاریخی و سیره‌های دوره پیامبر اسلام و ائمه (ع) و عصر غیبت امام عصر (عج) و سیره‌های مستحدث، عرف منوط به احراز اعتبار و تأیید از سوی شارع مقدس است. بر پایه یک تقسیم، عرف به عرف شارع و عرف متشرعه که هر دو از اقسام عرف خاص است، تقسیم‌بندی می‌شود. متعارف زمان پیامبر اکرم (ص) را عرف شارع می‌نامند و مقصود از عرف متشرعه متعارف بعد از این دوره است. عرف شارع از نظر مدت تا اوایل نیمه اول هجری ادامه داشته و از اواخر آن عرف متشرعه آغاز گشته است. مبدأ حقیقی برای عرف متشرعه تبیین نشده است، ولی امامیه از عصر صادقین (ع) به بعد، عرف را متشرعه نامیده‌اند و این دیدگاه بیشتر در عرف قولی و یا لفظی مفید است.^{۱۵}

کتاب الذریعة فی اصول الشریعة در فصل «فی تخصیص العموم بالعادات» چنین آورده است:

اعلم ان العموم لا يجوز تخصیصه بان يعتاد الناس ان يفعلوا خلافه
لأن افعالهم يجب ان تكون تابعة لخطاب الله تعالى و خطاب رسوله فكيف
يجعل التابع متبوعا و ان كانت هذه العادة اثرت فی حكم اللفظ و فائدته
وجب ان يخص العموم بها لان «التعارف» له تأثير فی فوائد الالفاظ
فلا یمتنع تخصیص العموم بما یجری هذا المجرى.^{۱۶}

طهری

لار سوم، شماره ۱۱، ۱۴۰۱، تابستان و پائیز ۸۲

سید مرتضی پس از بیان تأثیر عرف و عادت در حکم لفظ و حتی در ملاک تشخیص مفاهیم، در بحث حقیقت و مجاز، نقش عرف را چنین بیان می‌کند:

ان قولنا غائط كان في الاصل اسم للمكان المظمن من الارض ثم غلب عليه الاستعمال عرفي فانقل الى الكناية عن قضاء الحاجة والحدث المخصوص ولهذا لا يفهم من اطلاق هذه اللفظة في العرف الا ما ذكرناه دون ماكانت عليه في الاصل.^{۱۷}

وی در توضیح کلام مفید می‌فرماید:

حقیقت، لفظی است که موصوف به مراد حقیقی از مفاد «موضوع له» است که در لغت یا عرف یا شرع آمده است. عرف را در کنار لغت و شرع به طور مستقل آورده‌اند.^{۱۸}

وی در مورد جواز تعدی مجاز و مراتب خطاب می‌گوید:

اگر از ناحیه خداوند خطابی بیاید و در آن خطاب عرف یا شرعی نباشد، بر وضع لغوی حمل می‌شود؛ زیرا وضع اصل است، ولی اگر بین وضع و عرف تردید باشد، بر عرف حمل می‌شود نه بر اصل؛ زیرا عرف عارض بر اصل وضع است و ناسخ و نافذ در اوست.^{۱۹}

در مباحث لفظیه از «عرف الشرع» و «خطاب عرفی» و «عرف الاستعمال» و «عرف الفقهاء» سخن به میان می‌آید و تعبیر عرف مترادف با عادت بیان می‌شود. عرف در ابتدا به عنوان امری ارتکازی و عقلایی در مباحث مطرح شده و از زمان شیخ مرتضی انصاری و آخوند خراسانی برای تبیین مرجعیت آن، در روند مباحث اصولی و استنادات فقهی مستدل، مطالب بسیار آمده است. عرف اغلب سیره یا بنای عقلا نامیده می‌شود. در روند بهره‌گیری فقیهان از عرف، برای تشخیص موضوع و مفاهیم الفاظ، «تفاهم عرفی» مورد استناد بسیار واقع می‌شود. این رویه در بین اصولیان سبب طرح نقش عرف و عادت در سیره استنباط و حجت فروع شرعیه شده است.

مرحوم صاحب جواهر در باب غنا به تناسب موضوع می‌گوید:

والتحقیق الرجوع فی موضوعه (الغناء) الى العرف الصحيح الذی لاریب فی شموله المقامات المعلومة و شعبها المعروفة عند اهل فنها. وعلى کل حال فیرجع فی تقدیر الرضعة الى العرف الذی هو المرجع فی کل لفظ لم تعین له الشارع حدّاً مضبوطاً؛^{۲۰}

بر پایه تحقیق، مرجع در موضوع غنا عرف صحیح است و حضور آن نزد اهل فن در همه مباحث و فروعاً عملی فراگیر است. پس برای تعیین معنای شیرخوارگی به عرف مراجعه می‌شود؛ زیرا عرف مرجع در هنر لفظی است که شارع برای آن معیاری وضع ننموده است.

وی همچنین در جایی دیگر آورده است:

هرگاه موضوع حکم شرعی از عرف گرفته شده باشد، به عرف مراجعه می‌شود، اما در شناخت واژه‌هایی همانند «صلاة» چون شارع آن را در معانی خاص شرعی به کار گرفته است، عرف در تعیین مصداق آن نقشی ندارد.^{۲۱}

نقش عرف به عنوان مرجع در کتب مکاسب و متاجر بسیار بارز است؛ به ویژه مرحوم شیخ انصاری در مکاسب مواردی از تشخیص و مناط حکم را به عرف محول کرده‌اند. مثلاً در معامله اعیان نجسه از قبیل خون، میته، آلات موسیقی و... ملاک شرعی در جواز معامله منافع حلال است و عرف تنها دآوری است که می‌تواند میزان منفعت حلال یا حرام و صحیح و فاسد را مشخص نماید.^{۲۲}

مرحوم شهید ثانی در تشریح مفهوم غنا می‌فرماید:
والاولی الرجوع فیہ الی العرف فما یسمی فیہ غناء یحرم، لعدم ورود الشرع بما یضبطه، فیکون مرجعه الی العرف؛^{۲۳}
در این مورد رجوع به عرف اولویت دارد. پس آنچه غنا نامیده می‌شود، حرام است؛ زیرا ضابطی از سوی شرع واصل نشده است؛ پس مرجع شناخت آن عرف است.

حضرت امام خمینی (ره) با نگرشی نقادانه، نکات راهگشایی فرموده است:
اما الرجوع الی العرف فی تشخیص الموضوع و العنوان فصیح لاصحیح عنه اذا کان الموضوع مأخوذاً فی دلیل لفظی او معقد اجماع؛^{۲۴}
رجوع به عرف برای تشخیص موضوع و عنوان مأخوذ در دلیل لفظی یا در معقد اجماع بدون تردید معتبر است.

ایشان از یک سو عرف را هنگامی که در مدالیل الفاظ و یا جایگاه اجماعات قرار گیرد، می‌پذیرد و از سوی دیگر عرف و زمان و مکان را در اجتهاد عمیقاً دخیل می‌داند و می‌فرماید:

از جمله شرایط اجتهاد، انس با محاورات عرفی و فهم موضوعات عرفی است؛ همان عرفی که محاورات قرآن و سنت بر طبق آن صورت گرفته است. شرط اجتهاد نیز دوری جستن از خلط دقایق علوم عقلی با مبانی عرفی عادی است؛ زیرا در این زمینه خطای بسیار صورت می‌گیرد؛ به گونه‌ای که برای دل مشغولان به دقایق علوم این مشکل فراوان پیش می‌آید که معانی عرفی بازاری و رایج میان اهل لغت را با دقت‌هایی که خارج از فهم عرف است، به هم می‌آمیزند.^{۲۵}

ایشان در ذیل مسئله اجتهاد و تقلید، تحت عنوان «اشکال علی بناء العقلاء»، نکته تازه‌ای را طرح و تقریر کرده است:

ارتکاز عقلا و سیره آنان در یک امر، هنگامی حجت است که شارع آن را امضا و تایید کرده باشد. در امضا کردن شارع نیز همین بس

است که منع نکرده باشد؛ زیرا عدم ردع کاشف از امضا کردن اوست. البته این در صورتی است که سیره عقلا در مرئی و منظر پیغمبر و امام باشد. سیره عقلا در اصل صحت و عمل کردن به خبر شخص موثق و سایر اموری که به زمان معصومان می‌رسد، از آن جمله است، ولی اگر سیره عقلا بر عمل کردن در امور جدید و مستحدثی باشد که به زمان پیغمبر و امام متصل نمی‌شود، در این قبیل موارد نمی‌توان امضای شارع را کشف کرد. مسئله تقلید و رجوع جاهل به عالم نیز از همین مسائل مستحدث است. این سیره عقلایی تقلید از عالم، در زمان ما نسبت به زمانه معصومان تفاوت یافته است. پس هر چند رجوع جاهل به عالم فطری است و راه دیگری برای جاهل وجود ندارد، مادامی که این سیره عقلایی با امضای شارع همراه نشود، عمل کردن بر طبق آن جایز نیست و چنین سیره‌ای میان عبد و مولی حجت نخواهد بود.^{۲۶}

مفاد فرمایش ایشان این است که نمی‌توان بنای عقلا را دلیل مشروعیت تقلید و حجیت رأی مجتهد دانست؛ زیرا در عصر امامان (ع) این نحوه اجتهاد و تقلید نبوده است. ایشان سپس در پاسخ به این مناقشه دو نکته را یادآور می‌شود:

الف: نخست اثبات می‌کنیم که اجتهاد به معنای متعارف زمان ما، در زمان ائمه نیز بوده است. ب: اگر اصل ارتکاز رجوع جاهل به عالم مرضی ائمه نبود، ردعی از آنان صادر می‌شد. پس با نیامدن ردع کشف می‌کنیم که اصل ارتکازی رجوع جاهل به عالم، مورد تایید معصومان بوده است.^{۲۷}

اکنون می‌توان نتیجه گرفت که هرگاه امضای امام به یک کبرای ارتکازی تعلق گیرد، برای مصادیق و صغراهایی که در آینده اتفاق می‌افتد، نیازی به تأیید جدید نیست. پس می‌توان برای اعتبار سیره، حد گسترده‌تری قائل شد و اعتبار سیره و عرف مستحدث در دوره معاصر بدون پیش شرط مورد پذیرش قرار می‌گیرد.

فقیهان محدوده تأثیر عرف را در حیطه موضوع حکم شرعی و نه اثبات احکام شرعی می‌دانند. در حقیقت، نزاع بین فریقین، نزاعی لفظی است. اهل سنت برای تعیین مصداق حکم، یا بیان مفهوم قضیه، عرف را دلیل دانسته‌اند، اما امامیه آنچه را در کبرای قیاس استنباط قرار گیرد، دلیل شرعی قرار نمی‌دهند، بلکه تعیین مصداق حکم شرعی را موجب استنباط موضوع می‌دانند. مثلاً در نظر امامیه این بحث که آیا مشتق حقیقت در تلبس به مبدأ است یا اعم از متلبس و منقضی، از موارد استنباط موضوع است؛ لذا تنها عرف قولی برای اثبات وجوب و حرمت مورد توجه قرار می‌گیرد؛ زیرا از ادله لفظیه است، اما عرف عملی لسان ندارد و تنها مشروعیت اباحه عمل را اثبات می‌کند و اثبات حکم نمی‌کند. مثلاً عرف ترک حلق لحيه است، مگر قرائنی وجود داشته باشد. اهل سنت این عرف

را نیز حجت می‌دانند.^{۲۸} در نظر اهل سنت در زمان اختلاف عرف با عقل در موضوع احکام شرعی و حدود بقا و ارتفاع آن، حکم عرف بر عقل مقدم است؛ زیرا احکام شرعی بر اساس مکالمات عرفی و نه دقت‌های عقلی پایه‌ریزی شده‌اند.

بهره‌گیری از عرف، سبب دگرگونی موضوع و حکم نیز می‌گردد. در قضایای شرعی، اصل دخالت عرف و سیره یا بنای عقلا، تنها در تشخیص موضوع است و نه در حکم. البته گاهی بعضی از مصادیق عرفی، به عنوان ثانوی، موضوع حکم شرعی قرار می‌گیرد؛ مانند مروت که در باب عدالت مطرح می‌شود. مرحوم صاحب جواهر در تعریف مروت می‌فرماید: «مروت آن است که شخص کاری بر خلاف عادت مردم نکند؛ به گونه‌ای که از وی متنفر شوند و این با تغییر زمان و مکان، مختلف خواهد بود.»^{۲۹}

بر این اساس، مثلاً با توجه به تفاوت دیدگاه‌های عرفی دانشمندان در مسئله غنا، آرای آنان در این باره نیز متفاوت است. محقق فرزانه‌ای می‌نگارد:

و علی کل حال قد عرف الغناء بتعاريف مختلفة تردی علی اثنی عشر تعریف، و الظاهر ان کلا منهم قد عرف الغناء بعنوانه من مفردات العرف و هو مختلف حسب الاقوام و العصور و الازمان... و ان المیزان فی تحقیق موضوع الغناء المحرم فی الشریعة الصدق العرف؛^{۳۰}

غنا افزون بر دوازده گونه تعریف شده است و به ظاهر گونه‌ای از شناسه‌های عرفی آن را طرح نموده‌اند، ولی این عرف به گوناگونی دوره‌ها متغیر است. ملاک در طرح موضوع غنای حرام در حوزه شرع، همان «صدق عرفی» است.

پس اگر عرف از نیازها و مصلحت‌های زمان سرچشمه گرفته باشد، تنها در همان زمان و مکان ارزش دارد و نه در زمان و مکان دیگر؛ زیرا آنچه در زمانی میان عرف رواج داشته باشد، ممکن است در زمان دیگر متروک و از عرفیت خارج شده باشد. عرف در احکام تأسیسی نقشی ندارد و از طرفی وجود احکام امضایی، دلیل بر حجیت عرف در زمانهای بعد از زمان شارع نیست.

گروهی از محققان نگاشته‌اند که احکام دو گونه است: تأسیسی و امضایی. حکم تأسیسی حکمی بی‌سابقه و مشرع آن، شارع مقدس اسلام است. نماز و حج، با ویژگی‌های ذکر شده در نصوص، از این جمله است. حکم امضایی نیز حکمی است که در مذاهب دیگر و در میان اعراب جاهلی سابقه داشته و اسلام آن را رد و منع نکرده است. جواز بیع و نکاح از این قبیل است، اما نمی‌توان از حجت دانستن برخی از اینها، اعتبار عرف در حقوق اسلامی را در عصر پس از زمان شارع نیز استفاده کرد؛ زیرا آیات و سنت، این عرفها را به رسمیت شناخته‌اند و با حضور دلیل معتبر، نیازی به حجت شمردن عرف باقی نمی‌ماند. همچنین آنچه را برای عرف زمانهای پیش بیان شده، نمی‌توان برای عصر کنونی استنتاج نمود؛ زیرا دلیلی که دال بر حجیت برخی از عرفهای قبل از زمان

شارع و در عین حال، مثبت حجیت عرفهای بعد از او باشد، یافت نشده است. حال آنکه شارع نیز برخی از عرفهای عصر خود را پذیرفته و بعضی را نیز رد کرده است.^{۳۱}

عرف در اصول

موارد تمسک به عرف در اصول، از جمله مباحث الفاظ، تبادر و انسباق ذهنی، حقیقت و مجاز، انصراف عرفی، ظهور عرفی، حقیقت مشتق در تلبس به مبدأ یا اعم و دلیل عمده در بحث حجج و امارات، حجیت عرف است. نکته ظریف در این بحث آن است که فقیهان و اصولیان به دو گونه از عرف استعانت می‌جویند. آنان در مباحث لفظیه به عرف تمسک می‌کنند، اما در مباحث حجج و امارات، به ویژه در حجیت ظواهر و خبر واحد، به بنای عقلا و سیره عقلایی استناد می‌نمایند و این به دلیل تفاوت دیدگاه این مقوله است. غیر از بحث سیره عقلا، ما به موارد بسیاری از مراجعه فقها به مرجعیت عرف برمی‌خوریم؛ مثلاً عرف در بحث استصحاب، اعم از موضوع و حکم، کارایی فراوانی دارد و به ویژه در مورد بقای موضوع در ترتب حکم، نظر عرف مناط قرار داده شده است. در وحدت دو قضیه نیز به معیار عرفی و نه دقت عقلی بسنده می‌شود.

تشخیص موضوعات

در موضوعات مستتب، عنوانهایی مانند مسافر، فقیر و صدق آنها در باب صلاة و صوم، و صدق عنوان فقیر در مصارف زکات، متوقف بر این است که مراد شارع را از لسان روایات و ادله به دست آوریم. ولی در سرتاسر فقه، موضوعات عرفیه همانند موضوعات شرعیه وجود دارد که برآمده از فهم عرف است؛ مثلاً تملک به احیای موات از آن جمله است.

مرحوم صاحب جواهر می‌فرماید:

لا خلاف بین الاصحاب فی ان المرجع فيه (الاحیاء) الى العرف لعدم

التنصيص شرعاً و لغة؛^{۳۲}

اصحاب متفق اند که رجوع در احیای موات به عرف است؛ زیرا نص

شرعی یا لغوی بر آن نیامده است.

همچنین تشخیص بقای موضوع در بحث استصحاب، منوط به نظر عرف است و ترتب حکم شرعی نیز بر این منوال است و دقت عقلی در آن مناط قرار نمی‌گیرد و همه علما بر این نظر متفق اند. لذا مرحوم نایینی در بقای موضوع، احراز اتحاد قضیه متیقنه و مشکوکه را در بسیاری موارد، مشکل می‌داند و می‌فرماید:

لذلك اشتهر بين المتأخرين ان الموضوع في باب الاستصحاب انما

يؤخذ من العرف لامن العقل والا من دليل الحكم؛^{۳۳}

به این جهت بیان متأخران مشهور است که موضوع استصحاب
برگرفته از عرف است؛ یعنی مأخذ در تشخیص موضوع، عرف است، نه عقل
و نه لسان دلیل.

مرحوم نایینی این نکته را به علمای متأخر نسبت می‌دهد و در ادامه می‌فرماید: محل کلام
استصحاب حکمیه است، اما در استصحاب موضوعیه، اخذ موضوع و بقای آن در اتخاذ قضیه متیقن و
مشکوک، تفاوتی میان عرف یا عقل یا دلیل نیست. استصحاب حیات زید یا قیام عمر از این قبیل است.

تشخیص مفاهیم و مصادیق

مفاهیم الفاظ و اصطلاحات وارده در خطابات شرعی، در زمان تبادر به ذهن و تعارض عرف و
لغت در مفاهیم الفاظ، به گونه‌ای مطلق بر معنای عرفی حمل می‌شود. تفسیر اطلاق در بیان مرحوم
غروی اصفهانی چنین آمده است:

الامر الثاني: لاشكال في ان المرجع في مفاهيم الالفاظ و مداليلها انما
هو العرف العام سواء وافق عرف اللغة او خالفه ولا عبرة باللغة اذا كان
العرف العام على خلافها، فان الالفاظ تنصرف الى مفاهيمها العرفية بحسب
ما ارتكز في اذهان اهل المحاورات، فعند تعارض العرف و اللغة او اخص
منه بل ولو كان مبيناً معه لوافق ذلك فلا بد من الرجوع الى العرف في
تشخيص مفهوم الحنطة و الزبيب و العنب و غير ذلك من الموضوعات
الخارجية؛^{۳۴}

امر دوم: بدون شک مرجع در مفاهیم و مراد الفاظ عرف عام است؛ چه
لغت موافق باشد و چه نباشد. اگر عرف عام برخلاف زبان باشد، به آن اعتنا
نمی‌شود؛ زیرا الفاظ انصراف ذهنی دارد به معنای عرفی. پس در صورت
تعارض با لغت یا مورد دیگر یا مخالف با آنها، به ناچار در احراز مفهوم گندم و
کشمش و انگور و نمونه‌های خارجی به عرف مراجعه می‌شود.

در دیدگاه مرحوم اصفهانی رجوع تمامی مفاهیم و مدالیل به عرف است، اما چگونگی مرجعیت
عرف در بیان امام خمینی (ره) روشن‌تر است:

وبالمجمله لاشكال في الكبرى و تشخيص الصغريات على عهدة
العرف... وفيه ان الشارع لما كانت خطابه مع العرف كخطابات العرف مع
العرف و ليست له طريقة خاصة غير طريقة العقلاء لاجماله يكون في
تشخيص المفاهيم و مصاديقها نظر العرف متبعاً، كما ان الامر كذلك في
خطابات العرف؛^{۳۵}

به طور کلی، بررسی کبریات و تشخیص مصادیق در گرو عرف است،
ولی چون روی خطاب شارع به عرف، مانند خطابه‌ای عرف با عرف است و
برای او راهی دیگر غیر از شیوه عاقلان نیست، به ناچار در احراز مفاهیم

طرح

سال سوم، شماره ۱۰-۱۱، تابستان و پاییز ۸۳

مصادیق از نظر عرف پیروی می‌کند؛ همان گونه که در خطابه‌های عرفی این چنین است.

فهم عرفی در تشخیص مضامین الفاظ، تأثیر بسزایی در عصر صدور خطابات شرعیه و بعد از آن داشته است؛ مثلاً دو واژه ایمان و اسلام امروزه در دو معنای متفاوت به کار می‌رود و ایمان اخص از اسلام قرار می‌گیرد. حال اگر آیات مشتمل بر این دو واژه بر مفهوم عصر حاضر حمل شوند، معنای بسیاری از خطابات قرآنی و روایی در تلاقی با یکدیگر متفاوت خواهد بود و نتایج متفاوتی را سبب خواهد شد. پس فهم عرفی از واژگان، در دوره‌ای مدید پس از صدور خطابه‌ها، تفسیری جدید و برداشتی نو در روش استفاده از آیات و روایات به ما می‌دهد.

فقه‌ها در عرصه استنباط، از طهارت تا دیانت به عرف ارجاع داده‌اند. این ارجاعات از دویست مورد هم تجاوز می‌کند: «قیام، موالات، قرائت، کثرت، تباعد، ارتفاع و انخفاض، تقدم، مساوات، عزم، اقامت، شدت و ضرورت، عیال و مئونه، حمل، استطاعت، غسله ثانیه، استقبال، العصیر، التمیمیز، ضمان، لقطه، غصب، قبض، احیای موات، قرب و بعد، حرم ملک، مدعی و منکر، اتحاد و تعدد، مسکر، عتق، قدرت خرید، وطی، هبه، وقف، صدقه، صید، جمد، غنا، لهو، اقامت زوجه و مضاجعه...»^{۳۶}

مفهوم و حکم برخی از موضوعات ثابت است و هرگز متحول نمی‌شود. رجل، مسکر و عیال از این قبیل‌اند. اما برخی دیگر از مفاهیم و احکام به مرور زمان و تغییر مناسبات اجتماعی و اقتصادی و فرهنگی، دگرگون می‌شوند. این اختلافات از دگرگونی عرف نشأت می‌گیرد و هرگاه موضوع یا مصداق حکم تغییر کند، حکم و دلیل شرعی، شامل آن نمی‌شود. از جمله موارد مستند به عرف که در میان فقه‌های شریعت دیده می‌شود، این است: «اگر حیوانی را وقف کند، به نظر عرف، شیر و پشم آن نیز داخل وقف است و یا اگر چیزی بر مسلمانان وقف شود، به تشخیص عرف، زنان و کودکان را نیز شامل می‌شود...»^{۳۷}

البته عرف در تشخیص مصادیق، به هیچ وجه متبع نیست. با دقت در مبانی تفصیلی بزرگان، سه دیدگاه مشاهده می‌شود. مرحوم آخوند خراسانی، تشخیص عرف در مصادیق را متبع نمی‌داند. مرحوم غروی اصفهانی در تأیید این مطلب فرموده است:

الامر الثالث: فالتعويل على العرف انما يكون في باب المفاهيم ولا اثر
لنظر العرف في باب المصاديق بل نظره انما يكون متبعاً في مفهوم الكر و
الفرسخ والحقة ونحو ذلك، واما تطبيق المفهوم على المصدق فليس بيد
العرف بل هو يدور مدار الواقع فان كان الشيء مصداقاً للمفهوم ينطبق
عليه قهراً وان لم يكن مصداقاً له فلا يمكن ان ينطبق عليه؛^{۳۸}

امر سوم: همانا اعتماد به عرف در باب مفاهیم است و فایده‌ای برای
نظر آن در مصادیق نیست، بلکه رأی عرف در مفهوم کُر و فرسنگ (کیلومتر)
و وزن و حالت پذیرفتنی است، اما تطبیق مفهوم بر موارد نیز عرفی نیست،

بلکه دایرمدار واقعیت است. اگر چیزی در واقع مصداق مفهومی است، منطبق با عرف است و اگر مصداق آن نیست، هرگز بر عرف منطبق نمی‌شود. امام خمینی(ره) تحت عنوان «فی ان المراد من العرف لیس العرف المسامح»، با بیانی شیوا و وافی چنین توضیح داده است:

مراد ما از عرف در قبال عقل، عرف دقیق است نه مسامحی. ما در تشخیص مصداق از ناحیه عرف دو گونه برداشت داریم: اگر عرف با دید مسامحه‌آمیز در مقادیر و اوزان مانند مسافت و کیل بنگرد و به تطبیق اهمیت ندهد، این برداشت عرفی مقبول نیست. اما اگر عرف با دید دقیق بسنجد و بعد از زوال عین نجاست یا خون با وجود آثاری مانند لکه یا رایحه، بگوید آن علائم مصداق نجاست نیست، با اینکه بر اساس دقت عملی و برهانی، عرض بدون محل محال است و وجود لکه دال بر بقای نجاست در محل است، در اینجا نظر عرف متبع است.^{۳۹}

مرحوم حاج آقا رضا همدانی، در این زمینه، تنها با یک تفاوت، تفصیلی همانند تفصیل امام خمینی(ره) دارد:

مسامحه عرفی گاهی در «صدق» است؛ مثلاً اطلاق مثقال یا رطل یا من بر کمتر از معتد به مسامحه است و در تقادیر شرعی عرف معتبر نیست. ولی گاهی مسامحه عرفی در «مصدق» است. اطلاق طلا بر طلای غیرخالص یا گندم بر گندم مخلوط به خاک و ریگ و یا اطلاق خاک بر خاک تیممی که همراه با علف و خاشاک باشد، از آن جمله است. این گونه تسامح، اندراج موضوع تحت عنوان عرفی است، اطلاق در این موارد حقیقی عرفی است و حکم هم بر این اساس مرتب می‌شود.^{۴۰}

بنابراین، دخالت عرف در هر تشخیص، به ویژه در تطبیقات که فهم عرفی قاصر است، معتبر نیست، ولی در مفهوم‌گیری تا حد استقرار ظهور و مرادهای خطابی مؤثر است. البته ناگفته نماند که آنچه گذشت در مورد عرف عملی بود، ولی عرف لفظی؛ یعنی برداشتهای عرف از الفاظ و کلمات و یا تشخیص مصادیق، بدون تردید حجت است. این همان نکته معروف است که گفته می‌شود: تشخیص مصداق کار فقیه نیست، بلکه مربوط به عرف است؛ مثلاً در شرایط لباس نمازگزار، فقیه از منابع اولیه استنباط می‌کند که نباید همراه نمازگزار پوست خز و یا طلا باشد. این مقدار به عهده فقیه است، ولی این که پوست خز چیست و طلا کدام است به عرف واگذار شده است.

در بسیاری از موارد، شرع مقدس تحدید حدود را به عرف واگذار نموده است؛ مثلاً از نظر شرعی زوج موظف است که نفقه و مسکن زوجه خویش را تأمین نماید، ولی مقدار و حدود آن به تشخیص عرف نهاده شده است. همچنین مفهوم فقیر به تناسب وضع زندگی عامه مردم، از نظر سعه و ضیق، متغیر خواهد بود.

استکشاف حکم شرعی

از جمله موارد تمسک در «مالانص فیه»، عمل عقلاست؛ مثلاً معامله معاطاتی موردی است که بزرگان در جواز و صحت آن، از عرف عام کمک گرفته‌اند. مرحوم خویی در این زمینه می‌فرماید:

عمده سیره قطعیه مستمر است که مردم در زمینهای وسیع تصرفاتی می‌کنند. استراحت و تغذیه و برپایی نماز و استفاده از نهرها برای نوشیدن از آن جمله است. هرگز منع و ردی نیز از این تصرفات انجام نمی‌شود.^{۴۱}

حضرت امام خمینی(ره) در کتاب بیع تقریر فرموده است:

یدل علی صحتها (معاطاة) البیعة المستمرة العقلانیة من لدن تحقق التمدن و الاحتیاج الی المبادلات الی زماننا كما هو واضح؛^{۴۲}

دلیل بر صحت معاطات سیره دائمی عقلایی است که از زمان ظهور مدنیت و نیازمندی به ارتباطات و تعامل تا عصر حاضر برقرار بوده است.

کشف مناط احکام و ظهورات و مرادات در متن خطاب هم، در بسیاری از مواضع، منوط به ظهور عرفی است. از جمله این ظهورات نقش عرف در بررسی وسائط خفیه در باب استصحاب است.

حضرت امام خمینی(ره) در فصل «حول الوسائط الخفیه» فرموده است:

و المراد من خفاء الوسطة ان العرف و لو بالنظر الدقیق لایری واسطة فی ترتب الحكم علی الموضوع و یکون لدى العرف ثبوت الحكم المستصحب من غیر واسطة و انما یری العقل یضرب من البرهان کون الاثر مترتب علی الوسطة لبا و ان کان مترتباً علی ذی الوسطة عرفاً؛^{۴۳}

مقصود از واسطه خفی این است که عرف حتی با دید تیزبین واسطه مخفی را در ترتب حکم در نظر نمی‌گیرد. در نزد عرف، حکم استصحابی واسطه ندارد و این دید عقلی است که در واقع با دلیل، اثر را بر واسطه بار می‌کند؛ هر چند در عرف بر صاحب واسطه حمل می‌شود.

ایشان نظر عرف درباره عدم لحاظ واسطه خفی برای مستصحب را بر دقت عملی و برهانی مقدم می‌دارد. مرحوم آیت الله خویی این مسئله را استثنا کرده و فرموده است:

مرحوم شیخ مسئله واسطه خفی را از عدم حجیت اصل مثبت جدا کرده‌اند. در دید عرف، اثر برای صاحب واسطه به حساب می‌آید؛ هر چند در واقع برای واسطه است. مثال این نکته هم استصحاب عدم حاجب و مانع برای صحت غسل و رفع حدث است که هر چند در حقیقت، اثر رسیدن آب به پوست است، عرف ریزش آب بر اعضا بدن را به جهت عدم حاجب، اثر می‌داند.

اما اصل مثبت با خفای واسطه حجت است؛ زیرا اثر به مسامحه عرفی برای صاحب واسطه است، ولی اینجا محل مسامحه نیست؛ زیرا رجوع به عرف برای تعیین مفهوم لفظ، در حین شک یا سعه و ضیق آن، با علم به

اصل است. خلاصه اینکه موضوع حجیت ظهور عرفی است و تنها مرجع در تعیین ظاهر، عرف است؛ چه آن ظهور از حیث وضع باشد و چه با قرینه مقالیه یا حالیه همراه باشد. اخذ مسامحات بعد از تعیین مفهوم و تشخیص ظهور لفظی نیز جایز نیست؛ مثلاً در مسئله کُر، بعد از وجود دلیل بر عدم انفعال آبی که رطل باشد، عرف به گونه‌ای مسامحه‌آمیز بر کمتر از این مقدار نیز کُر اطلاق می‌کند. این نظر عرف جایز نیست، بلکه حکم به نجاست آن می‌شود.^{۴۴}

ظهور انصرافی بر بناهای عرفی استوار است و با توجه به عرف است که لفظ به مفاهیم خاص منصرف می‌شود. از آنجا که ظهور انصرافی نیازی به مقدمات حکمت ندارد، همانند ظهور وضعی که این گونه است، به هنگام تعارض میان ظهور انصرافی و ظهور اطلاقی، ظهور انصرافی مقدم است. مرحوم آیت الله خوئی درباره منشأ انصرافها می‌فرماید:

توضیح ذلك: ان الانصراف قدینشا من غلبه الوجود فی الخارج
کانصراف لفظ الماء فی بغداد الی ماء الدجله و فی مکان آخر الی غیره و
مسمی هذا الانصراف بدویا یزول بادی التفات و هذا لم یتوهم کونه مانعاً
من التمسک بالاطلاق، وقدینشا من التشکیک فی الماهیه فی تفاهم العرف.^{۴۵}

ایشان پس از بی‌اعتبار دانستن انصراف بدوی، انصرافی را که معتبر و منشأ ظهور است، دو قسم قرار داده است. گاهی منشأ انصراف این است که عرف موردی را با اینکه جزء افراد ماهیت و مفهوم لفظ است، از «ما یفهم من اللفظ» کلمه خارج می‌داند. انصراف «ما لایوکل لحمه» از انسان چنین است. گاهی نیز عرف مورد را اصلاً فرد ماهیت و مفهوم نمی‌داند. مثال این مورد انصراف «ماء» از آب گوگرد است. در هر صورت، انصراف به منزله قرائن محفوف به لفظ، مانع از تمسک به اطلاق می‌شود.

قاعده جمع عرفی از کارسازترین وسائل حل تعارض ادله است و به ویژه در باب تعادل و تراجیح، حکم اولیه در برخورد حجتها تقدیم جمع عرفی و علاجهای متعارف است. آیت‌الله شهید محمدباقر صدر می‌فرماید:

تسمى جميع حالات القرینة بموارد الجمع العرفی و یسمى التعارض
فی موارد بالتعارض غیر المستقر لانه یحل بالجمع العرفی تیسراً له عن
التعارض المستقر و هو التعارض الذی لایتیسر فی الجمع العرفی.^{۴۶}

تعارض یا مستقر است یا غیر مستقر. اگر تعارض مستقر باشد، نوبت به تساقط یا تخییر می‌رسد، ولی اگر تعارض از حیث عرف غیرمستقر باشد، یک دلیل، قرینه بر تفسیر مقصود شارع از دلیل دیگر است. به لحاظ قرینه نیز جمع بین دلیلین واجب است. اگر قرینه کاملی از ناحیه متکلم وجود داشته

طهر

کتاب
تفسیر
الکافی
جلد ۱۱
باب
التعارض و التمسک

۸۳

۲۶

باشد و به مقصود نزدیک باشد، در بیان مقدم می‌گردد که گاهی ناظر بر تصرف در موضوع قضیه دلیل دیگر است و یا ناظر بر تصرف در «محمول» آن قضیه است.

مساق این تفسیر نیز دو گونه است و دلیل حاکم و دلیل محکوم را پدید می‌آورد که حاکم یا ناظر بر تضیق یا توسعه، به صورت اثبات یا نفی موضوع و حکم، است؛ مثلاً دلیل «الطواف بالبيت صلوٰۃ»، حاکم بر حکم اولی «لا صلوٰۃ الا بطهور» و ناظر به توسیع مفاد دلیل اول است. گاهی این قرینه، عرف نوعی است. در چنین موردی بنای متکلم این است که با ارائه دو بیان، یکی را قرینه دیگری قرار دهد؛ زیرا هر متکلم در خطابه‌ها به روش عرف عمل می‌کند. در زمره این اصل، تخصیص عام به ظاهر، تقلید مطلق به مقید و تقدیم اظهر بر ظاهر، بر اساس بنای عرفی در تفسیر عموم و ظاهر است.

مرحوم شیخ انصاری، بیش از سی مورد از عرف در مباحث اصولی بهره گرفته است:

۱. داوری عرف برای تعیین معنای واژه‌ها و ترکیبها از جمله «فاسق، رکن، تبین، امکان و مفهوم» و «فاسئلوا اهل الذکر» منظور می‌گردد.

۲. داوری عرف در صدق عناوین و مفاهیم پذیرفته می‌شود؛ مثلاً عصیان نزد عرف، بر مخالفت احتمالی صدق نمی‌کند، مخالفت قطعی بر مخالفت اجمالی نیز صادق است و ضابط صدق محصور و غیر محصور است.

۳. برای تعیین راجح در متعارضین، از قبیل نص و ظاهر و عام و خاص، به عرف رجوع می‌شود.

۴. تقیید به وسیله عرف انجام می‌شود. عرف خطاب اجتناب از محرمات را مطلقاً به «مورد ابتلا» مقید می‌کند؛ زیرا صدور خطاب بدون تعلیق را قبیح می‌داند.

۵. حجیت ظواهر الفاظ به حکم عرف است.^{۴۷}

۶. عرف در تشخیص و بقای موضوع و اذعان به کلیت آن در صدق موضوع، استصحاب عرفی را میزان می‌داند.^{۴۸}

۷. در تشخیص مراد متکلم به عرف رجوع می‌شود. همچنین اینکه میزان قید در خطاب، به موضوع برمی‌گردد یا به حکم، منوط به عرف است.^{۴۹}

۸. مناط حجیت و عدم حجیت مسامحات عرفیه در باب استصحاب، نظر عرف است.

۹. در اخبار علاجیه و تعارض خبرین، بنای عرف ملاک قرار می‌گیرد.

۱۰. در دو روایت متعارض، عرف، طرح را روا نمی‌داند.^{۵۰}

مرحوم آخوند خراسانی نیز به عرف التفات داشته است، در نظر وی، قاعده اولی در تعارض خبرین جمع نیست، ولی هرگاه عرف در ترجیح نص یا ظاهر بماند، به حمل ظاهر بر نص یا اظهر

جمع انجام می‌شود. او همچنین وجه تقدم امارات بر استصحاب را ورود قرار داده و توفیق عرفی را در ورود پسندیده است.^{۵۱}

ب. اهل سنت

نخستین کسانی که عرف را در ادله اجتهاد پذیرفتند، ابوحنیفه و مالک اصبحی بودند. مالک در مواضع بسیار از راه عرف و مصالح مرسله بهره می‌گرفت.^{۵۲} البته بحث اصولی فریقین درباره عرف و عادت، در آغاز بسیار اندک بوده است، ولی متأخران اهل سنت درباره مرجعیت و اقتضائات عرف، قلم‌فرسایی فراوان نموده‌اند و با افتتاح فروعات و احتجاج بر حجیت عرف و عوارض آن، باب گفت‌وگو با امامیه را گشوده‌اند.

حجیت عرف نزد اهل سنت بر اساس مبانی یکنواخت نیست و دو دیدگاه از آن برداشت می‌شود: در دیدگاه اول، دانشمندان حنفی عرف را حجت می‌دانند و میدان عمل آن را گسترده می‌شمارند و معتقدند که عرف از بهترین زمینه‌هایی است که می‌توان با آن فقه اسلامی را با تحولات جامعه و جهان هماهنگ نمود و نیازهای علم روز و نظام متغیر جهان را برآورده ساخت.^{۵۳} برخی از عالمان دیگر سنی پا را فراتر گذاشته‌اند و در بیان دیدگاه خویش عرف را مایه تکامل و بقای مذاهب می‌دانند.

استاد شیخ محمد ابوزهره آورده است:

عرف سبب رشد و پیشرفت و بقای مذاهب گردیده است. فتوا در همه مذاهب بر اساس عرف مردم و برای مصلحت و مأخوذ از معروف آنان است و مستنکر نیست که حکم به این وسیله صحت یابد. این عرف راهی برای بهره‌برداری از سنتها و چاره‌ای، برای حل مشکلاتی است که در عقود و معاملات جاری است.^{۵۴}

در دیدگاه ابوزهره، عرف اصلی است که مذاهب حنفی و مالکی در غیر محل نص اتخاذ می‌نمایند. به این جهت علمای مذهب حنفی و مالکی گفته‌اند: آنچه به عرف صحیح ثابت می‌شود، به مثابه ثابت به دلیل شرعی است. وی در ادامه به ارزش عرف در زمان فقدان نص اشاره می‌کند و می‌گوید: دانشمندانی که عرف را معتبر دانسته‌اند، به این حقیقت اقرار کرده‌اند که اعتبار عرف وقتی است که نصی، اعم از کتاب و سنت، در دست نباشد و هرگاه عرف مخالف کتاب و سنت باشد، مانند: رواج خمر و ربا در جوامع، هرگز اعتبار ندارد.^{۵۵} ابن النجار می‌نگارد: «ومن الأدلة الفقه ایضاً، تحکیم العادة و هو معنى قول الفقهاء: ان العادة محكمة ای معمول بها شرعاً».^{۵۶}

طهری

لایحه، شماره ۱۱-۱۰، بنامستان ویران

عبدالوهاب خُلاف هم آورده است: «والعرف، عند التحقيق ليس دليل شرعياً مستقلاً... و هو في الغالب من مراعاة المصلحة المرسلة و هو كما يراعى في تشريع الاحكام يراعى في تفسير النصوص...»^{۵۷}

دیدگاه دوم، ناظر بر نظر اطلاقى اول است که اجمالاً عرف را به عنوان دليل ظاهرى در جريان امور قرار مى دهد. سيدصالح عوض و ديگران در مقابل اكثريت گفته اند: «ان العرف ليس مصدراً من مصادر التشريع ولا دليلاً بالمعنى الذى تطلق عليه حكمة مصدر او دليل...»^{۵۸} و استاد ابوسنه مى گويد: «ان العرف في هذه النصوص ليس دليلاً على الحقيقة و انما هو دليل ظاهر فقط...»^{۵۹} صاحب المصنفى چنين تشريح مى كند: «العرف ليس دليلاً مستقلاً و انما يستمد قوته بحسب موافقته للادلة الشرعية الاصلية.»^{۶۰} دو اليبى نيز چنين تفسير کرده است:

العرف، اذا لم يعتبره الفقهاء اصلاً خامساً من اصول الشريعة فذلك لان الاعراف و العوائد ما هي الا المصالح المتبعة بين الناس و ان الشريعة ما تأسست الا على اعتبار هذه المصالح و ان اعتبار تلك العوائد والاعراف ضرورة شرعية تشهد لها اصول الشريعة الاربع من كتاب و سنة و اجماع و اجتهاد و لو لم تعتبرها لادى ذلك اى تعطيل المصالح و تكليف ما لا يطاق و ذلك غير جائز و لا واقع في الشريعة الاسلامية لذلك فان العرف بهذا الاعتبار هو من روح الشريعة المشهودة في اصولها الاربع و ليس باصل خامس مستقل عنها؛^{۶۱}

اينكه فقيهان عرف را دليل پنجم و مستقل از اصول شريعت در مقابل ادله اربعه اعتبار نكرده اند، به خاطر آن است كه هر امر پسنديده در ميان عقلا همان مصالح معتبر ميان مردم است. بنای شريعت نيز اعتبار بخشيدن به همين مصالح است. ارزشمند بودن اين مصالح و عرفها امر ضرورى شرع است كه منابع چهارگانه شرع بر آن گواه است. اگر اين ملاحظات نباشد، امور به بركنارى مصالح و ايجاد وظائف مشقت بار منجر مى شود و اين نه تنها جواز ندارد، بلكه در شرع هم واقع نشده است. پس عرف به اين لحاظ برانگيخته از متن شريعت است كه اصول چهارگانه آن را تأييد نموده است و هرگز اصل مستقلى در مقابل اصول چهارگانه و در مرتبه پنجم نيست. البته دانشمندان اهل سنت على رغم اختلاف نظرها، ادله احكام را منحصر به ادله اربعه نمى دانند و اصول ديگرى را در طريق اجتهاد به كار بسته اند. قياس، استحسان، مصالح مرسله، اجماع اهل مدينة، سد ذرايع و عرف از آن جمله است. نزد مذاهب مختلف اهل سنت، تعداد و كارايى اين اصول متفاوت است.^{۶۲}

از ديده گاه اهل سنت، عرف جاىگاه مناسبى در عرض كتاب و سنت ندارد، بلكه مرجعى براى وصول به حكم و دليل ظنى و كاشف ناقص است كه بايد با دليل ديگرى جبران گردد. در مقابل،

عده‌ای عرف را اصلی از اصول فقه پنداشته‌اند. البته شاید مراد از اصل، اصل غیر مصطلح (اصل عملی در مقابل اماره) باشد، همچنان که قواعد فقهی را «اصل» نامیده‌اند. با این حال، عمده دانشمندان اهل سنت به اعتبار عرف رأی مثبت داده‌اند. اما آیا عرف از مسائل اصولی است یا ادله شرعی؟ استقلال عرف از حیث اصالت یا دلالت و از سوی دیگر، تبعیت عرف از سایر ادله، بین دانشمندان اصولی و فقهی اهل سنت، مبنا قرار گرفته و دیدگاه آنان را متفاوت ساخته است. بر این اساس در اینجا دو دیدگاه وجود دارد:

۱. استقلال عرف و حجیت مطلق

برخی از اهل سنت عرف را دلیلی مستقل و در عرض ادله دیگر می‌دانند و اعتبار آن را در حد حجت می‌پذیرند.

ابن نجیم در این باره می‌نویسد:

اعلم ان اعتبار العادة و العرف يرجع اليه في الفقه في مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك اصلاً فقالوا في الاصول في باب ما ترك به الحقيقة: ترك الحقيقة بدلالة الاستعمال و العادة... فاذا تعارضا (العرف مع الشرع) قدم عرف الاستعمال خصوصاً في الايمان...^{۶۳}

بدان که اعتبار عادت و عرف، مرجع در مسائل فقهی بسیار است، به حدی که آن را اصل قرار داده‌اند و در مباحث اصولی و در «باب آنچه حقیقت به سبب آن کنار می‌رود» گفته‌اند: به دلالت استعمال و عادت حقیقت رها می‌شود. پس اگر عرف با شرع تعارض کردند، به ویژه در سوگندها و پیمانها، عرف استعمالی مقدم است.

سرخسی آورده است: «الثابت بالعرف كالثابت بالنص»^{۶۴} ابوزهرة نیز می‌گوید: در بسیاری از مسائل به عرف و عادت مراجعه می‌شود؛ به گونه‌ای که آن را اصلی از اصول شرعی پذیرفته‌اند. وی در تأیید مبنایی افزوده است:

حتى در صورت تعارض بين عرف و لغت، یا عرف و قیاس، در هر دو صورت عرف مقدم است، زیرا در مسئله لغت، حجیت قول لغوی به اثبات نرسیده است و قیاس نیز به رأی همه فقها در مقابل عرف کنار گذاشته می‌شود، اما چون عرف از ناحیه شارع مورد خطاب قرار گرفته و خطابات با توجه به فهم عرف، صادر شده است، پس عرف ارجح است.^{۶۵}

در هر حال، مقصود از عرف در کلمات اهل سنت که از آن تعبیر به اصل یا حجت می‌کنند، به طور کلی استقلال عرف در قبال ادله دیگر است و عرف در دیدگاه آنان از منابع مستقل و مراجع اصیل اثبات در حکم شرعی محسوب می‌گردد.

۲. عدم استقلال عرف یا عرف مشروط

گروهی دیگر از اندیشمندان، نگاهی استقلالی به نقش عرف نداشته‌اند، بلکه اهمیت عرف را منوط به ارتباط با مقام نص و عقل دانسته‌اند. صاحب المصنفی در این باره نوشته است:

العرف ليس دليلاً مستقلاً انما يستمد قوته بحسب موافقته للأدلة
الشرعية الاصلية فمادام العرف لا يخالف الشرع فتجب مراعاته على المجتهد
في اجتهاده و القاضي في قضائه لان الشارع قد اعتبر العرف الصحيح في
تشريعه؛^{۶۶}

عرف هرگز دلیل جداگانه نیست، بلکه توانایی آن در مسیر یاری‌رسانی
به ادله شرعی اصلی است. پس هرگاه عرف با شرع مخالفت نکند، مراعات
حال آن بر مجتهد در اجتهاد و حاکم در قضاوت واجب است؛ زیرا شارع عرف
صحيح را در وضع لحاظ می‌کند.

عبدالوهاب خُلف گفته است: از ژرف‌نگری در عرف و نمونه آن و آنچه اصولیان و فقیهان
گفته‌اند روشن می‌شود که عرف دلیلی مستقل و مشروع نیست، بلکه دلیلی است که از آن برای فهم
مراد خطابی شرع استفاده می‌شود. بنابراین، برخی از علمای اهل سنت، مصادر اصلی فقه را چهار چیز
می‌دانند: «کتاب»، «سنت»، «اجماع» و «قیاس» و غیر از این چهار مورد را از مصادر نمی‌شمارند. در
نزد آنان، عرف از مصادر خارجیه است، نه از مصادر اصلی معروف به ادله شرعیه و ارزش عرف در
همین حد است که موضوع حکم شرعی را اثبات می‌کند، نه خود حکم شرعی را.^{۶۷}

دیدگاه‌های مذاهب اهل سنت چنین مورد ارزیابی قرار می‌گیرد:
احمد الرزقاء در باب «سلطان العرف فی الفقه الاسلامی اجمالاً» دیدگاه کلی اهل سنت تشریح
نموده است:

عرف در فیه اسلامی اعتبار مشروع دارد که در باب آن در کلیه مسائل
اجتهادی و فقهی اسلامی اتفاق نظر موجود است هر چند در اندازه دلالت و
کاربرد آن تفاوت در دیدگاه وجود دارد. فقیهان به ویژه بزرگان فرقه حنیفه
برای عرف در اثبات حقوق و فواید آن در نواحی و جوامع گوناگون در باب
معاملات و تصرفات ارزش قائل‌اند. در نزد آنان عرف و عادت اصلاتی مهم و
مرجعی بزرگ و فراگیر است که با آن احکام حقوقی مدنی را بر اساس
موقعیت زمانی و مکانی بدون میانیت با نص و شریعت تثبیت می‌کنند. عرف
در دیدگاه آنان دلیل شرعی کافی برای اثبات احکام الزامی و فروعات رایج
بین مردم است در جایی که دلیلی غیر از آن نباشد. در صورت تعارض عرف
با قیاس، قیاس کنار می‌رود. زیرا سرانجام قیاس مخالف با عرف جاری به
حرج منتهی می‌شود. پس رهایی از احکام قیاس و اهتمام به عرف مانند
استحسان است که بر قیاس مقدم گردد.^{۶۸}

مذهب حنفی

عرف در نزد آنان به عنوان دلیل مستقل و فراگیر در اجتهاد و احکام عقود و ابواب معاملات مشهور است:

الثابت بالعرف ثابت بدلیل شرعی تعامل الناس من غیر نکر منکر اصل
فی شرع...^{۶۹}

ابن نجیم از علمای حنفیه می نگارد:

القاعدة السادسة: العادة محكمة و اصلها قول (ص): «ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله احسن... اعلم أن اعتبار العادة و العرف يرجع اليه في الفقه في مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك اصلا. فقالوا في الاصول في باب ما تترك به الحقيقة تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال و العادة... و اذا تعارض العرف مع اشرع قدم عرف الاستعمال خصوصا في الأيمان...»^{۷۰}

کاربرد عرف در مذهب حنفی در بسیاری از موارد راه گشای فقه آنان است؛ از جمله در بیع معاطات به نقل از ابن قدامة آمده است:

و لنا إن الله أحل البيع و لم يبين كيفيته موجب الرجوع الى العرف كما يرجع اليه في القبض و الاحراز و التفرق و...^{۷۱}

بنابر مبانی این مذهب، عرف در بسیاری از ابواب فقهی مرجع قرار می گیرد، به ویژه در مصادیق و فروعات که مشکل گشای احکام است.

مذهب مالکی

اصالت عرف نزد بزرگان مالکی و مجرای آن بسیار حایز اهمیت است ابن العربی در این باره گفته است:

إن العرف و العادة اصل من اصول الشرعية يقضى به في الاحكام.»^{۷۲}

و دیگری گفته است:

إن نكارة العادات لأمینی له و الاخذ بالعرف امر واجب.»^{۷۳}

مالک عرف را نوعی از مصلحت دانسته و حتی بعضی تعارضات را به وسیله عرف تخصیص زده است، از جمله آیه شریفه:

و الولادات يرضعن اولادهن حولین کاملین لمن اراد أن يتم الرضاعة...^{۷۴} را به عرف و عادت تخصیص زده و زن ذات ترفه را که از ارضاع متضرر می شود استثنا کرده است.^{۷۵}

ابن رشد می گوید:

اما در مورد مقدار نفقه، نظر مالک آن است که مقدار نفقه در شرع معین نشده، بلکه مقدار آن به مقتضای حال و موقعیت زوج و زوجه بستگی

طهر

سال سوم، شماره ۱۱، تابستان و پائیز ۱۳۸۳

دارد که به حسب اختلاف مکانها و زمانها و احوال اشخاص اختلاف پیدا می‌کند و نظر ابوحنیفه هم همین است.^{۷۶}

یا خطاب مالکی در باب بیع می‌نویسد:

رکن اول در انعقاد بیع، صیغه است و آن دلالت بر رضایت کند، خواه قولی باشد یا فعلی مانند معاطات که آن عطا و بخشش است، زیرا فعل بر رضایت دلالت دارد عرفاً.^{۷۷}

مذهب شافعی

در نزد دانشمندان شافعیه عرف از حیث تحکیم در روند استنباط و فقهامت ضروری به نظر می‌آید:

صاحب فتح الباری گفته است:

ان الرجوع الى العرف احد القواعد الخمس التي يبتنى عليها الفقه... و من لم يخرج العرف في المعاملات تفقها لم يكن على حظ كامل فيها...^{۷۸}

و یا غزالی آورده است:

و العادة اصل مستفاد منها معارف فان بها يعلم بطلان دعوى معارضة القرآن و اندراسها.^{۷۹}

از علمای شافعیه، سیوطی به جایگاه عرف در فقه اشاره می‌کند:

اعلم ان اعتبار العادة و العرف رجع اليه في الفقه في مسائل كثيرة لا تعد فمن ذلك من الحيض و البلوغ و...^{۸۰}

در فقه شافعی آمده است:

«رضایات امری پنهانی است که ما اطلاعی بر آن نداریم پس صیغه راهنمایی بر رضایت است که در معاطات چنین منعقد نمی‌شود».^{۸۱}

بنابر رأی ایشان، رضایت حال به وسیله صیغه در عرف معین می‌گردد.

مذهب حنبلی

مرجعیت عرف در مذهب حنبلی در حد یک اصل مهم مورد استناد قرار گرفته است، از جمله گفته‌اند:

العرف اصل كبير يرجع اليه في كثير الشروط و الحقوق التي لم تتقدر شرعا و لا لفظاً^{۸۲} یا و مما يدخل فيما جاء به الرسول(ص)، اعتبار العرف و العادة لا على وجه يخالف صريح الشرع...^{۸۳}

پیشوای این مذهب، احمد حنبلی، دربارهٔ روایت ابن‌القاسم گفته است:

اذا قال لاهل بيتي او قرابتي فهو على ما يعرف من مذهب الرجل... ای العادة الخاصة.^{۸۴}

وی عرف عادی شخص را ملاک شناخت خانوادگی و نسل او می داند.
در جای دیگر به نقل از ابن عابدین، از شرایط اعتبار مفتی را شناخت عرفیات مردم می داند:
لابد للمفتی من معرفة الزمان و احوال اهله و معرفة ان هذا العرف
خاص او عام و انه مخالف نص او لا و لابد من التخرج على استاذ ماهر
ولا يكتفيه مجرد حفظ المسائل و الدلائل فان المجتهد لابد من معرفة عادات

الناس. ۸۵

در مجموع احمد حنبل معتقد است: کسی که بر مسند قضاوت می نشیند باید جامعه شناس و عرف شناس باشد و در نزد استاد رموز علمی را بیاموزد و به نقلی اکتفا نکند، بلکه قوه تحلیل و استناد را بیابد. فقیه باید از عرفیات مردم شناخت لازم کسب نماید.
البته در بررسی متون فقهی اهل سنت هم، قواعدی مشاهده می شود که در فتواها به کار رفته است، از جمله:

(استعمال الناس حجة يجب العمل بها)

(المعروف عرفا كالمشروط شرعاً)

(المشروط عرفا كالمشروط شرعاً)

(العادة المطردة تنزل منزلة الشرط)

(التعین بالعرف كالیقین بالنص)

(الیقین بالعرف كالیقین بالنص) ۸۶

و نظیر این قواعد که به مانند دلیل مستقل در اغلب استنادات فقهی آنان به وفور دیده می شود. از مجموعه مبانی در تبیین عرف نزد اهل سنت، چنین برداشت می شود که «عرف و عادت» در کنار ادله دیگر، به عنوان منبع مستقل در مقابل ادله اربعه، مرجع حکم شرعی محسوب می گردد. برخی دیگر از اندیشمندان بر این باورند که عرف از درجه های گوناگون به قانون گذاری اسلامی راه یافته است. صاحب کتاب فلسفه التشريع در این باره گفته است:

برخی از نصوص سنت مبتنی بر عرفاند و هنگامی که احکام و قوانین بر پایه عرف باشند، در تفسیر و فهم معانی آنها نیز باید به عرف مراجعه شود. دیه و قسامه از این قبیل است. و بیشتر عادت عرب، از راه سنت تقریری و امضایی مورد تصویب قرار گرفته است. راویان گفته اند: رسول خدا (ص) در برابر عاداتهای نیکو سکوت اختیار می نمود و به دیده رضا در آنها می نگرست. مالک بن انس اصبحی هنگامی که نص در موضوعی نمی یافت، کردار اهل مدینه را دلیل شرعی می شمرد و اگر در عرف به عادت جدیدی که برخلاف کتاب و سنت نبود، برمی خورد، آن را می پذیرفت. همین عادت و عرف، از راه

طهری

سال سوم، شماره ۱۰-۱۱، تابستان و پاییز ۸۳

اجماع مجتهدان یا ادله شرعی دیگر، مانند استحسان، بیه قوانین اسلام راه یافت.

عرف در همه جا و همه حال شرعاً معتبر است و در قواعد کلی، عرف معیار قوانین شناخته می‌شود. این قاعده از قواعد چهارگانه‌ای است که قاضی حسین بن محمد مرورودی، فقه را بر آن مبتنی نموده است. صاحب المجملۀ داوری عرف را مورد توجه قرار می‌دهد و می‌گوید: سنجش قانون با عرف است؛ یعنی در اثبات حکم شرعی عادات عمومی یا خصوصی، می‌توان عرف را داور قرار داد.^{۸۷}

شرایط عرف

اعتبار عرف در نزد امامیه منوط به شرایطی است. در این دیدگاه، عرف باید مخالف با نص (قرآن و سنت) نباشد؛ مثلاً حکم عرف به حلیت ربا و مشروبات الکلی، مباین با نص شریعت است. به عبارت دیگر، باید معنی از شارع درباره عرف وجود نداشته باشد.^{۸۸} صاحب عروة الوثقی می‌فرماید:

كل معاملة عقلانية صحيحة الا ما خرج بالدليل الخاص كما هو مقتضى العمومات؛^{۸۹}

مقتضای «عمومات ادله» این است که هر معامله عقلایی صحیح است به جز مواردی که دلیل ویژه باعث خروج آن شده باشد. در دیدگاه امامیه، عرف نباید از نوع مسامحات و عادات تقلیدی و بی‌اساس باشد، بلکه باید بر ارتکازات عقلایی مبتنی باشد؛ مثلاً شیخ اعظم انصاری ادعا کرده است که معاطات ناشی از مسامحه در امور دینی است و از این رو حجت نیست.

و اما ثبوت السيرة و استمرارها على التورث فهمي كسائر سيراتهم الناشئة عن المسامحة و قلة المبالاة في الدين مما لا يحصى في عباداتهم و معاملاتهم و سياساتهم كما لا يخفى...^{۹۰}

و همچنین اگر قواعد حقوقی در محضر شارع مقدس وجود داشته و ابراز مخالفت نیز ممکن باشد، در صورتی که در نهایت شارع، آن قواعد عرفی را امضا نموده و یا حداقل ردع ننموده باشد، معتبر می‌گردد.^{۹۱}

پذیرش عرف در اهل سنت نیز با ملاکها و شرایطی همراه است.

مصطفی احمد الزرقاء می‌گوید:

در فقه اسلامی برای عرف و اعتبار آن اتفاق نظر وجود دارد، هر چند که بین دیدگاهها درباره حدود و مقدار کاربرد آن تفاوت است. در مذهب حنفی، در اثبات حقوق و انجام معاملات و تصرفات مردم، عرف را اصل و منبع

عظیم و وسیعی در اثبات احکام حقوقی و نیز معتبر دانسته‌اند، مگر آنکه نص

شرعی صحیحی آن را رد نماید.^{۹۲}

همچنین عرف باید مورد پسند عقل و ذوق سلیم و رأی عموم واقع شود، از امور تکراری و شایع بین همه مردم باشد و از عادات زمان پیشین و یا زمان کنونی به حساب آید. البته عرف پیشین اعتبار شایسته‌ای ندارد. در هر حال، عرف به ویژه نباید برخلاف قراردادها باشد.^{۹۳} به این لحاظ و در مجموع، عرف ما فارغ از اصالت یا دلالت و نگرشهای فقهی، با شرایط خاص ذیل معتبر دانسته می‌شود:

۱. اطراد یا اغلیت عرف: شمول عرف در اعتقاد و عمل، باید به گونه‌ای باشد که در بیشتر مصادیق مورد استناد قرار گیرد.

۲. سبقت یا مقارنت در میدان عمل: دلالت لفظی یا عملی عرف باید همزمان با حدوث یا وقوع آن قضیه، محقق شده باشد و در حین انتفاع تکوین یافته باشد. از این رو، اگر عرفی در دوره گذشته وجود نداشته و زمان تصرف آن نرسیده باشد، یا پس از تغییر شرایط حادث گردد، پذیرفته نیست.^{۹۴}

۳. عدم تصریح: عرف از جمله دلالات است و بنابر قاعده «المعروف عرفاً کالمشروط شرطاً» تا زمانی که شرایطی مغایر با عرف و راه‌حلی در مقابل آن پیش‌بینی نشده باشد و روال بر سکوت و رضایت بگذرد، ارزشمند است و گر نه ارزشی ندارد.

۴. عدم مخالفت: هرگاه عمل به عرف موجب تعطیل نمی‌شود، عرف از اعتبار می‌افتد. همچنین با وجود نص شارع یا قاعده قطعی شرع یا اصلی از اصول عملیه، عرف جایگاهی ندارد؛ مانند بیع ربوی و مجهول که نص صریح برخلاف آن قائم شده است.^{۹۵}

ادله عرف

از دیدگاه دانشمندان شیعه دو نظریه در حجیت عرف وجود دارد:

نظریه اول: حجیت عرف از باب «کاشفیت» است. مراد این نظریه آن است که عرف فی نفسه اصالتی ندارد و اعتبار آن از ناحیه کشف از تأیید شارع - و لو به وسیله عدم ردع - است. مستند اصلی فقها در مقام استنباط و استخراج حکم، تقریر معصومان است که یکی از انواع «سنت» است. با این نگرش، بیشترین کاربرد عرف ما در باب مفاهیم الفاظ و کشف حکم شرعی به وسیله سیره‌های عملی است. بنابر این نظریه، عرف با سه شرط معتبر است:

۱. در نظر معصوم باشد و تقریر و سکوت او به نحو قضیه خارجی باشد. همچنین تأیید شارع، عقود متعارفه عصر خود را تجویز کند و تسری دادن آن به زمانها و مکانهای دیگر جایز نیست. مسئله بیمه و برخی از مبادلات امروزی که برای کبرای کلی همه معاملات عقلایی، کشف تقریر معصوم مشکل است؛ لذا باید معاملات مستحدثه را تحت یکی از عقود متعارفه در زمان معصومان

مندرج نماییم. شهید صدر در این باره بحث کرده است که در بررسی مقدار کارایی سیره عقلایی، آیا دایره تأثیر امضا، به آنچه در زمان معصومان متعارف بوده، محدود است یا زمانهای گوناگون را در بر دارد. وی در پاسخ این مناقشه گفته است:

سکوت شارع و عدم ردع او، محدود به امضای عمل خارجی عقلاست
و هرگز دال بر توسعه و تأیید کلیه ارتکازات عقلایی بدون فرض عمل
خارجی نیست.^{۹۶}

ولی حق این است که لازم نیست امضا به صغرای موارد برسد، بلکه همین اندازه که اصل ارتکاز عقلایی حقیقی را شامل شود و کبرای کلی را مورد تأیید قرار دهد، کافی است.

۲. شرط دیگر این است که رضایت شارع و عدم ردع او در عمل احراز گردد.

۳. شرط سوم هم این است که منعی مانند تقیه در امضا وجود نداشته باشد.

شیخ اعظم انصاری، آخوند خراسانی، میرزای نایینی و امام خمینی از جمله قائلان این

نظریه‌اند.^{۹۷}

نظریه دوم: عرف از باب «موضوعیت» است. در این نظریه، عرف در استنباط حکم شرعی محوریّت دارد و جنبه وسیله کشف از رضایت و امضای معصوم در آن لحاظ نمی‌شود. معتقدان این دیدگاه اکثر دانشمندان اهل سنت‌اند که نظریه را به دو گونه بیان کرده‌اند:

الف. حکم و بناهای عقلایی ناشی از عقل است و استقرار بنای عملی عقلاً بر اعتماد به خبر افراد موثق، کشف قطعی و یقینی از حکم عقل به حجیت خبر ثقة می‌کند، و این تا زمانی است که شارع مقدس، راه دیگری غیر از طریقه عقلاً معین نکرده باشد.

ب. انگیزه عقلایی بر اساس حفظ مصالح عمومی و پیشگیری از اختلال در نظام اجتماع بشری است. عقلاً معتقدند آنچه در تأمین این هدف دخالت داشته باشد، مطلوب شارع است؛ مثلاً شارع به دلیل حفظ مصلحت، احکام ثانویه را ایجاد یا تأیید نموده است و این احکام بر احکام اولیه حکومت دارند. قاعده لاضرر و لاجرم از آن جمله است.^{۹۸}

البته این نظریه اشکال مبنایی دارد؛ زیرا ما امارات را از باب کاشفیت حجت می‌دانیم.

در دیدگاه اهل سنت، برای تأیید اعتبار عرف، مطالبی بیان شده است. در نگاه آنان، قرآن برخی از عادات و تقلیدهای رایج قبل از ظهور اسلام را که با روح شریعت اسلامی تعارض نداشته‌اند، تأیید کرده است. وجوب دیه بر عاقله چنین است. رسول الله نیز در مهاجرت به مدینه، برخی از عادات و عرفهای معمول را تأیید نموده است. بیع سلم و عریّه از این قبیل است.^{۹۹} همچنین اصحاب پیامبر در هجرت به سرزمینهای اسلامی، بعضی از عادات محلی را - مانند مواضع اختلاف بین احکام عرف عراق و عرف حجاز - مورد توجه قرار داده‌اند.

دلیل اول، آیه «خذ العفو و امر بالعرف»^{۱۰۰} است که می‌فرماید: «(ای رسول ما)، طریقه عفو پیش‌گیر و به معروف و نیکوکاری امر نما.» استدلال‌کنندگان قائل‌اند که آیه ناظر به رعایت عرفی و الزام به امور عرفی از جانب پیامبر ارجمند است؛ والا فایده‌ای بر توجه دادن به عرف مترتب نمی‌شود. ولی این تقریب از چند جهت مخدوش است: عرف مذکور در آیه فوق، به معنای اصطلاحی اصولی نیست، بلکه با توجه به قرائن، همان مفهوم لغوی مراد است.

همچنین آیه کریمه از آیات مکی است که شأن نزول آن تحریص و تشویق به مکارم اخلاق است، نه بیان فروع و وجوه احکام.^{۱۰۱} بعضی از مفسران معتقدند مراد از عرف در آیه، افعالی است که عقل یا شرع تأیید کند؛ زیرا سیاق آیه امر به عفو از افعال جاهلان می‌کند و در آخر به اعراض از آنها دستور می‌دهد و این نکته با مفهوم اصطلاحی نمی‌سازد.^{۱۰۲} برخی دیگر از مفسران، عرف و معروف در آیه را به نیکویی نزد عقول و شرع معنا کرده‌اند که مقید به احکام خاص شرع نیست، بلکه در نبود نظر مخصوص شرع، در مورد یا مواردی، جای تمسک به عرف است.^{۱۰۳}

ظاهر سخن ایشان این است که عرف در چنین جاهایی، منبع حکم است، نه اینکه صرفاً تعیین‌کننده موضوع و متعلق یا مصداق باشد، البته حکم نیز به احکام اجتماعی و اداره نظام جامعه تعبیر شده است و به علاوه تشخیص احکام اجتماع از روی عرف، به عقلا و دانشمندان جامعه واگذاشته شده است. مضمون اغلب آیاتی که مشتمل بر واژه عرف یا معروف است، دعوت و تشویق به التزام به فضایل اخلاقی و دوری جستن از رذایل نفسانی است که در باب اخلاق مطرح می‌شود و هیچ گونه ارتباطی با حکم فقهی یا اصولی عرف و عادت ندارد.

دلیل دوم، روایت عبدالله بن مسعود از رسول الله (ص) است: «... فما رأى المسلمون حسناً فهو عند الله حسن؛...^{۱۰۴} آنچه مسلمانان نیکو می‌پندارند، در نزد خدا نیز نیکوست.» در تقریب این معنا گفته‌اند: رأی و هم‌اندیشی مسلمانان در کارها نزد خداوند معروف است؛ یعنی نیکویی نظر، نوعی عرف است، ولی این بیان هم تام نیست. از سوی دیگر، سند روایت نیز موقوف یا مرسل است.

این منقول متعلق به راوی است که عده‌ای به رسول الله نسبت داده‌اند. همچنین دلالت منقول ربطی به مدعی علیه ندارد، بلکه اخص از مدعی است؛ زیرا مضمون روایت درباره سیره عملی منتشره است، نه اینکه عرف به عنوان حجت مستقل و سیره مستدل مطرح شده باشد. «ال» در «المسلمون» نیز برای عهد ذهنی است، نه جنس. مراد از مسلمانان، به قرینه «رأی»، صحابه یا اهل اجتماع است که منطبق با اهل کمال و معرف است. همچنین ممکن است این واژه اشاره به اجماع امت باشد، نه احوال و رسوم آنها.

نکته دیگر این است که هیچ ملازمه‌ای بین عرف و حسن عمل به دست نمی‌آید و اکثر عرفها معلل به حسن نیستند. بر فرض تنزل، دلالت روایت نیز از صغریات حکم عقل یا اجماع است و این حجیت نمی‌آورد. ۱۰۵

دلیل سوم، قول شریح قاضی در عصر خلیفه دوم است که به ریسندگان گفت: «...ستکم بینکم» ۱۰۶ سنت شما بین خودتان معتبر است. عرف نیز از جمله سنن و عادات است، اما مناقشه این تقریب واضح است؛ زیرا کلام شریح برای ما حجیت ندارد و ملاک حکم شرعی قرار نمی‌گیرد. و این قضیه در بخش تشخیص مصادیق و مفاهیم استناد می‌شود.

دلیل چهارم، حکایت «هند»، همسر ابوسفیان، است. در حدیثی از پیامبر اسلام نقل شده است که زوجه ابوسفیان نزد پیامبر چنین شکایت کرد: ابوسفیان حق مرا از نفقه و منافع فرزندانم ادا نمی‌کند. شما تدبیری بیندیشید. رسول الله نیز در جواب فرمود: «خذی مایکفیک و ولدک بالمعروف؛ برای هزینه زندگی و فرزندان، از مال همسرت به اندازه متعارف بگیر». ۱۰۷

نقص این بیان هم روشن است. از یک سو، روایت از حیث سند ضعیف محسوب می‌شود و از دیگر سو، این قضیه مربوط به همان مورد است و فقط در بحث مقدار نفقه به اندازه معروف و اعتبار آن از جهت کفایت نفقه زوج، به عرف مراجعه می‌شود و این ارتباطی به مدعی ندارد.

دلیل پنجم، تأیید عاداتها و عرفهای اعراب از طرف شارع است؛ مثلاً در مسائل دیات و وارث و قسامه، تأیید شارع، دلیل بر حکم عرف است. حتی امام مالکیه، عمل اهل مدینه را اجماع عملی و دلیل شرعی در هنگام فقد نص می‌دانست. این تأیید هم مخدوش است؛ زیرا اگر شارع در بعضی از موارد، عرف و عاداتهای موجود را تأیید کرده است، به معنای حجیت عرف نیست، بلکه به معنای هماهنگی عرف با احکام اسلامی است. در اینجا مقصود، تقریر آن بخش از امور عرفی است که در مجرای سنت قرار دارد و نه اثبات هویت عرف، تا دلیلی مستقل در برابر سنت باشد.

دلیل ششم، اجماع است. محمضانی ادعا کرده است: «و دلیل تحکیم العادة فی الامور الشرعیة هو اجماع الفقهاء المبني علی سابقات قضائية الاسلامیة». ۱۰۸

پاسخ این ادعا هم روشن است. دلیل حاکم بر حضور عادت و عرف در مسائل شرعی، اجماع فقیهان است که در روند محاکمات قضایی مستند قرار می‌گیرد. اما در حالی که اندیشمندان امامیه با اعتبار عرف مخالفت کرده‌اند، چگونه این اتفاق احراز می‌شود؟ همچنین این اجماع مدرکی است و اعتبار آن منوط به کاشفیت از رأی معصوم است و این نیز احراز نشده است.

دلیل هفتم، قواعدی است که برخی نقل کرده‌اند. قاعده «التعین بالعرف کالتعین بالنص»، قاعده «المشروط عرفاً کالمشروط شرعاً» و قاعده «استعمال الناس حجة یجب العمل بها» از آن جمله است. نظایر این قواعد در منابع فقهی اهل سنت به وفور دیده می‌شود.

می‌توان گفت که عرف در نزد امامیه با دو مقدمه معتبر است:

الف. سیره عملی عقلایی با روش منطقی در مسئله‌ای تحقق یابد.

ب. سیره عملی، مورد امضا و تأیید شارع مقدس قرار گیرد و اتصال آن به عصر معصوم احراز گردد تا اقرار و تقریر یا ردع و منع او کاشف از رأی نهایی باشد. این مصداقی از سنت تقریری خواهد بود و تأیید هر گونه سیره عملی از سوی شارع، سند محسوب می‌شود. عرف لفظی یا عملی در نزد امامیه بر حسب دیدگاه، جنبه «کاشفیت» از قول یا تقریر و امضای شارع مقدس دارد؛ به شرطی که در مرئی و منظر معصومان باشد و یا مردم را به سوی آن ارجاع داده باشند، ولی هیچ گونه دلیل معتبر و تام بر حجیت عرف، در نزد امامیه یافت نشده است.

امامیه عرف را به عنوان منبع شناخت احکام شرعی نپذیرفته‌اند و حجیت آن را در کاشفیت از رأی معصوم دانسته‌اند. عرف از حیث ظهورات، مرجع قرار می‌گیرد و پس از حقیقت شرعیه و اصل عدم نقل در الفاظ، «ظهورات فرعی» قرار دارد. هر چند نقش عرف، در عرصه زمان و مکان و مناسبات موضوع و احکام مؤثر است و مایه دگرگونیها می‌شود، اغلب در حوزه تشخیصها و تطبیقها مفهومی کاربردی دارد.

نزد اهل سنت، عرف عام پایه قیاس و سبب دگرگونی احکام و مناسبات است. بر اساس این دیدگاه، عرف جنبه موضوعیت و اصالت دارد. آنان با وجود اختلاف دیدگاه، عرف را در «مالانص فیه» مرجع می‌دانند.

طهری

سال سوم، شماره ۱-۱۱، تابستان و پاییز ۸۳

پی نوشتہا

۱. المعجم الوسيط، گروه مؤلفان، ج ۲، ص ۵۹۵.
۲. اعراف (۷)، آیه ۱۹۹.
۳. البيان في تفسير القرآن، محمد بن حسن طوسی، ج ۵، ص ۷۳.
۴. مجموعة الرسائل، ابن عابدين، ص ۱۱۲.
۵. الوجيز في اصول الفقه، وهبة زحيلي، ص ۹۷.
۶. الميزان في التفسير القرآن، محمد حسين طباطبائي، ج ۸، ص ۳۹۷.
۷. نهاية الافكار، آقا ضياء الدين العراقي، ج ۴، ص ۲۴۱.
۸. مجموعة الرسائل ابن عابدين، محمد امين افندي، ص ۱۱۲.
۹. نظرية العرف، خليل رضا المنصوري، ص ۵۵ - ۵۷؛ اصول العامة للفقه المقارن، محمد تقی حکيم، ص ۳۲۰ - ۳۲۱.
۱۰. حقوق اسلام، محمد جعفر جعفري لنكرودي، ص ۱۱۲ - ۱۱۶.
۱۱. المدخل التشريع الاسلامي، محمد فاروق النبهان، ص ۱۳۹.
۱۲. الوجيز في اصول الفقه، دكتور وهبة الزحيلي، ص ۹۷.
۱۳. حقوق اسلام، دكتور محمد جعفر جعفري لنكرودي، ص ۹۴.
۱۴. منابع اجتهاد، محمد ابراهيم جناتي، ص ۳۹۸.
۱۵. مباني استنباط حقوق اسلامي، دكتور ابوالحسن محمدي، ص ۲۴۹.
۱۶. الذريعة الى اصول الشريعة، سيد مرتضى علم الهدى، ج ۱، ص ۳۰۶ - ۳۰۷.
۱۷. همان، ج ۱، ص ۱۰-۱۲.
۱۸. همان.
۱۹. همان، ج ۱، ص ۱۵.
۲۰. جواهر الكلام، شيخ محمد حسن نجفي، ج ۲۲، ص ۴۷؛ ج ۲۹، ص ۲۹۰.
۲۱. همان، ج ۱۱، ص ۶۵۶۴.
۲۲. المكاسب، شيخ مرتضى انصاري، ص ۳.
۲۳. مسالك الافهام، زين الدين العاملي، ج ۷، ص ۳۴.
۲۴. البيع، امام خميني، ج ۱، ص ۳۸۱.
۲۵. الرسائل، (رسالة الاجتهاد التقليدي)، امام خميني، ج ۲، ص ۱۲۳.
۲۶. همان.
۲۷. همان، ص ۱۲۵.
۲۸. اصول الفقه، محمد خضري بك، ص ۱۸۴.

۳۹. جواهر الکلام، محمدحسن نجفی، ج ۱۳، ص ۲۹۴.
۴۰. رساله الغناء، مرتضی حسینی نجومی، (تعاریف الغناء) ص ۲۳-۲۷.
۴۱. مبانی استنباط حقوق اسلامی، دکتر ابوالحسن، محمدی، ص ۲۵۲.
۴۲. جواهر الکلام، محمدحسن نجفی، ج ۳۸، ص ۶۵.
۴۳. فوائد الاصول، ج ۴، ص ۵۷۱.
۴۴. فوائد الاصول، محمدحسین غروی اصفهانی، ج ۴، ص ۵۷۴.
۴۵. البیع، امام خمینی (ره)، ج ۱، ص ۲۵۸.
۴۶. جواهر الکلام، محمدحسن نجفی، ج ۲، ص ۵، ۶، ۹، ۱۰، ۱۱، ۱۲، ۱۳، ۱۴، ۱۵، ۱۶، ۲۰، ۲۲، ۲۹، ۳۳، ۳۶، ۳۸، ۴۰، ۴۱، ۴۲، ۴۳.
۴۷. اللعة الدمشقية، (کتاب الوقف)، ج ۱، ص ۲۹۹ - ۳۰۲.
۴۸. فوائد الاصول، ج ۴، ص ۵۷۴.
۴۹. الرسائل، امام خمینی (ره)، ج ۱، ص ۲۷۷.
۵۰. نظرية العرف، ص ۲۱۰-۲۱۳.
۵۱. التنقيح، ابوالقاسم خویی، ج ۴، ص ۳۵۸.
۵۲. البیع، ج ۱، ص ۵۴؛ نظرية العرف، ص ۲۱۰ - ۲۱۳.
۵۳. الرسائل، امام خمینی، ج ۱، ص ۱۸۳.
۵۴. مصباح الاصول، مرحوم خویی، ج ۳، ص ۱۵۸ - ۱۵۹.
۵۵. اجود التقريرات، مرحوم خویی، ج ۲، ص ۴۳۵.
۵۶. دروس في علم الاصول «مجموعة الكاملة»، محمدباقر صدر، ج ۳، ص ۶۳۵ - ۶۳۸.
۵۷. فوائد الاصول، ج ۱، ص ۲۷-۲۸، ۱۲۶-۱۳۳؛ ج ۲، ص ۴۸۲-۷۵۶؛ ج ۲، ص ۴۱۱-۴۱۷، ۴۳۶؛ ج ۱، ص ۳۰۶؛ ج ۲، ص ۴۲۲؛ ج ۱، ص ۲۹۴.
۵۸. همان، ج ۲، ص ۴۹۷-۴۸۴.
۵۹. همان، ص ۶۸۵-۶۹۳.
۶۰. همان، ص ۲۸۸.
۵۱. کفایة الاصول، آخوند خراسانی، ص ۴۳۹-۴۴۸، باب تعادل و ترجیح.
۵۲. منابع اجتهاد، محمدابراهیم جناتی، ص ۳۹۹.
۵۳. الاشباه و النظائر، ابن نجیم حنفی، (القاعدة السادسة)، ص ۱۰۲.
۵۴. العرف، عادل بن عبدالقادر، ج ۱، ص ۲۲۰-۲۲۱.
۵۵. المدخل الفقهي العام، احمد الزرقاء، ج ۱، ش ۳۹، ص ۱۳۴.

۵۶. الاصول الفقه، محمد ابوزهره، ص ۲۵۵، ش ۲۶۲.
۵۷. علم الاصول الفقه، عبدالوهاب خلاف، حد ۹۱.
۵۸. اثر العرف فی التشريع الاسلامی، عوض سیدصالح، ص ۶۱۷.
۵۹. العرف و العادة، ابوسنة، ص ۳۲.
۶۰. المصنفی فی اصول الفقه، علی بن الوزير، ص ۴۱۷.
۶۱. المدخل الی اصول الفقه، الدو البی، ج ۱، ص ۳۰.
۶۲. الامام الصادق و المذاهب الاربعة، ج ۱ - ۲، ص ۵۲۰.
۶۳. الاشباه و النظائر، ابن نجیم حنفی، ص ۱۰۱ - ۱۰۵.
۶۴. المبسوط، السرخسی، ج ۱۳، ص ۱۴.
۶۵. اصول الفقه، ابوزهره، ص ۲۵۵ - ۲۵۶.
۶۶. المصنفی فی اصول الفقه، احمد ابن علی الوزير، ص ۴۱۶.
۶۷. مصادر التشريع الاسلامی، عبدالوهاب خلاف، ص ۱۴۹.
۶۸. المدخل، القهی العالم، احمد الرزق، ج ۱، ش ۳۹، ص ۱۳۴.
۶۹. المبسوط، شمس الدین سرخسی، ج ۱۳ - ۱۴، ص ۱۴ - ۷۷.
۷۰. الاشتباه و النظائر علی مذهب ابی حنیفه، ابن نجیم، ص ۴۶.
۷۱. المعنی، الموفق ابن قدامی، ج ۳، ص ۵۶۱.
۷۲. الاحکام القرآن، ابن العربی، ج ۴، ص ۱۸۳۰.
۷۳. العرف والعمل، عبدالکریم جیدی، ص ۸۱.
۷۴. بقره (۲)، آیه ۲۳۳.
۷۵. اصول الفقه الاسلامی، مصطفی شبلی، ص ۳۲۱.
۷۶. بداية المجتهد و النهاية المقتصد، ابن رشد، ج ۲، ص ۵۴.
۷۷. شرح الخطاب، ج ۴، ص ۲۲۸.
۷۸. فتح الباری، القاضی حسین، ج ۴، ص ۴۰۶.
۷۹. المستصفی، الوحامد غزالی، ج ۱، ص ۱۷۷.
۸۰. الاشتباه و النظائر، السبوطی، ص ۶۹.
۸۱. نهاية المحتاج، الرملى، ج ۴، ص ۲۲ - ۳.
۸۲. المختارات الجليلة، السعدی، ص ۵۵.
۸۳. فتاوی، محمد ابن ابراهیم، ج ۱۲، ص ۲۵۲.

طهری

سال سوم، شماره ۱۱-۱، تابستان و پیاپی ۸۴

۴۴

۸۴. القواعد، الامام ابن رجب، ص ۳۹۷.
۸۵. رسائل و نشرالعرف، ابن عابدین، ج ۲، ص ۱۲۷؛ اعلام الموقعین، الجوزیه، ج ۴، ص ۱۷۹.
۸۶. منابع اجتهاد، ابراهیم جناتی، ص ۴۰۵.
۸۷. فلسفه التشريع في الاسلام، صبحی محمضانی، ص ۲۶۴.
۸۸. اصول الفقه، محمد أبوزهرة، ص ۲۷۳، ش ۲۶۳.
۸۹. عروة الوثقی، (کتاب مزارعه)، ج ۲، ص ۷۱۱، مسئله ۲.
۹۰. المكاسب، شیخ مرتضی انصاری، ص ۸۳.
۹۱. درآمدی بر حقوق اسلامی، ج ۱، ص ۳۶۸.
۹۲. المدخل الفقهي العام، احمد الزرقاء، ج ۱، ص ۱۳۴.
۹۳. الاشياء و النظائر، جلال الدین سیوطی، ص ۶۹.
۹۴. فلسفه التشريع في الاسلام، ص ۲۶۸.
۹۵. مبانی استنباط حقوق اسلامی، دکتر ابوالحسن محمدی، ص ۲۲۵.
۹۶. بحوث في علم الاصول، سید محمود هاشمی، ج ۴، ص ۲۴۶.
۹۷. فوائد الاصول، ص ۱۰۰؛ کفایة الاصول، ج ۲، ص ۹۸؛ فوائد الاصول، ج ۳، ص ۱۳۵؛ مصباح الاصول، ج ۲، ص ۱۲۹؛ الرسائل، ج ۲، ص ۱۲۳.
۹۸. العرف، عادل بن عبدالقادر، ج ۱، ص ۲۲۵.
۹۹. عربیه: نخل خرمایی که برای نگهداری و یا بخشش آن، هنگامی که میوه اش رسیده باشد، از معامله کنار گذاشته می شود. سلم: قیمت جنسی که تا وقت مشخصی با وصف معینی تسلیم دیگری شود و جنس را بعد از مدتی تحویل دهند. النهایة، ابن اثیر، ج ۳، ص ۲۲۴.
۱۰۰. اعراف (۷)، آیه ۱۹۹.
۱۰۱. المدخل الفقهي العام، مصطفى احمد الزرقاء، ج ۱، ص ۱۳۳.
۱۰۲. منابع اجتهاد، ابراهیم جناتی: ص ۴۰۲.
۱۰۳. المنار (تفسیر القرآن الحکیم)، محمد رشیدرضا، ج ۹، ص ۵۳۴ - ۵۳۷.
۱۰۴. الاشياء و النظائر في الفروع، عبد الرحمن سیوطی، ص ۶۴؛ مسند، احمد بن حنبل، ج ۲، ص ۱۶، ج ۳۶۰۰.
۱۰۵. العرف، عادل بن عبدالقادر، ج ۱، ص ۱۹۲.
۱۰۶. فتح الباری، ج ۴، ص ۴۰۶.
۱۰۷. اعلام الموقعین، ابن قیم الجوزیه، ج ۴، ص ۳۳۵، ش ۴۸۹.
۱۰۸. فلسفه التشريع الاسلامی، صبحی محمضانی، ص ۲۶۶.