



## پژوهشی پیرامون عرف

پدیدآورنده (ها): خرازی، سید محسن؛ سلطانی گل شیخی، عباس علی

علوم قرآن و حدیث :: نشریه مشکوة :: زمستان ۱۳۶۷ - شماره ۲۱ (ISC)

صفحات: از ۶۶ تا ۹۳

آدرس ثابت: <https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/58642>

تاریخ دانلود: ۱۴۰۵/۰۱/۲۰

**کاربر گرامی، فایل دانلود شده فقط برای استفاده شخصی است، از نشر آن خودداری فرمایید.**

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 برگرفته 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.



- پژوهشی پیرامون استقرار کارگزاری خارجه قاینات و رابط حکام محلی با کارگزاران در عصر قاجار
- پژوهشی پیرامون نسبت سنجی حاکمیت قانون در قاموس قانون اساسی و نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران
- نقش مدیریت دانش در عملکرد فرآیند توسعه محصول جدید پژوهشی پیرامون شرکت های SME صنعت نرم افزار استان یزد
- پژوهشی پیرامون صحت انتساب رساله سلمان و اقبال به ابن سینا
- پژوهشی پیرامون لوله های شیشه ای درهای ال-اونتس-نپیرش، آزمایش و مطالعه آنها با روش فلئورسانس پرتو مجهول
- پژوهشی پیرامون هنر از حیث اعتباری بودن براساس نظریه اعتباریات علامه سیدمحمدحسین طباطبایی
- پژوهشی پیرامون نسخه های خطی و چاپ های اولیه تعدادی از آثار نویسندگان یونانی و رومی
- پژوهشی پیرامون حکم اخذ اجرت المثل توسط وصی با رویکردی بر آراء امام خمینی(ره)
- پژوهشی پیرامون کتاب تذکره الملوک نوشته رفیع الدین ابراهیم شیرازی، مؤرخ دربار عادل شاهیان: براساس نسخه خطی کتابخانه ملی پاریس
- پژوهشی پیرامون تاریخ کتابخانه سلطنتی، در کاخ گلستان تهران

نویسنده: السید محسن الخرزازی

ترجمه: عباسعلی سلطانی گلشیمی

گروه ترجمه عربی

## پیش‌گفتار پیرامون عرف



از جمله مسائل اساسی اسلام در جهان کنونی این است که مسلمانان با بحث و تبادل نظر پیرامون اصول و فروع اسلام به یکدیگر نزدیک شده و قول حق و درست را، بدون هیچ تعصب یا فرقه‌گرایی، بپذیرند؛ زیرا وحدت راستین، که قرآن کریم با آیه «وَأَعْتَصِمُوا بِحَبْلِ اللَّهِ جَمِيعاً وَلَا تَفَرَّقُوا<sup>۱</sup>» مسلمانان را به آن فرا خوانده، جز به این طریق به دست نمی‌آید. اینک به یاری خداوند موفق شدم گفتاری کوتاه پیرامون یکی از مسائل اختلافی، که عُرف است و دخالت تام و کامل در فهم قرآن، سنت، احکام و دلایل شرعی دارد، فراهم آورم. از خداوند متعال خواستارم مرا در این راه استوار و از خطا و لغزش مصون دارد.

### ماهیت عُرف

«ابن عابدین حنفی» به نقل از کتاب «المستصفی» می‌گوید: «عرف و عادت آن چیزی است که از راه عقول در جانها استقرار یابد و طبیعتهای سالم آن را بپذیرد»<sup>۲</sup> از «جرجانی» و دیگران نیز مثل این تعریف نقل شده که در آن چند نکته شایان ذکر است:

اولاً: اگر مراد از «عقول» توافق تمامی عقلا در تمامی اطراف و نواحی جهان باشد، تعریف جامع افراد نخواهد بود؛ زیرا عرف، به موارد بنای عقلا مثل رجوع جاهل به عالم، أخذ به ظهورات و قول افراد مطمئن وثقه اختصاص پیدا می‌کند و شامل عُرف خاص — که عرفها و عاداتهای مختلف

در زمانها و مکانهای مختلف است - نمی شود. با این که علما عرف را به دو قسم عام و خاص تقسیم کرده اند. و اگر مقصود از «عقول» عقلهای گروهی از عقلا فی الجمله باشد، تعریف مانع اغیار نخواهد بود. یعنی مواردی را شامل می شود که نه عرف است و نه عادت مثل اجتماع گروهی بر انجام کاری یا استعمال لغتی در معنایی که با یکدیگر به توافق رسیده اند. ثانیاً: ذکر قید «پذیرش طبیعتهای سالم» در تعریف نیز موجب می شود که تعریف به موارد بنای عقلا اختصاص پیدا کند و شامل عرف خاص نشود زیرا طبع سلیم در زمانها و مکانهای مختلف یکسان است ولی عرف خاص متغیر است.

ثالثاً: مقتضای وجود دو قید (عقول و پذیرش طبایع سلیم) در تعریف، منحصر کردن عُرف به قسم صحیح آن است با این که تمامی علما در تقسیماتشان عرف را به صحیح و فاسد تقسیم می کنند<sup>۴</sup>. پس بهتر است که دو قید مزبور را از تعریف حذف کنیم و بگوییم: «عرف عبارت است از قول، فعل یا ترک فعلی که توسط مردم پذیرفته شده و در میانشان شایع باشد، و در تمامی زمانها و مکانها یا در برخی از آنها، برطبق آن رفتار شده باشد.» این تعریف با توجه به اطلاقی که در آن است، شامل عرف عام، عرف خاص و عرف صحیح و فاسد هم می شود.

از آنچه گفتیم: ایراد وارد بر تعریف «بدران» که می گوید: «عرف چیزی است که مردم در معاملات و رفتارشان برآن عادت کرده باشند و کارهایشان برآن استوار شده باشد» هم آشکار می شود زیرا عرف به رفتار و معاملات اختصاص ندارد بلکه شامل اقوال، افعال و استعمالات هم می شود همچنان که خود نیز عرف را به عُرف قولی و عرف عملی تقسیم کرده است. شاید نزدیکترین تعریف به آنچه ما گفتیم، تعریف استاد «خلّاف» در کتاب «اصول العامة» است که می گوید: «عرف، قول، فعل یا ترک فعلی است که مردم آن را پذیرفته باشند و برطبق آن عمل کنند و عادت نیز نامیده می شود»<sup>۵</sup>.

به هر صورت، آنچه سخن را آسان می سازد این است که تعاریف مذکور، از باب تعریف حقیقی اشیاء نیست بلکه تعریف شرح الاسمی است.

از برخی تعریفها برمی آید که عرف و عادت، دو مفهوم مختلفند که دارای یک مصداق می باشند. «ابن عابدین» می گوید: «واژه عادت از معاودة گرفته شده؛ زیرا عادت، با تکرار و بی دربی بجا آوردن چیزی، در جانها و عقول شناخته شده و استقرار می یابد و بدون قرینه و علاقه ای مورد پذیرش آنها قرار می گیرد و حقیقت عرفی می شود پس عادت و عرف از جهت مصداق متحد و یکی هستند ولی از جهت مفهوم اختلاف دارند»<sup>۶</sup>. در «مدخل» آمده است که: «عادت اعم از عرف است - که حق هم همین است -؛ زیرا شامل عادت ناشی از عامل طبیعی و عادت فردی می شود. ولیکن عادت مورد بحث ما، از آن دو مفهوم اعراض کرده و با عُرف اصطلاحی متحد شده

است و نیز نمی‌توان گفت: عرف شامل افعال نمی‌شود و افعال اختصاص به عادت دارد، زیرا عرف، شامل افعال و اقوال هردو می‌شود.<sup>۷</sup>

## انواع گوناگون عُرف

### الف - عُرف عام و عُرف خاص

۱ - عُرف عام - در «الاصول العامة» آمده است: «مقصود از عُرف عام، عرفی است که اکثر قریب به اتفاق مردم، با اختلاف زمانی و مکانی و فرهنگی و سطوح مختلف علمی، در آن شرکت دارند.» این تعریف از تعریفی که عرف عام را، بنای عقلا گفته‌اند، به واقع نزدیکتر است زیرا این تعریف بسیاری از ظواهر عمومی اجتماعی مثل «لزوم رجوع جاهل به عالم»، «عدم نقض یقین به شک» و نیز شیوع اطلاق لفظ در معنایی که هنگام شنیدن آن لفظ غیر آن معنا تبادر نمی‌شود - گرچه در لغت به معنای دیگری باشد را نیز شامل می‌شود.<sup>۸</sup> شیخ طوسی ره می‌گوید: اسمهای زیادی از معنای لغوی خود به معنای عرفی و گاهی به معنای شرعی دیگری نقل پیدا کرده‌اند. منقولات عرفی مثل دابة و غایط که گرچه در لغت دابة به معنای هر موجودی است که راه می‌رود و غایط به معنای مکان پست زمین است ولی در عرف به معنای حیوان مخصوص و حَدِيثِ مخصوص استعمال می‌شود. «بدران» نیز به همین مسأله اشاره کرده و گفته است:

«از نمونه‌های حاکمیت عُرف این سخن است که «الْحَقِيقَةُ تُثْرَكُ بِدَلَالَةِ الْعَادَةِ» یعنی هنگامی که معنای حقیقی لفظ، متروک شود و استعمال آن در معنای دیگر شیوع پیدا کند، به معنای مشهور شایع، اعتماد می‌شود و آن اساس قرار می‌گیرد نه معنای حقیقی»<sup>۹</sup>.

«ابن عابدین» نیز به این معنا توجه کرده و گفته است: «بدان که اعتبار عرف و عادت تا آنجا است که در بسیاری مسایل به آن دو ارجاع داده می‌شود و آن را اصل قرار داده‌اند و در علم اصول فقه در باب «مَا يُثْرَكُ بِهَ الْحَقِيقَةُ» گفته‌اند: حقیقت، به دلالت استعمال و عادت ترک می‌شود.»<sup>۱۰</sup>

تشخیص مصادیق مفاهیم نیز از جمله اختیارات عرف عام است؛ زیرا چه بسا عرف عام به صدق یا عدم صدق مفهومی بر چیزی حکم می‌کند ولی عقل به آن حکم نمی‌کند و این اختلاف، به سبب حدود و درک مفهوم نیست؛ چون درک مفهوم آشکار و بدیهی است بلکه اختلاف از ناحیه مصادق آن مفهوم است مثل اختلاف عقل و عرف در حکم به وجود یا عدم وجود خون در رنگ باقی مانده از خون در لباسی که شسته شده است. در این مسأله عقل به وجود خون و صدق دم بر آن رنگ

حکم می‌کند؛ زیرا معقول نیست که عرض (رنگ) از معروضش (خون) جدا شود و چون رنگ خون موجود است پس خون هم هست ولی عرف به عدم وجود خون و عدم صدق خون بر آن رنگ حکم می‌کند. به طور کلی همچنان که در تشخیص مفاهیم به عرف مراجعه می‌شود، در تشخیص مصادیق هم به عرف مراجعه می‌شود و چون ملاک و معیار یکی است و آن این که شارع راه دیگری غیر از فهم عرف برای تشخیص مفاهیم و مصادقها قرار نداده است با این که مفاهیم مذکور از موضوعات احکام شارع است. خلاصه از این که شارع راه دیگری را برای فهم و درک مفاهیم و مصادقها برقرار نکرده است، دانسته می‌شود که راه منحصر است به فهم عرف و آن ملاک تشخیص است. در کتاب «نظریه‌ی عرف» آمده است: «عرف بسیاری از ظواهر اجتماعی موجود در جهان را در برمی‌گیرد و... به عنوان مثال در خرید و فروش ماشین وسایل و ابزار متعلق به چرخهای ماشین، تابع ماشین است و همین‌طور تصرف چیزی در مدت طولانی دلیل بر مالکیت آن است.» (قاعده‌ی تد) <sup>۱۱</sup>

۲ - عُرف خاص - عُرف خاص به حسب اختلاف مناطق و زمانها اختلاف دارد این نوع عرف، بعضی از استعمالات لفظی را مثل استعمال لفظ «ولد» در خصوص فرزند پسر توسط مردم عراق در حالی که در لغت شامل پسر و دختر هر دو می‌شود، نیز شامل می‌شود در کتاب «نظریه‌ی عرف» آمده است: «... مثل الفاظ وقف، وصایا و سوگندها و مثل معنا و مصادق چیز در اموال مسروقه که در مناطق و زمانهای مختلف فرق می‌کند» <sup>۱۲</sup> و نیز عُرف خاص، شامل نوعی از معامله‌های متعارف در بعضی مکانها می‌شود مثل فروختن چیزی به صورت کیل یا وزن - برخلاف جای دیگر - و اجاره دادن بعضی از اشیاء مثل ماشین سواری که در بعضی کشورها، پیش از استیفای منفعت و در بعضی دیگر پس از آن اجرت را می‌گیرند و مثل روش و رسم مردم در مقدار زمان ماندن در حمام و استفاده کردن از آب آن که این نیز به حسب اختلاف موقعیتها و آداب مناطق، مختلف است و لذا علامه حلی در این مسأله می‌گوید: ملاک، موقعیتها و آداب و رسوم مردم است. <sup>۱۳</sup> و نیز مثل روش مردم در انضمام چیزی به کالای فروخته شده مثل انضمام آب آشامیدنی یا نردبان به خانه که در مناطق مختلف متفاوت است. ابن عابدین هم به این امر تصریح کرده است. <sup>۱۴</sup> و نیز در کتاب «نظریه‌ی عرف» آمده است: «... همین‌طور مثل رساندن مسافری توسط اتومبیل از شهری به منزل شخصی اش در شهر دیگری برعکس. و مثل تعیین دستمزد روزانه از طلوع تا غروب خورشید یا بر حسب ساعات معین. <sup>۱۵</sup>

عرف خاص شامل برخی رسوم خصوصی هم می‌شود مثل این که اگر در شهری رسم باشد که جهیزه‌ی دختر را به قصد ملکیت به او بپردازند، نه عاریه‌ای و در شهر دیگری برعکس آن باشد، هنگام نزاع و اختلاف، صدق مدعی و منکر به حسب اختلاف عرفها و رسمومی که در آن مناطق

تثبیت شده، فرق می‌کند. ابن عابدین این مسأله را چنین طرح می‌کند: «اگر کسی به دخترش جهیزیه داد و آن دختر فوت کرد و پدر ادعا کرد که من جهیزیه را به عنوان عاریه به دخترم دادم نه ملکیت...»، شهید صدر می‌گوید: نظر و فتوای من این است که اگر عرف ثابت مردم چنین حکم کند که پدر جهیزیه را به عنوان ملکیت به دختر می‌دهد - چنان که در کشور ما چنین است - قولی شوهر دختر، درست است و پدر حقی ندارد و اگر عرف ثابت و رایجی نباشد قول پدر پذیرفته می‌شود.<sup>۱۶</sup>

علمای شیعه در این مسأله اقوال گوناگونی دارند که - ان شاء الله خواهد آمد. شاید سر اختلاف در زمانی باشد که عرف ثابتی وجود نداشته باشد تا شخص به صدق مدعی یا منکر اطمینان پیدا کند و الاً اگر عرف ثابتی وجود داشته باشد، ظاهراً همه باید در مسأله اتفاق نظر داشته باشند.

## ب - عُرف عملی و قولی

۱ - عُرف عملی همان است که قبلاً به آن اشاره شد مثل آداب و رسوم که مورد پذیرش همگان یا عده‌ای خاص است. اختصاص عرف عملی به عرف خاص آن طور که از کلام ابن عابدین برمی‌آید، دلیلی ندارد. وی می‌گوید: «عُرف یا عملی است و یا قولی، عُرف عملی مثل متعارف مردم در خوردن نان گندم و گوشت گوسفند که در این جا اگر کسی بگوید: برای من نان و گوشت بخر، از باب متعارف عملی مردم، ذهن انسان منصرف می‌شود به نان گندم و گوشت گوسفند»<sup>۱۷</sup> از کتاب تحریر هم همین مطلب استفاده می‌شود.

مگر این که گفته شود: از عبارت ابن عابدین، اختصاص عرف عملی به عرف خاص فهمیده نمی‌شود و ذکر متعارف قوم خاص، از باب مثال و نمونه بوده است. اطلاق کلام «بدران» نیز مؤید این نظریه است که عرف عملی به عرف خاص اختصاص ندارد. وی می‌گوید: عرف عملی مثل روش مردم که بعضی چیزها را به صورت بیع معاطاتی خرید و فروش می‌کنند یا این که پیش از استیقای منفعت، اجرت را می‌پردازند.<sup>۱۸</sup> اگرچه در «الاصول العامة» برخلاف این نظریه در تعریف عُرف عملی می‌گوید: مقصود آنها از عُرف عملی، اعمال متعارفی است که در برخی از اعمال خاص، از مردم سر می‌زند مثل شیوع بیعهای معاطاتی در بعضی مناطق<sup>۱۹</sup>. به هر حال عُرف عملی شامل تمامی روشها و آداب و رسوم مردم می‌شود و دلیلی براختصاص آن به عرف خاص وجود ندارد.

عرف عملی شامل تمامی انصرافهای لفظی که بر بناها و حالات عرفی استوار است، نیز می‌شود زیرا آن بناها و رسوم ثابت، موجب می‌شود لفظ در معنا ظهور انصرافی پیدا کند و ظهور

انصرافی هم به وجود مقدمات حکمت نیاز ندارد — همچنان که ظهور وضعی هم چنین است — لذا به هنگام تعارضِ ظهور انصرافی با ظهور اطلاق، ظهور انصرافی مقدم است و این مطلب بر کسی پوشیده نیست.

۲- عُرف قولی — نیز به دو نوع عام و خاص تقسیم می‌شود: عرف عام مثل لفظ دابه که در لغت برای هر جنبنده‌ای که راه می‌رود وضع شده است ولی در عرف عام برای حیوان خاصی استعمال می‌شود. عرف خاص مثل لفظ «ولد» که در عُرف عراقیها به فرزند پسر اطلاق می‌شود درحالی که در لغت برای پسر و دختر هر دو وضع شده است. با این توضیح معلوم شد دلیلی وجود ندارد که عرف قولی را — آن‌چنان که برخی می‌گویند — به عرف خاص منحصر بدانیم<sup>۲۰</sup> و نیز دلیلی ندارد که عُرف را به عرف عملی منحصر بدانیم — آن‌چنان که در کتاب «مبانی استنباط حقوق اسلامی» آمده است؛ زیرا اتفاق نظر علماء اصول و فقها در حجیت عرف قولی، موجب خارج شدن عرف قولی از اقسام عرف نمی‌شود.<sup>۲۱</sup>

### ج — عُرف صحیح و فاسد

۱- عُرف صحیح، عرفی است که مخالف نص شرعی نباشد مثل عرف در موضوعاتی همچون روش مردم در استعمال الفاظ نسبت به معانی و مصادیقشان یا در برخی معاملات نسبت به پول رایج در آن منطقه و نیز همچون بناهای عرفی که توضیحش گذشت. به طور کلی در این که عرف صحیح عرفی است که مخالف نص شرع نباشد، تردیدی نیست. بلکه سخن در مقصود از این کلام است از کلام «ابن عابدین» برمی‌آید که وی بین این که عُرف مخالف با نص شرع، مباین با آن باشد یا مخصص و اگر مخصص است، عرف عام باشد یا عُرف خاص قائل به تفصیل است. وی می‌گوید:

«هنگامی که عُرف با دلیل شرعی مخالفت داشته باشد، اگر از هر جهت با او مخالفت و تضاد داشته باشد به طوری که لازمه عمل به عُرف، ترک نص شرعی باشد، در بطلان و فساد آن هیچ تردیدی نیست مثل این که انجام بسیاری از محرمات همچون ربا و شرب خمر و پوشیدن حریر و استعمال طلا و غیره در میان مردم متعارف است ولی اگر از هر جهت مخالفت نکند به این صورت که دلیل شرعی عام باشد و عرف در بعضی افراد با آن مخالفت داشته باشد یا این که دلیل شرعی، قیاس باشد نه نص، در اینجا اگر عرف عام باشد، معتبر است؛ زیرا عُرف عام، صلاحیت دارد که مخصص باشد، — همچنان که در تحریر هم آمده است و ما قبلاً ذکر کردیم — و قیاس با وجود آن ترک شود. ولی اگر عرف خاص باشد، معتبر نیست و این نیز عقیده ماست زیرا

رفتار متعارف در یک منطقه ای اگر مقتضی تخصیص در دلیل شرعی باشد، خلاف آن نوع رفتار در منطقه دیگر مانع آن تخصیص خواهد بود. پس با شک در مخصص، تخصیص ثابت نمی شود، برخلاف رفتار مردم در بیع استصناعی\* که در تمامی مناطق یکسان است»<sup>۲۲</sup>

خلاصه سخن ابن عابدین این است که عرف عام مخالف با دلیل شرعی، حجت نیست اما عرف مخصص دلیل شرعی، اگر عرف عام باشد تخصیص صحیح است و الا صحیح نیست. پس به نظریه عرف صحیح، عرف عام غیر مابین است. این نظریه مورد خدشه قرار دارد به این صورت که: اگر عرف عام پس از صدور نص شرعی، ایجاد شده باشد، هیچ اعتباری در مقابل نص ندارد خواه مابین باشد یا مخصص. زیرا حکم عرف عام پس از این که نص مخالفی وجود دارد، به وسیله نص عام ممنوع و باطل است. اکثریت علمای اصول بر این عقیده هستند اما ابویوسف و پیروانش، قائل به جواز تخصیص دلیل شرعی توسط عرف عام غیر مابین پس از آن، می باشند و به آیه «وَأَعِدُوا لَهُمْ مَا اسْتَظَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ» استشهاد کرده اند به این صورت که: «قوة» در زمان نزول آیه، تیر و کمان و پرتاب نیزه بوده است ولی پس از آن، عرف، دایره شمول «قوة» را به سلاحهای جدید و پیشرفته گسترش داد، و در نتیجه لفظ قوت شامل امور پیشرفته جدید متعارف می شود پس عرف عام، دلیل شرعی را تخصیص داده است.<sup>۲۳</sup> جواب این عده این است که الفاظ در لغت، برای معنای جامعشان وضع شده و در آن هم استعمال شده و می شوند این که در مصادیق استعمال شوند. لذا تطبیق این الفاظ در عصر نزول بر بعضی از مصادیق آنها (مثل تیر و کمان)، با تعمیم و شمول آنها بر مصادیق دیگری در زمانهای دیگر، منافات ندارد پس در اینجا نیازی به تخصیص نیست و از مورد بحث خارج است؛ ولی اگر عرف عام، مقارن و همزمان با صدور نص شرعی باشد، در این جا آن عرف یا عرف لفظی است که در این صورت اگر موجب انصراف لفظ از معنای لغوی شود، در اعتبار آن تردیدی نیست؛ لذا اگر استعمال لفظ بیع، اجاره، صیام و صلاة در عصر نزول احکام شرعی در معنایی متعارف بود، از باب تقدم حقیقت عرفیه بر حقیقت لغوی، دلیل شرعی بر آن معنای متعارف حمل می شود و یا عرف عملی است که در این صورت اگر مورد متعارف امری باشد که در نفوس مردم تثبیت شده باشد به طوری که نص عام شرعی صلاحیت مقابله و دفع آن را نداشته باشد در اینجا اشکالی ندارد که مورد عرف عام از باب تخصص — نه از

\* استصناع در اصطلاح فقها عقدی است که مبیع آن در ذمه باشد و مشتری با بایع شرط نماید تا در مقابل گرفتن ثمن، مبیع را بسازد مثل سفارش ساختن میز یا کفش یا دوختن کت و شلوار. فرهنگ اصطلاحات فقه اسلامی، محسن جابری عربلو، ص ۵۴.

• آنچه نبرد و قدرت دارید در برابر دشمن مهیا سازید. انفال آیه ۶۰.

باب تخصیص — از موضوع دلیل عام شرعی خارج باشد مثل بنای عرف عام بر اعتماد به قول افراد ثقه و معتمد به طوری که اعتماد به قول آنها همچون اعتماد به علم عادی و طبیعی است. به همین سبب، دلیل عام شرعی که از اتباع ظنّ نهی کرده، شامل آن نمی شود و معلوم است که این چنین عرف عامی، نه به صورت تباین و نه تخصیص، با دلیل عام شرعی مخالفتی ندارد. این بنای عرفی، در نظر شارع حجت است؛ زیرا با این که شارع از این بنای عرفی اطلاع داشته، آن را ردّ نکرده است و مفروض این است که دلیل عام شرعی شامل آن نمی شود، لذا اگر شارع به آن راضی نمی بود و قصد ردّ آن را می داشت، می بایست با دلیل خاصّ صریح، آن بنای عرف را ردّ می کرد.

اگر عرف عامّ مقارن با دلیل عام شرعی، در نفوس مردم تثبیت نشده باشد، به هیچ وجه حجت نیست چه مباین باشد و چه مخصّص؛ زیرا عموم دلیل عامّ، شامل آن می شود و همین که نهی شارع — که مستفاد دلیل عام است — شامل آن شود، در ردّ آن توسط شارع، کافی است و با ردّ شارع، آن عرف اعتباری نخواهد داشت و فاسد خواهد بود. پس در این صورت، چون عرف با دلیل شرعی مخالف است، صحیح نیست و شاید به همین علت، علامه حلی ره تصریح کرده که عرف و عادت نمی تواند مخصّص دلیل شرعی باشد مگر این که در زمان معصوم (ع) واقع شود و امام آن را تقریر کرده باشد؛ چون فعل انسان در برابر شرع حجت نمی باشد.<sup>۲۴</sup> علاوه بر این که او معتقد است: تمامی اقسام عرف خاصّ صحیح نیست، زیرا عرف فقط درجهت شناختن موضوع، مرجح و حجت است بنابراین اگر موضوعی در تمامی زمانها و مکانها به صورت قضیه حقیقی بیان شد، مصداق آن، همان است که عُرف هر منطقه ای آن را می شناسد مثل قوم معصوم (ع) که فرمود: آنچه قابل کیل یا وزن است نباید به طور تخمینی فروخته شود (مَا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ لِأَيُّامٍ جَزَاءً) پس عرف خاصّ مخالف نصّ شرعی نیست و صحیح است و چون موضوع نصّ شارع به صورت قضیه حقیقیه بیان شده است و بر اساس عرف هر منطقه ای تحقق می یابد همچنان که به عرف عام نیز متحقق می شود. از آنچه که ذکر شد ایراد وارد بر نظریه مؤلف الاصول العاقله که تمامی اقسام عرف خاص را عرف فاسد می داند، نیز روشن شد.<sup>۲۵</sup>

به هر حال آنچه ملاک صحت عرف است، مخالفت نداشتن با نصّ شرعی است — فرقی نمی کند که این مخالفت، به نحو تباین باشد یا تخصیص و یا غیر آن — مگر این که عرف لفظی باشد که موجب انصراف دلیل شود. یا عرف عملی تثبیت شده و خارج از مورد نصّ باشد؛ زیرا با انصراف دلیل به عرف، در حقیقت مخالفتی وجود ندارد همچنان که با تثبیت شیوه عرف، دلیل عام شرعی شامل آن شیوه نمی شود تا مخالف آن باشد.

آیا مخالفت عرف با فتاوی در صحت عرف خللی وارد می سازد یا نه؟ البته در جواب این

سؤال نمی‌توان گفت که: اگر فتاوی، اتفّاقی یا اجماعی باشد. به طوری که کاشف از وجود نصّ شرعی باشد، حکم عرفی مخالف با فتوی، مخالفت با نص است و اگر کاشف نباشد مخالفت آن خللی در صحّت عرف وارد نمی‌کند؛ زیرا اجماع یا اتفّاق نزد شیعه اگر کاشف از قول و سنت معصوم نباشد، حجت نیست و برای همین هم اجماع یا اتفّاق به این معنا نزد شیعه در شمار اذله شرعیه یعنی کتاب و سنت، شمرده نمی‌شود.

از نظرات برادران اهل سنت چنین به دست می‌آید که عرف خاص برفتاوی مقدم است. به این صورت که آنها احکام را دو گروه دانسته‌اند:

اول: احکام ثابت و قطعی که به دگرگونی زمان و مردم دگرگون نمی‌شود؛ مثل وجوب نماز و زکات و جهاد و امانت و راستی و اباحه خرید و فروش و رهن و اجاره و وجوب میراث و نصابهای آن و دیگر احکام وجوبی و مثل حرمت زنا، شرب خمر، اکل میت، قمار، دروغ، شهادت باطل، خیانت، فرار از معرکه جنگ، غیبگویی و درخواست غیبگویی و دیگر احکام تحریمیّه.

دوم: احکامی که مبتنی بر مصالح، مفاسد و علل هستند که با وجود آنها، وجود پیدا می‌کنند و با عدم و بطلان آنها، باطل می‌شوند مثل پولهای رایج در معاملات و عیبه در ثمن و مثنی مورد معامله و غیره و یا احکامی که معلل به علت متصوصه هستند و زمانی فرا رسیده که این علت موجود نیست و یا احکام شرعی اجتهادی که از ادله ظنیّه همچون قیاس اخذ شده و ممکن است به تغییر زمان و مکان، تغییر کند.

پس عرف در گروه اول احکام، تأثیری ندارد و صحیح نیست. اما نسبت به گروه دوم البته عرف جایگاهی خاص دارد و دخالتش صحیح است و به تغییر موضوع حکم تغییر می‌کند. این تبدیل حکم، نسخ احکام نیست زیرا نسخ، رفع حکم شرعی است که در کتاب و سنت تصریح شده ولی این حکم، اجتهادی است که مبتنی بر عرفی است که تغییر پذیر است و حکم هم با آن تغییر می‌کند.<sup>۲۶</sup> از نظر علمای اهل سنت، اشکالی ندارد که در گروه دوم از احکام، به وسیله عرف — اگرچه عرف خاص باشد — از فتاوی دست برداشت. ابن عابدین نیز این نظریه را پذیرفته و می‌گوید:

«در شمار شروط اجتهاد گفته‌اند که: مجتهد باید عادت‌ها و عرف مردم را بشناسد؛ زیرا بسیاری از احکام به اختلاف زمان تغییر می‌کند چون عرف مردم زمان تغییر می‌کند یا ضرورت یا فساد برای اهل زمان پدید می‌آید چنان که اگر حکم به صورت اولی باقی بماند، موجب مشقت و ضرر برای مردم خواهد شد. و با قواعد شرعی که اساس آن بر آسان‌گیری و دفع ضرر و فساد است — تا نظام جهان بر نظام کامل و نیکو استوار بماند — مخالف خواهد بود. لذا دیده شده که بزرگان مذهب، در موارد زیادی با مجتهد

پیش از خود — که بر مبنای زمان خودش فتوا داده — مخالفت می‌کنند و برآنند که اگر آن مجتهد نیز در زمان اینها بود، همین حکم جدید را از ادله شرعی استنباط می‌کرد. به همین دلیل علما به جواز اجرت گرفتن برای آموزش قرآن و امور دینی فتوا داده‌اند؛ ... زیرا مستمری که در صدر اسلام به معلمین داده می‌شد، قطع شده بود و اگر معلم بدون اجرت به آموزش قرآن می‌پرداخت موجب از بین رفتن او و خانواده‌اش می‌شد و اگر به کسب درآمد و حرفه‌ای می‌پرداخت، دین و قرآن ضایع می‌شد لذا به جواز اجرت گرفتن برای آموزش قرآن و امامت جماعت و گفتن اذان فتوا دادند با این که این فتوا با فتوای اتقایی ابوحنیفه، ابویوسف و محمد بن داود ظاهری مبنی بر عدم جواز اجرت گرفتن بر آموزش قرآن و... مخالفت دارد. ابن عابدین ادامه می‌دهد:

«... همین طور علما به تحقق اکراه از طرف شخصی غیر از سلطان فتوا داده‌اند، با این که این فتوا با فتوای امام ابوحنیفه مخالف است، زیرا در زمان او کسی غیر از سلطان نمی‌توانست شخص دیگری را اجبار به انجام امری کند ولی بعد که هرج و مرج و ظلم زیاد شد، اکراه و اجبار از جانب غیر سلطان هم تحقق یافت. علما در متون فقهی تصریح کرده‌اند به این که اگر در آسمان علتی و مانعی همچون ابر و مه باشد، حلول ماه رمضان به خیر واحد عادل هم ثابت می‌شود. ولی اگر مانعی نباشد، باید افراد زیادی خیر دهند؛ زیرا استدلال به خیر یک یا دو نفر در حالی که مردم منطقه متوجه دیدن هلال هستند و می‌خواهند آنچه را او دیده ببینند، اشتباهی واضح و آشکار است. برخلاف زمانی که آسمان ابری است و احتمال دارد شخص مذکور هلال را از میان ابرها ببیند و سپس ابرها آن را بپوشاند و بقیه مردم آن را نبینند. این استدلال اشتباه نیست در حالی که طبق روایت حسن بصری خبریک یا دونفر — چه آسمان ابری باشد چه نباشد — از نظر امام ابوحنیفه صحیح و معتبر است وی در کتاب البحر می‌گوید: من کسی که این روایت را ترجیح دهد و آن را معتبر بداند، ندیدم ولی سزاوار است که در زمان ما به آن عمل شود زیرا مردم نسبت به رؤیت هلال توجهی ندارند در نتیجه نظر فقها مبنی بر لزوم توجه به نظر اکثر مردم در زمان صاف بودن آسمان، منتفی است و استدلال بر ثبوت رؤیت هلال به خبر واحد اشتباه نیست و خبر واحد ثقه معتبر است. وی در ادامه می‌گوید: پس این موارد و امثال آنها، بر اعتبار عرف خاص دلالت دارد اگرچه با فتاوی منصوصه در کتابهای فقهی مخالف است. البته این در صورتی است که با احکام شرعی ثابت و قطعی مخالفت نداشته باشد.»<sup>۲۷</sup>

تحقیق این است که: هر چه از باب تبدل موضوع است، اشکالی ندارد که حکم بر اساس تغییر

موضوع تغییر کند؛ زیرا تغییرات موضوعی که در این حکم مؤثر است، خواه عام باشد یا خاص و خواه با فتاوی مخالف باشد یا نه معتبر هستند و تغییر پوله‌های رایج، اکراه غیر سلطان، حدوث مالیت برای چیزی که قبلاً مالیت نداشته، به سبب انتفاع از آن در بعضی از امور، تغییر کیل به وزن و بالعکس از این قبیل هستند. خلاصه تمامی احکامی که با علت منصوصه همراه هستند. متگی به وجود علت هستند و وقتی علت تغییر کرد، حکم هم تغییر می‌کند و آن تغییرات موضوعی هم چه عام باشد و چه خاص چه مخالف با فتاوی باشد و چه نباشد، نیز معتبر می‌باشند.

اما اگر علت حکم، منصوص و تصریح شده نباشد، علت ظنی در نزد ما حجت نیست و لذا قابل اعتماد نیست و حکم ثابت است و با تغییر علت ظنی، حکم تغییر نمی‌کند و چون قیاس در نزد ما شیعه ممنوع است لذا تغییر عرف در ناحیه حکم، معتبر نیست بلکه حکم معتبر است و نمی‌توانیم از آن دست بکشیم؛ زیرا مجرد اعراض عرف از حکمی به سبب علتی، موجب نمی‌شود که بتوانیم از حکم شرعی دست بکشیم و الا هیچ حکمی از احکام الهی باقی نمی‌ماند.

اما این سخن «ابن عابدین» که گفت: اگر معلم برای آموزش قرآن، اجرت نگیرد مستلزم دشواری و حرج است یا این که شهادت یک نفر را در رؤیت هلال مقبول بدانیم به سه دلیل صحیح نیست؛ اولاً برای این که مسلمانان در آموزش قرآن می‌توانند بجای مستمزی معلمانی که در صدر اسلام بوده و قطع شده، اموالی به صورت هدیه، تقدیم کنند، پس دلیلی ندارد که حرمت اجرت برای آموزش قرآن — اگر حرام باشد — برداشته شود و نیز ممکن است در مورد رؤیت هلال، ثبوت هلال را تا یک روزه تأخیر انداخت و این مشقت و حرجی ندارد، پس دلیلی ندارد که بگوییم رؤیت یک نفر کافی است با فرض این که برطبق حکم باید بیشتر از یک نفر رؤیت کنند. ثانیاً: حرج ناشی از سهل انگاری و اعراض مردم، موجب رفع حکم شرعی نمی‌شود. آیا ممکن است به سبب حرج ناشی از اعراض از نکاح قائل به عدم حرمت زنا شد؟ ثالثاً: حرج و ضرر شخصی است نه نوعی پس در رفع حکم به وسیله حرج و ضرر تنها به موردش اکتفا می‌شود و حکم به طور کلی از بین نمی‌رود. بنابراین عرف صحیح، عرفی است که با نص شرعی و فتاوی کاشف از نص شرعی، مخالف نباشد.

۲ — عُرف فاسد، از مطالب گذشته دانستیم که عُرف مخالف با نص شرعی چه عام باشد و چه خاص — عرف فاسد است؛ مثل متعارف بودن برخی معاملات ربوی یا، بازی با شطرنج یا، پرداختن به لهو لعب یا آشامیدن مسکرات و یا انجام برخی مسابقه‌های خطرناک در عصر ما.

پس عُرف زمانی فاسد و غیر معتبر است که با اتفاق یا اجماع کاشف از نص شرعی مخالفت داشته باشد. این داوری نسبت به عرف، زمانی است که ما آن را با نص شرعی ارزیابی کنیم. اما عُرف به خودی خود هم در صورتی صحیح و معتبر است که شایع و غالب باشد. لذا عرفی که

بین مردم منطقه ای شایع نیست یا در تمام معاملاتشان رایج نیست — به این صورت که در برخی موارد به آن رفتار می‌کنند و در برخی دیگر به آن عمل نمی‌کنند — معتبر نیست و موجب انصراف لفظ به آن نمی‌شود و شاید به همین علت علامه حلی می‌گوید:

«در بیع، باید نوع ثمن — طلا باشد یا نقره — معلوم باشد و اگر مجهول باشد، بیع صحیح نیست و اگر نوع ثمن را معین نکنند و در آن منطقه یک نوع پول رایج وجود داشته باشد و هر دو از آن آگاه باشند، از باب ظهور اطلاق در متعارف، همان نوع ثمن معتبر است و اگر چند نوع پول رایج وجود داشته باشد ولی یکی از آنها رایج و غالب باشد — اگر چه فلوس باشد — باز در صورت اطلاق همان نوع رایج معتبر است. مگر این که متعاملین یک نوع را تعیین کنند که همان نوع معتبر خواهد بود ولی اگر چند نوع پول رایج در منطقه موجود و همه آنها یکسان باشد در این صورت باید نوع ثمن معین شود و اگر معین نشود، معامله باطل است؛ زیرا موجب جهل به ثمن است. نظر شافعی و ابوحنیفه هم همین است. و همچنین که هنگام اطلاق جنس ثمن، ثمن غالب یا ثمن واحد در منطقه معتبر است در اطلاق وصف ثمن، هم، وصف غالب معتبر است مثل سکه راضینه و رضویة و مثل سکه سالم و غیر سالم و اگر وصف غالبی نباشد، باید تعیین کنند و الا بیع باطل است؛ زیرا موجب جهل به ثمن خواهد بود. شافعی هم همین نظریه را ارائه داده است.»<sup>۲۸</sup>

در کتاب «جواهر الکلام» چنین آمده است:

«اگر چند عُرف و عادت در منطقه ای وجود داشته باشد، عرف رایج و غالب معتبر است به شرط این که اگر ثمن مطلق آورده شود، ذهن انسان به آن عرف غالب منصرف شود. ولی اگر چند عُرف رایج باشد و هیچ یک غالب نباشد، ممکن است تعیین نوع ثمن، واجب باشد.»<sup>۲۹</sup>

ابن عابدین می‌گوید:

«عُرف مشترک مقتضی تساوی اعتبار موارد رایج است.»<sup>۳۰</sup>

البته زمانی به حکم عرف عمل می‌شود که تصریح به خلاف آن نشده باشد؛ لذا اگر زوجه شرط کند که زوج باید تمامی مهر را در آغاز بپردازد و زوج هم قبول کند، ولی در عرف چنین باشد که زوج نصف مهر را اول و نصف دیگر را با تأخیر بپردازد، این عُرف در مقابل آن شرط صحیح زوجه، معتبر نیست؛ زیرا با وجود شرط، به دلالت عُرف اعتنایی نمی‌شود؛ چون دلالت در مقابل تصریح معتبر نمی‌باشد.<sup>۳۱</sup>

مرجعیت عُرف در کشف مقاصد، زمانی است که عُرف همزمان با انشاء تصرف باشد؛ زیرا

عُرف سابق بر انشای تصرف یا پس از آن، اعتباری در کشف مراد متکلم ندارد. برای همین است که «بدران» می‌گوید: اگر در منطقه‌ای که پولهای مختلفی رایج است، ثمن مبیع برحسب درهم یا دینار معین شود، بیع و معامله به پول مندرج در قرارداد و عرف غالب در زمان انجام معامله، متصرف می‌شود، و اگر پس از انجام معامله، اختلاف یا تغییری در انواع پولها ایجاد شود، اعتباری ندارد.<sup>۳۲</sup> پس در تشخیص موضوعات و اوصاف و قیود آنها، عرف زمانی معتبر است که با سخن شخصی که انشاء تصرف کرده همزمان باشد مثل مثال مذکور. البته در کلامی که به صورت قضیه حقیقه مطرح شده مثل «مایکال اویورن لایباع جُزافاً» همه عرفهای پس از آن هم حجت است؛ زیرا ممکن است پس از صدور این کلام نیز چیزی به صورت کیل یا وزنی معامله شود و این کلام شامل آن هم می‌شود؛ زیرا قضیه حقیقه، به عرف همزمان و مقارن اختصاص ندارد و در همه زمانها و عرفها جاری است. از آنچه گفتیم، اشکال کلام بدران که تقارن عرف را با انشاء تصرف به طور مطلق شرط کرده است، نیز روشن می‌شود. زیرا گفتیم که در قضیه حقیقه چنین نیست.

### موارد کاربرد عرف

در کتاب «الاصول العامة» سه مورد کاربرد عرف ذکر شده که خلاصه آنها چنین است:

۱ - موردی که نص شرعی موجود نیست و حکم شرعی از عرف کشف می‌شود مثل استصناع و عقد فضولی البته این کشف در صورتی معتبر است که ثابت شود عرف از عرفهای عامی است که به زمان و مکان خاصی مربوط نمی‌شود. تا با این عدم محدودیت زمانی و مکانی بتوانیم با آن به عصر معصوم (ع) برسیم و تقریر معصوم (ع) را دارا باشیم و عرف مذکور سنت تقریری شود. سیره مشرعه و نیز بنای عقلا از جمله این موارد است.

۲ - موردی که برای تشخیص بعضی از مفاهیم - که شارع تعریف آن را به عرف واگذار کرده - به عرف رجوع می‌شود. مثل لفظ «إناء» و «صعید» و نظایر آن که در لسان برخی از اذله، موضوع احکام قرار گرفته است.

روشن است که برخی احکام به موضوعات عرفی تعلق گرفته و برای تشخیص این موضوعات باید به عرف مراجعه کرد و لذا با توجه به اختلاف موضوعها در عرفهای مختلف و زمانها و مناطق مختلف، احکام مختلف و متفاوتی را داریم. بیشتر موضوعات مصرف زکات که در آیه مبارکه زکات ذکر شده، موضوعات عرفی است مثلاً فقیر یعنی کسی که مخارج یک سالش را بالقوه یا بالفعل ندارد - مصادیقش به تفاوت عرفها در تعریف و اندازه قوت و مخارج متفاوت خواهد بود.

۳ - موردی که برای کشف مقصود گوینده به هنگامی که الفاظی را مطلق ادا می‌کند - چه گوینده شارع باشد و چه غیر شارع - به عرف مراجعه می‌شود.

اما نسبت به کشف مقصود شارع، اموری که مربوط به دلالت التزامی کلام شارع است، در این مورد جای می‌گیرد البته به شرطی که منشأ دلالت مذکور، ملازمات عرفی باشد مثلاً حکم شارع به طهارت شرابی که سرکه شده، عرفاً ملازم با حکم به طهارت ظرف آن نیز می‌باشد. همین‌طور مواردی از عرف که صلاحیت دارد قرینه برای توضیح و تحدید مراد شارع باشد، نیز از این باب است.

اما نسبت به کشف مراد غیر شارع توسط عُرف: تمامی موارد مربوط به اقرارها، وصیته‌ها، شرطها، وقفها و غیره اگر به الفاظی ادا شوند که دارای معانی عرفی هستند — خواه عرف عام یا خاص باشد — در این مورد جای می‌گیرد.<sup>۳۳</sup>

گفتار «الاصول العامة» مفید و نیکو بود ولی باید در قسم دوم مواردی را که برای تشخیص مصادیق به عرف مراجعه می‌شود، هم اضافه می‌کرد. همچنان که در بحث تقسیم عرف به عُرف عام و خاص، به آن اشاره شد؛ زیرا در حجیت عرف نسبت به تشخیص مفاهیم و مصادیق ملاک واحد معتبر است. وهم چنین وی می‌بایست مورد چهارمی هم به بحث بیفزاید و آن موردی است که قواعد اصولی قابل احتجاج، به وسیله عرف کشف می‌شود زیرا بنای عرف عام بر أخذ به ظواهر کلام یا أخذ به قول ثقات و نظایر آن است. بدیهی است که این قسم، جدای از سه قسم دیگر است؛ زیرا در قسم اول حکم شرعی کشف می‌شود و در این قسم، حجت و دلیل کشف می‌شود و فرقی بین آن دو، فرقی بین قاعده فقهی و قاعده اصولی است چون قاعده اصولی صلاحیت دارد که در طریق استنباط حکم شرعی قرار گیرد ولی قاعده فقهی خود حکم شرعی است. همین‌طور تشخیص مفهوم موضوع یا مصداق موضوع یا مقصودی که در قسم دوم و سوم گفته شد، غیر از کشف دلیل و حجت است که در قسم چهارم مقصود است پس موارد کاربرد عرف چهارتا است.

این امر علاوه بر اشکالی است که در کلام الاصول العامة وجود دارد که می‌گوید: نص شرعی در مثل عقد فضولی وجود ندارد، با اینکه بر صحت عقد فضولی دلایلی از طریق شیعه و سنت وارد شده است.<sup>۳۴</sup>

### آیا عرف از جمله مسائل اصولی است؟

از آن جا که عرف با توجه به اختلاف موارد و کاربرد آن، اختلاف دارد، می‌توان گفت در موردی که عُرف کاشف از حجیت ظواهر یا قول ثقات باشد، از جمله مسائل اصولی است؛ زیرا به وسیله عُرف، حجیت ظواهر و قول ثقات — که همچون دیگر قواعد اصولی از جمله قواعد ممهده در طریق استنباط است — کشف می‌شود. برخلاف سه مورد دیگر؛ زیرا به وسیله آن موارد، قواعد اصولی کشف نمی‌شود بلکه خود حکم یا موضوع حکم یا مراد متکلم کشف می‌شود.

## آیا عُرف از جملهٔ ادلّه شرعیّه است؟

از نظرات اهل سنت چنین به دست می‌آید که عُرف در مقابل دیگر ادلّه شرعیّه مثل کتاب و سنت، دلیل مستقلّی است. ابن عابدین می‌گوید:

«... در مسائل بسیاری به عرف و عادت مراجعه می‌شود به طوری که آن را اصلی از اصول شرعیّه قرار داده‌اند و... در شرح الاشباه بیری به نقل از الشرع آمده است: آنچه از احکام شرعی که توسط عُرف ثابت شود، در واقع به دلیل شرعی ثابت شده است. و در مبسوط آمده: حکمی که به وسیلهٔ عرف ثابت شود مثل حکمی است که به وسیلهٔ نصّ شرعی ثابت شده است».<sup>۳۵</sup>

این سخن صحیح نیست؛ زیرا بنای عرف و عقلا، کاشف از حکم واقعی نیست — برخلاف حکم عقل که در مواردی می‌تواند حکم شرعی را از راه کشف تام قطعی بدست آورد به طوری که جایی برای رفع آن توسط شارع یا وضع حکم شرعی به جای آن وجود ندارد. ولی بنای عرف و عقلا، بنای ساده‌ای است که کاشف مصالح و مفاسد نیست؛ لذا حجیتش نیازمند امضای شارع یا عدم منیع او است. بنابراین دلیل بودن عُرف منوط به امضا یا تقریر شارع است پس در واقع تابعی از سنت است و اصل و دلیل مستقلّی در مقابل سنت و کتاب نیست.

در «الاصول العامّة» این بحث را مفید و نیکو بیان کرده و می‌گوید:

«حجیت بنای عرف و عقلا زمانی تمام و کامل است که واقعاً کاشف از مشارکت و هم‌رایی معصوم (ع) با آنها در این نظریه باشد البته در مواردی که امکان مشارکت وجود داشته باشد، در غیر این صورت، لازم است کاشف از تقریر معصوم باشد. علت این که در حجیت بنای عرف و عقلا، نیازمند به مشارکت یا تقریر معصوم — ولو به صورت عدم ممانعت معصوم در مواردی که از آن مطلع است و می‌تواند منع کند — هستیم این است که بنای عرف و عقلا از جملهٔ حجتهای قطعی در مقام کشف واقع نیست؛ زیرا ممکن است شارع راهی را که اینها می‌پیمایند، خطا بداند. و فرق بین بنای عرف و حکم عقل این است که عقل با توجه به این که بر مصالح و مفاسد واقعی اطلاع دارد، در مواردی که می‌تواند حکم صادر می‌کند، ولی در بنای عرف و عقلا، اطلاع بر مصلحت و مفسدهٔ واقعیّه شرط نیست؛ زیرا — همچنان که گفتیم — حکم عرفی بدون توجه به علت و سبب حکم و از پیش خود، وضع می‌شود، لذا این حکم کاشف از حکم واقعی که در بردارندهٔ صلاح و فساد باشد، نخواهد بود — شاید بسیاری از ظواهر اجتماعی از بنای عرف سرچشمه گرفته باشد و با توجه به این که کاشف از واقع نیست، صلاحیت

ندارد که در برابر شارع به آن استدلال شود؛ زیرا بنای مذکور برای مکلف الزام آور نیست ولی با تقریر معصوم یا عدم ممانعتش یا صدور حکم از معصوم، انسان قطع پیدا می‌کند که این حکم می‌تواند حجّتی برای مکلف بر خداوند باشد.<sup>۳۶</sup>

وی سپس می‌گوید: «از این موارد درمی‌یابیم که عرف نمی‌تواند مستقلاً اصلی در برابر اصول دیگر باشد. اما در مورد اول روشن است؛ زیرا این مورد سرانجام به تقریر امام و شارع برمی‌گردد و معیار حجّیت عرف تقریر شارع است و آشکار است که عُرف مقید قطعی که بتوان برطبق آن حکمی جعل کرد، نیست لذا باید به حجّیت قطعی برگردد و آن چیزی جز تقریر شارع با امضای او نیست و امضای شارع هم براحکام عرقیّه خاصی تعلق گرفته نه بر اصل عُرف. اما دو مورد دیگر، از تشخیص صغریات سنت — چه حکم و چه موضوع — فراتر نمی‌رود و ما پیش از این گفتیم که هر چیزی که مربوط به تشخیص صغری در مسأله اصولیه شود، از جمله اصول فقهی نیست. لذا ذکر عُرف را در شمار اصول فقهی صحیح نمی‌دانیم.»<sup>۳۷</sup>

مورد چهارم هم به کشف از حجّت شرعی مثل تقریر یا امضای شارع برمی‌گردد و لذا عُرف در مقابل کتاب و سنت اصل مستقلی نیست.

### دلایل حجّیت عُرف

مقصود از استدلال بر عرف، اقامه دلیل بر حجّیت عرف است آن‌چنان که بتواند در مقابل دیگر ادله همچون قرآن و سنت، اصلی مستقل باشد. گروهی با پذیرفتن این نظر دلایلی آورده‌اند از جمله:

اول: استدلال ابن عابدین که گفته است: برخی از علما برای استدلال بر اعتبار عُرف به قول خداوند متعال «خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ» استناد کرده‌اند<sup>۳۸</sup> و در کتاب «نظریة العرف» اضافه کرده که: این استدلال مبتنی بر این است که مقصود از عُرف در آیه کریمه، عادت‌ها و رفتار مردم است و این که خداوند پیامبر را فرمان داده که به عُرف امر کن، دلالت بر اعتبار عُرف در نظر شارع دارد و الاً فائده‌ای برای امر پیامبر، به عُرف مترتب نخواهد بود و خداوند حکیم به امر بی‌فایده فرمان نمی‌دهد.<sup>۳۹</sup>

این سخن درست نیست؛ زیرا مقصود از عُرف در آیه، تمامی افعال و رفتاری است که عقل و

شرع آن را تأیید کرده و پذیرفته باشند و سیاق آیه هم این نظر را تأیید می‌کند؛ زیرا امر به عفو افعال جاهلان در اول آیه و امر به اعراض از جاهلان در آخر آیه با امر به عُرف به معنای اصطلاحی آن بدون این که مصلحتی در آن باشد سازگار نیست. شاید با توجه به این مطلب، راغب در مفردات گفته است: «عُرف به معنای اعمال نیک و شناخته شده است و خداوند فرموده و أمر بالعُرف». «حیاط» در «نظریة العُرف» پس از بیان استدلال حجیت عرف می‌گوید:

«برخی از دانشمندان در آیه «وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ» دلیلی بر حجیت عرف نمی‌بینند و در تفسیر عُرف گفته اند مقصود از عرف همه احکام دینی است چه عقل به حُسن آن پی برده باشد و چه نبرده باشد و فقط شرع آن را نیکو بدانند. در صحیح بخاری از عبدالله بن زبیر روایت شده که درباره آیه «خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ» گفت: «خداوند این آیه را فقط در شأن اخلاق مردم نازل فرمود.» و صاحب کتاب «العرف و العادة فی رأی الفقهاء» «شیخ احمد فهمی ابوسنة» نیز بر آن است که این آیه نمی‌تواند دلیل حجیت عُرف باشد.

و لا اقل احتمال عدم صحت استدلال، موجود است و با وجود احتمال خلاف، استدلال صحیح نیست.»<sup>۴۰</sup>

دوم: ابن عابدین می‌گوید: «در کتاب «الاشباه» در ضمن قاعده ششم آمده است: عادت از محکّمات و حجج است به دلیل قول پیامبر (ص) که فرمود: «مُارَاةُ الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ»<sup>۴۱</sup>

این استدلال نیز صحیح نیست؛ زیرا همچنان که علائی و ابن عابدین خود نیز روایت کرده اند که این حدیث پیامبر (ص) نیست بلکه قول عبدالله بن مسعود است و علاوه بر آن، سندش ضعیف است و عرفی که مورد بحث ما است عُرف فی نفسه و مطلق است نه عُرف مسلمانان که سیره آنها است و نسبت به عُرف مطلق عام، اخصّ است در «الاصول العاقمة» گفته است: روایت مذکور ضعیف است و نمی‌تواند دلیل باشد علاوه بر اینکه عُرف با عوالم حُسن رابطه ای ندارد؛ زیرا در بسیاری از موارد، مبتنی بر حُسن نیست. عرفها و عاداتهای بسیاری در میان مردم وجود دارد که علت حُسن آن معلوم نیست و عُرفی که عقل وجه حُسن آن را درک کند، بسیار اندک است پس به فرض این که استدلال به این موارد نادر برای حجیت عُرف صحیح باشد، چون موارد کمی است، نسبت به مدعی دایره تنگتری دارد و شامل همه موارد نمی‌شود.<sup>۴۲</sup>

سوم؛ دلیلی است که «بدران» ذکر کرده خلاصه آن چنین است: شارع بسیاری از عاداتهای عرب را تأیید فرموده و نسبت به آنها سکوت کرده و از آنها ممانعتی به عمل نیاورده است به طوری که مسایل دیات و قسامه را بر عرف منطقه مبتنی کرده است و امام مالک هم عمل اهل مدینه را —

در صورت نبودن نصّ، به عنوان اجماع کافی و دلیل شرعی معتبر دانسته است با این که عمل اهل مدینه در بیشتر موارد جز عرف و عاداتهای گذشته و حال که در میانشان رواج داشت، نبوده است.<sup>۴۳</sup> پس از تأیید و تقریر شارع استفاده می شود که عُرف، مثل دیگر ادلّه شرعیّه، دلیل مستقلّی است. در کتاب الاصول العاقله در جواب این استدلال چنین آمده است: «شارع عُرف را به عنوانی که عُرف است، تأیید نفرموده بلکه احکام شارع با برخی از آداب عُرف موافقت دارند که شارع آنها را به صورت تأیید اظهار داشته و لذا ما تأیید شارع را از جمله سنت دانسته ایم و بین این که شارع حکمی از احکام عرفی را - که با احکام شرع مطابقت دارد - تأیید کند و این که خود عرف را مستقلاً به عنوان اصلی مستقل معتبر بداند به طوری که کاشف احکام واقعی باشد، فرق بسیار است. پس آنچه از احکام عرفی که مورد تأیید شارع واقع شده، از زمره سنت است و اصلی مستقل در برابر سنت نیست.<sup>۴۴</sup>

عُرف اهل مدینه نیز بر این اساس که عُرف است، حجّت نیست بلکه چون آنها در عهد نزدیک به پیامبر (ص) می زیستند و به سنت و سیره پیامبر از نزدیک آشنا بودند، روش و عرف آنها کاشف از سنت پیامبر (ص) است. پس این سنت است که حجّت است نه عرف و لذا در بعضی از احادیث از برخی اعمالی آنها مثل بیع ملاقیح، مضامین، ملامسه و منابذه و غیر ذلک، نهی شده است و این نواهی برای ردّ و منع از اعمالی متعارف آنها که موجب ضرر و زیان می شد و مبتنی بر تخمینات بود، وارد شده است. همچنان که شیخ اعظم هم چنین گفته است.<sup>۴۵</sup> پس با ابطال این دلایل، روشن شد که دلیلی برای حجّت عرف مستقلاً وجود ندارد.

البته، شارع در بسیاری از موارد عرف را تأیید کرده است. بنابراین هر بنای عرفی که در زمان شارع و پیامبر و معصومان (ع) و در جلوی دیدگان آنها بود و شارع هم آن را با سکوت تأیید کرده و یا از آن ممانعتی به عمل نیاورده است، مورد قبول شارع بوده است؛ زیرا اگر به آن راضی نبود، از آن منع می کرد و چون منع نکرده، معلوم می شود که به آن راضی بوده است و بر این اساس فرقی میان

• بیع ملاقیح یعنی فروختن جنین در شکم ناقه و یا فروختن نطفه در پشت نرها که در زمان جاهلیت مرسوم بود، و در اسلام نهی شده است.

• فروختن نطفه که در پشت شترهای نر است یا جنین که در شکم ماده است و از اعمال جاهلی بوده که در اسلام نهی شده است.

• خریدن متاعی از راه لمس کردن آن بدون این که در آن نظر کند که از اعمال جاهلی بوده و موجب غرر است و نهی شده است.

■ بیع منابذه این است که متبایعین انداختن جامه را مثلاً بیع قرار دهند و بگویند هذا بهنا.

فرهنگ اصطلاحات فقه اسلامی، محسن جابری، ص ۷۱

موارد عرف که ذکر کردیم وجود ندارد؛ زیرا تشخیص مقصود، مفهوم و مصداق موضوعات، اخذ به ظواهر و جمع بین آنها به این که مطلق بر مقتد و عام بر خاص حمل شود و دیگر اشکال جمع بین ادله یا اخذ به قول ثقات، در زمان پیامبر اکرم (ص) از امور شایع بوده و باین حال، پیامبر (ص) آنها را منع نکرده است. پس معلوم می شود که عرف در این مورد و مانند اینها — که در زمان پیامبر (ص) شایع بود، به سبب کاشفیت از سنت نه به سبب خود عرف حجت شرعی است. پس دانسته شد که این سخن که عادت از محکمات و حجت است و یا عرف شریعت محکمه است و یا آنچه به وسیله عرف ثابت شود مثل این است که به نص ثابت شده است. همه، مردود است و عرف به طور مستقل و فی نفسه حجت نیست.

### موارد و اقسام عرف و مراتب آنها

عرف، یا عرف عام است یا عرف خاص و عرف خاص هم یا عرف شارع است یا عرف غیر شارع مثل عرف هر منطقه یا هر قبیله ای. و نیز تردیدی نیست که مرجع در تشخیص مفاهیم موضوعات احکام شرعی، عرف عام است البته در صورت نبودن عرف شرعی. صاحب جامع المقاصد نیز بر این عقیده است و شیخ انصاری در مکاسب در مقام حکایت از قول وی چنین می گوید:

«مرجع، عرف و عادت متعارف در مناطق است؛ زیرا حقیقت عرفیه در صورت نبودن حقیقت شرعیه حجت است»<sup>۴۶</sup>

پس عرف شرعی بر عرف عام مقدم است و عرف عام — در صورت نبودن عرف شرعی — بر عرف خاص مقدم است البته پس از روشن شدن مفهوم با رجوع به عرف عام، اگر در مراد و مقصود خارجی مفهوم اختلاف شد می توان به عرف خاص رجوع کرد. مثلاً اگر در قولی شارع که فرمود: «مَا يُكَاثُ أَوْ يُؤْرَثُ فَلَا يُبَاعُ جُزْأً» یا «لَا يُبَاعُ بَعْضُهُ بِنَعْصِ إِلَّا مُتَسَاوِياً» اختلاف شد که مقصود وسیله کیل در عرف متکلم است یا در عرف عام یا در عرف هر مکلفی؟ می توان گفت که: مرجع، عرف خاص است و لذا شیخ انصاری تصریح فرموده که: اگر ثابت نشود اجماعی بر این که مرجع معتبر اخبار و روایات، زمان پیامبر (ص) است، بهتر است که معیار تشخیص و تعیین اخبار و روایات را، مقدار متعارف نزد دو طرف معامله و پس از آن، آنچه که مورد اتفاق همه مناطق است و سپس متعارف هر منطقه ای را نسبت به خودش بدانیم؛ زیرا معیار و ملاک در مواردی که اجماع نیست، جوابی است که در مقام استعلام از مالیت و کمیت آن، داده می شود مثلاً وقتی سؤال شود که چه مقدار گردو داری؟ با عدد جواب می دهد ولی اگر سؤال شود چه مقدار انار و خربزه داری؟ به وزن جواب می دهد و وقتی از مقدار گندم یا جو سؤال شود، گاهی به کیل و گاهی به وزن

جواب می دهد البته کسی به کیل جواب می دهد که مقدار و وزن کیل را بداند، چون کیل برخلاف وزن، معیار سنجش خاصی ندارد پس اصل در کیل وزن است. مقصود ما از مکیل و موزون — که در هنگام بیع، باید به کیل یا وزن سنجیده شوند و ربا در آن دو ممکن است — همین است.<sup>۴۷</sup>

خلاصه سخن این است که معنا و مفهوم مکیل یا موزون با مراجعه به عُرف عام مشخص می شود اما اختلاف و اشکال در تعیین مصداقش است که آیا تنها گندم و جواز مصادیق مکیل هستند یا غیر آن دو را نیز شامل می شود. و از آن جا که قضایا و موضوعاتی که متعلق احکام شرعی هستند، از جمله قضایای خارجیّه نیستند. پس — تا زمانی که اجماعی قائم نشده — صحیح نیست که بگوئیم برای تشخیص مصداق باید به عُرف زمان شارع مراجعه کرد. بلکه چون قضایا و موضوعات حقیقیّه هستند، بر این اساس اگر عنوان قضیه در نزد مخاطب بر چیزی صدق کند، — در هر زمان و مکانی — در اجرای حکم کفایت می کند. لذا اگر نزد مکلفی گندم از جمله اموال کیلی باشد، صحیح نیست حکم کنیم که به عرف منطقه دیگری که گندم را وزن می کنند مراجعه کند، بلکه باید گندم را از اموال کیلی به حساب آورده و احکام آن را هم بر آن جاری کند. شاید شیخ انصاری به این مطلب اشاره کرده و می گوید: «هر مواد غذایی که براساس کیل شناخته شده، شایسته نیست به طور تخمینی فروخته شود»<sup>۴۸</sup> و روشنتر از آن این است که اگر در مراد و مقصود از اقرارها، وصایا و اوقاف و مانند آن اختلاف شد، باید به عرف متکلم مراجعه کرد.

پس اگر در تشخیص مراد و مصداق، عرف خاص با عرف عام اختلاف داشت، عرف خاص بر عرف عام مقدم است و در اختلاف تشخیص مفاهیم موضوعها و حدود آنها، عرف عام بر عرف خاص مقدم است مگر این که حقیقت شرعیّه موجود باشد که در این مورد، حقیقت شرعیّه بر حقیقت عرفیه مقدم است.

### موارد اختلاف عرف و عقل

دانستیم که یکی از موارد حاکمیت عُرف، تشخیص موضوعات است به این معنا که در موضوعات اگر میان حکم عقل و حکم عرف اختلافی پیش آمد، حکم عرف معتبر و مقدم است مثلاً اگر بعضی قیود و صفات موضوعی، از بین رفت، عقل حکم می کند که موضوع از بین رفته است پس حکمی هم نخواهد بود. زیرا — آن چنان که شیخ انصاری قده در فرائد الاصول تصریح فرموده<sup>۴۹</sup> — به حکم عقل، قیودها و صفات به موضوع و محمول واحد برمی گردند. لذا وقتی در ثبوت حکم سابق پس از زوال بعضی از قیود شک کردیم — خواه آن قید، قید موضوع باشد یا قید محمول یا این که دانسته شود قید کدام یک است — استصحاب جایز نیست؛ زیرا استصحاب به معنای

اثباتِ عینِ حکم سابق است برای عین موضوع سابق و این معنا با شک در حکم یا موضوع سازگار نیست. ولی عُرف، بین قیده‌های مقومه و غیرآنها تفصیل قائل شده است. به طوری که با از بین رفتن قیود مقومه موضوع از بین می رود ولی با از بین رفتن قیود غیر مقومه، موضوع از بین نمی رود. ولذا با حکم عُرف به بقای موضوع و این که این موضوع همان موضوع است، استصحاب جاری می شود. مثلاً دربارهٔ آبی که با نجاست تغییر کرده و سپس تغییرش از بین می رود (بو و رنگ آن به حال اول برمی گردد) عُرف حکم به بقای نجاست می کند؛ زیرا تغییر در نزد عُرف، از احوال موضوع است نه از مقومات آن.

به طور کلی، شارع در فهم موضوعات احکامش، به حکم عرف عقلا اکتفا کرده نه به حکم عقل. پس در بقای موضوع و از بین رفتن آن، حکم عرف معتبر است نه حکم عقل. لذا در امثال موارد مذکور، عرف به جریان استصحاب حکم می کند و نیز به از بین رفتن طهارت انسان پس از مرگ و بقای نجاست سگ پس از مردنش حکم می کند با این که به حسب دقت عقلی، ارتفاع و بقا صدق نمی کند؛ زیرا طهارت و نجاست دو صفت محمول بر انسان و سگ که هر دو حیوان هستند، می باشد، و با مرگ، حیوانیت — که موضوع است — از بین می رود یعنی جاندار نیستند، پس با این رفتن حیوانیت، موضوعی برای طهارت و نجاست باقی نمی ماند تا بگوییم باموت، طهارت از انسان مرتفع شده و نجاست در سگ باقی مانده است با این که هر دو تبدیل به جماد شده اند.

همین طور عُرف به وجود نصف یا  $\frac{1}{4}$  و یا دیگر کسرهای از یک چیزی و نیز به صحت بیع آن کسرها حکم می کند در حالی که کسریک شیء قبل از جدا کردن آن، هیچ تعیین و تشخیص خارجی ندارد، و لذا شایع است در زبان مردم که نصف خانه را یا  $\frac{1}{4}$  آن را فروختم با این که به حکم و دقت عقلی، جسم خارجی مشخص و معین است و هر جزء فرضی آن — خواه به صورت کسر باشد یا نباشد — با تعیین و تشخیص مشخص می شود. پس کسر از چیزی، قبل از معین و مشخص شدن آن، وجود ندارد و چیزی نیست و بعد از تحقق و تشخیص وجودی، در خارج موجود و معین است و ابهامی ندارد. پس نصف یا ربع چیزی، بدون عنوان و تشخیص خارجی، وجود ندارد تا بیع آن صحیح باشد. اما از آن جا که احکام شرعی بر اساس دانسته های عرف و عقلاء استوار است نه بر اساس موازین و دقت های فلسفی و عقلی، در عرف، بیع کسریک چیز اشکالی ندارد و مقتضای آن — آن چنان که حضرت «امام خمینی» مدظله العالی در کتاب البیع فرموده است — اشتراک و اشاعه بین بایع و مشتری در مبیع است.<sup>۵۱</sup>

### عُرفِ تسامحی معتبر نیست

پوشیده نماند که عُرفِ گاهی دچار تسامح می شود به طوری که — مثلاً — قبل از رسیدن به مسافت معین می گوید، رسیدیم و پیش از حصول مقدار معین آن را همان اندازه معین می شمارد. این احکام، فقط از باب مسامحه است و دلیلی بر اعتبار آن وجود ندارد و عُرفی که در تشخیص موضوعات و دیگر موارد، معتبر است، عرف دقیق و روشن است.

### آیا عرف و عادتِ ظنی هم معتبر است؟

شایسته است از یاد نبریم که عُرفِ معتبر در موارد مذکور، عُرفِ ثابتِ قطعی است که موجب علم به بنای عُرفی می شود مثل أخذ به قول ثقات یا أخذ به ظهور الفاظ یا جمع بین اخبار با حمل کردن عام بر خاص یا حمل مطلق بر مقید و نظایر آن. و یا این که عُرف موجب انصراف لفظ به معنا یا مصداق مشخصی شود و مراد متکلم معین می شود و عُرفی که موجب ظن به امور مذکور شود معتبر نیست همچنان که عرف و عادتِ ظنی که وجود آن در مورد منازع مورد تردید است، اعتباری ندارد. لذا اگر زوج و زوجه ای درباره کالاهای و اثاثیه منزل به نزاع برخیزند، نمی توان به عادت ظنی در مورد تعیین مدعی و منکر، تمسک جست و گفت: چون عادت چنین است که زن جهازش را از خانه پدریش می آورد گمان می رود که زوج مدعی باشد و زوجه منکر و لذا شیخ انصاری — بر اساس نقل از وی — چنین فرموده است:

«در فرض مذکور، مقتضای اصلی اولی این است که اگر خانه از آن شوهر باشد، زن حقی نسبت به کالای مذکور ندارد و اگر خانه از آن زن باشد، شوهر حقی نسبت به کالا ندارد، زیرا مالکیت خانه به خودی خود مقتضی مالکیت کالای موجود در آن هم می باشد. بدون این که بین کالایی که شایسته مرد است یا کالاهایی که شایسته زن است یا کالایی که شایسته هر دو است و یا عادت چنین باشد که کالا از خانه مرد یا از خانه زن حمل شود، فرقی باشد. جز این که در برخی موارد، مقتضای عادت ظنی و ظاهر امر برخلاف عقیده ما است ولی این دو امر مستلزم خروج از مقتضای اصل تا زمانی که دلیل بر اعتبار عادت ظنی و ظهور اقامه نشده، نمی باشد. زیرا — همان طور که می دانیم — ملاک در صدق مدعی و منکر ظهور معتبر است نه مطلق ظهور و مورد بحث ما از موضوعاتی است که دلیلی بر اعتبار آن اقامه نشده بنابراین چگونه می توان گفت که مطلق ظهور در آن، معتبر است...»<sup>۵۲</sup>

شیخ انصاری نیکو و مفید فرموده که در تعیین مدعی و منکر، عادتِ ظنی اعتباری ندارد اما این

در صورتی است که دلیل شرعی بر اعتبار آن نیامده باشد و الا اعتماد به عادت ظنیة همراه با دلیل شرعی، اشکال ندارد. و برای تأیید این قول به صحیحہ «عبدالرحمن بن الحجاج البجلي» استدلال شده است که در مورد تنایع زوج و زوجه در جهیزیه، می‌گوید: تصرف و ید از آن زوجه است و لذا او منکر است و علت آن را استقرار عادت بر این می‌داند که زن جهاز را از خانه اش به خانه شوهر می‌آورد امام صادق (ع) در این حدیث فرموده است: اگر از همه این مردم ساکن میان دوکوه — یعنی اهل مکه — پرسی، به تو خواهند گفت که جهاز و متاع آشکارا از خانه زن به خانه شوهرش اهدا می‌شود پس زن جهاز را آورده و مرد ادعای مالکیت آن را دارد پس مرد مدعی است و اگر می‌گوید که چیزی به آن جهاز افزوده و تصرفی که موجب ازدیاد آن شده، انجام داده، باید بیته و دلیل اقامه کند.<sup>۵۳</sup>

این روایت، بر اعتبار عادت ظنیة در تشخیص عنوان مدعی و منکر دلالت دارد و لذا مانعی ندارد که در مورد این روایت به عادت ظنیة عمل کرد البته اگر فقهای ما از عمل به آن اعراض نکرده باشند. گرچه از سخنان محقق رشتی چنین برمی‌آید که وی علاوه بر عمل به این روایت، از مورد آن هم تعدی کرده و آن را به موارد مشابه سرایت داده است. وی می‌گوید:

«از روایت مذکور آشکار می‌شود که در تمامی موارد تعارض اصل و ظاهر، حکم این چنین است چون روایت در حکم منصوص العله است گویا امام فرموده است:

ظاهر حال حکم می‌کند که حق با زن است و قول او مقدم است. بر این نظر محقق رشتی ایراد شده که بنای اصحاب بر این است که ظاهر را تا دلیلی نداشته باشد، بر اصل مقدم نمی‌دارند حتی آنها موارد تقدیم ظاهر بر اصول و طرق معتبره را محصور و محدود کرده‌اند. لکن اگر ظهور، مثل ظهوری باشد که امام (ع) در این روایت آن را معتبر دانسته است، اعتبار و اعتماد به آن دور نیست و میزان و معیار آن هم این است که عادت و عرف بر مقتضای آن جاری باشد آن چنان که اگر از مردم درباره حکم واقعه و حادثه سؤال شود، مثل همان عادت را در جواب می‌گویند و این صریح کلام امام (ع) است. و مقصود ما مطلق ظهور ناشی از استقرار مطلق عادت نیست؛ زیرا این ظهور، اعتبار ندارد و از آن جا که اقوال و پاسخهای مردم — که مطابق با عرف و عادت است —، گاهی از تسامح و کلی‌گویی و بی‌دقتی سرچشمه می‌گیرد و به صورتی است که جواب آنها همراه با تخمین و تقریب است به طوری که اگر آن مسأله از عقلا و محققان، سؤال شود، سکوت خواهند کرد و چیزی نخواهند گفت، لذا باید در این که جواب آنها برخاسته از تحقیق است یا تسامح و بی‌دقتی، دقت و تحقیق شود.»<sup>۵۴</sup>

ظاهراً عمل به مقتضای روایت و سرایت از آن به موارد دیگر، اشکالی ندارد و جایز است.

لکن محقق آشتیانی در کتاب قضاء<sup>۵۵</sup> در این مسأله تأمل و درنگ کرده که شاید به سبب عمل نکردن اصحاب به روایت باشد، آن چنان که «سید» در ملحقاتش به آن تصریح کرده است،<sup>۵۶</sup> شیخ انصاری نیز این روایت را برجایی حمل کرده که عادت ظنی مفید اطمینان باشد.<sup>۵۷</sup> در تأیید این حمل در تذکره آمده است که اگر دو همسایه در مورد مالکیت دیوار حائل بین دو منزل یاد دیوار متصل به دو منزل اختلاف کردند، در این مورد نمی توان بر اساس وجود تزیینات؛ نقش و نگار و نوشته های نمای بیرونی دیوار یا آجرهای بیرون آمده، حکم کرد و نیز نمی توان بر اساسی نمای داخلی دیوار و وجود طاقچه ها و محرابها حکم کرد و همچنین نمی توان بر اساس قراردادن آجرها — که طرف سالم را به طرف منزل و طرف خراب را به طرف بیرون منزل قرار می دهند — حکم کرد و شافعی و ابوحنیفه هم در تأیید این که به مطلق ظاهر نمی توان تمسک کرد گفته اند: «چون اگرچه هر دو نفر در مالکیت آن دیوار مشترک باشند باز هم باید نمای دیوار به طرف یکی از آن دو باشد پس این ظاهر، دلیل بر مالکیت یکی از آن دو نمی شود». مالک و ابویوسف گفته اند که در این مورد منازعه، دیوار از آن کسی است که نمای دیوار به طرف اوست زیرا عادت و عرف حکم می کنند که هر کس دیواری را می سازد، نمای داخلی طرف خود را تزیین می کند. این نظر اشتباه است زیرا عرف و عادت این است که نمای بیرون دیوار و خانه را تزیین می کنند تا مردم ببینند.<sup>۵۸</sup>

در کتاب تذکره آمده است که اگر زوج و زوجه ای که کافر بودند و مسلمان شدند، در بقای نکاح اختلاف کردند به طوری که زوج گوید ما با هم و در یک زمان اسلام آوردیم و نکاح باقی است. ولی زوجه گوید: ما در یک زمان اسلام نیاوردیم و متعاقب یکدیگر مسلمان شدیم که در این صورت اگر اول زن مسلمان شده و بعد مرد مسلمان شده ادامه نکاح زن مسلمه با مرد کافر حرام است و نکاح خود به خود فسخ شده است. شیخ مفید می فرماید: قول مرد معتبر است و این یکی از دو قول علمای شافعی است زیرا مقتضای اصل، بقای نکاح است پس قول مدعی بقای نکاح (زوج) همراه اصل و مقدم است. قول دوم شافعیه این است که قول معتبر قول کسی است که با ظاهر سازگار باشد و ظاهر هم این است که — جز موارد بسیار اندک — ممکن نیست هر دو با هم اسلام آورده باشند پس قول کسی که ظاهر با او است (زوجه) مقدم است همچنان که قول ذی الید که ظاهر با اوست، نیز مقدم است.<sup>۵۹</sup>

علاوه بر اینها فقها در مورد فردی که عادت داشته پس از اِحداث حَدَث، وضو یا غسل انجام دهد ولی در یک مورد، شک کرده که وضو یا غسل انجام داده یا نه، گفته اند، عادت ظنی او در این مورد، معتبر نیست و باید برای انجام نماز یا موارد لازم، وضو یا غسل انجام دهد.

### خلاصه

- ۱- عرف عبارت است از قول، فعل یا ترک فعلی که در تمامی زمانها و مکانها یا بعضی از آنها، در میان مردم استقرار یافته و بدان عمل کنند.
- ۲- عرف دو گونه است: عام و خاص، عرف عام، عرفی است که اکثریت مردم با وجود اختلافات فرهنگی و منطقه‌ای در آن مشترک هستند. عرف عام، شامل بناها و استعمالهای عمومی می‌شود. و عرف خاص، عرفی است که بر اساس اختلاف مناطق و زمانها، تغییر می‌کند و شامل بناها و استعمالهای خصوصی می‌شود.
- ۳- عرف به گونه‌های عملی و قولی نیز تقسیم می‌شود: عرف عملی مثل بناهای خاص و عام و عرف قولی مثل استعمالات خاص مانند استعمال واژه ولد در عرف عراقها دربارهٔ پسر در حالی که در لغت برای مطلق فرزند چه دختر و چه پسر وضع شده است و استعمالهای عام مانند این که در عرف عام لفظ دابه را در حیوان چهار پا استعمال می‌کنند در حالی که در لغت به معنای هر جنبنده است.
- ۴- عرف به اعتبار صحت و بطلان به دو گونه صحیح و فاسد تقسیم می‌شود؛ عرف صحیح، عرفی است که مخالف نص شرعی با اجماع کاشف از نص شرعی نباشد و عرف فاسد، عرفی است که با نص شرعی مخالفت و تضاد داشته باشد یا شیوع نداشته باشد و یا قرینه و دلیلی آشکار بر خلافش موجود باشد.
- ۵- موارد کاربرد عرف چهارتا است الف - کشف حکم شرعی ب - تشخیص مفاهیم و حدود و مصادیق آنها ج - کشف مقصود گوینده. د - کشف دلایل شرعی مثل اخذ به قول افراد ثقه.
- ۶- هیچ یک از اقسام عرف نمی‌تواند دلیل مستقلی در مقابل دیگر اذله مثل کتاب و سنت باشد بلکه حجیت و دلیل بودنش به اعتبار کاشفیت از امضا یا تقریر شارع است، پس عرف نیز مانند اجماع در نزد شیعه، به سنت شرعی برمی‌گردد.
- ۷- هیچ دلیلی بر حجیت و دلیل بودن عرف فی نفسه وجود ندارد بلکه از آن جهت که کاشف از امضا یا تقریر شارع است حجیت است و این حجیت هم مخصوص عرفی است که در منظر و دید امام (ع) باشد و آن را امضاء کند و یا مردم را به آن ارجاع دهد، گرچه به صورت قضیه حقیقیه باشد.
- ۸- از آنجا که عرف دارای مراتبی چون عرف شارع، عرف عام و عرف خاص می‌باشد. لذا در تعیین مفاهیم موضوعات و حدود آنها، اگر عرف عرف شرعی باشد؛ بر عرف عام و به طریق

اولی بر عرف خاص مقدم است و اگر عرف شرعی نباشد، عرف عام بر عرف خاص مقدم است. در تعیین مقصود و مراد متکلم در وقف و وصیت و مانند آن دو اگر عُرف متکلم موجود باشد، مقدم بر دیگر انواع است و الا عرف عام معتبر است.

۹ - در موارد اختلاف عرف یا عقل در موضوعات احکام شرعی و حدود و بقا و ارتفاع آنها، حکم عرف بر عقل مقدم است؛ زیرا احکام شرعی بر اساس مکالمات عرفی پایه ریزی شده اند نه بر اساس دقت‌های فلسفی و عقلی و لذا با از بین رفتن بعضی از حالت‌های موضوع، باز استصحاب جاری می‌شود، با این که این برخلاف حکم عقل است.

۱۰ - عُرف تسامحی در تعیین حدود مفاهیم و مقصود متکلم و حصول اندازه‌ها و وصول به مسافتها و اندازه‌گیری مساحتها اعتباری ندارد بلکه عُرف دقیق، معتبر است.

۱۱ - در حجیت عرف، علم به تشخیص حدود مفاهیم و مصادیق آن با مقاصد گویندگان و اخذ به ظهورات یا جمع بین اخبار با تخصیص یا تقیید یا دیگر امور عرفی یا معامله‌ای مثل معامله معاطاة، توسط عرف لازم است اما با ظن عرف به این موارد، این عرف حجیتی ندارد و اکتفا به امور ظنی دشوار است.

۱۲ - عُرف، با توجه به بعضی مواردش، از جمله مسائل اصولی است مثل عرف قائم بر اخذ به ظهورات یا اخذ به قول ثقات و با توجه به برخی موارد دیگر، از جمله مسائل فقهی یا مبادی فقه است.

و آخر دعوانا ان الحمد لله رب العالمین

۱ - همگی به ریسمان خدا چنگ زنید و پراکنده نشوید. آل عمران آیه ۱۰۳.

۲ - مجموعه رسائل ابن عابدین ص ۱۱۲.

۳ - ر. ک. الاصول العاقله للفقه المقارن، علامه حکیم، ص ۴۱۹.

۴ - تاریخ الفقه الاسلامی، ص ۲۱۳.

۵ - الاصول العاقله، حکیم، ص ۴۱۹.

۶ - مجموعه رسائل ابن عابدین، ص ۱۱۲.

۷ - مبانی استنباط حقوق اسلامی، محمّدی، ص ۲۴۷.

۸ - الاصول العاقله، حکیم، ص ۴۲۰.

۹ - عذة الاصول، شیخ طوسی، ۱/ ۱۷۰.

۱۰ - تاریخ الفقه الاسلامی، ص ۲۱۸.

۱۱ - مجموعه رسائل ابن عابدین، ص ۱۱۳.

۱۲ - نظریه‌ی عرف، ص ۳۳.

- ۱۳ - نظریة العرف، ص ۳۴.
- ۱۴ - اجوبة المسائل المبنائية، ص ۱۶۷.
- ۱۵ - نظریة العرف، ص ۳۳.
- ۱۶ - مأخذ پیشین.
- ۱۷ - مجموعه رسائل ابن عابدین، ص ۱۳۴.
- ۱۸ - تاریخ الفقه الاسلامی، ص ۲۱۵.
- ۱۹ - الاصول العاقله، ص ۴۲۱.
- ۲۰ - همان مأخذ.
- ۲۱ - مبانی استنباط حقوق اسلامی.
- ۲۲ - مجموعه رسائل، ابن عابدین، ص ۱۱۳.
- ۲۳ - نظریة العرف ص ۶۶.
- ۲۴ - مبادئ الاصول، علامه حلی، ص ۱۵۳.
- ۲۵ - الاصول العاقله، ص ۴۲۱.
- ۲۶ - نظریة العرف، ص ۷۷ - ۸۱.
- ۲۷ - مجموعه رسائل ابن عابدین، ص ۱۲۳ - ۱۳۲.
- ۲۸ - كتاب التذكرة، ج ۲ «كتاب البيع»، ص ۴۶۹.
- ۲۹ - كتاب الجواهر، المتاجر، ص ۲۱۸ ط. قديم.
- ۳۰ - مجموعه رسائل ابن عابدین، ص ۱۳۲.
- ۳۱ - تاریخ الفقه الاسلامی، ص ۲۱۶.
- ۳۲ - تاریخ الفقه الاسلامی، ص ۲۱۵.
- ۳۳ - الاصول العاقله، ص ۴۲۳.
- ۳۴ - المكاسب، شیخ انصاری، ص ۱۲۴.
- ۳۵ - مجموعه رسائل، ابن عابدین، ص ۱۱۳.
- ۳۶ - الاصول العاقله، ص ۱۹۸.
- ۳۷ - الاصول العاقله، ص ۴۲۴.
- ۳۸ - مجموعه رسائل ابن عابدین، ص ۱۱۳.
- ۳۹ - نظریة العرف، خیطاط، ص ۲۵.
- ۴۰ - نظریة العرف، خیطاط، ص ۲۵.
- ۴۱ - آنچه را مسلمانان نیکو بدانند، در نزد خداوند نیز نیکو است. مجموعه رسائل ابن عابدین، ص ۱۱۳.
- ۴۲ - الاصول العامة، ص ۴۲۴.
- ۴۳ - تاریخ الفقه الاسلامی، ص ۲۱۷.
- ۴۴ - الاصول العاقله، ص ۴۲۵.
- ۴۵ - المكاسب، «كتاب البيع»، ص ۱۹۴.
- ۴۶ - المكاسب، «كتاب البيع»، ص ۱۹۳.
- ۴۷ - المكاسب، شیخ انصاری، «كتاب البيع»، ص ۱۹۲ - ۱۹۳.
- ۴۸ - الوسائل، ج ۱۲، الباب ۴، من ابواب عقد البيع.
- ۴۹ - فرائد الاصول، ص ۴۰۱.

- ۵۰ - مأخذ پیشین .  
 ۵۱ - «کتاب البیع»، ج ۳، ص ۲۸۴ - ۲۸۵ .  
 ۵۲ - کتاب القضاء، محقق آشتیانی، ص ۴۶۶ .  
 ۵۳ - ملحقات عروة الوثقی، ج ۳، ص ۱۴۲ .  
 ۵۴ - کتاب القضاء، محقق رشقی، ص ۳۰۰ .  
 ۵۵ - کتاب القضاء، محقق آشتیانی، ص ۴۶۷ .  
 ۵۶ - ملحقات العروة الوثقی، ج ۳، ص ۱۴۲ .  
 ۵۷ - کتاب القضاء، محقق آشتیانی، ص ۴۶۶ .  
 ۵۸ - التذکره، ج ۲ ص ۱۹۰ .  
 ۵۹ - کتاب التذکره، ج ۲ ص ۶۵۹ .



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

