



AL-Mustafa international university

جامعة المصطفى العالمية - نمایندگی گلستان

پایان نامه کارشناسی ارشد
رشته اصول و فقه اسلامی
عنوان:

قلمرو و نقش عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

استاد راهنما:

دکتر نصیب الله «عمراف»

استاد مشاور:

دکتر رحیم «ابوالحسینی»

پژوهشگر:

محمد فاضل «صاعد»

سال تحصیلی: ۱۴۰۲/۳/۱۷

کد تحصیلی: ۱۱۵۱۵۵۰۰



مسئولیت نقل مطالب

مسئولیت کلیه موضوعات مندرج در این پایان نامه، به دوش نگارنده بوده و جامعه المصطفی العالمیه هیچ مسئولیتی در قبال آن ندارد.

استفاده از این پایان نامه، با ذکر منبع بلا مانع است، اما چاپ و نشر آن در داخل ایران، بدون اجازه جامعه المصطفی العالمیه ممنوع بوده و پیگرد قانونی دارد.

تقدیم به:

سرور کائنات، منجی و یگانه الگوی عالم بشریت حضرت محمد مصطفی (ص)، اهل بیت و یاران گرامی ایشان.

تقدیم به:

پدرم که اولین استاد و رهنمای زندگی‌ام بوده و در تمام عرصه های زندگی، قهرمانانه حمایت نموده است و هرآنچه امروز دارم از برکت وجود ایشان بوده است.

تقدیم به:

مادرم که همواره آسایش و آموزش ما را بر آسایش خودش ترجیح داده، از هیچ تلاشی برای موفقیتیم دریغ نکرده و دعای خیرش همیشه محافظم بوده است.

تقدیم به:

همسرم که با وجود تمام مشکلات، با اراده قوی همراه و یاورم بوده و در طول مدت تحصیل، رنج دوری و تنهایی را تحمل نموده است.

تسکر و قدردانی

حمد و سپاس خدایی را که زندگی ما را مملو از نعمات بیکران خویش گردانیده و به ما توفیق بندگی داده است، خدایی که در اولین پیام به آخرین پیامبرش، ما را به خواندن و تحصیل علم امر نموده و به ما قدرت علم آموزی، ارزانی نموده است.

حضور در این جایگاه را مدیون کسانی هستیم که همواره برای تبلیغ و گسترش علم تلاش نموده اند، آنانی که وسائل تحصیل علم را فراهم کرده و ما را در رسیدن به این مرتبه علمی، همکاری نموده اند. از ریاست محترم جامعه المصطفی العالمیه حجت الاسلام و المسلمین حاج آقا حسینی، معاونین محترم، رؤسای محترم مدارس علوم اسلامی و انسانی و تمام کارمندان این مجموعه که خویش را وقف علم و دانش نموده و همیشه در پی فراهم سازی سهولت و امکانات برای دانش پژوهان هستند، سپاس و قدردانی می نمایم.

از استاد رهنمایم جناب دکتر نصیب الله عمراف، که نه تنها در این پایان نامه، بلکه در تمام مدت حضورم در این مجموعه، رهنمایم بوده و از رهنمایی های علمی، ادبی و اخلاقی ایشان بهره مند شده ام، قدردانی و سپاس ویژه دارم.

همچنان از جناب حجة الاسلام والمسلمین دکتر رحیم ابوالحسینی که با وجود مشغله های زیاد، زحمت داوری این پایان نامه را به عهده گرفتند، سپاس و قدردانی می نمایم.

در اخیر از جناب دکتر ایجاد حسین، مدیر مدبر گروه علمی فقه و اصول، که همیشه و در هر حالی، پشتیبان بنده و تمام دانش پژوهان بوده اند، سپاس و قدردانی ویژه دارم.

چکیده

جوامع انسانی همواره با پدیده‌ای به نام قوانین اجتماعی روبرو بوده و روابط آنها اکثراً بر اساس عاداتی بوده است که به عنوان قانون حاکم در جامعه، پذیرفته شده و در فقه به نام «عرف» یاد شده است. عرف عبارت از عادت جمهور قوم در گفتار یا کردار می‌باشد. بدون شک این پدیده اجتماعی یکی از عوامل مؤثر در استنباط احکام شرعی بوده و برای تشخیص احکام مرتبط با زمان و مکان، کارآمدی زیاد دارد. با این وجود، قلمرو حاکمیت عرف و چیستی نقش آن در استنباط احکام، همواره مورد اختلاف فریقین بوده است.

بررسی دقیق این مسأله از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است، زیرا ضمن روشن شدن قلمرو کاربرد عرف و چیستی نقش آن در استنباط احکام، از افراط و تفریط در به کارگیری این پدیده در استنباط احکام، جلوگیری می‌کند. از همین جهت در این پایان‌نامه با بهره‌گیری از روش توصیفی-تحلیلی از منابع کتابخانه‌ای، به تصریح این مسأله پرداخته ایم.

یافته‌های تحقیق نشان داده است که برخی از اصولیون اهل سنت، قلمرو وسیعی برای عرف در نظر گرفته، آن را منبعی از منابع استنباط دانسته و حتی در مواردی بر قیاس، استحسان و مصالح مرسله نیز ترجیح داده‌اند. اما اهل تشیع و برخی از اصولیون اهل سنت، قائل به وسعت قلمرو عرف در استنباط نبوده و آن را از منابع استنباط ذکر نکرده‌اند، با این حال به عنوان ابزاری در خدمت ادله احکام از آن استفاده نموده‌اند. در مورد نقش عرف در استنباط احکام شرعی نیز عده‌ای از اصولیون اهل سنت قائل بر نقش استقلالی عرف بوده و آن را دلیلی دانسته‌اند که احکام بر آن بنا می‌شود، اما اهل تشیع و گروهی از اهل سنت، چنین نقشی برای عرف قائل نبوده و در مواردی همچون بیان موضوع و فهم ظهورات از آن استفاده نموده‌اند.

واژگان کلیدی: نقش، قلمرو عرف، نقش عرف، استنباط، احکام شرعی، فریقین

فهرست مطالب

۱	پیش‌گفتار.....
۲	فصل اول: کلیات و مفهوم شناسی.....
۳	مقدمه.....
۳	مبحث اول: کلیات.....
۳	الف: تبیین مسأله.....
۴	ب: سوالات تحقیق.....
۴	سوال اصلی:.....
۵	سوالات فرعی:.....
۵	ج: فرضیه های تحقیق.....
۵	د: ضرورت و اهمیت تحقیق.....
۵	۱. ضرورت علمی تحقیق:.....
۶	۲. ضرورت کاربردی تحقیق:.....
۶	ه: پیشینه تحقیق.....
۶	۱. پیشینه موضوع:.....
۷	۲. پیشینه مسئله:.....
۸	و: جنبه جدید بودن و نوآوری تحقیق.....
۸	ز: روش تحقیق.....
۸	ح: قلمرو تحقیق(زمانی، مکانی، موضوعی).....
۹	ط: مشکلات تحقیق.....
۹	ی: ساختار تحقیق.....

مبحث دوم: مفهوم شناسی ۱۰

الف: قلمرو ۱۰

۱. در لغت ۱۰

۲. در اصطلاح ۱۱

ب: عرف ۱۱

۱. در لغت ۱۱

۲. در اصطلاح ۱۲

ج: استنباط ۱۳

۱. در لغت ۱۴

۲. در اصطلاح ۱۴

د: اجتهاد ۱۵

۱. در لغت ۱۵

۲. در اصطلاح ۱۷

ه: اصول فقه ۱۸

اول: اصول ۱۸

۱. در لغت ۱۸

۲. در اصطلاح ۱۹

دوم: فقه ۱۹

۱. در لغت ۱۹

۲. در اصطلاح ۲۰

سوم: اصول فقه ۲۰

و: اصول فریقین ۲۰

۱. اصول اهل سنت ۲۱

الف: روش اصولی احناف: ۲۲

ب: روش اصولی متکلمین: ۲۲

۲. اصول اهل تشیع ۲۳

ز: حکم ۲۵

۱. در لغت ۲۵

۲. در اصطلاح ۲۶

الف: در اصطلاح اصولیون ۲۶

ب: در اصطلاح فقهاء ۲۷

ح: سیر تاریخی عرف در استنباط ۲۸

۱. تاریخچه عرف نزد اهل سنت ۲۸

۲. تاریخچه عرف نزد اهل تشیع ۳۱

نتیجه گیری فصل اول ۳۳

خلاصه فصل اول به شکل نمودار ۳۵

فصل دوم ماهیت، انواع و شرایط عرف معتبر در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین ۳۷

مقدمه ۳۸

مبحث اول: ماهیت عرف ۳۸

گفتار اول: چیستی عرف ۳۸

الف: چیستی عرف در فقه و اصول فقه ۳۹

ب: چیستی عرف در حقوق ۳۹

ج: چیستی عرف در جامعه شناسی.....	۴۱
مرور نهایی بر تعاریفات عرف.....	۴۲
گفتار دوم: منشأ عرف.....	۴۳
گفتار سوم: عوامل مؤثر بر پیدایش عرف.....	۴۵
۱. درک عقل.....	۴۵
۲. حاجت و مصلحت.....	۴۵
۳. وحی و شبه آن.....	۴۶
۴. سلطه حاکمان.....	۴۶
۵. اغراض شخصی.....	۴۷
۶. عوامل دیگر.....	۴۷
گفتار سوم: عناصر تشکیل دهنده عرف.....	۴۸
گفتار چهارم: رابطه شریعت و اجتهاد با عرف.....	۴۸
گفتار پنجم: عرف و معروف در نصوص دینی.....	۵۰
گفتار ششم: رابطه عرف با برخی از اصطلاحات.....	۵۰
اول: عرف و عادت.....	۵۱
رابطه عرف و عادت.....	۵۲
دوم: عرف و اجماع.....	۵۴
سوم: عرف و عمل.....	۵۶
چهارم: عرف و بنای عقلاء.....	۵۷
رابطه عرف و بنای عقلاء.....	۵۸
پنجم: عرف و سیره متشرعه.....	۵۹

- ۶۰ رابطه عرف و سیره مشرعه.....
- ۶۱ ششم: عرف و سنت.....
- ۶۱ رابطه عرف و سنت.....
- ۶۲ هفتم: عرف و قانون.....
- ۶۳ رابطه عرف و قانون.....

۶۴ مبحث دوم: انواع عرف از منظر فریقین.....

- ۶۴ تقسیم عرف به اعتبار صدور.....
- ۶۴ اول: عرف شرع.....
- ۶۵ دوم: عرف غیر شرع(عرف مردم).....
- ۶۶ ۱. به اعتبار ثبات و تغییر.....
- ۶۶ الف: عرف ثابت.....
- ۶۶ ب: عرف غیر ثابت.....
- ۶۷ ۲. به اعتبار متعلق و موضوع.....
- ۶۷ الف: عرف قولی(لفظی).....
- ۶۹ ب: عرف فعلی(عملی).....
- ۶۹ ۳. به اعتبار شیوع.....
- ۶۹ الف: عرف عام از دیدگاه فقه و اصول.....
- ۷۰ ب: عرف عام از دیدگاه حقوق.....
- ۷۰ ج: عرف خاص از دیدگاه فقه و اصول.....
- ۷۱ د: عرف خاص از دیدگاه حقوق.....
- ۷۱ تفاوت دیدگاه ها.....
- ۷۳ ۴. به اعتبار موافقت یا مخالفت آن با شریعت.....
- ۷۳ الف: عرف صحیح.....
- ۷۴ ب: عرف فاسد.....
- ۷۵ ۵. عرف مسلم و قراردادی.....

- الف: عرف مسلم ۷۵
- ب: عرف قراردادی ۷۵
۶. عرف مطرد، غالب و مشترک ۷۵
- الف: عرف مطرد ۷۵
- ب: عرف غالب ۷۵
- ج: عرف مشترک ۷۵
۷. عرف سابق، مقارن و متأخر ۷۵
۸. عرف حادث ۷۶
۹. عرف موضوعی و حکمی ۷۶
۱۰. عرف مملکتی، محلی و مذهبی ۷۶
۱۱. عرف ممضا، مردوع و مرسل ۷۶
۱۲. عرف دقیق و مسامحی ۷۷

مبحث سوم: شرایط عرف معتبر ۷۸

- اول: اطراد یا اغلیت ۷۸
- دوم: مقارنت تحقق عرف با زمان تحقق موضوع ۷۹
- سوم: عدم مخالفت عرف با نص شرعی ۸۰
- چهارم: عام بودن عرف ۸۲
- پنجم: عدم تعارض عرف با تصریح عاقدین ۸۳
- ششم: الزام آور بودن عرف ۸۴

نتیجه گیری فصل دوم ۸۵

خلاصه فصل دوم به شکل نمودار ۸۷

فصل سوم قلمرو عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین ۹۰

مقدمه ۹۱

مبحث اول: حجیت عرف ۹۱

گفتار اول: ادله حجیت عرف از دیدگاه اهل سنت ۹۲

اول: رد عرف به اصول ادله و قواعد شرعیه ۹۲

۱. سنت تقریری ۹۲

۲. اجماع ۹۳

۳. رفع حرج ۹۵

۴. اصل منافع و مضار ۹۵

۵. اعتبار مصالح ۹۶

۶. نصوص مطلق شرعی مشیر به تحکیم عرف ۹۶

دوم: ادله جزئی دال بر اعتبار عرف ۹۸

۱. استدلال به قرآن ۹۸

مانعین این استدلال ۹۹

قول راجح ۹۹

۲. استدلال به حدیث ۱۰۰

مانعین این استدلال ۱۰۱

قول راجح ۱۰۲

گفتار دوم: مکاتب حجیت عرف از دیدگاه اهل تشیع ۱۰۳

دیدگاه اول: ذاتی بودن حجیت عرف ۱۰۳

دیدگاه دوم: حجیت عرف بر اساس بنای عقلاء ۱۰۵

دیدگاه سوم: حجیت عرف بر اساس امضای شارع ۱۰۶

روشهای کشف امضا ۱۰۶

۱. نظریه عدم ردع ۱۰۶

۲. نظریه عدم ثبوت ردع..... ۱۰۷

۳. نظریه سکوت..... ۱۰۷

۱۰۸مبحث دوم: جایگاه عرف در منابع استنباط احکام.....

گفتار اول: از منظر اهل سنت..... ۱۰۸

اول: حنفیه و عرف..... ۱۰۸

دوم: مالکیه و عرف..... ۱۰۹

سوم: شافعیه و عرف..... ۱۱۰

چهارم: حنابله و عرف..... ۱۱۲

گفتار دوم: از منظر اهل تشیع(امامیه)..... ۱۱۳

۱۱۴مبحث سوم: کاربرد عرف در استنباط.....

گفتار اول: کاربرد عرف از منظر اهل سنت..... ۱۱۴

الف: کاربرد استقلالی عرف..... ۱۱۴

ب: کاربرد غیر استقلالی عرف..... ۱۱۴

گفتار دوم: کاربرد عرف از منظر امامیه..... ۱۱۵

۱۱۶مبحث چهارم: عرفی شدن شریعت اسلامی.....

گفتار اول: تعریف عرفی شدن..... ۱۱۶

گفتار دوم: اسلام و روند عرفی شدن..... ۱۱۸

گفتار سوم: نقد نظریه عرفی شدن شریعت اسلامی..... ۱۱۹

۱۲۱نتیجه گیری فصل سوم.....

۱۲۳خلاصه فصل سوم به شکل نمودار.....

۱۲۵فصل چهارم: نقش عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین.....

مقدمه ۱۲۶

مبحث اول: نقش عرف در استنباط احکام شرعی از منظر اهل سنت ۱۲۶

گفتار اول: نقش استقلالی ۱۲۶

گفتار دوم: نقش ابزاری ۱۲۷

قول راجح ۱۲۸

گفتار سوم: موارد کاربرد عرف در فقه ۱۲۹

اول: تقدیر احکام محوله شارع بر عرف ۱۳۱

دوم: استفاده از عرف در تفسیر الفاظ و تطبیق احکام مطلق بر مسائل ۱۳۴

سوم: استعمال عرف جاری بین مردم ۱۳۸

چهارم: استعمال عرف قولی ۱۴۰

پنجم: قرینه عرفی ۱۴۱

گفتار چهارم: تخصیص عام با عرف ۱۴۲

اول: تخصیص عام با عرف مقارن ۱۴۳

۱. تخصیص عام با عرف مقارن قولی ۱۴۳

۲. تخصیص عام با عرف مقارن عملی ۱۴۴

الف: ادله جمهور بر عدم جواز تخصیص عام با عرف عملی مقارن ۱۴۴

ب: ادله احناف بر جواز تخصیص عام با عرف عملی مقارن ۱۴۵

دوم: تخصیص عام با عرف حادث ۱۴۶

۱. تخصیص عام با عرف حادث قولی ۱۴۶

۲. تخصیص عام با عرف حادث عملی ۱۴۶

مبحث دوم: نقش عرف در استنباط احکام شرعی از منظر اهل تشیع ۱۴۸

گفتار اول: کاربرد عرف در بیان موضوع	۱۴۸
اول: نقش عرف در اثبات تحقق موضوع	۱۴۸
دوم: نقش عرف در تعیین حدود موضوع حکم	۱۴۹
سوم: نقش عرف در تغییر موضوع حکم شرعی	۱۵۰
چهارم: نقش عرف در تشخیص و تبیین مفهوم عناوین شرعی	۱۵۲
پنجم: نقش عرف در تعیین مصادیق و تطبیق مفاهیم بر آنها	۱۵۳
گفتار دوم: کاربرد عرف در فهم ظهورات	۱۵۵
اول: برطرف کردن ظهور لغوی (تعیین مراد استعمالی)	۱۵۵
دوم: تعیین مراد جدی متکلم	۱۵۶
سوم: تشکیل مدلول التزامی	۱۵۶
گفتار سوم: کاربرد عرف در کشف حکم شرعی کلی	۱۵۶
مبحث سوم: جایگاه عرف در تعارض	۱۵۸
گفتار اول: تعارض بین عرف و نص شرعی	۱۵۸
گفتار دوم: تعارض بین عرف و ادله اجتهادی	۱۵۹
گفتار سوم: تعارض بین عرف و لغت	۱۶۱
گفتار چهارم: تعارض بین عرفها	۱۶۳
نتیجه گیری فصل چهارم	۱۶۴
خلاصه فصل چهارم به شکل نمودار	۱۶۶
نتیجه گیری کلی	۱۶۸
پیشنهادات	۱۷۰
فهرست منابع	۱۷۱

۱. منابع عربی ۱۷۱

۲. منابع فارسی ۱۸۰

۷. سایت ها ۱۸۴

پیش‌گفتار

أَلْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي هَدَانَا لِهَذَا وَمَا كُنَّا لِنَهْتَدِيَ لَوْلَا أَنْ هَدَانَا اللَّهُ وَالصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَى أَشْرَفِ الْأَنْبِيَاءِ مُحَمَّدٍ رَسُولِ اللَّهِ. سپاس فراوان خدای رحمان را که به انسان نعمت عقل ارزانی داشته و با دستور «اقرء»، او را به فراگیری علم و دانش، امر نموده است. برخورداری انسان از نعمت عقل، او را آماده فراگیری دستورات الهی نموده و باعث شده است که لقب اشرف مخلوقات را به خود اختصاص دهد.

بدون شک حضور انسان به عنوان یک موجود عاقل در روی زمین، مقتضی وجود قوانینی در زندگی اجتماعی او است که او را نسبت به سایر موجودات برتری دهد. کهن‌ترین قانونی که روابط انسانها در زندگی اجتماعی شان بر اساس آن شکل گرفته است، ناشی از عادات و رسوم آنها می‌باشد. این عادات که در فقه به نام «عرف» یاد می‌شود، نه تنها در اسلام بلکه در جوامع قبل از اسلام نیز، از اهمیت ویژه‌ای برخوردار بوده است.

دین اسلام به عنوان دینی که احکام عملی و فقهی خود را مبتنی بر تحقق مصالح انسان‌ها تشریح نموده است، برخورد شایسته‌ای با عرف و عادات آنها داشته و آن را در استنباط احکام شرعی، مؤثر می‌داند. با این وجود، وسعت قلمرو عرف و چیستی نقش آن در استنباط احکام شرعی، از مسائل مورد اختلاف اصولیون بوده و نظرات متعددی در مورد آن ارائه شده است که ما در این پایان‌نامه به دنبال ذکر این نظریات و بیان جایگاه واقعی عرف در استنباط احکام شرعی هستیم.

از جانب دیگر، امروزه نظریه عرفی‌سازی شریعت، از جانب بسیاری از نواندیشان و روشن‌فکران، مطرح شده است که به ترویج دنیا‌گرایی به جای آخرت‌گرایی پرداخته و قائل‌اند که بحث از عرف و حتی قیاس، مصالح مرسله، استحسان و... در اسلام، از عناصر عرفی شدن بوده و فقه اسلام را در مسیر عرفی شدن سوق می‌دهد. بناءً در این پایان‌نامه، به بیان این دیدگاه و نقد نظریه آنها نیز پرداخته شده است.

پایان‌نامه حاضر از چهار فصل تشکیل شده است که در فصل اول به کلیات و مفاهیم تحقیق، در فصل دوم به ماهیت، انواع و شرایط عرف معتبر در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین، در فصل سوم به قلمرو عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین و در فصل چهارم به نقش عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین پرداخته ایم و در اخیر، تحقیق خود را با ذکر نتیجه‌گیری، پیشنهادات و فهرست منابع خاتمه داده ایم.

فصل اول: کلیات و مفهوم شناسی

مقدمه

برای شروع تحقیق، بیان مباحث مقدماتی از قبیل بیان مسأله، سؤالات تحقیق، ضرورت و اهداف تحقیق، روش تحقیق، بیان مفاهیم کلیدی و... که پیش نیاز ورود به بحث اصلی است، لازم می‌باشد که در این فصل به بیان آنها می‌پردازیم.

مبحث اول: کلیات

الف: تبیین مسأله

جوامع انسانی از دیرباز با پدیده‌ی به نام اجتماع و قوانین موجود در آن روبرو بوده و روابط آنها اکثراً بر اساس عادات و رسومی شکل می‌گرفته است که به عنوان قانون حاکم در اجتماع مورد پذیرش بوده است. این عادات که در فقه به نام «عرف» شناخته می‌شود، به عنوان عامل موثر در قوانین شرعی و اجتماعی در ادیان و جوامع قبل از اسلام نیز وجود داشته و در شریعت اسلامی از اهمیت ویژه‌ی برخوردار بوده و احکام متعددی بر اساس آن بنا شده است؛ به گونه‌ای که احکام مبتنی بر عرف از صدر اسلام وجود داشته و اصحاب و فقهای بعد از آنها نیز برای عرف در استنباط احکام اهمیت داده و نقش آن را نادیده نمی‌گرفتند. بناءً در این برهه از زمان که عرف زمانه شاهد تغییرات زمانی و مکانی زیادی بوده و از طرفی، مسائل مستحدثه متعددی نیز به وجود آمده که امکان ارجاع آن به عرف وجود دارد؛ اگر این عامل در استنباط احکام نادیده گرفته شود، باعث رکود فقه و در نتیجه جمود آن شده و پویایی خود را از دست می‌دهد. از جانب دیگر، امروزه موضوع عرفی سازی شریعت از طرف بسیاری از نو اندیشان و روشن فکران مطرح شده است که اگر جوانب مختلف این مسأله به بررسی گرفته نشود و بدون هیچ قید و شرطی، دست عرف در استنباط احکام کاملاً باز گذاشته شود، هر فردی به استنباط احکام بر اساس تمایلات شخصی خویش پرداخته که در نتیجه باعث خلط احکام دلخواه با احکام ناب اسلامی می‌گردد. بناءً جهت جلوگیری از این افراط و تفریط در استفاده از عرف، باید قلمرو عرف و نقش آن در استنباط احکام و همچنان ماهیت آن بصورت دقیق بیان شده و با بیان انواع عرف، نوع

فصل اول: کلیات و مفهوم شناسی

خاصی از آن که در صورت وجود شرایط یاد شده از آن در کتب اصولی، در شریعت اسلامی مدار اعتبار است، نیز معرفی گردد.

جمع کثیری از اصولیون، عرف را عنصر پویایی فقه می دانند، اما منبع بودن این پدیده اجتماعی در استنباط احکام شرعی، در بین آنها مورد اختلاف است. قلمرو عرف، از جهات مختلف در بین اصولیون مورد بحث بوده و نظرات متفاوتی در این زمینه بیان شده است. مثلاً از جهت حجیت، دیدگاه‌های متفاوتی در مورد مرزبندی حجیت عرف وجود دارد؛ به گونه‌ای که برخی از اصولیون مثل ابن عابدین حنفی و قرافی مالکی، مرز گسترده‌ی را برای عرف در نظر داشته و آن را به عنوان مصدر قانون و یک منبع مستقل پذیرفته و کاربرد زیادی در استنباط برای آن قائل شده و حتی در برخی موارد، آنرا بر قیاس نیز ترجیح می‌دهند. اما برخی دیگر مثل آمدی شافعی و ابن حاجب مالکی، با این‌که عرف را حجت نمی‌دانند، اما با این وجود، به عنوان یک قاعده از قواعد اصول، از آن در موارد بسیاری کار گرفته‌اند. عده‌ای نیز مثل دکتر احمد فهمی ابو سنه، بسیاری از محدثین و اکثر اصولیون اهل تشیع، عرف را به عنوان منبع مستقل نمی‌پذیرند، بلکه آنرا دلیل تابع دانسته و از آن به عنوان ابزاری در خدمت ادله احکام یاد می‌کنند. نقش عرف در استنباط نیز از مسائل مورد اختلاف اصولیون است، طوریکه برخی از آنها نقش استقلالی و برخی دیگر نقش غیر استقلالی برای عرف در نظر گرفته‌اند، این مسأله که عرف در تقیید مطلق و تخصیص عام، از چه جایگاهی برخوردار است نیز از مباحث مورد اختلاف اصولیون در بحث نقش عرف می‌باشد. بناءً قلمرو عرف و نقش آن در استنباط، قابل انکار نیست اما در مورد چیستی آن، دیدگاه‌های متفاوتی وجود دارد. بنابر این، اکنون سوالی که مطرح میشود این است که قلمرو و نقش عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین چیست؟

از این جهت، در این تحقیق به دنبال این هستیم که قلمرو و نقش عرف در استنباط احکام شرعی را از منظر فریقین با رویکرد اصولی و با روش تحلیلی و توصیفی از منابع کتابخانه‌ای مورد بحث و بررسی قرار دهیم.

ب: سوالات تحقیق

سوال اصلی:

قلمرو و نقش عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین چیست؟

سوالات فرعی:

- ۱_ ماهیت، انواع و شرایط عرف معتبر در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین چیست؟
- ۲_ قلمرو عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین چیست؟
- ۳_ نقش عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین چیست؟

ج: فرضیه های تحقیق

۱. عرف عبارت از فهم یا داوری مستمر و ارادی مردم است که صورت قانون مجعول و مشروع نزد آنها به خود نگرفته باشد. عرف از جهات مختلف می تواند قابل تقسیم باشد. عرف از حیث صدور به دو قسم عرف شارع و عرف مردم قابل تقسیم می باشد. این نوع عرف (عرف مردم) از لحاظ سبب، شیوع، وقوع آن در زندگی و موافق یا مخالف بودن آن با شریعت می تواند تقسیم شود. برای عرف معتبر در شریعت اسلامی شرایطی ذکر شده است از قبیل این که: مطرد یا اغلیبی باشد، مخالفت با نص نداشته باشد، قول یا عملی برخلاف آن عرف یافت نشود، عام باشد.

۲. در مورد قلمرو عرف در استنباط احکام، دو رویکرد بین اصولیون وجود دارد: برخی از آنها قلمرو عرف را وسیع دانسته و آن را مانند سایر ادله، اصلی از اصول مذهب و دلیلی از ادله استنباط می دانند که احکام بر آن بنا می شود، اما برخی دیگر، قلمرو کوچک تری برای عرف در نظر گرفته، آن را از ادله استنباط ذکر نکرده اند، بلکه به عنوان یکی از عوامل مهم در استنباط و ابزاری در خدمت ادله می دانند.

۳. در مورد نقش عرف در استنباط احکام، دو رویکرد وجود دارد: برخی از اصولیون، نقش استقلالی و برخی هم نقش غیر استقلالی به عرف داده اند. در نقش استقلالی، عرف می تواند منبع حکم قرار بگیرد. اما در نقش غیر استقلالی، به بیان موضوع، بیان مفردات، تبیین ادله و بیان مراد متکلم می پردازد.

د: ضرورت و اهمیت تحقیق

۱. ضرورت علمی تحقیق:

هرچند موضوع عرف به عنوان یک باب مستقل در اکثر کتب اصولی اهل سنت بچشم می خورد، اما با این حال، مسأله مورد نظر ما به صورت جامع و تخصصی بحث نشده است بلکه در هر کتاب، گوشه ای از آن مورد بررسی قرار گرفته است. از آن طرف، در کتب اصولی متقدمین اهل تشیع، این موضوع به صورت یک باب مستقل وجود ندارد و پاره هایی از آن در ذیل مباحث دیگر به بررسی گرفته شده است. هرچند در کتب متأخرین و معاصرین آنها به این مسأله اشاره شده است، اما با وجود

اهمیت فراوان عرف و نقش چشمگیر آن در استنباط احکام، کتاب یا پایان نامه‌ی که مسأله مورد نظر ما را به صورت تطبیقی از منظر فریقین به بحث و بررسی بگیرد دیده نشده و این خلاء علمی، هنوز هم به چشم می‌خورد. بناءً بخاطر اهمیت این موضوع و پر کردن این خلاء علمی، ضرورت تحقیق کامل و تطبیقی آن کاملاً احساس می‌شود.

۲. ضرورت کاربردی تحقیق:

لازمه یک جامعه اسلامی این است که بر پایه قوانین و احکام اسلامی استوار باشد. در این بین، احکامی وجود دارد که از نصوص اصلی (قرآن و سنت) استنباط شده که هرچند در اجتهادات مجتهدین از آن نصوص، اختلافاتی وجود دارد، اما اصل بودن منبع و حجیت کامل آن، مورد اتفاق عامه علماء اسلام می‌باشد. اما احکامی نیز وجود دارد که مبنی بر منابع مختلف فیه از جمله عرف می‌باشد. از یک طرف عرف یک منبع مختلف فیه بوده و در حجیت آن و وسعت استفاده از آن در استنباط احکام اختلاف وجود دارد و از جانب دیگر، با مرور زمان و تغییر مکان قابل تغییر است، اما با این حال، نقش و تاثیر قابل ملاحظه‌ی چه به صورت مستقل و چه به صورت غیر مستقل در استنباط احکام شرعی، بخصوص در مسائل مستحدثه دارد. اما قلمرو آن و چیستی نقش آن در استنباط احکام، به درستی روشن نیست که اگر این مسأله بصورت تخصصی کار نشود، ممکن است باعث سوء استفاده از عرف برای به وجود آوردن احکام دلخواه شود و یا این که نقش آن در استنباط احکام شرعی کاملاً نادیده گرفته شده و فراموش شود؛ که در صورت اول باعث خلط احکام برخواسته از تمایلات شخصی با احکام ناب اسلامی شده و در صورت دوم باعث کند شدن روند استنباط به دلیل نادیده گرفتن یک عامل موثر آن می‌گردد. از این جهت، وجود یک تحقیق کامل در این موضوع، و روشن شدن تمام ابعاد آن کاملاً ضرور و حائز اهمیت است.

هـ- پیشینه تحقیق

۱. پیشینه موضوع:

کاربرد عرف در تقنین و استفاده از آن در جامعه، به جوامع قبل از اسلام بر می‌گردد. عرف در جوامع ابتدایی و قبیله‌ای، پایه و مایه همه‌ی پدیده‌های اجتماعی بوده است. در شبه جزیره عربستان و عرب جاهلی، به عرف و عادت تا سرحد تقدیس، ارجح نهاد می‌شد، طوری که متابعت از سنت پیشینیان را ستوده و مخالفت با آن را قبیح می‌شمردند. با ظهور اسلام نیز، اهمیت عرف و کاربرد آن به طور کلی

از بین نرفت بلکه حد اعتدال از استفاده آن در جامعه در نظر گرفته شد. به گونه‌ای که برخی از عرف‌ها حرام دانسته شده و به برخی دیگر مهر صحت زده شد. در صدر اسلام و همچنان اوایل پیدایش مذاهب، عرف با کلمات دیگری از قبیل اهل بلد، تعارف، عادة البلد و عادة الناس شناخته می‌شد؛ اما رفته رفته فقهاء در کتب فقهی مذاهب، واژه عرف و عادت را در این مورد به کار می‌بردند.

۲. پیشینه مسئله:

عرف به عنوان یک عنصر یا منبع در استنباط احکام، همیشه مورد استفاده اصولیون بوده است. هیچ یک از آنها نقش عرف در جامعه اسلامی را انکار نکرده اند برای همین، در کتب اصولی مذاهب، بحث‌های پراکنده‌ای در خصوص این مسأله به چشم می‌خورد. همچنان پایان نامه و مقالاتی نیز در این مورد نوشته شده و کتب تخصصی نیز برای عرف توسط فقهاء و اصولیون تألیف شده است از جمله:

الف: کتب:

۱- العرف حجیته و اثره فی الفقه المعاملات المالیه عندالحنابله، تألیف دکتر عادل بن عبدالقادر: این کتاب که در سال ۱۴۱۸ هـ ق به چاپ رسیده است، از جمله کتب ارزشمند در مورد عرف و اثر آن در معاملات مالی می‌باشد. این کتاب به صورت تخصصی، نقش عرف در فقه معاملات مالی را به بحث گرفته است اما تنها نقش آن در احکام معاملات را بررسی نموده و این موضوع را از دید حنابله بحث کرده است و نظرات مذاهب دیگر اهل سنت و اهل تشیع را به بررسی نگرفته است.

۲- اثر العرف فی التشریح الاسلامی، تألیف دکتر سید صالح عوض: این کتاب از کامل ترین کتب در مورد عرف بوده و جایگاه عرف در کنار ادله شرعی را به خوبی بیان کرده است. البته تنها از منظر اهل سنت به این قضیه نگاه کرده و نظرات اهل تشیع را مورد بحث و بررسی قرار نداده است.

۳- العرف حقیقه و حجیته، تألیف شیخ اسعد کاشف الغطاء: این کتاب که در سال ۱۴۱۹ هـ ق به چاپ رسیده است، حقیقت عرف را بیان نموده و نظرات فقهاء در مورد حجیت و عدم حجیت عرف را نیز ذکر نموده است. همچنان تفاوت عرف را با اجماع، سیره عقلا و موارد اصولی دیگر نیز خلاصتاً تبیین نموده است. اما نقش عرف در احکام را بیان نکرده است و فقط برخی از تفاوت های عرف و همچنان نمونه های آن را در برخی از احکام ذکر کرده است.

ب: پایان نامه ها:

۱- نقش عرف در استنباط احکام از نظر شیعه: این پایان نامه که در سال ۱۳۷۸ توسط رامین پور

سعید نوشته شده است، به بررسی نقش عرف در استنباط از نظر اهل تشیع پرداخته است. اما هرچند عنوان آن با مسأله مورد نظر ما نزدیک است اما مواردی که در آن بحث شده است کاملاً مرتبط به عنوان نمی‌باشد. و همچنان نظر اهل سنت نیز در این مسأله کاملاً بحث نشده است.

۲- مبانی فقهی و حقوقی نقش عرف در استنباط احکام: این پایان نامه که در سال ۱۳۹۱ هـ ش توسط افشین کرمی نوشته شده است، از آنجا که نقش عرف در استنباط احکام را مورد بررسی قرار داده است، گوشه‌ای از مسأله مورد نظر ما را بحث کرده است؛ اما این پایان نامه اولاً مبانی نقش عرف را بحث نموده است و ثانیاً اینکه با رویکرد فقهی آنرا مورد بررسی قرار داده است در حالی که نگاه ما در این مسأله، اصولی است.

و: جنبه جدید بودن و نوآوری تحقیق

با اینکه پژوهش‌های در مورد عرف صورت گرفته که برخی از مسائل آن را مورد بحث و بررسی قرار داده است، اما با این حال، تحقیق حاضر از دو جهت نوآوری دارد:

۱- هرچند به جهت اهمیت عرف در استنباط احکام، کتب متعددی به بررسی نقش آن در استنباط پرداخته است، اما پایان نامه یا رساله‌ای که تمام ابعاد آنرا بصورت تطبیقی بین اصول فریقین بحث کند، دیده نشده است که این پایان نامه در صدد بیان این مهم می‌باشد.

۲- از مواردی که در کتب و پایان نامه‌های مرتبط به عرف، کمتر بحث شده است، قلمرو اختیارات عرف در مباحث اصولی می‌باشد که این پایان نامه به بحث در این مسأله نیز پرداخته است.

ز: روش تحقیق

در این پژوهش تلاش می‌شود که با روش توصیفی و تحلیلی به داده‌ها مراجعه شود. نخست داده‌ها به صورت توصیفی بیان و سپس مورد تحلیل قرار می‌گیرد. روش گردآوری تحقیق حاضر، کتابخانه‌ای می‌باشد.

ح: قلمرو تحقیق (زمانی، مکانی، موضوعی)

در این پژوهش نویسنده به لحاظ قلمرو موضوعی، در حیطه اصول فقه اسلامی با گرایش اصولی، روی موضوع قلمرو و نقش عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین تحقیق نموده است. از نظر قلمرو مکانی و زمانی، موضوع فوق در قید و بند مکان و زمان نیست.

ط: مشکلات تحقیق

بدون شک، انسان در هر تحقیقی با موانع و مشکلاتی روبرو می‌شود، بناءً مهم‌ترین مشکلاتی که نگارنده در نوشتن پژوهش حاضر با آن روبرو شده است، قرار ذیل است:

- ۱- ادبیات پیچیده‌ی برخی از منابع عربی
- ۲- استفاده از اصطلاحات مختلفی در بحث پدیده عرف در کتب فقهی و اصولی فریقین در طول تاریخ، که کار را برای نگارنده، در رجوع به این کتب و استفاده از آنها، سخت می‌نمود.

ی: ساختار تحقیق

پایان نامه حاضر در یک مقدمه و چهار فصل تنظیم گردیده است، فصل اول کلیات و مفهوم شناسی است که از دو مبحث کلیات و مفهوم شناسی، تشکیل شده است. فصل دوم ماهیت، انواع و شرایط عرف معتبر در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین است که حاوی سه مبحث ماهیت عرف، انواع عرف و شرایط عرف معتبر در استنباط احکام شرعی می‌باشد.

فصل سوم قلمرو عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین است که دارای چهار مبحث می‌باشد. مبحث اول حجیت عرف، مبحث دوم جایگاه عرف در منابع استنباط، مبحث سوم کاربرد عرف در استنباط و مبحث چهارم عرفی شدن شریعت اسلامی را مورد بررسی قرار می‌دهد. در فصل چهارم این تحقیق، نقش عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین بحث شده است که در سه مبحث خلاصه می‌شود؛ مبحث اول نقش عرف در استنباط احکام از منظر اهل سنت، مبحث دوم نقش عرف در استنباط احکام از منظر اهل تشیع و مبحث سوم جایگاه عرف در تعارض می‌باشد. در اخیر هر فصل از تحقیق حاضر، نتیجه فصل و سپس خلاصه آن به شکل نمودار آورده شده و در اخیر، این تحقیق با نتیجه کلی، پیشنهادات و فهرست منابع، خاتمه یافته است.

مبحث دوم: مفهوم شناسی

برای شروع هر تحقیق علمی، تبیین و تعریف مفاهیم و اصطلاحاتی که در تحقیق مورد نظر استفاده شده و در لابلای تحقیق کاربرد زیادی دارد، لازم و ضروری است. چون در صورت عدم تبیین این مفاهیم و اصطلاحات، احتمال خلط مباحث با کاربرد اصطلاحات مشابه و اشتباه محتوایی بالا خواهد رفت. از این جهت با رعایت ترتیب عنوان پایان نامه، مفاهیم کلیدی و پرکاربرد این تحقیق را در این مبحث مورد بررسی قرار می‌دهیم.

الف: قلمرو

در این گفتار به تبیین معنی لغوی و اصطلاحی قلمرو می‌پردازیم.

۱. در لغت

قلمرو در زبان فارسی به معانی متعددی از جمله زمینه، حوزه فرمانروایی،^۱ ملک و مملکت، حوزه عمل،^۲ گستره،^۳ سرزمین، حکومت، فرمانروایی و سلطنت^۴ استعمال گردیده است. این واژه از کلمات «قلم» و «رو» ترکیب شده است که این ترکیب (ترکیب اسم و امر) باعث به وجود آمدن معنی اسم ظرف شده و به محل روان بودن قلم، ترجمه شده است.^۵

معادل کلمه قلمرو در زبان عربی، کلمات المجال، الحیز، المنطقة، الناحية، السيادة، منطقة النفوذ، منطقة الحكومة^۶ و کلماتی شبیه این‌ها می‌باشد که با توجه به مکان استعمال کلمه قلمرو یا پسوندی که برای آن استفاده می‌شود، واژه مورد استفاده در زبان عربی تغییر می‌کند. مثلاً در قلمروهای سیاسی و کشوری، اکثراً کلمه «منطقة الحكومة» استفاده می‌گردد اما در مسائل و موضوعاتی مثل عرف، از واژه «مجال» یا «مجالات» استفاده می‌شود.

^۱ حسن عمید، فرهنگ فارسی عمید، ج ۳ ص ۸۹

^۲ محمد معین، فرهنگ معین، ج ۴ ص ۵۸۵

^۳ فریده رازی، فرهنگ واژه‌های فارسی سره، ص ۱۸۰

^۴ علی اکبر دهخدا، لغت نامه دهخدا، ج ۱۱ ص ۱۵۸۹

^۵ همان

^۶ عبدالوهاب علوب، فرهنگ واژه‌های فارسی به عربی الواعد، ص ۳۲۴

^۷ لوییس معلوف، فرهنگ فارسی به عربی المنجد، ص ۳۵۱۷

^۸ سید حمید طیبیان، فرهنگ فارسی-عربی فرزانه، ص ۸۲۳

۲. در اصطلاح

چنانچه در تبیین معنای لغوی قلمرو بیان شد، این واژه در اکثر موارد به معنای منطقه ی تحت حاکمیت استعمال می‌گردد. بناءً برای تعیین معنای اصطلاحی قلمرو، اضافه نمودن پسوندی برای آن لازم است. مثلاً برای دانستن قلمرو یک موضوع پژوهشی، باید «قلمرو پژوهش» را تعریف نماییم. قلمرو پژوهش عبارت از تعیین مرزهای زمانی، مکانی و موضوعی است که چارچوب کلی پژوهش مورد نظر را نشان می‌دهد. همان گونه که از تعریف قلمرو پژوهش دانسته می‌شود، منظور از قلمرو پژوهش، یکی از مرزهای زمانی، مکانی یا موضوعی پژوهش است.

مثلاً در فصل سوم این پایان نامه که ما به بحث قلمرو عرف در استنباط احکام می‌پردازیم، قصد داریم قلمرو موضوعی عرف را از منظر فریقین بررسی نماییم. قلمرو موضوعی عرف می‌تواند شامل مباحثی همچون حجیت عرف، جایگاه عرف و کاربرد عرف نزد اصولیون فریقین باشد. به این معنی که عرف تا چه اندازه نزد اصولیون فریقین حجیت داشته، از چه جایگاهی در بین ادله احکام برخوردار بوده و کاربرد آن در استنباط احکام، نزد اصولیون فریقین تا چه اندازه است.

با توجه به آنچه گفته شد، بیان معنی اصطلاحی برای قلمرو، موقوف به اضافه نمودن پسوندی برای آن است که با توجه به آن پسوند، می‌توان تعریف دقیقی از معنای اصطلاحی آن ارائه داد.

ب: عرف

در مورد معنی لغوی و تعریف اصطلاحی عرف، نظرات متعددی از اهل لغت، فقهاء و اصولیون اهل سنت و اهل تشیع ذکر شده است که در ذیل به مهم ترین آنها اشاره میکنیم:

۱. در لغت

عرف در لغت عرب به معانی متعددی از جمله معروف، پسندیده و نیکو استعمال شده است.^۱

ماده (ع ر ف) با ضم عین، بمعنی معروف، مکان مرتفع، صبر و جای رشد موی آمده است. با فتح

عین، بمعنی بوی خوش و با کسر عین بمعنی صبر آمده است.^۲

به نظر این فارس ماده «ع ر ف» با تمام معانی فوق، به دو اصل صحیح برمیگردد که یکی از آنها

به تتابع شیء بصورت متصل و دیگری به سکون و آرامش دلالت دارد.^۳

^۱ علی اکبر دهخدا، پیشین، ج ۱۰ ص ۱۳۳۳

^۲ عادل بن عبدالقادر قوته، العرف حجیته و اثره فی الفقه المعاملات المالیه عند الحنابله، ج ۱ ص ۹۹

^۳ احمد بن فارس، معجم مقاییس اللغه، ج ۴ ص ۲۸۱

کلماتی مثل عرف، عارفه و معروف، از نظر ابن منظور، به یک معنی بوده و ضد نُکر بکار می‌رود. اعراف و معروف به معنی جود نیز آمده است و به هر آن چیزی از خیر گفته می‌شود که نفس آنرا بشناسد و به آن اطمینان کند.^۲

۲. در اصطلاح

با اینکه کلمه عرف در کلام اصولیون و فقهاء متقدم به کثرت استعمال گردیده اما تعریف مشخصی از آن نشده است. با این حال، اولین کسی که تعریف مشخصی برای عرف بیان نمود، ابوالبرکات حافظ الدین عبدالله بن احمد نسفی حنفی (م ۷۱۰ق) بود.^۳ پس از ایشان، تعاریف متعددی از عرف در کتب فقهی و اصولی دیده شده است که به بیان برخی از آنها می‌پردازیم:

الف: عبد الله بن احمد نسفی می‌گوید: عرف عبارت از آن چیزی است که از جهت عقل به نفوس استقرار یافته و طبایع سلیم آنرا تلقی به قبول نماید.^۴ علی بن محمد جرجانی نیز در کتاب معجم التعریفات خودش تقریباً همین تعریف را برای عرف ذکر کرده است.^۵

ب: دکتر مصطفی زرقاء در تعریف عرف می‌نویسد: عرف عبارت از عادت جمهور قوم در قول و یا فعل می‌باشد.^۶

ج: راغب اصفهانی می‌گوید: کلمه معروف، برای هر فعل و کاری که پسندیده بودن آن شرعاً و یا عقلاً شناسایی شده باشد بکار می‌رود. عرف و معروف هر دو نوعی احسان و عمل نیک می‌باشند.^۷

د: استاد عبدالوهاب خلاف می‌گوید: العرف هو ما تعارفه الناس وساروا علیه من قول او فعل او ترک.^۸ «عرف عبارت از قول، فعل یا ترک فعلی است که مردم به آن تعارف داشته و بر آن روش باشند».

^۱ محمد بن مکرم ابن منظور، لسان العرب، ج ۹ ص ۲۳۹

^۲ وزارت اوقاف و شؤون اسلامی، موسوعه فقهیه کویته، ج ۳۰ ص ۵۳

^۳ احمد فهمی ابوسنه، العرف والعهاده فی رأی الفقهاء، ص ۸

^۴ سید صالح عوض، اثر العرف فی التشريع الاسلامی، ص ۵۰

^۵ علی بن محمد جرجانی، معجم التعریفات، ص ۱۲۵

^۶ مصطفی احمد زرقاء، المدخل الفقهی العام، ج ۲ ص ۸۷۲

^۷ راغب اصفهانی، المفردات فی غریب القرآن، صص ۵۲۰-۵۲۱

^۸ عبدالوهاب خلاف، علم اصول الفقه، ص ۸۹

ه: محمد رضا مظفر میگوید: سیره عبارت از استمرار عادت مردم و تبانی آنها بر انجام یا ترک یک شیء می‌باشد.^۱ با اینکه آقای مظفر از لفظ سیره کار گرفته است اما آقای جعفر سبحانی در کتاب «رسائل اصولیه» بیان می‌کند که عرف، سیره، عادت و بناء عقلاء همه به یک معنی می‌باشند.^۲

و: دکتر عبدالکریم نمله عرف را چنین تعریف کرده است: «هو ما يتعارفه اکثر الناس و يعجری بينهم من وسائل التعبير و اسالیب الخطاب و الکلام و ما يتواضعون علیه من الاعمال و يعتادونه من شؤون المعاملات مما لم يوجد فی نفیه و لا اثباته دلیل شرعی».^۳ «عرف عبارت از هر آن چیزی از وسایل تعبیر، روشهای خطاب و کلام و آن اعمالی از شؤون معاملات است که اکثر مردم به آن تعارف و عادت داشته، بین آنها جاری بوده و در نفی یا اثبات آن دلیل شرعی وجود نداشته باشد».

ز: شهید صدر در تعریف عرف می‌گوید: عرف میل و گرایش عمومی انسان اعم از دیندار و بی دین به امری است در مسیر معین که مخالف شرع نباشد. و به تعبیر دیگر، روش عمومی مردم در معاملات، محاورات و سایر روابط اجتماعی است که از مصلحت اندیشی سرچشمه می‌گیرد و برای حفظ فرد و جامعه، نظم و سامان یافته است.^۴

تعاریفات فوق از جمله مشهور ترین تعاریفات اصطلاحی برای عرف هستند. اما به نظر می‌رسد تعریف استاد مصطفی زرقاء، تعریف مناسب تری برای مطلق عرف، نسبت به تعاریفات دیگر باشد. با این حال این تعریف، عرف فاسد و غیر معتبر را نیز شامل می‌شود. اما برای تعریف عرف معتبر در شریعت اسلامی، می‌توان از تعریف دکتر عبدالکریم نمله استفاده نموده و یا قید عدم تصادف با نص یا قواعد شرعی را در تعریف آقای زرقاء اضافه نموده و عرف معتبر در شریعت را این‌گونه تعریف نمود:
عرف معتبر عبارت از عادت جمهور قوم در قول یا فعلی است که با نص یا قواعد شرعی در تضاد نباشد.

ج: استنباط

در این گفتار به تعریف لغوی و اصطلاحی استنباط پرداخته می‌شود.

^۱ محمد رضا مظفر، اصول الفقه، ص ۱۶۱

^۲ جعفر سبحانی، رسائل اصولیه، ص ۸۷

^۳ عبدالکریم نمله، الجامع لمسائل اصول الفقه و تطبیقاتها علی المذهب الراجح، ص ۳۹۳.

^۴ محمد باقر صدر، المعالم الجدیدة للاصول، ص ۱۶۸

۱. در لغت

استنباط بر وزن استفعال از ماده (ن ب ط) گرفته شده و کلمه‌ای است که بقول ابن فارس به استخراج چیزی دلالت می‌نماید.^۱ چنانچه خداوند (ج) می‌فرماید: «وَلَوْ زُرْتُمُوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَالِىَ أُولَى الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ». «و اگر آن‌را به پیامبر و اولیای امور خود ارجاع دهند قطعاً کسانی از آنها که آن‌را استخراج می‌کنند حقیقت آن را در می‌یابند». ابن کثیر در تفسیر این آیه می‌گوید: «یستنبطون ای یَسْتَخْرِجُونَ مِنْ مَعَادِنِهِ».^۲ «استنباط می‌کنند یعنی این که آن‌را از معادن آن استخراج می‌کنند».

ابن منظور نیز این کلمه را به معنی استخراج، سفیدی زیر بغل اسب یا دیگر چهارپایان و هر آن چیزی که از دامنه‌های کوه روان شده و چون عرقی باشد که از صخره‌ها خارج می‌شود دانسته و استنباط فقیه را به معنی استخراج فقه از بطن نصوص با فهم و اجتهادش ترجمه نموده است.^۳ معانی دیگری نیز برای این واژه آمده است که خیلی دور از هم نیست؛ از جمله آشکار کردن،^۴ بیرون کردن آب از چشمه،^۵ آبی که در اولین حفر چاه از آب بیرون می‌شود و هر چیزی که بعد از خفاء، خارج و ظاهر شود.^۶

از آنچه تا اینجا در مورد تعریف لغوی استنباط گفته شد، بر می‌آید که استنباط در لغت بمعنی استخراج یا اظهار بعد از خفاء می‌باشد.

۲. در اصطلاح

تعاریف متعددی با الفاظ متفاوتی در مورد استنباط وجود دارد که به چند تعریف از میان آنها می‌پردازیم:

الف: جرجانی: استنباط عبارت است از استخراج معانی از نصوص با تلاش ذهن و قوت قریحه.^۷

^۱ احمد بن فارس، پیشین، ج ۵ ص ۳۸۱

^۲ نساء ۸۳

^۳ احمد محمد شاکر، عمده التفسیر عن الحافظ بن کثیر، ج ۱ ص ۵۴۴

^۴ محمد بن مکرم ابن منظور، پیشین، ج ۷ ص ۴۱۰

^۵ مجتبی ملکی اصفهانی، فرهنگ اصطلاحات اصول، ص ۸۷

^۶ محمد عمیم الاحسان مجددی، تعریفات الفقهیه ص ۲۶. و ایضاً علی بن محمد جرجانی، پیشین ص ۲۲

^۷ فهد بن مبارک وهبی، منهج الاستنباط من القرآن الکریم، صص ۳۱-۳۳

^۸ علی بن محمد جرجانی، همان

ب: سرخسی: استنباط چیزی نیست جز استخراج معنی از نصوص با رأی.^۱

ج: ابن قیم: استنباط، استخراج امری است که شأنیت پوشیده ماندن بر غیر مستنبط را داشته باشد.^۲

د: نووی: استنباط عبارت است از استخراج آنچه که از لفظ، پوشیده مانده است. امام نووی این تعریف را به علماء نسبت داده است و گویا این تعریف را مختص خود نمی‌داند.^۳

ه: مجتبی ملکی اصفهانی: استنباط عبارت است از تلاش و جستجو در ادله معتبر از نظر شارع به منظور دستیابی و رسیدن به حکم شرعی.^۴

با تحلیل تعاریف مذکور و سایر تعریفاتی که از علماء در مورد استنباط آمده است، می‌توان دریافت که همه ی آنها استنباط را به معنی استخراج دانسته و مخفی بودن امر مستنبط قبل از استنباط را لازم می‌دانند.

استنباط در واقع، تلاش مجتهد برای به دست آوردن و آشکار ساختن احکام شرعی از آیات و روایات است. از این جهت است که اصولیون، مجتهد را «مستنبط» و آن عملیات و تلاش او را «استنباط» می‌گویند.

بناءً تعریفی که از لابلائی این تعاریفات برای استنباط به دست می‌آید این است که *استنباط عبارت است از روش صحیح استخراج احکام از نصوص، در صورتی که دلالت صریحی بر آن نداشته باشد.*

د: اجتهاد

یکی از اصطلاحات اصولی که با اصطلاح استنباط ارتباط عمیق دارد، اجتهاد است که در ذیل به تبیین مفهوم لغوی و اصطلاحی آن و چیستی رابطه آن با استنباط می‌پردازیم.

۱. در لغت

اجتهاد از ماده (ج ه د) گرفته شده که با فتح جیم بمعنی تحمل مشقت و با ضم جیم به معنی بذل توان آمده است. چنانچه خداوند (ج) می‌فرماید: «وَالَّذِينَ لَا يَجِدُونَ إِلَّا جُهْدَهُمْ»^۵ و آنانی که جز به اندازه‌ی

^۱ همان ص ۳۴

^۲ فهد بن مبارک وهبی، پیشین ص ۳۵

^۳ محی الدین یحیی نوبی، تهذیب الاسماء و اللغات، ج ۴ ص ۱۵۸

^۴ مجتبی ملکی اصفهانی، پیشین ص ۸۷

^۵ توبه ۷۹

توان شان چیزی نمی‌یابند». حسین اصفهانی می‌گوید «جهدهم ای طاقتهم»^۱ برخی گفته اند جهد چه با ضم و چه با فتح، بمعنی بذل توان آمده است. به نحوی که با ضم لغت اهل حجاز و با فتح لغت غیر اهل حجاز می‌باشد.^۲

از خلال بحث در استعمالات لغوی لفظ اجتهاد، نکات ذیل بر می‌آید:

اول: لفظ اجتهاد در لغت بمعنی بذل وسع و طاقت در طلب کاری و تحمل مشقت برای رسیدن به آن می‌باشد.

دوم: لفظ اجتهاد در لغت فقط به کسی اطلاق می‌شود که تمام توانش را برای رسیدن به چیزی که مشقتی در آن وجود دارد به کار گیرد. به گونه‌ای که اگر کسی، طالب امری بود اما برای رسیدن به آن، مشقتی را تحمل نکرد، مجتهد گفته نمی‌شود. چنانچه غزالی در کتاب «المستصفی»^۳ و شوکانی در کتاب «ارشاد الفحول»^۴ به این نکته اشاره کرده اند.

سوم: چنانچه لفظ اجتهاد در لغت نسبت به امور حسی استعمال می‌شود؛ (مثل بذل توان در حمل یک شیء سنگین)، در امور معنوی نیز استعمال می‌گردد؛ (مثل بذل توان در اجتهاد رأی). چنانچه در قول حضرت معاذ بن جبل آمده است: «أَجْتَهَدُ رَأْيِي»^۵ «به رأی خودم اجتهاد می‌کنم»

چهارم: اجتهاد بر وزن «افتعال» بوده و این صیغه به مبالغه در به کارگیری تمام توان در قول یا فعلی برای رسیدن به امری از امور، دلالت می‌کند که این مبالغه در سعی، باعث مشقت میشود. بر مبنای آنچه که گفته شد، اصولیون از لفظ اجتهاد، تعریفات تقریباً مترادفی ارائه کرده اند. چنانچه محمد ابوزهره می‌گوید: اجتهاد در لغت بمعنی به کار گرفتن تمام توان برای رسیدن به امری از امور و یا فعلی از افعال است.^۶ دکتر عبدالکریم زیدان اجتهاد در لغت را به کار بستن تمام توان و سعی و تلاش در انجام فعلی از افعال تعریف کرده است.^۷

^۱ راغب اصفهانی، پیشین، ص ۲۰۸

^۲ بلقاسم زبیدی، الاجتهاد فی مناط الحكم الشرعی عند الاصولیین، ص ۳۱

^۳ ابوحامد محمد غزالی، المستصفی من علم الاصول، ج ۲ ص ۲۹۱

^۴ محمد شوکانی، ارشاد الفحول الی تحقیق الحق من علم الاصول، ج ۲ ص ۱۰۲۵

^۵ ابوداود سلیمان سجستانی، سنن ابوداود، کتاب الاقضیه باب اجتهاد الرأی فی القضاء، حدیث شماره ۳۵۹۲

^۶ محمد ابوزهره اصول الفقه، ص ۳۷۹

^۷ عبدالکریم زیدان، الوجیز فی اصول الفقه، ص ۴۰۱

۲. در اصطلاح

از اجتهاد، تعاریفات اصطلاحی مختلفی ذکر شده است که سبب این تعدد، اختلاف اصولیون در نوع مجتهد فیه است. مجتهد فیه عبارت از واقعه‌ای است که به دلیل نبودن دلیل قطعی و یا تعارض ظاهری ادله در مورد حکم آن، خواهان حکم از طریق استنباط باشد.

برخی از اصولیون قطعیات و ظنیات، هر دو را شامل مجتهد فیه می‌دانند و حتی در برخی از تعاریفات، کلمه قطع و ظن را نیز اضافه کرده اند، در حالی که برخی دیگر، قائل به ورود اجتهاد تنها در امور ظنی هستند.

شاطبی که از دسته اول از اصولیون است، در تعریف اجتهاد گفته است: «الاجتهاد استفراغ الوسع لتحصيل العلم او الظن بالحکم». «اجتهاد عبارت از بذل توان برای رسیدن به حکم قطعی یا ظنی است» غزالی، ابن قدامه، علاءالدین بخاری و ابن همام حنفی نیز قائل به ورود اجتهاد در قطعیات و ظنیات هستند.^۱

اما حاجبی و علامه حلی که قائل به ورود اجتهاد تنها در امور ظنی هستند در تعریف اجتهاد گفته اند: «الاجتهاد استفراغ الوسع فی تحصيل الظن بالحکم الشرعی». «اجتهاد عبارت از بذل توان برای رسیدن به حکم شرعی ظنی است». ابن حاجب، آمدی و ابن سبکی نیز از جمله کسانی هستند که اجتهاد را تنها در امور ظنی معتبر می‌دانند.^۲

تعاریف متعدد دیگری نیز از اجتهاد آمده است به گونه ای که امام شافعی اجتهاد و قیاس را به یک معنی می‌داند، ابوبکر رازی برای اجتهاد سه معنی ذکر کرده است،^۳ شیخ بهاء الدین عاملی می‌گوید اجتهاد قوه‌ای است که با آن می‌توان حکم شرعی فرعی را از اصل، یا بصورت بالفعل یا بالقوه قریب، استنباط کرد.^۴

^۱ بلقاسم زبیدی، پیشین ص ۳۱

^۲ محمد کاظم خراسانی، کفایة الاصول، ص ۴۶۳

^۳ بلقاسم زبیدی، پیشین، صص ۳۲-۳۳

^۴ علی رحمانی فرد سبزواری، «تحلیلی بر قواعد استنباط»، مطالعات اصول فقه امامیه، شماره ۱۲، پاییز و زمستان ۹۸، ص ۱۰

^۵ و قال ابوبکر الرازی: اسم الاجتهاد يقع علی ثلاثة معان. احدها: القیاس الشرعی. الثانی: ما یغلب فی الضن من غیر علة. والثالث:

الاستدلال الاصولی. (محمد زرکشی، بحر المحيط فی اصول الفقه، ج ۶ ص ۱۹۷)

^۶ بهاء الدین محمد بن حسین عاملی، زبدة الاصول، ص ۴۷۶

زرکشی در کتاب بحر المحيط در مورد تعریف اجتهاد آورده است که: اجتهاد عبارت از بکار گرفتن تمام توان برای رسیدن به یک حکم شرعی عملی، از طریق استنباط می‌باشد.^۱ که به نظر می‌رسد این تعریف اخیر برای اجتهاد، کامل تر است. چون با قید به کار گرفتن تمام توان، مواردی که بدون تلاش و با تقصیر به دست می‌آید، با قید حکم شرعی، تلاش برای رسیدن به احکام عقلی، حسی و لغوی، با قید عملی، احکام اعتقادی و با قید استنباط، رسیدن به احکام ظاهری و قطعی نصوص از تعریف اجتهاد خارج می‌شوند. هرچند بعضی از اصولیون در تعریف اجتهاد، قید فقیه را نیز آورده اند اما بدون شک آنانی که ظاهراً این قید را نیاورده اند نیز منظور شان اجتهاد توسط فقیه بوده است؛ چون تلاش غیر فقیه برای رسیدن به حکم شرعی عملی، اجتهاد گفته نمی‌شود.

رابطه اجتهاد با استنباط این است که می‌توان استنباط را روش مجتهد برای رسیدن به حکم شرعی عملی دانست. به این معنی که مجتهد برای رسیدن به حکم شرعی از روش استنباط استفاده می‌کند. اما تفاوت اجتهاد با استنباط این است که اجتهاد عام تر از استنباط است. چون همان طوری که اجتهاد برای استخراج حکم یا علت بکار می‌رود، دلالات نصوص و ترجیح ادله در هنگام تعارض نیز با اجتهاد دانسته می‌شود. حال آنکه استنباط تنها برای استخراج احکام به کار می‌رود.^۲

هـ: اصول فقه

برای شناسایی هرچه بهتر الفاظ مرکب، ابتدا باید اجزاء تشکیل دهنده آن را بشناسیم. از این جهت ابتدا هریک از اصول و فقه را که اجزای تشکیل دهنده ی این اصطلاح است تبیین نموده و سپس اصول فقه را به عنوان اسم علم برای علم اصول فقه، تعریف می‌کنیم.

اول: اصول

یکی از اجزاء تشکیل دهنده ی اصطلاح اصول فقه، کلمه «اصول» است که در ذیل به تعریف لغوی و اصطلاحی آن می‌پردازیم.

۱. در لغت

اصول جمع اصل است و اصل در لغت به معانی متعددی از قبیل: آنچه غیر بر آن بنا می‌شود، آنچه غیر، فرع آن است، آنچه شیء بر آن مستند می‌شود و... آمده است.^۳

^۱ محمد زرکشی، همان

^۲ وزارت اوقاف و شؤون اسلامی، پیشین، ج ۴ ص ۱۱۱

^۳ دکتر عبدالکریم نمله، المهدب فی علم اصول الفقه المقارن، ج ۱ ص ۱۲

اما معنی جامع و صحیح تر آن همان معنی اولی یعنی «ما یبتنی علیه غیره» می باشد زیرا:
اولاً: اصل در حقیقت لغت، اساس و پایه شیء است و هیچ شکی نیست که بناء یک شیء بر اساس و پایه آن گذاشته می شود.

دوم: اصل به این معنی، موافق معنی اصطلاحی اصل نیز است. چون اصل در اصطلاح بمعنی دلیل است و معلوم است که حکم به دلیل اعتماد نموده و بر آن بنا می شود چون بدون دلیل، حکمی هم وجود ندارد.

۲. در اصطلاح

اصل در اصطلاح به معانی متعددی استعمال شده است طوری که به یازده معنی اطلاق می گردد.^۱
از جمله: دلیل، قاعده کلی، رجحان و مستصحب.^۲

مراد از اصل در اصول فقه، معنی اصطلاحی اول آن است. چون همان گونه که گفتیم، اصل چیزی است که غیر، بر آن بنا می شود. اصول فقه نیز دلایلی است که حکم فقهی بر آن بنا می شود. دلیل نیز لفظ عامی است که شامل تمام ادله متفق علیها و مختلف فیها و همچنان قواعد اصولی مثل «العبرة بعموم اللفظ» یا «الامر المطلق للوجوب» می باشد.

دوم: فقه

واژه فقه، دومین جزء تشکیل دهنده اصطلاح اصول فقه است که در ذیل به تبیین معنی لغوی و اصطلاحی آن می پردازیم.

۱. در لغت

فقه در لغت به معانی فهم،^۳ علم،^۴ فهم دقیق اشیاء^۵ و فهم غرض متکلم از کلامش^۶ آمده است که اکثر فقهاء آنرا به معنی اولی اطلاق می کنند. چون از نصوص قرآنی نیز دانسته می شود که فقه به معنی

^۱ وزارت اوقاف و شؤون اسلامی، پیشین، ج ۵ صص ۵۵-۵۶

^۲ دکتر عبدالکریم نمله، المهذب فی علم اصول الفقه المقارن، پیشین، ج ۱ صص ۱۳-۱۴

^۳ قطب مصطفی سانو، معجم مصطلحات اصول الفقه، ص ۳۲۱

^۴ قاضی ابویعلی محمد حنبلی، العدة فی اصول الفقه، ج ۱ ص ۶۷

^۵ دکتر عبدالکریم نمله، ج ۱ ص ۱۶

^۶ فخرالدین محمد بن عمر رازی، المحصول فی علم اصول الفقه، ج ۱ ص ۷۸

فصل اول: کلیات و مفهوم شناسی

فهم است. چنانچه خداوند متعال می فرماید: «فَمَا لَهُؤْلَاءِ الْقَوْمِ لَا يَكَادُونَ يَفْقَهُونَ حَدِيثًا»^۱ «این قوم را چه شده است که در معرض فهم هیچ سخنی نیستند؟». همچنان در آیه دیگر می فرماید: «وَاحْلُلْ عُقْدَةً مِّنْ لِّسَانِي يَفْقَهُوا قَوْلِي»^۲ «و گره از زبانم باز نما تا -آنها- سخنان مرا -خوب- بفهمند».

۲. در اصطلاح

فقه در اصطلاح فقهاء عبارت از حفظ پاره‌ای از مسائل احکام شرعی عملی است که در کتاب و سنت آمده و یا از آنها استنباط شده باشد، فرقی نمی‌کند که حفظ آنها با ادله باشد یا بدون ادله.^۳ اما فقه در اصطلاح اصولیون عبارت است از علم به احکام شرعی عملی (فرعی) که از ادله تفصیلی گرفته شده است.^۴

تفاوت تعریف فقهاء و اصولیون از فقه، نشأت گرفته از این است که فقهاء اسم فقیه را مختص مجتهد نمی‌دانند بلکه کسانی غیر از مجتهد مثل اهل فتوا و اهل تخریج را نیز فقیه می‌دانند، در حالیکه اصولیون لفظ فقیه را تنها به مجتهد اطلاق می‌کنند.^۵

سوم: اصول فقه

با توجه به آنچه که در تعریف هر یک اصول و فقه بیان نمودیم، می‌توان در تعریف علم اصول فقه بیان کرد که اصول فقه عبارت از علم به قواعد و ادله‌ای اجمالی است که در استنباط فقه از آنها استفاده می‌شود.

و: اصول فریقین

فریقین یا فریقان در کتاب‌های مسلمین برای اشاره به دو مذهب اصلی دین اسلام یعنی شیعه و اهل سنت استفاده می‌شود. از این جهت است که اصطلاحاتی مثل منابع یا کتابهای فریقین، روایات فریقین، علمای فریقین، فقهای فریقین و اعتقادات فریقین رایج شده است. بر اساس حدیثی که از امام

^۱ نساء ۷۸

^۲ طه ۲۷-۲۸

^۳ دکتر عبدالکریم نمله، پیشین، ج ۱ ص ۱۷

^۴ جعفر سبحانی، دروس فی تاریخ الفقه و ادوااره، ص ۱۶. و همچنان عبدالکریم نمله، الجامع لمسائل اصول الفقه و تطبیقاتها

علی المذهب الراجح، ص ۱۲

^۵ همان، ص ۱۸

عسکری (ع) روایت شده است، کلمه جانبین نیز به همین معنی بوده و برای اشاره به شیعه و اهل سنت به کار می رود. در ذیل نگاه مختصری به اصول هر یک از فریقین خواهیم داشت.

۱. اصول اهل سنت

با اینکه علم فقه قبل از علم اصول فقه تدوین گردید، اما نشأت و پیدایش علم اصول همزمان با علم فقه بوده است. زیرا هر جا که فقه وجود داشته باشد، روشی برای استنباط وجود دارد و جایی که روشی برای استنباط باشد، بدون هیچ شکی اصول فقه نیز وجود دارد. استنباطات فقهی صحابه و تابعین، پس از عصر پیامبر اسلام (ص) دلیلی روشن بر وجود اصول فقه می باشد، زیرا لازمه هر استنباطی، وجود روشی برای استنباط می باشد که این روش با اصول فقه دانسته می شود.

در عصر ائمه مجتهدین، روشهای استنباطی آنها به طور واضح، متمایز از یکدیگر بود و هر امام مجتهدی، روش خودش را برای استنباط احکام داشت که وجود این روشهای مخصوص، باعث تبیین قوانین استنباط شد.

اولین امام از ائمه اربعه ی اهل سنت، امام ابوحنیفه نعمان بن ثابت (م ۱۵۰ق) است که منهج استنباطش محدود بر کتاب، سنت، فتوای صحابه در قول اجماعی آنها و اختیار یکی از آراء آنها در صورت اختلاف بود طوری که از رأی آنها خارج نشده و به رأی تابعین نیز استدلال نمی کرد.^۱ روش اصولی امام مالک (م ۱۷۹ق)^۲ نیز واضح بود و او بر خلاف ائمه دیگر، عمل اهل مدینه را حجت می دانست. با این حال، با وجود مشخص بودن روشهای اصولی ائمه، اصول فقه بصورت مدون وجود نداشت و هر امام بر اساس قواعد و روشهایی که برای خودش مشخص کرده بود استنباط می کرد. با ظهور امام شافعی (م ۲۰۴ق)^۳، علم اصول فقه به دوره تدوین خود رسید. به گونه ای که علماء اهل سنت، امام شافعی را اولین مدوّن علم اصول فقه می دانند. زیرا او در علوم مختلفی از جمله ادبیات

^۱ جواد محدثی، فرهنگ غدیر، ص ۴۶۵

^۲ امام ابوحنیفه نعمان بن ثابت کوفی متولد سال ۸۰ هـ و متوفی سال ۱۵۰ هـ، امام مذهب فقهی حنفی در اهل سنت میباشد.

^۳ موسی بن محمد قرنی، مرتقی الوصول الی تاریخ علم الاصول، ص ۲۴

^۴ امام مالک بن انس ابن مالک بن ابی عامر اصبحی متولد سال ۹۳ هـ و متوفی سال ۱۷۹ هـ، امام مذهب فقهی مالکی اهل سنت میباشد.

^۵ امام محمد بن ادریس شافعی متولد سال ۱۵۰ هـ و متوفی سال ۲۰۴ هـ، امام مذهب فقهی شافعی اهل سنت میباشد.

عرب، علم حدیث و اختلاف فقهاء آگاه بوده و همیشه در پی دانستن اسباب این اختلافات می‌گشت. امام شافعی در علم فقه نیز تبحر خاصی داشت، او فقه اهل مدینه را نزد امام مالک و فقه اهل عراق را نزد محمد بن حسن شیبانی (م ۱۸۹ق) در حالی آموخت که امام فقه اهل مکه نیز بشمار می‌رفت. این موارد باعث شد تا امام شافعی، به تدوین اصول فقه پرداخته و اولین کتاب در اصول فقه را بنام «الرسالة» تدوین کند.

قرن چهارم هجری، قرن بلوغ و کمال اصول فقه بود. در این قرن، مؤلفات متعددی از علماء مذاهب مختلف در اصول فقه نوشته شد. کثرت مؤلفات، اختلاف مذاهب صاحبان این مؤلفات و تنوع مشارب آنها، باعث اختلاف روش و منهج آنها در تألیف شد که در نتیجه در این قرن، دو روش برای تألیفات اصولی اهل سنت بوجود آمد:

الف: روش اصولی احناف: این روش که علماء احناف پیرو آن بوده اند، روش متأثر از فروع فقهی بوده و قواعد اصولی در آن، بر مبنای فروع فقهی بوجود آمده است. احناف در تأسیس قواعد اصولی شان، به فروع فقهی که از ائمه ی آنها نقل شده بود اعتماد می‌کردند. این روش به نام روش فقهاء نیز یاد می‌شود، چون تألیفات اصولی در این روش، مبنی بر فقه بوده و ارتباط محکمی با آن دارد. معروف ترین کتب تألیف شده با این روش، کتابهای «اصول الکرخی» از ابی الحسن کرخی (م ۳۴۰ق)، «الفصول» از ابی بکر الجصاص (م ۳۷۰ق)^۳ و «اصول البزدوی» از فخر الاسلام بزدوی حنفی (م ۴۸۲ق) می‌باشد.^۴ در کل، روش اصولی احناف، یک روش استقرائی بود. آنها با تتبع و استقراء در فروع فقهی، در پی ایجاد قواعدی بودند که با فروع فقهی، همخوانی بیشتری داشته باشد.

ب: روش اصولی متکلمین: این روش بر اساس ایجاد قواعد و پالایش آنها بدون تأثیر پذیری از هیچ مذهبی استوار بوده، هدف از آن، رسیدن به مسائل اصولی بدون در نظر گرفتن مذهب خاصی بود. در این روش، بر خلاف روش اصولی احناف، مذهب مبنی بر ادله بود؛ حال آنکه در روش اصولی احناف، ادله مبنی بر فروع فقهی مذهب بود.^۵

^۱ محمد ابوزهره، پیشین، ص ۱۳

^۲ احمد بن عبدالله ضویحی، علم اصول الفقه من التدوین الی نهایت القرن الرابع الهجری، ج ۲ ص ۱۴۸

^۳ همان، ص ۱۵۴

^۴ موسی بن محمد قرنی، پیشین، ص ۳۲

^۵ احمد بن عبدالله ضویحی، پیشین، ج ۲ ص ۱۳۸

از آنجا که این روش با روش باحثین در علم کلام مشابهت داشت^۱ و بسیاری از علماء کلام، مباحث شان در اصول فقه را با این روش بیان میکردند، این روش به روش متکلمین معروف شد. این روش به روش شافعیه نیز معروف بود، چون امام شافعی (ره)، اولین کسی بود که بر وفق این روش، کتاب نوشت که از این جهت، او مؤسس این روش شمرده می‌شود. علماء مذاهب مختلف از جمله معتزله^۲، شافعیه، مالکیه، امامیه، زیدیه و اباضیه بر این منهج اصولی بودند از این جهت، این روش بنام روش جمهور نیز معروف است.^۳

کتب اصولی متعددی بر طبق این روش تألیف شده است. از جمله:

۱- المعتمد از ابی الحسین محمد بن علی البصری المعتزلی الشافعی، (م ۴۶۳ق)

۲- البرهان از ابی المعالی عبدالملک بن عبدالله جوینی نیشاپوری شافعی معروف به امام الحرمین، (م ۴۸۷ق)

۳- المستصفی از ابی حامد محمد بن محمد غزالی الشافعی، (م ۵۰۵ق)^۴

۲. اصول اهل تشیع

دور شدن از عصر نصوص و افزایش همه روزه ی نیازهای جامعه اسلامی و پدید آمدن پرسش های جدید، باعث شد تا محققان و فقیهان در فهم کتاب و سنت، ژرف کاوی بیشتری به کار برده و با یک نگاه نو به سراغ فهم دین و کشف احکام جدید بروند و با این کار جلو انحراف در فهم و به کار گیری قواعد ناصواب در کشف حکم از کتاب و سنت و به طور کل، روشهای غلط و باطل در این راه گرفته شود. این امر باعث تعلیم قواعد کلی و عناصر مشترک استنباط توسط فقیهان شد. نیاز پرداختن به اصول فقه، مختص اهل سنت نبود بلکه اهل تشیع نیز نیاز مبرم به توجه بیشتر به این علم داشتند. زیرا دلایلی وجود داشت که حتی با وجود ائمه، اهل تشیع ناگزیر از اجتهاد و کشف حکم با استناد به قواعد کلی بودند. از جمله:

^۱ موسی بن محمد قرنی، پیشین، ص ۳۱

^۲ محمد خضری بک، اصول الفقه، ص ۸

^۳ احمد بن عبدالله ضویحی، همان

^۴ محمد خضری بک، پیشین ص ۹

الف: اصحاب ائمه اهل بیت (ع) بالخصوص کسانی که در شهرهای دیگر می‌زیستند، همیشه به آنان دسترسی نداشتند و نمی‌توانستند همواره به حضور امام خویش رسیده و پرسشهای شان را از او بپرسند.

ب: ائمه (ع) همواره اصحاب شایسته خود را به اجتهاد در احکام و فتوا دادن، تشویق می‌کردند. چنانچه در روایتی امام صادق(ع) به معاذ بن مسلم نحوی می‌گوید: «شنیده‌ام در مسجد می‌نشینی و فتوا میدهی؟ معاذ میگوید: گفتم آری و قصد داشتم از شما در موردش سؤال کنم. امام فرمودند: این کار را بکن، من هم چنین می‌کنم».^۱

ج: ائمه(ع) همواره به جواز اجتهاد صحیح از سوی اصحاب تصریح می‌کردند. چنانچه از امام صادق(ع) نقل شده است: «بر ماست که اصول کلی را بیان کنیم و بر شما لازم است که فروع را به آنها برگردانید».^۲

د: روایات منقول از ائمه(ع) بر بحث اخبار متعارض و علاج آنها، حجیت خیر ثقه، اصالت برائت و دیگر مباحث اصولی، همگی دلالت بر جواز اجتهاد اصحاب بطور مطلق دارد.^۳

دلایل فوق، نیاز مبرم اهل تشیع به اصول فقه را نشان می‌دهد.

ادوار اصول اهل تشیع به شش دوره ذیل تقسیم شده است:

- ۱- دوره تأسیس (تا اواخر غیبت صغری)
- ۲- دوره توسعه (اوایل غیبت کبرا تا ابن ادریس)
- ۳- دوره تکامل (ابن ادریس(م ۵۹۸ق) تا اوایل قرن یازدهم)
- ۴- دوره اوج اخبارگری و مقابله با آن (از اوایل قرن یازدهم تا زمان وحید بهبهانی)
- ۵- دوره تجدید حیات (از وحید بهبهانی (م ۱۲۰۵ق)) تا شیخ انصاری (م ۱۲۸۱ق)
- ۶- دوره ژرف نگری^۴

^۱ شیخ حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۷، باب ۱۱، ص ۱۴۸

^۲ شیخ عباس قمی، سفینه البحار، ج ۱ ص ۲۲

^۳ مهدی علی پور، درآمدی به تاریخ علم اصول، صص ۴۷-۴۹

^۴ مهدی علی پور، پیشین، ص ۶۹

اهل تشیع معتقدند که مؤسسين اصول فقه امام باقر(ع) و پسرش امام صادق(ع) بوده و اولین مدون اصول فقه هشام بن حکم از اصحاب امام صادق(ع) است.^۱ چون هشام بن حکم، رساله‌ی بنام «کتاب الالفاظ و مباحثها» تألیف کرده است که از مباحث علم اصول است و روشن است که هشام از لحاظ زمانی مقدم بر امام شافعی(ره) و دیگران است.

استاد ابوزهره از محققان اهل سنت، این نظریه را رد نموده و امام شافعی را اولین مدون اصول فقه میدانند. چون ممکن است امامین قواعدی را بر اصحاب خود املا کرده باشند، اما این بمعنی تصنیف کتاب نیست و اگر ادعا شود که امامین، در تفکر این قواعد بر امام شافعی سبقت داشته است، می‌توانیم بگوییم که روشهای استنباط در اذهان مجتهدین از صحابه و تابعین نیز بوده است اما هیچ یک از آنها تألیفی در این مورد نداشته‌اند، بناءً نمی‌توان گفت آن دو امام در تألیف اصول فقه بر امام شافعی مقدم بوده‌اند.^۲

اهل تشیع در تألیفات اصولی بر منهج متکلمین هستند به گونه‌ای که در تألیفات آنها، مذهب مبنی بر ادله می‌باشد.

ز: حکم

آنچه مجتهد بیش از هر چیز دیگری به آن سر و کار دارد، احکام شرعی است. زیرا او همیشه به دنبال استنباط احکام شرعی از ادله می‌باشد. از این جهت، در ذیل به معنی لغوی حکم و تعریف اصطلاحی آن از دید اصولیون و فقهاء می‌پردازیم.

۱. در لغت

حکم در لغت به معانی متعددی آمده است. از جمله:

۱- قضاء^۳ (الخلافة فی قریش و الحکم فی الانصار)

۲- منع^۴ (حکمة الدابة، که به لجام بخاطر مانع بودنش برای حیوان، گفته می‌شود)

^۱ سید حسن صدر، تأسیس الشیعه لعلوم الاسلام، صص ۳۱۰-۳۱۱

^۲ محمد ابوزهره، پیشین، صص ۱۴-۱۵

^۳ وزارت اوقاف و شؤون اسلامی، پیشین، ج ۱۸، صص ۶۵

^۴ احمد ابن فارس، پیشین، ج ۲ صص ۹۱

۳- علم و فقه (و آئیناه الحکم صبیاً) «و در کودکی به او علم دادیم»

۴- حکمت^۳ (إِنَّ مِنَ الشَّعْرِ حُكْمًا)

۵- همچنان علی بن محمد جرجانی حکم را به اسناد یک امر به امر دیگر بصورت ایجابی یا سلبی، وضع الشئ فی موضعه و هرآنچه که عاقبت نیک داشته باشد نیز معنی نموده است.^۴

۲. در اصطلاح

مراد از حکم شرعی در زبان فقهاء و اصولیون، قانونی است که خداوند (ج) برای تنظیم زندگی انسانها وضع کرده است.^۵ حکم شرعی متناسب به شارع (خداوند) است که تنها مقام شایسته قانونگذاری می باشد. در کتب اصول، تعاریف متعدد و مختلفی از جانب اصولیون برای حکم شرعی بیان شده است که به نظر می رسد تفاوت چندانی با هم نداشته باشند، مگر این که تعاریف متأخرین، به نحوی می تواند مکمل بعضی از تعاریف متقدمین باشد. اما تعریف حکم در نزد فقهاء، نسبت به تعریفی که اصولیون در نظر دارند متفاوت است که در ذیل به بررسی این دو نظریه در مورد تعریف حکم می پردازیم:

الف: در اصطلاح اصولیون

امام غزالی حکم را عبارت از خطاب شارع متعلق به افعال مکلفین می داند. در این تعریف خطاب شارع بطور مطلق ذکر شده است و به نحوه خطاب توجهی نشده است که برخی از اصولیون قید «اقتضاء» را برای تکلیف الزامی و قید «تخیراً» را برای تکلیف اختیاری اضافه نموده اند. چنانچه محمد امین حنفی در کتاب تیسیر التحرير و زرکشی در کتاب بحرال محیط، تقریباً همین تعریف غزالی را با اضافه کردن دو قید مذکور آورده اند.^۶

اما از آنجا که ظاهراً این تعریف صرفاً شامل حکم تکلیفی میشود و حکم وضعی مثل سببیت و شرطیت را شامل نمی شود، برخی از اصولیون قید «وضعاً» را نیز در این تعریف اضافه نموده اند. چنانچه محمد ابوزهره، عبدالکریم نمله، شوکانی، عبدالکریم زیدان و برخی دیگر از اصولیون با اضافه کردن

^۱ محمد بن مکرّم ابن منظور، پیشین، ج ۱۲ ص ۱۴۱

^۲ مریم ۱۲

^۳ محمد بن مکرّم ابن منظور، همان

^۴ علی بن محمد جرجانی، پیشین، ص ۸۱

^۵ سید محمد باقر صدر، دروس فی علم الاصول، ج ۱ ص ۶۱

^۶ ابو حامد محمد غزالی، پیشین، ج ۱ ص ۸۶

^۷ محمد امین حنفی، تیسیر التحرير، ج ۱ ص ۱۰ و ایضاً محمد زرکشی، پیشین، ج ۱ ص ۱۱۷

قید مذکور، حکم را عبارت از خطاب شارع که به طریق اقتضاء، تخییر یا وضع به افعال مکلفین تعلق بگیرد، تعریف نموده اند.^۱

سید محمد تقی الحکیم در تعریف حکم گفته است: حکم عبارت از اعتبار شرعی است که بگونه مباشر یا غیر مباشر به افعال عباد تعلق می‌گیرد. ایشان کلمه «اعتبار» را بجای کلمه «خطاب» در تعریف حکم آورده است. زیرا قائل است که کلمه خطاب، شامل حکم در مرحله جعل نمی‌شود، بلکه مختص مراحل پس از جعل از قبیل تبلیغ، وصول و فعلیت می‌گردد. اما استعمال کلمه «اعتبار شارع» به جای «خطاب شارع»، باعث می‌شود که تعریف شامل تمام مراحل حکم از جمله مرحله جعل گردد که این کار از جهت منطقی، به فنیّت تعریف نزدیک تر است.^۲ دیگر اینکه استعمال کلمه خطاب در تعریف حکم، درست نیست زیرا خطاباتی وجود دارد که به افعال عباد تعلق می‌گیرد، اما حکم نیست. مثل آیه «وَاللّٰهُ خَلَقَكُمْ وَاَنْتُمْ تَعْمَلُونَ»^۳ «خداوند (ج) شما و آنچه را که انجام می‌دهید آفریده است».

ب: در اصطلاح فقهاء

حکم از دید فقهاء، تعریف متفاوتی نسبت به تعریف اصولیون دارد. اصولیون نفس خطاب شارع را حکم می‌دانند اما فقهاء، اثر این خطاب را به عنوان حکم معرفی نموده اند. مثلاً در نزد اصولیون، نفس آیه «وَلَا تَقْرَبُوا الزَّوْجَ»^۴ «و به زنا نزدیک نشوید» حکم می‌باشد، اما در نزد فقهاء، حرمت زنا که از این آیه مستفاد است، حکم شمرده می‌شود. یا نفس آیه «اَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^۵ «به عقد و پیمان ها وفا کنید» در نزد اصولیون حکم است اما در نزد فقهاء، وجوب وفای به عقود که از این آیه دانسته میشود حکم می‌باشد.

^۱ محمد ابوزهره، پیشین، ص ۲۶. و ایضاً دکتر عبدالکریم نمله، پیشین، ص ۱۲۵. و ایضاً محمد شوکانی، پیشین، ج ۱ ص ۷۱. و ایضاً

عبدالکریم زیدن، الوجیز فی اصول الفقه، ص ۲۵

^۲ سید محمد تقی حکیم، اصول العامه للفقہ المقارن، ص ۵۱

^۳ صافات ۹۶

^۴ اسراء ۳۲

^۵ مائده ۱

بناءً تعریف حکم در نزد فقهاء را می‌توان این‌گونه بیان نمود: حکم عبارت است از اثر خطاب شارع که بطریق اقتضاء، تخییر یا وضع به افعال مکلفین تعلق می‌گیرد. مثل وجوبی که از آیه وفای به عقود یا حرمتی که از آیه زنا دانسته می‌شود.

شهید صدر نیز در تعریف حکم، موافق نظر فقهاء است و می‌گوید: حکم عبارت از تشریحی است که از جانب الله تعالی، برای تنظیم زندگی انسان صادر شده است. ایشان در ادامه با خطا دانستن تعریف اصولیون از حکم که آنرا عبارت از خطاب شارع می‌دانستند، خطابات شرعی در کتاب و سنت را بیان‌کننده حکم و کاشف آن دانسته و نفس حکم بشمار نمی‌آورد چون نفس حکم، مدلول خطاب است، نه اصل خطاب.^۲

ح: سیر تاریخی عرف در استنباط

علماء فقه و اصول فقه بر این باورند که در صورت نبودن نص شرعی، عرف مرجعی برای تعیین حقوق و الزامات افراد بوده و می‌تواند منشأ حق قرار بگیرد. با این‌که فقهاء و اصولیون در باره حدود اعتبار عرف در شریعت دیدگاه‌های متفاوتی ارائه کرده‌اند اما در اصل اعتبار آن هم عقیده بوده‌اند.

اصطلاح عرف و کاربرد آن در حوزه استنباط، همواره در کتب اصولی و فقهی اهل سنت و اهل تشیع مورد بحث بوده است. اما این‌که چه زمانی این اصطلاح وارد ادبیات اصولی و فقهی شده و در مواردی از آن استفاده شده است، مسأله‌ی است که در ذیل به صورت مختصر به بررسی آن می‌پردازیم:

۱. تاریخچه عرف نزد اهل سنت

بررسی متون فقهی و اصولی اهل سنت نشان می‌دهد که پدیده عرف همواره نزد اصولیون و فقهاء اهل سنت مورد کاربرد بوده است هرچند در ابتدا واژه عرف نزد آنها مورد استفاده نبوده است بلکه از

^۱ وزارت اوقاف و شؤون اسلامی، پیشین، ج ۱۸ ص ۶۵. و ایضاً عبدالوهاب خلاف، پیشین، ص ۱۰۰. و ایضاً خالد رمضان حسن،

معجم اصول الفقه، ص ۱۱۵

^۲ سید محمد باقر صدر، دروس فی علم الاصول-حلقه‌ی الاولی، ص ۳۷

اصطلاحاتی همچون «عمل الناس»؛^۱ «العمل المعمول به»^۲، «سنة المسلمین»^۳، «مالم یختلف المسلمون»^۴ «لا یختلف الناس» و... در منابع اصولی و فقهی کهن اهل سنت استفاده شده است. به نظر می‌رسد اصل واژه عرف، چنانچه بررسی کتب کهن و متأخر اصولی و فقهی نشان می‌دهد، از قرن چهارم به بعد، در متون فقهی و اصولی اهل سنت به کار گرفته شده است. اما این واژه از همان ابتدا تا مدت زمان زیادی، مانند امروز متداول نبوده و به تنهایی به کار نمی‌رفته است بلکه واژه عرف در پهلوی کلمات دیگری مثل «محاسن العادة»، «اتفاق الناس»، «عادة العقلاء»^۵، «عرف العادة»^۶ و... به کار میرفت.

کاربرد پدیده عرف چه با همین واژه و چه با واژه‌های دیگر در اصول اهل سنت به کرات دیده می‌شود و بطور قطع می‌توان گفت اولین کسی که به استفاده از این پدیده در استنباط احکام استفاده نموده است، امام ابوحنیفه نعمان بن ثابت (ره) و پس از آن امام مالک بن انس (ره) بوده است. چنانچه برخی از اصولیون، تاریخچه کاربرد عرف در اصول و فقه اهل سنت را به قرن دوم هجری برگردانیده اند^۷ که هرچند هیچ دلیلی بر این مدعا ذکر نکرده اند اما بررسی اصول احناف نشان می‌دهد که روش امام ابوحنیفه (ره) در استنباط احکام پس از استحسان، رجوع به تعامل مردم بوده است^۸ که این یعنی عرف و تعامل مردم از مصادری بوده است که امام ابوحنیفه (ره) در اصولش به آن عمل می‌کرده است و از آنجا که امام ابوحنیفه (ره) در قرن دوم هجری می‌زیسته است، می‌تواند این ادعا را تأیید کند. وجود اختلاف در فروع فقهی بین امام ابوحنیفه (ره) و امام محمد (ره) و ابویوسف قاضی (ره)، دلیل دیگری است که به کاربرد عرف در فقه آن ائمه بزرگوار دلالت دارد زیرا یکی از اسباب اختلاف بین امام ابوحنیفه (ره) و یارانش، تفاوت عرف و عادت بوده است و از آنجا که آن دو امام بزرگوار نیز

^۱ مالک بن انس، موطا، جلد ۲ ص ۶۵۳، ۷۸۸، ۸۷۹...

^۲ همان، ج ۲ ص ۷۳۵

^۳ همان، ج ۲ ص ۸۰۴

^۴ محمد بن ادریس الشافعی، الرسالة، ص ۵۵۱

^۵ ابو اسحاق شاطبی، الموافقات فی اصول الشریعه، ج ۳ ص ۵۱۶-ج ۱ ص ۱۴۰-ج ۳ ص ۴۴۰

^۶ ابومظفر سمعانی، قواطع الأدله فی الاصول، ج ۱ ص ۶۲

^۷ محمد ابراهیم جناتی، منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی، ص ۳۹۹

^۸ هیثم عبدالحمید، تطور الفكر الاصولی الحنفی، ص ۱۹۰

در قرن دوم هجری می‌زیسته اند، می‌توان به یقین حکم کرد که استفاده از عرف در استنباط احکام، از قرن دوم هجری بین اهل سنت و بالخصوص احناف رایج بوده است.

این که واژه عرف از چه زمانی در کتب اصولی و فقهی اهل سنت به کار رفته و آنها به بحث در مورد آن پرداخته اند، دقیق معلوم نیست. با این حال برخی از اصولیون، «عبدالله ابن احمد نسفی» را به عنوان نخستین کسی که در مورد عرف بحث نموده و محدوده فقهی آنرا مشخص کرده است نام می‌برند.^۱ اما در کتب برخی از اصولیون و فقهاء دیگر اهل سنت نیز که قبل از امام نسفی می‌زیسته اند، بحثی از عرف هرچند مختصر وجود دارد. به عنوان مثال «ابوالولید الباجی-م ۴۷۴ق» در کتاب احکام الفصول فی احکام الاصول، فصلی را به «بیان اسماء العرفیه» اختصاص داده است و در آنجا مطالبی در مورد عرف به ویژه عرف قولی، بیان نموده است.^۲ همچنین «شمس الاثمه سرخسی-م ۴۹۰ق» در کتاب «اصول السرخسی»، مواضع ترک حقیقت را بیان نموده و استعمالات عرفی را یکی از مواردی دانسته است که در آن، حقیقت ترک می‌شود.^۳

البته این بزرگان اصولی، مبحث خاصی را به تعریف و ماهیت عرف اختصاص نداده اند بلکه فقط مواردی را از عرف و تأثیر آن در استنباط احکام بیان نموده اند. از این رو، این سخن که امام نسفی اولین کسی است که به تعریف عرف پرداخته است سخنی دور از حقیقت نیست.

پس از آنها بزرگان اصولی و فقهی اهل سنت بیشتر به بحث در مورد عرف پرداخته اند که از جمله آنها «ابن قیم جوزی-م ۷۵۱ق» است که در کتاب «اعلام الموقعین عن رب العالمین» در موارد متعددی به بحث در مورد عرف پرداخته است.^۴ پس از او (ابی اسحاق شاطبی-م ۷۹۰ق) است که در کتاب «الموافقات فی اصول الشریعة» توجه بسیاری به عرف و عادت داشته و در جاهای متعددی به بحث در این مورد پرداخته است.^۵ «جلال الدین سیوطی-م ۹۱۱ق» و «زین الدین ابن ابراهیم بن نجیم-م ۹۷۰ق»، از جمله کسانی هستند که پس از ابن قیم و شاطبی، در کتاب های الاشباه و النظائر خود به بحث در مورد عرف پرداخته اند. پس از این دو نیز، «محمد بن امین ابن عمر افندی مشهور به ابن عابدین-م ۱۲۵۲ق»

^۱ احمد فهمی ابوسنه، پیشین، ص ۸

^۲ ابوالولید الباجی، احکام الفصول فی احکام الاصول، ج ۱ ص ۲۹۲

^۳ ابی بکر محمد بن احمد السرخسی، اصول السرخسی، ج ۱ ص ۱۹۰

^۴ محمد بن ابی بکر بن قیم جوزی، اعلام الموقعین عن رب العالمین، ج ۲ صص ۴۴۸-۴۵۲ و ج ۳ صص ۶۴-۶۷-۱۰۰

^۵ ابواسحاق شاطبی، الموافقات فی اصول الشریعة، ج ۲ صص ۲۱۵-۲۱۸

از کسانی است که بحث قابل ملاحظه‌ی در مورد عرف داشته است. او در رساله «نشرالعرف فی بناء بعض الاحکام علی العرف» بحث موفق‌تر و بیشتری نسبت به گذشتگان در مورد عرف بیان کرده است. نه تنها در این رساله بلکه در رسایل دیگر و همچنان کتاب معروف فقهی اش «رد المحتار علی الدر المختار» نیز به بحث در مورد عرف پرداخته است.

۲. تاریخچه عرف نزد اهل تشیع

با اینکه در مورد چیستی و ماهیت عرف، بحث گسترده‌ی در کتب متقدمین اهل تشیع دیده نشده است، اما کاربرد این پدیده در علوم فقه و اصول از دیرباز در متون فقهی و اصولی اهل تشیع دیده می‌شود. طوری که برخی از دانشیان، آشنایی فقه اهل تشیع با پدیده عرف را به دورانی بر می‌گردانند که در فقه اهل تشیع به نام عصر ظهور معروف است.^۱ زیرا روایاتی وجود دارد که کاربرد عرف در آنها به روشنی دیده می‌شود. مثل روایاتی در باب ربا. بررسی این روایات نشان می‌دهد که اعتبار مکیل یا موزون بودن اشیاء در باب ربا، به عرف عام واگذار شده است و آنچه در عرف مکیل شناخته شده باشد، مکیل بوده و در صورتی که موزون شناخته شده باشد، موزون است.^۲

اصطلاح عرف در فقه اهل تشیع با کلمات گوناگونی استفاده شده است طوری که پس از ورود پدیده عرف به ادبیات فقه اهل تشیع و قبل از استفاده واژه های عرف و عادت، از کلمات دیگری برای این پدیده استفاده شده و تا مدت ها مورد استفاده فقهاء و اصولیون بوده است. کلماتی از قبیل «اهل بلد»^۳ «عادة البلد»^۴ «عادة الناس»^۵ «تعارف»^۶ و... که از رایج ترین کلمات مورد استفاده در فقه اهل تشیع تا هنگام ظهور اخباریون، از پدیده عرف بوده است.

اما پس از اخباریون و هنگام تفوق مجتهدین اصولی بر آنها، کلمات عرف و عادت، بیشتر در ادبیات فقهی اهل تشیع کاربرد داشته و معمول بوده است. این روند تا ظهور فقیهانی مثل صاحب جواهر (م ۱۲۶۶ق) و شیخ انصاری (م ۱۲۸۱ق) و مدتی بعد از آنها ادامه داشت.^۷

^۱ سید علی جبار گلباغی، پیشین، ص ۱۳۳

^۲ محمد بن حسن الحر العاملی، وسایل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، ج ۱۸ ص ۱۳۲

^۳ شیخ مفید، المقنعه، ص ۷۹۴

^۴ عبدالعزیز ابن البراج، المهدب، ج ۱ ص ۳۶۳

^۵ همان، ص ۴۸۵

^۶ سید مرتضی علم الهدی، الذریعه الی اصول الشریعه، ج ۱ ص ۷۴۷

^۷ سیدعلی جبار گلباغی، پیشین، ص ۱۳۴

در قرون اخیر در ادبیات فقهی و اصولی اهل تشیع، واژه های جدیدی همچون سیره عقلاء و بنای عقلاء به وجود آمد که ظاهراً این کلمات در فقه و اصول اهل سنت دیده نمی شود. این کلمات نوظهور آهسته آهسته جایگزین کاربرد عرف و عادت شده و امروزه فقهاء و اصولیون شیعه استفاده بیشتری از این کلمات، نسبت به کاربرد کلمات عرف و عادت دارند.

با این که اصولیون و فقهاء اهل تشیع، تا زمان ظهور اخباریان، عرف را در علم فقه مورد توجه قرار داده و گهگاهی در هنگام بیان ادله احکام و مباحث اصولی یا فقهی دیگر، اشاراتی درباره عرف نیز داشته اند، اما هیچ زمان به ارائه بحث جامعی در مورد آن نپرداخته اند. علماء این دوره بیشتر به عرف استعمالی و مباحثی از آن که مرتبط به الفاظ است علاقه مند بوده اند. چنانچه مباحثی مانند تخصیص عام به وسیله عرف، حقیقت عرفیه و تقدم عرف بر لغت همواره در کتب آنها دیده شده است.^۱

پس از این دوره، علماء فقه و اصول به بحث در مورد عرف پرداخته و با این که ظاهراً همین روش را در مورد پدیده عرف به کار گرفته اند اما در پهلوی آن سعی نموده اند که گامی به سوی کارآمد تر نمودن عرف در گستره فقه و اجتهاد بردارند. از نخستین آغازگران این حرکت می توان به وحید بهبهانی اشاره نمود که به حق، بحث گسترده ی در این مورد داشته که در فواید متعددی از کتاب «الفوائد الحائریه» به بحث در این مورد پرداخته است.^۲ پس از او، تلاش زیادی برای به سامان رساندن این حرکت صورت گرفت که شیخ حسن نجفی معروف به صاحب جواهر و شاگردان شیخ انصاری و همچنان در زمان معاصر علمای مثل شهید صدر (م ۱۴۰۰ق)، بیش از هر کس دیگری در این عرصه تلاش نموده اند.^۳

^۱ سید مرتضی علم الهدی، پیشین، ج ۱ صص ۱۲-۱۶-۳۰۶. زین الدین بن علی العاملی شهید الثانی، تمهید القواعد، ص ۹۸

^۲ محمد باقر وحید بهبهانی، الفوائد الحائریه، فایده های ۴ و ۵ از فواید قدیمه و فایده ۲۷ از فواید جدیده، صص ۱۰۵-۱۱۳-۴۶۳

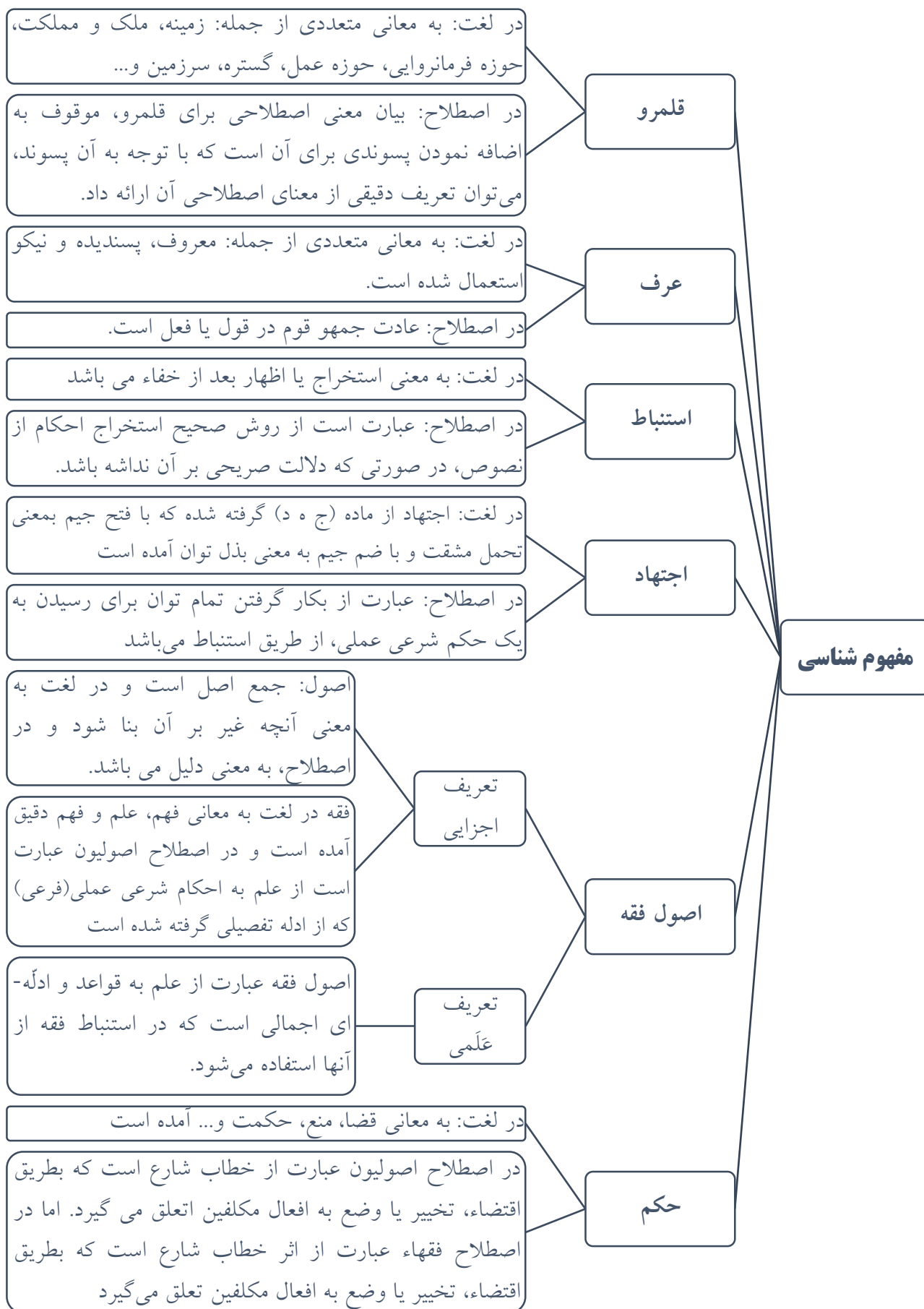
^۳ سیدعلی جبار گلپاچی، پیشین، ص ۱۳۵

نتیجه گیری فصل اول

- نتایج ذیل از خلال مباحث فصل اول و بیان مفاهیم پرکاربرد در پایان نامه، به دست آمده است:
- ۱- قلمرو در زبان فارسی به معانی زمین، حوزه فرمانروایی، ملک و مملکت، حوزه عمل و... استفاده شده و معادل عربی این کلمه، واژه های المجال، الحیز، المنطقة، الناحیه، السیاده، منطقه النفوذ و منطقه الحکومه می باشد. اما بیان معنی اصطلاحی قلمرو، موقوف به اضافه نمودن پسوندی برای آن می باشد که با توجه به آن، می توان تعریف دقیقی از معنای اصطلاحی آن بیان کرد.
 - ۲- عرف در لغت به معانی متعددی از جمله معروف، پسندیده و نیکو استعمال شده است، در اصطلاح اصولیون نیز تعاریفات مختلفی از آن ارائه شده است که در بهترین تعریف آن، می توان گفت: عرف عبارت از عادت جمهور قوم در قول و یا فعل می باشد.
 - ۳- استنباط از ماده (ن ب ط) گرفته شده و در لغت به معنی استخراج یا اظهار بعد از خفاء می باشد و در اصطلاح اصولیون تعریف مختاری که از لابلائی تعاریفات آنها به دست می آید این است که استنباط عبارت است از روش صحیح استخراج احکام از نصوص، در صورتی که دلالت صریحی بر آن نداشته باشد
 - ۴- اجتهاد از ماده (ج ه د) گرفته شده که با ضم جیم به معنی بذل توان و با فتح جیم به معنی تحمل مشقت آمده و به کاری استعمال می شود که رسیدن به آن، مقتضی بذل وسع و تحمل مشقت باشد، زیرا واژه اجتهاد، بر وزن «افتعال» بوده و این صیغه به مبالغه در به کارگیری تمام توان در قول یا فعلی برای رسیدن به امری از امور، دلالت می کند که این مبالغه در سعی، باعث مشقت میشود.
 - ۵- در تعریف اصطلاحی اجتهاد، بین اصولیون اختلاف وجود دارد که منشأ این اختلاف، در نوع مجتهد فیه است. طوری که برخی از اصولیون، هریک از قطعیات و ظنیات را شامل مجتهد فیه می دانند اما عده دیگر، قائل به ورود اجتهاد، تنها در امور ظنی هستند. اما تعریف مختار از بین تعاریفات مختلف برای اجتهاد، این است که اجتهاد عبارت از بکار گرفتن تمام توان برای رسیدن به یک حکم شرعی عملی، از طریق استنباط می باشد
 - ۶- رابطه اجتهاد با استنباط، عموم و خصوص مطلق است. زیرا اجتهاد هم برای استخراج احکام به کار می رود و هم دلالات نصوص و ترجیح ادله در هنگام تعارض نیز با اجتهاد دانسته می شود، در حالی که استنباط تنها برای استخراج احکام به کار می رود.

- ۷- اصول جمع اصل است و اصل آن چیزی است که غیر بر آن بنا می‌شود. فقه در لغت به معانی فهم، علم، فهم دقایق اشیاء و فهم غرض متکلم آمده است و در اصطلاح اصولیون عبارت است از علم به احکام شرعی عملی که از ادله تفصیلی گرفته شده است.
- با توجه به بیان هریک از اجزاء ترکیبی اصول فقه، می‌توان آن را این گونه تعریف کرد: اصول فقه عبارت از علم به قواعد و ادله اجمالی است که در عملیه استنباط از آنها استفاده می‌شود.
- ۸- فریقین یا فریقان در کتب مسلمین، برای اشاره به دو مذهب اصلی دین اسلام (شیعه و اهل سنت) استفاده به کار می‌رود. در بین ائمه اهل سنت، مناهج استنباط مختلفی وجود داشت. مثلاً منهج استنباط امام ابوحنیفه (اولین امام از ائمه اربعه) محدود بر کتاب، سنت، فتوای صحابه در قول اجماعی آنها و اختیار یکی از آراء آنها در صورت اختلاف بود طوری که از رأی آنها خارج نشده و به رأی تابعین نیز استدلال نمی‌کرد. امام مالک برخلاف ائمه دیگر، عمل اهل مدینه را حجت می‌دانست. اما با وجود مشخص بودن روش اصولی ائمه، اصول فقه به صورت مدون وجود نداشت که با ظهور امام شافعی، علم اصول فقه به دوره تدوین خویش رسید، به گونه‌ای که علماء اهل سنت، امام شافعی را اولین مدوّن علم اصول فقه می‌دانند.
- ۹- در قرن چهارم هجری، دو روش اصولی بین اصولیون به وجود آمد: روش اصولی احناف که در آن، ادله مبنی بر فروع فقهی مذهب بود و روش اصولی متکلمین که در آن مذهب مبنی بر ادله بود و معتزله، شافعیه، مالکیه، امامیه، زیدیه و اباضیه، بر این منهج اصولی بودند.
- ۱۰- اهل تشیع بر این نظرند که امام باقر(ع) و پسرش امام صادق(ع)، مؤسسين اصول فقه بوده و هشام بن حکم از اصحاب امام صادق(ع)، اولین مدوّن اصول فقه است که رساله‌ای به نام «کتاب الالفاظ و مباحثها» تألیف نمود.
- ۱۱- حکم در لغت به معانی قضاء، منع، علم و فقه و حکمت آمده و در اصطلاح اصولیون عبارت از خطاب شارع است که به طریق اقتضاء، تخییر یا وضع، به افعال مکلفین تعلق می‌گیرد. اما در اصطلاح فقهاء، اثر این خطاب، حکم می‌باشد، نه اصل خطاب.
- ۱۲- پدیده عرف در منابع کهن اهل سنت با کلماتی همچون «عمل الناس»، «العمل المعمول به»، «سنة المسلمین»، «مالم یختلف المسلمون» و... است و واژه «عرف» اولین بار پس از قرن چهارم در کتب اصولی و فقهی اهل سنت استفاده شده است. در فقه اهل تشیع نیز پدیده عرف تا زمان ظهور اخباریون، با کلماتی همچون «تعارف» «عادة البلد» و «عادة الناس» استفاده شده است اما با تفوق مجتهدین اصولی بر اخباریون، کلمات عرف و عادت، بیشتر در ادبیات فقهی اهل تشیع به کار رفته است. اما در قرون اخیر، واژه های جدیدی همچون سیره عقلاء و بنای عقلاء، جای عرف و عادت را در ادبیات فقهی اهل تشیع، گرفت.

خلاصه فصل اول به شکل نمودار



اصول فریقین

اصول اهل سنت

در عصر ائمه مجتهدین، روشهای استنباطی آنها به طور واضح، متمایز از یکدیگر بود. امام ابوحنیفه که اولین امام از ائمه اربعه ی اهل سنت بود، منهج استنباطش محدود بر کتاب، سنت، فتوای صحابه در قول اجماعی آنها و اختیار یکی از آراء آنها در صورت اختلاف بود طوری که از رأی آنها خارج نشده و به رأی تابعین نیز استدلال نمی کرد. امام مالک بر خلاف ائمه دیگر، عمل اهل مدینه را حجت می دانست. با ظهور امام شافعی (م ۲۰۴ق) علم اصول فقه به دوره تدوین خود رسید. به گونه ای که علماء اهل سنت، امام شافعی را اولین مدوّن علم اصول فقه می دانند. زیرا او در علوم مختلفی از جمله ادبیات عرب، علم حدیث، علم فقه و اختلاف فقهاء آگاه بود. این موارد باعث شد تا امام شافعی، به تدوین اصول فقه پرداخته و اولین کتاب در اصول فقه را بنام «الرسالة» تدوین کند.

روش اصولی اهل سنت

روش احناف: این روش متأثر از فروع فقهی بوده و قواعد اصولی در آن، بر مبنای فروع فقهی وجود آمده است

روش متکلمین: این روش بر اساس ایجاد قواعد و پالایش آنها بدون تأثیر پذیری از هیچ مذهبی استوار بوده، هدف از آن، رسیدن به مسائل اصولی بدون در نظر گرفتن مذهب خاصی بود. در این روش، بر خلاف روش اصولی احناف، مذهب مبنی بر ادله بود. معتزله، شافعیه، مالکیه، امامیه، زیدیه و اباضیه بر این منهج اصولی بودند

اصول اهل تشیع

اهل تشیع معتقدند که مؤسّسین اصول فقه امام باقر(ع) و پسرش امام صادق(ع) بوده و اولین مدوّن اصول فقه هشام بن حکم از اصحاب امام صادق(ع) است. چون هشام بن حکم، رساله ی بنام «کتاب الالفاظ و مباحثها» تألیف کرده است که از مباحث علم اصول است و روشن است که هشام از لحاظ زمانی مقدم بر امام شافعی(ره) و دیگران است. اصول اهل تشیع به شش دور تقسیم شده است: دوره تأسیس، دوره توسعه، دوره تکامل، دوره اوج اخبارگری و مقابله با آن، دوره تجدید حیات و دوره ژرف نگری.

سیر تاریخی عرف در استنباط

نزد اهل سنت: در اوائل، اصل واژه عرف نزد اهل سنت، مورد استفاده نبوده است بلکه از اصطلاحاتی همچون «عمل الناس»، «العمل المعمول به»، «سنة المسلمين»، «مالم یختلف المسلمون» «لا یختلف الناس» و... در منابع اصولی و فقهی کهن اهل سنت استفاده شده است. اولین کسانی از اهل سنت که به استفاده از این پدیده در استنباط احکام پرداخته اند، امام ابوحنیفه و سپس امام مالک بوده است. اصل واژه عرف از قرن چهارم به بعد در متون فقهی و اصولی اهل سنت دیده شده است.

نزد اهل تشیع: برخی از دانشیان، آشنایی فقه اهل تشیع با پدیده عرف را به دورانی بر می گردانند که در فقه اهل تشیع به نام عصر ظهور معروف است. اصطلاح عرف در فقه امامیه با کلمات متعددی از قبیل «اهل بلد»، «عادة البلد»، «عادة الناس»، «تعارف» و... استفاده شده و از رایج ترین کلمات مورد استفاده از پدیده عرف، در فقه اهل تشیع تا هنگام ظهور اخباریون، بوده است. اما پس از اخباریون و هنگام تفوق مجتهدین اصولی بر آنها، کلمات عرف و عادت، بیشتر در ادبیات فقهی اهل تشیع کاربرد داشته و معمول بوده است. این روند تا ظهور فقیهانی مثل صاحب جواهر (م ۱۲۶۶ق) و شیخ انصاری(م ۱۲۸۱ق) و مدتی بعد از آنها ادامه داشت. در قرون اخیر در ادبیات فقهی و اصولی اهل تشیع، واژه های جدیدی همچون سیره عقلاء و بنای عقلاء به وجود آمد که ظاهراً این کلمات در فقه و اصول اهل سنت دیده نمی شود.

فصل دوم

ماهیت، انواع و شرایط عرف معتبر در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

فصل دوم: ماهیت، انواع و شرایط عرف معتبر در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

مقدمه

ورود به بحث عرف و بررسی نقش آن در استنباط احکام، مقتضی آگاهی کامل از ماهیت، انواع و شرایط اعتبار این پدیده در شریعت اسلامی است. زیرا عدم آگاهی از این موارد، ورود به این بحث را غیر ممکن می‌کند. از همین جهت، فصل حاضر را برای بیان این موارد اختصاص داده ایم. این فصل دارای سه مبحث بوده که در مبحث اول ماهیت عرف مورد بررسی قرار می‌گیرد. مبحث دوم این فصل به انواع عرف از منظر فریقین اختصاص داشته و در مبحث سوم آن، شرایط عرف معتبر در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین بیان خواهد شد.

مبحث اول: ماهیت عرف

پدیده عرف از جهات مختلفی قابل بحث و بررسی بوده و به عنوان یک عامل مؤثر در استنباط احکام شناخته می‌شود. از همین جهت است که اصولیون، فقهاء و دانشمندان حقوق، در موارد و مسائل متعددی به سراغ عرف رفته و بحث‌های گسترده‌ی در این مورد داشته‌اند. ما نیز برای ورود به بحث قلمرو و نقش عرف در استنباط احکام، مباحثی در مورد ماهیت عرف در علوم مختلف، منشأ عرف و عناصر تشکیل دهنده‌ی آن و مباحث مهم دیگری از جمله رابطه شریعت و اجتهاد با عرف، سیر تاریخی عرف در استنباط و رابطه آن را با برخی از اصطلاحات را در این مبحث بیان می‌نماییم تا شناخت کافی از این پدیده برای خواننده حاصل شده و در حل مسائل فصل‌های بعدی دچار مشکل نشود.

گفتار اول: چیستی عرف

هریک از دانشمندان فقه و اصول، حقوق و جامعه‌شناسی معنایی برای عرف بیان داشته و تعریفی برای آن ارائه کرده‌اند که در ذیل به هر یک از آنها پرداخته خواهد شد اما قبل از آن، باید یادآور شویم که اگرچه هر یک از تعاریفات ارائه شده از سوی این دسته از دانشمندان از معنی لغوی عرف، خیلی دور

فصل دوم: ماهیت، انواع و شرایط عرف معتبر در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

نیست، اما معانی اصطلاحی که برای این واژه ارائه شده است، دیگر هاله های معنایی موجود در معنای لغوی را دارا نمی باشد.

الف: چیستی عرف در فقه و اصول فقه

دانشمندان فقه و اصول، هرچند در موارد متعددی از مسائل فقهی و اصولی عرف را مدنظر گرفته و به آن استدلال نموده اند اما نوعاً در صدد تعریف عرف و بحث در باره آن نبوده اند. بلکه آن را امری مسلم شمرده و با توجه به داشته های ذهنی خود در باره این واژه، در موارد متعددی از آن استفاده نموده اند.

با این حال، در فصل اول این پایان نامه در بحث مفهوم شناسی، دیدگاه های اصولیون و فقهاء در مورد تعریف عرف بیان شده و عرف معتبر در شریعت اسلامی نیز به تعریف گرفته شد. به گونه ای که برخی از فقهاء، عرف را آن چیزی می دانستند که از جهت عقل به نفوس استقرار یافته و طبایع سلیم آنرا تلقی به قبول نماید. اما پس از بررسی نظریات متفاوت فقهاء در مورد تعریف عرف، عرف معتبر در شریعت اسلامی از دیدگاه فقهاء را این گونه تعریف نمودیم: عرف معتبر عبارت از عادت جمهور قوم در قول یا فعلی است که با نص یا قواعد شرعی در تضاد نباشد.

ب: چیستی عرف در حقوق

از آنجا که عرف به عنوان یکی از منابع حقوق دانسته شده است، علمای حقوق نظریات مختلفی در خصوص تعریف عرف ارائه نموده اند که در ذیل به برخی از آنها اشاره می شود:

۱- عرف عبارت از قواعدی است که از وقایع اجتماعی استخراج شده و بدون دخالت قانونگذار، به صورت قاعده حقوقی درآمده است.^۱

عرف به این معنی عام بوده به جز قانون، شامل تمام منابع دیگر حقوق مثل رویه قضایی، قواعد ناشی از عقاید عالمان و عادات تجارتمی می شود.

۲- عرف عبارت از مجموعه ی مقرراتی است که از جانب شارع مقدس اسلام، وضع نشده باشد.^۲

^۱ ناصر کاتوزیان، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، ص ۱۷۸

^۲ محمد جعفر لنگرودی، حقوق اموال، ص ۵۶

فصل دوم: ماهیت، انواع و شرایط عرف معتبر در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

۳- عرف و عادت دیرینه عبارت از حقوقی است که از آداب و سجایای مردم به وجود آمده و اثر قانون را دارد.^۱

۴- عرف عبارت از قاعده‌ی است که بین مردم مرسوم شده و این رسم به اندازه‌ی قدرت گیرد که الزام آور شناخته شود.^۲

۵- عرف عبارت از اعتیاد مردم به نوعی از سلوک با اعتقاد به ملزم بودن آن و این که مخالفت با آن جزای مادی و اجباری در پی دارد.^۳

اختلاف نظرهای موجود در تعریف عرف نزد حقوقدانان نشان دهنده آن است که نمی‌توان تعریف حقیقی برای عرف رائه کرد که قابل انطباق و پذیرش در همه شاخه‌های حقوق باشد، زیرا گذشته از اشکالاتی که تعریفات مذکور ممکن است دارا باشد، ارائه تعریف حقیقی در چنین مواردی، عادتاً ممتنع است. بناءً تنها می‌توان به عنوان یک تعریف تعلیمی، که توانایی شمول عرف در تمام شاخه‌های حقوق را داشته باشد، آن را تعریف نمود و با در نظر داشت ویژه‌گی‌های عرف در تعریفات متعدد آن، می‌توان عرف را این‌گونه تعریف نمود: عرف عبارت از اعمال، عادات و روشهای است که به تدریج در طول زمان، بر اثر تکرار و بدون دخالت قوه‌ی قانون‌گذاری در اثر حوایج اجتماعی میان همه‌ی افراد جامعه یا گروهی از آنان به عنوان قاعده الزام آور در تنظیم روابط حقوقی، مقبول و مرسوم شده است. با توجه به این تعریف، دو ویژگی «عمومیت» و «الزام»، به عنوان ارکان اساسی عرف به شمار می‌روند.

تعریفات فوق و تعریفی که به عنوان تعریف جامع برای عرف بیان شد، بیان‌کننده چیهستی عرف در حقوق داخلی است. اما در حقوق بین‌الملل عمومی، عرف معنای دیگری دارد.

عرف در حقوق بین‌الملل عمومی ناشی از شیوه عمل و رفتار دولتها در ایجاد و بسط مناسبات خود با یکدیگر و روبه آنها در اختلافات با یکدیگر می‌باشد که در نتیجه تکرار این شیوه‌ی عمل و رفتار دولت‌ها در روابط بین‌المللی، نسبت به قواعدی که به تدریج در روابط مشترک آنها جنبه الزامی به خود گرفته است، ایمان و اعتقاد پیدا شده و به عنوان معیار سنجش ارزشهای حاکم، پذیرفته

^۱ حسین نجمیان، ارزیابی حقوق اسلام، ص ۱۳۱

^۲ سید جلال مدنی، مبانی و کلیات علم حقوق، ص ۲۰۰

^۳ مصطفی منصور، مذکرات فی المدخل للعلوم القانونیه، ج ۱، ص ۱۰۴

فصل دوم: ماهیت، انواع و شرایط عرف معتبر در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

می شود. چنانچه در بند ۲ ماده ۳۸ اساس نامه «دیوان بین المللی دادگستری» آمده است که عرف عبارت است از رویه عمومی دولتها که به صورت قاعده حقوقی مورد قبول آنها قرار گرفته است.^۱

ج: چیستی عرف در جامعه شناسی

پاسخ به چیستی عرف در جامعه شناسی از آن جهت حایز اهمیت است که شناسایی آن در این علم به شناخت صحیح عرف و کشف و تشخیص آن در جامعه ی که پذیرای احکام فقهی و حقوقی هستند کمک می کند.

از منظر جامعه شناسی عرف عبارت از رفتار اجتماعی است. اما هر رفتاری ماهیت اجتماعی ندارد و تنها زمانی از این ویژگی برخوردار است که رفتار فرد به طرز معناداری به سمت رفتار دیگران جهت گیری شده باشد.^۲

برخی از جامعه شناسان در تعریف عرف در جامعه شناسی گفته اند: عرف عبارت از رسوم است که دلالت های مهم شایست و ناشایست دارند.^۳

با توجه به فرهنگ و تمدن هر جامعه، عرفهای متفاوت و گوناگونی نیز در آنجا وجود دارد که غالباً در نظام حقوقی و آموزشهای مذهبی تجسم می یابند. جامعه شناسان در برخی موارد، به قوانین نیز عرف اطلاق می کنند و بر این نظر اند که قوانین عبارت از عرفهایی هستند که از اهمیت ویژه ی برخوردارند. به همین دلیل است که به صورت مقررات قانونی، رسمیت پیدا می کنند و افرادی که از این عرفها پیروی نکنند، در معرض مجازات قانونی قرار می گیرند.^۴

در پهلوی این قواعد رفتاری منهی عنه، قوانینی نیز وجود دارد که رعایت نکردن آنها باعث واکنش تند و شدید مردم می شود. چنین قواعد هنجاری را عرف می گویند. مثل اهانت به نهاد های مذهبی و...^۵ در جامعه شناسی، اصطلاحات عرف، آداب و رسوم و سنت از اصطلاحات نزدیک به هم هستند. عاداتی که مورد کنش مردم و رفتار اجتماعی گردیده و در جامعه تکرار گردد عرف است و اگر این

^۱ محمود عرفانی، حقوق تطبیقی و نظامهای حقوقی معاصر، ج ۱، ص ۴۳

^۲ ماکس وبر، مفاهیم اساسی جامعه شناسی، ترجمه احمد صدارتی، ۱۳۷۱، ص ۶۵

^۳ بروس کوئن، درآمدی بر جامعه شناسی، ترجمه محسن ثلاثی، ۱۳۷۴، ص ۳۹

^۴ بروس کوئن، همان

^۵ بروس کوئن، همان

فصل دوم: ماهیت، انواع و شرایط عرف معتبر در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

رابطه طولانی بوده و حد آن گسترده تر باشد رسم است و در صورتی که از شدت تکرار و قدمت بیشتر زمانی برخوردار باشد، سنت نامیده می‌شود.^۱

مرور نهایی بر تعاریفات عرف

پس از بیان ماهیت و تعریف عرف در فقه، حقوق و جامعه‌شناسی، لازم است که با توجه بر این تعاریفات، نکات کوتاهی را یادآور شویم:

۱- بدیهی است که واژه عرف یک واژه مجعول از جانب شارع یا قانونگذار نبوده و هیچ یک از آنان تعریفی برای آن ارائه نداده‌اند، بلکه این اصطلاح، همچون بسیاری از واژه‌های دیگر، واژه عرفی است. از این جهت و نیز با بررسی مواردی که در علم حقوق و فقه به عرف ارجاع داده شده است، می‌توان ادعا نمود که پدیده عرف با تمام ظرافت و پیچیدگی موجود در آن، پدیده‌ی است روشن که نیازی به تعریف ندارد. چون یک اصطلاح عرفی بوده و اجتماع به صورت کاربردی با آن آشنا هستند.

۲- دقت و ژرفنگری در تعاریفات گذشته برای عرف نشان دهنده این مطلب است که هیچ یک از تعاریفات مذکور تعریف حقیقی و به قول منطقیون «حد تام» برای عرف نیستند. هرچند هر یک از این تعاریف، درباره شناخت عرف و دریافت معنا و ظرافتهای موجود در آن، کمک زیادی به ما نموده و افق‌های بسیاری را پیش روی ما می‌گشاید.^۲

۳- یکی از معانی عرف در نزد اهل لغت، نیکو و حسن بودن است. اما منظور از آن در انجام یا ترک فعل، حسن ذاتی آن فعل یا ترک نیست بلکه هدف از آن، مقبولیت و پذیرش در میان توده‌ی از افراد اجتماع می‌باشد. خواه انجام یا ترک آن فعل دارای حسن ذاتی باشد یا خیر. چون در غیر این صورت، تعریف عرف تنها شامل عرفهای حسن خواهد شد در حالیکه وجود عرف‌های بد در اجتماع، انکار ناپذیر است.^۳

۴- بررسی تعاریفات گذشته از عرف، مخصوصاً تعاریفات اصولیون، نشان می‌دهد که در برخی از این تعاریفات کلمه «عقل» به کار گرفته شده است. این کاربرد بیانگر دخالت عقل در تکوین

^۱ سید علی جبار گلباغی، پیشین، صص ۳۱-۳۵

^۲ همان ص ۳۶

^۳ محمد جعفر جعفری لنگرودی، دانشنامه‌ی حقوقی، ج ۲ ص ۵۸

فصل دوم: ماهیت، انواع و شرایط عرف معتبر در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

عرف و نیز بیانگر پذیرش ویژگی عقلانی بودن عرف از سوی آنان است؛ به این معنی که رفتار اجتماعی تنها زمانی می‌تواند عرف باشد که از نظر عقل مورد قبول و پذیرش قرار گیرد. تا جایی که برخی عرف را طوری از اطوار عقل و مرتبه‌ی از مراتب آن می‌دانند و برای آن حکومتی در برابر عقل قایل نیستند، بلکه حکم عرف را همان حکم عقل می‌دانند.^۱

اشتراک ویژگی عقلانی بودن در تعریف عرف تنها مختص فقه و اصول و حقوق اسلام و دانشمندان مسلمان نیست، بلکه این گرایش در بین حقوقدانان غیر مسلمان نیز وجود داشت که حقوق را نتیجه تفکرات قانونگذار می‌دانستند و به همین سبب، حقوقدانان مسیحی قرون وسطی بر این باور بودند که عرف (به عنوان منبع حقوق) باید با عقل سازگار باشد، البته آنها عرفی را مدار اعتبار می‌دانستند که با حقوق کلیسا و تعلیمات مسیح مخالف نباشد.^۲

بر اثر همین تفکر و گرایش به عقلانیت، در قرن هفدهم و هجدهم میلادی، مکتب حقوق طبیعی بنا نهاده شد که این مکتب مبتنی بر «اصالت عقل» بود. امروزه حقوق دانان دیگری نیز بر ویژگی عقلانی بودن عرف تأکید می‌ورزند.^۳

در بررسی عقلانی و خرد پذیر بودن عرف باید گفت این را نمی‌توان انکار کرد که ویژگی عقلانی بودن مانعی در برابر اجرای عرفهای مضر و فاسد است، اما این را نیز نباید از یاد برد که برخی از اصولیون، پذیرش ویژگی عقلانی بودن عرف را با ویژگی تحول پذیری آن، در تنافی می‌دانند. زیرا آنها قائل اند که با تغییر عرف بر اثر اختلاف زمان و مکان، نمی‌توان قائل به تغییر عقل نیز شد.^۴

گفتار دوم: منشأ عرف

آنچه واضح است این است که هر عمل اختیاری، ناشی از نوعی انگیزه است. این انگیزه می‌تواند خارجی باشد، مثل انگیزه کسب منفعت، که باعث انجام برخی اعمال می‌گردد؛ یا این که انگیزه داخلی باشد مثل حب انتقام که باعث می‌شود انسان برخی از امور را به سبب آن، انجام دهد.^۵

^۱ سیدعلی جبار گلباغی، پیشین، ص ۳۷

^۲ هانری لوی برول، جامعه شناسی حقوق، ترجمه ابوالفضل قاضی، ۱۳۷۰، ص ۵۸

^۳ همان،

^۴ سید محمد تقی الحکیم، اصول العامه للفقہ المقارن، ص ۴۰۵

^۵ مصطفی احمد زرقاء، المدخل الفقہی العام، ج ۲ ص ۸۶۷

فصل دوم: ماهیت، انواع و شرایط عرف معتبر در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

این انگیزه‌ها، باعث پیدایش میل و رغبت باطنی انسان‌ها در انجام عمل می‌گردد. بناءً وقتی این میل در وجود انسان رشد نموده و باعث شود انسان، فعل یا قولی را به صورت مکرر انجام دهد، این اقوال یا افعال، تبدیل به عادت می‌گردد.

انجام این عادت توسط فرد، به افراد پیرامونش نیز تأثیر می‌گذارد، به گونه‌ای که آنها به تقلید از آن شخص می‌پردازند، چون حب تقلید و اقتداء، فطرتاً در ذات انسان‌ها وجود دارد بناءً اجتماع به تقلید از این شخص پرداخته و عمل یا قولش را مکرراً انجام می‌دهد، که در این صورت، این عمل بین آنها شایع و متعارف گردیده، عرف و عادت اجتماع، شکل می‌گیرد.^۱ بناءً می‌توان ادوار پیدایش عرف را به چهار دور: میل، عمل، تقلید و تکرار، تقسیم نمود.

عرف تنها مختص افعال نیست، بلکه شامل اقوال نیز می‌گردد. چون انسان به تفاهم با کسانی که اطرافش زندگی می‌کنند، نیاز دارد. تفاهم با انسان‌های دیگر به روش‌های متعددی ممکن است. از قبیل: اشاره، کتابت، نصب علامات و... اما واضح است که افهام و تفهیم با موارد مذکور، به آسانی به دست نمی‌آید؛ بناءً بهترین و ساده‌ترین راه برای ارتباط با یکدیگر، روش تعبیر الفاظ است. به این معنی که انسان‌ها، الفاظی را برای برقراری ارتباط انتخاب نموده و آن را مکرراً استفاده می‌نمایند تا به عنوان یک لغت عام در بین آنها پذیرفته شود.

با این حال، با پیدایش علوم مدنی و به وجود آمدن فنون تخصصی، استفاده از این لغات عام برای استفاده در این فنون، دشوار به نظر می‌رسد و ممکن است باعث اشتباه در افهام و تفهیم گردد. از این جهت، اهل لغت و صاحبان این فنون تخصصی، الفاظ و اصطلاحات خاصی را مختص فن و علم شان انتخاب نموده و در چارچوب آن فن از آن استفاده می‌نمایند که این کار، به سهولت در برقراری ارتباط، کمک می‌نماید. اهل لغت، این اصطلاحات را عرف خاص می‌گویند.^۲

در اکثر موارد، کلمات عرفی در اصل مجازهای لغوی هستند که مراد از آنها جز با قرینه دانسته نمی‌شود. اما با استعمال و تکرار در بین اهل عرف، به مجاز مشهور تبدیل می‌شوند و کثرت استعمال باعث می‌گردد که مراد از آن، بدون قرینه نیز دانسته شود. قسمی که در این مرحله، معانی اصلی این

^۱ احمد فهمی ابو سنه، العرف و العادة فی رأی الفقهاء، ص ۱۴

^۲ مصطفی احمد زرقاء، پیشین، ص ۸۶۸

فصل دوم: ماهیت، انواع و شرایط عرف معتبر در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

کلمات، به گونه‌ای متروک می‌گردند که جز با قرینه دانسته نمی‌شوند. این بدان معنی است که استعمالات عرفی یک کلمه، جدا از استعمالات لغوی آن بوده و یک استعمال عرفی می‌تواند معنی کاملاً متفاوتی نسبت به معنی اصلی یک کلمه داشته باشد.

گفتار سوم: عوامل مؤثر بر پیدایش عرف

همان گونه که قبلاً بیان کردیم، وجود انگیزه، باعث پیدایش اعمال، تکرار اعمال باعث پیدایش عادات و تقلید انسانها از این عادات، باعث پیدایش عرف می‌گردد. اما واضح است که انگیزه‌ها و اسباب مختلفی برای انجام یک عمل و در نتیجه پیدایش عرف وجود دارد. برخی از عرف و عادات، ناشی از درک عقل، برخی ناشی از حاجت و مصلحت، برخی ناشی از قهر و غلبه، برخی ناشی از فطرت و... می‌باشد.

۱. درک عقل

در بسیاری از نوشته‌ها، درک عقل به عنوان تنها منبع یا یکی از منابع پیدایش عرف بیان گردیده است. ^۱چون گاه مردم از آن جهت که عاقل هستند، انجام یا ترک یک عملی را دارای مصلحت می‌بینند، از این جهت بر آن توافق می‌نمایند که به تدریج به یک هنجار و عادت تبدیل می‌گردد. این عرفها در نزد فقهاء به نام سیره عقلاء یاد می‌گردد، مثل رجوع جاهل به عالم، اعتماد به ظواهر کلام و موارد دیگری که تمام مردم آن را پذیرفته و به آن عمل می‌نمایند. ^۲ به عبارت دیگر، تمسک به این نوع از عرف، ناشی از نکات عقلایی است که عقلاء با وجود اختلاف زمان، طرز زندگی و فرهنگ شان، به آن اتفاق دارند.

۲. حاجت و مصلحت

عرف پدیده اجتماعی است که یکی از مبادی آن، نیازها و ضروریات جامعه است که انسانها فطرتاً آن نیازها و ضرورتها را دریافته و بدون این که با آنها مخالفت نمایند، وجود آن قواعد و مقررات عرفی را برای حفظ نظم زندگی، لازم می‌دانند. برخی از صاحب‌نظران، فطرت را عوض حاجت و مصلحت، به عنوان منشأ عرف ذکر کرده‌اند، ^۳ زیرا فطرت در درک و شناسایی این دسته از نیازها،

^۱ ابوالقاسم علی دوست، فقه و عرف، ص ۶۴

^۲ سید نظیر حسینی، نظریه‌العرف بین الشریعت والقانون، ص ۳۱

^۳ ابوالقاسم علی دوست، پیشین ص ۶۵- نائینی، فوائد الاصول ج ۳ ص ۱۹۳

فصل دوم: ماهیت، انواع و شرایط عرف معتبر در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

دخالت دارد؛ از این جهت، می‌توان فطرت را منشأ درک این نیازها دانست. به عنوان مثال، فرار اختیاری از آنچه مضر شناخته می‌شود، یک عرف است که به فطرت و غریزه مستند است. همچنان برخی، وجوب اطاعت مولا و وجوب احتیاط یا اجتهاد یا تقلید در احکام را مستند به فطرت می‌دانند.^۱ مرحوم نائینی می‌فرماید: «بیشتر بنای عقلا پدید آمده از گرایش‌های فطری آنان است».^۲

برخی از فقهاء معتقدند اکثر عادات و عرفها، ناشی از حاجت است. چون در زندگی انسان، شرایط خاصی به وجود می‌آید که او را به انجام عمل خاصی، فرا می‌خواند. این عمل طوری تکرار شده و شایع می‌گردد که در نتیجه تبدیل به عرف رایج می‌گردد. مثل نشأت بیع وفا و وقف انواعی از اموال منقول یا عقد استصناع و بیع معاطات که ناشی از مصلحت و حاجت انسان‌ها هستند.^۳ با این حال واضح است که این مصالح بر حسب اوضاع طبیعی، اجتماعی، اقتصادی، اقلیمی و... متفاوت هستند.^۴

۳. وحی و شبه آن

بدون تردید وحی و اندیشه انبیا در پیدایش بسیاری از هنجارها و عادات نیکو مؤثر بوده‌اند. عرف در صورتی که منشأ الهی داشته و مورد امضای شریعت اسلام و عمل مسلمین قرار بگیرد، عنوان «سیره متشرعه» را در مورد آن به کار می‌برند.^۵ چنانچه در تعریف سیره متشرعه گفته‌اند: عبارت است از رفتار عملی جمیع مسلمانان یا مذهب خاصی از آنان، که به آن سیره اسلامی، سیره دینداران، رویه مذهبی‌ها، سیره شرعی و فرهنگ مذهبیون هم گفته می‌شود.^۶

۴. سلطه حاکمان

از جمله علل پیدایش عرف، قهر و جبر قدرتهای حاکم است. چنانچه محقق نائینی می‌فرماید: مبدأ طریقه عقلاء گاه قهر قاهر و جبر سلطان جائری است که تمام مردم زمان خود را بر این طریقه مجبور

^۱ سید محسن حکیم، مستمسک العروة الوثقی، ج ۱ ص ۶

^۲ نائینی، پیشین، ج ۳ ص ۱۹۲

^۳ سید نذیر حسینی، نظریه العرف بین الشریعت والقانون ص ۳۲

^۴ احمد فهمی ابوسنه، العرف والعاده فی رأی الفقهاء ص ۱۶

^۵ ابوالقاسم علیدوست، پیشین، ص ۶۶

^۶ حمید فرجی، اصول فقه عمومی، ج ۲ ص ۲۰۲

فصل دوم: ماهیت، انواع و شرایط عرف معتبر در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

می‌نماید، اما عقلاء در زمان های بعد آن را به عنوان راه و روش خویش انتخاب می‌نمایند تا جایی که در ذهن آنها نهادینه شده و از مرتکبات آنها گردد.^۱

این عرف ها نتیجه امر سلطان حاکم یا رغبت او به انجام کاری می‌باشد که با مرور زمان عام شده و سایر کشورها نیز به انجام آن می‌پردازند؛ مثل برگزاری محفل در مولود نبی که حکام شیعی فاطمی آن را به وجود آوردند، اما پس از آنها نیز در بین مردم و ملت ها رایج گردیده است.^۲

عرفهای که ناشی از سلطه حاکم باشد، گاهی اوقات ممکن است محلل حرام باشد، مثل اجبار جوانان بر خلع حجاب یا ثبت نکردن اسم اطفال از همسر دوم در ادارات رسمی و... که این عرف ها در شریعت اسلامی مدار اعتبار نمی‌باشد.^۳ هر یک از این عرف ها با ضوابط و قواعد شرعی، سنجش می‌گردند که اگر موافق آن قواعد باشند مورد قبول بوده و در صورت مخالفت با آنها، ترک می‌گردد.

۵. اغراض شخصی

برخی از عرف ها نیز منشأ شخصی داشته و اشخاص فقط برای امیال شخصی خویش از آن پیروی می‌کنند. مصلحت اجتماع در چنین عرفهای در نظر گرفته نمی‌شود، بلکه اشخاص معدودی از آن نفع برده و برای تداوم این نفع، از این نوع عرف ها پیروی می‌نمایند. مثل ربا و کسب منفعت از اعیان محرمه و همچنان تجمع ثروت در دستان جمع قلیلی از افراد که نتیجه نظامهای ربوی و استفاده از عرفهایی است که برای اغراض شخصی تعداد معدودی از افراد به وجود آمده است.^۴

۶. عوامل دیگر

تقلید از گذشتگان، مسامحه و راحت طلبی، عوامل و ارتکازات فرهنگی و دینی همچون عواطف و اعتقادات دینی و مذهبی، خصوصیات اخلاقی و اموری از این قبیل نیز منشأ آفرینش بخشی از عرفها می‌باشد. به همین دلیل است که نمی‌توان همه عرف ها را دارای منشأ و حیانی و عقلانی، موافق مصلحت و فطرت دانست.

برای اثبات این مدعا می‌توانیم بیان نماییم که امروزه در برخی از کشورهای غربی، حدود ۶۵٪ افراد حتی بدون ازدواج به سبک مسیحی با هم زندگی می‌نمایند. یک نظر سنجی رسمی نشان می‌دهد

^۱ نائینی، فوائد الاصول ج ۳ ص ۱۹۲

^۲ مصطفی احمد زرقاء، پیشین، ج ۲ ص ۸۶۹

^۳ سید نذیر حسنی، پیشین ص ۳۲

^۴ سید نذیر حسنی، همان

فصل دوم: ماهیت، انواع و شرایط عرف معتبر در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

که ۵۸٪ جوانان امریکایی اعلان کرده اند که همجنس بازی کار درستی است و چنین عملی نه تنها جرم نیست بلکه بیماری نیز نبوده و یک مسأله طبیعی و وابسته به نوع غده های درونی یا مسائل وراثتی است که در افراد وجود دارد.^۱

بنابر این نه فقط در تحلیل علمی بلکه با کار میدانی و آماری نیز چنین نتیجه می گیریم که برخی از عرفها برخوردار از منشأ صحیح و برخی هم فاقد این ویژگی هستند. در صورت مواجهه با هر یک از عرف های فوق، فقیه به بررسی منشأ آنها و سبب انتشار آنها می پردازد. هریک از آنها را که موافق با شریعت اسلامی باشد، تأیید نموده و آنچه را که مخالف شریعت اسلامی باشد، ترک می نماید.

گفتار سوم: عناصر تشکیل دهنده عرف

پدیده عرف با تمام وضوح معنایی اش خالی از پیچیدگی و ظرافت نیست. از این جهت است که گاه تشخیص آن در میان اجتماع، بسیار سخت و دشوار می نماید. به همین علت دانشیان فقه و حقوق، برای تسهیل دریافت پدیده عرف وجود عناصری را در تکوین این پدیده لحاظ کرده اند که با دریافت وجود آن عناصر در هر رفتار اجتماعی، می توان به پدیده عرف دست یافت. این عناصر عبارت اند از:

- ۱- عمل معین (کردار، گفتار)
- ۲- تکرار آن عمل معین و فراگیری آن در همه مردم یا غالب آنان
- ۳- ارادی بودن آن عمل؛ به این معنی که عمل مذکور غریزی نباشد.^۲

گفتار چهارم: رابطه شریعت و اجتهاد با عرف

از عناصری که شارع مقدس در شریعت اسلامی مورد نظر قرار داده، حضور پر رنگی در فقه داشته و متصدی اجتهاد باید آن را در کار خویش لحاظ نماید، عرف است. اجتهاد بدون لحاظ عرف، سامان نمی یابد و به انجام نمی رسد، از همین جهت است که برخی از فقیهان و اصولیون شیعه و اهل سنت، در بیان مقدمات و شرایط اجتهاد، انس به محاورات و فهم موضوعات عرفی را مطرح کرده و اجتهاد را بدون شناخت عادات مردم، نا تمام دانسته اند.

^۱ ابوالقاسم علی دوست، پیشین ص ۶۸

^۲ محمد ابراهیم جناتی، پیشین، ص ۳۹۵

فصل دوم: ماهیت، انواع و شرایط عرف معتبر در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

به عنوان مثال، امام خمینی (ره) رسیدن به رتبه اجتهاد و حصول قوه استنباط را مشروط به شرایطی می‌داند که از جمله آن شرایط، آگاهی از کیفیت محاورات عرفی می‌باشد.^۱

دکتر یوسف قرضاوی از اصولیون معاصر اهل سنت، نیز به بیان تأثیر عرف در اجتهاد پرداخته و آگاهی از حیات و عادات انسان‌ها را از جمله شرایط بلوغ به مرتبه اجتهاد می‌داند.^۲ محمد امین بن عابدین از فقهاء مشهور احناف، آگاهی از محاورات عرفی را شرط اجتهاد و فتوی دانسته، موارد متعددی از تفاوت عرفها ذکر کرده و اهمیت آگاهی از عرف برای فقیه را در پرتو این موارد، روشن ساخته است.^۳

البته به همان اندازه که سهم عرف در شریعت اسلامی و دخالت آن در استنباط احکام، امری مسلم و مقبول همگان است، تعیین دقیق این دخالت و فهم صحیح آن، امری مبهم و قابل بحث است. از این رو، بسیاری از اظهار نظرهای که در باره نقش عرف در استنباط و اهمیت آن در اجتهاد شده است، خالی از افراط و تفریط نیست.

به عنوان مثال، برخی معتقدند که پا بر جا ترین سیره‌ها و عرف‌ها می‌تواند مورد امضای شارع قرار نگیرد، بالاتر از این بسیاری از سیره‌های مردم ناشی از تسامح و بی‌اعتنایی آنها به امر دین است.^۴ طبق این نظریه، منبع بودن عرف در احکام شرعی، امر غیر ممکن به نظر می‌رسد.

از جانب دیگر، برخی فقه را محکوم به تبعیت از عرف در بی‌شماری از موارد می‌دانند و معتقدند که فقه نیز باید پا به پای جامعه به پیش برود و بر چنین عرفها (عرف معاملی مردم) مهر صحت بزند. چون جنگ با عرف عقلاً بر خلاف عقل و شرع است و جز شکست، فرجامی ندارد.^۵

با توجه به بیانات فوق، افراط و تفریط در دخالت و یا عدم دخالت عرف در استنباط احکام، به روشنی مشاهده می‌گردد. اما با این حال، با نگاه منصفانه به این موضوع، اهمیت عرف و آگاهی از محاورات عرفی در رسیدن به مرتبه اجتهاد کاملاً و به روشنی قابل مشاهده است.

^۱ روح الله خمینی، الاجتهاد و التقليد، ص ۸

^۲ یوسف قرضاوی، الاجتهاد فی الشریعت الاسلامی، ص

^۳ محمد بن امین بن عابدین، مجموعه رسائل ابن عابدین، ج ۲ ص ۱۲۳

^۴ شیخ مرتضی انصاری، المکاسب، ص ۸۳

^۵ علیرضا فیض، «نقش زمان و مکان در فقه و اجتهاد»، فصل نامه حضور، شماره ۵ و ۶ تابستان و پاییز ۱۳۷۱ ص ۲۴

فصل دوم: ماهیت، انواع و شرایط عرف معتبر در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

گفتار پنجم: عرف و معروف در نصوص دینی

واژه های عرف و معروف، در نصوص و متون دینی به کرات استفاده شده است. به گونه ای که واژه عرف در قرآن کریم دو مرتبه و واژه معروف، سی و دو مرتبه به کار رفته است.^۱ واژه عرف در کاربرد اول بمعنی «معروف، خصلت پسندیده و آنچه فعلش عقلاً یا شرعاً نیکو باشد»^۲ آمده است و در کاربرد دوم بمعنی «احسان و نیکی» یا «تتابع و پی در پی بودن» به کار رفته است.^۳ کلمه «معروف» در تمام کاربردهای آن در قرآن کریم به یکی از دو معنی آمده است: اول: امر پسندیده و صالح، اعم از گفتار، کردار، پندار، فعل و ترک فعل^۴ دوم: معمول و متعارف^۵

مفهوم قرآنی واژه های «عرف» و «معروف» غالباً ارزشی، اخلاقی و اصلاحی است و با این که در لغت تا زمان ابن اثیر (۵۴۴-۶۰۶ق) دیده نشده که چنین باری به این دو کلمه و جهت ضد اخلاقی به واژه «منکر» داده شود، اما در قرآن و متون تفسیری، چنین کاری صورت گرفته است. مأنوس بودن کردار و گفتار نیک و شناخت عقل و فطرت نسبت به آن و نامأنوس بودن امر قبیح و عدم آشنایی عقل و فطرت نسبت به آن، می تواند مورد نظر خداوند در این کاربرد باشد. بر این بنیاد باید گفت: عرف و معروف، فطری و مأنوس عقل و منکر، غیر فطری و ناآشنا برای عقل است.^۶

گفتار ششم: رابطه عرف با برخی از اصطلاحات

عرف به عنوان یکی از عوامل موثر در استنباط احکام، با برخی از اصطلاحات دیگر ارتباط دارد. این ارتباط ممکن است نسبت تساوی، تباین، عموم و خصوص مطلق و... را بین عرف و این اصطلاحات به وجود آورد. که در ذیل به بررسی ارتباط عرف با این اصطلاحات می پردازیم:

^۱ محمد فواد عبدالباقی، المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الکریم، ص ۴۵۸

^۲ «خَذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ» اعراف-۱۹۹

^۳ ابوعلی فضل بن حسن طبرسی، مجمع البیان، ج ۴ ص ۴۱۵؛ احمد شاکر، عمده التفسیر عن الحافظ بن کثیر، ج ۲ ص ۹۰

^۴ «والمُرسلاتِ عُرْفًا» مرسلات-۱

^۵ ابوعلی فضل بن حسن طبرسی، پیشین، ج ۱۰ ص ۲۲۸

^۶ به طور نمونه: بقره ۱۷۸-۲۲۹-۲۳۱-۲۳۵-۲۶۳، آل عمران ۱۰۴-۱۱۰-۱۱۴، نساء ۵-۸-۱۹-۱۱۴، اعراف ۱۵۷، توبه ۶۷-۷۱-۱۱۲

^۷ بقره ۲۳۳-۲۳۶-۲۴۱، نساء ۶-۲۵

^۸ ابوالقاسم علی دوست، پیشین، ص ۴۸

فصل دوم: ماهیت، انواع و شرایط عرف معتبر در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

اول: عرف و عادت

عادت واژه عربی است که از ماده «عود»^۱ یا «معاودة»^۲ گرفته شده و به معنی تکرار آمده است. عادت در اصطلاح اصولیون به عبارات مختلفی تعریف شده است از جمله:

- ۱- «الامور المتكررة من غير علاقة عقلية»^۳. اموری متکرره بدون ارتباط عقلی
- ۲- «تكرير الشئ دائماً او غالباً على نهج واحد بلاعلاقة عقلية»^۴. تکرار مداوم یا غالبی شئی بر روش واحد بدون ارتباط عقلی.
- ۳- «ما يستقرُّ في النفوس من الامور المتكرره المعقوله عند الطباع السليمة»^۵. آنچه از امور متکرره ی معقوله نزد طبیعت های سالم که در نفوس استقرار پیدا می کند.
- ۴- «عبارت از خوی و کاری است که انسان به آن خو بگیرد و در وقت معین انجام بدهد»^۶.
- ۵- «العادة اسم لتكرير الفعل والانفعال حتى يصير ذلك سهلاً تعاطيه كالطبع و لذلك قيل: العادة طبيعة ثانية»^۷. عادت اسمی برای تکرار فعل و انفعال است تا به گونه ای آسان گردد که مثل اشیاء طبیعی با آن تعاطی نمایند. از همین جهت است که گفته شده است: عادت، طبیعت دوم است.
- ۶- «العادة مأخوذة من المعاودة فهي بتكرارها و معاودتها مرة بعد اخرى صارت معروفة مستقرة في النفوس والعقول متلقاة بالقبول من غير علاقة و لا قرينة حتى صارت حقيقة عرفية»^۸. عادت از معاودة گرفته شده چون با تکرار پی در پی در جانها و عقول شناخته شده و استقرار یافته و مورد پذیرش قرار گرفته، بدون هیچ گونه ارتباط عقلی و قرینه ی، تا به حقیقت عرفی تبدیل شده است.

^۱ مرتضی حسینی زبیدی، تاج العروس من جواهر القاموس، ج ۸ ص ۴۴۳

^۲ قطب مصطفی سانو، معجم مصطلحات اصول الفقه ص ۲۷۳

^۳ احمد فهمی ابوسنه، پیشین، ص ۱۲- الموسوعه الفقهيه الكويتيه، ج ۲۹ ص ۲۱۵

^۴ مرتضی حسینی زبیدی، همان

^۵ رفیق العجم، موسوعه مصطلحات اصول الفقه عند المسلمین، ص ۸۹۰- ابن نجیم، الاشباه والنظائر علی مذهب ابی حنیفه النعمان، ص ۷۹

^۶ حسن عمید، فرهنگ عمید، ص ۷۲۳

^۷ راغب اصفهانی، المفردات فی غریب القرآن، ۵۹۴

^۸ محمد امین بن عابدین، مجموعه رسایل ابن عابدین، ج ۲ ص ۱۱۴

فصل دوم: ماهیت، انواع و شرایط عرف معتبر در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

بیانات فوق در مورد تعریف عادت، نشان دهنده ی متفاوت بودن مفهوم آن از منظر اهل لغت و اصولیون است. اما با این حال، می توان همه این معانی را مربوط عادت دانست و تفاوت آن را ناشی از کاربردهای مختلف آن در زبان مردم حساب نمود. با این حال از این تعریفات دانسته می شود که عادت مفهوم وسیعی داشته و هر قول و فعل متکرر، چه از یک فرد و چه از افراد متعدد را شامل می شود.

رابطه عرف و عادت

در مورد رابطه عرف و عادت، یکی بودن یا نبودن آنها و همچنین نسبت بین آنها، گرایش ها و نظریات متعددی وجود دارد که در ذیل به مهم ترین آنها اشاره می نماییم:

۱- تساوی عرف و عادت: برخی از علماء معتقدند که عرف و عادت مترادف یکدیگر بوده و هیچ تفاوتی با هم ندارند. چنانچه استاد عبدالوهاب خلاف می گوید: در لسان اهل شرع، تفاوتی بین عرف و عادت نمی باشد.^۱ استاد علی حیدر نیز در کتاب شرح مجله آورده است که عرف و عادت به یک معنی است.^۲ ابوحامد غزالی، نسفی حنفی، ابن نجیم، ابن عابدین و برخی دیگر از اصولیون نیز قائل به این نظریه هستند.^۳ البته ابن عابدین حنفی قائل بر تفاوت عرف و عادت از حیث مفهوم و عدم تفاوت آنها از حیث مصداق است. چنانچه در رساله نشر العرف فی بناء بعض الاحکام علی العرف آورده است: واژه عادت از معاوده گرفته شده چون با تکرار چیزی در جانها و عقول شناخته شده و استقرار یافته و مورد پذیرش قرار گرفته، بدون هیچ گونه علاقه و قرینه ی و این حقیقت عرفی می شود، پس عرف و عادت از نظر مصداق متحد و از نظر مفهوم، مختلف است.^۴ فرق مفهومی عرف و عادت در این است که در عرف، جهت عقلایی مورد لحاظ است اما این ویژگی در عادت وجود ندارد.^۵

۲- عموم و خصوص مطلق: برخی نسبت بین عرف و عادت را نسبت عموم و خصوص مطلق می دانند. اما با این حال، صاحبان این نظریه دارای دو گرایش هستند. گرایش اول به استناد

^۱ عبدالوهاب خلاف، علم اصول الفقه، ص ۸۹

^۲ علی حیدر، در الاحکام فی شرح مجله الاحکام، ج ۱ ص ۴۴

^۳ ابن نجیم، پیشین، ص ۷۹- ابن عابدین، پیشین، ص ۱۱۴- محمد ابراهیم جناتی، منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی، ص ۳۹۴

^۴ ابن عابدین، همان

^۵ محمد ابراهیم جناتی، همان

فصل دوم: ماهیت، انواع و شرایط عرف معتبر در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

این که عادت منحصر به اعمال است و عرف شامل گفتار نیز می‌شود، عرف را عام و عادت را خاص می‌دانند. چنانچه ابن همام، بزدوی و صاحب تلویح، قائل به این نظریه هستند.^۱ اما گرایش دوم عادت را عام و عرف را خاص می‌دانند. به این معنی که هر عرف را می‌توان عادت محسوب نمود اما هر عادت را نمی‌توان در زمره عرف قرار داد. زیرا عادت هر یک از جنبه های فردی و اجتماعی را شامل می‌شود در حالی که عرف تنها دارای جنبه جمعی است و جنبه فردی درباره آن صدق نمی‌کند. افزون بر این که عادت شامل آنچه از عقل صادر شده است و قول یا عملی که هیچ ارتباط عقلی ندارد نیز می‌گردد.^۲

۳- عموم و خصوص من وجه: برخی معتقدند نسبت بین عرف و عادت، نسبت عموم و خصوص من وجه است. زیرا از جانی، عرف عام تر از عادت است و شامل هر یک از افعال و اقوال می‌شود در حالیکه عادت منحصر به افعال است. اما از جانب دیگر، عادت عام تر از عرف است زیرا عرف تنها جنبه جمعی دارد در حالیکه عادت، هر یک از جنبه های فردی و جمعی را شامل می‌شود. بناءً نسبت بین این دو، نسبت عموم و خصوص من وجه می‌باشد.^۳

۴- تباین: برخی با استدلال به این که عرف مخصوص اقوال بوده و عادت، مخصوص افعال است، نسبت بین آن دو را تباین می‌دانند. چنانچه دکتر سید صالح عوض، به نقل از کتاب فصول البدایع فی اصول الشرایع این نظریه را بیان کرده است.^۴ در حالیکه استاد ابوسنه به نقد این نظریه پرداخته و آن را بی معنی دانسته است، چون فقهاء سلف و خلف، عادت را به هریک از افعال و اقوال، جاری می‌کردند.^۵

وجه تمایز دیگری که می‌توان برای عرف و عادت در نظر گرفت، الزام آور بودن عرف است. به همین جهت است که بسیاری از رفتارهای اجتماعی که بر اثر تکرار، جنبه عمومی یافته اند،

^۱ محمد بحر العلوم، الاجتهاد اصوله و احکامه، ص ۸۳- سید نذیر حسینی، پیشین، ص ۵۴

^۲ عمر بن عبدالکریم الجیدی، العرف و العمل فی المذهب المالکی و مفهومها لدی علماء المغرب، ص ۳۸- سید نظیر حسینی، همان

^۳ ابوالحسن محمدی، مبانی استنباط حقوق اسلامی (اصول فقه)، ص ۲۵۵

^۴ سید صالح عوض، اثر العرف فی التشریع الاسلامی، ص ۶۰

^۵ احمد فهمی ابوسنه، پیشین، ص ۱۱

فصل دوم: ماهیت، انواع و شرایط عرف معتبر در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

اما نزد مردم الزامی نیستند، عرف شمرده نمی‌شوند، بلکه به عنوان عادات، آداب و رسوم اجتماعی شناخته می‌شوند.^۱

دوم: عرف و اجماع

اجماع در لغت به دو معنی آمده است:

- ۱- عزم: «أَجْمَعَ فلان على الأمر-ای عَزِمَ عَلَيْهِ»
- ۲- اتفاق: «أَجْمَعَ القَوْمُ على كذا-ای اتَّفَقُوا»^۳ امام غزالی می‌گوید اجماع، مشترک لفظی بین عزم و اتفاق است.^۴

در اصطلاح اصولیون اهل سنت، تعاریف متعددی از اجماع آمده است اما بنا بر قول جمهور، اجماع عبارت از اتفاق مجتهدین از امت محمد (ص) بعد از وفات ایشان، در عصری از عصور بر حکم شرعی است.^۵

اما در نزد اهل تشیع کلمه اجماع در پهلوی اجماع تمام مجتهدین عصر، بر اتفاق جماعت قلیلی که اتفاق آنها اصطلاحاً اجماع نامیده نشود نیز اطلاق می‌گردد، اما مشروط بر این که اتفاق آنها کاشف از قول معصوم باشد و اجماعی که کاشف از قول معصوم نباشد، هر چند اتفاق تمام مجتهدین بوده و اصطلاحاً به آن اجماع نیز گفته شود، در نزد اهل تشیع معتبر نیست.^۶ در واقع شرط کاشفیت از قول معصوم، جوهر خلاف بین اهل سنت و اهل تشیع در حجیت اجماع است.

تفاوت دیگر اجماع در بین اهل سنت و اهل تشیع این است که اهل سنت اجماع را دلیل مستقلاً در پهلوی کتاب و سنت می‌دانند، اما اهل تشیع، اجماع را دلیل مستقل ندانسته و آن را ابزار کشف دلیلی از کتاب و سنت می‌دانند که برای اجماع کنندگان معلوم بوده و برای ما مجهول است. چنانچه محمد حسین نائینی می‌گوید: اجماع دلیل مستقلاً در برابر ادله سه گانه (کتاب، سنت، عقل) نیست.^۷

^۱ سید محمد واسعی، جایگاه عرف در فقه، ص ۲۶

^۲ وهبه الزحیلی، اصول الفقه الاسلامی، ج ۱ ص ۴۸۹

^۳ وزارت اوقاف و شؤون اسلامی، موسوعه فقهیه کویتیه، ج ۲ ص ۴۸

^۴ ابوحامد غزالی، المستصفی من علم الاصول، ج ۱ ص ۲۵۸

^۵ وهبه الزحیلی، پیشین، ص ۴۹۰

^۶ رضا مظفر، اصول الفقه، ج ۲ ص ۹۸

^۷ محمد جواد مغنیه، علم اصول الفقه فی ثوبه الجدید، ص ۲۲۵

فصل دوم: ماهیت، انواع و شرایط عرف معتبر در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

با این که برخی قائل به یکی بودن اجماع و عرف هستند^۱ اما واضح است که اجماع و عرف دو اصطلاح کاملاً متفاوت بوده و تفاوت آنها از جهات گوناگون قابل مشاهده است که در ذیل به بیان این تفاوت ها می پردازیم:

- ۱- عرف با توافق غالب مردم، اعم از عوام و خواص ثابت می شود و مخالفت برخی از آنها ناقض عرف نیست، در حالیکه اجماع فقط توسط جمیع مجتهدان صورت می گیرد. (هرچند در نزد اهل تشیع، اتفاق جمع قلیلی از مجتهدین نیز مشروط بر این که کاشف از قول معصوم باشد، اجماع شمرده می شود).
- ۲- عرف به صحیح و فاسد تقسیم می شود در حالیکه اجماع هیچگاه فاسد بوده نمی تواند.
- ۳- حکم مستند به اجماع، همانند حکم مستند به نص، قابل تغییر نیست، در حالی که حکم مستند به عرف، با دگرگونی عرف، تغییر می کند!
- ۴- اجماع تنها پس از وفات پیامبر(ص) منعقد می شود در حالیکه عرف هم در حیات پیامبر(ص) و هم پس از وفات ایشان وجود داشته است. عرف های زمان حیات پیامبر(ص) اگر توسط ایشان تأیید می شد از جمله سنت تقریری و در غیر آن از جمله عرفهای باطله شمرده می شد.^۳
- ۵- در عرف عنصر عمل شرط است، اما در اجماع چنین چیزی شرط نیست.^۴
- ۶- اجماع با دقت نظر در واقعه معروضه برای رسیدن به حکم شرعی، با اتفاق مجتهدین حاصل می شود، در حالی که عرف بدون این دقت نظر توسط عامه مردم ثابت می شود.
- ۷- اجماع باید همیشه مستند به سند و مدرک باشد، در حالی که عرف سند دینی نمی خواهد، بلکه مردم برای حرج زدایی، برآوردن حوائج و ایجاد مصالح خویش آن را به وجود می آورند.^۵
- ۸- در عرف، تکرار فعل و استقرار آن در نفوس شرط است، در حالی که اجماع به مجرد اتفاق مجتهدین در یک موضوع، تحقق پیدا می کند و نیازی به تکرار آن نیست.

^۱ محمد جبر الألفی، مقاله العرف-بحث فقهی مقارن، مجله مجمع الفقه الاسلامی ص ۳۲۶۷

^۲ عبدالله ابن محسن الترمذی، اصول مذهب الامام احمد، ص ۵۸۴

^۳ دکتر فادیغا موسی، اصول فقه مالکی، ج ۲ ص ۴۹۶

^۴ محمد بحر العلوم، پیشین، ص ۸۹

^۵ عادل ابن عبدالقادر قوته، العرف حجیته و اثره فی الفقه المعاملات المالیه عندالحنابله، صص ۱۲۲-۱۲۳

فصل دوم: ماهیت، انواع و شرایط عرف معتبر در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

۹- اجماع هم برای اجماع کنندگان و هم برای تمام افراد پس از آنها، حجت است، اما عرف در صورتی که عام نباشد، فقط برای اهل همان عرف، الزام آور است.

سوم: عرف و عمل

عمل در لغت به معنی شغل و فعل است که جمع آن «اعمال» می‌باشد.^۱ هرچند برخی از اهل لغت و اصولیون، قائل به این هستند که عمل خاص تر از فعل است، چون عمل نوعی از فعل است که در آن، مشقت وجود دارد.^۲ اما راغب اصفهانی در مفردات خویش، خاص بودن عمل نسبت به فعل را از آن جهت می‌داند که عمل توسط موجود زنده به قصد صورت می‌گیرد، اما فعل شامل حالاتی که به غیر قصد انجام داده شده است، نیز می‌شود. دیگر این که عمل در موارد خیلی اندک به جمادات نسبت داده می‌شود، در حالی که فعل در بسیاری موارد به جمادات نیز نسبت داده می‌شود.^۳

اصطلاح عمل و نسبت آن با عرف در کتب اصولی اهل تشیع دیده نشده است. در کتب اهل سنت نیز فقط در کتب اصولی مالکیه به جهت این که عمل اهل مدینه نزد آنها حجت است، مباحثی در مورد مفهوم عمل و در برخی موارد هم تفاوت آن با عرف به چشم می‌خورد. با این حال، در کتب فقهی عموم اهل سنت، مواردی وجود دارد که اصطلاح عمل به شیوه‌های مختلفی در زبان اهل فقه و فتوی جاری شده است. مثل «هذا علیه العمل»، «جری به العمل»، «العمل علیه» و مواردی مشابه دیگر که همه‌ی این موارد به یک مفهوم معین دلالت می‌کند. اما آنچه واضح است این است که هیچ گاه این عبارات در مورد یک موضوع گفته نمی‌شود، مگر این که موارد ذیل صدق کند:

۱- حکم آن موضوع مستند به رأی فقهی بوده و موافق قواعد شریعت باشد.

۲- حکم مورد نظر، غالباً در فتوا به کار رفته، قضات آن را لازم گرفته و در احکام قضایی از آن استفاده نمایند.

۳- انگیزه اختیار این حکم و استفاده از عبارت «العمل علیه» یا موارد مشابه آن، و جریان فتوی و قضا در آن حکم، به دلیل حفظ نوعی از مصلحت یا مراعات عرف معتبر باشد.^۴

^۱ وزارت اوقاف و شؤون اسلامی، پیشین، ج ۳۰ ص ۳۳۲

^۲ مرتضی حسینی زبیدی، پیشین، ج ۳۰ ص ۵۵

^۳ ابی القاسم حسین بن محمد، پیشین، ص ۴۵۱

^۴ عادل بن عبدالقادر قوته، پیشین، ج ۱ ص ۱۲۸

فصل دوم: ماهیت، انواع و شرایط عرف معتبر در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

موارد فوق بیان کننده این موضوع است که انتخاب قول موافق شریعت از جانب علماء ثقه، اختیار آن حکم توسط حکام و اهل فتوا و جاری نمودن فتوا بر اساس آن به جهت حفظ مصلحت یا مراعات عرف معتبر، مفهوم عملی است که در کلام علماء جاری است. از آنچه در مورد مفهوم عمل گفته شد، این نتیجه به دست می‌آید که تفاوت عرف و عمل در دو مورد است:

- ۱- عمل مخصوص علماء است، در حالی که عرف شامل عموم مردم (عالم و غیر عالم) می‌شود.
- ۲- عمل مخصوصاً برای ترجیح بین اقوال در مسائل مختلف فیها استفاده می‌شود، در حالی که عرف به دلیل تنوع حوائج مردم، عام تر از این است.

با این حال، ممکن است عرف و عمل در مواردی با هم تداخل داشته باشند، مثل این که انگیزه جریان عمل، حکم به عرف جاری بوده یا التزام به عمل، به اندازه‌ی شایع شود که تبدیل به عرف گردد.

با وجود آنچه از تفاوت عرف و عمل گفته شد، دکتر عمر جیدی مالکی، به این نظر است که فرق بزرگی بین عرف و عمل وجود ندارد، به همین سبب است که اکثر علماء، عرف را غالباً در پهلوی عمل ذکر نموده و هردو را یک شیء می‌دانند. چنانچه ابن خلدون، عمل اهل مدینه را عرف آنها می‌داند، چون عمل مبنی بر عرف بوده و عرف سبب قیام عمل می‌باشد.^۱

چهارم: عرف و بنای عقلاء

بنای عقلاء عبارت از استمرار عمل و روش عمومی توده‌ی عقلاء در معاملات، محاورات و سایر روابط اجتماعی بدون توجه به دین، ملت و مذهب آنها می‌باشد.^۲ همچنین در تعریف بنای عقلاء آمده است که بنای عقلاء عبارت از استمرار عمل عقلاء بر چیزی به سبب عقلاء بودن شان است و فرقی نمی‌کند که از یک ملت و دین باشند یا خیر.^۳

بنای عقلاء اصطلاحی است که اصولیون اهل تشیع در دو قرن اخیر با اسامی عرف عقلاء، سیره عقلائی، طریقه‌ی عقلاء و... از آن استفاده نموده‌اند. با این حال، بررسی متون فقهی و اصولی بیان‌گر

^۱ عمر بن عبدالکریم جیدی، پیشین، صص ۳۹۳-۳۹۴

^۲ سید علی جبار گلباغی، درآمدی بر عرف، ص ۱۷۳

^۳ محمد حسین نائینی، فوائد الاصول، ج ۳ ص ۱۹۲

فصل دوم: ماهیت، انواع و شرایط عرف معتبر در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

این نکته است که بنای عقلاء در نزد علماء شیعی مکتب بغداد دارای پیشینه بوده و آنها قبل از علماء شیعه ی دو قرن اخیر، با این پدیده آشنا بوده اند. اما در کتب اصولی اهل سنت، در مورد این پدیده بحثی صورت نگرفته و اگر هم موردی بوده است، از چشم ما پنهان مانده است.

برخی از اصولیون، بنای عقلاء را اعم از سلوک خارجی و عرف عملی دانسته و آن را شامل مرتکبات عقلاییه می‌دانند - هرچند که بر طبق آن عملی صورت نگرفته باشد - آنها استفاده از واژه «موافق عقلائی» را بجای کلمه «بنای عقلاء» شایسته تر می‌بینند.^۲

عناصری که در شکل دهی بنای عقلاء مؤثراند عبارتند از:

الف: عمل معین

ب: تکرار آن عمل و فراگیری آن در بین همه مردم یا اغلب آن

ج: نیکو و مفید بودن عمل، خواه ارادی باشد یا فطری و ارتکازی

رابطه عرف و بنای عقلاء

در مورد چیستی رابطه عرف و بنای عقلاء نظرات متعددی وجود دارد که در ذیل بیان می‌نماییم:

۱- تفاوتی بین عرف و بنای عقلاء وجود ندارد و هر دو از الفاظی اند که به کثرت در زبان فقهاء جریان داشته و به یک معنی استعمال می‌شوند.^۳

۲- سیره عقلائی یا بنای عقلاء نوعی از عرف یعنی عرف عام است.^۴

۳- عرف و بنای عقلاء چه در مفهوم و چه در مصداق، از یکدیگر جدا هستند. این دو اصطلاح، در مفهوم متباین و در مصداق عام و خاص من وجه‌اند. تباین مفهومی عرف و بنای عقلاء از سه جهت است:

الف: مفهوم عرف مقید به این است که صورت قانون مشروع نزد صاحبان عادت و عرف نگرفته باشد، در حالی که این تقید در بنای عقلاء وجود ندارد.

ب: مفهوم عرف موسع بوده و شامل فهم، بنا و داوری می‌گردد، در حالی که بنای عقلاء منحصر به بنا و سلوک است.

^۱ سیدعلی جبار گلباغی، همان، ص ۱۷۲

^۲ سید محمود هاشمی، بحوث فی علم الاصول، ج ۴ ص ۲۳۴

^۳ جعفر سبحانی، رسائل اصولیه، ص ۸۷

^۴ رضا مظفر، اصول الفقه، ج ۲ ص ۱۶۱

فصل دوم: ماهیت، انواع و شرایط عرف معتبر در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

ج: اضافه‌ی واژه‌ی بنا به عقلاء، به این معنی است که بنای عقلاء مختص تأسیساتی است که مبدأ عقلانی دارد، در حالی که عرف و عادت نباید محدود به این موضوع باشد.^۱

تباین مفهومی این دو واژه باعث شده است که این دو در تعیین و عینیت‌های خارجی نیز مساوی نباشند، بلکه در برخی موارد هر دو صادق بوده و در مواردی از یکدیگر جدا باشند.

۴- عرف و بنای عقلاء از حیث عناصر تشکیل دهنده با هم متفاوت اند، زیرا نیکو و مفید بودن عمل از عناصر تشکیل دهنده بنای عقلاء است، در حالی که عرف مقید به چنین عنصری نیست. از جانب دیگر، ارادی بودن از عناصر تشکیل دهنده‌ی عرف به شمار می‌رود، حال آنکه در بنای عقلاء چنین چیزی دیده نمی‌شود.^۲

با وجود اقوال متعدد در مورد رابطه عرف و بنای عقلاء، به نظر می‌رسد این دو اصطلاح در محاورات علمی چه در زبان اصولیون و چه در میان حقوقدانان، در موارد بسیاری از یکدیگر نمایندگی نموده و به یک معنی استعمال شده اند. با این حال وقتی که سخن از چیستی مفهوم این دو اصطلاح و مرز نهادن دقیق این دو به میان باشد، باید تمام جوانب را در نظر گرفته و نظرات مختلف علمی را مورد بررسی قرار داد.

پنجم: عرف و سیره متشرعه

سیره در لغت بمعنی روش، طریقه و سنت است.^۳ و در اصطلاح اصول، عبارت است از استمرار عادت مردم و تبنانی آنان در انجام یا ترک چیزی که اگر مراد از مردم، همه عقلاء از هر دین و آئینی که باشند مورد نظر باشد، به آن سیره‌ی عقلانی یا بنای عقلاء گفته می‌شود و اگر مراد از مردم، همه‌ی مسلمانان یا گروه خاصی از آنان باشد، آن را سیره متشرعه می‌نامند.^۴

بنابر این در تعریف سیره متشرعه می‌توان این گونه بیان نمود که سیره متشرعه عبارت از استمرار عادت همه‌ی مسلمین یا گروه خاصی از آنان به جهت این که مسلمانند و تبنانی آنها در انجام یا ترک چیزی است.

^۱ ابوالقاسم علیدوست، پیشین، صص ۱۱۹-۱۲۰-۱۲۱

^۲ سید علی جبار گلباغی، پیشین، ص ۱۷۴

^۳ احمد بن فارس، معجم مقاییس اللغة، ج ۳ صص ۱۲۰-۱۲۱

^۴ رضا مظفر، پیشین، ص ۱۶۱

فصل دوم: ماهیت، انواع و شرایط عرف معتبر در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

سیره متشرعه، سیره شرعیه، سیره اسلامی، سیره مسلمین و عرف متشرعه از اصطلاحات همسان و مرادف هستند که دلالت به سلوک پای‌بندان به شرع اسلام دارند.

کاربرد اصطلاح سیره‌ی متشرعه در فقه و اصول اهل سنت مشاهده نشده است، بلکه آنچه در کتب اهل سنت، همسان با این اصطلاح ذکر شده است، واژه‌های همچون «سنة التي لاخلاف فيها عندنا»^۱، «الامر الذی لا اختلاف فیه عندنا»^۲ و «سنة المسلمین»^۳ است.

این اصطلاح در کتب اهل تشیع نیز قبل از دو قرن اخیر به چشم نمی‌خورد، بلکه در همسانی با این اصطلاح، واژه‌های همچون «عرف الشرعی»^۴، «عرف الشریعه»^۵، «عرف متشرعه»^۶ و... دیده شده است. اما نفس اصطلاح «سیره متشرعه» در متون اصولیان معاصر اهل تشیع در دو قرن اخیر به کار گرفته شده است.

رابطه عرف و سیره متشرعه

برخی از اصولیون اهل تشیع، سیره متشرعه را سلوک و روش عملی مخصوص متدینین عصر تشریح دانسته‌اند^۷ و تشریح و شریعت متشرعه را به نحوی از انحا، به عنوان حیثیت تعلیل‌برای سیره قرار داده‌اند^۸ که در این صورت، سیره متشرعه جدا از عرف بوده و خارج از بحث می‌باشد. اما اگر قیود نام برده شده در تعریف و تحقق خارجی سیره متشرعه لحاظ نشود، در این صورت می‌توان آن را در برخی از موارد، عرف عام و در پاره‌ی از موارد از نوع عرف خاص دانست.^۹

^۱ رضا مظفر، همان

^۲ مالک ابن انس، موطا، ج ۱ ص ۱۷۷

^۳ همان، ص ۲۵۳

^۴ مالک بن انس، همان، ج ۲ ص ۶۹۳

^۵ شریف مرتضی علم الهدی، الانتصار فی انفرادات الامامیه، صص ۱۳۴-۲۷۰-۵۵۶

^۶ همان، صص ۲۴۲-۲۷۰-۴۰۱

^۷ محمد باقر وحید بهبهانی، الفوائد الحائریه، ص ۱۰۷

^۸ محمد باقر صدر، دروس فی علم الاصول، ج ۱ ص ۲۸۱

^۹ سید محمود هاشمی شاهرودی، پیشین، ص ۲۴۷

^{۱۰} سید علی جبار گل‌باغی، پیشین، ص ۱۸۰

فصل دوم: ماهیت، انواع و شرایط عرف معتبر در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

ششم: عرف و سنت

سنت در لغت به معانی سیره و منش، جریان و گردش شایع،^۱ طریقه^۲ و عادت جاریه آمده است. اصولیون اهل تشیع و اهل سنت، در مدلول سنت اختلاف نظر دارند. با این حال آنچه مورد اتفاق اصولیون است، قول، فعل و تقریر پیامبر (ص) است که به عنوان سنت تعریف شده است. اما اختلاف در تعریف سنت، به قول، فعل و تقریر غیر پیامبر (ص) بر می‌گردد. چون اهل تشیع، اقوال، افعال و تقریرات صادره از تمام معصومین را سنت می‌شمارند اما اهل سنت، آن را مختص پیامبر (ص) می‌دانند.

رابطه عرف و سنت

منظور از سنت در بحث رابطه آن با عرف، معنی لغوی آن است و الا گسست معنی اصطلاحی سنت از عرف، مورد قبول همه‌گان است. اما در مورد رابطه معنی لغوی سنت با عرف، بررسی کتب و منابع مورد بحث، نشان می‌دهد که رابطه مشخص و معینی بین عرف و سنت وجود ندارد. با این حال، می‌توان از لابلای این تحقیقات، به نکات زیر رسید:

۱- در نامه امام علی (ع) به مالک اشتر، بعد از انتخاب او به حکومت مصر، واژه سنت به کار رفته است که به نظر می‌رسد مراد از آن عرف است. چنانچه در نهج البلاغه آمده است: «وَلَا تُقْفِضَنَّ سُنَّةَ صَالِحَةٍ عَمَلٍ بِهَا صُدُورُ هَذِهِ الْأُمَّةِ، وَاجْتَمَعَتْ بِهَا الْأَلْفَةُ، وَصَلَحَتْ عَلَيْهَا الرَّعِيَّةُ. وَلَا تُحْدِثَنَّ سُنَّةَ تَضُرُّ بِشَيْءٍ مِنْ مَاضِي تِلْكَ السُّنَنِ، فَيَكُونَ الْأَجْرُ لِمَنْ سَنَّهَا، وَالْوِزْرُ عَلَيْكَ بِمَا نَقَضْتَ مِنْهَا» «و سنت پسندیده‌ی را که بزرگان این امت به آن عمل کرده‌اند و ملت اسلام با آن پیوند خورده و رعیت با آن اصلاح شدند بر هم مزن و آدابی که به سنتهای خوب گذشته زیان وارد می‌کند پدید نیآور که پاداش برای آورنده سنت و کیفر آن برای تو باشد که آن را درهم شکستی»^۵

^۱ ابن فارس، پیشین، ج ۳ ص ۶۱

^۲ همان، ص ۶۰

^۳ محمد عمیم الاحسان المجددی، التعریفات الفقہیہ، ص ۱۱۶

^۴ قطب مصطفی سانو، پیشین، ص ۲۳۳

^۵ نهج البلاغه، ترجمه محمد دشتی، نامه ۵۳ ص ۳۵۲

فصل دوم: ماهیت، انواع و شرایط عرف معتبر در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

با این‌که در نامه علی (ع) واژه عرف وجود ندارد اما مضمون کلام ایشان با استفاده از واژه سنت، به اهمیت عرف جامعه اشاره دارد. بناءً می‌توان عرف و سنت را همسان با یکدیگر دانست.

۲- از آنجا که واژه سنت نیز، دارای عناصر شیوع، اطراد و تکرار است، ممکن است گاهی بر امر شایع و روش یا گفتار مقبول نزد اکثریت یک جامعه، اعم از روش و گفتار اخلاقی و ارزشی یا ضد آن، اطلاق گردد، که در این صورت مرادف عرف است و در غیر آن نیست.

۳- واژه سنت اغلب در مواردی به کار می‌رود که نمی‌توان در آن موارد از واژه عرف استفاده نمود. بناءً عرف در چنین مواردی، مفهومی جدا از سنت دارد. تعبیرات «سنة الله» و «سنة رسول الله» از این قبیل است.

همچنان با استناد به این که سنت غالباً جنبه مذهبی و معنوی داشته، مردم آن را ودیعه‌ی خداوند دانسته و به محافظت از آن می‌پردازند، اما عرف خالی از این تقدس است، می‌توان حکم به جدا بودن سنت از عرف داد.

بررسی‌های فوق نشان می‌دهد که با وجود تفاوت‌های مشخصی که بین عرف و سنت وجود دارد، می‌توان این دو واژه را در برخی موارد به معنی واحدی به کار برد. چنانچه در کلام امیرالمؤمنین علی (ع) که واژه سنت از عناصر شیوع، اطراد و تکرار برخوردار است، بیان شد.

هفتم: عرف و قانون

واژه قانون معرب یونانی از Kanon است که در لغت به معانی متعددی از جمله دستور، قاعده، سنت، شریعت، نام یک آلت موسیقی^۱ و... آمده است.

قانون از اصطلاحاتی است که در علوم مختلفی به کار رفته و معنی قواعد کلی را می‌دهد که بر یک سلسله از امور، شمول داشته باشد. مثل قانون عرضه و تقاضا در اقتصاد یا قانون جاذبه در علوم طبیعی^۲.

قانون در علم حقوق، به دو معنی عام و خاص به کار می‌رود. قانون به معنی عام، به هر قاعده و قانونی گفته می‌شود که از طرف قدرت حاکمه وضع و اطاعت از آن، اجباری گردد. مثل قانون اساسی،

^۱ سید حمید طبیبیان، فرهنگ فارسی-عربی فرزاد، ص ۸۰۹

^۲ علی اکبر دهخدا، پیشین، ج ۱۱ ص ۱۲۵۶

^۳ [قانون \(مفهوم\) - ویکی‌فقه \(wikifeqh.ir\)](http://wikifeqh.ir)

فصل دوم: ماهیت، انواع و شرایط عرف معتبر در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

قانون های مصوب مجلس و مصوبات هیئت دولت. اما قانون به معنی خاص، توسط قوه قضائیه وضع می گردد. مثل قانون انتخابات ریاست جمهوری و قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی در ایران.^۱ برخی قانون را به امر کلی که بر همه جزئیاتش منطبق گردد و همه جزئیات از آن شناخته شود، تعریف کرده اند.^۲

رابطه عرف و قانون

غالب نوشته ها و بیانات در مورد رابطه عرف و قانون، به گسست این دو اصطلاح از یکدیگر، تأکید دارند. زیرا عرف بر اثر ادامه دادن یک عادت، به صورت تدریجی و بدون دخالت نهادهای قانونگذاری به وجود می آید، در حالی که قانون نیازی به تکرار ندارد و به یکباره گی توسط نهادهای قانونگذاری وضع می گردد. به عبارت دیگر، قانون به یکباره گی جای خود را در بین مردم باز می کند در حالی که عرف با رعایت و تکرار قاعده مرسوم بین مردم ایجاد می شود.^۳

^۱ سید جلال الدین مدنی، کلیات حقوق اساسی، صص ۴۱-۴۲

^۲ علی بن محمد جرجانی، معجم التعریفات، ص ۱۴۳

^۳ ناصر کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۲ ص ۴۷۴

مبحث دوم: انواع عرف از منظر فریقین

عرف پدیده‌ی است که از نیازمندی‌های اجتماعی سرچشمه گرفته و انسان‌ها به صورت مکرر، به شکل ارادی و بدون هیچ احساس نفرتی آن را پذیرفته‌اند. این پدیده اجتماعی دارای انواع متفاوتی بوده و در علوم فقه و اصول به اعتبارات متعددی تقسیم شده است. از جمله: به اعتبار صدور، به اعتبار ثبات و تبدیل، به اعتبار متعلق و موضوع، به اعتبار انتشار و شیوع، به اعتبار موافقت یا مخالفت آن با شریعت، و... که آگاهی از هر یک از این انواع لازم و ضروری است.

البته در کتب مختلف حقوقی تقسیمات مختلف دیگری مثل عرف محلی، عرف حکمی، عرف مسلم، عرف قراردادی، عرف حادث و... نیز برای عرف وجود داشته است که ما در اینجا تلاش می‌نماییم تا در ابتدا کارآمدترین تقسیمات عرف از منظر فقهاء و اصولیون را بیان نماییم و در ادامه به کلیه تقسیمات عرف از منظر حقوق پردازیم.

در این تحقیق ابتداء عرف را از حیث صدور به دو نوع عرف شرع و عرف غیر شرع تقسیم نموده ایم. اما تقسیمات بعدی که برای عرف بیان خواهد شد مربوط عرف غیر شرع یا عرف مردم می‌باشد.

تقسیم عرف به اعتبار صدور

با این که عرف به این اعتبار، در بعضی از کتب به سه قسم (عرف شرع، عرف عام و عرف خاص)^۱ و در برخی از کتب به دو قسم (عرف عام و عرف خاص)^۲ تقسیم شده است، اما از آنجا که عرف عام و خاص هر دو از جانب مردم صادر می‌شود، تقسیمی که برای عرف از این حیث بهتر به نظر می‌رسد، تقسیم آن به عرف شرع و عرف غیر شرع می‌باشد که به تفصیل هر یک از آنها می‌پردازیم:

اول: عرف شرع

عرف شرع عبارت از لفظی است که شارع آن را استعمال نموده و از آن معنی خاصی را اراده دارد.^۳ در تفصیل این تعریف می‌توان این گونه بیان کرد که عرف شرع عبارت از الفاظ مستعمل توسط شارع است که در نصوص بیان شده، از آن معنی خاصی اراده شده و انسان به صورت وجوبی یا

^۱ احمد فهمی ابوسنه، پیشین، ص ۱۹

^۲ عبدالعزیز خیاط، نظریه‌ی عرف، ص ۳۳- سیدعلی جبار گلباغی، پیشین، ص ۱۶۱

^۳ دکتر عبدالکریم نمله، المهدب فی علم اصول الفقه المقارن، ج ۳ ص ۱۰۲۱

فصل دوم: ماهیت، انواع و شرایط عرف معتبر در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

استجابی به آن امر گردیده یا به صورت تحریم یا کراهت از آن نهی شده و یا اجازه انجام یا ترک آن برای مکلف داده شده است.^۱

استعمال این نوع عرف در نصوص اسلامی به کرات دیده شده است. مثل «صلاة» که در اصل بمعنی دعاء است، اما شارع از آن عبادت مخصوصی را اراده نموده و انسان را وجوباً به آن امر کرده است.^۲ یا حج که در اصل به معنی قصد است اما در عرف شرع، به زیارت کعبه در ایام معلوم گفته می‌شود.^۳

این نوع عرف، ثابت بوده و تغییر پذیر نیست بناءً نمی‌توان با تغییر عرف، این احکام را که مبتنی بر عرف است تغییر داد. چون این موارد با نص صریح توسط شارع بیان شده است و قبول تغییر در آن به معنی نسخ احکام ثابتۀ در قرآن است. در حالی که پس از وفات پیامبر ص و قطع وحی، نسخ احکام ثابتۀ با نص صریح، امکان‌پذیر نیست.

اما احکام شرعی که با نوعی از اجتهاد و رأی ثابت شده و مبتنی بر عرف باشد، شامل این نوع عرف نشده و قابل تغییر است. چون این نوع عرف در عرف غیر شرع یا عرف الناس داخل است که در مباحث بعدی به آن می‌پردازیم.

برخی از حقوقدانان، عرف شرع یا عرف شارع را نوعی جدا از عرف ندانسته‌اند، بلکه همان‌گونه که ذکر کردیم، عرف را به اعتبار صدور به دو نوع عرف عام و خاص تقسیم نموده و سپس عرف شارع را نوعی از عرف خاص ذکر کرده‌اند.^۴

دوم: عرف غیر شرع (عرف مردم)

عرف غیر شرع عبارت از عرف جاری در بین مردم است. عرفی که مورد بحث ما بوده و به عنوان یک عامل اختلافی در استنباط احکامی شرعی، مطرح می‌شود، همین نوع عرف (عرف مردم) می‌باشد. این عرف به اعتبارات مختلف، دارای انواع مختلفی است که در ذیل به بیان آنها خواهیم پرداخت.

^۱ سید صالح عوض، اثر العرف فی التشریح الاسلامی، ص ۹۵

^۲ سید صالح عوض، همان، ص ۹۶

^۳ احمد فهمی ابوسنه، پیشین، ص ۲۱

^۴ سید محمد تقی علوی، عرف و عادت در حقوق اسلام و ایران، ص ۴۰

فصل دوم: ماهیت، انواع و شرایط عرف معتبر در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

۱. به اعتبار ثبات و تغییر

عرف الناس از حیث ثباتش، مثل عرف شرع نیست. چون با این که برخی از این عرفها، می توانند صفت ثبات را در خود داشته باشند؛ اما با این حال اکثر آنها قابل تغییر است. بناءً از حیث ثبات و تغییر، می توان آن را به عرف ثابت و عرف غیر ثابت تقسیم نمود.

الف: عرف ثابت

این نوع عرف و عادات، ثابت بوده و به اختلاف زمان، مکان، اشخاص و احوال، تغییر نمی کند. چون این عادات، برخاسته از طبیعت، فطرت و غرایز انسانی است. مثل میل انسان به طعام و نوشیدنی، غمگینی و خوشحالی در مواقع مخصوص آن، میل انسان به آنچه مناسب اوست و نفرتش از آنچه مناسب او نیست و بقیه عاداتی که از فطرت و طبیعت انسان سرچشمه می گیرد.^۱

با این که این عادات به نظر برخی از علماء، نوعی از عرف شمرده شده است، اما به نظر نگارنده، آوردن این عادات در قطار عرف، علمی به نظر نمی رسد. چون اینها عادات غریزی و فطری هستند و برخی از این عادات در اکثر موجودات زنده وجود دارد. مثل میل به غذا و نوشیدنی یا خوشحالی و غمگینی که هر چند نوع این احساس در موجودات دیگر با انسانها متفاوت است، اما با این حال این احساسات در آنها نیز وجود دارد. همچنان این که متغیر بودن، از ویژگی های بارز عرف مردم است و با مرور زمان، عرفهای تازه ی در بین مردم رواج پیدا می کند. حال آنکه این عادات قابل تغییر نیست. بناءً نمی توان اینها را نوعی از عرف مردم دانست.

آنچه در توجیه این تقسیم و قرار دادن این عادات به عنوان نوعی از عرف می توان گفت این است که قائلین به این تقسیم، می توانند از جمله کسانی باشند که عرف و عادت را به یک معنی می دانند که در این صورت، عرف معنی عام تری گرفته و این عادات را نیز شامل می شود.

ب: عرف غیر ثابت

عرف غیر ثابت عبارت از عرفی است که ثابت و مستقر نبوده و با تغییر زمان، مکان و احوال قابل تغییر است. این نوع عرف شامل اقوال، افعال و اوصاف می شود و در اکثر معاملات، عقود، نکاح، طلاق و... مواردی وجود دارد که حکم آن بر اساس این نوع عرف بناء می شود.

^۱ سید صالح عوض، پیشین، ص ۹۶

فصل دوم: ماهیت، انواع و شرایط عرف معتبر در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

۲. به اعتبار متعلق و موضوع

عرف الناس به اعتبار متعلق و موضوعش به دو نوع قولی و فعلی تقسیم می‌شود.

الف: عرف قولی (لفظی)

عبارت از شیوه اهل یک زبان در استعمال واژه یا عبارتی در غیر معنای لغوی آن می‌باشد، به گونه‌ای که آن واژه یا واژگان رنگ ویژه‌ی بخود گرفته، معنی اولی آن ترک شده و حقیقتاً در معنی عرفی‌اش استعمال شود.^۱

این نوع عرف در گذشته با عناوینی همچون «عرف التخاطب»، «عادة اهل اللسان» و «عادة اهل اللغة» شناخته می‌شد.^۳

واژه‌های زیادی وجود دارد که از معنی وضعی خود به معنی عرفی‌اش تغییر یافته است که در نتیجه یا معنی وضعی‌اش فراموش شده است و یا به جزئی از آن دلالت می‌کند که به برخی از آنها بگونه مثال اشاره می‌کنیم:

الف: لفظ ولد در بین مردم برای فرزند یا طفل مذکر استعمال می‌شود، در حالی که معنی لغوی ولد شامل هر دو جنس (مذکر و مونث) می‌شود. چنانچه ابن منظور ولد را شامل ذکر و انثی می‌داند.^۴ قرآن کریم نیز این واژه به معنی عام آمده و مذکر و مونث را شامل می‌شود. چنانچه الله تعالی می‌فرماید: «یوصیکم الله فی اولادکم للذکر مثل حظّ الأنثیین»^۵ (خداوند درباره (ارث) فرزندانان به شما سفارش می‌کند، برای پسر مانند سهم دو دختر است). واژه ولد از جمله واژگانی است که در عرف مردم، معنی لغوی‌اش کاملاً کنار گذاشته نشده است، بلکه به جزئی از معنی لغوی خود دلالت می‌کند.

ب: عرف مردم این است که کلمه «لحم» را برای ماهی استعمال نمی‌کنند، بلکه برای گوشت حیواناتی غیر از ماهی به کار می‌برند. چنانچه اگر کسی قسم بخورد که لحم (گوشت) نمی‌خورد، بنابر عرف عرب اگر گوشت ماهی خورد، قسمش شکسته نشده و کفاره لازم نمی‌آید،^۶ در حالی که این لفظ

^۱ سید علی جبار گلباغی، پیشین ص ۱۵۹ - سید نذیر حسنی، پیشین، ص ۶۱

^۲ ابوالولید الباجی، احکام الفصول فی احکام الاصول، ج ۱ ص ۲۹۵

^۳ سید علی جبار گلباغی، همان

^۴ محمد بن مکرم بن منظور، لسان العرب، ج ۳ ص ۴۶۷

^۵ نساء، ۱۱

^۶ رضا اسلامی، مدخل علم فقه، ص ۱۹۹

فصل دوم: ماهیت، انواع و شرایط عرف معتبر در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

لغتاً برای ماهی نیز استعمال می‌شود. چنانچه در قرآن کریم نیز این واژه برای گوشت ماهی به کار رفته است. خداوند متعال می‌فرماید: «هُوَ الَّذِي سَخَّرَ الْبَحْرَ لِتَأْكُلُوا مِنْهُ لَحْمًا طَرِيًّا»^۱ (و او ذاتی است که دریا را رام نمود تا شما از آن گوشت تازه بخورید). کلمه لحم نیز از جمله کلماتی است که در عرف، به جزئی از معنی وضعی اش دلالت می‌کند.

ج: کلمه «دراهم» در بین عرب به معنی پول‌های رایج در شهرشان، بدون در نظر داشت نوع و قیمت شان است و پول‌های اعتباری امروزه را نیز شامل می‌شود، در حالی که درهم در اصل، نقد نقره‌ی است که مسکوک به وزن معین و قیمت محدود می‌باشد. این کلمه از جمله کلماتی است که در عرف، معنی لغوی آن فراموش شده و به معنی عرفی که عام تر از معنی لغوی اش است دلالت می‌کند.

د: لفظ «دابة» در عرف عرب بمعنی چهارپایان استعمال می‌شود، در حالی که از حیث وضع، دابه به هر حیوانی که روی زمین راه می‌رود گفته می‌شود.^۲ چنانچه در قرآن کریم نیز به همین معنی وضعی استعمال شده است: «و ما من دابة فی الارض الا علی الله رزقها»^۳ (و هیچ جنبنده‌ای در زمین نیست مگر این که روزی او بر خدا است). این کلمه نیز در استعمال عرفی، به جزئی از معنی وضعی اش دلالت می‌کند.

در پهلوی کلمات مفردی که در عرف، معنی آن تغییر می‌کند، الفاظ مرکبی نیز وجود دارد که زیر تاثیر عرف، معنی اصلی آن ترک می‌شود، به نحوی که یک لفظ با ترکیب یک لفظ دیگر، در لغت و وضع، یک معنی را افاده می‌کند، اما در عرف به گونه‌ی استعمال می‌شود که معنی اولی ترک شده و معنی دیگری از آن اراده می‌شود. مثلاً اگر کسی سوگند یاد کند که قدمش را در خانه زید نمی‌گذارد، معنی لغوی این ترکیب، نگذاشتن قدم در خانه زید است. اما با نگاه عرفی این ترکیب، اگر شخص به صورت طائر یا راکب نیز به خانه زید داخل شد، قسمش شکسته می‌شود و باید کفاره بپردازد.^۴

در قرآن کریم نیز از این نوع ترکیبات وجود دارد. مثلاً در آیه «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ...» و آیه «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ الْمَيْتَةُ...»، احکام بر اعیان (أُمَّهَاتُكُمْ و مَيْتَةُ) تعلق گرفته است، در حالی که احکام باید بر افعال

^۱ نحل، ۱۴

^۲ مصطفی احمد زرقاء، المدخل الفقهي العام، ج ۲ ص ۸۷۵

^۳ عبدالمجید محمد السوسوه، «التخصیص بالعرف و اثره فی الفقه الاسلامی»، مجلة الشریعة والقانون، ۱۱، رمضان ۱۴۲۸ق، ص ۱۳

^۴ هود، ۶

^۵ سید نذیر حسینی، پیشین، ص ۶۲

فصل دوم: ماهیت، انواع و شرایط عرف معتبر در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

تعلق بگیرد. بناءً فعل مضموری در هر یک از این آیات وجود دارد که توسط عرف دانسته می‌شود، به گونه‌ای که مراد از تحریم معلق به عین در آیه اول، تحریم استمتاع و در آیه دوم، تحریم اکل است.^۱

ب: عرف فعلی (عملی)

عرف فعلی یا عملی که در برابر عرف قولی قرار دارد عبارت از عادت مردم به انجام فعلی از افعال عادی یا معاملات مدنی است.^۲

مراد از افعال عادی، افعال شخصی انسانها است که در زندگی خویش به انجام آنها می‌پردازند و تبادل مصالح یا انشاء حقوقی در آن وجود ندارد. مثل خوردن، نوشیدن، لباس پوشیدن، کشت کردن و... مراد از معاملات مدنی، تصرفاتی است که به هدف انشاء حقوق در بین مردم یا تصفیه و اسقاط حقوق صورت می‌گیرد. مثل بیع، نکاح، ابراء، غصب، قبض و...

امثله این عرف در بین مردم به کثرت وجود دارد. از جمله بیع معاطات، عقد استصناع، تقسیم مهر به مؤجل و معجل،^۳ ادخول در حمام های عمومی بدون تعیین مقدار آب مصرفی و مدت استفاده از حمام، جلو مهمان گذاشتن غذا بمعنی اجازه خوردن آن،^۴ تعطیل کار در بعضی از ایام هفته، قسط گذاری اجره ها به اقساط معین^۵ و غیر از این موارد از حقوق و واجباتی که در بین انسان ها وجود دارد و از خلال تعارف عملی آنها به وجود آمده است.

۳. به اعتبار شیوع

عرف الناس به اعتبار شیوع خود به دو نوع عرف عام و عرف خاص تقسیم می‌شود. اما تعریف فقهاء و اصولیون از این دو نوع عرف متفاوت از تعریف حقوقدانان است. از این جهت در ذیل به تعریف ارائه شده از هر گروه پرداخته و سپس وجه تمایز آن را بیان می‌نماییم:

الف: عرف عام از دیدگاه فقه و اصول

عرف عام از نظر فقهاء و اصولیون عبارت از هر قول یا فعلی است که در بین عامه مسلمین انتشار یافته باشد. یا به عبارت دیگر، عرف عام آن است که همه یا بیشتر مردم در سرزمین های اسلامی، در

^۱ سید صالح عوض، پیشین، ص ۱۲۳

^۲ مصطفی احمد زرقاء، پیشین، ج ۲ ص ۸۷۶

^۳ سید نذیر حسنی، همان

^۴ عبدالکریم زیدان، الوجیز فی اصول الفقه، ص ۲۵۷

^۵ مصطفی احمد زرقاء، پیشین ج ۲ ص ۸۷۷

فصل دوم: ماهیت، انواع و شرایط عرف معتبر در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

آن شرکت داشته و آن را پذیرفته باشند. این پذیرش صرف نظر از پابندی به شریعت الهی از قدیم و جدید چه در زمان وحی و چه پس از آن با وجود اختلاف در سطوح زندگی، زبان، فرهنگ، محیط و نژاد می‌باشد. مثل عدم نقض یقین به شک و رجوع عالم به جاهل.^۱ این عرف شامل بناء عقلاء یا سیره عقلاء نیز می‌شود و شرط اعتبار آن در شریعت، وجود آن در عصر تشریح می‌باشد. ^۲ چنانچه ابن عابدین در تعریف عرف عام می‌گوید: عرف عام آن است که مسلمین از زمان صحابه تا زمان ما به آن تعارف داشته، مجتهدین آن را اقرار نموده و بنابر تعارف عام به آن عمل نمایند.^۳

این نوع عرف شامل عرف قولی و عرف فعلی می‌شود. عرف عام قولی مثل استعمال الفاظ شرعی در برخی از افعال از جمله طلاق که برای ازاله زوجیت استعمال می‌شود. عرف عام فعلی نیز تطبیقات فراوان دارد. از جمله عقد استصناع، عقد معاطاة، دخول بر حمام بدون تحدید وقت استفاده از حمام و موارد دیگری که تمام انسانها یا اکثر آنها در بلاد اسلامی، چه به صورت قولی و چه به صورت عملی، به آن تعارف دارند.

ب: عرف عام از دیدگاه حقوق

از منظر حقوق، عرف عام عبارت از عرف متداول بین گروهی از مردم است که جهت جامع صنفی و رسته‌ی نداشته باشند.^۴ عرف عام از حیث زمان و مکان به دو نوع است:

۱. عرف اعصار: آنست که در تمام اعصار از زمان شارع تا اکنون جاری است.
۲. عرف امصار: آنست که در همه یا اغلب سرزمین‌ها جاری است.

ج: عرف خاص از دیدگاه فقه و اصول

عرف خاص آن است که تنها یک گروه خاص در آن شرکت داشته باشند. به عبارت دیگر این عرف به ناحیه‌ی محدود یا گروه خاصی از مسلمین مثل اهل یک فن خاص یا دانش خاص اختصاص دارد.^۵

^۱ سید محمد تقی حکیم، اصول العامه للفقہ المقارن، ص ۴۳۳

^۲ سید نذیر حسینی، پیشین، ص ۵۹

^۳ سید محمد امین ابن عابدین، مجموعه رسائل ابن عابدین، ج ۱ ص ۱۸۶

^۴ محمد جعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص ۴۴۸

^۵ سید محمد تقی حکیم، پیشین، ص ۴۲۰

فصل دوم: ماهیت، انواع و شرایط عرف معتبر در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

این نوع عرف، به مراتب از عرف عام بیشتر بوده و به کثرت در بین مردم استعمال می‌شود. چون با تغییر و تحول همیشگی جامعه و پیدایش گروه‌های جدید اجتماعی، همه روزه بر تعداد این نوع عرف‌ها افزوده می‌شود.

مثال‌ها و تطبیقات زیادی نیز برای این نوع عرف وجود دارد از جمله: اعتبار سال‌های مالی در شهرهای مختلف که برخی از آنها از تاریخ میلادی، برخی از تاریخ هجری قمری و برخی از تاریخ هجری شمسی استفاده می‌نمایند، اصطلاح «رفع» در بین نحوی‌ها، اصطلاح «صغری» و «کبری» در بین منطقیون و اصطلاحات سایر علوم یا اصطلاحاتی که در بین گروه‌های خاصی از انسان‌ها از جمله تجار، زارعین، وکلا و... وجود دارد.

د: عرف خاص از دیدگاه حقوق

عرف خاص از منظر حقوق به عرفی گفته می‌شود که تنها در میان یک صنف و دسته یا بین ساکنان منطقه‌ی خاص جاری باشد. این عرف به عرف مخصوص نیز معروف است.

عرف خاص از حیث زمان، مکان و صنفی که آن عرف در آن وجود دارد به سه نوع است:

الف: عرف خاص زمانی: آن است که در یک زمان معین، معمول و رایج بوده و در زمان دیگر، منسوخ و متروک شده است.

ب: عرف خاص مکانی: عبارت از رسوماتی است که در یک محل و مکان خاصی معمول بوده و در جاهای دیگر رایج نباشد. مثل عرفهای رایج بین تمام یا اغلب مردم یک ناحیه از یک کشور. این عرف اکثراً در معاملات مورد استفاده قرار می‌گیرد که در فقه به «عرف بلد» مشهور است. چنانچه در ماده ۳۴۲ قانون مدنی ایران آمده است: «مقدار و جنس و وصف مبیع باید معلوم باشد و تعیین مقدار آن به وزن یا کیل یا عدد یا مساحت یا مشاهده، تابع عرف بلد است».^۱

ج: عرف خاص صنفی: آن است که در بین صنف و گروه خاصی رایج بوده و همه یا غالب افراد آن صنف یا گروه آن را پذیرفته و به کار گیرند. مثل عرف حقوقدانان، فقهاء، تجار و...

تفاوت دیدگاه‌ها

از بیان تعاریفات عرف عام و خاص این نکته بر می‌آید که تصور فقهاء و اصولیون از این دو

عرف با تصور امروزی حقوقدانان متفاوت است و این تفاوت به شرح ذیل مشهود است:

^۱ محمد جعفر جعفری لنگرودی، همان

^۲ ماده ۳۴۲ قانون مدنی - ویکی حقوق (wikhoghooogh.net)

فصل دوم: ماهیت، انواع و شرایط عرف معتبر در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

۱- عرف عام در فقه آن است که بین تمام سرزمین های اسلامی و ملل مسلمان رایج باشد، در حالی که در حقوق به عرف رایج بین تمام یا اغلب مردم یک کشور عرف عام گفته می شود و آن چه را که فقه آن را عرف عام می داند در حقوق بیشتر به «حقوق بین الملل» معروف است.

۲- عرف خاص در فقه، عرف گروه خاصی از مسلمانان را نیز شامل می شود گروهی که ممکن است مفهوم کنونی ملت را نیز با خود داشته باشد، در حالی که چنین عرفی در حقوق در قطار عرف عام قرار می گیرد و چه بسا عرف های که در فقه عرف خاص شمرده می شوند، اما در حقوق عرف عام اند.

البته این تفاوت ها با تعاریفی که فقهای معاصر برای عرف عام و خاص ذکر کرده اند، وجود ندارد، زیرا به تعریف حقوقدانان نزدیکی دارد. مثلاً فقیهی در تعریف عرف خاص می گوید: عرف خاص آن است که مخصوص یک شهر یا مکان خاص و یا گروهی از مردم یا اهل یک فن باشد. یا به عبارت دیگر، عرف خاص عبارت از عرف صادر از مجموعه معینی از مردم است که مقید به زمان و مکان مخصوصی باشد. ممکن است این مجموعه از مردم، تابع فن خاص یا شغل معینی باشند. عادل عبدالقادر نیز در تعریف عرف خاص می گوید: آن است که تعارف آن مخصوص شهر یا مکان خاصی بوده یا بین گروه معینی از مردم باشد.^۱ بناءً تفاوت چندانی بین این تعریف و تعریف حقوقدانان دیده نمی شود.

به نظر می رسد این تفاوت ها، ناشی از اختلاف در تعریف ملت در مفهوم کنونی با مفهوم قدیمی آن خصوصاً نزد فقهاء باشد. چون به نظر آنها، همه ی مسلمانان، مجموعه ی واحدی را تشکیل می دهند که به نام ملت یا امت نامیده می شود از همین جهت است که نزد فقهاء قدیم، عرف گروه خاصی از مسلمین که ملت واحدی هستند، چه در یک منطقه باشند یا خیر، عرف خاص محسوب می شود. در حالیکه در حقوق، بیشتر مرز بندی منطقه ی یا حرفه ی، نوعیت عرف را مشخص می کند. اما در تعریف کنونی ملت، چنین چیزی نیست. بلکه ملت، به اهل یک کشور یا منطقه خاص گفته می شود. به همین دلیل است که از منظر حقوق، چنین عرف های عرف عام تلقی می شود.

^۱ عادل عبدالقادر قوته، پیشین، ج ۱ ص ۲۶۱

فصل دوم: ماهیت، انواع و شرایط عرف معتبر در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

۴. به اعتبار موافقت یا مخالفت آن با شریعت

عرف از حیث موافق یا مخالف بودن آن با قواعد و نصوص شرعی به عرف صحیح و عرف فاسد قابل تقسیم است.

الف: عرف صحیح

عرف صحیح آن است که با قانون و نصوص شرعی مخالفت نداشته و با انجام آن مصلحتی فوت و یا مفسده‌ی جلب نگردد.^۱ یا به عبارت دیگر، عرف صحیح آن است که با تحقق شرایط اعتبار شرعی در آن، موافق با نصوص و قواعد شرعی گردیده باشد.^۲ برخی از علماء، عدم تعارض با اجماع را نیز در تعریف عرف صحیح آورده اند. چنانچه دکتر سید صالح عوض در تعریف عرف صحیح می‌گوید: عرف صحیح عبارت از شیء متعارف در بین مردم است که با نصوص شرعی و اجماع مخالفتی نداشته و باعث فوت مصلحت یا جلب مفسده‌ی نگردد.^۳

بطور عام، هر نوعی از انواع گذشته عرف که مطابق با تعریف فوق باشد، شامل عرف صحیح می‌گردد. مثل امور متعارف در بین مردم در استعمال الفاظ به معانی غیر از معنی لغوی آن، تعجیل و تأخیر در مهر، عقود استصناع و معاطات، عرف مردم بر این که آنچه از لباس و اشیاء دیگر که خواستگار به نامزاد خود می‌دهد، هدیه شمرده شده و داخل در مهر نیست، عرف آنان به دعوت کردن گروهی از مردم به مراسم ازدواج و دادن شیرینی به آنها، عرف مردم عراق بر این که در مهر مؤجل زن فقط بعد از جدایی با طلاق یا مرگ همسر مستحق مهریه می‌گردد و می‌تواند آن را مطالبه نماید و هر عرف دیگری که مخالف قواعد و نصوص شرعی نبوده و باعث فوت مصلحت یا جلب مفسده نگردد.^۴

شریعت اسلامی نیز این نوع عرف را مراعات نموده و نصوصی را بر اساس عرف زمان بعثت پیامبر در بین مردم عرب، نازل نموده است. از جمله اشتراط کفایت در ازدواج و دیه بر عاقله در قتل خطاء که قبل از اسلام نیز این عرف ها در بین آنها وجود داشته است. با ورود اسلام نیز از آنجا که این

^۱ سید محمد تقی حکیم، پیشین، ص ۴۳۴

^۲ عادل عبدالقادر قوته، پیشین، ج ۱ ص ۲۶۲

^۳ سید صالح عوض، پیشین، ص ۱۴۲

^۴ سید نذیر حسینی، پیشین، ص ۶۴

^۵ عبدالکریم زیدان، پیشین، ص ۲۵۸

فصل دوم: ماهیت، انواع و شرایط عرف معتبر در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

عرف ها علاوه بر این که باعث فوت مصلحت یا جلب مفسده ی نمی گردید، بلکه به مصلحت انسان ها نیز نزدیک بود، شارع حکیم مهر تأیید بر این عرف ها زده و نصوصی را در تأیید آنها نازل فرمود.

ب: عرف فاسد

عرف فاسد عبارت از عرف رایج در بین مردم است که مخالف شریعت و قانون بوده، با آن سازگاری نداشته و موجب گمراهی و ترویج فساد و تباهی باشد. این نوع عرف با وجود رایج بودن آن در بین مردم، خارج از اعتبار شرعی بوده و حکم شرعی بر اساس آن بنا نمی شود.

عرف های زیادی در تمامی اعصار و اماکن مختلف وجود داشته که به دلیل مخالفت آن با شریعت، در شمار عرف های فاسد قرار می گیرد. مثل عقود فاسده و منهی عنه از جمله عقد ربا، عقد مضاربه ی که مقدار معینی از مال برای رب المال تعیین گردد،^۱ اخذ مهر توسط اولیاء دختران برای خود در هنگام ازدواج آنها، روشن نمودن شمع در قبور، اختلاط زن و مرد در محافل عمومی^۲ و عادات مردم به قمارهایی از جمله اسب دوانی، بخت آزمایی و...^۳

تقسیماتی از عرف که بیان کردیم، از تقسیماتی است که هم در علم اصول و هم در علم حقوق از آن بحث شده است. اما در ادامه این تقسیمات، انواع دیگری از عرف را بیان می نمایم که در کتب اصولی، چیزی از آن به چشم نمی خورد، اما در علم حقوق مفصل بحث شده است. با این حال، با این که بحثی از این عرف ها در اصول فقه دیده نشده است، اما وقتی بحث از انواع عرف باشد، نمی توان بدون ذکر نمودن از آنها رد شویم، چون در این صورت بحث ناقصی از انواع عرف را بیان خواهیم کرد. دیگر این که دقت نظر نشان می دهد که این انواع عرف در اصول فقه نیز با این که بحث کمتری از آن شده است، وجود دارد چون نوعی از عرف است. از این جهت به این تقسیمات عرف نیز نظری انداخته و در ذیل به بحث مختصر آن می پردازیم:

^۱ سید صالح عوض، پیشین ص ۱۴۳

^۲ عادل عبدالقادر قوته، پیشین، ج ۱ ص ۲۶۴

^۳ عبدالکریم زیدان، پیشین، ص ۲۵۹

فصل دوم: ماهیت، انواع و شرایط عرف معتبر در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

۵. عرف مسلم و قراردادی

الف: عرف مسلم

عرفی است که در نتیجه تکرار و انس، ارکان و عناصر آن طوری احراز گردد که مخالفت با آن قبیح و منحل نظم شمرده شود.^۱

ب: عرف قراردادی

عرفی است که طرفین معامله ضمن قرارداد های خصوصی آن را مورد قبول قرار داده اند. مثل این که طرفین معامله، محل تحویل مبیع را در معامله مشخص نکرده و به عرف محل وقوع واگذار کنند.^۲

۶. عرف مطرد، غالب و مشترک

الف: عرف مطرد

عرفی است که فراگیری آن طوری باشد که تمام افراد آن را پذیرفته و عملی بر خلاف آن، حتی از اقلیت دیده نشود.

ب: عرف غالب

عرفی است که با وجود پذیرش عموم و اغلب افراد، عمل خلاف آن از سوی اقلیتی ثابت شود.

ج: عرف مشترک

عرفی است که عمل به آن و ترک آن بین مردم مساوی است. از این جهت است که آن را عرف مساوی نیز می گویند.^۳

۷. عرف سابق، مقارن و متأخر

عرف سابق آن است که قبل از حدوث واقعه وجود داشته و سپس منقطع شده باشد.

عرف مقارن آن است که در زمان حدوث واقعه موجود باشد. مثل عرف موجود در زمان انعقاد

عقد که در صورت لزوم، توانایی اثرگذاری بر واقعه را دارد.

^۱ محمد جعفر جعفری لنگرودی، دانشنامه ی حقوقی، ج ۴ ص ۶۹۵

^۲ محمد عظیمی، ادله اثبات دعوی، ص ۳۸

^۳ افشین کرمی، بررسی مبانی فقهی و حقوقی نقش عرف در استنباط احکام، (پایان نامه ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی) ص ۵۸

فصل دوم: ماهیت، انواع و شرایط عرف معتبر در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

عرف متأخر آن است که از منشأ دعوی، متأخر بوده و در هنگام حدوث واقعه، موجود نباشد. این نوع عرف بر خلاف عرف مقارن، توانایی اثرگذاری بر واقعه را ندارد.

۸. عرف حادث

عرف حادث آن است که بعد از ظهور اسلام و عصر تشریح عارض شده و امروزه در روابط فردی و اجتماعی، مورد توجه است. مثل حق تألیف، چاپ و... این عرف به عرف طاری نیز معروف است.

۹. عرف موضوعی و حکمی

عرف موضوعی آن است که حدود و سامان یک موضوع را که در نصوص بیان نشده است، روشن می‌کند. اما عرف حکمی آن است که حکم یک موضوع را بیان می‌کند. از آن جا که عرف حکمی، بیانگر حکم کلی است، برای عموم مردم حتی کسانی که به آن اعتقادی ندارند نیز الزام آور است، حال آن که عرف موضوعی هیچ نوع الزامی را برای کسی که معتقد به آن نیست، ندارد.^۱

۱۰. عرف مملکتی، محلی و مذهبی

عرف مملکتی عرفی است که در قلمرو یک مملکت جریان داشته و تمام یا اغلب مردم به آن عمل کرده باشند. عرف محلی در برابر عرف مملکتی قرار داشته و آن است که تمام یا اغلب مردم یک ناحیه از یک کشور به آن عمل نمایند. اما عرف مذهبی آن است که بین تمام یا غالب پیروان یک مذهب متداول باشد. فرقی هم ندارد که پیروان آن مذهب در یک کشور و یا در چند کشور زندگی نمایند.

۱۱. عرف ممضا، مردوع و مرسل

عرف ممضا آن است که از جانب شارع پذیرفته شده و شرع به صحت آن گواهی داده است. عرف مردوع آن است که شارع آن را نپذیرفته و بر عدم صحت آن گواهی داده است. اما عرف مرسل آنست که شارع درباره پذیرش یا عدم پذیرش آن سکوت نموده و به صحت یا عدم صحت آن گواهی نداده است.^۳

^۱ سید علی جبار گلباغی، پیشین، ص ۱۷۰

^۲ جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص ۴۴۹

^۳ سید علی جبار گلباغی، همان صص ۱۷۱-۱۷۲

فصل دوم: ماهیت، انواع و شرایط عرف معتبر در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

۱۲. عرف دقیق و مسامحی

عرف دقیق عرفی است که از دقت و تحقیق نشأت گرفته باشد. مثلاً در بحث تشخیص مصادیق، مصداق هر مفهوم را با دقت نظر مشخص نماید.^۱

عرف مسامحی عرفی است که ناشی از تسامح و بی دقتی بوده و با تخمین و تقریب همراه باشد.^۲

^۱ سید محمد واسعی، «فقه و عرف» قبسات، ۱۵ و ۱۶، ۱۳۷۹، ص ۹

^۲ [فقه و عرف \(ensani.ir\)](http://ensani.ir)

فصل دوم: ماهیت، انواع و شرایط عرف معتبر در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

مبحث سوم: شرایط عرف معتبر

با تحقیق و کاوش در کتب فقهاء و اصولیون، در می یابیم که آنها در موارد بسیاری از عرف استفاده نموده و آن را به نحوی در استنباط احکام اعتبار داده اند. اما واضح است که هر عرفی در استنباط احکام مؤثر نیست، بلکه شرایطی برای اعتبار آن وجود دارد. شرایطی که برای اعتبار عرف در استنباط احکام در نظر گرفته شده است، فی الجمله مورد اتفاق فریقین است، هرچند ممکن است در برخی از جزئیات آن نظریات مختلفی وجود داشته باشد که در ذیل به بیان آن می پردازیم:

اول: اطراد یا اغلیت

مطرد بودن به این معنی است که عرف مورد نظر، کلی بوده، هیچ عملی بر خلاف این عرف وجود نداشته باشد. به نحوی که در بلاد یا اقلیم معین، عموم مردم به آن وقوف داشته باشند. مثل عرف بر تقسیم مهر به معجل و مؤجل. اما منظور از اغلیت این است که عرف مورد نظر در اکثر اعمال و وقایع، جاری بوده و در بین مردم رعایت شود و فقط در موارد اندکی بر خلاف آن عرف عمل شده باشد.^۱ مثلاً اگر کسی شیء را در مقابل مقداری پول فروخت و پول را به صورت مطلق بیان نمود در حالیکه در آن شهر از پول های متفاوت از لحاظ مالیت و رواج استفاده می شد، در این صورت، بیع مذکور با پولی منعقد می شود که اغلب مردم با آن تعامل دارند.^۲

منظور از اطراد، عمل به عرف توسط تمام مردم در تمام شهرها نیست، بلکه یک عرف می تواند در یک شهر خاص یا نزد اهل یک حرفه و فن خاصی مطرد باشد و تمام اهل آن شهر یا حرفه به آن عمل نمایند.^۳ این بدان معنی است که اطراد غیر از عمومیت است و یک عرف خاص نیز می تواند مطرد باشد.

مراد از اشتراط اطراد یا اغلیت، اطراد یا اغلیت عرف در عمل میان مردم است نه در کتب فقهی. زیرا احتمال تغییر یافتن عرف های وارده در کتب فقهی وجود دارد.^۴ بناءً نمی توان اطراد یا اغلیت آن را در کتب فقهی معتبر دانست.

^۱ عبدالکریم زیدان، پیشین ص ۲۶۲

^۲ عبدالعزیز خیاط، پیشین ص ۵۳

^۳ سید نذیر حسنی، پیشین، ص ۶۶

^۴ عبدالکریم زیدان، همان

فصل دوم: ماهیت، انواع و شرایط عرف معتبر در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

این شرط برگرفته از قاعده فقهی «انَّ العادةَ تعتَبَرُ اذا اضطَرَدت او غَلَبت» (عادت زمانی معتبر است که مطرّد یا غالب باشد) می‌باشد^۱ که اطّراد یا اغلیبیت را شرط اعتبار عرف دانسته است. اما عرف در صورت اضطراب، از اعتبار خارج شده و نمی‌تواند سند یا دلیلی قرار بگیرد و در احکام به آن رجوع شود. منظور از اضطراب آنست که برخی از مردم به آن عمل نمایند اما برخی دیگر بر خلاف آن تعامل کنند. این نوع عرف که عرف مشترک نامیده می‌شود، در استنباط احکام اعتباری ندارد. مثلاً اگر شخصی بیعی را با پول مطلق معامله نموده و از نوع پول نام نبرد، در صورتی که پول های رایج در شهر نیز مختلف بود و اغلیبیتی نیز وجود نداشت بلکه به صورت مساوی به آنها عمل می‌شد در این صورت، بیان نوعیت پول واجب است و الأ بیع باطل می‌باشد.^۲

دوم: مقارنت تحقق عرف با زمان تحقق موضوع

برای رجوع به عرف در حل یک مسأله، باید عرف در هنگام تحقق مسأله تحقق پیدا کرده باشد و یا این که تحقق عرف، قبل از مسأله بوده اما در زمان تحقق مسأله نیز موجود باشد. در غیر این صورت، استناد به عرف جایز نیست. این شرط به این معنی است که عرف حادث یا طارئ در حل یک مسأله معتبر نیست و اگر عرفی پس از وقوع یک مسأله به وجود آمد نمی‌توان از آن برای حل مسأله مورد نظر کمک گرفت.

در فهم مدلولات قرآن کریم نیز در مواردی که عرف در تعیین موضوع دخالت دارد، این شرط وجود دارد. مثلاً کلمه «ابن سبیل» که در عرف زمان صدور به معنی مسافری که در راه مانده و توانایی مالی رسیدن به مقصد را ندارد استعمال می‌شد، امروزه نیز به همین معنی استعمال می‌شود و نمی‌توان امروز آن را به لقیطی که در راه افتاده باشد ترجمه نمود.^۳

اهل تشیع به این نظراند که وقتی بخواهیم حکم شرعی یک مسأله را از راه عرف کشف نماییم یا برای اثبات قاعده اصولی به آن استدلال کنیم، در این دو صورت، عرف باید با زمان حضور معصوم (ع) مقارنت داشته باشد تا زمینه برای ردع یا عدم ردع شارع وجود داشته باشد. همچنین اگر برای فهم

^۱ مؤسسه زاید بن سلطان آل نهیان للأعمال الخیریة والإنسانیة، معلّمه زائده للقواعد الاصولیة و الفقهیة، ابوظبی، مجمع الفقه

الاسلامی، ۱۴۳۴ق، ج ۸ ص ۱۴۷

^۲ عبدالعزیز خیاط، پیشین، ص ۵۳

^۳ همان، ص ۵۵

فصل دوم: ماهیت، انواع و شرایط عرف معتبر در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

معانی الفاظ وارده در خطابات شرعیه و تعیین حد شمول آنها از عرف کمک بگیریم، در این صورت، مقارنت عرف با زمان صدور آن الفاظ لازم می‌باشد.^۱

چنانچه شیخ طوسی، معتبر در مکیل بودن یا موزون بودن اشیاء در ربا را نیز عرف زمان صدور می‌داند و می‌فرماید: مماثلت شرط ربا است و آنچه در مماثلت مورد اعتبار است، عرف حجاز در زمان پیامبر اسلام (ص) است. اگر عادت آن زمان در مکیل بودن یک شیء بود، مکیل بودن آن و اگر عادت شان در موزون بودن یک شیء بود، موزون بودن آن در سائر بلاد نیز اعتبار داده می‌شود.^۲

یکی از نمونه های مورد نزاعی که در بین تجار امروز وجود دارد، مسأله تغییر قیمت پولها نسبت به یکدیگر است که اگر در این مورد نیز همین شرط عرف را در نظر بگیریم، مسأله مورد نزاعی باقی نمی‌ماند. مثلاً اگر شخصی یک ملیون تومان بدهکار شخص دیگری بود و شخص دومی پولش را به واحد پول افغانی میخواست، حالا اگر در هنگام گرفتن قرضش از شخص اول، قیمت تومان نسبت به افغانی از زمان دادن پول به شخص اول، افزایش یا کاهش یافت، آنچه مورد اعتبار است قیمت زمان تسلیم پول به بدهکار است نه زمان گرفتن آن، چون قیمت دومی از آنجا که بعد از مسأله مورد نزاع به وجود آمده است، حادث شمرده شده و اعتبار ندارد.

این شرط که از قاعده فقهی «العرف ائماً تُعَبَّرُ اِذَا كَانَ مَقَارِنًا لَا لِاحِقًا»^۳ (عرف زمانی معتبر است که مقارن باشد نه لاحق) گرفته شده است، نه تنها اقوال، بلکه تصرفات عملی را نیز شامل می‌شود و می‌تواند راه حل بسیاری از مسائل مورد نزاعی که بر عرف بنا شده است باشد.

سوم: عدم مخالفت عرف با نص شرعی

شریعت اسلامی جهت تحقق مصالح عباد به وجود آمده و در لابلای قوانینش، اوامر و نواهی وجود دارد که اوامر آن واجب الاطاعه و نواهی آن واجب الترتک است. بناءً اگر عرفی مخالف این قوانین الهی وجود داشت و عمل به آن، باعث تعطیل نص یا اصل قطعی در شریعت می‌شد، چه به صورت عرف عام و چه به صورت عرف خاص، خارج از اعتبار شرعی است. چون عرف قدرت ندارد تا مصالح یا مفاسدی را بر خلاف آنچه که شرع بیان نموده است، شناسایی کند.

^۱ سید محمد واسعی، «فقه و عرف» ص ۱۰

^۲ محمد بن حسن طوسی، المبسوط فی فقه الامامیه، ج ۲ ص ۹۰

^۳ مؤسسه زاید بن سلطان آل نهیان للأعمال الخیریه والإنسانیة، پیشین، ج ۸ ص ۱۶۱

فصل دوم: ماهیت، انواع و شرایط عرف معتبر در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

منظور از مخالفت عرف با نص شرعی و عدم اعتبار آن، مخالفتش در مواردی است که نص شرعی دارای حکم شرعی باشد و عرف با حکم شرعی مخالفت داشته باشد. اما در صورتی که نص شرعی فاقد حکم شرعی باشد و عرف با آن مخالفت نماید این مخالفت در عدم اعتبار عرف تأثیری ندارد. چنانچه امام سیوطی می‌گوید، تعارض عرف با شرع، دو نوع است: اول در صورتی است که به نص شرعی، حکمی تعلق نمی‌گیرد که در این صورت عرف مقدم است. مثلاً در نصوص شرعی به ماهی نیز «لحم» گفته شده است در صورتی که عرف مردم بر این است که این نوع گوشت را «لحم» نمی‌گویند. بناءً اگر شخصی قسم خورد که گوشت نخورد اما ماهی خورد، قسمش شکسته نشده و کفاره لازم نمی‌آید. نوع دوم تعارض در صورتی است که به نص شرعی حکمی تعلق بگیرد که در این صورت نص بر عرف مقدم می‌شود.^۱

مثلاً اگر کسی سوگند یاد کند که روزه نمی‌گیرد، به مجرد امساک حانث نمی‌شود بلکه زمانی حانث می‌شود که روزه شرعی بگیرد، چون شریعت مطلق امساک را روزه نمی‌پندارد بلکه برای آن زمان و شرایطی تعیین نموده است که در صورت وجود آن شرایط، روزه محقق می‌شود.

ممکن است گاهی اوقات، عرف باعث تعطیل احکام نشود و بتوانیم در بین شرع و عرف به هر دو عمل نماییم که در این صورت، عرف از اعتبار خارج نمی‌شود. مثلاً پیامبر (ص) از بیع شیء معدوم نهی نموده اند. چنانچه به حکیم بن حزام فرمودند: «لا تبع ما لیس عندک». این نص عام است و شامل تمام انواع بیع معدوم می‌شود، با این حال، فقهاء حکم به جواز عقد استصناع که یک بیع معدوم است، داده اند. چون این بیع از زمان صحابه تا امروز در بین مردم وجود داشته و هیچ کس منکر آن نیست. در حالی که این نوع بیع نیز شامل نص شده و منهی عنه می‌باشد. اما این بیع باعث تعطیل نص شرعی نمی‌شود و ما می‌توانیم هم به شرع به صورت عام و هم به عرف به صورت خاص عمل نماییم.^۲

در برخی از نوشته‌ها در مورد عرف، شرط «احراز عدم ردع شارع» نیز در پهلوی شرط «عدم مخالفت عرف با نص شرعی» بیان شده است^۳ که به نظر می‌رسد جدا از این شرط نباشد. چون وقتی نص شرعی مخالف عرف وجود نداشته باشد، عدم ردع شارع برای فقیه، محرز می‌شود. البته برخی از اصولیون اهل تشیع، شرط «احراز عدم ردع شارع» را در قطار شرایط عرف ذکر کرده و حرفی از شرط

^۱ جلال الدین سیوطی، الاشباه و النظائر فی قواعد و فروع فقه الشافعیه، ص ۹۳

^۲ عبدالمجید محمد السوسوه، پیشین، ص ۱۹

^۳ زینب حسنونند، نقش عرف در فقه و حقوق اسلامی، (پایان نامه ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی) ص ۵۸

فصل دوم: ماهیت، انواع و شرایط عرف معتبر در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

«عدم مخالفت با نص شرعی» نرده است^۱ که این بیان گر یکی بودن مفهوم این دو است. با این حال، آنچه از این نوشته ها بر می آید این است که مراد از شارع در این مورد، ائمه‌ی معصومین (ع) است و عرفی از نظر اهل تشیع معتبر است که کاشف از رضایت معصوم باشد. همچنان این که منظور از ردع شارع، تنها وجود نصی از کتاب و سنت که دال بر مخالفت با عرف باشد نیست، بلکه منعی را که از ائمه معصوم (ع) در موضوع وجود داشته باشد نیز شامل می‌شود. زیرا برای احراز عدم ردع شارع، اجتماع سه امر ذیل ضروری است که بیان این سه امر، این نظر را تأیید می‌کند:

الف: عمل و بنای عقلاء مقارن با زمان معصوم (ع) باشد.

ب: محذوری از ردع شارع، همچون تقیه وجود نداشته باشد. تا بتوانیم از سکوت او، رضایتش را کشف نماییم.

ج: چیزی که صلاحیت رادعیت داشته باشد (مثل نصی از کتاب و سنت) موجود نباشد. چون در صورت وجود نصی از کتاب و سنت در مخالفت با عرف، انکار جدیدی از شارع در مقام ردع، لازم نیست و به همان نص اکتفا می‌شود.^۲

چهارم: عام بودن عرف

شرط دیگری که برای اعتبار عرف در استنباط احکام وارد شده است، عام بودن آن است؛ به نحوی که عمل به عرف در تمام شهرها و بین تمام انسان ها شایع بوده و مختص گروه معین، اهل فن خاص یا مکان محدود نباشد. در اعتبار این نوع عرف، اختلافی بین فقهاء نیست، اما در مورد اعتبار عرف خاص در استنباط احکام، اختلاف وجود داشته و دو قول نزد فقهاء وجود دارد:

قول اول: برخی از احناف و بعضی از شافعیه قائل بر عدم اعتبار عرف خاص در بناء احکام هستند.^۳

قول دوم: مالکیه، برخی از احناف، بعضی از شافعیه و برخی از امامیه^۴ عرف خاص را نیز در بناء احکام، مثل عرف عام معتبر می‌دانند.^۵

^۱ سید محمد واسعی، پیشین، ص ۱۰

^۲ سید محمد واسعی، جایگاه عرف در فقه، صص ۱۲۰-۱۲۱

^۳ زین الدین بن ابراهیم بن نجیم، پیشین، صص ۸۸-۸۹. احمد بن محمد بن حجر، الفتاوی الفقهیة الکبری، ج ۴ ص ۵۸

^۴ اسعد کاشف الغطاء، العرف حقیقته و حجیته، ص ۳۹

^۵ مؤسسه زاید بن سلطان آل نهیان للأعمال الخیریة والإنسانیة، پیشین ج ۸ ص ۲۴۴. سید صالح عوض، پیشین، ص ۱۹۹

فصل دوم: ماهیت، انواع و شرایط عرف معتبر در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

با بیان این اقوال، دانسته می‌شود که موقف علماء در مورد عرف خاص به صورت دو دیدگاه اعتبار و عدم اعتبار وجود دارد. اما با جستجوی مسائلی که فقهاء احکام آن را بر عرف بنا نموده اند در می‌یابیم که هر دو نوع عرف نزد آنها مورد اعتبار بوده و هرکدام شان در موضع خودش کاربرد دارد. به این معنی که با عرف عام حکم عام و با عرف خاص حکم خاص در نزد اهل همان عرف ثابت می‌شود. آنچه قابل یادآوری است این است که استفاده از هر دو نوع عرف (عام و خاص) تنها در حاکم گردانیدن آنها به معاملات جاری بین انسانها است. اما تاثیر عرف و اعتبار آن در تخصیص نص شرعی (نزد قائلین به تخصیص با عرف) تنها مربوط عرف عام می‌باشد و عرف خاص در این زمینه کارایی ندارد.^۱

فرق بین شرط فوق و شرط اطّراد یا اغلیبیت این است که اطّراد یا اغلیبیت در عرف خاص نیز باید موجود باشد. به این معنی که عرف زمانی مطّرد گفته می‌شود که در جمیع حوادث مرتبط استعمال شود و هیچ امری بر خلاف آن عرف استعمال نشود که این شرط در عرف خاص نیز قابل تحقق است. دیگر این که شرط اطّراد یا اغلیبیت مورد اتفاق تمام فقهاء است، اما شرط عام بودن، چنانچه بیان شد مورد اختلاف است و تنها محل اتفاق، عدم اعتبار عرف خاص در تخصیص نصوص می‌باشد. به این معنی که برخی از فقهاء حتی عرف خاص مطّرد را نیز در تحکیم بر معاملات رایج بین انسانها معتبر نمی‌دانند و فقط عرف عام را اعتبار داده اند. حال آنکه برخی دیگر از فقهاء چنانچه بیان شد قائل به اعتبار آن هستند.^۲

پنجم: عدم تعارض عرف با تصریح عاقدین

فهم عرف از یک موضوع و اعتبار آن تا زمانی است که متعاقدين بر خلاف آن تصریح نکرده باشند و یا دلیل شرعی بر خلاف آن موجود نباشد. قاعده فقهی «لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح»^۳ (دلالت عرف، اشاره، حال و...) در مقابل تصریح (قول صریح) اعتبار ندارد، نیز مؤید همین مطلب است. چون دلالت تصریح لفظی از عرف قوی تر است بناءً عمل به عرف با آن ترک می‌شود. همچنان این که

^۱ عبدالمجید محمد السوسوه، پیشین، ص ۱۸

^۲ مؤسسۀ زاید بن سلطان آل نهیان للأعمال الخیریة والإنسانیة، پیشین، ج ۸ ص ۲۴۳

^۳ محمد مصطفی زحیلی، القواعد الفقهیة و تطبیقاتها فی المذاهب الاربعة، ج ۱ ص ۱۵۴

فصل دوم: ماهیت، انواع و شرایط عرف معتبر در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

عمل به عرف بخاطر انعدام چیزی است که غرض متعاقدين را صراحتاً بیان نماید، اما زمانی که این غرض صراحتاً بیان شد، پس نیازی به عرف نیست.^۱

علامه علی حیدر در شرح ماده (۳۷) مجله الاحکام العدلیه می گوید: عرف زمانی حجت است که مخالف نص یا شرط یکی از متعاقدين قرار نگیرد. بناءً اگر شخصی برای خود اجیری بگیرد که فقط از ظهر تا عصر برایش کار کند، در این صورت برای اجیر لازم نیست تا بر اساس عرف، از صبح تا شب برایش کار کند. چون با تصریح لفظی بیان شده است که زمان کار، از ظهر تا عصر است.^۲ با توجه به این شرط، هرگاه متعاقدين، تصریحی بر خلاف عرف مردم داشته باشند به تصریح آنها عمل می شود و عرف ترک می شود و به عرف تنها در حال سکوت متعاقدين عمل شده و عرف مفسر سکوت متعاقدين به حساب می آید.

این شرط از قاعده فقهی «العرف إنما يعتبر عند عدم التصريح بخلافه» (عرف در صورتی که تصریح به خلاف آن نباشد اعتبار دارد)، گرفته شده، محل اتفاق فقهاء بوده و در جمیع معاملات و تصرفاتی که عرف در آن دخیل است، قابل استفاده می باشد.^۳

ششم: الزام آور بودن عرف

عرف زمانی می تواند در استنباط احکام مؤثر باشد که از صفت الزام آور بودن نزد مردم برخوردار باشد. به این معنی که عمل به مقتضی آن عرف نزد مردم حتمی به نظر برسد و به سبب تکرار زیاد، به درجه ی برسد که اهل آن، خود را ملزم به اتباع از آن دانسته و خروج از آن منهج را مذموم بدانند.^۴ این شرط، صراحتاً در کتب اصولی آورده نشده است، زیرا این شرط برای تمام انواع عرف نیست. بلکه شامل عرفی می شود که بر وجه الزام، متضمن حقی باشد. اما در عرفهای که متضمن چنین چیزی نباشد، الزام آور بودن شرط نیست.^۵

با شرط الزام آور بودن عرف، عرفهای که دارای ویژگی الزام نیستند، از اعتبار خارج شده و نمی توانند مستند اثبات حقوق قرار بگیرند. مثل هدیه دادن در مناسبات معینه و...

^۱ عبدالمجید محمد السوسوه، پیشین، ص ۲۰

^۲ مصطفی احمد زرقاء، پیشین، ج ۲ ص ۹۰۱

^۳ مؤسسۀ زاید بن سلطان آل نهیان للأعمال الخیریة والإنسانیة، پیشین، ج ۸ ص ۱۵۷

^۴ مصطفی ابراهیم الزلمی، اسباب اختلاف الفقهاء فی الاحکام الفقهیة، ص ۴۹۸

^۵ احمد فهمی ابوسنۀ، پیشین، ص ۶۷

نتیجه گیری فصل دوم

پس از بررسی ماهیت، انواع و شرایط عرف معتبر در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین، برای پاسخ به سؤال فرعی اول، به نتایج ذیل رسیده ایم:

۱- عرف در علوم اصول و فقه اسلامی، حقوق و جامعه شناسی به گونه های متفاوتی تعریف شده است. به گونه ای که در علم اصول و فقه اسلامی، عرف عبارت از عادت جمهور قوم در قول یا فعل است.

در حقوق داخلی عبارت از اعمال، عادات و روشهای است که در طول زمان، به صورت تدریجی بر اثر تکرار و بدون دخالت قوه قانون گذاری، میان همه ی افراد جامعه یا گروهی از آنان به عنوان قاعده الزام آور در تنظیم روابط حقوقی، مورد قبول قرار گرفته است. اما در حقوق بین الملل عبارت از رویه عمومی دولتها است که به صورت قاعده حقوقی مورد قبول آنها قرار گرفته است.

عرف در جامعه شناسی عبارت از رسومی است که دلالت های مهم شایست و ناشیست دارند. ۲- عرف ناشی از انگیزه های خارجی یا داخلی است که این انگیزه ها باعث پیدایش میل و رغبت باطنی انسان ها در انجام عمل گردیده و پس از تکرار آن عمل به صورت مکرر، تبدیل به عادت می گردد. انجام مداوم این عادت توسط فرد، به افراد پیرامونش نیز تأثیر گذاشته و آنها به تقلید از این شخص پرداخته و به صورت مکرر آنرا انجام می دهند که در نتیجه، این عمل بین آنها متعارف گردیده و تبدیل به عرف می گردد. بناءً ادوار پیدایش عرف به چهار دور: میل، عمل، تقلید و تکرار تقسیم می شود.

۳- عوامل متعددی در پیدایش عرف، مؤثر است. از جمله: درک عقل، حاجت و مصلحت، سلطه حاکمان، اغراض شخصی و عوامل دیگری مثل تقلید از گذشتگان، مسامحه و راحت طلبی و ارتکازات فرهنگی و دینی همچون اعتقادات دینی و مذهبی و اموری از این قبیل.

۴- عرف از سه عنصر تشکیل شده است: ۱- عمل معین ۲- تکرار و فراگیری آن عمل ۳- ارادی بودن آن عمل؛ به این معنی که عمل مذکور، غریزی نباشد.

۵- واژه عرف دو مرتبه در قرآن کریم به کار رفته و به معانی معروف و خصلت پسندیده، احسان و نیکی یا تابع و پی در پی بودن آمده است.

فصل دوم: ماهیت، انواع و شرایط عرف معتبر در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

اما واژه معروف سی و دو مرتبه در قرآن کریم به کار رفته و به معنی امر پسندیده و صالح یا معمول و متعارف آمده است.

۶- عرف با اصطلاحاتی از قبیل عادت، اجماع، عمل، بنای عقلاء، سیره متشرعه، سنت و قانون ارتباط دارد که این ارتباط ممکن است نسبت تساوی، تباین، عموم و خصوص مطلق و عموم و خصوص من وجه را بین عرف و این اصطلاحات به وجود آورد.

۷- عرف به اعتبار صدور به عرف شرع و عرف غیر شرع تقسیم می‌شود که عرف شرع عبارت از الفاظ مستعمل توسط شارع است که در نصوص بیان شده، از آن معنی خاصی اراده شده و انسان به صورت وجوبی یا استحبابی به آن امر گردیده یا به صورت تحریم یا کراهت از آن نهی شده و یا اجازه انجام یا ترک آن برای مکلف داده شده است.

۸- عرف غیر شرع به اعتبارات مختلفی تقسیم شده است. از جمله: به اعتبار ثبات و تغییر (ثابت و غیر ثابت)، به اعتبار متعلق و موضوع (قولی و فعلی)، به اعتبار شیوع (عام و خاص)، به اعتبار موافقت یا مخالفت آن با شریعت (صحیح و فاسد).

۹- تقسیمات دیگری نیز برای عرف وجود دارد که در علم حقوق بیشتر مورد بررسی قرار گرفته است از جمله: عرف مسلم و قراردادی، عرف مطرد، غالب و مشترک، عرف سابق، مقارن و متأخر، عرف حادث، عرف موضوعی و حکمی، عرف ممکنیتی، محلی و مذهبی، عرف ممضا، مردوع و مرسل و عرف دقیق و مسامحی.

۱۰- برای اعتبار دادن عرف در استنباط احکام، شرایطی وجود دارد که فی الجمله مورد اتفاق فریقین است هرچند در برخی جزئیات آن اختلاف وجود دارد. این شرایط عبارت اند از: اطراد یا اغلیت، مقارنت تحقق عرف با زمان تحقق موضوع، عدم مخالفت با نص شرعی، عام بودن، عدم تعارض عرف با تصریح عاقدین و الزام آور بودن عرف.

۱۱- در برخی از نوشته های اهل تشیع، شرط عدم مخالفت با نص شرعی با عنوان «احراز عدم ردع شارع» آمده و منظور از شارع، خداوند، پیامبر (ص) و ائمه معصوم (ع) می‌باشد. اما در اهل سنت، با عنوان عدم مخالفت با نص شرعی آمده و منظور از آن عدم مخالفت عرف با قرآن و سنت پیامبر (ص) است.

۱۲- در اعتبار عرف عام در استنباط احکام، اختلافی وجود ندارد اما در مورد عرف خاص دو نظر وجود دارد: ۱- برخی از احناف و بعضی از شافعیه: عدم اعتبار. ۲- مالکیه برخی از احناف، بعضی از شافعیه و برخی از امامیه: اعتبار.

خلاصه فصل دوم به شکل نمودار







فصل سوم

قلمرو عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

مقدمه

بحث از قلمرو عرف در استنباط احکام از آن لحاظ دارای اهمیت است که حوزه عملکرد عرف در فقه و استنباط را روشن می‌کند. البته واضح است که بحث از قلمرو عرف در استنباط احکام از جانب کسانی مطرح می‌شود که به گونه‌ای، عرف را در استنباط احکام، معتبر می‌دانند. از همین جهت در مبحث اول این فصل، به ادله حجیت عرف نزد فریقین، در مبحث دوم به جایگاه عرف در منابع استنباط و در مبحث سوم به کاربرد عرف در استنباط پرداخته ایم.

مبحث چهارم این فصل را به عرف و عرفی شدن اختصاص داده ایم، زیرا برخی از روشن فکران، قلمرو عرف را به اندازه‌ای وسیع دانسته اند که آن را منشأ اصلی قوانین اسلامی دانسته و قائل بر عرفی شدن فقه اسلام می‌باشند. بنابر این، لازم است تا ابتدا، به تعریف عرفی شدن پرداخته، سپس نظریه عرفی شدن فقه اسلام را مطرح نموده و در اخیر به نقد این نظریات بپردازیم.

مبحث اول: حجیت عرف

یکی از اساسی‌ترین بحث‌ها در مورد عرف، بحث حجیت، اعتبار و ارزش فقهی آن است؛ زیرا این بحث، قلمرو کاربرد عرف در استنباط احکام شرعی را معین می‌نماید. بررسی متون اصولی و فقهی نشان می‌دهد که فقهاء و اصولیون اهل سنت و اهل تشیع، با وجود اختلاف در روش‌های احتجاج و چگونگی استناد به عرف، فی الجمله حجیت و اعتبار آن‌را پذیرفته و در مواردی به آن استناد نموده اند. اصولیون اهل سنت، برای حجیت عرف دلایل متعددی ذکر نموده اند که برخی از آنها مورد انتقاد منتقدین قرار گرفته است. در میان اهل تشیع نیز سه دیدگاه در مورد حجیت عرف وجود دارد که در ذیل به بیان هر یک از مباحث فوق می‌پردازیم:

گفتار اول: ادله حجیت عرف از دیدگاه اهل سنت

با این که متقدمین اهل سنت، برای استدلال به حجیت عرف، به ادله جزئی از قبیل آیات و روایات تمسک جسته اند اما اصولیون متأخر اهل سنت، در بحث استدلال به حجیت عرف آنرا به ادله اصلی و قواعد شرعی برگشت داده و حجیت عرف را از حجیت آن ادله می‌دانند. این گروه از اصولیون، عرف را به سنت تقریری، اجماع، قاعده رفع حرج، اصل منافع و مضار، اعتبار مصالح و نصوص مطلق شرعی مشیر به تحکیم عرف، برگشته داده اند که در ذیل به تفصیل هریک از آنها می‌پردازیم:

اول: رد عرف به اصول ادله و قواعد شرعیه

اصولیون متأخر اهل سنت، برای استدلال به حجیت عرف، آنرا به ادله اصلی و قواعد شرعی برگشت داده اعتبار آنرا از اعتبار آن ادله می‌دانند. این گروه از اصولیون عرف را دلیل حقیقی نمی‌دانند، بلکه دلیل ظاهری می‌دانند؛ زیرا معتقدند تمامی مواردی که به عرف استدلال شده است، در واقع به یکی از ادله اصلی یا قواعد شرعی برمی‌گردد. ادله‌ی مثل سنت تقریری، اجماع، قاعده رفع حرج و...

۱. سنت تقریری

سنت تقریری عبارت از سکوت پیامبر(ص) از انکار قول یا فعلی است که در حضورشان صادر شده و یا در عصر ایشان بوده و پیامبر(ص) به آن علم داشته باشد. این سکوت پیامبر(ص) دلیل بر تأیید و تقریر آن عمل می‌باشد.^۱ مثل تأیید قضاوت معاذ بن جبل(رض) در یمن توسط پیامبر(ص).^۲ تمامی عرف و عاداتی که در زمان پیامبر(ص) بوده و مورد انکار ایشان قرار نگرفته است، از همین قبیل می‌باشد. عرف‌های مثل بیع سلم^۳ یا عرایا^۴ که به خاطر شیوع آنها و احتیاج مردم به آنها، مورد تأیید پیامبر(ص) قرار گرفت. یا مثل پوشیدن لباسهایی که کفار آنرا بافته اند.^۵

^۱ احمد فهمی ابوسنه، العرف و العادة فی رأى الفقهاء، ص ۳۲

^۲ وهبة الزحیلی، اصول الفقه الاسلامی، ج ۱، ص ۴۵۰

^۳ عن الحارث بن عمرو ابن أخي المغيرة بن شعبه، عن أناس من أهل حمص، من أصحاب معاذ بن جبل، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أراد أن يبعث معاذاً إلى اليمن قال: "كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟" قال: "أقضي بكتاب الله، قال: "فإن لم تجد في كتاب الله؟" قال: "فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال: "فإن لم تجد في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، ولا في كتاب الله؟" قال: "أجتهد رأيي، ولا ألو فضر رسول الله صلى الله عليه وسلم صدره، وقال: "الحمد لله الذي وفق رسول، رسول الله لما يرضي رسول الله" سنن ابی داوود، حدیث رقم ۳۱۳۶

^۴ بیعی که در آن، ثمن نقداً پرداخت می‌گردد اما مبیعه به صورت مؤجل و در یک زمان معین اخذ می‌گردد.

^۵ بیع خرما در برابر خرما است. به گونه ای که میوه موجود در درخت با تخمین مقدار آن توسط کارشناس که در صورت خشک شدن و تبدیل به خرما خشک، وزن آن فلان مقدار خواهد شد، در برابر خرما معامله می‌شود.

^۶ عادل بن عبدالقادر، العرف حجیته و اثره فی الفقه المعاملات المالیه عند الحنابلة، ج ۱ ص ۱۳۸

فصل سوم: قلمرو عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

در روایتی از حضرت جابر (رض) نقل شده است که «كُنَّا نَعَزِلُ وَالْقِرَانَ يَنْزِلُ»^۱ اما عزل می‌کردیم در حالی که قرآن نازل می‌شد. عزل عبارت از اخراج منی در خارج فرج است که به خاطر جلوگیری از وضع حمل، در صدر اسلام به عنوان یک عرف در بین مردم رواج داشت. این روایت نشان دهنده این است که در زمان پیامبر اسلام (ص) عرفهایی وجود داشته است که در صورت سکوت پیامبر (ص) و عدم انکار آنها، مردم آنرا انجام می‌دادند. چنانچه در روایت دیگری جابر (رض) می‌گوید: «ما در عهد پیامبر (ص) عزل می‌کردیم، این خبر به پیامبر (ص) رسید و ایشان ما را نهی نکردند»^۲.

بناءً سنت تقریری، دلیل و شاهی به اعتبار عرف می‌باشد. اما احکام ثابت از این عرفها با سنت تقریری ثابت می‌گردد، نه با عرف. از همین جهت است که اصولیون اهل سنت این نوع عرف را «عرف سنی» نامیده و آنرا دلیلی بر مشروعیت حکم می‌دانند.^۳ افزون بر این، آنچه اعتبار عرف‌های رد شده به سنت تقریری را قوت می‌بخشد، انجام برخی از آنها (مثل عقد استصناع) توسط شخص پیامبر (ص) است.

۲. اجماع

اجماع عبارت از اتفاق مجتهدین امت محمد (ص) در عصری از اعصار، بر امری از امور است.^۴ امام شوکانی می‌گوید «امری از امور» در تعریف اجماع، شامل شرعیات، عقلیات، عرفیات و لغویات می‌شود. ایشان امور عرفی را نیز در ضمن آنچه که اتفاق مجتهدین بر آن واقع می‌شود ذکر کرده است. بناءً عرف از آنجا که اجماع بر آن واقع می‌شود، حایز اهمیت و قابل اعتبار است.

اجماع به دو صورت می‌تواند دال بر اعتبار عرف باشد:

الف: در صورتی که اهل اجماع، عرف مورد نظر را عملاً انجام دهند که اصولیون آنرا اجماع عملی می‌گویند. این اجماع، معتبر بوده و نوعی از اجماعی است که از ادله فقه به شمار می‌رود؛ زیرا اجماع عبارت از اتفاق مجتهدین است و اتفاق مجتهدین عبارت از اشتراک آنها در قول، فعل یا اعتقاد می‌باشد. ب: در صورتی که اهل اجماع، عرف جاری در بین مردم را دیده، آنرا تأیید نموده و هیچ یک از آنها آنرا انکار نکنند. اصولیون این نوع اجماع را اجماع سکوتی می‌گویند زیرا برخی از مجتهدین قولاً

^۱ محمد بن اسماعیل البخاری، صحیح البخاری، کتاب النکاح، باب العزل، حدیث رقم ۵۲۰۷

^۲ صحیح البخاری، حدیث ۵۲۰۸

^۳ احمد فهمی ابوسنه، پیشین، ص ۴۰

^۴ محمد شوکانی، ارشاد الفحول الی تحقیق الحق من علم الاصول، ج ۱ ص ۳۴۸

فصل سوم: قلمرو عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

یا فعلاً آنرا انجام داده و بقیه آنها هیچ سخنی در تأیید یا رد آن نگفته و سکوت کرده اند. با این حال، این سکوت در صورتی معتبر است که متکرر بوده در طول زمان تکرار شود و هیچ یک از مجتهدین بر خلاف آن سخنی نگوید، تا به عرف و عادت تبدیل شده و مفید علم به رضایت مجتهدین در امر مسکوت عنه باشد. اما اجماع سکوتی که سکوت در آن یک یا دو بار صورت گرفته باشد، مورد اختلاف اصولیون و فقهاء است.^۱

البته آنچه قابل ذکر است این است که عدم انکار مجتهدین در یک امر عرفی، زمانی معتبر است که آن فعل توسط جمع کثیری انجام شده باشد تا با این کار، ما به علم مجتهد به آن فعل پی ببریم، چون زمانی که فعل آن از جانب جماعت اندکی صورت بگیرد، عدم انکار مجتهدین اعتبار ندارد زیرا عدم انکار آنها ممکن است به دلیل جهل به آن فعل باشد نه به خاطر تأیید آن. بناءً سکوت مجتهدین در این مورد، دال بر رضایت آنها نیست.^۲

از جمله عرفهایی که بر آن اجماع شده است، جواز وقف اموال منقول، جواز استصناع، جواز دخول به حمام بدون اندازه گرفتن مقدار آب یا مدت زمان و... می باشد.^۳ این موارد نشان دهنده معتبر بودن عرف در شریعت اسلامی است چنانچه ابوبکر کاسانی (م ۵۸۷ق) در کتاب بدائع الصنایع در مورد جواز استصناع می گوید: اصل در استصناع عدم جواز است زیرا استصناع بیع چیزی است که نزد انسان نیست و پیامبر اکرم (ص) از چنین بیعی نهی کرده اند. اما استحساناً جایز است، زیرا انسانها در هر عصری بدون انکار، به آن عمل نموده و بر جواز آن اجماع دارند. این درحالی است که پیامبر (ص) فرموده اند: «امت من بر ضلالت اجماع نمی کنند». بناءً عرف انسانها و اجماع آنها بر جواز استصناع مورد قبول بوده و قیاس با آن ترک می گردد.^۴

با توجه به آنچه گفته شد، از آنجا که در موارد بسیاری، اجماع مجتهدین بر اساس عرف های موجود در بین اجتماع بوده است، عرف در شریعت اسلامی دارای اعتبار می باشد.

^۱ اهل سنت در مورد حجیت اجماع سکوتی اختلاف نظر دارند. به گونه ی که اکثر احناف آنرا حجت قطعی دانسته، حسن کرخی آنرا حجت ظنی می داند اما امام شافعی در صورتی که اجماع سکوتی بر امر متکرری نباشد، منکر حجیت آن است اما اگر اجماع بر امر متکرری بوده و سکوت نیز با آن تکرار شود، قائل به حجیت آن است. (سید صالح عوض، اثر العرف فی التشریح الاسلامی، ص ۱۸۵)

^۲ احمد فهمی ابوسنه، پیشین، ص ۴۲

^۳ عادل بن عبدالقادر قوته، پیشین، ج ۱ ص ۱۴۰

^۴ ابوبکر کاسانی، بدائع الصنایع فی ترتیب الشرایع، ج ۵ ص ۲

۳. رفع حرج

آنچه همواره در کلام فقهاء جاری است این است که «عادت، طبیعت دوم است»؛ زیرا اموری که اغلب توسط شخص تکرار می‌شود، با ذهن و اعضای بدن او الفت گرفته و تبدیل به یکی از امور طبیعی انسان می‌گردد که ترک آن، مشقت آور خواهد بود. بناءً رعایت عرف و عاداتی که با شریعت اسلامی در تضاد نباشد، مطلوب است؛ چون جلوگیری انسان‌ها از انجام عادات شان، باعث حرج می‌گردد در حالی که «رفع حرج» از قواعد مهم و حایز اهمیت در شریعت بوده و همواره بر آن تأکید شده است.^۱ امام شاطبی (م ۷۹۰ق) در استدلال به اعتبار عرف با قاعده «رفع حرج» می‌گوید: عرف و عادات اگر معتبر نباشد و رعایت نشود، باعث تکلیف مالا یطاق می‌گردد در حالی که تکلیف مالا یطاق جایز نیست. چون در یک خطاب، یا علم و قدرت به مکلف به شرط است یا شرط نیست. اگر شرط باشد پس عرف معتبر است زیرا ترک عادت در قدرت مکلف نیست. اما اگر شرط نباشد به این معنی است که تکلیف متوجه قادر و غیر قادر و عالم و غیر عالم می‌گردد که این، عین تکلیف مالا یطاق است. بناءً اعتبار دادن عرف در چنین حالتی، باعث رفع حرج و جلب تیسیر می‌گردد.^۲

۴. اصل منافع و مضار

اصولیون در مواردی که دلیلی بر اباحت یا حرمت اشیاء وجود نداشته باشد، بر این نظر اند که اصل در منافع اباحت و در مضرات، تحریم است. به دلیل اطلاق فرموده خداوند متعال «هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا» اوست آن که همه‌ی آنچه در زمین است، را برای شما آفریده است؛ و روایت ابن عباس که پیامبر اکرم (ص) فرموده اند: «لاضرر و لا ضرار».^۳ بناءً در اکثر عرفهای جاری در معاملات و عادات اجتماعی، که دلیل خاصی بر اباحت یا تحریم آن وارد نشده باشد، می‌توان این اصل (منافع و مضار) را در نظر گرفته، عرفهایی را که در انجام آن منفعتی برای انسان‌ها بوده و یا حد اقل ضرری نباشد، بنابر اصل منافع بپذیریم و عرفهایی را که انجام آن باعث ضرر می‌گردد، بنابر به اصل مضار رد نماییم.^۴

^۱ محمد امین بن عابدین، رسایل ابن عابدین (نشر العرف فی بناء بعض الاحکام علی العرف)، ج ۲ صص ۱۴۰-۱۴۱

^۲ ابو اسحاق شاطبی، الموافقات فی اصول الشریعه، ج ۲ ص ۲۸۸

^۳ بقره، ۲۹

^۴ ابن ماجه، سنن بن ماجه، حدیث ۲۳۳۸

^۵ احمد فهمی ابوسنه، پیشین، ص ۳۹

۵. اعتبار مصالح

جمعی از اصولیون اهل سنت، برای حجیت و اعتبار عرف، به اعتبار مصالح استدلال نموده اند؛ زیرا شارع حکیم، همواره در تشریح احکام، مصالح انسانها را در نظر گرفته و احکام را بر اساس مصالح آنها فرستاده است. بناءً اعتبار مصالح در شریعت اسلامی، مقتضی اعتبار عرف است؛ زیرا عمل به عرف اجتماع، از جمله مصالح انسانها می باشد. بر این اساس، بناء احکام بر عرف صحیح، در واقع بناء احکام بر مصالح است نه بر عمل مردم^۱ پس مراعات عرفی که فسادی در آن نباشد، نوعی از انواع مصلحت است که ترک آن صحیح نبوده و عمل به آن واجب است.^۲

امام شاطبی نیز در استدلال به حجیت عرف، به اعتبار مصالح اشاره نموده می گوید: وقتی ما یقین پیدا کردیم که شارع، مصالح را معتبر دانسته است، لازم است که عرف و عادات را نیز معتبر بدانیم؛ زیرا شریعت دائمی است و مصالح انسان ها نیز دائماً در نظر گرفته می شود، بناءً عرفهایی که دائماً در بین انسان ها وجود داشته و از مصالح آنها به شمار می رود نیز معتبر بوده و در صورت وجود شرایط آن - مورد تأیید شریعت می باشد.^۳

۶. نصوص مطلق شرعی مشیر به تحکیم عرف

در شریعت اسلامی احکامی وجود دارد که خالی از هرگونه بیان و تفصیلی، به صورت مطلق آورده شده است. مشروع شدن چنین احکامی از جانب شارع حکیم، خالی از حکمت نیست؛ زیرا امکان تطبیق این احکام در صورت تغییر شرایط، احوال، زمان و مکان نیز به دلیل اطلاق و عدم تقیید به زمان، مکان یا حالت خاصی، وجود دارد؛ که تطبیق نمودن این احکام به حوادث، به راسخین در علم فقه و اگذار شده است. به گونه ای که آنها با توجه به اقتضات عرفی و مصلحتی، احکام را بر مسائل مستحدثه، تطبیق می کنند.

وجود چنین احکام مطلق در کتاب و سنت، اشاره به تحکیم عرف دارد. زیرا برای تطبیق این احکام بر حوادث، رجوع به شیء دیگری غیر از عرف ممکن نیست چون هیچ ضابطی از شریعت و لغت در چنین مواردی وجود ندارد. بناءً برای تطبیق این احکام، چیزی جز مراجعه به عرف وجود ندارد.

^۱ علی خفیف، اسباب اختلاف الفقهاء، ص ۲۵۵

^۲ عبدالوهاب خلاف، علم اصول الفقه، ص ۹۰

^۳ ابواسحاق شاطبی، پیشین، صص ۲۸۷-۲۸۸

فصل سوم: قلمرو عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

جواز مراجعه به عرف در این احکام، دلیل روشنی بر عظمت و جلال شریعت اسلامی بوده و صلاحیت آن را برای حضور در هر زمان و مکانی، نشان می‌دهد.^۱ موارد متعددی از احکام مطلق در کتاب و سنت وجود دارد که برای تطبیق آن باید به عرف مراجعه شود. از جمله:

۱- قال تعالی: «وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ...»^۲ و -هنگام طلاق- دو شاهد عادل از میان خود گواه بگیرید. فقهاء از این آیه، اشتراط عدالت در شهادت را استنباط نموده و قائل بر این هستند که هرآنچه که محل مروءت باشد، مسقط عدالت است.

بدیهی است که افعال محل مروءت برخی ثابت بوده و برخی متغیر اند. به گونه‌ای که برخی از افعال، در زمان و مکانی محل مروءت است، اما با تغییر زمان و تفاوت مکان تأثیری به مروءت ندارد. مثل کشف سر (کلاه یا عمامه نگذاشتن در سر) که در شهرهای مشرق، قبیح و محل مروءت بوده و در بلاد مغرب نیست. بناءً با توجه به عرف آنها، حکم شرعی تغییر نموده اهل مشرق، در صورت کشف سر قاذح عدالت بوده و اهل مغرب نیست.^۳

۲- قال تعالی: «لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَ مَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ...»^۴ آن کس که دارای وسعت مالی است باید طبق وسعت خود نفقه دهد و آن که روزی بر او تنگ شده باشد، باید از آنچه خداوند به او داده-به اندازه توان خود- نفقه دهد.

خداوند متعال، نفقه زوجات را به قدر توان شوهر، فرض نموده و مقدار آن را بیان نکرده است. اما جمهور اهل سنت، مقدار آن را به عرف واگذار نموده اند.^۵

۳- عن بن عمر (رض) قال رسول الله (ص): «الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا...»^۶ عاقدین تا زمانی که از هم جدا نشوند خیار دارند. امام شافعی از این حدیث، خیار مجلس در بیع و سقوط آن با تفرق عاقدین را استنباط نموده و آنچه که تفرق با آن حاصل می‌شود را به عرف واگذار کرده است. بناءً آنچه از نگاه عرف، تفرق باشد، ملزم بیع و مسقط خیار مجلس می‌باشد.

^۱ احمد فهمی ابوسنه، پیشین، ص ۴۴

^۲ طلاق، ۲

^۳ احمد فهمی ابوسنه، پیشین، ص ۴۶

^۴ طلاق، ۷

^۵ احمد فهمی ابوسنه، همان

^۶ محمد بن اسماعیل بخاری، صحیح البخاری، حدیث ۲۰۲۰

فصل سوم: قلمرو عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

با توجه به آنچه در مورد رجوع عرف به سنت تقریری، اجماع، قاعده رفع حرج و... گفته شد، دانسته می‌شود که در صورت رجوع عرف به این ادله و اصول، علماء اهل سنت آنرا دلیلی بر حکم دانسته و حجت می‌دانند؛ اما برای اعتبار و حجیت عرف دلیل مستقلی ارائه نمی‌کنند، بلکه دلیل حجیت آنرا، دلیل حجیت این ادله و اصول ذکر می‌کنند.

دوم: ادله جزئی دال بر اعتبار عرف

جمع کثیری از اصولیون متقدم اهل سنت، برای استدلال به حجیت عرف به برخی از ادله جزئی روی آورده و اعتبار عرف را از این ادله استنباط نموده‌اند. مشهورترین ادله جزئی دال بر اعتبار عرف، آیه ۱۹۹ سوره اعراف و روایتی از عبدالله بن مسعود است که در ذیل به تبیین هریک از آنها می‌پردازیم:

۱. استدلال به قرآن

خداوند متعال می‌فرماید «تُخَذِ الْعَفْوُ وَأُمْرٌ بِالْعُرْفِ وَأَعْرَضَ عَنِ الْجَاهِلِينَ»^۱ عفو و میانه روی را پیشه کن و به کارهای عقل پسند و نیکو فرمان بده و از جاهلان اعراض کن. جماعتی از اهل علم، از جمله‌ی «وَأُمْرٌ بِالْعُرْفِ» در این آیه، به حجیت عرف در شریعت اسلامی استدلال کرده‌اند.

امام قزافی (م ۶۸۴ق) در خلال سخنش از اختلاف زوجین در متاع بیت، به این آیه استدلال نموده و قول کسی را که کارش موافق عرف باشد ترجیح می‌دهد؛ زیرا هر آنچه که عادت بر آن گواهی دهد، بر همان حکم می‌شود مگر اینکه بینه‌ای وجود داشته باشد.^۲

جلال الدین سیوطی (م ۸۴۹ق) می‌گوید: منظور از امر به عرف، حکم به هر آنچه که نفوس آنرا بشناسد و شریعت آنرا رد نکند، می‌باشد و این آیه، اصل قاعده فقهی بر اعتبار عرف بوده، تحت آن مسائل زیادی وجود دارد که قابل شمارش نیست.^۳

قاضی بن عطیه (م ۵۴۱ق)؛^۴ عبدالرحمن بن احمد بن یونس (م ۳۴۷ق)، قاضی عبدالوهاب (م ۴۲۳ق)، ابن فرحون (م ۷۹۹ق) و ابن رحال (م ۱۱۴۰ق) از مالکیه و علاء الدین طرابلسی (م ۸۴۴ق)، ابن عابدین و...

^۱ اعراف، ۱۹۹

^۲ احمد بن ادریس قزافی، الفروق، ج ۳ ص ۱۴۹

^۳ ص ۱۱۰

^۴ عبدالحق بن عطیه، المحرر الوجیز فی تفسیر الكتاب العزیز، ج ۲ ص ۴۹۰

فصل سوم: قلمرو عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

از احناف و دکتر سید صالح عوض و دکتر حسنین از معاصرین اهل سنت، برای حجیت عرف به این آیه استدلال نموده اند.^۱

وجه استدلال به آیه مذکور این است که مراد از «عرف» در آیه کریمه، عادات مردم و نحوه تعامل آنهاست، پس همین که خداوند متعال، پیامبرش را به آن امر کرده است، دلالت به اعتبار آن در شریعت اسلامی دارد و الا فایده دیگری در این امر نبود. بناءً عمل به عرف، مقتضی امر پروردگار است.^۲

مانعین این استدلال

گروه دیگری از علماء، استدلال بر این آیه به حجیت عرف را ضعیف دانسته و حتی برخی آن را باطل می‌دانند.^۳ این گروه دلایل متعددی برای رد این استدلال بیان نموده اند. از جمله:

(۱) این آیه مکی است و در زمان نزول آن، فروع عملی وجود نداشت که در آن به عرف حکم شود، پس این آیه، فقط برای تشویق به مکارم اخلاق نازل شده است.

(۲) سیاق آیه دال بر این است که عرف مأمور به در آیه، عرفی است که حُسن آن در شرع شناخته شده باشد. در واقع معنی این آیه چنین است: و امر کن به آنچه که خدا به تو امر کرده و تو با وحی آن را شناختی.

(۳) اگر منظور از آیه، امر به عرف و عادات مردم باشد، این امر به معنی معتبر دانستن عادات جاهلیت است، در حالی که پیامبر(ص) برای تغییر این عادات فرستاده شده است.

(۴) اگر پیامبر(ص) در بعضی از مسائل، موافق عرف مردم در آن زمان حکم نموده است، دلیل آن وحی است، نه عمل به عرف مردم.^۴

قول راجح

به نظر می‌رسد ادله مانعین این استدلال، از قوت چندانی برخوردار نباشد. زیرا:

اولاً مکی بودن این آیه، مانع استدلال به آن نیست؛ چون در نفس همین سوره(اعراف) خداوند متعال صفت پیامبر(ص) در تورات و انجیل را بیان می‌کند که از خصایص ایشان، امر به معروف و نهی از منکر است. چنانچه در آیه ۱۵۷ همین سوره می‌فرماید: «يَأْمُرُهُمْ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَاهُمْ عَنِ الْمُنْكَرِ» آنان را

^۱ عادل ابن عبدالقادر، پیشین، ج ۱ ص ۱۸۵

^۲ احمد فهمی ابوسنه، پیشین، ص ۲۳

^۳ عمر بن عبدالرحمن الجیدی، العرف و العمل فی المذهب المالکی، صص ۵۷-۵۸

^۴ عبدالله بن عبدالمحسن الترمکی، اصول مذهب الامام احمد، ص ۶۰۲

فصل سوم: قلمرو عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

به معروف امر می‌کند و از منکر باز می‌دارد. این بدان معنی است که پیامبر(ص) از آغاز بعثت، امر به معروف نموده است و این امر شامل عرف‌های که موافق شریعت اسلامی باشد نیز می‌شود. ثانیاً این که مراد از تحکیم عرف، مطلق عرف، بدون ضوابط و شرایط آن نیست، تا با این اطلاق، شامل عرف و عادات جاهلیت که در تضاد با شریعت اسلامی است، نیز شود؛ بلکه مراد از استدلال به این آیه، تحکیم عرف‌هایی است که شرایط مذکور در اعتبار عرف را دارا باشد. با این حال، نمی‌توان ادعا نمود که عرف مأمور به در آیه، همان معنای اصطلاحی عرف نزد فقهاء است، بلکه مراد از آن معنی لغوی آن، یعنی امر معروف و مستحسن می‌باشد. چنانچه امام قرطبی(م ۶۷۱ق) نیز، همین معنی لغوی عرف را در آیه صحیح دانسته و گفته است: عرف و معروف، هر خصلت حمیده‌ای است که عقول به آن راضی بوده و نفوس به آن مطمئن باشد. این معنی جامع از عرف، شامل عادات و معاملات مردم که در تضاد با شریعت اسلامی نباشد، نیز می‌شود. رشید رضا(م ۱۳۵۴ق) در تفسیر آیه ۱۹۹ سوره اعراف، برای استدلال به حجیت عرف می‌گوید: «منظور از آیه، تحکیم عرف با معنی لغوی است و در جایی که نص به خصوصی وجود نداشته باشد، عرف معتبر است».^۲

با توجه به آنچه گفته شد، حتی اگر این آیه، دلیل بلامنازعی برای حجیت عرف در معنی اصطلاحی نزد فقهاء نباشد، باز هم برای تأیید اعتبار عرف به معنی اصطلاحی، کمک می‌کند؛ زیرا همان‌گونه که گفته شد، معنی لغوی عرف، «امر معروف و مستحسن» است و برای مردم نیز، اموری تبدیل به عرف می‌شود که آن را مستحسن دانسته و به آن الفت بگیرند. از جانبی هم، حاجت انسان‌ها، باعث عمل به امر متعارف می‌گردد. بناءً اعتبار عرف، از امور مستحسن بوده و به دلیل مصلحت می‌باشد.

۲. استدلال به حدیث

گروهی از اهل علم،^۳ برای حجیت عرف به روایت «ما رَأَهُ الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ» (آنچه مسلمانان آنرا نیک ببینند، نزد خدا نیز نیک است)، استدلال نموده اند.

این حدیث در مسند امام احمد بن حنبل به این لفظ آمده است: «...عن عبد الله بن مسعود، قال: إِنَّ اللَّهَ نَظَرَ فِي قُلُوبِ الْعِبَادِ، فَوَجَدَ قَلْبَ مُحَمَّدٍ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ خَيْرَ قُلُوبِ الْعِبَادِ، فَاصْطَفَاهُ لِنَفْسِهِ،

^۱ محمد بن احمد قرطبی، تفسیر قرطبی، ج ۷ ص ۳۴۶

^۲ رشید رضا، تفسیر المنار، ج ۹ ص ۴۴۸

^۳ از جمله: سرخسی، کمال بن همام، ابن نجیم، سیوطی، سید صالح عوض، حسنین محمود و...

فصل سوم: قلمرو عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

فَابْتَعَتْهُ بِرِسَالَتِهِ، ثُمَّ نَظَرَ فِي قُلُوبِ الْعِبَادِ بَعْدَ قَلْبِ مُحَمَّدٍ، فَوَجَدَ قُلُوبَ أَصْحَابِهِ خَيْرَ قُلُوبِ الْعِبَادِ، فَجَعَلَهُمْ وُزَرَءَ نَبِيِّهِ، يُقَاتِلُونَ عَلَى دِينِهِ، فَمَا رَأَى الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا، فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ، وَ مَا رَأَوْا سَيِّئًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ سَيِّئٌ»^۱ از عبدالله بن مسعود روایت است که گفت: خداوند به قلبهای بنده گان نگاه نمود و قلب محمد(ص) را بهترین قلب در بین قلوب بندگان یافت، پس او را برای خود برگزید و به رسالت مبعوث کرد. سپس بعد از قلب محمد(ص) به قلبهای بنده گان نگاه کرد و قلبهای اصحاب او را بهترین قلبها یافت، پس آنها را وزیران پیامبرش قرار داد که در راه دینش جهاد می‌کردند. بناءً آنچه را که مسلمانان نیک بدانند نزد خدا نیز نیک است و آنچه را بد بدانند، نزد خدا نیز بد است.

حاکم(م۴۰۵) در مستدرک خود، این حدیث را با قید «هذا حدیث صحیح الاسناد» و به لفظ «ما رأی المسلمون حسناً فهو عند الله حسنٌ و ما رأه المسلمون سيئاً فهو عند الله سيئاً» آورده است.

بررسی کتب حدیث نشان می‌دهد که این حدیث، موقوفه عبدالله بن مسعود بوده و مرفوع نیست. اما اکثر محدثین از قبیل حاکم، امام ذهبی، ابن قیم، ابن حجر، علامه عجلونی، شیخ احمد شاکر، حافظ علائی، و... اسناد آن به عبدالله بن مسعود(رض) را صحیح می‌دانند.^۳

قائلین به حجیت عرف با استدلال به این حدیث به این نتیجه رسیده اند که با توجه به این حدیث، هر آنچه را که مسلمین مستحسن بدانند، نزد خدا نیز مستحسن و مورد پذیرش بوده و حکم به بطلان آن نمی‌شود چون خداوند(ج) حکم به حُسن باطل نمی‌کند. بناءً وقتی عرف توسط مسلمین حَسَن شمرده شده است، محکوم به حَقِّیت و اعتبار می‌باشد.^۴

از جانب دیگر، موقوف بودن این حدیث به ابن مسعود نیز ضرری به استدلال به آن نمی‌رساند، زیرا آنچه را که روایت مذکور در ضمن داشته و به آن دلالت می‌کند، از مواردی است که با رأی درک نمی‌شود، بناءً حکم حدیث مرفوع به آن داده می‌شود.^۵

مانعین این استدلال

جمع کثیری از اهل علم، استدلال به این حدیث را بنابر ضعف اسناد و دلالت، نمی‌پذیرند زیرا:

^۱ احمد بن حنبل، مسند احمد بن حنبل، ج ۱ ص ۳۷۹، حدیث شماره ۳۴۷۲

^۲ ابوعبدالله حاکم، المستدرک علی الصحیحین، ج ۳ ص ۸۳، حدیث شماره ۴۴۱۳

^۳ ابوعبدالله حاکم، همان. و ایضاً عادل بن عبدالقادر، پیشین، ج ۱ ص ۱۹۲

^۴ احمد فهمی ابوسنّه، پیشین، ص ۲۴

^۵ عادل بن عبدالقادر، پیشین، ج ۱ ص ۱۹۴

فصل سوم: قلمرو عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

- (۱) این حدیث موقوفه عبدالله بن مسعود است و به پیامبر (ص) نرسیده است، چنانچه اکثر محدثین اهل سنت به همین نظر اند. بناءً ممکن است کلام ابن مسعود باشد، نه حدیث پیامبر (ص). بنابراین صلاحیت دلیل شدن را ندارد.
- (۲) محور سخن در این روایت، اعمالی است که مسلمین از این جهت که مسلمان اند، نیکو می‌پندارند. بناءً عرف با چنین پیشینه‌ای، عرف مستند به استناد معتبر شرعی است که بدون تردید حجیت دارد، اما حجیت آن از جهت عرف بودن نیست، بلکه به خاطر وجود اسناد معتبر شرعی می‌باشد.

قول راجح

بر فرض این که این حدیث، حکم حدیث مرفوع را داشته باشد، باز هم دلالت آن بر حجیت عرف، دلالت تامی نیست و به نظر می‌رسد استدلال به این روایت، دلیل محکمی بر حجیت عرف نباشد. احتمالات متعدد این روایت، ناظر بر این ادعا است که در ذیل به بررسی آن می‌پردازیم:

اول: الف لام در کلمه «المسلمون» برای عهد است و معهود در آن، اصحاب پیامبر است. چنانچه سیاق حدیث نیز در مورد پیامبر (ص) و اصحاب ایشان می‌باشد. بناءً مراد از «مسلمون» تنها صحابه است، نه تمام مسلمین. چنانچه روایت حاکم نیز دال بر این مدعا است چون در اخیر آن روایت آمده است: «و قد رأى الصحابة أن يُستخلف أبو بكر...» و صحابه لازم دیدند که ابوبکر خلیفه شود.

ب: ممکن است مراد از «المسلمون» در حدیث، اهل اجتهاد باشد. چون کلمه «راه» از رأی گرفته شده است و رأی آن چیزی است که قلب آن را بعد از فکر و تأمل از بین امارات متعارضه، برای رسیدن به قول ارجح، انتخاب می‌کند. بناءً به امر معقولی که عقول در مورد آن اختلاف نداشته و جوانب متعارضی در مورد آن وجود نداشته باشد، رأی گفته نمی‌شود. بناءً رأی فقط از جانب کسانی صادر می‌شود که به مرتبه اجتهاد رسیده باشند، نه از جمیع مسلمین.

ج: ممکن است الف لام در کلمه «المسلمون» برای استغراق حقیقی باشد و منظور از مسلمون، جمیع مسلمین باشد که در این صورت، روایت مذکور دال بر حجیت اجماع مسلمین است. چنانچه علامه آمدی نیز بر این نظر است که این حدیث، اشاره به اجماع مسلمین دارد.^۱ حتی اگر چنین نیز

^۱ آمدی، الاحکام فی اصول الاحکام، ج ۴ ص ۱۵۹

فصل سوم: قلمرو عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

باشد، روایت مذکور، دال بر حجیت عرف هابی است که به اجماع رجوع می‌کند و هیچ دلالتی بر حجیت ذات عرف یا تمام انواع آن ندارد، بنابر این دلیلی بر تمام دعوی نیست، بلکه بر جزء آن است.^۱ با توجه به آنچه گفته شد، به نظر می‌رسد که احتمال اول مبنی بر این که مراد از «المسلمون» تنها صحابه باشد، نزدیک تر به واقع است. بنابر این، روایت مذکور نمی‌تواند دلیلی بر اعتبار عرف و اثبات حجیت آن باشد.

گفتار دوم: مکاتب حجیت عرف از دیدگاه اهل تشیع

اصولپوین پیشین اهل سنت در بحث حجیت و اعتبار عرف، اکثراً به ادله لفظی چون کتاب و سنت و گاهی نیز به اجماع و عمل صحابه و... روی آورده اند. اما در دو قرن اخیر و پس از آشنایی اصولپوین و فقهاء با پدیده حقوق، بحث جدی‌ای در باره حجیت و اعتبار عرف صورت گرفته و به ادله‌ای غیر از ادله لفظی تمسک شده است. با این حال، اصولپوین اهل سنت از ایجاد گرایش‌ها و سامان دادن مکاتبی عرفی خودداری نموده اند، حال آنکه اصولپوین و فقهاء اهل تشیع با بحث در این مورد و ارائه‌ی دیدگاه‌های مختلف، گرایش‌ها و مکاتبی را در گذر زمان، در مورد حجیت و اعتبار عرف سامان داده اند که در ذیل به بررسی هریک از آنها می‌پردازیم.

دیدگاه اول: ذاتی بودن حجیت عرف

از نظر اندیشمندان این مکتب، حجیت عرف، ذاتی بوده و بی‌نیاز از دلیل و امضای شارع می‌باشد؛ چون حکم عرف و بنای عقلاء، برخواسته از ضروریات زندگی بشر است که مخالفت با آن، به معنای مخالفت با مقتضیات زندگی اجتماعی می‌باشد. بناءً از آنجا که مناط حکم عرف، حفظ مصالح عمومی و پرهیز از اختلال در آن است، نه تنها نیازمند امضای شارع نیست، بلکه شارع نیز با آن مخالفت نمی‌کند، بنابراین هر نظامی که عرف بر طبق مصالح خود پدید آورد، مورد تأیید شارع نیز می‌باشد؛ چون شارع در جعل احکام به حفظ نظام اجتماعی و جلوگیری از گسستن آن، توجه نموده و احکام را همواره بر پایه‌ی همین امر مهم تشریح کرده است.^۲

^۱ علامه لکنوی، تحفه الاخیار، صص ۴۵-۴۷

^۲ محمد حسین طباطبایی، حاشیه‌ی الکفایه، ج ۲ ص ۱۸۸

فصل سوم: قلمرو عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

محمد حسین اصفهانی^۱، شریف العلماء مازندرانی^۲، علامه طباطبایی^۳، محمد جواد مغنیه^۴ و جمعی دیگر از اصولیون و حقوقدانان اهل تشیع پیرو این مکتب می‌باشند.

قائلین به حجیت ذاتی عرف برای تأیید سخنان شان، به موارد ذیل استناد نموده‌اند:

(۱) در یک قضیه طبیعی، حکم بر خود طبیعت کلی، از جهت کلی بودن آن حمل می‌شود؛ بنابراین، اگر عرف که مقتضای طبیعت عقلاء است حجت باشد، باید بر پایه قضیه طبیعی «عرف بما هو عرف» حجت باشد؛ بناءً نمی‌توان نوع خاصی از عرف را حجت دانست و نوع دیگر آن را خالی از حجیت معرفی نمود. لذا انحصار حجیت عرف به سیره زمان پیامبر (ص) و امام (ع)، چیزی جز سرایت دادن یک حکم طبیعی به فردی از افراد آن نخواهد بود که این خود نادرست است. بنابراین باید قبول نمود که عرف از آن جهت که عرف است، حجیت داشته و معتبر است.^۵

(۲) اساس احکام عمومی بر مصالح و مفاسد جامعه استوار است؛ این سخن که این احکام امضایی است، قابل قبول است، اما این تصور که شارع تنها مقررات زمان خود (عرف جاهلی) را امضا کرده است، به هیچ وجه قابل پذیرش نیست؛ بناءً شارع احکام عرف در همه‌ی زمان‌ها را امضاء نموده است.^۶

(۳) بررسی آماری روایات فقهی نشان می‌دهد که احوال شخصیه و ابواب عبادی، نسبت بالایی از روایات را نسبت به دیگر ابواب به خود تخصیص داده‌اند، در حالی که ابواب معاملات با وجود مبتلا به بودن شان، از نسبت پایین روایی برخوردارند. این بررسی در پهلوی ثابت نمودن این که معاملات از جمله امور عرفی و عقلایی بوده و ناشی از اعتبارات عرف است، این نکته را نیز بیان می‌کند که شریعت دست عرف را در مسائلی که مرتبط به امور اجتماعی است، باز گذاشته است که در نتیجه، این خود به معنی پذیرش حجیت ذاتی عرف است. از بررسی کتاب وسایل الشیعه که یکی از مهمترین کتب روایی شیعه

^۱ محمد حسین اصفهانی، نه‌ایه الدراییه، ج ۲ ص ۹۱

^۲ شریف العلماء مازندرانی، ضوابط الاصول، ص ۹۹

^۳ محمد حسین طباطبایی، همان

^۴ محمد جواد مغنیه، علم اصول الفقه فی ثوبه الجدید، ص ۲۲۲

^۵ علی رضا فیض، مبادی فقه و اصول، ص ۲۰۷

^۶ ابوالقاسم گرگی، «اقتراح»، فصل نامه نقد و نظر، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، شماره اول ۱۳۷۳

فصل سوم: قلمرو عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

است، نتایج ذیل به دست آمده است که ناظر بر نسبت پایین روایت در ابواب غیر عبادی با وجود ابتلای بیشتر مردم به آنها است!

کتاب	تعداد جلد	تعداد روایت	درصد
عبادات (طهارت، صلات، صیام، حج و...)	۱۱	۱۹۹۰۱	٪۵۶
غیر عبادات (تجارت، حجر، رهن، نکاح، طلاق، خلع، کفارات،ظهار، لعان، جعله، عتق، ایمان، نذر و عهد، صید و ذبایح و...)	۸	۱۵۹۴۲	٪۴۴
جمع	۱۹	۳۵۸۴۳	٪۱۰۰

دیدگاه دوم: حجیت عرف بر اساس بنای عقلاء

از منظر این مکتب، اعتبار و حجیت عرف در عقل عقلاء است که بر اساس حسن و قبح حکم می‌کند. پیروان این مکتب، عرف را مرتبه‌ی از مراتب عقل دانسته و بر این باورند که اختلافی بین حکم عقل و عرف وجود ندارد. بناءً به وسیله‌ی قاعده‌ی ملازمه، به دنبال اثبات شرعی بودن عرف بوده و دلیل معتبر بودن عرف را در کاشفیت آن از حکم عقل می‌بینند.^۱

صاحب تفسیر مجمع البیان که از طرفداران این دیدگاه است عرف را هر روش پسندیده‌ی که عقل مردم درستی آن را تشخیص دهد و نفس‌های مردم در پرتو آن آرامش یابد، می‌داند.^۲ شیخ مرتضی انصاری،^۳ آیت الله بروجردی،^۴ آیت الله مؤمن قمی،^۵ آیت الله عمید زنجانی و محمد حسن آشتیانی^۶ از طرفداران این دیدگاه می‌باشند.

^۱ سیدعلی جبار گلباغی ماسوله، درآمدی بر عرف، ص ۲۳۲؟

^۲ ابوالقاسم کلانتری، مطارح الانظار، ص ۱۵۱

^۳ ابوعلی فضل بن حسن طبرسی، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، ج ۴ ص ۳۹۷

^۴ ابوالقاسم کلانتری، همان

^۵ حسین بروجردی، نه‌ایه الاصول، ج ۲ ص ۴۷۱

^۶ محمد مؤمن قمی، تسدید الاصول، ج ۱ ص ۶۹

^۷ محمد حسن آشتیانی، بحر الفوائد فی شرح الفرائد، ج ۳ صص ۵۲-۵۳

دیدگاه سوم: حجیت عرف بر اساس امضای شارع

طرفداران این مکتب بر این نظر اند که عرف های رایج در هر اجتماع، نوعاً پدید آمده از اتفاق همگانی افراد همان جامعه بوده و شریعت در شکل گیری آن، نقشی ندارد، با این حال، استناد به چنین عرفهای در مسائل فقهی، اصولی و حقوقی، منوط به تأیید و موافقت شارع می باشد. به عبارت دیگر، این مکتب تنها زمانی عرف را دارای حجیت و اعتبار می داند که از سوی شارع، مورد تأیید قرار گرفته باشد. البته نیازمندی به امضاء شارع، تنها در دایره اثبات حکم شرعی است؛ نه در اثبات موضوعات و یا کاربردهای دیگر عرف.^۱

امام خمینی (ره) در بحث حجیت عرف، پیرو نظریه امضا بوده و بر این باور است که تنها زمانی عرف و بنای عقلاء معتبر است که مورد تأیید شارع قرار گرفته باشد^۲

روشهای کشف امضا

نظریات ارائه شده در مورد امضای شارع و چگونگی احراز آن از سوی طرفداران این مکتب، باعث پیدایش گرایش های در درون این مکتب شد که گرایش عدم ردع، گرایش عدم ثبوت ردع و گرایش سکوت از مهم ترین آنها است که در ذیل به تفصیل هر یک از آنها می پردازیم:

۱. نظریه عدم ردع

برخی از پیروان مکتب امضا، بر این نظر اند که حجیت و اعتبار عرف، نیازمند تصریح امضا از سوی شارع نیست، بلکه عدم ردع با وجود امکان ردع، برای حجیت آن کافی است. زیرا اگر عرفهای رایج بین مردم مورد پذیرش شارع نمی بود، بر او بود که از آنها نهی کند. بناءً عدم ردع با وجود امکان آن، خود به معنای امضای شارع و رضای او می باشد.^۳ برخی از پیروان این نظریه، در تفصیل آن گفته اند که در ابواب غیر معاملات، نیازی به تصریح امضای شارع نبوده و عدم ردع شارع کافی است؛ اما در ابواب معاملات، عدم ردع کافی نبوده و نیازمند امضای صریح شارع می باشد، زیرا معاملات امور اعتباری بوده و صحت آنها به اعتبار آنها بستگی دارد.

^۱ سید محمود هاشمی، بحوث فی علم الاصول، ج ۴ صص ۲۳۵-۲۳۶

^۲ جعفر سبحانی، تهذیب الاصول (تقریرات مباحث امام خمینی)، ج ۲ ص ۲۰۱

^۳ آخوند خراسانی، درر الفوائد فی الحاشیة عفی الفرائد، صص ۱۲۳-۱۲۴

فصل سوم: قلمرو عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

۲. نظریه عدم ثبوت ردع

پیروان این نظریه، عدم ثبوت ردع شارع را برای احراز امضا، کافی می‌دانند؛ زیرا از آنجا که شارع خود از عقلاء و بلکه رئیس آنها بوده و در مسلک با عرف یگانگی دارد، نیازی به احراز امضا و اثبات عدم ردع او نیست، تا هنگام آگاهی نداشتن از امضا و یا جهل به عدم ردع، حکم بر بی اعتباری عرف شود؛ بلکه مجرد عدم ثبوت ردع برای احراز امضای شارع که معتبر بودن عرف به آن بستگی دارد کافی است. چون در غیر این صورت، برای شارع به جهت شارع بودنش لازم بود تا به وسیله ردع، اختلاف مسلک و روش خود را با عرف، بشناساند.^۱

امام خمینی (ره) از بین راه‌های کشف امضاء شارع، همین نظریه را پذیرفته و می‌فرماید: تنها وجود بنای عقلاء در عمل نمودن به قول آنها، فایده‌ی ندارد، مگر این که عدم ردع شارع که کاشف از رضایت او است، با آن همراه شود.^۲

۳. نظریه سکوت

برخی از اصولیون پیرو روش امضا، سکوت شارع در برابر عرف و بنای عقلای رایج را برای کشف امضا و رضایت او از عرف مورد نظر، کافی می‌دانند. این گروه در تأیید نظر خویش به دو دلیل تمسک جسته‌اند:

الف) عقل: اگر عرف رایج مورد رضایت معصوم نیست، به جهت وجوب نهی از منکر، معصوم به حیث یک انسان مکلف باید از آن نهی کند. چون اگر سکوت کند، عقلاً این نکته ثابت می‌گردد که عرف رایج، مورد پذیرش معصوم است. دیگر این که معصوم به لحاظ شارع بودن خویش، اگر عرفی را مورد پذیرش خود نداند، باید به عنوان شارع، نظر خود را مبنی بر نهی از آن، بیان نماید، نه این که سکوت اختیار کند. بناءً عقلاً از سکوت معصوم به عنوان شارع، این نکته دانسته می‌شود که عرف رایج مورد امضای شارع می‌باشد.

ب) ظهور حالی: از آن جهت که معصوم (ع) وظیفه اش تبلیغ و بیان شریعت می‌باشد، سکوت او در برابر عرف و بنای عقلای رایج و عدم نهی از آن، ظهور در رضایتمندی و پذیرش او دارد، چون در غیر این صورت، صراحتاً به نهی از آن می‌پرداخت.^۳

^۱ محمد حسین اصفهانی، پیشین، ج ۳ ص ۲۵۰

^۲ جعفر سبحانی، همان

^۳ محمد باقر صدر، دروس فی علم الاصول، ج ۱ صص ۲۶۲-۲۶۳؛ سید محمود هاشمی، پیشین، ج ۴ ص ۲۴۳

مبحث دوم: جایگاه عرف در منابع استنباط احکام

برخورد شایسته پیامبر اکرم(ص) با پدیده عرف، باعث شد تا عرف نزد متصدیان اجتهاد نیز مهم پنداشته شده و در موارد متعددی از آن استفاده گردد. بناءً هریک از ائمه مذاهب و مدعیان امر استنباط، در مسلک و مذهب فقهی خویش به گونه‌ای از عرف بهره برده اند.

این ادعا را از آن جایی مطرح نموده ایم که هرچند در گفتار و نوشتار برخی از مجتهدین، سخنی از عرف به چشم نمی‌خورد، اما عمل و استنباط آنها، بر لزوم حضور عرف در مسلک فقهی آنها مهر تصدیق می‌نهد. با این وجود، ائمه مذاهب، نگرش واحدی در باره عرف ندارند؛ به گونه‌ای که عرف در منابع استنباط برخی از مذاهب فقهی، از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است، حال آن که در برخی از مذاهب، چنین جایگاهی را ندارد. در ذیل، اصول مذاهب اربعه اهل سنت و مذهب امامیه را مورد بررسی قرار داده و به توضیح نگرش هریک از آنها به عرف خواهیم پرداخت.

گفتار اول: از منظر اهل سنت

در این گفتار، به بیان جایگاه عرف در منابع استنباط مذاهب اربعه اهل سنت می‌پردازیم:

اول: حنفیه و عرف

حنفیه از جمله مذاهبی است که به اعتبار و تحکیم عرف در ابواب مختلف فقهی مشهور است. عرف در مذهب حنفی به عنوان اصلی از اصول مذهب پنداشته شده و احکام در موارد بسیاری به عرف ارجاع داده شده است. چنین نگاهی به عرف، هم از جانب امام ابوحنیفه(ره) و یارانش و هم از جانب متأخرین این مذهب به چشم می‌خورد.^۱

امام ابوحنیفه(ره) در بحث فتوا و استنباط احکام، همواره به تعامل مسلمین و عرف آنها توجه داشت، به اندازه‌ای که قیاس را در برابر عرف، ترک می‌کرد که این خود نشان می‌دهد که عرف مصدري از مصادر اصول نزد ایشان است.

سرخسی در کتاب «المبسوط» آورده است که امام ابوحنیفه(ره) همواره می‌فرمودند: عرف در مواردی که نصی به خلاف آن وارد نشده باشد، معتبر است.^۳ سهل بن مزاحم نیز نظر به عرف و تعامل مردم را از اصول استنباط امام ابوحنیفه(ره) ذکر کرده است.^۴

^۱ محمد امین بن عابدین، شرح عقود رسم المفتی، ص ۷۶

^۲ دکتر محمد بلتاجی، مناہج التشریح الاسلامی فی القرن الثانی الهجری، ج ۱ ص ۲۷۱

^۳ شمس الأئمه سرخسی، المبسوط، ج ۹ ص ۱۷

^۴ موفق بن احمد مکی، مناقب الامام الاعظم ابی حنیفه، ج ۱ ص ۸۲

فصل سوم: قلمرو عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

در کتاب «مجملة الاحکام العدلیة» که از جمله معتبرترین کتب فقهی حنفی بوده و قواعد فقه حنفیه را بیان می‌کند، بیش از ۱۰ قاعده فقهی در مورد عرف وجود دارد که از تأثیر عرف در استنباط احکام و فقه حنفیه حکایت دارد.^۱

نصوص متعددی از بزرگان فقه حنفی از جمله سرخسی، ابن عابدین، کمال بن همام، ابن قاضی سماوه، ابن نجیم و... آدال بر تحکیم عرف و اعتبار آن در استنباط احکام وجود دارد. چنانکه ابن نجیم، قاعده ششم از کتاب «الاشباه و النظائر» خود را حکومت عرف و عادت قرار داده و این گونه بیان داشته است: «العادة محكمة و اصلها قوله عليه السلام: ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسنٌ. و اعلم أنّ اعتبار العادة و العرف يرجع اليه في الفقه في مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك اصلاً...» عادت، حکم شده است و ریشه اعتبار آن قول پیامبر (ص) است که فرمودند: «آن چه را مسلمین نیکو بینند، نزد خداوند هم نیکوست»، بدان که اعتبار عرف و عادت در بسیاری از مسائل فقه لازم است، به گونه‌ای که بزرگان مذهب- آن را یک اصل شمرده اند.^۳

عرف در مذهب حنفیه، پس از کتاب، سنت، اجماع، قول صحابه، قیاس و استحسان به عنوان منبع هفتم از منابع استنباط پنداشته می‌شود.^۴

دوم: مالکیه و عرف

مذهب مالکیه نیز همانند حنفیه، در پذیرش عرف، مشهور بوده و آن را در مواردی که نصی از جانب شارع وجود نداشته باشد، اصل و منبع استنباط می‌دانند. به گونه‌ای می‌توان ادعا کرد که مالکیه احترام بیشتری به عرف نسبت به حنفیه دارند زیرا آنها عمل به عرف را نوعی از مصلحت می‌دانند و مصلحت، ستون و پایه مذهب مالکیه را تشکیل می‌دهد.^۵

امام مالک (ره) تخصیص عموم کتاب الله را توسط عرف جایز می‌داند، چنانچه در مورد آیه کریمه «وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْفِقَ...»^۶ (مادرانی که می‌خواهند دوران شیردهی

^۱ به عنوان نمونه: مواد ۳۶-۳۷-۴۳-۲۳۰-۳۴۵-۴۹۵-۵۵۵-۶۲۲-۸۲۹-۱۴۱۵ و...

^۲ عادل بن عبدالقادر، پیشین، ج ۱ ص ۲۱۰

^۳ ابن نجیم، الاشباه و النظائر، ص ۱۰۱

^۴ قطب مصطفی سانو، پیشین، ص ۶۸؛ محمد مصطفی شلبی، المدخل فی الفقه الاسلامی، ص ۱۷۹

^۵ عمر بن عبدالکریم الجبلی، پیشین، ص ۸۳

^۶ دکتر محمد بلتاجی، پیشین، ج ۲ ص ۴۶۷

^۷ بقره، ۲۳۳

فصل سوم: قلمرو عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

را کامل سازند، دو سال کامل فرزندان شان را شیر دهند)، بیان داشته است که به حکم عادت، مادرانی که از موقعیت ویژه اجتماعی برخوردارند، از حکم مذکور در این آیه خارج اند، هرچند عموم «الوالدات» این مادران را نیز شامل می‌گردد.^۱

امام قزافی از بزرگان مذهب مالکی، عرف را نه تنها در مذهب مالکیه، بلکه در تمام مذاهب اسلامی دارای اعتبار می‌داند، چنانچه در کتابش «شرح تنقیح الفصول» چنین بیان داشته است: اما عرف در بین همه‌ی مذاهب، مشترک است و اگر کسی جستجو نماید، در می‌یابد که همه‌ی ائمه، به اعتبار عرف تصریح کرده اند.^۲

در کتاب «مؤطا» از امام مالک(ره) موارد متعددی وجود دارد که به الفاظی هم چون «الامر المجتمع علیه»، «السنة ببلدنا»، «لم یزل علیه الناس»، «سنة المسلمین» و... روی آورده^۳ و با استناد به این الفاظ، به مواردی نیز حکم کرده است. واضح است که همه‌ی این الفاظ، اعتبارات مختلفی از عرف است که در کلام امام مالک(ره) ذکر شده است.

حضور عرف و بیان حجیت و اعتبار آن، در کلام اصولیون و فقهاء برجسته مالکی همچون قاضی عبدالوهاب(م ۴۲۲ق)، ابن عربی(م ۵۴۳ق)، امام قزافی(م ۶۸۴ق)، شاطبی(م ۷۹۰ق)، ابن فرحون(م ۷۹۹ق) و... به کثرت مشاهده می‌گردد. به عنوان نمونه، قاضی عبدالوهاب می‌گوید: «انکار عادات، هیچ معنایی ندارد و عمل به عرف، امری واجب است».^۴ یا امام شاطبی که می‌گوید: «اعتبار دادن عرفهای جاری، شرعاً لازم است».^۵

عرف در مذهب مالکیه نیز، همانند مذهب حنفیه، از اصول و منابع استنباط شمرده می‌شود و پس از کتاب، سنت، اجماع، عمل اهل مدینه، قیاس، قول صحابی و مصالح مرسله، در رتبه هشتم قرار دارد.^۶

سوم: شافعیه و عرف

امام شافعی(ره)، بر خلاف دو مذهب مالکی و حنفی، عرف را از منابع استنباط ذکر نکرده و نسبت به دو مذهب فوق، بهره کمتری از عرف در استنباط احکام برده است.

^۱ محمد بن احمد قرطبی، الجامع لاحکام القرآن(تفسیر قرطبی)، ج ۳ صص ۱۶۱-۱۶۲

^۲ احمد بن ادریس القزافی، شرح تنقیح الفصول فی اختصار المحصول فی الاصول، ص ۳۵۳

^۳ برای نمونه: مالک بن انس، مؤطا، ج ۱ ص ۱۷۷ و ۲۵۳؛ ج ۲ ص ۶۹۳

^۴ ابن قیم، طرق الحکمیة، صص ۷۹-۸۰

^۵ ابواسحاق شاطبی، الموافقات، ج ۲ ص ۲۸۶

^۶ قطب مصطفی سانو، پیشین، ص ۷۰؛ محمد مصطفی شلبی، پیشین، ص ۱۸۷

فصل سوم: قلمرو عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

استفاده امام شافعی (ره) از عرف در استنباط احکام، از سوی برخی از نویسندگان، مورد تردید قرار گرفته است؛ چنانچه محمود شمّام گفته است: شافعی در فقهش از عرف بهره نبرده است، هرچند عالمان شافعیه از آن بهره برده اند! برخی نیز گفته اند: عدم استفاده امام شافعی (ره) از عرف مربوط زمانی است که ایشان در عراق و حجاز می‌زیستند، اما با رفتن به مصر روش فقهی خویش را عوض کرده و از عرف در اجتهاد بهره برده است.^۱

به نظر می‌رسد هیچ یک از نظریات فوق، به طور مطلق صحیح نباشد، زیرا نظریه اول، استفاده از عرف در تمام دوران و نظریه دوم، استفاده از عرف در مدتی که امام شافعی (ره) در حجاز و عراق بوده را رد می‌کند؛ حال آنکه استنباط احکام و روی آوردن مجتهد به اجتهاد بدون بهره بردن از عرف، امکان پذیر نیست. زیرا یکی از شرایط اجتهاد، آشنایی با محاورات عرفی می‌باشد.

تغییر دادن بسیاری از احکام مذهب قدیم امام شافعی (ره) پس از ورود به مصر، از نمونه های بارز استفاده از عرف توسط این امام بزرگوار است، زیرا واضح است که یکی از عوامل مؤثر در تغییر حکم، تغییر عرف مردم است.

جستجوی اصول و منابع استنباط در مذهب شافعیه نشان می‌دهد که عرف به عنوان یکی از منابع استنباط در این مذهب جایگاهی ندارد، چنانچه منابع استنباط در این مذهب را کتاب، سنت، اجماع، قول صحابه با نبود مخالف، قیاس و استصحاب ذکر کرده اند.^۲ با این حال، این به معنای عدم استفاده از عرف در استنباط احکام نیست، بلکه تنها استفاده استقلالی و منبع بودن عرف در این مذهب را نفی می‌کند، اما بهره گرفتن از عرف به عنوان ابزاری در خدمت ادله احکام، همواره در فقه شافعی وجود داشته است.

اقوال علماء بزرگ شافعیه در مورد عرف، حکایت از اهمیت والای این پدیده در این مذهب دارد. چنانچه قاضی حسین (م ۶۴۲ق) می‌گوید: رجوع به عرف یکی از قواعد پنجگانه‌ای است که مذهب شافعی بر آن بنا شده است.^۳ امام الحرمین جوینی (م ۴۷۸ق) و امام غزالی (م ۵۰۵ق) نیز از دیگر پرچمداران مذهب شافعی است که به اهمیت عرف و استفاده آن در این مذهب پرداخته اند. چنانچه امام جوینی

^۱ کمال الدین جعیط، «العرف»، مجله مجمع الفقه الاسلامی، دور پنجم، شماره پنجم، ص ۳۳۷

^۲ ابراهیم فاضل الدبوی، «نظریه العرف فی الفقه الاسلامی»، مجله مجمع الفقه الاسلامی، ص ۳۱۸۸

^۳ قطب مصطفی سانو، پیشین، ص ۷۰

^۴ عادل ابن عبدالقادر، پیشین، ج ۱ ص ۲۱۱

فصل سوم: قلمرو عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

می‌گوید: تلاش برای فهم عرف واجب است زیرا آنچه که در شرع به صورت مطلق ذکر شده است - برای دانستن آن - به عرف مراجعه می‌شود.^۱ همچنین در بحث فقه معاملات، بیان داشته است که: معاملات بر مقاصد خلق، بنا شده است، نه بر صیغ الفاظ؛ بناءً اگر در مسأله‌ی عرف عام وجود داشته باشد، باید پیروی شود. امام الحرمین در اخیر بیان نموده است که کسی که در فقه معاملات از عرف استفاده نکرده باشد، از فقه بهره‌ کاملی نبرده است.^۲

چهارم: حنابله و عرف

با وجود این که حنابله در امر استنباط، به جمود بر ظاهر نصوص معروف اند، در احکام متعددی بالخصوص در باب معاملات، از عرف بهره برده و آن را معتبر دانسته اند، زیرا آنها در باب معاملات بالای الفاظ متمرکز نبوده، معانی و مقاصد را اعتبار می‌دهند و در صیغه‌های عقد و شرایط معاملات، اکثراً به عرف مراجعه می‌نمایند.^۳

امام احمد (ره) در مسائل متعددی با استفاده از عرف، حکم نموده است، عادل بن عبدالقادر قوته در کتابش «العرف حجتة و اثره فی الفقه المعاملات المالیه عند الحنابلة»، به عنوان نمونه، هفت مورد از فتاوی امام احمد را که در آنها از عرف کمک جسته است، ذکر نموده که نشان از اهمیت عرف نزد ایشان دارد.^۴ عرف در کلام بزرگان حنبلی از جمله ابن قدامه (م ۶۲۰ق)، ابن قیم (م ۷۵۱ق)، ابن رجب (م ۷۹۵ق) علامه سعدی (م ۱۳۷۶ق) و... به کثرت دیده می‌شود، تا جایی که ابن قیم توجه نکردن به قصد و عرف متکلم را جنایت بر بشریت و شریعت خوانده^۵ و عدم تحکیم عرف و ترک اعتبار آن در باب معاملات را جمود فکری شمرده است.^۶ او در کتابش «اعلام الموقعین عن رب العالمین» فصلی را با عنوان تغییر فتوا به حسب تغییر زمان، مکان، احوال و عادات آورده و با بیان این که شریعت بر مصالح عباد بنا شده است، مثال‌های متعددی از تغییر فتوا بر اثر تغییر عادات، طبق مصالح عباد بیان نموده است. ابن رجب نیز در قواعدش، مرجع در مسائل آیمان و حنث را عرف معرفی نموده است.^۷

^۱ عبدالعظیم الدیب، فقه امام الحرمین، ص ۳۷۵

^۲ محمد ابوزهره، الشافعی حیاتة و عصره آراء و فقهه، صص ۳۷۵-۳۷۶

^۳ عبدالله بن عبدالمحسن، اصول مذهب الامام احمد، ص ۵۹۳

^۴ عادل بن عبدالقادر، پیشین، ج ۱ صص ۲۱۴-۲۱۷

^۵ ابن قیم جوزی، اعلام الموقعین عن رب العالمین، ج ۳ ص ۶۶

^۶ ابن قیم جوزی، همان، ج ۲ ص ۳۹۳

^۷ عبدالرحمن بن احمد بن رجب، القواعد، ص ۲۹۵

فصل سوم: قلمرو عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

با وجود کثرت استعمال عرف در مذهب حنبلی، حنابله آن را از جمله منابع استنباط ندانسته و در زمره اصول مذهب شان، ذکر نکرده اند، اصول مذهب امام احمد(ره) را کتاب، حدیث مرفوع، فتوای صحابه، حدیث مرسل یا ضعیف، قیاس، استصحاب، مصالح مرسله و سد ذرایع تشکیل می‌دهد.

گفتار دوم: از منظر اهل تشیع (امامیه)

موقف امامیه نسبت به اهل سنت در مورد عرف، اندکی متفاوت است، زیرا آنها به دلیل تفاوت اصول با اهل سنت و وجود ائمه معصومین(ع) کمتر از عرف بهره برده اند. با این حال، این کار باعث نشد تا پیروان این مذهب بطور کامل از عرف کناره بگیرند، چون انکار عرف و کناره گیری از آن در باب استنباط احکام، امری است که علماء اهل تشیع نیز به شدت با آن مخالف اند.

اهل تشیع عرف را از منابع استنباط ندانسته و منکر کاربرد استقلالی عرف می‌باشند، اما آن را به عنوان یک ابزار در خدمت ادله، همواره مورد تأیید قرار داده اند.

بحث از عرف در کلام بزرگان اهل تشیع از جمله: شیخ مفید(م۴۱۳ق)، سید مرتضی علم الهدی(م۴۳۶ق)، شیخ طوسی(م۴۶۰ق)، محقق حلی(م۶۷۶ق)، امام خمینی(م۱۴۰۹ق) و... در موارد متعددی وجود داشته است. به عنوان نمونه سید مرتضی علم الهدی در کتاب «الذریعة الی اصول الشریعة» آورده است که: واژه های قرآنی که هم معنای عرفی و هم معنای لغوی دارد، لازم است که بر معنای عرفی حمل شود، زیرا معنای عرفی از معنای لغوی پدید آمده و چنان است که گویا معنای لغوی را نسخ نموده و در آن تأثیر گذاشته است.^۱

بررسی آثار و متون فقهی امام خمینی(ره) نشان دهنده اهمیت عرف و کاربرد آن در فقه شیعه بوده و نگاه ویژه ایشان را به محاورات عرفی نشان می‌دهد. جدول زیر گواه بر این مطلب است:^۲

۴۹ مرتبه	تمییز مفاهیم و معانی واژه های وارد در متون دینی
۱۵۳ مرتبه	فهم ظواهر و تشخیص مراد شارع
۱۸ مرتبه	مراجعه به حل تعارض ادله شرعی
۵۰ مرتبه	عرف در: الغای خصوصیت
۱۷۶ مرتبه	تشخیص موضوعات و تطبیق مفاهیم بر مصادیق
۵ مرتبه	تلازم عرف و شرع

^۱ سید مرتضی علم الهدی، الذریعة الی اصول الشریعة، ج ۱ ص ۱۶

^۲ مجموعه آثار کنگره بررسی مبانی فقهی امام خمینی، متون فقهی، دفتر سوم، ج ۶

مبحث سوم: کاربرد عرف در استنباط

یکی از مباحث مهم و حایز اهمیت در مورد پدیده عرف، بحث از کاربرد آن در استنباط احکام شرعی است. اهمیت این مبحث بدان جهت است که وسعت استعمال عرف و کمیت قدرت آن در استنباط احکام را مورد بررسی قرار می‌دهد. با وجود این که بحث از نقش و کاربرد عرف در استنباط احکام در فصل چهارم این پایان نامه به صورت مفصل خواهد آمد، اما با این حال، به جهت اهمیت آن در این جا نیز به صورت اجمالی به آن اشاره می‌نماییم.

گفتار اول: کاربرد عرف از منظر اهل سنت

در مورد کاربرد عرف در استنباط دو دیدگاه بین اهل سنت وجود دارد: ۱- کاربرد استقلالی عرف

۲- کاربرد غیر استقلالی عرف

الف: کاربرد استقلالی عرف

احناف، مالکیه و ابن قیم از حنابله عرف را دلیل مستقلى از ادله شرعی می‌دانند که احکام شرعی بر آن بنا می‌شود.^۱ چنانچه ابن نجیم می‌گوید: احکام بر عرف بنا شده و در هر زمان و مکانی، عرف اهل آن معتبر شمرده می‌شود.^۲ علی حیدر نیز در شرح قاعده «العاده محکمة» می‌گوید: عادت چه عام باشد و چه خاص، دلیل بر اثبات حکم شرعی قرار می‌گیرد.^۳

ب: کاربرد غیر استقلالی عرف

شافعیه و حنابله بر این نظراند که عرف دلیل مستقلى نبوده و نمی‌تواند به عنوان یکی از ادله استنباط قرار بگیرد^۴ اما می‌تواند به عنوان ابزاری در اختیار ادله استنباط قرار گرفته و به صورت غیر مستقل، در امر استنباط کمک نماید. این گروه برای تصدیق نظرشان به حدیث معاذ(رض) استدلال نموده اند، در حدیثی که پیامبر(ص) از معاذ در مورد چگونگی قضاوتش پرسید، او فقط کتاب، سنت، اجماع مبنی بر کتاب و سنت و اجتهاد را ذکر کرد و پیامبر(ص) آن را تأیید نمود. بناءً کتاب، سنت، اجماع و قیاس که با اجتهاد صورت می‌گیرد می‌تواند منبع استنباط قرار بگیرد و عرف چنین جایگاهی

^۱ سلیمان عبدالوهاب الشحات، «العرف عند الاصولیین و اثره فی الفروع الفقهیة» مجله کلبه الدراسات الاسلامیة بنین بأسوان، العدد الرابع،

جمادی الاولی ۱۴۴۳ق، ص ۲۲۰۷

^۲ ابن نجیم، البحر الرائق شرح کنز الدقائق، ج ۶ ص ۱۴۸

^۳ علی حیدر، درر الحکام شرح مجله الاحکام، ج ۱ ص ۴۴

^۴ سلیمان عبدالوهاب الشحات، همان

فصل سوم: قلمرو عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

ندارد، چون اگر کاربرد استقلالی عرف مورد نظر پیامبر اکرم(ص) می بود بدون شک آن را نیز در زمره ادله استنباط، به معاذ بیان می کرد.^۱

با این حال، دکتر عبدالکریم نمله، دیدگاه اول(کاربرد استقلالی) را دیدگاه اکثر و دیدگاه دوم(کاربرد غیر استقلالی) را دیدگاه بعضی از علماء دانسته است.^۲

گفتار دوم: کاربرد عرف از منظر امامیه

فقهاء و اصولیون امامیه، عرف را اصلی از اصول استنباط ندانسته و کاربرد استقلالی آن در استنباط احکام را انکار می کنند.^۳ با این حال، مذهب امامیه نیز با وجود انکار کاربرد استقلالی، منکر حجیت و اعتبار آن نیستند، بلکه قائل بر کاربرد آلی(ابزاری) و غیر استقلالی عرف بوده و در مواردی مثل تشخیص مفاهیم، کشف مراد متکلم، تشخیص موضوع، کشف حکم شرعی و... از آن استفاده نموده اند که تفصیل آن در فصل بعد خواهد آمد.

^۱ عبدالکریم نمله، المهدب فی علم اصول الفقه المقارن، ج ۳ ص ۱۰۲۳

^۲ عبدالکریم نمله، همان ج ۳ ص ۱۰۲۲

^۳ کاشف الغطاء، العرف حقیقته و حجیته، ص ۳۳

مبحث چهارم: عرفی شدن شریعت اسلامی

از آنجا که عرف از آغاز زندگی اجتماعی، از ضروریات و لوازم حیات بشری تلقی شده و برای حفظ نظام و اداره نمودن روابط انسان ها به کار گرفته شده است، اهمیت والای نزد فقهاء، حقوقدانان و حتی نو اندیشان داشته است، با این وجود، فقهاء و اصولیون چه در هنگام بحث از منابع و ادله‌ی فقه و چه هنگام اجتهاد و استنباط، سعی بر پای بند بودن به شریعت و گام نهادن در راه احتیاط داشته و از غرق شدن در مباحث عرفی و خروج از دایره دین و شریعت خودداری می‌کردند. اما در جانب دیگر، گروهی از نو اندیشان، در استفاده از پدیده عرف، دچار افراط و زیاده روی گردیده و اندیشه عرفی شدن و جدا نمودن دین از دنیا و دنیوی کردن همه‌ی امور را در سر داشتند.

با توجه به مطالب فوق، در این مبحث سعی داریم که به صورت مختصر به شناخت پدیده عرفی شدن و موقف اسلام در این زمینه پرداخته، قلمرو استفاده از عرف در مباحث دینی را مشخص نموده و به نقد نظریه عرفی شدن بپردازیم.

گفتار اول: تعریف عرفی شدن

اصطلاح «سکولار»^۱ به معانی دنیوی و غیر دینی بوده و «سکولاریزم»^۲ به عنوان یک رویکرد و نگرش فکری خاص، به عرفی، زمینی و دنیوی در زبان فارسی ترجمه شده و در زبان عربی، دو تعبیر «الْعِلْمَانِيَّة» و «الْعِلْمَانِيَّة» را برای این واژه استفاده نموده اند.^۳ آنانی که تعبیر «الْعِلْمَانِيَّة» را برای این واژه به کار برده اند، آن را مشتق از علم دانسته و به مفهوم دعوت به علم گرایی به کار برده اند، اما کسانی که تعبیر «الْعِلْمَانِيَّة» را برای این واژه انتخاب نموده اند، آن را مشتق از عالم دانسته و سکولاریزم را به معنای، توجه به توانایی های دنیوی بشر به جای استمداد از وحی و ترویج دنیا گرایی به جای آخرت گرایی دانسته اند.^۴ سکولاریزاسیون از ریشه «سکولاریس»^۵ به معنای غیر مقدس و غیر روحانی گرفته شده و به فرایندی گفته شده است که طبق آن، واقعیاتی که در قلمرو دینی و مقدس جای داشته اند، به محدوده امور طبیعی و غیر مقدس منتقل می‌شوند.^۶

^۱ Secular

^۲ Secularism

^۳ سکولاریسم-العلمانية- - پرسمان (porseman.com)

^۴ احمد واعظی، حکومت اسلامی-درسنامه اندیشه سیاسی اسلام، صص ۴۷-۴۸

^۵ Secularis

^۶ الن بیرو، فرهنگ علوم اجتماعی، ترجمه باقر ساروخانی، ص ۳۳۴

فصل سوم: قلمرو عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

جدا سازی دین و دنیا، مفهوم غربی بوده و فرایندی را که در طول قرن جاری در غرب رخ داده است، توصیف می‌کند. اصطلاح سکولاریسم، همچون بسیاری از ایسم‌های دیگر، با نهضت اصلاح دینی آغاز گردید و نخستین بار در بین فلاسفه ی تاریخ قرن هجدهم و نوزدهم میلادی مورد استفاده قرار گرفت. این فیلسوفان، مذهب را یک اشتباه بزرگ و ساخته کشیشان دانسته و توجیهی برای بقای آن نمی‌دیدند، آنها دوام منافع روحانیت را مقتضی ادامه‌ی مردم فریبی می‌دانستند.^۱ با این حال، این نکته نیز قابل یاد آوری است که هدف «نهضت اصلاح دینی» در واقع حذف سلطه کلیسا بر زندگی مردم نبود، بلکه هدف آنها، تغییر شکل سلطه کلیسا و اصلاح این حاکمیت بود.^۲

ماکس وبر^۳ عرفی شدن را به معنی غلبه و حاکمیت عقلانیت هدفمند به جای عقلانیت ارزشی می‌داند و معتقد است که برای عرفی شدن، دین باید به عنوان صورتی از عقلانیت ارزشی، کنار رفته و عرصه را به عقلانیت هدفمند واگذار نماید.^۴

آیت الله جواد آملی در تعریف سکولاریسم می‌نویسد: سکولاریسم یک واژه بیگانه و غربی بوده که در فرهنگ نامه‌ها به جدا پنداشتن دین و دنیا، جدایی دین از امور اجتماعی و جدایی دین از سیاست معنی شده است.^۵ آیت الله آملی از بین تعاریفات مختلف سکولاریسم، بر سه تعریف تأکید می‌کند:

۱- جدا انگاری دین و دنیا(جدایی کامل دین و دنیا از یکدیگر)

۲- جدایی دین از امور اجتماعی(دین به حوزه خصوصی و شخصی محدود می‌گردد)

۳- جدایی دین از سیاست(دین حق دخالت در مسائل سیاسی و حکومت را ندارد)

به نظر می‌رسد تعاریفات فوق، تفاوت چندانی از هم نداشته باشند، زیرا یا به جدایی کامل دین از دنیا پرداخته است و یا محدوده دخالت دین را کوچک نموده است، با این وجود در تمام تعاریفات فوق، یک طرف دین و در جانب دیگر، مفاهیم دنیا، جامعه و سیاست قرار گرفته است.

^۱ ریمون آرون، مراحل اساسی اندیشه در جامعه شناسی، ترجمه باقر پرهام، ص ۳۷۸

^۲ سید علی جبار گلباغی ماسوله، پیشین، ص ۱۰۱

^۳ Maximilian Karl Emil Weber

^۴ مهربان پارسامهر، یاسین خرم پور، حسام کرابی، «تأثیر مؤلفه‌های مدرنیته، بر ابعاد عرفی شدن دین»، مجله مطالعات اجتماعی ایران، ۳، پاییز ۱۳۹۹، ص ۵۵

^۵ سجاد چیت فروش و سعید قربانی، «بررسی زمینه‌های عرفی‌گرایی حکومت اسلامی در تحلیل مضمون نظرات آیت الله جواد آملی»، دوفصلنامه جستارهای انقلاب اسلامی، ۵، بهار و تابستان ۱۴۰۰، ص ۵۹

فصل سوم: قلمرو عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

به طور کل، سکولاریسم به دنبال از بین بردن اعتبار و اهمیت دین و به حاشیه راندن آن است و تلاش بر عقلایی نمودن مسائلی دارد که تحت حاکمیت و سلطه دین قرار دارد. از همین جهت است که برخی از اهل علم، عرفی شدن را به معنای سرپیچی از ولایت خداوند و محوریت یافتن خواسته‌های انسان به جای اراده خداوندی، تعریف نموده اند.^۱

گفتار دوم: اسلام و روند عرفی شدن

جمع میان مصالح دنیوی و اخروی در فقه و حقوق ادیان الهی، برخی را به این فکر کشانده است که ادیان ابراهیمی (یهودیت، مسیحیت و اسلام) و حکومت‌های مبتنی بر دین، به ناچار در معرض عرفی شدن قرار دارند^۲ و سیر تاریخی و عوامل مختلف اجتماعی، لایه‌های درونی و برونی دین از جمله فقه و حقوق را به سمت عرفی شدن سوق خواهند داد، زیرا دین از منظر این گروه، یک قلمرو غیر عقلانی و پر رمز و راز بوده و هرگونه خروج از این قلمرو، به معنای عقلانی شدن و قرار گرفتن در مسیر عرفی شدن، قلمداد می‌شود.^۳ در پی این فرایند، دین به تدریج جهان سیاست و اجتماع را ترک می‌کند و دنیا بر پایه منطق عقلانیت به عمل می‌پردازد. این فرایند باعث خواهد شد تا قوانین تهی شده از ارزش‌های دینی، پاسخ‌گوی تعهدات و اهداف این جهانی بوده و در چهارچوب آگاهی‌های تجربی و نظری عمل کنند.

صاحبان این نظریه معتقدند که دین اسلام نیز از این روند (عرفی شدن) در امان نبوده و حتی برخی از عوامل درونی آن، توانایی سرعت دادن به این روند را نیز دارند. تقسیم احکام به تأسیسی و امضایی و مهر صحت گذاشتن به بسیاری از عرف‌های زمان توسط شریعت، یکی از این عوامل است، به گونه‌ای که اگر پیامبر (ص) در زمانه ما مبعوث شده بود، بسیاری از عرف‌های ما را نیز مورد تأیید قرار می‌داد زیرا قوانین عرفی عصر امروز، به مراتب پیشرفته‌تر و انسانی‌تر از زمان جاهلیت است.

سکوت فقه در موارد متعدد، گسترش حوزه مباحات، ارجاع بسیاری از احکام فقهی به عرف، نظریه ولایت مطلقه فقیه و عواملی از این دست، تجلی عرفی شدن فقه اسلام را گسترده‌تر ساخته و نقش عرف در قانونگذاری و اجرای آن را برجسته‌تر می‌سازد.^۴ بنابراین، بحث از عرف و حتی قیاس،

^۱ محمد حسین سیاح طاهری و اردشیر انتظاری، «فرا تحلیل تعاریف عرفی شدن و ارائه یک تعریف بر اساس مبانی اسلامی»، دوفصلنامه علمی پژوهشی دین و سیاست فرهنگی، ۱۵، پاییز و زمستان ۱۳۹۹، ص ۱۰۰

^۲ جهان گیر صالح پور، «فرایند عرفی شدن شریعت مسیح»، کیان، ۲۱، شهریور و مهر ۱۳۷۳ش

^۳ سید علی جبار گلباغی ماسوله، پیشین، ص ۱۱۰

^۴ جهان گیر صالح پور، «فرایند عرفی شدن فقه شیعی»، کیان، ۲۴، ۱۳۷۴ش

فصل سوم: قلمرو عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

مصالح مرسله، استحسان، تنقیح مناط و... همه از عناصر عرفی شدن بوده و فقه اسلام را در مسیر عرفی شدن سوق خواهد داد. بناءً با توجه به زیرساخت اجتماعی و انسانی فقه اسلام و این نکته که بسیاری از احکام شرعی بر مدار مصالح بشری می‌چرخد، با توجه به قاعده «لطف»، از لطف خداوند به دور است که احکام شرعی را بر خلاف مصالح بشر، تنفیذ نماید. بناءً عقلاً و طبیعتاً به این نکته می‌رسیم که احکام نه از طریق توسل به نصوص فقهی، بلکه با توجه به فلسفه اصلی احکام که همانا مصالح بشری می‌باشد استنباط شود، که در نتیجه قانون طبیعی و عقلی به تدریج جای قانون الهی را خواهد گرفت و عرفی شدن فقه، اتفاق خواهد افتاد.^۱

گفتار سوم: نقد نظریه عرفی شدن شریعت اسلامی

با این که پدیده‌های چون روی آوردن به مصالح دنیوی و مواردی از این قبیل، تفکر عرفی شدن فقه اسلام را بر می‌انگیزاند، اما در واقع، وجود این پدیده‌ها و طرح مباحث عرفی در فقه و اصول استنباط، به معنای عرفی شدن فقه اسلام نخواهد بود؛ زیرا دستگاه فقه اسلام، از منطق درونی‌ای برخوردار است که در چهارچوب آن به عمل پرداخته و پیوند عمیقی با دین برقرار کرده است. وجود این منطق که بر اساس مصالح عباد برنامه ریزی شده است، باعث شده است تا فقه جلوه عقلانی به خود بگیرد و این عقلانی بودن، ربطی به فرضیه‌های عرفی گرایانه سکولاریزم ندارد.^۲ علاوه بر این، نظریه عرفی شدن، بر پایه‌ی دریافت‌های کاملاً نادرستی از دین و دنیا شکل گرفته است که همخوانی آن را با دین اسلام، نا ممکن می‌سازد؛ زیرا بر اساس نظریه عرفی شدن، «خط فاصل قاطع و عبور ناپذیری بین پدیده‌های عالم شکل گرفته است که عالم را در دو قلمرو غیر قابل تأویل و بی ارتباط، جا داده و اجازه ارتباط میان این دو قلمرو را نمی‌دهد. یک قلمرو از خصیصه‌های همچون طبیعی، این دنیایی، واقعی، مادی، نامقدس، عقلانی و... برخوردار است و در قلمرو دیگر، پدیده‌ها با خصایصی مثل غیرطبیعی، تخیلی، آن دنیایی، مقدس، غیر عقلانی، نامعقول و... شناخته می‌شوند. که جهان اول مربوط انسان‌ها بوده و جهان دوم برای خدایان می‌باشد. بناءً ادیان و مذاهب نیز از جهان دوم بوده و ربطی به جهان اول ندارد.»^۳ واضح است که اسلام هیچ‌سختی با این نگاه دوقطبی ندارد؛ زیرا هرچند اسلام مصالح دنیوی انسان‌ها را در نظر گرفته است، اما از مصالح اخروی آن‌ها نیز چشم پوشی نکرده

^۱ سید علی جبار گلباغی ماسوله، پیشین، ص ۱۱۲

^۲ همان، ۱۱۳

^۳ حسین کچویان، «اسلام، تشیع و فرایند عرفی شدن» کیان، ۲۶، ۱۳۷۴، ص ۴۳

فصل سوم: قلمرو عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

است. بناءً ادعای این که چون اسلام مصالح دنیوی و اهداف این جهانی پیروان خود را در نظر گرفته است، عرفی شده است، مغالطه‌ای سطحی بیش نیست. زیرا اهتمام به این مصالح، از منطق درونی فقه اسلام است، بنابر این تا زمانی که این مصالح در چهارچوب منطق مذکور بوده و پیوند مصالح دنیوی با مصالح اخروی تداوم یابد، بحث از عرفی شدن فقه اسلام، چیزی جز بازی با واژگان نخواهد بود.

عرفی شدن فقه اسلام زمانی معنا پیدا می‌کند که مصالح مادی و دنیوی، مستقل و بدون ارتباط با ارزش‌ها و مصالح اخروی بوده و خارج از منطق درونی فقه اسلام قرار بگیرد و به نحوی، جدا از مصالح اخروی و ارزش‌های الهی و حتی در مواردی، مخالف آن‌ها باشد، حال آن که چنین چیزی در فقه اسلام وجود ندارد، بلکه این فقه، هم به مصالح دنیوی و هم به مصالح و ارزش‌های اخروی پای‌بند بوده و خط فاصلی را میان آن دو، نمی‌پذیرد.

دخالت عرف در مسائل فقهی برای پاسخ‌گویی به نیازها و مقتضیات زمان، کشف جدیدی به حساب نمی‌آید، بلکه وجود عرف در چنین مسائلی، جزء ذات اصول استنباط فقه اسلام می‌باشد که طی یک فرایند طولانی مدت، از ظهور اسلام در چهارچوب روش استنباطی فقه اسلام، گسترش یافته است. زیرا اصل در فقه اسلامی، عدم دخالت عرف و غفلت از مصالح دنیوی نبوده است که اگر در جایی، بحث از دخالت عرف در فقه به میان آمد، خلاف قاعده باشد، بلکه فقه اسلام همواره با روش استنباطی خاصی که مورد پذیرش شریعت است، در پی درک احکام شرعی و یافتن دستورات خداوند(ج) بوده و نتایج این استنباط را مورد پذیرش قرار می‌دهد، خواه این نتایج موافق با عرف و مصالح دنیوی باشد و خواه نتایجی بر خلاف آن به دست آید.

سخن آخر این که توسیع دایره عرف در فقه اسلام، تا زمانی که در چهارچوب منطق درونی و روش استنباط فقهی اسلام باشد، به معنای عرفی و دنیایی شدن فقه نبوده و نمی‌تواند شاهدهی بر دنیایی و عرفی شدن اسلام و فقه آن باشد. تنها در صورتی چنین چیزی ممکن است که گسترش دامنه تصرف عرف، خارج از چهارچوب مذکور بوده و صرفاً بر پایه مطلق ارزش‌های دنیوی صورت گیرد، در حالی که عرف و پدیده‌های مانند آن در فقه اسلام، هیچ‌گاه بر چنین پایه‌ی گسترش نیافته است.^۱

^۱ سید علی جبار گلباغی ماسوله، پیشین، ص ۱۱۴

نتیجه گیری فصل سوم

پس از بررسی قلمرو عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین، برای پاسخ به سوال فرعی دوم، نتایج ذیل به دست آمده است:

۱- اصولیون متأخر اهل سنت، برای استدلال به حجیت عرف، آن را به ادله اصلی و قواعد شرعی برگشت داده و حجیت عرف را از حجیت آن ادله می‌دانند. آنها عرف را به سنت تقریری، اجماع، قاعده رفع حرج، اصل منافع و مضار، اعتبار مصالح و نصوص مطلق شرعی مشیر به تحکیم عرف برگشت داده و بر این نظراند که عمل به عرف، چیزی نیست جز برگشت به یکی از این ادله و اصول. اما متقدمین اهل سنت، از ادله جزئی از قبیل آیات و روایات در بحث استدلال به حجیت عرف، استفاده نموده اند.

۲- در بین اهل تشیع، سه مکتب در بحث حجیت عرف وجود دارد: حجیت ذاتی عرف، حجیت عرف بر اساس بناء عقلاء، حجیت عرف بر اساس امضای شارع.

۳- پیروان مکتب حجیت ذاتی عرف بر این نظراند که حجیت عرف، ذاتی بوده و بی‌نیاز از دلیل و امضای شارع می‌باشد، زیرا حکم عرف، از ضروریات زندگی بشر نشأت گرفته است که مخالفت با آن، به معنای مخالفت با مقتضیات زندگی اجتماعی می‌باشد. اما پیروان مکتب عقل، بر این نظراند که عرف مرتبه‌ای از مراتب عقل بوده و اختلافی بین حکم عقل و عرف وجود ندارد. از این جهت آنها به وسیله‌ی قاعده‌ی ملازمه، به دنبال اثبات شرعی بودن عرف بوده و دلیل معتبر بودن عرف را در کاشفیت آن از حکم عقل می‌بینند.

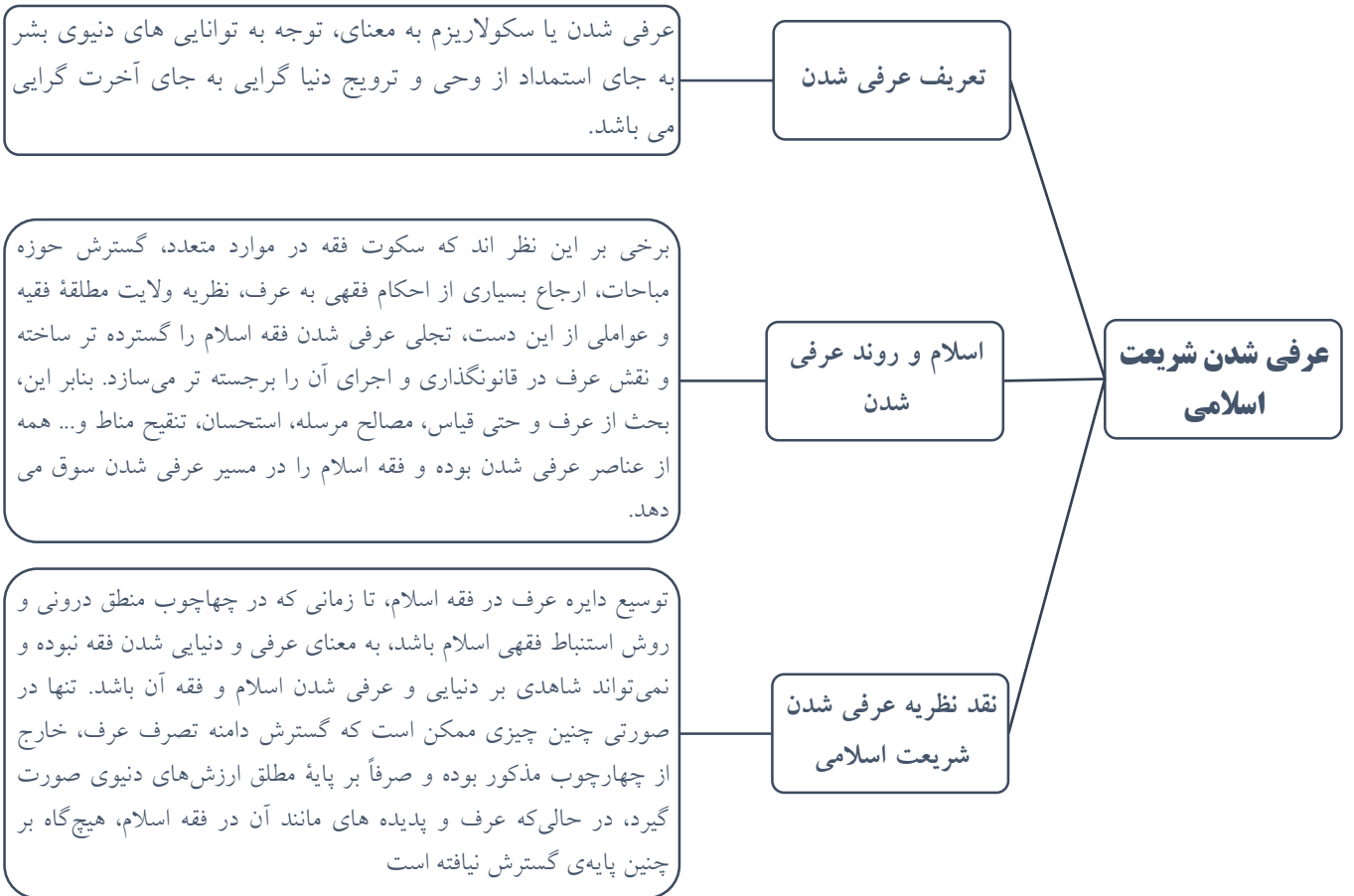
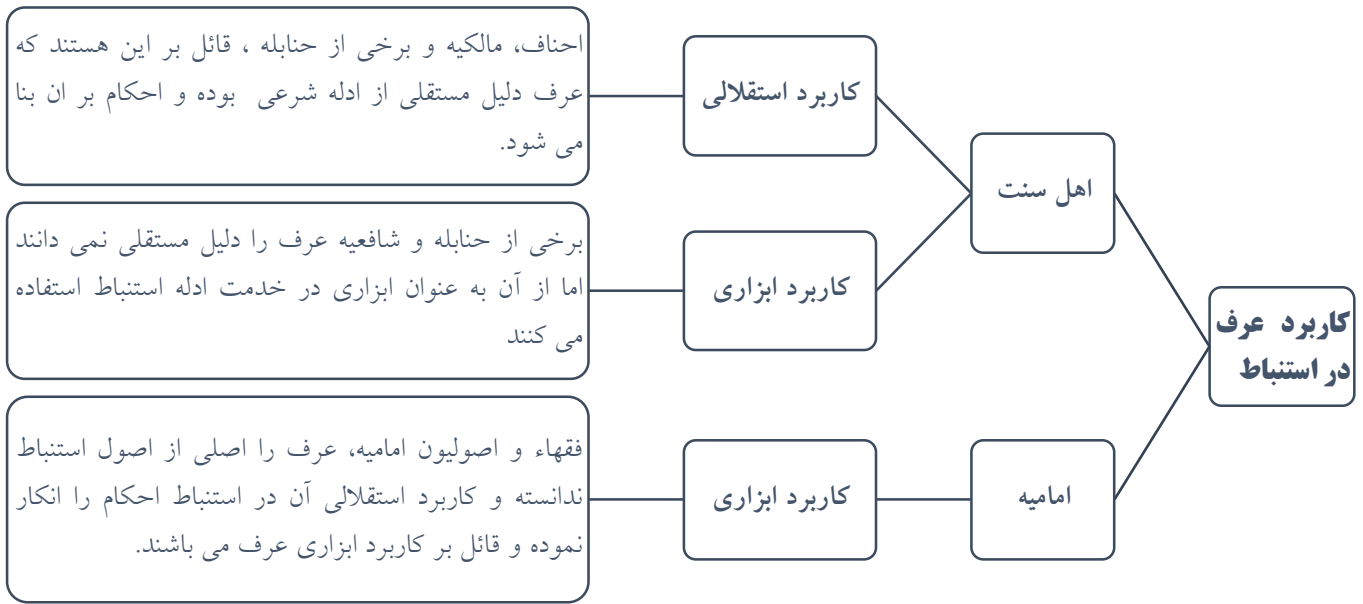
مکتب سوم در بحث حجیت عرف، مکتب امضا است. پیروان این مکتب بر این نظراند که عرف زمانی دارای حجیت و اعتبار است که از سوی شارع، مورد تأیید قرار گرفته باشد.

۴- درباره روش کشف امضای شارع، در مکتب امضا، سه نظریه مطرح شده است: نظریه عدم ردع، نظریه عدم ثبوت ردع، نظریه سکوت. پیروان نظریه عدم ردع، قائل اند که حجیت عرف، نیازمند تصریح امضا از سوی شارع نیست، بلکه عدم ردع با وجود امکان ردع، برای حجیت آن کافی است. طبق نظریه عدم ثبوت ردع، برای حجیت عرف، نیازی به احراز امضا و اثبات عدم ردع شارع نیست، بلکه مجرد عدم ثبوت ردع، برای احراز امضای شارع که معتبر بودن عرف به آن بستگی دارد، کافی است. اما پیروان نظریه سکوت، سکوت شارع در برابر عرف رایج را برای کشف امضا و رضایت او از عرف مورد نظر، کافی می‌دانند.

- ۵- در مذهب حنفیه و مالکیه، عرف به عنوان منبعی از منابع استنباط شناخته می‌شود. حنفیه پس از کتاب، سنت، اجماع، قول صحابه، قیاس و استحسان، عرف را به عنوان منبع هفتم از منابع استنباط معرفی نموده‌اند. مالکیه نیز پس از کتاب، سنت، اجماع، عمل اهل مدینه، قیاس، قول صحابی و مصالح مرسله، عرف را در رتبه هشتم از منابع استنباط قرار داده‌اند.
- ۶- با این که شافعیه و حنبله، عرف را از منابع استنباط ذکر نکرده‌اند، اما بررسی کتب فقهی این مذاهب، نشان می‌دهد که آنها در موارد بسیاری به ویژه در فقه معاملات، از عرف استفاده نموده و آن را در مواردی که در شریعت به صورت مطلق ذکر شده است، حجت می‌دانند.
- ۷- اهل تشیع به دلیل تفاوت اصول با اهل سنت و وجود ائمه معصومین(ع)، رجوع کمتری به عرف داشته‌اند. آنها عرف را از منابع استنباط ندانسته و کاربرد استقلالی عرف را انکار می‌کنند، با این حال، استفاده از عرف به عنوان ابزاری در خدمت ادله احکام، همواره در کتب فقهی اهل تشیع، به چشم می‌خورد.
- ۸- سکولاریزم یا عرفی شدن در زبان فارسی به عرفی، زمینی و دنیوی ترجمه شده و در زبان عربی دو تعبیر «الْعِلْمَانِيَّة» و «الْعِلْمَانِيَّة» برای این واژه استفاده شده است. سکولاریزم به دنبال از بین بردن اعتبار و اهمیت دین و به حاشیه راندن آن بوده و به عقلایی نمودن مسائلی که تحت حاکمیت و سلطه دین قرار دارد، تلاش می‌کند.
- ۹- برخی از روشن فکران بر این نظراند که برخی از عوامل درونی دین اسلام از جمله تقسیم احکام به تأسیسی و امضایی، تأیید بسیاری از عرف‌های زمان، سکوت فقه در موارد متعدد، گسترش حوزه مباحات، ارجاع بسیاری از احکام فقهی به عرف و...، تجلی عرفی شدن فقه اسلام را گسترده تر ساخته و آن را به سوی عرفی شدن، سوق می‌دهد.
- ۱۰- واضح است که چنین ادعایی درباره فقه اسلام، درست نیست زیرا توسیع دایره عرف در فقه اسلام، تا زمانی که در چهارچوب منطق درونی و روش استنباط فقهی اسلام باشد، به معنای عرفی و دنیایی شدن فقه نبوده و نمی‌تواند شاهدهی بر دنیایی و عرفی شدن اسلام و فقه آن باشد. تنها در صورتی چنین چیزی ممکن است که گسترش دامنه تصرف عرف، خارج از چهارچوب مذکور بوده و صرفاً بر پایه مطلق ارزش‌های دنیوی صورت گیرد، در حالی که عرف و پدیده‌های مانند آن در فقه اسلام، هیچ‌گاه بر چنین پایه‌ی گسترش نیافته است.

خلاصه فصل سوم به شکل نمودار





فصل چهارم: نقش عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

مقدمه

حضور عرف و نقش آن در استنباط احکام، هیچ گاهی پوشیده نبوده و همه‌ی فقهاء بر آن اتفاق نظر دارند، اما آن چه مورد اختلاف بوده و نیاز به بررسی دارد، چیستی نقش عرف در استنباط احکام است.

این فصل دارای سه مبحث بوده که در مبحث اول نقش عرف در استنباط احکام از منظر اهل سنت، در مبحث دوم نقش عرف در استنباط احکام از منظر اهل تشیع و در مبحث سوم، جایگاه عرف در تعارض، مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

مبحث اول: نقش عرف در استنباط احکام شرعی از منظر اهل سنت

عرف به عنوان یکی از عوامل مؤثر در استنباط احکام، همواره مورد بحث بوده و در مورد چیستی نقش آن در استنباط، نظریات متعددی وجود دارد. همان گونه که در مبحث سوم از فصل سوم این پایان نامه بیان شد، احناف، مالکیه و برخی از حنابله از جمله ابن قدامه، عرف را به عنوان اصلی از اصول استنباط پذیرفته و قائل بر بناء احکام بر عرف می‌باشند، اما شافعیه و برخی از حنابله، عرف را منبعی از منابع استنباط نمی‌دانند، با این وجود، استفاده از عرف در کتب فقهی و اصولی آنها کاملاً مشهود است. در ذیل به شرح هریک از نظریات می‌پردازیم:

گفتار اول: نقش استقلالی

طبق این نظریه، عرف اصلی از اصول و منبعی از منابع استنباط می‌باشد. البته این نکته قابل یادآوری است که منظور از منبع بودن عرف، قرار گرفتن آن در کنار اراده الهی به عنوان مصدر قانون و منبع شریعت نیست، بلکه طبق این اندیشه، عرف به عنوان کاشف از شریعت و دلیلی برای کشف حکم شرعی پنداشته می‌شود.

فصل چهارم: نقش عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

این گروه از اهل سنت، دلایل متعددی را برای تصدیق دیدگاه شان بیان نموده اند از جمله این که خداوند متعال در بحث کفاره یمین می فرماید: «فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ...»^۱: پس کفاره آن، طعام دادن به ده بی نوا است از نوع متوسط آنچه که به خانواده خود می خورانید. طبق این آیه، خداوند متعال مقدار متوسط از غذا را (که در کفاره یمین واجب است) محدود نکرده و امر تحدید آن را به عرف واگذار کرده است، چون عرف مردم در هر شهری متفاوت از مردم شهرهای دیگر است، حتی غذا در عرف فقیر و غنی نیز متفاوت می باشد. بناءً به دلیل این تفاوت ها، خداوند (ج) عرف را در تحدید مقدار غذای متوسط، حاکم کرده است. چنانچه ابن عربی نیز بر اساس همین آیه، عرف را دلیلی از ادله و اصول استنباط می داند که احکام بر آن بنا می شود.^۳

دلایل دیگری نیز از جانب صاحبان این دیدگاه بیان شده است که برخی را در مبحث حجیت عرف در فصل سوم بیان نمودیم، بناءً از تکرار آن به جهت جلوگیری از اطاله کلام، خود داری می کنیم.

گفتار دوم: نقش ابزاری

شافعیه و اکثر حنابله، عرف را به عنوان اصلی از اصول استنباط نپذیرفته و قائل بر حجیت آن به عنوان دلیل مستقلى که احکام بر آن بنا شود، نیستند.^۴ دلیل این گروه از اصولیون، حدیث معاذ(رض) است که عرف در آن حدیث از جمله ادله استنباط ذکر نشده است؛ بناءً نمی تواند دلیل شرعی باشد. (البته به نظر می رسد انکار حجیت عرف توسط این گروه از اصولیون، فقط در موارد خاصی مثل تخصیص عام باشد که در محلس بیان خواهد شد).

با این وجود، بررسی کتب فقهی بزرگان این مذاهب، نشان دهنده وجود عرف و استفاده از آن در مسائل متعدد فقهی است. مثلاً امام شافعی (ره) تشخیص حرز در باب سرقت را به عرف واگذار کرده است، به گونه ای که اگر در عرف مردم، مال مسروقه، در حرز شخص بوده باشد، قطع دست صورت می گیرد و در غیر آن، دست سارق بر اثر آن سرقت قطع نمی گردد.^۵ یا در بحث اجاره صنایع در صورتی

^۱ احناف، مالکیه و ابن قدامه حنبلی، پیرو این دیدگاه هستند، دکتر عبدالکریم نمله نیز این دیدگاه را دیدگاه اکثر اصولیون دانسته و بر دیدگاه دوم، ترجیح داده است. عبدالکریم نمله، المذهب فی علم اصول الفقه المقارن، ج ۳ ص ۱۰۲۱

^۲ مائده، ۸۹

^۳ ابوبکر ابن عربی، احکام القرآن، ج ۴ ص ۲۸۹

^۴ سلیمان عبدالوهاب الشحات، «العرف عند الاصولیین و اثره فی الفروع الفقهیه» مجله کلیه الدراسات الاسلامیه بنین بأسوان، العدد الرابع،

جمادی الاولی ۱۴۴۳ق، ص ۲۲۰۷

^۵ امام شافعی، الام، ج ۶ صص ۱۳۵-۱۳۶

فصل چهارم: نقش عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

که از اجرت حرفی زده نشود، اصل بر این است که حتی اگر عملی را نیز انجام دهد، مستحق اجرت نمی‌گردد، اما در مورد برخی از صنایع مثل نجار، دلال، حجامت کننده و...، عزالدین بن عبدالسلام می‌گوید به جهت این که این گروه، عرفاً مستحق می‌باشند، طبق عرف بر آن‌ها اجرت داده می‌شود.^۱ در مذهب حنابله نیز، مسائل بسیاری به عرف ارجاع داده شده است، از جمله بیع معاطات که ابن قدامه در استدلال به صحت این بیع، به عرف استدلال نموده است؛ بدان گونه که خداوند متعال، بیع را حلال نموده، اما کیفیت آن را بیان نکرده است. بنابر این، برای دانستن کیفیت آن الزاماً باید به عرف مراجعه گردد و از آن جا که مسلمین همواره با این بیع تعامل می‌نمودند، می‌توان حکم به صحت آن داد.^۲ مسائل متعدد دیگری نیز وجود دارد که عادل بن عبدالقادر در کتابش «العرف حجیته و اثره فی الفقه المعاملات المالیه عند الحنابله» به طور مفصل ذکر نموده است.^۳

همان گونه که ملاحظه شد، گروه دوم از اصولیون اهل سنت نیز قائل بر حجیت عرف و نقش آن در استنباط بوده و کاملاً آن را انکار نکرده‌اند. به همین دلیل، عنوان «نقش ابنزاری» را برای بیان دیدگاه این گروه از اصولیون انتخاب نمودیم، زیرا انکار کامل عرف در امر استنباط، غیر واقعی به نظر می‌رسد.

قول راجح

به نظر می‌رسد دیدگاه اول (اعتبار عرف به عنوان اصلی از اصول استنباط)، از دلایل قوی تری برخوردار بوده و با مقاصد شریعت و مصالح عباد نیز تطابق بیشتری داشته باشد. از جانبی هم، عرف نوعی از استحسان است و استحسان با تعریف عدول حکم مسأله از نظایر آن به جهت وجود دلیل خاص، مورد قبول همه‌ی ائمه است، بنائاً وقتی استحسان، معتبر بوده و اصلی از اصول استنباط باشد، عرف نیز از چنین جایگاهی برخوردار است.^۴

از جانب دیگر، اهل حدیث روایت معاذ (رض) را که مانعین اعتبار عرف به آن استدلال نموده‌اند، ضعیف پنداشته‌اند. چنانکه عقیلی در کتاب «الضعفاء الکبیر» به نقل از امام بخاری، این حدیث را مرسل و غیر صحیح می‌داند،^۵ ترمذی نیز گفته است: اسناد این حدیث، نزد من متصل نیست. در سند حدیث

^۱ عزالدین بن عبدالسلام، قواعد الاحکام فی اصلاح الانام، ج ۲ صص ۱۲۶-۱۲۸

^۲ ابن قدامه، المغنی، ج ۳ ص ۴۸۱

^۳ رجوع شود به کتاب مذکور ج ۱ ص ۱۷۴ الی آخر

^۴ دکتر عبدالکریم نمله، پیشین، ج ۳ ص ۱۰۲۳

^۵ محمد بن عمرو عقیلی، الضعفاء الکبیر، ج ۱ ص ۲۱۵

فصل چهارم: نقش عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

نیز «عن اصحاب معاذ» آمده است در حالی که اصحاب معاذ مجهول است و حارث بن عمرو نیز که یکی از راویان این حدیث است، نزد محدثین مجهول می‌باشد.^۱ بناءً حدیثی که راویانش مجهول باشد، نمی‌تواند به عنوان منبع قوی برای استدلال پذیرفته شود.

با توجه به آن چه بیان شد، اکثر اصولیون اهل سنت، به اعتبار عرف به عنوان اصلی از اصول و دلیلی از ادله استنباط، اتفاق نظر دارند و آنانی هم که به این امر تصریح نکرده اند، حضور عرف و ارجاع احکام به آن در کتب فقهی شان، مهر تأییدی بر اعتبار عرف می‌باشد.

گفتار سوم: موارد کاربرد عرف در فقه

منظور از موارد کاربرد عرف در فقه، بیان ضوابطی است که اصولیون در بحث اعمال عرف تنظیم نموده اند، به نحوی که عرف در هر مسأله‌ی که استفاده شود، عملکردش بر اساس یکی از همین ضوابط خواهد بود. در مورد این ضوابط و استعمالات فقهی عرف، نظرات ذیل مطرح شده است:

اول: عزالدین بن عبدالسلام (م ۶۶۰ق) موارد اعمال عرف را سه مورد ذکر کرده است:

- ۱- دلالت عرف و قرائن حالیه، به منزله قول صریح در تخصیص عموم و تقیید مطلق
- ۲- حمل الفاظ بر ظنون برگرفته شده از عادات به جهت ضرورت
- ۳- حمل بر غالب و اغلب در عادات^۲

دوم: حافظ بن حجر (م ۸۵۲ق) استعمالات فقهی عرف را چهار مورد ذکر کرده است:

- ۱- رجوع به عرف در معرفت اسباب احکام.
- ۲- رجوع به عرف در شناخت مقادیر.
- ۳- رجوع به عرف در ضبط فعل غیر منضبطی که احکام بر آن مرتب می‌شود.
- ۴- رجوع به عرف در امر مخصص.^۳

سوم: احمد فهمی ابوسنة (م ۴۲۴ق) می‌گوید استعمالات فقهی عرف، استقراء چهار مورد است:

- ۱- عرفی که ظاهراً دلیل بر مشروعیت حکم است
- ۲- رجوع به عرف در تطبیق احکام مطلقه بر مسائل
- ۳- عرفی که به منزله نطق به امر متعارف است

^۱ ناصر الدین البانی، سلسلة الاحادیث الضعیفة والموضوعة و اثرها السیئ للامة، ج ۲ ص ۲۷۴

^۲ عزالدین بن عبدالسلام، قواعد الاحکام فی اصلاح الانام، پیشین، ج ۲ صص ۲۲۵-۲۴۵

^۳ ابن حجر عسقلانی، فتح الباری شرح صحیح البخاری، ج ۴ ص ۴۷۴

فصل چهارم: نقش عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

۴- عرف قولی^۱

چهارم: دکتر محمد عثمان شبیر موارد اعمال عرف را سه مورد ذکر کرده است:

۱- تفسیر نصوص مطلق

۲- بنا نمودن احکام شرعی بر عرف در موارد غیر منصوص

۳- تجدید و تعدیل بناء احکام شرعی ای مبتنی بر عرف.^۲

پنجم: دکتر یعقوب باحثین، در ذیل قاعده «العادة محكمة» مجالات اعمال عرف را شش مورد می‌داند:

۱- کشف صفاتی که مناط حکم شرعی است.

۲- کشف آن چه که ترجیح با آن صورت می‌گیرد، در مواردی که نص یا بینه‌ای وجود ندارد.

(هرچند این کاربرد را از مشمولات کاربرد اول عرف می‌داند).

۳- ضبط مقادیر از حیث طول و عرض، قلت و کثرت و نوع و جنس، از مواردی که احکام شرعی

بر آن بنا می‌شود و تحدیدی از جانب شارع بیان نشده است.

۴- کاربرد تفسیر و بیان

۵- کاربرد تخصیص عام و تقييد مطلق

۶- عرف و عادات مفید ظنی که احکام بر آن (ظن) بنا می‌شود.^۳

ششم: دکتر محمود صالح جابر قواعد حاکمه بر اعمال عرف در احکام شرعی را سه قاعده می‌داند:

۱- قاعده «يُجْمَلُ كَلَامُ الْمُخَاطَبِ عَلَى عُرْفِهِ» کلام مخاطب بر عرف آن حمل می‌شود

۲- قاعده «الْعُرْفُ يَضْبِطُ مَا لَمْ يَضْبِطْهُ الشَّرْعُ وَاللُّغَةُ» آنچه را که شرع و لغت تنظیم نکرده است، عرف

تنظیم می‌کند.

۳- قاعده «تَتَغَيَّرُ الْأَحْكَامُ بِتَغْيِيرِ الْعُرْفِ» احکام با تغییر عرف، تغییر می‌کنند.^۴

در نظریاتی که توسط اصولیون اهل سنت در بحث کاربرد عرف و استعمالات فقهی آن بیان شد،

به نظر می‌رسد در کنار تداخلی که در بین برخی از آنها وجود دارد، از طرفی تمام موارد کاربرد عرف

را بیان نکرده و از جانبی هم برخی از موارد بیان شده، ارتباطی با عرف نداشته باشد. به همین جهت

^۱ احمد فهمی ابوستة، العرف والعادة في رأى الفقهاء، ص ۲۷

^۲ محمد عثمان شبیر، القواعد الكلية والضوابط الفقهية، ص ۲۴۴

^۳ یعقوب باحسین، قاعدة العادة محكمة، صص ۱۴۱-۱۶۵

^۴ محمود صالح جابر، «القواعد الاصولية الحاكمة لاعمال العرف في التشريع الاسلامي» (پایان نامه دکتری اصول و فقه اسلامی) ص ۹

فصل چهارم: نقش عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

تلاش نمودیم تا با استفاده از این نظریات و بررسی فروعیات فقهی که بر عرف بنا شده اند، نقش عرف در استنباط و موارد استعمال آن در فقه از منظر اهل سنت را به پنج مورد، محدود نماییم:

- ۱- تقدیر احکام محوله شارع بر عرف
- ۲- تفسیر الفاظ و تطبیق احکام مطلق بر مسائل
- ۳- اعتبار عرف جاری بین مردم
- ۴- اعتبار عرف قولی
- ۵- قرینه عرفی

اول: تقدیر احکام محوله شارع بر عرف

در شریعت اسلامی، احکامی وجود دارد که شارع تقدیر آن را به عرف محول نموده و احوال و عرف مردم را معتبر دانسته است، به گونه‌ای که به عرف امر نموده و اعتبار دادن عرف مردم را واجب دانسته است.

ضمن نصوص شرعی، واژه «المعروف» در مورد برخی از احکام وارد شده که مراد از آن، تعارف و تعامل مردم می‌باشد. چنانچه ابن نجار حنبلی (م ۹۷۲ق) نیز با تأکید بر این موضوع گفته است: در هر جایی که واژه «معروف» در قرآن کریم تکرار شده است، مراد از آن تعامل مردم در آن زمان بوده است.^۱ موارد متعددی از احکام این چنینی وجود دارد که تقدیر آن به عرف محول شده است از جمله:

الف: معاشرت با زوجه و وجوب انفاق و تعامل با او بر آن چه عرف است

آیات و روایات متعددی وجود دارد که به معاشرت با زوجه و انفاق به او بر اساس عرف امر نموده است. از جمله:

- ۱- قال تعالی: «وَ عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ»^۲ و با آن‌ها به نیکی رفتار کنید.
- ۲- قال تعالی: «وَ لَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ»^۳ و برای آنها حقوقی است مثل آن چه که بر بالای آنان است بر وجه نیکو

^۱ تقی الدین ابن نجار، مختصر التحرير شرح الكوكب المنير، ج ۴ ص ۴۴۹

^۲ نساء، ۱۹

^۳ بقره، ۲۲۸

فصل چهارم: نقش عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

۳- قال تعالی: «وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» و برای پدر خوراک و پوشاک مادران به گونه پسندیده، واجب است.

۴- قال النبی (ص): «وَأَلْهَنُ عَلَيْكُمْ رِزْقَهُنَّ وَكِسْوَتَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ»^۲ و خوراک و پوشاک آن ها بالای شما طبق عرف، واجب است.

در آیات و روایت فوق، کلمه «معروف» ذکر شده و معاشرت، انفاق و تعامل با همسران را بر آن چه که معروف است، واجب می‌داند. همان گونه که قبلاً اشاره شد، اصولیون اهل سنت بر این نظر اند که مراد از «معروف» در این نصوص، آن چیزی است که مردم با آن تعامل دارند، چنانچه ابن قیم در تفسیر کلمه «معروف» در این آیات، بر این نظر است که مرجع این آیات عرف مردم و آن چه را که آنها معروف بدانند، می‌باشد،^۳ بناءً هر آنچه را که عقد نکاح بر هریک از زوجین واجب می‌گرداند، از قبیل نفقه، مسکن، و... مقدر نیست بلکه برای تقدیر به عرف ارجاع داده می‌شود^۴

ب: امتناع مطلقه طبق آن چه که عرف است

زنان پس از طلاق نیز، حقوقی بر بالای همسران قبلی خویش دارند، به گونه‌ای که پرداخت هدیه‌ای مناسب توسط مردان، به زنانی که به همسری گرفته اند اما با آنها آمیزش نکرده و یا مهریه‌ای پرداخت نکرده اند، واجب است. این هدیه در شریعت اسلامی مقدر و محدود نشده است، بلکه تحدید آن به عرف واگذار گردیده و هر کس به اندازه توان خویش مأمور به پرداخت آن است، چنانچه خداوند متعال در آیه (۲۳۶) سوره بقره می‌فرماید: «لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرَهُنَّ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ»^۵ اگر زنان را قبل از آمیزش جنسی و یا تعیین مهر طلاق دهید، گناهی بر شما نیست، -در این موقع- آنان را بهره مند سازید، آن کس که توانایی دارد به اندازه توانش و آن کس که توانایی ندارد به اندازه وسعش، هدیه‌ای شایسته که بر نیکوکاران لازم است.

^۱ بقره، ۲۳۳

^۲ امام مسلم، صحیح المسلم، کتاب الحج، باب حجۃ النبی (ص)، حدیث ۱۲۱۸

^۳ ابن قیم جوزی، اعلام الموقعین عن رب العالمین، ج ۱ ص ۲۵۲

^۴ ابن تیمیہ، مجموع الفتاوی، ج ۲۹ ص ۱۷۳

^۵ بقره، ۲۳۶

فصل چهارم: نقش عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

این آیه نشان دهنده لزوم احترام به شئون اجتماعی همسر است، زیرا کلمه معروف بدان معنی است که در هدیه دادن باید مسائل عرفی و اجتماعی مراعات شود. ابوبکر جصاص می‌گوید: شرط خداوند(ج) در مقدار هدیه این است که «معروف» باشد و معروف بودن نیز موقوف بر عرف و عادات انسان‌ها است و از آنجا که عرف همواره در حال تغییر است، در دادن هدیه و مقدار آن، مراعات عرف و عادت زمان، واجب است.^۱

ابن تیمیه(م۷۲۸ق) می‌گوید: خداوند متعال امر به تراضی، امساک، تسریح و معاشرت بر اساس معروف نموده و حقوقی را که برای زن و بالای او ثابت است نیز بر اساس معروف، محقق نموده است که این موارد، نشان دهنده وجوب عدل در تمام امور مربوط به نکاح و حقوق زوجین می‌باشد، معروف نیز همان عرفی است که مردم با آن تعارف داشته و با اختلاف احوال و زمان‌ها، تغییر می‌کند بناءً در تمام این موارد و آن چه مربوط به متعه می‌شود باید طبق عرف برخورد شود، عرفی که نسبت به حال مالی هر کس متفاوت است.^۲

ج: اطعام در کفاره یمین بر اساس عرف

از مواردی که تقدیر آن به عرف محول شده است، اطعام در کفاره یمین است. خداوند متعال می‌فرماید: «فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ...» پس کفاره آن، طعام دادن ده مسکین است، از نوع متوسط آنچه که به خانواده خود می‌خورانید.

شارع در کفاره یمین، اطعام از طعام وسط را واجب گردانیده است، حال آن که مقدار وسط را معین نکرده است بلکه آن را مطلق آورده و به عرف ارجاع داده است. بناءً از آنجا که عرف هر شهر در مورد طعام متفاوت بوده و هر شخص نیز با در نظر داشت غنا یا فقر، طعام‌شان متفاوت است، آن چه را که عرف طعام وسط بدانند در کفاره یمین واجب بوده و حکم هر شهری بنا بر عرف آن می‌باشد.^۳ ابن عربی نیز در کتاب احکام القرآن، ذیل این آیه نگاه داشته است که طعام وسط، شرعاً مقدر نشده و الله تعالی امر تقدیر آن را به عادت محول نموده است و عادت دلیل اصولی است که خداوند(ج) احکام را بر آن بنا کرده است.^۴

^۱ ابوبکر جصاص، احکام القرآن، ج ۱ ص ۵۲۵

^۲ ابن تیمیه، پیشین، ج ۳۴ ص ۸۴

^۳ سعود بن عبدالله الوری، العرف و تطبیقاته المعاصرة، ص ۱۵

^۴ ابن عربی، پیشین، ج ۴ ص ۲۸۹

فصل چهارم: نقش عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

با توجه به آن چه بیان شد، هر شخص در کفاره یمین، باید طعامی را بدهد که در عرف خود برای خانواده خودش مصرف می‌کند، چون منظور از وسط، متوسط است و غذای متوسط با عرف دانسته می‌شود. چنانچه ابن تیمیه نیز همین نظر را مورد پذیرش مذهب حنبلی دانسته و منقول از اکثر صحابه و تابعین می‌داند.^۱

د: مقدار نفقه زوجه بر اساس عرف

هند بنت عتبة برای شکایت از همسرش ابوسفیان، نزد پیامبر(ص) آمد و اظهار داشت که ابوسفیان، مرد بخیل و تنگ نظری بوده و نفقه مرا طوری که من و فرزندم را کفایت کند، نمی‌دهد، پیامبر اکرم(ص) در جوابش فرمود: «**خُذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدِكَ بِالْمَعْرُوفِ**»^۲ آن چه که تو و فرزندت را کفایت کند بر اساس عرف بردار.

پیامبر(ص) مقدار نفقه همسر ابوسفیان را مقدر نکرد بلکه آن را به عرف واگذار نمود، بناءً نفقاتی که در نصوص به طور مطلق آمده باشد، در هر صورت به عرف ارجاع داده شده و تقدیر آن به عرف محول می‌گردد. بناءً عرف انسان‌ها در تعیین مقدار نفقه زوجه معتبر بوده و نفقه هر شخصی با توجه به عرف زمان و همچنان غنا و فقر همسرش پرداخت می‌گردد.^۳

بررسی نصوص شرعی و متون فقهی نشان می‌دهد که این نوع استعمال برای عرف در موارد کثیری از جمله: تراضی بین زوجین، امساک یا تسریح زوجه، استفاده از مال یتیم توسط ولی او و... وجود داشته که شریعت اسلامی، تقدیر همه‌ی این موارد را به عرف محول نموده است، با این وجود به جهت جلوگیری از اطاله کلام، از ذکر تمام آن موارد خود داری می‌نمایم.

دوم: استفاده از عرف در تفسیر الفاظ و تطبیق احکام مطلق بر مسائل

یکی از موارد استعمال عرف، تفسیر الفاظی است که در شریعت و لغت، مطلق آمده و تحدیدی برای آن‌ها بیان نشده است. فقهاء تفسیر این الفاظ را به عرف واگذار نموده اند زیرا عرف قدرت تفسیر و بیان چنین الفاظی را دارد. از جانب دیگر، در برخی موارد احکامی وجود دارد که به حسب عادات و احوال انسان‌ها تغییر نموده و با تغییر مصالح آن‌ها قابل تبدیل می‌باشد، در این صورت اگر شارع در

^۱ ابن تیمیه، پیشین، ج ۳۵ ص ۳۵۰

^۲ محمد بن اسماعیل البخاری، صحیح البخاری، کتاب النفقات، حدیث ۵۳۶۴

^۳ ابن قدامه، پیشین، ج ۸ ص ۱۹۸

فصل چهارم: نقش عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

چنین مواردی، فقط یک حکم تفصیلی بیان کند که در هر زمانی باید بر اساس همان حکم تفصیلی عمل شود، باعث حرج انسان ها شده و از مقاصد شریعت به دور خواهد بود، اما اگر با توجه به تغییر مصالح انسان ها، احکام بسیاری را به مقدار این مصالح، تشریح کند، کثرت تکالیف باعث حرج شده و انسان در مضیقه قرار می گیرد، از همین جهت است که شارع حکیم، احکامی را به صورت مطلق و خالی از بیان و تفصیل، تشریح نموده است تا امکان تطبیق آن با وجود تغییر عادات و احوال انسان ها، وجود داشته باشد که مرجع تفصیل و تفسیر این احکام، عرف می باشد.

ابن تیمیة می گوید: اسماء سه نوع اند: نوع اول اسماءی است که تعریفی از آن در شریعت وجود دارد که در تعریف و تفسیر آن به شریعت رجوع می شود، مثل صلاة. نوع دوم اسماءی است که حدی از آن در لغت وجود دارد که برای تفسیر آن نیز به لغت رجوع می شود مثل شمس و قمر، اما نوع سوم اسماءی است که هیچ حدی در شریعت و لغت از آن نیامده است و در تفسیر آن به عرف مراجعه می شود مثل بیع، نکاح، قبض، درهم، دینار و...^۱

تفسیر الفاظ و تطبیق احکام مطلق بر مسائل، از مهم ترین کاربردهای عرف بوده و بخش بزرگی از احکام شرعی را شامل می شود، وجود چنین احکامی در شریعت اسلامی، دلیلی بر عظمت و جلال شریعت بوده و صلاحیت اعمال آن در هر زمان و مکانی را نشان می دهد. در زیر، نمونه هایی از این کاربرد را اجمالاً بیان می کنیم:

الف: الفاظ مطلق که در باب معاملات آمده است

در فقه معاملات، الفاظی وجود دارد که در شریعت اسلامی، به صورت مطلق آمده و تفسیر آن به عرف واگذار شده است از جمله:

۱- تفسیر و تعریف عقود: در شریعت اسلامی، بحث حلیت بیع و حرمت ربا ذکر شده و این دو واژه در موارد بسیاری، به کار رفته است، با این وجود، چستی این عقود به عرف واگذار شده است به گونه ای که آن چه در عرف مردم بیع بوده و مخالف شریعت نباشد بیع شمرده شده و آن چه را که ربا بدانند، ربا می باشد. عقود دیگر از قبیل اجاره و هبه نیز چنین اند.

^۱ ابن تیمیة، پیشین، ج ۱۹ ص ۲۳۵

فصل چهارم: نقش عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

۲- تفسیر تفرقی که قاطع خیار مجلس است: خیار مجلس با از بین رفتن مجلس باطل می‌شود، با این وجود، این که چه تفرقی مبطل خیار مجلس است، در شریعت بیان نشده و تفسیر آن به عرف واگذار شده است.

۳- تفسیر عیب در مبیع: در صورت عیب داشتن مبیعه، مشتری می‌تواند آن را به بائع رد کند، اما این که چه چیزی در مبیعه عیب است، با عرف دانسته می‌شود، به گونه‌ای که اگر با تغییر عرف، چیزی که قبلاً عیب بود، در عرف جدید عیب شمرده نمی‌شد، مبیعه با آن رد نمی‌شود.^۱

۴- موارد دیگری از جمله: قبض مبیعه، تراضی در بیع، آن چه در مبیعه شامل بوده و آن چه شامل نیست، ثمن بودن اشیاء و... در فقه معاملات وجود دارد که تفسیر همه‌ی آن‌ها به عرف واگذار شده است.^۲

ب: تفسیر احیاء موات

در شریعت اسلامی احیاء موات سبب ملکیت می‌شود، اما این که احیاء موات چیست و چه حیاتی سبب ملکیت می‌گردد، بیان نشده است. از این جهت برای تفسیر این اصطلاح به عرف مراجعه می‌شود.^۳ چنانچه ابن قدامه می‌گوید: احیاء آن است که مردم آن را احیاء بدانند، زیرا شریعت مسأله تعلیق ملک به احیاء را ذکر نموده، اما کیفیت آن را بیان نکرده است. بناءً در تفسیر کیفیت آن به عرف مراجعه می‌شود، چون پیامبر(ص) حکمی را که راهی برای تفسیر آن نباشد، معلق نمی‌گذارد بناءً عدم بیان آن توسط پیامبر(ص) به این معنا است که عرف مرجع بیان این اصطلاح می‌باشد، چون راهی جز عرف برای تفسیر آن وجود ندارد.^۴

ج: افعال تعزیری

فقهاء اهل سنت از حدیث «تغییر منکر»^۵ و وجوب تعزیر در جنایاتی را که شریعت حد مقدری در آن بیان نکرده است استنباط نموده اند. با توجه به این حدیث، شارع تغییر منکر را واجب نموده است که یکی از روش‌های آن تعزیر است، با این وجود افعالی را که تعزیر شمرده شده و از روش‌های

^۱ ابن قیم، پیشین، ج ۳ ص ۶۵

^۲ ولید بن علی الحسین، مجالات اعمال العرف بعد التعديل، ص ۳۵

^۳ شافعی، پیشین، ج ۴ ص ۴۲

^۴ ابن قدامه، پیشین، ج ۵ ص ۴۳۷

^۵ قال رسول الله(ص): من رأى منكراً فليغيره بيديه فإن لم يستطع فبلسانه فإن لم يستطع فقلبه و ذلك أضعف الإيمان.

فصل چهارم: نقش عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

تغییر منکر می‌باشد بیان نکرده است. از این جهت فقهاء قائل بر این هستند که هر فعلی که تأدیب و زجر مجرم را در پی داشته و به حدود مقدره نرسد، تعزیر شمرده می‌شود. واضح است که چنین افعالی در عرف و احوال انسان‌ها قابل تغییراند، زیرا برخی از افعال ممکن است نزد برخی از انسان‌ها تعزیر باشد در حالی که در نزد برخی دیگر چنین نیست، همان گونه که کشف سر نزد اندلسی‌ها بی‌عزتی نیست در حالی که نزد اهل مصر و عراق، نوعی بی‌عزتی شمرده می‌شود^۱ بنابر این مؤثرترین عامل در تفسیر تعزیر و بیان افعالی که شامل تعزیر می‌شوند، عرف است.

د: تعیین صفاتی همچون عدالت و مروءة

صفت عدالت از جمله صفاتی است که فقهاء آن را شرط قبول یا صحت شهادت می‌دانند. مراعات نمودن عدالت، ملزم احتراز از افعالی است که مخل مروءت می‌باشند، بناءً اگر شخص فعل ناشایستی را انجام داد، صفت عدالتش از بین می‌رود. با این حال، این که چه افعالی مخل مروءت بوده و در نتیجه باعث از بین رفتن عدالت می‌شود، در شریعت اسلامی مشخص نشده است، بلکه عرف و عادت انسان‌ها این افعال را مشخص می‌کند. بنابر این آن چه را که عرف نیک بداند، مروءت است و آن چه را که قبیح بداند، خلاف مروءت می‌باشد.^۲

موارد متعدد دیگری نیز از افعال و اقوالی که مطلق بوده و در شرع و لغت تفسیری از آن نیست، وجود دارد که تفسیر همه آن‌ها به عرف ارجاع داده شده است. از جمله، تفسیر مشقت که نسبت به افراد و احوال متفاوت است، به گونه‌ای که ممکن است برخی از حالات برای افرادی مشقت باشد و برای دیگران مشقتی در پی نداشته باشد. از همین جهت است که امام شاطبی مشقتی که موجب تیسیر است را مشقت غیر عادی می‌داند و شناخت چنین مشقتی را به عرف مردم واگذار نموده است.^۳ تعیین معنای حرز در سرقت نیز از مواردی است که به عرف واگذار شده است، زیرا وقتی اعتبار حرز در شریعت در حالی ثابت شد که هیچ نصی در تفصیل و بیان آن نیامد، دانسته می‌شود که بیان آن به عرف سپرده شده است زیرا جز عرف هیچ راهی برای بیان آن وجود ندارد.^۴

^۱ احمد فهمی ابوسنه، پیشین، ص ۴۶

^۲ ابن عثیمین، شرح الممتع علی زاد المستقنع، ج ۱۵ ص ۴۲۴

^۳ شاطبی، پیشین، ج ۲ ص ۲۱۵

^۴ ابن قدامه، پیشین، ج ۹ ص ۱۱۱. - ابن رشد، بدایة المجتهد و نهایة المقتصد، ج ۴ ص ۱۷۴۸

فصل چهارم: نقش عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

سوم: استعمال عرف جاری بین مردم

یکی از موارد استعمال عرف، اعتبار دادن عرف‌های جاری بین مردم است، به نحوی که قدرت نطق با الفاظ را به آن می‌دهد. عاداتی در بین انسان‌ها وجود دارد که در تعامل آن‌ها مورد استفاده قرار گرفته، در معاملات و دعاوی آن‌ها معتبر بوده و قدرت نطق با الفاظ را دارا می‌باشد. زیرا این عادات به اذن در شیء یا منع از آن دلالت نموده و یا به بیان نوع یا قدر آن پرداخته و یا مفید الزام یا عدم الزام آن می‌باشد. این عادات به جای الفاظ قرار گرفته و تمام احکام مرتبه بر الفاظ، بر آن‌ها نیز مرتب می‌شود.^۱ عرف‌های بسیاری در بین مردم وجود دارد که در فقه به اندازه الفاظ معتبر بوده و قواعد فقهی متعددی نیز گواه بر اعتبار آن است. ابن قیم جوزی در «اعلام الموقعین عن رب العالمین» آورده است که عرف جاری در بیش از صد موضوع در جایگاه نطق با الفاظ قرار می‌گیرد.^۳ در ذیل به بیان چند نمونه از این استعمال می‌پردازیم:

الف: اعتبار عرف جاری بین مردم در فقه معاملات

در فقه معاملات، ابواب متعددی وجود دارد که عرف جاری بین مردم در آن مورد استفاده قرار گرفته و احکام بر آن بنا شده است. از جمله:

- ۱- اعتبار شروط متعارف علیها در عقود: شرط عرفی در معاملات به منزله شرط لفظی بوده و معتبر می‌باشد مثل شرط تقدیم اجرت قبل از استیفاء منفعت، تقسیم اجرت به دو قسط، پرداخت کرایه حمل مبیعه ثقیل تا خانه مشتری توسط بایع^۴ و اطعام اجیر در مدت اجاره.
- ۲- اعتبار عقود عرفی: عقودی که غالب مردم با آن تعامل دارند معتبر است، مثل بیع معاطات. زیرا عقود بر هر قول یا فعلی که دلالت بر مقصود کند منعقد می‌شود، پس هرآنچه را که عرف بیع بدانند بیع شمرده می‌شود. بنابر این با توجه به تفاوت اصطلاح هر شهر و هر زمان، انواع عقود عرفی نیز متعدد است.

^۱ احمد فهمی ابوسنه، پیشین، ص ۵۱

^۲ حد اقل پنج قاعده فقهی در بحث اعتبار عرف جاری بین مردم وجود دارد. برای شرح بیشتر به مواد ۳۷-۳۸-۴۳-۴۴-۴۵ از کتاب مجله الاحکام العدلیه رجوع شود.

^۳ ابن قیم، پیشین، ج ۲ صص ۲۹۷-۲۹۸

^۴ مصطفی احمد زرقاء، پیشین، ج ۲ ص ۸۷۷

فصل چهارم: نقش عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

۳- اعتبار دادن حقوق معنوی و موارد دیگری از قبیل تحدید اجرت مثل، شناخت مکیل یا موزون بودن اشیاء و چگونگی انتفاع از مبیعه که در نزد احناف در صحت و فساد بیع مؤثر است، از مسائلی در فقه معاملات است که عرف در آن معتبر می‌باشد.

ب: اعتبار عرف جاری بین مردم در ابواب احوال شخصیة

عرف جاری بین مردم، در احوال شخصیة نیز معتبر بوده و در ابواب مختلفی مورد استفاده قرار گرفته است. از جمله:

۱- اعتبار عرف در ارضاع: امام مالک مادرانی را که در بین مردم دارای موقف اجتماعی بالای است از وجوب ارضاع کودکان استثنی نموده است. این استثناء توسط ایشان به حکم عادت صورت گرفته است.^۱

۲- اعتبار عرف در تقسیم مهر به مقدم و مؤخر: عرف و عادت انسان‌ها در برخی از شهرها بر این است که قسمتی از مهریه را قبل از خلوت صحیحه پرداخت نموده و قسمتی را بعد از آن می‌پردازند، بناءً در صورت تنازع و اختلاف زوجین نسبت به پرداخت مهر، امام مالک با توجه به عرف موجود در پرداخت مهر قبل از دخول، قول زوج را معتبر می‌دانست در حالی که اصحاب امام مالک به جهت این که در زمان شان چنین عرفی وجود نداشت، قول زوجه با یمین را معتبر می‌دانستند.^۲

ج: اعتبار عرف در کشف از اذن

هر آنچه را که عرف جاری بین مردم، به اباحت یا تملک آن حکم کند، مانند اذن صریح می‌باشد، زیرا عرف قدرت کشف اذن را دارد. به عنوان نمونه: تقدیم طعام برای مهمان به معنای اذن صریح به تناول آن است،^۳ یا باز بودن دروازه مکان‌های عمومی مثل مسجد یا پارک، یا دوایر دولتی مثل محاکم، به معنی اجازه دخول می‌باشد. با این که اذن صریحی در چنین مواردی صادر نشده است، اما عرف حکم می‌کند که چنین مواردی به معنای اجازه صریح می‌باشد.

^۱ محمد بن احمد قرطبی، پیشین، ج ۳ ص ۱۶۳

^۲ سلیمان بن خلف باجی، المنتقی شرح الموطأ، ج ۳ ص ۳۱۹

^۳ احمد فهمی ابوسنه، پیشین، ص ۵۱

فصل چهارم: نقش عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

چهارم: استعمال عرف قولی

عرف قولی در تفسیر مراد متکلم و بیان الفاظی متعلق به تصرفات، عقود، وصایا، طلاق و... کاربرد داشته و به کشف از مقاصد متکلم در این موارد می‌پردازد. در واقع کلام هر متکلمی حمل به عرف آن می‌شود چه آن متکلم شارع باشد و یا مردم. به گونه‌ای که الفاظ وارده در خطاب شارع، حمل به عرف شارع شده و کلام مردم نیز حمل به عرف مردم می‌شود. مثلاً واژه «صلاة» که لغویون آن را به معنای دعا می‌دانند، در عرف شرع نوعی عبادت با اقوال و افعال مخصوص می‌باشد، بناءً کلام پیامبر اکرم (ص) «**لَا تُقْبَلُ صَلَاةٌ بِغَيْرِ طَهْوَرٍ...**»^۱ حمل بر عرف شرع شده و منظور از آن همان معنایی است که شارع اراده دارد.

کلام مردم نیز حمل بر عرف آن‌ها شده و ترتیب حقوق و وجایی که با اقوال آن‌ها مرتب می‌شود، بر حسب معنای عرفی الفاظ می‌باشد. زیرا اقوال و الفاظ هر شهر و مجتمعی نسبت به شهر و مجتمع دیگر به جهت تغییر طبیعت و عرف آن‌ها متفاوت است، بناءً کلام هر متکلمی، حمل به عرف خودش شده و هنگام تکلم، معانی مقصوده در عرف در نظر گرفته می‌شود.

اهمیت محاورات انسان‌ها و عرف قولی آن‌ها از آن جا دانسته می‌شود که فقهاء آگاهی به این محاورات را یکی از شرایط اجتهاد می‌دانند، تا جایی که به مفتی، اجازه فتوی در مسائلی که به الفاظ ارتباط دارد، بدون آگاهی از محاورات عرفی را نمی‌دهند، زیرا اگر مفتی بدون اطلاع از این محاورات فتوی دهد، نتیجتاً قضاوتش دور از حقیقت خواهد بود.^۲

باید یادآور شد که در اعتبار عرف قولی، عام بودن عرف شرط نیست، بلکه عرف قولی خاص نیز معتبر است، البته با این تفاوت که عرف قولی عام مفید حکمی است که تمام افراد را شامل می‌شود، اما عرف قولی خاص، مفید حکمی است که تنها اهل همان عرف را شامل می‌شود. مثل الفاظی که در معاملات مردم در برخی از شهرها استفاده شده و در مکان‌های دیگر، استفاده نمی‌شود.^۳

با توجه به آن چه بیان شد، در تصرفاتی از قبیل عقود، الفاظ وقف، نذر، وصیت، طلاق، یمین، و... که الفاظ در آن دخیل است، عرف متکلم معتبر بوده و کلام او حمل بر عرفش می‌شود. در ذیل دو نمونه از کاربرد عرف قولی در فقه را ذکر می‌کنیم:

^۱ مسلم نیشابوری، صحیح المسلم، کتاب الطهارة، ج ۱ ص ۲۰۴، حدیث ۲۲۴

^۲ ابن قیم، پیشین، ج ۴ ص ۱۷۵

^۳ احمد فهمی ابوسنه، پیشین، ص ۵۶

فصل چهارم: نقش عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

۱- اگر فردی سوگند یاد کند که گوشت نمی‌خورد یا به هیچ خانه‌ای داخل نمی‌شود و یا روی هیچ فرشی نمی‌نشیند، با خوردن ماهی یا دخول بر مسجد یا نشستن روی زمین، حانت نمی‌شود. زیرا با وجود این‌که در قرآن کریم اطلاق گوشت به ماهی، خانه به مسجد^۲ و فرش به زمین^۳ وجود دارد با این حال، در عرف به ماهی گوشت، به مسجد خانه و به زمین، فرش گفته نمی‌شود بناءً به عرف شخص عمل می‌شود.

با وجود این‌که عرف در این مثال‌ها ظاهراً با شرع تعارض دارد، اما نصوصی که ذکر شد، حکم و تکلیفی را برای انسان‌ها در پی نداشته و صرف به بیان اسم اشیاء مذکور پرداخته است. بناءً در تعارض عرف و شرع^۴ اگر نصوص فاقد حکم و تکلیف شرعی باشد، عرف مقدم است^۵.

۲- اگر شخصی سوگند یاد کند که از فلان درخت نمی‌خورد، سوگندش در مورد میوه آن درخت صادق می‌آید، نه شاخ و برگ آن. زیرا شاخ و برگ، عادتاً خوردنی نیستند.^۶

پنجم: قرینه عرفی

از جمله استعمالات فقهی عرف، استفاده از قرینه عرفی در مسائل فقهی است. قرینه‌ای در عرف که شخص را به شناخت هدف افراد دیگر رهنمایی کند، قرینه عرفی می‌باشد. مثل تعارف مردم در این‌که انجام فلان فعل به قصد حرام بوده یا فلان عقد حيله‌ای برای ربا می‌باشد، که در چنین مواردی، دلالت عرف به منزله قول صریح بوده و معتبر است.^۷ در ذیل نمونه‌های از این کاربرد را ذکر می‌کنیم:

الف: اعتبار قرینه عرفی در دعاوی

^۱ قال تعالى: و هو الی سخر لكم البحر لتأكلوا منه لحماً طرياً... الآية (نحل-۱۴) (و اوست آن که دریا را برای تان رام نمود تا از آن گوشت تازه بخورید).

^۲ قال تعالى: و اذ يرفع ابراهيم القواعد من البيت و اسماعيل ربنا تقبل منا انك انت السميع العليم (بقره-۱۲۷) (و -بیاد آر- هنگامی که ابراهیم پایه های خانه-کعبه- را با اسماعیل بالا می‌برد -و می‌گفتند:- پروردگارا از ما بپذیر، همانا تو شنوا و دانایی).

^۳ قال تعالى: الذی جعل لكم الارض فراشاً... الآية (بقره-۲۲) (آن که زمین را برای شما فرشی قرار داد)

^۴ شرح کامل تعارض عرف و شرع در مبحث سوم این فصل (جایگاه عرف در تعارض) خواهد آمد.

^۵ جلال الدین سیوطی، الاشباه والنظائر فی قواعد و فروع فقه الشافعیة، ص ۹۳

^۶ ابن رجب حنبلی، القواعد، ص ۲۷۷

^۷ ولیدبن علی الحسین، پیشین، ص ۵۷

فصل چهارم: نقش عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

نقش قرائن عرفی در دعاوی به گونه‌ای است که دعوای که عرف حکم به کذب آن می‌دهد، شنیده نشده و باطل می‌باشد. زیرا آنچه در عرف غیر معمول و غیر عادی باشد، عقل نیز آن را قبیح دانسته و نمی‌پذیرد.^۱ نمونه‌های زیر از جمله این دعاوی می‌باشد:

۱- ادعای بقال بر علیه خلیفه یا امیر مسلمین، در امری که انجام آن از شأن و منزلت خلیفه نیست، شنیده نمی‌شود. زیرا عرف آن را قبیح می‌داند.^۲

۲- زنی که سالهای طولانی با همسرش زندگی کند و سپس ادعا نماید که همسرش حتی یک روز هم نفقه او را نداده است، در حالیکه همواره همراهش بوده است، چنین ادعای پذیرفته نیست زیرا قرائن عرفی چنین چیزی را قبول نمی‌کند.

۳- ادعای شخص معروف به فقری بر شخص دیگری مبنی بر این که صد دینار به یک بار از او گرفته است، شنیده نمی‌شود. زیرا از قرائن دانسته می‌شود که چنین شخصی، صاحب این مقدار پول نیست.^۳

ب: اعتبار ظن مستفاد از قرائن عرفی

ظنی که برخاسته از قرائن عرفی باشد، چه در بحث شهادت و چه در مباحث دیگر، معتبر است. مثل شهادت به زوجیت زن و مردی که معاشرت آن‌ها با یکدیگر، مثل معاشرت زوجین است.^۴ یا آنچه را که عز بن عبدالسلام از حمل احکام بر ظنون مستفاده از عادت ذکر نموده است از جمله سکوت باکره در استئذان نکاح از او که دلالت به رضایت دارد، زیرا با وجود این که صراحتاً رضایتش را به زبان نیاورده است، اما سکوت او این گمان را به وجود می‌آورد که مخالفتی با این کار ندارد.^۵

گفتار چهارم: تخصیص عام با عرف

مسئله امکان تخصیص عام با عرف، از مسائلی است که در بحث کاربرد عرف در استنباط احکام، بین اهل سنت مطرح شده و به گونه‌ای مورد اختلاف آنها واقع شده است. کاربرد عرف در تخصیص

^۱ ابن قیم، طرق الحکمیة، ص ۸۱

^۲ ابن قیم، همان

^۳ احمد فهمی ابوسنه، العرف والعادة فی رأی الفقهاء، ص ۵۲

^۴ احمد فهمی ابوسنه، همان

^۵ عز بن عبدالسلام، پیشین، ج ۲ ص ۲۳۹

فصل چهارم: نقش عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

عام را از موارد کاربرد عرف در فقه ذکر نکرده و در گفتار جداگانه‌ای ذکر نموده ایم، زیرا جمهور اهل سنت، آن را بالجمله نمی‌پذیرند و فقط احناف و جمعی از مالکیه، قائل به امکان آن توسط عرف هستند. مسأله تخصیص عام با عرف در جایی مطرح می‌شود که نص عامی وجود داشته و عرف با جزئی از آن مخالفت داشته باشد، در چنین صورتی، مقارن یا حادث بودن عرف و قولی یا فعلی بودن آن، در امکان یا عدم امکان تخصیص عام با عرف، مؤثر است، که در ذیل به شرح آن می‌پردازیم:

اول: تخصیص عام با عرف مقارن

حالت تخصیص عام با عرف مقارن در صورتی است که حکم عامی در مسأله‌ای وجود داشته و عرف مقارن یا سابقی در برخی از جزئیات نص، مخالف آن باشد. در چنین صورتی، آراء فقهاء با توجه به قولی یا فعلی بودن عرف، متفاوت است که به شرح هر یک از آنها می‌پردازیم:

۱. تخصیص عام با عرف مقارن قولی

در صورتی که عرف مقارن یا سابق، قولی بوده و مخالف با برخی از جزئیات نص عام باشد، در این صورت، اتفاق فقهاء بر آن است که عرف مذکور به عنوان مخصص نص، عمل می‌کند.^۱ چنانچه ابن عابدین می‌گوید: «عرف قولی به اتفاق فقهاء، مخصص عام می‌باشد».^۲ اسنوی شافعی (م ۷۷۲ق) در کتاب «نهایة السؤل شرح منهاج الوصول» می‌گوید: «اختلافی وجود ندارد که عرف قولی، مخصص عام است، چنانچه غزالی، صاحب معتمد، آمدی و پیروان آنها این نکته را تصریح نموده اند»^۳

موارد متعددی وجود دارد که عرف شارع و در مواردی هم عرف مردم، مخصص عام بوده است. به عنوان نمونه، کلمه «بیع» در آیه «و احلّ الله البیع...»^۴ عام بوده و شامل هر نوع مبادله‌ای می‌گردد، اما در عرف شرعی، تخصیص یافته و از معنی عام آن بیرون شده است، به نحوی که فقط «مبادله مال به مال» را شامل می‌شود.^۵ همچنان کلمه «حج» که در اصل لغت، عام بوده و به معنی قصد می‌باشد، اما در عرف شرعی، تخصیص یافته و فقط به قصد خانه کعبه و انجام مناسک حج در ماه های حج، اطلاق می‌شود.^۶

^۱ احمد بن ادریس قرافی، پیشین، صص ۱۶۵-۱۶۶. امیر بادشاه، تیسیر التحرير، ج ۱ ص ۳۱۷

^۲ ابن عابدین، مجموعه رسائل ابن عابدین، ج ۲ ص ۱۱۵

^۳ عبدالرحیم اسنوی، نهایة السؤل شرح منهاج الوصول، ص ۲۱۷

^۴ بقره، ۲۷۵

^۵ احمد فهمی ابوسنه، پیشین، ص ۹۱

^۶ امیر بادشاه، پیشین، صص ۳۱۷-۳۱۸

فصل چهارم: نقش عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

نمونه دیگری از تخصیص عام با عرف قولی، کلمه «دابة» است که در اصل لغت به معنی هر جنبنده‌ای است که بر زمین راه می‌رود، حال آن که در عرف مردم، تخصیص یافته و فقط به چهارپایان استعمال می‌گردد.^۱ بنابر این، عرف قولی در صورت‌های فوق به عنوان مخصص عام به کار رفته و اراده متکلم از بیان لفظ عام و قصر آن به معنی عرفی خاص، نشان می‌دهد.

۲. تخصیص عام با عرف مقارن عملی

تخصیص عام با عرف عملی در صورتی است که کلام عامی از جانب شارع بیان شود، اما عرف مردم به گونه‌ای باشد که جزء آن را شامل شود، مثلاً اگر اصحاب پیامبر(ص) به تناول طعام خاصی عادت داشتند و پیامبر(ص) فرمود: «شما را از خوردن طعام نهی می‌کنم»، آیا نهی پیامبر(ص) عام بوده و شامل تمام انواع طعام می‌شود و یا با عرف تخصیص یافته و فقط شامل طعامی می‌شود که اصحابش تناول می‌نمودند؟

جمهور اهل سنت بر این نظراند که عام بر عمومیتش باقی مانده و شامل هر نوع طعامی می‌شود و عرف در چنین حالتی قدرت تخصیص را ندارد،^۲ اما احناف، برخی از مالکیه و برخی از حنابله بر این نظر اند که عرف در چنین موردی، مخصص بوده و این نهی تنها شامل طعامی می‌شود که اصحاب پیامبر(ص) عرفاً آن را تناول می‌کردند.^۳ البته قابل ذکر است که اختلاف فقهاء در تخصیص عام با عرف عملی، تنها نسبت به نصوص عام شرعی می‌باشد و الا تخصیص لفظ عامی که در تعامل بین انسان‌ها استفاده می‌شود، به اتفاق فقهاء با عرف عملی، جایز است. در ذیل به بیان ادله هر دو گروه می‌پردازیم:

الف: ادله جمهور بر عدم جواز تخصیص عام با عرف عملی مقارن

۱- معتبر در این مقام، عموم لفظی است که از جانب شارع وارد شده است و تا زمانی که تخصیصی از جانب او وارد نشود، واجب است که لفظ بر عمومیتش باقی بماند،^۴ چون امکان دارد مراد شارع، عمومیت لفظ باشد و ما با تخصیص آن با عرف عملی، بر خلاف آن عمل نماییم.

^۱ علی بن محمد آمدی، الإحکام فی اصول الاحکام، ج ۲ ص ۳۳۴

^۲ عبدالرحیم اسنوی، پیشین، ص ۲۱۷. عبدالمجید السوسوه، «التخصیص بالعرف و اثره فی الفقه الاسلامی»، الشریعۃ والقانون، ۳۲، رمضان ۱۴۲۸ق، ص ۲۷

^۳ سید صالح عوض، اثر العرف فی التشریع الاسلامی، صص ۲۵۲-۲۵۳. عبدالمجید السوسوه، همان

^۴ علی بن محمد آمدی، پیشین، ج ۲ ص ۳۴۴

فصل چهارم: نقش عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

۲- اصل بر این است که نصوص، حاکم بر عرف و عادات باشد، اما اگر ما قائل به تخصیص عام با عرف عملی باشیم، لازمه اش این است که عرف، حاکم بر نصوص می‌باشد، در حالی که چنین چیزی، پذیرفتنی نیست.

۳- عرف عملی حجت نیست، زیرا همان گونه که انسانها به انجام اعمال نیک عادت دارند، به انجام اعمال قبیح نیز عادت دارند، بناءً نصوص حتی اگر عام هم باشند، حجیت دارند.^۱

ب: ادله احناف بر جواز تخصیص عام با عرف عملی مقارن

۱- قیاس عرف عملی به عرف قولی: همان گونه که عرف قولی می‌تواند مخصص عام باشد، عرف عملی نیز در قیاس با آن، چنین قدرتی دارد و علت مشترکه آن نیز «معنی متبادر ذهنی» است. زیرا همان گونه که عرف قولی، لفظ عام را به گونه‌ای تخصیص می‌دهد که در هنگام شنیدن لفظ، معنایی جز معنای عرفی آن در ذهن نیاید، عرف عملی نیز چنین کاری با لفظ عام می‌کند، بناءً لازم است که تخصیص عام با عرف عملی نیز همانند عرف قولی جایز باشد و الاً ترجیح بلا مرجح صورت می‌گیرد.^۲

۲- قیاس تخصیص عام به تقیید مطلق در عرف عملی: همان طوری که تقیید مطلق با عرف عملی نزد همه فقهاء جایز است، تخصیص عام نیز باید جایز باشد، چون همان گونه که تقیید مطلق، لفظ را به تبادر ذهنی سوق می‌دهد، تخصیص عام نیز چنین می‌کند. به عبارت دیگر، مناط در تقیید مطلق، در تخصیص عام نیز وجود دارد و هر دو لفظ عام را به آن چه در عرف رایج بوده و در ذهن متبادر است، سوق می‌دهند، بناءً تخصیص عام نیز با عرف عملی جایز است.^۳

۳- لفظ عام، غالباً به معنایی استعمال می‌شود که عرف قولی انتخاب نماید، بناءً واضح است که غلبه استعمال در عرف قولی، قدرت تخصیص عام را به او داده است. با نگاه به عرف عملی، در می‌یابیم که این غلبه استعمال، در عرف عملی نیز وجود دارد، بناءً هر یک از عرف قولی و عملی، از قدرت مساوی برخوردارند، پس جواز تخصیص با یکی از آنها و عدم جواز تخصیص با دومی، نوعی تحکم به شمار می‌آید.^۴

^۱ محمد بن علی المعتزلی، المعتمد فی اصول الفقه، ج ۱ ص ۲۷۹

^۲ محمد بن نظام الدین انصاری، فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت، ج ۱ ص ۳۴۵

^۳ احمد فهمی ابوسنّه، پیشین، ص ۹۲

^۴ عبدالمجید السوسوه، «التخصیص بالعرف و اثره فی الفقه الاسلامی»، مجله الشریعة والقانون، ۱۱، رمضان ۱۴۲۸ق، ص ۱۳، ص ۳۳

فصل چهارم: نقش عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

دوم: تخصیص عام با عرف حادث

عرف حادث یا طارئ، به عرفی گفته می‌شود که بعد از ورود نص عام، به وجود بیاید. در بحث جواز تخصیص عام با چنین عرفی، آراء فقهاء با توجه به قولی یا عملی بودن آن تفاوت دارد.

۱. تخصیص عام با عرف حادث قولی

در صورتی که عرف قولی، بعد از ورود نص عام به وجود بیاید، به اتفاق تمام فقهاء، قدرت تخصیص نص عام را نداشته و نمی‌تواند برای تفسیر و تفهیم نصوص استفاده شود. زیرا نه تنها برای تخصیص، بلکه برای فهمیدن نصوص شرعی نیز باید به عرف مقارن با صدور نص رجوع شود، چون مراد شارع در بیان الفاظ، عرف زمان صدور نص است، نه عرف بعد از آن.^۱ به عنوان نمونه، لفظ «ابن سبیل» در آیه مستحقین زکات،^۲ در عرف زمان صدور نص به «معنای مسافری که در راه مانده باشد» استفاده می‌شد، اما در عرف امروز، به طفلی که در جایی یافت شده و خانواده اش معلوم نباشد، استفاده می‌شود. بناءً در مصرف زکات برای ابن سبیل، همان معنای عرفی زمان صدور نص، معتبر است، نه معنای عرفی‌ای که بعد از آن به وجود آمده است.^۳

عرف قولی حادث، نه تنها در تخصیص الفاظ عام شرعی اعتبار ندارد، بلکه در تخصیص الفاظ عام از کلام مردم نیز، معتبر نبوده و الفاظ بر آن حمل نمی‌شود، زیرا «عرفی که الفاظ به آن حمل می‌شود، عرف مقارن و سابق است، نه عرف متأخر»^۴

۲. تخصیص عام با عرف حادث عملی

با نگاه اجمالی، در می‌یابیم که تخصیص عام با عرف حادث عملی نیز جایز نیست، با این حال، برای تفصیل بحث، لازم است سه حالت مختلف این نوع عرف در تعامل با نص عام را بررسی نماییم:

حالت اول: در صورتی که پس از ورود نص عام، عرف عملی‌ای حادث شود که در برخی از جزئیات نص عام مخالف باشد و پیامبر(ص) نیز از وجود این عرف آگاه بوده و آن را رد نکند، چنین

^۱ مصطفی احمد زرقاء، پیشین، ج ۲ صص ۸۷۷-۸۷۸

^۲ إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَالَمِينَ عَلَيْهَا وَالْمَوْلَّةُ فَلَوْحُمْ وَ فِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ (توبه-۶۰). (همانا صدقات-زکات- برای نیازمندان و درمانده گان و کارگزاران زکات و جلب دلها و آزادی بردگان و ادای دین بدهکاران و در راه خدا و تأمین در راه مانده است، این فرمان، دستوری است از جانب خدا و خداوند، دانا و با حکمت است.

^۳ مصطفی احمد زرقاء، همان

^۴ ابن نجیم، پیشین، ص ۸۶

فصل چهارم: نقش عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

عرفی می‌تواند مخصص نص باشد، هرچند حقیقت این است که عرف در چنین حالتی، مخصص نیست بلکه مخصص، سنت تقریری است.^۱

حالت دوم: در صورتی که پس از ورود نص عام، عرف عملی‌ای به وجود بیاید و با جزئی از نص عام در تعارض باشد و تعامل با عرف مذکور تا اندازه‌ای باشد که به اجماع عملی تبدیل شود، چنین عرفی می‌تواند مخصص باشد، هرچند در این حال نیز، عرف مخصص نیست، بلکه مخصص اجماعی است که بر عرف صورت گرفته است.^۲ البته این نکته نیز قابل یاد آوری است که اجماع بر اساس عرف حادث، اجماع پنداشته نمی‌شود، بلکه اجماع برای اعتبارش، نیاز به مستند نصی دارد.

حالت سوم: در صورتی که پس از ورود نص عام، عرف عملی‌ای حادث شود که در برخی از جزئیات با نص عام مخالف بوده و از جانب سنت تقریری و اجماع نیز تأیید نشده باشد، چنین عرفی به اتفاق فقهاء نمی‌تواند مخصص نص عام باشد. چون تخصیص با چنین عرفی، به معنای نسخ نص با عرف بوده و باعث می‌شود عرف مردم بالای شرع، حاکم گردد، در حالی که چنین چیزی جایز نیست.^۳

^۱ عبدالرحیم اسنوی، پیشین، صص ۲۱۴-۲۱۵

^۲ محمد بن علی شوکانی، ارشاد الفحول الی تحقیق الحق من علم الاصول، ج ۱ ص ۳۹۵

^۳ دکتر عبدالکریم نملی، المهذب فی علم اصول الفقه المقارن، ج ۴ ص ۱۶۳۸

مبحث دوم: نقش عرف در استنباط احکام شرعی از منظر اهل تشیع

همان گونه که در مبحث جایگاه عرف در منابع استنباط بیان شد، با وجود این که عرف از منابع استنباط اهل تشیع به شمار نمی‌آید، حضور و کاربرد ابزاری آن در فقه و اصول فقه، غیر قابل انکار است، بنابر این، از آن جا که عرف با توجه به نوع کاربرد آن، جایگاه متفاوت و در عین حال با اهمیتی در فقه اهل تشیع دارد، در مواردی مانند بیان موضوع، فهم ظهورات و بیان حکم به کرات مورد استفاده قرار گرفته است، با این وجود ما در این مبحث به دنبال برشمردن احکام فقهی که به گونه‌ای با عرف مرتبط بوده و دارای کاربرد عرفی اند نیستیم، بلکه هدف ما بیان چگونگی کاربرد عرف در فقه و اصول فقه می‌باشد. در ذیل به بیان کاربردهای متعدد عرف در فقه و اصول می‌پردازیم:

گفتار اول: کاربرد عرف در بیان موضوع

عرف در بیان موضوعات شرعی، به اثبات تحقق موضوع، تعیین حدود موضوع، تغییر موضوع، تشخیص مفهوم و تعیین مصادیق می‌پردازد.

اول: نقش عرف در اثبات تحقق موضوع

در برخی موارد، شارع مقدس افزون بر تشریح حکم، موضوع آن را نیز تعیین می‌کند؛ مثل نماز، روزه، زکات و... که به این موضوعات، عناوین شرعی گفته می‌شود. اما در برخی موارد شارع اصطلاح خاصی برای مفاهیم و موضوعات در لسان دلیل ندارد که در این صورت، عرف به تنقیح و تبیین موضوع حکم می‌پردازد و برای آشنایی با موضوعات احکام باید به عرف مراجعه نمود، زیرا اگر برای این موضوعات معنای خاصی جز معنای عرفی وجود داشت، شارع حتماً آن را بیان می‌نمود، بنا بر این، نبود بیان، دلیل بر آن است که شارع تبیین موضوع این احکام را به عرف واگذار نموده است. چون از عدل به دور است که شارع سخنی بگوید که عرف آن را نفهمد.^۱

تنقیح موضوع با عرف گاهی اوقات ثبوتی بوده و در برخی موارد، اثباتی می‌باشد. تنقیح ثبوتی بدان گونه است که عرف، موضوع واقعی حکم را به وجود می‌آورد و آن موضوع، با تغییر مرحله دلالت، تغییر نمی‌یابد. مثل امساک زوجه به معروف در آیه «الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ...»^۲ طلاق دو مرتبه است پس یا باید به طور شایسته همسر خود را نگه‌دارد و یا به نیکی او را رها کند. این

^۱ تقوی کنانی، جایگاه عرف در استنباط، ص ۷۶

^۲ بقره- ۲۲۹

فصل چهارم: نقش عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

آیه به لزوم پرداخت نفقه به زوجه، تحت عنوان «امساک به معروف» دلالت دارد و مراد از معروف، چیزی است که در عرف متداول باشد. بناءً وظیفه تعیین کیفیت، میزان و شیوه پرداخت نفقه به عهده عرف می‌باشد؛ به گونه‌ای که نمی‌توان مرتبه پیشین امساک به معروف را به زمان بعد هم سرایت دهیم، بلکه نفقه در هر زمانی، متناسب با آن زمان پرداخت می‌شود که این، نشان دهنده دخالت عرف در این مورد، در تکوین موضوع حکم شرعی به شکل توسعه دادن یا تضییق دایره آن است.

در تنقیح اثباتی، دخالت عرف در زمینه اثبات تحقق موضوع است نه ثبوت آن. مانند این که در دلیل شرعی «المؤمنون عند شروطهم»^۱ مؤمنان موظف به رعایت شروط خود شده اند؛ چه این که در ضمن عقد به آن شرط تصریح کنند و یا لزوم رعایت آن شرط، به شکل دیگری مورد التفات طرفین باشد. ما از عرف و سیره عقلا بر این که راضی به غبن نیستند، کشف می‌کنیم که در هر معامله‌ای شرط ضمنی بر آن است که بین عوض و معوض تفاوت فاحشی در مالیت نباشد و الا طرف مغبون راضی به معامله نیست.^۲ بناءً اگر چنین تفاوتی وجود داشته باشد، به حکم عرف، شخص مغبون خیار غبن دارد. روشن است که عرف در این مثال به عنوان طریق کشف از وجود واقعی شرط، ایفای نقش نموده است. فرق بین تنقیح اثباتی و ثبوتی در آن است که در مرحله اثباتی موضوع، شخص می‌تواند خود را از تحت حکم عرف خارج نماید. مثلاً در مثال شرط ضمنی که بیان شد، می‌تواند تصریح نماید که چنین شرطی ندارد و تفاوت در مالیت چندان برای او مهم نیست، که در این صورت نمی‌توان به عرف تمسک نموده وجود شرط را از طرف او اثبات نماییم و خیار غبن را برای چنین کسی ثابت کنیم. اما در تنقیح ثبوتی موضوع، شخص با وجود تصریح خود، نمی‌تواند خود را از حکم عرف در این زمینه خارج نماید بناءً حکم در همه حال بر او ثابت است. مثلاً در مثالی که قبلاً ذکر کردیم، نفقه را همواره باید طبق عرف رایج، پرداخت نماید.^۳

دوم: نقش عرف در تعیین حدود موضوع حکم

در شریعت اسلامی موضوعاتی وجود دارد که شارع مقدس اصطلاح خاصی را در آن به کار برده است که به نحوی با موضوعات رایج در عرف در تقابل است. مثل اصطلاح «مسافر» و «فقیر» که صدق مسافر در عرف منوط به طی مسافت معینی نبوده و معنای فقیر نیز به صورت دقیق تعیین نشده است.

^۱ حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۰ ص ۲۷۶

^۲ سید محمود هاشمی، بحوث فی علم الاصول، ج ۴ صص ۲۳۴-۲۳۵

^۳ تقوی کنانی، پیشین، ص ۷۷

فصل چهارم: نقش عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

حال آن که شارع در باب نماز و روزه، قصد سفر و طی مسافت هشت فرسخ را برای مسافر شرط نموده^۱ و در باب خمس و زکات، کسی را فقیر معرفی نموده است که مخارج یک سال خود و خانواده‌اش را نداشته باشد.^۲

در کنار این نوع از موضوعات، موضوعاتی نیز وجود دارد که شارع اعمال نظر خاصی در مورد آنها نکرده و تشخیص آنها و تعیین حدود آنها را به عرف واگذار کرده است. این نوع از موضوعات که موضوعات عرفی نامیده می‌شود مهم‌ترین و بیشترین موضوعات احکام شرعی را تشکیل می‌دهد به نحوی که سرتاسر ابواب فقه را شامل می‌شود. در چنین مواردی که شارع اصطلاح خاصی استفاده نکرده و حدود موضوع یک حکم را تعیین ننموده است، عرف وارد شده و نقش خویش را به عنوان تعیین کننده حدود این موضوعات ایفا می‌نماید. در ذیل به برخی از این موارد اشاره می‌نماییم:

۱- احیاء موات: احیاء موات سبب تملک است اما احیاء در ادله شرعی بدون تفسیر و بیان آمده است، بنابراین، برای تفسیر تعیین حدود آن باید به عرف مراجعه نموده و چیزی را احیاء بدانیم که عرف آن را احیاء می‌داند.^۳

۲- مؤنثة: هزینه های زندگی، از خمس استثنا شده است، اما مفهوم مؤنثة چنانچه شیخ محمد حسن نجفی در «جواهر الکلام» بیان داشته است، مثل مفهوم عیال، به عرف واگذار شده است.^۴ مفاهیم دیگری از قبیل عیال، حمل، ضمان، لقطه، قرب و بعد و... در فقه اهل تشیع وجود دارد که تعیین حدود همه‌ی آنها به عرف واگذار شده است، اما مجالی برای ذکر تفصیلی آنها نیست.

سوم: نقش عرف در تغییر موضوع حکم شرعی

شکی نیست که حکم تابع موضوع بوده و رابطه سببی و مسببی بین حکم و موضوع وجود دارد، به گونه‌ای که با تغییر موضوع، حکم نیز تغییر می‌کند. آنچه نقش عرف را در این زمینه روشن می‌کند این است که تغییر موضوع، بستگی به تحول عرف مردم دارد، به نحوی که تغییر عرف موجب تغییر

^۱ سید محمد کاظم طباطبایی، العروة الوثقی، ج ۳ ص ۴۱۴

^۲ زین الدین عاملی، الروضة البهیة شرح اللمعة الدمشقیة، ج ۱ صص ۲۴۱-۲۴۲

^۳ محمد باقر سبزواری، کفایة الاحکام، ج ۲ ص ۵۵۷

^۴ آنچه مورد نیاز انسان بوده و در بین سال مصرف خوراک، پوشاک، اثاث خانه، مسکن و... می‌نماید، چنانچه در آن زیاده روی نکند.

^۵ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۱۶ ص ۵۹

^۶ برای تفصیل این مباحث رجوع شود به جواهر الکلام ج ۱۶ ص ۵۴، ج ۲۶ ص ۱۵۵، ج ۳۷ ص ۲۸، ج ۳۸ ص ۲۶۴ و ج ۲۸ صص ۸-۲۰

فصل چهارم: نقش عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

موضوع شده و به صورت غیر مستقیم، در تغییر حکم نیز اثر می‌گذارد، اثرگذاری عرف که ناشی از تغییر آن بوده است، باعث توسعه مورد حکم و یا تضییق آن می‌گردد.^۱

آنچه باعث دگرگونی عرف و تحول آن می‌شود، تغییر و دگرگونی مقتضیات زمان است، زیرا در میان همه‌ی موجودات، تنها انسان به نیروی فکر، عقل و اندیشه مجهز بوده و نظام زندگی او با سایر جانداران که محکوم به غریزه هستند، متفاوت است. به گونه‌ای که غریزه مقتضی زندگی یکنواخت است، اما عقل چنین چیزی را نپذیرفته و خواهان تغییر و تحول می‌باشد. بنابر این با توجه به اقتضای عقل (تغییر و تحول)، دین اسلام نیز که آخرین و کاملترین دین در میان ادیان سماوی است، باید در هر عصری پاسخگوی احتیاجات واقعی انسان‌ها بوده و خاصیت تحول خواهی انسان‌ها را مد نظر قرار دهد. بدان معنا که دین اسلام باید دارای احکامی باشد که با ترقیات زمان انطباق داشته و با اوضاع متغیری که ناشی از توسعه علم و فرهنگ است، بدون کنارگذاشتن دستوراتش، هماهنگ باشد. خوشبختانه، اسلام دارای چنین احکامی بوده و همواره با اوضاع متغیر جامعه، هماهنگ است. احکامی که بر عرف جامعه بنا شده و با تغییر عرف و در نتیجه، تغییر موضوع حکم، احکام نیز تغییر نمایند.

موارد متعددی از تحول عرف که باعث تغییر موضوع حکم و در نتیجه سبب تغییر حکم شده است، وجود دارد که ما در ذیل به دو نمونه اشاره می‌کنیم:

۱- در دین اسلام، معامله‌ای که منفعت عقلایی قابل اعتنای نداشته باشد حرام است. از همین جهت، فقهاء به حرمت خرید و فروش برخی چیزها مانند خون، بول و مدفوع فتوا داده اند، زیرا اشیاء مذکور دارای منفعت عقلایی نیستند. چنانچه شیخ محمد حسن نجفی در «جواهر الکلام» می‌فرماید: «مدفوع، بول و خون، عرفاً مالیت ندارند از این رو، اگر کسی آن‌ها را تلف کند ضامن نیست».^۲ واضح است که این حرمت از عدم منفعت عقلایی قابل اعتنا، نشأت گرفته است، بنابر این اگر مقتضیات زمان به صورتی باشد که این اشیاء نزد عقلاء دارای منفعت قابل اعتنایی باشد، حکم حرمت تغییر نموده و حکم به جواز معامله آن‌ها داده می‌شود، چنانچه امروزه خون انسان چنین حکمی دارد زیرا تزریق آن به بدن فرد مشرف به مرگ و نیازمند به خون، فایده بزرگی دارد.^۳

^۱ سید محمد واسعی، جایگاه عرف در فقه، ص ۱۳۸

^۲ محمد حسن نجفی، پیشین، ج ۲۲ ص ۱۷

^۳ احمد خوانساری، جامع المدارک، ج ۳ ص ۲

فصل چهارم: نقش عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

۲- بر اساس نص قرآن کریم «وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا...» خداوند (ج) حکم به حرمت ربا داده است و موضوع این حکم، مکیل و موزون بودن اشیاء است، چنانچه از امام صادق (ع) نقل شده است که: «ربا واقع نمی‌شود مگر در اشیایی که مکیل یا موزون باشند».^۱ واضح است که مرجع در مکیل یا موزون بودن اشیاء عرف مردم بوده و در هر زمان و مکانی، متفاوت می‌باشد، چنانچه وقتی از امام صادق (ع) در مورد معامله یک گوسفند با دو گوسفند و تخم مرغ در بدل دو تخم مرغ پرسیده می‌شود می‌فرمایند: در صورتی که کیلی و وزنی نباشد مشکلی ندارد.^۲ بنابر این اگر چیزی مثل تخم مرغ در زمان و مکانی که به صورت وزنی فروخته می‌شود، معامله شده و زیادتر گرفته شود، ربا بوده و موضوع حکم به حرمت ربا قرار می‌گیرد، اما اگر چنین چیزی در زمان دیگری، به صورت عددی خرید و فروش شود، بیع بوده و موضوع حکم به حرمت بیع قرار می‌گیرد.^۳ با توجه به آن چه بیان شد، واضح است که عرف باعث تغییر موضوع حکم و در نتیجه حکم اشیاء می‌شود.

چهارم: نقش عرف در تشخیص و تبیین مفهوم عناوین شرعی

یکی از موارد کاربرد عرف در فقه اهل تشیع، تشخیص مفاهیم در مواردی است که شارع، تبیین آن مفاهیم را به عرف واگذار نموده است. از همین جهت است که شناخت عرف برای فقیه، از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است زیرا عدم آگاهی از عرف، باعث خطا در تشخیص مفاهیم این چنینی می‌شود. مفاهیم بسیاری از قبیل مقدار غبن، مفهوم غنا، حرز و... وجود دارد که امر تفسیر و تبیین آن به عرف واگذار شده است.

خيار غبن برای هریک از فروشنده و خریدار، در جایی که نسبت به قیمت جهل داشته باشند، وجود دارد به گونه‌ای که مقدار غبن زیاد بوده و از آن چشم پوشی نشود. البته واضح است که تشخیص مقدار غبن به عرف واگذار شده است، زیرا مقدار آن در شرع تعیین نشده است.^۴ غنا نیز که صوتی با ترجیع و طرب آور بوده و در شریعت اسلامی حرام خوانده شده است، مفهوم واضحی از آن از جانب

^۱ بقره، ۲۷۵

^۲ حر عاملی، پیشین، ج ۱۸، ص ۱۳۳

^۳ همان، ص ۱۳۴

^۴ سید محمد و اسعی، پیشین، ص ۱۴۳

^۵ زین الدین عاملی، پیشین، ج ۳ ص ۴۶۴

فصل چهارم: نقش عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

شارع بیان نشده است و طبق نظر فقهاء برجسته اهل تشیع، تشخیص معنای آن به عرف واگذار شده است. چنانچه شهید ثانی می‌فرماید: «در بحث غنا، اولی این است که به عرف رجوع شود، پس آنچه در عرف غنا خوانده شود، حرام است؛ زیرا شرع آن را معین نکرده است». صاحب جواهر نیز معتقد است که در بحث غنا باید به عرف مراجعه شود.^۱

فقهاء همواره در عرصه استنباط، تشخیص عناوین فراوان دیگری را نیز به عرف واگذار نموده‌اند، عناوینی از قبیل: موالات، قرائت، کثرت، تقدم، مساوات، شدت و ضرورت و...^۲

پنجم: نقش عرف در تعیین مصادیق و تطبیق مفاهیم بر آنها

تعیین مصداق و تطبیق موضوعات و مفاهیم بر مصادیق، از دیگر کاربردهای عرف در فقه اهل تشیع می‌باشد. با این که مراجعه به عرف در تعیین حدود و مفاهیم وارده در نصوص شرعی، مورد اتفاق همه‌ی فقهاء است، اما در مورد مراجعه به عرف در تطبیق مفاهیم موجود در نصوص بر مصادیق، اختلاف وجود دارد. مشهور فقهاء قائل بر عدم امکان مراجعه به عرف در تطبیق مفاهیم بر مصادیق هستند، زیرا عرف تسامح غیر مطابق با واقع دارد، مثل تسامح در اطلاق مقادیر بر یک اندازه بیشتر یا کمتر از مقدار دقیق. بنابر این با توجه به روشن بودن واژه‌های وارده در نصوص، دلیلی بر حجیت این نوع تسامحات و رجوع به آنها در تطبیق مفاهیم بر مصادیق، وجود ندارد.^۳

از همین جهت است که به حکم فقیهان، آب کمتر از کر (حتی به مقدار یک مشت)، به محض ملاقات با نجاست نجس می‌شود و یا این که در کمتر از مسافت شرعی (حتی یک گام) نماز قصر نمی‌شود. این فتوی‌ها به این دلیل است که شارع به مسامحه عرفی اعتنا نداشته و آن را وسیله تشخیص مصادیق عناوین شرعی نمی‌داند.^۴

با این وجود، آیت الله سید محسن طباطبائی، منظور از صحیح نبودن اعتماد بر عرف در مرحله تطبیق مفاهیم بر مصادیق را تنها در امور واقعی می‌داند که احتمال خطای عرف در تشخیص آن‌ها وجود دارد؛ مثل تطبیق آب کر بر آب خارجی، اما در امور اعتباری مثل تطبیق مفهوم بیع بر مصادیق

^۱ زین الدین عاملی، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، ج ۱۴ ص ۱۸۰

^۲ محمد حسن نجفی، پیشین، ج ۲۲ ص ۴۷

^۳ تقوی کنانی، پیشین، ص ۸۷

^۴ محمد کاظم خراسانی، کفایة الاصول، ص ۵۷. محمد تقی بروجردی، نهایة الافکار، ج ۴ ص ۱۸۹

^۵ تقوی کنانی، پیشین، ص ۹۲، نقل از مرتضی بروجردی، مستند العروة الوثقی (کتاب الزکاة) ج ۱ صص ۲۴-۲۵

فصل چهارم: نقش عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

خارجی، رجوع به عرف را بدون اشکال می‌داند.^۱ زیرا در چنین مواردی، خطای عرف در تشخیص آن‌ها محتمل نیست.

امام خمینی (رح) معتقد است که همان‌گونه که عرف در تشخیص مفاهیم، معتبر است، در تشخیص مصادیق نیز می‌تواند دارای اعتبار و مرجع باشد. ایشان در این باره می‌فرماید: «جای تعجب است که برخی از علماء بزرگ فرموده اند: عرف گرچه فرزند را منفعت می‌داند، اما نظر عرف در تشخیص مصادیق، معتبر نیست. زیرا آشکار است که چون خطاب شارع با عرف مانند خطابات عرف با عرف است و راه دیگری جز راه عقلا ندارد، به ناچار در تشخیص مفاهیم و مصادیق خطابات شرعی، نظر عرف معتبر است؛ همان‌گونه که در خطابات عرفی چنین است».^۲

به نظر امام خمینی (رح) با دقت عرفی می‌توان مصادیق را به صورت واقعی تشخیص داد، ایشان مسامحه عرفی در تشخیص مصادیق را نمی‌پذیرند، اما با این حال، قائل به عدم اعتبار کامل عرف در این زمینه هم نیستند، زیرا بر این باوراند که «دقت عرفی» می‌تواند در تشخیص مصادیق مرجع باشد. با این وجود، هر چند ما موظفیم به دقت عرفی تمسک نموده و مسامحه عرفی را ترک کنیم، اما در برخی موارد اگر قرینه‌ای باشد که مسامحه عرفی را در مورد خاصی معتبر بداند، باید به آن توجه و عمل نماییم؛ مانند واژه «صعید» و «تراب» که در معنی متعارف استعمال شده و هرچند خالی از اشیاء بیرونی مانند چوب‌ها و گیاهان ریز، نیستند اما با این حال، مسامحه عرفی تیمم با آن‌ها را جایز می‌داند. در حالی که اگر با دقت عرفی نگاه نماییم، مصداق مفهوم «صعید» و «تراب» فقط خاکی بوده می‌تواند که خالی از هر شیء خارجی باشد، نه خاکی که چوب‌ها و گیاهان ریز را نیز شامل شود.^۳

از جانب دیگر، مصادیق عناوین شرعی به دلیل تحولات اجتماعی، اقتصادی و... پیوسته در حال تغییر است. بناءً واضح است که وظیفه تطبیق مفاهیم شرع بر مصادیق جدید در عهده عرف می‌باشد، چون در صورت عدم تطبیق مفاهیم شرعی بر مصادیق جدید، حوادث جدید خالی از احکام شرعی خواهد شد، بنابر این عرف باید در تطبیق مفاهیم شرعی بر مصادیق جدید، دست به کار شود. از جمله مواردی که مصادیقش همواره در حال تغییر است، قاعده «لاضرر و لااضرار» است که امروزه مواردی مانند آلوده کردن هوا با وسایل نقلیه، مصرف بیش از حد آب، خاک و برق، استفاده بیش از حد از منابع

^۱ سید محسن طباطبایی الحکیم، نهج الفقاهه، صص ۵۰-۵۱

^۲ سید روح الله خمینی، البیع، ج ۱ ص ۳۸۷

^۳ تقوی کنانی، پیشین، ص ۹۴

فصل چهارم: نقش عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

طبیعی و هر عملی که به نحوی بر اقتصاد جامعه و کشور ضربه وارد نماید را نیز شامل می‌شود، مسائلی که امروزه از مصادیق این قاعده به شمار آمده و عرف مؤظف است مفهوم قاعده مذکور را بر این مصادیق جدید نیز تطبیق نماید.

گفتار دوم: کاربرد عرف در فهم ظهورات

اصلی‌ترین منبع شناخت احکام و مسائل فقهی، متون و نصوص دینی است و اولین درجه فهمی که برای تأمل کننده در نصوص دینی حاصل می‌شود، فهم ظهورات این نصوص است. دانستن ظواهر متون دینی برای فقیه، از آنجا حایز اهمیت است که فهم مراد شارع از طریق ظهور کلام او حاصل می‌شود. بناءً از آن جا که فقه به عمل مکلفان و عرفیات آن‌ها مربوط شده و متون فقهی نیز، مشتمل بر معانی و مفاهیم عرفی است؛ آگاهی از ظهورات نصوصی که منبع اصلی شناخت احکام فقهی است، از بایسته‌های فقیه می‌باشد. آن چه در این مقام قابل یادآوری است این است که عرف در فهم این ظهورات نقش داشته و قادر به تفسیر کلام و تعیین، تنقیح، توسعه و تضییق ظهور الفاظ است. با این وجود، نحوه دخالت عرف در فهم ظهورات یکسان نیست، بناءً در زیر به اقسام این کاربرد از عرف اشاره می‌کنیم:

اول: برطرف کردن ظهور لغوی (تعیین مراد استعمالی)

در برخی موارد مرتکبات عرفی نقش قرینه‌های متصل به کلام را ایفا نموده و باعث می‌شوند که ظهورات کلام بر اساس فهم عرفی منعقد گردد، نه بر اساس مدلول وضعی و ظهور لغوی کلام. مانند الفاظ متعددی که در خطابات شرعی وارد شده و حقیقت شرعی‌ای در مورد آن‌ها وجود ندارد و برای فهم معانی آن‌ها به عرف مراجعه می‌نماییم که معمولاً از آن به عناوین «تبادر منساق به ذهن»، «انصراف» و «ظهور عرفی» یاد می‌کنیم. مثل انصراف لفظ «دابه» به حیوان چهارپا، در صورتی که وضع لغوی آن، شامل هر موجود زنده‌ای می‌شود. آیت الله نائینی در این مورد می‌فرماید: «در این که مرجع در مفاهیم و مدلولات الفاظ فقط عرف عام است، اشکالی وجود ندارد، هر چند بر خلاف معنای لغوی آن‌ها باشد، زیرا الفاظ به مفاهیم عرفی منصرف می‌شوند که به سبب ارتکاز ذهنی اهل محاوره در ذهن آن‌ها به وجود آمده است»^۱.

^۱ محمد حسین نائینی، فوائد الاصول، ج ۴ ص ۵۷۴

فصل چهارم: نقش عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

دوم: تعیین مراد جدی متکلم

در این کاربرد عرف، ارتکازها و مناسبات عرفی در تعیین مراد جدی متکلم اعم از شارع و غیر شارع هنگام اطلاق الفاظ، تأثیر گذاشته و به مراد استعمالی کاری ندارند. مثل این که عرف تکالیف الزامی را از فرد عاجز و ناتوان از امتثال، منصرف می‌داند که در این مورد، کار عرف قابل قیاس با دلیل منفصلی است که به خروج شخص عاجز از امتثال، از دایره شمول احکام الزامی، دلالت دارد. بناءً تخصیص در مراد جدی متکلم، به واسطه دخالت عرف و فهم آن حاصل می‌شود. ^۱ همه موارد جمع عرفی بین دو دلیل متعارض مثل تخصیص عام با خاص و تقیید مطلق با مقید را می‌توان از این قبیل شمرد. ^۲

سوم: تشکیل مدلول التزامی

در برخی موارد، عرف بین مدلول مطابقی کلام و مدلولی دیگر، ملازمه می‌بیند، بناءً علاوه بر مدلول مطابقی، مدلول التزامی عرفی را نیز قصد متکلم می‌داند. به عنوان نمونه اگر در یک دلیل شرعی، شرابی که به سرکه استحاله گردد حکم به پاکی شود، عرف حکم می‌کند که نجاست ظرف حاوی شراب نیز برطرف شده و پاک می‌باشد، هرچند تطهیر نشده باشد، زیرا میان حکم به طهارت شراب و حکم به طهارت ظرفی که حاوی آن است، عرفاً ملازمه وجود دارد. ^۳

گفتار سوم: کاربرد عرف در کشف حکم شرعی کلی

کاربرد دیگری از عرف که در فقه اهل تشیع به چشم می‌خورد، کشف حکم شرعی کلی در مواردی است که نص شرعی وجود نداشته باشد. البته در کنار نبودن نص شرعی، کشف حکم توسط عرف زمانی معتبر است که عرف مورد نظر از جمله عرف‌های عام بوده و محدودیت زمانی و مکانی نداشته و در نتیجه به زمان معصوم (ع) متصل باشد که در این صورت عرف، تبدیل به سنت تقریری می‌شود. ^۴ به گونه‌ای که این حجیت در کشف حکم در واقع به امضا و تقریر معصوم (ع) برمی‌گردد، نه عرف و عقلاً، بنابر این عرفی که پس از زمان معصوم پدید آید، حجیت ندارد. ^۵

^۱ تقوی کنانی، پیشین، ص ۱۰۰

^۲ سید محمد واسعی، پیشین، ص ۱۳۴

^۳ آیت الله ابراهیم جناتی، پیشین، ص ۳۹۸

^۴ سید محمد تقی حکیم، پیشین ص ۴۰۸

^۵ سید محمود هاشمی، پیشین، ج ۴ صص ۲۳۶-۲۳۷

فصل چهارم: نقش عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

کشف حکم به وسیله عرف، مختص احکام وضعی نبوده و احکام تکلیفی را نیز شامل می‌شود، همان‌گونه که با استناد به عرف می‌توان هر یک از احکام واقعی و ظاهری کلی را به دست آورد.^۱ صحت بیع معاطات و استصناع^۲ جایز بودن وضوء و شرب از نهرهای بزرگ و نمازخواندن در اراضی وسیع با عدم علم به رضایت مالکان آنها از جمله مواردی است که کشف حکم آنها با عرف صورت گرفته است. چنانچه آیت الله خوئی درباره نمازخواندن در اراضی وسیع می‌فرماید: «عمده دلیل در این مورد، روش و سیره عقلا و متشرعه است که در زمین‌های وسیع، برای اموری از قبیل استراحت و نمازخواندن، تصرف می‌کنند و شارع نیز از این روش منع نکرده است، بنابر این رضایت او از این روش کشف می‌شود.^۳

برخی از اصولیون اهل تشیع، عرف را در وضع پاره‌ای از قوانین نیز مؤثر دانسته و بر این باوراند که داوری عرف تنها مربوط به معنای واژه یا تحقق مصداق خارجی نیست، بلکه فراتر از آن بوده و به نحوی به وضع احکام نیز می‌پردازد. اعتبار دادن پدیده‌های نوحاسته‌ای مثل بیمه، بانک، پیوند عضو، مالکیت معنوی و... هرچند به عنوان مصادیق جدید قلمداد شوند، از کارکردی فراتر از تشخیص مصداق برای عرف خبر می‌دهند، زیرا پذیرش پدیده‌های نوین و دادن احکامی به آن توسط فقه، تنها به این معنا نیست که در حوزه مباحات یا حوزه سکوت قانون‌گذار، کاری صورت گرفته است، بلکه مهم‌تر از آن است و به نحوی، فقه امری نوین را که عرف، واضع آن بوده است، به رسمیت شناخته و منشأ آثار و لوازم دانسته است. در واقع می‌توان چنین بیان کرد که هرچند عرف در حوزه عبادات تنها به داوری در تحقق و عدم تحقق مصداق و موضوع بسنده می‌کند، اما در حوزه معاملات و امور غیر توقیفی، توانایی پایه‌گذاری حکم نوینی را دارد که از دیدگاه فقه نیز قابل پذیرش است^۴

^۱ سید محمود هاشمی، همان

^۲ سید محمد تقی حکیم، همان

^۳ علی غروی، موسوعه الام الخوئی (التقیح فی شرح العروه الوثقی)، ج ۵ ص ۳۳۳

^۴ حسین صابری، فقه و مصالح عرفی، صص ۱۱۳-۱۱۴

مبحث سوم: جایگاه عرف در تعارض

با توجه به اعتبار عرف و کاربرد وسیع آن در استنباط احکام، امکان به وجود آمدن تعارض و اختلاف بین عرف و برخی از ادله شرعی و در برخی موارد بین عرف و لغت وجود دارد. بناءً در این مبحث به چگونگی وقوع تعارض پرداخته و جایگاه عرف در تعارض را با بیان دیدگاه‌های اصولیون، مشخص می‌کنیم.

گفتار اول: تعارض بین عرف و نص شرعی

آنچه واضح است این است که عرف اکثراً در مسائلی استفاده می‌شود که حکمی از کتاب یا سنت برای آن مسأله وجود نداشته باشد که در این صورت تعارضی نیز اتفاق نمی‌افتد، اما در مواردی که نص شرعی وجود دارد و عرف به نحوی با آن مخالفت دارد، تعارض عرف و شرع اتفاق می‌افتد. تعارض عرف و شرع همان‌گونه که جلال الدین سیوطی در «الاشباه والنظائر» ذکر کرده است، در دو حالت اتفاق می‌افتد که در ذیل به شرح آن می‌پردازیم:

اول: در صورتی که نص شرعی مشتمل بر حکم نباشد: در برخی موارد، عرف با نصی در تعارض است که نص در صدد بیان حکمی برای مکلفین نیست و مواردی را بیان نموده است که امر یا نهی از جانب شارع در آن وجود ندارد. در چنین مواردی عرف مقدم بر شرع بوده و بر استعمالات عرفی عمل می‌شود. مثل سوگند یاد کردن بر نخوردن گوشت یا ننشستن بر فرش یا استفاده نکردن از چراغ، که با خوردن گوشت ماهی یا ننشستن بر زمین یا زیر نور آفتاب، حائث نمی‌شود، چون در عرف به ماهی گوشت اطلاق نشده و زمین و آفتاب نیز به عنوان فرش و چراغ شناخته نمی‌شود، هرچند در قرآن کریم اطلاق گوشت به ماهی، فرش به زمین و چراغ به آفتاب، وجود دارد، اما از آن جا که این نصوص شامل حکمی برای مکلفین نیست، استعمال عرفی مقدم می‌باشد.

دوم: در صورتی که نص شرعی مشتمل بر حکم باشد: در برخی موارد، نصوص شرعی حاوی احکامی برای مکلفین است که ممکن است مخالف استعمال عرفی بوده و با عرف در تعارض قرار بگیرد، در چنین صورتی، نص شرعی مقدم بر عرف می‌باشد؛ زیرا احکام شرعی مبتنی بر مصالح عباد بوده و با ترک هریک از احکام، مصلحتی از مصالح عباد ترک شده و با مقاصد شرعی مخالفت صورت می‌گیرد. بناءً عرف در صورتی معتبر است که چنین موقفی در برابر نص نداشته باشد.^۱

^۱ جلال الدین سیوطی، الاشباه والنظائر، ص ۹۳. و ایضاً ابن نجیم، الاشباه والنظائر، ص ۸۳

فصل چهارم: نقش عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

ابن عابدین در رساله «نشر العرف فی بناء بعض الاحکام علی العرف» در مورد تعارض عرف و نص شرعی آورده است که اگر تعارض عرف با شرع، از تمام جهات بوده و یک تعارض کامل باشد، در این صورت بدون شک عرف ترک می‌شود، مثل تعارف انسان‌ها بر انجام بسیاری از محرمات که شریعت اسلامی از آن نهی کرده است. اما اگر تعارض عرف و شرع، تعارض جزئی باشد، به نحوی که نص شرعی عام بوده و عرف با بعضی از افراد آن در تعارض باشد، در این صورت عرف معتبر بوده و به عنوان مخصص عمل می‌کند.^۱

اصولیون اهل تشیع نیز تعارض عرف و شرع را در دو حالت می‌دانند، به نحوی که اگر موضوع از عرف گرفته شود، عرف بر شرع مقدم است، مثل سوگند شخص به نخوردن گوشت، که با خوردن ماهی حانت نمی‌شود زیرا بر اساس عرف، خطایی مرتکب نشده است. اما اگر موضوع از شرع گرفته شود، شرع بر عرف مقدم می‌باشد، مثلاً اگر کسی سوگند یاد کند که نماز نمی‌خواند، اما نماز میت خواند، در این صورت حنث قسم نموده است، زیرا نماز موضوع شرعی است و در شرع، کلمه نماز شامل نماز میت هم می‌گردد، هرچند که در عرف، شامل آن نشود.^۲

اصولیون اهل تشیع، در بحث تعارض حقیقت شرعی با حقیقت عرفی، اکثراً حقیقت شرعی را مقدم نموده‌اند،^۳ زیرا از جانبی، حقیقت شرعی دارای تأکید بیشتری می‌باشد و از جانبی هم، عرف از پوشیده‌گی‌هایی که شارع به لسان تقنین و وضع در نصوص ذکر می‌کند، اطلاعی ندارد. اما اگر قرینه‌ای بر عدم تحکیم حقیقت شرعی وجود داشته باشد، حقیقت عرفی مقدم می‌شود، زیرا در این صورت، هیچ تعارضی تصور نمی‌گردد.^۴

گفتار دوم: تعارض بین عرف و ادله اجتهادی

از منظر اهل سنت، وقتی حکم یک مسأله مستفاد از یک دلیل اجتهادی مثل قیاس بوده و در مسأله مذکور، نص شرعی وجود نداشته باشد، در صورت تعارض آن با عرف، ادله اجتهادی ترک شده و به عرف عمل می‌گردد؛ هرچند عرف حادث نیز باشد.^۵ زیرا از جانبی، عرف در این صورت با هیچ نص

^۱ ابن عابدین، رسائل ابن عابدین، ج ۲ ص ۱۱۶

^۲ مرکز اطلاعات و منابع اسلامی، فرهنگ نامه اصول فقه، ص ۳۳۴

^۳ زین الدین عاملی، پیشین، ج ۶ ص ۳۸۹

^۴ سید نظیر حسنی، نظریه العرف فی الشریعة والقانون، ص ۲۱۴

^۵ مصطفی احمد زرقاء، پیشین، ج ۲ ص ۹۳۱

فصل چهارم: نقش عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

عام یا خاصی مستقیماً در تعارض نیست و از جانبی هم، عرف دلیلی مبنی بر حاجت انسان‌ها است، بناءً از قیاس قوی تر بوده و در هنگام تعارض، ترجیح داده می‌شود.^۱

وقتی عرف بر قیاس که مستند به نص شرعی است (به اعتبار مقیاس علیه) ترجیح داده شود، بر مصلحت مرسله که مستند به هیچ نصی نبوده و صرف بر اساس مصالحی استوار است که با تغییر زمان قابل تغییر است، به صورت اولی ترجیح داده می‌شود.^۲

ترجیح عرف بر قیاس در مذهب حنفیه و مالکیه، نوعی از استحسان شمرده می‌شود، چنانچه ابن عربی، در تقسیمات استحسان، نوع اول آن را «ترک دلیل با عرف» ذکر نموده است.^۳ مواردی که قیاس با عرف ترک شده است، در مذاهب اهل سنت، به ویژه حنفیه و مالکیه، به کثرت مشاهده می‌شود، در ذیل به چند مورد اشاره می‌کنیم:

۱- امام ابوحنیفه (رح) بیع زنبور عسل و کرم ابریشم را جایز نمی‌دانست، زیرا آنها را به سایر حشرات قیاس نموده و از جمله اموال محسوب نمی‌کرد. اما با تغییر عرف، امام محمد (رح) حکم به مالیت آنها داده و معامله آنها را جایز می‌دانست.

۲- قیاس حکم می‌کند که قاضی باید به تمام دعاوی که نزدش آورده می‌شود، گوش داده و با در نظر داشت شواهد و مدارک، به نفع یکی از مدعی یا مدعی علیه حکم نماید. اما فقهاء این قیاس را در جایی که زوجه مدخول بها، ادعا نماید که همسرش هیچ مهری به او نداده و ادعای تمام مهر را نماید، ترک نموده اند. به نحوی که قاضی دعاوی آن را نشنیده و بدون پیگیری، آن را رد نماید. زیرا عرف مردم بر این است که زوجه هیچ گاه با همسرش جماع نمی‌کند، مگر این که کل مهر یا بعضی از آن توسط همسرش پرداخت شده باشد.^۴

با توجه به آن چه بیان شد، قیاسی که به صورت غیر مباشر، مستند به دلیل شرعی نیز می‌باشد در تعارض با عرف، ترک می‌شود. بناءً در برخی موارد که قیاس مستند به علت عرفی بوده و مبنی بر عرف می‌باشد در صورت تعارض، عرف به طریق اولی ترجیح داده می‌شود، زیرا تغییر حکم با تغییر عرف، در واقع مخالفت با قیاس نیست، بلکه همراهی با آن شمرده می‌شود. چون تغییر فتوا با تغییر عرف،

^۱ ابن عابدین، همان

^۲ مصطفی احمد زرقاء، پیشین، صص ۹۳۱-۹۳۲

^۳ عمر الجیدی، العرف و العمل فی المذهب المالکی، ص ۱۷۷

^۴ ابن عابدین، العقود الدرّیة فی تنقیح الفتاوی الحامدیة، ج ۱ ص ۲۲

فصل چهارم: نقش عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

اجتهاد جدیدی نیست که باعث نقض اجتهاد مجتهدین شود، بلکه عمل به آن چیزی است که مجتهدین امت به آن اجماع نموده اند.^۱

اختلافات یاران امام ابوحنیفه با ایشان که در مسائل متعددی وجود دارد، از مواردی است که به اثر اختلاف زمان و عرف به وجود آمده و اختلاف نظر شمرده نمی‌شود، به نحوی که اگر امام ابوحنیفه نیز در آن زمان زندگی می‌کرد، همان حکمی را می‌داد که یارانش داده بودند.^۲

گفتار سوم: تعارض بین عرف و لغت

با این که برخی از اصولیون اهل سنت، در بحث تعارض عرف و لغت، قائل بر ترجیح حقیقت لغوی اند، اما جمهور اهل سنت، عرف را در برابر لغت ترجیح می‌دهند، زیرا وقتی در عرف مردم، چیزی بر خلاف اصل وضع استعمال شود، به این معنی است که عرف، ناسخ آن وضع بوده است،^۳ بناءً واضح است که ناسخ بر منسوخ ترجیح دارد. چنانچه قرافی مالکی با تأکید بر ترجیح عرف بر لغت، با ذکر حدیث پیامبر اکرم (ص) «لَا يَقْبَلُ اللَّهُ صَلَاةً بِغَيْرِ طَهْوَرٍ» (خداوند نماز بدون طهارت را قبول نمی‌کند)، بیان نموده است که اگر کلمه «صلاة» در این حدیث را بر معنی لغوی آن (دعا) حمل نماییم، لازمه اش این است که خداوند هیچ دعایی را بدون طهارت قبول نمی‌کند، حال آنکه این گونه نیست. بناءً کلمه «صلاة» بر معنای عرفی آن که نوعی عبادت مخصوص است، حمل می‌شود.^۴

جلال الدین سیوطی در بحث تعارض عرف و لغت، قائل است که دو دیدگاه بین شافعیه در این مورد وجود دارد. طوری که قاضی حسین (م ۴۰۳ق) قائل بر ترجیح حقیقت لفظی بوده و بغوی (م ۵۱۶ق)، حقیقت عرفی را ترجیح می‌دهد. او در ادامه بیان نموده است که در صورت اختلاف عرف و لغت، اصحاب شافعی (رح)، استعمال لغوی را ترجیح داده اند، اما امام شافعی (رح) و امام غزالی قائل بر اعتبار عرف می‌باشند.^۵

از اصولیون اهل تشیع نیز در بحث تعارض بین عرف و لغت، آنگاه که یک لفظ دارای دو معنی لغوی و عرفی باشد، اما موجودیت معنای عرفی در هنگام صدور خطاب و یا به حد حقیقت رسیدن آن، به گونه‌ای که معنای لغوی با آن ترک شود، معلوم نباشد، دو دیدگاه مشاهده شده است:

^۱ ابن عابدین، مجموعه رسائل ابن عابدین، ج ۲ ص ۱۲۵

^۲ ابن عابدین، ردالمحتار علی الدرالمختار، ج ۴ ص ۱۱۲

^۳ عمر الجیدی، پیشین، صص ۱۷۹-۱۸۰

^۴ احمد بن ادریس قرافی، شرح تنقیح الفصول فی اختصار المحصول فی الاصول، ص ۹۴

^۵ جلال الدین سیوطی، پیشین، صص ۹۳-۹۴

فصل چهارم: نقش عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

اول: ترجیح حقیقت لغوی: از آنجا که حقیقت عرفی حادث بوده و حقیقت لغوی از لحاظ زمانی مقدم از آن است، اصالت متقدم بر حادث در نظر گرفته شده و معنی لغوی ترجیح پیدا می‌کند. به عبارت دیگر، گویا شکی در بقاء حقیقت لغوی در زمان لاحق به وجود آمده است که ما عمل به استصحاب نموده و معنی لغوی را ترجیح می‌دهیم.

ابن ادریس حلی (م ۵۹۸ق) از فقهاء اهل تشیع از پیروان این دیدگاه بوده و در بحث ایمان قائل بر این است که اشیاء همواره بر حقیقت خویش حمل می‌شوند و اگر کسی سوگند یاد کند که «بیض» نمی‌خورد، با توجه به حقیقت لغوی، با خوردن هر آنچه اسم بیض بر آن اطلاق گردد حانث می‌شود. او در ادامه بیان نموده است که رجوع از حقیقت لغوی به معانی دیگر، از تخریجات و قیاسات مخالفین مذهب است.^۱

دوم: ترجیح حقیقت عرفی: در هنگام تعارض معنی لغوی و عرفی، آنگاه که معنای عرفی به حد حقیقت رسیده و معنای لغوی با آن ترک شود، حقیقت عرفی مقدم می‌باشد. زیرا:

- ۱- اغلباً در زمان شارع، حقیقت عرفی ترجیح داشته است.
- ۲- روش مردم بر این است که لفظ را بر آن معنا که می‌دانند (معنای عرفی) حمل نمایند.
- ۳- حمل بر معنای عرفی نسبت به حمل بر معنای لغوی، مشهورتر است.^۲

شیخ طوسی (م ۴۶۰ق)، محقق قمی (م ۱۲۳۱ق) و سید محمد مجاهد (م ۱۲۴۲ق) از پیروان این دیدگاه بوده و قائل بر تقدم حقیقت عرفی بر حقیقت لغوی اند. چنانچه سید محمد مجاهد در کتاب «مفاتیح الاصول» گفته است: «در صورت تعارض حقیقت لغوی و عرفی، قول صحیح این است که لفظ، حمل بر معنای عرفی می‌شود، زیرا عرف در چنین صورتی مانند ناسخ عمل می‌کند، هر چند برخی گفته اند حمل بر معنای لغوی می‌شود».^۳ شیخ طوسی نیز در کتاب «المبسوط» آورده است: «شایسته است که خطاب، حمل بر معنای عرفی شده و معنای وضعی ترک شود، زیرا لفظ با استعمال عرفی، تبدیل به حقیقت شده است»^۴

^۱ ابن ادریس حلی، السرائر، ج ۳ ص ۵۱

^۲ سید نظیر حسینی، پیشین، صص ۲۱۸-۲۱۹

^۳ سید محمد مجاهد، مفاتیح الاصول، ص ۴۱

^۴ شیخ طوسی، عده الاصول، ج ۱ ص ۳۶۲

گفتار چهارم: تعارض بین عرفها

در صورت وقوع تعارض بین دو عرف، اگر تعارض آنها، به اثر اختلاف زمان یا مکان باشد، اشکالی در کار پیش نمی‌آید زیرا هر عرفی در زمان خود و گستره‌ی جغرافیایی خویش معتبر می‌باشد. به عبارت دیگر، در بحث تعارض عرف بر اثر اختلاف زمان، عرف حادث یا مؤخر، بر عرف مقدم ترجیح داده می‌شود.^۱

اما اگر تعارض دو عرف، در زمان و مکان واحد و درباره‌ی یک موضوع واحد بوده و هیچ قرینه یا دلیل خارجی‌ای مبنی بر تقدم حکم یکی بر دیگری وجود نداشته باشد، برای رفع تعارض، به تاریخ شکل‌گیری دو عرف مراجعه می‌گردد و به عرفی عمل می‌شود که تاریخ شکل‌گیری آن، مؤخر است، زیرا عرف جدید، بیانگر منسوخ شدن عرف قبلی می‌باشد. اما اگر تاریخ هیچ یک از آنها مشخص نبود و یا هر دو در یک زمان تشکیل شده و از کیفیت یکسانی نیز برخوردار باشند، چنانچه این اختلاف، جهل در معامله‌ای را در پی داشته باشد، هیچ یک از آنها معتبر نبوده و معامله باطل می‌گردد و برای رفع خصومت باید به پیروی از دیگر اصول پرداخته شود.^۲

دکتر احمد فهمی ابوسنة در بحث تعارض عرف عام و خاص، عرف خاص را مقدم می‌داند، زیرا اهل هر عرفی، در تعامل خویش، عرف خاص خود را اراده دارند، چون عرف عام برای اهل عرف خاص، مانند زبان عجمی برای عربها است.^۳ مگر این که عرف خاص، عادت شخصی باشد که در این صورت، عرف عام، مقدم خواهد بود.^۴

در مذهب امامیه نیز، در بحث تعارض عرف عام و خاص، اگر متکلم در کلامش اشاره‌ای به حمل آن در عرف عام داشت، عرف عام معتبر است زیرا حمل کلام متکلم بر یک عرف معین (عام یا خاص) موقوف بر قرینه‌ای از جانب او برای تحدید مراد او می‌باشد، بناءً در صورت وجود قرینه‌ای برای اعتبار عرف عام یا خاص، قرینه معتبر است و الا اگر قرینه‌ی وجود نداشته باشد، عرف خاص ترجیح دارد.^۵ هر چند در نوشتاری به نقل از شیخ حر عاملی، عرف عام به عرف خاص، ترجیح داده شده است.^۶

^۱ ابن عابدین، مجموعه رسائل ابن عابدین، ج ۲ ص ۱۳۲

^۲ سید علی جبار گلباغی ماسوله، پیشین، صص ۲۹۰-۲۹۱

^۳ احمد فهمی ابوسنة، پیشین، ص ۱۲۸

^۴ جلال‌الدین سیوطی، پیشین، ص ۹۶

^۵ سید نظیر حسینی، پیشین، صص ۲۲۵-۲۲۶

^۶ رامین پورسعید، «بررسی نقش عرف در استنباط احکام از نظر شیعه»، (پایان نامه کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی)، ص ۱۲۴

نتیجه گیری فصل چهارم

پس از بررسی نقش عرف در استنباط احکام از منظر فریقین، برای پاسخ به سؤال فرعی سوم، به نتایج ذیل رسیده ایم:

۱- بین اهل سنت دو دیدگاه در مورد نقش عرف در استنباط وجود دارد: دیدگاه نقش استقلالی، دیدگاه نقش ابزاری. احناف، مالکیه و برخی از حنابله از پیروان نقش استقلالی عرف بوده و آن را به عنوان منبعی از منابع استنباط که احکام بر آن بنا می‌شود، می‌پذیرند. زیرا شارع در موارد متعددی، حکم مسائلی را به عرف واگذار نموده است، از جمله کفاره یمین که مقدار متوسط از غذا در آن واجب شده است اما تعیین مقدار متوسط، به عرف واگذار شده است، بناءً عرف دلیلی است که احکام بر آن بنا می‌شود.

اما شافعیه و برخی از حنابله، قائل بر نقش استقلالی عرف نبوده و آن را به عنوان منبعی از منابع استنباط نمی‌پذیرند. دلیل این گروه، روایتی از معاذ(رض) است که در آن، ادله استنباط را برشمرده و عرف را از آن جمله ذکر نکرده است، بناءً نمی‌تواند دلیلی از ادله استنباط باشد. با این حال این گروه، از عرف به عنوان ابزاری در خدمت ادله استنباط، استفاده نموده اند.

۲- عرف در فقه اهل سنت، در پنج مورد به کار رفته است: ۱. تقدیر احکام محوله شارع بر عرف. ۲. استفاده از عرف در تفسیر الفاظ و تطبیق احکام مطلق بر مسائل. ۳. اعتبار دادن عرف جاری بین مردم. ۴. اعتبار دادن عرف قولی. ۵. استفاده از قرینه عرفی.

۳- تخصیص عام با عرف حادث، به اتفاق فقهاء جایز نیست اما در تخصیص عام با عرف مقارن، قولی یا فعلی بودن آن تأثیر دارد، به گونه‌ای که تخصیص عام با عرف مقارن قولی مورد اتفاق اصولیون اهل سنت است، اما تخصیص عام با عرف مقارن عملی از دیدگاه جمهور اهل سنت، جایز نیست به سه دلیل: اول: اعتبار عموم لفظ شارع تا زمانی که تخصیصی از جانب او نیاید. دوم: اصل حاکم بودن نصوص بر عرف، نه بر عکس آن. سوم: عدم حجیت عرف عملی.

اما احناف، برخی از مالکیه و برخی از حنابله، تخصیص عام با عرف مقارن عملی را جایز می‌دانند. به سه دلیل: اول: قیاس عرف عملی به عرف قولی. دوم: قیاس تخصیص عام به تقیید مطلق. سوم: غلبه معنایی در عرف عملی، همانند عرف قولی.

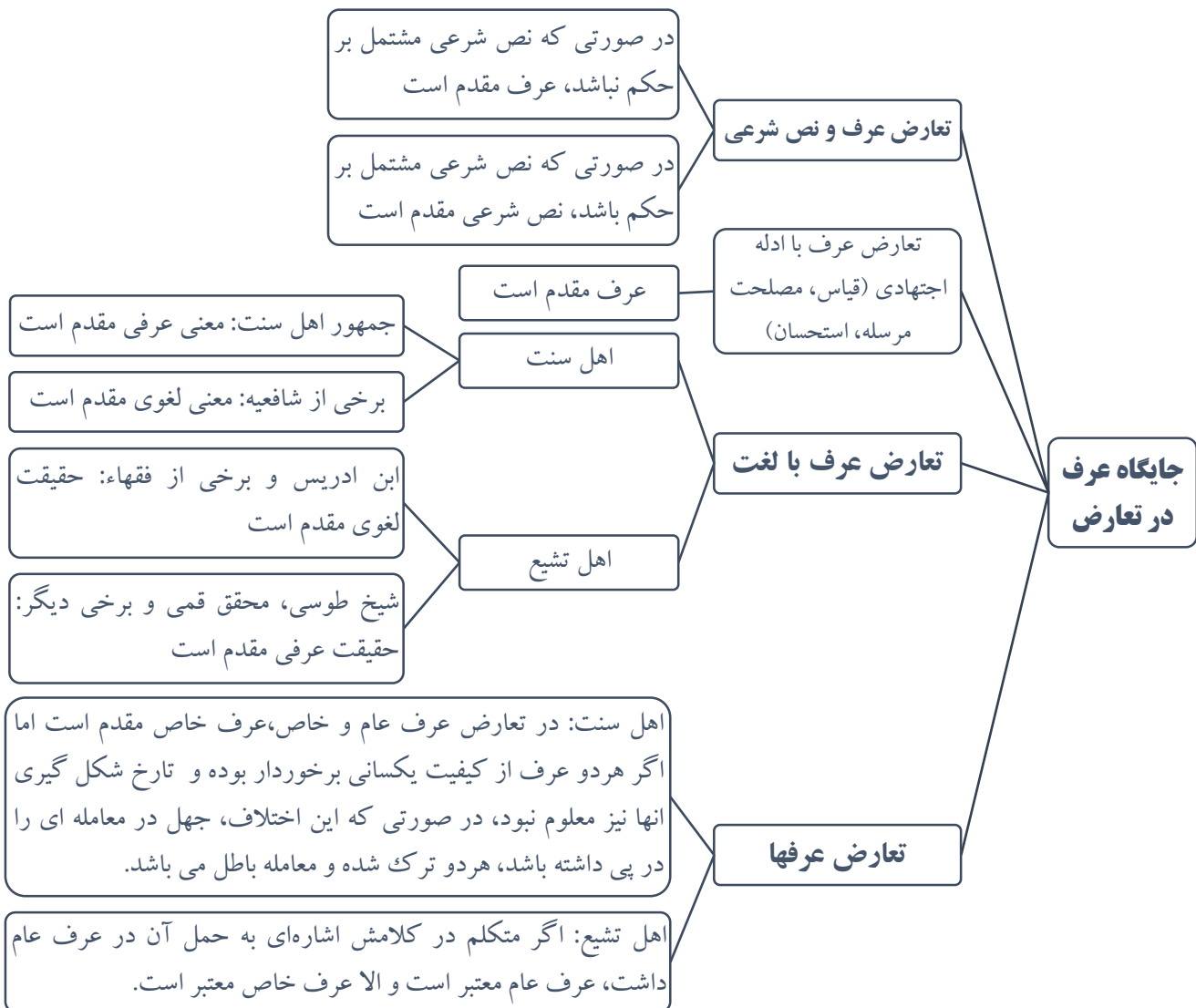
۴- عرف نزد اهل تشیع، در بیان موضوع، فهم ظهورات و کشف حکم شرعی کلی، نقش دارد. نقش عرف در بیان موضوع به اثبات تحقق موضوع، تعیین حدود موضوع، تغییر موضوع،

فصل چهارم: نقش عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین

- تشخیص مفهوم عناوین شرعی و تعیین مصادیق، خلاصه می‌شود. برطرف کردن ظهور لغوی، تعیین مراد جدی متکلم و تشکیل مدلول التزامی، از کاربردهای عرف در فهم ظهورات می‌باشد.
- ۵- در تعارض بین عرف و نص شرعی از منظر اهل سنت، در صورتی که نص شرعی مشتمل بر حکم نباشد، عرف مقدم است، اما اگر نص شرعی حاوی حکمی از جانب شارع باشد، نص شرعی بر عرف ترجیح داده می‌شود. از منظر اهل تشیع نیز اگر موضوع از عرف گرفته شود، عرف بر شرع مقدم است، مثل سوگند شخص به نخوردن گوشت، که با خوردن ماهی حانث نمی‌شود زیرا بر اساس عرف، خطایی مرتکب نشده است. اما اگر موضوع از شرع گرفته شود، شرع بر عرف مقدم می‌باشد.
- ۶- در تعارض بین عرف و ادله اجتهادی مثل قیاس یا مصلحت مرسله، عرف مقدم می‌باشد. زیرا از جانبی، عرف در این صورت با هیچ نصی مابشراً در تعارض نیست و از جانبی هم، عرف دلیلی مبنی بر حاجت و انسان‌ها است، بناءً از قیاس قوی تر می‌باشد.
- ۷- در تعارض بین عرف و لغت، جمهور اهل سنت عرف را مقدم می‌دانند، زیرا وقتی لفظی در عرف مردم بر خلاف اصل لغوی اش استعمال شود، به این معنی است که عرف، ناسخ معنی لغوی بوده است. اما برخی از اصحاب امام شافعی مثل قاضی حسین، قائل بر مقدم بودن معنی لغوی می‌باشند. در بین اهل تشیع نیز، ابن ادریس و برخی از فقهاء، قائل بر ترجیح حقیقت لغوی اند اما شیخ طوسی، محقق قمی و سید محمد مجاهد، حقیقت عرفی را ترجیح می‌دهند.
- ۸- در صورت تعارض بین دو عرف، اگر تاریخ تشکیل آنها مشخص نبوده و هر دو از کیفیت یکسانی برخوردار باشد، در صورتی که این تعارض موجب جهل در معامله‌ای گردد، هیچ یک از آنها معتبر نبوده و معامله باطل می‌گردد که در نتیجه برای رفع خصومت باید به اصل دیگری مراجعه گردد.
- ۹- در تعارض عرف عام و خاص، جمهور اهل سنت عرف خاص را مقدم می‌دانند، چون اهل هر عرفی در تعامل خویش، عرف خاص خود را اراده دارند، مگر این که عرف خاص، عادت شخصی باشد که در این صورت، عرف عام مقدم می‌شود. در مذهب امامیه نیز اگر متکلم در کلامش اشاره‌ای به حمل آن در عرف عام داشت، عرف عام معتبر است و الا عرف خاص ترجیح داده می‌شود.

خلاصه فصل چهارم به شکل نمودار





نتیجه گیری کلی

پس از بررسی قلمرو و نقش عرف در استنباط احکام شرعی از منظر فریقین، برای پاسخ به سؤال اصلی تحقیق، نتایج ذیل به دست آمده است:

۱- اصطلاح عرف در علوم اصول و فقه اسلامی، حقوق و جامعه شناسی بحث شده است که در اصول و فقه اسلامی به عادت جمهور قوم در قول یا فعل، در حقوق به اعمال و عاداتی که در طول زمان، بدون دخالت قوه قانونگذاری، به عنوان قاعده الزام آور، پذیرفته شده؛ و در جامعه شناسی به رسومی که دلالت های شایست و ناشایست دارند، تعریف شده است. این پدیده که از سه عنصر عمل معین، تکرار و فراگیری آن عمل و ارادی بودن آن تشکیل شده است، به اثر عواملی همچون درک عقل، حاجت و مصلحت، وحی، سلطه حاکمان و اغراض شخصی به وجود آمده است.

۲- عرف از حیث صدور به عرف شرع و غیر شرع تقسیم شده و عرف غیر شرع به اعتبار ثبات و تغییر، موضوع و متعلق، شیوع، صحت و فساد و اعتبارات دیگر، تقسیم شده است و برای اعتبار آن در استنباط احکام شرعی، شرایط اطراد یا اغلیت، مقارنت، عدم مخالفت با نص شرعی، عام بودن، عدم تعارض با تصریح و الزام آور بودن در نظر گرفته شده است.

۳- اصولیون متقدم اهل سنت، در استدلال به حجیت عرف از ادله جزئی همچون آیات و روایات استفاده نموده اند اما متأخرین آنها، عرف را به اصول و ادله شرعی برگشت داده و حجیت عرف را از حجیت آن ادله می دانند. اما در بین اهل تشیع مکاتب حجیت ذاتی، عقل و امضا، در بحث حجیت عرف مطرح شده است.

۴- اصولیون فریقین در این که عرف در استنباط احکام شرعی معتبر است، اتفاق نظر دارند اما تفاوت آنها در قلمرو و وسعت حکمرانی عرف در استنباط است. احناف و مالکیه، این قلمرو را وسیع دانسته و عرف را از منابع استنباط و ادله شرعی ذکر نموده اند اما شافعیه، حنبله و امامیه، آن را از منابع استنباط نمی دانند اما به عنوان ابزاری در خدمت ادله و منابع استنباط، از آن استفاده نموده اند.

۵- برخی از نواندیشان در بحث قلمرو عرف، افراط نموده و قائل بر سکولاریزم یا عرفی شدن فقه می باشند، آنها بر این نظراند که عواملی از قبیل سکوت فقه در موارد متعدد، گسترش حوزه مباحث، ارجاع احکام متعدد فقهی به عرف و عواملی از این دست، فقه اسلام را به سوی عرفی شدن، سوق می دهد. اما در پاسخ آنها بیان شده است که توسیع دایره عرف در فقه اسلامی، تا زمانی که در چهارچوب منطق درونی اسلام باشد که بر اساس مصالح عباد برنامه ریزی شده و جلوه عقلانی دین

را برجسته می‌سازد، هیچ‌گاه شاهدهی بر عرفی شدن این فقه نیست و تنها زمانی عرفی شدن فقه اسلام متصور است که گسترش دامنه عرف، خارج از چهارچوب مذکور بوده و صرفاً بر پایه ارزشهای دنیوی صورت گیرد، درحالی‌که دایره عرف و پدیده‌های از این قبیل در فقه اسلام، هیچ‌گاه بر چنین پایه‌ای گسترش نیافته است.

۶- در مورد نقش عرف در استنباط احکام شرعی، دو دیدگاه بین اصولیون مطرح شده است که احناف، مالکیه و برخی از حنابله، قائل بر نقش استقلال عرف بوده و قائل اند که عرف منبع مستقلی مانند سایر منابع استنباط بوده و احکام شرعی بر آن بنا می‌شود. اما شافعیه، امامیه و برخی از حنابله، منکر نقش استقلال عرف بوده و بناء احکام بر آن را رد می‌کنند، با این حال، بررسی کتب فقهی نشان داده است که آنها در موارد متعددی به ویژه در بحث معاملات، به عرف استناد نموده و آن را حجت دانسته اند.

۷- حضور عرف در استنباط احکام شرعی در فقه اهل سنت، به پنج مورد خلاصه شده است: اول: احکامی که تقدیر آن به عرف واگذار شده است، دوم: تفسیر الفاظ و تطبیق احکام مطلق با عرف، سوم: اعتبار دادن عرف عملی در فقه، چهارم: اعتبار دادن عرف قولی در فقه، پنجم: استفاده از قرینه عرفی در فقه.

۸- تخصیص عموم نص شرعی با عرف قولی مقارن، مورد اتفاق همه‌ی فقهاء است اما در جواز تخصیص عموم با عرف عملی مقارن، تفاوت دیدگاه وجود دارد، به گونه‌ای که جمهور فقهاء قائل بر عدم جواز است اما احناف، آن را جایز می‌دانند. با این وجود، در عدم جواز تخصیص عام با عرف حادث، اتفاق نظر وجود دارد.

۹- اهل تشیع از عرف در بیان موضوع، فهم ظهورات و کشف حکم شرعی کلی استفاده نموده اند. عرف در بیان موضوع به اثبات تحقق موضوع، تعیین حدود موضوع، تغییر موضوع، تشخیص مفهوم و تعیین مصداق می‌پردازد و در فهم ظهورات، به عنوان برطرف کننده ظهور لغوی، تعیین کننده مراد جدی متکلم و تشکیل دهنده مدلول التزامی به کار رفته است.

۱۰- اصولیون اهل سنت بر این نظراند که در صورت تعارض عرف با نص شرعی، اگر نص شرعی شامل حکم باشد، نص شرعی مقدم است و الا عرف مقدم می‌باشد. اهل تشیع بر این نظراند که اگر موضوع از عرف گرفته شود، عرف مقدم است و الا نص شرعی مقدم می‌باشد.

پیشنهادات

پس از بررسی موضوعات مختلف در این پایان نامه، موضوعاتی که نیازمند تحقیق بیشتری بوده و ظرفیت بحث در حد یک پایان نامه ارشد را دارد، به صورت ذیل پیشنهاد می‌گردد:

- ۱- نقش زمان و مکان در تفاوت احکام از منظر اصول فریقین
- ۲- نقش عرف در استنباط احکام عبادی از منظر مذاهب خمسسه
- ۳- نقش عرف در استنباط احکام قضایی از منظر مذاهب خمسسه

فهرست منابع

قرآن کریم

۱. منابع عربی

- ۱) ابن انس، مالک، الموطأ، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۶ق
- ۲) ابن تیمیة، احمد بن عبدالحلیم، مجموع الفتاوی، مدینه، جمع الملک فهد لطباعة المصحف الشریف، ۱۴۱۶ق
- ۳) ابن عابدین، سید محمد امین، مجموعه رسائل ابن عابدین، بی جا، بی تا.
- ۴) ابن عابدین، محمد امین، رد المحتار علی الدر المختار، بیروت، چاپ دوم، ۱۴۱۲ق
- ۵) ابن عابدین، محمد امین، شرح عقود رسم المفتی، کراچی، چاپ اول، مکتبه البشری، ۱۴۳۰ق
- ۶) ابن عابدین، محمدامین، العقود الدرّیة فی تنقیح الفتاوی الحامدیة، قاهره، دارالمعرفة، بی تا
- ۷) ابن عبدالسلام، عزالدین، قواعد الأحكام فی اصلاح الانام (قواعد الكبرى)، بیروت، دارالکتب العلمیه، بی تا.
- ۸) ابن عثیمین، محمد بن صالح، شرح الممتع علی زاد المستقنع، ریاض، دار ابن جوزی، ۱۴۲۲ق
- ۹) ابن عربی، محمد بن عبدالله ابوبکر، احکام القرآن، بیروت، طبعه الثالثه، دارالکتب العلمیه، ۱۴۲۴ق
- ۱۰) ابن عطیه، عبدالحق، المحرر الوجیز فی تفسیر الکتاب العزیز، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۲۲ق
- ۱۱) ابن فارس، احمد، معجم مقاییس اللغة، بیروت، دارالفکر، ۱۳۹۹ق
- ۱۲) ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، بیروت، دار صادر، ۱۴۱۴ق
- ۱۳) ابن نجار، تقی الدین محمد، مختصر التحریر شرح الکوکب المنیر، ریاض، مکتبه العبیکان، ۱۴۱۸ق،
- ۱۴) ابن نجیم، زین الدین بن ابراهیم، الاشباه والنظائر، بیروت، چاپ اول، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۹ق
- ۱۵) ابوزهره، محمد، اصول الفقه، غزنی، قرطاسیه فروشی هاشمی، ۱۳۷۷ق
- ۱۶) ابوزهره، محمد، الشافعی حیاتہ و عصره آراءه و فقهه، قاهره، دارالفکر العربی، ۱۴۱۶ق
- ۱۷) ابوسنه، احمد فهمی، العرف والعهده فی رأی الفقهاء، مطبعه الازهر، ۱۹۴۷م
- ۱۸) اسنوی، عبدالرحیم بن حسن، نهاية السؤل شرح منهاج الوصول، بیروت، طبعه الاولی، دارالکتب العلمیه، ۱۴۲۰ق

- ۱۹) آشتیانی، محمد حسن، بحر الفوائد فی شرح الفرائد، کتابخانه آیت الله مرعشی، ۱۴۰۳ق
- ۲۰) اصفهانی، حسین بن محمد راغب، المفردات فی غریب القرآن، دمشق، چاپ اول، دارالقلم، ۱۴۱۲
- ۲۱) اصفهانی، مجتبی ملک، فرهنگ اصطلاحات اصول، قم، طبعه الثاني، مرکز بین المللی ترجمه و نشر المصطفی، ۱۳۹۳ش،
- ۲۲) اصفهانی، محمد حسین، نهاية الدراية فی شرح الکفاية، قم، موسسه آل بیت، ۱۴۱۵ق
- ۲۳) آمدی، علی بن محمد، الاحکام فی اصول الاحکام، بیروت، چاپ دوم، مکتب الاسلامی، ۱۴۰۲ق
- ۲۴) انصاری، شیخ مرتضی، المکاسب، قم، احسن الحدیث، ۱۳۷۹ش
- ۲۵) انصاری، محمد بن نظام الدین، فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت، بولاق (قاهره)، امیریه، ۱۳۲۳ق
- ۲۶) باجی، ابوالوید، احکام الفصول فی احکام الاصول، بیروت، طبعه الثانية، دارالغرب الاسلامی، ۱۴۱۵ق
- ۲۷) باجی، سلیمان بن خلف، الممتقی شرح الموطا، قاهره، مطبعة السعادة، ۱۳۳۲ق
- ۲۸) باحسین، یعقوب بن عبدالوهاب، قاعده العادة محكمة، ریاض، طبعه الثانية، مکتبه الرشد، ۱۴۳۳ق
- ۲۹) باز اللبنائی، سلیم رستم، شرح المجلة، بیروت، مطبعة الادبية، ۱۳۴۱ق
- ۳۰) البانی، محمد ناصرالدین، سلسلة الاحادیث الضعيفة و اثرها السیئ للامة، ریاض، مکتبه المعارف، ۱۴۱۵ق
- ۳۱) بحر العلوم، محمد بن محمد تقی، الاجتهاد اصوله و احکامه، بیروت، دارالزهراء، ۱۴۱۲ق
- ۳۲) بروجردی، حسین، نهاية الاصول، چاپ اول، نشر تفکر، ۱۳۷۵ق
- ۳۳) بهبهانی، محمد باقر وحید، الفوائد الحائریه، قم، چاپ اول، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۵۱۵ق
- ۳۴) ترکی، عبدالله ابن محسن، اصول مذهب الامام احمد، قاهره، چاپ سوم، مؤسسه الرسالة، ۱۴۱۰ق
- ۳۵) جابر، محمود صالح، «القواعد الاصولية الحاكمة لاعمال العرف فی التشريع الاسلامی» (پایان نامه دکتری فقه و اصول اسلامی)، الجامعة الاردنية، اردن

- (۳۶) جرجانی، علی بن محمد، معجم التعريفات، قاهره، دارالفضيلة، بی تا
- (۳۷) جصاص، ابوبکر، احکام القرآن، بیروت، طبعة الاولى، دارالکتب العلمية، ۱۴۱۵ق
- (۳۸) جعيط، کمال الدين، مقاله «العرف»، مجمع الفقه الاسلامی، جدة، دور پنجم، شماره پنجم، جزء چهارم، ۱۴۰۹ق
- (۳۹) جوزی، محمد بن ابوبکر بن قیم، اعلام الموقعين عن رب العالمين، طبعة الاولى، دارالکتب الحديثيه، ۱۳۸۹ق
- (۴۰) جوزی، محمد بن ابوبکر بن قیم، طرق الحکمیة، بیروت، مکتبة دارالبيان، بی تا.
- (۴۱) الجیدی، عمر بن عبدالکريم، العرف و العمل فی المذهب المالکی و مفهومها لدى علماء المغرب، محمدية، فضالة، بی تا.
- (۴۲) حر عاملی، محمد بن حسن، وسایل الشیعة الى تحصیل مسائل الشریعة، قم، مؤسسه آل بیت لاحیاء التراث العربی، بی تا
- (۴۳) حسن، خالد رمضان، معجم اصول الفقه، دارالطریبسی، بی تا
- (۴۴) حسنی، سید نذیر حسنی، نظریة العرف بین الشریعة والقانون، قم، چاپ اول، مرکز العالمی للدراسات الاسلامیة، ۱۳۸۵ش
- (۴۵) الحسین، ولید بن علی، مجالات اعمال العرف بعد التعديل، بی جا، بی تا
- (۴۶) حکیم، سید محسن، مستمسک العروة الوثقی، قم، چاپ چهارم، دار احیاء التراث العربی، ۱۳۹۱ق
- (۴۷) حکیم، سید محمد تقی، اصول العامه للفقه المقارن، قم، المجمع العالمی لاهل البيت، ۱۴۱۸ق
- (۴۸) حلّی، ابن ادريس، السرائر، قم، الطبعة الثانية، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۱۰ق
- (۴۹) حنبلی، عبدالرحمن بن احمد بن رجب، القواعد، بیروت، دارالکتب العلمية، بی تا.
- (۵۰) حنبلی، قاضی ابویعلی محمد، العدة فی اصول الفقه، ریاض، طبعة الثانية، ۱۴۱۴ق
- (۵۱) حنفی، محمد امین (امیر بادشاه)، تیسیر التحریر، بیروت، دارالفکر، بی تا.
- (۵۲) خراسانی، محمد کاظم، کفاية الاصول، قم، طبعة السابعة، مؤسسه آل بیت لاحیاء التراث، ۱۴۳۱ق

- (۵۳) خضری بک، محمد، اصول الفقه، المكتبة التجارية الكبرى، ط ۶ ۱۳۸۹ق
- (۵۴) خفیف، علی، اسباب اختلاف الفقهاء، بیروت، دارالفکر، بی تا
- (۵۵) خلاف، عبدالوهاب، علم اصول الفقه، مكتبة الدعوة-شباب الازهر-طبعة الثامنة لدارالقلم، بی تا
- (۵۶) خمینی، روح الله، الاجتهاد و التقليد (معتمد الاصول)، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۸۱ش
- (۵۷) خمینی، سید روح الله، البيع، تهران، چاپ اول، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ق
- (۵۸) خیاط، عبدالعزیز، نظریة العرف، عمان، مكتبة الاقصى، ۱۳۹۷ق
- (۵۹) الدبوی، ابراهیم فاضل، مقاله «نظریة العرف فی الفقه الاسلامی»، مجمع الفقه الاسلامی، جده، دور پنجم، ۱۴۰۹ق
- (۶۰) الادیب، عبدالعظیم، فقه امام الحرمین عبدالملک عبدالله الجوینی، مصر، دارالوفاء، ۱۴۰۹ق
- (۶۱) رازی، فخرالدین محمد بن عمر، المحصول فی علم اصول الفقه، مؤسسه الرساله، ۱۴۱۸ق
- (۶۲) رضا، رشید، تفسیر المنار، قاهره، هیئة المصرية العامة للكتاب، ۱۹۹۰م
- (۶۳) رفیق العجم، موسوعة مصطلحات اصول الفقه عند المسلمین، بیروت، چاپ اول، لبنان ناشرون، ۱۹۹۸م
- (۶۴) زبیدی، بلقاسم، الاجتهاد فی مناط الحكم الشرعی عند الاصولیین، طبعة الاولى، دارالتکوین، ۱۴۳۵ق
- (۶۵) زبیدی، مرتضی حسینی، تاج العروس من جواهر القاموس، کویت، مطبعة حكومة الكويت، ۱۳۸۵ق
- (۶۶) زحیلی، محمد مصطفی، القواعد الفقهية و تطبيقاتها فی المذاهب الاربعة، دمشق، طبعة الثالثة، دارالفکر، ۱۴۳۰ق
- (۶۷) زحیلی، وهبة، اصول الفقه الاسلامی، دمشق، چاپ اول، دارالفکر، ۱۴۰۶ق
- (۶۸) زرقاء، مصطفى احمد، المدخل الفقهي العام، دمشق، الطبعة الثانية، دارالقلم، ۱۴۲۵ق
- (۶۹) زركشي، محمد، بحر المحيط فی اصول الفقه، قاهره، دار الصفوه، ۱۴۱۳ق

۷۰) زلمی، مصطفی ابراهیم، اسباب اختلاف الفقهاء فی الاحکام الفقهیه، کردستان، چاپ اول، الاحسان للنشر والتوزیع، ۱۴۳۵ق

۷۱) زیدان، عبدالکریم، الوجیز فی اصول الفقه، کردستان، کردستان، ۱۳۹۰ ش

۷۲) سانو، قطب مصطفی، معجم مصطلحات اصول الفقه، دمشق، طبعه اولی، دارالفکر، ۱۴۲۰ق

۷۳) سبحانی، جعفر، تهذیب الاصول (تقریرات مباحث امام خمینی)، قم، دارالفکر، ۱۴۱۰ق

۷۴) سبحانی، جعفر، دروس فی تاریخ الفقه و ادواره، قم، طبعه اولی، مرکز بین المللی ترجمه و نشر المصطفی، ۱۴۲۶ق

۷۵) سبحانی، جعفر، رسائل اصولیه، قم، طبعه الاولی، مؤسسة الامام صادق، ۱۴۲۵ق

۷۶) سبزواری، محمد باقر، کفایة الاحکام، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، بی تا.

۷۷) سجستانی، ابوداود سلیمان، سنن ابی داود، دارالفکر، بی تا

۷۸) سرخسی، محمد بن احمد، اصول السرخسی، حیدرآباد، لجنة العلمية لاهياء المعارف النعمانية، بی تا.

۷۹) سرخسی، محمد بن احمد، المبسوط، بیروت، دارالمعرفة، بی تا.

۸۰) سمعانی، ابومظفر منصور بن محمد، قواطع الادلة فی الاصول، بیروت، طبعه الاولی، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۸ق

۸۱) السوسوه، عبدالمجید محمد، «التخصیص بالعرف و اثره فی الفقه الاسلامی»، مجلة الشریعة والقانون، ۳۲، رمضان ۱۴۲۸ق

۸۲) سیوطی، جلال الدین، الاشباه و النظائر فی قواعد و فروع فقه الشافعی، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۱ق

۸۳) سیوطی، جلال الدین، الاکلیل فی استنباط التنزیل، بیروت، دارالکتب العلمیه، بی تا

۸۴) شاطبی، ابواسحاق، الموافقات فی اصول الشریعة، دارالکتب العلمیه، بی تا

۸۵) شافعی، محمد بن ادريس، الرسالة، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۳۵۸ق

۸۶) شاکر، احمد محمد، عمدة التفسیر عن الحافظ بن کثیر، طبعه الثانية، دارالوفاء، ۱۴۲۶ق

۸۷) شبیر، محمد عثمان، القواعد الكلية والضوابط الفقهية، اردن، طبعه الثانية، دارالنفائس، ۱۴۲۸ق

- ۸۸) الشحات، سليمان عبدالوهاب، «العرف عند الاصوليين و اثره في الفروع الفقهية» مجلة كلية الدراسات الاسلامية بنين بأسوان، العدد الرابع، صص ۲۱۷۵-۲۳۲۰، جمادى الاولى ۱۴۴۳ق
- ۸۹) شلبي، محمد مصطفى، المدخل في الفقه الاسلامي، بيروت، چاپ دهم، دارالجامعية، ۱۴۰۵ق
- ۹۰) شوکانی، محمد بن علی، ارشاد الفحول الى تحقيق الحق من علم الاصول، دمشق، دار الكتاب العربي، ۱۴۱۹ق
- ۹۱) صدر، سيد حسن، تأسيس الشيعه لعلوم الاسلام، تهران، منشورات اعلمی، بی تا
- ۹۲) صدر، سيد محمد باقر، دروس في علم الاصول، بيروت، دار احیاء التراث العربي، ۱۴۲۵ق
- ۹۳) صدر، سيد محمد باقر، دروس في علم الاصول-حلقه الاولى، قم، قدس، ۱۴۱۹ق
- ۹۴) صدر، محمد باقر، المعالم الجديدة للاصول، نجف، چاپ اول، مطبعة النعمان، ۱۳۸۵ق
- ۹۵) ضویحی، احمد بن عبدالله، علم اصول الفقه من التدوين الى نهاية القرن الرابع الهجري، رياض، سلسلة الرسائل الجامعية، ۱۴۲۷ق
- ۹۶) طباطبائی، سيد محمد كاظم، العروة الوثقى، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۲۰ق
- ۹۷) طباطبائی، محمد حسين، الحاشية على كفاية الاصول، قم، بنياد علمي فرهنگي علامه طباطبائی، بی تا
- ۹۸) طبرسی، فضل بن حسن، مجمع البيان في تفسير القرآن، بيروت، طبعه الاولى، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، ۱۴۱۵ق
- ۹۹) طرابلسی، عبدالعزيز بن البراج، المهذب، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۶ق
- ۱۰۰) طوسی، محمد بن حسن، المبسوط في فقه الاماميه، تهران، چاپ سوم، المكتبة المرتضوية لاحیاء الآثار الجعفرية، ۱۳۸۷ق
- ۱۰۱) طوسی، محمد بن حسن، عدة الاصول، قم، طبعه الاولى، ستاره، ۱۴۱۷ق
- ۱۰۲) عاملی، بهاء الدين محمد بن حسين، زبدة الاصول، قم، دارالبشير، ۱۳۸۳
- ۱۰۳) عاملی، زين الدين، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، قم، چاپ هفتم، دارالتفسير، ۱۴۲۷ق
- ۱۰۴) عاملی، زين الدين، تمهيد القواعد، طبعه الاولى، مكتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۱۶ق

- (۱۰۵) عاملی، زین الدین، مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام، قم، مؤسسة المعارف الاسلامية، بی تا
- (۱۰۶) عبدالباقي، محمد فواد، المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم، قاهره، دارالكتب المصرية، ۱۳۶۴ق
- (۱۰۷) عسقلانی، احمد ابن حجر، فتح الباری شرح صحیح البخاری، قاهره، چاپ اول، دارالریان، ۱۴۰۷ق
- (۱۰۸) عقیلی، محمد بن عمرو، الضعفاء الكبير، بیروت، طبعة الاولى، دارالمکتبة العلمية، ۱۴۰۴ق
- (۱۰۹) علم الهدی، شریف مرتضی، الانتصار فی انفرادات الامامیه، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۱۵ق
- (۱۱۰) علی حیدر، درالحکام فی شرح مجلة الاحکام، ریاض، دار عالم الکتب، ۱۴۲۳ق
- (۱۱۱) علی خزنه، هیثم عبدالحمید، «تطور الفكر الاصولی الحنفی»، (پایان نامه ارشد فقه و قانون)، جامعة آل بیت
- (۱۱۲) عوض، سید صالح، اثر العرف فی التشريع الاسلامی، قاهره، دارالکتب الجامعی، بی تا
- (۱۱۳) غروی، علی، موسوعة الامام الخوئی (التنقیح فی شرح العروة الوثقی)، قم، مؤسسه احیاء آثار امام خوئی، ۱۴۱۷ق
- (۱۱۴) غزالی، ابوحامد محمد، المستصفی من علم الاصول، ریاض، دارالمیمان، ۱۴۳۳ق
- (۱۱۵) قرافی، احمد بن ادريس، الفروق، مکه، جامعة ام القرى، ۱۴۲۳ق
- (۱۱۶) قرافی، احمد بن ادريس، شرح تنقیح الفصول، بیروت، دارالفکر، ۱۴۲۴ق
- (۱۱۷) قرضاوی، یوسف، الاجتهاد فی الشریعة الاسلامی، قاهره، چاپ اول، دارالقلم، ۱۴۱۷ق
- (۱۱۸) قرطبی، محمد بن احمد، الجامع لاحکام القرآن (تفسیر قرطبی)، چاپ دوم، قاهره، دارالکتب المصرية، ۱۳۸۴ق
- (۱۱۹) قرنی، موسی بن محمد، مرتقی الوصول الى علم الاصول، بی جا، بی تا
- (۱۲۰) قمی، شیخ عباس، سفینه البحار، تهران، طبعة الثانية، دارالاسوة للطباعة والنشر، ۱۴۱۶ق

- (۱۲۱) قمی، محمد مؤمن، تسدید الاصول، قم، مؤسسه نشر الاسلامی، ۱۴۱۹ق
- (۱۲۲) قوته، عادل عبدالقادر، العرف حجیته و اثره فی الفقه المعاملات المالیة عند الحنابلة، مکه، المكتبة الملكية، ۱۴۱۸ق
- (۱۲۳) کاشف الغطاء، اسعد، العرف حقیقته و حجیته، بی جا، الذخائر، ۱۴۱۹ق
- (۱۲۴) کلانتری، ابوالقاسم، مطارح الانظار، قم، چاپ اول، مؤسسه آل بیت، ۱۴۰۴ق
- (۱۲۵) گرجی، ابوالقاسم، «اقتراح»، فصل نامه نقد و نظر، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، شماره اول ۱۳۷۳ش
- (۱۲۶) مازندرانی، شریف العلماء، ضوابط الاصول، تحقیق: محمد شریف، بی تا
- (۱۲۷) مجاهد، سید محمد، مفاتیح الاصول، قم، مؤسسه آل بیت، بی تا.
- (۱۲۸) مجددی، محمد عمیم الاحسان، تعریفات الفقهیه، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۲۴ق
- (۱۲۹) مجموعه از مؤلفین، الموسوعة الفقهية، کویت، وزارت الاوقاف والشئون الاسلامیه، ۱۴۲۷ق
- (۱۳۰) مظفر، محمد رضا، اصول الفقه، قم، طبعه الخامسة، دارالفکر، ۱۳۹۵ش
- (۱۳۱) معتزلی، محمد بن علی، المعتمد فی اصول الفقه، بیروت، طبعه الاولى، دارالکتب العلمیه، ۱۴۰۳ق
- (۱۳۲) مغنیه، محمد جواد، علم اصول الفقه فی ثوبه الجدید، بیروت، چاپ دوم، دارالجواد، ۱۴۰۸ق
- (۱۳۳) مفید، محمد بن محمد، المقنعة، قم، چاپ اول، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ۱۴۱۳ق
- (۱۳۴) مقدسی، ابن قدامة، المغنی، قاهره، مكتبة القاهرة، ۱۳۸۸ق
- (۱۳۵) مکی، موفق بن احمد، مناقب الامام الاعظم ابوحنيفة، چاپ اول، هند، مجلس دائرة المعارف، ۱۳۲۱ق
- (۱۳۶) منصور، مصطفی، مذكرات فی المدخل للعلوم القانونیه، قاهره، مكتبة عبدالله وهبة، بی تا
- (۱۳۷) مؤسسه زاید بن سلطان آل نخیان للأعمال الخیریه والإنسانیة، معلمة زائده للقواعد الاصولية و الفقهية، ابوظبی، مجمع الفقه الاسلامی، ۱۴۳۴ق

- (۱۳۸) الموسوی، ابوالقاسم علی بن الحسین علم الهدی، الذریعة الى اصول الشریعة، تهران، چاپ دوم، دانشگاه تهران، ۱۳۶۳ش
- (۱۳۹) موسی، فادیغا، اصول فقه الامام مالک ادلته العقلیة، ریاض، دارالتدمیریة، چاپ اول، ۱۴۲۸ق
- (۱۴۰) نائینی، محمد حسین، فوائد الاصول، قم، چاپ اول، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۳۷۶ش
- (۱۴۱) نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، بیروت، چاپ هفتم، دار احیاء التراث العربی، ۱۳۶۲ش
- (۱۴۲) نمله، دکتر عبدالکریم، المذهب فی علم اصول الفقه المقارن، ریاض، مکتبه الرشد، ۱۴۲۰ق
- (۱۴۳) نمله، عبدالکریم، الجامع لمسائل اصول الفقه و تطبیقاتها علی المذهب الراجح، ریاض، طبعه الاولى، مکتبه الرشد، ۱۴۲۰ق
- (۱۴۴) نهج البلاغه با ترجمه محمد دشتی
- (۱۴۵) نووی، محی الدین یحیی، تهذیب الاسماء و اللغات، بیروت، دارالکتب العلمیه، بی تا
- (۱۴۶) نیشابوری، ابو عبدالله حاکم، المستدرک علی الصحیحین، بیروت، طبعه الاولى، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۱ق
- (۱۴۷) نیشابوری، مسلم بن حجاج، صحیح مسلم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
- (۱۴۸) هاشمی شاهرودی، سید محمود، بحوث فی علم الاصول، قم، چاپ دوم، مرکز الغدیر للدراسات الاسلامیه، ۱۴۱۷ق
- (۱۴۹) هیتمی، احمد بن محمد بن حجر، الفتاوی الفقهیة الکبری، المکتبه الاسلامیه، بی تا
- (۱۵۰) الورقی، سعود، العرف و تطبیقاته المعاصره، بی جا، بی تا
- (۱۵۱) وهبی، فهد بن مبارک، منهج الاستنباط من القرآن الکریم، جده، مرکز الدراسات والمعلومات القرآنیة، ۱۴۲۸ق

۲. منابع فارسی

- (۱۵۲) ایزدی، ناصر، «عرف یا عنصر پویایی فقه»، مجله مطالعات اسلامی، شماره ۶۴، صص ۲۹-۶۰، تابستان ۱۳۸۳
- (۱۵۳) آرون، ریمون، مراحل اساسی اندیشه در جامعه شناسی، ترجمه باقر پرهام، قم، انتشارات آموزش انقلاب اسلامی، ۱۳۷۲ش
- (۱۵۴) بیرو، الن، فرهنگ علوم اجتماعی، ترجمه باقر ساروخانی، مؤسسه کیهان، ۱۳۷۰ش
- (۱۵۵) پارسا مهر، مهربان، خرم پور، یاسین، کرابی، حسام، «تأثیر مؤلفه های مدرنیته بر ابعاد عرفی شدن دین»، مجله مطالعات اجتماعی ایران، شماره ۳، صص ۵۴-۷۹، پاییز ۱۳۹۹
- (۱۵۶) پورسعید، رامین، «بررسی نقش عرف در استنباط احکام از نظر شیعه»، (پایان نامه کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی)، دانشگاه امام صادق (ع)، تهران
- (۱۵۷) جبار گلباغی ماسوله، سید علی، درآمدی بر عرف، قم، چاپ اول، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۸ش
- (۱۵۸) جعفری لنگرودی، محمد جعفر، حقوق اموال، تهران، چاپ سوم، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۳ش
- (۱۵۹) جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، چاپ پنجم، انتشارات گنج سخن، ۱۳۷۰ش
- (۱۶۰) جعفری لنگرودی، محمد جعفر، دانشنامه ی حقوقی، تهران، چاپ دوم، امیرکبیر، ۱۳۵۶ش
- (۱۶۱) جناتی، محمد ابراهیم، منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی، تهران، کیهان، ۱۳۷۰ش
- (۱۶۲) چیت فروش، سجاد، قربانی، سعید، «زمینه های عرفی گرایی حکومت اسلامی در تحلیل مضمون نظرات آیت الله جواد آملی»، دو فصلنامه جستارهای انقلاب اسلامی، شماره ۵، صص ۴۷-۸۱، بهار و تابستان ۱۴۰۰

- (۱۶۳) حسنونند، زینب، «نقش عرف در فقه و حقوق اسلامی»، (پایان نامه ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی)، دانشگاه تربیت معلم، مشهد
- (۱۶۴) دهخدا، علی اکبر، لغت نامه دهخدا، تهران، چاپ دوم از دوره جدید، دانشگاه تهران، ۱۳۷۷ش
- (۱۶۵) رازی، فریده، فرهنگ واژه های فارسی سره، تهران، چاپ هشتم، نشر مرکز، ۱۳۹۵ش
- (۱۶۶) رحمانی فرد سبزواری، علی، «تحلیلی بر قواعد استنباط»، مجله مطالعات اصول فقه امامیه، شماره دوازدهم، صص ۱-۲۹، پاییز و زمستان ۹۸
- (۱۶۷) رضا اسلامی، مدخل علم فقه، قم، چاپ اول، مرکز مدیریت حوزه علمیه قم، ۱۳۸۴ش
- (۱۶۸) صالح پور، جهانگیر، «فرایند عرفی شدن شریعت مسیح»، مجله کیان، شماره ۲۱، ص.ص ۳۵-۳۹، شهریور و مهر ۱۳۷۳ش
- (۱۶۹) صالح پور، جهانگیر، «فرایند عرفی شدن فقه شیعی»، مجله کیان، شماره ۲۴، ص.ص ۱۷-۲۳، ۱۳۷۴ش
- (۱۷۰) طاهری، محمد حسین سیاح، انتظاری، اردشیر، «فرا تحلیل تعاریف عرفی شدن و ارائه یک تعریف بر اساس مبانی اسلامی»، دوفصل نامه علمی پژوهشی دین و سیاست فرهنگی، شماره ۱۵، ص.ص ۸۰-۱۰۴، پاییز و زمستان ۱۳۹۹ش
- (۱۷۱) طبیبیان، سید حمید، فرهنگ فارسی-عربی فرزنان، تهران، چاپ دوم، فرزنان روز، ۱۳۸۴
- (۱۷۲) عرفانی، محمود، حقوق تطبیقی و نظامهای حقوقی معاصر، تهران، چاپ چهارم، انتشارات ماجد، ۱۳۷۳ش
- (۱۷۳) عظیمی، محمد، ادله اثبات دعوی، تهران، چاپ دوم، هاد، ۱۳۷۲
- (۱۷۴) علوب، عبدالوهاب، فرهنگ واژه های فارسی به عربی الواعد، جیزه، شركة المصریة العالمية للنشر-لونجمان(لانگمن)، ۱۹۹۶م

- (۱۷۵) علوی، سید محمد تقی، عرف و عادت در حقوق اسلام و ایران، تبریز، چاپ اول، انتشارات دانشگاه تبریز، ۱۳۸۳ش
- (۱۷۶) علی پور، مهدی، درآمدی به تاریخ علم اصول، قم، چاپ دوم، انتشارات جامعه المصطفی العالمیه، ۱۴۲۹ق
- (۱۷۷) عمید، حسن، فرهنگ عمید، تهران، چاپ سیزدهم، انتشارات امیر کبیر، ۱۳۵۸ش
- (۱۷۸) عمید، حسن، فرهنگ فارسی عمید، تهران، امیرکبیر، ۱۳۶۳ش
- (۱۷۹) فرجی، حمید، اصول فقه عمومی، تهران، چاپ اول، بهنامی، ۱۳۸۹ش
- (۱۸۰) فیض، علی رضا، «نقش زمان و مکان در فقه و اجتهاد»، فصل نامه حضور، شماره ۵ و ۶ تابستان و پاییز ۱۳۷۱
- (۱۸۱) کاتوزیان، ناصر، فلسفه علم حقوق، تهران، چاپ اول، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۷ش
- (۱۸۲) کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، تهران، چاپ صد و دهم، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۶ش
- (۱۸۳) کچویان، حسین، «اسلام، تشیع و فرایند عرفی شدن»، مجله کیان، شماره ۲۶، ص.ص ۴۰-۴۵، ۱۳۷۴ش
- (۱۸۴) کرمی، افشین، «بررسی مبانی فقهی و حقوقی نقش عرف در استنباط احکام»، (پایان نامه ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی)، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران
- (۱۸۵) کوئن، بروس، درآمدی بر جامعه شناسی، ترجمه محسن ثلاثی، تهران، انتشارات نوبهار، ۱۳۷۴ش
- (۱۸۶) گروه فقه و زمان و مکان، مجموعه آثار کنگره بررسی مبانی فقهی امام خمینی، قم، کنگره فقه و زمان و مکان، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۴ش
- (۱۸۷) لوی برول، هانری، جامعه شناسی حقوق، ترجمه ابوالفضل قاضی، تهران، چاپ دوم، دانشگاه تهران، ۱۳۷۰ش

- (۱۸۸) محدثی، جواد، فرهنگ غدیر، قم، چاپ ششم، معروف، ۱۳۸۷ش
- (۱۸۹) محمدی، ابوالحسن، مبانی استنباط حقوق اسلامی (اصول فقه)، تهران، چاپ ششم، دانشگاه تهران، ۱۳۷۳ش
- (۱۹۰) مدنی، سید جلال الدین، کلیات حقوق اساسی، تهران، چاپ اول، انتشارات پایدار، ۱۳۷۶ش
- (۱۹۱) مدنی، سید جلال، مبانی و کلیات علم حقوق، تهران، چاپ نوزدهم، پایدار، ۱۳۹۲ش
- (۱۹۲) مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی، فرهنگ نامه اصول فقه، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۹ش
- (۱۹۳) مرکز اطلاعات و منابع اسلامی، فرهنگ نامه اصول فقه، قم، چاپ اول، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۹ش
- (۱۹۴) معلوف، لوییس، فرهنگ فارسی به عربی المنجد، تهران، اسلامی، ۱۳۸۷ش
- (۱۹۵) معین، محمد، فرهنگ معین، تهران، چاپ سوم، زرین، ۱۳۸۶ش
- (۱۹۶) نجومیان، حسین، ارزیابی حقوق اسلامی، تهران، چاپ اول، شرکت انتشار، ۱۳۴۴ش
- (۱۹۷) واسعی، سید محمد، «فقه و عرف» فصل نامه قبسات، شماره ۱۵ و ۱۶، صص ۴۲-۵۸، ۱۳۷۹ش
- (۱۹۸) واسعی، سید محمد، جایگاه عرف در فقه، تهران، کانون اندیشه جوان، ۱۳۸۴ش
- (۱۹۹) واعظی، احمد، حکومت اسلامی-درسنامه اندیشه سیاسی اسلام، قم، چاپ سوم، انتشارات مرکز مدیریت حوزه علمیه قم، ۱۳۸۳ش
- (۲۰۰) وبر، ماکس، مفاهیم اساسی جامعه شناسی، ترجمه احمد صدارتی، چاپ سوم، انتشارات مرکز، ۱۳۷۱ش

۷. سایت ها

<u>(porseman.com)</u>	(۲۰۱)
<u>(ensani.ir)</u>	(۲۰۲)
<u>(wikifeqh.ir)</u>	(۲۰۳)
<u>(wikihoghoogh.net)</u>	(۲۰۴)

Abstract

Human societies have always faced a phenomenon called social laws, and their relationships have mostly been based on habits that have been accepted as the ruling law in society and referred to as "custom" in jurisprudence. Custom is the habit of the leader of the nation in speech or action. Undoubtedly, this social phenomenon is one of the effective factors in the derivation of Shariah rulings and it is very effective for distinguishing rulings related to time and place. Nevertheless, the domain of customary rule and its role in deriving rulings have always been disputed by the parties.

A detailed examination of this issue is of particular importance, because while clarifying the scope of the application of custom and what is its role in the derivation of rulings, it prevents excessive use of this phenomenon in the derivation of rulings. For this reason, in this thesis, we have clarified this issue by using the descriptive-analytical method of library sources.

The findings of the research have shown that some fundamentalists of the Sunnis have considered a wide area for custom, considered it a source of inference sources, and even in some cases preferred it over analogies, approval, and the material of the message. However, the Shiites and some of the Sunni fundamentalists did not believe in the scope of custom in inference and did not mention it among the sources of inference, however, they used it as a tool in the service of rulings. Regarding the role of custom in the derivation of Shariah rulings, some of the Sunni fundamentalists believe in the independent role of custom and have considered it as a reason on which the rulings are based, but the Shiites and a group of Sunnis have such a role for custom. They did not agree and used it in cases such as expressing the subject and understanding the appearances.

Keywords: role, realm of custom, role of custom, inference, Shariah rulings, parties



Al-Mustafa International University, Golestan Branch

Master's thesis in Islamic principles and jurisprudence

Title:

**The domain and role of custom in deriving Sharia rulings
from the perspective of the parties**

Supervisor:

Dr. Nasibullah Omaruf

Advisor:

Dr. Rahim Abulhosaini

Researcher:

Mohammad Fazel Saayed

Academic year: 2023/6/7

Student Code: 11515500