

مرجعیت «عرف» از دیدگاه مذاهب اسلامی

<?xml encoding="UTF-8?">

چکیده

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

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

مقدمه

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

پاره ای از فقیهان اهل سنت به مرور زمان مکتبی به نام «مکتب عرف» بنا نهاده اند که مذهب حنفیه از پیروان دارای مبنا و استدلال آن به شمار می آیند.

اهمیت عرف در مکتب فوق تا به آن پایه است که نه تنها آن را در اثبات حقوق و معاملات و تصرفات به عنوان یک منبع بزرگ اثبات احکام فقهی معتبر دانسته اند، بلکه به عنوان اصلی از اصول شرعی پذیرفته شده است. طرح این مقوله علمی نیازمند احاطه به مبانی و نگرشهای مذاهب اسلامی است که در متون فقهی و اصولی مورد بررسی قرار می گیرد.

ماهیت عرف

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

العرف: المعروف و هو خلاف النکر و ما تعارف علیه الناس فی عاداتهم و معاملاتهم؛¹ مفهوم عرف، امر شناخته شده و معروف، در برابر «نکر» است، خواه آن امر از امور تکوینی باشد، مانند زمین بلند یا موج و امواج دریا و خواه از عادات شایع مردمی که برای همگان شناخته شده باشد.

شیخ طوسی در ذیل آیه «وَأمر بالعرف»² فرموده است: «قوله: «وَأمر بالعرف»؛ یعنی بالمعروف و هو کل ما حسن فی العقل فعله او فی الشرع و لم یکن منکراً و لاقبیحاً عند العقلاء...»³

غالب تعابیر و تعاریف عرف، نمونه های خارجی آن است، نه تفسیر مضمون یا مراد حقیقی آن. مهم تر آنکه متبادر اولیه از عرف نیز همان امر شناخته شده و مستحسن عقلی است و همین نیز از آیات استفاده می شود. درباره عرف اصطلاحاتی مانند «سیره متشرعه»، «سیره عقلا»، «مرتکبات متشرعه»، «عادات و آداب» و «سنت تقریری» نیز ذکر شده است.

«عادت» از ریشه «عود» و به معنای بازگشت است و با تکرار پیایی عمل ایجاد می شود. چنین عملی به مرور نزد مردم شناخته می شود و در نفوس رسوخ می یابد. آنچه از بیان اهل فن درباره عرف و عادت فهمیده می شود این است که به ظاهر تفاوتی بین عرف و عادت از جهت مفهوم و مصداق وجود ندارد؛ به ویژه آنکه بعضی از تعاریف به یکدیگر عطف شده اند، ولی از نوشته های اهل اصول چنین برمی آید که عرف و عادت از حیث مفهوم افتراق دارند؛ هر چند در مصداق متحدند.⁴

عرف و عادت دارای ویژگیهایی انحصاری اند:

قدمت عرف: متعارف باید ناشی از شیوة عمل مردم جامعه طی سالهای متمادی باشد و گرنه در زمان محدود، یک قاعده حقوقی معتبر و لازم الرعایه محسوب نمی شود.

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

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

تعریف عرف

وهبه زحیلی در ذیل عرف می نویسد:

العرف هو ما اعتاده الناس و ساروا علیه من کل فعل شاع بینهم او قول تعارفوا اطلاقه علی معنی خاص لاتألفه اللغة ولا یتبادر غیره سماعه وهذا یشمل العرف العملی والعرف القولی؛⁵

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

مرحوم علامه طباطبایی در ذیل آیه شریفه «وَأمر بالعرف» آورده اند که عرف باید در روش و عمل مردم امری حسن و معقول باشد و برخلاف ارزشها نباشد.⁶

عملی ترین تعریف از مرحوم آقا ضیا نراقی است. وی در باب ادله اجتهاد و تقلید فرموده است:

والی ذلک ایضاً یرجع السیرة المعهود من العرف و العقلایی والمتدینین من الصدر الاول علی رجوعهم فی کل ما جهلوا به الی العالم بل و یرشد الیه ماورد فی الادلة الشرعیة من ارجاع الجاهل الی العالم...⁷

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

العادة والعرف ما استقر في النفوس من جهة العقل وتلقته الطبايع بالقبول...؛ 8

عرف و عادت روشی است که با یاری عقل در نفوس جای می گیرد و طبایع سالم آن را مورد پذیرش قرار می دهند. در تعریف ایشان دو نکته اساسی است: اول آنکه وی دو واژه عرف و عادت را به یکدیگر عطف نموده است و دیگر اینکه جایگاه اعتبار عرف را مستند به عقل و طبع دانسته است.

در اینجا باید گفت که بر تمام تعاریف مذکور نقدهایی وارد است:

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

2. عرفها و عادات با دگرگونی ازمه و امکنه تغییر پذیرند و لازمه این مطلب، تغییر عقول سلیم و طبایع است.

3. بنابر تقسیم عرف به صحیح و فاسد و این که بخشی از عرفها فاسد و مسامحی اند، اطلاق عرف بر عرفهای مخالف عقول و طبایع سلیم و فاسد صحیح نیست و افزودن شهادت عقول در بعضی از تعاریف، هیچ اعتباری به مفهوم عرف نمی دهد.

4. تعاریف، جامع افراد و مانع اغیار نیستند، بلکه غالب آنها تنها شرح الاسم اند.

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

عرف خاص: شیوه گروهی خاص در زمان یا مکان معین، مانند صنعت یا مهارت مخصوصی که در برخی از شهرها معمول است، عرف خاص نام دارد. استعمال الفاظ و مجاری آن نزد اهل عرف و بخشی از معاملات منطقه ای و آداب معاشرت و رسوم در اینجا مطرح می شود. عرف عملی در یک محل خاص می تواند در موارد خاص مانند وقف نامه ها و وصیت نامه ها به کار آید.

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

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

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

عرف مطرد، عرف غالب: عرف مطرد آن است که در منطقه یا مناطقی شایع شود و هیچ گونه مخالفتی با آن در کار

نباشد. در غیر این صورت، عرف غالب خواهد بود.

عرف فقها (اجماع): برخی از علمای حنفیه معتقدند که عرف فرعی از فروع اجماع است؛ زیرا اجماع نزد اهل سنت از عرف عام یا عرف خاص برمی آید و اعتبار آن منوط به اتفاق امت یا اتفاق اهل حل و عقد است؛ ولی حق آن است که اجماع فرعی از انواع عرف است، نه عکس آن؛ زیرا عرف یا حسن است یا قبح دارد ولی اجماع حسن مطلق است؛ عرف یا مطرد است و یا غالب، ولی اجماع منحصراً مطرد است؛ عرف بلدی و محلی است، ولی اجماع بلدی وجود ندارد و نیز در عرف عمل معتبر است، ولی در اجماع، عمل شرط تحقق نیست. 9

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

عرف و ادله لبیه

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

1. عرف می تواند صحیح یا فاسد باشد، ولی دلیل عقل فاسد نیست؛ هر چند خطا کند. این سخن بدین معناست که در دلیل عقلی وصف فساد به کار نمی رود؛ گرچه تعبیر باطل می تواند به کار رود.
2. عرف باید همگام با عمل و تکرار باشد، ولی در دلیل عقلی حضور عمل ضرورتی ندارد.
3. عرف به تدریج به دست می آید، ولی محصول عقل یکباره ظهور می کند.
4. عرف در فقه و اجتهاد اهل سنت و حقوق اروپا اصل و منبع مستقل به حساب می آید، ولی همگان عقل را منبع قواعد و حقوق بر نمی شمردند. ظاهریه از اهل سنت و اخباریان از امامیه مخالف دخالت عقل در منابع حقوقی اند. اشاعره و حنفیه نیز عقل را از منابع حقوق نمی دانند. 10 این بینشها در مورد عرف و عقل، سبب تفاوت دیدگاه در استنباط گردیده است. برخی از مذاهب، مانند شافعیه و امامیه، برای حکم عقل اعتبار ویژه ای قائل اند. البته فقیهان شیعه دلیل عقل را به عنوان حجت برای حکم شرعی نپذیرفته اند و محدثان امامیه از اساس منکر حکمیت عقل اند. 11

تفاوت عرف با اجماع

اجماع از طریق اتفاق امت یا فقها و مجتهدان یک مذهب معین منعقد می شود. بنابراین، با اینکه اختلاف در کیفیت کاشف است، این اتفاق باید به هر صورت به رأی معصوم منتهی شود، ولی عرف فاقد عنصر اتفاق است، بلکه سلوک اکثریت و عمل مطابق با سیره همگانی در آن کفایت می کند. پس مورد عرف، عمل معین است و مورد اجماع، رأی معین است. عرف گاهی فاسد است، ولی اجماع بر مفسده وجود ندارد. عرف محلی و بلدی دارد، ولی اجماع این گونه نیست. عرف ممکن است غالب یا مطرد باشد، درحالی که اجماع باید مطرد باشد. 12

تفاوت عرف با بنای عقلا

عرف جنبه عمومی یعنی لفظی و عملی دارد و بنای عقلا بخشی از عرف یعنی عرف عملی است. بیشتر فقیهان و اصولیان این عرف عملی را «بنای عقلا» نامیده اند و قواعد فقهی را بر آن بنا کرده اند. در این عرصه، بنای عقلا در

مقابل دلیل عقل، هویت نو پیدا می کند؛ به این مفهوم که بنای عقلا یک عملکرد خارجی است که به تکرار عمل بستگی دارد، ولی حکم عقل، استنتاج عقلی است. 13

دیدگاهها

الف. شیعه

عرف در تاریخ از سه عامل تأثیر پذیرفته است: سرزمین، روح ملی و قومی، حس تقلید. در جزیره العرب، عرف و عادت پایه مظاهر زندگی و اساس شناخت بوده است؛ زیرا عربها در هیچ جنبه از ابعاد زندگی مادی و معنوی خود قانون مدونی نداشته اند و بر طبق عرف های جاهلی که در تاریخ و اشعار و آثار باقی مانده، عمل می کرده اند. با تشریع منابع اسلامی (کتاب، سنت) ارزشمندی عرف و عادت به ویژه نزد اعراب از بین رفته است. 14 البته کلیت این سخن مورد ایراد است؛ زیرا ممکن است در عرفهایی که مورد ردع شارع واقع نشده است، نتوانیم به زوال و انقراض حکم کنیم. برحسب روال تاریخی و سیره های دوره پیامبر اسلام و ائمه (ع) و عصر غیبت امام عصر (عج) و سیره های مستحدث، عرف منوط به احراز اعتبار و تأیید از سوی شارع مقدس است.

بر پایه یک تقسیم، عرف به عرف شارع و عرف متشرعه که هر دو از اقسام عرف خاص است، تقسیم بندی می شود. متعارف زمان پیامبر اکرم (ص) را عرف شارع می نامند و مقصود از عرف متشرعه متعارف بعد از این دوره است. عرف شارع از نظر مدت تا اوایل نیمه اول هجری ادامه داشته و از اواخر آن عرف متشرعه آغاز گشته است. مبدأ حقیقی برای عرف متشرعه تبیین نشده است، ولی امامیه از عصر صادقین (ع) به بعد، عرف را متشرعه نامیده اند و این دیدگاه بیشتر در عرف قولی و یا لفظی مفید است. 15

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

اعلم ان العموم لایجوز تخصیصه بان یعتاد الناس ان یفعلوا خلافه لأن افعالهم یجب ان تكون تابعة لخطاب الله تعالی و خطاب رسوله فکیف یجعل التابع متبوعا و ان کانت هذه العادة اثرت فی حکم اللفظ و فائده وجب ان یخص العموم بها لان «التعارف» له تأثیر فی فوائد الالفاظ فلا یمتنع تخصیص العموم بما یجری هذا المجرى. 16 سید مرتضی پس از بیان تأثیر عرف و عادت در حکم لفظ و حتی در ملاک تشخیص مفاهیم، در بحث حقیقت و مجاز، نقش عرف را چنین بیان می کند:

ان قولنا غائط کان فی الاصل اسم للمکان المطمئن من الارض ثم غلب علیه الاستعمال عرفی فانتقل الی الکناية عن قضاء الحاجة و الحدث المخصوص ولهذا لایفهم من اطلاق هذه اللفظة فی العرف الا ما ذکرناه دون ما کانت علیه فی الاصل. 17

وی در توضیح کلام مفید می فرماید:

حقیقت، لفظی است که موصوف به مراد حقیقی از مفاد «موضوع له» است که در لغت یا عرف یا شرع آمده است. عرف را در کنار لغت و شرع به طور مستقل آورده اند. 18

وی در مورد جواز تعدی مجاز و مراتب خطاب می گوید:

اگر از ناحیه خداوند خطابی بیاید و در آن خطاب عرف یا شرعی نباشد، بر وضع لغوی حمل می شود؛ زیرا وضع اصل است، ولی اگر بین وضع و عرف تردید باشد، بر عرف حمل می شود نه بر اصل؛ زیرا عرف عارض بر اصل وضع است و ناسخ و نافذ در اوست. 19

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

والتحقیق الرجوع فی موضوعه (الغناء) الی العرف الصحیح الذی لاریب فی شموله المقامات المعلومه و شعبها المعروفة عند اهل فنھا. وعلی کل حال فیرجع فی تقدیر الرضعة الی العرف الذی هو المرجع فی کل لفظ لم تعین له الشارع حداً مضبوطاً؛²⁰

بر پایه تحقیق، مرجع در موضوع غنا عرف صحیح است و حضور آن نزد اهل فن در همه مباحث و فروع عملی فراگیر است. پس برای تعیین معنای شیرخوارگی به عرف مراجعه می شود؛ زیرا عرف مرجع در هر لفظی است که شارع برای آن معیاری وضع ننموده است. وی همچنین در جایی دیگر آورده است:

هرگاه موضوع حکم شرعی از عرف گرفته شده باشد، به عرف مراجعه می شود، اما در شناخت واژه هایی همانند «صلاة» چون شارع آن را در معانی خاص شرعی به کار گرفته است، عرف در تعیین مصداق آن نقشی ندارد.²¹

نقش عرف به عنوان مرجع در کتب مکاسب و متاجر بسیار بارز است؛ به ویژه مرحوم شیخ انصاری در مکاسب مواردی از تشخیص و مناط حکم را به عرف محول کرده اند. مثلاً در معامله اعیان نجسه از قبیل خون، میت، آلات موسیقی و...، ملاک شرعی در جواز معامله منافع حلال است و عرف تنها داور است که می تواند میزان منفعت حلال یا حرام و صحیح و فاسد را مشخص نماید.²²

مرحوم شهید ثانی در تشریح مفهوم غنا می فرماید:

والاولی الرجوع فیه الی العرف فما یسمی فیه غناء یحرم، لعدم ورود الشرع بما یضبطه، فیکون مرجعه الی العرف؛²³

در این مورد رجوع به عرف اولویت دارد. پس آنچه غنا نامیده می شود، حرام است؛ زیرا ضابطی از سوی شرع واصل نشده است؛ پس مرجع شناخت آن عرف است.

حضرت امام خمینی (ره) با نگرشی نقادانه، نکات راهگشایی فرموده است:

اما الرجوع الی العرف فی تشخیص الموضوع و العنوان فصحیح لامحیص عنه اذا کان الموضوع مأخوذاً فی دلیل لفظی او معقد اجماع؛²⁴

رجوع به عرف برای تشخیص موضوع و عنوان مأخوذ در دلیل لفظی یا در معقد اجماع بدون تردید معتبر است. ایشان از یک سو عرف را هنگامی که در مدالیل الفاظ و یا جایگاه اجماعات قرار گیرد، می پذیرد و از سوی دیگر عرف و زمان و مکان را در اجتهاد عمیقاً دخیل می داند و می فرماید:

از جمله شرایط اجتهاد، انس با محاورات عرفی و فهم موضوعات عرفی است؛ همان عرفی که محاورات قرآن و سنت بر طبق آن صورت گرفته است. شرط اجتهاد نیز دوری جستن از خلط دقایق علوم عقلی با مبانی عرفی عادی

است؛ زیرا در این زمینه خطای بسیار صورت می گیرد؛ به گونه ای که برای دل مشغولان به دقایق علوم این مشکل فراوان پیش می آید که معانی عرفی بازاری و رایج میان اهل لغت را با دقتی که خارج از فهم عرف است، به هم می آمیزند. 25

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

ارتکاز عقلا و سیره آنان در یک امر، هنگامی حجت است که شارع آن را امضا و تایید کرده باشد. در امضا کردن شارع نیز همین بس است که منع نکرده باشد؛ زیرا عدم ردع کاشف از امضا کردن اوست. البته این در صورتی است که سیره عقلا در مرئی و منظر پیغمبر و امام باشد. سیره عقلا در اصل صحت و عمل کردن به خبر شخص موثق و سایر اموری که به زمان معصومان می رسد، از آن جمله است، ولی اگر سیره عقلا بر عمل کردن در امور جدید و مستحدثی باشد که به زمان پیغمبر و امام متصل نمی شود، در این قبیل موارد نمی توان امضای شارع را کشف کرد. مسئله تقلید و رجوع جاهل به عالم نیز از همین مسائل مستحدث است. این سیره عقلایی تقلید از عالم، در زمان ما نسبت به زمانه معصومان تفاوت یافته است. پس هر چند رجوع جاهل به عالم فطری است و راه دیگری برای جاهل وجود ندارد، مادامی که این سیره عقلایی با امضای شارع همراه نشود، عمل کردن بر طبق آن جایز نیست و چنین سیره ای میان عبد و مولی حجت نخواهد بود. 26

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

الف: نخست اثبات می کنیم که اجتهاد به معنای متعارف زمان ما، در زمان ائمه نیز بوده است.

ب: اگر اصل ارتکاز رجوع جاهل به عالم مرضی ائمه نبود، ردعی از آنان صادر می شد. پس با نیامدن ردع کشف می کنیم که اصل ارتکازی رجوع جاهل به عالم، مورد تایید معصومان بوده است. 27

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

فقیهان محدوده تأثیر عرف را در حیطه موضوع حکم شرعی و نه اثبات احکام شرعی می دانند. در حقیقت، نزاع بین فریقین، نزاعی لفظی است. اهل سنت برای تعیین مصداق حکم، یا بیان مفهوم قضیه، عرف را دلیل دانسته اند، اما امامیه آنچه را در کبرای قیاس استنباط قرار گیرد، دلیل شرعی قرار نمی دهند، بلکه تعیین مصداق حکم شرعی را موجب استنباط موضوع می دانند. مثلاً در نظر امامیه این بحث که آیا مشتق حقیقت در تلبس به مبدأ است یا اعم از متلبس و منقضی، از موارد استنباط موضوع است؛ لذا تنها عرف قولی برای اثبات وجوب و حرمت مورد توجه قرار می گیرد؛ زیرا از ادله لفظیه است، اما عرف عملی لسان ندارد و تنها مشروعیت اباحه عمل را اثبات می کند و اثبات حکم نمی کند. مثلاً عرف ترک حلق لویه است، مگر قرائنی وجود داشته باشد. اهل سنت این عرف را نیز حجت می دانند. 28 در نظر اهل سنت در زمان اختلاف عرف با عقل در موضوع احکام شرعی و حدود بقا و ارتفاع آن، حکم عرف بر عقل مقدم است؛ زیرا احکام شرعی بر اساس مکالمات عرفی و نه دقتهای عقلی پایه ریزی شده اند.

بهره گیری از عرف، سبب دگرگونی موضوع و حکم نیز می گردد. در قضایای شرعی، اصل دخالت عرف و سیره یا

بنای عقلا، تنها در تشخیص موضوع است و نه در حکم. البته گاهی بعضی از مصادیق عرفی، به عنوان ثانوی، موضوع حکم شرعی قرار می گیرد؛ مانند مروت که در باب عدالت مطرح می شود. مرحوم صاحب جواهر در تعریف مروت می فرماید: «مروت آن است که شخص کاری بر خلاف عادت مردم نکند؛ به گونه ای که از وی متنفر شوند و این با تغییر زمان و مکان، مختلف خواهد بود.»²⁹

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

وعلى كل حال قد عرف الغناء بتعاريف مختلفة تزدي على اثني عشر تعريفاً، و الظاهر ان كلا منهم قد عرف الغناء بعنوانه من مفردات العرف و هو يختلف حسب الاقوام و العصور و الازمان... و ان الميزان في تحقق موضوع الغناء المحرم في الشريعة الصديق العرف؛³⁰

غنا افزون بر دوازده گونه تعریف شده است و به ظاهر گونه ای از شناسه های عرفی آن را طرح نموده اند، ولی این عرف به گوناگونی دوره ها متغیر است. ملاک در طرح موضوع غنای حرام در حوزه شرع، همان «صدق عرفی» است.

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

گروهی از محققان نگاشته اند که احکام دو گونه است: تأسیسی و امضایی. حکم تأسیسی حکمی بی سابقه و مشرّع آن، شارع مقدس اسلام است. نماز و حج، با ویژگیهای ذکر شده در نصوص، از این جمله است. حکم امضایی نیز حکمی است که در مذاهب دیگر و در میان اعراب جاهلی سابقه داشته و اسلام آن را ردع و منع نکرده است. جواز بیع و نکاح از این قبیل است، اما نمی توان از حجت دانستن برخی از اینها، اعتبار عرف در حقوق اسلامی را در عصر پس از زمان شارع نیز استفاده کرد؛ زیرا آیات و سنت، این عرفها را به رسمیت شناخته اند و با حضور دلیل معتبر، نیازی به حجت شمردن عرف باقی نمی ماند. همچنین آنچه را برای عرف زمانهای پیش بیان شده، نمی توان برای عصر کنونی استنتاج نمود؛ زیرا دلیلی که دال بر حجیت برخی از عرفهای قبل از زمان شارع و در عین حال، مثبت حجیت عرفهای بعد از او باشد، یافت نشده است. حال آنکه شارع نیز برخی از عرفهای عصر خود را پذیرفته و بعضی را نیز رد کرده است.³¹

عرف در اصول

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

تشخیص موضوعات

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

مرحوم صاحب جواهر می فرماید:

لاخلاف بین الاصحاب فی ان المرجع فيه (الاحیاء) الى العرف لعدم التنصيص شرعا و لغة؛ 32

اصحاب متفق اند که رجوع در احیای موات به عرف است؛ زیرا نص شرعی یا لغوی بر آن نیامده است. همچنین تشخیص بقای موضوع در بحث استصحاب، منوط به نظر عرف است و ترتب حکم شرعی نیز بر این منوال است و دقت عقلی در آن مناط قرار نمی گیرد و همه علما بر این نظر متفق اند. لذا مرحوم نایینی در بقای موضوع، احراز اتحاد قضیه متیقنه و مشکوکه را در بسیاری موارد، مشکل می داند و می فرماید:

لذلك اشتهر بين المتأخرين ان الموضوع في باب الاستصحاب انما يوخذ من العرف لامن العقل و الا من دليل الحكم؛ 33

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

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

تشخیص مفاهیم و مصادیق

مفاهیم الفاظ و اصطلاحات وارده در خطابات شرعی، در زمان تبادل به ذهن و تعارض عرف و لغت در مفاهیم الفاظ، به گونه ای مطلق بر معنای عرفی حمل می شود. تفسیر اطلاق در بیان مرحوم غروی اصفهانی چنین آمده است:

الامر الثاني: لاشكال في ان المرجع في مفاهيم الالفاظ و مداليلها انما هو العرف العام سواء وافق عرف اللغة او خالفه ولا عبرة باللغة اذا كان العرف العام على خلافها، فان الالفاظ تنصرف الى مفاهيمها العرفية بحسب ما ارتكز في اذهان اهل المحاورات، فعند تعارض العرف و اللغة او اخص منه بل ولو كان مبيناً معه لواتفق ذلك فلا بد من الرجوع الى العرف في تشخيص مفهوم الحنطة و الزبيب والعنب وغير ذلك من الموضوعات الخارجية؛ 34

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

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

وبالجملة لاشكال في الكبرى و تشخيص الصغريات على عهدة العرف... وفيه ان الشارع لما كانت خطاباته مع العرف كخطابات العرف مع العرف و ليست له طريقة خاصة غير طريقة العقلاء لامحالة يكون في تشخيص

المفاهيم و مصاديقها نظر العرف متبعاً، كما ان الامر كذلك في خطابات العرف؛ 35

به طور کلی، بررسی کبریات و تشخیص مصادیق در گرو عرف است، ولی چون روی خطاب شارع به عرف، مانند خطابه‌های عرف با عرف است و برای او راهی دیگر غیر از شیوه عاقلان نیست، به ناچار در احراز مفاهیم و مصادیق از نظر عرف پیروی می‌کند؛ همان گونه که در خطابه‌های عرفی این چنین است.

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

فقه‌ها در عرصه استنباط، از طهارت تا دیانت به عرف ارجاع داده‌اند. این ارجاعات از دویست مورد هم تجاوز می‌کند: «قیام، موالات، قرائت، کثرت، تباعد، ارتفاع و انخفاض، تقدم، مساوات، عزم، اقامت، شدت و ضرورت، عیال و مئونه، حمل، استطاعت، غسله ثانیه، استقبال، العصیر، التمیمیز، ضمان، لقطه، غصب، قبض، احیای موات، قرب و بعد، حرم ملک، مدعی و منکر، اتحاد و تعدد، مسکر، عتق، قدرت خرید، وطی، هبه، وقف، صدقه، صید، جمد، غنا، لهو، اقامت زوجه و مضاجعه...» 36

مفهوم و حکم برخی از موضوعات ثابت است و هرگز متحول نمی‌شود. رجل، مسکر و عیال از این قبیل‌اند. اما برخی دیگر از مفاهیم و احکام به مرور زمان و تغییر مناسبات اجتماعی و اقتصادی و فرهنگی، دگرگون می‌شوند. این اختلافات از دگرگونی عرف نشأت می‌گیرد و هرگاه موضوع یا مصداق حکم تغییر کند، حکم و دلیل شرعی، شامل آن نمی‌شود. از جمله موارد مستند به عرف که در میان فقهای شریعت دیده می‌شود، این است: «اگر حیوانی را وقف کند، به نظر عرف، شیر و پشم آن نیز داخل وقف است و یا اگر چیزی بر مسلمانان وقف شود، به تشخیص عرف، زنان و کودکان را نیز شامل می‌شود...» 37

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

الامر الثالث: فالتعويل على العرف انما يكون في باب المفاهيم ولاثر لنظر العرف في باب المصاديق بل نظره انما يكون متبعاً في مفهوم الكر و الفرسخ و الحقّة و نحو ذلك، واما تطبيق المفهوم على المصداق فليس بيد العرف بل هو يدور مدار الواقع فان كان الشيء مصداقاً للمفهوم ينطبق عليه قهراً و ان لم يكن مصداقاً له فلا يمكن ان ينطبق عليه؛ 38

امر سوم: همانا اعتماد به عرف در باب مفاهیم است و فایده ای برای نظر آن در مصادیق نیست، بلکه رأی عرف در مفهوم کُر و فرسنگ (کیلومتر) و وزن و حالت پذیرفتنی است، اما تطبیق مفهوم بر موارد نیز عرفی نیست، بلکه دایرمدار واقعیت است. اگر چیزی در واقع مصداق مفهومی است، منطبق با عرف است و اگر مصداق آن نیست، هرگز بر عرف منطبق نمی‌شود.

امام خمینی (ره) تحت عنوان «فی ان المراد من العرف ليس العرف المسامح»، با بیانی شیوا و وافی چنین توضیح داده است:

مراد ما از عرف در قبال عقل، عرف دقیق است نه مسامحی. ما در تشخیص مصداق از ناحیه عرف دو گونه

برداشت داریم: اگر عرف با دید مسامحه آمیز در مقادیر و اوزان مانند مسافت و کیل بنگرد و به تطبیق اهمیت ندهد، این برداشت عرفی مقبول نیست.

اما اگر عرف با دید دقیق بسنجد و بعد از زوال عین نجاست یا خون با وجود آثاری مانند لکه یا رایحه، بگوید آن علائم مصداق نجاست نیست، با اینکه بر اساس دقت عملی و برهانی، عرض بدون محل محال است و وجود لکه دال بر بقای نجاست در محل است، در اینجا نظر عرف متبع است. 39

مرحوم حاج آقا رضا همدانی، در این زمینه، تنها با یک تفاوت، تفصیلی همانند تفصیل امام خمینی (ره) دارد: مسامحه عرفی گاهی در «صدق» است؛ مثلاً اطلاق مثقال یا رطل یا من بر کمتر از معتد به مسامحه است و در تقادیر شرعی عرف معتبر نیست. ولی گاهی مسامحه عرفی در «مصدق» است. اطلاق طلا بر طلای غیرخالص یا گندم بر گندم مخلوط به خاک و ریگ و یا اطلاق خاک بر خاک تیممی که همراه با علف و خاشاک باشد، از آن جمله است. این گونه تسامح، اندراج موضوع تحت عنوان عرفی است، اطلاق در این موارد حقیقی عرفی است و حکم هم بر این اساس مرتب می شود. 40

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

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

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

عمده سیره قطعیه مستمر است که مردم در زمینهای وسیع تصرفاتی می کنند. استراحت و تغذیه و برپایی نماز و استفاده از نهرها برای نوشیدن از آن جمله است. هرگز منع و ردی نیز از این تصرفات انجام نمی شود. 41

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

یدل علی صحتها (معاطاة) السیرة المستمرة العقلائیة من لدن تحقق التمدن و الاحتیاج الی المبادلات الی زماننا کما هو واضح؛ 42

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

کشف مناط احکام و ظهورات و مرادات در متن خطاب هم، در بسیاری از مواضع، منوط به ظهور عرفی است. از جمله این ظهورات نقش عرف در بررسی وسائط خفیه در باب استصحاب است. حضرت امام خمینی (ره) در فصل «حول الوسائط الخفیه» فرموده است:

والمراد من خفاء الواسطة ان العرف و لو بالنظر الدقيق لايري واسطة فى ترتب الحكم على الموضوع و يكون لدى العرف ثبوت الحكم المستصحب من غير واسطة و انما يرى العقل يضرب من البرهان كون الاثر مترتب على الواسطة لبا و ان كان مترتباً على ذى الواسطة عرفاً؛ 43

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

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

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

اما اصل مثبت با خفای واسطه حجت است؛ زیرا اثر به مسامحه عرفی برای صاحب واسطه است، ولی اینجا محل مسامحه نیست؛ زیرا رجوع به عرف برای تعیین مفهوم لفظ، در حین شک یا سعه و ضیق آن، با علم به اصل است. خلاصه اینکه موضوع حجیت ظهور عرفی است و تنها مرجع در تعیین ظاهر، عرف است؛ چه آن ظهور از حیث وضع باشد و چه با قرینه مقالیه یا حالیه همراه باشد. اخذ مسامحات بعد از تعیین مفهوم و تشخیص ظهور لفظی نیز جایز نیست؛ مثلاً در مسئله گُر، بعد از وجود دلیل بر عدم انفعال آبی که رطل باشد، عرف به گونه ای مسامحه آمیز بر کمتر از این مقدار نیز گُر اطلاق می کند. این نظر عرف جایز نیست، بلکه حکم به نجاست آن می شود. 44

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

توضیح ذلک: ان الانصراف قدینشا من غلبة الوجود فی الخارج کانصراف لفظ الماء فی بغداد الی ماء الدجله و فی مکان آخر الی غیره و مسمى هذا الانصراف بدویا یزول بادنئ التفاوت و هذا لم یتوهم کونه مانعاً من التمسک بالاطلاق، وقدینشا من التشکیک فی الماهیه فی تفاهم العرف. 45

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

قاعده جمع عرفی از کارسازترین وسائل حل تعارض ادله است و به ویژه در باب تعادل و ترجیح، حکم اولیه در برخورد حجتها تقدیم جمع عرفی و علاجهای متعارف است. آیت الله شهید محمد باقر صدر می فرماید:

تسمى جميع حالات القرينية بموارد الجمع العرفی و یسمى التعارض فی موارد بالتعارض غیر المستقر لانه یحل

بالجمع العرفی تمییزاً له عن التعارض المستقر و هو التعارض الذی لایتیسر فیہ الجمع العرفی. 46

تعارض یا مستقر است یا غیر مستقر. اگر تعارض مستقر باشد، نوبت به تساقط یا تخییر می رسد، ولی اگر تعارض از حیث عرف غیرمستقر باشد، یک دلیل، قرینه بر تفسیر مقصود شارع از دلیل دیگر است. به لحاظ قرینه نیز جمع بین دلیلین واجب است. اگر قرینه کاملی از ناحیه متکلم وجود داشته باشد و به مقصود نزدیک باشد، در بیان مقدم می گردد که گاهی ناظر بر تصرف در موضوع قضیه دلیل دیگر است و یا ناظر بر تصرف در «محمول» آن قضیه است.

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

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

1. دآوری عرف برای تعیین معنای واژه ها و ترکیبها از جمله «فاسق، رکن، تبیین، امکان و مفهوم» و «فاسئلوا اهل الذکر» منظور می گردد.

2. دآوری عرف در صدق عناوین و مفاهیم پذیرفته می شود؛ مثلاً عصیان نزد عرف، بر مخالفت احتمالی صدق نمی کند، مخالفت قطعی بر مخالفت اجمالی نیز صادق است و ضابط صدق محصور و غیر محصور است.

3 برای تعیین راجح در متعارضین، از قبیل نص و ظاهر و عام و خاص، به عرف رجوع می شود.

4. تقیید به وسیله عرف انجام می شود. عرف خطاب اجتناب از محرمات را مطلقاً به «مورد ابتلا» مقید می کند؛ زیرا صدور خطاب بدون تعلیق را قبیح می داند.

5. حجیت ظواهر الفاظ به حکم عرف است. 47

6. عرف در تشخیص و بقای موضوع و اذعان به کلیت آن در صدق موضوع، استصحاب عرفی را میزان می داند.

48

7. در تشخیص مراد متکلم به عرف رجوع می شود. همچنین اینکه میزان قید در خطاب، به موضوع برمی گردد یا به حکم، منوط به عرف است. 49

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

9. در اخبار علاجیه و تعارض خبرین، بنای عرف ملاک قرار می گیرد.

10. در دو روایت متعارض، عرف، طرح را روا نمی داند. 50

مرحوم آخوند خراسانی نیز به عرف التفات داشته است. در نظر وی، قاعده اولی در تعارض خبرین جمع نیست، ولی هرگاه عرف در ترجیح نص یا ظاهر بماند، به حمل ظاهر بر نص یا اظهر جمع انجام می شود. او همچنین وجه تقدم امارات بر استصحاب را ورود قرار داده و توفیق عرفی را در ورود پسندیده است. 51

ب. اهل سنت

نخستین کسانی که عرف را در ادله اجتهاد پذیرفتند، ابوحنیفه و مالک اصبحی بودند. مالک در مواضع بسیار از راه

عرف و مصالح مرسله بهره می گرفت. 52 البته بحث اصولی فریقین درباره عرف و عادت، در آغاز بسیار اندک بوده است، ولی متأخران اهل سنت درباره مرجعیت و اقتضائات عرف، قلم فرسایی فراوان نموده اند و با افتتاح فروع و احتجاج بر حجیت عرف و عوارض آن، باب گفت و گو با امامیه را گشوده اند.

حجیت عرف نزد اهل سنت بر اساس مبانی یکنواخت نیست و دو دیدگاه از آن برداشت می شود: در دیدگاه اول، دانشمندان حنفی عرف را حجت می دانند و میدان عمل آن را گسترده می شمارند و معتقدند که عرف از بهترین زمینه هایی است که می توان با آن فقه اسلامی را با تحولات جامعه و جهان هماهنگ نمود و نیازهای علم روز و نظام متغیر جهان را برآورده ساخت. 53 برخی از عالمان دیگر سنی پا را فراتر گذاشته اند و در بیان دیدگاه خویش عرف را مایه تکامل و بقای مذاهب می دانند.

استاد شیخ محمد ابوزهره آورده است:

عرف سبب رشد و پیشرفت و بقای مذاهب گردیده است. فتوا در همه مذاهب بر اساس عرف مردم و برای مصلحت و مأخوذ از معروف آنان است و مستنکر نیست که حکم به این وسیله صحت یابد. این عرف راهی برای بهره برداری از سنتها و چاره ای، برای حل مشکلاتی است که در عقود و معاملات جاری است. 54

در دیدگاه ابوزهره، عرف اصلی است که مذاهب حنفی و مالکی در غیر محل نص اتخاذ می نمایند. به این جهت علمای مذهب حنفی و مالکی گفته اند: آنچه به عرف صحیح ثابت می شود، به مثابه ثابت به دلیل شرعی است. وی در ادامه به ارزش عرف در زمان فقدان نص اشاره می کند و می گوید: دانشمندانی که عرف را معتبر دانسته اند، به این حقیقت اقرار کرده اند که اعتبار عرف وقتی است که نصی، اعم از کتاب و سنت، در دست نباشد و هرگاه عرف مخالف کتاب و سنت باشد، مانند: رواج خمر و ربا در جوامع، هرگز اعتبار ندارد. 55 این النجار می نگارد: «ومن الأدلة الفقه أيضاً، تحکیم العادة و هو معنى قول الفقهاء: ان العادة محكمة ای معمول بها شرعاً.» 56

عبدالوهاب خلّاف هم آورده است: «والعرف، عند التحقيق ليس دليل شرعياً مستقلاً... و هو فى الغالب من مراعاة المصلحة المرسلّة و هو كما يراعى فى تشريع الاحكام يراعى فى تفسير النصوص...» 57 دیدگاه دوم، ناظر بر نظر اطلاقی اول است که اجمالاً عرف را به عنوان دلیل ظاهری در جریان امور قرار می دهد. سیدصالح عوض و دیگران در مقابل اکثریت گفته اند: «ان العرف ليس مصدراً من مصادر التشريع ولادليلاً بالمعنى الذى تطلق عليه حكمة مصدر او دليل...» 58 و استاد ابوسنه می گوید: «ان العرف فى هذه النصوص ليس دليلاً على الحقيقة و انما هو دليل ظاهر فقط...» 59 صاحب المصنفی چنین تشریح می کند: «العرف ليس دليلاً مستقلاً و انما يستمد قوته بحسب موافقته للدالة الشرعية الاصلية.» 60 دو الیبی نیز چنین تفسیر کرده است:

العرف، اذا لم يعتبره الفقهاء اصلاً خامساً من اصول الشريعة فذلك لان الاعراف و العوائد ما هي الا المصالح المعترية بين الناس و ان الشريعة ما تأسست الا على اعتبار هذه المصالح و ان اعتبار تلك العوائد والاعراف ضرورة شرعية تشهد لها اصول الشريعة الرابع من كتاب و سنة و اجماع و اجتهاد و لو لم تعتبرها لادى ذلك الى تعطيل المصالح و تكليف ما لا يطاق و ذلك غير جائز و لا واقع فى الشريعة الاسلامية لذلك فان العرف بهذا الاعتبار هو من روح الشريعة المشهودة فى اصولها الرابع و ليس باصل خامس مستقل عنها؛ 61

اینکه فقیهان عرف را دلیل پنجم و مستقل از اصول شریعت در مقابل ادله اربعه اعتبار نکرده اند، به خاطر آن است که هر امر پسندیده در میان عقلا همان مصالح معتبر میان مردم است. بنای شریعت نیز اعتبار بخشیدن

به همین مصالح است. ارزشمند بودن این مصالح و عرفها امر ضروری شرع است که منابع چهارگانه شرع بر آن گواه است. اگر این ملاحظات نباشد، امور به برکناری مصالح و ایجاد وظایف مشقت بار منجر می شود و این نه تنها جواز ندارد، بلکه در شرع هم واقع نشده است. پس عرف به این لحاظ برانگیخته از متن شریعت است که اصول چهارگانه آن را تأیید نموده است و هرگز اصل مستقلی در مقابل اصول چهارگانه و در مرتبه پنجم نیست. البته دانشمندان اهل سنت علی رغم اختلاف نظرها، ادله احکام را منحصر به ادله اربعه نمی دانند و اصول دیگری را در طریق اجتهاد به کار بسته اند. قیاس، استحسان، مصالح مرسله، اجماع اهل مدینه، سد ذرایع و عرف از آن جمله است. نزد مذاهب مختلف اهل سنت، تعداد و کارایی این اصول متفاوت است. 62

از دیدگاه اهل سنت، عرف جایگاه مناسبی در عرض کتاب و سنت ندارد، بلکه مرجعی برای وصول به حکم و دلیل ظنی و کاشف ناقص است که باید با دلیل دیگری جبران گردد. در مقابل، عده ای عرف را اصلی از اصول فقه پنداشته اند. البته شاید مراد از اصل، اصل غیرمصطلح (اصل عملی در مقابل اماره) باشد، همچنان که قواعد فقهی را «اصل» نامیده اند. با این حال، عمده دانشمندان اهل سنت به اعتبار عرف رأی مثبت داده اند. اما آیا عرف از مسائل اصولی است یا ادله شرعی؟ استقلال عرف از حیث اصالت یا دلالت و از سوی دیگر، تبعیت عرف از سایر ادله، بین دانشمندان اصولی و فقهی اهل سنت، مبنا قرار گرفته و دیدگاه آنان را متفاوت ساخته است. بر این اساس در اینجا دو دیدگاه وجود دارد:

1. استقلال عرف و حجیت مطلق

برخی از اهل سنت عرف را دلیلی مستقل و در عرض ادله دیگر می دانند و اعتبار آن را در حد حجت می پذیرند. ابن نجیم در این باره می نویسد:

اعلم ان اعتبار العادة و العرف يرجع اليه في الفقه في مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك اصلاً فقالوا في الاصول في باب ماتترك به الحقيقة: ترك الحقيقة بدلالة الاستعمال و العادة... فاذا تعارضا (العرف مع الشرع) قدم عرف الاستعمال خصوصاً في الايمان... ؛ 63

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

سرخسی آورده است: «الثابت بالعرف كالثابت بالنص» 64 ابوزهره نیز می گوید: در بسیاری از مسائل به عرف و عادت مراجعه می شود؛ به گونه ای که آن را اصلی از اصول شرعی پذیرفته اند. وی در تأیید مبنایی افزوده است: حتی در صورت تعارض بین عرف و لغت، یا عرف و قیاس، در هر دو صورت عرف مقدم است، زیرا در مسئله لغت، حجیت قول لغوی به اثبات نرسیده است و قیاس نیز به رأی همه فقها در مقابل عرف کنار گذاشته می شود، اما چون عرف از ناحیه شارع مورد خطاب قرار گرفته و خطابات با توجه به فهم عرف، صادر شده است، پس عرف ارجح است. 65

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

2. عدم استقلال عرف یا عرف مشروط

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

العرف ليس دليلاً مستقلاً انما يستمد قوته بحسب موافقته للأدلة الشرعية الاصلية فمادام العرف لا يخالف الشرع فتجب مراعاته على المجتهد في اجتهاده و القاضي في قضائه لان الشارع قد اعتبر العرف الصحيح في تشريعه؛ 66

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

عبدالوهاب خلّاف گفته است: از ژرف نگری در عرف و نمونه آن و آنچه اصولیان و فقیهان گفته اند روشن می شود که عرف دلیلی مستقل و مشروع نیست، بلکه دلیلی است که از آن برای فهم مراد خطابی شرع استفاده می شود. بنابراین، برخی از علمای اهل سنت، مصادر اصلی فقه را چهار چیز می دانند: «کتاب»، «سنت»، «اجماع» و «قیاس» و غیر از این چهار مورد را از مصادر نمی شمارند. در نزد آنان، عرف از مصادر خارجیه است، نه از مصادر اصلی معروف به ادله شرعیه و ارزش عرف در همین حد است که موضوع حکم شرعی را اثبات می کند، نه خود حکم شرعی را. 67

دیدگاه های مذاهب اهل سنت چنین مورد ارزیابی قرار می گیرد:

احمد الرزقاء در باب «سلطان العرف فی الفقه الاسلامی اجمالاً» دیدگاه کلی اهل سنت تشریح نموده است: عرف در فیه اسلامی اعتبار مشروع دارد که در باب آن در کلیه مسائل اجتهادی و فقهی اسلامی اتفاق نظر موجود است هر چند در اندازه دلالت و کاربرد آن تفاوت در دیدگاه وجود دارد. فقیهان به ویژه بزرگان فرقه حنیفه برای عرف در اثبات حقوق و فواید آن در نواحی و جوامع گوناگون در باب معاملات و تصرفات ارزش قائل اند. در نزد آنان عرف و عادت اصالتی مهم و مرجعی بزرگ و فراگیر است که با آن احکام حقوقی مدنی را بر اساس موقعیت زمانی و مکانی بدون مبانیت با نص و شریعت تثبیت می کنند. عرف در دیدگاه آنان دلیل شرعی کافی برای اثبات احکام الزامی و فروع رائج بین مردم است در جایی که دلیلی غیر از آن نباشد. در صورت تعارض عرف با قیاس، قیاس کنار می رود. زیرا سرانجام قیاس مخالف با عرف جاری به حرج منتهی می شود. پس رهایی از احکام قیاس و اهتمام به عرف مانند استحسان است که بر قیاس مقدم گردد. 68

مذهب حنفی

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

الثابت بالعرف ثابت بدلیل شرعی تعامل الناس من غیر نکیر منکر اصل فی شرع... 69

ابن نجیم از علمای حنیفه می نگارد:

القاعدة السادسة: العادة محكمة و اصلها قول (ص): «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله أحسن... اعلم أن اعتبار العادة و العرف يرجع اليه في الفقه في مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك أصلاً. فقالوا في الأصول في باب ما تترك به الحقيقة تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال و العادة... و اذا تعارض العرف مع اشرع قدم عرف الاستعمال خصوصاً في الأيمان... 70

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

و لنا إنّ الله أحلّ البيع و لم يبين كيفيته موجب الرجوع الى العرف كما يرجع اليه في القبض و الاحراز و التفرق و... 71

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

مذهب مالکی

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

إنّ العرف و العادة اصل من اصول الشرعية يقضى به في الاحكام. 72

و دیگری گفته است:

إن نكارة العادات لامعنى له و الاخذ بالعرف امر واجب. 73

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

و الوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين لمن اراد أن يتم الرضاعة... 74 را به عرف و عادت تخصیص زده و زن ذات ترفه را که از ارضاع متضرر می شود استثنا کرده است. 75

ابن رشد می گوید:

اما در مورد مقدار نفقه، نظر مالک آن است که مقدار نفقه در شرع معین نشده، بلکه مقدار آن به مقتضای حال و موقعیت زوج و زوجه بستگی دارد که به حسب اختلاف مکانها و زمانها و احوال اشخاص اختلاف پیدا می کند و نظر ابوحنیفه هم همین است. 76

یا خطاب مالکی در باب بیع می نویسد:

رکن اول در انعقاد بیع، صیغه است و آن دلالت بر رضایت کند، خواه قولی باشد یا فعلی مانند معاطات که آن عطا و بخشش است، زیرا فعل بر رضایت دلالت دارد عرفاً. 77

مذهب شافعی

در نزد دانشمندان شافعیه عرف از حیث تحکیم در روند استنباط و فقاهاست ضروری به نظر می آید:

صاحب فتح الباری گفته است:

ان الرجوع الى العرف احد القواعد الخمس التي يبتنى عليها الفقه... و من لم يخرج العرف في المعاملات تفقها لم يكن على حظ كامل فيها... 78

و یا غزالی آورده است:

و العادة اصل مستفاد منها معارف فان بها يعلم بطلان دعوى معارضة القرآن و اندراسها. 79

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

اعلم ان اعتبار العادة و العرف رجع اليه في الفقه في مسائل كثيرة لا تعد فمن ذلك من الحيض و البلوغ و... 80 در فقه شافعی آمده است:

«رضایت امری پنهانی است که ما اطلاعی بر آن نداریم پس صیغه راهنمایی بر رضایت است که در معاطات چنین منعقد نمی شود». 81

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

مذهب حنبلی

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

العرف اصل کبیر یرجع الیه فی کثیر الشروط و الحقوق التي لم تتقدر شرعا و لا لفظا⁸² یا و مما یدخل فیما جاء به الرسول (ص)، اعتبار العرف و العادة لا علی وجه یخالف صریح الشرع... 83

پیشوای این مذهب، احمد حنبلی، درباره روایت ابن القاسم گفته است:

إذا قال لاهل بیتی او قرابتی فهو علی ما یعرف من مذهب الرجل... ای العادة الخاصة. 84

وی عرف عادی شخص را ملاک شناخت خانوادگی و نسل او می داند.

در جای دیگر به نقل از ابن عابدین، از شرایط اعتبار مفتی را شناخت عرفیات مردم می داند:

لابد للمفتی من معرفة الزمان و احوال اهله و معرفة ان هذا العرف خاص او عام اوانه مخالف نص اولاً و لابد من التخرج علی استاذ ماهر ولا یکیفیه مجرد حفظ المسائل و الدلائل فان المجتهد لابد من معرفة عادات الناس. 85

در مجموع احمد حنبلی معتقد است: کسی که بر مسند قضاوت می نشیند باید جامعه شناس و عرف شناس باشد و در نزد استاد رموز علمی را بیاموزد و به نقالی اکتفا نکند، بلکه قوه تحلیل و استناد را بیابد. فقیه باید از عرفیات مردم شناخت لازم کسب نماید.

البته در بررسی متون فقهی اهل سنت هم، قواعدی مشاهده می شود که در فتواها به کار رفته است، از جمله:

(استعمال الناس حجة يجب العمل بها)

(المعروف عرفا كالمشروط شرعاً)

(المشروط عرفا كالمشروط شرعاً)

(العادة المطردة تنزل منزلة الشرط)

(التعيين بالعرف كالتعيين بالنص)

(البیین بالعرف كالبیین بالنص)⁸⁶

و نظیر این قواعد که به مانند دلیل مستقل در اغلب استنادات فقهی آنان به وفور دیده می شود.

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

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

را می پذیرفت. همین عادت و عرف، از راه اجماع مجتهدان یا ادله شرعی دیگر، مانند استحسان، به قوانین اسلام راه یافت.

عرف در همه جا و همه حال شرعاً معتبر است و در قواعد کلی، عرف معیار قوانین شناخته می شود. این قاعده از قواعد چهارگانه ای است که قاضی حسین بن محمد مرورودی، فقه را بر آن مبتنی نموده است. صاحب المجلة داوری عرف را مورد توجه قرار می دهد و می گوید: سنجش قانون با عرف است؛ یعنی در اثبات حکم شرعی عادات عمومی یا خصوصی، می توان عرف را داور قرار داد. 87

شرایط عرف

اعتبار عرف در نزد امامیه منوط به شرایطی است. در این دیدگاه، عرف باید مخالف با نص (قرآن و سنت) نباشد؛ مثلاً حکم عرف به حلیت ربا و مشروبات الکلی، مباین با نص شریعت است. به عبارت دیگر، باید منعی از شارع درباره عرف وجود نداشته باشد. 88

صاحب عروة الوثقی می فرماید:

كل معاملة عقلائية صحيحة الا ما خرج بالدليل الخاص كما هو مقتضى العمومات؛ 89 مقتضای «عمومات ادله» این است که هر معامله عقلایی صحیح است به جز مواردی که دلیل ویژه باعث خروج آن شده باشد.

در دیدگاه امامیه، عرف نباید از نوع مسامحات و عادات تقلیدی و بی اساس باشد، بلکه باید بر ارتکازات عقلایی مبتنی باشد؛ مثلاً شیخ اعظم انصاری ادعا کرده است که معاطات ناشی از مسامحه در امور دینی است و از این رو حجت نیست.

و اما ثبوت السيرة و استمرارها على التوريث فهي كسائر سيراتهم الناشئة عن المسامحة و قلة المبالاة في الدين مما لا يحصى في عباداتهم ومعاملاتهم و سياساتهم كما لا يخفى... ؛ 90

و همچنین اگر قواعد حقوقی در محضر شارع مقدس وجود داشته و ابراز مخالفت نیز ممکن باشد، در صورتی که در نهایت شارع، آن قواعد عرفی را امضا نموده و یا حداقل ردع ننموده باشد، معتبر می گردد. 91 پذیرش عرف در اهل سنت نیز با ملاکها و شرایطی همراه است.

مصطفی احمد الزرقاء می گوید:

در فقه اسلامی برای عرف و اعتبار آن اتفاق نظر وجود دارد، هر چند که بین دیدگاهها درباره حدود و مقدار کاربرد آن تفاوت است. در مذهب حنفی، در اثبات حقوق و انجام معاملات و تصرفات مردم، عرف را اصل و منبع عظیم و وسیعی در اثبات احکام حقوقی و نیز معتبر دانسته اند، مگر آنکه نص شرعی صحیحی آن را رد نماید. 92

همچنین عرف باید مورد پسند عقل و ذوق سلیم و رأی عموم واقع شود، از امور تکراری و شایع بین همه مردم باشد و از عادات زمان پیشین و یا زمان کنونی به حساب آید. البته عرف پیشین اعتبار شایسته ای ندارد. در هر حال، عرف به ویژه نباید برخلاف قراردادها باشد. 93

به این لحاظ و در مجموع، عرف ما فارغ از اصالت یا دلایل و نگرشهای فقهی، با شرایط خاص ذیل معتبر دانسته می شود:

1. اطراد یا اغلبيت عرف: شمول عرف در اعتقاد و عمل، باید به گونه ای باشد که در بیشتر مصادیق مورد استناد قرار گیرد.

2. سبقت یا مقارنت در میدان عمل: دلالت لفظی یا عملی عرف باید همزمان با حدوث یا وقوع آن قضیه، محقق شده باشد و در حین انتفاع تکوین یافته باشد. از این رو، اگر عرفی در دوره گذشته وجود نداشته و زمان تصرف آن نرسیده باشد، یا پس از تغییر شرایط حادث گردد، پذیرفته نیست. 94

3. عدم تصریح: عرف از جمله دلالات است و بنابر قاعده «المعروف عرفاً کالمشروط شرطاً» تا زمانی که شرایطی مغایر با عرف و راه حلی در مقابل آن پیش بینی نشده باشد و روال بر سکوت و رضایت بگذرد، ارزشمند است و گرنه ارزشی ندارد.

4. عدم مخالفت: هرگاه عمل به عرف موجب تعطیل نمی شود، عرف از اعتبار می افتد. همچنین با وجود نص شارع یا قاعده قطعی شرع یا اصلی از اصول عملیه، عرف جایگاهی ندارد؛ مانند بیع ربوی و مجهول که نص صریح برخلاف آن قائم شده است. 95

ادله عرف

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

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

1. در نظر معصوم باشد و تقریر و سکوت او به نحو قضیه خارجی باشد. همچنین تأیید شارع، عقود متعارفه عصر خود را تجویز کند و تسری دادن آن به زمانها و مکانهای دیگر جایز نیست. مسئله بیمه و برخی از مبادلات امروزی که برای کبرای کلی همه معاملات عقلایی، کشف تقریر معصوم مشکل است؛ لذا باید معاملات مستحدثه را تحت یکی از عقود متعارفه در زمان معصومان مندرج نماییم. شهید صدر در این باره بحث کرده است که در بررسی مقدار کارایی سیره عقلایی، آیا دایره تأثیر امضا، به آنچه در زمان معصومان متعارف بوده، محدود است یا زمانهای گوناگون را در بر دارد. وی در پاسخ این مناقشه گفته است:

سکوت شارع و عدم ردع او، محدود به امضای عمل خارجی عقلاست و هرگز دال بر توسعه و تأیید کلیه ارتکازات عقلایی بدون فرض عمل خارجی نیست. 96

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

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

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

شیخ اعظم انصاری، آخوند خراسانی، میرزای نایینی و امام خمینی از جمله قائلان این نظریه اند. 97

نظریه دوم: عرف از باب «موضوعیت» است. در این نظریه، عرف در استنباط حکم شرعی محوریت دارد و جنبه وسیله کشف از رضایت و امضای معصوم در آن لحاظ نمی شود. معتقدان این دیدگاه اکثر دانشمندان اهل سنت اند که نظریه را به دو گونه بیان کرده اند:

الف. حکم و بناهای عقلایی ناشی از عقل است و استقرار بنای عملی عقلاً بر اعتماد به خبر افراد موثق، کشف

قطعی و یقینی از حکم عقل به حجیت خبر ثقه می کند، و این تا زمانی است که شارع مقدس، راه دیگری غیر از طریقه عقلا معین نکرده باشد.

ب. انگیزه عقلایی بر اساس حفظ مصالح عمومی و پیشگیری از اختلال در نظام اجتماع بشری است. عقلا معتقدند آنچه در تأمین این هدف دخالت داشته باشد، مطلوب شارع است؛ مثلاً شارع به دلیل حفظ مصلحت، احکام ثانویه را ایجاد یا تأیید نموده است و این احکام بر احکام اولیه حکومت دارند. قاعده لاضرر و لاجرح از آن جمله است. 98

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

در دیدگاه اهل سنت، برای تأیید اعتبار عرف، مطالبی بیان شده است. در نگاه آنان، قرآن برخی از عادات و تقلیدهای رایج قبل از ظهور اسلام را که با روح شریعت اسلامی تعارض نداشته اند، تأیید کرده است. وجوب دیه بر عاقله چنین است. رسول الله نیز در مهاجرت به مدینه، برخی از عادات و عرفهای معمول را تأیید نموده است. بیع سلم و عریه از این قبیل است. 99 همچنین اصحاب پیامبر در هجرت به سرزمینهای اسلامی، بعضی از عادات محلی را - مانند مواضع اختلاف بین احکام عرف عراق و عرف حجاز - مورد توجه قرار داده اند.

دلیل اول، آیه «خذالعفو و امر بالعرف» 100 است که می فرماید: «(ای رسول ما)، طریقه عفو پیش گیر و به معروف و نیکوکاری امر نما.» استدلال کنندگان قائل اند که آیه ناظر به رعایت عرفی و الزام به امور عرفی از جانب پیامبر ارجمند است؛ والا فایده ای بر توجه دادن به عرف مترتب نمی شود. ولی این تقریب از چند جهت مخدوش است: عرف مذکور در آیه فوق، به معنای اصطلاحی اصولی نیست، بلکه با توجه به قرائن، همان مفهوم لغوی مراد است.

همچنین آیه کریمه از آیات مکی است که شأن نزول آن تحریص و تشویق به مکارم اخلاق است، نه بیان فروع و وجوه احکام. 101 بعضی از مفسران معتقدند مراد از عرف در آیه، افعالی است که عقل یا شرع تأیید کند؛ زیرا سیاق آیه امر به عفو از افعال جاهلان می کند و در آخر به اعراض از آنها دستور می دهد و این نکته با مفهوم اصطلاحی نمی سازد. 102 برخی دیگر از مفسران، عرف و معروف در آیه را به نیکویی نزد عقول و شرع معنا کرده اند که مقید به احکام خاص شرع نیست، بلکه در نبود نظر مخصوص شرع، در مورد یا مواردی، جای تمسک به عرف است. 103

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

دلیل دوم، روایت عبدالله بن مسعود از رسول الله (ص) است: «... فما رأى المسلمون حسناً فهو عند الله حسن...» ؛ 104 آنچه مسلمانان نیکو می پندارند، در نزد خدا نیز نیکوست. « در تقریب این معنا گفته اند: رأی و هم اندیشی مسلمانان در کارها نزد خداوند معروف است؛ یعنی نیکویی نظر، نوعی عرف است، ولی این بیان هم تام نیست. از سوی دیگر، سند روایت نیز موقوف یا مرسل است.

این منقول متعلق به راوی است که عده ای به رسول الله نسبت داده اند. همچنین دلالت منقول ربطی به مدعی علیه ندارد، بلکه اخص از مدعی است؛ زیرا مضمون روایت درباره سیره عملی متشرعه است، نه اینکه عرف به

عنوان حجت مستقل و سیره مستدل مطرح شده باشد. «ال» در «المسلمون» نیز برای عهد ذهنی است، نه جنس. مراد از مسلمانان، به قرینه «رأی»، صحابه یا اهل اجتهادند که منطبق با اهل کمال و معرف است. همچنین ممکن است این واژه اشاره به اجماع امت باشد، نه احوال و رسوم آنها.

نکته دیگر این است که هیچ ملازمه ای بین عرف و حسن عمل به دست نمی آید و اکثر عرفها معلل به حسن نیستند. بر فرض تنزل، دلالت روایت نیز از صغریات حکم عقل یا اجماع است و این حجیت نمی آورد. 105
دلیل سوم، قول شریح قاضی در عصر خلیفه دوم است که به ریسندگان گفت: «... سنتکم بینکم»؛ 106 سنت شما بین خودتان معتبر است. «عرف نیز از جمله سنن و عادات است، اما مناقشه این تقریب واضح است؛ زیرا کلام شریح برای ما حجیت ندارد و ملاک حکم شرعی قرار نمی گیرد. و این قضیه در بخش تشخیص مصادیق و مفاهیم استناد می شود.

دلیل چهارم، حکایت «هند»، همسر ابوسفیان، است. در حدیثی از پیامبر اسلام نقل شده است که زوجه ابوسفیان نزد پیامبر چنین شکایت کرد: ابوسفیان حق مرا از نفقه و منافع فرزندانم ادا نمی کند. شما تدبیری بیندیشید. رسول الله نیز در جواب فرمود: «خدی مایکفیک و ولدک بالمعروف؛ برای هزینه زندگی و فرزندان، از مال همسرت به اندازه متعارف بگیر.» 107

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

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

دلیل ششم، اجماع است. محمضانی ادعا کرده است: «و دلیل تحکیم العادة فی الامور الشرعية هو اجماع الفقهاء المبني علی سابقات قضائية الاسلامية.» 108

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

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

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

الف. سیره عملی عقلایی با روش منطقی در مسئله ای تحقق یابد.

ب. سیره عملی، مورد امضا و تأیید شارع مقدس قرار گیرد و اتصال آن به عصر معصوم احراز گردد تا اقرار و تقریر

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

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

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

پی نوشتها :

1. المعجم الوسیط، گروه مؤلفان، ج2، ص 595.
2. اعراف (7)، آیه 199.
3. البیان فی تفسیر القرآن، محمد بن حسن طوسی، ج 5، ص 73.
4. مجموعة الرسائل، ابن عابدین، ص 112.
5. الوجیز فی اصول الفقه، وهبة زحیلی، ص 97.
6. المیزان فی التفسیر القرآن، محمدحسین طباطبایی، ج 8، ص 397.
7. نهاية الافکار، آقا ضیاءالدین العراقی، ج 4، ص 241.
8. مجموعة الرسائل ابن عابدین، محمدامین افندی، ص 112.
9. نظریة العرف، خلیل رضا المنصوری، ص 55 - 57؛ اصول العامة للفقه المقارن، محمدتقی حکیم، ص 420.
10. حقوق اسلام، محمدجعفر جعفری لنگرودی، ص 112 - 116.
11. المدخل التشریع الاسلامی، محمد فاروق النبهان، ص 139.
12. الوجیز فی اصول الفقه، دکتر وهبة الزحیلی، ص 97.
13. حقوق اسلام، دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی، ص 94.
14. منابع اجتهاد، محمدابراهیم جناتی، ص 398.
15. مبانی استنباط حقوق اسلامی، دکتر ابوالحسن محمدی، ص 249.
16. الذریعة الی اصول الشریعة، سید مرتضی علم الهدی، ج1، ص 306 - 307.
17. همان، ج 1، ص 10-12.
18. همان.
19. همان، ج 1، ص 15.

20. جواهر الكلام، شيخ محمدحسن نجفی، ج 22، ص 47؛ ج 29، ص 290.
21. همان، ج 11، ص 64..65
22. المكاسب، شيخ مرتضى انصاری، ص 3.
23. مسالك الافهام، زين الدين العاملي، ج 7، ص 34.
24. البيع، امام خميني، ج 1، ص 381.
25. الرسائل، (رسالة الاجتهاد التقليدي)، امام خميني، ج 2، ص 123.
26. همان.
27. همان، ص 125.
28. اصول الفقه، محمد خضري بك، ص 184.
29. جواهر الكلام، محمدحسن نجفی، ج 13، ص 294.
30. رسالة الغناء، مرتضى حسيني نجومی، (تعاریف الغناء) ص 23..27
31. مباني استنباط حقوق اسلامي، دكتور ابوالحسن، محمدی، ص 252.
32. جواهر الكلام، محمدحسن نجفی، ج 38، ص 65.
33. فوائد الاصول، ج 4، ص 571.
34. فوائد الاصول، محمدحسين غروی اصفهانی، ج 4، ص 574.
35. البيع، امام خميني (ره)، ج 1، ص 258.
36. جواهر الكلام، محمدحسن نجفی، ج 2، ص 5، 6، 9، 10، 11، 12، 13، 14، 15، 16، 20، 22، 29، 33، 36، 38، 40، 41، 42، 43.
37. اللمعة الدمشقية، (كتاب الوقف)، ج 1، ص 299 - 302.
38. فوائد الاصول، ج 4، ص 574.
39. الرسائل، امام خميني (ره)، ج 1، ص 277.
40. نظرية العرف، ص 210..213
41. التنقيح، ابوالقاسم خویی، ج 4، ص 258.
42. البيع، ج 1، ص 54؛ نظرية العرف، ص 210 - 213.
43. الرسائل، امام خميني، ج 1، ص 183.
44. مصباح الاصول، مرحوم خویی، ج 3، ص 158 - 159.
45. اجود التقريرات، مرحوم خویی، ج 2، ص 435.
46. دروس فی علم الاصول «مجموعة الكاملة»، محمدباقر صدر، ج 3، ص 635 - 638.
47. فوائد الاصول، ج 1، ص 27 - 28، 126-133؛ ج 2، ص 482 - 756؛ ج 2، ص 411-417، 436؛ ج 1، ص 306؛ ج 2، ص 422؛ ج 1، ص 294.
48. همان، ج 2، ص 497..684
49. همان، ص 685 - 693.
50. همان، ص 288.
51. كفاية الاصول، آخوند خراساني، ص 439-448، باب تعادل و تراجيح.

52. منابع اجتهاد، محمدابراهيم جناتى، ص. 399
53. الاشباه و النظائر، ابن نجيم حنفى، (القاعدة السادسة)، ص. 102
54. العرف، عادل بن عبدالقادر، ج 1، ص 220-221
55. المدخل الفقهي العام، احمد الزرقاء، ج 1، ش 39، ص. 134
56. الاصول الفقه، محمد ابوزهرة، ص 255، ش. 262
57. علم الاصول الفقه، عبدالوهاب خلاف، حد. 91
58. اثر العرف فى التشريع الاسلامى، عوض سيدصالح، ص. 617
59. العرف و العادة، ابوسنة، ص. 32
60. المصطفى فى اصول الفقه، على بن الوزير، ص. 417
61. المدخل الى اصول الفقه، الدو اليبى، ج 1، ص. 30
62. الامام الصادق و المذاهب الاربعة، ج 1 - 2، ص. 520
63. الاشباه و النظائر، ابن نجيم حنفى، ص 101 - 105
64. المبسوط، السرخسى، ج 13، ص. 14
65. اصول الفقه، ابوزهرة، ص 255 - 256
66. المصطفى فى اصول الفقه، احمد ابن على الوزير، ص. 416
67. مصادرالتشريع الاسلامى، عبدالوهاب خلاف، ص. 149
68. المدخل، القهى العالم، احمد الرزقا، ج 1، ش 39، ص. 134
69. المبسوط، شمس الدين سرخسى، ج 13-14، ص 14-77
70. الاشتباه و النظائر على مذهب ابى حنيفة، ابن نجيم، ص. 46
71. المعنى، الموفق ابن قدامى، ج 3، ص. 561
72. الاحكام القرآن، ابن العربى، ج 4، ص. 1830
73. العرف والعمل، عبدالكريم جيدى، ص. 81
74. بقره (2)، آيه. 233
75. اصول الفقه الاسلامى، مصطفى شبلى، ص. 321
76. بداية المجتهد والنهية المقتصد، ابن رشد، ج 2، ص. 54
77. شرح الخطاب، ج 4، ص. 228
78. فتح البارى، القاضى حسين، ج 4، ص. 406
79. المستصفى، الوحامد غزالى، ج 1، ص. 177
80. الاشتباه و النظائر، السيوطى، ص. 69
81. نهاية المحتاج، الرملى، ج 4، ص 3-22
82. المختارات الجليلة، السعدى، ص. 55
83. فتاوى، محمدابن ابراهيم، ج 12، ص. 252
84. القواعد، الامام ابن رجب، ص. 297
85. رسائل و نشرالعرف، ابن عابدين، ج 2، ص 127؛ اعلام الموقعين، الجوزيه، ج 4، ص. 179

86. منابع اجتهاد، ابراهیم جناتی، ص.405
87. فلسفه التشريع فى الاسلام، صبحى محمصانى، ص 264.
88. اصول الفقه، محمد ابوزهرة، ص 273، ش 263.
89. عروة الوثقى، (كتاب مزارعه)، ج 2، ص 711، مسئله 2.
90. المكاسب، شيخ مرتضى انصارى، ص 83.
91. درآمدى بر حقوق اسلامى، ج 1، ص 368.
92. المدخل الفقهي العام، احمد الزرقاء، ج 1، ص 134.
93. الاشباه و النظائر، جلال الدين سيوطى، ص 69.
94. فلسفه التشريع فى الاسلام، ص 268.
95. مبانى استنباط حقوق اسلامى، دكتور ابوالحسن محمدى، ص 225.
96. بحوث فى علم الاصول، سيد محمود هاشمى، ج 4، ص 246.
97. فوائد الاصول، ص 100؛ كفاية الاصول، ج 2، ص 98؛ فوائد الاصول، ج 3، ص 135؛ مصباح الاصول، ج 2، 129؛ الرسائل، ج 2، ص 123.
98. العرف، عادل بن عبدالقادر، ج 1، ص 225.
99. عريه: نخل خرمایی که برای نگهداری و یا بخشش آن، هنگامی که میوه اش رسیده باشد، از معامله کنار گذاشته می شود. سلم: قیمت جنسی که تا وقت مشخصی با وصف معینی تسلیم دیگری شود و جنس را بعد از مدتی تحویل دهند. النهاية، ابن اثیر، ج 3، ص 224.
100. اعراف (7)، آیه 199.
101. المدخل الفقهي العام، مصطفى احمد الزرقاء، ج 1، ص 133.
102. منابع اجتهاد، ابراهیم جناتی: ص 402.
103. المنار (تفسير القرآن الحكيم)، محمد رشيدرضا، ج 9، ص 534 ـ 537.
104. الاشباه و النظائر فى الفروع، عبد الرحمن سيوطى، ص 64؛ مسند، احمد بن حنبل، ج 2، ص 16، ح.3600.
105. العرف، عادل بن عبدالقادر، ج 1، ص 192.
106. فتح البارى، ج 4، ص 406.
107. اعلام الموقعين، ابن قيم الجوزية، ج 4، ص 335، ش 489.
108. فلسفه التشريع الاسلامى، صبحى محمصانى، ص 266.

* محقق و نویسنده حوزه علمیه قم.