



The Functions of Custom in Comparative Jurisprudence

Mohammad Adel Ziaey¹ 

1. Associate Professor, Department of Shafi'i Jurisprudence Group, Theology and Islamic knowledge University of Tehran, Tehran, Iran. Email: ziaey@ut.ac.ir

Abstract

A prominent feature of jurisprudence in the modern era is its attention to the needs of the people and the resolution of their daily problems. One of the most evident manifestations of this attention is the consideration of custom in the process of ijtihad (independent legal reasoning). Jurists define custom as the verbal and practical habits of the people and believe that since the basis for accepting custom is the requirement of sound reason, neglecting it will cause hardship and disruption to the normal course of people's lives. However, considering custom in life, from a jurisprudential perspective, is accompanied by serious challenges; firstly, there is disagreement regarding the authority of custom as one of the sources of law, and secondly, jurists do not agree on the extent and manner of using custom, meaning that jurists disagree on whether the authority of custom means recognizing the subject matter or a means of knowing the Sharia ruling. Nevertheless, in practice and over many centuries, jurists have generally accepted custom, albeit as a non-independent reason, and have used it in the process of deriving rulings. The most important functions of custom are as follows: discovering the ruling, discovering and determining the rationale of the ruling, applying the rulings and determining and identifying concepts and subjects, interpreting Sharia texts and explaining the intent of the rulings, completing Sharia rulings, which means clarifying rulings that are mentioned in the texts in a summary manner, prioritizing the ruling of cases based on custom when there is a conflict, determining the intention of the speaker, changing the rulings, and restricting and specifying absolute and general texts.

Keywords: Custom, Comparative Jurisprudence, Specification (Takhṣīs) and Restriction (Taḳyīd), Discovering the Commandment.

Cite this article: Ziaey, M. A. (2025). The Functions of Custom in Comparative Jurisprudence. *Jurisprudence and the Fundamentals of the Islamic Law*, 58 (1), 85-105. (in Persian)

Publisher: University of Tehran Press.

Authors retain the copyright and full publishing rights.

DOI: <https://doi.org/10.22059/jjfil.2025.374212.669662>



Article Type: Research Paper

Received: 21-Mar-2024

Received in revised form: 9-Jul-2024

Accepted: 23-Apr-2025

Published online: 21-Sep-2025

کارکردهای عرف در فقه مقارن

محمد عادل ضیائی^۱

۱. دانشیار، گروه فقه شافعی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه تهران، تهران، ایران. رایانامه: ziaey@ut.ac.ir

چکیده

از ویژگی های بارز فقه در عصر حاضر، اهتمام به نیازهای مردم و حل مشکلات روزمره آنان است. یکی از نمودهای بارز این اهتمام، مدنظر قراردادن عرف در فرایند اجتهاد است. فقها عرف را به عاداتی قولی و عملی مردم تعریف کرده و معتقدند از آنجایی که مبنای پذیرش عرف، اقتضای عقل سلیم است بی توجهی نسبت به آن موجب ایجاد عسر و حرج و سبب اختلال در روال معمول زندگی مردم خواهد شد. با این وجود، ملاک قراردادن عرف در زندگی، از منظر فقهی با چالش های جدی همراه است؛ زیرا اولاً در حجیت عرف به عنوان یکی از ادله احکام، اختلاف نظر وجود دارد و ثانیاً فقها در میزان و نحوه استفاده از عرف، هم نظر نیستند بدان معنی که فقها در اینکه حجیت عرف به معنی شناخت موضوع است یا وسیله معرفت به حکم شرعی، اختلاف کرده اند. با این حال در عمل و طی قرون متمادی، فقها اجمالاً عرف را هرچند به عنوان دلیل غیر مستقل، پذیرفته و در فرایند استنباط احکام مورد استفاده قرار داده اند. مهم ترین کارکردهای عرف به شرح زیر است: کشف حکم، کشف و تعیین مناط حکم، تطبیق احکام و تعیین و تشخیص مفاهیم و موضوعات، تفسیر نصوص شرعی و بیان مراد از احکام، تکمیل احکام شرعی که منظور، تبیین احکامی است که در نصوص، به طور مجمل آمده، ترجیح حکم قضایا بر مبنای عرف به هنگام وجود تعارض، تشخیص مراد متکلم، تغییر احکام و تقیید و تخصیص نصوص مطلق و عام.

کلیدواژه ها: عرف، فقه مقارن، تخصیص و تقیید، کشف حکم.

استناد: ضیائی، محمد عادل (۱۴۰۴). کارکردهای عرف در فقه مقارن. فقه و مبانی حقوق اسلامی، ۵۸ (۱)، ۸۵-۱۰۵.

نوع مقاله: علمی-پژوهشی

دریافت: ۱۴۰۳/۰۱/۰۲

DOI: <https://doi.org/10.22059/jjfil.2025.374212.669662>

پذیرش: ۱۴۰۴/۰۲/۰۳

انتشار: ۱۴۰۴/۰۶/۳۰



ناشر: مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران

حق چاپ و حقوق نشر برای نویسندگان محفوظ است.

مقدمه

با وجود آنکه از قدیم الایام، عرف و عادات رایج در میان مردم، مورد توجه فقهای مذاهب مختلف بوده با این حال در اعتبار عرف به عنوان دلیل مستقل و نیز شروط اعتبار عرف و کارکردهای آن اختلاف کرده‌اند. در حالی که بعضی از دانشمندان مسلمان، عرف را به عنوان دلیلی مستقل از ادله احکام و در عرض سایر دلایل، معتبر می‌دانند؛ گروهی دیگر معتقدند که حجیت عرف منحصر در مسائلی چون تطبیق احکام، کشف حکم، تفسیر نصوص و امثال آنهاست. علاوه بر آن، فقها و اصولیان در دامنه کار برد عرف و میزان و چگونگی اثر گذاری آن بر احکام شرعی اختلاف نظر دارند. همچنین دسته‌ای از فقها حجیت عرف را مختص عرف قولی می‌دانند و گروهی دیگر عرف عملی مردم را نیز معتبر دانسته‌اند. وجود این اختلاف نظرها مقتضی ضرورت انجام پژوهشی مستقل در این باب است تا در پرتو آن آرای فقها و اصولیان مذاهب مختلف درباره موضوع، تبیین شود و ثانیاً ضمن بررسی این آراء و ادله آنها، رأی مختار بیان شود. درواقع پژوهش حاضر در در صدد پاسخگویی به این سوال است که اولاً منظور از اعتبار و حجیت عرف، چیست و ثانیاً چنانچه عرف حجت است در چه مواردی می‌توان از آن استفاده کرد و کارکردهای آن در فقه مقارن، کدام است؟

نظر به اهمیت روز افزون نقش عرف در استنباط و تحلیل احکام فقهی و با توجه به اهمیت وافر مطالعات مقارن، پژوهش حاضر در صدد است به روش توصیفی-تحلیلی و به شیوه کتابخانه‌ای ضمن اشاره به مفهوم، اقسام و حجیت عرف، کارکردهای فقهی عرف را از منظر فقها و اصولیان مذاهب اسلامی، احصا و دیدگاه آنان را در مورد دامنه کاربرد عرف، ارائه نماید.

۱. مفهوم عرف

در کتابهای لغت معانی گوناگونی برای واژه عرف بیان شده‌است. ابن فارس (ابن فارس، ۱۳۹۱: ج ۴: ۲۸۱) معتقد است که همه معانی عرف به دو اصل عمده برمی‌گردد:

اول: تتابع و اتصال

دوم: تثبیت و استقرار.

با تأمل در ماده عرف می‌توان معنی سوم را به این معانی دوگانه افزود که بلندی و ارتفاع است. (ابن عبدالقادر، ۱۴۱۸: ج ۱: ۹۰).

عرف همچنین بر امر پسندیده و معروف و نیز ادراک شیء همراه با تفکر و تدبر، اطلاق شده‌است. (ابن منظور، بی‌تا: ج ۹: ۲۴۷).

بررسی این معانی نشان می‌دهد که اکثر معانی یاد شده بی‌ارتباط با معنی اصطلاحی عرف-آنچنانکه خواهد آمد-نیستند، زیرا امری، وقتی عرفی می‌شود که پی در پی انجام شود و در میان مردم استقرار یافته و مردم هم از نظر عقلی آن را امری پسندیده و نیکو تلقی کرده باشند.

به نظر می‌رسد اولین کسی که به تعریف عرف پرداخته ابو مظفر منصور بن عمر بن عبدالجبار سمعانی متوفای ۴۸۹ ق است. وی عرف را چنین تعریف کرده است: العرف ما يعرفه الناس ويتعارفونه فيما بينهم معاملة. (سمعانی، ۱۴۱۷: ۴۹) بعد از ایشان، ابن عطیه (د. ۵۴۱ق) ابن ظفر (د. ۵۶۵ ق) و دیگران به تعریف عرف پرداخته‌اند، اما مشهورترین تعریف عرف که مورد توجه و اهتمام فقها و اصولیان قرار گرفته و به شرح و نقد و بسط آن پرداخته‌اند تعریف عزیز الدین نسفی متوفای حدود ۷۰۰ هجری قمری است. تعریف وی از عرف چنین است: العرف ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول (ابن عابدین، بی‌تا: الف، ج ۲: ۱۱۲). در میان معاصران نیز کسانی چون عبدالوهاب خالاف (خالاف، ۱۳۹۸: ۹۹)، محمد مصطفی شلبی (شلبی، ۱۴۰۳: ۲۶۰؛ ۱۴۰۶: ۳۱۳)، (قرضاوی، بی‌تا: ۱۵۳)، محمدحسن بن جعفر آشتیانی (آشتیانی، ۱۴۰۳: ۱۷۱) و مصطفی زرقاء (زرقاء، ۱۴۱۸: ج ۱: ۱۴۱) به تعریف عرف پرداخته‌اند. بسیاری از این تعاریف، با تعریف نسفی قرابت معنایی دارند و برخی از آنها در ذکر قیود با تعاریف دیگر متفاوتند که به دلیل پرهیز از تطویل نوشتار از ذکر یکایک این تعاریف، صرف نظر شده است.

به نظر می‌رسد از این میان، تعریف مصطفی زرقاء (عادة جمهور قوم في قول أو فعل) از جهاتی مناسب‌تر از سایر تعاریف است زیرا در عین اختصار و روان بودن، جامع و مانع بوده و به انواع مهم عرف (قولی و عملی) نیز اشاره کرده است. این تعریف گرچه به صراحت به استقرار عرف در نفوس به عنوان رکن مهم عرف و نیز به عقلایی بودن آن اشاره نکرده اما چون این دو مورد به دلالت التزامی از این تعریف قابل دریافت هستند مورد مناقشه جدی قرار نگرفته است به این جهت در پژوهش حاضر، این تعریف مبنا قرار گرفته و مطالب مرتبط، بر همین اساس تنظیم شده است.

۲. ارتباط عرف با مفاهیم مرتبط

تبیین دقیق مفهوم عرف، مستلزم بیان رابطه عرف با مفاهیم مشابه و مرتبط با آن است که به مهم‌ترین آنها اشاره می‌شود:

عرف و عادت

عادة در لغت از ریشه عود و به معنی امر تکرار پذیر است (راغب، ۱۴۱۸: ۳۵۵).

در زمینه رابطه عرف و عادت، چند دیدگاه وجود دارد که مهم‌ترین آنها به قرار زیر است^۱:

برخی رابطه این دو را عموم و خصوص مطلق می‌دانند به این معنی که عادت، اعم از عرف است. (شلبی، ۱۴۰۳: ۲۶، صالح، ۱۴۱۲: ۳۱۹). توضیح آنکه در مورد امور طبیعی و غیر ارادی همانند میانگین درجه حرارت یک ناحیه، سن بلوغ و رشد افراد، درجه به جوش آمدن مواد و امثال آنها می‌توان تعبیر عادت را به کار برد ولی نمی‌توان آنها را عرف نامید و شاید به همین خاطر است که گروهی از

^۱ برای اطلاع بیشتر در این خصوص رک: ضیائی، ۱۳۸۲: ۲۹ به بعد

دانشمندان، عادت را چنین تعریف کرده‌اند: هی الامر المتکرر من غیر علاقه عقلیه (زرعاء، ۱۴۱۸: ج ۲: ۸۷۱).

گروهی دیگر نسبت عرف و عادت را تباین می‌دانند. بزدوی، ابن همام و احمد الزرقاء جملگی از حنفیه چنین دیدگاهی دارند (رک: ابن عبدالقادر، ۱۴۱۸: ج ۱: ۱۱۶). دکتر ابوالحسن محمدی نیز تمایل خود را به این نظریه نشان داده‌است (محمدی، ۱۳۶۸: ۲۶۴). از نگاه این گروه، عرف، مختص اقوال است و عادت، به افعال اختصاص دارد اما این دیدگاه صحیح به نظر نمی‌رسد زیرا آنچه‌آنکه ابوسنه می‌گوید علما از قدیم الایام در تقسیم عرف و عادت، هر دو را به قولی و عملی تقسیم کرده‌اند (زحیلی، ۱۴۱۴: ۱۶۷).

عده‌ای هم رابطه عرف و عادت را عموم و خصوص من وجه دانسته‌اند. توضیح آنکه از یک سو عادت فقط بر افعال صادق است ولی عرف، شامل قول و فعل هر دو می‌شود و از سوی دیگر، عرف تنها قابل انطباق بر امور جمعی و اجتماعی است در حالی که عادت هم شامل امور شخصی و فردی می‌شود و هم گروهی و اجتماعی (محمدی، ۱۳۶۸: ۲۶۴، جبار گلباغی ماسوله، ۱۳۷۸: ۵۹). این دیدگاه گرچه تا حد زیادی درست است اما واقعیت آن است که از آغاز، فقها در استعمالات فقهی، این دو را در کنار هم و به یک معنی استعمال کرده‌اند. مثلاً سیوطی در مورد کاربرد آنها چنین می‌گوید: ان اعتبار العرف و العاده رجع الیه (سیوطی، ۱۴۱۹: ج ۱: ۱۹۴) و یا ابن عابدین در مقام تعریف آنها گفته‌است: العرف و العاده ما استقر فی النفوس (ابن عابدین، بی‌تا، الف، ج ۲: ۱۱۲) بنابر این می‌توان گفت: عرف و عادت از حیث، مفهوم، متفاوت هستند ولی در کلام اهل شرع و استعمالات آنها یکسان اند. علیدوست هم معتقد است که بدون تردید این دو اصطلاح، کاربرد یکسانی داشته و دارند و حتی اگر در وقت کاربرد هر دو اصطلاح در کنار یکدیگر، به تفاوت معنایی آن دو قابل شویم وقتی یکی از این دو به تنهایی ذکر می‌شود نماینده دیگری هم هست. (علیدوست، ۱۴۰۳: ۹۹)

۱-۲. عرف و اجماع

صرف نظر از تفاوت ماهوی که میان مفهوم اجماع از نظر اصولیان شیعه و اهل سنت^۲ وجود دارد به نظر می‌رسد عمده تفاوت این دو اصطلاح در موارد زیر باشد:

اول: موضوع اجماع، حکم شرعی است در حالی که در عرف، لزوماً این چنین نیست.

دوم: در اجماع، اتفاق نظر مجتهدان، شرط است در صورتی که در مورد عرف، چنین نیست.

^۲ اتفاق نظر فقهای مسلمان بر حکم شرعی یک مسأله را اجماع گفته‌اند. (زیدان، ۱۳۸۵: ۱۷۹؛ مظفر، ۱۳۷۰: ج ۲: ۸۷). با این حال عالمان شیعه معتقدند اجماع بما هو اجماع، هیچ اعتبار و ارزش ذاتی ندارد و تنها زمانی حجت است که کاشف از رأی معصوم باشد. (مظفر، ۱۳۷۰: ج ۲: ۸۷؛ قبله ای خویی، ۱۳۸۶: ۱۵۴). در حالی که از نظر اصولیان اهل سنت، اجماع، اتفاق نظر مجتهدان امت اسلامی در عصری از عصور بر حکم شرعی است (هیتو، ۱۴۴۲: ۹۹) بنابراین مادام که اتفاق نظر مجتهدان امت، محقق شود، اجماع، منعقد شده‌است.

سوم: رعایت اجماع بر اجماع کنندگان و غیر آنان واجب است در حالی که حداقل در مورد عرف خاص چنین نیست.

چهارم: عرف ممکن است صحیح یا فاسد باشد در حالی که اجماع، همواره صحیح است. پنجم: تکرار از مولفه‌های عرف است حال آنکه اجماع به مجرد اتفاق مجتهدان، موجودیت یافته و اعتبار می‌یابد. ششم: اجماع همواره ناشی از مدرک و سندی شرعی است ولی عرف، چنین نیست. (علیدوست، ۱۴۰۳: ۱۲۴).

۲-۲. عرف و بنای عقلا

از نظر مرحوم مظفر، بنای عقلا استمرار عادت مردم و تبنای عملی آنان بر انجام یا ترک یک شیء است (مظفر، ج ۲: ۱۵۳) برخی هم گفته‌اند مراد از بنای عقلا همان عمل عقلا بما هم عقلا است. (محقق داماد، ۱۳۷۶: ۴۵).

در مورد رابطه عرف و بنای عقلا باید گفت با وجود آنکه بعضی چون مغنیه و آشتیانی، عرف را همان بنای عقلا دانسته‌اند (باغستانی، ۱۳۷۳: ۲۱۹، آشتیانی، ۱۴۰۳: ج ۱: ۱۷۱) اما این ادعا در تمامی موارد صدق نمی‌کند زیرا اولاً قایلان به حجیت بنای عقلا معتقدند امری که مورد پذیرش و مبنای عمل عقلا قرار گیرد همواره موافق شرع است در حالی که در مورد عرف، چنین نیست و ثانیاً بنای عقلا همچنانکه همگانی بوده و مورد قبول تمام عقلاست، همیشگی نیز هست در حالی که عرف، لزوماً چنین نیست و بعضی از عرفها به مکان، گروه و یا زمان خاصی اختصاص دارد (ضیائی، ۱۳۸۲: ۳۵). برخی نیز معتقدند آن قسم از بنای عقلا که ریشه در عقل دارد با عرف، یکی است اما قسم دیگر که در غیر عقل ریشه دارد و به دلایل و انگیزه‌های دیگری همچون اخذ به ظواهر نصوص یا قبول حجیت بعضی از ظنون است همسان عرف نیست زیرا ممکن است چنین مواردی مقبول عقل نباشد. (علیدوست، ۱۴۰۲: ۲۱۰-۲۰۹). به باور علیدوست، عرف و سیره عقلا در مفهوم، متباین و در مصداق، عام و خاص من وجه هستند. توضیح آنکه توسعی که در مفهوم عرف از جهت فهم، بنا و داوری وجود دارد در بنای عقلا مشاهده نمی‌شود. این دو از حیث مصداق نیز بر هم منطبق نیستند به عنوان مثال عادات و بناهای مردم تا زمانی که شکل قانون به خود نگرفته هم عرف است و هم بنای عقلا، اما فهم نوع مردم از یک دلیل، عرف تلقی می‌شود بدون آنکه بنای عقلا بر آن صادق باشد.

۳. اقسام عرف

عرف به اعتبارات مختلف تقسیم شده که مهم‌ترین آنها به قرار زیر است:

۳-۱. اعتبار موضوع یا سبب

عرف به این اعتبار به عرف قولی (لفظی) و عملی (فعلی) تقسیم می‌شود. (جبار گلباغی ماسوله، ۱۳۷۸: ۱۵۸؛ زرقاء، ۱۴۱۸: ج ۲: ۸۵۷). این تقسیم پیشتر مورد توجه ابن قدامه (رک: ۱۳۹۷: ۱۷۳ به بعد) قرار گرفته و مورد پسند ابوسنه (رک: ابن عبدالقادر، ۱۴۱۸: ج ۱: ۱۸) نیز واقع شده است. عرف عملی یا فعلی آن است که موضوعش اعمالی باشد که مردم در کارهای عادی یا معاملات مدنی خویش به آن عادت کرده‌اند (دیب البغا، ۱۴۲۰: ۲۴۶) و عرف لفظی هم به الفاظی گفته می‌شود که مورد استفاده مردم واقع می‌شوند و اسم را به بعضی از مسمیات وضعی آن تخصیص می‌دهند یا در غیر ما وضع له استعمال می‌کنند (همانجا).

۳-۲. به اعتبار منشأ صدور یا تکوین

عرف به این اعتبار به عرف عام و عرف خاص تقسیم می‌شود. (زحیلی، ۱۴۱۶: ج ۲: ۸۲۹، محمدی، ۱۳۶۸: ۲۶۲). عرف عام بر عرفی اطلاق می‌شود که در همه سرزمین‌ها و در میان همه ساکنان یا در میان بیشتر مردم، رایج و شایع باشد (زرقاء، ۱۴۱۸: ج ۲: ۸۷۷) و عرف خاص نیز همچنانکه از عنوانش پیداست آن است که فقط در یک ناحیه یا در میان قشر و گروهی خاص مثل تجار، رایج باشد (ضیائی، ۱۳۸۲: ۴۵).

۳-۳. به اعتبار موافقت یا عدم موافقت با نصوص شرعی

عرف به این اعتبار به دو دسته کلی تقسیم می‌شود. یک دسته عرفهایی هستند که شارع در مورد آنها موضع صریحی اتخاذ نکرده و نص صریح و خاصی در مورد آنها وجود ندارد و دسته دوم عرفهایی هستند که شارع، نفی یا اثباتا در مورد آنها موضع گرفته است. این قبیل عرفها یا مورد تایید شارع قرار گرفته‌اند که از آنها به عرف ممضا تعبیر می‌شود و یا شارع از آنها نهی کرده و آنها را غیر معتبر دانسته که به عرف فاسد یا غیر صحیح یا مردوع، موسومند. (شاطبی، بی تا: ج ۲: ۱۹۷؛ حکیم، ۱۴۱۸: ۴۲۱).

۳-۴. به اعتبار میزان شیوع

بر این اساس، عرف به دو گونه مطرد و غالب، تقسیم می‌شود. منظور از عرف مطرد یا شایع آن است که همه افراد، آن را پذیرفته و عمل مخالفی در مقابل آن انجام ندهند در حالی که عرف غالب با وجود پذیرش عمومی، اقلیتی بر خلاف آن عمل می‌کنند گرچه میزان این تخلف، زیاد نیست. (جبار گلباغی ماسوله، ۱۳۷۸: ۱۶۹، زرقاء، ۱۴۱۸: ج ۲: ۸۹۷)

قبل از بیان ادله حجیت عرف، لازم است گفته شود که منظور از حجیت عرف چیست و اصولاً محل نزاع، کدام است و به تعبیر دیگر، اختلاف دیدگاههای موجود در این حوزه ناظر بر چه مسئله یا مسائلی است؟

۴. چستی حجیت

۴-۱. تحریر محل نزاع در حجیت عرف

به نظر می‌رسد در اصل حجیت عرف میان فقها و اصولیان مذاهب مختلف، اتفاق نظر وجود داشته باشد (ضیائی، ۱۳۸۲: ۲۳۰، باغستانی، ۱۳۷۳: ۲۱۸-۲۱۷، جبار گلباغی ماسوله، ۱۳۷۸: ۱۱۹) و به دیگر سخن آن گونه که برخی گفته‌اند، کارایی عرف در شریعت و اجتهاد، مورد وفاق همگان است و نمی‌توان از شریعت و اجتهاد بحث کرد و این کاربرد را نپذیرفت (علیدوست، ۱۴۰۳: ۲۱۳). ابوزهره نیز بر این باور است که فقیهان به تبع عرف فتوا داده‌اند مگر آنکه در آن زمینه نهی ای وجود داشته باشد. (ابوزهره، ۱۳۷۷: ۲۷۶-۲۷۷) با این حال فقها و اصولیان از چهار جهت در مورد حجیت عرف، اختلاف نظر دارند: اول استقلال یا عدم استقلال عرف در حجیت، دوم اختلاف در مفهوم و چگونگی حجیت، سوم از جهت شیوه و روش استدلال برای اثبات حجیت عرف و چهارم، دامنه و میزان حجیت عرف.

۴-۱-۱. استقلال عرف در حجیت

منظور از استقلال عرف در حجیت، آن است که آیا عرف بما هو عرف یک دلیل مستقل و در عرض ادله دیگر چون کتاب و سنت و ... است یا اینکه دلیلی غیر مستقل و در طول ادله دیگر است؟ برخی این موضوع را این گونه تقریر کرده و معتقدند که درباره پیوند عرف و شریعت، می‌توان سه نظریه بیان کرد:

اول: عرف، مصدر قانون و منبع شریعت است یعنی عرف همسان اراده الهی است و همین که صدق عرف بر امری احراز شد باید مورد عمل قرار گیرد.

دوم: عرف همانند سایر ادله شرعی (کتاب، سنت، اجماع و ...) کاشف از حکم شرعی است. مطابق این نظریه، عرف منبع قانون نیست بلکه مسیری برای استنباط بایدها و نبایدهاست و در عرض سایر ادله قرار می‌گیرد.

سوم: عرف ابزاری است در خدمت ادله احکام برای تفسیر مفاهیم ادله و داوری آنها. مطابق این دیدگاه، عرف، به نحو استقلالی کاشف از حکم شرعی نیست (رک: علیدوست ۱۴۰۳: ۱۳۵).

باید دانست همه آنهایی که درباره حجیت عرف بحث کرده‌اند متعرض مستقل یا غیر مستقل بودن دلیل عرف، نشده‌اند و در نگاه اول چنان به نظر می‌آید که اکثر کسانی که در این حوزه اظهار نظر کرده‌اند اختلاف نظری که منشا مذهبی داشته باشد با یکدیگر ندارند (خلاف، ۱۳۹۸: ۹، ابن عبدالقادر، ۱۴۱۸: ج ۱: ۲۲۵، ریاحی، ۲۰۱۹: ۲۲۴، باغستانی، ۱۳۷۳: ۲۱۸-۲۱۷) و غالباً عرف را دلیل مستقل قلمداد نکرده‌اند. به عنوان مثال، شلبی، زیدان، قرضاوی و وهبه زحیلی، اعتبار عرف را به قاعده رفع حرج و مصلحت، راجع می‌دانند (شلبی، ۱۴۰۶: ۳۲۳؛ زیدان، ۱۴۱۷: ۱۷۳؛ قرضاوی، بی‌تا: ۱۵۵، زحیلی، ۱۳۸۰: ۹۹). با این حال در میان معاصران اهل سنت و حتی شیعه، کسانی

هستند که از مضمون کلامشان چنان برمی آید که قایل به حجیت ذاتی یا استقلالی عرف هستند (رک: ضیائی، ۱۳۸۲: ۲۳۰ به بعد). به باور علیدوست عالمان شیعه به همان شدت که بر کارایی ابزاری عرف تاکید می کنند راه را بر کارایی استقلالی آن بسته اند و هیچ فقیهی شیعی به حجیت استقلالی عرف، تصریح نکرده است (علیدوست، ۱۴۰۳: ۱۶۹).

برخی نیز عرف را از زمره قواعد فقهی برشمرده اند. گروهی نیز بر این باورند که عرف یکی از ادله احکام نیست بلکه متد و روش اجتهاد است، با این حال معتقدند اگر منظور از حجیت عرف به عنوان دلیل مستقل، عرفهایی باشد که در میان همه مردم صرف نظر از اختلافات قومی، نژادی، مذهبی و محلی پدید می آید، مسلماً چنین عرفی حجت است (رک: باغستانی، همان جا). این بیان نشان می دهد که این عده، حداقل در مواردی به صورت تلویحی، حجیت مستقل عرف را پذیرفته اند. به باور فیض نیز حجیت عرف، ذاتی است (فیض، ۱۳۷۱: ۲۰۷).

۲-۱-۴. مفهوم و چگونگی حجیت عرف

اصولیان غالباً وقتی از حجیت بحث می کنند معتقدند چیزی که حجت باشد موجب منجزیت و معذوریت می شود (حائری، ۱۴۰۷: ج ۲: ۲۱۹) با این وصف، چنانچه معتقد به حجیت عرف باشیم نتیجه آن است که عمل به عرف برای ما حجتی می شود برای عذر در عدم اصابت به حکم واقعی. گروهی نیز حجیت را به معنای صحت اعتماد برای کشف و به دست آوردن واقع، دانسته اند (رک: جبار گلباغی ماسوله، ۱۳۷۸: ۲۲۵).

۳-۱-۴. روش استدلال برای حجیت عرف

مطالعه شیوه های استدلال نشان می دهد که فقها و اصولیان روشهای گوناگونی را در این باب اتخاذ کرده اند که مشهورترین آنها چهار روش زیر است:

الف- مکتب حجیت ذاتی: منظور آن است که عرف ذاتا حجت است و حجیت آن نیازمند دلیل نیست. فیض و سلجوقی از چنین ایده ای دفاع کرده اند (رک: فیض، ۱۳۷۱: ۲۰۷، سلجوقی، ۱۳۴۷: ۵ و ۶۲). کسانی که چنین ایده ای ابراز کرده اند به احتمال زیاد آن قسم از عرف را مدنظر داشته اند که با بنای عقلا بما هم عقلا (که همان حکم عقل است) برابر است. توضیح آنکه بنای عقلا به این مفهوم، مستغنی از امضای شارع است اما در حالتی که عقلا به جهاتی دیگر جز عقل، بنای دیگری داشته باشند نیازمند امضای شارع است (علیدوست، ۱۴۰۲: ۲۱۱-۲۱۰) و همین امر و عدم توجه به تفاوت این دو باعث شده که برخی دچار اشتباه و التباس شوند. خلاصه آنکه آنجا که مشهور اصولیان شیعه از لزوم امضای شارع برای حجیت بنای عقلا سخن گفته اند به بناهای قسم دوم نظر دارند که ریشه در غیر عقل دارد. (علیدوست، همان جا)

ب- مکتب عقل: پیروان این مکتب معتقدند که حجیت عرف، مبتنی بر حسن و قبح عقلی است بنابراین اختلافی میان حکم عرف و عقل، وجود ندارد. (جبار گلباغی ماسوله، ۱۳۷۸: ۲۲۵). از

طرفداران این نظریه می‌توان به کلانتری (کلانتری، ۱۴۰۴: ۱۵۱) و منتظری (منتظری، ۱۴۱۵: ج ۲: ۴۷۱) اشاره کرد.

ج- مکتب امضا: به باور اصحاب این مکتب، عرفهای رایج در جوامع، از اتفاق نظر مردم آن جوامع شکل گرفته‌اند و تاسیس شارع نبوده‌اند بلکه شارع این عرفها را مورد تایید و امضای خویش قرار داده‌است (آشتیانی، ۱۴۰۳: ج ۱: ۱۷۱). بنابر این تنها عرفهایی حجت نیستند که مورد تایید شرع قرار نگرفته و یا با ردع و منع شارع روبرو شده‌اند.

د- مکتب استقراء: این مکتب تقارب معنایی نزدیکی با مکتب امضا دارد به همین دلیل شاید بتوان این دو را مکتبی واحد دانست که اندکی در شیوه استدلال با هم متفاوتند. باورمندان این نظریه کثرت امضای عرفها توسط شارع را دلیلی بر حجیت عرف می‌دانند و معتقدند جز در مواردی نادر شارع، عرفهای موجود را ابطال نکرده‌است (رک: طباطبایی، بی‌تا: ج ۲: ۱۸۸) بنابراین از نظر آنها عرف مطلقا حجت است مگر دلیلی بر عدم حجیت عرفی خاص اقامه شده باشد.

۴-۱-۴. دامنه حجیت عرف

منظور آن است که عرف تا چه میزانی حجت است و میزان استفاده فقها از عرف و تحکیم آن در احکام شرعی به چه میزانی است و فقهای کدام مذاهب بیشتر از بقیه، عرف را به کار بسته‌اند؟

بررسی منابع فقهی مذاهب نشان می‌دهد که در میان اهل سنت، حنفیه پیش و بیش از سایر مذاهب به حاکمیت عرف در احکام شرعی قایل بوده و از همان آغاز شکل‌گیری مذهب شان اهتمام بیشتری به تحکیم عرف نشان داده‌اند و به طوری که می‌دانیم محمدبن حسن شیبانی شاگرد و یار ابوحنیفه در این زمینه پیشتاز بوده‌است. حنفیه بعدها این دیدگاه خود را در قالب تاسیس قواعد فقهی ناظر بر عرف توسعه داده و منضبط کرده‌اند که از آن میان می‌توان به قواعد «المعروف عرفا کالمشروط شرطا»، «المعروف بین التجار کالمشروط بینهم» (زرقاء ۱۴۱۹: ۲۷ و ۲۳۹)، «التعین بالعرف بالتعین بالنص»، «استعمال الناس حجه یجب العمل بها»، (زیدان، ۱۳۸۵: ۱۰۲) لا ینکر تغیر الاحکام بتغیر الازمان»، «الفاظ الواقفین تبنی علی عرفهم» (حمزه، ۱۴۰۶: ۱۵۷) و قواعدی از این دست اشاره کرد. البته این به آن معنی نیست که فقهای سایر مذاهب عرف را حجت ندانسته یا این قواعد را نپذیرند بلکه منظور آن است که حنفیه در مقام عمل، بیشتر به عرف بها داده‌اند. شاید یکی از موارد بروز این تفاوت نگاه را بتوان به هنگام تعارض عرف با نص، لغت و وضع، مشاهده کرد آنجا که حنفیه بیشتر از دیگران عرف را بر این امور ترجیح داده‌اند. که از آن جمله می‌توان به قاعده «الاقرار یحمل علی العرف لا علی دقائق العربیه» (حمزه، ۱۴۰۶: ۱۱۳)، «العاده محکمه ما لم یوجد التصریح بخلافها»، (حمزه، ۱۴۰۶: ۲۹)، «الحقیقه تترک بدلاله العاده» (زرقاء، ۱۴۱۹: ۲۳۱)، در حالی که در همین موارد، سایر مذاهب یا با مضمون این قواعد مخالفند و یا اینکه به آن میزانی که حنفیه بنابر آنها حکم می‌کنند به

این قواعد توجه ندارند و به آنها تحکیم نمی‌بخشند. (برای اثبات این موضوع رک: سیوطی، ۱۴۱۹: ج ۱: ۱۹۳ به بعد، زرکشی، ۱۴۲۱: ج ۲: ۱۰۶ و ج ۲: ۱۱۰ به بعد).

در میان امامیه نیز با اینکه عرف در موارد متعددی به ویژه در کشف موضوعات و تعیین ملاکات احکام، مبنای حکم قرار گرفته است با این وجود در مورد اینکه چه عرفهایی حجت است اختلاف کرده‌اند و در اینکه آیا حجیت عرف منوط به تایید آن از سوی معصوم است یا عدم ردع و سکوت از جانب شارع، برای حجیت عرف کافی است بحث‌های دامن‌دار و اختلاف نظرهای قابل توجهی در میان آنان وجود دارد (برای توضیح بیشتر رک: کاظمی، ۱۴۰۶: ج ۳: ۱۹۳ به بعد، بروجرودی، بی‌تا: ج ۳: ۱۳۸) و این نشان می‌دهد که رویکرد امامیه به عرف، انقباضی‌تر از حنفیه است.

۴-۲. ادله حجیت عرف

قایلان به حجیت عرف برای حجیت آن به دلایل متعددی از قرآن، سنت، اجماع، بنای عقلا و ... استناد کرده‌اند. این ادله در قالب دو دسته کلی و جزئی قابل تقسیم هستند:

منظور از ادله کلی، نصوص عام، قواعد کلی شرع و اهداف و مقاصد عمومی شارع است. بر همین مبنا گفته شده که وجود و کثرت احکام امضایی در شرع، نشانه حجیت عرف است زیرا با امضای اموری که قبل از حکم شرع در میان جامعه رایج بوده، شرع عملاً حجیت عرف را پذیرفته است. اقتضای قاعده رفع حرج نیز متضمن حجیت عرف است زیرا وادار کردن مردم به دست کشیدن از عاداتشان، مقتضی عسر و حرجی است که شریعت از آن نهی کرده است. در مورد بنای عقلا نیز همین گونه است زیرا آنچه‌آنکه برخی (رک: طباطبائی، بی‌تا: ج ۲: ۱۸۸) گفته‌اند از آنجایی که عرفها و بناهای عقلا از ضرورت‌های زندگی اجتماعی‌اند که بر فطرت اجتماعی آدمیان بنا نهاده شده‌اند لذا اعتبار این عرفها و بناهای عقلا در نزد شارع، مسلم بوده و بلکه اساساً غیر قابل ردع است. عده‌ای هم عرف را از صغریات مصلحت و استصلاح دانسته و حجیت عرف را صرفاً به عنوان یک امر موضوع ساز یا تشخیص دهنده مصلحت قلمداد کرده‌اند (صابری، بی‌تا: ۹۸).

منظور از ادله جزئی هم دلایلی است که به طور خاص و موردی بر حجیت عرف دلالت می‌کنند که در اینجا فقط به دو مورد اشاره می‌شود:

۱. در قرآن کریم آیاتی وجود دارد که برای اثبات حجیت عرف به آنها احتجاج شده است. یکی از مهم‌ترین این آیات آیه ۱۹۹ سوره مبارکه اعراف است. خداوند متعال می‌فرماید: *خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ*. در شیوه استدلال به این آیه گفته شده که مراد از عرف، عرف و عادت رایج در میان مردم است. قرافی معتقد است دستور خداوند به پیامبر در اتباع از عرف، نشانه حجیت عرف است (قرافی، ۱۴۱۸: ج ۳: ۱۴۹). به نظر سیوطی منظور آیه، حکم کردن مطابق آنچه است که مردم می‌شناسند (ابن عبدالقادر، ۱۴۱۸: ج ۱: ۱۸۲). فیض نیز معتقد است که منظور از عرف در آیه چیزی جز عادات مردم و بنای عقلا نیست (ضیائی، ۱۳۸۲: ۲۲۱). برخی

هم گفته اند که عرف مورد اشاره در آیه را نمی‌توان صرفاً همان عرفهایی دانست که به خاطر اجرای اوامر شرعی توسط مکلفان تبدیل به عرف شده‌است زیرا اولاً آیه، مکی است و در دوره مکی بسیاری از احکام نازل نشده بود و ثانیاً اگر عرف را همان مامور به شرعی بدانیم به امر به مامور به شرعی قابل شده‌ایم که اگر چه من باب تاکید اشکالی ندارد اما خلاف ظاهر است (صرامی، ۱۳۷۸: ۳۳۴).

۲. در روایتی منقول از ابن مسعود آمده‌است که: ما رای المسلمون حسنا فهو عند الله حسن و ما راوا سیئاً فهو عند الله سیء (ابن حنبل، ۱۴۲۰: ج ۱: ۳۷۹). با وجود ایراداتی که بر سند این حدیث گرفته شده اما آن چنانکه هیثمی و ابن کثیر گفته‌اند این روایت، صحیح الاسناد است. (رک: هیثمی، ۱۴۱۹: ج ۱: ۱۷۸، ابن کثیر، ۱۴۰۶: ۴۵۵).

از میان متقدمین، قاضی حسین از فقهای بزرگ شافعیه، سرخسی، ابن همام و ابن نجیم از فقهای حنفی، برای حجیت عرف به روایت فوق استناد کرده‌اند (سیوطی، ۱۴۱۹: ج ۱: ۱۹۳، ابن عبدالقادر، ۱۴۱۸: ج ۱: ۱۸۷) و از میان معاصران هم کسانی چون وهبه الزحیلی، مصطفی الزرقاء و دیب البغاء به آن احتجاج جسته‌اند (رک: زحیلی، ۱۴۱۶: ج ۲: ۸۳۰، زرقاء، ۱۴۱۸: ج ۱: ۱۴۴، دیب البغاء، ۱۴۲۰: ۲۷۴). وجه استدلال به روایت نیز چنین است: چنانچه امری از نظر مسلمانان پسندیده باشد از نظر خداوند هم پسندیده‌است بنابراین عرفهای میان مسلمانان که مورد پذیرش آنها قرار گرفته مورد تایید خداوند خواهد بود.

علاوه بر ادله فوق الذکر، دلایل نقلی و غیر نقلی دیگری وجود دارد که در حجیت عرف به آنها استناد شده‌است. (رک: علیدوست، فقه و عرف، ۱۸۱ به بعد، ضیائی، ۱۳۸۲: ۲۲۰ به بعد).

۵. استعمالات فقهی عرف

شاطبی می‌گوید: در فهم شریعت باید از عرف مردم امی (اعرابی که قرآن به زبان آنها نازل شده) پیروی کرد (شاطبی، بی‌تا: ج ۳: ۲۰۵). وی بر همین مبناست که معتقد است استدلال به آیات «يَخَافُونَ رَبَّهُمْ مِنْ فَوْقِهِمْ وَيَفْعَلُونَ مَا يُؤْمَرُونَ...» (نحل / ۵۰) و «أَلَمْ تَأْمُرْنِي فِي السَّمَاءِ...» (ملک / ۱۶) برای اثبات فوقیت خداوند، نادرست است زیرا این آیات در مقام نفی ادعای مشرکان مبنی بر موثر بودن بتهای زمینی، نازل شده‌اند (شاطبی، همان جا). چه، گمان مردم آن بود در مقابل این خدایان زمینی، پروردگار و خالق اصلی در آسمانهاست. معنی این سخن آن است که فهم و تفسیر نص بدون در نظر گرفتن فضای زمان نزول آن، موجب عدم فهم صحیح نصوص می‌گردد و تفسیر نصوص را بدون توجه به روح نص و فضای موجود به تفسیر صرف کلمات و واژه‌ها تقلیل می‌دهد. این مبنا قبل از شاطبی مورد توجه امام شافعی نیز بوده‌است. به باور ایشان، استدلال به آیه «وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يَذْكُرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ» (انعام / ۱۲۱) برای بیان حرمت گوشت حیواناتی که به هنگام ذبح آنها نام خدا برده نشده،

صحیح نیست. زیرا این آیه در بیان حرمت گوشت حیواناتی است که نام غیر خدا بر آنها برده می‌شود، حیواناتی که مشرکان، به هنگام ذبح، نام بت‌های خود را بر آنها می‌بردند.

۵-۱. فهم صحیح نصوص

شاطبی در ضمن بحث از ضرورت شناخت اسباب نزول برای فهم آیات قرآن می‌گوید: از جمله مواردی که معرفت نسبت به آنها ضروری است شناخت عاداتهای قولی و فعلی اعراب در زمان نزول وحی و معرفت مجاری احوال آنهاست (شاطبی، بی‌تا: ج ۳: ۲۰۴). به نظر او حتی اگر اعراب جاهلی در زمینه آیات مورد مطالعه، عرفی هم نداشته باشند نباید در فهم شریعت در راهی قدم نهاد که برای اعراب جاهلی، ناشناخته باشد و این رویکرد، هم در معانی، هم در الفاظ و هم در اسلوب، باید رعایت شود. (شاطبی، بی‌تا: ج ۳: ۲۰۵). شاطبی حتی عالمان را هم از فتوا دادن بدون توجه به عرف و عادت و صرفاً بر اساس آنچه در کتابهای فقهی آمده، بر حذر داشته‌است. (همان جا). ابن قیم نیز همین مضمون را این گونه بیان کرده‌است: هر کسی صرفاً بر اساس آنچه در کتب فقهی آمده فتوا دهد و به اختلاف عرف و عادت و زمان و مکان توجه نکند هم خود گمراه شده و هم دیگران را به گمراهی کشانده‌است (ابن قیم، ۱۳۹۷: ج ۳: ۹۷). بر همین مبناست که همواره در فهم و تفسیر آیات قرآن و روایات، نگاه ویژه‌ای به شان نزول و ورود آنها وجود داشته‌است و منابع متعددی به ویژه در مورد شان نزول آیات، به رشته تحریر درآمده‌است.

۵-۲. فهم موضوع و تطبیق احکام شرعی

فقیه تا زمانی که درک صحیحی از معلوم فیه نداشته و از حقیقت مسئله ناآگاه باشد نمی‌تواند به درستی حکم شرعی مسئله را دریابد. درواقع، تشخیص و تعیین بعضی از مفاهیم و موضوعات و تطبیق آنها بر حوادث و مصادیق جز به کمک عرف، امکان پذیر نیست. سیوطی می‌گوید: هر آنچه در شرع، به طور مطلق بیان شده و ضابطه‌ای در شرع و لغت برای آن وجود ندارد در مورد آن باید به عرف رجوع کرد (سیوطی، ۱۴۱۹: ج ۱: ۲۱۹). او مثالهای متعددی از ابواب مختلف فقهی برای این مسئله عنوان می‌کند که در آنها باید به عرف، رجوع کرد از آن جمله ضابطه حرز در سرقت، تفرق در بیع، استیلا در غصب و ... (سیوطی، همانجا). زرکشی نیز معتقد است چنین مواردی تقریباً تحت ضابطه در نمی‌آیند و به همین خاطر در هر یک از این موارد باید به عرف اهل آن ناحیه رجوع کرد (زرکشی، ۱۴۲۱: ج ۲: ۱۱۹). این مضمون توسط عده زیادی از اندیشمندان مورد تأکید قرار گرفته‌است (از جمله رک: ابن عابدین، بی‌تا: الف، ج ۲: ۱۱۲؛ دیب البغا، ۱۴۲۰: ۲۵۲ به بعد؛ علوی، ۱۳۸۱: ۳۶-۳۴؛ صابری، بی‌تا: ۹۸، باغستانی، ۱۳۷۳: ۱۹ به بعد؛ زرقاء، ۱۴۱۸: ج ۲: ۸۹۷).

۵-۳. کشف حکم

شلبی می‌گوید که عرف، گاه می‌تواند کاشف از حکم شرعی باشد (شلبی، ۱۴۰۶: ۳۲۶) یعنی به وسیله عرف می‌توان هم حکم شرعی واقعی و هم حکم شرعی ظاهری را کشف کرد. (جبار گلباگی ماسوله، ۱۳۷۸: ۲۰۷)، این وضعیت هنگامی پیش می‌آید که در آن زمینه، تصریحی در نصوص، وجود نداشته باشد. این مضمون به تفصیل توسط محمد باقر صدر نیز مورد تبیین قرار گرفته‌است. (برای اطلاع بیشتر رک: کتابهای اقتصادنا و دروس فی علم الأصول). عده‌ای هم کاشفیت را منوط به امضای شارع دانسته‌اند. (علیدوست، ۱۴۰۳: ۲۰۹).

۵-۴. کشف و تعیین مناط حکم

در مواردی که احکام شرعی، معقول المعنی بوده و عقل، توان دریافت علل و حکمت‌های آنها را دارد می‌توان با درک و استخراج علت حکم، بر اساس قیاس _ مطابق نظر فقهای اهل سنت _ و یا وحدت ملاک _ مطابق دیدگاه فقیهان شیعه _ حکم شرعی را در موارد مسکوت عنه، کشف کرد. در این گونه احکام می‌توان با استفاده از اهداف عرفیه (اغراضی که اهل عرف به دنبال آن هستند) مناط احکام را کشف و از این طریق به احکام جدید رسید یا به تعمیم احکام، تخصیص و یا حتی تغییر حکم پرداخت (هاشمی، ۱۴۰۵: ج ۴: ۲۴۶). طبیعی است که تغییر حکم در این حالات به خاطر تغییر موضوع حکم است. قرضای اصل در عادات و معاملات را التفات به معانی و مقاصد دانسته و دلیل این رویکرد را استقرار نصوص و توسع شارع در بیان علل موضوعات مربوط به عادات می‌داند (قرضاوی، ۱۴۱۹: ۲۷۳). قول به تفکیک دو حوزه عبادی و معاملاتی از یکدیگر مورد توجه دیگران قرار گرفته‌است (از جمله رک: صابری، بی‌تا: ۱۱۵). نزدیک به این مضمون، بحثی در اصول فقه شیعه وجود دارد که اوامر را به دو دسته مولوی و ارشادی تقسیم می‌کند. مطابق این تقسیم‌بندی، حوزه اوامر مولوی، امور عبادی است که عقل از درک مصالح آنها عاجز است و حوزه اوامر ارشادی، اموری است که عقل قادر به درک مصالح آنهاست و فقیه به دلیل درک این مصالح می‌تواند به سراغ عرف عقلا برود (فرحزادی، ۱۳۷۹: ۸۹). بعضی نیز یکی از موارد توجه شارع به عرف را حالتی دانسته‌اند که عرف، مناط حکم شرعی و متعلق آن است (صالح، ۱۴۱۲: ۳۲۵) یعنی در مواردی خود شارع، عرف را مبنای حکم شرعی قرار داده و بر آن اساس حکم را تشریح کرده‌است بدیهی است که با دگرگون شدن عرف، حکم شرعی هم باید متناسب با عرف جدید تغییر کند.

۵-۵. تفسیر نصوص و احکام شرعی

نصوص قرآن و سنت به زبان عربی وارد شده و بسیاری از آنها ناظر بر عرف‌های جامعه عرب جاهلی بوده‌است بنابر این فهم صحیح این نصوص و تفسیر آنها، متوقف بر فهم عرفهای جاهلی است. شاطبی می‌گوید: در فهم شریعت باید از آنچه برای اعراب جاهلی معهود و شناخته شده بوده یاری جست زیرا قرآن به زبان آنها نازل شده (شاطبی، بی‌تا: ج ۳: ۳۵۱) حتی گاه بدون شناخت عرف، تفسیر

صحیح متون دینی ناممکن خواهد بود؛ به عنوان مثال، شلبی معتقد است که تفسیر صحیح آیه شریفه «وَأَنَّهُ هُوَ رَبُّ الشُّعْرَى» (نجم/۴۹) جز با دانستن علت ذکر «شعری» از میان انبوه ستارگان، ممکن نخواهد بود زیرا با وجود این همه ستاره و وجود ستارگان بزرگتر و نورانی تر، ذکر «شعری» بی معنی و یا حداقل، مبهم خواهد بود و چنانکه می دانیم علت ذکر «شعری» آن بوده که قبیله خزاعه به پیروی از رئیس خود، ابو کبشه، این ستاره را پرستش می کردند. (شلبی، ۱۴۰۳: ۱۰۲) و به همین خاطر قرآن از میان اجرام آسمانی متعدد، شعری را مورد توجه قرار داده است. مشابه همین مسئله در مورد آیه ۳۶ سوره مبارکه توبه (إِنَّ عِدَّةَ الشُّهُورِ عِنْدَ اللَّهِ اثْنَا عَشَرَ شَهْرًا فِي كِتَابِ اللَّهِ) نیز صدق می کند آنجا که خداوند متعال با تاکید، تعداد ماهها را دوازده ماه عنوان می کند اما وقتی بدانیم که هدف خداوند متعال از این آیه، نفی عادت غلط نسیء بوده، این ابهام و غرابت، از بین می رود.

۵-۶. تکمیل و تخصیص نصوص

عرف گاه می تواند نقش مکمل نصوص شرعی را به خود بگیرد. بدیهی است منظور آن نیست که شریعت ناقص است و برای تکمیل آن نیازمند امر دیگری است چه، اکمال و اتمام دین به نص قرآن ثابت است: الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ (مائده/۳) بلکه منظور آن است که بعضی از نصوص دارای اجمال بوده و فهم آنها جز با تبیین ممکن نیست، بنابراین، عرف در کنار سنت، مقاصد شریعت، مصلحت و سایر ادله معتبر، می تواند نقش مبین را برای آیات قرآن، ایفا کند. توضیح آنکه در نصوص شرعی مواردی وجود دارد بدون توجه به عرف، فهم و تفسیر آنها ممکن نبوده و عملاً عرف، نقش مبین و مکمل را برای عمل به این نصوص مجمل ایفا می کند. به علاوه عرف می تواند مخصص نصوص شرعی نیز باشد (ریاحی، ۲۰۱۹: ۲۴۳، زحیلی، ۱۴۱۶: ج ۱: ۲۵۷). به عنوان مثال در آیه شریفه ... تَدْمُرُ كُلَّ شَيْءٍ بِأَمْرِ رَبِّهَا ... (احقاف/۲۵) که بنابر ظاهر نص که عام است و شامل همه اشیا می شود به چیزهایی تخصیص یافته که عادتاً باد شدید می تواند آنها را نابود کند و یا در آیه ... وَأُوتِيتُ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ (نمل/۲۳) که در مورد ملکه سبا است کل شیء به چیزهایی تخصیص یافته که عادتاً در اختیار و دسترس ملوک و پادشاهان است.

ناگفته پیداست که عرف علاوه بر تخصیص نصوص شرعی، می تواند عبارات انسانها را نیز تخصیص بزند مثلاً چنانچه کسی دواب خود را برای دیگری وصیت کند فقط شامل حیوانات باربر مثل اسب و الاغ می شود و وصیت مزبور، سایر حیوانات او مثل بز و گوسفند را شامل نمی شود گرچه در اصل آنها هم جزو دواب (چهارپایان) هستند. بر همین مبناست که امام الحرمین جوینی که از فقه های بنام شافعیه و استاد امام محمد غزالی است می گوید: معاملات بر مقاصد مردم بنا نهاده می شوند نه بر صیغه های الفاظ به ویژه اگر عرف، عام باشد (ابن عبدالقادر، ۱۴۱۸: ج ۱: ۲۱۳).

۵-۲. اشتراط ضمنی

عرف گاه می‌تواند نقش شرط ضمن عقد را ایفا کند یعنی به هنگام انعقاد عقود، عادات رایج میان مردم به منزله اشتراط شروط خواهد بود و لو آن که در ضمن عقود، به این شروط، تصریح نشده باشد. ابن عبد القادر می‌گوید: عرفها و عاداتی در تصرفات مردم وجود دارد که دلالت بر اذن یا منع یا الزام می‌کند و یا نوع، اندازه و ویژگی تصرفات را بیان می‌کند. چنین عرفهایی می‌تواند به شاهد، مجوز شهادت، به قاضی، جواز قضا و به مفتی، اجازه افتاء را مطابق آن قراین بدهد (ابن عبد القادر، ۱۴۱۸: ج ۱: ۲۷۳). به عنوان مثال استفاده از آب سرد کن‌های کنار خیابان‌ها و اماکن عمومی جایز است و لو آنکه تصریحی از جانب مالک و صاحب اختیار آنها برای استفاده عموم وجود نداشته باشد، چه، قرار دادن آنها در معرض استفاده عموم، قرینه ای حالیه بر اذن مالک است و یا در خرید کالا و لو تصریحی بر غیر معیوب بودن آن نشده باشد مطابق عرف، بر کالای سالم و بدون عیب، حمل می‌شود. قواعد معروف «المعروف عرفاً کالمشروط شرطاً» (زرقاء، ۱۴۱۸: ج ۲: ۱۰۰۹) و «التعین بالعرف کالتعین بالنص» (ندوی، ۱۴۱۸: ۶۵) و «المعروف بین التجار کالمشروط عندهم» (زرقاء، ۱۴۱۹: ۲۲۹) نیز مؤید همین موضوع هستند. درواقع، در بسیاری از موارد، عرف عملی جایگزین نطق می‌شود به طوری که این عرفها در شروط و قیودی که تأسیسی نیستند ولی اعتبار و صحت عقد به آنها وابسته و رعایت آنها در قراردادهای چنان معمول است که دیگر نیازی به ذکر آنها دیده نمی‌شود به منزله نطق و به گونه شرط ضمنی یا شاهد حال عمل می‌کنند (جبار گلباغی ماسوله، ۱۳۷۸: ۲۱۴).

۵-۸. عدول از عمل به نص

با وجود آنکه عمل به نصوص شرعی الزامی است اما گاه به حکم عرف، مکلف ملزم به عمل به نص نیست. شهید اول در ذیل عنوان «يجوز تغير الاحكام بتغير العادات» می‌گوید: چنانچه پس از وقوع نزدیکی، زن و شوهر در پرداخت مهر اختلاف داشته باشند، سخن زن پذیرفته می‌شود (عاملی، بی‌تا: ج ۱: ۱۵۲-۱۵۱) گرچه بنابر روایت، ادعای زوج مقدم است (حر عاملی، بی‌تا: ج ۱۵: ۱۵). به نظر ایشان دلیل این حکم آن است که روایت، ناظر بر عادت و وارد شده که زوج قبل از نزدیکی، مهر را پرداخت می‌کرد (همانجا) در حالی که اکنون چنین نیست.

۵-۹. رفع تعارض و جمع ادله

یکی دیگر از کارکردهای عرف، کمک به رفع تعارض آنهاست. این کار ممکن است در قالب ترجیح دلیلی بر دلیل دیگر و یا تاویل یکی از دو دلیل یا هردوی آنها صورت پذیرد و این امور با کمک عرف، سامان می‌یابد. عرف همچنین می‌تواند از طریق جمع عرفی یا جمع مقبول میان ادله، امکان عمل به نص را فراهم کند (علیدوست، ۱۴۰۳: ۲۹۴). برخی دیگر از اندیشمندان، کارکردهای دیگری برای عرف برشمرده‌اند. از آن جمله است: معیار بودن عرف برای تشخیص مصالح و مفاسد یا تشخیص حقیقت از مجاز (ریاحی، ۲۰۱۹: ۴۷۵).

۶. ضرورت استناد به عرف

از همان دوره‌های آغازین فقه اسلامی نیاز به فقه و ضرورت به کارگیری آن مورد توجه فقها بوده است. به عنوان مثال، فقیه بزرگ حنفی و شاگرد برجسته ابوحنیفه، محمد بن حسن شیبانی به بازار می‌رفت تا از عرفهای رایج در بازار، آگاه شود تا فتاوایش در باب معاملات، ناظر بر عرف بازار و متناسب با آن باشد (ابن عابدین، بی تا ب، ج ۱: ۴۶). این امر نشان می‌دهد که از نظر ایشان، اجتهاد و صدور فتوا تا چه میزان نیازمند آگاهی از عرف بوده است.

بیشتر بیان شد که بسیاری از اندیشمندان مسلمان از قدیم الایام معتقد بوده‌اند که منظور از واژه «عرف» در آیه شریفه «خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ» (اعراف/۱۹۹) همان عرفهای رایج و مستحسن در میان مردم است. اکنون این سوال پیش می‌آید که چرا خداوند متعال ما را به نحو وجوب به عمل به عرف امر کرده است؟ و اطاعت این امر چگونه محقق می‌شود؟

در پاسخ باید گفت که عمل به عرف در قالب‌های متعددی تحقق می‌یابد:

گاه عمل به عرف، در قالب حجت دانستن عرف استعمال مردم است که این عرف ممکن است عرف لفظی یا عرف عملی باشد و چنانکه می‌دانیم فقیهان اهل سنت و به ویژه فقهای حنفی مذهب با استناد به قاعده «استعمال الناس حجه یجب العمل بها» (زیدان، ۱۳۸۵: ۱۰۲) به این گونه از کاربرد اشاره کرده‌اند. بنابر این قاعده رجوع به عرف برای اجرای صحیح و دقیق حکم شرع، ضروری است. گاهی ضرورت مراجعه به عرف برای فهم نصوص شرعی است و از آن جایی که نصوص شرعی غالباً ناظر به وقوع حادثه یا بروز مسئله ای بوده‌اند فهم عرف و درک شرایط زمان نزول آیه یا ورود حدیث، برای درک صحیح نص، ضروری است. شاطبی این موضوع را به خوبی تبیین کرده است (رک: شاطبی، ۱۴۰۶ ک ج ۳: ۲۰۳ به بعد).

در مواردی دیگر ضرورت استناد به عرف به خاطر فهم صحیح موضوع و در نتیجه اجتهاد و افتای صحیح است زیرا بدون درک صحیح موضوع که غالباً نیازمند آگاهی از عرف رایج است تطبیق نصوص بر احکام آن موضوعات، دشوار و حتی غیرممکن خواهد بود. زرکشی معتقد است در موارد مجملی که در شرع یا لغت ضابطه ای برای آنها تعیین نشده باید به عرف اهل آن ناحیه رجوع کرد. (زرکشی، ۱۱۹/۲). این مضمون توسط عده زیادی از اندیشمندان مورد تأکید قرار گرفته است (از جمله رک: ابن عابدین، بی تا، الف، ج ۲: ۲۱۲؛ دیب البغا، ۱۴۲۰: ۲۵۲ به بعد؛ علوی، ۱۳۸۱: ۳۶-۳۴؛ باغستانی، ۱۳۷۳، ۱۹ به بعد؛ زرقاء، ۱۴۱۸: ج ۲: ۸۷۹). این اقوال نشان می‌دهد که استناد به عرف در چنین مواردی نه تنها مهم که ضروری است.

موارد دیگری وجود دارد که لزوم مراجعه به عرف در آنها ملموس تر است و آن زمانی است که در نصوص شرعی حکم مسئله ای به تصریح بیان نشده باشد و به اصطلاح، منطقه الفراغ باشد. در این موارد نقش عرف، کشف حکم شرعی است بنابر این حکم همه موارد مسکوت عنه، احاله به عرف

است. (باغستانی، ۱۳۷۳: ۱۲۲)، یعنی حکم شرعی مسئله مورد نظر، همان اقتضای عرف است و چنانچه در این گونه موارد، عرف مورد توجه قرار نگیرد کشف صحیح حکم شرعی تقریباً ناممکن خواهد بود.

در مواردی نیز باید به عرف مراجعه کرد تا علت حکم شرعی کشف و یا حتی تعیین شود یعنی در مواردی که می‌خواهیم از طریق قیاس حکم مسئله ای را بر مسئله ای دیگر تعمیم دهیم عرف، نقش کاشف یا تعیین‌کننده علت حکم را دارد (صالح، ۱۴۱۲: ۳۲۵). امامیه نیز که در رای مشهور، قیاس تمثیلی را نمی‌پذیرند برای تعیین مناط چه در کشف ملاک حکم و چه در تعیین مناط حکم، رجوع به عرف را نه تنها جایز که ضروری دانسته‌اند (هاشمی، ۱۴۰۵: ج ۴: ۲۴۶).

نتایج

با توجه مطالبی که ذکر شد می‌توان به نتایج زیر دست‌یافت:

۱. عرف‌های رایج میان مردم چنانچه با نصوص صحیح و صریح شرعی در منافات نباشد حجت هستند زیرا وادار کردن مردم به دست کشیدن از عاداتشان، مستلزم عسر و حرج است و این کار نه عملی است و نه مورد نظر شارع. به تعبیر دیگر، حجیت عرف (به معنی حاکم دانستن بنای عقلا) امری ذاتی و بی‌نیاز از دلیل است.
۲. فقها و اصولیان همه مذاهب با وجود اختلاف نظرهایی که درباره حجیت عرف به ویژه به عنوان یک دلیل مستقل داشته‌اند از آغاز تاکنون به عنصر عرف به عنوان یک امر مؤثر در استنباط احکام شرعی توجه کرده و در طول قرون مختلف، از آن به عنوان ابزاری برای کشف حکم، تعیین مصادیق و تعیین مناط استفاده کرده‌اند.
۳. یکی از کارکردهای مهم عرف، تقیید نصوص مطلق و تخصیص عمومات است.
۴. در مواردی که ادله معتبری چون آیات قرآنی، روایات صحیح و سایر ادله معتبر وجود نداشته باشند عرف می‌تواند نقشی مهم در فهم صحیح نصوص شرعی داشته و در درک صحیح عبارات فقها و اصولیان و نیز تفسیر عبارات قانونی و انشاءات مکلفان، نقشی موثر ایفا کند.
۵. تطبیق نصوص شرعی بر مسائل و مصادیق، گاه بدون توجه به عرف ممکن نبوده و عدم توجه به عرف، موجب برداشت ناصواب از نصوص شرعی شده و فهم و تشخیص مراد متکلم از کلام را دشوار و گاه ناممکن خواهد کرد.
۶. عادات رایج در جامعه در ضمن عقود و قراردادها نقش شروط ضمن عقد را ایفا کرده و به فقیه و قاضی اجازه می‌دهد که عرف‌های میان مردم را به عنوان شروط ضمن عقد تلقی نمایند و لو در ضمن عقود به آن شروط، تصریح نشده باشد.

منابع

قرآن کریم

آشتیانی، محمد حسن (۱۴۰۳)، بحر الفوائد فی شرح الفرائد، قم، مكتبة آية الله العظمى المرعشي النجفی.

ابن حنبل، احمد (۱۴۲۰)، المسند، رياض، بيت الافكار الدوليہ.

ابن عابدين محمد امين (بی تا)، شرح منظومة عقود رسم المفتی (در ضمن مجموعه الرسائل)، بيروت، دار إحياء التراث العربي.

_____ (بی تا)، نشر العرف فی بناء بعض الأحكام على العرف (در ضمن مجموعه الرسائل)، بيروت، دار إحياء التراث العربي.

ابن عبد القادر، عادل (۱۴۱۸)، العرف حجیته وأثره فی فقه المعاملات المالية عند الحنابلة، مكة المكرمة، المكتبة المكية.

ابن فارس، ابوالحسن أحمد (۱۳۹۱)، معجم مقاییس اللغة، به كوشش: عبد السلام هارون، مصر، مكتبة مصطفى البابي الحلبي،

ابن قدامه، موفق الدين عبد الله احمد (۱۳۹۷)، روضه الناظر و جنبه المناظر، به كوشش: عبدالعزيز بن عبدالرحمن السعيد، رياض، مطبوعات جامعه الامام محمد بن سعود الاسلاميه.

ابن قيم الجوزية، شمس الدين محمد بن أبي بكر (۱۳۹۷)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، به كوشش: محمد محیی الدين عبد الحميد، بيروت، دار الفكر.

ابن كثير الدمشقي، ابوالفداء اسماعيل بن عمر (۱۴۰۶)، تحفه الطالب بمعرفه احاديث ابن الحاجب، به كوشش: عبدالغنى بن حميد، مكة، دار حراء.

ابن منظور الإفريقي، جمال الدين محمد بن مكرم (بی تا)، لسان العرب، بيروت، دار صادر.

ابوزهره، محمد (۱۳۷۷)، اصول الفقه، بی جا، دارالفكر العربی.

باغستانی ميبدي، مرضيه (۱۳۷۳)، جایگاه عرف در فقه و حقوق اسلامی، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشکده الهیات و معارف اسلامی دانشگاه تهران.

بروجردی، محمد تقی (بی تا)، نهاییه الافکار، قم، موسسه النشر الاسلامی.

جبار گلباغی ماسوله، سيد علی (۱۳۷۸)، در آمدی بر عرف، قم، دفتر تبليغات اسلامی حوزه علمیه قم.

حائری، سيد كاظم (۱۴۰۷)، مباحث الاصول، بی جا، بی نا.

الحر العاملي، محمد بن حسن (۱۳۹۸)، وسائل الشیعه الى تحصیل مسائل الشریعه، تهران، المكتبة الاسلاميه.

حکیم، محمد تقی (۱۴۱۸)، الأصول العامة للفقہ المقارن، قم، المجمع العالمي لأهل البيت. حمزه، محمود (۱۴۰۶)، الفرائد البهيه في القواعد و الفوائد الفقهيه، دمشق، دار الفكر للطباعة و التوزيع و النشر.

خلاف، عبد الوهاب (۱۳۹۸)، علم اصول الفقہ، الكويت، دار القلم.

ديب البغاء مصطفى (۱۴۲۰)، أثر الأدلة المختلف فيها في الفقہ الإسلامی، دار القلم.

راغب اصفهانی، حسين بن محمد (۱۴۱۸)، المفردات في غريب القرآن، به كوشش: محمد خليل عيتاني، بيروت، دار المعرفة.

الرياحي، سامي (۲۰۱۹)، العرف و الشریعه، رباط، موسسه مومنون بلا حدود للنشر و التوزيع.

زحيلي، وهبة (۱۴۱۶)، اصول الفقہ الإسلامی، بيروت، دار الفكر المعاصر.

_____ (۱۳۸۰)، الوجيز في اصول الفقہ، تهران، نشر احسان.

زحيلي، محمد (۱۴۱۴)، النظريات الفقهيه، دمشق، دار القلم.

زرقاء، أحمد (۱۴۱۹)، شرح القواعد الفقهية، دمشق، دار القلم.

زرقاء، مصطفى أحمد (۱۴۱۸)، المدخل الفقهي العام، دمشق، دار القلم.

زرکشی، بدر الدين محمد بن بهادر (۱۴۲۱)، المنثور في القواعد، به كوشش: محمد حسن الشافعي، بيروت، دار الكتب العلمية.

زيدان، عبدالکريم (۱۴۱۷)، المدخل لدراسة الشريعة الاسلاميه، بيروت، مؤسسة الرسالة.

_____ (۱۳۸۵)، الوجيز في اصول الفقہ، تهران، نشر احسان.

سلجوقي، محمود (۱۳۴۷)، نقش عرف در حقوق مدنی ايران و مطالعه اجمالي آن در اسلوبهای بزرگ حقوقی، بی جا.

سمعانی مروزى، ابو المظفر منصور بن محمد (۱۴۱۷)، قواطع الأدلة في الأصول، به كوشش: محمد حسن هيتو، مؤسسة الرسالة.

سيوطی، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر (۱۴۱۹)، الأشباه والنظائر في قواعد و فروع فقہ الشافعية، به كوشش: محمد حسن الشافعي، بيروت، دار الكتب العلمية.

- شاطبی، ابو إسحاق إبراهيم بن موسى (بی تا)، الموافقات في أصول الأحكام، دمشق، دار الفكر.
- شلی، محمد مصطفی (۱۴۰۶)، أصول الفقه الإسلامي، بیروت، دار النهضة العربية.
- _____ (۱۴۰۳)، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، بیروت، دار النهضة العربية.
- صابری، حسین (بی تا)، فقه و مصالح عرفی، قم، بوستان کتاب.
- صالح بن عبد الله (۱۴۱۲)، رفع الحرج في الشريعة الاسلامية، دار الاستقامة.
- صرامی، سيف الله (۱۳۷۸)، جایگاه قرآن در استنباط احکام، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.
- ضیائی، محمد عادل (۱۳۸۲)، موضع گیری های پیامبر (ص) در قبال عرفهای زمان خود، رساله دکتری رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشکده الهیات و معارف اسلامی دانشگاه تهران، تهران.
- طباطبائی، محمد حسین (بی تا)، حاشیه الکفاية، قم، بنیاد فرهنگی علامه طباطبائی.
- العاملي، ابو عبد الله محمد بن مکی (بی تا)، القواعد والفوائد، قم، مکتبه المفید.
- علوی، سید محمد تقی (۱۳۸۱)، جایگاه عرف و عادت در حقوق اسلام و ایران، رساله دکتری دانشکده الهیات و معارف اسلامی دانشگاه تهران.
- علیدوست، ابوالقاسم (۱۴۰۳)، فقه و عرف، تهران، سازمان انتشارات فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- _____ (۱۴۰۲)، فقه و عقل، تهران، سازمان انتشارات فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- فرحزادی، علی اکبر (۱۳۷۹)، امر ارشادی و مولوی در اصول شیعه، نشریه مقالات و بررسیها، تهران، دانشکده الهیات و معارف اسلامی دانشگاه تهران، دفتر ۸۶.
- فیض، علیرضا (۱۳۷۱)، مبادی فقه و اصول، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
- قبله ای خویی، خلیل (۱۳۸۶)، علم اصول در فقه و قوانین موضوعه، تهران، سمت.
- قرافی، شهاب الدین أحمد بن إدريس (۱۴۱۸)، الفروق، بیروت، دار الکتب العلمية.
- قرضاوی، یوسف (۱۴۱۹)، السياسة الشرعية، القاهرة، مکتبه وهبة.
- _____ (بی تا)، مدخل لدراسة الشريعة الاسلامية، بی جا.
- کاظمی خراسانی، محمد علی (۱۴۰۶)، فوائد الاصول، قم، موسسه النشر الاسلامی.
- کلانتری، ابوالقاسم (۱۴۰۴)، مطارح الانظار، قم، موسسه آل البيت.
- محقق داماد، مصطفی (۱۳۷۶)، قواعد فقه بخش مدنی، مرکز نشر علوم اسلامی.

- محمدی، ابو الحسن (۱۳۶۸)، مبانی استنباط حقوق اسلامی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
- مظفر، محمد رضا (۱۳۷۰)، اصول الفقه، قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- منتظری، حسینعلی (۱۴۱۵)، نهاییه الاصول، قم، نشر التفکر.
- ندوی، علی احمد (۱۴۱۸)، القواعد الفقهیة، دمشق، دار القلم.
- هاشمی، سید محمود (۱۴۰۵)، بحوث في علم الأصول، المجمع العلمی للشهید صدر، بی‌جا.
- هیتو، محمد حسن (۱۴۴۲)، الخلاصة فی أصول الفقه، دمشق، چاپ اول، دار المصطفی.
- هیثمی، نورالدین علی بن ابی بکر (۱۴۱۹)، مجمع الزوائد و منبع الفوائد، بیروت، دارالکتب العلمیه.