



جایگاه

# شریعت سلف و عرف

در منابع اجتهاد

محمد ابراهیم جناتی

بر ما است که از آنها پیروی نماییم، مگر آنچه که در شریعت ما نسخ آن ثابت شده باشد.

گروه دیگر بر این عقیده‌اند که شرایع پیشین بگونه مطلق برای ما نیز شرع شمرده نمی‌شود زیرا بوسیله شریعت اسلام منسوخ شده است و نسخ فراگیر بر همه قوانین کلی و جزئی آنها بوده است و هرگاه حکمی در شریعت اسلام موافق با حکمی در شریعت پیشین باشد این حکم فعلی مماثل با حکم پیشین بحساب می‌آید، نه آنکه دلیل بر استمرار آن باشد، همانند آشامیدن آب که در همه شرایع سماوی مباح بوده، ولی در هر شریعتی بگونه مستقل مورد تشریح قرار گرفته است، جعلها و تشریحا مماثل می‌باشند.

علامه غزالی در کتاب المستصفی (ج ۱، ص ۱۳۲) و علامه آمدی در الاحکام فی

تاکنون به نقش ده منبع از منابع اجتهاد در استنباط احکام شرعی حوادث واقعه اشاره کردیم، اکنون نوبت آن رسیده است که نگرشی به منبع یازدهم «شریعت سلف» و دوازدهم «عرف» و سیزدهم «سیره عملی اهل مدینه» و چهاردهم «استدلال» و پانزدهم «برائت اصلی» و شانزدهم «استصحاب» داشته باشیم.

## شریعت سلف

اندیشمندان مذاهب اسلامی در اینکه شریعت سلف یا شریعت‌های پیشین، برای ما نیز شریعت بشمار می‌آید یا نه و آیا اسلام شرایع گذشته را نسخ نموده است یا نه، دارای آراء و نظریات گوناگون و مختلفی هستند که بشرح زیر بیان می‌شوند:

برخی از آنان بر این نظریه‌اند که شرایع گذشته برای ما نیز شریعت بحساب می‌آید و

اصول الاحکام (ج ۳، ص ۱۲۹) می گویند: شریعتهای پیشین بوسیله شریعت اسلام منسوخ شده است مگر در مواردی که نصی بر ابقاء آن باشد.

بعضی بر این نظریه اند آنچه که از احکام شریعتهای پیشین برای ما در کتاب خدا و سنت رسول، و بعنوان داستان نقل شده و دلیلی در شرع ما بر ثابت بودن و یا عدم ثبوت آنها وارد نشده آن احکام برای ما نیز شریعت محسوب می شود و بر ما است که از آنها پیروی نماییم. این نظریه را استاد عبدالوهاب خلاف در کتاب علم اصول الفقه (ص ۱۰۵) از جمهور حنفیان و نیز بعضی از پیروان مالک بن انس اصبحی و محمد بن ادریس شافعی نقل نموده است.

### سیر تاریخی شریعت سلف

تاریخچه شریعت سلف بعنوان منبع شناخت احکام، به اواخر قرن دوم بازمی گردد و پیروان ابوحنیفه در زمان مذکور آن را بعنوان منبع شناخته و سپس پیروان مالک بن انس و محمد بن ادریس شافعی آن را بعنوان منبع شناخت پذیرفته اند.

### شریعت سلف در نگاه مذاهب اهل سنت

با بررسی در مطالب آن دسته از اندیشمندان جامعه اهل سنت که شریعت سلف را بعنوان منبع شناخت پذیرفته اند، این نتیجه بدست می آید که آنان فقط در مواردی به آن عمل می کنند که نتوانند از راه منابع اسلامی به حکم شرعی دست یابند، پس اگر حکم مسأله ای از راه منابع اسلامی به دست آید، مطابق شریعت سلف عمل نمی کنند.

### ادله معتقدان به شریعت سلف

آنانکه شریعت سلف را بعنوان منبع شناخت احکام شرعی پذیرفته اند، برای اثبات نظریه خویش به دلائلی استدلال نموده اند که بدین قرار است: آیات- روایات- استصحاب، اکنون بطور اختصار به بررسی و نقد آنها می پردازیم:

#### دلیل اول: استناد به آیات

نخست به آیاتی از قرآن تمسک جستفانند از آن جمله:

۱- آیه ۹۰ از سوره انعام: «اولئک الذین هدی الله فبهدهم اقتده»: آنان کسانی هستند که خداوند هدایتشان کرده است پس به هدایت و راهنمایی ایشان اقتدا کن.

۲- آیه ۱۲۳ از سوره نحل: «ثم اوصینا الیک ان اتبع ملة ابراهیم حنیفا و ماکان من المشرکین»: به تو نیز وحی نموده ایم که از آئین حنیف ابراهیم پیروی کن که او از مشرکان (بت پرستان) نبوده است

۳- آیه ۱۳ از سوره شوری: «وشرع لکم من الدین ما وصی به نوحاً والذی وحینا الیک و ما وصینا به ابراهیم و موسی و عیسی ان یموا الدین ولا تتفرقوا فیه»: برای شما دین و آیینی مقرر کرد از همانگونه که به نوح وصیت کرده بود و از آنچه بر تو وحی نموده ایم و به ابراهیم و موسی و عیسی وصیت کرده ایم که دین را برپای نگهدارید و در آن فرقه فرقه نشوید.

۴- آیه ۴۴ از سوره مائده: «انا انزلنا التورات فیها هدی و نور یحکم بها النبیین الذین اسلموا»: ما تورات را که در آن هدایت و روشنائی است فرود آوردیم بر پیامبرانی که تسلیم فرمان بودند و بنا بر آن، برای یهود حکم نمودند.

طریق حکم شرعی در حوادث واقعه استنباط شود.

و از راه اصالت عدم تحریف نمی‌شود احتمال مذکور را برطرف کرد و آن را حجت و معتبر دانست و مطابق ظاهر آن استنباط نمود، زیرا در ابحاث اصولی گفته شده که اصول در اطراف علم اجتمالی جاری نمی‌شود و بر فرض که جریان پیدا کنند تساقط می‌کنند.

### دلیل سوم: استصحاب

دلیل سوم معتقدان به شریعت سلف، استصحاب است، زیرا ارکان آن که عبارت از یقین سابق و شک لاحق و وحدت موضوع در ظرف یقین و شک است در مساله مورد بحث وجود دارد، چون ما می‌دانیم که آنچه در شریعت سلف از احکام بوده حجت و معتبر بوده‌اند و در شریعت اسلام شک می‌کنیم که آنها بر حجیت اعتبار خود باقی هستند یا خیر؟ به مقتضای استصحاب به بقاء حجیت آنها حکم می‌نماییم و منشأ شک در بقاء حجیت و اعتبار آن احکام احتمال ورود دلیل ناسخ است که باعث سقوط آنها از اعتبار و حجیت شده باشد.

### نقد دلیل استصحاب

این دلیل نیز نقد پذیر است، زیرا در جای خود ثابت شده که نسخ در احکام شرعی به معنای اعلام نهایت زمان حکم است نه رفع و قطع استمرار حکم، چون نسخ به این معنی مستلزم بقاء می‌باشد که درباره خداوند مستحیل است، پس همانگونه که امکان دارد حکم مولی مطلق و مقید به زمان خاص نباشد، ممکن است مقید به زمان

### دلیل دوم: استناد به روایات

از جمله ادله معتقدان به شریعت سلف احادیث است که بعضی از آنها را در اینجا یاد آور می‌شویم.

روایت شده که رسول خدا در برخی موارد در مقام تشریح به آن احکامی که در شریعت سلف بوده استشهاد کرده است. از موارد مذکور استشهاد او در مقام بیان اینکه هر کس نماز نخوانده بخوابد و یا آن را فراموش کند باید در وقتی که به خاطر آورد بخواند. «من نام عن صلاة او نسيها فليصلها اذا ذكرها» بقول خداوند: «واقم الصلاة لذكرى» (طه/ ۱۴). این آیه چنان که تفسیر شده خطاب به حضرت موسی است.

در این زمینه به احادیث دیگری نیز استدلال شده که برای پرهیز از تطویل از ذکر آنها خودداری می‌شود. علاقمندان می‌توانند به کتاب السمتصفی من علم الاصول (ج ۱، ص ۱۳۴) نوشته ابو حامد محمد غزالی، مراجعه نمایند.

### نقد ادله مذکور

ادله مذکور برای اثبات مدعی ناتمام است، زیرا:  
اولاً - منتهای دلالت آنها حجیت و اعتبار اصل آنها در شریعت سلف است نه حجیت و اعتبار آنچه که از احکام در کتب فعلی آنها قرار دارد.

ثانیاً - علم اجتمالی به کاری شدن تحریف در اصل آنها مانع از اخذ به ظواهر همه اطراف می‌شود، به دلیل اینکه هر طرفی را که بخواهیم اخذ کنیم احتمال پدیده تحریف را در آن به زیادی یا کمی می‌دهیم و چیزی که این احتمال را برطرف کند در بین نیست، بدین جهت امکان ندارد از این

بوده‌اند و چه آنانکه نبوده‌اند) یا مخصوص کسانی است که در شریعت پیشین بوده‌اند؟ پس ثبوت تکلیف نسبت به آنانی که شریعت پیشین را درک نکرده‌اند مشکوک می‌شود، و شک در این مسأله به شک در اصل ثبوت تکلیف برای آنانی که شریعت پیشین را درک نکرده‌اند بازگشت دارد نه در بقاء آن و بنابراین زمینه‌ای برای جریان استصحاب نمی‌ماند.

### دلایل عدم اعتبار شرایع سلف

آنانکه شریعت سلف را بعنوان منبع شناخت احکام شرعی نپذیرفته‌اند برای اثبات نظریه خود به دلائلی تمسک جستجاند که از این قرار است.

#### دلیل اول

نخستین دلیل، حدیث معاذ است که در مباحث گذشته بیان شد. پیامبر به او گفت: برای دستیابی به حکمی که نصی از کتاب و سنت نباشد چه می‌کنی؟ معاذ در مقام پاسخ به رسول خدا گفت اجتهاد می‌کنم.

در اینجا معاذ شریعت سلف را ذکر نکرده، از این کشف می‌شود که شریعت سلف برای ما حجیت و اعتبار ندارد، زیرا هرگاه حجیت و اعتبار داشت واز منابع شناخت مانند قرآن و سنت بحساب می‌آمد، عدول از آن به اجتهاد از راه رأی برای احکام شرعی حوادث واقعه جائز نبوده است، مگر بعد از عدم توانایی بیان احکام شرعی از راه آنها.

این دلیل قابل نقد است، زیرا این حدیث همانگونه که در مبحث قیاس بیان کردیم از نظر سند نادرست بوده و دلیلی بر اعتبار آن نمی‌باشد.

خاص باشد، و بنابراین شک در نسخ باز می‌گردد به شک در توسعه و گسترش مجعول و ضیق آن از جهت اختصاص احکام به موجودین در زمان حضور.

در زمینه احکام شرایع پیشین نیز بدین منوال است، زیرا شک در نسخ آن احکام باز می‌گردد به شک در اصل ثبوت تکالیف نسبت به آنانی که در آن زمان شرایع نبوده‌اند، نه شک در بقاء آن تکالیف و احکام برای آنها بعد از علم به ثبوت آنها برای آنان.

اما توهم اینکه جعل احکام به گونه قضایای حقیقیه است نه بگونه قضایای خارجی و این منافات دارد که قائل شویم به اختصاص احکام شرایع پیشین به آنانی که در همان شرایع می‌زیستند. در پاسخ باید گفت: توهم مذکور نادرست بنظر می‌رسد، زیرا جعل احکام بگونه قضایای حقیقی به این معنا است که خصوصیت افراد در ثبوت حکم دخالتی ندارند و معنایش این نیست که اختصاص حکم به قسمی دون قسمی دیگر امکان نداشته باشد.

پس اگر فرض شود که ما شک کنیم در اینکه آیا حرمت خمر بگونه مطلق بر آن ثابت است یا بر خصوص خمیری که از انگور گرفته می‌شود؟ در این فرض شک در حرمت خمیری که مأخوذ از غیر انگور است باز می‌گردد به شک در ثبوت اصل تکلیف، و شک در اصل تکلیف مجرای براءت است نه استصحاب.

با این حساب برای اجراء استصحاب جایی در مفروض مسأله باقی نمی‌ماند و مقام بحث از این قبیل است، زیرا ما شک می‌کنیم که جعل تکلیف برای همه مکلفین می‌باشد (چه آنانکه در شریعت پیشین

### دلیل پنجم

پنجمین دلیل اجماع است، یعنی اجماع مسلمانان بر اینکه شریعت فعلی ناسخ شریعت گذشته است، ولی این دلیل قابل نقد و اشکال است.

\*\*\*

### عرف و عادت

عرف و عادت یکی از مواردی است که به عنوان منبع و پایه شناخت حکم شرعی مطرح شده است. پیش از ورود در اثبات یا نفی آن بجا است مطالبی را که با آن مرتبط است به عنوان مقدمه یاد آور شویم:

- تعریف عرف
- عناصر عرف
- اقسام عرف
- انواع عرف و عادات
- مجالات و زمینه‌های عرف
- عرف و عادت از نظر جهانیان
- سیر تاریخی عرف در حوزه استنباط
- نخستین کسی که عرف و عادت را در حوزه استنباط احکام پذیرفت.

### تعریف عرف و عادت

اندیشمندان اسلامی برای عرف تعریفهای گوناگون و مختلفی نموده‌اند، بجا است در اینجا به برخی از آنها اشاره شود:

الف- عرف و عادت، به روشی گفته می‌شود که همه مردم یا گروهی از آنان بدان خو گرفته و آن را شیوه خود ساخته باشند.

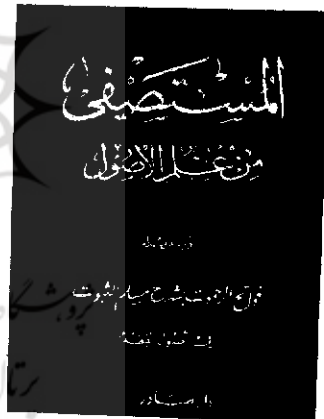
علامه علی بن محمد جرجانی (بنا به نقل عمر عبدالله در کتاب سلم الوصول الی علم الاصول، ص ۳۱۷) در تعریف عرف

### دلیل دوم

اگر قانون و شریعت سلف معتبر بود هر آینه تعلم و نقل آن- مانند قرآن و حدیث- از واجبات کفایی و نیز حفظ آن مستحب بود، با اینکه هیچ کس به این امر ملتزم نشده است.

### دلیل سوم

اگر شریعت قدیم معتبر بود اصحاب و یاران رسول خدا (ص) بعد از رحلت او برای حل مسائلی که با یکدیگر اختلاف داشته‌اند به آن مراجعه می‌کردند، با آنکه از کسی نقل نشده است که آنان در حل مشکلی به شریعت سلف مراجعه نموده باشند.



### دلیل چهارم

شریعت سلف اگر معتبر و حجت بود و پیامبر به آنها تعبد داشت لازم بود بر رسول خدا در مقام پاسخگویی از حوادث واقعه و موضوعات مستحدثه در جایی که وحی نبود به آن مراجعه کند و در انتظار وحی بسر نمی‌برد با اینکه ما می‌دانیم پیامبر در پاسخ بعضی از مسائل در انتظار وحی بود و به مقتضای شریعت قدیم چیزی را بیان نمی‌کرد.

عبارة عما يستقر في النفوس من الامور المتكررة المقبولة عند الطبايع السليمة: عادت عبارت از آن روشی است که در جانها بر اثر تکرار قرار می گیرد و ذوق سلیم آن را می پذیرد.

ه - علامه محمد سلام مدکور در کتاب مدخل الفقه الاسلامی (ص ۸۱) می گوید: «هو ما استقر في النفوس وتلقته الطبايع السليمة بالقبول فعلاً كان او قولاً دون معارضة لنص و اجماع سابق».

### نقد تعریفهای یاد شده

تعریفهای مذکور قابل نقد است، زیرا در آنها گواهی عقول و پذیرش طبايع سلیم که از امور قارّة و ثابت می باشند در مفهوم عرف اخذ شده و این ملازمت دارد که عرف نیز ثابت و امر واحدی در هر زمان و مکان باشد با آنکه:

اولاً - بسیاری از عرفها برخلاف عقول و طبايع و ذوقهای سلیم است و بدیهی است عقول و طبايع سلیم عرف بد را نمی پسندد. و با این وصف چگونه می توانیم بر آنها عرف اطلاق کنیم.

ثانیاً - عرفها با اختلاف زمانها و مکانها متفاوت و مختلف می شود و این ملازمت دارد که عقول سلیم و طبايع مستقیم نیز با اختلاف آنها مختلف شود.

ثالثاً - بخشی از عرفها را عرفهای فاسد نامیده اند، آیا این عرفها را عقول و ذوقهای سلیم مورد پذیرش قرار می دهند یا نه؟ پس این تعریفها نه شامل افراد خودی است و نه مانع از افراد غیر خودی است، با آنکه باید تعریف جامع و مانع باشد. ولی آنچه که این مشکل را حل می کند این است که تعاریف

می گوید: «العرف ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول و تلقته الطبايع بالقبول»: عرف آن روشی است که به گواهی عقلها در نفوس و جانها استقرار یابد و طبیعتهای سالم آن را پذیرد.

ب - استاد علی حیدر در شرحش بر مجله بنا به نقل عمر عبدالله در کتاب مذکور در تعریف عادت گفته است: «هی الامر الذی يتقرر في النفوس و يكون مقبولاً عند ذوی الطبايع السليمة بتكراره المرة بعد المرة ثم قال والعرف بمعنى العادة».

عادت روشی است که در اثر تکرار در نزد صاحبان طبیعتهای سالم پذیرفته می شود و در نفوس استقرار می یابد. وی سپس افزوده: عرف نیز بمعنای عادت است ولی در سخنان بعضی از اندیشمندان جامعه اهل سنت مانند ابو حامد محمد غزالی، تفاوتی از نظر مفهوم بین این دودیده می شود، نه از نظر مصداق. به گونه ای که:

در عرف جهت عقلانی مورد لحاظ است ولی در عادت جهت عقلانی ملحوظ نیست. بعضی نسبت بین عرف و عادت را از نسبتهای چهارگانه در منطق (تساوی، تباین، عموم خصوص مطلق، عموم خصوص من وجه) عموم خصوص مطلق و عادت را اعم از عرف دانسته اند.

ج - ابو حامد محمد غزالی در کتاب المستصفی من علم الاصول در تعریف آن گفته است: «العادة والعرف ما استقر في النفوس من جهة العقل و تلقته الطبايع السليمة بالقبول»: عادت و عرف روشی است که به کمک عقل در نفوس رسوخ یافته و طبايع سالم آن را مورد پذیرش قرار داده اند. د - برخی در تعریف آن گفته اند: «العادة

شناخته می‌شود و در نفوس آنها رسوخ می‌یابد و مورد پذیرش قرار می‌گیرد.

و علامه عبدالوهاب خلاف در کتاب علم اصول الفقه (ص ۸۹) می‌گوید: «... وفی لسان الشرعیین لافرق بین العرف و العادة»: در لسان اهل شرع تفاوت و فرقی بین عرف و عادت نمی‌باشد.

علامه ابن نجیم در کتاب الاشباه والنظائر (ص ۳۷) به نقل از هندی در شرح المغنی می‌گوید: عادت روشی است که در اثر تکرار در نظر صاحبان طبیعتهای سلیم پذیرفته تلقی می‌شود و در نفوس مستقر می‌گردد. و نیز بعضی گفته‌اند: «العرف عادة جمهور قوم فی قول اوفعل» عرف و عادت روش بیشتر قومی در گفتار و کردار است. لکن از برخی تعاریفات برمی‌آید که عرف و عادت از نظر مفهوم مختلف ولی از نظر مصداق متحدند.

ابن عابد ین در مجموعه رسائل (ص ۱۱۲) می‌گوید: واژه عادت از معاوده گرفته شده چون عادت با تکرار چیزی در جانها و عقول شناخته شده و استقرار یافته و مورد پذیرش قرار گرفته، بدون هیچ گونه علاقه و قرینهای و این حقیقت عرفی می‌شود، پس عرف و عادت از نظر مصداق متحد و از نظر مفهوم مختلف است.

در مدخل مبانی استنباط حقوق اسلامی (ص ۲۴۷) آمده: عادت اعم از عرف است، زیرا شامل عادت ناشی از عوامل طبیعی و عادت عرفی می‌شود ولیکن عادت مورد کلام ما از آن دو مفهوم اعراض کرده و با عرف اصطلاحی متحد شده است و نیز نمی‌توان گفت عرف افعال را شامل نمی‌شود و اختصاص به عادت دارد زیرا

مذکور از باب تعریف واقعی و حقیقی نمی‌باشد بلکه تعریف شرح‌الاسمی است.

و- استاد عبدالوهاب خلاف در علم اصول الفقه (ص ۸۹) در تعریف عرف می‌گوید: «العرف ما تعارف الناس و ساروا علیه من قول او فعل او ترک ثم قال ویسمى العادة».

عرف روش مردمی است در گفتار یا کردار یا ترک که به آن استمرار بخشیدمانند. او سپس افزوده: بر عرف، عادت نیز اطلاق می‌شود، اگر این روش را همه مردم دارا باشند آن را عرف شایع و اگر بیشتر مردم دارا باشند آن را عرف غالب می‌نامند.

عرف به روشی که همه مردم دارند محقق می‌شود همان طور به روشی که بیشتر مردم دارند نیز محقق می‌گردد. این تعریف را گروهی از اندیشمندان پذیرفته‌اند.

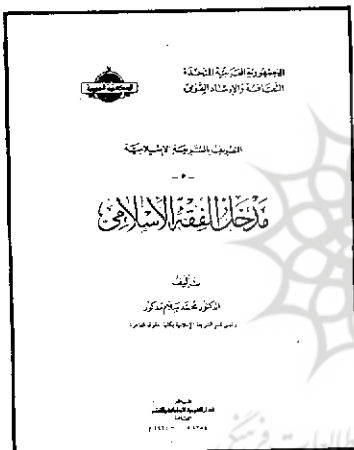
### یکسان بودن معنای عرف و عادت

در فقه اسلامی عرف و عادت به یک معنی بکار رفته، همانگونه که در کلام برخی از اندیشمندان مانند استاد علی حیدر صاحب شرح مجله و علامه ابو حامد غزالی صاحب المستصفی و استاد خلاف صاحب اصول الفقه تصریح شده است و از سخنانی که این نظریه را تأیید می‌کند گفتار بعضی از علماء در مقام تعریف عادت است، به این بیان که «العادة ماخوذة من المعاودة فهی بتکررها و معاودتها مرة بعد اخرى صارت معروفة مستقرة فی النفوس و العقول متعلقة بالقبول».

عادت از ماده معاوده اخذ شده و چون عادت به بازگشت و تکرار عمل به تناوب محقق می‌گردد بدین جهت نزد مردم

مخصوص با اینکه در لغت برای هر جنبه‌های وضع شده است.

عرف عملی، عبارت است از آن عملی که در بخشی از اعمال خاص مردم تحقق می‌پذیرد مانند شایع شدن خرید و فروش به گونه معاطاتی (دادوستد فعلی در مقابل دادوستد قولی) در بعضی از اماکن و نیز اجاره و مزارعه و شرکت و غیر اینها و شاید اراده شود از آن سیره متشرعه در حوزه خرید و فروش و ترتیب آثار صحت بر آنها.



### ج- عرف صحیح و عرف فاسد

عرف صحیح، همانگونه که استاد عبدالوهاب خلاف در کتاب مصادر التشریح الاسلامی فیها می‌گوید: عبارت است از آن روشی که نزد مردم شناخته شده و با نص مخالفت نداشته و نیز باعث تقویت مصلحت و جلب مفیده نباشد. مانند متعارف شدن اطلاق لفظی که دارای معنای لغوی است بر معنای عرفی آن و متعارف شدن تقدیم بعضی مهر و تأخیر بعضی دیگر آن.

عرف فاسد، عبارت است از آن روشی که

عرف شامل افعال و اقوال هر دو می‌شود.

### عناصر عرف

عناصر عرف به نظر اندیشمندان فقه اسلامی از این قرار است:

الف- عمل معین.

ب- تکرار آن عمل در همه مردم و یا بیشتر

آنان.

ج- ارادی بودن آن عمل نه غریزی بودن آن.

### اقسام عرف

اندیشمندان فقهی عرف را به اقسام

مختلف تقسیم نموده‌اند، که به شرح زیر بیان می‌شود:

### الف- عرف عام و عرف خاص

عرف عام، روشی است که همه یا بیشتر مردم با اختلاف آنان در زمان و مکان و محل زندگی و دانش و زبان و رنگ و نژاد و جز اینها آن را پذیرفته باشند.

عرف خاص، روشی است که از گروه خاصی که دارای یک زبان و یک مکان و یک کار هستند پدیدار می‌شود، مانند عرفهایی که در یک شهر و یا منطقه یا بین صاحبان کار خاص یا علم و یا فن وجود دارد.

### ب- عرف لفظی و عرف عملی

عرف لفظی، عبارت است از آن لفظی که در عرف مردمی اختصاص به معنایی پیدا کند که معنای موضوع له آن لفظ نباشد که در نتیجه با معنای لغوی آن و یا معنایی که نزد عرف مردم دیگر دارد منافات داشته باشد، مثل اختصاص دادن لفظ «ولد» به فرزند پسر در حالی که در لغت برای پسر و دختر هر دو وضع شده است و مانند اختصاص دادن لفظ «دابه» به حیوان



شارع تعریف آن را به عرف موکول نموده باشد. مانند لفظ «صعید» و «اناء» که در منطوق بعضی از ادله موضوع احکام قرار داده شده و واضح است که برخی از احکام بر موضوعات عرفی مترتب شده است و باید برای تشخیص آنها به عرف مراجعه شود.

۳ در آنجا که لفظ به گونه مطلق القاء شود، در این فرض برای کشف مراد متکلم از آن باید به عرف مراجعه گردد و در این جهت تفاوت نمی کند که متکلم شارع باشد و یا غیر آن.

و از این باب است آنچه که بازگشت به دلالت التزامیه کلام شارع دارد در صورتی که منشأ دلالت مذکور ملازمات عرفی باشد. مانند حکم شارع به پاک‌ی شراب اگر منقلب به سر که شده باشد که این عرفاً ملازمه دارد بر حکم به طهارت جمیع اطراف ظرف آن، و نیز از این باب است آنجا که عرف برای توضیح مراد شارع صلاحیت برای قرنیه قرار گرفتن را داشته باشد.

اما نسبت به کشف مرادهای غیر شارع از راه عرف، پس داخل می شود در آن هر چیزی که بازگشت به باب اقرار و وصیت و شرط و وقف دارد، اگر با کلماتی اداء شوند که دارای معانی عرفی می باشند، مانند داخل شدن در وقف هر چیزی که از توابع موقوفه از نظر عرف بحساب می آید، مگر زمانی که واقف آن را استثناء نموده باشد و همانند دخول در مبیع آنچه که بحسب عرف تابع مبیع شمرده شود، اگرچه در عقد ذکری از آن گونه صریح به میان نیامده باشد، یا خریدار و فروشنده جاهل به آن باشند.

نزد مردم متعارف باشد و بر عدم مشروعیت آن دلیل قائم شده باشد، مانند متعارف بودن برخی از معاملات ربوی و یا آشامیدن مسکرات و غیر اینها که در شرع ممنوع شده است.

### انواع عرف و عادت

عرف و عادت دارای انواعی است از آن جمله عبارتند از:

- ۱- روشهای مدنی
- ۲- روشهای حقوقی
- ۳- روشهای اخلاقی و آداب
- ۴- پوشاک
- ۵- برخوردهای اجتماعی
- ۶- روشهایی که برای سرگرمی وجود دارد.

### موارد کاربرد عرف و عادت

موارد کاربرد عرف و عادت که مورد بحث ما است آن گونه که در اصول عامه بیان شده (با تغییر کمی) بدین قرار است:

۱- مواردی که دارای نص خاص نباشد ولی از راه عرف و عادت حکم شرعی آن کشف شود و این کشف حکم شرعی از راه عرف نمی شود مگر در صورتی که عرف مذکور در همه زمانها و مکانها باشد، به گونه ای که بتوانیم آن را به زمان معصومین برسانیم تا آنکه کاشف از رضایت آنها باشد و در این صورت آن از سنت شمرده می شود. سیره متشرعه و نیز بناء عقلاء از قبیل همین مورد است.

۲- در جایی که مفهوم چیزی بدون مراجعه به عرف معلوم نباشد و این یا در جایی است که موضوع عرفی باشد و یا آنکه

### عرف و عادات از نظر جهانیان

عرف و عادات در طول تاریخ، همانگونه که بعضی از محققان گفته‌اند، در زندگی انسانها وجود داشته است و همیشه از سه عامل بزرگ پدیدار می‌شدند.

۱- وضع سرزمین

۲- روح ملی، قومی، طایفه‌ای، قبیله‌ای

۳- حسن تقلید

عرفها و عاداتها نیز مانند سایر پدیده‌ها و رویدادهای اجتماعی و غیره با اختلاف زمان و مکان گوناگون می‌شوند و در هر زمان و مکان به شکل مخصوصی خودنمایی می‌کنند.

علامه شاطبی در کتاب الموافقات (ج ۲، ص ۲۸۴) در این مورد سربهره‌نه بودن را بعنوان مثال ذکر کرده و می‌گوید: در واقع این مطلب با اختلاف مکان تفاوت می‌کند، در کشورهای شرقی برای راد مردان کاری ناپسند و مخجل به عدالت است، ولی در کشورهای مغرب زمین چنین نیست.

پیش از اسلام عادات و تقلیدها در همه کشورهای جهان از اهمیت ویژه‌ای برخوردار بودند. در جزیره العرب، عرف و عادات پایه مظاهر زندگی و منابع شناخت عرب بود، زیرا آنان در هیچ بعدی از ابعاد زندگی مادی و معنوی قانون مندونی نداشته‌اند و بر طبق عرف و عادات حرکت می‌کردند. ولی با ظاهر شدن منابع اسلامی اهمیت ویژه خود را از دست دادند.

بنابه نقل دکتر محمصانی در فلسفه التشريع فی الاسلام، در کشور رم نیز عرف و عادات از منابع و مصادر قانون‌گذاری مردم به حساب می‌آمد و برای نخستین بار در الواح دوازده‌گانه به صورت قانون فراهم

گردید. و هموست که می‌گفت قانون نامدون آن است که در عرف پسندیده باشد. برای آگاهی بیشتر در این زمینه می‌توان به کتاب الاحکام او مراجعه نمود.

در فرانسه نیز عرف و عادات (بنابه نقل از کتاب مذکور) از منابع قانون‌گذاری ایالت‌های شمالی بوده ولی پس از تدوین قانون ناپلئون و قوانین دیگر در بیشتر موارد اهمیت خود را از دست داده و تنها در برخی از موارد مانند امور بازرگانی به کار می‌رفت.

در انگلستان و نیز در آمریکا عرف عام از اهمیت ویژه‌ای برخوردار بود و از منابع قانون‌گذاری به حساب می‌آمد، گرچه بیشتر عرف و عادات پیشین آنها امروزه به صورت رویه‌های قضائی در آمده است که مخالفت با آن را جائز نمی‌دانند.

سخن کوتاه آنکه: عرف و عادات عامل بزرگی در تحول قانون‌گذاری ملل جهان بود ولی امروزه آن گونه نیست و از نیروی آن خیلی کاسته شده است، ولی با این وصف بی‌اثر نیست، زیرا پس از تدوین قانون در تفسیر و تأیید آن به کار می‌رود و رابطه قانون با زمانهای گذشته و آینده را حفظ می‌کند.

### سیر تاریخی عرف در استنباط

تاریخچه عرف و عادات بعنوان منبع شناخت در حوزه استنباط احکام شرعی، به گونه صریح به نیمه قرن دوم هجری بازگشت دارد. و همچنین می‌توان بطور قطع گفت: نخستین کسی که عرف را در شناخت احکام شرعی در حوزه استنباط و اجتهاد پذیرفت ابوحنیفه و بعد از او مالک بن انس

اصبھی است.

قابل ذکر است که مالک بن انس، مانند ابو حنیفه از راه قیاس در دامنه وسیع استنباط نمی‌کرد، ولی در موارد بسیاری از راه عرف و مصالح مرسله استنباط می‌نمود.

### اعتبار عرف در مذاهب

نظر اندیشمندان مذاهب اسلامی در منبع بودن عرف و عادت در شناخت احکام حوادث واقعه یکسان نیست، از این‌رو بجایست آراء آنها را در اینجا مطرح نماییم:

## الموافقات<sup>(۱)</sup> فی أصول الأحكام

تألیف  
الإمام، المجتهد، القدوة، الأصولي، الفاضل، الفقيه،  
أبي إسحاق إبراهيم بن موسى القاسمي، الرافعي  
العرف بالشافعي  
- ۷۸۰ هـ

مطبع  
مطبع دارالعلوم دیوبند

### نظر علماء جامعه اهل سنت

برخی از علماء جامعه اهل سنت، عرف و عادت را به عنوان یک منبع مستقل پذیرفته‌اند تا جایی که در صورت تعارض بین عرف و قیاس، عرف را بر آن مقدم داشته‌اند. آنها برای توجیه و موجه جلوه دادن نظریه خود گفته‌اند: پیروی از قیاس در صورتی که با عرف جاری مخالف باشد باعث عسر و حرج شده و به مصلحت مردم نمی‌باشد. پس باید عرف را بر قیاس مقدم

داشت تا چنین محذوری پیش نیاید.

علامه مصطفی احمد الزرقاء در کتاب المدخل الفقهي العام (ج ۱، ص ۱۴۷) در این زمینه می‌گوید: فقه اسلامی برای عرف اعتبار و ارزش زیادی قائل شده است و در اعتبار آن، هم رأی وجود دارد، هر چند که بین انظار نسبت به حدود آن متفاوت است.

سپس می‌افزاید: فقه‌های اسلامی بخصوص اندیشمندان حنفی در اثبات حقوق و در ارتباط معاملات و تصرفات مردم برای عرف خیلی ارزش قائلند و آن را به عنوان یک منبع بزرگ در اثبات احکام حقوقی معتبر دانسته‌اند و برطبق آن عمل می‌کنند مگر آنکه نص صحیح شرعی برخلاف باشد.

ابن عابدین در مجموعه رسائل (ص ۱۱۳) می‌گوید: در مسائل بسیاری به عرف و عادت مراجعه می‌شود بگونه‌ای که آن را اصلی از اصول شرعیه پذیرفته‌اند. و در شرح الاشباه آمده: آنچه از احکام شرعی که بتوسط عرف ثابت شود در حقیقت به دلیل شرعی ثابت شده است. و نیز در مبسوط سرخسی آمده: حکمی که از راه عرف ثابت شود مثل حکمی است که از راه شرع ثابت شده است.

برخی دیگر از آنان عرف را از منابع شمرده، ولی براین عقیده بوده‌اند که برای تشریح و قانونگذاری راهی دارند.

در کتاب فلسفه التشریح فی الاسلام، آمده با آنکه اندیشمندان و علمای اصولی عادت را از منابع و مصادر نشمرده‌اند ولی با این وصف باز عرف از دریچه‌های گوناگون به قانون گذاری اسلامی راه یافته و مهمترین آنها را بشرح زیر بیان داشته است:

نموده است و مجله آن را چنین توضیح داده: سنجش قانون با عرف است یعنی در اثبات حکم شرعی عادات عمومی یا خصوصی را می‌توان داور قرار داد.

### نظر علماء امامیه درباره عرف

اندیشمندان اصولی و فقهی شیعه، عرف و عادت را به عنوان منبع و پایه شناخت احکام شرعی مورد پذیرش قرار نداده‌اند و تنها حجیت و اعتبار آن را مخصوص به موارد خاصی دانسته‌اند. از آنجا که بیان آنها از حوصله این بحث خارج است، لذا صرف نظر می‌شود. علاقمندان می‌توانند به کتب مربوطه مراجعه کنند.

### دلایل قائلان به اعتبار عرف

آنانکه برای عرف و عادت اعتبار قائل شده‌اند برای اثبات نظریه خویش به اجماع، آیات و اخبار تمسک نموده‌اند.

### دلیل اول: استناد به اجماع

این وجه قابل نقد و اشکال است، زیرا: اولاً- با وجود مخالفت گروهی از اندیشمندان در اعتبار نمودن عرف و عادت به عنوان منبع چگونه می‌توان دعوای اتفاق فقها را در مسأله نمود.

ثانیاً- اجماع مدرکی اعتبار ندارد و اعتبار به مدرک آن است، اگر تمام باشد.

ثالثاً- بر فرض که تعبدی باشد در بحثهای اصولی گفته‌ایم که اجماع مذکور بخودی خود حجیت و اعتبار ندارد بلکه اعتبار آن از جهت کشف آن از قول امام است و کشف این اجماع از قول امام، اول کلام است.

۱- برخی از نصوص و به خصوص نصوص سنت مبتنی بر عرفند... و طبیعی است هنگامی که احکام و قوانین بر پایه عرف باشند در تفسیر و فهم معانی آنها نیز باید به عرف مراجعه شود، مانند دیه و قسامه.

۲- بیشتر عادت عرب از راه سنت تقریری و امضائی مورد تصویب قرار گرفته است. (راویان نقل کرده‌اند) که رسول خدا در برابر عاداتهای نیکو سکوت اختیار نمود و به دیده رضا نگریست و بدین جهت آنها جزء سنن اسلامی محسوب شده‌اند.

۳- مالک بن انس اصبحی هنگامی که نص در موضوعی نبود، کردار اهل مدینه را دلیل شرعی می‌شمرد، با آنکه عمل اهل مدینه در بیشتر موارد جز عرف و عادت کهن و نومی که در آن مرکز تجارت رواج داشت چیز دیگری نبود.

۴- اگر عرف جدید به علت نیاز تازه‌ای پدیدار می‌شد و یا اگر عرف در فتوحات خود به عادات جدیدی که برخلاف کتاب و سنت نبود برمی‌خورد آن را می‌پذیرفت و همین عادات و عرف از راه اجماع مجتهدان یا ادله شرعی دیگر مانند استحسان بعدها به قوانین اسلامی... راه یافت.

او نیز در کتاب مذکور می‌نویسد عرف یا کلی است که در همه جا مورد عمل قرار می‌گیرد و یا مخصوص به شهری معین و یا گروه خاصی از مردم است، در هر دو صورت عرف شرعاً معتبر است و بدین جهت در قواعد کلی عرف معیار قوانین شناخته شده است و این قاعده یکی از قاعده‌های چهارگانه‌ای است که قاضی حسین بن محمد مرورودی (م ۴۶۲) فقه را بر آنها مبتنی

**دلیل دوم: استناد به آیات**

آیاتی که در زمینه اعتبار عرف و عادت مورد استناد قرار گرفته عبارت است از:

**الف-** آیه ۱۱۰ از سوره آل عمران «کنتم خیرامة اخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنکر...»: شما بهترین امتی بودید که برای مردم برانگیخته شدید و به معروف امر می‌کنید و از منکر نهی می‌نمایید...

این دلیل نیز قابل نقد و اشکال است زیرا همانگونه که مشهود است هیچ‌گونه ارتباطی به عرف و عادت ندارد.

**ب-** آیه ۱۹۹ از سوره اعراف «خذالعفو و أمر بالعرف...»

ابن عابدین حنفی در مجموعه رسائل (ص ۱۱۳) این دلیل را به برخی از علماء نسبت داده است و خیاط در کتاب نظریة‌العرف (ص ۲۵) می‌گوید: استدلال به آیه بر اعتبار عرف مبتنی است که مقصود از عرف در آن عادت و رفتار مردم باشد و اینکه خداوند به پیامبر دستور داده که به عرف امر کن، این خود دلیل بر اعتبار عرف در نزد او است.

این دلیل نیز قابل نقد و خدشه است زیرا معلوم نیست مقصود از عرف در آیه، عرف مورد بحث باشد، چون عرف در لغت بمعنای معرفت و چیز مألوف و مستحسن است و از این قبیل است معنای عرف در آیه، پس معنای آیه این چنین است عفو را برگزین و بکارهای ختوب و پسندیده امر کن.

بدین جهت است که بعضی از محققان گفته‌اند: مقصود از عرف در آیه آن افعال و رفتاری است که مورد تأیید عقل و شرع

باشد به دلیل سیاق آیه، زیرا در اول آیه امر به عفو از افعال جاهلان و در آخر آن امر به اعراض از آنها می‌نماید و این با امر به عرف بمعنای اصطلاح آن بدون اینکه در آن مصلحتی باشد سازش ندارد.

ممکن است بدین جهت باشد که راغب در مفردات می‌گوید: عرف به معنای کارهای خوب است و خداوند فرمود «و أمر بالعرف». خیاط در نظریة‌العرف نقل کرده که

برخی از اندیشمندان آیه را دلیل بر حجیت عرف قرار نمی‌دهند و در تفسیر عرف گفته‌اند: مقصود از عرف احکام شرعی است چه آنکه عقل نیکویی آنها را درک کرده باشد و چه درک نکرده باشد.

محمد بن اسماعیل بخاری در صحیح خود از عبدالله بن زبیر روایت کرده که گفت خداوند این آیه را: «خذالعفو و أمر بالعرف» تنها در باره اخلاق مردم نازل کرد و صاحب کتاب‌العرف والعادة فی رأی‌الفقهاء نیز بر این بینش است که آیه نمی‌تواند دلیل بر حجیت عرف باشد.

**دلیل سوم: استناد به اخبار**

از روایاتی که برای اعتبار عرف و عادت استناد شده روایت عبدالله بن مسعود است که می‌گوید: «مارأه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن»: آنچه را که مسلمانان نیکو و پسندیده می‌بینند نزد خدا نیکو است.

برای اثبات مسأله مورد بحث کمال‌الدین ابن‌همام حنفی صاحب کتاب فتح‌القدير و علامه شمس‌الدین سرخسی در کتاب مبسوط به این روایت تمسک جست‌ه‌اند.

ابن‌عابدین در مجموعه رسائل (ص ۱۱۳) از کتاب‌الإشباع در ضمن قاعده ششم

نقد و اشکال این دلیل بسی واضح است و نیازی به بیان ندارد.

#### دلیل پنجم: پاسخ پیامبر (ص)

مورخین نقل کرده‌اند: زوجه ابوسفیان خدمت پیامبر رفت و از شوهرش شکایت کرد که هزینه زندگی من و فرزندانم را تأمین نمی‌کند. حضرت در پاسخ او فرمود: «خذی ما یکفیک و ولدک بالمعروف» برای هزینه زندگی خود و فرزندانم را (از مال شوهرت) با رعایت عرف بگیر. دلیل فوق نیز نقدپذیر است، زیرا از نظر سند ضعیف می‌باشد.

#### دلیل ششم: برخی قواعد

قواعدی که اندیشمندان و نویسندگان فقهی و اصولی جامعه اهل سنت در کتابهای خود یادآور شدند، بجا است به عنوان نمونه بعضی از آنها را در اینجا یادآور شویم:

قاعده «استعمال الناس حجة یجب العمل بها»: عمل مردم حجیت دارد و باید برطبق آن عمل شود. این قاعده در کتاب المنافع شرح‌المجامع از تلویح نقل شده است.

قاعده «المعروف عرفاً کالمشروط شرعاً»: شناخته شده عرف همانند شرط قرارداد آدمی است. این قاعده از فتاویٰ ظهیر نقل شده است.

قاعده «المشروط عرفاً کالمشروط شرعاً»: شرط عرفی همانند شرط شرعی است. این قاعده در فتاویٰ بزازی (ابن بزازی) نقل شده است.

قاعده «العادة المطرودة تنزل منزلة الشرط»: عادت شایع و عمومی در حکم شرط است. این قاعده نیز در

حجیت و اعتبار آن را نقل کرده است به دلیل روایت مذکور. ولی این وجه نیز نقدپذیر است، زیرا:

اولاً- از نظر سند ضعیف است و بدین جهت کسی این روایت را از رسول خدا نقل نکرده است و ابن‌عابدین و علانی گفته‌اند که این حدیث از پیامبر نمی‌باشد، بلکه کلام خود عبدالله بن مسعود است، بلی علامه سیف‌الدین آمدی (م ۶۳۱) در الاحکام فی اصول الاحکام (ج ۱، ص ۱۱۲) این را حدیث دانسته ولی اندیشمندان بزرگ اهل سنت این نظریه را نپذیرفته‌اند.

ثانیاً- گرچه از عبارت فهمیده می‌شود آنچه که مسلمانان نیکو می‌شمارند شما نیز آن را نیکو بشمارید ولی این ارتباطی با پذیرش آن به عنوان یک منبع شناخت احکام شرعی در حوادث واقعه ندارد، زیرا بین این دو ملازمه‌ای نیست چون عرف همیشه متکی به حسن نیست، پس با این حساب بر فرض که روایت باشد استدلال به آن ناتمام است زیرا دلیل اخص از مدعی است.

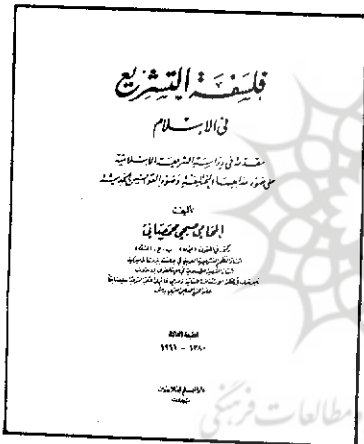
ثالثاً- فرض اغماض از گفته‌ها نمی‌توان آن را اصل مستقل بحساب آورد، زیرا بر تقریبی از صغریات حکم عقل و بر تقریبی از اجماع بحساب می‌آید.

#### دلیل چهارم: کلام شریح قاضی

شریح قاضی در زمان عمر بن خطاب به ریسندگان گفت: سنت شما میان خودتان معتبر است. این عبارت را علامه بدرالدین عینی در عمدة القاری فی شرح صحیح البخاری از محمد بن اسماعیل بخاری نقل نموده است.

قرار گرفته است از سنت محسوب می‌شود، نه آنکه عرف اصل مستقلى در مقابل سنت باشد.

پس گروهی از اندیشمندان جامعه اهل سنت، بنا به نقل استاد عبدالوهاب خلاف در کتاب علم اصول الفقه، (ص ۹۰) و محمد شفیق العانى در کتاب الفقه الاسلامی (ص ۳۰) - که بگونه مطلق گفته‌اند: «عرف، شریعت محکم است و در شرع دارای اعتبار است، و آن چه به عرف ثابت شود مانند آن است که به نص ثابت باشد»، دلیلی برای آن نتوان اقامه کرد.



کتاب المنافع فی شرح المجامع نقل شده است. قاعده «المعروف بین التجار کالمشروط بینهم»: عرف بین بازرگانان مانند شرط آنان است، این قاعده را ابن عابدین در رساله نشرالعرف فی بناء بعض الاحکام علی العرف (ص ۱۵) نقل کرده است. قاعده «الستعین بالعرف کالتعین بالنص»: تعیین کردن بوسیله عرف مانند معین کردن از راه نص است. این قاعده نیز در مصدر مذکور آمده است. قاعده «الیقین بالعرف کالیقین بالنص»: یقین حاصل از عرف همانند یقین حاصل از نص است. (بمنقل از نقش عرف در حقوق مدنی ایران، ص ۳۹).

این دلیل نیز قابل نقد است، زیرا آنچه که بین مردم متعارف است و از نظام زندگی و حیات آنها بحساب می‌آید هیچگاه صلاحیت برای کشف احکام شرعی، حوادث واقع را ندارد، بلی فقط بعض از آنها که مورد امضاء و تصویب معصومین قرار گرفته است معتبرند.

### دلیل هفتم: رعایت عرف عرب

بدران، در تاریخ الفقه الاسلامی (ص ۲۱۷) می‌گوید: شارع بسیاری از عاداتهای عرب را تأیید نموده و از آنها ممانعتی بعمل نیاورده است، بگونه‌ای که مسائل دیات و قسامه را بر عرف منطقه مبتنی نموده است. این دلیل نیز قابل اشکال است، زیرا در موارد مذکور شارع عرف را فی نفسه اعتبار نکرده بلکه از باب اینکه آن موارد چون با احکام اسلامی همگام بوده شارع آنها را تقریر فرموده است و با این حساب آنچه که از عرف و عادت مردم مورد تقریر و امضاء

و بدین جهت بسیاری از عادات و روشهای مردمی که پیش از اسلام مرسوم بوده بر اثر هماهنگ نبودن آنها بانص، مشمول ادله اعتبار نبوده است. بجا است در اینجا بعض آنها را به عنوان نمونه یادآور شویم:

- «نکاح شغار» که عبارت است از ترویج دو دختر توسط اولیاء آنها به دو زوج به این صورت که بضع هر یک مهر دیگری قرار گیرد.

- جواز خرید و فروش بدون اینکه

و نیز در کتاب المنافع شرح المجموع (ص ۳۲۵) می نویسد: اعتبار برای آن روشی است که بین مردم شیوع داشته باشد نه برای عده کمی از مردم مثلاً اگر پول جنس بگونه مطلق در وقت بیع ذکر شده و نوع آن تعیین نشده باشد باید آن را از نوع غالب آن دانست و در کتاب الهدایه (ج ۳، ص ۱۱) نیز به آن اشاره شده است.

۳- عرف و عادت از عادات زمان پیشین و یا عرف معمول در زمان فعلی باشد و اما عرف زمان پسین اعتبار و حجیت ندارد. علامه جلال الدین سیوطی در کتاب الاشباه والنظائر (ص ۶۸) و ابن نجیم در کتاب مذکور (ص ۴۰) به این مطلب اشاره نموده اند.

۴- عدم قرارداد بر خلاف عرف، پس اگر بر خلاف آن قراردادی شده باشد پیروی از آن لزومی ندارد، زیرا عرف اگر چه بمنزله شرط ضمنی در عقد بیع است ولی با وجود شرط صریح از بایع و یا مشتری دیگر زمینه‌ای برای آن باقی نمی ماند.

۵- عدم مخالفت عرف با نص معتبر، پس اگر با نص معتبر مخالف باشد آن عرف اعتبار ندارد. لازم به ذکر است بیشتر اندیشمندان فقهی که عرف را معتبر می دانند این نظریه را پذیرفته اند. مگر قاضی ابویوسف که وی در مورد نص هایی که بر پایه عرف عمومی قرار دارد این نظریه را نپذیرفته است.

اینها شرایطی است که دانشیان جامعه اهل سنت برای حجیت عرف یاد آور شده اند.

### برخی مصادیق عرف از نظر معتقدان

علما و دانشیان جامعه اهل سنت برای عرف و عادت، مصادیق زیادی را ذکر

مبیع و عوض آن در بین باشد.

- جواز معامله لباس تاشده و پیچیده، در تاریکی فقط بمجرد لمس خریدار اگر چه برای او جنس و ویژه گیهای آن معلوم نباشد.

- جواز فروش و خرید میوه درخت در ظرف چند سیال با آنکه اصل وجود مال در سالهای مذکور معلوم نباشد.

- جواز معامله بچه حیوان در شکم ماده پیش از آنکه متولد شود.

- جواز خرید و فروش چیزی که خریدار با پرتاب سنگریزه آن را معین کند. و جز اینها از عناوین دیگری که ذکر آنها از حوصله این نوشتار خارج است.

موارد فوق و امثال اینها در عرف پیش از اسلام معمول بوده است، ولی چون مطابق موازین اسلام نبوده بدین جهت در تعالیم اسلامی آنها منع و نهی شده است.

### شرایط اعتبار عرف از نظر معتقدان

با بررسی و کاوش در سخنان آن دسته از اندیشمندان جامعه اهل سنت که عرف و عادت را به عنوان منبع شناخت احکام شرعی و قانونگذاری پذیرفته اند، بدست می آید که آنان برای اعتبار عرف شرایطی را قائل شده اند که بشرح زیر بیان می شود:

۱- عرف و روش بگونه‌ای باشد که مورد پسند عقل و مطابق با ذوق سلیم و رأی عمومی باشد.

۲- عرف و روش از امور تکراری و شایع بین همه مردم باشد. علامه ابن نجیم در کتاب الاشباه والنظائر (ص ۳۷) می نویسد: روش و شیوه هنگامی اعتبار دارد که همه مردم و یا بیشتر آنان دارای آن شیوه باشند.



فرض داخل در سنت می‌شود و تنها اعتبار و کاربرد عرف و عادت در امور زیر است.

کشف مقصود گوینده

کشف حکم شرعی

تشخیص و یا تنقیح صغریات برای موضوعات احکام کلی و یا تنقیح آنها برای قیاس‌های استنباطی و یا تحدید موضوعهای احکام، مانند تحدید فقیر که شارع آن را موضوع برای جواز دادن زکات به او قرار داده است. چون فقیر کسی است که مؤنه و هزینه زندگی سالش را نداشته باشد و در تحدید مؤنه سال و مقدار آن به عرف باید مراجعه شود و نظر عرف در این جهت به اختلاف زمانها و مکانها و اشخاص مختلف می‌شود.

و مانند انفاق در راه خدا که در این نیز عرفها به اختلاف زمانها و مکانها و فرهنگها مختلف می‌شود.

و نیز مانند هم‌تائی در ازدواج و چیزهایی که از نظر مفهوم ابهام دارند. و جز اینها از موارد دیگر که نیازی به بیان آنها نمی‌باشد و باید به عرف مراجعه شود.

\*\*\*

### سیره عملی

پیش از بیان نظریه اندیشمندان درباره حدود حجیت سیره عملی، بجا است معنای لغوی و اصطلاحی واژه سیره و نیز اقسام آن را بیان کنیم.

### معنای لغوی و اصطلاحی واژه سیره

سیره در لغت به معنای روش است و در اصطلاح اندیشمندان به راه و شیوه مستمر و بناء عملی مردم نسبت به فعل و یا ترک آن اطلاق می‌شود.

نموده‌اند که به عنوان نمونه برخی از آنها را در اینجا یاد آور می‌شویم.

۱- توالی و پیاپی بودن ایجاب و قبول در عقد که تحقق این امر منوط به پذیرش عرف است.

۲- تعیین مهرالمثل برای زن در عقدی که مهر المسمی در آن ذکر نشده باشد که مقدار مهرالمثل در این صورت منوط بسنظر عرف است.

۳- چیزهایی که از تبعات عقد بحساب می‌آید اگرچه تصریح به آن نشده باشد و این نیز منوط به تشخیص عرف است.

۴- کسی که برای دوختن جامه اجیر شده نخ و سوزن برعهده او است و این نیز به حکم عرف است.

۵- پرداختن اجرةالمثل به اجیر در مقابل کاری که انجام داده ولی اجرةالمسمی در آن ذکر نشده باشد که تعیین مقدار مهرالمثل در این مسأله بدست عرف است.

۶- پرداختن ثمن در آنجایی که فروشنده مالی را بفروشد و از نقد یا نسیه بودن آن صحبتی بمیان نیامده باشد، در این فرض باید به عرف رجوع شود، اگر عرف براین باشد که در بیع مطلق باید خریدار قیامت را نقداً بپردازد، باید چنین کند و اگر بگونه اقساط باشد باید همان‌طور بپردازد. و جز اینها از موارد دیگر.

### سخن کوتاه

از نظر امامیه دلیل مستقلى براعتبار و حجیت عرف فی نفسه وجود ندارد، بدین جهت هیچ یک از اقسام آن نمی‌تواند دلیل مستقلى درمقابل کتاب، سنت، اجماع و عقل باشد، بلکه اعتبار و حجیت آن منوط به کاشفیت از امضاء شارع است. که در این

### اقسام سیره

سیره در اصطلاح اصولیان و محققان بر معانی زیر اطلاق می‌شود:

۱- سیره عقلا که عبارت است از راه و شیوه عملی همه دارندگان عقل اعم از مسلمان و غیر مسلمان و این سیره را در اصطلاح «بناء عقلاء» می‌نامند.

۲- سیره اسلامی و یا سیره متشرعه که عبارت است از راه و شیوه عملی اهل اسلام بر انجام چیزی و یا ترک آن.

### حجیت سیره عملی از نظر اندیشمندان

حجیت و اعتبار سیره عقلانی در صورتی می‌باشد که بطور یقین احراز گردد. شارع نیز که یکی از عقلا بلکه رئیس آنهاست مانند دیگر عقلا دارای همین راه و شیوه باشد. در این صورت سیره عقلانی یکی از منابع فقهی محسوب می‌گردد و همه محققان و صاحب نظران مذاهب اسلامی این مطلب را قبول دارند.

حجیت و اعتبار سیره (که بر آن سیره مسلمین و سیره متشرعه نیز اطلاق می‌شود) توقف دارد بر اینکه کاشف از رضایت شارع باشد و اگر کاشف نباشد آن سیره دارای اعتبار نخواهد بود، مانند سیره‌های عملی زیادی که می‌بینیم در میان مسلمانان رواج پیدا کرده و دارای ریشه اسلامی نبوده است و بعضی از آنها نه تنها دارای ریشه اسلامی نبوده بلکه برخلاف شرع بوده است.

در هر حال اندیشمندان اصولی امامیه معتقدند که اگر سیره معتبر بر انجام چیزی و یا بر ترک آن محقق شود مطابق سیره اول نمی‌توان حکم به وجوب و مطابق سیره دوم حکم بحرمت آن نمود و تنها از سیره اول

می‌توان اباحه به معنای عام را که شامل واجب و مستحب و اباحه بمعنای خاص (تساوی فعل و ترک) است و از سیره دوم عدم وجوب شیء را استفاده نمود.

توضیح اینکه: اگر انجام عملی بین مسلمانان رایج شود و آن را ترک نکنند نمی‌توان برای وجوب آن عمل به سیره استناد کرد. همانگونه که اگر عملی بین آنان انجام نشود همیشه آن را ترک کنند نمی‌توان برای حرمت آن عمل به سیره استناد نمود. زیرا سیره عملی دارای لسان گویا نیست که بیان کننده وجه آن باشد و تنها آنچه در اولی متیقن می‌باشد اباحه به معنای عام است مگر در مواردی که استمرار عملی آنان حکایت از تقید خاص آنان به آن عمل باشد که این می‌تواند گویای بر رجحان آن باشد و امادر دومی آنچه که متیقن است عدم حرمت عمل می‌باشد.

### تفاوت عرف و سیره

اکنون بجا است فرق بین عرف و سیره را در حجیت و اعتبار از نظر اندیشمندان یادآور شویم:

تفاوت بین عرف و سیره عملی متشرعه به این است که بسیاری از دانشمندان جامعه اهل سنت عرف را بعنوان منبع مستقل شناخت احکام پذیرفته‌اند، همانگونه که سیره را به این عنوان مورد پذیرش قرار داده‌اند.

ولی اندیشمندان امامیه آنها را بعنوان منبع مستقل و بگونه مطلق نپذیرفته‌اند، بلکه اعتبار آنها را در صورتی قبول دارند که موافقت معصوم از آن طریق کشف شود و این همان چیزی که مادر بحث اجماع

بعنوان منبع و پایه شناخت پذیرفته و هیچ گونه اختلافی در آن ندارند و تنها اختلافی که بین دانشمندان امامی و دانشیان مذاهب اهل سنت وجود دارد در این است که امامیه آنها را در ردیف منابع اجتهاد یاد آور نشده‌اند، ولی علمای مذاهب اهل سنت آنها را در ردیف منابع اجتهاد ذکر نموده‌اند.

سبب اختلاف بین آنان در این است که امامیه بین ادله اجتهادی و ادله فقهاتی (که در موارد شک بکار گرفته می‌شوند) و یا عبارت دیگر بین امارات و اصول، مرز و حدی قائلند، ولی بقیه مذاهب بین آنها حدومرزی قائل نمی‌باشند (گرچه برای هر یک از ادله اجتهادی و فقهاتی ویژگی‌هایی قائل‌اند) و چون دو منبع مذکور از ادله فقهاتی محسوبند نه از ادله اجتهادی، بدین جهت عالمان شیعه آنها را در ردیف ادله اجتهادی قرار نداده‌اند ولی غیر امامیه آنها را از ادله اجتهادی دانسته‌اند. بهر حال در اینکه استصحاب و برائت اصلیه از نظر فریقین حجیت و اعتبار دارند جای بحث نیست.

(مندرج در شماره ۲۰) بیان نموده‌ایم. از این رو می‌توان گفت از دیدگاه امامیه، خصوص سیره عملی مسلمانان در حقیقت نوعی از اجماع است و تنها فرقی که بین اجماع و سیره دیده می‌شود این است که در اجماع اتفاق نظر فقهاء است بر فتوایی در مورد مسأله‌ای. اما در سیره عملی اتفاق همه اندیشمندان و فقهاء و غیر آنان است در مقام عمل بر انجام کاری.

\*\*\*

### استدلال در منابع اجتهاد

استدلال (یا ملازمات عقلیه)، یکی دیگر از مواردی است که به عنوان منبع و پایه‌های شناخت احکام شرعی مطرح شده است و بسیاری از اندیشمندان و فقهای مذاهب اسلامی آن را به این عنوان مورد پذیرش قرار داده‌اند. که جهت رعایت اختصار از شرح آن خودداری می‌گردد.

\*\*\*

### استصحاب و برائت اصلیه

عالمان و فقهای مذاهب اسلامی استصحاب و برائت اصلیه (اصل برائت) را

---

با درج این مقاله، بحث و بررسی پیرامون منابع اجتهاد از دیدگاه فقها و اندیشمندان مذاهب اسلامی پایان یافت و بخواست خداوند متعال از شماره آینده بحث جدیدی تحت عنوان «سیری در ادوار اجتهاد» را مطرح خواهیم کرد.

---