

## جایگاه عرف در تقنین و تطوّر فقه امامیه

استادیار گروه فقه و حقوق دانشگاه رازی، دانشگاه رازی، کرمانشاه، ایران

علی مرتضوی مهر

کارشناسی ارشد رشته فقه و مبانی حقوق دانشگاه شاهد، دانشگاه شاهد، تهران،  
ایران

سعید محمدی ینگیچه

### چکیده:

عرف در فقه امامیه به صراحت از ادله استنباط احکام محسوب نشده است. تبیین جایگاه عرف در تقنین و تطوّر فقه امامیه که از طریق تحقیق و تفحص در کتب فقهی امامیه صورت پذیرفت، مؤید این مطلب است که فقهای امامیه عرف را به خودی خود حجّت ندانسته و حجّیت آن را مشروط به امضا و عدم ردع از ناحیه شرع دانسته‌اند. بر این اساس از منظر فقه امامیه، عرفی می‌تواند موجب تقنین حکم برای موضوعات مستحدثه گردد که مخالف شرع نباشد بلکه کاشف از حکم عقل باشد تا به موجب تلازم بین حکم شرع و عقل بتوان آن را پذیرفت؛ زیرا در این صورت به موجب امضای عقل، حکم عرف، حکم شرع قلمداد خواهد شد. در این پژوهش جایگاه عرف در تقنین و تطوّر فقه امامیه مورد بررسی قرار می‌گیرد. با توجه به این که احکام به موضوعات تعلق می‌گیرد و موضوعات عرفی با گذشت زمان و نیز در مکان‌های مختلف ممکن است دستخوش تغییر و دگرگونی گردند، از این رو، با تغییر موضوع، حکم نیز تغییر می‌کند.

**واژگان کلیدی:** عرف، تغییر حکم، تقنین، فقه امامیه.

**طبقه‌بندی JEL:** فقه - حقوق - جزا و جرم شناسی - حقوق بین الملل - حقوق خصوصی

## ۱- مقدمه

اعتبار عرف در فقه و حقوق اسلام انکارناپذیر است. این نهاد فقهی و حقوقی در طول تاریخ فقه اسلام همواره موجب وضع پاره‌ای از قوانین بوده و در برخی موارد نیز تغییر و تحول احکام شرعی را به دنبال دارد.

از آن جا که فقه با متن جامعه و زندگی روزمره مردم مرتبط است و پیوند عمیق و دائمی با عرفیات جامعه دارد انس به محاورات عرفی و فهم موضوعات آن، یعنی همان عرفی که محاورات قرآن و سنت بر طبق آن صورت گرفته است، از شرایط اجتهاد می‌باشد و به هر میزان که یک فقیه در مقام فهم خطابات شرعی و درک موضوعات اجتماعی، حکومتی، اقتصادی و ..... عرفی‌تر باشد، استنباط او به واقع نزدیک‌تر خواهد بود.

قلمرو و معنای پاره‌ای از عبادات نظیر نماز و روزه را خود شارع تبیین نموده است و نمی‌توان از چهارچوب تعیین شده فراتر رفت ولی در مواردی خصوصاً در بحث عقود و معاملات، شارع تنها حکم را بیان نموده و تعیین قلمرو و مصادیق آن را به عرف واگذار کرده است. به عنوان مثال شارع مقدس حجاب را بر زن واجب کرده است اما نوع خاصی از پوشش را تعیین ننموده است؛ از این رو تعیین مصادیق حجاب در عرف‌های گوناگون و در زمان و مکان‌های مختلف، متفاوت است.

بسیاری از عرف‌ها برخاسته از فطرت و وجدان انسان-هاست و براساس تشخیص ضرورت‌ها و نیازهای اجتماعی به تدریج در میان مردم رایج شده است و احکام شرعی نیز برای تأمین مصالح جوامع انسانی وضع شده است و اگر شارع با این گونه عرف‌ها مخالفت کند نقض غرض خواهد شد. همچنین، بسیاری از عرف‌ها زمینه عقلایی دارند. از این رو از باب هماهنگی عقل و شرع می‌توان به هماهنگی عرف و شرع هم پی برد و همان گونه که بین احکام شرعی و عقلی منافاتی نیست، بین احکام شرعی و عرفی هم منافاتی نخواهد بود.

### ۱. واژه شناسی عرف در لغت و اصطلاح

عرف واژه‌ای عربی است و لغویون معانی مختلفی برای آن ذکر کرده‌اند که برگشت همه آن معانی به دو معناست: یکی معرفت و شناسایی و دیگری امر پسندیده (فراهیدی، ۱۴۱۰، ج ۲، ۱۲۱).

نکته مهمی که در تعریف عرف قابل ملاحظه است رابطه تنگاتنگ آن با کلمه معروف است. با بررسی لغوی این دو واژه معلوم می‌شود که عرف و معروف رابطه بسیار نزدیکی با هم دارند به طوری که در بسیاری مواقع می‌توان به جای عرف، معروف یا به جای معروف، کلمه عرف را به کار برد، بدون این که کم‌ترین اشکالی به معنای عبارت وارد گردد. تا جایی که بسیاری از لغت نویسان این دو واژه را یکی دانسته‌اند. اکنون برای آشنایی با تعاریف مختلف این واژه به ذکر پاره‌ای از آن‌ها می‌پردازیم.

ابن منظور در تعریف عرف می‌گوید: «پسندیده ضد ناپسند است و خوب، ضد بد است. وقتی گفته می‌شود پسندیده، یعنی خوب و کلمات پسندیده و خوب ضد زشتی هستند و لغات عرف و عارف و معروف همگی به یک معنی می‌باشند یعنی ضد کار زشت و آن عبارت است از هر چیزی که وجدان انسانی آن را خیر و خوبی تشخیص می‌دهد و مایه آرامش اوست.» (ابن منظور، ۱۴۰۵، ج ۹، ۲۳۹).

خلیل بن احمد می‌نویسد: «عرف یعنی پسندیده و شناخته شده که در این مورد نابغه شاعر گفته است هیچ کار زشتی، پسندیده نمی‌گردد و هیچ کار خوبی از بین نمی‌رود» (فراهیدی، ۱۹۶۷، ج ۲، ۵۳۳).

جرجانی هم چنین گفته است: «عرف آن چیزی است که همه افراد انسانی بر خوبی و پسندیده بودن آن شهادت داده‌اند و فطرت‌های بشری آن را پذیرفته است» (جرجانی، ۱۳۰۶، ۶۴).

علامه طباطبایی در تعریف عرف چنین نوشته است: «عرف، پدیده‌ای است که عقلای جامعه آن را سنت‌ها و روش‌های نیکوی جاری در میان خود می‌شناسند، برخلاف امور نادری که عقل اجتماعی آن‌را ناپسند می‌شمارد» (طباطبایی، ۱۳۹۰، ج ۸، ۳۸۰).

راغب اصفهانی چنین گفته است: «کلمه معروف، اسمی است که برای هر فعلی و کاری که پسندیده بودن آن توسط شرع یا عقل شناسایی شده باشد، به کار برده می‌شود و منکر آن چیزی است که زشتی و ناپسندی آن توسط عقل یا شرع شناخته شده باشد. عرف و معروف هر دو نوعی احسان و عمل نیک هستند. به همین دلیل خداوند متعال فرموده است ای پیامبر! مردم را به رفتار و عمل نیک و پسندیده دستور بده» (راغب اصفهانی، ۱۴۰۴، ۳۳۲).

برای اثبات حجیت عرف راهها و طرق گوناگونی مطرح شده است که اکثر آن را فقیهان اهل سنت ارائه کرده‌اند. ولی فقیهان شیعه گرچه مخالفت صریحی با آن‌ها نکرده‌اند، به طور مستقیم هم به طرح ادله آن‌ها نپرداخته‌اند. شاید بتوان گفت فقیهان شیعه به دلایل تاریخی نخواستند صریحا ادله شرعی را از همان ادله اربعه مشهور خارج کنند. لکن در لابه‌لای متون فقهی و اصولی خود به ادله‌ای تمسک کرده‌اند که مشابهت‌های زیادی با سایر ادله و منابعی دارد که سایر فقیهان آن را صریحا به عنوان ادله احکام شرعی نشمردند. حتی در مورد دلیلی مثل قیاس که مخالفت با آن علامت فقه شیعه محسوب شده است، می‌بینیم که عده‌ای از فقها و اصولیان شیعه با تقسیم کردن آن به انواع سه گانه منصوص‌العله، مستنبط‌العله و اولویت، فقط نوع دوم آن را مردود دانسته و قسم اول و سوم را پذیرفته‌اند (حیدری، علی نقی، ۱۹۶۷، ۲۸۲؛ صدر، ۱۳۵۸، ۲۲۱). بنابراین نمی‌توان گفت که چون عرف جزء ادله اربعه قلمداد نشده است پس هیچگاه مورد استناد و منبع صدور حکم شرعی فقیهان و اصولیان شیعه قرار نگرفته است بلکه تحت عناوین دیگر و تقسیم بندی‌های سیره و حتی دیدگاه عقل می‌توان به حجیت عرف هم تمسک کرد. در این میان فقیهان اهل سنت که عرف را رسماً جزء ادله اجتهاد برشمردند به دلیل‌های مختلفی از قبیل آیات قرآن: «خذ العفو و أمر بالعرف و أعرض من الجاهلین» (اعراف، ۹۹)، «ما جعل علیکم فی الدین من حرج» (حج، ۷۸)، «پرید الله بکم الیسر و لا یرید بکم العسر» (بقره، ۱۸۵) و آیات مشابه دیگری تمسک کرده‌اند. (زیدان، ۱۳۹۵، ۲۶). همچنین روایاتی مثل «ما رأی المسلمون حسناً فهو عند الله حسن» و روایت معروف جریان سوال و جواب هند، همسر ابوسفیان از پیامبر اکرم (ص) در مورد برداشت از اموال شوهرش، که پیامبر (ص) به وی فرمود: «خذی من ماله بالمعروف ما یکفیک و یکفی بنیک» (مسلم، ۱۳۲۹، ج ۳، ۵۴۹). مورد استناد ایشان قرار گرفته است. و نیز قواعد فقهی فراوانی در فقه اهل سنت، مستفاد از عرف می‌باشد. مثل: العاده محکمه، استعمال الناس حجه، الممتنع عاده کالممتنع حقیقه، الحقیقه تترک بدلاله العاده، المعروف عرفا کالمشروط شرطاً، العبره للغائب الشایع المعروف بین التجار کالمشروط بینهم، التعین بالعرف کالتعین بالنص و این قبیل عبارات که در سراسر کتب فقهی اهل سنت به چشم می‌خورد (ابن نجیم، ۱۳۸۷، ۹۷؛ بصری، ۱۹۸۷، ج ۲، ۳۴۵؛ فخر رازی، ۱۴۰۸، ج ۱، ۴۰۵).

و اما فقهای شیعه نیز برای اثبات حجیت عرف به راهیابی تمسک کرده‌اند. مثل:

گرچه تعاریف دیگری هم در کتب مختلف از عرف شده است لکن به همین قدر اکتفا می‌کنیم زیرا ذکر همه آن‌ها باعث اطاله‌ی کلام خواهد شد.

## ۲. تفاوت عرف با چند اصطلاح دیگر

### ۱.۲. تفاوت میان عرف و عادت

بین عرف و عادت مشابهت‌های زیادی وجود دارد به حدی که بعضی آن دو را یکی دانسته‌اند. ولی با دید دقیق‌تر که بنگریم می‌بینیم رابطه بین عرف و عادت از نگاه منطقی یک رابطه عام و خاص است؛ زیرا عادت صرف تکرار یک عمل یا رفتار است بدون منشأ جمعی و عقلایی، در حالی که عرف همیشه دارای یک منشأ اجتماعی و معقول است. عادات ممکن است هم در رفتار فردی ظاهر گردد هم در افراد بسیاری از اجتماع، در حالی که عرف فردی اصلاً معنا ندارد و مادام که رفتاری مورد قبول احاد اجتماع واقع نشود، اطلاق عرف بر آن صحیح نیست. نکته مهم‌تر آن که عادات دارای پشتوانه حقوقی و قضایی نیستند ولی عرف‌ها دارای موقعیت حقوقی نیز هستند (احمد زرقاء، ۱۹۵۲، ۸۳۷؛ قطب، ۱۹۶۷، ۳۴۰).

### ۲.۲. تفاوت میان عرف و سیره

منظور از سیره در این بحث، سیره پیامبر (ص) یا امامان معصوم (ع) نیست بلکه منظور، سیره عقلایی یا سیره متشرعه (مسلمانان) است.

در تعریف سیره عقلایی گفته‌اند: «استمرار، و تبانی عملی مردم بر انجام یا ترک چیزی» (مظفر، ۱۳۹۱، ج ۲، ۱۷۱). هم‌چنین در تعرف سیره متشرعه این گونه نوشته‌اند: «روش عموم انسان‌های متدین (نه عوام بی باک) نسبت به مسائل شرعی. مانند سیره متشرعه بر اقامه نماز ظهر در روز جمعه» (هاشمی‌شاهرودی، ۱۴۱۷، ج ۴، ۲۳۶؛ مظفر، ۱۳۹۱، ج ۲، ۱۷۱).

برخی می‌گویند که فرق بین عرف و سیره عقلاً این است که آن چه عقلاً انجام می‌دهند باید به باور خودشان سودمند باشد ولی در عرف چنین چیزی ضروری نیست (نعمان، ۱۹۷۵، ۸۸؛ احمد زرقاء، ۱۹۵۲، ج ۲، ۷۴۳) اما از موارد استعمال بر می‌آید که عرف معنایی عام و فراگیر دارد و عرف خاص و سیره عقلاً را نیز که از آن به عرف عام و بنای عقلاً تعبیر می‌شود، شامل می‌شود. پس اصطلاح عرف اعم از دو اصطلاح سیره عقلاً و عرف خاص می‌باشد.

### ۳. حجیت عرف

حکم را تشریح کرده و تعریفی از موضوع و متعلق آن ارائه نداده است. به عقیده فقهای اسلام در چنین مواردی شارع، تعیین قلمرو حکم شرعی را به عرف واگذار کرده است و عرف تنها مرجع شایسته برای شناخت این گونه دریافت‌ها است. برای مثال محقق اردبیلی در بحث خیار غبن می‌نویسد: «الحد فی ذلک العرف لما تقرر فی الشرع لن ما لم یثبت له الوضع الشرعی یحال الی العرف جریاً علی العاده المعهود من ردّ الناس الی عرفهم» (محقق اردبیلی، ۱۴۰۴، ج ۸، ۴۰۳).

مرجع در این مسئله عرف است؛ زیرا در شرع ثابت شده هر لفظی را که شارع تعریف نکرده باشد، فهم آن به عرف واگذار شده، به همان صورت که در میان مردم رواج دارد.

#### ۵. نقش عرف در تحوّل فقه امامیه

حکم شرعی متعلق و موضوع خاص به خود را دارد. گاه شارع مقدس افزون بر تشریح حکم، حدود، قلمرو و موضوع آن را نیز تعیین می‌کند. مانند: نماز، روزه، زکات، خمس، اعتکاف، وضو، غسل و کفاره، که به موضوعاتی از این دست عناوین شرعی می‌گوییم اما گاه شارع، مصلحت را در این می‌داند که تشخیص مفهوم و تعیین قلمرو موضوع حکم شرعی را به عرف واگذارد و به تشریح حکم اکتفا کند. از دیدگاه فقها در تشخیص و تمییز این گونه مفاهیم، عرف مرجعیت دارد و تنها معیار شناخت آن‌ها است. از آن‌جا که موضوعات و عناوین عرفی به مرور زمان و تغییر مناسبات اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی دستخوش تغییر و تحول می‌شوند، با تغییر موضوع، حکم نیز تغییر می‌کند. برای توضیح بیشتر نقش عرف در تقنین و تحول احکام، نمونه‌هایی از عناوین و موضوعات عرفی را ذکر می‌کنیم که در شرایط زمانی و مکانی مختلف، حکم آن‌ها متحوّل می‌گردد.

#### ۱.۵. مراجعه به عرف برای تشخیص مکمل و موزون بودن مبیع

از دیدگاه فقها تنها معیار شناخت مفهوم مکمل و موزون بودن مبیع و تمییز و تشخیص آن‌ها، عرف است. مرحوم صاحب حدائق بر این باور بود که اگر تشخیص مکمل و موزون را به عرف واگذاریم، چون عرف متغیّر است، تغییر حکم شرعی را نیز در پی خواهد داشت (بحرانی، ۱۱۸۶، ج ۱۸، ۳۷۶-۳۷۲). مرحوم صاحب جواهر نیز در این مورد می‌فرماید: «ملاک در مکمل و موزون، مسمای عرفی آن‌هاست به گونه‌ای که کیل یا وزن، بیع را از حالت بیع مجهول درآورد و جز این ملاکی ندارد. چنین معیاری در زمان‌ها

الف) اتحاد مسلک عرف و شارع در محاورات و اینکه اگر شارع طریقه عرفی را قبول نداشت حتماً آن را اعلام می‌کرد وگرنه مخاطب قرار دادن مردم با همان روش معروف معنایی نخواهد داشت (بهبهانی، ۱۳۹۷، ۱۰۶).

ب) بسیاری از عرف‌ها برخاسته از فطرت و وجدان انسان‌هاست و براساس تشخیص ضرورت‌ها و نیازهای اجتماعی به تدریج در میان مردم رایج و ساری شده است. از طرف دیگر، احکام شرعی هم برای تامین مصالح و منافع جوامع انسانی وضع شده است. اگر شارع با این گونه عرف‌ها مخالفت کند نقض غرض خواهد شد. بنابراین در امور غیر عبادی همان مسلک عقلایی را مورد تایید قرار داده است (مغنیه، ۱۹۹۵، ۲۲۲).

ج) از آن‌جا که شارع عقل عاقل است و بسیاری از عرف‌ها نیز زمینه عقلانی دارند از باب هماهنگی عقل و شرع می‌توان به هماهنگی عرف و شرع هم پی برد و همان گونه که براساس قاعده تلازم بین احکام شرعی و عقلی منافاتی نیست نتیجه آن که بین احکام عرفی و شرعی هم منافاتی نخواهد بود. بنابراین اعتبار عرف به خاطر کاشفیت از حکم عقل می‌باشد و با بیانی دیگر می‌توان عرف را زیر مجموعه مباحث مستقلات عقلیه و حداقل غیر مستقلات عقلیه دانست (آشتیانی، ۱۴۰۳، ج ۱، ۱۷۱).

د) با توجه به اینکه شارع مقدس از احوال و اخبار همه مردم آگاه و مطلع است و نحوه رفتار و تحولات و تغییرات آن را هم می‌داند و معصومان (ع) به مدت طولانی در میان مردم زندگی کرده و آشنا به منش‌ها و عرف‌ها و آداب متداول بین آن‌ها و سایر مردم می‌باشند، اگر با این روش‌ها مخالف بودند باید آن را اعلام می‌کردند و حتماً در برابر آن عکس‌العمل نشان می‌دادند. با توجه به این نکته که تایید و تاکید روش‌های عرفی نیازی به تصریح لفظی یا عملی هم ندارد، بلکه همین مقدار که طرد و منعی از طرف شارع نرسد کافی خواهد بود، حتی در مورد عرف‌های متأخر، با توجه به علم امام به وقایع آینده اگر منعی از آن‌ها نباشد می‌تواند مورد نظر قرار گیرد (خمینی، ۱۳۸۵، ج ۲، ۱۳۴؛ نایینی، ۱۴۰۱، ج ۳، ۱۹۳).

#### ۴. قلمرو عرف

حکم شرعی، موضوع و متعلق خاص خود را دارد. قلمرو و معنای پاره‌ای از موضوعات هم‌چون نماز، روزه، زکات و خمس را خود شارع تبیین کرده است و نمی‌توان از چهارچوب تعیین شده شرعی فراتر رفت ولی در مواردی به ویژه در معاملات، شارع فقط

#### ۶.۵. معنای عرفی درهم و دینار

معنای عرفی درهم و دینار از دیدگاه امام خمینی (ره) همان «پول رایج» است و همه احکامی که در روایات بر درهم و دینار حمل شده است، درباره پول رایج در هر زمان و مکان نیز صادق است و بدیهی است که مصادیق آن همواره در حال تغییر است (خمینی، ۱۳۶۸، ج ۴، ۱۸۰).

#### ۷.۵. تعیین مصداق فقیر، دلو، رشد و سفاهت

مرحوم صاحب جواهر موضوعاتی از قبیل دلو (نجفی اصفهانی، ۱۳۶۵، ج ۱، ۲۵۹)، مؤنه (همان، ج ۱۶، ۵۹)، فقیر (همان، ج ۱۵، ۳۲۰) و رشد و سفاهت (همان، ج ۲۵، ۲۳۲) را از موضوعاتی محسوب می‌دارند که در بستر زمان و مکان دستخوش تحول می‌گردند و معیار را در فهم معانی و مفاهیم آنها عرف زمان رجوع می‌داند. از این رو احکام این موارد نیز از جمله مواردی است که در حیات معصوم در زمان‌ها و مکان‌های مختلف، متفاوت بوده است.

#### ۸.۵. حکم به تحقق تمکین

اصطلاح تمکین عبارت است از این که زن در هر زمان و مکان مناسب آمادگی هم‌بستری با شوهر را داشته باشد (فیض، ۱۳۸۱، ۳۰۸). تحقق عناوین طاعت و انقیاد از سوی زن، بستگی به نظر عرف داشته و در شرایط مختلف احکام آن متغیر خواهد بود (مغنیه، ۱۳۷۷، ۳۸۶).

#### ۹.۵. تعیین مهرالمثل و مهر المتعه در عقد نکاح

منظور از مهرالمثل مالی است که مانند آن زن از نظر نسب، سن، عقل، توانگری و موارد دیگر بدان تمایل دارند (جبعی عاملی، ۱۳۷۳، ج ۲، ۱۱۶). بنابراین میزان مهرالمثل برحسب حال زن و داوری عرف معین خواهد شد (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ج ۱، ۱۴۹). بدین معنی که عواملی را باید معیار قرار داد که در تعیین مهر المثل در عرف دخالت دارند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ۱۴۲).

مهرالمتعه نیز در مواردی به زن استحقاق پیدا می‌نماید که مهر در عقد ذکر نشده و شوهر قبل از هم بستری و تعیین مهر، زن خود را طلاق دهد (محقق داماد، ۱۳۷۶، ۲۵۶). در این مورد نیز عرف نقش تعیین کننده دارد (جبعی عاملی، ۱۳۷۳، ج ۲، ۱۱۶).

دلیل این حکم، آیه شریفه قرآن کریم است (بقره، ۲۳۶) که در آن واژه «بالمعروف» آمده است و گفته شده معروف به

و مکان‌های مختلف تغییر می‌کند و این به معنای تغییر مستقیم حکم شرعی نیست؛ بلکه موضوع تغییر کرده است که البته تغییر حکم را نیز به دنبال دارد و این قاعده اختصاص به مکمل و موزون ندارد، بلکه در همه موضوعات عرفی جریان دارد. (نجفی اصفهانی، ۱۳۶۵، ج ۲۹، ۲۸۹).

#### ۲.۵. ملاک ترک مروّت

در شرح لمعه ترک مروّت از اسباب فسق به شمار آمده است و شهیدثانی نیز برای آن مثال‌هایی آورده است. شهید، ملاک ترک مروّت را امر ثابتی نمی‌داند بلکه آن را از اموری می‌داند که در هر عصری، حتی عصر معصومین (ع)، ملاک‌های آن متفاوت بوده و باید به عرف هر زمان یا مکان مراجعه کرد تا بتوان مصادیق ترک مروّت را فهمید. شهیدثانی در همین مورد می‌نویسد: «در آن زمان، سر برهنه در کوچه و بازار ظاهر شدن، برخلاف عادت بوده است و طبق فتوای شهید و طرفداران نظریه ایشان، برهنگی سر، مصداق ترک مروّت و در نتیجه زوال عدالت است.» (جبعی عاملی، ۱۳۸۷، ج ۳، ۱۳۰).

#### ۳.۵. تعیین مصادیق طیب و خبیث

مرحوم صاحب جواهر در تفسیر آیه شریفه «أحل لكم الطّیّبات...» پس از بحث و بررسی درباره معنای «طیب» و «خبیث»، فهم و تشخیص معنای آن دو را به عرف وا می‌گذارد؛ زیرا هیچ یک در شرع تعریف نشده‌اند و عرف نیز در مورد کلمه «خبیث» معنای ثابتی ارائه نمی‌دهد و منضبط نیست. (نجفی اصفهانی، ج ۳۶، ۲۸۳).

#### ۴.۵. توالی در عقد

توالی و بی‌پایی بودن ایجاب و قبول در عقد که تحقق این امر منوط به پذیرش عرف است (جتاتی، بی تا، ۱۹).

#### ۵.۵. تعیین مصادیق قاعده لاضرر

گاه احتمال دارد مصادیق قاعده لاضرر در هر زمان و مکانی با هم فرق کند لذا ممکن است در یک زمان، امری ضرری تلقی شود اما در زمان دیگری همان امر ضرری تلقی نشود یا بر عکس همین قضیه اتفاق افتد. همه مصادیق این قاعده در شرع تعیین نشده است؛ بلکه پاره‌ای از آن‌ها به تشخیص عرف واگذار شده است. این امر نیز دستور خود شرع بوده و معصومین (ع) نیز بدان عمل می‌کرده‌اند (ابوالحسینی، بی تا، ۱۰۳).

خداوند بر ذمه بندگان خود قرار می‌دهد به حسب موضوعات، متفاوت است. شارع مقدس، تعیین و شناخت پاره‌ای از موضوعات فقهی را برعهده عرف گذاشته است. از این رو بر فقیه لازم است عرف زمان و مکان خود را بشناسد.

معنای چیزی است که نزد اهل عقل و مروت شناخته شده است (سیوری، ۱۳۶۹، ج ۲، ۲۰۵).

#### ۱۰۵. تبیین نفقه

نفقه عبارت است از تامین هزینه زندگی کسی، آن گونه که به طور معمول به آن نیازمند است. مثل هزینه‌های خوراک، پوشاک، مسکن و سایر نیازمندی‌های زندگی (فیض، ۱۳۸۱، ۳۹۰).

در شرع مقداری برای نفقه تعیین نشده است و میزان و چگونگی پرداخت آن به نظر عرف بستگی دارد (خمینی، ۱۳۷۲، ج ۳، ۵۶۲-۵۶۱؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۶، ج ۸، ۴۳۹؛ مکی، ۱۴۱۲، ج ۲، ۱۷۷).

#### سپاسگزاری

از معاونت محترم پژوهشی دانشگاه به خاطر حمایت حمایت معنوی در اجرای پژوهش حاضر سپاسگزاری می‌شود.

از آقای دکتر عبدالله علیزاده به خاطر بازبینی متن مقاله و ارائه نظرهای ساختاری تشکر و قدردانی می‌شود. از داوران محترم به خاطر ارائه نظرهای ساختاری و علمی سپاسگزاری می‌شود.

#### ۶- نتیجه‌گیری

با بررسی جایگاه عرف در تقنین و تطوّر فقه امامیه نتایج زیر به دست می‌آید:

عرف جزء ادله اجتهادی در فقه امامیه نمی‌باشد اما نقش موثری در وضع حکم برای موضوعات مستحدثه دارد.

به استثنای بخش عبادات، بیشتر ابواب فقه را موضوعاتی تشکیل می‌دهند که ماهیتی عرفی دارند و معیار شناخت و تعیین مصداق آن‌ها، عرف است.

غنا، نفقه، حجاب، مهرالمثل، مهرالمته، تمکین، فقیر، درهم و دینار، طیب و خبیث، ترک مروت و ..... موضوعاتی هستند که تعیین قلمرو و معنای آن‌ها را عرف تعیین می‌کند. بر این اساس با توجه به اینکه حکم به موضوع تعلق می‌گیرد و موضوعات عرفی با گذشت زمان و نیز در مکان‌های مختلف ممکن است دستخوش تغییر و دگرگونی گردند، از این رو، با تغییر موضوع، حکم نیز تغییر می‌کند.

برخلاف عامه که برخی از ایشان عرف را از ادله اجتهادی برشمرده‌اند، از منظر فقه امامیه، عرف به خودی خود حجّت نیست و حجّت آن مشروط به امضا و عدم ردع از ناحیه شرع می‌باشد.

فقیه باید زمان‌شناس باشد تا بتواند به نحو شایسته احکام عصر خود را از منابع شرعی استخراج نماید؛ زیرا تکالیفی که

#### ۷- منابع

- منابع فارسی
- ابوالحسینی، علی اکبر، «نقش عرف در تشخیص موضوع و استنباط احکام»، نشریه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، شماره چهارم، ۱۳۸۵.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، حقوق خانواده، چاپ چهارم، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۶.
- جنّاتی، محمد ابراهیم، «جایگاه شریعت سلف و عرف در منابع اجتهاد»، نشریه کیهان اندیشه، شماره سی و سوم، بی‌تا.
- جنّاتی، محمد ابراهیم، فقه و زمان، قم، مؤسسه فرهنگی و هنری احیای اندیشه دینی، ۱۳۸۵.
- فیض، علیرضا، مبادی فقه و اصول، چاپ سیزدهم، تهران، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۸۱.
- کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، جلد اول، چاپ پنجم، تهران، بهمن برنا، ۱۳۷۸.
- محقق داماد، مصطفی، بررسی فقهی حقوقی خانواده، نکاح و انحلال آن، چاپ ششم، تهران، علوم اسلامی، ۱۳۷۶.
- منابع عربی
- قرآن کریم
- آشتیانی، محمد حسن، بحرال فوائد فی شرح الفرائد، جلد یکم، قم، مکتبه آیت الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۳.
- ابن حجاج نیشابوری، مسلم، صحیح مسلم، جلد سوم، استانبول، دارالطباعه العامره، ۱۳۲۹.
- ابن منظور، ابی‌الفضل جمال الدین محمد بن مکرم، لسان العرب، جلد نهم، چاپ اول، قم، نشر ادب الحوزه، ۱۴۰۵.
- ابن نجیم، زین العابدین ابراهیم، لأشباه و النظائر، تحقیق عبدالعزیز محمد الوکیل، بی‌جا، مؤسسه الحلبي، ۱۳۸۷.
- احمد زرقاء، مصطفی، المدخل فقهي العام الى الحقوق المدینه، بی‌نا، بی‌جا، ۱۹۵۲.
- احمد فهمی، ابوسنه، العرف و العاده فی رأی الفقهاء، مصر، مطبعه الازهر، ۱۹۴۷.
- اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الأذهان، تحقیق اشتهدری، عراقی و یزدی، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۰۴.
- بحرانی، یوسف، الحدائق الناضرة فی احکام العتره الطاهره، جلد هجدهم، قم، جامعه مدرسین، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۱۸۶.



- بصری، محمد بن علی، المعتمد فی اصول الفقه، جلد دوم، بیروت، دارالعلم، ۱۹۸۷.
- بهبهانی، محمد باقر، الفوائد الحائریه، قم، انتشارات اسماعیلیان، ۱۳۹۷.
- جبیبی عاملی، زین الدین، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقه، جلد سوم، چاپ هشتم، قم، دارالتفسیر، ۱۳۸۷.
- جبیبی عاملی، زین الدین، مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، جلد دوم، چاپ اول، قم، موسسه معارف اسلامی، ۱۴۱۴.
- جرجانی، السید الشریف علی بن محمد، التعریفات، چاپ اول، تهران، انتشارات ناصر خسرو، ۱۳۰۶.
- حسینی عاملی، سید محمد جواد، مفتاح الکرامه، جلد چهارم، بیروت، دارالاحیاء التراث الاسلامی، بی تا.
- حیدری، علی نقی، اصول الاستنباط، چاپ اول، قم، نشر حقوق اسلامی، ۱۹۶۷.
- خمینی، روح الله، انوارالهدایه فی التلیقه علی الکفایه، چاپ اول، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی(ره)، ۱۳۷۲.
- خمینی، سید روح الله، البیع، قم، انتشارات اسماعیلیان، ۱۳۶۸.
- خمینی، سید روح الله، المکاسب المحرمه، جلد اول، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی(ره)، ۱۳۶۸.
- خمینی، سید روح الله، تهذیب الاصول، جلد دوم، تحقیق جعفر سبحانی، قم، انتشارات اسماعیلیان، ۱۳۵۸.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، مفردات الفاظ قرآن، بی جا، دفتر نشر کتاب، ۱۴۰۴.
- زیدان، عبدالکریم، مجموعه بحوث فقهیه، قاهره، مکتبه القدسی، ۱۳۹۵.
- سیوری، مقداد، کنزالعرفان فی فقه القرآن، تهران، مرتضوی، ۱۳۶۹.
- صدر، سید محمد باقر، معالم الجدیده للاصول، چاپ اول، نجف، مطبعه النعمان، ۱۳۵۸.
- طباطبایی، سید علی، ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل، جلد دوم، چاپ اول، بیروت، بی تا، ۱۴۱۴.
- طباطبایی، سید محمد حسین، المیزان فی تفسیر القرآن، هشتم، چاپ دوم، لبنان، موسسه الاعلمی للمطبوعات، ۱۳۹۰.
- فخر رازی، محمد بن عمر، المحصول فی علم الاصول، جلد اول، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۰۸.
- فراهیدی، عبدالرحمن خلیل بن احمد، کتاب العین، جلد دوم، تحقیق مهدی مخزومی و ابراهیم سامرائی، بی جا، دارالهجرت، ۱۴۱۰.
- قطب، سید محمد، فی ضلال القرآن، چاپ پنجم، بی جا، بی تا، ۱۹۶۷.
- مظفر، محمدرضا، اصول الفقه، جلد دوم، چاپ سوم، قم، پیام نوآور، ۱۳۹۱.
- مغنیه، محمد جواد، الفقه علی مذاهب الخمسه، چاپ چهارم، تهران، موسسه الصادق للطباعه و النشر، ۱۳۷۷.
- مغنیه، محمد جواد، علم الاصول فی ثوبه الجدید، بیروت، دار الملائین، ۱۹۹۵.
- مکی، محمد، القواعد و الفوائد، تحقیق عبدالهادی حکیم، قم، مکتبه مفید، ۱۳۹۶.
- مکی، محمد، اللمعه الدمشقیه، جلد دوم، چاپ دوم، قم، دارالفکر، ۱۴۱۲.
- نایینی، محمد حسین، فوائد الاصول، جلد سوم، چاپ اول، قم، دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۱.
- نجفی اصفهانی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، قم، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۶.
- نعمان، محمود، موجز المدخل للقانون، قاهره، دارالتحقیق العربیه للطباعه و النشر و التوزیع، ۱۹۷۵.



Scientific Journal of Modern  
Jurisprudence and Law

Print ISSN: 2717- 1469  
Online ISSN: 2717 - 1477

Profile in SID, Noormags,  
Magiran, Ensani, GoogleScholar  
[www.jaml.ir](http://www.jaml.ir)  
Second Year, Seventh Issue, Pages  
49-60

## **The place of custom in the legislation and evolution of Imami jurisprudence**

**Ali Mortazavimehr**

Assistant Professor, Department of Jurisprudence and  
Law, Razi University, Razi University, Kermanshah, Iran

**Saeid mohamadi**

Graduated from Shahed University, Shahed University,  
Tehran, Iran

### **Abstract**

Custom in Imamiyya Jurisprudence is not explicitly considered as evidence for inferring rulings. Explaining the place of custom in the legislation and evolution of Imamiyya jurisprudence, which was done through research and search in jurisprudential books, indicates that Imamiyya jurists have not considered custom as an authority in its authority conditional on the signature and non-rejection by the Sharia. Accordingly, from the point of view of Imamiyya jurisprudence, customary law can lead to the enactment of rulings on new issues that are not contrary to sharia, but are the discoverer of the ruling of reason so that it can be accepted due to the connection between the ruling of sharia and reason, Because in this case, according to the signature of reason, the rule of custom will be considered the rule of sharia.

**Keywords:** Custom, Change of sentence, Legislation, Fiqh of Imamiyya.

**JEL Classification:** Jurisprudence - Law - Criminal and Criminology -  
International Law - Private Law

---

\* Corresponding author: [Saeedmohamadi137104@gmail.com](mailto:Saeedmohamadi137104@gmail.com)