



The Role of Custom in the Immortality of the Islamic Religion

Rouhi Yazdi. Mohammad Hossein¹. Ayati. Mohammad Reza^{2*}. Arabiyan. Asghar³

1: PhD Student in Islamic Jurisprudence and Law, Islamic Azad University, Science and Research Branch, Tehran, Iran.

2: Professor of Islamic Jurisprudence and Law, Islamic Azad University, Science and Research Branch, Tehran, Iran: (Corresponding Author) (mr.ayati@srbiau.ac.ir)

3: Associate Professor, Islamic Azad University, Science and Research Branch, Tehran, Iran.

Abstract: Valid custom approved by the Shari'ah is one of the evidences and tools for deducing Islamic rulings. In some cases, it is the most important and sometimes the only document for responding to the daily needs of society in the field of ijtehad (jurisprudential reasoning). The Shari'ah has approved the custom of custom in non-worship matters. Since rational presumptions do not need to be authorized by the Shari'ah, their rationality suffices for their authenticity. This is because the audience of religious rulings are the common people, and the religious orders have been established for them to live better lives. Entrusting the diagnosis of issues to specialized customs is effective in many cases and leads to uniformity in the construction of logic. The custom in question is a precise and tolerant custom that is carefully adapted and recognized. In this case, there is no prohibition in the Shari'ah. It cannot be said that a custom with this characteristic, which is a product of rational nature and as a general theorem of proof, is a proof in the time of the presence of the Infallibles (peace be upon them) and not a proof in the age of absence. On this basis, custom is one of the evidences and tools that can be used to deduce Islamic rulings.

Keywords: Custom, Shari'ah, Ijtehad, Rationality, Infallibles, Proof, Islamic Rulings .

فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی

سال ۱۵ - شماره ۳۳ - زمستان ۱۴۰۲

صفحات ۲۸۸-۲۵۹ (مقاله پژوهشی)

تاریخ: وصول ۱۴۰۱/۰۱/۲۴ - بازنگری ۱۴۰۲/۰۶/۰۶ - پذیرش ۱۴۰۲/۰۶/۱۳

نقش عرف در جاودانگی آئین اسلام

محمد حسین روحی^۱ / محمد رضا آیتی^۲ / اصغر عربیان^۳

۱: دانشجوی دکتری فقه و حقوق اسلامی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

۲: استاد فقه و حقوق اسلامی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران (نویسنده مسئول) mr.ayati@srbiau.ac.ir

۳: دانشیار گروه فقه و حقوق اسلامی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

چکیده: عرف صحیح و مورد تأیید شارع، یکی از ادله و ابزارهای استنباط حکم شرعی و در مواردی مهم ترین و بعضاً تنها سند برای پاسخ به نیازهای روز جامعه، در عرصه اجتهاد می باشد. شارع در امور غیر عبادی، مسلک عرف را تأیید کرده، و چون امارات عقلایی نیاز به جعل حجّت از سوی شارع ندارند؛ بلکه همین که عقلانی باشند برای حجّت کافی است، زیرا مخاطب احکام شرع، توده مردم بوده و دستورات دین برای بهتر زندگی کردن آنان وضع شده است. واگذاری تشخیص موضوعات به عرف تخصصی در بسیاری از موارد کارگشا و موجب یکسان سازی در بنای عقلا می شود. عرف مورد نظر، عرف دقیق و دور از تسامح است که با دقت به تطبیق و تشخیص می پردازد؛ در این صورت است که منع شرعی بر سر راهش نیست. در مورد عرف با این ویژگی که محصول فطرت عقلا و به عنوان یک قضیه کلی حجّت می باشد نمی توان گفت در زمان حضور معصومین (ع) حجّت است و در عصر غیبت حجّت نیست؛ بر این مبنا، عرف یکی از ادله و ابزاری است که به کمک آن می توان به استنباط حکم شرعی پرداخت.

کلیدواژه: عرف، عادت، بنای عقلاء، سیره عقلاء، عرف عملی، عرف مشرعه.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

- روحی، محمد حسین؛ آیتی، محمد رضا، عربیان، اصغر (۱۴۰۲). نقش عرف در جاودانگی آئین اسلام. مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی دانشگاه سمنان، شماره ۳۳، صفحات ۲۵۹-۲۸۸.

Doi: [10.22075/feqh.2022.26851.3225](https://doi.org/10.22075/feqh.2022.26851.3225)

مقدمه

اسلام، دین جهان شمول و جاودانگی و آئین ابدی دارد و قابل بقاء تا روز قیامت است. برای حفظ جاودانگی باید مقتضیات زمان و مکان به خوبی شناخته شود و دستورات دینی با نیازهای جامعه و ضرورت های زمانه هماهنگ، پیش رفته و همراه باشد. رهبران دینی لازم است به حدی شناخت دقیق از نیاز جامعه داشته باشند تا بتوانند پاسخ نیازهای معنوی و اعتقادی مردم را تهیه و جهانیان را با مکتب زنده اسلام آشنا سازند. با تقویت بنیه به روز رسانی باید‌ها و نبایدهاست که مذهب اسلام جاودانه و جهانی می گردد. البته پویایی دین که یکی از مهم ترین خواسته های انبیاء و بزرگان مکتب اسلام بوده و هست با حلال و حرام ابدی احکام اصول و فروع دین، منافات ندارد.

یکی از عوامل و ابزارهایی که می تواند حاکمیت اسلام و پاسخ نیازهای معنوی، فردی و اجتماعی بشر را تأمین کند، عرف صحیح است؛ عرفی که مورد تأیید شارع بوده و یا در مخالفت وی نباشد. با تعریف صحیح از عرف و اثبات حجیت آن، بستر صدور احکام شرعی و فتوای فقهی به تناسب نیاز مردم و جامعه در هر عصر فراهم می شود. بر این اساس، اگر نگوئیم عرف یکی از منابع احکام دین است، دست کم در ردیف یکی از ادله اجتهادی و فقهاتی قرار می گیرد.

با گذشت زمان، برخی از موضوعات یا اجزای آنها، به حدی تغییر می کند که موجب تبدل حکم می گردد؛ مثل خرید و فروش خون که در گذشته حرام و اکنون فقهای عظام حکم به اباحه و جواز آن می دهند؛ زیرا دارای منافع و کاربست درمانی است و یا ممکن است مردم و جامعه به نیازها و ضرورت های اجتماعی جدیدی برسند که در گذشته مطرح نبوده و حکمی برای آنها بیان نشده است، ولی اکنون یا در آینده، به عنوان یک ضرورت و نیاز جامعه بشری مطرح می شود مانند؛ معاملات ارزی، بازار بورس، ارز دیجیتال و بسیاری از مسائل پزشکی مانند پیوند اعضا، رحم استیجاری و

امثال اینها که امروزه مورد ابتلاء و نیاز جامعه است و بعضاً هم ضروری و اجتناب ناپذیرند.

با این بیان، اهمیت و ضرورت تحقیق و بررسی بیشتر از آن چه تاکنون پیرامون عرف انجام شده، روشن می شود تا قلمرو اعتبار و میزان تأثیر حجیت آن مشخص شود. به ویژه این که عرف و سیره عقلاء گاه مهم ترین دلیل برای پاسخ به نیازهای جامعه از منظر شرع است. این مهم در خلأ بی اعتباری برخی از ادله لیبی دیگر مانند شهرت فتوایی، اجماع منقول وقتی مهم تر می شود که تنها مستند فقیه در مقام استنباط، عرف و بنای عقلاء باشد؛ لذا این تحقیق با هدف تبیین قلمرو و گستره حجیت عرف و بررسی آراء فقها و اصولیان در این خصوص نگاشته شده است.

۱- مفهوم لغوی و اصطلاحی عرف

العرف: ضدُّ النُّکر و المعروف: ضدُّ المُنکر و العرف و العارفة و المعروف واحد؛ ضدُّ النُّکر؛ عرف، عارف و معروف هر سه به یک معنا؛ یعنی نیکویی و شناخته شده در مقابل نُکر به معنای زشتی و ناشناس است. عرف عبارت است از: هر کار خیری که انسان می شناسد و با آن انس و آرامش می یابد (ابن منظور، ۱۴۰۸: ۱۵۵/۹) و معروف عبارت است از هر کاری که شرع آن را نیک بداند یا عقل آن را پسندیده و نیک شمارد و شرع با آن مخالفت نرزد (طریحی، ۱۹۸۵: ۹۳/۵). عرف مصدر از باب عَرَفَ يَعْرِفُ، ضدُّ نُکر، به معنای معروف (فراهیدی، ۱۴۰۹: ۱۲۲)؛ العرف: هر کار نیک و معروف؛ عنوان هر رفتاری است که عقل و شرع آن را به نیکویی بشناسند (راغب اصفهانی، ۱۴۱۶: ۳۴۳)؛ العرف: جمع آن أعراف و عرف یعنی شیوه های رفتاری و عادی که مردم به آنها خوی گرفته و پذیرفته اند؛ آئین و رسم (جبران مسعود، ۱۳۹۳: ۱۱۸/۲).

از لحاظ اصطلاحی می توان گفت هر چند برای عرف در اصطلاح فقها و اصولیان و حقوقدانان، تعاریف متفاوتی آمده اما اکثر این تعاریف به یک نتیجه با هدف واحد ختم می شود. برای نمونه؛ برخی از نظرات پیرامون تعریف عرف را بیان می کنم:

عرف در اصطلاح عام، عبارت است از: گفتار و کرداری که به خوی مردم تبدیل و با آن مأنوس شده و جزو امور زندگی روزمره آنان قرار گرفته باشد و در تعامل با همدیگر، خودشان را به آن مقید بدانند. بین فقهای شیعه، شیخ انصاری عرف را اینگونه تعریف کرده که عبارت است از آن چه که بین مردم نهادینه شده و عقول و فطرت افراد بی غرض و بی طرف، آن را می پذیرد (شیخ انصاری، ۱۴۱۱: ۲/۲۹۱).

علامه طباطبائی در تعریف عرف چنین می گوید: «عرف پدیده‌ای است که عقلای جامعه آن را سنت ها و روش های نیکوی جاری در میان خویش می شناسند؛ برخلاف امور نادری که عقل اجتماعی آن را ناپسند می شمارد (طباطبائی، ۱۳۸۸: ۸/۳۷۹).

شهید باقر صدر درباره عرف گفته است: «میل و گرایش عمومی انسان (اعم از دیندار و بی دین) به امری است در مسیری معین، که مخالف شرع نباشد؛ و به تعبیر دیگر، روش عمومی مردم است که از مصلحت اندیشی سرچشمه می گیرد و برای حفظ فرد و جامعه، نظم و سامان یافته است؛ چه در محاورات و معاملات و چه در سایر روابط اجتماعی، مانند این که هر جاهلی برای فهمیدن به عالم رجوع می نماید (صدر، ۱۳۹۵: ۹ و ۱۶۸).

امام خمینی (ره) نیز در تعریف عرف معتقدند که عقلاء در تمامی اموری که به زندگی، سیاست ها و داد و ستد هایشان مربوط می شود به آماره های عقلایی عمل می کنند. آماره های عقلایی آن اموری هستند که عقلاء در داد و ستدها، تدبیر های اجتماعی و به طور خلاصه در تمامی شئون زندگی خویش بدان ها عمل می کنند، به گونه ای که اگر شارع ایشان را از عمل به آنها منع کند نظام جامعه فرو می پاشد و چرخ حیات اجتماعی انسان از حرکت باز می ایستد؛ بنابراین، آن چه عامه مردم در معاملات، محاورات، سیاست و زندگی اجتماعی به آن پایبند و بر اساس آن عمل می کنند، عرف تلقی می شود (خمینی، ۱۳۸۰: ۱/۶-۱۵۰).

جامع ترین تعریف عرف عبارت است از یک سلسله استظهارات کلامی و گفتاری و رفتارها و بناء ها، در جهت فعل و ترک و یا اراده گوینده کلام، که در بین عموم مردم و یا اقوام و جماعت خاصی به جهتی از جهات فطرت، عقل یا قرارهای اجتماعی

یا هواهای نفسانی و غیره به وجود آمده و رواج پیدا کرده است. بدیهی است این تعریف شامل عرف عام و خاص، صحیح و فاسد، استظهارات کلامی از قبیل معانی الفاظ مفرد و ترکیب ها و جملات و مفاهیم آنها و مدلولات التزامی و اصاله الحقیقه و غیره می گردد و از جامعیت و مانعیت مناسب تری برخوردار است.

۲- پیشینه و منشأ پیدایش عرف

عرف و عادت در میان عرب جاهلیت، پایه و ریشه هر نمادی از علانم زندگی فردی و اجتماعی بود که همه چیز مردم را در بر می گرفت. این سنت ها بر دین، اخلاق، تجارت و معاملات و بر تمام شیوه ها و روش های زندگی آنان سیطره و حکومت داشت. پس از ظهور اسلام، قرآن و سنت پایه و منشأ قانونگذاری برای فرد و جامعه گردید و از اهمیت فراوان عرف و سنت های عرفی موجود کاست ولی عرف همچنان به عنوان عامل مهم و تأثیرگذار در جامعه محفوظ ماند تا جایی که در فهم و بیان نصوص شرعی، نقش تعیین کننده دارد و حتی بعضی از نصوص کتاب و سنت بر پایه عرف تعریف و بنیاد شده است. سنت تقریری پیامبر (ص) بسیاری از عادات و عرف ها را که در محیط اجتماعی وجود داشت، پذیرفت و از کنار آنها با سکوت و مخالفت نوزیدن گذشت و بدینسان بر آنها صحه گذاشته و تأییدشان کرد. با این رضایتمندی، آن عادات و عرف ها، بخشی از عرفیات اسلام قلمداد گردید و اعتبار یافت.

محقق نائینی گفته است: عرف رایج بین مردم می تواند سه منشأ داشته باشد:

اول: ممکن است منشأ آن سلطان جائری که توده های عصر خود را به راهی و کاری واداشته و سنتی را بنا نهاده باشد، رفته رفته این راه و کار برای آنان عادت شده و در دوره های بعد به همان شیوه رفتار کرده اند تا عرف و عادت برای خود پا گرفته و مقبول افتاده است.

دوم: ممکن است یکی از پیامبران گذشته با تعلیمات خود مردم را به طریقی هدایت کرده باشد و آن رفتار به وسیله مردم استمرار یافته و متداول گردیده و عرف آنان را تشکیل داده است.

سوم: ممکن است عرف از نهاد و فطرت مردم ناشی شده باشد؛ فطرتی که خدای تعالی به مقتضیات حکمت بالغه خویش برای حفظ نظام و بقای جامعه به انسان عطا فرموده است.

سپس پیرامون هر یک از این سه، بحث‌هایی دارد و به این نتیجه می‌رسد که عرف هر منشأ و مصدری داشته باشد اگر ما رضای صاحب شرع را نسبت به آن به دست آوریم، اعتماد به آن صحیح است و همان طور که شارع، جلوی بسیاری از عرف‌های جاهلیت را گرفت و ما از این جلوگیری آگاه شدیم اگر جلوی این عرف را هم گرفته بود خبردار می‌شدیم؛ چرا که انگیزه‌های بسیاری برای ثبت و نقل آن وجود داشت (نائینی، ۱۴۱۰: ۳۴۱/۳).

۳- شرایط اعتبار عرف

برخی برای اعتبار عرف هفت شرط لازم دانسته‌اند:

- ۱- آن عمل یا گفتار، توسط مردم تکرار شود و همه در مقابل واقعه معینی آن را به کار بندند.
- ۲- آن عمل یا گفتار، باید دارای قدمت باشد و اگر در زمان محدودی به آن عمل شده باشد نمی‌تواند عرف محسوب شود.
- ۳- آن عمل یا گفتار، به صورت ارادی، اختیاری و از روی درک عقل صورت گیرد، نه از روی غریزه یا فطرت.
- ۴- عرفی که بر یک واقعه حاکم می‌شود باید قبل از آن واقعه وجود یافته باشد.
- ۵- در نصوص شرعی، فعل یا گفتاری بر خلاف مضمون عرف وجود نداشته باشد.
- ۶- گزاره ای که برای شناخت آن، به عرف اعاده می‌شود از گزاره‌های عرفی باشد، نه از مقوله‌ها و گزاره‌های شرعی و توقیفی.

۷- آن عمل یا گفتار باید بدون هرگونه فشار خارجی یا حکومتی، واجد خصیصه الزام آور باشد (ایزدی فرد و همکاران، ۱۳۸۸: ۵۱-۴۹).

۴- انواع عرف

عرف دارای اقسامی است:

۴-۱- عرف عام و خاص

عرف عام؛ عرفی است که همه مردم جهان یا اکثریت قریب به اتفاق آنان، با اختلاف در زمان و مکان، دانش و زبان، رنگ و نژاد و غیر اینها در آن مشترک اند (الخرازی، ۱۳۶۷: ۶۸؛ جناتی، ۱۳۷۰: ۳۹۵).

عرف عام شامل موارد زیر است:

اول: متفاهم عرفی (فهم عرفی)؛ عموم مردم، با اختلاف زبان ولی با واژه‌های معادل، مانند متفاهم عرفی از لفظ ماء، آب، (Water) و ... از آن یک چیز را می فهمند.
دوم: عمل عقلاء، در سندیت ظهور کلام متکلم، تملک به حیات، قبول دلالت ید بر مالکیت، لزوم رجوع جاهل به عالم و سایر بناهای عقلاء.
سوم: تشخیص عرفی؛ در مصادیق مفاهیم الفاظ، مثل عرف عام در مورد عدم صدق خون بر رنگ باقی مانده از خون در لباسی که شسته شده باشد (الخرازی، ۱۳۶۷: ۷۰).
عرف خاص؛ عرفی است که از گروه خاص که دارای یک دین و مذهب، یا یک زبان یا یک مکان یا یک عصر یا یک حرفه و کار هستند، مشاهده می شود (جناتی، ۱۳۷۰: ۳۹۵).

عرف خاص شامل موارد زیر است:

اول: عرف متشرّعه؛ که در اثر استمرار و مداومت مسلمین بر استعمال لفظ در معنای معین، فعل یا ترک آن فعل، از جهت پابندی آنان به شریعت به وجود آمده باشد (رجبی، ۱۳۷۲: ۱۳۱) و شامل حقیقت متشرّعه در باب الفاظ و سیره متشرّعه در باب افعال و سیره استنکاریه آنان در باب ترک افعال می شود (همان: ۱۳۴-۱۳۵).

دوم: عرف بعضی از مکان‌ها که در میان اهل منطقه یا شهر خاصی به وجود آمده باشد (منصوری، ۱۳۷۲: ۵۴).

سوم: عرف بعضی از زمان‌ها که در بعضی از اعصار و زمان‌ها رایج است؛ مانند استعمال الفاظ وقف و وصایا که به حسب زمان‌های مختلف تفاوت دارد، چنان که بر حسب مکان‌ها نیز فرق می‌کند (الخرازی، ۱۳۶۷: ۷۲).

چهارم: عرف بعضی از اصناف مانند عرف اهل لغت در استعمال لفظ در معنای معینی بدون قرینه، که از آن به حقیقت لغویّه تعبیر می‌شود؛ یا مثل عرف خیاطان که بر حسب آن، تهیه نخ و دگمه لباس بر عهده خیاط می‌باشد (منصوری، ۱۳۷۲: ۵۶).

۴-۲- عرف قولی و عملی

عرف قولی، عرفی است که از شیوع استعمال لفظ در معنایی معین به وجود آمده، به طوری که هنگام شنیدن آن لفظ، بدون هیچ قرینه‌ای آن معنا به ذهن تبادر پیدا می‌کند (الخرازی، ۱۳۶۷: ۷۰).

عرف قولی، خود شامل عرف قولی عام و عرف قولی خاص است:

عرف قولی عام؛ همان فهم عرفی و متفاهم عرفی است که در باب استعمال الفاظ در معنایی معین به وجود آمده و از آن به حقیقت عرفیه تعبیر می‌کنند. در این عرف، گاهی همه مردم جهان با اختلاف زبان در آن شرکت دارند، همچنان که در تقسیم عرف به عرف عام و خاص بیان شد و گاهی نیز اهل یک زبان خاص در آن شرکت دارند، مانند عرف عرب زبان‌ها، که لفظ دابه را بدون هیچ قرینه‌ای بر حیوان خاص (چهارپا) استعمال می‌کنند، در حالی که در لغت برای هر جنبنده دارای حرکت، وضع شده است (همان: ۷۰).

عرف قولی خاص؛ که شامل حقیقت شرعیّه و نیز حقیقت متشرعیّه می‌شود، با این تفاوت که در مورد اول، کثرت استعمال لفظ توسط اهل شریعت در معنای مورد نظر شارع با قرینه، به حدی رسیده است که در زمان پیامبر (ص) بدون قرینه هم، آن معنا به ذهن متبادر می‌شده است؛ چنان که در مورد الفاظ صلاه، صوم، زکاه و حجّ اینگونه

است، اما در مورد دوم بعد از زمان پیامبر (ص)، معنای مورد نظر شارع بدون قرینه به ذهن متبادر شده است (مظفر، ۱۳۷۰: ۳۱-۳۲).

عرف عملی: عبارت از روشی است که در بخشی از اعمال مردم تحقق پذیرد و ناشی از عامل طبیعی نباشد.

عرف عملی شامل موارد زیر است:

الف: سیره عقلاء: و آن عرفی است که در مورد عملی که نزد عقلای جهان مفید و نیکو شمرده می شود به وجود آمده باشد؛ مثل انجام داد و ستد های معاطاتی در بعضی از معاملات (جناتی، ۱۳۷۰: ۳۹۵).

ب: سیره منتشره: روشی که در اثر تکرار عملی یا خودداری از انجام کاری در بین همه مسلمین یا اهل مذهب خاصی مانند مذهب تشیع از جهت پابندی آنان به شریعت اسلام به وجود آمده باشد (منصوری، ۱۳۷۲: ۱۵۶) مانند شستن صورت و دست ها از بالا به پائین در وضوء (مظفر، ۱۳۷۰: ۴۰۵).

ج: سیره عملی: مخصوص بعضی مناطق و مکان هاست، مثل این که در بعضی از مناطق برخی از اجناس را به صورت عددی می فروشند و در جای دیگری به شکل وزنی (الخرازی، ۱۳۶۷: ۷۰).

د: انصراف های لفظی: که بر بناها و حالات عرفی استوار است؛ مثل این که متعارف خوراک مردم، نان گندم و گوشت گوسفند است به گونه ای که اگر کسی بگوید: برای من نان و گوشت بخر، از باب متعارف عملی مردم، ذهن انسان به نان گندم و گوشت گوسفند منصرف می شود.

۴-۳- عرف مَطْرَد، غالب و مشترک

عرف مَطْرَد، عرفی است که کلی و فراگیر باشد؛ یعنی نسبت به همه کسانی که در قلمرو آن قرار دارند عمومیت داشته باشد به نحوی که در تمامی بلاد یا اقالیم معین، عموم مردم از آن اطلاع داشته باشند و برطبق آن عمل و رفتار کنند.

عرف غالب؛ عرفی است که در اکثر اعمال و وقایع جاری، مورد اجرا و اعمال واقع شود (سلجوقی، ۱۳۸۸: ۳۶-۳۵).

باید توجه داشت که هیچ کدام از دو عرف مطرّد و غالب، اختصاص به عرف عام ندارد بلکه عرف خاص هم گاهی مطرّد است؛ مثل بنای عرف بعضی از مناطق بر گرفتن بخشی از مهریه به صورت معجل (فوری) و بخشی دیگر به صورت مؤجل (مدت دار)؛ و گاهی غالب است، مثل این که در بعضی امکنه، اکثر معاملات را با پول خاصی (دینار یا دلار) انجام می دهند (همان: ۳۶).

عرف مشترک؛ عرفی است که عمل به آن یا ترک آن، در بین مردم مساوی است و از این جهت، به آن عرف مساوی نیز می گویند (عادل بن عبدالقادر، ۱۳۱۸: ۲۳۳/۱).

۴-۴- عرف مقارن و غیر مقارن

عرف مقارن، عرفی است که مقارن با پیدایش چیز دیگری موجود باشد (منصوری، ۱۳۷۲: ۵۶). عرف مقارن به دو گونه است: اول: عرفی که مقارن با ظهور اسلام و تشریح احکام وجود داشته است؛ چه قبل از آن به وجود آمده و باقی مانده باشد و یا در همان زمان به وجود آمده باشد، که شامل عرف های مقارن قولی و عملی می شود؛ مثل عرفی که مقارن با انعقاد معاملات و عقود، وصایا، اقرار و مانند اینها باشد. دوم: عرف غیر مقارن؛ عرفی است که تحقق آن متأخر از پدید آمدن چیزی باشد و بر دو قسم است: الف: عرف حادث، و آن عرفی است که پس از ظهور اسلام و تشریح احکام به وجود آمده باشد (همان: ۵۵).

ب: عرف متأخر، و آن عرفی است که بعد از اتمام عقد در معاملات یا بعد از اعتراف در باب اقرار یا بعد از وصیت در باب وصایا و مانند اینها به وجود آمده باشد.

۴-۵- عرف دقیق و مسامحی

عرف دقیق، عرفی است که با نظر دقیق به مسائل، نگاه کرده و مسائل کوچک از دید او پنهان نمی ماند هرچند که دقت های عقلی را نیز بکار نمی گیرد و عرف مسامح،

با نظر تسامحی به مسائل نگاه کرده و مسائل کوچک و کم اهمیت را به حساب نمی آورد و خود نیز به این مسامحه توجه دارد (آهنگران و غانم، ۱۳۹۷: ۴۴).

۴-۶- عرف صحیح و فاسد

عرف صحیح، عرفی است که برخلاف موازین شرعی نباشد، مثل عرف در موضوعاتی همچون روش مردم در استعمال الفاظ نسبت به معانی و مصادیقشان، یا در برخی از معاملات، نسبت به پول رایج در آن منطقه (منصوری، ۱۳۷۲: ۵۶).

عرف فاسد، عرفی است که مخالف موازین شرعی از قبیل نص یا ظاهر کتاب و سنت باشد؛ مثل متعارف بودن معاملات ربوی یا پرداختن به لهو و لعب و نیز مخالفت عرف با اجماعی که کاشف از رأی معصوم (ع) باشد که مخالفت با سنت محسوب می شود.

۵- انواع احکام اسلام

اکنون که سخن از برخی احکام اسلام به میان آمد، شایسته است بگوئیم به طور کلی در اسلام چهار نوع حکم - اعم از نقلی و عقلی - وجود دارد که هر یک ویژگی خاص خود را دارا است.

۱- احکام اصول دین: دلیل اثبات این دسته از احکام عقل است و به وسیله کتاب و سنت قابل اثبات نیست، زیرا در مرتبه قبل از کتاب و سنت قرار دارد و کسی که در پرتو دلیل عقلی به اصول دین ایمان نیاورده و خدا و رسول را نشناخته و باور ندارد چگونه می توان با او از آیات و روایات معصومین علیهم السلام سخن گفت؛ پس باید با عقل بشناسد و باور کند.

آن چه در قرآن و سنت درباره خدا و صفات او آمده به اجماع همه فقها و مجتهدین، احکام ارشادی و ناظر بر احکام عقلی است؛ یعنی حکم عقل را تأیید می کند.

۲- احکام فروع دین: شامل نماز، روزه، خمس، زکات، حج و سایر عبادات است و همه در قلمرو احکام مولوی و به وسیله کتاب و سنت تشریح، یعنی قانونگذاری

شده است. عقل هر شخص، خوبی و مصلحت و حکمت هر چیز را درک می کند هر چند ممکن است در مواردی از تجزیه و تحلیل یکایک آنها عاجز باشد. این احکام همواره تا روز قیامت ثابت و لایتغیر خواهند ماند.

۳- احکام اجتماعی اسلام: در قرآن و سنت پیغمبر اکرم و ائمه هدی علیهم السلام از آنها و اهمیتشان سخن بسیار گفته شده و عمل به آنها مورد تأکید قرار گرفته و همه مردم توصیه به التزام به آنها شده اند.

این سه نوع از احکام، ثابت و غیر قابل تغییر و تبدیل هستند. حدیث معروف «حلالٌ محمّد حلالٌ الی یوم القیامه و حرامٌ حرامٌ الی یوم القیامه» (کلینی، بی تا: ۵۸/۱) ناظر به این سه نوع از احکام است که ماهیت و حقیقت اسلام را شکل می دهند.

۴- احکام عرفی: احکامی است که پس از ترک توحش و اجتماعی شدن بشر و تشکیل زندگی اجتماعی و شکل گیری جوامع اولیه بشری، توسط عقلاء (عرف) صادر شده است.

۶- نسبت بین عرف و شرع

رابطه بین عرف و شرع را سه قسم گفته اند: ۱- عرف مُمضاء؛ ۲- عرف مردوع؛ ۳- عرف مُرسَل.

عرف مُمضاء، یعنی عرف مورد امضاء و تأیید شارع. عرف مردوع یعنی عرف مردود و مورد انکار شارع. عرف مُرسَل یعنی شارع نسبت به آن نظری نداده، یا ما به نظر شارع دسترسی پیدا نکرده ایم.

حال باید بیان کنیم رفتار شارع با عرف چگونه است؟ پاسخ این که دین مبین اسلام از نظر زمانی، آخرین دین و از حیث محتوی، کامل ترین ادیان است؛ از اینرو خداوند متعال در قرآن می فرماید: «إِنَّ الدِّينَ عِنْدَ اللَّهِ الْإِسْلَامُ» (آل عمران: ۱۹).

احکام و دستورات اسلام بر دو قسم است: احکام تأسیسی و احکام امضایی. احکام تأسیسی، احکامی است که بدون سابقه بوده و تشریح کننده آن، شارع مقدس اسلام می باشد؛ مثل وجوب نماز و حجّ با خصوصیات و کیفیات موجود در اسلام.

احکام امضایی احکامی است که در ادیان و جوامع گذشته وجود داشته و اسلام هم آنها را پذیرفته است؛ همچنان که عرف هایی وجود داشته که اسلام برخی از آنها را پذیرفته و برخی را ردّ و منع کرده است. در این مجال به نحوه برخورد اسلام با عادات و عرف های موجود اشاره می شود:

۱- بخشی از عادات و عرف ها که برای حفظ و بقای جامعه ضروری و با مصالح واقعی مردم و مقاصد اسلام سازگار بودند، عیناً مورد تأیید و امضاء قرار گرفتند؛ مانند احکام معاملات و تجارت و عقود و ایقاعات که به صورت امضایی تشریح شده و تأیید عرف و عادت، متداول زمان بعثت پیامبر (ص) تلقی می گردد و آیه شریفه حلیت بیع و حرمت ربا «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا» (بقره: ۲۷۵) چیزی جز امضای بیع موجود در عرف و عادت زمان توسّط شارع نیست.

۲- برخی دیگر از عادات و روش های متداول در زمان جاهلیت، با تغییراتی قابل پذیرفتن بودند و لذا پس از تنقیح و تهذیب، مورد تأیید واقع شدند؛ از قبیل احکام قصاص و دیات و همچنین احکام طلاق و عده، و عادات دیگری که اسلام پس از اصلاح، اصل آن عادات و روش ها را امضاء نمود.

۳- عرف و عادت هایی که با مقررات اسلام هماهنگی نداشته و به هیچ وجه مورد قبول نبودند از آنها نهی شده، مانند معاملات غرری و ربوی و سنت پسرخواندگی که در میان اعراب رسم بود و اسلام آن را ملغی نمود.

رسول گرامی اسلام (ص) هنگام فرستادن معاذ بن جبل به یمن در سفارشی به او می فرماید: «أَمَّتْ أَمْرَ الْجَاهِلِيَّةِ إِلَّا مَا سَنَّهُ الْإِسْلَامُ وَأَظْهَرَ أَمْرَ الْإِسْلَامِ كُلَّهُ، صَغِيرَةً وَ كَبِيرَةً: سنّت ها و عادت های زمان جاهلیت را ابطال کن و از بین ببر، مگر آن عاداتی که اسلام آنها را امضاء نموده، و همه احکام و دستورات اسلام - کوچک و بزرگ آن - را بیان نما (ابن شعبه حرّانی، ۱۴۰۴: ۲۵/۱).

۷- کارایی عرف

عرف سه کارایی دارد:

الف: داوری، فهم، منبع بودن: در این کارایی، عرف در کنار اراده خداوند قرار دارد، زیرا منبع و سرچشمه احکام الهی اراده خداوند است: «إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ» که در علم کلام از آن به توحید در تشریح و قانونگذاری تعبیر می‌کنند. در این نوع کارایی، قرآن و سنت و ... مطرح نیستند؛ منبع، تنها همان اراده خداوند است، مگر این که خداوند اجازه تشریح به کسی بدهد. این کارایی را ما برای عرف قبول نداریم.

ب: کشف: اگر فقط اراده خداوند را به عنوان منبع قبول کرده و عرف را به عنوان منبع نپذیرفیم، آیا عرف می‌تواند کاشف از اراده خداوند باشد؟ مثلاً قرآن و سنت و اجماع (به تعریف شیعه) و عقل که کاشف از اراده الهی هستند آیا عرف هم این کاشفیت را دارد؟ یعنی آیا می‌توانیم قائل شویم که اگر بنای عمومی و فهم ایشان بر چیزی قرار گرفت کاشف از اراده خداوند است؟

این نوع کارکرد به کارایی سندی تعبیر می‌شود که آن را نیز برای «عرف بما هو عرف» قبول نداریم. توضیح این که گاهی اگر عرف را واکاوی کنیم به اسناد دیگری می‌رسیم، مثل این که عرف کاشف از سنت معصوم یا تجسم درك عقل باشد. عرف بما هو عرف را حتی اگر همه عقلا آن را به عنوان سند بپذیرند تا به آن سرچشمه های اصلی و اسناد چهارگانه برنگردد قبول نداریم.

ج: کارایی غیراستقلالی و ابزاری و تفسیری: همه فقها و بزرگان شیعه و سنی کارایی غیر استقلالی و غیر سندی که همان آلی و ابزاری باشد را برای عرف پذیرفته‌اند. اکنون مهم این است که ما این کارایی ابزاری را باز کنیم تا ببینیم همه این کارایی‌ها درست است یا برخی درست است و برخی نادرست؟

کارایی ابزاری و غیر استقلالی به هفت بخش تقسیم می‌شود که همه انواع را آلی و تفسیری گفته‌اند؛ چون عرف، در خدمت دلیل قرار گرفته و ابزاری برای تفسیر روایت و آیه شده است.

۱- کارایی اول: مراجعه به عرف در مفاهیم مفردات و هیئت های به کار رفته در

دلیل

در مباحث اصولی آمده که وقتی آیه ای تفسیر می شود برای فهم مفردات آن به سراغ عرف می رویم و اگر سراغ لغت هم برویم برای کشف معنا، عرف زمان صدور نصّ معیار است. این کارایی مورد پذیرش همگان است. البته اگر جایی، خود شارع تفسیر خاصّ داشته باشد به همان عمل می کنیم و گرنه پس از آن به سراغ عرف می رویم. مثلاً برای تعیین حدود صورت (وجه) در آیه «فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ»، امام خودش حدود صورت را مشخص کرده و اگر این تفسیر نبود ما مجاز بودیم سراغ عرف معیار برویم.

۲- کارایی دوم: مراجعه به عرف در برداشت از مجموعه یک یا چند دلیل و امور

پیرامونی آن

کاربرد اول در مدالیل تصوّری بود و این کاربرد در مدالیل تصدیقی است. گاهی یک جمله تک تک الفاظش بررسی می شود و مجموعه اش به صورت جدا «المؤمنون عند شروطهم»: گاهی تک تک الفاظ مدّ نظر است و گاه مجموعه الفاظ و سؤال از این که منظور از این حدیث چیست؟ آیا غرض، بیان یک حکم شرعی، یا اخلاقی است؟ اینجا بحث از مفردات نیست بلکه مجموعه آن در نظر گرفته می شود.

۳- کارایی سوم: مراجعه به عرف در تطبیق مفاهیم بر مصادیق

مثال این نوع کارایی آن است که یک مجتهد از ادله استفاده می کند که در بلاد کبیره، اگر شخصی از یک محلّه به محلّه دیگر برود، مسافر بوده و باید نماز را شکسته بخواند. اگر بعد از فهم معنای بلاد کبیره، در این که آیا تهران یا مشهد جزو بلاد کبیره هستند یا خیر، شبهه شود، اینجا محلّ کاربرد سوم عرف است. این کاربرد مورد مناقشه است؛ چه آن که بسیاری در اصول این نوع کاربرد را نمی پذیرند اما در فقه به آن عمل می کنند. مشهور علما این نوع کاربرد را قبول ندارند.

۴- کارایی چهارم: کاربست مراجعه به عرف در امور مربوط به قانونگذاری

قانونگذاری بایسته هایی دارد که قانونگذار باید آنها را مراعات کند. در بسیاری مواقع، سند بسیاری از این بایسته ها یا نبایسته ها عرف است. مثلاً ما می‌گوئیم: «تخصیص اکثر و به قول بعضی تخصیص کثیر، مستهجن است»؛ به این معنا که اگر قانون به حدی تخصیص بخورد که مجبور شویم به آن تبصره‌های بسیار بزنیم قبیح است؛ و سند پشتیبان این مطلب عرف است. اصول فقه ما و به تبع آن فقه این کارایی را پذیرفته است.

۵- کارایی پنجم: فهم تعارض ادله

در اصول فقه باب وسیعی به نام باب تراحم، تعارض و اجتماع امر و نهی وجود دارد که هر کدام مناطی دارند. در بحث تعارض مستمرّ که پای ادله به میان می‌آید، خیلی از اوقات، علما از عرف استنباط می‌کنند.

۶- کارایی ششم: مراجعه به عرف در قراردادها و معاملات

گاهی ما به عرف به عنوان منبع و سند مراجعه نمی‌کنیم و منظور همان جنبه آلی بودن است؛ این کار بست ششم جدای از کارایی‌های قبلی است. در معاملات وقتی دو نفر معامله می‌کنند، گاه اختلاف می‌شود که فروشنده چه چیزی را باید در خانه جای بگذارد و چه چیز را ببرد؟ آیا مثلاً موکت جزئی از خانه است و فروشنده می‌تواند با خود ببرد، یا خیر؟ در معاملات خیلی وقت‌ها این مشکل پیش می‌آید. یا در باب ازدواج خیلی از شرایط هست که صراحتاً نمی‌آید و مراجع می‌گویند باید به عرف مراجعه کرد که از این نوع کارایی عرف، به عرف در معاملات تعبیر می‌شود. البته منظور از معامله تنها خرید و فروش نیست.

بسیاری از اهل سنت قائلند که عرف، جزو اسناد است اما وقتی می‌خواهند مثال بزنند مثال‌های این کار بست را می‌زنند، در حالی که باید گفت اینها کارایی سندی نیست، بلکه کارایی ابزاری است؛ بنابراین اگر هم این کارایی را برای عرف بپذیریم قائل به کارایی سندی نشده‌ایم.

۷- کارایی هفتم: موضوع سازی و موضوع زدایی

خیلی وقت ها عرف برای یک حکم شرعی، موضوع می سازد و گاهی بالعکس. در فرض موضوع زدایی، امروزه لباسی می پوشیم که سابقاً علماء تحریم یا شبهه کرده و می گفتند تشبّه به کفار است؛ اما اجداد ما اینقدر این لباس ها را پوشیدند که الآن تشبّه به کفار نیست. چیزی که در مقطعی ممکن است مصداق حرمت و شبهه باشد الآن نیست. گاهی هم برعکس، عرف موضوع می سازد؛ مثلاً خیلی از جوامع از جمله اعراب قدیم، روی نامگذاری حسّاس نیستند اما در عرفی دیگر، نامگذاری دارای اهمیت است و روی آن دقت می کنند؛ آیا در چنین جامعه ای می توان هر اسمی را روی فرزند گذاشت؟ از هر فقیهی پرسید می گوید حرام است. یا مبحث ازدواج که در جامعه ای ممکن است مصداق ارزش باشد و در جامعه دیگر خیر (علیدوست، ۱۳۹۷: ۴۵).

۸- عرف و ادله لّبی

۸-۱- تفاوت عرف با عقل

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

۱. عرف می تواند صحیح یا فاسد باشد، ولی دلیل عقل فاسد نیست، هر چند خطا کند. این سخن بدین معناست که در دلیل عقلی، وصف فساد به کار نمی رود گرچه تعبیر باطل می تواند به کار رود.
۲. عرف باید همگام با عمل و تکرار باشد، ولی در دلیل عقلی، حضور عمل ضرورتی ندارد.

۳. عرف به تدریج به دست می آید، ولی محصول عقل یکباره ظهور می کند.

۴. عرف در فقه و اجتهاد اهل سنت و حقوق اروپا، اصل و منبع مستقلّ به حساب می آید، ولی همگان عقل را منبع قواعد و حقوق بر نمی شمردند. ظاهریّه از اهل سنت و اخباریان از امامیه، مخالف دخالت عقل در منابع حقوقی اند. اشاعره و حنفیه نیز عقل را از منابع حقوق نمی دانند (جعفری لنگرودی، ۱۴۰۰: ۱۱۲-۱۱۶).

این بینش‌ها در مورد عرف و عقل، سبب تفاوت دیدگاه در استنباط گردیده است. برخی از مذاهب، مانند شافعیه و امامیه، برای حکم عقل اعتبار ویژه‌ای قائل‌اند. البته فقیهان شیعه دلیل عقل را به عنوان حجت برای حکم شرعی نپذیرفته‌اند و محدثان امامیه از اساس منکر حکمیت عقل‌اند (النبهان، ۲۰۱۶: ۱۳۹).

۸-۲- تفاوت عرف با اجماع

اجماع از طریق اتفاق اُمّت یا فقها و مجتهدان یک مذهب معین منعقد می‌شود. بنابراین با این که اختلاف در کیفیت کاشف است این اتفاق باید به هر صورت به رأی معصوم منتهی شود؛ ولی عرف، فاقد عنصر اتفاق است بلکه سلوک اکثریت و عمل مطابق با سیره همگانی در آن کفایت می‌کند. پس مورد عرف، عمل معین و مورد اجماع، رأی معین است. عرف گاهی فاسد است، ولی اجماع بر مفسده وجود ندارد. عرف محلّی و بلدی دارد، ولی اجماع اینگونه نیست. عرف ممکن است غالب یا مُطرد باشد، در حالی که اجماع باید مُطرد باشد. (الزحیلی، ۱۴۲۷: ۹۶).

۸-۳- تفاوت عرف با بنای عقلا

عرف جنبه عمومی یعنی لفظی و عملی دارد و بنای عقلا بخشی از عرف یعنی عرف عملی است. بیشتر فقیهان و اصولیان این عرف عملی را «بنای عقلا» نامیده و قواعد فقهی را بر آن بنا کرده‌اند. در این عرصه، بنای عقلا در مقابل دلیل عقل، هویت نو پیدا می‌کند؛ به این مفهوم که بنای عقلا یک عملکرد خارجی است که به تکرار عمل بستگی دارد ولی حکم عقل، استنتاج عقلی است (جعفری لنگرودی، ۱۴۰۰: ۹۴).

۹- تغییر موضوع و حکم شرعی با تغییر عرف و عادت مردم

مواردی در شرع داریم که چون عرف و عادت مردم تغییر یافته، موضوع و حکم شرعی هم عوض شده است، در اینجا به دو نمونه از آن اشاره می‌کنیم:

۱- اسلام به استناد آیه شریفه «و لا تأکلوا أموالکم بینکم بالباطل» (بقره: ۱۸۸) می‌گوید معامله بر روی چیزی که منفعت عقلایی قابل اعتناء نداشته باشد، حرام و باطل

است و بر این اساس، فقها به حرمت خرید و فروش اشیایی از قبیل خون، مدفوع و بول، فتوا داده‌اند، چون منفعت عقلایی ندارند.

بنابراین همان طور که ملاحظه شد، علت جایز نبودن خرید و فروش بعضی از اشیاء، نداشتن منفعت عقلایی قابل اعتناء است. لذا اگر شرایط زمان و مکان به گونه ای شود که اشیاء فاقد منفعت، نزد عقلاء منفعت مشروع و قابل اعتناء پیدا کنند، حکم حرمت خرید و فروش تغییر کرده و محکوم به حرمت می‌شود؛ چنان که در زمان ما، در مورد خون انسان چنین است (محمودی، ۱۳۹۱: ۱۰۸).

مرحوم خوانساری در این زمینه کلام مفصلی دارند که خلاصه آن چنین است که ملاک جایز بودن معامله بر چیزی، دارای فایده عقلایی و قابل اعتناء بودن است و این که شرعاً از آن نهی نشده باشد، و از این قبیل است خرید و فروش خون در زمان ما، که در اثر تزریق آن در بدن نیازمند به خون و مشرف به مرگ، دارای فایده بزرگی می باشد (واسعی، ۱۳۷۹: ۵۶).

۲- قرآن کریم صراحتاً حکم به حرمت ربا دارد: «الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ» (بقره: ۲۷۵). موضوع حرمت ربا، درباره مکمل (پیمانانه ای) و موزون (کشیدنی) بودن اجناس است، چنان که امام صادق (ع) می‌فرماید: «لَا يَكُونُ الرِّبَا إِلَّا فِيمَا يَكَالُ أَوْ يوزن: ربا واقع نمی‌شود مگر در اشیایی که کیلی یا وزنی باشند (شیخ طوسی، ۱۳۶۵: ۱۹/۷).

مرجع تشخیص مکیل و موزون بودن هر چیز، عرف است که برحسب مکان ها و زمان ها متفاوت می باشد؛ از اینرو وقتی از امام (ع) سؤال می‌شود که آیا می‌شود یک گوسفند را در برابر دو گوسفند و یک تخم مرغ را در برابر دو تخم مرغ معامله کرد؟ حضرت می‌فرماید: اگر کیلی و وزنی نباشد، اشکالی ندارد «عن ابی عبد الله علیه السلام قال: سألته عن الشاه بالثاتین و البیضه بالبیضتین قال: لا بأس ما لم یکن فیه کیل و لا وزن» (همان: ۱۱۸/۷)؛ بنابراین اگر چیزی مثل تخم مرغ را که بین مردم در زمانی یا مکانی به

صورت وزنی فروخته می شود، بفروشد و زیادتر بگیرند، معامله ربوی و حرام است و اگر در زمان یا مکان دیگر همان را به صورت عددی معامله کنند و زیادتر بگیرند، حلال است.

۹-۱- روش تغییر حکم با تبدیل موضوع یا متعلق حکم

این روش سه صورت دارد که عبارت ست از:

صورت اول: آن است که مکلف خودش، موضوع حکم را تغییر دهد تا حکم دگرگون شود؛ مثلاً مکلفی که در آستانه استطاعت برای انجام دادن مناسک حج قرار گرفته، عمداً و با اختیار کاری کند که دارایی او کمتر از استطاعت مالی بماند. در این صورت، حج بر مکلف واجب نیست و گناهی هم مرتکب نشده است. همچنین کسی که دارای انعام ثلاثه (گاو، گوسفند و شتر) و نقدین است کاری کند که این اموال در طول سال به حد نصاب زکات نرسد که در چنین فرضی زکات بر او واجب نیست.

صورت دوم: آن است که متعلق حکم با گذشت زمان، عرف دیگری پیدا کرده و چهره دیگری به خود گرفته باشد، که در چنین حالتی حکم تغییر می کند؛ چنان که سال ها شطرنج، وسیله ای برای برد و باخت و از آلات قمار بود و استفاده دیگری نداشت؛ از اینرو، خرید و فروش و نگاهداری آن حرام بود، ولی اینک شطرنج در عرف ما تغییر ماهیت داده و بازی با آن، یک بازی فکری محسوب و موجب پرورش ذهن می شود و به تمرین ریاضی شباهت پیدا کرده و اغراض عقلایی دارد. با این توصیف، اگر حکم به جواز و حلیت خرید و فروش آن را دهند، نباید موجب شگفتی شود.

صورت سوم: چون عرف گذشته، متعلق حکم را به خوبی نشناخته، لذا حکم نامناسبی برای آن داده بودند، ولی فقها با پیجویی و تحقیق بیشتر، متعلق واقعی را به دست آورده و به واقع رسیده اند؛ که این نیز موجب دگرگونی حکم می شود (عرف زمانی و مکانی). به بیان دیگر، در دورانی مجتهدین برای موضوعی فتوایی داشته اند، اما با پیشرفت علم و تجربه و تحقیق و شناخت عمیق تر، ماهیت واقعی متعلق حکم، کشف و شناخته شده است که بدون شک، در چنین حالتی حکم و فتوای مجتهد نیز تغییر

خواهد کرد. مثلاً ماهی قزل آلا که مجتهدان گذشته آن را بدون فلس می دانستند، تجربه و علم امروز و بررسی های دقیق محققین ثابت کرده که ماهی مزبور فلس دارد و لذا حکم به حلیت آن می دهند.

۹-۲- نظرها پیرامون حجیت عرف

فقهای امامیه در باره حجیت عرف سه نظر تحلیلی دارند:

دیدگاه اول: ذاتی بودن حجیت عرف: به این معنا که حجیت و اعتبار عرف، ذاتی و بی نیاز از امضای شارع است. صاحبان این دیدگاه حکم عرف را مستند به فطرت و برخاسته از بایسته های زندگی اجتماعی دانسته و ناسازگاری با آن را به منزله ناسازگاری با مصالح و نیازهای زندگی اجتماعی بشر و موجب از هم گسستن نظام اجتماعی می دانند؛ درحالی که شارع هیچگاه از حفظ مصالح نظام و پرهیز از فروپاشی آن فروگذار نبوده، بلکه همواره احکام را بر پایه همین مهم بنا نهاده است. طرفداران این دیدگاه معتقدند که بسیاری از عرف ها برخاسته از فطرت و وجدان انسانهاست و بر اساس تشخیص ضرورتها و نیازهای اجتماعی به تدریج در میان مردم رایج و ساری شده است. از طرف دیگر، احکام شرعی هم برای تأمین مصالح و منافع جوامع انسانی وضع شده و اگر شارع با اینگونه عرف ها مخالفت کند، نقض غرض خواهد شد. بنابراین معلوم می شود شارع در امور غیر عبادی، مسلک عرف را مورد تأیید قرار داده است (اصفهانی غروی، ۱۳۷۳: ۹۱/۲؛ طباطبائی، ۱۳۶۱: ۱۸۸/۲؛ همو: ۶-۲۰۵؛ مغنیه، ۱۳۸۸: ۲۲۲).

دیدگاه دوم: حجیت عرف بر اساس عقل انسان ها و بنای عقلاء: مطابق این دیدگاه، اعتبار عرف در عقل عقلاء است که بر پایه حسن و قبح حکم می کنند، طرفداران این دیدگاه، عرف را مرتبه ای از مراتب حکم عقل دانسته و بر این باورند که اختلافی بین حکم عقل و عرف وجود ندارد. اینان، به استناد قاعده ملازمه بین حکم عقل و شرع، بر آن شده اند که شرعی بودن عرف را ثابت کنند و دلیل اعتبار عرف را در کاشف بودن

آن از حکم عقل می بیند. به بیان دیگر، عرف را منشعب یافته از مستقلات عقلیه و یا غیر مستقلات عقلیه می دانند.

میرزای نائینی در این خصوص می گوید: «طریقه عقلاء عبارت است از استمرار عمل عقلاء بر چیزی، از آن جهت که عقلاء هستند؛ اعم از این که مسلمان باشند یا غیر مسلمان، خواه آن چه طریقه و روش آنان بر آن استمرار یافته از مسائل اصولی باشد یا از مسائل فقهی. گاهی از طریق عقلایی به بنای عرف تعبیر می شود و مراد از آن عرف عام است. بنای عرف چیزی در مقابل روش و طریقه عقلایی نیست و هیچ اشکالی در اعتبار طریقه عقلایی وجود ندارد» (نائینی، ۱۴۱۰: ۱۹۲/۳-۱۹۳).

مرحوم طبرسی می نویسد: عرف عبارت است از هر روش پسندیده که عقل مردم خوبی و درستی آن را تشخیص دهد و نفس های مردم در پرتو آن آرامش یابد» (طبرسی، ۱۳۸۴: ۳۹۷/۴).

یکی از حقوقدانان نیز می گوید: «بنای عقلا در حقیقت همان عرف است، زیرا منظور از عرف، انس ذهنی و روش اکثریت جامعه که ایشان عادتاً خردمند و مصلحت اندیش و پایبند نظم اجتماعی هستند، در روابط حقوقی می باشد» (شهیدی، ۱۴۰۰: ۳۴۵/۲).

در نقد این دلیل می توان گفت که اولاً: فطری بودن اصل این بناء های عقلاء، مانع از آن نیست که شارع در مورد کاربرد این امور در محیط تشریح (مثلاً حجیت ظواهر و اخبار ثقه) قیودی را اضافه و محدودیت هایی را اعمال کند.

دیدگاه سوم: حجیت عرف بر اساس امضای شارع: طرفداران این دیدگاه، اعتبار و حجیت عرف را موکول به موافقت و امضای شارع دانسته و بر این نظرند که تنها هنگامی عرف و بنای عقلاء معتبر و قابل استناد است که از سوی شارع امضاء شده باشد. این گروه معتقدند که امضای شارع را می توان به یکی از روش های زیر کشف کرد:

۱- عدم ردع؛ در فوائد الاصول آمده است که اعتبار و حجیت عرف و بنای عقلاء، نیاز به امضای صریح شارع ندارد، بلکه هر جا ثابت شود شارع باز نداشته، کاشف از امضای او است (نائینی، ۱۴۱۰: ۱۹۳/۳).

صاحب حاشیه عبر کفایه الاصول هم معتقد است که عدم الردع مرتبه من التصدیق؛ یعنی ردع نکردن شارع، خود تأیید است (بروجردی، ۱۴۱۲: ۱۲۴/۲).

صاحب کتاب اصولی تهذیب الاصول نیز گفته است: «إنه لا یحتاج فی اعتبار الطریقه العقلائیه إلى إمضاء صاحب الشرع لها و التصریح باعتبارها، بل یکفی عدم الردع عنها فإن عدم الردع عنها مع التمكن منه یلزم الرضاء بها و إن لم یصرح بالإمضاء: صحّت و درستی روش های عقلایی نیاز به امضاء یا تأیید صریح شارع ندارد، بلکه اگر امکان مخالفت باشد و مخالفت نوزد، دلیل بر رضایت اوست، هر چند تصریح به تأیید نفرماید» (خمینی، ۱۳۸۱: ۲۲۰/۱/۲).

۲- ثابت نشدن ردع: صاحب کفایه الاصول می گوید: ثابت نشدن بازداری شارع، کاشف از امضای اوست و این خود برای حجیت و اعتبار عرف و بنای عقلا کافی است؛ چه این که شارع خود از عرف و عقلا، بلکه رئیس آنان به شمار می رود و با عرف هم مسلک است؛ بنابراین در صورت ناسازگاری و یکی نبودن مسلکش با عرف، بر اوست که به لحاظ جایگاه و شارع بودن، جهت جلوگیری از اختلاف و دوگانگی، مسلک خود را به عرف اعلام و بشناساند» (آخوند خراسانی، ۱۴۳۱: ۴/۱-۳۰۳).

۳- سکوت شارع: در کتاب دروس فی علم الاصول و المعالم الجدیده آمده است که سکوت شارع برای کشف امضاء، کافی و دلیل بر اعتبار و حجّت بودن عرف و بنای عقلاء می باشد (صدر، ۱۳۹۰: ۹۸/۱، ۱۶۹، ۲۳۴، ۲۴۷، ۲۵۰ و ۲۶۶).

۳-۹- ادله حجیت عرف

امام خمینی (ره) برای حجیت عرف، به ادله زیر استناد کرده است:

۱- علم معصوم (ع): روشن است که معصومین (ع) عالم و آگاه به آینده بوده و می دانسته اند که در آینده چه سیره ها و عرف هایی در جامعه مسلمانان رایج می گردد و اگر این عرف ها در نزد شارع بی اعتبار می بود، بر معصومین (ع) بود که مردم را از پای بندی به آنها باز داشته و ناخشنودی شارع را ابلاغ کنند، زیرا حضرات معصومین (ع) عالمان به آینده و نگهبانان شریعت هستند (خمینی، ۱۴۱۰: ۱۲۹/۲).

۲- جهت حفظ نظام و پرهیز از هم گسستگی آن: از آنجا که بسیاری از امور زندگی بر محور عرف می چرخد، شارع نمی تواند به کنار زدن و بازداشتن عرف پردازد، زیرا بازداشتن و حجّت نبودن عرف، موجب از هم گسستگی نظام جامعه و زندگی اجتماعی می شود؛ حال آن که شارع خود بر حفظ نظام و جلوگیری از فروپاشی آن تأکید ورزیده است. (خمینی، ۱۴۱۰: ۱۳۰/۲؛ نیز ر.ک: شیخ انصاری، ۱۳۹۲: ۱۶۱/۱).

۳- یگانگی روش شارع با عرف: شارع در بسیاری از موارد، در برابر عرف راه سکوت را پیش گرفته است و از این سکوت به دست می آید که او خود را یکی از افراد عرف دانسته و شیوه عرف را پذیرفته و این خود گواهی آشکار بر اعتبار عرف است؛ در غیر این صورت، بر اوست که از عمل به عرف باز دارد و شیوه خود را بنمایاند (خمینی، ۱۳۸۰: ۳۹۷/۱).

۹-۴- شرایط اعتبار عرف نزد شارع

امام خمینی (ره) برای این که أدله و امارات، از طرف شارع معتبر شناخته شود شرایطی را لازم دانسته که به شرح ذیل است:

۱- آن آماره و دلیل، ذاتاً دارای اثر کاشفیت و طریقت بوده و اگر فاقد این ویژگی باشد، شایستگی آماره و طریق برای کشف حقیقت را ندارد.

۲- آن چه مورد جعل شارع قرار گرفته و حجیت آن مستند به جعل شارع است که به نفسه از امارات عقلی یا عقلایی نباشد و اگر اینگونه شد معنا ندارد دیگر بار، آماره و طریقی برای کشف حقیقت قرار گیرد و این یعنی تحصیل حاصل یا ایجاد موجود، که از منظر عقلاء قبیح و بلکه محال است.

۳- در جعل اماره و طریقیّت آن، عنایت به کاشفیّت و طریقیّت و متمّم کشف بودن باشد.

نکته ظریفی که در این تعبیر به چشم می خورد این است که از منظر امام خمینی (ره) امارات عقلایی نیاز به جعل حجّیت ندارند و اّتصاف آنها به عقلایی و عاقلانه بودن، برای حجّیت آن کافی است. باور به این نظریه، اوج پایبندی به نقش عقل در کشف حقایق شرعی و اراده قانونگذاری مولای حکیم است (خمینی، ۱۳۸۰: ۱۰۷/۱).

نتیجه گیری

از مجموع مطالب مطرح شده در این تحقیق می توان به نتایج ذیل اشاره کرد:

۱- از آنرو که مردم کوچه و بازار، مخاطب احکام شرعی هستند و احکام برای بهتر زندگی کردن آنان وضع شده، اگر کار تفسیر و قضاوت موضوعات و مصادیق به آنها واگذار شود عین صواب است؛ زیرا نمی شود مخاطب، مردم باشند اما تطبیق و تشخیص را مرجع دیگری بر عهده داشته باشد؛ پس اصل واگذاری تشخیص موضوع و مصداق به عرف، «وضع الشیء فی موضعه» و کار صحیح و اقدامی بجاست؛ چراکه در حوزه وظایف مردم می باشد.

۲- واگذاری موضوعات به عرف، در بسیاری از موارد کارگشا و بهتر است؛ مثلاً موضوعات تخصصی باید به اهل و متخصص همان موضوع، موضوعات صنفی به «عرف خاص صنفی» و موضوعات لفظی محلی به «عرف محلی خاص» واگذار گردد که این مهم، موجب کمتر شدن اختلاف در عرف و یکسان سازی می شود. به تعبیر دیگر، موضوع و تطبیق آن را باید عرف کارشناس بر عهده بگیرد؛ چراکه در حیطه کار و عمل خود، آشنایی کامل دارد.

۳- وقتی سخن از عرف به میان می آید منظور، عرف دقیق و به دور از تسامح است که با دقّت، تطبیق و تشخیص را بر عهده می گیرد. از اینرو، اگر مکلف، به طور دقیق حکم و موضوعی را تفسیر کند منع شرعی برایش نیست؛ زیرا وقتی به چیزی قطع پیدا

کند این قطع، حجّت است و طبق آن عمل می کند و نزد خداوند نیز معذور است؛ چراکه به قطع شرعی خود عمل کرده و پس از آن وظیفه فحص و بررسی هم نداشته تا بگوئیم چرا تفحص نکرده ای؛ چه آن که مرجعیّت و داوری با خود او بوده است.

۴- عرف صحیح و مورد تأیید شارع، یکی از ادله ای است که به کمک آن می توان به استنباط حکم شرعی پرداخت. عرف، محصول فطرت عقلاء و یک قضیه طبیعی کلی و حجّت است؛ لذا نمی توان گفت عرف زمان معصومین (ع) حجّت است و عرف عصر غیبت حجّت نیست.

۵- با پذیرش عرف به عنوان یکی از منابع فقهی و دینی، احکام اسلام به روز و جاودانه می گردد و اسلام در هر عصر می تواند پاسخگوی نیازهای دینی مردم باشد.

منابع

- قرآن کریم.

- آخوند خراسانی، محمدکاظم (۱۴۳۱ق)، **کفایه الاصول**، ج ۲، چ ۷، قم: مؤسسه آل البیت علیهم السلام لاحیاء التراث.

- آهنگران، محمدرسول؛ غانم، الهام (۱۳۹۷)، **ارزیابی عملکرد عرف در تغییر حکم مصادیق عرفی**، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۱۸، ۳۳-۴۸.

- ابن شعبه حرّانی، حسن بن علی (۱۴۰۴ق)، **تحف العقول عن آل الرسول**، ج ۱، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

- ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۰۸ق)، **لسان العرب**، ج ۹، بیروت: دار إحياء التراث العربی.

- اصفهانی غروی، محمدحسین (۱۳۷۴)، **نهایه الدرایه فی شرح الکفایه**، ج ۲، قم: مؤسسه سید الشهداء(ع).

- الخرازی، سید محسن (۱۳۶۷)، **پژوهشی پیرامون عرف**، ترجمه: عباسعلی سلطانی گلشیخی، مشکوه، ۲۱، ۶۶-۹۳.

- الزحلی، محمدمصطفی (۱۴۲۷ق)، **الوجیز فی اصول الفقه الاسلامی**، ج ۲، چ ۲، قطر: وزارت الاوقاف و الشؤون الاسلامیه.

- النبهان، محمد فاروق (۲۰۱۶م)، **المدخل للتشريع الاسلامی**، بیروت: مؤسسه الکتب الثقافیه.

- انصاری (شیخ)، مرتضی بن محمدامین (۱۴۱۱ق)، **المکاسب**، ج ۱، قم: ایران.

- ایزدی فرد، علی اکبر؛ نعمت زاده، رجبعلی؛ کاویار، حسین (۱۳۸۸)، **عرف و جایگاه آن در استنباط احکام شرعی**، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۱، ۴۵-۷۳.
- بروجردی، سید حسین (۱۴۱۲ق)، **الحاشیه علی کفایه الأصول**، ج ۱، قم: انصاریان.
- جبران، مسعود (۱۳۹۳)، **الرائد**، ج ۱، چ ۷، ترجمه: رضا انزایی نژاد، مشهد: به نشر.
- جرجس، جرجس (۱۹۹۶م)، **معجم المصطلحات الفقهیه و القانونیه**، بیروت: الشركه العالمیه للكتاب.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۴)، **ترمینولوژی حقوق**، چ ۷، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۴۰۰)، **مکتب های حقوقی در حقوق اسلام**، چ ۵، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- جناتی، محمدابراهیم (۱۳۷۰)، **منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی**، تهران: کیهان.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن (۱۳۸۴ق)، **تفصیل وسایل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه**، ج ۱۸، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- خمینی (امام)، سید روح الله (۱۳۷۶)، **الاجتهاد و التقليد**، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- خمینی (امام)، سید روح الله (۱۳۸۰)، **کتاب البیع**، ج ۱، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- خمینی (امام)، سید روح الله (۱۳۸۰)، **أنوار الهدایه فی التعلیقه علی الکفایه**، ج ۱، چ ۲، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- خمینی (امام)، سید روح الله (۱۳۸۵)، **صحیفه امام**، ج ۲۱، چ ۴، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- خمینی (امام)، سید روح الله (۱۳۹۲)، **المکاسب المحرمه**، ج ۱، چ ۳، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- خمینی (امام)، سید روح الله (۱۴۱۰ق)، **الرسائل**، ج ۲، قم: اسماعیلیان.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۱۶ق)، **المفردات فی غریب القرآن**، دمشق: دفتر نشر الكتاب.
- رجعی، حسین (۱۳۷۲)، **کاربرد عرف در استنباط**، کیهان اندیشه، ۴۸، ۱۳۷-۱۳۶.

- سبحانی تبریزی، جعفر (۱۳۸۱)، **تهذیب الاصول** (تقریرات درس اصول امام خمینی)، ج ۲، قم: مؤسسه الامام الصادق علیه السلام.
- سلجوقی، محمود (۱۳۸۸)، **نقش عرف در حقوق مدنی ایران**، تهران: میزان.
- شهیدی، مهدی (۱۴۰۰)، **اصول قراردادها و تعهدات**، ج ۲، ج ۹، تهران: مجد.
- صدر (شهید)، سید محمداقبر (۱۳۹۰)، **دروس فی علم الاصول**، ج ۱، ج ۲، قم: کوثر کویر.
- صدر (شهید)، سید محمد باقر (۱۳۹۵)، **المعالم الجدیده للاصول**، ج ۲، تهران: مکتبه النجاج.
- طباطبائی (علامه)، سید محمدحسین (۱۳۸۸ق)، **المیزان فی تفسیر القرآن**، ج ۸، تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- طباطبائی (علامه)، سید محمدحسین (۱۳۶۱)، **حاشیه الکفایه**، ج ۲، قم: بنیاد علمی فکری علامه طباطبائی.
- طبرسی، فضل بن حسن (۱۳۸۴)، **مجمع البیان فی تفسیر القرآن**، ج ۴، ج ۸، تهران: ناصر خسرو.
- طریحی، فخرالدین (۱۹۸۵م)، **مجمع البحرين**، ج ۱، بیروت: دار و مکتبه الهلال.
- طوسی (شیخ الطائفه)، محمد بن حسن (۱۳۶۵)، **تهذیب الاحکام**، ج ۷، تهران: دار الکتب العلمیه.
- عادل بن عبدالقادر (۱۳۱۸ق)، **العرف: حجیته و اثره فی فقه المعاملات المالیه عند الحنابله**، ج ۱، مکه مکرمه: المکتبه المکیه.
- عبه جی، محمد أسعد (۱۳۶۱ق)، **سلم الوصول إلى علم الاصول**، بیروت: دار البشائر الاسلامیه.
- علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۹۷)، **فقه و عرف**، ج ۶، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۷۷)، **فقه سیاسی**، ج ۲، ج ۴، تهران: امیرکبیر.
- فراهیدی، خلیل بن احمد (۱۴۰۹ق)، **العین**، ج ۲، قم: دار الهجره.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸)، **کلیات حقوق (نظریه عمومی)**، ج ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کلینی، محمد بن یعقوب (بی تا)، **الکافی**، ج ۱، تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- محمودی، علی محمد (۱۳۹۱)، **نقش عرف در فقه و حقوق**، پرتال امام خمینی (ره).
- مظفر (علامه)، محمدرضا (۱۳۷۰۹)، **اصول الفقه**، ج ۲، ج ۴، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
- مغنیه، محمدجواد (۱۳۸۸)، **علم اصول الفقه فی ثوبه الجدید**، تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- منصوری، خلیل رضا (۱۳۷۲)، **نظریه العرف و دورها فی عملیه الاستنباط**، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- نائینی، محمدحسین (۱۴۱۰ق)، **فوائد الاصول**، ج ۳، قم: مرسته النشر الاسلامی.

- نجفی (صاحب جواهر)، محمدحسن (۱۳۹۲ق)، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، ج ۲۲، تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- واسعی، سید محمد (۱۳۷۹)، **فقه و عرف**، فصلنامه قیاسات، ۱۵، ۴۲-۵۸.

