

The Difference between Customary Authority in Islamic Jurisprudence and Schools of Thought

ARTICLE INFO

Article Type

Research Article

authors

Zahra Yousefi Mesri
Abolghasem Naghibi*
Faezeh Moghtadaei

How to cite this article

Zahra Yousefi Mesri, Abolghasem Naghibi, Faezeh Moghtadaei, The Difference between Customary Authority in Islamic Jurisprudence and Schools of Thought, *Journal of Islamic Life Style Centered on Health*, 2023:7(3): 103-110.

1. PhD student, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Law, North Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.
2. Department of Jurisprudence and Fundamentals of Law, North Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran; Department of Jurisprudence and Fundamentals of Law, Shahid Motahari University, Tehran, Iran (Corresponding Author).
3. Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Law, North Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

* Correspondence:

Address:

Phone:

Email: da.naghibi@motahari.ac.ir

Article History

Received: 2022/06/26

Accepted: 2022/08/27

ABSTRACT

First of all, it should be said that custom is not a new phenomenon, but it is the same method and continuous behavior among people, which Islamic jurisprudence and law have approved in some cases and rejected in others. Despite this, it is considered as one of the main and practical documents for discovering concepts and meanings. By examining the background of custom, it is clear that many materials have been written about custom in various directions, but it is a matter that has been obscured and jurists and jurists have not paid much attention to it. The validity and non-authenticity of the custom is that there are differences of opinion between Shia scholars and different schools of thought and they have not reached a solid theory about it. In this article, the main goal is to investigate the differences of opinion on the validity of custom in Shia jurisprudence and Islamic schools of thought and to find a reliable and valid reason to prove how Shia jurisprudence considers custom only as a tool to reach the conclusion of Sharia and legal rulings. And the jurists of different schools of thought, including Hanafi, consider the common law to be the authority in all other rulings, except for obligatory rulings, such as: Istihsan.

Keywords: Custom, Authority, Islamic Schools, Hanafi, Shafi'i, Maliki, Hanbali

تفاوت حجیت عرف در فقه و مذاهب اسلامی

مقدمه

با توجه به اینکه عرف، پدیده ای نیست که با پیدایش اسلام کشف شده باشد، بلکه همان روش و سلوک مستمر میان مردم است که فقه و حقوق اسلام، در برخی موارد مَهر تأیید بر آن زده و بعضی را مردود تلقی کرده اند. با وجود این، عرف از اسنادی اصلی و کاربردی برای کشف مفاهیم و معانی، تلقی میشود. عرف از ابزارهایی است که مجتهد برای استنباط حکم شرعی استفاده میکند نیز از پدیده های بحث برانگیز و متغیر فقه و حقوق شیعه و اهل سنت است که باعث تحول و دگرگونی در برخی موضوعات احکام و قوانین جامعه میشود. لذا، فقیه برای به دست آوردن حکم یک پدیده عرفی، باید مسائل و شرایط مستحدث اجتماع را مورد دقت قرار دهد تا پویایی فقه شیعه محفوظ بماند. زندگی اجتماعی انسانها همواره مواردی را در پی داشته که انسانها ملزم به رعایت آن بوده اند و پیش از اینکه فقیه و قانونگذار این هارا وضع کند به صورت عرف بین انسانها رواج داشته است، این مطلب نشانه سابقه دیرینه عرف در مباحث فقهی و حقوقی بوده و بیانگر اهمیت آن است. باید گفت آنچه در ذهن شناخته شده و افراد آن را می پذیرند و چیزی که اکثریت افراد یک قوم در گفتار و رفتارشان مشخص است تا به آن حد که الزام آور شناخته شده، به شکل عرف تحقق می یابد. عرف از مسائل مهم حوزه فقه و حقوق است و می تواند در استنباط های فقهی و حقوقی و تفسیرهای جدید فقهی و حقوقی مؤثر باشد. با توجه به این در این مقاله برآنیم تا حجیت عرف را در فقه امامیه و مذاهب اسلامی بپردازیم. و به این نتیجه برسیم که عرف یکی از منابع فقهی و حقوقی به شمار می رود و نقش عمده ای را در ارائه راه حل های فقهی و حقوقی و مسائل مستحدثه به عهده دارد. در حجیت عرف در فقه امامیه و فقه مذاهب اختلاف هایی هست که به آن می پردازیم.

تعریف لغوی و اصطلاحی عرف

عرف «واژه ای است تازی که با واژه های «متعارف»، «عرفان»، «عارف»، «معرفت» و «معروف» از یک ریشه و در معنا به هم نزدیک می باشند. دانشیان لغت برای واژه ی «عرف» معانی گونه گونی را نام برده اند. از آن جمله می توان به معنای «امر پسندیده و نیکو» اشاره داشت که با موضوع مورد بحث نیز در تناسب است. چنان که «ابن منظور» در این باره گوید:

«المعروف ضد المنکر، والعرف ضد النکر، یقال اولاه عرفا ای معروفاً. والمعروف والعارفة خلاف النکر... المعروف هنا مایستحسن من الافعال... والعرف والعارفة والمعروف واحد ضد النکر و هو کل ماتعرفه النفس من الخیر و تبسا به و تطمئن الیه»

اهل لغت برای واژه «عرف» معانی گوناگونی ذکر کرده اند. ابن منظور در لسان العرب، «عرف» را چنین تعریف کرده است:

عرف به معنای نیکی و ضد نکر می باشد که به معنای بدی است گفته می شود: «اولا عرفا ای: معروفاً احسان و نیکی کرد به او... عرف، عارفه و معروف هر سه واژه به یک معنا هستند و معنای آن ضد بدی است و آن عبارت است از هر امر نیکویی که نفس آدمی آن را شناخته و با آن مانوس شود و موجب آرامش گردد.

زهرا یوسفی مصری

دانشجوی دکتری، گروه فقه و مبانی حقوق، واحد تهران شمال، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

ابوالقاسم نقیبی

گروه فقه و مبانی حقوق، واحد تهران شمال، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران و گروه فقه و مبانی حقوق، دانشگاه شهید مطهری، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

فائزه مقتدایی

استادیار، گروه فقه و مبانی حقوق، واحد تهران شمال، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

چکیده

ابتدا باید گفت عرف، پدیده ای نوظهور نیست بلکه همان روش و سلوک مستمر میان مردم است که فقه و حقوق اسلام، در برخی موارد مَهر تأیید بر آن زده و بعضی را هم مردود دانسته است. با وجود این، از اسناد اصلی و کاربردی برای کشف مفاهیم و معانی، تلقی می شود با بررسی پیشینه عرف مشخص می شود مطالب زیادی در جهات مختلف درباره عرف نوشته شده ولی مساله ای که کمرنگ بوده و فقها و حقوقدانان زیاد به آن نپرداخته اند حجیت و عدم حجیت عرف است که اختلاف نظرهایی بین علمای شیعه و مذاهب مختلف وجود دارد و به یک نظریه متقن در مورد آن نرسیده اند. در این مقاله هدف اصلی این است که به بررسی اختلاف نظرهای حجیت عرف در فقه شیعه و مذاهب اسلامی بپردازیم و یک دلیل موثق و متقن پیدا کنیم برای اثبات اینکه چگونه فقه شیعه عرف را فقط یک ابزاری می داند برای رسیدن به استنباط احکام شرعی و حقوقی و فقهای مذاهب از جمله حنفی کاملاً عرف را به جز احکام تکلیفی در تمام احکام دیگر حجت می داند مانند: استحسان.

کلیدواژه: عرف، حجیت، مذاهب اسلامی، حنفی، شافعی، مالکی، حنبلی.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۵/۰۴

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۶/۰۵

*نویسنده مسئول: da.naghbi@motahari.ac.ir

خود متداول کنند، چه خوب و پسندیده یا بد و ناپسند و زبان بخش برای فرد و جامعه باشد. مطالعه در کتب نشان می‌دهد که همگی آن را یکی از ادله و منابع می‌دانند. آنچنان که کتاب و سنت را از منابع حقوق شمرده‌اند.

اکنون پس از بیان برخی تعاریف و نگرش‌های ارایه شده از سوی دانشیان فقه و حقوقدانان درباره‌ی عرف به نظر نگارنده: «عرف عبارت است از جریان مستمر یک رفتار یا سلوک ویژه همگانی در میان افراد جامعه بر انجام یا ترک یک فعل، خواه گفتار باشد یا کردار». این پدیده که نوع مردم بدان انس گرفته و با آن آشنایی داشته و به طور مکرر آن را انجام می‌دهند، عملی است نوعاً ارادی که مردم بدون نفرت و کراهت به انجام آن مبادرت می‌ورزند. این سیره‌ی مستمر و بنای عملی مردم بر انجام یا ترک یک فعل که واضع آن خود مردم می‌باشند، پیروی از آن را لازم و مخالفت با آن را قبیح و متخلف را نیز سزاوار سرزنش و توبیخ می‌دانند.

اقسام عرف

به طور کلی عرف نمیتواند یک عرف تام تعریف شده باشد بلکه عرف از جهات مختلف به انواع گوناگونی تقسیم می‌شود:

۱. عرف عام و خاص

الف. عرف عام: مراد از عرف عام، عرفی است که همه یا بیش‌تر مردم در عصرها و جوامع مختلف آن را پذیرفته و در آن مشترک‌اند، مانند رجوع نادان به دانا. این قسم از عرف به آنچه بنای عقلا نامیده می‌شود، نزدیک‌تر است. در جای دیگه آمده 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 جز اینها در آن مشترکند.

ب. عرف خاص: مراد از عرف خاص، عرفی است که منشأ آن گروهی از مردم‌اند، مانند آنچه در مناطق و جوامعی خاص یا صاحبان شغل و حرفه‌ای خاص و یا در علم و فنی خاص معمول و متعارف است. اصطلاحات در شرع، علوم، فنون و نیز مناطق و جوامع مختلف در این قسم داخل‌اند (۲).

۲. عرف قولی و عملی

الف. عرف قولی: مراد از عرف قولی آن است که نزد مردم، [اطلاق لفظی] بر معنایی غیر از معنای لغوی، متعارف و شایع شود؛ به گونه‌ای که هنگام شنیدن لفظ، جز آن معنا به ذهن تبادر نکند، مانند اطلاق لفظ «دابه» بر اسب یا چاربا، یا اطلاق لفظ «ولد» بر خصوص پسر، با آن که در لغت اعم از آن است. بنابراین، در عرف قولی معنای لفظ از لغوی به معنای جدید متعارف نقل می‌شود و یا به بعض مصادیق معنای لغوی اختصاص می‌یابد؛ از این رو، در صورت استمرار معنای لغوی و متعارف بودن استعمال آن، عرف قولی نامیده نمی‌شود (۲).

۱. عرف قولی عام همان فهم عرفی و متفاهم عرفی است که در باب استعمال الفاظ در معانی معینه به وجود آمده است و از آن به

پایبوی بودن شیء که اجزاء آن متصل به یکدیگر باشند. این معنا در کلام امیرالمومنین علیه السلام در خطبه معروف به «شقشقیه» و در وصف تراکم و انبوه مردم برای بیعت با ایشان چنین آمده است: «فما راعنی الا و الناس کعرف الضبع»

کل مرتفع عند العرب، عرب به هر بلندی مکان و زمین مرتفعی عرف می‌گوید، آیه شریفه ۴۸ سوره اعراف ناظر به این معنا است: «وینهما حجاب و علی الاعراف رجال یعرفون بسیماهم».

ضد نکر و به معنای معروف، امر پسندیده و نیکو و شناخته شده، این معنا از عرف است که در بیان حضرت امیر علیه السلام «فانهم جماع من الکرّم و شعب من العرف» و همچنین آیه شریفه ۱۰۹ سوره اعراف «خذالغو و امر بالعرف و اعرض عن الجاهلین» به این مفهوم اشاره شده است.

«غزالی» عرف را چنین تعریف کرده است:

العاده و العرف ما استقر فی النفوس من جهة العقل و تلقته الطابع السلیمة (۱)

درستی انتساب این تعریف به «غزالی» به هیچ رو روشن نیست، زیرا کسانی همچون «ابن عابدین» که از جمله نخستین نسبت دهندگان این تعریف به «غزالی» به شمار می‌آید، اگر چه در رساله‌ی «عقود رسم المفتی» این تعریف را از «المستصفی» نقل می‌کند، ولی او همان گونه که از کاربرد اصطلاح «مانصه» پرهیز دارد و مستقیم برای این تعریف مدرکی از آثار «غزالی» را ارایه نداده است، بلکه او این تعریف را به نقل از «بیری» (شارح الاشباه) از «المستصفی» نقل کرده است و این باعث گردید تا دیگرانی که پس از او برای نقل و انتساب این تعریف به «غزالی» قلم فرسایند، به غلط «المستصفی» را مدرک این گفته قرار دهند و حال آن که در هیچ جای «المستصفی» چنین تعریفی دیده نمی‌شود (همان). از فحوای کلام برخی از اصولیون این نکته به دست می‌آید که او به جهت شباهت این تعریف با تعریف ارایه شده از سوی «عبدالله بن احمد نسفی» در کتاب «کشف الاسرار»، این تعریف را از «نسفی» دانسته.

دانشوری اصولی درباره‌ی آن چنین اظهار نظر می‌کند:

«فالمراد من العرف هم العقلاء من حیث عنوان عقلهم ... قد یستدلون ببناء العقلاء و یكون المراد عنوان فهمهم و جهتهم العرفیة» (۲)

یعنی مراد از عرف، عقلا و مقصود از بنای عقلا همان فهم عرفی آن‌ها است. روشن است که مراد از فهم عرفی این است که فقیه یا حقوق دان در برخورد با مجهولات فقهی و حقوقی به دنبال قطع و یقینی که فلاسفه خواستار آن هستند نرود، بلکه دنبال طرز تفکر و اندیشه‌ای باشد که متعارف مردم به دنبال آن می‌روند برخی از اصولیون از عرف با عنوان «سیره» نام برده‌اند. و با افزودن واژه «عقلا» به آن در صدد تقیید و محدود کردن و یا توسعه و گسترش دایره‌ی شمول آن بوده‌اند. اینان بر این باورند که منظور از عرف کسانی هستند که در زمان صدور خطابات و ادله‌ی شرعی حضور داشته و مخاطب بی‌واسطه و مستقیم پیام وحی و سخنان پیامبر صلی الله علیه و آله و معصومین علیهم السلام بوده‌اند لکن انحصار عرف به این دوره از زمان خود مدعایی است نیازمند دلیل (۳)

در اصطلاح عرف هر پدیده‌ای است که در میان مردم رواج پیدا کند، هر شیوه عملی و گاه گفتاری که مردم آن را در میان جامعه

ب. 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 اجماع، در صورتی که کاشف از رأی معصوم (ع) باشد، مخالفت با سنت محسوب می‌شود.

فقها به طور کلی و مجموعاً عرف عملی را قبول دارند و مورد اجرا قرار می‌دهند در اکثر مواقع (نظر نگارنده مقاله).

حجیت عرف شیعه

شرع مقدس اسلام در برخورد با عرف‌های موجود در سرزمین‌های مسلمانان، برخی را تماماً و یا با اندکی تغییر مورد پذیرش و تأیید قرار و از برخی نهی نموده و در برابر دسته‌ای نیز سکوت در پیش گرفته است و بدین طریق، سه گونه عرف ممضاً، عرف مردوع و عرف مرسل سامان یافته است. درباره پذیرش و حجیت عرف ممضاً و عدم پذیرش و حجیت عرف مردوع جای هیچ سخنی نیست، سخن تنها درباره عرف‌هایی است که هیچ گونه منع و یا امضایی درباره آن‌ها وجود ندارد، چه این عرف‌ها در زمان‌های پیشین شکل یافته باشد چه در زمان‌های بعد، گونه عرف‌های مستحدث را سامان دهد. درباره حجیت عرف، نزد فقهای شیعه، سه اندیشه وجود دارد:

الف. بنای عقلا

این اندیشه اعتبار عرف و بنای عقلا را در عقل عقلا که بر پایه حسن و قبح حکم می‌کند می‌جوید و عرف را مرتبه‌ای از مراتب و طوری از اطوار عقل می‌داند و بر این باور است که اختلافی بین حکم عقل و عرف وجود ندارد. از این رو، به وسیله قانون ملازمه در پی اثبات شرعی بودن عرف برآمده و دلیل اعتبار عرف را در کاشفیت آن از حکم عقل می‌بیند. به دیگر سخن، نزد این اندیشه حجیت عقل به منزله واسطه عروض حجیت عرف و بنای عقلاست.

ب. امضا

این اندیشه اعتبار و حجیت عرف را منوط به کسب موافقت و امضای شارع می‌داند و بر این سخن است که تنها هنگامی عرف و بنای عقلا دارای اعتبار و قابل استناد است که از سوی شارع امضا شده باشد. روش‌هایی را که پیروان این اندیشه برای به دست آوردن امضای شارع ارائه می‌دهند عبارتند از:

۱. عدم ردع: عرف و بنای عقلا برای اعتبار و حجیت خود، نیازمند تصریح امضا از سوی شارع نمی‌باشد، بلکه ثبوت عدم ردع با وجود امکان ردع، کاشف رضایت شارع و برای حجیت عرف و بنای عقلا کافی است؛ زیرا اگر عرف و بنای عقلا رایج در بین مردم و مورد پذیرش نباشد، بر او لازم است که از آن نهی کند.

۲. عدم ثبوت ردع: عدم ثبوت ردع کاشف از امضا و رضایت شارع و برای حجیت و اعتبار عرف و بنای عقلا کافی است؛ زیرا شارع خود از عرف و عقلا و بلکه رئیس آن‌ها و نوعاً دارای یگانگی مسلک با آن‌هاست. بنابراین، در صورت مخالفت و عدم یگانگی

حقیقت عرفیه تعبیر می‌کنند. در این عرف، گاهی همه مردم جهان با اختلاف زبان در آن شرکت دارند، چنانکه 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 حیوان خاص (چهارپا) استعمال می‌کنند بدون هیچ قرینه‌ای، در حالی که در لغت برای هر جنبنده‌ای که راه می‌رود وضع شده است (همان).

۲. عرف قولی خاص که شامل حقیقت شرعی و نیز حقیقت متشرعی می‌شود، و تفاوت آن دو به این است 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، چنانکه در مورد الفاظ صلاة، صوم، زکاة و حج اینطور است، ولی در مورد دوم بعد از زمان پیامبر (ص)، معنای مورد نظر شارع، بدون قرینه به ذهن متبادر شده است (۴).

ب. عرف عملی: مراد از عرف عملی، شیوه و روشی متعارف است که مردم در داد و ستدها و تصرفاتشان بر اساس آن مشی می‌کنند، مانند متعارف بودن معاملات معاطاتی میان مردم.

۳. انصرافهای لفظی که بر بناها و حالات عرفی استوار است، مثل اینکه متعارف مردم در خوردن، نان گندم و گوشت گوسفند است به گونه‌ای که اگر کسی بگوید: برای من نان و گوشت بخر، از باب متعارف عملی مردم، ذهن انسان منصرف می‌شود به نان گندم و گوشت گوسفند.

عرف مطرد و غالب و مشترک

الف. عرف مطرد: عرفی است که کلی و شامل 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 به آن وقوف داشته باشند و برطبق آن مشی کنند.

ب. عرف غالب: عرفی است که در اکثر اعمال و وقایع جاری مورد مراعات واقع شود.

باید توجه داشت که هیچکدام از دو عرف مطرد و غالب اختصاص به عرف عام ندارد. عرف خاص هم گاهی مطرد است مثل بنای عرف بعضی از مناطق بر گرفتن بخشی از مَهریه به صورت مُعَجَل و بخشی دیگر را به صورت مؤجَل، و گاهی غالب است مثل اینکه در بعضی امکان، اکثر معاملات را با پول خاصی (دینار یا دلار) انجام می‌دهند.

ج. عرف مشترک: عرفی است که عمل به آن و ترک آن در بین مردم مساوی است و از این جهت به آن عرف مساوی نیز می‌گویند.

عرف صحیح و فاسد

الف. عرف صحیح: عرفی را گویند که در آن مخالفتی با شرع وجود ندارد، بر خلاف عرف فاسد که مخالف شریعت مقدس است، مانند: متعارف شدن بعضی عقود ربوی یا بازی با شرط‌نچ (۵).

همچنین 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.

مسلک او با عرف بر او لازم است به دلیل شارع بودن به وسیله رد، اختلاف و دوگانگی مسلک خود را با عرف بشناساند (۶).
 ۳. سکوت: برخی از پیروان اندیشه امضا با دست بازیدن به عقل و ظهور حالی، سکوت شارع را برای کشف واحراز امضا و رضایت او کافی و دلیل بر امضا، اعتبار و حجیت عرف و بنای عقلا شمارند.

حضرت امام (ره) درباره حجیت عرف و بنای عقلا اندیشه امضا را پذیرفتنی می‌داند و بر این باور است که تنها هنگامی عرف و بنای عقلا دارای اعتبار است که از سوی شارع امضا شده باشد و عرف و سیره های عقلانیه ای که امضای آن‌ها ثابت نشده، فاقد اعتبار است. به نظر می‌رسد ایشان در میان روش‌های ارائه شده برای احراز امضای شارع، روش ثبوت عدم رد را برمی‌گزینند و احراز عدم رد را برای به دست آوردن امضای شارع در اعتبار و عمل به عرف و بنای عقلا لازم می‌شمارند. پس، صرف بناگذاری خردمندان جامعه بر عمل کردن به سخن ایشان، ثمر بخش نخواهد بود مگر اینکه عدم نهی شارع که از رضایت او حکایت می‌کند به این بناگذاری ضمیمه شود.

اعتبار عرف در نزد امامیه منوط به شرایطی است. در این دیدگاه، عرف باید مخالف با نص (قرآن و سنت) نباشد مثلاً حکم عرف به حلیت ربا و مشروبات الکلی، مابین با نص شریعت است. به عبارت دیگر، باید منعی شارع درباره عرف وجود نداشته باشد. صاحب عروة الوثقی می‌فرماید: کل معامله عقلانیة صحیحة الا ما خرج بالدلیل الخاص کما هو مقتضی العمومات. مقتضای «عمومات ادله» این است که هر معامله عقلایی صحیح است به جز مواردی که دلیل ویژه باعث خروج آن شده باشد در دیدگاه امامیه، عرف نباید از نوع مسامحات و عادات تقلیدی و بی‌اساس باشد، بلکه باید بر ارتکازات عقلایی مبتنی باشد. مثلاً شیخ اعظم انصاری ادعا کرده است که معاطات ناشی از مسامحه در امور دینی است و از این رو حجت نیست. اما ثبوت السیره و استمرارها علی التوریت فیه کسائر سیراتهم الناشئة عن المسامحة و قلة المبالاة فی الدین مما لایحصی فی عباداتهم ومعاملاتهم و سیاساتهم کما لایخفی.

حجیت عرف از دیدگاه مذاهب اسلامی

علمای عامه، به خصوص حنفی‌ها، عرف را حجت می‌دانند و میدان عمل بدان را وسیع دانسته، آن را یکی از بهترین وسائل می‌شمارند که می‌توان با آن فقه اسلامی را با تحولات جامعه و جهان هماهنگ و احتیاجات عالم متغیر و جامعه متبدل را با انعطاف پذیری کامل و تبدیل آن مرتفع ساخت (۷).

فقه‌های امامیه عرف را برای اثبات حکم تکلیفی حجت نمی‌دانند مگر اینکه ثابت شود در زمان معصوم (ع) هم معمول بوده و از آن نهی نشده، مثل استصناع و عقد فضولی که در این فرض سنتی است تقریری و عرف خود حجیتی ندارد.

اینان در غیر مورد حکم تکلیفی، عرف را حجت می‌دانند یعنی در همه موارد آن را قبول دارند

نخستین کسانی که عرف را در ادله اجتهاد پذیرفتند، ابوحنیفه و مالک اصبحی بودند. مالک در مواضع بسیار از راه عرف و مصالح مرسله بهره می‌گرفت. البته بحث اصولی فریقین درباره عرف و

عادت، در آغاز بسیار اندک بوده است، ولی متأخران اهل سنت درباره مرجعیت و اقتضائات عرف، قلم‌فرسایی فراوان نموده‌اند و با افتتاح فروعات و احتجاج بر حجیت عرف و عوارض آن، باب گفت‌وگو با امامیه را گشوده‌اند. حجیت عرف نزد اهل سنت بر اساس مبانی یکنواخت نیست و دو دیدگاه از آن برداشت می‌شود در دیدگاه اول، دانشمندان حنفی در همه موارد عرف را حجت می‌دانند و معتقدند که عرف از بهترین زمینه‌هایی است که می‌توان با آن فقه اسلامی را با تحولات جامعه و جهان هماهنگ نمود و نیازهای علم روز و نظام متغیر جهان را برآورده ساخت (۸).

برخی از عالمان دیگر سنی پا را فراتر گذاشته‌اند و در بیان دیدگاه خویش عرف را مایه تکامل و بقای مذاهب می‌دانند. شیخ محمد ابوزهره آورده است. عرف سبب رشد و پیشرفت و بقای مذاهب گردیده است. فتوا در همه مذاهب بر اساس عرف مردم و برای مصلحت و مأخوذ از معروف آنان است و مستنکر نیست که حکم به این وسیله صحت یابد. این عرف راهی برای بهره‌برداری از سنتها و چاره‌ای، برای حل مشکلاتی است که در عقود و معاملات جاری است. در دیدگاه ابوزهره، عرف اصلی است که مذاهب حنفی و مالکی در غیر محل نص اتخاذ می‌نمایند. به این جهت علمای مذهب حنفی و مالکی گفته‌اند: آنچه به عرف صحیح ثابت می‌شود، به مثابه ثابت به دلیل شرعی است. وی در ادامه به ارزش عرف در زمان فقدان نص اشاره می‌کند و می‌گوید: دانشمندی که عرف را معتبر دانسته‌اند، به این حقیقت اقرار کرده‌اند که اعتبار عرف وقتی است که نصی، اعم از کتاب و سنت، در دست نباشد و هرگاه عرف مخالف کتاب و سنت باشد، مانند: رواج خمر و ربا در جوامع، هرگز اعتبار ندارد (۷).

دیدگاه دوم، ناظر بر نظر اطلاقی اول است که اجمالاً عرف را به عنوان دلیل ظاهری در جریان امور قرار می‌دهد. سیدصالح عوض و دیگران در مقابل اکثریت گفته‌اند: «ان العرف لیس مصدرأ من مصادر التشریح ولادلیلاً بالمعنی الذی تطلق علیه حکمة مصدر او دلیل...» (۹).

باید گفت: اینکه فقیهان عرف را دلیل پنجم و مستقل از اصول شریعت در مقابل ادله اربعه اعتبار نکرده‌اند، به خاطر آن است که هر امر پسندیده در میان عقلا همان مصالح معتبر میان مردم است. بنای شریعت نیز اعتبار بخشیدن به همین مصالح است. ارزشمند بودن این مصالح و عرفها امر ضروری شرع است که منابع چهارگانه شرع بر آن گواه است. اگر این ملاحظات نباشد، امور به برکناری مصالح و ایجاد وظایف مشقت بار منجر می‌شود و این نه تنها جواز ندارد، بلکه در شرع هم واقع نشده است. پس عرف به این لحاظ برانگیخته از متن شریعت است که اصول چهارگانه آن را تأیید نموده است و هرگز اصل مستقلاً در مقابل اصول چهارگانه و در مرتبه پنجم نیست. (نظرنگارنده مقاله) البته دانشمندان اهل سنت علی‌رغم اختلاف نظرها، ادله احکام را منحصر به ادله اربعه نمی‌دانند و اصول دیگری را در طریق اجتهاد به کار بسته‌اند. قیاس، استحسان، مصالح مرسله، اجماع اهل مدینه، سد ذرایع و عرف از آن جمله است (۱۰).

عرف در فقه اشاره می‌کند: اعلم ان اعتبار العادة و العرف رجح اليه في الفقه في مسائل كثيرة لا تعد فمن ذلك من الحيض و البلوغ و... (۱۴).

در فقه شافعی آمده است: رضایت امری پنهانی است که ما اطلاعی بر آن نداریم پس صیغه راهنمایی بر رضایت است که در معاطات چنین منعقد نمی‌شود. (۱۵) بنا بر رأی ایشان، رضایت حال به وسیله صیغه در عرف معین می‌گردد.

مذهب حنبلی

مرجعیت عرف در مذهب حنبلی در حد یک اصل مهم مورد استناد قرار گرفته است. پیشوای این مذهب احمد حنبلی، دربارهٔ روایت ابن القاسم گفته است: «اذا قال لاهل بيتي او قرابتي فهو علي ما يعرف من مذهب الرجل... ای العادة الخاصة» (۱۶) وی عرف عادی شخص را ملاک شناخت خانوادگی و نسل او می‌داند.

در جای دیگر به نقل از ابن عابدین، از شرایط اعتبار مفتی را شناخت عرفیات مردم می‌داند. «لابد للمفتي من معرفة الزمان و احوال اهله و معرفة ان هذا العرف خاص او عام او انه مخالف نص او لا و لابد من التخرج على استاذ ماهر ولا يكفيه مجرد حفظ المسائل و الدلائل فان المجتهد لابد من معرفة عادات الناس» (۱۷).

در مجموع احمد حنبلی معتقد است: کسی که بر مسند قضاوت می‌نشیند باید جامعه شناس و عرف‌شناس باشد و در نزد استاد رموز علمی را بیاموزد و به نقالی اکتفا نکند، بلکه قوه تحلیل و استناد را بیابد. فقیه باید از عرفیات مردم شناخت لازم کسب نماید. البته در بررسی متون فقهی اهل سنت هم، قواعدی مشاهده می‌شود که در فتوایا به کار رفته است، از جمله: «استعمال الناس حجة يجب العمل بها»، «المعروف عرفا كالمشروط شرعاً»، «المشروط عرفا كالمشروط شرعاً»، «العادة المطردة تنزل منزلة الشرط»، «التعيين بالعرف كالتعيين بالنص»، «اليقين بالعرف كاليقين بالنص». و نظیر این قواعد که به مانند دلیل مستقل در اغلب استنادات فقهی آنان به وفور دیده می‌شود. از مجموعه مبانی در تبیین عرف نزد اهل سنت، چنین برداشت می‌شود که «عرف و عادت» در کنار ادله دیگر، به عنوان منبع مستقل در مقابل ادله اربعه، مرجع حکم شرعی محسوب می‌گردد. برخی دیگر از اندیشمندان بر این باورند که عرف از دریچه‌های گوناگون به قانون‌گذاری اسلامی راه یافته است. صاحب کتاب فلسفه التشریح در این باره گفته است: برخی از نصوص سنت مبتنی بر عرف‌اند و هنگامی که احکام و قوانین بر پایه عرف باشند، در تفسیر و فهم معانی آنها نیز باید به عرف مراجعه شود. در قواعد کلی، عرف معیار قوانین شناخته می‌شود. این قاعده از قواعد چهارگانه‌ای است که قاضی حسین بن محمد مروودی، فقه را بر آن مبتنی نموده است.

ادله حجیت عرف

از میان سخنان امام راحل (ره)، می‌توان دلایل ذیل را برای اثبات حجیت عرف ارائه داد:

۱. علم معصوم (ع): روشن است که معصومان (ع) عالم و آگاه به آینده بودند و می‌دانستند در آینده چه سیره‌ها و عرف‌هایی در جامعه مسلمانان متداول می‌گردد. اگر این عرف‌ها نزد شارع فاقد

نزد مذاهب مختلف اهل سنت، تعداد و کارایی این اصول متفاوت است از دیدگاه اهل سنت، عرف جایگاه مناسبی در عرض کتاب و سنت ندارد، بلکه مرجعی برای وصول به حکم و دلیل ظنی و کاشف ناقص است که باید با دلیل دیگری جبران گردد. در مقابل، عده‌ای عرف را اصلی از اصول فقه پنداشته‌اند. البته شاید مراد از اصل، اصل غیرمصطلح (اصل عملی در مقابل اماره) باشد، همچنان که قواعد فقهی را «اصل» نامیده‌اند. با این حال، عمده دانشمندان اهل سنت به اعتبار عرف رأی مثبت داده‌اند. اما آیا عرف از مسائل اصولی است یا ادله شرعی؟ استقلال عرف از حیث اصالت یا دلالت و از سوی دیگر، تبعیت عرف از سایر ادله، بین دانشمندان اصولی و فقهی اهل سنت، مبنا قرار گرفته و دیدگاه آنان را متفاوت ساخته است.

مذهب حنفی

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

«الثابت بالعرف ثابت بدلیل شرعی تعامل الناس من غیر نکیر منکر اصل فی شرع» (۱۱).

ابن نجیم از علمای حنیفه می‌نویسد:

کاربرد عرف در مذهب حنفی در بسیاری از موارد راه‌گشای فقه آنان است. از جمله در بیع معاطات به نقل از ابن قدامه آمده است: «و لنا إن الله حل البيع و لم یبین کیفیته موجب الرجوع الی العرف كما یرجع الیه فی القبض و الاحراز و التفرق و...».

بنابر مبانی این مذهب، عرف در بسیاری از ابواب فقهی مرجع قرار می‌گیرد، به ویژه در مصادیق و فروعی که مشکل‌گشای احکام است.

مذهب مالکی

اصالت عرف نزد بزرگان مالکی و مجرای آن بسیار حایز اهمیت است ابن‌العربی در این باره گفته است: «إن العرف و العادة اصل من اصول الشرعية یقضى به فی الاحکام» (۱۲)

مالک عرف را نوعی از مصلحت دانسته و حتی بعضی تعارضات را به وسیله عرف تخصیص زده است، از جمله آیه شریفه: «و الولادات یرضعن اولادهن حولین کاملین لمن اراد أن یتیم الرضاعة...» (بقره: ۲۳۳) را به عرف و عادت تخصیص زده و زن ذات ترفه را که از ارضاع متضرز می‌شود استثنا کرده است.

ابن رشد می‌گوید: «اما در مورد مقدار نفقه، نظر مالک آن است که مقدار نفقه در شرع معین نشده، بلکه مقدار آن به مقتضای حال و موقعیت زوج و زوجه بستگی دارد که به حسب اختلاف مکانها و زمانها و احوال اشخاص اختلاف پیدا می‌کند و نظر ابوحنیفه هم همین است». یا خطاب مالکی در باب بیع می‌نویسد: «رکن اول در انعقاد بیع، صیغه است و آن دلالت بر رضایت کند، خواه قولی باشد یا فعلی مانند معاطات که آن عطا و بخشش است، زیرا فعل بر رضایت دلالت دارد عرفاً» (۱۳).

مذهب شافعی

در نزد دانشمندان شافعیه عرف از حیث تحکیم در روند استنباط و فقاهت ضروری به نظر می‌آید. از علمای شافعیه، سیوطی به جایگاه

عرف و راه‌حلی در مقابل آن پیش‌بینی نشده باشد و روال بر سکوت و رضایت بگذرد، ارزشمند است و گرنه ارزشی ندارد.
۴. عدم مخالفت: یعنی هرگاه عمل به عرف موجب تعطیلی نمی‌شود، عرف از اعتبار می‌افتد. با وجود نص شارع یا قاعده قطعی شرع یا اصلی از اصول عملیه، عرف جایگاهی ندارد؛ مانند بیع ربوی و مجهول که نص صریح برخلاف آن قائم شده است (۲۲).

نتایج

حجیت عرف در نزد امامیه منوط به شرایطی است. در این دیدگاه، عرف باید مخالف با نص (قرآن و سنت) نباشد؛ مثلاً حکم عرف به حلیت ربا و مشروبات الکلی، مابین با نص شریعت است. به عبارت دیگر، باید منعی از شارع درباره عرف وجود نداشته باشد. در دیدگاه امامیه، عرف نباید از نوع مسامحات و عادات تقلیدی و بی‌اساس باشد، بلکه باید بر ارتکازات عقلایی مبتنی باشد؛ مثلاً شیخ اعظم انصاری ادعا کرده است که معاطات ناشی از مسامحه در امور دینی است و از این رو حجت نیست.

حجیت عرف در مذاهب اسلامی این گونه است که دانشمندان حنفی عرف را در همه حال حجت می‌دانند و معتقدند که عرف از بهترین زمینه‌هایی است که می‌توان با آن فقه اسلامی را با تحولات جامعه و جهان هماهنگ نمود و نیازهای علم روز و نظام متغیر جهان را برآورده ساخت. پس می‌گوییم در مذاهب اسلامی فقط حنفی به طور کلی عرف را حجت می‌داند.

شیعه (امامیه)، عرف را به عنوان منبع شناخت احکام شرعی نپذیرفته‌اند و آن را یک ابزار می‌دانند برای کشفیت از رأی معصوم. هر چند نقش عرف، در عرصه زمان و مکان و مناسبات موضوع و احکام مؤثر است و مایهٔ دگرگونیها می‌شود، اغلب در حوزه تشخیصها و تطبیقها مفهومی کاربردی دارد

References

1. Ibn Abedin, Muhammad Amin Ibn Umar Ibn Abd al-Aziz al-Damashqi (Beta): Collection of Ibn Abedin's Epistles. Alam al-Katb, Beirut-Lebanon,
2. Al-Hakim, Seyyed Muhammad Taqi (1418 A.H.), Asul al-Umma. Al-Majma Al-Alami for Ahl al-Bayt: Beirut.
3. Al-Shatabi, Abi Ishaq Ibrahim ibn Musa al-Lakhmi (: Beita), Al-Mawafafat fi Usul al-Sharia. Research by: Abdullah Daraz. Dar al-Marafa: Beirut - Lebanon.
4. Al-Muzaffar, Mohammad Reza (1373), Principles of Fiqh. Ismailian Publications: Iran. Qom.
5. Al-Hali, Abi Jafar Mohammad bin Mansour bin Ahmed bin Idris (1410 AH),

اعتبار و حجیت هستند، بر معصومان (ع) لازم بود از این عرف‌ها منع و رد نمایند و ناخشنودی شارع را ابلاغ دارند. زیرا آنان عالمان به آینده و نگاهبانان شریعت اند و چون ردی از سوی آنان اثبات نگردیده، بنابراین، با توجه به علم آن‌ها نسبت به وقایع آینده، می‌توان گفت: عرف هر چند در زمان آینده تحقق یابد حجت و معتبر است (۱۸).

۲. حفظ نظام و پرهیز از اختلال در آن: از آنجا که بسیاری از امور زندگی اجتماعی بر محور عرف و امور عقلایی می‌چرخد، شارع نمی‌تواند به رد عرف بپردازد زیرا رد عرف و عدم حجیت عرف اختلال نظام جامعه و زندگی اجتماعی را در پی دارد و حال آن که شارع، خود بر حفظ نظام و عدم اختلال در آن تاکید ورزیده است. بنابراین، می‌توان گفت: شارع عرف را حجت و معتبر می‌داند؛ چنان که خود همچون دیگران به برخورد با عرف روی آورده است (۱۹).

۳. یگانگی روش شارع و عرف: روشن است که شارع در بسیاری از موارد، در برابر عرف راه سکوت و عدم بیان را پیش گرفته است. از این عدم بیان، به دست می‌آید که او خود را یکی از افراد عرف دانسته و شیوه عرف را پذیرفته است و البته این خود گواهی است آشکار بر اعتبار عرف؛ چه آن که در غیر این صورت، بر او لازم است که از عرف منع کند و شیوه خود را بنمایاند (۱۹).

شرایط عرف مذاهب اسلامی

پذیرش عرف در اهل سنت نیز با ملاکها و شرایطی همراه است: احمدالزرقاء می‌گوید: در فقه اسلامی برای عرف و اعتبار آن اتفاق نظر وجود دارد، هر چند که بین دیدگاهها درباره حدود و مقدار کاربرد آن تفاوت است. در مذهب حنفی، در اثبات حقوق و انجام معاملات و تصرفات مردم، عرف را اصل و منبع عظیم و وسیعی در اثبات احکام حقوقی و نیز معتبر دانسته‌اند، مگر آنکه نص شرعی صحیحی آن را رد نماید. همچنین عرف باید مورد پسند عقل و ذوق سلیم و رأی عموم واقع شود، از امور تکراری و شایع بین همه مردم باشد و از عادات زمان پیشین و یا زمان کنونی به حساب آید. البته عرف پیشین اعتبار شایسته‌ای ندارد. در هر حال، عرف به ویژه نباید برخلاف قراردادها باشد. به این لحاظ و در مجموع، عرف ما فارغ از اصالت یا دلالت و نگرشهای فقهی، با شرایط خاص ذیل معتبر دانسته می‌شود (۲۰).

۱. اطراد یا اغلیت عرف: به طور کلی، عرف در اعتقاد و عمل، باید به گونه‌ای باشد که در بیشتر مصادیق مورد استناد قرار گیرد.

۲. سبقت یا مقارنت در میدان عمل: یعنی اینکه دلالت لفظی یا عملی عرف باید همزمان با وقوع آن قضیه، محقق شده باشد و در حین انتفاع تکوین یافته باشد. از این رو، اگر عرفی در دوره گذشته وجود نداشته و زمان تصرف آن نرسیده باشد، و پس از تغییر شرایط حادث گردد، پذیرفته نیست (۲۱).

۳. عدم تصریح: یعنی عرف از جمله دلالات است و بنابر قاعده «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً» تا زمانی که شرایطی مغایر با

16. Al-Omili, Zain al-Din, Saeed Jamal al-Din al-Hassan Najl al-Shahid al-Thani (B.T.A.), Al-Muhammad al-Din and Molazul Mojtahdin, Islamic Publishing Institute affiliated with the Madrasin community: Qom - Iran.
17. Zidan, Abd al-Karim (1412 AH), Commentaries on Islamic Law, Al-Rasalah Institute: Beirut-Lebanon, first edition.
18. Sarkhsi, Shams al-Din, Abu Bakr Muhammad ibn Abi Sahl (1414 AH), Asul al-Sarkhsi. Research by: Abulofa Al-Afghani, Darul Kitab Al-Alamiya: Beirut-Lebanon, first edition.
19. Ibrahim Mustafa, Hamed Abd al-Qadir (1410 AH). Dar al-Dawa,: Istanbul - Turkey, second edition.
20. Al-Murdawi, Alauddin, Abul Hasan Ali bin Sulaiman, al-Damashqi (1414 A.H.), for the compilation of Tahrirfi's commentary on the principles of fiqh. Description and research by: Abd al-Rahman al-Jabirin, Vaarad al-Qarni and Ahmad al-Sarah. Al Rashd School: Riyadh - Saudi Arabia.
21. Al-Fazli, Abdul Hadi (1420 AH), Lessons in the Principles of Imami Jurisprudence. Published by Umm al-Qari Institute: Beirut.
22. Al-Qurtubi, Abi Abdullah, Muhammad bin Abdullah Al-Ansari (1425 AH), Al-Jamae Lahkam al-Qur'an. Dar Ibn Hazm: Beirut - Lebanon, first edition.
- Al-Saraer. Islamic publishing institute affiliated with Qom teachers' field.
6. Esfahani, Ragheb Hasan bin Muhammad (: 1386 AH), Al-Qur'an Vocabulary. Translated by: Mustafa Rahiminia. Soban Publishing House, Tehran - Iran, first edition.
7. Zarqa, Mustafa Ahmed (1387), al-Mudhal al-Fiqhi al-Aam. Dar al-Fekr: Damascus - Syria, 10th edition.
8. Ibn Najim, Zain al-Abdin bin Muhammad: (1986). Al-Ashbah and Al-Nazar. Research by: Mohammad Mutaba Al-Hafez. Dar al-Fakr: Damascus - Syria, first edition.
9. Al-Mawardi, Ali ibn Muhammad ibn Habib (1414 AH), Al-Hawi al-Kabeer. Research by: Ali Moawad and Aad Abd al-Mojoud. Dar al-Kitab al-Alamiya: Beirut - Lebanon,
10. Al-Tusi, Sheikh Abi Jafar Muhammad bin Al-Hasan bin Ali (1388 AH) Al-Massut. Heydarieh Publications: Tehran - Iran.
11. Al-Kasani, Abi Bakr ibn Masoud al-Hanafi (1402 AH), Bada'e al-Sana'e fi sharg al-Shar'i. Arab Library: Beirut - Lebanon, second edition.
12. Abu Zahra, Muhammad: Abu Hanifah (1947 AD). Dar al-Fikr al-Arabi: Cairo - Egypt, first edition.
13. Ibn Taymiyyah, Taqi al-Din Abu al-Abbas Ahmed bin Abdul Halim Al Harani 1408 AH. Q) Al-Fatawi Al-Kabari collection. Research by: Mohammad Abdul Qadir Atta and Mustafa Abdul Qadir Atta. Dar al-Kitab al-Alamiya: Beirut-Lebanon, first edition.
14. Al-Suyuti, Abd al-Rahman bin Abi Bakr bin Muhammad, Jalal al-Din (1428 AH), Al-Ashbah and similar. Dar al-Kitab al-Alamiya: Beirut - Lebanon.
15. Ibn Qayyim al-Jawziyeh, Muhammad bin Abi Bakr, Ayub al-Zara'i, Abu Abdullah: (1393 A.H.), media of the signatories. Research by: Taha Abdulraouf Saad. Dar Al Jail: Beirut - Lebanon,