

## پایه و پای‌گاه عرف در شریعت اسلام

نکارنده: حیدر حمید\*

### چکیده

آن چه در بین مردم به گونه گسترده و از گذشته متداول باشد، بدان عرف گفته می‌شود. عرف در شریعت اسلام پایه‌ی سبتر و پای‌گاهی سترگ دارد. کثیری از احکام به عرف زمانه و زمینه واگذار شده‌اند. عرف یکی از مصادر اختلافی تشریح اسلامی است و پیوسته در ردیف استحسان، استصحاب، مصالح مُرسله، مذهب صحابه و شرایع پیشین نشسته است. اهل سنت و به‌ویژه حنفیان و مالکیان، در بین مذاهب اسلامی بیش‌تر بدان پرداخته و بهای افزون‌تر داده‌اند. پرسشی که یادداشت پیش‌رو در پی جست‌وجوی پاسخ آن بوده است، این است که عرف -این پدیده معتنابه فقه اسلامی- از چه پشت‌وانه‌های روایی برخوردار است و نقش آن در اصدار احکام، خاصه مسائل نوپدید چه میزان است؟ این وجیزه که به‌گونه توصیفی -تحلیلی پدید آمده و برای گره‌گشایی دیده به دیدن منابع کتاب‌خانه‌یی روشن کرده، بادید تحلیلی -توصیفی به نیکی دریافته که: عرف ریشه‌یی مستحکم در نصوص دارد و در عهد رسالت و سپس زمان صحابه، تابعان و اتباع ایشان به کار بسته شده و احکامی بر پایه آن بنیافته و صاحبان مذاهب اسلامی کثیری از مسائل را بدان واگذاشته‌اند و در عرصه قضایای نوپدید نیز نقشی به‌شدت پُر رنگ به آن قایل شده‌اند. بررسی‌دن جایگاه دقیق و درست عرف از دیر و دور مَطْمَح نظر اصحاب قلم بوده و نویسنده‌گانی در خاور و باختر از چشم‌اندازهای متفاوتی بدان نگریسته و در خصوص آن به خلق آثاری پرداخته‌اند. بیش‌ترین آثار پُربُرج و باری که در این حوزه پدید آمده به زبان تازی بوده و در پارسی کاری چندان صورت نپذیرفته است. نوشته پیش‌رو که سعی در طرح نکات بدیع در این حوزه دارد، تلاش ورزیده تا لب و لباب آثار پیش‌گفته را تا حدودی در خود بگنجانند، امیدوار است محصول کار انجام گرفته به کار جوینده‌گان دانش و دانایی بیاید و گرهی از کار فروبسته کسی بگشاید.

واژه‌گان کلیدی: عرف، شریعت اسلام، مذهب حنفی، عرف و فقه.



# Ghalib

ISSN

P: 2788-4155

E: 2788-6441

Received: 26/ 05/ 2022

Accepted: 31/ 08/ 2022

## Basics of customs in Islamic Sharia

**Author:** Haider Hamid\*

### Abstract

What is used among many people and from the past is called custom. Custom has a great place in Islamic Sharia. Many of the rulings are presented in custom. Custom is one of the controversial sources of Islamic jurisprudence. Among the Islamic sects, the Sunnis and especially the Hanafis and Malikis have paid more attention to it and given it more value. The question that this research seeks to answer is, what is custom - this phenomenon of the value of Islamic jurisprudence - and what role does it play in issuing rulings, especially in new issues? This research, which was carried out in a descriptive-analytical way and with a look at library sources, found that: custom has strong roots in the Holy Quran and hadiths. It has been used by the Prophet of Islam and then during the time of the Companions and religious elders, and the heads of many Islamic religions have dedicated it and given it a large amount. Examining the exact and correct position of custom has long been the desire of writers, and the writers of the East and the West looked at it from different perspectives and wrote works about it. Most of the long works that have appeared in this field are in Arabic, and most of them have not been done in Persian. The following article, which tries to cover some of the mentioned topics, is expected to be useful for science seekers.

**Keywords:** Custom, Islamic Sharia, Hanafi religion, custom, jurisprudence.

GHALIB (Research and Scientific quarterly Journal of Ghalib University)  
11<sup>th</sup> years, 37<sup>th</sup> Series, 2<sup>nd</sup> Volume, fall 2022

\* Academic Cadre of Ghalib University-Herat (haider.hamidd787@gmail.com)

This article is licensed under a Creative Commons Attribution-Noncommercial-No Derivatives 4.0 International License.



## مقدمه

عُرف، مجموعه‌یی از عمل‌کردهای ثابت جامعه‌یی است که از دیرباز بدان اشتغال داشته و انجام آن بین آنان صبغهٔ عمومی دارد. شریعت اسلامی به آن بهای درخور داده و در مواضع نبود نص، یکی از پایه‌هایی که بر اساس آن اجازهٔ گره‌گشایی داده شده، عُرف است. منابع اصدار حکم در نزد فقیهان و اصولیان به دو گونه تقسیم شده است؛ یکی منابع مورد پذیرش همه، که از آن به «متفق‌علیه» تعبیر کرده‌اند و دیگر، منابعی است که توسط پاره‌یی از دانایان مسلمان مورد پذیرش قرار گرفته و تعدادی هم آن را نپذیرفته‌اند، که از آن تعبیر به منابع «مختلف‌فیه» کرده‌اند. منابع اتفاقی در نزد قاطبهٔ اهل سنت، همان قرآن، سنت، اجماع اُمت و قیاس و در نزد جمهور امامیه قرآن، سنت، اجماع و عقل است. منابع اختلافی نزد همهٔ مسلمانان استحسان، استصحاب، مذهب صحابی، عمل اهل مدینه، سدّ ذرایع، شریعت‌های گذشته و عرف است. حُجّیت این موارد پیوسته در بین فقیهان و اصولیان مسلمان مورد بحث بوده و تعدادی از مذاهب آن را در مقام نبود صراحت نص، به کار بسته و اما تعدادی بدان نپرداخته‌اند. عرف در این میان اندکی متفاوت‌تر بوده است؛ به‌گونه‌یی که در بین تمام مذاهب اسلامی به پیمان‌های متفاوتی وجود داشته و مورد پذیرش قرار گرفته است، که هر یکی مطابق اصول مذهب خود بدان جای‌گاهی قایل شده‌اند.

عرف در تعریف متعارف خود در متون گذشته چندان به چشم نمی‌آید و بیش‌تر در آثار اصولیان سده‌های پسین برجسته‌تر دیده می‌شود. بررسی کهن‌ترین متون اصولی و فقهی برجای مانده، اگرچه کاربرد عرف در کسوت کنونی را نشان نمی‌دهند؛ ولی به‌جای آن واژه‌گانی را هم‌چون «لا یختلف الناس» (شافعی، بی تا: ۵۵۳)، «مالم یختلف المسلمون» (همان: ۵۵۱)، «اجازة المسلمین» (همان: ۵۲۶)، «سنة المسلمین» (اصبحی، ۱۴۰۶: ۲/۸۰۴)، «عمل الناس» (همان، ۲/۷۸۸)، «العمل المعمول به» (همان: ۲/۷۳۵) و... که هم‌سایه‌گان عرف اند به فراوانی در خود جای داده‌اند. بعدترک‌ها تعبیری روشن‌تر در پیوست به این مسأله در کتاب‌ها دیده می‌شود؛ چونان «اتفاق الناس» (شاطبی، ۱۴۲۵: ۱/۶۴)، «عرف العادة» (سمعانی، ۱۹۹۸: ۱۱۰)، «محاسن العادات» (شاطبی، ۱۴۲۵: ۱/۸۹)، «عادات العقلاء» (همان: ۳/۱۲۷) و... آن‌چه از این دست متون فقهی فراچنگ می‌آید، آن است که واژهٔ عرف به‌معنای متعارف آن از قرن چهارم مهتابی به بعد در متون فقهی و اصولی بر زبان افتاده و توسط فقیهان نویسنده در آثار گنجانده شده است. هرچند برخی از اندیشه‌مندان، پیشینهٔ منبع‌بودن عرف را نخست در عهد رسالت و سپس -مشخصاً در حوزهٔ استنباط احکام شرعی و قضایای نوپدید- در قرن دوم هجری جست‌وجو کرده‌اند. تاریخ، نخستین کسانی که عرف را در شناخت احکام شرعی در حوزهٔ استنباط و اجتهاد پذیرفته‌اند، امام ابوحنیفه و پس از وی امام مالک بن انس اصبعی را نام گرفته است. این که فقیهان مسلمان مشخصاً از چه زمانی در صدد بحث دربارهٔ این پدیده و تعیین حدود

فقهی آن برآمده‌اند، به درستی آشکار نیست. عبدالله بن احمد نسفی (م. ۷۱۰) صاحب تفسیر مدارک التنزیل و کنزالدقائق از نخستین اصولیانی بوده که در خصوص عرف بحث کرده است (نگاه: کشف الأسرار، ۲/ ۵۹۳)؛ پژوهیدا است که پیش از او نیز دانشیانی در آثار خود اشاراتی مستقیم و یا غیر مستقیم به عرف داشته‌اند، که از آن شمار می‌توان ابوالحسین بصری معتزلی (م. ۴۳۶)، ابوالولید باجی مالکی (م. ۴۷۴) و ابوبکر محمد بن احمد مشهور به شمس‌الائمۃ سرخسی (م. ۴۹۰) را نام برد. بعد از علامه نسفی نویسنده‌گان دیگری نیز به شرح و بسط بیش‌تر حدود و ثغور عرف پرداختند، که از آن شمار می‌توان از محمدبن ابوبکر معروف به ابن‌قیم جوزی (م. ۷۵۱)، ابواسحاق شاطبی (م. ۷۹۰)، جلال‌الدین سیوطی (م. ۹۱۱)، زین‌الدین بن ابراهیم معروف به ابن‌نجیم (م. ۹۷۰) و محمدامین بن عمر بن عبدالعزیز افندی معروف به ابن‌عابدین شامی نقشبندی (م. ۱۲۵۲) یاد کرد. شخصیت‌های پیش‌گفته در کتاب‌ها «اعلام الموقعین عن رب العالمین»، «الموافقات فی اصول الشریعة»، «الأشباه والنظائر»، «رد المحتار علی الدر المختار» و «نشر العرف فی بناء بعض الأحکام علی العرف» به مسأله عرف پرداخته و قواعد و ضوابط آن را به بحث گذارده‌اند. هم‌چنین شماری از اندیشه‌مردان معاصر نیز به موضوع عرف از نگرگاه‌های مختلف نگریسته و آن را به بسط و بحث گرفته‌اند، که از آن میان می‌توان احمد فهمی ابوسنه نویسنده عرف و العادة فی رای الفقهاء (۱۹۴۷)، مصطفی احمد زرقا مؤلف المدخل الفقهی العام الی الحقوق المدنیة فی بلاد السوریا (۱۴۱۸)، دکتر رقیه طه جابر العلوانی نویسنده اثر العرف فی فهم النصوص (۱۴۲۴)، احمد بن علی المبارکی مؤلف العرف وأثره فی الشریعة والقانون (۱۴۱۲)، دکتر سعود بن عبدالله الورقی صاحب العرف وتطبیقاته المعاصره (۱۴۲۰)، دکتر صالح عوض نویسنده اثر العرف فی التشریح الإسلامی (۱۴۱۶)، دکتر عبدالعزیز مؤلف «نظریة العرف» (۱۹۷۷) و سید علی‌جبار گلباغی ماسوله نویسنده درآمدی بر عرف (۱۳۷۸) را نام برد.

در بین مذاهب اسلامی، مذهب حنفی بیش‌تر به عرف پرداخته و آن را به‌خوبی کاویده و حدود و ثغوری مشخص برای آن معین کرده است. همین مسأله بوده که پیوسته در تاریخ تشریح اسلامی نام عرف، در کنار مذهب حنفی نشسته است و گاه از این مذهب با عنوان «مکتب عرف» نیز یاد شده و اگر در مباحثی، به عرف ساحة اجرایی بیش‌تری داده شده آن را بر اساس «طریقة الحنفیه» شناسانده‌اند. حنفیان به‌عنوان اهل‌رای که دقیقاً در مقابل اهل‌حدیث قرار می‌گرفتند، با ساحة‌گشودن برای عرف، رابطه‌ی متشابهک بین عقل و نقل و یا شرع و عصر برقرار کردند و این‌سان، به فقه در این زمینه توانایی افزون‌تری بخشیدند که در این‌جا به گوشه‌هایی از آن پرداخت فقیهانه، آشنا خواهیم شد.

پژوهش پیش‌رو در پی جست‌وجوی پاسخ به این پرسش است که: عرف در اسلام از چه پایه و پای‌گاهی برخوردار است و شارع چه‌سان بدان نگریسته است و فقیه چه احکامی را به آن رجعت داده می‌تواند؟

این پژوهش که به‌گونه توصیفی-تحلیلی سامان یافته و برای رسیدن به پاسخ دقیق خود منابع کتاب‌خانه‌یی را از دیده‌گذرانده است، به نیکی دریافته که: عرف ریشه‌یی مستحکم در نصوص دارد و در عهد رسالت و سپس زمان صحابه، تابعان و اتباع ایشان آن را کار بسته و احکامی بر پایه آن بنیافته است و صاحبان مذاهب اسلامی مسائل زیادی را بدان واگذارده‌اند و در عرصه مسائل نوپدید نیز نقشی به‌شدت پُررنگ به آن قایل شده‌اند.

از آن حیث که این یادداشت‌آمّهات مباحث وابسته و پرداخته به عرف را در خود گنجانده، زمینه را برای شناخت بهتر و دقیق‌تر عرف فراهم خواهد ساخت و خواننده را با آثار پُربروباری که در این حوزه پدید آمده آشنا خواهد ساخت و دست‌کم روزنه‌یی خواهد ساخت رو به افق گسترده و پُردسته عرف.

### مفهوم‌شناسی عرف

برای عرف معانی پُرشماری توسط دانایان زبان برشمرده شده است. عرف را در لغت به پشت سرهم‌بودن دو چیز به‌شکلی که قسمتی از آن متصل به دیگری باشد (ابن‌فارس، ۱۹۷۹: ۴ / ۲۸۱)، بوی خوش، تاج خروس، موج دریا (مهیار، ۱۳۷۶: ۶۰۶)، قسمت بالا آمده و مرتفع زمین (أفریقی، ۱۴۰۵: ۹ / ۲۴۲)، معرفت، شناسایی و آنچه در ذهن شناخته شده و مأنوس و معقول خردمندان باشد ترجمه کرده‌اند. دکتر ناصر کاتوزیان (۱۳۹۳ - ۱۳۱۰) عرف را در اصطلاح این‌گونه تعریف کرده است: «عرف عادت است که به مدت طولانی بین عموم مرسوم شود و همه در برابر واقعیهی معین آن را به کار بندند و عمومی و پایدار باشد» (۱۳۹۰: ۱۷۹). دکتر جعفر لنگرودی می‌گوید که: عرف عملی است که اکثریت صنفی از اصناف، طبقه‌یی از طبقات یا گروهی از یک اجتماع به‌طور مکرر انجام دهند و آن عمل مطابق با مصلحت نوعی آن صنف یا طبقه یا گروه باشد (۱۳۷۰: ۴۴۸). عرف در گفت‌مان فقهی عاداتی است که چهره الزامی یافته و بین بیش‌ترین مردم یک محیط متداول است (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۱۷۸ - ۱۷۹). عرف زاده عادت است و عرف و عادات عبارات‌اند از مجموعه قواعدی که به‌صورت متداوم و نامدون در یک جمعیت موجود بوده و در اثر تکرار منظم و غیرقابل انقطاع افراد به ضرورت احترام آن قواعد شعور کاملی حاصل کرده‌اند. عادات و عرف با کمی تفاوت در تعریف با هم یکی می‌باشند؛ مثلاً تکرار عمل در مورد یک فرد عادت فردی و تکرار عمل در یک اجتماع را عادت اجتماعی یا مشترک گویند. در تلقی حقوقی گاهی عرف را به تمام قواعدی اطلاق کرده‌اند، که از وقایع اجتماعی استخراج شده و بدون دخالت قانون‌گذار به‌صورت قاعده حقوقی درآمده

است؛ به این معنا، عرف جز قانون شامل تمام منابع دیگر حقوق، هم چون رویه قضایی و قواعد ناشی از عقاید عالمان و عادات و رسوم تجاری، نیز می شود (همان: ۱۷۸). در دسته بندی نخستین، عرف به دو بخش تقسیم می شود: عرف عام و عرف خاص. آن چه در بین عموم مردم متعارف باشد، عرف عام است؛ چنان که کسی سوگند یاد کند که پایش را در خانه کسی نمی گذارد، حالا اگر او خریده، به پهلوی غلتیده و یا سواره داخل آن خانه شود، باز هم عمل او به مثابه قدم گذاشتن است. در نزد احناف، استمرار عمل بین مردم در عرف عام شرط است (الموسوعه، ۱۴۲۷: ۳۰/۵۶)؛ ولی آن چه در بین تعدادی از مردم معمول باشد، نه عموم آنان، این عرف خاص است؛ چونان الفاظ مصطلح نزد فقیهان، محدثان، مفسران و... همین گونه، عرف از حیث قبول و عدم قبول نیز به دو گونه منقسم است: عرف صحیح و عرف فاسد. عرف صحیح آن است که مخالف نصوص شرعی نباشد و هم چنین منافی مصالح و جالب مفاسد نیز نباشد و با خرد انسانی نیز سر ستیز نداشته باشد؛ مانند قسمت کردن مهر به مُعَجَّل و مُؤَجَّل. عرف فاسد؛ اما به عرفی اطلاق می شود، که با نصوص شرعی مخالف باشد و با قواعد مستنبط از کتاب و سنت مطابقت نداشته باشد؛ چونان عقود ربوی. (همان: ۳۰/۵۷) دسته بندی دیگری هم که از عرف وجود دارد، تقسیم عرف به اعتبار استقرار و عدم استقرار آن است. عرفی که به اختلاف زمان و مکان و اشخاص و احوال دگرگون نشود، آن را عرف ثابت می گویند؛ مانند آن چه در شرع متعارف شده و با دگرگونی احوال و اشخاص و زمان و مکان متبدل نمی شود و یا آن چه جزء سرشت آدمی زاد است؛ مانند نیازمندی به آب و غذا و غم ناکمی و شادکامی. عرفی که به اختلاف زمان و محیط و احوال، باژگونه می شود، اصولیان آن را عرف متبدل می گویند؛ مانند حُسن و قُبْح، پسندیده گی و ناپسندیده گی (سیوطی، ۱۹۸۳: ۹۰؛ شاطبی، ۱۴۲۶: ۲/۲۸۳؛ الموسوعه: ۱۴۲۷، ۳۰/۵۷).

### عُرف در قرآن کریم

واژه عرف، دوبار در قرآن کریم استفاده شده است، که بر مبنای آن، فقیهان به حجیت عرف استدلال جسته اند و آن را دست مایه پذیرش عرف به عنوان یکی از مصادر تشریح شناسانده اند. آیه نخست: «حُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ»<sup>۱</sup> (الأعراف: ۱۹۹)؛ جارالله زمخشری (م. ۵۳۸ ق.) «عرف» در آیه فوق را به معنای «معروف» و هر آن چه در بین مردم از افعال پسندیده معمول و متداول باشد، ترجمه کرده است (۱۹۸۳: ۱۹۰/۲). فخرالدین رازی (م. ۶۰۶) نیز بر راه او رفته و گفته: «والعرف و العارفة و المعروف هو کل امر عرف انه لابد من الاتیان به و ان وجوده خیر من عدمه» (۱۴۰۱: ۵/

۹۵). قرطبی (م. ۶۷۱) سه واژه عرف، معروف و عارف را از یک ریشه دانسته و برای آن سه، یک معنا بیان داشته و در تبیین کُلّی آن گفته که عرف خصلتی است که عقول آن را پسندیده باشند و نفوس بدان اطمینان یافته باشند (۱۹۶۵: ۷/ ۳۴۶). قاضی ثناءالله پانی‌پتی (م. ۱۲۲۵) «عرف» را به «معروف» ترجمه کرده و آن را مقابل «منکر» قرار داده و سپس با همین تلقی حدیث مشهور «مَنْ رَأَى مِنْكُمْ مُنْكَراً...» را نقل کرده و سپس یادآور شده است که آنچه از آن به‌عنوان «امر به معروف و نهی از منکر» یاد می‌کنند نیز به‌معنای همین «عرف» است؛ امر به معروف، یعنی امر به عرف پسندیده و نهی از منکر، یعنی نهی از عرف ناپسند و نادرست (۱۴۲۵: ۴۷۵ و ۲/ ۴۷۶). از مفسرین امامیه ابوعلی طبرسی (م. ۵۴۸) در تفسیر مجمع‌البیان (۲/ ۵۱۲) و همچنین جوامع‌الجامع (۱/ ۴۹۱) عرف را به معروف ترجمه کرده و آن را شامل عمل کرده‌های نیکویی دانسته که نُکر عقلی و شرعی نداشته باشند. سید محمدحسین طباطبایی (م. ۱۴۰۲) نیز دقیقاً مطلبی شبیه به سخن طبرسی نقل کرده است (۱۳۹۰: ۸/ ۳۸۰). ابن‌عابدین شامی با پیش‌کش کردن آیه فوق، استدلال به‌وجود عمل به عرف در موضع نبود نص کرده و امر موجود در آیه را مفید و خوب دانسته و یادآور شده، که هیچ قرینه‌یی برای صرف و خوب آن نیز وجود ندارد؛ هم‌چنان بر وجوب خود قایم و پابرجای است (بی‌تا: ۱۱۳)؛ با این که تعداد پُرشماری از فقیهان برای اثبات عرف، به آیه فوق استدلال جسته‌اند، تعداد دیگری از فقیهان این آیه را صریح در اثبات حجیت عرف ندانسته و گفته‌اند که این عرفی که در آیه بیان شده، نه آن عرفی است که به‌عنوان مصدری از مصادر تشریح شناخته می‌شود؛ بل که هرآن چیزی است که شریعت بدان دستور داده باشد (زیدان، ۱۳۸۹: ۲۵۹). دیگرانی در پاسخ آنان گفته‌اند که درست است که آیه صراحت در اثبات عرف مَطْمَح نظر ندارد؛ اما بیرون از آن نیز نیست (خیاط، ۱۹۷۷: ۲۵). مصطفی زرقا تمام اعتراضی را که بر این استدلال وارد است، پذیرفته و در مقام دفاع گفته است: تردیدی نیست عرفی که در آیه آمده، به‌معنای لغوی آن است نه به‌معنای اصطلاح فقهی؛ اما توجیه استدلال این است که عرف لغوی هرآن امر مستحسن مألوفی است که مردم بدان خوی گرفته و پی‌هم انجام داده‌اند. هرچند صریح آیه، عرفی فقهی را آینه‌دار نیست، اما از آن بیرون نیز نیست. چه عرف فقهی، همان معمول‌بهای مردم است که در گذر زمان بدان گرویده و به‌گونه گسترده و شایع آن را به کار بسته‌اند و این دقیقه، نشان‌دهنده ربطی وثیق بین آن معنای لغوی و این مفهوم اصطلاحی است که نمی‌توان آن را به‌دیده نیاورد. (۱۴۱۸: ۱۴۳)

آیه دوم، «وَالْمُرْسَلَاتِ عُرْفًا»<sup>۱</sup> (المرسلات: ۷۷) است، این آیه با این که واژه عرف را در متن خود دارد، معنای مورد نظر عرف را به همراه ندارد و به معنای «پی‌درپی» است، که از آن نمی‌توان به حجیت عرف استدلال جست.

سوای دو آیه فوق، تعدادی از مفسران به آیات دیگری هم اشاره کرده‌اند، که در نظر آنان مبین حجیت عرف است. یکی از آن آیات، آیه ۲۳۳ سوره بقره است: «وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ»<sup>۲</sup>. قرطبی (م. ۶۷۱) «معروف» را در این آیه عرف ترجمه کرده (۱۹۶۵: ۴/۱۰۷-۱۱۱)؛ و ناصر مکارم شیرازی به هرآنچه در بین مردم متعارف باشد، برگردان کرده است (۱۳۸۹: ۲/۲۲۳). میزان نفقه در نزد جمهور فقیهان مذاهب اسلامی، بنابر همین آیه به عرف رجعت داده شده و کیفیت و کمیت آن را به عرف واگذار شده‌اند. آیه «وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيَّهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ» (البقره: ۲۲۸)<sup>۳</sup> نیز به عرف متعارف ترجمه شده؛ هرچند امام شافعی آن را نشانه حجیت قیاس شناسانده، نه عرف (بی‌تا: ۵۱۷). صاحب الموهب السنیة نشانه حجت بودن عرف را این آیه دانسته است: «...وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّى وَنُصَلِّهِ جَهَنَّمَ وَسَاءَتْ مَصِيرًا»<sup>۴</sup> (النساء: ۱۱۵) سبیل مؤمنان، همان راه، روش و شیوه معمول آنان است که با گذر زمان بدل به عرف شده و فرونهادن آن در پرتو آیه پیش گفته شده، نادرست و نامعتبر است (عوض، ۱۹۷۹: ۱۷۵). برخی از دانشیان باتوجه به قاعده نفی عسر و حرج به آیه «وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» (الحج: ۷۸). استدلال جست‌ه‌اند که تردیدی نیست بازداشت مردم از آنچه که بدان انس گرفته و زنده‌گی اجتماعی خود را با آن سامان و نظام داده‌اند، از مصادیق بارز حرج است، که آیه فوق به نفی آن پرداخته و این، یعنی همان حجیت و اعتبار عرف. در نقد این استدلال گفته شده، اگرچه مقتضای نفی حرج، توسعه و تسهیل در عمل و رعایت مصلحت نوعیه است؛ ولی قطعاً مراد از این مصلحت، تسهیل هرآنچه که از عدم رعایت آن عسر و حرج رخ می‌نماید، نیست؛ بل که مراد از آن تسهیلی است که مناسب با شریعت سمحه سهله می‌باشد. گذشته از این، چنان که پیش از این اشاره شد، ردع از عرف همواره موجب اختلال نظام و پدیدارشدن عسر و حرج نیست. (گلباغی، ۱۳۷۸: ۲۳۴)

۱. سوگند به آیه‌هایی که (توسط جبرئیل، پیاپی بر محمد صلی‌الله‌علیه‌وسلم) فروفرستاده می‌شود.

۲. بر آن کس که فرزند برای او متولد شده [یعنی پدر] لازم است خوراک و پوشاک مادران را [در آن مدت به اندازه توانایی] به‌گونه شایسته بپردازد. (ترجمه مصطفی خرم‌دل)

۳. و برای هم‌سران [حقوق و واجباتی] است [که باید شوهران اداء بکنند] همان‌گونه که بر آنان [حقوق و واجباتی] است، که [باید هم‌سران اداء بکنند] به‌گونه شایسته‌یی [که برابر عرف مردمان و موافق با شریعت اسلام باشد]. (ترجمه مصطفی خرم‌دل)

۴. ... و [راهی] غیر راه مؤمنان در پیش گیرد وی را بدانچه روی خود را بدان سو کرده واگذاریم و به دوزخش کشانیم و چه بازگشتگاه بدی است.



## عرف در احادیث نبوی

در مقام اثبات حجیت عرف، اصولیان فراوانی به روایات متعددی تمسک جسته‌اند، که به ذکر تعدادی از آن روایات بسنده می‌کنیم. ام‌المؤمنین عائشة صدیقه روایت می‌کند که هند -هم‌سر ابوسفیان- به جهت عدم پرداخت کافی نفقه به پیامبر اسلام علیه‌السلام شکایت برد. آن جناب به او یادآور شد، که وی می‌تواند از مال شوهرش به اندازه متعارف برای خود و فرزندش بردارد. این حدیث به سندهایی چندگونه در کتاب‌های حدیث نقل شده است. در روایت هشام از عروه بن زبیر این‌سان آمده است که: هند شکایتش را این‌گونه ابراز داشت: «ابوسفیان مردی دست‌فروسته‌یی است مرا چیزی از نفقه نمی‌دهد، که کفایت‌گر من و زاده من باشد؛ اگر بی‌خبر از او از مالش چیزی بگیرم، گنه‌کار می‌شوم؟ آن حضرت به او گفت: از مال او به اندازه معروف برای خود و فرزندت بردار» (به‌نقل از نیشابوری، ۱۴۰۷: ۳/ ۵۴۹). این روایت در کتاب‌های حدیث دیگر با تغییرات اندکی نقل شده، که تفصیل آن را در آن‌جا می‌توان مشاهده کرد.<sup>۱</sup> این حدیث با وجودی که صراحت بیش‌تری در اثبات حجیت عرف دارد، عالمانی آن را بیش از این که در ساحت پذیرش عرف قبول کنند، آن را مشعر حجیت قیاس دانسته‌اند (شافعی، بی‌تا: ۵۱۷). حافظ ابن‌حجر بعد از ذکر حدیث فوق، آن را به تنهایی پایه‌یی برای مراجعه به عرف در اموری که شرع در قبال آن چیزی نگفته، دانسته است (عسقلانی، ۱۴۲۰: ۹/ ۵۱۰).

حدیث دیگری که از آن استدلال به حجیت عرف گرفته می‌شود، قسمتی از حدیث بلندی است که امام مسلم آن را در صحیح خود روایت کرده که: پیامبر علیه‌السلام در فرازی از خطبه حجة‌الوداع خویش فرمودند: «وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ»<sup>۲</sup> (به‌نقل از نیشابوری، ۱۴۰۷: ۱۲۱۸). فقیهان، «معروف» را در حدیث فوق به معنای متعارف ترجمه کرده و آن را از پرمایه‌ترین پایه‌های حجیت عرف دانسته‌اند. در کنار احادیث قولی، اصولیان به احادیث فعلی آن حضرت نیز استدلال جسته‌اند، که ایشان در زمان حیات کریمانه خود به عرف بهای درخور داده و بدان اعتبار معتابه قائل شدند. اعرافی را که با شرع و خرد انسانی سر ستیز و بی‌گانه‌گی داشت «حرام» و «نادرست» خواندند و آن‌چه را که خطا نبود و با مبانی شرع در تناقض نبود و خرد انسانی ناپسندش نمی‌دانست نه این که رد نکردند که خود نیز بدان عامل شدند (مسند احمد: ۶۹۹۷). ایشان وقتی به مدینه آمدند معاملاتی

۱. نک: صحیح مسلم، جلد ۳، صفحه ۵۴۹ - ۵۵۰، کتاب اقضية، حدیث: ۸ و ۹. صحیح بخاری، کتاب بیوع، حدیث: ۲۰۷۱، کتاب الأحکام، حدیث: ۶۷۲۷ و ۶۷۴۳، کتاب نفقات، حدیث: ۵۰۲۰ و ۵۰۲۶. سنن ابی داود، باب فی الرجل یاخذ حقه من تحت یدیه، حدیث: ۲۵۳۲. سنن ابن ماجه، باب ما للمرأة من مال زوجها، حدیث: ۲۲۹۳. سنن نسائی، جلد ۸، صفحه ۲۴۶، باب قضاء الحاكم علی الغائب اذا عرفه. سنن دارمی، جلد ۲، صفحه ۱۵۹، کتاب نکاح، باب فی وجوب نفقه الرجل علی اهله. مسند احمد حنبل، جلد ۶، صفحات ۳۹، ۵۰ و ۲۰۶.  
۲. از شمار حقوق زنان بر شما این است که خوراک و پوشاک آنان را به‌گونه متعارف فراهم سازید.

در شهر مدینه صورت می‌گرفت، که تعداد زیادی آن را پسندیدند و برای نیکوتر شدن آن شروط و حدودی نیز معرفی کردند؛ چونان اجاره، مشارکه، مضاربه، سلم و... و برعکس، تعدادی از این معاملات را به شدت منع کردند و آن را حرام اعلان داشتند. عبدالله بن عباس می‌گوید: وقتی رسول الله صلی الله علیه وسلم به مدینه تشریف آوردند، ساکنان مدینه محصولات کشاورزی خود را برای یک سال، دوسال و سه سال پیش‌فروش می‌کردند؛ آن حضرت به آنان یادآور شد: «مَنْ أَسْلَفَ فِي شَيْءٍ فَلْيُسْلِفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ، وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ، إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ»<sup>۱</sup> (بخاری: ۲۱۵۱). باری، در محضر ایشان کسانی از صحابه ایشان بنابر عرف عملی مدینه اقداماتی را انجام دادند و آن حضرت آن را منع نکرد؛ چنان‌که ایشان به عروه بن الجعد البارقی یک دینار دادند تا او گوسفندی بخرد، او رفت و با یک دینار دو گوسفند خرید و یکی را دوباره به یک دینار فروخت و مجدداً با یک گوسفند و یک دینار به حضور آن حضرت بازگشت (نگاه: فتح الباری شرح صحیح البخاری: ۶ / ۶۳۲). این‌جا دیده می‌شود که عروه با این‌که اذن لفظی از آن حضرت نداشت، بر اساس اذن عرفی عقد را انجام داد و پیام‌بر صلی الله علیه وسلم هم او را در برابر کاری که انجام داده بود، منع نکرد. به همین سان، در باب نکاح، معاملات، مرادات و امور اجتماعی نیز مطالبی را به آنان یادآور شد، که بر مبنای آن قسمتی از عمل‌کردهای آنان را تصحیح کرد و قسمتی را مقید به شروطی ساخت و تعدادی را نیز از اساس نادرست خواند، که صورت مشرح آن در ادامه خواهد آمد.

### عُرف در آثار صحابه

در آثار صحابه مراجع پُرشماری قابل دریافت است، که در آن نشانه‌های به‌کار بستن عرف در موضع عدم وجود نص قابل رؤیت است. آنان، هم در مقام اجرا و هم در مقام بیان، به عرف پرداخته و در مواضع متعدد آن را به کار بستند؛ به‌گونه‌ی مثال، اثری که موقوف به عبدالله بن مسعود است و در بیش‌ترین کتاب‌های اصول فقه نیز نقل شده، که حتا دکتر مصطفی زرقا، آن را به‌عنوان پایه سبتر حجیت عرف یاد کرده، قابل یادآوری است. احمد بن حنبل در مسند خود اثر یادشده را با متن زیر نقل می‌کند: «مَا رَأَاهُ الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ»<sup>۲</sup> (مسند احمد: ۳۶۰۰)؛ گرچه در آثاری متن فوق، حدیث دانسته شده و از منظر حدیث به آن نگریسته شده؛<sup>۳</sup> اما کثیری از محدثان و فقیهان آن را حدیث ندانسته و اثر موقوف عبدالله بن مسعود دانسته‌اند. هرچند جم غفیری از فقیهان چونان امام

۱. هرکس چیزی را پیش‌فروش می‌کند، باید آن را با پیمانه‌ی معلوم و وزنی معلوم تا مدتی معلوم پیش‌فروش کند.

۲. آن‌چه را که مسلمانان نیک بدانند، نزد خدا هم نیک است.

۳. الأشیاه سبکی، صفحه ۸۹؛ الأشباه والنظائر سبکی، صفحه ۸۸، الأشباه والنظائر ابن‌نجم، صفحه ۴۶، الفرائد البهیة، صفحه ۴۸، فتح القدر جلد ۶ صفحه ۲۸۱، بدایع الصانع جلد ۵ صفحه ۲۲۳، الاحکام فی اصول الاحکام جلد ۱ صفحه ۱۱۲.

سرخسی در مبسوط و کمال‌الدین ابن‌همام در فتح‌القدیر و ابن‌عابدین شامی در نشرف‌العرف یکی از مبانی استوار حجیت عرف را همین اثر دانسته‌اند؛ با آن‌هم تعدادی از علما گفته‌اند که دلالت اثر فوق به حجیت اجماع اشاره دارد، نه حجیت عرف؛ مگر این که مستند اجماع یک عرف صحیح باشد، که در آن صورت نیز، دلالت این روایت مقصور بر یکی از انواع عرف خواهد بود نه مطلق عرف (زیدان، ۱۳۸۹: ۲۵۹ - ۲۶۰)؛ اما آن‌چه به روشنی در روایت فوق پیداست، سخن از رأی و عمل کرد مسلمانان است، که با توالی و تکرار در بین آنان دست‌به‌دست شده و آنان برایش حُسن و قبحی در دیده و آن را به کار بسته‌اند، که این خود همان عرف متعارف در نزد فقیهان متأخر است؛ با این‌وجود، تعدادی از اندیش‌مندان این استدلال را نپذیرفته و از چند منظر به نقد آن پرداخته و گفته‌اند:

۱. روایت فوق از نظر سند ضعیف است و بدین جهت کسی این روایت را از رسول خدا نقل نکرده و محدثان و حتی تعدادی از فقیهان چون ابن‌عابدین و علائی آن را کلام ابن‌مسعود دانسته‌اند؛  
 ۲. گرچه از عبارت فهمیده می‌شود آن‌چه که مسلمانان نیکو می‌شمارند شما نیز آن را نیکو بشمارید؛ ولی این ارتباطی با پذیرش آن به‌عنوان یک منبع شناخت احکام شرعی در حوادث واقعه ندارد؛ زیرا بین این دو ملازم‌هایی نیست؛ چون عرف همیشه متکی به حُسن نیست، پس با این حساب بر فرض که روایت باشد استدلال به آن ناتمام است؛ زیرا دلیل اخص از مدعی است؛  
 ۳. بر فرض اغماض از گفته‌های فوق، نمی‌توان آن را اصل مستقل به حساب آورد؛ زیرا بر تقریبی از صغریات حکم عقل بر تقریبی از اجماع به حساب می‌آید (جناتی، ۱۳۷۰: ۴۰۴).

اثر دومی که در مقام حجیت عرف به نقل از صحابه به آن استدلال جسته می‌شود، سخن قاضی شریح در زمان حضرت عمر بن خطاب است، که در مناسبتی به ریسنده‌گان گفت: «عرفی که در بین شما متداول است، معتبر است» (صحیح بخاری به همراه شرح بدرالدین عینی: ۱۶/۱۲). این عبارت را علامه بدرالدین عینی، در عمدة القاری فی شرح صحیح البخاری از قول محمد بن اسماعیل بخاری نقل کرده، که تعدادی از نویسندگان آن را حجتی برای عرف شناخته‌اند و عده‌ی نیز با آن مخالفت کرده‌اند.

یکی دیگر از مواردی که در این مقام بدان استدلال جسته می‌شود، قسمتی از عهدنامه مالک اشتر است. در متن آن آمده است: «نباید عرف نیکی را که پیشینیان این امت بر آن بوده‌اند<sup>۱</sup> فرونهی که به‌واسطه آن کار مردم صلاح یافته و بدان خوی گرفته‌اند» (رضی، ۱۳۸۹: ۳۵۲)؛ از این پرداخت به خوبی روشن می‌شود که حضرت علی رضی‌الله‌عنه مالک اشتر را به نگه‌داشت اعراف پسندیده جامعه فرامی‌خواند و از این که او آن را فرونهد و رشته آن را بگسلد، برحذر می‌دارد.

## تعامل شارع با اعراف زمانه

قرآن کریم و احادیث نبوی اعراف زمانه را به دو بخش تقسیم کردند، یک قسمت را پذیرفته و برای آن حدود و شرایطی تعیین کردند و بخش دیگر را به گونه کامل رد کرده و آن را حرام و ناجایز قرار دادند. هر دو مورد را با تفصیل بیش تر به بحث می گیریم:

۱. بعضی از اعراف را با صراحت کامل رد کرده و انجام آن را ناپسند خواندند؛ به گونه مثال، زنده به گور کردن دختران (نحل: ۵۸ و ۵۹، زحرف: ۱۷)، کشتن فرزندان به خاطر ترس از فقر و تنگ دستی (انعام: ۱۵۱، اسراء: ۳۱)، برهنه طواف کردن و به جای عبادت سوت و کف زدن (انفال: ۳۵)، می گساری و گناه بارگی (بقره: ۲۱۹، نساء: ۴۳، مائده: ۹۰، نحل: ۶۷ انعام: ۱۵۱، اعراف: ۲۸ و ۳۳) خشک مغزی، خرافه باوری و خودخواهی (بقره: ۱۷۰، مائده: ۱۰۴، لقمان: ۲۱، زحرف: ۲۲ تا ۲۴، فتح: ۲۶، شعراء: ۱۹۵ و ۱۹۸، فصلت: ۴۴، فرقان: ۴۱ و ۴۲، ص ۴ تا ۷)؛ افزون بر این ها، نکاح شغار (این که دو زن با دو مرد، بنابراین که مهر هر یک از آن ها ازدواج با دیگری باشد)، نکاح استبضاع (مردی زنش را نزد مرد بی گانه یی می فرستاد تا از او به خاطر نیکو بودن نسب و شجاعت و دلیری باردار شود)، نکاح رهط (ازدواج زن با بیش از یک نفر)، نکاح بدل (عوض کردن هم سران یک دیگر)، نکاح ضیض (ازدواج با همسر پدر یا نامادری)، نکاح هم زمان با دو خواهر، مضامده (معاشرت زن با مرد اجنبی به خاطر نجات از فقر و تنگ دستی) و مخادنه (دوستی زن و مرد بی گانه با هم دیگر و در صورت موافقت، زنا ی مخفیانه). پیش از این که پیام بر علیه السلام به مدینه منوره بیایند، این نکاح ها در بین مردم معمول و متداول بود. ایشان با مشاهده این عرف های ناپسند، همه را نامشروع و ناجایز اعلام کرد و برای نکاح شرایط، حدود و مقرراتی بیان داشت، که بر مبنای آن نکاح تحقق می یابد و در ترک آن، نکاحی به وجود نمی آید؛ به همین سان، مسأله خرید و فروش بدون این که مبیع و عوض آن در بین باشد، معامله لباس تاشده و پیچیده در تاریکی فقط به مجرد لمس خریدار، فروش و خرید میوه درخت در ظرف چند سال با آن که اصل وجود مال در سال های مذکور معلوم نباشد، معامله بچه حیوان در شکم ماده پیش از آن که متولد شود، خرید و فروش چیزی که خریدار با پرتاب سنگ ریزه آن را معین کند و کثیری از موارد این چنینی دیگر که ذکر آن ها از حوصله این نوشتار خارج است. همه موارد پیش گفته جزء عرف مردم مدینه بود؛ ولی چون مطابق موازین اسلام نبود، در تعالیم اسلامی از آن ها ممانعت صورت گرفت (جناتی، ۱۳۷۰: ۴۰۶)؛

۲. پاره یی از اعراف را شارع پسندید و مطابق آن احکامی را پایه نهاد؛ به گونه مثال، قصاص در بین اعراب عملی متعارف بود و زمانی که کسی دُچار قتل می شد، او را در ازای آن قصاص می کردند. (شُکری، ۱۳۱۴: ۲۰/۳). اسلام اصل قصاص را پسندید و جهت جلوگیری از نقص حقوق انسانی برای آن حدود و شرایطی قرار داد و راه را بر هر افراط و تفریطی مسدود ساخت؛ هم چنین، آنان

ماه‌های ذوالقعدة، ذوالحجه، مُحَرَّم و رجب را به‌نام ماه‌های حرام نام‌گذاری کرده بودند و در آن چهار ماه با هم‌دیگر نمی‌جنگیدند، اسلام این عرف آنان را پسندید و در قرآن کریم نیز از آن یاد کرد (بقره: ۱۹۴ و ۲۱۷، مائده: ۲، توبه: ۵ و ۳۶، قصص: ۵۷، عنکبوت: ۶۷)؛ هم‌چنین در بین آنان طلاق سه‌گانه و هم‌چنین خُلع، ظهار و ایلاء معمول بود، شریعت اسلام اصل آن را پذیرفت و برای آن حدودی را مشخص کرد (شُکری، ۱۳۱۴: ۲/ ۴۹-۵۰). در بین آنان گندم و جو و سایر غله‌جات از شمار مکیلات بود، پیام‌بر علیه‌السلام آن را بر همان اساس نگاه‌داشت و مکیالی که در بین آنان رایج بود، همان را به‌عنوان اندازهٔ مشروع به مردم اعلان نمود. صاحب کتاب *تاریخ الفقه الاسلامی* در این خصوص می‌گوید: «بعضی از نصوص به‌ویژه احادیث مبتنی بر عرف اند؛ به‌گونهٔ مثال: گندم و جو در آن روزگار از شمار مکیلات بودند و بر همان اساس باقی ماندند و هم‌چنان مسائل دیات و قسامه را بر عرف بنا کردند» (بدران، بی‌تا: ۲۱۷).

احکام پُرشماری در قرآن کریم و احادیث نبوی، طرح شده‌اند، که ریشه در بیشهٔ عرف و فرهنگ محیطی که قرآن در آن نازل شده دارند، که پرداختن به همهٔ آنان بر طول و عرض این یادداشت خواهد افزود.

### گسترهٔ اجرایی عرف در فقه

عرف در فقه اسلامی جای‌گاه ویژه‌ی دارد که از خلال قواعد فقهی می‌توان به میزان مقبولیت آن پی برد. تعدادی از قواعد فقهی نقل می‌گردد که مستقر بر اساس پایهٔ عرف اند:

۱. «ما ثبت بالعرف بدون ذکر، لایثبت إذا نصَّ علی خلافه»<sup>۱</sup> (سرخسی، ۱۹۸۹: ۱۴-۱۳)؛
۲. «العَادَةُ مُحَكَّمَةٌ»<sup>۲</sup> (مجلهٔ الأحکام، مادهٔ ۴۰)؛ مُحَكَّمَه، به تشدید کاف مفتوحه، اسم مفعول است که از تحکیم گرفته شده است. بدان معنا که عرف در مقام اثبات احکام، حاکم است و التزامات بین مردم بر وفق آن صورت می‌گیرد و قضای بر مبنای آن لازم است؛
۳. «المَعْرُوفُ عُرْفًا كَالْمَشْرُوطِ شَرْطًا»<sup>۳</sup> (مجلهٔ الاحکام، مادهٔ ۴۳)؛
۴. «المُتَمَتِّعُ عَادَاتًا كَلَمَّتَمَّتِ حَقِيقَةً»<sup>۱</sup> (مجلهٔ الأحکام، مادهٔ ۱۶۹۸)؛ یعنی امر نشدنی در عرف، مانند امر نشدنی حسی است؛ مثال ممتنع حسی این است که مثلاً کسی ادعای فرزندگی کسی را کند

۱. آن‌چه که با عرف و بدون ذکر آن در قرارداد عقد ثابت است، در صورتی که طرفین قرارداد بر چیزی مخالف آن با هم توافق کرده باشند، ثابت و مؤثر نیست.

۲. عادت و عرف شرعاً معتبر است.

۳. چیزی که در عرف معروف باشد، مانند این است که در عقد شرط شده باشد، یا شرط عرفی مانند شرط لفظی است و یا شناخته‌شده‌های عرف مانند شروط قراردادی است.

که سنس از او بیش تر است و مثال ممتنع عرفی این است که نادار و درویشی دعوی کند که پادشاه، مبلغ کلانی از او قرض گرفته است. این جاست که وضع مورد ادعا را، عادتاً ممتنع و در حکم محال محسوس باید دانست (محمصانی، ۱۳۵۸: ۲۳۴)؛

۵. «اِسْتِمَالُ النَّاسِ حُجَّةٌ يَجِبُ الْعَمَلُ بِهَا»<sup>۲</sup> (مجله الاحکام، ماده ۳۷)؛

۶. «الْعَادَةُ الْمُطْرَدَةُ تَنْزِلُ مَنَزِلَةَ الشَّرْطِ»<sup>۳</sup> (سیوطی، ۱۹۸۳: ۹۶)؛

۷. «الْمَعْرُوفُ بَيْنَ التُّجَّارِ كَالْمَشْرُوطِ بَيْنَهُمْ»<sup>۴</sup> (مجله الاحکام، ماده ۴۴)؛

۸. «الْتَعْيِينُ بِالْعَرَفِ كَالْتَعْيِينِ بِالنَّصِّ»<sup>۵</sup> (مجله الاحکام، ماده ۴۵)؛

۹. «الْحَقِيقَةُ تُتْرَكُ بِدَلَالَةِ الْعَادَةِ»؛ یعنی هرگاه معنای حقیقی لفظی مهجور و معنای مجازی آن در عرف شایع شود، باید معنای مشهور مجازی آن را مورد توجه قرار داد؛ طوری که گفته‌اند: «غلط مشهور به‌تر از صحیح مهجور است» (محمصانی، ۱۳۵۸: ۲۳۴)؛

۱۰. «لَا يَنْكُرُ تَغْيِيرُ الْأَحْكَامِ بِتَغْيِيرِ الْأَزْمَانِ»<sup>۷</sup> (مجله الأحكام، ماده ۳۹).

فقیهان متأخر بر مبنای قواعد پیش گفته، مسائل نوپدید زیادی را تفریع کرده‌اند، که چند مورد از آن‌ها به‌گونه مثال این‌ها هستند: تقسیم مهر زن به مُعْجَل و مُؤَجَّل، عدم تعیین مقدار مهر در عقد نکاح، عدم ذکر دستمزد کارگر حین استخدام او، عیبی که بر مبنای آن می‌توان کالا را دوباره به صاحب‌اش برگرداند، کیفیت نگه‌داشت ودیعه، چه‌گونه‌گی لزوم ضمان در ضایع‌ساختن ودیعه و برعکس، اختلاف بین آموزگار و رهنما و دانش‌آموز و کارآموز در میزان دست‌مزد و... در تمام این موارد بر اساس قواعد پیش گفته به عرف مراجعه می‌شود (زرقا، ۱۴۱۸: ۱۴۶).

در پاره‌یی از آثار فقهی در خصوص تفریعات قواعد فوق، مطالب پُرشماری نقل شده، که صرفاً به ذکر نام، جلد و صفحه آن آثار بسنده می‌کنیم:

قواعد الأحکام عز بن عبدالسلام جلد ۱، صفحه ۱۷۸؛ احکام القرآن جصاص جلد ۱، صفحه ۴۷۸؛ شرح الكنز زبلی جلد ۵، صفحه ۵۲؛ الفروق قرافی جلد ۳، صفحه ۱۴۹ و بدایع الصنایع کاسانی جلد ۵، صفحه ۲۲۳.

۱. آن‌چه از روی عرف و عادت ناممکن است، مانند ناممکن حقیقی است.

۲. عرف و کاربست عمومی مردم حجت و دلیل است و عمل بر آن حسب آن لازم است.

۳. عرف و عادت شایع و عمومی در حکم شرط است.

۴. عرف میان بازرگانان و کاسبان به‌سان شرط آنان است.

۵. تعیین کردن به‌وسیله عرف مانند معی کردن از راه نص است.

۶. حقیقت به رهنمونی عادت ترک می‌شود.

۷. احکام با تغییر زمان تغییر می‌کنند.

### کفت و گوی پژوهش

با بررسی‌دن تعلیق‌ها و تلقی‌های صورت‌پذیرفته در آثار پرداخته به عرف، دانسته می‌شود، که این قضیه از دیر و دور در نگاه صاحبان قلم بوده است. آن‌چه در آثار پیشینیان به‌دیده می‌آید، درهم‌آمیخته‌گی حوزه و گستره عرف با مباحث اصولی و گاه فقهی است. تعریف و تصریح بیش‌تر عرف را در آثار پسینیان، خاصه حنفیان اصولی می‌توان یافت، که به‌خوبی حدود و ثغور آن را کاویده و برای آن حد و رسمی مُسَلَّم و مُجَزَّأ نشان‌دهی کرده‌اند؛ آن‌چه در این میان به پُررنگی خودنمایی می‌کند، جای خالی بازرسیدن عرف در زمینه و زمان امروز، به‌ویژه در گستره مباحث فقهی است. می‌دانیم که فقه، جنبه ورزیدنی اسلام است و نمود بیرونی و نماد دیدنی این دین در همین رویه بیش‌تر قابل رؤیت است تا پهنه مفاهیم باوری و گستره مبانی اعتقادی. می‌سزد که دانایان دین و آشنایان با چون‌وچند جامعه و فرهنگ، عرف را تعریفی نو دهند و پای آن را آن‌حدی که شرع مُجاز دانسته به این ساحت بگشایند و آن‌سان که فقیهان متقدم در پرتو آن قضایای نوپدید را گره‌گشایی کردند، بر همان نهج قدم بردارند و آن راه را بی‌رهرو نگذارند.

### نتیجه‌گیری

از آن‌چه گفته آمد، به روشنی مشخص شد که عرف در شریعت اسلام از جای‌گاه ویژه و خاصی برخوردار بوده و خداوند در کلام مجید خود اشاراتی به آن داشته است. سپس، به تبع آن‌چه در قرآن آمده، پیام‌بر گرامی اسلام صلی‌الله‌علیه‌وسلم نیز در مقام تفسیر و تفصیل آن، عملاً مواردی را بر مبنای عرف فیصله کرده و شرح کامل آن را به عرف زمینه و زمانه واگذارده است؛ به همین‌سان، در اقوال صحابه، تابعین و اتباع ایشان به موارد پُرشماری می‌توان دست یافت که هم در مقام قضاء بدان پرداخته‌اند و هم در مقام تفسیر و بحث، از آن به‌عنوان پایه‌یی از پایه‌های اصدار حکم اشاره کرده‌اند. فقیهان متقدم و متأخر مباحث زیادی را به عرف موکول کرده و نتیجه آن را به فرهنگ جامعه واگذار شده‌اند؛ به‌گونه مثال، تعیین مال متقوم و غیر متقوم، حق ارتفاق، حق شُرب و شفعه و مجری و مسیل و مرور و جوار، هم‌چنین معاملاتی که حقیقت آن ریشه در عرف دارد چونان استصناع، سلم، بیع وفاء، اجاره، مزارعه، ماساقات، خیار عیب و رؤیت؛ به همین‌سان الفاظ در عقود، نکاح، طلاق، بیوع و هم‌چنین مبحث کفائت در نکاح و مهر مثل و میزان نفقه و از همه مهم‌تر مبحث تعزیرات. این موارد و کثیری از موارد دیگر، به‌خوبی نشان می‌دهد که عرف در کنار مصادر مختلف‌فیه دیگر، در تشریح اسلامی از جای‌گاه ویژه‌یی برخوردار بوده و شریعت اسلامی بدان پایه‌یی محکم و پای‌گاهی استوار و پذیرفته قائل شده است؛ نکته‌یی که از یک‌سو نماد پُر نمود گره‌گشایی فقه اسلامی است و از سوی دیگر، مُخبر همان حقیقتی است که پیام‌بر گرامی اسلام صلی‌الله‌علیه‌وسلم این شریعت را آسان، روشن و

دل نشین معرفی کرده بودند. آن چه فقه اسلامی را از آن روز \_ که نور وحی از روزن حراء به دهلیز عالم پیچید \_ تا همین دم پویا و پایا نگه داشته، صبغه سیال آن است که در هر زمان و مکان، مسائلی را به عرف خود مردمان وا گذاشته و برای آن حدودی معین و مشخص تعریف کرده است. این حقیقت باعث شده تا فقه اسلامی در هر زمینه و زمانی و در بین هر ملت و ملیتی ثابت و قایم بماند و هیچ کسی در اجرایی کردن آن دُچار سختی و ناتوانی نشود. تمکین فقه اسلامی در برابر عرف‌های پسندیده و درست، عرصه را برای فهم صحیح رسالت جهانی این دین گشوده و رنگ قوم، قبیله و منطقه را از سیمای این شریعت آسمانی پیراسته است. تأمل در این حقیقت انکارنشدنی، دقیقه‌یی را فرادید انسان می‌گشاید که شریعت اسلامی دامنه‌یی گسترده دارد و اجرای آن در هر زمان و مکانی میسر بوده و این آیین مبارک نه در چنبره تنگ قبیله درمی‌گنجد و نه در سرای سیاه منطقه. هوای شرع، سبز است و سپید است و طرب‌انگیز و دل‌نواز و اندیشه‌پرداز. امیدی که همیشه روشن است، آن است که این هوای پاک و پالوده توسط فقیهان معاصر و آینده‌هم‌چنان تازه بماند و هنگام اصدار حکم/ فتوی هم به عرف زمانه و هم به فرهنگ جامعه نگریسته شود و در پرتو آن، حکمی به اعلام گذارده شود تا دل بنوازد و اندیشه بی‌الاید و روشنی و رهایی و راستی به ارمغان آورد.

### سرچشمه‌ها

۱. قرآن کریم.
۲. ابن حنبل، ابوعبدالله احمد بن محمد بن حنبل. (بی‌تا). **مسند امام احمد بن حنبل**. بیروت: دارالفکر.
۳. ابن عابدین، سید محمد امین بن عمر بن عبدالعزیز. (بی‌تا). **مجموعه رسائل ابن عابدین**، کویت: مکتبه حبیبیه.
۴. ابن فارس، احمد بن زکریا. (۱۹۷۹). **معجم مقاییس اللغة**، بیروت: دارالفکر.
۵. ابوسنه، احمد فهمی. (۱۹۴۷). **العرف و العادة فی رای الفقهاء**. مصر: مطبعة الازهر.
۶. أصبعی، مالک بن انس. (۱۴۰۶). **الموطأ**. تحقیق: محمد فؤاد عبدالباقی. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۷. الأفریقی، ابوالفضل جمال الدین محمد بن مکرم بن منظور. (۱۴۰۵). **لسان العرب**. بیروت: نشر ادب الحوزة.
۸. البخاری، ابوعبدالله محمد بن اسماعیل. (۱۴۰۱). **صحیح البخاری**، بیروت: دارالتراث العربی.



۹. بدران، بدران أبو العینین. (بی تا). **تاریخ الفقه الإسلامی و نظریة المملکیة العقود**. بیروت: دارالنهضة العربية.
۱۰. پانی پتی، محمد ثناء الله. (۱۴۲۵). **تفسیر المظهری**. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۱۱. جناتی، محمد ابراهیم. (۱۳۷۰). **منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی**. تهران: مؤسسه کیهان.
۱۲. خیاط، دکتر عبدالعزیز. (۱۹۷۷). **نظریة العرف**. عمان: مكتبة الأقصى.
۱۳. رازی، فخرالدین محمد بن عمر. (۱۴۰۱). **تفسیر مفاتیح الغیب**. بیروت: دارالفکر.
۱۴. رضی، سید شریف. (۱۳۸۹). **نهج البلاغه**. ترجمه محمد دشتی. تهران: انتشارات مؤسسه نشر شهر.
۱۵. زرقا، مصطفی احمد. (۱۴۱۸). **المدخل الفقهي العام**. دمشق: دارالقلم.
۱۶. زمخشری، جارالله محمود بن عمر. (۱۹۸۳). **تفسیر الکشاف عن حقائق التنزیل و عیون الأقاویل فی وجوه التأویل**. بیروت: دارالفکر.
۱۷. زیدان، دکتر عبدالکریم. (۱۳۸۹). **الوجیز در اصول فقه**. ترجمه فرزاد پارسا. سنندج: انتشارات کردستان.
۱۸. سرخسی، شمس الدین. (۱۹۸۹). **المبسوط**. بیروت: دارالمعرفة.
۱۹. سیوطی، جلال الدین عبدالرحمن. (۱۹۸۳). **الأشباه والنظائر فی قواعد و فروع فقه الشافعیة**. بیروت: دارالکتب العلمیه.
۲۰. الشاطبی، ابراهیم بن موسی اللخمی الغرناطی المالکی. (۱۴۲۵). **الموافقات فی اصول الشریعة**. بیروت: دارالکتب العلمیه.
۲۱. شافعی، محمد بن ادريس. (بی تا). **الرسالة**. بیروت: دارالکتب العلمیه.
۲۲. شکرى، سید محمود. (۱۳۱۴). **بلوغ الأرب فی معرفة أحوال العرب**. مصر: دارالکتب المصری.
۲۳. شیرازی، آیت الله ناصر مکارم. (۱۳۸۹). **تفسیر نمونه**. تهران: انتشارات دارالکتب الاسلامیه.
۲۴. الطباطبائی، السید محمدحسین. (۱۳۹۰). **المیزان فی تفسیر القرآن**. لبنان: مؤسسه الاعلمی.
۲۵. الطبرسی، ابوعلی الفضل بن الحسن. (بی تا). **مجمع البیان فی تفسیر القرآن**. تحقیق: السیدهاشم رسولی محلاتی. بیروت: دارالعلوم.

۲۶. عثمانی، محمدشفیع. (۱۳۸۱). **معارف القرآن**. مترجم: محمدیوسف حسین پور. تربت جام: انتشارات شیخ الاسلام احمد جام.
۲۷. عوض، سید صالح. (۱۹۷۹). **أثر العرف فی التشريع الإسلامی**. قاهره: دارالکتب الجامعی.
۲۸. القرطبی، ابوعبدالله محمد بن احمد الانصاری. (۱۹۶۵). **الجامع لاحکام القرآن**. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۲۹. کاتوزیان، دکتر ناصر. (۱۳۸۵). **فلسفه حقوق**. تهران: انتشارات شرکت سهامی.
۳۰. ————. (۱۳۹۰). **مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران**. تهران: انتشارات شرکت سهامی.
۳۱. گلباغی ماسوله، سید علی جبار. (۱۳۷۸). **درآمدی بر عرف**. قم: مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۳۲. لنگرودی، مجدمجعفر. (۱۳۷۰). **ترمینولوژی حقوق**. تهران: چاپ گلشن.
۳۳. محمصانی، دکتر صبحی. (۱۳۵۸). **فلسفه قانون گذاری در اسلام**. ترجمه اسماعیل گلستانی. تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر.
۳۴. جمعی از علماء وزارت اوقاف کویت. (۱۴۲۷). **الموسوعة الفقهية الكويتية**. کویت: دارالصفوه.
۳۵. مهیار، رضا. (۱۳۷۶). **فرهنگ ابجدی**. تهران: مؤسسه انتشارات اسلامی.
۳۶. نیشابوری، ابوالحسین مسلم بن الحجاج. (۱۴۰۷). **صحیح مسلم**. تحقیق: موسی شاهین لاشین و احمد عمرهاشم. بیروت: مؤسسه عزالدین.