



The Scientific Journal in Jurisprudence and Bases of Islamic law The ۱۵ rd.

Year/NO: ۳ autumn ۲۰۲۲

بازشناسی کاربرد عرف در نظام فقهی

خاطره شاهین فرد^۱ علی تولائی^۲ لیلا مهرابی راد^۳

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۶/۲۴

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۸/۱۹

چکیده:

عرف در حقوق موضوعه یکی از منابع قانون گذاری است به گونه ای که می توان بسیاری از مواد برآمده از نظم عمومی را برگرفته از عرف غالب دانست. مروری بر منابع متقدم نشان می دهد که عرف از همان سده نخستین، مستند برخی از فروع فقهی قرار گرفته است و فقیهان سده ۲ در نظام فقهی خود از آن بهره برده اند. جستار حاضر با روش توصیفی-تحلیلی و با نگرشی تاریخی به بازخوانی برخی از کاربردهای عرف در نظام فقهی پرداخته است. مهم ترین اختلاف میان امامیه و اهل سنت، صلاحیت آن برای تشریح است. در فقه امامیه عرف در تشخیص موضوع احکام و تبیین مفهوم و حدود و مصادیق آن پرکاربرد است. دلالت های التزامی گاه بر پایه ملازمات عرفی است و عرف این شایستگی را همواره داراست که قرینه ای بر تحدید و تبیین مراد شارع باشد. علاوه بر آن استکشاف حکم شرعی بر پایه عرف عام متصل به زمان معصوم (ع) می تواند سنت تقریری باشد. لازم به ذکر است که گاه قواعد اصولی احتجاج و استدلال هم بر پایه عرف عام کشف یا تأیید می گردد.

واژگان کلیدی: عرف، فقه امامیه، فقه اهل سنت، عرف عام، عرف خاص

Ava_shahin@yahoo.com

tavallaei@yazd.ac.ir

lmr۵۴۹۳@yahoo.com

۱. استادیار گروه حقوق، واحد شهر کرد، دانشگاه آزاد اسلامی، شهر کرد، ایران (نویسنده مسؤول).

۲. دانشیار دانشکده الهیات، دانشگاه یزد، یزد، ایران.

۳. مربی فقه و حقوق اسلامی دانشگاه پیام نور، ایران.

مقدمه

امروزه عرف در حقوق موضوعه یکی از منابع قانونگذاری است، البته باید متذکر شد که بحث عرف در فقه سابقه ای دیرین دارد. در میان آیات و روایات سخنانی در مورد توجه به عرف وجود دارد اما بررسی این اشارات نیازمند بازسازی تفکر شکل گرفته در مورد عرف است. از قرن دوم هجری که علم فقه شکل گرفته است بحث عرف جزو مباحث تأمل برانگیز فقهی بوده است. تعریف اصطلاحی ارائه شده از عرف در فقه مسلمین (اعم از تشیع و تسنن) یکسان نبوده ولی قرابت معنایی زیادی دارند هر چند که اغلب اختلافات در تعیین مصادیق و زاویه نگاه علماء به عرف است. مهم ترین عنصر اصطلاحی عرف در فقه دایره شمول و نحوه جاری شدن آن در فقه است.

با توجه به یافته های فقهی تاریخی، تحولات تاریخی در تعاریف اصطلاحی عرف تأثیر گذاری چندانی نداشته اند ولی دایره تأثیر گذاری عرف بر مسائل فقهی در دوره های مختلف با سده های نخستین یکسان نیست. عرف در طول تاریخ به جایگاه خاصی در فقه رسیده است. اهل تسنن عرف را دلیل مستقلى در مقابل دیگر ادله نمی دانند زیرا از نظر آنان کاربرد اصلی عرف غالباً مبتنی بر رعایت ضرورت و مصلحت و یا رفع مشقت و حرج در امور شرعی است. (ابوسنّه، ۱۹۴۷، ص. ۳۲) در میان شیعیان نیز عرف با عنوان مستقلى مورد بحث واقع نشده است، حال آنکه کاربرد وسیعی در جمع ادله دارد، به طوری که حتی حجیت بعض ادله اصولی مثل حجیت ظواهر قرآن و سنت با آن اثبات می شود، و نیز مرجع تحدید موضوعات فقهیه و اصولیه است، چنانکه بحث از عرف، شامل بنای عقلا و سیره متشرعه و غیر آن دو نیز می شود. بنابراین با توجه به کاربرد وسیع آن در فقه و اصول، سزاوار است که بحث کامل و مستقلى در مورد آن صورت گیرد و جایگاه عرف در استنباط احکام شرعی بخوبی شناسانده شود.

معرفت جایگاه عرف در فقه قطعاً به کاربردی تر شدن آن در نظام فقهی می انجامد اما باید این سوال را مطرح کرد که بازشناسی کاربرد عرف در فقه چگونه محقق می گردد؟!

کتاب ها و مقالات متعددی با رویکردهای متفاوت در خصوص عرف به رشته تالیف درآمده ولی مقاله حاضر با استخراج کاربردی های عرف در فقه متقدم مذاهب، رویکردی جدیدی دارد.

در این مقاله بعد از بررسی معنایی و اصطلاحی عرف در فقه با مرور نظرات فقهای شیعه و سنی، دایره کاربرد عرف در فقه آنها پرداخته شده است.

۱. معنانشناسی

اصل «ع ر ف» در لغت عرب در مفهوم ریشه ای «پی در پی آمدن» و نیز «سکون و آرامش» به کار رفته است. (ابن فارس، ۱۳۹۰، ص. ۲۸۱/۴) در مفهوم نخست عرف، بخش زبرین کوه و توده شن و نیز رستنگاه موی در پشت گردن جانوران و گاه انسان را گویند که در هر دو کاربرد در فارسی آن را «یال» خوانند. در مفهوم دوم یعنی سکون و آرامش اصل «معرفت و عرفان» به کار می رود. از این ریشه، «امربه معروف» را به دلیل سکون و آرامش به آن گویند زیرا انسان از امر منکر وحشت می کند و از آن دوری می جوید. در همین کاربرد، واژه «عرف»، به معنای معروف به کار می رود؛ زیرا سبب آرامش نفوس می گردد. (ابن فارس، ۱۳۹۰، ص. ۲۸۱/۴) لذا در برخی منابع لغوی با خیر، رفق و احسان تعیین مصداق شده است. (فیومی، ۱۳۲۵، ص. ۶۲/۲) در این معنا شعر نابغه قابل ذکر است:

أبي الله إلا عدله و وفاءه
فلا التكر معروف ولا العرف ضائع^۱

۱. این شعر بیٹی از یک قصیده عینیہ است کہ نابغه ذبیانی دربارہ نعمان بن منذر سروده است و ضمیر در عدله و وفاء به نعمان رجوع می کند.

خداوند جز عدل و وفاداری از او (نعمان) نمی‌پذیرد، چون بدی، امر پسندیده ای نیست و نیکی تباه و ضایع نمی‌شود (و از بین نمی‌رود).

از نظر مفهوم اصطلاحی، علما در تعریف عرف، عباراتی آورده اند از آن جمله: «العادة والعرف ما استقر النفوس من جهة العقول و تلقته الطباع السليمة بالقبول» (ابن عابدین، بی تا، ۱۱۲/۲)، البته باید توجه داشت که کاربرد دو قید «عقل» و «طبايع سالم» در تعریف عرف، آن را منحصر به موارد بناء عقلا چون اخذ به ظهورات و قول افراد ثقه و نیز منحصر به عرف صحیح می‌نماید در حالیکه عرف اعم از آن است. (خرازی، ۱۳۶۷، صص ۶۶-۶۷) لذا می‌توان در تعریف عرف آن را عبارت از قول، فعل یا ترک فعلی که توسط مردم پذیرفته شده و در میانشان شایع است و در تمامی زمانها و مکانها یا در برخی از آنها، بر طبق آن رفتار شده باشد، تعریف کرد. (خرازی، ص ۶۷؛ زحیلی، ۱۴۱۸، ص ۱۵۸؛ جعفری لنگرودی، بی تا، صص ۴۴۷-۴۴۸) در همین مفهوم، اصطلاح عادت، عرف عقلا، عرف و عادت نیز گاهی استعمال می‌شود. گفتنی است برخی عرف و عادت را از حیث مصداق به معنای واحد دانسته اند، اگر چه از حیث مفهوم، مختلف باشند. (ابن عابدین، بی تا، ص. ۱۱۲/۲)؛ زیرا عادت، شامل عادت ناشی از عامل طبیعی و نیز عادت فرد می‌گردد. (خرازی، ۱۳۶۷، ص. ۶۷)

۲. گونه های عرف

تعریف مذکور از عرف، شامل عرف عملی و عرف قولی می‌گردد و هر کدام عرف خاص یا عرف عام است. همچنین عرف از نظر اعتبار در شرع به عرف صحیح و عرف فاسد بخش می‌گردد. (زحیلی، ۱۴۱۸، صص. ۱۵۸-۱۵۹)

۲-۱ عرف عملی و قولی

عرف عملی عبارت است از تمامی روشها و آداب و رسوم مردم در افعال عادی یا معاملات مدنی چون خوردن گوشت خاصی در برخی مناطق یا استفاده از ابزارهای مختلف و نیز تقسیم مهر به «معجل» و «مؤجل» و رواج بیع معاطات بدون وجود صیغه لفظی. (ابن عابدین، بی تا، ص. ۱۱۲/۲-۱۱۳؛ زحیلی (۱۴۱۸)، ص. ۱۵۸). همچنین گفته شده است که عرف عملی شامل تمامی انصرافهای لفظی که مبتنی بر رسوم ثابتی است می‌گردد. (خرازی، ۱۳۶۷، صص. ۷۰-۷۱)

عرف قولی یا لفظی، استعمال برخی الفاظ یا ترکیبات لغوی در معنای معینی است که در لغت مأنوس نیست. به عنوان نمونه لفظ «ولد» بر پسر نه دختر اطلاق می‌گردد و نیز لفظ دابه بر اسب اطلاق می‌شود (ابن عابدین، بی تا، ص. ۱۱۲/۲-۱۱۳). همچنین لفظ طعام توسط اهل حجاز بر «گندم» اطلاق شده است، اگر چه در عرف، طعام، اسم هر نوع خوردنی است. (فیومی، ۱۳۲۵، ص. ۲۲/۲)

۲-۲ عرف عام و عرف خاص

عرف عام، عرفی است که غالب مردم، با اختلاف زمانی و مکانی و فرهنگی و سطوح مختلف علمی، در آن شرکت دارند. بر اساس این تعریف بسیاری از ظواهر عمومی اجتماعی چون «رجوع جاهل به عالم» نیز جزء عرف عام است. (خرازی، ۱۳۶۷، ص. ۶۸) از نمونه های عرف عام می‌توان به رواج عقد استصناع و نیز داخل شدن به حمام بدون تقدیر اجرت یا زمان مکث یا مقدار آب مصرفی (زحیلی، ۱۴۱۸، صص. ۱۵۸-۱۵۹) و همچنین تبعیت وسایل و ابزار متعلق به چرخهای ماشین در خرید و فروش اتومبیل (خرازی، ۱۳۶۷، ص. ۶۹) اشاره کرد. نمونه ای دیگر از عرف عام این است که در صورت عدم تعیین زمان پرداخت اجاره بهاء ریالی خانه ای که برای مدت دو سال به اجاره واگذار شده است، آن مبلغ باید با اقساط ماهانه پرداخت شود. (شهیدی، ۱۳۷۹، ص. ۳۰۴/۲)

عرف خاص، عرفی است که بین اهالی یک شهر یا اقلیم یا گروه معینی متعارف است. (زحیلی، ۱۴۱۸، ص. ۱۵۲) به عنوان نمونه اگر در شهری رسم باشد که جهیزیه دختر را به قصد ملکیت او بپردازند نه عاریه ای و در شهر دیگر، بر عکس آن باشد، هنگام نزاع و اختلاف صدق مدعی و منکر به حب اختلاف عرفها و رسومی که در آن مناطق تثبیت شده است فرق می‌کند. (خرازی، ۱۳۶۷، صص

۶۹- ۷۰) همچنین باید اضافه نمود که مواردی چون الفاظ وقف، وصایا و سوگندها و مصادیق حرز در اموال مسروقه، در مناطق و زمانهای مختلف فرق می کند. (خرازی، ۱۳۶۷، ص. ۶۹) در برخی شهرستانها تخم مرغ را عددی معامله می کنند و یا عرف خاص پیمانکاری قابل اشاره است که معمولاً ده درصد مبلغ قرارداد را به هنگام امضای قرارداد دریافت می دارند. (شهیدی، ۱۳۷۹، ص. ۳۰۴/۲)

۲-۳ عرف صحیح و عرف فاسد

آنچه بین مردم متعارف است و موجب تحریم حلال یا تحلیل حرام نمی گردد. از قبیل دادن بیعانه و اینکه زن تنها پس از قبض برخی از مهر به خانه شوهر می رود و اینکه مهر بر دو قسم است: نقد و در ذمه. (زحیلی، ۱۴۱۸، ص. ۱۵۲)

عرف فاسد، عرفی است که بین مردم متعارف است و موجب تحلیل حرام و یا تحریم حلال می گردد. مانند رواج رباخواری، معامله ربوی با بانک و اختلاط زن و مرد در جشنهای عمومی. (زحیلی، ۱۴۱۸، ص. ۱۵۹)

۳. پیشینه تاریخی

در سخن از پیشینه تاریخی عرف، نخست باید نظر خود را به نصوص دینی - کتاب و سنت نبوی - معطوف داریم و سپس آثار صحابه و تابعین و شاگردان آنها و فقیهان امصار را بررسی کنیم: خداوند متعال در آیه ۱۹۹ سوره اعراف پیامبر (ص) را امر به «عرف» نموده است.^۱ این آیه شریفه مورد تمسک برخی از علما برای اعتبار عرف قرار گرفته است. (ابن عابدین، بی تا، ص. ۱۱۳/۲) در گزارش یکی از علمای افریقیه به نام عبدالخالق بن عبدالوارث سیوری از ابوبکر بن عبدالرحمان آمده است که آیه مذکور در حکم به عرف حجت است؛ اگر چه مراد از عرف، عادت نیست، بلکه معروف است که ضد منکر است (ابن عربی، ۱۴۱۵، ص. ۷۸۸/۲)

این معنا از سوی پاره ای از علما نیز تأیید گشته است. به عنوان نمونه ای تاریخی باید به گزارش منقول از عبیدالله بن زبیر در صحیح بخاری اشاره نمود که نزول آیه مذکور از سوی خداوند را تنها درباره «اخلاق مردم» دانسته است. (خرازی، ۱۳۶۷، ص. ۸۲)

به نقل از نظریه ی العرف خیاط، ۲۵؛ بخاری، ۱۴۲۲، ص. ۶۰/۶) راوندی فقیه امامی سده ۶ق، عرف را هر آنچه در عقل یا شرع فعل آن حسن است معنا کرده است. (راوندی، ۱۳۹۷، ص. ۴۲/۲) به هر تقدیر عرف به معنای معروف از همان سده نخستین مستند برخی از فروع فقهی قرار گرفته است که می توان به نمونه های زیر اشاره نمود:

الف: ابن عباس از کبار صحابه در مواردی که کالای پیش خرید شده در عقد سلم در هنگام فرارسیدن مدت به طور کامل موجود نبود با تمسک به «معروف» قائل بود که مشتری می تواند کالاهای موجود را اخذ کند و به نسبت، بقیه سرمایه را از بایع پس بگیرد. (تولائی، ۱۳۷۹، ص. ۷۷)

ب: تولیت در طعام قبل از قبض در دوره تابعین و شاگردان آنها از سوی برخی از فقیهان بوم های مدینه، مکه و بصره با استناد به - معروف بودن آن پذیرفته گردید، لذا از ممنوعیت بیع طعام، قبل از قبض استناد شده

بود. (کاسانی، ۱۳۲۸، ص. ۲۲۳/۵) ر.ک: تولائی، ۱۳۷۹، ص. ۸۵)

ج: فقیهان حدیث گرای مدینه، ماهیت بیع به گونه «مکایسه» و «معروف» را متفاوت دانسته و بر اساس آن، احکام متفاوتی صادر کرده اند که از سوی فقیهان رأی گرای عراق مورد نقد قرار گرفته است. در دیدگاه شافعی نیز «معروف» موجب حلیت یا حرمت بیع نخواهد شد. (شافعی، بی تا، ص. ۳۲/۳)

^۱ «خذ العفو و أمر بالعرف»

د: ابن قاسم فقیه مالکی مصر با استناد به «معروف» کفایت یکی از دو متفاوت را بر شریکش جایز نمی دانست. (ابن قاسم، ۱۳۲۳، ص. ۸۰/۵-۸۱) در همین باره باید به آیات ۲۳۳ سوره بقره^۱ و ۱۹ سوره نساء^۲ اشاره کرد که درباره نفقه همسر و معاشرت با او نازل شده است. شیخ طوسی فقیه امامی سده ۵ق، با استناد به آیات یاد شده، مقدار، جنس و کیفیت نفقه را به عرف واگذار کرده است. مثلاً درباره گوشت می گوید، هفته ای یکبار لازم است زیرا عرف است و باید در روز جمعه باشد زیرا عرف عام است. (طوسی، ۱۳۷۸، ص. ۷/۶) همچنین در مورد وجوب گرفتن خدمتکار برای زن و نفقه دادن به او به عرف و عادت استناد جسته است. (طوسی، ۱۳۷۸، ص. ۴/۶)

لازم به ذکر است که خداوند در آیات شریفه ۴ سوره مائده^۳ و ۱۵۷ سوره اعراف^۴ مسلمانان را در تشخیص طیب و خبیث به عرف و عادت آنها ارجاع داده است.

بر اساس تحلیل شیخ طوسی، طیب بر چهار چیز؛ یعنی، حلال، طاهر، آنچه اذیتی در آن نیست و آنچه نفس آن را طیب می شمارد، اطلاق میگردد. مراد از طیب در آیه شریفه حلال نیست؛ زیرا سؤال آنها درباره حلال بود. همچنین مراد آنچه اذیتی در آن نیست چون زمان و مکانی که گرم یا سرد نیست^۵ نمی باشد زیرا ماکول توصیف به آن نمی گردد. همچنین طاهر نیز تنها در شرع تعریف می گردد، بنابراین مراد تنها چیزی است که آن را طیب می شمارند نه خبیث. لذا عرف و عادت در این مسأله معتبر است. (طوسی، ۱۳۷۸، ص. ۲۷۸/۶-۲۷۹)

در سنت نبوی نیز به حدیث منقول از نبی اکرم (ص) با مضمون « ما رأه المسلمون حسنا فهو عندالله حسن و ما رأه المسلمون قبیحا فهو عندالله قبیح»، باید اشاره کرد که به عنوان یکی از ادله اعتبار عرف مطرح شده است. (ابن عابدین، بی تا، ص. ۱۱۳/۲ و ۱۱۸؛ زحیلی، ۱۴۱۸، ص ۱۶۰-۱۶۱) درباره این اثر باید گفت که بنا به گفته علائی، در هیچیک از کتب حدیث به گونه مرفوع یا با سند ضعیف یافت نشد بلکه قول ابن مسعود و موقوف بر اوست که احمد بن حنبل در مسند خود آن را اخراج کرده است. (ابن عابدین، بی تا، ص. ۱۱۳)

در میان آثار تابعین گرایش ابن سیرین از قاضی شریح جالب توجه است. وی در دعوی گروهی از نخ ريسان، رویه و سنت جاری میان آنها را تأیید می کند. (ابن ابی شیبه، ۱۴۰۰، ص. ۳۳۸/۷)

با وجود جایگاه عرف و عادت، استعانت از عرف به عنوان یکی از ادله در یک نظام فقهی را در عهد فقیهان امصار شاهدیم که در این میان جایگاه ابوحنیفه و مالک را نمی توان نادیده گرفت.

۱-۳ فقه ابوحنیفه

یکی از گزارشهای تاریخی مربوط به دلیل عرف که به ویژه در باب معاملات حائز اهمیت است، گزارش حماد بن ابوحنیفه از ابوحنیفه است. بر اساس این گزارش ابوحنیفه کرایه حیوان بدین نحو که هر روز بهاء معینی پرداخت شود را با استناد به «تعامل مردم» و بر خلاف قیاس جایز می دانست و چنین می گفت: « ان من لم يدع القیاس فی مجلس القضاء لم یفقه» (تولائی، ۱۳۷۹، ص. ۱۷۵). این گزارش در کنار گفتاری از سهل بن مزاحم مبنی بر اینکه ابوحنیفه در موارد قبح قیاس به استحسان روی می آورده و در پاره ای از مسائل به «تعامل مسلمین» (عرف) رجوع کرده است (پاکتچی، بی تا، ص. ۳۹۱/۵؛ ۴۴۴/۸) می تواند نشان دهنده

^۱ « و علی المولود له رزقهن و کسوتهن بالمعروف »

^۲ « و عاشروهن بالمعروف »

^۳ « یسئلونک ماذا أحل لهم قل أحل لكم الطیبات »

^۴ « یحل لهم الطیبات و یحرم علیه الخبائث »

^۵ « هذا مکان طیب و زمان طیب »

جایگاه عرف در نظام فقهی ابوحنیفه باشد. بدین ترتیب عرف و تعامل مردم در عدول از قیاس به استحسان نقش دارد به گونه ای که مواردی چون ناسازگاری قیاس با روابط متعارف اجتماعی و جریان مرسوم معاملات سبب این عدول می گردد و همانگونه که سرخسی فقیه حنفی تصریح کرده است «المستحسن من القیاس بالعرف لا یرد نقضا علی القیاس». (طوسی، ۱۳۷۸، ص. ۱۶۰/۱۲) گفتنی است که حجیت عرف نزد فقیهان حنفی به حدی است که گاه حکم ثابت به عرف را در ردیف حکم ثابت به نص دانسته و تخصیص عموم نص را به عرف عام جایز شمرده اند. (پاکتچی، بی تا، ص. ۳۹۹/۵) در شرح سرخسی بر السیر الکبیر محمد بن حسن شیبانی عباراتی بسان یک قاعده درباره کاربرد عرف آمده است از جمله «الثابت بالعرف کالثابت بالنص»، «المطلق من الکلام یتقید بدلالة العرف»، «العادة المعتبرة في تقييد مطلق الکلام»، «المعروف بالعرف کالمشروط بالنص»، «العادة تجعل حکما اذا لم یوجد التصريح بخلافه». (حمید الله، ۱۳۷۳، صص. ۷۷/۱ - ۷۸)

ترجمه: «هر حکمی که با عرف ثبت شود مثل آن است که با روایت ثابت شده است»، «کلام مطلق با دلالت عرف مقید می شود»، «عرف در تقييد اطلاق کلام، معتبر است»، «آنچه که قید عرفی دارد مثل چیزی است که مشروط شده است به سبب روایت»، «عادت (و عرف مردم) جعل حکم می کند زمانی که دلیل (شرعی) بر خلاف آن وجود نداشته باشد».

قانون نامه رسمی دولت عثمانی که بر اساس مذهب حنفی است، با پذیرش حجیت عرف، کاربرد آن را در مواد ۳۶ تا ۴۵ بدین شکل آورده است: «العادة محكمة»، «استعمال الناس حجة»، «الممتنع عادة کالممتنع حقيقة»، «لا ینکر تغییر الأحكام بتغيير الأزمان»، «الحقیقة تترك بدلالة العادة»، «انما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت»، «العبرة للغالب الشایع»، «المعروف عرفا کالمشروط شرطا»، «المعروف بین التجار»، «التعین بالعرف کالتعین بالنص»

ترجمه: «عرف مردم قابلیت جعل حکم دارد»، «آنچه مردم انجام می دهند حجیت دارد»، «آنچه در عرف، ممنوع است در واقع هم ممنوع است»، «نمی توان تغییر احکام به سبب تغییر زمان را انکار کرد»، «حقیقت با عادت مردم از بین می رود»، «عادت بین مردم فقط زمانی اعتبار دارد که شایع شده و غلبه پیدا کند»، «فقط چیزی معتبر است که (در میان مردم) رایج باشد»، «آنچه که مقید به عرف است مثب چیزی است که مشروط به شرطی باشد»، «آنچه که در بین تجار عادی و رایج است»، «تعیین به سبب عرف مثل تعیین به سبب روایت است»

برای نمونه هایی از عمل به عرف در فقه حنفی در باب معاملات می توان به موارد زیر اشاره کرد:

الف: ابوحنیفه، عقد استصناع (سفارش ساخت) را همانند سلم بر پایه قیاس بیع معدوم می دانست که در سنت نبوی از آن نهی شده بود اما با تکیه بر استحسان و به دلیل تعامل مردم قائل به جواز آن گردید. (کاسانی، ۱۳۲۸، ص. ۳/۵. برای تحلیل بحث ر.ک: تولائی، ۱۳۷۹، ص. ۱۴۲)

در فقه حنفی مشروعیت استصناع به دلیل تعامل مردم (عرف) محدود به کالاهایی شده است که سفارش ساخت آنها معمول است، لذا سفارش دوخت لباس به دلیل معمول نبودن آن نمونه ای از استصناع فاسد در نظر گرفته شده است. (تولائی، ۱۳۷۹، صص. ۱۴۶-۱۴۷)

ب: بر پایه فقه حنفی مواردی مانند اجرت پیشه وران که عرف تجاری آنها را ملحق به سرمایه (بهاء اولیه) می داند، اشکالی در بیع تولیت ایجاد نمی کند. (تولائی، ۱۳۷۹، ص. ۸۷)

ج: پیشه وری که کار دریافتی از مردم را در قبال نصف آن به عاملی که او را در مغازه خود جای داده است واگذار کرده و گونه ای از عقد مشارکت در اعمال با او منعقد نموده است، هر چند این قرارداد بر اساس قیاس به دلیل مجهول بودن اجرت اجیر یا اجاره بها فاسد است، اما به دلیل تعامل مردم بر پایه استحسان جایز شمرده شده است به گونه ای که برکنار نهادن این تعامل مستلزم حرج است. (تولائی، ۱۳۷۹، ص. ۱۶۱)

۲-۳ فقه مالک

در مبانی فقهی مالک، باید به سیره یا عمل اهل مدینه به عنوان یکی از مستندات نقلی مالک اشاره کرد. وی نه تنها برای سیره فقیهان و اهل علم، بلکه برای سیره عامه مدنیان نیز اصالت و موضوعیت قائل شده است. (پاکتچی، بی تا، ص. ۴۴۵/۸) و حتی در مواردی حدیثی را به دلیل اینکه عمل اهل مدینه بر آن نبوده است، ترک گفته که می توان به حدیث «المتبایعان بالخیار» اشاره کرد. (ابن رشد، ۱۴۰۶، صص. ۱۷۰/۲-۱۷۱) از نمونه های استناد مالک به عمل اهل مدینه می توان به تولیت و بیع بارنامه اشاره کرد. مالک در جواز تولیت در طعام و غیر طعام، چه قبل از قبض یا پس از آن به سیره اهل مدینه استناد بسته است. (تولائی، ۱۳۷۹، ص. ۸۵) نیز بیع بارنامه را در صورت مطابقت کالای موجود در بار با صورتحساب لازم دانسته و حق خیار مشتری را نفی نکرده است. (تولائی، ۱۳۷۹، ص. ۹۱) گفتنی است سیره اهل مدینه در مواردی از سوی محمد بن حسن شیبانی شاگرد ابوحنیفه به نقد کشیده شده است (شیبانی، ۶۲۱/۲-۶۲۳).

بنا به گفته ابن عربی فقیه مالکی سده ۶ق، «قاعده عرف» یکی از قواعد ده گانه ای است که احکام معاملات در مذهب مالکی بر آن استوار است. (ابن عربی، ۱۴۱۵، ص. ۲۷۸/۵) به عنوان نمونه ای جالب توجه در فقه مالک می توان به تعریف بیع بر اساس عرف اشاره کرد. بر اساس یک نگرش عرفی که از مالک گزارش شده است «هر آنچه که مردم آن را بیع می شمارند، بیع است»، وی بر اساس این تعریف، معاطات را به عنوان بیع پذیرفته است. (قرافی، بی تا، ص. ۱۴۳/۳)

به طور کلی در گزارش ابن تیمیه آمده است که اهل مدینه، مرجع در عقود را عرف و عادات مردم قرار داده اند که مورد پذیرش ابن تیمیه قرار گرفته است. (ابن تیمیه، بی تا، ص. ۶۱) همچنین بر اساس گزارشی از رأی مالک در المدونه، در آن روزگار مردم گوشت را با بهای معلوم خریداری کرده به نحوی که خریدار هر روز وزن مشخصی از آن را دریافت می داشت. این شیوه از معامله در دیدگاه مالک با استناد به عرف جایز شمرده شده است. در مقابل شافعی آن را از مصادیق بیع دین به دین دانسته است. (تولائی، ۱۳۷۹، ص. ۱۷۳)

۴. کاربرد عرف در نظام فقهی

بدون تردید در حقوق وضعی، عرف یکی از مصادر قانونگذاری محسوب می گردد و بسیاری از مواد قانونی و قوانین آمده یا قوانین مربوط به نظم عمومی، برآمده از عرف شایع در شهرها است. (زحیلی، ۱۴۱۸، ص. ۱۵۹ و ۱۶۰)

۱-۴ فقه اهل سنت

اگر چه این شبهه وجود دارد که عرف نزد اهل سنت دلیل مستقلاً در مقابل سایر ادله است، اما همانگونه که برخی از محققان به آن تصریح کرده اند، عرف دلیل شرعی مستقل نیست؛ زیرا غالباً مبتنی بر رعایت ضرورت و مصلحت و یا رفع مشقت و حرج در امور شرعی است. (زحیلی، ۱۴۱۸، ص. ۱۶۰) بر این اساس عرف یکی از اسباب اباحه فعل با تغییر حکم است؛ زیرا عدم اعتبار آن، حرج بزرگی برای مردم است. (زحیلی، ۱۴۱۸، ص. ۱۶۱)

درباره تنقیح جایگاه عرف در استنباط احکام در دیدگاه اهل سنت عنایت به دو نکته اساسی ضروری است:

اولاً: عرف قدرت معارضه با نصوصی که مشتمل بر احکام ثابت است که مصالح آنها با تغییر زمان تغییر نمی یابد همانند نصوص ربا، خمر، میراث، حدود، قصاص و مشابه آن را ندارد. (رفیق، ۱۹۹۸، ص. ۹۳۵-۹۳۶) به تعبیر دیگر مخالفت عرف با نصوص شرعی اگر به گونه ای باشد که مستلزم ترک نص به طور کلی گردد، همانند متعارف بودن بسیاری از محرمانت از قبیل ربا، شرب خمر و پوشیدن حریر و طلا و... معتبر نیست؛ اما اگر دلیل عام باشد و عرف در برخی از افراد آن با آن مخالف باشد یا دلیل قیاس باشد، عرف عام برای تخصیص آن صلاحیت دارد چون مسأله استصناع. (ابن عابدین، بی تا، ص. ۱۱۴/۲) لازم به ذکر است

که حتی برخی از فقیهان حنفی نیز تعامل بر خلاف نص را معتبر ندانسته اند به همانگونه که مشقت و حرج را در موضع غیر منصوص معتبر نمی دانند. (ابن عابدین، بی تا، ص. ۱۱۳/۲)

ثانیا: اعراف و عوائد، چیز جز مصالح معتبر میان مردم نیست که شریعت آن را معتبر دانسته است. بنابراین اعتبار عرف گونه ای از ضرورت شرعی است که در صورت عدم اعتبار منجر به تعطیل مصالح و تکلیف مالایطاق می گردد. بر پایه آن، عرف روح شریعت است نه اینکه اصلی مستقل باشد. (رفیق، ۱۹۹۸، ص. ۹۳۵/۱)

بر اساس آن بسیاری از عرفهای تجاری و برنامه ریزیهای سیاسی، اقتصادی، اجتماعی که لازمه نیازها و مصالح مردم است، مادامی که با نصوص تشریحی معارض نباشد، معتبر است. (زحیلی، ۱۴۱۸، ص. ۱۶۴)

بنابراین عرف در نزد فقیهان اهل سنت در تفسیر نصوص تشریحی حجت است و در تشریح، تعدیل احکام و بیان و تحدید انواع الزامات و التزامات در عقود و تصرفات و افعال عادی که دلیلی جز عرف ندارد، مراعات می گردد. گاهی در هنگام ضرورت نص خاص ترک می گردد و به عرف عمل می شود و گاهی عموم یا اطلاق نص با عرف تخصیص می خورد و مقید می گردد و گاهی با عرف از قیاس اجتهادی که تنها مستند به مصلحت زمانی است و نه نص، دست کشیده می شود. (زحیلی، ۱۴۱۸، ص. ۱۶۰)

۲-۴ فقه امامیه

در فقه امامیه به طور کلی دو نوع برخورد با عرف شده است. برخی با بازکردن ویژگی عقلانی بودن و ارائه این مطلب که عرف را باید مرتبه ای از مراتب عقل دانست، سعی در محدود کردن عرف داشته اند. در مقابل برخی دیگر با آمیختن و گنجانیدن سیره متشرعه، ارتکاز عقلا و متشرعه یا بنای عقلا و وضع اصطلاح «مواقف عقلانیه» در صدد گسترش دایره این مکتب برآمده اند. (گلباغی ماسوله، ۱۳۷۸، ص. ۱۳۷ - ۱۳۸) بر اساس این نظریه بنای عرف و عقلا بر خلاف حکم عقل، کاشف از حکم واقعی نیست؛ بنابراین حجیت آن نیازمند امضای شارع یا عدم منع اوست، بنابراین می توان نتیجه گرفت که عرف در واقع تابعی از سنت است و دلیل مستقلی در مقابل کتاب و سنت نیست. (خرازی، ۱۳۶۷، ص. ۸۰)

در واقع ملاک صحت عرف، عدم مخالفت با نص شرعی است و تفاوتی نمی کند که مخالفت مزبور به نحو تباین یا تخصیص باشد. تنها کاربرد عرف را در دو جا می توان مشاهده نمود:

الف: اگر عرف لفظی موجب انصراف لفظ از معنای لغوی گردد، معتبر است. مثلاً اگر استعمال لفظ بیع، اجاره، صیام و صلاة در عصر نزول در معنایی متعارف بود، از باب تقدم حقیقت عرفیه بر حقیقت شرعیه، دلیل شرعی بر آن معنای متفاوتی حمل می شود. (خرازی، ۱۳۶۷، ص. ۷۲ - ۷۳) همچنین ممکن است عرف و عادت قرینه ای باشد که اطلاق در مقام معاملات و استعمالات منصرف به آن می گردد. لذا کلام متعاقبین برای تعیین موضوع و نه حکم بر آن حمل می گردد.

به عنوان نمونه اگر در عرف شرعی باربر و حامل کالا را تا درب خانه حمل کند، اگر شخص حمالی استخدام کرد، مستأجر حق ندارد که از او بخواهد کالا را تا داخل خانه ببرد و در صورت عکس چنین حقی دارد، هر چند در عقد ذکر نشده باشد. بنابراین عادت قرینه ای است که در تعیین مراد جایگزین لفظ می گردد. (آل کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ص. ۳۱/۱ - ۳۲)

ب: اگر مورد متعارف امری باشد که در نفوس مردم تثبیت شده باشد به طوری که نص عام شرعی صلاحیت مقابله و دفع آن را نداشته باشد اشکالی ندارد که مورد عرف از باب تخصص و نه تخصیص از موضوع دلیل عام شرعی خارج باشد، مانند عرف عملی بر اعتماد به قول افراد ثقة به گونه ای که چون علم عادی و طبیعی است لذا دلیل عام شرعی که از اتباع ظن نهی کرده شامل آن نمی گردد و معلوم است که این عرف عام با دلیل عام شرعی مخالفتی ندارد نه تباین و نه تخصیص. اینگونه از بنای عرفی نیز در نظر شارع حجت است زیرا با اینکه شارع از این بنای عرفی اطلاع داشته، آن را رد نکرده است. (خرازی، ۱۳۶۷، ص. ۷۲ - ۷۳)

موارد کاربرد عرف در فقه امامیه را می توان به شرح زیر بر شمرد (خرازی، ۱۳۶۷، ص. ۷۸ - ۷۹):

اولاً: کشف حکم شرعی در مورد فقدان نص شرعی همانند مشروعیت عقد استصناع، البته این کشف در صورتی معتبر است که ثابت شود عرف از عرفهای عامی است که به زمان و مکان خاصی مربوط نمی گردد تا بدین وسیله با آن به عصر معصوم (ع) برسیم و تقریر معصوم (ع) را دارا باشیم که در این حالت سنت تقریر می شود. سیره متشرعه و بنای عقلا از جمله این موارد است. ثانیاً: تشخیص مفاهیم و حدود و مصادیق آن. در تبیین آن باید گفت که در لسان برخی ادله، مواردی موضوع احکامی قرار گرفته است که برای تشخیص این موضوعات باید به عرف رجوع کرد. از میان این موضوعات باید به معنای غسل و عصر، صوب کفن و کسوه معنای دفن و صعید و عورت، فعل کثیر، جهر و اخفات، کثیر الشک، سهو و سفر، اطعام، منافیات مروت، بدو صلاح، معنای قبض، معنای فوریت در خیارات و شفعه، همسایه در باب وصیت، معنای احیاء و حرز سارق و . . . اشاره کرد که به دلیل انصراف لفظ به معنای عرفی و تقدم آن بر معنای لغوی در صورت تعارض، مرجع عرف است. دلیل بر آن این است که رسالت به لسان قوم است و کلمات اصولیین در باب اوامر و نواهی، مفاهیم و مفاتیق، اجمال و بیان، عموم و خصوص و اطلاق و تقیید دائر مدار آن است، چه در تمامی این مسائل بر مستفاد از عرف تکیه می گردد. (مراغی، ۱۴۱۷، ص. ۱/۲۲۰)

ثالثاً: کشف مراد گوینده زمانی که الفاظی را به طور مطلق ادا می کند. درباره شارع، اموری که مربوط به دلالت التزامی کلام شارع است در این مورد جای می گیرد، البته در صورتی که منشأ دلالت مذکور ملازمات عرفی باشد همانند حکم شارع به طهارت شرابی که سرکه شده عرفاً ملازم با حکم به طهارت ظرف آن است. همچنین مواردی که عرف صلاحیت دارد قرینه برای توضیح و تحدید مراد شارع باشد، از این باب است. اما نسبت به کشف مراد غیر شارع توسط عرف، تمامی موارد مربوط به اقرارها، وصیتها، شرطها، وقفها، اگر با الفاظی ادا شوند که دارای معانی عرفی باشند شامل این قسم است.

رابعاً: کشف دلایل شرعی و قواعد اصولی احتجاج توسط عرف همانند بنای عرف عام بر اخذ به ظواهر کلام یا اخذ به قول ثقات.

نتیجه گیری

عرف در حقوق موضوعه یکی از منابع قانونگذاری است به گونه ای که می توان بسیاری از مواد برآمده از نظم عمومی را برگرفته از عرف غالب دانست. مروری بر منابع متقدم نشان می دهد که عرف از همان سده نخستین، مستند برخی از فروع فقهی قرار گرفته است و فقیهان سده ۲ در نظام فقهی خود از آن بهره برده اند. اگرچه حجیت عرف نزد برخی از فقیهان اهل سنت به حدی است که گاه حکم ثابت به عرف را در ردیف حکم ثابت به نص دانسته و تخصیص عموم نص را به عرف عام جایز شمرده اند، اما همانگونه که برخی از محققان به آن تصریح کرده اند، عرف دلیل شرعی مستقل نیست زیرا غالباً مبتنی بر رعایت ضرورت و مصلحت و یا رفع مشقت و حرج در امور شرعی است. عرف نزد فقیهان اهل سنت در تفسیر نصوص تشریحی حجت است و در تشریح، تعدیل احکام و بیان و تحدید انواع الزامات و التزامات در عقود و تصرفات و افعال عادی، مراعات می گردد. در فقه امامیه عرف در تشخیص موضوع احکام و تبیین مفهوم و حدود و مصادیق آن پرکاربرد است. تکیه بر عرف بدان جهت است که دستورات شارع به لسان مردم نازل شده و لفظ به معنای عرفی برآمده از آن منصرف خواهد شد. دلالت های التزامی گاه بر پایه ملازمات عرفی است و عرف این شایستگی را همواره داراست که قرینه ای بر تحدید و تبیین مراد شارع باشد. علاوه بر آن استکشاف حکم شرعی بر پایه عرف عام متصل به زمان معصوم (ع) می تواند سنت تقریری باشد. لازم به ذکر است که گاه قواعد اصولی احتجاج و استدلال هم بر پایه عرف عام کشف یا تأیید می گردد.

پیشنهاد می شود کاربرست عرف در عصر حاضر با عنایت به رویکرد مقصد گرایی و کشف مقاصد و اهداف کلی شارع و قانونگذار در حوزه های گوناگون از جمله حوزه خانواده مستقلاً مورد بررسی قرار گیرد، برای رسیدن به این مقصود پیشنهاد می شود اثر المبسوط شیخ طوسی به عنوان الگوی کتاب دوره متقدم و کتاب التکاح آیت الله سبحانی به عنوان نمونه اثر فقهی در عصر حاضر انتخاب شده و کاربرست عرف در بحث خانواده مورد تحلیل و ارزیابی قرار بگیرد.

فهرست منابع

قرآن کریم

- آل کاشف الغطاء نجفی، محمد حسین. (۱۳۵۹). تحریر المجله، چاپ اول، نجف اشرف: المكتبة المرتضویه.
- ابن ابی شیبیه، عبدالله (۱۴۰۰ق/۱۹۸۰م، ص. المصنف (مختار احمد ندوی) بمبئی: دار السلفیه.
- ابن تیمیه، احمد (بی تا) الحججه علی اهل المدینه، (به کوشش زکریا علی یوسف، ص. مصر: مطبعة الامام.
- ابن رشد، محمد بن احمد، (۱۴۰۶ق/۱۹۸۶م)، بدایه المجتهد، بیروت: دار الفکر.
- ابن عابدین، محمد امین (بی تا، ص. نشر العرف فی بناء بعض الأحكام علی العرف ضمن مجموعه الرسائل ابن عابدین، بیروت: دار احیاء التراث العربی
- ابن عربی، محمد، (۱۹۹۲م). القیس فی شرح موطا مالک بن انس به، (کوشش محمد عبدالله ولد کریم، ص. بیروت.
- ابن عربی، محمد (۱۴۱۵ق/۱۹۹۵م)، عارضه الأحوذی بشرح صحیح الترمذی، (به کوشش هشام سمیر بخاری)، بیروت
- ابن فارس، احمد (۱۴۰۴ق)، معجم مقاییس اللغة، (به کوشش عبدالسلام محمد هارون)، چاپ اول قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.
- ابن قاسم، عبدالرحمن، (۱۳۲۳ق) المدونه الكبرى، قاهره .
- ابو سنه، احمد فهمی (۱۹۴۷)، العرف و العادة فی رأى الفقهاء، چاپ اول، قاهره: مطبعة الأزهر.
- البخاری الجعفی، محمد بن اسماعیل، (۱۴۲۲)، به کوشش محمد زهیر بن ناصر، دار طوق النجاة.
- پاکتچی، احمد (بی تا)، ابوحنیفه و اسلام، تهران: دائرة المعارف بزرگ اسلامی.
- تولائی، علی، (۱۳۷۹ش)، بررسی تاریخی تطبیقی دیدگاه فقها درباره عقود تا قرن پنجم هجری، پایان نامه تهران: کارشناسی ارشد دانشگاه امام صادق (ع)،
- جبار گلباغی ماسوله، علی، (۱۳۷۸ش)، در آمدی بر عرف، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۷۸)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش.
- جمعی از نویسندگان، مجله الأحكام العدلیه، کتابخانه آرام باغ.
- حمیدالله، محمد، (۱۳۷۳ش)، حقوق روابط بین الملل در اسلام آئین جهاننداری اسلامی، (ترجمه سید مصطفی محقق داماد)، تهران
- خرازی، محسن (۱۳۶۷)، پژوهشی درباره عرف، (ترجمه عباسعلی سلطانی)، مشکوه، زمستان، ش ۲۲.
- راوندی، قطب الدین (۱۴۰۵)، فقه القرآن، سید احمد حسینی، چاپ دوم، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی
- رفیق، عجم، (۱۹۹۸م) موسوعه مصطلحات اصول الفقه عندالمسلمین، بیروت
- زحیلی، وهبه، (۱۴۱۸ق/۱۹۹۷م)، نظریه الضرورة الشرعیة مقارنه مع القانون الوضعی، بیروت/دمشق
- سرخسی، محمد، (بی تا)، المبسوط، قاهره: مطبعة الاستقامة.
- شافعی، محمد بن ادريس، (بی تا)، الأم، به کوشش محمد زهری نجار، بیروت: دارالمعرفة.
- شهیدی، مهدی (۱۳۷۹ش)، حقوق مدنی، اصول قراردادها و تعهدات، تهران .
- طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷ش)، المبسوط فی فقه الامامیه، (به کوشش محمد تقی کشفی)، چاپ سوم تهران: المكتبة المرتضویه لاحیاء آثار الجعفری.
- فیومی، احمد بن محمد، (۱۳۲۵ق)، المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی، چاپ اول، قم، منشورات دار الرضی.

قرافی، احمد بن ادريس (بی تا)، الفروق ، بیروت: دارالمعرفه.
کاسانی، علاءالدین (۱۳۲۸ق)، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، کراچی .
مراغی، سید میر عبدالفتاح (۱۴۱۷ق.)، العناوین الفقهیه، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه ی
علمیه قم.

Recognition of the Usage of Customs in the Jurisprudence System

Convention is a source of subject laws so that we can consider many cases in the social order to be consequences of the common law or convention. A review of the early Islamic texts indicates that convention has been used as evidence for some minor jurisprudence rules, and the theologians of the ۲nd century AH have used it in their jurisprudence system. The present article takes a historical approach to review some functions of conventions in the jurisprudence system. The main difference between Imamieh and the Sunnite is the qualification of conventions in jurisprudence. In Imamieh convention is vastly applied to recognize the subject of rules and determine their concepts, limits, and instances. Implied significations are sometimes based on conventional requirements, and convention is always considered worthwhile as a clue to delimitations and determinations required by the jurisprudence expert. Moreover, exploration of jurisprudence based on the common law which is connected to the age of Innocent Imam (PBUH) can be a tradition. It must be reminded that the essential rules of reasoning and contention are discovered or confirmed on the basis of common law or convention.

Key words: convention, common law, Sunnite jurisprudence, Imamieh jurisprudence, general custom, special custom

