

تعامل عرف و عادت در قلمرو فقه و قانون

نامزد پوهنیار صفی الله ندیم^۱

تقریظ دهنده: الحاج مفتی عبدالحفیظ قرشی^۲

چکیده

عرف از دیدگاه شریعت اسلامی یک مستند بزرگی در بسا از احکام عملی در شعبات مختلف فقه در بین کتله‌ها و اجماع‌های گوناگون جامعه به حساب می‌رود. همین است که عرف در تولید، تجدید، تعدیل و تحدید حکم‌های فقهی در همه برهه‌ها نقش به‌سزایی دارد. در اصل عرف را حاجت‌ها و مضایقه‌های نو و فرانو تولید می‌کند و در بعدها خود آن به عنوان یک حکم و نظم در شریعت جاگرفته، یک توده‌ی بزرگی از معاملات مردم بر آن بنا می‌گردد.

چونکه عرف و عادت چیزی است که مردمان آن را از نظر عقل پسند کرده و طبیعت‌های سلیمه آن را به جبین باز قبول نموده‌اند. در حقیقت عرف در دنیای فقه و قانون آن قدر تأثیر خود را به‌جا گذاشته است که فقهای کرام تصریح کرده‌اند که در بسا از موارد همین عرف در اثبات استحسان نیز سبب گشته است.

چه بسا آیات در قرآن عظیم‌الشان موجود‌اند که از آن‌ها رفع حرج دانسته شده که آن به ذریعه عرف به میان می‌آید. فقه اسلامی وضاحت می‌دهد مسأله‌ای که به اساس عرف و عادت ثابت می‌شود، به مثابه‌ی این است که با یک نص ثابت شده باشد.

تقالید و محاکات که در هر جامعه تکرار می‌شوند، عرف آن‌جا به خودی خود متولد می‌گردد. این محاکات و تقالید چه‌گونه که در افعال تأثیر گذار است، همان‌گونه در اقوال نیز تأثیر خود را می‌ماند. همیشه چهار تطور (میل، عمل، تقلید و تکرار) عرف را به وجود می‌آورد که سرانجام از آن مثل یک دلیل شرعی استدلال و استفاده می‌گردد.

^۱ عضو کادر علمی دبیرتمنت ثقافت اسلامی پوهنحی شرعیات مؤسسه تحصیلات عالی سرپل

^۲ مهتمم جامعه‌ی دارالعلوم جوزجان

ایمیل آدرس نویسنده: nademsafullah@gmail.com

عرف از دیدگاه‌های مختلف به جهت‌های متفاوت چون لفظی و عملی، عام و خاص، مثبت معنای لغوی و فیصله کننده بر معنای لغوی، صحیح و فاسد، ثابت و متبدل تقسیم می‌گردد. یک عرف می‌تواند در ظاهر بر مشروعیت یک حکم دلیل باشد و هم‌چنان عرف این صلاحیت را دارد گاهی در تطبیق یک حکم بر حادثه‌ی در آن رجوع کرده شود و روی هم‌رفته عرفی نیز داریم در امور متعارفه به مثابه‌ی یک امر منطوق نازل کرده می‌شود.

عرفی که در اعتبار آن کدام دلیل شرعی‌ای موجود باشد، عمل کردن بر آن واجب است و عرفی که در نفی آن کدام دلیل شرعی یافت نشود، ترک آن واجب بوده، به هیچ وجه اعتبار ندارد. در کتاب‌های فقهی اگر مراجعه کنیم در می‌یابیم که در ادوار وحی نیز یک مقدار ازین نوع عرف‌ها با برجا گذاشته شده اند و در ادوار اجتهاد نیز عرف‌ها زرین‌ترین تاریخ را از آن خود کرده اند.

در این مقاله بحث‌هایی مورد نقد و بررسی قرار داده می‌شوند که برای هر مسلمان به ویژه کسانی که با فقه و قانون سروکار دارند، آگاهی از آن‌ها ضرور است. زیرا در واقع فقیه کسی است که از عرف به معنای واقعی کلمه معلومات داشته باشد. از امام محمد (ره) منقول است که می‌فرمایند: من لم یعرف عرف أهل زمانه فهو جاهل (فقه الواقع والاستقبال، در اسات فقهیه و علمیه: ۲۳۴، رد المحتار: ج ۵ ص ۴۹۹).

کلید واژه: عرف، عادت، فقه و قانون.

مقدمه

دیده شده که عرف در بسا از موارد در معانی کلام و مقاصد بشریت تفسیر واقع شده است. در اعتبار عرف بسا تسهیلات وجود دارد که بعضاً انسان را از تفصیل یک مقدار بزرگی از نصوص مستغنی می‌گرداند. ازین رو است که هیچ نص تشریح و تقنین در ادوار تاریخ از عرف مستغنی نخواهد بود و بسیار کمی از ابواب فقهی یافت می‌شود که در آن عرف دخلی نداشته باشد.

قوانین اعم از اسلامی و بین‌المللی در مجموع دو نوع منابع و مصادر دارند که می‌توانیم یکی از آن دو را به مصادر اصلی که عبارت از کتاب، سنت، اجماع و قیاس باشد و دومی را به مصادر تبعی که عبارت از نظریات فقهای کرام، عرف و عادات، معاهدات و کارنامه‌های مهم خلفای راشدین باشد، نام‌گذاری نماییم. در واقع نمی‌شود درین مقاله کوچک از همه‌ی این مصادر به صورت مفصل بحث کرد. بناءً مجال تحقیق ما همان واژه‌ی عرف و عادت خواهد بود که در قلمرو فقه و قانون از چه کاربردی برخوردار است.

در این جزوه طوری از عرف و عادت بحث شده که بعد از بیان معنای لغوی و اصطلاحی آن دو، دلائل عمل به عرف و عادت تشریح شده است. زیرا تنها همین دلایل اند که در واقع برای این دو (عرف و عادت) مشروعیت بخشیده اند. نظریه فقهاء و قانون‌پژوهان است که گفته اند: حکمی که به اساس عرف و عادت ثابت می‌گردد، به مثابه‌ی این است که با یک دلیل شرعی ثابت شده باشد. چیزی که در لابلا‌ی این گفتمان و بحث، بسیار مهم به نظر می‌رسد همانا یک چند قاعده‌ها و

اصول‌های فقهی اند که از آن‌ها احکام عرف و عادت و عرصه‌های کارآیی آن دو دانسته می‌شود. «العادة محكمة» منظورش این است که عادت عام باشد یا خاص برای اثبات یک حکم شرعی، حکم و فیصله کننده قرار داده می‌شود و هم‌چنان اصل «الحقیقة تترك بدلالة العادة» و اصل «التعین بالعرف کالتعین بالنص» برهان واضحی می‌باشد براین که در دنیای فقه و افتاء عرف و عادت از اهمیت ویژه‌ای برخوردار بوده و اصل‌های دیگری هم در زمینه وجود دارند که هر کدام در راستای فقه و قانون یک جهان پیام دارند.

در ادامه آنچه که خیلی توجه یک مرورگر را جلب می‌کند، همانا نحوه‌ی زایش و پیدایش عرف و عادت است که از آن نیز اینجا به صورت دقیق و دلنشین بحث به میان آمده است. دانستن حکم واقعی و عرصه‌های کاربردی عرف و عادت منوط و مربوط به دانستن تقسیم‌های آن می‌باشد. ازین رو این موضوع به عنوان یک فرآورد بس مهم در این جا محسوب گشته است. زیرا در ادامه خواهید خواند که بعضی از احکام مخصوص یک قسم خاصی از عرف چون عرف قولی خواهد شد. عرف و عادت در اصل چند قسم اند و کدام نوع از آن دو در دنیای فقه و قانون اعتبار دارد موضوع دیگری می‌باشد که درین مقاله گنجانیده شده است. چیزی که در اعتبار عرف و عادت افزایش داده و آن را تقویه می‌نماید، همانا رعایت شرایط آن است. پس برای کسانی که می‌خواهند طبق یک عرف مسئله را بیان بدارد، بایستی پیشاپیش از شرایط آن معلومات داشته باشد. همین است که از شرایط نیز به صورت مفصل زیر یک عنوان مستقل بحث کرده شده است. عرف و عادت در ادوار وحی و اجتهاد یک بحث خیلی برانده‌ای است که بالضروره آن را فقیه باید بداند و آن نیز اینجا تحقیق می‌گردد.

این موضوع، در اصل پیشینه تحقیق را تشکیل می‌دهد که یک مقاله لاجرم آن را داشته باشد. اهداف تحقیق عبارت از مجموعه‌ی همین بحث‌هاست که در ادامه با هر کدام از نزدیک آشنا خواهید شد.

بیان معنای لغوی و اصطلاحی عرف و عادت

عرف در لغت به معنای چیز معروف و معمول، خوی و عادت، نیکویی و جوان‌مردی می‌آید. (لغت نامه دهخدا، واژه عرف) و در اصطلاح عرف عبارت از یک امر متداول و معروف در بین مردمان می‌باشد که به خود حیثیت عادت را گرفته باشد. روی هم‌رفته عادت نیز از عود مشتق شده که به معنای یک چیز بسیار تکرار شونده می‌آید که تقریباً برای انسان به یک فعل جبلی و خلقی تبدیل شده است. و فی شرح الأشباه للبیری عن المستصفی: العادة والعرف ما استقر فی النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول و فی شرح التحرير: العادة هی الأمر المتكرر من علاقة عقلية (رسائل ابن عابدین: ج ۲ ص ۱۱۴).

به باور من قوی‌ترین تعریف درین باب، همانا تعریف دوکتور مصطفی، احمد زرقاء، امام قرافی

مالکی و ابن فرحون طرابلسی است که می‌نویسند: عادة جمهور قوم فی قول او فعل. (المدخل الفقهي العام: ۸۷۲) - و قال القرافي فی التفتيح و ابن فرحون فی التبصرة و الطرابلسی فی معین الحکام: العادة غلبة معنی من المعانی علی جمیع البلاد او بعضها (العرف و العادة فی رأی الفقهاء: ۱۲). در بین عرف و عادت به اعتبار معنای لغوی نسبت عموم و خصوص مطلق وجود دارد که عادت اخص مطلق و عرف اعم مطلق است، ولی در اصطلاح فقهای کرام و قانون‌دانان عرف و عادت دارای یک مصداق است که عبارت می‌باشد از یک امر معمول و متداول در بین مردم که آن را عقل سلیم و طبیعت سالم به خوبی پذیرفته، در امورات روزمره عملی نماید. فالعادة و العرف بمعنی واحد من حیث المصداق وان اختلفا من حیث المفهوم (رسائل ابن عابدین شامی: ج ۲ ص ۱۱۴).

عرف و عادت به این معنا، خود یکی از مصدرهای فقه اسلامی و سایر قانون‌های وضعی دنیا به شمار می‌رود؛ البته این در صورتی است که عرف و عادت با یکی از اصول کلی و عمومی دین تعارض نداشته باشد. و لا اعتبار للعرف المخالف للنص؛ لأن العرف قدیکون علی باطل بخلاف النص کماقاله ابن الهمام و قد قال فی الأشباه: العرف غیر معتبر فی المنصوص علیه (رسائل ابن عابدین، ج ۲ ص ۱۱۵).

استحسان را باید شناخت

یکی از مصطلحات دیگر که در فقه خیلی کاربرد دارد. مسلماً این واژه به اعتبار افاده به عرف و عادت خیلی نزدیک می‌باشد. در اصل استحسان به معنای نیک‌پنداشتن و نیک‌عقیده کردن چیزی می‌آید. (لسان العرب و التعریفات للجرجانی، ماده استحسان)

از جمله معانی استحسان از روی اصطلاح این را نیز ذکر کرده شده: عدول نمودن از دلیل جهت رعایت یک مصلحت، به سمت عادت؛ مثل اینکه یک انسان در یک حمام به نسبت غسل کردن داخل می‌شود، بیدون این که با مالک آن اندازه مصرف آب، مقدار دقایق درنگ کردن و اندازه اجرت را تعیین نماید. و من معانیه العدول عن الدلیل الی العادة للمصلحة کدخول الحمام من غیر تعیین زمن المكث و قدر الماء و الأجرة، فانه معتاد علی خلاف الدلیل. (الاعتصام للشاطبی: ج ۲ ص ۱۱۹). و می‌شود استحسان را در اقسامی چون ترک دلیل از جهت عرف، ترک دلیل از جهت مصلحت، ترک دلیل از جهت آسان‌گیری و اختیار فراخ‌گیری تقسیم کرد. از این تحقیق دانسته می‌شود که عرف خود، یک سببی از سبب‌های استحسان است.

عرف و عادت چی گونه به وجود آمده اند؟

وقتی انسانی یک کاری را به اختیار خودش انجام می‌دهد، به صورت حتمی آن کار یک باعثی می‌داشته باشد. پس می‌شود این باعث را به باعث خارجی و داخلی تقسیم کرد. تجربه شاهد است که این باعث وقتی به کسی یافت می‌شود، همزمان آن کس به انجام کارهایی که به این قوه خیلی مناسب دارد، رغبت حاصل کرده و میل می‌نماید.

این یک امر مسلم است که این نوع کارها هرگاهی با یک نفس مستعد تصادف کند و قرار

باشد که آن نفس این کار را انجام دهد، جایجا نفس از آن متأثر شده و به انجامش از نفس اول تقلید می‌نماید - زیرا مشهور است: اذ الجماعة مفطورة على التقليد في ما تهوى و تحب، مطبوعة على الاقتداء بمن تستهديه في شئونها لاعتقاد الكمال فيه (العرف والعادة في رأى الفقهاء: ص ۱۴/۱۳).

هر آن گاهی که انجام این گونه تقلید و محاکات به صورت تکرار و بیش از حد به وقوع پیوسته و این عمل در بین کتله‌های مختلف جوامع بشری شایع و متعارف گردد، آنجاست که عرف و عادت نشأت یافته، روی هم‌رفته تکمیل و تمام می‌شود. این محاکات و تقلید چگونه که در کردارها سرایت می‌کنند، بعینه در گفتار نیز جاری می‌شوند. و کما یجری ذالک فی الأفعال، یجری فی الأقوال أيضاً (المدخل الفقهي العام: ۸۶۷).

ازین جا پی برده می‌شود که در نشأت عرف و عادت چهار تطور (میل، عمل، تقلید و تکرار) نقشی بس به‌سزایی دارند. و این را هم باید دانست که بعضاً جوامع بشری به دو امر متضاد نیز عرف می‌نمایند. مثلاً در مناطقی مهر و صداق پیش از نزدیک شدن شوهر با همسرش گرفته می‌شود و در بعضی از مناطق دیگر هیچ مشکلی نیست که حتی صداق و مهر بعد از خلوت صحیحه نیز ادا شود و به صورت کل این گونه عرف‌ها در اصطلاح فقهاء و قانون‌دانان عرف مشترک گفته می‌شوند. عادت‌هایی که در بین باشندگان دولت‌ها و سرزمین‌ها و قاره‌های مختلف شایع هستند، ضرور نیست که دواعی و اغراض شان متحد باشد؛ بلکه عقل انسان تجویز می‌دهد که در یک عادت به اعتبار اقلیم‌ها و قاره‌های مختلف سبب‌های متفاوت وجود داشته باشد. مثلاً؛ گاهی در می‌یابیم که به ترویج یک عرف و عادت فقط امر یک امیر سبب شده است و هم‌چنان بعضی از عرف و عادت‌هایی نیز در بین مردم یافت می‌شوند که در آن جوامع به جز اینکه اسلاف‌شان به طور همیشه چنین یک عمل را انجام داده آمده‌اند، دیگر دلیلی به دست ندارند. به هر حال عرف و عادت در دنیای فقه و قانون از یک اهمیت ویژه‌ای برخوردار است که نمی‌شود آن را به هیچ وجه انکار کرد. مجموعة المصطلحات و التقاليد التي تعتادها كل أمة و تتخذها منها للسير عليها، لها في نفوس الأفراد احترام عظيم، بل لها عليهم السلطان القوي حتى أنهم ليعدونها من ضروريات الحياة التي لا يستغنى عنها (العرف والعادة في رأى الفقهاء: ۱۶).

عرف از نظر فقه در ادوار وحی

تا اینجا دانسته شد که عرف چیست و این نیز معلوم گشت که عرف در چی شرایطی معتبر و چی وقتی هم فاقد آن می‌گردد. حالا قرار است اینجا بحثی داشته باشیم که عرف از دیدگاه فقه در بعدهای وحی و اجتهاد از چی منزلت و مقامی برخوردار است. عرف و عادت در هر معاشره جهت تنظیم روابط اجتماعی در بین دو فرد یا هم دو جماعت نشأت می‌یابد. مقصد شریعت اسلامی از ترویج عرف و عادت در نیای فقه و اجتهاد جز این چیزی نیست و فقط برای همین مقصد، عرف در گذشته و حال در بین کتله‌های مختلف جامعه راه یافته است.

هر انسان در تعقیب راه عادت خودش بسیار پابند است. همین است که اگر کسی بخواهد عرف یک جامعه‌ای را برهم بزند، لاجرم یک مشکل بزرگی در آن جامعه که این عرف آنجا نشأت کرده و ترویج یافته است، رو نما خواهد شد. و الناس أئزم ما یكونون إلى الجری علی ما ألفوا و ایسرلما تعارفوا. إذ فی نزعم من عاداتهم حرج عظیم (العرف و العادة فی رأی الفقهاء: ۶۹).

همین است که شارع در عرف‌هایی که در احکام مشروعه نقش و صلاحیت‌های بس به سزایی دارند، بسیار اهتمام می‌کند که تا قبول آن برای پیروان شریعت آسان تر گردد. ازین رو است که عرف صحیح در مشروعیت قانون‌های اسلامی اثر بسیار بلندی و نقش چشم‌گیری دارد. زیرا اسلام در واقع جهت اصلاح مفسده مردم‌هایی که کاملاً از جاده شریعت اسلامی منحرف شده اند، آمده است.

این در طبیعت اسلام نیست که شالوده‌ی عادت‌های صالحه و شرایع عادلانه را از هم بپاشد و مدینه‌های فاضله را زیر و رو نماید؛ بلکه اسلام هر تعامل و عرف را که متضمن یک مصلحت باشد، همان‌گونه روی جای خودش گذاشته، آن را یک جزء از مسائل دین محسوب کرده است. این یک اصل است که اگر شریعت اسلام عرفی را اعتبار دهد آن را از دیدگاه عرف بودن لحاظ نمی‌کند؛ بلکه یک مسئله‌ای از مسائل دین به حساب می‌آورد. و اعتبره من شریعته و دبر به أمر الناس، لکن لاعلی أنه عادة، بل علی أنه دین فیہ مصالح العباد فی المعاش و المعاد. لأن الشارع لما احترم العرف بتقریره فقد شرعه للناس و بهذا أخذ صفة دین المقدس (العرف و العادة فی رأی الفقهاء: ۷۰).

پیامبر بزرگ اسلام (صلی الله علیه وسلم) که در مدینه منوره هجرت می‌کند، دو منبع بس قابل توجه (تجارت-زراعت) که اقتصاد اهل مدینه بر آن استوار بود، وجود داشت. در کتب احادیث و منابع فقهی اگر مراجعه کنیم، در می‌یابیم که حضرت پیامبر (صلی الله علیه وسلم) در این دو مورد اکثر تعاملات را کما فی السابق باقی گذاشته است که این یک شاهد عدل برای رعایت عرف در قلمرو فقه و قانون است. و الحق أن هذین المثالین من أعدل الشواهد علی سماحة الشریعة و مراعاتها العرف و سعیهما جهد المستطاع فی رفع الحرج عن الناس « یرید الله بکم الیسر و لایرید بکم العسر - یرید الله أن یخفف عنکم... (سورة النساء: ۲۸).

این بحث برای ما این امکان را فراهم می‌کند که بگوییم: شهر پیامبر (صلی الله علیه وسلم) یک شهر زراعتی و باغداری بود که شریعت اسلام در اکثر از نظام‌های این دو مورد رضایت نشان داده، آن را همان‌گونه پا برجا مانده است. ان مدینة الرسول (صلی الله علیه وسلم) کانت بلاد زرع و بساتین و قد عرفت نظاماً فی الزراعة و التجارة رضی الإسلام عن کثیر منه (العرف و العادة فی رأی الفقهاء: ۷۱) در هر موارد بسا از مسائل وجود دارد که دین مبین اسلام به ویژه فقه اسلامی در آن عرف و عادت را معتبر دانسته است که نمی‌شود درین رساله به صورت مفصل از آن بحث کرد. بناءً جهت معلومات بیش به کتاب‌های مؤلفه درین باب مراجعه گردد.

عرف از نظر فقه در ادوار اجتهاد

بعد از عصر نبوی، در عهد عمر (رضی الله عنه) شام، فارس و مصر فتح گردید و در عهد امیر معاویه (رضی الله عنه) این فتوحات تا سرزمین‌های سمرقند و بخارا امتداد یافت و هم‌چنان در عهد ولید بن عبدالملک اندلس فتح گشته، بیرق زیبای اسلام در شهرهای مذکور در اهتزاز در آمد. آن وقت این همه جوامع از خود هر کدام در بعدها و طورهای متفاوت عرف‌ها و عادت‌ها داشتند که بر آن در صورت لزوم دید و ضرورت، کارهای روز مره شان را عیار کرده بودند.

این را نیز باید دانست که فتوحات اسلامی در ذات خود کدام استغلال و استعمار نیست که همه منافع یک امت در آن نادیده گرفته شود؛ بلکه غرض اصلی از آن همانا اشاعه نور و اذاعه عدل و انصاف در همه سرزمین‌های اسلامی می‌باشد. کتاب آنزلناه الیک لتخرج الناس من الظلمات الی النور بآذن ربهم الی صراط العزیز الحمید (سوره ابراهیم: ۱). همین بود که قضات و مفتیان حکومت‌های اسلامی با این عرف و عادات رو به رو می‌شدند، لاجرم یکی ازین سه کار را انجام می‌دادند:

۱- عرف و عادات جوامع بشری را با اصول فقه اسلامی تطبیق می‌دادند و در صورت عدم تباین و تضاد، عرف متذکره را تقریر می‌نمودند.

۲- یک تعداد از مجتهدین در استنباط احکام از عرف‌ها و عادت‌ها کاملاً متأثر شده اند که همین است عرف‌ها و عادت‌های مثبت در مستنبطات شان بسیار به خوبی دیده می‌شود.

۳- امت اسلامی و جوامع بشری با وجود مختلف بودن اماکن و بقاع شان، گاه‌گاهی آنان به یک عرف و عادت محتاج می‌شدند که همه گی در آن بی‌دون کدام نکیر از یک مجتهد، اجماع می‌کردند.

ازین موضوع بسیار به خوبی درک می‌شود که فقه، عرف را چگونه در بعدها‌ی وحی و اجتهاد رعایت نموده است. والخلاصة أن المجتهدین ترسموا خطی الوحی فی إبتاع المصلحة و رفع الحرج (العرف و العادة فی رأی الفقهاء: ۸۰).

دلایل عمل به عرف و عادت

در معتبر دانستن عرف و عادت در دنیای فقه و قانون دلائلی از قرآن، حدیث و اصول فقه وجود دارند که از آن‌ها از روی اشاره و یا از روی دلالت دانسته می‌شود که باید عرف و عادت را در صورت ضرورت اعتبار داد و لازم دانست. زیرا بسا آیت‌ها در قرآن عظیم الشان موجود اند که از آن‌ها معلوم می‌گردد که حرج‌ها و مشقت‌ها از امت رفع کرده شده اند. این بدیهی است گرفتن یک چیز که مردمان در آن عادت دارند خالی از مشقت نخواهد بود- اینک دلائل از قرآن:

■ قوله سبحانه و تعالی: وجاهدوا فی الله حق جهاده هواجتباکم و ما جعل علیکم فی الدین من حرج ملة أبیکم ابراهیم (الحج: ۷۸).

■ و قوله: خذ العفو و أمر بالعرف و أعرض عن الجاهلین^۱ (الأعراف: ۱۹۹).

■ و قوله: لینیق ذوسعة من سعته و من قدر علیه رزقه فلینیق مما اتاه الله سیجعل الله بعد عسر یسرا (الطلاق: ۷). در تفسیر این آیه قاضی ابو بکر بن العربی می‌نویسد: در اصل از جانب شریعت برای انفاق کدام تقدیر و اندازه‌ای مقرر نشده، ولی الله متعال تقدیر آن را به عرف و عادت مردم محول نموده است که این خود یک دلیل فقهی و اصولی می‌باشد و حتی یک توده بسیاری از حکم‌ها که به حلال و حرام ارتباط می‌گیرند، بعضاً بر آن بنا نهاده شده اند. (احکام القرآن لابن العربی، تفسیر آیه هفتم سوره طلاق)

و بسا دلائل در رابطه از حدیث پاک رسول الله (صلی الله علیه وسلم) چون بر قرار گذاشتن بعضی از عرف‌ها و عادت‌ها که در زمان جاهلیت رواج داشتند و هم‌چنان جا به جا گذاشتن یک‌چند نوع از تجارت‌ها و شرکت‌ها که با آموزه‌های دین مبین اسلام هم‌خوانی و هم‌گونی داشتند، به دست می‌آیند که آن‌ها را نیز می‌شود دلیلی برای اثبات عرف و عادت قلم‌داد کرد و به ویژه حدیثی که موقوفاً از حضرت عبدالله بن مسعود (رضی الله عنه) در زمینه منقول است که می‌فرمایند: مارآه المسلمون حسناً فهو عندالله حسن (أخرجه الامام احمد حنبل (ره) فی مسنده). و هم‌چنان می‌شود اینجا به صورت دلیل یک حدیث دیگر را نقل کرد که راوی آن حضرت عایشه (رضی الله عنها) می‌باشد، می‌فرماید: أن هند بن عتبة (رضی الله عنها) قالت: یارسول الله! إن أباسفیان رجل شحیح و لیس یعطینی و ولدی إلا ما أخذت منه و هو لایعلم، فقال: خذی ما یکفیک و ولدک بالمعروف (رواه مسلم: ۳۲۳۹).

علامه ابن حجر (رحمه الله) در شرح این حدیث می‌نویسد: فیه إعتماذ العرف فی الأمور التي لاتحدید فیها من قبل الشارع (فتح الباری: ج ۹ ص ۵۱۰، طبع مکتبة الریاض الحدیثة). امام سرخسی (رحمه الله) می‌فرماید: چیزی که بر اساس عرف و عادت ثابت می‌شود به مثابه این است که به یک دلیل شرعی ثابت شده باشد. زیرا اینکه گرفتن یک عادت متداول و خوگرشده از مردم خیلی مشقت‌زا و در اصل خود یک نوع تکلیف است. (المبسوط للسرخسی: ج ۱۳ ص ۱۴)

امام شهاب الدین قرافی در کتاب فروق ج ۱۳ ص ۱۴۹ تصریح کرده است که مراد از عرف در آیه، همان عرف مصطلح است و نظر مصنف کتاب «العرف والعادة فی رأی الفقهاء» نیز همین است که می‌نویسد: «و هذا الإستدلال مبنی علی أن المراد بالعرف فی الآیة الکریمة عادة الناس و ما جرى به تعاملهم به، فحیث أمر الله نبيه (صلی الله علیه وسلم) بالأمر دل ذلك علی إعتباره فی الشرع و إلا لماکان به فائدة». (لعرف والعادة فی رأی الفقهاء: ۲۳) .

نظر علامه زاهد کوثری (ره) بر این است و از عرف درین آیه به معنای عرف مصطلح نیست. و لیس العرف فی قوله تعالی: خذ العفو و أمر بالعرف و أعرض عن الجاهلین بمعنی العادة جاریه هنا و هناك؛ بل هو الحكم المعروف الذی لاینکره الشرع. فمن فسّر العرف ههنا بالعادة فقد فسّر بالرای بدون مدرک لا فی الروایة و لافی الذرایة و إنما عرف العرف بمعنی العادة بعد زمن الوحي كما لایجهل ذالك أهل العلم باطوار اللغة. (مقالات کوثری: ۲۳۵)

اصولها و قواعد فقهی که از آنها مشروعیت عرف دانسته می‌شود

در بین اصول‌های فقهیه یک چند اصل‌هایی وجود دارند که از آنها به صورت صراحت یا اشارت مشروعیت عرف و عادت دانسته می‌شود و همان‌گونه از این اصل‌ها به خوبی دانسته می‌شود که عرف و عادت نیز در باب فقه و قانون یک منبعی از منابع به حساب می‌رود.

- ماده ۳۶: العادة محكمة؛ یعنی أن العادة عامة كانت أو خاصة تجعل حكماً لإثبات حكم شرعی.
- ماده ۳۷: استعمال الناس حجة يجب العمل بها.
- ماده ۳۸: الممتنع عادة كالممتنع حقيقة
- ماده ۳۹: لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان؛
- ماده ۴۰: الحقيقة تنترك بدلالة العادة
- ماده ۴۱: إنما تعتبر العادة إذا طردت أو غلبت
- ماده ۴۲: العبرة للغالب الشائع لا للنادر
- ماده ۴۳: المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً
- ماده ۴۴: المعروف بين التجار كالمشروط بينهم
- ماده ۴۵: التعيين بالعرف كالتعيين بالنص.

به صورت مختصر، مواد مربوطه‌ی بحث درین‌جا نقل گردید. اصولها و قواعد فقهیه بسا شروحات دارند که در مقدمه مجله الاحکام از آنها نام گرفته شده است. ولی از جمله دو شرح که درین اواخر تألیف شده اند، بیشتر در راستای بیان معانی قواعد فقهیه مفید است:

● المدخل الفقهي العام از دوکتور مصطفى احمد الزرقاء (رحمه الله) که به یک شکل بسیار پیش‌رفته آنجا اصولها ترتیب داده شده اند.

● روضة القضاء تألیف قاضی القضاء حضرت علامه شیخ عبدالحکیم حقانی (حفظه الله) که درین شرح بیش‌تر در شرح بعدهای منابع اصلی اصول و استثنائات آنها تمرکز شده است.

تقسیم‌های رائج در عرف و عادت

عرف به صورت کل در استعمال بعضی از الفاظ که مردم آن را محاوره می‌کنند، ارتباط می‌گیرد و یا هم به اعتیاد مردم در انجام برخی از کارها و معاملات تعلق می‌یابد. همین است که فقهای کرام و قانون‌دانان این واژه را از چند دیدگاه تقسیم کرده اند:

تقسیم اول: عرف از نقطه نظر موضوع و متعلق به دو نوع تقسیم می‌گردد: عرف لفظی و عرف عملی که این را تقسیم به اعتبار سبب گفته می‌شود. العرف القولی: أن يتعارف قوم إطلاق لفظ على معنى بحيث لا يتبادر عند سماعه إلا ذلك المعنى كالدهرم على النقد الغالب (التقرير والتحبير: ج ۱ ص ۲۸۲، طبع امیریه، ۱۳۱۶). و العرف العملي: هو ماجرى عليه الناس و تعارفه فى معاملاتهم و تصرفاتهم كتعارف الناس البيع بالتعاطى و الإستصناع (الموسوعة الفقهية: تعريف العرف العملي).

یک نکته قابل تذکر اینجا این است که عرف عملی نیز مانند عرف لفظی، بعضا سبب فیصله ماجراهایی که در معاملات مردم رو نما می‌شوند، می‌گردد. فالعرف العملی او العادی فی الفعل هی المحکمة فی مایجری بین الناس فی معاملاتهم (إعلام الموقعین: ج ۳ ص ۳ طبع السعادة ۱۹۵۵).

تقسیم دوم: عرف را از یک دیدگاه دیگر به طرف عرف عام و عرف خاص می‌شود تقسیم کرد که این را در اصطلاح، تقسیم به اعتبار ماصدرنه نامیده می‌شود. در اینجا باید توضیح داد که عرف شرع نیز از جمله عرف خاص می‌باشد که آن عبارت از لفظی است که شریعت از آن یک معنای خاصی را اراده می‌کند. مثل اینکه لفظ صلوة از معنای لغوی نقل شده، در شریعت از آن همان عبادت مخصوصه اراده شده است. العرف الشرعی هو اللفظ الذی استعمله الشرع مریدا منه معنی خاصا؛ مثل المنقولات الشرعیة كالصلوة التي نقلت عن الدعاء إلى العبادة المخصوصة (العرف و العادة فی رأی الفقهاء: ۲۰).

تقسیم سوم: روی هم‌رفته می‌شود عرف را از نقطه نظر معنای لغوی آن به سوی مقرر و مثبت معنای لغوی و به سوی فیصله کننده بر معنای لغوی تقسیم کرد. این تقسیم اگرچه به صورت صراحت از فقهای کرام و قانون‌دانان دیده نشده، ولی از عبارات شان در بعضی از موارد به خوبی دانسته می‌شود. مولف کتاب العرف و العادة بعد از تحقیق معنای فوق می‌نویسد: من هذا نستطیع أن نقسم العرف إلى مقرر للمعنى اللغوی و إلى قاض علیه. فالمقرر ما طابق معناه المعنى اللغوی و القاضی ما غیره بتخصیص أو تقيید أو ابطال (العرف و العادة فی رأی الفقهاء: ۲۱).

تقسیم چهارم: ممکن است عرف از یک دیدگاه دیگر به طرف عرف صحیح و عرف فاسد تقسیم گردد. عرف صحیح، عرفی است که کتله های مختلف اجتماع بر آن تعامل نموده اند که در ذات خود مخالف کدام نص شرعی، مفوت کدام مصلحت و سرانجام جلب کننده‌ی کدام مفسدت نیست. عرف فاسد، عرفی است که با بعضی از دلائل شرع یا دست کم با بعضی از قواعد آن مخالف و معارض باشد (مجموعه رسائل ابن عابدین: ج ۱۱۴/۲، الموافقات للشاطبی: ج ۲۸۳/۲).

تقسیم پنجم: هم‌چنان فقهای کرام عرف را به اعتبار ثبوت و استقرار و عدم آن دو، به سوی عرف ثابت و عرف متبدل تقسیم کرده اند. عرف ثابت عبارت از عرفی است که به اختلاف از مان، اماکن، اشخاص و احوال قابل تغییر و اختلاف نیست که خوشبختانه عرف شرعی نیز یکی از افراد همین عرف می‌باشد. ومن العرف الثابت العرف الشرعی، وهوما کلف به الشرع وأمر به اوانذ فیہ (الاشباه للنظائر للسیوطی: ص ۹۰، الموافقات للشاطبی: ج ۲۸۳/۲). عرف متبدل، عرفی است که به اختلاف از مان، امکان و احوال مردمان مختلف می‌شود.

اقسام عرف

امام قرافی (ره) در تنقیح می‌نویسد: عرف یک چیز مشترک بین همه مذاهب‌هاست. همین است که علامه ابن عابدین شامی (ره) در شرح عقود رسم المفتی می‌آورد: و العرف فی الشرع له اعتبار --- لذا

علیه الحکم قد یدار.^۱

عرف از دیدگاه استقراء در چهار موضوع منحصر می‌گردد:

۱. عرفی که در ظاهر بر مشروعیت یک حکم دلیل باشد؛
۲. عرفی که در تطبیق احکام مطلقه بر حوادث، در آن رجوع کرده شود؛
۳. عرفی که منطوق نیست، ولی در امور متعارفه به منزله‌ی یک امر منطوق قرار داده می‌شود؛
۴. عرق قولی.

اعتبار عرف

عرف از دیدگاه تسلط و اعتبارش به سه جهت تقسیم می‌گردد:

۱. عرفی که به اعتبارش کدام دلیل شرعی قایم و موجود باشد. مانند مراعات کفایت در باب نکاح و وضع دیه بر عاقله و غیره. این عرف در اصل عرفی است که اعتبار دادن آن ضرور و عمل کردن بر آن واجب می‌باشد.
 ۲. عرفی که در نفی آن کدام دلیل شرعی قایم و موجود باشد. مانند عرف و عادت اهل جاهلیت در تبرعات و به صورت عریان طواف نمودن شان در بیت شریف و غیره. این، یک نوع عرفی است که نباید به آن به هیچ‌وجه اعتبار داد.
 ۳. عرفی که در نفی یا اثبات آن کدام دلیل شرعی واقع نشده است.
- عرفی که فقهای کرام همیشه از آن بحث می‌کنند، همین عرف به معنای سوم است. فقهای عظام در اعتبار دادن و مراعات این عرف ذهاب کرده، چه بسا از مسائل و احکام را بر آن بناء نهاده اند. و هذا هو موضع نظر الفقهاء و قد ذهبوا إلى إعتباره و مراعاته و بنوا علیه الكثير من الأحكام ولم یکنر ذالک أحد منهم (مجموعه رسائل ابن عابدین شامی: ج ۴/۲، ج ۲/۱۱۴-۱۱۳، فتح الباری: ج ۹/۵۱۲ - مکتبه الرياض الحدیث).

شرط‌های اعتبار عرف و عادت

یک عرف آن گاه مورد اعتبار قرار داده می‌شود که واجد شرایط شش‌گانه زیر باشد:

شرط اول: عرف باید مطرد و یا دست کم غالب باشد. معنای اطراد این است که عرف به صورت مستمر در هیچ یک حادثه‌ای تخلف نکند و معنای غلبه این است که عمل به عرف بالنسبه به غیرعمل بر آن غالب باشد. اطراد و غلبه ازین رو در عرف شرط دانسته می‌شوند که این دو وجود عرف را قطعی می‌گردانند. قال السیوطی: إنما تعتبر العادة إذا طردت، فإذا اضطربت فلا. وقال ابن نجیم: إنما

^۱ مجموعه رسائل ابن عابدین شامی (ره): ج ۱/ ص ۴۴

تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت. وقال الشاطبي: وإذا كانت العوايد معتبرة شرعاً فلا يقدح في اعتبارها انخراقتها ما بقيت عادة في الجملة (الأشباه والنظائر للسيوطي: ۹۲ ط دارالكتب العلمية، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ۹۴ ط دارالهلال، الموافقات للشاطبي: ج ۲/ ص ۲۲۸ ط مكتبة التجارية). ازین جا دانسته می شود که عرف مشترک (عرفی که عمل و ترک آن مساوی باشد) از اعتبار ساقط است و صلاحیت ندارد این نوع عرف مستندی و دلیلی در تعیین حقوق و واجبات مطلقه قرار گیرد. (مجموعه رسائل ابن عابدین: ج ۲/ ص ۱۳۲، المدخل الفقهي العام: ۸۹۸ - ۸۹۸)

شرط دوم: عرف باید عام باشد. در رابطه به این شرط در بین فقهای کرام اختلاف وجود دارد. مسلک جمهور حنفیه و شافعیه این است که در بنای احکام تنها عرف عام اعتبار داده می شود، نه عرف خاص. (مجموعه رسائل ابن عابدین: ج ۲/ ۱۱۴، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ۱۰۳/۱۰۲، الأشباه والنظائر للسيوطي: ۹۶) قال هبة الله بعد أن شرح عبارة الأشباه نقلاً عن اليزازية: و مقصوده من هذا أن عرف بخاری لا يعتبر ولذا فروا منه إلى العرف العام (العرف والعادة في رأى الفقهاء: ۵۷).

برای کسانی که از استصناع استدلال نموده، عرف خاص را حجت می دانند، چنین جواب گفته شده که استصناع در اصل یک تعامل عام است؛ نه تعامل خاص و در نهایت قول فیصل این است در صورتی که حکم مبنی علیه عام باشد، عرف نیز عام می باشد و اگر حکم مبنی علیه مخصوص یک منطقه و شهر باشد، می تواند آن گاه عرف، خاص باشد، ولی این نوع عرف تنها در اهل همان شهر و منطقه حجت دانسته می شود. به دلیل اینکه: لأن العرف الخاص لا يفيد حكم العام، بل العام يفيد حكماً عاماً يسرى على الناس جميعاً (العرف والعادة في رأى الفقهاء: ۶۱).

شرط سوم: عرف مخالف دلایل شرعی نباشد. یعنی عادات مردم با احکامی که از ادله‌ی فقهی افاده می شوند، موافق باشد و در صورتی که یک عادت با کدام ادله‌ی فقهی مخالف باشد، از اعتبار ساقط خواهد شد. الشرط الثالث أن لا يكون العرف مخالفاً لأدلة الشرع كتعارف شرب الخمر و لعب الميسر و مشى النساء وراء الجنائز و إضاءة الشموع على المقابر وكشف بعض العورة (المدخل الفقهي العام: ۹۰۲، العرف والعادة في رأى الفقهاء: ۶۱، فتح القدير: ج ۵/ ۲۸۲ - ۲۸۳).

از تحقیق فقهی و ریز بینی های قانون دانان دانسته می شود که هر عرف و عادت آن گاه که مخالف کدام حکم شرعی باشد، اعتبار داده نمی شود، ولی این را هم باید دانست که یک هیچ فرقی نمی کند در بین یک جامعه مخالف استعمال یک نص کار بردی داشته باشد.

مثلاً بعضی از الفاظ که در قرآن و حدیث وجود دارند که در یک معنای خاص استعمال شده اند، ولی به مرور زمان عرف آن لفظ را در یک معنایی سوای آن معنا استعمال کرده است. چونکه در همچو موارد می شود عرف مردم را بالای نص ترجیح داد. می بینیم که واژه سقف، بساط و سراج در قرآن عظیم الشأن معادل آسمان، زمین و آفتاب استعمال شده اند، ولی در عرف یک کاربرد دیگری دارند که در نزد همه گان معلوم است. فالمعتبر استعمال الناس لا استعمال الشرع و علی ذالک

تجری تصرفاتهم فی الیمین و غیره (العرف و العادة فی رأی الفقهاء: ۶۴).

شرط چهارم: عرف در وقت حمل یک تصرف بر آن بایستی موجود باشد. به این معنا که زمان وجود عرف سابق بوده و با استمرار زمان، زمان تصرف و زمان همان عرف مقارن گشته است. هیچ باکی نمی‌کند که تصرف مذکور، تصرف قولی باشد و یا تصرف فعلی. ازین تحقیق مسلماً دانسته می‌شود عرفی که بعد از تصرف، حادث شود—اگرچندی که زمان تصرف و عرف در فرجام متحد گردد و همچنان عرفی که سابق بر تصرف باشد، ولی پیش از انشای تصرف آن عرف تغییر نماید و یا بالکل منقرض شود، نمی‌شود بر چنین عرفی تصرفی را حمل کرد. قال ابن نجیم فی الأشباه فی البحث الرابع: العرف الذی تحمل علیه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر – ولذا قالوا: لا عبرة فی العرف الطاری (العرف و العادة فی رأی الفقهاء: ۶۵، المدخل الفقہی العام: ۸۹۹، شرح تنقیح الفصول للقرافی: ۲۱۱، الأشباه و النظائر لابن نجیم: ۱۰۱، الأشباه و النظائر للسیوطی: ۹۶)

شرط پنجم: عرف باید ملزم باشد. معنای ملزم بودن عرف این است که عمل کردن به مقتضای آن از دیدگاه مردم ضرور و حتمی پنداشته شود. در کتب فقہی در زمینه کدام نص صریحی یافت نمی‌شود که بر ملزم بودن عرف دلالت کند، ولی از بعض قاعده‌های فقہیه که در مورد عرف آورده شده اند و همچنان از بعض نص‌ها سوای کتاب‌های فقہیه از روی اشاره دانسته می‌شود.

اما این شرط به صورت فراگیر و یک‌سان در همه عرف‌ها قابل تطبیق نیست و فقط می‌شود این را در عرف‌هایی که در برگزیده‌ی حقوق به صورت الزام اند، تطبیق داد و روی‌هم‌رفته در مذهب حنفی و مالکی چیزهایی موجود اند که از آن ملزم بودن عرف به خوبی دانسته می‌شود. پس این شرط سبب می‌شود عرف‌هایی که ملزم نباشند در نزد فقہای کرام از اعتبار ساقط اند. و خرج بهذا الشرط العرف الذی لیس بملزم فإنه لا یعتبر فی المعاملات ولا یصلح مستنداً لإثبات الحقوق کالتهدای فی مناسبات متعینة کالأعیاد (العرف و العادة فی رأی الفقهاء: ۶۷)

شرط ششم: عرف در مرحله‌ای باشد که سخنی یا عملی عکس مضمون آن را افاده نکند. مثل اینکه در یک بازار معروف است بهای کالا و اشیای خریده شده به تقسیط پرداخته می‌شود، طرفین (بایع و مشتری) اتفاق کنند که بهای کالا و متاع خریده شده نقداً پرداخته شود. پس خلاصه‌ی بحث اینکه در چنین یک مورد، عرف از اعتبار ساقط می‌گردد. قال علی حیدر (ره) فی شرح المجلة: إن العرف و العادة یكون حجة إذا لم یکن مخالفاً لنص أو شرط لأحد المتعاقدين و قال عبدالکریم فی القواعد: کل ماثبت فی العرف إذا صرح أحد المتعاقدين بخلافه بما یوافق مقصود العقد، صح (العرف و العادة فی رأی الفقهاء: ۶۷، قواعد الاحکام: ج ۲ / ۱۷۸، در الاحکام: ج ۱ / ۴۲)

تغیر احکام به تغییر عرف و عادت

عرف عملی در اصطلاح فقہای کرام بعضاً به تعامل و عادت نیز تعبیر کرده می‌شود. زیرا عرف عملی نیز گاهی در تغییر احکام تأثیر می‌گذارد.

پس آن وقت که تعامل تغییر کند، لاجرم حکمی که بر آن بنا نهاده شده، نیز تغییر خواهد کرد. این موضوع به موارد زیر خلاصه می‌گردد:

اول: بعضاً به سبب یک نص در بعضی از جزئیات به اساس تعامل مردم در آن حکمی ثابت می‌گردد. پس در صورتی که تعامل و عرف در مورد همین جزئیه تغییر کند، حکم آن نیز به دلیل از بین رفتن علت که همانا عرف می‌باشد، تغییر می‌نماید.

دوم: گاهی حکم یک نص معلول به یک علت می‌شود که آن علت به سبب عرف و تعامل در بعضی از جزئیه‌ها منتفی است. اینجاست که این حکم در خصوص همان جزئیه تغییر می‌یابد.

سوم: گاهی یک نص در یک جزئیه مخصوص وارد می‌شود، ولی فقهای کرام حکم آن را به سبب قیاس و یا به سبب دلالت نص در نظائرش نیز اثبات می‌کنند. در چنین یک حالت اگر عرفی درین نظایر به خلاف نص جاری گردد، فقهاء در خصوص همین نظایر؛ نه در آن جزئیه که نص وارد شده است، عرف و تعامل را ترجیح می‌دهند.

چهارم: گاهی معامله‌ی در بین جامعه رواج دارد که در مشروعیت، جواز و حرمتش کدام نصی وارد نشده، ولی آن معامله از بعض دیدگاه‌ها به محظورات خیلی مشابهت دارد، لکن تعامل در جواز آن جاری است. در چنین موارد نیز فقهای کرام جهت و دلیل ترجیح طرف جواز را در نظر گرفته، آن را تجویز داده اند. قال الإمام برهان الدین البخاری (رحمه الله) إن القیاس و إن كان یأبى جواز الإستصناع، إلا أنا تركنا القیاس و جوزناه بتعامل الناس (المحیط البرهانی کتاب البیوع ج ۱۰ ص ۳۶۴، اصول الافتاء و آدابه ص ۲۶۳).

پنجم: گاهی حکمی مبنی بر این می‌باشد که شریعت ظاهر حال را اعتبار می‌دهد و آن نیز به مرور زمان گاهی رفته - رفته تغییر می‌یابد که سرانجام آن حکم نیز به اعتبار از بین رفتن علتش، از بین می‌رود. فالحکم ینتغیر و یرجع إلى أصله (اصول الافتاء و آدابه ص ۲۶۴)

ششم: گاهی یک حکم بر احوال عموم مردم بناء می‌گردد که سرانجام با تغییر احوال شان، حکم نیز تغییر می‌کند. مثالش همان مسئله اکراه است که آیا از غیر سلطان واقع می‌گردد، یا خیر؟ در این مسئله در اصل بین امام ابو حنیفه و صاحبین (رحمهم الله) اختلاف وجود دارد. و قال المرغینانی (رحمه الله): قالوا هذا إختلاف عصر و زمان، لا إختلاف حجة و برهان و لم تكن القدرة فی زمنه إلا للسلطان ثم بعد ذلك تغییر الزمان و أهله (الهدایة مع فتح القدر: ج ۸ ص ۱۶۷، اصول الافتاء و آدابه ۲۶۵).

خلاصه بحث اینکه در روشنایی این اصل‌ها در فقه حنفی بسا مسائل وجود دارد که متأخرین علمای احناف جهت تغییر احوال مردمان چون مسئله ظفر و غیره به خلاف مذهب شان فتوا داده اند. والفتوی الیوم علی جواز الأخذ عند القدرة من أى حال كان لاسیما فی دیارنا لمداومتهم العقوق (رد المحتار، کتاب الحجر: ج ۶ ص ۱۵۱ طبع کراچی).

یافته‌ها و نتایج

عرف و عادت در فقه اسلامی یک منبعی است که بسیار کار برد دارد. ولی باید گفت که نمی‌شود از هر عرف به صورت کورکورانه در هر مورد استدلال کرد. همین است که دانش‌مندان و قانون‌پژوهان در بعد‌های اتکاء و اعتماد بر عرف و عادت شرایط چندی را وضع کرده‌اند که می‌شود در پرتو آن‌ها از عرف و عادت استدلال کرد.

علامه زاهد کوثری (ره) می‌فرماید: بعضاً دیده می‌شود که یک تعداد انسان‌ها از بعضی اصول‌های فقهی در باب عرف به خطا رفته در مواردی که کاملاً خلاف اصول شریعت اسلامی‌اند، از عرف و عادت استدلال می‌کنند. در عین حال این چنین استدلال به هیچ‌وجه در دنیای فقه و قانون جایگاه اصولی و قانونی ندارد. چونکه در قسمت بیان شرایط گفته‌آمد عرفی که شرایطش لحاظ نشده باشد، هرگز قابل استدلال نیست. فتراهم یقولون عندنا العرف وهو قاض علی النص و یریدون بذالک أن یجعلوا شرع الله متقلباً مع الزمن و مع الظروف كأدعتهم القابلة لكل شکل مع كل ظرف (مقالات کوثری: ۲۴۰)

پس مطمح نظر فقهای کرام در همه برهه‌ها فراسوی عرفی است که در نفی و اثبات آن دلیل شرعی‌ای وارد نشده باشد و در صورتی یک عرف در دنیای فقه و قانون معتبر می‌گردد که آن عرف، عام باشد، ولی عرف خاص نیز بعد از وجود شرایط در منطقه‌ای که معمول است، به خصوص اهل همان دیار قابل استناد و استشهاد است و این را نیز باید گفت که استصناع یک تعامل عام می‌باشد؛ نه عرف خاص. بناءً نمی‌شود از آن در مشروعیت عرف خاص به صورت مطلق استدلال کرد. البته باید تذکر داد عرف خاص تنها در عرف لفظی قابل استدلال خواهد بود و در عرف عملی به هیچ طریقی نمی‌شود، عرف خاص را دلیل گرفت. قال السرخسی (ره): والحاصل أنه یعتبر فی کل موضع عرف أهل ذالک الموضع فی ما یطلقون علیه من الإسم (شرح السیرالکبیر، باب الشروط فی المواعظ: ج ۵/ص ۷، اصول الإقتناء و آدابها).

خلاصه یافته‌ها

- ❖ شریعت در عرف‌هایی که در احکام مشروعه نقشی بس ارزنده‌ای دارند، بسیار اهتمام می‌کند؛
- ❖ اسلام هیچ‌گاه شالوده‌ی عادت‌های صالحه و شرایع عامه را از هم نمی‌پاشد؛
- ❖ عرف و عادت در صورت عدم تضاد و تباین با اصول‌های فقه اسلامی تقریر کرده می‌شود؛
- ❖ چیزی که بر اساس عرف و عادت ثابت می‌شود؛ به مثابه این است که با یک دلیل شرعی ثابت شده باشد؛
- ❖ هر عرف و عادت که مخالف کدام نص و حکم شرعی باشد، اعتبار داده نمی‌شود؛
- ❖ عرف و عادت در وقت حمل یک حکم بر آن، باید موجود باشد.
- ❖

مآخذ

حلبی، محمد بن محمد حسن ابن امیر حاج، *التقریر والتحبیر*، لبنان: بیروت، دارالکتب العلمیه.
عسقلانی ابن حجر، احمد بن علی بن محمد، *فتح الباری شرح صحیح البخاری*، القاهره: مکتبه السلفیه، چاپ اول.

ابن عابدین، محمد امین بن عمرشامی. (١٤٢٣ ه ق). *رد المحتار علی الدر المختار*، ناشر: عالم الکتب ابن عابدین، محمد امین بن عمرشامی، *مجموعه رسائل ابن عابدین*، لبنان: بیروت، ناشر، دارالکتب العلمیه.

ابن العربی، محمد بن عبد الله. (١٤٠٧ ه ق). *احکام القرآن*، لبنان: بیروت، ناشر، دارالجلیل. چاپ اول.

ابن قیم، محمد بن ابی بکر. (١٤١١ ه ق). *اعلام الموقعین عن رب العالمین*، بیروت: دارالکتب العلمیه، چاپ اول.

ابن منظور، محمد بن مکرم بن علی. (١٤١٤ ه ق). *لسان العرب*، بیروت، دار صادر، چاپ سوم.
ابن نجیم، عمر بن ابراهیم بن محمد، (١٤١٩ ه ق). *الأشباه والنظائر*، لبنان: بیروت، ناشر دارالکتب العلمیه، چاپ اول.

ابن همام، کمال الدین محمد بن عبدالواحد. (١٤٢٤ ه ق). *فتح القدير*، بیروت: دارالکتب العلمیه، چاپ اول.

ابوالقاسم، عزالدین بن عبدالسلام. (١٤١١ ه ق). *قواعد الأحکام*، القاهره، ناشر: مکتبه الکلیات الازهریه.

بخاری، محمود بن احمد بن عبدالعزيز. (١٤٢٤ ه ق). *المحیط البرهانی فی فقه النعمانی*، بیروت دارالکتب العلمیه، چاپ اول.

جرجانی، علی بن محمد. (١٣٦٨ ه ق). *التعريفات للجرجانی*، تهران، ناشر: نصر خسرو، چاپ سوم.
حیدر، علی آفندی. (١٤١١ ه ق). *درر الحکام شرح مجله الأحکام*، بیروت، ناشر، دارالجلیل، چاپ اول.
دهخدا، علی اکبر. (١٩٣١ م). *لغتنامه دهخدا*، تهران، ناشر: مؤسسه دهخدا.

زرقاء، مصطفی احمد، (١٤٢٥ ه ق). *المدخل الفقهي العام*، دمشق: دارالقلم، چاپ دوم.
سرخسی، ابو سهیل محمد بن احمد. (١٤٠٩ ه ق). *المبسوط*، بیروت دارالمعرفه، چاپ اول.
سیوطی، عبدالرحمن بن ابی بکر. (١٤٠٣ ه ق). *الأشباه والنظائر*، بیروت دارالکتب العلمیه، چاپ اول.

شاطبی، ابراهیم بن موسی. (١٤١٢ ه ق). *الإعتصام*، السعودی، ناشر: دار الابن عفان، چاپ اول.
شاطبی، ابراهیم بن موسی (١٤١٧ ه ق). *الموافقات*، السعودی، ناشر: دار الابن عفان، چاپ اول.
شیبانی، احمد بن محمد بن حنبل. (١٤٢١ ه ق). *مسند احمد بن حنبل*، بیروت: لبنان، مؤسسه

الرساله، چاپ اول.

عثمانی، محمد تقی. (۱۴۳۳ ه ق). *اصول الإفتاء وآدابہ*، کراچی، ناشر: مکتبه معارف القرآن.

فهمی، احمد ابوسنة. (۱۹۹۷ م). *العرف والعادة فی رأى الفقهاء*، مصر، ناشر: مطبعه الأزهر.

قاسمی، مجاهد الاسلام، *دراسات فقهیة وعلمیة*، ط دارالکتب العلمیة، بیروت لبنان

قرافی، احمد بن ادريس بن عبدالرحمن. (۱۳۹۳ ه ق). *شرح تنقیح الفصول*، ناشر: شرکه الطباعه

الفنیه المتحدہ، چاپ اول.

قشیری، مسلم بن حجاج بن مسلم، *الصحيح المسلم*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، چاپ دوم.

کوثری، محمد زاهد، *مقالات کوثری*، مکتبه توفیقیة قاهره.
