

معناشناسی "عرف و عادت" و شرایط اعتبار آن

سمیه ذوقی و علیرضا عابدی سرآسیا

چکیده

عرف و عادت دو مفهوم اجتماعی است که در گذر تاریخ دچار تغییر و تطور می‌شوند، تغییراتی که سبک زندگی و احکام اجتماعی را تحت شعاع خود قرار می‌دهند و با حفظ شرایطی می‌توانند دارای اعتبار فقهی شده و در مواردی سبب تغییر در احکام شوند. این دو مفهوم به معنا و معنای مشابهی دلالت دارند که شناخت دقیق آن نیاز به بررسی واژه‌شناسی لغوی و اصطلاحی عرف و عادت در مراجع لغوی و منابع تخصصی فقهی دارد. پژوهش حاضر ضمن معرفی معنای لغوی و اصطلاحی عرف و عادت، به این مسئله پرداخته است که چه شرایطی سبب اعتبار عرف و عادت شده است؟ اطراد، عدم مخالفت با نص، تأیید معصوم، هم‌زمانی نسبت به واقعه و عدم مخالفت با شرط ملحوظ از سوی متعاقدين، مهمترین شرایطی است که سبب اعتبار این دو مفهوم شده است.

کلید واژه‌ها: عرف، عادت، اعتبار عرف و عادت

فقه اجتماعی ضمن آنکه حوزه وسیعی از پژوهش های فقهی را به خود اختصاص می دهد؛ خود نیز دارای شاخه ها و حوزه های وسیعی است که برای تبیین جامع ساختار فقه اجتماعی نیازمند پژوهش های نوین در عرصه های مختلف است. بررسی و شناخت مفاهیم کاربردی در عرصه فقه اجتماعی و نیز ارائه طرحی نظری از اعتبار و جایگاه این مفاهیم، مقدمه شناخت مصادیقی است که احکام فقهی، با پشتوانه این مفاهیم، بر آنها مترتب می شوند. دو مفهوم اجتماعی عرف و عادت که دارای شباهت های معنایی نیز هستند، از جمله مفاهیمی هستند که برخی احکام فقهی براساس آنها صادر شده است. پژوهش حاضر به دنبال شناخت معنای این دو مفهوم و شرایط اعتبار آنها در تغییر احکام هست.

۲) طرح مسئله و تبیین موضوع

فقها در موارد بسیاری به عرف و عادت استناد جسته اند و با استناد به این دو مفهوم احکامی را صادر و در شرایطی تغییر داده اند. گذر زمان، گسترش جوامع اسلامی، تاثیرپذیری از همدیگر و شرایط مختلف زمانی سبب تغییر در عرف و عادت مسلمین در طول تاریخ می شود، تغییری که می تواند بر برخی احکام که با تکیه بر عرف و عادت وضع شده اند را تغییر دهد. معرفی درست و جامع از معنای دو مفهوم عرف و عادت و نیز شرایطی که سبب اعتبار فقهی این دو مفهوم می شود لازمه شناخت صحیح مصادیقی است که با تکیه بر عرف و عادت دچار تغییر احکام می شوند.

۳) واژگان شناسی

۳-۱) عادت

۳-۱-۱) تعریف لغوی عادت

«عادت» ماخوذ از ریشهی «عوَدَ»، جمع آن عاد، عادات و عوائد است.^۱ در معاجم و کتب لغت، چند معنا برای این واژه ذکر شده است که می توان آنها را به دو دسته ی عمده برگرداند:

أ- عادت به معنای «معروف».^۲

ب- عادت به معنای «خوگرفتن به چیزی».^۳

بعضی از این تعاریف عبارتند از:

۱. مصطفوی، حسن، *التحقیق فی کلمات القرآن الکریم*، ج ۸، ص ۲۵۱.

۲. جوهری، اسماعیل بن حماد، *الصحاح؛ تاج اللغة*، ج ۲، ص ۵۱۴؛ ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، ج ۳، ص ۳۱۶؛ طریحی، فخرالدین بن محمد، *مجمع البحرین*، ج ۳، ص ۱۱۱؛ مرتضی زبیدی، محمد بن محمد، *تاج العروس*، ج ۵، ص ۱۳۹؛ مصطفوی، حسن، *التحقیق فی کلمات القرآن الکریم*، ج ۸، ص ۲۵۱؛ فیومی، احمد بن محمد، *مصباح المنیر*، ج ۲، ص ۴۳۶.

۳. ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، ج ۳، ص ۳۱۶؛ مرتضی زبیدی، محمد بن محمد، *تاج العروس*، ج ۵، ص ۱۳۹؛ فراهیدی، خلیل بن احمد، *کتاب العین*، ج ۲، ص ۲۱۸؛ ابن فارس، احمد بن فارس، *معجم مقاییس اللغة*، ج ۴، ص ۱۸۲؛ مصطفوی، حسن، *التحقیق فی کلمات القرآن الکریم*، ج ۸، ص ۲۵۱.

- «عادت هر آن چیزی است که به آن خو گرفته شود، به گونه‌ای که بدون تلاش انجام پذیرد و نیز حالتی است که به سیاقی واحد، تکرار می‌شود؛ مانند عادت حیض در زنان»^۱
- «عادت مداومت بر یک چیز است به گونه‌ای که برای آن شخص تبدیل به سنجیه (طبیعت و خلق) گردد»^۲
- «عادت اسمی است برای تکرار فعل و انفعال به گونه‌ای که [انجام] آن چیز سهل و ساده گردد و شخص آن را نظیر امور طبیعی انجام دهد و از همین روست که گفته شده: عادت طبیعی ثانوی است»^۳
- علت نام‌گذاری این واژه به «عادت» آن است که صاحب آن معاودت بر آن دارد، بدان معنا که به طور پی در پی به [انجام] آن باز می‌گردد.^۴

۳-۱-۲) تعریف اصطلاحی عادت

در میان فقهای شیعه تعریفی از واژه «عادت» به چشم نمی‌خورد؛ از همین رو با مراجعه به کتب اهل سنت به ارائه‌ی تعریف از این واژه می‌پردازیم.

آنچه باعث شده است تعاریف مربوط به اصطلاح «عادت» متفاوت جلوه نماید، تفاوت در قیود به کار رفته در تعریف است. در حقیقت تعاریف ارائه شده را می‌توان به صورت عمده در دو دسته خلاصه کرد:

ا- دسته‌ی اول بدون توجه به منشاء عادت، به قسمی از آن اشاره داشته‌اند و «عادة» را چنین تعریف کرده‌اند: «آنچه عمل مردم بر آن جریان دارد»^۵

ب- دسته‌ی دوم با مطلق آوردن عادت به لحاظ قولی یا عملی بودن، به منشاء شکل‌گیری آن توجه کرده‌اند. این تعاریف از این جهت در سه گروه قابل تقسیم‌بندی هستند:

- برخی منشاء بودن «عقل» را مد نظر قرار داده‌اند؛ یا به صورت ایجابی، یا سلبی و یا به لحاظ عدم اشتراط آن. که به ترتیب به آن‌ها اشاره می‌شود.

عادت «هر آن چیزی است که به واسطه‌ی حکم عقل، مردم بر آن استقرار یافته‌اند و آن را تکرار می‌کنند»^۶ (در تعریفی دیگر، مشابه همین تعریف، چنین بیان شده که عادت «آن چیزی است که مردم به واسطه‌ی حکم عقل بر آن استمرار یافته‌اند و آن را تکرار می‌کنند»^۷)

عادت «تکرار چیزی است به صورت مداوم یا اغلب، به شکلی واحد، بدون علاقه‌ی عقلی»^۸

۱. گروهی از مولفان، المعجم الوسیط، ج ۲، ص ۶۳۵.

۲. ابن فارس، احمد بن فارس، معجم مقاییس اللغة، ج ۴، ص ۱۸۲؛ فراهیدی، خلیل بن احمد، کتاب العین، ج ۲، ص ۲۱۸.

۳. راغب اصفهانی، حسین بن محمد، المفردات، ج ۱، ص ۵۹۴.

۴. مصطفوی، حسن، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، ج ۸، ص ۲۵۱؛ مرتضی زبیدی، محمد بن محمد، تاج العروس، ج ۵، ص ۱۳۹؛

حمیری، نشوان بن سعید، شمس العلوم، ج ۷، ص ۴۸۲۰.

۵. ابو سنه، احمد فهمی، العرف و العادة، ص ۱۱ به نقل از ابن همام در التحرير.

۶. انصاری، زکریا بن محمد، الحدود الأتیقة، ص ۷۲؛ زرقا، احمد، شرح القواعد الفقهیة، ص ۲۱۹.

۷. جرجانی، علی بن محمد، التعریفات، ص ۱۸۸.

۸. حسینی زبیدی، محمد مرتضی، تاج العروس، ج ۸، ص ۴۴۳ (به نقل از جماعتی، عادت را این‌گونه تعریف کرده است)

عادت «امری است تکرار شده، حتی بدون علاقه‌ی عقلی».^۱

- گروهی دیگر، «طبع سلیم» را منشاء عادت دانسته و این‌گونه واژه‌ی عادت را تعریف کرده‌اند: عادت عبارت است از «اموری تکراری و مورد قبول طبع سالم که در جان انسان‌ها جای می‌گیرد».^۲

- عده‌ای دیگر هم عقل را منشاء عادت می‌دانند و هم «طبع سلیم» را: «عادت امری است که از ناحیه‌ی عقل در جان انسان‌ها جای می‌گیرد و طبع سلیم آن را می‌پذیرد».^۳

با توجه به منشاء عادت که در طبع سلیم و عقل خلاصه نمی‌شود، نمی‌توان قید «پذیرش توسط طبع سلیم و عقل» را در تعریف وارد دانست. از سویی دیگر استعمال این واژه، برای عادت لفظی،^۴ نشان می‌دهد که اعم از لفظی و قولی است، در نتیجه، عادت به معنای «امری تکرار شده، به روشی یکسان، خواه از روی علاقه‌ی عقلی یا بدون آن» قابل قبول‌تر است.

۲-۳) عرف

۱-۲-۳) تعریف لغوی عرف

عرف در لغت به معنای اتباع، اتصال،^۵ خیر و احسان،^۶ قرار، آرامش، سکون،^۷ امر شناخته شده،^۸ فعل پسندیده از ناحیه‌ی عقل یا شرع و ضد نکر^۹ بیان شده است.

۲-۲-۳) تعریف اصطلاحی عرف

با وجود استعمال واژه‌ی «عرف» در فقه شیعه، تعریف روشن و مستقلی از آن در بین متقدمان به چشم نمی‌خورد. اما جستجو در منابع متأخر سه تعریف را پیش روی ما قرار می‌دهد.^{۱۰}

۱. ابن همام، محمد بن عبدالله، *تیسیر التحرير*، ج ۱، ص ۳۱۷.

۲. ابن نجیم، زین العابدین بن ابراهیم، *الاشباه و النظائر*، ص ۷۹؛ رستم باز، سلیم، *شرح المجله*، ص ۳۴؛ حسینی زبیدی، محمد مرتضی، *تاج العروس*، ج ۸، ص ۴۴۳.

۳. ابن عابدین، محمد امین ابن عمر، *مجموعه رسائل*، ج ۲، ص ۱۱۲.

۴. علم الهدی، علی بن حسین، *رسائل الشریف المرتضی*، ج ۲، ص ۱۷۰؛ طوسی، محمد بن حسن، *المبسوط*، ج ۳، ص ۲۹۱؛ مغنیه، محمد جواد، *فقه الامام الصادق*، ج ۶، ص ۱۱۹.

۵. ابن فارس، أحمد بن فارس، *معجم مقاییس اللغة*، ج ۴، ص ۲۸۱.

۶. فیومی، أحمد بن محمد، *مصباح المنیر*، ج ۲، ص ۴۰۴.

۷. ابن فارس، أحمد بن فارس، *معجم مقاییس اللغة*، ج ۴، ص ۲۸۱.

۸. فراهیدی، خلیل بن أحمد، *کتاب العین*، ج ۲، ص ۱۲۱.

۹. ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، ج ۹، ص ۲۳۶.

۱۰. در برخی کتب مانند *اصول العامة للفقهاء المقارن* به ارائه‌ی تعریف از واژه‌ی «عرف» پرداخته شده است، اما این تعاریف، همان تعاریف ذکر شده در کتب اهل سنت هستند.

مرحوم مغنیه در کتاب *اصول الاثبات* واژه‌ی عرف را چنین تعریف کرده است: «آنچه عادت مردم در خرید و فروش و اجاره و سایر معاملاتشان جریان دارد، به گونه‌ای که جایز است متکلم هنگامی که معنایی را اراده می‌کند، لفظ را به‌طور مطلق رها کرده و به فهم عرف تکیه کند»^۱.

در تعریفی دیگر آمده است: «عرف عبارت از عملی است که اکثریت مردم آن را به‌طور مکرر و ارادی، بدون احساس نفرت و کراهت انجام می‌دهند و گاه در تعبیرات فقها آن را بناء عقلا می‌نامند و گاهی نیز به آن سیره‌ی عملی اطلاق می‌کنند»^۲. در این تعریف، عرف محدود به عرف عملی دانسته شده است.

نویسنده‌ی *فقه و عرف* نیز پس از بیان و بررسی تعاریف صورت گرفته پیرامون عرف، از سوی اهل سنت، نظر خویش را این‌گونه بیان می‌کند: «می‌توان عرف مصطلح در دانش فقه، حقوق و اصول را به "فهم یا بنا یا داوری مستمر و ارادی مردم که صورت قانون مجعول و مشروع نزد آن‌ها به خود نگرفته باشد" تفسیر نمود»^۳.

برخی از فقهای شیعه با مترادف دانستن «عرف» و «سیره‌ی عقلا»، به تعریف «سیره‌ی عقلا» پرداخته‌اند و از همین رهگذر می‌توانیم به معنای «عرف» در فقه شیعه پی ببریم، که در گفتار بعد تحت عنوان «تعریف اصطلاحی سیره‌ی عقلا» بیشتر به این موضوع پرداخته خواهد شد.

اما در بین اهل سنت تعاریف گوناگونی از «عرف» ارائه شده است که می‌توان آن‌ها را در دو دسته تقسیم کرد:

۱- دسته‌ای با اشاره به اقسام عرف، به تعریف آن پرداخته‌اند که برخی از این‌ها عبارتند از:

- «عرف، عادت گروهی از مردم است در کردار یا گفتار»^۴. در این عبارت به قسمی از عرف، به اعتبار متعلق، اشاره شده و بدون مقید کردن تعریف، عادت، اعم از عرف دانسته شده است.^۵

- «عرف، عادت است به شکل گفتار یا کردار یا ترک که عموم یا گروهی خاص از مردم بر آن زندگی می‌کنند»^۶. در این تعریف علاوه بر بیان برخی اقسام عرف به لحاظ متعلق، قسم دیگری از عرف به اعتبار گستره‌ی شمول نیز مد نظر قرار گرفته است.

ب- دسته‌ای دیگر، عرف را به صورت مطلق و اعم از قولی و عملی، و خاص و عام، آورده و با توجه به منشاء عرف به تعریف آن اهتمام ورزیده‌اند و عرف را چنین تعریف کرده‌اند: «عرف امری است که از ناحیه‌ی عقل در جان انسان‌ها جای می‌گیرد و طبع سالم و غیر آلوده به

۱. مغنیه، محمد جواد، *اصول الاثبات*، ص ۱۴۹.

۲. عمید زنجانی، عباسعلی، *فقه سیاسی*، ج ۲، ص ۲۱۴.

۳. علیدوست، ابوالقاسم، *فقه و عرف*، ص ۶۱.

۴. زرقا، مصطفی احمد، *المدخل الفقهي العام*، ج ۲، ص ۸۷۱.

۵. دونمز، ابراهیم کافی، «*العرف فی الفقه الاسلامی*»، ص ۲۷۳۹.

۶. خلاف، عبدالوهاب، *علم اصول الفقه*، ج ۱، ص ۸۹؛ حسن، خالد رمضان، *معجم اصول الفقه*، ص ۱۸۲؛ دبو، ابراهیم فاضل، «*نظریه‌ی العرف فی*

الفقه الاسلامی»، ص ۲۶۱۴؛ احمد، محمد عطا، «*العرف*»، ص ۲۶۲۷.

شهوآت، آن را می‌پذیرد.^۱ در این تعریف پذیرش توسط «عقل» و «طبع سلیم» در زمره‌ی قیود تعریف اخذ شده است. در بیانی مشابه، از عرف با عبارت «آنچه عقل آن را نیکو شمارد و مورد انکار واقع نشود» تعبیر شده است.^۲

با توجه به اینکه منشاء «عرف» نیز مانند «عادت» می‌تواند غیر از عقل و طبع سلیم باشد، بنابراین شرط «پذیرش توسط عقل» یا «طبع سلیم» نباید جزء قیود تعریف ذکر شود. و از آنجا که «عرف» شامل «ترک فعل» نیز می‌شود، در بین تعاریف ارائه شده از سوی اهل سنت، تعریف دوّم از دسته‌ی اوّل، قابل قبول‌تر می‌نماید.

۴) شرایط اعتبار عرف و عادت

از بین اقسام عرف، آنچه مد نظر فقها می‌باشد، عرف معتبر و صحیح است، از همین رو معیارهایی برای اعتبار عرف و عادت لحاظ کرده‌اند. فقهای شیعه در ضمن استعمال عرف و عادت در کلام خود، به برخی از شروط اشاره داشته‌اند، اما از آنجا که این شرایط به صورت پراکنده ذکر شده و از طرفی در کتب اهل سنت توجه بیشتری نسبت به این موضوع صورت گرفته، چارچوب اصلی در ذکر شرایط، از کتب اهل سنت اخذ شده و در بین مباحث، چنانچه نظری از سوی علمای شیعه در هر مورد وجود داشت، ذکر خواهد شد.

۴-۱) اطراد و غلبه

عادت در صورت اطراد^۳ یا غلبه معتبر است؛^۴ به این صورت که در همه‌ی حوادث یا اغلب حوادث عمل به آن استمرار داشته باشد.^۵ بنابراین استمرار و تکرار شرط است؛^۶ زیرا حدوث فعلی برای یک بار معنای عرف و عادت نمی‌پذیرد؛^۷ مثلاً اگر معامله‌ای با درهم یا دینار صورت بگیرد و در شهری در مورد پول و نقود به‌خاطر اختلاف در مالیت و رواجش، اختلاف باشد، بیع به اغلب انصراف پیدا می‌کند. علامه حلی در

^۱. جرجانی، علی بن محمد، *التعريفات*، ص ۱۸۸؛ انصاری، زکریا بن محمد، *حدود الانیقه*، ص ۷۲؛ ابن عابدین، محمد امین ابن عمر، *مجموعه رسائل*، ج ۲، ص ۱۱۲؛ مدکور، محمد سلام، *المدخل للفقہ الاسلامی*، ص ۲۲۹؛ فلاسی، عبدالله بن حمید، *ملخص القواعد الفقهیة*، ج ۱، ص ۹.

^۲. جعیط، شیخ کمال الدین، «*العرف*»، ص ۲۴۳۳.

^۳. اطراد در لغت به معنای تعاقب، پیوستگی و توالی آمده است. ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرف*، ج ۳، ص ۲۶۸؛ راغب اصفهانی، حسین بن محمد، *مفردات الفاظ القرآن*، ص ۵۱۷.

^۴. علامه حلی، حسن بن یوسف، *تذکره الفقهاء*، ج ۱۰، ص ۷۳؛ فخر رازی، محمد بن عمر، *المحصول فی علم الاصول*، ج ۵، ص ۴۱۳؛ ابن نجیم، زین العابدین بن ابراهیم، *الاشباه و النظائر*، ص ۸۱؛ سیوطی، عبدالرحمن بن ابی بکر، *الاشباه و النظائر*، ص ۹۲؛ جمعیه المجله، *مجلة الاحکام المدلیه*، ماده ۴۱، ص ۲۰؛ زرقا، مصطفی احمد، *المدخل الفقهی العام*، ج ۲، ص ۸۹۷؛ مدکور، محمد سلام، *المدخل للفقہ الاسلامی*، ص ۲۲۹؛ خالد رمضان، *معجم اصول الفقہ*، ص ۱۸۴؛ شبیر، محمد عثمان، *القواعد کلیة*، ص ۲۴۵؛ یاحسین، یعقوب، *المفصل فی القواعد الفقهیة*، ص ۴۱۰؛ اسمری، صالح بن محمد، *مجموعه الفوائد البهیة علی منظومه القواعد الفقهیة*، ص ۹۵؛ عبدالوهاب، علی جمعه، *المدخل الی دراسة المذاهب الفقهیة*، ص ۳۳۸؛ زحیلی، محمد مصطفی، *القواعد الفقهیة*، ج ۱، ص ۳۰۰.

^۵. شبیر، محمد عثمان، *القواعد کلیة*، ص ۲۴۵.

^۶. آشتیانی، میرزا محمد حسن بن جعفر، *رسالة فی القواعد الفقهیة*، ص ۲۲۲.

^۷. کرکار، جمال، *اثر العرف فی التعلیل الفتوی*، ص ۴۹.

این باره می‌گوید: «اگر جنس و نوع ثمن در بیع، مطلق آورده شود و در آن سرزمین پول واحدی وجود داشته باشد، به جهت عمل به ظاهر، ثمن به همان انصراف پیدا می‌کند و اگر در آن سرزمین پول‌های متعددی وجود داشته باشد، ثمن به پول رایج و غالب حمل می‌شود.»^۱ مراد از معنای اطراء این نیست که عرف در میان هم‌هی سرزمین‌ها و مردم جاری باشد، چرا که اطراء و شیوع هم ملاک اعتبار عرف عام است و هم عرف خاص.^۲ بلکه مراد از اطراء آن است که عرف نزد اهلس شایع و مستفیض باشد.^۳ مراد از معنای غلبه، عمل اهل عرف به آن، در در اکثر حوادث است.^۴ اطراء و غلبه، علاوه بر آنکه از شرایط اعتبار عرف عام و عرف خاص است، از شرایط اعتبار عرف عملی و قولی نیز می‌باشد.^۵

۴-۲) عدم مخالفت با نص

از دیگر شرایط اعتبار عرف آن است که مخالف نص و شریعت نباشد. مقصود از نص در این گفتار، دلیل لفظی شرعی است، نه نص در مقابلی ظاهر. تعارض عرف و عادت با نص به گونه‌های مختلف طرح شده است.

در بیانی، نبود نص را از شرایط اعمال عرف و عادت دانسته‌اند و بیان شده که اگر در مسئله‌ای نص وارد شده باشد و عرف و عادت با آن مخالفت کند، عرف و عادت کنار گذاشته می‌شود.^۶ در همین رابطه علامه حلی در کتاب **مبایده الاصول** در مبحثی به مواردی می‌پردازد که گمان گمان تخصیص عموم توسط آن‌ها می‌رود، اما این گمان صحیح نیست. یکی از مواردی که علامه به آن اشاره می‌کند «عاده» است. ایشان می‌نویسد: «عادت مخصص نیست، مگر آنکه در زمان معصوم واقع و معصوم آن را تقریر نموده باشد؛ زیرا فعل بندگان بر شرع حجیت ندارد.»^۷ پیرامون این تعارض، عده‌ای قائل به تفصیل شده و آورده‌اند که تعارض عرف و عادت با نص و شریعت، به دو شکل واقع می‌گردد:

ا. تعارض عرف با نص تشریحی خاص از نصوص قرآن یا سنت.

ب. تعارض با نص عام.

در صورت اول عرف اعتبار و حجیت ندارد، حتی اگر عرف مطرد و شایع باشد. به عنوان مثال اگر عملی در میان مردم به عادت تبدیل شده باشد و آن عمل توسط نص، نهی شده باشد، در اینجا چنین عرفی اعتبار ندارد. بلکه تغییر این عرف واجب است.^۸

در صورت دوم برخی از فقهای شیعه با تفکیک بین «عادت عملی» و «عادت لفظی» قائل به عدم تخصیص عمومات توسط عادات عملی شده‌اند. به عنوان مثال سید مرتضی در کتاب **الذریعه** با اختصاص عنوانی به «تخصیص العموم بالعادات» چنین آورده است: «بدان که جایز نیست عموم با عادات مردم - که مخالف عموم است - تخصیص بخورد؛ زیرا باید افعال آن‌ها تابع خطاب خداوند و رسولش باشد، پس چگونه

۱. علامه حلی، حسن بن یوسف، **تذکره الفقهاء**، ج ۱۰، ص ۷۳.

۲. زرقا، مصطفی احمد، **المدخل الفقهي العام**، ج ۲، ص ۸۹۸.

۳. خالد رمضان، **معجم اصول الفقه**، ص ۱۸۴.

۴. زرقا، مصطفی احمد، **المدخل الفقهي العام**، ج ۲، ص ۸۹۸.

۵. همان.

۶. رستم باز، سلیم، **شرح المجله**، ص ۳۴.

۷. علامه حلی، حسن بن یوسف، **مبایده الاصول**، ص ۱۵۳.

۸. زرقا، مصطفی احمد، **المدخل الفقهي العام**، ج ۲، ص ۹۰۳.

تابع، متبوع می‌شود؟^۱ وی در مورد تخصیص عموم با «عادت لفظی» می‌گوید: «اما اگر این عادت در حکم و فائده‌ی لفظ اثرگذار بود (به گونه‌ای که موجب فهم و ظهور عرفی خاصی شده و منجر به پیدایش عرف لفظی گردد) تخصیص عموم بدان لازم است؛ زیرا عرف می‌تواند در فوائد الفاظ اثرگذار باشد و تخصیص عموم با چیزی که در این جایگاه قرار دارد محال نیست.»^۲

در بین اهل سنت این تفصیل به شکلی منسجم‌تر ارائه شده است که در ادامه بیان خواهد شد.

اهل سنت برای موردی که عادت نص عام را تخصیص بزند، دو حالت بیان کرده‌اند:

ا- عرف مقارن با ورود نص عام، با آن معارض باشد.

ب- عرف حادث بعد از نص عام، با آن معارض باشد.

در حالت اول، اگر عرف قولی باشد، اختلافی بین فقها در اعتبار عرف وجود ندارد و چنین عرفی قادر بر تخصیص و تقیید نص است؛ بر خلاف عرف عملی. اما اگر عرف فعلی باشد، فقها در قدرت عرف برای تخصیص و تقیید دچار اختلاف شده‌اند؛ اگر عرف مقارن، عام باشد: حنفیه معتقدند عرف عام صلاحیت مخصوص واقع شدن برای نص عام را دارد.^۳ اما اگر عرف مقارن، خاص باشد، قول راجح در این صورت، عدم قدرت عرف بر تخصیص نص است. گرچه اغلب (مثل مالکی‌ها و حنفی‌ها) به اعتبارش حکم داده‌اند.

در حالت دوم، اگر عرف حادث بعد از نص، معارض نص باشد، در این صورت عرف اعتباری ندارد.^۴ خواه عرف لفظی باشد یا عملی. بنابراین اگر عرف مردم در مورد الفاظ به کار رفته در نص تغییر کند، معتبر نخواهد بود. همین حکم را می‌توان نسبت به فتاوی فقها نیز ثابت دانست؛ مثلاً معنای لفظ «استاد» در عرف قدیم به معنای صاحب حرفه بوده است، حال در حکمی چنین آمده که: اگر فردی فرزندش را نزد استاد (صاحب حرفه) بگذارد تا از او حرفه بیاموزد، اگر استاد از پدر او در خواست اجرت نماید (چرا که به فرزند او حرفه آموخته) و در مقابل پدر، از استاد در خواست اجرت کند (چرا که فرزندش نزد او کار کرده) به عرف آن سرزمین رجوع می‌شود. در عرف زمان ما لفظ «استاد» برای کسی به کار می‌رود که علم تدریس می‌کند، بنابراین نمی‌توان این حکم را به چنین فردی تعمیم داد.^۵

ابن عابدین نیز با تفصیل کمتر، این تعارض را چنین بیان کرده است: اگر عرف و عادت از همه نظر با دلیل شرعی مخالف باشد، این عرف مردود است، اما اگر مخالفت از همه نظر نباشد و عرف در برخی افراد دلیل با آن مخالف باشد؛ در این صورت چنانچه دلیل عام باشد و عرف مخالف آن نیز عام باشد، عرف مخصوص دلیل واقع می‌شود، اما چنانچه عرف خاص باشد، اعتبار ندارد.^۶

در قولی که به قاضی ابو یوسف نسبت داده شده، نظری متفاوت ارائه گردیده است. در این قول، تعارض بین عرف و عادت، و نص مبتنی بر عرف، در نظر گرفته شده است. قاضی ابو یوسف معتقد است، اگر بین عرف و عادت و نص مبتنی بر عرف، تعارض صورت گرفت، عرف مقدم می‌شود.^۷ به‌طور مثال اگر دلیل و نصی که طلا و نقره را وزنی و جو و گندم را کیلی دانسته، مبتنی بر عرف مردم در زمان پیامبر، بوده

۱. علم الهدی، مرتضی، *الذریعة*، ج ۱، ص ۳۰۷.

۲. همان.

۳. زرقا، مصطفی، *المدخل الفقهي العام*، ج ۲، ص ۹۱۴.

۴. کرکار، جمال، *اثر العرف فی التعمیر الفتوی*، صص ۶۱ و ۶۲.

۵. زرقا، مصطفی احمد، *المدخل الفقهي العام*، ج ۲، ص ۹۲۱.

۶. ابن عابدین، محمد امین ابن عمر، *مجموعه رسائل*، ج ۲، ص ۱۱۴.

۷. همان، ص ۱۱۶.

باشد، در صورت تغییر عرف، عرف جدید مقدم می‌شود. بیان این نظر سبب گردیده برخیتصور نمایندند مراد از مقدم دانستن عرف، مخالفت با نص بوده است.^۱

ابن عابدین در مقام رد این تصور و توجیه نظر ابویوسف چنین نوشته است: «اینکه نص بر مکیل بودن گندم و جو، و موزون بودن طلا و نقره، حکم کرده به دلیل عرف و عادت بوده است، به گونه‌ای که اگر عرف و عادت مردم، طلا را کیلی و جو را وزنی می‌دانست، نص مطابق این عرف و عادت حکم می‌داد؛ بنابراین از آنجا که علت نص در مکیل و موزون بودن اشیاء، عرف و عادت بوده است، متوجه می‌شویم که عادت مراد نص بوده، پس با تغییر آن، حکم نیز دگرگون می‌شود. در نتیجه، در مقدم دانستن عرف و عادت جدید، مخالفتی با نص صورت نمی‌گیرد، بلکه این تقدم متابعت از نص است.»^۲

۴-۳) تائید توسط معصوم

علاوه بر عدم مخالفت عادت با نص، آنچه در میان علمای شیعه، به عنوان یکی از شرایط اعتبار و صحت سیره‌ی عقلا، مطرح گردیده، تائید و تقریر آن توسط معصوم است.^۳ این تقریر به سه صورت بیان شده است:

ا- بیان رضایت توسط معصوم.

ب- کفایت عدم ردع در جایی که ردع امکان پذیر است.

ج- کفایت عدم احراز ردع.^۴

در صورت پذیرش این مورد، به عنوان شرط حجیت عرف و عادت، می‌توان گفت دیگر این عرف نیست که دارای حجیت است؛ بلکه سنت، معیار و ملاک قرار می‌گیرد. در این صورت اگر تأیید معصوم را به مورد ب و ج تفسیر نماییم، می‌توان آن را عبارت دیگری از شرط «عدم مخالفت با نص» دانست و در صورت تفسیر به مورد ا می‌توان آن را شرطی مستقل به حساب آورد؛ به این معنا که در شرط دوم عدم مخالفت با شرع مد نظر بود و در این شرط موافقت با شرع مد نظر است. بنابراین در صورت پذیرش این شرط برای حجیت عرف، لازم است تا علاوه بر احراز عدم مخالفت عرف با شرع مقدس، موافقت شارع با آن نیز احراز گردد.

۴-۴) هم‌زمانی نسبت به واقعه

از دیگر شرایطی که برای حجیت عرف بیان شده آن است که عرف هنگام انشاء تصرف وجود داشته باشد؛ و بنابراین، عرفی که بعداً ایجاد می‌شود اعتباری ندارد.^۵ ظاهراً این شرط در مورد اعتبار عرف در تفسیر اراده‌ی متعاقدين مد نظر است. به عنوان مثال اگر به هنگام عقد اجاره‌ای معمول بوده است که تاریخ را به سال قمری می‌نوشتند و اکنون سندی از آن زمان در دست است که نوع سال در آن قید نشده، می‌توان گفت

۱. بیات، اسدالله، «مبانی نقش زمان و مکان در اجتهاد»، ص ۳۳۶.

۲. ابن عابدین، محمد امین ابن عمر، مجموعه رسائل، ص ۱۱۸.

۳. خصوصاً کسانی که عرف و سیره‌ی عقلا را مترادف یکدیگر می‌دانند.

۴. علیدوست، ابوالقاسم، فقه و عرف، صص ۱۷۲، ۱۷۱ و ۱۷۸.

۵. ابن نجیم، زین العابدین بن ابراهیم، الاشباه و النظائر، ص ۸۶؛ سیوطی، عبدالرحمن بن ابی بکر، الاشباه و النظائر، ص ۹۶؛ زرقا، مصطفی

احمد، المدخل الفقهي العام، ج ۲، ص ۸۹۹؛ اسمری، صالح بن محمد، مجموعه الفوائد البهية علی منظومة القواعد الفقهية، ص ۹۵

سال قمری مراد بوده، اما اگر قبلاً یا بعداً عرف به‌وجود آمده باشد و یا به‌وجود آید و از عرف زمان وقوع مسئله بی‌خبر یا نسبت به آن مردد باشیم، نمی‌توان به عرف عمل کرد.^۱

بر همین اساس، برخی معتقدند در مورد فهم نصوص شرعی نیز ناگزیر هستیم آن‌ها را براساس مدلولات عرفی آن زمان فهم نماییم؛ زیرا مدلول عرفی همان زمان، مراد شرع بوده است.^۲

۴-۵) عدم مخالفت با شرط ملحوظ از سوی متعاقدين

عادت نباید مخالف شرطی که متعاقدين یا یکی از آن‌ها لحاظ کرده‌اند، باشد؛ عرف تا زمانی در عقود معتبر است که شرطی برخلاف آن لحاظ نشده باشد؛ در واقع اگر متعاقدين عقد خود را به صورت مطلق اجرا نمایند، عرف معتبر است، اما اگر تصریحی به خلاف عرف صورت گرفته باشد، معتبر نخواهد بود.^۳ این شرط نیز در تفسیر اراده‌ی متعاقدين کارآیی دارد. همان‌گونه که علامه حلی در باب تعیین جنس ثمن بیان داشتند.

۵) نتیجه

این پژوهش در دو بخش اصلی ابتدا با بررسی معنای دو مفهوم عرف و عادت در مراجع لغوی و منابع فقهی به معناشناسی این دو مفهوم در اصطلاح فقهی پرداخت و در بخش دوم به ذکر شرایطی که سبب اعتبار عرف و عادت، در منابع فقهی، می‌شود پرداخته است. شرایطی که سبب اعتبار عرف و عادت می‌شوند شامل: اطراد و غلبه، عدم مخالفت با نص، تأیید توسط معصوم، هم‌زمانی نسبت به واقعه و عدم مخالفت با شرط ملحوظ از سوی متعاقدين است.

منابع و مأخذ:

۱. آشتیانی، حمد حسن بن جعفر، *رسالة فی القواعد الفقهية*، تهران، مؤسسه اطلاعات، ۱۴۱۸ق.
 ۲. ابن فارس، احمد بن فارس، *معجم مقاییس اللغة*، محقق: عبد السلام محمد هارون، دارالفکر، ۱۳۹۹ق.
 ۳. ابن عابدین، محمد امین ابن عمر، *مجموعه رسائل*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی‌تا.
 ۴. ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، بیروت، دار صادر، چاپ اول، بی‌تا.
 ۵. ابن نجیم، زین الدین بن ابراهیم، *الاشباه و النظائر*، بیروت، دار الکتب العلمیة، ۱۴۱۹ق.
 ۶. ابن همام، محمد بن عبدالله، *تیسیر التحریر*، بیروت، دارالفکر، بی‌تا.
 ۷. ابو سنه، احمد فهمی، *العرف و العادة فی رای الفقهاء: عرض نظریه فی التشریح الاسلامی*، مطبعة الازهر، ۱۹۴۷م.
 ۸. احمد، محمد عطا، «العرف» *مجمع الفقه الاسلامی*، جده، منظمة المؤتمر الاسلامی، ج ۵ (نسخه‌ی الکترونیکی نرم افزار المكتبة الشاملة، نسخه: ۳/۴۸).
 ۹. اسمری، صالح بن محمد، *مجموعه الفوائد البهية علی منظومة القواعد الفقهية*، بی‌جا، دارالصمعی، ۱۴۲۰ق.
- انصاری، زکریا بن محمد، *الحدود الأنقیة*،

^۱ محمدی، ابوالحسن، *مبانی استنباط حقوق اسلامی*، ص ۲۶۷

^۲ صدر، محمد باقر، *بحوث فی علم الاصول*، ج ۴، ص ۲۳۵.

^۳ کرکار، جمال، *اثرالعرف فی التعلیر الفتوی*، ص ۵۰.

۱۰. بیات، اسدالله، «مبانی نقش زمان و مکان در اجتهاد»، مجموعه آثار کنگره امام خمینی؛ نقش زمان و مکان در اجتهاد، ج ۱، قم، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س)، زمستان ۱۳۷۴.
۱۱. جرجانی، علی بن محمد، *التعريفات*، تحقیق: ابراهیم الأبیاری، بیروت، دار الکتب العربی، ۱۴۰۵ق.
۱۲. جعیط، شیخ کمال الدین، «العرف»، *مجمع الفقه الاسلامی*، جده، منظمه المؤتمر الاسلامی، ج ۵ (نسخه ی الکترونیکی نرم افزار المکتبه الشامله، نسخه: ۳/۴۸).
۱۳. جمعیه المجله، *مجله الاحکام العدلیه*، تحقیق: نجیب هواوینی، کارخانه تجارت کتب، بی تا.
۱۴. جوهری، اسماعیل بن حماد، *الصحاح؛ تاج اللغة و صحاح العربیة*، بیروت، دار العلم للملایین، ۱۴۱۰ق.
۱۵. حسن، خالد رمضان، *معجم اصول الفقه*، بی جا، الروضه، ۱۹۹۸م.
۱۶. حمیری، نشوان بن سعید، *شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلوم*، بیروت، دارالفکر المعاصر، ۱۴۲۰ق.
۱۷. خلاف، عبدالوهاب، *علم اصول الفقه*، هشتم، بی جا، دار القلم، بی تا.
۱۸. دبو، ابراهیم فاضل، «نظریه العرف فی الفقه الاسلامی»، *مجمع الفقه الاسلامی*، جده، منظمه المؤتمر الاسلامی، ج ۵ (نسخه ی الکترونیکی نرم افزار المکتبه الشامله، نسخه: ۳/۴۸).
۱۹. دونمز، ابراهیم کافی، «العرف فی الفقه الاسلامی»، *مجمع الفقه الاسلامی*، جده، منظمه المؤتمر الاسلامی، ج ۵ (نسخه ی الکترونیکی نرم افزار المکتبه الشامله، نسخه: ۳/۴۸).
۲۰. راغب اصفهانی، حسین بن محمد، *مفردات الفاظ القرآن*، لبنان، دارالعلم، ۱۴۱۲ق.
۲۱. رستم باز، سلیم، *شرح المجله*، بیروت، مطبعه الادبیه، ۱۹۲۳.
۲۲. زحیلی، وهبه، *الفقه الاسلامی و ادلته: الشامل للأدلة الشرعیة والآراء المذهبیة وأهم النظریات الفقهیة و تحقیق الأحادیث النبویة و تخریجها*، دمشق، دارالفکر، بی تا.
۲۳. زرقا، احمد، *شرح القواعد الفقهیة*، شرح: مصطفی احمد زرقا، دمشق، دارالقلم، ۱۴۰۹ق.
۲۴. زرقا، مصطفی احمد، *المدخل الفقهی العام*، دمشق، دارالقلم، ۱۴۱۸ق.
۲۵. سیوطی، عبدالرحمن بن ابی بکر، *الاشباه و النظائر*، بی جا، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۱ق.
۲۶. شبیر، محمد عثمان، *القواعد کلیة و الضوابط الفقهیة فی الشریعة الاسلامیة*، عمان، دارالفرقان، ۱۴۲۰ق.
۲۷. صدر، محمد باقر، *بحوث فی علم الاصول*، قم، مرکز الغدیر للدراسات الاسلامیة، بی تا.
۲۸. طریحی، فخرالدین بن محمد، *مجمع البحرین*، چاپ سوم، تهران، کتاب فروشی مرتضوی، ۱۴۱۶ق.
۲۹. طوسی، محمد بن حسن، *المبسوط فی فقه الإمامیة*، تهران، المکتبه المرتضویة لإحیاء الآثار الجعفریة، ۱۳۸۷ق.
۳۰. عبدالوهاب، علی جمعه، *المدخل الی دراسة المذاهب الفقهیة*، قاهره، دارالسلام، ۱۴۲۲ق.
۳۱. علیدوست، ابوالقاسم، *فقه و عرف*، تهران، سازمان انتشارات فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۴.
۳۲. عمید زنجانی، عباسعلی، *فقه سیاسی*، تهران، امیرکبیر، بی تا.
۳۲. محمدی، ابوالحسن، *مبانی استنباط حقوق اسلامی یا اصول فقه*، بیست و ششم، تهران، انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۸۵.
۳۳. مدکور، محمد سلام، *المدخل للفقه الاسلامی؛ تاریخه و مصادره و نظریاته العامه*، دارالکتب الحدیث، ۱۹۹۶ .
۳۳. مرتضی الزبیدی، محمد بن محمد، *تاج العروس من جواهر القاموس*، بی جا، دار الهدایه، بی تا.

۳۴. مصطفوی، حسن، *التحقیق فی کلمات القرآن الکریم*، تهران، مرکز کتاب لترجمه و النشر، ۱۴۰۲ ق.
۳۵. مغنیه، محمد جواد، *فقه الإمام الصادق علیه السلام*، قم، مؤسسه انصاریان، ۱۴۲۱ق.
۳۶. فخر رازی، محمد بن عمر، *المحصول فی علم الاصول*، ریاض، جامعه الإمام محمد بن سعود الإسلامية، بی تا.
۳۷. فراهیدی، خلیل بن أحمد، *کتاب العین*، تحقیق: د. مهدی المخزومی ود. ابراهیم السامرائی، دار ومکتبه الهلال، بی تا.
۳۸. فیومی، أحمد بن محمد، *مصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی*، بیروت، المکتبه العلمیه، بی تا.
۳۹. کرکار، جمال، *اثر العرف فی تغیر الفتوی*، چاپ اول، بیروت، دار ابن حزم، ۱۴۳۰ ق.
۴۰. گروه مولفان، *معجم الوسیط*، تحقیق: مجمع اللغه العربیه، بی جا، دارالدعوه، بی تا.