

## عرف و جایگاه آن در استنباط احکام شرعی

علی اکبر ایزدی فرد\* - رجب علی نعمت زاده\*\* - حسین کاویار\*\*\*

### چکیده

بسیاری از قوانین اصولی، قواعد فقهی و احکام شرعی به ظاهر آیات و روایات مستند هستند و یکی از شایسته‌ترین مراجع تشخیص ظواهر، عرف است. بررسی متون فقهی نشان می‌دهد که علمای اهل سنت از پدیده‌ی عرف با واژه‌های عرف و عادت نام برده‌اند و تا دو قرن اخیر کاربرد این واژگان در متون فقهی و اصولی شیعه نیز معمول بوده است. در دو قرن اخیر، ادبیات فقه شیعه به ایجاد واژگان جدیدی برای این پدیده روی آورده است. فقهای شیعه نوعاً از این پدیده با واژه‌های «سیره‌ی عقلا، طریقه‌ی عقلا و بنای عقلا» نام برده‌اند. حجیت عرف در نزد امامیه و اهل سنت مورد اختلاف است: علمای اهل سنت، به خصوص حنفی‌ها، عرف را حجت و میدان عمل به آن را وسیع می‌دانند. درباره‌ی حجیت بودن عرف در نزد فقیهان شیعه، سه دیدگاه وجود دارد: ۱- حجیت و اعتبار عرف، ذاتی و بی‌نیاز از امضای شارع است؛ ۲- اختلافی بین حکم عقل و عرف وجود ندارد؛ ۳- اعتبار و حجیت عرف موقوف به امضای شارع است. این مقاله کوششی است برای نشان دادن این نکته که عرف و عادت مسلم چه مقدار در فقه و حقوق ایران تأثیر دارد.

**کلیدواژه:** عرف، حجیت، فقهای شیعه، فقهای عامه

### ۱- طرح مسأله

نهاد فقهی «عرف» می‌تواند ثبات و تحول را خصوصاً در عصر «جهانی شدن» برای شریعت اسلام به همراه آورد. (چالش‌های نوین در بناء عقلاء با تأکید بر جهانی شدن/۷۵-۷۸)

\* استاد فقه و حقوق اسلامی دانشگاه مازندران، عهده‌دار مکاتبات Ali85akbar@yahoo.com

\*\* کارشناس ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی

\*\*\* دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه مازندران

تاریخ وصول: ۸۸/۲/۵ - پذیرش نهایی: ۸۸/۱۰/۲

۵۹). هر چه از عمر فقه می‌گذرد، بر گستره‌ی این دانش در زوایای گوناگون زندگی افزوده می‌شود؛ چرا که مسلمانان هر روز با مسایل مستحدثه‌ای روبه‌رو هستند که باید احکام شرعی آن را بدانند. مضاف بر این، مفاهیم و موضوعاتی که در متون فقهی پیشینه‌ای بر آن‌ها یافت نمی‌شود، کم نیستند. استنباط احکام این مسایل با به‌کارگیری اصول اجتهاد، امری است ممکن؛ ولی آن‌چه در این فرآیند بسیار ضروری و بی‌جایگزین است، آگاهی مجتهد از عرف جامعه به‌ویژه عرف زمان صدور نصوص است.

ارزش شناخت عرف در استنباط احکام و وضع قانون، آن‌گاه روشن‌تر می‌شود که بدانیم امروزه این عنصر، هم در محدوده‌ی حقوق داخلی و هم در قلمرو حقوق بین‌الملل نقش تعیین‌کننده دارد. البته چنان‌که حقوق‌دانان اذعان دارند، عرف در حقوق بین‌الملل مکانی بالاتر از عرف در حقوق داخلی دارد و سبب اصلی این حقیقت را می‌توان در نوبیادی حقوق بین‌الملل و در نتیجه کمبود قواعد قراردادی در این زمینه دانست. (جهت آشنایی با عرف در حقوق بین‌الملل و اسلام نک: جایگاه عرف در حقوق بین‌الملل و حقوق اسلام، ۴۸-۲۳). بدون تردید قبل از پدیده‌ی قانون و قانون‌گذاری، عرف به‌عنوان پایه و مظهر حقوق رسمیت داشته است تا جایی که گفته شده «عرف در جوامع ابتدایی و قبیله‌ای، پایه و مایه‌ی همه‌ی پدیده‌های اجتماعی بوده است» (نقش زمان و مکان در فقه و اجتهاد/۲۲). طبیعی است که تدوین مجموعه‌های حقوقی و قوانین موضوعه به‌عنوان یکی از مهم‌ترین پدیده‌های اجتماعی نمی‌تواند ناظر به عرف و عادت نباشد، از این رو با پی‌جویی سیستم‌های حقوقی جهان به این حقیقت می‌رسیم که تمام این سیستم‌ها و نظام‌ها از عرف متأثر و برای آن اهمیت قائل‌اند. عرف در استدلال بر مسایل مهم علم اصول، نقش مهمی دارد؛ از این رو نیازمند پژوهش مستقل و موشکافانه پیرامون عرف هستیم، به‌ویژه که استدلال به آن در مسایل فقهی (مانند معاملات که عرف در آن‌ها نقش اساسی دارد) رایج است.

این مقاله کوششی است برای نشان دادن این نکته که عرف و عادت مسلم چه مقدار در فقه و حقوق ایران تأثیر دارد و این‌که آیا می‌توان عرف را به‌عنوان یک منبع مستقل در کنار مصادر دیگر فقه و حقوق مطرح کرد یا خیر؟

## ۲- مفهوم شناسی

عرف واژه‌ای عربی است و لغویون (کتاب العین/۱۲۱/۲؛ تاج‌العروس من جواهر القاموس/۱۹۳/۶؛ التعریفات/۶۴؛ المفردات فی غریب القرآن/۳۳۱؛ المنجد/۵۰۰) معانی

مختلفی برای آن ذکر کرده‌اند که برگشت تمام آن‌ها به دو معناست: «معرفت و شناسایی» و «امر پسندیده». ابن منظور می‌گوید: «عرف، عارفه و معروف به یک معنی و ضد نکر است و آن هر چیزی است که نفس آدمی آن را نیکو شناسد، بدان خو گیرد و آرامش یابد». (لسان‌العرب، ۲۳۹/۹).

از آن‌جا که عرف یکی از منابع حقوق دانسته شده در کم‌تر کتاب حقوقی است که به آن اشاره‌ای نشده باشد. جعفری لنگرودی عرف را عادت تمام یا اکثر افراد یک قوم در گفتار یا رفتار معین تعریف می‌کند. (مقدمه عمومی علم حقوق/۱۳۷؛ ترمینولوژی حقوق/۴۴۷). کاتوزیان در تعریف عرف می‌گوید: «قاعده‌ای است که به تدریج و خودبه‌خود، میان همهی مردم یا گروهی از آنان به‌عنوان قاعده‌ای الزام‌آور مرسوم شده است». (مقدمه علم حقوق/۱۷۸). مشابه این تعریف را ضیایی بیگدلی نیز ارائه می‌دهد. (اسلام و حقوق بین‌الملل/۴۰). شهیدی در تعریفی مبهم از عرف می‌نویسد: «عرف عبارت است از انس ذهن جامعه یا گروه خاص به امری که مربوط به روابط حقوقی است». (اصول قراردادهای و تعهدات/۳۰۰/۲).

در اصطلاح فقها تعاریف مختلفی از عرف صورت پذیرفته است: شیخ انصاری عرف را چنین تعریف می‌کند: «العرف هو ما استقر فی النفوس من جهة شهادات العقول و تلقته الطباع السلیمة بالقبول». (مکاسب/۲/۲۹۱). برخی مانند جرجانی (التعریفات/۶۴)، ابن نجیم (الاشباه و النظائر/۹۳) و نسفی (کشف‌الاسرار/۲/۵۹۳) تعاریفی مشابه همین تعریف بیان کرده‌اند. صاحب تفسیر المیزان در تعریف عرف چنین می‌گوید: «عرف پدیده‌ای است که عقلای جامعه، آن را سنت‌ها و روش‌های نیکوی جاری در میان خویش می‌شناسند، بر خلاف امور نادری که عقل اجتماعی آن را ناپسند می‌شمارد». (المیزان/۸/۳۸۰). شهید صدر نیز در تعریف عرف چنین می‌گوید: «عرف میل و گرایش عمومی انسان (اعم از دین‌دار و بی‌دین) به امری است در مسیری معین که مخالف شرع نباشد و به تعبیر دیگر روش عمومی مردم است که از مصلحت‌اندیشی سرچشمه می‌گیرد و برای حفظ فرد و جامعه نظم و سامان یافته است، چه در محاورات و معاملات و چه در سایر روابط اجتماعی، مانند این که هر جاهلی برای فهمیدن به عالم رجوع می‌نماید». (المعالم، ۹-۱۶۸).

مقایسه‌ی عرف با بنای عقلا و سیره‌ی عقلا: در دو قرن اخیر، ادبیات فقه شیعه به ایجاد واژگان جدیدی برای پدیده‌ی عرف روی آورده است. فقهای شیعه نوعاً از این پدیده با واژه‌های «سیره‌ی عقلا، طریقه‌ی عقلا و بنای عقلا» نام برده‌اند. (درآمدی بر عرف/۱۳۶). میرزای نائینی می‌گوید: «طریقه‌ی عقلا عبارت است از استمرار عمل عقلا بر چیزی از آن

جهت که عقلا هستند اعم از این که مسلمان باشند یا غیرمسلمان، خواه آن چه طریقه و روش آنان بر آن استمرار یافته از مسایل اصولی باشد یا از مسایل فقهی و گاهی از طریقه‌ی عقلایی به بناء عرف تعبیر می‌شود و مراد از آن عرف عام است. بنای عرف چیزی در مقابل روش و طریقه‌ی عقلایی نیست و هیچ اشکالی در اعتبار طریقه‌ی عقلایی وجود ندارد.» (فوائدالاصول/۳/۳-۱۹۲). سیره‌ی عقلا عبارت است از بنای عملی همه‌ی عقلای عالم از هر دین و مسلکی که باشند بر انجام دادن یا ترک کردن کاری؛ مثل این که همه‌ی عقلای عالم به خبر واحدی که به راست‌گویی آورنده‌ی آن اطمینان داشته باشند، ترتیب اثر می‌دهند. فیض می‌گوید: «هر گاه فعلی در پرتو سیره‌ی عقلی، به جهت مداومت در تکرار و استمرار در ذهن جایگزین شده و استقرار پیدا کند، آن را ارتکاز عقلا گویند و در این صورت از سیره‌ی عقلا نیز قوی‌تر و با ثبات‌تر است.» (مبادی فقه و اصول/۲۲۵). اصولیون متأخر از سیره‌ی عقلاییه بیش‌تر به بنای عقلا تعبیر می‌کنند. بنای عقلا از این جهت که رفتار خردمندان است با عرف و عادت شباهت‌هایی دارد ولی فرق آن دو در این است که در بنای عقلا رفتاری مورد توجه است که عقلاً درست باشد در حالی که عرف و عادت تکرار کاری است که در میان مردم معمول است بی‌آن که درستی آن الزاماً مورد تأیید عقل قرار گرفته باشد.

### ۳- قلمرو عرف

حکم شرعی، موضوع و متعلق خاص خود را دارد. قلمرو و معنای پاره‌ای موضوعات هم‌چون نماز، روزه و خمس را خود شارع تبیین کرده و نمی‌توان از چهارچوب تعیین شده‌ی شرعی فراتر رفت؛ ولی در مواردی به‌ویژه در معاملات، فقط حکم را تشریح کرده و تعریفی از موضوع و متعلق آن ارائه نداده است. به عقیده‌ی فقهای اسلام در چنین مواردی شارع، تعیین قلمرو حکم شرعی را به عرف واگذار کرده و عرف تنها مرجع شایسته‌ی شناخت این‌گونه دریافت‌هاست. مثلاً محقق اردبیلی در بحث خیار غبن می‌نویسد: «الحد فی ذلک العرف لما تقرر فی الشرع لن ما لم یثبت له الوضع الشرعی یحال الی العرف جریاً علی العاده المعهود من رد الناس الی عرفهم» (مجمع الفوائد و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان/۴۰۳/۸). مرجع در این مسأله عرف است؛ چون در شرع ثابت شده هر لفظی را که شارع تعریف نکرده باشد، فهم آن به عرف واگذار شده، به همان صورت که در میان مردم رواج دارد.

## ۴- شرایط اعتبار عرف

با تأمل در تعاریف لغوی، حقوقی و فقهی می‌توان شرایط هفت‌گانه‌ی ذاتی زیر را برای عرف برشمرد:

۱- آن عمل یا گفتار توسط عموم مردم تکرار شود و همه در مقابل واقعیه‌ی معینی آن را به‌کار بندند. از این رکن به‌عنوان «رکن مادی عرف» نیز یاد می‌شود. عبارت ابن نجیم (الاشباه و النظائر علی مذهب ابی حنیفه النعمان/۴۷) و سیوطی (الاشباه و النظائر فی قواعد و فروع فقه الشافعیه/۱۰۱) که می‌گویند «عرف باید مطرد و غالب باشد»، اشاره به همین رکن عرف دارد. شرط اطراد و اغلیبیت به نظر فقها در مورد همه‌ی اقسام عرف اعم از لفظی، عملی، عام و خاص و غیره لازم است و اگر تصور شود که با در نظر گرفتن عرف عام و خاص دیگر چنین شرطی لازم نیست (زیرا اگر عرفی عام باشد حتماً اطراد و غلبه دارد و اگر خاص باشد اطراد ندارد)، این تصور نادرست است؛ زیرا منظور از عام و خاص بودن عرف، کثرت و قلت افرادی است که آن را پذیرفته‌اند در حالی که اطراد و غلبه به لحاظ توسعه‌ی مصادیق آن است؛ چه ممکن است چیزی بین مردم معمول ولی محدود به مورد خاص و عاری از اطراد و غلبه باشد. (مبانی استنباط حقوق اسلامی/۲۶۷؛ العرف و العاده فی رأی الفقهاء/۷-۵۶؛ الاشباه و النظائر علی مذهب ابی حنیفه النعمان/۳۷؛ فلسفه التشریح فی الاسلام/۱۳۱ و ۲۳۰؛ المحصول فی علم اصول الفقه/۲/۳۹۹).

۲- آن عمل یا گفتار باید دارای قدمت باشد؛ یعنی طی سال‌های متمادی توسط مردم جامعه به آن عمل شود و گرنه اگر در زمان محدودی به آن عمل شده باشد نمی‌تواند عرف محسوب شود. با این قید عرف از رسوم فاصله می‌گیرد. صاحب جواهر الکلام (۳/۳) با توجه به همین شرط در نادرست بودن عرف نوپیدا می‌نویسد: «أنه معلوم الحدوث أو مظنونه فلا یکون حجه».

۳- آن عمل یا گفتار به‌صورت ارادی، اختیاری و از روی درک عقل صورت گیرد نه از روی غریزه یا فطرت. (مکتب‌های حقوقی/۸۷؛ دانشنامه‌ی حقوقی/۲/۵۹؛ مقدمه‌ی عمومی علم حقوق/۵۱).

دیدگاه محقق نائینی: محقق نائینی می‌گوید: «طریقه العقلاء... و اما ان تکون ناشئه عن فطرتهم المرتکزه فی اذهانهم حسب ما اودعها الله تعالی فی طباعهم بمقتضى الحکمه البالغه حفظاً للنظام». (فوائد الاصول/۳/۳-۱۹۲). طریقه‌ی عقلا و بنای عرف، گاه از فطرتی که خداوند به مقتضای حکمت حفظ نظام در اذهان و طبع عقلا نهاده است، ناشی می‌شود.

توجیه دیدگاه محقق: بیش تر به نظر می‌رسد، کلام محقق ناظر به منشأ عقلانی عرف است؛ هر چند تعبیر «درک عقل» را رها کرده و واژه‌ی «فطرت» را جایگزین کرده است؛ شاهد این مدعا، عدم ذکر درک عقل به عنوان منشأ بخشی از عرف‌ها در سخن نایینی است. به هر حال در واریسی منابع عرف و عادت می‌توان رد پای فطرت و غریزه را به راحتی مشاهده کرد؛ به عنوان مثال دفع ضرر یک عرف است که به فطرت و غریزه مستند است؛ هر چند عقل هم قضاوتی جز این ندارد. برخی وجوب اطاعت مولی و وجوب احتیاط یا اجتهاد یا تقلید در احکام را مستند به فطرت می‌دانند، هر چند عقل هم آن را تأیید می‌کند. (مستمسک العروه الوثقی/۶/۱).

۴- عرفی که بر یک واقعه‌ای حاکم می‌شود باید قبل از آن واقعه وجود یافته باشد. اگر پس از طرح یک دعوی که ممکن است مدت‌ها طول بکشد عرفی به وجود بیاید، در موقع صدور حکم به آن عرف نمی‌توان استناد کرد. (مقدمه عمومی علم حقوق/۱۳۸). در معاملات، عرف سابق یا عرف معمول زمان معتبر است و عرف لاحق و حادث، عطف به ماسبق نمی‌شود. (الاشباه و النظائر فی قواعد و فروع فقه الشافعیه/۶۸؛ الاشباه و النظائر علی مذهب ابی حنیفه النعمان/۴۰). عرف زمان لاحق اعتبار و حجیت ندارد. بنابراین شروطی که در وصیت‌نامه‌ها و وقف‌نامه‌ها آمده، باید با توجه به عرف معمول زمان آن‌ها تفسیر شود.

۵- در نصوص شرعی، فعل یا گفتاری بر خلاف مضمون عرف وجود نداشته باشد. (ما یشیت بالعرف بدون ذکر لایثبت اذا نصّ علی خلافه). صاحب جواهر در کتاب صلاه هنگام بحث درباره‌ی «قیام» می‌نویسد: «مرجع در شناخت قیام عرف است؛ بسان همه‌ی واژگانی که نمی‌دانیم شرع درباره‌ی آن‌ها اراده‌ی ویژه‌ای دارد؛ زیرا روشن است آن‌چه در نصوص این مسأله آمده تنها امر به قیام است و این‌که هر کس راست نایستد نمازش صحیح نیست.» (جواهر الکلام/۹/۲۴۵).

۶- باید گزاره‌ای که برای شناخت آن، به عرف اعاده می‌شود از گزاره‌های عرفی باشد نه از مقوله‌ها و گزاره‌های شرعی و توقیفی. بر اساس این شرط نمی‌توان در بیان مفهوم یا مصداق عناوینی مانند صلاه، صوم، حج و غیره به عرف تمسک جست. صاحب جواهر در اشاره به این شرط در بحث «فعل کثیر» پس از بحث در این باره که در شناخت «کثیر» باید به عرف برگشت، می‌نویسد: «بر شما پنهان نیست که میان آن‌چه گفتیم و این که صلاه از نوآوری‌های شرع است و نمی‌توان در شناخت آن به عرف برگشت، ناسازگاری نیست.» (جواهر الکلام/۱۱/۶۵).

۷- آن عمل یا گفتار باید بدون هر گونه فشار خارجی یا حکومتی واجد خصیصه الزام آور باشد. بسیاری از عادات و رسوم مردم چون به نظر مردم اجباری نیست جزء آداب و نزاکت‌های اجتماعی محسوب می‌شود؛ مانند آداب مردم هنگام معاشرت با یکدیگر. از این رکن تحت عنوان «رکن معنوی عرف» نیز یاد می‌شود.

علاوه بر وجود شرایط ذاتی عرف که در بالا شرح آن گذشت، فقها شرط دیگری برای عرف در نظر گرفته‌اند که به نظر ما این شرط نسبی است و عدم آن به ماهیت عرف خدش‌های وارد نمی‌کند و آن عبارت است از این که قول یا عملی عکس مضمون عرف وجود نداشته باشد؛ از آن‌جا که عرف از زمره دلالت‌ها محسوب شده؛ بنابراین اعتبار آن تا وقتی است که بر خلاف آن شرطی نشده باشد چه آن که عرف به منزله‌ی شرط ضمنی است و تاب مقاومت در مقابل شرط صریح را ندارد. (لا عبره للدلاله فی مقابله التصریح). مثلاً اگر عرف بازار تقسیط قیمت باشد ولی طرفین عقد بر نقد بودن آن تصریح کنند یا بنا بر عرف، هزینه‌های حمل و نقل بر عهده‌ی خریدار باشد ولی در قراردادی طرفین عقد تصریح کنند که این هزینه‌ها را فروشنده بپردازد، در چنین حالت‌هایی عرف اعتباری نخواهد داشت. (اسباب اختلاف الفقهاء فی الاحکام الشرعیه/۵۳۴؛ الوجیز فی اصول الفقه/۲۵۷).

## ۵- حجیت عرف

اساسی‌ترین بحث در مورد عرف، بحث در حجیت، اعتبار و ارزش فقهی آن است؛ چون قلمرو کاربرد عرف در استنباط احکام فقهی را معین می‌کند. برای اثبات حجیت عرف طرق گوناگونی مطرح شده است که اکثر آن‌ها را فقیهان اهل سنت ارائه کرده‌اند. ولی فقیهان شیعه گر چه مخالفت صریحی با آن‌ها نکرده‌اند به‌طور مستقیم هم به طرح ادله‌ی آن‌ها نپرداخته‌اند. شاید بتوان گفت فقیهان شیعه به دلایل تاریخی نخواسته‌اند صریحاً ادله‌ی شرعی را از ادله‌ی اربعه (کتاب، سنت، اجماع و عقل) خارج کنند. ولی در متون فقهی و اصولی خود به ادله‌ای تمسک کرده‌اند که مشابهت‌های زیادی با سایر ادله و منابعی دارد که سایر فقیهان آن را صریحاً به‌عنوان ادله‌ی احکام شرعی نشمرده‌اند. حتی در مورد دلیلی مثل قیاس، می‌بینیم که عده‌ای از فقیهان و اصولیون شیعه با تقسیم کردن آن به انواع سه‌گانه‌ی منصوص العله، مستنبط العله و اولویت، فقط نوع دوم آن را مردود دانسته و قسم اول و سوم را پذیرفته‌اند. (اصول الاستنباط/۲۸۷؛ اصول فقه/۱۸۰/۲-۱۷۶). بنابراین نمی‌توان گفت که چون عرف جزء ادله‌ی اربعه قلمداد نشده است پس هیچ‌گاه مورد استناد و منبع صدور حکم شرعی فقیهان و اصولیون واقع نشده است بلکه تحت عناوین دیگر و تقسیم‌بندی‌های سیره

و حتی دیدگاه عقل می‌توان به حجیت عرف هم تمسک کرد. در این جا ابتدا به شرح دیدگاه علمای اهل سنت و سپس دیدگاه فقهای امامیه می‌پردازیم:

### دیدگاه علمای اهل سنت

در میان فرق اهل سنت، حنفی‌ها برای عرف اهمیت زیادی قایل‌اند و لغت «عرف» در کتب آن‌ها بیش از کتب سایرین فرق عامه استفاده شده است. (برای نمونه نک: سرخسی، مبسوط/۱۳۵/۳۰؛ تحفه الفقهاء/۱۷۷/۳؛ بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع/۱۱۲/۱؛ البحر الرائق شرح کنز الدقائق/۲۴۷/۳؛ الدر المختار شرح تنویر الابصار/۲۰۷/۵؛ حاشیه رد المختار علی الدر المختار/۱۴۳/۳). در این قسمت به بیان و نقد ادله‌ی علمای اهل سنت در حجیت عرف می‌پردازیم:

### دلیل اول: آیات

مهم‌ترین و مشهورترین آیاتی که برای اثبات حجیت عرف مورد استناد قرار گرفته‌اند

عبارتند از:

۱- «خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ» (اعراف/۱۹۹). در مورد معنای کلمه‌ی «عرف» در این آیه معانی مختلفی ابراز شده است. در قسمت «مفهوم‌شناسی» گفتیم که یکی از معانی لغوی عرف «امر نیکو و پسندیده» است. در نقد استدلال به این آیه می‌توان گفت که معلوم نیست مقصود از «عرف» در این آیه، عرف ما نحن فیه باشد. صاحب تفسیر المیزان می‌گوید: «کلمه‌ی عرف در این آیه به معنای سنن و سیره‌های جمیله‌ی جاریه در جامعه است که عقلای جامعه آن‌ها را می‌شناسند، برخلاف آن عملیات نادره و غیر مرسومه که عقل اجتماعی آن را انکار می‌کند». (المیزان/۳۸۰/۸). محمد بن اسماعیل بخاری در صحیح خود از عبدالله بن زبیر روایت کرده که گفت: خداوند آیه‌ی مذکور را تنها درباره‌ی اخلاق مردم نازل کرده است. (منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی/۴۰۳). یکی از نویسندگان معاصر در مورد این آیه چنین می‌نویسد: «عرف را نمی‌توان صرفاً همان‌هایی دانست که شرع به آن‌ها امر کرده است؛ زیرا اولاً آیه‌ی شریفه مکی است و قبل از آن بسیاری از احکام تشریح یا نازل نشده بود تا بگوییم عرف اشاره به آن‌هاست، گر چه معقول و ممکن است که به احکامی که در آینده تشریح یا نازل می‌شود، اشاره شود؛ اما خلاف ظاهر است. ثانیاً در این جا امر به عرف شده است، اگر عرف را هم همان مأمور به شرعی بدانیم،



آن‌گاه امر به مأمور به شده است، امر به مأمور به نیز گر چه از باب تأکید یا ارشاد به حکم عقل ممکن است؛ اما خلاف ظاهر به نظر می‌رسد؛ به این ترتیب آن چه به نظر می‌رسد، ظهور آیه‌ی شریفه این است که امر به امور پسندیده‌ای نزد مردم شده که منافاتی با اوامر و نواهی شرعی نداشته باشد». (جایگاه قرآن در استنباط احکام/۳۳۴). بنابراین این آیه نمی‌تواند دلیل بر حجیت عرف باشد.

۲- «كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ» (آل عمران/۱۱۰). مدلول این آیه شامل هر اندیشه و عمل نیکو من جمله عرف نیکو می‌شود؛ ولی هم‌چون آیه‌ی پیشین بیش‌تر به یک دستور اخلاقی نزدیک‌تر است تا به یک قاعده‌ی حقوقی. (مکتب‌های حقوقی/۸۸).

۳- «وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» (حج/۷۸). برخی از علما با توجه به قاعده‌ی نفی عسر و حرج این‌گونه به این آیه استدلال کرده‌اند که تردیدی نیست بازداشتن مردم از آن چه که بدان انس گرفته و زندگی اجتماعی خود را با آن سامان و نظام داده‌اند، از مصادیق بارز حرج باشد که آیه‌ی فوق آن را نفی کرده و این یعنی همان حجیت عرف. (مجموعه بحوث الفقهیه/۲۶). در نقد این استدلال گفته شده است که اگر چه مقتضای نفی حرج، توسعه و تسهیل در عمل و رعایت مصلحت نوعیه است؛ ولی قطعاً مراد از این مصلحت، تسهیل هر آن چه که از رعایت نکردن آن عسر و حرج رخ می‌دهد، نیست؛ بلکه مراد از آن تسهیلی است که مناسب با شریعت سمحه‌ی سهله است. (فوائد الاصول/۳/۴-۹۳). شهید مصطفی خمینی معتقد است که ردع از عرف همواره موجب اختلال نظام و پیدایی عسر و حرج نمی‌شود. (تحریرات فی الاصول/۵/۲۸۷؛ ۶/۳۳۸).

## دلیل دوم: اخبار

روایاتی که بر حجیت عرف به آن‌ها استناد شده است فراوان است. در ذیل به بررسی مهم‌ترین آن‌ها می‌پردازیم:

۱- موقوفه‌ی عبدالله بن مسعود: «حدثنا عبدالله حدثنا ابی حدثنا ابوبکر حدثنا عاصم عن زر بن جیش عن عبدالله بن مسعود قال: ان الله نظر فی قلوب العباد فوجد قلب محمد (ص) خیر قلوب العباد فاصطفاه لنفسه فابتعته برسالته ثم نظر فی قلوب العباد بعد قلب محمد (ص) فوجد قلوب اصحابه خیر قلوب العباد فجعلهم وزراء نبیه یقاتلون علی دینه فما رأى المسلمون حسناً فهو عند الله حسن و ما رأوا سيئاً فهو عند الله سيء» (السقیفه و فدک/۵-۶۴؛ مسند احمد/۱/۳۷۹؛ مستدرک‌الحاکم/۳/۷۹-۷۸؛ الدر المنثور/۳/۴۴؛ تاریخ مدینه

دمشق/۳۰/۲۹۴). سیوطی (الاشباه و النظایر/۸۹) و ابن نجیم (الاشباه و النظایر/۹۳) برای اعتبار عرف به جمله‌ی «ما رأی المسلمون حسناً فهو عند الله حسن» استناد می‌کنند. این روایت هم از لحاظ سند و هم از لحاظ دلالت قابل خدشه است. از لحاظ سند، روایت مذکور علاوه بر موقوفه بودن<sup>۱</sup>، فقط در برخی کتب روایی اهل سنت نقل شده است و در جوامع روایی شیعه ذکر از آن به میان نیامده است. آیت‌الله محمد تقی حکیم سند این روایت را این‌گونه قابل خدشه بیان می‌کند: «انها موقوفه عبدالله ابن مسعود و لم یروها احد عنه عن رسول الله (ص) و ربّما کانت کلاماً له لا حدیثاً عن النبی (ص) و مع هذا الاحتمال لا تصلح للدلیلیه اصلاً». (اصول العامه للفقّه المقارن/۳۷۵ و ۴۲۴).

از لحاظ دلالت، گر چه از عبارت فهمیده می‌شود که آنچه مسلمانان پسندیده می‌شمارند شما نیز آن را پسندیده بشمارید؛ ولی این امر ارتباطی با پذیرش عرف به‌عنوان یک منبع شناخت احکام شرعی در حوادث واقعه ندارد؛ زیرا بین این دو ملازمه‌ای نیست. به قول آیت‌الله حکیم دلیل اخصّ از مدعاست؛ زیرا روایت به جهت بیان ویژگی حسن بودن که عرف الزاماً مبتنی بر آن نیست، توانا بر اثبات حجیت و اعتبار مطلق عرف نیست. (همان/۴۲۴).

از طرف دیگر، همان‌طور که گفتیم یکی از ارکان ضروری عرف، تکرار است (رکن مادی)؛ در حالی که صرف حسن بودن اندیشه‌ای نزد مسلمانان بدون وصف تکرار، قابلیت آن را ندارد که به آن عرف بگوییم.

۲- روایتی از عایشه بدین مضمون نقل شده که هند همسر ابوسفیان خدمت پیامبر(ص) رفت و از شوهرش شکایت کرد که ابوسفیان مرد خسیسی است و هزینه‌ی زندگی من و اولادم را نمی‌پردازد و چاره‌ای ندارم جز این‌که بدون آگاهی او از مال و دارایی‌اش بردارم. پیامبر(ص) در پاسخ فرمود: از مال شوهرت آن قدر که تو و اولادت را به‌طور شایسته و عرف خودتان کفایت کند، بردار. (بحارالانوار/۷۲/۳۳۲؛ تحفه السنیه فی شرح نخبه المحسنیه/۳۲۴؛ کشف‌الثام/۱۱۵/۲؛ خلاف/۱۶۰/۴؛ شیخ طوسی، مبسوط/۳/۶؛ الام/۹۳/۵؛ المجموع فی شرح المهدب/۱/۱۸-۲۵۰؛ مغنی المحتاج الی معرفه معانی الفاظ المنهاج/۳/۴۲۶؛ سرخسی، مبسوط/۳۹/۱۷؛ الشرح‌الکبیر/۹/۲۳۰-۲۲۹؛ کشاف القناع/۶/۹-۶).

<sup>۱</sup> - موقوف در علم درایه حدیثی است که از صحابه یا اصحاب امامان نقل شود خواه متصل باشد خواه منقطع، خواه صحیح باشد خواه نه و اگر انتهای وقف به غیرصحابی باشد اسم شخص منتهی‌الیه را می‌برند. (مقباس الهدایه/۱/۳۳۱-۳۳۰؛ ترمینولوژی حقوق/۷۰۰).

۴۴۸؛ مسند احمد/۶/۳۹؛ صحیح البخاری/۳/۳۶؛ سنن ابن ماجه/۲/۷۶۹؛ سنن ابی داود/۲/۱۵۰؛ السنن الکبری/۱۰/۱۴۱). این روایت در کتب فقهای عامه و شیعه مجموعاً فراوان نقل شده است. در استدلال به این روایت گفته شده است چنان که در متن روایت دیده می‌شود، پیامبر(ص) به «أخذ به معروف» امر کرده است و اگر عرف حجیت نداشت چنین امری نادرست بود. (اعلام الموقعین عن رب العالمین/۴/۵-۴۴۴). به همین دلیل برخی از علما، دلالت آن را بر مدعا بیش از سایر دلایل می‌دانند. (مکتب‌های حقوقی/۸۸).

این روایت از نظر فقهای امامیه به علت عدم صدور آن از جانب پیامبر(ص) و این که سخن خود عبدالله بن مسعود است، ضعیف است. (مجمع‌الفائده و البرهان/۱۲/۲۰۴؛ حدائق‌الناضره/۱۸/۱۶۲؛ مستندالشیعه/۱۷/۳۰۷). ولی میان اکثر عامه اشکال سندی ندارد. علایی از عالمان اهل سنت در کتاب *الاشباه و النظائر* ابن نجیم می‌گوید: «این حدیث را با پی‌جویی بسیار و سؤال زیاد در کتب حدیث حتی با سند ضعیف نیافتیم؛ گفته‌ای است از عبدالله بن مسعود بدون این که سند از او به پیامبر(ص) برسد». (الاشباه و النظائر/۱۰۱).

از جهت دلالت نیز روایت مذکور، قاصر از اثبات مدعاست؛ زیرا حجیت عرف در موضوعی خاص را بیان می‌کند نه حجیت مطلق عرف در باب موضوعات و احکام. به بیانی دیگر بین اندیشه‌ی مسلمین و عرف، نسبت عام و خاص من وجه برقرار است. ابن ادریس شافعی در کتاب *الرساله* ذیل مباحث مربوط به قیاس روایت مذکور را با توجه به آیه‌ی ۲۳۳ سوره‌ی بقره<sup>۱</sup> به‌عنوان وجهی از وجوه قیاس مثال می‌زند و معتقد است این روایت به عرف ربطی ندارد. (الرساله/۵۰۶).

### دلیل سوم: استدلال به پاره‌ای از قواعد

علمای اهل سنت به قواعدی هم‌چون «المعروف عرفاً کالمشروط شرعاً» (حاشیه رد المحتار/۶/۲۶۵؛ فقه‌السنه/۲/۱۴۱؛ حاشیه قره عیون الاخیار/۲/۵۱۵)، «التعین/الثابت بالعرف کالتعین بالنص» (به نقل از: الاصول‌العامة/۴۲۶)، «العرف شریعه محکمه» (همان)، «العرف فی الشرع له اعتبار» (همان) و «العاده محکمه» (همان) برای اثبات حجیت عرف استناد می‌کنند. در نقد استدلال سوم آن‌ها، آیت‌الله حکیم می‌گوید: «با آن‌چه در نظام زندگی

<sup>۱</sup> «وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْمِيَ الرِّضَاعَةَ وَ عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَ كَسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارُّ وَالِدَةٌ وَ ابْنُهَا وَ لَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِمَا وَ عَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَ تَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَ إِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ وَ اتَّقُوا اللَّهَ وَ اعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ».

اجتماعی میان مردم متعارف شده است، نمی‌توان حکم شرعی را کشف کرد، چون شارع در برابر نظام‌های متعارف، شیوهی واحدی در پیش نگرفته است، هر چند گاه این‌گونه نظام‌ها را امضا کرده است؛ اما گاهی هم برای از بین بردن آن‌ها همت گماشته و یا در برابر آن‌ها سکوت کرده است که البته در مورد اخیر به اباحه‌ی ظاهری حکم می‌شود. بنابراین به جهت چندگونگی روش شارع در برابر نظام‌های متعارف زندگی اجتماعی، نمی‌توان برای اثبات حجیت و اعتبار عرف به آن‌ها استناد کرد». (الاصول العامه/۶-۴۲۵).

## دیدگاه فقهای امامیه

در باره‌ی حجت بودن عرف در نزد فقیهان شیعه، سه دیدگاه وجود دارد:

### دیدگاه اول: ذاتی بودن حجیت عرف

محمد حسین اصفهانی در نه‌یاده‌الدرایه (۹۱/۲)، شریف‌العلماء مازندرانی در ضوابط الاصول (۳۹۹)، علامه طباطبایی در حاشیه‌الکفایه (۱۸۸/۲، ۲۰۵ و ۲۰۶) و محمد جواد مغنیه در کتاب علم اصول الفقه فی ثوبه‌الجدید (۲۲۲) به این دیدگاه گرایش دارند. در این دیدگاه، حجت و اعتبار عرف، ذاتی و بی‌نیاز از امضای شارع است؛ چه این‌که صاحبان این دیدگاه، حکم عرف را مستند به فطرت و برخاسته از بایسته‌های زندگی اجتماعی می‌دانند که ناسازگاری با آن، به‌منزله‌ی ناسازگاری با نیازهای زندگی اجتماعی، مصالح و از هم گسستن نظام اجتماعی است؛ حال آن‌که شارع هیچ‌گاه از نگاه‌داشت مصالح، حفظ نظام و پرهیز از فروپاشی آن فروگذار نبوده؛ بلکه همواره احکام را بر پایه‌ی همین مهم نهاده است. مغنیه در مقاله‌ای تحت عنوان «نحو فقه الاسلامی فی اسلوب جدید» با ذکر چند مثال بر حجیت ذاتی عرف استدلال می‌کند. وی می‌گوید: «یکی از مواردی که علمای شیعه بر آن اجماع کرده‌اند چنین است: اگر زورمندی به ستم، کارگری را حبس کرد و مانع اشتغال او به کاری که قوت خود و خانواده‌اش به آن وابسته است شد، فقهای شیعه می‌گویند آن زورمند، گناه‌کار است ولی ضامن نمی‌باشد و جایز نیست علیه او به پرداخت مبلغ از کارافتادگی کارگر حکم کرد. اما اگر همین زورمند چارپایی را غصب کرد، ضامن منافع آن بوده و باید منافع آن را اگر چه از حیوان بهره نگرفته، بپردازد. دلیل می‌آورند که منافع صاحب صنعت آزاد در دست خودش می‌باشد؛ پس منافعش را نمی‌شود قیمت‌گذاری کرد، به خلاف چارپا که هم خود بها و قیمت دارد و هم منافع آن. این حکم به حسب ظاهر با اصل آزادی و احترام اموال و نفوس تنافی

دارد و حال آن که عرف، کم‌ترین تفاوتی بین کارگری که از کار بازداشته شده و یا به مال او تجاوز شده است، نمی‌گذارد و در هر دو مورد حکم به ضمان متجاوز می‌کند». فیض چنین می‌گوید: «از آن جا که در قضیه‌ی طبیعی، حکم بر خود طبیعت کلی از جهت کلی بودن آن حمل می‌شود؛ لذا اگر عرف و سیره‌ی عقلا که مقتضای طبیعت عقلاست، حجت است باید بر پایه‌ی قضیه‌ی طبیعی «عرف بما هو عرف» حجت باشند؛ لذا نمی‌توان گفت فلان عرف که فردی از عرف است حجت و فلان عرف که فردی دیگر است، حجت نیست. بدین جهت انحصار حجیت و اعتبار عرف و سیره‌ی عقلا به سیره‌ی زمان پیامبر(ص) و امام(ع) چیزی جز سرایت دادن حکم طبیعی به فرد نخواهد بود که این خود نادرست؛ لذا باید باور داشت که عرف از آن جهت که عرف است، حجت و معتبر می‌باشد». (مبادی فقه و اصول/۲۰۷).

گرچی می‌گوید: «اساس احکام عمومی بر مصالح و مفاسد جامعه استوار است، صحیح است که این‌گونه احکام امضایی است؛ ولی تصور این که شارع تنها مقررات زمان خود؛ یعنی عرف جاهلی را امضا کرده است، به هیچ وجه درست نیست؛ بلکه احکام عرف در همه‌ی زمان‌ها را امضا کرده است». (اقتراح/۹-۴۸). برخی حتی نظر بالا را از اظهارات امام خمینی نیز استخراج کرده‌اند. فیض می‌نویسد: «از بیاناتی که از امام خمینی و بعضی دیگر از علمای بزرگ نقل شد، می‌توان اطمینان داشت که هر سیره‌ی عقلایی که عقلای جامعه در میان خود رایج کرده‌اند، درباره‌ی هر موضوعی از موضوعات و هر پدیده‌ای از پدیده‌های اجتماعی که باشد؛ چه به زمان معصوم متصل گردد یا منفصل از آن باشد، همه‌ی آن سیره‌ها حجت هستند و ما می‌توانیم در پناه آن، بسیاری از مسایل اجتماعی خود را حل و فصل کنیم». (مبادی فقه و اصول/۲۱۰). در بررسی آماری که در کتاب *وسایل الشیعه* به‌عنوان یکی از مهم‌ترین جوامع روایی شیعه انجام دادیم، نتایج ذیل به‌دست آمد:

کتاب	تعداد مجلدات	تعداد روایات	درصد
عبادات (طهاره، صلاه، زکاه، صیام، حج، جهاد و امر به معروف و نهی از منکر)	۱۱	۱۹۹۰۱	۵۶٪
غیر عبادات (تجارت، رهن، حجر، نکاح، طلاق، خلع و مبارات، ظهار، ایلاء و کفارات، لعان، عتق، تدبیر و مکاتبه و استیلا، اقرار، جماله، ایمان، نذر و عهد، صید و ذبایح، اطعمه و اشربه، غصب، شفعه، احیاء موات، لقطه، فرائض و موارث، قضاء، شهادت، حدود و تعزیرات، قصاص و دیات).	۸	۱۵۹۴۲	۴۴٪
جمع	۱۹	۳۵۸۴۳	۱۰۰٪

لازم به ذکر است که روایات منقول در کتاب وسایل الشیعه (دوره‌ی ۲۰ جلدی) تا صفحه‌ی ۳۱۰ جلد ۱۹ ادامه می‌یابد.

با ملاحظه‌ی جدول فوق، نتایج ذیل به دست می‌آید:

- ۱- ابواب عبادی ۵۶٪ روایات را به خود اختصاص داده است این در حالی است که ابواب غیر عبادی با توجه به مورد ابتلا بودن بیشترشان ۴۴٪ روایات را شامل می‌شوند.
- ۲- معاملات، ناشی از امور عرفی و عقلایی و متأثر از زمان و مکان‌اند و شریعت دست عرف و عقلا را در مسایلی که به تدبیر امور اجتماعی ارتباط دارد، باز گذارده است. این در حالی است که در عرصه‌ی عبادات تغییرات بسیار اندک است. عرف و بناات عقلایی در عرصه‌ی عبادات که دارای حقایق ملکوتی است، کاربرد کم‌تری دارد. حوزه‌ی مشورت رسول اکرم(ص) با دیگران هم هرگز در عرصه‌های عبادی نبوده است. موضوعات عبادی اغلب دارای ملاکات الهی است. حدیث معروف «انّ دین الله لایصاب بالعقول». (بحارالانوار ۲/ ۳۰۳) به همین ملاکات اشاره دارد.

طرف‌داران این دیدگاه، این را به معنای پذیرش حجیت ذاتی برای عرف تعبیر می‌کنند. آن‌ها معتقدند که بسیاری از عرف‌ها برخاسته از فطرت و وجدان انسان‌هاست و بر اساس تشخیص ضرورت‌ها و نیازهای اجتماعی به تدریج در میان مردم رایج و ساری شده است. از طرف دیگر، احکام شرعی هم برای تأمین مصالح و منافع جوامع انسانی وضع شده است. اگر شارع با این‌گونه عرف‌ها مخالفت کند، نقض غرض خواهد شد. بنابراین در امور غیرعبادی همان مسلک عرف را مورد تأیید قرار داده است. (علم اصول الفقه فی ثوبه الجدید/۲۲۲؛ جهت مطالعه‌ی بیشتر نک: چالش‌های نوین در بناء عقلاء با تأکید بر جهانی شدن/۶۶-۶۴).

### دیدگاه دوم: حجیت عرف بر اساس بنای عقلا

در این دیدگاه اعتبار عرف در عقل عقلا که بر پایه‌ی حسن و قبح حکم می‌کند، است. طرف‌داران این دیدگاه، عرف را مرتبه‌ای از مراتب عقل می‌دانند و بر این باورند که اختلافی بین حکم عقل و عرف وجود ندارد. از این رو، به وسیله‌ی قاعده‌ی ملازمه بر آن شده‌اند که شرعی بودن عرف را ثابت کنند و دلیل اعتبار عرف را در کاشف بودن آن از حکم عقل می‌بینند؛ با بیانی دیگر، عرف را زیر مجموعه‌ی مباحث مستقلات عقلیه و حداقل غیرمستقلات عقلیه می‌دانند.

در قسمت «مفهوم شناسی» گفتیم که میرزای نایینی می‌گوید: «طریقه‌ی عقلا عبارت است از استمرار عمل عقلا بر چیزی، از آن جهت که عقلا هستند اعم از این که مسلمان باشند یا غیرمسلمان، خواه آن‌چه طریقه و روش آنان بر آن استمرار یافته از مسایل اصولی باشد یا از مسایل فقهی و گاهی از طریقه‌ی عقلایی به بناء عرف تعبیر می‌شود و مراد از آن عرف عام است. بنای عرف چیزی در مقابل روش و طریقه‌ی عقلایی نیست و هیچ اشکالی در اعتبار طریقه‌ی عقلایی وجود ندارد». (فوائدالاصول/۱۹۳/۳-۱۹۲).

صاحب تفسیر مجمع البیان می‌نویسد: «عرف عبارت است از هر روشی پسندیده که عقل مردم، خوبی و درستی آن را تشخیص دهد و نفس‌های مردم در پرتو آن آرامش یابد». (مجمع‌البیان/۳۹۷/۴).

شهیدی چنین می‌گوید: «بنای عقلا در حقیقت همان عرف است؛ زیرا منظور از عرف انس ذهنی و روش اکثریت جامعه که ایشان عادتاً خردمند و مصلحت‌اندیش و پای‌بند نظم اجتماعی هستند در روابط حقوقی می‌باشد». (اصول قراردادهای و تعهدات/۳۴۵/۲).

آیت‌الله مؤمن قمی در تسدیدالاصول (۶۹/۱)، شیخ انصاری در مطرح‌الأنظار (۱۵۱)، محمد حسن آشتیانی در بحرالفوائد (۱۷۱/۱؛ ۵۳/۳-۵۲)، آیت‌الله بروجردی در نهاییه‌الاصول (۴۷۱/۲) و آیت‌الله عمید زنجانی در فقه سیاسی (۲۱۸/۲) از معتقدان به این دیدگاه هستند.

نقد: در نقد این دلیل می‌توان گفت که اولاً مفطور بودن انسان بر اصل این بناات، مانع از آن نیست که شارع در مورد کاربرد این امور در محیط تشریح (مثلاً حجیت ظواهر و اخبار ثقه) قیودی را اضافه کرده و محدودیت‌هایی را اعمال کند؛ از این رو هر چند اصل حجیت این امور، محتاج به امضا و عدم ردع نیست؛ ولی قلمرو اعمال این اصول و احکام عقلایی، قطعاً محتاج امضا و رضایت شارع است. مثلاً باید روشن شود که آیا شارع علاوه بر وثاقت مخبر، ضابط بودن و حافظ بودن او را نیز شرط می‌داند؟ (نقش عرف در استنباط فقهی/۵۵/۹).

ثانیاً سیره‌های عقلایی که مستند به فطرت اجتماعی انسان‌ها است، به‌طور مطلق درست نیست؛ چون سیره‌های عام عقلایی بر دو گونه است: اول، سیره‌هایی که از مرتکزات فطری و اولی عقلاست مانند گریز از ضرر که زیربنای آن‌ها همان فطرت و غریز شعوری است. دوم، سیره‌هایی که در اثر تکرار مستمر، به‌صورت مرتکزات ثانوی عقلا در آمده است، مانند قرارهای اجتماعی عقلا که بر اساس مصالح اجتماعی به‌وجود آمده است و فطری نیست، مانند کیفیت انجام معاملات. آن‌چه محتمل است حجت ذاتی داشته باشد سیره‌های نوع اول است؛ اما قرارهای اجتماعی قطعاً نیازمند حجیتی است که از راه تقریر شرعی و عدم

ردع آن حاصل می‌شود.<sup>۱</sup> (ر.ک: محسن خرازی، مصاحبه‌ی مندرج در کتاب نقش زمان و مکان در اجتهاد/۸/۱۴-۱۵۷).

### دیدگاه سوم: حجیت عرف بر اساس امضای شارع

طرف‌داران این دیدگاه، اعتبار و حجت بودن عرف را موکول به موافقت و امضای شارع می‌دانند و بر این نظرند که تنها هنگامی عرف و بنای عقلا اعتبار دارد و در خور استناد است که از سوی شارع امضا شده باشد. به نظر طرف‌داران این دیدگاه امضای شارع می‌تواند به یکی از طرق زیر کشف شود:

۱- عدم ردع: اعتبار و حجت بودن عرف و بنای عقلا نیازمند به امضای صریح شارع ندارد؛ بلکه همین که ثابت شود باز نداشتن است، کاشف از امضای شارع است. (تحریرات فی الاصول/۳۸۲/۴؛ میرزای نایینی به نقل از کاظمی خراسانی، فوائد الاصول/۱۹۳/۳ و ۲۸۳؛ دررالفوائد/۴-۱۲۳؛ مقالات الاصول/۱۱۰/۲؛ نه‌ایه الافکار/۱۳۴/۱؛ تنقیح الاصول/۱۹۲؛ دروس فی علم الاصول/۲۶۶/۱ و ۱۵۹/۲ و ۱۶۱؛ اجودالتقریرات/۱۱۵/۲؛ افاضه العوائد تعلیق علی دررالفوائد/۲-۳۱۸ و ۳۸۲؛ المحکم فی اصول الفقه/۳-۲۶۷ و ۲۷۴؛ زبده الاصول/۳-۱۵۹؛ ۴-۲۳۴؛ تقریرات فی اصول الفقه/۱۵۱ و ۲۵۲؛ حاشیه بر کفایه الاصول/۲-۱۲۴؛ الاصول العامه للفقه المقارن/۱۹۸؛ تسدیدا الاصول/۲-۱۰۲ و ۲۹۵؛ دروس فی اصول فقه الامامیه/۳۳۱).  
آیت‌الله بروجردی می‌گوید: «عدم الردع مرتبه من التصدیق». (حاشیه بر کفایه الاصول/۲-۱۲۴). امام خمینی می‌گوید: «أنه لا یحتاج فی اعتبار الطریقه العقلائیه الی امضاء صاحب الشرع لها و التصریح باعتبارها، بل یکفی عدم الردع عنها فان عدم الردع عنها مع التمكن منه یلزم الرضاء بها و ان لم یصرح بالامضاء». (تهذیب الاصول، ۲/۲-۲۰۱).

۲- ثابت نشدن ردع: ثابت نشدن بازداری شارع، کاشف از امضای اوست و برای حجت بودن و اعتبار عرف و بنای عقلا کافی است؛ چه این که شارع خود از عرف و عقلا بلکه رئیس آنان به‌شمار می‌رود و در مسلک با عرف یگانگی دارد. بنابراین، در صورت ناسازگاری و یگانه نبودن مسلک او با عرف، بر اوست که به جهت شارع بودن، با بازداشتن، اختلاف و دوگانگی مسلک خود را با عرف بشناساند. (کفایه الاصول/۴-۳۰۳؛ اصول فقه/۲-۱۲۷؛ نه‌ایه‌الدرایه/۳-۲۵۰؛ ۵/۳۰).

<sup>۱</sup>- به شرط سوم از شرایط اعتبار عرف در همین مقاله بنگرید.



۳- سکوت شارع: سکوت شارع برای کشف امضا، کافی و دلیل بر اعتبار و حجت بودن عرف و بنای عقلا می‌باشد. (دروس فی علم الاصول/۹۸/۱، ۲۳۴، ۲۴۷، ۲۵۰ و ۲۶۶؛ ۱۱۴/۲؛ المعالم الجدیدة/۱۶۹).

امام خمینی، درباره‌ی حجیت عرف و بنای عقلا دیدگاه سوم را می‌پذیرد و بر این باور است که تنها هنگامی عرف و بنای عقلا اعتبار دارد که از سوی شارع امضا شده باشد و عرف و سیره‌های عقلایی که امضای آن‌ها ثابت نشده است، بی‌اعتبارند. (تهذیب الاصول/۲۰۱/۲). ایشان در میان روش‌های ارائه شده برای کشف و به‌دست آوردن امضای شارع، گویا این روش را برگزیده که باید باز نداشتن شارع ثابت شود: «فمجرد بناء عقلاء علی العمل بقولهم لا ینتج الا أن ینضم الیه عدم ردع الشارع الکاشف عن رضاه» (انوار الهدایه/۲۵۰/۱). تنها وجود بنای عقلا بر عمل طبق نظر آنان، فایده‌ای را در پی ندارد، مگر این که باز نداشتن شارع، که کاشف از رضای شارع است، با آن همراه شود.

امام در استدلال برای پذیرش این روش، با پیروان روش باز نداشتن (عدم ردع) هم‌آوا شده و می‌نویسد: «لو لم تکن نافذه لدی الشرع لابد من الردع عنها و یکفی فی النفوذ عدم ردعه». (انوار الهدایه/۳۱۵/۱). [بنای عقلا] اگر در نزد شرع نافذ نباشد، شرع ناگزیر است از آن باز دارد. باز نداشتن، در نافذ بودن آن کافی است.

نظر امام تفاوتی اساسی با نظر مشهور علمای اصول دارد. ایشان در خصوص امضا یا اثبات عدم ردع می‌گوید: «فرجوع الجاهل فی هذه الاعصار الی علماء الدین، و ان کان فطریاً و لا طریق لهم بها الا ذلك، لكن هذا البناء ما لم یکن مشفوعاً بالامضاء... لا یجوز العمل علی طبقه» (الاجتهاد و التقليد/۶۵). ملاحظه می‌شود که امام «مشفوع بودن» و اتصال بنای عقلا با امضای شارع را لازم می‌داند.

## ۶- جایگاه عرف نسبت به موضوعات احکام

گاهی عرف به بیان موضوع حکم می‌پردازد بدون این که متعرض تشریح اصل حکم شود. اگر برای شارع اصطلاح خاصی در مفاهیم و موضوعات مذکور در لسان دلیل نباشد، عرف به تنقیح و تبیین موضوع حکم می‌پردازد. در چنین مواردی برای آشنایی با مفاهیم موضوعات احکام باید به عرف مراجعه کرد. چون اگر برای این موضوعات معنای خاصی غیر از معنای عرفی وجود داشت، حتماً شارع آن را بیان می‌کرد و همین عدم بیان شارع دلیل بر آن است که وی تعیین معنای این واژه‌ها را به عرف واگذار کرده است؛ مانند واژه‌ی «اناء» و

«صعید» و دیگر واژه‌هایی که در لسان دلیل ذکر شده‌اند؛ بلکه اساساً درست نیست شارع سخنی بگوید که عرف آن را نفهمد؛ زیرا حکمت استعمال الفاظ و القای آن به دیگران در تفهیم واژه‌ها به آن‌ها نهفته است. (الاصول العامه للفقہ المقارن/۳-۴۲۲).

اکنون لازم است توضیح دهیم که تنقیح موضوع با سیره و عرف، گاهی ثبوتی است و گاهی اثباتی:

۱- تنقیح ثبوتی عبارت است از این که عرف، موضوع واقعی حکم را به وجود می‌آورد و با تغییر مرحله‌ی دلالت، آن موضوع تغییری نمی‌یابد؛ مثل آن چه در «امساک زوجة به معروف» در آیه‌ی «فامساک بمرکب» (بقره/۲۲۹) مشاهده می‌شود.

این آیه بر این دلالت می‌کند که باید نفقه‌ی همسر را به مقدار رایج در عرف پرداخت کرد؛ بنابراین برای به دست آوردن خصوصیات و ویژگی‌های آن باید به عرف مراجعه کرد. بدین جهت نفقه در هر زمانی متناسب با آن زمان خواهد بود و بدون شک در زمان ما نفقه کامل‌تر از زمان‌های گذشته است و اختلاف ظرفیت‌های فکری و اقتصادی و اجتماعی در گسترده کردن مفهوم نفقه‌ی متعارف تأثیر گذاشته و نفقه‌ی متعارف در این زمان متفاوت و به مراتب گسترده‌تر از زمان‌های گذشته شده است و نمی‌توان مرتبه‌ی پیشین امساک به معروف را به زمان بعد هم سرایت داد و این در حقیقت دخالت سیره و عرف در تکوین موضوع حکم شرعی به شکل توسعه دادن یا تضییق دایره‌ی آن می‌باشد.

۲- تنقیح اثباتی عبارت است از دخالت عرف در بیان موضوع در مرحله‌ی اثبات و کشف نه ثبوت؛ مثل جایی که دلیل دلالت کند بر این که اهل ایمان به شرط و پیمان خود پای بند هستند<sup>۱</sup> و از بنای عقلای آنها در خیار غبن به دست می‌آوریم که آن‌ها در بیع و معاوضه به از دست رفتن مالیت عوضین راضی نیستند و از خصوصیات جزیی دست بر می‌دارند ولی بر مالیت به مقداری که عرفاً مساوی در عوض باشد اصرار می‌ورزند؛ چون انسان متعارف، به مقتضای قواعد عقلایی به فوت شدن مالیت راضی نمی‌شود؛ و این می‌فهماند که نباید میان عوض و معوض تفاوت فاحش وجود داشته باشد و گرنه رضایت به معاوضه محقق نمی‌شود.

نتیجه‌ی تفاوت میان تنقیح ثبوتی و اثباتی این است که اگر انسان به مقتضای عرف عمل نکند، این خروج از عرف در تنقیح ثبوتی تأثیری ندارد؛ بلکه حکم در حق وی نیز باقی

<sup>۱</sup> - قال رسول الله (ص): «المؤمنون عند شروطهم» (وسایل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه/۱۲/۳۵۳؛ الاستبصار/۳/۳۳۲؛ بحار الانوار/۲/۲۷۷؛ مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل/۱۳/۳۰۰؛ الکافی/۵/۴۰۴).

می‌ماند؛ زیرا انعقاد بنای عقلا به ایجاد فرد حقیقی برای موضوع منجر می‌شود و بدین جهت مخالفت با آن تأثیری در تغییر حکم ندارد؛ بر خلاف تنقیح اثباتی که نقش عرف در آن نقش کاشف از قصد می‌باشد و از این رو اگر شخصی در موردی معین بر مخالفت خود با عرف تصریح کند، این مخالفت رافع حکم خواهد بود؛ چون این تصریح کشف می‌کند که آن چه با عرف به دست می‌آید، در آن مورد وجود ندارد. عرف به هر دو شکلش (ثبوتی و اثباتی) حجت است بدون این که دلیلی برای آن نیاز باشد؛ زیرا عرف موضوع حکم شرعی را تنقیح ثبوتی یا اثباتی می‌کند و بدین جهت در امثال این موارد، فقیه به اثبات هم‌زمانی عرف با زمان معصوم نیاز ندارد؛ چرا که این مطلب در حکم کلی تشریح شده دخالتی ندارد و تنها در زمانی که می‌خواهیم حکم را برای آن اثبات کنیم به ملاحظه کردن وجود عرف نیازمندیم؛ بلکه اگر عرف در زمان تشریح موجود باشد و پس از آن تغییر کند، دیگر در زمان ما تأثیری نخواهد داشت. (بحوث فی علم الاصول/۴-۶-۲۳۵).

مثال دیگر فروش اجناس مکیل و موزون به‌طور گزافی (بدون تعیین مقدار کالا و اکتفا به مشاهده) است که صحیح نمی‌باشد؛ مگر این که عرف نسبت به این دو تغییر کند و به نظر عرف تعیین کیل و وزن جزء امور بیهوده و گزاف شود؛ در این صورت می‌توان آن‌ها را به‌صورت مزبور فروخت. هم‌چنین اگر مطلب برعکس شود؛ در این صورت باید آن را بر اساس پیمانانه و وزن معامله کرد.

این بدین معنا نیست که عرف نسبت به تصرف در احکام آزاد است؛ چون «حلال محمد حلال الی یوم القیامه و حرامه حرام الی یوم القیامه». (الکافی/۱/۵۸؛ مستدرک الوسائل/۱۱/۱۸؛ بحار الانوار/۲۶/۳۵؛ کشف‌الغطاء عن مبهمات الشریعه الغراء/۱/۳۲). بلکه دیدگاه عرف نسبت به موضوعات با تغییر مقتضیات تغییر پیدا می‌کند و به تبع آن، احکام نیز تغییر می‌یابد. صاحب جواهر می‌گوید: «برخی گفته‌اند که موضوعات احکام قابل تغییر و تبدیل نیست و در تعیین حدود موضوعات باید به عرف رایج در زمان پیامبر(ص) و ائمه(ع) مراجعه کرد؛ لذا آن چه در زمان پیامبر(ص) و ائمه(ع) مکیل و موزون بوده، نمی‌توان آن را به‌طور گزاف و بدون تعیین مقدار فروخت هر چند پس از آن‌ها به امور گزافی تبدیل شده باشد؛ زیرا در غیر این صورت، لازم می‌آید که احکام با تغییر زمان و مکان تغییر یابد و این بازی با احکام شرعی است». (جواهر الکلام/۲۲/۴۲۶). صاحب جواهر در جواب این سخن گوید: «تغییر زمان و مکان به تغییر احکام منجر نمی‌شود؛ بلکه به تغییر موضوعات و عناوینی که احکام بر آن‌ها بار شده منجر می‌شود؛ چنان که این مطلب در همه‌ی عناوین و موضوعات وارد در شریعت به همین گونه است». (جواهر الکلام/۲۲/۴۲۷).

برای دگرگونی احکام به سبب دگرگونی عرف می‌توان از مصارف زکات که در قرآن ذکر شده است یاد کرد. این موارد غالباً موضوعاتی عرفی است که شارع در تعیین حدود مصادیق آن‌ها دخالتی ندارد؛ مانند عنوان «فقرا» و «فی سبیل الله» در آیه‌ی «انما الصدقات للفقراء... و فی سبیل الله...» (توبه/۶۰)؛ چرا که مصادیق فقرا با دگرگونی عرف در تعیین غذای متداول میان مردم دگرگون می‌شود. هم‌چنین است واژه‌ی «فی سبیل الله» در این آیه که تشخیص آن بر اساس تغییر فرهنگ امت اسلامی و دیدگاه آن‌ها درباره‌ی واژه‌ی «فی سبیل الله» تغییر می‌یابد. (الاصول العامه/۳-۴۲۲).

## ۷- جایگاه عرف در فهم احکام

بیش‌تر علمای ما علی‌رغم عمیق‌ترین نظریات فلسفی، به دلالت عرفی پای‌بندند و در فهم احکام بر آن‌ها تکیه می‌کنند؛ زیرا به این مطلب ایمان دارند که باید احکام شرعی را از راه‌های متعارف استنباط کرد. این شیوه، روش درست در فهم دلالت‌ها می‌باشد که ما از آن به «جایگاه عرف در فهم احکام» تعبیر کردیم.

غفلت از این نکته یا اعتقاد به خلاف آن، برخی را وا داشته که در بخش‌های مختلفی از فقه به براهین عقلی و قواعد فلسفی تمسک کنند؛ مانند مسأله‌ی مسّ خطی از قرآن که کنده‌کاری شده باشد. زیرا برخی با این که قبول دارند مسّ خط آشکار و عادی قرآن حرام است؛ ولی در حرمت مسّ خط قرآن کنده‌کاری شده تردید کرده و این‌گونه استدلال کرده‌اند که چنین خطی قابل لمس نیست؛ چون قائم به هواست و عنوان مسّ بر آن صدق نمی‌کند. این استدلال از دقت‌های فلسفی است که تمسک به آن‌ها در استنباط احکام صحیح نیست؛ بلکه باید به عرف مراجعه کرد و عرف نیز مسّ قرآن کنده‌کاری شده را مثل بقیه‌ی خطوط قرآن حرام می‌داند. زیرا اطراف آن‌ها به سطح متصل است و بدین جهت قابل لمس می‌باشد و همان‌طور که حرمت شامل سایر خطوط می‌گردد این خط را نیز در بر می‌گیرد (التنقیح/۳/۵۲۸).

مثال دیگر، فسخ فعلی است؛ زیرا همان‌طور که معامله با قول، فسخ می‌شود با تصرف نیز فسخ می‌شود ولی این اشکال پیش می‌آید که تصرف در ملک غیر پیش از جریان فسخ جایز نیست؛ پس چگونه بر فسخ کننده جایز است در چیزی که همواره در ملک دیگری می‌باشد، تصرف کند؟ البته برخی در صدد برآمده‌اند که این اشکال را با روشی فلسفی پاسخ دهند؛ اینان گفته‌اند: فسخ هر چند از حیث رتبه بعد از تصرف است ولی از حیث زمان مقارن

با آن می‌باشد؛ چون به مجرد تصرف در عین خارجی، فسخ حاصل می‌شود و با این توجیه، تصرف وی جایز است؛ زیرا در ملک خودش تصرف کرده است نه در ملک دیگری. در این استدلال، فلسفه با فقه و عرف با عقل خلط شده است؛ چون اگر تصرف در ملک فسخ کننده واقع شده باشد، دیگر فسخ آن معقول نیست و اگر در ملک دیگری واقع شده باشد، حرام خواهد بود. (کتاب البیع/۵/۲۸۱).

شرکت در سهم مشاع، نمونه‌ی دیگری است. برخی گفته‌اند: مقصود از شرکت در سهم مشاع، اشتراک در هر جزء از اجزای مال نیست؛ زیرا با دیدگاهی که در فلسفه ذکر شده (جزء چیزی است که قابل تجزیه نباشد) سازگار نیست؛ چون اشتراک در جزئی که قابل تجزیه نباشد معقول نیست؛ بنابراین باید مقصود از شرکت مشاعی، قابلیت داشتن سهم هر یک از شریکان برای انطباق به هر طرف از اطراف مال باشد؛ مانند طرف شرقی یا غربی از مال، در این صورت سهم هر یک، با قسمت کردن مشخص شده و از ابهام بیرون می‌رود و روشن می‌شود که مثلاً سهم هر یک از طرف شرقی مال است یا از طرف غربی مال. این سخن مردود است؛ چون شرکت و اشاعه از معانی عرفی به دور از فلسفه و برهان می‌باشد؛ بنابراین معنا ندارد که یک مسأله‌ی عرفی رایج بین مردم را بر اساس یک مسأله‌ی عقلی و فلسفی معنا کرد. (همان/۳/۱-۲۸۰).

تأکید بر استفاده از عرف در فهم احکام شرعی به معنای بی‌نیازی از عقل نیست و نمی‌خواهیم بگوییم که حتی اگر در موردی نص شرعی وجود نداشته باشد می‌توان در فهم احکام از عرف کمک گرفت. (کفایه الاصول/۱۶۷). مباحثی چون مقدمه‌ی واجب، ملازمه‌ی بین حکم عقل و شرع، اجزاء، اجتماع امر و نهی، دلالت نهی بر فساد و... مباحث عقلیه‌ای هستند که عرف امکان دست‌یابی به آن‌ها را ندارد و برای تنقیح و استفاده از آن‌ها در جایگاه استنباط احکام باید از براهین عقلی و مباحث فلسفی کمک گرفت.

## نتیجه‌گیری

موضوعات، تقسیمات متفاوتی را به خود می‌پذیرد. یکی از این تقسیمات، تقسیم به موضوعات مستنبطه (شرعی) و موضوعات عرفی است. موضوعات مستنبطه، موضوعات و عناوینی را شامل می‌شود که یا اختراع شارع است و یا معنا و اصطلاح خاصی در نظر شارع دارد، زمان و مکان در این موضوعات مؤثر نیست. موضوعات عرفی عناوینی هستند که اختراع و ابداع شارع نیست؛ بلکه اگر در شریعت، موضوع حکم خاصی قرار می‌گیرد، با همان اعتبار عرفی و عقلایی آن است؛ یعنی معنای عرفی آن اصطلاح و عنوان، معیار است و

ممکن است در زمان‌ها و مکان‌های مختلف متفاوت باشد. شرایط اعتبار عرف و موضوعات عرفی عبارتند از: عرف باید مطرد و غالب باشد، عرف باید دارای قدمت باشد، عرف باید ارادی و اختیاری باشد، عرف باید هم‌زمان باشد و نه لاحق، عرف باید واجد خصیصه‌ی الزام‌آور باشد و عرف نباید با نصوص شرعی مغایرتی داشته باشد.

حجیت عرف در نزد امامیه و اهل سنت مورد اختلاف است: علمای اهل سنت، به خصوص حنفی‌ها، عرف را حجت می‌دانند و میدان عمل به آن را وسیع می‌دانند. درباره‌ی حجت بودن عرف در نزد فقیهان شیعه، سه دیدگاه وجود دارد: عده‌ای معتقدند حجت و اعتبار عرف، ذاتی و بی‌نیاز از امضای شارع است؛ عده‌ای دیگر معتقدند که اختلافی بین حکم عقل و عرف وجود ندارد و عده‌ای دیگر اعتبار و حجت بودن عرف را موکول به امضای شارع می‌دانند. (امضای شارع علاوه بر بیان صریح، از طریق عدم ردع، عدم اثبات ردع و یا سکوت شارع قابل کشف است).

## منابع

- ۱- قرآن کریم.
- ۲- آخوند خراسانی، محمد کاظم، *درر الفوائد فی الحائثیه علی الفرائد*، تحقیق مهدی شمس‌الدین، وزارت الثقافة و الارشاد الاسلامی، ۱۴۱۰ ق.
- ۳- \_\_\_\_\_، *کفایه الاصول*، مؤسسه آل‌البیت لاحیاء التراث، قم، بی‌تا.
- ۴- آشتیانی، محمدحسن، *بحر الفوائد فی شرح الفرائد*، ج ۱ و ۳، کتابخانه‌ی آیت‌الله العظمی مرعشی نجفی، ۱۴۰۳ ق.
- ۵- ابن ادریس شافعی، محمد، *الأمم*، ج ۵ (دوره ۸ جلدی)، چ ۲، دارالفکر، بیروت، ۱۴۰۳ ق.
- ۶- \_\_\_\_\_، *الرساله*، تحقیق و شرح احمد محمد شاکر، المکتبه‌العلمیه، بیروت، بی‌تا.
- ۷- ابن عابدین، *حائثیه رد المختار علی الدر المختار*، ج ۳ و ۶ (دوره ۶ جلدی)، دارالفکر، بیروت، ۱۴۱۵ ق.
- ۸- ابن عساکر، ابی القاسم علی بن الحسن بن هبه الله بن عبدالله شافعی، *تاریخ مدینه دمشق*، ج ۳۰ (دوره ۷۰ جلدی)، تحقیق علی شیری، دارالفکر، بیروت، ۱۴۱۵ ق.
- ۹- ابن قدامه، ابی محمد عبدالله بن احمد محمد، *الشرح الکبیر*، ج ۹ (دوره ۱۲ جلدی)، دارالکتاب العربی، بیروت، بی‌تا.
- ۱۰- ابن قیم جوزی، محمد بن ابی بکر، *اعلام الموقعین عن رب العالمین*، ج ۴، تحقیق عبدالرحمن الوکیل، دارالکتب الحدیثه، ۱۳۸۹ ق.

- ۱۱- ابن مسعود کاشانی حنفی، ابوبکر، **بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع**، ج ۱ (دوره ۷ جلدی)، مکتبه الحبیبه، پاکستان، ۱۴۰۹ ق.
- ۱۲- ابن منظور، ابوالفضل جمال‌الدین، **لسان العرب**، ج ۹ (دوره ۱۵ جلدی)، بیروت، ۱۴۰۵ ق.
- ۱۳- ابن نجیم مصری حنفی، زین‌العابدین ابراهیم، **الاشباه و النظائر علی مذهب ابی حنیفه النعمان** (تک جلدی)، قاهره، ۱۹۶۸ م.
- ۱۴- ابن نجیم مصری حنفی، زین‌العابدین ابراهیم، البحر الرائق شرح کنز الدقائق، ج ۳ (دوره ۹ جلدی)، تحقیق زکریا عمیرات، دارالکتب العلمیه، بیروت، ۱۴۱۸ ق.
- ۱۵- ابوسنه، احمد فهمی، **العرف و العاده فی رأی الفقهاء**، مطبعه الأزهر، قاهره، ۱۹۴۷ م.
- ۱۶- احمد بن حنبل، **مسند احمد**، ج ۱ و ۶ (دوره ۶ جلدی)، دار صادر، بیروت، بی تا.
- ۱۷- اشتهازدی، علی پناه، **تقریرات فی اصول الفقه**، تقریرات آیت‌الله العظمی بروجردی، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۱۷ ق.
- ۱۸- اصفهانی، محمدحسین، **نهایه الدرایه**، ج ۲، چاپ سنگی، اصفهان، بی تا.
- ۱۹- أفندی، محمد علاء‌الدین، **حاشیه قره عیون الاخیار**، ج ۲ (دوره ۲ جلدی)، دارالفکر، بیروت، لبنان، ۱۴۱۵ ق.
- ۲۰- انصاری، مرتضی، **مطارح الأنظار**، حاشیه و تعلیق توسط ابوالقاسم کلانتری، مؤسسه آل‌البیت، قم، ۱۴۰۴ ق.
- ۲۱- انصاری، مرتضی، **مکاسب**، ج ۲ (دوره ۶ جلدی)، مؤسسه‌ی الهادی، قم، ۱۴۱۵ ق.
- ۲۲- ایزدی فرد، علی اکبر، قراملکی، احد فرامرز، **چالش‌های نوین در بناء عقلاء با تأکید بر جهانی شدن**، فصلنامه‌ی علمی پژوهشی مقالات و بررسی‌ها (نشریه‌ی دانشکده‌ی الهیات و معارف اسلامی دانشگاه تهران)، دفتر ۸۵، پاییز ۱۳۸۶.
- ۲۳- بحرانی، یوسف، **حدائق الناصره فی احکام العترة الطاهره**، ج ۱۸ (دوره ۲۵ جلدی)، تحقیق محمد تقی ایروانی، جماعه المدرسین فی حوزه العلمیه فی قم، بی تا.
- ۲۴- بخاری، محمد بن اسماعیل، **صحیح البخاری**، ج ۳ (دوره ۸ جلدی)، دارالفکر، بیروت، ۱۴۰۱ ق.
- ۲۵- بروجردی، حسین، **حاشیه بر کفایه الاصول**، ج ۲ (دوره ۲ جلدی)، تقریر توسط بهاء‌الدین حجتی بروجردی، مؤسسه‌ی انصاریان، قم، ۱۴۱۲ ق.
- ۲۶- بروجردی، حسین، نهایه الاصول، ج ۲، به قلم حسینعلی منتظری، نشر تفکر، چاپ اول، ۱۳۷۵ هـ ق.
- ۲۷- بهوتی، منصور بن یونس، **کشف القناع**، ج ۶ (دوره ۶ جلدی)، دارالکتب العلمیه، بیروت، ۱۴۱۸ ق.
- ۲۸- بیهقی، احمد بن الحسین بن علی، **السنن الکبری**، ج ۱۰ (دوره ۱۰ جلدی)، دار الفکر، بیروت، بی تا.
- ۲۹- جرجانی، علی بن محمد، **التعریفات**، المطبعه الخیریه المنشأه، مصر، ۱۳۰۶ ق.
- ۳۰- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **ترمینولوژی حقوق**، ج ۱۳، کتابخانه‌ی گنج دانش، تهران، ۱۳۸۲.
- ۳۱- \_\_\_\_\_، **دانشنامه‌ی حقوقی**، ج ۲، ج ۲، انتشارات امیر کبیر، تهران، ۱۳۵۶.
- ۳۲- \_\_\_\_\_، **مقدمه‌ی عمومی علم حقوق**، ج ۶، کتابخانه‌ی گنج دانش، تهران، ۱۳۸۰.

- ۳۳- \_\_\_\_\_، *مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام*، کتابخانه‌ی گنج دانش، تهران، ۱۳۷۰.
- ۳۴- جنّانی، محمد ابراهیم، *منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی*، مؤسسه‌ی کیهان، تهران، ۱۳۷۰.
- ۳۵- جوهری البصری البغدادی، احمد بن عبدالعزیز، *السقیفه و فدک*، تحقیق محمد هادی امینی، چ ۲، شرکه الکتبی، بیروت، ۱۴۱۳ ق.
- ۳۶- حاکم نیشابوری، محمد بن محمد، *مستدرک الحاکم*، ج ۳ (دوره ۴ جلدی)، تحقیق یوسف عبدالرحمن مرعشلی، دارالمعرفه، بیروت، ۱۴۰۶ ق.
- ۳۷- حرّ عاملی، محمد بن الحسن، *وسایل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه* (دوره ۲۰ جلدی)، تحقیق عبدالرحیم ربّانی شیرازی، دار احیاء التراث العربی، بیروت، بی تا.
- ۳۸- حسینی روحانی، محمد صادق، *زیده الاصول*، ج ۳ و ۴ (دوره ۴ جلدی)، مدرسه امام صادق (ع)، ۱۴۱۲ ق.
- ۳۹- حصفکی، علاءالدین، *الدر المختار شرح تنویر الابصار*، ج ۵ (دوره ۸ جلدی)، دارالفکر، بیروت، ۱۴۱۵ ق.
- ۴۰- حکیم، محسن، *مستمسک العروه الوثقی*، ج ۱ (دوره ۱۴ جلدی)، کتابخانه‌ی آیت‌الله العظمی مرعشی نجفی، قم، ۱۴۰۴ ق.
- ۴۱- حکیم، محمدتقی، *الاصول العامه للفقّه المقارن*، چ ۲، مؤسسه آل‌البتیت للطباعه و النشر، قم، ۱۳۹۰ ق.
- ۴۲- حکیم، محمد سعید، *المحکم فی اصول الفقّه*، ج ۳ (دوره ۶ جلدی)، مؤسسه المنار، قم، ۱۴۱۴ ق.
- ۴۳- حیدری، علی نقی، *اصول الاستنباط*، نشر حقوق اسلامی، قم، ۱۳۸۲.
- ۴۴- خرازی، محسن، *مصاحبه‌ی مندرج در کتاب نقش زمان و مکان در اجتهاد*، ج ۱۴، مؤسسه‌ی تنظیم و نشر آثار امام خمینی، قم، ۱۳۷۴.
- ۴۵- خویی، ابوالقاسم، *التنقیح فی شرح العروه الوثقی*، ج ۳ (دوره ۱۲ جلدی)، چ ۳، تقریر علی غروی تبریزی، دارالهادی، ۱۴۱۰ ق.
- ۴۶- خویی، ابوالقاسم، *اجود التقریرات*، ج ۲ (دوره ۲ جلدی)، چ ۲، مؤسسه‌ی مطبوعاتی دینی، قم، ۱۴۱۰ ق.
- ۴۷- رازی، فخرالدین محمد بن عمر بن الحسین، *المحصل فی علم اصول الفقّه*، ج ۲ (دوره ۶ جلدی)، چ ۲، تحقیق طه جابر فیاض العلوانی، مؤسسه الرساله، بیروت، ۱۴۱۲ ق.
- ۴۸- راغب اصفهانی، ابی‌القاسم الحسین بن محمد، *المفردات فی غریب القرآن*، دفتر نشر الکتاب، ۱۴۰۴ ق.
- ۴۹- زبیدی، محمد مرتضی، *تاج العروس من جواهر القاموس*، ج ۶ (دوره ۱۰ جلدی)، مکتبه الحیاه، بیروت، بی تا.
- ۵۰- زلمی، مصطفی ابراهیم، *اسباب اختلاف الفقهاء فی الاحکام الشرعیه*، ترجمه‌ی حسین صابری، نشر آستان قدس رضوی، مشهد، ۱۳۷۵.
- ۵۱- زیدان، عبدالکریم، *مجموعه بحوث الفقهیّه*، مکتبه القدس و مؤسسه الرساله، بیروت، ۱۳۹۶ ق.
- ۵۲- \_\_\_\_\_، *الوجیز فی اصول الفقّه*، چ ۵، نشر احسان للنشر و التوزیع، ۱۳۱۹.



- ۵۳- سجستانی، سلیمان بن اشعث، *سنن ابی داود*، ج ۲ (دوره ۲ جلدی)، تحقیق سعید محمد اللحام، دارالفکر، بیروت، ۱۴۱۰ ق.
- ۵۴- سرخسی، شمس‌الدین، *مبسوط*، ج ۱۷ و ۳۰ (دوره ۳۰ جلدی)، دارالمعرفه، بیروت، ۱۴۰۶ ق.
- ۵۵- سمرقندی، علاء‌الدین، *تحفه الفقهاء*، ج ۳ (دوره ۳ جلدی)، ج ۲، دارالکتب العلمیه، بیروت، ۱۴۱۴ ق.
- ۵۶- سید سابق، *فقه السنه*، ج ۲ (دوره ۳ جلدی)، دارالکتب العربی، بیروت، ۱۳۹۷ ق.
- ۵۷- سیوطی، جلال‌الدین، *الاشباه و النظائر فی قواعد و فروع فقه الشافعیه*، دارالکتب العلمیه، ۱۴۰۳ ق.
- ۵۸- \_\_\_\_\_، *الدر المنثور*، ج ۳ (دوره ۶ جلدی)، دارالمعرفه، بیروت، ۱۳۶۵ ق.
- ۵۹- شربینی خطیب، محمد، *معنی المحتاج الی معرفه معانی الفاظ المنهاج*، ج ۳، دار احیاء التراث العربی، بیروت، ۱۳۷۷ ق.
- ۶۰- شهیدی، مهدی، *اصول قراردادها و تعهدات*، ج ۲، ج ۴، مجمع علمی و فرهنگی مجد، تهران، ۱۳۸۵.
- ۶۱- شیخ طوسی، ابی جعفر محمد بن حسن بن علی، *استبصار*، ج ۳ (دوره ۴ جلدی)، تحقیق سید حسن موسوی، دارالکتب الاسلامیه، قم، بی تا.
- ۶۲- \_\_\_\_\_، *خلاف*، ج ۴ (دوره ۶ جلدی)، تحقیق خراسانی و شهرستانی، مؤسسه نشر اسلامی، قم، ۱۴۱۷ ق.
- ۶۳- \_\_\_\_\_، *المبسوط فی فقه الامامیه*، ج ۶ (دوره ۸ جلدی)، تحقیق محمد باقر بهبودی، مکتبه مرتضویه، قم، ۱۳۵۱.
- ۶۴- صدر، محمدباقر، *دروس فی علم الاصول*، ج ۱ و ۲ (دوره ۳ جلدی)، ج ۲، دارالکتب اللبنانی مکتبه المدرسه، بیروت، ۱۴۰۶ ق.
- ۶۵- \_\_\_\_\_، *المعالم الجدیده للاصول*، مکتبه النجاح، تهران، ۱۳۹۵ ق.
- ۶۶- صرامی، سیف‌الله، *جایگاه قرآن در استنباط احکام*، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، قم، ۱۳۷۸.
- ۶۷- ضیایی بیگدلی، محمدرضا، *اسلام و حقوق بین الملل*، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۶۶.
- ۶۸- طباطبایی، محمدحسین، *حاشیه الکفایه*، ج ۲، بنیاد علمی فرهنگی علامه طباطبایی، بی تا.
- ۶۹- طباطبایی، محمدحسین، *المیزان فی تفسیر القرآن*، ج ۸ (دوره ۲۰ جلدی)، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، بی تا.
- ۷۰- طبرسی، ابو علی فضل بن حسن، *مجمع البیان فی تفسیر القرآن*، ج ۴ (دوره ۱۰ جلدی)، تحقیق هاشم رسولی محلاتی، مکتبه العلمیه الاسلامیه، بی تا.
- ۷۱- عراقی، ضیاء‌الدین، *تنقیح الاصول*، تقریر توسط محمدرضا طباطبایی، مطبعه‌ی حیدریه، نجف اشرف، ۱۳۷۱ ق.
- ۷۲- \_\_\_\_\_، *مقالات الاصول*، ج ۲ (دوره ۲ جلدی)، تحقیق مجتبی محمودی و منذر حکیم، مجمع الفکر الاسلامی، قم، ۱۴۲۰ ق.

۷۰ \_\_\_\_\_ مطالعات فقه و حقوق اسلامی - سال ۱ - شماره ۱ - زمستان ۸۸

۷۳- \_\_\_\_\_، **نهایه الافکار فی مباحث الالفاظ**، ج ۱ (دوره ۴ جلدی)، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۰۵ ق.

۷۴- عمید زنجانی، عباس علی، **فقه سیاسی**، ج ۲، انتشارات امیر کبیر، تهران، ۱۳۶۷.

۷۵- غروی اصفهانی، محمدحسین، **نهایه الدرایه**، ج ۳ و ۵، مؤسسه آل‌البتیت (ع)، ۱۴۱۵ ق.

۷۶- فاضل هندی، بهاء‌الدین محمد بن حسن بن محمد اصفهانی، **کشف اللثام**، ج ۲ (دوره ۲ جلدی)، کتاب‌خانه‌ی آیت‌الله العظمی مرعشی نجفی، قم، ۱۴۰۵ ق.

۷۷- فراهیدی، عبدالرحمن خلیل بن احمد، **کتاب‌العین**، ج ۲ (دوره ۸ جلدی)، ج ۲، تحقیق مهدی مخزومی و ابراهیم سامرائی، دارالهجرت، ۱۴۱۰ ق.

۷۸- فضلی، عبدالهادی، **دروس فی اصول فقه الامامیه**، مؤسسه ام‌القری للتحقیق و النشر، ۱۴۲۰ ق.

۷۹- فیض، علی‌رضا، **مبایذ فقه و اصول**، ج ۵، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۱.

۸۰- \_\_\_\_\_، **نقش زمان و مکان در فقه و اجتهاد**، فصلنامه‌ی حضور، مؤسسه‌ی تنظیم و نشر آثار امام خمینی، شماره‌ی ۵ و ۶، تابستان و پاییز ۱۳۷۱.

۸۱- فیض کاشانی، ملامحسن، **تحفه السنیه فی شرح نخبه المحسنیه**، شارح: سید عبدالله بن نعمه‌الله جزائری، نسخه‌ی خطی (میکرو فیلم)، کتاب‌خانه‌ی آستان قدس رضوی، به خط عبدالله نورالدین بن نعمت‌الله، سال تحریر ۱۱۷۰ ق.

۸۲- قزوینی، محمد بن یزید، **سنن ابن ماجه**، ج ۲ (دوره ۲ جلدی)، تحقیق محمد فؤاد عبدالباقی، دارالفکر، بیروت، بی‌تا.

۸۳- کاتوزیان، ناصر، **مقدمه‌ی علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران**، ج ۲۲، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۷۵.

۸۴- کاشف‌الغطاء، **کشف الغطاء عن مبهمات الشریعه الغراء**، ج ۱ (دوره ۲ جلدی)، چاپ سنگی، نشر مهدوی، اصفهان، بی‌تا.

۸۵- کاظمی خراسانی، محمدعلی، **فوائد الاصول**، تقریرات میرزای نائینی، ج ۳ (دوره ۳ جلدی)، با تعلیقات ضیاء‌الدین عراقی، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۰۹ ق.

۸۶- کلینی رازی، ابی جعفر محمد بن یعقوب بن اسحاق، **الکافی**، ج ۱ و ۵ (دوره ۸ جلدی)، ج ۳، تحقیق علی‌اکبر غفاری، دار‌الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۷.

۸۷- گرجی، ابوالقاسم، **اقتراح**، فصلنامه‌ی نقد و نظر، دفتر تبلیغات اسلامی، قم، سال اول، شماره‌ی اول، ۱۳۷۳.

۸۸- گل‌باغی ماسوله، علی جبّار، **درآمدی بر عرف**، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، قم، ۱۳۷۸.

۸۹- گلپایگانی، محمدرضا، **افاضه العوائد تعلیق علی درر الفوائد**، ج ۲ (دوره ۲ جلدی)، دارالقرآن الکریم، قم، ۱۴۱۵ ق.

۹۰- مازندرانی، شریف‌العلماء، **ضوابط الاصول**، تحقیق: محمد شریف، بی‌جا، بی‌تا.

۹۱- مامقانی، عبدالله، **مقباس الهدایه**، ج ۱، مؤسسه‌ی آل‌البتیت (ع) للطباعه و النشر، قم، ۱۴۱۱ ق.

عرف و جایگاه آن در استنباط احکام شرعی \_\_\_\_\_ ۷۱

۹۲- مجلسی، محمدباقر، *بحار الانوار*، ج ۲، ۲۶ و ۷۲ (دوره ۱۱۰ جلدی)، ج ۲، مؤسسه الوفاء، بیروت، ۱۴۰۳ ق.

۹۳- محقق اردبیلی، احمد مقدس اردبیلی، *مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الاذهان*، ج ۸ و ۱۲ (دوره ۱۴ جلدی)، تحقیق اشتهازدی، عراقی و یزدی، جامعه المدرسین، قم، ۱۴۰۴ ق.

۹۴- محقق نراقی، احمد بن محمد مهدی، *مستند الشیعه*، ج ۱۷ (دوره ۱۹ جلدی)، مؤسسه آل البيت (ع)، قم، ۱۴۱۹ ق.

۹۵- محمدی، ابوالحسن، *مبانی استنباط حقوق اسلامی*، ج ۱۷، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۳.

۹۶- محمصانی، صبحی، *فلسفه التشریح فی الاسلام*، ترجمه اسماعیل گلستانی، ج ۲، چاپخانه سپهر، ۱۳۵۸.

۹۷- محیی الدین بن نووی، *المجموع فی شرح المهدب*، ج ۱۸ (دوره ۲۰ جلدی)، دارالفکر، بیروت، بی تا.

۹۸- مظفر، محمدرضا، *اصول فقه*، ج ۲ (دوره ۲ جلدی)، ج ۴، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه، قم، ۱۳۷۰.

۹۹- معلوف، لوئیس، *المنجد*، ج ۲۱، بیروت، ۱۹۷۳ م.

۱۰۰- مغنیه، محمدجواد، *علم اصول الفقه فی ثوبه الجدید*، دارالکتاب الاسلامی، ۱۴۱۱ ق.

۱۰۱- موسوی بجنوردی، محمد، *جایگاه عرف در حقوق بین الملل و حقوق اسلام*، پژوهشنامه‌ی متین، شماره‌ی ۱۵ و ۱۶، تابستان و پاییز ۱۳۸۱.

۱۰۲- موسوی خمینی، روح‌الله، *الاجتهاد و التقليد*، مؤسسه‌ی تنظیم و نشر آثار امام خمینی، مطبعه‌ی مؤسسه العروج، ۱۳۷۶.

۱۰۳- \_\_\_\_\_، *انوار الهدایه فی التعلیقه علی الکفایه*، ج ۱، تحقیق توسط مؤسسه‌ی تنظیم و نشر آثار امام خمینی و مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۳۷۲.

۱۰۴- \_\_\_\_\_، *تهذیب الاصول*، ج ۲ (دوره ۳ جلدی)، تقریرات مباحث امام خمینی به قلم جعفر سبحانی تبریزی، انتشارات دارالفکر، قم، ۱۴۱۰ ق.

۱۰۵- \_\_\_\_\_، *کتاب البیوع*، ج ۳ و ۵ (دوره ۵ جلدی)، ج ۴، مؤسسه اسماعیلیان، قم، ۱۴۱۰ ق.

۱۰۶- موسوی خمینی، مصطفی، *تحریرات فی الاصول*، ج ۴ و ۵ (دوره ۸ جلدی)، مؤسسه‌ی تنظیم و نشر آثار امام خمینی، تهران، ۱۳۷۶.

۱۰۷- مؤمن قمی، محمد، *تسدید الاصول*، ج ۱ و ۲ (دوره ۲ جلدی)، مؤسسه‌ی النشر الاسلامی، قم، ۱۴۱۹ ق.

۱۰۸- نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، ج ۳، ۱۱، ۹ و ۲۲ (دوره ۴۳ جلدی)، ج ۳، تحقیق محمود قوچانی، دارالکتب الاسلامیه، تهران، ۱۳۶۲.

۱۰۹- نسفی، عبدالدین احمد، *کشف الاسرار*، ج ۲، دارالکتب العلمیه، بیروت، ۱۴۰۶ ق.

۱۱۰- نوری طبرسی، حسین، *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*، ج ۱۳ و ۱۸ (دوره ۱۸ جلدی)، ج ۲، مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث، ۱۴۰۹ ق.

- ۱۱۱- واعظی، احمد، *نقش عرف در استنباط فقهی*، مقاله‌ی مندرج در کتاب *نقش زمان و مکان در اجتهاد*، ج ۹، مؤسسه‌ی تنظیم و نشر آثار امام خمینی، قم، ۱۳۷۴.
- ۱۱۲- هاشمی، محمد، *بحوث فی علم الاصول*، ج ۴، تقریرات درس شهید سید محمد باقر صدر، مجمع علمی شهید صدر، ۱۴۰۵ق.