

## عرف و بناهای عقلایی در مکتب فقهی امام خمینی (س)

سید عبدالواحد موسوی<sup>۱</sup>

**چکیده:** عرف و بناهای عقلایی و واژه‌های مشابه به کرات در کتب و رسایل فقهی و اصولی و حقوقی مورد توجه فقیهان، اصولیون و حقوقدانان مسلمان قرار گرفته است. این واژه در فرهنگ لغات به معنای شناخته شده و ضد نکر است و در اصطلاح، قاعده‌ای است که مستقیماً از مردم سرچشمه گرفته فراگیر و پایا است و به وسیله مقام صالح الزامی دانسته شده است.

سؤال این است که آیا عرف عقلاً از منظر شرع و مکتب فقهی امامیه حجت بوده، شایسته است بر اساس آن عمل شود یا نه؟ نسبت عرف و شرع چیست؟ در نسبت عرف و شرع گفته شده است عرف ممضا، عرف مردوع و عرف مرسل. عرف ممضا یعنی عرف مورد تأیید شرع. عرف مردوع، عرف مورد انکار شرع؛ اما عرف مرسل که شارع نسبت به آن نظری نداده است یا ما به آن دسترسی پیدا نکرده ایم، حجیت آن مورد اختلاف است: بدون هیچ گونه شرطی حجیت دارد؛ از طریق قاعده حسن و قبح حجیت دارد؛ اگر با امضای شارع اعم از تأیید مستقیم یا تأیید از طریق عدم الردع همراه باشد، حجیت دارد و گرنه غیر قابل قبول است. امام خمینی قائل به حجیت ذاتی عرف بوده مشروط به امضا یا عدم الردع ولیکن امضای شارع را کاشف از عقلانی بودن عرف می‌داند. شیخ الشریعه اصفهانی احراز عدم الردع را لازم نمی‌داند، بلکه عدم احراز ردع را کافی تلقی می‌کند.

**کلیدواژه‌ها:** عرف، عرف عقلا، امضاء، ردع، احراز، عدم احراز، عصر ظهور، عصر عدم ظهور.

۱. دانش آموخته دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی و اندیشه‌های امام خمینی (س)، پژوهشگرده امام خمینی (ره) و انقلاب اسلامی، تهران، ایران

E-mail: mosavilari@e-damavandih.ac.ir

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۷/۱۳

تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۶/۹

پژوهشنامه متین / سال نوزدهم / شماره هفتادوهفت / زمستان ۱۳۹۶ / صص ۹۳-۱۱۰

**مقدمه**

حقوقدانان در تبیین منابع حقوق از عرف و سیره عقلا به عنوان شاخص‌ترین منبع حقوق در نظام‌های مختلف حقوقی یاد کرده‌اند. این امر اختصاص به حقوق نوشته و نظام‌های حقوقی مبتنی بر قوانین مکتوب ندارد بلکه در نظام‌های حقوقی نانوشته یا کامن لا نیز عرف و عادت حرف اول را می‌زند و شاید بتوان گفت که در این نظام حقوقی آنچه اصالت دارد، همان عرف است و سایر منابع شاخ و برگ‌های مرتبط با عرف تلقی می‌شوند. هرچند در سلسله‌مراتب منابع حقوقی آراء قضایی به عنوان منبع اول شمارش می‌شود. در نظام حقوقی رومی ژرمنی منابع حقوق به این ترتیب شمارش می‌شود: قانون، عرف، رویه قضایی و دکترین یا آراء علمای حقوق؛ اما در نظام حقوقی کامن لا منابع حقوق با این سلسله‌مراتب تعیین می‌شود: آراء قضایی، قانون، عرف و عادت، دکترین و عقل (دانش پژوه ۱۳۹۲: ۱۵۰).

ملاحظه می‌شود هم در نظام حقوقی رومی ژرمنی یا حقوق مکتوب، عرف به عنوان یکی از منابع آمده است و هم در نظام حقوقی کامن لا. در نظام حقوقی ایران که مبتنی بر شریعت اسلامی و یکی از شاخه‌های حقوق مکتوب است، نقش عرف در تعیین مصادیق و موضوعات غیرقابل انکار بوده و موارد فراوانی از ارجاع به عرف در قوانین موضوعه اعم از قانون مدنی و سایر قوانین مشاهده می‌شود. در عرصه قانون‌گذاری نیز عرف غیرمردوع می‌تواند مورد استناد قانون‌گذاران قرار گیرد. فقه اسلامی به ویژه فقه واقع‌گرای امامیه در احکام امضایی نقش بی‌بدیل عرف را مورد امعان نظر قرار داده است. واژه‌های هم‌معنی و مترادفی که در لسان فقیهان به کار می‌رود مانند سیره عقلا، بنای عقلا، عمل عقلا، طرق العقلانیه، الامارات العقلانیه و... عموماً مورد اهتمام فقیهان بوده است و جمع کثیری از آنان از جمله امام خمینی آن گونه که در مباحث آتی تفصیلاً به آن پرداخته خواهد شد، عرف و عادت را که با وصف عقلایی همراه باشد، بدون نیاز به جعل حجیت از طرف شارع مقدس حجیت دانسته و عمل بر طبق عرفی با این مشخصات را جایز و واجد ویژگی رفع تکلیف تلقی کرده‌اند. البته اکثر فقیهان امضای شارع یا احراز عدم ردع شارع را لازم دانسته‌اند و بعضی از فقیهان والامقام مانند شیخ الشریعه اصفهانی پا را فراتر از این گذاشته حتی احراز عدم ردع از طرف شارع را ضروری پنداشته بلکه بر این باورند که صرف عدم احراز ردع برای حجیت عمل به عرف و بناهای عقلایی کافی است نیازی به احراز عدم الردع نیست.

برای ورود به موضوع و کنکاش پیرامون عرف در مکتب فقهی امام خمینی اجازه می‌خواهم مروری بر تعاریف و تقسیم و رتبه‌بندی عرف‌ها داشته باشیم سپس دیدگاه‌های فقهای بزرگوار

علی‌الخصوص فقیه و اصولی معاصر امام خمینی را مورد امعان نظر قرار دهیم.

## تعریف عرف

### الف. تعریف لغوی:

عرف در زبان عربی به معنای شناخت، شناخته‌شده و نیکو است (ابن منظور ۱۴۰۸ ج ۹: ۲۳۹). به معنای جود و هدیه نیز می‌آید. در برخی تعابیر از عرف به ضد نکر یاد شده است و در توضیح آن گفته شده است آنچه انسان آن را نیک بداند و به آن آرامش و اطمینان بیابد (شرتونی ۱۹۹۲ ج ۲: ۷۶۹).

### ب. تعریف اصطلاحی:

عرف عبارت است از رسم و عادت‌هایی که افراد در پیوند میان خویشان آن را پذیرفته‌اند. در اصطلاح حقوق، عرف قاعده‌ای است که مستقیماً از مردم سرچشمه گرفته و فراگیر و پایا است و به وسیله نیروی رسمی (مقام صالح) الزامی دانسته شده است (ساکت ۱۳۷۱: ۳۴۹). در تعریفی دیگر گفته شده است عرف، قاعده‌ای است که به تدریج و خودبه‌خود میان همه مردم یا گروهی از آن‌ها به عنوان قاعده‌ای الزام‌آور مرسوم شده است (کاتوزیان ۱۳۷۹: ۴۲-۴۱). امام خمینی در تعریف عرف می‌گوید عقلاً در تمامی اموری که به زندگی، سیاست‌ها و دادوستدهایشان مربوط می‌شود، به اماره‌های عقلایی عمل می‌کنند. اماره‌های عقلایی آن اموری هستند که عقلاً در دادوستدها تدبیرهای اجتماعی و به‌طور خلاصه در تمامی شئون زندگی خویش بدان‌ها عمل می‌کنند به گونه‌ای است که اگر شارع ایشان را از عمل به آن‌ها بازدارد، نظام جامعه فرومی‌پاشد و چرخ حیات اجتماعی انسان‌ها از حرکت بازمی‌ایستد؛ بنابراین، آنچه عامه مردم در معاملات، محاورات، سیاست و زندگی اجتماعی به آن پایبند و بر اساس آن عمل می‌کنند، عرف تلقی می‌شود. (امام خمینی ۱۳۷۲ ج ۱: ۱۰۵-۱۰۶).

## ارکان عرف

عرف دو عنصر اساسی دارد که وجود آن دو، عامل پیدایش عرف است. اول، عنصر مادی: برای ایجاد عرف لازم است که عادت‌ها مدت‌ها مرسوم شود و همه در برابر واقعه معین آن رسم را به کاربندند. عنصر مادی عرف در صورتی کامل است که اولاً عمومی و ثانیاً پایدار باشد (کاتوزیان ۱۳۷۹: ۴۱۲-۴۱۱).

منظور از عمومی بودن عرف و عادت این است که در میان گروهی از مردم که شغل یا

اقامتگاه یکسان دارند، عادت موردنظر جنبه عمومی پیدا کرده باشد؛ یعنی به همان اندازه‌ای رعایت شود که بتوان گفت همه آن را رعایت می‌کنند و محترم می‌شمارند (کاتوزیان ۱۳۷۹: ۴۱۲-۴۱۱).

مقصود از پایدار بودن این است که عرف از عادت‌های زودگذر و رسومی که چندی موردپسند قرار می‌گیرند، ممتاز شود. عادت‌هایی که مبنای قاعده حقوقی است، باید در اثر تکرار و احساس نیاز مردم در وجدان آن‌ها رسوخ کند و اجرای آن برای سرگرمی و هوس‌های ناپایدار نباشد (کاتوزیان ۱۳۷۹: ۴۱۲-۴۱۱). به وجود آمدن عادت ملازمه با تکرار عملی در مدت طولانی دارد.

دوم، عنصر معنوی یا روانی. منظور از رکن معنوی عرف، پذیرش معنوی مردم و جامعه است که به آن ویژگی و صفت، الزام می‌بخشد. مردم یک جامعه با پذیرش معنوی خویش به عرف یک نیروی الزام و اجبار می‌دهند. همین عامل روان‌شناسی عرف را تا سده میانه به عنوان یک نیروی الزام آور و قاعده حقوقی درآورده بود. از دیدگاه کارشناسان دانش حقوق، عرف پیش از قواعد حقوقی و اصولاً پیش از قانون بر جامعه بشری حاکم بوده است (ساکت ۱۳۷۱: ۳۵۱).

### تقسیمات عرف

عرف را به روش‌های گوناگون تقسیم نموده‌اند. نمونه‌ای از این تقسیمات به‌قرار زیر است:

#### ۱. عرف عام

عرف عام عبارت است از آنچه اکثریت مردم بدون در نظر گرفتن زمان، سکونت‌گاه، فرهنگ‌ها و سطوح زندگی در آن اشتراک دارند. عرف عام به آنچه عنوان بنای عقلایی بر آن نهاده‌اند، نزدیک و منطبق است. در این نوع از عرف بسیاری از مظاهر و ظواهر زندگی اجتماعی مانند ضرورت رجوع عالم به جاهل و عدم نقض یقین به شک و امثال این‌ها سامان یافته است.

#### ۲. عرف خاص

عرف خاص عبارت است از روال و رویه‌ای که گروهی از مردم که در یک زمانه معین زندگی می‌کنند، یا در یک نقطه جغرافیایی و سکونت‌گاه، باهم مشترک هستند، یا در حرفه و دانش و فن مشخصی اشتراک دارند و به آن پایبند هستند. مثل عرف‌هایی که در یک شهر و یا منطقه‌ای

رایج است یا صاحبان حرفه خاص مثل نجّار، بزّاز، نقاش یا امثال آن‌ها به آن عرف وابستگی دارند، مثل بسیاری از اصطلاحات که بسته به کاربرد آن در یک شهر و یا حرفه و دانش خاص است که قطعاً همین اصطلاح در شهر دیگر یا حرفه و دانش دیگر معنایی متفاوت خواهد داشت (سبحانی ۱۳۸۳: ۴۲۱-۴۲۰).

### ۳. عرف عملی

در تعریف عرف عملی گفته شده است عرفی است که در رفتار و کردار مورد اهتمام صاحبان عرف است. مثل خرید و فروش معاطاتی در غالب جوامع امروزی یا پرداخت‌های کارتی و اینترنتی و امثال آن.

### ۴. عرف قولی

عرف قولی عبارت است از بهره‌گیری از کلمات و واژگان در معانی‌ای غیر از معانی لغوی آن کلمه مثل واژه ولد که در کتب لغت به معنای فرزند است ولیکن عراقی‌ها این واژه را در خصوص فرزند ذکور به کار می‌برند.

### ۵. عرف صحیح

در یک تقسیم‌بندی دیگر، عرف را به عرف صحیح و فاسد تقسیم کرده‌اند. عرف صحیح آن روال و رویه و عرفی است که در میان مردمان رایج شده و هیچ‌گونه مخالفتی با مصلحت عامه یا شرع مقدس ندارد. مثل کاربرد واژه وقف بر اختصاص بعضی از اموال منقول مثل وقف فرش بر مسجد و یا اینکه متداول شده است قسمتی از مهریه را اول می‌گیرند و بخشی هم عندالمطالبه و امثال آن.

### ۶. عرف فاسد

اما عرف فاسد عرفی است که با مصلحت عمومی سازگاری نداشته و با منویات شارع مقدس تعارض داشته باشد. مثل عقود ربوی و بعضی سنت‌های غلطی که در عروسی‌ها به کار می‌رود و امثال آن.

با آنچه از تعریف و تقسیمات عرف برشمرده شد، این مسئله را پی می‌گیریم که فقیهان و صاحب‌نظران حوزه فقه و حقوق اسلامی به عرف چگونه می‌نگرند؟ آیا به صورت مطلق آن

را حجت تلقی می‌کنند یا به‌طور کامل آن را نفی می‌کنند؟ یا راه میانه‌ای در پیش گرفته‌اند؟ پرواضح است که حوزه و عرصه طرح سؤال، عرف مرسل یا عرفی است که بین توده‌های مردم خردورز رایج است اما انطباق و عدم انطباق آن با شریعت اسلامی نیاز به تحقیق و بررسی دارد و گرنه عرف ممضا و عرف مردوع که تکلیفشان روشن است. عرف ممضا یعنی عرف تأییدشده از طرف شارع مقدس که باید مورد عمل قرار گیرد و عرف مردوع نیز فاسد بوده از حوزه عمل باورمندان به شریعت اسلامی خارج است و نمی‌توان به آن استناد کرد.

### سه نظریه پیرامون عرف

در یک بررسی محدود درمی‌یابیم که فقیهان والامقام پیرامون مقوله عرف و حجیت و عدم حجیت عمل به آن نظریات سه‌گانه‌ای ابراز داشته‌اند:

#### ۱. نظریه حجیت ذاتی مبتنی بر فطرت انسانی و ضرورت‌های زندگی

این نظریه می‌گوید بناهای عقلایی و عرف‌های عاقلانه‌ای که در بین مردم رایج است، از مقبولیت و حجیت ماهوی برخوردار بوده و چون برخاسته از فطرت و ضرورت‌های زندگی است، نیازی به هیچ عامل بیرونی برای حجیت و مشروعیت ندارد (امام خمینی ۱۳۷۲ ج ۱: ۱۰۶-۱۰۵؛ غروی اصفهانی ۱۳۷۴ ج ۳: ۳۱-۳۰).

#### ۲. نظریه ابتناء عرف بر عقل انسان‌ها

این نظریه حجیت عرف را دائرمدار حسن و قبح ذاتی افعال می‌داند. صاحبان این نظریه معتقدند وقتی انجام فعلی نیکو بود و ترک فعلی قبیح تلقی شد و عامه عقلا پابندی خود را به آن اعلام داشتند، چنین عرفی حجت بوده و از مقبولیت عمومی برخوردار است.

#### ۳. نظریه امضا

طرفداران این نظریه می‌گویند از آنجا که قانون‌گذاری انحصاراً در اختیار قانون‌گذار حکیم و شارع مقدس است، هیچ فعل و ترکی بدون استناد به امضای شارع مقدس و یا لااقل احراز عدم ردع او معنی ندارد.

طرفداران نظریه امضا خود به دو نحله و گرایش منشعب شده‌اند:

۱. کسانی که جعل حجیت از طرف شارع را لازم می‌دانند و بدون جعل حجیت از طرف

شارع هیچ گونه عرفی را مشروع نمی دانند.

۲. کسانی که امضاء شارع را شرط لازم برای تشخیص عقلایی بودن عرف تلقی می کنند نه حجیت آن. این عده بر این باورند که شارع چون خود یکی از عقلا و رئیس عقلا است، چنانچه عرفی را تأیید کرد یا در مقابل آن سکوت کرده باینکه در مرآی و منظر او بوده است و آن را رد نکرده است نشان عاقلانه بودن آن عرف و درنهایت مشروع بودن آن است چراکه عقل رسول درونی و احکام آن از حجیت برخوردار است (حکیم ۱۴۱۸: ۴۲۶-۴۱۹).

بی تردید باورمندی به هر یک از مسلک های سه گانه نتایج کاملاً متفاوتی خواهد داشت و در حوزه قوانین مرتبط با اداره جامعه و تعامل میان دولت - ملت و ملت - ملت با دگرگونی زیادی همراه خواهد بود.

ما در این مقاله می کوشیم تا ترسیمی واقع بینانه از مکتب فقهی و گرایش اصولی فقیه معاصر امام خمینی که مشرب فقهی او در تکوین نظام جمهوری اسلامی و تعاملات درونی و بیرونی آن تأثیری غیر قابل انکار داشته است، داشته باشیم.

امام خمینی در آثار مکتوب خود با دو شیوه وارد مباحث مورد نظر ما شده است. اول، طرح مباحث کلی پیرامون امارات عقلاییه و چگونگی کارکرد و نقش آفرینی آن ها. دوم، به صورت خاص طرح مباحث مرتبط با عرف و تعاریفی که از آن ارائه می شود.

وی در مورد امارات عقلاییه با طرح سؤالی چنین می گوید که آیا امارات و اصولی که عقلا برای دریافت احکام شرعی به کار می گیرند، قائم مقام قطع قرار گرفته و شارع به این اعتبار حجیت آن ها را امضا فرموده است، یا اینکه امارات عقلایی مستقلاً حجیت داشته و دارند و نیازی به این نیست که قائم مقام قطع قرار گرفته و از این رهگذر برای آن ها جعل حجیت شود؟ (ر.ک: امام خمینی ۱۳۷۲ ج ۱: ۱۰۶-۱۰۵).

طرح این سؤال به این منظور است که لازمه دستیابی به احکام شرعی، علم و قطع به آن نیست. امارات و طرق عقلایی بدون التفات به قطعی بودن یا نازل منزله قطع قرار گرفتن خود حجیت دارند.

در تقریر این مسئله هر چند ایشان معتقدند در مقام ثبوت اشکالی ندارد که امارات قائم مقام قطع باشند و اشکال صاحب کفایه مبنی بر دور باطل را رد می کنند؛ اما معتقدند در مقام اثبات چنین نخواهد بود. چراکه برای اینکه دلیل و اماره ای از طرف شارع معتبر تلقی شده و قانون گذار حکیم آن را طریق و وسیله ای برای درک حکم واقعی قرار دهد، شرایطی لازم است (ر.ک: امام خمینی ۱۳۷۲ ج ۱: ۱۰۵-۱۰۱).

ایشان شرایط سه گانه‌ای برای این موضوع عرضه می‌دارد:

اول اینکه آن اماره و طریق، خود ذاتاً دارای جهت کاشفیت و طریقت باشد. اگر اماره یادشده فاقد این جهت باشد، شایستگی اماره بودن و طریقی برای کشف حقیقت بودن ندارد. دوم اینکه آنچه مورد جعل شارع قرار گرفته و طریقت آن مستند به جعل شارع است، خود بنفسه از امارات عقلی یا عقلایی نباشد. چراکه آنچه خود موصوف به عنوان امارت است، معنا ندارد که دیگر بار اماره و طریقی برای کشف حقیقت قرار گیرد. این از قبیل تحصیل حاصل و ایجاد موجود است که از منظر عقلا قبیح و بلکه محال است. سوم اینکه در جعل امارت و طریقت آن، عنایت به کاشفیت و طریقت و متمم کشف بودن باشد.

نکته ظریفی که در این تقریر به چشم می‌خورد، این است که از منظر امام خمینی، امارات عقلایی نیاز به جعل حجیت ندارند و اتصاف آن‌ها به عقلایی بودن و عاقلانه بودن برای حجیت آن‌ها کافی است. (مدلول شرط دوم)

پرواضح است که باور به این نظریه اوج پابندی به نقش عقل در کشف حقایق تشریحی و اراده قانون گذاری مولای حکیم است.

ایشان در ذیل همین بحث نکاتی دارند که قبلاً به آن اشاره شد.

امام خمینی در امتداد مطالب پیش گفته، فهرستی از یک سلسله طرق و امارات ارائه می‌کند که عموم عقلا بر اساس آن‌ها عمل می‌کنند طریقه و اماراتی مثل: ۱. ظواهر الفاظ؛ ۲. قول لغوی؛ ۳. خبر ثقة؛ ۴. قاعده ید؛ ۵. اصالة الصحة در فعل غیر و...

او می‌گوید: ملاحظه می‌کنید که عموم خردورزان بر اساس این امارات و طرق عمل می‌کنند بدون اینکه چشم‌داشتی به جعل و تنفیذ شارع داشته باشند؛ بلکه دلیل قابل اتکایی جز بنای عقلا برای حجیت امارات یادشده وجود ندارد و شارع مقدس تنها به اعتبار اینکه یکی از عقلاست، به آن عمل کرده و آن را حجت دانسته است. درباره حجیت خبر ثقة و قاعده ید، روایاتی رسیده است که به روشنی و وضوح کامل نشان می‌دهد که عمل به آن‌ها به اعتبار اماره عقلایی بودن آن‌هاست. در ادله امارات چیزی که کمترین نشانه‌ای از جعل حجیت و اتمام کشف برای آن

۱. «فاعلم أنَّ الأمارات المتداولة على السنة أصحابنا المحققين كلها من الأمارات العقلية التي يعمل بها العقلاء في معاملاتهم و سياساتهم و جميع امورهم؛ بحيث لو ردع الشارع عن العمل بها لاختل نظام المجتمع و وقفت رحي الحياة الاجتماعية و ما هذا حاله لا معنى لجعل الحجية له و جعله كاشفاً محرراً للواقع بعد كونه كذلك عند كافة العقلاء» (امام خمینی ۱۳۷۲ ج ۱: ۱۰۵).



طرق باشد، وجود ندارد بلکه این نگاه به امارات اصلاً معنا ندارد.<sup>۱</sup> در سراسر این گفتار، امام خمینی روی این نکته تأکید می‌کند که این گونه نیست که همه راه‌ها به قطع ختم شود و مجموعه امارات و طرق عقلایی که خردورزان عالم در روابط خود به کار می‌گیرند یا باید به قطع و یقین منتهی شود تا از مزیت ذاتی بودن حجیت قطع برخوردار شوند و یا به جعل و تأسیس حجیت از طرف شارع متکی باشد تا حجیت خود را به امضا و تأیید قانون‌گذار حکیم گره زند.

ایشان در این زمینه می‌نویسد اینکه چنین تصور شود که امارات قائم‌مقام قطع به اقسام گوناگونش می‌شود، هیچ‌گونه مفهومی ندارد. نه در قطع موضوعی و نه در قطع طریقی. این مسئله در قطع موضوعی کاملاً روشن است. چرا که جعل شرعی نه معنا دارد و نه واقع شده است.<sup>۲</sup> وی در تبیین این نظریه می‌نویسد:

بنای عقلای عالم در عمل به امارات به هیچ‌یک از این سه عامل که ذیلاً ذکر می‌شود، بستگی ندارد:

۱. مؤدای امارات را به منزله واقع پنداشتن؛ ۲. ظن و گمان را به منزله قطع تلقی کردن؛ ۳. جهت کاشفیت و طریقت و تتمیم کشف از طرف شارع به آن اعطا نمودن.
- او به سادگی و بدون پیچیدگی‌های معمول و متعارف و ریزبینی‌هایی که در بین علمای اصول رایج است اظهار می‌دارد که هیچ‌یک از موارد سه‌گانه توجه‌گر عمل عقلا به امارات نیست. بلکه نیاز به این توجیهاست. آنان (عقلا) راه‌های شناخته‌شده و معتبری دارند که در معاملات و سیاستشان به آن عمل می‌کنند. بدون اینکه بخواهند هیچ‌یک از آن طرق و امارات را منزله دیگری قرار دهند. آنان هیچ‌گونه التفات و توجهی به این عناوین ساختگی و تخیلی ندارند و این معنا برای کسی که کم‌ترین تأملی در طریقه عقلا داشته باشد به روشنی واضح است.<sup>۳</sup>

۱. «تری أن العقلاء كافة يعملون بها من غير انتظار جعل و تنفيذ من الشارع، بل لا دليل على حجيتها بحيث يمكن الركون إليه إلا بناء العقلاء، وإنما الشارع عمل بها كأنه أحد العقلاء. و في حجة خبر الثقة و اليد بعض الروايات «۱» التي يظهر منها بأنهم ظهور أن العمل بهما باعتبار الأمارية العقلية، و ليس في أدلة الأمارات ما يظهر منه بأدنى ظهور جعل الحجية و تتميم الكشف، بل لا معنى له أصلاً» (امام خمینی ۱۳۷۲ ج: ۱، ۱۰۶).

۲. «و من ذلك علم أن قيام الأمارات مقام القطع بأقسامه مما لا معنى له: أما في القطع الموضوعي فواضح، فإن الجعل الشرعي قد عرف حاله و أنه لا واقع له، بل لا معنى له» (امام خمینی ۱۳۷۲ ج: ۱، ۱۰۶).

۳. «أما بناء العقلاء بالعمل بالأمارات فليس وجه تنزيل المؤدى منزلة الواقع، و لا تنزيل الظن منزلة القطع، و لا إعطاء جهة الكاشفية و الطريقية أو تتميم الكشف لها، بل لهم طرق معتبرة يعملون بها في معاملاتهم و سياساتهم، من غير تنزيل واحد منها مقام الآخر، و لا التفات إلى تلك المعاني الاختراعية و التخييلية، كما يظهر لمن يرى طريقة العقلاء و يتأمل فيها أدنى تأمل» (امام خمینی ۱۳۷۲ ج: ۱، ۱۰۶).

امام خمینی ادامه می‌دهند و می‌گویند از همین رهگذر موقعیت قطع طریقی نیز روشن می‌شود چرا که عمل خردورزان به طرق و امارات متداول در شرایط عدم علم نه از این باب است که راه‌ها و طرق یادشده را قائم‌مقام علم قرار می‌دهند بلکه به این طرق مستقلاً عمل می‌کنند بدون التفات به معانی دیگر.

امام خمینی می‌گویند خلاصه سخن اینکه عمل کردن خردورزان به طرق و امارات عقلایی نه از باب این است که این طریقه‌ها علم و یا نازل منزله علم است؛ بلکه اگر ما فرض کنیم که اصولاً در عالم هیچ علم و قطعی وجود ندارد بازهم خردورزان از این طریقه‌ها استفاده کرده و به آن عمل می‌کنند بدون التفات به جعل حجیت یا آن را نازل منزله علم قرار دادن.<sup>۱</sup>

ایشان می‌نویسند از آنچه تاکنون ذکر شد وجه تأمل و نظر در کلام بزرگان و اعلامی که گاهی ملتزم شدند به جعل مؤدی به منزله واقع و گاهی ملتزم شدند به تمسک کشف و قرار دادن شارع ظن را علم در مقام شارعیت و به آن جایگاه احراز و طریقت اعطا نمودن و از این قبیل کلمات بی‌اساس خطابی که این بزرگان بر زبان آورده‌اند.<sup>۲</sup>

نگاه ژرف‌نگر امام خمینی به حجیت بالاستقلال طرق و امارات عقلایی و شکستن حصار یا قطع و علم و یا جعل و تمسک کشف، هرچند اختصاص به ایشان ندارد و بزرگان دیگری نیز در این نگاه با ایشان همراه هستند، اما این نوع تلقی از مسیرهای منتهی به حقایق شرعی می‌تواند بسیاری از مشکلات را برطرف کند. در سایه‌سار این نگاه است که عرف عقلا هم در تشخیص موضوعات و مصادیق و هم در تعیین ضابطه‌ها و قراردادهای اجتماعی کارساز شده، عقلا بماهیم عقلا، قادر خواهند بود دریافت‌های عقلایی خود را مبنای تعاملات اجتماعی قرار دهند و عصری شدن فقه و حقوق توجیه اجتهادی بیابد.<sup>۳</sup>

ایشان در آثار مکتوب خود از عرف با عناوین متعددی مانند سیره عقلا، امور عقلاییه، طرق العقلاییه، طریقه‌العقلاء، بنای عقلا و عمل عقلا نام برده است. از منظر امام خمینی عرف عبارت است از آنچه عامه مردم در معاملات، محاورات، سیاسات و زندگی اجتماعی به آن پایبند

۱. «من الواضح البین أن عمل العقلاء بالطرق لا يكون من باب كونها علماً و تنزيلها منزلة العلم، بل لو فرضنا عدم وجود العلم في العالم كانوا يعملون بها من غير التفات إلى جعل و تنزيل أصلاً» (امام خمینی ۱۳۷۲ ج ۱: ۱۰۷).

۲. «و مما ذكرنا تعرف وجه النظر في كلام هؤلاء الأعلام المحققين - رحمهم الله - من التزام جعل المؤدى منزلة الواقع تارة» ۲ و التزام تمسک کشف و جعل الشارع الظن علماً في مقام الشارعية و إعطاء مقام الإحراز و الطريقت له اخرى ۳، إنها كلمات خطابية لا أساس لها» (امام خمینی ۱۳۷۲ ج ۱: ۱۰۷).

۳. برای آشنایی تفصیلی به منابع زیر رجوع کنید: (حکیم ۱۴۱۸: ۴۲۲؛ دانش پژوه ۱۳۹۲: ۱۹۳؛ بعد؛ مساکت ۱۳۷۱: ۳۵۵ - ۳۴۸؛ بارگامی ۱۳۷۶: ۲۱۹؛ سبحانی ۱۳۸۳؛ مظفر ۱۳۸۶).

و بر اساس آن عمل می‌کنند همانطور که اماره‌های عقلایی نیز در مکتب فقهی امام خمینی دارای چنین تعریفی هستند.

عقلا در تمامی اموری که به زندگی، سیاست‌ها و دادوستدهایشان مربوط می‌شود، به اماره‌های عقلایی عمل می‌کنند. گفتیم که فقیهان شیعه در باره حجیت و یا عدم حجیت عرف به سه دسته تقسیم شده‌اند:

۱. حجیت ذاتی و ماهوی؛

۲. تفاوتی بین عرف عقلایی و عقل نیست؛

۳. اعتبار و حجیت عرف با امضا یا عدم ردع شارع است.

اکثریت قریب به اتفاق فقهای امامیه عرف در معنای سوم را معتبر می‌دانند و عرفی که مورد تأیید شارع واقع نشده باشد یا لااقل با عدم ردع شارع همراه نباشد را حجت نمی‌دانند. سؤالی که همواره در برابر معتقدان به این نظریه قرار می‌گیرد، این است که اولاً امضای شارع یا عدم ردع او را چگونه می‌توان به دست آورد؟

ثانیاً این شرط برای عرف‌ها و بناهای عقلایی عصر حضور معقول و منطقی است؛ اما در مورد رویه‌های عقلایی در اعصار بعد از آن چه باید کرد؟ همان‌گونه که مردمان عصر پیامبر و جانشینان معصوم او در محاورات، مراودات و معاملات خود سنن و آداب و رسوم داشتند و منطبق بر تلقی عقلایی توده‌های مردم این آداب و رسوم رایج بوده است و شارع مقدس نیز عمده این بناهای عقلایی را امضا فرموده یا در موارد نادر در مقام اصلاح پاره‌ای از آن‌ها برآمده است، در اعصار بعد از عصر پیامبر و جانشینان معصومش چه باید کرد؟ آیا بناهای عقلایی حادث شده در این اعصار به دلیل اینکه مورد امضا یا عدم ردع شارع نبوده کلاً غیرقابل استناد است و عدم حجیت آن به دلایل فوق قطعی است؟

در مورد امضاء شارع مسئله از وضوح و روشنی کافی برخوردار است. قول، فعل و تقریر معصوم حاکی از امضای اوست و شیوه به دست آوردن آن نیز می‌تواند همان شیوه تمسک به سنت باشد؛ اما در مورد عدم ردع شارع، آیا علم به عدم ردع شرط است؟ یا عدم علم به ردع کافی است؟

فقها عموماً به نظریه علم به عدم ردع یا همان احراز عدم ردع گرایش دارند؛ اما محققان صاحب‌نظری هم به عدم احراز ردع گرایش پیدا کرده‌اند؛ یعنی معتقدند که لازم نیست عدم ردع شارع محرز شود. همین که به ردع علم پیدا نکردیم و عدم احراز ردع برای ما حاصل شد، کافی است. مرحوم شیخ الشریعه اصفهانی، استاد امام که بی‌تردید نقش غیرقابل انکاری در شکل‌گیری

مکتب فقهی امام خمینی داشته، از جمله این گروه است. وی می‌گوید: «ان اللّٰزم فی حجیه سیره العقلائیه مجرد عدم ثبوت الردع عنها من الشارِع و لایجب احراز الامضاء و أو اثبات عدم الردع حتی یجب البناء علی عدم حجیتها بمجرد عدم العلم بالامضاء او الجهل بعدم الردع. لما ذکرناه هناک من ان الشارِع بما هو عاقل بل رئیس العقلاء متحد المسلک معهم الا اذا احرز اختلاف مسلکهم معهم بما هو شارِع» (غروی اصفهانی ۱۳۷۴: ۳۱-۳۰). آنچه در حجیت سیره عقلایی لازم است، مجرد عدم ردع آن از طرف شارِع است. امضاء شارِع و اثبات عدم ردع واجب نیست تا اینکه به مجرد عدم علم به امضاء یا جهل به عدم ردع بنا بر عدم حجیت گذاشته شود. چرا که ما در جای خود گفتیم که شارِع از این رو که عاقل بلکه رئیس عقلا است، با عقلا متحد المسلک است؛ مگر اینکه احراز شود در جایی به اعتبار شارِع بودن، مسلک او با دیگر عقلا متفاوت شده و به اختلاف کشیده شده است.

بنا بر این نظریه، تمامی بناهای عقلایی که مردمان عاقل برای تمشیت امور خود به کار می‌گیرند، با وصف حجیت همراه است. مگر اینکه احراز شود شارِع مقدس با آن مخالفت کرده یا بخش‌هایی از آن را مقید به شرایطی کرده است که در آن صورت تکلیف روشن است. می‌بایست از ارشادات شرع بهره گرفت.

این فقیه بزرگوار با صراحت تمام، عدم علم به ردع را مبنا قرار داده و علم به عدم ردع را لازم ندانسته است. تعجب از امام خمینی است که در تأکید بر حجیت بناهای عقلایی گوی سبقت از دیگران ر بوده است؛ اما در تعلیل حجیت، امضای شارِع یا عدم ردع شارِع را شرط حجیت اعلام نموده است که این امر با مبناى خود ایشان که در صفحات پیشین به آن اشاره کردیم، ناسازگار است. ایشان یکجا امارات عقلایی را از چنان موقعیتی برخوردار می‌بیند که اگر شارِع مقدس از عمل به آنها منع کند، نظام جامعه دچار اختلال می‌شود و چرخ زندگی اجتماعی از حرکت باز می‌ایستد وی معتقد است هر چه دارای چنین موقعیتی باشد، معنا ندارد که جعل حجیت برای آن شود.

این نگاه به بناهای عقلایی با شرط پنداشتن امضای شارِع یا عدم ردع شارِع منافات دارد. چرا که اگر بناهای عقلایی نیازی به جعل شارِع نداشته باشد و ذاتاً خود دارای وصف حجیت باشد، وابسته کردن حجیت آن به امضا یا عدم ردع شارِع زیر سؤال بردن حجیت ماهوی آن است. اگر عدم احراز ردع را مبنا قرار دهیم، این مشکل پیش نمی‌آید. چرا که می‌گوییم بر اساس بناهای عقلایی عمل می‌شود مگر اینکه احراز شود که شارِع همه یا بخشی از آن بنا را رد کرده است. بنابراین، تهافت بین نظریه احراز عدم ردع و عدم احراز ردع که در صدر و ذیل عبارات امام

به چشم می‌خورد، باید به گونه‌ای روشن مورد واکاوی قرار گیرد. چگونگی است که امام خمینی که خود یکی از عرف باوران صاحب سبک به شمار می‌آید که هم در زمینه کشف حکم و هم تعیین مصداق از عرف کمک می‌گیرد، از میان اقوال سه‌گانه، قول سوم را برگزیده است. او در کتاب *انوارالهدایه* چنین می‌نویسد منحصراً زمانی تمسک به بنای عقلا و عدم ردع آن جایز است که بنای عقلا در موارد مشکوک، یعنی جایی که امضا یا عدم امضای شارع برای ما محرز نباشد و این امر تا زمان حضور معصوم امتداد داشته و شارع آن را ردع نکرده باشد، مثل بنای عقلا بر عمل به خیر واحد، قاعده ید، اصالةالصحة که در این گونه موارد شبهه‌ای نیست که عمل عقلا به این امور تا زمان شارع امتداد داشته و در واقع تا بوده چنین بوده است ولیکن در مواردی که چنین نبوده یا احراز نشده است که چنین بوده، مجرد بنای عقلا مفید و کارساز نیست.<sup>۱</sup> او در همین جا می‌گوید مجرد بنای عقلا بر عمل به قول لغوی‌ها نتیجه‌بخش نیست، مگر اینکه عدم ردع شارع که کاشف از رضایت شارع است به آن ضمیمه شود.<sup>۲</sup> این مبنا در تمام آثار و کتب فقهی و اصولی امام دیده می‌شود؛ بنابراین، ایشان عرف غیرمردوع را حجت می‌داند و در این زمینه به احراز عدم ردع به‌عنوان ضرورت پذیرش حجیت عرف پایبند است و این نگاه همان‌طور که گفته شد، با حجیت ماهوی بنای عقلا منافات دارد. چراکه بنای عقلا مشروط شده است به امضا یا عدم ردع شارع و این امر چیزی نیست که از نظریه اول امام دانسته می‌شود.

آیا او برای احراز عدم ردع تعریف دیگری دارد؟ او در جای دیگر می‌گوید اگر عرف و بنای عقلا در نزد شارع حجت نداشت و نافذ نبود، باید از آن نهی می‌کرد. همین که شارع مقدس در مقام نهی از عمل به عرف برنیامده است، نشان می‌دهد که آن عرف نزد او مقبولیت دارد. شاید بتوان چنین برداشت کرد که امام معتقد بودند که صرف عدم دسترسی ما به مخالفت شارع، کافی است و این همان نظریه عدم احراز ردع است و این نظریه با نظریه عامه فقها مبنی بر ضرورت امضا و عدم ردع تا حدودی فاصله دارد و به نظریه مرحوم شیخ‌الشریعه نزدیک‌تر است.

امام خمینی در زمینه عمل به عرف غیرمردوع هیچ‌گونه تفصیلی بین مسائل و موضوعات

۱. «... و إنما يجوز التثبت ببناء العقلاء و عدم الردع فيما إذا احرز كون بناء العقلاء في المورد المشكوك متصلاً بزمن الشارع و لم يردع عنه، مثل بنائهم على العمل بخبر الواحد و اليد و أصالة الصحة، فإنه لا إشكال في اتصال عملهم في تلك الموارد إلى زمان الشارع، و لكن فيما إذا لم يكن كذلك أو لم يحرز كونه كذلك لا يفيد مجرد بنائهم» (امام خمینی ۱۳۷۲ ج ۱: ۲۵۱-۲۵۰).

۲. «فعلى فرض كونه [من] أهل الخبرة، فمجرد بناء العقلاء على العمل بقولهم لا ينتج، إلا أن ينضم إليه عدم ردع الشارع الكاشف عن رضاه» (امام خمینی ۱۳۷۲ ج ۱: ۲۵۰).

مختلف قائل نیست. معاملات را از غیر معاملات تفکیک نمی‌کند. ایشان نظریه صاحب *فصول* را که او نیز از طرفداران نظریه حجیت عرف غیر مردوع است، رد می‌کند، صاحب *فصول* بین معاملات و غیر معاملات قائل به تفصیل است. او می‌گوید: معاملات چون امر اعتباری است، صحت آن نیاز به اعتبار دارد. اگر اعتبار کننده غیر از شارع باشد، باید شارع آن امر اعتباری را امضاء نماید. بر اساس این نظریه، توافقات و قراردادهای متداول امروزی مثل بیمه، سرقفلی و امثال آن که در زمان شارع رایج نبوده است، صحیح نبوده و آثار صحت بر آن مترتب نیست. امام می‌گوید این که می‌گویند معاملات از آنجا که امر اعتباری است، نیاز به امضا شارع دارد سخن صحیحی نیست. چرا که اعتباری بودن معاملات ضرورت امضای شارع را در پی ندارد و نفس عدم ردع شارع در صحت آن معامله کافی است. بنابراین معامله‌ای که در نزد عقلا نافذ است، اگر در نزد شرع نافذ نبوده، می‌بایست آن را مورد ردع قرار دهد. همین قدر که شارع آن را ردع نکرده است، برای نافذ بودن و صحت آن معامله کافی است.<sup>۱</sup>

تا اینجا مشخص شد که ایشان با طرح نظریه امضا یا ثبوت عدم ردع شارع، مطلق عرف را نافذ نمی‌داند (اگر بپذیریم که تعریف ایشان از اثبات عدم ردع همان چیزی است که مورد نظر قاطبه فقها است) و همین امر باعث می‌شود که علی‌رغم پابندی به مقررات عرفی، صف او از صف عرفی نگران قائل به حجیت مطلق عرف جدا شود و اگر باور داشته باشیم که تعریف ایشان از ثبوت عدم ردع با تعریف رایج متفاوت است و با نظریه مرحوم شیخ الشریعه اصفهانی نزدیک‌تر است، طبیعتاً باید برای حجیت عرف بعد از عصر شارع منتظر تعریفی متفاوت باشیم. چرا که ایشان در معرض این سؤال خواهند بود که عرف‌های رایج در قرن حاضر یا بهتر بگوییم در قرون بعد از عصر حضور معصومین چگونه توجیه می‌شود؟ آیا تمامی این عرف‌های عقلایی به دلیل عدم امتداد تا عصر شارع، عرف‌هایی ناصحیح تلقی می‌شوند یا برای حجیت آن‌ها راه دیگری باید جستجو کرد؟

چگونه می‌توان امضا یا عدم ردع شارع را کشف نمود؟ روشن‌تر بگوییم اگر مبنای صحت عرف فطری بودن یا عقلایی بودن آن و عدم ردع شارع تأکید بر این واقعیت و ارشاد به آن امر عقلایی است، چه تفاوتی هست بین عرف زمان رسول‌الله با عرف‌هایی که امروزه مردم بر اساس فطرت خود یا بینش عقلایی خود به آن ملتزم شده و در محاورات و معاملات و مراودات

۱. «أَنَّ احتیاج المعاملات إلى التصريح بالامضاء - لكونها من الامور الاعتبارية - ممنوع، فَإِنَّ اعتباريتها لا تلازم احتیاجها إليه، فنفس عدم ردع الشارع يكفي في صحتها ونفوذها، فالمعاملة النافذة عند العقلاء لو لم تكن نافذة لدى الشرع، لا بد من الردع عنها و يكفي في النفوذ عدم ردعه» (امام خمینی ۱۳۷۲ ج ۱: ۳۱۵).

به آن پایبند هستند و اگر طبق نظر ایشان عدم ردع شارع شرط صحت عرف رایج باشد چگونه می‌توانیم امروزه و در برخورد با عرف‌های جدید عدم ردع شارع را احراز نماییم؟ ایشان در بحث ضمان با اعتقاد به اینکه مقصود از قاعده ضمان جبران خسارت به هر شکل ممکن است و شارع در کیفیت آن نظری ندارد، می‌گویند ادله ضمانات که در ابواب مختلف فقهی به آن پرداخته شده، به هیچ نحو متعرض کیفیت ضمان مثلی یا قیمی نشده است. اگر شارع در این مورد دارای طریقه خاصی بوده در اینجا که محل ابتلا و حاجت است باید مطرح می‌کرد؛ چرا که این مسئله مورد ابتلا مردم در تمام شبانه‌روز است و در این گونه موارد صحیح نیست که شارع با طریقه عرفی مخالف باشد و نظر خود را مطرح نکند. عدم طرح نظریه مخالف عرف نشانگر این است که شارع عیناً همان طریقه عقلا را می‌پسندد و راه و روش مستقلاً از عرف ندارد (ر.ک: امام خمینی ۱۴۲۱ج: ۱: ۵۰۸).

این بیان به نوعی پذیرش نظریه عدم احراز است چون ما به نظریه خاصی از شارع دسترسی پیدا نکرده‌ایم، معتقد می‌شویم که این عرف صحیح است؛ چرا که در شرایطی که موضوعی محل ابتلا و حاجت مردم است، شارع ورودی به این مسئله پیدا نکرده است، عدم ورود شارع نشانه صحت عرف رایج است.

همان‌گونه که در صفحات پیشین اشاره شد، امام خمینی معتقد است که امضا شارع به معنای جعل حجیت برای عرف نیست؛ چرا که عقلا در جمیع امورشان بر اساس این عرف عمل می‌کنند و اگر شارع از عمل کردن به آن‌ها منع کند نظام جامعه مختل می‌شود. عرفی که موقعیتش اینگونه باشد نیازی نیست که جعل حجیت از طرف شارع به آن قدرت کاشفیت و احراز امر واقعی بدهد؛ زیرا در نزد عموم عقلا از چنین موقعیتی برخوردار است.

ملاحظه می‌کنید که روش‌های عقلایی مانند عمل به ظواهر الفاظ، استناد به قول لغوی و خبرثقه و قاعده ید و اصاله‌الصحه در مورد فعل غیر، از جمله بناهایی است که عقلا یکپارچه به آن عمل می‌کنند، بدون اینکه انتظار جعل و تنفیذ از طرف شارع داشته باشند. بلکه هیچ دلیل قابل اتکایی بر حجیت آن جز بنای عقلا وجود ندارد و شارع نیز به این گونه بناها عمل می‌کند به اعتبار اینکه یکی از عقلا است. بالاتر اینکه درباره حجیت خبرثقه و قاعده ید روایاتی وجود دارد که به‌طور خیلی واضح و روشن نشان می‌دهد که عمل به این گونه قواعد صرفاً از باب اماره عقلایی است، نه جعل حجیت از طرف شارع.

خلاصه اینکه در ادله امارات، نشانه‌ای که نشانگر جعل حجیت و تتمیم کشف از طرف شارع باشد وجود ندارد، بلکه اصلاً معنا ندارد برای چیزی که خود حجیت عقلایی دارد، جعل



حجیت کرد (امام خمینی ۱۳۷۲ ج: ۱، ۱۰۶-۱۰۵) چرا که تحصیل حاصل است. با این بیانی که امام از ماهیت حجیت عرف ارائه دادند، درمی یابیم که ایشان عدم ردع شارع را نشانه عقلایی بودن عرف می دانند نه اینکه برای عدم ردع یا حتی امضای شارع جایگاه جعل حجیت قائل باشد. لذا به نظر می رسد که ایشان شرط عدم ردع را برای همگرایی عرف و شرع لازم می دانند و معتقدند که چون شارع معصوم عالم به زمان خود و زمان های بعد بوده اند و اگر با عرفی مخالف باشد حتماً ابراز می کرده اند و چون ردع عرف رایج ولو عرف بعد از عصر ائمه به دست ما نرسیده است، نتیجه می گیریم که تمامی عرف هایی که ردع آن ها از طرف شارع نرسیده است، اعم از عرف رایج و عرف لاحق، حجت بوده است. نتیجه اینکه شاید بتوان با به کار گرفتن این مقدمات به دست آورد که امام به جای احراز عدم ردع، عدم احراز ردع را در حجیت عرف کافی می داند. مقدمات مورد نظر عبارت است از:

- اولیاء معصوم الهی همان طور که به عرف عصر خود واقف بودند، به نیازها و عرف بعد از عصر خود نیز آگاهی داشتند.

- همان گونه که می گوئیم اگر شارع در عصر خود عرفی را قبول نداشت باید در مقابل آن موضع می گرفت، عدم ردع عرف مورد نظر نشانه مقبولیت و عدم مخالفت است، این امر به اعصار بعد هم قابل سرایت است. از آنجا که معصومین به شرایط زندگی اجتماعی بعد از عصر خود نیز آگاهی داشتند می بایست پیش بینی سامان گیری عرف های نامناسب با شریعت اسلامی کرده و از عمل به آن ها نهی می کردند. از آنجا که چنین نهی و ردعی احراز نشده است، درمی یابیم که عرف عقلایی مردمان این عصر نیز مورد رضایت معصوم است.

فراموش نمی کنیم که مبنای امام حجیت ذاتی بنای عقلا و عدم نیاز به جعل حجت از طرف شارع است. تمام آنچه گفته شد با فرض این مبنا است و گر نه اگر در حجت عرف امضای شارع و جعل او شرط بوده ضرورتاً نمی توانستیم به عدم الردع یا عدم احراز ردع بسنده کنیم. نتیجه اینکه عرف های متکی به فهم مشترک عقلا و منشأ گرفته از فطرت و عقل آن ها در تمامی عصرها قابل استناد و حجیت است.

#### نتیجه:

بنا بر آنچه گذشت، مشرب فقهی - اصولی و نظرگاه امام پیرامون عرف، بناهای عقلایی و امارات عقلاییه عبارت خواهد بود از:

۱. امارات عقلاییه همان عرف است.



۲. امارات عقلاییه و عرف متکی بر فطرت انسان‌ها و ضرورت‌های زندگی است و مردمان به صورت فطری و ناظر به نیازها و ضرورت‌ها به این رویه و عرف رسیده‌اند و هرچه این گونه باشد، نیاز به جعل حجیت تتمیم کشف ندارد.

۳. برخلاف دیدگاهی که می‌گوید احکام مورد عمل یا باید متکی به جعل حجیت از طرف شارع باشد و یا اینکه متکی به علم و قطع باشد و یا نازل منزله قطع قرار گیرد. امام خمینی هیچ‌یک از توجیحات و تأویلات به خصوص ضرورت قطعی بودن عرف و یا نازل منزله قطع قرار گرفتن را لازم نمی‌داند و با صراحت اعلام می‌کند که حتی اگر فرض کنیم در عالم چیزی به نام قطع و علم هم وجود نداشت، باز هم عرف عقلا حجیت داشت.

۴. ایشان باینکه تمایل به جریان سوم، یعنی معتقدین به لزوم امضا و یا عدم ردع شارع برای کارآمدی و حجیت عرف دارند، اما معتقد نیستند که شارع با امضای خود جعل حجیت می‌کند. ایشان بر این باور استوارند که امضا یا عدم ردع شارع مبین عقلایی بودن عرف مورد نظر است و شارع از این جهت که خود یکی از عقلا است، بر آن عرف عقلایی صحه می‌گذارند، نه اینکه شارع مقدس حجیت عرف را جعل می‌کنند.

۵. تهافتی بین نظریه حجیت ذاتی عرف و شرط امضا و یا عدم ردع که مبنای امام است، دیده می‌شود که در صورت پایبندی به آن عرف‌های رایج عصر بعد از حضور با مشکل مواجه می‌شود.

۶. نظریه شیخ الشریعه که به نظریه «عدم احراز ردع» شهرت یافته است، با مبنای امام که حجیت بناهای عقلایی و عرف را ناشی از ماهیت خودشان و ذاتی می‌داند، نزدیک‌تر است و چنانچه با توجیهاتی که در متن مقاله به آن پرداخته شد، مقصد و مقصود امام از عدم ردع همان عدم احراز ردع تلقی کنیم. تهافتی بین مبنا و نتیجه‌گیری یا صدر و ذیل نظریه امام نخواهیم داشت.

۷. با تکیه بر نظریه عدم احراز ردع، اکثریت و بلکه قاطبه عرف‌های عقلایی رایج مشروع تلقی شده و هیچ تعارضی با احکام شرعی نخواهد داشت.

## منابع

- ابن منظور، محمد بن مكرم. (۱۴۰۸ ق) *لسان العرب*، بيروت: دار الاحياء التراث العربی، چاپ اول.
- امام خمینی، سید روح‌الله. (۱۳۷۲) *انوار الهدایه*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س)، چاپ اول.
- \_\_\_\_\_ (۱۴۲۱ ق) *کتاب البیع*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س)، چاپ اول.

- بارگاهی، محمدرضا. (۱۳۷۶) *حقوق تطبیقی*، تهران: دانشگاه آزاد اسلامی (واحد تهران جنوب).
- حکیم، محمدتقی. (۱۴۱۸ ق) *الأصول العامة*، قم: مجمع جهانی اهل بیت.
- دانش پژوه، مصطفی. (۱۳۹۲) *مقدمه علم حقوق*، تهران: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، چاپ نهم.
- ساکت، محمدحسین. (۱۳۷۱) *دیباچه‌ای بر دانش حقوق*، مشهد: نشر نخست.
- سبحانی، جعفر. (۱۳۸۳) *اصول الفقه المقارن فی ما لا نص فیہ*، قم: مؤسسه امام صادق.
- شرتونی، سعید الخوری. (۱۹۹۲) *أقرب الموارد فی فصیح العربیة و الشوارد*، بیروت: مکتبه لبنان.
- غروی اصفهانی، ملافتح الله. (۱۳۷۴) *نهایة الدراریه*، تحقیق مهدی احدی امیر کلایی، قم: انتشارات سیدالشهدا، چاپ اول.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۹) *کلیات حقوق: نظریه عمومی*، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- مظفر، محمدرضا. (۱۳۸۶) *اصول الفقه*، قم: نشر سید عبدالله اصغری.

