

# ارتکازات عرفی

دکتر علی‌رضا فیض

استاد دانشگاه آزاد اسلامی - واحد علوم و تحقیقات تهران

## ◆ چکیده:

این تحقیقی است درباره عرف که تأثیر فراوان در استنباط احکام فقهی دارد و راهگشای بسیاری از مسائل مستحدثه است. نقش عرف در فقه و حقوق نباید مورد غفلت فقیه قرار گیرد چرا که بسیاری از مسائل فقهی و اصول فقه به وسیله عرف ثابت می‌شود همه سیستم‌های حقوقی جهان به عرف عقلاء توجه داشته‌اند. در زمان‌های گذشته در میان قبایل، عرف، پایه و مایه همه پدیده‌های اجتماعی بوده و خود به تنهایی مصدر دین و اخلاق و معاملات به شمار می‌رفت عرف از نظر اسلام معتبر شناخته شده و حلال بسیاری از مشکلات فقهی است عرف به مانند جامعه پویایی دارد و در اثر این پویایی، فقه و حقوق دستخوش پویایی و هم‌آهنگی با محیط می‌شوند.

بعضی فکر می‌کنند که بر پایه حدیث «حلال محمد، حلال الی یوم القیامه» در احکام اسلامی تحویل راه ندارد در حالی که این برداشت سطحی، مورد پذیرش پژوهشگران نیست.

**کلمات کلیدی:** عرف، بنای عقلاء، حجیت، پویایی، دین و فقه، تقلید، عرف رجوع جاهل به عالم.

**مقدمه:**

چندی پیش درباره عرف عقلاء مقاله‌ای کوتاه ترتیب داده بودم که منتشر شد، و مورد توجه قرار گرفت. افزون بر آن در کتاب ویژگی‌های فقه و اجتهاد (ص ۲۷) به فراخور حال پیرامون آن بحث‌هایی داشته‌ام که اهل فضل و دانش آن را مورد نظر قرار داده‌اند، و نکاتی تقریظ‌گونه برای من نوشته یا گفته‌اند در ضمن، آنجا که نظر امام خمینی را گفته‌ام که به طور عموم عرف‌های زمان حاضر را معتبر و حجت می‌شناسند، بعضی از فضلاء حوزه به من ایراد گرفته و عقیده داشتند که امام فقط یک عرف که عرف رجوع جاهل به عالم است یعنی عرف تقلید و نه عرف‌های دیگر را حجت و معتبر می‌شناسند و بعضی در همین زمینه بر من رديه نوشته و منتشر کرده‌اند، که ناچار در این مقاله با تفصیل و اهتمام بیشتری عرف را از جوانب مختلف مورد کاوش و بررسی قرار داده‌ام و در بحث از نظر محققان امام خمینی عین عبارات ایشان را نیز زینت بخش مقاله‌ام گردانیده‌ام تا فضلاء دانش پژوه حوزه و دانشگاه آنچه را از نظرات امام منتشر کرده‌ام با عبارات ایشان انطباق دهند و بی‌طرفانه داوری کنند.

عرف به راستی نقش بسیار مهم و سازنده‌ای در فقه دارد، و راهگشای بسیاری از مسائل جدید است که به صورت ظاهر از کتاب و سنت دلیلی بر آنها یافته نمی‌شود که در جای مناسب، تفصیل آن خواهد آمد حتی عمومات و اطلاقات کتاب و سنت جوابگوی مسائل جدید نیستند که اگر بودند بحث از اصول عملیه بی‌فایده بود زیرا مسائلی که نو پیدا هستند اگر از اطلاقات و عمومات گسترده، اخذ می‌شدند جایی برای رجوع به اصول عملیه وجود نداشت. باری برای فراهم آوردن این مقاله علاوه بر مطالعات قبلی و نوشته‌هایی که داشتم در کتابهای فقهی و اصولی بسیاری از فضلا و محققین شیعه و اهل سنت به جست و جوی گمشده خود پرداختم و نکات مهم و بسیار مفیدی به دست آوردم که این مقاله را از آنچه قبلاً گفته یا نوشته‌ام ممتاز گردانیده است. در این رهگذر نیاز فراوان فقه را به عرف‌های عقلانی، به ویژه عرف‌های پدیدآمده و استقرار یافته در جوامع امروزی جهان عقلاء گوشزد کرده‌ام.

باید بدانیم که مسائل تأسیسی اسلام یعنی احکام تأسیسی بسی کمتر از مباحثی است که از ادله عقلی به خصوص از عرف عقلاء عاید فقه پر بار شیعه گردیده است.

هنگامی که می‌بینیم بسیاری از مباحث اصول فقه از قبیل حجیت خیر واحد، حجیت ظواهر، حجیت ظنون معتبر، و اعتبار آراء مجتهدین و عمل به آنها و تقلید از آنان و نیز شاید همه مسائل فقهی ابواب عقود و ایقاعات و احکام به برکت و قدرت دلیل توانا و مشکل‌گشای عرف عقلاء ثابت می‌شوند در این موقع است که می‌توانیم به نقش مهم عرف و مبنای عقلاء چه در علم اصول فقه و چه در فقه اعتراف کنیم.

با این همه سزاوار بود که اصولیین بحث و فصلی مستقل را به بنیاد عقلائی، و أعراف اختصاص می‌دادند، و در آن فصل که به عقیده من مهم ترین فصل اصول است، عرف عقلاء را آنگونه که باید و شاید به بررسی و امعان نظر می‌گرفتند افسوس و صدافسوس که فقهاء و اصولیان ما از اهمیت روز افزون آن شاید غفلت داشته‌اند.

از اینرو کاوشگری که می‌خواهد به بررسی و کنجکاوی در آن بپردازد، باید مسائل مختلف و پراکنده آن را از جای جای کتب اصولی و حتی فقهی پس از جست و جوی فراوان به چنگ آورد و از کارگشائی‌ها و راهنمائی‌های آن فقه را به راه باز و هموار برساند و فقیه را در استنباط احکام پیش‌آمدها و رخدادهای نوچیره گرداند حاصل اینکه سعی ما بر این است تا ثابت کنیم عرف هائی که اینک در جامعه جهانی وجود دارند از رواج بازار هرگونه معاملات، انواع گوناگون خرید و فروش، انواع شرکت‌ها و حتی انواع بیمه‌ها و هرچه از این به بعد متداول می‌شود همه صحیح و جائز هستند و معصوم علیه السلام با آنها موافقت داشته که اگر رضایت نداشت، می‌توانست در هر حال و وضع، از آنها جلوگیری کند. بنابراین اگر بر طبق عرف رایج عمل کردیم، هیچ عاملی نمی‌تواند مانع کار ما و معاملات ما گردد و ما توانسته‌ایم در پرتو راهنمائی‌های امام خمینی امضای شارع را در آن مسائل حقوقی بدست آوریم تفصیل مطالب را در مقاله مطالعه کنید.

باید توجه داشت که فقهاء در کتاب‌های خود با تعبیرات گوناگونی از عرف عقلاء نام برده‌اند که باید مورد غفلت فضلاء قرار نگیرد به ویژه کسانی که می‌خواهند درباره آن پژوهش داشته باشند. اصولیین و فقهاء در زیر این نام‌ها از عرف عقلاء سخن گفته‌اند.

عرف، عرف عقلاء و بنای عقلاء، طریقه عقلاء، عادت، عادت عقلاء، سنت، سنت عقلاء، سیره عقلاء، موقع عقلائی، اصل عقلائی، قانون عقلاء، قوانین عقلائی، احکام عقلائی، حکم فطری،

ارتکاز عقلاء، مرتکزی عقلاء، ارتکازی، امرارتکازی، ارتکازیات، رسم عقلاء، رسوم عقلانی، و شاید زمان و مکان، تأثیر زمان و مکان و مردم که از آن به فرهنگ جامعه تعبیر می‌کنند. زمان و مکان تعبیر جدیدی است از امام خمینی که بیش از هر چیز ناظر به اعراف عقلانی است.

### عرف:

هر پدیده‌ای که در میان مردم رواج پیدا کند، هر شیوه عملی و گاه گفتاری که مردم آن را در میان جامعه خود متداول کنند، چه خوب باشد و پسندیده باشد و ناپسند و زیان بخش برای فرد و جامعه.

باید بدانیم که پدیده‌های رایج در میان مردم بر پایه اغراض گوناگون گاه بر مبنای عقل و اندیشه و نیاز جامعه، و گاه بر مبنای شهوات و تمایلات نفسانی و هوی و هوس متداول می‌شوند، پس عرف هائی که در جامعه خودنمائی می‌کنند، برخی از آنها صحیح و سودمند و عقلانی هستند، و برخی فاسد و زیان بخش که از منشاء هوس‌بازی و بی بند و باری، و وقت‌گذرانی رایج گردیده‌اند.

شناخت و تشخیص عرف عقلاء از میان مجموعه‌ای از عرف‌های صحیح و غلط که در میان جامعه انسانی رواج دارند، کار مشکلی به نظر نمی‌رسد.

کیست که نداند عرفیت مشروب‌خواری و بی بند و باری و قمار بازی و شهوت رانی و صدها عرف دیگر غلط و فاسد هستند که بر مصلحین جهان فرض است تا در ریشه کن کردن آنها اقدام کنند، آن چنان که اسلام با اعراف غلط جاهلیت مبارزه کرد و تا آنها را از بیخ و بن ریشه کن ساخت آرام نگرفت.

### اقسام عرف:

عرف اقسامی دارد در یک تقسیم به عرف عام و عرف خاص، در تقسیمی دیگر به عرف صحیح و عرف فاسد و در تقسیم سوم به عرف عملی، و عرف قولی بخش می‌شود سخن کوتاهی درباره هر یک از آنها بی‌فایده نیست.

۱. عرف عام، در این عرف عموم یا اغلب مردم شرکت دارند، علی رغم اختلافی که در سطح مختلف زندگی و در فرهنگ ها و محیط ها و زبان ها و نهادها و گرایش های مذهبی دارند.

در این عرف بسیاری از پدیده ها و نهادهای اجتماعی بنیاد می شوند، و نظم و سامان می یابند، مثل رجوع جاهل به عالم در هر علم و فن، اعتبار داشتن ظواهر کلمات، اعتماد داشتن به قول و خبر اشخاص موثق، یا چیزهایی از قبیل استعمال دخانیات، نشستن و وقت گذرانی در مراکزی از قبیل قهوه خانه، نمایگاه و تأثر و قماربازی و شرب مسکرات در پاره ای از جوامع.

۲. عرف خاص، در این عرف گروه ویژه ای شرکت دارند، که عامل و انگیزه ای خاص، این گروه را گرد خود فراهم آورده است، از قبیل زمانی ویژه یا مکانی ویژه یا شغل و صنعت و حرفه ای ویژه یا علم و هنر و فرهنگی ویژه. بسیاری از رفتارها که به آداب و سنن و اخلاق، و معاشرت بستگی دارد در این عرف شکل می گیرد.

۳. عرف قولی، و آن عرفی است که پاره ای الفاظ، و اقوال در آن رنگ ویژه ای بخود می گیرد، گاه از معانی لغوی موضوع له خود دور می شود، گاه محدودیت، و گاه گستردگی می یابد، لغات محلی نیز از مصادیق این عرف محسوب می شوند و برای خود در فرهنگ مردم جانی ویژه دارند.

۴. عرف عملی، و آن عرفی است که در بخشی از کارهای ویژه مردم، و مبادلات آنان خودنمایی می کند، مثل عقود معاطاتی که در میان آنان، امر رائجی می شود یا عقود ربوی تداول پیدا می کند.

۵. عرف صحیح یا عرف عقلاء عرفی است که در میان مردم و در نفوس آنان در پرتوراهنمائی عقل و اندیشه استقرار و رواج می یابد و طبایع مردم آنها را می پذیرند این عرف با قانون و دلیل شرعی مخالفتی ندارد. (حکیم، الاصول العامة، ۴۲۰۱۹۸، محمضانی، مصادر التشریح/۱۲۴، خلاف، ۸۹) مثلاً شیربها دادن در ازدواج، هدایا و تحفه ها که در خواستگاری برای مخطوبه می فرستند که جزو مهریه نیز شمرده نمی شود و بیع معاطات و عقود جدید که ربوی نباشند، همه در این عرف قرار دارند.

استاد حکیم گوید عرف صحیح عبارت است از آنچه در میان مردم متداول گردد، و مخالفتی با نص شرعی نداشته باشد، و مصلحتی را از میان نبرد، مفسده ای بار نیاورد، مثل اینکه در میان مردم متداول شده که بعضی از منقولات را وقف می کنند و اینکه بخشی از مهریه زن را نقداً

می‌دهند، و بخش دیگر آن را پس از مدتی (الاصول العامه/۴۲۱) شهید صدر گوید، سیره عقلاء عرف، میل و گرایش عمومی آنان است از متدین و غیر متدین به امری خاص در جهتی معین و خطی ویژه (المعالم الجدیده/۱۹۸) که مخالفتی با شرع نداشته باشد و خلاصه روش عمومی مردم، که از مصلحت اندیشی، سرچشمه گرفته، و برای حفظ فرد و جامعه نظم و سامان یافته باشد، در محاورات و معاملات و سایر روابط اجتماعی، برخوردی با شرع پیدا نکند، عرف صحیح و پسندیده است مثل اینکه هر جاهلی برای فهم آنچه نمی‌داند به عالم مراجعه می‌کند، و هر بیماری نزد پزشک می‌رود مردم این روش‌ها را برای نظم و بقای جامعه خود لازم و ضروری می‌دانند.

۶. عرف فاسد، عرفی است که در میان گروهی متداول می‌گردد و خلاف شرع است، مثل عقود ربوی، یا شرب مسکرات در برخی جامعه‌ها و قمار بازی و غیره، و پاره‌ای منکرات که در جشن مولود جدید یا عزاداری بر مردگان انجام می‌شد. (خلاف، علم الاصول خلاف/۸۹)

### آیا مرتکبات عقلی، همان عرف عقلاء است؟

به طوریکه که قبلاً در مقدمه اشاره شد، تعبیرات مختلفی از عرف، در لسان فقها و اصولیین به چشم می‌خورند که در اغلب آنها، مراد، عرف عقلاء است مثلاً سیره عقلاء، طریقه عقلاء بنای عقلاء، تأثیر زمان و مکان در تجدید و تبیین موضوع، و متعلق و تعیین حکم فقهی و غیره، چیزی جز عرف عقلاء نیستند.

اینک باید دید مراد از ارتکاز عقلاء، مرتکز عقلاء، ارتکازات عقلانی چیست؟ بیشتر آنها را هم تعبیر دیگری از عرف می‌شناسند.

استاد حکیم گوید: (الاصول العامه الفقه المقارن/۲۰۰) این اصطلاحات در زبان بعضی از اساتید متأخر فن اصول فقه دایر و رایج شده و ظاهراً مراد آنان این است که علاوه بر آماده بودن سیره عقلاء، و وجود داشتن آن، بر فعل، یا ترک چیزی، نوع حکم آن فعل یا ترک نیز، در عمق شعور و ژرفای ذهن عقلاء استقرار یافته، و پابرجا شده باشد ولی منشاء آن را دقیقاً نشناسند.

بنابراین عقیده، آنچه از سیره که در اثر تکرار بیشتر در ذهن و عقلیت مردم جایگزین شده و ثبوت و استقرار یافته باشد، و مبدأ آن معلوم نباشد، آن را ارتکاز عقلا نامند، و اگر چنین باشد، ارتکاز و مرتکبات عقلانی، حتی از سیره عقلا و عرف، قوی تر هستند.

محقق نائینی نیز دربارهٔ ارتکاز عقلی: آنجا که منشأ پیدایش بنای عرف و عقلاء را شرح می‌دهد گوید احکام عرفی از چند راه ممکن است تحقق یافته و عرف بوجود آمده باشد. یا منشاء آن فطرت است، یا تعلیمات که از پیامبران گذشته است، یا فرمان سلطان قاهری که جمیع مردم و عقلای عصر خود را به راه و روشی وا داشته است، و مردم در زمان‌های بعد نیز همان روش را ادامه داده و استمرار بخشیده‌اند، تا از مرتکزات آنان «مرتکزات عقلاء» شده است. (فوائد الاصول ۱۹۲/۳)...

از این عبارت اخیر بدست می‌آید که ارتکاز عقلی عبارت است از طریقه و روشی که با دوام و استمرار تحقق می‌یابد.

ولی آیت الله شهید صدر در این باره نظری دیگر دارد. ایشان ظاهراً می‌گویند ارتکاز عقلاء چیزی است که در ذهن عقلاء پا گرفته، و جا افتاده و استقرار یافته باشد، اگر چه بر طبق آن فعلاً عملی یا ترکی انجام نگرفته باشد، و سیرهٔ عقلاء را شامل این مرتکزات عقلی نیز می‌دانند.

مراد از سیرهٔ عقلاء، چیزی است اعم از سلوک و عمل خارجی، و آنچه هنوز زمینه برای تحقق خارجی آن وجود ندارد، یعنی شامل مرتکزات عقلی نیز می‌شود (بحوث فی اصول الفقه ۲۳۴/۴) این عبارت، ظاهر در این معنی است که در ارتکاز عقلانی سلوک و رفتار خارجی، نقشی ندارد، و فقط شعور عمیقی است (از مثلاً حسن چیزی یا قبح) که در عقل و ذهن سخت تقرر و ثبوت پیدا کرده، و ممکن است هنوز وجود خارجی پیدا نکرده باشد، و شاید هم پیدا کرده باشد.

نه تنها ارتکاز عقلاء از نظر شهید صدر معنی دیگری دارد بلکه سیره نیز از نظر شهید صدر دارای معنی گسترده تری است که شامل همان مرتکزات ذهنی عقلی هم می‌شود، اگر چه چون موضوع آن در خارج تحقق ندارد، خود آن هم هنوز وجود عینی پیدا نکرده است.

### سابقهٔ عرف عقلاء

با پی جوئی در سیستم های حقوقی جهان می‌توان گفت تمام نظام های عالم برای عرف، کم و بیش اهمیت قائل بوده‌اند.

عرف و عادت در جوامع ابتدائی و در میان قبایل مختلف پایه و مایهٔ همهٔ پدیده های اجتماعی بود، و خود به تنهایی مصدر، و اساس دین، اخلاق مبادلات، و معاملات بشمار می‌رفت.

عرف از مهمترین مصادر و مأخذ در تاریخ قانونگذاری روم بود، و تا دوره ژوسنیانوس امپراتور آن سامان معتبر شناخته شده بود او می‌گفت قانون نوشته را هم عرف و عادت نیکو می‌شمارد.

عرف، و سنت‌های عرفی در نظام حقوقی استان‌های شمالی فرانسه، تا عهد ناپلئون پابرجا بود و پس از تدوین قانون ناپلئون و قوانین پس از آن، از اهمیت و اعتبار آن کاسته شد، و تنها در معاملات و امور بازرگانی اعتبار خود را حفظ کرد.

در انگلستان و آمریکا عرف را قانون عمومی نامند، و آن را از مأخذ قانونگذاری می‌شمارند و قانونگذاران، بیشتر عرف‌های کهن را به عنوان سنت‌هایی که روا نیست از آنها غفلت شود، مقرر می‌دارند خلاصه این که عرف نقش بس مهمی را در تاریخ همه ملت‌ها ایفاء کرده است و این نقش، اگر چه در حال حاضر نسبت به زمان گذشته اهمیت خود را از دست داده ولی در عین حال نقشی است حیاتی، که قانونگذاران نباید آن را ندیده بگیرند، زیرا عرف قانونی است که پیش از قانونگذاریهای وضعی وجود داشته و ریشه آن به شمار رفته و این عرف است که همواره قوانین را تفسیر و تأیید و تعدیل می‌کند، و آن را از حالت جمود و رکود به پویایی و تحرک وای می‌دارد. دانشمندان جامعه‌شناس که همواره عادت و عرف را به عنوان طبیعت دوم انسانی تلقی کرده و گفته‌اند: «العاده طبیعه ثابته» نیز دلیل روشنی است بر اهمیت به سزائی که عرف و عادت، همواره از آن بهره‌مند بوده است (محضانی، فلسفه التشریح فی الاسلام/ ۲۶۳ و ۲۶۴).

عرف و عادت در میان عرب جاهلیت، پایه و ریشه هر نمودی از نمودهای زندگی فردی و اجتماعی بود که همه چیز مردم را فرا می‌گرفت این سنت‌ها بر دین، اخلاق، تجارت و همه معاملات و خلاصه بر تمام شیوه‌ها و روش‌های زندگی آنان سیطره و حکومت داشت. چون اسلام ظهور کرد قرآن و سنت پایه و منشاء قانونگذاری برای فرد و جامعه گردید و از اهمیت شایان عرف و سنت‌های عرفی کاست، ولی عرف همچنان به عنوان عاملی مهم و ارزنده در صحنه اجتماعی، حضور و فعالیت خود را حفظ کرده، و در فهم نصوص شرعی نقش تعیین کننده دارد، و حتی بعضی از نصوص کتاب و سنت بر پایه عرف، بنیاد پذیرفته است سنت تقریری پیغمبر (ص) بسیاری از عادات و اعراف را که در محیط اجتماعی وجود داشتند، پذیرفت و از کنار آنها با سکوت و



عدم منع گذشت و بر آنها صحه گذاشت با این رضامندی، آن عادات و اعراف، بخشی از عرفیات اسلام قلمداد گردیدند و معتبر شناخته شدند.

عرف مردم، به ویژه محیطی که پیغمبر(ص) در آن زندگی می کرد، به قدری اهمیت و اعتبار دارد که مالک و مالکيه عمل اهل مدینه را تنها اجماع معتبر و قابل اتباع معرفی کردند، و آن را به عنوان یک دلیل قوی برای قانونگذاری اسلام شناختند، و روشن است که بسیاری از رفتارهای مردم آن شهر بر پایه عرف و عادت استوار بوده است چه عرف کهنه و چه عرف نو.

در فقه اسلام، کم نیستند موضوعات و متعلقات احکام که برای مشخص کردن آنها به عرف، باید مراجعه شود خوانندگان پژوهشگر در ضمن مباحث آینده اهمیت عرف را در قانونگذاری اسلام شناختند، و روشن است که بسیاری از رفتارهای مردم آن شهر بر پایه عرف و عادت استوار بوده است چه عرف کهنه و چه عرف نو.

در فقه اسلام، کم نیستند موضوعات و متعلقات احکام که برای مشخص کردن آنها به عرف، باید مراجعه شود خوانندگان پژوهشگر در ضمن مباحث آینده اهمیت عرف را در قانونگذاری اسلام مرور خواهند کرد.

### جنگ با عرف صحیح، غلط است

ما باید آنچنان که شایسته است به اهمیت فزاینده عرف آگاهی پیدا کنیم. عرف صحیح که از منشاء عقلانی در میان مردم ریشه می گیرد و متداول می شود، با تار و پود وجود آنان در آمیخته و با زندگی آنان پیوندی استوار و ناگسستی برقرار کرده و طبیعت ثانوی آنان شده است.

این اساساً درست نیست که شارع بخواهد عرف عقلاء را بهم بریزد و کاسه و کوزه آنان را درهم بشکند، اگر شارع بر فرض محال در برابر اعراف عقلاء جبهه گیری کند، کاری از پیش نخواهد برد شارع، آئین خود را نیاورده که با همه کارهای رایج در میان مردم بستیزد و همه را از بیخ و بن برکند، هیچ دینی چنین ادعائی ندارد، و معقول نیست داشته باشد.

او برای نبرد با بدی ها و تباهی ها آمده است و اگر عرفی بر پایه نیازها و ضرورت های عقلانی مردم پا گرفته باشد، چرا بد باشد و چرا شارع با آن مخالفت نماید.

بدین جهت است که می بینیم اکثر احکام اسلامی امضاء هستند و تأسیسی نیستند، عظمت اسلام در همین است که با خوبی های جامعه بد نیست و آنها را قبول دارد از کنار خوبی ها

می‌گذرد بی آنکه علیه آن جبهه‌ای بگشاید یا اخم و تخمی کند یا توپ و تشری زند، یا منع و ردعی به کار گیرد.

ولی وای اگر عرفی غلط و فاسد و زیان بخش را در میان جامعه ببیند که دیگر ساکت نخواهد نشست و به وسیله ممکن با آن برخورد خواهد کرد و تا گاو و ماهی پیش خواهد رفت. این می‌رساند که عرف‌های سالم در هر زمان و مکانی باشند، از نظر شارع معتبر شناخته شده‌اند و دلیل دیگری بر اعتبار آن لازم نیست ارائه شود که به قول استاد مغنیه تحصیل حاصل خواهد بود به سخنان استاد در این بحث خواهیم رسید.

گفته شد عرفی که معقول باشد اگر با آن معارضه شود، پیروزی به دنبال نخواهد داشت، برای روشن شدن این مسأله یک مثال می‌آوریم شما می‌بینید که در همه عرف‌های عقلاء، اغلب خرید و فروش‌ها به صورت داد و ستد بدون اجرای صیغه و حتی تکلم به هر لفظی، برگزار می‌شوند شیخ طوسی و محقق حلی و شهیدین و پیروان آنان در کتب فقهی خود در برابر این عرف شایع، جبهه‌گیری و صف‌آرایی کرده، و گفته‌اند این خرید و فروش‌ها و این نقل و انتقال املاک را ما خرید و فروش و نقل و انتقال نمی‌شناسیم، و فتوی می‌دهیم که به وسیله آن، ثمن و مثن به بایع و مشتری منتقل نخواهد گردید، و اساساً این بیع نیست، و طرفین آن بایع و مشتری نیستند، فقط هر یک از آن دو مال خود را با حفظ مالکیت خود در اختیار طرف دیگر قرار داده، و فقط استفاده از آن و تصرف در آن را برای آن طرف دیگر مباح گردانیده است. (محقق حلی، شرایع و لمعه، و شهید ثانی، شرح لمعه، باب بیع) آیا این فتوی کامیاب بود؟

فتوای مزبور هرگز مورد اقبال هیچ کس قرار نگرفت و مردم حتی در زمان آن علماء بیع معاطلات را بیع شناختند، و اموال و املاک خود را به وسیله آن به دیگری منتقل کردند، و هر معارضه‌ای بی نتیجه ماند و سرانجام همه فقها رسمیت این بیع را امضاء کردند و به بیع بودن آن فتوی دادند. هر کس این چنین با عرف عقلاء سرناسازگاری داشته باشد شکست خواهد خورد!

اگر مجتهد به عرفیات مردم توجه نداشته باشد، و خوب و بد آن عرفها را برآورد نکند، مثل آن است که در آن جامعه نیست، و برای آن مردم فتوی نداده و با آنان ارتباط برقرار نکرده و سخن نگفته است مجتهد باید نخست جامعه را ورنه‌انداز کند، بعد با توجه به عرف و عرفیات و نیازهای حتمی آنان فتوی بدهد تا فتوای او در جامعه پیاده شود و اجرا گردد.

مگر فتوی برای چیست؟ جز این که جامعه در پرتو آن راه صحیح خود را باز یابد، و جز این که جامعه، مصلحت خود را به طور آشکار در آن فتوی به، و جز این که جامعه، و جز این که مردم در عین حال در پرتو آن فتوی، خود را از پرتگاه حرام و مهلکه فساد و دام سقوط کنار کشند؟ و اطمینان خاطر یابند؟

پس بررسی و کنجکاوی در عرفیات جامعه و ارزشیابی آن مهم ترین شرط برای فتوی دادن یک مفتی است و بدین گونه توجه به عرف یکی از شرایط لازم برای اجتهاد ذکر شده است. (رجوع به قوانین میرزای قمی و فصول شیخ محمد(ص) و کفایه آخوند خراسانی شود)

### عرف و دین و جامعه

جامعه شناسان همه به طور کلی جامعه را پدیده ای پویا و متحول توصیف کرده اند، که شتابان به پیش می رود، و هر مانعی را از سر راه خود بر می دارد. نهادهای اجتماعی معمولاً در مسیر پیشرفت جامعه قرار گرفته اند، و در این تحول و پویایی از خود هم آهنگی نشان داده اند، و هر نهادی به هر علتی نتواند پایه پای جامعه پیش برود، عقب می ماند و همین که رابطه خود را با جامعه متحول حفظ کند باقی و جاوید خواهد ماند و گرنه چگونه می تواند مقام و منزلت خود را بدون هیچ اشکال و ایراد در کف با کفایت خود نگهدارد!

هنگامی که کسی بخواهد درباره پویایی فقه و دین سخنی بر زبان آورد بعضی از دینداران سطحی نگر، با تعصبی جاهلانه تحول فقه و دین را انکار می کنند و به حدیث شریف نبوی(ص) تمسک می جویند که فرموده «حلال محمد، حلال الی یوم القیامه حرامه حرام الی یوم القیامه»

اینک به طور سربسته و کوتاه می گویم: آن پویایی که ما و خیلی از فقهای بزرگ ما بدنیاال آن هستند، با حلال و حرام بودن ابدی احکام مربوط به اصول و فروع دین منافاتی ندارد، و در جای دیگر از این مقاله درباره معنای دین و معنی جاودانی بودن احکام فقهی با شما سخن خواهیم داشت. آنچه می توان به اجمال در این فرصت گفت این است که ما هم معتقدیم که اسلام دینی ای جهانشمول و جاودانی که زندگی و پایداری آن تا روز رستاخیز تضمین شده، و حیات ابدی آن را به ما مژده داده اند و این در صورتی تحقق خواهد یافت که با جامعه هم آهنگی داشته باشد و پا به پای جامعه پویا با حفظ اصول و فروع به پیشرفت خود ادامه دهد، و بی هیچ شک و تردیدی اگر دچار ایستائی و جمود و رکود گردد دیری نخواهد پایید منتظر تفصیل در معنی پویایی

دین از یک طرف، و جاودانی بودن احکام آن، از طرف دیگر باشید ما باید اسلام را آنچنان مجبزه به احکام عقل و نقل پسند آن کنیم که بتواند در همه جای دنیا مردم را به خود جذب کند تا جهان شمول گردد نه آنکه حقایق دینی را با خرافاتی در هم آمیزیم که مردم از آن بگریزند.

### انواع احکام اسلام

صاحب نظران در حقوق اسلامی باید درباره اقسام احکام اسلام، از نظر عقل و شرع و ویژگی هر یک از آنها دقت نظر و موشکافی داشته باشند، که تقسیمات درست احکام شرعی و عقلی اسلام، کلید فهم بسیاری از مباحث اسلام و ویژگی های هر یک قلمداد می گردد. هر پژوهنده ای که درباره انواع احکام اسلامی و مأخذ آنها کند و کاوی موشکافانه داشته باشد، به خوبی در می یابد که در اسلام چهار نوع احکام از عقلی و نقلی وجود دارند که هر یک ویژگی خود را داراست.

#### ۱. احکام اصول عقائد یعنی اصول دین است.

همه می دانند که اصول عقائد بخش اصلی دین اسلام را تشکیل می دهد، هیچ دلیلی برای اثبات اصول عقائد جز دلیل عقلی کارساز نیست. مسائل اصول عقائد دین از قبیل توحید و معاد و نبوت و اصول مذهب یعنی عدل و امامت را به وسیله کتاب و سنت نمی شود اثبات کرد چرا که در مرتبه قبل از کتاب و سنت قرار دارد و کسی که در پرتو دلیل عقلی به اصول دین ایمان پیدا نکرده و خدا و پیغمبر را نشناخته چگونه با او در پناه قرآن و روایات معصومین می شود سخن گفت که مستلزم دور و برخی توالی فاسد می گردد.

اگر می بینیم که قرآن کریم و سنت شریف درباره خداوند آفریدگار و صفات ثبوتی و کمالی او و در مورد سایر اصول دین اظهار نظر کرده اند بدون شک بلکه به اجماع کافه مجتهدین (نه محدثین) احکام ارشادی هستند که ناظر به احکام عقلی می باشند و حکم عقلی را مورد تأیید قرار می دهند و ما را به سوی تعقل و تفکر در عالم و آفرینش فرا می خوانند «افی الله شکئ فاطر السموات و الارض» (سوره، ۱۴، آیه ۱۲)

«ان فی خلق السموات و الارض و... لآیات لقوم یتفکرون» (سوره، ۲، آیه ۱۶۰)

احکام اصول عقائد همواره ثابت و غیر پویا هستند و هرگز دستخوش تغییر و تحوّل و دگرگونی نخواهند گردید، چرا که درباره اصول و حقایقی است که کمال مطلق اند و ثابت و پابرجا هستند و تحوّل و تکامل در آنها معنی ندارد.

۲. احکام فروع دین است از نماز و روزه و سایر عبادات که همه آنها در قلمرو احکام مولوی به وسیله کتاب و سنت، تشریح، یعنی قانون‌گذاری شده اند، عقل هر عاقل به طور کلّ حسن و مصلحت و حکمت آنها را درک می‌کند ولی از تجزیه و تحلیل یکایک آنها خود را ناتوان می‌یابد اگر دلیل قسم اول فقط عقل بود، مهمترین دلیل قسم دوم فقط نقل است و شرع و در مواردی عقل هم کم و بیش در تأیید و امضای آنها اظهار نظر تواند کرد. این احکام هم همواره و تا روز رستاخیز ثابت و لایتغیر خواهند ماند.

۳. احکام اخلاقی اسلام که در قرآن و سنت پیغمبر اکرم و ائمه هدی از آنها و اهمیّت آنها بسیار سخن رفته و عمل به آنها مورد تأکید قرار گرفته و همه مردم به ملتزم شدن به آنها توصیه شده‌اند. این نوع از احکام پس از اصول و فروع دین به قدری در اسلام حائز اهمیّت است که پیغمبر اکرم (ص) علّت مبعوث شدن خود را به مقام والای رسالت برای تکمیل مبانی و مکارم اخلاقی معرفی فرمود، و فرمود: «بُعِثْتُ لِأَتَمِّمَ مَكَارِمَ الْأَخْلَاقِ»

احکام اخلاقی که اینک در مباحث فقهی و در علم فقه انحلال پیدا کرده و رنگ احکام و ویژگیهای فقه را به خود گرفته است، هرگاه به دقت در آنها امعان نظر شود به دست می‌آید که تفاوت‌هایی با احکام فقهی دارد یکی اینکه احکام اخلاقی بیشتر بلکه همه آنها عقلی هستند و اگر شارع هم آنها را در کتاب و سنت مورد امر و اهتمام قرار داده است ارشاد است زیرا سابقه احکام اخلاقی همچون سابقه فلسفه مشاء سابقه ای طولانی است و مبتکر مسائل اخلاقی و علم اخلاق نیکو ما خوس بود، و در فلسفه مشاء ارسطویی علم اخلاق جای رفیعی را به خود اختصاص داده است دیگر اینکه عبادات از نماز و روزه و حج و غیره به این صورت که در اسلام آمده و واجب شده است از ابتکارات اسلام است که نمازها مثلاً چند رکعت‌اند و روزه مثلاً چند روز، و به این ترتیب و ترکیب در سایر مذاهب نبود، دیگر اینکه علم اخلاق ضمانت اجرایی ندارد و فقط اخلاق فاضله را که انسان‌ها باید متخلّق به آن باشند و ردیله را که انسان‌ها باید ترک کنند، بهشت و جهنمی برای مسائل اخلاقی اصلی وجود ندارد ولی فضائل اخلاقی، و همچنین رذائل اخلاقی در اسلام پاداش و کیف اخروی هم خواهد داشت به هر حال این سه نوع از احکام ماهیّت اسلام را تشکیل می‌دهند و

هر سه نوع مزبور ثابت، باقی، و غیر قابل تعییر و تغییر و تبدل و تبدیل هستند و حدیث شریف: «حلال محمد الخ...» ناظر به همین سه نوع از احکام است که هویت و حقیقت اسلام است. ۴. قسم چهارم که احکام عرفی است، اصلیت و ماهیت آن را عرف عقلاء از روز و اولیه را به وجود آورده اند، جوامع اولیه‌ای که شکل و شمائل قبیله‌ای داشت تشکیل می‌دهد عرف عقلاء از آن روزگاران خودنمائی‌هایی داشت و به صورت‌های ابتدائی به وجود آمد، پس به طور قطع می‌توان گفت که قسم چهارم احکام عرف عقلاء جزو احکام خالص اسلامی نیست، بلکه پایه گذار و پدید آورنده اولی آن انسان اجتماعی شده قرن‌های اولیه است. احکام عرف عقلائیه یا بگوئید عرف عقلاء، تاریخی دور و دراز به اندازه تاریخ اجتماعی شدن انسان دارد.

انسان‌های اجتماعی جامعه‌های نخستین را تشکیل دادند، نه یک جامعه که جوامعی متعدد به وجود آوردند که نام آنها بعدها قبیله گذاشتند این قبائل در دور و بر هم برای خود زندگی قبیله‌ای داشتند که ویژگی‌های خود را داشت، و عرف حاکم بر آنها قانون همه چیز آنها بود. روابط فرد را با خانواده و با سایر مردم هم قبیله و رئیس قبیله خود و با رئیس قبیله دیگر و با مردم سایر قبایل، اینها همه را عرف آنان که بعداً عرف عقلاء نامیده شد مشخص کرده بود و یکی از مهم ترین صفات و ویژگی‌های عرف عقلاء این است که هرچه عقلای قوم و قبیله عاقل تر و داناتر و کاردان تر و اجتماعی تر شوند عرف حاکم بر آنان خود به خود راه پیشرفت و کمال را بدون راهنما و معلم می‌پیماید و در هر حال عرف عقلاء خود را با زمان و مکان تطبیق می‌دهد.

جاهلیت در هنگام مبعوث شدن رسول الله به پیغمبری و رسالت، جامعه قبیله‌ای بود که از قبایل متعدد تشکیل یافته بود، حضرت رسول (ص) عرف‌های عقلائیه صحیح آنان را تأیید و امضاء فرمود از قبیل معاملات رایج در میان آنان و شرکت‌ها و مضاربه و غیره و وجوب دیه بر عاقله و هر عرفی از قبیل عرف معاملات ربوی را ممنوع گردانید بعضی دیگر از عرفیات غلط جاهلیت زمان پیغمبر اکرم که همه آنها را ممنوع و ناروا گردانید و مردم را از آنها برحذر داشت عبارتند از: نذر کردن برای بت‌ها و قربانی کردن شتر و گاو و گوسفند کشتن برای بت‌ها و دوست پسر گرفتن دختران، و دوست دختر گرفتن پسران که در قرآن مجید نیز تحت عنوان متخذین اعدان، و

مُتَخَذَات اخدان از آنها نام برده و حرام گردانیده و آنها را زمرة زناکاران قلمداد کرده است و نیز نکاح شغار، نکاح زن پدر، جمع بین اُختین، و بعضی عرفهای دیگر.

### نظر امام خمینی رضوان الله علیه

امام، عرف و سیره عقلاء را در هر جا و در هر عصر و زمان معتبر می‌شناسند، و مانند سایر فقهاء معتقدند در صورتی آن عرف‌ها حجت و پذیرفته هستند که به امضای معصوم رسیده باشند، و در صورتی به امضاء رسیده‌اند که در مرئی و منظر معصوم باشند، ولی اختلاف معظم له با مشهور فقهاء از اینجا آغاز می‌شود، یعنی مرئی و منظر معصوم از نظر امام خمینی، یک معنی وسیع فوق عادت دارد، یعنی معصوم بر همه زمانها احاطه و آگاهی دارد و عرف در هر زمان و در هر جامعه استقراری یابد ولو در این زمانهای متأخر، در برابر دید معصوم هست، و معصوم از آن آگاه است. بنابراین از نظر امام خمینی عرف‌ها در هر زمان و مکان تحقق پیدا کند و ردع و منعی از آن نشده باشد حجت است.

امام خمینی در مسأله تقلید کردن از مجتهد که از سنت و روایات، دلیل قابل قبولی بر آن وجود ندارد، و حدیث: «من كان من الفقهاء... فَلْيَتَوَّامِ أَنْ يَقْلُدُوهُ» که به خاطر ضعف آن، هیچ یک از محققان فقهاء به آن تمسک نکرده است، به عرف و بنای عقلاء تمسک کرده اند.

چنین عرفی در میان عقلای جهان از هر ملت و نحلّت و دینی و غیر دینی یعنی در میان عقلاء پهاّم عقلاء وجود دارد که جاهل به دانا رجوع می‌کند، و بیمار به پزشک و فرق نمی‌کند که آن دانا یا آن نادان یا آن بیمار و آن پزشک دینی داشته باشند یا نداشته باشند، ولی عاقل باشند در میان تمام عقلای جهان به رغم هر ویژگی که داشته باشند، یک چنین عرف و سیره ای وجود دارد، و اغلب اصولیان گفته‌اند که عرف تقلید کردن، بلکه هر عرفی در صورتی معتبر است که به زمان معصوم (ع) پیوندند، به این معنی که ثابت شود عیناً این عرف تقلید یا هر عرفی که در زمان ما (یعنی زمان غیبت) رایج است در زمان معصوم (ع) نیز رایج بوده تا در برابر دید او قرار گرفته باشد، و معصوم آنرا دیده و از آن جلوگیری نکرده باشد، و اثبات این ویژگی در نهایت اشکال است با این شرط و این گونه که مشهور فقهاء رؤیت امام را معنی کرده‌اند عرف را از اعتبار انداخته‌اند یا مشکل حل نشدنی در برابر آن قرار داده اند.

برای رفع اشکال و تجدید حیات عرف، امام خمینی، شرط اینکه باید عرف، در مرئی و منظر امام معصوم (ع) باشد، را پذیرفته‌اند ولی نوع دید معصوم را بر طبق عقیده امامیه توضیح داده‌اند که مشکل گشای معجزه آسانی برای فقه و حقوق اسلامی به شمار می‌رود.

معظم له در کتاب الاجتهاد و التقليد (ص ۱۲۰-۱۳۰) می‌فرماید: پیغمبر اکرم و سایر معصومان صلوات الله عليهم در زمان حیات خودشان که اینک قرن‌ها از آن می‌گذرد از همان هنگام به وضع فعلی ما وجوامع ما و جریان‌هایی که در محیط اجتماعی ما اتفاق می‌افتد، آگاهی داشتند و به دلیل این علم و آگاهی، درباره آخر الزمان و مشکلات آن بسیار چیزها گفته‌اند و ما را از وقایع آن دوره‌ها آگاه ساخته‌اند. بنابر آنچه گفته شد هرگاه این بنیاد عقلانی و عرفی‌هایی که در جامعه‌های ما تا روز رستاخیز استقرار پیدا می‌کنند مورد خوشنودی و تقریر معصومین نبودند باید پیغمبر اکرم و ائمه معصومین در همان زمان حیات خود و حضور خود به ما گوشزد می‌کردند و ما را از پیروی آن عرف‌ها برحذر می‌داشتند، ولی چنین منع و تحذیری وجود ندارد که اگر وجود داشت حتماً در کتابها می‌نوشتند و ما آگاه می‌شدیم و ما ندیدیم و نشنیدیم که معصومین (ع) این عرف‌های رایج در میان جامعه و از جمله عرف رجوع جاهل به عالم را جلوگیری کرده باشند.

این است امضاء معصوم و تقریر او درباره عرف عقلاء.

امام در کتاب الاجتهاد و التقليد در ذیل عنوان «بحث حول بناء العقلاء» به نکات دقیقی درباره عرف و فطری بودن آن و قدرت بی بدیل آن اشاره کرده‌اند که ذکر آنها برای ما بسیار مفید و با ارزش است در آنجا گفته‌اند:

پیش از ورود در ادله طرفین اشکالی ندارد که درباره بنای عقلاء تدبر و بررسی کنیم و مقتضای ارتکاز عقلی تقلید از عالم را در باب تقلید از اعلم بیان کنیم. معروف است که دلیل عمده بر وجوب تقلید، ارتکاز عقلاء (یعنی عرف عقلاء) است و این از فطریات عقول است که هر جاهلی به عالم رجوع می‌کند و چون عرف عقلاء چنین اقتضائی دارد و شارع، آن را ردع نفرموده و از آن جلوگیری نکرده است به دست می‌آوریم که عمل به عرف عقلاء مورد رضایت و اجازه شارع است، و دلیل حرمت پیروی از ظنون برای جلوگیری از عمل به عرف عقلاء شایستگی ندارد.

زیرا در بحث از حجیت ظن گفته‌ایم که عرف تقلید و امثال این فطریات یعنی سایر عرف‌های عقلانی، بناهای محکم و استواری هستند که امکان ندارد عموم و کلیت «ان الظن لا یغنی من



الحق شیناً» جلوی حجیت آنها را بگیرد، تازه این در صورتی است که در عموم دلالت آیه نهی از ظن، خدشه و اشکالی وجود نداشته باشد، زیرا غالباً آن فطریات عقلی (یعنی عرفهای عقلانی) چنان قوی و قدرتمند هستند که با آگاهی از استحکام و نیرومندی آنها هرگز این فکر در ذهن فقهاء نمی آید که عموماتی از قبیل «إِنَّ الظَّنَّ» بتوانند از مثل این بناءات عقلانی که در ارتکاز عقلاء است جلوگیری کنند، و اگر بنا باشد که دلیلی جلوی حجیت این عرفهای عقلانی را بگیرد باید دلیلی صریح و روشن و مؤکد باشد.

از این رو امثال این آیات ناهی از ظنون در صدر اول هم وجود داشتند، ولی در ذهن هیچ یک از فقهای صدر اول، نیامد که بگویند آیات ناهی از عمل به ظنون جلوی این عرفهای عقلانی را که در صدر اول وجود داشته اند و از آنها ذیلاً نام برده می شود می گیرند آن عرفها عبارتند از: عرفیت قاعده ید (که آنچه در دست کسی است نشانه ملکیت اوست مگر دلیلی جلوی آن را بگیرد) و قاعده یا عرف عقلانی صحت (یعنی حکم شود به اینکه معامله هائی که مردم انجام می دهند صحیح است مگر دلیلی بر بطلان آن باشد) که نیز یکی از بناءات عقلانی است و عرف عقلانی قبول قول ثقه، و عمل به خیر واحد و عمل به ظواهر که همه آنها را عرفهای قوی و قدرتمند هستند. (در کتاب الاجتهاد و التقلید ص ۱۲۳ تحت عنوان، بحوث حول بناء العقلاء مطالبی آمده که ترجمه آنها از نظر پژوهشگران گرامی گذشت که همه عرفهای صدر اول را ذکر کرده اند و عرفهای این زمان را به آنها تشبیه کرده اند که همه دارای حجیت هستند و بسیار قوی و نیرومند می باشند و امام در زمان خود از همه این عرفها حمایت کرده است زیرا هیچ روایتی به ما نرسیده که دال بر ردع امام از یکی از آنها باشد).

با دقت در عبارات امام خمینی به دست می آوریم که عرف هائی از قبیل قاعده ید و اعتبار خیر واحد ثقه، و نیز عرف عقلانی قاعده صحت (یعنی اینکه عرف قائل به صحت معاملاتی است که در میان عقلاء بامی گیرند)، و نیز عرف عقلانی حجیت و اعتبار ظاهر هر سخن (و از جمله ظواهر کتاب و سنت).

همه این عرفها که نامبرده شدند، اگر اینها را به زمان معصوم برسانیم چندان تفاوتی میان آنها نسبت به این دو زمان یعنی زمان ما و زمان معصوم وجود ندارد و فکر نمی کنم قول به صحت و اعتبار آنها مخالفی داشته باشد در حالی که در زمان معصومین که این عرفها مثل این زمان وجود داشته اند، آیه شریفه دال بر حرمت ظنون نیز وجود داشته است.

اشکال در مورد عرف رجوع جاهل به عالم یعنی عرف تقلید از عالمها و عرفهائی از این قبیل است که در جامعه تازگی دارند و در این زمانها در جوامع پدید آمده اند که اگر آن را به زمان

معصوم برسانیم عرف این زمان با عرف زمان معصوم مثل هم نیستند و باهم تفاوت دارند. ولی امام معصوم نسبت به آنها هم ردعی نداشته‌اند.

و اینک عین عبارات امام خمینی از کتاب الاجتهاد و التقليد.

#### بحوث حول بناء العقلاء

ثمَّ اِنَّهٗ قبل الورد في اذله الطرفين لا بأس بالتدبر في بناء العقلاء و بيان مقتضى ارتكاز هم في اصل التقليد و في تقليد الاعلم فتقول المعروف ان عمده دليل وجوب التقليد هو ارتكاز العقلاء فانه من فطريات العقول، رجوع كل جاهل الى العالم و رجوع كل محتاج الى صنعه و فن الى البخیر بهما فاذا كان بناء العقلاء، ذلك، و لم يرد ردع من الشارع عنه، يستكشف انه مجاز و مرضی و لا يصلح ما ورد من حرمة اتباع الظن للرادعيه لما ذكرنا في باب حجتيه الظن من ان مثل هذه الفطريات و الابنيه المحكمه المبرمه لا يمكن فيها ردع العقلاء بمثل عموم (الظن لا يغني من الحق شيئاً) بناءً على عدم الخدشه في دلالتة و غير ذلك، فانه لا ينقدح في ذهنهم احتمال الخلاف في تلك الفطريات غالباً مع التنبه، فلا ينقدح في بالهم ان مثل تلك العمومات رادعه عن مثل تلك الارتكازيات.

فلا بد من ردعهم (اي العقلاء) عن مثلها من التصريح و التأكيد و لهذا بعد ورود امثال ما يُدعى الردع بهائم ينقدح في ذهن من في الصدر الاول عدم جواز ترتيب الملكيه على ما في يد الغير، و اثر الصحه على معاملات الناس و عدم قبول قول الثقة والعمل بالظواهر فاذاً يكون اصل التقليد و رجوع الجاهل الى العالم جائزاً.

پس در این عبارت امام می‌خواهند دو اشکال آنان را پاسخ گویند.

۱- در عبارت امام در واقع هر دو گونه عرف عقلانی مورد بحث قرار گرفته‌اند؛ چه آن عرف که در دو زمان «زمان معصوم و زمان حاضر» مشابه و یکسان نبوده‌اند، مانند عرف تقلید و عرف‌های جدید و چه آن که در هر دو زمان مشابه هم بوده‌اند مانند عرف قاعده ید، و قاعده صحت، و عرف اعتبار ظواهر کلام که در هر دو زمان به دون اختلاف ماهوی وجود داشته، و وجود دارند.

از بررسی در عبارات محققانه امام راحل رضوان الله علیه به دست آمد که همه عرف‌ها و بناءات عقلانی که در زمان حضار (پس از عصر غیبت) در میان جوامع بشری تا به حال و تاروز رستاخیز استقرار پیدا کرده، و می‌کنند و خواهند کرد همه آنها مانند عرف تقلید جاهل و مانند عرف‌های قبل

از غیبت تمام آنها در مرآی و مسمع و منظر امام معصوم (ع) قرار داشته و دارند، و مورد تأیید و امضای امام معصوم قرار گرفته‌اند.

۲- اشکال دیگر اینکه فقهای متأخر برای ردّ عرفهائی که در زمان معصوم نبوده‌اند به آیه «انّ الظنّ لایغنی من الحقّ شیئاً» تمسک کرده‌اند و امام خمینی در مقام ردّ استدلال آنان به این آیه و عموم آن فرموده‌اند.

در زمان معصومین عرف هائی از قبیل قاعده ید، قاعده صحّت و قاعده اعتبار ظهورات مورد عمل فقهای آن زمان قرار داشتند در حالی که آیه شریفه «انّ الظنّ» هم وجود داشت ولی هیچ یک از فقهای صدر اول نگفته است که عموم آیه «انّ الظنّ» جلوی حجیت قاعده‌های عرفی ید و صحّت و ظهورات را که ظنی هستند می‌گیرد و این به خاطر آن است که اعراف عقلائی که از فطرت انسانی و عقل به وجود آمده‌اند آن چنان قوی و نیرومند هستند که ظهور «انّ الظنّ» الخ جلوی حجیت آنها را نمی‌گیرد، تازه این در صورتی است که خدشه در دلالت ظهور ان الظنّ وجود نداشته باشد (مراد همان مطلبی است که درباره ظهور آیه ان الظنّ و آیات مشابه گفته شده و در کتابهای اصولی مورد نقد و تحلیل قرار گرفته است). پس می‌توان به صورت قطع و یقین نظر امام خمینی را بدین گونه تقریر کرد که اینهمه عرف‌های عقلائی و سنت‌های ضروری که در جوامع بشری پدید آمده، یا از این به بعد نیز پدید خواهند آمد و مانند عرف تقلید از عالم هستند از قبیل انواع مبادلات و معاملات از بیع معاطات (دادوستد بدون سیغه لفظی) گرفته تا سایر بیع‌های رایج حتی کالی به کالی که این بیع اخیر در معاملات کلان که اکثر میان حکومت‌های کشورها یا میان بازرگانان بزرگ انجام می‌شود به طور فراوان رواج دارد، و انواع اجاره، و انواع شرکتها و کمپانی‌ها و کارتل‌ها و تراست‌ها و انواع مضاربه و مزارعه و مساقات و رهن و قضا و شهادت و شرائط قاضی که آن را نیز عرف عقلاء نظر داده و صحه گذاشته است و خلاصه هر مسأله حقوقی و غیر حقوقی که در دنیای متمدن عاقل تحقق یافته و دوام پیدا کرده و نیاز بشری در آن به طور محسوس دیده می‌شود و حتی اگر جلوی یکی از آنها گرفته شود چالشی و اختلالی بزرگ در جامعه عقلاء پدید می‌آید و نیز مانند انواع معاملات بیمه و مانند سرقفلی و غیره، عرف عقلاء شامل همه می‌شود و بسیار گسترده است بر طبق نظر امام خمینی می‌توان گفت همه این عرف‌های عقلائی اگر مورد رضایت و امضای شارع نبودند باید پیغمبر و ائمه صلوات الله علیهم در زمان حیات و حضور خود از آنها جلوگیری می‌کردند و ما معتقدیم که این قدرت را داشتند که در زمان خود این کار را انجام دهند، و چون اثری از منع و

ردع آنان در هیچ جایی و هیچ سخنی و هیچ کتابی وجود ندارد ما دستمان باز است و بدون چون و چرا و بدون اقامه برهانی دیگر همه آنها را جایز و صحیح و امضاء شده می‌شناسیم. اگر هر یک از آن عرفیات عقلائی را ممنوع و فاسد و باطل بشناسیم به مانند بیع معاطات می‌شود که قرن‌ها عالمان ما آن را بیع نمی‌شناختند و در تمام کتابهای فقهی درباره فساد و بطلان آن به عنوان یک عقد استدلال‌ها کردند ولی کوچکترین توفیقی به دست نیاوردند و مردم و عقلای این قرن‌ها حتی خود آن عالمان، همه دارائی و ملک و مال و منال خود را از راه داد و ستد معاطاتی مالک شدند و سرانجام از راهی که بی راهه رفته بودند برگشتند و تسلیم عرف عقلاء شدند قدرت فائقه عرف عقلاء را می‌توان از همین یک مثال به دست آورد.

در میان اهل سنت نیز بیع وفا که امروزه آن را بیع شرط یا بیع خیار می‌نامند همین حال را پیدا کرده بوده است، نخست آنان بر فساد و بطلان آن پا می‌فشرده‌اند، به این دلیل که این بیع، در میان جامعه به کشمکش و اختلاف دامن می‌زند، و هنگامی که مشاهده کردند که این عقد بیع در میان جامعه عرفیت یافته و متداول شده است، فقهای اهل سنت تسلیم این عرف عقلاء شدند و صحت آن بیع را امضاء و تأیید کردند.

در کتاب مبادی فقه و اصول تألیف اینجانب آمده است: بیع شرط نوعی از معاملات مالی است و برای توضیح آن باید مقدمتاً گفته شود همان طور که طرفین بیع می‌توانند خیار شرط را به طور مطلق تعهد کنند همچنین ممکن است خیار شرط را به امری مقید کنند در این صورت اگر خیار بایع را مقید کنند به اینکه بایع، ثمن را در مدت معینی به مشتری پس بدهد و مبیع را باز پس بگیرد، صحیح است و این را اصطلاحاً بیع شرط گویند پس اگر فروشنده در مدت معین شده ثمن را کاملاً پس نداد بیع لازم می‌شود، خریدار هم می‌تواند شرط کند که هر گاه در مدت معینی کالا را پس بدهد بتواند معامله را به هم بزند و ثمن آن را پس بگیرد (فیض چاپ شانزدهم، ص ۳۰۰)

### ادله حجیت عرف

مشهور فقهای شیعه دلیل حجیت عرف عقلاء را سنت می‌دانند ولی نه قول یا فعل معصوم بلکه تقریر معصوم را دلیل اعتبار آن می‌دانند، در بعضی از مباحث قبل در این باره بحثی داشتیم.

حقیقیه و مالکيه عرف را به خودی خود دلیل بر احکام فقهی ویژه ای می‌شناسند و اغلب آنان عرف را در ردیف کتاب و سنت، و اجماع و قیاس قلمداد می‌کنند و برای آن اهمیت به سزائی قائل می‌شوند.

دلیل آنان بر حجیت عرف، کتاب و سنت و قواعدی است ویژه حقیقیه که آنها را از روایات گرفته‌اند. از کتاب به آیه شریفه ۱۹۹ سوره اعراف استفاده کرده‌اند که عبارت است از: «خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ»

در این آیه شریفه به پیغمبر اکرم (ص) دستور داده اند که به عرف امر کند اهل سنت گویند این همان عرف‌ها و سنن عقلانی است، و در آیاتی که در آنها امر به معروف شده عرف عقلاء یکی از مصادیق معروف است.

فقه‌های شیعه اگر چه به این آیات شریفه استناد نکرده‌اند ولی در میان مفسران شیعه این تفسیر دیده می‌شود. طبرسی در مجمع‌البیان و علامه طباطبائی در المیزان در ذیل آیه «خذالْعَفْو...» گفته اند که یکی از معانی عرف در این آیه هر شیوه و خصلت پسندیده ای است که عقول مردم خوبی و درستی آن را تشخیص داده اند و سنت‌ها و سیره‌های خوبی که در میان عقلاء رواج دارد و به عقیده نگارنده خدای تعالی در این آیه شریفه به پیغمبر اکرم دستور داده است که با مردم به عفو بخشش و آسان‌گیری رفتار کند که اسلام دین سهولت و سماحت است، و آنان را به پیروی از عرف و بنیاد عقلانی بخواند که مردم به سهولت به آنها خو گرفته‌اند و از جاهلان به آن سنن و اعراف عقلانی دوری جویند.

اهل سنت نیز به احادیثی استفاده کرده‌اند از جمله این روایت صحیح که آن را از قول پیغمبر اکرم (ص) نقل کرده‌اند که فرمود: «انتم اعلم بامر دنیاکم» (قدضای ص ۶۲) و امور دنیوی همان معاملات و مبادلات و امثال آنها است که اغلب، عرفهای عقلانی را به وجود آورده که در جامعه استقرار یافته است اهل سنت افزون بر آنها به قواعدی فقهی در این زمینه استناد کرده‌اند که در کتاب تحریر المجله آمده که از مفاد آیات و روایات گرفته شده اند برای نمونه بعضی از آن قواعد را ذکر می‌کنیم.

العادة محكمة، یعنی عرف عقلاء برای اثبات حکم شرعی برای خود حکمی دارد (ماده ۳۶ المجله) و در کتاب فلسفه التشريع فی الاسلام از دکتر محمصانی قاعده فوق را ترجمه کرده و سپس گوید: دلیل بر اینکه عرف عقلاء، حکم شرعی برای ما ثابت می‌کند، اجماع فقهاء است و سپس

گوید در قول مأثور آمده: «مازآة المسلمون حَسَنًا فهو عندالله حسن»، یعنی آنچه را مسلمین نیکو و دارای مصلحت می‌شناسند آن فعل یا ترک نزد خدای تعالی نیز حَسَن و نیکو است.

بخاری در صحیح خود آن را نقل کرده و در دنبال آن در روایتی از شریح قاضی نقل می‌کند که گفت در کتب روایتی بسیاری، «مازآة المسلمون حسن» را حدیث دانسته‌اند، ولی دکتر محمصانی آنرا از سخنان عبدالله بن مسعود دانسته است نه حدیث. (محصانی، ص ۲۶۶)

قاعدهٔ دیگر: «المعروف عرفاً كالمنصوص نصاً» یعنی عرف که در میان عقلاء مستقر گردیده مانند نصّ شرعی حجّت است.

قاعدهٔ دیگر: «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً» یعنی هر عرفی عقلانی مانند شرط شرعی است که الزام‌آور است و معتبر.

قاعدهٔ دیگر: «المعروف بين التجار كالمعروف بالنص» یعنی عرفی که در میان بازرگانان استقرار پیدا کرده مانند نصّ شرعی است.

قاعدهٔ دیگر: «التعيين بالغرف كالتقنين بالنص»، یعنی آنچه به وسیلهٔ عرف معین می‌شود مانند قانونگذاری نصّ شرعی است.

با توجه به آن ادله و تفاسیر معتبری که در علمای شیعه و علمای اهل سنت نقل شد بعید نیست و غرابتی ندارد اگر فقهای ما عرف را نه به دلیل سنت و تقریر معصوم بلکه آن را مستقیماً یکی از مأخذ قانونگذاری بشناسند. یکی از حقوقدانان مشهور اسلامی (زرقا، ص ۵۶) گوید.

بازگردانیدن بنای عقلاء و عرف، به سنت مثل نظریهٔ دانشمندانی است که همهٔ ادله را به کتاب و سنت رجوع داده‌اند و دیگر نامی از عقل و مصلحت اجماع نبرده‌اند چنین کاری مورد انتقاد قرار گرفته و گفته است این کار اگر چه از حیث منشأ حجّت این دلائل صحیح به نظر می‌رسد، اما منشأ اعتبار خود سنت نیز کتاب است، و با این حال درست نیست که تمام فروع فقهی را مستند بر نصّ قرآن بدانیم.

شاید بتوان عرف عقلاء را در ردیف ادلهٔ اربعه فقه به عنوان منبع پنجم نام برد، گرچه آن را مستقلاً در شمار این منابع ذکر نکرده‌اند مع هذا مطالعهٔ کتب فقهاء به خصوص فقهای عامه نشان می‌دهد که اغلب، آن را یکی از ادله می‌دانند، آن چنان که اجماع و سنت را از مأخذ حقوق اسلامی شمرده‌اند.

براساس این نظریه این عرف عقلاء را چون توسط شارع امضاء شده است جزو اقسام سنت آوریم، مانند آن است که چون در کتاب و سنت دعوت به تعقل شده است پس عقل را به طور مستقل ذکر نکنیم، و آن را در عرض کتاب و سنت به عنوان یک منبع جداگانه در نیاوریم، و حال آنکه این امر مانع از ذکر عقل به عنوان یکی از منابع نشده است پس چرا مانع از به شمار آوردن عرف عقلاء در ردیف سایر منابع حقوق اسلامی می شود.

### منابع و مأخذ

۱. حکیم، سید محمد تقی، الاصول العامه للفقہ المقارن، بیروت، مؤسسه آل البیت.
۲. خراسانی، آخوند ملا محمد کاظم، کفایه الاصول، تهران، نشر اسلامی.
۳. خلّاف، عبدالوهاب علم اصول الفقه، کویت، دارالعلم، چاپ نهم، ۱۳۹۰ هـ.ق.
۴. خمینی، روح الله، الرسائل، رساله الاجتهاد و التقليد، قم، اسماعیلیان، ۱۳۵۷.
۵. شهید اول، اللمعه دمشقیه، قم، نشر اسلامی، چاپ اول.
۶. شهید ثانی، الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیه، قم، انتشارات دآوری، ۱۴۱۰ هـ.ق، چاپ اول.
۷. شیخ محمد حسن، الفصول، چاپ سنگی.
۸. صدر، سید محمد باقر، بحوث فی اصول الفقه، بیروت، مکتبه المدرسه.
۹. ——— المعالم الجدیدة للاصول، نجف اشرف، مطبعة النعمان.
۱۰. فیض، علیرضا، مبادی فقه و اصول، تهران، نشر دانشگاه تهران، چاپ شانزدهم.
۱۱. ——— ویژگیهای اجتهاد و فقه پویا، تهران، پژوهشگاه علوم انسانی، ۱۳۸۱.
۱۲. قرضاوی، یوسف، الصحوة الاسلامیه و هموم الوطن العربی و الاسلامی، الدوحه، ۱۳۰۸ هـ.ق.
۱۳. قمی، میرزا ابوالقاسم، قوانین الاصول، بی نا، بی تا.
۱۴. کاظم خراسانی، محمدعلی، فوائد الاصول (تقریرات درس نائینی)، قم، جامعه المدرسین، ۱۴۰۴ هـ.ق.
۱۵. محقق حلّی، شرایع الاسلام، تهران، نشر استقلال، ۱۴۰۹، چاپ دوم.
۱۶. محصانی، صبحی، فلسفه التشریع، بیروت، دارالعلم للملّاتین، چاپ پنجم.



پښتونستان ګاونډي علوم او مطالعات فرېنډي  
پرتال جامع علوم انساني