


نگرشی فقهی - اصولی بر اعتبار و حجیت عرف بین‌الملل

محمد قاسمی / دکترای فلسفه سیاسی مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی^ع و پژوهشگر مرکز فقهی ائمه اطهار^ع
 m.ghasemi@whc.ir  orcid.org/0000-0002-3970-4027

محمد کنعانی / کارشناسی ارشد فقه سیاسی دانشگاه باقرالعلوم^ع

دریافت: ۱۴۰۱/۰۷/۲۰ - پذیرش: ۱۴۰۱/۰۹/۳۰ <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0> 

چکیده

امروزه به جهت ماهیت سکولاری حاکم بر جهان‌بینی دولت‌ها، باید و نبایدهای عرفی نقش بسزایی را در تنظیم الگوی رفتاری دولت‌ها ایفا می‌کنند. در حوزه سیاست خارجی و روابط بین‌الملل نیز عرف بین‌الملل مهم‌ترین نقش را در تنظیم الگوی رفتاری دولت‌ها عهده‌دار است. بنابراین نظر به اهمیت عرف بین‌الملل، مقاله حاضر الزام برآمده از عرف مذکور را مورد توجه قرار داده، اعتبار شرعی آن را به بحث می‌گذارد. در همین راستا مقاله حاضر از منظر اصول فقه حکومتی و با تکیه بر روش اجتهادی، نشان می‌دهد که حتی براساس مبنای آن دسته از فقیهانی که در حجیت عرف، معاصر بودن آن با عصر معصوم^ع را شرط نمی‌دانند نیز نمی‌توان معیارهای حجیت عرف فقهی را برای عرف بین‌الملل اثبات کرد. بنابراین در صورت عدم سازگاری حکم شرعی با بایدها و نبایدهای عرف بین‌الملل، حکم شرعی به عنوان حکم اولی قابل تخصیص نبوده و التزام به آن به صورت موجهه جزئیه و با اذن ولی امر جامعه اسلامی و در قالب عنوان ثانوی مصلحت امت اسلامی، قابل توجیه خواهد بود.

کلیدواژه‌ها: فقه، اصول فقه حکومتی، عرف، بین‌الملل، حجیت و اعتبار.

چگونگی تنظیم سیاست داخلی و خارجی یک دولت، یکی از دغدغه‌ها و بلکه نخستین کارویژه آن است. چگونگی تعامل و ارتباط یک دولت با شهروندانش ذیل سیاست داخلی و با سایر دولت‌ها، ذیل سیاسیت خارجی قرار می‌گیرد. اگرچه در حوزه سیاست داخلی، قانون اساسی آن دولت اصلی‌ترین منبع برای تنظیم سیاست داخلی است، لکن در حوزه سیاست خارجی به جهت تضاد مبانی، یکسان نبودن اهداف و منافع دولت‌ها، قانون اساسی یک دولت برای دولت دیگر اعتبار و حجیت نخواهد داشت. این امر بدان معنا خواهد بود که هر دولتی در عرصه سیاست خارجی علاوه بر قانون اساسی خویش، نیازمند قانون دیگری خواهد بود که دربردارنده نوعی اشتراک میان دولت‌ها بوده و از سوی آنها مشروعیت داشته باشد. از این قانون با عنوان قانون یا قوانین بین‌الملل تعبیر می‌شود.

برای وضع قوانین داخلی در دولت‌های سکولار عرف یا مقبولات عامه، منبع اصلی تلقی می‌شود. براساس ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری، معاهدات، عرف بین‌الملل و اصول کلی حقوقی، از منابع اصلی حقوق و تکالیف بین‌المللی تلقی شده و از حیث اعتبار و آثار حقوقی در یک درجه از اهمیت قرار دارند. باین‌حال سخن به گزافه نخواهد بود اگر معاهدات و اصول کلی حقوقی را نیز، به نوعی متأثر از عرف بین‌المللی بدانیم. لذا اصلی‌ترین منبع - و بلکه تا قرن نوزدهم میلادی، یگانه منبع - برای وضع قواعد و مقررات تنظیم‌کننده روابط بین دولت‌ها، شناخته می‌شد (ذوالعین، ۱۳۷۷، ص ۶۶۷).

گفتنی است که تحقق عرف بین‌الملل به عنوان یکی از منابع قوانین و الزامات بین‌المللی منوط به دو عنصر ذیل است:

اول: مادی، که عبارت است از عملکرد یا رویه یکسان و عاری از ضد و نقیض دولت‌ها طی یک مدت زمان و تکرار آن. به عبارت دیگر تعداد قابل ملاحظه‌ای از دولت‌ها از آن پیروی کنند. مثل اینکه همه دولت‌ها دوازده مایل را به عنوان عرض دریای سرزمین خود بپذیرند.

دوم: معنوی، که عبارت است از اعتقاد به اینکه عملکرد یک دولت در قبال دولت دیگر از نظر حقوق الزام‌آور است. به عبارت دیگر عملکرد موردنظر از روی نزاکت و دوستی صورت نگرفته، بلکه به سبب اجبار و الزام قانونی رخ داده است (مقتدر، ۱۳۸۶، ص ۲۵).

توجه به قواعد و مقررات، اعمال، رویه‌ها، سازمان‌ها و نهادهای بین‌المللی که تماماً برآمده از این منابع است، نشان از آن دارد که بدون هیچ التزامی به منبع قانون در شریعت اسلام و کاملاً سکولار، بنا شده و یا می‌شود. درحالی‌که در اسلام باید و نبایدهایی که منشعب از اراده الهی است، ملاک و معیار الزامات فردی و جمعی است. البته این سخن به معنای غفلت از جایگاه عرف در حوزه احکام شرعی نیست، بلکه عرف در دو حوزه احکام تعبدی و تأسیسی، نقش بسزایی برای فهم و کشف احکام شرعی دارد. به بیان دیگر عرف، در حوزه احکام تعبدی و تأسیسی شارع نقشی ندارد، اما حجیت فهم او از خطابات شرعی در این قسم از احکام، مورد انکار هیچ‌یک از علمای فقه و اصول نیست. اما در حوزه احکام امضائی، عرف در کنار تأیید شریعت، منبع حکم شرعی تلقی شده و بلکه بر امضای شارع - به لحاظ وجودی - تقدم رتبی دارد.

عرف همیشه مورد تأیید و امضای شریعت نیست. رویکرد شرع مقدس نسبت به عرف و رویه‌های هم‌عصر خود و جاری میان مردم، سه گونه بوده است:

۱. کاملاً آن را تخطئه کرده است؛ مثل حلال بودن ربا، حرمت ازدواج با همسر پسرخوانده (بقره: ۲۷۵؛ احزاب: ۳۷)؛

۲. کاملاً آن را امضا کرده است؛ مثل محرمیت با مادر و یا خواهر رضاعی (نساء: ۲۳)؛

۳. آن را اصلاح کرده است؛ مثل قتال در ماه‌های حرام یا عمل براساس خبر مخبر مسلمان (توبه: ۳۷؛ حجرات: ۶).

رویکردهای سه‌گانه مذکور نسبت به عرف از سوی شریعت، گواه بر آن خواهد بود که صرف عرفی بودن یک مطلب، دلیل بر حجیت و اعتبار آن نخواهد بود. در واقع برای اینکه بتوانیم حجیت عرف و به تبع آن عرف بین‌الملل را اثبات کنیم، نیازمند اثبات اعتبار آن از سوی شارع مقدس خواهیم بود. در غیر این صورت التزام به آن نه تنها موجه نیست، بلکه در مواردی که متعلق نهی شرعی قرار گیرد، التزام به آن حرام شرعی نیز خواهد بود.

نظر به مطلب پیش‌گفته، میزان اعتبار عرف بین‌المللی به عنوان یکی از مصادیق عرف مصطلح در فقه و اصول مورد توجه و سؤال قرار می‌گیرد. در واقع اشتراک لفظی عرف فقهی و عرف بین‌الملل تداعی‌گر این پرسش خواهد بود که آیا می‌توان آن دسته از قوانین، رفتارها و ملزومات بین‌المللی را که به نوعی متقوم به پذیرش عرف بین‌الملل‌اند، جامه شرعی پوشاند و از این حیث ضرورت پایبندی دولت‌ها، دولت‌مردان و سیاسیون را نسبت به این دسته قوانین و رویه‌های بین‌المللی اثبات کرد؟

بحث درباره عرف بین‌الملل اگرچه در حقوق بین‌الملل عمومی و با همان نگرش سکولارمحور مورد توجه قرار گرفته، اما از زاویه اصول فقه حکومتی ارزیابی نشده است. حال آنکه بحث از اعتبار شرعی عرف از مسائل اصول فقه و عرف بین‌الملل از مسائل اصول فقه حکومتی است. بر همین اساس مقاله حاضر در راستای پاسخ به پرسش مذکور و از منظر اصول فقه حکومتی، در قالب سه بخش ۱. مفهوم‌شناسی عرف فقهی، مفاهیم مشابه آن و عرف بین‌الملل؛ ۲. نسبت عرف فقهی با عرف بین‌الملل؛ ۳. حجیت و اعتبار عرف بین‌الملل، سازماندهی شده است.

۱. مفهوم‌شناسی عرف و واژگان مشابه

۱-۱. عرف

عرف در لغت به معنای تابع و پشت سر هم آمدن (ابن فارس، ۱۴۰۴ق، ج ۴، ص ۲۸۱)، معروف (فیومی، بی‌تا، ج ۲، ص ۴۰۴؛ فراهیدی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۱۲۱؛ حمیری، بی‌تا، ج ۷، ص ۴۴۵)، ضد نکر (جوهری، ۱۳۹۹ق، ج ۴، ص ۱۴۰۰)، امر نیکو و پسندیده و ملائم با طبع (ابن‌منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۹، ص ۳۳۹) و موی گردن (بیال، اسب‌تعالی، ۱۴۱۴ق، ص ۱۳۴) معنا شده است. این واژه در اصطلاح فقهی و اصولی، در صورتی که مقید به زمان، مکان و یا طیف خاصی نباشد، در دو معنا استعمال شده است:

۱. فهم عقلا (عامه مردم) از الفاظ و موضوعات شرعی؛ یعنی پس از آنکه حکم یا موضوع حکم از ناحیه شارع مقدس بیان شد؛ عرف برای تبیین مراد شارع از این حکم یا موضوع، به عنوان مفسر مراد شارع، یاریگر مکلف خواهد بود. عرف در این استعمال، عرف مفسر نامیده می‌شود؛

۲. سیره و رفتار جمعی عقلا؛ عرف در این استعمال، عرف عامل و در لسان مشهور فقهی، سیره عقلا نامیده می‌شود. کارویژه عرف عامل، فهم و تفسیر حکم یا موضوع حکم شرعی موجود نیست، بلکه کشف آن است. در واقع عرف در این کارویژه قبل از آنکه مفسر الفاظ شرعی باشد، مبنای حکم شرعی و حاکی از آن تلقی می‌شود. در مقابل مشهور که عرف را از دو ناحیه و کاربرد مورد بحث قرار داده‌اند، برخی صاحبان اندیشه حث سوم و تبیین جدیدی از بحث پیرامون عرف ارائه نموده‌اند (علیدوست، ۱۳۹۴، ص ۱۵۴). در این تبیین منبع احکام شرعی اراده الهی بوده و عرف در کنار قرآن، سنت، اجماع و عقل، سند و دلیل کشف شریعت محسوب می‌شود. این نوع تلقی با جدیت بیشتری توسط برخی روشنفکران مذهبی نیز مطرح شده است، تا جایی که با استناد عرفی بودن اصول حقوق بشر، اصول مطرح در آن را ناسخ احکام مستنبط از کتاب و سنت دانسته‌اند (کدیور، ۱۳۸۷، ص ۳۳ به بعد). برخلاف نگرش فوق، مشهور فقیهان و اصولیون شیعه معتقدند که عرف نمی‌تواند مستقلاً وسیله کشف اراده الهی قرار بگیرد و لذا - چنان که در ادامه توضیح خواهیم داد - منبع مستقلی همانند کتاب و سنت برای کشف اراده الهی نیست.

۱-۲. سیره، بنای عقلا و عادت

سیره در لغت به درک و شناخت (قرشی، ۱۴۱۲ق، ج ۴، ص ۳۲۶) حالت و چگونگی (طریحی، ۱۴۱۶ق، ج ۳، ص ۳۴۰) روش (فیومی، بی‌تا، ج ۲، ص ۲۹۹) و یا راه و روش نسبت به یک امر (مصطفوی، ۱۳۶۰، ج ۵، ص ۲۸۷) معنا شده است. این واژه در اصطلاح عبارت از رفتار جمعی عقلا، مسلمین (مشرعه) و یا صنف و گروه خاصی از انسان‌هاست. بنای عقلا به رفتار جمعی عقلا از این حیث که دارای عقل و شعور هستند، تعریف شده است. در لسان فقیهان شیعه سیره و بنای عقلا به یک معنا به کار برده شده است. گو اینکه رابطه بین این دو واژه از سنخ حمل اولی در اصطلاح منطوق بوده و مصداقاً و مفهوماً هیچ تفاوتی ندارند.

باید توجه داشت که درباره نسبت سیره و بنای عقلا با عرف، چهار نظریه مطرح شده است: برخی بنای عقلا را همان عرف می‌دانند، برخی نسبت بین آنها را عام و خاص من وجه می‌دانند، برخی عرف را اعم و برخی دیگر بنای عقلا را اعم دانسته‌اند (علیدوست، ۱۳۹۴، ص ۱۰۲). به نظر می‌رسد از میان این چهار نظریه، نظریه سوم اقرب به واقع است؛ یعنی هر آنچه بر آن بنای عقلا صدق می‌کند، عرف نیز صادق خواهد بود، عام و خاص مطلق بر قرار است. یعنی هر آنچه بر آن بنای عقلا صدق می‌کند، عرف نیز صادق خواهد بود، اما عکس آن صادق نیست. بنابراین نسبت بین این دو از سنخ حمل شایع صناعی خواهد بود. به عنوان مثال فهم نوع مردم از یک دلیل، عرف محسوب می‌شود، اما بنای عقلا نیست؛ زیرا چنان که اشاره شد، عرف در اصطلاح اصولی و فقهی دو کارویژه و استعمال دارد؛ عرف مفسر الفاظ و موضوعات شرعی و عرف کاشف از احکام شرعی. عرف صرفاً در کارویژه دوم، با سیره و بنای عقلا یکسان است.

واژه عادت در لغت از (عاد، يعود عودا و عوده)، اسم است به معنای تکرار فعل به گونه‌ای که به یک ویژگی و خصلت برای انسان مبدل شود (معصوم حسینی، ۱۳۸۴، ج ۶، ص ۱۱۲؛ راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ص ۵۹۴؛ حسین یوسف، ۱۴۱۲ق، ج ۱، ص ۱۲۷). فیومی آن را به معروف معنا نموده و معتقد است تکرار رجوع صاحب عادت به یک عمل، سبب این تسمیه شده است (فیومی، بی تا، ج ۲، ص ۴۳۶). علمای سنی عرف و عادت را در کنار یکدیگر قرار داده‌اند: «العاده و العرف ما استقر فی النفوس من جهة العقول و تلقته الطباع السلیمة بالقبول» (افندی، ۱۳۲۵ق، ج ۲، ص ۱۱۴)؛ «عادت و عرف عبارت از آن چیزی که عقلانی و ملائم با طبیعت انسان باشد». حتی در توجیه حجیت عرف به قاعده «العاده محکمه» (عادت‌های بشری مبنای صدور حکم است) استدلال می‌کنند (خالد رمضان، ۱۴۱۸ق، ص ۲۰۶).

گفتنی است که عادت و بنای عقلا هر دو از سنخ عمل و رفتار هستند، لکن از حیث منشأ تحقق خارجی یکسان نیستند. بنابراین اگرچه در لسان فقها و اصولیین شیعه این دو واژه کنار یکدیگر به کار رفته‌اند و به تمایز بین این دو اشاره نشده، لکن باید توجه داشت که استعمال، بیانگر معنای حقیقی نیست. لذا با آنکه برخی فقیهان شیعه عرف را به عادت تعریف نموده‌اند (سبحانی، ۱۳۸۷، ص ۱۵۰)، در لغت‌شناسی این دو واژه، تمایزاتی مشاهده می‌شود. برای نمونه، تکرار فعل می‌تواند بدون منشأ عقلانی و در نتیجه احساسات و عواطف باشد، لکن در بنای عقلا گستردگی رفتار جمعی تابع احساسات نبوده و از منشأ عقلانی صادر می‌شود.

تفاوت بین دو اصطلاح عرف و عادت از نگاه فقیهان ژرف‌اندیش مغفول نمانده است. برای مثال در بحث استدلال به حجیت استصحاب، استدلال به سیره عقلا را از این حیث که ممکن است برآمده از عادت و احساسات باشد، تام ندانسته‌اند (صدر، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۴۰۹)؛ زیرا عادت همیشه منشأ عقلانی ندارد، بلکه احساسات و عواطف در شکل‌گیری آن دخیل است. به همین سبب این دسته از فقیهان برای اثبات حجیت استصحاب به سنت قولی و عملی معصوم ﷺ استدلال کرده‌اند (صدر، ۱۴۱۷ق، ج ۶، ص ۱۲۲).

۱-۳. عرف بین الملل

اشاره کردیم که بحث از عرف بین الملل در اصول فقه و بلکه اصول فقه حکومتی، مورد غفلت واقع شده است. در واقع بحث از آن عمدتاً از سوی نویسندگان حقوق بین الملل مورد توجه واقع شده است. اینان در تعریف عرف بین الملل ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین المللی دادگستری را ملاک و معیار تعریف دانسته‌اند. براساس ماده مذکور عرف بین الملل رویه‌ای کلی میان دولت‌هاست که به صورت قانون پذیرفته شده است. این عرف به عنوان یکی از منابع حقوق بین الملل و بلکه اصلی‌ترین منبع، موجد و موجب قوانین و رفتارهای الزام‌آور بین المللی و تنظیم‌کننده رفتار دولت‌ها در صحنه سیاست داخلی و خارجی یا بین المللی بوده؛ و در صورت اختلاف و تضاد میان کشورها، از سوی این دولت‌ها و نهادهای قضائی بین المللی مورد استناد قرار می‌گیرد.

گفتنی است که نظر به مستحدث بودن روابط بین الملل و به تبع آن عرف بین الملل، عدم تعریف و واکاوی عرف بین الملل در علم فقه و یا اصول امری غریب تلقی نمی‌شود. با این حال باید توجه داشت که اگر نتوانیم عرف

بین‌الملل را از مصادیق عرف فقهی بدانیم، بحث از حجیت و اعتبار شرعی قوانین و رویه‌های بین‌المللی - که هدف اصلی نگارش حاضر است - سالبه به انتفای موضوع خواهد بود.

۲. سنخ‌شناسی عرف بین‌الملل از منظر فقهی

پیش از بحث از حجیت عرف بین‌الملل، ضروری می‌نماید نسبت عرف بین‌الملل با عرف فقهی را روشن سازیم. به همین منظور تفاوت‌های کلان عرف بین‌الملل با عرف فقهی را مورد توجه قرار می‌دهیم:

۲-۱. تفاوت در منشأ تحقق

در منشأ تحقق عرف بین‌الملل دو نظریه مطرح شده است:

۱. عرف بین‌الملل ناشی از اراده عموم و یا نوع دولت‌ها است. در واقع دولتمردان در هر کشوری، بنا بر اهدافی که بر روابط بین‌الملل مترتب است، دست به توافق و یا اقدام جمعی مقبول می‌زنند؛ به گونه‌ای که این اقدام جمعی به صورت یک عرف و رویه بین‌المللی در آمده و الزامات بین‌المللی را سبب می‌گردد. البته هر چند براساس منشور ملل متحد همه کشورها به لحاظ نظری با هم برابر هستند، لکن در مقام واقع خارجی و به لحاظ عملی چنین نیست. تحولات بین‌المللی در سده اخیر مؤید این سخن است. به عنوان مثال تقسیم‌بندی دولت‌ها ذیل بلوک غرب و شرق، حاکی از این است که دولت‌ها مجبور به قرار گرفتن ذیل دو ابرقدرت شوروی و آمریکا بوده و بازیگر مستقل محسوب نمی‌شدند. از این منظر ممکن است عرف بین‌الملل از اراده و خواست دو یا چند دولت برتر نیز محقق شود؛

۲. در بسیاری از موارد عرف بین‌الملل ناشی از عرف میان ملت‌هاست. در واقع در این حالت صرفاً اراده دولت‌نیست که عرف بین‌الملل را محقق می‌سازد (ضیائی بیگدلی، ۱۳۸۴، ص ۱۴۳-۱۴۴؛ وکیلی، ۱۳۹۰، ص ۱۲۵-۱۲۶)، بلکه دولت‌ها به عنوان نماینده ملت خود، دست به اقدام بین‌المللی می‌زنند. از این منظر، معاهدات بین‌المللی ناشی از عرف مردم و ساکنین دولت‌های متعاقد خواهد بود (افندی، ۱۳۲۵ق، ج ۲، ص ۱۱۴).

منشأ عرف فقهی برخلاف عرف بین‌الملل، همواره رفتار افراد و به عبارت دیگر عموم مکلفین است. بنابراین اگر رفتار دولت‌ها را نوعی رفتار برآمده از ملت‌ها (برون‌ذاتی) تلقی نمائیم، عرف مطرح در روابط بین‌الملل می‌تواند به عنوان یکی از مصادیق عرف فقهی و سیره عقلائی، به رغم تمایزاتی که در تلقی از آن وجود دارد، مورد توجه و بحث قرار گیرد؛ اما اگر رفتار دولت‌ها را مستقل از ملت‌ها فرض کنیم، در صورتی می‌توان عرف بین‌الملل را به عنوان عرف فقهی مورد توجه قرار دهیم که بتوانیم برای دولت، واقعیت خارجی فرض نموده، خطاب شارع نسبت به آن را به عنوان یک مکلف، موجه بدانیم. به بیان دیگر اثبات کنیم که خطاب شارع مقدس نسبت به دولت ثبوتاً ممکن و اثباتاً واقع شده باشد. در این فرض عرف بین‌الملل از مصادیق عرف خاص خواهد بود.

توضیح مطلب آنکه عرف فقهی به دو قسم عام و خاص (عرف اطباء، عرف اقتصاديون و...) تقسیم می‌شود (خرازی، ۱۴۲۲ق، ج ۵، ص ۱۶۰). عرف عام بر رفتار عموم عقلا از حیث اینکه صاحب عقل و درک هستند، اطلاق می‌شود؛ اما عرف خاص بر رفتار و عمل صنف خاصی از عقلا اطلاق می‌شود. جهت خاص بودن در عرف خاص، ممکن است از ناحیه اختصاص آن به یک دوره زمانی معین، مثل عرف رایج قبل از شریعت اسلام، یا مکان مشخص (معتبر بودن مکمل و موزون خاص در یک بلد و شهر خاص که با بلد دیگر متفاوت است) و یا طیف خاصی از مردم (مثل عرف اطباء، اقتصاديون و...) باشد.

علما در بحث از حجیت عرف، میان عرف خاص و عام تفکیک نکرده‌اند؛ هرچند شرط حجیت عرف، عام و یا خاص بودن آن نیست. بنابراین مادامی که بر عرف (اعم از عام و یا خاص آن) اثر شرعی مترتب باشد، و این عرف معاصر معصوم علیه السلام و در مرثا و منظر ایشان واقع شده، و به امضا و تأیید ایشان رسیده باشد، حجیت آن اثبات شده و لازم الاتباع خواهد بود. بنابراین میان عرف بین الملل و عرف فقهی در منشأ تحقق، تمایزی نخواهد بود. درعین حال باید توجه داشت که اصل اینکه دولت هم‌سنخ سایر مکلفین در حوزه امضائات باشد، خالی از مناقشه نیست.

۲-۲. تفاوت در مبانی اعتبار

عرف بین الملل از یکی از مبانی مکتب حقوق طبیعی یا فطری، مکتب اصالت اراده و مکتب اصالت اعیان یا نظریه عینی حقوق، ناشی می‌شود (ضیائی بیگدلی، ۱۳۸۴، ص ۴۷-۵۶). مبانی مذکور توضیح می‌دهند که چرا قوانین الزام‌آورند. براین اساس عرف به صرف تحقق و به صورت استقلالی و بدون اینکه چیزی به آن ضمیمه شود، می‌تواند الزام قانونی ایجاد نماید. اما در عرف فقهی مبنای الزام، اراده شارع مقدس است که از طریق امضا و تقریر کشف می‌شود. بنابراین الزام در عرف فقهی به صرف تحقق عرف حاصل نمی‌شود، بلکه الزام منوط به کشف امضا و تقریر شارع مقدس است. این تفاوت به‌روشنی نشان می‌دهد که صرف تحقق عرف بین الملل نه‌تنها الزام شرعی ایجاد نمی‌کند، بلکه حتی در موارد ردع شارع، التزام به آن حرام خواهد بود. با این حال، این خصوصیت مانع امضای شارع (به عنوان شرط اصلی حجیت عرف فقهی) نخواهد بود.

۲-۳. تفاوت در منبع بودن یا کاشفیت از آن

عرف بین الملل به عنوان منبع قوانین بین المللی تلقی می‌شود، حال آنکه عرف فقهی برای کشف احکام و قوانین شرعی طریقت دارد. در واقع منبع قانون در شریعت عبارت است از قرآن، سنت، اجماع و عقل. بنابراین عرف فقهی در ردیف خبر واحد و اجماع قرار می‌گیرد، با این تفاوت که حکایت‌گری از حکم شرعی در خبر واحد از الفاظ شارع و در عرف از سکوت و تقریرش حاصل می‌شود. البته چنان‌که اشاره نمودیم که برخی روشنفکران، پشتوانه عرف را حکم قطعی عقل، و در نتیجه آن را در ردیف و بلکه ناسخ قرآن و سنت دانسته‌اند (کدیور، ۱۳۸۷، ص ۳۱)، لکن این نوع نگرش صرفاً در حد ادعا بوده و فاقد برهان و استدلال است.

۲-۴. تفاوت در مواع التزمام

در عرف بین‌الملل مخالفت اولیه از سوی دولت‌ها، سبب رفع التزمام به عرف، از سوی دولت مذکور خواهد بود. لذا اگر دولتی در بدو شکل‌گیری یک قاعده عرفی بین‌المللی، همواره با آن مخالف باشد و مخالفت خود را ابراز کرده باشد، این دولت مجبور به تبعیت از چنین عرفی نخواهد بود؛ اما در صورت سکوت و عدم مخالفت با آن (ولو بین‌المللی نباشد) مانعی از الزام قانونی برای دولت مسکوت ایجاد نخواهد شد. برای نمونه ادعای امارات بر جزایر سه‌گانه ایران، و یا استعمال واژه خلیج عربی به جای خلیج فارس، در صورت سکوت ایران منجر به قانون الزام‌آور علیه ایران خواهد بود. درحالی‌که در عرف فقهی، مخالفت شخصی مانع و رادع عمل به عرف نخواهد بود؛ یعنی در صورت تحقق شرایط حجیت در عرف فقهی، آن عرف برای مخالفین آن نیز حجت و معتبر خواهد بود. اشاره کردیم که شرط اصلی در تحقق حجیت عرفی، امضای معصوم علیه السلام است. بنابراین تنها مانع برای الزام به عرف فقهی، عدم امضای آن توسط معصوم علیه السلام خواهد بود.

۲-۵. تفاوت در ابهام و وضوح

عرف بین‌المللی معمولاً دارای ابهام است، بر همین اساس دولت‌ها مجبور می‌شوند عرف بین‌المللی را در قالب قرارداد مکتوب قرار دهند (مدنی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۳۵۳) در مقابل عرف فقهی علاوه بر آنکه از وضوح و روشنی برخوردار است، یگانه عامل برای تبیین و توضیح الفاظ شرعی محسوب می‌شود و به عنوان یک عمل و رفتار جمعی، صرفاً با تأیید و یا عدم ردع شارع مقدس، اعتبار و حجیت می‌یابد.

حاصل آنکه اگرچه اعتبار و حجیت عرف بین‌الملل منوط به اثبات حجیت عرف فقهی و شمول آن نسبت به عرف بین‌الملل است، لکن تمایزات یاد شده میان عرف بین‌الملل و عرف فقهی، مانع از سرایت حجیت عرف فقهی به عرف بین‌الملل نیست؛ زیرا با وجود تمایزات یاد شده عرف بین‌الملل از منظر فقهی می‌تواند به عنوان عرف مستحدث تلقی شود. بنابراین در صورتی که بتوانیم شرایط حجیت عرف را به عرف مستحدث تعمیم دهیم، عرف بین‌الملل می‌تواند از منظر شرعی نیز حجت و معتبر باشد.

۳. شرایط حجیت عرف و نسبت آن با عرف بین‌الملل

گاه در علم اصول حیث لغوی حجت یا حجیت مورد توجه قرار می‌گیرد (اراکی، ۱۳۷۵، ج ۱، ص ۵۱۱). حجیت از این حیث به معنای معذرت است؛ و به تعبیر دقیق‌تر عبارت است از چیزی که به وسیله آن در مقابل خصم استدلال می‌شود (معصوم حسینی، ۱۳۸۴، ج ۴، ص ۴۲)، و یا وضعیتی که در مقابل دیگری موجب سرافرازی می‌شود (ازهری، بی‌تا، ج ۳، ص ۲۵۱). برای حجیت به معنای لغوی که در آن صرفاً خصوصیت معذرت‌نهفته است، می‌توان به مبحث اصول عملیه اشاره نمود. از اصل عملی در علم اصول به عنوان دلیلی که از حجیت برخوردار است، یاد می‌شود؛ لکن اطلاق واژه حجت بر اصل عملی صرفاً از باب برخورداری از ویژگی معذرت است.

گاهی حجیت وصف دلیلی است که فقیه در مقام فتوا آن را مستمسک قرار می‌دهد، یعنی کاشفیت و طریقیّت دارد (خوئی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۳۴۵) و به بیان دیگر از معذرت و منجزیت برخوردار است. مصداق حجیت به معنای اصطلاحی (که از دو ویژگی مذکور برخوردار است)، قطع و اماره (ظن خاص) است. این منجزیت و معذرت، جعلی نیست؛ بلکه جزء یا لازمه ذاتی حجیت است. لذا اشکال برخی بزرگان در این معنا از حجیت (به جهت غیر جعلی بودن منجزیت و معذرت برای آن (مکارم شیرازی، ۱۴۲۸ق، ج ۳، ص ۳۷۵))، خالی از مناقشه نخواهد بود.

اگرچه هر دو معنای لغوی و اصطلاحی حجیت، در علم فقه و اصول مورد توجه و تمسک فقیهان قرار گرفته است، لکن مصطلح اصولی از حجیت (که به عنوان مباحث الحجه از آن یاد می‌شود)، بر معنای لغوی آن قابل تطبیق نیست. در واقع بحث از حجیت عرف در علم اصول ذیل مباحث حجت (که به عنوان کبرای استدلال در استنباط حکم شرعی کارایی دارند)، قرار می‌گیرد. اثبات حجیت برای عرف در این معنا می‌تواند ناسخ و یا مخصص و مقید (بلکه مسقط حجیت) دلیل دیگری که دارای حجیت به معنای اصطلاحی و یا لغوی است، واقع شود؛ اما حجیت در اصل عملی باعث می‌شود که چنین اصلی همواره محکوم دلیلی که از حجیت به معنای اصطلاحی برخوردار است، قرار گیرد.

با توجه به خصوصیات ذکرشده برای عرف در کاروبژه دوم (یعنی کاشفیت از حکم شرعی) می‌توان دو صورت را فرض کرد:

۱. عرف برخلاف عموماً ناهیه و ادله حرمت است؛ با اثبات حجیت عرف در این قسم، مورد عرف از محدوده و مصادیق الزام به ترک استثنا شده و از حیث حکم، یکی از مصادیق جواز بمعنی الاعم خواهد بود. برای نمونه در مبحث حجیت خبر واحد، با وجود آیات ناهی از عمل بدون علم (اسراء: ۳۶؛ نجم: ۲۸) فقیهان با استناد به عرف، آیه را تخصیص می‌زنند و اثبات می‌کنند که این آیات نمی‌توانند مانع حجیت خبر واحد باشند. در نتیجه عرف به عنوان دلیلی معتبر، مانع عمومیت آیات مذکور می‌شود؛

۲. عرف برخلاف ادله و عموماً آمره و وجوب است؛ با اثبات حجیت عرف در این قسم، عرف از محدوده و مصادیق الزام به فعل خارج می‌شود. برای مثال در بحث معاملات (مانند بیع و بلکه حتی نکاح) با استناد به عمل عرف در بیع و نکاح معاطاتی، الزام به ایجاب و قبول قولی نفی شده و جواز معاطات در بیع و نکاح اثبات می‌شود.

۳-۱. اختلاف عالمان شیعی در شرایط حجیت عرف

گفتنی است که عرف در هر دو کاروبژه وقتی حجیت می‌یابد که مورد تأیید و امضا شارع قرار گرفته باشد. در نتیجه عرف نقش قرینه منفصله را خواهد داشت. در این مطلب اختلافی میان عالمان فقه و اصول وجود ندارد؛ لکن در اینکه این امضا صرفاً از طریق معاصر بودن عرف با عصر معصوم علیه السلام حاصل می‌شود، یا با استعانت از دلیل عقلی نیز می‌توان امضای عرف را اثبات کرد، دیدگاه واحدی وجود ندارد. اگر در امضای عرف، معاصر بودن را ملاک بدانیم، عرف متأخر و مستحدث، امکان حجیت و اعتبار نمی‌یابد. بنابراین عرف بین الملل به عنوان عرف مستحدث،

اعتباری نخواهد داشت. اما اگر فرض دوم را پذیرفتیم، عرف متأخر - و به تبع آن عرف بین‌الملل - امکان حجیت خواهد داشت.

۳-۱-۱. نظریه طرفداران شرطیت معاصر بودن

مشهور فقیهان شیعه حجیت عرف را منوط به دو شرط می‌دانند؛ اول، معاصر بودن عرف با عصر معصوم علیه السلام، و دوم، امضای عرف با فرض امکان ردع آن. احراز این دو شرط باید به صورت قطعی باشد، و ظنی بودن یکی از این دو، اعتبار آن را زیرسؤال می‌برد و عرف را ذیل عمومات ناهیه از عدم علم و ظن قرار می‌دهد. بنابراین اگر عرفی پس از زمان شارع واقع شده باشد، در صورتی که بتوان معاصر بودن آن را به صورت قطعی به زمان شارع سرایت داد و امضای قطعی معصوم علیه السلام نسبت به آن را اثبات نمود، قابلیت حجیت را دارد و الا خیر.

۳-۱-۲. نظریه منکرین شرطیت معاصر بودن

برخلاف دیدگاه مشهور، برخی فقیهان معاصر شرط نخست را نپذیرفته‌اند. از منظر اینان اگر عرف در زمان متأخر از حضور معصوم علیه السلام واقع شده باشد (بدون نیاز به اثبات معاصر بودنش)، می‌توان حجیت آن را اثبات کرد. طرفداران این رویکرد معتقدند که قانون‌گذار اسلام نه فقط بر عرف‌ها، عادت‌ها، عقود و شروط مطرح و رایج در زمان و مکان خویش مهر تأیید نهاده است، بلکه راه را بر پذیرش عرف‌ها در زمان‌های بعد و دیگر مکان‌ها باز نموده است (علیدوست، ۱۳۹۴، ص ۳۰۰).

۳-۱-۳. نقد و بررسی ادله منکرین

طرفداران دیدگاه دوم برای اثبات مدعای خود از دو گونه تبیین عقلی بهره گرفته‌اند:

تبیین نخست، نهی از منکر واجب است و وجوب آن اختصاصی به معصوم علیه السلام و غیرمعصوم ندارد. بنابراین در صورت علم به شکل‌گیری عرف مخالف شرع در آینده - و علم به عدم امکان نهی در آن زمان - بر معصوم علیه السلام واجب است که از باب نهی از منکر، پیشاپیش از آن خبر داده و ردع خویش را نسبت به آن ابراز نماید (موسوی خمینی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۱۳۰).

توضیح مطلب آنکه شارع مقدس موظف به جلوگیری و پیشگیری از منکر است. پس اگر می‌داند که سیره‌ای غیرمرضی و منکر در آینده تحقق می‌یابد، باید با ردع از آن، نارضایتی خود را اعلام کند. بنابراین با عدم ردع، رضایت وی را احراز می‌کنیم؛ زیرا شرع مقدس شیوه‌ای خاص و تبعیدی در نهی از منکر ندارد. شیوه او عقلانی است و عقل دلالت بر این دارد که اگر نسبت به سیره‌های آینده نیز ناراضی است، عدم رضایت خود را بیان کند. براساس این نگرش، اعتبار شرعی سیره‌های مستحدث مشروط به اتصال آن به عصر معصوم علیه السلام نخواهد بود (علیدوست، ۱۳۹۴، ص ۱۷۲).

تبیین فوق مخدوش است؛ زیرا مبتنی بر دو پیش‌فرض است: اول، قبل از رسیدن زمان تکلیف، یعنی نهی از منکر، تکلیف فعلیت یابد؛ دوم، لازمه استدلال فوق آن است که عدم رضایت معصوم علیه السلام نسبت به عرفی که در آینده

واقع خواهد شد، از طریق اخبار از وقوع چنین عرفی و نهی از آن احراز شود. به بیان دیگر، سکوت معصوم علیه السلام نسبت به عرف غیرمعاصر نیز، علامت رضایت به آن تلقی شود؛ یعنی همان‌گونه که در عرف معاصر عدم رضایت شارع با ردع از آن احراز می‌شود، در عرف غیر متصل نیز عدم رضایت شارع با ردع پیشینی از آن، احراز می‌شود. این دو پیش‌فرض مخدوش‌اند؛ بنابراین تبیین یادشده نیز مخدوش است و نمی‌توان آن را پذیرفت.

اشکال پیش‌فرض اول این است که تکالیف شرعیه قبل از حلول وقت عمل به آنان، به مرحله فعلیت نمی‌رسند؛ زیرا حلول زمان تکلیف شرط وجوب است و تا زمانی که شرط وجوب محقق نشده، تکلیف بر مکلف (به معنای عام که شامل معصوم علیه السلام نیز می‌باشد) فعلیت نمی‌یابد. و صرف علم آن حضرات به فوت تکلیف در زمان خودش، موجب فعلیت آن در زمان پیشین نمی‌شود.

پیش‌فرض دوم نیز از این جهت که چنین لازمه‌ای در عرف غیرمتصل، بدون دلیل است، مخدوش است؛ بلکه حتی می‌توان عکس این پیش‌فرض را قائل شد؛ بدین معنا که اگر معصوم علیه السلام نسبت به عرف‌های متأخر رضایت داشتند، باید این رضایت را ابراز می‌نمودند. در نتیجه عدم ابراز رضایت در مقابل عرف متأخر، خود دلیل بر عدم مشروعیت آن خواهد بود. به بیان دیگر در عرف‌های غیرمتصل و مستحدث (حتی سکوت و عدم بیان نیز) برای حکم به عدم مشروعیت آن کافی است؛ زیرا عرف مستحدث در این فرض از دو حال خارج نیست: یا مخالف نصوص عامه است، و یا مخالفتی با نصوص عامه ندارد. در فرض نخست، نصوص عامه مقدم است؛ زیرا اصل بر عموم است و خلاف آن، نیاز به بیان زاید یعنی امضای پیشینی خواهد داشت؛ و در فرض دوم نیازی به امضا نداریم و از باب اصالة الاباحه و یا اصالة البرائة عمل براساس عرف مستحدث بدون مانع خواهد بود.

تبیین دوم، عرف به معنای عام آن، ممکن است از مبادی فاسد نشئت گرفته باشد و در نتیجه محکوم خرد و اندیشه‌های سالم قرار گیرد؛ اما عرف به معنای خاص (یعنی همان بنا و سیره عقلا که محل بحث ماست)، برآمده از عقل و مصلحت سنجی عقلانی است (علیدوست، ۱۳۹۴، ص ۱۱۶). بنابراین عرف از ناحیه انبعاث از مصلحت و عقل، حجت خواهد بود و از این حیث، فرقی میان عرف مستحدث و متأخر از عصر معصوم با عرف معاصر یا مقارن نخواهد بود.

این تبیین نیز خالی از مناقشه نیست و لذا نمی‌تواند در اثبات حجیت عرف متأخر و مستحدث کارایی داشته باشد؛ زیرا در این تبیین روشن نیست که براساس کدام معیار می‌توان تشخیص داد که عرف و عادت مذکور حظی از عقل و مصلحت دارد؟ البته ممکن است چنین ادعا شود که می‌توان با استناد به برخی قواعد فقهیه نظیر قاعده حفظ نظام، نظریه حق الطاعة، قاعده عسر و حرج و دلیل انسداد، معیاری برای کشف وجود عقلانیت و مصلحت در مطلق عرف و بلکه عرف مستحدث یافت؛ زیرا مستند قواعد یادشده عقل است، و اگر این قواعد مستند حکم یا دلیل دیگری قرار گیرند، آن دلیل یا حکم را نیز مستند به حکم عقل خواهند ساخت. لکن بررسی قواعد یادشده چنان که در ادامه نشان خواهیم داد، حاکی از آن است که استناد به این قواعد نیز نمی‌تواند ما را از استدلال به عرف، خصوصا عرف متأخر از عصر شارع بی‌نیاز سازد. باین‌حال در توضیح این پاسخ، قواعد یادشده را به بحث می‌گذاریم.

الف) حفظ نظام

نظام در اصطلاح فقه سیاسی دو معنای عام و خاص دارد. مراد از نظام به معنای خاص، ساختار سیاسی، و به معنای عام، کل جامعه اسلامی - که نظام سیاسی بخشی از آن یا مقدمه آن است (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۸ق، ج ۱، ص ۳۸؛ منتظری، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص ۱۸۷) - خواهد بود. حفظ نظام در هریک از دو معنای عام و خاص، از امور حسبیه و در ذیل واجبات کفائیه قرار می‌گیرد. اتیان این وجوب اولاً و بالذات بر عهده فقهاست (تبریزی، ۱۴۱۷ق، ص ۲۷۰) و لذا برخی آن را ذیل مباحث ولایت فقیه، تفسیر و توجیه می‌نمایند و در مرحله بعدی عدول مؤمنان و سپس سایر مسلمین خواهد بود. البته برخی از فقها، وجوب حفظ نظام را تکلیف شرعی عام دانسته‌اند (موسوی خلخالی، ۱۴۲۵ق، ص ۴۳۵). در این صورت وجوب حفظ نظام اختصاصی به فقیه نخواهد داشت.

نظر به اینکه عدم التزام به عرف منجر به اختلال نظام نوع انسانی شود، می‌توان با استدلال به قاعده حفظ نظام، حجیت عرف را اثبات کرد. حجیت عرف به منظور جلوگیری از اختلال نظام، عام است و اختصاصی به عرف معاصر معصوم^۱ و غیرمعاصر (از جمله عرف بین‌الملل) نخواهد داشت.

نقد و ارزیابی

استدلال به حفظ نظام برای حجیت عرف مستحدث و متأخر از عصر شارع از چند جهت مخدوش است:

۱. بر فرض تمامیت استدلال به قاعده حفظ نظام، باید توجه داشت که اولاً، تعمیم نظام نوع انسانی در بیان فقها به نظام بین‌الملل (که مورد توجه ما در تحقیق حاضر است) نیازمند تحقیق است؛ زیرا مشروعیت نظام بین‌الملل امروزی، محل خدشه است. و در این حالت نمی‌توان حکم به وجوب حفظ آن داد. ثانیاً، تلازمی بین مخالفت با عرف بین‌الملل و اختلال نظام وجود ندارد؛

۲. قاعده حفظ نظام اخص از مدعاست. فرض ما در حجیت عرف، تمام مصادیق آن می‌باشد، درحالی‌که در این فرض، صرفاً عرفی از حجیت برخوردار خواهد بود که عدم حجیت آن، حفظ نظام (اعم از بین‌المللی) را به مخاطره اندازد؛

۳. علاوه بر آنکه در این فرض ملاک و معیار، حفظ نظام و نه حجیت عرف (اعم از معاصر یا غیرمعاصر مانند عرف بین‌الملل) خواهد بود. و لذا در مواردی که مخالفت با عرف، موجب اختلال نظام نگردد، عرف اعتباری نخواهد داشت.

ب) عسر و حرج

مراد از آن، مشقت غیرقابل تحمل بر حسب عادت است؛ مشقتی که موجب رفع تکلیف می‌شود. عسر و حرج، قبل از آنکه مثبت حکم شرعی باشد، نافی و رافع حکم شرعی است. مثال متداول آن سقوط حق طلاق از زوج در صورت ایجاد عسر و حرج برای زوجه، می‌باشد. فقها در بیان مستندات این قاعده به آیات (حج: ۷۸؛ مائده: ۶؛ بقره: ۱۸۵)، روایات (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص ۱۲۰ و ۳۲۷)، اجماع و عقل و بنای عقلا تمسک نموده‌اند. لکن

باید توجه داشت که با وجود دلیل عقلی در اسقاط تکلیف به جهت عسر و حرج، ادله نقلی ارشاد به حکم عقل خواهند بود. بنابراین دلیل اصلی بر عسر و حرج، حکم عقل خواهد بود.

استدلال به دلیل عقلی بدین گونه است که؛ تکلیف به مخالفت با عرف، امری مشقت‌آفرین است، تکلیف به امر شاق، از سنخ تکلیف بما لا یطاق خواهد بود؛ تلکلیف بما لا یطاق نیز، عقلاً قبیح است؛ بنابراین تکلیف به مخالفت با عرف امری قبیح خواهد بود.

نقد و ارزیابی

خداشه در استدلال فوق از این جهت است که:

۱. دلیل اخص از مدعاست؛ زیرا مدعا حجیت مطلق عرف است، لکن دلیل صرفاً عرفی را که عدم التزام به آن مشقت‌آفرین باشد، معتبر می‌سازد؛

۲. در فرض وجود عسر و حرج، مستند حجیت همان عسر و حرج خواهد بود و نیازی به حجیت عرف نخواهیم داشت.

ج) انسداد

قائلان به این دلیل با ابتنا بر چهار مقدمه، حجیت هر نوع ظنی (از جمله عرف مستحدث) را نتیجه می‌گیرند. این چهار مقدمه عبارت‌اند از:

۱. علم اجمالی به ثبوت تکالیف شرعیه در حق مکلفین داریم؛

۲. در بسیاری از تکالیف فوق باب علم (یقین مستقیم) و علمی (یقین غیرمستقیم)، مسدود است؛

۳. در تمام این تکالیف اگر بگوئیم احتیاط واجب است، این احتیاط ممکن نیست؛ زیرا یا موجب عسر و حرج می‌شود یا موجب اختلال نظام. اگر بگوئیم باید به اصل عملی یا قرعه رجوع کرد، لازمه‌اش مخالفت قطعی با علم اجمالی خواهد بود؛

۴. عقل حکم می‌کند ترجیح مرجوح (غیرمظنون) بر راجح (ظن)، قبیح است (طباطبائی قمی، ۱۳۷۱، ج ۲، ص ۱۴۷؛ سبحانی، ۱۴۲۴ق، ج ۳، ص ۳۰۰ به بعد). بنابراین عرف به عنوان یک دلیل ظن‌آور معتبر و حجت خواهد بود.

نقد و ارزیابی

استدلال مزبور ناتمام است؛ زیرا:

اولاً افتتاح علمی فارغ از دیدگاه علمای متقدم مبنی بر انفتاح باب علم (سید مرتضی، ۱۴۰۵ق، ج ۳، ص ۳۱۲)، جابر انسداد علم است. بنابراین مقدمه دوم از مقدمات انسداد مردود خواهد بود. به همین دلیل انسداد از سوی قاطبه اصولیین متأخر مورد رد و انکار قرار گرفته است؛

ثانیاً مقدمه سوم دلیل انسداد، بیانگر آن است که این دلیل (به فرض تمامیت) ذیل قاعده حفظ نظام و عسر و حرج قرار می‌گیرد. براین اساس همان اشکالات مطرح در ذیل استدلال به این دو قاعده در اینجا نیز وارد خواهد بود.

د) حق الطاعه

این نظریه که از ابداعات شهید صدر است، ناظر به تکالیف مشکوکه و به عبارت دیگر در موارد احتمال تکلیف است. قبل از شهید صدر، علما به نظریه حق الطاعه در بحث تکالیف مشکوکه تمسک نکرده‌اند و صرفاً در تکالیف معلومه به حق الطاعه تمسک می‌نمایند. این دسته از علما در تکالیف احتمالی و یا مشکوکه، قائل به نظریه قبح عقاب بلا بیان هستند. به اعتقاد شهید صدر، قاعده قبح عقاب بلا بیان صرفاً در موالی عرفی جاری است، نه در مولای حقیقی یعنی خدای متعال (صدر، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۱۸۶-۱۸۸).

براساس نظریه حق الطاعه در تکالیف محتمله (یعنی هر عملی که مکلف احتمال حکم می‌دهد)، عقل حکم به وجوب اتیان آن عمل می‌نماید. لذا اگر احتمال حرمت می‌دهد، باید آن را ترک کند و اگر احتمال وجوب می‌دهد لازم است آن را انجام دهد. تردیدی نیست که سیره عقلا مطلقاً (اعم از متأخر و متقدم) ظن به تکلیف ایجاد می‌کند. بنابراین عرف متأخر (هرچند امضا معصوم علیه السلام) را به همراه خود ندارد) از باب احتمال تکلیفی که ایجاد می‌کند، معتبر و حجت خواهد بود.

نقد و ارزیابی

به نظر می‌رسد استدلال به نظریه حق الطاعه نیز نمی‌تواند مستند حجیت عرف مستحدث و متأخر باشد؛ زیرا عرف متأخر دو حالت می‌تواند داشته باشد:

حالت اول، عرف متأخر با حکم شرعی دیگر تعارض و یا تراحم می‌کند. مثل دست دادن با نامحرم در عرف دیپلماتیک. در این حالت، نوبت به نظریه حق الطاعه نمی‌رسد؛ زیرا نظریه حق الطاعه یک حکم عقلی محض است و مشروط به زمانی است که حکمی از ناحیه شارع مقدس مستقیماً بیان نشده باشد؛

حالت دوم، عرف متأخر نه حکم شرعی معارض و مزاحم دارد و نه حکم شرعی موافق. مثل عرف استفاده از اقیانوس‌ها، مشروط بر آنکه اقیانوس را از انفال ندانیم. طبق نظریه حق الطاعه اگرچه این نوع عرف حجیت داشته و در نتیجه عمل براساس آن شرعی و واجب خواهد بود؛ لکن این لزوم متابعت، مشروط به عدم وجود دلیل شرعی بر ترخیص است. نظر به اینکه ادله شرعی بر برائت، از ادله ترخیص به شمار می‌آیند، در این فرض نیز عرف متأخر به مرحله حجیت نمی‌رسد. بنابراین استدلال به نظریه حق الطاعه نیز نمی‌تواند مستند عقلی برای حجیت عرف باشد و ضرورت امضای عرف توسط معصوم علیه السلام را مرتفع کند.

حاصل آنکه جز از طریق امضای معصوم علیه السلام راهی برای تشخیص حجیت عرف وجود ندارد. علاوه بر آنکه طریق کشف امضای معصوم علیه السلام نیز، منحصر به معاصر بودن عرف با عصر ایشان است. بنابراین اگر نتوانیم عرف مستحدث را به عصر آن حضرات سرایت دهیم، حکم به عدم حجیت آن، گریزناپذیر خواهد بود.

۲-۳. بررسی امکان معاصر بودن عرف متأخر

در میان فقیهان، کمتر تلاش شده تا راهی برای معاصر بودن عرف متأخر ارائه شود. سخن به بیراهه نیست اگر ادعا کنیم شهید صدر نخستین عالم اصولی است که درصدد بیان راه‌هایی برای سرایت عرف مستحدث به عصر

معصوم علیه السلام برآمده است (صدر، ۱۴۱۷ق، ج ۴، ص ۳۳۸). ایشان پنج طریق برای اثبات معاصر بودن عرف ارائه داده‌اند. باین حال هیچ‌یک از این طریق‌ها برای اثبات معاصر بودن عرف مستحدث با عصر معصوم علیه السلام (حداقل نسبت به عرف بین الملل)، از قوت لازم برخوردار نیست. این پنج طریق عبارتند از:

۱. شکل‌گیری عرف تدریجی و در طول سالیان متمادی محقق می‌شود؛ بنابراین وجود عرف در یک زمان حاکی از قدمت آن می‌باشد. لازمه این فرض، امتداد عرف به عصر معصومین علیهم السلام نیست. علاوه بر آنکه این فرض قطعاً در عرف بین الملل کارساز نیست؛ زیرا اساساً اصل موضوع بین الملل و روابط پیرامون آن، قدمتی بیش از صد سال ندارد و عرف شکل یافته در این صد سال، کاملاً بیگانه از عصر معصومین علیهم السلام است؛

۲. اخبار حسی یا نقل معتبر بر وجود عرف مستحدث در زمان معصومین علیهم السلام. براین اساس اطلاق حدیث و یا متأخر بودن، تسامح در تعبیر است. این طریق ثبوتاً معقول و ممکن است، اما اینکه اثباتاً بتوان نظیری برای آن نسبت به عرف بین الملل یافت، مشکل است.

۳. استقرای جوامع متعدد و مشاهده مشی آنان: این طریق مشروط به تعمیم استقرای به تمام جوامع و در تمام قرون است و این امر نوعاً (علی‌الخصوص نسبت به عرف بین الملل) ممکن نیست؛

۴. عرف مستحدث مورد ابتلاء باشد و عکس آن عرف، لازمه‌ای داشته باشد که مقطوع‌العدم باشد: این طریق هرچند در عرف بین الملل، ثبوتاً قابل پذیرش است، لکن بر فرض وقوع خارجی، ملاک و معتبر در حجیت آن، ابتلا و ضرورت آن خواهد بود، و نه حجیت استقلالی عرف؛

۵. عرف مستحدث دارای بدیلی باشد و این بدیل در عصر معصومین علیهم السلام مورد اعراض عرف واقع شده باشد: این طریق (به فرض تمامیت نسبت به سایر مصادیق عرف مستحدث)، در عرف بین الملل جاری نیست؛ زیرا مسئله عرف بین الملل محل ابتلا در عصر معصومین علیهم السلام نبوده، فرض بدیل برای آن در عصر آن حضرات، نامعقول است. بنابراین هیچ‌یک از طرق پنج‌گانه یاد شده، در کشف معاصر بودن عرف بین الملل کارایی نخواهند داشت.

نظریه تحقیق، حجیت عرف نیازمند دو مقدمه یا شرط قطعی است: الف) تحقق عرف در عصر معصومین علیهم السلام و تأیید (اعم از سلبی یا ایجابی) معصوم علیه السلام نسبت به آن. بنابراین (با فرض آنکه عرف بین الملل از مصادیق عرف فقهی باشد)، نظر به امتناع سرایت عرف بین الملل به عصر آن بزرگواران، احکام و قوانین ناشی از آن، اعتبار و الزام شرعی نخواهند داشت؛ زیرا عرف به‌خودی‌خود، از اقسام ظنون تلقی می‌شود و برای خروج از ادله نهی عمل به ظن، تنها راه، امضا معصوم علیه السلام نسبت به آن می‌باشد؛ و با فرض عدم امکان سرایت عرف بین الملل به عصر شارع، مسئله امضا آن از سنخ سالبه به انتفای موضوع خواهد بود. بنابراین در تمام فروضی که عرف بین الملل در تعارض با حکم شرعی مستنبط از دلیل حجت قرار گیرد، اعتبار خود را از دست خواهد داد. باین حال گفتنی است که اگرچه عرف بین الملل توان مقابله با حکم شرعی مستنبط از دلیل حجت را ندارد، اما در صورتی که عمل براساس آن به اضطرار یا حفظ نظام و بلکه اقتضای مصلحت جامعه اسلامی باشد، عرف بین الملل اعتبار و ارزش پیدا می‌کند. البته در این زمینه باید به دو مطلب توجه داشت:

۱. حاکم به تشخیص اضطرار و یا مصلحت در فرض بحث، در وهله اول حاکم شرع و یا ولی امر (که در عصر غیبت بر فقیهان جامع‌الشرايط مطابقت دارد) خواهد بود. علت اختصاص حکم به ولی‌امر، جلوگیری از هرج و مرج اجتماعی است؛

۲. چنان‌که احکام ثانویه در بقای حکم تابع عنوان عارضی است، اعتبار و حجیت عرفی که برآمده از اضطرار یا مصلحت است، در بقا نیز تابع اضطرار یا مصلحت جامعه خواهد بود. بنابراین این نوع حجیت زمان‌مند و مقید به وجود اضطرار یا مصلحت جامعه و نظام اجتماعی مسلمین بوده و دائمی نخواهند بود.

نتیجه‌گیری

استعمال عرف در عرفی که نیاز به اثبات حجیت دارد، از سنخ استعمال عام در بعضی از مصادیق آن و استعمالی مجازی است. این نوع عرف از سنخ رفتار جمعی است و در صورت حجیت در ردیف خیر واحد و به بیان ساده‌تر یکی از امارات معتبره قرار می‌گیرد. در نتیجه با این عرف می‌توان سایر ادله شرعیه را تخصیص، یا تقیید زده و یا به مسأله تعارض و تراحم مرتبط دانست. البته این عرف، حکم شرعی نخواهد بود؛ بلکه کاشف از حکم شرعی تلقی می‌شود. همانند خبر واحد که خودش حکم شرعی نیست، بلکه حاکی از حکم شرعی است.

عرف در حوزه قوانین بین‌الملل، بالاخص دایره حقوق بشر از سنخ سبیره و رفتار جمعی است، و نه مفسر. با این تفاوت که این رفتار اگر از حیث رفتار دولت‌ها و مستقل از ملت‌ها مورد توجه واقع شود؛ رفتار جمعی دولت‌ها خواهد بود، و در این فرض شرائط حجیت عرف بین‌الملل، از سنخ سالبه به انتفاء موضوع خواهد بود. اما اگر رفتار دولت‌ها را نوعی رفتار برآمده از ملت‌ها تلقی کنیم، عرف مطرح در روابط بین‌الملل می‌تواند به عنوان یکی از مصادیق عرف فقهی و نوعی سبیره عقلائییه مورد توجه و بحث قرار گیرد. البته در این فرض اگرچه جای بحث از حجیت عرف بین‌الملل موضوعاً منتفی نیست، لکن عدم تمامیت دلیل عقلی در اثبات حجیت آن، و عدم امکان امضای آن توسط شارع، اعتبار شرعی آن را مخدوش می‌سازد. بنابراین حتی با مبنای کسانی که معاصر بودن را شرط نمی‌دانند نیز نمی‌توان برای عرف بین‌الملل و آداب، رویه‌ها و قوانین برآمده از آن، اعتبار شرعی قائل شد. بلکه باید اعتبار قوانین بین‌المللی را به صورت جزئی مورد بررسی قرار داد. در نتیجه در جایی که قوانین بین‌المللی توجیه شرعی داشته باشند، می‌توانند مخصص و یا مقید عمومات شرعیه نیز باشند. اما در صورت فقدان توجیه شرعی برای عرف بین‌الملل، لازم است حتی المقدور بدیل شرعی را جایگزین آن نمود.

منابع

- ابن فارس، احمد، ۱۴۰۴ق، *معجم مقاییس اللغة*، تصحیح عبدالسلام محمد هارون، قم، مکتب الاعلام الاسلامی.
- ابن منظور، محمدبن مکرم، ۱۴۱۴ق، *لسان العرب*، تصحیح احمد فارس صاحب الجوائب، چ سوم، بیروت، دارالفکر.
- اراکي، محمدعلی، ۱۳۷۵، *اصول الفقه*، قم، مؤسسه در راه حق.
- زهری، محمدبن احمد، بی تا، *تهذیب اللغة*، تصحیح عمر سلامی و عبدالکریم حامد، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
- افندی، محمدامین، ۱۳۲۵ق، *مجموعه رسائل ابن عابدین*، دمشق، مکتبه الهاشمیه.
- تبریزی، میرزاچواد، ۱۴۱۷ق، *أسس الحدود والتعزیرات*، قم، دفتر آیت الله تبریزی.
- ثعالبی، عبدالملک بن محمد، ۱۴۱۴ق، *فقه اللغة*، تصحیح طلبه جمال، بیروت، دارالکتب العلمیه.
- جوهری، اسماعیل بن حماد، ۱۳۹۹ق، *الصحاح تاج اللغة و صحاح العربیه*، بیروت، دارالعلم.
- حرعاملی، محمدبن حسن، ۱۴۰۹ق، *وسائل الشیعه الی تفصیل الشریعه*، قم، آل البيت علیهم السلام.
- حسین یوسف، موسی، ۱۴۰۴ق، *الافصح فی فقه اللغة*، قم، مکتب الاعلام الاسلامی.
- حمیری، نشوان بن سعید، بی تا، *شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلوم*، بیروت، عالم الکتاب.
- خالد رمضان، حسن، ۱۴۱۸ق، *معجم اصول الفقه*، قاهره، مطبعة المدنی.
- خرازی، سیدمحسن، ۱۴۲۲ق، *عمدة الاصول*، قم، مؤسسه در راه حق.
- خوئی، سیدابوالقاسم، ۱۴۱۳ق، *محاضرات فی علم الاصول*، تقریرات محمداسحاق فیاض، قم، الاحیاء لتراث الامام الخوئی.
- ذوالعین، پرویز، ۱۳۷۷، *مبانی حقوق بین الملل عمومی*، تهران، وزارت امور خارجه.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، ۱۴۱۲ق، *مفردات الفاظ القرآن*، تصحیح صفوان عدنان داوودی، بیروت، دارالعلم.
- سبحانی، جعفر، ۱۳۸۷، *الموجز فی اصول الفقه*، چ چهاردهم، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام.
- _____، ۱۴۲۴ق، *ارشاد العقول الی مباحث الاصول*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام.
- صدر، سیدرضا، ۱۴۲۲ق، *الاجتهاد والتقلید*، چ دوم، قم، دفتر تبلیغات اسلامی.
- صدر، سیدمحمدباقر، ۱۴۱۷ق، *بحوث فی علم الاصول*، تقریر سیدمحمد هاشمی شاهرودی، چ سوم، قم، دائرة المعارف فقه اسلامی.
- _____، ۱۴۱۸ق، *دروس فی علم الاصول*، چ پنجم، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
- ضیائی بیگدلی، محمدرضا، ۱۳۸۴، *حقوق بین الملل عمومی*، تهران، گنج دانش.
- طباطبائی قمی، تقی، ۱۳۷۱، *آراؤنا فی اصول الفقه*، قم، محلاتی.
- طریحی، فخرالدین، ۱۴۱۶ق، *مجمع البحرین*، تصحیح سیداحمد حسینی، چ سوم، تهران، کتابفروشی مرتضوی.
- علم الهدی، سیدمرتضی، ۱۴۰۵ق، *رسائل الشریف المرتضی*، قم، دارالقرآن الکریم.
- علیدوست، ابوالقاسم، ۱۳۹۰، *فقه و عرف*، چ پنجم، قم، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- فراهیدی، خلیل بن احمد، ۱۴۱۰ق، *کتاب العین*، چ دوم، قم، هجرت.
- فیومی، احمدبن محمد، بی تا، *مصباح المنیر*، قم، شریف الرضی.
- قرشی، سیدعلی اکبر، ۱۴۱۲ق، *قاموس قرآن*، تهران، دارالکتب الاسلامیه.
- کدیور، محسن، ۱۳۸۷، *حق الناس (اسلام و حقوق بشر)*، تهران، کویر.
- مدنی، سیدجلال الدین، ۱۳۷۷، *حقوق بین الملل عمومی و اصول روابط دول*، چ دوم، تهران، پایدار.
- مصطفوی، حسن، ۱۳۶۰، *التحقیق فی کلمات القرآن الکریم*، تهران، بنگاه ترجمه و نشر کتاب.
- معصوم حسینی، سیدعلی، ۱۳۸۴، *الطراز الاول والکناز*، مشهد، مؤسسه آل البيت.
- مقتدر، هوشنگ، ۱۳۸۶، *حقوق بین الملل عمومی*، چ چهاردهم، تهران، وزارت امور خارجه.

- مکارم شیرازی، ناصر، ۱۴۲۸ق، *انوار الأصول*، قم، مدرسه امام علی علیه السلام.
- منتظری، حسینعلی، ۱۴۰۹ق، *دراسات فی ولایة الفقیه و فقه الدولة الإسلامیة*، چ دوم، قم، تفکر.
- موسوی اردبیلی، سیدعبدالکریم، ۱۴۲۸ق، *فقه الحدود و التعزیرات*، چ دوم، قم، دانشگاه مفید.
- موسوی خلخالی، سیدمحمد مهدی، ۱۴۲۵ق، *الحاکمیة فی الاسلام*، قم، مجمع اندیشه اسلامی.
- موسوی خمینی، روح‌الله، ۱۴۱۰ق، *الرسائل*، قم، اسماعیلیان.
- وکیلی، امیرساعد، ۱۳۹۰، *حقوق بین‌الملل عمومی*، تهران، مجد.