

کاربرد عرف در مقام تفسیر در حقوق قضایی مبتنی بر مبانی فقه امامیه^۱

سیدمصطفی محقق داماد^{۱*}، محمدامین کیخافرزانه^{۲**}

۱. (نویسنده‌ی مسئول)، استاد گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهیدبهشتی

۲. دانشجوی دوره‌ی دکترای حقوق خصوصی، دانشگاه علامه طباطبائی

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۶/۲۱ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۷/۰۳/۲۰)

چکیده

عرف چه در سنخ قولی و چه در سنخ عملی و فعلی در قالب عادت و رسوم معمول در میان مردم متجلی می‌باشد عرف در هر مکتب حقوقی می‌تواند در سه مقام ایجاد قواعد حقوقی، مقام تفسیر و تطبیق قواعد حقوقی، نقش بسزایی را ایفاء می‌کند (علی‌الخصوص مبتنی بر مبانی پوزیتیویسم حقوقی)، اما سوال اصلی آن است که استناد به عرف در مقام تفسیر با چه اصول و راهبردهایی باید انجام شود تا بتواند تضمین‌گر عدالت در اجتماع باشد؟ به نظر می‌رسد قاضی به عنوان مفسر قانون جهت تطبیق احکام و قواعد حقوقی بر موضوعات خارجی (مصادیق) ناگزیر از شناخت عرف‌های زمانی و مکانی، قولی و عملی، عام و خاص مقام تفسیر و تطبیق قواعد حقوقی است. در مقام تفسیر قاعده حقوقی، شناخت واضع صالح و موضوع له مد نظر مقام واضع در تفسیر واژگان و عبارات قانونی نقش بسیار مهمی دارد که در بسیاری از مواقع این عرف است که واضع است و معنای مد نظر عرف تعیین کننده مراد قانون است (چه در تعیین دایره موضوع و چه در تعیین مفهوم حکم) در نتیجه تعیین حیطه حاکمیت حقیقت عرفیه در تفسیر نیز در کنار حقیقت قانونیه و شرعیه از جمله مواردی است که می‌تواند لزوم ارجاع به عرف را به عنوان یک مقدمه واجب، برای قاضی حکم نماید لذا در مقام تفسیر می‌توان فرض وجود حقیقت عرفیه، قانونیه و شرعیه را برای یک واژه نمود و آنچه راهگشای قاضی خواهد بود تعیین حیطه هر یک از موارد مذکور در مقام جعل و وضع است.

کلیدواژگان: قاعده حقوقی، عقل مسامحی، عرف قولی، حقوق موضوعه.

۱. این مقاله مستخرج از رساله دکترای آقای محمدامین کیخافرزانه می‌باشد.

* Email: mdamad@me.com

** Email: mohamad_amin110@yahoo.com

مقدمه

سیر تحولی و رو به رشد تفکر بشری در اعصار و امصار مختلف همواره او را به سمت یافتن مجهولات او پیش برده و انسان سعی داشته است خود را به تعالی و سعادت (با هر مبنا و تفسیری) نزدیک‌تر نماید، لذا ممکن است آن امری که در صد سال گذشته مورد پذیرش و مقبولیت جوامع انسانی قرار داشت امروز مورد پذیرش نباشد، بنابراین بشر مبتنی بر عقل جمعی در هر زمان و مکان می‌تواند به گزاره‌هایی نائل آید که مقبولیت داشته (عنصر معنوی عرف) و در عمل نیز به آن عمل شود (عنصر مادی عرف) چه در مقام عمل و چه در مقام بیان و گفتار، لذا در ذات عرف نسبی بودن نهفته است چرا که عرف مبتنی بر تجربه و مورد پسند بودن نوعی آن تجربه برای انسان (که در ذات واژه عرف نیز نهفته است) شکل می‌گیرد و خروجی عقل ابزار گرای بشر^۱ در هر عصر و زمان است و از این روی در تفکر انسان تجربه‌گرا عرف می‌تواند کاشف امری پسندیده و مقبول باشد. لذا می‌توان گفت عرف‌ها نتیجه‌ی عقل جمعی انباء بشر می‌باشد (چه در در گستره وسیع و چه در حد محدود و مقید به تخصص‌های خاص). حال این عرف‌ها می‌توانند بر مبانی علوم انسانی مخصوصاً با رویکرد پوزیتیویستی مؤثر باشند و در ایجاد قواعد اجتماعی، تفسیر آن‌ها و تطبیق آن‌ها بر مصادیق خارجی نقش اساسی ایفاء نمایند و موجب تحول آن‌ها شوند. یکی از مهم‌ترین قواعد اجتماعی قواعد حقوقی، قواعد کلی و دارای ضمانت اجرا می‌باشد که در واقع امر برای اداره زندگی اجتماعی (چه در حیطه خصوصی و چه در حیطه عمومی) ایجاد شده‌اند در نتیجه عرف در ایجاد، تفسیر و تطبیق این قواعد نقش بسزایی را ایفاء می‌نمایند و در نظام حقوقی ایران این نقش با توجه به اسلامیت نظام حقوقی ایران وفق اصل فرا اصولی ۴ قانون اساسی و اصل ۱۶۷ قانون اساسی که مبتنی بر حاکمیت دکتربین فقهی (علی‌الخصوص در خصوص شبهات حکمیة) می‌باشد نیازمند باز تعریف است. به ویژه که مواد قانونی نیز در بسیاری موارد به عرف استناد داده‌اند که برای اجرای درست عرف می‌بایست برخی از انواع و شاخه‌های عرف نیز شناخته شود تا یک قاضی در مقام کشف احکام و یا تفسیر محمول قواعد حقوقی، کشف موضوعات قواعد حقوقی و یا موضوعات حقیقیه قواعد و نیز تطبیق آن موضوعات حقیقیه بر مصادیق خارجی و وظیفه خود را انجام دهد البته عرف خود یک قرارداد

۱. عقل مُدرک ابزارهای لازم برای وصول به غایات مدنظر می‌باشد که آن ادراک اولیه کار نفس بشری است پس عقل می‌تواند ابزارهای وصول به غایات اخلاقی یا غایات مادی و ماتریالیستی انسان را تعریف نماید

محسوب می‌شود که مبتنی بر عقل جمعی مردم (مبتنی بر هر مبنا و غایت آن‌ها) شکل می‌گیرد و می‌توان در برخی موارد آن را یک بناء یا فرض عقلاء (در حیطه عرف خاص که در بین متخصصین امری وجود دارد) می‌بایست فرض نمود. عرف می‌تواند موجب رشد و تعالی قواعد اجتماعی و از جمله قواعد حقوقی نیز باشد لذا توجه به این عنصر در مقام قضاء که سه وظیفه مذکور را دارد می‌تواند خود موجب تعالی و رشد نظام حقوقی - قضائی یک اجتماع شود.

این جایگاه در حالی است که نظام حقوق اسلامی در اعتبار عرف در مرحله تقنین و قاعده‌گذاری آن قدر افراط نکرده که مخالف شئون انسان، عدالت، حرمت و شرافت ذاتی آدمی باشد. و طبق اصل ۴ قانون اساسی این عرف‌ها نمی‌بایست با قواعد و مقرره‌های شرعی در تعارض باشد اهمیت و تأثیر عرف در این نظام حقوقی از آنجاست که قواعد اجتماعی را همواره در تطبیق و انطباق با نیازمندی‌های روز مردم، متغیر و متکامل نگاه می‌دارد.^۱ بنابراین ارزش شناخت عرف تا جایی است که تدوین مجموعه‌های حقوقی و قوانین موضوعه به‌عنوان یکی از مهم‌ترین پدیده‌های اجتماعی نمی‌تواند ناظر بر عرف و عادت نباشد. چنان‌که بیان شد در نظام حقوقی اسلام عرف یا همان روش و سلوک مستمر میان مردم، از مباحث متغیر و بحث‌برانگیز در میان فقهای شیعه و اهل سنت بوده است و مفاهیمی مثل سیره متشرعه یا بناء عقلاء در کنار عرف مطمح نظر محققین اسلامی قرار گرفته است با توجه به این نکته که روش مذکور گاهی باعث تحول و دگرگونی در برخی موضوعات و احکام و قوانین جامعه گردیده است، از این رو یک حقوقدان یا فقیه برای به دست آوردن حکم در مقام کاشف حکم شرعی یا قانون مناسب، باید مسائل و شرایط مستحدث اجتماع را مورد دقت قرار دهد؛ و همچنین در کشف مراد مقنن و شارح و تطبیق قواعد حقوقی و فقهی بر مصادیق خارجی نیز به نقش بی‌بدیل عرف عنایت نماید چنان‌که برخی از نظریه‌پردازان فلسفه و مبانی حقوق همچون ساوینی در علم حقوق و دورکیم در عرصه جامعه‌شناسی معتقدند فرهنگ هر جامعه که بر اساس عرف جاری میان عقلای آن جامعه شکل گرفته، پایه اصلی حقوق در معنای مجموعه‌ای از قواعد کلی الزام‌آور و دارای ضمانت اجرا را تشکیل می‌دهد؛ اما از سوی دیگر عده‌ای از حقوقدانان مخصوصاً در مکاتب سوسیالیستی یا مکاتب تحقیقی حقوق، بر این عقیده‌اند که حقوق شکل‌دهنده فرهنگ، آداب و رسوم و عرف هر جامعه است. بر اساس این دو دیدگاه مخالف می

۱. تا آنجایی که برخی از «ماحکم به العقل حکم به الشرع» تعبیر کرده‌اند به ما «حکم به العرف حکم به الشرع»

توان دو مبنای مختلف را در تحلیل حقوق در نظر گرفت و البته عده‌ای از حقوقدانان نیز در این زمینه رویکردی دو سویه را مدنظر قرار داده‌اند (رحیمی، ۱۳۹۱، ص ۱۵). نباید از نظر دور داشت که این گونه تفکیک دیدگاه‌ها در خصوص نسبت حقوق و عرف به یکدیگر در حوزه حقوق محض و یا مرحله قبل از تشکیل قاعده حقوقی مطرح است در حالی که در حوزه حقوق موضوعه نیز در مقام تفسیر و تطبیق هم عرف نقش بسزایی دارد که کمتر در فقه و حقوق بدان پرداخته شده است و ما در این پژوهش به دنبال تبیین عرف قولی و نقش آن در حقوق هستیم.

مبتنی بر مطالب سابق، این پژوهش کوششی است در جهت تبیین جایگاه و تأثیر عرف در نظام حقوقی ایران با اشاره‌ای به نقش آن در نظام حقوقی اسلام و حقوق تطبیقی بنابراین در ابتدا پس از ذکر مفاهیم عرف در لسان فقهای امامیه و همچنین تعاریف اصطلاحی آن، به تأثیر آن در فقه و حقوق در مقام تفسیر می‌پردازیم.

سؤالات پژوهش:

عرف در مقام تفسیر قاعده حقوقی در چه مقاماتی مورد استناد قرار می‌گیرد و جایگاه حقیقت عرفیه در مقابل حقیقت قانونیه و شرعیه چیست؟

فرضیه‌ها:

عرف در مقام تفسیر در حقوق قضائی مورد استناد قرار می‌گیرد و یکی از وظایف قاضی کشف حقیقت عرفیه اصلاحات قانونی در صورت عدم وجود حقیقت قانونی و شرعیه، جهت اجرای قانون است و البته در حیطه‌ی تفسیر نقش عرف در قواعد حقوق خصوصی و قواعد حقوق عمومی متفاوت است.

۱. مفاهیم، تاریخچه، مبانی

گام نخست در تبیین جایگاه عرف در ساختار حقوقی یا به تعبیر دیگر در نظام حقوقی اسلام، بررسی مفهوم لغوی عرف و مفاهیم مرتبط با آن چون حقیقت شرعیه و متشرعه خواهد بود تا از طریق واکاوی جایگاه این واژگان بتوان به ساختار متقنی از جایگاه عرف در نظام حقوقی اسلام دست یافت. البته در جهت تنقیح هر چه بیشتر بحث ناگزیر از پرداختن به سابقه عرف و شرایط تشکیل آن خواهیم بود.

۱-۱. مفهوم شناسی عرف

۱-۱-۱. مفهوم عرف در لغت

برای واژه عرف در فرهنگ‌های معتبر کاربردها و معانی متفاوتی ذکر شده است از جمله: ضد ریشه نُکَر (به معنای شناختن) و در نهایت به معنای اسم مفعولی (شناخته شده) (مصطفوی، ۱۳۶۰، ج ۸، ص ۹۷ به نقل از ابن فارس، ۱۳۹۹، ج ۴، ص ۲۸۱) معروف و هرگونه کار نیک (ابن منظور، ج ۹، ص ۲۳۶؛ فرامیدی، ج ۲، ص ۱۲۲؛ زبیدی، ج ۱۲، ص ۳۷۴، ذیل ماده «ع ر ف»؛ اما معنای اصطلاحی عرف که عبارت است از سخن و یا کردار و ترک امری که در ذهن انسان‌ها شناخته شده و در دل‌ها رسوخ کرده و سیر عملی آنان در عمل بر آن استقرار و استمرار یافته است، جزو معانی لغوی عرف نیست و آنچه در کتاب «المعجم الوسیط» از کتاب‌های لغت عربی معاصر، تحت عنوان «ما تعارف علیه الناس فی عاداتهم و معاملاتهم» (مصطفی و...، ج ۲، ص ۵۹۵) ذکر شده، در واقع تعریف اصطلاحی عرف است. نباید از نظر دور داشت که در برخی از کتب لغوی که «المعجم الوسیط» نیز جزو آن دسته است، افزون بر معنای لغوی، معنای اصطلاحی در ضمن معنای لغوی ذکر گردیده است و از اینجا می‌توان به اشتباهی که برخی از مؤلفان دچار شده و این تعریف را جزو معانی لغوی واژه عرف یاد کرده‌اند، پی برد (روحی، ۱۳۹۲، ص ۳۰). بر اساس این تعاریف، عرف دارای اقسامی است که عبارت‌اند از:

۱-۱-۱-۱. عرف عام و عرف خاص:

مراد از عرف عام، عرفی است که همه یا بیش‌تر مردم در عصرها و جوامع مختلف آن را پذیرفته و در آن مشترک‌اند، مانند رجوع نادان به دانا. این قسم از عرف به آنچه بنای عقلا نامیده می‌شود، نزدیک‌تر است. مراد از عرف خاص، عرفی است که منشأ آن گروهی از مردم‌اند، مانند آنچه در مناطق و جوامعی خاص یا صاحبان شغل و حرفه‌ای خاص و یا در علم و فنی خاص معمول و متعارف است. اصطلاحات در شرع، علوم، فنون و نیز مناطق و جوامع مختلف در این قسم داخل هستند (طباطبایی، ۴۲۰).

۱-۱-۱-۲. عرف عملی و قولی:

مراد از عرف عملی، شیوه و روشی متعارف است که مردم در داد و ستدها و تصرفاتشان بر اساس آن عمل می‌کنند، مانند متعارف بودن معاملات معاطاتی میان مردم.

مراد از عرف قولی آن است که نزد مردم، [اطلاق لفظی] بر معنایی غیر از معنای لغوی، متعارف و شایع شود؛ به گونه‌ای که هنگام شنیدن لفظ، جز آن معنا به ذهن تبادر نکند، مانند اطلاق لفظ «دأبه» بر اسب یا چارپا، یا اطلاق لفظ «ولد» بر خصوص پسر، با آن که در لغت اعم از آن است. بنابراین، در عرف قولی گاهی معنای لفظ از معنای لغوی به معنای جدید متعارف نقل و یا به بعض مصادیق معنای لغوی اختصاص می‌یابد؛ از این رو، در صورت استمرار معنای لغوی و متعارف بودن استعمال آن، عرف قولی در مقابل معنای لغوی شکل نمی‌گیرد (انصاری، ص ۵۴).

۱-۱-۲. مفهوم عرف در فقه امامیه

از نظر فقهی گرچه فقها در بسیاری از مسائل عرف را مورد توجه قرار داده‌اند و بسیاری موضوعات را به عرف منوط کرده‌اند اما معمولاً درصدد بیان تعریف ویژه‌ای برای عرف نبوده‌اند، بلکه آن را یک امر مسلم یا مسأله معلومی تصور کرده و کمتر به مباحث دقیق آن پرداخته‌اند و هر جا موضوعی در بیان شارع تعریف مشخص نداشته است شناخت آن را به عرف واگذار کرده‌اند. البته از لابه‌لای سخنان فقیهان می‌توان به اهمیت و جایگاه عرف در سراسر فقه پی برد. برای نمونه به سخن برخی فقها در مورد عرف اشاره می‌کنیم:

الف) شیخ انصاری، در بحث «جواز اجتماع الامر و النهی فی شیء واحد» در ردّ کسانی که درصدد تفصیل بین حکم عرف و عقل در مسأله شده‌اند، سخنی دارد که می‌تواند روشنگر بحث باشد (انصاری، صص ۱۵۰-۱۵۱). ایشان عرف را مرتبه‌ای از مراتب و طوری از اطوار عقل برمی‌شمارد و هیچ‌گاه تضاد و مخالفتی بین این دو و حکم آن‌ها نمی‌بیند، اما این که:

۱. مقصود از عقل و عرف در اینجا چیست؟ و؛

۲. چگونه عرف، گونه‌ای از عقل و مرتبه و مرحله‌ای خاص از عقل می‌باشد؟

از ابهاماتی است که ذهن مخاطب را به خود مشغول می‌سازد. در پاسخ پرسش نخست باید گفت منظور از عقل در این گونه موارد که در مقابل عرف قرار می‌گیرد، به تصریح برخی از علمای علم اصول، عقل دقی و مراد از عرف، عرف مسامحی است؛ وگرنه همان گونه که در آینده روشن خواهد شد، هر دو از مصادیق عقل عملی در برابر عقل نظری هستند، که رویکردهای متفاوت به موضوع دارند؛ عقل دقی با دقت و موشکافانه به مسأله نگاه می‌کند و عقل مسامحی که در برابر عقل دقی، عرف نامیده می‌شود و شاید وجه تسمیه آن به عرف در همین نکته نهفته باشد که همان گونه که

عرف به موضوعات با دید مسامحی می‌نگرد، این‌گونه نگرش که در واقع دیدِ عقل است، عرف نامیده شده است.

اما این‌که چگونه عرف، مرتبه‌ای از مراتب عقل است، با نکته‌ای که در تفاوت عرف و عقل در پاسخ پرسش نخست گفته شد روشن می‌گردد؛ زیرا همان‌گونه که گفته شد، عرف در اینجا همان عقل با نگاه مسامحی عاست و مراد از «در اینجا» خصوصاً «مقام استفاده و استنباط معانی از الفاظ» است که به تصریح در کلام شیخ آمده است. آنجا که فرمود: «حیث إنّ جهة الارتباط باستخدام المعانی...» و اتفاقاً ایشان در جای دیگر از کلام خود نیز با همین نگرش، به سرّ تفاوت عقل و عرف، یعنی پاسخ پرسش نخست، و جایگاه تفاوت آن دو که پاسخ پرسش دوم است، تصریح نموده است (انصاری، صص ۱۵۰-۱۵۱).

اما مقصود از عقل در اینجا (خواه در موارد حکم عقل و یا در مورد عرف که در واقع عقل مسامحی است)، عقل دارای جهت ارزشی و به عبارت دیگر، عقل عقلاء بماهم عقلاء نیست، بلکه همان عقل و برداشت عام مردم است که خود به دو بخش تقسیم می‌گردد: عقل دقّی؛ و عقل مسامحی و عرفی.

بنابراین، از این‌گونه تعبیر نمی‌توان این برداشت را کرد که مراد از این عقل، عقل ارزشی و حکم عقلاء بماهم عقلاء است و آنگاه از اینجا بر شخصیتی مثل شیخ انصاری خرده گرفت که چرا ویژگی عقلانی بودن را منشأ عرف دانسته و عرف را که پایه عقلانی ندارد، مردود دانسته است (گلباغی، ۱۳۷۸، صص ۳۶-۳۹).

در حال، از مجموع دو کلام شیخ انصاری می‌توان این‌گونه برداشت نمود که یکی از کاربردهای عرف، کاربرد آن در ادراک و کشف معانی الفاظ می‌باشد و این در واقع یک گونه خاص از عرف، در برابر عرف عام است که تمامی حوزه‌هایی را که مردم با آن سروکار دارند شامل می‌گردد.

ب) فقیه مبرز مرحوم میرزا موسی تبریزی در کتاب «اوثق الوسائل» در ضمن شرح یکی از استدلال‌های شیخ انصاری در کتاب «فرائد الاصول» (انصاری، ص ۵۸۲) بر حجّیت استصحاب که به بنای عقلاء احتجاج فرموده‌اند، کلامی دارد که حقیقتاً در موضوع بحث راهگشا و کارساز است، (همو، ص ۴۶۷) و از آن برمی‌آید که اتفاق به سه صورت تصویر می‌شود که اگرچه اتفاق‌کنندگان

یکسان باشند، در ملاک اتفاق با یکدیگر تفاوت دارند. این سه تصویر در اتفاق که خاستگاه‌هایشان متفاوت است عبارت‌اند از:

۱. اتفاقی که خاستگاه آن فهم مشترک عرف مردم است بدون آن که عقل و دین در آن دخالت داشته باشد که «بنای عرف» نامیده می‌شود مانند: بنا بر حجیت ظواهر. مشخصه این گونه اتفاق‌ها و بناها آن است که عاقل، مجنون و کودک در آن مشترک هستند.

۲. اتفاقی که خاستگاه آن تدین اتفاق‌کنندگان به دین خاصی است بی‌آنکه فهم عرفی و یا عقل آنان در آن دخالت داشته باشد، که «سیره» نامیده می‌شود، مانند: سیره بر بیع معاطاتی.

۳. اتفاقی که خاستگاه آن عقل اتفاق‌کنندگان است بی‌آنکه فهم عرفی و یا تدین آنان در آن دخالت داشته باشد، که «بنای عقلاء» نامیده می‌شود، مانند بنا بر «ماکان» که نتیجه آن حجیت استصحاب و یا بنا بر حجیت خبر واحدی که صدور آن موثوق به باشد.

با توجه به مطالب بیان شده در خصوص دیدگاه‌های فقهای شیعه پیرامون مفهوم عرف، می‌توان پاره‌ای از موارد کاربرد عرف را در تقسیم‌بندی زیر بیان نمود:

- عرف اهل زبان به اعتبار دارا بودن زبان خاص؛
- عرف شرع و سیره خاص شارع در ارائه احکام و حقائق؛
- تفکیک عرف متدینان به دو بخش عرف عموم متدینان بدون تقید به دین خاص، و عرف متدینان به دین اسلام.

افزون بر این تقسیم، عبارت مرحوم آشتیانی در شرح «فرائد الاصول» شیخ انصاری که بر تفکیک عرف اهل لسان از عرف عمومی آنان بر امور دیگر تأکید می‌ورزد، شایان توجه است (انصاری، ص ۱۶۴).

۱-۳. مفهوم عرف در علم حقوق

نظریه پردازان علم حقوق با توجه به شاخه‌های متعدد حقوق برای عرف تعاریف گوناگونی بیان داشته‌اند، بدین گونه که گاه از آن به مجموعه مقرراتی که از سوی شارع مقدس اسلام وضع نشده باشد، تعبیر کرده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ص ۲) و دیگر گاه چنان که از «ژولین» حقوقدان روم باستان نقل شده در تعریف آن گفته‌اند: «عرف و عادت عبارت از حقوقی است که از آداب و سجایای مردم پدید آمده و اثر قانون را دارد» (جوان، ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۲۱). همچنین در پاره‌ای از

نوشته‌های حقوقی آن را قواعدی دانسته‌اند که از پدیده‌های اجتماع استخراج شده و بدون دخالت قانون‌گذار به صورت قاعده حقوقی در آمده است که البته در این معنا جز قانون، دیگر منابع حقوق همچون رویه قضایی و قواعد ناشی از عقاید علمای حقوق را نیز در برمی‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۴۹، ص ۱۸۷). لازم به ذکر است در همه تعاریف اصولاً قانون نیز به جهت حفظ نظم و آرامش جامعه به عرف احترام گذارده و رعایت آن را لازم می‌شمارد و تخلف از آن را موجب اختلال نظم می‌داند. آنچه تاکنون بیان شد تعریف عرف در «حقوق داخلی» بود. اما در «حقوق بین‌الملل عمومی» چنانکه برخی از حقوقدانان تصریح کرده‌اند، عرف تعریف دیگری را می‌طلبد. در حقوق بین‌الملل عمومی عرف و عادت از شیوه عمل و رفتار دولت‌ها در ایجاد و بسط مناسبات خود با یکدیگر و همچنین رویه آن‌ها در اختلافات با یکدیگر ناشی می‌شود، بدین گونه که در نتیجه تکرار این شیوه عمل و رفتار دولت‌ها در روابط بین‌المللی، ایمان و اعتقاد نسبت به قواعدی پیدا می‌شود که به تدریج در روابط مشترک آن‌ها جنبه الزامی به خود گرفته و به‌عنوان معیار سنجش ارزش‌های حاکم پذیرفته می‌شود. این قواعد ریشه و اصل قواعد حقوق بین‌الملل عمومی است (کی‌نیا، ۱۳۴۰، صص ۱۷۴-۱۷۵ و عمید زنجانی، ۱۳۶۷، ص ۱۰۱) بنابراین به موجب بند ۲ ماده ۳۸ اساسنامه «دیوان بین‌المللی دادگستری» عرف عبارت است از رویه عمومی دولت‌ها که به صورت قاعده حقوقی مورد قبول آن‌ها قرار گرفته است که ممکن است به صورت جهانی یا منطقه‌ای یا به صورت دوجانبه در تکرار امری با موافقت ضمنی آن‌ها باشد (عرفانی، ۱۳۷۳، ص ۴۳). النهایه حقوقدانان حقوق بین‌الملل قائل به این هستند که عرف و عادت نخستین منبع حقوق بین‌الملل عمومی به شمار می‌آید و در حل اختلافات بین‌المللی پایه تصمیمات قضایی است اما به‌طور کلی عرف رویه عملی کل یا جزء مردم است که در عمل یا قول آن‌ها تجلی می‌یابد و ناشی از رضایت و پسند آن‌ها از آن وسیله ابراز (مبرز) است و در هر صورت می‌بایست مبتنی بر عنصر مادی (تکرار) و معنوی (مقبولیت) باشد.

۱-۲. تبارشناسی، شرایط و منشأ ایجاد عرف

همان‌گونه که در مباحث قبل مطرح گردید، عرف می‌تواند برگرفته از رفتار و عملکرد حکومت‌گران است و به مجموعه عادات ناشی از اعمال و رویه‌های اساسی الزام‌آور تعریف می‌شود (CHAGNOLLAUD, 2003, p. 42) یا به‌عنوان قاعده حقوقی نانوشته‌ای که برخاسته از رفتارهای مکرر همگون مردم که قوای عمومی از آن‌ها تبعیت کرده یا در برابر آن‌ها خاموشی برمی‌گزینند معرفی

می‌شود (ر.ک: عباسی، ۱۳۸۵). عرف از نظر برخی حقوق‌دانان دارای چهار ویژگی است و فقط در صورت وجود این چهار شرط دارای آثار حقوقی خواهد بود:

• تکرار:

مطابق یک ضرب‌المثل «با یک بار عرف به وجود نمی‌آید»^۱ عادت باید در یک زمان نسبتاً طولانی تکرار شود و تنها با یک پیشینه، عرف ایجاد نخواهد شد. لذا تعدد در یک رفتار چه قولی و عملی رکن اساسی عرف خواهد بود.

• پیوستگی در تفسیر:

تفسیر صورت گرفته در طول مدت انجام عادت باید همیشه یکسان باشد. اگر رفتارهای سابق متفاوت باشند و در نتیجه به تفسیرهای متناقض منجر شوند بدیهی است که عرف ایجاد نخواهد شد.

• روشنی در سبب تفسیر:

تفسیر از عادت باید روشن باشد یعنی در علل تفسیر هیچ ابهامی وجود نداشته باشد. اگر نهادی عملکرد خود را به علت وجود شرایط کاملاً بخصوصی توجیه کند چنین پیشینه‌ای روشن نبوده، در فرآیند تشکیل عرف مؤثر نخواهد بود (CHANTEBOUT, 2004, p. 25).

• احساس التزام و لازم‌الاتباع بودن برای افراد تحت شمول:

با توجه به تعابیر مذکور می‌توان گفت این احساس التزام به‌عنوان رکن معنوی و تکرار و استمرار به‌عنوان رکن مادی دومین رکن اساسی عرف می‌باشد لکن در عرف خاص این دو رکن در افراد مشمول می‌بایست موجود باشد تا عرف محقق شود مثلاً در خصوص عرف بین‌الملل یا عرف حقوقدانان چنین تعبیر می‌شود: «میان قوای عمومی و دکترین غالب حقوقدانان باید این اعتقاد وجود داشته باشد که این رویه الزام‌آور است. عرف بر رضایت و توافق ذهنی یا عملی مردم و رفتار مستمر آنها استوار است. عرف نه توسط یک اراده یک‌جانبه بلکه از اراده مشترک قوای تأسیسی نشأت گرفته و دارای خصیصه‌ای اجماعی است نه خصوصیتی اختلافی. عرف در صورتی اقتدار حقوقی خواهد داشت که در نهادهای ذینفع، آن را همانند حقوق بینگارانند. اگر بخش مهمی از افکار عمومی

۱. Une fois n'est pas coutume

۲. Opinio juris

و دکترین غالب، رویه‌ای را نقض حقوق تفسیر کند اینجا نقطه آغاز عرف نخواهد بود» (کی‌نیا، ۱۳۴۰، ص ۱۸۰).

به‌هرحال، عرفی که میراث گذشتگان ماست و فرضاً هزاران سال عمر کرده، در بستر زمان و مکان نمی‌تواند دست‌نخورده، همان صورت نخستین خود را حفظ کرده باشد؛ بلکه در پرتو پیشرفت جامعه که همواره متکامل و متحول است آن عرف نیز، با حفظ ماهیت خود، رنگ باخته و رنگ گرفته و به فراخور حال و مقام خود را به شکلی نمایانده است (فیض، ۱۳۸۷، صص ۱۰۵-۱۰۷).

۲. نقش عرف در تفسیر قواعد حقوقی (عرف مفسر در مقام حل شبهات مفهومیه)

قبل از ورود تفصیلی به بحث کاربرد عرف در حقوق تفسیری ابتدا لازم است بررسی گردد که عرف به معنای آنچه در بیان الفاظ و عبارات مورد قبول و پسند عامه مردم است، در علم اصول، به‌عنوان علمی که از شیوه تفسیر صحبت می‌کند، چگونه تبیین و بررسی می‌شود لذا به بررسی و واکاوی مفاهیم مرتبط با عرف قولی می‌پردازیم:

۲-۱. ساختار مفهومی حقیقت و مجاز

یکی از مباحث بسیار مهم در تفسیر قوانین، تفسیر قراردادها (اعم از اصل قرارداد و شروط ضمن قرارداد) مبحث تشخیص مراد قانون‌گذار یا طرفین قرارداد است که هر دو تعیین‌کننده حقوق و تکالیف اشخاص هستند. هم‌عرض این مطلب موضوعی در علم اصول فقه مورد مطالعه و بررسی قرار می‌گیرد، تحت عنوان حقیقت و مجاز، که در مقام تفسیر و کشف مراد قائل، در مبحث الفاظ، مورد استفاده قرار می‌گیرد. در واقع، در مبحث الفاظ به دنبال کشف اراده‌ی واقعی گوینده هستیم (چه شارع مقدس، چه قانون‌گذار و یا اینکه طرفین قرارداد) هدف کشف اراده‌ی قانون‌گذار، شارع یا اشخاص در قراردادها است. در مبحث الفاظ اصاله الحقیقه، اصاله العموم و اصاله الاطلاق و سایر اصول تفسیری ریشه در اصاله الظهور دارد یعنی ظهور عبارات دلالت‌گر معانی حقیقی آن‌ها می‌باشد یعنی آن معنایی که لفظ برای آن وضع شده است در وضع اولیه یا وضع ثانویه در مراحل بعد. لذا در بحث اصاله الحقیقه، اینکه چرا در زمان شک در منظور قانون‌گذار یا اشخاص، اصل را بر حقیقت و استعمال حقیقی قرار می‌دهیم ریشه در این دارد که ظهور الفاظ بر معنای حقیقی‌شان است و استعمال

حقیقی اصل می‌باشد. لذا گفته می‌شود اگر بخواهیم لفظی را در غیر ماوضع له یعنی معنا و آن چیزی که برای آن قرار داده شده است استفاده بکنیم نیازمند:

۱. وجود مناسبت یا علاقه؛
۲. نیازمند وجود قرینه در بیان یا در رفتار هستیم که به آن قرینه حالیه یا مقالیه گفته می‌شود (قافی و شریعتی، ۱۳۹۳، ص ۸۳).

ابزار شناخت معنای حقیقت از مجاز یا استعمال حقیقی از مجازی عبارت است از:

۱. رجوع به بیان قانون‌گذار یا شارع یا لغت‌دان (که به آن قول لغوی گفته می‌شود).
۲. تبادر یعنی آن معنایی که اولین بار به ذهن می‌رسد معنای حقیقی است؛
۳. صحت حمل و عدم صحت سلب است یعنی معنا را موضوع یا مسندالیه قرار می‌دهیم و لفظ را مسند و سپس جمله‌ای را درست می‌کنیم مثل اینکه بخواهیم بدانیم معنای فرزند، فرزند خوانده هم هست یا خیر؟ گفته می‌شود فرزند خوانده فرزند است صحیح نمی‌باشد لذا معنای فرزند برای فرزند خوانده معنایی مجازی است؛
۴. اطراد یا تداوم یا پیوستگی استعمال در بین مردم در واقع همان عرف قولی و بیانی مردم می‌باشد که البته اصولاً مردم می‌توانند به شیوه‌ی تعینی و یا نقل، کم کم معنای لفظی را عوض کنند (قمی، ج ۱، ص ۶۴، اصفهانی، ۱۳۶۳، ص ۲۵، آخوند خراسانی، ۱۴۱۲، ص ۲۸، شهابی، ۱۳۵۸، صص ۴۱-۴۲، محقق داماد، ۱۳۷۸، ص ۳۲).

آنچه از علم اصول فهمیده می‌شود آن است که شیوه‌ی استنباط در فقه و یا کشف مراد شارع از طریق ادله‌ی اربعه یعنی کتاب، سنت، اجماع و عقل، در یک تقسیم‌بندی کلی به ادله‌ی نقلی و ادله‌ی غیرنقلی (ادله‌ی عقلی) تقسیم می‌شوند، می‌باشد حال با توجه به اینکه یک حقوق‌دان و قاضی می‌بایست در مواجهه با قراردادها و متن قانون بتواند مراد مقنن و طرفین را کشف نماید می‌توان گفت اصول و دستگاه استنباط حکم شارع و حکم مقنن برای مفتی و حقوق‌دان یکی است لذا اگر اصالة الحقیقه برای مجتهد در تفسیر کتاب و سنت (به‌عنوان مبنای نقلی احکام شرعی) حجت است، برای قاضی و حقوق‌دان نیز این اصل عقلی در تفسیر قانون و یا قرارداد بین اشخاص نیز حجت و مورد استناد خواهد بود لذا دستگاه استدلالی یک قاضی مآذون در تفسیر قواعد قانونی و قواعد قراردادی همان دستگاه استدلالی یک مجتهد در تفسیر ادله لفظی است بنابراین همین اصول لفظیه

و از جمله اصاله الحقیقه در قانون و هر جا که با لفظ سروکار داریم مورد استفاده قرار می‌گیرد چه در مقام قانون‌گذاری و چه در مقام انعقاد قرارداد.

۲-۲. اقسام حقیقت و نوع وضع

اقسام حقیقت با توجه به ماهیت واضح لفظ برای معنا یا موضوع له، معین می‌شود؛ اگر واضح لفظ عرف است که اصولاً به شیوه‌ی تعیینی تعیین و وضع می‌شود، حقیقت عرفی برای آن لفظ به وجود می‌آید اگر واضح لفظ برای آن معنا شارع است، استعمال آن لفظ برای آن معنا به واسطه حقیقت شرعیه، حقیقت است. ممکن است لفظی برای یک معنایی توسط لغت‌دان در نظر گرفته شود، که به آن حقیقت لغوی می‌گوییم و اگر توسط قانون‌گذار لفظی برای معنایی در نظر گرفته شود به آن حقیقت قانونیه می‌گوییم. لذا اصولاً یک قاضی و یک حقوقدان با چهار نوع وضع مواجه می‌باشد با توجه به این نکته بعد از آنکه انواع حقیقت مشخص شد مجری و محل استعمال هر یک در مقام تفسیر روشن خواهد شد.

حقیقت لغوی در واقع همان معنا و موضوع له مدنظر است که لغت‌دان برای لفظی در نظر می‌گیرد که از طریق وضع تعیینی رخ می‌دهد اما حقیقت عرفی همان وضع عرف است که معنایی را برای لفظی در نظر می‌گیرد و اصولاً نوع وضع نیز وضع تعیینی می‌باشد (مغنیه، ۱۹۸۰، ص ۳۰) این وضع ممکن است ناشی از عرف عام (عموم مردم) یا عرف خاص (قشر خاصی از مردم) باشد (قافی و شریعتی، ۱۳۹۳، ص ۹۰) مثل اینکه لفظ خیار در عرف عام به میوه دراز سبزرنگی اطلاق می‌شود ولی بین حقوقدانان به معنای حق یک طرفه برای از بین بردن یک قرارداد. ممکن است لفظی دارای سایر معانی حقیقی مانند حقیقت لغوی باشد اما به واسطه‌ی وضع تعیینی، (عرف عام یا خاص) برای آن لفظ معنای دیگری معین شود لذا اصطلاحی به نام منقول عرفی ممکن است واقع شود یعنی لفظی را از معنای حقیقی به معنای حقیقی دیگری منتقل کنیم (مظفر، ۱۳۷۰، ج ۲، ص ۱۲۵، محمدی، ۱۳۸۱، ص ۴۶) نوع دیگر حقیقت، حقیقت شرعیه بود مثل واژه صلاة برای نماز که معنای لغوی آن دعاست اما شارع این لفظ را در معنای دیگری در نظر گرفته است که همان عمل عبادی با سلوک مشخص است و در واقع یک منقول شرعی اتفاق افتاده است حال اینکه حقیقت شرعیه وجود دارد یا خیر بین اصولیون و فقها اختلاف وجود دارد، (خویی، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۱۱۴، مشکینی، ۱۳۷۱، ص ۶۴) با توجه به لزوم بررسی کاربردی مطالب از ادامه‌ی بحث حقیقت شرعیه امتناع می‌کنیم. قسم دیگر از حقیقت،

حقیقت قانونی یا قانونیه می‌باشد (قافی و شریعتی، ۱۳۹۳، ص ۹۴) یعنی الفاظی را که قانون‌گذار برای معانی در نظر می‌گیرد، که البته ممکن است این الفاظ در لغت، شرع و حتی عرف معنای دیگری داشته باشند اما قانون‌گذار آن‌ها را از معنای حقیقی اصلی به معنای حقیقی خاص خودش منتقل کند که به آن منقول قانونی گفته می‌شود. با توجه به این نکته لازم است بیان شود که اولاً هر یک از این حقیقت‌های چهارگانه در مقام تفسیر چه کاربردهایی دارد و در صورت تراحم و تعارض معانی یک لفظ، به عنوان یک حقوقدان کدام یک از معانی حقیقی یک لفظ را در شئون مختلف نسبت به بقیه معانی در اولویت قرار دهیم تا در این بین جایگاه عرف به عنوان مفسر عبارات قانونی و قراردادها نیز تبیین گردد.

۲-۳. اصل لزوم وجود حقیقت قانونیه در مقام وضع قواعد حقوقی

اولین مقام، مقام قانون‌گذاری است چون اولین برخورد با الفاظ در حقوق الفاظ قانون است علی‌الخصوص بعد از زندگی اجتماعی مبتنی بر تئوری اداره دولت ملت‌ها، قبل از ورود به این بحث لازم است دوباره بیان شود که چون قانون‌گذار می‌بایست مسائل را به صورت روشن و صریح بیان کند تا مجریان بتوانند از طریق قوانین صریح و روشن منویات قانونی را به اجرا گذارند لازم است با توجه به تعدد الفاظ و تعدد معانی حقیقی و مجازی، قانون‌گذار برای الفاظ خاص که بار معنایی ویژه‌ای دارند حتی در صورت اشتراک و دارا بودن حقیقت عرفی یا حقیقت شرعی، معانی مدنظر خود را در قانون، در قالب بخش تعاریفات بیان نماید؛ زیرا این امر موجبات عدم اختلاف، عدم تعارض و عدم اطاله در فرآیند تفسیر قانون را میسر خواهد نمود لذا قانون که شاخصه اصلی آن روشن و مبرهن بودن است برای حقوقدان روشن، واضح و گویا خواهد شد لذا این مسأله در اجرا هم مؤثر خواهد شد و می‌توانیم قانون خوب را قانون روشن، واضح و صریح بدانیم و از این روی اصل کاربردی لزوم تعریف قانونی یا وضع قانونیه را در مقام وضع قواعد حقوقی توسط مقنن بناء نماییم چرا که قانون برای رفع اختلاف وضع می‌شود و نبایستی خود موجبات اختلاف را فراهم نماید به تعبیر دیگر می‌توان گفت نظم عمومی قضائی عبارت است از رسیدگی سریع و عادلانه و هر آنچه محل این هدف باشد می‌بایست کنار گذاشته شود و از آن جمله عدم صراحت و اختلاف در تفسیر قوانین است اینکه قانون‌گذار لازم است معانی الفاظ خاصی را که در نظر می‌گیرد به صورت صریح در قانون بیان نماید ریشه در نظم عمومی جامعه دارد چرا که در صورت اختلاف، هم در مقام تفسیر

برای قاضی یا وکیل و اجرا، اختلاف حادث خواهد شد و هرگونه اختلافی خود محل نظم عمومی جامعه است یعنی آمار ورودی پرونده‌ها را افزایش خواهد داد و از موجبات اطاله دادرسی می‌باشد لذا در این بخش از پژوهش اصول کاربردی در تفسیر، مبتنی بر ضرورت روشن بودن، صریح بودن و معین بودن معانی الفاظ در حقوق (به علت ارتباط مستقیم نحوه تفسیر با حقوق و تکالیف) ارائه خواهد شد. این اصول در واقع ریشه در اصل تفسیر روان و بدون اختلاف الفاظ در حقوق دارد و چون الفاظ ممکن است با توجه به شئون مختلف و در معانی مختلف استفاده شود (حتی معانی حقیقی متعدد) لازم است یک حقوقدان معنای مدنظر خود را از لفظ مورد استعمال به صورت صریح و روشن بیان کند مثلاً در قانون تجارت باید به طور صریح بیان کند که تاجر از نظر او کیست؟ آیا تاجر شخصی است که شغل خود را به صورت متعارف و عادی تجارت قرار داده است یا تاجر کسی است حتی به صورت موردی به فعالیت‌های تجاری پرداخته باشد حتی اگر شغل او تجارت نباشد. به نظر می‌رسد حتی اگر تأیید معنای خاصی از عرف یا تأیید معنای خاصی از شرع باشد، چون ممکن است در مقام کشف عرف یا شرع نیز اختلاف رخ دهد لازم است به علت لزوم رعایت نظم عمومی قضایی مقنن تعاریف مدنظر خود را ابتدائاً بیان نماید.

۲-۴. تعارض و تزامم حقیقت قانونیه با سایر انواع حقیقت

در مقام قانون‌گذاری اگر قانون‌گذار واژه‌ای را در قسمت کلیات و تعریفات، معنا نمود اصل بر این است که در هر جای قانون آن لفظ استعمال شود به همان معناست یعنی اصل در تفسیر قوانین حمل الفاظ بر معانی قانونیه یا حقیقت قانونیه آن‌ها می‌باشد حتی طبق اصل کلی چون قانون‌گذار یک شخصیت حقوقی واحد در نظر گرفته می‌شود، اگر در قوانین دیگر هم لفظی را قانون‌گذار در یک قانون بکار ببرد اصل بر این است که همان معنا در سایر قوانین مدنظر وی بوده است چرا که مقنن یک شخصیت حقوقی واحد در نظر گرفته می‌شود لذا اصل حاکمیت حقیقت قانونیه در تفسیر قوانین اصل دوم قانون‌گذاری محسوب می‌شود البته مقنن هم باید به این اصل توجه نماید که اگر در قانونی اصطلاح تعزیر را بکار می‌برد در سایر قوانین هم اگر بخواهد اصطلاح تعزیر را بکار ببرد باید به همان معنا توجه کند. بنابراین در لسان مقنن، یک مفسر قانون و یک حقوقدان اگر لفظی دارای چند معنای حقیقی باشد می‌بایست معنای قانونی یا حقیقت قانونیه را بر سایر معنای حقیقی

ترجیح دهد که این امر منجر بر ایجاد رویه‌های واحد قضایی در اجرای قوانین و به یک معنا عدالت قضایی خواهد شد.

اما اگر معنای لفظی، در قانون تعیین نشد و به یک معنا دارای حقیقت قانونیه نباشد بین سایر معانی حقیقی یعنی حقیقت عرفیه، لغویه و حقیقت شرعیه، کدام یک برای یک حقوقدان، مبتنی بر اصول فوق‌الذکر، می‌بایست اولویت پیدا کند؟

اصل سوم در تفسیر قوانین عبارت است از اینکه اگر لفظی در قانون به صورت روشن و صریح تعریف نشده بود می‌بایست از طریق مبنای اصل ۱۶۷ قانون اساسی که در بیان بسیاری از حقوقدانان به عنوان مبنایی برای شیوه‌ی تفسیر قوانین و مقررات در کشور و در نظام حقوقی ایران است می‌بایست با توجه به معانی شرعیه الفاظ قانون را تفسیر نمود البته در صورت وجود حقیقت شرعیه، در واقع اگر لفظی دارای حقیقت شرعیه باشد و به تعبیر دیگر از مختصات فقهی باشد می‌بایست مبنای تفسیر و تأویل قرار گیرد پس در صورت عدم تصریح به معانی قانونیه توسط قانون‌گذار و اجمال کلام قانون باید به معانی شرعی رجوع کنیم (طبق اصل ۱۶۷ و ۴ قانون اساسی)، بنابراین بر مبنای قانون اساسی معانی شرعی و حقیقت شرعیه مکمل حقیقت قانونیه خواهد بود، برای اینکه بتوانیم قانون را تفسیر کنیم. لذا اولیت حمل لفظ قانون‌گذار بر معنی حقیقی قانونیه مصرح است و در صورت عدم تبیین مفهومی الفاظ در قانون می‌بایست بنا بر ارجاع اصل ۱۶۷ قانون اساسی که ارجاع کلی به فتاوی معتبر فقهی است (هم در تفسیر مفهومی و هم تفسیر حکمی) به یک معنا حقیقت شرعیه جایگزین حقیقت قانونیه می‌شود که حتی می‌توان آن را حقیقت قانونیه غیر مصرح یا ارجاعی با توجه به ارجاع قانون اساسی دانست به بیان دیگر مبنای اصل ۱۶۷ در مقام رفع اجمال و ابهام معانی الفاظ قانونی مورد استناد خواهد بود. بنابراین شرع مکمل بیان قانون‌گذار خواهد بود. در نتیجه در خصوص الفاظی که دارای حقیقت شرعیه هستند یک حقوقدان و یک قاضی می‌بایست معنای حقیقی شرعی را بر حقیقت لغوی و عرفی اولی بدانند.

سومین فرض حالتی است که اگر لفظی نه حقیقت قانونیه داشته باشد و نه حقیقت شرعیه، در مقام تفسیر یک حقوقدان و یک قاضی می‌بایست بین حقیقت لغوی و عرفی عام و خاص، عرف خاص را اولویت دهد، تفصیل کلام اینکه حقیقت عرفیه بر دو قسم است: حقیقت عرفیه عام و حقیقت عرفیه خاص که البته در اینجا مدنظر عرف قولی است (یعنی معانی عرفی که از الفاظ و عبارات فهمیده می‌شود) و نه عرف عملی. بنابراین عرف قولی تقسیم می‌شود بر عرف عام و عرف

خاص. اگر در موضوعی عرف خاص حقوقدانان وجود داشته باشد و آن‌ها لفظی را برای معنای خاصی بکار ببرند اصل بر این است که بعد از حقیقت قانونیه و حقیقت شرعیه، عرف خاص مبنای تفسیر از قانون خواهد بود و در صورت عدم وجود عرف خاص، عرف عام و در نهایت اگر عرف عام هم وجود نداشت و معنای عرفیه یا حقیقت عرفی برای لفظی وجود نداشته باشد نوبت به حقیقت لغویه خواهد رسید چرا که بسیاری از الفاظ در وضع اولیه به یک معنا بوده‌اند لکن در تطور زمانی و مکانی معانی جدیدی یافته‌اند مانند خط کش که در وضع لغوی به معنای قانون بوده است لکن امروز دارای حقیقت عرفیه می‌باشد.

مبتنی بر مطالب مذکور، اگر لفظی دارای معانی حقیقی متعددی باشد اولویت با حقیقت قانونی یا قانونیه صریح یا قانونیه التزامی و غیرصریح یعنی همان حقیقت شرعی است سپس حقیقت عرفی خاص، سپس حقیقت عرفی عام و در نهایت حقیقت لغویه.

۲-۵. جایگاه معانی حقیقی در تفسیر قراردادها (قانون بین‌الائینی)

مباحث فوق‌الذکر در خصوص تفسیر قراردادها نیز مطرح است در ابتدا لازم است متذکر شویم منطق حقوق در قراردادهای حقوق خصوصی که تنظیم‌کننده روابط در بین اشخاص است با منطق حقوق در قراردادهای بخش عمومی که روابط بخش عمومی را با اشخاص تنظیم می‌کند متفاوت می‌باشد بنابراین مطالب در دو بخش مجزا مورد بررسی قرار می‌گیرند:

۲-۵-۱. جایگاه معانی حقیقی در تفسیر قراردادهای بخش عمومی

قراردادهای بخش عمومی، در این نوع از قراردادها، که معمولاً به صورت یک قرارداد الحاقی می‌باشد بخشی به عنوان تعاریف و کلیات وجود دارد که محل وضع حقیقت قانونیه و وضع قانونی است این امر ناشی از همان ضرورت بیان شده در بخش‌های قبلی در خصوص لزوم وضع قانونی و وجود حقیقت قانونیه است در راستای کاهش اختلافات در تفسیر قواعد حقوقی است بنابراین اینجا نوعی حقیقت قانونیه به وجود می‌آید یعنی تصریح می‌کنند که منظور از فلان لفظ در قرارداد چیست، این امر ریشه در نظم عمومی قضائی دارد. لذا نمی‌توان گفت که در این قرارداد در عین وجود حقیقت قراردادی و مصرح، معنای دیگری از آن واژه مانند حقیقت لغوی یا عرفی مبنای تفسیر حقوق و تکالیف قراردادی می‌باشد بنابراین اصل اولیه در تنظیم قراردادها لزوم وجود حقیقت

قراردادی است که موجب عدم اطاله در تفسیر و دادرسی و صراحت در حقوق و تکالیف می‌شود و بسیاری اختلافات را دفع می‌کند به جای آنکه در اثر اختلاف در تفسیر بخواهیم آن‌ها را رفع کنیم این مفهوم است که امروزه مکتب حاکمیت اراده ظاهری را توجیه و تبیین می‌نماید چرا که حاکمیت اراده باطنی خود موجب اختلاف در تفسیر و اطاله دادرسی است که می‌تواند موجب خلل در نظم عمومی قضائی شود.

لذا اراده ظاهری مستنبط از تعاریف مصرح در قرارداد، که تحت عنوان حقیقت قراردادی نامیده می‌شود مبنای تعهد طرفین خواهد بود و حقیقت قراردادی یعنی آن حقیقتی که دو طرف قرارداد بر آن تراضی می‌کنند مبنای تفسیر قرارداد است. در نتیجه لازم است دو اصل تأسیس شود:

۱. لزوم وضع حقیقت قراردادی؛

۲. لزوم رجوع به تعاریف و معانی حقیقی قراردادی در مقام تفسیر حقوق و تعهدات قراردادی.

در صورت عدم وجود حقیقت قراردادی، حقیقت قانونیه (در صورت وجود) مبنای تفسیر خواهد بود مگر اینکه قرینه‌ای وجود داشته باشد که در آن نوع از قراردادها حقیقت عرفی خاص مبنای تفسیر قرار گیرد در صورت عدم وجود حقیقت قراردادی و قانونی، حقیقت عرفی خاص (که خود یک امر نسبی است) مبنای تفسیر قرار خواهد گرفت البته در صورت عدم تصریح (حقیقت عرفیه به معنای عرف قولی خاص یا عرف حقوقدانان در صورت عدم وجود حقیقت قانونیه مطرح می‌شود) البته عرف خاص را می‌توان عرف عموم اشخاصی که در آن قراردادها شرکت می‌کنند دانست زیرا در قراردادهای بخش عمومی مثل قرارداد بیمان، عرف بین الاثینینی معنی ندارد. در صورت عدم وجود عرف خاص به عرف عام مردم رجوع خواهد شد و در مرحله نهایی نیز در تفسیر قراردادهای بخش عمومی نوبت به حقیقت لغویه می‌رسد. بنابراین در قراردادهای حقوق عمومی مثل قراردادهای بیمان اول حقیقت قراردادی که در قرارداد آمده است. دوم حقیقت قانونیه سوم حقیقت عرفیه خاص چهارم حقیقت عرفیه عام و پنجم حقیقت لغویه مبنای تفسیر خواهد بود.

پس با این نکته تاکنون مواجه شده‌ایم هر جا نیازمند اصل سرعت و اطمینان در کاهش اختلافات و عدم اجرای اطاله‌ی دادرسی در اجرا هستیم نیازمند وجود تعاریف مشخص چه در قانون و چه در قرارداد و روابط بین الاثینینی هستیم.

۲-۵-۲. جایگاه معانی حقیقی در تفسیر قراردادهای بخش خصوصی

در قراردادهای حقوق خصوصی برای تفسیر نیازمند اولویت‌بندی دیگری بین معانی حقیقی هستیم در قراردادهای حقوق خصوصی ماده‌ی بسیار مهمی در حقوق ایران وجود دارد که عبارت است از ماده‌ی ۲۲۴ قانون مدنی و بیانگر این است که الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفیه، اینکه این عرف به چه معناست و بین انواع حقیقت کدام یک در قراردادهای حقوق خصوصی اولویت دارد می‌بایست مورد بررسی قرار گیرد در ابتدا گفته می‌شود که مبناى قراردادهای حقوق خصوصی در حقوق مدنی ایران برخلاف برخی از کشورها مانند آلمان، اراده‌ی باطنی است (رحیمی، ۱۳۹۱، ص ۲۲) که اگر این اراده باطنی مخالف معانی ظاهری، که اصولاً عرف معین کننده ظاهر است، باشد مدعی خلاف ظاهر مکلف به اثبات خواهد بود لذا در قراردادهای خصوصی غایت المراد مفسر کشف اراده باطنی اشخاص است که در قالب الفاظ بیان شده است و هر چند اراده باطنی ملاک است اما اصل اولیه حاکمیت اراده ظاهری ابراز شده است اینکه گفته می‌شود اراده باطنی ملاک است یعنی اراده ابراز شده بین دو طرف یا همان حقیقت مقصوده‌ی بین الاثینى. بنابراین ممکن است اشخاص هر چند لفظ بیع در حقوق مدنی حقیقت قانونیه دارد بگویند مدنظر ما از لفظ بیع در قرارداد معنای قانونی آن نبوده است بلکه صلح بوده است و طبق این مبنا می‌گوییم العقود تابعه للقصود یعنی قراردادها تابع قصد باطنی هستند و اگر اثبات شود اراده‌ی باطنی مبناست اما این نیازمند اثبات آن شخص مدعی است که خلاف معنای ظاهری از لفظ را مدنظر قرا داده است حال برای کشف اراده ظاهری، چه ترتیبی بین معانی حقیقی وجود دارد؟

حال با توجه به مطالب مذکور در قراردادهای حقوق خصوصی می‌بایست عرف خاص به معنای عرف خاص آن قشر و آن عده که آن قراردادها را منعقد می‌کنند مبنا قرار گیرد چرا که ظاهر عرفی خاص بیان‌گر اراده ظاهری اشخاص است در تفسیر قراردادها، ممکن است در یک قشر خاص تفسیر از تعدیل قراردادها معنای ویژه‌ای داشته باشد حال قاضی در مقام تفسیر می‌بایست اراده ظاهری را از طریق عرف خاص کشف نماید بنا بر مطالب مذکور اصل اولیه در تفسیر قراردادها حاکمیت اراده ظاهری است و اصل ثانویه هم رجوع به حقیقت عرفیه خاص در تفسیر اراده ظاهری است، لذا در نظام حقوقی ایران هر چند قانون‌گذار خلاف در حقوق قراردادهای مدنی قاعده تکمیلی خاصی را وضع نماید اما اگر حقیقت عرفیه خاص خلاف آن وجود داشته باشد در مقام تفسیر می‌بایست عرف خاص را مبنا قرار بدهیم. پس در صورت لزوم ایجاد اولویت در بین حقیقت‌های مذکور، در صورت

عدم تصریح و تعریف الفاظ قرارداد در قالب حقیقت قراردادی، حقیقت عرفیه خاص، به معنای آن قشر و آن عده که آن قراردادها مبنای کار آنهاست، مبنای تفسیر قاضی و حقوقدان از مفاد یک قرارداد خواهد بود (حقیقت قراردادی در قراردادهای نوین در ادامه مورد بررسی قرار خواهد گرفت).

در صورت عدم وجود عرف خاص نوبت به حقیقت قانونیه می‌رسد البته حقیقت قانونیه هم مبتنی بر همان مطالب سابق ممکن است صریحاً وجود داشته باشد در قالب قواعد و قوانین تکمیلی یا صریحاً وجود نداشته باشد که در این صورت اگر موضوع از مختصات فقه باشد مبتنی بر اصل ۱۶۷ به فتاوی معتبر رجوع می‌شود و در غیر این صورت به دکترین حقوقی، لذا ممکن است لازم باشد از حقیقت قانونیه غیر مصرح یعنی حقیقت شرعیه مبتنی بر اصل ۱۶۷ و اصل ۴ قانون اساسی استفاده بکنیم در صورت عدم وجود حقایق مذکور نوبت به حقیقت عرفیه به معنای عرف عام می‌رسد و در صورت عدم وجود عرف عام به معنای لغوی یا حقیقت لغوی لفظ می‌بایست توجه نمود.

نکته مهم در قراردادهای بین اشخاص امکان وجود عرف خاص بین طرفین است که البته اگر مخالف ظاهر قرارداد باشد نیازمند اثبات است اما در هر صورت چون اراده باطنی ملاک تعیین حقوق و تعهدات طرفین است عرف خاص که کاشف اراده باطنی طرفین است مقدم بر سایر معانی خواهد بود لذا حقیقت عرفیه اخص مقدم بر حقیقت عرفیه خاص و عام خواهد بود هر چند اثباتاً اصل بر حاکمیت عرف خاص است مگر خلاف آن اثبات شود.

۲-۵-۳. تأثیر تحولات انجام شده در قراردادهای نوین بر اصول تفسیری

در حقوق ایران ماهیتی دوگانه را در حقوق تجارت شاهد هستیم در حقوق تجارت شاهد این مطلب هستیم که تعاریف قانونیه مشخص مبتنی بر نظم عمومی قضائی، اصل سرعت و اصل اطمینان وجود دارد که خلاف آن هم قابل اثبات نیست یعنی ریشه در نظم عمومی دارد و آمره است. گویی در حقوق ایران، قراردادهای نوین در حقوق تجارت ظهور و نمو پیدا کرده‌اند و اراده باطنی جای خود را به اراده ظاهری در حقوق تجارت به‌عنوان اصل می‌دهد یعنی در حقوق تجارت اصل بر اراده‌ی ظاهری است مگر خلاف آن تصریح شود پس اصل بر اراده‌ی ظاهری ریشه در نظم عمومی قضائی، با توجه به ضرورت کاهش اختلافات، اصل سرعت و اطمینان دارد. برخلاف قراردادهای حقوق مدنی که اصل بر اراده‌ی باطنی است پس در حقوق تجارت در حال رفتن از حقوق مدنی به

سمت قراردادهای حقوق عمومی هستیم یعنی اراده‌ی باطنی کم کم خود را کمرنگ خواهد دید و اراده‌ی ظاهری می‌شود مبنای تفسیر حقوق و تعهدات اشخاص. چنانچه در برخی از کشورهای دنیا مثل حقوق آلمان اراده‌ی ظاهری مبناست (رحیمی، ۱۳۹۱، ص ۲۲) حتی در حقوق مدنی. البته این ریشه در اهمیت اصل سرعت و اطمینان و اصل روشن بودن قراردادها دارد که یک اصل مهم عقلانی است چون همین که قراردادی را بتوانیم بر معانی متعدد تفسیر بکنیم و دادرس دادگاه بخواهد در جلسات متعدد منظور را کشف کند یعنی اینکه هزینه‌های متعددی هم از طرفین و هم از دستگاه حاکمیت قراراست صرف رفع این اختلاف شود و خود قانون هم موجبات دامن زدن به اختلافات را فراهم نموده است و زمانی که رفع اختلاف هزینه‌اش زیاد شود یعنی به کل بدنه‌ی یک اجتماع صدمه وارد شده است لذا اراده‌ی باطنی از این جهت مورد انتقاد قرار می‌گیرد و دارای نقص است لذا در حقوق قراردادهای نوین به سمت اراده‌ی ظاهری که ریشه در نظم عمومی قضائی دارد حرکت می‌کنیم در نتیجه در حقوق تجارت اصل بر اراده‌ی ظاهری مبتنی بر حقیقت قانونیه است یعنی اصل اولیه لزوم وجود تعاریف قانونی مثلاً از چک، ظهر نویسی و ... است و این ناشی از ضرورت‌های مذکور در بخش قراردادهای عمومی دارد این ضرورت‌ها در فضای حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل قراردادی موجب شده است که قراردادهای نمونه که دارای بخشی به نام تعاریف هستند به وجود بیاید و حقیقت قراردادی در این قراردادها مکمل خلأ حقیقت قانونیه است اما در صورت تعارض حقیقت قانونیه و قراردادی با توجه به ضرورت‌های مذکور و لزوم تلاش بر تفسیر واحد، اصل بر حاکمیت حقیقت قانونیه است. مثلاً لفظ چک برابر با فلان معناست، فردا نمی‌توان خلاف آن را در قرارداد اثبات کرد. بنابراین حیطة اراده باطنی در حقوق تجارت بسیار محدود شده است و نیاز به تصریح بر جواز اراده مخالف دارد. لذا می‌گوییم در حیطة حقوق تجارت هم مثل حقوق عمومی امروزه قراردادهای حقوق تجارت اصل بر حقیقت قانونیه است که البته یا صریح است یا غیرصریح، که از طریق اصل ۱۶۷ و ۴ قانون اساسی تفسیر می‌شود یا اگر حقیقت قانونی وجود نداشته باشد حقیقت قراردادی یا عرف اخص و سپس عرف خاص آن قشر از مردم که آن تجارت را انجام می‌دهند مبنای تفسیر خواهد بود، و در مرحله بعد عرف عام و حقیقت لغوی مبنای تفسیر از قراردادها خواهد بود.

به نظر می‌رسد وفق مبنای مذکور در خصوص قراردادهای بخش عمومی، امروزه بخش وسیعی از قراردادهای خصوصی نوین مانند قراردادهای بیمه، بانک و حمل و نقل، با منطبق مذکور تنظیم می‌شود و این امر با توجه به اهمیت اصل سرعت و اطمینان در قراردادهای نوین خصوصی است.

نتیجه

با تتبع در جایگاه عرف در نظام حقوقی اسلام به این نتیجه می‌رسیم که اندیشمندان در فقه امامیه و حقوق ایران به اتفاق عرف را در حوزه تعیین مفاهیم گزاره‌های فقهی و حقوقی دارای اعتبار و حجت می‌دانند، و بنا بر نظر برخی علماء علم اصول و فقهای بزرگ عرف افزون بر این در حوزه تشخیص مصادیق^۱ نیز حجت است (بروجردی، ۱۴۱۲، ص ۱۸۹).

از مباحث فوق چه در عرصه حقوق و چه در عرصه فقه چنین استنباط می‌شود که عرف «مجموعه قواعدی است که در بین جماعتی در اثر تکرار (عنصر مادی) و التزام به آن (عنصر معنوی) ایجاد می‌گردد و در ذهن مردم به درجه‌ای رسوخ پیدا می‌کند که فکر می‌کنند رعایت آن اجباری و عدم رعایت آن قبیح است و احتمالاً دارای ضمانت اجرا (اعم از حقوقی یا اجتماعی) است و مردم در ذهن خود رعایت آن را مانند رعایت قانون لازم‌الاتباع بشمارند». نتیجه‌ای که در راستای ارائه یک تعریف از عرف در اصطلاح می‌توان از تحلیل‌ها و نقدهای گذشته گرفت، این است که هیچ‌کدام در جهت ذکر تمامی قیود و جامع‌ومانع بودن، از صراحت لازم برخوردار نیستند، لذا تعریفی که پیشنهاد می‌شود، عبارت است از: «آنچه در نفوس مردم مستقر گردیده و بدان در گفتار و عمل ملتزم می‌باشند». این تعریف، با توجه به آن‌که دارای تمامی قیود است و امور غیر دخیل در عرف در آن ذکر نشده است، جامع‌ومانع می‌باشد، لیکن همان‌گونه که کلام مرحوم تبریزی در اوثق الوسائل در این زمینه ره گشا است، مراد از عرف مورد نزاع (خصوصاً در تعبیر فقهی و حدودو ثغور آن) قطعاً مواردی را که واژه عرف در مورد عرف ادیان و یا عرف متشرعۀ اسلامی و عرف عقلاء و عرف شرع به کار رفته شامل نمی‌گردد. بر این اساس، عرف متنازع فیه منحصرأ شامل موارد کاربرد عرف در مقام تشریح و تقنین، تفسیر و تطبیق خواهد بود.

عرف در حقوق موضوعه در بحث الفاظ می‌تواند به‌عنوان مفسر قواعد حقوقی نقش ایفا کند که یا در حیطة تفسیر موضوع قواعد حقوقی است و یا در حیطة تفسیر حکم قواعد حقوقی که مثلاً

۱. همچنین ر.ک به صدر، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۵۲؛ و ج ۶، ص ۱۲۰؛ بروجردی، ۱۴۱۲، ج ۲، ص ۴۱۷؛ اصفهانی، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۱۶۸.

ماده‌ی ۲۲۴ قانون مدنی عرف را در مورد موضوع و حکم قواعد حقوقی مفسر می‌داند (چرا که قرارداد همان قانون بین الاثینی در روابط قراردادی محسوب می‌شود) و چون عرف نیز همان مفاهمه عرفی از الفاظ را مدنظر دارد می‌تواند در مقام تفسیر قانون و قرارداد نقش ایفا کند که در جای خود بیشتر مورد بررسی قرار می‌گیرد.

در حیطه تفسیر عرف قضات می‌توانند محلل تعارضات، اجمال‌ها و ابهام‌های قواعد حقوقی باشد البته این تفاسیر نباید با قواعد مشهور و مسلم فقه وفق اصل ۴ و ۱۶۷ در تعارض باشد.

به نظر می‌رسد عرف در منطبق تفسیر قاعده حقوقی، علی‌الخصوص در تعیین دایره موضوع احکام نقش بسزایی اعمال می‌نماید و در حیطه‌ی قواعد تکمیلی در فرض عدم وجود حقیقت قانونیه، می‌بایست مبنای تفسیر قاضی و حقوقدان از قانون قرار بگیرد لکن در حیطه‌ی قواعد آمره مانند قواعد حقوق عمومی و یا آئین دادرسی اصل بر لزوم وجود حقیقت قانونیه است چرا که عرف ممکن است با توجه به زمان و مکان متفاوت باشد و به‌صورت متفاوتی تفسیر گردد و این امر موجب اطاله دادرسی و تفاوت در برداشت از قانون و قرارداد خواهد بود لذا آنچه مشهود است لزوم وجود حقیقت قانونیه در قراردادها و قانون نسبت به الفاظی است که مشترک لفظی هستند و دارای حقیقت لغوی، عرفی و قراردادی هستند و این امر بسیار مهم است که قاضی و حقوقدان در تفسیر قواعد حقوقی (چه قانون کلی یا قانون بین‌الاثینی) بتواند بین حقیقت‌های مختلف در خصوص واژگان حقوقی تفاوت قائل شود و در هر مقام بداند که کدام‌یک را بر دیگری ترجیح دهد لذا در این مقال سعی شد اصول تعادل و تراجیح حقائق در ذیل بحث اصاله الحقیقه مورد مذاقه قرار گیرد و استنادات مربوطه در حقوق موضوعه نیز تتبع و بررسی موردی شود.

همچنین پس از بررسی مبحث عرف و جایگاه آن به این نتیجه می‌رسیم که در اعتبار فقهی و حقوقی عرف تردیدی وجود ندارد و فقها و حقوقدانان در موارد بسیاری آن را مورد تمسک و استناد قرار داده‌اند. اینکه شارع گاهی در محیط عرف قانون‌گذاری نموده و در موارد بسیاری نهادها و قواعد عرفی را امضاء، تعدیل و تکمیل کرده است و در شناخت و اجرای این قواعد و خطابات خود به فهم عرفی و اصول آن اکتفا کرده است، امری مسلم است. از این رو نقش عرف در فقه و حقوق چه در مقام استنباط احکام و چه در مقام تطبیق و اجرای قواعد چشمگیر است، همچنین بنا بر آنکه عرف پدیده‌ای است اجتماعی و بیانگر اراده اجتماع، این پدیده (عرف) پدیده‌ای نوظهور نیست که فقه و حقوق امروزی آن را کشف کرده باشد یا اینکه بر آن‌ها تحمیل شده باشد بلکه دانش فقه و

حقوق از دیرزمان با این پدیده آشنا بوده است و چه بسا بتوان ادعا کرد که عرف، قدیم‌ترین پدیده فقهی و حقوقی است که به‌عنوان مظهر و جلوه‌گاه حقوق شناخته شده است. چنانچه بخش عمده‌ای از مسائل فقهی و حقوقی مشتمل بر معانی عرفی است که درک درست آن‌ها و فهم صحیح این دسته از مسائل مبتنی بر دریافت عرف و تفاهم عرفی است. لکن آنچه در این مقام می‌بایست بررسی گردد حدود و ثغور حجیت عرف علی‌الخصوص مبتنی بر سه‌شان اصلی قاضی (موضوع‌شناسی، کشف حکم موضوع و تطبیق حکم بر موضوع از طریق ادله اثبات) است و اینکه عرف در چه مقاماتی می‌بایست مورد توجه قرار گیرد.

منابع

- ابن منظور، محمد بن مکرّم، بی‌تا، **لسان العرب**، بیروت، دار صادر، ج ۹.
- اصفهانی، شیخ محمد حسین (۱۳۶۳)، **الفصول الغرویه**، قم: دار احیاء العلوم الاسلامیه.
- انصاری، مرتضی (بی‌تا)، **مطراح الأنظار**، قم: مؤسسه آل‌البیت.
- انصاری، مرتضی (۱۳۸۵)، **فوائد الاصول**، تهران: کتاب‌فروشی وجدانی.
- بروجردی، آقا حسین (۱۴۱۲ق)، **الحاشیه علی الکفایه**، ج ۲، قم: کتاب‌فروشی انصاریان.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۶)، **دائرة المعارف عمومی حقوق**، ج ۴، تهران: گنج دانش.
- جوان، موسی (۱۳۶۶)، **مبانی حقوق**، بی‌جا، بی‌نا.
- خراسانی، محمد کاظم (۱۴۱۲)، **کفایه الاصول**، قم: جماعه المدرسین بقم المشرفه، مؤسسه النشر الاسلامی.
- خوئی، ابوالقاسم (۱۴۱۳ق)، **محاضرات**، قم: دار الهادی.
- رحیمی، حبیب‌الله (۱۳۹۱)، **مسئولیت مدنی**، تهران: دانشگاه علامه طباطبائی.
- روحی، محمد (۱۳۹۲)، **عرف از منظر قرآن، حدیث، فقه و عقل**، تهران: انتشارات دانشگاه تربیت مدرس.
- زبیدی، محمد بن محمد (بی‌تا)، **تاج العروس من جواهر القاموس**، تحقیق: جمعی از محققین، بی‌جا: دار الهدایه.
- شهبایی، محمود (۱۳۵۸)، **تقریرات اصول**، تهران: چاپخانه علمی.
- طباطبائی، محمد کاظم (۱۳۴۲)، **عروه الوثقی**، ج ۳، نجف: مطبعه الحیدریه.
- عرفانی، محمود (۱۳۷۳)، **حقوق تطبیقی و نظام‌های حقوقی بین‌المللی معاصر**، چاپ چهارم، تهران: انتشارات مجد.
- عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۶۷)، **فقه سیاسی**، تهران: انتشارات امیرکبیر.
- فراهیدی، الخلیل بن أحمد (بی‌تا)، **العین**، تحقیق: مهدی مخزومی و ابراهیم سامرائی، ج ۲، بی‌جا: دار و مکتبه الهلال.

- فیض، علی رضا (۱۳۷۴)، **مبانی فقه و اصول**، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- قافی، حسین و سعید شریعتی (۱۳۹۳)، **اصول فقه کاربردی**، ج ۱، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه با همکاری سمت.
- قعی، میرزا ابوالقاسم (بی تا)، **قوانین الاصول**، تهران: مکتبه العلمیه الاسلامیه.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۴۹)، **کلیات حقوق**، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- کی‌نیا، مهدی (۱۳۴۰)، **مقدمه حقوق بین‌الملل عمومی**، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- گل‌باغی ماسوله، سید علی جبار (۱۳۷۸)، **درآمدی بر عرف**، قم: دفتر تبلیغات اسلامی شعبه خراسان، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۷۸)، **مباحثی از اصول فقه دفتر اول**، تهران: مرکز نشر اسلامی.
- محمدی، ابوالحسن (۱۳۸۱)، **مبانی استنباط حقوق اسلامی**، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- مشکینی، علی (۱۳۷۱)، **اصطلاحات الاصول**، قم: دارالهادی.
- مصطفی، ابراهیم و الزیات، أحمد و عبد القادر، حامد و النجار، محمد (بی تا)، **المعجم الوسیط**، دار الدعوة، تحقیق مجمع اللغة العربیة، ج ۲.
- مظفر، شیخ محمدرضا (۱۳۷۰)، **اصول فقه (ترجمه)**، قم: مرکز نشر دفتر تبلیغات حوزه علمیه قم.
- مغنیه، محمدجواد (۱۹۸۰م)، **علم الاصول فقه فی ثوبه الجدید**، قم: مکتبه الزهرا (س).