

تبارشناسی عرف در فقه امامیه و حقوق ایران

محمد روحی برندق* / منصوره فصیح** / محمدامین کیخا فرزانه***

چکیده

عرف در قالب رسم و روش و عادت معمول در میان مردم، نیروی حیاتی هر نهاد حقوقی و یکی از مقوله‌هایی است که برای انطباق پاره‌ای از احکام فقهی با مقتضیات زمان و مکان از تأثیری بی‌بدیل برخوردار است. در واقع، هر قدر یک نظام حقوقی از عرف بیشتر متأثر باشد از استحکام و قدرت بالاتری برخوردار خواهد بود. نظام حقوقی اسلام نیز با صحه گذاشتن عرف‌های محلی و ارجاع قانونگذار به آنها توانسته است ماهیت زنده و پویای خود را حفظ و تکامل بخشد. این مقاله کوششی در جهت تبیین جایگاه و تأثیر عرف در نظام حقوقی اسلام با اشاره‌ای به نقش آن در نظام حقوقی ایران است. بنابراین، پس از ذکر مفاهیم عرف در لسان فقهای شیعه و سنی و همچنین تعاریف اصطلاحی آن، به تأثیر آن در فقه و حقوق و نظام حقوقی اسلام از طریق بیان خصایص عرف به عنوان مهم‌ترین منبع و مبنا در فقه و حقوق، جایگاه عرف در استنباط احکام شرعی و میزان اثرپذیری نظام حقوقی ایران از عرف خواهد پرداخت.

کلیدواژه: عرف، عادت، عقل، حقوق، نظام حقوقی

* استادیار دانشگاه تربیت مدرس (نویسنده مسؤل) 14Rohi@gmail.com

** استادیار پژوهشگاه فرهنگ، هنر و ارتباطات

*** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه علامه طباطبایی

تاریخ وصول: ۱۳۹۴/۰۳/۰۵ - پذیرش نهایی: ۱۳۹۵/۰۲/۱۹

۱- طرح مسأله

در حقوق اسلامی، عرف یک از منابع حقوقی است و این نظام حقوقی با امضاء کردن عرف‌های محلی و ارجاع قاضی به آنها و معتبر شناختن آن توانسته است سیستم حقوقی خود را برای همیشه زنده و متحرک نگه دارد. این جایگاه در حالی است که نظام حقوق اسلامی در اعتبار عرف آن قدر افراط نکرده که مخالف شئون انسان و اصل عدالت و حرمت و شرافت ذاتی آدمی باشد. اهمیت و تأثیر عرف در این نظام حقوقی از آنجاست که عرف از کهنه و فرسوده شدن مبانی فقه و حقوق جلوگیری کرده و آن را همواره در تطبیق و انطباق با نیازمندی‌های روز مردم، متغیر و متکامل نگاه می‌دارد. بنابراین، ارزش شناخت عرف تا جایی است که می‌توان ادعا داشت بی‌تردید قبل از ترسیم و تدوین قانون، پایه اصلی هر قانونی بر مبنای عرف شکل گرفته است، تا جایی که تدوین مجموعه‌های حقوقی و قوانین موضوعه به عنوان یکی از مهم‌ترین پدیده‌های اجتماعی نمی‌تواند ناظر بر عرف و عادت نباشد. به هر حال، 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، با توجه به این نکته که روش مذکور گاهی باعث تحول و دگرگونی در برخی موضوعات و احکام و قوانین جامعه گردیده است، از اینرو، فقیه برای به دست آوردن حکم یک پدیده عرفی، باید مسائل و شرایط مستحدث اجتماع را مورد دقت قرار دهد. با تتبع در جایگاه عرف در نظام حقوقی اسلام به این نتیجه می‌رسیم که دانشمندان شیعه به اتفاق، عرف را در حوزه تعیین مفاهیم گزاره‌های فقهی دارای اعتبار و حجت می‌دانند، و بنا بر نظر برخی از اصولیان و فقهای بزرگ، عرف افزون بر این در حوزه تشخیص مصادیق نیز حجت است (نهایه الافکار/۱۸۹/۴؛ أوثق الوسائل فی شرح المسائل/۵۳۴؛ بحوث فی علم الاصول/۵۲/۳؛ الحاشیه علی الکفایه/۴۱۷/۲؛ نهایه الدرایه فی شرح الکفایه/۱۶۸/۱).

همچنین از میان مذاهب اهل تسنن، دو مذهب مالکی و حنفی^۱ عرف را به عنوان یکی از منابع فقه در کنار سایر منابع و مصادر معتبر پذیرفته‌اند. اما مذهب شافعی داستان دیگری دارد؛ برخی گفته‌اند که علی رغم اعتماد علمای شافعی به عرف، اساساً شافعی خود به عرف استناد نکرده است، مذهب حنبلی نیز علی‌رغم مشهور بودن به تمسک بر ظاهر نصوص شرعی، از لحاظ نظری عرف را به عنوان منبع نپذیرفته، لیکن در مواردی، علمای حنبلی در حوزه عمل به عرف تمسک جسته‌اند. با توجه به مطالب بیان شده، می‌توان گفت که در نظام فقهی و حقوقی اسلام، عرف از پیشینه‌ای قوی همسو با فقه، برخوردار است، به نوعی که این پیشینه، در کارکرد عرف نسبت به ابواب و ادوار مختلف تاریخی فقه، امری کاملاً مشهود است. با توجه به وجود چنین جایگاهی برای عرف در نظام حقوقی اسلام، در این نوشتار برآنیم تا پس از بیان و تحلیل دیدگاه‌های فقهای شیعه و هر یک از فرق اهل سنت پیرامون مفهوم عرف، به بحث از میزان اثرگذاری عرف در نظام حقوقی اسلام بپردازیم و بی‌تردید در این سیر مطالعاتی، ناگزیر از اشاره به اعتبار عرف در حقوق داخلی از طریق واکاوی قوانین مدنی، کیفری و رویه قضایی حاکم بر حقوق داخلی جمهوری اسلامی ایران خواهیم بود.

۲- تبیین مفهوم عرف در ساختار فقهی و حقوقی آن

گام نخست در تبیین مفهوم عرف در ساختار فقهی و حقوقی و یا به تعبیر دیگر، در نظام حقوقی اسلام، بررسی مفهوم لغوی عرف خواهد بود تا از پی این مطالعه به

۱- اما این که کدام یک در پذیرش مشهور است، در مجله مجمع الفقه الاسلامی آمده است که حنفیه در اینباره مشهورند، ولی در کتاب فقه و عرف، ص ۳۰ مالکیه را مشهور به شمار آورده است. و در مجله مجمع الفقه الاسلامی به اشتباه هر دو مذهب حنفیه و حنبلیه تصریح شده است. برای مطالعه بیشتر رجوع کنید به مجله مجمع الفقه الاسلامی، منظمه المؤتمر الاسلامی، جده، www.shamela.ws

تبارشناسی عرف در فقه امامیه و حقوق ایران _____ ۲۰۴
جایگاه این واژه در فرق مختلف فقهی در جهت ترسیم صحیح جایگاه عرف در نظام حقوقی اسلام دست یافت.

۲-۱- مفهوم عرف در لغت

برای واژه عرف در فرهنگ‌های معتبر، کاربردها و معانی متفاوتی ذکر شده است. ضد ریشه نُکِر (به معنای شناختن) و در نهایت به معنای اسم مفعولی (شناخته شده) (التحقیق فی کلمات القرآن/۸/۹۷)، معروف و هرگونه کار نیک (لسان العرب/۹/۲۳۶؛ العین/۲/۱۲۲؛ تاج العروس/۱۲/۳۷۴). 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 آن چه در کتاب «المعجم الوسیط» از کتاب‌های لغت عربی معاصر، تحت عنوان «ما تعارف علیه الناس فی عاداتهم ومعاملاتهم» (المعجم الوسیط/۲/۵۹۵) 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 این جا می‌توان به اشتباهی که برخی از مؤلفان دچار شده و این تعریف را جزو معانی لغوی واژه عرف یاد کرده‌اند، پی برد.

۲-۲- مفهوم عرف در فقه اهل سنت

تعاریف متعددی از عرف در کتاب‌های اهل تسنن و به ویژه در کتاب‌های اصولی آنان ذکر شده است، که در ذیل به مهم‌ترین آنها اشاره‌ای خواهیم داشت، البته نباید از نظر دور داشت که عناصر و مؤلفه‌هایی که در این تعاریف برای عرف ذکر شده، متفاوت است و مسلماً بدون توجه به این تفاوت، برداشت محقق از آنها ناقص خواهد بود:

۱. «العاده والعرف: ما استقرّ فی النفوس من جهة العقل، و تلقّته الطبائع السلیمه

بالقبول» (حاشیه رد المحتار علی الدر المختار/۱/۴۴).

۲. «العرف: ما استقرّ في النفوس من جهة شهادات العقول، و تلقّته الطباع السليمة بالقبول» (مدارك التنزيل وحقائق التأويل/ ۵۹۳/۲).

۳. «العرف ما استقرّت النفوس عليه بشهادة العقول، و تلقّته الطباع بالقبول» (التعريفات/ ۶۴).

۴. «ما يستحسن في العقل فعله، و لا تنكره العقول الصحيحه»؛ مشابه اين تعريف، تعريف زير است: «العرف ما عرفه العقلاء بأنّه حسن و أقرّهم الشارع اليه» (المفردات في غريب القرآن/ ۳۳۱) با اين تفاوت كه در آن موافقت با شرع ذكر شده است.

۵. «و العرف ما استقر في النفوس من جهة العقول لا الطروس ثم ارتضاه الناس بالقبول (شرح المعتمد/ ۶۱/۱).

۶. «... و أمّا في الاصطلاح فالعرف يراد به: ما اطمأنت اليه النفوس و تابعت عليه» (شرح منظومه القواعد الفقيهيه/ ۹۲/۱).

۷. «أمّا العرف عند الفقهاء فهو ما استقر في النفوس و استحسنته العقول و تلقّته الطباع السليمة بالقبول و استمرّ الناس عليه ممّا لا تردّه الشريعه و أقرّتهم عليه» (همان/ ۵۲).

۸. «العرف هو السلوك الذي تعرف العقول صوابه، و تطمئن اليه النفوس و يوافق شرع الله، لأنّ الكلّ يتعارف عليه، و لا أحد يستحي منه» (تفسير الشعراوي/ ۳۱۷۱/۱).

اما عناصر متفاوتی که می توان از تعاریف مذکور استقضاء کرد عبارتند از: ۱- استقرار در نفوس انسانها؛ ۲- شیوع در بین انسانها؛ ۳- منشأ عقلانی داشتن؛ ۴- پذیرش طبع سلیم آدمی؛ ۴- صورت قانونی به خود نگرفتن؛ ۵- استمرار عملی؛ ۶- عدم مخالفت با شرع، بلکه لزوم موافقت با آن. به هر حال، باید گفت که تعریف های یاد شده همانند بسیاری از تعاریف در علوم اعتباری، به هیچ وجه تعاریف حقیقی نیستند، بلکه تنها تعاریف شرح الاسمی (که در آن برخلاف حدّ و رسم، سعی بر تحدید و تعریف شیء از راه شناخت امور ذاتی و عرضی شیء است) می باشند که با الفاظ آشناتر برای مخاطب، پرده از معرف برمی دارند. از اینرو، تلاش در جهت وقوف بر جنس و فصل در این گونه تعاریف بی مورد خواهد بود و این در حالی است که حتی

تبارشناسی عرف در فقه امامیه و حقوق ایران _____ ۲۰۶

در علوم برهانی، فیلسوفان بنام نه تنها از درک حقیقت اشیاء بلکه از ادراک ذوات و ماهیات آنها اظهار عجز کرده‌اند. از جمله ابوعلی سینا در «التعلیقات» چنین می‌گوید: «الوقوف علی حقائق الاشیاء لیس فی قدره البشر، و نحن لانعرف من الاشیاء ألاً الخواصّ و اللوازم و الأعراض، و لانعرف الفصول المقومّه لكلّ واحد منها الدالّه علی حقیقته، بل نعرف أنّها اشیاء لها خواصّ و أعراض...» (التعلیقات/۳۴) در نهایت، اگر بخواهیم این تعریف‌ها را تکمیل کنیم، باید جهت تبیین ابهام موجود در موصول بگوئیم: عرف، قول یا فعل و یا ترکیب^۱ است که از ناحیه عقل در جان‌ها جای گرفته و طبع سلیم آن را می‌پذیرد (تأثیر العرف فی تحدید معنی الکفاهه فی الزواج/۳/۱).

۲-۳- عرف در تعابیر فقهای امامیه

اما از نظر فقهی، گرچه فقها در بسیاری از مسائل، عرف را مورد توجه قرار داده و بسیاری موضوعات را به عرف منوط کرده‌اند اما معمولاً درصدد بیان تعریف ویژه‌ای برای عرف نبوده‌اند، بلکه آن را یک امر مسلّم یا مسأله معلومی تصور کرده و کمتر به مباحث دقیق آن پرداخته‌اند و هر موضوعی که در بیان شارع، تعریف مشخص نداشته است شناخت آن را به عرف واگذار کرده‌اند. البته از لابلاهی 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 ما باشد (مطرح الانظار/۲/۱۵۱-۱۵۰) ایشان عرف را مرتبه‌ای از مراتب و طوری از اطوار عقل برمی‌شمارد و هیچ‌گاه تضادّ و مخالفتی بین این دو و حکم آنها نمی‌بیند، اما این‌که: ۱- مقصود از عقل و عرف در اینجا چیست؟ و ۲- چگونه عرف، گونه‌ای از عقل و مرتبه و مرحله‌ای خاصّ از عقل می‌باشد؟ از ابهاماتی

۱- از آن جهت که ترک، کفّ و امتناع از گفتن و انجام فعل نیز در واقع فعل اختیاری نفس انسانی محسوب می‌گردد؛ بنابراین، فعل شامل فعل ایجابی و سلبی می‌گردد.

است که ذهن مخاطب را به خود مشغول می‌سازد. در پاسخ پرسش نخست باید گفت که منظور از عقل در این گونه موارد که در مقابل عرف قرار می‌گیرد، به تصریح اصولیان، عقل دقّی و مراد از عرف، عرف مسامحی است؛ وگرنه همان‌گونه که در آینده روشن خواهد شد، هر دو از مصادیق عقل عملی در برابر عقل نظری هستند،^۱ که رویکردهای متفاوت به موضوع دارند؛ عقل دقّی با دقت و موشکافانه به مسأله نگاه می‌کند و عقل مسامحی که در برابر عقل دقّی، عرف نامیده می‌شود و شاید وجه تسمیه آن به عرف در همین نکته نهفته باشد که همان‌گونه که عرف به موضوعات با دید مسامحی می‌نگرد، این‌گونه نگرش که در واقع دید عقل است، عرف نامیده شده است. اما این که 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 دید مسامحی عرفی است و مراد ما از «در اینجا» خصوصاً «مقام استفاده و استنباط معانی از الفاظ» است که به تصریح در کلام شیخ آمده است؛ آنجا که فرمود: «حيث إنّ جهة الارتباط باستفاد المعانی...» و اتفاقاً ایشان در جای دیگر از کلام خود نیز با همین نگرش، به سرّ تفاوت عقل و عرف، یعنی پاسخ

۱- توضیح آن که معروف‌ترین برداشت از این تقسیم عقل نظری و عقل عملی آن است که ادراک که قوه و نیروی عقل است، گاه متعلق آن امور نظری، دانستی و هست و نیست است؛ و گاه امور عملی، کارکردی و باید و نباید. برای نمونه، ادراک مسائل متافیزیکی، الهیات، ریاضیات، طبیعیات و... از مصادیق عقل نظری است و ادراک حس و قبح افعال و مسایل اخلاقی از مصادیق عقل عملی. با تأمل در این نکته می‌توان پی‌برد که کارکرد عقل در مسایل فقهی که علم اصول عهده‌دار نظریه‌پردازی در آن است، همانند مسایل اخلاقی، از نوع کارکرد عقل عملی است. البته این بدان معنا نیست که از کارکرد نظری عقل در فرآیند استنباط بهره گرفته نمی‌شود، بلکه در استدلال‌های فقهی، فراوان به طور آلی و غیر استقلالی از عقل سود جسته می‌شود، بلکه مقصود این است که هرگاه از عقل به عنوان یک منبع مستقل یاد می‌شود و مقصود از بنای عقلاء بما هم عقلاء و کارکرد استقلالی عقل در نظر گرفته می‌شود، در این صورت مراد از عقل، عقل عملی است. از اینرو، در مورد مسأله اجتماع امر و نهی نیز در واقع سخن بر سر این است که به حکم عقل، جایز و رواست که مولای حکیم در این مسأله که مورد آن عملی و کاربردی است، هم به چیزی هم دستور داده و هم از آن نهی کند؟

تبارشناسی عرف در فقه امامیه و حقوق ایران _____ ۲۰۸
پرسش نخست، و جایگاه تفاوت آن دو که پاسخ پرسش دوم است، تصریح نموده
است (فرائد الأصول/۱/۱۵۱-۱۵۰).

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
بما هم عقلاء نیست، بلکه همان عقل و برداشت عام مردم است که خود به دو بخش
تقسیم می‌گردد: عقل دقی؛ و عقل مسامحی و عرفی.

بنابراین، از این گونه تعبیر نمی‌توان این برداشت را کرد که مراد از این عقل،
عقل ارزشی و حکم عقلاء بما هم 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 (درآمدی بر عرف/۳۹-۳۶).

در هر حال، از مجموع دو کلام شیخ انصاری می‌توان این گونه 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 سر و کار دارند شامل می‌گردد.

ب- فقیه مبرز مرحوم میرزا موسی تبریزی در کتاب «أوثق الوسائل» در ضمن
شرح یکی از استدلال‌های شیخ انصاری در کتاب «فرائد الاصول» (مطرح الأناظر/۲/۵۸۲) بر
حجیت استصحاب که به بنای عقلاء احتجاج فرموده‌اند، کلامی دارد که حقیقتاً در
موضوع بحث راه‌گشا و کارساز است، (اوثق الوسائل فی شرح الرسائل/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 و مجنون و کودک و مرد و زن 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 «ما کان» که نتیجه آن حجیت استصحاب و یا بنا بر حجیت خبر واحدی که صدور آن موقوف به باشد.

عمده اشکالاتی که بر این دیدگاه مطرح است، عبارتند از:

۱- در این متن بین اموری که خاستگاه‌ها آنها فهم (که یک امر ذهنی است) و بین بناء (که یک امر کاربردی و عملی می‌باشد)، خلط، و هر دو در ضمن یک نام ذکر شده است، در حالی که شایسته بود این تصویر به دو دسته تقسیم می‌شد؛ به این صورت که گاه خاستگاه اتفاق آنان، فهم و به تعبیر رایج در میان اصولیان متأخر، ارتکاز است؛ و گاه سیره عملی آنان بر امری مستقر است، که اولی، فهم و ارتکاز عرفی و دومی، بنای عرف نامیده می‌شود و دلیل ما بر این تفکیک، استعمال‌های فراوان اصولیان متأخر می‌باشد.

۲- محقق نائینی در آغاز استدلال بر حجیت خبر واحد به بنای عقلاء، به تبیین عرف پرداخته که مسلماً در بحث ما کارگشا می‌باشد (منیه الطالب/۱۹۲/۳). این نوشتار اگرچه در ابتدا میان بنای عقلاء و بنای عرف این‌همانی برقرار کرده است، لیکن از قرائن موجود در ادامه کلام از جمله عبارت «و لیس بناء العرف شیئاً یقابل الطریقه العقلائیّه» برمی‌آید که مقصود تطابق آن در مصداق است و نه در مفهوم؛ زیرا روشن است که مقصود از بنای عقلاء، بنای عقلاً بما هم عقلاء است و مراد از بنای عرف، بنای مردم از آن جهت که عرف آنان است می‌باشد، و این دو اگرچه در مواردی از نظر مصداق تطابق دارند،

تبارشناسی عرف در فقه امامیه و حقوق ایران _____ ۲۱۰
یعنی مردم بر چیزی توافق دارند هم از آن نظر که عقلاء هستند و هم از آن نظر که عرف آنان چنین ایجاب می‌کند، ولی این هرگز به معنای تطابق مفهومی بنای عرف و بنای عقلاء نخواهد بود.

ایشان در ادامه کلام، به منشأ طریقه عقلائیہ اعم از بنای عقلاء بما هم عقلاء و یا بنای عرف از آن جهت که عرف آنان ایجاب می‌کند، پرداخته است و دلیل این مسأله، ذکر «جبر سلطان جائز» به عنوان یکی از منشأهای این طریقه در کنار دو منشأ دیگر یعنی وحی و فطرت (که مقصود از آن همان عقل کاربردی است)^۱ می‌باشد و تأکید بر این که هر سه این منشأها اگر تا زمان معصوم استمرار داشته و معصوم از آن ردع نکرده باشد، لازم الاتباع خواهند بود؛ زیرا اولاً: معنا ندارد که مردم بما هم عقلاء، امری را به دلیل اجبار و جبر سلطان جائزی پذیرفته باشند، و ثانیاً: معصوم آن را تأیید بفرماید. بر این اساس، مقصود از طریقه عقلائیہ در ادامه کلام محقق نائینی اعم از بنای عقلاء بما هم عقلاء و یا غیر آن می‌باشد، اگرچه انعقاد کلام و صدر آن جهت تبیین بنای عقلاء بما هم عقلاء می‌باشد.

با توجه به توجیه گذشته، پاره‌ای از اشکالها (مانند: عدم پایداری عرف‌هایی که به قهر و جبر بناگذاری شده است و عدم ذکر نمونه برای این گونه عرف‌ها) که بر ذکر سخن محقق نائینی وارد شده است،^۲ به کلی مرتفع می‌گردد؛ زیرا:

۱- شاهد بر این که گاه در کلام اصولیان و فقها، بنای عقلاء و حکم فطری یکسان و یا حکم فطری، ریشه بنای عقلا تلقی شده است، می‌توان به کتاب نه‌ایه الافکار مرحوم آیت ... بروجردی، تقریر آیت ... عراقی، ج ۳، ص ۳۸ مراجعه نمود.

۲- نویسنده‌ای در نقد این کلام چنین می‌نگارد: «راه و رسم حاکم یا سلطان جابر و خودکامه که بنای غلطی را به زور و جبر در جامعه بالا می‌برد و روش ناپسندی را اغلب با فشار و اکراه پیاده می‌کند، فکر نمی‌کند ماندنی باشد و به نسل‌های پس از او، خود به خود منتقل گردد، بلکه آن راه و رسم که جبراً برقرار شده، دیری نخواهد پایید و با رفتن شاه ستمگر آن رسم غلط نیز از میان خواهد رفت، که گفته‌اند: «القسر لا یدوم»، حرکت غیر طبیعی در زیر فشار و جبر دوامی نخواهد داشت.» (جهت اطلاع بیشتر رجوع شود به فصل‌نامه حضور، شماره ۵ و ۶، ص ۲۳، مقاله نقش زمان و مکان در فقه و اجتهاد)

۱. تمثیل راه‌اندازی عرف به دلیل جبر و قهر سلطان جائز، فقط مثالی در برابر دو راه عقل و فطرت و راه وحی است. بنابراین، مثال سلطان جائز نه تنها نامتناسب نیست، بلکه به دلیل مقابله با راه عقل و فطرت و وحی، بسیار متناسب خواهد بود. بنابراین، مراد این نیست که سلطان جائز، بنای غلطی را راه‌اندازی کرده باشد، بلکه مراد بنائی همانند تعیین مکیل و موزون خاصّ و یا عرف‌هایی از این دست است که منشأ عقلانی و وجدانی و یا وحیانی ندارد.

۲. عدم ذکر نمونه برای این موضوع به لحاظ روشنی مسأله و یا احاله به خواننده است که در لابلای کتب فقهی فریقین، مشحون از مثال‌هایی است که نه منشأ عقلانی دارند و نه وحیانی، بلکه عرفی است که مردم در عمل بر آن عادت کرده و به سیره آنان تبدیل شده است و در نهایت، در اذهان آنان رسوخ کرده و جزو مرتکز ایشان گردیده است.

۳. مصبّ و مجرای قاعده «القسر لایدوم»، امور تکوینی و خارجی است و نه امور اعتباری و قراردادی (الحکمه المتعالیه/۳۴۷/۹؛ الشواهد الربوبیه/۳۱۳؛ العرشیه/۲۸۰) و اگر نویسنده به این موضوع اشراف داشته و با این وجود، بخواهد مانند بسیاری از قواعدی که در امور تکوینی جاری می‌گردد، حکم آن را در امور اعتباری و قراردادی اجرا نماید، پاسخ آن از نکات گذشته روشن می‌گردد، زیرا مقصود از عرفی که سلطان جائز مُنشئ و منشأ آن است، لزوماً امر غیر ارزشی و ناپسند نیست و گرنه بعداً مورد ردع معصوم قرار می‌گرفت (فقه و عرف/۶۷).

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

- عرف اهل زبان به اعتبار دارا بودن زبان خاص؛
- عرفِ 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 (فرائد الاصول/۱/۱۶۴).

۲-۴- اصطلاح حقوقدانان پیرامون عرف

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 (ترمینولوژی حقوق/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 (مبانی حقوق/۲۱/۱). 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 دربرمی‌گیرد (کلیات حقوق/۱۸۷). گفتنی است که 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 اخلال نظم می‌داند.

آن چه تاکنون بیان شد تعریف عرف در «حقوق داخلی» بود. اما در «حقوق بین‌الملل عمومی»- چنان که 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 به عنوان معیار سنجش ارزش‌های

حاکم پذیرفته می‌شود. این قواعد ریشه و اصل قواعد حقوق بین‌الملل عمومی است (مقدمه حقوق بین‌الملل عمومی/۱۷۴-۱۷۵؛ فقه سیاسی/۱۰۱). بنابراین، به موجب بند ۲ ماده ۳۸ اسنادنامه «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 (حقوق تطبیقی و نظام‌های حقوقی بین‌المللی معاصر/۴۳). النهایه می‌توان گفت که عرف و عادت، نخستین منبع حقوق بین‌الملل عمومی به شمار می‌آید و در حل اختلافات بین‌المللی پایه تصمیمات قضایی است.

۳- ساختار و جایگاه عرف در فقه و حقوق

زندگی اجتماعی انسان‌ها همواره حقوقی را در پی داشته که افراد به شیوه‌های مختلف ملزم به رعایت آن بوده‌اند اما پیش از وضع برخی از این حقوق از سوی قانونگذار، بعضی به صورت عرف و عادت بین انسان‌ها رواج داشته است که خود مؤید سابقه دیرینه عرف در تقنین و بیانگر اهمیت آن است. بنابراین، در عین این که عرف از مسائل مهم در مباحث حقوقی است همزمان برای انطباق پاره‌ای از احکام فقهی با مقتضیات زمان و مکان سخت به کار می‌آید و می‌تواند در استنباط‌های فقهی و حقوقی و ارائه قرائت‌ها و تفسیرهای جدید حقوقی مؤثر باشد چنان چه اهمیت این اصل در حقوق داخلی ایران و بنای آن بر فقه کاملاً مشهود است. در واقع، موضوع عرف و جایگاه آن در استنباط احکام شرعی، از مهم‌ترین مباحث عصر حاضر محسوب می‌شود تا جایی که شاید دور از واقع نباشد اگر ادعا کنیم بسیاری از اختلافات فقهی، معلول استظهارات عرفی است. فقیه ممکن است که فهم شخصی خود را به عنوان فهم عرفی تلقی کند و به جای استفاده از عرف، بر مسائل فلسفی و ژرف‌کاوی‌های عقلی تکیه نماید. در نهایت، می‌توان گفت که عرف و عادت، قدیمی‌ترین پدیده حقوقی است و از زمان‌های بسیار کهن تا گذشته‌ای که چندان دور نیست نه تنها مظهر و جلوه

تبارشناسی عرف در فقه امامیه و حقوق ایران _____ ۲۱۴
گاه حقوق بوده بلکه از جایگاه والایی در فقه به عنوان ابزاری در استنباط احکام شرعی برخوردار است. در این مبحث، جایگاه و ساختار عرف در فقه و حقوق مورد واکاوی قرار خواهد گرفت.

۳-۱- ویژگی‌های عرف به عنوان منبعی برای فقه و حقوق

عرف به عنوان پیش‌قراول حقوق و قواعد فقهی، منبع اصلی مقررات فقهی و حقوقی است، عرف و عادت با وجود اختلاف سیستم‌های حقوقی و نیز با وجود اختلاف نظر فقها و حقوقدانان دربارهٔ اساس، کیفیت و میزان احترام و اعتبار آن در جوامع، یکی از منابع مهم حقوق به شمار می‌رود. در واقع، باید عرف را عنصری دانست که کشف راه‌حل عادلانه را میسر می‌سازد همچنان که عرف نیروی حیاتی نهادهای حقوقی است که از کهنگی و فرسودگی حقوق جلوگیری کرده و آن را همواره در تطبیق با نیازهای روز مردم متغیر و متحرک نگه می‌دارد تا نظام فقهی و حقوقی همگام با زمان و پیشرفت‌های جامعه تکامل یابد، بنابراین هرچه عرف از یک ساختار حقوقی بیشتر مایه بگیرد، تواناتر و غنی‌تر خواهد بود. اما عرف به عنوان منبع این ساختار، دارای ویژگی‌هایی است که در ذیل به آن اشاره‌ای خواهیم داشت:

۱- قدمت: عرف باید ناشی از نحوه عمل مردم جامعه، طی سال‌های متمادی باشد و گرنه اگر در زمان محدود و مشخصی به آن عمل شده باشد، نمی‌تواند به عنوان یک قاعده حقوقی معتبر و لازم‌الرعایا محسوب شود. باید دانست که اگرچه عرف و رسوم گاه مرادف هم تلقی می‌شوند ولی بین عرف و رسم فرق روشنی وجود دارد.

۲- استمرار: دومین خصیصه عرف، استمرار آن است؛ یعنی باید به طور مرتب و بدون وقفه به آن عمل شده باشد.

۳- اعتقاد عمومی: منظور از قید مذکور، جنبهٔ روانی موضوع است. بدین معنی که در روان و اندیشه مردم جامعه آن چه مدت‌ها به آن عمل شده به عنوان یک اصل مسلم و قابل احترام جایگزین شده و مردم اجرای آن را الزام آور بدانند؛ یعنی عرف «مقبولیت عامه» یافته باشد و در نتیجه، دارای خصیصه اجبار و الزام شود، یعنی بر اثر مقبولیت

عامه و الزامی شدن بتواند موجب حق محسوب شود. مثل جهیزیه عروس که عرفاً هر عروسی باید جهیزیه داشته باشد ولو این عروس درجه علمی دکتر داشته باشد، چنان چه در صورت نداشتن جهیزیه، احساس انفعال دارد و خانواده داماد هم این امر را نشانه تخفیف و کم‌اعتباری عروس محسوب می‌کند (مقدمه علم حقوق/۱۰۹-۱۱۰).

۳-۲- اعتبار عرف در فقه و نظام حقوقی ایران

عرف تنها به مرحله عمل اختصاص ندارد، بلکه عرصه گفتار را نیز شامل می‌شود، بنابراین مرجعیت عرف در تفسیر مفاهیم و مفردات الفاظ، غیر قابل انکار^۱ است. شارع به عنوان یک متکلم حکیم و دانا، همانند سایر افراد عرف است و از افراد عرف شمرده می‌شود. از اینرو هنگامی که بخواهد با عرف تکلم کند باید همانند آنها محاوره و سخن بگوید (مطرح الانظار/۵۵)، زیرا عقل حکم می‌کند که هر قانونگذاری، در رساندن و تفهیم قانون به شهروندان و مخاطبان آن قانون، باید به قواعد و اصول رایج میان مخاطبان و مردم پایبند و به عرف و روش آنها در محاوره مقید باشد و اگر روش یا شیوه خاصی برای مفاهمه دارد، باید آن را به عرف یادآوری نماید. حال که شارع روش خاصی بیان نکرده، پس معلوم می‌شود که روش او در مباحث و مفاهیم لفظی، همانند عرف است (همان/۵۶). با این بیان، فهم و نقش عرف در کشف الفاظ و مفاهیم شرعی روشن است. به هر حال، عرف یکی از ادله استنباط در فقه و حقوق اسلامی است که باید جایگاه آن، به طور شایسته در کتب فقهی و اصولی نمایان گردد. با مراجعه به متون فقهی و اصولی، این نکته آشکار می‌گردد که اصولیان و فقها در موارد متعددی عرف را واسطه کشف قواعد اصولی یا فقهی دانسته‌اند، اما چون عرف را به عنوان یک سند مستقل قبول نداشته‌اند، آن را به تقریر معصوم (ع) ارجاع می‌دادند (فوائد الاصول/۱۹). عرف ممکن است منبع و سرچشمه شریعت نباشد، اما می‌توان آن را به عنوان «سند و دلیل» کشف احکام قرارداد و جایگاه آن را در کنار سایر ادله علم اصول

۱- درس خارج اصول آیت الله جعفر سبحانی، ۲۴ آبان ۱۳۸۸.

تثبیت کرد؛ زیرا علم اصول را به علمی که از قواعدی تبعیت می‌کند که نتیجه آن در طریق استنباط احکام شرعی واقع می‌شود تعریف می‌کنند؛ پس عرف هم قاعده‌ای است که با کمک آن می‌توان ده‌ها حکم شرعی را استنباط کرد. برخی از علما، علم اصول را «ادله اربعه بما هی ادله» می‌دانند (قوانین الاصول/۹) و برخی دیگر، بخصوص معاصران، آن را «هر دلیلی که بتوان با آن حکم شرعی را استنباط کرد» برمی‌شمرند، بنابراین، عرف نیز یکی از ادله استنباط در علم اصول است. نباید از نظر دور داشت که در خصوص چگونگی استنباط احکام شرعی به وسیله عرف سه رویکرد مطرح است:

۱- گاهی عرف، موضوع حکم شرعی را تبیین می‌نماید؛ مثل تبیین معنای لفظ «صعید» در آیه «فَتِيْمَعُوا صَعِيْدًا طَيِّبًا» (نساء/۴۳) در این کاربرد، عرف به صورت مستقل حجیت دارد، و مستقیماً مورد استدلال قرار می‌گیرد.

۲- گاهی عرف، برای تنقیح- روشن ساختن- ظهور الفاظ به کار می‌رود؛ مانند کشف مراد متکلم، اعم از شارح و غیر شارح، این کاربرد از عرف در ابواب مختلفی از فقه، مثل اقرار، وصیت، وقف و ... دارای ثمره است.

۳- گاهی عرف، سبب استنباط حکم شرعی می‌گردد و این در مواردی است که در مسأله، نصی وجود نداشته باشد؛ مانند حکم به شرعی بودن عقد استصناع که از عقود عرفی است لذا ما در معاملات، شاهد بهره‌گیری از این کاربرد عرف هستیم.

اساساً شرع اسلام در امورات جزئی که تابع محیط و زمان جامعه است، آزادی افراد را سلب نمی‌کند و این خود یک امر عقلی است که گاهی عقل در موضوعی حکم می‌کند و حال آن که شرع در آن خصوص دستوری نمی‌دهد و ساکت است. در حقیقت دستور اسلام در اینگونه موارد پیروی از آداب اجتماع است اما آن آدابی که به حال فرد و جامعه زیان بخش نیست و بنای اخلاق و دین افراد را متزلزل نمی‌کند؛ بنابراین، در خصوص جایگاه عرف در فقه اسلامی به عنوان سنگ بنای حقوق اسلامی می‌توان گفت که عرف یکی از منابع در ساختار حقوق اسلامی است. به نوعی که این نظام حقوقی با امضاء کردن عرف‌های محلی و ارجاع قاضی به آنها و معتبر شناختن

عقل، اجماع، استصلاح و استحسان، توانسته است سیستم حقوقی خود را برای همیشه زنده و متحرک نگه دارد. اما توجه به این مقوله در نظام حقوقی اسلامی آن قدر افراطی نبوده که مخالف شئون انسان و اصل عدالت و حرمت و شرافت ذاتی آدمی باشد. عرف، عادت، عقل و اجماع از کهنه و فرسوده شدن حقوق جلوگیری کرده و آن را همواره در تطبیق و انطباق با نیازمندی‌های روز مردم، متغیر و متکامل نگاه می‌دارد و فرمول‌ها و دستورالعمل‌هایی به دست می‌دهد که خود را با روح زمان و پیشرفت‌های عظیم جهان منطبق گرداند و جاهای گریز و محل‌های انعطاف برای پدیده‌های جدید اجتماعی باز کند.

حقوق اسلامی هر عرفی را امضاء نمی‌کند، بلکه بالاتر و برتر از اراده‌های فردی است و بی‌بند و باری بی‌حدّ و حصر انسان‌های منحرف را صحنه نمی‌گذارد، رهبر اراده‌هاست و آنها را با اصول عدالت که مقصد است، متوافق می‌سازد. هدف و مقصد در آن، عنصر اصلی و هسته‌ی اساسی است، نه پیروی از عرف و عادت شیعی. حقوق اسلامی عنصر قانونی دارد و بر روی مقتضیات زمان و مکان از برخورد و اصطکاک اجتماع ایجاد شده است. در حقوق اسلامی، عرف یکی از منابع حقوق است و حتی در صورت تعارض میان عرف و قیاس، فقها عرف را مقدم می‌داشته‌اند. به این دلیل که قیاس مخالف با عرف جاری، موجب عسر و حرج است و یا مخالف مصالح جامعه می‌باشد. اما در خصوص جایگاه عرف در حقوق موضوعه ایران، به جرأت می‌توان ادعا داشت که عرف و رویه قضایی یکی از منابع حقوق به شمار می‌رود که هر دو باید تحت حمایت قانون قرار گیرند، تا جایی که بعضی از حقوقدانان، منابع حقوق را به دو دسته تقسیم کرده‌اند: قانون و عرف. در این تقسیم، عرف شامل منابع غیر از قانون در نظر گرفته شده که در نتیجه، دربرگیرنده رویه قضایی نیز خواهد بود به این معنی که عرف را مردم به وجود می‌آورند، و در نتیجه رویه قضایی، عرف قضاوت می‌باشد. این در حالی است که عرف و رویه قضایی با هم تفاوت‌های بارزی دارند؛ قضاوت در تصمیمات قضایی از قانون و عرف استفاده می‌کنند، یعنی ریزه‌کاری‌های

تفسیر را به کار گرفته، و بر اساس آن تصمیم می‌گیرند که این تصمیمات در طول زمان به عنوان عامل رویه قضایی در نظر گرفته می‌شود. بنابراین، می‌توان گفت که رویه قضایی، ثمره عملی کار قضاوت می‌باشد. در واقع، عرف و رویه قضایی هر دو زمینه‌ساز قانون هستند (رویه قضایی/۸-۹). البته نباید از این نکته غفلت نمود که ارزش و اعتبار عرف به عنوان یک قاعده حقوقی از نظر نظام‌های حقوقی و جزائی متفاوت می‌باشد. عرف و عادت مسلم ممکن است در حقوق خصوصی برای تکمیل و رفع نقص قانون به عنوان یک قاعده حقوقی مورد استفاده قرار گیرد ولی در حقوق جزا اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها و به طور کلی اصول ۶۳-۶۶۱ و ۷۶۱ و ۹۶۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و مواد ۲ و ۸۱ قانون راجع به مجازات اسلامی، دادگاه‌ها را مکلف می‌کند که قانون را اساس رسیدگی و صدور حکم قرار دهند و با سکوت قانون، متهم از اصل برائت برخوردار می‌شود (دیدگاه‌های جدید در مسائل حقوق مدنی/۴۶). بنابراین، عرف در مسائل کیفری نمی‌تواند به عنوان منبع فقهی یا قانونی حقوق جزا، مستند تعقیب کیفری و یا محکومیت قرار گیرد. با وجود این، با مختصر دقت در بعضی از مواد قانونی مدون جزایی، ملاحظه می‌شود که در پاره‌ای از موارد، قانونگذار در متن بعضی از مواد مربوطه، با استعمال کلمات و الفاظ خاص، به صراحت تشخیص ماهیت قضایی یک عمل مجرمانه را به قاضی دادگاه واگذار کرده تا در این مورد خاص، دادگاه در مقام تطبیق حکم قانون اقدام نماید. فی‌المثل در جرم قتل عمدی، مقنن در بند «ب» ماده ۲۰۶ قانون قصاص در بیان حکم موارد قتل تشخیص مورد را به شرح زیر به عرف احاله کرده است. «مواردی که قاتل عمداً کاری را انجام دهد که نوعاً کشنده باشد هر چند قصد کشتن شخص را نداشته باشد.» به طوری که ملاحظه می‌شود، دادگاه برای تشخیص و احراز عبارت و جمله قانونی «نوعاً کشنده باشد» در مقام تطبیق با قتلی که واقع شده است به ناچار با مراجعه به عرف، اعم از عرف خاص یا عرف عام می‌تواند حکم قضیه را صادر کند (حقوق جزای عمومی در هفت سال/۳۸). همچنان که در ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی، تشخیص این که چه رفتاری عفت عمومی را

جریحه‌دار می‌کند به عرف واگذار گردیده است: «هر کس علناً در انظار و اماکن عمومی و معابر تظاهر به عمل حرامی نماید علاوه بر کیفر عمل به حبس از ده روز تا دو ماه یا تا (۷۴) ضربه شلاق محکوم می‌گردد و در صورتی که مرتکب عملی شود که نفس آن عمل دارای کیفر نمی‌باشد ولی عفت عمومی را جریحه‌دار نماید فقط به حبس از ده روز تا دو ماه یا تا (۷۴) ضربه شلاق محکوم خواهد شد».

با توجه به مطالب بیان شده، جایگاه عرف در رویه قضایی و حقوق کیفری ایران مشخص گردید، اما در خصوص اعتبار عرف در حقوق مدنی می‌توان مدعی بود که با این که در کشور ما حقوق نوشته و مدون در قالب قانون، از ارزش بالایی برخوردار بوده، به نوعی که منبع اصلی حقوق، قانون است، نمی‌توان از جایگاه عرف در ساختمان قواعد حقوقی غافل بود. شاید در ابتدا آثار مهم عرف در حقوق خصوصی چندان محسوس نباشد، ولی با اندکی دقت معلوم می‌شود که قدرت عادات و رسوم در حقوق ما به اندازه‌ای است که پیش از احاطه به آن مطالعه قوانین بیهوده به نظر می‌رسد. به عنوان مثال، در ماده ۱۳۲ قانون مدنی به عنوان یکی از مهم‌ترین قواعد مدنی مربوط به مالکیت، حکم در خصوص مسائل از سوی قانونگذار به عرف واگذار گردیده است: «کسی نمی‌تواند در ملک خود تصرفی بکند که مستلزم تضرر همسایه شود مگر تصرفی که به قدر متعارف و برای رفع حاجت یا رفع ضرر از خود باشد».

این نوع نگاه به عرف در آثار قراردادها نیز کاملاً مشهود است. ماده ۲۲۰ قانون مدنی در باب اعتبار «عادات قراردادی» مقرر داشته است: «عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می‌نماید بلکه متعاملین به کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادات یا به موجب قانون از عقد حاصل می‌شود ملزم می‌باشند».

به هر حال، به مواد مختلفی از قانون مدنی به عنوان شاهد بر مناط بودن عرف و عادت در حقوق مدنی ایران می‌توان استناد نمود و در مواد مختلفی از این قانون ۱۳۳۵ ماده‌ای، واژه عرف و یا الفاظ مترادف با آن استعمال گردیده‌اند (حقوق مدنی/۴۲۳).

نتیجه

از مباحث فوق مشخص گردید که عرف، مجموعه قواعدی است که در بین جماعتی در اثر تکرار دائمی رعایت آن ایجاد می‌گردد و در ذهن مردم به درجه‌ای رسوخ پیدا می‌کند که فکر می‌کنند رعایت آن اجباری است و عدم رعایت آن مانند عدم رعایت قانون است. عرف باید قدیمی باشد، ثابت و معمول باشد، عمومی باشد، با عدالت و نظم عمومی و اخلاق حسنه مطابقت داشته باشد، 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 هیچ کدام در جهت ذکر تمامی قیود و جامع و مانع بودن، از صراحت لازم برخوردار نیستند، لذا تعریفی که پیشنهاد می‌شود، این تعریف است: «العرف: ما استقر فی النفوس و تعارفه الناس و ساروا و استمروا علیه من قول أو فعل أو ترک». این تعریف، با توجه به آن که دارای تمامی قیود است و امور غیر دخیل در عرف در آن ذکر نشده است، جامع و مانع می‌باشد، لیکن همان گونه که کلام مرحوم تبریزی در اوثق الوسائل در این زمینه رهگشا است، مراد از عرف مورد نزاع فریقین قطعاً مواردی را که واژه عرف در مورد عرف ادیان و یا عرف متشرعۀ اسلامی و عرف عقلاء و عرف شرع به کار رفته است شامل نمی‌گردد. بر این اساس، عرف متنازع فیه منحصرأ شامل موارد کاربرد عرف در عرف عام و عرف اهل زبان خواهد بود (اوثق الوسائل/۵۳۴).

همچنین، پس از بررسی مبحث عرف و جایگاه آن به این نتیجه می‌توان دست یافت 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. اما این که شارع در محیط عرف قانونگذاری کرده و در موارد بسیاری نهادها و قواعد عرفی را امضاء، تعدیل و تکمیل نموده و در شناخت و اجرای قواعد و خطابات خود به فهم عرفی و اصول آن اکتفا کرده است، جای تردید نیست. از اینرو نقش عرف در فقه و حقوق چه در مقام استنباط احکام و چه در مقام تطبیق و اجرای قواعد چشمگیر است. همچنین بنا بر آن که

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 این که 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 به عنوان مظهر و جلوه گاه حقوق شناخته شده است. چنان چه 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. در نهایت می‌توان گفت که نظام حقوقی اسلام با امضاء کردن عرف‌های محلی و ارجاع قاضی به آنها توانسته است سیستم فقهی و حقوقی خود را برای همیشه زنده و پویا نگاه دارد، همچنان که قانونگذار ما نیز به تبعیت از فقه، در قوانین مختلف جزایی، مدنی و حتی رویه قضایی به عرف توجه داشته است.

منابع

- ابن عابدین، محمد امین، **حاشیه رد المحتار علی الدر المختار شرح تنویر الأبصار** (حاشیه ابن عابدین)، ج ۱، بیروت، دار الفکر للطباعة و النشر، ۱۴۲۱ق.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، **لسان العرب**، ج ۹، بیروت، دار صادر، بی تا.
- اصفهانی، محمدحسین، **نهایه الدرایه فی شرح الکفایه**، ج ۱، قم، کتابفروشی سید الشهداء، ۱۳۷۴ق.
- انصاری (شیخ)، مرتضی، **فرائد الأصول**، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، بی تا.
- _____، **مطرح الأنظار**، قم، مؤسسه آل البيت، بی تا.
- بروجردی، محمدتقی، **نهایه الأفكار**، ج ۳ و ۸، بی جا، مؤسسه النشر الاسلامی، بی تا.
- بروجردی، آقا حسین، **الحاشیه علی الکفایه**، ج ۲، قم، کتابفروشی انصاریان، ۱۴۱۲ق.
- بدوی، عبدالرحمان، **التعلیقات**، قم، مکتبه الاسلامیه، ۱۴۰۴ق.
- تبریزی، میرزا موسی، **أوثق الوسائل فی شرح الرسائل**، بی جا، انتشارات کتبی نجفی، ۱۳۶۹.
- جرجانی، علی بن محمد، **التعریفات**، تحقیق ابراهیم الأبیاری، بیروت، دار الکتب العربی، ۱۴۰۵ق.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **ترمینولوژی حقوق**، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۴.

- جوان، موسی، **مبانی حقوق**، بی جا، بی نا، ۱۳۲۶.
- حبش، محمد، **شرح المعتمد**، www.shamela.ws.
- زبیدی، محمد بن محمد، **تاج العروس من جواهر القاموس**، تحقیق جمعی از محققین، بی جا، دار الهدایه، بی تا.
- شثری، سعد بن ناصر، **شرح منظومه القواعد الفقیهیه**، www.taimiah.org.
- شعراوی، **تفسیر الشعراوی**، www.shamela.ws.
- صدر المتألهین، محمد، **الحکمه المتعالیه فی الأسفار العقلیه الأربعة**، ج ۳، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۸۱ م.
- _____، **العرشیه**، تصحیح غلامحسین آهنی، تهران، انتشارات مولی، ۱۳۶۱.
- _____، **الشواهد الربوبیه فی المناهج السلوکیه**، تصحیح و تعلیق سید جلال الدین آشتیانی، مشهد، مرکز الجامعی للنشر، ۱۳۶۰.
- _____، **مجموعه رسائل فلسفی صدر المتألهین**، تحقیق و تصحیح حامد ناجی اصفهانی، تهران، انتشارات حکمت، ۱۳۷۵.
- صدر، سید محمدباقر، **بحوث فی علم الأصول**، قم، مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
- عرفانی، محمود، **حقوق تطبیقی و نظامهای حقوقی بین المللی معاصر**، ج ۴، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۷۳.
- عمید زنجانی، عباسعلی، **فقه سیاسی**، تهران، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۶۷.
- علیدوست، ابو القاسم، **فقه و عرف**، ج ۳، بی جا، سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۶.
- فراهیدی، خلیل بن أحمد، **العین**، ج ۲، تحقیق مهدی مخزومی و ابراهیم سامرائی، بی جا، دار و مکتبه الهلال، بی تا.
- قمی، میرزا ابوالقاسم، **قوانین الاصول**، تهران مکتبه الأعلمیّه، بی تا.
- کاتوزیان، ناصر، **کلیات حقوق**، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۹.
- _____، **حقوق مدنی**، ج ۱، انتشارات مدرس با همکاری شرکت بهمن برنا، بی تا.
- کاظمی، محمدعلی، **فوائد الاصول**، ج ۱، تقریر درس مرحوم نائینی، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۷ ق.
- کی نیا، مهدی، **مقدمه حقوق بین الملل عمومی**، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۰.

- ۲۲۳ _____ مطالعات فقه و حقوق اسلامی - سال ۸ - شماره ۱۵ - پاییز و زمستان ۹۵
- گلباغی ماسوله، سید علی جبار، **در آمدی بر عرف**، قم، دفتر تبلیغات اسلامی شعبه خراسان، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۸.
- مدرس اعظمی، مروان محمد محروس، **تأثیر العرف فی تحديد معنی [الكفاءة] فی الزواج**، حضرات العلماء الأعلام، بی تا.
- مدنی، جلال الدین، **رویه قضایی**، چاپخانه علامه طباطبایی، ۱۳۷۲.
- مصطفوی، حسن، **التحقیق فی کلمات القرآن**، تهران، بنگاه ترجمه و نشر کتاب، ۱۳۶۰.
- مصطفی، ابراهیم و الزیات، أحمد و عبد القادر، حامد و النجار، محمد، **المعجم الوسیط**، ج ۲، دار الدعوه، تحقیق مجمع اللغة العربیه، بی تا.
- مهرپور، حسین، **دیدگاه‌های جدید در مسائل حقوق مدنی**، انتشارات اطلاعات، تهران، ۱۳۷۲.
- نائینی، محمدحسین، **منیه الطالب فی حاشیه المکاسب**، تهران، المکتبه المحمديه، ۱۳۷۳ ق.
- نسفی، عبد الله بن أحمد، **مدارک التنزیل و حقائق التأویل (تفسیر النسفی)**، www.shamela.ws
- واحدی، قدرت‌الله، **مقدمه علم حقوق**، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۴.
- ولیدی، محمدصالح، **حقوق جزای عمومی در هفت سال**، بی جا، انتشارات دوراندیشان، ۱۳۸۹.

