

تاریخ وصول: ۱۳۹۱/۱۱/۱۹

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۲/۱/۱۷

نقش عرف در قانون گذاری نظام اسلامی

علی بهادری جهرمی^۱

رسول شعبانپور^{۲*}

۱. دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه تهران، پردیس قم، قم، ایران.

۲. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه امام صادق (ع)، تهران، ایران.

چکیده

عرف پیش‌قراول حقوق و قواعد عرفی، منبع اصلی مقررات حقوقی به شمار می‌آید. چه این عرف بود که پیش از پیدایش قانون گذاری و حقوق مدون به تنظیم روابط اجتماعی آدمیان می‌پرداخت و نیازهای حقوقی آنان را برآورده می‌ساخت. اگر چه امروزه عرف، با حضور و پدید آمدن قانون مکتوب قدری از نیروی آن نسبت به گذشته کاسته شده است، ولی این حضور قانون در قلمرو عرف ارزش تاریخی و اجتماعی عرف را از بین نبرده زیرا همان گونه که عرف پیشروی قانون و قانون جانشین آن بوده، پس از تدوین قانون نیز در تکمیل، تفسیر، تعدیل و تحرک آن به کار می‌رود. هر چه یک نظام حقوقی از عرف بیشتر مایه بگیرد، توانا تر و غنی تر می‌گردد و با سهولت بیشتری قابل اجرا بوده و رابطه قانون را با زمان‌های گذشته و آینده، حفظ می‌کند. در حقوق اسلامی عرف یکی از منابع حقوق است این نظام حقوقی با امضا کردن عرفهای محلی و ارجاع قاضی به آن‌ها توانسته است سیستم حقوقی خود را برای همیشه زنده و متحرک نگاه دارد. در قوانین موضوعی ایران نیز عرف، معتبر و حجت شناخته شده است.

واژگان کلیدی: عرف، عادت، قانون، عرف در حقوق اسلام.

Email: shabanpour.rasoul@gmail.com

*۲. نویسنده مسئول :

مقدمه

اعتبار عرف به عنوان یک منبع حقوقی قابل تردید نیست حتی عرف حادث بعد از قانون گذاری نیز می تواند به عنوان یک منبع حقوقی تلقی شده و گاهی نیز به عنوان منبع تفسیری مورد استفاده قرار گیرد.

اعتبار عرف و عادت و عقل و اجماع و قیاس در حقوق اسلام ایجاد قدرت شگرفی کرده است، به طوری که این نظام حقوقی با امضا کردن عرفهای محلی و ارجاع قاضی به آنها و معتبر شناختن عقل و اجماع و استصلاح و استحسان، توانسته است سیستم حقوقی خود را برای همیشه زنده و متحرک نگاه دارد.

در قوانین موضوعی ایران، عرف مسلم یعنی عرفی که در نتیجه تکرار و انس افراد به آن، مخالفت با آن ناپسند بوده و احساسات افراد را جریحه دار نکند و محل نظم عمومی محسوب نشود معتبر و حجت شناخته شده است. به عنوان مثال در ماده ۲۲۰ قانونی مدنی آمده است عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می نماید، بلکه متعاملین به کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می شود، ملزم می باشند...

۱۶۰
فصلنامه مطالعات حقوق
دولت اسلامی

سال دوم، شماره سوم، بهار ۱۳۹۲

۱. تاریخچه کوتاهی از عرف

وضع قانون مخصوص دورانی است که در جوامع، نهادهای حکومت و دولت به وجود آمده است؛ (عبدالمتعال، ۱۳۸۸، ص ۷۵) اما از نظر پیشینه، عرف بر سایر منابع حقوقی مقدم است. در کتب و قوانین کهن به قوانینی همانند حمورابی ۱ (صالح، ۱۳۴۸، ص ۹۹)، قوانین یهود و مانی و هند باستان و آتن اشاره شده است؛ اما در وضع کنونی این قوانین را می توان مجموعه های عرف تدوین شده دانست. (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ص ۴۷۱)

حقوق، بیشتر به وسیله عرف، یعنی؛ عادت کردن مردم به این امر که پیوسته در

موقع بروز قضیه معینی قاعده مخصوصی را رعایت کنند و معمول دارند، تشکیل یافته است. همین قاعده معین که تدریجاً در ذهن مردم در اثر تکرار دائمی امور مخصوصی پیدا می‌شود، ریشه و اصل قواعد حقوقی است؛ بنابراین، عرف و عادت اولین منبع حقوق می‌باشد. (شایگان، ۱۳۷۵، ص ۲۷۹)

با پدید آمدن مذاهب و نفوذ آن‌ها در زندگی اجتماعی جوامع بشری، عادات و رسوم مذهبی توسعه و قوت بیشتری گرفت؛ تا جایی که در حقوق اسلامی، فقیهان در مقام تعریف و بیان تعداد عرفهای اجتماعی و نیز دلایل وجودی آن‌ها برآمده‌اند. در فقه شیعه نیز فقها از دیرباز عرف را در فقه و اصول به‌کار برده‌اند. از هنگام برتری مجتهدان اصولی بر فقهای اخباری در متون فقهی و اصولی از عرف با واژگانی همانند، اهل بلد، «تواضع اهل بلد او لغة علی لفظ...» (شیخ مفید، ۱۴۱۰، ص ۷۹۴) تعارف (علم الهدی، ۱۳۶۳، ص ۳۰۷) عادة الناس، (طرابلسی، ۱۴۰۶، ص ۳۶۳) عادة البلد (طرابلسی، ۱۴۰۶، ص ۴۸۵) عرف (حلی، ۱۴۰۳، ص ۷۱۵) و عادت (شیخ مفید، ۱۴۱۰، ص ۵۳۴) نام‌برده شده است.

در فقه بحث مستقلی تحت عنوان عرف به چشم نمی‌خورد و علما این موضوع را در لابلاي بحثهای فقهی و اصولی دیگر مطرح نموده‌اند. هرچند که در حجیت آن بین علمای شیعه و اهل سنت اختلاف نظر وجود دارد. در بیان منابع اصلی حقوق اسلامی گفته شده که: علاوه بر قرآن، سنت، اجماع و عقل (در اهل سنت، قیاس و استحسان) در برخی مسایل هم عرف و عادت مورد تأیید شرع اسلامی قرار گرفته است. (حیدریان، ۱۳۵۰، ص ۲۴)

۲. تعریف عرف:

الف- عرف در لغت

در یک دسته‌بندی کلی می‌توان گفت که عرف در معانی زیر استعمال شده

است:

- ۱- پیاپی بودن شیء، به گونه‌ای که اجزای آن متصل به یکدیگر باشد،
- ۲- چیزی که مرتفع باشد،
- ۳- ضد نکر و به معنی معروف و معروف دارای دو معنای اساسی دارد: «شناخته شده» و «امر پسندیده و نیکو» (واسعی، ۱۳۷۹، ص ۴۴)

ب - تعریف عرف در اصطلاح:

در اصطلاح به معنی رسم و روش می‌باشد. به معنی عادت و معمول مردم است. به معنی شناختن یا چیزی مورد قبول، ضد النکر است. به معنی بخشندگی و نیکی، بخشش، عطیه، عادت، رسم، اسلوب، شیوه. فی اصل اللغه بمعنی المعرفة؛ اما فی الاصطلاح الفقهی هو: عادة جمهور فی قول او عمل (الزرقاء، ۱۴۱۸، ص ۱۴۱) العرف والعارفه و المعروف واحد؛ ضد النکر و هو کل ما تعرفه النفس من الخیر و تبسط به و تطمئن الیه. (ابن منظور، ۱۴۰۵، ص ۲۳۹) العرف ما استقرت النفوس علیه بشهادة العقول و تلقته الطباع بالقبول. (الجرجانی، ۱۳۰۶، ص ۶۴)

حقوقدانان نیز تعریف‌هایی را برای عرف بیان کرده‌اند: عرف حقوق مدون را بی‌سروصدا به وجود می‌آورد؛ و همان‌گونه که زندگی در انواع گیاهان و حیوانات پنهان است، عرف هم نیروی حیاتی نهادهای حقوقی است. عرف یک منبع حقوق در میان سایر منابع نیست؛ حتی اگر بگوییم عرف تنها منبع حقوقی است مبالغه نکرده‌ایم. (لوی بروی، ۱۳۷۰، ص ۱۴۳) عرف: به ضم عین به معنی معرفت و شناسایی است و پس از آن به معنی چیزی است که در ذهن شناخته شده و مانوس و مقبول خردمندان است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ص ۲۴۷) عرف: قاعده‌ای که به تدریج و خودبه‌خود، میان همه مردم یا دسته‌ای از آن‌ها به‌عنوان الزام‌آور مرسوم گردیده است. (کاتوزیان، ۱۳۶۶، ص ۱۰۸) عرف و عادت: عمل متداولی است که بدون داشتن جنبه تدوینی قانون، از لحاظ حقوق،

برای اجتماع الزام آور شناخته شده است. (علوی، ۱۳۴۸، ص ۱۵۵) عرف حقوقی، عمل یا روشی است که با فراگیر شدن و یا قدمت و دیرپایی خود در یک جامعه خاص و با توجه به موضوع مورد نظر، قدرت و توان قانون را به دست آورده است. چنین عرفی در واقع، قانون نانوشته‌ای است که با توافق مشترک و همگانی از دیرباز پابرجا شده است (ساکت، ۱۳۷۱، ص ۳۵۰)؛ و اما نظر فقیهان شیعه درباره عرف: در تفسیر المیزان آمده است که: «والعرف هو ما يعرفه العقلاء المجتمع من السنن و السیر الجمیلة الجاریة بینهم بخلاف ما ینکره المجتمع و ینکره العقل الاجتماع من الاعمال النادرة الشاذة». یعنی: «عرف همان سنتها و روشهای نیکوی جاری در بین عقلای جامعه است؛ برخلاف کارهای نادری که جامعه و عقل اجتماعی آن را ناپسند می شمارد.» (طباطبایی، ۱۴۱۱، ص ۳۸۴) مقدس اردبیلی بیان می کند که هر کجا شارع موضوع و متعلق حکم را بیان نکرده باشد، تشخیص معنی و مفهوم آن، با عرف است؛ از جمله در خیار غبن می فرماید: «والحد فی ذلک العرف لما تقرر فی الشرع ان مالم یتبث له الوضع الشرعی یحال الی العرف جریا علی العادة المعهودة من ردّ الناس الی عرفهم.» یعنی: «مرجع در این مسئله عرف است؛ زیرا در شرع ثابت شده که هر لفظی را که شارع تعریف نکرده باشد، فهم آن به عرف واگذار شده، به همان روشی که در میان مردم رواج دارد.» (مقدس اردبیلی، ۱۴۱۱، ص ۴۰۳)

در «بحرالفوائد» آمده است که: «فالمراد من العرف هم العقلاء من حیث عنوان عقلهم نظیر استدلالهم فی مسئله اجتماع الامر والنهی ببناء العرف علی الامتناع فکما قد یستدلون ببناء العقلاء و یكون المراد عنوان فهمهم و جهتهم العرفیه.» یعنی: «مراد از عرف، خردمندان از جهت خردمند بودنشان است... همچنان که گاهی به بنای عقلا استدلال می شود و مراد از آن عنوان، فهم و روش عرفی آنان است.» (آشتیانی، ۱۴۰۳، ص ۱۷۱)

امام خمینی رحمه الله بر این نظر است که: واژه عرف، یک واژه ایجاد از

طرف شارع نیست و شرع برای این واژه تعریفی ارائه نکرده است؛ بلکه تعریف آن به خود عرف واگذار شده است. ایشان عرف را همان «بنای عقلا» می‌داند و گاهی از عرف با واژه‌هایی همانند «امور عقلائیه، امارات عقلائیه، طرق عقلائیه، بناء عقلا، عمل العقلا و سیره عقلائیه» نام می‌برند و در تعریف آن می‌فرمایند: «ما يعمل بها العقلاء فی جمیع امور معاشهم و سیاساتهم و معاملاتهم». یعنی: «بنای عقلا فرایندی است که خردمندان، در امور زندگی و تصمیم‌گیری‌ها و اداره امور و معاملات خود، به آن عمل می‌کنند». (موسوی خمینی، ۱۳۷۲، ص ۱۹۴ و ۳۴۰)

به‌هرحال از مجموع آنچه قبلاً ذکر شد می‌توان گفت 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.

۳. عناصر و ارکان عرف

از این تعریف عناصر تشکیل‌دهنده عرف را می‌توان چنین بیان کرد:

۱. عرف باید قدیمی باشد به عبارت دیگر باید در مدت طولانی بین مردم رواج پیدا کرده و ریشه قدیمی داشته باشد. مطابق یک ضرب‌المثل «با یک بار عرف بوجود نمی‌آید». ۲. باید در یک زمان نسبتاً طولانی تکرار شود و تنها با یک پیشینه، عرف ایجاد نخواهد شد.

۲. عرف باید ثابت و معمول باشد به عبارت دیگر افراد جامعه متوالیاً آنرا شناخته و طبق آن عمل کرده باشند.

۳. عرف باید عمومی باشد بدین معنی که از طرف تمام افراد جامعه رعایت گردد البته معنای عمومیت این نیست که در تمام قلمرو یک دولت وجود داشته باشد بلکه اگر در یکی از شهرهای یک کشوری یا پیش صاحبان مشاغل یا

صنعت معینی هم رواج داشته باشد کافی است و تشخیص این امر بنظر قاضی است.

۴. عرف باید با عدالت و نظم عمومی و اخلاق حسنه مطابق بوده و با قوانین آمره مخالفت نداشته باشد زیرا اگر عرف با قوانین از این قبیل معارض باشد ارزشی نخواهد داشت.

۵. عرف باید الزامی باشد بدین معنی که افراد در ذهن خود رعایت آنرا مانند رعایت قانون لازم الاتباع بشمارند و تصور کنند عدم رعایت آن ایجاد حقی می‌کند که قوای عمومی باید آنرا به نفع صاحب حق تضمین نمایند.

به عبارت دیگر وجود دو عنصر زیر شرط است

۱. عنصر مادی «element materiel» که شامل صفات عمومیت، قدمت و ثبات است. مواد ۴۲۶ و ۴۸۶ قانون مدنی ایران ناظر به رکن مادی عرف و جنبه عمومی آن است.

۲. عنصر معنوی «element moral» که عبارت از احساس مردم به لازم-الاتباع بودن آن می‌باشد.

۴. مقایسه عرف با عناوین مشابه:

۱- تفاوت عرف و عادت: فرق عرف و عادت در عنصر معنوی است. عادت دارای تمام شرایط عرف به استثنای شرط الزامی بودن آن است.

الف. اثبات عرف از ناحیه طرفین دعوی ضرورت ندارد زیرا تشخیص عرف مانند اطلاع از قانون وظیفه قاضی است ولی هرکس به حکم عادت استناد نماید باید آن را ثابت کند.

ب. قواعدی که عرف ایجاد می‌کنند ممکن است از قوانین امری باشد یا از قوانین تعویضی و تکمیلی که مستقیماً جانشین اراده افراد می‌گردد.

ولی عادت همیشه اداره متعاملین را تفسیر و تکمیل می‌کند و مستقیماً هم التزامی برای آنان ایجاد نمی‌کند مگر اینکه صریحاً یا ضمناً آن را خواسته باشند.

ج. رعایت احکام عرف برای طرفین اگرچه جاهل به آن باشند الزامی است ولی رعایت عادت الزامی نیست. مگر اینکه طرفین صریحاً یا ضمناً آن را خواسته باشند.

مصطفی رزقا می‌گوید که عادت اعم از عرف است، زیرا شامل عادت ناشی از عوامل طبیعی و عادت فردی نیز می‌شود (الزرقا، ۱۴۱۸، ص ۸۴۱) و حق هم همین است، زیرا عادت‌ها بر ۳ نوع است: نخست، عادت‌های شخصی افراد در کارها و اعمال خصوصی زندگیشان مانند عادت به خواب در ساعت معین. دوم، امور متکرر که ناشی از اسباب و علل طبیعی است مثل عادت به بلوغ زودرس در مناطق گرمسیر و سوم، عادت‌های جوامع بشری در روابط اجتماعی خود که هر یک به اسلوب و رنگ و جلوه خاص درآمده است. (سلجوقی، ۱۳۴۷، ص ۳۳) این عادت‌ها در اصل ناشی از تفکر و اراده یا ارتکازات فطری و یا هواهای نفسانی آنهاست و ممکن است پسندیده، عادلانه یا صحیح، و ناپسند و جابرانه باشد. این قبیل عادت‌ها مرادف عرف است.

از مجموع این نتایجی که ذکر شد باید بین عرف و عادت فرق گذاشت هرچند اکثراً عادت باگذشت زمان در یک محیط قاعده معینی را ایجاد می‌کند و به تدریج آن قاعده انتشار و رواج پیدا کرده و به عرف تبدیل می‌گردد.

۲- تفاوت عرف و اجماع: عرف و اجماع از جهاتی باهم تفاوت دارند: الف) اجماع محقق نمی‌شود مگر به اتفاق و وحدت نظر همه امت یا همه مجتهدین امت یا همه مجتهدین مذهب واحد، ولی در تحقق عرف مشی اکثریت کفایت می‌کند. (حکیم، ۱۹۷۹، ص ۴۲۰) ب) عرف، گاهی نیکو است و گاهی ناپسند، ولی اجماع این طور نیست. (منصوری، ۱۴۱۳، ص ۱۷۴) ج) عرف، گاهی بلدی و مختص به منطقه خاصی است ولی اجماع این طور نیست. (واحدی، ۱۳۷۶، ص ۷۰۷)

۳- تفاوت قاعده عرفی و قانون: الف) برای آنکه قاعده عرفی بوجود آید،

استمرار یک روش طی سالیان دراز ضروری و نسخ یک قاعده عرفی به وسیله عرف دیگر نیز مستلزم طی یک دوره طولانی است، درحالی که قانون با انجام تشریفات مقرر، در مدت زمان کوتاهی به وجود می آید و نسخ آن به وسیله قانون جدید نیز با فوریت و سرعت انجام می شود. ب) قاعده عرفی، از نحوه گفتار یا طرز رفتار مردم منبعث می گردد، بنابراین مستقیماً از ارتکازات فطری یا اداره مردم ناشی می شود، درحالی که قانون مع الواسطه به وسیله نمایندگان انتخابی مردم یا از طرف خداوند متعال وضع شده است. ج) قواعد عرفی، دارای موارد ابهام بیشتری نسبت به قوانین هستند. (واحدی، ۱۳۷۶، ص ۷۰۷)

۴- رابطه عرف و دلیل عقلی:

الف. عرف می تواند صحیح یا فاسد باشد، ولی دلیل عقل فاسد نیست؛ هر چند خطا کند. این سخن بدین معناست که در دلیل عقلی وصف فساد به کار نمی رود؛ گرچه تعبیر باطل می تواند به کار رود.

ب. عرف باید همگام با عمل و تکرار باشد، ولی در دلیل عقلی حضور عمل ضرورتی ندارد.

ج. عرف به تدریج به دست می آید، ولی محصول عقل یکباره ظهور می کند.

د. عرف در فقه و اجتهاد اهل سنت و حقوق اروپا اصل و منبع مستقل به حساب می آید، ولی همگان عقل را منبع قواعد و حقوق بر نمی شمردند. ظاهریه از اهل سنت و اخباریان از امامیه مخالف دخالت عقل در منابع حقوقی اند. اشاعره و حنفیه نیز عقل را از منابع حقوق نمی دانند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۳، ص ۱۱۲)

۵- عرف و بنای عقلا: عرف جنبه عمومی یعنی لفظی و عملی دارد و بنای عقلا بخشی از عرف یعنی عرف عملی است. بیشتر فقیهان و اصولیان این عرف عملی را «بنای عقلا» نامیده اند و قواعد فقهی را بر آن بنا کرده اند. در این عرصه، بنای عقلا در مقابل دلیل عقل، هویت نو پیدا می کند؛ به این مفهوم که بنای عقلا

یک عملکرد خارجی است که به تکرار عمل بستگی دارد، ولی حکم عقل، استنتاج عقلی است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۳، ص ۹۴)

۵. انواع عرف

عرف از جهات مختلف به انواع گوناگونی تقسیم می‌شود:

الف - عرف عام و خاص: عرف عام، عرفی است که همه مردم جهان یا اکثریت قریب به اتفاق آنان (خرازی، ش ۲۱، ص ۳) با اختلاف در زمان و مکان، دانش و زبان، رنگ و نژاد و جز اینها در آن مشترک‌اند. (جناتی، ۱۳۷۰، ص ۳۹۵) و شامل امور زیر است:

- ۱- متفاهم عرفی (فهم عرفی) عموم مردم از الفاظ با اختلاف زبان، ولی با واژه‌های معادل، مانند متفاهم عرفی از لفظ ماء، آب، Water و...
۲- عمل عقلا در اخذ به ظهور کلام متکلم، تملک به حیازت، قبول دلالت ید بر مالکیت و لزوم رجوع جاهل به عالم و سایر بناهای عقلا.
۳- تشخیص عرفی در مصادیق مفاهیم الفاظ، مثل عرف عام در مورد عدم صدق خون بر رنگ باقی مانده از خون در لباسی که شسته شده باشد. (خرازی، ش ۲۱، ص ۳ و ۵)

عرف خاص، عرفی است که از گروه خاصی که دارای یک دین یا مذهب، یا یک زبان، یا یک مکان یا یک عصر یا یک کار هستند پدیدار می‌شود (جناتی، ۱۳۷۰، ص ۳۹۵) و شامل عرفهای زیر است:

- ۱- عرف متشرعه که در اثر استمرار مسلمین بر استعمال لفظ در معنای معین یا فعل یا ترک آن فعل از جهت پابندی آنان به شریعت به وجود آمده باشد، (رجبی، ش ۴۸، ص ۵) - ۲- عرف بعضی از مکانها که در میان اهل منطقه یا شهر خاصی به وجود آمده باشد. (منصوری، ۱۴۱۳، ص ۵۴) - ۳- عرف بعضی از زمانها که در بعضی از اعصار و زمانها رایج باشد، مانند استعمال الفاظ وقف و وصایا که

به حسب زمانهای مختلف تفاوت دارد چنانکه بر حسب مکانها فرق می‌کند. (خرازی، ش ۲۱، ص ۷) ۴- عرف بعضی از اصناف مانند عرف اهل لغت در استعمال لفظ در معنای معینی بدون قرینه که از آن به حقیقت لغویه تعبیر می‌شود، (منصوری، ۱۴۱۳، ص ۵۶)

ب - عرف قولی و عملی: عرف قولی، عرفی است که از شیوع استعمال لفظ در معنای معین به وجود آمده است، به طوری که هنگام شنیدن آن لفظ، بدون هیچ قرینه‌ای آن معنا به ذهن تبادر پیدا می‌کند (خرازی، ش ۲۱، ص ۵) و شامل عرف قولی عام و عرف قولی خاص می‌شود.

۱- عرف قولی عام همان فهم عرفی و متفاهم عرفی است که در باب استعمال الفاظ در معنای معینه به وجود آمده است و از آن به حقیقت عرفیه تعبیر می‌کنند. (خرازی، ش ۲۱، ص ۵)

۲- عرف قولی خاص که شامل حقیقت شرعیه و نیز حقیقت متشرعیه می‌شود و تفاوت آن دو به این است که در مورد اول، کثرت استعمال لفظ توسط اهل شریعت در معنای مورد نظر شارع با قرینه به حدی رسیده است که در زمان پیامبر (ص) بدون قرینه هم آن معنا به ذهن متبادر می‌شده، چنانکه در مورد الفاظ صلاه، صوم، زکاه و حج این طور است، ولی در مورد دوم بعد از زمان پیامبر (ص)، معنای مورد نظر شارع، بدون قرینه به ذهن متبادر شده است. (مظفر، بی تا ص ۳۱)

عرف عملی، عبارت از روشی است که در بخشی از اعمال مردم تحقق پذیرد ناشی از عامل طبیعی نباشد.

ج- عرف مطرد و غالب و مشترک: عرف مطرد، عرفی است نسبت به همه کسانی که در قلمرو آن قرار دارند عمومیت داشته باشد، به نحوی که در تمامی بلاد یا اقالیم معین، عموم مردم به آن وقوف داشته باشند و بر طبق آن مشی کنند. عرف غالب، عرفی است که در اکثر اعمال و وقایع جاری مورد مراعات واقع

شود. (سلجوقی، ۱۳۴۷، ص ۳۵)

عرف مشترک، عرفی است که عمل به آن و ترک آن در بین مردم مساوی است و از این جهت به آن عرف مساوی نیز می‌گویند. (قوته، ۱۳۷۶، ص ۲۳۳)

د- عرف مقارن و غیرمقارن: عرف مقارن، عرفی است که مقارن با پیدایش چیز دیگری موجود باشد (منصوری، ۱۴۱۳، ص ۵۶) و بر دو گونه است: ۱- عرفی که مقارن با ظهور اسلام و تشریح احکام وجود داشته است، عرف غیرمقارن، عرفی است که تحقق آن متأخر از پدید آمدن چیزی باشد و بر دو قسم است: ۱- عرف حادث و آن عرفی است که پس از ظهور اسلام و تشریح احکام به وجود آمده باشد (منصوری، ۱۴۱۳، ص ۵۵)، ۲- عرف متأخر و آن عرفی است که بعد از اتمام عقد در معاملات یا بعد از اعتراف در باب اقرار یا بعد از وصیت در باب وصایا و مانند اینها به وجود آمده باشد.

ه- عرف دقیق و مسامحی: عرف دقیق، عرفی است که ناشی از دقت و تحقیق باشد. برای مثال در باب تشخیص مصادیق، مصداق هر مفهوم را به نظر دقیق و روشن مشخص کند. البته نباید بین عرف دقیق و دقت فلسفی خلط کرد. (خرازی، ش ۲۱، ص ۳)

عرف مسامحی، عرفی است که از تسامح و بی‌دقتی سرچشمه گرفته و همراه با تخمین و تقریب است.

و- عرف صحیح و فاسد: عرف صحیح، عرفی است که برخلاف موازین شرعی نباشد مثل عرف در موضوعاتی همچون روش مردم در استعمال الفاظ نسبت به معانی و مصادیقشان. (خرازی، ش ۲۱، ص ۶)

عرف فاسد، عرفی است که مخالف موازین شرعی از قبیل نص یا ظاهر کتاب و سنت باشد. مثل متعارف بودن معاملات ربوی یا پرداختن به لهو و لعب و نیز مخالفت عرف با اجماع، در صورتی که کاشف از رأی معصوم (ع) باشد، مخالفت با سنت محسوب می‌شود.

ز- عرف حادث، عرف متأخر، عرف مقارن: عرف حادث، عرفی است که بعد از ظهور اسلام و تشریح احکام پدید آمده است. عرف متأخر آن است که عرف از منشأ ادعا و یا مقرّب و امثال آن متأخر باشد. این عرف حاکم بر دعوا نیست. عرف مقارن در انعقاد معامله مؤثر و عود حاکم بر آن است و در حقیقت به منزله گزینه خارجی برای مشخص کردن مفاد معاملات و قراردادهاست.

ح- عرف فقها (اجماع): برخی از علمای حنفیه معتقدند که عرف فرعی از فروع اجماع است؛ زیرا اجماع نزد اهل سنت از عرف عام یا عرف خاص برمی آید و اعتبار آن منوط به اتفاق امت یا اتفاق اهل حل و عقد است؛ ولی حق آن است که اجماع فرعی از انواع عرف است، نه عکس آن؛ زیرا عرف یا حسن است یا قبیح، ولی اجماع حسن مطلق است؛ عرف یا مطرد است و یا غالب، ولی اجماع

منحصراً مطرد است؛ عرف بلدی و محلی است، ولی اجماع بلدی وجود ندارد و نیز در عرف عمل معتبر است، ولی در اجماع، عمل شرط تحقق نیست. (منصوری، ۱۴۱۳، ص ۵۵) (حکیم، ۱۹۷۹، ص ۴۲۰)

۶. ادله حجیت عرف:

دلایل زیر را برای حجیت عرف بر می شمردند که نقدی بر برخی از آنان وارد است:

دلیل اول، آیه «خذالعفو و امر بالعرف» (اعراف: ۱۹۹) است که می فرماید: «ای رسول ما»، طریقه عفو پیش گیر و به معروف و نیکوکاری امر نما. استدلال کنندگان قائل اند که آیه ناظر به رعایت عرفی و الزام به امور عرفی از جانب پیامبر ارجمند است؛ والا فایده ای بر توجه دادن به عرف مترتب نمی شود. ولی این تقریب از چند جهت مخدوش است: عرف مذکور در آیه فوق، به معنای اصطلاحی اصولی نیست، بلکه با توجه به قرائن، همان مفهوم لغوی مراد است.

همچنین آیه کریمه از آیات مکی است که شأن نزول آن تحریض و تشویق به مکارم اخلاق است، نه بیان فروع و وجوه احکام. (الزرقا، ۱۴۱۸، ص ۱۳۳) بعضی از مفسران معتقدند مراد از عرف در آیه، افعالی است که عقل یا شرع تأیید کند؛ زیرا سیاق آیه امر به عفو از افعال جاهلان می‌کند و در آخر به اعراض از آن‌ها دستور می‌دهد و این نکته با مفهوم اصطلاحی نمی‌سازد. (جناتی، ۱۳۷۰، ص ۴۰۲)

دلیل دوم، روایت عبدالله بن مسعود از رسول الله (ص) است: «... فما رأى المسلمون حسناً فهو عند الله حسن... آنچه مسلمانان نیکو می‌پندارند، در نزد خدا نیز نیکوست.» (سیوطی، بی تا ص ۶۴) (احمد حنبل، بی تا ص ۳۷۹) در تقریب این معنا گفته‌اند: رأی و هم‌اندیشی مسلمانان در کارها نزد خداوند معروف است؛ یعنی نیکویی نظر، نوعی عرف است، ولی این بیان هم تام نیست. از سوی دیگر، سند روایت نیز موقوف یا مرسل است.

این منقول متعلق به راوی است که عده‌ای به رسول الله نسبت داده‌اند. همچنین دلالت منقول ربطی به مدعی علیه ندارد، بلکه اخص از مدعی است؛ زیرا مضمون روایت درباره سیره عملی متشرعه است، نه اینکه عرف به‌عنوان حجت مستقل و سیره مستدل مطرح شده باشد. «ال» در «المسلمون» نیز برای عهد ذهنی است، نه جنس. مراد از مسلمانان، به قرینه «رأی»، صحابه یا اهل اجتهادند که منطبق با اهل کمال و معرف است. همچنین ممکن است این واژه اشاره به اجماع امت باشد، نه احوال و رسوم آن‌ها.

نکته دیگر این است که هیچ ملازمه‌ای بین عرف و حسن عمل به‌دست نمی‌آید و اکثر عرفها معلل به حسن نیستند. بر فرض تنزل، دلالت روایت نیز از صغریات حکم عقل یا اجماع است و این حجیت نمی‌آورد. (قوته، ۱۳۷۶، ص ۱۹۲)

دلیل سوم، قول شریح قاضی در عصر خلیفه دوم است که به ریسندگان

گفت: «...ستتکم بینکم؛ سنت شما بین خودتان معتبر است.» (ابن حجر عسقلانی، ۱۳۷۸، ص ۴۰۶) عرف نیز از جمله سنن و عادات است، اما مناقشه این تقریب واضح است؛ زیرا کلام شریح برای ما حجیت ندارد و ملاک حکم شرعی قرار نمی‌گیرد. به این قضیه در بخش تشخیص مصادیق و مفاهیم استناد می‌شود.

دلیل چهارم، حکایت «هند»، همسر ابوسفیان، است. در حدیثی از پیامبر اسلام نقل شده است که زوجه ابوسفیان نزد پیامبر چنین شکایت کرد: ابوسفیان حق مرا از نفقه و منافع فرزندانم ادا نمی‌کند. شما تدبیری بیندیشید. رسول‌الله نیز در جواب فرمود: «خدی مایکفیک و ولدک بالمعروف؛ برای هزینه زندگی و فرزندان، از مال همسرت به اندازه متعارف بگیر.» (ابن القیم الجوزیه، ۱۳۳۷، ص ۳۳۵)

دلیل پنجم، تأیید عادت‌ها و عرفهای اعراب از طرف شارع است؛ مثلاً در مسائل دیات و وارث و قسامه، تأیید شارع، دلیل بر حکم عرف است. حتی امام مالکیه، عمل اهل مدینه را اجماع عملی و دلیل شرعی در هنگام فقد نص می‌دانست. این تأیید هم مخدوش است؛ زیرا اگر شارع در بعضی از موارد، عرف و عاداتهای موجود را تأیید کرده است، به معنای حجیت عرف نیست، بلکه به معنای هماهنگی عرف با احکام اسلامی است. در اینجا مقصود، تقریر آن بخش از امور عرفی است که در مجرای سنت قرار دارد و نه اثبات هویت عرف تا دلیلی مستقل در برابر سنت باشد.

دلیل ششم، اجماع است. محمصانی ادعا کرده است: «و دلیل تحکیم العاده فی الامور الشرعیه هو اجماع الفقهاء المبنی علی سابقات قضائیه الاسلامیه.» (محمصانی، بی تا ص ۲۶۶)

پاسخ این ادعا هم روشن است. دلیل حاکم بر حضور عادت و عرف در مسائل شرعی، اجماع فقیهان است که در روند محاکمات قضایی مستند قرار می‌گیرد؛ اما در حالی که اندیشمندان امامیه با اعتبار عرف مخالفت کرده‌اند، چگونه

این اتفاق احراز می‌شود؟ همچنین این اجماع مدرکی است و اعتبار آن منوط به کاشفیت از رأی معصوم است و این نیز احراز نشده است.

دلیل هفتم، قواعدی است که برخی نقل کرده‌اند. قاعده «التعین بالعرف کالتعین بالنص»، قاعده «المشروط عرفاً کالمشروط شرعاً» و قاعده «استعمال الناس حجة يجب العمل بها» از آن جمله است. نظایر این قواعد در منابع فقهی اهل سنت به وفور دیده می‌شود.

۷. اعتبار و ارزش عرف در نظام حقوق اسلامی

در حقوق اسلامی عرف یکی از منابع حقوق است و این نظام حقوقی با امضا کردن عرفهای محلی و ارجاع قاضی به آنها و معتبر شناختن عقل و اجماع و استصلاح و استحسان، توانسته است سیستم حقوقی خود را برای همیشه زنده و متحرک نگاه دارد و از طرفی حقوق اسلامی در اعتبار عرف آنقدر افراط نکرده است که مخالف شئون انسان و اصل عدالت و حرمت و شرافت ذاتی آدمی باشد. عرف و عادت و عقل و اجماع از کهنه و فرسوده شدن حقوق جلوگیری می‌کند و آن را همواره در تطبیق و انطباق با نیازمندیهای روز مردم، متغیر و متکامل نگاه می‌دارد. فرمولها و دستورالعملهایی به دست می‌دهد که خود را منطبق با روح زمان و پیشرفتهای عظیم جهان گرداند و جاهای گریز و محللای انعطاف برای پدیده‌های جدید اجتماعی باز کند.

حقوق اسلامی هر عرفی را امضا نمی‌کند، بلکه بالاتر و برتر از اراده‌های فردی است و بی‌بندوباری بی‌حد 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 هسته 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.

۸. مصادیق عرف در حقوق اسلام

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 آنکه شرع در آن بابت 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 زیان‌بخش نیست و بنای اخلاق و دین افراد را متزلزل نمی‌کند. بدین مناسبت لازم است به تعدادی از موارد و ارجاع به عرف در حقوق اسلام اشاره شود که در زیر می‌آیند.

- ۱- در عقود معاطاتی به اقتضای عرف، عقد به‌صرف قبض و تسلیم مال بدون نیاز به ایجاب و قبول لفظی واقع می‌گردد.
- ۲- در صورت سکوت عقد در مورد پرداخت ثمن برحسب عرف باید از پول رایج تر استفاده به عمل آید.
- ۳- میزان و ترتیب پرداخت و تقسیط اجرت در صورت نبودن قرارداد تابع عرف است.
- ۴- در صورت اختلاف در تملیکی یا عاریه بودن جهیزیه، مورد از موارد تحکیم عرفی است.
- ۵- اعتبار عقد فضولی را در فقه ناشی از اعتباری دانسته‌اند که عرف برای آن شناخته است.
- ۶- از نظر فقهی طرز تنظیم اسناد و قراردادهای و اصطلاحاتی که در آن آورده می‌شود، تابع عرف است.
- ۷- حق الماره از نظر فقهی مبتنی بر عرف است.
- ۸- مستعیر در نحوه استفاده از مال عاریه باید حدود عرفی را مراعات کند و الا مسئول و ضامن است.

- ۹- جایز بودن وقف اموال منقول از نظر فقهی بر عرف متکی است.
- ۱۰- از نظر فقهی طرز انفاق و نوع و مقدار آن منوط به عرف می‌باشد.
- ۱۱- تعیین اعمالی که مسقط صفت عدالت در شاهد می‌گردد در موارد متغیر به عرف محول می‌باشد.
- ۱۲- در مورد خیار مجلس، تعیین حصول تفرق و حدود آن عرفی است.
- ۱۳- گشوده بودن در امکانه عمومی به منزله اذن صریح در دخول است و متقابلاً محصور بودن اراضی مملوکه برحسب عرف به منزله منع صریح از دخول دیگران است.
- ۱۴- ارزش مالی اشیا در مبیع از نظر فقهی منوط به عرف می‌باشد.
- ۱۵- بیع محصول نارس درخت میوه قبل از فرارسیدن فصل بهره‌برداری از آن با آنکه مقداری از مبیع هنوز معدوم است، بنا به اجتهاد فقهای امامیه و به نظر مالک برحسب عرف جایز می‌باشد، ظاهراً مذهب حنفیه آن را باطل دانسته است.
- ۱۶- تعیین مهرالمثل از راه مراجعه به عرف است.
- ۱۷- موالات بین ایجاب و قبول منوط به پذیرش عرف است.
- ۱۸- عرف و عادت نقش شرط ضمن عقد را ایفا می‌کند.
- ۱۹- توزین و تحویل مبیع در صورت سکوت متبایعین به حکم عرف معین می‌شود.
- ۲۰- توابع مبیع اگر مسکوت بماند با مراجعه به عرف معلوم می‌گردد.
- ۲۱- محقق ثانی در جامع المقاصد می‌فرماید: «ملاک» در تشخیص مفهوم اعزاز و تعذر مثل که تبدیل به قیمت می‌شود، عرف است همانند سایر مفاهیم عرفیه که تشخیص آنها با عرف است.

۹. جایگاه و اهمیت عرف در دانش حقوق

عرف و عادت باوجود اختلاف سیستم‌های حقوقی و نیز باوجود اختلاف نظر جامعه‌شناسان حقوق و حقوق‌دانان درباره‌ی اساس، کیفیت و میزان احترام و اعتبار

آن در جوامع، یکی از منابع مهم حقوق به شمار می رود. باید عرف را عنصری دانست که کشف راه حل عادلانه را میسر می سازد و همچنین نیروی حیاتی نهادهای حقوقی است که از کهنگی و فرسودگی حقوق جلوگیری می کند و آن را همواره در تطبیق با نیازهای روز مردم متغیر و متحرک نگه می دارد تا حقوق هم گام با زمان و پیشرفت های جامعه تکامل یابد.

الف) عرف در حقوق خصوصی و حقوق عمومی

عرف در حقوق خصوصی ریشه بسیاری از قواعد را تشکیل می دهد و یا راه حل بسیاری از مسایل موکول به عرف و عادت می شود. قانون قاضی را به صراحت مکلف کرده است که برای تکمیل و رفع نقص و ابهام قوانین از عرف استمداد جوید و آن را به عنوان یک قاعده حقوقی، مورد حکم قرار دهد و در صورتی که که عرف مسلم بر خلاف روح و مفاد قانون باشد، باید رأی خود را موافق با عرف مسلم صادر نماید و دادگاهها نیز مکلف اند در رسیدگی به دعاوی در صورتی که قوانین کشوری کامل یا صریح نبوده و یا متناقض باشد و یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد، قضیه را موافق با عرف و عادت مسلم حل و فصل نمایند. این اهمیت و نقش عرف تنها محدود به حقوق خصوصی نیست، بلکه در حقوق عمومی نیز عرف نقش فوق العاده مهمی را بر عهده دارد. شواهد متعددی که از بررسی قوانین حقوق عمومی به دست می آید، درستی این سخن را گواه است. (کی نیا، ۱۳۴۸، ص ۲۱۴)

ب) عرف در حقوق جزا

اگرچه تا کنون بارها این نکته بیان شده که کاربرد عرف در موارد سکوت است و عرف در این میدان به عنوان قاعده حقوقی مورد توجه قرار می گیرد؛ لیک در حقوق جزا این امر به گونه دیگری است. در رشته حقوق جزا هیچ عملی را

نمی‌توان جرم دانست مگر این که به موجب قانون جرم شناخته شود؛ یعنی در جایی که اصلاً نصی وجود ندارد، عرف و عادت نمی‌تواند موجد جرم و مجازات باشد. به دیگر سخن در مواردی که قانون جزا حکمی در مورد عمل مجرمانه و مجازات آن عمل ندارد و یا مفاد آن مجمل است، هیچ‌گاه دادگاه نمی‌تواند آن عمل را جرم دانسته یا مجازاتی را بر طبق عرف و خارج از حدود قانون مورد حکم قرار دهد. قاضی در موارد سکوت باید به اصل برائت استناد جوید و متهم را غیرقابل تعقیب کیفری اعلام دارد.

این مسئله در حقوق جزا این پندار را پدید آورده است که در حقوق جزا استناد به عرف ممنوع است و عرف هیچ‌گونه نقشی در حقوق جزا ندارد و حال آن که چنین نیست؛ زیرا عرف از جمله منابع ارشادی حقوق جزا به شمار می‌آید. قاضی در پاره‌ای موارد مکلف به پیروی از عرف و انعکاس و اشاره به آن در آرای خود می‌باشد. چنان که در تشخیص ماهیت قضایی یک عمل مجرمانه، تعریف آن و تطبیق حکم قانون و مواردی همانند آن نیازمند به تلقی عرفی و ناگزیر از رجوع به عرف است. (کی‌نیا، ۱۳۴۸، ص ۲۱۵ و ۲۲۰). به‌عنوان مثال این عرف بین قضات ایجاد شده است که تبدیل مجازات‌ها، مثل تبدیل حبس به جزای نقدی، از جهات تخفیف مجازات می‌دانند. همچنین قید «مناسبت» در ماده ۲۲ قانون مجازات اسلامی و این که چنین مجازاتی برای متهم مناسب می‌باشد یا خیر با عرف سنجیده می‌شود و یا در ماده ۶۳۸ ق.م.ا تشخیص عمل منافی عفت (غیر از زنا و رابطه نامشروع) در خارج از موارد شرعی با عرف و عادت مردم محل است. (زمانی، ۱۳۹۰، ص ۳۳)

ج) عرف در حقوق تجارت

جایگاه و اهمیت عرف در حقوق تجارت هنگامی روشن می‌شود که دانسته شود حقوق تجارت امروز به وسیله عرف و عادت بازارهای مکاره قرون وسطی به

وجود آمده است. عملکردهایی که مردمان بر اثر نیازمندی خود به عنوان راه حل ارائه می نمودند، اندک اندک موجب پیدایش حقوق تجارت امروز شد. (نجومیان، ۱۳۴۸، ص ۱۳۳)

این روند (شناخت، پذیرش و رجوع به عرف به عنوان قاعده حقوقی) تنها اختصاص به آن دوران ندارد و امروزه نیز عرف در حقوق تجارت هم چنان به عنوان مرجع و منبع دانسته می شود. هم اکنون برخی از سازمان های بین المللی همچون اتاق بازرگانی بین المللی ۳ که مقر آن در پاریس است، به تدوین و انتشار قواعد عرفی و اصطلاحات بازرگانی بین المللی همت گماشته اند.

۱۷۹

نمونه مطالعات حقوقی

دولت اسلامی

نقش عرف در قانون گذاری نظام اسلامی

مسئله امیری، رسول شعبانپور

د) عرف در حقوق داخلی و حقوق بین الملل

در حقوق داخلی عرف از جهت ارزش و اعتبار پس از قانون قرار دارد و برخی از مسایل حقوقی حتی قانون جز با استعانت آن قابل اجرا نمی باشد. رمز بقای عرف در عصر حاضر با آن که امروزه حاکمیت و وحدت ملی ایجاب می نماید در سراسر هر کشور قانون واحدی مورد عمل و متابعت قرار گیرد، ویژگی تحول و انعطاف و انطباق پذیری آن است. (سلجوقی، ۱۳۴۷، ص ۱۳)

عرف در حقوق بین الملل جایگاه مهم تر و قلمرو گسترده تری نسبت به دیگر رشته های دانش حقوق دارد. چه این که قواعد قراردادی و قوانین مدون به مراتب کمتر از قواعد عرفی است و در حقیقت رسومی که مدت ها بر روابط کشورها و نمایندگان ملت ها حکم فرما بوده، رفته رفته به صورت قانون در آمده و توسط سازمان های بین المللی الزام آور و معیار سنجش ارزش های حاکم شناخته شده و امروز برای عقد پیمان ها و عهدنامه ها و هم چنین حل اختلافات بین المللی پایه تصمیمات قضایی قرار می گیرد. بدین صورت است که عرف به عنوان یکی از دو منبع اصلی و اساسی قانون ساز در حقوق بین الملل معاصر به شمار می رود. (کی نیا، ۱۳۴۸، ص ۲۳۱)؛ (عمید زنجانی، ۱۳۷۳، ص ۱۰۱).

۱۰. مصادیقی از عرف در حقوق مدنی

در اغلب قوانین جدید موادی وجود دارد که صریحاً در مورد سکوت قانون به عرف رجوع می‌کند.

ماده اول قانون مدنی سوئیس می‌گوید:

«هرگاه در قضیه مطروحه قانونی وجود نداشته باشد قاضی موافق عرف و عادت حکم می‌دهد و در صورت نبودن عرف و عادت برحسب قواعدی که اگر خود او واضع قانون بود مقرر می‌داشت قضیه را حل و فصل می‌نماید در اینصورت قاضی نظریه‌های حقوقی و رویه‌های قضائی را مبنای نظر خود قرار خواهد داد».

مواد ۱۱۳۵-۱۱۵۹ و ۱۶۶۰ قانون مدنی فرانسه برای عرف و عادت ارزش قوانین تعویضی یا تفسیری را قائل می‌شود.

ضمناً در مواد ۹۵۰-۶۴۵-۶۶۳-۶۷۱-۶۷۴-۹۵۳-۱۷۵۴-۱۸۵۸ و ۱۸۵۹ حکم بسیاری از موضوعات از قبیل حق ارتفاع و حقوق ناشی از مالکیت و اجاره را موکول به عرف و عادت می‌کند.

در انگلستان حقوق اصولاً از عرف ناشی می‌شود و قوانینی که در انگلستان وضع گردیده در مقابل قواعد بیشماری که از عرف ناشی شده و فعلاً به آن عمل می‌شود قابل مقایسه نیست.

در کالیفرنیا مسائل مربوط به تملک و تصرف معادن را قانون‌گذار به عرف احاله کرده است و علتش این است که این معادن در نواحی دوردست واقع شده و اشخاصی که معادن مزبور را کشف کرده‌اند در بین اهالی محل به قواعد عرفی برخورد کرده‌اند که قانون نیز حل اختلافات را به آن قواعد احاله کرده است.

ماده ۱۳۸ قانون مدنی مصر در تفسیر شرایط عقد به آنچه عرفاً مقتضای عقد است رجوع می‌کند.

و ماده ۳۰ قانون مزبور می‌گوید در حق ارتفاع شرایط عقدی که وجود حق بر آن متوقف است و همچنین عرف بلد رعایت می‌شود. قانون مدنی عراق اگر چه بین عرف و عادت از لحاظ آثار قانونی فرقی قائل نیست بعضی از قواعد کلی را به عرف احاله می‌کند ماده ۳۶ می‌گوید: «العاده (محکمه)». ماده ۴۳ می‌گوید: «المعروف عرفا کالمشروط (شرطاً)» در ماده اول قانون مزبور نیز صریحاً در مورد سکوت قانون به عرف احاله شده است.

عرف و عادت در قانون مدنی ایران در موارد گوناگونی بیان شده است که معمولاً کلمات «عرف» و «عادت» هر دو باهم به کار رفته‌اند و گاهی نیز کلمه عرف به تنهایی به کار برده شده و گاهی کلماتی همانند «متعارف»، عرفا و عرفیه نیز بیان شده است

ماده ۳- قانون آئین دادرسی مدنی ایران می‌گوید:

«دادگاههای دادگستری مکلفند به دعاوی موافق قوانین رسیدگی کرده حکم داده یا فصل نمایند در صورتی که قوانین موضوعه کشوری کامل یا صریح نبوده و یا متناقض باشد یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد دادگاههای دادگستری باید موافق روح و مفاد قوانین موضوعه و عرف و عادت مسلم قضیه را قطع و فصل نمایند.»

ماده ۴ آئین دادرسی مدنی می‌گوید:

«اگر قاضی به عذر اینکه قوانین موضوعه کشوری کامل یا صریح نیست و متناقض است و یا اصلاً قانون وجود ندارد از رسیدگی و فصل دعوی امتناع نماید مستنکف از احقاق حق محسوب خواهد شد.»

ماده ۱۵۰ قانون مجازات عمومی نیز که تصور می‌رود از ماده ۱۸ قانون مجازات فرانسه و ماده ۲۸۵ قانون مجازات بلژیک الهام گرفته که برای قاضی

مستنکف از احقاق حق مجازات انفصال از شغل قضائی پیش‌بینی کرده است و می‌گوید:

«هریک از قضات محاکم یا مستنطقین یا مدعی العمومها تظلمی مطابق شرائط قانونی نزد او برده شده و رسیدگی به آن از وظائف او بوده و با وجود این بهر عذر و بهانه اگرچه به عذر سکوت یا اجمال یا تناقض قانون امتناع از رسیدگی کند یا صدور حکم را برخلاف قانون به تأخیر اندازد یا برخلاف صریح قانون رفتار کند از شغل قضائی منفصل و علاوه به تأدیه خسارت وارده نیز محکوم خواهد شد».

قطع نظر از مراتب فوق قانون مدنی ایران حل بسیاری از قضایا را صریحاً به عرف و عادت موکول کرده است و یا برای استحضار از مقررات قانون مدنی قسمتی از مواد مزبور را عیناً در اینجا نقل می‌کنیم:

ماده ۲۲۰ قانون مدنی می‌گوید: «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 عادت و یا به موجب قانون از عقد حاصل می‌شود ملزم می‌باشند»

ماده ۲۲۴ قانون مدنی می‌گوید: «الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفیه». ماده ۲۲۵ قانون مدنی می‌گوید: «متعارف بودن امری در عرف و عادت به طوریکه عقد بدون تصریح هم منصرف به آن بمنزله ذکر در عقد «است».

ماده ۳۵۶ می‌گوید: «هر چیزی که بر اثر عرف و عادت جزء یا از توابع مبیع شمرده شود یا قرائن دلالت بر دخول آن در مبیع بنماید داخل در بیع و متعلق به مشتری است اگرچه در عقد صریحاً ذکر نشده باشد و اگرچه متعاملین جاهل بر عرف «باشند».

ماده ۳۶۹ می‌گوید: «تسلیم مبیع به کیفیات مختلفه است و باید بنحوی باشد که عرفاً آنرا تسلیم «گویند».

ماده ۳۷۵ می‌گوید: «مبیع باید در محلی تسلیم شود که عقد بیع در آنجا واقع شده است مگر اینکه عرف و عادت مقتضی تسلیم در محل دیگر باشد.»

ماده ۳۸۲ می‌گوید: «هرگاه عرف و عادت از بابت مخارج معامله یا محل تسلیم برخلاف ترتیبی باشد که ذکر شد و یا در عقد برخلاف آن شرط شده باشد باید بر طبق متعارف یا مشروط در عقد رفتار شود و همچنین متابعین می‌توانند آن را به تراضی تغییر «دهند.»

ماده ۹۵۰ قانون مدنی معنای مثلی و قیمی مذکور در قانون را به تشخیص عرف موکول کرده و می‌گوید:

«مثلی که در این قانون ذکر شده عبارت از مالی است که اشیاء و نظائر آن نوعاً زیاد و شایع باشد مانند حبوبات و نحو آن و قیمی مقابل آن است معذک تشخیص این معنی با عرف است.»

نتیجه‌گیری

جایگاه عرف در فقه اسلامی جایگاه مهمی است که در بیان منابع اصلی حقوق اسلامی گفته شده که: علاوه بر قرآن، سنت، اجماع و عقل (در اهل سنت، قیاس و استحسان) در برخی مسایل هم عرف و عادت مورد تأیید شرع اسلامی قرار گرفته است.

می‌توان گفت 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.

حقوق اسلامی هر عرفی را امضا نمی‌کند، بلکه بالاتر و برتر از اراده‌های فردی است و بی‌بندوباری بی‌حد و حصر انسانهای منحرف را صحنه نمی‌گذارد، رهبر اراده‌هاست و آن‌ها را با اصول عدالت که مقصد است، متوافق می‌سازد.

عناصر و ارکان عرف: عرف باید قدیمی باشد، ثابت و معمول باشد، عمومی باشد، با عدالت و نظم عمومی و اخلاق حسنه مطابق بوده و مردم در ذهن خود رعایت آن را مانند رعایت قانون لازم الاتباع بشمارند. (عناصر مادی و معنوی نیاز است)

بایستی میان «عرف» و برخی از عناوین مشابه آن نظیر «عادت»، «بنای عقلا» و... تفاوت قائل شد هرچند قانون‌گذار ما در برخی موارد عرف و عادت را در کنار یکدیگر آورده است.

عرف، به اعتبارات مختلف و به انواع گوناگونی همچون عرف عام و خاص، عرف قولی و علمی، عرف مطرد و غالب و مشترک و... تقسیم می‌شود.

نظام حقوقی با امضا کردن عرفهای محلی و ارجاع قاضی به آنها توانسته است سیستم حقوقی خود را برای همیشه زنده و پویا نگاه دارد که مصادیق مختلفی از این ارجاع را در متون فقهی می‌توان یافت.

قانون‌گذار ما به تبعیت از فقه، در قوانین مختلف (جزایی، مدنی، آیین دادرسی مدنی و...) به عرف ارجاع داده است. به طوری که با استفاده از برخی مواد قانون مدنی مانند ماده ۲۸۰ در می‌یابیم که در صورت تعارض عرف و عادت با قوانین تکمیلی، حکم عرف مقدم خواهد شد. ولی در تعارض میان عرف با قانون امری، قانون مقدم است چون تعارض عرف بانظم عمومی است.

منابع

۱. آشتیانی، میرزا محمدحسن، ۱۴۰۳ هـ ق، *بحر الفوائد فی شرح الفوائد*، مکتبه آیت الله مرعشی نجفی، قم: الطبعة الاولى.
۲. البروجردی، آیت الله شیخ بهاءالدين الحجتی، ۱۴۱۲ هـ ق، *الحاشیه علی الکفایة الاصول*، قم: انتشارات صدر.
۳. البروجردی، شیخ محمد تقی، ۱۳۷۱ هـ ق، *نهایة الافکار*، المطبعة العلمیة، ج ۳.
۴. ابن حجر عسقلانی، احمد بن غلی، ۱۴۲۰ هـ ق، *فتح الباری بشرح صحیح البخاری*، بیروت: دار الفکر، ج ۴.
۵. ابن قیم الجوزیة، محمد بن ابی بکر، ۱۴۱۹ هـ ق، *اعلام الموقعین*، بیروت: دار الجیل، ج ۴.
۶. ابن منظور، *لسان العرب*، ۱۴۰۵ هـ ق، نشر ادب الحوزة، ج ۹.
۷. احمد بن محمد بن حنبل، ابو عبدالله، *بی تا مسند احمد بن حنبل*، دارالفکر، ج ۱.
۸. اندرسن، جیمز نورمن دالریمل، ۱۳۷۶، *تحولات حقوقی جهان اسلام*، ترجمه فخرالدين اصغری، جلیل قنواتی، مصطفی فضائلی، قم: مرکز انتشارات حوزه علمیه قم دفتر تبلیغات اسلامی.
۹. انطوان الیاس، الیاس، ۱۳۶۳، *فرهنگ نوین*، ترجمه القاموس العصری، کتابفروشی و چاپخانه اسلامیة، ج ۶.
۱۰. جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، *ترمینولوژی حقوق*، ص ۲۴۷.
۱۱. جعفری لنگرودی، ۱۳۵۳، *مکتبهای حقوقی در حقوق اسلام*، ص ۸۷، شماره ۷۸/۳.

۱۲. جُرّ، خلیل، ۱۳۶۳، *فرهنگ لاروس*، ترجمه حمید طبیبیان، امیر کبیر.
۱۳. الجرجانی، علی بن محمد، ۱۳۰۶، *التعريفات*، تهران: انتشارات ناصر خسرو.
۱۴. جناتی، محمد ابراهیم، ۱۳۷۰، *منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی*، کیهان.
۱۵. جوان، موسی، ۱۳۲۶، مبانی حقوق، تهران، ج ۱.
۱۶. الحلّی، ابی جعفر محمد بن منصور بن احمد بن ادریس، *تذکره الاحکام*، طبع قدیم، ج ۲.
۱۷. الحلّی، ابی جعفر محمد بن منصور بن احمد بن ادریس، ۱۴۰۳، *شرايع الاسلام*، قم: انتشارات دارالهدی، ج ۳.
۱۸. حکیم، محمد تقی، ۱۹۷۹ م، *الاصول العامه للفقہ المقارن*، مؤسسه آل البيت، چاپ دوم.
۱۹. حیدریان، محمود، ۱۳۵۰، *مبانی علم حقوق*، چاپ سوم.
۲۰. حسینی العاملی، محمد جواد، *بی تا مفتاح الکرامه*، قم: مؤسسه آل البيت، ج ۴.
۲۱. خرازی، سید محسن، «پژوهش پیرامون عرف»، مجله مشکوه، ش ۲۱.
۲۲. رجبی، حسین، «کاربرد عرف در استنباط»، کیهان اندیشه، ش ۴۸.
۲۳. رضا، محمد رشید، *بی تا تفسیر القرآن الحکیم*، المشتهر باسم تفسیر المنار، مصر: ج ۹.
۲۴. الزرقاء، مصطفی احمد، ۱۴۱۸ ه. ق، *المدخل الفقهي العام*، دمشق: دارالعلم، ج ۱.
۲۵. زمانی، محمود، ۱۳۹۰، *عرف و عادت در نظم حقوقی ایران*، جنگل.
۲۶. سبحانی، جعفر، ۱۳۶۳، *تقریرات درس اصول امام خمینی رحمه الله*، تهذیب الاصول، انتشارات اسلامی، ج ۲.
۲۷. ساکت، محمد حسین، ۱۳۷۱، *دبیاچه ای بر دانش حقوق*، نشر نخست.
۲۸. سلجوقی، محمود، ۱۳۴۷، *نقش عرف در حقوق مدنی ایران*، انتشارات بی نا.
۲۹. السمعی، ابی المظفر منصور بن محمد بن عبدالجبار، ۱۴۱۸ ه. ق، *قواعد الأدله فی الاصول*، بیروت: دار مکتب العلمیه، ج ۱.
۳۰. سیوطی، عبدالرحمن ابی بکر، *بی تا الاشباه والنظایر فی الفروع*، بیروت: ج ۱.
۳۱. شایگان، سید علی، ۱۳۷۵، *حقوق مدنی*، انتشارات طه.
۳۲. صالح، علی پاشا، ۱۳۴۸، *تاریخ حقوق*، انتشارات دانشگاه تهران.
۳۳. صدر، سید محمد باقر، ۱۴۱۰ ه. ق، *دروس فی علم الاصول*، انتشارات اسلامی، ج ۱.
۳۴. صدر، سید محمد باقر، ۱۳۸۵ ه. ق، *المعالم الجدیة للاصول*، نجف: مطبعة النعمان.
۳۵. طباطبایی بروجردی، آیت الله حاج آقا حسین، ۱۴۱۵ ه. ق، *نهاية الاصول*، انتشارات تفکر.
۳۶. طباطبایی، سید محمد حسین، ۱۴۱۱ ه. ق، *تفسیر المیزان*، بیروت: مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، ج ۸.

۳۷. الطرابلسی، عبدالعزیز بن البرآج، **المهذب**، ۱۴۰۶هـ. ق، مؤسسه النشر الاسلامی، ج ۱.
۳۸. عبدالمتعال، دکتر زکی، ۱۳۸۸، ترجمه احمد فرامرزی، **تاریخ تشکیلات سیاسی، قضایی، اقتصادی**، چاپخانه خرمی.
۳۹. علم الهدی، سید مرتضی، ۱۳۶۳، **الذریعه الى اصول الشریعه**، انتشارات دانشگاه تهران، ج ۱
۴۰. علوی، رضا، ۱۳۴۸، **کلیات حقوق**، انتشارات مؤسسه حسابداری.
۴۱. عمید زنجانی، عباسعلی، ۱۳۷۳، **فقه سیاسی**، امیر کبیر، ج ۳.
۴۲. الغروی النائینی، میرزا محمد حسین، ۱۴۰۶، **فوائد الاصول**، انتشارات اسلامی، ج ۳.
۴۳. قوته، عادل بن عبدالقادر، ۱۴۱۸هـ ق، **العرف**، مکتبه المکیه، ج ۱.
۴۴. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۷، **فلسفه حقوق**، شرکت سهامی انتشارات، ج ۲.
۴۵. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۶۶، **مقدمه علم حقوق و مطالعه در حقوق خصوصی ایران**، بهنشهر.
۴۶. کلانتری، شیخ ابوالقاسم، **بی تا مطارح الانظار** (تقریرات اصول شیخ مرتضی انصاری)، مؤسسه آل البيت.
۴۷. کی نیا، مهدی، ۱۳۴۸، **کلیات مقدماتی حقوق**، دانشگاه تهران.
۴۸. لوی-پرول، هانری، ۱۳۷۰، **جامعه شناسی حقوق**، ترجمه ابوالفضل قاضی، دانشگاه تهران.
۴۹. محمضانی، صبحی، **بی تا فلسفه التشریح الاسلامی**، بیروت.
۵۰. معلوف-لوییس، المنجد، ۱۳۷۴، ترجمه محمد بندرریگی، انتشارات ایران.
۵۱. المفید، محمدبن النعمان، ۱۴۱۰، **المقنعه**، مؤسسه النشر الاسلامی.
۵۲. المظفر، محمدرضا، **بی تا اصول الفقه**، فیروزآبادی، قم: طبعه الاولى.
۵۳. مقدس اردبیلی، ۱۴۱۱هـ ق، **مجمع الفائدة والبرهان**، قم: انتشارات اسلامی، ج ۸.
۵۴. الموسوی الخمینی، سیدروح... (امام)، ۱۳۸۵، **الرسائل**، مؤسسه اسماعیلیان، ج ۲.
۵۵. الموسوی الخمینی، سیدروح... (امام)، ۱۳۷۲، **انوار الهدایه فی التعلیقہ علی الکفایه**، مؤسسه نشر آثار امام خمینی رحمه الله.
۵۶. المنصوری، خلیل الرضا، ۱۴۱۳، **نظریه العرف**، مکتب الاعلام الاسلامی.
۵۷. واحدی، قدرت الله، ۱۳۷۶، **مقدمه علم حقوق**، کتابخانه گنج دانش.
۵۸. واسعی، سید محمد، ۱۳۷۹، **مجله قبسات**، شماره ۱۵ و ۱۶.
۵۹. وهبه الزحیلی، ۱۴۱۸هـ. ق، **العرف والعادة**، دمشق: دارالمکتبی.
۶۰. ناصری، فرج الله، ۱۳۴۴، **امارات در حقوق مدنی ایران**، دانشگاه تهران.
۶۱. نجومیان، حسین، ۱۳۴۸هـ ق، **زمینه حقوق تطبیقی**، مشهد: کتاب فروشی جعفری.