

رویکردشناسی کاربرد عرف در نظام حقوقی

ایران مبتنی بر مبانی حقوق اسلامی

(در مقام تعیین، تفسیر، تطبیق، ادله اثبات دعوا و رویه قضایی)

دکتر محمدامین کیخای فرزانا

قاضی دادگستری و عضو هیأت علمای دانشگاه

احسان آهنگری

دانشجوی دکتری دانشگاه تهران

سرشناسه	: کیخای فرزانه، محمدمامین، ۱۳۶۶-
عنوان قراردادی	: ایران. قوانین و احکام Iran. Laws, etc
عنوان و نام پدیدآور	: رویکردشناسی کاربرد عرف در نظام حقوقی ایران مبتنی بر مبانی حقوق اسلامی (در مقام تقنین، تفسیر، تطبیق، ادله اثبات دعوا و رویه قضایی) / محمدمامین کیخای فرزانه، احسان آهنگری
مشخصات نشر	: تهران: خرسندی، ۱۳۹۸.
مشخصات ظاهری	: ۱۸۰ ص.
شابک	: 978-622-224-078-3
وضعیت فهرست‌نویسی	: فیبا
یادداشت	: کتابنامه: ص. [۱۷۱] - ۱۸۰؛ همچنین به صورت زیرنویس.
مندرجات	: عرف (فقه) -- دیدگاه فقیهان شیعه
موضوع	: Customary law (Islamic law) -- * Views of Shiite faqihs
موضوع	: عرف -- ایران Customary law -- Iran
شناسه اروده	: آهنگری، احسان، ۱۳۶۷
رده‌بندی سگره	: BP1۹۸/۶
رده‌بندی دیویی	: ۲۹۷/۳۴۲
شماره کتابشناسی ملی	: ۵۸۱۲۵۰



انتشارات خرسندی

خیابان انقلاب، خیابان فخر رازی، خیابان لبافی نژاد، پلاک ۱۷۴، واحد ۲

تلفن: ۵-۰۳۴-۶۹۷۱۰۳۴ و ۰۱-۰۴۴-۶۶۴۹۰۰۰

فروشگاه شماره ۱: میدان انقلاب، خ منیری جاوید (اردیبهشت) پلاک ۹۲، تلفن: ۶۶۹۵۰۷۵۹

فروشگاه شماره ۲: خ انقلاب، بین خ فخر رازی و خ داسگاه محتاج، ارسا، پلاک ۱۲۱۸

تلفن: ۶۶۹۷۳۹۷۴ و ۶۶۹۷۴۶۷۵

پست الکترونیک: Khor.sandy.pub@gmail.com

سایت اینترنتی: www.Khorsandypub.com

رویکردشناسی کاربرد عرف در نظام حقوقی ایران

مبنتی بر مبانی حقوق اسلامی

دکتر محمدمامین کیخای فرزانه - احسان آهنگری

چاپ اول: ۱۳۹۸ تیراژ: ۵۰۰ جلد قیمت: ۳۶۰,۰۰۰ ریال

ISBN: 978-622-224-078-3

شابک: ۹۷۸-۶۲۲-۲۲۴-۰۷۸-۳

فهرست مطالب

صفحه	عنوان
۱۱	پیش گفتار.....
۱۷	۱. کلیات.....
۱۹	۱-۱. مفهوم شناسی عرف و عادت.....
۱۹	۱-۱-۱. مفهوم شناسی عرف.....
۲۲	۱-۱-۲. تعریف عادت.....
۲۳	۱-۱-۳. رابطه عرف و عادت.....
۲۴	۱-۱-۴. تاثیر عرف در زندگی اجتماعی.....
۲۵	۱-۱-۵. مفهوم اصطلاحی عرف در فقه اهل سنت.....
۲۷	۱-۱-۶. مفهوم اصطلاحی عرف در فقه امامیه.....
۳۲	۱-۱-۷. مفهوم اصطلاحی عرف در علم معارف.....
۳۳	۲-۱. اقسام عرف.....
۳۳	الف. عرف عام و عرف خاص.....
۳۴	ب. عرف عملی و قولی.....
۳۵	ج. عرف صحیح و عرف فاسد.....
۳۵	د. عرف ثابت و متبدل و مطرد و مساوی.....
۳۵	۲-۳. تبار شناسی، شرایط و منشأ ایجاد عرف.....
۳۶	الف. تکرار.....
۳۶	ب. پیوستگی در تفسیر.....
۳۷	ج. روشنی در سبب تفسیر.....
۳۷	د. احساس التزام و لازم الاتباع بودن برای افراد تحت شمول.....
۴۰	جمع بندی.....
۴۳	۲. نسبت سنجی عرف با مفاهیم مشابه.....
۴۵	۲-۱. عرف و سیره (بناء) عقلاء.....
۴۶	۲-۱-۱. تعریف سیره و بنای عقلاء.....
۴۶	۲-۱-۲. رابطه سیره عقلاء و عرف.....

- ۴۷-۱-۳. تعریف اصطلاحی سیره عقلا.....
- ۵۱-۱-۴. سیره عقلا و ارتکاز عقلانی.....
- ۵۲-۱-۵. تاریخچه استناد به سیره عقلا.....
- ۵۴-۱-۶. سیره‌های مستحدث و غیر مستحدث.....
- ۵۵-۱-۷. حجیت بنای عقلا.....
۵۵. الف. نظریه احراز عدم مخالفت شارع.....
۶۲. ب. نظریه عدم احراز ردع.....
۶۵. ج. نظریه حجیت ذاتی بودن سیره عقلا.....
۶۷. د. دیدگاه مختار.....
- ۶۸-۲. عرف حکم عقل.....
- ۶۹-۲-۱. نظریه فاسفه در باب حسن و قبح.....
- ۷۰-۲-۱-۱. قفسر حسن و قبح.....
- ۷۱-۲-۱-۲. دیدگاه علامه ایضاب.....
۷۴. خلاصه دیدگاه نخست.....
- ۷۶-۲-۲. دیدگاه دوم (نظریه متکلمان عدلیه).....
- ۷۹-۲-۳. عرف و سیره متشرعه.....
۸۳. ۳. عرف در مقام وضع، تطبیق، تفسیر و سایر مقامات.....
- ۸۶-۳-۱. عرف مقنن و مشرع (نقش عرف در ایجاد قواعد حقوقی در حقوق فقه و حل شبهات حکمیة).....
۸۷. الف. نظریه نخست (انکار نقش استقلالی عرف).....
۸۹. ب. نظریه دوم (نظریه مختار): حجیت مقید عرف.....
۹۶. بند ۱. عرف مطرد یا غالب باشد.....
۹۷. بند ۲. با نصی شرعی از قرآن و سنت مخالفت نداشته باشد.....
۹۸. بند ۳. با احکام عقل عملی مخالفت نداشته باشد.....
- ۹۹-۳-۱-۱. مقام اول و عالم حقوق.....
- ۱۰۱-۳-۲. عرف مکمل (حاکمیت عرف در حیطه قواعد تکمیلی).....
- ۱۰۱-۳-۲-۱. قانون امری.....
- ۱۰۱-۳-۲-۲. قانون تکمیلی.....
- ۱۰۵-۳-۲-۳. عرف در مقام ایجاد قاعده حقوقی در حیطه قواعد امری و حاکمیت اراده ظاهری.....
- ۱۱۱-۳-۳. عرف مفسر (عرف مفسر در مقام حل شبهات مفهومی).....

- ۱۱۱ ۳-۳-۱. مراجعه به عرف در شناخت مفاهیم مفردات و هیات‌های به کار رفته در دلیل
- ۱۱۳ ۳-۳-۲. مراجعه به عرف در تفسیر دلیل
- ۱۱۴ ۳-۳-۲-۱. تخصیص عام و تقیید مطلق به وسیله عرف
- ۱۱۵ ۳-۳-۲-۲. عمل نکردن به دلیل با تغییر عادت و عرف
- ۱۱۵ ۳-۳-۲-۳. فهم مناسبات بین موضوع و حکم
- ۱۱۶ ۳-۳-۲-۴. عرف و جمع میان ادله
- ۱۱۶ ۳-۳-۲-۵. نقش عرف در قراردادهای و معاملات
- ۱۱۸ ۳-۳-۲-۶. موضوع سازی و موضوع زدایی عرف برای ادله
- ۱۲۰ ۳-۳-۳. جایگاه عرف لفظی در حقوق
- ۱۲۰ ۳-۳-۱. ساختار مفهومی حقیقت و مجاز
- ۱۲۱ ۳-۳-۲. اقسام حقیقت و انواع وضع
- ۱۲۲ ۳-۳-۳-۱. اصل نسبی و حقیقت قانونیه در مقام وضع قواعد حقوقی
- ۱۲۳ ۳-۳-۳-۲. تعارض و تراحم حقیقت قانونیه با سایر انواع حقیقت
- ۱۲۵ ۳-۳-۳-۳. جایگاه معانی حقه در تفسیر قراردادهای (قانون بین الاثنی).
- ۱۲۵ ۳-۳-۳-۴. جایگاه معانی حقیقی در تفسیر قراردادهای بخش عمومی
- ۱۲۶ ۳-۳-۳-۵. جایگاه معانی حقیقی در تفسیر قراردادهای بخش خصوصی
- ۱۲۸ ۳-۳-۳-۶. تاثیر تحولات انجام شده در قراردادهای نوین بر اصول تفسیری
- ۱۲۹ ۳-۴. عرف در مقام تطبیق و حل شبهات مصداقیه
- ۱۳۱ ۳-۵. نقش عرف در نظام ادله اثبات
- ۱۳۲ ۳-۵-۱. تعریف دلیل
- ۱۳۴ ۳-۵-۲. نظام‌های موجود در مورد ادله اثبات دعوا و بررسی اهداف آن
- ۱۳۴ الف. نظام اثباتی مطلق و آزاد (کاووشی)
- ۱۳۵ ب. نظام اثبات مقید یا قانونی
- ۱۳۶ ج. نظام اثبات مختلط
- ۱۳۶ ۳-۵-۳. بررسی حجیت و اعتبار علم قاضی
- ۱۳۷ ۳-۵-۳-۱. مفهوم علم قاضی
- ۱۳۸ ۳-۵-۳-۲. نظریات مطرح در خصوص علم قاضی
- ۱۳۸ الف. نظریه اول
- ۱۳۹ ب. نظریه دوم
- ۱۴۰ ج. نظریه سوم

- ۱۴۴ ۳-۳-۳. حجیت ادله قانونی
- ۱۴۵ ۳-۳-۴. تبیین مفهومی علم متعارف
- ۱۴۸ ۳-۳-۵. اعتبار امارات و ارتباط آنها با ظواهر
- ۱۴۸ الف. معنای لغوی اماره
- ۱۴۸ ب. معنای اصطلاحی اماره
- ۱۴۹ ج. حیطه اختیار قاضی در امارات
- ۱۵۰ د. ماهیت اماره
- ۱۵۲ ۳-۳-۶. مفهوم اماره قضایی
- ۱۵۳ ۳-۵-۷. اختیار دادرس در استناد به قرائن ارتباط امارات قضائی و ظواهر
- ۱۵۶ ۳-۳-۸. اقسام ظاهر
- ۱۵۷ الف. ظهور اکتفا
- ۱۵۸ ب. اعمه احتمال
- ۱۵۸ ج. ظهور اکتفاء و احوال
- ۳-۳-۹ ۳-۵-۹. تفکیک بین تعارض ادله اثبات احکام و ادله اثبات دعوا (عدم امکان وقوع تعارض ظواهر ظن آور و اصول عملیه و ورود ظواهر و اراست قضائی بر اصول عملیه)
- ۱۶۰ جمع‌بندی
- ۱۶۱ ۳-۶. رویه قضایی به مثابه عرف قضائی
- ۱۶۳ ۳-۶-۱. مفهوم و اهمیت رویه قضایی و ارتباط آن با عرف
- ۱۶۴ ۳-۶-۲. رویه قضائی در مقام وضع، تفسیر و تطبیق قاعده
- ۱۶۶ فهرست منابع
- ۱۷۱

پیش گفتار

سیر تحولی و رو به رشد شک بشری در اعصار و امصار مختلف همواره او را به سمت یافتن مجهولات او پیش برد. راه آن سعی داشته است خود را به تعالی و سعادت (با هر مینا و تفسیری) نزدیک تر نماید فلذا ممکن است آن امری که در صد سال پیش مورد پذیرش و مقبولیت جوامع انسانی قرار داشت امروز مورد پذیرش نباشد بنابراین بشر مبتنی بر عقل جمعی در هر زمان و مکان می تواند به گزاره هایی رسد که مورد مقبولیت باشد (عنصر معنوی عرف) و مورد اجرا (عنصر مادی عرف) قرار گیرد. چه در مقام عمل و چه در مقام بیان و گفتار. لذا در ذات عرف نسبی بودن نهفته است. لذا چون عرف نسبی بر تجربه و مورد پسند بودن نوعی آن تجربه برای انسان (که در ذات واژه عرف نیز نهفته است) شکل می گیرد می تواند خروجی عقل ابزار گرای بشر^۱ در هر عصر و زمان باشد و همین روی در تفکر انسان تجربه گرا عرف می تواند کاشف امری پسندیده و مقبول باشد از این روی سخن گران گفت عرف ها نتیجه ی عقل جمعی ابناء بشر می باشد (چه در حد وسیع و چه در حد محدود و مقید به تخصص های خاص) حال این عرف ها می توانند بر مبانی علوم انسانی مخصوصا بارویکرد پوزیتیویستی موثر باشند و در ایجاد قواعد اجتماعی، تفسیر آنها و تطبیق آنها بر مصداق خارجی نقش اساسی ایفاء نمایند و موجب تحول آن ها شوند. یکی از مهم ترین قواعد اجتماعی

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

قواعد حقوقی هستند که در واقع قواعد کلی دارای ضمانت اجرا هستند که در واقع امر برای اداره زندگی اجتماعی (چه در حیطه خصوصی و چه در حیطه عمومی) ایجاد شده‌اند. فلذا عرف در ایجاد، تفسیر و تطبیق این قواعد نقش بسزایی را ایفاء می‌نماید که 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 دکترین 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 رای اجرای درست عرف می‌بایست برخی از انواع و شاخه‌های عرف نیز شناخته شود تا کت 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 نقش خود را به درستی ایفاء نماید البته عرف خود یک قرار داد محسوب می‌شود که مبتنی بر عقل جمعی مردم (مبتنی بر مبنا و غایت آن‌ها) شکل می‌گیرد و می‌توان در برخی موارد آن را یک بناء یا فرض اسلامی در حیطه عرف خاص که در بین متخصصین امری وجود دارد) می‌بایست دانست فلذا عرف مردم نباید موجب رشد و تعالی قواعد اجتماعی و از جمله قواعد حقوقی نیز بشود فلذا توجه به این عنصر در مقام قضاء که سه وظیفه مذکور را دارد می‌تواند خود موجب تعالی و رشد نظام حقوقی - قضایی یک اجتماع شود.

این جایگاه در حالی است که نظام حقوق اسلامی را ایجاد عرف در مرحله تقنین و قاعده‌گذاری آنقدر افراط نکرده که مخالف شئون انسان، عدالت، حرمت و شرافت ذاتی آدمی باشد. و وفق اصل ۴ قانون اساسی این عرف‌ها نمی‌بایست با قواعد مقدره‌های 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. بنابراین ارزش شناخت عرف تا جایی است که تدوین مجموعه‌های حقوقی و قوانین موضوعه به عنوان یکی از مهم‌ترین پدیده‌های اجتماعی نمی‌تواند ناظر بر عرف و عادت نباشد. چنان که بیان شد در نظام حقوقی اسلام عرف یا همان روش و سلوک مستمر میان مردم، از مباحث متغیر و بحث - برانگیز در میان فقهای شیعه و اهل سنت بوده است و مفاهیمی مثل سیره مشرعه 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. همچنین در کشف مراد مقنن و شارح و تطبیق قواعد حقوقی و فقهی بر مصادیق خارجی نیز به نقش بی بدیل عرف عنایت نماید چنان که برخی از نظریه پردازان فلسفه و مبانی حقوق همچون ساوینی در علم حقوق و دور کیم 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 نژادآور و دارای ضمانت اجرا را تشکیل می‌دهد. اما از سوی دیگر عده‌ای از حقوقدانان مخلص 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 می‌توان دو مبانی مختلف در تحلیل حقوق در نظر گرفت و البته عده‌ای از حقوقدانان نیز در این زمینه رویکردی وسوسیه را مدنظر قرار داده‌اند. (رحیمی، ۱۳۹۱: ۱۵)

نباید از نظر دور داشت که این گونه نگاه دیدگاه نسبت به ترابط 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.

در حیطه حقوق موضوعه ارجاع به عرف اصولاً در حیطه حقوق عمومی و خصوصی متفاوت است، زیرا در حقوق عمومی اصل بر حاکمیتی بودن قواعد است و در حقوق خصوصی اصل بر تکمیلی بودن قواعد است اما در حقوق قضائی یعنی اجرای قواعد حقوقی حقوق موضوعه، عرف می‌تواند به عنوان تطبیق دهنده قواعد بر مصادیق خارجی نقش آفرینی نماید و همچنین به عنوان یکی از موجهات ادله اثبات در نظر گرفته شود علی‌الخصوص با عنایت به نظریه علم متعارف قاضی.

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، عامه و همچنین تعاریف اصطلاحی آن، به تأثیر آن در فقه و

حقوق در سه مقام مذکور می‌پردازیم و با توجه به اهمیت رویه قضایی و ادله اثبات دعوا، ارتباط عرف را با این دو مقوله در بیانی مستقل مورد بررسی قرار خواهیم داد و در پایان مبحثی را در خصوص عرف و رویه ارائه خواهد شد امید که این قلیل مرضی حق تعالی و حضرت ولی عصر (عج) واقع گردد.

- سوالات پژوهش

- ۱- عرف در ایجاد قاعده حقوقی چه جایگاهی دارد؟
- ۲- عرف در مسیر قاعده حقوقی در چه مقاماتی مورد استناد قرار می‌گیرد؟
- ۳- در نظام ادله اثبات حقوقی ایران مبتنی بر فقه امامیه عرف چه نقشی را ایفاء می‌نماید؟
- ۴- ترابط عرف و رویه قضایی چیست؟

- فرضیه‌های پژوهش

۱. عرف در حقوق موضوعه ایران در رابطه تراعد تکمیلی نقشی مهم را ایفاء می‌نماید زیرا مکمل اراده و مخصص قوانین تکمیلی منسوب می‌شود و حتی عرف‌های زمانی و مکانی خاص مخصص عرف‌های عام می‌باشند و می‌تواند مورد استناد قرار گیرد همچنین در حیطه قواعد امری نیز این عرف است که مبتنی بر منابع عامه تمایز به قاعده حقوقی آمرانه شده است
۲. عرف در چهار مقام در حقوق قضائی مورد استناد قرار می‌گیرد. عرف مقنن، عرف مکمل، عرف مفسر و عرف مطبق.
۳. در نظام ادله اثبات طبق مبنای علم قاضی مبتنی بر فقه امامیه، قاضی از طریق اهل خبره می‌تواند عرف عام یا عرف خاص را کشف نماید لکن این طریق موضوعیت ندارد بلکه طریقیست دارد و علم قاضی یک علم متعارف یا عرفی و نوعی^۱ است و نه یک علم شخصی^۲.
۴. رویه قضایی یک عرف عملی خاص محسوب می‌شود که می‌توان با شرایطی برای قضات مورد استناد باشد

این پژوهش در قالب یک مطالعه توصیفی و تحلیلی با استفاده از مطالعات کتابخانه‌ای (داخلی و تطبیقی) در سه بخش، به شرح آتی، سعی می‌نماید نقش عرف را در نظام حقوقی ایران تبیین و تحلیل نماید.

بخش اول: مشتمل بر مفهوم‌شناسی عرف و عادت در فقه و حقوق اسلامی، تبارشناسی و منشا ایجاد عرف است

بخش دوم: مشتمل بر نسبت سنجی عرف و عادت با مفاهیمی مانند سیره عقلا و بناء عقلا است

بخش سوم: در بردارنده تبیین عرف در مقام وضع، تفسیر، تطبیق، ادله اثبات دعوا و رویه قضایی می‌باشد

امید که این قلیل بر ضلحت تعال و حضرت ولی عصر (عج) واقع گردد.