

خاستگاه عرف

در اجتهاد، دادرسی و هنجارهای فرهنگی^۱

سیدمیر صالح حسینی جبلی^۲

چکیده

عرف در نظام فقهی مکتب اهل بیت علیهم السلام و نیز در آیین دادرسی اسلامی دارای اقسام و کاربردهای گوناگونی است. عرف فقهی به گونه‌ی مطلق قابل پذیرش نیست. از نگرگاه قضایی نیز یکی از بن‌مایه‌های دادرسی شمرده شده است. می‌توان هر دو معنا را از عرف جامعه‌شناختی برشمرد و این پرسش را در میان گذاشت که تلقی قضات از عرف و اشتراک و دوئیت معنایی آن در فقه و هنجارهای فرهنگی چیست؟ خاستگاه عرف فقهی و قضایی کجاست؟ برای بررسی پرسمان با روش «مفهومی و مروری اطلاعات» به واکاوی می‌پردازیم. یافته‌ها نشان از همپوشانی عرف از دیدگاه فقهی و قضایی، با معنای جامعه‌شناختی از آن دارد. این همپوشی، در حقوق اسلامی به گام استقلالی با ضمانت اجرای قانونی رسیده است؛ اما وجود عرف در بین حقوق دانان غیرمسلمان، دارای ناهمگونی است و از شرایط عرف در کتب مقدس پیروی نمی‌کند؛ بلکه شرایط «داوری»، «سازش» و «انصاف» را در آن به کار می‌گیرند. صورت‌بندی و شناخت همپوشانی معنایی عرف و خاستگاه آن، از دیدگاه فقهی، قضایی و هنجارهای فرهنگی از رویکردهای نوباوه‌ی این پژوهش است.

واژه‌های کلیدی: عرف، خاستگاه عرف، عرف در اجتهاد، عرف در دادرسی، عرف در هنجارهای فرهنگی

۱. تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۱/۲۰؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۵/۲۳

۲. استادیار جامعه المصطفی علیه السلام العالمیه؛ Hossini_Mir@miu.ac.ir

مقدمه

پدیده‌ی عرف در بن‌مایه‌های دادرسی، اجتهادی و هنجارهای فرهنگی بکار رفته است. این پژوهش درصدد است، نگاه فقها و قضات را به خاستگاه اجتماعی عرف جلب نماید. از آنجایی که عرف ریشه در ارزش‌ها، شعائر، آداب و رسوم و هنجارهای اجتماعی دارد، این خاستگاه گاهی به سوی پدیده و ارزش‌هایی در جامعه پیش می‌رود که از دیدگاه فقهی در تعارض است و نیز از ارزش‌های مادی و دنیوی سکولاریستی پیروی می‌کند، در این شرایط چگونه می‌توان عرف را از منابع دادرسی و یا فقهی در جامعه اسلامی برشمرد؟

گرچه برای پاسخ به این پرسش، فقها به «عدم ردع شارع» تمسک کرده و قضات نیز به دیدگاه فقها مراجعه می‌کنند؛ اما این ارجاع، چالش عرف جامعه‌ی سکولار را چاره نمی‌کند. یک جامعه‌ی اسلامی که به ارزش‌های غرب روی آورد و عرف ویژه‌ای را ارزشمند می‌داند، چگونه می‌تواند عرف در آن، از بن‌مایه‌های قضایی باشد.

برخی از پژوهشگران، عرف را در کنار قانون و رویه‌ی قضایی مطرح کرده‌اند و در استنادات قضایی و فقهی گفتگو کرده‌اند؛ اما در هیچ‌کدام به ریشه‌ها و خاستگاه اجتماعی آن اشاره ننموده‌اند و در روش اجتهاد و نیز در آیین دادرسی، سخنی از خاستگاه عرف به میان نیامده است. از این روی بی‌توجهی به خاستگاه عرف ممکن است، استناد به آن را در فقه و قضا دچار اختلال بینماید.

در این پژوهش افزون بر بیان اشتراکات و افتراقات معنایی، به خاستگاه اجتماعی عرف اشاره می‌شود. عرف اگر در جامعه سکولار رشد نماید و آداب و رسوم در بین عقلا ملاک باشد و جزو احکام امضایی شارع مقدس هم نباشد و تنها جنبه‌ی اجتماعی داشته باشد، چگونه می‌تواند مورد استناد قرار گیرد؟ و نیز ممکن است رسومات عرفی یک جامعه، شایسته باشد؛ اما همین پدیده در جامعه دیگر ناشایست تلقی گردد و این‌گونه نتوان به عرف استناد کرد؛ بنابراین، اگر عرف در یک جامعه‌ای واقع شود که در آن جامعه دین و احکام اسلامی، پاس داشته شود، می‌توان گفت که یک هم‌پوشانی معنایی بین عرف فقهی و قضایی وجود دارد و در آیین دادرسی می‌توان به آن استناد کرد؛ زیرا تعارض با شرع در آن دیده نمی‌شود؛ اما در یک جامعه اسلامی سکولار، چگونه می‌توان به آن استناد نمود؟ به هر حال بررسی خاستگاه عرف در فقه، قضا و هنجارهای فرهنگی، از شایستگی بالایی برخوردار است.

پنداره‌ی عرف در دوره‌های گوناگون با واژگان گوناگونی بیان شده است. در دوره‌ی باستان، آن را در چارچوب قانون بیان کرده‌اند. در لاتین نیز گاهی به «Custom is another law» تعبیر می‌شود؛ بدین معنی که عرف هم‌سان با قانون فرض شده است (صمیمی‌کیا، ۱۳۷۳: ۲۵۳). عرف در ترمینولوژی حقوقی به معنای «شناختگی، معرفیت، نیکویی، بخشش، مشهور، عادت، آنچه در میان مردم بهنجار و فراگیر است» یاد شده است (معین، ۱۳۶۰: ۲۵۷). در آثار حمورابی، مانی، آتن و هند به‌صورت

قوانین اجتماعی به آن اشاره شده است (صالح، ۱۳۴۸: ۹۹). فقها و اصولیین شیعه نیز در استنباط احکام از عرف نام برده‌اند (احمدزاده، ۱۳۸۹ شماره ۲: ۲) و با واژگانی همانند اهل بلد، (المفید، ۱۴۱۰ ق: ۷۹۴) عادة الناس، (الطرابلسی، ق ۱۴۰۶، ج ۱: ۳۶۳) تعارف، (علم‌الهدی، ۱۳۶۳، ج ۱: ۳۰۷) عادة البلد، (الطرابلسی، ق ۱۴۰۶، ج ۱: ۴۸۵) عرف (المحقق‌الحلی، ج ۳: ۷۱۲ و ۷۱۶) عادت (الطرابلسی، ۱۴۱۱ ق: ۱۳۶) اهل سنت نیز، افزون بر قرآن، سنت صحابه، قیاس و استحسان و در برخی پرسمان‌ها، عرف و عادت را مطرح کرده‌اند (حیدریان، ۱۳۵۰: ۲۴).

افزون بر این، امروزه عرف، یکی از منابع حقوقی است که حقوق‌دانان مسلمان نیز از آن بهره برده‌اند (شایگان، ۱۳۷۵: ۲۷)؛ اما در جایگاه کنونی، قوانین را می‌توان مجموعه‌های عرف تدوین شده دانست (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ج ۲: ۴۷۱)

پژوهش‌هایی که درباره‌ی عرف انجام شده، اندک است و می‌توان از نکات زیر نام برد.

ابوالقاسم علی‌دوست (۱۳۸۳) در نوشتاری با عنوان «اندیشه مرجعیت عرف در تطبیق مفاهیم بر مصادیق» در مجله‌ی فقه و حقوق، دوره‌ی ۱ شماره‌ی ۲، درباره‌ی کاربرد عرف در مصادیق را بیان داشته و از کاربرد آن، در پنداره‌ها جدا نموده است و دیدگاه هم‌سو و ناهم‌سو را در دو عرصه‌ی مفهومی و مصادیقی بیان کرده است. افزون بر آن، در کتاب فقه و عرف نیز در سال ۱۳۸۶ به کاربردهای آن در فقه اشاره نموده است (علی‌دوست، ۱۳۸۳: ۱۱-۳۲).

محمدجواد فاضل‌لنکرانی (۱۳۷۴) در نوشتاری با عنوان «زمان و مکان و علم فقه»، به تبیین عرف نیز پرداخته است و باور دارد که عرف از گفتمان‌های فقهی عامه است و بین پرسمان فقهیه و پرسمان اصولیه و قواعد فقهیه از یک‌سو و انگاره‌ی عامه‌ی فقهی از سوی دیگر، ناهمگونی بسیار وجود دارد. انگاره‌ی عامه‌ی فقهی عبارت است از گفتمان‌هایی که وابسته به برخی از پرسمان‌هایی است که در ابواب گوناگون علم فقه رایج و شایع‌اند و در بسیاری از فروعات متشکله دخالت دارد و همچون بنیان و پایه برای پرسمان‌های دیگر است، مانند گفتگو از عرف و حقیقت آن و چارچوب دخالت و کارایی آن؛ بنابراین، انگاره‌ی عامه‌ی فقهی دربرگیرنده‌ی حکم شرعی نیست و دربردارنده بر بیان شرایط و ارکان یک پرسمان است و نیز دربردارنده بر قضایای گوناگونی است (فاضل‌لنکرانی، ۱۳۷۴: ۱).

وحید مهدوی راد (۱۳۹۰) در نوشتاری با عنوان «نقش عرف در تعیین قلمرو مصادیق تسبیب از دیدگاه فقه» تسبیب را همچون یکی از «اقسام اتلاف می‌داند و باور دارد که در تسبیب، مسبب برخلاف مباشر باواسطه، موجبات تحقق خسارت یا جنایت را فراهم می‌آورد و استحقاق مجازات دارد» (مهدوی راد، ۱۳۹۰: ۱۳).

آنچه در این بن‌مایه‌ها و دیگر نوشتارها وجود دارد، همه به بررسی عرف پرداخته؛ اما به تعاملات پنداره‌ای و خاستگاه و سرآغاز عرف نپرداخته‌اند. این پژوهش درصدد بررسی دوئیت معنایی یا همپوشی عرف، در علوم گوناگون فقهی، حقوق اسلامی و جامعه‌شناختی است و در بررسی



معناشناختی آن، به سرآغاز و خاستگاه آن اشاره می‌نماید.

در یک چارچوب پنداره‌ای می‌توان چنین بیان کرد. عرف در لغت به دو معنا آمده است: (۱) پدیده‌ی روشن و شناخته شده (۲) پدیده‌ی پرآوازه و پسندیده (ابن منظور، ج ۹: ۲۳۶) بدین معنی که عرف، همان معروف تلقی می‌شود و در برابر منکر قرار دارد؛ اما در اصطلاح دارای معانی گوناگونی است. از دیدگاه فقه، حقوق و جامعه‌شناسی هر کدام در معانی ویژه‌ای به کار می‌رود:

مقدس اردبیلی به دیدگاه فقهی بیان می‌کند که عرف همان روش رایج در بین مردم است و می‌گوید: «هر لفظی را که شارع بازگو نکرده باشد، شناخت آن به عرف واگذار شده، به همان روشی که در میان مردم رواج دارد.» او درباره‌ی پنداره‌ی غنا و نیز در خیار غبن به عرف تمسک نموده است (مقدس اردبیلی، ۱۴۱۱، ج ۸: ۴۰۳).

آشتیانی، در کتاب بحر الفوائد درباره‌ی عرف می‌نویسد: «مراد از عرف، خردمندان از سوی خردمند بودنشان است... همچنان که گاهی به بنای عقلا استدلال می‌شود و مراد از آن عنوان، دانایی و روش عرفی آنان است» (آشتیانی، ۱۳۰۴ ق: ۱۷۱).

امام خمینی علیه السلام عرف را «امور عقلانیه، بناء عقلا، امارات عقلانیه، طرق عقلانیه، عمل العقلا و سیره عقلانیه» نام می‌برد (امام خمینی، ۱۳۷۲: ۱۹۴ و ۳۴۰).

عرف از دیدگاه فقهی، به معنای «پیوستگی بنای عملی مردم بر انجام یا ترک یک فعل و جریان الزامی یک رفتار یا سلوک برجسته در میان افراد جامعه» مطرح شده است (شیخ طوسی، بی‌تا ج ۲: ۱۸۶)؛ از این روی، از زمان پیدایش ادیان که انسان با احکام دینی آشنا گردید، در سبک زندگی مردم دگرگونی‌هایی ایجاد شد. در اسلام نیز با پیدایش مکتب امامیه این احکام در زندگی اجتماعی مسلمانان نمودار گشت و دیانت و ملیت آنان در هم گره خورد (مطهری، ۱۳۶۴: ۹۸). پیش از پیدایش قانون و مجلس، مردم در زندگی اجتماعی خود قواعدی را پاس می‌داشتند که این مقررات با گذشت زمان و تکمیل ادیان الهی به‌سان قواعدی عمل می‌کرد که به‌گونه‌ای دارای ضمانت اجرا گردید (محقق حلی، ۱۴۱۲ ق: ۲: ۶۷).

عرف در جامعه‌شناسی از هنجارهای فرهنگی شمرده شده و به معنای رسوماتی است که مردم به آن عادت کرده و خو گرفته‌اند. ویژگی این معنی از عرف، دربرگیرنده‌ی انبوهی از رفتارهای درست و نادرست است. عرف در جامعه‌شناسی آن دسته از رسوماتی است که از دیدگاه حقوقی و مذهبی برای مردم ارزش ویژه‌ای دارد؛ مانند خیانت و یا اهانت به شعائر اسلامی. عرف در حقوق نیز یکی از سرچشمه‌های اجرای حکم است که حقوقدانان در کنار قانون، رویه قضایی، دکتربین (دیدگاه علما) آن را بکار می‌گیرند. این قوانین برای کسانی است که باوجود اینکه جامعه خیانت را ممنوع کرده، دست به تخلف می‌زنند (کوئن، ۱۳۷۹: ۴۰).

بنابراین، در این پژوهش عرف را در معنای فقهی آن، در نظر می‌گیریم و این پنداره را با عرف در



دیگر علوم از جمله حقوق و جامعه‌شناسی می‌سنجیم و به پرسش‌های این پژوهش پاسخ می‌دهیم که چگونه دوئیت و یا هم‌پوشانی در معنای فقهی و حقوقی و اجتماعی وجود دارد و نیز خاستگاه و سرآغاز عرف کجاست؟

با نگاهی به چارچوب پنداره‌ای طراحی شده و در راستای پرسش‌ها می‌توان به پاسخ‌های گمانه‌ای در قالب انگاره زیر، دست یافت. انگاره همان حدس و گمانی است که درباره ماهیت آن پدیده مورد تحقیق با چارچوبی برجسته طراحی می‌شود (میرزایی، ۱۳۸۶: ۱۶).

«دوئیت معنایی عرف در فقه و حقوق وجود ندارد و هر دو از خاستگاه اجتماعی اخذ شده است» و نیز «بین معنای عرف در فقه، حقوق و هنجارهای فرهنگی هم‌پوشانی وجود دارد».

خاستگاه اجتماعی به این معنی است که در یک جامعه اسلامی، شعائر و آداب رسوم امضایی که از شریعت گرفته شده، همچون عرف اجتماعی تلقی می‌شود و می‌تواند سرچشمه‌ی عرف در فقه و حقوق اسلامی قرار گیرد.

فقه‌های شیعه، این عرف را از ابزارهای دانستن پرسمان و مصادیق در برداشت احکام می‌دانند و حقوق‌دانان مسلمان آن را یکی از منابع حقوقی تلقی می‌نمایند. اگرچه این عرف گهگاهی از آداب و رسوم و شعائری در جامعه، سرچشمه می‌گیرد که مورد پذیرش شریعت نیست، در این سان از ارزش فقهی و حقوقی برخوردار نخواهد بود.

به هر حال در این پژوهش با بازنگری بر پدیده‌ی عرف، به بررسی پرسمان پرداخته و صورت‌بندی معنایی آن، نمایان خواهد شد که شاید فصل نوینی از بن‌مایه‌ی عرفی را در کاربردهای گوناگون آن بگشاید

روش‌شناسی

در این پژوهش از روش «مفهومی و مروری اطلاعات» بهره گرفته شده است. این روش در مطالعات اجتماعی مورد بهره‌برداری قرار می‌گیرد. بدین معنی که پژوهشگر با بازنگری پنداره‌ها و گردآوری داده‌ها از کتابخانه به واکاوی می‌پردازد. پژوهشگر در گردآوری داده‌ها با بررسی کتاب‌ها، نوشتارها و پژوهش‌های دیگران که در پرسمان مورد علاقه اوست، می‌تواند پژوهش خود را بیشتر بشناسد و ابعاد آن را ببیند و به انگیزه‌های خود دست یابد (نادری، ۱۳۷۷: ۱۹۷).

۱. صورت‌بندی معنایی عرف در فقه

پدیده‌ی عرف، در فقه به دو معنای عرف لفظی و عرف عملی بیان شده است.

(۱) **عرف لفظی یا قولی:** عادت‌تی که در بین مردم در استعمال لفظ در معنی خاصی در غیر معنی لغوی آن شایع است.

(۲) **عرف عملی یا فعلی:** در برابر عرف لفظی است. عرف عملی، از فعل تشکیل می‌گردد و جامعه



در عمل، رفتار و کردار، خودش را با آن سازگار می‌سازد و این عرف بر دو گونه است: الف. عرف‌های اعمال عادی زندگی؛ ب. عرف‌های معاملات.

شاید بتوان گفت که بین علمای شیعه در دلالت و کاربرد عرف لفظی، ناهمگونی وجود ندارد و بیشترین کاربرد عرف در فقه شیعه، درباره‌ی عرف عملی است. عرف عملی، چنانچه موافقت معصوم علیه السلام در آن وجود داشته باشد و به امضای شارع مقدس رسیده باشد، دارای ارزش و اعتبار است و می‌تواند به شیوه‌های: سنت تقریری، سیره عقلانیه، سیره متشرعه یا سیره اسلامی مورد بهره‌برداری قرار گیرد (احمدزاده، ۱۳۸۹: ۸، به نقل از الزجیلی، شماره‌ی ۲۱: ۱۳).

از زمان صاحب جواهر رحمته الله علیه و شیخ مرتضی انصاری رحمته الله علیه به بعد، علما و فقیهان به جای عرف، واژگان سیره عقلانیه، بنای عقلا و... را به کار برده‌اند. سیره عقلانیه عبارت از راه و شیوه عملی همه دارندگان عقل، اعم از مسلمان و غیرمسلمان است و این سیره را در اصطلاح فقها «بنای عقلا» می‌نامند (محقق حلّی، ج ۳: ۷۱۵ و ج ۴: ۷۷۰). سیره متشرعه: راه و روش و شیوه عملی اهل اسلام بر انجام چیزی و یا ترک آن است (الطرابلسی، ۱۴۱۱ ق: ۱۳۶).

فقها در اصطلاح خود، عرف را به دو گونه‌ی دیگر نیز با عنوان «عرف خاص» و «عرف عام» به کار برده‌اند. بدین معنا که اگر بدون در نظر گرفتن شریعت الهی و بدون دخالت ویژگی‌های زمانی، مکانی و نژادی، رفتار برجسته‌ای در بین مردم جریان پیدا کند آن را «عرف عام» یا سیره عقلانیه می‌نامند؛ اما اگر حدود شریعت الهی در آن پاس داشته شود «عرف خاص» نامیده می‌شود. اگرچه گونه‌ی دیگری از عرف وجود دارد که در جامعه اسلامی و در بین اهل شرع مرسوم است که از این دیدگاه می‌توان از آن با عنوان «سیره متشرعه» یاد کرد (صدر، ۱۳۸۵ ق: ۱۸۶). از آنجایی که در اسلام احکامی وجود دارد که همچون احکام امضایی مشهورند، یعنی احکامی که در بین جامعه وجود داشته و اسلام آن را پذیرفته است، این پرسش مطرح می‌شود که آیا وجود چنین احکامی، انگیزه‌ای بر این است که در فقه اسلامی، عرف را همچون سرچشمه‌ی فقهی شمرده و بسیاری از احکام عرفی را به گونه‌ای مطلق و بدون کم و کاست پذیرفته است؟

در پاسخ باید گفت: پذیرفتن شماری از احکام عرفی و امضای آنها از سوی شارع انگیزه‌ای بر ارزش عرف به گونه‌ی مطلق نیست؛ از این رو، با اعتماد بر نکات نادر، نه می‌توان عرف را همچون بن‌مایه‌ای مستقل برای احکام فقهی برشمرد و نه می‌توان آن را همچون بن‌مایه‌ای مطلق و فراگیر بر همه‌ی موارد عرف، حتی آنچه که پس از عصر شارع تحقق پیدا کرده، در نظر گرفت (صدر، ۱۴۱۰، ج ۱: ۵۴۶-۵۶۲)؛ زیرا عرف‌هایی وجود دارد که شارع با آنها به ناسازگاری برخاسته است.

در صدر اسلام برخی از زنان با سر و روی باز در جامعه ظاهر می‌شدند و اگر عرف سبب ملاک احکام بود، نباید برخلاف آن حکمی از سوی شارع مقدس نازل می‌شد. در همان هنگام این رفتار زنان سبب شد که بر پیامبر صلی الله علیه و آله آیه نازل شود: «يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِّأَزْوَاجِكَ وَبَنَاتِكَ وَنِسَاءِ الْمُؤْمِنِينَ يُدْنِينَ عَلَيْهِنَّ



مِنْ جَلَابِيهِنَّ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَنْ يُعْرَفْنَ فَلَا يُؤْذِنَنَّ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا؛ ای پیامبر، به همسران و دختران و زنان مؤمنان بگو: «جلباب‌ها [= روسری‌های بلند] خود را بر خویش فرو افکنند، این کار برای اینکه شناخته نشوند و مورد آزار قرار نگیرند بهتر است؛ (و اگر تاکنون خطا و کوتاهی از آنها سر زده توبه کنند) خداوند همواره آمرزنده‌ی رحیم است» (احزاب: ۵۹).

معانی دیگری از عرف وجود دارد که در علوم دیگر دارای کاربرد است که در ادامه گفتگوها، به آن اشاره خواهیم کرد.

۱-۱. استخراج شرایط اعتبار عرف

عرف در فقه به گونه‌ی مطلق و مستقل از اعتبار برخوردار نیست؛ بلکه قیود برجسته‌ای دارد که عبارت است از: (طباطبایی، ۱۴۱۱ ق، ج ۸: ۸۹).

الف) در گزینش و بازشاساندن پرسمان احکام بجز مصطلحات برجسته‌ی شرع، می‌توان از عرف بهره‌گرفت و بر پایه‌ی آن به تشخیص حکم پرداخت.

ب) برخی از قواعدی که در عرف بهنجار است، با شرایطی چند می‌توانند بن‌مایه‌ای برای حقوق اسلام نیز به شمار آیند:

۱. قواعد عرفی، باید در مرئی، دیدگاه و در حضور شارع مقدس، قرار گرفته باشد.
۲. چنانچه شارع مقدس، ناهمسو با آن قواعد عرفی باشد، بتواند اظهار مخالفت نماید.
۳. چنانچه شارع آن قواعد عرفی را امضا نماید و یا دسته‌کم با آن ناسازگاری نکرده باشد، می‌تواند دارای اعتبار باشد.

در جوامع اسلامی که حقوق اسلام به رسمیت شناخته شده است، در طی قرن‌ها، از ریشه زیر چیرگی عرف زندگی می‌کنند. عرف همچون جزئی از اجزای استنباط احکام وارد فقه نشده است و برآیند اینکه جزو حقوق اسلامی نیز شمرده نمی‌شود. اگرچه باید توجه داشت که چون عرف جزئی از اجزای فقه نیست، نباید برآیند گرفت که از دیدگاه حقوق اسلامی محکوم است. حقوق اسلامی در برابر عرف همان روشی را دارد که حقوق کشورهای غربی در برابر شرط داوری یا در برابر اختیاراتی که در زمینه‌ی سازش یا استناد به انصاف، برای قاضی در نظر گرفته می‌شود. گسترش اسلام در جهان به‌واسطه همین روش آزادمنشانه‌ای بود که اسلام در پیش گرفت؛ یعنی اسلام نه تنها از روش‌های زندگی برآمده از عرف پیروی نکرد؛ بلکه در پاره‌ای از موارد حتی به مشروعیت نداشتن آنها حکم کرد؛ اما به همان سان، به بسیاری از عرف‌ها مانند عرف‌های وابسته به کیفیت پرداخت مهر، تسبیح شیوه‌ی بهره‌برداری از آب‌های جاری بین مالکین اراضی و یا در امور بازرگانی به عرف‌های موجود در بین مردم رأی مثبت داد (دفتر همکاری حوزه و دانشگاه، ۱۳۶۴: ۳۶۶).

در حقوق اسلامی که برگرفته از فقه امامیه است، اعمال انسان، به پنج دسته بخش‌بندی شده است:

واجبات، مستحبات، مباحات، مکروهات و محرمات (طیبیان، ۱۳۷۸: ۹۹ و الطبرسی، ۱۴۰۶ ق، ج ۱: ۸۵)؛ از این رو، عرف نمی‌تواند به عملی که در حقوق اسلامی ممنوع است، فرمان دهد و یا رفتار واجبی را ممنوع کند. در جوامع اسلامی پس از پذیرش اسلام، تلفیقی بین عرف و قواعد حقوقی اسلام بوجود آمد و عرف در چنین جوامعی به سبب حقانیت قواعد اخلاقی اسلامی و کارآمدی سهمگین اسلام در بین مردم، با توجه به جامعه‌پذیری فرهنگی از اسلام، درهم آمیخت و آنچه را که قواعد حقوقی اسلام آن را ممنوع شمرد، در دیدگاه عرف ناپسند جلوه کرد.

بنابراین، از دیدگاه فقه امامیه، عرفی پذیرفته و دارای اعتبار است که پسندیده، ارادی، معقول، موافق با فطرت و دارای نص فقهی باشد و انگیزه‌ای برخلاف آن در شریعت مطرح نشده باشد.

۲. صورت‌بندی معنایی عرف در هنجارهای فرهنگی

در نگاه جامعه‌شناختی، جوامع انسانی با نگاه به فرهنگ و تمدن آن، دارای عرف‌های گوناگونی می‌باشند که در هنجارهای فرهنگی اجتماعی آنان نهفته است. این عرف‌ها بیشتر در نظام حقوقی و آموزش‌های مذهبی جامعه تجسم می‌یابند. جامعه‌شناسان گاهی به قوانین نیز عرف اطلاق می‌کنند و باور دارند که قوانین همان عرف‌هایی هستند که از شایستگی ویژه‌ای برخوردارند؛ از این رو، به‌سان مقررات قانونی رسمیت پیدا می‌کنند. افرادی که از چنین عرف‌هایی پیروی نکنند، دستخوش مجازات قانونی قرار خواهند گرفت. برای نمونه، آدم‌کشی، ضرب و جرح، خیانت به کشور و تجاوز به عنف در بیشتر جوامع بشری، برابر قوانین ممنوع شده است (کوئن، ۱۳۷۴: ۳۹).

عرف در اصطلاح جامعه‌شناسی دربرگیرنده‌ی «Status» به معنای وضع اجتماعی و یا شأن و پایگاه، در برابر «Contrat» به معنای قرارداد و آن عبارت است از: پیوندها، ایستارها و مقام‌هایی که افراد در جامعه احراز کرده‌اند، به گونه‌ای که اراده و خواست فردی کارایی بر پیوندهای حاکم بین آنان نداشته است؛ مانند جایگاه مرد یا زن و یا جایگاه پدر و فرزند (صلیبا، ۱۳۷۰: ۳۲۹).

و نیز عرف جامعه‌شناختی به معنای «Custom» آمده است که دربرگیرنده‌ی دو معنی است: الف) به معنای عرف که عبارت است از مجموعه عادات، رسوم و شیوه‌های رفتاری که در جامعه گسترش داشته و نفس آدمی با واری عقل آنها را پذیرفته است (صلیبا، همان: ۳۳۱).

ب) به معنای رسم، این واژه دارای کران‌نمودهای گوناگون است که به شماری از آنها اشاره می‌کنیم: تایلور، رسم را چنین بازگو می‌کند: «قابلیت‌ها و عاداتی که انسان چون عضوی از جامعه آن را می‌آموزد.» در تعریفی دیگر، کیلن می‌گوید: «رسم عاداتی است که به‌سان اجتماعی فراگیر شده، شکل گرفته و انتقال می‌یابد» (صلیبا، همان: ۴۳۸).

باید توجه داشت که در آغاز «رسم» در انسان‌شناسی توصیفی به کار برده می‌شد و بعدها به جامعه‌شناسی راه یافت و در آن دگرگونی صورت گرفت و با اصطلاح «فرهنگ» نزدیک شد. گرچه



تلاش‌هایی برای تمیز و بازشناخت رسم از شیوه‌های عامیانه و آداب و رسوم صورت گرفته؛ اما این تلاش‌ها تنها توانست شمار کمی بر این پنداره بیفزاید. برای نمونه، شماری رسم را جزئی از شیوه‌های عامیانه و آداب دانسته و در فراروی، برخی دیگر آن را پنداره‌ی جامعی می‌دانند که شیوه‌های عامیانه و آداب را در برمی‌گیرد (گولد و کولب، ۱۳۷۶: ۴۳۸).

«Mores» به معنای عرفیات آمده است. سامنر (۱۹۰۶) درباره‌ی این واژه می‌گوید: عرفیات همچون الگوهای عمل فرهنگی و اخلاقی شمرده شده و کارشان دوام بخشیدن به گروه انسانی است؛ از این رو، عرفیات به‌سان معیارهایی عمل می‌کنند که گروه اجتماعی را با قاعده‌مند کردن رفتار افراد، انسجام می‌بخشند (نیکلاس و دیگران، ۱۳۶۷: ۲۴۷).

اکنون، بجاست اشاره‌ای گذرا به پنداره‌هایی داشته باشیم که نزدیک به معنای عرف است و در صورت عدم تفکیک و تمیز آنها ممکن است مایه‌ی پیچیدگی و نامفهومی آن گردد.

۱. آداب و رسوم: «به شیوه‌های عملکرد مرسوم و خو گرفته در داخل یک جامعه اطلاق می‌شود.» برای نمونه، می‌توان به آداب و رسوم جوامع بشری همانند سلام کردن، خداحافظی، شمارگان وعده‌های غذا خوردن، مراسم عروسی و سوگواری‌ها اشاره کرد (کونن، ۱۳۷۴: ۳۹).

۲. میثاق: در این‌باره ماکس وبر می‌گوید: «میثاق با این گمانه که افراد درون یک گروه هنگامی که از موازین تعهد شده منحرف شوند، با زشت‌انگاری کمابیش عمومی روبرو می‌شوند که برآیند آن با تنگناهای عملی همراه خواهد بود؛ بنابراین، میثاق نیز بدون داشتن یک دستگاه تضمین قهری، سرشتی الزام‌آور دارد؛ به عبارت دیگر، سرپیچی از میثاق نیز با کیفر همراه است؛ اما این کیفر از سوی گروه اعمال می‌شود و نه از سوی یک نهاد رسمی. پس هیچ‌کس سارسر در پاسداشت یا عدم پاسداشت مفاد یک میثاق آزاد نیست و در پاره‌ای موارد، نقض آن با شدتی بیش از قوه قهریه کیفر داده می‌شود. برای نمونه، درباره‌ی تحریم اجتماعی قواعدی که در مراسم پذیرایی رسمی به کار می‌رود، از مقوله‌ی میثاق‌اند» (فروند، ۱۳۶۸: ۲۶۱).

باید توجه داشت که پیچیدگی پیوندها و رفتارهای انسان به‌گونه‌ای است که هر گونه تفسیر یک بعدی را منع می‌کند؛ مگر چنانچه تلاش کنیم راستینگی انسان را همچون یک نمونه‌ی آرمانی بهتر بشناسیم؛ از این روی هنگامی که صحبت از مفاهیم جامعه‌شناختی می‌شود، ناهمگونی و گذر از میان رفتارهای گوناگون انسان و جامعه بسیار دشوار خواهد بود؛ چرا که رفتاری ممکن است به پنداره‌های گوناگون همانند میثاق، عرف، عادات و حتی حقوق شباهت داشته باشد، به همین دلیل بسیار دشوار خواهد بود که رفتاری را تنها به قواعد حقوقی و یا میثاق اجتماعی و غیره نسبت بدهیم. به‌ویژه درباره انسان که سازه‌های دیگری از جمله تقوای دینی بر او کاراست (فروند، همان: ۲۶۲).

۳. ناهمگونی عرف و عادت: قدما بین عرف و عادت ناهمگونی چندانی قائل نبودند و عرف را



مترادف عادت می‌شمردند. هرچند گهگاهی «عرف» را در مورد گفتار و «عادت» را در مورد رفتار به کار می‌بردند.

در برابر دیدگاه مزبور، شماری از فلاسفه اجتماعی در غرب بین «عرف» و «عادت» تفاوت قائل شده و اظهار داشته‌اند که «عرف» پدیده‌ای بیرونی است که در صورت تکرار، در افراد تثبیت نمی‌شود، (فروند، ۱۳۶۸: ۲۶۲)؛ اما «عادت» هم پدیده‌ای بیرونی و هم درونی است و گاهی در همان گام نخست در فرد تثبیت می‌شود (صلیبا، ۱۳۷۰: ۳۳۰).

باید توجه داشت که هیچ‌یک از عادت و عرف الزام‌آور نبوده و فاقد ضمانت اجرای خارجی هستند؛ بنابراین، اگر فردی برابر عادت عمل نکرد، نمی‌توان وی را مجبور به انجام آن کرد، برای نمونه شماری برابر عادت تمایل دارند که برای صبحانه غذای ویژه‌ای میل نمایند؛ اما هیچ اجباری در میان نیست که افراد هر آینه از آن پیروی کنند؛ بلکه هر کس می‌تواند به میل خود رفتار نماید.

۳. همپوشی معنایی عرف در دادرسی قضایی و هنجارهای فرهنگی

شماری از حقوقدانان «عرف» را قواعدی می‌دانند که از هنجارها و رویدادهای اجتماعی و از دیدگاه جامعه‌شناسان برون‌آوری شده است؛ به‌گونه‌ای که قانون‌گذار در آن دخالتی نداشته و به‌سان یک قاعده حقوقی درآمده است (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۱۰۸).

عرف حقوقی دارای ویژگی‌هایی است:

نخست، عرف حقوقی، باید زمانی طولانی در بین مردم گسترش داشته و به‌گونه‌ی عمومی و پایدار در جامعه باقی مانده باشد، چنین عرفی بایسته نیست که همه‌ی مردم به آن خو گرفته باشند؛ بلکه اگر در میان دسته‌ای از مردم به گونه‌ای عمومی وجود داشته باشد، به آن عرف اطلاق می‌شود. برای نمونه، اگر در بین تجار اتومبیل منشی وجود داشته که تخلف‌ناپذیر باشد به آن قاعده‌ی عرف حقوقی اطلاق می‌شود.

دوم، عرف حقوقی در نگاه افرادی که آن را رعایت می‌کنند الزام‌آور است، برای نمونه، بسیاری از منش‌هایی که در بین مردم سویه‌ی عمومی دارند؛ ولی به اندازه‌ی اجبار نرسیده است همچون یک قاعده‌ی حقوقی مطرح نمی‌شود؛ بلکه می‌توان از آن قواعد به عرف جامعه‌شناختی تعبیر کرد.

سوم، در بین حقوقدانان قواعدی وجود دارد تا زمانی که با چالشی روبرو شدند، همگی از آن قواعد عقلایی پیروی می‌کنند، برای نمونه، «هیچ ضرری نباید جبران نشده باقی بماند»، به چنین قواعدی عرف حقوقی اطلاق می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۱۱۱). در این نکات می‌توان به همپوشی معنای عرف حقوقی، با عرف در هنجارهای اجتماعی، دست یافت.

اکنون این پرسش پیش می‌آید که آیا عرف حقوقی را می‌توان در عرض قانون دانست و عرف جامعه‌شناختی را هم عرض «هنجار» تلقی نمود؟ در پاسخ، نخست به ناهمگونی آنها اشاره می‌کنیم:

«قانون» به بنیان‌هایی گفته می‌شود که دولت‌ها و جوامع بشری برای ایجاد نظم، اقتدار حکومتی و جلوگیری از هرج و مرج، به دست قوه مقننه به تصویب می‌رسانند؛ از این رو، افرادی که به‌گونه‌ای قانون‌شکنی کرده و برخلاف قانون عمل می‌نمایند، به آنان مجرم و فعل ناسازگار با قانون را جرم اطلاق می‌کنند (Bottomre, 1992: pp. 321-325).

«هنجار» به بنیان‌ها و هنجارهای رفتاری گفته می‌شود که در جامعه به‌سان هنجار پذیرفته شده در بین مردم وجود دارد. زیر پا گذاشتن این بنیان‌ها و هنجارهای اجتماعی، مایه‌ی طرد اجتماعی فرد نابهنجار خواهد شد (Allang, 1995: p. 190)؛ از این روی، سرپیچی از قانون جرم و در پیوند با حقوق مطرح می‌شود؛ اما سرپیچی از هنجارهای اجتماعی، به‌گونه‌ای فرد را کج‌رو و در پیوند با جامعه‌شناسی قرار می‌دهد.

بر این اساس، عرف در جامعه‌شناسی، همان هنجارهایی هستند که کنشگران اجتماعی در رفتارهای خود از آن پیروی می‌کنند؛ ولی عرف در نگاه حقوقدانان، هنجاری است که یکی از بن‌مایه‌های حقوقی شمرده می‌شود و در کنار قانون قرار دارد؛ بدین معنی که سرپیچی از عرف حقوقی را همانند سرپیچی از قانون، جرم شمرده و این‌گونه نیست که عرف حقوقی را همان قانون بنامند، هرچند حقوقدانان همان ارزشی را که برای عرف قائلند برای قانون نیز آن را در نظر می‌گیرند. با این توصیف هر دو معنای عرف جامعه‌شناختی و عرف حقوقی دارای سرآغازی اجتماعی است. این خاستگاه عرف اگر در جامعه اسلامی باشد که احکام اسلامی حاکم باشد، عرف مشروع است و اگر در جامعه‌ای با احکام غیر اسلامی باشد، غیر مشروع تلقی می‌شود و در نظام حقوقی اسلامی آن نیز دارای ارزش نخواهد بود. اگرچه نکاتی که جزو سیره‌ی عقلانیه شمرده شود، دارای اعتبار است، به شرطی که ناهمسان با شریعت نباشد.

در شماری از جوامع، ملت‌ها حق وضع قانون یا هنجارهای حقوقی را به مجلس واگذار کرده و مجلس نیز از راه تصویب قوانین، حق مزبور را اعمال می‌کند؛ از این رو، اگر ملتی چنین حقی را به نمایندگان خود واگذار کرده باشد، دیگر نمی‌تواند خودش هنجاری را اعمال و از راه عرف، قاعده حقوقی تأسیس کند؛ بنابراین، عرف در جایی معتبر است که قانون استناد به آن را روا می‌شمرد. همچنین در صورت تعارض عرف و قانون، قانون را مقدم می‌دارند؛ زیرا همه قوای یک جامعه را برآمده از ملت دانسته که با اراده‌ی نمایندگان آنان اعمال می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۱۱۵).

بنابراین، می‌توان این فرجام را گرفت که در نکاتی ممکن است عرف جامعه‌شناختی با قانون حقوقی مصداق واحدی پیدا کند و بسته به هم همپوشی معنایی داشته باشد و ممکن است حقوقدانان قواعد هنجاری رفتار را، در بین جوامع، به‌سان قانون جعل نمایند. برای نمونه، فردی که با بدن نیمه عریان در جامعه‌ای که دارای فرهنگ پوشش است ظاهر شود، یک عمل نابهنجاری را انجام داده است. در اینجا جامعه (مردم) بدون در نظر گرفتن هیچ قانونی با وی برخورد کرده و زمینه‌های طرد اجتماعی



او را فراهم می‌کنند؛ اما به همان سان، این گونه پوشش از دیدگاه حقوقی ممکن است به سان قانون جعل شود و سرپیچی از آن گونه‌ای جرم نیز تلقی گردد.

عرف در نگاه جامعه‌شناختی و حقوق تنها از نگرگاه صورت ظاهری با هم ناهمسانی دارند. هر دوی آنها به هنجارهای رفتاری افراد جامعه پیوسته می‌شود، با این ناهمگونی که عرف جامعه‌شناختی به گونه‌ای مستقیم از هنجارهای اجتماعی اخذ می‌شود و عرف حقوقی به گونه‌ای غیرمستقیم از اراده‌ی اجتماعی الهام می‌گیرد؛ زیرا هنجارهای اجتماعی موجود در یک جامعه اگر حقوق‌دانان آن را معتبر بدانند، عنوان عرف حقوقی به خود می‌گیرند؛ از این رو، سرپیچی از آن جرم شناخته می‌شود؛ اما اگر به حد قانون نرسد، عرف جامعه‌شناختی اطلاق شده و سرپیچی از آن تنها به طرد اجتماعی فرد نابهنجار می‌انجامد.

باید توجه داشت که عرف جامعه‌شناختی اگر به حد قانون برسد، عرف حقوقی بر آن اطلاق می‌شود و حقوق‌دانان آن را از بن‌مایه‌های حقوقی می‌شمارند؛ اما حقوق‌دانان، از آنجایی که این قواعد به گونه‌ای مستقیم از جامعه گرفته شده است، از آن به عرف تعبیر می‌کنند و چون قانون به دست قوه مقننه تنظیم می‌شود و به طور غیرمستقیم با جامعه پیوند پیدا می‌کند، از آن تعبیر به قانون می‌کنند.

۳-۱. خاستگاه معنایی عرف قضایی

برای اشاره به سرآغاز و خاستگاه عرف قضایی، بایسته است به تعابیر معنایی آن توجه نمود. برخی از فرهنگ‌نامه‌های حقوقی، عرف را به پرسمانی تعبیر می‌کنند که در اندیشه شناخته شده است و خردمندان آن را می‌پذیرند. اگرچه بایسته نیست همه‌ی افراد یک قوم آن روش را داشته باشند تا عرف محقق گردد؛ بلکه اگر بیشتر آنان دارای روش یاد شده باشند، کافیت؛ از این رو، اگر آن روش در بین همه‌ی افراد وجود داشته باشد، آن را «عرف شایع» و چنانچه بین بیشتر افراد، نه همه‌ی آنها، وجود داشت به آن «عرف غالب» تعبیر می‌کنند (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸: ۴۴۸).

برخی دیگر از فرهنگ‌های لغت چنین آورده‌اند:

الف) آدابی که در گذشته‌های دور، جزو عادت جامعه یا قومی بوده به گونه‌ای که اگر آن قوم با رضایت خود، پایبند به پاسداری از آن شوند و تغییری در آن رخ ندهند، عرف اطلاق می‌شود (صالح، ۱۳۷۳: ۱۹۴).

ب) عملی که اکثریت یک اجتماع بر پایه‌ی مصلحت‌های نوعی خود به گونه‌ی مکرر آن را انجام دهند، اصطلاح عرف به کار برده می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸: ۴۴۸).

چنین تعریفی عام است و دیگر بن‌مایه‌های حقوق از جمله رویه‌ی قضایی و عادات و رسوم تجاری را نیز در آن وارد می‌کند؛ از این رو، باید در پی تعریفی بود که مانع اغیار باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۱۰۸).

افزون بر این، هنجارهایی نیز در بین مردم وجود دارد که اگر کسی آنها را رعایت نکند، با واکنش



شدید عامه‌ی مردم روبرو می‌شود. به چنین قواعد هنجاری، عرف اطلاق می‌شود؛ مانند اهانت به نمادهای مذهبی و برهنه ظاهر شدن در یک مکان عمومی. اگرچه باید توجه داشت که عرف‌ها در جامعه‌شناسی ممکن است طی فرآیندی ناخودآگاه و یا با تصویب قانونی در جایگاه‌های قانون‌گذاری و یا به‌گونه‌ای عمدی دگرگونی پیدا کنند (کوئن، ۱۳۷۴: ۳۹).

شماری دیگر مانند، ژنی (Geny)، حقوقدان فرانسوی، عرف را انبوهی از رویدادهایی می‌دانند که وجود یک حس حقوقی را بین مردم نشان می‌دهد. در این کران‌نمود، آنچه عرف را از دیگر عادات و رسوم جدا می‌سازد، اجباری بودن آن است (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۱۰۹).

روی هم رفته می‌توان عرف را از دیدگاه حقوقدانان به چند گونه تعبیر کرد:

۱. «قاعده‌ای است که گام به گام و خود به خود میان همه مردم یا گروهی از آنان همچون قاعده‌ای الزام‌آور مرسوم شده است» (کاتوزیان، همان: ۱۰۸).

۲. «عرف عبارت است از تکرار عمل معین در مدت زمان طولانی برآمده از عادت و رسوم اجتماعی که اندک اندک، ویژگی بایسته و حقوقی یابد» (ضیایی بیگدلی، ۱۳۶۶: ۳۶).

عرف حقوقی می‌آید در میان مردم شکل و نظم را در رفتار و کردار آنان تعیین کرده و حقوقدان آن را قانون‌مند می‌نماید (جوان، ۱۳۲۶، ج ۱: ۱۱).

بنابراین، با درنگریستن این صورت‌بندی معنایی، عرف حقوقی نیز از عرف اجتماعی اخذ می‌شود و می‌توان گفت که خاستگاه بنیادین عرف حقوقی، از درون جامعه به دست می‌آید. این عرف حقوقی در جامعه اسلامی که شعائر و آداب و رسوم در آن از احکام امضایی اسلام به دست آید، تنها دارای اعتبار است؛ از این روی اگر در یک جامعه اسلامی، سکولاریزم و الحاد در رفتار مردم و توده‌های اجتماعی حاکم شود، برآیند اینکه، عرف آنان نیز دگرگون می‌شود، حقوقدانان مسلمان نمی‌توانند چنین عرفی را منبع حقوقی بنامند و بر پایه‌ی آن دادرسی نمایند. برای نمونه اگر نمادهای شیطان‌پرستی در معماری یک جامعه اسلامی به‌سان عرف درآمد و فرد دیگری، به این نماد خسارت وارد کرد، آیا حقوقدان مسلمان می‌تواند با استناد به عرف، به محکومیت خسارت زنده رأی دهد؟! بدیهی است که این عرف ناهمسان با ارزش‌های اسلامی جامعه است و نمی‌تواند دارای اعتبار باشد.

۴. همپوشی معنایی عرف در دادرسی قضایی و عرف فقهی

از آنجایی که هنجارهای حقوقی در اسلام از فقه گرفته می‌شود و نباید در یک جامعه‌ی دینی قوانینی جعل شود که برخلاف دین اسلام باشد، نظارت‌کننده بر برابرسنجی قوانین با شریعت، از وظایف فقها شمرده شده است و این وظیفه در درازای تاریخ از مشروطه تا بدین سو وجود داشته است (حسینی جبلی، ۱۳۹۰: ۱۸۱)؛ از این روی، بایسته است که هنجار عرف که در حقوق اسلامی در صدور احکام بکار گرفته می‌شود با هنجار عرف که در نگرگاه فقها دارای کاربرد استنباطی است،



همپوشی معنایی داشته باشد و در تعارض با آن نباشد.

«هنجار عرف» یکی از بن‌مایه‌های بنیادینی است که حقوقدانان آن را بکار می‌گیرند. در محاکم قضایی گاهی به هنجار عرف استناد می‌شود و فرد یا افرادی را به بزه و یا کج‌روی وابسته می‌کنند، در همان هنگام که بزه، کونه‌ای قانون‌شکنی شمرده شده؛ ولی کج‌روی را سرپیچی از هنجارهای اجتماعی می‌شمارند.

معنای عرف در نظر فقها همان منش‌هایی است که مردم در قول و عمل به آن پایند هستند و جنبه عقلایی دارد و شارع هم منعی درباره آن صادر نکرده است (الزرقاء، ۱۴۱۸، ج ۱: ۱۴۱). عرف از ابزارهایی است که مجتهد برای استنباط حکم شرعی از آن بهره می‌گیرد؛ از این رو فقیه برای به دست آوردن حکم یک پدیده، باید دشواری‌ها و شرایط مستحدث اجتماعی را مورد موشکافی قرار دهد؛ بنابراین عرف ابزار و ادله استنباط است، نه منبع آن، در همان هنگام که عرف در حقوق یکی از بن‌مایه‌های حقوقی شمرده می‌شود. اگرچه در حقوق اسلامی این بن‌مایه نباید برخلاف نظر شارع باشد؛ ولی در حقوق غیر اسلامی این شرط وجود ندارد و ریشه‌ی هنجار عرفی، جای خود را به شرایط «داوری»، «سازش» و «انصاف» می‌دهد (رایگان، ۱۳۹۰: ۵۳-۷۳).

بنابراین می‌توان به این برآیند رسید که فقها از عرف بهره‌مند شده و در جامعه اسلامی به قول و عمل مردم در عرف که ناهمسو با شریعت نباشد، اعتبار قائل می‌شوند. افزون بر این حقوقدانان هم به سبب قانونمند نمودن عرف‌های مورد پذیرش شریعت، به خاستگاه فقهی آن روی آورده و بر پایه‌ی آن، به جعل قوانین می‌پردازند. این همپوشانی معنایی، جامعه را به سمت قانونمندسازی احکام اسلامی و نهادینه کردن ارزش‌های اسلامی به پیش می‌برد.

در بخش‌بندی احکام بیان این نکته بایسته است که هر جایی که در متعلق حکم، مصلحت نوعیه برای مردم وجود داشته باشد، شارع مقدس یا به‌تنهایی به آن چیز امر می‌کند یا اگر آن کار در بین مردم رواج داشت آن را بی‌چون و چرا یا با بازسازی نکات غیرشرعی، امضا و تأیید می‌کند. هر جایی که در متعلق حکم، مفسده وجود داشته باشد نیز به همان دو گونه که در امر، متصور بود، آن را نهی می‌کند (نراقی، ۱۴۲۰ ق: ۲۴۰)؛ بنابراین نباید نگران نادرستی عرف در جامعه شد؛ زیرا این خطاها امری بهنجار است و در جعل قوانین و نیز در دیدگاه فقها با روش اجتهادی و کشف دیدگاه شارع مقدس، از بین می‌رود؛ به عبارت دیگر نکاتی از عرف که دربرگیرنده‌ی سیره مشرعه است، دارای اعتبار بوده و نکات دیگری که دربرگیرنده‌ی سیره عقلانیه می‌شود، چنانچه با عدم ناسازگاری با شریعت همراه باشد، دارای اعتبار در فقه و حقوق اسلامی خواهد بود.

به هر روی عرف فقهی نیز همانند عرف حقوقی و قضایی، از خاستگاه اجتماعی برخوردار است؛ بنابراین، عرف اجتماعی تعیین‌کننده‌ی مصادیق در استناد فقها به عرف است و عرف در نزد حقوقدانان نیز، در عرض قانون شمرده می‌شود. افزون بر این، عرف در چالش‌های اجتماعی، از هنجارهای رفتاری

جامعه شمرده شده و سرپیچی از آن سبب انحراف اجتماعی فرد می‌شود. سزای سرپیچی از عرف اجتماعی، برخوردهای مردمی است و سزای سرپیچی از عرف حقوقی، مجازات تعزیری و یا قانونی است و سرپیچی از عرف فقهی و عمل مردم به منش‌ها و آیین‌های غیر مشروع نیز در نزد فقها از ممنوعات شرعی شمرده می‌شود.

تحلیل و نتیجه‌گیری

عرف در دیدگاه فقها ابزاری برای استنباط حکم است، نه بن‌مایه‌ای برای بازشناخت حکم، بدین معنی که فقها با روش اجتهادی به بررسی پرسمان پرداخته و برای دانستن برخی از معانی و مصادیق به عرف مراجعه می‌کنند و چنانچه شارع مقدس آن را تأیید و یا منعی صادر نکرده باشد، اعتبار قائل می‌شوند؛ اما در دادرسی اسلامی، عرف به‌تنهایی از بن‌مایه‌های حقوقی شمرده می‌شود، به این شرط که در چالش با احکام شریعت و دکتترین (دیدگاه علما) نباشد.

با بررسی معنای عرف در این پژوهش به الگوی همپوشانی معنایی عرف قضایی و عرف فقهی اشاره شده است؛ از این روی، هر دو معنای یاد شده، از خاستگاه اجتماعی اخذ می‌شوند. این خاستگاه اجتماعی کمک می‌نماید که فقها و نیز حقوقدانان به‌راحتی به پرسمان دلخواه برای استنباط احکام فقهی و یا جعل قانون دست یابند.

«عرف» در معنای جامعه‌شناختی، به‌سان قواعد هنجاری عمل نموده و به هماهنگی رفتار اجتماعی افراد می‌انجامد. چنانچه فرد از آن سرپیچی کند، به‌گونه‌ای هنجارشکن و در قالب «منحرف اجتماعی» از جامعه رانده می‌شود.

در جوامع گوناگون هنجارهای عرفی به گونه‌ی مطلق، پیش از قانون وجود داشته است. در جوامع نو قانون، برآیند رأی نمایندگان مجلس است و عرف حقوقی نیز از چنین اعتباری، برخوردار است. در همان هنگام عرف جامعه‌شناختی، زاییده هنجارهای اجتماعی است که در بین مردم پایدار مانده؛ به‌گونه‌ای که سرپیچی از آن به واکنش اجتماعی می‌انجامد. هرچند، عرف در حقوق از هنجارهای اجتماعی سرچشمه می‌گیرد؛ اما اوصاف دیگری نیز، همانند بایستگی، پایداری، دوام و ضمانت اجرایی داشتن از دیگر ویژگی‌های آن شمرده می‌شود؛ بنابراین، در اثبات انگاره‌ی این پژوهش باید گفت: عرف در دادرسی‌ها که در نزد حقوقدانان، همچون بن‌مایه‌های حقوقی مطرح گردید، از هنجارهای فرهنگی جامعه اخذ شده است، بدین معنی که هنجارها در بین مردم دارای ارج بوده و سرپیچی از آن، گونه‌ای انحراف اجتماعی تلقی می‌گردد؛ اما جامعه‌شناسان این هنجارها را به‌سان هنجارهای فرهنگی مطرح کردند؛ ولی حقوقدانان گام به گام، به این برآیند رسیدند، غیر از چالش‌های قانونی که برای نظم در جامعه به آن نیاز است، گهگاهی، هنجارهایی در بین مردم ارج دارد که در جایگاه‌های قانونی به‌گونه‌ای مدون جعل نشده است. در همان هنگام جامعه برای آن اعتبار قائل است؛



از این رو بر آن شدند که این هنجارهای عرفی اجتماعی را در گام‌های بعدی جزو بن‌مایه‌های حقوقی به شمار آورند. افزون بر این، حقوقدانان بین معنای «عرف» و «رسم» که در جامعه‌شناسی بیان شده، ناهمسانی قائل نمی‌شوند و گاهی این دو را کنار هم قرار داده و مترادف با هم بکار می‌برند.

به هر روی عرف دارای مصداق یگانه‌ای است؛ اما با دو دیدگاه می‌توان از آن تعبیر دوگانه‌ای داشت، بدین معنی که اگر هنجارهای عرفی به محک رأی و تصویب قانون‌گذار نرسد، از آن همچون عرف جامعه‌شناسی و یا عرف در هنجارهای فرهنگی تعبیر می‌شود؛ اما اگر این هنجارهای عرفی مورد پذیرش قانون‌گذار قرار گیرد، از آن تعبیر به عرف حقوقی خواهد شد. عرف جامعه‌شناختی اعم از عرفی است که متشرعین دین‌دار به آن عمل می‌کنند و یا در بین عقلائی غیرمسلمان در آن جامعه شایع و عمل می‌شود.

عرف فقهی نیز نگرش فقهاست به فهم عرف در پرسمان مورد بررسی در فقه که بیشتر ناظر بر فهم معانی و مصادیق یک پرسمان فقهی است. فقها برای کشف دیدگاه شارع مقدس بسته به حکم، به عرف مراجعه نمی‌کنند و از بن‌مایه‌های فقهی نمی‌شناسند؛ بلکه به قرآن، سنت، اجماع و عقل با شرایطی که در اصول استنباط بیان شده، به کشف حکم می‌پردازند؛ ولی از عرف همچون ابزاری برای فهم معانی الفاظ و مصادیق بهره‌برداری می‌کنند، آن هم به شرطی که از سوی شارع مقدس منع و ردع درباره آن صادر نشده باشد.

روی هم رفته باید گفت: عرف فقهی و عرف در دادرسی و نیز عرف در هنجارهای اجتماعی، دارای خاستگاه و سرآغاز اجتماعی است و آنچه که در بین مردم مرسوم و ممدوح است و یا نکوهیده شده و یا لفظی را در معنای برجسته‌ای بکار می‌برند و یا مصداق ویژه‌ای برای آن قائل هستند، عرف تلقی می‌شود و دوئیت معنایی در فقه، حقوق وجود ندارد؛ بلکه در آنها همپوشانی معنایی یافت شده است. تنها سخنی که باقی می‌ماند، حجیت و ارزش عرف است که در فقه و حقوق اسلامی هنگامی اعتبار دارد که با شرط «عدم مخالفت با شریعت» باشد؛ اما عرف اجتماعی، اعم است و دربرگیرنده‌ی سیره عقلائی و سیره متشرعه خواهد شد و ممکن است جامعه با دور شدن از ارزش‌های دینی، برای همگی رسومات در عرف به گونه‌ای مطلق اعتبار قائل شود. در این شرایط که جامعه از ارزش‌های سکولار پیروی می‌کند، ملاک بازشناخت استناد به عرف، تنها عدم تعارض با شریعت شناسایی شد، وگرنه انگیزه‌ای بر منفی دانستن عرف اجتماعی که سیره عقلا را داراست وجود ندارد. برای زدودن مشکل عرف سکولار چند راهکار پیشنهاد می‌شود:

- عرف‌های برگرفته از نظام‌های معارض با مکتب اهل بیت (علیهم‌السلام) را می‌توان با جعل قانون مهار نمود.
- عرف‌ها همیشه در حال دگرگونی و تثبیت تازه است و مایه‌ی شکاف نسل می‌گردد. تلاش برای کاهش عرف‌های نسل کهن و نسل نو، می‌تواند از دوئیت معنایی عرف بکاهد.
- در امور قضایی می‌بایست از انفعال خارج شد و با جعل قوانین به تثبیت ارزش‌های اسلامی



کمک نمود تا جامعه از عرف سکولاریستی خارج شود.
- عرف‌های نوظهور که از جوامع سکولار به عرصه‌ی فرهنگی رخنه می‌کنند، به دست متولیان فرهنگی شناسایی و درصدد جایگزینی آن با عرف برگرفته از ارزش‌های اسلامی، دگرگون شود.



منابع

قرآن کریم.

۱. ابراهیم منطقی و دیگران (۱۳۹۲ ق)، المعجم الوسیط، ج ۲، قاهره، دارالدعوه.
۲. ابن منظور، ابی الفضل جمال‌الدین محمد بن مکرم (۱۴۰۵ ق)، لسان العرب، ج ۹، نشر ادب الحوزة.
۳. احمدزاده، سید حشمت‌الله (۱۳۸۹)، عرف در نظر فقیهان و حقوقدانان، فصلنامه فقه و مبانی حقوق، شماره ۲.
۴. امام خمینی، روح‌الله (۱۳۷۲)، انوار الهدایة فی التعلیقة علی الکفایة، ج ۱، مؤسسه نشر آثار امام خمینی رحمته.
۵. آبرکرامبی نیکلاس و دیگران (۱۳۶۷)، فرهنگ جامعه‌شناسی، ترجمه حسن پویان، تهران، انتشارات چاپخش.
۶. آشتیانی، میرزاحمد حسن بن جعفر (۱۳۰۴ ق)، بحر الفوائد فی شرح الفرائد، استنساخ، شریعت قزوینی.
۷. جوان، موسی (۱۳۲۶)، مبانی حقوق، ج ۱، تهران، شرکت سهامی چاپ رنگین.
۸. جولیوس گولد و ویلیام ل. کولب (۱۳۷۶)، فرهنگ علوم اجتماعی (ویرایش محمدجواد زاهدی مازندرانی)، تهران، انتشارات مازیار.
۹. حیدریان، محمود (۱۳۵۰)، مبادی علم حقوق: مطالعه تطبیقی در کلیات حقوق - حقوق خانواده - اموال و مالکیت - نظریه کلی تعهدات و مسئولیت مدنی در حقوق ایران و حقوق انگلیس، دانشگاه تهران. کتابخانه پردیس فارابی.
۱۰. داوید، رنه (۱۳۶۴)، نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر، ترجمه حسین صفایی و محمد آشوری - عزت‌الله عراقی، تهران، مرکز نشر دانشگاهی.
۱۱. دفتر همکاری حوزه و دانشگاه (۱۳۶۴)، درآمدی بر حقوق اسلامی، قم، انتشارات اسلامی.
۱۲. رایگان، محمود (۱۳۹۰)، نگاهی به عرف در فقه و حقوق اسلامی بایسته‌ها و آسیب‌ها، نشریه معرفت، سال بیستم، شماره ۱۶۵.
۱۳. الزرقاء، مصطفی احمد (۱۴۱۸ ق)، المدخل الفقهي العام، ج ۲، دمشق، دارالعلم شایگان؛ سید علی (۱۳۷۵)، حقوق مدنی، قم، انتشارات طه.
۱۴. الشیخ المفید، مفید، محمدبن محمد (۱۴۱۰)، المقنعه، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۱۵. صلیبا، جمیل (۱۳۷۰)، واژه‌نامه فلسفه و علوم اجتماعی فارسی، عربی، فرانسه، انگلیسی، آلمانی، لاتین (ترجمه صادق سجادی و کاظم برگ نیسی)، انتشارات وحیدی.
۱۶. صالح، علی پاشا (۱۳۴۸)، مباحثی از تاریخ حقوق: دورنمایی از روزگاران پیشین تا امروز، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
۱۷. _____ (۱۳۷۳)، فرهنگ‌نامه صالح، فشرده‌ای از اصطلاحات حقوقی سیاسی، اقتصادی و معارف اسلامی انگلیسی به فارسی، ج ۱، انتشارات دانشگاه تهران.



۱۸. صدر، سید محمدباقر (۱۳۸۵ ق)، المعالم الجديدة للاصول، مطبعة النعمان، نجف.
۱۹. الصدر، سید محمدباقر (۱۴۱۰ ق)، دروس في علم الاصول، الحلقة الثانية، بقم المقدسه، موسسه النشر الاسلامی، التابعه لجماعه المدرسين.
۲۰. صمیمی کیا، مسعود الظفر و فروز آذرفر (۱۳۷۳)، فرهنگ حقوقی، فارسی - انگلیسی، تهران، انتشارات دشتستان.
۲۱. ضیایی بیگلری، محمدرضا (۱۳۶۶)، اسلام و حقوق بین الملل، تهران، گنج دانش
۲۲. طباطبایی، سید محمدحسین (۱۴۱۱ ق)، تفسیر المیزان، ج ۸، بیروت، مؤسسة الاعلمی للمطبوعات.
۲۳. طیبیان، سید حمید (۱۳۷۸)، فرهنگ فرزانه، تهران، بی نا.
۲۴. الطرابلسی، عبدالعزیزین البراج (۱۴۱۱)، جواهرالفقه، قم، الجامعه المدرسين فی الحوزه العلمیه، موسسه النشر الاسلامی.
۲۵. _____ (۱۴۰۶ ق)، المهذب، ج ۱، قم: لجماعه المدرسين فی حوزه العلمیه بقم، موسسه النشر الاسلامی.
۲۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۶۸)، ترمینولوژی حقوق، تهران، انتشارات کتابخانه گنج دانش.
۲۷. الطوسی، محمد بن الحسن بن علی (بی تا)، المیسوط، ج ۲، تهران، مکتبه المرتضویه.
۲۸. علم الهدی (۱۳۶۳)، الذریعه الی اصول الشریعه، ج ۱، تهران، مؤسسه فرهنگی پژوهشی الجواد^{علیه السلام}.
۲۹. علی دوست، ابوالقاسم (۱۳۸۳)، اندیشه: مرجعیت عرف در تطبیق مفاهیم بر مصادیق در مجله فقه و حقوق، دوره ۱، شماره ۲، صفحه ۱۱-۳۲.
۳۰. _____ (۱۳۸۶)، فقه و عرف، ج سوم، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۳۱. فاضل لنکرانی، محمدجواد (۱۳۷۴)، نقش زمان و مکان در اجتهاد، در کنگره زمان و مکان از نظر امام خمینی^{علیه السلام}، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۳۲. فروند، ژولین (۱۳۶۸)، جامعه شناسی ماکس وبر (ترجمه عبدالحسین نیک گهر) تهران، انتشارات رایزن.
۳۳. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۳)، فلسفه حقوق، ج ۲، چاپ ۷، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۳۴. _____ (۱۳۸۱)، مقدمه ی علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، چاپ ۳۱، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۳۵. کوئن، بروس (۱۳۷۴)، درآمدی به جامعه شناسی (ترجمه محسن ثلاثی)، تهران، انتشارات نوبهار.
۳۶. مطهری، مرتضی (۱۳۶۴)، خدمات متقابل ایران و اسلام، مترجم، محمد هادی، یوسفی غروی، تهران، منظمه الاعلام الاسلامی، قسم العلاقات الدولیه.
۳۷. محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۱۲ ق)، النهایة و نکتها، ج ۲، قم، تحقیق موسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسين.
۳۸. _____ (۱۳۶۳ ق)، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، ج ۳ و ۴ تعلیقات لمصححه محمود الشهابی الخراسانی، تهران، مکتبه مرکزی.

۳۹. مظفر، محمدرضا (۱۴۰۳ ق)، اصول الفقه، المجلد الثاني، بيروت، لبنان، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات.
۴۰. معین، محمد (۱۳۶۰)، فرهنگ فارسی، تهران، انتشارات امیرکبیر.
۴۱. مقدس اردبیلی (۱۴۱۱ ق)، مجمع الفائدة والبرهان، ج ۸، قم، انتشارات اسلامی.
۴۲. میرزایی، حمید و دیگران (۱۳۸۶)، مفاهیم اساسی در روشهای تحقیق، تبریز، انتشارات دانشگاه آزاد اسلامی.
۴۳. مهدوی‌راد، وحید (۱۳۹۰)، نقش عرف در تعیین قلمرو ومصادیق تسبیب از منظر فقه، نشریه معرفت، شماره ۱۶۱.
۴۴. نادری، عزت‌الله و مریم سیف نراقی (۱۳۷۷)، روش‌های تحقیق و چگونگی ارزشیابی آن در علوم انسانی، چاپ چهاردهم، تهران، انتشارات بدر.
۴۵. نراقی، احمدبن محمد مهدی (۱۴۲۰ ق) عوائد الایام، فی بیان قواعد الاحکام، بیروت، دارالهادی.
46. Outhwaite, William & Tom Bottomre (1992) the Blak well Dictionary of Twentieth Century Social Thought. pp. 321-325.
47. Johnson, Allang (1995) The Blakwell Dictionary of Sociology, Auser's Guide to Sociological. p. 190.