

جایگاه عرف در حقوق

با رویکردی بر اندیشه‌های امام خمینی (س)

فهیمة ملک‌زاده^۱

مونا احمدلو^۲

چکیده: زندگی اجتماعی انسان‌ها همواره حقوقی را در پی داشته که انسان‌ها ملزم به رعایت آن بوده‌اند و پیش از اینکه قانونگذار این حقوق را وضع کند به صورت عرف و عادت بین انسان‌ها رواج داشته است، این مطلب نشانه سابقه دیرینه عرف در مباحث حقوقی بوده و بیانگر اهمیت آن است. آنچه در ذهن شناخته شده و خرمندان آن را می‌پذیرند و نیز چیزی که عادت تمام یا اکثریت افراد یک محل یا یک قوم در گفتار و رفتار معین است تا به آن حد که به مرور الزام آور شناخته شده، به شکل عرف تحقق می‌یابد. عرف از مسائل مهم حوزه حقوق است و می‌تواند در استنباط‌های فقهی و حقوقی و ارائه قرائت‌ها و تفسیرهای جدید حقوقی مؤثر باشد. با عنایت به این مهم در این مقاله برآنیم تا جایگاه عرف را در حقوق با توجه به دیدگاه‌های امام خمینی (س)^(۳)، که به حق مجتهدی نواندیش و فقیهی نوپردازند که در این زمینه نیز با ارائه نظرات متقن خود، راه را برای محققین و پژوهشگران این حوزه فراهم نموده‌اند، بپردازیم. و به این نتیجه برسیم که عرف یکی از منابع حقوق به شمار می‌رود و نقش عمده‌ای را در ارائه راه حل‌های فقهی - حقوقی و مسائل مستحدثه به عهده دارد.

کلیدواژه‌ها: عرف، بنای عقلا، حقوق، فقه، عادت، تفاهم عرفی، رویه قضایی.

۱. عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران شمال
e-mail:malek900@gmail.com

۲. دانشجوی دکتری گروه فقه و مبانی حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم تحقیقات تهران.

e-mail:Ahmadloo.mona@yahoo.com

این مقاله در تاریخ ۱۳۹۱/۶/۱۰ دریافت گردید و در تاریخ ۱۳۹۱/۷/۲۶ مورد تأیید قرار گرفت.

معنا و مفهوم عرف

عرف در لغت، به معنی معرفت و آنچه در میان مردم معمول و متداول است، به کار برده می‌شود. تعریف مشهور عرف که از غزالی نقل شده است آن است که: «هو ما استقرّ فی النفوس من جهة العقول و تلقته الطباع السليمة بالقبول» (مجله الحقوق ۱۹۵۱: ۲) و تعریف دیگری است بدین عبارت: «العادة عبارة عما يستقرّ في النفوس من الامور المتكررة المقبولة عند الطباع السليمة» (ابن نجيم ۱۳۸۷: ۳۷). در این تعریف عادت به جای عرف به کار رفته، ساده‌ترین تعریف را می‌توان در این جمله کوتاه دید: «العرف عادة الجمهور قوم في قول او فعل» (رزقاه ۲۰۰۴: ۱، ۸۳۸). در اصطلاح عرف هر پدیده‌ای است که در میان مردم رواج پیدا کند، هر شیوه عملی و گاه گفتاری که مردم آن را در میان جامعه خود متداول کنند، چه خوب و پسندیده یا بد و ناپسند و زیان بخش برای فرد و جامعه باشد. مطالعه در کتب نشان می‌دهد که همگی آن را یکی از ادله و منابع می‌دانند. آنچنان که کتاب و سنت را از منابع حقوق شمرده‌اند (جعفری لنگرودی ۱۳۸۰: ۵۰).

عرف در اصطلاح حقوقدانان

دانشمندان علم حقوق با توجه به شاخه‌های متعدد حقوق برای عرف تعاریف گوناگونی بیان داشته‌اند، بدین گونه که گاه از آن به مجموعه مقرراتی که از سوی شارع مقدس اسلام وضع نشده باشد، تعبیر کرده‌اند (جعفری لنگرودی ۱۳۷۳: ۲) و دیگر گاه — چنان که از «ژولین» حقوقدان روم باستان نقل شده — در تعریف آن گفته‌اند: عرف و عادت دیرینه عبارت از حقوقی است که از آداب و سجایای مردم پدید آمده و اثر قانون را دارد (جوان ۱۳۲۷ ج ۱: ۲۱؛ نجومیان ۱۳۴۴: ۱۳۱؛ ۱۳۴۸: ۳۳۵).

در پاره‌ای از نوشته‌های حقوقی آن را قواعدی دانسته‌اند که از پدیده‌های اجتماع استخراج شده و بدون دخالت قانونگذار به صورت قاعده حقوقی در آمده است که البته در این معنا جز قانون، دیگر منابع حقوق همچون رویه قضایی و قواعد ناشی از عقاید علمای حقوق را نیز در برمی‌گیرد (کاتوزیان ۱۳۴۹ ج ۲: ۱۰۲؛ ۱۳۷۳: ۱۸۸-۱۸۷).

گفتنی است که قانون نیز به جهت حفظ نظم و آرامش جامعه به عرف احترام گذارده و رعایت آن را لازم می‌شمارد و تخلف از آن را موجب اخلال نظم می‌داند (جوان ۱۳۲۷ ج ۱: ۸۶؛ کاتوزیان ۱۳۴۹ ج ۲: ۱۰۴).^۱

آنچه تاکنون بیان شد تعریف عرف در «حقوق داخلی» بود. اما در «حقوق بین الملل عمومی» – چنانکه برخی از دانشیان برآند – عرف تعریف دیگری را می‌طلبد. در حقوق بین الملل عمومی عرف و عادت از شیوه عمل و رفتار دولت‌ها در ایجاد و بسط مناسبات خود با یکدیگر و همچنین رویه آنها در اختلافات با یکدیگر ناشی می‌شود، بدین گونه که در نتیجه تکرار این شیوه عمل و رفتار دولت‌ها در روابط بین المللی، ایمان و اعتقاد نسبت به قواعدی پیدا می‌شود که به تدریج در روابط مشترک آنها جنبه الزامی به خود گرفته و به عنوان معیار سنجش ارزش‌های حاکم پذیرفته می‌شود. این قواعد ریشه و اصل قواعد حقوق بین الملل عمومی است (کی‌نیا ۱۳۴۰: ۱۷۵-۱۷۴؛ عمید زنجانی ۱۳۶۷ ج ۳: ۱۰۱). بنابراین به موجب بند ۲ ماده ۳۸ اساسنامه «دیوان بین المللی دادگستری» عرف عبارت است از رویه عمومی دولت‌ها که به صورت قاعده حقوقی مورد قبول آنها قرار گرفته است که ممکن است به صورت جهانی یا منطقه‌ای یا به صورت دوجانبه در روابط دو کشور با یکدیگر در تکرار امری با موافقت ضمنی آنها باشد (عرفانی ۱۳۷۳ ج ۱: ۴۳). عرف و عادت نخستین منبع حقوق بین الملل عمومی به شمار می‌آید و در حل اختلافات بین المللی پایه تصمیمات قضایی است (کی‌نیا ۱۳۴۰: ۱۷۵؛ عمید زنجانی ۱۳۶۷ ج ۳: ۱۰۱).

قرآن و سنت و عرف

در آیه ۱۹۹ سوره اعراف آمده است: «خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ». در این آیه شریف، به پیغمبر (ص) دستور داده شده که به عرف امر کند و مردم را به تبعیت از آن فرمان دهد. اغلب اهل سنت گویند: این همان عرف و سنتی است که عقلا در میان خود برای حفظ بقا و نظام متداول کرده‌اند. در شیعه نیز کم و بیش همین تفسیر دیده می‌شود. مثلاً طبرسی در

۱. برای اطلاعات بیشتر ر.ک.به: (کی‌نیا ۱۳۴۳: ۱۹؛ ۱۳۴۸: ۲۰۴-۲۰۳، ۲۰۹؛ ۱۳۴۰: ۱۷۵-۱۷۴؛ نجومیان ۱۳۴۸: ۳۱۳؛ عرفانی ۱۳۷۳ ج ۱: ۴۱؛ ساکت ۱۳۷۱: ۳۵۰؛ دفتر همکاری حوزه و دانشگاه ۱۳۶۴ ج ۱: ۳۶۵؛ ضیائی بیگدلی ۱۳۶۹: ۴۰؛ عمید زنجانی ۱۳۶۷ ج ۳: ۱۰۱؛ امامی ۱۳۷۴ ج ۴: ۱۴۳-۱۴۲؛ شایگان ۱۳۷۵: ۲۷، ۵۲؛ شیخ‌نیا ۱۳۷۵: ۴۳).

ذیل همین آیه نوشته است: «عرف؛ یعنی معروف و هر چیز پسندیده و شناخته شده و گفته‌اند عرف عبارت است از هر روش و خصلتی پسندیده که عقول مردم، خوبی و درستی آن را تشخیص دهند و نفوس مردم در پرتو آنها آرامش یابند» (طبرسی ۱۴۱۵ ج ۴: ۵۱۲).

«عرف: هر چیزی (راه و روشی) است که عقل یا شرع آن را نیکو داند و نزد عقلا زشت و ناپسند نباشد».

در تفسیر المیزان ذیل همین آیه آمده است: «عرف: عبارت است از سنت‌ها و سیره‌های خوب و زیبا (پسندیده) که در میان عقلا متداول است» (طباطبایی ۱۳۶۳ ج ۸: ۳۹۷).

در میان اهل سنت، به ویژه مالکیه و حنفیه، در زمره قواعد فقهیه به قواعدی برمی‌خوریم که عمل به عرف را مانند عمل به نص شرعی توصیه می‌کنند. این قواعد، در کتاب تحریر المجله و بسیاری از کتاب‌های اصول فقه اهل سنت آمده است و ما نیز آنها را از تحریر المجله از ماده ۴۳ به بعد اخذ کرده‌ایم: «المعروف عرفاً کالمشروط شرطاً، العادة محكمة، المعروف عرفاً کالمنصوص نصاً، المعروف بین التجار کالمعروف بالنص، التعمین بالعرف کالتعمین بالنص».

اهل سنت، به ویژه حنفیه و مالکیه، عرف را یکی از مآخذ معتبر و مهم فقه قلمداد کرده‌اند. شهید اول نیز در قاعده عرف و عادت بحث کرده و اهمیت فزاینده آن را گوشزد نموده است. در قاعده عادت، در ضمن فایده‌ای که به دنبال دارد، آمده است: «يجوز تغيير الاحكام بتغيير العادات (ای الاعراف) كما في النقود المتعاورة (ای المتداوله) و الاوزان المتداوله، و نفقات الزوجات و الاقارب، و الاختلاف بعد الدخول في قبض الصداق، فالمرورى تقديم قول الزوج عملاً بما كان عليه السلف من تقديم المهر على الدخول» (شهید اول بی تا: ۶۴ به بعد).

چنانکه از این عبارت به دست می‌آید، شهید اول می‌خواهد بگوید: که گاه عرف را بر روایت منقول از معصوم^(ع) مقدم می‌داریم (فیض ۱۳۸۷: ۱۰۵-۱۰۳).

عناصر عرف

عناصر عرف بر حسب تعاریف عنوان شده از این قرار است:

اول - عمل معین: عرف نوعی عادت است و عادت معنایی است دارای عنصر تکرار و بدون رابطه تلازم عقلی.

دوم - تکرار آن عمل به وسیله گروه معین: خواه در سطح کشور باشد (در این صورت، آن را عرف کشوری گویند) یا در بخشی از کشور، در صورت اخیر آن را عرف محلی خوانده‌اند. سوم - دست کم اکثر مردم کشور یا محل معین، آن عمل را تکرار کنند، عادت اکثریت، جمهور بودن؛ با این قید عرف از عادت فاصله می‌گیرد و عادات فردی یا مشترک را خارج می‌کند، عادات فردی عادات مختلف افراد است و منظور از عادات مشترک عاداتی است که معتادین به آن بیش از غیرمعتادین نباشند و گاهی به طور مسامحه عرف مشترک هم نامیده می‌شود.

چهارم - عمل مذکور باید از روی اراده باشد نه از روی فطرت، پس عمل به استصحاب نمی‌تواند داخل در قلمرو عرف باشد. پس عرف از حقوق فطری به کلی فاصله می‌گیرد. پنجم - عملی که جامع چهار عنصر بالا است به صورت قانون نوشته در نیامده باشد، زیرا اگر به صورت قانون نوشته درآید، عنوان قانون را دارد و آن، منبع دیگر حقوق است و نام عرف را نخواهد داشت. مثلاً حق حبس که در ماده ۳۳۷ قانون مدنی دیده می‌شود پیش از آنکه به صورت یک قانون درآید عرف بوده است. اما اکنون در قانون ایران نمی‌توان آن را عرف دانست. ششم - عرف باید پایه‌ای در اندیشه نیک داشته باشد تا بتواند منبع حقوق شود. عرف به مانند مهر سنگینی که در روزگار ما دیده می‌شود منبع حقوق نیست. هفتم - از طرف شخص صلاحیت‌دار، تصریحی برخلاف اقتضای عرف نشده باشد. اگر چنین تصریحی شود آن عرف، منبع حقوق نیست (جعفری لنگرودی ۱۳۸۰: ۵۰-۵۱).

فرق عرف و عادت

عادت از واژه عود و به معنای بازگشت است، و به خوی نیز اطلاق می‌شود، و در اصطلاح عادت کاری است که در نتیجه تکرار، جزء طبیعت آدمی درآید و ترک آن برایش دشوار باشد، پس دو امتیاز بین عرف و عادت وجود دارد: ۱- در عادت برخلاف عرف عنصر تکرار وجود دارد؛ ۲- عادت در فرد مطرح است، ولی عرف در رابطه با جمع است، همچنین رابطه بین عرف و عادت «عموم و خصوص مطلق» است (مجمعی از محققین ۱۳۷۲: ش ۴۸).

ابن عابدین می‌گوید: فقها آشکارا می‌گویند: عرف و عادت در خارج یک چیز است (حکیم بی‌تا: ۴۱۹؛ جعفری لنگرودی بی‌تا: ۸۷). در قانون مدنی غالباً عرف و عادت با هم به کار می‌روند و این

بکارگیری مبین این واقعیت است که در قانون این دو را مترادف هم می‌دانند، مانند ماده ۵۴ قانون مدنی: «سایر کیفیات انتفاع از مال دیگری به نحوی خواهد بود که مالک قرار داده یا عرف و عادت اقتضا نماید». و نیز همانند مواد ۲۲۰، ۲۸۰، ۳۵۷، ۴۲۶، ۶۴۶، ۶۶۷ و ۱۱۳۱ قانون مدنی. فقهای شیعه جمله «العرف ببابک» را چون مثلی مقبول برای استناد به عرف به کار برده‌اند، و عرف را در قالب بنای عقلا، و به عنوان اجماع عملی و سیره مستمره در استنباط فقهی مورد استفاده قرار داده‌اند، و به صورت یک دلیل فقهی از آن بهره گرفته‌اند، همانگونه که فقهای اهل سنت نیز چنین کرده‌اند (ولایی ۱۳۷۴: ۲۴۴).

مشخصات عرفی که بتواند منبع فقه و حقوق قرار گیرد

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

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

۳- اعتقاد عمومی: آن جنبه روانی موضوع است. بدین معنی که در روان و اندیشه مردم جامعه آنچه که مدت‌ها به آن عمل شده به عنوان یک اصل مسلم و قابل احترام جایگزین شده و مردم اجرای آن را الزام‌آور بدانند؛ یعنی عرف «مقبولیت عامه» یافته باشد و در نتیجه دارای خصیصه اجبار و الزام شود، یعنی بر اثر مقبولیت عامه و الزامی شدن بتواند موجد حق محسوب شود. مثل جهیزیه عروس که عرفاً هر عروسی باید جهیزیه داشته باشد ولو این عروس درجه علمی دکترا داشته باشد، باز هم در صورت نداشتن جهیزیه، احساس انفعال دارد و خانواده داماد هم این امر را نشانه تخفیف و کم‌اعتباری عروس محسوب می‌کند (واحدی ۱۳۸۴: ۲۱۰-۲۰۹).

اقسام عرف

عرف اقسامی دارد. در یک تقسیم به عرف عام و عرف خاص، در تقسیمی دیگر به عرف صحیح و عرف فاسد و در تقسیم سوم به عرف عملی و عرف قولی بخش می‌شود. سخن کوتاهی درباره هریک از آنها بی‌فایده نیست.

۱- عرف عام: در این عرف عموم یا اغلب مردم علی‌رغم اختلاف در سطوح مختلف زندگی، فرهنگ‌ها، محیط‌ها، زبان‌ها، نهادها و گرایش‌های مذهبی شرکت دارند.

۲- عرف خاص: در این عرف گروه ویژه‌ای شرکت دارند، که عامل و انگیزه‌ای خاص، از قبیل زمان ویژه یا شغل و صنعت و حرفه‌ای ویژه این گروه را گرد خود فراهم آورده است. بسیاری از رفتارها که به آداب و سنن و اخلاق، و معاشرت بستگی دارد در این عرف شکل می‌گیرد. از جمله عرف خاص صنفی، عرف خاص زمانی، عرف خاص مکانی، عرف شارع و عرف متشرعه (محمدی ۱۳۷۵: ۲۵۳-۲۵۲).

۳- عرف قولی: آن عرفی است که پاره‌ای الفاظ، و اقوال در آن رنگ ویژه‌ای به خود می‌گیرد، گاه از معانی لغوی موضوع له خود دور می‌شود، گاه محدودیت و گاه گستردگی می‌یابد.

۴- عرف عملی: آن عرفی است که در بخشی از کارهای ویژه مردم و مبادلات آنان خودنمایی می‌کند، مثل عقود معاطاتی که در میان آنان، امر رایجی می‌شود یا عقود ربوی تداول پیدا می‌کند.

۵- عرف صحیح یا عرف عقلا: عرفی است که در میان مردم و در نفوس آنان در پرتو راهنمایی عقل و اندیشه استقرار و رواج می‌یابد و طبایع مردم آنها را می‌پذیرند. این عرف با قانون و دلیل شرعی مخالفتی ندارد (حکیم بی تا: ۱۹۸۴۲۰؛ خلاف ۱۳۹۰: ۸۹). مثلاً بیع معاطات و عقود جدید که ربوی نباشند، همه در این عرف قرار دارند.

۶- عرف فاسد: عرفی است که در میان گروهی متداول می‌شود و خلاف شرع است، مثل عقود ربوی، یا شرب مسکرات در برخی جامعه‌ها و قماربازی و غیره و پاره‌ای منکرات که در جشن مولود جدید یا عزاداری بر مردگان انجام می‌شد (خلاف ۱۳۹۰: ۸۹).

۷- عرف قضایی: از عملکرد یکسان قضات نسبت به امری در طی سال‌ها تکرار حاصل می‌شود و این همان رویه قضایی است که خود به عنوان منبع مستقلی از منابع حقوق مورد بحث قرار می‌گیرد (واحدی ۱۳۸۴: ۲۰۸۲۰۹).

۸- عرف دانشمندان علم حقوق: حقوقدانان بزرگ در بسیاری از موارد برای اظهار عقیده و نظریه نسبت به مسائل حقوقی و ارائه «دکترین» از اصول و قواعد کلی پیروی می‌کنند و آن را پایه و اساس اظهارنظرهای حقوقی خود قرار می‌دهند (داوید ۱۳۶۴: ۱۴۶).

حجیت عرف

حجیت عرف در نزد امامیه و عامه مورد اختلاف است، در حالی که علمای عامه آن را حجیت می‌دانند، فقهای امامیه حجیت آن را محدود به مواردی، نظیر تفسیر موضوع و بیان اراده طرفین معامله می‌نمایند. و در اثبات احکام برای آن حجیتی قائل نیستند و به عبارت روشن امامیه عرف عملی را در عداد ادله استنباط احکام به حساب نمی‌آورند و مواردی را که علمای عامه به عرف استناد کرده‌اند، فقهای امامیه با دلیل دیگر اثبات می‌نمایند. در اینجا ابتدا به شرح عقیده علمای عامه و سپس به بیان عقیده فقهای امامیه می‌پردازیم:

علمای عامه، به خصوص حنفی‌ها، عرف را حجیت می‌دانند و میدان عمل بدان را وسیع دانسته، آن را یکی از بهترین و سائلی می‌شمارند که می‌توان با آن فقه اسلامی را با تحولات جامعه و جهان هماهنگ و احتیاجات عالم متغیر و جامعه متبدل را با انعطاف پذیری کامل و تبدیل آن مرتفع ساخت (زرقاء ۲۰۰۴ ج ۱: ۳۶-۴۱، ج ۲: ۴۷-۵۵).

فقهای امامیه عرف را برای اثبات حکم تکلیفی حجت نمی‌دانند مگر اینکه ثابت شود در زمان معصوم^(ع) هم معمول بوده و از آن نهی نشده، مثل استصناع و عقد فضولی که در این فرض سنتی است تقریری و عرف خود حجیتی ندارد.

اینان در غیر مورد حکم تکلیفی، عرف را حجیت می‌دانند ولی می‌توان مورد آن را محدود به صور زیر دانست: ۱- تشخیص موضوعات؛ ۲- برای تفسیر اراده متعاملین در موقع انعقاد عقد (محمدی ۱۳۷۵: ۲۵۸-۲۵۹).

شرط‌های حجیت یا اعتبار عرف

در مباحث حقوقی غالباً شروطی باید فراهم شود تا عرف معتبر شود: (۱) عرف باید کلی یا غالب باشد (عرف باید مطرد یا غالب باشد) چنان که در مثال آهنگری در منزل، تمام یا غالب مردم یک محل (شهر - ده - کشور) به هیچ وجه در منزل آهنگری نمی‌کنند یا لاقبل به ندرت اتفاق می‌افتد

که این کار را بکنند. پس کلیت و غلبه به حسب تکرار عمل است، البته کلیت و غلبه به حسب افراد مردم شرط وجود عرف است و آن مطلب جداگانه‌ای است.

۲) عرفی که بر یک واقعه‌ای حاکم می‌شود، باید قبل از آن واقعه وجود یافته باشد. اگر پس از طرح یک دعوی که ممکن است مدت‌ها طول بکشد عرفی به وجود آید در موقع صدور حکم به آن عرف نمی‌توان استناد نمود (عرف باید هم زمان باشد، نه سابق، نه لاحق).

۳) از طرف شخص صلاحیت‌دار تصریحی برخلاف اقتضای آن عرف نشده باشد و الا اعتباری به عرف مزبور نیست. برای مثال برابر ماده ۳۵۷ قانون مدنی: «هر چیزی که بر حسب عرف و عادت جز یا تابع مبیع شمرده نشود داخل در مبیع نمی‌شود مگر اینکه صریحاً در عقد ذکر شده باشد». این تصریح از طرف متعاقدین تصریحی است برخلاف عرف عملی که آن را از اعتبار می‌اندازد. هرگاه دادرس وجود شرط‌های بالا را احراز کند، عرف مزبور از نظر او عرف مسلم است و در صورت عدم احراز، آن عرف مسلم نیست (جعفری لنگرودی ۱۳۸۰: ۱۳۸).

مورد دیگر عدم مخالفت عرف با نص شرعی است. اجمالاً هرگاه نصی از شارع یا قاعده قطعی در شرع وجود داشته باشد، نمی‌توان برخلاف آنها به عرف و عادت عمل کرد و به طور کلی هرگاه عمل به عرف موجب تعطیلی نص شرعی شود، عرف از اعتبار می‌افتد (محمدی ۱۳۷۵: ۲۶۰).

سابقه عرف عقلا

با پی جویی در سیستم‌های حقوقی جهان می‌توان گفت: تمام نظام‌های عالم برای عرف، کم و بیش اهمیت قائل بوده‌اند.

عرف و عادت در جوامع ابتدایی و در میان قبایل مختلف، پایه و مایه همه پدیده‌های اجتماعی بوده و خود به تنهایی مصدر و اساس دین، اخلاق، مبادلات و معاملات به شمار می‌رفت. در فقه اسلام، کم نیستند موضوعات و متعلقات احکام که برای مشخص کردن آنها به عرف باید مراجعه شود (فیض ۱۳۸۷: ۵۷-۵۹).

تفاهم عرف

تفاهم عرف که فهم عرفی هم نامیده شده، عبارت است از اینکه اکثر مردم یک محل یا یک کشور از مطلب معینی (خواه آن مطلب، لفظ باشد خواه نباشد) چیزی را بفهمند و تشخیص دهند.

ماده ۱۱۳۱ قانون مدنی می‌گوید: «خیار فسخ فوری است و اگر طرفی که حق فسخ دارد بعد از اطلاع به علت فسخ، نکاح را فسخ نکند خیار او ساقط می‌شود به شرط اینکه علم به حق فسخ و فوریت آن داشته باشد. تشخیص مدتی که برای امکان استفاده از خیار، لازم بوده به نظر عرف و عادت است».

مفهوم «حمل مشروع» که از شرایط قرابت رضاعی است در موردی که نطفه زوج به زوجه تزریق می‌شود، روشن نیست. آیا حملی که از راه این تزریق به دست می‌آید مشروع است یا نه؟ باید دید که فهم عرفی در این مورد چیست؟ ماده ۱۰۵۶ قانون مدنی می‌گوید: «اگر کسی با پسری عمل شنیع کند نمی‌تواند مادر یا خواهر یا دختر او را تزویج کند». اگر با مردی عمل شنیع کند آیا آن تزویج‌ها صحیح است. مفهوم عرفی پسر چیست؟ این مفهوم را حقوقدانان چنین استخراج کرده و گفته‌اند: پسر کسی است که از تاریخ بلوغ او مدت زیاد نگذشته باشد (جعفری لنگرودی ۱۳۸۰: ۵۳-۵۵).

حقوق عرفی

پیش از پیدایش قانونگذاران نیز حقوق، بین مردم و اجتماعات وجود داشت، در عمل مردم در زندگی قضایی خود حدودی به وجود می‌آوردند و رعایت می‌کردند که آن را حقوق عرفی می‌نامند و این ابتدایی‌ترین صورت حقوق است. برای اینکه یک عمل به صورت قاعده حقوق عرفی درآید باید:

اولاً: مردم مدت‌ها آن را تداول کنند.

ثانیاً: باید ضمانت اجرا پیدا کند.

صراحت و قاطعیت حقوق عرفی کم است (جعفری لنگرودی ۱۳۸۰: ۵۵-۵۶، ۸۸).

عرف، دین و جامعه

جامعه‌شناسان همه به طور کلی جامعه را پدیده‌ای پویا و متحول توصیف کرده‌اند که شتابان پیش می‌رود و هر مانعی را از سر راه خود برمی‌دارد.

نهادهای اجتماعی معمولاً در مسیر پیشرفت جامعه قرار گرفته‌اند و در این تحول و پویایی از خود هماهنگی نشان داده‌اند و هر نهادی به هر علتی نتواند پا به پای جامعه پیش برود، عقب می‌ماند و همین که رابطه خود را با جامعه تندپا برید، از میان می‌رود.

این، یکی از قانون‌های غیرقابل انکار علم جامعه‌شناسی است که هیچ کس کوچک‌ترین شک و تردیدی در آن ندارد و همه مردم این جنب و جوش و پویایی به سوی کمال را در همه افراد و اجزای جامعه «به روشنی» احساس می‌کنند، و علمای منطق و فیلسوفان تغییر و دگرگونی آن را نشانه‌ای از حدوث جهان طبیعت می‌شناسند و به صورت یک قضیه ضروری می‌گویند: «عالم متغیر است» و «هر تغییری حادث است» پس «عالم حادث است». دین و مذهب اگر چه متکی بر وحی الهی است و ساخته و پرداخته دست انسان نیست، ولی نمی‌توان انکار کرد که در عین حال، یک نهاد اجتماعی است که برای پیشرفت و تعالی جامعه به سوی کمال فرستاده شده است. پس به ناچار باید نوعی از پویایی و تحرک را بتوانیم در آن احساس کنیم.

نظر امام خمینی در مورد عرف

امام عرف و سیره عقلا را در هر جا و هر عصر و زمان معتبر می‌شناسد و مانند سایر فقها معتقدند: در صورتی آن عرف‌ها حجت و پذیرفته هستند که به امضای معصوم^(ع) رسیده باشند، و در صورتی به امضا رسیده‌اند که در مرئی و منظر معصوم باشند، ولی اختلاف معظم له با مشهور فقها در این است که مرئی و منظر معصوم از نظر امام خمینی یک معنی وسیع فوق عادت دارد؛ یعنی معصوم بر همه زمان‌ها احاطه و آگاهی دارد و عرف در هر زمان و هر جامعه استقرار یابد ولو در این زمان‌های متأخر، در برابر دید معصوم است و معصوم از آن آگاه است. بنابراین، از نظر امام خمینی عرف در هر زمان و مکان تحقق پیدا کند و ردع و منعی از آن نشده باشد، حجت است.

امام خمینی در مسأله تقلید کردن از مجتهد که از سنت و روایات، دلیل قابل قبولی بر آن وجود ندارد، و حدیث «من کان من الفقهاء... فللعوام ان یقلدوه» که به خاطر ضعف آن، هیچ یک از محققان فقها به آن تمسک نکرده است، به عرف و بنای عقلا تمسک کرده‌اند.

چنین عرفی در میان عقلای جهان از هر ملت و نحله و دین و غیردینی؛ یعنی در میان عقلا بما هم عقلا وجود دارد که جاهل به دانا رجوع می‌کند و بیمار به پزشک و فرق نمی‌کند که آن دانا یا آن نادان یا آن بیمار و آن پزشک، دینی داشته باشند یا نداشته باشند، ولی عاقل باشند. در میان تمام

عقلای جهان به رغم هر ویژگی که داشته باشند، یک چنین عرف و سیره‌ای وجود دارد و اغلب اصولیان گفته‌اند که عرف تقلید کردن؛ بلکه هر عرفی در صورتی معتبر است که به زمان معصوم^(ع) بیوندند؛ به این معنی که ثابت شود عیناً این عرف تقلید یا هر عرفی که در زمان ما (یعنی زمان غیبت) رایج است، در زمان معصوم^(ع) نیز رایج بوده تا در برابر دید او قرار گرفته باشد و معصوم آن را دیده و از آن جلوگیری نکرده باشد و اثبات این ویژگی در نهایت اشکال است. با این شرط و این گونه که مشهور فقها روایت امام^(ع) را معنی کرده‌اند عرف را از اعتبار انداخته‌اند یا مشکل حل نشدنی در برابر آن قرار داده‌اند.

برای رفع اشکال و تجدید حیات عرف، امام خمینی شرط اینکه باید عرف، در مرئی و منظر امام معصوم باشد را پذیرفته‌اند، ولی نوع دید معصوم را بر طبق عقیده امامیه توضیح داده‌اند که مشکل گشای معجزه آسایی برای فقه و حقوق اسلامی به شمار می‌رود.

ایشان در کتاب *الاجتهاد و التقليد* می‌فرماید: پیغمبر اکرم^(ص) و سایر معصومان^(ع) در زمان حیات خودشان که اینک قرن‌ها از آن می‌گذرد، از همان هنگام به وضع فعلی ما و جوامع ما و جریان‌هایی که در محیط اجتماعی ما اتفاق می‌افتد، آگاهی داشتند و به دلیل این علم و آگاهی، درباره آخر الزمان و مشکلات آن بسیار چیزها گفته‌اند و ما را از وقایع آن دوره‌ها آگاه ساخته‌اند. بنا بر آنچه گفته شد هرگاه این بنائات عقلایی و عرف‌هایی که در جامعه‌های ما تا روز رستاخیز استقرار پیدا می‌کنند، مورد خشنودی و تقریر معصومین نبودند، باید پیغمبر اکرم^(ص) و ائمه معصومین^(ع) در همان زمان حیات و حضور خود به ما گوشزد می‌کردند و ما را از پیروی آن عرف‌ها بر حذر می‌داشتند، ولی چنین منع و تحذیری وجود ندارد که اگر وجود داشت حتماً در کتاب‌ها می‌نوشتند و ما آگاه می‌شدیم و ما ندیدیم و نشنیدیم که معصومین^(ع) این عرف‌های رایج در میان جامعه و از جمله عرف رجوع جاهل به عالم را جلوگیری کرده باشند. این است امضای معصوم و تقریر او درباره عرف عقلا (امام خمینی ۱۳۷۶: ۶۴-۶۹).

امام در *الاجتهاد و التقليد* در ذیل عنوان «بحث حول بناء العقلاء» به نکات دقیقی درباره عرف و فطری بودن آن و قدرت بی‌بدیل آن اشاره کرده‌اند که ذکر آنها در این مقال بسیار مفید و با ارزش است. در آنجا گفته‌اند: پیش از ورود در ادله طرفین، اشکالی ندارد که درباره بنای عقلا تدبر و بررسی کنیم و مقتضای ارتکاز عقلی تقلید از عالم را در باب تقلید از اعلم بیان کنیم.

معروف است که دلیل عمده بر وجوب تقلید، ارتکاز عقلا (یعنی عرف عقلا) است و این از فطریات عقول است که هر جاهلی به عالم رجوع می‌کند و چون عرف عقلا چنین اقتضایی دارد و شارع، آن را ردع نفرموده و از آن جلوگیری نکرده است، به دست می‌آوریم که عمل به عرف عقلا مورد رضایت و اجازه شارع است و دلیل حرمت پیروی از ظنون، برای جلوگیری از عمل به عرف عقلا شایستگی ندارد.

در بحث از حجیت ظن گفتیم که عرف تقلید و امثال این فطریات؛ یعنی سایر عرف‌های عقلایی، بناهای محکم و استواری هستند که امکان ندارد عموم و کلیت «الظن لا یغنی من الحق شیئاً» جلوی حجیت آنها را بگیرد، تازه این در صورتی است که در عموم دلالت آیه نهی از ظن، خدشه و اشکالی وجود نداشته باشد؛ زیرا غالباً آن فطریات عقلی (یعنی عرف‌هایی عقلایی) چنان قوی و قدرتمند هستند که با آگاهی از استحکام و نیرومندی آنها، هرگز این فکر در ذهن فقها نمی‌آید که عموماً از قبیل «إِنَّ الظنَّ» بتوانند از مثل این بنائات عقلایی که در ارتکاز عقلا است، جلوگیری کنند و اگر بنا باشد که دلیلی جلوی حجیت این عرف‌های عقلایی را بگیرد، باید دلیلی صریح و روشن و مؤکد باشد.

از این رو، امثال این آیات ناهی از ظنون در صدر اول هم وجود داشتند، ولی به ذهن هیچ یک از فقهای صدر اول، خطور نکرد که بگویند آیات ناهی از عمل به ظنون، جلوی این عرف‌های عقلایی را که در صدر اول وجود داشته‌اند، می‌گیرند. آن عرف‌ها عبارتند از: عرفیت «قاعده ید» (آنچه در دست کسی است نشانه ملکیت اوست، مگر دلیلی جلوی آن را بگیرد) و قاعده یا عرف عقلایی «صحت» (یعنی حکم شود به اینکه معامله‌هایی که مردم انجام می‌دهند صحیح است، مگر دلیلی بر بطلان آن باشد) که یکی از بنائات عقلایی است و عرف عقلایی «قبول قول ثقه» و «عمل به خبر واحد» و «عمل به ظواهر» که همه آنها از عرف‌های قوی و قدرتمند هستند (امام خمینی ۱۳۷۶: ۶۳-۶۴).

با دقت در عبارت امام خمینی به دست می‌آوریم که عرف‌هایی از قبیل «قاعده ید» و «اعتبار خبر واحد ثقه» و نیز عرف عقلایی «قاعده صحت»؛ (یعنی اینکه عرف، قائل به صحت معاملاتی است که در میان عقلا شکل می‌گیرد)، و نیز عرف عقلایی «حجیت و اعتبار ظواهر» (و از جمله ظواهر کتاب و سنت)، همه این عرف‌ها که نام برده شد، اگر در مقایسه بین آنها در زمان حاضر و

زمان معصوم تفاوت چندانی دیده نمی‌شود. در حالی که در زمان معصومین^(ع) که عرف‌ها مثل این زمان وجود داشته‌اند، آیه شریفه دال بر حرمت ظنون نیز وجود داشته است (فیض ۱۳۸۷: ۶۶-۷۰).

انواع تغییر حکم در پرتو عرف

در یک بررسی ممکن است که تبدل موضوع یا متعلق حکم، موجب تبدل حکم شود و به یکی از صورت‌های ذیل تحقق پیدا کند:

صورت اول آن است که مکلف، خود، موضوع حکم را تغییر می‌دهد و حکم دگرگون می‌شود.

صورت دوم آن است که متعلق حکم با گذشت زمان، عرف دیگری پیدا کرده، چهره دیگری به خود گرفته است که حکم تغییر می‌کند.

صورت سوم این است که عرف زمان گذشته، متعلق حکم را به خوبی نشناخته بوده و از این رو حکمی برای آن داشته، ولی فقها با پی جویی و تحقیق بیشتر، متعلق واقعی را به دست آورده‌اند که این نیز موجب دگرگونی حکم شده است (عرف زمانی و مکانی).

در مورد صورت نخست، می‌گوییم: هرگاه مکلف در آستانه استطاعت برای انجام دادن مناسک حج قرار گرفت، اما به دست خود و به اختیار خود کاری کرد که دارایی او به حد استطاعت نرسد، بر مکلف، حج واجب نیست و هیچ گناهی نیز مرتکب نشده است. همچنین کسی که در مورد زکات غلات، انعام و نقدین که به حد نصاب رسیده‌اند کاری کند که آن مال‌ها در گذشت سال از حد نصاب بیفتند، زکات بر او واجب نخواهد شد.

در مورد صورت دوم، می‌گوییم که اگر متعلق حکم با گذشت زمان، عرف و چهره دیگری پیدا کرده باشد، حکم آن دگرگون خواهد شد. چنانکه روزگاری طولانی شطرنج، وسیله‌ای برای قماربازی و برد و باخت بود و سود حلال دیگری نداشت؛ از این رو، خرید و فروش و نگاهداری آن حرام بود، ولی اینک شطرنج در عرف ما تغییر ماهیت داده و بازی با آن، موجب پرورش ذهن شده و به علم ریاضی شباهت پیدا کرده و اغراض عقلایی دارد. پس، اگر در این شرایط حکم جواز و حلیت را بر آن بار کنند، نباید موجب شگفتی شود.

صورت سوم، این است که عرف زمان گذشته، متعلق حکم را به خوبی نشناخته و به درستی آن را تنقیح مناط نکرده بود؛ از این رو، مجتهد درباره آن فتوایی داشت، اما وقتی با پیشرفت علم و

تجربه و پی جویی و استنباط دقیق مجتهد، ماهیت واقعی آن متعلق حکم کشف شد. بدون شک، حکم آن و فتوای مجتهد، تغییر خواهد کرد. مثلاً ماهی قزل آلا که مجتهدان گذشته آن را بدون فلس می شناختند و حکم حرمت را به آن می دادند، تجربه و علم امروز و بررسی های دقیق دانشمندان ثابت کرده که ماهی مزبور و برخی ماهیان مشابه در آغاز پولک داشته اند و در اثر مالیدن بدن خود به ریگ ها و ماسه های دریا، فلس آنها ریخته است. در اینجا نیز حکم حرمت به جواز و حلیت تبدیل می شود.

تغییر حکم در پرتو تغییر عرف

احکام غیرعبادی و تشریعیات اسلامی اغلب بر پایه عرف زمان حضور پیغمبر اکرم (ص) و نزول وحی و بر طبق سیره عقلایی آن دوران و وضع اجتماعی مردم آن سامان قانونگذاری یا امضا شده است و اگر بخواهیم در این زمان های متأخر که عرف ها متحول شده اند، احکام شرعی را بدون توجه به عرف جدید به اجرا در آوریم، با پیشرفت ها و دگرگونی های جامعه هماهنگی پیدا نخواهند کرد و بی گمان کسی نیست که در آن به عنوان یک قضیه موجه جزئی شک و تردیدی داشته باشد. این نکته دقیقی است که باید همواره مورد توجه حقوقدانان قرار گیرد.

شهید اول در این قاعده معتقد است که با دگرگون شدن عرف ها در جوامع بشری، احکام شرعی نیز دگرگون می شوند. سپس در پایان آن قاعده گوید: در زمان های گذشته و عصر معصومین (ع) در مورد مهریه، عرف چنان بود که آن را در آغاز ازدواج می پرداختند، ولی در این دوره ها، عرف دیگری در آن به وجود آمده که مهریه در آغاز ازدواج داده نمی شود؛ از این رو، هرگاه زن و شوهری درباره پرداخت مهریه با هم اختلاف داشته باشند، در روایت صادر از معصوم (ع) آمده که قول شوهر را باید مقدم داشت که می گوید مهریه را پرداخته ام، ولی در این روزگار که در آن زمینه، عرف دیگری حاکم شده و مهریه در آغاز نکاح به زن پرداخته نمی شود، شهید می فرماید: دیگر به آن روایت ولو از معصوم صادر شده عمل نمی کنیم و عرف فعلی مقدم است و قول زن پذیرفته می شود (شهید اول بی تا: ۶۶).

اهل سنت به ویژه حنفی ها بر همین قول هستند. قاضی ابویوسف گوید: هرگاه نص شرعی بر مبنای عرف و عادت مقرر شده باشد، با دگرگون شدن آن عرف، آن نص و حکم نیز دگرگون خواهد شد (شاطبی ۱۹۹۷ ج ۲: ۲۸۳). ابویوسف و پیروان او، شاید بیش از سایر علمای مذاهب اهل

سنت به دگرگون شدن حکم با دگرگونی عرف اعتماد داشتند، و عرف عقلا را حجتی قوی و دلیلی محکم می‌دانستند و می‌گفتند: بخشی از نصوص شارع که تعداد آنها نسبتاً زیاد است، به عرف زمان نظر دارد و با دگرگونی عرف، حکم مبتنی بر آن نیز دگرگون می‌شود.

امام قرافی، که از فقهای بزرگ مذهب مالکی و رئیس مالکیه مصر بود (محصانی بی تا: ۲۳۶)، گفته است: هر حکمی در شریعت که تابع عرف زمان باشد به هنگام تغییر عرف، متغیر می‌شود و باید به اقتضای عرف جدید مورد عمل قرار گیرد. وی در کتاب *الاحکام* می‌گوید: «جميع ابواب الفقه المحمولة علی الاعراف، اذا تغيرت العاده، تغيرت الاحکام فی تلک الابواب» (محصانی بی تا: ۲۳۷).

ابواسحاق شاطبی در *الموافقات* همین نظر را تأیید می‌کند (شاطبی ۱۹۹۷ ج ۲: ۲۸۳). عبدالکریم زیدان به نقل از امام قرافی گوید: احکام مترتب بر عرف‌ها بر محور خود عرف‌ها می‌گردند که با دگرگونی آنها دگرگون می‌شوند. و اگر عرفی از میان برود و باطل شود، احکام مبتنی بر آن نیز باطل می‌شوند و این حرفی است که فقها بر آن اجماع دارند.

بر پایه این نظریه، باید بگوییم: چون عرف‌ها که زاییده جامعه هستند با جامعه نسبت مستقیم دارند و حرکت و پویایی نیز از ویژگی‌های جامعه است، بنابراین تمام احکام مبتنی بر عرف، همواره در حال پویایی هستند و این از مزایای عرف عقلا است که از پیشرفت جامعه عقب نمی‌ماند. نمونه‌های بسیاری از این دست در کتب فقهی و حقوقی وجود دارند. مثلاً در قتل خطا که بر طبق عرف آن زمان، عاقله قاتل باید دیه و خون بهای آن را بپردازد، دیه قتل خطا بر عرفی مقرر شده که زندگی قبیله‌ای داشته‌اند و بزرگان قبیله، همه کارها را انجام می‌داده‌اند، رفته رفته در اسلام، قبیله‌ها قدرت و اهمیت خود را از دست دادند و در ملت بزرگ اسلام قرار گرفتند؛ از این رو، در زمان خلیفه دوم که برای اعضای کشوری - لشکری دیوان‌ها را به وجود آورده بود، مقرر شد که دیوان‌ها، مسئولیت پرداخت دیه قتل خطا را بر عهده گیرند. امروزه، بعضی از فقهای اهل سنت می‌گویند که مسئولیت عاقله در پرداخت دیه قتل خطا مربوط به زمان رسول اکرم (ص) بوده است و در زمان حاضر باید سندیکاها و تعاونی‌ها و مؤسساتی از این قبیل پرداخت آن را عهده دار شوند (ادریس ۱۳۷۲).

در فقه اسلام، نمونه‌های بسیاری برای تبعیت حکم از عرف دگرگون شده وجود دارد، مثلاً در صدر اسلام عرف حاکم بر جوامع اسلامی چنان بود که برای معلمان قرآن و معارف اسلام، عطایا و

بخشش‌ها و کمک‌های مالی فراوانی اختصاص یافته بود که آنان نیازمند دیگران نباشند؛ چون چنین عرفی وجود داشت، بسیاری از فقهای قدیم اخذ اجرت بر تعلیم واجبات را حرام می‌دانستند، ولی در این زمان که از آن بخشش‌ها خبری نیست، فقها اخذ اجرت بر آنها را جایز می‌دانند.

مثالی دیگر، در زمان‌های سابق تروریسم اقتصادی وجود نداشت که نبض بازارها را در دست داشته باشد و نرخ کالاها را به میل خود بالا و پایین ببرد، و از این راه به سرمایه‌های کلان دست یابد. ولی امروز، در همه دنیا این تروریست‌های اقتصادی غوغا می‌کنند، بنابراین بدون شک تسعیر؛ یعنی نرخ‌گذاری، لازم و ضروری است و متخلف باید کیفری متناسب داشته باشد تا دیگر در اسلام، بازار سیاه نداشته باشیم.

شارع مقدس به خاطر تأیید عرف عقلا، نکاح همه اقوام و مذاهب و قبایل و ادیان را امضا و تأیید فرموده و گفته است «لکل قوم نکاح» و همه ازدواج‌های ادیان منسوخ را که روزی دائر و رایج بوده پذیرفته و قانونی کرده است و این، به جهت اهمیت شایانی است که اسلام برای عرف عقلا قائل است.

ولی وقتی ملاحظه کرد که مردم جاهلیت، راه افراط پیش گرفته و در مورد ازدواج زیاده‌خواهی‌هایی دارند، ازدواج بیش از چهار زن را جلوگیری کرد، نوشته‌اند که کسی از مردم جاهلیت به حضور پیغمبر^(ص) شرفیاب شد و گفت من فقط هشت زن دائم دارم، تکلیف من چیست؟ فرمود: «امسک اربعهن ودع سائرهن».

در کیفرهای تعزیری مسأله تبعیت از عرف عقلا کاملاً روشن است و قاضی فقیه با آزادی کامل و در شرایط خاص زمان و مکان برای هر جرم که حد آن معین نشده، تعزیر و کیفرهای متناسب معین می‌کند؛ کیفرهای مربوط به حدود، محدود و کم ولی کیفرهای تعزیری بی‌شمار هستند و از همه آنها ذکری در کتاب و سنت نیامده است (فیض ۱۳۸۷: ۹۰-۸۳).

عرف چگونه ایجاد می‌شود و چگونه دوام می‌یابد؟

دانشمندان فقه و حقوق درباره منشأ پیدایش عرف، اندیشه‌ها و باورهای مختلف و دور از هم دارند. به گونه‌ای که گاه برخی منشأ عرف را بسیار محدود و در مقابل برخی دیگر آن را بسیار گسترده دانسته و بر این باور تأکید دارند که می‌توان هر عامل حقوق بین‌الملل را منشأ عرف و حقوق عادی شمرد (کی‌نیا ۱۳۴۰: ۱۸۴).

محقق نائینی درباره منشأ پیدایش عرف گوید: عرف که در میان مردم متداول می‌شود (منشأ) آن از سه حال خارج نیست:

اول؛ گاه ممکن است منشأ آن سلطان جابری باشد که توده‌های عصر خود را به راهی و کاری واداشته و سنتی را پی ریخته باشد و رفته رفته این راه و کار برای آنان عادت شده و همچنان در دوره‌های بعد، به همان شیوه رفتار کرده‌اند تا عرف و عادت برای خود پا گرفته و تحقق یافته است.

دوم؛ ممکن است یکی از پیامبران گذشته با تعلیمات خود مردم را به طریقه‌ای هدایت کرده باشد، و آن طریقه به وسیله مردم استمرار یافته و متداول شده و عرف آنان را تشکیل داده است. سوم؛ ممکن است عرف از نهاد و فطرت مردم ناشی شده باشد؛ فطرتی که خدای تعالی به مقتضای حکمت بالغه خود برای حفظ نظام و بقای جامعه به انسان عطا فرموده است (کاظمی خراسانی بی تا ج ۳: ۱۹۲).

سپس، محقق نائینی پیرامون هر یک از این سه، بحث‌هایی دارد و به این نتیجه می‌رسد که عرف هر منشأ و مصدری داشته باشد، اگر ما رضای صاحب شرع را نسبت به آن به دست آوریم، اعتماد به آن صحیح است. همانطور که شارع جلوی بسیاری از عرف‌های جاهلیت را گرفت و ما از این جلوگیری آگاه شدیم، اگر جلو این عرف را هم گرفته بود خبردار می‌شدیم، چرا که انگیزه‌های بسیاری برای ثبت و نقل آن وجود داشت (کاظمی خراسانی بی تا ج ۳: ۱۹۲).

بر سخنان و بیانات محقق نائینی نظری وجود دارد و بدین گونه حاشیه می‌زنند که راه و رسم حاکم یا سلطان جابر و خودکامه که بنای غلطی را به زور و جبر در جامعه بالا می‌برد و روش ناپسندی را اغلب با فشار و اکراه پیاده می‌کند، فکر نمی‌کنم ماندنی باشد و به نسل‌های پس از او خود به خود منتقل شود، بلکه آن راه و رسم که جبراً برقرار شده است، دیری نخواهد پایید و با رفتن شاه ستمگر آن رسم غلط نیز از میان خواهد رفت که گفته‌اند: «القسر لا یدوم» (حرکت غیرطبیعی در زیر فشار و جبر، دوامی نخواهد داشت)؛ زیرا ما نظیر این عرف‌های غلط را در زمان شاه دیدیم که با سرنگونی او، آن شیوه‌ها نیز شتابان نابود شد.

دکتر فیض بر این عقیده‌اند که قویاً می‌توان حدس زد که عرف‌های صحیح، ممکن است از تعلیمات یکی از پیامبران سلف پا گرفته و ماندگار شده باشند، چنان که ممکن است از فطرت و سرشت عقلای قوم به وجود آمده باشند و فرق نمی‌کند که هم تعلیمات انبیا و هم رهنمودهای

فطرت، هر دو بر مبنای یک رشته اصول کلی و مبادی عمومی شناخته شده پی ریزی شده باشد. منتها، یکی بر پایه وحی و دیگری بر پایه راهنمایی فطرت و عقل؛ عقلی که در لسان روایات به عنوان «پیغمبر باطنی» از آن نام برده شده است.

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

لزوم مراجعه به عرف و عادت

روابط اجتماعی مردم به قدری متنوع و گوناگون است که پیش بینی تمام این روابط و مشکلات و مسائلی که بر اثر این روابط به وجود خواهد آمد، غیرممکن بوده طبیعی است که پیش بینی راه حل آن نیز متعذر است بنابراین، قانونگذار هر چقدر که به مسائل اجتماعی واقف باشد، باز هم نمی تواند این قبیل امور را در قانون پیش بینی نماید. بنابراین در این قبیل موارد که قانون از حرکت باز می ماند، عرف و عادت به عنوان منبع دوم حقوق به کمک قانون می آیند و به حل و فصل مسائل و مشکلات مردم جامعه می پردازند. پس عرف به عنوان مکمل قانون یکی از منابع حقوق است. البته در بعضی از سیستم های حقوقی جهان که حقوق عرفی دارند مثل کشور انگستان چون عرف، نخستین منبع حقوق است، در این قبیل کشورها عرف، مستقلاً یک منبع درجه یک حقوق است و نه به عنوان مکمل قانون و منبع درجه دوم حقوق. در سیستم حقوقی ایران که سیستم حقوق نوشته است، عرف منبع درجه دوم حقوق است و در مواردی که قانون اجازه داده است به عرف مراجعه خواهد شد (مواد ۱۳۲، ۲۲۰، ۲۲۴، ۲۲۵، ۳۵۶، ۳۷۵، ۴۸۶ قانون مدنی؛ بند ۲ و ۵ ماده ۲۲ قانون مجازات اسلامی).

ارتباط رویه قضایی با عرف

عرف در معنی حقوقی و خاص آن عبارت از عادت و رسمی است که حالت الزام پیدا کرده باشد. ظهور عرف بدون اقدام قانونگذار است. به عبارت دیگر عرف قاعده حقوقی است که مستقیماً مردم در طی زمان آن را ساخته باشند و اجرای آن را لازم بدانند و ملاحظه می شود رویه قضایی و

عرف هر دو از منابع حقوق هستند، هر دو در طی زمان شکل می‌گیرند و هر دو در حقوق مدون نیاز به حمایت قانون دارند، همان طور که قانون می‌تواند رویه قضایی را متوقف سازد و آن را از بین ببرد، می‌تواند عرف را از حالت الزام خارج سازد. بعضی حقوقدان‌ها منابع حقوق را به دو دسته تقسیم کرده‌اند: قانون و عرف، در این تقسیم عرف را شامل همه منابع حقوق غیر از قانون شناخته‌اند و در نتیجه رویه قضایی را جزئی یا بخشی از عرف دانسته‌اند. می‌گویند همان طور که عرف را مردم می‌سازند و حالت الزام به آن می‌دهند، رویه قضایی را قضات به وجود می‌آورند و در واقع رویه قضایی، عرف ویژه قضات است در حالی که اگر به ماهیت رویه قضایی و عرف توجه شود، تفاوت سنخیت آن دو بارز است و با تمام شباهت‌هایی که دارند نمی‌توان رویه قضایی را در چهارچوب عرف شناسایی کرد. قضات در تصمیمات قضایی از قانون و عرف استفاده می‌کنند، ریزه‌کاری‌های تفسیر را به کار می‌گیرند و اتخاذ تصمیم می‌نمایند و این تصمیمات در طول زمان عامل رویه قضایی است. رویه قضایی ثمره کار علمی قضات محسوب می‌شود. راه حل نسبتاً ثابت قضات در استفاده از قانون است. عرف و رویه قضایی، هر دو زمینه ساز قانون هستند. بعضی قوانین اساساً همان عرف و رویه قضایی قبلی هستند که قانونگذار آنها را طی موادی تنظیم می‌نماید. بارزترین مثال را در ماده واحده مصوب ۷۲/۴/۳ می‌بینیم که عین رویه قضایی را در قالب قانون درآورده‌اند (مدنی ۱۳۸۳: ۸۹).

مقایسه و تعارض عرف و قانون

یکی از واژه‌های هم سو یا یکسان با عرف اصطلاح «قانون» است. از این رو نمی‌توان از عرف بحث نمود و سخنی از قانون به میان نیاورد (علیدوست ۱۳۸۵). لیکن باید توجه داشت که قبل از بیان گسست یا عدم گسست این دو اصطلاح عرف و قانون دارای جهات افتراق بسیاری هستند که اهم آن به شرح زیر است:

۱- عرف چون مولود رفتار اجتماعی عامه مردم است، بنابراین ممکن است مبنای منطقی و عقلایی نداشته باشد، مثل همان اعتقاد عمومی به اینکه عروس باید جهیزیه داشته باشد و جهیزیه زن دلیل اعتبار و ارزشمندی اوست و حال آنکه چون قانون مولود فکر و اندیشه مقنن، که از افراد منتخب جامعه و برگزیده مردم است، می‌باشد. منطبق با اصول منطق و عقل است. البته اگر جامعه

در سطحی متعالی از رشد اجتماعی و علمی باشد، ممکن است عرف که مولود رفتار مردم چنین اجتماعی است نیز از منطق و عقل برخوردار باشد.

۲- برای آنکه عرفی به وجود آید، قدمت و مداومت یک عمل و رفتار طی سالیان دراز ضروری است و نسخ عرف هم به وسیله عرفی دیگر مستلزم طی یک دوره طولانی است؛ در حالی که قانون با انجام تشریفات مقرر در مدت زمانی کوتاه به وجود می‌آید و نسخ آن به وسیله قانون جدید نیز با فوریت و سرعت انجام می‌شود. به عنوان مثال در مورد تغییر عرف می‌توان به موضوع سکوت دختر در امر ازدواج اشاره کرد. توضیح آنکه منقول است که به موجب عرف معمول در زمان حضرت محمد (ص)، سکوت دختر نشانه رضای او در امر ازدواج بوده است «اذنهای صمتها» ولی در حال حاضر با توجه به تغییراتی که در اثر تحولات اجتماعی به وقوع پیوسته است، دیگر به صرف سکوت دختر نمی‌توان آن را حمل بر رضایت او به عقد نکاح و در نتیجه صحت عقد مذکور دانست، بنابراین دختر باید لفظاً و صراحتاً اعلام رضایت به عقد نکاح با زوج را بنماید و سکوت او گویای رضایت او نمی‌تواند باشد.

۳- عرف چون از نحوه عمل و طرز رفتار عموم مردم منبث می‌شود، بنابراین مستقیماً ناشی از اراده مردم است. بدین لحاظ از جهت دموکراسی محترم‌ترین قانون تلقی می‌شود، زیرا مردم بدون واسطه، اراده و خواست خود را با رفتار مستمر و مداوم خود به صورت یک قاعده و اصل اعلام کرده و قبول نمودند که اختلافات آنان بر اساس این اصول و قواعد حل و فصل شود، در حالی که قانون مع الواسطه به وسیله نمایندگان انتخابی مردم وضع شده است.

۴- قواعد عرف و عادت مصرح و روشن نیست، در حالی که مقررات قانون به طور دقیق روشن و آشکار است. خاصه آنکه قواعد عرفی اغلب مدون هم نیست، در صورتی که مجموعه قوانین شامل کلیه مواد قانونی مربوط به هر رشته از حقوق است؛ مثل قانون مدنی یا قانون تجارت و امثالهم.

۵- عرف و عادت بر حسب محل و منطقه متنوع و مختلف است. بنابراین ممکن است در نقاط مختلف یک کشور راجع به یک موضوع عرف‌های مختلفی وجود داشته باشد، در حالی که قانون از خصیصه وحدت و یکسانی مفهوم در سطح کشور برخوردار است و تعبیر و تفسیرهای مختلف بر حسب محلات مختلف از آن نمی‌شود (واحدی: ۱۳۸۴: ۲۱۱-۲۱۰).

درباره تعارض عرف و قانون در طول تاریخ حقوق، مکتب‌ها، اندیشه‌ها و سخنان گوناگونی ارائه شده است. در آغاز قرن نوزدهم که این بحث صورت جدی به خود گرفت، دو تفکر درباره برتری هریک از عرف و قانون پدیدار شد. بدین گونه که برخی از حقوقدانان به ویژه آنانی که منبع اصلی تمام قواعد حقوقی را وجدان عمومی می‌شمردند، بدین جهت که عرف بیان مستقیم و خالص داده‌ها و خواست‌های جماعت و دارای قابلیت تغییر و تحول است، عرف را ناسخ قانون و مقدم بر آن می‌دانسته‌اند. اما برخی دیگر پس از بیان این نکته که اراده عمومی امری است مبهم و قانون برخلاف آنچه که از لحاظ نظری گفته می‌شود، محصول اراده عمومی نیست، نظر گروه پیشین را مخالف با واقعیت می‌شمارند و می‌گویند: درست است که باید عرف را از نظر ماهوی یکی از منابع حقوقی به شمار آورد، ولی به هیچ وجه تحول پذیرتر از قانون نبوده و دارای طبیعتی ساده و قابل انطباق با شرایط جدید نیست. قدرت عرف هیچ گاه با قانون برابر نیست و تنها هنگامی می‌توان به طور مستقیم به آن استناد کرد که قانون آن را مجاز بداند. اینان که طرفدار قانون مدون بوده‌اند، قانون را مقدم بر عرف و عرف را خالی از اقتدار لازم برای نسخ قانون می‌شمارند (جعفری لنگرودی: ۱۳۸۰: ۱۹۷-۱۹۶؛ لوی برول ۱۳۷۰: ۶۲-۶۱؛ نجومیان ۱۳۴۴: ۱۶۹؛ ۱۳۴۸: ۳۱۸) و آن دسته از عرف‌های مخالف قانون را که گریزی از عمل به آنها وجود ندارد، به غلط موافق قانون معرفی و در چهارچوب قانون جاری می‌کنند (داوید ۱۳۶۹: ۱۲۳).

امروزه به هنگام بروز اختلاف و تعارض بین عرف و قانون آمره، قانون، حاکم و مقدم بر عرف به الغا یا تغییر آن می‌پردازد. چنانکه به هنگام تعارض عرف با نظم عمومی، اخلاق حسنه و عقل سلیم، عرف به کنار زده می‌شود. اما به هنگام تعارض عرف و روح قانون این عرف است که بر روح قانون و نیز بر قوانین تکمیلی و مقررات تفسیری مقدم و حتی آن را ساقط می‌کند. البته در تقدم عرف بر روح قانون از وضوح عرف نباید فروگذار بود (کی نیا ۱۳۴۳: ۲۱؛ ۱۳۴۸: ۲۱۰؛ ساکت ۱۳۷۱: ۳۵۴-۳۵۳).

نتیجه‌گیری

در این مقاله پس از بررسی مبحث عرف و جایگاه آن به این نتیجه می‌توان دست یافت که در اعتبار فقهی و حقوقی عرف تردیدی وجود ندارد و فقها و حقوقدانان در موارد بسیاری آن را مورد تمسک و استناد قرار داده‌اند. اگرچه نقش عرف به عنوان منشأ و مبنای اعتبار قوانین و قواعد

مردود شمرده شده و تنها منشأ اعتماد آن اراده شارع است، اما اینکه شارع در محیط عرف قانونگذاری کرده و در موارد بسیاری نهادها و قواعد عرفی را امضا، تعدیل و تکمیل نموده و در شناخت و اجرای قواعد و خطابات خود به فهم عرفی و اصول آن اکتفا کرده است، جای تردیدی نیست. از این رو نقش عرف در فقه و حقوق چه در مقام استنباط احکام و چه در مقام تطبیق و اجرای قواعد چشمگیر است. همچنین بنا بر آنکه عرف پدیده‌ای است اجتماعی و بیانگر اراده اجتماع، این پدیده (عرف) پدیده‌ای نوظهور نیست که فقه و حقوق امروزی آن را کشف کرده باشد یا اینکه بر آنها تحمیل شده باشد بلکه دانش فقه و حقوق از دیرزمان با این پدیده آشنا بوده است و چه بسا بتوان ادعا کرد که عرف، قدیم‌ترین پدیده حقوقی است که به عنوان مظهر و جلوه‌گاه حقوق شناخته شده است.

بدون تردید بخش عمده‌ای از مسائل فقهی و حقوقی - مشتمل بر معانی عرفی است که درک درست آنها و فهم صحیح این دسته از مسائل مبتنی بر دریافت عرف و تفاهم عرفی است. همچنین به این نتیجه رسیدیم که امام خمینی به این موضوع مهم توجه ویژه نموده کما اینکه با مطالعه آثار ایشان به جایگاه عرف در مباحث فقهی و حقوقی با توجه به عنصر زمان و مکان هویدا می‌شود.

منابع

- ابن نجیم. (۱۳۸۷) *الاشباه والنظائر*، قاهره: مؤسسه الحلبي.
- ادریس، عوض احمد. (۱۳۷۲) *دیه*، ترجمه علیرضا فیض، تهران: سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- امام خمینی، سید روح الله. (۱۳۷۶) *الاجتهاد والتقليد*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ و نشر عروج.
- امامی، حسن. (۱۳۷۴) *حقوق مدنی*، تهران: کتابفروشی اسلامی، چاپ دوازدهم.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (بی تا) *مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام*، تهران: انتشارات ابن سینا.
- _____ . (۱۳۷۳) *حقوق اموال*، تهران: گنج دانش، چاپ سوم.
- _____ . (۱۳۸۰) *مقدمه عمومی علم حقوق*، تهران: گنج دانش، چاپ ششم.
- جوان، موسی. (۱۳۲۷) *مبانی حقوق*، بی جا: بی نا.
- حکیم، سید محمدتقی. (بی تا) *الاصول العامه للفقهاء المقارن*، بیروت، مؤسسه آل البیت.
- خلف، عبدالوهاب. (۱۳۹۰) *علم اصول الفقه*، کویت: دارالعلم، چاپ نهم.

- داوید، رنه. (۱۳۶۴) *نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر*، ترجمه دکتر حسین صفایی و دکتر محمد آشوری و دکتر عزت الله عراقی، تهران: مرکز نشر دانشگاهی.
- _____ . (۱۳۶۹) *نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر*، ترجمه حسین صفایی و محمد آشوری و عزت الله عراقی، تهران: مرکز نشر دانشگاهی، چاپ دوم.
- دفتر همکاری حوزه و دانشگاه. (۱۳۶۴) *درآمدی بر حقوق اسلامی*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- زرقاء، مصطفی احمد. (۲۰۰۴) *المدخل الفقهي العام*، دمشق: دار القلم للطباعة و النشر و التوزيع، چاپ دوم.
- ساکت، محمدحسین. (۱۳۷۱) *دباجه‌ای بر دانش حقوق*، مشهد: نشر نخست.
- شاطبی، ابوالاسحاق. (۱۹۹۷) *الموافقات فی الاصول الشریعه*، مصر: مکتبه التجاریة الکبری.
- شایگان، علی. (۱۳۷۵) *حقوق مدنی*، قزوین: انتشارات طه.
- شهید اول، شمس‌الدین محمد مکی عاملی. (بی تا) *القواعد و الفوائد*، قم: مکتبه المفید.
- شیخ نیا، امیرحسین. (۱۳۷۵) *ادله اثبات دعوی*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ سوم.
- ضیائی بیگدلی، محمدرضا. (۱۳۶۹) *اسلام و حقوق بین الملل*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ سوم.
- طباطبایی، سید محمدحسین. (۱۳۶۳) *تفسیر المیزان*، ترجمه سید محمدباقر موسوی همدانی، قم: بنیاد علمی و فرهنگی علامه طباطبایی با همکاری مرکز نشر فرهنگی رجاء و مؤسسه انتشارات امیرکبیر.
- طبرسی، فضل بن حسن. (۱۴۱۵ق) *مجمع البیان فی تفسیر القرآن*، بیروت: مؤسسه الأعلمی للمطبوعات.
- عرفانی، محمود. (۱۳۷۳) *حقوق تطبیقی و نظام‌های حقوقی بین المللی معاصر*، تهران: انتشارات مجد، چاپ چهارم.
- علیدوست، ابوالقاسم. (۱۳۸۵) *فقه و عرف*، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ دوم.
- عمید زنجانی، عباسعلی. (۱۳۶۷) *فقه سیاسی*، تهران: انتشارات امیرکبیر.
- فیض، علیرضا. (۱۳۸۷) *اندیشه‌های حقوقی عرف و اجتهاد*، تهران: انتشارات مجد، چاپ اول.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۴۹) *کلیات حقوق*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- _____ . (۱۳۷۳) *مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ هفدهم.
- کاظمی خراسانی، محمدعلی. (بی تا) *فوائد الاصول (تقریرات درس محمد حسین نائینی)*، قم: انتشارات اسلامی، چاپ چهارم.
- کی نیا، مهدی. (۱۳۴۰) *مقدمه حقوق بین الملل عمومی*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- _____ . (۱۳۴۳) *اطلاعات حقوقی برای رشته معماری*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- _____ . (۱۳۴۸) *کلیات مقدماتی حقوق*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- لوی برول، هانری. (۱۳۷۰) *جامعه شناسی حقوق*، ترجمه ابوالفضل قاضی، تهران: دانشگاه تهران، چاپ دوم.
- *مجله الحقوق*. (۱۹۵۱) شماره ۱، مصر: چاپ اسکندریه، سال پنجم.
- مجمعی از محققین. (۱۳۷۲) *کیهان اندیشه*، تهران: کیهان.
- محمدی، ابوالحسن. (۱۳۷۵) *مبانی استنباط حقوق اسلامی یا اصول فقه*، تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، چاپ نهم.

- محمضانی، صبحی. (بی تا) *فلسفه التشریح فی الاسلام*، بیروت: دارالعلم للملایین، چاپ پنجم.
- مدنی، جلال الدین. (۱۳۸۳) *رویه قضایی*، تهران: پایدار، چاپ چهارم.
- نجومیان، حسین. (۱۳۴۴) *ارزیابی حقوق اسلام*، تهران: شرکت انتشار.
- _____ . (۱۳۴۸) *زمینه حقوق تطبیقی در نظام های حقوقی اسلام فرانسه انگلیس و روسیه*، مشهد: کتابفروشی جعفری.
- واحدی، قدرت الله. (۱۳۸۴) *مقدمه علم حقوق*، تهران: نشر میزان.
- ولایی، عیسی. (۱۳۴۷) *فرهنگ تشریحی اصلاحات اصول*، تهران: نشر نی.