



دانشکده حقوق و الهیات

بخش الهیات

پایان نامه تحصیلی برای دریافت درجه کارشناسی ارشد رشته الهیات و معارف
اسلامی گرایش فقه و مبانی حقوق اسلامی

بررسی جایگاه عرف و عادت در عقود اسلامی

از منظر فقه شیعه و قانون مدنی ایران

استاد راهنما:

دکتر عبدالرضا محمد حسین زاده

استاد مشاور:

حجت الاسلام و المسلمین احمد جمالی زاده

مؤلف

نجمه جهانشاهی

شهریور ۱۳۹۲

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

چکیده

در روابط اجتماعی انسان ها، عقود ، معاملات و داد و ستدها ،بخش ضروری و اجتناب ناپذیری است و از آن جا که به اتفاق فقها احکام مربوط به عقود، جزء احکام امضایی هستند عرف جامعه نقش اساسی در ایجاد آن ها ایفا کرده است . از طرفی موضوعات عرفی با تحول جوامع بشری متحول می شوند و به تبع، حکم نیز تغییر می یابد.

هدف از این پژوهش، روشن ساختن این مطلب است که پدیده ی عرف می تواند به عنوان ابزاری مهم برای استنباط احکام مربوط به عقود اسلامی نقش ایفا کند. برای این منظور بعد از طرح مباحث کلی در رابطه با عرف ، نقش تفسیری آن به عنوان یکی از ملاک های معتبر ،در رابطه با عقود و قراردادها ،تبیین شده است.در نهایت باید گفت در اعتبار فقهی عرف، تردیدی وجود ندارد واسلام همواره عرف صحیح و موافق قانون شرعی را که منشأ عقلایی دارد معتبر دانسته؛در نظام حقوق مدنی ما نیز، عرف یکی از مهمترین مستندات تفسیری است که معین تعهدات و التزامات متعاقدين و نیز ملاک و منبع تفسیر الفاظ قراردادی محسوب می گردد.نتیجه ی دیگر اینکه هرچند در میان کتب فقهی، عرف جز منابع شمرده نشده است ،اما در صورت رضایت شارع می تواند در بعضی موارد برای استنباط احکام مربوط به عقود مورد استناد قرار گیرد..

واژگان کلیدی: عرف ،عادت ،عقود اسلامی ،فقه، قانون مدنی

فصل اول: کلیات طرح

۲	مقدمه.....
۳	بیان مسئله.....
۴	هدف های تحقیق.....
۵	ضرورت انجام تحقیق.....
۶	استفاده کنندگان از نتایج تحقیق.....
۶	سوالاتی تحقیق.....
۶	فرضیه های تحقیق.....
۷	پیشینه ی نظری و تجربی.....
۹	روش اجرای تحقیق.....

فصل دوم: کلیات و مفاهیم

۱۱	گفتار اول: عرف.....
۱۱	الف-تعریف عرف.....
۱۱	۱- عرف در لغت.....
۱۲	۲-عرف در اصطلاح.....
۱۴	ب- ارکان و عناصر عرف.....
۱۶	ج- منشأ نیروی الزام آور عرف.....
۱۶	۱- قانون.....
۱۷	۲- وجدان عمومی و اعتقاد همگانی.....
۱۸	۳- رویه ی قضایی.....
۱۹	۴- ضرورت های زندگی اجتماعی.....
۱۹	د- مبادی عرف.....
۱۹	۱- درك عقل.....
۲۰	۲- فطرت و سرشت خدادادی انسان ها.....

- ۳-سلطه حاکمان و قانون گذاران..... ۲۰
- ۴-قوانین دینی و شرعی..... ۲۰
- ه-اقسام عرف..... ۲۱
- ۱-عرف لفظی و عملی..... ۲۱
- ۲-عرف عام و خاص..... ۲۲
- ۳-عرف حادث،مقارن،متأخر..... ۲۳
- ۴-عرف مطرد،عرف غالب..... ۲۳
- ۵-عرف تسامحی،عرف دقیق..... ۲۴
- ۶-عرف موضوعی،عرف حکمی..... ۲۴
- ۷-عرف صحیح،عرف فاسد..... ۲۵
- ۸-عرف مسلم،عرف قراردادی..... ۲۵
- گفتار دوم:دیگر واژه های همسو و مرتبط با عرف..... ۲۶
- الف-سیره(سیره عقلاء و متشرعه)..... ۲۶
- ۱-چیستی بنای عقلاء..... ۲۶
- ۲-حجیت بنای عقلاء..... ۲۷
- ۳-رابطه عرف و بنای عقلاء..... ۳۰
- ب-اجماع..... ۳۱
- ۱-ماهیت اجماع..... ۳۱
- ۲-حجیت اجماع..... ۳۱
- ۳-فرق عرف و اجماع..... ۳۲
- ج-قانون..... ۳۳
- ۱-رابطه قانون و عرف..... ۳۳
- گفتار سوم:عادت..... ۳۴
- الف-تعریف عادت در لغت و اصطلاح..... ۳۴
- ب-اقسام عادت..... ۳۵
- ج-رابطه عرف و عادت..... ۳۵
- گفتار چهارم:اشاره ای به مفاهیم عقود،فقه و قانون مدنی..... ۳۸
- الف-عقود اسلامی..... ۳۸

۳۸	۱-تعریف عقد
۳۹	۲-ارکان عقد
۳۹	۲-۱-صیغه لفظی
۴۰	۲-۲-طرفین عقد
۴۰	۲-۳-مورد عقد(عوض و معوض)
۴۱	۳-اقسام عقد
۴۲	ب-فقه
۴۲	۱-تعریف فقه
۴۳	۲-فقه پویا
۴۵	ج-قانون مدنی
۴۵	۱-نیاز انسان به قانون
۴۶	۲-قانون
۴۶	۲-۱-تعریف قانون
۴۶	۲-۲-ویژگی های قانون
۴۷	۲-۳-منبع و مأخذ قانون
۴۷	۲-۴-قانون مدنی

فصل سوم: عرف و شرع

۵۱	گفتار اول: منابع استنباط حکم شرعی
۵۱	الف-تعریف منبع
۵۲	ب-منابع فقه در اسلام
۵۲	ج-چگونگی استنباط احکام
۵۲	۱-اجتهاد
۵۲	۲-مبانی اجتهاد
۵۵	گفتار دوم: اعتبار عرف در میان امامیه
۵۵	الف-تاریخچه عرف در میان فقهای شیعه
۵۷	ب-ویژگی های عرف در فقه امامیه
۵۷	۱-ادبیات فقه
۵۷	۲-حجیت عرف

- ۱-۲- حجیت عرف لفظی ۵۸
- ۲-۲- حجیت عرف عملی ۵۹
- ۱-۲-۲- ذاتی بودن حجیت عرف ۵۹
- ۲-۲-۲- حجیت عرف بر اساس حجیت عقل ۶۰
- ۲-۲-۳- حجیت عرف بر اساس امضای شارع ۶۱
- ۳- عرف های مستحدث ۶۳
- ۴- دامنه و محدوده ی دلالت عرف ۶۷
- ۵- شرایط اعتبار عرف ۶۸
- ۱-۵- اطراد و شیوع ۶۸
- ۲-۵- قدمت عرف ۶۸
- ۳-۵- مقارن بودن ۶۸
- ۴-۵- احراز عدم ردع شارع و مخالفت با نص شرعی ۶۹
- ۵-۵- عدم تصریح به خلاف ۶۹
- ۶-۵- مسامحی نبودن ۶۹
- ۶- ردع عرف ۷۰
- گفتار سوم: کاربرد غیر استقلالی (آلی) عرف در استنباط ۷۰
- الف- پیوند عرف با قانون و شریعت ۷۰
- ب- موارد رجوع به عرف ۷۲
- ۱- مراجعه به عرف در مفاهیم مفردات و هیأت های به کار رفته در دلیل ۷۲
- ۲- تشخیص و تعریف و تنقیح موضوع حکم ۷۴
- ۳- تعیین مصادیق ۷۶
- ۴- کشف حکم ۷۷
- ۵- حضور عرف در عرصه ادله و اسناد ۷۸
- ۱-۵- عرف و فهم تعارض ادله ۷۸
- ۲-۵- جمع میان ادله ۷۸

فصل چهارم: جایگاه عرف در عقود اسلامی

- گفتار اول: تفسیر عقود ۸۲
- الف- مفهوم تفسیر ۸۲

- ب- لزوم تفسیر عقد و قرارداد..... ۸۲
- ج- عرف از وسایل تفسیر قرارداد..... ۸۳
- گفتار دوم: نمونه هایی از تأثیر عرف در تفسیر عقود..... ۸۹
- الف- تأثیر عرف در تعیین معانی الفاظ و عبارات عقد..... ۸۹
- ب- تأثیر عرف در تعیین قلمرو مورد معامله..... ۹۲
- ۱- تعیین اجزاء و توابع مورد معامله..... ۹۳
- ۲- تعیین مقدار و کمیت مورد معامله..... ۹۴
- ۳- تعیین کیفیت مورد معامله..... ۹۴
- ۴- تعیین کیفیت تسلیم و سپردن مورد معامله یا مورد تعهد..... ۹۵
- ج- تأثیر عرف در اجرای قرارداد..... ۹۷
- د- تأثیر عرف در تعیین حدود اذن و اباحه..... ۹۸
- ه- عرف راهی برای امضای برخی عقود و قراردادهای جدید..... ۱۰۰
- و- بازتاب عرف در قواعد فقهی و حقوقی..... ۱۰۳
- ز- نقش عرف تفسیری در کشف شروط عقد..... ۱۰۶
- ح- نقش عرف در تشخیص معاملات غرری..... ۱۰۹
- ط- بیان مصادیق..... ۱۱۱
- گفتار سوم: نگاهی به عرف در قانون مدنی..... ۱۱۴
- الف- عرف از منابع حقوق..... ۱۱۴
- ب- لزوم تفسیر قانون..... ۱۱۵
- ج- تفسیر قانون..... ۱۱۶
- د- قدرت و نقش عرف در قانون مدنی..... ۱۱۷
- ه- مصادیق رجوع به عرف در قانون مدنی..... ۱۱۹

خاتمه

- نتیجه گیری..... ۱۲۵
- پیشنهادات..... ۱۲۷
- منابع و مأخذ..... ۱۲۸

فصل اول: کلیات طرح

مقدمه

روابط بین افراد در اجتماع همواره بر مقررات و قواعدی استوار است که جامعه به آنها به نظر احترام می‌نگرد. آن مقررات و قواعد مولود عوامل عدیده‌ی اجتماعی است که بسیاری از آنها در ادوار متمادی مورد عمل قرار گرفته و در اثر تکرار عمل، افراد با آن انس پیدا نموده و رعایت احترام آن را لازم می‌دانند. اجتماعات بشری در همه‌ی احوال خود همزاد و همراه با این قواعد و مقررات که امروز به نام «عرف و عادت» مطرح هستند، زندگی می‌کرده‌اند.

عرف، ناشی از اراده‌ی اجتماع و دارای سابقه‌ی دیرین بوده است که منشأ ظهور مشخصی ندارد. از دیدگاه تاریخی آن گاه که ملت‌ها پایه‌ی هستی نهادند، عرف به تنهایی اساس پدیده‌های اجتماعی بوده و اصولاً روابط، جز به صورت عرف و عادت نمی‌توانسته جریان داشته باشد. قانون دیرتر از عرف پدید آمده است؛ چه این عرف بوده که پیش از پیدایش قانون گذاری و حقوق مدون (قانون) به تنظیم روابط اجتماعی آدمیان می‌پرداخت و نیازهای حقوقی آنها را برآورده می‌ساخت. در جوامع بشری - به ویژه جوامع ابتدایی - عرف، محور سیاست‌ها و معامله‌ها بوده است، و عرب جاهلی نیز این گونه عمل می‌کرد؛ چرا که عرف به تمام تصرفات و شئون آن‌ها حاکم بود تا آن گاه که اسلام آشکار شد و احکام و قوانین آن استوار گردید؛ قوانینی که در آنها برخی اعتبارات عرفی معتبر شناخته شد.

علی‌رغم تحول تمدن‌ها و جوامع معاصر، عرف تأثیر خود را از دست نداده، بلکه در این جوامع، عرف در تعیین قوانین، جایگاه مهمی دارد. عرف به مانند جامعه، پویایی دارد و در اثر این پویایی، فقه و حقوق دستخوش تحول و هماهنگی با محیط می‌شوند.

برای همین است که عرف و عادت یکی از منابع مهم حقوق به شمار می‌رود. اهمیت عرف و قواعد عرفی در نظام‌های حقوقی بر کسی پوشیده نیست. نظام‌های حقوقی همه در محیط عرف شکل گرفته، هرچند وجود تطوراتی چون روی آوردن به قوانین نوشته در برخی نظام‌های حقوقی از اهمیت عرف کاسته، اما هنوز سهم باقی مانده‌ی آن گسترده و با اهمیت است. به طوری که بعد از قانون مقام دوم منابع را به خود اختصاص داده است. نظام فقهی - حقوقی اسلام نیز از این امر برکنار نمانده است. در این مسأله که شارع در محیط عرف قانون گذاری کرده در موارد بسیاری نهادها و قواعد عرفی را امضاء، تعدیل و یا نسخ نموده و در شناخت و اجرای قواعد و خطابات خود به فهم عرفی و اصول آن اکتفا کرده است جای تردید نیست. از این رو نقش عرف در نظام‌های حقوقی اسلام از جمله بخش عقود، چه در مقام استنباط احکام و چه در مقام تطبیق و اجرای قواعد بسی والا و ارزنده است.

بیان مسأله

علم فقه با متن جامعه و زندگی روزمره مردم در ارتباط است و بخش عمده ای از مسائل آن از جمله بخش عقود مشتمل بر مفاهیم و موضوعات عرفی است. احکامی که در فقه اسلامی، در حدود آنها بحث می‌شود، از نظر این که شارع مقدس، آن احکام را وضع کرده، یا آن که آن احکام، پیشتر وجود داشته و شارع آنها را تأیید کرده است، بر دو دسته‌اند:

۱. احکام تأسیسی: به اموری که پیش از اسلام، وجود نداشته و از سوی شارع مقدس، تأسیس شده‌اند، احکام تأسیسی می‌گویند.

در بین فقیهان مشهور شده که احکام مربوط به عبادات، تأسیسی هستند؛ چرا که بر این باورند: احکامی چون نماز و روزه در ادیان گذشته بوده است، اما نماز و روزه با این شرایط و چگونگی، ویژه دین اسلام است؛ بنا براین، دین مقدس اسلام، احکام بالا را تأسیس کرده است و به عبارت دیگر، این عناوین، دارای حقیقت و معنای خاصی هستند.

۲. احکام امضایی: اموری است که بین مردم متعارف بوده و شارع مقدس آنها را امضا فرموده است.^۱

عقود و معاملات از این دسته‌اند که شارع آنها را تأیید و امضا کرده است. از جمله این معاملات، بیع، اجاره، رهن، صلح و... است که شارع با عباراتی از قبیل: «أحل الله البيع» و «أوفوا بالعقود» آنها را امضا کرده است. این امور، پیش از اسلام، در جامعه متداول بوده، چرا که در پرتو آنها، آن چه بشر به آن نیاز دارد، برآورده می‌شد.

بنابراین، شارع مقدس، مفهوم خاصی را برای عقود و معاملات بیان نکرده، بلکه آنچه را نزد عرف و عقلا رواج داشته، امضا کرده است. و اگر مواردی، مانند معامله «ربوی» و «غرری» را قبول نداشته، نظر خود را روشن، بیان کرده است؛ زیرا شارع مقدس، هرگز اهمال و مسامحه نمی‌کند و آنچه را که مورد رضایت و مراد و مقصودش نیست، به روشنی اعلام می‌دارد. شرایط و مفاد حکم امضایی را می‌توان با مطالعه ی اعتقادات، عرف و نحوه ی اجرای آن در زمان امضاء بدست آورد. فقه امامیه دریای بی کرانه ای از آراء و اندیشه های فقیهان و اندیشمندان است که کوشیده اند با توسل به «کتاب» و «سنت» یعنی منابع اصلی تعالیم و دستورات اسلام، قواعد و احکام این دین حنیف را تبیین و نظام حقوقی آن را در تنظیم روابط اجتماعی انسان ها تعریف کنند. این تلاش در

^۱ - محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۲۴، ج ۱، ص ۶

زمینه ی قوانین و احکام معاملات به اوج خود رسیده است و فقیهان نامدار شیعه با استفاده از قواعد مسلم فقهی و بهره گیری از سیره ی مستمر عقلاء و استناد به عرف های پایدار و مورد تأیید شرع به توسعه ی قواعد و معاملات و یافتن راه حل های حقوقی برای مسائل پیچیده ای که در روابط متنوع اجتماعی پدید می آید، همت گماشته اند و در این خصوص از ارائه ی راه حل مسائل نو پیدا و تعریف موضوعات جدید غافل نمانده اند.

در حقوق مدنی ما نیز عواملی هست که مرز وسامان یک تعهد معین بین دو نفر را مشخص می کند. از جمله ی این عوامل که اختصاص به عقود دارد عرف و عادت است که حدود ناشی از عقود را روشن می سازد.

حال با نظر به سابقه ی دیرینه ی عرف در مباحث حقوقی و اشتغال فقه بر بسیاری از موضوعات، عناوین و مفاهیم عرفی، شناخت آن می تواند در استنباط های فقهی و حقوقی و ارائه ی قرائت ها و تفسیر های حقوقی - دینی مؤثر باشد. با عنایت به این مهم، این پژوهش بر آن است که جایگاه عرف و عادت را در دانش فقه و حقوق مدنی در حوزه ی عقود اسلامی معین سازد.

هدفهای تحقیق

نکته ی اساسی در مورد عرف و عادت، داشتن علم و آگاهی کافی درباره ی این دو موضوع و شناسایی و تطبیق مصادیق با مواردی است که قانون تلویحاً یا صراحتاً برای عرف و عادت ارزش قائل شده است. چنانچه مرجع قضایی به آنچه که عرف و عادت بدان حکم کرده آگاهی داشته باشد نتیجه ی رسیدگی می تواند متضمن احقاق حق کامل باشد. عرف و عادت که در قوانین کشور ما بدان اشاره شده در هیچ مجموعه ای، مدون نشده و بدین لحاظ قاضی رسیدگی کننده نمی تواند در مورد لزوم برای پیدا کردن عرف و عادت مربوط به یک عقد یا قرارداد یا سایر موضوعات مبتلابه حقوقی به منابع مورد نظر رجوع کند. بنابراین دسترسی قاضی رسیدگی کننده بستگی به بصیرت و آشنایی وی به مسائل و قواعد معمول در بطن اجتماعی که در آن زندگی می کند دارد و لازم است قاضی جامعه خود را از این حیث بشناسد، اما شناسایی مسائل عرف و عادات جامعه در مبانی حقوق اسلامی بطور مطلق پذیرفته نیست و لزوماً باید تکیه بر قوانین موجود و مستندات شرعی فقهی داشته باشد، و این امر به نوبه ی خود نیازمند آگاهی از مفهوم عرف، اقسام عرف، عرف مورد قبول بعنوان مستند تفسیر قانون در کشور می باشد. در این رساله سعی شده است بعد از شناخت اجمالی با پدیده ی عرف و جایگاه آن در فقه شیعه، نقش عرف در حوزه ی عقود اسلامی به عنوان یکی از معیارهای مهم تفسیری و گاه حکمی مورد تشریح قرار گیرد و با ذکر مصادیق در این زمینه بحث به صورت کاربردی بیان شود.

ضرورت انجام تحقیق

فهم عرفی از عناصری است که در استنباط احکام شرعی مؤثر است چرا که پیام آوران خدا از میان مردم برانگیخته شده اند تا با توده های مردم سخن گویند و حقایق را برای آنان تبیین نمایند. لازمه ی تبیین حقایق برای خلق، سخن گفتن به گونه ای است که برای آنها آشنا و قابل فهم باشد. امام خمینی (ره) در این زمینه می فرماید: «از جمله شرایط اجتهاد، انس به محاورات عرفی و فهم موضوعات عرفی است؛ که محاورات قرآن و سنت بر طبق آن صورت گرفته است»^۱.

استدلال به عرف در مسائل فقهی مانند معاملات که نقش اساسی در آن ها دارد رایج است. عرف و عادت بنوعی شکل دهنده و تنظیم کننده ی روابط اجتماعی افراد در معاملات و داد و ستد های آن هاست. به همین دلیل در بسیاری از مواضع، در مقام تغییر و تبیین قوانین بر می آید. همچنین با توجه به روند تحول عرف و عادات اجتماعی، تنظیم و تدوین تمامی موضوعات عرفی به صورت منظم توسط قانون گذار امری مشکل می باشد، بنابراین سزاوار است و ضروری می نماید که عرف و عادات اجتماعی هم از نظر کلی و ماهیتی و هم به شکل مصداقی تبیین گردد تا بتوانیم به تفسیر روشن ضوابط و قواعد حقوقی پردازیم؛ و در نتیجه از دوگانگی در اتخاذ تصمیمات حقوقی در حد امکان اجتناب شود و محاکم از این گونه مسائل در جهت عدالت قضایی و احقاق حق اصحاب دعوی، منصفانه استفاده نمایند.

از طرفی درباره ی مقوله ی عقد و قرارداد و خصوصاً نقش و تأثیر عرف در این خصوص نیز، جز چند مورد معدود، تا کنون تحقیقات چندانی صورت نگرفته و عموماً به شکلی اشارتی و گذرا به آن پرداخته شده، حال آن که عرف کاربرد وسیعی در فقه (به ویژه باب عقود) و اصول دارد، به طوری که حتی حجیت بعض ادله ی اصولی مثل حجیت ظواهر قرآن و سنت با آن اثبات می شود، و نیز مرجع تحدید موضوعات فقهیه و اصولیه است، چنانکه بحث از عرف، شامل بناء عقلاء و سیره متشرعه و غیر آن دو نیز می شود. بنابراین با توجه به کاربرد وسیع آن در فقه و اصول، سزاوار است که بحث کامل و مستقلی در مورد آن صورت گیرد و جایگاه عرف در استنباط احکام شرعی بخوبی شناسانده شود. همچنین بعد از ابطال بخشی از مدارک فقهی از قبیل شهرت فتوائیه و اجماع منقول ضرورت بحث از عرف عملی عقلاً بسیار زیاد شده است، چرا که در بسیاری از این موارد، تنها مستند فقیه در حکم، بناء عقلائی است.^۲

^۱ - موسوی خمینی، روح الله، الرسائل، قم، مؤسسه نشر آثار امام خمینی ۱۴۲۰، ص ۹۶

^۲ - حسینی حائری، سید کاظم مباحث الاصول، تقریر اباحت شهید محمد باقر صدر، قم، مکتبه الاعلام الاسلامی، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۹۳

از سوی دیگر شکی نیست که شارع، عرف را در بسیاری از سیره های عملی آن (به خصوص در بخش عقود و معاملات که جزء احکام امضایی هستند) حجت قرارداده است، ولی با توجه به انواع سیره های عملی مردم، و اینکه افعال آنها، گاهی ناشی از عواطف و احساسات، گاهی ناشی از خلیات و حس کمال خواهی، گاهی ناشی از عادات، گاهی ناشی از حسن و قبح عقلی و گاهی ناشی از ارتکازات و فطریات آنهاست، لازم است برای دور ماندن از خلط موارد اعتبار سیره های عرف از موارد غیرمعتبر، و نحوه اعتبار آن بحث دقیقی صورت گیرد تا فقیه از افراط و تفریط در مقام استنباط مصون بماند.

استفاده کنندگان از نتایج تحقیق

از نتایج این پژوهش کلیه ی حقوق دانان، دست اندرکاران امر قضاوت، کسانی که در حوزه ی تبیین و اعمال و تطبیق مواد قانون بر مصادیق آن نقش ایفا می کنند، مدرسین حوزه، استادان و دانشجویان رشته ی فقه و حقوق می توانند بهره مند شوند.

سؤالات و فرضیه های تحقیق

الف-سؤالات

- ۱- نقش و جایگاه عرف در عقود اسلامی از منظر فقه و حقوق مدنی چیست؟
 - ۲- اگر عرف و عادات اجتماعی در تبیین قوانین-عقود-نقش ایفا می کنند، آیا هر عرف و عادت در این امر معتبر و ارزشمند است؟
 - ۳- در خصوص قوانین مدنی کشور ایران -عقود- در مورد عرف چه رأیی پذیرفته است؟
 - ۴- آیا می توان به نوعی عرف و عادات اجتماعی را در راستای تفسیر قوانین تنظیم و تدوین نمود؟
- ب-فرضیه ها

- ۱- نقش اصلی عرف در رابطه با عقود اسلامی نقشی ابزاری و تفسیری است.
- ۲- هر عرف و عادت نمی تواند بطور مطلق در جایگاه تفسیر و تبیین قواعد و مقررات- عقود- مؤثر و معتبر باشد.
- ۳- قوانین مدنی کشور جمهوری اسلامی ایران-به ویژه در بخش عقود- در اکثر موارد متأثر از عرف معتبر (گاه صراحتاً و گاه به طور ضمنی) می باشد.
- ۴- می توان به نوعی عرف و عادات اجتماعی را در راستای تفسیر قوانین تنظیم و تدوین نمود تا نوعی وحدت رویه در این زمینه دست یافت.

پیشینه ی نظری و تجربی

الف - مبانی نظری و چهارچوب نظری انجام پژوهش

دانشیان شیعه از دیر باز با پدیده ی عرف آشنا بوده و در دانش های فقه و اصول به تعریف آن پرداخته و آن را مورد توجه قرار داده اند. مقدس اردبیلی بیان می کند که هرکجا شارع موضوع و متعلق حکم رایان نکرده باشد تشخیص معنی و مفهوم آن با عرف است. ایشان در مورد این که منظور شارع از «بیع» خرید و فروش عرفی است می گوید: «اگر خرید و فروش، عرفی نبود شارع می بایست آن را بیان می نمود و اهمال و سستی بر شارع روا نبود، با توجه به این که شارع، همواره در این گونه موارد در بیان نکته های ریز امور مستحبی و آن چه که مکروه است به حال مردم اهتمام می ورزد. حال اگر منظور شارع از خرید و فروش، خرید و فروش عرفی نباشد و با این وجود، مفهوم آن را روشن نکند این عمل اغرا به جهل محسوب می شود که از نظر ما جایز نیست، بلکه سکوت شارع و عدم بیان معنای بیع، دلالت دارد که معنای آن به عرف واگذار شده است. همان طوری که در دیگر موضوع هایی که به عرف واگذار شده چنین است»^۱.

در بحر الفوائد آمده است که مراد از عرف، خردمندان از جهت خردمند بودنشان است. همچنان که گاهی به بنای عقلاء استدلال می شود و مراد از آن عنوان، فهم و روش عرفی آنان است. «فالمراد من العرف هم العقلاء من حیث عنوان عقلهم... قد یستدلون ببناء العقلاء ویکون المراد عنوان فهمهم و جهتهم العرفیه»^۲.

عرف در نزد اهل سنت نیز از ارزش و اهمیت زیادی برخوردار است و اصولیون و فقهیان عامه نیز در کتب خود به تعریف از عرف و عادت پرداخته اند. علمای اهل سنت برخلاف نظر علمای شیعه، معیار حجیت عرف را تأیید معصوم نمی دانند و عرف لفظی یا قولی و همین طور عرف عملی را حجت می دانند. و در کنار ادله ی شرعی مانند کتاب و سنت، دلیلی مستقل و کاشف از حکم شارع می دانند.

در حقوق مدنی ایران نیز مسئله عرف مطرح است و در موارد گوناگونی کلمه ی عرف و عادت به کار رفته است. در مواردی که قوانین موضوعه، کامل یا صریح نبوده خود قانون به محاکم اجازه داده است تا برای حل و فصل و رفع اجمال و ابهام در قوانین به اصول حقوقی که همیشه با عرف و عادات متداول جامعه و نظریات اندیشمندان و علمای حقوقی رابطه ی نزدیکی دارد استناد نمایند (ماده ی ۳ قانون مدنی). البته نکته ی قابل توجه این است که ارجاع اموری از قانون مدنی به

^۱ - مقدس اردبیلی، احمد، مجمع الفائده و البرهان، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۰۳، ج ۸، ص ۳۴۱

^۲ - آشتیانی، میرزا محمد حسین، بحر الفوائد فی شرح الفرائد، بی جا، مکتبه آیه الله المرعشی، ۱۴۰۳، ص ۱۷۱

عرف و عادت، در خصوص تشخیص مصادیق است؛ نه اینکه عرف و عادت را به عنوان یک منبع مستقل حقوقی و منبع تشخیص حکم شرعی بشناسد این شیوه با نظریه امامیه در خصوص عرف مطابقت دارد.^۱

ب- چکیده ی تحقیقات انجام شده در ایران

تا کنون پژوهشی تحت عنوان بررسی جایگاه عرف و عادت در تبیین عقود اسلامی ثبت نگردیده، اما مقالات و پژوهش‌هایی در رابطه با موضوع عرف انجام شده است که در زیر به برخی از آنها اشاره می‌شود.

۱- سید میر صالح حسینی جبلی (۱۳۸۹) در مقاله ای تحت عنوان عرف در نگاه جامعه شناختی و حقوق ، مفهوم «عرف» را هم به عنوان یکی از مفاهیم بنیادین جامعه شناسی که می تواند به صورت قواعد هنجاری عمل نموده و منجر به تنظیم رفتار اجتماعی افراد گردد؛ و در صورت تخلف از آن ، فرد به نوعی، هنجار شکن تلقی می شود؛ و هم به عنوان یکی از منابع اصلی که حقوق دانان به آن استناد می کنند؛ معرفی کرده است. در این مقاله مفهوم عرف از دو منظر جامعه شناسی و حقوقی مورد بررسی قرار گرفته تا یگانگی یا دوئیت معنا شناختی آن در این دو حوزه مشخص شود.

۲- مقاله ی عرف از دیدگاه مذاهب اسلامی، تألیف علی تقدیری (۱۳۸۳) :

این مقاله به جایگاه کاربردی و مؤثر مقوله ی «عرف و عادت» در بحث اجتهاد و استنباط احکام مذاهب اسلامی پرداخته و مرجع بودن عرف را در دو فصل واز زوایای مختلف بررسی کرده است. در فصل اول کلیاتی از مفهوم عرف و عادت و تفاوت عرف و ادله ی لثیه تشریح شده است. و در فصل دوم با بررسی مقایسه ای بین دودیدگاه امامیه و مذاهب اسلامی اهل سنت ، شرایط و ادله ی وارده در منابع اصولی مذاهب ، مورد ارزیابی نهایی قرار گرفته است.

۳- مقاله ی «فقه و عرف» تألیف سید محمد واسعی (۱۳۸۹) :

این نوشتار در ابتدا ضرورت بحث از موضوع عرف و فقه را از جهات گوناگون مورد بررسی قرار داده، سپس سایر بحث های مربوط به موضوع را در قالب چهار فصل ارائه داده است ، فصل اول، شناخت ماهیت عرف ؛ فصل دوم ، انقسامات عرف ؛ فصل سوم امور مربوط به دلالت عرف و در فصل چهارم ، امور مربوط به دلالت عرف بیان شده است . در خاتمه هم نتایج حاصل از بحث ها در اختیار خواننده قرار گرفته است.

۴- کتاب «نظریه عرف» تألیف خلیل رضا منصوری (۱۴۱۳ق):

^۱ - شایگان، علی، حقوق مدنی، بی جا، انتشارات طه، ۱۳۷۵، ص ۵۱

مؤلف در این کتاب پس از بیان مطالبی مربوط به تاریخ اجتهاد و عناصر مؤثر در اجتهاد به تعریف عرف، انواع آن، بیان دیدگاه اهل سنت و امامیه در مورد عرف و موارد رجوع به عرف، پرداخته است و سپس با بیان مصادیق با توجه به متون معتبر فقهی شیعه، جایگاه عرف را در این رابطه ملموس تر بیان کرده است. در نهایت دامنه و محدوده ی دلالت عرف، بحث تعارض عرف ها و مباحثی مربوط به سیره ی عقلا و حجیت آن بیان کرده است.

۵- کتاب «در آمدی بر عرف» نوشته ی علی جبار گلباغی (۱۳۷۸):

این کتاب در صدد بیان مباحث کلی در رابطه با مقوله ی عرف می باشد. مؤلف پس از تعریف عرف و عادت و بررسی کردن مبنا یا منبع بودن پدیده ی عرف، مکتب عرف را از منظر حقوق، اهل سنت و شیعه مورد بررسی قرار داده است. بیان گونه های عرف، جایگاه و کاربرد عرف، ادله ی حجیت عرف و نقد آن ها، از دیگر مطالبی است که مؤلف در این کتاب در طی هفت گفتار به بیان آن ها پرداخته است.

روش اجرای تحقیق

الف- نوع تحقیق بر اساس طرح تحقیق و اهداف تحقیق

این تحقیق از نوع کتابخانه ای مبتنی بر تحلیل و استدلال می باشد و هدف از این پژوهش ارائه ی مفهوم روشنی از عرف، عرف مورد قبول به عنوان مستند تفسیر قانون مدنی در کشور و جایگاه عرف در عقود اسلامی می باشد.

د- ابزار و روش جمع آوری داده ها

از آنجا که پژوهش حاضر از نوع کتابخانه ای است، بنابراین باید با مراجعه به منابع دست اول یعنی کتاب ها و همچنین منابع دست دوم یعنی سمینارها و مقالات که پیرامون موضوع مورد نظر است به جمع آوری اطلاعات به طریق فیش برداری پرداخت.

فصل دوم: کلیات و مفاهیم

انگیزه ی اصلی این نوشتار تبیین کارایی عرف در بخش عقود اسلامی است و تحقیق در مورد واژه ها و مفاهیم، پیش در آمدی برای بیان این کارایی است؛ از این رو در مباحث بخش دوم تا حد امکان به تبیین و توضیح مفاهیم تحقیق و مسائل کلی در رابطه با عرف پرداخته می شود.

گفتار اول: عرف

الف- تعریف عرف

عرف در لغت

«عرف» واژه ای عربی است که با واژه های «متعارف»، «عرفان»، «عارف»، «معرفت» و «معروف»، از یک ریشه و در معنا به هم نزدیک می باشند. «ابن منظور» در این باره می گوید: «...والعرف والعارفه والمعروف واحد ضد النکر. وهو کل ما تعرفه النفس من الخیر وتبسأ به وتطمئن الیه»^۱. عرف، عارفه و معروف به معنای ضد نکر می باشد و آن هر چیزی است که نفس آدمی آن را نیکو شناسد، بدان خو گیرد و آرامش یابد. برای این واژه، اهل لغت معانی مختلفی ذکر کرده اند: «تابع، اتصال و پی در پی بودن»، «قرار، آرامش و سکون»^۲، «فعل پسندیده از ناحیه ی شارع»^۳، «خوی و عادت»^۴ و «مکان مرتفع»^۵ از معانی مورد اشاره ی واژه شناسان برای این واژه است. واژه ی عرف دوبار در قرآن به کار رفته است. یک بار در سوره ی مبارکه ی «اعراف» آیه ی شریفه ی ۱۹۹ که به معنای «امر پسندیده»^۶ آمده است. و دیگر بار در سوره ی مبارکه ی «مرسلات» آیه شریفه ی یک به معنای پیاپی^۷.

مفسرین قرآن به هنگام تفسیر آیه ی ۱۹۹ سوره ی مبارکه ی اعراف به بیان معنای عرف پرداخته اند. مرحوم «طبرسی» در تفسیر «جوامع الجامع» می نویسد: «وامر بالعرف»: بالمعروف والجمیل من الافعال والحمید من الخصال». و امر کردن به عرف، امر کردن به کارهای خیر و نیکو و خصلت های پسندیده است.^۸ مرحوم علامه طباطبایی در تفسیر و معنای این واژه می نویسد: «و قوله: «وامر بالعرف» والعرف هو ما يعرفه العقلاء المجتمع من السنن والسير الجميله الجاریه بینهم بخلاف ما

^۱ - ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، قم، نشر ادب حوزه، ۱۴۰۵، ج ۹، ص ۲۳۹

^۲ - ابن فارس، احمد، معجم مقاییس اللغة، مکتبه الکلام الاسلامی، ج ۴، ۱۴۰۴، ص ۲۸۱

^۳ - اصفهانی، راغب، معجم مفردات الفاظ القرآن، مطبعه التقدم العربی، ۱۳۹۲، ص ۳۴۳

^۴ - عمید، حسن، فرهنگ عمید، تهران، انتشارات امیر کبیر، ۱۳۵۸، ص ۷۲۷

^۵ - منصوری، خلیل رضا، نظریه عرف، مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۱۳، ص ۵۱

^۶ - «خذ العفو و امر بالعرف و اعرض عن الجاهلین»

^۷ - «المرسلات عرفاً»

^۸ - طبرسی، ابوعلی فضل بن حسن، ترجمه تفسیر جوامع الجامع، اکبر غفوری و دیگران، قم، بنیاد پژوهش های اسلامی، ج ۱، ۱۳۸۵، ص ۴۹۱

ینکره العقل الاجتماعي من الاعمال النادرة». ^۱ عرف پدیده ای است که عقلای جامعه ، آن را سنت ها و روش های نیکوی جاری در میان خویش می شناسد. برخلاف اعمال نادری که عقل و عقلای جامعه آن را ناپسند و قبیح می شمارند.

عرف در اصطلاح

واژه ی عرف در دانش فقه ، اصول و حقوق ، معنای خاصی دارد و هر یک از دانشیان فقه و حقوق برای آن معنایی بیان کرده و از دیدگاه خود تعریفی برای آن ارائه داده اند.

۱- عرف در اصطلاح فقه و اصول

کارایی گسترده عرف در دانش فقه موجب گردیده تا متصدیان مباحث فقهی و اصولی به تبیین و تفسیر این واژه ی کلیدی پرداخته و با طبع تعریف های مختلفی از سوی دانشوران فقهی و اصولی در این زمینه ارائه شده است. که هر یک از این تعاریف افق های بسیاری را در باره ی شناخت پدیده ی عرف پیش روی ما می گشاید. اما باید توجه داشت که هیچ یک از این تعاریف را نمی توان به عنوان تعریف حقیقی پذیرفت. آن گونه که در دانش منطق از آن به «حدتام» تعبیر می شود. بلکه می توان گفت که مراد فقها ، تعاریف لفظی و شرح الاسمی می باشد. ^۲

پاره ای از تعاریف ارائه شده بدین شرح است:

استاد علی حیدر در شرحش بر مجله، به هنگام تعریف «عادت» می گوید: «هی الامر الذی یتقرر بالنفوس ویکون مقبولا عند ذوی الطباع السلیمه بتکرر المره بعد المره. ثم قال : والعرف بمعنی العاده». ^۳ عادت روشی است که در نفوس استقرار می یابد و در اثر تکرار زیاد، نزد صاحبان طبیعت های سالم ، مورد قبول و مورد پذیرش قرار می گیرد. وی سپس گفته است: عرف به معنی عادت است.

دانشوری اصولی درباره ی آن چنین اظهار نظر کرده است: «فالمراد من العرف هم العقلاء من حیث عنوان عقلمهم... قد یستدلون ببناء العقلاء ویکون المراد عنوان فهمهم و جهتهم العرفیه». ^۴ مراد از عرف، عقلا هستند از آن جهت که عاقلند و مقصود از بنای عقلا ، فهم عرفی آنهاست. و روشن است که مراد از فهم عرفی این است که فقیه یا حقوق دان در برخورد با مجهولات فقهی و حقوقی

^۱ - طباطبایی ، محمد حسین ، المیزان فی تفسیر القرآن ، مؤسسه الاعلمی ، ۱۳۹۰ ، ج ۸ ، ص ۳۸۰

^۲ - منصوری ، خلیل رضا ، نظریه العرف ، ۱۴۱۳ ، ص ۵۴

^۳ - حکیم ، محمد تقی ، اصول العامه للفقہ المقارن ، ذوی القربی ، ۱۴۲۸ ، ص ۴۰۵

^۴ - آشتیانی ، محمد حسن ، بحر الفوائد فی شرح الفرائد ، ج ۱ ، ۱۴۰۳ ، ص ۱۷۱