



پایان نامه‌ی کارشناسی ارشد
رشته الهیات و معارف اسلامی
گرایش فقه و مبانی حقوق اسلامی

عنوان پایان نامه

نقش و حدود اثر گذاری عرف در جرم انگاری

استاد راهنما

دکتر محمد رسایی

استاد مشاور

مصطفی دلشاد تهرانی

دانشجو

زینب مؤذن زاده

ماه و سال دفاع

اسفند 1391

سلامت



پایان نامه‌ی کارشناسی ارشد
رشته الهیات و معارف اسلامی
گرایش فقه و مبانی حقوق اسلامی

عنوان پایان نامه

نقش و حدود اثر گذاری عرف در جرم انگاری

استاد راهنما

دکتر محمد رسایی

استاد مشاور

مصطفی دلشاد تهرانی

دانشجو

زینب مؤذن زاده

ماه و سال دفاع

اسفند 1391

تمام حقوق این اثر متعلق به دانشگاه قرآن و حدیث است.

تقدیم به

مادر پهلو شگسته مان حضرت زهرا 31

و تقدیم به

خون پاک شهداء

و تقدیم به

پدر و مادر عزیزم که روشنی بخش زندگی ام بودند و هرچه در زندگی دارم از وجود آنهاست.

سپاسگزاری

از استاد دلشاد تهرانی و استاد رسایی و بقیه اساتیدی که ما را در انجام این تحقیق یاری کردند سپاسگزارم و آرزوی توفیق روز افزون را برای ایشان از خداوند خواستارم.

چکیده

عرف یکی از منابع حقوق است که می‌تواند تأثیر زیادی بر روی جرائم و گناهان داشته باشد در فقه و حقوق به عمل معین، تکرار آن عمل، ارادی بودن نه غریزی بودن یک عمل عرف می‌گویند ما در پی بررسی این نکته هستیم که میزان اثرگذاری عرف بر جرائم و بر شریعت چه میزان است با این که جرایم و گناهان در صدر اسلام یکی بوده است، و میزان تأثیر آن بررسی شود و در ضمن آن بیان خواهد شد که تغییرات عرفی آیا تأثیری می‌تواند بر روند شریعت بگذارد و در این میان شریعت در مقابل تغییرات عرفی چه نقشی ایفا می‌کند.

جمع آوری اطلاعات در این پژوهش به سبک کتابخانه‌ای است و روش پژوهش، تحلیلی و توصیفی با رویکرد بررسی مقایسه‌ای میان فقه شیعه با فقه اهل سنت اعمال شده است.

بر اساس یافته‌های این نوشتار می‌توان چنین استنباط نمود که عرف تأثیر تقریباً مستقیمی بر قانون و شریعت می‌تواند داشته باشد با توجه به این نکته که در بسیاری از کتب خواسته یا ناخواسته بنای عقلا را با بنای عرف یکی انگاشته‌اند با توجه به این نکته که بنای عقلا نیز یکی از زیر مجموعه‌های عقل است و عقل یکی از منابع چهارگانه فقه شیعه است پژوهش حاضر با بررسی عمیق ارتباط میان عرف و مصادیق دیگر و تبیین آنها از دیدگاه فقها و حقوق‌دانان پرداخته و سعی دارد که اهمیت و ظرافت حکم مزبور و تأثیر آن در فقه و حقوق را روشن سازد.

کلیدواژه‌ها: جرم، عرف.

13	فصل اول: کلیات و مفاهیم
14	1.1 کلیات
14	1.1.1 بیان مسئله تحقیق
14	1.1.2 سؤالات تحقیق
14	1.1.3 فرضیات تحقیق
15	1.1.4 ضرورت و اهداف
15	1.1.5 پیشینه تحقیق
16	1.2 مفاهیم
16	1.2.1 معنا شناسی عرف
16	1.2.1.1 عُرْف در لغت
17	1.2.1.2 عرف در اصطلاح فقها
19	1.2.1.3 عرف در اصطلاح حقوق دانان
21	1.2.1.4 انواع و اقسام عرف
24	1.2.2 معنا شناسی جرم
24	1.2.2.1 جرم در لغت
25	1.2.2.2 جرم از دیدگاه حقوق دانان کیفری
25	1.2.2.3 ملاک جرم انگاری
26	1.2.3 مقایسه عرف با الفاظ مشابه
26	1.2.3.1 عرف و اجماع
27	1.2.3.2 سنت و عرف
27	1.2.3.3 هنجار، نُرْم، عرف
28	1.2.3.4 مد و عرف
29	1.2.4 مصلحت در لغت
30	1.2.5 معنا شناسی عقل
30	1.2.5.1 معنای لغوی عقل
30	1.2.5.2 عقل در دانش فقه
30	1.2.5.3 تعریف عقل در قلمرو عرف
31	1.2.6 معنای لغوی ملاک

32.....	1.2.7. تاریخچه عرف
32.....	1.2.7.1. عرف در جزیره العرب
33.....	1.2.8. منشأ پیدایش عرف
34.....	1.2.9. مطالعه تاریخی مجازات‌ها
35.....	1.2.1.0. تاریخچه عرف شیعه
38.....	فصل دوم: مبانی فقهی تأثیر عرف در جرم‌انگاری
39.....	2.1. ادله بر حجیت عرف لفظی
40.....	2.1.1. نقدهای وارد بر عرف لفظی
41.....	2.2. ادله بر حجیت عرف عملی
42.....	2.2.1. حجیت ذاتی
42.....	2.2.2. مکتب عقل
43.....	2.2.3. مکتب امضاء
46.....	2.2.4. مکتب اصالت اهداف و مقاصد
51.....	2.3. ادله نفی حجیت عرف
51.....	2.4. اعتبار عرف‌های مستحدث
54.....	2.5. شرایط اعتبار عرف در نزد شیعه
55.....	2.6. کاربرد عرف در فقه
56.....	2.7. تفاوت نظرات شیعه و سنی در باب عرف
57.....	2.7.1. نقد نظرات شیعه در باب عرف
60.....	2.8. تعریف بناء عقلا
66.....	2.9. عرف و عقل
66.....	2.9.1. عقل از نظر امامیه
67.....	2.10. ارتباط عرف با مصلحت
68.....	2.10.1. استدلال بر وجود مصالح در احکام شرعی
73.....	2.10.2. مصلحت در سیره اهل بیت:
74.....	2.10.3. مصلحت از نظر امام خمینی؛ و نگرش حکومتی امام خمینی؛ به مصلحت
76.....	2.11. راه‌های کشف ملاک احکام
78.....	2.12. مبانی جرم‌سازی در حقوق اسلام
81.....	2.12.1. راه‌های پی بردن به اهداف مجازات‌ها

83	2.14. فقه پویا و فقه سنتی
85	2.15. اخباریون و اصولیین
86	2.15.1. تفاوت اخباریون و اصولیون
87	2.15.1.1. دلایل مخالفان اجتهاد سنتی
87	2.15.1.2. پیامدهای اعتقاد فقه سنتی
89	2.15.1.3. شیوه اصولی اجتهادی افراطی
89	2.15.1.4. شیوه اصولی اجتهادی معتدل
92	2.15.1.5. دلایل مخالفان نظریه اصولی احتیاطی:
93	2.15.1.6. تعارض عقل و حقوق دینی
96	فصل سوم: تأثیر تغییر عرف بر شریعت و قوانین
97	3.1. اقسام احکام الهی
97	3.1.1. احکام عبادی
97	3.1.2. احکام معاملی
98	3.1.3. احکام ثابت و متغیر
101	3.2. تعریف احکام حکومتی
101	3.2.1. احکام متغیر
102	3.3. تقسیم بندی احکام و قوانین در حکومت اسلامی
103	3.3.1. عناوین ثانوی و محورهای تغییر حکم
105	3.4. بیان دو دیدگاه درباره نظریه تحول
107	3.5. دلایل قابلیت انطباق شریعت با شرایط زمان
108	3.6. معنای زمان و مکان
109	3.6.2. تحول عرف و عادت با تحول زمان و مکان
112	3.6.3. رابطه موضوع با زمان و مکان
112	3.6.4. دامنه تغییرات در گستره زمان و مکان
118	3.6.6. مصادیق تأثیر زمان بر اجتهاد
120	3.6.7. تأثیر مکان بر اجتهاد
120	3.6.9. دیدگاه فقیهان اسلامی درباره تحول اجتهاد (امامیه)
122	3.7. پذیرش عرف در منابع فقه و حقوق
122	3.8. جرم و گناه در صدر اسلام

123	3.9. گناه و جرم در حال حاضر
124	3.10. اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها
127	3.10.1. نتایج این اصل؛ قانون بودن جرائم و مجازات‌ها
129	3.10.2. نقد و رد
130	فصل چهارم: ملاک جرم انگاری در تعارض قوانین بایکدیگر
131	4.1. تعارض صریح عرف و قانون
131	4.2. تعارض عرف با قانون آمره
132	4.3. تعارض عرف با قانون تکمیلی
132	4.4. تعارض عرف و قانون (قوانین متروک)
134	4.5. تعارض عرف و روح قانون
136	نتیجه‌گیری
138	فهرست منابع

فصل اول:

کلیات و مفاهیم

1.1.1. کلیات

1.1.1. بیان مسئله تحقیق

در فقه اسلامی عرف و عادت به یک معنا به کار رفته و در مدخل مبانی حقوق اسلامی عادت اعم از عرف است و به عمل مصین، تکرار آن عمل، ارادی بودن نه غریزی بودن آن تعریف شده است.

در ضمن شناخت قاعده جرم انگار در نظام حقوقی یکی از مهمترین مباحث مربوط به شناخت تحلیلی حقوق جنایی است.

اندیشیدن در مورد عرف در نهایت کاشف از شریعت است زیرا عرف به عنوان مبنای اعتبار قوانین مردود شمرده شده و تنها منشأ اعتبار اراده شارع قلمداد شده اما این که شارع در محیط عرف قانون گذاری کرده و قواعد عرفی را امضاء یا نسخ نموده و در شناخت خطا بات خود به فهم عرفی اکتفا کرده جای تردید نیست از این رو برای بیان مساله باید رابطه شریعت با عرف را نیز بررسی نمود تا اعتبار شرعی این قاعده دانسته شود.

پژوهش حاضر می‌کوشد با تبیین کامل عرف، قاعده جرم انگار، حدود اثر گذاری عرف بر جرم انگاری و اعتبار شرعی آنها را به عنوان یکی از مباحث علم حقوق و فقه مورد بررسی قرار دهد.

1.1.2. سوالات تحقیق

- 1- نقش و حدود اثر گذاری عرف در جرم انگاری چیست؟
- 2- شرع تا چه اندازه عرف را ملاک جرم انگاری می‌داند؟
- 3- تغییر عرف چه تأثیری بر شریعت و افعالی که از دیدگاه قانون جرم تلقی شده‌اند دارد؟
- 4- در صورت تعارض عرف با قانون یا شرع ملاک جرم انگاری کدام خواهد بود؟

1.1.3. فرضیات تحقیق

- 1- براساس اصل قانونی بودن جرایم باید طبق قانون مبادرت به تعقیب جرم و صدور حکم درباره مجرمین کنند و در موارد سکوت قانون قاضی به اصل براءت، متهم را غیر قابل تعقیب کیفری اعلام خواهد کرد اما برای تشخیص ماهیت قضایی یک عمل مجرمانه به عرف رجوع می‌کنیم.
- 2- تنها منشاء اعتبار، اراده شارع قلمداد گردیده است. ملاک جرم انگاری در شرع اراده شارع است.
- 3- در مواردی که شرع حکمی بیان کرده با تغییر عرف باید برخوردی تعبدی داشت یا این‌که اصل، عدم تعبد است. الف) اصل اولی این است که گزاره‌های شارع که به ما رسیده تشریح و بیان حکم است و احتمال دیگر قرینه خاص می‌خواهد. ب) اعمال تعبد و بیان حکم ابدی بیان شفاف می‌طلبد این نکته حاکم بر نکته اول است و مانع تأثیر اصل اولی است. نتیجه: متصدی استنباط باید در نصوص تحمل جدی کند.
- 4- در صورت تعارض صریح بین عرف و قانون، قانون مقدم است و بین عرف و شرع، شرع مقدم است.

1.1.4. ضرورت و اهداف

اهمیت عرف برکسی پوشیده نیست. نظام‌های حقوقی همه در محیط عرف شکل گرفته است. هرچند وجود تطوراتی چون روی آوردن به قواعد نوشته از اهمیت عرف کاسته اما هنوز سهم باقیمانده آن گسترده و با اهمیت است. مسئله‌ای که در جامعه عرف می‌شود و تأثیر برجسته‌ای بر عملکرد افراد جامعه دارد لزوماً بسیار با اهمیت است که بتوانیم چگونگی تأثیر گذاری آن را بر نحوه نامیدن جرم بررسی کرد. نوشته حاضر به این قصد نگارش شده است. که رابطه عرف با شریعت و نقش آن در جرم انگاری بیان نماید افزون بر این برخی از خطاها و آشفتگی‌ها در بیان سهم عرف در شریعت به وجود آمده یادآوری کند. شبهاتی که در موضوع مورد بحث وجود دارد شناسایی کند و به سؤالات مطرح شده در این زمینه پاسخ دهد. متأسفانه در مقطعی از زمان قرار داریم که بحث عرف از صیغه صرفاً علمی خارج شده و افرادی با اغراض غیر علمی مبحث بسیار دقیق فوق را مطرح می‌نمایند و نتیجه دلخواه از آن می‌گیرند از این رو پرداختن علمی و به دور از هر انگیزه امری لازم به نظر می‌رسد.

1.1.5. پیشینه تحقیق

با توجه به این‌که پایان نامه‌هایی با این عناوین جایگاه عرف و عادت در حقوق اسلام، جایگاه عرف در فقه اسلامی، نقش عرف در قانون، نقش عرف در حقوق کیفری ایران و... و کتاب‌هایی با عناوین فقه و عرف (ابوالقاسم علی دوست)، عرف و مصلحت (حسین صابری)، و... و مقالات دیگری در این باب موجود می‌باشد. نظر بنده بر این بود که با عنوان دیگری این قاعده را مورد بحث قرار

دهم هر چند که در مقالات و کتب برخی از مواردی که بیان خواهد شد اشاره شده است ولی با این عنوان چیزی یافت نشده است تا به طور جداگانه و صریح این قاعده جرم انگار و تأثیر عرف بر آن و میزان اعتبار شرعی عرف در این قاعده را مطرح نظر قرار دهد.

1.2. مفاهیم

1.2.1. معنا شناسی عرف

1.2.1.1. عرف در لغت

عُرف واژه‌ای عربی است به معنی امر پسندیده و نیک و از ماده عَرَفَ ضَدَنُکَر^۱.

عرف در لغت به چندین معنا آمده:

1- در قرآن آیه 46 سوره اعراف

{ وَ عَلٰی الْاَعْرَافِ رِجَالٌ یَّعْرِفُوْنَ }

سید طباطبایی می‌گوید معنای حجاب روشن است و آن ساتری است که بین دو چیز حائل شود و اعراف به معنای قسمت‌های بالای حجاب و تل‌های شنی و عرف به معنی یال، اسب و تاج خروس و قسمت بالای هر چیزی است معلوم می‌شود که این کلمه به هر معنا که استعمال شود معنای علو و بلندی در آن هست و از این‌که حجاب را قبل از اعراف ذکر کرده و همچنین از این‌که فرموده اهل اعراف مشرف بر جمیع مردم از بهشتیان و دوزخیانند معلوم می‌شود که منظور از اعراف قسمت‌های بالایی حجابی است که حائل بین دوزخ و بهشت است بطوری که اعرافیان در آن جا هم دوزخیان را می‌بینند و هم بهشتیان را.^۲

علامه طباطبایی ذیل آیه شریفه

{ وَ الْمُرْسَلَاتِ عُرْفًا }^۳

1. ابن منظور، *لسان العرب*، بیروت، انتشارات دارالاحیاء التراث، 1408 ق، ج 9، ص 154.

2. طباطبایی، محمد حسین، *ترجمه تفسیر المیزان*، ج 8، ص 152.

3. *مرسلات* / 1.

در معنی کلمه عرف گوید: عرف در این آیه به معنی مویی است که برگردن اسب روید و هر امری که به طور متعاقب و پشت سرهم واقع شود. مثلاً وقتی می‌گویند فلانی‌ها مثل یال اسب آمدند، یعنی زنجیر وار و متصل به هم آمده‌اند.^۱

3- به معنای طمأنینه و آرامش و معرفت. عرفان از ماده عَرَفَ به همین معنی است زیرا ذاتش به انسان آرامش می‌بخشد.

4- صبر این معنی در قول شاعران آمده است.^۲

5- بوی خوش.^۳

4- در فرهنگ لغت لاروس عرف به معنی بخشندگی و نیکی، خلاف نگر، بدی، ناسپاسی است و بخشش، عطیه، عادت، ریم، آنچه که میان مردم متداول است و همچنین به معنی صبر و شکیبایی و تاج خروس، موج دریا، مکان بلند می‌باشد.

به نظر می‌رسد برخی از این معانی بیشتر از مصادیق عرف به معنی امر شناخته شده و معروف می‌باشند اینک مفهوم آن باشد.

1.2.1.2. عرف در اصطلاح فقها

فقیهان و اصولیان شیعه و سنی تعریف‌های گوناگونی از عرف با همین عنوان یا عناوینی چون عادت، بنای عقلا، سیره ارائه داده‌اند^۴ که برای تعریف دقیق آن به سه طایفه اشاره می‌کنیم^۵ و این تعاریف هر یک نقضی دارند.^۶

1- عادت و عرف امری است که از ناحیه عقل در جان انسان‌ها جای می‌گیرد و طبع سالم و غیر آلوده به شهوات آن را می‌پذیرد.^۷ تعریف ابو حامد محمد غزالی

ما استقر فی النفوس من جهت العقول تلتقه الطباع السلیمه بالقبول

سید جرجانی:

ما استقرها النفوس علیه با شهداها العقول وتلتقه الطباع بالقبول

عبارت است از هرچه که در اثر تکرار در نزد صاحبان طبیعت‌های سالم در نفوس مستقر می‌گردد.

بغدادی در تعلیق بر اشباه و نظایر سیوطی العرف فی الصلاح الصولین والعاده:

هو ما استقر فی النفوس من جهه العقول وتلتقه الطباع السلیمه بالقبول^۱

1. طباطبایی، پیشین، ج 20.
2. حسنی، نظیره، نظریه العرف بین الشریعه والقانون، بی‌جا، منشورات المرکز العامی للدراسات الاسلامیه، 1385 ش، ص 46.
3. همان.
4. علی دوست، ابوالقاسم، فقه و عرف، بی‌جا، سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، 1384 ش، ص 49.
5. حسنی، نظیره، نظریه العرف بین الشریعه والقانون، پیشین، ص 46.
6. لنگرودی، جعفر، مکتب‌های حقوقی حقوق اسلام، بی‌جا، کتابخانه گنج دانش، بی‌تا، ص 89.
7. علی دوست، فقه و عرف، پیشین، ص 49؛ تقدیری، علی، مرجعیت عرف از دیدگاه مذاهب اسلامی، شماره 10-11، 1383 ش، ص 11.

نقدهای وارد بر این تعاریف:

الف) عرف و عادت در مفهوم تفاوت ماهوی دارند.

ب) عرف ها و عادات با دگرگونی از منہ و امکانہ تغییر پذیرند و لازمہ این مطلب تغییر عقول سلیم و تابع است.^۲ و طبع سایم در زمان ها و مکان های مختلف یکسان است.^۳

ج) از جهت دو قید عقول و پذیرش تابع های سالم که موجب می شود تعریف، شامل عرف های فاسد نباشد حال آن که علما عرف رابه صحیح و فاسد تقسیم کردند.^۴

د) تعاریف جامع افراد و مانع اغیار نیستند بلکه غالب آنها تنها شرح الاسم اند.^۵

2- عرف عادت است از عموم یا گروهی خاص از مردم که بر آن سیر کرده و زندگی می کنند این عادت می تواند در شکل گفتار یا کردار یا ترک سامان یابد.^۶

شیخ عبد الوهاب خلاف:

العرف هو ما تعارفه الناس وساروا عليه من قول او فعل او ترک^۷

استاد مصطفی زرقا:

عادت جمهور قوم فی قول او فعل^۸

این تعاریف با توجه به اطلاق که در آن است شامل عرف عام و خاص و عرف صحیح و فاسد می شود و از اشکال تعریف قبل مبراست و تعریف شرح الاسمی است.^۹

3- طایفه سوم قید جدیدی به عرف اضافه کرده اند (عدم رد شارع).

شیخ علی محمد هادی کاشف الغطاء:

العرف هو ما تعارف بين الناس فعله او ترکه او قوله و هو المسمى بالعاده العامه و يسمى بالسسيره، مع

عدم ردع الشارع عنه

و قال ابن عطيه:

1. به نقل از حسنی، نظیر، نظریه العرف بین الشریعه و القانون، پیشین، ص 48.

2. تقدیری، پیشین، ص 11.

3. واسعی، محمد، فقه و عرف، مجله قیسات، شماره 15-16.

4. واسعی، فقه و عرف، پیشین؛ تقدیری، پیشین، ص 11.

5. همان.

6. حسنی، نظریه العرف بین الشریعه و القانون، پیشین، ص 46؛ علی دوست، فقه و عرف، پیشین، ص 49.

7. حسنی، نظریه العرف بین الشریعه و القانون، پیشین، ص 48.

8. همان، ص 49-50.

9. واسعی، محمد، فقه و عرف، پیشین.

العرف کل ما عرفته النفوس مما لاترده الشریعه

ابن ظفر در الینبوع:

العرف ما عرفه العقلا بانه حسن و اقرهم الشارع علیه^۱

و اشکال می‌گیریم بر این طایفه بر قیدی که اضافه کرده‌اند.^۲

در تعریف عرف بطور کلی که همه اقسام آن را فراگیر باشد می‌توان گفت: هر پدیده‌ای که در میان مردم رایج می‌شود، هر شیوه عملی یا قولی که در بین اکثریت توده‌ها و اقشار مردم، متداول و متعارف می‌گردد و از آن پیروی می‌شود.

عرف و آداب و رسوم است که بیشتر در رفتار و زندگی عملی انسان‌ها پدید می‌آید و در عمق جان همه نفوذ کرده، پا بر جا شده و اکثر مردم به آن پای بند و معتقد هستند.

عرف، اغلب جنبه قانونی و تدوینی و نوشتار نداشته و ندارد ولی آنچنان مردم بدان خو گرفته و عادت کرده‌اند که سرنوشت دوم آنان شده که کمتر می‌توان از پیروی آن سر پیچی کنند که از قدیم گفته‌اند: العاده طبیعه ثانیه.^۳

1.2.1.3. عرف در اصطلاح حقوق دانان

واژه عرف در ادب حقوقی به دو معنی به کار رفته است.

1- نویسندگان در بحث مربوط به منابع حقوق، هنگامی که عرف در برابر قانون می‌گذارند تمام قواعدی را که از رویدادهای اجتماعی استخراج شده و بدون دخالت قانون‌گذار به صورت قاعده حقوقی در آمده است عرف گفته‌اند.

2- پاره از نویسندگان، اصطلاح حقوق عرفی را در برابر حقوق مدون و نوشته به کار می‌برند و بدین وسیله می‌خواهند تدوین حقوق را وسیله تمیز قانون و عرف قرار دهند برخی هم افزوده‌اند در حکومت‌های ملی، تمام قواعد حقوقی ناشی از اراده ملت است اگر ملت اراده خود را بطور غیر مستقیم و به وسیله سازمان قانون‌گذاری بیان کند، محصول آن قانون است و گاه بطور مستقیم قواعد حقوقی را به وجود آورد نام آن را باید عرف نهاد.^۴

حقوق دانان برای عرف تعاریف متعددی ارائه نموده‌اند:

جعفر لنگرودی:

عرف را عبارت از عادت تمام یا اکثر افراد یک قوم در گفتار یا رفتار معین دانسته‌اند.^۵

1. به نقل از حسنی، نظریه‌العرف بین الشریعه و القانون، پیشین، ص 50.

2. همان.

3. فیض، علیرضا، نقش زمان و مکان در اجتهاد مجلات فقه و حقوق، شماره 5، 1371 ش، ص 22.

4. کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، بی‌جا، انتشارات شرکت سهامی انتشار، 1377 ش، ج 2، ص 473-472.

5. لنگرودی، جعفر، مقدمه عمومی علم حقوق، بی‌جا، انتشارات کتابخانه گنج دانش، 1376 ش، ص 50.

کاتوزیان:

قاعده‌ای که به تدریج و خود به خود در میان همه مردم یا گروهی از آن‌ها به عنوان قاعده‌های الزام آور مرسوم شده است بدین ترتیب مقصود از واژه عرف در منابع حقوقی، عادت است که چهره الزامی یافته و قاعده حقوقی ایجاد کرده است و آن را نباید با عرفی که در قراردادها اراده ضمنی دو طرف را بیان می‌کند اشتباه کرد.¹

حسن امامی:

منظور از عرف و عادت مسلم، عرفی است که در نتیجه تکرار، افراد به آن انس مفرط پیدا نموده‌اند بطوری که عمل برخلاف آن منکر جلوه می‌دهد که احساسات افراد را جریحه دار نماید. این گونه عادات سرچشمه مذهبی دارند. قوانین از نظر حفظ نظم و آرامش جامعه به عرف و عادت مسلم احترام می‌گذارد لذا عرف و عادت است که به این درجه از تأثیر نرسیده است مسلم نمی‌باشد زیرا معلوم می‌شود نظم عمومی را به هم نزده است.²

دکتر شهیدی:

انس ذهنی جامعه و گروه خاص به امری که مربوط به روابط حقوقی است و عرف قرار دادی انس ذهنی جامعه یا یک گروه خاص به امور مربوط به قرارداد است.³

1.2.1.3.1. عناصر تشکیل دهنده عرف حقوقی

عناصر مادی عادت به مدت طولانی بین مردم مرسوم شود عنصر مادی عرف در صورتی کامل است که عمومی و پایدار باشد.⁴ منظور از عمومی بودن عادت این نیست که تمام مردم جامعه‌ای به آن خو گرفته باشند. زیرا بسیاری از عادات مخصوص به محل یا گروه معین است باید در میان گروهی از مردم که شغل یا اقامتگاه یکسان دارند عادت مورد نظر جنبه عمومی پیدا کرده باشد، یعنی به اندازه‌ای رعایت شود که بتوان گفت همه آن را محترم می‌شمارند.⁵

1. کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق، بی‌جا، انتشارات شرکت انتشار، بی‌تا، ص 188.
2. امامی، حسن، حقوق مدنی، بی‌جا، انتشارات کتابفروشی اسلامیه، 1377 ش، ص 91.
3. سلطان احمدی، جلال، تأثیر عرف در تفسیر قرار داد، بی‌جا، انتشارات جاودانه، 1389 ش، ص 33.
4. کاتوزیان، مقدمه علم حقوق، پیشین، ص 188.
5. کاتوزیان، فلسفه حقوق، پیشین، ج 2، ص 475.

مقصود از پایدار بودن این است که عرف از عادت‌های زود گذر و رسومی که چندی مورد پسند قرار می‌گیرد ممتاز شود، عادت‌هایی که مبنای قاعده حقوقی است باید در اثر تکرار و احساس نیاز مردم در وجدان آنها رسوخ کند و اجرای آن برای سرگرمی و هوسهای ناپایدار نباشد.^۱

عنصر روانی به اعتقاد کسانی که آن را رعایت می‌نمایند الزام آور باشد یعنی در زمره قواعد حقوقی باشد بعضی از عادت‌ها با این که مدت‌ها بین مردم است اما چون به نظر مردم الزامی نیست آن را جز آداب و رسوم و نزاکت‌های اجتماعی محسوب نمی‌شود.^۲

1.2.1.4. انواع و اقسام عرف

1.2.1.4.1. عرف عام

مقصود از عرف عام عرفی است که اکثریت قریب به اتفاق مردمان سرزمین‌های اسلامی صرف‌نظر از پایبندی به شریعت الهی از قدیم و جدید چه در زمان وحی و رسالت و چه پس از آن با همه اختلافات زمانی و مکانی و فرهنگی و سطوح مختلف علمی در آن شرکت دارند در پاره‌ای از نوشته‌ها با عنوان بنای عقلا و سیره عقلا نامبرده می‌شود.^۳

1.2.1.4.2. عرف خاص

عرفی که صادر می‌شود از گروه خاصی از مردم که مقید به زمان و مکان مخصوصی هستند.

این قسم اختصاص به ناحیه و گروه مخصوص دارد و در کلمات فقها به تعابیر مختلفی از آن یاد می‌شود مانند عرف بلد یا عرف شرعی.^۴

1. همان، ص 476.

2. کاتوزیان، مقدمه علم حقوق، پیشین، ص 188؛ نجومیان، حسین، *ارزیابی حقوق اسلام*، بی‌جا، انتشارات شرکت انتشار، 1344 ش، ص 172؛ سلجوقی، محمود، نقش عرف در حقوق مدنی ایران، پیشین، ص 68؛ علوی، محمد تقی، *عرف و عادت در حقوق اسلام و ایران*، بی‌جا، انتشارات دانشگاه تبریز، 1383 ش، ص 219؛ گل‌باغی ماسوله، *درآمدی بر عرف*، پیشین، ص 41-42.

3. گل‌باغی ماسوله، پیشین، ص 188؛ سلطان احمدی، تأثیر عرف در تفسیر قرار داد، پیشین، ص 43؛ جهانگیر، محسن، *رابطه اجتهاد و اخبار گیری*، بی‌جا، انتشارات صبرا، 1388 ش، ص 245؛ فیض علی‌رضا، *اندیشه‌های حقوقی عرف و اجتهاد*، پیشین، ص 54؛ حسینی، *نظریه‌العرف بین الشریعه والقانون*، پیشین، ص 59؛ مجموعه آثار کنگره بررسی مبنای فقهی حضرت امام خمینی ره نقش زمان و مکان در اجتهاد، ج 1، ص 150.

4. مجلات فقه و اصول عرف از دیدگاه امام خمینی، ص 6؛ گل‌باغی ماسوله، *درآمدی بر عرف*، پیشین، ص 42؛ سلطان احمدی، تأثیر عرف در تفسیر قرار داد، پیشین، ص 43؛ جهانگیر، *رابطه اجتهاد و اخبار گیری*، پیشین، ص 245؛ حسینی، *نظریه‌العرف بین الشریعه والقانون*، ص 59؛ پژوهشی پیرامون عرف مجله مشکلات ص 66؛ مجموعه آثار کنگره بررسی مبنای فقهی حضرت امام خمینی ره، نقش زمان و مکان در اجتهاد، ج 1، ص 150.