



**دانشگاه تربیت معلم**  
**دانشکده ادبیات و علوم انسانی**

**پایان نامه**

جهت اخذ درجه کارشناسی ارشد  
رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی

**عنوان:**

**نقش عرف در فقه و حقوق اسلامی**

**استاد راهنما:**

**دکتر ابوالحسن مجتهد سلیمانی**

**استاد مشاور:**

**دکتر غفور خوئینی**

**دانشجو:**

**زینب حسنونند**

**شهریورماه ۸۸**

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## تقدیر و تشکر :

از بذل عنایت و توجه اساتید ارجمند و گرانقدر، استاد فرهیخته جناب آقای دکتر ابوالحسن مجتهد سلیمانی و استاد فرزانه جناب آقای دکتر غفور خوئینی کمال تشکر و قدردانی را دارم. راهنمایی شما بزرگواران چراغ راه تحقیق اینجانب بوده است.

همچنین بر خود لازم می‌دانم از زحمات بی‌دریغ حضرت آیت‌الله سیدمحمد موسوی بجنوردی که همواره با رهنمودهایشان اینجانب را مفتخر نموده اند صمیمانه سپاسگزاری نمایم.

## تقدیم به:

پدر و مادر مهربان و دلسوزم  
و آنان که بهروزی ام را مدیون الطاف بی منتشان هستم  
آنانی که با تمام وجود دوستشان دارم.

## چکیده

اجتماعات انسانی همواره با حقوق همراه بوده و حقوق پیش از آنکه قانونگذاری به وجود آید، به صورت روابط ساده بین انسانها و به گونه عرف و عادت، میان آنها جریان داشته است.

عرف پدیده‌ای است اجتماعی و بیانگر اراده اجتماع. این پدیده، پدیده نوظهوری نیست که حقوق دینی آن را کشف کرده باشد و یا بر حقوق دینی تحمیل شده باشد. دانش فقه و حقوق از دیرباز با این پدیده آشنا بوده است. عرف، قدیمی‌ترین پدیده حقوق است که به عنوان مظهر و جلوگاه حقوق شناخته شده است.

بخش عمده‌ای از متون فقهی، مشتمل بر مفاهیم و معانی عرفی است. همچنین بسیاری از مباحث فقه و حقوق را مسائل و موضوعاتی سامان می‌دهند که خود دارای ماهیتی عرفی‌اند. درک درست این بخش از مسائل و موضوعات و فهم صحیح آن دسته از متون، مبتنی بر دریافت عرف و تفاهم عرفی است.

در بحث از جایگاه عرف عده‌ای دچار افراط شده‌اند و تا پرتگاه عرفی سازی و عرفی مداری فقه پیش رفته‌اند، عده‌ای نیز دچار تفریط شده و مرجعیت عرف را در شناخت مفاهیم، الفاظ و ضوابط عرفی و عقلایی حاکم بر فهم متون، مورد انکار قرار داده‌اند.

عرف در حقوق نقش بسزایی دارد. علاوه بر اینکه قانونگذار به صراحت، حکم مواردی را به عرف احاله می‌کند، گاهی نیز به طور ضمنی از آن کمک گرفته و داوری عرف را به عنوان قاعده حقوقی پذیرفته است. در مواردی هم که قانون حکمی ندارد یا مفاد آن مجمل است می‌توان از عرف و عادت مسلم برای تکمیل و رفع اجمال و تعارض قوانین استفاده نمود. عرف در حقوق بین الملل نیز نقش مهمی را ایفا می‌کند.

کلید واژه: عرف، فقه، حقوق، متون فقهی، تفاهم عرفی، عرفی سازی، تعارض قوانین

## فهرست مطالب

صفحه	عنوان
۱	پیشگفتار
۴	<b>فصل اول: کلیات</b>
۵	گفتار اول: مفهوم و ماهیت عرف
۵	۱-۱-۱ مفهوم لغوی عرف
۷	۲-۱-۱ مفهوم اصطلاحی عرف
۷	الف: تعریف عرف در حقوق
۸	ب: تعریف عرف در اصول
۹	نقد تعاریف یاد شده
۱۰	ج: تعریف عرف در جامعه شناسی
۱۲	د: تفاوت عرف حقوقی و عرف جامعه شناسی
۱۲	گفتار دوم: ارکان و عناصر عرف
۱۳	۱-۲-۱ عنصر مادی عرف
۱۳	۲-۲-۱ عنصر معنوی عرف
۱۳	۳-۲-۱ عوامل مؤثر بر عرف
۱۵	گفتار سوم: رابطه عرف با برخی اصطلاحات
۱۵	۱-۳-۱ عرف و عادت
۱۷	۲-۳-۱ عرف و سنت
۱۸	۳-۳-۱ عرف و اجماع
۱۹	۴-۳-۱ عرف و عامل مکان و زمان
۱۹	فرق عرف و زمان و مکان
۲۰	۵-۳-۱ عرف و قانون
۲۱	۶-۳-۱ عرف و مد
۲۱	۷-۳-۱ عادت های قراردادی و عرف

۲۲	..... فایده تمیز عادت قراردادی از عرف
۲۳	..... ۸-۳-۱ عرف و رویه قضایی
۲۴	..... ۹-۳-۱ عرف و بنای عقلا
۲۴	..... فرق عرف و بنای عقلا
۲۵	..... ۱۰-۳-۱ عرف و سیره متشرعه
۲۶	..... ۱۱-۳-۱ تفاوت سیره عقلا و دلیل عقل
۲۶	..... گفتار چهارم: اقسام عرف
۲۷	..... ۱-۴-۱ عرف عام و عرف خاص
۲۷	..... ۲-۴-۱ اقسام عرف عام و عرف خاص
۲۹	..... ۳-۴-۱ عرف مسلم و عرف قراردادی
۳۰	..... ۴-۴-۱ عرف مطرد و عرف غالب
۳۰	..... ۵-۴-۱ عرف سابق، عرف مقارن، عرف متأخر
۳۰	..... ۶-۴-۱ عرف حادث
۳۰	..... ۷-۴-۱ عرف لفظی، عرف عملی
۳۱	..... ۸-۴-۱ عرف موضوعی، عرف حکمی
۳۲	..... ۹-۴-۱ عرف صحیح، عرف فاسد
۳۳	..... ۱۰-۴-۱ عرف ممضا، عرف مردوع، عرف مرسل
۳۴	<b>فصل دوم: حجیت و اعتبار عرف</b>
۳۵	..... گفتار اول: مکاتب حجیت عرف
۳۵	..... ۱-۱-۲ مکتب حجیت ذاتی
۳۶	..... ۲-۱-۲ مکتب عقل
۳۶	..... ۳-۱-۲ مکتب امضا
۳۸	..... گفتار دوم: ادله حجیت عرف
۳۸	..... ۱. کتاب
۴۰	..... ۲. سنت

۴۳	..... ۳. اجماع
۴۳	..... ۴. استدلال به پاره‌ای از قواعد فقه
۴۴	..... ۵. رعایت عرف عرب
۴۵	..... گفتار سوم: شرایط اعتبار عرف
۴۷	..... ۱. اطراد و اغلیت
۴۷	..... ۲. عدم مخالفت عرف با نص شرعی
۴۸	..... ۳. مقارن بودن
۴۸	..... ۴. احراز عدم ردع شارع
۴۹	..... ۵. عدم تصریح به خلاف
۴۹	..... ۶. مورد پسند بودن عرف
۵۰	..... ۷. الزام آور بودن عرف
۵۰	..... گفتار چهارم: منبع بودن عرف
۵۳	<b>فصل سوم: کاربرد و جایگاه عرف در فقه و حقوق</b>
۵۴	..... گفتار اول: کاربرد عرف در فقه و اصول
۵۴	..... ۳-۱-۱ کاربرد عرف در فهم ظهورات
۵۵	..... ۳-۱-۲ کاربرد عرف در تشخیص مفاهیم و مصادیق
۵۶	..... ۳-۱-۳ کاربرد عرف در اثبات تحقق موضوع
۵۷	..... ۳-۱-۴ کاربرد عرف در تغییر موضوع حکم شرعی
۵۸	..... ۳-۱-۵ کاربرد عرف در کشف حکم
۵۹	..... ۳-۱-۶ کاربرد عرف در وضع پاره‌ای از احکام
۶۰	..... گفتار دوم: کاربرد عرف در حقوق
۶۰	..... ۳-۲-۱ عرف و حقوق خصوصی
۶۳	..... ۳-۲-۲ عرف و حقوق جزا
۶۴	..... ۳-۲-۳ نقش عرف در تشخیص مسائل کیفری
۶۶	..... ۳-۲-۴ عرف در حقوق داخلی



۶۶	..... گفتار سوم: جایگاه عرف در حقوق بین الملل و حقوق اسلام
۶۶	..... ۱-۳-۳ عرف در حقوق بین الملل
۶۹	..... ۲-۳-۳ عرف در حقوق رم
۷۱	..... ۳-۳-۳ عرف در حقوق کشورهای آنگلو ساکسون
۷۴	..... ۴-۳-۳ عرف و عادت در نظام حقوقی کامن لا
۷۷	..... گفتار چهارم: عرف در قانون و حقوق اسلام
۷۷	..... ۱-۴-۳ اعتبار و ارزش عرف در نظام حقوق اسلامی
۸۰	..... ۲-۴-۳ ارتباط عرف و قانون در حقوق اسلامی
۸۱	..... ۳-۴-۳ اثر عادت در قانونگذاری اسلام و برخورد اسلام با عرفهای موجود
۸۳	..... ۴-۴-۳ مصادیق عرف در حقوق اسلام
۸۴	..... ۵-۴-۳ نقش عرف در پیدایش نظام دیات در اسلام
۸۹	<b>فصل چهارم: جایگاه عرف در تعارض</b>
۹۰	..... گفتار اول: تعارض عرف با قوانین
۹۰	..... ۱-۱-۴ تعارض عرف با قوانین امری، نظم عمومی و اخلاق حسنه
۹۱	..... ۲-۱-۴ تعارض عرف با قوانین تکمیلی
۹۲	..... ۳-۱-۴ تعارض عرف با روح قانون
۹۴	..... ۴-۱-۴ تعارض عرف با مفاد ضمنی عقد
۹۵	..... ۵-۱-۴ تعارض عرف با قوانین متروک
۹۷	..... گفتار دوم: تعارض عرف با سایر ادله
۹۷	..... ۱-۲-۴ تعارض بین عرف و نص
۹۹	..... ۲-۲-۴ رتعارض بین عرف و لغت
۹۹	..... ۳-۲-۴ تعارض بین عرف و قیاس
۹۹	..... ۴-۲-۴ تعارض بین عرفها
۱۰۰	..... گفتار سوم: محاسن و معایب عرف

۱۰۰	.....	۱-۳-۴ محاسن عرف
۱۰۱	.....	۲-۳-۴ معایب عرف
۱۰۴	.....	خلاصه و نتیجه گیری
۱۰۷		<b>ضمائم</b>
۱۱۱	.....	منابع و مأخذ
		چکیده انگلیسی

## پیشگفتار

از آنجا که فقه با متن جامعه و زندگی روزمره مردم مرتبط است، پیوند ناگسستنی و دائمی با عرفیات جامعه دارد. به هر میزان که یک فقیه در مقام فهم خطابات شرعی و درک موضوعات اجتماعی، عرفی تر باشد استنباط او به واقع نزدیکتر خواهد بود.

به استثنای بخش عبادات، معظم ابواب فقه را موضوعاتی تشکیل می‌دهند که ماهیتی عرفی دارند. بیع، اجاره، صلح، نکاح، هبه و... اموری نیستند که شریعت اسلام آن را ایجاد کرده باشد؛ بلکه این امور، ماهیتی عقلایی دارند و در جوامع قبل از اسلام نیز مرسوم بوده‌اند. جوامع بشری در سیر تکاملی خود، دائماً در این امور عرفی و عقلایی تغییراتی ایجاد می‌کنند و اشکال این روابط و پیوندهای اجتماعی را دچار تنوع و دگرگونی می‌سازند. عرفیات قدیم جای خود را به عرفیات جدید می‌دهند و یا آنکه در اشکال بدیع و متنوع تری، نمود پیدا می‌کنند.

رمز پویایی و بالندگی فقه اسلام در این است که، خود را با تحولات جامعه همگام و منطبق می‌کند و به عرفیات عقلایی میدان می‌دهد؛ لذا به انزوا کشیده نمی‌شود و در هر زمان و مکانی قابل عرضه می‌باشد. درست، نظیر صدر اسلام که شریعت اسلام در محیطی وارد شد که سیره‌ها و عرفیات عقلایی خاصی در ابواب مختلف معاملات و روابط اجتماعی جاری بود و اسلام، به جای حذف این روابط - که اساساً این حذف ناشدنی و نامعقول است - در آنها اصلاحاتی ایجاد کرد. عرفهای فاسد نظیر «بیع ربوی» و «نکاح شغار» را کنار زد، اما نسبت به معظم آنها موضعی ارشادی و امضایی گرفت و میزان تأسیس شارع در این امور عقلایی نسبت به میزان امضایی که در قبال آنها صورت داد، بسیار اندک بود.

با توجه به اینکه اسلام صرفاً برای برهه و زمان خاصی نیست بلکه برای همه زمانها است، پس نظیر همین موضع را در قبال عرفیات و سیره‌های عقلایی زمانهای بعد نیز باید اتخاذ کند.

این مبنا اقتضا می‌کند که شریعت نسبت به عرفهای اجتماعی، دیدگاه امضایی و مثبت داشته باشد و اگر بخواهد حدگرایی کند و با نگاه بدبینی و طرد به این عرفیات بنگرد دچار انزوا، رکود و حاشیه نشینی می‌شود و از عرصه زندگی کنار می‌رود.

موضوع عرف و جایگاه آن در استنباط احکام شرعی، از مهمترین مباحث عصر حاضر به شمار می‌رود. عرف از موضوعاتی است که همواره مورد بحث و مناقشه بوده و در مورد جایگاه آن در

قانونگذاری، برخی نظرات افراطی مطرح شده است. عده‌ای معتقدند که چون عرف به مرور زمان تغییر می‌یابد، بنابراین لازم است قوانین اسلام هم مورد تغییر و دگرگونی واقع شود تا تناسب و هماهنگی آن با عرفیات زمان حفظ شده و از متروک شدن و انزوای آن جلوگیری شود. حتی گاهی پا را فراتر از این گذاشته و دین را مانع پیشرفت جامعه در ابعاد گوناگون زندگی انسان دانسته‌اند و در صدد آن برآمده‌اند که دین و شریعت اسلامی را، به عنوان مانع هرگونه پیشرفت جامعه رها کرده و از قوانینی پیروی کنند که براساس عرف هر زمان وضع می‌شود. در حالی که اسلام، تنها دینی است که در آن هیچگونه تحریفی به وجود نیامده و مصلحت و خیر و سعادت انسان را در همه جوانب حیات مادی و معنوی او مورد توجه قرار داده است. این دین، قوانینی محکم براساس نیازمندی‌های واقعی انسان تشریح نموده است که عمل به آنها، موجبات رشد و شکوفایی و پیشرفت او را در همه عرصه‌های علمی، فرهنگی، اجتماعی، اقتصادی و سیاسی فراهم مینماید. قوانین اسلامی از سوی خدایی وضع شده که همه نیازمندی‌های انسان را در حیات فردی و اجتماعی او به خوبی می‌شناسد و تمام غرضش از وضع قوانین، خیر و مصلحت و رفع نیازمندی‌های انسان است.

بنابراین، لازم است که چهره ناب اسلام و قانونگذاری و مصادر آن به جهانیان معرفی شود تا جایگزین چهره مشوهی از اسلام باشد که دیگران در سایر نقاط جهان عرضه کرده و موجبات آثار شومی بر موقعیت اسلام در جهان، از جهت قانونگذاری و غیره فراهم آورده‌اند. در این میان موضوع عرف و نقش و جایگاه آن در فقه، از اهم موضوعاتی است که بحث همه جانبه آن به ما کمک می‌کند تا ارتباط بین عرف و فقه را به خوبی درک کرده و دچار افراط و تفریط نشویم.

چنین امری نمایانگر آن است که میدان تحقیق در رابطه با عرف بسیار گسترده بوده و ضرورت طرح آن همچنان باقی است.

هدف از این نوشتار شناساندن نقش عرف به عنوان یکی از مصادر استنباط احکام و تبیین جایگاه آن در فقه و حقوق است.

در زمینه عرف، پژوهشهایی انجام شده و در هرکدام از آنها، عرف از منظر خاصی مورد کنکاش قرار گرفته است. در این نوشتار سعی بر آن است که عرف از زوایای گوناگون مورد بررسی قرار گیرد و کاربرد آن در فقه و حقوق مشخص شود.

این تحقیق به صورت کتابخانه‌ای صورت گرفته و در آن با مراجعه به مراکز علمی و آموزشی سعی شده از منابع جدید و معتبر استفاده شود، همچنین با مراجعه به سایت‌های مرتبط از مقالات ارائه شده در این زمینه بهره لازم برده شده است.

نوشتار حاضر در چهار فصل تنظیم شده است. در فصل اول در ضمن کلیات، به مفهوم لغوی و اصطلاحی عرف در فقه، حقوق و جامعه شناسی پرداخته‌ایم و ضمن بیان تفاوت عرف با برخی اصطلاحات نظیر عادت، سنت، اجماع و... اقسام آن بیان شده است. در فصل دوم ادله حجیت عرف و شرایط اعتبار آن مورد بررسی قرار گرفته است. کاربرد و جایگاه عرف در فقه و حقوق، موضوع فصل سوم را تشکیل می‌دهد و در فصل چهارم ضمن بیان محاسن و معایب عرف، موقعیت آن در تعارض با سایر ادله مورد بررسی قرار گرفته است.

# فصل اول

## کلیات

## گفتار اول: مفهوم و ماهیت عرف

### ۱-۱-۱ مفهوم لغوی عرف:

عرف، کلمه‌ای عربی است که با واژه‌های «متعارف»، «عرفان»، «عارف»، «معرفت» و «معروف» از یک ریشه و از نظر معنایی به هم نزدیک می‌باشند.

برای واژه عرف، معانی گوناگونی بیان شده است که از جمله آنها می‌توان «تتابع، اتصال و پی-درپی بودن»<sup>۱</sup> و «امر شناخته شده و متداول بین مردم»<sup>۲</sup>، را نام برد.

ابن منظور در «لسان العرب»، در رابطه با تعریف عرف می‌گوید: «المعروف ضد المنکر والعرف ضد النکر، يقال اولاه عرفاً ای معروفاً و المعروف و العارفة خلاف النکر... المعروف هنا ما يتحسن من الافعال ... و العرف والعارفة و المعروف واحد ضد النکر و هو کل ما تعرفه النفس من الخیر و تسأبه و تطمئن الیه»<sup>۳</sup>.

«پسندیده ضد ناپسند است و خوب ضد بد است، وقتی گفته می‌شود پسندیده یعنی خوب و کلمات پسندیده و خوب ضد زشتی هستند ... معروف در اینجا به معنی آنچه از افعال که نیکو شمرده می‌شود، گفته می‌شود و لغات عرف و عارفه و معروف همگی به یک معنی می‌باشند یعنی ضد کار زشت، و آن عبارت است از، هر چیزی که وجدان انسانی آن را خیر و خوبی تشخیص می‌دهد و مایه آرامش اوست».

جرجانی در «التعريفات»، عرف را چنین تعریف می‌کند: «العرف ما استقرت النفوس علیه بشهادة العقول و تلقته الطبائع بالقبول»<sup>۴</sup>.

«عرف روشنی است که به گواهی عقل‌ها در نفوس و جانها استقرار یابد و طبیعت‌های سالم آن را بپذیرد».

تعریف راغب در «المفردات»، از این واژه بدین صورت است: «والمعروف اسم لكل فعل يعرف بالعقل أو الشرع حسنه و المنکر ما ینکر بهما ، قال الله تعالى: «یأمرون بالمعروف و ینهون عن المنکر» و قال تعالى: «و أمر بالمعروف و أنه عن المنکر»، «و قلن قولاً معروفاً»... و العرف : المعروف من الاحسان و قال تعالى : « و أمر بالعرف»<sup>۵</sup>.

<sup>۱</sup> - ابن فارس، احمد، معجم مقاییس اللغة، ج ۴، ص ۲۸۱؛ راغب اصفهانی، معجم مفردات الفاظ قرآن، ص ۳۴۳.

<sup>۲</sup> - عمید، حسن، فرهنگ عمید، ص ۹۰۸.

<sup>۳</sup> - ابن منظور، جمال الدین محمد بن مکرم، لسان العرب، ج ۹، ص ۲۳۹.

<sup>۴</sup> - جرجانی، علی بن محمد، التعريفات، ص ۶۴.

<sup>۵</sup> - ابن الفضل، ابی القاسم الحسین بن محمد، المفردات فی غریب القرآن، ص ۳۳۱ - ۳۳۲.

«کلمه معروف، اسمی است که برای هر فعل و کاری که پسندیده بودن آن توسط شرع یا عقل، شناسایی شده باشد، به کار برده می‌شود و منکر هم آن چیزی است که زشتی و ناپسندی آن توسط عقل یا شرع شناخته شده باشد ... عرف و معروف هر دو نوعی احسان و عمل نیک هستند به همین خاطر خداوند متعال فرموده است: ای پیامبر مردم را به رفتار و عمل نیک و پسندیده دستور بده».

واژه «عرف» در قرآن دو مرتبه به کار رفته است. یک بار در سوره مبارکه «اعراف» آیه ۱۹۹ «خذ العفو و أمر بالعرف و أعرض عن الجاهلین» به معنای امر پسندیده و نیکو و بار دیگر در سوره «مرسلات» آیه یک «والمرسلات عرفاً»، که به معنای پی‌در پی و دنبال هم آمدن است و این معنی یک معنی لغوی محض است.

مفسرین قرآن کریم به هنگام تفسیر آیه ۱۹۹ سوره «اعراف» به بیان معنی عرف پرداخته‌اند، که از آن جمله می‌توان به تفسیر «مجمع البیان» مرحوم طبرسی اشاره کرد. ایشان در تعریف این واژه می‌گویند: «والعرف ضد النکر و مثله المعروف و العارفة و هو کل خصلة حمیده تعرف صوابها العقول و تطمئن اليها النفوس ... و «أمر بالعرف» یعنی بالمعروف و هو کل ما حسن فی العقل فعله أو فی الشرع و لم یکن منکراً و لا قبیحاً عند العقلا و قیل بکل خصلة حمیده»<sup>۱</sup>.

«خوب ضد بد است و معروف و عارفه هم مانند عرف است و عرف عبارت است از هر اخلاق نیکو و روش مقبولی که حسن و صواب آن را عاقلان تشخیص دهند و انسان با عمل به آن آرام بگیرد. امر به عرف یعنی امر به معروف و آن عبارت است از، فعلی که نزد عقل یا نزد شرع حسن و نیکو باشد و عمل مورد نظر نباید نزد عاقلان یک کار زشت و قبیحی تلقی گردد و به هر اخلاق نیکویی گفته می‌شود».

همچنین، مرحوم علامه طباطبایی در تفسیر «المیزان» چنین می‌نویسد: «وقوله: «وأمر بالعرف» و العرف هو ما يعرفه العقلاء و المجتمع من السنن و سیر الجمیله الجاریه بینهم بخلاف ما ینکره المجتمع و ینکره العقل الاجتماعی من الاعمال النادره الشاذه»<sup>۲</sup>.

«عرف همان چیزی است که عقلای اجتماع، آن را به عنوان معروف می‌شناسند و اعم از سنتها و آداب نیکو و شایسته‌ای که جاری و رایج بین مردم است، می‌باشد برخلاف آنچه که عقل

<sup>۱</sup> - طبرسی، ابی علی الفضل بن الحسن، مجمع البیان لعلوم القرآن، ج ۲، ص ۴۵۰.

<sup>۲</sup> - طباطبایی، محمدحسین، المیزان فی التفسیر القرآن، ج ۸، ص ۳۸۰.



اجتماعی آن را منکر و ناشایست می‌شمارد و گاهی به ندرت ممکن است در جوامعی رخ دهد».

قرطبی، از علمای اهل تسنن، در تفسیر خود می‌گوید: «العرف و المعروف و العارفه کل خصله حسنه ترتضیها العقول و تطمئن الیها النفوس»<sup>۱</sup>.

«عرف و معرفت هر خصلت و ویژگی نیکویی است که عقول آن را می‌پذیرند و جان‌ها به واسطه آن، آرامش می‌یابند».

در تفسیر کبیر فخر رازی، چنین آمده است: «و العرف و العارفه و المعروف هو کل امر عرف انه لا بد من الاتیان به و أن وجوده خیر من عدمه»<sup>۲</sup>.

«نیک، شایسته و پسندیده و آن هر چیزی است که معلوم باشد گریزی از انجام آن نیست و حتماً باید تحقق یابد زیرا وجودش بهتر از عدمش است».

## ۱-۱-۲ مفهوم اصطلاحی عرف:

### الف: تعریف عرف در حقوق

با توجه به شاخه‌های متعدد علم حقوق، تعاریف گوناگونی برای عرف در نظر گرفته شده است. برخی آن را مجموعه مقرراتی می‌دانند که از سوی شارع مقدس وضع نشده است.<sup>۳</sup> برخی دیگر همچون «ژولین» حقوقدان معروف روم، عرف و عادت را حقوقی می‌دانند که از آداب و رسوم و سجایای مردم پدید آمده و ائرفانون را دارد.<sup>۴</sup>

عده‌ای آن را عملی، که اکثریت صنفی از اصناف یا طبقه‌ای از طبقات یا گروهی از یک اجتماع به طور مکرر انجام دهند و آن عمل مطابق با مصلحت نوعی آن صنف یا آن طبقه و گروه باشد، دانسته‌اند.<sup>۵</sup> برخی عرف را آن گونه که در حقوق فرانسه از آن تعبیر آورده می‌شود، حکمی دانسته‌اند که در تمام مملکت یکسان بوده و یکسان نیز عمل می‌شود.<sup>۶</sup>

عده‌ای در یک تعریف تعلیمی عرف را، عمل و روش یا سلسله اعمال و روش‌هایی می‌دانند که به تدریج در طول زمان بر اثر تکرار خود به خود و بدون دخالت قوه قانونگذاری، در اثر

<sup>۱</sup> - قرطبی، ابی عبدالله محمد بن احمد، الجامع لاحکام القرآن، ج ۷، ص ۲۲۰.

<sup>۲</sup> - فخر رازی، التفسیر الکبیر، ج ۵، ص ۷۸.

<sup>۳</sup> - جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق اموال، ص ۲.

<sup>۴</sup> - نجومیان، حسین، زمینه حقوق تطبیقی، ص ۳۳۵.

<sup>۵</sup> - جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، ص ۲۴۸.

<sup>۶</sup> - نجومیان، حسین، ارزیابی حقوق اسلام، ص ۱۷۴.

حوائج اجتماعی میان همه افراد جامعه یا گروهی از آنها به عنوان قاعده‌ای الزام‌آور، در تنظیم روابط حقوقی بین افراد اجتماع مقبول و مرسوم شده است. در این تعریف سعی بر آن است که تمام شاخه‌های حقوقی در بر گرفته شود.<sup>۱</sup>

در حقوق بین الملل، 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 و یا به صورت دو جانبه در روابط دو کشور با یکدیگر در تکرار امری با موافقت ضمنی آنها باشد.<sup>۲</sup> عرف و عادت، نخستین منبع حقوق بین الملل به شمار می‌آید و در حل اختلافات بین المللی پایه تصمیمات قضایی می‌باشد.<sup>۳</sup>

### ب: تعریف عرف در اصول

در کتب اصول فقه تعاریف متعددی برای عرف بیان شده است که البته شباهت هایی با هم دارند. ابن عابدین در تعریف آن می‌گوید: «العاده و العرف ما استقر فی النفوس من جهة العقل و تلقته الطبايع بالقبول».<sup>۴</sup>

«عادت و عرف آن روشی است که به کمک عقل در نفوس رسوخ یافته و طبایع سالم آن را مورد پذیرش قرار داده‌اند».

ابن نجیم در «الاشباه و النظائر»، آن را چنین تعریف می‌نماید: «العاده عباره عما يستقر فی النفوس من اموره المتكرره المقبوله عند الطبايع السليمه».<sup>۵</sup>

«عادت عبارت از روشی است که در جانها بر اثر تکرار قرار می‌گیرد و ذوق سلیم آن را می‌پذیرد».

نسفی در تعریف آن می‌نویسد: «والعرف ما استقر فی النفوس من جهة شهادات العقول و تلقته الطبايع السليمه بالقبول».<sup>۶</sup>

<sup>۱</sup> - گلباغی ماسوله، سیدعلی جبار، درآمدی بر عرف، ص ۲۵.

<sup>۲</sup> - عرفانی، محمود، حقوق تطبیقی و نظام های حقوقی معاصر، ج ۱، ص ۴۳.

<sup>۳</sup> - کی نیا، مهدی، مقدمه حقوق بین الملل عمومی، ص ۱۷۵؛ عمیدزنجانی، عباسعلی، فقه سیاسی، ج ۳، ص ۱۰۱.

<sup>۴</sup> - افندی، سیدمحمدامین، مجموعه رسائل ابن عابدین، ج ۲، ص ۱۱۴.

<sup>۵</sup> - ابن نجیم، الاشباه والنظائر، ص ۱۰۱.

<sup>۶</sup> - نسفی، ابوالبرکات عبدالله بن احمد، کشف الاسرار، ج ۲، ص ۵۹۳.

**نقد تعاریف یادشده:** تعاریف مذکور قابل نقد است، زیرا در آنها گواهی عقول و پذیرش طبایع سلیم که از امور قاره و ثابت می‌باشند، در مفهوم عرف اخذ شده و این ملازمه دارد که عرف نیز ثابت و امر واحدی در هر زمان و مکان باشد با آنکه :

**اولاً:** بسیاری از عرفها برخلاف عقول و طبایع و ذوقهای سلیم است و بدیهی است عقول و طبایع سلیم عرف بد را نمی‌پسندد و با این وصف چگونه می‌توانیم بر آنها عرف اطلاق کنیم؟  
**ثانیاً:** عرفها با اختلاف زمانها و مکانها متفاوت و مختلف می‌شود و این ملازمه دارد که عقول سلیم و طبایع مستقیم نیز، با اختلاف آنها مختلف شود .

**ثالثاً:** بخشی از عرفها را عرفهای فاسد نامیده‌اند. آیا این عرفها را عقول و ذوقهای سلیم مورد پذیرش قرار می‌دهند یا نه؟

پس این تعریفها نه شامل افراد خودی است و نه مانع افراد غیرخودی است با آنکه، تعریف باید جامع و مانع باشد. اما آنچه که این مشکل را حل می‌کند این است که، تعاریف مذکور از باب تعریف واقعی و حقیقی نمی‌باشد بلکه تعریف شرح الاسمی است<sup>۱</sup>.

آشتیانی در «بحرالفوائد»، درباره آن چنین اظهارنظر می‌کند: «فالمراد من العرف هم العقلا من حیث عنوان عقلهم ... قد يستدلون ببناء العقلا و یكون المراد عنوان فهمهم و جهتهم العرفیه»<sup>۲</sup>.  
مراد از عرف عقلا و بنای عقلا همان فهم عرفی آنها است و روشن است که مراد از فهم عرفی این است که، فقیه یا حقوقدان در برخورد با مجهولات فقهی و حقوقی به دنبال قطع و یقینی که فلاسفه خواستار آن هستند، نرود بلکه دنبال طرز فکر و اندیشه‌ای باشد که متعارف مردم به دنبال آن می‌روند.<sup>۳</sup>

شهید صدر در «المعالم الجدیده»، عرف را اینگونه تعریف می‌کند :

«عرف ، میل و گرایش عمومی انسان ، اعم از دیندار و بی دین ، به امری است در مسیری معین، که مخالف شرع نباشد. به تعبیر دیگر، روش عمومی مردم که از مصلحت اندیشی سرچشمه می‌گیرد و برای حفظ فرد و جامعه، نظم و سامان یافته است چه در محاورات و معاملات و چه در سایر روابط اجتماعی ؛ مانند اینکه جاهلی برای فهمیدن به عالم رجوع می‌کند»<sup>۴</sup>.

<sup>۱</sup> - جناتی، محمدابراهیم، منابع اجتهاد در دیدگاه مذاهب اسلامی، ص ۳۹۳.

<sup>۲</sup> - آشتیانی، محمدحسن، بحرالفوائد فی شرح الفرائد، ج ۱، ص ۱۷۱.

<sup>۳</sup> - جعفری لنگرودی، محمد جعفر، دانشنامه حقوقی، ج ۴، ص ۷۸۳؛ مقدمه عمومی علم حقوق، صص ۵۳-۵۴.

<sup>۴</sup> - صدر، محمد باقر، المعالم الجدیده للاصول، صص ۱۶۸ - ۱۶۹.

در نقد این تعریف گفته شده است :

۱- این تعریف همان طور که از جهت مانعیت با اشکال روبرو است و عرف را از آداب و رسوم متمایز نمی‌کند، از جهت جامعیت نیز با اشکال مواجه است ؛ زیرا فقط عرف عام را شامل می‌شود و عرف خاص و عرف فاسد را، در خود جای نمی‌دهد.<sup>۱</sup>

۲- در تعریف بین سبب و مسبب خلط شده است؛ برای اینکه گرایش و میل عمومی سبب به وجود آمدن روش و عملی در بین عامه مردم می‌شود نه آنکه این گرایش و میل عمومی همان عرف باشد .

۳- سبب پیدایش عرف نیز همیشه میل و گرایش عمومی نیست بلکه اسباب دیگری هم می‌تواند داشته باشد؛ از جمله فطرت و سرشت خدادادی ، قوانین دینی و شرعی و...<sup>۲</sup>

در تعریف تعلیمی از دیدگاه فقه و اصول ، عرف چنین معرفی شده است:  
عرف، عبارت است از جریان مستمر سلوکی همگانی یا اختصاصی گروهی از افراد جامعه بر انجام یا ترک یک کار ، خواه گفتار باشد یا کردار، که پیروی از آن را بر خود لازم می‌دانند.  
این پدیده، که همه مردم یا گروهی از آنان با آن آشنایی داشته و بدان انس گرفته و به طور مکرر آن را انجام می‌دهند، کاری است نوعاً ارادی که پدید آورنده آن در بسیاری از موارد، خود مردم هستند و بدون نفرت و کراهت آن را انجام می‌دهند و پیروی از آن را لازم و مخالفت با آن را قبیح و متخلف را نیز، سزاوار سرزنش و توبیخ می‌دانند.<sup>۳</sup>

### ج : تعریف عرف در جامعه شناسی

در نگاه جامعه شناسی، عرف به «رسومی اطلاق می‌شود که، دلالت‌های مهم شایست و ناشایست دارند».<sup>۴</sup> در هر جامعه‌ای با توجه به فرهنگ و تمدن آن، عرف‌های گوناگونی وجود دارد. این عرف‌ها غالباً در نظام حقوقی و آموزش‌های مذهبی تجسم می‌یابند . جامعه شناسان گاهی به قوانین نیز عرف اطلاق می‌کنند و معتقدند که قوانین همان عرف‌هایی هستند که از اهمیت ویژه‌ای برخوردارند. از این رو به صورت مقررات قانونی رسمیت پیدا می‌کنند. افرادی که از چنین عرف‌هایی پیروی نکنند در معرض مجازات قانونی قرار خواهند گرفت.

<sup>۱</sup> - واسعی، سیدمحمد، جایگاه عرف در فقه، ص ۲۰.

<sup>۲</sup> - همان ، ص ۲۰.

<sup>۳</sup> - همان ، ص ۲۳ .

<sup>۴</sup> - کوئن ، بروس ، درآمدی بر جامعه شناسی ، ص ۳۹ .