

سید محمد تقی علوی *

تاملی بر جایگاه "عرف" و "عادت" در فقه و حقوق موضوعه ایران

چکیده:

این مقاله کوششی است برای نشان دادن این نکته که عرف و عادت مسلم چه مقدار در فقه و حقوق ایران تأثیر دارد و اینکه آیا می‌توان عرف را به عنوان یک منبع مستقل در کنار مصادر دیگر فقه و حقوق مطرح کرد یا نه؟ و اگر نتوان آن را مانند کتاب و سنت، منبعی مستقل به شمار آورد ارزش و اعتبار آن چقدر است؟

بنابراین این بعد از تعریف عرف و بیان تفاوت‌های آن با سیره، و دلایل حجیت آن به نگرش فقها پرداخته‌ایم. آنگاه اشکالات وارد بر نقش عرف و پاسخ آنها، منشاء

*- عضو هیات علمی گروه حقوق دانشگاه تبریز.

عرف و عادت، شرایط اعتبار عرف، بازتاب عرف در قواعد فقهی و قوانین موضوعه و برخی از احکام فقهی مستند به عرف را بررسی نموده‌ایم. سپس در تطبیق ماده ۲۲۴ قانون مدنی ایران با موضوع بحث و همچنین موضوعاتی چون عرف و رویه قضایی، نقش عرف در مسایل کیفری و مواردی که قانون مدنی معطوف به عرف است، مطرح و در نهایت از مباحث طرح شده چنین نتیجه‌گیری شده است که در اعتبار فقهی عرف عقلاتریدیدی وجود ندارد و رمز جاودانگی قوانین اسلام و نو و کار آمد بودن آن در پویایی فقه است که پویایی تحرک فقه نیز به نوبه خود در سایه توجه به عرف عقلا حاصل می‌شود. و اسلام همواره عرف صحیح را که منشاء عقلایی داشته و با قانون شرع مخالفتی نداشته و ردعی از آن نشده باشد، معتبر دانسته است. با توجه به اینکه احکام به موضوعات تعلق می‌گیرد و موضوعات عرفی با گذشت زمان و نیز در مکانهای مختلف ممکن است دستخوش تغییرات و دگرگونی‌هایی گردد، طبیعی است که با تغییر موضوع، حکم نیز باید تغییر کند.

تعریف عرف

عرف واژه‌ای است عربی و به معنی معرفت، شناخته و نیکوست. و در اصطلاح هر رسم و شیوه عملی یا قولی را گویند که در میان اکثر مردم متداول گشته و طبایع ایشان آنرا پذیرفته است و از آن پیروی می‌کنند. در کتب اصول فقه برای عرف، تعریف‌های متعدد اما متشابه ذکر شده است، ابن عابدین به نقل از کتاب «الاشباه و النظائر» و امیر حاج هندی می‌گوید: «العاده عباره عما یستقر فی النفوس من الامور المتکرره المعقوله عند الطباع السلیمه و هی انواع ثلاثه العرفیه العامه کوضع القدم و العرفیه الخاصه کاصطلاح کل طائفه مخصوصه کالرفع للنحاه

و ... و العرف الشرعیه كالصلاه و الزكوه و الحج تركت معانیها اللغویه بمعانیها الشرعیه»^۱

دکتر وهبه الزحیلی در تعریف عرف می نویسد: «العرف هو ما اعتاده الناس و ساروا علیه من کلّ فعل شاع بینهم اولفظ تعارفوا اطلاقه علی معنی خاص لاتالفه اللغه و لایتبادر غیره عند سماعه و هو بمعنی العاده الجماعیه و قد شمل هذا التعریف العرف القولی و العرف العملی»^۲

علامه طباطبائی عرف را پدیده‌ای می داند که عقلای جامعه آن را سنت‌ها و روشهای نیکوی جاری در میان خویش می‌شناسند، برخلاف امور نادری که عقل اجتماعی آن را ناپسند می‌شمارند.^۳

عادت از عود به معنای بازگشت و در لغت بمعنی داب و رسم و خوی می‌باشد. هرگاه کاری در اثر تکرار چنان مطبوع طبع شود که انجام مکرر آن خوشایند و ترک آن دشوار شود می‌گویند عادت بوجود آمده است.

عرف و عادت معمولاً در لسان فقها و قانون مدنی ایران به یک معنا بکار رفته است هر چند دیدگاه مخالفی هم در این مورد وجود دارد.^۴

از مجموع تعریف‌های ذکر شده برای عرف، می‌توان عناصر تداول، شیوع، اطراد یک عمل و رفتار، معقولیت، مقبولیت، مستحسن بودن و الزام آور بودن آنرا قدر جامع بین همه تعریف‌ها دانست.

قلمرو عرف

حکم شرعی، موضوع و متعلق خاص خود را دارد. قلمرو و معنای پاره‌ای از موضوعها همچون نماز، روزه، خمس و ... را خود شارع تبیین نموده و نمی‌توان از چهارچوب تعیین شده شرعی، فراتر رفت ولی در مواردی، به ویژه در معاملات، فقط حکم را تشریح نموده و تعریفی از موضوع و متعلق آن ارائه

نداده است. به عقیده فقهای اسلام در چنین مواردی شارع، تعیین قلمرو حکم شرعی را به عرف واگذار کرده و عرف تنها مرجع شایسته شناخت این گونه دریافته‌است.

مثلاً محقق اردبیلی در بحث خیار «غبین» می‌نویسد: «الحدّ فی ذلک العرف لما تقرّر فی الشرع ان ما لم یثبت له الوضع الشرعی یحال الی العرف جریاً» علی العاده المعهوده من ردّ الناس الی عرفهم^۵؛ مرجع در این مسأله، عرف است، چون در شرع ثابت شده هر لفظی را که شارع تعریف نکرده باشد، فهم آن به عرف واگذار شده، به همان صورت که در میان مردم رواج دارد.

عرف و سیره

مقصود از سیره، استمرار عادت انسانها و بنای عملی آن بر انجام دادن و یا ترک نمودن کاری است. سیره بر دو قسم است:

۱- سیره عقلانی و آن عبارت است از بنای عملی همه عقلای عالم از هر دین و مسلکی که باشند بر انجام دادن یا ترک نمودن کاری، مثل اینکه همه عقلای عالم به خبر واحدی که به راستگویی آورنده آن اطمینان داشته باشند، ترتیب اثر می‌دهند. اصولیان متأخر از سیره عقلانی، بیشتر به بنای عقلا تعبیر می‌کنند.

۲- سیره متشرعه و آن عبارت است از بنای عملی مسلمانان (از آن جهت که مسلمان هستند) بر انجام دادن و یا بر ترک نمودن کاری؛ از این سیره به سیره شرعی و سیره اسلامی نیز تعبیر می‌شود.^۶ سیره عقلا یعنی عرف با سیره متشرعه تفاوتی دارد. از جمله فرقها میان آن دو این است که در استدلال به سیره متشرعه باید دو چیز ثابت شود:

۱- مردم متشرع به عملی سرگرم هستند و این سیره آنان شده است؛

۲- آن سیره در میان فقهای معاصر ائمه (ع) رایج بوده و بر طبق آن رفتار می‌کردند؛ ولی در سیره عقلا (یعنی عرف عقلا) کافی است ثابت شود که طبیعت عقلا و نهاد و سرشت آنان مقتضی آن است که فلان سیره و عرف را داشته باشند و هرگاه شارع جلو آن سرشت و طبیعت را نگرفته باشد، عرف ناشی از آن طبیعت انسانی برای ما حجت و معتبر خواهد بود و لازم نیست که هر عرف عقلایی به زمان یکی از معصومین متصل گردد، یعنی عقلای زمان معصوم همین عرف را داشته باشند تا حجت آن به اثبات برسد. برای حجیت عرف و سیره عقلا، به چیزی افزون بر آنچه گفته شد نیازی نیست و ثبوت قضیه طبیعیه به خودی خود برای اعتبار عرف کافی است؛ در صورتی که شارع جلو این طبیعت را نگرفته باشد. این امر کاشف است از اینکه مقتضای طبیعت عقلا که در اینجا چیزی جز عرف نیست، مورد تأیید شارع است.»^۷

دلایل حجیت عرف

برخی از علمای سنی، عرف را به عنوان منبعی مستقل در استنباط احکام شرع پذیرفته‌اند تا جایی که در صورت تعارض بین عرف و قیاس، عرف را مقدم دانسته‌اند. بنا به نقل علامه مصطفی احمد الزرقاء، اندیشمندان حنفی مخصوصاً در اثبات حقوق و در ارتباط معاملات و تصرفات مردم، برای عرف ارزش بسیار قایل شده‌اند. ایشان معتقدند که عرف یکی از بهترین راههایی است که می‌توان فقه اسلامی را با تحولات جامعه و جهان هماهنگ کرد و احتیاجات عالم متغیر و جامعه متبدل را با انعطاف پذیری کامل و تبدیل آن مرتفع ساخت. علاوه بر کتاب المدخل الفقہی العام، این مطلب را می‌توان در کتابهای «الاشباه و النظائر» ابن

نجیم، رساله نشر العرف ابن عابدین و... مطالعه نمود. (نظر امامیه را در این مورد متذکر خواهیم شد) و اما دلایل حجیت عرف:

دلیل اول: اجماع

احتجاج فقها به عرف و اعتبار آن در اجتهاد را در زمانهای مختلف دلیل صحت معتبر دانستن عرف خوانده‌اند؛ زیرا عمل فقها به عرف به منزله اجماع سکوتی است علاوه اینکه، برخی نسبت به آن تصریح هم نموده‌اند.^۸ این استدلال از نظر شیعه البته مخدوش است؛ علاوه بر مخالفت گروهی از اندیشمندان در اعتبار عرف به صورت مطلق، و مدرکی بودن اجماع، صرف احتجاج به اجماع بدون کاشفیت از قول معصوم اعتباری نخواهد داشت.

دلیل دوم: آیات قرآن

-آیه ۱۹۹ سوره اعراف "خذالعفو و أمر بالعرف..."
یعنی "ای پیامبر طریقه عفو و بخشش پیش‌گیر و به خوبی و نیکوکاری امر کن و..."

برخی مانند صاحب کتاب نظریه العرف و صاحب الفروق، این آیه را دلیل اعتبار عرف دانسته‌اند.

اما استدلال به این آیه قابل خدشه است؛ زیرا عرف در این آیه، آن معروفی است که حسن آن شناخته شده و عمل بدان واجب است. این عرف همان چیزی است که شریعت بدان امر نموده است.^۹ بخاری نیز در صحیح خود از عبدا... بن زبیر روایت کرده که خداوند این آیه را تنها درباره اخلاق مردم نازل کرد.

علاوه بر آیه مذکور به آیه ۱۱۰ سوره آل عمران نیز استناد شده که مورد نقد قرار گرفته است.

دلیل سوم: روایات

- «مآراه المسلمون حسناً فهو عندالله حسن»

یعنی آنچه را که مسلمانان نیکو می‌بینند، نزد خدا نیکو است.

علاوه بر ضعف سند و عدم صدور آن از جانب پیامبر و اینکه سخن خود عبدالله بن مسعود است، به نظر برخی از بزرگان به حجیت اجماع اشاره دارد نه عرف در اصول العامه للفقه المقارن آمده است: «انها موقوفه علی بن مسعود ولم یروها احد عنه عن رسول الله (ص) و ربما كانت کلاماً له لاحدیثاً عن النبی (ص) و مع هذا الاحتمال لاتصلح للدلیلہ اصلاً»^{۱۱}

دلیل چهارم: رعایت عرف عرب از جانب شارع

استاد عبدالوهاب خلاف در کتاب مصادر التشريع، رعایت عرف عرب از جانب شارع را در مسائلی مانند پرداخت دیه از جانب عاقله و شرط کفایت در ازدواج و ... دلیل رعایت عرف خوانده است.^{۱۱}

در پاسخ گفته شده است که شارع عرف را فی نفسه اعتبار نکرده بلکه از باب اینکه آن موارد چون با احکام اسلامی همگام بوده، شارع آنها را تقریر فرموده است؛ بعبارت دیگر شارع احکام را به طریق اقرار ابراز نموده است؛ بنابراین این تقریر شارع سنت محسوب می‌شود.^{۱۲}

حتی برخی از عادات به سبب در تضاد بودن با نص، از اعتبار ساقط شده مانند «نکاح شغار»، جواز معامله بچه حیوان در شکم مادر پیش از تولد و ... با اینکه این موارد جزو عرف عرب محسوب می‌شده است.

عرف در نزد امامیه

در مقابل برخی از مذاهب اهل سنت که حجیت عرف را بدون قید و شرط پذیرفته‌اند، بیشتر فقهای امامیه، حجیت آن را به مواردی، نظیر تفسیر موضوع و بیان اراده طرفین معامله محدود می‌کنند و در اثبات احکام برای عرف حجیتی قایل نیستند. به عبارت روشنتر عرف عملی را در عداد ادله استنباط احکام تکلیفی، به حساب نمی‌آورند؛ مگر اینکه ثابت شود در زمان معصوم (ع) هم معمول بوده و از آن نهی نشده است؛ مثل استصناع و عقد فضولی که در این فرض، سستی است تقریری و عرف خود فی نفسه حجیتی ندارد. اینان در غیر مورد حکم تکلیفی، عرف را حجت می‌دانند ولی می‌توان مورد آن را محدود به صورت های زیر دانست:

۱- تشخیص موضوعات

برخی احکام بر موضوعات عرفی وارد شده‌اند، یعنی تشخیص آن به عهده عرف گذاشته شده که در این گونه موارد، عرف حجت است؛ مثل تشخیص فقیر و فی سبیل... در مصارف زکات.

این موضوعات بر حسب زمان و مکان و درجه تمدن مردم کاملاً متفاوت است.

۲- برای تفسیر اراده متعاملین در موقع انعقاد عقد^{۱۳}

۳- کشف حکم شرعی در موردی که نصی وجود ندارد؛ مثل استصناع.

۴- "تشخیص بعضی مفاهیم که شارع امر تحدید آنها را بر عهده عرف نهاده است؛ مثل نفقه، قبض و

حریم که این الفاظ در لسان برخی ادله، به عنوان موضوع اخذ شده‌اند"^{۱۴}

به عقیده برخی از محققان اهل سنت،^{۱۵} ظاهراً هیچ یک از مذاهب اهل سنت، عرف را صراحتاً به عنوان یکی از منابع حقوق اسلامی ذکر نکرده‌اند؛ زیرا منابع حقوق اسلامی که مورد توافق جمهور فقهای عامه است، چهار تاست؛ قرآن و سنت و اجماع و قیاس. دکتر صبحی محمصانی می‌نویسد:

«با آنکه علمای اصول، عادت را از ادله شرعیه نمی‌شمارند باز عرف و عادت از دریچه‌های گوناگونی به قانونگذاری اسلامی راه یافته است». آنگاه نمونه‌هایی را نقل می‌کند از آن جمله: «برخی از نصوص و مخصوصاً نصوص سنت مبنی بر عرف‌اند؛ مثلاً در صدر اسلام خرید و فروش گندم و جو به موجب حدیث «البر بالبرکیلابکیل و الشعیر بالشعیر کیلاً بکیلاً» با پیمانانه بود.

لذا در خرید و فروش آنها لازم بود با پیمانانه سنجیده شوند و دلیل آن نیز اقتضای عرف عصر پیامبر(ص) بود ولی در زمانهای بعد، این عرف و عادت تغییر یافت و گندم و جو را از آن پس در اغلب جاها وزن کردند. طبیعی است وقتی قانون بر پایه عرف استوار باشد، در تفسیر و فهم آن نیز به عرف مراجعه می‌شود؛ مانند مسائل دیه و قسامه»^{۱۶}

بهر حال اگر چه عرف در نزد فقهای امامیه بخصوص به عنوان منبع مستقل مورد توجه قرار نگرفته است، باز از جایگاه ارزشمندی برخوردار بوده و فی الجمله حجت می‌باشد.

شهید اول (محمد بن مکی بن محمد) فقیه برجسته امامیه در کتاب القواعد و الفوائد (فائده ۴۴) می‌نویسد: «جایز است که با دگرگونی عادات، احکام دگرگون شود؛ چنانکه در پولها و وزنهای متداول و هزینه‌های همسران و خویشاوندان این چنین است که در این امور از عادات (و روش) زمانی که این امور در آن رخ می‌دهد، پیروی می‌شود و به همین گونه تصرف در اشیایی که به

عاریه گرفته می‌شود، به حسب ازمنه و امکانه تفاوت پیدا می‌کند. و از همین قییل است موردی که زوج مالی را به زوجه بپردازد در صورتی که غیر از مهر، نامی به میان نیاورده باشد، آن مال، مهر است چون عادت زمان پیشین بر این بوده است که مهر را قبل از عمل زناشویی می‌داده‌اند؛ لذا آن مال به عنوان تمام مهر المسمی محسوب شده اما در این زمان (زمان شهیداول) سزاوار است قول زوجه مقدم گردد و آن مال پرداخت شده جزئی از مهرالمثل بحساب آید (توضیح آن که فرض مسأله در جایی است که زوجین اتفاق دارند مالی که پرداخت شده به عنوان مهر بوده و اختلاف در این است که زوج مدعی است که در متن عقد، مهر معین شده و مالی را که به همسرش داده تمام مهر المسمی است ولی زوجه مدعی است که مهر المسمی در بین نبوده، لذا خواستار مهرالمثل است و آن مال که به وی داده شده جرئی از مهر المثل است...)^{۱۷}

علامه حلی در بحث وصیت، تعیین احمق را برعهده عرف نهاده است
 «ولو اوصی لاعقل الناس صرف الی الزهاد و العلماء ولو قال لاحمقهم تبع
 العرف»^{۱۸}

فقه‌های بزرگ شیعه همچون صاحب سرائر، قاضی ابن براج صاحب المهدب، محقق اردبیلی در مجمع الفائده و البرهان، سید جواد حسینی عاملی در مفتاح الکرامه، شیخ محمد حسن نجفی در جواهر الکلام، شیخ انصاری در مکاسب و ... در مورد نقش عرف سخن گفته‌اند.

اشکالات بر نظریه نقش عرف در موارد مختلف

اشکال اول:

ابتنای احکام بر عرف نه به طور مطلق، به وسیله فقهای امامیه نیز پذیرفته شده است که نمونه‌هایی از کتب فقهای شیعه ذکر شد. برخی مانند صاحب حدائق این مطلب را نادرست شمرده‌اند؛ زیرا:

اولاً عرف خاص (یعنی عرف زمان اتمه‌ع) بر عرف عام مقدم باشد و این قاعده‌ای است که همه فقها، پذیرفته‌اند.

ثانیاً دگرگونی عرف موجب دگرگونی موضوع حکم شرعی و در نتیجه دگرگونی حکم شرعی خواهد شد؛ با این که احکام شرعی ثابت‌اند. از این روی نمی‌توان آنها را بر امور دگرگون شونده مثل عرف بنا کرد.^{۱۹}

البته صاحب حدائق این اشکال را در بحث معنای کیلی و وزنی مطرح می‌کند.

در پاسخ گفته شده است که معنای کیلی و وزنی روشن است؛ چه در زمان پیامبر (ص) و چه در زمانهای دیگر. پس بحث در مفهوم مکیل و موزون نیست تا گفته شود مرجع باز شناسی آن، عرف روزگار پیامبر (ص) است بلکه بحث بر سر مصداقهای آن است. در پاسخ مطلب دوم نیز باید گفت که آنچه دگرگون می‌شود، موضوع حکم است نه حکم شرعی و به قول صاحب جواهر «ولیس ذلک من اختلاف الاحکام الشرعیه نفسها بل هو من اختلاف موضوعاتها...»^{۲۰} یعنی این به معنای دگرگونی احکام شرعی نیست بلکه به دگرگونی موضوع حکم شرعی مربوط می‌شود؛

ثانیاً اگر دلیل بر تغییر حکم شرعی داشته باشیم، اشکالی در تغییر آن وجود نخواهد داشت.

اشکال دوم:

برخی گمان می‌کنند که توجه به نقش عرف در استنباط احکام، موجب عرفی شدن دین می‌شود؛ در پاسخ می‌گوییم که عرف دلیل مستقلی در کنار کتاب و سنت نیست و اسلام بر اساس اجتهاد و اصول و مبانی که در آن گنجانده شده است، قدرت پاسخگویی به مسائل روز و همگانی با مقتضیات زمان و مکان را دارد و عرفی کردن دین به هیچ وجه درست نیست و این طور نیست که بخواهیم دین را عرفی کنیم و دست از اجتهاد بکشیم و به تدریج به قوانین موضوعه برسیم.

خلاصه مطلب اینکه عرف در شرع، معتبر و ابتنای احکام بر آن با شرایطی صحیح است و باید اعتراف کرد که عنایت جامعه علمی ما به نقش و تأثیر عرف کم بوده است. رعایت عرفهای سالم عرب از جانب شارع و اقرار و تأیید آنها تا جایی که خالی از مفده باشد.

و بازگشت عرف به ادله‌ای چون اجمال و رعایت مصالح در زندگی مردم، و احتجاج فقها در زمانهای مختلف به عرف، دلیل صحت اعتبار آن می‌باشد رابطه عرف و مصالح، خود مجالی دیگر می‌طلبد اما به طور خلاصه می‌توان گفت که "آنچه از احکام بر عرف بنا شده، با تبدل عرف تغییر می‌کند؛ به همین سبب است که قاعده مشهور "لاینکر تغیر الاحکام بتغیر الزمان" وضع شده است "مراعات عرف نیز از باب تسهیل بر مردم و رفع حرج از آنهاست؛ البته با تکرار این نکته مهم که این سخنان در باب اهمیت عرف صالح است و تکلیف عرف فاسد معلوم می‌باشد.

منشاء عادت و عرف

دانشمندان اسلامی درباره طرز ایجاد و رواج عرفها و عادتها سه ترتیب ذکر کرده‌اند که عبارتند از:

الف- بسیاری از عرفها ناشی از نیاززند و بر حسب اوضاع طبیعی و اجتماعی و اقتصادی و نظامات مملکتی و عواطف دینی و خصوصیات اخلاقی و ملی مردم و درجه تمدن آنها تفاوت می‌کنند؛ مانند وقف اموال منقول و استصناع.

ب- بخشی از عرفها با آنکه نیاز حقیقی به آنها احساس نمی‌شود و ضرورت خاصی وجود آنها را توجیه نمی‌کند به مناسبت آنکه یادگار اسلاف و گذشتگان‌اند مورد احترام جامعه می‌باشند؛ مانند عرفهای مربوط به شعائر و رسوم مربوط به اعیاد و جشنهای باستانی.

ج- برخی از عرفها در ابتدای امر از اراده و تمایل فرمانروایان ناشی گردیده و صرفاً جنبه آمرانه داشته‌اند. ولی به مرور بر اثر تکرار به صورت عادت در آمده‌اند؛ مانند مقیاسها و اوزان و گاه شماری"

شرایط اعتبار عرف از نظر فقها

برای حجیت عرف اعم از اینکه آن را در شمار ادله استنباط احکام حساب کنیم یا تنها در غیر احکام آن را دلیل بدانیم، شرایط ذیل لازم است:

- ۱- اطراد و اغلیت: از شرایط عرف آن است که میان کسانی که در قلمرو آن قرار دارند، عام یا شایع باشد، به نحوی که در بلاد یا اقلیم معین، عموم مردم به حکم آن وقوف داشته باشند و غلبه به معنی آن است که عرف در اکثر اعمال و وقایع جاری و رعایت شود؛ مثلاً "مهریه در میان

حنفی‌ها در سوره مقداری مؤجل و مقدار دیگر معجل است. این وضع باید در اغلب مصادیق نکاح آنان معمول باشد تا حجیت داشته باشد.

۲- عدم مخالفت عرف با ادله شرعی و عدم تعارض عرف با نص شرعی به گونه‌ای که عمل عرف موجب تعطیلی نص شود.

برحسب قاعده «عرف شناخته شده، مانند شرطی است که آورده شده باشد» (المعروف عرفاً کالمشروط شرطاً) عرف از زمره دلالات می‌باشد؛ لذا اعتبار آن تا زمانی است که بر خلاف آن تصریح نشده باشد و اگر شرایط مغایر آن آورده شود، محلی برای اعمال عرف باقی نمی‌ماند چنانکه بنابر قاعده فقهی دیگر «دلالت در برابر تصریح بی اعتبار می‌گردد» (لا عبره للدلاله فی مقابله التصریح) مانند آنکه اگر در بازار بر حسب عرف ثمن تقسیط گردد ولی متبایعین به خلاف آن شرط کنند، در چنین حالتی برای عرف اعتباری نیست (ما یثبت بالعرف بدون ذکر لایثبت اذا نص علی خلافه).

۳- عرف باید همزمان باشد نه سابق و نه لاحق

برای حل مسأله‌ای با دلالت عرف و عادت، باید همزمان با حدوث و وقوع آن مسأله، عرف و عادت محقق باشد و در غیر این صورت نمی‌توان به عرف استناد کرد؛ مثلاً اگر به هنگام ثبت اجاره‌ای، معمول بوده که تاریخ را به سال قمری می‌نوشته‌اند و اکنون سندی از آن زمان در دست است که نوع سال در آن قید نشده، می‌توان گفت سال قمری مراد بوده ولی اگر قبلاً "یا بعداً" عرف به وجود آمده باشد، و از عرف وقوع مسأله بی‌خبر یا مردد باشیم، نمی‌توان به عرف عمل کرد. روشن است که همیشه باید عرف پیش از وقوع مسأله تحقق یافته باشد ولی لازم است که تا زمان وقوع پایدار و مستمر باشد.

عرف به گونه‌ای باشد که مورد پسند عقل و مطابق با ذوق سلیم و رأی عمومی باشد.^{۲۲} این شرایط را معمولاً دانشمندان اهل سنت متذکر شده‌اند.

بازتاب عرف در قواعد فقهی

فقه نیز همچون دانشهای دیگر قواعدی دارد و قاعده، قضیه‌ای است که بر تمام جزئیاتش حاکم باشد یا لاقلاً بر مبنای اغلیت قرار گرفته باشد. دانستن این قواعد استدلال و تجزیه و تحلیل فقهی را تقویت می‌کند.

بحث عرف و عادت نیز در قالب قواعدی در آمده و در لابلای کتب فقهی - اصولی جای گرفته است. در بین کتابها، مقدمه کتاب "مجله الاحکام العدلیه" که در سال ۱۲۸۵ تا ۱۲۹۳ هـ ق تدوین شده، حاوی چند قاعده مهم در این زمینه است. اهمیت این کتاب به حدی است که بسیاری از بزرگان بر آن شرح نگاشته‌اند؛ از جمله فقیه نامدار امامیه علامه شیخ محمد حسین کاشف الغطاء شرحی تحت عنوان "تحریر المجله" به رشته تحریر در آورده است. به بررسی برخی از این قواعد می‌پردازیم:

۱- "العاده محکمه؛ سنجش قانون با عرف است"

مراد از عادت در اینجا چیزی است که در بین مردم جاری است و شریعت اسلامی، عرف جاری بین مردم در شئون تعامل را معتبر دانسته است و بدین سبب بسیاری از فقها بیع معاطات را جایز دانسته‌اند.

۲- "العاده المطرده تُنزل منزله الشرط"^{۲۳} عادت شایع در حکم شرط است.

مواردی از قانون مدنی ایران نیز متضمن همین قاعده است؛ از جمله:

- ماده ۲۲۴ «الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفیه» (همچنین ماده ۲۲۰ و

- ۳- "استعمال الناس حجه يجب العمل بها" استعمال همه مردم دلیلی است که عمل بدان واجب است: در ماده ۳۳۶ قانون مدنی آمده:
- "هرگاه کسی بر حسب امر دیگری اقدام به عملی نماید که عرفاً برای آن عمل، اجرتی بوده... عامل، مستحق اجرت عمل خود خواهد بود."
- ۴- "انما تعتبر العاده اذا أُطردت او غلبت" عادت فقط وقتی معتبر است که اطراد یا غلبه داشته باشد: به نظر مرحوم کاشف الغطاء در تحریر المجله اگر عادت غالب و شایع و مستمر نباشد، اصلاً لفظ عادت بر آن صدق نمی‌کند و لذا حاجت به ذکر این قاعده نیست.
- ۵- "العبره للغالب الشایع لالنادر" اعتبار برای غالب شایع است نه برای نادر" مضمون دو قاعده اخیر در بحث شرایط حجیت عرف نیز آمده است.
- ۶- "الحقیقه تترك بدلاله العاده" حقیقت به راهنمایی عادت ترک می‌گردد یا حقیقت اصلی به حقیقت عرفی ترک می‌شود.
- "یعنی هرگاه معنی حقیقی لفظی مهجور و معنی مجازی آن شایع گردد، باید معنی مشهور مجازی آن را مورد توجه قرار داد؛ به طوریکه گفته‌اند « غلط مشهور بهتر از صحیح مهجور است».^{۲۵}
- ۷- "الاشارات المعهودة للاخرس كالبيان باللسان". اشاره های معمول برای اشخاص کنگ در حکم بیان از راه زبان است. (اساس اعتبار عرف لفظی در کلام)
- ۸- "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً" شناخته شده‌های عرف، همانند شروط قرار دادی است.
- ۹- "المعروف بين التجار كالمشروط بينهم". عرف بازرگان مانند شرط آنان است.

۱۰- «التعین بالعرف کالتعین بالنص» تعیین کردن به وسیله عرف مانند معین کردن از راه نص است.

۱۱- «لاینکر تغیر الاحکام بتغیر الازمان تغیر قانون با تطور زمان انکار ناپذیر است. به عقیده علامه مصطفی احمد الزرقاء تغیر احکام به اقتضای زمان، به هدف اقامه عدل و جلب مصالح و دفع مفاسد از جانب شرع تنظیم شده است.

۱۲- «الممتنع عاده کالممتنع حقیقه» آنچه عادتاً ناممکن است، مانند ناممکن حقیقی است.

۱۳- «المشروط عرفاً کالمشروط شرعاً»^{۲۶} شرط عرفی، مانند شرط شرعی است.

برخی از احکام فقهی مستند به عرف

در لابلای نوشتار به مناسبت به برخی از احکام فقهی مستند به عرف اشاره نمودیم اینک موارد دیگری را بیان می‌کنیم:

۱- در صورت سکوت عقد در مورد پرداخت ثمن برحسب عرف، باید از پول رایج‌تر استفاده کرد. در صورتیکه چند نوع پول با اختلاف ارزش به یک درجه رواج داشته باشد بیع فاسد است.

۲- سکوت دختر باکره به هنگام عقد ازدواج از نظر فقهی بنا بر عرف و عادت رضایت او تلقی گردیده است (المدخل ص ۵۷۳ به بعد)
امامیه نیز با اینکه این حکم را قبول کرده‌اند ولی دلیل آن را سکوت محفوف به قرینه می‌دانند.

۳- در مورد خیار مجلس، تعیین آنکه تفرق به چه حاصل می‌شود و حدود آن چیست؟ تفرق و حدود آن را عرف تعیین می‌کند.

- ۴- گشوده بودن در امکانه عمومی مانند محاکم، مساجد، مهمانخانه‌ها به منزله اذن صریح در دخول است متقابلاً "محصور بودن اراضی مملوکه، بر حسب عرف به منزله منع صریح از دخول دیگران است.
- ۵- طرز و مدت استفاده از حمام و ترتیب پرداخت و نوع مقدار اجرت آن از نظر فقهی مربوط به عرف است.
- ۶- میزان و ترتیب پرداخت و تقسیط اجرت در صورت نبودن قرارداد، تابع عرف است.
- ۷- مستعیر در نحوه استفاده از مال عاریه باید حدود عرفی را مراعات کند و الا مسئول و ضامن است.
- ۸- کسی که برای دوختن جامه اجیر شده نخ و سوزن بر عهده اوست و این نیز به حکم عرف است و ...

تطبیق ماده ۲۲۴ قانون مدنی با بحث

در ماده ۲۲۴ قانون مدنی آمده است: "الفاظ عقود محمول است بر معانی

عرفیه"

در اینجا چند سؤال مطرح می‌شود:

۱- عرف مورد نظر ماده مذکور عرف عام است یا عرف خاص؟ به عقیده برخی از حقوقدانان^{۲۷} منظور از معانی عرفیه در این ماده، عرف عام است ولی به نظر بعضی دیگر^{۲۸} چون پیش از وضع قانون در ایران، حقوق عرفی در مورد عقود وجود نداشته و امور و عقود طبق حقوق شرعی بوده است و اصطلاحات عقود و کلمات آن نیز از شرع گرفته شده و این الفاظ صرف نظر از اینکه حقیقت شرعی وجود داشته باشد یا نه، در عرف مشرع حقیقت بوده‌اند و نیز با توجه به اینکه در وضع حقوقی جدید حقیقت دیگری برای این الفاظ به وجود نیامده و عرف

عام نیز همان معانی عرف متشرعه را به کار برده است، به این نتیجه می‌رسیم که باید برای فهم الفاظ عقود به عرف متشرعه (عرف خاص)، مراجعه نمود و معانی این الفاظ را در آنجا جستجو کرد.^{۲۸}

۲- آیا هنگام اختلاف طرفین معامله در مفاد سند، به مفهوم ماده مذکور می‌توان تمسک کرد یا نه؟

گفته شده است در صورتی که بین متعاملین راجع به مفاد و حدود تعهد و معانی الفاظ استعمال شده در سند اختلاف روی دهد، ذی‌نفع می‌تواند مطابق آیین دادرسی مدنی در دادگاه اقامه دعوی کند. دادرس امر را ملاحظه و طبق مستفاد از ماده ۲۲۴ قانون مدنی، الفاظ را بر معانی عرفیه حمل خواهد کرد. زیرا طرفین معامله از عرف می‌باشند ناچار برای تفهیم مقصود خود به یکدیگر الفاظ را در معانی عرفیه استعمال کرده‌اند.

ماده مزبور اگر چه در مورد الفاظ عقود است و مستقیماً شامل الفاظ دیگر از قبیل مورد تعهد و شروط قید شده در سند نمی‌شود ولی به طریق اولویت می‌توان الفاظ دیگر را بر معانی عرفیه حمل نمود، زیرا الفاظ عقود که پایه و اساس قرارداد است، هرگاه بر معانی عرفیه حمل شوند، الفاظ دیگر که فرعی محسوب می‌شوند به طریق اولی بر معانی عرفیه حمل می‌شوند، علاوه بر آنکه عقلانی نیست دو نفر با وجود الفاظ به حد کافی (که می‌توانند هر چه را بخواهند. با آن تعبیر نمایند)، الفاظ را در غیر معانی عرفی استعمال کنند و مفاهیمی برای آن جعل نمایند.^{۲۹}

در مورد اجمال و ابهام الفاظ قانون هم آنچه را که عرف از آن الفاظ می‌فهمد باید ملاک قرار داد. از این معنی به تفاهم عرف و متفاهم عرف تعبیر شده است. و هرگاه تفاهم عرف با آنچه در کتب لغت نوشته‌اند، مغایرت داشته

باشد تفاهم عرف حجت است. دکتر جعفری لنگرودی بعد از بیان مطلب مذکور می‌نویسد: "در این معنی است که ماده ۲۲۴ ق م می‌گوید: الفاظ عقود، محمول است بر معنای عرفیه. الفاظ قانون هم مانند الفاظ عقود، محمول بر معنای عرفیه است این عرف غیر از عرف به معنی Coutume است که ناظر به عملکرد گروه یا اجتماعی است."^{۳۰}

سؤال دیگری که در اینجا مطرح می‌شود این است که آیا یکی از طرفین معامله می‌تواند مدعی شود که الفاظ در معانی عرفی شان استعمال نشده‌اند؟ پاسخ مثبت است البته مدعی برای اثبات این امر نیاز به اقامه دلیل دارد.^{۳۱}

عرف و رویه قضایی

حقوقدانان عرف و رویه قضایی را از منابع حقوق می‌شمارند و معتقدند هر دو باید تحت حمایت قانون قرار گیرند. بعضی از حقوقدانان منابع حقوق را به دو دسته تقسیم کرده‌اند قانون و عرف. در این تقسیم عرف را شامل منابع غیر از قانون شناخته‌اند و در نتیجه رویه قضایی را هم شامل آن دانسته‌اند و می‌گویند همان‌طور که عرف را مردم به وجود می‌آورند، و در نتیجه رویه قضایی، عرف قضاوت می‌باشد. در حالی که عرف و رویه قضایی با هم تفاوت‌های بارزی دارند قضات در تصمیمات قضایی از قانون و عرف استفاده می‌کنند، ریزه کاریهای تفسیر را به کار می‌گیرند و اتخاذ تصمیم می‌کنند و این تصمیمات در طول زمان عامل رویه قضایی‌اند. رویه قضایی ثمره علمی کار قضاوت می‌باشد. عرف و رویه قضایی هر دو زمینه ساز قانون هستند. بعضی از قوانین مثل ماده واحده مصوب ۷۲/۴/۳ اساساً "همان عرف و رویه قضایی‌اند (در زمینه رسیدگی به دعاوی مطروحه راجع به احوال شخصیه و تعلیمات دینی ایرانیان زرتشتی، کلیمی و ...)"^{۳۲}

نقش عرف در مسایل کیفری

ارزش و اعتبار عرف به عنوان یک قاعده حقوقی از نظر نظامهای حقوقی و جزائی متفاوت می‌باشد. عرف و عادت مسلم ممکن است در حقوق خصوصی برای تکمیل و رفع نقص قانون به عنوان یک قاعده حقوقی مورد استفاده قرار گیرد ولی در حقوق جزا اصل قانونی بودن جرائم و مجازاتها و به طور کلی اصول ۳۶-۱۶۶ و ۱۶۷ و ۱۶۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و مواد ۲ و ۱۸ قانون راجع به مجازات اسلامی دادگاهها را مکلف می‌کند که قانون را اساس رسیدگی و صدور حکم قرار دهند و با سکوت قانون متهم از اصل برائت برخوردار می‌شود.^{۳۳}

بنابراین عرف در مسائل کیفری نمی‌تواند به عنوان منبع فقهی یا قانونی حقوق جزا، مستند تعقیب کیفری و یا محکومیت قرار گیرد. با وجود این با مختصر دقت در بعضی از مواد قانونی مدون جزایی، ملاحظه می‌شود که در پاره‌ای از موارد، قانونگذار در متن بعضی از مواد مربوطه، با استعمال کلمات و الفاظ خاص به صراحت تشخیص ماهیت قضایی یک عمل مجرمانه را به قاضی دادگاه واگذار کرده است. در این موارد خاص، دادگاه در مقام تطبیق حکم قانون اقدام نماید. فی‌المثل در جرم قتل عمدی، مقنن در بند "ب" ماده ۲ قانون حدود و قصاص در بیان حکم موارد قتل تشخیص مورد را به شرح زیر به عرف احاله کرده است:

مواردی که قاتل عمداً کاری را انجام می‌دهد که نوعاً کشنده باشد هر چند قصد کشتن را نداشته باشد. به طوری که ملاحظه می‌شود، دادگاه برای تشخیص و احراز عبارت و جمله قانونی "نوعاً" کشنده باشد" در مقام تطبیق با قتلی که واقع شده است بناچار با مراجعه به عرف اعم از عرف خاص یا عرف

عام می‌تواند حکم قضیه را صادر کند^{۳۴} و یا در ماده ۱۰۲ قانون مجازات اسلامی آمده است: "هر کس علناً در انظار و اماکن عمومی و معابر تظاهر به عمل حرامی نماید علاوه بر کیفر عمل تا ۷۴ ضربه شلاق محکوم می‌شود. و ... در صورتی که مرتکب عملی شود که نفس عمل دارای کیفر نمی‌باشد ولی عفت عمومی را جریحه دار کند. فقط تا ۷۴ ضربه شلاق می‌گردد" حال برای تشخیص اینکه چه رفتاری عفت عمومی را جریحه‌دار می‌کند، باید به عرف مراجعه کرد.

مواردی که قانون مدنی معطوف به عرف است

با اینکه در کشور ما "حقوق نوشته و مدون" احترام فراوانی دارد، و منبع اصلی حقوق، قانون است، عرف نیز در ساختمان قواعد حقوقی نقش بسزایی دارد. شاید در ابتدا آثار مهم عرف در حقوق خصوصی چندان محسوس نباشد، ولی با اندکی دقت معلوم می‌شود که قدرت عادت و رسوم در حقوق ما به اندازه‌ای است که پیش از احاطه به آن مطالعه قوانین بیهوده به نظر می‌رسد.

در مواردی همچون ماده ۱۳۲ قانون مدنی که یکی از مهم‌ترین قواعد مدنی مربوط به مالکیت است و حقوق آنرا تضمین می‌کند، قانونگذار به صراحت حکم مسابیل را به عرف احاطه کرده است.

"کسی نمی‌تواند در ملک خود تصرفی بکند که مستلزم تضرر همسایه شود مگر تصرفی که به قدر متعارف و برای رفع حاجت یا رفع ضرر از خود باشد."

در آثار قراردادها هم عرف اهمیت بسیار دارد. ماده ۲۲۰ قانون مدنی در

باب اعتبار «عادات قرار دادی» می‌گوید:

«عقود نه تنها متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است، ملزم می‌کند، بلکه متعاملین به کلیه نتایجی که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می‌شود ملزم می‌باشند».

در برخی مواد دیگر نیز قانونگذار از عرف به صورت ضمنی کمک گرفته است و حکم حقوقی را به عنوان قاعده حقوقی پذیرفته است مانند مادهٔ « ۹۷۵ » قانون مدنی که اجرای قراردادهای خصوصی و قوانین خارجی را که بر خلاف. حسنه است، ممنوع می‌داند ولی اخلاق حسنه امری جز عرف افراد محسن و پرهیزگاران نیست و تنها به این وسیله می‌توان حکم مادهٔ « ۹۷۵ » قانون مدنی را اجرا کرد.

همچنین وقتی قانون مدنی در مادهٔ ۱۶۷ از قیمت عادلانه صحبت می‌کند، در تعیین این قیمت داوری عرف را پذیرفته است. همچنین مادهٔ ۲۷۷ قانون مدنی و مادهٔ ۳۵ همین قانون در اجرای این مواد داوری عرف را به طور ضمنی پذیرفته است.^{۳۵}

شواهد زیادی بر مناط بودن عرف و عادت در امور حقوقی می‌توان ذکر کرد؛ مثلاً در موارد ذیل میزان عرف قرار داده شده است:

حدود و تصرفات مالکین مجاور، مفهوم احیای اراضی موات و مباح، نحوهٔ تعریف اشیاء گمشده، میزان تأثیر اکراه، نتایج عرفی عقود، تعهدات عرفی ناشی از عقود، تشخیص عیب در مصداق تعیین شده، تعیین توابع مبیع، مخارج معامله، مخارج زمین در مزارعه، تشخیص حدود اختیارات وکیل، تشخیص غیرممکن بودن استیذان از پدر یا جد پدری جهت ازدواج دختر، امکان اقرار به نسب،^{۳۶} و ...

به هر حال در قانون مدنی ایران که از ۱۳۳۵ ماده تشکیل یافته، در حدود ۷۳ بار عرف یا الفاظ مترادف آن استعمال شده و قانون معطوف به آنها گشته است. و الفاظی که قانونگذار در این زمینه به کار برده، عبارت‌اند:

۱- عرفاً در مواد، ۲۲۱، ۲۲۸، ۲۷۹، ۳۳۲، ۳۳۶، ۳۵۹، ۳۶۹، ۴۱۷، ۶۳۹ و ۶۶۶

۲- عرفیه در ماده ۴۲۴

۳- عرف در مواد، ۱۴۱، ۲۰۴، ۳۵۶، ۵۴۹، ۵۵۵، ۹۵۰ و ۱۰۶۵

۴- عرف و عادت در مواد، ۵۴، ۶۸، ۲۲۰، ۲۲۵، ۲۸۰، ۳۵۶، ۳۵۷، ۳۷۵، ۳۸۲، ۴۲۶، ۶۴۶، ۶۶۷، ۶۷۶، ۱۱۳۱.

۵- متعارف در مواد، ۱۰۷، ۱۲۵، ۱۳۲، ۳۸۶، ۴۹۰، ۵۰۸، ۵۳۶، ۵۴۲، ۵۵۳، ۵۵۵، ۶۱۲، ۶۴۱، ۹۵۱، ۱۰۳۶، ۱۱۰۷.

۶- عادتاً در مواد، ۱۶۴، ۲۰۲، ۳۳۶، ۵۹۳، ۸۷۲، ۱۰۱۹، ۱۰۲۰، ۱۰۳۷، ۱۱۶۲، ۱۲۶۹، ۱۳۱۲.

۷- عادت و عادت مسلم در مادتين، ۱۲۷۳، ۶۷۶

۸- عرف بلد در مواد، ۳۴۲، ۴۸۶، ۵۲۱، ۵۲۴، ۶۳۲.

۹- عرف و عادت محل در ماده ۳۴۲

۱۰- عرف و عادت تجارت در ماده ۳۴۴

۱۱- معمول بلد و زمان در ماده ۵۵۵

۱۲- معمول بلد در ماده، ۱۰۹۱

در سایر قوانین مربوط به حقوق خصوصی الفاظی از قبیل عرف تجارتي محل در مواد ۳۳۶، ۳۵۱، ۳۴۹ و عرف تجارتي بلد در ماده ۳۶۷ و عرف و عادت محل در

ماده ۳۶۹ و متعارف در ماده ۳۷۲ قانون تجارت و ... درج گردیده
است.^{۳۷}

نتیجه گیری:

احکام و قوانین اسلام در یک تقسیم بندی کلی بر دو قسم می‌باشند: ۱- احکام و قوانین ثابت و پایدار. این دسته از احکام و قوانین به اصول و فروع دین مربوط می‌شوند. ۲- احکام و قوانین متغیر. این دسته از احکام و قوانین مربوط به پدیده‌های عرفی و اجتماعی نظیر معاملات می‌باشد. از آنجا که احکام به موضوعات تعلق می‌گیرند و موضوعاتی عرفی با گذشت و پیشرفت زمان و نیز در مکان‌های مختلف ممکن است دستخوش تغییرات و دگرگونی‌هایی بشوند، طبیعی است که با تغییر موضوع، حکم نیز باید تغییر نماید؛ زیرا موضوعات برای احکام به منزله علل برای معلولات می‌باشند. این است که شناخت زمان و مکان و توجه به آنها که تعبیر دیگری از عرف عقلا می‌باشد (همان طوری که عادت، سیره عقلا و بنای عقلا و ... تعبیرات دیگری از عرف می‌باشند) از شرایط لازم اجتهاد دانسته شده است و رمز جاودانگی قوانین اسلام در توجه به پویایی فقه است و پویایی و تحرک فقه هم در سایه توجه به عرف عقلاست و اسلام همواره عرف صحیح را که منشاء عقلانی داشته و با قانون شرع مخالفتی نداشته وردعی از آن نشده باشد، معتبر دانسته است.

بنابراین در اعتبار فقهی عرف عقلا تردیدی وجود ندارد و فقها در موارد زیادی آن را مورد تمسک و استناد قرار داده‌اند. عامه بخصوص حنفی‌ها برای آن اهمیت و ارزش بیشتر قائل شده و در صورت نبودن دلیل شرعی دیگری، عرف را مصدر مهمی برای ثبوت احکام الزام آور و کاشف از حکم شارع می‌دانند در صورتیکه عمده فقهای شیعه، عرف و بنای عقلا را به خودی خود حجت ندانسته و حجیت آنرا مشروط به امضاء و عدم ردع از ناحیه معصوم می‌دانند. و به صورت خلاصه مورد آن را محدود به صور زیر دانسته‌اند:

۱- تشخیص موضوعات

۲- تفسیر اراده متعاملین در موقع انعقاد عقد

۳- کشف حکم شرعی در موردی که نصی وجود ندارد؛ مثل استصناع

۴- تشخیص بعضی مفاهیم که شارع امر تحدید آنها را بر عهده عرف نهاده است؛ مثل نفقه، حریم، قبض و ... که این الفاظ در لسان برخی ادله، به عنوان موضوع اخذ شده‌اند.

در اعتبار فقهی عرف عقلا اضافه کنیم که رعایت عرفهای سالم از جانب شارع و امضاء و تأیید آنها تا جایی که خالی از مفسده باشد و بازگشت عرف به ادله‌ای چون اجماع و رعایت مصالح در زندگی مردم و احتجاج فقها، در زمانهای مختلف به عرف دلیل صحت اعتبار آن می‌باشد.

پس عرف یا عادت هرگاه مسلم بوده، مصلتی را از میان نبرد و مفسده‌ای ایجاد نکند و با احکام شرع در تضاد نباشد، معتبر خواهد بود. در قانون مدنی ایران نیز عرف مسلم یعنی عرفی که در نتیجه انس افراد به آن، مخالفت با آن زشت و احساسات افراد را جریحه‌دار کرده و منحل نظم محسوب شود، معتبر و حجت شناخته شده است چنانکه در ماده ۲۲۰ همان قانون آمده است: «عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می‌نماید، بلکه متعاملین به کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می‌شود، ملزم می‌باشند و حتی با استفاده از مواد دیگر قانون مدنی مانند ماده ۲۸۰ در می‌یابیم که در صورت تعارض عرف و عادت و قوانین تکمیلی، حکم عرف مقدم خواهد بود.

فهرست پی‌نوشت‌ها

- ۱- ابن عابدین، مجموعه رسائل، دار احیاء التراث العربی، جزء ثانی، رساله نشر العرف، ص ۱۱۲
- ۲- الزحیلی، وهبه، الوسيط فی اصول الفقه الاسلامی، دمشق، انتشارات دانشگاه دمشق، ۱۴۱۱ هـ.ق، ص ۳۷۹
- ۳- طباطبائی، محمد حسین، المیزان فی تفسیرالقران، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، دوره ۲۰ جلدی، ج ۸، ص ۳۹۷
- ۴- ر. ک: به ابن عابدین، مجموعه رسائل، داراحیاء التراث العربی، جزء ثانی، رساله نشر العرف، ص ۱۱۲ و نیز به زیدان عبدالکریم، الوجیز اصول الفقه، ص ۲۵۲ و خلاف، عبدالوهاب، علم اصول الفقه، بیروت، لبنان، ص ۸۹ و شهیدی، مهدی، حقوق مدنی اصول قراردادها و تعهدات، ناشر: عصر حقوق، چاپ نخست، تابستان ۱۳۷۹ جلد دوم ص ۳۳۰ به بعد
- ۵- محقق اردبیلی، مولی احمد، مجمع الفائده و البرهان، انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین قم، قم، ج ۸، ص ۴۰۳
- ۶- مظفر، محمدرضا، اصول الفقه، نشر دانش اسلامی، چاپ: ۱۴۰۵ هـ.ق، ج ۲، ص ۱۵۳
- ۷- فیض، علیرضا، پویایی فقه و اجتهاد در پرتو عرف یا در بستر زمان و مکان، محله کانون شماره ۷-۶ تاریخ نشر: ۷۲-۱۳۷۱ (به نقل از صدر، محمد باقر، بحوث فی اصول الفقه، ج ۴، ص ۲۴۷)
- ۸- زیدان، عبدالکریم، الوجیز فی اصول الفقه، نشر احسان منتشر و الثوریع، چاپ پنجم، ۱۳۷۹ هـ.ق، ص ۲۵۵
- ۹- زیدان، عبدالکریم پیشین، ص ۲۵۴

- ۱۰- حکیم، محمد تقی، اصول العامه للفقہ المقارن، العالمی لاهل البیت، قم، ۱۴۱۸ هـ ق ص ۳۶۰
- ۱۱- حکیم، محمد تقی، پیشین، ص ۴۱۱ (به نقل از خلاف، عبدالوهاب، مصادر التشريع فيما لا فصر فيه، ص ۱۲۴)
- ۱۲- حکیم، محمد تقی، پیشین، ص ۴۱۱
- ۱۳- محمدی، ابوالمحسن، مبانی استنباط حقوق اسلامی، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۶۶، ص ۲۵۵
- ۱۴- حکیم، محمد تقی، پیشین، ص ۴۰۸
- ۱۵- محمصانی، صبحی: فلسفه قانونگذاری در اسلام، ترجمه اسماعیل گلستانی، چاپخانه سپهر، تهران، چاپ دوم، ۱۳۵۸، ص ۲۲۴
- ۱۶- محمصانی، صبحی، پیشین، ص ۲۲۸
- ۱۷- شهید اول محمد بن مکی عاملی، القواعد و الفوائد، ترجمه، دکتر سید مهدی صانعی، انتشارات دانشگاه فردوسی مشهد، آذر ۱۳۷۲
- ۱۸- علامه حلی، قواعد الاحکام از مجموعه ینابیع الفقهیه، مؤسسه فقه الشیعه و الدار الاسلامیه، بیروت، چاپ اول، ۱۴۱۰ هـ ق ج ۱۲ ص ۴۱۵
- ۱۹- بحرانی، یوسف، حدائق الناصره، مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین، قم، ج ۱۸، ص ۴۷۲
- ۲۰- نجفی محمد حسن، جواهر الکلام، دارالکتب الاسلامیه، تهران، نوبت چاپ: چهارم، ۱۳۷۳، ج ۱۸ ص ۴۲۷
- ۲۱- ر.ک. به «نقش عرف در حقوق مدنی» دکتر محمد سلجوقی، رساله پایان تحصیل در رشته قضائی دوره دکترای حقوق، و در مبانی استنباط حقوق

اسلامی، دکتر ابوالمحسن محمدی، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران،
۱۳۶۶

۲۲- جناتی، محمد ابراهیم، منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی انتشارات
کیهان، چاپ مؤسسه کیهان، چاپ اول

۲۳- انصاری، مرتضی، مکاسب، چاپ سنگی، به خط طاهر خوشنویس،
یک جلدی، ص ۱۹۳

۲۴- محمصانی، صبحی، پیشین، ص ۲۰۳

۲۵- همان، ص ۲۳۴

۲۶- جناتی، محمد ابراهیم، پیشین، ص ۴۰۵ (به نقل از فتاویٰ بزازیه ابن بزاز)

۲۷- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، انتشارات مدرس با همکاری شرکت بهمن
برنا، ج اول، ص ۳۲۴

۲۸- محمدی، ابوالحسن، پیشین، ص ۴۴

۲۹- امامی، حسن، حقوق مدنی، کتابفروشی اسلامیة، چاپ دوازدهم، ۱۳۷۲
شمسی، ج ۱، ص ۲۳۲

۳۰- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، کتابخانه گنج دانش،
چاپ ششم، ۱۳۷۲، ص ۴۵۰

۳۱- همان، ص ۲۳۳ و کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، شرکت انتشار با

همکاری بهمن برنا، چاپ دوم، ۱۳۷۶، چاپخانه بهمن، ج ۳ شماره ۵۱۸ و نیز

حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها، شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا،

چاپ دوم زمستان ۱۳۷۲، چاپخانه بهمن، ج اول ص ۳۴۰

۳۲- مدنی، جلال الدین، رویه قضائی، ناشر؛ مؤلف، چاپخانه علامه طباطبائی،

تهران، چاپ اول، ۱۳۷۲ ص ۹۸

منابع و ماخذ

- ۱- طباطبائی، محمد حسین، المیزان فی تفسیر القرآن، انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه قم
- ۲- شیخ صدوق (ابن بابویه)، من لایحضره الفیه، چاپ سربی، در چهار مجلد
- ۳- فاضل مقداد، کنزالعرفان فی فقه القرآن، انتشارات مرتضوی، ۱۳۷۳
- ۴- حلی، ابن ادریس، کتاب السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، مؤسسه النشر اسلامی التابعه لجماعه المدرسین بقم المشرفه
- ۵- علامه حلی، قواعد الاحکام، چاپ سنگی، در یک مجلد
- ۶- شهید ثانی زین الدین عاملی، مسالک الافهام، مؤسسه المعارف الاسلامیه، چاپ اول، ۱۴۱۶ هـ ق
- ۷- (شهید ثانی) زین الدین عاملی الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، مطبعه الآداب فی النجف الاشرف، ۱۳۸۷ هـ ق (۱۹۶۷)
- ۸- محقق اردبیلی، مولی احمد، مجمع الفائده والبرهان، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ سنگی در یک مجلد
- ۹- بحرانی، یوسف، حدائق الناصره، مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین، قم، ج ۱۸ ص ۴۷۲
- ۱۰- حسینی عاملی، سید جواد، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، دار احیاء التراث العربی
- ۱۱- انصاری، مرتضی، مکاسب، چاپ سنگی، در یک مجلد، خط طاهر خوشنویس، تبریز ۱۲۷۵

- ۱۲- محقق حلی، شرایع الاسلام، چاپ سنگی افست (کتابچی) ترجمه و شرح آن به فارسی در چهار مجلد، بوسیله ابوالقاسم بن احمد یزدی به کوشش دانش پژوه، انتشارات دانشگاه تهران
- ۱۳- ابن قدامه، عبدالله بن احمد، المغنی، در ده مجلد، قاهره، ۱۳۹۰
- ۱۴- ابن عابدین، مجموعه رسائل، داراحیاء التراث العربی، رساله نشر العرف
- ۱۵- گیلانی، ابوالقاسم بن حسن، جامع الشتات، با تصحیح مرتضی رضوی چاپ مؤسسه کیهان، چاپ اول، پائیز ۱۳۷۱
- ۱۶- نراقی، مولی احمد، عوائد الایام، ناشر: مرکز النشر التابع لمکتب الاعلام الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق، ۱۳۷۵ ش
- ۱۷- خضری بک، شیخ محمد، تاریخ التشريع الاسلامی دار القلم، بیروت، لبنان
- ۱۸- ابن نجیم، زین العابدین ابراهیم، الاشباه و النظائر، در یک مجلد، قاهره، ۱۹۶۷ م، فقه
- ۱۹- علامه حلی، تذکره الفقهاء، چاپ سنگی. در دو مجلد
- ۲۰- کاشف الغطاء محمد حسین. تحریر المجله، شرح بر مجله الاحکام، در چهار مجلد (نجف) دو جلد در تهران و قم، ۱۳۶۱ هجری
- ۲۱- فیض کاشانی، محمد محسن، مفاتیح الشرایع، تحقیق سید مهدی رجائی، در سه مجلد، قم، ۱۴۰۱ هـ ق
- ۲۲- سلیم رستم باز لبنانی، شرح المجله، یک مجلد، چاپ سوم، بیروت، لبنان
- ۲۳- موسوی بجنوردی، سید، میرزا حسن، القواعد الفقیه، در ۷ مجلد، افست قم
- ۲۴- گیلانی (قمی)، میرزا ابوالقاسم قوانین الاصول، چاپ سنگی، در دو مجلد، چاپ طاهر و عبدالرحیم
- ۲۵- انصاری، مرتضی، فرائد الاصول، چاپ سنگی در یک مجلد

- ۲۶- کاظمی، محمدعلی، فوائد الاصول (تقریرات نائینی)، ج ۱، ۲، مؤسسه نشر اسلامی
- ۲۷- دفتر همکاری حوزه و دانشگاه در آمدی بر حقوق اسلامی سمت چاپ اول بهار ۱۳۶۸، چاپ و گرافیک بهمن قم
- ۲۸- کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ ۲۲، ۱۳۷۶، چاپخانه حیدری
- ۲۹- جوان، موسی، مبانی حقوق، شرکت چاپ رنگین، تهران، ۱۳۷۹
- ۳۰- شهیدی، مهدی، حقوق مدنی، اصول قراردادها و تعهدات، ج دوم، ناشر: عصر حقوق، چاپ نخست، ۱۳۷۹
- ۳۱- عمید زنجانی، عباسعلی، فقه سیاسی، انتشارات امیرکبیر، تهران، چاپ اول ۱۳۶۶
- ۳۲- محمدی، ابوالحسن، مبانی استنباط حقوق اسلامی
- ۳۳- مهرپور، حسین، دیدگاههای جدید در مسائل حقوقی، انتشارات اطلاعات، تهران، چاپ اول، ۱۳۷۲
- ۳۴- ولیدی، محمدی، حقوق جزای عمومی
- ۳۵- زیدان، عبدالکریم، الوجیز فی اصول الفقه، نشر احسان منتشر التوزیع، چاپ پنجم، ۱۳۷۹ هـ ش
- ۳۶- حکیم، محمد تقی، الاصول العامه للفقه المقارن، المجمع العالمی لاهل البیت، قم، ۱۴۱۸ هـ ق
- ۳۷- مظفر، محمدرضا، اصول الفقه، نشر دانش اسلامی، ۱۴۰۵ هـ ق
- ۳۸- امامی، حسن، حقوق مدنی، کتابفروشی اسلامیة، چاپ دوازدهم، ۱۳۷۲ شمسی

۳۹- لنگرودی، محمد جعفری، ترمینولوژی، کتابخانه گنج دانش، چاپ ششم،

۱۳۷۲

۴۰- جناتی، محمد ابراهیم، منابع اجتهاد در دیدگاه مذاهب اسلامی، انتشارات

کیهان چاپ اول، زمستان ۱۳۷۰