

جایگاه عرف در شریعت و نقش آن در قانونگذاری و دادرسی

سیدمحمد حسینی^۱

چکیده:

در حقوق اسلامی شارع با تکیه بر عرف و با امضاء عرف‌های خاص و ارجاء امر دادرسی به آنها، توانسته است یک نظام زنده و پویا ایجاد کند و از طرف دیگر آن‌قدر به عرف اعتبار نداده که افراط کرده باشد و مخالف شوؤن انسان و اصل عدالت و حرمت و شرف ذاتی انسان و شریعت باشد.

به همین جهت است وقتی یک منازعه ای در محضر قاضی مورد بحث قرار می‌گیرد بر قاضی فرض است با رعایت همه جوانب از جمله زمان و مکان و مولفه های مختلفی که در پرونده حقوقی دخالت دارد و یا در متن جامعه و مردم و عرف مدخلیت دارد لحاظ کرده و انشاء حکم کند حقوق‌کامن‌لا، با این‌که از عرف پیروی می‌کند ولی اصل علیت را اساس قرار می‌دهد ولی در حقوق اسلامی آنچه هدف و اصل است حیثیت و شرافت انسان و تحقق عدالت است، حقوق اسلامی ریشه‌دار و متکامل بوده و رکود و جمود و سکون در آن راه ندارد و پذیرش عرف و اجتهاد استمرار و دوام و سیر این حقوق را به سوی کمال تضمین می‌کند. قانون عرف را محترم شمرده و کاربر آن را در موارد سکوت، اجمال و تناقض قوانین و... به عنوان قاعده ای حقوقی پذیرفته است.

در این مقاله سعی خواهیم کرد با زمینه های فقهی حقوقی نقش عرف را در دادرسی اسلامی روشن نمائیم و برای همین منظور لازم است که تعاریف دقیق و روشنی در این زمینه داشته و با دقت مباحث را کالبد شکافی کنیم.

واژگان کلیدی: عرف، شرع، دادرسی

^۱-عضو هیات علمی گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران جنوب

برای دادرسی در لغت معانی متعدد ذکر شده است ولی مهم‌ترین معنی آن فصل، قطع و حکم کردن است. (ابن اثیر، مجدالدین ابی السعادات المبارک محمدالجزری، النهایه فی غریب الحدیث و الاثر، راغب اصفهانی، ابوالقاسم حسین ابن محمد، مفردات الفاظ قرآن، قضاء در اسلام کوشش صفوان عدنان داودی، الفیومی مقری، احمد بن محمد بن علی، مصباح المنیرفی غریب الشرح الکبیر، وی عالم لغت و کتاب در لغت الفقه است که بر اساس حروف الفباء می‌باشد، القزوی الرازی، ابی الحسین احمد بن فارابی بن زکریا بن محمد، معجم مقاییس الغه -، جلد ۵ ص ۹۹) گویا حاکم با حکم خود بین دو طرف را فصل و نزاع را قطع می‌کند. معنای اصطلاحی قضاء برگرفته از معنی لغوی آن

است و در اصطلاح عبارت است از: فصل خصومت میان متخاصمین و حکم به ثبوت حق نسبت به دعوای مدعی و یا عدم ثبوت حق نسبت به دعوای او. (خویی، ابوالقاسم، مبانی تکمله المنهاج الفقاهه - جلد ۱ - ص ۴۰۵)

شرع در لغت به معنی دین و راه روشن است راغب در مفردات می‌گوید: معنی شرع راه واضح و روشن است و سپس برای دین و شریعت استعاره آورده شده است. (اصفهانی، راغب، المفردات فی غریب القرآن، ص: ۴۵۰)

واژه عرف، به معنی معروف است و به دو معنی اشاره دارد، امر شناخته شده و امر پسندیده و نیکو (اصفهانی راغب، المفردات ص ۵۶۱ لسان العرب، ج ۹، ص ۲۳۹ و ۲۴۳) البته این واژه معانی دیگری نیز دارد که به جهت عدم تناسب با بحث طرح نگردیده است از نگاه دیگر، عرف یعنی آنچه در میان مردم متعارف باشد و ریشه در فطرت و ارتکاز آنها داشته باشد. (امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۱۷) برای ما روشن است که واژه عرف مجعول شارع حکیم نیست تا در صدد بررسی اصطلاح شرعی آن برآییم، بلکه عرف واژه‌ای است که در علوم مختلف کاربردهای متفاوتی دارد، در این قسمت لازم است نظرات عالمان شیعه و سنی نسبت به این مفهوم را بررسی کنیم.

در قانون مدنی غالباً عرف و عادت با هم بکار برده می‌شوند، نظیر مواد ۵۴، ۲۲۰، ۲۸۰، ۳۵۷، ۴۲۶، ۶۴۶، ۶۶۷ قانون مدنی و معمولاً عرف را در قالب بناء عقلاء و به عنوان اجماع عملی و سیره مستمره در استنباط فقهی مورد استفاده قرار گرفته و به عنوان یک دلیل فقهی از آن استفاده شده است، با این حال بین عرف و عادت فرقه‌هایی است که به آن اشاره می‌شود.

از دیدگاه غزالی، عرف و عادت یک چیز است و هر آنچه از راه عقول در جانها استقرار یابد و طبیعت‌های سالم آن را بپذیرد، به عبارت دیگر آنچه را که عقول آدمیان گواهی داده و در نفوس آنان استقرار یافته است را عرف و عادت گویند. (ابن

عابدین، مجموعه رسائل ابن عابدین، ج ۱، ص ۴۴ و ج ۲، ص ۱۱۲)

تعریف غزالی مورد نقد آیه الله سید محسن خرازی قرار گرفته، و آن این‌که اگر مراد غزالی، توافق عده‌ای از عقلاء باشد، این گونه توافق‌ها نه تنها موجب استقرار چیزی در نفوس مردم نمی‌شود بلکه اختصاص به همان جمع کوچک یا بزرگ پیدا می‌کند که عرف بر آن‌ها صادق نیست مثل اجتماع گروهی بر انجام کاری و مراد از پذیرش طبیعت سالم و استقرار از راه عقل‌ها تعریف عرف صحیح می‌باشد در حالی که اندیشمندان عرف را به صحیح و فاسد تقسیم می‌کنند و تعریف باید شامل هر دو قسم عرف باشد. (خرازی، سید محسن، مجله مشکوه، ش ۲۱، ص ۶۶-۶۷)

اشکال دیگر این‌که در تعریف فوق بیان عادت در کنار عرف، گویای تساوی آن دو از دیدگاه غزالی است در حالی‌که عادت شامل عادات فردی هم می‌شود اما عرف، عادات فردی را در بر نمی‌گیرد. (خرازی، سید محسن، مصاحبه

از نظر علمای امامیه از جمله فیض کاشانی (ره) عرف، چنین تعریف شده است، عرف، دستوری است که عامه مردم، میان خود وضع کرده‌اند و عمل به آن را بر خود

لازم و واجب ساخته و مخالفت با آن را قبیح شمرند، هرچند عمل به آن ناپسند طبع و دشوار باشد و هریک در مخالفت آن دیگری را سرزنش می‌کند و این دستور مختلف است به اختلاف ازمنه و بلاد و طوایف، و گاه موافق عقل و شرع و طبع باشد و گاه نه، گاه مقبول مردم فهمیده باشد و گاه نه. (صدر، سید محمد باقر، علم اصول الفقه، ص ۹۵)

به نظر می‌رسد تعریفی که از مرحوم ملا محسن فیض کاشانی ارائه شده علاوه بر تعریف عرف، نوعی تعریف قانون هم می‌باشد در نتیجه این تعریف مانع اغیار نمی‌باشد.

مرحوم شهید صدر عرف را چنین تعریف نموده است: عرف، میل و گرایش عمومی انسان، اعم از دیندار و بی‌دین، به امری است در مسیری معین که با شرع مخالف نباشد، به بیانی دیگر، روش عمومی مردم که از مصلحت اندیشی سرچشمه گرفته و برای حفظ فرد و جامعه نظم و سامان یافته است، چه در محاورات و معاملات و چه در سایر روابط اجتماعی مانند این که جاهلی برای فهمیدن به عالم رجوع کند. (صدر، سید محمد باقر، المعالم الجدیده، ص ۱۶۸-۱۶۹)

به نظر می‌رسد مرحوم شهید صدر در تعریف خود بین سبب و مسبب فرقی قائل نشده‌اند که خوب است این فرق را ما در تعریف داشته باشیم زیرا گرایش و میل عمومی سبب به وجود آمدن روش و عملی در بین عامه مردم می‌شود نه آن که این گرایش و میل عمومی همان عرف باشد. البته سبب و پیدایش عرف فقط میل و گرایش عمومی نیست، بلکه اسباب دیگری هم در آن نقش دارند.

با توجه به تعاریفی که از علمای اهل تسنن و امامیه بیان شده است، می‌توان در تعریف عرف چنین گفت: عرف عبارت است از جریان همیشگی و دائمی رفتار عمومی یا خصوصی جمعی از آحاد جامعه بر فعل یا ترک فعل خواه قولی یا فعلی که پیروی از آن را بر خود لازم می‌دانند.

با عنایت به تعاریف انجام گرفته می‌توان عناصر مهم عرف عرف را چنین بیان کرد:

۱. گفتار یا رفتار معین و مشخص
۲. استمرار و تکرار عمل در بین مردم جامعه
۳. ارادی بودن، نه فطری و غریزی بودن آن در میان توده‌ها
۴. الزام آور بودن. (جعفری لنگرودی، محمد جعفر، دانشنامه حقوقی، ج ۲، ص ۵۹)

اگر بپذیریم که عرف دارای ارکان مختلف و متعدد بوده و مولفه‌های متعددی دارد که علاوه بر شیوع، دارای الزام هم می‌باشد، قاضی و دادرس در مباحث قضا و دادرسی نمی‌تواند بدون بهره از آن و بدون توجه به عرف در عرصه جامعه به قضا و دادرسی بپردازد.

اصل اول: جایگاه عرف در احکام شرعی و قضاء و دادرسی

فرق عرف با عادت، قانون و مد

۱- عادت

برخی از اهل لغت در توضیح عادت گفته‌اند: عادت یک واژه‌ای عربی از ریشه عود به معنای بازگشت است. (ابن منظور افریقی، جمال الدین محمد بن مکرم، لسان العرب، ج ۳، ص ۳۲۷ ابن منظور نیز گفته‌است: عادت خوی و روشی است که به سوی آن بازگشت می‌شود. (ابن منظور، محمد، لسان العرب، ج ۳ - ص ۳۱۷) و راغب اصفهانی می‌گوید، عادت نام است برای تکرار فعل و انفعال به حدی که مانند امر طبعی، انجام آن آسان و پی‌درپی شود و به این جهت گفته شده، عادت طبیعت ثانوی انسان است. (اصفهانی راغب، المفردات فی الغریب القرآن، ص ۳۵۲)

در مجموعه رسائل ابن عابدین آمده، عادت امری است که بدون علاقه عقلی تکرار می‌شود. (ابن عابدین، مجموعه رسائل ابن عابدین ج ۱ ص ۴۴ و ج ۲ ص ۱۱۴، مدکور، محمد سلام، المدخل

الفقهی الاسلامی، ج ۲، ص ۸۳۸) بنا بر این باید بگوئیم عادت امری است که بدون احتیاج به فکر و تأمل و اراده صریح تکرار می‌شود و دامنه آن به گونه‌ای وسیع است که تمامی اعمال و رفتاری که بدون ملتزم عقلی تکرار می‌شود را در بر می‌گیرد، خواه این اعمال فردی باشد یا اجتماعی.

در باره فرق بین عرف و عادت دیدگاه‌های متفاوتی وجود دارد. ^۱ (بحرالعلوم، الإجتهااد احوله و احکامه - ص ۸۳ حیدری، مبانی استنباط حقوق اسلامی، ص ۲۵۵) باید گفت مهم‌ترین فرق عرف و عادت در الزامی و اجباری بودن قواعد عرفی نهفته است به همین جهت بسیاری از رفتارهای اجتماعی که مدت‌ها تکرار شده و جنبه عمومی یافته ولی نزد مردم الزام و اجباری نیستند عرف شمرده نمی‌شوند بلکه در شمار عادات و آداب و رسوم اجتماعی به حساب می‌آیند.

۲- قانون

میان قاعده عرفی و قانون فرقهایی است که به قرار زیر می‌باشد:

الف) برای آنکه قاعده‌ای عرفی به وجود و شکل یابد استمرار یک روش در طول سالیان دراز ضروری است در حالی که قانون با تشریفات مقرر در مدت کوتاهی به وجود می‌آید.

ب) قاعده عرفی، از نحوه گفتار یا طرز رفتار مردم منبث می‌شود بنا بر این مستقیماً از ارتکازات فطری یا اراده مردم ناشی می‌شود در حالی که قانون بشری به طور غیر مستقیم به وسیله نمایندگان و قانون الهی از سوی خداوند متعال که عالم به مصالح و مفاسد و نیازهای حقیقی انسان است وضع شده است.

ج) قواعد و اعمال عرفی نسبت به قوانین، دارای موارد ابهام بیشتری هستند و حال آنکه جوانب مختلف قوانین معمولاً روشن و آشکار است. (کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، ص ۱۹۴)

۳- مد

در تعریف مد باید گفت، مد، روش و طریقه موقتی است که طبق ذوق و سلیقه اهل زمان، طرز زندگی و آداب از جمله لباس پوشیدن و غیره را تنظیم می‌کند. (دهخدا، علی اکبر، لغت‌نامه دهخدا، ج ۱۲، ص ۱۸۱۱۵)

در باره تفاوت عرف و مد باید بگوئیم:

۱- مد، اگر چه تکرار می‌شود، اما فاقد ویژگی الزام آور بودن است به طوری که هیچ کس نمی‌تواند فردی را به دلیل رعایت نکردن مد، مؤاخذه کند، در حالیکه اگر کسی عرف را رعایت نکند مورد سرزنش قرار خواهد گرفت به همین جهت مد نسبت به عرف و عادت ریشه فکری و منطقی کمتری دارد. جومیان، حسین، زمینه حقوق تطبیقی در نظامهای حقوق اسلام، ص ۳۱۶-۳۱۷

۲- مد، بیش از عرف و عادت قابل تغییر است و به سرعت در معرض تحول و دگرگونی قرار می‌گیرد، به این جهت عرف و عادات و آداب و رسوم اجتماعی، از نمونه‌های بارز همیشگی اخلاقی و اجتماعی هستند ولی مد چنین نمی‌باشد. (نجومیان، حسین، زمینه حقوق تطبیقی در نظامهای حقوق اسلام، ص ۳۱۶-۳۱۷)

با این تعاریف به این نتیجه می‌رسیم که در مباحث اجتماعی و مرافعات که مردم جهت اقامه عدل و دادگری به نزد قاضی و دادرس می‌آیند، توجه او به این مفاهیم لازم است و با این توجه قاضی به مقبولیتی می‌رسد که می‌تواند محل رجوع دعاوی طرفین دعوا قرار گیرد.

اقسام عرف

عرف‌ها را به لحاظ منشأ پیدایش آنها می‌توان به سه دسته تقسیم کرد:

۱- بسیاری از عرف‌ها ناشی از نیاز بشر می‌باشد که بر حسب اوضاع طبیعی و اجتماعی و خصوصیات ملل و نظامات حکومتی این عرف‌ها متفاوت می‌گردد.

۲- بخشی از عرف‌ها با این‌که نیاز حقیقی به آنها احساس نمی‌گردد و ضرورت خاص، وجود آنها را توجیه نمی‌کند ولی به مناسبت آن‌که یادگار اسلاف و گذشتگان می‌باشد مورد احترام جامعه می‌باشد مانند عرف‌ها و رسومات محلی و اعیاد باستانی.

۳- برخی از عرف‌ها ناشی از اراده و فرمان حاکمان و فرمان‌روایان بوده و صرفاً یک امر حکومتی بوده که طی گذر زمان و تکرار به صورت عادت در آمده و معمول شده است مثل وزن و پیمانه‌ها.

نحوه رفتار و تعامل اسلام با عرف‌ها

برخورد اسلام با عرف و عادات مردم یکسان نبوده و متغیر می‌باشد:

۱. بخشی از عادات‌ها عرف‌هایی می‌باشند که برای حفظ بقاء جامعه ضروری، و با مصالح واقعی مردم و مقاصد اسلام سازگار بودند، که مورد تأیید و امضاء شریعت قرار گرفته‌اند؛ مانند احکام معاملات تجارت، عقود و ایقاعات که به صورت امضائی تشریح شده‌اند، که در واقع تأیید عرف و عادت متداول زمان بعثت پیامبر (ص) هستند، آیه شریفه «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» خدا بیع را حلال کرده (سوره بقره، آیه، ۲۷۵) چیزی جز امضای بیعی که در آن زمان متداول بود، (نقش عرف در فقه و حقوق، علی محمد محمدی، ج ۱۳، ص ۴۳۷) نیست و نیز احترام به ماههای حرام و تحریم قتال در آن ماهها، از احکام امضائی است که در میان اعراب جاهلی وجود داشت و شرع اسلام نیز عیناً آن را تأیید و امضاء کرده است. (سوره بقره، آیه ۲۱۷)

۲. برخی از عادت‌ها و متدهایی که در زمان جاهلیت متداول بود، آن‌هایی بودند که پس از تنقیح و تهذیب، مورد تأیید واقع شدند مانند بعضی از عبادات، حدود، قصاص و دیات و همچنین احکام طلاق و عادت‌های دیگری که اسلام، اصل آن عادات و روش‌ها را تأیید امضاء کرده است.

۳. هم چنین بعضی از مباحث که با مقررات اسلامی هماهنگی نداشته، مورد نهی قرار گرفته است مثل بیع ربوی، و سنت پسر خواندگی. (سوره احزاب، آیه ۴) از این جهت با ظهور اسلام این دسته از عرف و عادات اهمیت پیشین خود را از دست داد و نصوص قرآن و سنت پایه قانون گذاری قرار گرفت. با آن‌که علمای اصول عرف و عادت را از ادله شرعیه نمی‌شمارند باز عرف و عادت از دریچه‌های گوناگونی به قانون گذاری اسلام راه یافته است. (صبحی محمصانی، فلسفه قانونگذاری، ترجمه گلستانه، ص ۲۲۷)

برخی از نصوص و احکام مبتنی بر عرف می‌باشد از جمله مکیل بودن در بیع، پس وقتی قانونی بر پایه عرف استوار باشد در فهم آن نیز باید به عرف مراجعه کرد، سنت تقریری اغلب عادات عرب را تصویب کرده و پیامبر اکرم (ص) در برابر همه عادات نیکو، سکوت اختیار کرده و به دیده رضایت نگریسته. (صانعی، پرویز، حقوق و اجتماع، ص ۸۱)

محمود سلجوقی در کتابش موارد ارجاع به عرف در حقوق اسلام را تا بیست مورد آورده است. (صانعی، پرویز، حقوق و اجتماع، ص ۸۱) که به برخی موارد اشاره می‌شود.

الف - در عقود معاطاتی تحقق عقد به صرف قبض و تسلیم است بدون نیاز به قبول لفظی و این از ابداعات عرف می‌باشد.

ب- در صورت سکوت طرفین عقد در پرداخت ثمن، باید از پول رایج استفاده کرد.

ج - مستعیر در استفاده از مال عاریه باید به نحو متعارف استفاده کند.

د - تفرق در خیار مجلس تابع عرف است به این معنی که تعیین کننده آن عرف می باشد

ه - موالات بین ایجاب و قبول، تابع عرف است.

و- در بحث دیه هم این بسیار مشهور است و می توان از داستان نذر عبدالمطلب جد پیامبر و بحث دیه ۱۰۰ شتر نام برد که عرب هم آن را پذیرفت و رسول خدا هم آن را امضاء و تایید کرد.

سند و واقع شدن عرف برای استنباط احکام شرعی و دادرسی

در خصوص عرف و سند و ملاک قرار دادن آن، نظرات متعدد و بحث های مختلفی وجود دارد:

۱- عرف منبع شریعت یا سند ثبوت آن نیست. عرف تنها ابزاری است که در خدمت کشف شریعت قرار می گیرد.

۲- عقل، نصوص و متون دینی بر منبع بودن انحصاری اراده الهی در شریعت دلالت دارد. و عرف در فهم عقل، نصوص و متون دینی نقش مهمی دارد.

۳- شریعت جامع، جهانی و جاودانه مبین هر خرد و کلان است، با این بیان که جهانی و جاودانه بودن شریعت مقتضی تعیین نهاد یا نهادهایی است که در خلاء قانونی مباشر و مستقیم به برنامه ریزی و جعل مقررات متناسب با اهداف کلی شریعت پردازد یعنی شریعت بدون اعتناء به عرف نمی تواند در میان مردم مطرح گردد و متوقع باشد که مورد اقبال عمومی قرار گیرد.

۴- بسیاری از فقهاء ما گفته اند: با اتصال سیره تا عصر معصومین علیهم السلام و سکوت آنان نسبت به آن سیره می توان امضاء و رضایت آنان را کشف نمود زیرا اگر این روش و سیره بر خلاف حق بود ائمه علیهم السلام که نگهبان شریعت هستند در مقابل آن سکوت نمی کردند و نظر اسلام را اعلام می کردند پس نبود ردع با اتصال سیره دلیل بر اعتبار سیره خواهد بود. (

هاشمی، سید محمود، تقریرات درس شهید صدر بحوث فی علم الاصول ج ۴ ص ۲۴۳ موسوی خمینی انوار الهدایه ج ۱ ص ۲۰۲)

۵- با بررسی و کالبد شکافی، مبدأ شناسی و پسینه کاوی عرفها، معلوم می‌گردد

که بسیاری از آنها منشأ صحیح عقلانی داشته و از این جهت معتبر است.

۶- برای این که پدیده‌های عرفی بتواند برای ما قابل تبیین، فهم و توجه باشد

نیازمند دو رکن اساسی است که عبارتند از: ۱- رکن مادی؛ ۲- رکن معنوی

رکن مادی عرف عبارت است از عمل، روش و عادت است که به مدت طولانی

در بین مردم رایج شده و همه مردم آن کار معین را انجام می‌دهند. (حکیم، محمد تقی، الاصول

العامه للفقہ المقارن، ص ۱۹۷) باید گفت، رکن مادی در واقع ظرف قواعد عرفی است. (سلجوقی،

نقش عرف در حقوق مدنی، ص ۶۷) بنا بر این رکن مادی در صورتی کامل است که عمومی و تام

باشد. (سلجوقی، محمود، نقش عرف در حقوق مدنی ایران، ص ۶۸)

باید گفت: منظور از عمومی بودن آنست که بیشتر کسانی که در قلمرو آن قرار دارند

از آن تبعیت نمایند.

اما منظور از رکن معنوی که از آن در بعضی مواقع به عنوان عنصر روحی و

روانی نام برده می‌شود پذیرش درونی مردم و جامعه است که با احساس و اعتقاد و

رعایت پدیده‌های عرفی بدون آن که در مجموعه‌های قانونی یا نظام‌های مدون ثبت

شده باشد الزامی بودن آن مورد قبول مردم است و گاهی الزامی بودن آن تاجایی است

که حاکمیت خود را ملزم به پذیرش آن می‌داند. (کاتوزیان، ناصر، کلیات حقوق، ج ۲، ص ۱۰۴).

با این بیان‌های شش‌گانه روشن می‌شود که دادرسی و قضا که در قسمت مهمی

برگشت به شریعت و در اموری دیگر برگشت به عرف و جامعه دارد یا به تعبیر

دیگر در برخی موارد کار عرف موضوع شناسی است، نمی‌تواند بدون اعتناء و

توجه به نظر و آراء مردم بوده و داعیه آن را داشته باشد که قضاء و دادرسی از

مقبولیت و اعتبار اجتماعی بالایی برخوردار است، خصوصا دادرسی اسلامی که، برگرفته از تعالیم الهی و وحیانی بوده و ادعای جامعیت و تام بودن در همه عرصه را دارد.

حضور عرف در دیگر مذاهب فقهی

از جمله مواردی که در مذاهب فقهی مد نظر قرار گرفته است و در فقه حضوری پر رنگ و پر اثر دارد که هر مجتهد و قاضی در هر مذهب و فرقه ای باید آن را در مباحث و کار خویش لحاظ کرده و مد نظر قرار دهد بحث عرف است، باید بگوئیم بدون در نظر گرفتن عرف، فقیه و قاضی نمی‌تواند بحث خود را سامان داده و بهره لازم را ببرد؛ بدین جهت است که برخی از فقیهان اعم از شیعه و سنی در بیان مقدمات اجتهاد، انس به محاورات و فهم موضوعات عرفی را مطرح کرده و اجتهاد را بدون شناخت عادات مردم ناتمام دانسته‌اند. (ابن عابدین، مجموعه رساله ابن عابدین، ج ۲، ص ۱۲۳) در این زمینه مرحوم امام خمینی داراری نظر مشابه و همسان است (موسوی خمینی- روح اله- اجتهاد و تقلید ص ۹)

بدون شک قبل از پدیده قانون و قانون گذاری، عرف به عنوان پایه و منظر حقوق رسمیت داشته است تا جایی که گفته شده، عرف در جوامع ابتدایی و قبیله‌ای، پایه و مایه همه پدیده‌های اجتماعی بوده است. (فیض، علیرضا، فصل‌نامه حضور، ش ۵ و ۶، ص ۲۲) طبیعی است که تدوین مجموعه‌های حقوقی و قوانین موضوعه به عنوان یکی از مهم‌ترین پدیده‌های اجتماعی نمی‌تواند ناظر به عرف و عادت نباشد، از این رو با پی جویی سیستم‌های حقوقی جهان به این حقیقت می‌رسیم که تمام این سیستم‌ها و نظام‌ها از عرف متأثر و برای آن اهمیت قائلند و البته این اهمیت در مباحث قضایی خود را دوچندان و مضاعف نشان می‌دهد که بیان خواهد شد.

الف) عرف و مذهب مالکی:

مالکیه در پذیرش عرف مشهورند، حضور عرف در آثار منسوب به مالک، ابن عربی، احمد بن ادریس قرافی، شاطبی و... کاملاً محسوس است. (عادل، عبدالقادر، العرف حجیه و اثره فی فقه المعاملات المالیه عندالحنابله ص ۲۲۵) مالک در اخذ به عرف تا حد تخصیص محکومات کتاب خدا پیشرفته است. (قرطبی، محمد بن احمد، ج ۳ ص ۱۷۲).

ب) عرف و مذهب حنفی:

سرخسی، ابن عابدین و ابن نجیم از اعیان فقه حنفی بر این تأکید دارند که عرف در فقه تأثیر دارد. (جعیت، کما الدین، مجله الفقه الاسلامی، مقاله العرف، ص ۲۹۷۷) هم چنین نقش عرف در اجتهاد حنفی تا بدان پایه است که در ناهمگونی عرف و ظهور، عرف را مقدم می‌دارند و عذر خویش را در این تقدیم، لزوم عسر و حرج با منع عمل به عرف، قرار می‌دهند. (جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق ص ۲۵۳۲)

ج) عرف و مذهب شافعی:

استفاده احمد بن ادریس شافعی از عرف، در استنباط ایشان از سوی برخی از نویسندگان مورد تردید قرار گرفته است. محمود شمام مدعی است، شخص شافعی در فقه و مذهب خود از عرف بهره نبرد، هر چند عالمان شافعی از آن بهره بردند. (جعیت، کمال الدین، مجله مجمع الفقه الاسلامی، ص ۳۳۷۷) و شافعی زمانی که در حجاز و عراق است پیروانش را از اخذ به عرف منع کرد اما وقتی که به مصر می‌رود روش فقهی خویش را عوض می‌کند و از عرف در اجتهاد بهره فراوان می‌برد. (ابراهیم فاضل الدبو، مقاله، نظریه العرف فی الفقه الاسلامی، ص ۳۱۸۸)

ابو علی مردودی از نام‌داران فقهای شافعی می‌گوید، بناء مذهب فقه شافعی بر پنج قاعده استوار است:

۱. یقین با شک کنار نمی‌رود.

۲. ضرر از بین می‌رود.

۳. مشقت رافع عسر و باعث یسر است.

۴. امور تابع مقاصد و نیت‌هاست.

۵. بهره بردن از عرف. (جعیت، کمال الدین مقاله عرف ص ۳۱۰)

د: عرف و مذهب حنبلی:

حنابله عرف و عادت را از منابع اجتهاد معرفی نکردند. منابع را قرآن، حدیث مرفوع، فتاوی اصحاب، حدیث مرسل و ضعیف، قیاس، استصحاب، مصالح مرسله و سد ذرایع می‌دانند (قطب مصطفی سانو، معجم مصطلحات اصول الفقه ص ۷۱) و هرگاه سخن از کار برد ابزاری عرف باشد به عنوان یک ضرورت آن را می‌پذیرند. و ابن قیم تا آنجا پیش رفته که توجه نکردن به قصد و عرف متکلم را جنایت بر بشریت و شریعت خوانده است. (جعیت، کمال الدین، مقاله العرف، مجله مجمع الفقه الاسلامی - ص ۲۹۷۷)

عوامل تاثیرگذار بر عرف:

علت و منشأ پیدایش عرف‌ها و عادات‌ها می‌تواند یکی از اوامر زیر باشد که گاهی این علتها طولی و گاهی عرضی می‌باشد که قابل بررسی است.

۱. فطرت و سرشت خدادادی انسان‌ها، مرحوم نائینی در این باره می‌فرماید: بیشتر

رای عقلاء از گرایش‌های فطری آنان پدید آمده است. (علیدوست، ابوالقاسم، فقه و عرف صص ۱۹-۲۰)

۲. عقل و درک عقلانی (رجبی، حسن، کیهان اندیشه، ش ۴۸، ص ۱۳۲)

۳. تجارب. (العرف و العاده فی رأی الفقهاء، ص ۷۰) به دست آمده از موفقیت‌ها و ناکامی‌ها:

۴. قوانینی که سلطه‌های اجتماعی و حاکمان، الزامی کرده‌اند، به گونه‌ای است که حتی عقلای عصرهای دیگر را ناگزیر به تبعیت و می‌دارد و نسل بعد، آن‌را به عنوان روش و عرف عقلاء تلقی می‌کند.. همان

۵. نیاز و احتیاج جامعه، به طوری که طبع جامعه باعث پیدایش عرف شده است، این نیازها بر حسب اوضاع طبیعی، اجتماعی، اقتصادی، سیاسی و فرهنگی و میزان تمدن آن‌ها متفاوت است. (رساله عرف در فقه و حقوق، ج ۱۳، ص ۴۳۷)

۶. تعصب‌ها، باورهای نژادی، ملی و دینی (رجبی، حسن، کیهان اندیشه، ش ۴۸، ص ۱۳۲)

۷. تقلید از پیشینیان و معاصرین. (نقش عرف در فقه و حقوق، ج ۱۳، ص ۴۳۷)

۸. تبادل فرهنگی، مردم سرزمین‌های همجوار و حتی دور دست، در اثر انواع ارتباطات اقتصادی، فرهنگی، ورزشی به تبادل فرهنگی می‌پردازند تا فرهنگ خود را کامل کنند، که به تدریج این امر در ایجاد و دگرگونی عرف در جوامع موثر است.

۹. تهاجم فرهنگی و تسلط فرهنگی

۱۰. مسامحه و سهل انگاری. (مجله مشکوه، ش ۲۱، ص ۸۷)

۱۱. جهالت و نادانی، که باعث افراط و تفریط در رفتارهای اجتماعی می‌شود.

بناء عقلاء یا سیره عقلاء در عرف

روش و بناء عقلاء که گاهی از آن به بنای عرف تعبیر می‌کنند تکرار و استمرار عمل است و مراد عمل عقلاء از آن جهت که عاقلند می‌باشد. منشأ پیدایش طریقه عقلاء ممکن است قهر و جبر یا فرمان پیامبری از انبیاء الهی و یا اقتضای فطرتی باشد که خداوند در طبیعت و سرشت انسان‌ها با انگیزه حفظ نظام قرار داده است. (کاظمی خراسانی، محمد علی، فوائد الاصول، ج ۳، ص ۱۹۲ - ۱۹۳). بناء عقلاء، عرف عقلاء، سیره عقلاء، طریقه عقلاء، روش عقلاء شاخه‌ای از عرف است که مورد پسند عقل است پس عرف‌های

ناپسند را شامل نمی‌شود، مثلاً تعیین مهریه سنگین عرف ناپسند است. (جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، ص ۸۸۳)

در اینجا باید بگوییم عناصر این بناء چیست؟ عناصر بناء عقلاء را می‌توان از این قرار دانست، عمل، تکرار عمل، وصول تکرار به حد غالب یا عموم در محل معین یا غیر معین، مفید یا مستحسن بودن عمل، (جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دانشنامه حقوقی، ج ۲، ص ۶۰)

از این مطالب که بگذریم به آشفتگی و تکرر آراء در بیان رابطه بناء عقلاء با عرف و عقل بر می‌خوریم، نوشته‌ای که بر یکسانی عرف، بناء عقلاء - آراء محموده - و عقل عملی پا می‌فشارد. (عمید زنجانی، عباسعلی، فقه سیاسی، ج ۲، ص ۲۲۱).

عده‌ای عرف را همان سیره عقلاء دانسته یا وجود این عرف را حداقل در برخی از موارد، مرتبه‌ای از مراتب عقل و شکل تجسم یافته، از اشکال عقل عملی می‌دانند. (علم الهدی، ملقب به شریف مرتضی، الانتصار، ص ۱۵۰ - ۱۵۱) بناء عقلاء و دلیل عقلی از جهاتی با هم تفاوت دارند:

الف) بناء عقلاء، رسم عملکرد عقل است و دلیل عقلی، یک استنتاج عقلی است که به عقل بستگی دارد نه سایر جوارح انسان.

ب) بناء عقلاء، به تکرار عمل بستگی دارد و دلیل عقلی، به این تکرار بستگی ندارد.

ج) بناء عقلاء هرگاه ناشی از عمل ارادی باشد حتماً مسبوق به مصلحت سنجی است و حال این که دلیل عقلی ممکن است کاملاً مجرد بوده و ربطی به مصلحت سنجی نداشته باشد.

میزان و معیار در بناء عقلاء، نیکو دانستن مردم نسبت به یک امری از ته دل و باطن می‌باشد که از عمق و درون افراد نشات می‌گیرد،

اصل دوم: نیاز فقیه و دادرس به عرف

عرف همان بناء و سیره عقلاء است و عرف و سیره عقلاء بیشتر خود را در بستر زمان و مکان بروز می‌دهد و بر روی فقه و فقیه و احکام دادرسی اثر می‌گذارد. خوب می‌دانیم که منابع کشف و استنباط احکام و حقوق در شریعت به دو دسته کلی منقسم می‌شود:

الف- منابع اولیه: منظور از آن، اموری‌اند که ذاتا از اعتبار و حجیت برخوردارند مثل عقل و یا شارع آن‌ها را حجت قرار داده از قبیل کتاب و سنت.

ب - منابع ثانوی: اموری هستند که اعتبار و حجیت آن‌ها تبعی است و بازگشت آن به یکی از منابع اولیه می‌باشد از جمله، اجماع، شهرت، عرف و بناء عقلا. در این نگاه عرف، از این رو که دارای قوه عاقله است، دارای فعالیت‌های عقلانی است و بناء و سیره عقلا، ناشی از ادراکات عقلی اوست و چون عقل حجت و منبع معتبر است، عرف و بناء عقلا نیز دارای منشاء عقلی است.

در قوانین قضایی و آیین دادرسی نیز عرف به عنوان یک منبع مورد استناد قرار می‌گیرد و افزون بر اصل عدم، عرف نیز یکی از راه‌های تشخیص منکر و مدعی است. (عمید زنجانی، عباسعلی، فقه سیاسی، ج ۲، ص ۲۱۹)

از جمله مواردی که عرف از اهمیت برخوردار است در مورد شرایط عقود است که به عنوان یک منبع حقوقی مورد استناد فقهاء و حقوق‌دانان در قراردادها قرار گرفته و معتبر می‌باشد.

باید گفت موارد استفاده عرف فقط به این موارد بسنده نشده و موضوعات عناوین ثانویه را شامل می‌شود، از جمله مباحث، ضرورت، اهم و مهم، ضرر، حرج و

...

و از همه مهم‌تر احکام امضایی می‌باشند که بسیاری از مناسبات حقوقی، اجتماعی، اقتصادی را شامل می‌شود مانند عقود معاطاتی، عقد فضولی که سهم بسیار مهمی در مباحث قضایی دارد.

البته همان قدر که سهم عرف و عادات در شریعت و دخالت فهم آن در استنباط احکام شرعی امری مسلم، روشن و مقبول همگان است، تعیین دقیق دخالت و فهم صحیح آن امری مبهم و بحث‌برانگیز است، از این رو بسیاری از اظهار نظرهایی که درباره نقش و تأثیر عرف در این زمینه شده خالی از افراط و تفریط نیست.

مبحث اول: کارکرد عرف در دادرسی

سابقاً گذشت که عرف می‌تواند مورد استفاده فقیه و قاضی قرار گیرد و صدها فرع فقهی و حقوقی به ظهور برسد و حکم شرعی فرعی کشف گردد.

کلیه قواعد حقوقی و قانون در قلمرو عقل عملی قرار می‌گیرد؛ از این رو عرف می‌تواند یک منبع قابل قبول در حقوق اسلامی تلقی گردد. (عمید زنجانی، عباسعلی، فقه سیاسی، ج ۲، ص ۲۱۸) از این رو دادرس نمی‌تواند به راحتی از عرف گذر نماید، آنچه مورد اندیشه و گفتگوست، عرفی است که بر اعتبار و عدم اعتبار او دلیل خاصی اقامه نگردیده و در نهایت عرف با عدم انکار از پیشینیان اعتبار دارد؛ از این رو استدلال به عرف و لو در برخی از موارد در واقع استدلال به اجماع است. (عطا السید سید احمد محمد، العرف، مجله مجمع الفقه الاسلامی، مقاله، ص ۳۲۰۷)

از نظر فقه شیعه مصادری چون اجماع و عرفی که مورد پذیرش است به سنت باز می‌گردد. بنا بر این عرف از جایگاه اولیه و اصلی که مد نظر است به یک جای تکمیلی ارتقاء پیدا کرده که البته این، مورد وفاق محققان و اندیشمندان می‌باشد.

همچنین بحث شد که اعتبار و سندیت عرف و طریقه عقلایی، نیازی به امضاء شرع و تصریح به حجیت و اعتبار آن از طرف شارع ندارد بلکه عدم ردع و نبود نهی از آن کافی می‌باشد.

البته عدم ردع در جایی که ردع ممکن باشد دلالت بر رضا به آن طریقه دارد و در باب معاملات به این دلیل که معاملات از امور اعتباری هستند و صحت آن متوقف بر اعتبار است در حکم به صحت امضاء شارع لازم است هر چند امضاء به عموم یا اطلاق صورت گیرد از این رو معاملات مستحذنه مانند بیمه در مثل عموم «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» خدا بیع را حلال کرده (سوره بقره، آیه ۲۷۵) یا «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» به پیمانها (و قراردادهای) وفا کنید (سوره مائده، آیه ۱) جای نگیرد نباید با آن به عنوان معامله صحیح برخورد گردد.

مناسبت حکم و موضوع که یک امر عرفی است مقتضی است تا ادله دال بر سبق و رمایه را منحصر در مثل اسب سواری و تیراندازی ندانیم و تعمیم دهیم و مصادیق مذکور در برخی نصوص و متون را بر مثال حمل نمائیم نه انحصار بلکه هر چه آشنایی با کاربرد آن موجب آمادگی و تفوق مسلمین در جنگ می‌گردد، موضوع حکم است. (منهاج الصالحین (للسیستانی)، ج ۲، ص: ۱۷۳ و لا یبعد صحتها فی جمیع الآلات المستعملة فی الحرب و منها الآلات المتداولة فی زماننا.) گاه گفته می‌شود، مراد از رویت در احادیث و جوب روزه و افطار (عاملی، شیخ حر، وسائل الشیعه، همان، ج ۷، ابواب احکام شهر رمضان باب ۳، ص ۱۸۲ - ۱۸۸) به دلیل قرار گرفتن در کنار حکم و جوب صوم و افطار، مطلق یقین و حجت بر حلول هلال ماه رمضان و شوال است نه خصوص دیدن با چشم. این‌ها و صدها نمونه دیگر از این دست احادیث و اخبار در متون فقهی دلالت و حکایت از آن دارد که کاربری عرف در قالب فهم مناسباتی است که بین موضوعات و احکام در اسناد شرعی وجود دارد و همین امر عرفی یعنی مناسبت حکم و موضوع موجب فعل و انفعال در معنی کلام می‌گردد و نوعی اعتدال و تحدید موضوع و شفافیت حکم را به وجود می‌آورد.

البته طبیعی است که مناسبت بین حکم و موضوع گاهی باعث توسیع مدلول لفظی دلیل (خمینی، روح الله، کتاب البیع، ج ۱، ص ۱۴۱ و ۲۰۷) و گاهی هم باعث تضییق (سوره مائده، آیه ۳) و زمانی عامل فهمی خاص می‌گردد که می‌تواند برای قاضی بسیار راهگشا و کارساز باشد.

در مباحث دینی و دعاوی حقوقی به قضایای فراوانی برخورد می‌کنیم که نهاد آن عرف و گزاره‌اش شرعی است، برای مثال می‌توان به این مسأله که غضب حرام است یا خرید و فروش جایز است یا خون نجس است و مسکر حرام است و معامله سفیه و دیوانه باطل است در این موارد قاضی و دادرس وظیفه اش چیست؟ آیا عرف عام مد نظر قاضی است یا عرف خاص؟ اگر هست تا کجاست و حکمش چیست؟

در تمام این قضایا گزاره‌ها شرعی است، اعم از این که حکم تأسیس از طرف شارع حکیم باشد یا از سوی او امضایی شده باشد، لکن نهاد یا مرتبط با نهاد از قبیل غضب، خون، مسکر و... مفاهیم عرفی هستند که مطابق با کارایی، مرجع تشخیص آن‌ها عرف است.

در مواردی که نص شرعی وجود ندارد و حکم شرعی از هر عملی کشف می‌شود، جلوه کاربرد عرف در کشف حکم شرعی کلی جلوه دیگری از ایفای نقش عرف در استنباط ظاهر می‌شود. البته این کشف در صورتی معتبر است که ثابت شود عرف از عرف‌های عامی است که به زمان و مکان خاصی مربوط نیست، تا با این محدودیت زمانی و مکانی، بتوان به عصر معصوم (ع) رسید و تقریر او را فهمید و در این صورت عرف مذکور، سنت تقریری می‌شود. (صدر، سید محمد باقر، دروس فی علم الاصول، ج ۱، صص ۲۷۷-۲۷۸).

مبحث دوم: تبدی یا عرفی بودن احکام

سلیم رستم باز می‌گوید: عادت و عرف عام تنها در اموری مرجع است که نصی از سوی شارع وجود نداشته باشد، به همین دلیل فقیهان گفته‌اند: هر چه مطابق سخن شرعی مکیل است، چون گندم، جو، خرما و نمک یا موزون است چون طلا و نقره برای همیشه با آن معامله مکیل و موزون نمی‌شود، چرا که سخن از عرف است.

(رستم باز، سلیم، شرح المجله، ص ۳۴ و دستگاه قضا بر همین عرف است که به احکام قضایی دست می‌زند

این اندیشه به ابویوسف قاضی از فقهای اهل تسنن نسبت داده شده است و این که، هرگاه سخن شرعی ناظر به عرف و عادت و مبین حالات‌های عرفی کالا باشد، معیار با عرف و عادت است، زیرا نص شرعی در این موارد متأثر از عرف است، بنا بر این عرفی که در هر زمان و مکان وجود دارد معتبر است. اما اگر چنین نظارت و تبیین نبود محور نص شرعی است. (ابن عابدین، مجموعه رسائل ابن عابدین، ج ۳)

اگر بخواهیم بگوییم همه احکام شرعی تبعیدی می‌باشد، به این معنی که احکام ابدی و غیر متغیر است و با تغییر مکان و زمان و حالات دگرگون نمی‌شود این مطلب بیانی قوی و شفاف می‌طلبد و بر قانون‌گذار حکیم است که تبیین روشن و دال بر ابدیت حکم ارائه دهد تا توهم عصری بودن آن پیش نیاید، فقهای ما غالباً بر اساس فهم عرفی کتاب و سنت فتوا داده‌اند، ولی کجا، در چه شرایطی، در چه زمانی و چه مکانی؟ و نیز آراء صادره از سوی قاضی، ناظر به چیست و تا کجا و تا چه زمانی می‌باشد؟

آیا در عصر ما هم می‌توان فتوای مربوط به معاملات و سیاست را بر فهم عرفی باقی مانده از صدها سال قبل مبتنی کرد و به سوی یک فهم مناسب با مسائل کلان بشری که غیر از فهم عرفی مورد نظر است حرکت نکرد؟ در هر حال، در این عصر چاره‌ای جز مراجعه به فهم عرفی و علمی و دقیق نیست. (مجتهد شبستری، محمد، مجله نقد و نظر، ش ۱، زمستان ۷۴، ص ۲۷) و برای این که بتوانیم بگوییم شریعت و دین در هر عصر و زمانی جواب‌گوی مسائل و سوال‌ها است و دستگاه قضاء هم از این قاعده مستثناء نمی‌باشد برای برون رفت از این مشکلات باید به عرف مراجعه کرده تا با برخورداری از فهم دقیق علمی و عرفی روز، بتوان بر مباحث جدید فائق آمد البته این بدین معنی نیست که تماماً در دام افراط و تفریط گرفتار شویم و برخورداری از آن را برای پاره ای از مباحث به جهت تعصبات غلط از خود سلب و ساقط کنیم.

مبحث سوم: مقدم شدن عرف و عادت بر نص در برخی احکام

شهید اول در بحثی تحت عنوان، جواز تغییر برخی احکام با تغییر عادات می-فرماید:

هرگاه زن و شوهر بعد از عمل زناشویی در پرداخت مهر اختلاف نمودند و در این زمان به محکمه قضاء مراجعه نمایند و از قاضی، رسیدگی به دعوی و اختلاف خود را انتظار داشته باشند، طبق روایت گفته شوهر مقدم است. (شیخ حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۵، ابواب المهور، باب ۸ - ص ۱۵) و شیخ طوسی طبق این روایت فتوی داده است و گفته است عادت زنان در این زمان چنین است که قبل از وقوعه مهر را می‌گیرند. (شیخ طوسی، خلاف، ج ۵، ص: ۱۱۶) لکن در این زمان باید گفته زن را مقدم کرد، زیرا روایت مورد اشاره ناظر به عادت آن زمان بوده که شوهرها مهر را قبل از اعمال زناشویی پرداخت می‌نمودند. (عاملی، محمد، القواعد و الفوائد، ج ۱، ص ۱۵۱ - ۱۵۲) اما این عادت و عرف تغییر کرده و جای خود را به عادت دیگری که زنان مهر خود را قبل از وقوعه مطالبه نمی‌کنند، داده است؛ در این جا در واقع باید به نص دیگری عمل کرد، که مسوولیت اثبات پرداخت مهر را بر مدعی (شوهر) می‌گذارد و از منکر و مدعی علیه (زن) به یک قسم اکتفا می‌نماید. (شیخ حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۸، باب ۳، ص ۱۷۰ - ۱۷۲)

مبحث چهارم: عرفی و امضائی بودن قراردادهای حقوقی

یکی از بارزترین جلوه‌های حضور عرف در شریعت، کاربری بسیار تأثیرگذار و مهم آن در معاملات پیمان‌ها و قراردادهاست که بر اساس همین مطلب جایگاه و حضور دادرسی و قضاء خود را نشان داده و شأنی می‌یابد تا بدین وسیله بتواند محل فصل خصومات و رفع اختلافات در مراحل مختلف دادرسی قرار داشته باشد و بر همین اساس است که شریعت توانسته است جواب‌گوی این مباحث بوده و با بهره‌گرفتن از عرفی که در تنافی با شرع نیست حکم صادر کند.

این بدین معنی نیست که شرع در حوزه‌های مختلف از معاملات و زندگی روزمره به فکر تأسیس بوده است بلکه برعکس اصالت و غلبه در غیر اعمال عبادی از سوی شارع مقدس بر امضاء در تشریح بنای مردم می‌باشد و قاضی برگرفته از همین عرف است که می‌تواند حکم صادر کند.

قانون گذار اسلام با ارائه کلان‌پایه‌هایی چون « أَوْفُوا بِالْعُقُودِ » به پیمان‌ها (و قراردادهای) وفا کنید (سوره مائده، آیه ۱) «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» مومن به شرط و پیمان خود وفادار است. (عاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۱، کتاب النکاح، باب ۲۰ ص ۲۷۶ حدیث ۴) و «الناس مسلطون علی اموالهم» مردم بر اموال خود سلطه دارند. (احسائی، محمد بن علی بن ابراهیم، عوالی اللالی، ج ۲۱، ص ۲۲۲) نه تنها به عرف و عادت و عقود و شروط مطروحه در جامعه در زمان‌ها و مکان‌های مختلف مهر تأیید زده است بلکه راه را بر پذیرش عرف‌ها در زمان‌های بعد و دیگر مکان‌ها باز نموده است، بر این بیان ادعای حضور عرف در عرصه فقه و قضاء و دیگر مباحث جدی که مردم و جامعه در آن دخیل می‌باشند نیاز به ارائه شاهد و مثال ندارد.

مبحث پنجم: دادرسی و قضاوت شرعی بر پایه عرف

رنه داوید در کتاب نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر ضمن بررسی جایگاه فقه و دادرسی در کشورهای اسلامی بر این عقیده است که این گونه کشورها از لحاظ نظری مبتنی بر حقوق اسلامی‌اند و در عمل تحت سلطه حقوقی عرف می‌باشند. در این گونه کشورها حقوق اسلامی با عرف و عادت آمیخته شده و فقط برای تنظیم بخش خاصی از زندگی اجتماعی به کار می‌رود. (رنه داوید، نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر، ص ۴۶۸-۴۶۹)

لازم است ما چند نمونه از میان انواع مختلف موجود در فقه و دادرسی عرفی انتخاب و ذکر کنیم که در این موارد دادرسی و قاضی باید با توجه به زمان و مکان و خصوصیات عرفی داوری کند.

الف) هر گاه در ضمن عقد، شرط می‌شود که هر کدام از متبایعین که پیشیمان شد، فلان مبلغ به طرف مقابل بپردازد و تاریخی برای این ندامت و پیشیمانی معین نشود آیا حدود آن محول به عرف است یا اطلاق دارد؟ در این گونه دعاوی دادرس و قاضی چگونه باید به دعوی نگاه کرده و حکم صادر کند؟ قاضی در برخورد و مواجهه چنین می‌گوید، اگر این بحث متعارف دارد محمول بر متعارف است و اگر

متعارفی در بین نیست اطلاق دارد. (موسوی خمینی، روح الله، استفتائات - ج ۲ - ص ۹۱ - سؤال ۵۵)

ب) هر گاه در عرف بلد و منطقه معامله، چیزی از متعلقات مبیع محسوب گردد، که باید همراه مبیع به مشتری تحویل داده شود هر چند در متن عقد ذکری از آن‌ها نشده باشد. (رستم باز اللبنانی، سلیم، شرح المجله، ص ۱۱۳) قاضی در برخورد و مواجهه با این قضیه چنین می‌گوید، اگر این بحث متعارف دارد محمول بر متعارف است و اگر متعارفی در بین نیست اصل بر عدم تبعیت است. همچنین از اقسام عرف، عرفی است که با آن اراده مکلف را در قراردادها تفسیر می‌کنند. (الانفی، محمد جبرف، مقاله العرف، مجله مجمع الفقه الاسلامی، ص ۳۲۸۲)

اصل سوم: قضاوت‌های شرعی و قضاوت‌های عرفی

برخی از روایات به ویژه روایات باب دیات و قضاوت‌های حضرت امیر (ع) ناظر به اجرای احکام شرعی و گاهی ناظر به بهترین شیوه‌ها در اجرا نیستند نه صرف بیان حکم شرعی، به این معنی که ممکن است در امر قضاوت قاضی و دادرس برای رسیدن به مقصد و هدف تنها یک راه داشته باشد و ممکن است راه‌های متعدد داشته باشد و برخی راه‌ها را شرع بیان نموده است و گاه ممکن است قاضی و دادرس از بیان شرع استفاده نکرده و یا دلیل شرعی او را به این مقصد نرسانده بلکه یک راه عرفی جدیدی و یک شم قضایی او را به این مسیر هدایت کند.

بدون تردید سخن گفتن از حوزه شریعت و فقه و حدود و اختیار عرف و عادت بدون توجه به این قضاوت‌هایی که در نصوص شرعی ذکر شده ممکن نیست، آیا می‌توان ادعا کرد که قضاء اسلامی همه بر پایه احکام تأسیسی در شریعت پایه ریزی

شده و یا تمام زوایای آن در کالبد شرع جای گرفته باشد این نیست جز این که عرف در آن مدخلیت نداشته باشد؟ آیا می توان ادعا کرد که عرف در دادرسی و قضاء هیچ نقشی ندارد؟

گفتار اول: سندیت عقل برای عرفی بودن قضاوت و دادرسی

آن چه که از رویه و عرف شارع مقدس می توان استفاده کرد این است که، اصل حاکم بر رفتار شارع در غیر عبادات، بر امضاء و تصحیح بنیانها و بناهای مردم است، مگر آن که خلاف آن به دلیل عقلی ثابت گردد، می دانیم این نگرش در حوزه معاملات و غیر عبادات از حوزه تأسیسات شارع خارج است و حضور شارع به عنوان امضاء کننده و مصحح بناهای عرف می باشد.

این را هم باید گفت، اگرچه اصل حاکم بر تشریح اسلامی در غیر عبادات بر امضاء و عدم تعبد است؛ اما نمی توان این را هم نادیده گرفت در مواردی که دلیل خاصی بر تقنین ویژه وجود دارد، نمی توان از دلیل صرف نظر کرده و بر امضاء و تصحیح بنای مردم و عرف پای بفشاریم.

باید بگوییم با توجه به مطالب مطروحه و بنا بر این که اصل و قاعده در نگاه و نظر شارع به بناهای عرف و روش خردمندان و بناء عقلاء نگاه تصحیح و تکمیل است نه نگاه تبدیل و تغییر و این اصل و نگاه هم پذیرفته و هم مستحسن می باشد.

با توجه به این اصل تعبیر به « فراغ قانونی » و « منطقه الفراغ » که در نوشته های برخی از دانشمندان آمده است، تعبیر دقیقی نیست (رحمانی، محمد، مقاله منطقه الفراغ، مجله نقد و نظر، ص ۲۴۹) سخن ما از شریعت جهانی و جاودان است و چنین شریعتی اقتضائاتی دارد که قانون گذار حکیم نمی تواند آن ها را لحاظ نکرده و مد نظر قرار ندهد، اولین اقتضاء ملاحظه و تصور شرایط مختلف زمانی و مکانی و عرف و عادات مخاطبین و مکلفین به قانون است، با وجود این شرایط و ظرفیت های غیر قابل انکار، سه راه برای شارع و قاضی وجود دارد:

۱. همه ظرفیت‌ها و مؤلفه‌های تغییر را کنار نهاده و بدون توجه به این شرایط، قوانینی متصلب و ناهماهنگ با آنچه گفته شد، جعل نماید و مردم مجبور باشند، به هر قیمتی خود را با آن ضوابط ثابت تطبیق داده و با محیط آن سازگار شوند و دادرس فارغ از این دغدغه فقط به تطبیق آن پرداخته و انشاء رای و حکم می‌کند.

۲. با جعل ده‌ها و صدها هزار قانون خرد و کلان و ناظر به شرایط مختلف کار قانون‌گذاری را سامان دهد.

۳. اصول کلان و مقاصد و آن چه از قواعد، که قابل اجرا شدن در شرایط و حالات مختلف است، بیان نماید و بقیه را به نهاد یا نهادهایی یا حتی به خود مردمان با شرط یا شرایط ویژه واگذارد.

پر واضح است که گزینه اول، گزینه‌ای ناموفق و شکننده است. پدید آوردن مجموعه مقرراتی سخت و غیر ناظر به شرایط مختلف، هیچ گاه مورد نظر و موافق شارع و تأیید عقل نبوده و نخواهد بود و چنین نظراتی دوام نخواهد داشت.

گزینه دوم، نیز عملاً غیر ممکن است، حتی اگر در فرض و تقدیر و عالم ذهن بتوان تصویر صحیح و جامعی از آن ارائه داد، در تطبیق و اجرا عملی نیست و یا کاری سخت و دشوار خواهد بود.

در این میان آن چه باقی می‌ماند، گزینه سوم است که از آن، به اندیشه اعتدال تعبیر می‌کنیم. شاید به همین دلیل است که هیچ فقیه و قاضی منضبطی، معتقد به نظریه شمول نیست، به عنوان مثال شیخ انصاری از فقیهانی است که تا حدود زیادی با نگاه به تعبد و گسترش حوزه شریعت به سراغ ادله معاملات و غیر عبادات رفته است، حتی سخت‌ترین و شامل‌ترین سیره‌های عقلا را در معاملات قابل رد از ناحیه شرع دانسته است (انصاری، المکاسب، المتاجر صص ۸۳ و ۱۱۶) و از این نظر می‌توان بر استنباطات وی خرده گرفت، (شیخ انصاری المکاسب، المتاجر، ص ۱۹). با این همه، در مواردی، تعبد را بعید دانسته و ضرورتی در تأسیس شارع ندانسته و بر قبول بنا و عرف مردم توسط شارع تأکید کرده است. (شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۵، ص ۲۰)

مبحث اول: بنای شرع بر دادرسی عرفی

آن چه حاصل پی‌جویی در نصوص دینی و متون فقهی و اصولی است، فهم این نکته است که شارع مقدس در غیر عبادات بنای مردم و تأسیسات آن‌ها را حفظ کرده و با پیرایش از عاداتی که نمی‌پسندیده به اصلاح آن‌ها پرداخته است، از این رو، زبان نصوص در معاملات برخلاف روند حاکم در عبادات در قالب موارد زبان ردع و نهی است نه تاسیس و اثبات (حر عاملی، جلد ۱۲ وسائل الشیعه) باز به همین دلیل است که تعداد نصوص رسیده از شارع مقدس در باب عبادات قابل قیاس با مقدار نصوص موجود در سایر ابواب نیست. (گلباغی ماسوله، سیدعلی جبار، درآمدی بر عرف، ص ۲۳۲)

این رویه از شارع مقدس بر سیره عالمان فقه و اصول نیز تاثیر گذاشته است. از این رو فقها از «مکاسب محرمه» صحبت می‌کنند و نیازی به نوشتن «مکاسب محلله» نمی‌بینند، معاملات را عقلایی می‌دانند و از ردع و تخطئه سخن می‌گویند؛ (محمد کاظم خراسانی، کفایة الاصول، ج ۱، ص ۴۹) قرآن نیز به متولیان استنباط این توجه را می‌دهد که در حکم به تحریم طعام از دلیل سراغ بگیرند (قل لا اجد فی ما اوحی الی محرماً علی طاعم یطعمه...) سوره انعام (۶): ۱۴۵. و الا، حکم شرع مطابق بنای مردمان و عرف جامعه بر اباحه است.

روایات در معاملات نوعاً ارشادی است و مولوی نیست، ارشاد به شیوه عقلاست و تمام احکام معاملات، ضروری و عقلایی بوده و مادام که ضرورت داشته و شایع بوده است از سوی عقلاء امضاء می‌شده است. شارع هم امضاء می‌کرده، چون شارع در مسائلی مثل معاملات، نقش امضایی را بازی می‌کند نه نقش تأسیسی. (حائری یزدی، مهدی، آفاق فلسفه، صص ۱۲۶ و ۱۲۷).

مبحث دوم: دادرسی موضوع شناسی یا صدور حکم

مسأله‌ای که در این بخش مورد نظر است، بررسی نقش عرف (منظور از «عرف» در اینجا اعم از عرف عام و خاص است). در تشخیص بیان موضوعات احکام است. موضوع شناسی اصلاً کار فقهاء نیست موضوع شناسی بحثی کارشناسی و عرفی است، نه بحث دینی عمل به آرای فقیه در باب موضوعات عرفی به هیچ وجه الزامی نیست و صلاحیت

فقه‌اء اظهار نظر در مورد احکام است و مباحث تعیین مصداق و مانند این‌ها، مباحث موضوعی است و به هیچ وجه این مباحث به لحاظ فنی و فقهی نمی‌تواند در صلاحیت فقیه قرار گیرد، و اگر در این مباحث نظری را مطرح نماید، نظرش از جنبه شرعی برای دیگران معتبر نمی‌باشد.

قضاوت و اجتهاد یک فعالیت علمی ترکیبی است که از دو بخش «موضوع شناسی» و «حکم شناسی» تشکیل شده و هر کدام از این دو قسمت نیز احکامی مخصوص به خود دارد که به روش خاص و علمی ویژه نیازمند است. آگاهی‌های بیرونی مجتهد و قاضی درباره موضوع حکم، فقیه و دادرس را به فهم تازه‌ای از نصوص و منابع فقهی رسانده و این آگاهی‌ها به تناسب باید از علوم «غیر دینی» و «غیر حضوری» و غالباً «علوم تجربی» اخذ شود و از علوم متداول در حوزه‌های علمیه به دست نمی‌آید. (فنایی، ابوالقاسم، فصل نامه نقد، ش ۵، زمستان ۷۴، »

آن چه در لحاظ قانون گذار و در دلیل، موضوع حکم قرار می‌گیرد، از دو صورت موضوع شرعی و موضوع عرفی خارج نمی‌باشد.

منظور از موضوع شرعی نهادی است که از ابداعات شارع و پدید آمده از اصطلاح اوست و با این که ممکن است، اصلی در عرف داشته باشد، لکن در اصطلاح قانون گذار با شکل، شرایط و گاه محتوایی خاص مورد عنایت اوست. متصدیان استنباط و اجتهاد از این نهادها به «مخترعات شرعیه» سید محسن حکیم، مستمک العروة الوثقی، ج ۱، ص ۱۰۵. تعبیر می‌کنند؛ عناوینی چون نماز، روزه، اعتکاف و حج از این قبیل است.

موضوع عرفی - در کنار موضوع شرعی - نهادی است پدید آمده از عرف عام یا خاص، بدون این که شارع از آن اصطلاح خاص به وجود آورده باشد و آن را در معنای ویژه محاوره خویش استعمال کرده باشد. موضوع عرفی ممکن است بسیط، ساده و روشن و ممکن است مرکب، پیچیده در مفاهیم دیگر و تخصصی باشد. بسیاری از مفاهیم نهاده شده در قضایا و گزاره‌های شرعی، از این قبیل است.

فقیه و اصولی سترگ میرزای قمی در تثبیت مرجعیت عرف مردم در تبیین مفاهیم موضوعات و متعلقات ساده و عرفی احکام و نفی داوری فقیه در این زمینه می‌گوید:

فقیه در حدس و داوری خود - با این که خود از صاحبان عرف است - به جهت فراوانی احتمال و ممارست بسیار با ادله عقلی و نقلی متهم است، بنا بر این در این باره باید به عرف مردم کوچه و بازار رجوع کرد؛ زیرا تنها این گروه‌اند که در تعیین معنا و مفهوم و تبادر آن از حاق لفظ داوری صحیح دارند. (میرزای قمی، قوانین الاصول، ج ۱، ص ۱۴)

مرحوم صاحب جواهر در تثبیت مرجعیت عرف و عادت در تعیین محدوده‌ی موضوعات، گوید: فقیه وظیفه‌ای جز بیان فتوا و حکم کلی ندارد (نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۲۷، ص ۲۸۴؛ ج ۲۸، ص ۴۶۶ و ج ۲۶، ص ۷۴ و ۷۵). و بیان هر امری خارج از آن، از عهده وی خارج و نظر او سند شرعی نیست.

محقق ثانی در زمینه تشخیص شرط مخالف کتاب و سنت و مخالف مقتضای عقد از غیر مخالف می‌گوید: در این باره باید به فقیه رجوع و از رای او متابعت نمود. (کرکی، معروف به محقق کرکی، جامع المقاصد، ج ۴، ص ۴۱۵).

لکن آیت الله خویی در رد این گفته، گوید: فقیه در این باره شانی ندارد و نظر وی نیز سند نیست. مرجعیت فقیه تنها در آن چه به احکام برمی‌گردد و باید از ادله استفاده نمود، اختصاص دارد. (خویی، ابوالقاسم، توحیدی، میرزا محمد علی، مصباح الفقاهه، ج ۷، ص ۳۴۱).

فقیه سترگ کاظم یزدی در بیان موارد لزوم تقلید می‌گوید:

مورد تقلید احکام فرعی عملی و موضوعات شرعی از قبیل صلات و صوم است، بنا بر این تقلید در اصول دین، اصول فقه، مبادی استنباط، مانند نحو و صرف، موضوعات استنباطی عرفی یا لغوی و موضوعات عرفی ساده و غیر استنباطی، جریان ندارد؛ بر این اساس هرگاه مقلد نسبت به مایعی شک داشته باشد و مجتهد از شراب

بودن آن خبر دهد، تقلید از وی جایز نیست، البته از این جهت که مخبری است عادل، مانند سایر عدول کلام او پذیرفته است. (طباطبایی، العروة الوثقی، ج ۱، فصل تقلید، ص ۲۴ و ۲۵)

امام خمینی در پاسخ به این سوال که «تشخیص موضوعات که در رابطه با مستنبطات روایات و ادله شرعی، باکیست؟» می‌فرماید: میزان عرف است و اگر بین مجتهد و مقلد اختلاف باشد، باید از عرف نظرخواهی کنند و اگر هر یک مدعی است که عرف چنین است، هر یک به نظر خود عمل کند. (صحیفه امام، ج ۱۵، ص ۳۰۶)

امام خمینی با وجود پذیرفتن مرجعیت عرف در تعیین مصادیق عرفی «فهم موضوعات عرفی وارد در کتاب و سنت» را از شرایط اجتهاد دانسته و بدون آن حصول اجتهاد را غیر ممکن می‌داند. (موسوی خمینی، الرسائل، همان، ج ۲، الاجتهاد و تقلید، صص ۹۶ و ۹۷)

گفتار دوم: دادرسی و قضاء در مواجهه با موضوعات

موضوعات احکام، اعم از شرعی، لغوی و عرفی پیچیده و پنهان بسان احکام شرعی است که جاهل باید در مورد آنها پرسش نماید و فقیه از آن جهت که فقیه است در این موضوع شناسی مرجع نیست و در موضوع شناسی بحث نمی‌کند؛ یعنی از مرجع تقلید نباید توقع داشت که علاوه بر بیان احکام، موضوع شناسی هم بکند اگرچه این کار - شناخت موضوع - فقیه را در راه رسیدن به حکم شرعی کمک می‌کند و چه بسا از دیگر فقهاء متمایز می‌سازد ولی معمول این است که فقیه، موضوع شناسی نمی‌کند. اما همین فقیه، وقتی که در سمت قضا قرار می‌گیرد، در آن جا مباشرتاً یا با مشورت کارشناسان، دقیقاً موضوع شناسی می‌کند و سپس حکم می‌دهد و اگر قاضی علاوه بر بررسی حکم و اعلام نظر به موضوع اشراف نداشته باشد دادرسی به سرانجام و منتج به حکم نمی‌شود..

فقیه در حکم قضایی با وقایع خاص فراوانی مواجه است، مثلاً آیا فلان مرد نفقه داده است یا نه؟ آیا فلان زن ناشزه است یا نه؟ آیا فلان هواپیما به حریم قضایی کشور دیگر تجاوز کرده یا نه؟ در حکم حکومتی نیز همین وضعیت حاکم است؛ به

عنوان مثال، وقتی مرحوم میرزای شیرازی در داستان تحریم تنباکو می‌فرماید: «الیوم، استعمال تنباکو به منزله محاربه با امام زمان است.» در این گفته، یک حکم است ولی این حکم به دنبال کارشناسی موضوعی و تطبیق بر عینیت بود که خود میرزا انجام داده و دیده است، اگر مردم در آن شرایط خاص سیاسی و اجتماعی از تنباکو استفاده کنند، باعث تقویت شرکت رژی و نفوذ بیگانه به قلمرو کشور اسلامی می‌شود (کارشناسی مصداقی)، در نتیجه باعث تضعیف مسلمین و تقویت کفر است که این موضوع، حکمش حرمت و محاربه با امام عصر (عج) است. ایشان در این حکم بسان یک افتاء عمل نمی‌کند که، حکم را با موضوع کلی‌اش بیان نماید و در اختیار مکلف بگذارد.. (مجله نقد و نظر، شماره ۵، ص ۱۹).

بلکه خود فقیه به عنوان یک کارشناس مسلط و بسیار خبره موضوع شناسی و سپس حکم می‌کند و شاید کارشناسان دیگر در زمینه موضوع شناسی به اندازه این فقیه تسلط بر امور ندارند

مبحث اول: موارد رجوع مجتهد و قاضی در موضوع شناسی

از مواردی که صاحبان دعاوی و سائلان باید به مجتهد و قاضی مراجعه نمایند و تشخیص شخصی یا عرف عام مردم نسبت به آن اعتبار ندارد، تبیین مفاهیمی است که شارع مقدس، آن‌ها را ابداع و اختراع (مخترعات شرعیه) نموده و موضوع حکم قرار داده است. مفاهیمی مانند «نماز»، «روزه»، «اعتکاف» و «حج» با کیفیت و شرایط ویژه‌ای که دارد، از داده‌های شرع است و از آن جا که بیان حدود و جزئیات آن محتاج به اطلاع و آگاهی نسبت به اسناد شرعی است، باید در این بیان به تنویر فقیه (عرف خاص) رجوع کرد.

از آن جا که راه‌یافتن به موضوعات شرعی و مخترعات شرعی جز از طریق بررسی اسناد شرعی میسر نیست، بنا بر این در این سری از موضوعات باید به مجتهد

مطلق مراجعه کرد. (کاشف العطاء، شیخ جعفر، کشف العطاء ج ۲، ص ۲۱۲) چرا که این بررسی تنها در توان او است.

گفتنی است که مرجعیت فقیه در این امور متوقف بر ثبوت و پذیرش حقیقت شرعیه نیست، بلکه حتی بر فرض عدم ثبوت و انکار حقیقت شرعیه، از آن جا که استعمال این مفاهیم در معانی جدید مورد نظر شارع - هر چند به استعمال مجازی و به کمک قرینه - قطعی است، باز هم تشخیص دقیق این مفاهیم نیاز به کارشناسی فقیه دارد و به اتفاق همه فقیهان و اصولیان تنها مرجع اوست.

برخی از موضوعات و متعلقات احکام - چنان که در مباحث قبل بدان اشاره کردیم با این که «مخترع شرعی» نیست، بلکه عرفی؛ حتی از نوع ساده و غیر پیچیده آن است، لکن وقتی در دلیلی ذکر می‌گردد و موضوع یا متعلق حکم واقع می‌شود، با خود سوالاتی می‌آورد که پاسخ به این سوال ها بدون مراجعه به اسناد شرعی و ادله‌ای که این واژه و مفهوم در آن به عنوان موضوع یا متعلق حضور دارد، میسر نیست.

البته از آن جا که مرجع در تعیین متفاهم از ادله و بیان حدود موضوع و توسیع یا تضییق آن عرف است، فقیه نباید در بیان موضوع و متعلق و حدود آن‌ها، عرف عام را نادیده بگیرد. بنا بر این فقیه باید عملیات فوق را، به دلیل نیاز به بررسی اسناد شرعی و گاه اسناد مختلف و فراوان از ابواب گوناگون و توجه به مسائل متعدد اصولی و زبان شناسی، بر عهده گیرد، لکن در داوری و بیان نهایی باید ذهنیت‌های عرفی خود را معیار قرار دهد و چنین فرض کند که مردمان کوچه و بازار (که مخاطبان ادله و احکام شرعی هستند) اگر در موقعیتی قرار گیرند که من قرار گرفته‌ام و به جوانبی که من توجه کرده‌ام، توجه نمایند، چه برداشتی از دلیل خواهند داشت و داوری آن‌ها چه خواهد بود؟

جالب است که موارد بی‌شماری از کارشناسی موضوعی فقهاء از این باب است و از آن جا که بحث چندانی از آن به عمل نیامده، گاه مورد غفلت و حتی مورد اعتراض جمعی قرار گرفته، که چرا فقیهان در این موضوعات دخالت کرده و آن را به تشخیص شخصی مقلد یا نوعی وی (عرف عام) واگذار نکرده‌اند؟! از این موضوعات در لسان برخی فقهاء به «موضوعات استنباطیه» یا تعبیری شبیه آن یاد می‌شود و نباید با «مخترعات یا ماهیات شرعیه» اشتباه گرفت.

مورد دیگری که، موضوع شناسی و تعیین مصداق، توسط فقیه را می‌طلبد، موضوعی است که تعبد و اعتباری خاص از ناحیه شارع در مورد آن صورت گرفته است. این قسم از موضوع را هر چند نمی‌توان ماهیتی مخترع از سوی شرع حکیم دانست، یا حداقل این اصطلاح در مورد آن کاربرد ندارد، لکن به هر حال تعبدی از طرف قانون‌گذار در مورد آن به ظهور رسیده است و بر خلاف نمای عرفی‌اش، موضوع در نهایت، شرعی است. مثلاً موضوع «غش» (شیخ مرتضی انصاری، المکاسب، المتاجر، ص ۳۵). «استبراء حیوان نجاست خوار» (غروی تبریزی ، میرزا علی، التقیح فی شرح العروه الوثقی، ج ۳، صص

۲۵۹-۲۶۲). «غنی» و «فقیر» (سید محسن حکیم، مستمسک العروه الوثقی، ج ۹، صص ۲۱۱ - ۲۱۵).

موضوعاتی هستند که در شریعت اسلام موضوع احکامی قرار گرفته و فقهاء و قضات زیادی، به تعیین محدوده و مرزهای این عناوین پرداخته‌اند.

در نوشته‌ای از امام خمینی «ره» چنین آمده است «میزان در تشخیص موضوعات و مصادیق عرفی عرف است و اگر بین مجتهد و مقلد اختلاف باشد، باید از عرف نظرخواهی کنند و اگر هر یک مدعی باشد که عرف چنین است، هر یک به نظر خود عمل می‌کند.» با این بیان به این مهم می‌رسیم که اهمیت و ارزش عرف تا بدانجاست که یک فقیه با این‌که خود آحادی از عرف و جامعه است ولی در مقام تزاحم و یا عدم تعامل هر کدام مستقل دارای نظر خاص خود می‌باشند.

مبحث دوم: ابزار کشف مفاهیم عرفی و مصادیق آن

در مباحث قبل، از جایگاه عرف عام در شناخت مفاهیم عرفی دفاع کرده و هیچ رقیبی برای آن، در تبیین این گونه مفاهیم پذیرفته نشد؛ جز در مواردی که تعبد خاصی صورت گرفته است. حال پرسشی که در این مجال وجود دارد و باید به آن پردازیم این است که راه و ابزار رسیدن به نظر عرف و حاصل دقت در این موارد چیست و کجاست؟ و فقیه و قاضی برای بدست آوردن آن به چه راهکاری باید دست یازد؟

مرجع در تشخیص و تبیین مفهوم « لهو » عرف است و حاکم به تحقق آن در خارج و تشخیص مصداق آن وجدان و یافت شخصی مکلف است؛ البته مراتب حس در وضوح و عدم وضوح مختلف است، گاه لهو بودن صدایی چنان روشن است که به مجرد پدید آوردن آن، هرچند هنوز به حد غنا نرسیده باشد، برای برخی محسوس است. (ممکن است موجب یقین و اطمینان شود یا خیر) و ممکن است برای برخی دیگر به این حد نرسیده باشد.

بر خلاف کشف مفاهیم عرفی که در مورد آن تعبدی از سوی شارع صورت نگرفته، عرف خردمندان و رویه مردم در شیوه‌های کشف، مورد امضا قرار گرفته است. در مصداق شناسی و تطبیق مفاهیم بر مصادیق، ضمن احترام نهادن و تقریر برخی از رویه‌های مردم، از قبیل مراجعه به علم، اطمینان و ظن قوی، در فرض عدم امکان یا مشکل بودن تحصیل علم و اطمینان، به تعیین تعبدی برخی نهادها از قبیل شهادت دو یا یک مرد عادل یا قسامه پرداخته است. بدون شک مرجعیت علی الاطلاق (انصاری، شیخ مرتضی، المکاسب المتاجر، ص ۳۷). این نهادها در تطبیق، امری تأسیسی و مجعول شرعی است که در موارد زیادی کاربرد دارد و البته بر شارع حکیم لازم است که این موارد را به عنوان موسس بیان کرده تا راه‌گشای افراد برای رسیدن به حقیقت باشد.

منظور از عرف، عرف چه زمان و چه مکانی است؟ آیا در تفسیر واژه‌های به کاررفته در اسناد شرعی باید به عرف زمان شارع و مکان تشریح مراجعه کرد یا عرف هر زمان و مکان برای مردمان آن عصر و زمان، مورد پسند و قابل قبول است و یا عوامل دیگری در این بین وجود دارد که باید در جای خود به بحث گذاشته شود؟ این پرسش، تنها در تفسیر واژه‌ها و کارایی تصویری عرف نیست، بلکه در کارایی تصدیقی عرف و داوری، در مورد مجموعه دلیل و ادله و کاربرد تطبیقی و کارشناسی مصداقی عرف نیز مطرح است.

آخوند خراسانی در نهایت، مرجع دادرسی و داوری را، عرف می‌پندارد. محوریت عرف نه تنها مورد پذیرش اکثریت است، بلکه برخی کسان، که گاه در این باره مرجعیت، عقل را پذیرفته‌اند، در جایی دیگر این لباس را از تن عقل به در آورده و بر اندام عرف پوشانده‌اند. (آخوند خراسانی، کفایه الاصول، ج ۲ ص ۳۴۹)

نتیجه گیری

از نظر اسلام وحی به عنوان منبع اصلی تمام قوانین فقهی و حقوقی دانسته می‌شود از اینرو قانونگذاری را مخصوص خداوند میدانند و هیچ فردی حق مداخله در سرنوشت دیگران را ندارد و تنها قوانین الهی است که قابل اجراست ولی از آنجا که مشیت الهی برآزادی و اختیار انسان و اعمال بر سرنوشت خویش قرار گرفته است، عرف به عنوان منبع متحرک و متغیر حقوق اسلامی و یا کاربرد آن در موارد سکوت، اجمال و تناقض قوانین و... به عنوان قاعده در احکام شرعی و قضایی پذیرفته شده است.

اصولا احکام و شریعت الهی بر مدار مصالح و مفاسد استوار است، در بسیاری از نظامهای حقوقی دنیا، عرف به عنوان منبع قواعد حقوقی و در پاره ای دیگر از نظامهای حقوقی به جهت تجلی اراده عمومی جامعه به عنوان مبنای قواعد حقوقی و نیروی الزام آور شناخته می‌شود، بنابراین حضور عرف برای برون رفت از احکام و مباحث قضایی که در یک پروسه زمانی و فرایند طولانی از صدر اسلام تا حال بسط

و گسترش یافته جزء خصیصه روشن و انکار ناپذیر می باشد، بدین جهت است که حقوق اسلامی عرف را در مصادیق و ابزار دارای ارزش و اعتبار می داند، حقوق دانان و فقیهان اگرچه در باره حدود و ثغور آن نظرات مختلفی ارائه دادند لکن در اصل اعتبار عرف در حوزه های مختلف هم رای و هم نظر می باشند، باید گفت برای اعتبار عرف نیازمند امضاء و تصریح شارع نیستیم بلکه عدم ردع و نهی از آن برای کاربری کافی می باشد بنابراین عرف را باید عنصری دانست که راه حل منصفانه را برای ما میسر و کشف می سازد و هم چنین نیروی موثری است که نهادهای حقوقی و قضایی را به روز کرده و همواره در تطبیق با نیازهای جامعه پویا و زنده نگاه میدارد، به همین جهت است که در مباحث قضایی دادرسی نمی تواند نسبت به عرف چه در مباحث کارشناسی و موضوعی و چه در مباحث دیگر قضایی بی اعتناء بوده و از آن بی بهره باشد .

منابع :

- ابن اثیر، مجدالدین ابی السعادات المبارک محمدالجزری ، النهایه فی غریب الحدیث و الاثر، انتشارات اسماعیلیان، قم، ایران، ۱۳۶۷
- ابن منظور افریقی، جمال الدین محمدبن مکرّم، لسان العرب، مفردات فی الغریب القرآن ، دارالاحیاء التراث العربی، بیروت، ۱۴۰۸
- ابن عابدین، سید محمد امین افندی، مجموعه رسائل ابن عابدین، دارالاحیاء التراث العربی، بیروت
- الفیومی مقری، احمد بن محمد بن علی، مصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر، دارلهجره، چاپ اول، قم،
- القزوینی الرازی، ابی الحسین احمد بن فارابی بن زکریابن محمد، معجم مقاییس الغه-، دفتر تبلیغات اسلامی، الدب، ابراهیم فاضل ، مقاله، نظریه العرف فی الفقه الاسلامی
- انصاری، شیخ مرتضی، المکاسب المتاجر، مجمع الفکر الاسلامی، قم
- الالفی، محمد جبرف، مقاله العرف ، مجله مجمع الفقه الاسلامی ،
- الاصفهانى، الراغب، معجم مفردات الفاظ القرآن، مطبعة التقدم العربی
- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، کتابفروشی اسلامیة، تهران
- بحرالعلوم، سید محمد، الإجتهد احوله و احكامه، مکتبه الصادق، تهران، ۱۴۰۳
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، انتشارات امیرکبیر، تهران،
- جعیط، کما الدین، مجله الفقه الاسلامی، مقاله العرف،
- جعفری لنگرودی، جعفر، دانشنامه حقوقی، انتشارات امیرکبیر، تهران
- حائری یزدی، مهدی، آفاق فلسفه، انتشارات فرزّان
- حکیم، سید محمد تقی، الاصول العامه للفقه المقارن، موسسه آل البيت، قم
- حیدری، علی نقی، اصول استنباط حقوق اسلامی، ترجمه غرویان و شیروانی، انتشارات دارالفکر
- حکیم، سید محسن، مستمسک العروه الوثقی، موسسه آل البيت،
- خراسانی آخوند ، ملا محمد کاظم ، کفایة الاصول، طبع آل البيت، قم
- خرازی، سید محسن، نقش زمان و مکان در اجتهاد،
- خویی، سید ابوالقاسم منهاج الصالحین
- خویی، ابوالقاسم، مبانی تکمله المنهاج الفقاهاه ، مطبعة الاداب، نجف اشرف، عراق
- خویی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهاه، موسسه نشر اسلامی، قم
- خمینی، روح الله، الإجتهد و التقليد، موسسه نشر اسلامی، قم
- خمینی، روح الله، کتاب البیع، انتشارات اسماعیلیان، قم
- خمینی، روح الله، انوار الهدایه فی التعلیقه علی الکفایه، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی
- دهخدا، علی اکبر، لغتنامه دهخدا، دانشگاه تهران
- رنه داوید، نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر، ترجمه آشوری
- رجبی، حسین، کاربرد عرف در استنباط، کیهان اندیشه ش ۴۸
- راغب اصفهانى، ابوالقاسم حسین ابن محمد، مفردات الفاظ قرآن، دارالعلم، دمشق
- زبیدی، محمد، تاج العروس من جواهر القاموس، بیروت، دارالهدایه، ۱۳۸۵ هـ . ق
- ابن فارس، احمد، معجم المقاییس اللفه، مکتب الکلام اسلامی، قم
- سیستانی، سید علی، منهاج الصالحین، دارالکتب الاسلامیه
- سلیم رستم باز اللبنانی ، سلیم، شرح المجله، دارالاحیاء التراث العربی، بیروت

- سلجوقی، محمود، نقش عرف در حقوق مدنی ایران
 سنگلجی، محمد، قضاء و دادرسی در اسلام، دانشگاه تهران
 صدر، سید محمد باقر، دروس فی علم الاصول، بحوث فی علم الاصول، دارالتعارف للمطبوعات، بیروت
 صدر، سید محمد باقر، علم اصول الفقه، موسسه النشر الاسلامیه، قم، ۱۴۱۲
 صدر، سید محمد باقر، المعالم الجدیده، مرکز مطالعات و پژوهشهای فرهنگی حوزه علمیه
 صبحی محمصانی، فلسفه قانونگذاری در اسلام، انتشارات امیر کبیر، تهران
 صناعی، پرویز، حقوق و اجتماع،
 طریحی، فخرالدین بن محمد، مجمع البحرین، کتاب العین، تحقیق سید احمد حسینی، دفتر نشر فرهنگ اسلامی
 طوسی، محمد بن محمد بن حسن، الخلاف، موسسه آل البيت، نجف
 عبدالقادر، العرف حجیه و اثره فی فقه المعاملات المالیه عندالحنابله
 العاملی، ابو عبدالله محمد بن مکی، القواعد و الفوائد فی الفقه و الاصول والعربیه، تحقیق السید عبدالهادی الحکیم،
 مکتبه المفید، قم
 عاملی، شیخ حر، محمد بن حسن، وسائل الشیععه، موسسه آل البيت، قم
 عطا السید سید احمد محمد، العرف، مجله مجمع الفقه الاسلامی،
 علیدوست، ابوالقاسم، فقه و عقل، انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۴
 علم الهدی، علی بن حسین بن موسی بن محمد ملقب به شریف مرتضی، الانتصار، تحقیق کلانتری ابوالقاسم
 عمید زنجانی، عباسعلی، فقه سیاسی، انتشارات امیر کبیر
 فیض، علیرضا، نقش زمان و مکان در فقه و اجتهاد، فصلنامه حضور
 فهیمی، ابو سنه، احمد، العرف و العاده فی رأی الفقهاء، ص ۷۰ قاهره، مطبعه الازهر
 قرطبی، محمد بن احمد، فقه و عرف
 قطب مصطفی سانو، معجم مصطلحات اصول الفقه بیروت، دارالفکر، دمشق
 غروی تبریزی، میرزا علی، التنقیح فی شرح العروه الوثقی، موسسه آل البيت
 کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران
 کاشف العطاء، شیخ جعفر، کشف الغطاء، تحقیق مکتب الاعلام الاسلامی
 کاتوزیان، ناصر، کلیات حقوق،
 کاظمی خراسانی، محمد علی، فوائد الاصول. موسسه النشر الاسلامی، قم
 گلباغی ماسوله، سید علی جبار، درآمدی بر عرف، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم
 محقق کرکی، نورالدین علی بن الحسین عبدالعلی معروف به محقق کرکی جامع المقاصد، موسسه آل البيت
 منتظری، حسینعلی، در اسات فی ولایة الفقیه، المرکز العالمی الدراسات الاسلامیه
 میرزای قمی، ابوالقاسم، قوانین الاصول، موسسه تحقیقاتی و نشر معارف اهل البيت
 نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، دارالکتب الاسلامیه، قم
 نایینی، محمد حسین، اجود التقریرات، محرر سید ابوالقاسم خوبی، مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی
 هاشمی، سید محمود، تقریرات درس شهید صدر بحوث فی علم الاصول
 یزدی، سید محمد کاظم، عروه الوثقی، دارالکتب الاسلامیه، تهران
 مجله نقد و نظر،
 کیهان اندیشه
 مجله مشکوه
 فصل نامه حضور