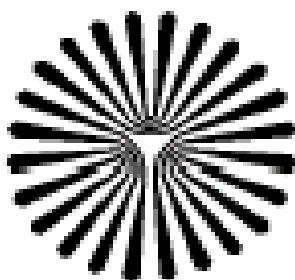


بِالْحَقِّ مِنَ حَقِّ عَلَيْهِ



دانشگاه پیام نور

مرکز تهران جنوب

دانشکده الهیات و علوم اسلامی گروه حقوق

نقش عرف در حقوق خانواده

پایان نامه

کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

استاد راهنما دکتر علی سعیدی

استاد مشاور دکتر محمدیار ارشدی

محمد صادق صادقی

پاییز ۱۳۹۰

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

دانشگاه پیام نور

مرکز تهران جنوب

دانشکده الهیات و علوم اسلامی گروه حقوق

نقش عرف در حقوق خانواده

پایان نامه

کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

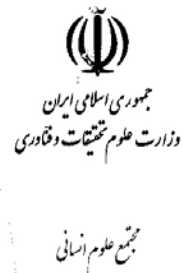
استاد راهنما دکتر علی سعیدی

استاد مشاور دکتر محمدیار ارشدی

محمد صادق صادقی

پاییز ۱۳۹۰

شماره
تاریخ
پیوست



مجمع علوم انسانی

تصویب نامه

پایان نامه کارشناسی ارشد رشته حقوق
تحت عنوان: گرایش خصوصی

نقش عرف در حقوق خانواده

نام خانوادگی: صادقی
شماره پروانه: ۴۸۷۷
تاریخ دفاع: ۱۳۹۰/۸/۹
نمره: ۱۶
نام: محمد صادق
شماره دانشجویی: ۸۷۰۰۰۵۶۳۷
ساعت: ۱۵-۱۶:۳۰
درجه ارزشیابی: بسیار خوب

هیات داوران:

داوران	نام	نام خانوادگی	کد استادی	مرتبه علمی	امضاء
راهنما	علی	سعیدی	۴۰۰۹۹۶		
راهنمای دوم	-	-	-		
مشاور	محمدیار	ارشدی	۴۰۴۱۰۹	استادی	
مشاور دوم	-	-	-		
داور	رامین	پورسعید			
داور دوم	-	-			

تهران، خیابان استاد نجات الهی
نرسیده به خیابان کریمخان زند
چهارراه سپند، پلاک ۲۲۲
تلفن: ۸۸۸-۱۰۹۰
دورنگار: ۸۸۸۹۰۵۲۶

WWW.IPNU.AC.IR
ensani@ipnu.ac.ir

اینجانب دانشجوی ورودی سال مقطع کارشناسی ارشد رشته گواهی می نمایم چنانچه در پایان نامه خود از فکر، ایده و نوشته دیگری بهره گرفته ام با نقل قول مستقیم یا غیر مستقیم منبع و ماخذ آن را نیز در جای مناسب ذکر کرده ام. بدیهی است مسئولیت تمامی مطالبی که نقل قول دیگران نباشد بر عهده خویش می دانم و جوابگوی آن خواهم بود. دانشجو تأیید می نماید که مطالب مندرج در این پایان نامه (رساله) نتیجه تحقیقات خودش می باشد و در صورت استفاده از نتایج دیگران مرجع آن را ذکر نموده است.

نام و نام خانوادگی دانشجو
تاریخ و امضاء

اینجانب دانشجوی ورودی سال مقطع کارشناسی ارشد رشته گواهی می نمایم چنانچه براساس مطالب پایان نامه خود اقدام به انتشار مقاله، کتاب، و ... نمایم ضمن مطلع نمودن استاد راهنما، با نظر ایشان نسبت به نشر مقاله، کتاب، و ... و به صورت مشترک و با ذکر نام استاد راهنما مبادرت نمایم.

ام و نام خانوادگی دانشجو
تاریخ و امضاء

کلیه حقوق مادی مترتب از نتایج مطالعات، آزمایشات و نوآوری ناشی از تحقیق موضوع این پایان نامه متعلق به دانشگاه پیام نور می باشد.

ماه و سال

السلام عليك يا روح الله

بالتقدير وشكر

بالتقدير از گستره بستر دانش پیام نور در اقصی نقاط کشور و با امید به کیفیت

بهینه این دانشگاه و لشکر از تمامی خادمان علم ایران زمین

و با لشکر از اساتید راهنا و مشاور

چکیده

عرف در لغت به معنای آرامش نفس است. شناخت‌های واضح و فراگیر اجتماعی را عرف گویند زیرا عموم با اینگونه شناخت‌ها آرام می‌گیرند. این عرف‌ها در جوامع انسانی که تعقل و ویژگی آن است با بنای عقلاء یکی خواهد بود.

حجیت ذاتی عرف مستند به فطرت انسانی و ضرورت پایداری اجتماع و حجیت تبعی عرف مستند به عدم ردع شارع نسبت به عرف‌های پدید آمده با وجود اطلاع وی از آنچه در آینده پیش می‌آید و یا مستقیماً مستند به آیات الهی می‌باشد.

حجیت عرف در اعم از موضوعات و احکام است. لیکن در موارد تعارض، اصل، حجیت شرع و قانون است. اما مغایرت غیر از تعارض است.

حقوق خانواده، زیرمجموعه‌ای از حقوق و مشمول ادله حجیت عرف و آیات الهی در امر به عرف خواهد بود. با این وجود آیات ویژه‌ای حتی در بدترین شرایط خانوادگی اجازه‌هایی از عرف را نمی‌دهد.

آنچه در آیت الهی به عنوان مجوز زدن زنان مطرح می‌گردد از آنجا که لغت ضرب بکار رفته به معانی متفاوتی در قرآن کریم آمده است، از جمله جداکردن و تحریک، می‌توان آیه را به معنای جدایی کامل و موقت شوهر از زن و یا تحریک وی دانست.

مهریه، جهیزیه، نفقه، اجرت المثل، خانه‌داری و نشوز از مصادیق حقوق عرفی خانواده‌اند. مهمترین علت افزایش مهریه‌ها آن است که مرد هنگام ازدواج و تعیین مهریه با توجه به عرف حاکم، خود را ملزم به پرداخت مهریه نمی‌داند.

اگرچه خود نفقه در فقه و قانون موکول به عرف شده لیکن بهتر بود ملاک تعیین نفقه را نیز به عرف ارجاع می‌دادند.

پرداخت نحله یا عطیه به زن در هنگام طلاق از آیات قرآنی نشأت گرفته است. و اگر به شغل خانگی زن و دست‌مزد او بهای بیشتری داده شود بسیاری از زنان، محیط خانه و تربیت فرزند خود را بر کارهای بیرون ترجیح می‌دهند.

کلید واژه: عرف، رسم، سنت، حقوق، قانون، خانواده

۱۰ مقدمه
۱۱ فصل ۱ کلیات عرف
۱۲ ۱-۱ تاریخ عرف
۱۲ ۱-۱-۱ عرف در اصطلاح
۱۳ ۲-۱-۱ معنای واقعی عرف
۱۴ ۳-۱-۱ پیدایش عرف
۱۶ ۴-۱-۱ عرف، منبع یا مبنای حقوق
۱۷ ۲-۱ مشخصات عرف
۱۷ ۱-۲-۱ عرف لفظی
۱۸ ۲-۲-۱ عرف و عادت
۱۹ ۳-۲-۱ عرف و مد
۱۹ ۴-۲-۱ عرف و قانون
۱۹ ۵-۲-۱ عرف و نص
۲۰ ۶-۲-۱ عرف و امارات
۲۰ ۷-۲-۱ عرف و حقوق جزا
۲۱ ۸-۲-۱ عرف و عقد ازدواج
۲۱ ۳-۱ عیوب عرف
۲۱ ۱-۳-۱ اجمال عرف
۲۲ ۲-۳-۱ تغییر عرف
۲۲ ۳-۳-۱ کندی عرف
۲۲ ۴-۳-۱ تعارض عرف
۲۴ فصل ۲ عرف و حقوق
۲۵ ۱-۲ نظامهای حقوقی
۲۵ ۱-۱-۲ نظام حقوقی رومی
۲۶ ۲-۱-۲ نظام حقوقی نانوخته
۲۶ ۳-۱-۲ نظام حقوقی اسلام
۲۷ ۲-۲ بنای عقلاء
۲۷ ۱-۲-۲ بنای عقلاء و عرف
۲۷ ۲-۲-۲ بنای عقلاء و سیره متشرعه
۲۸ ۳-۲-۲ بنای عقلاء و ارتکاز
۲۹ ۳-۲ حجیت عرف
۳۰ ۱-۳-۲ حجیت ذاتی

۳۳	۲-۳-۲	حجیت تبعی
۳۴	۴-۲	عرف در قرآن کریم
۳۴	۱-۴-۲	امر به عرف در قرآن
۳۷	۲-۴-۲	معنای عرف در قرآن
۴۰	۳-۴-۲	عرف و دستورات شرعی
۴۱	۴-۴-۲	عرف و مذمت اکثر
۴۳	۵-۴-۲	عرف و جوامع ناهنجار
۴۴	۵-۲	کاربرد عرف
۴۴	۱-۵-۲	کاربرد عرف در فقه
۴۶	۲-۵-۲	کاربرد عرف در قانون مدنی
۴۷	۳-۵-۲	کاربرد عرف یا نظام عرفی
۴۸	۴-۵-۲	عرف در بستر زمان و مکان
۵۱	۵-۵-۲	دقت عرفی و تسامح عرفی
۵۳	۶-۲	پدیده عرفی شدن
۵۴	۱-۶-۲	فقه اسلام و پدیده عرفی شدن
۵۵	۲-۶-۲	پذیرش عرف یا عرفی شدن
۵۷		فصل ۳ عرف و خانواده
۵۸	۱-۳	خانواده
۵۸	۱-۱-۳	خانواده و زن
۶۰	۲-۱-۳	خانواده و عدالت
۶۲	۳-۱-۳	خانواده و عواطف
۶۳	۴-۱-۳	خانواده و اخلاق
۶۶	۲-۳	حقوق خانواده
۶۶	۱-۲-۳	تعارض یا تغایر عرف و شرع
۶۷	۲-۲-۳	حقوق خانواده در قرآن کریم
۶۹	۳-۲-۳	حقوق خانواده در فقه
۷۰	۴-۲-۳	خانواده و نظام عرفی
۷۱	۵-۲-۳	عرف و زدن زنان
۷۱	۳-۳	مصادیق حقوق عرفی خانواده
۷۸	۱-۳-۳	مهریه
۷۸	۱-۱-۳-۳	مقدار مهر در فقه امامیه
۷۹	۲-۱-۳-۳	مقدار مهر در حقوق ایران
۷۹	۳-۱-۳-۳	دلایل افزایش مهریه

۸۰ ۴-۱-۳-۳ لایحه حمایت از خانواده
۸۱ ۲-۳-۳ جهیزیه
۸۱ ۱-۲-۳-۳ تاریخ جهیزیه
۸۳ ۲-۲-۳-۳ مسؤل جهیزیه
۸۵ ۳-۲-۳-۳ مالکیت جهیزیه
۸۷ ۳-۳-۳ نفقه
۸۷ ۱-۳-۳-۳ اقسام نفقه
۸۸ ۲-۳-۳-۳ امتیازات نفقه زوجه
۸۸ ۳-۳-۳-۳ مصادیق نفقه
۹۰ ۴-۳-۳-۳ مقدار نفقه
۹۰ ۵-۳-۳-۳ ملاک تعیین نفقه
۹۲ ۶-۳-۳-۳ مبانی نفقه در فقه
۹۳ ۷-۳-۳-۳ آثار حقوقی مبانی نفقه
۹۴ ۸-۳-۳-۳ نفقه تکلیف یا حق
۹۵ ۹-۳-۳-۳ عجز زوج از نفقه
۹۶ ۴-۳-۳ اجرت المثل
۹۶ ۱-۴-۳-۳ جایگاه فقهی اجرت المثل
۹۷ ۲-۴-۳-۳ جایگاه حقوقی اجرت المثل
۹۸ ۳-۴-۳-۳ نحله
۹۹ ۴-۴-۳-۳ مناع
۱۰۰ ۵-۳-۳ خانه داری و اشتغال
۱۰۱ ۱-۵-۳-۳ شغل خانهداری
۱۰۲ ۲-۵-۳-۳ تربیت فرزند
۱۰۲ ۳-۵-۳-۳ علل اشتغال
۱۰۳ ۴-۵-۳-۳ تقسیم کار خانه
۱۰۳ ۵-۵-۳-۳ محیط کار
۱۰۴ ۶-۳-۳ نشوز
۱۰۵ ۱-۶-۳-۳ نشوز در قانون مدنی
۱۰۵ ۲-۶-۳-۳ نشوز و عرف
۱۰۷ نتیجه و پیشنهاد
۱۱۲ منابع
۱۱۶ ABSTRACT

مقدمه

"وَلَا تَنْقُضْ سُنَّةَ صَالِحَةٍ عَمِلَ بِهَا صُدُورُ هَذِهِ الْأُمَّةِ وَاجْتَمَعَتْ بِهَا الْأَلْفَةُ وَصَلَحَتْ عَلَيْهَا الرَّعِيَّةُ وَ لَا تُحَدِّثَنَّ سُنَّةً تَضُرُّ بِشَيْءٍ مِنْ مَاضِي تِلْكَ السُّنَنِ فَيَكُونَ الْأَجْرُ لِمَنْ سَنَّهَا وَالْوِزْرُ عَلَيْكَ بِمَا نَقَضْتَ مِنْهَا" ^۱

حقوق مجموعه‌ای از قوانین نوشته و نانوشته است. در نگاهی کلی می‌توان قوانین نانوشته را عرف نامید که چون در نهایت، قوانین نوشته باید با تفکری محاط در قوانین نانوشته اجراء گردد، اهمیت این قسمت حقوق آشکار می‌گردد.

آنچه در جامعه جریان دارد اگر با آموزه‌های قطعی شرع یا حقوق، معارض باشد محلی از اعراب نخواهد داشت؛ چرا که حجیت شرع و حقوق ثابت است. و در این تحقیق مختصر برآنیم تا حجیت رفتارهایی را که جامعه، آنها را به نیکی می‌شناسد و تبعیت از آنها را لازم می‌شمارد و از طرفی مورد اشاره شرع و حقوق واقع نشده‌اند؛ را به اثبات رسانیم. رفتارهایی نه تنها از جنس موضوعات و مصادیق، آنگونه که معمول فقه است؛ بلکه حجیت رفتارهای حکم آور را نیز اثبات کنیم.

در میان رفتارهای جاری در جامعه، آنچه بیشتر، از طرف شرع و حقوق مسکوت گذاشته شده و به عبارتی به عرف واگذار گردیده، رفتارهای خانوادگی است، رفتارهایی متنوع به تنوع فرهنگها و افراد، و در عین حال آمیخته از حق و اخلاق، که نمونه آنها در دیگر حیطه‌ها نمی‌توان یافت. مثلاً تأثیر پذیری ابواب معاملات، از فرهنگ، کمتر و با عمومیتی کمتر است و اخلاق را در آن، جایگاه مهمی نیست زیرا که محل ظهور احساسات نیست؛ به خلاف خانواده و خصوصاً روابط همسران که بنیاد خانواده بر آن استوار است.

روابط میان همسران هرچند به جهت گستردگی زمان و مکان و افراد، قابل احصاء نیست؛ اما می‌توان ضابطه‌ای برای آن تعیین کرد؛ ضابطه‌ای سیال و قابل اعمال در تمامی ازمنه و امکانه.

عرف، ساده‌ترین و قابل‌ترین ضابطه سیال حاکم بر روابط خانوادگی است. و برآنیم تا نظر شرع را راجع بدان جويا شويم و من الله التوفيق.

۱ نباید بشکنی سنت نیکی را که بزرگان این امت بدان عمل کرده‌اند و بواسطه آن کار مردم اصلاح شده با هم الفت یافته‌اند. و سنتی نو که مضر به این سنتها باشد ایجاد مکن. زیرا که در اینصورت پاداش، از آن آنها است که آن سنتها را ایجاد کردند و گناه از آن توست که آنها را شکستی. خطاب امیرالمؤمنین به مالک اشتر

فصل ۱ کلیات عرف

فصل اول

کلیات عرف

عرف به معنای معروف و شناخته شده است.^۱ خواه شیء شناخته شده از امور تکوینی باشد مثل زمین بلند یا موج دریا که از دور بتوان آن را شناخت، یا از نوع آداب و رسوم شایع میان مردم که شناخته شده باشد.^۲

معروف ضد منکر است. معروف شناخته شده و منکر ناشناخته است. کار خوشایند را معروف و ناخوشایند را منکر می‌نامند؛ زیرا نفوس به شناخته‌ها انس گرفته آنرا خوشایند می‌یابد و به ناشناخته‌ها انس نمی‌گیرد و آنرا ناخوشایند می‌داند.^۳

۱-۱ تاریخ عرف

از دیدگاه حقوق‌دانان، عرف قاعده‌ای است که به تدریج و خود به خود میان همه مردم یا گروهی از آنان به عنوان قاعده‌ای الزام آور مرسوم شده است.^۴ چون اسلام شریعت خود را بر اساس خلقت و فطرت بنا کرده، معروف از نظر اسلام همان چیزی است که مردم آن را معروف بدانند. البته مردمی که از راه فطرت دور نشده و از نظام خلقت منحرف نشده باشند.

۱-۱-۱ عرف در اصطلاح

در اصطلاح، عرف هر آن چیزی است که در میان اکثر مردم به شکل پایدار جریان داشته به گونه‌ای که رفتار فرد به سمت رفتار دیگران جهت‌گیری شده باشد. هنگامی که رابطه اجتماعی، رابطه‌ای منظم باشد عرف نامیده می‌شود و هنگامی که این رابطه اجتماعی منظم، در عادت‌های طولانی باشد چندان که خود، به طبیعتی ثانوی مبدل گردد، رسم نامیده شده و آن نوع رفتاری که از فرط قدمت و تکرار به شیوه‌ای خودانگیخته تبدیل شود سنت خواهد بود. اصطلاح آیین و آداب اجتماعی نیز برای نشان دادن رفتارهایی که بر طبق عرف و عادت به شکل غیر الزام آور صورت می‌گیرد، به کار می‌رود. البته در

۱ منظور از شناخت، شناخت به نیکی یا واقعیت است (واقعیت بما هو نیک است).

۲ احمدیه، مریم، خانواده معروف مساوات، فصلنامه کتاب زنان شماره ۶ ص ۱۰۰

۳ ابن عاشور، محمد بن طاهر، التحرير و التنوير ج ۴، ص: ۷۱

۴ جبلی، میر صالح حسینی، عرف در نگاه جامعه شناختی و حقوق، مجله معرفت شماره ۵۶ ص ۱۱۳

اصطلاحات جدید عرف را با هنجارهای اجتماعی نیز بیان می‌کنند.^۱

اصطلاح عرف یک واژه مجعول از سوی شارع مقدس و یا مرجع قانون گذار نیست. بلکه این اصطلاح همچون بسیاری دیگر از واژگان، واژه‌ای عرفی است و با تمامی ظرافت و پیچیدگی موجود در آن، پدیده‌ای است روشن که بی نیاز از تعریف می‌باشد. لذا گفته شده: العرف ببابک. لیکن آشنائی به معنای لغوی عرف، مانع از تسامح در تشخیص عرف خواهد شد.

۱-۱-۲ معنای واقعی عرف

عرف در لغت دارای دو معنای متفاوت است؛ یکی از آندو بر پشت سر هم بودن چیزی، به گونه- ای که بعضی آن متصل به بعضی دیگر باشد دلالت دارد، در این معنا است که یال اسب را عُرْف الفرس گویند به خاطر پشت هم بودن آن.^۲ می‌گویند جاؤوا عرفاً یعنی بیامدند پشت سرهم.^۳ معنای دیگر بر سکون و آرامش نفس، دلالت دارد و معرفت و عرفان به معنای شناخت، در این معنا است زیرا انسان با شناخت به آرامش می‌رسد و هرآنچه انسان نسبت به آن جاهل است موجب وحشت و ناآرامی او خواهد بود تا آنکه از آن اطلاع یابد. از همین معنا است العرف به معنای بوی خوش زیرا نفس با آن آرام می‌شود.^۴ تاج خروس و موج دریا^۵ را نیز عُرْف گویند زیرا که به آسانی قابل مشاهده و شناختند. عُرْف الارض قسمت بالا آمده زمین را گویند.^۶

۱ Usage معادل عرف، Custom معادل رسم، Tradition معادل سنت، Social manners معادل آداب

اجتماعی

۲ آزادی، محمد رضا، جایگاه و اهمیت ارزشهای عرفی، روزنامه کیهان شماره ۱۹۵۸۸ ص ۶

۳ ابن فارس، احمد، معجم مقاییس الغه ج ۴ ص ۲۸۱

۴ ابن منظور، محمد ابن مکرم، لسان العرب ج ۹ ص ۲۴۰

۵ والاصل الاخر، المعرفة و العرفان و هذا يدل على ما قلناه من سکونه اليه، لان من انکر شيئاً توحش منه و نبأ

عنه؛ و من الباب العرف و هي الرائحة الطيبة و هي القياس لان النفس تسکن اليها

۶ مهيار، رضا، فرهنگ ابجدی، ص ۶۰۶

۷ ابن منظور، محمد ابن مکرم، لسان العرب، ج ۹ ص ۲۴۲

معنای واقعی عرف، شناخت آحاد جامعه است. آنچه مهم است شناخت است نه عمل، زیرا شناخت‌هایی است که عمل نمی‌شوند و اعمالی است که برخلاف شناخت انجام می‌گیرند؛ البته در یک جامعه سالم که آحاد آن، پیرو عقل و خرد خویشند، تفاوتی بین این دو نیست. آنچه را به نیکی می‌شناسند عمل می‌کنند و آنچه را عمل می‌کنند به نیکی شناخته‌اند. همچنین شناخت عرفی، شناختی فراگیر و مورد شناسایی یکایک افرادی است که با آن عرف سروکار دارند؛ زیرا که شناخت عرفی، شناختی واضح بدون نیاز به استدلال و اینگونه شناخت است که همواره موجب آرامش نفس می‌گردد.

۳-۱-۱ پیدایش عرف

سرشت آدمی چنان است که به تکرار آنچه یک بار آن را انجام داده و موافق میل باطنی یا خیر و صلاح خود یافته، رغبت نشان می‌دهد.

بسیاری از عرفها ناشی از نیاز می‌باشند و برحسب اوضاع طبیعی و اجتماعی و خصوصیات اخلاقی مردم بوجود می‌آیند مانند شروط معامله. بخشی از عرفها با آنکه نیاز حقیقی به آنها احساس نمی‌گردد ولی به مناسبت آنکه یادگار اسلاف و گذشتگانند، مورد احترام جامعه می‌باشند، مانند رسوم مربوط به جشنهای باستانی؛ شاید هم یکی از پیامبران گذشته با تعلیمات خود، مردم را به طریقه‌ای هدایت کرده و آن طریقه بوسیله مردم استمرار یافته، متداول گردیده و عرف آنان را تشکیل داده باشد.^۱ برخی از عرفها هم در بادی امر از اراده و تمایل فرمانروایان ناشی شده و صرفاً آمره بوده‌اند ولی به مرور و بر اثر تکرار، به صورت عرف در آمده‌اند، مانند مقیاسها.^۲

نظام زندگی جوامع بدوی جز به صورت عرفی نبوده است. این عرفها ضمن آنکه حافظ بخشی از حقوق طبیعی بوده‌اند، مقررات ناهنجاری نیز دربرداشته‌اند؛ لیکن این وضع انحصاری عرف دیری نپایید و تحولی که به مرور در همه شئون زندگی بشر رخ داد، در صحنه حقوق نیز ظاهر گردید. انسان از دیرباز متوجه شده بود که بدون نبودن عرف چه اشکالات جدی در زندگی اجتماعی وی پدید می‌آورد. زیرا با آنکه عرف بیان قانون به صرف طبع است ولی امری منجز و دارای حدودی مشخص نیست. لذا از عهد

۱ فیض، علیرضا، نقش زمان و مکان در فقه و اجتهاد، فصلنامه حضور شماره ۵-۶ ص ۲۲

۲ سلجوقی، محمود، نقش عرف صفحه ۲۹

باستان پس از رواج کتابت، گاه به گاه کوششهایی به عمل می‌آمد تا منبع جدیدی به شکل کتبی برای حقوق ایجاد شود و اصولی بنا نهاده شود که تردیدی در آنها نباشد و همان گونه که در ساخت انواع ماشینها از اصول علمی کمک گرفته می‌شود در زندگی اجتماعی نیز مسلمات را یافته به جای امور قابل تردید نشاند.

حقوق از عرف مایه گرفته، کم‌کم در روابط و مناسبات مردم جای خود را باز می‌کند و به صورت قانون جلوه‌گر می‌شود. قوانین بر اساس همین عرف‌ها پی‌ریزی می‌شود و هر چه بیش‌تر از این سرچشمه، منشعب شود توانا تر و غنی‌تر می‌گردد و آسان‌تر به اجرا درمی‌آید و این واقعیت به حدی است که جمعی به جز عرف منبع دیگری را برای حقوق نمی‌شناسند. در نظام حقوقی سوسیالیستی نیز که نظریه اراده حاکم، غالب است (یعنی قانون چیزی است که دولت آن را می‌خواهد) باز عرف توانسته است راه خود را باز نماید؛ حقوق‌دانانی که در روسیه مأمور تنظیم و تدوین نظام نوین شدند تصمیم داشتند رشته را یک‌سره از قوانین ماهوی که آثار امپراطوری بود بگسلانند، اما دیری نپایید که در اغلب موارد و از طرق گوناگون با سنت‌ها و روش‌های گذشته هم‌آهنگی نشان دادند.^۱

پس از گذشت مدتی از به کارگیری قوانین موضوعه، ناتوانی قانون در پیش بینی و برآوردن تمامی نیازهای حقوقی جامعه آشکار می‌گردد. بدین جهت، دیگر بار عرف در بسیاری از کشورها به کمک قانون آمده و به تکمیل و رفع اجمال از آن می‌پردازد و هرچند حاکمیت و وحدت ملی ایجاب می‌نماید در سراسر هر کشور قانون واحدی مورد عمل و متابعت باشد ولی به لحاظ شرایط متغیر اجتماعی و جغرافیایی مناطق مختلف، اینکه در همه مناطق، قانونی بدون انعطاف و قابلیت انطباق با شرایط ویژه هر محیط، به طور یکسان به مورد اجرا گذارده شود میسر نیست. در چنین حالتی نیز ناگزیر باید قانون را به عرف متکی ساخت و به کمک آن نقص قانون را جبران کرد.

همچنین استقرار یک نظام نوین در جامعه باعث به وجود آمدن برخورد و اصطکاک با بعض عرفهای محلی موجود در جامعه می‌شود و گاه ممکن است برخورد و مقابله غیرمنطقی و حساب نشده با عرف موجود، علی‌الخصوص عرفهایی که مبتنی بر نیاز حقیقی است، باعث اضمحلال و فروپاشی نظام

۱ میر احمدی زاده، مصطفی، کتاب الکترونیکی رابطه فقه و حقوق ص ۴۷ از ۱۲۶ صفحه

گردد.^۱

در حقوق بین الملل عمومی نیز عرف و عادت نخستین منبع به شمار آمده و در حل اختلافات بین المللی پایه تصمیمات قضایی می‌باشد و از شیوه عمل دولت‌ها در مناسبات خود با یکدیگر ناشی شده که در نتیجه تکرار این شیوه‌ها، اعتقاد به قواعدی پیدا می‌شود که به تدریج در روابط مشترک آنها، جنبه الزامی گرفته و به عنوان معیار سنجش ارزش‌های حاکم پذیرفته می‌شود و ممکن است به صورت جهانی، منطقه‌ای یا دو جانبه باشد.

۴-۱-۱ عرف، منبع یا مبنای حقوق

قواعد حقوقی، قواعدی کلی و الزام آور و به منظور ایجاد نظم و عدالت است. آنچه که این قواعد از آن ریشه و سرچشمه می‌گیرند منبع حقوق و آنچه که مشوق و انگیزه اجرای این قواعد باشد، مبنای حقوق است.

بسیاری از قواعد حقوقی، قواعد عرفی بوده‌اند. بنابراین در همه نظام‌های حقوقی جهان (دینی و غیردینی) عرف کمابیش به عنوان یک منبع مستقل یا غیرمستقل از ارزش و اهمیت برخوردار است. گذشته از این، در بعضی جوامع، عرف از مبانی حقوق نیز به شمار می‌آید. در نزد اینان عرف و عادت به جهت موافق بودن با خواسته‌ها و نیازمندی‌ها ضامن حفظ منافع عمومی است. مقررات زاییده از عرف، که خود زاییده وجدان عمومی و جلوه آن است، ثبات و دوام یافته و به جایی می‌رسد که همه، خود را پای‌بند آن می‌بینند. بنابراین وجدان عمومی جامعه که در عرف تجلی یافته است، عرف را نیروی الزام آور مقررات و یکی از مبانی حقوق قرار می‌دهد.

لیکن عرف، مبنای قواعد حقوقی و احکام فقهی اسلام شمار نمی‌گردد. اگر چه می‌توان با توجه به مشیت خداوند برآزادی و اختیار انسان و هدفمند بودن و عبث نبودن آفرینش، عدالت را و مصلحت را

۱ موسوی بجنوردی، سید محمد، جایگاه عرف در حقوق بین الملل و اسلام، فصلنامه علمی- پژوهشی متین

که در بسیاری از آیات^۱ و روایات بر آن انگشت گذاشته شده به عنوان نیروی الزام آور قواعد حقوقی و احکام فقهی پذیرفت، لیکن در حقیقت این تنها وحی و اراده خداوند است که مبنای تمام قواعد حقوقی و احکام فقهی فقه و حقوق اسلام و نیروی الزام آور آن به شمار می‌آید و عدالت و مصلحت تنها به عنوان مبنای ثانوی و عرضی مورد پذیرش خواهد بود.^۲

فلسفه حقوق و هدف از قوانین و مقررات، نوعاً رعایت مصالح و مفساد زندگی اجتماعی و برقراری نظم عادلانه بر اساس مصلحت فرد و جامعه می باشد و اگر اختلاف نظری در دیدگاههای مختلف حقوقی دیده می‌شود، در شیوه تشخیص مصلحت و اصول و معیارهای مربوط به نظم و عدالت اجتماعی است، بنابراین وجود قدر مشترکها و دیدگاههای مشابه در نظامهای حقوقی مختلف، امری طبیعی و کاملاً قابل پیش بینی است.

۲-۱ مشخصات عرف

آنچه از عرف مورد نظر است، عرف عملی است. روابط اجتماعی در شکل اخلاق و رفتار یا رسم و سنت، مجموعه‌ای است که اعتبار آنها مورد بحث است. البته آن عرف عملی که در این نوشتار بدنبال آن هستیم و اعتبارش را می‌جوئیم، لزوماً با عرف اصطلاحی یکی نیست. عرف در اصطلاح، رفتار جاری در جامعه است؛ هرچند این رفتار همه گیر نباشد. اما عرف در معنای دقیق باید مورد شناسایی تمامی افراد جامعه بوده تا با تعریف لغوی عرف که شناختی واضح و لذا فراگیر است همخوان باشد.

۱-۲-۱ عرف لفظی

۱ "قُلْ أَمَرَ رَبِّي بِالْقِسْطِ" بگو امر کرده است پروردگارم به عدالت، سوره اعراف آیه ۲۹ "وَأَنْ تَصُومُوا خَيْرٌ لَكُمْ

إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ" و اینکه روزه بگیرید بهتر است برایتان اگر می‌دانستید، سوره بقره آیه ۱۸۴

۲ علامه طباطبائی ذیل آیه ۷۶ سوره ص "قَالَ أَنَا خَيْرٌ مِّنْهُ خَلَقْتَنِي مِنْ نَّارٍ وَخَلَقْتَهُ مِنْ طِينٍ" علت سجده

نکردن شیطان را این می‌دانند که مبنای وی در اطاعت، تبعیت از حقیقت بود و چون خود را از آدم بهتر و سجده بر آدم را خلاف حقیقت می‌دانست اطاعت نکرد. وی به ولایت مطلقه الهی به عنوان مبنای اطاعت اعتقاد نداشت، آنچه که منشأ همه گناهان است.

عرف لفظی در مقابل عرف عملی استعمال واژه یا عبارتی در غیر معنای اصلی آن می‌باشد، به گونه‌ای که آن واژه یا واژگان رنگ ویژه‌ای به خود گرفته و در نتیجه از معنای لغوی دور و متفاوت می‌گردد. مانند لفظ ولد برای فرزند ذکور. اهل زبان برحسب ضرورت مبادرت به استعمال لفظی در معنای مجازی آن می‌نمایند، به جهت آن که مخاطب منظور را به درستی دریابد، تا آن هنگام که معنای اصلی و لغوی واژه متروک نگردیده است آن را با قرینه همراه می‌سازند. ولی باگذشت زمان که معنای اصلی رو به فراموشی نهاد، عرف در رساندن معنای مورد نظر، خود را از کاربرد قرینه بی‌نیاز می‌بیند و تنها هنگامی به قرینه متوسل می‌گردد که معنای اصلی (معنای متروک شده) را مد نظر قرار داده باشد.

آنچه بیشترین اختلاف‌ها و بحث‌ها را به خود مشغول داشته عرف عملی است نه عرف لفظی (استعمالی) به گونه‌ای که می‌توان ادعا نمود نزد فقیهان اصولی شیعه درباره اعتبار، دلالت و کاربرد عرف لفظی تا حدی اجماع و عدم خلاف وجود دارد.^۱

۱-۲-۲ عرف و عادت

قدما بین عرف و عادت تفاوت چندانی قایل نبودند و عرف را مترادف عادت به حساب می‌آوردند. هرچند در مواقعی عرف را در مورد گفتار و عادت را در مورد رفتار به کار می‌بردند. در مقابل دیدگاه مزبور، عده‌ای بین عرف و عادت تفاوت قایل شده و اظهار داشته‌اند که عرف پدیده‌ای است بیرونی که در صورت تکرار، در افراد تثبیت نمی‌شود، اما عادت پدیده‌ای است بیرونی و هم درونی که در فرد تثبیت می‌شود.^۲

عادت برخلاف عرف می‌تواند جنبه فردی داشته باشد، یعنی شخص، عمل خاصی را انجام داده و تکرار می‌نماید که این عمل گاه جنبه جمعی به خود گرفته و گاه در جنبه فردی باقی می‌ماند. عادت نوعاً غیر ارادی و محصول خواهشهای نفسانی یا طبیعی و بعضاً حوادث خاص است، مثل اعتیاد به مواد مخدر، بلوغ زودرس و دیگر عاداتهای معمول، اما عرف محصول اراده جمعی است مانند رجوع جاهل به عالم.

۱ جبار گلبانی، سید علی، عرف از دیدگاه امام خمینی، فصلنامه حضور شماره ۳۵ ص ۵۰

۲ جبلی، میر صالح حسینی، عرف در نگاه جامعه شناختی و حقوق، مجله معرفت شماره ۵۶ ص ۱۱۱

۳-۲-۱ عرف و مد

مد رفتار اجتماعی نوظهوری است که معمولاً منشاء عقلانی نداشته و چون برخاسته از نیازهای اساسی نیست، دارای استحکام نبوده، به راحتی قابل تغییر است.^۱

۴-۲-۱ عرف و قانون

برای آنکه قاعده عرفی بوجود آید، استمرار یک روش طی سالیان دراز ضروری است در حالی که قانون با انجام تشریفات مقرر در مدت زمان کوتاهی به وجود می‌آید.

قانون عرف را محترم شمرده و کاربرد آن را در بعض موارد مانند سکوت، اجمال و تناقض قوانین به عنوان قاعده‌ای حقوقی پذیرفته است. عرف علی‌رغم احترام به قانون به خاطر مزایایی همچون دقت، هماهنگی و فراگیری بعضاً به گردن فرازی در برابر آن می‌پردازد.

امروزه به هنگام بروز اختلاف و تعارض بین عرف و قانون آمره، قانون، حاکم و مقدم بر عرف بوده و به الغاء یا تغییر آن می‌پردازد، همچنانکه به هنگام تعارض عرف با نظم عمومی، اخلاق حسنه و عقل سلیم، عرف کنارزده می‌شود. اما هنگام تعارض عرف با روح قانون، این عرف است که بر روح قانون و نیز بر قوانین تکمیلی و مقررات تفسیری مقدم شده و آنها را ساقط می‌نماید. البته در این تقدم، نباید از وضوح عرف غافل بود.

در حقوق بین الملل، این امر (تقدم و نسخ) از هر دو سو امکان پذیر است، یعنی همان گونه که یک عهدنامه می‌تواند یک قاعده عرفی و عادی را نقض و یا آن را تغییر دهد، ممکن است یک عهدنامه به وسیله یک قاعده عرفی و عادی تغییر یابد و یا به کلی لغو شود و این بدان سبب است که هر یک دارای قدرت الزامی بوده و ارزش حقوقی هر دو با هم برابر است.^۲

۵-۲-۱ عرف و نص

مکتب شیعه روایت ضعیف را توانمند ردع عرف نمی‌داند و بر این باور است که ردع، به صورت قوی و متناسب با قوت عرف، به ویژه در مواردی که میدان کاربرد عرف به شمار می‌آید، امکان پذیر

۱ علوی، محمد تقی، عرف و عادت در حقوق اسلام و ایران ص ۳۶

۲ گلباغی ماسوله، سید علی جبار، کتاب الکترونیکی درآمدی بر عرف ص ۹۷ از ۱۰۵ صفحه

است. البته بی‌اعتباری عرف معارضی که پس از ورود نص صریح و پس از تعیین و تحدید کامل مفهوم و موضوع نص، حادث گردیده، مسلم است.

مکتب اهل سنت بر این باور است که از آن جا که احکام بر عرف بنا نهاده شده و به تغییر عرف تغییر می‌یابند، پذیرش اعتبار عرف نه به معنای مخالفت ورزیدن با نص شرعی است؛ که به معنای روی آوردن به آن و پیروی از آن است. شناخت عرف شرط اجتهاد است و فقیه نمی‌تواند با جمود ورزیدن بر روایات و منقولات به مخالفت با عرف بپردازد؛ چه این مخالفت جز تضييع بسیاری از حقوق و ضرر و مشقت، چیز دیگری را در پی نخواهد داشت.^۱

۱-۲-۶ عرف و امارات

ازگرایش طبیعی عرف و عادت به ورود در قواعد حقوقی و مقررات قانونی می‌توان نتیجه گرفت که بسیاری از امارات هم اعم از این که مثبت احکام یا موضوعات باشند، از امور عرفی متداول بین مردم اخذ و اعتبار یافته‌اند. این گونه امارات را قانونگذار اختراع نکرده است، بلکه بین مردم متداول بوده و قانون‌گذار تنها به تشخیص و تنفیذ آنها مبادرت ورزیده است و معتبر دانستن آنها به معنای اعطای اعتبار به اموری غیر معتبر نیست بلکه به معنای اعتبار ذاتی خود آنها است.

۱-۲-۷ عرف و حقوق جزا

اگرچه کاربرد عرف در موارد سکوت قانون است و عرف در این میدان به عنوان قاعده حقوقی مورد توجه قرار می‌گیرد؛ لیک در حقوق جزا این امر به گونه دیگری است. در رشته حقوق جزا هیچ عملی را نمی‌توان جرم دانست مگر این که به موجب قانون جرم شناخته شود؛ یعنی در جایی که نصی وجود ندارد، عرف و عادت نمی‌تواند موجب جرم و مجازات باشد. به دیگر سخن در مواردی که قانون جزا حکمی در مورد عمل مجرمانه و مجازات آن عمل ندارد و یا مفاد آن مجمل است، هیچگاه دادگاه نمی‌تواند آن عمل را جرم دانسته یا مجازاتی را بر طبق عرف و خارج از حدود قانون، مورد حکم قرار دهد. قاضی در موارد سکوت باید به اصل برائت استناد جوید و متهم را غیر قابل تعقیب کیفری اعلام