

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



دانشگاه ارسک  
دانشکده ادبیات و علوم انسانی

گروه فقه و حقوق اسلامی

پایان نامه جهت اخذ کارشناسی ارشد فقه و حقوق اسلامی

**موضوع :**

**جایگاه عرف در فقه و حقوق موضوعه ایران**

**استاد راهنما:**

دکتر محمد حسن جوادی

**اساتید داور:**

دکتر صفدر محمدی      دکتر رضا نیکخواه

**تنظیم و نگارش:**

محمود علی زاد

دی ۱۳۹۱

به پاس تعبیر عظیم و انسانی شان از کلمه ایثار و از خود گذشتگی

به پاس عاطفه سرشار و گرمای امید بخش وجودشان که در این سردترین روزگاران

بهترین پشتیبان است

به پاس قلب های بزرگشان که فریاد رس است و سرگردانی و ترس در پناهمان به شجاعت

می گراید

و به پاس محبت های بی دریغشان که هرگز فروکش نمی کند

این مجموعه را به پدرم و مادر مهربانم و برادران عزیزم تقدیم می کنم

## تشکر و قدردانی:

بر خود واجب می‌دانم تا از زحمات مادر عزیزم که در تمام دوران تحصیلی مشوق و پشتیبان من بوده

تشکر و قدردانی نمایم.

همچنین از زحمات استاد عالی قدر جناب آقای دکتر محمد حسن جوادی که در مراحل مختلف این

پایان نامه مرا راهنمایی فرمودند و با نظرات ارزنده خویش در جهت بهبود این رساله یاریم رساندند،

تشکر و قدردانی می‌نمایم.

از اساتید بسیار ارجمندم جناب آقایان حجت الاسلام والمسلمین صفدر محمدی و دکتر رضانی‌کخواه

که زحمت دآوری این پژوهش را متقبل شدند و با نظرات ارزنده خود بنده را در جهت بهبود این

رساله یاری رساندند سپاس‌گزاری می‌نمایم.

همچنین از کلیه اساتید گروه فقه و حقوق دانشگاه ارومیه که در طول تحصیل راهنمایی‌های عالمانه

خود را از من دریغ فرمودند و افتخار شاگردی ایشان را داشتیم، تشکر و قدردانی می‌نمایم.

## علائم اختصاری

- ق.ا ..... قانون اساسی
- ق.ا.ج.ا ..... قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران
- ق.آ.د.ک ..... قانون آیین دادرسی کیفری
- ق.آ.د.م ..... قانون آیین دادرسی مدنی
- ق.م ..... قانون مدنی
- ق.م.ا ..... قانون مجازات اسلامی
- ق.ت ..... قانون تجارت
- ق.چ ..... قانون چک
- ق.ص.چ ..... قانون صدور چک
- ص ..... صفحه
- رک ..... رجوع کنید
- ج ..... جلد

## چکیده:

عرف از دیر باز و قبل از پیدایش قانون و قانون گذاری در بین مردم رواج داشته و مردم براساس آن عمل می کردند و آن قاعده‌ای بود که به تدریج میان همه مردم یا گروهی از آنان به عنوان قاعده‌ای الزام‌آور مرسوم شده است. در این پژوهش و رساله علمی سعی شده جایگاه عرف در فقه و حقوق مورد بررسی قرار گیرد و پرسش اساسی و مهمی که به ذهن خطور می کند این است که آیا عرف از منابع مستقل فقه و حقوق می باشد یا خیر؟

در این نوشتار با مراجعه به کتب فقهی و حقوقی و قوانین و نظریات صاحب نظران جایگاه عرف و محدوده مراجعه به آن را معین می نماییم. بنابراین در این پایان نامه تبیین خواهد شد که با وجود کتاب و سنت، عرف در فقه بخش عبادات چندان کاربردی ندارد و بیشترین کاربرد عرف در بخش معاملات برای تشخیص و تفسیر موضوعات احکام به کار برده می شود و شرع مقدس هم آن را تأیید نموده است. عرف هنگامی معتبر است که در موردی کتاب و سنت ساکت بوده و یا نص هم ارشاد به یک حکم عقلایی و عرفی نداشته باشد، در آن صورت عرف به عنوان منبع فقهی استفاده می شود. در فقه اهل سنت به عرف بهای فراوانی داده شده و آن را در کنار کتاب و سنت یکی از منابع معتبر فقهی محسوب می دارند. در حقوق و به خصوص در حقوق مدنی که بیشتر ماده های آن مقتبس از فقه می باشد سعی شده آن با شرایط محیط و عرف های حقوقی منطبق باشد و در حقوق جزا عمومی و اختصاصی عرف بیشتر به تبیین مصادیق و مفاهیمی چون «تحریک»، «تهدید»، «نوعا کشنده»، «بی مبالاتی» و ... می پردازد.

**کلمات کلیدی:** عرف، فقه، حقوق موضوعه، اسلام

## فهرست مطالب

صفحه	عنوان
۱.....	مقدمه:.....
	<b>فصل اول: کلیات</b>
۵.....	۱-۱: بیان مسئله.....
۵.....	۲-۱: ضرورت تحقیق و اهداف.....
۶.....	۳-۱: فرضیه های تحقیق.....
۶.....	۴-۱: پیشینه تحقیق.....
۶.....	۵-۱: روش شناسی تحقیق.....
۷.....	۶-۱: محدودیت های تحقیق.....
	<b>فصل دوم: مفهوم عرف</b>
۹.....	۲-۱: واژه شناسی عرف، مفهوم و انواع آن.....
۹.....	۲-۱-۱: معنی لغوی عرف.....
۹.....	۲-۱-۲: معنی اصطلاحی عرف.....
۹.....	۲-۱-۲-۱: عرف در اصطلاح فقیهان.....
۱۰.....	۲-۱-۲-۲: عرف در اصطلاح حقوق دانان.....
۱۱.....	۲-۲: مفهوم لغوی و اصطلاحی عادت.....
۱۱.....	۲-۳-۱: تعریف لغوی عادت.....
۱۲.....	۲-۳-۲: تعریف اصطلاحی عادت.....
۱۳.....	۲-۴: رابطه عرف و عادت.....
۱۴.....	۲-۵: فرق عرف و عادت.....
۱۴.....	۲-۵-۱: دیدگاه نخست.....
۱۵.....	۲-۵-۲: دیدگاه دوم.....
۱۵.....	۲-۵-۳: دیدگاه سوم.....
۱۵.....	۲-۵-۴: دیدگاه چهارم.....
۱۷.....	۲-۶: ارکان عرف.....

۱۷	..... ۱-۶-۲: عنصر مادی
۱۷	..... ۲-۶-۲: عنصر معنوی (روانی)
۱۸	..... ۷-۲: اقسام عرف
۱۸	..... ۱-۷-۲: عرف لفظی
۱۹	..... ۲-۷-۲: عرف عملی
۲۰	..... ۳-۷-۲: عرف عام
۲۰	..... ۴-۷-۲: عرف خاص
۲۱	..... ۵-۷-۲: عرف مسلم
۲۱	..... ۶-۷-۲: عرف قراردادی
۲۲	..... ۷-۷-۲: عرف مطرد، عرف غالب
۲۲	..... ۸-۷-۲: عرف سابق، عرف مقارن، عرف متاخر، عرف حادث
۲۲	..... ۹-۷-۲: عرف ممضا، عرف مردوع، عرف مرسل
۲۳	..... ۸-۲: منشاء عرف
۲۴	..... ۹-۲: منشاء نیروی الزام آور عرف
۲۴	..... ۱-۹-۲: قانون، منشاء نیروی الزام آور عرف
۲۵	..... ۲-۹-۲: نیروی الزام آور عرف ناشی از اصول بنیادی حقوقی است که تکیه گاه آن به شمار می آید
۲۵	..... ۳-۹-۲: اعتقاد همگانی و احساس حقوقی مشترک
۲۶	..... ۴-۹-۲: طبیعت و نظم اشیاء و امور، نیروی الزام آور عرف حقوقی
۲۶	..... ۵-۹-۲: عرف دارای نیروی الزام آور نیست، بلکه تنها مانند قوانین طبیعی دارای ارزش است
۲۷	..... ۱۰-۲: عرف و واژه های همسو
۲۷	..... ۱-۱۰-۲: عرف واجتهاد
۲۷	..... ۲-۱۰-۲: عرف و مصلحت
۲۸	..... ۳-۱۰-۲: عرف و بنای عقلا
۲۹	..... ۱-۳-۱۰-۲: عناصر بنای عقلا
۲۹	..... ۲-۳-۱۰-۲: فرق عرف و بنای عقلا
<b>فصل سوم: عرف در فقه</b>	
۳۲	..... ۱-۳: منابع حقوق اسلام



۳۳	۲-۳: منابع استنباط احکام شرعی از دیدگاه مذاهب اسلامی
۳۴	۳-۳: موارد کاربرد عرف
۳۴	۱-۳-۳: کشف حکم شرعی و تحدید حدود
۳۵	۲-۳-۳: تطبیق عناوین
۳۶	۳-۳-۳: تکمیل قانون
۳۶	۴-۳-۳: تشخیص و تعریف موضوع حکم
۳۷	۵-۳-۳: تشخیص پاره ای از مفاهیم و مصادیق
۳۹	۶-۳-۳: تنقیح ظهور دلیل و تفسیر احکام
۳۹	۷-۳-۳: کشف مناط های احکام
۳۹	۴-۳: شرایط حجیت عرف
۳۹	۱-۴-۳: عرف باید مطرّد و غالب باشد
۴۰	۲-۴-۳: عرف باید همزمان باشد نه سابق و نه لاحق
۴۰	۳-۴-۳: عدم تصریح
۴۰	۴-۴-۳: عدم مخالفت عرف با نص شرعی
۴۱	۵-۳: اعتبار عرف و ادله آن
۴۱	۱-۵-۳: اعتبار عرف در میان امامیه و اهل سنت
۴۲	۲-۵-۳: ادله قایلان به حجیت عرف
۴۲	۱-۲-۵-۳: آیات
۴۴	۲-۲-۵-۳: اخبار
۴۵	۳-۲-۵-۳: قواعد فقهی
۴۶	۴-۲-۵-۳: رعایت عرف عرب
۴۷	۵-۲-۵-۳: وجود احکام امضایی در اسلام
۴۷	۶-۲-۵-۳: قاعده ملازمه
۴۸	۷-۲-۵-۳: اجماع
۴۹	۸-۲-۵-۳: وحدت روش شارع و عرف
۴۹	۹-۲-۵-۳: علم معصوم (علیه السلام)
۴۹	۱۰-۲-۵-۳: عدم اعتبار عرف؛ عدم امکان امتثال بسیاری از تکالیف را در پی دارد
۴۹	۶-۳: موارد رجوع به عرف

- ۳-۶-۱: رجوع به عرف برای شناخت مفهوم و معنای واژه..... ۵۰
- ۳-۶-۲: رجوع به عرف برای تعیین مصداق خارجی بر مفاهیم..... ۵۱
- ۳-۷-۷: نقش زمان و مکان در تحول موضوعات عرفی..... ۵۲
- ۳-۷-۱: انواع تحولات و دگرگونی در موضوع..... ۵۴
- ۳-۷-۱-۱: تغییر درونی و ذاتی موضوع..... ۵۴
- ۳-۷-۱-۲: تغییر در ویژگی ها و صفات موضوع..... ۵۵
- ۳-۷-۱-۳: دگرگونی مصداق های موضوع..... ۵۵
- ۳-۷-۱-۴: دگرگونی اسم و عنوان موضوع..... ۵۵
- ۳-۷-۱-۵: توسعه در مصداق..... ۵۶
- ۳-۷-۱-۶: تصرف در موضوع حکم..... ۵۶
- ۳-۷-۱-۷: تغییر در ملاک موضوع..... ۵۷
- ۳-۸: دقت عرفی، تسامح عرفی..... ۵۷
- ۳-۹: فهم عرفی..... ۵۸
- ۳-۱۰: تعارض عرف ها..... ۶۰
- ۳-۱۱: تعارض عرف و لغت..... ۶۱
- ۳-۱۲: محاسن و معایب عرف..... ۶۲
- ۳-۱۲-۱: محاسن عرف..... ۶۲
- ۳-۱۲-۲: معایب عرف..... ۶۳
- ۳-۱۲-۲-۱: عیب اول..... ۶۳
- ۳-۱۲-۲-۲: عیب دوم..... ۶۳
- ۳-۱۲-۲-۳: عیب سوم..... ۶۳

#### فصل چهارم: عرف در حقوق موضوعه

- ۴-۱: منابع حقوق..... ۶۶
- ۴-۱-۱: قانون..... ۶۶
- ۴-۱-۱-۱: طبقه بندی قوانین..... ۶۷
- ۴-۱-۱-۱-۱: قانون اساسی..... ۶۷
- ۴-۱-۱-۱-۲: قوانین عادی..... ۶۸

- ۶۸ ..... ۳-۱-۱-۱-۴: مقررات مصوب دولت
- ۶۹ ..... ۱-۳-۱-۱-۱-۴: آیین نامه
- ۶۹ ..... ۲-۳-۱-۱-۱-۴: تصویب نامه
- ۷۰ ..... ۳-۳-۱-۱-۱-۴: نظام نامه
- ۷۰ ..... ۴-۳-۱-۱-۱-۴: بخش نامه
- ۷۰ ..... ۲-۱-۴: رویه قضایی
- ۷۱ ..... ۳-۱-۴: عقاید علمای حقوق (دکترین)
- ۷۲ ..... ۲-۴: عرف در حقوق مدنی
- ۷۳ ..... ۱-۲-۴: موارد صریح رجوع به عرف در قانون مدنی
- ۷۴ ..... ۲-۲-۴: موارد غیر صریح رجوع به عرف در قانون مدنی
- ۷۵ ..... ۳-۲-۴: عرف و جبران خسارت
- ۷۵ ..... ۴-۲-۴: عرف و معانی الفاظ عقود
- ۷۶ ..... ۵-۲-۴: قلمرو عرفی بیع
- ۷۷ ..... ۶-۲-۴: عرف و استرداد هدایای نامزدی
- ۷۸ ..... ۷-۲-۴: عرف و نفقه زوجه
- ۷۸ ..... ۳-۴: عرف در حقوق تجارت
- ۷۹ ..... ۱-۳-۴: موارد رجوع به عرف حقوق تجارت
- ۷۹ ..... ۱-۱-۳-۴: دریافت وجه یا قبول وعده وجه توسط دلال بر خلاف عرف تجارتهی محل
- ۸۰ ..... ۲-۱-۳-۴: استحقاق دلال به دریافت مخارج دلال به موجب عرف تجارتهی محل
- ۸۰ ..... ۳-۱-۳-۴: فروش نسبه توسط حق العمل کار به تجویز عرف تجارتهی محل
- ۸۱ ..... ۴-۱-۳-۴: مطابقت امضاء صادر کننده چک در حدود عرف بانک داری
- ۸۲ ..... ۴-۴: عرف در حقوق جزای عمومی
- ۸۲ ..... ۱-۴-۴: عرف و مصادیق معاونت در جرم
- ۸۳ ..... ۱-۱-۴-۴: تحریک
- ۸۳ ..... ۲-۱-۴-۴: تهدید
- ۸۳ ..... ۲-۱-۴-۴: تسهیل ارتکاب جرم
- ۸۴ ..... ۲-۴-۴: عرف و عوامل موجهه جرم
- ۸۴ ..... ۱-۲-۴-۴: عرف و دفاع مشروع

- ۸۵ ..... ۴-۴-۲-۱: عرف و مفاهیم « عرض » و « ناموس »
- ۸۶ ..... ۴-۴-۲-۱: عرف و تجاوز معلول تحریک مدافع
- ۸۶ ..... ۴-۴-۲-۱: عرف و تناسب دفاع با حمله
- ۸۷ ..... ۴-۴-۲: عرف و تادیب و تنبیه
- ۸۷ ..... ۴-۴-۳: عرف در حقوق و جزای اختصاصی
- ۸۷ ..... ۴-۴-۳-۱: عرف و جرایم عمدی علیه تمامیت جسمانی
- ۸۷ ..... ۴-۴-۳-۱: تاثیر عرف در تشخیص قتل عمدی
- ۸۸ ..... ۴-۴-۳-۱: عرف و ایراد ضرب و جرح عمدی
- ۸۹ ..... ۴-۴-۳-۲: عرف و جرائم غیر عمدی علیه تمامیت جسمانی
- ۸۹ ..... ۴-۴-۳-۱: عرف و تشخیص قتل و ایراد صدمه بدنی غیر عمدی
- ۹۰ ..... ۴-۴-۳-۲: عرف و مجازات دیه
- ۹۱ ..... ۴-۴-۳-۳: تاثیر عرف در جرائم علیه اموال و مالکیت
- ۹۱ ..... ۴-۴-۳-۲: عرف و موضوع سرقت
- ۹۲ ..... ۴-۴-۳-۳: عرف و حرز متناسب
- ۹۳ ..... ۴-۴-۳-۴: عرف و خیانت در امانت
- ۹۴ ..... ۴-۴-۴: عرف و جرایم علیه تمامیت معنوی
- ۹۵ ..... ۴-۴-۱: عرف و افترا و نشر اکاذیب

#### فصل پنجم: نتیجه گیری و پیشنهادات

- ۹۸ ..... ۵-۱: نتیجه گیری
- ۱۰۳ ..... ۵-۲: پیشنهادات
- ۱۰۴ ..... ۵-۳: منابع و مأخذ
- ۱۱۲ ..... ۵-۴: چکیده انگلیسی

«سپاس خداوندی را که سخن وران از ستودن او عاجزند، و حساب گران از شمارش نعمت‌های او ناتوان، و تلاش گران از ادای حق او درمانده‌اند. خدایی که افکار ژرف اندیش، ذات او را درک نمی‌کنند و دست غواصان دریای علوم به او نخواهد رسید. پروردگاری که برای صفات او حدّ و مرزی وجود ندارد، و تعریف کاملی نمی‌توان یافت و برای خدا وقتی معین، و سر آمدی مشخص نمی‌توان تعیین کرد. مخلوقات را با قدرت خود آفرید، و با رحمت خود بادها را به حرکت در آورد و به وسیله کوه‌ها اضطراب و لرزش زمین را به آرامش تبدیل کرد» (نهج البلاغه، خطبه ۱).

عرف پیش از قانون و قانون گذاری در میان جوامع بدوی حاکم بوده و حقوق اصل و منشاء خود را از عرف و رسوم مردم گرفته است. انسان ها به جهت نیازهای خود به زندگی گروهی و اجتماعی روی آورده اند و این زندگی اجتماعی نیاز به حدود و مقرراتی دارد که این نیازها را برطرف نماید و زندگی گروهی آنان را سرو سامان بخشد. رعایت این قواعد و مقررات برای همه افراد جامعه ضروری و لازم بوده و سرپیچی از آن را جایز نمی‌شمردند. این حدود و مقررات بر اثر گذشت زمان به تدریج ضمانت اجرایی یافته و به صورت قواعد عرفی پدیدارگشت.

می‌توان از عرف به عنوان نخستین منبع و قدیمی ترین پدیده ی حقوقی نام برد که اندک اندک میان مردم رواج یافته و بعدها به عنوان یک قاعده حقوقی و قانون در میان همه نظام های حقوقی جلوه گر شد که نظام حقوقی اسلام نیز از این امر مستثنی نیست. قبل از پیدایش دین مبین اسلام در شبه جزیره عربستان، این عرف ها وجود داشتند و از آن جایی که اعراب هیچ گونه قانون مدونی نداشتند و همه امور حقوقی آنان از جمله معاملات و احوال شخصیه تابع عرف و عادت بوده است، شریعت متعالی اسلام در ابتدای ظهورش در شبه جزیره با عرف های موجود برخورد منطقی و حساب شده نمود تا بتواند نظام خود را برقرار سازد و تقویت نماید. در این راستا بخشی از عرف هایی را که برای حفظ و بقای جامعه ضروری بوده و با مصالح واقعی مردم و مقاصد اسلام سازگار بود را مورد تایید قرار داد مانند بسیاری از احکام و مقررات مربوط به بیع و رهن و ... و برخی از عرف ها را با تغییراتی که در آن ها بوجود آورد امضاء نمود و بسیاری دیگر که به هیچ وجه قابل قبول نبودند و با مقررات اسلامی هماهنگی نداشتند مورد نهی قرار داد مثل بیع ربوی. از این جهت با ظهور اسلام، عرف اهمیت خود را از دست داد و نصوص قرآن و سنت پایه قانون گذاری قرار گرفت و عرف برای تشخیص و تبیین موضوعات احکام در مواردی نقش اساسی را بر عهده گرفت. دین اسلام در ذات خود قواعدی دارد که می‌تواند با توجه به نیازها و احتیاجات منطقی انسان ها در همه زمان ها و مکان ها، پاسخ گوی عصر جدید باشد.

طراوت و تازگی و کارآمد بودن حقوق اسلام در پویایی فقه بوده و تحرک و پویایی فقه در گرو توجه عرف و همچنین توجه به عناصری چون زمان و مکان و تأثیر آن‌ها بر اجتهاد می‌باشد. احکام برای موضوعات صادر شده و بیشتر ابواب فقهی را موضوعاتی تشکیل می‌دهند که ماهیتی عرفی دارند و موضوعات عرفی با تحول جوامع بشری دگرگون می‌شوند. علم فقه با متن جامعه و زندگی روزمره مردم در ارتباط بوده و با عرفیات جامعه، پیوند دائمی دارد. پس باید همواره رهبر و راهنما بوده و با شناخت دقیق موضوعات، حکم متناسب آن را بیان نماید. در این صورت امور رایج و شایعی را که عقلای جامعه برای تسهیل در زندگی بدان روی آورده و در عمل پیاده کرده و به آن ملتزم شده‌اند، اگر منعی از طرف شارع در مورد آن‌ها نرسیده و با شریعت مخالف نباشد باید به رسمیت شناخت و احکام آن را تبیین کرد.

اصولا رمز پایداری و پویایی فقه اسلام در این است که خود را با تحولات جوامع بشری، همگام و منطبق می‌کند و به عرفیات عقلایی میدان می‌دهد و در نتیجه در هر زمان و مکانی قابل عرضه می‌باشد. به طور مثال در زمان‌های گذشته اگر شرکت‌های محدودی در میان مردم رایج بوده و فقهاء با توجه به عرف زمان خود احکام آن‌ها را به زیبایی استنباط و بیان می‌کرده‌اند ولی امروزه شرکت‌های بسیاری بوجود آمده‌اند که در قالب آن احکام نمی‌گنجد و یا بیع به روشی ساده با بیان الفاظ خاصی بین افراد جاری بوده اما امروزه با گسترش علم و ورود فناوری‌های جدید و خرید‌های الکترونیکی و اینترنتی دیگر امکان استفاده از آن احکام کمتر وجود دارد و باید فقهاء احکام منطبق بر این موضوعات جدید را از منابع استنباط نموده و پاسخ مناسب را در اختیار جامعه قرار دهند. عرف یکی از موتورهای متحرک فقه است و نمی‌گذارد تغییرات زمانی و مکانی گرد کهنگی را بر پیکر فقه بنشانند و با استفاده از اصول معتبر و ثابت اسلام، با مسائل مستحدثه برخورد می‌کند و راه حل مناسب برای آن در میان منابع اسلامی می‌یابد که باعث پویایی فقه شده و به فقه پویا شهرت یافته است.

در حقوق موضوعه بیشترین توجه به قانون نوشته و مدون است و به عرف کمتر توجه می‌شود و در جایی که قانون ساکت، یا مجمل بوده یا نیاز به تفسیر و تبیین دارد؛ از عرف کمک گرفته می‌شود چون قوانین قادر نیستند تمام نیازهای مردم را پیش‌بینی کنند؛ این جاست که عرف به یاری قانون می‌آید و به تکمیل، رفع اجمال و تفسیر آن می‌پردازد و گاهی قانون‌گذار با اندکی تغییر و تصرف در عرف آن را در حکم قانون اعلام می‌دارد و مواقعی هم خود قانون به طور صریح یا غیر صریح به عرف ارجاع می‌دهد و این گونه قانون‌گذار عرف را مورد توجه قرار می‌دهد و تلاش می‌نماید تا قوانین با عرف سازگار باشد و هر چه یک نظام حقوقی با عرف هماهنگ بوده و از آن بیشتر بهره‌گیری و حقوق و قوانین هر نظام حقوقی متناسب با فرهنگ و عرف و عادات مردم باشد، غنی‌تر و توانا تر خواهد بود و آن بیشتر مورد پذیرش افراد آن جامعه خواهد بود. برای درک روح قانون هر جامعه باید به عرف و عادات آن جامعه رجوع نمود. عرف‌ها

براساس تکرار عمل در یک اجتماع به واسطه مطلوب بودن آن نزد عموم افراد آن اجتماع است و مسلماً باید ناشی از پذیرش این امر در درون جامعه یعنی پذیرشی خود به خود که در طول زمان بوجود می آید و برای تشکیل عرف، جامعه باید رفتاری را نیک یافته و به تکرار آن بپردازد.

در این رساله به روش علمی و تحلیلی به بررسی جایگاه عرف در فقه و حقوق موضوعه ایران می پردازیم و حدود و کاربرد آن را مورد کنکاش قرار می دهیم و نیز مشخص می نماییم استفاده از عرف به طور صریح یا ضمنی در فقه و حقوق موضوعه در چه مواردی است و حدود این مراجعات به عرف را نیز بیان می کنیم.

# فصل اول

## کلیات

### - طرح مطلب

مباحث این فصل ذیل چند گفتار مطرح می گردد به این صورت که ابتدا به بیان مسئله پرداخته می شود که بسیاری از مسائل و احکام فقه و حقوق دارای ماهیتی عرفی می باشند. عرف در فقه بیشتر در بخش معاملات کاربرد دارد و در حقوق هم برای تبیین مصادیق استفاده می گردد. درباره ضرورت تحقیق و اهداف می توان گفت کتابی با همین عنوان به نگارش نرسیده است. در این رساله سعی شده جایگاه عرف در فقه و حقوق موضوعه ایران تبیین شود و حدود مراجعه فقهاء و حقوق دانان به عرف معین گردد. در مورد پیشینه تحقیق می توان گفت که فقهای عظام از زمان های دور به بحث عرف توجه و از آن تحت عناوینی چون «سیره عقلا و بنای عقلا» تعبیر نموده اند. روش شناسی تحقیق به صورت کتاب خانه ای می باشد.



## ۱-۱: بیان مسئله

از آنجایی که عرف در جوامع مختلف به عنوان یکی از منابع مهم حقوق به شمار می رود، در فقه و حقوق ایران هم دارای اهمیت می باشد. بسیاری از مسایل و احکام فقه و حقوق دارای ماهیتی عرفی می باشند و در اعتبار فقهی و حقوقی عرف تردیدی وجود ندارد. علاوه بر این هیچ نظام حقوقی نمی تواند از عرف بی نیاز باشد. در نظام حقوقی ایران تا آن جا پیش می روند که نه تنها عرف را در صورت نبودن نص شرعی مرجعی برای تعیین حقوق و الزامات افراد می دانند بلکه می تواند منشاء حق قرار گیرد. از گونه های کاربرد عرف به مواردی چون کشف حکم در جایی که نص و حکمی وجود ندارد، تکمیل قانون در موارد اجمال یا نقص قانون یا تعارض قوانین و همچنین از دیگر کاربردهای عرف در فقه و حقوق تعیین مصداق و تطبیق موضوعات و مفاهیم بر مصداق می توان اشاره کرد. با این حال عرف از منابع فقهی نمی باشد و عرف در فقه تحت عنوان سنت قرار می گیرد و جایی حجیت دارد که کاشف از رای معصوم (علیه السلام) باشد و در حقوق نیز چون به صورت نوشته و مدون درآمده از اهمیت عرف کاسته شده است.

## ۱-۲: ضرورت تحقیق و اهداف

مسلمانان در هر علمی برای هر مبحثی کتب و مقالات زیادی نوشته شده و موضوع پایان نامه بنده (جایگاه عرف در فقه و حقوق موضوعه) از این امر مستثنی نیست. اگرچه به طور خاص و با همین عنوان کتابی به نگارش نرسیده، اما کتاب و مقالاتی وجود دارد که اجمالا و به صورت پراکنده به موضوع بحث پرداخته است. کتاب و مقاله ای با عنوان مورد بحث وجود ندارد تا محققین و دانشجویان علاقه مند به مطالعه در این زمینه به آن مراجعه کنند و دچار سردرگمی و گاه با نظرات متعارض مواجه نشوند. بنده سعی دارم که تحقیق به گونه ای باشد که مراجعین محترم بتوانند ذهنیت جامعی نسبت به جایگاه عرف و دامنه اعتبار آن و شرایط و ویژگی های عرف در فقه و حقوق موضوعه ایران به دست آورده و بتوانند راه گشای آنان در مطالعاتشان باشد اهداف تحقیق به شرح زیر می باشد:

۱. جایگاه عرف در فقه و حقوق مشخص گردد.
۲. معین گردد که عرف یکی از منابع حقوق است یا خیر.
۳. حدود مراجعه فقهاء و حقوق دانان به عرف مشخص گردد.

### ۱-۳: فرضیه های تحقیق

به نظر می رسد:

۱. عرف یکی از منابع حقوق است.
۲. عرف منبع مستقل است.
۳. قاضی می تواند در صورت فقدان قانون به عرف مراجعه کند.
۴. عرف در نظام حقوقی غیر مدون جزء منابع اصلی حقوق به شمار می رود.
۵. عرف اختصاص به عمل ندارد و عرصه گفتار را نیز در بر می گیرد.
۶. بین عرف و تسامح گرایی تلازم وجود دارد.

### ۱-۴: پیشینه تحقیق

بیشتر تحقیقات صورت گرفته و کتاب‌هایی که نوشته شده بیشتر در مورد نقش عرف در فقه بوده و فقهای عظام از زمان‌های دور به بحث عرف توجه داشته‌اند و از آن به عناوین مختلفی چون «سیره عقلا»، «بنای عقلا»، «اهل بلد» تعبیر نموده‌اند و خیلی کم در مورد عرف در حقوق پرداخته شده و بیشتر حقوق دانان در لابه‌لای کتب و ضمن مباحث خود در این موضوع (عرف در حقوق) توجه نموده و قلم فرسایی کرده‌اند. از جمله کتاب‌های فقهی «فقه و عرف» ابوالقاسم علیدوست، «درآمدی بر عرف» سید علی جبار گلباغی ماسوله و کتاب‌های حقوقی «مقدمه علم حقوق» کاتوزیان، «مقدمه عمومی علم حقوق» جعفری لنگرودی و در مقالات «پژوهشی پیرامون عرف» محسن خرازی، «نقش عرف در تفسیر حقوقی» علی صابری را می‌توان نام برد.

### ۱-۵: روش شناسی تحقیق

در علوم نظری روش کتاب خانه ای مرسوم است و بیشتر از این روش برای گردآوری اطلاعات استفاده می‌شود و همچنین از نظرات علماء، فقهاء، حقوق دانان و صاحب نظران استفاده می‌شود و با بررسی سایت‌ها و مقالات مطالب جدید در مورد موضوع مورد نظر به دست می‌آید که بنده این کار را انجام داده علاوه بر این هر قسمت از پایان نامه را جداگانه با بررسی منابع و مباحث مرتبط به آن را جمع‌آوری نموده و به نگارش خواهم پرداخت مراحل انجام تحقیق به قرار زیر است:

۱. جمع‌آوری مطالب
۲. فیش برداری

۳. دسته بندی اطلاعات و تجزیه و تحلیل آن ها

۴. نگارش

### **۱-۶: محدودیت های تحقیق**

به طور قطع هر کار و امری دچار محدودیت هایی است و نیز در نگارش این رساله برخی از این محدودیت ها وجود داشته که می توان به بعضی از آن ها اشاره کرد از جمله:

۱. نبود منابع کافی در کتابخانه دانشکده و دانشگاه

۲. بسته بودن سایت، نبود سیستم ها و کامپیوترهای کافی به نسبت دانشجویان ارشد، قطع شدن مداوم اینترنت

۳. فقدان سیستم متمرکز برای جستجوی کتاب ها در دانشگاه

## فصل دوم

### مفهوم عرف

#### - طرح مطلب

مباحث مربوط به این فصل در ذیل چند گفتار مطرح گردد. به این صورت که در گفتار اول به مباحثی درباره واژه شناسی عرف و عادت، رابطه عرف و عادت و نیز فرق عرف و عادت پرداخته می شود. در گفتار بعد به ارکان عرف پرداخته شده و در ادامه به اقسام عرف اشاره شده که براساس زمان و مکان و عرصه هایی که عرف آن را در برمی گیرد، تفاوت می کند. در گفتار بعد به منشاء عرف و نیروی الزام آور عرف بررسی شده و در آخر واژه های همسو با عرف مورد بحث و بررسی قرار می گیرد.