

نسبت سنجی عرف و عادت در رویه قضایی ایران، زمینه ها و الزامات

راحله عبدالکریمی مه آبادی^۱^۱ کارشناسی ارشد دانشگاه آزاد اسلامی، واحد دماوند، ایران

چکیده

بنیان نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران و قوانین شکل دهنده آن، به عنوان یک نظام حقوقی اسلامی، بر مبنای قوانین مکتوبی نهاده شده است که به تأیید شورای نگهبان رسیده‌اند. پس در این میان دو عنصر قانون مصوب (همانند نظام‌های رومی ژرمنی) و فقهات اسلامی، نقش پررنگی ایفا می‌کنند. از طرف دیگر، بعد از قانون، منابع دیگری مثل «عرف و عادت» و نیز «رویه قضایی» وجود دارند. در این میان عرف منبعی است که به عنوان یک پدیده اجتماعی، حتی اگر مانند نظام‌های حقوقی مبتنی بر عرف، در صدر منابع حقوقی قرار نگیرد، اما همواره بر سایر منابع تأثیر می‌گذارد. عرف که تجلی خرد جمعی در طول اعصار است، گاهی نیازهای روز زمانه را نیز شامل می‌شود و حتی بر فرایند قانون‌گذاری نمایندگان قوه مقننه نیز تأثیر می‌گذارد. اما رابطه عرف با دو منبع بسیار چشمگیر و قابل بررسی است؛ یکی فقه و آرای فقها و دیگری رویه قضایی که از آن با عنوان «عرف قضایی» نیز یاد می‌شود. فقه پویای امامیه با رجوع به اجتهاد مراجع و فقها، همواره به مقوله عرف عنایت داشته و این چنین سیر تطور خود را پیموده است. رویه قضایی هم نماد کامل تأثر نظام حقوقی در بستر اجرایی قضاوت (به وسیله خود قضاات) است. رویکرد قانون اساسی ناظر بر وظیفه قاضی برای یافتن حکم دعوا، پای منبع دیگر حقوق را به میان می‌کشد. این منبع که در کنار منابع فرعی دیگر قرار می‌گیرد، خود قضاات هستند که با آرا و احکام صادره، پیکره «رویه قضایی» را بنیان می‌نهند. البته این معنای عام رویه قضایی است. گاهی در یک مورد خاص و به صورت مکرر (شاید متأثر از یک نیاز اجتماعی و به اقتضای یک وضعیت خاص) قضاات احکام مشابهی صادر می‌کنند. این احکام در حقیقت مصداق رویه قضایی به معنای خاص هستند. رویه قضایی در معنای خاص، یا همان عرف قضایی، یکی دیگر از منابع حقوق در مراتب بعد از قانون است. در این جستار رابطه عرف با دو منبع مذکور را بررسی می‌کنیم و به تأثیری که بر آنها می‌گذارد می‌پردازیم. علاوه بر بررسی این رابطه تنگاتنگ همیشگی، بررسی سیر تطور و مطالعه حول تغییرات ایجاد شده در احکام فقهی و آرای قضایی به واسطه عرف، اهمیت دارد. البته به دست آوردن تحلیل درست از این رابطه و نیز مطالعه دقیق تغییر و تحولات صورت گرفته، نیازمند درک و برداشت صحیح از مفاهیم کلیدی این پژوهش است. از این رو، با ارائه مفاهیم بنیادین در فصل اول، پژوهش آغاز شده است. شیوه پژوهش این پایان‌نامه بنیادی و تحلیلی است. بدین ترتیب پس از جمع‌آوری اطلاعات از منابع کتابخانه‌ای، موضوع تحقیق مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفته است.

واژه‌های کلیدی: عرف و عادت، فقه، حقوق اسلامی، آرای فقها، رویه قضایی، عرف قضایی.

۱. مقدمه

عرف به عنوان یکی از منابع علم حقوق، قطعاً مانند هر پدیده اجتماعی دیگری، دستخوش تغییر و تحولاتی شده است. شاید عرف ملاک نخستین بنیان‌های ذهنی حقوقی بشر باشد و پیش از هر قرارداد و قانونی، رویکرد اخلاقی و رفتاری انسان را نسبت به اطرافیان‌ش شکل داده باشد.

پس به عنوان یک پدیده اجتماعی که رفته‌رفته در قالب یکی از منابع علم حقوق مطرح شده است، در طول حیات خود، دستخوش تغییر و تحولاتی شده است؛ اما در کنار این تغییرات، قطعاً تأثیر عرف بر سایر منابع و مراجع حقوقی نیز قابل بررسی است. طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، «منابع معتبر اسلامی» و «فتاوی معتبر» از منابع حقوق محسوب می‌شوند و البته در گفتمان حقوقی و فقهی ما، چه در دوران معاصر و چه پیش از آن، مطرح بوده‌اند. از طرف دیگر رویه قضایی در معنای خاص که به نوعی مصداق «عرف قضایی» است، از منابع دیگر علم حقوق (البته نه منابع اصلی) محسوب می‌شود. این دو منبع حقوقی که به واسطه هویت پویای خود، همواره از تحولات اجتماعی تأثیر گرفته‌اند، قطعاً طی ادوار و اعصار مختلف تحت تأثیر عرف و عادت نیز قرار داشته‌اند. پس با توجه به اهمیت آنها و جایگاه عرف نسبت به سایر منابع حقوق، این سؤال اساسی ایجاد می‌شود که: «عرف و عادت چه تأثیری بر آرای فقها و رویه قضایی داشته است؟».

علاوه بر این، میزان اعتباری که هر یک از این منابع برای عرف و عادت قائل هستند، سؤالاتی هستند که به تبع سؤال اصلی مطرح می‌شوند. در این پژوهش، با مبنا قرار دادن این سؤالات، این فرضیه را پیگیری کرده‌ایم که عرف و عادت نزد فقهای مذاهب اسلامی و همچنین رویه قضایی، جایگاه پذیرفته‌شده‌ای دارد. مانند هر پژوهش و تحقیق جامع آکادمیکی، پیش از پرداختن به اصل مسائل تحلیلی، اهم اصطلاحات و مفاهیم کلیدی در طول اثر پیش رو را، در این قسمت شرح می‌دهیم؛ لکن در نظر داشته باشید که فهم دقیق از مفهوم عمیق و مهمی همچون عرف و رابطه آن با مقوله‌های پیچیده فقه و رویه قضایی، مستلزم آن است که وجوه مختلف این عناصر، به خوبی بررسی شوند؛ لذا برای استفاده هرچه بهتر از مطالب ارائه‌شده در فصول بعدی، ارتباط مؤثر این مفاهیم با یکدیگر را در نظر داشته باشید.

مسائل و مفاهیم کلی درباره توضیح اولیه «عرف و عادت» در چنین پژوهشی بسیار گسترده خواهد بود. از این رو این برای پیش‌گیری از پرداختن به حاشیه‌های غیرضروری، در طبقه‌بندی مناسبی که به خوبی جریان پژوهش را هدایت می‌کند، در قالب ۱۲ گفتار، به این مهم پرداخته‌ام. با توجه به اینکه در فصول آتی، نقش عرف در مسائل مختلف و متفاوت فقهی و حقوقی بررسی می‌شود، شایسته است ابعاد مختلف این اصطلاح با رویکردی فقهی حقوقی مطالعه شود.

۲- مفهوم شناسی

۱-۲ معنای لغوی عرف و عادت

عرف به عنوان مصدر ثلاثی مجرد، در لغت به معنای «شناخت» و ریشه مصادر پرکاربرد دیگری همچون معرفت و عرفان است که هر دو به گونه‌ای به شناخت اشاره دارند. عرف در فرهنگ‌ها، قوامیس و کتب اسلامی عربی، تعاریف مختلفی دارد. در یک تعریف شایع و رایج از شیخ طوسی درباره عرف آمده است: «یعنی المعروف و هو کل ما حسن فی العقل فعله او فی الشرع و لم یکن منکراً و لا قبیحاً عند العقلا». بدین معنی که عرف همان معروف است و آن عملی است که از نظر عقل و شرع نیکوست و نزد خردمندان ناپسند و زشت نبوده است. در فرهنگ بزرگ سخن، به عنوان یک لغت‌نامه جامع عمومی، ذیل مدخل عرف آمده است: «مجموعه رسوم، رفتارها و باورهایی که در یک جامعه هست و معمولاً منشأ آنها رفتار جمعی افراد یک جامعه است»؛ و در ادامه برای مثال از «عرف تجاری» به عنوان روش و رفتاری که بین بازرگانان معمول است، یاد شده است.

۱. تقدیری، علی، «مرجعیت عرف از دیدگاه مذاهب اسلامی»، پژوهش‌نامه حکمت و فلسفه اسلامی، ش ۱۰ و ۱۱، تابستان و

۲. انوری، حسن و گروه مؤلفان، فرهنگ بزرگ سخن، ج ۵، تهران: سخن، ۱۳۸۱، ص ۵۰۰۰.

اما در ترمینولوژی حقوق جعفری لنگرودی (به عنوان رایج ترین فرهنگ کاربردی بین دانشجویان حقوق، ذیل مدخل عرف چنین آمده است: «در لغت به معنی معرفت و شناسایی است و پس از آن به معنی چیزی که در ذهن شناخته شده و مأنوس و مقبول خردمندان است به کار رفته است».^۳

با در نظر داشتن همه این تعاریف و همه رویکردهای مختلف و با توجه به نگاه خاص این پژوهش به اصطلاح عرف و عادت، شاید عصاره همه تعاریف مذکور را در این تعریف آکادمیک متاخر بباییم: «عرف عبارت است از جریان مستمر سلوکی همگانی یا اختصاصی گروهی از افراد جامعه که در آن، انجام یا ترک کار را، خواه گفتار باشد یا کردار، بر خود لازم می دانند».^۴ اما در بررسی واژه «عادت» به تنهایی و جدا از اصطلاح «عرف و عادت» باید گفت که این واژه از ریشه «عود» به معنای بازگشت است و این چنین مجازا در معنای «رفتاری که به صورت تکراری انجام می شود» کاربرد یافته است. در زبان فارسی و در فرهنگ سخن، اولین معنا برای عادت چنین ذکر شده است: «آنچه بر اثر تکرار جزو رفتار اکتسابی و گاه غیر ارادی انسان می شود».^۵ اما این که در این اصطلاح این دو واژه کنار یکدیگر نهشته اند، بیش از پیش به اهمیت عنصر تکرار عمل معروف (عرف) پی می بریم. کاربرد این دو واژه کنار هم و در این معنا از دیرباز رایج بوده است و در کتب اصولی مشاهده شده است: «العاده و العرف ما استقر فی النفوس من جهة العقل و تلقته الطباع السلیمة بالقبول».^۶

۲-۲ تفاوت عرف و عادت

از آنچه در تعریف مجزای عرف و عادت در گفتار قبل به دست آمد، تفاوت های این دو واژه تا حدی مشخص می شود. عادت به عنوان رفتاری تکرارشونده، از دید راغب اصفهانی، طبیعت ثانوی انسان است.^۷ مقصود از عادت در فقه امری است که بدون علاقه عقلی تکرار می شود و از این لحاظ عمومیت بیشتری نسبت به عرف در طبقه بندی رفتارهایی که به تکرار انجام می شوند، دارد. با این نگاه و با تعاریف ارائه شده، حتی نسبت عرف به عادت را، نسبت خاص به عام مطلق می دانند.^۸

علاوه بر همه این مسائل، اصطلاح عادت معمولا برای رفتارهای تکرارشونده و عادات فردی و شخصی به کار می رود؛ مثلا رفتار فردی که میان مکالمه اش با دیگران، چانه اش را دائم می خاراند، عادت او تلقی می شود. اما شاید مهم ترین تفاوت عادت و عرف (حتی اگر رفتار تکرارشونده شمولیت گروهی داشته باشد) الزام آور نبودن عادت بر خلاف عرف برای عموم است. قطعاً رفتاری را به عنوان عرف شناسایی می کنیم که فرد نتواند به خاطر اجبار اجتماعی از آن سرپیچی کند.

به هر حال مانند بسیاری از ترکیب های زبان فارسی که در آنها دو کلمه با معانی نزدیک به هم ترکیب شده اند و یک ساختار واحد معنایی را ساخته اند، عرف و عادت نیز معمولا در کنار هم به کار رفته اند؛ به ویژه در متون حقوقی. برای مثال در این مواد از قانون مدنی عرف و عادت در یک معنای ساختاری واحد در معنای رایج حقوقی آن به کار رفته اند:

^۳ . جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۸، ص ۴۴۷.

^۴ . واسعی، سید محمد، جایگاه عرف در فقه، تهران: کانون اندیشه جوان، ۱۳۸۷، ص ۹.

^۵ . انوری، ۴۹۴۰.

^۶ . روحی برندق، محمد، «تبارشناسی عرف در فقه امامیه و حقوق ایران»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ش ۱۵، پاییز و زمستان ۱۳۹۵.

^۷ . واسعی، ۲۴.

^۸ . همان، ۲۵.

ماده ۲۲۰ ق.م: عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می‌نماید، بلکه متعاملین به کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می‌شود، ملزم می‌باشند.

ماده ۳۵۷ ق.م: هر چیزی که بر حسب عرف و عادت جزء یا از تابع مبیع شمرده نشود، داخل در بیع نمی‌شود؛ مگر این که صریحا در عقد ذکر شده باشد.

در متون فقهی شیعه و اهل سنت هم این دو واژه بارها کنار یکدیگر به کار رفته اند. جالب اینجاست که حتی در زبان عربی برای نشان دادن عمل به عرف، باز هم از ریشه فعلی «عود» در صیغه‌های متناسب استفاده می‌شود؛ چرا که اساسا عرف با تکرار معنا می‌یابد. مانند این جمله: «العرف هو ما اعتاده الناس»؛ یعنی عرف چیزی است که مردم به آن عادت می‌کنند.

۳-۲ بررسی مفهوم اصطلاحی عرف

چنانکه از تعریف لغوی عرف در گفتار قبل برمی‌آید، این واژه از قدیم تا به حال، کاربرد و جایگاه خاصی در مسائل اجتماعی داشته است. این رویکرد اجتماعی، قطعا طی اعصار خود را در علم فقه و علم حقوق، متجلی ساخته است؛ چرا که این علوم با معیارها و قواعدی که می‌سازند، سعی در جهت دادن به زندگی اجتماعی انسان دارند.

۱-۳-۲ مفهوم فقهی عرف

قاعداً برای دریافتن معنای فقه عرف، به تعاریفی که فقها به دست داده‌اند مراجعه می‌کنیم. ملامحسن فیض کاشانی در این باب می‌گوید: «عرف دستوری است که عامه مردم میان خود وضع کرده باشند و عمل به آن را بر خود لازم و واجب ساخته و مخالفت از آن را قبیح شمرند؛ هر چند عمل به آن ناملایم طبع و دشوار باشد. هریک در مخالفت آن از سرزنش دیگری اندیشد و این دستور مختلف است به اختلاف ازمنه و بلاد و طوایف؛ گاه موافق عقل و شرع و طبع باشد و گاه نه. گاه مقبول مردم فهمیده باشد و گاه نه.»^۱

در متون فقهی، از عرف با عناوین دیگری مانند بنای عقلا و سیره عملی نیز یاد شده است. چنان که از تعریف ارائه شده برمی‌آید، عموم فقها عرف را زاینده بستر اجتماع می‌دانند، چیزی که گاهی هر چند با عقل و طبیعت سازگاری ندارد، اما سرپیچی از آن برای فرد تبعاتی دارد که گویا رعایت عرف را الزام‌آور می‌نماید.

به هر حال چنان که پیداست، عرف مسئله‌ای است که در مسائل فقهی همواره دخیل خواهد بود. چیزی که زاینده بسیاری از رفتارهای اجتماعی و قواعد الزام‌آور می‌باشد، ناخواسته در اعصار و ادوار مختلف، روی نظر و آرای فقها و مجتهدان، تأثیر گذاشته و خواهد گذاشت.

شیخ انصاری در ردّ کسانی که در صدد تفصیل بین حکم عرف و عقل برآمده‌اند پاسخی دارد ناظر بر این که، عرف مرتبه‌ای از مراتب و طوری از اطوار عقل است و هیچ‌گاه تضاد و مخالفتی بین این دو و حکم آنها نیست. هر چند عده دیگری عقل و عرف را مقوله‌های جدا از هم دانسته‌اند. اینجاست که دو مقوله عقل دقی و عقل مسامحی مطرح می‌شود.^۲

«عقل دقی با دقت و موشکافانه به مسئله نگاه می‌کند و عقل مسامحی که در برابر عقل دقی، عرف نامیده می‌شود و شاید وجه تسمیه آن به عرف در همین نکته نهفته باشد که همان گونه که عرف به موضوعات با دید مسامحی می‌نگرد، این گونه نگرش که در واقع، دید عقل است، عرف نامیده شده است.»^۳

^۹. علوی، سید محمدتقی، «تأملی بر جایگاه عرف و عادت در فقه و حقوق موضوعه ایران»، نشریه دانشکده ادبیات و علوم انسانی، ش ۱۸۲، بهار ۱۳۸۱.

^{۱۰}. واسعی، ۱۹.

^{۱۱}. همان، ۱۵ تا ۲۵.

^{۱۲}. روحی بزدق.

^{۱۳}. همان.

با وجود تعاریف مختلفی که از عرف نزد فقها صورت گرفته است، عرف به عنوان رفتاری معمول و متداول بین مردم، بنیانی برای رفتارهای پسندیده بوده است و این مهم در قرآن نیز جایگاه خاصی داشته و مد نظر فقها قرار گرفته است. چنانکه در آیه ۱۹۹ سوره اعراف آمده است:

«خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ».

قرشی در قاموس قرآن چنین تفسیر می‌کند: «عرف (بر وزن قفل) به چند معنی آمده؛ از جمله به معنی معروف و شناخته شده؛ و آن مقابل منکر است و از آن کار نیک مطابق فطرت قصد می‌شود. چنانکه در /میزان ذیل آیه «و لهن مثل الذی علیهن بالمعروف» آمده است، معروف آن است که مردم با ذوق مکتسب از لحیات اجتماعی متداول، آن را می‌شناسند. معروف در شریعت اسلام آن است که مردم آن را به فطرت سلیم می‌دانند».

پس چیزی که روشن می‌شود این است که عرف تقریباً برابر همان معنای مصطلح «معروف» است که در گفتمان فقهی و اسلامی آن را در اصطلاح «امر به معروف و نهی از منکر» می‌شنویم. با این تعریف، جایگاه ویژه عرف، در فقه اسلام و نزد فقها و مجتهدین، بیش از پیش روشن می‌شود.

۲-۳-۲ مفهوم حقوقی عرف

در نظام حقوقی اسلامی، اهمیت عرف تا جایی است که قاعدتاً تدوین هیچ مجموعه قانون و حقوقی، بدون عنایت به آن، ممکن نیست. با عنایت به معانی لغوی، مصطلح و فقهی این واژه، درک معنای حقوقی آن نیز مشکل نیست. چه در نظام حقوقی ایران و چه در نظام حقوقی کشورهای عربی اسلامی و همچنین چه در زبان فارسی و چه در زبان عربی، معنای عرف و عادت، تقریباً یکسان است.

در کتاب ترمینولوژی حقوق، واژه عرف ذیل ۱۵ مدخل مختلف معنا شده است: «عرف، عرف تجاری، عرف خاص، عرف شایع، عرف صنفی، عرف عام، عرف عقلا، عرف عملی، عرف غالب، عرف قضایی، عرف لفظی، عرف محلی، عرف مذهبی، عرف مسلم و عرف مملکتی».

این تعدد و تفکیک در یک لغت‌نامه حقوقی، نشان‌دهنده اهمیت عرف در حقوق و دقت نظر حقوق‌دانان در تمیز انواع آن از یکدیگر دارد. البته بین همه این مدخل‌ها که غالباً رویکرد حقوقی دارند، کلی‌ترین و عمومی‌ترین تعریف به همان مدخل نخستین باز می‌گردد که در دو قسمت تعریف شده است:

«الف. در اصطلاح فقها، روش مستمر قومی است در گفتار و یا رفتار و آن را عادت و تعامل نیز نامند. لازم نیست همه افراد یک قوم آن روش را داشته باشند تا عرف محقق شود؛ بلکه کافی است که اغلب آنان دارای روش مزبور باشند و عرف به همین مقدار محقق می‌شود».

«ب. عملی که اکثریت صنفی از اصناف یا طبقه‌ای از طبقات یا گروهی از یک اجتماع، به‌طور مکرر انجام دهند و آن عمل مطابق با مصلحت نوعی آن صنف یا آن طبقه و گروه باشد».

^{۱۴} . «گذشت پیشه کن و به (کار) پسندیده فرمان ده و از نادانان رخ برتاب».

^{۱۵} . بقره، ۲۲۸.

^{۱۶} . قرشی، سید علی اکبر، قاموس قرآن، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۵۳، ج ۲، ص ۳۲۷.

^{۱۷} . زراعت، عباس، فرهنگ لغات حقوقی (عربی به فارسی و فارسی به عربی)، تهران: خط سوم، ۱۳۸۲، مداخل مربوطه.

^{۱۸} . جعفری لنگرودی (۳)، ۴۴۷ تا ۴۴۹.

^۱ . همان، ۴۴۸.

بعد از این تعاریف، برای تفهیم بهتر، به حقوق عرفی ارجاع داده شده است که معانی مختلف دیگری از آن استنباط می‌شود؛ اما نزدیک‌ترین معنای مرتبط آن چنین است:

«عبارت است از مقرراتی که مسلمین در کنار قوانین شرعی و بدون رعایت موافقت یا مخالفت شریعت خود وضع نموده و اجرا کرده‌اند.»^۲

۳- دلایل حجیت عرف

اساساً چرا عرف دارای ارزش و اعتبار فقهی است. چه چیز باعث شده است که در عرصه فقاقت، عرف حجیت داشته باشد تا به آن استناد شود؟ با عنایت به بررسی‌های صورت گرفته، پنج دلیل اصلی به‌عنوان عوامل اصلی حجیت برشمرده‌ام:

۱- آیات قرآن: در برخی آیات قرآن به واژه عرف و مشتقات آن اشاره شده است و بسیاری از مفسران آن را به‌عنوان همین معنای مصطلح عرف تفسیر کرده‌اند. چنانکه پیش از این اشاره شده، آیه ۱۹۹ سوره اعراف و آیات ۱۱۰ آل عمران و ۸۷ حج از این دسته‌اند.

«خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ» (سوره اعراف، آیه ۱۹۹).

«كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَتُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَوْ آمَنَ أَهْلُ الْكِتَابِ لَكَانَ خَيْرًا لَهُمْ مِنْهُمْ الْمُؤْمِنُونَ وَأَكْثَرُهُمُ الْفَاسِقُونَ» (آیه ۱۱۰، سوره آل عمران).^۲

هرچند در این دو آیه بسیار از مفسران، عرف را مجموعه‌ای از اخلاق حسنه و رفتارهای پسندیده تفسیر کرده‌اند، اما دقیقاً همین رفتارها پسندیده، در عرصه اجتماعی، عرف را تشکیل می‌دهند.

اما در آیه دیگری، خود واژه عرف وجود ندارد، از عبارتی معنای آن برداشت می‌شود و این‌طور تفسیر می‌شود که یک نگاه عرفی در تفسیر فقهی کاملاً تأثیرگذار است. آیه ۷۸ سوره حج می‌فرماید:

«وَجَاهِدُوا فِي اللَّهِ حَقَّ جِهَادِهِ هُوَ اجْتَبَاكُمْ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ مِلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ هُوَ سَمَّاكُمُ الْمُسْلِمِينَ مِنْ قَبْلُ وَفِي هَذَا لِيَكُونَ الرَّسُولُ شَهِيداً عَلَيْكُمْ وَتَكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ فَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ وَاعْتَصِمُوا بِاللَّهِ هُوَ مَوْلَاكُمْ فَنِعْمَ الْمَوْلَى وَنِعْمَ النَّصِيرُ».

در این آیه، از عبارت «وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ»، قاعده «نفی عسر و حرج» برداشت شده است و به‌واسطه^۲ رویکرد عرفی آیه، آن را مصداق عرف دانسته‌اند.

۲- احادیث و اخبار: در بسیاری از احادیث و روایات، هم به‌روشنی به «عرف» و مشتقات آن اشاره شده است و هم روایت‌هایی هست که به یک ماجرای عرف‌محور می‌پردازد. درباره احادیث و روایاتی که مستقیماً به واژه عرف اشاره نشده است، به این نمونه دقت کنید.

نمونه اول درباره حدیثی است که می‌فرماید؛ خداوند به قلب پیامبر نظر کرد و او را بهترین یافت و ... و آنچه مسلمانان، نیکو می‌پندارند، نزد خدا نیکوست و آنچه ناپسند می‌دانند، نزد خدا نیز ناپسند است (فما رای المسلمون حسناً فهو عندالله حسن و

^{۲۰}. همان، ۲۳۷.

^{۲۱}. «شما بهترین امتی هستید که برای مردم پدیدار شده‌اید: به کار پسندیده فرمان می‌دهید و از کار ناپسند باز می‌دارید و به خدا ایمان دارید. و اگر اهل کتاب ایمان آورده بودند، قطعاً برایشان بهتر بود؛ حتی برخی از آنان مؤمنان [اولی] بیشترشان نافرمانند».

^{۲۲}. روحی بزدق.

^{۲۳}. «... و در دین بر شماسختی قرار نداده است».

^{۲۴}. ایزدی‌فر، علی‌اکبر، «عرف و جایگاه آن در استنباط احکام شرعی»، نشریه مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ش ۱، زمستان ۱۳۸۸.

ما راوا سیئا فهو عندالله سیء). هرچند درباره این حدیث تفاسیر مختلفی وجود دارد، ولی به خوبی نماد عرف و رفتار پسندیده اجتماعی در اسلام و جایگاه ویژه آن است.

از دیگر روایاتی که به عرف می‌پردازد، نظر پیامبر درباره‌ی «اخذ به معروف» است که عبارت است از اینکه، در صورتی که مرد به زن نفقه ندهد و هزینه‌های جاری زندگی او و فرزندان را در اختیارش نگذارد، او می‌تواند به اندازه‌ای که عرفاً می‌تواند از پس هزینه‌ها برآید، از اموال شوهر، بردارد.^۵

۳- بنای عقلا و قواعد منطقی: تعدادی از قواعد از جمله قواعدی مانند «المعروف عرفا کالمشروط شرعا»، «التعین بالعرف کالتعین بالنص»، «العرف شریعة محكمة»، «العرف فی الشرع له اعتبار» و «العاده محکمه» جهت اثبات حجیت عرف مورد استناد قرار گرفته اند.^۶

همان‌طور که در قواعد ذکرشده مشاهده می‌کنید و پیش از این هم گفتیم، عرف اگر با شرع مغایرتی نداشته باشد، مقبول است. اساسا بیشتر قواعد عقلایی را ذهن انسان به‌خودی‌خود می‌پذیرد و پذیرش بسیاری از رفتارهای پسندیده اجتماعی که به‌خاطر مقتضیات زمانه به وجود آمده‌اند، امری بدیهی است.

غیر از این رویکرد، بسیاری بر این باورند که ذات بسیاری از رفتارهای عرفی، فطرت انسان است که به اعتقاد علما و فقهای مسلمان، ریشه در خلقت الهی دارد و از جایگاه خاصی برخوردار است.

۴- امضای شارع: امضای شارع را به سه صورت می‌توان متصور شد؛ عدم ردع شارع (که در واقع به معنای عدم ممانعت شارع از انجام آن است)، سکوت شارع و تأیید شارع.^۷

البته دو مورد اول (عدم ردع و سکوت) به‌خودی‌خود زمینه را برای ایجاد احکام امضائی و تأیید عرف‌های امضائی فراهم می‌کنند، اما گاهی یک عرف قدیمی، رسماً تأیید می‌شود.

۵- اجماع: چنانکه اجماع یکی از منابع فقه شیعه نیز می‌باشد، نزد شیع و اهل سنت، از دلایل حجیت عرف نیز می‌باشد. البته قاعدتا علمای شیعه بر این باورند که «احتجاج به اجماع بدون کاشفیت از قول معصوم اعتباری نخواهد داشت».^۸

۴- شرایط عرف از نظر فقها

اما عرف برای پذیرش فقهی حقوقی، باید شرایطی داشته باشد. به عبارت دیگر، کسی منکر وجود هرگونه عرفی نزد هر گروهی از جامعه نیست؛ اما برای اینکه فقها و حقوقدان‌ها هم به آن اعتنا کنند و برای آن جایگاهی قائل باشند، مستلزم داشتن شرایطی است که ذکر می‌شود.^۹

۱- اول اینکه عرف باید کلی و غالب باشد. یعنی نزد همه مردم یا اکثریت مردم رایج باشد. باری مثال در زندگی شهری، نگهداری چهارپایان در خانه و حیاط خانه، عرف نیست و عمل ناپسندی محسوب می‌شود.

۲- دوم اینکه عرف باید هم‌زمان با موضوع باشد؛ در واقع، عرف سابق و عرف لاحق پذیرفته نیست.

۳- اما مورد بسیار مهم این است که عرف نباید مخالف نص شرعی و قانون باشید. به عبارت بهتر، از طرف شخص صلاحیت‌دار نباید تصریحی برخلاف اقتضای عرف شده باشد؛ والا اعتباری به عرف مزبور نیست. برای مثال برابر ماده ۳۵۷ قانون مدنی، «هر

۲۵. همان.

۲۶. همان.

۲۷. همان.

۲۸. علوی.

۲۹. ملک‌زاده.

چیزی که برحسب عرف و عادت، جزء یا تابع مبیع شمرده نشود، داخل در مبیع نمی‌شود، مگر اینکه صریحا در عقد ذکر شده باشد».^۳

«این تصریح از طرف متعاقدين، تصریحی است برخلاف عرف عملی که آن را از اعتبار می‌اندازد. هرگاه دادرش وجود این شرطها را احراز کند، عرف مزبور از نظر او عرف مسلم است و در صورت عدم احراز، آن عرف مسلم نیست».^۱

۵- جایگاه عرف نزد فقهای شیعه

ملا محسن فیض کاشانی عرف را چنین تعریف می‌کند: «عرف دستوری است که عامه مردم میان خود وضع کرده باشند و عمل به آن را بر خود لازم و واجب ساخته باشند و مخالفت با آن را قبیح شمرند؛ هرچند مخالفت با آن، نامالیم طبع و دشوار باشد و هریک در مخالفت آن از سرزنش دیگری اندیشد و این دستور مختلف است به اختلاف ازمنه و بلاد و طوایف؛ گاه موافق عقل و شرع و طبع باشد و گاه نه. گاه مقبول مردم فهمیده باشد و گاه نه».^۲

چنانکه مشاهده می‌کنید، این تعریف که تعریف رایجی نزد فقهای شیعه است، کاملا منطبق بر همان مفهومی است که تا اینجا بدان پرداخته‌ایم. اما مسئله مهم این است که با وجود پذیرش این مفهوم و عنوان، فقهای شیعه چه جایگاهی برای آن قائل هستند.

فقهای شیعه، به اتفاق عرف را در حوزه تعیین مفاهیم گزاره‌های فقهی، دارای اعتبار و حجیت می‌دانند و بنابر نظر برخی از اصولیون و فقهای بزرگ، عرف افزون‌براین، در حوزه تشخیص مصادیق نیز، حجت است ولی هیچ‌یک از ایشان، عرف را منبعی از منابع عرف نمی‌دانند و قاطعانه چنین چیزی را رد می‌کنند.^۳

مسئله مهم دیگر در بررسی عرف و عادت در تاریخ فقه شیعه این است که، فقهای شیعه عرف متقارن زمان پیامبر اسلام (ص) را عرف شارع و عرف رایج زمان امام محمد باقر (ع) و امام جعفر صادق (ع) و بعد از آن را عرف متشرعه می‌نامند.^۴

چیزی که به‌طور کلی واضح است، پذیرش عرف نزد فقهای شیعه است؛ البته به‌گونه‌ای که به تفصیل به شرح معنای آن نپرداخته‌اند و صرفا هرجا موضوعی از جانب شارع تعریف مشخصی نداشته، شناخت آن را به عرف سپرده‌اند. معروف‌ترین موضع و تعریف درباره عرف نزد فقهای شیعه، نگاه شیخ انصاری است که پیش از این بدان اشاره کردیم که عرف را مرتبه‌ای از مراتب و طوری از اطوار عقل می‌داند.

۶- جایگاه عرف بین منابع حقوق

حقوق دانان با توجه به عرصه‌های مختلف این علم، تعاریف مختلفی درباره عرف ارائه داده‌اند و نسبت به آن رویکردهای متفاوتی اتخاذ نموده‌اند. مثلا در حقوق اسلامی، از عرف به‌عنوان منبع و مجموعه مقرراتی یاد شده است که شارع مقدس، حکمی درباره آن موضوعات، ارائه نکرده است. نزد حقوق دانان جهان هم معمولا عرف را به‌عنوان مجموعه مقررات الزام‌آوری می‌شناسند که برگرفته از آداب و سنن مردم است.

۳. همان.

۳. همان.

۳. واسعی، ۱۹.

۳. روحی برندق.

۳. تقدیری.

مهم‌ترین و رایج‌ترین تعریفی که در متون حقوقی درباره عرف وجود دارد ناظر بر این است که «عرف قواعدی است که از پدیده‌های اجتماعی استخراج می‌شود و بدون دخالت قانون‌گذار به صورت قاعده حقوقی درآمده است که البته در این معنا جز قانون دیگر منابع حقوق همچون رویه قضایی و قواعد ناشی از عقاید علمای حقوق را نیز دربرمی‌گیرد».^۵ چنانکه پیش از این بیان شد، جایگاه عرف در نظام‌های حقوقی مبتنی بر عرف در رأس همه منابع است و در نظام‌های حقوقی مبتنی بر قانون مکتوب، در مراتب بعد قرار داد.

به‌هرحال آنچه تا اینجا با تعاریف مشخص بدان پرداخته‌ایم، بیشتر درباره حقوق داخلی بوده است. درحالی‌که عرف در عرصه حقوق بین‌الملل نیز نقش پررنگی ایفا می‌کند. برای مثال می‌توان به این موارد اشاره کرد: «عرف‌ها و رویه‌های متحدالشکل برای اعتبارات اسنادی و شرایط قوه قاهره و عسر و حرج مندرج در قرارداد که توسط اتاق بازرگانی بین‌المللی به تصویب رسیده است. البته این عرف‌ها، رویه‌ها و اصطلاحات قراردادی فقط زمانی اعمال می‌شود که طرفین یا سازمان‌های آنها، برای اعمالشان به توافق رسیده باشند. در سایر موارد برای دادگاه‌ها و داورها، به‌عنوان راهنما، به شمار می‌روند».^۶

چنانکه با تحقیق راجع به عرف در فقه اسلامی (به‌ویژه فقه شیعه) دریافتیم که در حوزه تعیین مفاهیم و تشخیص مصادیق، جایگاه ویژه‌ای باید به آن اختصاص دهیم، در علم حقوق نیز، همان جایگاه را باید قائل شد. البته در نظام‌های حقوقی مختلف (کامن‌لا و رومی‌ژرمنی) مرجعیت آن متفاوت است. قاعدتا چنانکه اشاره شد، در نظام‌های حقوقی کامن‌لا، عرف به‌عنوان منبع نخست در صدر قرار دارد و در نظام‌های رومی‌ژرمنی، در مراتب بعدی قرار می‌گیرد. در نظام حقوقی ایران نیز، عرف به‌عنوان یکی از منابع ثانویه تلقی می‌شود.

۷- رویه قضایی در گستره حقوق

در ایران هر آن‌چه را که تاکنون در مورد رویه قضایی گفته شد رویه قضایی در معنای عام می‌دانند و بیشتر حقوق‌دانان با استناد به اصول ۵۷، ۱۶۶ و ۱۶۷ قانون اساسی و مواد ۴ و ۵ قانون آیین دادرسی مدنی سابق (مصوب ۱۳۱۸)، آن را منبع حقوقی نمی‌دانند؛ چه منشأ آن کثرت آرای مشابه باشد و چه از تبدیل شدن رأی به عادت شکل گرفته باشد.^۷

مطابق با ماده ۵ قانون آیین دادرسی مدنی سابق «دادگاه هر دعوی را با قانون تطبیق کرده و حکم آن را تأیید می‌نماید و نباید به‌طور عموم و قاعده کلی حکم بدهد». بر اساس ماده ۴ همین قانون، رأی صادره در یک پرونده تنها در مورد طرفین دعوا اعتبار دارد و شامل شخص ثالث نمی‌شود. مطابق با اصل ۵۷ قانون اساسی دخالت هر یک از قوا در وظایف دیگری ممنوع است. بنابراین قاضی نمی‌تواند در کار نمایندگان مجلس که مسئول تصویب قوانین هستند دخالت کرده و قانون وضع کند.

طرفداران نظریه رویه قضایی نیز می‌کوشند از قوانین ایران برای استدلال‌های خود بهره ببرند. بر اساس اصل ۷۳ قانون اساسی «شرح و تفسیر قوانین عادی در صلاحیت مجلس شورای اسلامی است، مفاد این اصل مانع از تفسیری که دادرسان در مقام تمییز حق از قوانین می‌کنند نیست.» همچنین مطابق با اصل ۱۶۷ قانون اساسی «... قاضی نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد». راه‌حلی که پیش پای قاضی گذاشته می‌شود همانا تفسیر قانون و صدور حکم بر مبنای آن تفسیر است. تبعیت سایر دادگاه‌ها از این حکم الزامی نیست اما چنان‌چه سایر

^{۳۵} . کاتوزیان، ناصر، کلیات حقوق، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۹، ج ۲، ص ۱۰۲.

^{۳۶} . گرزین، اسماعیل، «بررسی آرای داور در رویه قضایی ایران و محاکم بین‌المللی»، مطالعات علوم سیاسی، حقوق و فقه، ش ۱ دوره چهارم، پاییز ۱۳۹۷.

^{۳۷} . همان.

^{۳۸} . محمدزاده وادقانی.

دادگاه‌ها به اختیار خود از این رأی پیروی کنند، این رأی به رویه تبدیل می‌شود. تفاوت رویه قضایی در معنای خاص با رویه قضایی در معنای عام همین الزامی یا اختیاری بودن تبعیت قاضی از آرای سابقه است.

در ایران رویه قضایی تنها در معنای خاص آن پذیرفته شده است، یعنی زمانی که دادگاه‌ها به اختیار خود از راه‌حلی که پیش‌تر برای رفع سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین اندیشیده شده است پیروی کنند. چنانچه قضات دادگاه‌های مختلف از یک قانون تفاسیر متفاوتی داشته باشند و این تفاوت در تفسیر به تفاوت یا تعارض رویه‌ها انجامیده باشد، هیئت عمومی دیوان عالی کشور مداخله کرده و برای رفع تعارض «رأی وحدت رویه» صادر می‌کند که لازم‌الاجراست.^۹ در ایران غیر از آرای هیئت عمومی دیوان عالی، آرای هیچ‌یک از محاکم، از جمله شعب دیوان عالی، برای دادگاه‌های دیگر الزام‌آور نیست. همچنین آرای دادگاه‌های تجدیدنظر برای دادگاه‌های بدوی لازم‌الاتباع نیست. آرای وحدت رویه در ایران منبع ایجاد حقوق محسوب نمی‌شوند؛ بلکه منبع تکمیلی حقوق دانسته می‌شوند. زیرا این آرا صرفاً قصد قانون‌گذار را بیان می‌کنند و قانون جدیدی وضع نمی‌کنند.

هیئت عمومی دیوان عالی زمانی رأی وحدت رویه صادر می‌کند که میان آرای دو شعبه دادگاه، یا دو شعبه دیوان عالی و یا یک شعبه دادگاه و یک شعبه دیوان عالی تعارض پیش آید. دادستان کل کشور یا رئیس دیوان عالی کشور می‌توانند درخواست کنند تا هیئت عمومی دیوان عالی برای صدور حکم وحدت رویه تشکیل شود. هر یک از این دو مقام به هر نحو که از تعارض آرای دادگاه‌ها اطلاع یابند می‌توانند چنین درخواستی را ارائه دهند. قضات دیوان عالی، قضات دادگاه‌ها، دادستان‌ها و وکلای دادگستری می‌توانند از هر یک از این دو مقام بخواهند که برای تشکیل هیئت عمومی دیوان عالی درخواست دهند. رأی اکثریت هیئت عمومی دیوان عالی رأی وحدت رویه نامیده می‌شود.

در ایران، مطابق مصوبه مجلس شورای اسلامی، غیر از هیئت عمومی دیوان عالی کشور، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری نیز، البته تنها در خصوص آرای متعارض شعب خود دیوان عدالت اداری، می‌تواند رأی وحدت رویه صادر کند. عدم انحصار صدور رأی وحدت رویه به دیوان عالی کشور انتقاداتی را از سوی برخی حقوق‌دانان موجب شده است. همچنین برخی از حقوق‌دانان معتقدند که حجم بالای آرای صادره از هیئت عمومی دیوان عالی به صدور آرای متعارض، کاهش کیفیت آرا و سردرگمی قضات انجامیده است. آنان برای اصلاح این عیوب پیشنهاد می‌کنند که شعب دیوان عالی اختلافات میان شعب دادگاه‌ها را تنها از طریق فرجام‌خواهی حل و فصل کنند و تنها چنانچه میان شعب دیوان عالی اختلاف نظری پیش آمد، هیئت عمومی دیوان عالی برای حل تعارض میان آن‌ها مداخله کرده و رأی وحدت رویه صادر کند، همان‌گونه که قانون وحدت رویه مصوب سال ۱۳۲۸ چنین راهی را ترسیم کرده بود.

۸- تغییر حکم تحت تأثیر عرف

با پرداختن به مفاهیم مربوطه در فصل اول، به‌خوبی روشن است که عرف مقوله‌ای تغییرکننده است که از عوامل مختلفی تأثیر می‌پذیرد. حال به‌واسطه این تأثیر، امکان تغییر موضوع برخی احکام فقهی نیز وجود دارد. چراکه اساساً خود شارع، به جزئیات بعضی از احکام نپرداخته و حکم آنها را به منابعی همچون عرف واگذار کرده است.

اما سؤال مهمی که در این زمینه مطرح می‌شود این است که چه عواملی باعث این تغییرات می‌شوند. تغییرات پیوسته‌ای که هریک به‌صورت تبعی، تغییر در مورد بعدی را به‌وجود می‌آورد. یعنی یک عامل (مثلاً عامل جغرافیایی) تغییری در یک رفتار

^{۳۹}. اسلامی‌پناه.

^{۴۰}. همان.

^{۴۱}. همان.

^{۴۲}. همان.

اجتماعی پدید می‌آورد. به موجب آن رفته‌رفته عرف جدیدی شکل می‌گیرد و رفتار یا عادت قدیم را کنار می‌زند. به این ترتیب، برای عرف جدید، حکم جدیدی متصور خواهد بود.

در این مبحث به بررسی عواملی می‌پردازیم که چنین تغییراتی را به وجود می‌آورند. شایان ذکر است بین چهار عنوانی که به آنها خواهیم پرداخت، دو عنصر زمان و مکان اهمیت ویژه‌ای دارند و شناخت آنها باعث می‌شود که در مسیر پویایی فقه، مجتهدان آگاه، هرچه‌بهرتر به استنباط احکام شرعی بپردازند.

«در بسیاری از روایاتی که از امامان معصوم نقل شده، به این حقیقت اشاره شده است که زمان و مکان در دگرگونی احکام نقش دارد و این تغییر یا به سبب آن است که به مرور زمان، موضوعات احکام نیز تغییر کرده یا به علت تبدیل ملاک‌های آن احکام به ملاک‌های دیگری است؛ یا به سبب این است که ملاک‌های وسیع‌تری نسبت به ملاک موجود در زمان تشریع آن احکام، کشف شده است».^۳

ذکر این نکته هم ضروری است که صرفاً عواملی که از آنها یاد می‌کنیم، تنها عوامل ایجاد تغییرات عرفی در آرای فقها نیستند. امروزه با توجه به تحولات گسترده و بسیار سریع تکنولوژیک، پدیده‌های فرهنگی و اجتماعی زیادی، نقش تعیین‌کننده‌ای در زندگی بشر و به تبع آن در تغییرات عرفی، ایفا می‌کنند. ولی با همه این اوصاف، چهار عنوانی که در صفحات پیش رو ذکر می‌شوند، مصداق بسیاری از تغییرات در مقاطع مختلف تاریخی هستند و با بررسی آنها، الگوهای یکسان و قابل‌تعمیمی به دست می‌آوریم.

آخرین نکته‌ای که پیش از آغاز گفتارهای این مبحث باید به آن بپردازیم، تعریف «تغییر حکم» است. تغییر حکم به واسطه تغییر موضوع حکم، تغییر عنوان موضوع حکم و تغییر متعلق موضوع حکم امکان‌پذیر است.

هر حکمی موضوعی دارد. نکته اینجاست که احکام تابع موضوعات هستند. پس به واسطه تغییر موضوعات، احکام هم تغییر می‌کنند. حال خود موضوعات، دارای عنوان و متعلق هستند؛ به این ترتیب، با تغییر عنوان یا متعلق موضوع، خود موضوع هم تغییر می‌کند و به واسطه‌ی تغییر موضوع، حکم تغییر می‌کند. در این پژوهش، از اصطلاح کلی تغییر احکام استفاده شده است تا مفهوم به صورت کلی پرداخته شود. وگرنه خود این بحث، تحقیق مجزایی می‌طلبد.

مثال برای تغییر موضوع حکم: در فقه اسلامی، خرید و فروش خون حرام بوده است. اینجا خون موضوع است. موضوع ما تعریفی داشته است که امروزه تغییر کرده است. امروزه خون قابلیت اهدا و انتقال پیدا کرده است و برای آن فایده‌ای متصور شده‌اند. پس اینجا خود موضوع تغییر کرده است.

مثال برای تغییر عنوان موضوع حکم: قواعد انعطاف‌پذیری که شرایط خاصی را پیش‌بینی می‌کنند. مثلاً ممکن است موضوعی در شرایط عادی، حکم حرام‌بودن داشته باشد، اما در شرایط خاص نه. مثلاً خوردن گوشت مردار در اضطرار. مهم‌ترین این عناوین عبارت‌اند از مواردی مثل «احکام ثانویه، اکراه، اضطرار، حرج و ضرر».

مثال برای تغییر متعلق موضوع حکم: یک مثال خوب در این زمینه حکم حرمت موسیقی لاهی است. پیش از به واسطه اینکه فقها عموماً موسیقی را جهت لاهو می‌شناخته‌اند، حکم به حرمت آن داده بوده‌اند. اینجا موضوع موسیقی است، متعلق موضوع، لاهی بودن آن و حکم آن حرمت است. با تغییر متعلق لاهی‌بودن و ایجاد کاربردهای ارزشی، هنری و ...، حکم حرمت تغییر کرده است.

علاوه بر همه این عناوین و گفتارهای پیش رو، این عوامل را نیز به عنوان عوامل تأثیرگذار در تغییر احکام در نظر داشته باشید: «احکام ولایتی و حکومتی (که در ادامه، تحت عنوان احکام ثانویه به آن پرداخته شده است)، تغییر ارزش‌ها، کلی‌بودن، تفاوت در استنباط».^۴

^۳ . نقیبی، سید ابوالقاسم و حسین جلیل‌زاده ماکویی، «تأثیر راهبردی زمان و مکان در تطور آرای فقیهان در بخش نظامی»، *مطالعات دفاعی/ استراتژیک*، ش ۴۷، بهار ۱۳۹۱.

^۴ . ادیبی‌مهر، محمد، «بررسی و تحلیل احکام ثانوی فقهی در قلمرو احکام ثابت و متغیر»، *پژوهش‌های فقهی*، ش ۴، بهار و تابستان ۱۳۹۰.

۱-۸ عرف و صدور احکام ثانویه

اولین مسئله‌ای که طرح می‌شود این است که «اساساً چه عناصر، عوامل و اتفاقاتی موجب احکام ثانویه هستند؟». به نظر می‌رسد که مقتضیات زمانه و موقعیت‌های خاص، مهم‌ترین عامل صدور احکام ثانویه هستند. به عبارتی وضعیت اقتضا می‌کند که حکم اولی یک موضوع به حکم ثانوی بدل گردد. این اقتضا، گاهی همان عرف است. بنابراین می‌خواهیم پس از آشنایی بیشتر با احکام ثانویه و مفاهیم وابسته به آن، موقعیت‌های خاصی که به‌عنوان عرف موجب صدور احکام ثانویه می‌شوند را بررسی کنیم.

۱-۸-۱ احکام ثانویه و مسئله ثوابت و متغیرات در احکام

فارغ از معنای لغوی و قرآنی حکم، طبق تعریف عالمان اصول، حکم عبارت است از «خطاب شارع که به افعال مکلفین به‌صورت اقتضا یا تخییر، تعلق می‌پذیرد».^۴

اما نزد فقها حکم تداعی‌کننده مفاد حکمی شرعی است؛ چنانکه در تعریف فقه آمده است که «فقه، علم به احکام شرعی فرعی از روی دلیل‌های تفصیلی آن است». حال مفاد این حکم شرعی می‌تواند به‌صورت شکلی، موجد احکام تلکیفی (واجب، مستحب، مباح، مکروه و حرام) باشد و مکلف را به انجام کاری وادارد یا از آن بازدارد؛ یا می‌تواند به‌صورت ماهوی، موجد احکام وضعی باشد و از کیفیت و چگونگی مسئله‌ای همچون ازدواج یا طلاق بگوید.

اما غیر از این تقسیم‌بندی بسیار مهم، تقسیم‌بندی‌های دیگری نیز در این باب وجود دارد که یکی از آنها همین تقسیم احکام به دو دسته «احکام اولیه» و «احکام ثانویه» است.

آنچه پیش از این در تعریف «حکم» آمد، در حقیقت تعریف حکم واقعی اولی است (گفتار چهارم مبحث قبل به آن اشاره شد) که یا ناظر بر حکمی وضعی است، یا ناظر بر حکمی تکلیفی است؛ اما حکم ثانوی، حکم جدیدی است که به‌واسطه بروز موقعیت‌های ویژه‌ای همچون اضطرار، به‌جای حکم اولی یک موضوع می‌نشیند. مانند زوال حرمت خوردن گوشت مردار در حالت اضطرار.

در یک تعریف غیررایج، این دو اصطلاح در معنایی دیگر نیز به کار رفته‌اند. چنانکه به حکم واقعی، حکم اولی و به حکم ظاهری، حکم ثانوی نیز گفته شده است. البته در مبحث احکام ثانویه^۵ این دسته‌بندی صورت گرفته است. وگرنه چنان‌که در گفتار پایانی مبحث قبل بدان اشاره شد، حکم ظاهری غیر از حکم واقعی ثانوی است. درحقیقت حکم ثانوی خود نوعی حکم واقعی است و به آن حکم واقعی ثانوی هم گفته‌اند. ولی به‌هرحال این تقسیم بندی هم شایع است و گاهی احکام ظاهری را بخشی از احکام ثانویه می‌دانند.

فارغ از صورت‌های ظاهری و کاربردی دیگر این دو اصطلاح، مسئله بررسی آنها در این پژوهش است؛ اینکه چه عواملی زمینه‌ساز موقعیت‌هایی می‌شوند که صورت اولیه یک حکم به صورت ثانویه آن بدل گردد. مهم‌ترین ویژگی‌هایی را که احکام ثانویه را از احکام اولیه متفاوت و متمایز می‌سازند، چنین برشمرده‌اند:

۱- احکام اولیه دائمی و پایدار هستند؛ مگر در صورتی که موضوع آنها تغییر کند. اما احکام ثانوی ناپایدارند. برای مثال حرمت خمر (به‌عنوان یک حکم اولی) همیشه ثابت است؛ اما در شرایطی (مثل اضطرار، اکراه، تقیه) این حرمت برچیده می‌شود (حکم

^۴ . ادیبی مهر.

^۴ . همان.

^۴ . مظفر، محمدرضا، اصول الفقه، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۳۰ ق، ص ۵۰.

^۴ . باقرزاده.

ثانوی) و صرفاً تا زمانی که این وضعیت تداوم یابد حکم ثانوی پایدار می‌ماند. اما با زوال عناوین مذکور، حکم ثانوی نیز مرتفع می‌شود.

۲- احکام اولیه بین عالم و جاهل مشترک هستند؛ اما احکام ثانویه صرفاً به مکلفانی اختصاص دارند که دارای حالات و شرایط خاصی هستند.

۳- احکام ثانویه در طول احکام اولیه هستند. از این رو متابعت از آنها صرفاً در شرایطی جایز است که متابعت از احکام اولیه مقدور نباشد؛ پس در غیر این صورت نمی‌توان از احکام ثانویه پیروی کرد، زیرا ملاک جعل حکم ثانوی، عجز و ناتوانی در متابعت از حکم اولی است.

۴- در تعارض بین دلیل احکام اولیه با دلیل احکام ثانویه، حق تقدم با دلیل احکام ثانویه است؛ زیرا دلیل حکم ثانوی بر دلیل حکم اولی حکومت دارد و به عبارت دیگر، دلیل حکم به‌عنوان ثانوی برای یک موضوع همواره بیان‌کننده گستره حکم همان موضوع با عنوان اولی آن است.^۹

مسئله احکام اولیه و ثانویه در اسلام، موازی مسئله ثوابت و متغیرات است. زندگی انسان به‌طور کلی شامل دو رویکرد است. رویکرد روحی و معنوی انسان که برخاسته از فطرت اوست؛ و رویکرد فیزیکی و مادی که برخاسته از طبع اجتماعی و به اقتضای موقعیت زمانی و جغرافیایی اوست. قوانین و احکام مربوط به رویکرد اول (مسائل روحی و معنوی) همان قوانین تشریعی هستند که هرگز قابل تغییر نمی‌باشند. درباره همین مسئله این حدیث ذکر می‌شود که: «حلال محمد حلالٌ ابداً الی یوم القیامه و حرامه حرامٌ ابداً الی یوم القیامه».^۵

از طرف دیگر مسائل زندگی اجتماعی که به‌شدت متأثر از زمان و موقعیت زیستی انسان است، احکام متغیر را به وجود می‌آورند. در این رابطه آیت‌الله جوادی آملی می‌گوید: «قوانینی که عهده‌دار اداره کیفیت ارتباط انسان با طبیعت است به چگونگی اجرای احکام ثابت و دائمی برمی‌گردد».^۱

۲-۱-۸ عرف به‌عنوان موجد احکام ثانویه

وقتی شارع براساس موضوعی عرفی، حکمی صادر می‌کند، آن حکم هم عرفی می‌شود. قاعدتاً مسئله‌ای که موضوع و حکمش، عرفی بوده‌اند، تحت تأثیر زمان، مکان و دیگر عوامل تأثیرگذار عرفی، تغییر خواهد کرد. از طرف دیگر گاهی خود ملاک و مصداق یه مسئله، عرفی است. یعنی تعیین حد و حدود آن، به عرف بازمی‌گردد. مثلاً به موضوع نفقه و مصادیق آن توجه کنید: «شارع تأمین هزینه‌های زوجه را برعهده زوج گذاشته، اما تعیین مقدار و کیفیت آن را به دیدگاه عرف محل سکونت واگذار کرده است. بنابراین، این امکان وجود دارد که چیزهایی که در یک منطقه جزء نفقه محسوب می‌شود، در منطقه دیگر، محسوب نشود».^۲

این مثال فقط برای روشن‌شدن مفهوم «عرفی بودن مصداق و ملاک حکم» مطرح شد. وگرنه موضوع نفقه ربطی به احکام ثانویه ندارد. اما با آموختن این مفهوم و به دست آوردن این ساختار کلی در مبحث، عرف و تغییر احکام فقهی، ذهنیت بهتری برای درک آن، ایجاد می‌شود.

اکنون با ایجاد این ذهنیت و درک بهتر این فرایند، تصور کنید که چگونه عرف یا یک مسئله عرفی می‌تواند باعث تغییر «مصداق و ملاک یک حکم» شود و به تبع آن، حکم را هم تحت تأثیر قرار دهد. ملاک‌ها و مصادیقی که درواقع بخش اصلی

۴۹. همان.

۵۰. کلینی، محمد بن یعقوب، *اصول کافی*، ترجمه و شرح محمدباقر کمرهای، تهران: اسوه، ۱۳۹۷، ص ۱۷۳.

۵۱. ادیبی‌مهر.

۵۲. همان.

حکم نیستند و صرفاً بخشی از صورت اجرایی آن محسوب می‌شوند. چنین دیدگاهی نزد پژوهشگران این عرصه همیشه وجود داشته است. برای مثال به عسر و حرج یا بیماری اشاره کرده‌اند که چگونه می‌تواند در حکم تأثیر بگذارد؛ درحالی‌که خود، بخش اصلی حکم نیست:

«می‌توان گفت موارد عسر و حرج و مرض و ... ، از ابتدا مشمول حکم نبوده‌اند و تشریع احکام از ابتدا براساس شرایط و ضوابط تکلیف بوده است و مثلاً شارع حکم صوم را از همان اول برای کسانی تشریع کرده است که بالغ، عاقل، قادر و غیرمسافر باشند»^{۵۳}.

به این ترتیب و طبق این رویکرد، نتیجه و اختلاف جدید حاصل می‌شود:

اگر این مسائل از ابتدا جزء حکم محسوب نمی‌شوند، پس تغییر حکم به موجب آن آیا شامل احکام ثانویه می‌شود یا صرفاً تحت عناوینی مثل اضطرار قابل بررسی است. این نگاه مقدمه‌ای است برای این سؤال که فارغ از نام و عنوانی که به احکام ثانویه، اختصاص یافته است، این احکام بخشی از احکام واقعی ثانوی هستند یا اینکه جزء احکام ظاهری محسوب می‌شوند.

یکی از رایج‌ترین تعاریفی که از احکام ثانویه ارائه شده است را مرور می‌کنیم:

«احکام ثانویه، احکامی است که به لحاظ وضعیت خاص و استثنایی که مکلف با آن مواجه می‌شود، مطرح می‌گردد. حالات خاص و استثنایی مانند: ضرر، عسر، حرج، اضطرار، اکراه، عجز، خوف، تقیه، مرض و ... تا زمانی که این حالات و شرایط استثنایی (عنوانی ثانویه) وجود داشته باشند، حکم اولی که موضوع آن عنوان اولی است، منتفی و تعطیل می‌گردد و حکم ثانوی محقق و برقرار می‌باشد»^{۵۴}.

با توجه به این تعریف، شاخصه موقتی بودن به واسطه مسائلی مانند عسر و حرج، ویژگی خاص احکام ثانویه در نظر گرفته می‌شود. اما مسئله اینجاست که گاهی بعضی احکام صادر می‌شوند که فقها از آن، تحت عنوان ثانویه یاد می‌کنند، درحالی‌که به نظر می‌رسد حکم صادره، حکمی ظاهری بوده است که به واسطه اجتهاد فقیه صورت گرفته است. برای مثال درباره عنوان برخی از مالیات‌ها که در دایره وجوهات نمی‌گنجند، از عنوان احکام ثانویه یاد می‌شود. یا گاهی مباحثی مثل «عدم حرمت موسیقی مشروط بر غنایی و مفسده‌آمیز نبودن» ذیل احکام ثانویه عنوان می‌شود. مثلاً درباره همین بحث موسیقی با استناد به احادیث و روایات مختلف، این تفسیر به دست می‌آید که موسیقی به واسطه شرایط مذکور حرام است و سپس به این موضوع می‌پردازند که اگر شرایط مذکور (غنا و مفسده) موجود نباشد، این حرمت برداشته می‌شود^{۵۵}.

۲-۸ مصادیق تأثیر آرای فقهای معاصر از عرف با رویکرد حقوقی

هدف اصلی این پژوهش به عنوان پایان‌نامه کارشناسی ارشد رشته حقوق، پرداختن به دغدغه‌ها و مسائل روز است تا به تبع آشنایی با مسائل بنیادین، امکان استفاده از آنها برای مسائل فقهی حقوقی روزمره، فراهم آید. بدیهی است که ریشه‌داشتن نظام حقوقی ایران در فقه و شریعت اسلامی، اهمیت این موضوع را دوچندان کرده است.

در این مبحث، چند مورد از این مسائل را مطرح و بررسی می‌کنیم تا به عنوان نمونه‌ای کاربردی، مورد توجه پژوهشگران و کنشگران فقه و حقوق قرار بگیرد.

^{۵۳}. سجادی، سید جعفر، «احکام یا عناوین ثانویه»، تحقیقات اسلامی، ش ۱ و ۲، بهار و تابستان ۱۳۷۶.

^{۵۴}. نک: ادیبی مهر، سجادی.

^{۵۵}. لطفی، اسدالله، «رابطه ادله احکام ثانویه با ادله احکام اولیه»، مطالعات اسلامی، ش ۴۹ و ۵۰، پاییز و زمستان ۱۳۷۹.

^{۵۶}. ادیبی مهر؛ برای مثال حدیثی از امام جعفر صادق (ع) نقل شده است که درباره حرمت خرید و فروش آلات موسیقی فرموده‌اند: «سأله رجل عن بيع الجواری المغنیات، فقال: شراهن و بیعنهن حرام و تعلیمهن کفر و استماعهن نفاق». در تفسیر چنین نظری که حتی از آموزش و گوش دادن به موسیقی نهی کرده است، می‌گویند این تحریم مربوط به غنا و شرایط مفسده‌آمیز است و به تبع آن حکم به جواز می‌دهند. اما سؤال اینجاست که این موضوعات در احکام ثانویه می‌گنجد یا احکام ظاهری؟

یکی از مسائلی که امروزه توجه بسیاری از فقها، حقوق دانان، کنشگران اجتماعی و ... را به خود معطوف کرده است، مسئله مهریه است. مسائلی از قبیل: حداقل و حداکثر مهریه، مالیت مهریه، وضعیت مهریه در طلاق توافقی و خلع و مبارات، نرخ روز مهریه و

تعریف مهریه در فقه روشن است و در طول قرن‌های متمادی و ادوار مختلف فقه، به واسطه عرف تغییر و تحولاتی در آن به وجود آمده است؛ اما در دوران معاصر تغییر و تحولات سریع زندگی بشر، سرعت دگرگونی رویکردهای فقهی حقوقی در قبال مسئله اجتماعی ازدواج و مهریه را بیشتر کرده است. پیش از بررسی تعاریف فقهی، ابتدا کلیتی از آخرین رویکردهای قانونی نسبت به مهریه را مرور می‌کنیم تا ابعاد قضیه روشن‌تر شود.

یکی از مهم‌ترین مسائل روز که تبعات حقوقی و کیفری آن متوجه زوج می‌شود، میزان مهریه و حداقل و حداکثر آن است. چیزی که امروز قانون‌گذار را وادار کرده برای مهریه و میزان آن تعاریف و حدود جدیدی تعریف کند. چنانکه در ماده ۲۲ قانون حمایت خانواده (مصوب ۱۳۹۱) آمده است:

«هرگاه مهریه در زمان وقوع عقد تا یکصدوده سکه تمام بهار آزادی یا معادل آن باشد، وصول آن مشمول مقررات ماده ۲ قانون اجرای محکومیت‌های مالی است. چنانچه مهریه، بیشتر از این میزان باشد، درخصوص مازاد، فقط ملات زوج ملاک پرداخت است. رعایت مقررات مربوط به محاسبه مهریه به نرخ روز، کماکان الزامی است».

در این ماده قانونی چند مورد خاص جلب توجه می‌کند:

۱- تعیین سکه بهار آزادی به عنوان مصداق مالیت توسط قانون‌گذار که به خاطر عرف صورت گرفته است و نشان می‌دهد که این عنصر از مهریه، کاملاً متأثر از عرف است.

۲- تعیین میزان مشخصی برای سقف مهریه. چنین چیزی پیش از این وجود نداشته است و همواره مهریه براساس تراضی طرفین تعیین می‌شده است. اما اکنون به دلیل مشکلات قضایی فراوان و تعدد زندانیان مهریه و پرونده‌های مربوطه، چنین حدی برای آن در نظر گرفته شده است (البته مهریه به هر میزان بین طرفین قرار می‌گیرد؛ اما فقط تا ۱۱۰ سکه شامل اعمال قانون اجرای محکومیت‌های مالی می‌شود).

۳- تعریف ملات زوج به عنوان میزان استطاعت او جهت پرداخت مهریه.

۴- در نظر گرفتن نرخ روز برای مهریه که این هم کاملاً متأثر از عرف بازار و شرایط کنونی اقتصادی است که وضعیت تورمی و فزاینده‌ای دارد.

این ۴ مورد، مهم‌ترین مواردی هستند که قانون‌گذار در سال ۱۳۹۱ در راستای به‌روز کردن قوانین وضع کرده است. درحالی‌که پیش از آن هم در طول تاریخ توسط فقها بر آنها صحه گذاشته شده است. مثلاً پیش از این درباره پول معیار، مطالبی عرضه شد که در واقع مصداق گزینه‌های ۱ و ۴ است؛ اینکه دقیقاً چه مسکوک یا وجه نقدی جهت پرداخت مهریه، به عنوان گزینه عرفی مطرح می‌شود و اینکه بهای روز آن، چقدر است.

اکنون رویکرد فقه اسلامی را نسبت به این مسائل بررسی می‌کنیم. همان‌طور که ذکر شد، گزینه‌های ۱ و ۴ همواره مورد توجه بوده‌اند و اساساً مسئله پول معیار و ارزش روز پول، یک مسئله منطقی و جهان‌شمول است. گزینه ۳ هم به گزینه ۲ مربوط می‌شود که با توجه به دارایی و ملات زوج، چه ترتیبی برای پرداخت مهریه اتخاذ شود. اما نکته جالب و قابل بررسی در این میان، گزینه ۳ و مسئله میزان مهریه است. این قضیه پیش از این هم در فقه اسلامی مطرح بوده است. در فقه شیعه، عموماً میزان خاصی برای حداقل و حداکثر میزان مهریه ذکر نشده است. اما نظرات ارشادی و البته بعضاً تحکیم‌آمیزتری هم وجود دارد.

از شیخ طوسی چنین نقل شده است:

«مهر، آن چیزی است که زوجین بر آن تراضی می‌کنند؛ از آن چیزهایی که دارای قیمت بوده، تملک صحیح است، خواه کم باشد و خواه بسیار. و جایز است عقد بستن بر تعلیم آیه‌ای از آیات قرآن یا تعلیم چیزی از حکمت‌ها و آداب. زیرا این امور، اجر معین و قیمت مقدر هستند».^۵

در این نظر شاهد هستید که حتی برای آموزش قرآن، مالیت قائل شده است؛ درحالی‌که امروزه، عملاً چنین چیزی عرف نیست و بسیاری از مسئولان دفاتر ثبت ازدواج، چنین مواردی را نمی‌پذیرند. اما ظاهراً شیخ طوسی نظری بر تعیین حداقل و حداکثر برای مهریه داشته است. چون شیخ طوسی بر او اشکال کرده است و اندازه‌گیری مهریه از سه درهم تا ده درهم را به مخالفان نسبت داده است. محقق حلی هم همین نظر را تأیید کرده است. اما بین علمای معاصر به واسطه نظرات مختلف فقهای پیشین دو رویکرد وجود دارد. یکی مبنی بر اینکه مهر باید حداقل مالیتی داشته باشد؛ و دیگری مبنی بر اینکه مهر کاملاً توافقی و قابل تراضی است.

آیت‌الله طاهری خرم‌آبادی با استناد به روایتی از صحیح محمد بن مسلم که از حضرت ابی‌عبدالله نقل شده است، درباره میزان مهر فرموده‌اند: «به اندازه تمثالی از شکر کفایت می‌کند». ایشان روایتی را که وهب بن وهب از امام جعفر صادق (ع) مبنی بر اینکه مهر نباید کمتر از ده درهم باشد، روایت ضعیفی می‌دانند و رد می‌کنند.^۶ آیت‌الله فاضل لنکرانی هم چنین اعتقادی دارند. البته ایشان بر مالیت مهر تأکید دارند، اما میزان آن را شرط نمی‌دانند. ایشان می‌فرمایند:

«مهر مذکور باید مالیت داشته باشد ... بدون اینکه اندازه خاصی داشته باشد و حتی کف دستی از آرد یا کمتر، کفایت می‌کند».^۷

ولی به‌رحال شیخ صدوق روایتی از امام محمد باقر نقل کرده است که وقتی از ایشان درباره متعه سؤال شد فرمودند: «حلال است و کفایت می‌کند در آن یک درهم و بیشتر».^۸

به این ترتیب مشاهده می‌کنید که در طول تاریخ، همواره موقعیت‌ها در تعریف جزئیات و مصادیق، تأثیرگذار بوده‌اند. در پایان این گفتار، ذکر این نکته مهم است که امروزه موضوع مهریه، در کنار نفقه و اجرت‌المثل، ذیل عنوان حقوق مالی زوجه مطرح می‌شود و قاعدتاً جایگاه آن به عنوان یک حق مالی، برای حقوق‌دان‌ها مشخص است.^۹

۸-۳ نسبت سنجی رویه قضایی و عرف

پذیرش عرف به عنوان یکی از منابع حقوق در نظام حقوقی اسلامی، پذیرش خودبه‌خودی آن بین قضات و ایجاد عرف قضایی یا رویه قضایی را به دنبال دارد. اما مسئله مهمی که مطرح می‌شود، این است که عرف در مقام تفسیر نزد قضات، چه جایگاهی دارد.

«به نظر می‌رسد عرف در منطق تفسیر قاعده حقوقی، علی‌الخصوص در تعیین دایره موضوع احکام، نقش بسزایی اعمال می‌نماید و در حیطه قواعد تکمیلی، در فرض عدم وجود حقیقت قانونیه، می‌بایست مبنای تفسیر قاضی و حقوق‌دان از قانون

^{۵۷}. حلبیان، حسین، «بررسی برخی آرای سید مرتضی درباره مهریه»، همایش کنگره بین‌المللی بزرگداشت هزاره سید مرتضی، دوره ۱، ۱۳۹۸.

^{۵۸}. همان.

^{۵۹}. همان.

^{۶۰}. همان.

^{۶۱}. همان.

^{۶۲}. اکبری، اکرم، «بررسی حقوقی مهریه زوجه در نظام قانون‌گذاری ایران»، قانون‌یار، ش ۱۲، زمستان ۱۳۹۸.

قرار بگیرد. لکن در حیطه قواعد آمره، مانند قواعد حقوق عمومی و یا آیین دادرسی، اصل بر لزوم وجود حقیقت قانونیه است؛ چرا که عرف ممکن است با توجه به زمان و مکان، متفاوت باشد و به صورت متفاوتی تفسیر گردد.^۳

چنانکه ذکر شد، غیر از مواردی که قوانین آمره، صورت مشخصی دارند، عرف همواره در تفسیر به کار می‌رود. این حضور رسمیت یافته عرف، نه فقط برای تفسیر قضایی، بلکه در سایر جایگاه‌ها نیز کاربرد دارد. برای مثال به ماده ۲۲۰ قانونی مدنی (درباره قواعد عمومی عقود و معاملات) توجه کنید:

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

مواد ۲۲۴ و ۲۲۵ قانون مدنی هم در راستای همین بحث قواعد عمومی عقود و معاملات، الفاظ عقود را محمول بر معانی عرفیه می‌دانند و متعارف بودن یک مقوله عرفی در عقد را، بدون تصریح آن، به رسمیت می‌شناسند. این مسئله فقط محدود به قانون مدنی و قوانین حقوقی نمی‌شود؛ بلکه در مسائل کیفری و بسیاری از مقوله‌های دیگر، عرف و تعریف و تفسیر عرفی، جایگاه ویژه‌ای دارد (که در گفتار سوم این مبحث بدان خواهیم پرداخت).

اما فارغ از جایگاه اختصاصی عرف در تفسیر عمومی قانون و یا تفسیر قضایی آن، اساسا تعریف مفهوم رویه قضایی، به خودی خود با عرف در ارتباط است. به این تعریف توجه کنید:

«رویه قضایی راه‌حلی است که به طور معمول دادگاه‌ها در برخورد با یک مسئله حقوقی ارائه می‌کنند. اینجا چهره‌ای از قانون تقلید دیده می‌شود که بدون آن، حقوق بدون توضیح است. در برخورد با یک مسئله حقوقی شایع، دادگاه‌ها خیلی زود عادت برخورد مشابه با آن را پیدا می‌کنند. به طوری که می‌توان برخورد دادگاه با آن مسئله را پیش‌بینی کرد. اگرچه دادگاه‌ها ملزم به تبعیت از راه‌حل قبلی نیستند، اما احتمال تبعیت از آن زیاد است؛ از این رو رویه قضایی را با قدری مسامحه، می‌توان عادت دادگاه‌ها نامید.»^۴

چنانکه از این تعریف برمی‌آید، رویه قضایی، خود به نوعی «عرف و عادت» است. لکن یک عرف و عادت قضایی که بین قضاات برای صدور حکم درباره یک مسئله حقوقی شایع، به وجود می‌آید. اینجاست که بیش از پیش اهمیت رابطه این دو منبع حقوق (عرف و رویه قضایی) جلوه پیدا می‌کند.

اساسا شاید رویه قضایی و ایجاد آن، یک رویکرد عرف‌محور نسبت به قوانین مختلف باشد. قاعدتا قانونی که در یک مقطع زمانی توسط قوه مقننه تصویب می‌شود، اختصاص به موقعیت زمانی و مکانی خاصی دارد و جمود آن، انکارناپذیر است. اما درحالی‌که مسائل حقوقی مختلف و دعاوی روزمره، در بستر زمان رخ می‌دهند، قضاات با توجه به اختیاراتی که دارند، قطعاً دسته‌ای از مقتضیات خاص را مد نظر قرار می‌دهند. این فرایند حقوقی، از تصویب قوانین توسط قوه مقننه گرفته تا رعایت مقتضیات موقعیتی توسط قاضی، رویه قضایی را به وجود می‌آورد که خود قابلیت تقلید و تکرار توسط سایر قضاات در یک دستگاه قضایی را داراست.

البته علاوه بر فرایند مذکور که به نوعی مهم‌ترین عامل ایجاد رویه قضایی است، مواد قانونی متعددی، اجازه می‌دهند که در تفسیر قانون از عرف استفاده شود که قاعدتا این تفسیر وقتی توسط قضاات صورت می‌گیرد، عرف قضایی را به وجود می‌آورد. اما مسئله قابل بررسی دیگر راجع به ارتباط عرف و رویه قضایی، تأثیر متقابل آن دو در برخی زمینه‌های بین‌المللی، به ویژه در معاملات بازرگانی بین‌المللی است. جایی که حتی علاوه بر عرف، جایگاه‌های حقوقی خصوصی‌تری هم از قبیل داوری، به وجود آمده است (داوری سازوکاری است که به موجب آن، طرفین برای حل اختلافات، داور یا داورانی را برای یک قرارداد خصوصی، از پیش تعیین کرده‌اند).

^۳. محقق داماد، سید مصطفی، «کاربرد عرف در مقام تفسیر در حقوق قضایی مبتنی بر مبانی فقه امامیه»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، ش ۸۱،

بهار ۱۳۹۷.

^۴. محمدزاده وادقانی.

اما درباره مسئله حقوق بازرگانی و تجارت بین‌الملل و رابطه رویه قضایی و عرف در ارتباط با آن گفته‌اند که، منابع بسیار مهم حقوق بازرگانی در عرصه‌های داخلی و بین‌المللی، عرف‌ها و رویه‌های قضایی تجارت بین‌الملل هستند. عرف‌ها و رویه‌های برخی معاملات بازرگانی، هم در سطح قراردادهای داخلی و هم در سطح بین‌المللی اعتبار دارند. هرچند برخی از آنها، فقط در قراردادهای بین‌المللی، اعمال می‌شوند. به این مطلب باید عرف‌های قانون‌گذاری شده را نیز، اضافه کرد. به عنوان مثال می‌توان به این‌گونه عرف‌ها و رویه‌های متحدالشکل، برای اعتبار اسنادی و شرایط قوه قاهره و عسر و حرج مندرج در قرارداد، که توسط اتاق بین‌المللی بازرگانی تصویب شده است، اشاره کرد. البته این عرف‌ها، رویه‌ها و اصطلاحات زمانی اعمال می‌شوند که طرفین بر سر آنها به توافق رسیده باشند. ^۶

۴-۸ تفسیر قانون و موارد دخالت رویه قضایی

پس از مباحثی که به‌طور مفصل مطرح شد، ذکر این نکته ضروری است که «اساساً خود قانون اساسی به قضات اجازه تفسیر قانون را داده است». اصل هفتادوسوم قانون اساسی چنین است: «شرح و تفسیر قوانین عادی در صلاحیت مجلس شورای اسلامی است. مفاد این اصل مانع از تفسیری که دادرسان در مقام تمیز حق از قوانین می‌کنند، نیست».

علاوه بر این، همان‌طور که ذکر شد، اصل ۱۶۷ قانون اساسی هم قضات را به یافتن حکم واداشته است. مشابه مفاد این اصل، در ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی هم مشاهده می‌شود:

«قضات دادگاه‌ها موظف‌اند، موافق قوانین به دعاوی رسیدگی کرده، حکم مقتضی صادر و یا فصل خصومت نمایند. در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشند یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد، حکم قضیه را صادر نمایند و نمی‌توانند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین از رسیدگی به دعا و صدور حکم امتناع ورزند؛ والا مستنکف از احقاق حق شناخته شده و به مجازات آن محکوم خواهند شد. تبصره: چنانچه قاضی مجتهد باشد و قانون را خلاف شرع بداند، پرونده به شعبه دیگری جهت رسیدگی ارجاع خواهد شد».

به این ترتیب قضات ملزم به یافتن حکم هستند و به بهانه‌های مذکور، نمی‌توانند از رسیدگی به دعا امتناع کنند. اینچنین زمینه برای ایجاد رویه و عرف قضایی، به واسطه تفسیر قضات، به وجود می‌آید. حال این تفسیر در چه شرایطی و به چه صورتی شکل می‌گیرد؟

هیچ‌یک از نظام‌های قضایی نتوانسته‌اند کلیه موضوعات را پیش‌بینی کنند؛ به خصوص وقتی عناصر «سکوت»، «نقص»، «اجمال» و «تعارض» قوانین مدونه مطرح می‌شوند. عناصری که نه فقط در حقوق، که در تفسیر فقهی هم اهمیت دارند. پیش از این درباره عناصر مذکور مطالبی مطرح شد و از آن به‌عنوان عوامل ایجاد رویه قضایی یاد شد. در چنین شرایطی است که قاضی دست به تفسیر قانون می‌زند. حال کیفیت تفسیر قانون نسبت به هریک از این عناصر را شرح می‌دهیم.

۱-۴-۸ تفسیر به موجب سکوت قوانین

قانون درباره بسیاری از مسائل چیزی نگفته است. به عبارت بهتر، درباره یک‌سری مسائل موجود، جزئیات و موقعیت‌های خاص را نگفته است. همچنین در هر دوره‌ای مسائلی به وجود می‌آید که پیش از آن موضوعیت نداشته و قاعدتاً تا پیش از وقوع، دادگاه به آنها توجهی نداشته است.

^۶. گرزین.

^{۶۶}. همان.

^{۶۷}. فیاض‌بخش، مرجانه، «نقش اصول حقوقی در رفع اجمال و سکوت حقوق ایران»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ش ۱۹، پاییز و زمستان ۱۳۹۷.

برای مثال تا قبل از تصویب قوانین مربوط به جرایم رایانه‌ای در سال ۱۳۸۸، در برخورد با جرائمی که در این قانون عنوان خاص یافته‌اند و البته تا پیش از آن هم تحت عناوین دیگر جرم‌انگاری شده بوده‌اند، قضات به‌ناچار به پشتوانه سایر قوانین، دست به تفسیر می‌زده‌اند.

به عنوان فصول سه تا پنج قانون «جرایم رایانه‌ای» توجه کنید:

«فصل سوم، سرقت و کلاهبرداری مرتبط با رایانه»، «فصل چهارم، جرایم علیه عفت و اخلاق عمومی» و «فصل پنجم، هتک حیثیت و نشر اکاذیب».

همه این عناوین تا قبل از سال ۱۳۸۸ و به‌موجب قوانین دیگر و در موقعیت‌های دیگر، به‌نوعی جرم‌انگاری شده بودند. حال با گسترش فعالیت‌ها در فضای مجازی و وقایع حقوقی جدید، قضات به‌ناچار تا قبل از تصویب قوانین متناسب، به پشتوانه قوانین موجود، دست به تفسیر می‌زدند. هرچند در زمینه تفسیر قضایی جزایی، در مواردی مثل سکوت قانون، قضات مجاز نیستند با قیاس هر رأی یا حکمی صادر کنند؛ مگر دقیقاً موارد مشخصی مانند مثال ذکرشده با عناوینی که دقیقاً مصداق نشر اکاذیب، سرقت و ... هستند.

۲-۴-۸ تفسیر به‌موجب نقص قوانین

نقص قانون ناظر بر حالتی است که مفاد قانون، تمام ابعاد قضیه را دربرنگیرد. در این وضعیت، قاضی می‌تواند با اتکا به هدفی که قانون‌گذار در نظر داشته است، دست به تفسیر بزند و متممی برای حکم ناقص بیابد.

برای مثال در مواد ۳۳۱، ۳۳۳ و ۳۳۴ قانون مدنی، در باب تسبیب و مسئولیت مدنی، چنین آمده است: ماده ۳۳۱ قانون مدنی: «هرکس سبب تلف مالی بشود، باید مثل یا قیمت آن را بدهد و اگر سبب نقص یا عیب آن شده باشد، باید از عهده نقص قیمت آن برآید».

ماده ۳۳۳ قانون مدنی: «صاحب دیوار یا عمارت یا کارخانه، مسئول خساراتی است که از خراب شدن آن وارد می‌شود؛ مشروط بر اینکه خرابی در نتیجه عیبی حاصل گردد که مالک مطلع بر آن بوده و یا از عدم مواظبت او تولید شده است». ماده ۳۳۴ قانون مدنی: «مالک یا متصرف حیوان، مسئول خساراتی نیست که از ناحیه آن حیوان وارد می‌شود؛ مگر اینکه در حفظ حیوان تقصیر کرده باشد. لیکن در هر حال اگر حیوان به‌واسطه عمل کسی منشأ ضرر گردد، فاعل آن عمل مسئول خسارات وارده خواهد بود».

شاید ظاهر این مواد درباره موارد خاصی مانند خسارات ناشی از تخریب بنا یا حیوان باشد، اما در واقع با تفسیر قضایی، قابل‌تعمیم به عناوین دیگری هم هست. برای مثال اگر کسی وسیله نقلیه یا هر دستگاه فنی و تخصصی دیگری را، در اختیار کسی بگذارد که مهارت استفاده از آن را ندارد، مسئولیتش در خسارات احتمالی، قابل‌بررسی است. در این مورد، همان‌طور که مشاهده می‌کنید، قانون‌گذار به سایر مسائل نپرداخته و گویا صورت قانون ناقص است. اینجاست که قاضی با تفسیر خود، حکم را می‌یابد.

۳-۴-۸ تفسیر به‌موجب اجمال قوانین

در اصول فقه، مجمل برابر مبین قرار می‌گیرد و به لفظی اطلاق می‌شود که مبهم است. در علم حقوق نیز به همین صورت است. به این ترتیب که، ماده‌ای را دچار اجمال می‌دانند که هرچند نقضی ندارد، اما مبهم است.

ماده ۲۰۱ قانون مدنی، مثال معروفی است که درباره اجمال قانون آورده می‌شود. پیرو این ماده و برای تفسیر آن، به ماده ۷۶۲ نیز ارجاع داده می‌شود. حال این دو ماده را مرور کنید:

ماده ۲۰۱ قانون مدنی: «اشتباه در شخص طرف، به صحت معامله خللی وارد نمی‌آورد؛ مگر در مواردی که شخصیت طرف علت عمده عقد بوده باشد».

ماده ۷۶۲ قانون مدنی: «اگر در طرف مصالحه و یا در مورد صلح اشتباهی واقع شده باشد، صلح باطل است».

نظر حقوق‌دانان این است که واژه «خلل» در ماده ۲۰۱ اجمال دارد و دقیقاً مقصود از آن مشخص نیست که آیا چنین معامله‌ای اساساً باطل است یا اینکه صرفاً غیرنافذ می‌باشد. حال به‌موجب رویه قضایی ایجادشده، ممکن است یک قاضی، با استفاده از

ماده ۷۶۲، رأی به بطلان معامله موضوع ماده ۲۰۱ بدهد. اما این امکان هم وجود دارد که تفسیر یک قاضی از مفاد ماده ۷۶۲، فقط معطوف به صلح شود.

۵-۴-۸ تفسیر به موجب تعارض قوانین

هرگاه مفاد یک ماده قانونی مخالف ماده دیگر باشد و اجرای هم‌زمان ممکن نباشد، تعارض ایجاد شده است. البته درواقع وقتی می‌توانیم اصطلاح تعارض را ناظر بر چنین وضعیتی بدانیم که دو قانون متعارض، در یک مجموعه قانونی قرار داشته باشند. وگرنه، در صورت تقدم و تأخر زمانی، قانون جدید، ناسخ قانون قدیم محسوب می‌شود.

برای مثال در باب تعارض می‌توان به مواد ۲۱۲ و ۱۲۱۴ قانون مدنی اشاره کرد.

ماده ۲۱۲ قانون مدنی: «معامله با اشخاصی که بالغ یا عاقل یا رشید نیستند، به واسطه عدم اهلیت باطل است».

ماده ۱۲۱۴ قانون مدنی: «معاملات و تصرفات غیررشید در اموال خود، نافذ نیست؛ مگر با اجازه ولی یا قیم او اعم از اینکه این اجازه قبلاً داده شده باشد یا بعد از انجام عمل. معذلت تملکات بلاعوض از هر قبیل که باشد، بدون اجازه هم نافذ است».

چنانکه مشاهده می‌کنید، ماده ۲۱۲ قانون مدنی، صراحتاً معامله غیررشید را باطل اعلام کرده است؛ حال اینکه ماده ۱۲۱۴ صرفاً نفوذ آن را زیر سؤال برده است و شرایطی برای نافذ بودن آن، متصور است.

نکته قابل توجه دیگر این است که اصطلاح تعارض را نباید با تراحم اشتباه گرفت. تراحم حالتی است که دو موقعیت با یکدیگر تعارضی در اجرا ندارند، اما کیفیت اجرا تعیین‌کننده نهایی خواهد بود.

برای مثال، مالک، طبق قاعده تسلیط حق هرگونه تصرف و انتفاعی در ملک خود را داراست. از طرفی طبق قاعده «لاضرر» هیچ‌کس اجازه ضرر رساندن به دیگری را ندارد. اهمیت ویژه این قاعده در بحث ما این است که، قاعده لاضرر عامل پدیدآورنده مسئولیت مدنی است و قاعدتاً در عرف و رویه قضایی، جایگاه ویژه‌ای دارد. حال تصور کنید فردی به موجب قاعده تسلیط در ملک خود، دست به عملیاتی بزند که به خانه همسایه‌اش آسیب وارد شود. اینجاست که قاضی با اتکا به رویه قضایی و مهارت خود، باید تفسیری نسبی از میزان ضرر برای تعریف قاعده لاضرر و قاعده تسلیط، ارائه دهد.

۵-۸ سازمان قضایی ایران و رویه قضایی

سازمان قضایی ایران، بر مبنای قوانین مکتوب و مصوبی بنیان نهاده شده است که ضمن داشتن مبانی اسلامی، نباید مغایرتی با شریعت داشته باشد. البته مثل هر سازمان قضایی دیگری، منابع معتبر دیگری نیز در شکل‌گیری آن نقش دارند و معتبر محسوب می‌شوند. از این رو، می‌توان گفت نظام قضایی ایران بر پایه اصل «سلسله‌مراتب قضایی» شکل گرفته است.

مبنای رویه قضایی، که از منابع ثانویه قانون است، آزادی قاضی در حدود قانونی اوست. اوست که احکام را از دل قانون استخراج می‌کند و این چنین تکرار آرا و احکام مشابه، رویه قضایی را شکل می‌دهد.

با وجود این سلسله مراتب، آرای صادره از دادگاه‌های بالاتر برای دادگاه‌های پایین‌تر در دعاوی مشابه، الزام‌آور نیست. هیچ دادگاهی ملزم به تبعیت از آرای دادگاه‌های هم‌عرض یا بالاتر از خود نیست. بنابراین، دادگاه بدوی ملزم نیست رأی خود را

^{۶۸}. ماده ۳۰ قانون مدنی: «هر مالکی نسبت به مایملک خود، حق همه گونه تصرف و انتفاع دارد؛ مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد».

^{۶۹}. لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام.

^{۷۰}. ولی‌زاده، حسین، «اثر قاعده لاضرر در مسئولیت مدنی و نقش قاعده اقدام در اثر رافعیات آن»، فصل‌نامه علمی حقوقی قانون‌یار، ش ۱۰، تابستان ۱۳۹۸.

^{۷۱}. اسلامی‌پناه.

مطابق آرای صادره از دادگاه تجدید نظر صادر کند. آرای شعب دیوان عالی کشور نیز، برای دادگاه‌های پایین‌تر، الزام‌آور نیست.^۲

تا به اینجا به‌خاطر اهمیت رویه قضایی، بیشتر به اهمیت آن و فایده آزادی عمل قضات برای سازمان قضایی اشاره شد؛ ولی این نکته را هم از نظر دور ندانید که همه این اختیارات در چهارچوب قانون و در اولویت‌ها بعد از آن است. مثلاً هرچند درباب تفسیر فقهی و رجوع به منابع فقهی (یا منابع معتبر حقوقی) به اصل ۱۶۷ قانون اساسی ارجاع داده می‌شود، اما اصل ۱۶۶ را هم هرگز فراموش نکنید:

«احکام دادگاه‌ها باید مستدل و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که براساس آن، حکم صادر شده است».

آنچه موقعیت رویه قضایی به‌عنوان منبع حقوق را تضعیف می‌کند، وابستگی آن به قانون است. به گفته برخی حقوق‌دان‌ها، در نظام حقوقی ایران، قاضی مأمور اجرای قانون و نگهبان آن است و وظیفه دارد که از حریم آن دفاع کند. قانون اساسی به قضات، فقط اجازه تفسیر قانون را داده است. اختیار تفسیر قانون، به‌معنای اختیار خلق قاعده حقوقی نیست. تفاسیر قضات باید براساس مضمون و روح قوانین موجود استوار باشد.^۳

هرچند کلی بودن از ویژگی‌های قاعده حقوقی است، اما آرا و احکام دادگاه‌ها فاقد این ویژگی هستند. با این رویکرد حتی عده‌ای از حقوق‌دان‌ها مخالف شناخت رویه قضایی به‌عنوان منبعی از منابع حقوق هستند. آنها برای این موضع، دو توجیه قانونی و سیاسی دارند.^۴

برای توجیه قانونی، آنها به موادی از قانون استناد می‌کنند که قضات را به پیروی از مواد قانونی وامی‌دارد و از صدور آرا و احکام کلی و قاعده‌گذاری‌های کلی، منع می‌کند. برای مثال به ماده ۵ قانون آیین دادرسی مدنی سابق ارجاع می‌دادند:

«دادگاه هر دعوی را با قانون تطبیق کرده و حکم آن را تعیین می‌نماید و نباید به‌طور عموم و قاعده کلی حکم بدهد».

درباره قاعده حقوقی گفته‌اند که کارکرد اصلی آن، بیان ضوابط عام رفتاری است که مبنای اصلی روابط اجتماعی را تشکیل می‌دهد. عام‌بودن قاعده حقوقی موجب پیش‌بینی رفتارها می‌شود و این همان عاملی است که نظم اجتماعی و درنهایت زیست مشترک و حیات جمعی را امکان‌پذیر می‌سازد. بنابراین، قاعده حقوقی را می‌توان فرمان عام الزام‌آوری دانست که حاکم بر رفتار انسان است و غرض از آن، ایجاد نظم و هدایت آن است. این هدایت در قالب جواز به ارتکاب عملی یا منع آن یا اجبار به انجام آن در موقعیت‌های خاص است.^۵

در توجیه سیاسی رد رویه قضایی هم می‌گویند که رویه قضایی به‌واسطه آرای هیئت عمومی دیوان و یا تکرار آرای مشابه، به‌مرور زمان ایجاد می‌شود. این مرور زمان (کندی زمان) برای مورد پذیرش قرار گرفتن و نیز عدم قطعیت آنها، به‌لحاظ سیاسی به سازمان قضایی، خلل وارد می‌کند.^۶

به‌هرحال مسئله اصلی این است که با وجود نقدها و مخالفت‌ها، رویه قضایی یکی از منابع پذیرفته‌شده در حقوق ایران است و جایگاه خود را (با اوصافی که در این پژوهش ذکر شده است) در سازمان قضایی ایران، حفظ کرده است.

^۲. همان.

^۳. همان.

^۴. محمدزاده وادقانی.

^۵. وکیلان.

^۶. محمدزاده وادقانی.

۹- الزامات رویه قضایی و عرف در حقوق ایران

چنان‌که در جای‌جای این پژوهش عنوان شد، عرف و رویه قضایی، دو منبع از منابع حقوق در ایران هستند که پس از قانون که در مرتبه نخست قرار دارد، در مراتب بعدی جای می‌گیرند. تابه‌اینجا نقش روشن این دو و رابطه‌شان مشخص شده است، اما اکنون در این مبحث جایگاه دقیقشان را در سازمان قضایی ایران نشان می‌دهیم و با ارائه قوانین عرف محور بین قوانین مدون نظام حقوقی ایران، به پژوهش ادامه می‌دهیم.

اهمیت بررسی مواد قانونی عرف‌محور از آنجاست که ببینیم در قوانین ما، به‌خودی‌خود، چه جایگاهی برای عرف تعریف شده و اساساً این جایگاه در عمل، چقدر پذیرفته شده است. برای مثال در ماده ۱۳ قانون مدنی ایران، در تعریف اموال غیرمنقول، به اراضی و ابنیه و آسیا اشاره شده است. سپس آمده است که هرچه (اشیایی که) در بنا منصوب شود و عرفاً جزئی از آن باشد هم، غیرمنقول محسوب می‌شود.^۷

مشاهده می‌کنید که در این ماده از قانون مدنی (و البته مواد دیگر) صراحتاً یک تعریف (و تفسیر) به عرف سپرده شده است. دقیقاً همان‌طور که در فقه این اتفاق افتاده است و به همین صورت در تفسیر قضایی هم چنین رویکردی پدید آمده است. از طرف دیگر بررسی چنین مسائلی برای مطالعه رویه‌های قضایی بسیار مفید است. در نظر بگیرید مسئله حساسی مثل مجازات و قوانین مربوط به آن، با توجه به ابعاد حساس اخلاقی آن و تأثیر ماندگار بر زندگی یک یا چند فرد و خانواده‌هایشان، همواره اهمیت دارد. حال با توجه به محدودیت‌هایی که در قانون هست و برای قانون‌گذاران در پروسه قانون‌گذاری مجدد جهت اصلاح آن وجود دارد، نقش قضا در تفسیر و ایجاد رویه‌های قضایی، بسیار مهم است. با در نظر گرفتن چنین رویکردی، زمینه برای تلطیف حقوق جزا فراهم می‌شود و عملکرد قضا نسبت به کمیت و کیفیت استفاده از مجازات‌ها، کاربردی و مفیدتر می‌شود و زمینه برای صدور مجازات‌های جایگزین حبس مهیا می‌شود.^۸

نتیجه‌گیری

از دیرباز و پیش از ایجاد نظام حقوقی نوین ایران، چنین رابطه‌ای بین عرف و آرای فقهی وجود داشته است و چنانکه از قسمت‌های مختلف این پژوهش برمی‌آید، به‌واسطه عناصری چون عرف و در طول ادوار تاریخی، جریان‌های فقه‌ای مختلف و متفاوتی به وجود آمده‌اند. پس از شکل‌گیری نظام حقوقی نوین ایران، فارغ از چگونگی وضعیت جایگاه آرای فقهی در ساختار قضا پیش و پس از انقلاب، عرف بر رویه قضایی هم، همواره تأثیر گذاشته و با آن رابطه قابل‌اهمیتی داشته است. این روابط گسترده و متقابل میان منابع حقوق، نشان‌دهنده هویت زنده و پویای این علم به‌عنوان یکی از علوم انسانی است که ریشه‌ای عمیق در رشته‌های دیگری مثل فلسفه، علوم سیاسی و ... دارد. با عنایت به این مسئله، ایجاد این باور که علوم انسانی دقیقاً به‌واسطه ارتباطشان با انسان که موجودی تکامل‌یافته و ترقی‌خواه است، همواره متحول می‌شوند. اما در در قبال پرسش‌های اساسی این پژوهش، نتایج مشخصی حاصل می‌آید. در پاسخ این سؤال که «عرف و عادت چه تأثیری بر آرای فقیهان و رویه قضایی حقوق ایران داشته است؟» باید گفت که پذیرش عرف در اسلام و قوانین به خودی‌خود باعث شده است که عرف جایگاه و اهمیت خاصی در نظام حقوقی ایران داشته باشد؛ ولو اینکه این نظام حقوقی، یک نظام عرف‌محور نیست.

برای اثبات جایگاه عرف و نقش همیشگی آن در تغییر و تحولات فقهی و حقوقی می‌توانیم مصادیق این تغییرات را بررسی کنیم. نمونه‌های بی‌شماری از تأثیرگذاری عرف و عادت و تأثیر پذیرفتن آرای فقها و رویه قضایی از آنها وجود دارد.

^۷ ماده ۱۳ قانون مدنی: اراضی و ابنیه و آسیا و هرچه که در بنا منصوب و عرفاً جزء بنا محسوب می‌شود، غیرمنقول است و همچنین است لوله‌ها که برای جریان آب یا مقاصد دیگر در زمین بنا، کشیده شده باشد.

^۸ خاکساری، داوود، «عوامل مؤثر بر صدور مجازات‌های جایگزین حبس»، پژوهش حقوق کیفری، ش ۲۶، بهار ۱۳۹۸.

از مهم‌ترین نمونه‌های بارز تأثیر عرف در آرای فقهی، می‌توانیم به این مسائل اشاره بکنیم: «خرید و فروش اعضای بدن مثل کلیه‌ها، اهدای خون، مسائل مربوط به تغییر جنسیت، دیه زن و اقلیت‌های مذهبی و کیفیت پرداخت دیه در ماه‌های حرام، مسئله سن بلوغ و ...».

اما جایگاه عرف به عنوان یکی از منابع حقوق از ابتدای شکل‌گیری این علم، حتی در نظام‌های قانون‌محور و رومی‌ژرمنی مشخص بوده است. در قوانین ایران نیز صراحتاً به عرف و واژگانی که مترادف آن هستند، بارها اشاره شده است. به این ترتیب درباره اهمیت عرف بین منابع حقوق به دو نکته توجه می‌کنیم:

۱- مواد قانونی مشخصی که به عرف اشاره کرده‌اند. مثل ماده ۴۱۷ قانون مدنی: «غبن در صورتی فاحش است که عرفاً قابل مسامحه نباشد».

۲- نمونه‌ها و مصادیقی از عرف که باعث ایجاد تغییر در قوانین شده‌اند. برای مثال طبق قانون محل کسب و پیشه و یا تجارت، نمی‌تواند در ساختمان‌های مسکونی واقع شود. اما به مرور با ایجاد عرف قضایی، مطب پزشکان مستثنی شد تا نهایتاً هیئت عمومی دیوان عالی کشور، در تاریخ ۱۴ مهر ۱۳۷۱، این رأی وحدت رویه را صادر نمود: «مطب پزشکان، محل کسب و پیشه و یا تجارت محسوب نمی‌گردد و تخلیه این اماکن مشمول مقررات قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۶۲ و قانون مدنی می‌باشد».

درباره جایگاه و پیشینه تاریخی عرف و عادت بین مذاهب اسلامی هم باید گفت که وجود روایات و تعریف‌های مشخصی که فقهای و علمای مذاهب از عرف ارائه کرده‌اند، به خوبی مشخص‌کننده اهمیت آن در اسلام و تاریخ اسلام می‌باشد. علمای شیعه و علمای اهل سنت تعاریفی و برای عرف داشته‌اند که حدود مشخص و مشابهی از آن عرضه می‌دارد و همه حول این معنا می‌چرخند که تعریف عرف چنین است:

«ما استقرّ فی النفوس من جهة العقل و تلقته الطباع السلیمة».

یعنی عرف چیزی است که به واسطه عقل و طبیعت سالم انسانی، در نفس او جای می‌گیرد.

مخلص کلام اینکه عرف به عنوان یک پدیده کاملاً اجتماعی و انسانی، مصداق پویایی زندگی بشر می‌باشد که قاعدتاً در مسائلی همچون فقه و قانون‌گذاری تأثیر می‌گذارد. از این رو حتی نظام‌های حقوقی قانون‌محور هم نمی‌توانند همیشه دور از تغییر باقی بمانند ناگزیر برابر تغییرات انعطاف نشان می‌دهند و به مسائلی که از عرف نشأت گرفته‌اند، اعتنا می‌کنند.

نتیجه نهایی بعد از جمع‌بندی همه این مسائل، لزوم مطالعه بهتر و بیشتر مصادیق تأثیر عرف در این دو منبع حقوق است تا به واسطه آن، خود قانون‌گذاران با در نظر داشتن وجوه ناپایدار شرایط اجتماعی، برای مسائل روز انعطاف بیشتری نشان بدهند تا از تصویب قوانینی که عملاً قابل اجرا نیستند دوری کنند. قوانین غیرقابل اجرا به مرور تبدیل به قوانین مسکوت و متروک می‌شوند.

امید است با در نظر داشتن همه‌جانبه مسائلی از این دست که وجوه گوناگونی در رشته‌های مختلف علوم انسانی دارند، با رویکردی علمی بسیاری از معضلات شناسایی شوند. چنانکه همین موضوع حاضر قابلیت بررسی آکادمیک در رشته‌های حقوق، علوم اجتماعی و فقه را داراست.

۱. ادیبی مهر، محمد، «بررسی و تحلیل احکام ثانوی فقهی در قلمرو احکام ثابت و متغیر»، پژوهش‌های فقهی، ش ۴، بهار و تابستان ۱۳۹۰.
۲. اکبری، اکرم، «بررسی حقوقی مهریه زوجه در نظام قانون‌گذاری ایران»، قانون‌یار، ش ۱۲، زمستان ۱۳۹۸.
۳. انوری، حسن و گروه مؤلفان، فرهنگ بزرگ سخن، ج ۵، تهران: سخن، ۱۳۸۱.
۴. ایزدی‌فر، علی‌اکبر، «عرف و جایگاه آن در استنباط احکام شرعی»، نشریه مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ش ۱، زمستان ۱۳۸۸.
۵. تقدیری، علی، «مرجعیت عرف از دیدگاه مذاهب اسلامی»، پژوهش‌نامه حکمت و فلسفه اسلامی، ش ۱۰ و ۱۱، تابستان و پاییز ۱۳۸۳.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۸. واسعی، سید محمد، جایگاه عرف در فقه، تهران: کانون اندیشه جوان، ۱۳۸۷.
۷. حلبیان، حسین، «بررسی برخی آرای سید مرتضی درباره مهریه»، همایش کنگره بین‌المللی بزرگداشت هزاره سید مرتضی، دوره ۱، ۱۳۹۸.
۸. خاکساری، داوود، «عوامل مؤثر بر صدور مجازات‌های جایگزین حبس»، پژوهش حقوق کیفری، ش ۲۶، بهار ۱۳۹۸.
۹. روحی برندق، محمد، «تبارشناسی عرف در فقه امامیه و حقوق ایران»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ش ۱۵، پاییز و زمستان ۱۳۹۵.
۱۰. زراعت، عباس، فرهنگ لغات حقوقی (عربی به فارسی و فارسی به عربی)، تهران: خط سوم، ۱۳۸۲، مداخل مربوطه.
۱۱. سجادی، سید جعفر، «احکام یا عناوین ثانویه»، تحقیقات اسلامی، ش ۱ و ۲، بهار و تابستان ۱۳۷۶.
۱۲. علوی، سید محمدتقی، «تأملی بر جایگاه عرف و عادت در فقه و حقوق موضوعه ایران»، نشریه دانشکده ادبیات و علوم انسانی، ش ۱۸۲، بهار ۱۳۸۱.
۱۳. فیاض‌بخش، مرجانه، «نقش اصول حقوقی در رفع اجمال و سکوت حقوق ایران»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ش ۱۹، پاییز و زمستان ۱۳۹۷.
۱۴. قرشی، سید علی‌اکبر، قاموس قرآن، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۵۳، ج ۲.
۱۵. کاتوزیان، ناصر، کلیات حقوق، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۹، ج ۲.
۱۶. کلینی، محمد بن یعقوب، اصول کافی، ترجمه و شرح محمدباقر کمره‌ای، تهران: اسوه، ۱۳۹۷.
۱۷. گرزین، اسماعیل، «بررسی آرای داوری در رویه قضایی ایران و محاکم بین‌المللی»، مطالعات علوم سیاسی، حقوق و فقه، ش ۱ دوره چهارم، پاییز ۱۳۹۷.
۱۸. لطفی، اسدالله، «رابطه ادله احکام ثانویه با ادله احکام اولیه»، مطالعات اسلامی، ش ۴۹ و ۵۰، پاییز و زمستان ۱۳۷۹.
۱۹. محقق داماد، سید مصطفی، «کاربرد عرف در مقام تفسیر در حقوق قضایی مبتنی بر مبانی فقه امامیه»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، ش ۸۱، بهار ۱۳۹۷.
۲۰. مظفر، محمدرضا، اصول الفقه، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۳۰ ق.
۲۱. نقیعی، سید ابوالقاسم و حسین جلیل‌زاده ماکویی، «تأثیر راهبردی زمان و مکان در تطور آرای فقیهان در بخش نظامی»، مطالعات دفاعی/استراتژیک، ش ۴۷، بهار ۱۳۹۱.
۲۲. ولی‌زاده، حسین، «اثر قاعده لاضرر در مسئولیت مدنی و نقش قاعده اقدام در اثر رافعیات آن»، فصل‌نامه علمی حقوقی قانون‌یار، ش ۱۰، تابستان ۱۳۹۸.