

Abstract 6

Interdisciplinary Researches in Jurisprudence, Vol.6, No.2, Spring & Summer 2018, Serial. 12

Investigation of the Nature and Conditions of the Application of Custom and Habit in Deducing and Legislating

*Amir Hosein Varshowchi Monfared **
*Mahdi Sajedi***

Date of Received: 2017/06/22
Date of Accepted: 2018/02/04

The present research studies the nature of custom and habit and conditions of influence and its application in deducing religious and legal rulings

Although the Islamic religion contains complete and comprehensive rules and principles that are not subject to time, because creator(codifier) of these laws is holy legislator and God Almighty, But It cannot be denied the role of customs and social habits in the legal and juridical developments in all areas, such as marriage, inheritance, will, and even criminal law, because Islam always has the right habits that have a rational origin and do not disagree with the holy religion and are not recognized as valid, and such habits can be used in the interpretation of jurisprudential and legal issues and concepts, the interpretation of the will of the contracting parties at the time of concluding a contract and even discovering a religious order (decree).

Hence, the custom and habit as a practice which has been established with the repetition and advancement and considered to be in the minds of the people and the owners of the natural texts and considered as one of the practice of the society by the jurists of the Imami and the lawyers in the field of deducing and legislation, and Although, from the perspective of the Imams' jurists, they are not considered to be the source of the deduction, but they consider the custom and the habit to be valid in the above exercises.

Keywords: Habit, custom, inference, religious Decree, legislation.

* Assistant Professor of the Department of Fiqh and Islamic Law Foundations at Quran Science and Hadith University (responsible author) – amirvarshochi@gmail.com

** Graduated Degree of Fiqh and Islamic Law Foundation at Imam Quran Science and Hadith University - mehdisajedi85@yahoo.com

بررسی ماهیت و شرایط کاربرد عرف و عادت در استنباط و قانون‌گذاری

امیر حسین ورشوچی منفرد*
مهدی ساجدی**

تاریخ دریافت: ۹۶/۰۴/۰۲

تاریخ پذیرش: ۹۶/۱۱/۱۶

چکیده

پژوهش حاضر به بررسی ماهیت عرف و عادت و شرایط تأثیرگذاری و کاربرد آن در استنباط احکام شرعی و قانون‌گذاری می‌پردازد. گرچه دین اسلام مشتمل بر قوانین و قواعد شرعی کامل و جامعی است که مشمول گذشت زمان نمی‌شود چون مدوّن این قوانین شارع مقدس و خداوند متعال است، اما نقش عرف و عادات اجتماعی در تغییر و تحولات فقهی و حقوقی در همه حوزه‌ها مثل نکاح، ارث و وصیت و حتی حقوق جزا را نمی‌توان انکار کرد، زیرا اسلام همواره عادات صحیح که منشأ عقلانی داشته و با شرع مقدس مخالفی نداشته و ردی از آن نشده را معتبر دانسته و این‌گونه عادات می‌توانند در تفسیر موضوعات و مفاهیم فقهی و حقوقی، تفسیر اراده متعاملین در موقع انعقاد عقد و حتی کشف حکم شرعی راهگشا باشند. از این‌رو عرف و عادت به‌عنوان عملی که با تکرار و پی‌درپی آمدن استقرار یافته و در نزد عقول مردم و صاحبان طبع‌های سلیم تلقی به قبول گردیده و به‌عنوان یک رویه در جامعه نهادینه شده و مورد توجه فقهای امامیه و حقوقدانان در امر استنباط و قانون‌گذاری قرار گرفته است و گرچه از منظر فقهای امامی به‌عنوان منبع استنباط به‌شمار نرفته ولی آنان فی‌الجمله عرف و عادت را در کاربست‌های فوق معتبر می‌دانند.

واژگان کلیدی

عادت، عرف، استنباط، حکم شرعی، قانون‌گذاری.

* استادیار گروه فقه و حقوق اسلامی دانشگاه قرآن و حدیث - نویسنده مسئول

amirvarshochi@gmail.com

** فارغ التحصیل کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه قرآن و حدیث

mehdisajedi85@yahoo.com

مقدمه

جامعه انسانی از دیرباز با پدیده‌ای به نام اجتماع و الزامات حضور در آن روبرو بوده و همواره در این اجتماع، روابط ساده بین آدمیان به صورت عادت و مفاهیم مشابه آن، در جریان بوده است. در واقع باید گفت جریان این پدیده اجتماعی، تبلور اراده اجتماع است و در فقه اسلامی و به طور خاص امامیه تأثیرپذیری احکام از عادت و عرف مطرح بوده و حتی حضرات معصومین (ع) به آن پرداخته‌اند، اما در مجموع می‌توان گفت حاکمیت این موضوع و موارد مشابه در فقه اهل سنت چشمگیرتر است شاید بتوان گفت این توجه بیشتر در فقه اهل سنت به جهت نداشتن منبعی چون اهل بیت و یا حاکمیت ایشان است.

هم‌چنین عادت‌های اجتماعی و عرف از قدیمی‌ترین پدیده‌های حقوقی است که به‌عنوان منبع و تجلی حقوق شناخته شده است.

باید توجه داشت فهم اجتماعی و عرفی از موضوع و تلقی خوب و دقیق از آن، بازویی بسیار قوی برای فقاهت بوده و در موارد بسیاری راه گشای فهم مسائل مستحدثه مطروحه است و کسب بینش دقیق نسبت به موضوع، با کمک گرفتن از فهم عرف، سبب می‌شود بهره‌گیری فقیه از موضوع در استنباط حکم شرعی مترتب بر آن و قانون‌گذار در وضع قانون مناسب و کاربردی، در حدود مرزهای مشخصی باشد و سبب جلوگیری از افراط و تفریط گردد.

باید دانست که میان قوانین بشری و الهی مرزبندی دقیق و مشخصی وجود ندارد به گونه‌ای که این دو قانون در همه ابعاد از هم جدا و نسبت به هم آشتی‌ناپذیر باشند و در دو قطب متضاد قرار گرفته باشند و هیچ نوع تأثیر متقابل و نقاط مشترک در مبانی و نحوه تدوین و گسترش و در سیر تاریخی نداشته و امکان ربط بین این دو نوع قانون که به‌هر حال به نظام انسانیت تعلق دارند وجود نداشته باشد.

۱. تحلیل واژگانی عرف و عادت

در تعریف عادت گفته شده: عادت، عملی است که با تکرار و پی‌درپی آمدن استقرار یافته و در نزد آحاد جامعه تلقی به قبول گردیده است.

عده‌ای می‌گویند: «عادت طبیعت دوم است» و همان‌گونه که اگر یک عمل از فردی سرزند به شخص او تعریف و منتسب می‌شود و کاری که جمعی انجام دهند منتسب به آن جمع می‌گردد، بر همین اساس عادت‌تی که مربوط به فردی از افراد جامعه است عادت فردی شناخته شده و عادت‌تی که مربوط به گروهی خاص یا اجتماع بزرگی است با عنوان عادت اجتماعی شناخته می‌شود (شلبی، ۱۴۰۳، ص ۲۶۰).

در تعریف عرف نیز گفته شده: «عرف عبارت است از قول، فعل یا ترک فعلی که توسط مردم پذیرفته شده و در میانشان شایع باشد، و در تمامی زمان‌ها و مکان‌ها یا در برخی از آن‌ها، بر طبق آن رفتار شده باشد» (حکیم، ۱۴۳۰، ص ۴۱۹). این تعریف با توجه به اطلاقی که در آن است، شامل عرف عام، عرف خاص و عرف صحیح و فاسد هم می‌شود.

نکته‌ی دیگر آن‌که عادت ممکن است پسندیده یا نکوهیده باشند ولی در خصوص عرف باید عادت و روش‌های پسندیده شکل گیرد. هرچند که تعریف عرف مشتمل بر هر دو جهت است، از این‌رو برخی در ارتباط با تعریف عرف گفته‌اند: مقتضای وجود دو قید (عقول و پذیرش طبایع سلیم) در تعریف، منحصر کردن عرف به قسم صحیح آن است با اینکه تمامی علما در تقسیماتشان عرف را به صحیح و فاسد تقسیم می‌کنند. پس بهتر است که دو قید مزبور را از تعریف حذف کنیم.

معمولاً در فقه اصطلاح عادت و عرف به یک معنی به کار رفته و از آن تعریف‌های گوناگونی شده است که به آن‌ها اشاره می‌شود از این‌رو در ذیل تعاریفی از عادت و عرف آورده شده تا دقائق موضوع مشخص و ارتباط تنگاتنگ این دو مفهوم معین گردد.

بعضی گفته‌اند: عادت از ماده معاوده اخذ شده و چون عادت به بازگشت و تکرار عمل به تناوب محقق می‌شود بدین جهت نزد مردم شناخته می‌شود و در نفوس آن‌ها رسوخ می‌یابد و مورد پذیرش قرار می‌گیرد (حکیم، ۱۴۳۰، ص ۶۱۹).

برخی دیگر گفته‌اند: عرف، عادت اکثر مردم در گفتار و کردار است روش مستمر قومی است در گفتار یا کردار و آن را عادت و تعامل نیز نامند.

بایستنی است که لازم نیست همه‌ی مردم آن روش را داشته باشند تا عرف محقق شود، بلکه کافی است که اغلب آنان دارای روش مزبور باشند تا عرف تحقق یابد، صورت اول را عرف شایع و صورت اخیر را عرف غالب نامند. عرف، خوب و بد دارد. بدیهی است شأن قانون‌گذاری تأیید عرف بد نیست.

برخی در تعریف عادت چنین نگاشته‌اند:

کلیه‌ی اعمال انسان که صحت و نفوذ آن محتاج به قصد قربت نباشد چه محتاج به قصد انشاء باشد و چه نباشد، در معنای اخص، این مفهوم در فقه در مقابل عبادات و جزئیات قرار می‌گیرد و شامل همه عقود و امور حسبی و قضائیات و ادله اثبات دعوی است (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۷، ص ۱۱۴).

باید توجه داشت که دو واژه عرف و عادت بامعنای اصطلاحی که ما از آن‌ها بهره می‌گیریم تعابیری که از قرآن و سنت منشعب شده باشند نیستند و این دو واژه به مرور در لسان فقها و اصولیون ما به کار رفته و فراگیر شده است. بدین جهت اختلاف نظر فقها در معنای این دو واژه بیشتر خودنمایی می‌کند.

برخی از محققین معاصر عناصر دخیل و مؤثر در پیدایش عرف مصطلح را اطراد و شیوع، استمرار، ارادی بودن و عدم جبر و قهر، عدم احساس کراهت و نفرت پدیدآورندگان از آن پدیده، داشتن منشأ عقلانی، ناشی شدن پدیده از تشخیص حسن و قبح یا سود و زیان، نداشتن منشأ فطری و غریزی، و درنهایت به شکل قانون درنیامدن عرف برشمرده و در نهایت عرف مصطلح در دانش فقه و حقوق را به «فهم یا بنا یا

داوری مستمر و ارادی مردم که صورت قانون مجعول و مشروع نزد آن‌ها به خود نگرفته باشد» تفسیر نموده‌اند.

به نظر می‌رسد تعریف اخیر از سایر تعاریف ذکر شده در این باره جامع‌تر و کامل‌تر بوده و نقاط ضعف سایر تعاریف در آن برطرف شده باشد.

۲. کیفیت تشکیل عادت

اگر اندک درنگی درباره تعریف و معنای عادت صورت پذیرد، این مطلب هویدا می‌گردد که عادات اجتماعی دارای منشأهای گوناگونی است به طوری که گاه می‌تواند از یک نیاز عمومی و در قالب پدیده‌ای نو و دیگر گاه در اثر عوامل طبیعی و اقلیمی و گاه دیگر به خاطر شیوع هوی و هوس در بین افراد جامعه شکل گیرد که هر یک از این عوامل به تناسب خود برای تحقق یک عادت، نقش منشأ را پذیرا می‌گردند و اینجا است که گونه‌های متعددی برای عادت شکل می‌پذیرد (الزرقا، ۱۹۶۸، ج ۲، ص ۳۶۸).

دانشمندان اسلامی درباره چگونگی ایجاد و رواج عادت‌ها و مفاهیم مشابه، ترتیبی را ذکر کرده‌اند که عبارت است از:

الف. بسیاری از عادت‌ها ناشی از نیازند و برحسب اوضاع طبیعی و اجتماعی و اقتصادی و نظام مملکت و عواطف دینی و خصوصیات اخلاقی و ملی مردم و درجه تمدن آن‌ها تفاوت می‌کنند؛ مانند عادت به وقف اموال منقول و استصناع^۱.

ب. بخشی از عادت‌ها با آنکه نیاز حقیقی به آن‌ها احساس نمی‌شود و ضرورت خاصی وجود آن‌ها را توجیه نمی‌کند، به مناسبت آنکه یادگار اسلاف و گذشتگان‌اند مورد احترام جامعه هستند؛ مانند عادت‌های مربوط به شعائر و رسوم مربوطه به اعیاد و جشن‌های باستانی.

ج. برخی از عادت‌ها در ابتدای امر از اراده و تمایل فرمانروایان ناشی گردیده و صرفاً جنبه آمرانه داشته‌اند. ولی به مرور بر اثر تکرار به صورت عادت درآمده‌اند؛ مانند مقیاس‌ها و اوزان و گاه‌شمارها.

عادت گاهی به شکل فردی و به صورت تمایل به چیزی شروع می‌شود، اما پس از انجام آن فعل و سپس تکرار آن توسط فرد، در اعماق جان وی نفوذ می‌یابد مانند عادت‌های شخصی به صرف غذایی خاص و نوع خاصی از لباس پوشیدن و استراحت کردن که در فرد به شکل عادت درآمده است.

برای تشکیل عادت، تکرار را شرط لازم دانسته‌اند، ولی در روان‌شناسی ثابت شده که تکرار، با اینکه به فعل آدمی مهارت و دقت می‌بخشد و به نیروی تکوین عادت می‌افزاید، هرگز شرط کافی نیست، زیرا هر فعلی خود آغاز تشکیل عادت است، اگر در مرتبه‌ی نخست اثری از خود به‌جای نگذارد، بار دوم هم مثل بار اول است و چنین است دفعه‌های سوم و بعد چهارم... و همچنین اگر کمال فعل و سود آن مورد توجه باشد، باید تکرار توأم با اصلاح حرکت‌ها باشد؛ مثلاً آن‌که تمرین «ساز زدن» می‌کند، اگر هر بار همان حرکت‌های خشن و غیرماهرانه را تکرار کند و برای اصلاح آن کوشش نکند هرگز موفق به فراگرفتن این هنر نخواهد شد. با این همه نمی‌توان منکر فایده تکرار شد؛ به‌ویژه که فاصله‌های تکرار آن قدر نباشد که موجب محو آثار قبلی گردد و نه بسیار کوتاه باشد که خستگی‌آور باشد؛ و استعداد هماهنگی با وضع جدید را از آدمی سلب کند. بنابراین باید گفت: تکرار همراه با اصلاح حرکت شرط کافی برای تشکیل عادت است.

۳. مقایسه بین عرف و عادت

در اینکه نسبت بین عادات و عرف چیست، بین اندیشمندان اختلاف وجود دارد. برخی از آنان معنا و مفهوم یکسانی را از این دو واژه برداشت نکرده‌اند؛ البته می‌توان به

گروهی اشاره کرد که معتقد به همانی و همسانی عادات و عرف هستند و گروهی نیز عادات را به افعال و عرف را به اقوال نسبت داده‌اند.

برخی گفته‌اند باید از تعبیر عرف و عادت پرهیز کنیم و از تعبیر عرف عادت استفاده کنیم و گفته خود را چنین توضیح داده‌اند که این تعبیر در لسان دانشمندان بدین معنا است که عرف ناشی از عادت و تکرار عمل است و در مقابل این عرف می‌توان به عرف‌های خاص مانند عرف ائمه و عرف بلد و... اشاره نمود.

بسیاری از عادات به مدت طولانی انجام می‌شوند و تکرار می‌گردند و جنبه‌ی عمومی می‌یابند ولی به نظر مردم لازم‌الاتباع و اجباری نیستند پس به‌عنوان عرف که یک جنبه حقوقی دارد تحقق نمی‌یابند.

عرف و عادت نقاط مشترک زیادی باهم دارند به صورتی که در بسیاری از تألیفات فقهی و یا حقوقی این دو واژه در محل یکدیگر به‌کاررفته‌اند، اما با این وجود برخی از حقوقدانان معتقدند که رابطه‌ی میان مصداق عادت و عرف، عموم و خصوص مطلق است.

این گروه از حقوقدانان عادت را اعم از عرف می‌دانند به این ترتیب که در نظر ایشان هر عرفی عادت ولی هر عادت عرف نیست (سلجوقی، ۱۳۸۸، ص ۳۴).

یکی از وجوه مهم اشتراک میان این دو مفهوم این است که هر دو بر اساس تمرین و تکرار و در طولانی مدت تحقق می‌یابند و همین اشتراک باعث شده است برخی این دو مفهوم را دارای یک معنای واحد بدانند.

اما با وجود شباهت‌های فوق بین عرف و عادت، این دو از جهاتی با یکدیگر متفاوت‌اند، چه اینکه قواعدی که از عرف صادر می‌شوند ممکن است در جایگاه اراده فرد قرار گیرد ولی در مورد عادت بیشتر جنبه تفسیری بر موضوع حاکم است و به‌صورت مستقیم ایجاد الزام بر طرفین نمی‌نماید مگر در صورتی که طرفین به صورت آشکار یا به شکل ضمنی بر آن توافق کنند.

عرف به این جهت که از نظر حقوقی به آن اعتبار داده شده است مانند سایر قواعد مطروحه در حقوق الزام‌آور بوده و ادعای جهل بدان مسموع نیست ولی در مورد عادات در قراردادها و ... الزامی به وجود نمی‌آورند و اگر متعاقدین بخواهند الزام‌آور می‌گردد و ادعای جهل به آن پذیرفته می‌شود.

اگر عرف دارای شرایط لازم باشد مانند قانون لازم‌الاتباع و اجرا است، البته این موضوع را نمی‌توان به طور مطلق مطرح کرد بلکه قانون مدون و انشا شده که انتشار یافته، شأن متفاوتی دارد ولی در عادات باید وجود عادت را به اثبات رساند و وقتی آن را اثبات نمود از شروط ضمنی یا صریح مندرج در عقد می‌گردد.

باید دانست مطلق آنچه از آن به عنوان عادت‌های اجتماعی یاد می‌شود عرف نیست بلکه برخی عادت‌ها نظیر استعمال دخانیات است اگرچه شیوع آن بسیار زیاد است و افراد زیادی بدان مشغول هستند اما افراد از این عادت دفاع نکرده و در نهایت وجه عقلی ندارد و از ناحیه خود آن افراد نیز نیکو به شمار نمی‌رود با این مثال می‌توان به دقت مرز میان عادات اجتماعی و عرف را معین نمود.

در قضایای مطروحه بین اشخاص، دادگاه می‌تواند مستقلاً به عرف استناد کند ولی ذی‌نفع می‌تواند به عادت استناد نماید.

۴. مقایسه بین عادت و سیره

سیره در لغت به معنای روش است و در اصطلاح به راه و شیوه مستمر و بنای عملی مردم نسبت به فعل و یا ترک آن اطلاق می‌شود.

اگر این رفتار خاص میان همه عقلا و عرف عام از همه ادیان و مذاهب جاری باشد سیره عقلایی و بنای عقلا خوانده می‌شود.

اگر اختصاص به مسلمانان یا امامیه داشته باشد به آن سیره متشرعه، سیره شرعی یا سیره اسلامی گفته می‌شود (مظفر، ۱۴۳۰، ج ۳، ص ۱۷۶).

در شناخت سیره عقلا، استمرار عمل و روش عقلا در محاورات و معاملات و سایر موارد در روابط اجتماعی بدون توجه و در نظر قرار دادن دین و ملیت و سایر وجوه ممیزه افراد از یکدیگر ملاک بوده و می‌توان گفت عمل عقلا به‌صرف عاقل بودن آن‌ها مورد توجه است مانند ظهور کلام متکلم یا اعتبار حیازت که به عنوان سببی برای مالکیت مطرح است.

برخی حقوق‌دانان بنای عقلا را نوعی عرف عقلا می‌داند که همیشگی و مربوط به همه زمان‌ها است (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۷، ص ۱۱۴).

سیره عقلا روش خردمندان است و در مورد سیره عقلا، ملاک، افراد خاص نیستند بلکه منظور افراد عادی جامعه هستند که نوعاً دارای رشد عقلانی و اجتماعی بوده و رفتار ایشان مطابق با مصلحت و اراده، نظام‌مند شده است.

اما در موضوع عادات در تعریف آن با عنصر تکرار مواجه هستیم و افراد وجه تفاوت عادت را از سایر مفاهیم در تکرار آن می‌دانند. در عادات این تکرار فعل بر ما خوشایند گشته است و ما نمی‌توانیم از آن دوری نماییم بدین جهت برای ما مطبوع شده است اما نکته منفی آن است که این عمل که مکرر نیز است «از روی علاقه عقلی» روی نمی‌دهد هرچند در این موضوع همه دانشمندان یکسان نمی‌اندیشند و عده‌ای در عادت عنصر عقل را شرط می‌دانند.

۵. حجیت سیره

حجیت و اعتبار سیره عقلانی در صورتی است که به‌طور یقین احراز گردد، شارع نیز که یکی از عقلا بلکه رئیس آن‌هاست مانند دیگر عقلا دارای همین راه و شیوه باشد. در این صورت سیره عقلانی یکی از منابع فقهی محسوب می‌گردد و همه محققان و صاحب‌نظران مذاهب اسلامی این مطلب را قبول دارند.

حجیت و اعتبار سیره (که بر آن سیره مسلمین و سیره متشرعه نیز اطلاق می‌شود) توقف دارد بر اینکه کاشف از رضایت شارع باشد و اگر کاشف نباشد آن سیره دارای اعتبار نخواهد بود، مانند سیره‌های عملی زیادی که می‌بینیم در میان مسلمانان رواج پیدا کرده و دارای ریشه اسلامی نبوده است و بعضی از آن‌ها نه تنها دارای ریشه اسلامی نبوده بلکه برخلاف شرع تحقق یافته است.

در حال اندیشمندان اصولی امامیه معتقدند که اگر سیره معتبر بر انجام چیزی و یا بر ترک آن محقق شود مطابق سیره اول نمی‌توان حکم به وجوب و مطابق سیره دوم حکم به حرمت آن نمود و تنها از سیره اول می‌توان اباحه به معنای عام را که شامل واجب و مستحب و اباحه به معنای خاص (تساوی فعل و ترک) است و از سیره دوم عدم وجوب شیء را استفاده نمود.

اگر انجام عملی بین مسلمانان رایج شود و آن را ترک نکنند نمی‌توان برای وجوب آن عمل به سیره استناد کرد. همان‌گونه که اگر عملی بین آنان انجام نشود و همیشه آن را ترک کنند نمی‌توان برای حرمت آن عمل به سیره استناد نمود؛ زیرا سیره عملی دارای لسان گویا نیست که بیان‌کننده وجه آن باشد و تنها آنچه در اولی متیقن است اباحه به معنای عام است مگر در مواردی که استمرار عملی آنان حکایت از تقید خاص آنان به آن عمل باشد که این می‌تواند گویای بر رجحان آن باشد و اما در دومی آنچه متیقن است عدم حرمت عمل است.

۶. عادت از منظر جامعه‌شناسی

دانش جامعه‌شناسی عادت را به دو گونه عادت فردی و عادت اجتماعی تقسیم نموده و برای هر یک تعریفی جداگانه ارائه می‌دهد؛ در سطح فردی، عادت آمادگی مکتسب به پذیرش رفتاری خاص و یا انجام عملی از طریق تکرار افعالی یکسان است. عادت مستلزم یک طرز تلقی پایا و گرایش به انجام عملی به شیوه‌ای مشابه با سهولتی خاص

و بدون دخالت مستقیم و معتنابه اراده و شعور و آگاهی است. عادات اجتماعی عبارت از آمادگی‌هایی مکتسب توسط اعضای یک جامعه جهت به انجام رساندن رفتارهایی مشابه در طول زمانی طولانی است، در الگوهای کلی اجتماعی، جنبه‌ی رسمی و تا حدی عینی کردارهای یکسان، مورد تشریح قرار می‌گیرند و عادات اجتماعی از این نظر که در زندگی روزمره وارد می‌شوند، به صورت الگوهای کلی اجتماعی درمی‌آیند. بنابراین با در نظر داشتن این نکته که عادات به دو گونه فردی و اجتماعی است، طرح و اختصاص عادت به جنبه‌ی فردی، آن‌گونه که برخی از نویسندگان برآن‌اند، سخنی غیرقابل‌پذیرش خواهد بود.

کارل مارکس جامعه‌شناس و فیلسوف بزرگ غربی عوامل اثرگذار بر جامعه را چنین بیان می‌کند:

«جامعه تابع دنیروی اخلاقی است که دارای شدت برابر هستند و به‌تناوب اثر می‌بخشند: یکی نیروی عادت و دیگری میل به نوآوری. پس از چند گاهی عادت‌ها لزوماً زشت می‌گردند ... و در آن هنگام است که نیاز به چیزهای تازه احساس می‌شود و این نیاز حالت انقلابی حقیقی را تشکیل می‌دهد» (مطهری، ۱۳۷۵، ج ۲، ص ۴۱۴).

۷. عادت از دیدگاه حقوق‌دانان

برخی از حقوق‌دانان با توجه به بعد جامعه‌شناختی عادت هر دو گونه عادت را در تعریفی عام چنین می‌شناسانند: «استعداد اکتسابی صدور حرکات یا تحمل تأثیراتی معین را عادت می‌نامند» (نجومیان، ۱۳۴۸، ص ۳۱۱ و ۳۱۳).

گروهی از پژوهشگران حقوق مفهوم عادت را بدین شکل بیان نموده‌اند:

عادت از نظر شخصی حالت روانی خاصی است که بر اثر ممارست و تکرار کاری حاصل می‌شود و پس از حصول آن برای انجام کاری که عادت شده، نیازی به اراده

صریح نیست و هرگاه شرایط آن فراهم آید خودبه‌خود و بر طبق سابقه جریان می‌یابد (سلجوقی، ۱۳۸۸، ص ۵۳).

عادت یک یا چند نفر محدود چون فاقد شرط عمومیت است نمی‌تواند ایجاد عادت اجتماعی یا عرفی را پی داشته باشد.

در حالت کلی و بر مبنای تعاریف یادشده می‌توان عادت را بر سه قسم تقسیم نمود:

۱. عادات فردی در زندگی خصوصی و اعمالشان همانند عادت به صرف غذاهایی خاص و روشی ویژه در زندگی شخصی است.

۲. عادات‌هایی که در جوامع بشری و در روابط اجتماعی بین افراد حاکم است.

۳. اموری که ناشی از اسباب و علل طبیعی و هوای نفس است.

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

۸. حجیت عرف و عادت از دیدگاه فقها

اغلب فقهای امامیه، حجیت عرف و عادات را به مواردی، نظیر تفسیر موضوع و بیان اراده طرفین معامله محدود می‌کنند و در اثبات احکام برای عرف حجیتی قائل نیستند. به عبارت روشن‌تر عرف عملی را در عداد ادله استنباط احکام تکلیفی، به حساب نمی‌آورند؛ اما می‌توان کاربرد عرف و عادت را در محدوده‌ای که فقهای امامیه به آن معتقدند در امور زیر احصا نمود.

۸-۱. تشخیص موضوعات

برخی از احکام و عناوین فقهی بر موضوعات عرفی وارد شده‌اند، یعنی تشخیص آن به عهده عرف گذاشته شده که در این‌گونه موارد، عرف حجت است؛ مثل تشخیص فقیر و فی سبیل‌الله در مصارف زکات. شارع در این موضوعات برحسب زمان و مکان و درجه تمدن مردم جامعه و سطح فکری آنان ایجابات خاصی دارد.

۸-۲. تفسیر اراده متعاملین در موقع انعقاد عقد

در عقود و مسائل تجاری و نیز در احوالات اجتماعی و خانوادگی ما با موضوعاتی مواجه هستیم که در آنها تشخیص اراده طرفین بسیار مهم و اساسی به نظر می‌آید و متأسفانه در اغلب اوقات منشأ بسیاری از اختلافات طرفین معامله از همین موضوعات آبشخور دارد.

۸-۳. کشف حکم شرعی

در موردی که نصی وجود ندارد؛ مثل استصناع، بیمه، بهاء‌بازار و سایر مواردی که در زمان شارع جزء عقود انجام نمی‌شده است.

۸-۴. تشخیص مفهوم

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

۹. شرایط اعتبار عرف و عادات

بررسی عبارات فقها در موارد کاربست عرف و عادت و نیز کاربرد این دو در قانون مدنی که ذیلاً خواهد آمد بیانگر این است که اعتبار عرف و عادات در استنباط احکام و فرایند قانون‌گذاری مطابق با کاربردهایی که برای آن شمرده شد به شرایطی منوط است که در ادامه به آن اشاره می‌شود.

۹-۱. اطراد و اغلیت

بدین معنا که امر معروف میان کسانی که در قلمرو آن قرار دارند، عام یا شایع باشد، به‌نحوی که در بلاد یا اقلیم معین، عموم مردم به حکم آن وقوف داشته باشند و غلبه به معنی آن است که عرف در اکثر اعمال و وقایع، جاری بوده و رعایت شود؛ مثلاً مهریه

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

۹-۲. عدم مخالفت عرف با تصریح شارع یا متعاقدين

برحسب قاعده‌ی (المعروف عرفاً کالمشروط شرطاً) فهم عرف از یک موضوع و متعلقات آن در زمره شروط ارتکازی است؛ لذا اعتبار آن تا زمانی است که متعاقدين برخلاف آن تصریح نکرده باشند یا دلیل شرعی برخلاف آن نباشد؛ لذا اگر دلیل شرعی مغایر با آن باشد، یا متباین خلاف آن را شرط کرده باشند، محلی برای اعمال عرف باقی نمی‌ماند چنانکه قاعده فقهی «دلالت در برابر تصریح بی اعتبار می‌گردد» (لا عبرة للدلالة فی مقابله التصريح) نیز مؤید همین مطلب است.

۹-۳. هم‌زمانی تحقق عرف و عادت با زمان تحقق موضوع

لزوم توجه به عنصر هم‌زمانی بسیار کلیدی است، برای حل مسئله‌ای با دلالت عرف و عادت، باید هم‌زمان با حدوث و وقوع آن مسئله، عرف و عادت محقق باشد و در غیر این صورت نمی‌توان به عرف استناد کرد؛ مثلاً اگر به هنگام ثبت اجاره‌ای، معمول بوده که تاریخ را به سال قمری می‌نوشتند و اکنون سندی از آن زمان در دست است که نوع سال در آن قید نشده، می‌توان گفت سال قمری مراد بوده ولی اگر قبلاً یا بعداً عرف به وجود آمده باشد و از عرف مسئله بی‌خبر یا مردد باشیم، نمی‌توان به عرف عمل کرد. روشن است که همیشه باید عرف پیش از وقوع مسئله تحقق یافته باشد ولی لازم است که تا زمان وقوع پایدار و مستمر باشد. عرف به‌گونه‌ای باشد که موردپسند عقل و مطابق با ذوق سلیم و رأی عمومی باشد.

۱۰. کاربرد عرف و عادت در کلمات فقها

همان‌گونه که بیان شد تبیین و تفسیر برخی از موضوعات احکام فقهی و در نتیجه کشف حکم شرعی در برخی موارد، مستند به عرف و عادت است. در زیر به برخی از مواردی که در کلام فقها به عرف و عادت استناد صورت گرفته اشاره نموده و سپس از باب نمونه و برای بیان جهت کاربرد عرف و عادت در کلمات فقها، عباراتی را از برخی از آن بزرگواران نقل می‌کنیم:

۱. در صورت سکوت عقد نسبت به نوع ثمن؛ باید در پرداخت، عرفا از پول رایج استفاده کرد.

۲. سکوت دختر باکره به هنگام عقد ازدواج از نظر فقهی بنا بر عرف و عادت رضایت او تلقی گردیده است. البته فقهای امامیه با اینکه این حکم را قبول کرده‌اند ولی دلیل آن را سکوت محفوف به قرینه می‌دانند.

۳. تعیین مصداق تفرق و حدود آن در اتمام خیار مجلس، بر عهده عرف قرار داده شده است.

۴. تعیین مصداق توابع مبیع امری عرفی است.

۵. میزان و ترتیب پرداخت و تقسیط اجرت در صورت نبودن قرارداد، تابع عرف است.

۶. مستعیر در نحوه استفاده از مال عاریه باید حدود عرفی را مراعات کند و الا مسئول و ضامن است.

۷. تعیین مهرالمثل در صورت عدم تعیین مهر المسمی در متن عقد نکاح دائم، به حکم عرف است.

در باب اعتبار دادن فقها به فهم اجتماع در متون فقهی، از الفاظ و مفاهیم مختلفی استفاده شده است. بدین جهت باید توجه داشت گاهی در متون فقهی از الفاظی مانند عرف و یا عرف و عادت و ... استفاده شده که پس از دقت چنین می‌نمایاند که منظور

عرف عام یا خاص و در برخی موارد عادت و به‌طور خاص عادت اجتماعی است. ذیلاً عباراتی از فقهای متقدم، متأخر و معاصر بیان می‌گردد.

۱۰-۱. فقهای متقدم

شیخ طوسی در مبسوط می‌فرماید:

«همانندی در ربا شرط است و ملاک آن، عرف مردم حجاز در روزگار پیامبر است. از این روی، هر کالایی، در عرف آن زمان، کیلی بوده، در همه زمان‌ها و مکان‌ها کیلی خواهد بود و هر کالایی که در عرف آن زمان، وزنی بوده، در همه مکان‌ها، وزنی خواهد بود. ملاک کیل، ملاک کیل مردم مدینه و ملاک وزن، ملاک وزن مردم مکه خواهد بود؛ و در همه این موارد، اختلاف نظری وجود ندارد؛ اما اگر عرف زمان رسول خدا، روشن نباشد، باید به عرف مکانی که آن جنس در آن قرار دارد، رجوع شود و آن را مرجع قرارداد» (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۹۰).

محقق حلی در شرایع و مختصر النافع، دیدگاه شیخ را در مبسوط می‌پذیرد و می‌فرماید:

«در شناخت مکیل و موزون، معیار، عرف زمان پیامبر است و اگر آن عرف، ناشناخته باشد، مردم هر مکان، باید عادت و عرف خود را معیار قرار دهند و اگر عرف مکان‌ها گوناگون باشد، هر منطقه‌ای، باید به عرف خود رجوع کند» (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۳۹).

از سخن محقق حلی، سه نکته استفاده می‌شود:

۱. هر کالایی که در روزگار پیامبر (ص) کیلی، یا وزنی بود، برای همیشه چنین خواهد بود، بدون هیچ‌گونه دگرگونی.
۲. اگر از عرف زمان رسول خدا آگاه نباشیم، عرف هر کشور و یا شهری ملاک است و باید برابر آن، عمل شود.

۳. اگر عرف‌ها گوناگون باشند، یعنی در منطقه‌ای کیل و وزن ملاک باشد و در منطقه‌ای، بدون کیل و وزن داد و ستد صورت پذیرد، هر مکانی، باید به عرف خود رجوع کند.

از جمله فقهای متأخر که قائل است تغییر عادات می‌تواند موجب تغییر احکام شود شهید اول است. ایشان در این رابطه چنین نگاشته است:

«جایز است که با دگرگونی عادات، احکام دگرگون شود؛... به عنوان مثال در موردی که زوج مالی را به زوجه بپردازد در صورتی که غیر از مهر، از پرداخت مال دیگری سخن به میان نیامده باشد، آن مال، مهر است چون عادت زمان پیشین بر این بوده که مهر را قبل از عمل زناشویی می‌داده‌اند؛ لذا آن مال به عنوان تمام مهر المسمی محسوب می‌شده است اما در این زمان (زمان شهید اول) سزاوار است قول زوجه مقدم گردد و آن مال پرداخت شده جزئی از مهرالمثل به حساب آید. توضیح آن‌که فرض مسئله در جایی است که زوجین اتفاق دارند مالی که پرداخت شده به عنوان مهر بوده ولی زوج مدعی است که در متن عقد، مهر معین شده و مالی را که به همسرش داده تمام مهر المسمی است ولی زوجه مدعی است که مهر المسمی در بین نبوده، لذا خواستار مهرالمثل است و آن مال که به وی داده شده جزئی از مهرالمثل است...» (شهید اول، ۱۴۰۱، ج ۱، ص ۱۵۱).

۱۰-۲. فقهای متأخر

شیخ بهایی (ره) در باب خیار غبن چنین بیان می‌کند:

«لازم است در تحقق خیار غبن به حسب عرف و عادت، زیادی و نقصان فاحش باشد، لذا اگر زیادی و نقصان، اندک باشد که در عرف آن را زیاده و نقصان نگویند اختیار فسخ نیست» (عاملی، ۱۴۲۹، ص ۵۰۲).

ایشان در احیای موات چنین می‌گوید:

«آن شخصی که اراده آباد کردن زمین موات را دارد باید کاری کند که در عرف و عادت گفته شود آن زمین را احیا کرده است، پس احداث دیوار در آن زمین یا چیدن سنگ‌ها یا بستن مرزها در آن کافی نیست، چه این‌ها اراده‌ی ملکیت نمی‌کند بلکه تنها برای ایجاد اولویت برای شخص در تصرف مفید است» (عاملی، ۱۴۲۹، ص ۵۹۸).

محمدعلی بهبهانی در توضیح مقصود از ظروف در استفاده از ظروف طلا و نقره چنین می‌گوید: «هر چیزی است که در عرف و عادت به جهت استعمال اکل و شرب باشد؛ و احوط تعمیم است نسبت به شمعدان و امثال آن مثل آفتابه و لگن» (کرمانشاهی، ۱۴۲۱، ج ۲، ص ۴۰۱).

نراقی در مورد ذکر صفتی خاص در مورد معامله چنین بیان می‌دارد: «اینکه کدام صفت باعث زیادی و کدام صفت باعث کمی قیمت می‌شود، به عرف و عادت تجار معلق است؛ یعنی هر صفتی که بودنش باعث زیادی قیمت جنس و نبودش باعث کمی قیمت می‌شود، باید ذکر کنند و هر صفتی که به نظر آنان بود و نبودش در قیمت جنس تفاوتی ایجاد نمی‌کند، احتیاج به ذکرش نیست» (نراقی، ۱۴۲۲، ج ۱، ص ۲۴۸).

محقق قمی در کتاب جامع الشتات در بازپرداخت قرض و در تبدلات مالی بین طرفین، پرداخت چیزی را صائب می‌داند که جامعه با آن معامله را انجام می‌دهد؛ ایشان در این رابطه می‌فرماید: «ظاهر این است که معیار در تعیین قیمت کالا، طلا و نقره است. چون غالب این است که معامله به آن‌ها انجام می‌شود مگر این‌که پرداخت قیمت اجناس به غیر غله یا پنبه در بلدی متعارف نباشد. لذا معیار عرف و عادت است نه درخواست مقرض و نه مقترض...» (گیلانی قمی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۱۸).

نراقی در کتاب رسایل و مسائل در بحث تعلق خمس به مازاد بر مخارج سالیانه و رعایت حد میانه در آن چنین می‌گوید:

«مخارجی جزء مخارج سالیانه محسوب می‌شود که به حد وسط و مناسب حال آن شخص باشد به‌گونه‌ای که در عرف و عادت بگویند زیاده‌روی نکرده است و اگر

اسراف کند باید خمس زیادی را بدهد» (نراقی، ۱۴۲۲، ج ۱، ص ۲۰۰). وی درجایی دیگر در ملاک و مناط تعدی و تفریط و برائت ذمه نیز عادت را حاکم می‌داند (نراقی، ۱۴۲۲، ج ۱، ص ۳۷۷).

۱۰-۳. فقهای معاصر

امام خمینی (ره) در کتاب تحریر الوسیله در باب بیع سلف چنین می‌گوید: «فروش مانند سبزی تازه و تره و نعنای بعد از ظاهر شدن، یک چین و چند چین معین جایز است؛ و همچنین است معامله برگ توت و حنا به‌طور وزنی، یک‌مرتبه و چند مرتبه (یک چین و چند چین)، و مرجع در یک چین (چه به صورت بریدن و چه به صورت وزن کردن)، عرف و عادت مردم است» (خمینی، ۱۴۲۶، ج ۲، ص ۴۵۱).

ایشان همچنین در ارتباط با تبعیت از شرطی که عرفاً شرط ضمنی محسوب می‌شود می‌گوید: «اگر طرفین شرط کنند که همه یا قسمتی از اجرت، قبل از کار ادا شود، چه این شرط صریحاً باشد یا ضمنی - مثل اینکه عرف و عادت مردم این باشد که مستأجر، ملتزم به پرداخت و لو قسمتی از آن، قبل از عمل است - لازم است از چنین شرطی تبعیت شود» (خمینی، ۱۴۲۶، ج ۲، ص ۴۹۵).

در بحث مساقات نیز می‌گوید: «آنچه عادت و معمول است که به عهده مالک یا عامل باشد باید به همان عمل کرد و احتیاج به تعیین ندارد و شاید این عادت و معمول در شهرهای مختلف فرق کند؛ و اگر عادت و معمولی نبود باید تعیین کنند که چه چیزی به عهده هریک از آنها است» (خمینی، ۱۴۲۶، ج ۲، ص ۶۲۱).

آیت‌الله فاضل لنکرانی در موضوع حریم زمین احیاشده از موات چنین می‌گوید: «تعیین مقدار حریم به نظر عرف و عادت هر محلی است و تصرف دیگران در این مقدار جایز نیست و مالک نمی‌شوند. ولی در خارج این مقدار مانعی ندارد؛ و اگر اختلاف وجود دارد به حاکم شرع مراجعه شود» (به نقل از: موحدی لنکرانی، ۱۴۲۰، ج ۱، ص ۳۶۸).

در باب تعیین مهرالمثل چنین می‌گوید: «بنا بر احتیاط، مهرالمثل را به این نحو تعیین کنند که سنّ و صفات و بکارت و نجابت و عفت و عقل و ادب و شرف و جمال و کمال از قبیل علم و هنر و آنچه در عرف و عادت در کم و زیاد شدن مهر دخالت دارد و حتّی از جهت فامیل و شهر محل زندگی و غیره را ملاحظه کنند و فرض کنند برای دختر یا زنی که واجد یا فاقد صفات و خصوصیات ذکرشده است یا دارای ضد این‌هاست چه مقدار مهر تعیین می‌کنند و مهر زن موردنظر را به همان نسبت و همان مقدار تعیین کنند» (به نقل از: موحدی لنگرانی، ۱۴۲۰، ج ۲، ص ۴۶۱).

آیت‌الله محمد تقی بهجت در موضوع مقدمات عمل در اجاره چنین می‌گوید: «مقدمات عمل در اینکه بر اجیر یا مستأجر ثابت باشد. - مثل نخ در خیاطی و مداد در کتابت- تابع عرف و عادت متعاملین است و اگر خلاف عادت، مقصود متعاملین باشد، باید به نحو اشتراط تعیین شود» (بهجت، ۱۴۲۶، ج ۳، ص ۳۱۴).

در جایی دیگر در موضوع رعایت عادت امثال در لوازم زندگی چنین می‌گوید: «در فرش جلوس زن و خادم او و وسایل رختخواب برای هر دو، ملاحظه عادت امثال و حال زوجین در مقدار و کیفیت می‌شود و با عرف و عادت امثال در بلد، تشخیص و تعیین می‌شود. هم‌چنین در آلات طبخ و ظروف تغذّی و شرب، به‌حسب کمیت و جنس و کیفیت، ملاحظه‌ی عادت اهل بلد و عرف آن‌ها می‌شود به نحو متقدّم» (بهجت، ۱۴۲۶، ج ۴، ص ۱۱۱).

آیت‌الله منتظری در کتاب مبانی فقهی حکومت اسلامی در موضوع بدهکار سهل‌انگار و مدعی ورشکستگی می‌گوید: «کار کردن در حدی که از نظر عرف و عادت مطابق شأن او باشد، واجب است، هرچند که از راه اجیر قرار دادن خود برای دیگران باشد، روایت یادشده نیز به همین معنی قابل حمل است» (منتظری، ۱۴۰۹، ج ۴، ص ۱۷۴).

در باب احیای موات می‌گوید: «اصحاب تصریح کرده‌اند که چگونگی احیا، یک مسئله شرعی نیست و مرجع آن عرف و عادت مردم است» (منتظری، ۱۴۰۹، ج ۸، ص ۶۵).

آیت الله جعفر سبحانی در موضوع اجاره در توضیح المسائل خود می گوید: «کسی که چیزی را اجاره داده تا آن چیز را تحویل ندهد، حق ندارد وجه اجاره آن را مطالبه کند و نیز اگر برای انجام عملی اجیر شده باشد، پیش از انجام عمل حق مطالبه اجرت ندارد، مگر این که عرف و عادت برخلاف باشد» (سبحانی تبریزی، ۱۴۲۹، ص ۴۰۶).

آیت الله مکارم شیرازی در بحث در باب تعیین میزان حق پزشک و میزان دستمزد وی ایشان این موضوع را نیز تابع عادت می داند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۹، ص ۳۲). ایشان دوباره در ارتباط با این موضوع در جایی دیگر می آورد: اگر قبلاً تراضی حاصل نشده، آنچه در عرف و عادت اجرت المثل است باید پرداخت گردد و در هر حال رعایت انصاف و عدالت از طرفین بسیار خوب است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۹، ص ۳۲).

۱۱. کاربست عرف و عادت در قانون مدنی

انگونه که بیان شد در مواد مختلفی از قانون مدنی به عرف و عادات اجتماعی استناد صورت گرفته که ذیلاً به برخی از این موارد اشاره می شود.

۱۱-۱. تعیین محدوده مال موقوفه

در ماده ۶۸ مقرر می دارد: هر چیزی که طبعاً یا برحسب عرف و عادت جزء یا از توابع و متعلقات عین موقوفه محسوب می شود داخل در وقف است مگر اینکه واقف آن ها استثناء کند به نحوی که در فصل بیع مذکور است.

۱۱-۲. تفسیر احیای اراضی موات

ماده ۱۴۱ بیان می کند: مراد از احیای زمین آن است که اراضی موات و مباحه را به وسیله عملیاتی که در عرف آباد کردن محسوب است از قبیل زراعت، درخت کاری، بنا ساختن و غیره، قابل استفاده نمایند.

۱۱-۳. تفسیر الفاظ عقود و شروط و تعیین نوع فعل از جهت تبرعی بودن و عدم آن

در ماده ۲۲۴ و ۲۲۵ چنین آمده: الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفیه. متعارف بودن امری در عرف و عادت به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف به آن باشد به منزله ذکر در عقد است.

و ماده ۳۳۶ و ۳۴۴ مقرر می‌دارد: هرگاه کسی برحسب امر دیگری اقدام به عملی نماید که عرفاً برای آن عمل اجرتی بوده و یا آن شخص عادتاً مهیای آن عمل باشد عامل مستحق اجرت عمل خود خواهد بود مگر اینکه معلوم شود قصد تبرع داشته است. - اگر در عقد بیع شرطی ذکر نشده یا برای تسلیم مبیع یا تأدیه قیمت موعودی معین نگشته باشد بیع قطعی و ثمن حال محسوب است مگر اینکه برحسب عرف و عادت محل یا عرف و عادت تجارت در معاملات تجارته وجود شرطی یا موعودی معهود باشد اگرچه در قرارداد بیع ذکر نشده باشد.

۱۱-۴. تعیین توابع مبیع

ماده ۳۵۶ در تعیین توابع مبیع می‌گوید: هر چیزی که برحسب عرف و عادت جزء یا تابع مبیع شمرده شود یا قرائن دلالت بر دخول آن در مبیع نماید داخل در بیع و متعلق به مشتری است اگرچه در عقد صریحاً ذکر نشده باشد و اگرچه متعاملین جاهل بر عرف باشند.

۱۱-۵. تشخیص تحقق غبن و عیب

ماده ۴۱۷ و ۴۲۶ نیز تشخیص تحقق غبن و وجود عیب را به عرف موکول کرده و بیان داشته: غبن در صورتی فاحش است که عرفاً قابل مسامحه نباشد. تشخیص عیب برحسب عرف و عادت می‌شود و بنابراین ممکن است برحسب ازمینه و امکانه مختلف شود.

۱۱-۶. تفسیر محدوده اختیارات وکیل

ماده ۶۶۷ حدود اختیارات وکیل را این‌گونه تفسیر کرده است: وکیل باید در تصرفات و اقدامات خود مصلحت موکل را مراعات نماید و از آنچه موکل بالصراحه به او اختیار داده یا برحسب قرائن و عرف و عادت داخل اختیار اوست تجاوز نکند.

۱۱-۷. تشخیص مدت‌زمان لازم برای استفاده از خیار فسخ

در ماده ۱۱۳۱ بیان شده که: خیار فسخ فوری است و اگر طرفی که حق فسخ دارد بعد از اطلاع به علت فسخ نکاح را فسخ نکند خیار او ساقط می‌شود به شرط اینکه علم به حق فسخ و فوریت آن داشته باشد. تشخیص مدتی که برای امکان استفاده از خیار لازم بوده به نظر عرف و عادت است.

جمع‌بندی

بیان شد که عادت عملی است که با تکرار و پی‌درپی آمدن استقرار یافته و در نزد عقول مردم و صاحبان طبع‌های سلیم تلقی به قبول گردیده و به عنوان یک رویه در جامعه نهادینه شده است و هر گفتار، یا رفتار، یا ترک گفتار و رفتاری که مردم آن را بشناسند و بر اساس آن عمل کنند، عرف نام دارد. برخی نیز بر این عقیده‌اند که می‌توان عرف مصطلح در دانش فقه، حقوق و اصول را به فهم یا بنا یا داوری مستمر و ارادی عرف که صورت قانون مجعول و مشروع نزد آن‌ها به خود نگرفته باشد تفسیر نمود که همین تعریف مورد پذیرش قرار گرفت.

همچنین از عبارات فقها و کاربرد عرف و عادت در کلمات آنان روشن شد که اغلب فقهای امامیه، حجیت عرف و عادات را به مواردی، نظیر تفسیر موضوع و بیان اراده طرفین معامله، تشخیص مفهوم و کشف حکم شرعی محدود می‌کنند و در اثبات احکام برای عرف حجیتی قائل نیستند. به عبارت روشن‌تر عرف عملی را در عداد ادله استنباط

احکام تکلیفی، به حساب نمی‌آورند؛ مگر اینکه ثابت شود آنچه الآن مورد عمل عرف قرار دارد از زمان معصوم (ع) تاکنون رایج بوده و مورد نهی و ردع شارع قرار نگرفته است که این فرض، در واقع سنت تقریری محسوب شده و عرف به‌خودی‌خود و فی‌نفسه حجیتی ندارد.

همچنین بیان شد اعتبار عرف و عادت در کارکردهای فوق به شرایطی منوط است که عبارت‌اند از:

۱. اطّراد و اغلبیت داشتن عرف و عادت

۲. هم‌زمانی تحقق عرف و عادت با زمان تحقق موضوع

۳. عدم مخالفت عرف با تصریح شارع یا متعاقدین.

و نیز بیان گردید در مواردی از قبیل تعیین محدوده مال موقوفه، تفسیر احیای اراضی موات، الفاظ عقود و شروط و تعیین نوع فعل از جهت تبرعی بودن و عدم آن، تعیین توابع مبیع، تشخیص تحقق غبن و عیب، تفسیر محدوده اختیارات وکیل و تشخیص مدت زمان لازم برای استفاده از خیار فسخ، قانون‌گذار به عرف مراجعه نموده است.

یادداشت‌ها

۱. استصناع عبارت است از توافق سفارش‌دهنده با صنعتگر برای ساختن کالایی معین مانند میز و لباس. در این توافقنامه، تهیه مواد اولیه و عملیات ساخت کالا بر عهده سازنده است (جمعی از پژوهشگران زیر نظر سید محمد هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۶، ج ۱، ص ۴۵۶).

کتاب‌نامه

قرآن کریم

- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۶۷)، ترمینولوژی حقوق، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ اول.
- سبحانی تبریزی، جعفر (۱۴۲۹)، رساله توضیح المسائل، قم: مؤسسه امام صادق (ع)، چاپ سوم.
- سلجوقی محمود (۱۳۸۸)، نقش عرف در حقوق مدنی ایران و مطالعه اجمالی آن در نظام‌های بزرگ حقوقی، تهران: نشر میزان.
- گیلانی قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن (۱۴۱۳)، جامع الشتات فی أجوبه السؤالات، محقق: مرتضی رضوی، تهران: مؤسسه کیهان، چاپ اول.
- مطهری، مرتضی (۱۳۷۵)، مجموعه آثار شهید مطهری، قم: انتشارات صدرا، تهران، چاپ پنجم.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۹)، احکام پزشکی، مصحح: ابوالقاسم علیان نژادی، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی‌طالب (ع)، چاپ اول.
- منتظری، حسینعلی (۱۴۰۹)، مبانی فقهی حکومت اسلامی، مترجم: صلواتی، محمود و شکوری، ابوالفضل، قم: مؤسسه کیهان، چاپ اول.
- نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی (۱۴۲۲)، رسایل و مسائل، قم: کنگره نراقیان ملا مهدی و ملا احمد، چاپ اول.
- نجومیان، حسین (۱۳۴۸)، زمینه حقوق تطبیقی، مشهد: انتشارات جعفری، چاپ اول.
- بهجت، محمدتقی (۱۴۲۶)، جامع المسائل، قم: دفتر حضرت آیه الله بهجت، چاپ دوم.
- جمعی از پژوهشگران زیر نظر سید محمود هاشمی شاهرودی (۱۴۲۶)، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، چاپ اول.

- حکیم، محمد تقی (۱۴۳۰)، الاصول العامة للفقهاء المقارن، تصحيح: محمدعلی تسخیری، تهران: المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الاسلامیة مركز التحقيقات و الدراسات العلمیة المعاونة الثقافیة.
- محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۸)، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، محقق: عبدالحسین محمدعلی بقال، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم.
- الزرقا، مصطفی احمد (۱۹۶۸)، المدخل الفقه العام، دمشق: دارالفکر، چاپ اول.
- شلبي، محمد مصطفى (۱۴۰۳)، المدخل فی التعریف بالفقه الاسلامی و قواعد الملكية و العقود فیة، بیروت: دارالنهضة العربیة، بیروت.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷)، المبسوط فی فقه الإمامیة، محقق: سید محمدتقی کشفی، تهران: المکتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة، چاپ سوم.
- شهید اول، محمد بن مکی (۱۴۰۱)، القواعد و الفوائد، محقق: عبدالهادی حکیم، قم: مکتبه المفید.
- عاملی، بهاء‌الدین (۱۴۲۹)، جامع عباسی و تکمیل آن، محقق: محققان دفتر انتشارات اسلامی، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول.
- کرمانشاهی، آقا محمد علی بن وحید بهبهانی (۱۴۲۱)، مقامع الفضل، قم: مؤسسه علامه مجدد وحید بهبهانی، چاپ اول.
- مظفر، محمدرضا (۱۴۳۰)، اصول الفقه، قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین، چاپ پنجم.
- موحدی لنکرانی، محمد (۱۴۲۰)، جامع المسائل، قم: انتشارات امیر قلم، چاپ یازدهم.
- خمینی، سید روح‌الله (۱۴۲۶)، تحریر الوسیله، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ دوم.