

The Position of Custom in Legislative Policy and the Rule Making Paradigm of Iran

Meysam Shokoohi

PhD Researcher in Law, Shiraz, Iran

Email: Mshokoohi67@gmail.com

Mohammad Hoseyn Bayaty

Associate Professor in the Department of Law at University of Justice, Tehran, Iran

Email: bayati@edalat.ac.ir

Abstract

The significance of custom in the evolution of legal systems and in the processes of norm formation is well established. Within the strategic frameworks of rule making, enforceable norms frequently emerge from customary contexts and subsequently attain sophistication through philosophical, theological, and juridical elaboration. The central inquiry animating this study is thus: What is the role and status of custom within the legislative policy and the rule making paradigm of Iran? More specifically, does custom possess normative validity in the strategic orientation and procedural mechanisms of the Iranian legal order? Drawing upon the findings of this research, the authors maintain that, in Iranian law—grounded in Imami jurisprudence—custom lacks autonomous rule making authority and cannot serve as an independent source of normative legitimacy for statutes or legal rules. Nevertheless, the derivative or instrumental validity of custom is acknowledged in several domains: the identification of factual subjects, the interpretation of contractual language, the application of statutory provisions to concrete instances, and the supplementation of legislative texts. Employing a descriptive analytical methodology and relying on library-based data collection, this study systematically explicates and substantiates the foregoing thesis through rigorous scholarly documentation and argumentation.

Keywords: Custom, Norm Formation, Legislative Policy

Extended Abstract

Purpose

The primary objective of this research is to provide a rigorous articulation of the role and status of custom (urf) within the legislative policy and rule-making processes of the Iranian legal system. This study seeks to address a fundamental question: within the rule-making strategy of the Islamic Republic of Iran, is custom recognized as an independent source possessing "norm-creative" power, or is it merely endowed with instrumental and ancillary validity? Furthermore, this research analyzes the foundational distinctions between Imami (Shia) jurisprudence and other Islamic schools of thought regarding their treatment of custom, and the subsequent impact of these perspectives on Iranian positive law. The principal purpose of this study is therefore to determine whether custom possesses normative validity in the strategic orientation and procedural mechanisms of the Iranian legal order. To this end, the paper pursues three questions: what is the role and status of custom within the legislative policy and the rule making paradigm of Iran; does custom possess autonomous rule-making authority or merely instrumental validity in Iranian law; and how do the perspectives of Imami jurisprudence differ from other Islamic schools of thought regarding the treatment of custom?

Design/methodology/approach

This study employs a descriptive-analytical method, utilizing library-based research for data collection. Initially, the concepts and pillars of custom are analyzed from linguistic, jurisprudential, and legal perspectives. Subsequently, through a comparative lens, the status of custom is examined within prominent legal systems (such as Common Law and Civil Law), international law, and various Islamic denominations. Finally, by analyzing constitutional principles and the articles of the Civil Code, the specific role of custom within Iran's legislative framework is extracted. The research systematically explicates and substantiates its thesis through rigorous scholarly documentation and argumentation.

Findings

The findings indicate that within the Iranian legal system—following Imami jurisprudence—custom lacks independent rule-making authority and cannot serve as the formal source of legal validity. Unlike the Hanafi and Maliki schools, which consider custom to possess independent authority (sometimes prevailing over Qiyas or analogy) in the absence of a primary text (nass), Imami jurisprudence, and consequently Iranian law, limits the validity of custom to: (1) the identification of subject matter (tashkhis al-mawdu); (2) clarifying the conceptual scope of contractual terms; (3) the application of legal rulings to specific instances; and (4) supplementing the law within predefined frameworks. However, the role of custom is not uniform across all branches of law. In the Civil Code, "custom" and its synonyms appear over 73 times, highlighting its significant role in private

relations and contractual interpretation. Conversely, its role in public law is constrained, and in criminal law, it is reduced to a minimum due to the principle of legality of crimes and punishments. Furthermore, the Constitution—by directing judges to authoritative Islamic sources or fatwas in cases of legal silence—effectively distances itself from customary law, emphasizing the supremacy of written laws derived from the Sharia. The authors maintain that, in Iranian law grounded in Imami jurisprudence, custom lacks autonomous rule-making authority and cannot serve as an independent source of normative legitimacy for statutes or legal rules. Nevertheless, the derivative or instrumental validity of custom is acknowledged in several domains: the identification of factual subjects, the interpretation of contractual language, the application of statutory provisions to concrete instances, and the supplementation of legislative texts.

Research limitations/implications

A primary limitation of this research is the fragmentation of sources regarding the practical application of custom in judicial precedents and the difficulty of exhaustively enumerating all instances of customary citations in jurisprudence. The study's focus on legislative policy and the rule-making paradigm, while comprehensive, does not exhaustively examine all judicial applications of custom in Iranian courts. Additionally, the cross-sectional nature of the legal analysis captures the current legal framework but does not fully explore the historical evolution of custom in Iranian law. Accordingly, it is suggested that future researchers examine the "role of custom in the evolution of secondary rulings" (*ahkam al-thanawiyah*) and investigate how emerging customs (e.g., in cyberspace) can be integrated into the legislative system while adhering to Article 4 of the Constitution. Comparative studies examining custom in other Islamic legal systems and longitudinal studies tracking judicial applications of custom over time are also recommended.

Practical implications

Building on the empirical findings, the study offers practical implications for the judicial and legislative systems. At the judicial/interpretive level, custom is a vital tool for defining subjects and concepts. Judges must rely on customary standards to determine "defects" (*ayb*) in options of defect, distinguish between "fungible and non-fungible goods," ascertain "transgression and waste" (*ta'addi and tafrit*), and verify the "delivery of the object of sale" (*taslim al-mabi*). At the legislative level, in instances of legal silence or ambiguity, rather than ignoring social realities, established and accepted customs can be utilized as supplementary tools to the law to facilitate the administration of justice. The study recommends that the legislature adopt a flexible approach to identify "robust customs with shared conviction" (that do not contradict Sharia) and integrate them into the legislative cycle, ensuring that social norms do not face legal barriers during dispute resolution.

Social implications

The study reframes the role of custom not merely as a matter of legal technique but as a phenomenon deeply connected to social reality and cultural context. For society, recognizing the instrumental role of custom aligns law with the realities of social life and contemporary economic and cultural needs. This reduces the gap between "formal law" and "social norms," fostering legal compliance and social satisfaction by validating "sound customs" (al-urf al-sahih). By revealing that custom can serve as a bridge between written law and lived social practices, the research underscores the need for legal systems to remain responsive to evolving social conditions. At the level of overall policy, the central recommendation is to move beyond a purely textual approach to law and to recognize the complementary role of custom in legal interpretation and application, provided that custom does not contradict Sharia. Given fundamental shifts in social relations, it is strategically recommended that the legislature ensure that social norms do not face legal barriers during dispute resolution by integrating robust customs into the legislative process.

Originality/value

The novelty of the paper lies in offering a comprehensive, independent, and comparative analysis of Imami jurisprudence and Iranian law specifically through the lens of legislative policy. In contrast to prior domestic studies, which have addressed custom in general terms or through purely doctrinal frameworks, this research provides a systematic comparison of custom's status across different Islamic schools of thought (Hanafi, Maliki, Shafi'i, Hanbali, and Imami) and legal systems (Common Law, Civil Law, and International Law). By distinguishing between "normative custom" (urf-i hukmi) and "factual custom" (urf-i mawdu'i), it clarifies why custom cannot hold a status equal to formal law within Iran's rule-making strategy. This theoretical clarification significantly contributes to the understanding of Iran's normative structure and the boundaries between Sharia, statute, and custom. Its value accrues to legal scholars, judges, legislators, and policymakers interested in understanding the role of custom in Islamic jurisprudence and Iranian positive law, and in designing legal frameworks that remain responsive to social change while maintaining fidelity to constitutional principles.

E-ISSN: 2588-6525 / Center for Strategic Research / The Scientific Journal of Strategy

Journal of "The Scientific Journal of Strategy" © 11 years by Center for Strategic research is licensed under

CC BY 4.0



10.22034/rahbord.2026.431928.1633





جایگاه عرف در سیاست تقنینی و راهبرد نظام قاعده‌سازی ایران

میثم شکوهی

پژوهشگر دکتری حقوق، شیراز، ایران

Email: Mshokoohi67@gmail.com

محمدحسین بیاتی

دانشیار گروه حقوق دانشگاه عدالت، تهران، ایران

Email: bayati@edalat.ac.ir

چکیده

نقش و کاربست عرف در شکل‌گیری برخی از نظام‌های حقوقی و نیز در فرایند قاعده‌سازی، بر کسی پوشیده نیست. در راهبرد قاعده‌سازی نظام‌های مذکور، قواعد لازم‌الاجرا در یک ظرف و بستر عرفی شکل گرفته و آنگاه، به یاری نظریات و انگاره‌های فلسفی، دینی و حقوقی، به تکامل می‌رسد. سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود و داعی اصلی و دغدغه فکری نگارندگان در انجام این پژوهش بوده آن است که عرف در سیاست تقنینی و قاعده‌سازی ایران، چه نقش و جایگاهی دارد؟ و آیا عرف در راهبرد و نیز فرایند قاعده‌سازی نظام حقوقی ایران واجد اعتبار است یا خیر. از همین رو و با امعان نظر به یافته‌های حاصل از پژوهش پیش رو، اعتقاد نگارندگان بر آن است که عرف در حقوق ایران، منبعث از فقه امامیه واجد قدرت قاعده‌سازی نیست و نمی‌تواند منشأ اعتبار قواعد و قوانین باشد. باین‌حال، اعتبار آلی عرف در تشخیص موضوعات، تعیین معانی و مفاهیم عبارات عقود، تطبیق احکام قانونی با مصادیق و متمیم قانون، مقبول و مورد پذیرش است. در این پژوهش که با روش توصیفی-تحلیلی و گردآوری اطلاعات به شیوه کتابخانه‌ای صورت پذیرفته، نظر مزبور براساس مستندات متقن و مبرهن علمی، تشریح و تبیین خواهد شد.

کلیدواژه‌ها: عرف، قاعده‌سازی، سیاست تقنینی



مقدمه و بیان مسئله

عرف و عادت در بسیاری از نظام‌های حقوقی معتبر در دنیا جایگاه ویژه دارد؛ به‌نحوی که یکی از منابع معتبر و حتی در برخی از نظام‌ها، مهم‌ترین منبع حقوق، عرف و عادت است. در حقوق روم که تأثیر قطعی بر نظام‌های حقوقی مبتنی بر حقوق نوشته داشته، مدت‌ها روابط حقوقی براساس عرف شکل گرفته است؛ حتی پس از آنکه حقوق نوشته و مکتوب نیز تأسیس گردید، عرف جایگاه خود را حفظ کرد و در کنار حقوق مکتوب دوام آورد. در نظام کامن لو، اساساً حقوق را اصول، قواعد و رسومی می‌دانند که درخصوص حکومت، اموال و اشخاص قابل اعمال است. بسیاری از عرف‌های کهن در این نظام حقوقی رسوخ نموده و قواعد حقوقی الزام‌آور، مبتنی بر آن‌ها شکل گرفته است.

در حقوق بین‌الملل نیز عرف جایگاه ممتازی دارد و اساساً می‌توان گفت که حقوق بین‌الملل حقوقی عرفی است و عرف منبع اصلی آن است؛ به‌نحوی که گفته شده، غرق برای نظام حقوق بین‌الملل جنبه قانون دارد (هنجی، ۱۳۷۱: ۲۲۷).

در آنجا که پای معاهدات و قواعد معاهداتی به حقوق بین‌الملل باز می‌شود، باز هم نمی‌توان تأثیر عرف را نادیده گرفت؛ چه آنکه، ریشه و خاستگاه بسیاری از قواعد معاهداتی نیز عرف است.

عرفی بودن حقوق بین‌الملل معلول عوامل متعددی است؛ از یک طرف، جامعه بین‌الملل، جامعه‌ای غیرمتمرکز و فاقد یک نهاد و قوه عالی‌ه تقنینی است؛ ازاین‌رو واضعان و تابعین حقوق بین‌الملل، با رفتار مشابه و یک دست خود، موجب ایجاد قواعد عرفی شده و بدان ملتزم شده‌اند و انگهی قواعد عرفی، به جهت پویایی، قابلیت انعطاف و جایگزینی و انطباق با مقتضیات زمان و مکان و ضروریات جامعه بین‌الملل، بهتر از قواعد حقوقی مدون می‌تواند پاسخ‌گوی نیازهای این حوزه باشد.

در قلمرو کشورهای جهان اسلام، تا قبل از ظهور اسلام، اصولاً قوانین مدون و نوشته وجود نداشته است؛ بنابراین عمده روابط میان مردم با یکدیگر و مردم با حکومت‌ها از طریق عادات و عرف جاری تنسيق و نظم پیدا می‌کرده است. با ظهور اسلام، در یک مواجهه منطقی و عقلایی با عرف‌های موجود، بخش‌هایی که برای حفظ کیان اجتماع ضروری بوده و درعین‌حال، مباینتی نیز با مقاصد اسلام نداشته، مورد تنفیذ و تأیید شارع قرار گرفته است.

در عرف‌های اجتماعی که بر روابط اجتماعی حاکم است، اسلام عرف صحیح را که مخالفت و مغایرتی با نص قرآن و سنت ندارد، تأیید می‌نماید. اساساً عرف مورد تأیید

در قرآن، فعل، ترک فعل، گفتار و پنداری است که واجد خصیصه تکرار بوده و پسندیده و صالح باشد. به عبارت دیگر، عرف از منظر قرآن همان سنت‌ها و آداب نیکو و شایسته جاری و ساری در روابط اجتماعی است. در مقابل، چنانچه رفتار جاری و ساری در جامعه مخالف شرع و اخلاق حسنه باشد، به‌عنوان عرف فاسد شناخته شده و مورد تأیید اسلام قرار نمی‌گیرد (طباطبائی، ۱۳۹۰، ج ۸: ۳۸۰).

راجع به عرف‌های حقوقی که علاوه بر عنصر مادی، یعنی عمل و روشی که به‌صورت عمومی و پایدار در طول مدتی معتد به، به‌کار گرفته می‌شود واجد عنصر معنوی اعتقاد حقوقی و الزامی نیز است، اگرچه اسلام در ابتدا، در فرض عدم مغایرت با شریعت، مخالفتی با این‌گونه عرف‌ها نداشت لیکن، به‌مرور این عرف‌ها در شئون مختلف جامعه اسلامی رنگ باخته و جایگاه خود را از دست داده و به‌جای آن، کتاب و سنت مبنای قاعده‌سازی قرار گرفته است. با این وجود، کم‌رنگ شدن اعتبار و نفوذ عرف‌های حقوقی در مذاهب مختلف اسلامی یکسان نبوده است که در ادامه بدان خواهیم پرداخت.

سؤالی که در اینجا مطرح می‌گردد و مبنای پژوهش پیش رو را شکل می‌دهد آن است که عرف در نظام تقنینی و قاعده‌سازی ایران -که در بسیاری از ساحات و حوزه‌ها منبعث از فقه امامیه است- چه جایگاهی دارد. به عبارت واضح‌تر، آیا مانند دیگر نظام‌های حقوقی در دنیا، عرف، در سیاست تقنینی ایران نیز قابلیت قاعده‌سازی دارد یا خیر؛ آیا می‌توان عرف را منبع و مبنای اعتبار قاعده‌سازی دانست.

درخصوص این مسئله، تحقیق جامع و مستقلی، به‌صورت تطبیقی در فقه امامیه و حقوق ایران: صورت‌پذیرفته و نگارندگان بر آن‌اند تا در این مجال، اعتبار عرف در حقوق ایران را مورد بررسی قرار داده و نقش آن را در سیاست تقنینی، تشریح و تبیین نمایند.

۱. ادبیات پژوهش

۱-۱. عرف

۱-۱-۱. عرف در لغت

«عرف» واژه‌ای عربی است و از ریشه (ع. ر. ف) است و با واژگان معروف، معرفت، عارف، متعارف و عرفان قرابت معنایی دارد. لغویین فارسی واژه «عرف» را به معروف، شناخته، مشهود و آنچه در میان مردم معمول و متداول است (دهخدا، ۱۳۴۱، ج. ۳۶:

۱۷۶) یا «خوی و عادت و امر شناخته شده و متداول بین مردم» معنا نموده‌اند (عمید، ۱۳۷۷: ۹۰۸).

لغویین عرب نیز هرکدام تعریفی از این واژه ارائه کرده‌اند. برخی عرف را از معروف و معروف را اسمی می‌دانند که برای هر کار نیکو از منظر شرع و عقل به کار می‌رود؛ (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ هجری قمری، ج ۱: ۵۶۱) یا آنکه وجدان انسانی آن را خیر و نیکو تشخیص داده و مایه آرامش باشد (ابن منظور، ۱۴۱۴ هجری قمری، ج ۹: ۲۳۹). برخی دیگر عرف را مطلق آن چیزی می‌دانند که در میان مردم رایج است؛ اعم از فعل، یا قولی که در معنا و مفهوم خاصی به کار برده می‌شود؛ بدون آنکه قید تأیید عقلی یا شرعی یا وجدانی در مورد آن لازم آید (الزحیلی، ۱۳۸۱، ج ۱۰: ۹۷).

از مجموع تعاریف لغویین می‌توان گفت، «عرف» آن است که متداول و متعارف بین افراد اجتماع باشد و این معروف بودن، لزوماً به دلیل مطلوبیت و حسن عقلی آن نیست؛ بلکه ممکن است به علت تتبع و جریان مستمر آن باشد به نحوی که آن سلوک و رفتار مستمر در میان افراد جامعه ساکن شده باشد.

۱-۲. معنای عرف در اصطلاح حقوقی و فقهی

فقه‌ها و اصولیین مذاهب اسلامی تعاریف گوناگونی از «عرف» با تعبیر مختلفی همچون «سیره عملی» «سیره»، «بنای عرف»، «بنای عقلا»، «عرف العاده»، «عادت»، «عادات» «العقلا»، «عاده الناس» و «اتفاق الناس» ارائه داده‌اند. برخی عرف را ناشی از عقل دانسته که در جان انسان‌ها استقرار می‌یابد و مقبول طبیعت می‌گردد (بدران، ۱۹۶۵: ۳۱۶). این تعریف یکی از قدیمی‌ترین تعاریف عرف است که برخی آن را به محمد غزالی نسبت داده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۵: ۸۵). در تعریفی دیگر، عرف تمایل و گرایش انسان به امری دانسته شده که از مصلحت‌اندیشی او نشئت می‌گیرد و برای حفظ جامعه و فرد ایجاد شده است (صدر، ۱۳۹۵: ۱۶۸).

حقوق‌دانان نیز با توجه به ارتباط تنگاتنگ مفهوم «عرف» با موضوعات و مسائل مختلف علم حقوق، در هر زمان تلاش کرده‌اند تا تعریفی از عرف را ارائه نمایند.

ژولین دانشمند رومی در این خصوص می‌گوید: «عرف دیرینه حقوقی است که از آداب و رسوم مردم ایجاد می‌شود و جنبه و حیثیت قانونی به خود می‌گیرد (سلجوقی، ۱۳۹۳: ۵۱) کاپیتان که از پیروان مکتب تاریخی حقوق در فرانسه است، در تعریف عرف می‌گوید: عرف عبارت از رسمی است که افراد در رابطه حقوقی خود آن را

پذیرفته‌اند و در نتیجه آن را به صورت قاعده حقوقی الزام‌آور تلقی می‌نمایند. (سلجوقی، ۱۳۹۳: ۵۱) یکی دیگر از حقوقدانان، عرف را رفتار و گفتاری می‌داند که در میان مردم مرسوم گردیده و قدرت گرفته است؛ تا آنجا که جنبه الزام‌آور به خود گرفته است (مدنی، ۱۳۷۰: ۲۰۰).

عرف حقوقی علاوه بر آنکه در نظام حقوق داخلی نقش اساسی ایفا می‌کند، یکی از منابع اولیه حقوق بین‌الملل نیز است (موسی زاده، ۱۳۸۹: ۴۴). باین حال معنای عرف حقوقی در حقوق بین‌الملل و خاصه در شاخه عمومی آن مقداری متفاوت است؛ در حقوق بین‌الملل عمومی، می‌توان عرف را این‌گونه تعریف نمود: تکرار رفتار مشابه توسط ملت‌ها و دولت‌ها در عرصه بین‌الملل که تدریجاً الزام‌آور می‌شود و به عنوان مناط و سنجه‌ای برای ارزیابی ارزش‌های حاکم قرار می‌گیرد.

به اعتقاد ما، عرف آن چیزی است که مردم به آن عادت کرده‌اند و براساس آن عمل می‌کنند، چه آن چیز، کاری باشد که رایج شده باشد و یا آنکه قول و لفظی باشد که استعمال آن در معنایی شیوع پیدا کرده است؛ اعم از آنکه واجد وصف مطلوبیت یا حسن عقلی باشد یا نباشد. بنابراین اولاً نقش تأیید عقل و طبیعت که از امور ثابت است، در مفهوم عرف که امری متغیر است، فاقد مبنا و توجیه علمی است. ثانیاً این‌گونه نیست که همه عرف‌های جاری و ساری در اجتماعات بشری موافق با عقل و طبایع و ذوق‌های سلیم باشد و چه بسیاری از عرف و عاداتی که مورد پسند و پذیرش عقل و ذوق سلیم نیستند. ثالثاً عرف را نمی‌توان لزوماً مبتنی بر مصلحت‌اندیشی قلمداد کرد؛ چه، عرف‌هایی وجود دارند که در جامعه جریان دارند ولی اعتنایی به مصلحت و صلاح اجتماعی ندارند.

۱-۳. ارکان عرف

برای آنکه یک رفتار اجتماعی بتواند عنوان «عرف» را به خود گیرد و پس از آن جنبه الزام‌آور پیدا کند می‌بایست دارای دو رکن اساسی باشد؛ رکن مادی و رکن روانی. رکن مادی عرف، عناصر مادی پدیدآورنده آن است و رکن روانی همان اعتقاد افراد اجتماع به ضرورت رعایت عرف جاری است. در رکن مادی، برای آنکه یک رفتار یا پدیده اجتماعی واجد عنوان (عرف) شود لازم است که از طرفی، در میان مردم حادث و پدیدار شود و از طرف دیگر، شایع گردد. دیگر آنکه، ضرورت دارد که رفتار مطرد «استمرار» داشته باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶: ۵۰). چهارمین عنصر رکن مادی

آن است که قول، فعل یا ترک فعل مستمر و شایع، می‌بایست ارادی بوده و از روی جبر و غلبه نباشد؛ پنجمین و آخرین عنصر مادی عرف آن است که عرف وارد قلمرو قانون نشود. از این رو اگر عرف به صورت قانون درآید، عنوان قانون را دارد و دیگر نباید آن را عرف اطلاق نمود (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶: ۵۱).

به لحاظ رکن روانی، تکرار و استمرار رفتار ارادی شایع می‌بایست توأم با این اعتقاد باشد که رفتار مورد عمل ضروری و الزام‌آور است؛ به گونه‌ای که تخلف از آن تبعاتی حداقل، به لحاظ اجتماعی و فرهنگی در پی دارد و مردم می‌توانند رعایت آن را مطالبه نمایند. بنابراین به لحاظ عنصر روانی، افراد عامل به عرف احساس التزام درونی دارند. مالا برای آنکه از میان انبوه رفتارها و پدیده‌های اجتماعی، رفتاری عنوان «عرف» را بخود گیرد، می‌بایست هر دو رکن مادی و روانی عرف درخصوص آن صدق نماید.

♦ قاعده حقوقی و قاعده‌سازی

قاعده به لحاظ لغوی به معنی اساس، پایه، قانون و بنیان است. در اصطلاح، قاعده به احکامی کلی اطلاق می‌گردد؛ که در صورت همراه شدن با ویژگی‌های الزام‌آوری و ضمانت اجرا، متصف به وصف حقوقی می‌شود. قاعده حقوقی از سوی مرجع رسمی ذی صلاح و به جهت ایجاد نظم در روابط اجتماعی وضع می‌گردد (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۵۱۶). قواعد حقوقی متضمن احکامی کلی است و اصل تساوی مردم در برابر قانون را تضمین می‌نماید و انگهی رعایت آن‌ها بر افراد جامعه فرض است و نمی‌توان به اختیار و اراده آنان واگذار نمود (حیاتی، ۱۳۹۵: ۲۳ و ۲۴). ایجاد این قواعد بر عهده مرجع یا مراجع ذی صلاحی است که در قانون اساسی مشخص گردیده است.

قاعده‌سازی نیز فرایندی است که طی آن، احکامی که در بردارنده مفاهیم هنجاری بوده و واجد ویژگی‌های پیش‌گفته باشد، در جهت تنظیم و تنسيق امور و روابط اجتماعی ایجاد و تولید می‌گردد.

♦ حجیت و اعتبار عرف

نظام حقوقی و قاعده‌سازی ایران، خاصه بعد از انقلاب، منبعث و الهام گرفته از فقه امامیه است و کلیه مقررات و قوانین می‌بایست مطابق با اصل چهارم قانون اساسی، براساس موازین اسلامی باشد؛ بنابراین ضرورت دارد تا بدو جایگاه عرف در فقه اسلامی را مورد بررسی قرار دهیم. از طرفی، برای شناخت بهتر نقش عرف در دستگاه قاعده‌سازی در اسلام، لازم است تا اعتبار عرف در مذاهب مختلف اسلامی مورد بررسی و تحلیل قرار گیرد.

❖ حجیت و اعتبار عرف در فقه مذاهب اسلامی

فقه‌های امامیه از دیرباز در امر خطیر اجتهاد، به عرف توجه جدی نشان داده‌اند و با شکل‌گیری سومین دوره «مکتب نجف» و ظهور فقهایی همچون شیخ مرتضی انصاری و صاحب جواهر و اندکی پس از آن نیز این روند ادامه داشته است. باین‌حال، از منظر مشهور فقه‌های امامیه، عرف، مانند کتاب و سنت دلیل مستقلاً محسوب نمی‌شود و دلیلی بر حجیت عرف به صورت مستقل موجود نیست؛ بلکه معتبر بودن آن بستگی به استمرار آن تا زمان حیات معصومین و امضای شارع مقدس دارد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ هجری قمری: ۳۴۹) از این منظر، عرف ممکن است که در تشخیص موضوعات احکام و نیز در انطباق مفاهیم بر مصادیق بهره‌برداری شود.

البته در مقابل این دیدگاه، نظر غیرمشهور دیگری وجود دارد که معتقد است بازگشت عقلاً به عقل عملی است و عرف و سیره و بنای عقلاً از مصادیق آن محسوب می‌شود؛ چراکه عقلاً می‌توانند مصالح و مفاسد خود را تشخیص دهند. به اعتقاد ایشان تا زمانی که در خصوص این حکم عقل، منعی از جانب شارع نرسد، معتبر خواهد بود. به عبارت دیگر، حجیت، اصل اولیه است و عدم احراز نهی شارع نیز کفایت می‌کند (حکیم ۱۴۱۴ هجری قمری، ج ۵: ۴۷۰).

این دیدگاه مورد نقد و انتقاد واقع شده است؛ با این استدلال که شارع یکی از عقلاً و بلکه رئیس عقلاست؛ اما این موجب نمی‌شود در همه موضوعات با عقلاً موافق باشد. ثانیاً این گونه نیست که عرف و سیره عقلاً همیشه مبتنی بر عقل جمعی عقلاً منعقد شود، بلکه گاهی ممکن است براساس اهداف و اغراض شخصی که چه‌بسا عقلاً نیز بر آن متفق شده باشند تشکیل شود. از این رو ممکن است در مواردی شارع با عرف و سیره و بنای عقلاً مخالفت نماید و موضعی برتر و جامع‌تر از عقلاً را برگزیند. هر دو این دلایل از اعتقاد به غیریت بنای عقلاً و حکم عقل نشئت می‌گیرد؛ چراکه فقها نوعاً قائل به آن هستند که بنای عقلاً غیر از حکم عقل است و می‌گویند مراد از عقل که در لسان روایات ملازمه با شرع دارد، (جنس عقل) (اصغری، ۱۳۸۶: ۱۲۹) و یا «عقل برخی از انسان‌ها مانند ائمه^(ع) و اولیاست» (غروی اصفهانی، ۱۴۱۴ هجری قمری: ۳۴۶).

در فقه عامه، عرف از دیرباز جایگاهی والا و ویژه داشته به نحوی که تقریباً در تمام مذاهب اهل سنت، از عرف به عنوان یکی از منابع استنباط احکام در مقام افتاء و ایضاً در حل و فصل اختلافات و فصل خصومت‌ها در مقام قضا استفاده شده و می‌شود. اهمیت و اعتبار عرف در میان اهل سنت تا آنجاست که واجد حجیت بوده و فقها در مقام افتاء و قضاء، به عادات و عرف‌های جاری رجوع می‌کنند. باین‌حال در قلمرو تأثیر عرف در

فقه عامه نظر واحدی وجود ندارد. در مذاهب حنفیه و مالکیه، کاربرد عرف به عنوان دلیل بر حکم شرعی پذیرفته شده است. (القرطبی، ۱۳۸۴ هجری قمری، ج ۳: ۱۶۱؛ قطب، ۱۴۲۰ هجری قمری: ۷۰) مع الوصف، شرط اعتبار و حجیت عرف در کاربرد استقلالی آن این است که، مفاد عرف مخالف با نص شرعی نباشد؛ چراکه در غیر این صورت، عرف به جهت مخالفت با نص مردود است (دمشقی، ۱۴۱۲ هجری قمری، ج ۵: ۲۲۳)؛ اما چنانچه در موردی به غیر از عرف، دلیل و مدرک دیگری جهت استنباط حکم وجود نداشته باشد، به نظر فقیهان حنفی و مالکی، عرف معتبر خواهد بود و واجد حجیت است و بلکه بر قیاس هم مقدم خواهد شد؛ چه آنکه، قیاس مخالف و مغایر با عرف، باعث عسر و حرج خواهد بود و اعتبار و حجیت ندارد (الذرقاء، ۱۹۶۷، ج ۱: ۱۴۷).

در فقه حنابله وشافعیه، کارایی استقلالی عرف مورد پذیرش قرار نگرفته است. در این دو مذهب، عرف منبع و منشأ مستقلی برای استخراج و استنباط احکام نیست و مانند امامیه، کاربرد ابزاری عرف، به عنوان یک ضرورت، مورد پذیرش واقع شده است. عرف در این دو مذهب، از طرفی معطوف به شناخت موضوعات احکام است؛ (السیوطی، ۱۴۱۱ هجری قمری، ج ۱: ۹۰) و از سوی دیگر، در تشخیص مفاهیم ادله نقلی و شرعی (ابن قدامه، ۱۹۶۸، ج ۱: ۲۲۵) و نیز تعیین کیفیت احکام شرعی کاربرد دارد.

♦ اعتبار عرف در نظام حقوق ایران

عرف در نظام حقوقی ایران جایگاه ویژه و رفیعی دارد. شاهد مدعی ما آن است که تنها در قانون مدنی واژه عرف و واژگان مترادف آن در حدود ۷۳ مرتبه تکرار شده است (سلجوقی، ۱۳۹۳: ۱۴۲). باین حال نقش عرف در ساحات مختلف نظام حقوقی یکسان نیست. در قوانین ماهوی مدنی عرف نقش و تأثیر بیشتری دارد. در حقوق عمومی نقش و تأثیر عرف محدودتر است و در مقررات کیفری این تأثیر به حداقل می رسد (اسلامی پناه، ۱۳۹۳: ۲۰۰). در قانون اساسی ایران به عرف اشاره ای نشده است (اسلامی پناه، ۱۳۹۳: ۲۱۰). در واقع، در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۷۷ اصل مدون که به ایجاد هنجار برای حاکمیت و تنظیم قدرت سیاسی می پردازد، اجازه بروز و نمود عرف را نداده است (حبیب نژاد و همکاران، ۱۴۰۰: ۱۲۶). این امر ناشی از دیدگاهی است که عرف مفسر و تکمیلی را پذیرفته است و عرف را منشأ و منبعی حکم ساز قلمداد نمی کند. توضیح آنکه، مطابق اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، کلیه قوانین و مقررات، به نحو مطلق و عام، باید مطابق با موازین اسلامی

باشد وانگهی، مقنن در فرض اجمال و سکوت قوانین مدونه نیز، در مقام بیان، اجازه مراجعه دادرسان به عرف را نداده و ایشان را به استناد به منابع یا فتاوی معتبر اسلامی رهنمون ساخته است. از این رو، در نظام حقوقی ایران متأثر از فقه امامیه، عرف منزلتی بیش از کاربرد آلی و ابزاری ندارد؛ و هیچ‌گاه یک منبع مستقل و دلیلی علی‌حده برای قاعده‌سازی و مشروع نمودن حکم به رسمیت شناخته نشده است. عرف در نظام حقوقی ایران ناظر بر شناخت موضوعات، تعیین قلمرو تعهدات و تعیین اجزاء و لوازم موضوعات عقود و قراردادهای است. همچنین عرف برای قوانین نقش تفسیرکننده و تشریح کننده دارد و درجایی که قانون مبهم یا مجمل است، قانون را تفسیر و تشریح می‌کند. همچنین در برخی از قوانین و از جمله در برخی از مقررات قانون مدنی، عرف به تشریح قانون‌گذار، نقش مکمل دارد و البته مکمل بودن عرف به معنای قاعده ساز بودن آن نیست. به عبارت دیگر عرف مورد بحث در اینجا در حقیقت عرف موضوعی است؛ برخلاف عرف حکمی که در نظام حقوقی کامن لا پایه استنباط احکام است و به جای قانون نوشته، احکام حقوقی قرارداد را که اساساً مبتنی بر نظم عمومی جامعه است مشخص می‌کند (شهیدی، ۱۳۸۵، ج ۳: ۳۴۷).

۱-۴. قلمرو عرف

♦ در فقه امامیه

در فقه امامیه به عرف بسیار استناد شده است و احصا تمام موارد استفاده، هم از حوصله این بحث خارج است و هم امری عبث و بیهوده است. از این رو بایستی در خصوص مقوله موارد و قلمرو کاربری عرف در عرف قواعد ضوابطی را ارائه دهیم. آنچه از تتبع و تعمق در کلیه موارد کاربرد فقهی عرف در آثار علمای شیعه به دست می‌آید آن است که عرف اصولاً در سه حوزه کلی در فقه امامیه کاربرد دارد که در ادامه به بررسی و تحلیل آن‌ها می‌پردازیم.

♦ بیان موضوع

موضوعات، مجموعه چیزهایی است که فعلیت احکام مجعول بر آن‌ها توقف دارد؛ به عبارت دیگر، موضوع حکم عنوانی است که در مسئله فقهی موضوع قرار گرفته و حکم شرعی اعم از وضعی و تکلیفی به آن نسبت داده می‌شود. گاهی اوقات به جای اصطلاح موضوع از واژه «متعلق» استفاده می‌شود.

پس از ذکر این مقدمه می‌گوییم، یکی از کاربردهای فقهی عرف شناخت موضوعات احکام شرعی است. به بیان دیگر، عرف در این کاربرد بدون آنکه متعرض تشریع اصل حکم شود، به بیان موضوع حکم می‌پردازد. برخی از فقها به صراحت حجیت و اعتبار عرف را در تطبیق مفاهیم بر مصادیق و موضوعات رد کرده‌اند (خراسانی، ۱۴۱۲ هجری قمری: ۷۷؛ خونی، ۱۳۸۰، ج ۳: ۱۵۹) در مقابل، برخی دیگر بر این اعتقاد هستند که برای آشنایی با مفاهیم موضوعات احکام می‌بایست به عرف مراجعه کرد و نباید به دقت‌های فلسفی و منطقی اتکا نمود. به نظر این گروه، موضوعات در احکام شریعت، بدون هیچ‌گونه تسامح، از طریق عرف شناسایی می‌شوند. به اعتقاد ایشان، شارع در تلقی احکام الله به عباد، مانند یکی از افراد مردم سخن گفته و خطابات شرعی شبیه محاورات عوام است؛ از این رو، همان‌طور که مقنن عرفی در وضع و ایجاد مقررات، در جهت تشخیص موضوعات و مصادیق به درک و شناخت عرف تکیه می‌کند، در احکام شریعت نیز این تشخیص عرفی می‌بایست مورد شناسایی قرار گیرد. دیگر آنکه اگر برای موضوعات احکام معنایی جز آنچه در عرف شناخته شده وجود می‌داشت، شارع مقدس در مقام بیان آن را اعلام می‌نمود و این عدم اعلام بیانگر آن است که تشخیص معنای الفاظ به عرف واگذار شده است. مضاف بر آن، اساساً درست نیست که شارع خطابی به امت نماید و عرف معنای آن را نفهمد چرا که حکمت استعمال الفاظ و القای آن، در تفهیم واژگان نهفته است. برخی نیز در تمام مراحل قوانین شرعی و عرفی، نظر عرف را متبع دانسته و عقل را ذی‌مدخل نمی‌دانند (موسوی خمینی، ۱۴۱۵ هجری قمری، ج ۴: ۱۳۶)

❖ بیان مفاهیم

برای استنباط احکام از ادله نقلی، تنها اثبات حجیت آن کفایت نمی‌کند؛ بلکه به جهت دلالت و مضمون نیز می‌بایست به مدلول معتبری دست یافت. عرف نقش مهم و بسزایی در تشخیص و تشریح ظهور دلیل از بین معانی متناسب با فهم نص و متن دارد و به‌نوعی به‌منزله قرینه لبی متصل به کلام است؛ از این رو شخص فقیه می‌بایست واجد ذوق عرفی صحیح بوده، تا از این طریق بتواند دلالت نصوص را تحصیل نماید. آیات و روایاتی که در مقام تشریع احکام شریعت هستند، با واژگانی ساده و در چهارچوب‌های عرفی جهت شناسایی توده مردم بیان گردیده‌اند (موسوی خمینی، ۱۴۱۵ هجری قمری، ج ۴: ۱۳۸) بنابراین مرجع معتبر برای تفسیر مفردات و واژه‌های به‌کاررفته در ادله نقلی برداشت عرف است (خراسانی، ۱۴۱۲ هجری قمری: ۷۷۷). باین‌حال،



چنانچه شارع مقدس فعلی خاصی را از یک لفظ اراده کرده و آن را بیان نموده باشد، بایستی همان معنای شرعی مطمح نظر واقع شود و در این صورت معنای شرعی واژه بر معنای عرفی و لغوی مقدم خواهد شد؛ (علم الهدی، ۱۳۶۳، ج ۱: ۱۵) لیکن چنانچه اصطلاح شرع در میان نباشد، عرف مرجع تفسیر مفردات و واژه‌های متخذ در ادله و اسناد شرعی خواهد بود.

♦ بیان فهم کلی ادله

کاربرد آلی دیگر عرف عبارت است از تشریع و تبیین ادله شرعی؛ در این کاربرد، عرف بدون آنکه درصدد تفسیر مفردات و واژگان موجود در ادله شرعیه برآید، فهم و ادراک مردم مخاطب احکام شرعی را از مجموعه دلیل یا ادله و اسناد معتبر شرعی بیان می‌کند. فی‌المثل برخی در تبیین و تفسیر آیه «ولا تعاونوا علی الاثم و العدوان»^۱، با الغای خصوصیت از «تعاون» بیان داشته‌اند که این آیه عرفا دلالت بر لزوم قلع ماده فساد دارد (موسوی خمینی، ۱۴۱۵ هجری قمری، ج ۱: ۱۹۷-۱۹۸).

در این کاربرد آلی که از آن به «فهم عرفی» یا «تفاهم عرف» نیز یاد کرده‌اند، (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۵، ج ۲: ۳۷۶) فقیه بایستی در مقام استنباط حکم از قرآن و سنت، مجموع ادله را به عرف عرضه نماید و آن ادله را به داوری عرف قرار دهد و آنگاه با لحاظ فهم عرفی از ادله، در مقام افتاء برآید. دلیل این مراجعه دو چیز است. اول آنکه همان‌گونه که گفته شد مخاطب خطابات شرعی عامه مردم هستند و اقتضای حکمت شارع مقدس آن است که ادله قانونی را متناسب با ادراک و فهم جامعه مخاطب القا نماید. دوم آن‌که مردم در محاوره و مفاهمه خویش، گاه از مجموعه یک دلیل مطلبی را برداشت می‌کنند که چه‌بسا از تک‌تک مفردات یا هیئت‌های لفظی آن دلیل چنین چیزی برداشت نشود.

♦ در حقوق بین‌الملل

عرف بین‌الملل رفتار یک شکل و مورد عمل تابعین حقوق بین‌الملل است که به تدریج جنبه الزام‌آور به خود گرفته است. دولت‌ها مهم‌ترین و اصلی‌ترین تابعان حقوق بین‌الملل هستند و رفتار آن‌ها مهم‌ترین نقش را در شکل‌گیری عرف بین‌الملل ایفا می‌کند (زرافشان، ۱۳۹۱: ۷۴). گفته شد که عرف یکی از مهم‌ترین منابع حقوق بین‌الملل است. تأثیر عرف در حقوق بین‌الملل موجب شده تا حقوق بین‌الملل به‌عنوان یک حقوقی عرفی شناخته شود. عرف‌های بین‌الملل به جهت آنکه جنبه الزام‌آور به

خود گرفته‌اند و اجد اعتبار قاعده حقوقی هستند. از طرفی، اگرچه با توسعه معاهدات، تا حد زیادی از قلمرو عرف در حقوق بین‌الملل کاسته شده است؛ اما، باز هم نمی‌تواند نقش قاعده‌سازی عرف در حقوق معاهدات را نیز نادیده گرفت. توضیح آنکه، هرچند معاهدات جایگزین عرف‌های بین‌الملل شده و توسعه روزافزون آن‌ها موجب گردیده است تا از قلمرو عرف در حقوق بین‌الملل کاسته شود اما، خاستگاه بسیاری از معاهدات، همان عرف‌های سابق است که مدون شده است و انگهی در هر موضوعی که با فقدان قواعد معاهده‌ای مواجه باشیم، عرف‌های بین‌المللی می‌تواند به‌صورت مستقل در تصمیمات قضایی مورد استناد واقع شود (الپهوتی نظری و حکمتی مقدم، ۱۴۰۲: ۷). به‌عنوان مثال در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری، از عرف بین‌المللی به‌عنوان یکی از منابع حقوق بین‌الملل که دیوان می‌تواند براساس آن اتخاذ تصمیم نماید، نام برده شده است. مطابق با مدلول این اساسنامه، دو عنصر مادی و معنوی، تشکیل‌دهنده عرف در حقوق بین‌الملل است. عنصر مادی همان عموم رویه دولت‌ها و عنصر معنوی اعتقاد و باور حقوقی به رویه‌های مزبور است (برزگر زاده، عباس، ۱۳۹۶: ۷۶)؛ هرگاه این دو عنصر در کنار یکدیگر ایجاد شود، قاعده حقوقی عرفی شکل می‌گیرد و می‌تواند مستندی حکمی برای اتخاذ تصمیم در اختلافات بین‌المللی باشد. باین‌حال، علاوه بر دو عنصر پیش‌گفته، زمانی می‌توان به رویه عام مشترک، به‌عنوان یک قاعده حقوقی الزام‌آور استناد نمود که علاوه بر اعتقاد و رضایت مشترک، آن رویه، به‌عنوان یک قاعده حقوقی در عمل نیز واقعاً مورد تأیید قرار گرفته و بدان عمل شده باشد (موسوی، ۱۳۷۴: ۳۴۴).

❖ در حقوق ایران

در حقوق ایران به تأسی از فقه امامیه، عرف به‌عنوان یک دلیل مستقل برای مشروعیت حکم قانون قلمداد نشده است. لیکن در ساختار قواعد حقوقی تأثیر بسزایی دارد؛ به‌نحوی که بدون لحاظ نمودن عرف، نمی‌توان استنباط صحیحی از قوانین داشت. در ادامه برخی از گونه‌های مختلف کارایی عرف را در حقوق ایران که همگی معطوف به کاربرد ابزاری و آلی آن است، اجمالاً بررسی خواهیم کرد.

بیان مصادیق: در حقوق ایران، موضوع انطباق برخی از احکام با مصادیق آن‌ها به عرف ارجاع شده است. مثلاً در قانون مدنی، در ماده ۴۲۶ موضوع احراز عیب در موضوع عقد، در ماده ۹۵۰، تشخیص اموال مثلی و قیمی و در مواد ۴۹۰، ۹۵۱ و ۹۵۲ شناسایی مصادیق تعدی و تغریط و در ماده ۴۱۷ شناسایی موارد غبن فاحش که کم‌تر از خمس

قیمت باشد و در ماده ۵۹۳، تعیین حدود زیانی که مانع تقسیم مال مشترک شود، به عرف محول شده است (سلجوقی، ۱۳۹۳: ۱۵۱).

ارجاع امور به داوری عرف: قانون‌گذار ایرانی در پاره‌ای موارد، به‌طور ضمنی داوری در مورد برخی از امور حقوقی را به عرف محول نموده است. ماده ۹۷۵ قانون مدنی اجرای قراردادهای خصوصی و قوانین خارجی را که برخلاف اخلاق حسنه است، ممنوع نموده است، حال آنکه اخلاق حسنه چیزی جز عرف محسنین و پرهیزگاران نیست و تنها به این وسیله می‌توان حکم ماده ۹۷۵ قانون مدنی را به‌درستی اجرا کرد (کاتوزیان، ۱۳۶۵، ج ۲ و ج ۳: ۵۰۲).

احراز انجام صحیح برخی از تکالیف حقوقی: در این کاربرد، تشخیص صحت امتثال تکلیف حقوقی با معیارهای عرفی است. چنان‌که در ماده ۳۶۹ قانون مدنی در فصل بیع چنین آمده «تسلیم به اختلاف مبیع به کیفیات مختلفه است و باید به نحوی باشد که عرفاً آن را تسلیم گویند» (سلجوقی، ۱۳۹۳: ۱۵۱). مطابق با این مقرر، تشخیص تحقق تسلیم مبیع که یکی از تکالیف شرعی و قانونی بایع است، به داوری عرف واگذار شده است یا آنکه در ماده ۱۱۰۷ همین قانون، قانون‌گذار تشخیص اقسام نفقه و کیفیت اتفاق زوجه را به‌عنوان یکی از تکالیف حقوقی زوجه به عرف محول نموده است.

تتمیم قانون: در ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ قانون‌گذار مقرر نموده بود که در مواردی که قانون در خصوص موضوعی ساکت است، یا مفاد آن مجمل است، دادرس می‌تواند برای تکمیل و تتمیم و یا رفع ابهام یا اجمال از قانون به عرف و عادت رجوع نماید. این مقرر در قانون آئین دادرسی مدنی ۱۳۷۹ حذف شد و در عوض در اصل ۱۶۷ قانون اساسی، راه‌حل جایگزین، یعنی مراجعه به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر پیش‌بینی شد. این تغییر، ناشی از فاصله گرفتن قوانین مصوب بعد از انقلاب از حقوق عرفی و منبعث از دیدگاه فقه‌های امامیه در عدم اعتقاد به صلاحیت قاعده‌سازی عرف و عادت بود. با این حال برخی از حقوقدانان در تفسیر قوانین خصوصاً قانون مدنی، عرف و عادت مسلم را مبنای نظر خود قرار داده‌اند (علوی، ۱۳۸۳: ۲۵۰). آنچه در حال حاضر می‌توان با قاطعیت در خصوص آن سخن گفت آن است اگر میان قواعد تکمیلی و تفسیری و قواعد عرفی تعارض رخ دهد، «عرف در چنین مقرراتی مرجح است»^۱.

۱. چنانکه در مواد ۳۸۲ و ۲۷۵ قانون مدنی به این ارجحیت اشاره شده است.

احراز اراده و قصد طرفین عقد: قانون‌گذار برای تعیین ظهور و تفسیر الفاظ و عبارات مندرج در عقود، فهم و تشخیص عرف را ملاک عمل قرار داده است. ماده ۲۲۴ قانون مدنی در این رابطه می‌گوید: «الفاظ عقود و قراردادهای باید در حدود معیارهای عرفی و نه تعابیر لغوی و ادبی، به عمل آید.

همان‌گونه که ملاحظه می‌شود، عرف در نظام حقوقی ایران، نقش مؤثر و بسزایی دارد؛ لیکن این نقش عمدتاً معطوف به ساحت تفسیر و اجرای قوانین است و در راهبرد نظام قاعده‌سازی جایگاهی ندارد. توضیح آنکه، نظام حقوقی ایران، مبتنی بر حقوق نوشته و قوانین مدون و مکتوب است و این نظام و این راهبرد قاعده‌سازی، در ساحت وضع حاکم است. از این‌رو، عرف در شمار منابع قاعده ساز قلمداد نشده و جایگاهی هم‌پایه و هم ارزش با قانون ندارد. بلکه عرف در نظام حقوقی ایران، نقشی مکمل و مفسر برای قوانین دارد؛ بدان معنا که می‌توان برای تفسیر قانون یا تشخیص مصادیق، متعلق و موضوعات احکام به عرف رجوع نمود. این کاربرد آلی در حقوق خصوصی بروز و نمود بیشتری دارد و همان‌گونه که قبل‌تر گفته شد، در حقوق کیفری تأثیر آن به حداقل می‌رسد. در قانون اساسی با وضع اصل ۱۶۷، قانون‌گذار در مقام بیان، دادرسی را در موارد اجمال یا سکوت در قوانین، به منابع و فتاوی معتبر شرعی رهنمون ساخته است و این همان فاصله گرفتن از حقوق عرفی است. با این حال، به نظر می‌رسد در مواردی که با فقدان یا خلأ حقوقی مواجه هستیم، قانون‌گذار می‌تواند با رعایت اصل چهارم قانون اساسی، عرف‌های قدرتمندی که شکل گرفته و دارای عنصر معنوی و اعتقاد و باور مشترک باشند را مغتنم شمرده و با وارد نمودن آن به حوزه وضع و قانون، به نیازهای جدید جامعه پاسخ دهد.

۲. نتیجه‌گیری

برخلاف فقه عامه که اصل کاربرد عرف به‌عنوان یکی از عناصر مؤثر در اجتهاد، مورد پذیرش تمام مذاهب اهل سنت بوده و صرفاً در قلمرو حجیت آن اختلاف است، در فقه امامیه، عرف حجیت و اعتبار ذاتی ندارد و جزء منابع و ادله استنباط و استخراج احکام شریعت به شمار نمی‌رود و تنها در کاربرد آلی آن در بیان موضوعات، مفاهیم و فهم کلی ادله واجد اعتبار و حجیت است. در راهبرد قاعده‌سازی و سیاست تقنینی در حقوق ایران نیز، به تأسی از فقه امامیه و با الگو گرفتن از نظام حقوق نوشته، عرف واجد قدرت قاعده‌سازی حقوقی نبوده و تنها اعتبار آلی آن در شناسایی ماهیت عقود

و حدود تعهدات قراردادی، تعیین معانی و مفاهیم عبارات عقود، تطبیق احکام قانونی با مصادیق و تفسیر و متمیم قانون، مقبول و مورد پذیرش است. به دیگر سخن، در راهبرد و سیاست تقنینی ایران، خصوصاً بعد از انقلاب اسلامی، عرف حکمی که در نظام حقوقی کامن لا پایه استنباط احکام است و در نظام حقوق بین‌الملل نیز با جمع شرایطی واجد قدرت قاعده‌سازی حقوقی است، قابل استناد نیست. باین حال، پیشنهاد می‌گردد با توجه به تطورات بنیادین در روابط اجتماعی و ایجاد نیازها و مسائل جدید در حوزه‌های فرهنگی، اقتصادی، سیاسی و ... که پیش روی جامعه است و با امعان نظر به قابلیت انعطاف‌پذیری عرف، در مواردی که با خلأ حقوقی مواجه هستیم، قانون‌گذار از گزاره‌های عرفی قدرتمندی که شکل گرفته و واجد وصف رضایت و اقناع مشترک باشند، سود برده و با لحاظ و رعایت اصل چهارم قانون اساسی، آن را وارد حوزه تقنین نماید؛ تا عمل و استناد بدان در ساحات مختلف و از جمله در امر دادرسی، با رادع و مانعی مواجه نباشد.

فهرست منابع

- ابن قدامه، ابو محمد (۱۹۶۸ م). *المغنی*، قاهره: مکتبه القاهره.
- ابن منظور، محمد بن مکتوم (۱۴۱۴ ه. ق.). *لسان العرب (جلد ۹)*، بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر
- اصغری، محمد (۱۳۸۶). *عدالت و عقلانیت در فقه و حقوق*، تهران: اطلاعات، چاپ دوم
- الذرقاء، مصطفی (۱۹۶۷ م). *المدخل الفقهي العام*، دمشق: دارالفکر
- الزحیلی و هبه بن مصطفی (۱۳۸۱). *الفقه الاسلامی و ادلته*، دمشق: دارالفکر، ۱۰ جلد
- السیوطی، عبدالرحمن (۱۴۱۱ ه. ق.). *الاشباه والنظائر*، دارالکتب العلمیه.
- القرطبی، شمس الدین (۱۳۸۴ ه. ق.). *الجامع لاحکام القرآن*، قاهره: دارالکتب المصریه، الطبعة الثانية
- بدران، بدران أبو العینین (۱۹۶۵ م). *اصول الفقه*، الاسکندریه: دارالمعارف
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۵). *دانشنامه حقوقی*، تهران: گنج دانش
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۶). *مقدمه عمومی علم حقوق*، تهران: گنج دانش، چاپ نهم
- جناتی، محمد ابراهیم (۱۳۷۰). *منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی*
- حکیم، سید محمد سعید. (۱۴۱۴ ه. ق.). *المحکم فی اصول الفقه*، قم: مؤسسه المنار، چاپ اول
- خراسانی، محمد کاظم (۱۴۱۲ ه. ق.). *کفایه الاصول*، قم: جامعه مدرسین
- خوئی، سید ابوالقاسم (۱۳۸۰). *مصباح الاصول*، قم: نشر الفقاهه
- دمشقی، ابن عابدین. (۱۴۱۲ هجری قمری). *حاشیه رد المختار علی الدرر المختار*، بیروت: دار احیا التراث العربی، جلد ۵
- دهخدا، علی اکبر (۱۳۴۱). *لغت نامه*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوم، جلد ۳۶
- راغب اصفهانی، عمر بن فضل (۱۴۱۲ ه. ق.). *المفردات فی غریب قرآن*، بیروت: دارالعلم
- سلجوقی، محمود (۱۳۹۳). *نقش عرف*، تهران: میزان
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۵). *آثار قراردادها و تعهدات*، تهران: مجد، چاپ سوم
- صدر، محمدباقر (۱۳۹۵). *المعالم الجدیة للاصول*، نجف اشرف: انتشارات ثهان، چاپ دوم
- طباطبائی، سید محمد حسین (۱۳۹۰)، *المیزان فی تفسیر القرآن*، لبنان، مؤسسه الالعی للمطبوعات، چاپ دوم، جلد هشتم
- علم الهدی، سید مرتضی (۱۳۶۳). *الذریعه الی اصول الشریعه (تصحیح ابوالقاسم گرجی)*، تهران: دانشگاه تهران
- علوی، محمدتقی (۱۳۸۳). *عرف و عادت در حقوق اسلام و ایران*، تبریز: مؤسسه تحقیقات علوم اسلامی-انسانی، دانشگاه تبریز

- عمید، حسن (۱۳۷۷). *فرهنگ عمید*، تهران: مؤسسه انتشارات امیرکبیر، چاپ ۱۱
- غروی اصفهانی، محمد حسین (۱۴۱۴ ه. ق.). *محصل الغرویه*، قم: داراحیاء العلوم الاخلاقیه.
- قطب، مصطفی (۱۴۲۰ ه. ق.). *معجم مصطلحات اصول الفقه*، دمشق: دارالفکر، چاپ اول
- کاتوزیان، امیر ناصر (۱۳۶۵). *فلسفه حقوق*، تهران: انتشارات بهنشر، چاپ دوم، جلد ۲
- کاتوزیان، امیرناصر (۱۳۸۸)، *فلسفه حقوق*، تهران: میزان، چاپ پنجم، جلد ۱
- گلباغی ماسوله، جبار (۱۳۷۸). *درآمدی بر عرف*، قم: مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم
- مدنی، جلال‌الدین (۱۳۷۰). *مبانی و کلیات علم حقوق*، تهران: نشر همراه
- مرعشی، سید محمدحسن (۱۴۲۷ ه. ق.). *دیدگاه‌های نو در حقوق*، تهران: نشر میزان، دو مجلد
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۷ ه. ق.). *دایره المعارف فقه مقارن*، قم: انتشارات مدرسه علی‌بن ابی‌طالب^(ع)، چاپ اول
- موسوی خمینی، سید روح‌الله (۱۴۱۵ ه. ق.). *القواعد الفقهیه و الاجتهاد و التفكير (تهذیب الاصول)*، قم: دارالفکر، جلد ۱ و ۴
- محمدی. ابوالحسن، (۱۳۸۴)، *مبانی استنباط حقوق اسلامی*، تهران: مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران، چاپ ۱۹
- موسی زاده، رضا (۱۳۸۹). *سازمان‌های بین‌المللی*، تهران: نشر میزان
- اسلامی پناه، علی (۱۳۹۶)، *نقش عرف به‌منزله منبع حقوق*، مطالعات حقوق خصوصی، ۴۷، (۲)، ۲۱۱-۱۹۳
- الیهوتی نظری، حمید؛ حکمتی مقدم، سید محسن (۱۴۰۲)، *حقوق بین‌الملل عرفی در رویه محاکم انگلستان*، مطالعات حقوق عمومی.
- هنجی، سیدعلی (۱۳۷۱)، *تحولات پیدایش عرف بین‌المللی*، تحقیقات حقوقی، ۱(۱۱)-۲۲۱-۲۷۶، (۱۲)
- حبیب نژاد، سید احمد، عامری، زهرا، حسینی، محمد حسین (۱۴۰۰)، *بسترهای پیدایی و مانایی عرف اساسی در نظام‌های حقوقی-سیاسی ایران و انگلستان*، دو فصلنامه حقوق تطبیقی، ۸، (۱)، ۱۱۱-۱۳۸
- موسوی، سید فضل‌الله (۱۳۷۴)، *آیا حقوق بین‌المللی عام تنها حقوق عرفی است*، مجله حقوقی، ۱۸ و ۱۹

References

- Alam Al-Hadi, Seyyed Morteza (1363). *Al-Dhariyyah to Usul al-Sharia* (edited by Abulqasem Gurji), Tehran, University of Tehran. {in Arabic}
- Alavi, Mohammad Taghi (2013). *Custom and habit in Islamic law and Iran*, Tabriz, Institute of Islamic and Human Sciences Research, University of Tabriz. {in Persian}
- Al-Qurtobi, Shamsuddin (1384 AH). *Al-Jamae Lahkam Al-Qur'an (Al-Taaba Al-Thaniyyah)*, Cairo, Dar-Luktab al-Masriyyah. {in Arabic}
- Al-Suyuti, Abdur Rahman (1411 AH). *Al-Ishbah and Al-Nazir*, in *Al-Katb al-Alamiya*. {in Arabic}
- Al-Zahili, Wahba bin Mustafa. (1381). *Islamic jurisprudence and justice (Volume 10)*, Damascus Dar al-Fikr. {in Arabic}
- Al-Zarqa, Mustafa (1967 AD). *Al-Madhal Al-Fiqhi al-Aam*, Damascus Dar al-Fikr {in Arabic}
- Asghari, Mohammad (1386). *Justice and rationality in jurisprudence and law*, Tehran, information. {in Persian}
- Badran, Badran Abu Al-Ainin. (1965). *Principles of Fiqh*, Dar al-Ma'arif, Alexandria {in Arabic}
- Damascus, Ibn Abedin. (1412 AH). *The margin of Rad al-Mukhtar, Ali al-Darr al-Mukhtar (Volume 5)*, Beirut, Dar Ihya al-Tarath al-Arabi. {in Arabic}
- Dehkoda, Ali Akbar. (1341). *Dictionary (2nd edition, volume 36)*, Tehran, Tehran University Press. {in Persian}
- Gharavi Isfahani, Mohammad Hossein (1414 AH). *Produced by Al-Gharwieh, Qom, Darahiya Uloom Al-Akhlaqieh*. {in Arabic}
- Golbaghi Masoleh, Jabar (1378). *Amid Bar Araf*, Qom, Publishing Center of Islamic Propaganda Office of Qom Seminary. {in Persian}
- Hakim, Seyyed Mohammad Saeed. (1414 AH). *Al-Mahkam fi Usul al-Fiqh (first edition)*, Qom, Al-Manar Institute. {in Arabic}
- Ibn Manzoor, Muhammad Ibn Maktoum (1414 AH). *Arab Language (Volume 9)*, Beirut, Dar al-Fikr for printing and publishing. {in Arabic}
- Ibn Qudama, Abu Muhammad. (1968 AD). *Al-Mughani*, Cairo, Al-Cairo school. {in Arabic}
- Jafari Langroudi, Mohammad Jafar. (1375). *Legal encyclopedia*, Ganj Danesh, Tehran. {in Persian}
- Jafari Langroudi, Mohammad Jafar. (1376). *General introduction to the science of law (ninth edition)*, Ganj Danesh, Tehran. {in Persian}
- Jannati, Mohammad Ibrahim (1370). *sources of ijtiḥad, from the point of view of Islamic religions* {in Persian}
- Katouzian, Amir Naser (2009), *Philosophy of Law* (5th edition, Volume 1), Mizan, Tehran, {in Persian}
- Katouzian, Amir Nasser (1365). *Philosophy of Law* (2nd edition, volume 2), Tehran, Behnshar Publications. {in Persian}

- Khoi, Seyyed Abulqasem (1380). Misbah al-Asul, Qom, Nash al-Faqaha. {in Arabic}
- Khorasani, Mohammad Kazem (1412 AH). Kefaye al-Asul, Qom, Modaresin community. {in Persian}
- Madani, Jalaluddin (1370). Fundamentals and generalities of legal science, Tehran, published together. {in Persian}
- Makarem Shirazi, Nasser (1427 AH). Al-Maqaran Fiqh Encyclopedia (1st edition), Qom, Ali Bin Abi Talib (peace be upon him) School Publications. {in Persian}
- Marashi, Seyyed Mohammad Hassan (1427 AH). New Perspectives in Law (Volume 2), Tehran, Mizan Publishing House. {in Persian}
- Mousavi Khomeini, Seyed Ruhollah (1415 AH). The rules of jurisprudence and ijtihad and al-tafkir (Tahdib al-Asul) (Volume 4), Qom, Dar al-Fikr. {in Arabic}
- Mousavi Khomeini, Seyed Ruhollah (1415 AH). The rules of jurisprudence and ijtihad and al-tafkir (Tahdib al-Asul) (Volume 1), Qom, Dar al-Fikr. {in Arabic}
- Mouszadeh, Reza (1389). International Organizations, Tehran, Mizan Publishing. {in Persian}
- Omid, Hassan (1377). Farhang Omid (11th edition), Tehran, Amir Kabir Publishing House. {in Persian}
- Qutb, Mustafa (1420 AH). The dictionary of terms of Usul Fiqh (first edition), Damascus Dar al-Fikr. {in Arabic}
- Ragheb Esfahani, Omar bin Fazl (1412 AH). Al-Mufardat Fi Gharib Qur'an, Beirut Darul Alam {in Arabic}
- Sadr, Mohammad Baqir (2015). Al-Muhamm al-Jadideh Lallasul (2nd edition), Najaf Ashraf, Sohan Publications. {in Arabic}
- Seljuqi, Mahmoud (2013). Naqsh Araf, Tehran, Mizan {in Persian}
- Shahidi, Mehdi. (1385). Works of contracts and obligations (third edition), Tehran, Majd. {in Persian}