

Original Article

The Role of Custom in the Adaption of Religious Concepts and Examples and its Application in Citizenship Rights

Maryam Soltanzadeh Yamchi¹, Mohammad Jafari Harandi^{2*}, Asghar Arabiyan³

1. PhD student in Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Law, Theology and Political Science, Science and Research Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.
2. Associate Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Islamic Azad University, Imam Khomeini Memorial Branch, Rey, Iran. (Corresponding author) Email: harandi_lawyer@yahoo.com
3. Associate Professor, Department of Private Law, Faculty of Law, Theology and Political Science, Science and Research Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

Received: 6 Feb 2019 Accepted: 12 Oct 2020

Abstract

Background and Aim: Jurisprudential Rulings are General Concepts Related to Issues that are the Responsibility of the Shari'a to Determine and Explain Them. But the Definition and Explanation of all the Issues that are Possible Rulings is not Within the Scope of the Mission of the Shari'a and the Duties of the Jurists; Rather Most of the Topics are Taken From Custom and Society.

The Main Purpose of This Study is to Investigate Citizenship Rights that Have Been Formed as a Result of the Expansion of Today's Societies and are Related to Custom, Which is one of the Important Sources of Legislation.

Materials and Methods: This Research is Theoretical and the Research Method is Descriptive-Analytical. The Method of Collecting Information is in the Form of a Library, Which has been Done by Referring to Jurisprudential and Legal Books.

Findings: Jurists Consider the Role of Credit and Interpretations and a Special Place for Custom. In Law and Sharia, Sometimes Explicitly and Sometimes Implicitly, the Recognition and Application of Issues is Left to Custom. Undoubtedly, Traditions and Customs Gradually Become Social Values or Cause Their Formation. As a Result of this Development in Human Societies, New Issues and Rights have Emerged in the Relationship Between Human Beings in a Collective and Social Life Called Citizenship Rights. This Article Tries to Examine the Role of Custom in Applying Concepts and Examples to the Issues Formed Under the Title of Citizenship Rights.

Conclusion: Citizenship is a General Concept That Includes Civil, Social and Individual Rights and Can be the Subject of Many Laws. Since two Sources of Sharia and Custom are Used in Determining and Codifying Laws; Custom has a Fundamental and Important Role in the Formulation of Citizenship Laws and Where the Law is Ambiguous in Determining Instances and Concepts.

Keywords: Custom; Sharia; Sharia Examples; Citizenship Rights

Please cite this article as: Soltanzadeh Yamchi M, Jafari Harandi J, Arabiyan A. The role of Custom in the Adaption of Religious Concepts and Examples and its Application in Citizenship Rights. *Iran J Med Law, Special Issue on Human Rights and Citizenship Rights 2018; 199-214.*

نقش عرف در تطبیق مفاهیم و مصادیق شرعی و کاربرد آن در حقوق شهروندی

مریم سلطان‌زاده یامچی^۱، محمد جعفری هرنندی^{۲*}، اصغر عربیان^۳

۱. دانشجوی دکترای فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

۲. دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد یادگار امام خمینی (ره)، شهرری، ایران. (نویسنده مسؤل)

Email: harandi_lawyer@yahoo.com

۳. دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

دریافت: ۱۳۹۷/۱۱/۱۷ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۷/۲۱

چکیده

زمینه و هدف: احکام فقهی مفاهیم کلی مرتبط با موضوعاتی است که تعیین آن‌ها بر عهده شارع و استنباط و توضیح آن‌ها وظیفه فقهاست، اما تعریف و تبیین همه موضوعاتی که محتمل احکامند در محدوده رسالت شارع و وظایف فقها نیست؛ بلکه بیشتر موضوعات متخذ از عرف و جامعه است.

هدف اصلی در این تحقیق بررسی و تطبیق حقوق شهروندی است که در اثر گسترش جوامع امروزی شکل گرفته و با عرف که یکی از منابع مهم قانونگذاری محسوب می‌شود در ارتباط است.

مواد و روش‌ها: این تحقیق از نوع نظری بوده و روش تحقیق به صورت توصیفی تحلیلی می‌باشد. روش جمع‌آوری اطلاعات به صورت کتابخانه‌ای است که با مراجعه به کتب فقهی و حقوقی صورت گرفته است.

یافته‌ها: فقها و حقوق‌دانان نقش اعتباری و تعبیر و جایگاه ویژه‌ای برای عرف قائلند. در قانون و شرع گاهی به‌طور صریح و گاه به‌طور ضمنی تشخیص و تطبیق موضوعات به عرف واگذار شده است. بی‌تردید عرف، سنت‌ها و رسوم به تدریج به ارزش‌های اجتماعی تبدیل شده و یا موجب شکل‌گیری آن‌ها می‌گردند. در اثر این تحول و پیشرفت در جوامع انسانی موضوعات و حقوق جدیدی در ارتباط انسان‌ها با هم در یک زندگی جمعی و اجتماعی به وجود آمده است که تحت عنوان حقوق شهروندی نامیده می‌شود. در این مقاله سعی بر این است نقش عرف در تطبیق مفاهیم و مصادیق بر موضوعات شکل گرفته تحت عنوان حقوق شهروندی بررسی شود.

نتیجه‌گیری: حقوق شهروندی مفهوم عامی است که شامل حقوق مدنی و اجتماعی و فردی است و می‌تواند موضوع بسیاری از قوانین قرار بگیرد. از آنجایی که در تعیین و تدوین قوانین از دو منبع شرع و عرف استفاده می‌شود؛ عرف نقش اساسی و مهمی در تدوین قوانین شهروندی و در جایی که قانون مبهم است در تعیین مصادیق و مفاهیم دارد.

کلید واژگان: عرف و عادت؛ شرع؛ مصادیق شرعی؛ حقوق شهروندی

مقدمه

با پدید آمدن مذاهب و نفوذ آن‌ها در زندگی اجتماعی جوامع بشری، عادات و رسوم مذهبی، توسعه و قوت بیشتری گرفت؛ تا جایی که در حقوق اسلامی، فقیهان در مقام تعریف و بیان تعداد عرف‌های اجتماعی و نیز دلایل وجودی آن‌ها برآمدند. در واقع اعتبار عرف به‌عنوان یک منبع حقوقی قابل تردید نیست؛ حتی عرف حادث بعد از قانون‌گذاری نیز می‌تواند یک منبع حقوقی تلقی شده و گاهی نیز به‌عنوان منبع تفسیری مورد استفاده قرار گیرد. در قوانین موضوعی ایران، عرف مسلم یعنی عرفی که در نتیجه تکرار و انس افراد به آن به وجود آمده، مخالفت با آن ناپسند بوده، احساسات افراد را جریحه‌دار نکند و مخل نظم عمومی نشود؛ معتبر و حجت شناخته شده است.

پیشینه تحقیق

۱- ابوالحسینی، علی‌اکبر (۱۳۸۵) در مقاله‌ای با عنوان «نقش عرف در تشخیص موضوع و استنباط احکام» در مجله پژوهش‌های فقه اسلامی، شماره ۴، به این موضوع پرداخته است که شریعت اسلام در محیطی وارد شد که سیره‌ها و عرفیات عقلایی خاصی در ابواب مختلف معاملات و روابط اجتماعی جاری بود و اسلام به جای حذف این روابط در آن‌ها اصلاحاتی ایجاد کرد و عرف‌های فاسد نظیر «بیع ربوی» و «نکاح شغار» را رد کرد.

۲- علی‌دوست، ابوالقاسم (۱۳۸۳) در مقاله‌ای با عنوان «اندیشه: مرجعیت عرف در تطبیق مفاهیم بر مصادیق» در مجله حقوق اسلامی، شماره ۲، به بحث پیرامون کارایی و کاربرد عرف در انطباق مفاهیم بر مصادیق پرداخته و حوزه علمی آن را از کاربرد عرف در تعیین مفاهیم جدا و منشأ اختلاف اندیشمندان را در دو عرصه عمل و نظر بررسی کرده است.

۳- مهدوی‌راد، وحید (۱۳۹۰) در مقاله‌ای با عنوان «نقش عرف در تعیین قلمرو مصادیق تسبیب از منظر فقه» در مجله معرفت، شماره ۱۶۵، به بررسی «تسبیب» به‌عنوان یکی از اقسام اتلاف پرداخته است. در تسبیب، مسبب برخلاف مباشرت، با واسطه موجبات تحقق خسارت یا جنایت را فراهم می‌آورد. وی معتقد است که عرف هم در مینا و هم در

تشخیص مصادیق تسبیب نقش ویژه و تعیین‌کننده‌ای داشته و روایات نیز از چنین عرفی حکایت دارد.

با عنایت به بررسی‌هایی که در یافته‌های قبلی صورت پذیرفت، موضوعی که به نقش عرف در تطبیق مفاهیم و مصادیق شرعی و کاربرد آن در حقوق شهروندی بپردازد یافت نشد. یافته‌ها حاکی از این است که در قوانین موضوعه، چه به صورت صریح و چه به‌صورت ضمنی تطبیق موضوعات برخی قوانین به تشخیص عرف واگذار شده است.

هدف تحقیق

هدف ما در این مقاله تبیین جایگاه عرف در انطباق با مصادیق شرعی می‌باشد.

اهمیت و ضرورت انجام تحقیق

عملکرد عرف در مواجهه با مصادیق موضوعات عرفی به دو صورت مختلف قابل تصور است: صورت اول تغییر حکم مصداق از جانب عرف، به دلیل خارج دانستن مصادیق از موضوع له خطاب شرعی می‌باشد. این نفی مصداق از عرف پذیرفته است و صورت دوم در جایی است که عرف با وجود داخل دانستن مصداق در موضوع له، حکم را از مصداق نفی می‌کند. لذا ضرورت تحقیق در خصوص جایگاه عرف در تبیین مصادیق شرعی و با عنایت به کاربردهایی که در حقوق شهروندی دارد، احساس شد.

مواد و روش‌ها

این تحقیق به صورت توصیفی و تحلیلی و با بهره‌مندی از منابع کتابخانه‌ای تهیه و تدوین گردیده است.

محدودیت‌های پژوهش

از جمله محدودیت‌های تحقیق می‌توان به عدم دسترسی به منابع کتابخانه‌ای اشاره کرد.

تاریخچه قانون و عرف و حقوق شهروندی

وضع قانون مخصوص دورانی است که در جوامع، نهادهای حکومت و دولت به وجود آمده است (۱)، اما از نظر پیشینه،

مفاهیم و مصادیق جدیدی است و نیاز به بازبینی و تدوین گسترده و مبسوطی در حوزه قانون مدنی دارد؛ حوزه حقوق شهروندی است. منابعی که می‌تواند این مفاهیم و موضوعات جدید در حوزه شهروندی را تشخیص و برای آن‌ها قانون وضع کند؛ عرف و شرع است. عرف با کمک شرع می‌تواند موضوعات جدید در حوزه شهروندی را شناسایی و بر مصادیق آن تطبیق دهد. این پژوهش می‌کوشد ضمن پرداختن به عرف و موارد تطبیق آن بر موضوعات، رابطه عرف و حقوق شهروندی و مواردی از کاربرد این تطبیق را که مربوط به حقوق شهروندی است، بیان نماید.

تعریف عرف

عرف واژه‌ای است عربی و معانی مختلفی برای آن ذکر کرده‌اند که برگشت تمام آن‌ها به دو معناست: عرف، عاریه و معروف به یک معنی و ضد نکر است و هر آن چیزی است که نفس آدمی آن را نیکو شناسد، بدان خو گیرد و آرامش یابد (۶). در اصطلاح فقها تعاریف مختلفی از عرف صورت پذیرفته است. شیخ انصاری عرف را چنین تعریف می‌کند: «العرف هو ما استقر فی النفوس من جهت شهادات العقول و تلقته الطباع السلیمه بالقبول» (۷). ابوحامد محمد غزالی در تعریف عرف می‌گوید: «عرف و عادت چیزی است که از راه عقول در جان‌ها استقرار یابد و طبیعت‌های سالم آن را بپذیرد» (۸). جماعت دیگری مثل جرجانی تعاریفی قریب به همین تعریف دارند. استاد عمید زنجانی در تعریف عرف می‌گوید: «عرف عبارت از عملی است که اکثریت مردم آن را به‌طور مکرر و ارادی، بدون احساس نفرت و کراهت انجام می‌دهند و گاه در تعبیرات فقها آن را بناء عقلا و گاهی سیره عملی اطلاق می‌کنند» (۹).

احدی از فقها بعد از تعریف عرف در حجیت آن می‌فرماید: «عرف، میل و گرایش عمومی انسان است؛ چه دیندار و چه بی‌دین به امری از امور، در جهتی معین که با شرع، مخالفتی نداشته باشد». خلاصه اینکه عرف عبارت است از روش عمومی مردم که از مصلحت‌اندیشی سرچشمه گرفته و برای حفظ فرد و جامعه سامان یافته باشد، چه در محاورات یا معاملات و چه سایر روابط اجتماعی و در صورتی معتبر است که برخوردی با

عرف بر سایر منابع حقوقی مقدم است. در کتب و قوانین کهن همانند حمورابی (۲)، قوانین یهود و مانی و هند باستان و آن به عرف اشاره شده است (۳). درواقع حقوق، بیشتر به وسیله عرف، یعنی عادت کردن مردم به این امر که پیوسته در موقع بروز قضیه معینی قاعده مخصوصی را رعایت کنند و معمول دارند؛ تشکیل یافته است. همین قاعده معین که تدریجاً در ذهن مردم در اثر تکرار دائمی امور مخصوصی پیدا می‌شود؛ ریشه و اصل قواعد حقوقی است. بنابراین عرف و عادت اولین منبع حقوقی می‌باشد (۴). حقوق شهروندی نیز از جمله مفاهیم نوظهوری است که با مد نظر قرار دادن اصول برابری و آزادی، جایگاه ویژه‌ای در نظریات اجتماعی، سیاسی و حقوقی پیدا کرده است. شهروندی فراتر از شهرنشینی است و باعث می‌شود مردم، حقوق و تکالیف خود را در رابطه با همدیگر و دولت و فارغ از طبقه و نژاد و مذهب و جنسیت درک کنند. مقوله شهروندی وقتی تحقق می‌یابد که افراد یک جامعه از کلیه حقوق سیاسی و مدنی برخوردار بوده و به اینکه حقوق و تکالیف نقش مؤثری در ارتقای شهروندی و ایجاد جامعه‌ای مبتنی بر نظم و عدالت دارد، آگاه باشند. از جمله مسائل مهم حقوق شهروندی در اسلام، توجه به کرامت انسان‌ها به‌عنوان اشرف مخلوقات، ارزش حیات و زندگی افراد، برابری بدون توجه به نژاد و هدفمند بودن خلقت انسان‌ها است (۵).

حقوق شهروندی تابعی از تحقق مفهوم شهروندی است و عرف، یکی از پایه‌های به رسمیت شناختن این حقوق می‌تواند باشد. هم به جهت اخلاقی و هم از جهت تصویب قوانین، دولت حقوق شهروندی را ایجاد نمی‌کند بلکه باید آن را رعایت و از آن حمایت کند. قوانین به ویژه قانون اساسی متضمن قواعد کلی درخصوص جنبه‌های حمایتی و منابع حقوق شهروندی به شمار می‌آید و این قوانین متأثر از عرف است؛ گرچه بسیاری از آن‌ها دربرگیرنده حقوق طبیعی و فطری می‌باشد.

با عنایت به اهمیت و ضرورت پژوهش حاضر، در شرایط کنونی که تحولات سریعی در تمام شعبون جامعه رخ داده و همچنان در حال رخ دادن است؛ بسیاری از مفاهیم نسبت بدانچه در گذشته متعارف بوده، متفاوت بلکه در پاره‌ای موارد، متباین گردیده است. یکی از مباحثی که می‌توان گفت دارای

۳) عموم و خصوص من وجه، ۴) تباین. با توجه به بررسی کاربرد عرف و عادت در فقه و حقوق نمی‌توان معنای آن را یکسان و مترادف دانست که کاربرد جداگانه واژه عرف به مراتب بیش از کاربرد جداگانه عادت و یا کاربرد توأمان عرف و عادت است. این کاربرد در حقوق و قانون مدنی نیز کاملاً مطابق با فقه اسلام بوده و به همین دلیل از به کار بردن واژگانی چون رسم، رسوم و مرسوم پرهیز و به جای آن از واژه عادت استفاده گردیده است. بر این اساس به نظر می‌رسد رابطه مفهومی عرف و عادت «عموم و خصوص من وجه» باشد. لذا عرف تنها دارای جنبه جمعی و اجتماعی بوده، ولی عادت هم جنبه فردی و هم جنبه اجتماعی دارد. از طرفی التزام و الزام در عرف برخلاف عادت مستتر می‌باشد (۱۱).

منشاء و خاستگاه عرف

از دیدگاه حقوقی خاستگاه و منشاء عرف را می‌توان در موارد ذیل جستجو نمود:

۱- وجدان و اراده عمومی مردم؛ این دیدگاه وجدان و اراده عمومی مردم را منشاء عرف می‌شمارد و بر این سخن است که عرف محصول مستقیم اراده آن‌هاست. این اراده هرگاه مستقل به ایجاد حقوق بپردازد در شکل عرف و عادت تجلی می‌کند (۱۲).

۲- نیازها و ضرورت‌های اجتماعی و خواسته‌های طبیعی انسان؛ در این دیدگاه عرف پدیده‌ای است اجتماعی که منشاء آن نیازها و ضرورت‌های جامعه می‌باشد که آدمیان به حکم فطرت خود آن‌ها را دریافته و بدون اینکه با آن‌ها به مخالفت برخیزند؛ وجود آن قواعد و مقررات عرفی را برای حفظ نظام زندگی ضروری می‌شمارند. با این توضیح به نظر می‌رسد که نیازها و ضرورت‌های مذکور مورد بحث برحسب اوضاع طبیعی، اقلیمی، اجتماعی، اقتصادی، نظام‌های سیاسی و ... در جوامع مختلف بشری متفاوت است.

۳- عوامل فرهنگی و اعتقادی، اخلاق و روح ملی، قومی و ...
۴- قوانین و حکومت‌ها؛ این باور در ارتباط با اندیشه منوط بودن اعتبار عرف به تصریح از سوی قانون و شرع می‌باشد و بر این باور است که عرف‌ها از اراده و تمایل گروه خاصی که در

شرع پیدا نکند و در این موقع، عرف صحیح و پسندیده است. مثل اینکه هر نادانی برای کسب آگاهی به دانا رجوع می‌کند و هر بیماری برای معالجه و به دست آوردن سلامت نزد پزشک می‌رود. مردم این راه و روش‌ها را برای حفظ نظم و بقای جامعه خود لازم و ضروری می‌دانند (۱۰).

لذا با بررسی تعاریف مختلف می‌توان دریافت که عناصر مقبولیت عامه و معقولیت در تعاریف لحاظ شده است؛ یعنی اگر چیزی مورد قبول عموم قرار گرفت و عقلاً آن را پسندیدند، از امور ثابت است و در منطق از آن‌ها به «اراء محموده» تعبیر می‌کنند، زیرا آراء محموده از احکامی است که عقلاً برای حفظ نظام اجتماعی به آن اتفاق رأی دارند. در حالیکه عرف برحسب زمان‌ها و مکان‌ها و اوضاع، مختلف و متغیر است.

بنابراین می‌توان گفت از آنجا که هدف فقها و حقوق دانان از عرف، تمسک به آن برای کشف حکم شرعی یا اثبات حقوق است؛ بنابراین مراد آنان از کلمه عرف، عرف نیکو و حسن است. یعنی عرف عامی که مخالف با آموزه‌های دینی نباشد و به گونه‌ای باشد که مورد پسند عقل و مطابق با ذوق سالم و رأی عموم باشد و اگر با رأی و نظر عقلاً مخالف و ناشی از بی‌مبالاتی در امور دینی باشد و با هدف دین همراه نباشد؛ نمی‌توان آن را مؤثر در موضوع حکم شرعی دانست.

تفاوت عرف و عادت

در برخی از تعریف‌هایی که از عرف نقل شده عرف و عادت را به یک معنا اخذ کرده و تفاوتی بین آن‌ها قائل نشده و هر یک را بر دیگری قابل انطباق دانسته‌اند، ولی به لحاظ ماهیت، این دو با یکدیگر متفاوتند؛ در تفاوت بین این دو می‌توان گفت:

۱- عرف از امور اجتماعی و گروهی است نه فردی، ولی عادت به خاص افراد مربوط است.

۲- در عادت حالت تکرار وجود دارد، ولی در عرف تکرار مطرح نیست.

بنابراین در تعیین رابطه منطقی و مفهومی عرف و عادت چهار نظر وجود دارد: (۱) تساوی، (۲) عموم و خصوص مطلق،

طول تاریخ به اشکال گوناگون چون حکام و سلاطین، نظام‌های سیاسی و ... تجلی پیدا کرده‌اند ناشی گردیده و صرفاً امرانه بوده که به تدریج با گذشت زمان و بر اثر تکرار در افکار و اندیشه افراد جامعه ریشه دوانیده، به نحوی که رعایت آن برای حفظ نظام زندگی اجتماعی ضرورت یافته است. این اعتقاد گرچه تا اندازه‌ای می‌تواند با حقیقت همراه باشد، ولی با حقایق تاریخی منافات دارد، زیرا در همه ملت‌ها قواعد عرفی پیش از قانون وجود داشته‌اند؛ همان‌گونه که در حکومت‌های کنونی نیز منشاء عرف و قانون یکی نیست (۱۱).

شرایط اعتبار عرف

برای حجیت عرف اعم از اینکه آن را در شمار ادله استنباط احکام حساب کنیم یا تنها در غیر احکام آن را دلیل بدانیم؛ شرایط ذیل لازم است.

۱- اقلیت شمول: این شرط در مورد همه اقسام عرف اعم از لفظی، عملی، عام و خاص، مورد لزوم است و نباید آن را با عام و خاص بودن عرف اشتباه کرد، زیرا عرف خاص نیز باید در قلمرو محدود خود، واجد شرط اقلیت شمول باشد تا معتبر تلقی گردد (۱۳).

۲- دقیق بودن: عرف باید دقیق و روشن باشد تا بتواند کاشفیت از مرادات شارع داشته باشد یا مصداق موضوع را بخوبی معین کند. بنابراین در مثل اوزان، مقادیر و مسافتات شرع آن‌ها را معین کرده که مثلاً مسافت شرعی چه قدر است یا مقدار کر چقدر است. بنابراین اگر عرف در جایی که مقداری کمتر از کر بود، باز کر می‌گوید یا در مقدار کمتر از مسافت شرعی باز مسافت می‌گوید، قابل اعتنا نیست (۱۳).

۳- مخالفت نداشتن با عقل عملی: باید عرف و روش به گونه‌ای باشد که مورد پسند عقل و مطابق با ذوق سلیم و رأی عمومی باشد (۱۴). با این شرط بسیاری از عرف‌هایی که فاسد، قبیح و زیان‌آورند و عقل عملی آن‌ها را نمی‌پذیرد، مشمول اعتبار و حجیت نمی‌شوند. این مطلب جدای از بحث اختلاف عرف و عقل نظری در دقت است که عرف بر عقل مقدم می‌شود و دقت عقلیه لازم نیست بلکه دقت عرفی، کافی و معتبر است چنان‌که در شرط دوم بیان شد.

۴- مقارن بودن: گاهی برای اثبات حکم شرعی در مواردی که دلیل معتبری نداریم و می‌خواهیم حکم شرعی را از راه بناء عقلا یا سیره متشرعه کشف کنیم یا برای اثبات قاعده اصولی به عرف استدلال می‌شود. در این دو صورت باید عرف، مقارن با زمان حضور معصوم (ع) باشد تا زمینه برای ردع و عدم ردع شارع مقدس موجود باشد. آنگاه از عدم ردع او کشف رأی کنیم. عدم احراز اتصال این دو سیره و بقا به زمان معصوم (ع) برای عدم اعتبار آن دو کافی است. گاهی برای فهم معانی الفاظ و اراده در خطابات شرعیه و معین کردن حد شمول آن‌ها به عرف رجوع می‌شود. در این صورت مقارنت عرف عام با زمان صدور الفاظ آن خطابات، لازم است. از این رو باید فهم مردم عصر را در صدور خطابات شرعیه ملاک نظر قرار داد، چه اینکه متکلم (شارع مقدس) صرفاً رعایت فهم مردمان عصر خویش را وظیفه دارد و لحاظ تطورات و تحولات بعدی که عارض بر لفظ گردد؛ بر او لازم نیست. مردمان عصر صدور خطابات، به ویژه اصحاب و شاگردان شارع مقدس، وظیفه دارند که بعد از فهمیدن محتوای خطابات، آن‌ها را برای غائبین و نسل‌های بعد حفظ کرده و به ایشان منتقل نمایند.

۵- احراز عدم ردع شارع: در مواردی که به عرف رجوع می‌شود برای اثبات حکم شرعی یا قاعده اصولی، علاوه بر لزوم مقارنت سیره عقلا با زمان حضور معصوم (ع) باید منعی از سوی او صورت نگرفته باشد (۱۵).

بنابراین احراز عدم ردع لازم است تا تقریر شارع ثابت شود و صرف عدم علم به ردع کافی نیست. مادامی که ردعی حتی بر بنایی از بنائات عقلا وجود نداشته باشد پیروی از رفتارهای عقلایی بشر در شرع، لازم و ضروری است. چون آنچه تقریر شارع را ثابت می‌کند احراز عدم ردع است نه صرف احتمال یا گمان به عدم ردع. برای احراز عدم ردع، اجتماع سه امر لازم است:

الف) عمل و بناء عقلا منظر شارع باشد که همان مقارنت سیره با زمان حضور معصوم (ع) است؛ ب) محذوری از ردع شارع همچون تقیه نباشد تا بتوان از سکوت او، رضایتش را کشف نمود. بنابراین اگر موقعیت شارع طوری است که نمی‌تواند از بناء عقلا منع نماید؛ از عدم ردع شارع نمی‌توانیم امضای او را

دارد، زیرا غالباً چیزی به صورت عرف درمی‌آید که اکثر یک قوم یا ملت آن را نیکو بدانند. شارع، عرف و عادات خود را غالباً مورد تأیید قرار داده است. از آنجایی که عملاً این عرف‌ها در حال تحویل بوده، پس پذیرش این عرف‌ها در کسوت حقوق عرفی (احکام امضایی) به معنی پذیرش در این عادات و عرف‌هاست (۲۰).

عرف از ابزارهایی است که مجتهد برای استنباط حکم شرعی استفاده می‌کند. از این رو فقیه برای به دست آوردن حکم یک پدیده عرفی باید مسائل و شرایط مستحدث اجتماع را مورد دقت قرار دهد. لذا عرف ابزار و ادله استنباط است نه منبع آن (۲۱). بسیاری از احکام شرعی بر محور عرف می‌گردند و حقوق و تکالیف برای فرد و جامعه بر پایه همین چنینش شکل می‌پذیرند. همچنین چرخ خطابات شرعی و قوانین اسلامی و محاورات مردمی نیز بر همان محور می‌چرخد. اگر عرف در کار نباشد هیچ‌یک از امور اجتماعی نظم و سامان نمی‌یابد. توجه به این نکته حائز اهمیت است که شارع نیز عرف را تأیید کرده و اگر هم تأیید و امضاء ننموده؛ دست‌کم جلوی آن را نگرفته است. مادامی که شارع آن را رد و دفع نکرده است، تأیید و امضاء او، تحصیل حاصل است (۲۲).

لذا در تقسیم‌بندی احکام بیان این نکته ضروری است که هر جایی که متعلق حکم، مصلحت نوعیه برای مردم وجود داشته باشد، شارع مقدس یا شخصاً به آن چیز امر می‌کند یا اگر آن کار در بین مردم رواج داشت آن را به نحو مطلق یا با اصلاح، امضاء و تأیید می‌کند. هر جایی که در متعلق حکم، مفسده وجود داشته باشد نیز به همان دو صورتی که در امر، متصور بود آن را نهی می‌کند.

بر این اساس عرف مخالف با مصرحات شرعی فاقد اعتبار است و در مواردی که قاعده عرفی با سکوت شرع مواجه شده باشد؛ در صورتی لازم الاجراست که عرف خوب و عقلایی باشد.

نقش عرف در تبیین مفاهیم و عناوین شرعی

در حکم شرعی، موضوع و متعلق خاص همان حکم وجود دارد و معنای پاره‌ای از موضوعات چون نماز و روزه و خمس و

به دست آوریم (۱۳)؛ ج) چیزی که صلاحیت رادعیت داشته باشد، موجود نباشد، چه اینکه در صورت وجود نصی از کتاب و سنت که برخلاف عرف، دلالت می‌کند لازم نیست که شارع در مقام ردع، افکار جدیدی ابراز نماید، بلکه می‌تواند به همان نص اکتفا کند (۱۶). از آنچه ذکر شد، روشن می‌شود که اگر عرف با اجماع کاشف از رای معصوم (ع) نیز مخالف باشد، باطل و بی‌اعتبار است، ولی اگر اجماع کاشف از رأی معصوم (ع) نباشد، حجت نیست و مخالفت عرف با آن اشکالی ندارد (۱۷).
۶- عدم تصریح به خلاف: در موردی که برای کشف مقصود متکلم به عرف رجوع می‌شود، چنانچه قراردادی برخلاف آن بین طرفین کلام شده باشد؛ (۱۴) مرجعیت عرف از بین می‌رود، چرا که دلالت عرف بر مراد، دلالت ظهوری و ظنی است و بنابراین زمانی مرجع قرار می‌گیرد که برخلاف آن تصریح نشده باشد. اگر شرطی مغایر آن آورده شود، محلی برای اعمال عرف باقی نمی‌ماند، چه اینکه تصریح موجب یقین به مراد و عدم انعقاد ظهور کلام بر طبق عرف می‌شود. مانند آنکه اگر در بازار برحسب عرف، ثمن تقسیط گردد، ولی فروشنده و خریدار به خلاف آن شرط کنند، در چنین حالتی برای عرف اعتباری نیست (۱۳).

شرع و رابطه آن با عرف

شرع در لغت دارای معانی چون روش، راه، دین و آیین است (۱۸). شارع اسم فاعل شرع بوده و در اصطلاح اصول فقه به معنای واضع قانون که همانا خدا و پیامبر است؛ می‌باشد. شارع یا قانونگذار اسلامی کسی است که اصل دین را برای هدایت انسان‌ها آفریده و چون وی خالق انسان، طبیعت و رابطه میان آن‌هاست، برای سعادت وی قوانین و احکامی را انشاء و اعتبار کرده است (ان‌الحکم الا‌الله). شارع بودن خداوند اصیل و بذات است، ولی شارع بودن پیامبر در طول شارع بودن خداوند است. به همین دلیل در اسلام فرض‌الله و فرض‌الرسول وجود دارد (۱۹).

حقوق اسلام توجه همه جانبه به عرف و عادت نموده است. معروف که در اسناد اسلامی وجود دارد به معنی کار نیک و امور پسندیده می‌باشد. همین استعمال با عرف رابطه

... را خود شارع تعیین و تبیین کرده و مکلف موظف است طبق همان مصادیق و مفاهیم تعیین شده عمل کند، اما در مواردی چون معاملات فقط حکم از سوی شارع مقدس تشریح شده و تعریفی از موضوع و متعلق آن ارائه نشده است. به عقیده فقها در چنین مواردی شارع تعیین مفاهیم و مصادیق حکم شرعی را به عرف واگذار کرده و عرف تنها مرجع شایسته شناخت این‌گونه دریافت‌هاست.

دلیل مراجعه به عرف این است که احکام شرعی به لحاظ معنی و مصادیق عرفی تشریح شده است و دقت‌های فلسفی و عقلی در آن راه ندارد. شارع به زبان عرف سخن گفته و در بیان مقاصد خود، از زبان رایج استفاده کرده است. پس فهم معانی الفاظ و تعیین مصداق، جز در مواردی که شارع از آن مقصود خاص در نظر دارد؛ موکول به فهم عرف است. مثلاً محقق اردبیلی در بحث خیار «غبن» می‌نویسد: «الحد فی ذلک العرف لما تقرر فی الشرع ان ما لم یثبت له الوضع الشرعی یحال الی العرف جریا علی العاده المعهوده من رد الناس الی عرفهم». مرجع در این مسأله عرف است، چون در شرع ثابت شده فهم هر لفظی که شارع تعریف نکرده باشد، به عرف واگذار شده است (۲۳).

بدون شک مرجع در مفاهیم و مراد از الفاظ عرف عام است؛ چه لغت موافق باشد و چه نباشد. اگر عرف عام برخلاف زبان باشد، به آن اعتماد نمی‌شود، زیرا الفاظ به معانی عرفی انصراف ذهنی دارد. پس در صورت تعارض با لغت یا مورد دیگر یا مخالف با آن‌ها، به ناچار در احراز مفهوم گندم و کشمش و انگور و نمونه‌های خارجی به عرف مراجعه می‌شود. مورد بعدی که حائز اهمیت است اینکه همانا اعتماد به عرف در باب مفاهیم است و فایده‌ای برای نظر آن در مصادیق نیست، بلکه رأی عرف در مفهوم کر و فرسنگ و وزن و حالت، پذیرفتنی است، اما تطبیق مفهوم بر موارد نیز عرفی نیست؛ بلکه دایر مدار واقعیت و منطبق با عرف است و اگر مصداق آن نیست، هرگز به عرف منطبق نمی‌شود. دخالت عرف در مفهوم‌گیری تا حد استقرار ظهور و مرادهای خطابی مؤثر است. البته ناگفته نماند که آنچه گذشت در مورد عرف عملی

بود، ولی در عرف لفظی یعنی برداشت‌های عرف از الفاظ و کلمات و یا تشخیص مصادیق، بدون تردید حجت است. این همان نکته معروف است که گفته می‌شود تشخیص مصداق کار فقیه نیست، بلکه مربوط به عرف است؛ مثلاً در شرایط لباس نمازگزار، فقیه از منابع اولیه استنباط می‌کند که نباید همراه نمازگزار پوست خز و یا طلا باشد. این مقدار به عهده فقیه است، ولی اینکه پوست خز چیست و طلا کدام است به عرف واگذار شده است (۲۳).

نقش عرف در تطبیق مفاهیم و عناوین شرعی بر مصادیق

از دیگر کاربردهای عرف در فقه، تعیین مصداق و تطبیق موضوعات و مفاهیم بر مصادیق آنهاست؛ همان‌طور که گفته شد مرجع تشخیص مفاهیم مأخوذ در ادله، عرف است و این فهم عرفی است که در اصل مفهوم، در سعه و ضیق آن، نحوه اخذ قیود در موضوع و بالطبع در حکم دخالت دارد. فقها در بسیاری موارد ذکر کرده‌اند که تطبیق عناوین بر مصادیق تشخیص افراد هر موضوع، به عرف واگذار شده است. برای نمونه پس از اینکه مفهوم غنا به طور کامل روشن شد، تطبیق آن بر افراد واقعی خارجی‌اش به عرف واگذار شده است، زیرا امام معصوم (ع) در تبیین مقاصد خود، شیوه خاصی ندارد و روش عقلا را مقبول و متبع می‌داند و بی‌شک اگر مفهوم موضوعی روشن باشد، عقلاً تعیین مصداق آن را به عرف وا می‌گذارند.

در ادامه بیان باید گفت که موضوعات عرفی را به چند دسته تقسیم کرده‌اند:

۱- موضوعاتی که یقین داریم که حجت شرعی و معیار گزینش همان مفهوم عصر صدور است و معنای جدید آن مورد تأیید شارع نمی‌باشد. در این صورت معیار در مفهوم این قبیل موضوعات همان عرف عصر صدور است و در تعارض دو مفهوم نخستین و حال، معنای اول مقدم است.

۲- موضوعاتی که یقین داریم تشخیص مفاهیم و تعیین مصادیق آن‌ها به عرف هر عصر واگذار شده است. بسیاری از موضوعات عرفی که در بستر زمان و مکان دگرگون می‌شوند؛

می‌پرداخت و نیازهای حقوقی آنان را برآورده می‌ساخت. اگرچه امروزه با پدید آمدن قانون مکتوب، قدری از نیروی عرف نسبت به گذشته کاسته شده است (۲۵)، ولی همچنان به‌عنوان یکی از منابع تدوین قوانین مدنی و اجتماعی در حوزه حقوق اجتماعی، مدنی و شهروندی افراد محسوب می‌شود (۲۶). در ادامه به بیان دقیق این رابطه می‌پردازیم.

تعریف شهروند

شهروند ترجمه فارسی واژه Citizen است و به معنای بومی، اهل شهر و تابع تعریف شده است. شهروند مرکب از دو کلمه شهر به معنای جامعه انسانی و وند به معنای عضو وابسته به این جامعه است. شهروند کسی است که حقوق فردی و جمعی خود را می‌شناسد و از آن‌ها دفاع نموده و به قانون عمل می‌کند (۲۷).

حقوق شهروندی

منظور از حقوق شهروندی حقوق و تکالیفی است که شهروندان در جامعه شهری با یکدیگر و در تعامل با سازمان‌های دولتی دارند. بنابراین حقوق شهروندی مجموعه‌ای است از حقوق مدنی، سیاسی، اجتماعی و اقتصادی که شهروند به‌عنوان یک تبعه دولت یا کشور از آن برخوردار است. حقوق شهروندی و نحوه اعمال و اجرای آن یکی از مهم‌ترین چالش‌های حقوقی عصر حاضر است.

واژه شهروند یک بار حقوقی و یک بار اجتماعی دارد؛ یعنی محتوای شهروند از سویی به نحوه تعامل انسان در محیط اجتماعی باز می‌گردد و از طرفی دیگر این حقوق در کنار سایر حقوق معنی پیدا می‌کند. لفظ شهروند اعم از حقوق شهروندی است و به مجموعه‌ای از حقوق، وظایف و تعهدات هر فرد اطلاق می‌شود، زیرا یکی از دلایل تعریف شهروند، وضع حقوق شهروندی و حفظ آزادی‌های هر فرد ساکن در جامعه است؛ به نحوی که به آزادی‌های دیگران لطمه وارد نسازد که این مستلزم وضع وظایف و تعهدات در کنار هر حقوقی اعم از حقوق شهروندیست (۲۵). بنابراین می‌توان حقوق شهروندی را داخل در مرزهای جغرافیایی هر کشور تعریف کرد که نظر به

داخل در این مقوله هستند. در این راستا، فقها از جمله مرحوم شهید اول، معیار در تشخیص موضوعاتی از قبیل نفود، اوزان، نفقه زوجه و ... را عرف زمان رجوع می‌دانند.

پس فهم معانی الفاظ و تعیین مصداق، جز در مواردی که شارع از آن مقصودی خاص دارد، موکول به فهم عرف است. مصداق‌های عناوین شرعی به دلیل تحولات پیوسته اجتماعی، اقتصادی، فرهنگی، صنعتی و علمی، پیوسته تغییر می‌کنند و قبض و بسط می‌یابند و از آن‌رو که عرف، مفاهیم شرعی را بر مصادیق جدید تطبیق می‌کند و در نتیجه، حکم شرعی بر آن‌ها بار می‌شود، این امر در ردیف عوامل بالندگی و پویایی فقه اسلام قرار می‌گیرد و تطبیق آن با توجه به اوضاع و احوال گوناگون متفاوت است. برای نمونه می‌توان به «مکیل و موزون و ربا» در بیع اشاره کرد.

نقش عرف در تشخیص، تعریف و تنقیح موضوع حکم

روشن است که حکم شرعی دارای متعلق و موضوع خاص خود است که گاه شرع در پاره‌ای موارد به تبیین و تعیین موضوع آن روی آورده است، ولی در بسیاری از موارد احکام بر موضوعات عرفی قرار گرفته است. موضوعاتی که شارع را در آن‌ها دستی و تصرفی نیست و تنها به وسیله عرف و فهم عرفی شناخته می‌شوند. در این موارد شرع به تشریح حکم بسنده کرده است و تعریف، تشخیص و تنقیح این موضوعات را به عرف واگذار است، هرچند این موضوعات به تفاوت عرف متفاوت می‌گردند. لذا فقیه و حقوقدان برای دریافت صحیح موضوعات احکام چاره‌ای جز استمداد جستن از فهم عرفی و رجوع به عرف ندارد. صاحب‌نظران فقه و حقوق در جای‌جای فقه و حقوق مرجعیت عرف را در فهم، تشخیص، تعریف و تنقیح موضوعات پذیرفته و حتی در پاره‌ای موارد، به ویژه ابواب معاملات، به آن تصریح کرده‌اند (۲۴).

رابطه عرف با حقوق شهروندی

عرف پیش‌قراول حقوق و قواعد عرفی، منبع اصلی مقررات حقوقی به شمار می‌آید. چه این عرف بود که پیش از پیدایش قانون‌گذاری و حقوق مدون به تنظیم روابط اجتماعی آدمیان

جنبه ملی دارد؛ با این فرض فرهنگ، ارزش‌ها، هنجارها و عرف‌های جامعه در تبلور، تحول و تغییر آن اثرگذار می‌باشند.

مصادیق حقوق شهروندی

سه نوع حق در ارتباط با حقوق شهروندی بیان شده است:

- ۱- حقوق مدنی: به حقوق فردی در قانون اطلاق می‌شود. این حقوق شامل امتیازاتی است که بسیاری از ما آن‌ها را بدیهی می‌دانیم ولی هنوز در همه کشورها شناخته نشده‌اند. حقوق مدنی عبارتند از: آزادی افراد برای زندگی در هر جایی که انتخاب می‌کنند، آزادی زبان و مذهب، حق مالکیت، حق دادرسی یکسان در برابر قانون و حق برابری زن و مرد.
- ۲- حقوق سیاسی و به ویژه حق انتخاب شدن و انتخاب کردن.

۳- حقوق اجتماعی: این حقوق به حق طبیعی هر فرد برای بهره‌مند شدن از یک حداقل استاندارد رفاه اقتصادی و امنیت مربوط می‌شود و شامل مزایای بهداشتی و درمانی، تأمین اجتماعی در صورت بیکاری، تعیین حداقل دستمزد و ... است. به سخن دیگر حقوق اجتماعی به خدمات رفاهی مربوط می‌شود.

مصادیق حقوق مدنی، سیاسی و اجتماعی یا حقوق شهروندی گستره وسیعی در حوزه‌های مختلف زندگی اجتماعی و فردی شهروندان را دربر می‌گیرد. باید گفت که بحث راجع به حقوق شهروندی تابعی است از تحقق مفهوم شهروندی و به رسمیت شناختن آنها. نکته دیگر اینکه حقوق شهروندی چیزی نیست که از سوی حاکمیت به مردم اعطا شود. بلکه در نزد شهروندان واقعی ثابت و محفوظ است و این یکی از ویژگی‌هایی است که شهروندی با دارا بودن آن شکل می‌گیرد. حقوق شهروندی را دولت ایجاد نمی‌کند بلکه باید آن را رعایت نموده و از آن حمایت کند و حتی آنجا که خود این حقوق را نقض نموده است جبران نماید (۲۸). در واقع حکومت (در جوامع دموکراتیک و مردم سالار) تبلور حقوق شهروندی است. به عبارت دیگر حکومت زاینده تحقق بخشی از حقوق شهروندی است، هر چند حکومت در حمایت و رعایت مصادیق حقوق شهروندی و تنظیم سازوکارهای مربوط به تحقق آن

مؤثر است، اما تمامیت حقوق شهروندی ناشی از اراده حکومت و تمایل وی برای اعطای آن به مردم نیست. حقوق شهروندی از جامعیتی برخوردار است که شکل و نوع حکومت و حاکمان را در درون خود جای می‌دهد. در واقع این شهروندان هستند که با اعمال حقوق خود به انتخاب حکومت و حاکمان می‌پردازند. بر این مبنا موجودیتی که خود ناشی و زاینده حقوق شهروندی است نمی‌تواند موجد این حق باشد. نکته دیگر آنکه حقوق شهروندی دارای کلیت و یکپارچگی است که نمی‌توان اجزای آن را از هم تفکیک کرد. نگاه انتزاعی و ناقص به حقوق شهروندی و تلاش برای رعایت قسمتی از این حقوق در مقابل نادیده گرفتن بخش دیگری از آن نه تنها زمینه اجرا و تحقق نمی‌یابد، بلکه کلیت حقوق شهروندی را نیز مخدوش می‌سازد. لذا آنچه در اینجا مهم و قابل بررسی است این است که چنانچه حقوق افراد شهروند در زندگی اجتماعی و فردی دچار مشکل شود یا افراد درصد احقاق حق خود باشند، این دولت و قانون است که در راستای حمایت از حقوق شهروندی باید در صدد حق‌طلبی از حقوق افراد باشد که قوانین یا منشا آن شرع و فقه است یا عرف جامعه. محل تلاقی این پژوهش اینجاست که تا چه اندازه عرف جامعه می‌تواند در قوانین مدنی تأثیرگذار باشد و از حقوق شهروندی حمایت کند (۲۹).

رابطه عرف با حقوق شهروندی

در تعریف عرف دو عنصر اساسی مستتر است: نخست اینکه عرف‌ها قواعد ارزیابی‌کننده یا کنش‌های الزام‌آورند که از سوی اعضای جامعه تأیید شده‌اند. بنابراین عرف‌ها منجر به تکالیف اجتماعی می‌گردند و از دو روش باعث کنترل و هدایت کنش در جامعه می‌شوند: ابتدا از طریق درونی شدن در نظام شخصیت فرد و دوم نهادینه شدن در نظام اجتماعی. لذا توجه به این نکته ضروری است که عرف‌ها متأثر از نیازهای اجتماعی‌اند و با افزایش سطح آگاهی افراد، این نیازها نیز گسترش یافته و شکل‌های جدیدی به خود گرفته‌اند. با نگاهی به تاریخچه مفهوم شهروندی می‌توان دریافت که نسل اول حقوق شهروندی تابعی از نیازهای مدنی و سیاسی افراد بوده و با گسترش قلمرو مفهوم جوامع و بالندگی تفکر انسانی،

اساسی و مهمی در تدوین قوانین شهروندی و در جایی که قانون مبهم است در تعیین مصادیق و مفاهیم دارد.

مصادیق عرف در باب معاملات و بیع

در ماده ۲۲۴ قانون مدنی آمده است: الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفیه. لذا با عنایت به این ماده به بررسی برخی از این تطبیق‌ها می‌پردازیم:

۱- عرف و حق انتفاع

قانون مدنی در پایان مواد، راجع به حق انتفاع و پس از بیان حقوق مالک و منتفع در ماده ۵۴ مقرر داشته است: «سایر کیفیات انتفاع از مال به نحوی خواهد بود که مالک قرار داده و عرف و عادت اقتضاء بنماید». حق انتفاع در اثر قرارداد ایجاد می‌شود. پس منتفع باید شرایط عقد را در مدتی که از منافع عین سود می‌برد، رعایت کند. قانون مدنی نیز پاره‌ای از تکالیف منتفع را بیان کرده است و به‌عنوان مثال او را از تعدی و تفریط در حفاظت مال موضوع حق منع می‌کند، ولی قانون نمی‌تواند تکلیف صریحی برای تمام جزئیات روابط مالک و منتفع تعیین کند و برای تشخیص حدود حق منتفع، به عرف و عادت رجوع می‌شود. همچنین تشخیص تعدی و تفریط منتفع نیز همیشه ساده نیست و جز با یاری خواستن از عرف نمی‌توان عادلانه داوری کرد.

به موجب ماده ۴۸ قانون مدنی، منتفع باید از مالی که موضوع حق انتفاع است، سوءاستفاده نکند، یعنی آن را چنان به کار برد که خارج از حد متعارف نباشد. برای مثال مطابق عرف اگر حق انتفاع از اتومبیل سواری باشد، منتفع نمی‌تواند آن را به بارکشی ببرد یا مسافرت‌های دور در جاده‌های ناهموار کند. همچنین اگر حق انتفاع سکونت در خانه‌ای باشد، منتفع تنها می‌تواند با خانواده و خدمتگذارانش در آن اقامت کند و در حدود عرف از اقوام و دوستان خود به‌عنوان میهمان پذیرایی کند، ولی حق ندارد تعداد زیادی حیوانات وحشی و اهلی در آن نگاه دارد یا هر اتاق را به خانواری واگذار کند.

۲- نقش عرف در رابطه مالکان مجاور

ماده ۱۳۲ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «کسی نمی‌تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضرر همسایه شود مگر

نسل‌های بعدی از حقوق افراد مانند اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی ایجاد شده است (۳۰).

به طبع این نیازها که در اثر گسترش جوامع و تغییر سبک زندگی و بالا رفتن فهم فردی و اجتماعی به وجود آمده‌اند عرف‌ها نیز تغییر می‌یابند که این تغییرات گاه در تضاد با عرف و رویه گذشته بوده و گاه در راستای آن ایجاد می‌شوند. از آنجایی که عرف به مثابه یکی از مؤلفه‌های اثرگذار در ایجاد قوانین مدنی مورد استفاده قانونگذار بوده، در حقوق شهروندی نیز دارای اثر قابل ملاحظه‌ای بوده است. اثرگذاری عرف بر حقوق شهروندی گاه نقش ایجابی داشته است؛ یعنی کارکردیست که عرف در شکل‌گیری و بسط و گسترش حقوق شهروندی ایفا می‌کند و این نقش در مواردی که قوانین نمی‌تواند حواجی و نیازهای مردم را پیش‌بینی کند، یا زمانی که در تعیین یا تطبیق قانون بر موضوعات دچار تردید می‌شود به کمک می‌آید. البته عرفی صحیح و مورد توجه می‌باشد که مبدأ عقلایی داشته باشد و بر پایه نیازی از احتیاج‌های اصلی و فرعی جامعه شیوع پیدا کرده و ماندگار شده است.

گاهی عرف نقش سلبی دارد و مراد از نقش سلبی برای عرف قابلیت است که در جلوگیری از تحقق و توسعه حقوق شهروندی برای تمامی افراد یا بخشی از افراد دارد. در این حالت ناهنجاری و عرف نامطلوب در تضاد با توسعه و مطالبه حق به شمار می‌آید. در اعلامیه حقوق انسان و شهروند به‌عنوان یکی از اسناد بنیادین انقلاب فرانسه اشاره‌ای به حقوق زنان و بردگان نشده و این ناشی از عدم توجه عرف اجتماعی وقت به مسأله زنان و حقوق آن‌ها و نمونه‌ای از اثرگذاری آن بر ایجاد و شکل‌گیری قوانین بوده و از سویی دیگر گواهی بر نقش سلبی عرف نیز به شمار می‌آید (۳۱).

کاربرد تطبیق مفاهیم و مصادیق شرعی با عرف مربوط به حقوق شهروندی

همان‌طور که بیان شد حقوق شهروندی مفهوم عامی است که شامل حقوق مدنی و اجتماعی است و می‌تواند موضوع بسیاری از قوانین قرار بگیرد. از آنجایی که در تعیین و تدوین قوانین از دو منبع شرع و عرف استفاده می‌شود؛ لذا عرف نقش

تصرفی که به قدر متعارف و برای رفع حاجت یا رفع ضرر از خود باشد». بسیاری از رابطه مالکان مجاور باید بر طبق ماده ۱۳۲ تنظیم شود. به ویژه در باب متعارف بودن تصرف مالک مسائل گوناگونی مطرح می‌شود که مطالعه آن‌ها مضمون ماده فوق را روشن می‌سازد. از مفاد این ماده به خوبی برمی‌آید که هیچ‌کس نمی‌تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضرر همسایگان شود. منتها این قاعده در صورت وجود دو شرط اجرا نمی‌شود. یعنی اگر این دو شرط با هم وجود داشته باشد، ضرر همسایه هر اندازه هم که زیاد باشد، مانع از تصرف مالک نیست. (۱) تصرف به قدر متعارف باشد و مالک قواعد عرف و مقررات ایمنی (مانند نصب دودکش برای کارخانه) را در تصرف خود رعایت کند. برای مثال اگر در عرف معماری لازم باشد که حوض و آب‌انبار خانه با سیمان ساخته و قیراندود شود، هیچ مالکی نمی‌تواند چاله‌ای به‌عنوان حوض یا آب‌انبار در منزل خود بکند و در آن آب بریزد و با سرایت دادن رطوبت به خانه‌های مجاور، موجب تضرر آنان شود. این‌گونه تصرفات هرچند که برای رفع حاجت مالک هم ضروری باشد، ممنوع است و مالکان زیان‌دیده می‌توانند از اقدام زیان‌آور همسایه خود جلوگیری کنند. در جمع این قید و ماده ۳۰ ق.م. (تسلیط) باید گفت هرکس باید حق خود را به شیوه متعارف اجرا کند و تجاوز از رفتار انسانی متعارف و معقول تقصیر محسوب می‌شود و ضمان‌آور است. به بیان دیگر، در مقام اجرای حق نیز شخص ممکن است مرتکب تقصیر شود.

(۲) برای رفع حاجت یا ضرر از مالک باشد، در تشخیص نیاز مالک نیز نظر عرف مناط اعتبار است. یعنی باید دید آیا نوع مالکان برای رفع احتیاج یا دفع ضرر به چنین کاری دست می‌زنند یا نه؟ آنچه باید مبنای داوری قرار گیرد خواست‌ها و هوس‌های مالک نیست، زیرا تشخیص قصد اصرار از هوس‌های غیرمتعارف از قلمرو علم حقوق خارج است. پس باید به داوری عرفی و نوعی روی آورد و مالک را از کاری که به طور معمول برای رفع حاجت و دفع ضرر انجام نمی‌شود، ممنوع ساخت. برای مثال، اگر کسی در پشت دیوار همسایه خود باغچه‌ای بکند و در اثر آبیاری رطوبت به خانه همسایه سرایت کند، باید دید آیا وجود آن باغچه برای زیبایی منزل چنان ضروری است

که بتوان گفت مالک از نظر روحی به آن نیاز دارد؟ همچنین هرگاه مالکی به منظور جمع‌آوری آب باران و جلوگیری از زیان خود چاهی حفر کند و این چاه با فاصله و عمق متعارف سبب سرایت رطوبت به خانه همسایه شود، باید در عرف معماری تشخیص داد که حفر چاه برای ضرر از مالک لازم بوده یا جلوگیری از ضرر از راه دیگری ممکن بوده است. بدین ترتیب اگر مالکی بدون داشتن نفع مشروع و به قصد آزار همسایه دودکش مرکز حرارت خانه خود را بالا ببرد تا از نور خانه همسایه بکاهد، از اقدام او جلوگیری می‌شود، ولی ایجاد بوی ناشی از پخت و پز و صدای ناشی از رفت و آمد با ماشین که محدودیت‌های طبیعی و متعارف زندگی شهرنشینی است، مانعی ندارد (۳۲). مالک در صورتی می‌تواند بدون توجه به زیان مجاوران، آزادانه در ملک خود تصرف کند که این دو شرط با هم جمع باشد. یعنی اگر تصرف متعارف مالک برای رفع حاجت یا دفع ضرر او نباشد و به حال همسایه مضر تشخیص داده شود، مجاز نیست. نظریه «سوءاستفاده از حق» از دیرباز در اجرای حق مالکیت و تنظیم رابطه همسایگان رعایت می‌شده و هنوز هم مالکیت یکی از مهم‌ترین زمینه‌های اجرای این نظریه است.

۳- عرف و عقد بیع

در قانون مدنی در فصل مربوط به بیع در مواد مختلفی صریحاً به عرف اشاره شده (مواد ۳۴۲-۳۴۴-۳۵۶-۳۵۸) و قانونگذار بسیاری از مسائل مربوط به عقد بیع را به عرف ارجاع داده است. به‌عنوان مثال ماده ۳۵۶ ق.م. اعلام می‌دارد که «هر چیزی که بر حسب 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 متعاملین جاهل بر عرف باشند». مثلاً هرگاه مبیع خانه‌ای باشد، مسلماً آب و برق آن عرفاً از توابع خانه محسوب شده و داخل در معامله می‌گردد، هرچند که در ضمن عقد، طرفین نسبت به آن ذکر نکرده باشند. در صورتی که داخل شدن چیزی در مبیع مورد تردید قرار گیرد بر طبق اصل، آن شیء را نمی‌توان از توابع مبیع تلقی کرده و متعلق به خریدار دانست. مانند تلفن در معامله خانه که ممکن است در برخی

عرف و عادت، مقتضی ترتیب دیگری نباشد، والا توافق طرفین و حکم عرف لازم‌الرعایه خواهد بود. به‌عنوان مثال اگر عرف یک محل برخلاف قانون مخارج تسلیم مبیع را بر عهده مشتری بدانند، بر طبق آن عمل می‌شود (۳۴).

عرف و نفقه زوجه

خانواده به‌عنوان یکی از مستحکم‌ترین نهاد جامعه، اثرگذاری فراوانی در رشد و بالندگی افراد دارد. زوج و زوجه پایه‌های اصلی این نهاد هستند. بنابراین شرع و قانون برای حفظ این نهاد قوانینی را وضع کرده است تا در سایه این قوانین حقوق زوج و زوجه تأمین گردد. البته دولت‌ها نیز موظفند شرایط لازم و مساعد را برای تشکیل و تحکیم خانواده فراهم کنند. لذا در ماده ۵۳ منشور حقوق بشر آمده است که از تدابیر و حمایت‌های لازم برای تشکیل، تحکیم، تعالی و ایمن‌سازی خانواده، تسهیل ازدواج مبتنی بر ارزش‌ها و سنت‌های دینی و ملی است. تعیین و پرداخت نفقه از سوی زوج یکی از جمله مسائل مهم و رایج در جامعه و از ارکان مهم در حفظ و تحکیم و ایمن‌سازی خانواده است که چه بسا ممکن است در پرداخت آن به زوجه از طرف زوج دچار اشکال یا ابهام شود که البته قانون و شرع برای احقاق حق زوجه تمهیداتی اندیشه است و عرف نیز به‌عنوان یکی از منابع قانون‌گذاری در آن تأثیر فراوان و به‌سزایی دارد. در عرف، آنچه که نسبت به نفقه اهمیت دارد؛ الزام عهده‌دار شدن شوهر به‌عنوان ریاست خانواده به تأمین معاش زن و فرزندان خود است. لذا نیازهای زوجه را نمی‌توان محصور در مسکن، البسه، غذا، اساس منزل، خادم و هزینه‌های درمانی و بهداشتی دانست که در ماده ۱۱۰۷ قانون مدنی به آن اشاره شده است، زیرا نیازهای زوجه در شرایط و زمان‌های مختلف متفاوت است و به دلیل اینکه ریاست خانواده بر عهده شوهر است، لذا در تعیین میزان نفقه زوجه، وضع مالی شوهر ملاک است.

بنابراین بعد از اصلاح ماده ۱۱۰۷ قانون مدنی، نفقه عبارت است از همه نیازهای متعارف و متناسب با وضعیت زن از قبیل مسکن، البسه، غذا، اثاث منزل و هزینه‌های درمانی و بهداشتی و خادم در صورت عادت یا احتیاج به واسطه نقصان یا مرض.

مناطق نسبت به دخول آن در مبیع تردید شود (ماده ۳۵۹ ق.م). نکته‌ای که در ماده ۳۵۶ ق.م. عجیب به نظر می‌رسد و با قواعد کلی حقوقی سازگار نیست، قسمت ذیل ماده می‌باشد که مقرر داشته هرگاه شیئی عرفاً از توابع مبیع باشد، داخل در بیع خواهد بود، هرچند که متعاملین بر این امر جاهل باشند (۳۳). قانون در ذکر این مطلب از قاعده کلی العقود تابعه للقصد فاصله گرفته و آثاری برای عقد برخلاف قصد طرفین، می‌شناسد، زیرا در صورتی که طرفین معامله نسبت به تابع بودن چیزی از مبیع جاهل باشند، انتقال آن را قصد نکرده‌اند، ولی طبق ذیل این ماده با آنکه معامله آن چیز قصد نشده، ولی آن شیء به تبع مبیع به خریدار منتقل می‌شود. به نظر می‌رسد که هدف از وضع این قسمت از ماده مذکور کمک به دادرس و سلب وظیفه جستجو از او در امر درونی طرف معامله در مورد آگاهی او نسبت به عرف است که عادتاً بدون اقرار این شخص نمی‌تواند معلوم شود (۳۴).

ماده ۳۶۹ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «تسلیم به اختلاف مبیع به کیفیات مختلفه است و باید به نحوی باشد که عرفاً آن را تسلیم گویند». باید دانست که تسلیم نسبت به انواع مبیع متفاوت است و در هر حال یک امر عرفی است که ضابطه دقیق قانونی ندارد. مثلاً تسلیم در انواع منقول با نقل آن به نزد مشتری و در اموال غیرمنقول از قبیل خانه با تسلیم کلید آن به خریدار حاصل می‌گردد. در ماده ۳۷۵ محل تسلیم را در صورتی که محل مخصوصی در عقد تعیین نشده باشد، در محل عقد بیع و چنانچه عرف و عادت محل دیگری را برای تسلیم مقتضی بدانند، تابع عرف یعنی محلی که عرف و عادت اقتضا می‌کند، قرار داده است. بنابراین ملاحظه می‌گردد که این ماده قانون مدنی توافق طرفین را مقدم بر عرف و عرف را مقدم بر محل وقوع عقد دانسته است. مبیع باید در محلی تسلیم شود که عقد بیع در آنجا واقع شده است مگر اینکه عرف و عادت مقتضی تسلیم در محل دیگر باشد و یا در ضمن بیع محل مخصوصی برای تسلیم معین شده باشد. قانون مدنی مخارج تسلیم مبیع را بر عهده بایع و مخارج تسلیم ثمن را بر عهده مشتری قرار داده است (ماده ۳۸۱) این وضعیت در صورتی صادق است که طرفین معامله خلاف آن را در عقد شرط نکرده باشند و یا اینکه

نتیجه‌گیری

احکام و قوانین شرع در یک تقسیم‌بندی بر دو قسم است: احکام ثابت و احکام متغیر. احکام ثابت احکامی است که به اصول و فروع دین مربوط است و احکام متغیر احکامی است که مربوط به پدیده‌های عرفی و اجتماعی نظیر معاملات می‌باشد. موضوعات عرفی با گذشت زمان و پیشرفت جوامع و نیز در مکان‌های مختلف ممکن است دستخوش تغییرات و دگرگونی‌هایی شوند. طبیعی است که با تغییر موضوع، حکم نیز باید تغییر نماید. بنابراین شناخت زمان و مکان و توجه به آن‌ها که تعبیر دیگری از عرف عقلاست از شرایط لازم اجتهاد دانسته شده است. در اسلام همواره عرف صحیح را که منشأ عقلایی داشته و با قانون شرع مخالفتی نداشته و ردعی از آن نشده باشد، معتبر دانسته شده است. در اعتبار فقهی عرف عقلاً تردیدی وجود ندارد و فقها در موارد زیادی آن را مورد تمسک و استناد قرار داده‌اند. بنابراین رعایت عرف‌های سالم از جانب شارع و امضاء و تأیید آن‌ها تا جایی که خالی از مفسده باشد و بازگشت عرف به ادله‌ای چون اجماع و رعایت مصالح در زندگی مردم و احتجاج فقها، در زمان‌های مختلف به عرف دلیل صحت اعتبار آن می‌باشد. در قانون مدنی ایران نیز عرف مسلم یعنی عرفی که در نتیجه انس افراد به آن، مخالفت با آن زشت و احساسات افراد را جریحه‌دار کرده و مخل نظم محسوب شود، معتبر و حجت شناخته شده است. شاید بتوان گفت عرف نوعی نگهبان عدل، فطرت، عقل و مصلحت است و نیز یکی از موثرترین شیوه‌ها برای جلوگیری از تجاوز دولتمردان به حق‌ها و آزادی‌های عمومی مورد تأمل قرار داد. این نوع نگرش با توجه به عوامل مختلفی چون رابطه با شرع، هنجارها و ارزش‌ها به تدریج نفوذ خود را بر همه‌ی ارکان حاکمیت، حتی مراجع قضایی، تقنینی و اعمال سیاسی (حاکمیت) توسعه داده و از این رهگذر دورنمای خوشایندی برای تأمین حقوق شهروندی ایجاد می‌نماید.

از آنجایی که شهروندی به مثابه یک حق اعتباری است که در جامعه به فرد داده می‌شود و هدف، رسیدن به سعادت جمعی و حفظ منافع عمومی در کنار رعایت حقوق همدیگر است و از این‌رو که شهروندی نیز ساحت‌های مختلف اقتصادی،

حقوق‌دانان با توجه به قانون، در تعیین مصادیق نفقه، داوری عرف را ملاک قرار می‌دهند. برای نمونه یکی از ایشان در تعریف نفقه، می‌نویسد: «نفقه تمام وسایلی است که زن با توجه به درجه تمدن و محیط زندگی و وضع جسمی و روحی خود، بدان نیازمند است» (۳۳).

عرف در مسائل کیفری

یکی دیگر از مصادیق حقوق شهروندی که دولت موظف به آن است حفظ امنیت و نظم در جامعه است. لذا تدوین و اجرای قوانین کیفری در جهت این حفظ امنیت است. عرف در مسائل کیفری نمی‌تواند به‌عنوان منبع فقهی یا قانونی حقوق جزاء مستند تعقیب کیفری و یا محکومیت قرار گیرد. با وجود این با مختصر دقت در بعضی از مواد قانونی مدون جزایی، ملاحظه می‌شود که در پاره‌ای از موارد، قانونگذار در متن بعضی از مواد مربوطه، با استعمال کلمات و الفاظ خاص به صراحت تشخیص ماهیت قضایی یک عمل مجرمانه را به قاضی دادگاه واگذار کرده است. در این موارد خاص، دادگاه در مقام تطبیق حکم قانون اقدام می‌نماید. فی‌المثل در جرم قتل عمدی، مقنن در بند ب ماده ۲ قانون حدود و قصاص در بیان حکم موارد قتل، تشخیص مورد را به شرح زیر به عرف احاله کرده است: «مواردی که قاتل عمداً کاری انجام می‌دهد که نوعاً کشنده باشد، هرچند قصد کشتن را نداشته باشد». به‌طوری‌که ملاحظه می‌شود، دادگاه برای تشخیص و احراز عبارت و جمله قانونی نوعاً کشنده باشد؛ در مقام تطبیق با قتلی که واقع شده است بناچار با مراجعه به عرف اعم از عرف خاص یا عرف عام می‌تواند حکم قضیه را صادر کند (۳۵).

در ماده ۱۰۲ قانون مجازات اسلامی آمده است: «هر کس علناً در انظار و اماکن عمومی و معابر تظاهر به عمل حرامی نماید علاوه بر کیفر عمل تا ۷۴ ضربه شلاق محکوم می‌شود و در صورتی که مرتکب عملی شود که نفس عمل دارای کیفر نمی‌باشد، ولی عفت عمومی را جریحه‌دار کند؛ فقط تا ۷۴ ضربه شلاق محکوم می‌شود. حال برای تشخیص اینکه چه رفتاری عفت عمومی را جریحه‌دار می‌کند، باید به عرف مراجعه کرد.

اجتماعی، فرهنگی و سیاسی دارد؛ لذا می‌تواند موضوع برای قانون باشد. قوانین مدنی نیز برگرفته از شرع و عرف هستند. لذا تأثیر عرف بر قوانین شهروندی و یا تعیین مصادق برای موضوعات در حوزه حقوق شهروندی قابل نظر است. چنان‌که در بحث معاملات رد پای عرف کاملاً مشهود است و در ساحت‌های دیگر حقوق شهروندی نیز قابل بررسی و پژوهش است. این مقاله درصدد پرداختن به تمامی موارد نبوده و فقط به چند مورد پرداخته است. لذا پرداختن به تمامی موارد قوانین عرفی و تطبیق آن با حقوق شهروندی نیاز به پژوهش گسترده و مفصلی دارد.

References

1. Faramarzi A. History of political, judicial, economic organization. Tehran: Khorami Publisher; 2009. p. 75.
2. Saleh A. History of Law. Tehran: Tehran University Press; 1969. p. 99.
3. Katuziyan N. Philosophy of Law. Tehran: Sahami Company Publisher; 1998. Vol.1. p. 471.
4. Shayegan A. Civil Law. Tehran: Taha Publisher, 1996. p. 279.
5. Available at: <http://www.info@iausaghez.ac.ir>
6. Manzur A. Lesano Al-arab. Beyroot: Nashre Adabe Alhowzeh; 1984. Vol.9. p. 235.
7. Ansari M. Makaseb. Qom: Moasseye Al-hadi; 1994. Vol.2. p. 291.
8. Afandi A. Majmooe Resael. Beyroot: Darol Haya; 1991. p. 112.
9. Zanjani A. Political Jurisprudence. Tehran: Amirkabir; 1998. Vol.2. p. 217.
10. Sadr M. Al-moalem Al-jadideh. Tehran: Maktabe Najah; 2016. p. 168.
11. Hossaini M. The place of custom in Sharia and its role in legislation and procedure. Quarterly Journal of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law 1981; 47(51): 15-68.
12. Golbaghi J. Introduction to custom. Qom: Islamic Propaganda Center; 1991. p. 74.
13. Saljooghi M. The role of custom in Iranian civil law and its overview in major legal systems. Tehran: Mizan; 2010. p. 35, 103, 63.
14. Janati M. Sources of ijtehad from the perspective of Islamic religions. Tehran: Keyhan; 1991. p. 406.
15. Mozafar M. Principles of jurisprudence. Qom: Firoozabadi; 2001. pp. 406-407.
16. Ansari M. Amali Al-vahid. Qom: Daro Al-mazhab; 2011. p. 421.
17. Kharazi M. Research on custom. Meshkat. 1988; 2(21): 6-12.
18. Moein M. Farhange Jibi. Tehran: Zarin; 2001. p. 902.
19. Moghniye M. The origins of jurisprudence in Sobe Sharie. Beyroot: Daro Al-elm; 1987. p. 83.
20. Langroodi M. Legal terminology. Tehran: Ganje Danesh; 2014. pp. 25-26.
21. Raygan M. A look at jurisprudence in Islamic custom and law. Marefat Journal, 2011; 12(165): 29-58.
22. Naraghi A. Avaedo Al-ayam fi Bayane Ghavaedo Al-ahkam and Ammunition for halal and haram issues. Qom: Daftare Tablighate Eslami; 1996. p. 240.
23. Mohaghegh A. Majmaol Efaed va Al-borhan. Qom: Entesharate Eslami; 2000. p. 403.
24. Wahid Behbehani, M, B, Al-Fawayyat Al-Hairiyya, publisher, Islamic Thought Academy, Qom, 1994, 105.
25. Shabanpour, R, Talabaki, A, The Role of Custom in the Legislation of the Islamic System, Journal of Legal Studies of the Islamic State, No. 3, 2013 157-186.
26. Razaghpour Y. Take a look at citizenship rights Monthly of Kanoon.. 2011; 9(123): 87-101.
27. Rezaeepoor A. Citizenship rights. Tehran: Aryan; 2006. p. 20.
28. Eyni M, Alborzi M, Maleki A. Honoring the life and legislative developments of Iran. Islamic Law & Jurisprudence Researches Journal 2013; 9(4): 95-112.
29. Asgari P, Saed A. The third generation of human rights. Tehran: Majd; 2012. p. 15-2.
30. Arab F, Khazae A. The place of custom in citizenship rights. Journal of Islamic Jurisprudence and Law Research. 2020; 16(59): 159-177.
31. Mosleh, M, Citizenship Law in Iranian Law and International Law, National Conference on Management Research and Humanities, 2017, 1-16.
32. Katuziyan N. Civil rights to property. Tehran: Mizan; 2014. pp. 108-109.
33. Katuziyan N Justification and critique of judicial procedure. Tehran: Mizan; 2006. pp. 137-138.
34. Shahidi M. Civil Rights. Tehran: Majd; 2005. pp. 30-31.
35. Validi M. General criminal law. Tehran: Samt; 2015. p. 87