

مقدمه:

عُرف و عادت نخستین مظهر حقوق یک جامعه و بلکه خمیرمایه و جوهره کلیه نظام‌های حقوقی دنیا است. جامعه بشری همواره با حقوق همراه بوده و حقوق پیش از تولد قانون‌گذاری به صورت عُرف و عادات و رسوم در میان روابط اجتماعی جریان داشته است؛ چه این که از یک سو طبع آدمی ذاتاً خوپذیر است و از دیگر سو عادت نیز از نیروهای شگرفی است که بر اعمال آدمی چیره می‌باشد. به ویژه که سرشت آدمی چنان است که به تکرار آن چه یک‌بار آن را انجام داده و موافق میل باطنی یا خیر و صلاح خود یافته، رغبت نشان می‌دهد؛ لذا آدمیان از آغاز زندگی اجتماعی خود عُرف و عادت را به عنوان وسیله‌ای برای تنظیم روابط حقوقی خود برگزیده‌اند. چنان که در طول تاریخ تمدن بشری عُرف‌ها و عادت‌های بسیاری شکل یافته و پاره‌ای از وسایل فنی حقوق و روابط اجتماعی را مشخص و معلوم داشته است. بدین ترتیب عُرف از ضرورت‌های زندگی اجتماعی و لازمه حیات و زندگی انسانی دانسته شد.^۱

عُرف در ساحت حقوق کیفری نیز اهمیت بسزائی دارد. «استنباط» و «اجتهاد» در ساحت حقوق کیفری ترکیبی از «حکم‌شناسی» و «موضوع‌شناسی» است. معظم‌کار متصدیان استنباط (حقوق دانان، قضات، وکلا و...) در «موضوع‌شناسی» انحلال پیدا کرده است. بایسته ذکر است که در اکثر مفاهیم و موضوعاتی که قوام و پایه و اساس احکام کیفری را تشکیل می‌دهد قانون‌گذار موضع سکوت اختیار نموده، و صرفاً به انشاء حکم کفایت نموده است. البته اختیار موضع سکوت در خصوص کثیری از موضوعات و مفاهیم کیفری، خلاف انتظار نیست؛ چرا که شأن و رسالت قانون‌گذار و شارع مقدس انشاء و بیان احکام است نه تعریف و تبیین موضوعات و مفاهیم. به عنوان یک گزاره کلی می‌توان گفت: یکی از کارکردهای اساسی و مهم عُرف در حوزه حقوق کیفری، مرجعیت در تبیین و تشخیص موضوعات و مفاهیم کیفری در مواضع «ما لا نصّ فیهِ» است. ملاکات احکام کیفری (دفع مفسد و جلب منافع اساسی در زندگی اجتماعی) محقق نخواهد شد مگر اینکه با مُتقح و شفاف سازی موضوعات کیفری، مقامات قضایی به دور از هر شبهه و تردیدی به مرحله صدور حکم نائل گردند؛ زیرا، رابطه بین حکم و موضوع، رابطه علّت و معلول است؛ و تا زمانی تمام زوایای مخفی و تاریک موضوع (علّت) آشکار و شفاف نگردد، حکم (معلول) محقق نخواهد شد.

«عُرف» و «قانون» در تحقق بخشیدن به آرمان‌های حقوق کیفری مکمل یکدیگرند؛ و وجود هریک از این دو نهاد، به تنهایی قاصر خواهد بود که کافه خلاها، محدودیت‌ها و نارسایی‌هایی که در حوزه حقوق کیفری، حادث می‌گردد را سامان بخشد؛ بنابراین، «عُرف» و «قانون» به منزله دو بال برای رسیدن به عدالت و اهداف عالی

^۱ - جوان موسی؛ مبانی حقوق؛ ج ۲ بی‌نا، ۱۳۲۷؛ ص ۱۰۴. کی‌نیا مهدی؛ کلیات مقدماتی حقوق، مهدی کی‌نیا، دانشگاه تهران، چاپ اول، ۱۳۴۸؛ ص ۲۰۴. سلجوقی محمود؛ نقش عرف در حقوق مدنی و مطالعه‌ی اجمالی آن در اسلوب‌های بزرگ حقوقی، نشر میزان؛ ۱۳۸۸؛ ص ۱۰.

حقوق جزا محسوب می‌شوند، و در تنظیم و انتظام نظم جامعه مکمل یکدیگرند. قانون با بیان احکام و پر نمودن خلأهای حکمی و عُرف در حصاردهی و تبیین موضوعات و مفاهیم کیفری می‌تواند اهداف متعالی حقوق کیفری را جامه عمل بپوشاند. حقوق کیفری روشنی، صراحت و تنجّز خود را از قانون و تحرک و قابلیت تطبیق خود را با شرایط متغیّر زمان و مکان از عُرف کسب می‌نماید. زیرا، از خصایص جالب و ثمربخش عُرف تغییرپذیری آن به تناسب تحوّل شرایط زندگی اجتماعی می‌باشد و این خاصیت به مثابه نیروی محرکه‌ای است که آن را در طول زمان به حرکت در می‌آورد و قابلیت انطباق آن را با شرایط متغیّر محیط تأمین می‌کند. این خصیصه در عُرف قهری است و هیچ عامل نمی‌تواند از تأثیر آن بکاهد. در صورت احراز تحوّل و تغییر عُرف، دادگاه‌ها ناگزیرند احکام خود را بر مبانی قواعد عُرفی تازه استوار سازند و نویسندگان و گردآوران عُرف نیز هرگاه طالب مطابقت اثر علمی خود با واقعیت‌های روز باشند چاره‌ای جز انعکاس این تغییر و تحوّل در آثار خود ندارند. چنانکه در مورد قانون نیز با ثابت ماندن آن، رویه‌های قضایی راجع به آن به مرور در طول زمان تغییر می‌یابند و احکام و آراء جدید با آنچه که در شرایط و مقتضیات گذشته صدور یافته تفاوت می‌پذیرند و از این رهگذر امکان تحوّل و تکامل حقوق مثبت فراهم می‌گردد. مختصر توضیحاتی که بیان شد، ضرورت سامان‌دهی تحقیقی با موضوعیت شناخت کارکرد «عُرف» در ساحت حقوق کیفری را اجتناب‌ناپذیر می‌نماید.

مهمترین سوالات این پژوهش:

۱- آیا ملاک در تبیین موضوعات کیفری عُرف عام است یا عُرف خاص؟

۲- مسئولیت بار اثبات عُرف «عام و خاص» با کیست؟

پژوهش‌های علمی انجام شده قبلی در ارتباط با پایان نامه (بطور مختصر):
پژوهش‌های علمی در خصوص عرف با محوریت موضوعات جزایی به صورت خیلی محدود انجام شده است، اما تحقیقات انجام شده با محوریت حقوقی:

۱- عرف در حقوق کیفری ایران، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تهران، پدیدآورنده: شعبان‌علی ساسانی ۱۳۷۶.

۲- نقش عرف در فقه و حقوق اسلامی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تهران، پدیدآورنده: ملیحه حمزه‌لوئیان ۱۳۸۸.

۳- نقش عرف از دیدگاه جامعه شناختی حقوقی و حقوق تطبیقی، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه امام صادق(ع)، پدیدآورنده: قربان علی پورمرجان ۱۳۸۷.

حدود پژوهش (در صورت لزوم):

تعریف و بررسی عناصر عرف از نگاه حقوقی و جامعه‌شناسی و بررسی جایگاه عرف در تفسیر موضوعات و مفاهیم جزایی و بررسی نمودهای عرفی در قوانین جزایی.

فرضیات پژوهش:

۱- هر دو عرف در تبیین موضوعات کیفری دارای نقش تبیینی می باشد اما گستره عرف عام وسیع تر است؛

۲- مسئولیت بار اثبات عرف بر عهده مقام تعقیب می باشد.

اهداف این پژوهش:

۱- بررسی جایگاه عرف در تبیین و شفاف‌سازی موضوعات و مفاهیم جزایی.

۲- بررسی جایگاه عرف در فقه جزایی.

۳- بررسی موردی نمودهای عرفی در قانون مجازات اسلامی.

خلاصه مراحل روش پژوهش:

روش اتخاذ شده برای نگارش این پروژه بر پایه روش مطالعه و تحقیق کتابخانه‌ای خواهد بود که به صورت تحقیق از منابع مختلف با زبان‌های فارسی و عربی آغاز شد و نهایتاً به جمع‌بندی و نگارش و نتیجه‌گیری بر اساس مطالب جمع‌آوری شده خواهد انجامید.

کلیه مباحث این «رساله» در سه فصل انحلال پیدا کرده است:

۱- فصل اول- کلیات: این فصل متکفل بیان تعاریف مفاهیم، تاریخچه، تقسیمات و تبیین نهادهای مشابه نهاد «عرف» می‌باشد؛

۲- فصل دوم- نقش «عرف» در حقوق کیفری: این فصل متکفل بیان دلایل حجیت عرف در حقوق کیفری، شرایط حجیت عرف در حقوق کیفری، انواع کارکردهای عرف در حقوق کیفری، احراز و اثبات عرف در حقوق کیفری و بررسی نمونه‌های از کارکرد عرف در قوانین جزایی؛

۳- فصل سوم- نقش «عُرف در فقه جزایی»: این فصل متکفل بیان، تاریخچه کاربرد عُرف در فقه جزایی، دلایل حجّیت عُرف در فقه جزایی، اهمیت عُرف در فقه جزایی و بررسی نمونه‌های از کاربرد عُرف در آراء فقها است.

فصل اول - کلیات:

با تأسی از آثار علمی فُحول دانشِ حقوق، که آغاز هر تتبع و تحقیق را با بیان مفاهیم بنیادی در خصوص موضوع مورد تحقیق آغاز می‌نمایند، در طلیعهٔ این رساله به بیان و تعریف مفاهیم اساسی که در مباحث و فصول بعدی به مناسبت محل ابتلاء خواهد بود، خواهیم پرداخت.

۱-۱- مفهوم‌شناسی عُرف:

به منظور استحصال دقیق ماهیت نهاد «عُرف»، آن را از منظرِ واژه‌شناسان، حقوق‌دانان، فقها و جامعه‌شناسان مورد مدافه و بررسی قرار خواهیم داد.

۱-۱-۱- مفهوم لغوی:

واژه‌شناسان در خصوص معنای واژه «عُرف»، معانی گوناگونی بیان نموده‌اند. «ابن فارس» در این خصوص می‌نویسد:

«عُرف، بر دو اصل و معنا دلالت می‌کند: اول: تابع و اتصال بعضی اجزای یک چیز به اجزای دیگر آن، دوم: سکون و طمأنینه»^۱
«ابن منظور» گوید:

«معروف ضد منکر است، و عُرف ضد نکر است، گفته می‌شود: او عرفاً اولویت دارد، یعنی معروف است. معروف و عارفه خلاف نکر است. معروف در اینجا آنچه از افعال است که نیکو شمرده می‌شود و عُرف و عارفه و معروف دارای معنای واحد و ضد نکر است و آنچه است که نفس آن را به خیر می‌شناسد و با آن مأنوس است و به سوی آن آرام می‌گیرد»^۲.
«راغب» در معنای این واژه می‌نویسد:

«معروف اسمی است برای کل افعالی است که عُرف و عُرف و شرع او آنها را نیکو می‌شمارد و منکر آنچه است که شرع و عقل آن را غیرنیکو می‌شمارد. و خداوند متعال می‌فرماید: کسانی که مردم را به نیکی دعوت می‌کنند و از منکر باز می‌دارند) و خداوند می‌فرماید: (به پسندیده امر می‌کنند و از منکر نهی می‌کنند) - (و به نحو پسندیده

^۱- ابن فارس، احمد؛ معجم مقاییس اللغة؛ ج ۴؛ دارالجلیل؛ بی تا؛ ص: ۲۸۱.

^۲- «المعروف ضد المنکر، والعرف ضد النکر، یقال اولاه عرفاً ای معروفاً. والمعروف والعارفه خلاف النکر. المعروف هنا ما یتحسن من الافعال والعرف والعارفه والمعروف واحد ضد النکر و هو کل ما تعرفه النفس من الخیر و تسبا به و تطمئن الیه» ابن منظور، ابی‌الفضل جمال الدین محمد بن مکرّم؛ لسان العرب؛ ج ۹؛ نشر ادب الحوزة؛ ۱۴۰۵؛ ص: ۲۳۹.

سخن گویند) و عرف: آنچه شناخته شده به احسان است و خداوند متعال می‌فرماید: به امور حسن و پسندیده امر کن.^۱

«جرجانی» در خصوص این واژه می‌نویسد:

«عُرف آنچه که در نفوس به شهادت عقل نهاده شده است و طبایع انسان آن را پذیرفته است».^۲
«تتابع، اتصال و پی در پی بود»، «قرار، آرامش و سکون»، «معرفت و شناخت»، «فعل پسندیده از ناحیه عقل و شرع» و.. از معانی است که در تعریف بالا اهل لغت برای «عُرف» برشمرده‌اند. با تطبیق معانی که واژه‌شناسان برای «عُرف» بیان نموده‌اند به خوبی آشکاری می‌گردد برخی از این معانی برای «عُرف» به دیگری بر می‌گردد و رابطه برخی با دیگری رابطه لازم و ملزوم است. البته شایان ذکر است بذل تلاش و اجتهاد در خصوص واژه‌ای تا مستند به شاهد و دلیلی نباشد، ارزش علمی نخواهد داشت؛ زیرا، تلاش در جهت کشف معنای واژه‌ای زمانی ارزش علمی دارد که ارتکازات ذهنی کسانی که آن واژه را استعمال می‌کنند، لحاظ گردد. به هر تقدیر استعمال «عُرف» در معنی «فعل پسندیده و متداول بین مردم» مفروض و مفروغ عنه است؛ و مطاوی کلام اهل لغت گواه بر این ادعا است.

در قرآن کریم واژه «عُرف» دو بار و واژه «معروف» سی‌و دو مرتبه بکار رفته است؛^۳ این واژه (عُرف) دو بار در «قرآن» به کار رفته است. واژه «عُرف» یک بار در سوره مبارکه «اعراف» آیه شریفه «۱۹۹»، و دیگر بار در سوره مبارکه «مرسلات» آیه شریفه «۱» بکار رفته است. مفسرین قرآن درباره واژه «عُرف» که در این دو آیه آمده است، دارای اقوالی هستند که ذیلاً بیان می‌شود:

مرحوم «طبرسی» در این باره گوید:

« امر به عُرف: یعنی به امر معروف و افعال زیبا و خصلت‌های ستایش شده».^۴

ایشان در جایی دیگر در این خصوص می‌فرمایند:

^۱ - «المعروف اسمٌ لِكُلِّ فعلٍ يعرف بالعقل او الشرع حسنه و المنکر ما ينکر بهما. قال تعالى: (يامرون بالمعروف و ينهون عن المنکر) و قال تعالى: (و امر بالمعروف و انه عن المنکر) - (و قلن قولاً معروفاً) و العرف: المعروف من الاحسان و قال تعالى: و امر بالمعروف» بن الفضل، ابی القاسم الحسين بن محمد؛ المفردات فی غريب القرآن؛ دفتر نشر الكتاب؛ الطبعة الثانية، ۱۴۰۴هـ. ق؛ ص ۳۳۱ - ۳۳۲.

^۲ - «العُرف ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول و تلقته الطبايع بالقبول.» الجرجانی، السيد الشريف علی بن محمد؛ التعريفات، المطبعة الخيرية المنشأة الطبعة الاولى، ۱۳۰۶هـ. ق. ص: ۶۴.

^۳ - عبد الباقي، محمد فؤاد؛ المعجم المفهرس لالفاظ القرآن الكريم؛ مطبعة نوید اسلام؛ چاپ هشتم؛ ۱۳۸۷هـ. ش؛ ص: ۶۰۵.

^۴ - «و امر بالمعروف: بالمعروف و الجميل من الافعال و الحميد من الخصال» الطبرسی، امين الدين ابوعلی الفضل بن الحسن؛ جوامع الجامع، ج ۱، چاپ سوم، ۱۳۶۸هـ. ش؛ ص ۴۹۱.

«عُرف ضد نکر است و مثل آن معروف و عارفه است و آن کل خصلت‌های پسندیده که عقل صواب آن را می‌شناسد و نفوس با آن آرام می‌گیرد (و امر به عُرف) کل آن چیزی است که عقل و شرع انجام آن را نیکو می‌داند و مقبوح نمی‌باشد و نزد عقل انجام آن قبیح نیست و گفته شده: هر خصلت حمیده است.»^۱

مرحوم «علامه طباطبایی» در تفسیر این واژه می‌نویسد:

«(و امر به عُرف) و عُرف آنچه از سنت‌ها و روش‌هایی جاری زیبایی است که عقلاء جامعه در بین خود به رسمیت شناخته‌اند به خلاف آنچه از اعمال نادر که جامعه و عقل اجتماعی آن را مقبوح می‌شمارد.»^۲

«زمخشری» از علمای اهل سنت درباره تفسیر این واژه می‌نویسد:

«عُرف: آنچه از افعال که شناخته شده و زیاست.»^۳

«قرطبی» در تفسیر خود گوید:

«عُرف و معروف و عارفه هر خصلت حسنه که عقل به انجام آن رضایت دارد و نفوس با آن آرام می‌گیرد.»^۴

«فخر رازی» در این خصوص می‌نویسد:

«عُرف و عارفه و معروف، هر امری است که ناگزیری انجام آن مفروض است و انجام آن از عدم انجام آن، رجحان دارد.»^۵

با لحاظ کلیه تفاسیری که از واژه «عُرف» مفسرین ارائه داده‌اند، آشکار می‌شود که این واژه در قرآن دارای دو کاربرد است: ۱- به معنای «معروف، کردار و گفتار پسندیده»؛ ۲- به معنای «احسان و نیکی». لذا این واژه در قرآن غالباً مفهومی ارزشی، اخلاقی را افاده می‌کند، و مفهومی دیگر از آن افاده نمی‌شود.

^۱ «و العُرف ضد النکر و مثله المَعروف و العارفة و هو کل خصلة حميدة تعرف صوابها العقول و تطمئن اليها النفوس (و امر بالعرف) یعنی بالمعروف و هو کُل ما حسن فی العقل فعله او فی الشرع و لم یکن منکراً و لاقبیحاً عند العقلاء و قيل بكل خصلة حميدة.» الطبرسی، امین الدین ابوعلی الفضل بن الحسن؛ تصحیح: ابوالحسن الشعرانی؛ **مجمع البیان فی تفسیر القرآن**، ج ۲، المکتبة الاسلامیة چاپ چهارم ۱۳۹۰ ق.

^۲ «(و امر بالعرف) و العُرف هو ما يعرفه العُقلاء المجتمع من السنن و السیر الجميلة الجارية بينهم بخلاف ما ينكره المجتمع و ينكره العقل الاجتماعي من الاعمال النادرة الشاذة.» الطباطبایی، السيد محمد حسین؛ **المیزان فی تفسیر القرآن**؛ ج ۸، بیروت موسسه الاغلی؛ چاپ سوم ۱۳۹۳ ف؛ ص: ۳۸۰.

^۳ «و العُرف: المَعروف و الجمیل من الافعال.» الکشاف عن حقایق غوامض التنزیل و عیون الاقاویل فی وجوه التاویل، جارالله محمود بن عمر الزمخشری، نشر ادب الحوزه، بی تا.

^۴ «و العُرف و المَعروف و العارفة کُل خصلة حسنة ترتضيها العقول و تطمئن اليها النفوس.» القرطبی، ابی عبدالله محمد بن احمد الانصاری؛ **الجامع لاحکام القرآن**؛ ج ۷؛ دار احیاء التراث العربی؛ ۱۹۶۵ م؛ ص: ۲۴۶.

^۵ «و العُرف و العارفة و المَعروف هو کُل امر عرف انه لا بد من الاتیان به و ان وجوده خیر من عدمه.» الفخر الرازی؛ **التفسیر الکبیر**؛ ج ۵؛ دار احیاء التراث العربی؛ الطبعة الثالثة؛ بی تا؛ ص: ۹۶.

۱-۱-۲- مفهوم عُرف از دیدگاه حقوق دانان:

هر یک از دانشمندان عرصه علم حقوق، فقه و جامعه‌شناسی برای «عُرف» از منظر و دیدگاه خود به بیان این «واژه» پرداخته‌اند؛ و در حد اقتضاء دیدگاه هر کدام مختصراً ذکر خواهد شد. اگرچه تعاریف ارائه شده توسط دانشمندان این سه دانش فاصله چندانی از معنای لغوی آن نگرفته است، اما در معنای مصطلح هر یک از این دانش‌ها تا حدودی ماهیتی متفاوت از ماهیت لغوی پیدا می‌کند.

حقوق دانان با توجه به این که دانش حقوق دارای رشته‌های مختلفی است تعاریف مختلفی برای عُرف بیان داشته‌اند. «ژولین» حقوق دان روم باستان در تعریف عُرف بیان داشته است: «عُرف و عادت دیرینه عبارت از حقوقی است که از آداب و سجایای مردم پدید آمده و اثر قانون را دارد».^۱

برخی دیگر از عُرف به مجموعه مقرراتی که از سوی شارع مقدس اسلام وضع نشده باشد، تعبیر آورده‌اند. آگروهی دیگر از عُرف تعبیر به حکمی کرده‌اند که در تمام مملکت به یک شکل بوده و به نحو یکسان عمل می‌شود. در برخی از آثار حقوقی «عُرف» را آن دسته از قواعدی دانسته‌اند که از پدیده‌های اجتماع استخراج گردیده و بدون دخالت قانون‌گذار ماهیت قاعده حقوقی به خود گرفته است. همچنین «عُرف» را عملی دانسته‌اند که اکثریت صنفی از اصناف یا طبقه‌ای از طبقات یا گروهی از یک اجتماع به طور مکرر انجام می‌دهند و آن عمل با مصلحت نوعی آن صنف یا آن طبقه و گروه مطابق است.^۲ در تعریف دیگر، عُرف به معنای مجموع آداب، رسوم و سنت‌های یک قوم بیان شده است.^۳ برخی از حقوق دانان عرصه حقوق جزا در تبیین مفهوم «عُرف» بیان داشته‌اند:

«عُرف را می‌توان عادت تلقی کرد که در میان مردم یا گروهی از مردم به عنوان قاعده‌ای آنچنان قوت می‌گیرد که تخطی از آن مغایر توقعات جمعی محسوب می‌شود. مبنای اعتبار عُرف ضرورت‌های زندگی اجتماعی است، چنانکه پس از چندی به نظر می‌رسد همگان بر این عادات تراضی کرده‌اند.»^۴

^۱ - کاتوزیان، ناصر؛ فلسفه‌ی حقوق؛ ج ۱؛ دانشگاه تهران؛ چاپ نخست؛ ۱۳۵۲ ه.ش؛ ص: ۲۱.

^۲ - دفتر همکاری حوزه و دانشگاه؛ درآمدی بر حقوق اسلامی؛ سمت؛ چاپ نخست، ۱۳۶۸ ه.ش؛ ص: ۱۶۷، ۱۶۸.

^۳ - همان، ص: ۱۷۰.

^۴ - نوربهاء، رضا؛ زمینه حقوق جزای عمومی؛ کتابخانه گنج دانش؛ چاپ شانزدهم؛ ۱۳۸۵ ه.ش؛ ص: ۳۴. گلدوزیان، ایرج؛ باسته‌های حقوق جزای عمومی؛ نشر میزان؛ چاپ دهم، ۱۳۸۳ ه.ش؛ ص: ۴۹.

^۵ - اردبیلی، محمد علی؛ حقوق جزای عمومی؛ ج ۱؛ نشر میزان، چاپ ششم؛ ۱۳۸۱ ه.ش؛ ص: ۱۳۹.

در حقوق بین‌الملل عمومی عُرف و عادت از شیوه عمل و رفتار دولت‌ها در ایجاد و بسط مناسبات خود با یکدیگر و همچنین رویه آن‌ها در اختلافات بایکدیگر ناشی می‌شود، بدین نحو که در نتیجه تکرار این شیوه عمل و رفتار دولت‌ها در روابط بین‌المللی ایمان و اعتقاد نسبت به قواعدی پیدا می‌شود که به تدریج در روابط مشترک آن‌ها جنبه الزامی به خود گرفته و به عنوان معیار سنجش ارزش‌های حاکم پذیرفته می‌شود. این قواعد ریشه و اصل قواعد حقوق بین‌الملل عمومی است.^۱ لذا به موجب بند ۲ ماده ۳۸ اساسنامه «دیوان بین‌المللی دادگستری»:

«عُرف عبارت است از رویه عمومی دولت‌ها که به صورت قاعده حقوقی مورد قبول آن‌ها قرار گرفته است که ممکن است به صورت جهانی یا منطقه‌ای و یا به صورت دو جانبه در روابط دو کشور با یکدیگر در تکرار امری باموافقت ضمنی آن‌ها باشد».^۲

عُرف و عادت نخستین منبع حقوق بین‌الملل عمومی به شمار می‌آید و در حل اختلافات بین‌المللی پایه تصمیمات قضایی می‌باشد.^۳

با توجه به اختلاف آرائی که بین حقوق‌دانان در تعریف «عُرف» وجود دارد، روشن است که ارائه تعریفی که منطبق با چارچوب هر یک از شاخه‌های دانش حقوق باشد، کاری آسان نخواهد بود. اما برخی در مقام تعریف عُرف برآمده به نحوی که مطابق با همه رشته‌های دانش حقوق باشد و بیان داشته‌اند:

«عُرف عمل و روش یا سلسله اعمال و روش‌هایی است که به تدریج در طول زمان بر اثر تکرار خود به خود و بدون دخالت قوه قانون‌گذاری در اثر حواجج اجتماعی میان همه افراد جامعه یا گروهی از آن‌ها به عنوان قاعده‌ای الزام‌آور در تنظیم روابط حقوقی بین افراد اجتماع مقبول و مرسوم شده است».^۴

با توجه به تعریف فوق، وجود دو ویژگی به عنوان دو رکن اساسی در عُرف لازم است: اول ویژگی عمومیت و دیگری ویژگی الزام. با این توضیح که، عُرف پدیده‌ای است که نوع مردم به جهت ایمان و اعتقاد و نیز آنس با آن، آن را بدون احساس نفرت و ناراحتی انجام می‌دهند و مخالفت با آن نوعاً احساسات افراد را جریحه دار می‌نماید. چنین عُرفی در واقع «قانون نانوشته‌ای» است که با توافق مشترک و همگانی پابرجا شده است. این پدیده اجتماعی برانگیخته از نیازهای اجتماعی است که محصول عمل متمادی و مکرری است که اثر قرارداد ضمنی و مشترک را میان مردم پیدا نموده و حکایت از وجود یک حس حقوقی مشترک میان مردم دارد. ویژگی شاخص این حس مشترک، تحول‌پذیری است که همواره منطبق بر حواجج زندگانی مردم بوده و بامقتضیات زندگی

^۱- شیلای امیر؛ کلیات حقوق؛ بی‌نا؛ ۱۳۲۸ ه.ش، ص: ۲.

^۲- سلجوقی، محمود؛ همان؛ ص: ۹۱-۹۲.

^۳- درآمدی بر حقوق اسلامی؛ همان؛ ص: ۱۷۳.

^۴- جبار گل‌باغی، ماسوله، علی؛ درآمدی بر عُرف؛ دفتر تبلیغات اسلامی؛ چاپ اول؛ ۱۳۷۸ ه.ش؛ ص: ۲۹.

اجتماعی نیز هماهنگ می‌باشد به گونه‌ای که با تغییر اخلاق، رسوم و اوضاع اجتماعی، اقتصادی و فرهنگ مردم تغییر می‌یابد. لازم به بیان است که قانون نیز به جهت حفظ نظم و آرامش جامعه به عرف احترام گذارده و رعایت آن را لازم می‌شمارد و تخلف از آن را موجب اخلال نظم می‌داند.^۱

۱-۱-۳- مفهوم عرف از دیدگاه فقها و اصولیین:

کارآیی گسترده عرف در دانش فقه باعث گردیده تا متصدیان مباحث فقهی و اصولی بخشی از همت خویش را در تبیین و تفسیر این واژه به کار گیرند. البته برخی از فقها عرف را به عنوان یک امر مسلم فرض نموده و با لحاظ پیش فرض‌های ذهنی خود درباره آن، خود را از ارائه تعریف در خصوص آن معاف دانسته و صرفاً به آن در مواضع مختلف استدلالی استفاده نموده‌اند. فقیهان و اصولیان شیعه و سنی تعاریف گوناگونی از «عرف» با عناوینی همچون «عادت»، «سیره»، «بنای عقلاء»، «عمل الناس»، «محاسن العادات»، «عادات العقلاء»، «طریقه و سلوک عقلاء»، «اتفاق الناس» و.. ارائه داده‌اند:

۱- «عادت و عرف آنچه که به جهت عقلی در نفوس نهادینه شده و طبایع سلیم آدمی آن را پذیرفته است».^۲

۲- «عرف چیزی است که مردم با آن آشنا هستند و آن را در بین خودشان در معاملات به رسمیت می‌شناسند».^۳

۳- «عرف چیزی است که به شهادت عقل در نفوس نهادینه شده و طبایع سلیم آن را می‌پذیرد».^۴

۴- «عادت عبارت است از آنچه از امور تکرار شده و مقبول طبایع سلیم، که در نفوس نهادینه شده است».^۵

۵- «عرف آن چیزی است که مردم به رسمیت می‌شناسند و در قول یا فعل یا ترک فعل آنها جریان دارد».^۶

۶- «عرف عادت جمهور قوم در گفتار و فعل است».^۷

^۱-مقدمه‌ی علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران؛ همان؛ ص: ۸.

^۲-افندی، السید محمد امین؛ مجموعه رسائل ابن عابدین؛ ج ۲؛ بی‌نا؛ الطبعة الأولى؛ ۱۲۳۷ه.ق؛ ص: ۱۱۴.

^۳-السمعانی، ابی مظفر؛ تحقیق:محمد حسن هیتو؛ قواطع الأدلة فی الاصول؛ مؤسسة الرسالة؛ الطبعة الأولى؛ ۱۴۱۷ه.ق؛ ص: ۴۹.

^۴-النسفی، ابی البرکات عبدالله بن احمد؛ کشف الاسرار؛ ج ۲؛ دارالکتب العلمیة؛ الطبعة الأولى؛ ۱۴۰۶ه.ق؛ ص: ۵۹۳.

^۵-بن‌نجیم، زین‌العابدین ابراهیم؛ تحقیق:عبدالعزیز محمد الوکیل؛ الاشباه والنظائر علی مذهب ابی حنیفة النعمان، ، مؤسسة الحلبي وشرکاء،

۱۳۸۷ه.ق؛ ص: ۹۳.

^۶-خلاف، عبد الوهاب؛ علم اصول الفقه؛ النصر؛ الطبعة الأولى؛ ۱۹۵۶م؛ ص: ۹۹.

^۷-زرقاء، مصطفی احمد؛ المدخل الفقهي العام الى الحقوق المدنية فی بلاد السوریا؛ الطبعة الثالثة؛ ۱۹۵۲م؛ ص: ۵۵۹. و نیز: جعفری لنگرودی، محمد

جعفر؛ ترمینولوژی حقوق؛ انتشارات گنج سخن؛ چاپ پنجم؛ ۱۳۷۰ه.ش؛ ص: ۴۴۷.

۷- «عُرف کسانى هستند که در زمان صدور خطابات و ادله شرعى حضور داشته‌اند و مخاطب بى واسطه و مستقيم پيام وحى و سخنان پيامبر (ص) و معصومين (ع) بوده اند».^۱

۸- عُرف استمرار عمل عقلاء بر چيزى از آن جهت که عاقل‌اند. منشأ عُرف گاه جبر و قهر خارجى است که عقلاء را بر طريقاى وامى دارد، لکن به مرور از مرتکبات آنها مى‌گردد؛ و گاه منشأ دينى و حياتى دارد؛ چنان که گاه از فطرت انسانها نشأت مى‌گيرد.^۲

تعريفى اولى شايد کهن‌ترين تعريف از «عُرف» است که با بيش‌ترين اقبال مواجه گرديده است؛ عناصر سه‌گانه: شيوع بين انسانها و استقرار در نفوس آنها، منشأ عقلايى داشتن و پذيرش طبع سالم آدمى از شاخصه‌ها و فصول عُرف در اين تعريف است، ضمن اينکه جنس و ماهيت «عُرف» امرى قرار داده شده که موطن آن جان انسان‌هاست، نه اينکه عينيت خارجى داشته باشد. البته برخى از اين تعاريف صرفاً مختص به «عادت» يا «بنای عقلاء» مى‌باشد که در مباحث بعد در خصوص تفاوت‌هاى آنها دقيق‌تر بحث خواهد شد. از تعاريف ارائه شده، تعريف اول به لحاظ کامل بودن و انعکاس سه عنصر فوق‌الذکر در تعريف، به عنوان تعريف برگزيده قابل پذيرش است.

۱-۱-۴- مفهوم عُرف از ديده گاه جامعه شناسان:

در علوم اجتماعى و جامعه‌شناسى از واژه «عُرف» با تعابير گوناگونى ياد مى‌شود؛ لذا درک و شناخت اين تعابير براى شناخت زواياى مختلف پديده «عُرف» اجتناب‌ناپذير است. البته هيچ يك از اين تعابير حامل تمامى معانى و جنبه‌هاى مفهوم «عُرف» در دانش فقه و حقوق نمى‌باشد. لذا برخى از جامعه‌شناسان در اين خصوص اعتقاد دارند:

«اگر چه در مجموعه واژگان يا اصطلاحات حقوقى پاره‌اى از واژگان در مفهوم حقوقى به‌عنوان «رفتار اجتماعى» تعريف مى‌شوند که مقررات حقوقى در ارتباط با آن رفتار قرار دارد، لکن اين واژگان در رابطه با مفاهيم جامعه‌شناختى معنای کاملاً متفاوتى رادارا مى‌باشند، چه اين که جامعه‌شناسى وجود يك شخصيت جمعى رفتارکننده (عامل) را تايد نمى‌کند، بلکه هدفش صرفاً تکیه بر نوع معينى از تکامل شيوه‌هاى جايزگزين رفتار اجتماعى است که توسط اشخاص منفرد صورت مى‌پذيرد».^۳

^۱-آشتيانى، محمد حسن؛ بحر الفوائد فى شرح الفرائد؛ ج ۱؛ مکتبه آيت‌الله المرعشى النجفى؛ ۱۴۰۳ه.ق؛ ص: ۱۷۱.

^۲-رجبى، حسين؛ کاربرد عرف در استنباط؛ کيهان اندیشه؛ خرداد ۱۳۷۲؛ شماره ۴۸؛ ص: ۱۲۷.

^۳-وبر، ماکس؛ ترجمه: احمد صدارتى؛ مفاهيم اساسى جامعه‌شناسى؛ نشر مرکز؛ چاپ سوم؛ ۱۳۷۱ه.ش؛ ص: ۵۰.

از پایگاه جامعه‌شناسی، عُرف رفتاری است اجتماعی البته هر نوع تماس افراد بشر ماهیت اجتماعی ندارد و تنها هنگامی دارای این ویژگی خواهد بود که رفتار فرد به طرز معناداری به سمت رفتار دیگران جهت‌گیری شده باشد.^۱ به تعبیر دیگر «کنش اجتماعی» نوعی حالت درونی یا بیرونی است که هدف آن، کنش یا خودداری از کنش است. این رفتار هنگامی کنش است که فاعل برای رفتار خویش معنایی بپذیرد. کنش هنگامی اجتماعی است که برحسب معنایی که فاعل برای آن می‌پذیرد، با رفتارهای دیگر اشخاص رابطه داشته باشد. کنش اجتماعی به صورت «مناسبات اجتماعی» سازمان می‌یابد. «مناسبات اجتماعی» هنگامی در کار است که چندین فاعل کنش با هم عمل می‌کنند و معنای کنش هر یک معطوف به حالت دیگری است به نحوی که هریک از کنش‌ها متقابلاً تحت تأثیر دیگری قرار دارد. با توجه به این که رفتارهای چندین فاعل کنش به طور منظم هر یک تحت تأثیر دیگری صورت می‌گیرند، می‌توان نتیجه گرفت که این نوع با قاعدگی‌ها ناشی از وجود چیز یا عامل تعیین‌کننده‌ای است؛ این چیز یا عامل تعیین‌کننده هنگامی که رابطه اجتماعی رابطه‌ای منظم باشد، «عُرف» نامیده می‌شود؛ و هنگامی که خاستگاه رابطه اجتماعی منظم در «عادت» طولانی باشد چندان که خود آن به طبیعتی ثانوی مبدل گردد، «رسم» نام دارد. معمولاً «رسم» را به عنوان «عادت» که جزو آداب و رسوم گردیده، تعریف می‌کنند؛ که عادت نیز خود آمادگی مُکتسب از طریق تکرار اعمالی یکسان را می‌رساند. اصطلاح «رسم» عمدتاً در «مردم‌شناسی» به کار می‌رود و بر سیاق‌های جا افتاده رفتار و معتقدات دلالت می‌کند. اهمیت «رسم» در این جا است که باز شروع مستمر چیزی است که از موفقیت برخوردار بوده و آن‌طور که اغلب گفته می‌شود، نمی‌توان آن را رفتاری تابع شیوه‌های قدیمی یا عاداتی نیندیشیده به حساب آورد.^۵ بنابراین، در قلمرو رفتارهای اجتماعی، سیره‌های رفتاری معینی وجود دارد که با معنای نوعی همانندی توسط افراد تکرار می‌شود و یا به طور همزمان در میان تعدادی از آن‌ها بروز می‌کند. این جهت‌گیری رفتار اجتماعی هنگامی «عُرف» نامیده می‌شود که موجودیت آن در میان گروهی از افراد برجیزی به جز عادت عملی استوار نباشد. اگر عادت عملی پایدار و دیرپا باشد «عُرف» به «رسم» تبدیل می‌شود. آن نوع رفتاری که از فرط قدمت و تکرار به شیوه‌های خودانگیخته‌ای تبدیل شده است، «سنت» نام دارد.^۷

^۱ - همان؛ ص: ۶۵ - ۶۶.

^۲ - آرون، ریمون؛ ترجمه: باقر پرهام؛ **مراحل اساسی اندیشه در جامعه‌شناسی**؛ انتشارات آموزش انقلاب اسلامی؛ چاپ سوم؛ ۱۳۷۲ ه.ش؛ ص: ۵۹۵.

^۳ - بیرو، الن؛ ترجمه: باقر ساروخانی؛ **فرهنگ علوم اجتماعی**؛ مؤسسه‌ی کیهان؛ چاپ دوم؛ ۱۳۷۰ ه.ش؛ ص: ۷۹.

^۴ - آیرکرامبی، نیکلاس، و هیل، استفن و ترنر، برایان اس؛ ترجمه حسن پویان؛ **فرهنگ جامعه‌شناسی**؛ انتشارات چاپخس، چاپ نخست، ۱۳۶۷ ه.ش؛ ص: ۱۰۲.

^۵ - بیرو، الن؛ ترجمه: باقر ساروخانی؛ **همان**؛ ص: ۷۹.

^۶ - وبر، ماکس؛ ترجمه: احمد صدراتی؛ **همان**؛ ص: ۸۳.

^۷ - آرون، ریمون؛ ترجمه: باقر پرهام؛ **همان**؛ ص: ۵۹۵.

«رسم» در برابر «حقوق» و «قرارداد» قرارداد؛ بنابراین، «رسم» یعنی قاعده‌ای که به طور بیرونی تضمین نشده و فرد خود را با آن منطبق می‌کند؛ اما اعضای گروه‌ها همیشه این توقع موجه را دارند که دیگران به گونه‌ای واحد و بر اساس دلایلی یکسان خود را با قاعده مرسوم منطبق سازند. از این نظر «رسم» نمی‌تواند مدعی داشتن اعتبار واقعی باشد؛ زیرا، هیچ کس ملزم به رعایت آن نیست. بدیهی است که گذر از این حالت به حالت «حقوق» یا «قرارداد معتبر» کاملاً تدریجی است.^۱ تبدیل رسوم به عرف‌های حقوقی در صورتی واقع می‌گردد که علاوه بر رواج، در عمل نیز دارای خصیصه حقوق ذهنی و شامل قاعده حقوق عینی گردند. صرف انجام عمل چنانچه در اندیشه و ضمیر مردم استحقاق ضمانت اجرا نیابد تأثیری در تحقق حقوق ندارد.^۲ بنابراین ثبات «رسم» اساساً بر این واقعیت استوار است که کسی که رفتارش را با آن تطبیق نمی‌کند در معرض ناملازمات کوچک و بزرگ قرار خواهد گرفت؛ و این وضع تا زمانی ادامه می‌یابد که رفتار اکثر کسانی که وی را احاطه کرده‌اند، هم‌چنان با این «رسم» منطبق و به آن وفادار باشند.^۳

اصطلاحات دیگری نیز وجود دارند که به نحوی هر چند پوشیده و غیر مستقیم با بُعد جامعه‌شناختی «عرف» مرتبط‌اند. اصطلاحاتی همچون «آداب و رسوم»، «آیین‌ها» و «آداب اجتماعی» از این دست‌اند. «آیین‌ها» و «آداب اجتماعی» اعمالی هستند که قانون آن‌ها را وضع نکرده است،^۴ و شامل شیوه‌های زندگی، عادات و رسوم خاص یک ملت، مردم یا یک جماعت می‌شود. «آداب و رسوم» هم‌چنین دارای ابعاد الزام و رضای عمومی شرکت‌کنندگان در حیات اجتماعی نیز هست. از دیدگاه جامعه‌شناسی «آداب» و «رسوم» رایج را می‌توان چنین تعریف نمود:

«مجموع رفتارهایی که به صورت عادت درآمده‌اند و افراد متعلق به یک طبقه انجام می‌دهند و جامعه نیز در ترتیب ارزش‌هایش برای آنان معنایی نهایی قایل است».

تخطی در رعایت «آداب و رسوم» رایج تقبیح افکار عمومی و درموردی تعقیب افراد با استناد به قوانین مدنی را موجب می‌شود.^۵ برخی بین «آداب» و «رسوم» فرق گذارده و گفته‌اند که «رسوم» بیشتر مربوط به رفتار درونی، درونی، و «آداب» بیشتر مربوط به رفتار خارجی است. به دیگر سخن می‌توان گفت که تمایز «رسوم» و

^۱ - وبر، ماکس؛ ترجمه: احمد صدارتی؛ همان؛ ص: ۸۴.

^۲ - سلجوقی، محمود؛ همان؛ ص: ۷۰.

^۳ - وبر، ماکس؛ ترجمه: احمد صدارتی؛ همان؛ ص: ۸۶.

^۴ - آرون، ریمون؛ ترجمه: باقر پرهام؛ همان؛ ص: ۴۶.

^۵ - بیرو، الن؛ ترجمه: باقر ساروخانی؛ همان؛ ص ۲۳۲ - ۲۳۳

«آداب»، معادل است با تمایز فرمان‌های ذهنی شده فردی با شیوه‌های عملی که خالصاً خارجی است و به وسیلهٔ اجتماع تنظیم شده است.^۱

اصطلاح «آیین و آداب اجتماعی» نیز برای نشان دادن رفتارهایی که بر طبق عُرف و عادت صورت می‌گیرند، به کار می‌رود؛ اما «آیین‌ها و آداب اجتماعی» به کاربرد و رعایت عادات و عُرف در بُعد مادی آنان نظر دارند.^۲ نکتهٔ اخیر تفاوت بین پدیدهٔ عُرف در فقه و حقوق با همین پدیده و سایر واژگان به کار رفته در جامعه‌شناسی را برجسته می‌سازد؛ زیرا، از ارکان اساسی و اصلی عُرف در فقه و حقوق بُعد معنوی آن است که عامل و نیروی الزام‌آور آن به شمار می‌رود.^۳

با توصیف انواع تعابیر مشابه «عُرف» در دانش جامعه‌شناسی، گریزی از پذیرفتن این حقیقت نیست که اگرچه گاه تعابیر بکار رفته در دانش جامعه‌شناسی تا حدود زیادی به معنای «عُرف» در دانش فقه و حقوق نزدیک شده‌اند، اما هیچ‌یک وافی غرض ما نیست؛ زیرا، این اصطلاحات صرف‌نظر از تفاوت‌های تعبیری که امری طبیعی است، صرفاً بیان‌گر پاره‌ای از عناصر تشکیل‌دهندهٔ پدیدهٔ «عُرف» در دانش فقه و حقوق می‌باشند.

۱-۱-۵- ارکان تشکیل‌دهندهٔ عُرف:

برای پی بردن به ماهیت هر موضوع کلی حقوقی شایسته است که آن موضوع تا درجه‌ای که میسر است، به اجزاء خود تجزیه و سپس هر جزء آن مورد بررسی واقع گردد تا از مجموع این مطالعات به شناسایی کامل آن توفیق حاصل آید. در مورد «عُرف» نیز چاره‌ای جز این نیست.

عُرف حقوقی به دو عنصر اصلی که عبارتند از: «عنصر مادی» و «عنصر معنوی» تجزیه پذیر است. «عنصر مادی» هر عُرف فعلی و «عنصر معنوی» آن انگیزه‌ای است که چنین فعلی را به ترتیب منظم در رابطه حقوقی معین جاری می‌سازد. البته برخی نیز «رکن قانونی» را رکن سوم عُرف دانسته‌اند؛ اینها کسانی هستند که ریشه الزام‌آور بودن عُرف را در به رسمیت شناختن آن از سوی قانون یا رویه قضایی می‌دانند؛ زیرا، با وجود داشتن رکن مادی و معنوی هر گاه عُرف مورد استفادهٔ رویهٔ قضایی قرار نگیرد، کامل نشده و الزام‌آور نگشته است. به

^۱- آرون، ریمون؛ ترجمه: باقر پرهام؛ همان؛ ص ۴۶ - ۴۷.

^۲- بیرو، الن؛ ترجمه: باقر ساروخانی؛ همان؛ ص ۳۶۴.

^۳- نجومیان، حسین؛ ارزیابی حقوق اسلام؛ شرکت انتشار؛ چاپ نخست؛ ۱۳۴۴ه.ش؛ ص: ۱۷۳. ساکت، محمد حسین؛ دیباچه‌ای بر دانش حقوق، نشر

نخست، چاپ نخست، ۱۳۷۱ه.ش؛ ص ۳۵۱.

نظر می‌رسد وجود رکن مادی و معنوی برای ورود عُرف به عالم حقوق کافی بوده و نیازی به رکن قانونی یعنی شناسایی عُرف از سوی قانون ندارد.

دکتر کاتوزیان در مورد ارکان عُرف می‌نویسد:

«از تعریف عُرف (قاعده‌ای که به تدریج و خود به خود میان همه مردم یا گروه ویژه‌ای از آنان، به عنوان قاعده‌ای الزام‌آور مرسوم شده است) دو عنصر اساسی استخراج می‌شود که جمع آنها برای ایجاد این قاعده حقوقی ضروری است. این دو رکن یکی مادی و ناظر به فرآیند تکوین عُرف و سیر تکامل آن در میان عادات و رسوم اجتماعی است و دیگری معنوی و مربوط به آراستن رسم اجتماعی با لباس حقوقی است»^۱.

۱-۱-۵-۱- عنصر مادی:

در هر عُرف حقوقی قبل از هر چیز «عنصر مادی» آن جلب نظر می‌نماید. به عبارت دیگر: عنصر فعل در عُرف حقوقی به صورتی نمایان است که در یک نگاه سطحی به آن تنها همین یک عنصر در آن مشاهده می‌گردد. نمایان بودن عنصر فعل در عُرف مانند آن است که در هر واقعه اجتماعی قبل از هر چیز نفس آن واقعه مجرد از همه عواملی که در ایجاد آن مؤثر بوده‌اند به چشم می‌آید و در اذهان جا می‌گیرد و اطلاع یافتن بر سایر جهات آن نیازمند بررسی و دقت نظر می‌باشد. این عنصر، در واقع، ظرف قواعد عُرفی است و اگر در عُرف‌های حقوقی به عنوان یکی از دو عنصر ممتاز تلقی می‌شود در دیگر عُرف‌های اجتماعی تنها عنصر برجسته و اصلی می‌باشد و به طور کلی هر عُرفی در فعل تجسم و به صورت آن تحقق می‌پذیرد. «عنصر مادی» عُرف نوعاً مشتمل بر فعل مثبت است و به ندرت شامل ترک فعل می‌گردد. برای ایجاد عُرف لازم است که عادت به مدت طولانی بین عموم مردم مرسوم شود، و همه در برابر واقعه معین آن را به کار بندند. عنصر مادی عُرف در صورتی کامل است که عمومی و پایدار باشد. منظور از پایدار بودن این است که عُرف از عادات‌های زودگذر و رسومی که چندی مورد پسند قرار می‌گیرد، ممتاز شود. و منظور از عمومی بودن عادت این نیست که تمام مردم جامعه‌ای به آن خو گرفته باشند. زیرا، بسیاری از عادات‌ها مخصوص به محل یا گروه معین از اشخاص است (عُرف خاص). باید در میان دسته‌ای از مردم که شغل یا اقامتگاه معین دارند عادت مورد نظر جنبه عمومی پیدا کرده باشد؛ یعنی به اندازه‌ای رعایت شود که بتوان گفت همه آن را محترم می‌شمارند.^۲

^۱- کاتوزیان ناصر؛ مقدمه علم حقوق؛ همان؛ ص: ۱۹۲.

^۲- همان؛ ص: ۱۷۹.

به تعبیر دیگر «عنصر مادی» عُرف حقوقی همان اعمال مکرری است که به خصایص حقوقی معین آراسته گردیده است. درباره این که خصیصه ذاتی هر عمل عُرفی حقوقی پس از چند بار تکرار و گذشتن چه مدت بروز می‌نماید و به صورت عُرف حقوقی قطعی در می‌آید نمی‌توان قطعی نظر داد. به علاوه لازم است تصریح گردد که برای احراز اعتبار عُرف ضروری نیست که ریشه‌های آن در زمان‌های بسیار دور و گذشته جستجو گردد؛ زیرا، به فرض آنکه قدمت عُرف مدلل نگردد در صورتی که عناصر تشکیل دهنده آن محرز باشد نمی‌توان در اعتبار آن تردید روا داشت.^۱

۱-۱-۵-۲- عنصر روانی:

در کنار عنصر مادی عُرف حقوقی، عنصر روانی آن، امری دقیق و تشخیص آن دشوار است، قرار دارد. این عنصر، بنا به وصف تاریخی که از آن به عمل آمده، عبارت از نظر حقوقی ناشی از ناگزیریها است که جنبه الزامی یافته و بدون آن عُرف حقوقی تحقق نمی‌یابد. البته نباید شرط الزامی بودن موجب این پندار گردد که این الزام به مثابه قانون باعث الزام و اجبار افراد می‌گردد. صرف انجام یک عمل، چنانچه در اندیشه و ضمیر مردم استحقاق ضمانت اجرا نباید تأثیری در تحقق عُرف ندارد.^۲ بر این اساس، عادت می‌تواند به عنوان عُرف مورد استناد قرار گیرد که به اعتقاد کسانی که آن را رعایت می‌کنند الزام‌آور باشد. بسیاری از عادت‌ها با اینکه مدت‌ها تکرار شده و جنبه عمومی پیدا کرده است، چون به نظر مردم اجباری نیست و آن را به عنوان قاعده حقوقی محترم نمی‌دارند، به معنای خاص کلمه «عُرف» نیست و جزو آداب و رسوم و نزاکتهای اجتماعی محسوب می‌شود؛ مانند آدابی که مردم در طرز معاشرت و برخورد با هم رعایت می‌کنند یا مراسم محلی که در پاره‌ای از جشنها و سوگواری‌ها برپا می‌سازند.^۳

خلاصه این مبحث:

در پایان این مبحث، با بررسی و مذاقّه در خصوص ماهیت واژه «عُرف» در آراء واژه‌شناسان، حقوق‌دانان، فقها و جامعه‌شناسان، ذکر نکاتی در این خصوص ضروری است:

^۱- سلجوقی، محمود؛ همان؛ ص: ۷۰

^۲- همان؛ ص: ۷۲

^۳- کاتوزیان، ناصر؛ مقدمه علم حقوق؛ همان؛ ص: ۱۷۹

۱- پر واضح است که اصطلاح «عُرف» یک واژه مجعول از سوی «شارع مقدس» و یا «مرجع قانون‌گذار» نیست؛ زیرا، هیچ‌یک برای آن تعریفی ارائه نداده‌اند، بلکه این اصطلاح همچون بسیاری دیگر از واژگان، واژه «عُرفی» است. لذا با توجه به کلیه تعاریفی که از «عُرف» ارائه گردید می‌توان دعوی این را داشت که پدیده «عُرف» با تمامی ظرافت و پیچیدگی موجود در آن، پدیده‌ای است روشن که بی‌نیاز از تعریف می‌نماید. بر این بنیان است که گفته شده است: «العُرف ببابک».

۲- با اندک تأمل و ژرف‌نگری در تعاریف ارائه شده از «عُرف» می‌توان پی برد که هیچ‌یک از تعاریف را به عنوان تعریفی حقیقی نمی‌توان پذیرفت؛ و به تعبیر اخیری در اصطلاح منطق، تعاریف ارائه شده «تعریف حدی» نیستند. از این رو گاه با اصطلاح‌های مشابه همپوشانی پیدا می‌کند. البته این تعاریف نکات زیادی را در خصوص «عُرف» روشن و آشکار می‌سازد، که از این جهت قابل تقدیر است؛ بنابراین، نسبت به تعاریف ارائه شده موضعی میانه شایسته است، نه باید مفرطانه به نقض و ابرام تعاریف پرداخت و نه با تسامح غیر علمی به آنها نگریت و از آنها گذشت.

۳- در برخی از تعاریف ارائه شده که ذکر آن گذشت کاربرد واژه «عقل» مشهود است؛ این کاربرد بیان‌گر دخالت عقل در تکوین پدیده «عُرف» و نیز پذیرش ویژگی عقلانی بودن «عُرف» از سوی اینان می‌باشد. بدین معنا که سیره‌های رفتار اجتماعی تنهانگامی شایسته همپوشی واژه «عُرف» و قابل پذیرش اند که از نظر عقل مورد قبول و پذیرش باشند. بر این بنیان است که برخی یکی از وجوه ممیزه بین «عُرف» و «عادت» را در ویژگی عقلانی بودن «عُرف» دانسته‌اند.

۴- اگرچه اهل لغت در خصوص واژه «عُرف» در ظاهر دارای اقوال مختلف هستند؛ اما با ژرف‌نگری در کلام‌شان استعمال «عُرف» در معنی «فعل پسندیده و متداول بین مردم» مفروض و مفروغ عنه است؛

۵- واژه عُرف در قرآن از معنای اصطلاحی آن در دانش حقوق فاصله دارد و در دو معنا استعمال شده است: ۱- به معنای «معروف، کردار و گفتار پسندیده»؛ ۲- به معنای «احسان و نیکی». لذا این واژه در قرآن غالباً مفهومی ارزشی، اخلاقی را افاده می‌کند؛

۶- از بین تعاریفی که فقها از عُرف ارائه داده‌اند؛ تعریف ذیل مناسب‌تر است: «بالعادة و العرف ما استقر فی النفوس من جهة العقل و تلقته الطبايع السليمة بالقبول» زیرا سه عنصر اساسی عُرف را در خود منعکس کرده است؛

۷- حقوق‌دانان با توجه به این که دانش حقوق دارای رشته‌های مختلفی است تعاریف مختلفی برای عُرف بیان داشته‌اند؛ اما در خصوص وجود دو ویژگی به عنوان دو رکن اساسی در عُرف متفق‌القول‌اند: اول ویژگی عمومیت و دیگری ویژگی الزام؛

۸- تعابیر بکار رفته در دانش «جامعه‌شناسی» تا حدود زیادی به معنای «عُرف» در دانش فقه و حقوق نزدیک شده‌اند، اما هیچ‌یکوفانی غرض ما نیست؛ زیرا، این اصطلاحات صرف‌نظر از تفاوت‌های تعبیری که امری طبیعی است، صرفاً بیان‌گر پاره‌ای از عناصر تشکیل‌دهنده پدیده «عُرف» در دانش فقه و حقوق می‌باشند؛

۹- تعاریفی که در خصوص عُرف توسط فقها و حقوق‌دانان ارائه شده تعاریف «حدی» نیستند اما زوایا عُرف را آشکار و نکاتی را در خصوص آن بیان می‌کند؛

۱۰- در برخی از تعاریف ارائه شده در خصوص عُرف کاربرد واژه «عقل» مشهود است؛ این کاربرد بیان‌گر دخالت عقل در تکوین پدیده «عُرف» و نیز پذیرش ویژگی عقلانی بودن «عُرف» از سوی اینان می‌باشد؛

۱۱- عُرف حقوقی به دو عنصر اصلی که عبارتند از: «عنصر مادی» و «عنصر معنوی» تجزیه پذیر است. «عنصر مادی» هر عُرف فعلی و «عنصر معنوی» آن انگیزه‌ای است که چنین فعلی را به ترتیب منظم در رابطه حقوقی معین جاری می‌سازد.

۱-۲- تاریخچه کاربرد عُرف در حقوق:

«کامن‌لا» که در فرهنگ‌ها و نیز در بسیاری از نوشته‌های حقوقی به نظام «حقوق‌عُرفی» معنا و معرفی می‌گردد، به وجوه مختلفی تعریف گردیده است. «کامن‌لا» مجموعه اصول و قوانین به دست آمده از یک عُرف و رسم عام و بسیار کهنی است که با گذشت زمان با آرای مختلف قضایی تضمین بیشتری یافته و بدون این که به طبقه معینی اختصاص داشته باشد، در سراسر کشور حکم‌فرما می‌گردد.^۱ در تعریفی دیگر گفته شده «کامن‌لا» قسمتی از حقوق است که منبع آن قوانین یا مقررات پدید آمده از قوه قانون‌گذاری نباشد. به گفته گُنت «کامن‌لا» عبارت از: اصول، رسوم و قواعدی است که در مورد حکومت اشخاص و اموال قابل اعمال می‌باشد و نیروی آن بر اعلام صریح قانون گذرا استوار نمی‌باشد.^۲ این تعریف نظیر تعریفی است که از عُرف به عمل آمده و کامل نمی‌باشد جز آنکه طی آن به یکی از جهات ممیزه «کامن‌لا» و «قانون» اشاره شده است. بنا به تعریف دیگر گُنت: قانون اثر اراده قانون‌گذار است و «کامن‌لا» جزء قوانینی که وسیله زمان معمول گردیده، نمی‌باشد. به موجب تعریف دیگر، «کامن‌لا» سبک حقوقی خاصی است که روش آن در حل اختلافات و دعاوی مبتنی بر سنن و اصول و تجارب قضایی می‌باشد که در آراء قضات مندرج گردیده‌اند و نتیجه وضعیت روحی خاصی است که وفق آن،

^۱ - پاشا صالح، علی؛ سرگذشت قانون؛ دانشگاه تهران؛ چاپ نخست؛ ۱۳۴۸ ه.ش؛ ص: ۵۰۹. و نیز سلجوقی، محمود؛ همان؛ ص: ۲۴.

^۲ - سلجوقی، محمود؛ همان؛ ص: ۲۳.

امور در حالت مرکب خود همانطور که در خارج وجود دارند، نه به صورت تجریدی و انتزاعی، مورد سنجش و ارزیابی قرار می‌گیرند. در این سبک ترجیح داده می‌شود که با رعایت احتیاط بر اساس اصول تجربی و بر طبق عدالتی که مقتضی هر مورد خاصی می‌باشد، رفتار گردد. چنین راه‌حلهایی، بنا بر اعتقاد طرفداران آن ناشی از عادت به واقع‌بینی و حل وقایع بنا بر طبیعت و مقتضیات خاص آنها می‌باشد. روشن است که مبنای این آرا به طور مسلم افکاری بوده که در زمان صدور رأی در محیطی که صادر کنندگان آنها می‌زیسته‌اند به حالت عُرفی متداول بوده است که اکنون از آنها با عنوان عُرف‌های بسیار قدیمی و به خاطر نیامدنی یاد می‌شود؛ ونخستین بار توسط هیات قضایی دادگاه‌ها در آرای قضایی منعکس گردیده و به صورت رسمی و مکتوب وارد زندگی عملی مردم شده است. بنابراین، «کامن‌لا» دارای دو ویژگی است؛ بدین گونه که از حیث تاریخی، عُرفی و از نظر سازمانی، قضایی می‌باشد.^۱ بر این بنیان می‌توان گفت عناصر تشکیل دهنده «کامن‌لا» علاوه بر عُرف، وجدان قاضی هم بوده است؛ زیرا، به نظر نمی‌رسد «کامن‌لا» که در اصل چکیده عُرف‌ها و امروزه نتیجه تطبیق این چکیده با احتیاجات عصر جدید است، بدون رعایت اصولی که قبلاً به وسیله قاضی تأیید شده، قابل تصور باشد.^۲ چنان که بررسی مجموعه آرای قدیم در کشوری مثل انگلستان که دارای نظام حقوق «کامن‌لا» است، نشان می‌دهد که قاضی تنها به بررسی لیست دقیق عُرف‌های موجود نمی‌پردازد، بلکه آن دسته از عُرف‌هایی را در نظر می‌گیرد که مورد قبول اکثریت مردم قرار گرفته و برای او نیز عقلایی باشد.^۳

ما حاصل کلام این که، «کامن‌لا» بر سه اصل استوار است که عبارتند: ۱- احترام به سوابق قضایی؛ ۲- استعانت از هیئت منصفه به منظور بررسی جهات علمی و عینی واقعه؛ ۳- برتر شناختن حقوق نسبت به همه سازمان‌های اجتماعی و الزام همه اشخاص حقیقی یا حقوقی اعم از حقوق خصوصی و عمومی به متابعت از آن. بنابراین، نظام حقوقی «کامن‌لا» منبع اصلی و عمومی حقوق عُرف و عادت متداول بین مردم و رسم‌های کهن فراموش شده‌ای که به وسیله آرای قضایی محاکم حفظ گردیده، می‌باشد. البته نباید تأثیر قضات را در شکل‌گیری آن نادیده گرفت. در این نظام حقوقی، حقوق دارای واضعان معین و مشخصی نبوده بلکه از عُرف‌ها و سنن و رسوم سرچشمه می‌گیرد؛^۴ و فرق آن با قوانین موضوعه در این است که مولود مجالس قانون‌گذاری نیست.^۵

^۱ - همان؛ ص ۲۴ - ۲۵.

^۲ - تنگ، آندره؛ ترجمه: حسین صفایی؛ **حقوق ایالات متحدهی آمریکا**؛ دانشگاه تهران؛ چاپ چهارم؛ ۱۳۷۴ه.ش؛ ص ۸۸.

^۳ - عرفانی، محمود؛ **حقوق تطبیقی و نظام‌های حقوقی معاصر**؛ ج ۱؛ انتشارات ماجد؛ چاپ چهارم؛ ۱۳۷۳ه.ش؛ ص ۱۴۴.

^۴ - شیلاتی، امیر؛ **همان**؛ ص ۳۶. سلجوقی، محمود؛ **همان**؛ ص ۱۷.

^۵ - پاشا صالح، علی؛ **همان**؛ ص ۵۰۹.

«کامن لا» نظامی است که در سال‌های پس از (۱۰۶۶ م) در انگلستان ایجاد گردید. از آن‌جا که این نظام حقوقی عمیقاً تحت تأثیر تاریخ خود قرار گرفته و تا قرن هجدهم منحصراً تاریخ حقوق انگلستان بوده است؛ لذا باید تاریخ پیدایش آن را در تاریخ حقوق انگلستان جست. چنان‌که دربارهٔ ایجاد «کامن لا» گفته شده: ایجاد «کامن لا» یعنی ایجاد حقوق انگلیسی مشترک برای همهٔ انگلستان.^۳ نظام‌های حقوقی‌ای که تا سال (۱۰۶۶ م) در دادگاه‌های انگلستان اجرامی شد، نظام حقوق عرفی کاملاً محلی بود که توسط «دادگاه‌های بخش» اجرامی گردید؛ یعنی برحسب عرف تصمیم گرفته می‌شد که کدامیک از اصحاب دعوا باید صحت گفته‌های خود را با نوعی از ادله اثبات کند. پس از غلبهٔ «نورمان‌ها» بر این کشور اگر چه هنوز هم دادگاه‌ها بر طبق حقوق عرفی کاملاً محلی رأی می‌دادند؛^۴ اما اندک روندی از سوی دادگاه‌های شاهی پدیدار گردید که زمینه‌ای برای ایجاد یک حقوق مشترک و هماهنگ در انگلستان فراهم آورد. سرانجام در قرن سیزدهم و در نتیجهٔ فعالیت قضاوت دادگاه‌های شاهی «کامن لا»، حقوق مشترک و همگانی انگلستان از مجموع عرف‌های محلی که در ثلث آخر قرن یازدهم در این کشور وجود داشته، ساخته و پرداخته گردید؛^۵ به همین علت از «کامن لا» با عنوان «حقوق عرفی» نام برده می‌شود. بنابراین، باید قرن سیزدهم را دورهٔ تشکیل «کامن لا» دانست.^۶ این نظام حقوقی که مبنای آن حقوق دربار پادشاهان انگلستان و به وجود آمده از ترکیب عرف‌های مختلف حاکم بر روابط خصوصی بوده است،^۷ از قرن سیزدهم میلادی به بعد توسعه پیدا کرد و حقوق معمول و قابل اجرا برای مردم انگلستان گردید؛ و توانست برای تمام دعاوی مطروحه راه حل قابل اجرا ارائه نماید.^۸ «کامن لا» علاوه بر حقوق انگلستان که منشأ آن بوده است، انواع حقوق همهٔ کشورهای انگلیسی زبان را با پاره‌ای استثنائات در برمی‌گیرد. در خارج از کشورهای انگلیسی زبان نفوذ «کامن لا» در اغلب و شاید در همهٔ کشورهای که از نظر سیاسی به انگلستان وابسته بوده و یا همچنان وابسته‌اند، قابل ملاحظه است؛ زیرا، از یک سو سازمان اداری و

^۱ - عرفانی، محمود؛ همان؛ ص ۳۰۸.

^۲ - همان، ص ۳۰۴.

^۳ - همان، ص ۳۱۱.

^۴ - داوید، رنه؛ ترجمه: حسین صفایی، محمد آشوری، عزت‌الله عراقی؛ **نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر**؛ مرکز نشر دانشگاهی؛ چاپ دوم؛ ۱۳۶۹ ه.ش؛ ص: ۳۱۱.

^۵ - عرفانی، محمود؛ همان؛ ج ۱؛ ص ۳۰۸. و نیز: تنگ، آندره؛ ترجمه: حسین صفایی؛ همان؛ ص: ۸۱.

^۶ - داوید، رنه؛ ترجمه: حسین صفایی، محمد آشوری، عزت‌الله عراقی؛ همان؛ ص: ۳۲۶.

^۷ - عرفانی، محمود؛ همان؛ ج ۱؛ ص ۱۴۱. و نیز: تنگ، آندره؛ ترجمه: حسین صفایی؛ همان؛ ص: ۸۱.

^۸ - عرفانی، محمود؛ همان؛ ج ۱؛ ص: ۱۴۳.