

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



دانشگاه اصفهان
دانشکده علوم اداری و اقتصاد
گروه حقوق

پایان نامه کارشناسی ارشد رشته حقوق کیفری و جرم شناسی

عرف چون مبنای حقوق کیفری

استادان راهنما:

دکتر مرتضی طبیبی

دکتر حسن عالی پور

استاد مشاور:

دکتر مهدی شهابی

پژوهشگر:

داود صفیان بلداجی

اسفند ماه ۱۳۹۰

کلیه حقوق مادی مترتب بر نتایج مطالعات، ابتکارات و نوآوری‌های ناشی از تحقیق موضوع این پایان نامه متعلق به دانشگاه اصفهان است.



دانشگاه اصفهان

دانشکده علوم اداری و اقتصاد

گروه حقوق

پایان نامه کارشناسی ارشد رشته حقوق جزا و جرم شناسی

آقای داود صفیان بلداجی

تحت عنوان

عرف چون مبنای حقوق کیفری

در تاریخ ۱۳۹۰/۱۲/۱۶ توسط هیأت داوران زیر بررسی و با درجه عالی به تصویب نهایی رسید.

- | | | | |
|-------|--------------------------|-----------------------|---------------------------------|
| امضاء | با مرتبه‌ی علمی استادیار | دکتر مرتضی طبیبی | ۱- استاد راهنمای اول پایان نامه |
| امضاء | با مرتبه‌ی علمی استادیار | دکتر حسن عالیپور | ۲- استاد راهنمای دوم پایان نامه |
| امضاء | با مرتبه‌ی علمی استادیار | دکتر مهدی شهابی | ۳- استاد مشاور پایان نامه |
| امضاء | با مرتبه‌ی علمی استادیار | دکتر حسن پور بافرانی | ۴- استاد داور داخل گروه |
| امضاء | با مرتبه‌ی علمی استادیار | دکتر علیرضا شادمان فر | ۵- استاد داور خارج از گروه |

امضای مدیر گروه

پیشکش بہ او کہ فرنام بہ نخستین نانامی، مستی است۔

چکیده

عرف به مثابه مبنای حقوق کیفری رویکردی واقع بینانه و جامعه شناختی به حقوق کیفری است که با مولفه‌هایی چون واقعیت‌های اجتماعی، وجدان جمعی، دگرگونی‌های اجتماعی، نیازهای زمان و مکان، آهنگ آن دارد تا نه با انزوا و کنارگذاری اصول دین مبین بلکه در جهت پاسداری از آن‌ها و حفظ نظام اسلامی، احکام و نهادهای کیفری اسلام را به روز و کارآمد نماید. هرچند شاید به نظر برسد که تنها داعیه داران رویکرد اجتماعی به حقوق اندیشمندان باختر زمین هستند، اما در فقه اسلامی نیز می‌توان نهادها و مکانیسم‌هایی را یافت که زمینه فرایند اجتماعی شدن حقوق کیفری را فراهم نموده‌اند. انگاره مقتضیات زمان و مکان، وجود قوانین ثابت و متغیر، تقدم اهم بر مهم به هنگام تراحم مصلحتها، انگاره تفسیر اجتماعی نصوص نهادهایی در فقه اسلامی هستند که در این تحقیق به آن‌ها اشاره رفته است. بازتاب اندیشه‌های اجتماعی را در قوانین کیفری به ویژه جرم انگاری‌هایی که در حوزه حقوق کارصورت پذیرفته می‌توان دید. رویکرد اجتماعی به حقوق کیفری دو اثر بسزا را در پی خواهد داشت؛ یکم: عرفی شدن حقوق کیفری و دوم: نسبت نهادهای حقوق کیفری. در واقع با اثبات این دو، هوده‌های فرعی پژوهش چون، تعطیلی اجرای حدود الهی و جایگزینی آن با مجازات‌های تعزیری، دگرگونی در روش اجرای مجازات‌های حدی و تعزیری، فدرالی شدن قانونگذاری‌های کیفری نمایان می‌شود.

واژگان کلیدی: عرف، رویکرد اجتماعی، مینا، حقوق کیفری، جرم انگاری، جرم زدایی

فهرست مطالب

عنوان	صفحه
درآمد.....	ح
یکم : شرح و بیان مساله پژوهشی.....	خ
دوم : اهمیت پژوهش.....	س
سوم : پیشینه پژوهش.....	ش
چهارم : پرسش‌ها و آنگاره‌ها.....	ص
پنجم : اهداف و کاربرد پژوهش.....	ض
بخش یکم: مفهوم سنجی عرف مبنا.....	۱
۱-۱- مفهوم مبنا و منبع.....	۴
۱-۱-۱- مبنا.....	۵
۱-۱-۲- منبع.....	۷
۲-۱- مفهوم قاعده حقوقی.....	۹
۱-۲-۱- ویژگی‌های قاعده حقوقی.....	۹
۱-۱-۲-۱- الزامی بودن.....	۹
۲-۱-۲-۱- داشتن ضمانت اجرا.....	۱۰
۳-۱-۲-۱- کلی بودن قاعده ی حقوقی.....	۱۲
۴-۱-۲-۱- اجتماعی بودن.....	۱۳
۲-۲-۱- قاعده حقوقی وسایر قواعد اجتماعی.....	۱۳
۱-۲-۲-۱- حقوق و اخلاق.....	۱۳
۲-۲-۲-۱- حقوق و مذهب.....	۱۴
۳-۲-۱- حقوق کیفری و قاعده حقوقی.....	۱۵
۱-۳-۲-۱- حقوق جزا و قواعد حقوق اساسی.....	۱۶
۲-۳-۲-۱- حقوق جزا و قواعد حقوق مدنی.....	۱۷
۳-۳-۲-۱- حقوق جزا و قواعد حقوق اداری.....	۱۹
۴-۳-۲-۱- کارکرد حقوق جزا در رویارویی با قواعد حقوقی.....	۲۲
۳-۱- موضوع اعلان‌های کیفری.....	۲۴
۱-۳-۱- مجرم و مجازات.....	۲۵
۲-۳-۱- جرم.....	۲۶

عنوان	صفحه
۱-۲-۳-۱- ماهیت جرم.....	۲۷
۱-۱-۲-۳-۱- معنای لغوی و معنای اصطلاحی.....	۲۷
۲-۱-۲-۳-۱- سنجش جرم با عناوین مشابه.....	۲۹
۲-۲-۳-۱- واقعیت جرم.....	۳۰
۱-۲-۲-۳-۱- واقعیت وجودی جرم.....	۳۱
۲-۲-۲-۳-۱- واقعیت عینی جرم.....	۳۳
۳-۲-۲-۳-۱- واقعیت اعتباری جرم.....	۳۳
۴-۱- مفهوم عرف.....	۳۴
۱-۴-۱- عرف در لغت و اصطلاح.....	۳۵
۱-۱-۴-۱- در لغت.....	۳۵
۲-۱-۴-۱- عرف در اصطلاح.....	۳۶
۱-۲-۱-۴-۱- عرف از دیدگاه فقه.....	۳۶
۲-۲-۱-۴-۱- عرف از دیدگاه حقوق.....	۳۸
۳-۲-۱-۴-۱- عرف از دیدگاه جامعه شناسی.....	۴۰
۲-۴-۱- ویژگی عرف.....	۴۱
۳-۴-۱- سنجش عرف و رسم و عادت.....	۴۴
۵-۱- اندیشه‌های حقوقی وامکان سنجی عرف مبنا و منبع.....	۴۸
۶-۱- درون مایه عرفی اعلان‌های کیفری.....	۵۴
بخش دوم: جایگاه سنجی عرف مبنا در مبانی حقوق	
۱-۲- دوران پیش از نوگرایی حقوقی «دوران حقوق سنتی».....	۶۱
۱-۱-۲- مبنا در نظام حقوقی اسلام.....	۶۱
۲-۱-۲- دوران باستان.....	۶۳
۳-۱-۲- سده‌های میانه و عصر رنسانس.....	۶۶
۱-۳-۱-۲- سده‌های میانی (عصر تاریکی).....	۶۹
۱-۱-۳-۱-۲- ساختار باهمادی (اجتماعی) سده‌های میانه.....	۶۹
۲-۱-۳-۱-۲- ساختار سیاسی.....	۶۹
۳-۱-۳-۱-۲- ساختار حقوقی - قضایی.....	۷۵
۲-۳-۱-۲- عصر نوزایی (رنسانس).....	۷۷

عنوان	صفحه
۲-۱-۳- وجود قوانین ثابت و متغیر.....	۱۳۳
۱-۲-۱-۳- مفهوم ثبات و تغییر.....	۱۳۴
۲-۲-۱-۳- معیار و عوامل تغییر پذیری احکام.....	۱۳۶
۱-۲-۲-۱-۳- تغییر موضوعات احکام.....	۱۳۶
۲-۲-۲-۱-۳- تأثیر احکام حکومتی در دگرگونی‌ها.....	۱۳۸
۳-۲-۲-۱-۳- تغییر ارزشها.....	۱۴۱
۴-۲-۲-۱-۳- عرفی بودن موضوع حکم.....	۱۴۱
۳-۱-۳- تقدم اهم بر مهم به هنگام تراحم مصلحتها.....	۱۴۲
۱-۳-۱-۳- تراحم مصالح در هنگام جعل و اجرای قواعد و احکام.....	۱۴۳
۲-۳-۱-۳- تراحم مصالح در هنگام عروض یکی از عناوین ثانوی.....	۱۴۴
۴-۱-۳- انگاره تفسیر اجتماعی نصوص.....	۱۴۶
۲-۳- موقعیت و زمینه‌های حقوقی.....	۱۵۰
۱-۲-۳- دکترین اجتماعی - حقوقی.....	۱۵۰
۲-۲-۳- تأثیر ملاحظه‌های سیاسی و اجتماعی بر جرم انگاری.....	۱۵۱
۳-۲-۳- شرایط تاریخی اجتماعی و سیاسی تدوین قوانین کیفری در ایران.....	۱۵۳
۴-۲-۳- حقوق کیفری کار.....	۱۵۶
۱-۴-۲-۳- حقوق کار در ایران.....	۱۵۷
۲-۴-۲-۳- اندیشه‌های حقوقی و قوانین کار ایران.....	۱۵۸
۳-۴-۲-۳- بایستگی (ضرورت) حقوق کیفری کار.....	۱۶۴
بخش چهارم: آثار رویکرد عرف مبنا.....	
۱-۴- نسبت مفاهیم حقوق کیفری.....	۱۶۷
۱-۱-۴- عرف و موجبات نسبت.....	۱۷۱
۱-۱-۱-۴- نسبت در هنگام توافق عرف و قوانین کیفری.....	۱۷۲
۱-۱-۱-۴- مرحله احراز و اثبات جرم.....	۱۷۲
۲-۱-۱-۴- دوم: مرحله توزیع و تعیین مجازات.....	۱۷۵
۲-۱-۱-۴- نسبت در هنگام تعارض و مخالفت عرف با قوانین کیفری.....	۱۷۶
۲-۴- عرفی شدن نهادهای کیفری.....	۱۸۱
۱-۲-۴- دلایل عرفی شدن حقوق کیفری.....	۱۸۴

صفحه	عنوان
۱۸۴	۱-۱-۲-۴- تعطیلی حدود الهی.....
۱۸۵	۲-۱-۲-۴- رویکرد عقلگرایی در فقه.....
۱۸۶	۳-۱-۲-۴- اجتهاد و ثابت و تغییر در دین.....
۱۸۸	۲-۲-۴- مایه‌ها و زمینه‌های اجتماعی عرفی شدن مجازات‌ها.....
۱۹۳	۳-۲-۴- رویکردهای نوین در مجازات‌ها.....
۱۹۵	رهاوردهای فرجامین پژوهش.....
۲۰۶	منابع و مأخذ.....

درآمد

در رشته‌هایی که موضوع آن‌ها در زمره دانش‌های تجربی است، چشم داشت این نیست، که بدون طرح تحقیق وارد جستار شوند. چه این که طرح تحقیق از بنیاد و بالذات ریشه در دانش‌های تجربی دارد. به ویژه آن که طرح پرسش و سپس انگاره سازی (فرضیه سازی) در این دانش‌ها معنای راستین می‌یابد. در رشته‌هایی که نگارنده آن‌ها را شبه دانش می‌نامد، ارائه طرح تحقیق خالی از سود و هوده نیست. چه در این رشته‌ها نیز در محیط‌هایی شبیه به آزمایشگاه می‌توان علت و مایه‌های امور را به تجربه نشست. کمینه این که می‌توان در آن‌ها از روابط معنادار صحبت و گفتگو نمود. از این رشته‌ها می‌توان به جامعه‌شناسی و طفل سرگشته و گمشده آن جرم‌شناسی و نیز روانشناسی، جغرافیای توریستی... اشاره نمود.

در حقوق به ویژه از گونه کیفری، که شاید حتی نتوان از آن با نام حقوق یاد کرد، چه رسد به دانش حقوق کیفری، در انداختن طرحی جهت پژوهش با درون مایه ی پروپوزالی که توسط دانشگاه ارائه شده است، نادرست می‌نماید. چه با التفات به صورت پروپوزال مربوطه و با اندکی توجه به سرنویس بخش‌های گوناگون آن می‌توان فهمید که حداقل فرم طرح مزبور مربوط به رشته‌های دانش‌های انسانی نیست. به ویژه از بخش‌هایی چون ابزار تجزیه و تحلیل، ابزار گردآوری داده‌ها (پرسشنامه، مصاحبه و ...)، روش و طرح نمونه برداری، جامعه آمار، هزینه‌ها این موضوع نمایان تر است.

چه بایسته و بسزا است که اگر در دانش‌های انسانی نیز نظر به طرح تحقیق به جهت راهنمایی کلی پژوهشگر در انجام دادن پژوهش می‌رود، صورتی از طرح تحقیق ارائه شود که از جهت درون مایه بیشترین هم خوانی را با این دانش‌ها داشته باشد.

در مورد ارائه طرح تحقیق در متن پایان نامه‌های ارشد، در دانشگاه اصفهان سه شیوه رایج است. برخی از رشته‌ها طرح تحقیق یا همان پروپوزال را به عنوان فصل یا بخشی مجزا در عرض سایر بخش‌ها یا فصل‌ها در تنه ی اصلی پژوهش مطرح می‌کنند و بیشتر نیز سرنویس آن را «کلیات» می‌نامند. از این بین می‌توان به رشته حقوق، جغرافی، علوم سیاسی و روابط بین الملل اشاره کرد. گاه برخی از رشته‌ها چون زیست شناسی در پایان نامه هیچ اشاره ای به طرح پژوهش نکرده و با مقدمه ای مستقیم وارد تنه اصلی موضوع می‌شوند. سومین شیوه نیز بدین گونه است که طرح تحقیق را قبل از تنه ی اصلی موضوع و نه به عنوان بخش یا فصلی مجزا، بلکه به آن سرنویس‌های گوناگونی چون درآمد، پیش گفتار و مقدمه... می‌دهند.

در آئین نامه شیوه نگارش پایان نامه، مصوب دانشگاه اصفهان نیز اشاره ای به چگونگی این موضوع نشده است. به هر روی بنا به رعایت مرسوم، طرحی از تحقیق در این مجال با سرنویس «درآمد» ارائه خواهد شد، که منطبق با پروپوزال و طرح پیشنهادی قبل از تصویب موضوع بوده است.

نکته واپس این که طرح پژوهش به طور منطقی و ذاتی جزء تنه اصلی پژوهش نبوده و ما نیز جدای از گفتار اصلی، در طول و پیش از آن مطرح خواهیم نمود.

یکم: شرح و بیان مساله پژوهشی

عرف همانا عادات و رفتارهای منظمی است که در اثر تکرار، مقبولیت عام پیدا کرده و نیز از ویژگی قدمت برخوردار است و از جانب عموم و یا گاهی از جانب قانون ضمانت اجرا پیدا می کند (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۴۷۰). در جوامع ابتدایی و قبل از زمانی که روابط بین آحاد جامعه و حاکمیت و مردم را قانون نوشته تعیین و تنظیم کند، فن حقوق و جود داشته است و روابط افراد در همان سطح ابتدایی خود نظام می یافته و تنظیم می شده است. تا این که دولت - شهرها ایجاد و کم کم خط و کتابت اختراع و همان قواعد عرفی تدوین و متعاقب آن نهادهای قانونگذاری در سایه سلطه قدرت حاکمه به وضع قواعد و نوشتن قوانین اهتمام ورزیدند. هرچند در این زمان نیز نظام‌هایی مثل نظام انگلوساکسون ایجاد شده و قوام یافتند که پایه و شالوده اصلی آن‌ها عرف بوده است (پور مرجان، ۱۳۷۴: ۲). اما از این زمان است که اولین دغدغه‌های جایگاه عرف در حقوق به خصوص حقوق کیفری احساس شد.

در نظام‌هایی که حقوقشان ناشی از قوانین و حقوق نوشته است (مانند ایران) نمی توان تأثیر عرف در حقوق کیفری را نفی کرد و نادیده انگاشت. هرچند با وجود ماده ۲ قانون مجازات اسلامی و اصول ۳۶ و ۱۶۹ قانون اساسی نمی توان پذیرفت که فعل یا ترک فعلی که در عرف دارای قبح اجتماعی بوده و سرزنش پذیر می نماید، قابل کیفر بوده و لذا جرم تلقی گردد؛ اما قاضی و قانونگذار هیچ گاه بی نیاز از مراجعه به عرف نبوده و در بسیاری از موارد اگر از عرف کمک نگیرند نمی توانند در رسیدگی قضایی تصمیمات مناسبی را اتخاذ نمایند یا قانونگذاری مناسبی داشته باشد. زمانی که قانونگذار در امر قانونگذاری عرف و عادات اجتماعی مردم را مد نظر قرار داده و نیروی آرای عمومی را که در واقع ضامن اجرا و رعایت عرف است لحاظ می کند، رویکرد به عرف رویکردی مبنایی است. مبنای منشأ الزام آوری قواعد حقوقی است و همین مبنای عرفی است که حق مالکیت را قابل احترام دانسته و جهت تضمین آن قانونگذار کیفری را وادار به جرم انگاری اعمالی چون کلاهبرداری، سرقت، خیانت در امانت و تخریب و... می کند.

از سویی قانون نوشته به گستردگی و وسعتی نیست که همه جوانب و شقوق زندگی اجتماعی را شامل شده و تعیین تکلیف کند، به ویژه در مسایل مستحدثه قانون کارایی لازم را ندارد. از طرف دیگر با گذر زمان و دگرگونی‌های اجتماعی ما شاهد عرف‌های متفاوتی خواهیم بود، که همیشه همراه و مطابق قانون نبوده و سر سازگاری با آن را ندارند. به عنوان نمونه در دهه ی شصت استفاده از ویدئو جرم بود. لکن عرف اجتماع، کم کم به سمت و سویی حرکت کرد و به مرحله ای رسید که استفاده از ویدئو دارای هیچ گونه قبح اجتماعی نبود و در عمل همه ی افراد جامعه در نهان و خفا مبادرت به استفاده از آن می کردند. البته نهایتاً قانونگذار بر آن شد که از یک جرم متروک جرم زدایی کند. امری که امروزه در مورد استفاده از وسایل و تجهیزات دریافت از ماهواره عینیت و مصداق دارد.

از طرف دیگر به لحاظ مکانی نیز عرف‌های متفاوتی در کشور ساری و جاری است. کماکان که در قرن بیست و یکم هستیم جوامعی پیدا می شوند که کاملاً سنتی بوده و در حل و فصل دعاوی خود به موازات سایر جوامع پیشرفت نکرده و در شیوه حل و فصل دعاوی به طریق سنت و عرف ابتدایی خود عمل کرده و به ایجاد نظم در محدوده و قلمرو اجتماع خود می پردازند. چنین نظامی مبتنی بر یکسری ارزش‌های اخلاقی و مذهبی است که به عنوان موروثه در حقوق مورد التفات و عنایت قرار گرفته است (علی ساکی، ۱۳۷۶: ۳). اعتقاد به این که هیچ چیزی را یارای مقابله با

قانون نیست و کمترین تأثیری در قانون نمی تواند داشته باشد رویکردی امنیت گرا به منظور حفظ قواعد نظام موجود است. اما تعارض عرف و قوانین موضوعه واقعیتی است که نادیده انگاشتن آن باعث شکاف هرچه بیشتر میان شهروندان و دولت و نظام سیاسی می شود به گونه ای که مدام شاهد نقض مقررات وضع شده خواهیم بود. این موضوع در کشور ما نیز بی سابقه نبوده و به کرات اتفاق افتاده و می افتد. چنان که در سال ۱۳۷۲ به دلیل شدت یافتن تقابل و تعارض عرف عشایر عرب خوزستان با مقررات موضوعه رئیس وقت قوه قضائیه را بر آن داشت تا با دادن ابلاغ ویژه به محاکم انقلاب آبادان و اهواز از ایشان خواست در جهت رفع این تعارضات اقدام کنند(همان).

تأثیر عرف در ایجاد، تحول و تغییر و نیز حذف احکام کیفری در گستره گفتارهای مربوط به فلسفه حقوق کیفری است. در فلسفه حقوق هرگاه سخن از امری به عنوان مبنای قواعد و احکام حقوقی است، مقصود این است که آن امر خاستگاه و مایه های الزام آوری قاعده حقوقی است. لذا عرف به عنوان مبنای حقوق کیفری ناظر بر تأثیر و نقش عرف در ایجاد، تغییر و تحول و نیز حذف احکام کیفری خواهد بود.

اما آن چه بایسته و مهم است التفات به این نکته است که مفهوم عرف به عنوان مبنای اعلان های کیفری با آن چه عرف به عنوان منبع قواعد حقوقی از آن یاد می شود در این جستار کاملاً متفاوت خواهد بود. چه این که منبع مکان و محل برداشت قواعد حقوقی است، اما مبنا مایه ها و علل ایجاد قواعد حقوقی است. هر چند ممکن است بتوان به سلسله عللی اشاره کرد که در ایجاد قواعد و اعلان های حقوقی موثر هستند، اما در این جستار وقتی سخن از مبنا در سلسله مراتب طولی مبنای می رود، آن چه مدنظر است، مبنای آغازین و متقدم مبنای است. چه به عنوان مثال گاه ممکن است در توجیه قاعده ای به عقل، وجدان جمعی و عرف به عنوان مبنای قاعده مورد نظر اشاره شود؛ با این توضیح که اگر قاعده ای را از عرف برداشت نمایند و سپس پرسیده شود که عرف چرا و از کجا به این قاعده پایبند شده در پاسخ ممکن است گفته شود که که وجدان جمعی باعث التزام به آن قاعده شده است. سپس ممکن است پرسیده شود که وجدان جمعی از کجا ناشی شده است که در پاسخ گفته می شود وجدان جمعی ناشی از عقل سلیم است. لکن در این سلسله مراتب طولی مبنای که توضیح آن داده شد، نخستین مبنا که «عقل» باشد علت و سبب بنیادین ایجاد قاعده مزبور خواهد بود.

در سیر پیشینه مبنای حقوق سه دوره متفاوت را می توان مشاهده نمود. در دوره اول توجیه امور به اراده الهی و امور ماورایی دیگر(غیر از خرد آدمی) بود. سپس مبنا و علت امور و احکام حقوقی منسوب به خرد انسانی شد که از آن تحت عنوان عقل فطری یاد می کنند. النهایه عقل تجربی پوزیتیویستی به عنوان مبنا مورد التفات قرار گرفت. اما پرسش این است آنگاه که از عرف به عنوان مبنا یاد می شود توجیه احکام و قواعد باید بر بنیاد کدام یک از سه مبنای فوق صورت پذیرد؟ هر چند مفهوم عرف امری مادی و چشمی و غیر انتزاعی نیست، اما دارای مصادیق مادی و عینی می باشد که به بازبارگی و وفور می توان آن را در سطح جامعه دید. از این رو راست می نماید که عرف را در گستره امور و تحلیل های پوزیتیویستی به گفتگو نشست. چه در دانش هایی با گزاره های پوزیتیویستی چون جامعه شناسی عرف یکی از مفاهیمی است که از آن سخن رانده شده و دارای جایگاه ویژه است. ایلریش^۱ حقوقدان اتریشی، سالها پیش گفته است در دوران

^۱. Ulrich

کنونی به مانند همه دوران‌های دیگر نباید مرکز ثقل تحول حقوق را در قانون یا عقاید عالمان حقوق یا رویه قضایی جست. مرکز ثقل تحول حقوق، متن جامعه است (علیزاده، ۱۳۸۷: ۳). آشکارا مشخص است که عرف در جامعه انسانی و در روابط بین انسان‌ها معنا یافته و به کار می‌رود و طبیعی است که درون مایه اصلی گفتارهای پیرامون عرف دارای مایه‌های جامعه‌شناسی باشد. از این رو جستار حاضر نیز دارای محتوا و درون مایه جامعه‌شناختی خواهد بود.

گفتمان ارتباط متقابل تغییر حقوقی - تغییر اجتماعی، یکی از بحث‌های مهم و بنیادین فلسفه حقوق در مغرب‌زمین به شمار می‌رود (vago, 1996: 24). پرنمایان است که دگرگونی‌های اجتماعی، علمی، فنی و صنعتی دو سده واپسین بی سابقه بوده و با سده‌های پیش از آن قابل سنجش نیست. توانایی‌های گوناگون بشر ابزارهای مادی و معنوی را در اختیار او نهاده تا وارد زندگی نوین شود. نوآوری‌ها در عرصه حقوق و اقتصاد چون گونه‌های معاملات بانکی اسناد تجاری، شیوه‌های معاملات تجاری، تخصصی شدن دادگاه‌ها، مرور زمان، ثبت اسناد، تلقیح مصنوعی، تغییر جنسیت، گسترش علوم جنایی، جرم‌شناسی، جامعه‌شناسی کیفری، کیفرشناسی، مسائل مربوط به بزه و علل پیدایش آنها و تبیین نقش ضمانت اجرای کیفری به چالش کشیده شدن مجازات‌هایی چون اعدام، سنگسار، قصاص منجر به این باور شده است که همه شئون زندگی آدمی از جمله حقوق و نظام حقوقی تحول و دگرگونی یافته و با این دگرگونی‌های شگرف، هم سنگ و هماهنگ شود.

پرسشی که ذهن اندیشمندان را به خود مشغول داشته است و پاسخ‌های گوناگونی را نیز در پی داشته، این است که ارتباط میان جامعه و نهادهای حقوقی یک جامعه چیست؟ این پرسش در ایران به ویژه با جنبش مشروطه و تحولات سیاسی اجتماعی آن دوره جدی تر به خود گرفته است.

اگر باهماد (جامعه)، مایه‌ی حقوق است و این جامعه از جهات سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و مذهبی دگرگون شود و حقوق ثابت بماند، حقوق به قطع دچار نوعی پس افتادگی و خمودی می‌شود. هر چند حقوق کنونی به دلایل فرهنگی و ضرورت‌های اجتماعی به اندازه‌ای از سکون و ثبات نیاز دارد، لیکن این امر نایستی منجر به خمودی و عدم پیش رفت و تحول آن باشد. آدمی و زندگی با همادی او با ویژگی‌های ویژه و منابع و امکانات محدود و معین، به اجبار و الزام، نتیجه‌ای جز گردهمایی و زندگی دسته جمعه را نمی‌تواند، در پی داشته باشد. زندگی باهمادی سامان و نظمی را اجتناب ناپذیر می‌کند که این نظم بیش از آن که نتیجه توافق و قرارداد اجتماعی باشد بر اثر الزام و اجبار است. نظم اجتماعی برآیند ارزش‌ها و هنجارهایی است که در اجتماع نهادینه است.

بر حکومت است که با دریافت اجتماعی مبانی حقوق از طریق جرم و مجازات به عنوان یکی از راهکارهای برقراری نظم اجتماعی به این مهم دست یازد. و در این راستا حکومت به کشف و اعلام هنجارها و قواعد زندگی اجتماعی مبادرت می‌کند و شاید کمتر به ایجاد هنجار یا الگویی اقدام نماید. چه اگر نظم اجتماعی هدف حقوق فرض شود لازمه‌ی این امر آن است که حقوق کیفری بر ارزش‌هایی مستقر شود که توسط افراد اجتماع پذیرفته شده باشد. از این رو «اگر بنا بر ضرورت‌های زندگی اجتماعی لازم باشد که مقرر کیفری ایجاد شود، باید که از صافی اجتماع گذر کند تا بتواند جایگاهی در اخلاق/ اجتماعی بیابد» (رهامی و نظری نژاد، ۱۳۸۳: ۵).

پس دوام قوانین موضوعه به ویژه از گونه‌ی کیفری آن و نیز احترام و عمل به این قوانین در گرو این امر خواهد بود که این قوانین با مبانی عرفی آن یعنی انتظارات عمومی، سنتها، عقاید مذهبی، ضوابط فرهنگی، آداب، رسوم و سایر

عوامل اجتماعی و مقتضیات زمان هماهنگی و سازش داشته باشد. هرچند باور بر این است که تا حدودی قوانین جدید می تواند بر عقاید و انتظارات عمومی تاثیر بگذارد، لیکن «امکان تحقق این امر و دامنه آن محدود است و حتی در مواردی که مردم تحت تاثیر قوانین تازه، انتظارات جدیدی پیدا می کنند باید که از پیش زمینه روانی آنها برای این امر آماده شده باشد و گرنه قوانین موضوعه جدید محکوم به فنا و عدم اعتناء مردم خواهند بود» (صانعی، ۲۵۳۵: ۷۵).

در سده های پیشین مبنای جرم انگاری «ارزشهای مشترک»^۱ بوده اما واقعیت های اجتماعی زندگی با اجتماعات انسانی امروز مبین بایسته ها و مصلحت هایی است که مبنای جرم انگاری را از ارزشهای مشترک به مفهومی به نام «ضرر»^۲ انتقال داده است. بر همین اساس از بسیاری اعمال برضد اخلاق و عفت عمومی جرم زدایی شد. چنان که در بیشتر کشورهای باختر زمین از جمله انگلیس، آلمان و... این اتفاق افتاد. اما اگر همین اعمال با عنف و به اجبار و با خشونت باشد کماکان جرم تلقی می شوند. اما ترجیح جرم انگاری دیگر ارزش مشترک نیست. بلکه این اعمال جرم هستند چون ضرر جسمی و روحی برمجنی علیه وارد کرده اند (رهامی، نظری نژاد، ۱۳۸۳: ۱۶).^۳

نکته بایسته این که جرم انگاری با هر مبنایی که صورت پذیرد باید که چند پیش شرط را در نظر داشت و سپس اقدام به جرم انگاری کرد:

یکم، آثار و نتایج جرم انگاری نباید بدتر و زیانبارتر از عدم جرم انگاری باشد.

دوم: قانون کیفری نباید به گونه ای واضح مخالف انتظارات و عقاید عمومی و عرف مردم باشد.

سوم: توسل به ابزارها و ضمانت اجرای کیفری آخرین راه حل باشد (Ashworth, 1999: 27-28) چه استفاده کمتر از مجازات به معنای دست شستن از راه حل ها و تدابیر موازی در مبارزه با انحرافات اجتماعی نیست بلکه استفاده محدود از کیفر به منظور کارآیی آن در مواردی مورد استفاده است (گسن، ۱۳۷۱: ۲۹۱ و ۲۹۲).

قانونی که برآمده از اجتماع نباشد نقشی در تنظیم مناسبات اجتماعی نداشته و اگر سامانی هم از چنین قانونی هوده (نتیجه) شود نظمی است که احساس ترس و درد، است نه نظمی که ناشی از احساس تعهد باشد (چلبی، ۱۳۸۴: ۷۷). چنین سامانی نه عمیق است و نه می تواند ساختارهای حقوقی را دگرگون سازد. هرچند اگر قانونگذار کیفری در حکومتی باشد که از مشروعیت و مقبولیت در اجتماع برخوردار باشد مصوبات کیفری آن به راحتی مورد قبول قرار می گیرد و حتی به اصل اجتماعی نیز تبدیل می شود. در واقع حقوق کیفری مایه همبستگی عمومی شده و از اخلاق اجتماعی دفاع خواهد کرد. چه گفته شده اگر لازم باشد اعمال با شرایط و تحولات زندگی اجتماعی توسط حقوق کیفری مجازات شوند باید اعمال مزبور تحت عنوان ارزش ها و اخلاقیات جامعه قلمداد گردد (رهامی، نظری نژاد، ۱۳۸۳: ۲۹). اخلاقی شدن موضوعات نیز چندان مشکل نیست، اگر در فضای آزادی و در بستر گفتگو آثار ارتکاب جرم مورد نقد و گفتگو قرار گیرد و همگان به زیانبار بودن این اعمال صحنه نگذارند. چنین گفتگویی زمینه نهادینه شدن این اعمال در

^۱. Common values

^۲. harm

^۳. لیک این بدان معنی نیست که التفات به واقعیت های اجتماعی در وضع قوانین حقوقی کیفری همچون مثال های فوق موجب گسترش قلمرو آزادی های فردی شده است چه برحسب بایسته های زندگی اجتماعی امروز پاره ای از اعمال در گستره آزادی های فردی تحدید شده است چنان که اعتیاد، بستن کمر بند و کلاه ایمنی در حین رانندگی جرم تلقی می شود.

وجدان عمومی را فراهم ساخته و آنها را جزء اخلاق اجتماعی خواهد ساخت. به عبارت بهتر برای نیل به این هدف باید که این اعمال را از صافی اصل اجتماعی و پذیرش عمومی عبور داد.

به عنوان نمونه در جرائم زیست محیطی بر وارون کشورما، در غرب وجود گروه‌های طرفدار محیط زیست و وجود گفت‌وود در میان اقشار مردم و گروه‌های اجتماعی برای حفظ محیط زیست، بر تضمین کیفری هنجارهای زیست محیطی تأکید می‌شود. در کشور ما حیات مباحات از اسباب تملک شناخته شده که منطبق با قوانین فقهی است و به خاطر عدم وجود گروه‌های فشار طرفدار محیط زیست در این حوزه کمتر شاهد اخلاق اجتماعی هستیم. بنابراین حتی با تضمین کیفری آنها تازمانی که جز اخلاق اجتماعی شود اثری مترتب نخواهد بود.

نکته بسزا و بایسته این که موقعیت و موضع قانونگذار کیفری اسلامی در برخورد با واقعیت‌های اجتماعی و خواست و اراده اجتماع چیست؟ آیا با التفات به این که حقوق کیفری کشور ما دقیقاً منطبق با موازین فقهی و در بسیاری از موضوعات کپی برداری از متون فقهی است، می‌توان زمینه‌هایی را در فقه جست که بتوان از دریچه آن با نگاهی بر اندیشه‌های اجتماعی و جامعه‌شناختی اقدام به بنیاد و ایجاد مقررات کیفری نمود؟

پس از پیروزی انقلاب اسلامی ایران در راستای اسلامی کردن قوانین جزایی کوششهایی به عمل آمد و قوانین سابق در بسیاری موارد نسخ شد. لیکن به نظرمی رسد در قوانین جدید نیز کاستی‌ها یا ناشی از نگرش ویژه تصویب کنندگان این قوانین است یا کارسازی شده از عدم تجربه قانونگذاری و اجرایی در بخش جزایی (دهقان، ۱۳۷۷: ۶۹). اما «حقوق اسلام دارای جوهری پویا و مکانیسم مدرنی است که هماهنگی آن با تحولات زندگی اجتماعی را تضمین می‌کند. قابل انعطاف قوانین اسلام و امکان انطباق آن با شرایط زمانی و مکانی هر دوره سبب می‌شود که حقوق اسلامی همواره در قالب‌های تراز زمان ارائه شود و بدون آن که اصول و مبانی آن مخدوش گردد قوانین آن دربرآوردن نیازهای جوامع مختلف بشری در طول اعصار توانایی لازم را داشته باشد» (طباطبایی، ۱۳۸۲: ۶۳).

روشن است که درون مایه بنیادی و اساسی حقوق ما ریشه در ساحت آموزه‌های دینی دارد. در انداختن هر طرحی بدون التفات به زمینه‌ها و ریشه‌های اعتقادی عموم ملت چونان جامه ای ناسازگار با تن نظام حقوقی، صورتی عاریتی و ناشایست خواهد داشت. پس باید در این جستار زمینه‌های فقهی موضوع پژوهش را نیز بررسی نمود که هم به لحاظ تاریخی و هم ارزش و اعتقادی و نیز از دید حقوق موضوعه ریشه‌های معتبر میراثی است که اکنون در دست ماست.

از این میان گفتمان اجرای مجازات‌های حدی نیز بحثی درخور التفات دارند. این گفتمان از دو رویکرد قابل بررسی است یکم: اجرا یا عدم اجرای تا ثبات و مجازات‌های حدی در زمان غیبت و دوم در صورت اجرا. آیا در نوع مجازات و شیوه اجرا می‌توان تصرفاتی نمود و از نوع و شیوه عدول نموده و آن‌ها را به روزتر و کارآمدتر باشد.

این واقعیتی انکار ناپذیر است که تا کنون اندیشه و تفکر اجتماعی - حقوقی در این سامان بالیدن نگرفته و واقع‌گرایی رشد نکرده و نتوانسته است با آرمان‌گرایی هم‌وردی کرده موازنه کند یا به جای آن بنشیند. به گرانمایی میراث خود واقف، آن را دست کم نمی‌گیریم، اما در جهت اعتلای نظام حقوقی به بررسی زمینه‌ها و پتانسیل جامعه‌شناختی موجود در فقه و اندیشه‌های وامدارن فقه اسلامی در حد توانایی ناچیز نگارنده برخی از واقعیت‌های حقوق کیفری را به قربانگاه انتقاد کشانیده تا از این رهگذر اندیشه‌های خالی از جمود و آزاد منش را تلنگری زده، افق‌های جامعه‌شناختی

حقوقی کم سو فعلی را نشان داده تا ایشان به مدد همت و تلاش و آزاداندیشی گستره آن را گسترانیده و افقی باز را در پیش دیدگان اهل فقه و حقوق رقم زنند.

در این مجال به دو نکته نیز اشاره کنیم که:

یکم: در درازای این پژوهش هرگاه از واژه عرف استفاده شده مقصود اولاً عرف مبنا است نه عرف منبع و ثانیاً با التفات به مفهومی است که از عرف مبنا در بخش یکم از آن ارائه خواهد شد. دوم: رویکرد تحقیق حاضر، ناظر به حقوق کیفری ماهوی خواهد بود.

دوم: اهمیت پژوهش

جرم پدیده ای است چند بعدی که به درازای پیشینه بشر دارای قدمت است و همواره گریبانگیر انسان‌ها بوده است. اندیشمندان و نخبگان دانش‌های انسانی نیز در پی شناخت آن بوده اند. در حقوق جزای عمومی جرم را برابر با ماده ۲ قانون مجازات اسلامی دانسته و گفته اند که جرم عبارت از فعل یا ترک فعلی است که در قانون برای آن مجازات یا اقدام تامینی پیش بینی شده باشد و سپس با بررسی سه رکن مادی، معنوی و قانونی درباره آن توصیف شده است. گاه ممکن است با افق دید بازتر و بیشتری به ساختمان و نمای حقوق کیفری نگاه کرده تا محل استقرار اجزا و ارتباط و چگونگی آنان با هم و اجزای پیرامون را درک کنیم. و کم کم پرسش‌های بنیادی مطرح می شود که چرا قانونگذار با ابزار کیفری و با چه توجیهی وارد حوزه ی آزادی‌های فردی شده و رفتاری را جرم تلقی کرده است. حکومت با چه مبانی و خاستگاه‌هایی اقدام به جرم انگاری اعمال افراد می نماید. با این نگرش موضوعات کیفری (و از جمله جرم)، با تمسک به مبانی فلسفی و جامعه شناختی فراتر از گستره ماده ۲ قانون مجازات اسلامی تبیین می شود.

حال آیا رویکرد جامعه شناختی - فلسفی با التفات به تک بعدی بودن حقوق کیفری ایران که اشاره به بعد فقهی دارد، جایگاهی خواهد داشت یا خیر؟ چه بسا اگر تطبیق از موارد قانونی و متون فقهی و مبانی شرعی صورت پذیرد، این رویکرد هر چه بیشتر رنگ خواهد باخت.

آیا در حقوق کیفری اسلامی زمینه ای برای تاثیر گذاری سایر خاستگاه‌ها چون عرف، افکار عمومی و ...، غیر از متون فقهی و شرعی وجود دارد؟

بنیاد حقوق کنونی ایران را فقه جزا تشکیل می دهد و این خود راه ورود مبانی و منابع دیگر را در بسیاری موضوعات حقوق کیفری بسته است. که با موقعیت کنونی نمی توان به معرفت و دانش کافی در مورد جرم و بنیادهای جرم انگاری رسید. چه در فقه جزا همواره جرم نقش فرعی و تبعی نسبت به مجازات دارد. همچنان که در بخش بندی قانون مجازات اسلامی این گفته مشخص و مشهود است.

زمانی که در آلمان قانون آزادسازی فحشا و همجنس گرایی به تصویب رسیده بود، پروفیسور یشک مورد خطاب قرار گرفت که ظاهراً این یک اقدام اخلاقی نیست و بسیاری از شهروندان از آن استقبال نکرده اند، چراکه همجنس بازی را به رسمیت شناخته است. ایشان پاسخ قانع کننده ای بیان می کنند و می گویند که: «این بهایی است که جامعه غرب برای آزادی فردی می دهد» (جانکی، درآمدی بر جرم انگاری: ۴۲). می توان در مبانی این سخن خدشه وارد کرد که چرا باید "آزادی‌های فردی" مبنای اصلی در وضع قوانین حقوقی و جرم انگاری باشد؟ اما وقتی با آن پیش فرض و در واقع

ضابطه یعنی آزادی فردی جرم انگاری شد دیگر نمی توان به نتیجه حاصل از آن ضابطه نقد و ایرادی وارد کرد. چرا که این نقد، نقدی روبنایی است درحالی بایسته است که نقد زیربنا و مبنا را هدف قرار دهد. به عنوان مثال در بحث استفاده از ماهواره و آنتن‌های ماهواره ای، بحث و جدل فراوانی در اجتماع و بین حقوقدانان صورت گرفته، و می گیرد. در این مورد و موارد مشابه از حقوقدان و دانشجوی حقوق انتظار نمی رود چون عرف و افراد عوام بگوید دولت اشتباه نموده دخالت کرده و جرم انگاری نموده است. باید با نگاهی باز دید که مقنن تا چه میزان برای آزادی فکر و اندیشه و عقیده عمومی یا همان وجدان جمعی احترام قائل است. آیا عرف، فرهنگ و نیازهای اجتماعی و مقتضیات زمانی و مکانی در نزد قانونگذار دارای جایگاهی است یا خیر؟

در حقوق جزای عمومی گاه رفتار مجرمانه را رفتاری دانسته اند که، قبح اخلاقی داشته باشد. حال آنکه امروزه حقوق از مرزهای اخلاقی فراتر رفته و در حوزه‌هایی چون محیط زیست، فرهنگ، هنر و ... اقدام به وضع قانون و به تبع آن جرم انگاری شده که خاستگاه‌های گوناگونی مایه و دست آویز این کار شده است. از این رو تأثیر پذیری حقوق کیفری از مبانی جامعه شناختی و عرفی که ریشه آن در سایر نظام‌های حقوقی است، محل چالش و بحث خواهد بود خواهد بود. از طرف دیگر جمود و سختی قوانین همواره به عنوان دغدغه ای مطرح بوده و اندیشمندان را بر آن داشته تا با راه حل‌هایی در عین حالی که قوانین را منعطف، بروز و کارآمد می نمایند، با برقراری موازنه از هرج و مرج و دگرگونی‌های افراطی نیز جلوگیری شود. این نکته با التفات به ابتناء حقوق کیفری اسلامی ما بر موازین فقهی و وجود گفتارهایی چون ثابتات و حدود در فقه بیشتر جلوه نموده و نیازمند بررسی است. در این میان التفات به عرف و اقتضائات جامعه امروزی و نیز واکاوی زمینه‌های فقهی التفات به عرف و اجتماع و نیز اراده و وجدان اجتماعی مایه‌های انعطاف و پیشرفت را در فقه و حقوق مبتنی بر موازین اسلامی صورت خواهد داد. تا از این رهگذر جامعه اسلامی به اهداف مورد نظر که همانا عدالت و نظم است را رهنمون گردد.

سوم : پیشینه پژوهش

از مجموعه کتب و مقالات و پایان نامه‌هایی که به رشته تحریر در آمده به غیر از یک مورد که از عرف به عنوان مبنای قاعده حقوقی بحث شده است، بقیه غالباً به عرف از حیث منبع بودن برای حقوق کیفری التفات شده است و یا از مصادیقی بحث شده که در حقوق خصوصی کاربرد دارد. به نظر نگارنده هر گاه صحبت از عرف می شود ناخودآگاه اذهان فی الجمله به سمت عرف در حقوق مدنی و تأثیر آن در قواعد تکمیلی این حوزه از حقوق می رود. به لحاظ سابقه تاکنون اثری در حقوق کیفری که متضمن مباحث مبنایی عرف و تأثیر آن بر حقوق کیفری ایران باشد و نیز اثری که از عرف به عنوان منبع بنیادی [نه ارشادی] یاد کرده باشد چیزی در دسترس نیست و لذا از این جهت موضوع حاضر موضوعی بکر بوده و تحقیقی شایسته را می طلبد.

از میان پایان نامه‌هایی که در خصوص عرف نگارش یافته و می توان رگه‌هایی از عرف به عنوان مبنا و مباحث حقوقی - اجتماعی - فلسفی در آن دید به پایان نامه آقای ساکی (۱۳۷۶) اشاره کرد. وی در پایان نامه کارشناسی ارشد خود تعارض عرف حاکم بر عشایر خوزستان با مقررات کیفری ایران را مورد بحث قرار داده است. این پایان نامه بسیار غنی تر از سایر تألیفاتی است که نگارنده رویت کرده است. هرچند این پایان نامه در خصوص عرف قوم و منطقه

خاصی از کشور است؛ لیکن بنده بیشترین الهام و بهره را از این پایان نامه برده ام. این رساله در سه بخش تهیه و تنظیم گردیده است: بخش نخست به سابقه پیشینی و مفهوم عرف سنتی حاکم در میان عشایر عرب خوزستان به عنوان راه کاروتبیین چگونگی و نحوه اجرای آن و مواردی که قانونگذار ایران با تاسیس نهادهائی علی‌الخصوص خانه‌های انصاف به آنها اجازه داده است که به استناد عرف روستائیان به حل و فصل مسائل کیفری بپردازد بررسی شده است. بعد از آن دکترین جدید لوک هولسمن و دیگر افراد به عنوان نگرش جدید مبنی بر لزوم دخالت عرف توضیح داده شده است. در بخش دوم انواع جرائم موجود در عرف عشایر عرب خوزستان که بعضی از آنها مانند «صیحه» و «نحوه» تنها به آنان اختصاص دارد و میزان و مجازات‌هایی که براساس آئین فصل برای هر کدام از آنها در نظر گرفته می‌شود شرح داده شده است و بالاخره در بخش سوم به بیان موارد این تعارض در زمینه اصول شناخته شده حقوق کیفری و مجازات‌های مندرج در قانون مجازات اسلامی با راه کار فصل و نتیجه‌های مبنی بر این که این تعارض قابل حل و ارائه پیشنهاداتی اختتام می‌یابد.

اندیشه‌های جامعه‌شناسی حقوقی در بین مولفین حقوقی نیز محجور است؛ اما به آثاری می‌توان اشاره کرد. آقای دکتر پرویز صانعی در دو اثر خود با عناوین «حقوق و اجتماع» و «جامعه‌شناسی ارزش‌ها» و آقای دکتر عزت‌الله عراقی که در عرصه حقوق کار که اتفاقاً بیشترین زمینه عرفی و اجتماعی را دارد در کتاب و مقالات متعددی به مباحث عرفی و جامعه‌شناختی در حقوق پرداخته‌اند که الزاماً از رویکرد حقوق کیفری نیست.

چهارم: پرسش‌ها و انگاره‌ها

هرچند نگارنده باور و اعتقادی به روش رایج، در این دانشگاه در خصوص طرح پرسش و سپس الزاماً پاسخ هریک، البته در گستره علوم انسانی ندارد، اما از جهت عرف رایج و رعایت آئین نامه شیوه نگارش پایان نامه به ناچار مبادرت به طرح پرسش و سپس پاسخی برای هریک آن‌ها می‌نماید.

پر واضح است که سرآغاز هر پژوهشی بر بنیاد پرسش یا پرسش‌هایی استوار است و از این حیث ایرادی به طرح تحقیق، شکل و فرمت پروپوزال ارائه شده توسط دانشگاه نیست. اما دادن پاسخ به عنوان فرضیه تحقیق در گستره دانش‌های انسانی کاری بیهوده می‌نماید. فرضیه باید که در محیط آزمایشگاه و یا محیط و شرایطی شبیه به آن مطرح و سپس با تکرار و تجربه بتوان به رابطه و علت امور چه مطلق و یا در حد روابط معنادار رسید. در واقع باید با آزمایش و تکرار در مقام اثبات یا رد فرضیه مزبور برآمد. اما بیشتر دانش‌های انسانی مبرا از چنین ویژگی هستند.

در آغاز هر تحقیقی با یک یا دو پرسش ممکن است کار شروع شود، اما به مرور به تعداد پرسش‌ها و تنوع آن‌ها اضافه می‌شود. همه این پرسش‌ها را می‌توان به دو بخش تقسیم نمود؛ پرسش‌هایی که سمت و سوی پایان نامه را نشان می‌دهند که در بیشتر موارد منطبق با سرنویس(عنوان) هر بخش است که از آن‌ها با عنوان پرسش‌های بنیادی یاد می‌شود. دسته دوم پرسش‌هایی که پیرامون موضوع پایان نامه است و درون مایه پایان نامه را نشان می‌دهد. در این جستار به پرسش‌های بنیادی اکتفا می‌شود.

پرسش یکم: آیا عرف و مولفه‌های آن به عنوان مبنا و خاستگاهی در حقوق مطرح شده است؟