

نقش عرف در اصدار آرای قضایی

مؤلف:

علیرضا مسلمی



www.ketab.ir

سرشناسه: مسلمی، علیرضا، ۱۳۶۱ -

هنوان و نام پدیدآور: نقش حرف در اصدار آرای قضایی / مولف علیرضا مسلمی.

مشخصات نشر: تبریز: انتشارات آیین دادرسی، ۱۳۹۶.

مشخصات ظاهری: ۱۷۱ ص.

شابک: ۹۷۸-۶۰۰-۷۰۳۲-۴۱-۱

وضعیت فهرست نویسی: فیا

یادداشت: کتابنامه.

موضوع: حرف - ایران

موضوع: Customary law - Iran

موضوع: حرف

موضوع: Customary law

موضوع: آرای حقوقی - ایران

موضوع: Judgments - Iran

موضوع: حقوق جزا - ایران

موضوع: Criminal law - Iran

رده بندی کنگ: ۷۱۳۹۶۵۵م / ۳۳۲ KMH

رده بندی ی.ی.: ۵۰۹۵۵/

شماره ثبت: ۶۶۷۷۲۲۲

نقش حرف در اصدار آرای قضایی

مؤلف: علیرضا مسلمی

نوبت چاپ: اول - تابستان ۱۳۹۶

تیراژ: ۵۰۰ جلد

شابک: ۹۷۸-۶۰۰-۷۰۳۲-۴۱-۱

صفحه آرای: انتشارات آیین دادرسی

چاپ و صحافی: آذرآبادگان

طرح روی جلد: ترحم سلمانی



کتابخانه تخصصی حقوق آیین

انتشارات آیین دادرسی

تبریز - فلکه دانشگاه - برج بلور - همکف حیاط - پلاک ۳

کدپستی: ۵۱۶۵۶۹۸۵۶۱ تلفکس: ۳۳۳۴۱۰۱۱ - ۰۴۱

هر شخص حقیقی یا حقوقی که تمام یا قسمتی از این اثر را بدون اجازه ناشر یا مولف به هر طریقی نشر، پخش، تکثیر یا

تجدید چاپ نماید مورد پیگرد قانونی قرار خواهد گرفت.

برای اوسال کتاب به سراسر کشور با شماره تلفن بالا تماس بگیرید.

فهرست مطالب

۱	مقدمه
۱۰	فصل اول: عرف و ارباب آن
۱۱	بخش اول: مفهوم عرف
۱۱	گفتار اول: طرح موضوع
۱۱	گفتار دوم: دیدگاه فقه
۱۴	گفتار سوم: دیدگاه حقوق خصوصی و حقوق جزا
۱۶	گفتار چهارم: عرف در رشته های دیگر حقوق
۱۶	مبحث اول: حقوق عمومی
۱۶	مبحث دوم: حقوق بین الملل
۱۷	گفتار پنجم: عرفان عرف
۱۷	مبحث اول: رکن عرفی
۱۸	مبحث دوم: رکن عرفی
۱۸	گفتار ششم: اقسام عرف
۱۹	مبحث اول: عرف عام و عرف خاص
۱۹	مبحث دوم: عرف محلی، ملی، بین المللی
۲۰	مبحث سوم: عرف لفظی و عرف عملی
۲۰	بند اول: عرف لفظی
۲۱	بند دوم: عرف عملی
۲۲	گفتار هفتم: تمیز عرف از قانون و رویه قضایی
۲۴	گفتار هشتم: رویه موجود در دادگاه ها
۲۸	بخش دوم: رابطه عرف و قانون
۲۸	گفتار اول: بیان مطلب
۲۹	گفتار دوم: حقوق نوشته
۳۲	گفتار سوم: حقوق کامن لا
۳۵	گفتار چهارم: در ایران

فصل دوم: جایگاه عرف در نظام حقوقی ایران

۴۲

بخش اول: رویکردهای مختلف ناظر به عرف

۴۳

گفتار اول: وحدت نظام حقوقی

۴۴

گفتار دوم: نظریه جامعه شناسی

۴۴

بخش دوم: تحدید جریان عرف در آرای قضایی (بنوان منبع حقوقی)

۴۶

گفتار اول: ارجاع مستقیم

۴۶

مبحث اول: حق اختصاصی

۴۶

بند اول: بنی الفاظ قانونی و قراردادی

۴۷

بند دوم: در تفسیر رات

۵۵

مبحث دوم: حقوق کیفری

۶۸

بند اول: بیان مطلب

۶۸

بند دوم: سرقت حدی

۶۹

مبحث اول: حقوق خصوصی

۷۱

بند اول: توصیف اعمال حقوقی و آرای مرتبط

۷۱

بند دوم: توصیف وقایع حقوقی و آرای مرتبط

۷۷

مبحث دوم: حقوق کیفری و آرای مرتبط

۸۴

بند اول: توصیف اعمال بر قاعده کیفری

۸۵

بند دوم: عرف به عنوان منبع مستقل

۸۹

بند سوم: عرف قضایی روشی موثر در تأمین عدالت اجتماعی

۹۳

فصل سوم: تحلیل مصادیق اختصاصی از عرف در آرای قضایی

۹۵

بخش اول: حقوق خصوصی

۹۶

گفتار اول: حق زارعانه در آرای قضایی

۹۶

مبحث اول: نسق زراعی

۹۶

مبحث دوم: قانونی بودن اصل حق

۹۷

۹۹	گفتار دوم: عرف قضایی در حمایت از حقوق زنان در خانواده
۱۰۲	گفتار سوم: نقش عرف در موضوع نسب فرزندان ناشی از روابط نامشروع
۱۰۵	مبحث اول: احکام چهارگانه اسلام
۱۰۶	مبحث دوم: ادله ثبوت عرف
۱۰۸	مبحث سوم: تاثیر عرف در تغییر احکام
۱۰۹	گفتار چهارم: عرف حکمی در اسناد تجاری
۱۱۰	گفتار پنجم: لزوم احترام به عرف در آرای قضایی
۱۱۷	بخش دوم: حقوق کیفری
۱۱۷	گفتار اول: موضوعات مربوط به ارتباط احکام نفقه و تخریب، نتیجه عدم توجه دادگاه به عرف
۱۱۹	گفتار دوم: نقش عرف در موضوع تعدد جرم
۱۲۴	منابع و مآخذ

در جامعه کنونی دادگاه‌ها نقش اساسی در ایجاد نظم و امنیت و عدالت اجتماعی در کشور دارند اغلب مردم در اختلافات فی ما بین به هر نحوی که حاصل شد، باشد به دادگاه‌ها مراجعه و انتظار احقاق حق و اصلاح فی ما بین را از این نهاد دارند لذا اصل یکصد و پنجاه و نهم ق.ا مقرر می‌دارد: «مرجع رسمی تظلمات و شکایات، دادگاه نری است» و اصل یکصد و شصت و ششم طریقه رسیدگی به تظلم خواهان را چنین بیان می‌دارد: «احکام دادگاه‌ها باید مستدل و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که براساس آن حکم صادر شده است». مدونین قانون اساسی با درک محدودیت های قانون و حس عدالت خواهی در اصل یکصد و شصت و هفتم چنین مقرر می‌کنند که: «قاضی موظف است حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بیان سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزده» هکذا برابر قسمت اخیر ماده ۳ قانون آ.د.م «در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشد یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر یا اصول حقوقی که

مغایر با موازین شرعی نباشد حکم قضیه را صادر کند و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین از رسیدگی به دعوا و صدور رأی امتناع ورزد و الا مستنکف از احقاق حق شناخته شده و به مجازات آن محکوم می‌شود. ماده ۳۷۴ قانون آ.د.ک نیز به اصول حقوقی توجه دارد. لذا ملاحظه می‌شود که قاضی دادگاه مکلف به صدور رأی می‌باشد و از طرفی خود قانون احتمال سکوت، نقص و خلا قانونی را در مواردی پیش بینی می‌کند و در این راه قاضی را به منابع معتبر اسلامی و اصول حقوقی رهنمون ساخته است.

در برخی نظام‌های معتبر حقوقی دنیا عرف به عنوان یک منبع معتبر و مستقل و از فرعی شناخته شده است (ویلیام جان، ۱۳۷۸). موضوع این تحقیق نقش این منبع در آرای قضایی در حقوق ایران خواهد بود. چه حقوق ایران حقوقی نوشته شده است و توجه به قانون تا حدی است که تبصره ماده ۳ ق. آ.د.م قاضی مجتهد را از صدور رأی برخلاف قانون حتی در صورتی که به نظر مجتهد قانون خلاف شرع باشد پرهیز نموده و ارجاع پرونده به دادگاه هم عرض را دستور داده است. در تعریف عرف گفته‌اند: "به ضم عین) در لغت به معنی معرفت و شناسایی است و پس از آن، معنی چیزی که در ذهن شناخته شده و مانوس و مقبول خردمندان است" (عنری نگردی، ۱۳۹۲: ۴۴۷) استاد شهید آیت‌الله صدر (ره) عرف عقلا را به سه بخش کده است. ۱- عرف عقلا که ظهور دلیل شرعی را منقح و مشخص می‌کند. ۲- عرف عقلا که موضوع و متعلق حکم شرعی را مشخص می‌کند. ۳- عرف عقلا که خود مستقلاً دلیل بر حکمی می‌شود" (فیض، ۱۳۹۰: ۱۱۴). در ارتباط با رابطه و تعلق عرف و قانون حمل الفاظ قوانین و قرارداد و آرای قضایی بر عرف از بدیهیات است. راجع به مقسم دوم در حوزه حقوق خصوصی داخلی و بین‌المللی مواد قانونی

زیادی به این امر تصریح دارد. ماده ۲۲۵ ق.م بیان می‌دارد «متعارف بودن امری در عرف و عادت بطوری که عقد بدون تصریح هم منصرف آن باشد به منزله ذکر در عقد است». به طور مثال مواد ۳۵۷، ۳۵۶، ۲۲۴ ق.م عرف را تعیین کننده موضوع و متعلق حکم قرار داده است. در حقوق بین الملل خصوصی موارد زیادی در این خصوص وجود دارد. به طور مثال در موافقت نامه بیع بین المللی کالا مواد ۸ و ۹ و ۳۵ و ۷۶ به این امر تصریح دارد. در پاراگراف (۳) (از ماده ۸) فهرست نه محدودی از اوضاع و احوال را که بایستی در جریان تغییر ملحوظ نظر قرار گیرد ارائه می‌دهد این لیست شامل مذاکرات، رویه‌ها، عرف و عادت و اقدامات بسیاری نیز می‌شود (نیکولاس و دیگران، ۱۳۹۱: ۱۵۰) در حقوق جزا نیز تمسک به عرف از موضوعات احکام چه به طور مستقیم (ماده ۵۶۸ ق.م.ا) و چه به دور غیر مستقیم (مسئولیت های مالی غیر قراردادی) بر عهده عرف است. اما مناقشه اصلی در مقسم سوم است جایی که هیچ اصل و ماده قانونی مستقیماً آن را ذکر نکرده است اما مطابق اصل و مواد یاد شده منابع معتبر اسلامی و اصول حقوقی در مواردی سبب محسوب می‌شوند. از نظر فقهی اغلب با عنایت به آیه شریفه «لا حکم الا لله» جایی برای تعیین خرد جمعی در حکم قائل نبودند (اسلامی، ۱۳۸۹) با این اوصاف نفس عرف به صدور رأی قضایی مخصوصاً در مواردی که قاضی ملزم به رجوع به منابع معتبر اسلامی و اصول حقوقی است چه خواهد بود. فرض کنیم در مسأله ای قانون وجود ندارد ولی عرف مستقر است در اینجا قاضی می‌تواند به استناد عرف رأی صادر کند. در خصوص مقسم سوم و در رشته های حقوق عمومی مانند حقوق جزا و جرمین دادرسی کیفری قانون اولویت دارد و عرف اهمیت خود را از دست داده زیرا قواعد جزایی از این جهت که مستقیم تر از سایر قوانین با آزادی سایر اعضای

جامعه تماس می‌یابند، احتیاج مبرم به حدود و ثغور مشخص دارند در این موضوع دادن آزادی به قاضی و تبعیت از عقیده بی‌ثبات عمومی بی‌نهایت خطرناک است. ماده ۲ق.م.ا بیانگر این قاعده است. با این حال در تعیین موضوع و متعلق حکم جزایی زمان و مکان ارزش بسزایی دارد. از طرف دیگر در تعریف و حدود عرف با سایر منابع حقوق ابهام و اختلاط وجود دارد و مخصوصاً تمیز عرف قضایی از رویه قضایی قابل بحث است. سومین ابهامی که وجود دارد طریقه کشف و بکارگیری عرف در دادگاه‌ها و صدور آرای قضایی است. آرای قضایه به عنوان متغیر وابسته و عرف به عنوان متغیر مستقل تحقیق رانشکیل می‌دهند.

نهایت این تحقیق بدنبال پاسخ به این سوالات است که نقش عرف در اصدار آرای قضایی مخصوصاً در موارد و مصادیق خلا قانونی (نقص، اجمال، سکوت قانون) در حقوق ایران با توجه به نیاز جامعه حقوقی چیست؟ برای تمیز عرف از نهادهای دیگر - وقتی مثل قانون و رویه قضایی چه معیاری وجود دارد؟ نقش عرف از نظر ماهیتی در حقوق جزا و حقوق خصوصی در چه حدی است و چگونه می‌تواند تعیین مصادیق را حکم کند؟ کدام تعریف از عرف با توجه به تسریع در تالیف و ساختارهای اجتماعی معاصر می‌تواند راهنمای قاضی در صدور رأی قضایی باشد؟ بنظر می‌رسد:

۱- بین آشنایی قاضی با عرف چه مستقیماً به آن استناد شده، ارتباط مستقیم با صدور آرای صحیح منطبق با قانون و آرای عادلانه وجود دارد.

۲- عرف از جمله منابع معتبر اسلامی و اصول حقوقی است که نه تنها در موارد خلاء قانونی به عنوان منبع حقوقی است بلکه در خیلی موارد بخشی از قانون و رافع ابهام از آن است.

۳- به نظر می‌رسد جنس الزام ناشی از عرف با جنس الزام ناشی از قانون و رویه قضایی متفاوت است.

۴- دخالت عرف در اصدار آرای قضایی با تأسیس نهادهای تأثیر گذار موجب پویایی و توسعه عقدایی حقوقی کشور، باعث پاسخگویی واقعی به نیازهای جامعه حقوقی بوده، از واردات حقوق دیگر کشورها بی نیاز می‌کند.

از اهداف این کتاب باتوجه به اینکه میزان نقش عرف در صدور رأی قضایی و تبیین محدوده آن مورد مناقشه و اختلاف است بنابراین:

۱- تبیین نقش عرف مردم و دادگاه در آرای قضایی و مبنای حکم قرار گرفتن آن در موارد سکوت، خلاء، بونیه یا اجاع قانون هدف اصلی این تحقیق است.

۲- تبیین محدوده عرف در مستندات دادگاه ایران با مطالعه تأثیر عرف در آرای قضایی مورد نظر است.

۳- شناسایی و تمیز عرف با نهادهای دیگر حقوقی - جها به قوانین و مقررات ایران و تعریف عرف مورد نظر است.

۴- شناخت و تأثیر نهادهای ضروری جهت بکارگیری و تحقق نقش عرف، توجهاً به تحولات اجتماعی و خود کفایی در پاسخ گویی به نیازهای حقوقی مورد نظر است.