

نقش عرف به منزله منبع حقوق

علی اسلامی پناه*

استادیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۴/۶ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۶/۱/۳۰)

چکیده

هر نیرویی که منشأ ایجاد قاعده حقوقی باشد، منبع حقوق نامیده می‌شود. در اغلب نظام‌های حقوقی، عرف منشأ ایجاد قاعده حقوقی است. عرف قاعده‌ای عام و دائمی است که به‌طور مستقیم از اراده مردم ناشی می‌شود و دولت در ایجاد آن نقشی ندارد. امروزه جایگاه عرف به‌منزله منبع حقوق در کنار دیگر منابع، محل بحث و گفت‌وگوست. در واقع پرسش این است که آیا جایگاه عرف هم‌عرض، بالاتر یا پایین‌تر از قوانین موضوعه است؟ در برخی نظام‌های حقوقی مانند کشورهای آنگلو ساکسون عرف منبع درجه اول حقوق است و قانون پس از آن قرار می‌گیرد. در کشورهای دارای نظام حقوقی نوشته، عرف منبع درجه دوم است و بعد از قانون قرار می‌گیرد. در نظام حقوقی کشور ما پرسش اساسی این است که آیا عرف منبع حقوق است؟ در صورت مثبت بودن پاسخ، پرسش بعدی این است که جایگاه عرف شبیه به یکی از دو نظام مذکور است یا وضعیت دیگری دارد؟ در این مقاله تلاش شده است که به پرسش‌های مذکور مستنداً پاسخ داده شود.

واژگان کلیدی

عرف، قاعده عرفی، مقدمه علم حقوق، منابع حقوق، نقش عرف در حقوق.

مقدمه

عرف از نظر تاریخی اولین منبع حقوق بوده است. به تدریج عرف‌ها گردآوری شده و بعضاً در قوانین و آرای قضایی مدون شده‌اند. معذک عرف همچنان در کنار نظام قانونی و قضایی به حیات خود ادامه داده است. همین روند حیات عرف موجب طرح این پرسش شده است که آیا عرف همچنان منبع حقوق به‌شمار می‌رود؟ شیوه بحث در دو نظام بزرگ حقوقی در زمینه عرف متفاوت است. در نظام حقوقی رمی ژرمنی که نظام حقوقی ما به آن شباهت زیادی دارد، این مسئله را در کتاب‌های علمی و درسی بررسی کرده‌اند. در کشور ما نیز حقوقدانان در کتاب‌های حقوق مدنی، تجارت و مقدمه علم حقوق به اختصار به این موضوع پرداخته‌اند. در این زمینه تحقیقات مستقل هم انجام گرفته است. در این مقاله تلاش شده است که با ملاحظه قواعد عرفی موجود در شاخه‌های مختلف حقوق موضوعه و نگاه قانونگذار به آنها و با توجه به ماهیت فلسفی این نهاد، «نظریه عمومی عرف در نظام حقوق موضوعه ایران» تبیین شود.

۱. مفهوم عرف^۱

۱.۱. تعریف عرف

در قوانین ما عرف تعریف نشده است. عرف در اصطلاح حقوق قاعده غیرمکتوب، عام و دائمی است که به‌طور مستقیم از اراده مردم ناشی می‌شود و برای اجرا شدن در محاکم باید از طرف حکومت به رسمیت شناخته شود (Mazeaud, 2000: 85). قانون اساسی و شالوده‌ای است که قانونگذار بنیان می‌گذارد، ولی رسوم و عادات، اساسی است که از طرف عموم افراد ملت گذاشته می‌شود (مونتسکیو، ۱۳۹۲، کتاب ۱۹، فصل ۱۴). عرف یا قواعد نانوشته به‌طور معمول طی نسل‌های متمادی، در میان مردم جامعه معینی شکل می‌گیرد و ماندگار می‌شود. پایبندی افراد به سنت پیشینیان، تمایل به تقلید، پرهیز از تجربه ناخوشایند تنها ماندن، گرایش به سازگاری خود با جمع و استفاده از تجربه و حاصل کار دیگران و مهم‌تر از همه ضرورت‌های اجتماعی، از جمله دلایل پیدایش و تحکیم عرف هستند.

۲. ۱. ماهیت عرف

هر گاه شخصی به‌طور مستمر، منظم و بی‌وقفه عملی را تکرار کند، آن رفتار برایش به‌صورت «عادت» درمی‌آید، به‌طوری‌که انجام دادن آن برای وی آسان و ترک آن دشوار می‌شود. این عادت را «عادت فردی» گویند. چنانکه سایر افراد جامعه، همان عمل را پیوسته تکرار کنند،

۱. معادل انگلیسی واژه عرف custom و معادل فرانسوی آن coutume است.

برای همه آنان به صورت یک «عادت عمومی»^۱ درمی آید. وقتی که این عادت در جامعه فراگیر شود، چنان در اذهان عموم مردم رسوخ می کند که همگان خود را به رعایت آن ملزم می دانند و ترک آن را ناپسند می شمارند. در چنین وضعی عادت مرسوم، «عرف» یا «قاعده عرفی» نامیده می شود. برای مثال، انگلیسی ها به رانندگی از سمت چپ خیابان عادت کرده اند، به طوری که این عادت برای آنان عرف و قاعده زندگی شده است. خاستگاه و منشأ پیدایش عرف، رفتار فردی است؛ یعنی قاعده عرفی در نقطه آغاز خود به صورت یک ابتکار و خوی و عادت فردی بوده است، ولی در جریان تکامل خود از حالت فردی خارج می شود و به صورت یک عادت جمعی درمی آید. در این مرحله است که به آن «عرف» گفته می شود؛ یعنی عرف نیز مانند قانون از اراده جمعی ناشی می شود نه از اراده یک فرد (Carbonnier, 1991: 6). بنابراین، اساس عرف محصول تجربه و اراده گروهی از اشخاص است که تشخیص داده اند آن رفتار معین برای حیات اجتماعی آنان ضروری است. به تعبیر برخی اندیشمندان، قانون و عرف فقط از نظر صورت خارجی با هم تفاوت دارد؛ اقتدار هر دو ناشی از وجدان عمومی است (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۱۵۴). عرف، ناخودآگاه همگام با تحولات جامعه متحول می شود، بدون اینکه ماهیتش را از دست بدهد (Carbonnier, 1991: 6). عرف حکایت حیات یک ملت است که پیوسته جریان دارد.

۳.۱. ارکان عرف

رفتارها و گفتارها به تدریج و بر اثر تکرار تبدیل به عادت شده و عادت ها به عرف تبدیل می شوند. رفتاری به عرف تبدیل می شود که دارای دو رکن مادی و معنوی باشد.

۱.۳.۱. رکن مادی^۲

منظور از رکن مادی یا نوعی، تکرار پیوسته یک رفتار توسط همگان است. به تعبیر دیگر، جنبه ظاهری و خارجی عمل را عنصر مادی گویند (دل وکیو، ۱۳۸۰: ۳۰۳). رفتارها با تکرار مداوم به عادت تبدیل می شوند. تکراری که منشأ تشکیل عرف است، باید پایدار و فراگیر باشد، زیرا هنگامی که یک رفتار توسط همه افراد و در همه جای جامعه و پیوسته تکرار شود، از حالت فردی خارج شده و به عرف تبدیل می شود. عرف زمانی محقق می شود که تمام افراد جامعه به طور یکنواخت رفتار معین را تکرار کنند و محترم شمرند و در ظاهر کسی مخالف آن نباشد (Beatson, 2010: 157). رکن مادی کنایه از وسعت قلمرو زمانی و مکانی عرف است.

1. Usage
2. Materiel

۱.۳.۲. رکن معنوی^۱

منظور از رکن معنوی یا ذهنی، احساس الزام‌آوری یک عادت در نزد همه مردم است (Marty, 1972: 114). به تعبیر دیگر، پس از تحقق یک عادت عمومی، اعتقاد همگان به الزام‌آور بودن، آن را به عرف تبدیل می‌کند. صرف تکرار برای تبدیل یک رفتار به عرف کافی نیست. تکرار زمانی منشأ اثر است که با احساس الزام‌آوری توأم باشد. رکن معنوی را نباید جدای از رکن مادی تصور کرد. بلکه هر دو رکن به موازات هم پیش می‌روند. وقتی که تعدادی از افراد جامعه عملی را تکرار می‌کنند، آن عمل برای آنان الزام‌آور محسوب می‌شود. به تدریج و با پیوستن کل افراد جامعه به این طرز فکر هر دو رکن عمل تحقق‌یافته محسوب می‌شود و حقوق از آن حمایت می‌کند. تا زمانی که کل اعضای جامعه عمل را تکرار نکنند، هیچ‌یک از دو رکن کامل نشده است. همین که همه افراد جامعه عمل را تکرار کنند و هیچ‌کس برخلاف آن عمل نکند، فرض بر این است که رکن معنوی عرف نیز محقق شده است.

معیاری که برای تمایز دو رکن عرف گفته شد، معیاری نظری است. ولی در عمل، لحظه تبدیل رکن مادی به رکن معنوی دقیقاً معلوم نیست. از این رو تشخیص لحظه تشکیل عرف عملاً دشوار است. اعتقاد به الزام‌آور بودن امری نفسانی و درونی است و به صورت عینی و خارجی اثبات‌شدنی نیست. اثبات رکن مادی عرف آسان است، ولی اثبات رکن معنوی آن دشوار است، به همین دلیل برخی دادگاه‌ها، به مجرد اثبات رکن مادی یعنی تکرار عمل توسط همه افراد جامعه برای مدتی طولانی، عرف را مسلم می‌دانند و اثبات رکن دیگر یعنی احساس الزام‌آوری را ضروری نمی‌دانند (Beatson, 2010: 158). به تعبیر دیگر، وجود رکن مادی کاشف از تحقق رکن معنوی است. در فقه ما بر رکن معنوی عرف چندان تأکید نشده است. گویا عرف تنها از یک رکن، آن هم رکن مادی، تشکیل شده است. برخی حقوق‌دانان فرانسوی نیز در چگونگی رکن معنوی عرف تردید کرده‌اند (Aubert, 2012: 117).

۲. تقسیمات عرف

۱.۲. تقسیم عرف به عام و خاص

عرف از نظر قلمرو، به عرف عام و عرف خاص تقسیم می‌شود.

۱.۱.۲. عرف عام

اگر قاعده عرفی در میان همه اعضای جامعه و در تمامی مناطق رایج باشد، «عرف عام» نامیده می‌شود. به تعبیر دیگر، عرف وقتی عام است که قلمرو جغرافیایی آن در سطح ملی و مربوط به

کل کشور باشد و همه مردم جامعه آن را پذیرفته باشند (Jestaz, 2005: 98). عرفی که قلمرو آن فراتر از مرزهای یک کشور باشد، «عرف بین‌المللی» نامیده می‌شود.

۲.۱.۲. عرف خاص

قلمرو عرف ممکن است از نظر مکان، افراد و نوع فعالیت محدود باشد. هر گاه قاعده عرفی تنها در مناطق معینی از کشور یا در میان گروه‌های معینی از جامعه رایج باشد، «عرف خاص» نامیده می‌شود. بنابراین عرفی که در میان مردم یک شهر یا یک استان معین یا در میان سردفتران یا ناشران رایج باشد، «عرف خاص» محسوب می‌شود. «رویه‌های قراردادی» مرسوم در میان طرفین یک قرارداد معین به دلیل عدم رواج عمومی، نوعی عرف خاص محسوب می‌شوند. بنابراین، وقتی که در مبادلات تجاری دو نفر سال‌ها به صورت اقساطی معامله می‌کنند، مثلاً فروشنده همیشه ثمن را با شش ماه تأخیر دریافت می‌کرده، اگر در یکی از قراردادها، طرفین درباره نحوه پرداخت ثمن سکوت کنند، رویه معمول میان آن دو به عنوان اراده ضمنی، بر رابطه آنان حاکم می‌شود و برای آنان الزام‌آور است؛ به شرط اینکه طرفین به این رویه به‌طور صریح یا ضمنی پایبند شده باشند.

در حقوق فرانسه از عرف عام به Coutume و از عرف خاص به Usage تعبیر می‌شود (Jestaz, 2005: 98). بنابراین عادت همان عرف خاص است. قانونگذار ما در قوانین مختلف، دو واژه «عرف» و «عادت» را گاه به‌تنهایی و گاه به‌اتفاق به‌کار برده است. برای مثال، ماده ۴۱۷ ق.م. مقرر می‌دارد: «غبن در صورتی فاحش است که عرفاً قابل مسامحه نباشد». در این ماده واژه «عرف» به‌تنهایی به‌کار رفته است. در مواد ۱۳، ۲۲۴، ۲۷۹، ۳۶۹، ۵۴۹ قانون مدنی نیز واژه «عرف» یا «عرفاً» به‌تنهایی به‌کار رفته است. در برخی موارد مانند مواد ۴۸۶، ۵۲۱ و ۵۲۴ قانون مدنی، «عرف بلد» استفاده شده است. در برخی موارد از مشتقات عرف استفاده شده است. مثلاً در مواد ۴۹۰، ۵۰۸، ۵۴۲ و ۱۱۰۷ قانون مدنی واژه «متعارف» به‌کار رفته است. در ماده ۶۷۶ ق.م. واژه «عادت مسلم» به معنای عرف مسلم به‌کار رفته است.

در بسیاری از مواد قانون مدنی واژه عرف و عادت با هم به‌کار رفته است. برخی معتقدند که در این‌گونه موارد منظور مقنن از واژه «عرف و عادت»، این است که نتایج مورد نظر همچنان که می‌تواند از عرف ناشی شود، ممکن است از عادات معمول میان طرفین قرارداد ناشی شود (شهیدی، ۱۳۷۹: ۳۳۲). به‌نظر می‌رسد در این‌گونه موارد، مقصود قانونگذار از عطف عادت به عرف تأکید بر مسلم بودن عرف و جامعیت آن از حیث دارا بودن هر دو رکن مادی و معنوی است؛ یعنی عادت است که به عرف تبدیل شده است. به تعبیر دیگر، منظور از این ترکیب همان عرف است.

اگرچه دو واژه عرف و عادت گاه به جای یکدیگر استفاده می‌شوند، این دو مفهوم همیشه و کاملاً مترادف نیستند. عادت عرف ناقص و در شرف تکوین است، زیرا دارای عنصر مادی و فاقد عنصر معنوی است، اما عرف قاعده تکوین یافته‌ای است که هر دو رکن مادی و معنوی را داراست. در قوانین ما عادت به مرحله‌ای از عرف گفته می‌شود که هنوز کل جامعه آن را نپذیرفته است. هر جا که واژه عادت به تنهایی منشأ اثر دانسته شده است، لزوماً مترادف عرف است.

عادت‌ها و نزاکت‌های رایج در میان مردم، مادام که با احساس الزام‌آوری توأم نباشد، عرف محسوب نمی‌شود. بنابراین، عادات غذا خوردن، لباس پوشیدن، دیدوبازدیدها و تعارفات مرسوم در جامعه که اموری اخلاقی‌اند، از دایره عرف خارج محسوب می‌شوند. به تعبیر دیگر، اموری که پیوسته تکرار می‌شوند، بدون اینکه بتوان آنها را به کسی تحمیل کرد، عرف محسوب نمی‌شوند (دل وکیو، ۱۳۸۰: ۸۱). برای مثال، در جامعه ما دادن پاداش و انعام به خدمه هتل یا رستوران و دادن عیدی به کودکان، جزء قواعد نزاکت و آداب معاشرت است نه عرف (Ghestin, 1977: 489). ولی برخی رسوم مانند بذل مال و هدایا در جشن‌های ازدواج در برخی شهرها چون با انتظار برگرداندن همراه است، از حد یک تعهد اخلاقی خارج شده و عرف محسوب می‌شود و از نظر حقوقی الزام‌آور است. در این مناطق این‌گونه بذل مال عرفاً در حکم قرض است نه هبه. امروزه پاداش پایان سال کارگران حتی اگر در قانون ذکر نشده باشد، عرف شده و الزام‌آور است. داشتن جهیزیه در جامعه فعلی ما عرف محسوب نمی‌شود، بلکه نوعی نزاکت اجتماعی است، به همین سبب است که شوهر قانوناً نمی‌تواند از زن تقاضای جهیزیه کند، و دختر نیز نمی‌تواند والدین را ملزم به خرید جهیزیه کند.

۲.۲. تقسیم عرف به عملی و لفظی

۲.۲.۱. عرف عملی

وقتی که مفاد عرف تکرار یک عمل، اعم از فعل یا ترک فعل، باشد، آن را «عرف عملی» گویند. بنابراین، عرف عملی قاعده حقوقی است که در اثر تکرار یک عمل و پایبندی همگان به آن ایجاد می‌شود. برای مثال، عرف جامعه ما این است که مردم به‌هنگام معامله بهای کالا را فوراً و نقداً می‌پردازند.

۲.۲.۲. عرف لفظی

منظور از عرف لفظی، این است که مردم در یک جامعه معین لفظی را در معنایی غیر از معنای لغوی آن به کار برند. هر گاه لفظ به‌طور مطلق و بدون قرینه در کلام استعمال شود، و معنای عرفی آن به ذهن همگان متبادر شود، عرف لفظی محقق شده محسوب می‌شود. به تعبیر دیگر،

وقتی که عموم مردم واژه‌ای را در معنایی غیر از معنایی لغوی آن استفاده می‌کنند و معنای عرفی رایج‌تر از معنای لغوی شود، میان لفظ و معنی عرفی چنان ملازمه‌ای برقرار می‌شود که از یکدیگر تفکیک‌پذیر نیستند. این ملازمه لفظ و معنا را ملازمه عرفی گویند. در چنین وضعی معنای حقیقی لفظ همان معنایی است که در عرف به‌کار رفته است و این رابطه حقیقی میان لفظ و معنا «حقیقت عرفیه» نامیده می‌شود. هر گاه در متن قانون یا قرارداد آن لفظ به‌صورت مطلق و بدون قرینه به‌کار رفته باشد، منصرف به معنای عرفی خواهد بود. برای فهم عبارات قانون نمی‌توان به کتاب لغت مراجعه کرد، بلکه باید دید آن عبارت در عرف مردمی که قانونگذار هم از آنهاست، چه معنایی می‌دهد (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۲: ۱۰۸). در جامعه ما کلمه «ریال» عرفاً منصرف به پول رایج ایران است. به همین سبب ماده ۲۲۴ ق.م. مقرر می‌دارد: «الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفیه».

۳. اعتبار عرف به‌عنوان منبع حقوق

۳.۱. کشورهای کامن‌لا

از نظر تاریخی در کشورهای دارای نظام حقوق عرفی (کامن‌لا) مانند بریتانیا، ایالات متحده آمریکا، استرالیا و نیوزیلند عرف قدیمی‌ترین منبع حقوق بوده است. در این معنا حقوق عرفی در مقابل حقوق نوشته قرار می‌گیرد که در کشورهای اروپای قاره‌ای حاکم است (Bix, 2003: 146). هنوز هم در این کشورها، قواعد عرفی به‌جای قانون بر جامعه حکومت می‌کند و آرای محاکم براساس عرف صادر می‌شود. بنابراین، حقوق این کشورها به‌طور عمده عرفی است و عرف منبع درجه اول و سازنده حقوق است.

۳.۲. کشورهای حقوق نوشته

در کشورهای دارای نظام حقوق نوشته مانند ایران و فرانسه که به دلایل تاریخی، آگاهی از قانون برای قضات آسان‌تر از عرف است، عرف‌ها توسط قانونگذاران مدون شده است. در این‌گونه کشورها، بسیاری از قواعد عرفی به قانون تبدیل شد. بدین ترتیب، عرف دیگر تقریباً از عداد منابع اصلی حقوق خارج شده و به‌تدریج از ارزش و اعتبار آن کاسته شد. با این حال، در همین جوامع نیز که عرف ارزش و اعتبار هم‌پایه قانون را ندارد، قواعد غیرمکتوب کم‌وبیش در نظام حقوقی حضور دارند (رنه داوید، ۱۳۶۴: ۱۲۱). ماده ۱ قانون مدنی سوئیس، مقرر می‌دارد: «در صورت فقدان مقررات قانونی قابل اجرا، قاضی براساس حقوق عرفی رأی می‌دهد». در حقوق فرانسه در مواد ۱۱۳۵، ۱۱۵۹ و ۱۱۶۰ قانون مدنی عرف به‌عنوان منبع حقوق پذیرفته شده است (Mazeud, 2000: 92). در حقوق اسلامی عرف در شکل‌گیری، تعدیل و اطلاق و

تقید احکام جایگاه ویژه‌ای دارد.^۱ عرف گاه یکی از عوامل تفسیر قرارداد و گاه عامل تعیین قلمرو تعهدات طرفین قرارداد و گاه یکی از منابع حقوق است (السنهوری، ۱۹۵۲: ۳۹۷).

۳.۳. نظام حقوقی ایران

عرف‌ها در هر جامعه‌ای آرام‌آرام شکل می‌گیرند و حکومت‌ها، به‌منظور یکنواخت کردن قواعد حاکم بر زندگی اجتماعی و پرهیز از نارضایتی عمومی، به‌ناچار، عرف‌های موجود را می‌پذیرند و به آنها اعتبار قانونی می‌بخشند. پذیرش «سرقفلی» در نیم قرن اخیر نمونه بارز پذیرش عرف از سوی مقنن در جامعه ماست. نهاد سرقفلی که در قانون مدنی پذیرفته نشده بود، از سال ۱۳۳۹ با درج در قانون روابط مؤجر و مستأجر، وارد ادبیات حقوقی ما شد. در نظام حقوقی ما، عرف نقش مکمل و مفسر برای قانون دارد؛ یعنی «عرف مکمل» سکوت و نقص قانون را جبران کرده و «عرف مفسر» ابهام قانون را برطرف می‌کند. البته نقش عرف در شعب مختلف حقوق متفاوت است. حقوق خصوصی در برابر قواعد عرفی نرمش بیشتری نشان داده است. حضور عرف در مسائل مربوط به قراردادها، مسئولیت مدنی، اموال و مالکیت و عقود معین چشمگیر است. نویسندگان قانون مدنی ما تردید نکرده‌اند که در برخی زمینه‌های حقوق مدنی به عرف متوسل شوند. در مواد ۳۳۶، ۳۴۹، ۳۵۱، ۳۶۰، ۳۶۹ و ۳۷۲ قانون تجارت و در ماده ۴ قانون صدور چک نیز عرف منشأ اثر دانسته شده است.^۲ ماده ۱۹۴ قانون دریایی ایران مصوب ۱۳۴۳/۶/۲۹ مقرر می‌دارد: «در مواردی که در این قانون و یا سایر قوانین مملکتی، مقرراتی پیش‌بینی نشده است، ملاک اصول و عرف بین‌المللی خواهد بود». در حقوق تجارت بین‌الملل تعداد زیادی از قواعد عرفی تحت عنوان «La lex mercatoria» بر روابط تجار حکومت می‌کنند که در کنار قانون منبع حقوق محسوب می‌شوند. در حقوق بین‌الملل عمومی که امکان تشکیل قوه مقننه وجود ندارد، عرف و رویه‌های جاری میان دولت‌ها منبع اصلی حقوق است. در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری (ICJ) عرف یکی از منابعی ذکر شده است که دیوان براساس آن رأی صادر می‌کند. در حقوق عمومی نیز نباید نقش عرف را نادیده گرفت، ولی تأثیر عرف در این حوزه محدودتر است. در حقوق کیفری تأثیر عرف به حداقل می‌رسد. اگرچه در حقوق کیفری برای فهم موضوعات به عرف استناد می‌شود، ولی در این حوزه اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها مانع از استناد به عرف است. بنابراین، در صورتی که عملی در قانون جرم محسوب نشده باشد، برای جبران خلأ قانون نباید با تمسک

۱. الزرقاء، مصطفی احمد، المدخل الفقهي العام، ج ۳، ص ۸۵۰: «ان العرف فی نظر الشریعه الاسلامیه يعد مستندا عظیم الشأن لکثیر من الاحکام العملیه بین الناس فی شتا شعب الفقه و ابوابه و له سلطان واسع المدی فی توليد الاحکام و تجدیدها و تعدیلها و تحدیدها و اطلاقها و تقییدها».

۲. مثلاً اگر قانون نوع ظهرونیسی را مشخص نکند، عرفاً ظهرونیسی برای انتقال است نه برای وکالت.

به عرف آن عمل را جرم و مستحق مجازات دانست، بلکه باید براساس اصل برائت حکم به برائت متهم داد. عرف همچنین حق ندارد قاعده کیفری را نسخ کند. بنابراین، به جز در حوزه جرایم و مجازات‌ها و حقوق اساسی و به‌استثنای حوزه قواعد آمره، در سایر حوزه‌ها عرف معتبر است و قواعد آن لازم‌الاجرا خواهد بود. به‌طور کلی می‌توان گفت هر جا که عرف ممنوع نشده، مجاز است. قانونگذار هیچ‌جا به‌صورت قاعده کلی مراجعه به عرف را منع نکرده است.

۴. احکام و آثار عرف

۴.۱.۴. رابطه عرف و قانون

نقش عرف در نظم حقوقی جامعه را نمی‌توان انکار کرد. در نظام حقوقی ما عرف به‌عنوان منبع حقوق در کنار قانون پذیرفته شده است. قوانین ما برخی امور را به‌طور مستقیم به عرف محول کرده‌اند. گاه قانون در برخی موضوعات ساکت است، یعنی نه خود حکم قضیه را بیان کرده و نه آن را به عرف محول کرده است. احکام و آثار عرف در هر یک از این دو حوزه را مطالعه می‌کنیم.

۴.۱.۱.۴. اعتبار عرف با ارجاع صریح قانون

گاه قانون صریحاً مفاد عرف را الزام‌آور اعلام می‌کند.^۱ در چنین مواردی قانون اختیار خود را به عرف تفویض می‌کند. این شیوه که بیشتر در قانون مدنی مرسوم است، نوعی تفویض اختیار قانون به عرف است. نقشی را که قانون به عرف تفویض می‌کند، اغلب به‌منظور تکمیل یا تفسیر اراده مقنن یا تفسیر و تکمیل اراده اشخاص است. در این مجال موارد ارجاع صریح قانون به عرف را مطالعه می‌کنیم.

۴.۱.۱.۴.۱. تعیین قلمرو حقوق و تکالیف قانونی

مقنن در برخی موارد، اصل حق را پذیرفته و تعیین دامنه اعمال آن را به عرف محول کرده است. برای مثال، مقنن ابتدا در ماده ۳۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «هر مالکی نسبت به مایملک خود حق همه‌گونه تصرف و انتفاع دارد...». سپس در ماده ۱۳۲ ق.م. می‌گوید: «کسی نمی‌تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضرر همسایه شود مگر تصرفی که به قدر متعارف و برای رفع حاجت یا رفع ضرر از خود باشد». بدین ترتیب، قانون، تصرفات مالک در ملک خود را پذیرفته و تعیین حدود آن را به نظر عرف واگذار کرده است. در حقوق خانواده، مقنن اصل حق نفقه برای زن و التزام شوهر به پرداخت آن را به رسمیت شناخته، ولی در ماده

۱. برای اطلاع جامع از ارجاعات قانون مدنی به عرف رک: سلجوقی، محمود (۱۳۴۵)، نقش عرف در حقوق مدنی ایران، پایان‌نامه دکتری.

۱۱۰۷ قانون مدنی، تعیین مقدار نفقه را به نظر عرف محول کرده است. بند ۱ ماده ۴۹۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «مستأجر باید در استعمال عین مستأجره به نحو متعارف رفتار کرده و تعدی و تفریط نکند...». برای مثال در ملک مسکونی کسب‌وکار برقرار نکند. ماده ۱۱۳۱ ق.م. مقرر می‌دارد: «...تشخیص مدتی که برای اعمال خیار لازم بوده به نظر عرف و عادت است»؛ یعنی مقنن اصل حق خیار را پذیرفته و مدت لازم برای اعمال آن را به عرف محول کرده است. مقنن پس از برقراری یک تکلیف نحوه انجام آن را به عرف محول می‌کند. برای مثال، ماده ۶۱۲ ق.م. امین را ملزم به نگهداری از مال مورد امانت کرده است، ولی درباره نحوه محافظت از مال مورد امانت مقرر می‌دارد: «امین باید مال ودیعه را به طوری که مالک مقرر نموده حفظ کند و اگر ترتیبی تعیین نشده باشد آن را به طوری که نسبت به آن مال متعارف است حفظ کند والا ضامن است». برای مثال طلا و جواهرات امانی عرفاً باید در گاوصندوق نگهداری شود.

۲.۱.۱.۴. تعیین قلمرو حقوق و تعهدات قراردادی

قانون مدنی ما، به صورت یک قاعده کلی، عرف را در حوزه قراردادهای به عنوان منبع حقوق پذیرفته است. ماده ۲۲۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می‌نماید بلکه متعاملین به کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می‌شود ملزم می‌باشند». ماده ۲۲۵ قانون مدنی نیز در این زمینه مقرر می‌دارد: «متعارف بودن امری در عرف و عادت، به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف به آن باشد، به منزله ذکر در عقد است»^۱. در صورتی که طرفین به صراحت برخلاف عرف توافق نکرده باشند، عرف به منزله ذکر در عقد بوده و به عنوان اراده ضمنی طرفین برای آنها الزام‌آور است.^۲ مقنن در مواد ۲۲۱، ۲۸۰، ۳۴۴، ۳۵۶، ۳۶۹، ۳۷۵ و ۶۴۶ قانون مدنی تعیین قلمرو تعهدات قراردادی را به عرف محول کرده است. ارجاع به عرف در این موارد برای تکمیل قرارداد است. بدین ترتیب، عرف درست همانند قواعد تکمیلی دامنه تعهدات طرفین را کاهش یا افزایش می‌دهد و طرفین به حکم قانون این حکم عرف را می‌پذیرند.

۱. در فقه این شروط به «شروط ارتکازی» معروف‌اند. منظور از «شرط بنایی» یا «شرط تبانی» شرطی است که قبل از عقد مورد مذاکره بوده ولی در لحظه عقد مسکوت بوده. سکوت زمان عقد منصرف به مذاکرات قبل از عقد است. همین انصراف را شرط بنایی یا شرط تبانی گویند (شهیدی، ۱۳۷۹: ۱۹۷). مقصود از مفاد بنایی (تبانی) عقد آن دسته از خصوصیات عقد است که طرف‌ها پیش از ایجاب و قبول نسبت به لحاظ آن در عقد توافق کنند و سپس عقد را بر مبنای آن انشاء نمایند بدون این که به هنگام ایجاب و قبول از آن نام ببرند.

۲. در عربی گفته می‌شود: «المعروف عرفاً کالمشروط شرطاً».

۳.۱.۱.۴. تعیین مصادیق برای مفاهیم قانونی

گاه مقنن حکم را مشخص کرده و تعیین مصداق را به عرف محول می‌کند. برای مثال، مقنن غبن فاحش را در معامله مؤثر می‌داند، اما تشخیص اینکه چه چیزی مصداق غبن فاحش است، براساس ماده ۴۱۸ ق.م. به نظر عرف محول شده است. یا عامل اتلاف قانوناً ضامن دانسته شده است، ولی تشخیص استناد اتلاف به عامل آن براساس ماده ۳۳۲ ق.م. به عرف واگذار شده است. در مواد ۹۵۱ و ۹۵۲ ق.م. تشخیص مصادیق «تعدی» و «تفریط» به نظر عرف محول شده است. مقنن تشخیص اموال مثلی از قیمی را به عرف محول کرده است. ماده ۹۵۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «مثلی که در این قانون ذکر شده است عبارت از مالی است که اشباه و نظایر آن نوعاً زیاد و شایع باشد مانند حبوبات و نحو آن و قیمی مقابل آن است، معذک تشخیص این معنی با عرف می‌باشد». در خیار عیب، تشخیص مصداق عیب به عرف محول شده است. به موجب ماده ۵۵۵ قانون مدنی، اگر مضارب اعمالی را که براساس عرف باید به اجبر رجوع کند خود شخصاً انجام دهد، مستحق اجرت آن نخواهد بود. ماده ۴۲۶ ق.م. مقرر می‌دارد: «تشخیص عیب برحسب عرف و عادت می‌شود، بنابراین ممکن است برحسب ازمنه و امکانه مختلف شود».

۴.۱.۱.۴. تعیین معنای الفاظ به‌کاررفته در قانون

مقنن تعیین معنای الفاظ به‌کاررفته در عقود و معاملات را به عرف محول کرده است؛ یعنی قاضی الفاظ مبهم در قرارداد را براساس نظر عرف معنی و تفسیر می‌کند. ماده ۲۲۴ ق.م. مقرر می‌دارد: «الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفیه». مقنن اغلب از ماهیت‌های حقوقی مانند حق، مال، تصرف، شرط، تقصیر، اقاله، خیار، اذن، احوال شخصیه و غیره تعریفی ارائه نکرده است. اصولاً واژه‌های زیادی در قوانین به‌کار رفته که مقنن تعریفی از آنها ارائه نکرده است. به‌نظر می‌رسد در غیاب تعریف قانونی باید به عرف مراجعه کرد. قانون اغلب برای اینکه فهمیده شود به کمک عرف و عادت نیاز دارد (رنه داوید، ۱۳۶۴: ۱۲۲). آن دسته از اصطلاحاتی که در قانون تعریف نشده‌اند، برای تعریف آنها لزوماً باید به عرف مراجعه کرد.^۱ تا زمانی که تعریف مقنن از یک ماهیت حقوقی ثابت نشود، اصل بر عدم تعریف مقنن بوده و باید به معنای عرفی مراجعه کرد. تعریفی که عرف از این ماهیت‌ها ارائه می‌کند، تفسیر قانون محسوب می‌شود.

اگر تعاریفی که قانون از الفاظ ارائه می‌کند به‌صورت قاعده امری باشد، تعاریف قانونی بر تعاریف عرفی مقدم خواهد بود. ولی اگر تعاریف قانونی قاعده تکمیلی محسوب شود، معانی

۱. «ان لفظ البیع لبس له حقیقه شرعیه و لا متشرعیه بل هو باق علی معناه العرفی» (شیخ انصاری، ۱۹۹۰: ۲۲۴).

عرفی بر معانی قانونی مقدم خواهد بود. در حقوق فرانسه، به موجب قانون مصوب سال ۱۸۵۲ نام قانون مدنی آن کشور «کد ناپلئون» تعیین شد. این قانون هنوز نسخ نشده، ولی به تدریج عرف نام این قانون را به «قانون مدنی» تغییر داده است (Weill, 1970: 122; Ghestin, 1977: 114). این عرف پذیرفته شده است. تعریفی که قانون از موضوع جرم ارائه می‌کند، قاعده امری محسوب می‌شود. بنابراین نمی‌توان به کمک عرف مفهوم سرقت را چنان توسعه داد که استفاده غیرمجاز از نیروی برق هم مشمول جرم سرقت شود. در حقوق کیفری الفاظ و عبارات باید به‌طور مضیق و در جهت حقوق متهم تفسیر شود. گاه لفظ به‌کاررفته در قرارداد معانی مختلفی دارد، چنین لفظی را مطلق با مجمل گویند. اطلاعات عقد منصرف به موارد شایع و متعارف در عرف است. برای مثال اگر موضوع قرارداد فروش یکصد «من» گندم باشد و در برخی شهرها «من» سه کیلو و در برخی شهرها «من» چهار کیلو باشد، واژه «من» منصرف به مفهوم شایع در محل وقوع عقد است.^۱ ماده ۱۱۵۹ قانون مدنی فرانسه مقرر می‌دارد: «ابهامات قرارداد به وسیله عرف محل تشکیل قرارداد برطرف می‌شود».

۲.۱.۴. اعتبار عرف بدون ارجاع قانون

گفته شد که عرف منبع تکمیلی حقوق است و خلأ ناشی از فقدان قانون را جبران می‌کند. گاه ممکن است قانون درباره موضوعی ساکت باشد، ولی درباره همان موضوع عرفی وجود داشته باشد. پرسش این است که آیا با سکوت قانون عرف الزام‌آور است؟ اعتبار این قسم عرف به اندازه قسم نخست، که مقنن خود جواز مراجعه به آن را صادر می‌کند، نیست. این قسم عرف در برخی شاخه‌های حقوق مانند حقوق کیفری کاربرد ندارد. مثال نمادینی که برای این قسم عرف در حقوق مدنی فرانسه می‌آورند این است که حق زن در استفاده از نام خانوادگی شوهر، حقی است که به‌وسیله عرف برقرار شده است، بدون اینکه مقنن صریحاً این موضوع را به عرف محول کرده باشد. مقنن فرانسوی این عرف را به‌طور ضمنی پذیرفته است. براساس ماده ۲۶۴ قانون مدنی فرانسه اصلاحی سال ۱۹۷۵ پس از وقوع طلاق زن حق استفاده از نام شوهر را از دست می‌دهد. این حق باید قبل از طلاق ثابت باشد که زن پس از طلاق آن را از دست بدهد.

برخی حقوقدانان در این‌گونه موارد اجازه ضمنی قانونگذار را مفروض می‌انگارند (تروپه، ۱۳۸۶: ۹۱). وقتی که قانون ساکت است، امنیت حقوقی باید تضمین شود، از این‌رو وجود قواعد حقوقی عرفی در جامعه اجتناب‌ناپذیر است. تحولات روزافزون در نحوه زندگی انسان سبب بروز مسائل جدیدی می‌شود که در قوانین پیش‌بینی نشده است. مقنن باید هرچه سریع‌تر

۱. «العرف المعتبر هو ما یخصص العام و یقید المطلق» (حکیم، ۱۹۶۴: ۴۲۶).

قواعد هماهنگ با این‌گونه روابط را وضع کند و قوانین گذشته را متناسب با نیازهای روز، اصلاح کند. در غیر این صورت جامعه از طریق عرف قواعد مورد نیاز خود را وضع کرده و خود نقص قانون را جبران می‌کند و منتظر قانونگذار نمی‌ماند. مقنن سرانجام قواعد ساخته‌شده در عرف را به‌صورت قانون تصویب می‌کند. برای مثال، ماده ۷۷۴ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «مال مرهون باید عین معین باشد و رهن دین و منفعت باطل است». امروزه مصادیق اموال غیرمادی مانند سهام شرکت‌ها و سایر اوراق بهادار توسعه روزافزون یافته است. این اموال با وجود داشتن ارزش مالی، عین معین به‌حساب نمی‌آیند، از این‌رو براساس ماده مذکور نمی‌توان این اموال را به رهن گذاشت. برای حل این مشکل، عرفی شکل گرفته است که براساس آن بانک‌ها سهام شرکت‌ها و سایر دیون را به «وثیقه» می‌گیرند و در توجیه می‌گویند، وثیقه نهادی غیر از رهن است. این عرف که نوعی عرف خاص است، به‌واسطه احساس نیاز جامعه ایجاد شده است. از استقرا و تحلیل مواردی که قانون به عرف ارجاع داده است، می‌توان استنباط کرد که عرف در غیاب قانون به‌عنوان اراده ضمنی افراد منبعی معتبر است. ضرب‌المثل‌ها و اصول حقوقی مشهور، مانند اصل تضامنی بودن مسئولیت در حقوق تجارت، بدون ارجاع مقنن لازم‌الاجرا هستند. الزام‌آور بودن عرف‌های تجاری^۱ بدون ارجاع قانون به آن نمونه دیگری از این قسم عرف است (Aubert, 2012: 120).

در تعارض قاعده عرفی با قانون امری، قاعده امری مقدم است (Mazeaud, 2000: 88)، زیرا قانون، قاعده حقوقی آگاهانه و عرف، ناشی از غریزه و احساس است. در مقام تعارض، قسم اول بر قسم دوم مقدم است (Carbonnier, 1991: 138). عرف نمی‌تواند نظم عمومی را مختل سازد. هر جا سخن از نظم عمومی است، منظور قاعده آمره است، یعنی قواعد آمره مشمول مفهوم نظم عمومی است (Mazeaud, 2000: 88). وقتی که مقنن امر و نهی می‌کند، اراده افراد هرچه قوی باشد، نمی‌تواند قانون را از بین ببرد. قوانین امری بر اراده فردی و جمعی تحمیل می‌شود. دیوان کشور فرانسه مقرر می‌دارد: «عرف نمی‌تواند بر قاعده حقوقی که بیانگر نظم عمومی است مرجح باشد».^۲ هر جا که رویه قضایی قاعده تقدم قانون بر عرف را مطرح می‌کند منظور قوانین امری است. به‌نظر می‌رسد که عرف عام خود سازنده نظم عمومی و اخلاق حسنه است، از این‌رو تعارضی میان مفهوم عرف عام و نظم عمومی و اخلاق حسنه قابل تصور نیست. به تعبیر دیگر، عرف عام مترادف نظم عمومی و اخلاق حسنه است. البته، اگر نظم عمومی یا اخلاق حسنه به‌صورت قاعده آمره قانونی درآمده باشد، بر عرف عام مقدم است. امروزه در حقوق، عرف نقشی همانند نقش قاعده تکمیلی و شاید مهم‌تر از آن ایفا می‌کند. در

1. Lex mercatoria

2. Civ. 1, 19 nov. 1957, Gaz. Pal. 1958, 1, 117

به نقل از Mazeaud, 2000: 88

حقوق فرانسه در صورت تعارض عرف و قاعده تکمیلی عرف مقدم خواهد بود. سکوت طرفین قرارداد منصرف به قاعده تکمیلی است، ولی در صورت وجود عرف این سکوت منصرف به عرف خواهد شد (Roland, 2002: 1040).

در حقوق ما نیز در صورت تعارض عرف با قوانین تکمیلی، عرف مقدم است (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ذیل ماده ۲۲۰). قانون مدنی ما در مواد مختلف به صراحت این نظر را تأیید کرده است.^۱ زیرا عرف به منزله اراده ضمنی و قاعده تکمیلی به مثابه اراده مفروض اشخاص است و در تعارض اراده ضمنی و اراده مفروض، اراده ضمنی که به واقع نزدیکتر است، مقدم است (السنهوری، ۱۹۵۲: ۴۰۶؛ صفایی، ۱۳۸۳: ۱۶۰). در سلسله مراتب منابع حقوق جایگاه و مرتبه عرف پایین تر از قواعد امری و بالاتر از قواعد تکمیلی قرار دارد. به تعبیر دیگر، قانون امری بر عرف و عرف بر قانون تکمیلی غالب است (Mazeaud, 2000: 92). البته تقدم عرف بر قاعده تکمیلی به معنای نسخ قاعده تکمیلی توسط عرف نیست، بلکه در صورت تعارض، در مقام اجرا، عرف جانشین قاعده تکمیلی می شود. وضعیت تقدم عرف بر قاعده تکمیلی مانند وضعیت نسخ ضمنی دو قانون عادی است؛ یعنی عرف قاعده تکمیلی را از بین نمی برد، بلکه در عمل بر آن مقدم می شود و اجرای آن را متوقف می کند. حاصل این سخن این است که، هر گاه عرف از بین برود، حکومت قاعده تکمیلی پابرجا می ماند (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۳۰۶). برای مثال، براساس تعریف ماده ۳۱۰ قانون تجارت، چک ممکن است روی کاغذ معمولی نیز نوشته شود (ستوده تهرانی، ۱۳۷۵: ۱۰۳)، ولی امروزه در مقابل این قاعده تکمیلی، عرفی شکل گرفته است که براساس آن چک به صورت ورقه مخصوصی توسط بانک چاپ شده و جهت صدور در اختیار صاحبان حساب قرار داده می شود. این عرف بر قواعد تکمیلی ناظر بر شکل چک مقدم شده است، به طوری که دیگر کسی چک روی ورقه عادی را نمی پذیرد. از این استقرا می توان دریافت که عرف همواره بر قاعده تکمیلی مقدم است؛ خواه این امر در قاعده تکمیلی ذکر شده یا نشده باشد. مواردی که در قانون مدنی ذکر شده، از باب بیان مصادیق یک قاعده کلی است و جنبه حصری ندارد، زیرا قواعد تکمیلی بیانگر نظم عمومی نیست. از این رو همان گونه که افراد با توافق صریح می توانند برخلاف آن توافق کنند، با توافق ضمنی یعنی از طریق قواعد عرفی نیز می توان برخلاف قواعد تکمیلی توافق کرد. به علاوه هدف قواعد تکمیلی این است که در صورت سکوت طرفین خلأ ایجاد نشود. ولی رسالت عرف، پاسخگویی به نیاز روز جامعه است. اگر طرفین برخی مسائل را به عرف موکول کنند، در چنین وضعی عرف بر قاعده تکمیلی مقدم خواهد بود. اشخاص همان گونه که می توانند برخلاف قواعد تکمیلی توافق کنند، می توانند برخلاف عرف عمل کنند. بنابراین، از حیث امکان مخالفت طرفین، قواعد عرفی و

۱. مواد ۲۸۰، ۳۷۵، ۳۸۱ و ۳۸۲ قانون مدنی.

تکمیلی یکسان‌اند. برای مثال، اصل حال بودن تسلیم مبیع و تأدیة ثمن موضوع ماده ۳۴۴ قانون مدنی یک قاعده تکمیلی است. در همان ماده آمده است که این اصل در صورتی معتبر است که عرف برخلاف آن نباشد. با استقرا در مواد قانون مدنی می‌توان گفت به‌طور کلی در قانون مدنی عرف بر مقررات تکمیلی مقدم دانسته شده است (مواد ۲۸۰، ۳۸۱، ۳۸۲، ۳۷۵ و ۴۸۶ ق.م. برای مثال، اگر باغی فروخته شود و در خصوص انتقال میوه موجود بر درختان، به‌تبع باغ، به مشتری تردید شود، در صورت سکوت طرفین عرف حاکم است. ماده ۳۵۸ ق.م. مقرر می‌دارد: «...زراعت در بیع زمین و میوه در بیع درخت و حمل در بیع حیوان متعلق به مشتری نمی‌شود مگر اینکه تصریح شده باشد یا برحسب عرف از توابع شمرده شود». در صورت فقدان تصریح طرفین و عرف، قاعده تکمیلی این است که میوه باغ به مشتری تعلق نمی‌گیرد. گاه مقنن در مواد قانون الگو و معیاری معرفی می‌کند که هنگام اختلاف بتوان به آن مراجعه کرد. این امر بدین معناست که مقنن عرف را به‌عنوان یک معیار نوعی پذیرفته است. برای مثال، منظور مقنن از ذکر واژه متعارف در برخی مواد قانون مدنی، معرفی انسانی معقول است که رفتار او به‌طور نوعی سرمشق قرار گیرد و رفتار افراد جامعه با آن سنجیده شود. مقنن با این عمل معیار قضاوت نوعی را تحت عنوان عرف معرفی می‌کند (Aubert, 2012: 117). ژستاز، حقوقدان فرانسوی، برای نشان دادن این جنبه عرف چنین مثال می‌آورد که وقتی دو نفر در حال مکالمه تلفنی‌اند و به ناگهان رابطه تلفنی میان آنان قطع می‌شود، کسی که ابتدائاً رابطه تلفنی را برقرار کرده است، بی‌اختیار مجدداً اقدام به برقراری تماس تلفنی می‌کند. هیچ‌کس به انسان چنین تعلیمی نداده است (Jestaz, 2005: 104). این روش نشانه رفتار یک انسان متعارف است. این‌گونه قواعد نزاکت، لازمه زندگی و صلح اجتماعی و الگوی رفتار هستند. ماده ۲۰۲ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «اکراه به اعمالی حاصل می‌شود که مؤثر در هر شخص با شعوری بوده و او را نسبت به جان یا مال یا آبروی خود تهدید کند به‌نحوی که عادتاً قابل تحمل نباشد...». همچنین ماده ۴۹۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «مستأجر باید در استعمال عین مستأجره به‌نحو متعارف رفتار کرده و تعدی یا تفریط نکند...». اگر شخصی زیر ماشین خوابیده باشد و راننده ماشین را حرکت دهد و شخصی که در زیر ماشین بوده بر اثر اصابت با چرخ ماشین فوت کند، راننده مسئول نیست، زیرا مرسوم نیست که راننده هنگام حرکت زیر ماشین را واریسی کند.

در قوانین اغلب واژه‌ها و اصطلاحاتی به‌کار می‌رود که لزوماً به عقد و قرارداد مرتبط نیست، ولی قاضی ناگزیر است معنای این واژه‌ها را تعیین کند و منبعی مطمئن‌تر از عرف هم برای تعیین این مفاهیم وجود ندارد. پس مقنن مراجعه به عرف را ضمناً پذیرفته است. برای مثال، ماده ۹۷۵ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای

خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه‌دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر، مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود به موقع اجرا گذارد ...». در این‌گونه موارد، قاضی لزوماً به کمک عرف مصادیق «مخالفت با اخلاق حسنه»، «مخالفت با نظم عمومی» و «جریحه‌دار شدن احساسات جامعه» را تعیین خواهد کرد. ماده ۵۰۸ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) مصوب ۱۳۷۵/۳/۲ مقرر می‌دارد: «هر کس یا گروهی با دول خارجی متخاصم به هر نحو علیه جمهوری اسلامی ایران همکاری نماید در صورتیکه محارب شناخته نشود به یک تا ده سال حبس محکوم می‌گردد». منظور از «دول متخاصم» در این ماده معلوم نیست. آیا منظور کشوری است که رسماً با ایران وارد جنگ شده باشد. یا کشوری است که با ایران قطع رابطه سیاسی کرده باشد یا کشوری است که در مسائل منطقه‌ای یا بین‌المللی با ایران اختلاف منافع و اختلاف نظر دارد؟ امروزه متون قوانین در بردارنده هزاران واژه‌ای است که در قانون تعریف نشده است. معنای کلماتی چون «فوری بودن»، «قابل پیش‌بینی»، «سوء استفاده»، «تقصیر»، «تقلب» و «مصلحت کودک» و نظایر آن از پیش تعیین نشده است. معنای این واژه‌ها بر حسب زمان و مکان متفاوت است و قاضی هم به‌تنهایی صلاحیت تعیین معنای این واژه‌ها را ندارد. از این‌رو قاضی باید به کمک عرف معنای این کلمات را مشخص کند. در این‌گونه موارد باید گفت مقنن به‌طور ضمنی موافقت دارد که از عرف برای تفسیر واژه‌ها استفاده شود.

۲.۴. ضمانت اجرای تخلف از عرف

وقتی که قانون امری را به عرف محول می‌کند و طرفین برخلاف عرف توافقی نمی‌کنند، در این صورت مفاد عرف همانند قانون الزام‌آور خواهد بود و دادگاه حق ندارد از اجرای عرف امتناع ورزد (Carbonnier, 1991: 6). امتناع قاضی از اجرای عرف، موجب نقض فرجامی است (متین دفتری، ۱۳۸۱: ۱۸۳). به موجب ماده ۵۵۵ قانون مدنی، اگر مضارب اعمالی را که بر طبق عرف باید به اجیر رجوع کند، خود شخصاً انجام دهد، مستحق اجرت آن نخواهد بود. محروم ساختن مضارب از دریافت اجرت عمل خود در چنین مواردی ضمانت اجرای تخلف از عرف است.

۳.۴. اثبات عرف

از آنجا که عرف قواعدی نانوشته است، اثبات آن اهمیت زیادی دارد. در قواعد مربوط به ادله اثبات دعوا، این اصل بدیهی وجود دارد که اثبات امور موضوعی بر عهده طرفین دعوا و اثبات امور حکمی بر عهده قاضی است. پرسش این است که عرف امری حکمی است یا امری موضوعی محسوب می‌شود؟ برخی معتقدند که عرف در زمره امور موضوعی و ماهوی است و اثبات آن همواره بر عهده اصحاب دعواست (Roland, 1972: 157; Starck, 1972: 209; Marty, 2002: 1014). اگر عرف از امور ماهوی و موضوعی باشد، مانند هر واقعه خارجی دیگر باید

توسط طرفین اثبات شود. برخی دیگر معتقدند که چون عرف قانون محسوب می‌شود، همواره امر حکمی تلقی می‌شود و اثبات آن بر عهده قاضی است (امامی، ۱۳۶۶: ۱۰). این نظر را باید در مورد عرف عام تأیید کرد. عرف عام در حکم قانون است، از این رو علم طرفین دعوا به این قسم قواعد عرفی مفروض است. بنابراین، عرف عام برای همگان الزام‌آور است، حتی اگر اشخاص جاهل به عرف باشند. به تعبیر دیگر، طرفین دعوا نمی‌توانند ادعای جهل به عرف کنند. ولی علم همگان به عرف خاص مفروض نیست. عرف خاص تنها برای کسانی که در آن محل اقامت داشته یا در آن حرفه فعالیت دارند، الزام‌آور است. عرف عام برای قضات نیز در حکم قانون است، از این رو به منزله امر حکمی محسوب می‌شود. بنابراین، اگر دادگاه عرف عام را اعمال نکرده باشد، رأی صادره در رسیدگی فرجامی نقض می‌شود. قاضی صرف نظر از درخواست طرفین، باید قاعده عرفی را احراز کرده و براساس آن رأی خود را صادر کند (شمس، ۱۳۹۲: ۱۵۵).

از لحاظ نظری قاضی خود در جامعه زندگی می‌کند و انتظار این است که از عرف عام مطلع باشد. لیکن اطلاع قضات از عرف‌های خاص، اعم از عرف‌های محلی یا حرفه‌ای و نیز رویه‌های قراردادی دور از انتظار و غیرمعقول است (Ghestin, 1977: 511). بنابراین، عرف خاص به منزله واقعه خارجی بوده و اثبات آن به عهده طرفین دعواست (Mazeaud, 2000: 371; Aubert, 2012: 118). «رویه‌های قراردادی»^۱ میان طرفین یک قرارداد نیز امر موضوعی تلقی می‌شود. این‌گونه رویه‌ها و عادات تجاری از استحکام عرف برخوردار نیستند، از این رو اثبات آنها بر عهده طرفین قرارداد است.

قاضی مکلف است دلیل وجود عرف را مستنداً در حکم خود ذکر کند. قاضی وجود عرف عام را خود گواهی می‌کند، ولی اثبات وجود عرف خاص بر عهده طرفین دعواست. عرف خاص از هر طریقی قابل اثبات است. طرفین ممکن است از دادگاه درخواست کنند که از طریق تحقیقات محلی، نظر کارشناس یا گواهی مراجع ذیصلاح صنفی مانند اتاق بازرگانی، وجود عرف خاص را احراز کند (Marty, 1972: 115). البته نظر این مراجع مبنی بر وجود عرف برای قاضی ارزش مطلق ندارد. طرف دعوا نیز می‌تواند ادله اثبات عرف را مورد خدشه قرار دهد (سلجوقی، ۱۳۴۵: ۱۵۲). رویه‌های قراردادی نیز با ارائه شواهد و مدارک از سوی طرفین اثبات‌شدنی است. اگر طرفین اعمال عرف را درخواست کرده باشند و قاضی نخواهد عرف را اعمال کند، باید در رأی خود عدم احراز وجود عرف را متذکر شود. بررسی ادله اصحاب دعوا برای احراز عرف خاص امر موضوعی تلقی می‌شود و از سوی دیوان عالی کشور قابل نظارت فرجامی نیست (Marty, 1972: 115).

نتیجه

عرف به عنوان منبع حقوق، قاعده‌ای غیرمکتوب، عام و دائمی است که به طور مستقیم از اراده مردم ناشی می‌شود و دولت در ایجاد آن نقشی ندارد. در نظام حقوقی ما محاکم در صورتی بر طبق عرف رأی می‌دهند که قانون آن را به رسمیت شناخته باشد. عرف به عام و خاص و لفظی و عملی تقسیم می‌شود. در کشورهای دارای نظام حقوق عرفی یعنی کامن‌لا، عرف منبع درجه اول حقوق است و در کشورهای دارای نظام حقوق نوشته یعنی رومی ژرمنی عرف بعد از قانون قرار می‌گیرد. نظام حقوقی کشور ما به نظام حقوقی رومی ژرمنی نزدیک است. بنابراین، عرف بعد از قانون منبع حقوق است. در قانون اساسی ما به عرف اشاره نشده، ولی در قوانین عادی در بسیاری از موارد به عرف ارجاع داده شده است. البته در برخی شاخه‌های حقوق مانند حقوق خصوصی قلمرو عرف وسیع‌تر و در برخی حوزه‌ها مانند حقوق کیفری قلمرو آن محدودتر است. وقتی که قانون مستقیماً به عرف ارجاع می‌دهد، تأثیر عرف بدیهی است. اما در صورتی که قانون به صراحت به عرف ارجاع نداده باشد، عرف در صورتی ملاک عمل خواهد بود که مخالف قواعد آمره نباشد. عرف عام در زمره امور حکمی بوده و اثبات آن بر عهده دادگاه است و عرف خاص در شمار امور موضوعی است و اثبات آن بر عهده طرفین دعواست.

منابع و مأخذ

الف) فارسی

۱. امامی، سید حسن (۱۳۶۶). حقوق مدنی. ج ۶، انتشارات اسلامی.
۲. ترویج، میشل (۱۳۸۶). فلسفه حقوق. ترجمه مرتضی کلانتریان، تهران: نشر آگه.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۶۲). مقدمه عمومی علم حقوق. تهران: انتشارات گنج دانش.
۴. داوید، رنه (۱۳۶۴). نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر. ترجمه سید حسین صفایی، محمد آشوری و عزت‌الله عراقی، ج اول، تهران: مرکز نشر دانشگاهی.
۵. دل‌وکیو، ژرژ (۱۳۸۰). فلسفه حقوق. ترجمه جواد واحدی، ج اول، تهران: میزان.
۶. ستوده تهرانی، حسن (۱۳۷۵). حقوق تجارت. ج ۳، تهران: دادگستر.
۷. سلجوقی، محمود (۱۳۴۵). نقش عرف در حقوق مدنی ایران. پایان‌نامه دکتری، دانشگاه تهران.
۸. شمس، عبدالله (۱۳۹۲). آئین دادرسی مدنی. ج ۳، سی‌ودوم، تهران: دراک.
۹. شهیدی، مهدی (۱۳۷۹). حقوق مدنی. اصول قراردادها و تعهدات، ج ۲، ج اول، عصر حقوق.
۱۰. صفایی، سید حسین (۱۳۸۳). قواعد عمومی قراردادها. ج دوم، تهران: میزان.
۱۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۳). قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی. تهران: میزان.
۱۲. کلیات حقوق. ج اول، تهران: شرکت سهامی انتشار. (۱۳۷۹).
۱۳. مقدمه علم حقوق. ج بیست‌ونهم، تهران: شرکت سهامی انتشار. (۱۳۸۲).
۱۴. لوی پرول، هانری (۱۳۸۸). جامعه‌شناسی حقوق. ترجمه ابوالفضل قاضی، تهران: میزان.
۱۵. متین‌دفتری، احمد (۱۳۸۱). آیین دادرسی مدنی و بازرگانی. ج ۲، ج دوم، تهران: مجد.

۱۶. مونتسکیو، شارل (۱۳۹۲). روح القوانین. ترجمه علی اکبر مهتدی، تهران: امیرکبیر.

(ب) عربی

۱۷. انصاری، شیخ مرتضی (۱۹۹۰م). المكاسب. ج ۱، مؤسسة النعمان بیروت.
 ۱۸. حکیم، محمدتقی (۱۹۶۴م). الاصول العامه للفقہ المقارن. دارالاندلس.
 ۱۹. الزرقاء، مصطفی احمد (۱۹۶۸م). المدخل الفقہی العام. ج ۱، طبعه تاسعه، دارالفکر.
 ۲۰. السنهوری، عبدالرزاق احمد (۱۹۵۲م). الوسیط فی شرح قانون المدنی. ج ۱، دار احیاء التراث العربی.
 ۲۱. مغنیه، محمدجواد (۱۹۸۸م). علم اصول الفقہ فی ثوبه الجدید، الطبعه الثانيه. دارالجواد لبنان.
 ۲۲. جرجانی، میر سید شریف (۱۹۷۷م). التعریفات. دار احیاء التراث العربی.

(ج) انگلیسی و فرانسه

23. Aubert Jean - Luc ;Savaux Eric (2012), *Introduction au droit*, 14 ed, Sirey.
 24. Beatson J.; burrows A.; Cartwright J. (2010), *Anson's law of contract*, 29 ed, Oxford.
 25. Bix Brian (2003), *Jurisprudence theory and context*, 3 ed, Sweet & Maxwell.
 26. Carbonnier Jean (1991), *Droit civil, introduction*, 20 ed, Puf.
 27. Ghestin Jacques; Gaubeaux Gilles (1977), *Traite de droit civil, introduction generale*, L. G. D. J.
 28. Jestaz, Philippe (2005), *Les sources du droit*, Dalloz.
 29. Malaurie Philippe ; Morvan Patrick (2009), *Droit civil, Introduction generale*, 3 ed, Defrenois lextenso.
 30. Marty Gabriel; Raynaud Pierre (1972), *Droit civil, introduction generale a l etude du droit, T 1, 2 ed, Sirey*.
 31. Mazeaud Leon; Jean et Chabas Francois ; par Chabas François (2000), *Leçons de droit civil, introduction a l'etude du droit*, t 1, v.1, 12 ed, Montchrestien.
 32. Roland Henri ; Boyer Laurent (2002), *Introduction au droit*, Litec.
 33. Starck Boris (1972), *Droit civil, introduction*, Librairies Techniques.
 34. Weill Alex (1970), *Droit civil, Introduction Generale*, 2 ed, Dalloz.