

جایگاه عرف و اثر بخشی آن در حقوق کیفری ایران

پدیدآورنده (ها) : جمالی، محمدرضا؛ جمالی، مجتبی؛ نصیری، عباس؛ کریمی نیا، محمدمهدی

فقه و اصول :: نشریه فقه و حقوق معاصر :: زمستان ۱۴۰۱، سال هشتم - شماره ۲۲

صفحات : از ۱۳۶ تا ۱۵۸

آدرس ثابت : <https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/2098362>

تاریخ دائلود : ۱۴۰۴/۰۸/۰۱

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) جهت ارائه مجلات عرضه شده در پایگاه، مجوز لازم را از صاحبان مجلات، دریافت نموده است، بر این اساس همه حقوق مادی برآمده از ورود اطلاعات مقالات، مجلات و تألیفات موجود در پایگاه، متعلق به "مرکز نور" می باشد. بنابر این، هرگونه نشر و عرضه مقالات در قالب نوشتار و تصویر به صورت کاغذی و مانند آن، یا به صورت دیجیتالی که حاصل و بر گرفته از این پایگاه باشد، نیازمند کسب مجوز لازم، از صاحبان مجلات و مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) می باشد و تخلف از آن موجب پیگرد قانونی است. به منظور کسب اطلاعات بیشتر به صفحه [قوانین و مقررات](#) استفاده از پایگاه مجلات تخصصی نور مراجعه فرمائید.



- دام گستری؛ مفهوم، مبانی و جایگاه آن در حقوق کیفری ایران
- تحلیل مخدرهای ادعا شده دیجیتالی و جایگاه آن در حقوق کیفری ایران
- جایگاه عرف در فقه و حقوق کیفری ایران و افغانستان
- جرم شناسی بالینی و جایگاه آن در حقوق کیفری ایران
- جایگاه شعبه مقدماتی در دیوان بین الملل کیفری و امکان سنجی پیش‌بینی آن در حقوق ایران
- جواز شرعی توهین، تهدید و افترا و جایگاه آن در حقوق کیفری ایران
- اصل شفافیت قانون» و جایگاه آن در رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر و حقوق کیفری ایران
- ماهیت و جایگاه اصول کلی حقوقی و کاربست آن ها در حقوق کیفری ایران
- جایگاه کرامت انسانی در فقه جزایی و مقارنه آن با حقوق کیفری ایران
- تعزیرات منصوص شرعی و جایگاه آن در حقوق کیفری ایران

فصلنامه علمی تخصصی فقه و حقوق معاصر

سال هشتم، شماره ۲۲، زمستان ۱۴۰۱، ص ۱۳۶-۱۵۸

جایگاه عرف و اثر بخشی آن در حقوق کیفری ایران

محمدرضا جمالی^۱

مجتبی جمالی^۲

عبّاس نصیری^۳

محمد مهدی کریمی نیا^۴

چکیده:

عرف با توجه به اختلاف سیستم های حقوقی به عنوان منبع حقوق، قاعده ای غیرمکتوب، عام و دائمی است که به طور مستقیم از اراده مردم ناشی می شود و دولت ها در ایجاد آن نقشی ندارد. در نظام حقوقی ایران، مثل سایر نظام های موجود در جهان عرف از جایگاه خاصی برخوردار است. محاکم در صورتی بر طبق عرف رأی می دهند که قانون آن را به رسمیت شناخته باشد. عرف ها در هر جامعه ای آرام آرام شکل می گیرند و حکومتها، به منظور یکنواخت کردن قواعد حاکم بر زندگی اجتماعی و

۱. کارشناسی ارشد، رشته حقوق، پژوهشگر و نویسنده، nasiriabbas69@gmail.com

۲. کارشناس ارشد، رشته حقوق جزا و جرم شناسی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد خمین، استان مرکزی، ایران، مدرّس،

nasiriabbas69@gmail.com

۳. کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم شناسی، از دانشگاه آزاد واحد خمین، استان مرکزی، ایران، و کارشناس

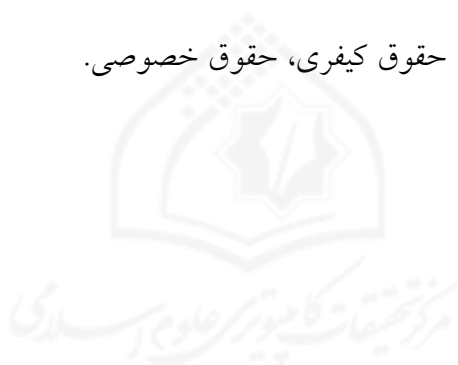
تصادفات، مدرّس و نویسنده مسؤول، nasiriabbas69@gmail.com

۴. استادیار و عضو هیأت علمی دانشگاه علوم و معارف قرآن کریم، طلبه و پژوهشگر حوزه علمیه قم، استان قم، ایران،

kariminia@quran.ac.ir

پرهیز از نارضایتی عمومی، به ناچار، عرفهای موجود را می پذیرند و به آنها اعتبار قانونی می بخشند. در حقوق خصوصی نقش عرف پر رنگ تر از حقوق کیفری می باشد؛ یعنی تأثیر عرف در حقوق کیفری به حداقل می رسد. اگرچه در حقوق کیفری برای فهم موضوعات به عرف استناد می شود، 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 به عرف، آن عمل را جرم و مستحق مجازات دانست، بلکه باید بر اساس اصل برائت، حکم به برائت متهم داد. در کشورهای دارای نظام حقوق نوشته یعنی رومی ژرمنی، عرف بعد از قانون قرار می گیرد. در نظام حقوقی کشور ایران که به نظام حقوقی رومی ژرمنی نزدیک است، جایگاه عرف بعد از قانون است؛ یعنی عرف بعد از قانون منبع حقوق محسوب می شود.

کلید واژه: عرف، رویه قضایی، حقوق کیفری، حقوق خصوصی.



مقدمه

بدون تردید عرف یکی از منابع اصلی حقوق است که نقش آن در حقوق خصوصی غیرقابل انکار است، اما در حقوق جزا با توجه به قبول اصل قانونی بودن جرم و مجازات در کشورهای طرفدار حقوق نوشته، این نقش رنگ باخته است. عرف و عادت با وجود اختلاف سیستم های حقوقی و نیز با وجود اختلاف نظر جامعه شناسان حقوق و حقوقدانان در باره اساس، کیفیت و میزان احترام و اعتبار آن در جوامع، یکی از منابع مهم حقوق به شمار می رود که نقش اساسی و مؤثری را در تمام رشته های دانش حقوق به عهده دارد. عرف بیانگر اراده جامعه و قواعد عرفی حقوق که وضع شده به وسیله همه مردمان است، بر مبنای خواسته های مردم استوار می باشد. این قواعد که از طریق عرف و عادت بین مردم اشاعه می یابند، با واقعیت، عدل و انصاف قابل تطبیق اند. لذا باید عرف را عنصری دانست که کشف راه حل عادلانه را میسر می سازد و همچنین نیروی حیاتی نهادهای حقوقی است که از کهنگی و فرسودگی حقوق جلوگیری می کند و آن را همواره در تطبیق با نیازهای روز مردم متغیر و متحرک نگه می دارد تا حقوق همگام با زمان و پیشرفت های جامعه تکامل یابد. با این حال، در عرصه مقررات و قوانین در جامعه تفاوتی بین مقررات جزائی و حقوقی وجود ندارد. در نتیجه این سؤال مطرح است که جایگاه عرف در نظام حقوق کیفری ایران چگونه است؟ لذا پژوهش حاضر به بررسی این موضوع پرداخته است.

۱) مفهوم شناسی

عرف در اکثر نظام های حقوقی زنده دنیا از جایگاه ویژه و خاصی برخوردار است. در نظام های حقوقی رومی ژرمنی در رتبه بعد از قانون قرار دارد. به منظور فهم دقیق عرف و جایگاه آن در حقوق ایران لازم است که مفردات موضوع و مفاهیم مشابه مورد بررسی قرار گیرد.

۱-۱) مفهوم لغوی و اصطلاحی عرف

۱-۱-۱) مفهوم لغوی عرف

در لغت برای واژه عرف معانی متعددی بیان شده است که به برخی آنها اشاره می شود. در برخی کتاب های لغت، مانند لغتنامه دهخدا واژه عرف به معنای معروف، مشهور و شناخته شده آمده است؛ یعنی آنچه در میان مردم معمول و متداول است. (دهخدا، ۱۳۷۷؛ مصطفوی، ۱۳۶۰، ص ۹۷) و در فرهنگ عمید به معنای رسوم و عقاید متداول در بین مردم تعریف شده است. (عمید، ۱۳۸۹). در جای دیگر آمده است: عرف یعنی خوی و عادت؛ یعنی آنچه در بین پسندیده و متداول است. (معین، ۱۳۸۹).

۱-۱-۲) مفهوم اصطلاحی عرف در حقوق

عرف در اصطلاح حقوق قاعده غیرمکتوب، عام و دائمی است که به طور مستقیم از اراده مردم ناشی می شود و برای اجرا شدن در محاکم باید از طرف حکومت به رسمیت شناخته شود. به عبارتی، عرف یا قواعد نانوشته به طور معمول طی نسلهای متمادی، در میان مردم جامعه معینی شکل می گیرد و ماندگار می شود. پابندی افراد به سنت پیشینیان، تمایل به تقلید، پرهیز از تجربه ناخوشایند آنها 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. (اسلامی پناه، ۱۳۹۶، ص ۱۹۴).

بنابراین در یک تعریف جامع می شود گفت که عرف پدیده عملی و رفتاری خوب یا بد است که در میان مردم رواج پیدا کند. تحقیقات و مطالعه در کتب حقوقی نشان می دهد که اکثر نظام های حقوقی آن را یکی از ادله و منابع حقوق می دانند؛ همانگونه که کتاب و سنت را از منابع حقوق شمرده اند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰، ص ۵۰).

امروزه در اکثر نظام های حقوقی عرف و عادت نخستین منبع حقوق بی نالملل عمومی به شمار می آید و در حل اختلافات بین المللی پایه تصمیمات قضایی است. (کینیا، ۱۳۴۰ش، ص ۱۷۵؛ عمید زنجانی، ۱۳۶۷ش، ص ۱۰۲).

۲) اقسام عرف

با توجه به تعاریف که برای اصطلاح عرف بیان شد، عرف دارای اقسام است که به صورت مختصر به آن اشاره می گردد.

۲-۱) تقسیمات عرف از نظر قلمرو

عرف از نظر قلمرو، به عرف عام و عرف خاص تقسیم می شود.

۲-۱-۱) عرف عام

مراد از عرف عام، عرفی است که همه یا بیشتر مردم در عصرها و جوامع مختلف آن را پذیرفته و در آن مشترک اند؛ مانند رجوع نادان به دانا. این قسم از عرف به آنچه بنای عقلاً نامیده می شود، نزدیکتر است. بنابر این اگر قاعده عرفی در میان همه اعضای جامعه و در تمامی مناطق رایج باشد، «عرف عام» نامیده می شود. 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 و عرفی که قلمرو آن فراتر از مرزهای یک کشور باشد، «عرف بین المللی» نامیده می شود.

۲-۱-۲) عرف خاص

مراد از عرف خاص، عرفی است که منشأ آن گروهی از مردم اند؛ مانند آنچه در مناطق و جوامعی خاص یا صاحبان شغل و حرفه ای خاص و یا در علم و فنی خاص معمول و متعارف است. اصطلاحات در شرع، علوم، فنون و نیز مناطق و جوامع مختلف در این قسمت داخل هستند (طباطبایی، ۱۳۴۲ق، ص ۴۲۰).

بنابر این گاهی 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 می شود. پس عرفی که در میان مردم یک شهر یا یک استان معین یا در میان سردفتران

یا ناشران رایج باشد، «عرف خاص» محسوب می شود. مثلاً «رویه های قراردادی» مرسوم در میان طرفین یک قرارداد معین به دلیل عدم رواج عمومی، نوعی عرف خاص محسوب می شوند. بنابراین، وقتی که در مبادلات تجاری دو نفر سالها به صورت اقساطی معامله می کنند؛ مثلاً فروشنده همیشه ثمن را با شش ماه تأخیر دریافت می کرده، اگر در یکی از قراردادها، طرفین در باره ی نحوه ی پرداخت ثمن سکوت کنند، رویه معمول میان آن دو به عنوان اراده ضمنی، بر رابطه آنان حاکم می شود و برای آنان الزام آور است؛ به شرط اینکه طرفین به این رویه به طور صریح یا ضمنی پایبند شده باشند. (اسلامی پناه، ۱۳۹۶، ص ۱۹۷).

۳-۱-۲) عرف عملی

مراد از عرف عملی، شیوه و روشی متعارف است که مردم در داد و ستدها و تصرفاتشان بر اساس آن عمل می کنند؛ مانند متعارف بودن معاملات معاطاتی میان مردم. بنابراین، عرف عملی قاعده حقوقی است که در اثر تکرار یک عمل و پایبندی همگان به آن ایجاد می شود. برای مثال، عرف جامعه ما این است که مردم به هنگام معامله بهای کالا را فوراً و نقداً می پردازند.

۴-۱-۲) عرف قولی

مراد از عرف قولی آن است که نزد مردم، [اطلاق لفظی] بر معنایی غیر از معنای لغوی، متعارف و شایع شود؛ به گونه ای که هنگام شنیدن لفظ، جز آن معنا به ذهن تبادلاً نکند؛ مانند اطلاق لفظ «دابه» بر اسب یا چارپا، یا اطلاق لفظ «وگد» بر خصوص پسر؛ با آن که در لغت اعم از آن است. بنابراین، در عرف قولی گاهی معنای لفظ از معنای لغوی به معنای جدید متعارف نقل و یا به بعضی مصادیق معنای لغوی اختصاص می یابد. از این رو، در صورت استمرار معنای لغوی و متعارف بودن استعمال آن، عرف قولی در مقابل لغوی شکل نمی گیرد. (ملکی اصفهانی، ۱۳۷۹، ص ۳۸۸؛ انصاری، ۱۴۰۴، ص ۵۴).

۳) عناصر تشکیل دهنده عرف

در تعریف عرف بیان شد که عرف عمل و روش یا سلسله اعمال و روشهایی است که بتدریج در طول زمان بر اثر تکرار خود به خود و بدون دخالت قوه ی قانونگذاری در اثر حواجج اجتماعی میان همه ی افراد جامعه یا گروهی از آنها به عنوان قاعده ای الزام آور درآمده است و در تنظیم روابط حقوقی بین افراد اجتماع مقبول و مرسوم شده است. (زمانی، ۱۳۹۰، ص ۵۲).

بنابر این عرف مانند هر پدیده ی اجتماعی برای تکوین و پیدایش نیاز به عناصر و ارکانی دارد؛ مانند جرم که یکی از پدیده های اجتماعی است و تحقق آن منوط به سه رکن قانونی، مادی و معنوی می باشد. بر همین اساس، عرف نیز یکی از پدیده های اجتماعی و انسانی است که تحقق آن منوط به ارکان و عناصری می باشد که در دانش حقوق مطرح شده است

۳-۱) رکن مادی

منظور از رکن مادی یا نوعی، تکرار پیوسته ی یک رفتار توسط همگان است. به تعبیر دیگر، جنبه ی ظاهری و خارجی عمل را عنصر مادی گویند. (دل وکیو، ۱۳۸۰، ص 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 شمارند و در ظاهر کسی مخالف آن نباشد. (بیتسون، ۲۰۰۸م، ص ۱۵۷). رکن مادی کنایه از وسعت قلمرو زمانی و مکانی عرف است. (اسلامی پناه، ۱۳۹۶، ص ۱۹۵).

رکن مادی عرف که در واقع ظرف قواعد عرفی است، عبارت از عادت یا عمل و روشی است که به مدت طولانی بین مردم مرسوم شود و همه در برابر واقعه ای معین آن را به کار بندند. از رکن مادی عرف، گاه به عنوان رکن عملی عرف نام برده می شود. رکن مادی دارای خصائصی، چون

عمومیت و پایداری می باشد. منظور از عمومی بودن این نیست که حتما تمام مردم جامعه به آن خو گرفته باشند، بلکه منظور این است که بیشتر کسانی که در قلمرو آن قرار دارند، از آن متابعت نمایند؛ زیرا بسیاری از عرفها مخصوص محل یا گروهی معین از اشخاص است. البته در این صورت نیز باید در میان همان گروه معین جنبه عمومی پیدا کرده باشد؛ یعنی اندازه ای رعایت شود که بتوان گفت تقریباً همه آن را پذیرفته و محتوم می شمارند. (سلجوقی، ۱۳۴۷ش، ص ۶۷).

منظور از پایداری این است که در مدت طولانی بین مردم رواج پیدا کرده باشد که بتوان عرف را از عاداتهای زودگذر متمایز کرد. هم چنین عرف نباید با اخلاق حسنه و نظم عمومی مغایرت داشته باشد.

۲-۳) رکن معنوی

منظور از رکن معنوی یا ذهنی، احساس الزام آوری یک عادت در نزد همه مردم است. (مارتی، ۱۹۷۲م، ص ۱۱۴). به تعبیر دیگر، پس از تحقق یک عادت عمومی، اعتقاد همگان به الزام آور بودن، آن را به عرف تبدیل می کند. صرف تکرار برای تبدیل یک رفتار به عرف کافی نیست. تکرار زمانی منشأ اثر است که با احساس الزام آوری توأم باشد. رکن معنوی را نباید جدای از رکن مادی تصور کرد. بلکه هر دو رکن به موازات هم پیش می روند. وقتی که تعدادی از افراد جامعه عملی را تکرار می کنند، آن عمل برای آنان الزام آور محسوب می شود. بتدریج و با پیوستن کل افراد جامعه به این طرز فکر هر دو رکن عمل تحقق یافته محسوب می شود و حقوق از آن حمایت می کند. تا زمانی که کل اعضای جامعه عمل را تکرار نکنند، هیچ یک از دو رکن کامل نشده است. همین که همه افراد جامعه عمل را تکرار کنند و هیچ کس برخلاف آن عمل نکند، فرض بر این است که رکن معنوی عرف نیز محقق شده است. (اسلامی پناه، ۱۳۹۶ش، ص ۱۹۶).

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 الزام آور بودن امری نفسانی و درونی است و به صورت عینی و خارجی اثبات شدنی نیست. اثبات رکن مادی عرف آسان است، ولی اثبات رکن معنوی آن دشوار است. به همین دلیل، برخی دادگاه ها، به مجرد اثبات رکن مادی یعنی تکرار عمل توسط همه افراد جامعه برای مدتی طولانی، عرف را مسلم می دانند و اثبات رکن دیگر یعنی احساس الزام آوری را ضروری نمی دانند. (بیستون، ۲۰۰۸م، ص ۱۵۸).

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 حقوق دانان فرانسوی نیز در چگونگی رکن معنوی عرف تردید کرده اند. (آیبرت، ۲۰۱۲م، ص ۱۱۷). مقصود از رکن معنوی عرف که گاهی از آن به عنوان عامل روحی و روانی نام برده می شود، پذیرش معنوی مردم و جامعه است که به آن ویژگی الزام و ضمانت اجرا می بخشد. (زمانی، ۱۳۹۰ش، ص ۶۵). رعایت پدیده عرف با این فرض فارغ از ذکر آن در مجموعه قوانین یا نظام نامه و آیین نامه است.

همه نیروی عرف حقوقی در رکن معنوی نهفته است و عرف به وسیله آن الزام آور می گردد و نیز عادات و رسوم جاری در زندگی اجتماعی به وسیله آن از عرف متمایز می شود. مثلاً بسیاری از اعمال و عادت ها هستند که مدت ها تکرار شده و جنبه عمومی پیدا کرده، ولی از دیدگاه و نظر مردم اجباری نیستند؛ یعنی از رکن معنوی برخوردار نیستند؛ همانند مراسم محلی که در بعضی از جشن ها و سوگواری ها برپا می شود.

۴) منشأ پیدایش عرف و ارتباط آن با رویه قضایی

۴-۱) منشأ پیدایش عرف

دانشمندان فقه و حقوق در باره منشأ پیدایش عرف، اندیشه ها و باورهای مختلف و دور از هم دارند. به گونه ای که گاه برخی منشأ عرف را بسیار محدود و در مقابل برخی دیگر آن را بسیار گسترده دانسته و بر این باور تأکید دارند که می توان هر عامل حقوق بین الملل را منشأ عرف و حقوق عادی شمرد. (کینیا، ۱۳۴۰ش، ص ۱۸۴).

محقق نائینی در باره منشأ پیدایش عرف گوید: عرف که در میان مردم متداول می شود، منشأ آن از سه حال خارج نیست: الف: گاه ممکن است منشأ آن سلطان جابری باشد که توده های عصر خود را به راهی و کاری واداشته و سنتی را پی ریخته باشد و رفته رفته این راه و کار برای آنان عادت شده و همچنان در دوره های بعد، به همان شیوه رفتار کرده اند تا عرف و عادت برای خود پا گرفته و تحقق یافته است. ب: ممکن است یکی از پیامبران گذشته با تعلیمات خود مردم را به طریق های هدایت کرده باشد، و آن طریقه به وسیله مردم استمرار یافته و متداول شده و عرف آنان را تشکیل داده است. ج: ممکن است عرف از نهاد و فطرت مردم ناشی شده باشد؛ فطرتی که خدای تعالی به مقتضای حکمت بالغه خود برای حفظ نظام و بقای جامعه به انسان عطا فرموده است. (کاظمی خراسانی، ۱۳۷۶ش، ص ۱۹۲).

سپس محقق نائینی پیرامون هریک از این سه، بحث هایی دارد و به این نتیجه می رسد که عرف هر منشأ و مصدری داشته باشد، اگر ما رضای صاحب شرع را نسبت به آن به دست آوریم، اعتماد به آن صحیح است. همان طور که شارع جلوی بسیاری از عرفهای جاهلیت را گرفت و ما از این جلوگیری آگاه شدیم، اگر جلو این عرف را هم گرفته بود، خبردار می شدیم، چرا که انگیزه های بسیاری برای ثبت و نقل آن وجود داشت. (کاظمی خراسانی، ۱۳۷۶ش، ص ۱۹۳).

بر سخنان و بیانات محقق نائینی نظری وجود دارد و بدین گونه حاشیه می زنند که راه و رسم حاکم یا سلطان جابر و خودکامه که بنای غلطی را به زور و جبر در جامعه بالا می برد و روش ناپسندی را اغلب با فشار و اکراه پیاده می کند، فکر نمی کنم ماندنی باشد و به نسل های پس از او خود به خود منتقل شود، بلکه آن راه و رسم که با اجبار برقرار شده است، دیری نخواهد پایید و با رفتن شاه ستمگر آن رسم غلط نیز از میان خواهد رفت که گفته اند: «الْقَسْرُ لَا يَدُومُ» (یعنی: حرکت غیرطبیعی در زیر فشار و جبر، دوامی نخواهد داشت)؛ زیرا ما نظیر این عرفهای غلط را در زمان شاه دیدیم که با سرنگونی او، آن شیوه ها نیز شتابان نابود شد.

دکتر فیض بر این عقیده اند که قویا می توان حدس زد که عرفهای صحیح، ممکن است از تعلیمات یکی از پیامبران سلف پا گرفته و ماندگار شده باشند؛ چنان که ممکن است از فطرت و سرشت عقلای قوم به وجود آمده باشند و فرق نمی کند که هم تعلیمات انبیا و هم رهنمودهای فطرت، هر دو بر مبنای یک رشته اصول کلی و مبادی عمومی شناخته شده پی ریزی شده باشد. متنها، یکی بر پایه وحی و دیگری بر پایه راهنمایی فطرت و عقل؛ عقلی که در لسان روایات به عنوان «پیغمبر باطنی» از آن نام برده شده است.

به هر حال، عرفی که میراث گذشتگان ماست و فرضا هزاران سال عمر کرده، در بستر زمان و مکان نمی تواند دست نخورده، همان صورت نخستین خود را حفظ کرده باشد، بلکه در پرتوی پیشرفت جامعه که همواره متکامل و متحول است، آن عرف نیز، با حفظ ماهیت خود، رنگ باخته و رنگ گرفته و به فراخور حال و مقام خود را به شکلی دیگر نمایانده است. (فیض، ۱۳۸۷ش، ص ۱۰۷).

۲-۴) ارتباط عرف با رویه قضایی

عرف در اصطلاح حقوقی و خاص آن عبارت است از عادت و رسمی که حالت الزام پیدا کرده و ظهور آن بدون اقدام قانونگذار است. به عبارت دیگر، عرف قاعده حقوقی است که مستقیما مردم در طی زمان آن را ساخته باشند و اجرای آن را لازم بدانند و ملاحظه می شود رویه قضایی و عرف هر

دو از منابع حقوق هستند، هر دو در طی زمان شکل می گیرند و هر دو در حقوق مدون نیاز به حمایت قانون دارند؛ همان طور که قانون می تواند رویه قضایی را متوقف سازد و آن را از بین ببرد، می تواند عرف را از حالت الزام خارج سازد. بعضی حقوقدان ها منابع حقوق را به دو دسته تقسیم کرده اند: قانون و عرف، در این تقسیم عرف را شامل همه منابع حقوق غیر از قانون شناخته اند و در نتیجه رویه قضایی را جزیی یا بخشی از عرف دانسته اند. می گویند همان طور که عرف را مردم می سازند و حالت الزام به آن می دهند، رویه قضایی را قضاات به وجود می آورند و در واقع رویه قضایی، عرف ویژه قضاات است، در حالی که اگر به ماهیت رویه قضایی و عرف توجه شود، تفاوت سنخیت آن دو بارز است و با تمام شباهت هایی که دارند، نمی توان رویه قضایی را در چهارچوب عرف شناسایی کرد. قضاات در تصمیمات قضایی از قانون و عرف استفاده می کنند، ریزه کاری های تفسیر را به کار می گیرند و اتخاذ تصمیم می نمایند و این تصمیمات در طول زمان عامل رویه قضایی است. رویه قضایی ثمره کار علمی قضاات محسوب می شود. راه حل نسبتاً ثابت قضاات در استفاده از قانون است. عرف و رویه قضایی، هر دو زمینه ساز قانون هستند. بعضی قوانین اساساً همان عرف و رویه قضایی قبلی هستند که قانونگذار آنها را طی موادی تنظیم می نماید. بارزترین مثال را در ماده واحده مصوب ۱۳۷۲/۴/۳ ش. می بینیم که عین رویه قضایی را در قالب قانون درآورده اند. (مدنی، ۱۳۸۳ ش.، ص ۹).

۵) نقش عرف در فهم قانون و تأثیر آن در حقوق

۵-۱) نقش عرف در فهم قانون

مقصود از جرم و پدیده جزایی در حقوق کیفری، اعمال ناقض هنجارهای اجتماعی است که مقنن صراحتاً برچسب جرم بر آنها نهاده، آنها را مستحق مجازات دانسته است و بر همین مبنا دستگاه قضایی حق مجازات مرتکب را داراست. بر این اساس، قانون، یکی از عناصر لازم و ضروری در تکوین جرم به شمار می آید؛ چون پیش از بیان قانون، هر نوع رفتاری در منطقه مباح قانونی، مجاز می باشد و

مجازات افراد به هر توجیه و با هر استدلالی قبیح و ناپسند است. این مفهوم مجرد قضایی از پدیده جزایی و انحصار تبیین جزء به جزء تعاریف در دست قانونگذار، اصل قانونی بودن جرم و مجازات را متبلور می نماید. اصل قانونی بودن، به عنوان سنگ بنای حقوق کیفری شناخته شده است و تردیدی هر چند به اجمال در پذیرش آن از سوی حقوقدانان وجود ندارد؛ اگرچه در ترسیم حدود و ثغور آن تفاوت دیدگاه و تفاسیری ایجاد شده است. التزام به اصل قانونی بودن در حقوق کیفری، دو الزام و نتیجه کلی به دنبال دارد که به تفسیر مضیق نصوص کیفری و عدم عطف به ماسبق شدن قوانین تعبیر می شود. (برهانی و پارساییان، ۱۳۹۲ش، ص ۱۵۰).

۱-۱-۵) نقش عرف در تفسیر مضیق قوانین کیفری

اصل قانونی بودن، با توجه به هدف انسداد راه بر اظهارنظرهای شخصی قضات، مقنن را بر نگارش روشن و صریح متون کیفری ملزم می نماید؛ به گونه ای که عناصر تشکیل دهنده بزه، عاری از هر گونه اجمال و ابهامی تقریر شود و با عباراتی استعمال گردد که تفسیربردار نباشد. به این دلیل که یک وصف مجرمانه مبهم و دوپهلوی اصطلاحاً هشدار، تهدیدی علیه شهروندان محسوب می شود و دست قاضی را برای تفاسیر موسع و خودکامه باز می گذارد. در واقع اصل قانونی بودن، به معنای التزام مقنن به کاربرد گزاره های صریح و روشن در تدوین قوانین کیفری است؛ ولی گاه تخطی از این الزام و استعمال عباراتی که دارای پیچیدگی هایی در مفهوم می باشد، تشکیک در معانی عبارات و مدلول واقعی احکام در مقام قضا را سبب می شود که فهم معنای حقیقی الفاظ و مقصود مقنن و در نهایت قضاوت صحیح را با پیچیدگی های همراه می سازد که دادرس را ناگزیر از تفسیر می سازد. در همین جهت، حقوقدانان اساساً در دو مورد تفسیر قانون را مجاز می دانند: الف: مفهوم قانون روشن نباشد؛ ب: مفهوم قانون روشن است؛ ولی در سعه و ضیق مدلول آن تردید باشد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰ش، ص ۱۷۱).

افزون بر این، حتی گاه در فرض فقدان ابهام، اجمال و تعارض در متن مواد، برداشت به واقع از نص نیازمند به کارگیری صحیح معنای عبارت است. به عنوان مثال، تمسک به ظواهر الفاظ مانند عموم

و اطلاق یا حمل الفاظ بر معانی عرفی یا تخصیص عام و تقیید مطلق، همگی در واقع تفاسیر الفاظ اند. قوانین کیفری در جهت این اصل باید به گونه مضیق و مطابق با همان الفاظ و عباراتی که در نص به کار رفته است، تفسیر گردد که از آن به تفسیر مضیق تعبیر می شود. در مقام شک در درک و فهم مدلول حقیقی الفاظ، تفسیر مضیق اقتضای آن دارد که به قدر متیقن مفهوم الفاظ بسنده شود و از توسیع مفهومی و مصداقی به موارد مشکوک جلوگیری گردد. رجوع به عرف و تبادلات عرفی در فهم موضوع و متعلقات نصوص کیفری و تمسک به تفاهمات عرفی در استنباط از این نصوص، راهی است که در چارچوب این روش تفسیر پذیرفته خواهد شد و در حقوق کیفری قرار خواهد گرفت.

پذیرش اصالت ظهور در دانش اصول فقه بدین معناست که خطابات قانونی را که از صراحت برخوردار نیست، تا زمانی که قرینه ای بر خلاف نباشد، در پرتو ظهورشان معنا شود و از معنای خلاف، اغماض گردد. ظهور، مرحله ای از دلالت یک خطاب است و بر اصل مهمی به نام تبادل مبتنی می باشد و بر این اساس، زمانی که یک لفظ توان رساندن چندین معنا را دارد، اصل آن است که کلام بر معنایی که در آن ظهور دارد، حمل شود. (مظفر، ۱۳۸۰ ش، ص ۴۸).

از میان راه های احراز ظهور، ظهور عرفی یعنی تبادل معنای خاص نزد عرف هنگام شنیدن لفظ و اطمینان عرف متعارف به مراد متکلم، راه متقنی برای کشف مقصود مقنن خواهد بود. ظهور الفاظ از نظر عرفی در هر موضوعی باشد، از نظر شرعی و قانونی هم، مقصود و منظور همان است. در واقع چنانچه لفظی که در قانون به کار می رود، صریح نباشد، ظهور عرفی در فهم معنای مناسب و ارتکازی مرتبط به نص، به کار خواهد رفت. اصولیان حجیت ظهور عرفی را داخل در کبرای حجیت ظهور آورده اند و آن را از اصول و مسلمات فقه و بی نیاز از ارائه دلیل می دانند. سیره عقلا در مقام محاوره اعتماد بر ظواهر است و ظهور را حجت در کشف مقصود متکلم می دانند و عدم ردع مقنن از این طریق عقلایی نیز به معنای همراهی وی با عقلا در پذیرش این شیوه می باشد.

با این وصف، تفسیر مضیق قوانین منافاتی با تبعات پذیرش اصالت ظهور ندارد و تبعیت از تنقیحات ظهوری عرف در فهم نصوص کیفری، خروج از محدوده این تفسیر به حساب نمی آید و به

نوعی می توان هر گونه ضیق و توسعه عبارات قانونی بر مبنای ذوق سلیم عرفی و عدم تعمیم آن به معنای علمی دقیق را از مصادیق تفسیر مضیق جایز در حقوق کیفری دانست؛ همان گونه که برخی تفسیر موسع را توسعه به دستاویز صلاح، عقل و عدل دانسته اند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲ش، ص ۲۹۳). و تمسک به فهم عرفی در استنباط از نصوص کیفری را داخل در حیطه تفسیر موسع قوانین ندانسته اند. (برهانی و پارسایان، ۱۳۹۲ش، ص ۱۵۲).

۲-۱-۵) نقش عرف در عطف ماسبق نشدن قوانین کیفری

نتیجه ضروری اصل قانونی بودن جرم و مجازات در حقوق کیفری، عطف به ماسبق نشدن قوانین ماهوی است، ولی دیدگاه قانون نسبت به تأثیر قانون مآخّر بر مقدّم، حاکی از این است که این قاعده کلی مانند هر قاعده عام دیگری استثنائاتی دارد: «ما من عامّ إلا و قد خُصّ»؛ (یعنی: یعنی هیچ قانونی نیست، مگر اینکه یک نوع استثنا برمی دارد). جرم زدایی عمل مجرمانه یا جرم انگاری عمل مباح، تشدید یا تخفیف مجازات سابق و یا تعیین شرایطی که فارغ از میزان مجازات می تواند بر له یا علیه متهم باشد، از اهم تغییرات قانونی است و ملاک قانونی در تشخیص قوانین مؤثر بر سابق، قانون مساعد به حال متهم عنوان گردیده است که این مهم یا در رابطه با جرم و یا به نسبت مجازات دو فعل ممنوعه سنجیده می شود. تفکیک وضعیت قانون لاحق نسبت به موضوع واحد در قانون سابق، خروج استثنائات را در نظر و تئوری مقدور می سازد. تعیین قانون مساعد به حال متهم در عمل، گاه به سهولت پذیرش آن در نظر نمی باشد. (برهانی و پارسائیان، ۱۳۹۲ش، ص ۱۶۰).

روشن است که قانونی که عمل مجرمان های را مباح گرداند، شرایط و قیودی را در تکوین جرم مؤثر قلمداد نماید، کیفیات مشدده را کاهش یا محو نماید و یا عوامل و معاذیر توجیه کننده یا تخفیف دهنده جدیدی را ایجاد کند، قانون اخف و نهایتا مساعد به حال متهم محسوب می شود. به همین دلیل، تشخیص موارد رجعت قانون در این موارد غالبا به سهولت و بدون هیچ گونه ابهامی صورت می پذیرد، در حالی که تشخیص قانون مساعد مربوط به مجازات و سنجش شدت و ضعف این مجازاتها

در قیاس با یکدیگر به دلیل عدم ارائه معیار مشخص و روشن از سوی نظامهای کیفری، همواره تردیدهایی را به دنبال داشته است. به همین دلیل، به نظر می رسد اتخاذ یک معیار نوعی با در نظر گرفتن نقش عرف در قیاس همه جانبه، به کاهش درصد خطا در قضاوت می انجامد. در واقع ارزیابی و قیاس شدت و ضعف مجازاتهای سابق و لاحق در برخی موارد به سهولت مقدور نیست و در مصادیقی با مشکل مواجه خواهد شد که به نظر می رسد اتخاذ یک معیار متعارف برای تشخیص مجازات مساعد به حال متهم، به صواب نزدیکتر خواهد بود. روشن است این مهم فقط بایک بررسی میدانی در تشخیص جهت افکار عمومی در برخورد با انواع مجازاتها قابل تحقق و در نهایت قابل استناد می باشد. به عنوان مثال، به یقین نمی توان تقدم و یا تأخر مرتبت مجازات شلاق نسبت به حبس کوتاه مدت را مورد سنجش قرار داد، مگر اینکه این نوع مجازات خاص را در سبک زندگی فردی متعارف در شرایط متهم تعریف و قضاوت نمود. (برهانی و پارسایان، ۱۳۹۲ش، ص ۱۵۴).

۲-۵) تأثیر عرف در حقوق

همه نظام های حقوقی براساس چارچوب خاصی تدوین شده و اعمال رفتارها، نیز در این نظامهای حقوقی اصولاً باید بر اساس اصول و قواعد مشخصی باشد. در واقع این اعمال باید براساس منابع حقوقی باشد. یکی از این منابع، عرف است. عرف به عنوان منبع نانوشته نظام حقوقی است که از دل جامعه شکل می گیرد. هم در نظام داخلی و هم نظام بین الملل عرف دارای جایگاه خاصی می باشد. در نظام داخلی یکی از منابع اصلی نظام حقوقی می باشد. در نظام بین الملل در کنار معاهده، اصول کلی حقوقی و دیگر منابع حقوقی، عرف بین الملل به عنوان یکی از منابع حقوق بین الملل می باشد. در فقه اسلامی نیز عرف به عنوان یکی از مستندات می باشد با این تفاوت که در این چارچوب گاهی از آن به عنوان سنت یاد می شود و با این حال در فقه اسلامی عرف به عنوان یکی از منابع اصلی از آن یاد می شود. (سهرانی، ۱۳۹۶ش، ص ۱۶).

وضع قانون مخصوص دورانی است که در جوامع، نهادهای حکومت و دولت به وجود آمده است، اما از نظر پیشینه، عرف بر سایر منابع حقوقی مقدم است. در کتب و قوانین کهن به قوانینی همانند قوانین یهود و مانی و هند و باستان و آتن اشاره شده است، اما در وضع کنونی، این قوانین را می توان مجموعه های عرف تدوین شده دانست. حقوق بیشتر به وسیله عرف، یعنی عادت کردن به این امر که پیوسته در موقع بروز قضیه معینی قاعده مخصوصی را رعایت کنند و معمول دارند، تشکیل یافته است. همین قاعده معین که تدریجاً در ذهن مردم در اثر تکرار دائمی امور مخصوصی پیدا می شود، ریشه و اصل قواعد حقوقی است. بنابراین عرف و عادت اولین منبع حقوق می باشد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰ش، ص ۱۲۲).

عرف و افکار عمومی از منابع حقوق هستند که در نظر برخی از مکاتب حقوقی به عنوان منبع فرعی و برخی مکاتب آن را منبع اصلی حقوق دانسته اند. در حکومت های آزاد، منبع اصلی تمام قواعد حقوقی اراده عموم است که گاه به طور مستقیم و به صورت عرف و عادت منشأ حقوق می شود و گاه دیگر به وسیله قوه مقننه و به صورت قانون ایجاد قاعده می کند. به هر حال عرف یکی از منابع حقوق به شمار می آید که متأسفانه زیاد مورد توجه حقوقدانان قرار نگرفته است. اعتقاد مطلق و در بست به عرف یا قانون و نفی کامل دیگری مخالف واقعیات عینی و مشهود است، زیرا از یکسو قانون با همه امکاناتی که برای آن فراهم است، به تنهایی قادر نیست پاسخگوی تمام نیازمندی های واقعی جامعه که به مرور ایجاد می شوند و قابل پیش بینی نیستند، باشد و همواره به ابزار دیگری نیاز است تا کم و بیش آن را در عمل جبران کند و آن را با واقعیت روز و محیط انطباق بخشد. این ابزار چیزی جز عرف نیست. از سوی دیگر عرف فاقد آن چنان روشنی و تحرک و قابلیت است که بتواند در عصر حاضر که دوران تحولات شگرف اجتماعی است هماهنگ با تحولات سریع جامعه پیش رود و تغییر پذیرد و نیازمندی های حقوقی زمان را پاسخ گوید. بنابراین نمی توان منکر شد که قانون و عرف هر دو از ضرورت های زندگی اجتماعی حقوقی در دوران کنونی هستند و دو روی یک مدال اند و هر یک ارزش مخصوص خود را دارند. قانون به مناسبت خصایصی که دارد به صورت عمده ترین منبع حقوق در

عصر حاضر تلقی شده و عرف در نقش مفسر و مکمل و معین آن ارزش عملی خود را نشان داده و بلافاصله پس از قانون به عنوان منبع دوم حقوق ارزش خود را حفظ کرده است.

بدون شک هر جامعه «انتظارات» و ضوابطی مخصوص خود دارد که طی قرن‌ها حیات اجتماعی خاص پدید آمده و حقوق نیز از همین انتظارات و ضوابط به وجود آمده و در حفظ همان‌ها می‌کوشد، پس ماهیت و محتوای حقوق نیز در هر جامعه ویژه و منحصر به فرد است. اصول و فروض حقوقی بیان کلی تمایلاتی هستند که عملاً در جامعه وجود دارد و مفروض‌هایی که یک تمدن خاص بر پایه آن شکل گرفته، آرمانهایی هستند که مورد تصویب قبلی سازمان پیچیده اجتماعی بوده و به این شکل وسیله می‌شوند که حقوق با «سازمان اجتماعی» هماهنگی داشته و سبب گسترش و رونق آن شود، نه آنکه مانع و رادع آن باشد. به طور کلی باید گفت که حقوق هر جامعه الزاماً با سایر نهادها و طرح‌های فرهنگی آن جامعه یا به طور کلی انتظارات مردم آن سازش دارد و از این رو باید اعلام کرد که ماهیت یک جامعه به کیفیت این ارزش‌های اصلی آن و به توافق این ارزش‌ها با احتیاج‌ها و شرایط آن جامعه و نحوه ثبات و کمالی که در تعقیب این ارزش‌ها دیده می‌شود بستگی دارد.

اندیشمندان حقوق بر این عقیده‌اند که اجتماعات انسانی با حقوق همراه بوده و پیش از آن که قانونگذاران به وجود آیند حقوق وجود داشته است. این روابط اجتماعی بدوی و ساده جز به صورت عرف و عادت نمی‌توانسته است جریان داشته باشد، زیرا از یک طرف طبع انسان ذاتاً عادت‌پذیر است و سرشت او چنان است که به تکرار آنچه یکبار انجام داده است و آن را موافق میل باطنی یا خیر و صلاح خود یافته است راغب می‌شود، از طرف دیگر در آن زمان جز این طریق که حاجت به کتابت ندارد، وسیله دیگری برای تنظیم روابط حقوق مردم متصور نبوده است. از این رو، هرچه در تاریخ زندگی اجتماعی بشر به دورانهای گذشته‌تر و دورتر بازگردیم، نیروی نظام خانوادگی را که به شکل عرف متجلی بوده استوارتر می‌یابیم؛ چنان که در دوران کنونی نیز نظام زندگی جوامع بدوی که در گوشه و کنار کره زمین وجود دارند، جز به صورت عرفی نیست و این نشانه‌ای از دورانهای نخستین ملل متمدن قومی است که قرن‌ها راه کمال را پیموده‌اند و اکنون در مدارج عالی مدنیت زندگی می‌کنند.

کنند. بنابراین می توان گفت که عرف و عادت قدیمی ترین پدیده حقوقی است و از زمانهای بسیار کهن تا گذشته ای که چندان دور نیست، فقط مظهر حقوق بوده است؛ چنان که «مارک رگلاند» تصریح کرده است «در حقیقت عرف منبع اولی حقوق و نخستین مظهر آن است» و پیش از به جود آمدن حقوق کتبی حاکمیت بلامنازعی داشته و بادقت و خشونت مورد عمل بوده و اغماض و چون و چرا را در آن راه نبوده است. (سهرانی، ۱۳۹۶ش، ص ۲۰).

در نظام حقوقی ایران مثل دیگر نظام های حقوقی، عرف های موجود از اعتبار قانونی بر خوردار است. مثلاً پذیرش «سرقفلی» در نیم قرن اخیر نمونه بارز پذیرش عرف از سوی مقنن در نظام حقوقی ایران می باشد. نهاد سرقفلی که در قانون مدنی پذیرفته نشده بود، از سال ۱۳۳۹ش. با درج در قانون روابط موجر و مستأجر، وارد ادبیات حقوقی ایران شد. در نظام حقوقی ایران، 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 می کند. 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 قراردادهای، مسئولیت مدنی، اموال و مالکیت و عقود معین چشمگیر است. نویسندگان قانون مدنی ما تردید نکرده اند که در برخی زمینه های حقوق مدنی به عرف متوسل شوند. در مواد: ۳۳۶، ۳۴۹، ۳۵۱، ۳۶۰، ۳۶۹، ۳۷۲، قانون تجارت و در ماده ی ۴ قانون صدور چک نیز عرف منشأ اثر دانسته شده است.

یکی از جلوه های عرف که بیشتر تحت عنوان ارتکازات عرفی شناخته می شود نیز در اثبات یا نفی بعضی از حقوق نقش آفرینی می نماید. به عنوان مثال ارتکاز عرفی بر این مستقر شده است که نفقه زوجه در ایام عقد بستگی بر عهده پدر می باشد و بر اساس همین ارتکاز عقد ازدواج منعقد میگردد لذا به اعتقاد برخی از فقها زوجه در ایام عقد بستگی حق مطالبه نفقه را ندارد. (عندلیب و همکاران، ۱۳۹۷، ص ۱۲۰). همچنین مبنای حق حبس در تحویل ثمن یا مثن نیز متکی به ارتکاز عرفی است. (همان، ص ۱۲۱).

هم چنین ماده ۱۹۴ قانون دریایی ایران مصوب ۱۳۴۳/۶/۲۹ ش. مقرر می دارد: «در مواردی که در این قانون و یا سایر قوانین مملکتی، مقرراتی پیشینی نشده است، ملاک اصول و عرف بین المللی خواهد بود». در حقوق تجارت بین الملل تعداد زیادی از قواعد عرفی تحت عنوان «La lex mercatoria» بر روابط تجار حکومت می کنند که در کنار قانون منبع حقوق محسوب می شوند. در حقوق بین الملل عمومی که امکان تشکیل قوه مقننه وجود ندارد، عرف و رویه جاری میان دولتها منبع اصلی حقوق است. در ماده ۳۸ اساس نامه دیوان بین المللی دادگستری (ICJ) عرف یکی از منابعی ذکر شده است که دیوان براساس آن رأی صادر می کند. در حقوق عمومی نیز نباید نقش عرف را نادیده گرفت، ولی تأثیر عرف در این حوزه محدودتر است.



نتیجه‌گیری

با روشن شدن معنای عرف و مفاهیم مشابه روشن شد که یکی از موضوعات مهم مطرح شده در نظام های حقوقی نقش و کارکرد عرف در آن نظام ها است، زیرا عرف قبل از پیدایش قانون و قانونگذاری و شرایع آسمانی بر جوامع بشری حاکم بوده است. برای مثال مجازات دیه در حقوق کیفری اسلام قبل از ظهور اسلام و نزول آیات الهی و صدور روایات اهل بیت (ع) وجود داشته است، و در میان اعراب دوره جاهلیت پرداخت خون بها به صورت رسم و عادت بوده است، به طوری که اسلام نیز آن را تنفیذ و امضا کرده است. از دیدگاه برخی از مجتهدین رعایت عرفهای صحیح در تشریع و قضاوت لازم و ضروری است و قاضی به هنگام اجتهاد و قضاوت بایستی آنها را مدنظر قرار دهد. در حقوق موضوعه ایران نیز، عرف هم در حقوق خصوصی و هم در حقوق کیفری مورد توجه واقع شده است. در حقوق خصوصی قانون به قضات اجازه داده که به هنگام سکوت، ابهام و اجمال قانون به استناد به روح قانون فصل خصومت نمایند. در حقوق کیفری نیز عرف یکی از منابع اساسی است که می بایستی مورد توجه قانونگذاران، حقوقدانان و جامعه شناسان حقوقی قرار گیرد و میزان تأثیر آن در مراحل مختلف تدوین و تفسیر و اجراء قوانین کیفری به طور مفصل مورد دقت و توجه قرار گیرد، تا جامعه نیز احساس کند که قانونگذار به نظرات و افکار عمومی موجود ارزشی خاص قایل است.

فهرست منابع

۱. اسلامی پناه، نقش عرف به منزله ی منبع حقوق، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۷، شماره ۲، تیرماه ۱۳۹۶ش، ص ۱۹۳ - ۲۱۱.
۲. انصاری، مرتضی، مطارحُ الأنظار، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، ۱۴۰۴ق.
۳. برهانی، محسن و عطیه پارسائیان، مقاله: «عرف و مؤلفه های قانونی و مادی تشکیل دهنده پدیده مجرمانه»، مجله حقوق اسلامی، فروردین ۱۳۹۲ش.

۴. برهانی، محسن، و عطیه پارسائیان، مقاله: «نقش عرف در تحلیل مؤلفه روانی جرم و عوامل زوال مسئولیت کیفری»، نشریه پژوهش های حقوق جزا و جرم شناسی، دوره ۱، شماره ۲، مهرماه ۱۳۹۲ ش.
۵. بیستون، گرگوری، « Understanding Gregory Bateson: Mind, Beauty, and the Sacred Earth » ترجمه فارسی: ذهن، زیبایی، و زمین مقدس، نیویورک، ناشر: State University of New York Press، ۲۰۰۸ م.
۶. جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق. تهران، ایران، گنج دانش، ۱۳۷۲ ش.
۷. جعفری لنگرودی، مقدمه عمومی علم حقوق. تهران، گنج دانش، چاپ ششم، ۱۳۸۰ ش.
۸. دل وکیو، ژرژ، فلسفه حقوق، ترجمه جواد واحدی، چاپ اول، تهران، میزان، ۱۳۸۰ ش.
۹. دهخدا، علی اکبر، لغت نامه دهخدا، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۷ ش.
۱۰. زمانی، عرف و عادت در نظر حقوق ایران. تهران، جاودانه و جنگل، ۱۳۹۰ ش.
۱۱. سلجوقی، م. نقش عرف در حقوق مدنی ایران، پایان نامه ی دکترا، دانشگاه تهران، ۱۳۴۷ ش.
۱۲. سلجوقی، نقش عرف در حقوق مدنی ایران و مطالعه اجمالی آن در اسلوبهای بزرگ حقوقی.، تهران، میزان، ۱۳۸۸ ش.
۱۳. سهرانی، مطالعه تطبیقی جایگاه عرف در حقوق بین الملل، حقوق داخلی و فقه، ۱۳۹۶ ش.
۱۴. طباطبایی، محمدکاظم، عروه الوثقی، نجف، مطبعة الحیدریه، ۱۳۴۲ ق.
۱۵. عندلیب، حسین، حیدری، محمدعلی، توکلی، احمدرضا، جایگاه «ارتکاز» در تفسیر متون دینی، حقوق معاملات و مسائل اصولی، فصلنامه علمی پژوهشی پژوهشهای فقه و حقوق اسلامی، دوره ۱۵، شماره ۵۴، اسفند ۱۳۹۷، صفحه ۱۰۹-۱۲۸
۱۶. عمید زنجان، فقه سیاسی. تهران، امیرکبیر، ۱۳۶۷ ش.
۱۷. عمید، حسن، فرهنگ فارسی عمید، تهران، راه رشد، ۱۳۸۹ ش.
۱۸. فیض، اندیشه های حقوقی عرف و اجتهاد، تهران، مجد، ۱۳۸۷ ش.
۱۹. کاظمی خراسانی، محمدعلی، فوائد الاصول: تقریرات درس محمدحسین نائینی، قم، اسلامی، چاپ چهارم، ۱۳۷۶ ش.
۲۰. کینیا، مقدمه حقوق بین الملل عمومی، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۴۰ ش.

۲۱. مدنی، رویه قضایی. تهران، پایدار، چاپ چهارم. ۱۳۸۳ش.
۲۲. مصطفوی، حسن، التحقيق فی کلمات القرآن، تهران، بنگاه ترجمه و نشر کتاب، ۱۳۶۰ش.
۲۳. مظفر، محمد رضا، اصول الفقه، قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۰ش.
۲۴. معین، محمد، فرهنگ فارسی، قم، امام علی بن ابیطالب (علیه السلام)، ۱۳۸۹ش.
۲۵. ملکی اصفهانی، مجتبی، فرهنگ اصطلاحات اصول، مقدمه، سبحانی تبریزی، جعفر، قم، عالمه، چاپ اول، ۱۳۷۹ش.

