

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



معاونت پژوهش و فن آوری به نام خدا منشور اخلاق پژوهش

- با یاری از خداوند سبحان و اعتقاد به این که عالم محضر خداست و همواره ناظر بر اعمال انسان و به منظور پاس داشت مقام بلند دانش و پژوهش و نظر به اهمیت جایگاه دانشگاه در اعتلای فرهنگ و تمدن بشری، ما دانشجویان و اعضاء هیئت علمی واحدهای دانشگاه آزاد اسلامی متعهد می گردیم اصول زیر را در انجام فعالیت های پژوهشی مد نظر قرار داده و از آن تخطی نکنیم:
- ۱- اصل حقیقت جویی: تلاش در راستای پی جویی حقیقت و وفاداری به آن و دوری از هرگونه پنهان سازی حقیقت.
 - ۲- اصل رعایت حقوق: التزام به رعایت کامل حقوق پژوهشگران و پژوهیدگان (انسن، حیوان و نبات) و سایر صاحبان حق.
 - ۳- اصل مالکیت مادی و معنوی: تعهد به رعایت کامل حقوق مادی و معنوی دانشگاه و کلیه همکاران پژوهش.
 - ۴- اصل منافع ملی: تعهد به رعایت مصالح ملی و در نظر داشتن پیشبرد و توسعه کشور در کلیه مراحل پژوهش.
 - ۵- اصل رعایت انصاف و امانت: تعهد به اجتناب از هرگونه جانب داری غیر علمی و حفاظت از اموال، تجهیزات و منابع در اختیار.
 - ۶- اصل رازداری: تعهد به صیانت از اسرار و اطلاعات محرمانه افراد، سازمان ها و کشور و کلیه افراد و نهادهای مرتبط با تحقیق.
 - ۷- اصل احترام: تعهد به رعایت حریم ها و حرمت ها در انجام تحقیقات و رعایت جانب نقد و خودداری از هرگونه حرمت شکنی.
 - ۸- اصل ترویج: تعهد به رواج دانش و اشاعه نتایج تحقیقات و انتقال آن به همکاران علمی و دانشجویان به غیر از مواردی که منع قانونی دارد.
 - ۹- اصل براءت: التزام به براءت جویی از هرگونه رفتار غیرحرفه ای و اعلام موضع نسبت به کسانی که حوزه علم و پژوهش را به شائبه های غیرعلمی می آلاینند.



معاونت پژوهش و فن آوری

به نام خدا

تعهد اصالت رساله یا پایان نامه تحصیلی

اینجانب علی طالبی دانش آموخته مقطع کارشناسی ارشد در رشته حقوق گرایش خصوصی که در تاریخ ۱۴۰۰/۶/۹ از پایان نامه خود تحت عنوان "بررسی تطبیقی جایگاه عرف در فقه و حقوق ایران و نظام حقوقی کامن لا" با کسب نمره دفاع نموده ام بدینوسیله متعهد می شوم:

این پایان نامه حاصل تحقیق و پژوهش انجام شده توسط اینجانب بوده و در مواردی که از دستاوردهای علمی و پژوهشی دیگران (اعم از پایان نامه، کتاب، مقاله و ...) استفاده نموده ام، مطابق ضوابط و رویه موجود، نام منبع مورد استفاده و سایر مشخصات آنرا در فهرست مربوطه ذکر و درج کرده ام. این پایان نامه قبلاً برای هیچ مدرک تحصیلی (هم سطح، پایین تر یا بالاتر) در سایر دانشگاه ها و موسسات آموزش عالی ارائه نشده است.

چنانچه بعد از فراغت از تحصیل، قصد استفاده و هرگونه بهره برداری اعم از چاپ کتاب، ثبت اختراع و ... از پایان نامه داشته باشم، از حوزه معاونت پژوهشی واحد مجوزهای مربوطه را اخذ نمایم. چنانچه در هر مقطع زمانی خلاف موارد فوق ثابت شود، عواقب ناشی از آن را می پذیرم و دانشگاه آزاد اسلامی واحد نراق مجاز است با اینجانب مطابق ضوابط و مقررات رفتار نموده و در صورت ابطال مدرک تحصیلی ام هیچگونه ادعایی نخواهم داشت.

نام و نام خانوادگی:

تاریخ و امضاء



دانشگاه آزاد اسلامی

واحد نراق

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد (M.A) در رشته حقوق گرایش خصوصی

عنوان:

بررسی تطبیقی جایگاه عرف در فقه و حقوق ایران

و نظام حقوقی کامن لا

استاد راهنما:

دکتر علیرضا انتظاری

نگارش:

علی طالبی

تابستان ۱۴۰۰



دانشگاه آزاد اسلامی واحد نراق

فرم صور تجلسه دفاع

موضوع پایان نامه: بررسی تطبیقی جایگاه عرف در فقه و حقوق ایران و نظام حقوقی کامن لا

کد شناسایی :

با تاییدات خداوند متعال، گواهی می شود که جلسه دفاعیه پایان نامه علی طالبی دانشجوی رشته حقوق گرایش خصوصی ورودی ۱۳۹۸ به شماره دانشجویی ۹۸۰۰۱۷۲۶۰ نیمسال انتخابی در تاریخ ۱۴۰۰/۶/۹ روز ساعت در دانشگاه آزاد اسلامی واحد نراق برگزار شد و پس از بررسی و تبادل نظر به شرح ذیل طبق رای هیات داوران حاضر در جلسه با نمره به عدد (از ۱۸ نمره) و به حروف و با درجه به تصویب رسید.

استاد راهنما: دکتر علیرضا انتظاری

استاد مشاور:

استاد داور ۱: دکتر سید مهدی جلالی

استاد داور ۲: دکتر حسین اژدری زاده

مدیر گروه:

نماینده دفتر تحصیلات تکمیلی: آقای رضا قنبری

معاون پژوهش و فناوری: دکتر مجتبی جمعیتی

سپاسگزاری

به پاس تعبیر عظیم و انسانی شان از کلمه ایثار و از خودگذشتگان
به پاس عاطفه سرشار و گرمای امیدبخش وجودشان که در این سردترین روزگاران بهترین پشتیبان است
به پاس قلب‌های بزرگشان که فریاد رس است و سرگردانی و ترس در پناهمان به شجاعت می‌گراید
و به پاس محبت‌های بی‌دریغشان که هرگز فروکش نمی‌کند
این مجموعه را به همسر عزیزم همراه همیشگی من در عرصه مشکلات و سه نور دیده ام فرزندان گران
مایه‌ام تقدیم می‌کنم.

تقدیم به

تقدیم به همسر م که در پیچ و خم زندگی، همراه همیشگی من بوده
و به فرزندانم، فاطمه، محمد و ابوالفضل که وجودشان در زندگی ام سراسر صفا بوده
و لطف و عنایت پروردگار

خداوندا به ما توفیق تلاش در شکست، صبر در نومی، رفتن بی همراه، جهاد بی سلاح، کار بی پاداش،
فداکاری در سکوت، دین بی دنیا، مذهب بی عوام، عظمت بی نام، خدمت بی نان، ایمان بی ریا،
خوبی بی نمود، مناعت بی غرور، عشق بی هوس، تنهایی در انبوه جمعیت
و دوست داشتن بی آنکه دوستت بدارند،
را عنایت فرما.

فهرست مطالب

شماره صفحه	عنوان
۱	چکیده
۲	مقدمه
۲	۱. بیان مسئله
۳	۲. اهمیت و ضرورت تحقیق
۴	۳. پیشینه تاریخی تحقیق
۸	۴. سوالات تحقیق
۸	الف. سوال اصلی
۸	ب. سوالات فرعی
۸	۵. فرضیه‌های تحقیق
۸	الف. فرضیه اصلی
۸	ب. فرضیه‌های فرعی
۹	۶. اهداف تحقیق
۹	۷. روش تحقیق
۹	۸. سازماندهی تحقیق

فصل اول: کلیات

۱۲	۱-۱- تعاریف و مفاهیم
۱۲	۱-۲- جایگاه عرف
۱۴	۱-۲-۱- نقش عرف در استنباط احکام
۱۷	۱-۲-۲- لحاظ کردن عرف در فتوا
۱۷	۱-۲-۳- لزوم توجه به حوزه اجتماعی و عرف
۱۸	۱-۳- جایگاه عرف در فقه امامیه
۲۰	۱-۴- جایگاه عرف در حقوق مدنی
۲۰	۱-۵- جایگاه عرف در فقه و حقوق
۲۱	۱-۵-۱- گونه‌های کاربرد عرف
۲۵	۱-۵-۲- عرف در قانون و حقوق اسلام
۳۰	۱-۵-۳- موارد عرف در فقه و حقوق ایران
۳۱	۱-۶- شرایط عرف
۳۳	۱-۷- مبانی حجیت عرف
۳۷	۱-۸- منشأ عرف

۳۷	۱-۸-۱- منشأ عرف در حقوق داخلی
۳۸	۱-۸-۲- منشأ عرف در حقوق بین الملل
۳۸	۱-۹- شرایط اعتبار عرف
۳۹	۱-۱۰- بازتاب عرف در قواعد فقهی
۴۱	۱-۱۱- مرجعیت عرف در تطبیق مفاهیم بر مصادیق
۴۱	۱-۱۱-۱- موقعیت مرجعیت عرف در اندیشه‌ها
۴۶	۱-۱۱-۲- متکفل تطبیق مفاهیم بر مصادیق

فصل دوم: جایگاه عرف در نظام حقوقی کامن لا

۵۱	۱-۲- جایگاه عرف
۵۵	۲-۲- شرایط و قلمرو عرف
۵۶	۲-۲-۱- قلمرو عرف در حقوق رم
۵۸	۲-۲-۲- عرف در حقوق کشورهای گروه آنگلوساکسون:
۶۱	۲-۲-۳- عرف و عادت در نظام حقوقی کامن لا

فصل سوم: تطبیق عرف در فقه و حقوق ایران و نظام حقوقی کامن لا

۶۶	۳-۱- وجوه تشابه
۶۷	۳-۲- وجوه افتراق
۶۹	۳-۳- محدودیت‌های تحقیق
۷۰	نتیجه‌گیری
۷۰	پیشنهادها
۷۱	فهرست منابع

چکیده

هدف از پژوهش حاضر، بررسی تطبیقی جایگاه عرف در فقه و حقوق ایران و نظام حقوقی کامن‌لا بوده است. روش تحقیق از نظر هدف، کاربردی و از نظر شیوه گردآوری داده‌ها، توصیفی-تحلیلی و مقایسه‌ای محسوب می‌شود. در نهایت این نتیجه حاصل شده است که وجوه اشتراک جایگاه عرف در فقه و حقوق ایران و نظام حقوقی کامن‌لا عبارتند از اینکه: موازین عرفی در فقه و حقوق ایران و نظام حقوقی کامن‌لا بر عناصر عمده مادی و معنوی تکیه دارند؛ در حقوق ایران و نظام حقوقی کامن‌لا، برای دستیابی به تلقی مشترکی از نقش عرف در حقوق اساسی، قدر متیقن نقش عرف یعنی نقش تفسیرکننده آن را باید پذیرفت؛ عرف در فقه و حقوق ایران و نظام حقوقی کامن‌لا الزام آور می‌باشد؛ عرفها در نظام حقوقی کامن‌لا و فقه و حقوق ایران با توجه به موقعیت زمانی و مکانی متغیرند؛ عرف در فقه و حقوق ایران و نظام حقوقی کامن‌لا نقش تکمیل قانون را دارد همچنین وجوه افتراق جایگاه عرف در فقه و حقوق ایران و نظام حقوقی کامن‌لا عبارتند از اینکه: عرف در نظام حقوقی کامن‌لا برخلاف فقه همان قول و یا فعلی است که عمل به آن بصورت استمرار در بین غالب مردم واقع گردیده و مورد قبول عوام است؛ برای دستیابی به تلقی مشترکی از نقش عرف در حقوق اساسی، قدر متیقن نقش عرف یعنی نقش تفسیرکننده آن را باید پذیرفت و به نقطه اتفاق صاحب نظران بسنده کرد و فقه و حقوق ایران غالباً عرفی را که کاشف از نظر معصوم(ع) باشد، ملحق به سنت می‌داند و اعتبار آن مورد تأیید اوست، و حوزه حجیت عرف، در تعیین مفاهیم است و یا در تطبیق مفاهیم عرفی بر مصادیق است در صورتی که در حقوق کامن‌لا حوزه حجیت عرف تنها در تطبیق مفاهیم عرفی بر مصادیق است.

کلمات کلیدی: عرف، فقه و حقوق، نظام حقوقی کامن‌لا

مقدمه

هرچه در تاریخ زندگی اجتماعی بشر به دورانه‌های 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 دورانه‌های نخستین ملل متمدن فعلی می‌باشد که قرن‌ها راه کمال را پیموده‌اند و اینک در مدارج عالی مدنیت ره می‌سپرند. بنابراین می‌توان گفت عرف و عادت قدیمی‌ترین پدیده حقوقی است و از زمانهای بسیار کهن تا گذشته‌ای که چندان دور نیست تنها مظهر و جلوه‌گاه حقوق بوده چنان که مارک رگلاند تصریح کرده: «در حقیقت عرف منبع اول حقوق و نخستین مظهر آن است» و پیش از به وجود آمدن حقوق کتبی حاکمیت بلامنزاعی داشته و با دقت و خشونت مورد عمل و اغماض و چون و چرا در آن را نداشته است. بدیهی است همان‌طور که به نظر بشر زیبایی‌های طبیعت با زشتی‌ها همراه هم هستند عرفهای آن اعصار نیز ضمن آنکه حافظ بخشی از حقوق طبیعی و برخی از سجایای اخلاقی بوده مقررات ناهنجار و نامطلوبی نیز در برداشته است. وضع انحصاری عرف دیری نپایید و تحولی که به مرور در همه شئون زندگی بشر رخ داد، در صحنه حقوق نیز ظاهر گردید. انسان از دیرباز متوجه شده بود که بدون نبودن عرف چه اشکالات جدی در زندگی اجتماعی وی پدید می‌آورد. بدین مناسبت از عهد باستان پس از رواج کتابت گاه به گاه کوششهایی به عمل می‌آورد تا منبع جدیدی به شکل کتبی برای حقوق ایجاد نماید. قوانین سومری و کتیبه حمورابی که در حدود ۲۰۰۰ سال پیش از میلاد حضرت مسیح (ع) وضع و تدوین شده‌اند و نیز ألواح دوازده‌گانه روم نشانه بارز چنین تلاش و کوششی می‌باشد که به دست ما رسیده است ولی چنین کوششی در عهد باستان فقط توانست دایره کوچک و محدودی از قلمرو گسترده عرف را برای مدتی به تسخیر حقوقی کتبی درآورد؛ در حالی که عرف همچنان نقش و اهمیت درجه اول خود را محفوظ داشت. در این فصل قرار است که به کلیات تحقیق، از قبیل بیان مسئله، سئوالات تحقیق، فرضیات تحقیق، اهداف و... پرداخته شد.

۱. بیان مسئله

جوامع انسانی از بدو تشکیل (تاسیس) از عرف همواره به عنوان یک قالب حقوقی بهره برده است. عرف از دیدگاه حقوقی مجموعه قواعد و دستوراتی است که بتدریج جای خودش را در زندگی اجتماعی مردم باز نموده و تبدیل به قواعد الزام آور شده و در روند اداره جوامع و نظام‌های حقوقی موثر بوده است. در نظام‌های حقوقی غرب، به عنوان پایه و مظهر حقوق اجتماعی رسمیت و حضور داشته و قبل از ظهور قانون و قانون گذاری نقش قانون امروزی را ایفا کرده است. بررسی‌ها نشان می‌دهد که نظام‌های حقوقی جهان به خوبی از عرف متأثر بوده اند.

عرف در فقه از ابزارهایی است که مجتهد برای استنباط حکم شرعی استفاده می‌کند. نیز از پدیده‌های بحث‌برانگیز و متغیر فقه و حقوق شیعه و اهل سنت است که باعث تحول و دگرگونی در برخی موضوعات احکام و قوانین جامعه می‌شود. از این‌رو، فقیه برای به دست آوردن حکم یک پدیده عرفی، باید مسائل و شرایط مستحدث اجتماع را مورد دقت قرار دهد تا پویایی فقه شیعه محفوظ بماند.

«عرف» به اذعان کلیه اندیشمندان، اولین منبع حقوقی به شمار می‌رود. امروزه نیز با سامان یافتن نظام اجتماعی و توسعه و رشد تمدنهای بشری و در نتیجه گسترش وضع قوانین و مقررات نوشته در شئون مختلف زندگی اجتماعی، نه تنها نقش و قلمرو عرف کم رنگ نشده، بلکه سیر تحولات نظام‌های حقوقی معاصر در عرصه‌های داخلی و بین‌المللی بر تقویت نقش عرف در حل و فصل منازعات و همچنین استنباط احکام، تشخیص مفاهیم، مصادیق و موضوعات تاکید دارد، ضمن آنکه در نظام‌های حقوقی «نانونشته» عرف نقش حقوق زنده را بر عهده دارد

این تحقیق در حوزه علوم انسانی و شاخه فقهی و حقوقی انجام می‌پذیرد و بررسی تطبیقی جایگاه عرف را در فقه و حقوق ایران با نظام حقوقی کامن‌لا شامل می‌شود.

با این توصیف در این تحقیق تلاش می‌شود ضمن تبیین مولفه‌های موثر در عرف نظام‌های حقوقی ارتباط تطبیقی آنها بررسی و کشف شود و از این طریق شاخص‌های اساسی جایگاه عرف را در فقه و حقوق ایران و نظام حقوقی کامن‌لا بصورت تطبیقی مورد بررسی قرار گیرد.

تحقیق حاضر درصدد پاسخ‌گویی به این سوال اساسی است که عرف چه جایگاهی در فقه و حقوق ایران و نظام حقوقی کامن‌لا، و وجوه افتراق و اشتراک آنها چیست؟

۲. اهمیت و ضرورت تحقیق

روی آوردن انسانها به دین و محور قرار گرفتن آن در شئون زندگی اجتماعی و نیازهای روزافزون و عرضه شدن آنها به فقه و به تبع آن، پدید آمدن مسائل نوپیدا، ضرورت خروج از تنگنای فقه فردی و ورود به گستره فقه اجتماعی را بر ما معلوم می‌کند. انسان در زندگی اجتماعی خود دارای رفتارها و روابطی است که بخش عظیمی از آنها زیر پوشش مقررات شریعت قرار گرفته است و به شکل عرف در آمده است. تحقیقات متعددی پیرامون عرف در فقه، حقوق بین‌الملل و نظام حقوقی کامن‌لا بصورت مستقل انجام شده است ولی تاکنون تحقیقی صورت نگرفته است که به بررسی وجوه اشتراک و افتراق عرف در فقه، حقوق ایران و نظام حقوقی کامن‌لا پرداخته باشد. لذا ضرورت انجام این تحقیق، روشن تر می‌گردد.

۳. پیشینه تاریخی تحقیق

افتخاری (۱۳۹۹) در پژوهشی تحت عنوان قلمرو عرف در قانون مدنی به این نتیجه دست یافته است که حاکمیت عرف، از زمان شروع زندگی اجتماعی انسان بسیار چشمگیر بوده است. این حاکمیت قوی عرف، واقعیتی است که شایسته دقت بسیار است. در شکل‌گیری عرف عوامل مختلفی دخیل اند. عناصر دوگانه روانشناختی تقلید و عادت، به تأیید نیروی عرف کمک می‌کنند. توجیه تقلید به این صورت است که انجام دادن اعمالی که می‌بینیم از دیگران سر می‌زند، راحت تر از انجام دادن عملی جدید است و تلاش کمتری لازم دارد. عادت به این معناست که انجام مجدد آنچه یک مرتبه صورت گرفته، آسان تر از شروع عمل جدید است. بنابراین شاید بتوان گفت که حقوق وضعی، اصولاً عرفی است. اما این تلقی متناقض با تلقی دیگری است که به موجب آن حقوق را قانونگذاران و یا بنیانگذاران کشورهای متمدن ایجاد و اختراع کرده اند.

رضاپور (۱۳۹۹) در پژوهشی تحت عنوان بررسی تطبیقی عرف در حقوق ایران و امریکا به این نتیجه دست یافته است که مساله عرف در سیستم حقوقی ایران و امریکا مورد توجه قرار گرفته است. برای درک درست از ارزش عرف، نیازمند بررسی مفاهیم آن در هر کدام از این سیستم‌ها هستیم و برای این کار باید نگاهی گذرا به تاریخچه عرف و نقش و اعتبار آن در این دو نظام بیندازیم. سپس به بررسی تحلیلی مقایسه ای این مفهوم و بیان نقاط قوت و ضعف آن در هر کدام از این کشورها می‌پردازیم. بین تعاریف اولیه ی عرف شاید وجوه مشترک زیادی وجود داشته باشد اما تفاوت‌های ریشه ای بین این مفهوم در این دو کشور وجود دارد.

وهاب زاده (۱۳۹۷) در پژوهشی تحت عنوان جایگاه عرف در حقوق بین الملل و حقوق اسلام به این نتیجه دست یافته است که تنها مظهر و جلوه‌گاه حقوق، عرف بوده است. نگارنده، برای بررسی تفصیلی در ابتدا به بحث عرف در حقوق بین الملل رم، آنگلو ساسکسون و کامن‌لا می‌پردازد. در ادامه، عرف در قانون و حقوق اسلام را بحث کرده و نمونه‌هایی از مصادیق عرف در حقوق اسلام و نقش عرف در پیدایش نظام دیات در اسلام را مورد بررسی قرار داده است. نویسنده، در پایان نتیجه می‌گیرد که نظام دیات یک حکم تاسیسی اسلام نیست، بلکه اسلام آن را امضا کرده و جزء احکام امضایی است و عرف و عادت در پیدایش آن نقش بسزایی را به عهده داشته است. همچنین با توجه به مطالب ذکر شده به دست می‌آید که پرداخت دیه از طرف عاقله نیز تابع عرف است.

رستمی و حفیدی (۱۳۹۷) در پژوهشی تحت عنوان جایگاه و حجیت عرف از دیدگاه فقهای مذاهب اربعه اهل سنت به این نتیجه دست یافته است که عرف به عنوان یکی از منابع احکام در مقام تشریح مورد ملاحظه و مراعات کتاب و سنت بوده است و آن دسته از احکام عرفی که برخوردی با بنیادهای اساسی شریعت نداشته اند، مورد التفات و امضای کتاب و سنت واقع شده اند. فقهای مذاهب اربعه اهل سنت نیز

بر حجیت عرف به عنوان دلیلی چه مستقل و چه غیر مستقل برای استنباط احکام تاکید و تصریح نموده و در این زمینه به دلایلی از کتاب و سنت و عقل استناد کرده اند. در پژوهش حاضر که با استفاده از روش توصیفی تحلیلی و از نوع تحلیل محتوا است به بررسی ماهیت، دلیل حجیت و دیدگاه فقهای مذاهب اربعه اهل سنت درباره عرف پرداخته می‌شود.

ذوقی و عابدی (۱۳۹۷) در پژوهشی تحت عنوان معناسناسی عرف و عادت و شرایط اعتبار آن به این نتیجه دست یافته است که عرف و عادت دو مفهوم اجتماعی است که در گذر تاریخ دچار تغییر و تطور می‌شوند، تغییراتی که سبک زندگی و احکام اجتماعی را تحت شعاع خود قرار می‌دهند و با حفظ شرایطی می‌توانند دارای اعتبار فقهی شده و در مواردی سبب تغییر در احکام شوند. این دو مفهوم به معنا و معنای مشابهی دلالت دارند که شناخت دقیق آن نیاز به بررسی واژه شناسی لغوی و اصطلاحی عرف و عادت در مراجع لغوی و منابع تخصصی فقهی دارد. پژوهش حاضر ضمن معرفی معنای لغوی و اصطلاحی عرف و عادت، به این مسیله پرداخته است که چه شرایطی سبب اعتبار عرف و عادت شده است اطراد، عدم مخالفت با نص، تایید معصوم، هم زمانی نسبت به واقعه و عدم مخالفت با شرط ملحوظ از سوی متعاقدين، مهمترین شرایطی است که سبب اعتبار این دو مفهوم شده است.

اسلامی پناه (۱۳۹۶) در پژوهشی تحت عنوان نقش عرف به منزله منبع حقوق به این نتیجه دست یافته است که در اغلب نظام‌های حقوقی، عرف منشا ایجاد قاعده حقوقی است. عرف قاعده ای عام و دائمی است که به طور مستقیم از اراده مردم ناشی می‌شود و دولت در ایجاد آن نقشی ندارد. امروزه جایگاه عرف به منزله منبع حقوق در کنار دیگر منابع، محل بحث و گفت و گو است. در واقع پرسش این است که آیا جایگاه عرف هم عرض، بالاتر یا پایین تر 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 غالب نظام‌های حقوقی موسوم به حقوق نوشته، عرف منبع درجه دوم است و بعد از قانون قرار می‌گیرد.

فیض (۱۳۹۵) در پژوهشی تحت عنوان نقش عرف در فقه و حقوق اسلامی به این نتیجه دست یافته است که در حقوق اسلامی عرف یکی از منابع حقوق است و این نظام حقوقی با امضاء کردن عرفهای معتبر عقلا و ارجاع قاضی به آنها، توانسته است سیستم حقوقی خود را برای همیشه متحرک نگاه دارد و در سایه این توجه، پویایی فقه را نیز به همراه داشته است و قادر بوده تا در رویارویی با مسائل مستحدثه و پدیده‌های جدید اجتماعی قانونی متکامل ارائه دهد. در قوانین موضوعی ایران نیز عرف، معتبر و حجت شناخته شده است حتی در حقوق بینالملل نیز جایگاه مهمتر و قلمرو گسترده‌تری نسبت به دیگر رشته‌های دانش حقوق دارد.

روحی و همکاران (۱۳۹۵) در پژوهشی تحت عنوان تبارشناسی عرف در فقه امامیه و حقوق ایران به این نتیجه دست یافته است که عرف در قالب رسم و روش و عادت معمول در میان مردم، نیروی حیاتی هر نهاد حقوقی و یکی از مقوله‌هایی است که برای انطباق پاره‌ای از احکام فقهی با مقتضیات زمان و مکان از تأثیری بی-بدیل برخوردار است. در واقع، هر قدر یک نظام حقوقی از عرف بیشتر متأثر باشد از

استحکام و قدرت بالاتری برخوردار خواهد بود. نظام حقوقی اسلام نیز با صحت گذاشتن عرف‌های محلی و ارجاع قانونگذار به آنها توانسته است ماهیت زنده و پویای خود را حفظ و تکامل بخشد. این مقاله کوششی در جهت تبیین جایگاه و تأثیر عرف در نظام حقوقی اسلام با اشاره‌ای به نقش آن در نظام حقوقی ایران است. بنابراین، پس از ذکر مفاهیم عرف در لسان فقهای شیعه و سنی و همچنین تعاریف اصطلاحی آن، به تأثیر آن در فقه و حقوق و نظام حقوقی اسلام از طریق بیان خصایص عرف به عنوان مهم ترین منبع و مبنا در فقه و حقوق، جایگاه عرف در استنباط احکام شرعی و میزان اثرپذیری نظام حقوقی ایران از عرف خواهد پرداخت.

کرمی (۱۳۹۴) در تحقیقی تحت عنوان بررسی مبانی فقهی و حقوقی نقش عرف در استنباط احکام نشان داده است که عرف همان قول و یا فعلی است که عمل به آن بصورت استمرار در بین غالب مردم واقع گردیده و مورد قبول عوام است (مقبول العامه و مستمرالعمل و البیان و مشمول العام)، و برخورد اسلام به آن سه وجه دارد، امضاء، بمنزله تأیید آن، و یا اصلاح، جهت بهره از ظرفیت آن، و یا ابطال، بدلیل تضاد و یا تعارض با دین. و در شکل‌گیری عرف پنج شرط اساسی باید احراز شود: عمل معین (گفتار و یا کردار)، استمرار آن عمل در طول زمان و بین غالب مردم، ارادی بودن آن عمل، فراوانی تکرار عمل، الزام آور بودن آن عمل. از طرفی نگرش شیعه برخلاف غالب فرق اهل سنت که آن را از منابع مستقل و اصلی استنباط می‌دانند، نگاه تعادلی است و نه آن را مستقل و بعنوان نقش و جزئی از دلائل استنباط احکام شرعی می‌پذیرد و نه اینکه آن را فراموش نماید، و شیعه غالباً عرفی را که کاشف از نظر معصوم (ع) باشد، ملحق به سنت می‌داند و اعتبار آن مورد تأیید اوست، و حوزه حجیت عرف، در تعیین مفاهیم است و یا در تطبیق مفاهیم عرفی بر مصادیق است و مکلف پس از استخراج مفهوم براساس عرف، مصادیق آن مفهوم را باید از روی عقل و یا روشهای دیگر مشخص می‌نماید.

رایگان (۱۳۹۴) در تحقیقی تحت عنوان نگاهی به عرف در فقه و حقوق اسلامی بایسته‌ها و آسیب‌ها نشان داده است که رابطه عرف با عادت و سیره، عموم و خصوص من وجه است؛ بدین بیان که عرف «الزام‌آور» است، اما عادت چنین نیست. «فهم نوع مردم» از یک دلیل عرف است، اما سیره نیست. پس کاربرد همسان آنها درست نیست و عرف از «ادله» استنباط احکام است نه از «منابع» اصلی. از این رو، به صورت «ابزاری» مورد استفاده قرار می‌گیرد نه به صورت «استقلالی» و همچنین «ابهام و پیچیدگی» در عرف از سه جنبه (عرف، الفاظ، و مجتهدان) قابل ملاحظه است که با «روشن‌گری» و تبیین این ابهام‌ها و رجوع به نظر «عرف‌کارشناس»، می‌توان آسیب‌های موجود را برطرف کرد.

باقری و حسنی (۱۳۹۴) در پژوهشی تحت عنوان عرف در نظام حقوقی ایران به این نتیجه دست یافته است که عرف بیان‌گر اراده‌ی جامعه و قواعد عرفی حقوق که وضع شده به وسیله‌ی همه‌ی مردمان است، بر مبنای خواسته‌های مردم استوار می‌باشد. این قواعد که از طریق عرف و عادت بین مردم اشاعه می‌یابند با واقعیت، عدل و انصاف قابل تطبیق‌اند. لذا باید عرف را عنصری دانست که کشف‌راه حل عادلانه را میسر می‌سازد و همچنین نیروی حیاتی نهادهای حقوقی است که از کهنگی و فرسودگی حقوق

جلوگیری می‌کند و آن را همواره در تطبیق با نیازهای روز مردم متغیر و متحرک نگه می‌دارد تا حقوق هم‌گام با زمان و پیشرفت‌های جامعه تکامل یابد. مقاله حاضر به بررسی این مقوله در نظام حقوقی ایران پرداخته و قلمرو عرف را در حقوق مدنی، جزا و آیین دادرسی کیفری، حقوق تجارت و حقوق بین‌الملل مورد بررسی قرار می‌دهد.

موسوی بجنوردی (۱۳۹۳) در تحقیقی تحت عنوان جایگاه عرف در حقوق بین‌الملل و حقوق اسلام نشان داده است که نظام دیات یک حکم تأسیسی اسلام نیست، بلکه اسلام آن را امضا کرده و جزء احکام امضائی است و عرف و عادت در پیدایش آن نقش بسزایی را به عهده داشته است. همچنین با توجه به مطالب ذکر شده به دست می‌آید که پرداخت دیه از طرف عاقله نیز تابع عرف است.

پروین (۱۳۹۲) در تحقیقی تحت عنوان از قانون اساسی عرفی تا عرف حقوق اساسی نشان داده است که مفاهیم مشابهی چون اصول کلی حقوقی باید به نحوی از موازین عرفی و اصول اساسی حاکم بر قوانین اساسی متمایز گردند، زیرا ادغام و تفکیک این دو مفهوم از یکدیگر، موجب آثار عملی بسیاری در نظام‌های حقوقی می‌باشد. به علاوه ساز و کارهای تکوین هر یک از این دو مفهوم نیز متفاوت است و موازین عرفی بر عناصر عمده مادی و معنوی تکیه دارند. در این بین تحولات عرف حقوق اساسی نیز مسیری متمایز را می‌پیماید. زیرا گستره این تحولات در برخی نظام‌های حقوقی بیش از نظام‌های دیگر است و نقش متفاوت عرف در تکوین قواعد بنیادین و اساسی در نظام‌های حقوقی مختلف، تا حد زیادی به آرای صاحب نظران حقوق عمومی در خصوص جایگاه عرف در نظام حقوق اساسی کشورها نیز تسری یافته است. از این رو برای دستیابی به تلقی مشترکی از نقش عرف در حقوق اساسی، قدر متیقن نقش عرف یعنی نقش تفسیرکننده آن را باید پذیرفت و به نقطه اتفاق صاحب نظران بسنده کرد.

ملک زاده و احمدلو (۱۳۹۱) در پژوهشی تحت عنوان جایگاه عرف در حقوق با رویکردی بر اندیشه‌های امام خمینی (س) به این نتیجه دست یافته است که در اعتبار فقهی و حقوقی عرف تردیدی وجود ندارد و فقها و حقوقدانان در موارد بسیاری آن را مورد تمسک و استناد قرار داده‌اند. اگرچه نقش عرف به عنوان منشأ و مبنای اعتبار قوانین و قواعد مردود شمرده شده و تنها منشأ اعتماد آن اراده شارع است، اما اینکه شارع در محیط عرف قانونگذاری کرده و در موارد بسیاری نهادها و قواعد عرفی را امضا، تعدیل و تکمیل نموده و در شناخت و اجرای قواعد و خطابات خود به فهم عرفی و اصول آن اکتفا کرده است، جای تردیدی نیست. از این رو نقش عرف در فقه و حقوق چه در مقام استنباط احکام و چه در مقام تطبیق و اجرای قواعد چشمگیر است. همچنین بنا بر آنکه عرف پدیده‌ای است اجتماعی و بیانگر اراده اجتماع، این پدیده (عرف) پدیده‌ای نوظهور نیست که فقه و حقوق امروزی آن را کشف کرده باشد یا اینکه بر آنها تحمیل شده باشد بلکه دانش فقه و حقوق از دیرزمان با این پدیده آشنا بوده است و چه بسا بتوان ادعا کرد که عرف، قدیم‌ترین پدیده حقوقی است که به عنوان مظهر و جلوه‌گاه حقوق شناخته شده است.

جبار (۱۳۹۰) در تحقیقی تحت عنوان ادله حجیت عرف نشان داده است که به وسیله‌ی آن چه که از نظام زندگی اجتماعی، متعارف بین مردم گردیده نمی‌توان به استکشاف حکم شرعی پرداخت؛ چه این که

شارع در برابر نظام‌های متعارف شیوه ی واحدی را درپیش نگرفته است هر چند، گاه به امضای این گونه نظام‌های متعارف روی آورده، ولی دیگرگاه بر از بین بردن بنیان آن‌ها همت گماشته و یا آن‌ها را به سکوت واگذارده است که البته در مورد اخیر حکم به اباحه ی ظاهری می شود. بنابراین به جهت چندگونگی روش شارع در برابر این نظام‌های متعارف زندگی اجتماعی نمی‌توان برای اثبات حجیت و اعتبار عرف به آن‌ها استناد جست.

۴. سوالات تحقیق

الف. سوال اصلی

چه تطبیقی از جایگاه عرف در فقه و حقوق ایران و نظام حقوقی کامن‌لا می‌توان ارائه داد؟

ب. سوالات فرعی

۱. جایگاه عرف در فقه و حقوق ایران و نظام حقوقی کامن‌لا دارای چه وجوه اشتراک می‌باشد؟
۲. جایگاه عرف در فقه و حقوق ایران و نظام حقوقی کامن‌لا دارای چه وجوه افتراق می‌باشد؟

۵. فرضیه‌های تحقیق

الف. فرضیه اصلی

بین جایگاه عرف در فقه و حقوق ایران و نظام حقوقی کامن‌لا تفاوت‌ها و شباهت‌هایی وجود دارد

ب. فرضیه‌های فرعی

۱. جایگاه عرف در فقه و حقوق ایران و نظام حقوقی کامن‌لا دارای یک سری وجوه اشتراک می‌باشد.
۲. جایگاه عرف در فقه و حقوق ایران و نظام حقوقی کامن‌لا دارای یک سری وجوه افتراق می‌باشد.

۶. اهداف تحقیق

هدف علمی: بررسی تطبیقی پدیده عرف و تعامل آن با نظام حقوقی بصورت علمی و ایجاد یک منبع مطالعه برای دانش پژوهان این عرصه است.

هدف کاربردی: بررسی رابطه بین عرف و نظام‌های حقوقی ایران و کامن لا. کشف نکات مشترک آن برای ارائه به جامعه علمی کشور به منظور گسترش دانش موضوعی می‌باشد.

۷. روش تحقیق

روش تحقیق از نظر هدف، کاربردی^۱ و از نظر شیوه گردآوری داده‌ها، توصیفی-تحلیلی و مقایسه‌ای محسوب می‌شود و به این صورت می‌باشد که ابتدا به بررسی جایگاه عرف در فقه و حقوق ایران و سپس به جایگاه عرف در حقوق کامن لا پرداخته می‌شود و وجوه اشتراک و افتراق آنها استخراج می‌گردد. اطلاعات مورد نیاز این پژوهش از طریق بررسی کتاب‌ها، مقاله پژوهشی گزارش‌ها و تحلیل‌ها و از وبگاه‌های معتبر جمع‌آوری شده و مورد بحث و تجزیه تحلیل قرار گرفته است.

۸. سازماندهی تحقیق

این تحقیق ان شاء الله مشتمل بر یک مقدمه و با عنوان طرح تحقیق و پنج فصل می‌باشد.

- فصل ۱: کلیات

- بیان مسئله
- اهمیت و ضرورت تحقیق
- فرضیه‌ها
- اهداف
- سئوالات

- فصل ۲: عرف در فقه و حقوق ایران

- جایگاه عرف
- شرایط عرف
- قلمرو دلالت عرف
- مبانی حجیت عرف

¹. Practical

². Data collection method

- فصل ۳ عرف در نظام حقوقی کامن لا

- جایگاه عرف
- شرایط و قلمرو عرف
- حجیت عرف

- فصل ۴: مقایسه و تطبیق

- فصل ۵: نتیجه گیری و پیشنهادات

فصل اول

کلیات