

ج. ۳
شماره ۲۳

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

۳۸۷۵



فرم ارزشیابی پایان نامه کارشناسی ارشد

۱۳۸۰ / ۵ / ۳

دانشکده: حقوق و علوم سیاسی گروه: حقوق خصوصی و اسلامی

در چارچوب ارزیابی مرحله تحقیقاتی مقطع کارشناسی ارشد دانشجویان دانشگاه تهران

آقای: حسن وکیلیان به شماره دانشجویی: ۲۱۰۵۷۷۰۱۴ در رشته: حقوق خصوصی
گرایش: حقوق خصوصی پایان نامه خود به ارزش: ۴ واحد را که در نیمسال اول سال تحصیلی: ۷۸-۷۹
درم
اخذ و ثبت نام نموده بود، تحت عنوان: "نقش عرف بعنوان یکی از منابع حقوق"

به سرپرستی (استاد راهنما): دکتر العاسی استاد مشاور: دکتر محمدزاده استاد مشاور دوم (حسب مورد): دکتر کریمی
در تاریخ: ۸۰/۴/۱۳ در حضور هیأت داوران به شرح ذیل با (موفقیت / عدم موفقیت / اصلاحاتی) دفاع نمود.

اسامی هیأت داوران	مرتبہ علمی	محل اشتغال	امضاء
۱- استاد راهنما: دکتر نجادعلی الماسی	دانشیار	دانشکده حقوق و علوم سیاسی	
۲- استاد مشاور: دکتر علیرضا محمدزاده	استادیار	" " "	
۳- استاد داور: دکتر عباس کریمی	استادیار	" " "	
۴- استاد داور:			
۵- استاد داور یا استاد مشاور دوم			

نمره نهایی هیأت داوران:	به عدد	به حروف
	۱۹۱ -	نوزده و یک

ملاحظات:

تذکر: نیازی به درج نمره جداگانه هریک از داوران نبوده و فقط نمره مورد توافق هیأت داوران (متوسط) اعلام می شود.

سرپرست تحصیلات تکمیلی دانشکده

با سلام، نظر به اعلام نمره نهایی فوق الذکر از جانب هیأت داوران خواهشمند است نسبت به انجام امور فراغت از تحصیل دانشجوی یاد شده برابر ضوابط و مقررات اقدام مقتضی مبذول فرمائید.

نام و نام خانوادگی مدیر گروه: دکتر حسنعلی درویدیان امضاء و تاریخ:

توجه مهم: کلیه نوشته ها به استثناء نمره هیأت داوران و مطالب بند ملاحظات قبل از دفاع باید با ماشین تایپ گردد.
تذکر: این فرم به دفتر تحصیلات تکمیلی دانشکده ارسال و تصویر آن در گروه مربوط نگهداری می شود.

۳۸۰۷۵

● تقدیم به :

« استاد رضا ریوندی که بهترین
سالهای عمر گرانمایه خویش را
صرف آموختن حکمت به فرزندان
محروم خراسان کرد.»

با سپاس و تشکر از:

- حمایت‌های بیدریغ خانواده‌لم
خاصه پدر و مادر ارجمندم.
- استاد محترم راهنما جناب آقای
دکتر نجادعلی الهاسی و اساتید
محترم مشاور جناب آقای دکتر
علیرضا محمدزاده و جناب آقای
دکتر عباس کریمی.

چکیده:

تحقیق حاضر در پنج فصل و به ترتیب ذیل تهیه و تدوین گردیده است.

۱- فصل اول به بیان مباحث کلی اختصاص یافته است به این ترتیب که در مبحث اول، ضمن بحث پیرامون معنا و مفهوم مینا و منبع در دانش حقوق و طرح نظریه‌های مربوط به آن، جایگاه عرف و عادت در میان منابع گوناگون حقوق مورد شناسایی قرار گرفته است. در مبحث دوم، نقش این منبع مهم در پیدایش قواعد حقوقی خاصه در جوامع ابتدایی مورد بررسی قرار گرفته است. در مبحث سوم نقش عرف در شکل‌گیری سبک‌های کهن حقوقی مورد ارزیابی و در مبحث پایانی جایگاه عرف در حقوق ایران مورد بحث واقع شده است.

۲- فصل دوم اختصاص به بیان مفهوم عرف و عادت و ارکان آن دارد به این ترتیب که در مبحث اول پس از بیان مفهوم عرف از دیدگاه‌های مختلف حقوقی، فقهی و جامعه‌شناسی، در مبحث دوم ارکان عرف و در مبحث سوم و چهارم مفهوم عادت و تفاوت آن با عرف بیان گردیده و در مبحث پنجم نیز کیفیات منفی عرف حقوقی مورد بحث واقع شده است.

۳- در فصل سوم مبنای اقتدار عرف حقوقی و ارتباط عرف با سایر منابع حقوق، مورد بررسی قرار گرفته است چنانکه در مبحث اول پس از بیان نظریه‌های مختلف درباره مبنای اقتدار عرف حقوقی در مبحث دوم رابطه عرف و قانون و پاره‌ای دیگر از منابع حقوق مورد بررسی قرار گرفته است.

۴- در فصل چهارم جایگاه عرف در مکاتب مختلف حقوقی مورد بحث و ارزیابی واقع شده است. ابتدا و در مبحث اول مکتب تاریخی حقوق و در مبحث دوم مکتب تحقیقی حقوق و در مبحث سوم، مکتب جامعه‌شناسی حقوقی آمریکا مورد ارزیابی واقع شده است.

۵- در آخرین فصل یعنی فصل پنجم نیز جایگاه عرف در فقه و حقوق اسلام مورد بررسی واقع شده به این ترتیب که در مبحث اول جایگاه عرف نزد فقهای اهل تشیع و تسنن و در مبحث دوم، حجیت عرف در حقوق اسلام و بالاخره در مبحث سوم و آخر تعارض عرف با سایر ادله شرعی مورد بحث و بررسی واقع شده است.

فهرست مطالب

صفحه	عنوان
۱.....	مقدمه :
فصل اول - کلیات	
۸.....	● مبحث اول: مقصود از مبنا و منبع در دانش حقوق.....
۸.....	گفتار اول: مفهوم مبنا در دانش حقوق و طرح نظریه‌های مربوط به آن.....
۸.....	الف: عدالت.....
۹.....	ب: قدرت دولت.....
۱۰.....	ج: وجدان عمومی و اعتقاد همگانی.....
۱۱.....	گفتار دوم: مفهوم منبع در علم حقوق و طرح نظریه‌های مربوط به آن.....
۱۲.....	الف: قانون تنها منبع قواعد حقوقی.....
۱۳.....	ب: نظریه نظام نامحدود منابع حقوق.....
۱۵.....	گفتار سوم: عرف منبع یا مبنای قواعد حقوقی و طرح دیدگاههای مختلف.....
۱۵.....	الف: عرف منبع مستقل قواعد حقوقی.....
۱۸.....	ب: عرف مبنا و منبع قواعد حقوقی.....
۱۹.....	ج: عرف و عدم امکان منبع و مبنا بودن آن.....

صفحه	عنوان
۲۱	د: نتیجه‌گیری
۲۲	● مبحث دوم: نقش عرف در پیدایش حقوق
۲۲	گفتار اول: پیدایش حقوق در جوامع اولیه و نقش عرف و عادت در این فرایند
۲۳	الف: نظریه پیدایش آگاهانه حقوق
۲۴	ب: نظریه پیدایش ناآگاهانه حقوق
۲۵	ج: نتیجه‌گیری
۲۶	گفتار دوم: عرف‌های ابتدایی و رابطه آن با مذهب
۲۹	● مبحث سوم: نقش عرف در شکل‌گیری سبک‌های کهن حقوقی
۲۹	گفتار اول: حقوق رم
۳۰	گفتار دوم: کامن لا و (Common Law)
۳۲	گفتار سوم: حقوق اسلام
۳۴	● مبحث چهارم: عرف در حقوق ایران
۳۴	گفتار اول: قبل از دوران مشروطیت
۳۵	گفتار دوم: پس از پیروزی مشروطه (دوره تدوین قوانین عرفی)
	گفتار سوم: موقعیت عرف در حقوق ایران پس از انقلاب ۵۷ (دوره انطباق قوانین عرفی با
۳۷	قوانین شرعی)

گفتار چهارم: جایگاه عرف در حقوق ایران پس از تصویب قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۷۹/۱/۲۱.....	۲۸
--	----

فصل دوم - مفهوم و ارکان عرف و عادت

● مبحث اول: مفهوم عرف.....	۴۴
گفتار اول: مفهوم عرف از دیدگاه حقوقدانان.....	۴۴
الف: معنای عام عرف.....	۴۴
ب: معنای خاص عرف.....	۴۶
گفتار دوم: مفهوم عرف از دیدگاه فقها و اصولیین.....	۴۸
گفتار سوم: مفهوم عرف از دیدگاه جامعه‌شناسان.....	۴۹
الف: تفاوت عرف و سنت.....	۵۱
ب: تفاوت عرف و عادت با مد.....	۵۲
● مبحث دوم: ارکان عرف.....	۵۴
گفتار اول: رکن مادی.....	۵۴
الف - عمومی بودن عرف و عادت.....	۵۴
ب - قدیمی بودن عرف و عادت.....	۵۶
ج - ثبات قاعده عرفی.....	۵۷

صفحه	عنوان
۵۷	گفتار دوم: رکن معنوی.....
۵۹	گفتار سوم: رکن قانونی.....
۶۱	● مبحث سوم: مفهوم عادت.....
۶۱	گفتار اول: مفهوم عادت در فقه و حقوق.....
۶۳	گفتار دوم: مفهوم عادت از دیدگاه جامعه شناسی.....
۶۳	الف: عادات فردی.....
۶۴	ب: عادات اجتماعی.....
۶۷	● مبحث چهارم: تفاوت عرف و عادت.....
۷۱	● مبحث پنجم: کیفیات منفی عرف حقوقی.....
۷۱	گفتار اول: اشتباه و اثر آن در اعتبار عرف حقوقی.....
۷۳	گفتار دوم: نظم عمومی و ارتباط آن با عرف حقوقی.....
۷۴	گفتار سوم: اخلاق حسنه و ارتباط آن با عرف حقوقی.....
۷۵	گفتار چهارم: عقل سلیم و ارتباط آن با عرف حقوقی.....

فصل سوم: مبنای اقتدار عرف حقوقی و رابطه عرف با سایر منابع حقوق

۷۸	● مبحث اول: مبنای اقتدار عرف حقوقی:.....
۷۸	گفتار اول: نظریهٔ ابتدای نیروی الزم آور عرف حقوقی بر قانون نوشته:.....

صفحه	عنوان
۷۸	الف: طرح نظریه.....
۷۹	ب: ارزیابی این نظریه.....
	گفتار دوم: نظریهٔ ابتدای نیروی الزام آور عرف حقوقی بر وجدان عمومی یا
۸۰	اعتقاد همگانی:.....
۸۰	الف: طرح نظریه:.....
۸۲	ب: ارزیابی این نظریه:.....
۸۴	گفتار سوم: رویه قضایی یا رسم محاکم مبنای الزام آور بودن عرف حقوقی:.....
۸۴	الف: طرح نظریه:.....
۸۵	ب: ارزیابی نظریه:.....
۸۷	● مبحث دوم: رابطهٔ عرف با قانون و برخی از منابع دیگر حقوق.....
۸۷	گفتار اول: رابطهٔ عرف و قانون:.....
۸۸	الف: مقایسهٔ عرف و قانون:.....
۹۲	ب: بررسی عقاید موافقان و مخالفان عرف حقوقی:.....
۹۵	گفتار دوم: تعارض عرف با قانون و برخی از منابع دیگر حقوق:.....
۹۵	الف: تعارض عرف با قانون:.....
۹۵	۱- تعارض عرف با قوانین متروک:.....
۹۷	۲- تعارض عرف با قوانین غیر متروک:.....

عنوان صفحه

ب: تعارض عرف و روح قانون:..... ۱۰۱

ج: تعارض عرف با عرف:..... ۱۰۳

فصل چهارم - جایگاه عرف در مکاتب مختلف حقوقی

● مبحث اول: مکتب تاریخی حقوق:..... ۱۰۶

گفتار اول: تاریخچه پیدایش این مکتب:..... ۱۰۶

گفتار دوم - بررسی عقاید طرفداران مکتب تاریخی حقوق:..... ۱۰۷

الف - نظریه ساوینی (۱۸۶۰-۱۷۷۹):..... ۱۰۸

ب: نظرات کاپیتان:..... ۱۱۱

ج: نظریات هنری مین:..... ۱۱۳

د: نظریات لانگدل و ایمز:..... ۱۱۴

گفتار سوم - نقد مکتب تاریخی حقوقی:..... ۱۱۵

● مبحث دوم: مکتب حقوق تحقیقی..... ۱۱۹

گفتار اول: مکتب تحقیقی اجتماعی (اصالت اجتماع):..... ۱۲۰

الف: بررسی عقاید طرفداران این مکتب:..... ۱۲۱

۱) اگوست کنت..... ۱۲۱

۲) امیل دورکیم..... ۱۲۳

- ب: مقایسهٔ مکتب تحقیقی اجتماعی و مکتب تاریخی حقوق: ۱۲۶.....
- ۱- موارد اشتراک مکتب تحقیقی اجتماعی و مکتب تاریخی حقوق: ۱۲۶.....
- ۲- تفاوت مکتب تحقیقی اجتماعی و مکتب تاریخی حقوق: ۱۲۷.....
- گفتار دوم: مکتب تحقیقی حقوقی (مکتب حقوق وضعی) ۱۲۷.....
- الف: مکتب حقوق آمرانه یا تحلیلی ۱۲۹.....
- ب: مکتب روان‌شناسی اخلاقی ریپر ۱۳۱.....
- ج: مکتب رئالیسم آمریکا: ۱۳۳.....
- مبحث سوم: مکتب جامعه‌شناسی حقوقی آمریکا: ۱۳۴.....
- الف: طرح عقاید این مکتب ۱۳۴.....
- ب: ارزیابی این مکتب ۱۳۶.....

فصل پنجم - عرف در حقوق اسلام

- مبحث اول: بررسی جایگاه، عرف نزد فقهای اهل تسنن و تشیع ۱۴۴.....
- گفتار اول: بررسی جایگاه عرف به عنوان یکی از منابع حقوقی اسلامی نزد اهل سنت ۱۴۴.....
- الف: تاریخچهٔ عرف در میان اهل سنت: ۱۴۴.....
- ب: نظر علمای اهل سنت راجع به عرف به عنوان یکی از منابع حقوق اسلامی ۱۴۵.....

گفتار دوم: بررسی جایگاه عرف به عنوان یکی از منابع حقوق اسلامی نزد اهل تشیع: ۱۴۶	
الف: تاریخچه عرف در میان اهل تشیع:..... ۱۴۶	
ب: نظر علمای اهل تشیع راجع به عرف به عنوان یکی از منابع حقوق اسلامی..... ۱۴۷	
● مبحث دوم: حجیت عرف در حقوق اسلام..... ۱۵۱	
گفتار اول: مکتب‌های حجیت عرف..... ۱۵۳	
الف: مکتب حجیت ذاتی..... ۱۵۳	
ب- مکتب عقل..... ۱۵۵	
ج- مکتب امضاء:..... ۱۵۶	
گفتار دوم: دلایل حجیت عرف:..... ۱۵۷	
الف- کتاب:..... ۱۵۷	
ب- سنت:..... ۱۵۹	
ج- اجماع:..... ۱۶۰	
● مبحث سوم: تعارض عرف با سایر ادله شرعی..... ۱۶۱	
گفتار اول: تعارض عرف با نص:..... ۱۶۱	
گفتار دوم: تعارض عرف با فتاوا و آراء مجتهدین:..... ۱۶۵	
گفتار سوم: تعارض عرف عام و خاص..... ۱۶۵	
فهرست منابع و مآخذ..... ۱۷۷	

به نام خدا

«دستورها ساخته بشرند به این مفهوم
که نباید هیچ چیز و هیچ کس را، اعم از
طبیعت یا خدا، به غیر از خودمان به
خاطرشان سرزنش کنیم».

کارل پوپر، جامعه‌باز و دشمنان آن، ج ۱ ص ۱۰۷

مقدمه :

انگیزه و اندیشه نوشتن این تحقیق هنگامی در ذهن من به وجود آمد که نسبت به کارآمدی و فایده بخشی آنچه در جامعه ما دانش حقوق نامیده می‌شود، مشکوک و مردد بودم.

نه در کلاسهای حقوق، که در جای دیگری آموخته بودم که علم حقوق، علم به بخشی از اعتبارات بشری است و اعتبارات آدمی جز از تصمیم و اراده اعتبار کنندگان آن از جایی دیگر مایه نمی‌گیرد. آموخته بودم که اعتبارات بشری نیاز پرورده‌اند و تا جایی محترم و خواستنی‌اند که بدان نیازها پاسخ در خوری دهند و مرکب راهواری برای رسیدن به اهداف عالی یک جامعه روبه ترقی باشند. آموخته بودم، قوانین اعتباری دانش حقوق، اگر شأنی و قدری دارند، بدان خاطر است که تنظیم روابط اجتماعی و بسامان کردن امور زندگی آدمیان را به عهده دارند و در این میان، برای آنان شأن و شوکتی ازلی و ابدی قایل شدن و هاله‌ای از تقدس برگرد آن تنیدن و شأن نزول آن را بر مصالح و مفساد خفیه استوار کردن دوغ و دوشاب را به یکدیگر آمیختن است.

در کلاس‌های حقوق از یک سو می‌دیدم که استاد و شاگردان ساعتها بر سر جواز یا عدم جواز بیع معاطاتی در مکاسب مرحوم شیخ انصاری بحث و جدل می‌کنند و زید و

عمر و را به شهادت می‌طلبند و از سوی دیگر می‌شنیدم که جامعه ایرانی هنوز قانونی برای تجارت الکترونیکی به تصویب نرسانده و تکلیف خود را با این قبیل معاملات روشن نکرده است و به همین دلیل شاید تا کمتر از ۵ سال آینده، نتواند حتی نفت خود را به دنیا بفروشد. می‌دیدم که حق سرقتی در این مملکت قریب یک قرن است که میان کوچه و بازار به رسمیت شناخته شده است و در شمار یکی از معاملات روزمره و عادی مردم درآمده است اما قانونگذار همین مملکت هنوز در آتش این تردید می‌سوزد که آیا مالیت آن را به رسمیت بشناسد یا نشناسد؟

اینها مشتی است نمونه خروار، و این قصه را می‌توان برای خسارت معنوی، حق مولف و مصنف، بیع کالی به کالی، خسارت تأخیر تأدیه، مرور زمان، نکاح و طلاق، ارث، ولایت، بیمه، چک، سفته و برات و ... هم گفت.

از پشت عینکی که من به دانش حقوق، به قانون، و به قاعده حقوقی نگاه می‌کنم یا بهتر بگویم انتظاراتی که از آنها دارم، انبوهی از سئوالات را می‌بینم و به آنها می‌اندیشم: مثلاً، آیا این پیش فرض درست است که شأن حقوق تنها «برای جامعه بودن» است و جز این شأنی ندارد؟ آیا حقوق می‌تواند مولد اهداف و تعیین کننده شاهراه تمدن یک جامعه باشد یا اصول کلی حرکت جامعه به سوی پیشرفت و ترقی در جای دیگری تولید می‌شوند و چشم حقوق باید به دست علوم دیگری باشد تا مسیر او را تعیین کنند و راه را به او نشان بدهند؟ بنابراین، میان این علم و شاخه‌های دیگر علوم نظیر جامعه‌شناسی، فلسفه، علم سیاست و اقتصاد و روان‌شناسی و ... چه ارتباطی می‌تواند وجود داشته باشد و حقوق چه تأثیری می‌تواند بر آنها بگذارد؟ و آنها چه تأثیری می‌توانند بر حقوق بگذارند؟

آتشی که از هیزم این سئوالات در ذهن من برافروخته شده بود با طرح سئوالات دقیق‌تر و جزیی‌تری شعله‌ورتر شد. با خود اندیشیدم: اگر این پیش فرض را درست بدانیم که حقوق برای جامعه است چگونه واقعیت‌ها و نیازهای جامعه و مقتضیات هر عصر در حقوق متجلی می‌شوند؟ کدام منبع حقوق قادر است این مقتضا را برآورده سازد. قانون؟

عرف و عادت؟ رویه قضایی یا عقاید علمای حقوق و...؟ از همه اینها مهم‌تر اگر گاهی میان عرف و عادات جامعه که بنا به فرض ترجمان حاجات مردم و برخاسته از وجدان جمعی و اعتقاد همگانی است با آرمانها و ارزش‌های اخلاقی تعارضی رخ دهد - همانطور که اکنون در جامعه ما رخ داده است - این تضاد را چگونه باید حل کرد و حقوقدان یا دادرس محکمه به کدام استدلال می‌تواند جانب یکی را بگیرد و دیگری را رها سازد؟ و براستی نزاع میان «است» و «باید» در دانش حقوق چگونه حل و فصل می‌شود؟

عرف و عادت را برای تحقیق برگزیدیم تا بهانه‌ای باشد که بدانم آنچه در جامعه ما حقوق نامیده می‌شود چقدر با واقعیات جاری جامعه پیوند و ارتباط دارد و تا چه حد نسبت به آن حساس است و آن را جدی می‌گیرد و تحولات و تبدلات اجتماعی چگونه در آن منعکس می‌شود؟ در تاریخ حقوق به دنبال آن می‌گشتم که در دوره‌هایی که از قدرت دولت و نظام سیاسی منسجم در اجتماعات اولیه بشری خبری نبوده است، قواعد حقوقی چگونه شکل یافته‌اند و چه ضمانت اجرایی داشته‌اند و منبع عمده حقوق در آن روزگار چه بوده است؟ می‌گویند یکی از دستاوردهای بزرگ تمدن بشری در جهان جدید قانون به معنای قرارداد اجتماعی و نظام دموکراتیک قانونگزاری است؟ اگر اینگونه است، در مقایسه قانون با عرف و عادت، منبع اخیر چه جایگاهی می‌یابد و در صورت تعارض احکام آن دو، کدامیک برتر است و چرا برتر است؟ آیا چنانکه ادعا می‌شود قانون - ولو از طریق دموکراسی غیرمستقیم - به خواست مردم و اراده ملی نزدیک‌تر است یا عرف و عادت که مستقیماً از وجدان عمومی و اعتقاد همگانی مایه می‌گیرد؟

مبنای اعتبار عرف و عادت چیست؟ آیا اعتبار عرف به خاطر آن است که قانون و دولت پشتیبان آن هستند یا عرف و عادات مستقلاً واجد ارزش است؟ و اگر اینگونه است این ارزش و اعتبار از کجا تأمین می‌شود؟ موقعیت عرف و عادت در میان مکتبهای گوناگون حقوقی چگونه است؟ و از آن مهم‌تر این موقعیت در نظام‌های حقوقی مذهبی - که حقوق ما نیز یکی از مصادیق آن است - چگونه تعریف می‌شود؟ رابطه عرف و عادت با قواعد مذهبی چگونه رابطه‌ای است؟ عرف و عادت با توجه به آنچه گفته شد در تاریخ

حقوق اسلام و حقوق ایران چه جایگاهی داشته است و چه تحولاتی به خود دیده است؟ و بالاخره اینکه در نظام کنونی حقوقی ایران، عرف و عادت چه جایگاهی دارد آیا جزو منابع حقوق به شمار می‌رود یا نه؟

پیش فرض مهمی که در تمام طول انجام این تحقیق، همواره در ضمیر من بوده است، این بوده که: دانش حقوق در ایران در طول تاریخ نه چندان بلندی که داشته، به ایستایی و عقب‌ماندگی مزمونی دچار شده است به این معنا که تا حدود زیادی از جامعه و واقعیات آن منتزع شده است و حقوق به جای اینکه بر روی زمین بیاید و هم خود را صرف حل مشکلات و معضلات اجتماعی آد미ان کند و در میان ایشان بزید و نمو نماید یا در آسمانها بسر می‌برد یا زیر خروارها واژه و عبارت مغلق و تشریفات دست و پاگیر مدفون شده است. در این تحقیق می‌خواستم بدانم که چرا و چگونه چنین حقیقتی - به گمان خودم - به وقوع پیوسته و علل یا دلایل وقوع آن چیست؟ و چراست که در میان کتابهای حقوقی معارفی می‌آموزیم و در کلاس‌های حقوق، درس‌هایی می‌گیریم ولی در محکمه عدلیه چیز دیگری می‌بینیم و در محاضر و کلا واقعیت‌های دیگری را لمس می‌کنیم؟

اکنون این تحقیق به ناگزیر به پایان رسیده است و من جز به اندکی از سئوالات بیشماری که بخشی از آنها را در اینجا آورده‌ام، نتوانسته‌ام پاسخ بگویم.

تحقیق درباره عرف و عادت به عنوان منبعی برای حقوق این جرأت را به من داده است که بگویم، آری به درستی قانون منبع درجه اول و بی‌بدیل حقوق است اما چنان نیست که پاسخ همه مسایل اجتماعی و رادحل همه مشکلات زندگی و حقوقی از دست و زبان او برآید. نهادهای حقوقی همواره به دستور قانون و پشتیبانی دولت تأسیس نمی‌شوند و ادامه حیات نمی‌یابند، چه بسا تأسیسات حقوقی که به صرافت طبع و براساس احساس نیاز مردم بدان بوجود آمده‌اند و به همین سبب باید مورد احترام و شناسایی واقع شوند و چه بسا قوانینی که به سبب عدم تطابق با عرف و عادت مردم و بلو در طی روزگاران و به مدد حمایت قدرت دولت، جایی در میان مردم نیافته و افراد اجتماع به هر بهانه‌ای از رعایت آن گریزان بوده‌اند. در طول انجام این تحقیق گاهی قواعد و قوانینی را

می‌دیدم که بنیادشان بر عرف و عادت زمان خاصی از جامعه معینی بوده است اما به تدریج رنگ تقدس به خود گرفته‌اند و تغییرناپذیر و همیشگی و همه جایی پنداشته شده‌اند. این را هم بیفزایم که عرف و عادات با وجود فایده‌های بسیار، بی‌عیب هم نیستند؛ چنان که دیر تشکیل می‌شوند و به کندی تحول می‌پذیرند و از ابهام و پراکندگی رنج می‌برند و گاهی چنان تخته‌بند باورهای خرافی و سنت‌های قدیمی‌اند که راه پیشرفت و تحول و ترقی حقوق را سد می‌کنند، آن هم در جهانی که مهم‌ترین ویژگی آن سرعت تحولات و تغییرات در همه زوایای زندگی بشر است.

در مدتی که دست به کار تهیه این تحقیق بودم دانستم که چرا مزرعه حقوق چنین بایر و بی‌محصول مانده است، دانستم که چگونه حقوق ارتباط خود را با جویبارهای جاری معارف دیگر، بریده است و در کنج عزلت و تنهایی نشسته است، دانستم که چرا در این جامعه مردم راه خود را می‌روند و حقوق سودای خود در سر می‌پرورد، دانستم که چرا عدالتخانه در تمییز داد از بیداد و امانده است و دانشکده‌های حقوق از تربیت سربازان عدالت ناتوان مانده‌اند؟ و از آنچه در طول تهیه این تحقیق دانستم جز اندکی، نتوانستم که در آن بیاورم.

به گمان من، دانش حقوق مجبور است خود را بیش از آنچه که اکنون هست به جامعه نزدیک کند و مشتاقانه و متواضعانه از هوای تازه علمی نظیر جامعه‌شناسی و فلسفه و اقتصاد و سیاست و... تنفس کند و تئوریه‌ها و دستاوردهای آنان را برگردد تا شاید گره‌گشای معضلات و مسایل بیشماری باشد که گریبانگیر جامعه آفت‌زده ما شده است. این تحقیق را بیگمان نمی‌توان تألیف دانست، چنانکه تدوین هم نمی‌توان دانست، آخر این دو هم برای خود شأنی و قدری دارند و آموختن راه و روشی را می‌طلبند و ما در دانشگاه هنوز مجال آموختن آنها را نیافته‌ایم! تنها می‌توانم بگویم که این تحقیق کوششی است برای پاسخ به انبوه سئوالاتی که معتقدم تا برای آنها پاسخ درستی نیابیم بگردش چرخ دانش حقوق بر همان مهر و نشان است که بود.

در تهیه این تحقیق از مساعدت و معاونت دوستان دور یا نزدیک بسیاری بهره‌مند

بوده‌ام خاصه دوست و همراه عزیز جناب آقای حسین نوبخت، که سپاسگزار و قدردان
 جملگی ایشان هستم. نمی‌توانم این تحقیق را به پایان ببرم بی‌آنکه از استاد خردمند
 دکتر ناصر کاتوزیان نام نیکی نبرم و سپاس و قدرشناسی خود را اظهار نکنم که از
 محضرشان بهره‌ها برده‌ام و از نوشته‌هایشان حکمتها آموخته‌ام خاصه که موضوع این
 تحقیق به انتخاب من و اشارت و ترغیب ایشان فراهم آمده است. دوام و رونق اندیشه‌های
 گره‌گشای ایشان را آرزو می‌کنم.

این همه گفتیم لیک اندر بسیج	بی‌عنایات خدا، هیچیم، هیچ
بی‌عنایات حق و خاصان حق	گر ملک باشد سیاه استش ورق
ای خدا ای فضل تو حاجت روا	با تو یاد هیچ کس نبود روا
این قدر ارشاد تو بخشیده‌ای	تا بدین بس عیب ما پوشیده‌ای
قطره دانش که بخشیدی ز پیش	متصل گردان به دریا‌های خویش
قطره‌ای علم است اندر جان من	وارهانش از هوا وز خاک تن

حسن وکیلان

۱۳۸۰/۴/۷

فصل اول

کلیات