

بسترهای پیدایی عرف در نظام های معاملاتی ایران با مطالعه تطبیقی انگلستان و فرانسه

فاطمه ذوالفقارزاده^۱

کارشناسی ارشد، حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد صفاشهر

چکیده

عرف و عادت، قدیمی ترین پدیده حقوقی است و از زمان های بسیار کهن تا گذشته ای که چندان دور نیست، تنها مظهر و جلوگاه حقوق بوده است. برای بررسی تفصیلی در ابتدا به بحث عرف در حقوق، فرانسه و انگلستان (کامن لا) پرداخته می شود. در ادامه، عرف در قانون و حقوق ایران و فقه اسلامی و سپس نمونه هایی از مصادیق عرف در فقه و نقش عرف مورد بررسی قرار می گیرد. عرف در حال حاضر نقش بسیار محدودی در حقوق انگلستان ایفا می کند. به موجب قاعده ای که مقرر می دارد که عرف برای اینکه الزامی شود باید جنبه باستانی داشته باشد، هرگونه نقش مهمی از عرف محلی سلب شده است. قانونی از سال ۱۲۶۹ میلادی که هنوز هم لازم الاجرا است، اعلام کرده است که عرف باستانی آن است که پیش از سال ۱۱۸۹ میلادی وجود داشته است. پادشاهان فرانسه به ویژه به تدوین عرف همت گماشتند تا حفظ آنها را تامین کنند. به عنوان نمونه، در اواسط قرن پانزدهم میلادی (۱۴۵۴ م) «شارل هفتم» با فرمان مشهور Montil Les Tours که برای اصلاح دادگستری صادر گردید، مقرر کرد که عرف های مملکت پادشاهی فرانسه رسماً نگارش یابد و آیینی در این باب تاسیس کرد. و عرف ها و عادات کلیه شهرستان های فرانسه رسماً به صورت مجموعه ای نوشته شد. این امر که از نیمه دوم سده پانزدهم آغاز گردیده بود، در نیمه نخست سده شانزدهم به انجام رسید. اندک درنگ در این مجموعه ها که شامل نگارش یا تفسیر عرف ها است، این نکته را به دست می دهد که آن چه در غالب این مجموعه ها به ویژه در مجموعه های عرف و عادت فرانسه جلب توجه می کند، جزئی و ناقص بودن آنها است. این باور که ظاهراً در ارتباط با اندیشه منوط بودن اعتبار عرف به تصریح از سوی قانون و شرع می باشد، سخن گفتن از ضمیر، شعور و اراده و ایمان جامعه را بی مورد می شمارد و بر این سخن است که عرف ها از اراده و تمایل گروه خاصی که در طول تاریخ به اشکال گوناگون همچون انبیا، حکام و سلاطین، نظام های سیاسی، اداری و حقوقی و مقامات و مناصب دولتی و قانونی نمود پیدا کرده اند، ناشی گردیده و صرفاً امره بوده اند که به تدریج با گذشت زمان و بر اثر تکرار در افکار و اندیشه افراد جامعه ریشه دوانیده، به گونه ای که رعایت آن برای حفظ نظام زندگی اجتماعی ضرورت یافته است.

واژگان کلیدی: عرف، نظام حقوقی، ایران، انگلستان، فرانسه

^۱ نویسنده مسئول: Fatemezolfagharzade77@gmail.com

زندگی اجتماعی انسان ها همواره توأم با مسائل حقوقی بوده که قانونگذار در وضع و الزام به آن دخالتی نداشته است اما انسان ها رعایت آن را بر خود لازم دانسته اند که این الزام ناشی از عرفی است که پیش از وضع قانون بین مردم رواج داشته است همین قاعده معین که تدریجاً در میان مردم رعایت می گردد ریشه و اصل قواعد حقوقی است؛ و گستره این عرف تا بدان جا است که در تکمیل و تفسیر قانون نیز آنجا که گزاره های حقوقی دارای ابهام و اجمال است کاربردی وسیع دارد (فیض، ۱۳۹۵) عرف از دیرباز و قبل از پیدایش قانون و قانون گذاری در بین مردم رواج داشته و مردم بر اساس آن عمل می کردند و آن قاعده ای بود که به تدریج میان همه مردم یا گروهی از آنان به عنوان قاعده ای الزام آور مرسوم شده است (علی راد، ۱۳۹۱) نقش عرف در حقوق و میزان تأثیر آن در احکام و قوانین، همواره در مکاتب مختلف فکری مورد توجه بوده است. به گونه ای که عده ای نقش وسیعی و برخی دیگر نقش محدودی برای آن در علم حقوق قائل اند تا آنجا که یکی از نظام های حقوقی بزرگ جهان به نظام حقوقی عرفی «کامن لا» مشهور است. عرف اثر مهم و غیر قابل انکاری در احکام حقوق موضوعه که متأثر از فقه امامیه است را دارد و در قوانین به خصوص در حوزه حقوق مدنی و مهم تر از آن، در حوزه قراردادهای، نقش عرف بی بدیل است، به طوری که قانون مدنی در بسیاری از مواد عرف را به عنوان مرجعی برای تفسیر و تکمیل قرارداد معرفی کرده است (رحیمی دهنسوری و همکاران، ۱۳۹۶).

از آنجا که عرف در جوامع مختلف به عنوان یکی از منابع مهم حقوق به شمار می رود، در فقه و حقوق ایران هم دارای اهمیت می باشد. بسیاری از مسایل و احکام فقه و حقوق دارای ماهیتی عرفی می باشند و در اعتبار فقهی و حقوقی عرف تردیدی وجود ندارد. علاوه بر این هیچ نظام حقوقی نمی تواند از عرف بی نیاز باشد. در نظام حقوقی ایران تا آن جا پیش می روند که نه تنها عرف را در صورت نبودن نص شرعی مرجعی برای تعیین حقوق و الزامات افراد می دانند بلکه می توانند منشاء حق قرار گیرد. از گونه های کاربرد عرف به مواردی چون کشف حکم در جایی که نص و حکمی وجود ندارد، تکمیل قانون در موارد اجمال یا نقص قانون یا تعارض قوانین و همچنین از دیگر کاربردهای عرف در فقه و حقوق تعیین مصداق و تطبیق موضوعات و مفاهیم بر مصداق می توان اشاره کرد. با این حال عرف از منابع فقهی نمی باشد و عرف در فقه تحت عنوان سنت قرار می گیرد و جایی حجیت دارد که کاشف از رای معصوم (ع) باشد و در حقوق نیز چون به صورت نوشته و مدون درآمده از اهمیت عرف کاسته شده است (علی راد، ۱۳۹۱).

پیشینه تحقیق

صادقیان (۱۳۹۷) کتابی با عنوان «حقوق اساسی تطبیقی: عرف اساسی حقوق ایران، انگلستان» انجام داده است. در نگارش کتاب حاضر از روش کتابخانه‌ای و بررسی کتب و مقالات و داده‌ها و منابع اینترنتی فارسی و انگلیسی بهره جسته شده است. شمای کلی کتاب نیز بدین نحو است که محتوای آن در دو فصل تقسیم‌بندی شده است و به سبب اینکه مطالعه عرف‌های اساسی بدون رجوع و آگاهی از مشخصات و منابع حقوق اساسی این دو کشور میسر نخواهد بود، در فصل اول در سه بخش، بخش اول مبانی نظری، در بخش دوم، به مشخصات و منابع حقوق اساسی انگلستان و در بخش سوم به مشخصات و منابع حقوق اساسی ایران پرداخته شده است. فصل دوم، نیز صرفاً بررسی عرف اساسی در دو کشور ایران و انگلستان است که بخش اول آن، به مفهوم، ماهیت و جایگاه عرف اساسی در حقوق انگلستان اختصاص دارد. و در بخش دوم آن نیز به مفهوم، ماهیت و جایگاه عرف اساسی در حقوق ایران پرداخته شده است. اسلامی پناه (۱۳۹۶) پژوهشی با عنوان «نقش عرف به منزله منبع حقوق» انجام داده است. 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 آنگلوساکسون 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. 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. باقری و حسنلو (۱۳۹۴) پژوهشی با عنوان «عرف در نظام حقوقی ایران» انجام داده‌اند. عرف و عادت با وجود اختلاف سیستم‌های حقوقی و نیز با وجود اختلاف نظر جامعه‌شناسان حقوق و حقوق‌دانان درباره‌ی اساس، کیفیت و میزان احترام و اعتبار آن در جوامع، یکی از منابع مهم حقوق به شمار می‌رود که نقش اساسی و مؤثری را در تمام رشته‌های دانش حقوق به عهده دارد. عرف بیان‌گر اراده‌ی جامعه و قواعد عرفی حقوق که وضع شده به وسیله همه 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. این مقاله 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. ملک زاده و احمدلو (۱۳۹۱) پژوهشی با عنوان «جایگاه عرف در حقوق با رویکردی بر اندیشه‌های امام خمینی (ره)» انجام داده‌اند. زندگی اجتماعی انسان‌ها همواره حقوقی را در پی داشته که انسان‌ها ملزم به رعایت آن بوده‌اند و پیش از اینکه قانونگذار این حقوق را وضع کند به صورت عرف و عادت بین انسان‌ها رواج داشته است، این مطلب نشانه سابقه دیرینه عرف در مباحث حقوقی بوده و بیانگر اهمیت آن است. آنچه در ذهن شناخته شده و خرمندان آن را می‌پذیرند و نیز چیزی که عادت تمام یا اکثریت افراد یک محل یا یک قوم در گفتار و رفتار معین است تا به آن حد که به مرور الزام آور شناخته شده، به شکل عرف تحقق می‌یابد. عرف از مسائل مهم حوزه حقوق است و می‌تواند در استنباط‌های فقهی و حقوقی و ارائه قرائت‌ها و تفسیرهای جدید حقوقی مؤثر باشد. با عنایت به این مهم در این مقاله بر آن بوده است تا جایگاه عرف را در حقوق با توجه به دیدگاه‌های امام خمینی (ره) که به حق مجتهدی نواندیش و فقیهی نوپردازند که در این زمینه نیز با ارائه نظرات متقن خود، راه را برای محققین و پژوهشگران این حوزه فراهم نموده‌اند، و به این نتیجه رسیده است که عرف یکی از منابع حقوق به شمار می‌رود و نقش عمده‌ای را در ارائه راه حل‌های فقهی - حقوقی و مسائل مستحدثه به عهده دارد.

مفهوم شناسی عرف

عرف در لغت؛ در معانی مختلفی استعمال شده است:

- ۱- پیاپی بودن شیء، به گونه‌ای که اجزای آن متصل به یکدیگر باشد.
- ۲- چیزی که مرتفع باشد
- ۳- ضد نکر و به معنی معروف و معروف به معنای شناخته شده و چهره انسان که به آن شناخته می‌شود (عباسی حسین آبادی و ولی زاده، ۱۳۸۷).

برای واژه عرف در فرهنگ‌های معتبر، کاربردها و معنی متفاوتی ذکر شده است. ضد ریشه نکر (به معنی شناختن) و در نهایت به معنای اسم مفعولی (شناخته شده) معروف و هر گونه کار نیک (برندق و همکاران، ۱۳۹۵). در اصطلاح هر رسم و شیوه عملی یا قولی را گویند که در میان اکثر مردم متداول گشته و طبایع ایشان آن را پذیرفته است و از آن پیروی می‌کنند. علامه طباطبایی عرف را پدیده‌ای می‌داند که عقلای جامعه آن را سنت‌ها و روش‌های نیکوی جاری در میان خویش می‌شناسند،

بر خلاف امور نادری که عقل اجتماعی آن را ناپسند می‌شمارند (علوی، ۱۳۸۱) در اصطلاح حقوقی، عرف قاعده ای است که به تدریج و خود به خود و بدون اینکه از پیش این قواعد را طراحی کرده باشند، میان همه مردم یا گروهی از آنان به عنوان قاعده ای الزام آور مرسوم شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۸) به عبارت دیگر، عرف عبارت است از انس ذهن جامعه یا گروه خاص به امری که مربوط به روابط حقوقی است. به عرف گاهی «سیره» نیز گفته می‌شود. واژه عرف گاهی به معنای امر مانوس ذهنی جامعه نیز به کار می‌رود (شهیدی، ۱۳۸۸) در میان علمای شیعه و سنی، تعریف‌های گوناگونی ارائه گردیده که برترین آن عبارت است از: «روش و شیوه مستمر عملی یا گفتاری که در میان همه یا بیشتر مردم، یا قوم یا گروه خاصی شناخته شده و مرسوم باشد.» برخی عرف را شامل «مرکزات ذهنی» نیز دانسته‌اند (رایگان، ۱۳۹۰) شاید بتوان عرف را به قول، فعل و یا ترک فعلی که به تدریج توسط مردم پذیرفته شده و استقرار یافته و در تمامی زمان ها و مکان ها یا برخی از آن ها بر طبق آن رفتار می‌شود، تعبیر کرد (رحیمی دهنسوری، ۱۳۹۶).

تاثیر عرف در تکوین مکاتب حقوقی

تردیدی نخواهد بود که قبل از پدیده ی قانون و قانون گذاری، عرف به عنوان پایه و مظهر حقوق شفایی و ذهنی رسمیت و حضور داشته است. تدوین مجموعه های حقوقی و قوانین موضوعه به عنوان یکی از مهمترین پدیده های اجتماعی نمی‌تواند ریشه در عرف و عادت نداشته باشد. از این رو با پی جویی سیستم های حقوقی جهان به این حقیقت می‌رسیم که تمام این سیستم ها و نظام ها از عرف متأثراند و برای آن اهمیت قایلند. مثلا مجموعه حقوقی روم به این شکل تنظیم شد که هیاتی؛ قانون سنتی و کهن روم را به گونه الواح دوازده گانه درآوردند و آن ها را به مجلس (پارلمان) روم عرضه نمودند و مجلس پس از تغییراتی آن را به تصویب رسانیدند. برخی از حقوقدان ها معتقدند که هیچ یک از مجموعه های حقوقی و مکاتب حقوقی بی تاثیر از عرف نیستند، «قدیمی ترین مجموعه حقوقی «مجموعه حمورابی» مربوط به حدود دو هزار سال قبل از میلاد است. این مجموعه را ششمین پادشاه بابل به نام «حمورابی» تدوین کرد. دومین نظام حقوقی قبل از میلاد «نظام حقوقی تلمود» است که بر اساس برداشت های دانشمندان یهودی از کتاب تورات تدوین گردیده است، سومین نظام «مجموعه حقوقی روم» است که در سال ۴۵۴ ق.م (قبل از میلاد) تدوین گردیده است که آمیخته ای از آیین های طایفه ای و احکام شاهان و فرمان کشیشان بود.» از جانب دیگر روابط اجتماعی مردم به قدری متنوع و گوناگون است که پیش بینی تمام این روابط و مشکلات و مسائلی که بر اثر این روابط به وجود خواهد آمد، غیر ممکن بوده، طبیعی است که پیش بینی راه حل های آن نیز متعدد است. بنابر این قانونگذار هر چه قدر هم به مسائل اجتماعی واقف باشد باز هم نمی‌تواند این قبیل امور را در قانون پیش بینی نماید. «بنابر این در این قبیل موارد که قانون از حرکت باز می‌ماند عرف و عادت به عنوان منبع دوم حقوق به کمک قانون می‌آیند و به حل و فصل مسائل و مشکلات مردم جامعه می‌پردازد. پس عرف به عنوان مکمل قانون یکی از منابع حقوق می‌باشد. البته برخی از سیستم های حقوقی جهان که حقوق عرفی دارند مثل کشور انگلستان، عرف مستقیما و مستقلا اولین منبع حقوق است نه به عنوان مکمل و منبع درجه دوم حقوق. آن چه مسلم است در کشورهای دارای نظام حقوقی رومی _ ژرمنی (اروپای غربی و امریکای لاتین) عرف بعد از قانون، جزء منابع حقوق است. چرا که برای درک بسیاری از موارد قانونی مثل این که: «چه وقت رفتار شخص، تقصیر محسوب می‌شود» و یا «فلان مال یادگار خانواده محسوب می‌شود» و نظایر این، باید از مفهوم عرفی کمک گرفت بنابر این نقش عملی عرف و یا عادت در این نظام، امری است حتمی» تا این جا بدون این که عرف و یا عادت را تعریف کرده باشیم و به تعبیر دیگر بدون این که درباره خود عرف چیزی گفته باشیم تاریخچه آن را توضیح دادیم و گفتیم که منشاء حقوق و بلکه قوانین خیلی از مکتب و کشورها است. اما این سوال نیز به صورت قهری در اذهان مطرح می‌گردد که اصولا عرف چیست؟ در لسان اهل لغت و دانشمندان حقوق و فقهای مذاهب چگونه به تعریف کشانده شده است؟ ابتدا به سراغ لغت می‌رویم تا ببینیم که عرف یعنی چه (فیاض، ۱۳۸۷).

انواع عرف

۱- عرف عام و عرف خاص

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 عقلا نامیده می شود، نزدیک تر است. 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 قسم داخل هستند (محقق داماد و کیخافرزاده، ۱۳۹۷).

۲- عرف عملی و قولی

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. مراد از عرف قولی آن است که نزد مردم، بر معنایی غیر از معنای لغوی، متعارف و شایع شود؛ به گونه ای که هنگام شنیدن لفظ، جز آن معنا به ذهن تبادر نکند (محقق داماد و کیخافرزاده، ۱۳۹۷).

۳- عرف مطرد و غالب و مشترک

عرف مطرد، عرفی است که کلی و شامل باشد؛ یعنی نسبت به همه کسانی که در قلمرو آن قرار دارند عمومیت داشته باشد، به نحوی که در تمامی بلاد یا اقالیم معین، عموم مردم به آن وقوف داشته باشند و برطبق آن مشی کنند. عرف غالب، عرفی است که در اکثر اعمال و وقایع جاری مورد مراعات واقع شود. باید توجه داشت که هیچکدام از دو عرف مطرد و غالب اختصاص به عرف عام ندارد؛ عرف خاص هم گاهی مطرد است مثل بنای عرف بعضی از مناطق بر گرفتن بخشی از مهریه به صورت معجل و بخشی دیگر را به صورت مؤجل و گاهی غالب است مثل اینکه در بعضی امکان، اکثر معاملات را با پول خاصی (دینار یا دلار) انجام می دهند. عرف مشترک، عرفی است که عمل به آن و ترک آن در بین مردم مساوی است و از این جهت به آن عرف مساوی نیز می گویند.

۴- عرف مقارن و غیرمقارن

۱- عرف مقارن، عرفی است که مقارن با پیدایش چیز دیگری موجود باشد. و بر دو گونه است:

۱- عرفی که مقارن با ظهور اسلام و تشریح احکام وجود داشته است، چه قبل از آن به وجود آمده و باقی مانده باشد، و چه در همان زمان به وجود آمده باشد، که شامل عرف های مقارن قولی و عملی می شود.

۲- عرفی که مقارن با انعقاد معاملات و عقود، وصایا، اقرار و مانند اینها باشد.

عرف غیرمقارن، عرفی است که تحقق آن متاخر از پدید آمدن چیزی باشد و بر دو قسم است: ۱- عرف حادث، و آن عرفی است که پس از ظهور اسلام و تشریح احکام به وجود آمده باشد، ۲- عرف متاخر، و آن عرفی است که بعد از اتمام عقد در معاملات یا بعد از اعتراف در باب اقرار یا بعد از وصیت در باب وصایا و مانند اینها به وجود آمده باشد (واسعی، ۱۳۹۵).

۵- عرف دقیق و مسامحی

عرف دقیق، عرفی است که ناشی از دقت و تحقیق باشد. برای مثال در باب تشخیص مصادیق، مصداق هر مفهوم را به نظر دقیق و روشن مشخص کند. البته نباید بین عرف دقیق و دقت فلسفی خلط کرد.

۶- عرف صحیح و فاسد

عرف صحیح، عرفی است که برخلاف موازین شرعی نباشد مثل عرف در موضوعاتی همچون روش مردم در استعمال الفاظ نسبت به معانی و مصادیقشان، یا در برخی از معاملات، سبب به پول رایج در آن منطقه. عرف فاسد، عرفی است که مخالف موازین شرعی از قبیل نص یا ظاهر کتاب و سنت باشد (واسعی، ۱۳۹۵).

اعتبار و ارزش عرف در نظام حقوق اسلامی و ایران

در حقوق اسلامی عرف یکی از منابع حقوق است و حتی در صورت تعارض میان عرف و قیاس، فقها عرف را مقدم می‌داشته‌اند. به این دلیل که قیاس مخالف با عرف جاری، موجب عسر و حرج است و یا مخالف مصالح جامعه می‌باشد. ذکر این نکته لازم است که اعتبار عرف و عادت و عقل و اجماع و قیاس در حقوق اسلام ایجاد قدرت شگرفی کرده است، به طوری که این نظام حقوقی در میان ملت های گوناگون زبان های مختلف عادات و رسوم و سنن ملی و اجتماعی متفاوت اجرا گردیده است، از اقصی نقاط افریقای سیاه تا منتهی الیه سواحل ژاپن مکان زردپوستان حقوق اسلامی رفته و اجرا گردیده، بدون اینکه جنبه تحمیلی داشته باشد.

این نظام حقوقی با امضا کردن عرف های محلی و ارجاع قاضی به آنها و معتبر شناخت عقل و اجماع و استصلاح و استحسان، توانسته است ماشین حقوقی خود را برای همیشه زنده و متحرک نگاه دارد و از طرفی حقوق اسلامی در اعتبار عرف آنقدر افراط نکرده است که مخالف شئون انسان و اصل عدالت و حرمت و شرافت ذاتی آدمی باشد حقوق مانند قوانین فیزیکی و طبیعی نیست که از اصل علیت و سببیت پیروی کند بلکه قوانین حقوقی از اصل غایت تبعیت می‌نماید؛ زیرا انسان را موجودی فاعل مختار و با اراده می‌داند که مجبور نیست بلکه شخصیت وی بستگی بدان دارد که موجودی باشد آفریننده و خلاق و ایجاد کننده چه قرآن وی را جانشین خداوند در زمین معرفی کرده است و رمز این جانشینی فقط در همین صفت خلاقیت نهفته است، باری نقش عرف و عادت و عقل و اجماع فقط از کهنه و فرسوده شدن حقوق جلوگیری می‌کند و آن را همواره در تطبیق و انطباق با نیازمندی های روز مردم، متغیر و متکامل نگاه می‌دارد. فرمولها و دستورالعمل هایی به دست می‌دهد که خود را منطبق با روح زمان و پیشرفت های عظیم جهان گرداند و جاهای گریز و محل های انعطاف برای پدیده های جدید اجتماعی باز کند.^۲

۱- مفهوم عرف در حقوق داخلی ایران

نظریه پردازان علم حقوق با توجه به شاخه های متعدد حقوق برای عرف تعاریف گوناگونی بیان داشته اند، بدین گونه که گاه از آن به مجموعه مقرراتی که از سوی شارع مقدس اسلام وضع نشده باشد، تعبیر کرده اند. و دیگر گاه چنانکه از «ژولین» حقوقدان روم باستان نقل شده در تعریف آن گفته اند:

عرف و عادت عبارت از حقوقی است که از آداب و سجایای مردم پدید آمده و اثر قانون را دارد. همچنین در پارای از نوشته های حقوقی آن را قواعدی دانسته اند که از پدیده های اجتماع استخراج شده و بدون دخالت قانونگذار به صورت قاعده حقوقی در آمده است که البته در این معنا جز قانون، دیگر منابع حقوق، همچون رویه قضایی و قواعد ناشی از عقاید علمای حقوق را نیز در برمی گیرد (کاتوزیان، ۱۳۴۹).

۲- منشأ عرف در حقوق داخلی

قانون گزاران و در سخنی آشکارتر متصدیان حکومت و یا کسانی که اداره و هدایت افراد و جامعه و نیز نیروی اجبار و الزام آور را در دست دارند. این باور که ظاهرا در ارتباط با اندیشه‌ی منوط بودن اعتبار عرف به تصریح از سوی قانون و شرع

² <https://maghalejoo.com/doc/12490>

می‌باشد، سخن گفتن از ضمیر، شعور و اراده و ایمان جامعه را بی‌مورد می‌شمارد و بر این سخن است که عرف‌ها از اراده و تمایل گروه خاصی که در طول تاریخ به اشکال گوناگون همچون انبیا، حکام و سلاطین، نظام‌های سیاسی، اداری و حقوقی و مقامات و مناصب دولتی و قانونی نمود پیدا کرده‌اند، ناشی گردیده و صرفاً آمده‌اند که به تدریج با گذشت زمان و بر اثر تکرار در افکار و اندیشه افراد جامعه ریشه دوانیده به گونه‌ای که رعایت آن برای حفظ نظام زندگی اجتماعی ضرورت یافته است. این سخن اگر چه تا اندازه‌ای می‌تواند با حقیقت همراه باشد ولی با حقایق تاریخی منافات دارد؛ زیرا در همه ملت‌ها قواعد عرف پیش از قانون وجود داشته همان گونه که در حکومت‌های کنونی نیز منشا عرف و قانون یکی نیست. وجدان و اراده عمومی مردم: این دیدگاه «وجدان و اراده عمومی» مردم را منشا عرف می‌شمارد و بر این سخن است که عرف محصول مستقیم اراده‌ی عمومی مردمان است، چه این که حقوق بالاصاله یک منبع بیش ندارد و آن اراده‌ی جامعه است که بر اراده افراد تحمیل می‌شود. این اراده هر گاه مستقیماً به ایجاد حقوق بپردازد در شکل عرف و عادت تجلی می‌کند. نیازها و ضرورت‌های اجتماعی و خواسته‌های طبیعی انسان: در این دیدگاه عرف پدیده‌ای است اجتماعی که منشا آن نیازها و ضرورت‌های جامعه می‌باشد که آدمیان به حکم فطرت خود آن نیازها و ضرورت‌ها را دریافته و بدون این که با آن‌ها به مخالفت برخیزند، وجود آن قواعد و مقررات عرفی را برای حفظ نظام زندگی ضروری می‌شمارند. عوامل فرهنگی و دینی همچون عواطف و اعتقادات دینی و مذهبی، اصول عالی و خصوصیات اخلاقی و روح ملی، قومی، طایفه‌ای و قبیله‌ای مردم، حس تقلید، احترام به یادگار اسلاف و گذشتگان.

عرف و عادت در نظام حقوقی کامن‌لا (فرانسه و انگلستان)

کامن‌لا به وجوه مختلفی تعریف گردیده از جمله بنا به تعریف کاملاً منفی عبارت است از: قسمتی از حقوق که منبع آن قوانین یا مقررات ناشی از قوه قانونگذاری نباشد. یا به گفته کنت: عبارت است از، رسوم و قواعدی است که در مورد حکومت، اشخاص و اموال قابل اعمال می‌باشد و نیروی آن بر اعلام صریح قانونگذار نمی‌باشد. این تعریف نظیر تعریفی است که از عرف به عمل آمده و کامل نمی‌باشد جز آنکه طی آن به یکی از جهات ممیزه کامن‌لا و قانون اشاره شده است. بنا به تعریف دیگر کنت: قانون اثر اراده قانونگذار است و کامن‌لا جز قوانینی که به وسیله زمان معمول گردیده، نمی‌باشد. عرف در تاریخ قانون گذاری «رم» که تقریباً پایه بسیاری از نظام‌های حقوقی اروپا را تشکیل می‌دهد، از مصادر اصلی به شمار می‌رفت. عناصری که در حقوق اروپا پیش از قرن سیزدهم میلادی وجود داشت و نظام حقوقی با استمداد از آن امکان استقرار می‌یافت، اساساً دارای جنبه‌ی عرفی بود. حقوق عرفی اروپا در قرون وسطی و در برخی از کشورهای این قاره تا پایان قرن هجدهم امتداد می‌یابد. از قرن سیزدهم تا هجدهم میلادی به منظور تثبیت محتوای عرف‌های محلی مجموعه‌های خصوصی یا رسمی در کشورهای مختلف تدوین می‌گردید در این خصوص می‌توان به کشور «فرانسه» اشاره داشت. پادشاهان فرانسه به ویژه به تدوین عرف هاهمت گماشتند تا حفظ آن‌ها را تأمین کنند. به عنوان نمونه در اواسط قرن پانزدهم میلادی (۱۴۵۴ م) «شارل هفتم» با فرمان مشهور (Montil Les Tours) که برای اصلاح دادگستری صادر گردید، مقرر کرد که عرف‌های مملکت پادشاهی فرانسه رسماً نگارش یابد و آیینی در این باب تاسیس کرد. و عرف‌ها و عادات کلیه‌ی شهرستان‌های فرانسه رسماً به صورت مجموعه‌ای نوشته شد. این امر که از نیمه‌ی دوم سده پانزدهم آغاز گردیده بود، در نیمه نخست سده شانزدهم به انجام رسید اندک درنگ در این مجموعه‌ها که شامل نگارش یا تفسیر عرف‌ها است، این نکته را به دست می‌دهد که آن چه در غالب این مجموعه‌ها به ویژه در مجموعه‌های عرف و عادت فرانسه جلب توجه می‌کند، جزئی و ناقص بودن آن‌ها است. عرف‌ها فقط به روابط اجتماعی قبل از قرن سیزدهم میلادی مربوط می‌شوند. روابط خانوادگی، نظام ارضی، ارث و وصیت. این عرف‌ها هیچ زمینه‌ی استواری برای گسترش موضوعات جدید به دست نمی‌دهند. آن‌ها تنها برای

ایجاد یک حقوق مدنی به معنای خاص، یعنی حقوق یک جامعه ی محدود، قابل پذیرش اندو نمی توانند حقوق ملل را که از مرزهای سرزمین محل اجرای خود فراتر رود، تشکیل دهند (جبارگلباغی ماسوله، ۱۳۷۸).

خصیصه عرفی یا به بیان کلی تر، غیر قضایی کامن لا در هزاران رأی مطرح گردیده و هنوز نیز به هنگام ضرورت توسط آرای جدید تأیید می گردد. در این آرا همواره این فکر تکرار شده که مجموعه آرا نه همه کامن لا و نه حتی قسمتی از آن بلکه وسیله و ابزار بیان آن می باشد. بنابراین استنباط کامن لا حقوقی مقدم و برتر از آرای صادره است و این آرا دلیل مستحکم بر اثبات وجود آن می باشد. چنان که بلاکستون نیز آن را «حقوق به صرافت طبع» دانسته است و به نظر او: «تصمیمات قضایی جز ابزار تشریح و بیان و وسیله شناساندن آن و به طور کلی تعیین کننده و نشان دهنده محتوای آن نیستند و قضات امنای حقوق و هاتف زنده آند» [تک: ۹۹]. کامن لا بر سه اصل استوار است که عبارت است از:

الف. احترام به سوابق قضایی؛

ب. استعانت از هیأت منصفه به منظور بررسی جهات عملی و عینی واقعه؛

ج. برتر شناختن حقوق نسبت به همه سازمانهای اجتماعی و الزام همه اشخاص حقیقی یا حقوقی اعم از حقوق خصوصی و عمومی به متابعت از آن به اقتضای شرایط متفاوت کشورهایی که در قلمرو آن قرار دارند به مرور در این اصول و درجه ارزش آنها تغییراتی حاصل آمده چنان که در انگلستان ضمن کاسته شدن از اهمیت و نقش هیأت منصفه به قوت و استحکام سابقه قضایی افزوده گردیده و بر عکس در کشور ایالات متحده آمریکا ارزش سابقه قضایی به منظور طرد سوابق مربوط به دوران حاکمیت انگلستان و ابراز شخصیت مستقل در مقابل آن کاهش یافته است حوزه جغرافیایی نظام حقوقی کامن لا عبارت است از انگلستان، ایرلند، استرالیا، زلاندنو، کانادا، کشورهای متحده آمریکای شمالی، هندوستان، سیلان و اسکاتلند. عرف در حال حاضر نقش بسیار محدود در حقوق انگلستان ایفا می کند به موجب قاعده ای که مقرر می دارد که عرف برای اینکه الزامی شود باید جنبه باستانی داشته باشد، هرگونه نقش مهمی از عرف محلی سلب شده است. قانونی از سال ۱۲۶۹ میلادی که هنوز هم لازم الاجرا است، اعلام کرده است که عرف باستانی آن است که پیش از سال ۱۱۸۹ میلادی وجود داشته است. و به این ترتیب شرط مذکور را روشن کرده است. بی گمان امروزه اثبات چنین قدمتی لازم نیست ولی هرگاه اثبات شود که یک عرف نمی توانسته است در سال ۱۱۸۹ میلادی وجود داشته باشد آن عرف، از لحاظ حقوقی در انگلستان لازم الاجرا تلقی نمی شود. بنابراین عرف و عادت در حقوق انگلیس یک عرف واقعی نیست بلکه عرف و سابقه، منشورهایی است که در سال ۱۱۸۹ میلادی زمان تاجگذاری ریچارد شیردل از طرف دادگاههای شاهی انگلیس صادر و به آنها عمل شده است و این است معنای آن جمله که گفته اند: عرف و سابقه را قضات دادگاهها در عمل ساخته اند و بعد به عنوان اصولی تغییرناپذیر باقی مانده و به همین سبب است که حقوق انگلیس از تاریخ آن جدا نیست و بر این اساس قاضی انگلیس بیش از هر قاضی دیگری باید تاریخ حقوق خود را بداند. لازم به ذکر است که عبارت «عرف باید باستانی باشد» از شروط ویژه عرف های محلی است و در مورد عرف های بازرگانی چنین شرطی وجود ندارد؛ معهذا اهمیت این عرف ها محدود است. بویژه از آن جهت که هرگاه عرفی به وسیله قانون یا رویه قضایی پذیرفته شود جنبه عرفی خود و نیز نرمش و امکان تحول را که لازمه این جنبه است از دست داده و به صورت یک قاعده قانونی یا قضایی که تابع قاعده سابقه است، درمی آید. برای رفع هرگونه ابهام درباره عرف در حقوق انگلیس لازم است به بررسی در ارتباط با این نظریه که حقوق عرفی است، بپردازیم. رنه داوید در این رابطه می نویسد: این فکر ناشی از اعتقاد بسیاری از حقوقدانان اروپایی به تقسیم بندی زیر است: حقوق، یا یک حقوق نوشته مبتنی بر کدهاست یا حقوق غیرمکتوب و در نتیجه، عرفی. حقوق انگلیس هرگز یک حقوق عرفی نبوده است بلکه حقوقی مبتنی بر آرای قضایی می باشد. بنابراین کامن لا دارای این نتیجه بوده که سبب نابودی حقوق عرفی انگلیس که در عرف های محلی متجلی بوده، شده است^۳

^۳ <https://fastdelivbery7viagra.blogspot.com/>

نتیجه گیری

عرف و عادت در حقوق انگلیس یک عرف واقعی نیست بلکه عرف و سابقه، منشورهایی است که در سال ۱۱۸۹ میلادی زمان تاجگذاری ریچارد شیردل از طرف دادگاه های شاهی انگلیس صادر و به آنها عمل شده است و این است معنای آن جمله که گفته‌اند: عرف و سابقه را قضاات دادگاه ها در عمل ساخته‌اند و بعد به عنوان اصولی تغییرناپذیر باقی مانده و به همین سبب است که حقوق انگلیس از تاریخ آن جدا نیست و بر این اساس قاضی انگلیس بیش از هر قاضی دیگری باید تاریخ حقوق خود را بداند. از قرن سیزدهم تا هجدهم میلادی به منظور تثبیت محتوای عرف های محلی مجموعه های خصوصی یا رسمی در کشورهای مختلف تدوین می گردید در این خصوص می توان به کشور «فرانسه» اشاره داشت. پادشاهان فرانسه به ویژه به تدوین عرف ها همت گماشتند تا حفظ آن ها را تامین کنند. به عنوان نمونه در اواسط قرن پانزدهم میلادی (۱۴۵۴ م) «شارل هفتم» با فرمان مشهور (Montil Les Tours) که برای اصلاح دادگستری صادر گردید، مقرر کرد که عرف های مملکت پادشاهی فرانسه رسماً نگارش یابد و آیینی در این باب تاسیس کرد و عرف ها و عادات کلیه شهرستان های فرانسه رسماً به صورت مجموعه ای نوشته شد. این امر که از نیمه ی دوم سده ی پانزدهم آغاز گردیده بود، در نیمه نخست سده ی شانزدهم به انجام رسید. اندک درنگ در این مجموعه ها که شامل نگارش یا تفسیر عرف ها است، این نکته را به دست می دهد که آن چه در غالب این مجموعه ها به ویژه در مجموعه های عرف و عادت فرانسه جلب توجه می کند، جزئی و ناقص بودن آن ها است.

منابع

اسلامی پناه، علی، (۱۳۹۶)، نقش عرف به منظره منبع حقوق، مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۷، شماره ۲.
 باقری، مصطفی، حسنلو، فریده، (۱۳۹۴)، عرف در نظام حقوقی ایران، نخستین کنگره بین المللی جامع حقوق.
 جبارگل‌باغی ماسوله، سیدعلی، (۱۳۷۸)، درآمدی بر عرف، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
 رایگان، محمود، (۱۳۹۰)، نگاهی به عرف در فقه و حقوق اسلامی بایسته ها و آسیب ها، معرفت، سال ۲۰، شماره ۱۶۵، ۵۲-۷۳.

رحیمی دهنسوری، رضا، شاه بابای، حمید رضا، امیدی فرد، عبدالله، (۱۳۹۶)، نقش عرف لفظی در تفسیر قرارداد در حقوق موضوعه با رویکرد فقهی، الهیات و علوم انسانی، دوره ۶، شماره ۲، ۱-۱۰.
 روحی برندق، محمد، فصیح، منصوره، کیخا فرزانه، محمدمین، (۱۳۹۵)، تبارشناسی عرف در فقه امامیه و حقوق ایران، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال هشتم، شماره ۱۵، ۲۰۱-۲۲۴.
 شهیدی، مهدی، (۱۳۸۸)، حقوق مدنی اصول قراردادها و تعهدات، ج ۲، چاپ ۵، تهران مجد.
 صادقیان، مهران، (۱۳۹۷)، حقوق اساسی تطبیقی: عرف اساسی در حقوق ایران، انگلستان، ناچر آرنه، چاپ اول.
 عباسی حسین آبادی، حسن، ولی زاده، محمد جواد، (۱۳۸۷)، تأثیر عملکرد عرف در حکم فقهی نظریه جبران کاهش ارزش پول، پژوهشنامه حقوق اسلامی، دوره ۹، شماره ۲۸، ۲۸۷-۳۱۹.
 علی راد، محمد، (۱۳۹۱)، جایگاه عرف در فقه و حقوق موضوعه ایران، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه ارومیه، استاد راهنما، محمد حسن جوادی.

علوی، سید محمدتقی، (۱۳۸۱)، تاملی بر جایگاه «عرف» و «عادت» در فقه و حقوق موضوعه ایران، نشریه دانشکده ادبیات و علوم انسانی (تبریز)، دوره ۴۵، شماره ۱۸۲، ۱۳۵-۱۶۸.

فیاض، علی اکبر، (۱۳۸۷)، نگاه تطبیقی به عرف در فقه، حقوق و جامعه شناسی برگرفته از: <http://k1342b.blogfa.com>

فیض، زهرا، (۱۳۹۵)، نقش عرف در فقه و حقوق اسلامی، نخستین کنفرانس بین المللی و دومین کنفرانس ملی هزاره سوم و علوم انسانی.

کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۸)، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، چاپ ۷۳، تهران، شرکت سهامی انتشار.
محقق داماد، سیدمصطفی، کیخافرزانه، محمدمامین، (۱۳۹۷)، کاربرد عرف در مقام تفسیر در حقوق قضایی مبتنی بر مبانی فقه امامیه، فصلنامه دیدگاه های حقوق قضایی، شماره ۸۱، ۱۶۷-۱۹۱.

ملک زاده، فهیمه، احمدلو، مونا، (۱۳۹۱)، جایگاه عرف در حقوق با رویکردی بر اندیشه های امام خمینی(ره)، پژوهشنامه متین، دوره ۱۴، شماره ۵۶.

واسعی، سیدمحمد، (۱۳۹۵)، عرف و جایگاه آن در استنباط احکام شرعی: <http://vasael.ir/fa/news>