

جایگاه عرف در حقوق بین الملل و حقوق اسلام

سید محمد موسوی بجنوردی^۱

چکیده: مقاله حاضر، تلاشی است جهت بررسی جایگاه عرف در حقوق بین الملل و حقوق اسلام، به این معنا که می توان گفت عرف و عادت، قدیمی ترین پدیده حقوقی است و از زمانهای بسیار کهن تا گذشته ای که چندان دور نیست، تنها مظهر و جلوه گاه حقوق بوده است.

نگارنده، برای بررسی تفصیلی در ابتدا به بحث عرف در حقوق بین الملل رُم، آنگلو ساکسون و کامن لا می پردازد. در ادامه، عرف در قانون و حقوق اسلام را بحث کرده و نمونه هایی 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 می گیرد 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 می آید که پرداخت دیه از طرف عاقله نیز تابع عرف است.

کلیدواژه ها: عرف، عرف در حقوق بین الملل، عرف در حقوق اسلام.

۱. مدیر گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی پژوهشکده امام خمینی (ره) و انقلاب اسلامی، دانشیار و عضو هیأت علمی دانشگاه تربیت معلم.

گفتار اول: عرف در حقوق بین الملل

۱- مقدمه

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 فعلی می‌باشد که قرن‌ها راه کمال را پیموده‌اند و اینک در مدارج عالی مدنیت ره می‌سپزند.

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 بلامنازع 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 دو قرن اخیر همواره با پیشرفت علم و صنعت انسان کوشیده است روابط حقوقی خود را تا آن درجه که میسر است از صورت عرفی محض خارج سازد و اصولی بنا نهد که تردیدی در آنها نباشد و همان گونه که در ساختن انواع ماشینها از اصول علمی استعانت جسته در زندگی اجتماعی خود نیز مسلمات را پیدا کند و به جای امور قابل تردید بنشاند. زیرا با آنکه عرف و عادت، بیان قانون به صرف طبع است ولی امری منجز و دارای حدودی مشخص نیست.

آن کس که مقررات آن را به سود خود نبیند می تواند در آن به انحراف مختلف شک نماید حدود و ثغور آن به طور کلی نامعلوم و کیفیت آن در خور تأمل است و در ارزش و اعتبار آن امکان تردیدهایی موجود است بدین ترتیب با ترقی روز افزون علم و صنعت و افزایش سرسام آور جمعیت و پیدایش انواع داد و ستد و به وجود آمدن صور جدید روابط اجتماعی، بسیاری وسایل و روابط حقوقی تازه پدید آمدند که تنها با مقررات عرفی قابل حل و فصل نبودند و در شرایط جدید و با اشکال پیچیده و نوظهور روابط حقوقی که هر یک نیازمند راه حل فوری و قاطع بود. علاوه بر آن عرف به صورت وسیله ناقص و نارسا جلوه گر شد یا رأی آن نداشت که با سرعت زمان پیش رود و پاسخگوی همه نیازمندیها و ضرورتهای حقوقی عصر حاضر باشد. بنابراین در این مرحله از رشد اجتماعی [جوان ج ۲: ۱۱۵] بنا به ضرورت اجتماعی اندیشه پژوهنده بشر بار دیگر متوجه قانون کتبی گردید و تلاش تازه ای برای استفاده از این وسیله بیان حقوق آغاز کرد و به یاری قوانینی که از نظم طبیعی اشیا و امور، استنتاج کرد چنان اصولی بنا نهاد که قوانین متقح و مدون دوران کنونی ثمره آن است. در این طریقه جدید، حقوق به صورت نوشته تجسم یافت و بسیاری از مشکلات حقوق عرف برطرف گردید.

از قرن نوزدهم به بعد بنا به ضرورتهای اجتماعی حقوق داخلی قسمت اعظم کشورهای متمدن یکی پس از دیگری به صورت کتبی در آمد و در گروه دیگر این کشورها که اصطلاحاً

آنگلوساکسون خوانده می‌شوند با آنکه وفاداری به سوابق قضایی و عرفهای قدیمی و سنن محفوظ ماند مع الوصف از قانون نوشته بهره برداری شایان به عمل آمد.

در این دوران با آنکه عده‌ای از طرفداران قانون کوشش فراوان مبذول داشتند تا آن را به عنوان تنها منبع معتبر حقوق قلمداد نمایند و برخی از آنان تا آنجا پیش رفتند که تصور کردند در عصر حاضر هیچ مسأله حقوقی نیست که درباره آن نتوان در کلمات مضبوط در قانون یا اصلی که در یکی از متون آن ثبت شده باشد، راه حلی یافت [افشار: ۵۵]. ولی بررسیهای علمی گروهی دیگر از دانشمندان برجسته علم حقوق در باختر زمین و واقع‌بینی آنان روشن ساخت که با وجود رواج روز افزون قانون علاوه بر آنکه عرف در صحنه روابط بین‌المللی اهمیت دیرینه خود را حفظ کرده در حقوق داخلی نیز تا درجه‌ای که بلافاصله پس از قانون قرار می‌گیرد، ارزش و اعتبار خود را محفوظ داشته چنان که برخی از مسائل حقوقی حتی قانون جز با استعانت آن قابل اجرا نمی‌باشد. رمز بقای عرف در عصر حاضر در آن است که با آنکه امروزه حاکمیت و وحدت ملی ایجاب می‌نماید در سراسر هر کشور قانون واحدی مورد عمل و متابعت باشد ولی به لحاظ شرایط متغیر جغرافیایی و اجتماعی مناطق مختلف میسر نیست که در همه مناطق قانونی بدون انعطاف و انطباق با شرایط ویژه هر محیط به طور یکسان به مورد اجرا گذارده شود. در چنین حالتی ناگزیر باید قانون را به عرف متکی ساخت و به کمک آن نقض قانون را جبران کرد. از اینجا درستی گفته پهرنگ آشکار می‌گردد که اعلام داشته: «عرف و رسوم لازمه حیات و زندگی انسانی است با او تغییر و تبدیل می‌باید و با او از میان می‌رود». بنابراین محتوا و ماهیت حقوق هرچه باشد خواه امر ضروری و جاودانی، خواه موقتی. آنچه محقق است خاصیت تفاوت پذیری آن به تناسب تغییر شرایط زمان و مکان می‌باشد. چنان‌که متسکیو در این باره چنین می‌گوید: «قوانین با طبیعت و اساس حکومت، با شرایط خاص هر کشور، آب و هوای سرد و گرم یا معتدل بودن سرزمین و خصوصیات ارضی و اقلیمی آن، کیفیت زندگی مردم از قبیل: کشاورز، دامپرور و غیره بودن آنها بستگی دارند و باید با درجه آزادی که سازمان جامعه می‌تواند آن را تحمل نماید، با مذهب و تعالیم و میزان ثروت و تعداد افراد و نوع تجارت و اخلاق و کیفیات زندگی سکنه کشور هماهنگی داشته

باشد. بالاخره قوانین باید در میان خود با یکدیگر و نیز هر یک با اصول و با منظور و هدف خود با نظم طبیعی اشیائی که وابسته به آنها می‌باشند، متناسب باشند با رعایت تمام این جهات می‌توان قانون را به درستی مورد بررسی قرار داد» [مونتسکیو کتاب اول فصل سوم].

بدین ترتیب، ملاحظه می‌شود که عوامل مؤثر در حقوق تا چه اندازه متعدد و متنوع می‌باشند و منشأ خصوصیات حقوق هر قوم و ملت نیز همین اختلاف عوامل است. این تنوع و تفاوت‌پذیری از ضرورات زندگی اجتماعی می‌باشد بنابراین نباید حقوق را به صورت اصول غیرقابل تغییری که در همه زمانها و مکانها و در هر شرایطی قابل اجرا باشند، در نظر گرفت و ناگزیر هنگام مطالعه آن باید همه پدیده‌هایی را که در حیات اجتماعی انسان مؤثر است، به حساب آورد.

۲- عرف در حقوق رم

با در نظر گرفتن این نکته که حقوق رم اثر غیرقابل تردید بر روح حقوق همه کشورهای متمدن خاصه کشورهای دارای حقوق نوشته داشته است و تأثیر آن در حقوق فرانسه بخصوص در قسمت تعهدات آن قبال انکار نیست [اوژن پتی: ۲].

بسیاری از تعابیر و اصطلاحات و سازمانهای حقوقی از حقوق فرانسه ناشی گردیده است. چنان که به گفته یهرنگ «فکر حقوقی روش ادراک و کلیه تعلیمات رمی است» [افشار: ۳۸].

روشن می‌گردد که برای بررسی هر موضوع کلی حقوقی از جمله عرف باید با اشاره به آن حقوق باستانی هر چند بسیار مختصر آغاز سخن گردد.

حقوق در نخستین اعصار رم تابع مذهب و از متفرعات آن محسوب می‌گردیده است. مع الوصف، همواره برای حقوق قلمرو خاصی وجود داشته و برای تمایز تأسیسات مذهبی از آنچه صرفاً بشری تلقی می‌شده اصطلاحات متفاوتی متداول بوده است. چنان که حقوق مقدس را به لفظ (Fas) و حقوق غیر مذهبی را با لفظ (Jus) می‌نامیده‌اند [اوژن پتی: ۴].

کلمه (Jus) به معنی وضعی خود به قواعدی اطلاق می‌شده که وسیله حکومت برقرار می‌شدند و اطاعت از آنها برای اهالی فرض بوده ولی به مرور تحت تأثیر فلسفه عالی و عمیق یونان حقوقدانان رومی در خارج از مقررات قوانین کتبی وجود حقوق فطری را نیز پذیرفتند در این ادراک جدید حقوق و اخلاق با یکدیگر آمیخته شدند و این آمیختگی از تعریفی که اولین از سلسوس با این عبارت «حقوق هنر خوب و منصف بودن است» نقل کرده بخوبی معلوم می‌شود. به نظر او سه اصل اساسی حقوق عبارت است از زندگی شرافتمندانه، عدم اضرار به غیر، ادای حق دیگران که دو اصل آخر به حقوق باز می‌گردند ولی اصل اول صرفاً قاعده اخلاقی است و ضمانت اجرای آن نه در قانون بلکه در وجدان و در درون آدمی می‌باشد. رمیها حقوق را به دو بخش اساسی، حقوق عمومی و حقوق خصوصی تقسیم می‌کرده‌اند. حقوق عمومی شامل: حکومت کشوری، تأسیسات دولتی، شعائر و امور مذهبی و بالاخره روابط افراد با قوای عمومی می‌شد و حقوق خصوصی ناظر بر روابط افراد با یکدیگر و مشتمل بر: حقوق فطری، حقوق بشری و حقوق مدنی می‌گردید و حقوق مدنی متضمن قوانین موضوع و عرف و عادت بلدوی بومیان بود [جوان: ۲۱]. اولین حقوق را به اعتبار مکتوب و غیرمکتوب بودن نیز به حقوق نوشته و غیرنوشته تقسیم کرده است. حقوق نوشته آن است که واضح و انشاء کننده آن معلوم و قابل تعیین باشد ولی حقوق غیرنوشته دارای واضح معینی نیست و از سنن و رسوم تشکیل می‌شود و برای آن تنها یک منبع یعنی عرف وجود دارد [اوزن پتی: ۷]. در آغاز حقوق رم به صورت غیرکتبی بود و از عرفهای قدیمی مردم ایتالیا که رم را بنیان نهاده بودند، تشکیل می‌یافت [اوزن پتی: ۳۵] و آوردن رومیان به حقوق مکتوب ناشی از این ضرورت بوده است که غیرکتبی بودن حقوق در آن دوران به پاتریسین‌ها امکان می‌داد تا در حقوق خصوصی حتی در حقوق جزا روش خودسرانه و غیرعادلانه‌ای در پیش گیرند. پلپین‌ها در مقابل این بیداد برانگیخته شدند و در نتیجه پایمردی و کوشش آنان با وجود مقاومت طولانی پاتریسین‌ها سرانجام بین دو گروه مزبور توافق به عمل آمد و حقوق خصوصی و عمومی در حدود امکانات و مقتضیات آن عهد از طرف مأمورین مخصوص جمع آوری و

در الواح دوازده‌گانه درج و منتشر و منشأ تحول عظیم و بی سابقه‌ای در حقوق رم بلکه در حقوق بسیاری از ملل جهان گردید.

با آنکه پس از تصویب و انتشار مقررات الواح دوازده‌گانه به طور رسمی، حقوق کتبی جایگزین غیر مکتوب گردید ولی بنا به ضرورت، این حقوق در عمل باقی ماند و اعتبار خود را همچنان حفظ کرد؛ زیرا مندرجات الواح مذکور مانند هر قانون دیگر نمی‌توانست همه دقایق زندگی حقوق مردم را شامل گردد. طبیعتاً در مورد مسائلی که خارج از دایره شمول آن قرار می‌گرفتند، چاره‌ای جز مراجعه به حقوق عرفی نبود خاصه آنکه بسیاری از مقررات منعکس در الواح به لحاظ و اجمال نیازمند توضیح و تفسیر بود و این جز به کمک اصول و قواعد عرفی میسر نبود. به علاوه لازم بود که شکل و ترتیب حمل قضایای حقوقی و آیین دادرسی تعیین گردد و انجام این مهم به عهده کاهنان که عهده‌دار اجرای عدالت بودند و سایر حقوقدانان رومی محول بود که به کمک عرفها و سنن و با ایجاد رویه‌های قضایی ارائه طریق می‌کردند [اوژن پتی: ۳۵]. بنابراین در رم زمانی طولانی روابط حقوقی بر اساس عرف و عادت فیصله می‌یافت و پس از رواج حقوق مکتوب نیز بنا به ضرورت در کنار مقررات کتبی دوام آورد و اعتبار خود را کم و بیش حفظ کرد.

۳- عرف در حقوق کشورهای گروه آنگلوساکسون

برای مطالعه مقایسه‌ای عرف در حقوق گروه آنگلوساکسون چاره‌ای نیست جز آنکه اشاره‌ای هرچند مختصر به این نوع حقوق که به سبک و رنگ و جلوه خاصی است به عمل آید.

با آنکه حقوق بریتانیا از حقوق رم و حقوق کلیسا هردو متأثر گردیده ولی هیچ‌گاه مانند حقوق فرانسه به طور کامل به وسیله حقوق رم و یا از طریق رخ دادن انقلاب و استقرار کامل شیوه قانونگذاری تجدید حیات در طول تاریخ به طور آرام و یکنواخت به سیر و حیات تکامل بخش خود ادامه نداده است. به این مناسبت اکثر حقوقدانان آن کشور تصور می‌نمایند در صورت قبول اسلوب قانونگذاری به سنن حقوق آنها لطمه وارد می‌شود و حال آنکه پذیرفتن چنین سبکی هیچ‌گاه ملازمه با الغای همه سنن حقوقی گذشته ندارد. چنان که حتی انقلاب

کبیر فرانسه باعث گسیختگی همه رشته‌های تأسیسات حقوقی سابق فرانسویان نگردید [داوید: ۲۱۳ ش ۲۶۱].

بنابراین از خصایص ذاتی حقوق انگلستان اعتقاد به حفظ سنن و سوابق حقوقی می‌باشد که از تاریخ آن سرزمین پدید آمده و با آن عجین شده است.

قدیمی‌ترین دوران حقوق انگلستان عصر آنگلو ساکسونهاست که در سال ۱۰۶۶ میلادی با تسلط نورماندها به آن سرزمین خاتمه می‌پذیرد. اسم مرکب آنگلو ساکسون یادگار نام دو قبیله ژرمنی، یعنی انگلها و ساکسونها است که در قرن ششم میلادی به اتفاق ژوتها و دانواها، دو قبیله هم نژاد خود، بریتانیای کبیر را تسخیر و حقوق خود را در آن سرزمین متداول کردند. پیش از تسلط این قبایل رومیها نزدیک چهار قرن در آنجا حکمرانی داشته‌اند ولی اثر حقوقی برجسته‌ای از آنها در آنجا بجا نمانده است. به این مناسبت به نظر دانشمندان علم حقوق: تاریخ حقوق آن کشور از زمان تسلط و استقرار قبایل متعدد ژرمنی در آن خطه آغاز می‌گردد.

در این دوران اهالی بریتانیا به هدایت و ارشاد سنت آگوسنن دوکانتوربری به دین مسیحی گرویدند و قوانین مختصری که شامل روابط محدودی می‌گردید، در آن سرزمین تدوین شد که عمده‌ترین آنها قوانین پادشاه دانواکانوت بود. در دوران آنگلو ساکسونها حقوق مانند گذشته به صورت محلی و عرفی باقی ماند، و به شکل عام در نیامد و از آن اثری به جا نماند. جز آنکه به نظر بعضی مؤلفین: هیأت منصفه از بعضی مقررات آن زمان ناشی شده است. مع الوصف می‌توان برخی از ریشه‌های حقوق فعلی انگلستان را در عرفهای بسیار کهن و قدیمی و فراموش شده آن عهد جستجو کرد [داوید: ۳۱۵].

به سال ۱۰۶۶ میلادی گیوم فاتح دوک دونرماندی، انگلستان را تسخیر کرد و با تأسیس حکومت مرکزی قومی و مستغنی از تجارب اداری و با برانداختن حکومت قبیله‌ها منشأ تحول عظیم و بی سابقه‌ای در حقوق آن سرزمین گردید. وی که مدعی بود بر سرزمین بریتانیا، نه به عنوان فاتح بلکه به مثابه وارث حکم می‌کرد حفظ حقوق آنگلو ساکسونها را وجه همت خود قرار داد. چنان‌که هنوز نیز پس از گذشت قرون و اعصار، در صورت ضرورت و بر حسب موقعیت، در مواردی به آن حقوق کهن و باستانی مراجعه می‌گردد.

پس از تسلط نورماندها و تأسیس حکومت مرکزی با آنکه زمینه از هر حیث برای ایجاد حقوق عام و یکنواخت فراهم شده بود ولی تا دیرباز عرفهای محلی به دقت مورد عمل قرار می‌گرفتند و سازمان قضایی کلیسا نیز حقوق کلیسایی را درباره همه مسیحیان اجرا می‌کرد. فراهم آمدن حقوق عام یعنی کامن لا در آن سرزمین به دست دادگاههای پادشاهی وست می‌نیستر که از دادگاههای دوران ملوک الطوائفی منشعب شده بود، انجام پذیرفت. این محاکم به مناسبت نام محلی که در قرن سیزدهم در آنجا استقرار داشتند به این نام مشهور گردیدند و بنا به ضرورت‌های جدید و برای حل مسائل مربوط به پادشاه و امپراتوری تشکیل شدند و چون بیشتر واجد جنبه سیاسی بودند تا قضایی نمی‌توانستند راه حلهای خود را به طور مستقیم بر عرفهای نواحی یا حقوق رم مبتنی سازند مع الوصف قضاوت این دادگاهها بسیاری از عناصر و مواد آرا خود را از راه انتخاب و ترکیب عرفهای متنوع محلی استنتاج می‌کردند و از حقوق رم نیز مدد می‌جستند و آنها را به طرزی ماهرانه تغییر شکل می‌دادند و در آرا خود جذب و به صورت کاملاً نوری مطرح می‌ساختند که تصمیمات آنان به شکل عمل عقلی محض تلقی می‌گردید و خود آنان نیز برای حفظ شئون و استقلال رأی خود هیچ گاه موضوع استفاده از این منابع را متذکر نمی‌شدند.

به این ترتیب کامن لا به عنوان حقوقی که تنها بیان‌کننده احساس قاضی انگلستان می‌باشد مشهور و از سازش سیاسی قرن سیزدهم که عمده‌ترین دوران تشکیل آن است، ناشی شده است [داوید: ۲۳۷ ش ۲۷۶]. بنابر آنچه که گذشت روشن می‌گردد که به جای عمل قانونگذاری، که در کشورهای دارای حقوق نوشته رواج دارد، در انگلستان وظیفه تهیه حقوق عام را تاریخ به عهده دادگاههای پادشاهی وست می‌نیستر محول ساخته و در بنیاد این حقوق برخی از عرفهای محلی که اینک به فراموشی مطلق سپرده شده، نهفته است. از اینجا درستی گفته پتنام که حقوق این سرزمین را ساخته دست قاضی قلمداد کرده، آشکار می‌گردد [افشار: ۴۶].

در کنار دیوانهای وست می‌نیستر در انگلستان دادگاههای انصاف قرار داشتند که در آرای آنها عرف نقشی نداشته است توضیح مطلب آنکه چنانچه آرای دیوانهای وست می‌نیستر در

انگلستان دادگاههای انصاف قرار داشتند که در آرای آنها عرف نقشی نداشته است توضیح مطلب آنکه چنانچه آرای دیوانهای مذکور به نظر عادلانه و منصفانه نبودند برای متظلم فقط یک راه باقی می ماند و آن مراجعه مستقیم به پادشاه بود. پادشاه رسیدگی به این قبیل شکایات را به مهرداد که واجد مقام ممتازی بود و به سنت مسیحیان اعترافات شاه را استماع می کرد و به طبع به اسرار واقف می شد، محول می کرد [افشار: ۳۲۹].

به مرور بر تعداد مراجعات و شکایات رسیده به مهرداد افزوده گردید تا آنجا که وی ناگزیر شد برای آنکه امکان رسیدگی به همه شکایات فراهم گردد، دادگاههایی به نام خود ترتیب دهد که بعداً به نام دادگاههای انصاف مشهور گردیدند [افشار: ۴۶].

رسیدگی این دادگاههای اختصاصی بر اساس آیین دادرسی کتبی مأخوذ از کلیسا استوار بود و با اصول مورد متابعت در دیوانهای وست می نیستر تفاوت داشت. اصول و قواعد حقوقی آن نیز در مقیاس وسیعی از حقوق رم و کلیسا اقتباس شده بودند. قضاوت این دادگاهها نیز از نظر سیاسی بیشتر مطلوب بود؛ زیرا از یک طرف تمسک به حقوق رم و کلیسا که برخلاف کامن لا مستلزم مداخله مستمر هیأت منصفه نبودند بیشتر خوش آیند بود و از سوی دیگر، آیین دادرسی کتبی و غیرعلنی توأم با سخت گیریهای مذهبی مهرداد بر آیین دادرسی شفاهی و عمومی کامن لا برتر شمرده می شد [داوید: ۳۳۰]. به این ترتیب مشاهده می گردد که چگونه در این سرزمین دادگاههای انصاف با اصول و موازین خاصی که از عرفهای محلی دور بوده اند، [جوان ج ۱: ۲۳] پایه ریزی گردیده و گسترش یافته اند و قواعد انصاف به عنوان مکمل و مصحح کامن لا پذیرفته گردیده اند و از جهات ممیزه آنها اعمال آنها از طرف دادگاههای مهرداد در قرنهای ۱۵ و ۱۶ میلادی بوده است.

در زمینه حقوق انگلستان علاوه بر کامن لا و قواعد انصاف قوانین متعددی وضع گردیده که نیازی به بررسی آنها در اینجا نیست جز آنکه باید تصریح گردد که ارزش آن همواره در درجه دوم اهمیت قرار داشته است [افشار: ۵۶] از این رو حقوق این سرزمین از سابق بر حسب آنکه مبنای آن عرفی یا تقنینی بوده به دو بخش یعنی کامن لا و استاتولاو منقسم گشته است و

برای پی بردن به نقش عرف در حقوق کشور مذکور ناگزیر باید بررسی بیشتری دربارهٔ کامن لا صورت گیرد [سلجوقی: ۲۳].

۴- عرف و عادت در نظام حقوقی کامن لا

کامن لا 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 قوهٔ قانونگذاری نباشد. یا به گفتهٔ 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 [تنگ: ۸۶].

این تعریف نظیر تعریفی است که از عرف به عمل آمده و کامل نمی‌باشد جز آنکه طی آن به یکی از جهات ممیزه کامن لا و قانون اشاره شده است. بنا به تعریف دیگر کنت: قانون اثر ارادهٔ قانونگذار است و کامن لا جز قوانینی که به وسیلهٔ زمان معمول گردیده، نمی‌باشد [تنگ: ۹۱-۹۲].

به موجب تعریف دیگر، کامن لا سبک حقوقی خاصی است که روش آن در حل اختلافات و دعاوی مبتنی بر سنن و اصول و تجارب قضایی می‌باشد که در آرای قضات مندرج گردیده‌اند و نتیجهٔ وضعیت روحی خاصی است که وفق آن امور در حالت مرکب خود همان طور که در خارج وجود دارند نه به صورت تجریدی و انتزاعی، مورد سنجش و ارزیابی قرار می‌گیرند. در این سبک ترجیح داده می‌شود که با رعایت احتیاط بر اساس اصول تجربی و بر طبق عدالتی که مقتضی هر مورد خاصی می‌باشد، رفتار گردد. چنین راه‌حلهایی، بنا به اعتقاد طرفداران آن ناشی از عادت به واقع بینی و حل وقایع بنا بر طبیعت و مقتضیات خاص آنها می‌باشد [تنگ: ۸۶]. به موجب مندرجات یکی از آرای کامن لا مجموعه اصولی است که بر حسب تصمیم عقلا تحقیق یافته و از یک رسم عام و بسیار کهن نتیجه شده و روز به روز با آرای مختلف قضایی تضمین بیشتری یافته است. این تعریف نزدیک به تعریفی است که حقوقدانان قدیم فرانسه از عرف به عمل آورده‌اند [تنگ: ۹۲]. طبق رأی دیگر کامن لا مجموعه‌ای از آرای مختلف قضایی است که به مرور تشکیل یافته و در آن کوشش به عمل

آمده تا در مسائل مطروحه آنچه عادلانه است، حاکمیت یابد [تتک: ۹۲ - ۹۳]. از دو رأی اخیرالذکر در رأی اول به خصیصه عرفی و در رأی دوم به خصیصه قضایی کامن لا توجه و استناد به عمل آمده است.

امروز کامن لا از همه تصمیماتی که در روزگار گذشته به وسیله قضات اتخاذ گردیده‌اند، تشکیل می‌یابد. مبنای این آرا به طور مسلم افکاری بوده که در زمان صدور رأی در محیطی که صادر کنندگان آنها می‌زیسته‌اند، به حالت عرفی متداول بوده است و اکنون از آنها به عنوان عرفهای بسیار قدیمی و به خاطر نیامدنی یاد می‌شود و نخستین بار توسط هیأت قضایی دادگاههای وست می‌نیستر مأمور اجرای حقوق در سراسر سرزمین انگلستان، در آرای قضایی منعکس گردیده و به صورت رسمی و مکتوب وارد زندگی عملی مردم شده‌اند. بنابراین کامن لا از حیث تاریخی، عرفی و از نظر سازمانی قضایی می‌باشد [تتک: ۹۴].

خصیصه عرفی یا به بیان کلی‌تر، غیر قضایی کامن لا در هزاران رأی مطرح گردیده و هنوز نیز به هنگام ضرورت توسط آرای جدید تأیید می‌گردد. 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 می‌باشد. بنابراین استنباط کامن لا حقوقی مقدم و برتر از آرای صادره است و این آرا دلیل مستحکم بر اثبات وجود آن می‌باشد. چنان‌که 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 نشان دهنده محتوای آن نیستند و قضات امنای حقوق و هاتف زنده‌اند» [تتک: 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 [تتک: ۸۹]. 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 [تک: ۹۱]. 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 می‌کند به موجب قاعده‌ای که مقرر می‌دارد 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 نمی‌توانسته است در سال ۱۱۸۹ میلادی وجود داشته باشد آن عرف، از لحاظ حقوقی در انگلستان لازم الاجرا تلقی نمی‌شود [داوید: ۳۷۹].

بنابراین عرف و عادت در حقوق انگلیس یک عرف واقعی نیست بلکه عرف و سابقه، منشورهای 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 گفته‌اند: عرف و سابقه را قضات دادگاهها 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 [نجومیان: ۶۵].

لازم به ذکر است که عبارت «عرف باید باستانی باشد» از شروط ویژه عرفهای محلی است و در مورد عرفهای بازرگانی چنین شرطی وجود ندارد؛ مع هذا اهمیت این عرفها 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، درمی‌آید.

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 [۳۷۹] در این رابطه می‌نویسد: این فکر ناشی از اعتقاد بسیاری از حقوقدانان اروپایی به تقسیم‌بندی 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 می‌باشد. بنابراین کامن لا دارای این نتیجه بوده که سبب نابودی حقوق عرفی انگلیس که در عرفهای محلی منجلی بوده، شده است.

گفتار دوم: عرف در قانون و حقوق اسلام

۱- اعتبار و ارزش عرف در نظام حقوق اسلامی

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 ملت‌های گوناگون زبانهای مختلف عادات و رسوم و سنن ملی و اجتماعی متفاوت اجرا گردیده است، از اقصای 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 عرفهای 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 نیازمندیهای روز مردم، متغیر و متکامل نگاه می‌دارد. فرمولها و دستورالعملهایی به دست می‌دهد که خود را منطبق با روح زمان و پیشرفتهای عظیم جهان گرداند و جاهای گریز و محلهای انعطاف برای پدیده‌های جدید اجتماعی باز کند.

حقوق اسلامی در اصول پیشرو است؛ زیرا حقوقی کور و بی هدف نیست و تا آنجا که به این اصول که ناشی از فطرت انسانی است لطمه و صدمه وارد نگردد، پیرو می‌باشد و این تابع بودن چنان است که موجب پیشرفت و زنده و نو شدن آن گردد، پس حقوق اسلامی هم مانند کامن لا حقوق عرف و سابقه انگلیس منطبق با نیازمندیهای روز مردم است و مخالف جهت رودخانه گام برنمی‌دارد، ولی مانند حقوق انگلیس از اصل علیت پیروی نمی‌کند بلکه حقوق اسلامی هدف و غایت دارد و آن حیثیت و شرافت انسان و تحقق اصل عدالت است.

به نظر می‌رسد که عرف و عادت به منزله جلودار و پیشاهنگ قافله و عرابه حقوقی است که از دنبال وی باید بیاید. جلودار باید راه را برای قافله آماده و هموار سازد، نباید خود سدّ راه او بشود و مانع رسیدن قافله به هدف و مقصد و غایت باشد.

جلودار نباید مسیر اصلی را منحرف سازد، جلودار نقش راهنما و دستیار برای قوانین و اصلاحات خواهد داشت و لذا نباید مخالف هدف اصلی عدالت انسانی گام بردارد.

حقوق اسلامی، حقوقی ریشه دار و متکامل است، انسان ساز است نه زاده انسان، زاینده و سازنده است، رکود و جمود و سکون در آن راه ندارد و اجتهاد که به قول علامه اقبال پاکستانی: «قوة محرکه اسلام است» استمرار و دوام و سیر این حقوق را به سوی کمال تضمین می‌کند.

همان‌گونه که حکیم بزرگ طوس خواجه نصیرالدین طوسی حقوق اسلامی را قابل تغییر و تحول و تبدیل دانسته است؛ حقوق اسلام حقوقی است که با عینک واقع بینی طبیعت بشری را نگریسته و از این دریچه برایش دستور و قانون وضع کرده است.

ابوعلی سینا در ضرورت «اجتهاد» چنین می‌گوید: چون اوضاع زمان متغیر است و پیوسته مسائل جدیدی پیش می‌آید، از طرفی دیگر اصول کلی اسلامی ثابت و لایتغیر است، ضرورت دارد در همه عصرها و زمانها افرادی باشند که با معرفت و بصیرت کامل در مبانی اسلامی و با توجه به مسائل نوبی که در هر عصر پدید می‌آیند، پاسخگوی احتیاجات مسلمین بوده باشد.

حقوق اسلامی، برخلاف حقوق انگلیس هر عرفی را امضا نمی‌کند، حقوق انگلیس زاده نیازمندیها و غرایز منحرف بشری است و وظیفه دار تعالی روانی و معنوی آنان نیست. ولی حقوق اسلامی هیچ‌گاه طریق سقوط و انحطاط اخلاقی را امضا نمی‌کند، بلکه بالاتر و برتر از اراده‌های فردی است و بی بند و باری بی حد و حصر انسانهای منحرف را صحنه نمی‌گذارد، رهبر اراده‌هاست و آنها را با اصول عدالت که مقصد است، متوافق می‌سازد. هدف و مقصد در آن عنصر اصلی و هسته اساسی است نه پیروی از عرف و عادت شنیع، حقوق اسلامی عنصر قانونی دارد و بر روی مقتضیات زمان و مکان از برخورد و اصطکاک اجتماع ایجاد شده است. در حقوق انگلیس حقوق را باید با مردم میزان کرد ولی در فقه اسلامی حقوق را تا آنجا باید با مردم میزان کرد که از اخلاق و تهذیب نفس و اصول اصلی اسلامی منحرف نگشته باشند، پس از اصل غایت پیروی می‌کند کور و بی هدف نیست، تحول به خاطر نفس تحول نیست، درست است که حقوق علم به واقعیتهای اجتماعی است اما این واقعیتهای واقعیتهای مادی و طبیعی فرق دارد. در واقعیتهای اجتماعی عنصر اراده و اختیار وجود دارد و اصل غایت حکم فرماست در حالی که در واقعیات جهان طبیعت عنصر جبر و قانون علیت و سببیت وجود دارد، و لذا حقوق به آینده نظر دارد ولی جهان طبیعت گذشته و حال و آینده در آن یکسان است، زیرا که در طبیعت هدف وجود ندارد در طبیعت علت مقدم بر معلول است اما در انسان اول هدف است بعد وسیله برای رسیدن به آن، در طبیعت همه چیز روی سلسله مراتب است و لذا ظفره محال است اما در انسان و اجتماع نتیجه و پایان ابتدا نگریسته می‌شود

و بعد از اول شروع می‌کند تا به آخر؛ یعنی به همان نتیجه که ابتدا دیده بود برسد و این همان است که انسان را از حیوان جدا می‌سازد. در حیوان پیش بینی وجود ندارد در صورتی که در انسان وجود دارد و اینجا باید گفت که حقوق انگلیس احساس ارزش انسان را نادیده انگاشته و غایت و هدف را منظور نمی‌دارد و پیروی از قوانین علیت می‌کند. در حالی که حقوق اسلامی برای فعالیتهای بشری ارزشهای مثبت و منفی مقبول و مردود وضع کرده که هدف آنها رسیدن به عدالت اجتماعی کامل است.

۲- رابطه عرف و قانون در حقوق اسلامی

عرف مانند رودخانه خروشانی است که در بستر مصالح و نیازمندیهای اجتماعات بشری در حرکت است، ممکن است گاهی قانونگذار بکوشد که قسمتی از مسیر این رودخانه را عوض کند در این صورت قانون ناسخ عرف می‌شود در بسیاری از موارد قانونگذار علاقه‌ای به تغییر مسیر این رودخانه ندارد و موضع قانونگذاری نسبت به این رودخانه خروشان ممکن است به یکی از صور زیر باشد.

۱- قانونگذار قانون را به صورت قایقی بر امواج این رودخانه قرار می‌دهد در این صورت چنین قانونی در مسیر این امواج و در نشیب و فراز آن حرکت می‌کند. اگر مثالی برای این اندیشه از حقوق اسلام بخواهید باید قانون منع ربا را در نظر گرفت به حکم این قانون اموال منقولی که در موقع معامله به کیل یا وزن فروخته می‌شود، موضوع قانون ربا است.

بنابراین ممکن است برخی از کالاها طبق عرف همزمان پیدایش قانون ربا، مکیل و موزون باشند و بعداً در طول تاریخ، دیگر به کیل یا به وزن فروخته نشوند، در این صورت چنین کالاهایی نمی‌توانند موضوع قانون ربا باشند. عکس قضیه هم تصور می‌شود یعنی ممکن است در عرف هم زمان پیدایش قانون حرمت ربا کالایی مکیل و موزون نبوده و پس از گذشت سالها یا قانون در عرف تازه‌ای و در نقطه خاصی از جهان به کیل یا به وزن فروخته شود، در این صورت از تاریخی که چنین عرفی پدید می‌آید. چنین کالایی موضوع قانون ربا، قرار می‌گیرد و نمی‌توان چنین کالایی را به صورت معاملات ربوی فروخت. به هر حال تغییر عرف

در مکمل یا موزون بودن کالاها موجب می‌شود که موضوع قانون منع ربا در حال پویایی قرار گیرد. عرف به این ترتیب زمام حکم ربا را در دست خود می‌گیرد.

۲- قانون گاهی در کنار بستر رودخانه عرف قرار می‌گیرد این رودخانه به تدریج و با گذشت روزگار به داخل قانون پیشروی می‌کند و اثر بر قانونی می‌گذارد، این تأثیر را نمی‌توان تفسیر قانون به وسیله عرف و عادت نامید لکن این رابطه‌ای است بین قانون و عرف.

مثلاً به موجب حدیث هرکس که ادعای مطالبی علیه کسی کند باید اقامه دلیل نماید. ابن عابدین [ج ۲: ۱۲۶] می‌گوید در عرف زمان ما مرسوم چنین است که زنان، قبل از موافقه مهر را از شوهر می‌گیرند پس این یک اماره عرفی به سود زوج است. بنابراین اگر زوجه پس از ازدواج و نزدیکی ادعا صدق در دادگاه مطرح کند یک اماره عرفی به سود شوهر وجود دارد که ثابت می‌کند که شوهر مهر را داده است پس بر عهده زوجه است که خلاف این اماره را ثابت کند؛ بنابراین در این دعوی شوهر که مدعی پرداخت مهر است از دادن بی‌نه معاف است. بی‌نه او همان اماره عرفی است پس اماره عرفی مذکور مخصص قاعده «الینه علی المدعی و الیمین علی من انکر» گردیده است [لنگرودی: ۲۹].

۳- اثر عادت در قانونگذاری اسلام و برخورد اسلام با عرفهای موجود

پیش از اسلام عادات و تقلید پایه کلیه مظاهر زندگی عرب بوده و عرب نه در دین و نه در اخلاق و بازرگانی معاملات هیچ‌گونه قانون مدونی نداشته، لذا همه امور حقوقی اعراب از جمله معاملات و احوال شخصیه آنان تابع عرف و عادت بوده است و بسیاری از این عرفها نیز سودمند بوده‌اند و هیچ شریعتی نمی‌توانسته آنها را نفی کند. زیرا دانشمندان اسلامی درباره طرز ایجاد و رواج عرف و عادات ترتیباتی را ذکر کرده‌اند که اشاره آنها در این بحث دارای اهمیت است. فقهای اسلامی طریقه و روش پیدایش و رواج عرف را در امور زیر بیان کرده‌اند.

۱- بسیاری از عرفها ناشی از نیاز می‌باشند و برحسب اوضاع طبیعی و اجتماعی و اقتصادی و نظامات مملکتی و عواطف دینی و خصوصیات اخلاقی و ملی مردم و درجه تمدن آنها متفاوتند: مانند شرط، وقف اموال منقول و استصناع.

۲- بخشی از عرفها با آنکه نیاز حقیقی به آنها احساس نمی‌گردد و ضرورت خاصی وجود آنها را توجیه نمی‌کند ولی به مناسبت آنکه یادگار اسلاف و گذشتگانند، مورد احترام جامعه می‌باشند. مانند عرفهای مربوط به شعائر و رسوم مربوط به اعیاد و جشنهای باستانی.

۳- برخی از عرفها در بادی امر از اراده و تمایل فرمانروایان ناشی شده و صرفاً آمره بوده‌اند ولی به مرور و بر اثر تکرار به صورت عادت در آمده‌اند. مانند مقیاسها، اوزان و گاه‌شماری.

استقرار هر نظام نوین در جامعه باعث به وجود آمدن برخورد و اصطکاک با عرف و عادات موجود در جامعه می‌شود و گاه ممکن است برخورد و مقابله غیرمنطقی و حساب نشده با عرف موجود علی‌الخصوص عاداتی که مبتنی بر نیاز حقیقی و از نوع اول است، باعث اضمحلال و فروپاشی نظام گردد. از این رو لازم است با برقراری نظام نوین اجتماعی با عرف و عادات موجود برخوردی حساب شده و منطقی به عمل آید تا موجب استحکام و تقویت آن نظام نویند گردد. از این رو لازم است بدانیم که ظهور اسلام در شبه جزیره عربستان و برخورد شریعت اسلام با عرفهای موجود در آن مناطق چگونه بوده است که موجب پذیرش و گسترش روزافزون گردیده است. در شریعت اسلام با عرفها و عادات موجود سه سه ترتیب رفتار شده است.

۱- بخشی از آنها که برای حفظ و بقای جامعه ضروری و با مصالح واقعی مردم و مقاصد اسلام سازگار بودند، مورد تأیید و امضا قرار گرفتند. مانند بسیاری از احکام و مقررات بیع، رهن، شرکت، اجاره و مضاربه.

عرفها و عاداتی که مورد امضا و تأیید شریعت اسلام قرار گرفته‌اند، در فقه اسلام به عنوان احکام امضائی مشهور گردیده و تعداد آنها بسیار است. چنان‌که می‌توان در همه ابواب فقه از آنها سراغ گرفت.

۲- برخی از آنها که با تغییراتی قابل پذیرفتن بودند، پس از تنقیح و تهذیب مورد تأیید شارع واقع شدند مثل ایلاء.

۳- بسیاری دیگر که به هیچ‌وجه قابل قبول نبودند و با مقررات اسلامی هماهنگی نداشتند، مورد نهی قرار گرفتند. مثل بیع ربوی از این جهت با ظهور اسلام، عرف و عادت اهمیت

پیشین خود را از دست داد و نصوص قرآن و سنت پایه قانونگذاری قرار گرفت. با آنکه علمای اصول عرف و عادت را از ادله شرعیه نمی‌شمارند، باز عرف و عادت از دریچه‌های گوناگونی به قانونگذاری اسلامی راه یافته است [محمصانی: ۲۲۷]. مثلاً برخی از نصوص و مخصوصاً نصوص سنت مبتنی بر عرفند و مثال آن در خصوص مکیل بودن گندم و جوست و طبیعی است وقتی قانونی بر پایه عرف استوار باشد در فهم معانی آن نیز به عرف مراجعه می‌شود. دیگر اینکه سنت تقریری اغلب عادت عرب را تصویب کرده است چون که پیامبر در برابر همه عادات مستحسن سکون اختیار کرد و به دیده رضایت نگریست و از این رو همه آنها جزء سنن اسلام گردید و بر این اساس بعضی از علما [صانعی: ۸۱] یکی از عوامل ایجاد اختلاف نظر در بسیاری از مسائل علمی میان مذاهب مختلف فقه اسلامی را خصوصاً در مواردی که نص صریحی در کتاب آسمانی وجود نداشت اجرا و توسعه حقوق اسلامی با توجه به شرایط و آداب و رسوم محلی هماهنگ با عوامل طبیعی ذکر کرده‌اند.

۴- مصادیق عرف در حقوق اسلام

اساساً شرع اسلام در امورات جزئی که تابع محیط و زمان جامعه است، آزادی افراد را سلب نمی‌کند و این خود یک امر عقلی است که گاهی عقل در موضوعی حکم می‌کند و حال آنکه شرع در آن بابت دستوری نمی‌دهد و ساکت است در حقیقت دستور اسلام در اینگونه موارد پیروی از آداب اجتماع است اما آن آدابی که به حال فرد و جامعه زیان بخش نیست و بنای اخلاق و دین افراد را متزلزل نمی‌کند. بدین مناسبت لازم است به تعدادی از موارد و ارجاع به عرف در حقوق اسلام اشاره شود که در زیر می‌آیند [سلجوقی: ۴۶].

- ۱- در عقود معاطاتی به اقتضای عرف، عقد به صرف قبض و تسلیم مال بدون نیاز به ایجاب و قبول لفظی واقع می‌گردد.
- ۲- در صورت سکوت عقد در مورد پرداخت ثمن برحسب عرف باید از پول رایجتر استفاده به عمل آید.

۳- میزان و ترتیب پرداخت و تقسیط اجرت در صورت نبودن قرارداد تابع عرف است.

۴- در صورت اختلاف در تملیکی یا عاریه بودن جهیزیه، موود از موارد تحکیم عرفی است.

۵- اعتبار عقد فضولی را در فقه ناشی از اعتباری دانسته‌اند که عرف برای آن شناخته است.

۶- از نظر فقهی طرز تنظیم اسناد و قراردادها و اصطلاحاتی که در آن آورده می‌شود، تابع عرف است.

۷- حق الماره از نظر فقهی مبتنی بر عرف است.

۸- مستعیر در نحوه استفاده از مال عاریه باید حدود عرفی را مراعات کند و الا مسئول و ضامن است.

۹- جایز بودن وقف اموال منقول از نظر فقهی بر عرف متکی است.

۱۰- از نظر فقهی طرز انفاق و نوع و مقدار آن منوط به عرف می‌باشد.

۱۱- تعیین اعمالی که مسقط صفت عدالت در شاهد می‌گردد در موارد متغیر به عرف محول می‌باشد.

۱۲- در مورد خیار مجلس، تعیین حصول تفرق و حدود آن عرفی است.

۱۳- گشوده بودن در امکان عمومی به منزله اذن صریح در دخول است و متقابلاً محصور بودن اراضی مملوکه برحسب عرف به منزله منع صریح از دخول دیگران است.

۱۴- ارزش مالی اشیا در مبیع از نظر فقهی منوط به عرف می‌باشد.

۱۵- بیع محصول نارس درخت میوه قبل از فرارسیدن فصل بهره‌برداری از آن با آنکه مقداری از مبیع هنوز معدوم است، بنا به اجتهاد فقهای امامیه و به نظر مالک برحسب عرف جایز می‌باشد، ظاهراً مذهب حنفیه آن را باطل دانسته است.

۱۶- تعیین مهر المثل از راه مراجعه به عرف است.

۱۷- موالات بین ایجاب و قبول منوط به پذیرش عرف است.

۱۸- عرف و عادت نقش شرط ضمن عقد را ایفا می‌کند.

۱۹- توزین و تحویل مبیع در صورت سکوت متبایعین به حکم عرف معین می‌شود.

۲۰- توابع میع اگر مسکوت بماند با مراجعه به عرف معلوم می‌گردد.

۲۱- محقق ثانی در **جامع المقاصد** می‌فرماید: «ملاک در تشخیص مفهوم اعواز و تعذر

مثل که تبدیل به قیمت می‌شود، عرف است همانند سایر مفاهیم عرفیه که تشخیص آنها با عرف است».

۵- نقش عرف در پیدایش نظام دیات در اسلام

در عصر جاهلیت اعراب جاهلی نظام پرداخت دیسات را جهت پایان بخشیدن به انتقام و منازعات خونی با توجه به اینکه تا حدودی ضرر وارده را جبران می‌نماید، و در ضمن توسل به زور در اکثر موارد منجر به جنگ و خرابی و نابودی می‌گردد، اعتبار بخشیدند به گونه‌ای که برای جانی و قبیله‌اش این امکان به وجود آمد که با توافق مجنی علیه و یا اولیا او پرداخت دیه جایگزین قصاص گردد و این معنی تحول بسیار مهمی را در حیات قبایل عربی به وجود آورد و بر اساس متون تاریخی به مواردی برمی‌خوریم که اولیای مقتول به گرفتن دیه بسنده کردند. اگر چه مقدار این دیه برای همه اشخاص مساوی نبوده و برحسب درجات قبایل و شان و منزلت مقتول متفاوت بود، بدین معنی هنگام اخذ دیه این اختلاف طبقاتی و موقعیت مقتول در نظر گرفته می‌شد، لذا دیه فردی که جزء اشراف بود با دیه مردی که جزء طبقه پایین‌تر از اشراف بود، تفاوت داشت.

در بین قریش میزان معمولی دیه ۱۰ شتر بود که این میزان بعد از نذر عبدالمطلب جد پیامبر به ۱۰۰ شتر رسید اما دیه افراد و بزرگان به هزار شتر می‌رسید. گفته‌اند اولین کسی که دیه را به صد شتر معین نمود ابی سیاره عدوانی بود، و بعضی دیگر این حکم را به عبدالمطلب نسبت داده‌اند و گفته‌اند او اولین فردی بود که دیه را به میزان ۱۰۰ شتر قسرار داد و قریش و عرب نیز این حکم را اتخاذ کرده و رسول الله آن حکم را در اسلام امضا فرمود [جواد علی ج ۵: ۵۹۳].

اصل در دیه این است که در صورتی که قاتل قادر به پرداخت آن باشد، از خود او گرفته شود و در صورتی که قادر بر پرداخت آن نباشد به عهده عصبه یعنی بستگان نزدیک جانی می باشد که برحسب رابطه خونی این نزدیکی و قرابت ایجاد شده است.

۱- در حقوق رم: حقوق رم از مهمترین حقوق قدیم به شمار می آید و منبع تاریخی بیشتر قوانین امروز غرب محسوب می شود، بدین معنی حقوق رم سالهای طولانی الهام بخش حقوقدانان اروپایی بوده است. از مشهورترین قوانین رومی قانون الواح دوازده گانه است که جزئیات آن در پنج لوح آخر آن ذکر شده است. قانون الواح اولین قانون است که جرایم را به جرایم عمومی و جرایم خصوصی تقسیم کرده است، حقوق رم قصاص از جانی را پذیرفته بود. بدین معنی شخصی که مورد تجاوز قرار می گرفت این حق را داشت با شخص متجاوز در مورد مختومه نمودن دعوی توافق و در صورت عدم توافق قصاص نماید، چشم در برابر چشم و هکذا. ضمناً ذکر این نکته بایسته است که قصاص در حقوق رم فقط نسبت به اعضا و جوارح بود.

اما در رابطه با جایگزینی نظام دیه از نظام قصاص، در نزد رومیها طی مراحل طی از تکامل مبنی بر جبر رضایت اولیای مقتول و یا خود مجنی علیه بوده است. قانون الواح مبنی بر امکان صلح بین جانی و مجنی علیه و پرداخت مبلغی از سوی جانی جایز دانسته است و این معنی همان نظام دیات است. کیفرهایی که توسط دادگاهها بر علیه جناح صادر می گردد، عبارت بودن دار اعدام و یا پرداخت دیه است.

۲- حقوق آنگلوساکسون: قانون آنگلوساکسون در ابتدا متأثر از دین بود ولی بعدها کاملاً از دین جدا شد، آنگلوساکسونها در روش زندگی و آداب و رسوم معتقد به فلسفه فردگرا هستند و در اصول و مبادی حقوق خود نیز چنینند. از نظر آنان حقوق وسیله ای است که باید تا سر حد امکان در چهارچوب محدودهای عرف و قانون به کار برده شود.

اولین مجموعه قانون در انگلیس در قرن هفتم میلادی به وجود آمد. در این مجموعه سیستم کاملی جهت جبران ضررهای بدنی بیان شده و این معنی به صورت عرف پذیرفته شده در جامعه انگلیس در آمدند.

و اما تعیین مقدار دیه نفس، به طور توافق بین اطراف دعوی صورت می‌گرفت، بدین معنی اختیار داشتند نوع و میزان جبران ضرر را تعیین نمایند. مقدار دیه‌ای که جانی به خانواده مجنی علیه می‌پرداخت، در حالت‌های مختلف فرق می‌کرد. در آن زمان، جزئی از جامعه انگلیس را طبقه بردگان که متعلق به فئودالها بود، تشکیل می‌داد جانی با پرداخت دیه از هرگونه مسئولیت دیگر معاف می‌گردید.

دیه مقتول به سه بخش تقسیم می‌شد و یک جزء آن به عنوان فقدان یکی از رعایا به پادشاه داده می‌شد و جزء دیگر رمالک فئودال به عنوان از دست دادن یکی از افراد خود برمی‌داشت و بقیه آن بین افراد خانواده مجنی علیه تقسیم می‌شد.

۳- مجموعه قوانین حمورابی: ضمن کاوش‌های باستان‌شناسی در شوش بین سالهای ۱۹۰۱ و ۱۹۰۲ گروه فرانسوی به کشف یکی از پر ارزشترین منابع تاریخ حقوق که عبارت است از مجموعه قوانین حمورابی، موفق گردید. سنگ نوشته‌ای که بدین طریق به دست آمد به طول ۲/۵ و به عرض ۱/۵ متر می‌باشد و آنچه که بر این تخته سنگ منقوش است، قدیمی‌ترین و کاملترین قوانین مربوط به حدود چهار هزار سال پیش است. مجموعه قوانین حمورابی مشتمل بر ۲۸۲ ماده است که آن مواد عبارت است از مقررات مدنی، تجاری، کیفری، روابط زن و شوهر و حقوق زن، بخش مهمی از این مواد قانونی واجد جنبه کیفری است. مجموعه قوانین حمورابی، با توجه به زمان تدوین آن یکی از شاهکارهای تقنینی است که به ادعاهای افتخارآمیز کسانی که قوانین رم و یونان را تنها منبع قوانین فعلی و برجسته‌ترین آنها می‌دانسته‌اند، خاتمه داده است.

مجموعه قوانین حمورابی در رابطه با نظام قصاص و دیات بر اساس امتیازات طبقاتی از لحاظ کیفری و پرداخت دیه یکسان به مجرمین نبوده است. قصاص در قانون حمورابی وقتی قابل اعمال است که مرتکب، عمداً دیگری را به قتل رسانیده، عضوی از اعضا او را شکسته و یا او را مجروح نماید، جرح غیر عمدی طبق مندرجات ماده ۲۰۶ فقط موجب پرداخت هزینه مداوای شخص مجروح می‌شد که ضارب ناگزیر به پرداخت آن بوده و همچنین است ضرب و

جرح غیر عمدی منتهی به فوت که پس از مرگ، ضارب باید نیم مانا نقره به اولیای دم بپردازد و در این صورت به علت فقدان قصد قصاص نمی‌گردد.

پرداخت دیه به مجنی علیه و یا کسان او در موارد عدیده در جرایم علیه اشخاص، به عنوان مجازات منظور نظر قانونگذار بوده است. به طوری که اشاره شد در جرایم غیر عمدی اعم از قتل یا ضرب یا جرح به جای قصاص دیه پرداخت می‌گردید. نکته قابل ذکر آنکه همانند نظام قصاص کفو بودن مجرم و مجنی علیه در تعیین میزانی دیه در نظر گرفته می‌شد. با توجه به مطالب بیان شده نتیجه می‌گیریم که نظام دیات یک حکم تأسیسی اسلام نیست بلکه اسلام آن را امضا کرده است 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. بدین گونه با بررسی تاریخی مسأله دیات می‌بینیم که در جاهلیت عرف قبیله‌ای حاکم بوده است بدین معنا که هر یک از قبایل دارای رئیس و یک رشته مقرراتی بوده‌اند که طبق آن مقررات و عرف قبیله‌ای عمل می‌کرده‌اند و مطابق آن عرف دیه بر عهده عاقله بوده است و چون در زمان ظهور اسلام در منطقه حجاز و بعضی از مناطق عربی عرف قبیله‌ای حاکم بود، اسلام این مسأله را پذیرفت. در این زمینه هم مانند سایر احکام، جعل به صورت قضیه حقیقه است. به این معنا که در هر یک از جوامع که عرف قبیله‌ای حکومت می‌کند و قبایل و عشایر آن با هم قرارداد و پیمان می‌بندند تا در مواردی که یکی از افراد مرتکب جنایت موجب دیه شود تمامی افراد قبیله عهده دار دیه بشوند این حکم در آن جوامع ثابت است.

اما در جوامعی که عرف قبیله‌ای حاکم نیست و افراد قبیله و عشیره و متفرق می‌باشند و هیچ گونه ارتباط نزدیک میان آنها نیست. صرف پسر عمو بودن دو نفر با یکدیگر موجب نمی‌شد که ملتزم به مفهوم شده و بگوییم که آنها مسئول پرداخت دیه می‌باشند زیرا اصلاً قرارداد و پیمانی با هم در این زمینه ندارند.

پس مسئولیت پرداخت دیه بر عاقله یک حکم تأسیس اسلام نیست. اسلام یک حکم عقلایی زمان جاهلیت را تقریر و امضاء کرده است و عقلایی و عرفی مسأله این است که به اعتبار پیمان و قرارداد این حکم ثابت است و ما تابع موضوع هستیم هر جا موضع باشد، حکم هم هست و جایی که موضع ثابت نباشد مانند: اغلب جوامع عقلایی که این قرارداد و پیمان را فعلاً ندارند، نمی‌توان مستلزم به دیه عاقله شد. پس پرداخت دیه در قتل خطایی با مراجعه به عرف معلوم می‌گردد؛ یعنی در مناطقی که عرف قبیله‌ای حاکم است در صورت بروز قتل خطایی پرداخت دیه بر عهده عاقله است اما در جوامعی که عرف غشیره‌ای حاکم نیست و افراد و عشیره از هم متفرق می‌باشند، پرداخت دیه به عهده جانی خواهد بود.

والحمد لله رب العالمین

منابع

- ابن عابدین. مجموعه رسائل.
- افشار. مقدمه حقوق تطبیقی.
- اوژن پتی. حقوق رم.
- تنک، آندره. حقوق ایالات متحده آمریکا.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. منابع حقوق اسلام.
- جوادعلی. المفصل فی التاریخ العرب قبل الاسلام.
- جوان. مبانی حقوق.
- داوید، رنه. اسلوبهای بزرگ حقوق.
- سلجوقی، محمود. نقش عرف در حقوق مدنی ایران.
- محمسانی، صبحی. فلسفه قانونگذاری.
- مونسکیو، شارل لوئی دوسکوندا. روح القوانين.
- نجومیان، حسین. مبانی قانونگذاری دادرسی.