

به نام خدا

عنوان :

## حقوق و مبانی حقوق در عرف

نام دانشجو:

نام استاد:

تاریخ ارائه:

۱۴۰۰/۰۰/۰۰

## مبنا

هر نظام حقوقی اعم از دینی و غیر دینی نمی‌تواند در زمینه‌ی همه‌ی مشکلات و در همه‌ی روابط بالفعل و بالقوه‌ی یک جامعه احکام و مقرراتی مشخص عرضه‌بدارد؛ زیرا محدودیت و توسعه‌ی احکام و مقررات حقوقی تابع روابط اجتماعی یک جامعه است و هرچه تعاون و همکاری افراد یک اجتماع پیچیده‌تر گردد، احکام و مقررات حقوقی و قانونی آن جامعه نیز برای تنظیم این روابط و رفع تعارض و نزاع و نیز همکاری بیشتر و بهتر افراد وسعت می‌یابد و احکام کلی و جزئی تازه‌ای و وضع یا اعتبار خواهد شد. بنابراین در هر نظام حقوقی با گذشت زمان خلاهایی کشف یا نمودار خواهد شد که در این صورت لازم است قانون‌گذار یا فقیه این خلاهای حقوقی را با وضع احکام جدید یا استنباط آن‌ها پر نماید و مشکلات و درگیری‌های اجتماعی را مرتفع سازد. آن چه قانون‌گذار یا فقیه را در وضع مقررات و استنباط احکام جدید یاری می‌کند، کشف اهداف و مبانی‌ای است که در یک نظام حقوقی مورد نظر بوده و مقررات حقوقی به خاطر تحقق آن اهداف و بر اساس آن مبانی وضع گردیده است. (۱۰).

## تعریف مبنا

واژه‌ی «مبنا» در دانش حقوق عبارت است از نیروی الزام‌آور حقوق و مقامی که ارزش قواعد حقوق را تامین می‌کند و پایه‌ی همه‌ی قواعد آن به شمار می‌آید. (۱۱) بدین گونه که نظام حقوقی

مبتنی بر آن و قواعد و مقررات حقوق بر اساس آن وضع می‌گردد. بنابراین نیرو و جاذبه‌ای که پشتیبان قانون است و آدمی را به اجرای آن وامی‌دارد، «مبنای حقوق» نامند. (۱۲).

واژه‌ی «مبنا» اصطلاح خاص حقوقی است که در فقه اسلام و در میان فقیهان مسلمان کاربردی برای آن دیده نشده است. بلکه - بنابر نظر برخی از نویسندگان - آن چه توسط فقیهان مسلمان در برابر واژه‌ی «مبنا» به کار برده می‌شود، اصطلاح «ملاک» است. در دانش فقه اسلام «ملاکات احکام» اصولی است که احکام و مقررات اجتماعی براساس آن وضع گردیده است. (۱۳).

### **ویژگی‌های مبانی حقوق**

روشن است که شناخت و تشخیص مبانی حقوق بدون آگاهی از ویژگی‌های اساسی آن امکان‌پذیر نیست. لذا فقیهان و دانشیان حقوق ویژگی‌هایی را - هر چند که مورد اتفاق همگان نیست - برای مبانی حقوق شمار کرده‌اند که تنها به بیان آن بسنده می‌شود.

۱) مبانی حقوق همیشه از کلیت و سیعی برخوردار است، لذا عملاً همواره تعداد مبانی در هر نظام حقوقی محدود خواهد بود.

۲) مبانی حقوق از نظر حقوق‌دانان وضع شدنی نیست، لذا اطلاق قانون یا قاعده بر آنها صحیح نیست.

۳) در موارد ابهام یا سکوت قانون مبانی حقوق از جنبه‌های راه‌گشایی برخوردار می‌باشند؛ زیرا قوانین و مقررات با توجه به این مبانی و براساس آنها وضع می‌گردد.

۴) مبانی حقوق منشأ الزامی بودن قواعد و مقررات اجتماعی به شمار می‌روند، به این معنا که حقوق تا حدود زیادی مشروعیت و الزامی بودن خود را از این مبانی به دست می‌آورد. (۱۴).

### **رویکردهای مبانی حقوق**

حقوق از امور اعتباری و قراردادی است و اعتبارها و قراردادهای حقوقی بشربراساس ضرورتها و ارزشهایی که یک فرد یا یک جامعه احساس می‌نماید، وضع می‌گردد. ارزشهایی که در هر جامعه با جامعه‌ی دیگر متفاوت است. هر فرد یا جامعه‌ای می‌تواند در زندگی به ارزشهایی خاص معتقد باشد و در تامین نیازمندی‌ها و روابط اجتماعی روشی مخصوص پیشنهاد کند. از این رو هر یک از نظام‌های حقوقی (دینی یا غیردینی) براساس اهداف و مبانی مخصوص به خود استوار می‌باشند و حقوق‌دان نیز با کشف این ارزشها و معیارهای موردنظر و خطمشی کلی آن به تامین نیازمندی‌های حقوقی می‌پردازد. (۱۵) بنابراین روشن است که مبانی یا اصولی که قواعد و مقررات اجتماعی و یا هر نظام حقوقی، الزامی بودن و مشروعیت خود را از آنها به دست می‌آورد، از دیدگاه‌های متفاوتی برخوردار باشد و درباره‌ی آنان نظرات گوناگونی ارائه شود و هر نظام حقوقی مبنا یا مبانی خاصی را برای قواعد حقوقی معرفی نماید. در این جا به سه اندیشه‌ی عمده درباره‌ی مبانی حقوق اشاره می‌شود:

الف) عدالت.

گروهی مبنای حقوقی را عدالت دانسته‌اند. اینان گویند مبنای اصلی قواعد حقوقی عدالت است و قانون در صورت عادلانه بودن الزام‌آور خواهد بود و انسان که به حکم فطرت خویش خواهان عدالت و دادگستری است، به اصل یا اصولی که این هدف را تامین کند، احترام می‌گذارد.

(ب) دولت.

اما دیگر گروه مبنای حقوق را قدرت حکومت می‌دانند نه عدالت. اینان گویند اصول حقوقی خود به خود و به دلیل اتکایی که به اراده‌ی دولت دارد، همیشه محترم است، چه هدف آن حفظ نظم و یا اجرای عدالت باشد. لذا هیچ‌کس نمی‌تواند به بهانه‌ی بی‌عدالتی از اجرای قاعده‌ی حقوقی سرباز زند یا در برابر آن به مقاومت برخیزد. آنان که عدالت را مبنای حقوق می‌شمرند، معتقد به وجود قواعدی والا و طبیعی هستند که برتر از اراده‌ی حکومت است و دولت‌ها تنها وظیفه دارند که آن قواعد را به دست آورده و به حمایت از آن‌ها بپردازند. ولی طرفداران اندیشه‌ی دولت حقوق را ناپایدار و ناشی از وضع حکومت و سیر تاریخی هر جامعه می‌دانند. گویندگان این اندیشه بی‌هیچ پیرایه‌ای اعلام می‌کنند که آن چه حقیقت دارد، این است که طبقه‌ی حاکم سایرین را وادار به اجرای قواعد حقوقی می‌کند و این گروه ناگزیر از رعایت آن هستند. (۱۶) از آن چه گفته شد، تفاوت بین این دو اندیشه خود آشکار گردید. این دو اندیشه دو مکتب حقوقی «حقوق فطری یا طبیعی» (۱۷) و «حقوق تحقیقی یا موضوعه» (۱۸) را پدید آورده است. (۱۹).

(ج) وجدان عمومی و اعتقاد حقوقی همگانی.

پیروان این اندیشه برای جامعه ضمیری حقوقی می‌پندارند که حقوق از این ضمیر جامعه پدید آمده است. بنابراین باید مبنای حقوق را در این ضمیر همگانی جستجو کرد. چه این که پس از تشکیل جامعه و تجمع افراد به دور یک دیگر از اجتماع آن‌ها نیرویی برتر پدید می‌آید که از تظاهر اراده‌ی خصوصی مخالف، ممانعت می‌کند و امکان تجلی اعتقاد حقوقی همگانی را فراهم می‌سازد. (۲۰).

در نقد این اندیشه گفته شده که این اعتقاد قادر به توجیه آن چه که به نام اصول و قواعد ثانوی حقوق مشهور گردیده است، نمی‌باشد. گذشته از این، وجود اندیشه و تفکر مشابه و یکسان در میان افراد یک ملت در امر واحدی نمی‌تواند الزاماً دلیل وجود اعتقاد حقوقی همگانی مجرد از عقیده‌ی فرد باشد. زیرا وجود وجدان همگانی مستقل و متمایز از وجدان افراد قابل تصور نیست. بنابراین بسیار مستبعد است که بتوان از مفهوم «ضمیر حقوقی همگانی» تعبیر روشنی به دست داد تا بتواند اساس محکمی برای حقوق گردد. (۲۱).

چنان که پیش از این اشاره شد، گذشته از اندیشه‌های مذکور اندیشه‌هایی وجود دارند که هر یک مبنا یا مبانی خاصی را برای قواعد حقوقی معرفی می‌نمایند. از قبیل: نظم اجتماعی، اصل تعاون، اصل آزادی، حفظ مصلحت عمومی و ... (۲۲) که پرداختن آن‌ها از حوصله‌ی این بحث و گفتار خارج است.

## مبنا در نظام حقوقی اسلام

در نظام حقوقی اسلام که یک نظام دینی است با توجه به علم بی‌پایان خداوند همه‌ی نیازها در اصول کلی و جزئی قوانین آن پیش‌بینی شده و خلائای حقوقی آن‌گونه که در «نظام‌های حقوقی بشری غیردینی» (۲۳) دیده می‌شود، در آن وجود ندارد. چه این که در این نظام حقوقی (حقوق اسلام) حق حکومت و قانون‌گذاری مختص ذات خداوندی است و هیچ کس حق حکومت بر دیگری را ندارد، لذا وحی‌مبنای اصلی همه‌ی قواعد و مقررات حقوقی این نظام حقوقی به شمار می‌آید. یعنی آن چه مقررات و احکام فقه و حقوق اسلام را الزام‌آور می‌کند و به آن مشروعیت می‌بخشد، اتصال به وحی و صدور از منبع وحیانی است. (۲۴) ولی از آن جا که مشیت خداوند بر آزادی و اختیار انسان در مورد اعمال و سرنوشت خویش قرار گرفته است و با توجه به انقطاع وحی و این که در نظام حقوقی اسلام جایگاه اصل «اجتهاد» همانند جایگاه اصل قانون‌گذاری است و فقیهان و مجتهدین واجد شرایط موظف به استنباط احکام و قوانین الهی که کاشف از اراده‌ی تشریحی خداوند است، می‌باشند، لذا از دیدگاه نظام حقوقی اسلام، تنها قواعد و قوانینی در جامعه قابل اجرا است که مطابق با عدالت و یا حداقل منافعی با آن نباشد. بنابراین می‌توان اصل عدالت یا عدم‌تنافی با عدالت را به عنوان مبنای عرضی و ثانوی قواعد و مقررات نظام حقوقی اسلام دانست.

## عرف در دانش حقوق

عرف و عادت با وجود اختلاف سیستم‌های حقوقی و نیز با وجود اختلاف نظر جامعه شنا سان 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 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 تطبیق اند. 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. (۱۴).

## الف) عرف و تاریخ حقوق.

از دیدگاه تاریخی آن‌گاه که ملت‌ها پا به هستی نهادند، عرف به تنهایی اساس همه‌ی پدیده‌های اجتماعی بود و اصولاً روابط اجتماعی جز به صورت عرف و عادت نمی‌توانسته جریان داشته باشد. قانون به مراتب دیرتر از عرف پدید آمد و عرف پیش‌قراول حقوق و قواعد عرفی، منبع اصلی مقررات حقوقی به شمار می‌آمد. چه این عرف بود که پیش از پیدایش قانون‌گذاری و حقوق مدون (قانون) به تنظیم روابط اجتماعی آدمیان می‌پرداخت و نیازهای حقوقی آنان را برآورده می‌ساخت. این عرف بوده است که جاده‌ی تحولات حقوق را هموار و آماده می‌کرد و



درنگهداری آن نظارت و پاره‌ای از وسایل فنی آن را معلوم و مشخص می‌نمود تا قانون در آن جای‌گزین گردد. بدین سان عرف نقش مهمی در ایجاد حقوق داشته است. کاربرد و بهره‌مندی از قواعد و مقررات عرفی تنها نصیب آدمیان پیشین نبود و این تنها مردمان باستان نبوده‌اند که در تحت رژیم عرف‌های سنتی زندگی می‌کرده‌اند. بلکه امروزه هنوز کشورهای وجود دارند که از نظام حقوق عرفی پیروی می‌کنند. (۱۵).

اگر چه امروزه عرف، که عامل بزرگی در تحولات قانون‌گذاری ملت‌ها بوده‌است، با حضور و پدید آمدن قانون مکتوب قدری از نیروی آن نسبت به گذشته کاسته شده است، ولی این حضور قانون در قلمرو عرف ارزش تاریخی و اجتماعی عرف را از بین نبرده و باز عرف در تاریخ حقوق اثر حیاتی دارد و نمی‌توان آن را به دور افکند؛ زیرا همان‌گونه که عرف پیشروی قانون و قانون جانشین آن بوده، پس از تدوین قانون نیز در تکمیل، تفسیر، تعدیل و تحرک آن به کار می‌رود. هر چه یک نظام حقوقی از عرف بیشتر مایه بگیرد، تواناتر و غنی‌تر می‌گردد و با سهولت بیشتری قابل اجرا بوده و رابطه‌ی قانون را با زمان‌های گذشته و آینده، حفظ می‌کند. (۱۶)

آری، بوده‌اند اندیشه‌هایی که در جاده‌ی افراط یا تفریط گام پوییده‌اند. به عنوان نمونه «مکتب اصالت قانون» که کوشش دارد نقش عرف را ناچیز بشمارد و یا کوشش‌هایی از این دست که البته همه‌ی این کوشش‌های صورت گرفته برای حذف نقش عرف نوعاً به یک کلی بافی موردگرایی گراییده که با روح حقوق در تغایر است. در آن سو «مکتب جامعه‌شناسی» قرار دارد که با به کار بردن اصطلاح «منبع حقوق» در معنای غیر متعارف آن در نقش عرف مبالغه می‌ورزد

و به تبلیغ و ترویج این باور می‌پردازد که عرف تنها منبع حقوق است. حال آن‌که عرف در جوامع جدید به هیچ وجه ارزش اساسی و هم‌پایه‌ی قانون را ندارد؛ اگر چه دارای نقشی ناچیز نیز نمی‌باشد. (۱۷).

## ب) عرف در حقوق مدون و حقوق غیر مدون.

...



...

«و العرف و العارفة و المعروف هو كل امر عرف انه لابد من الاتیان به و ان وجوده خیر من عدمه».

(۹).

## معنای اصطلاحی عرف

دانشیان حقوق، فقه، اصول و نیز جامعه‌شناسان هر یک برای عرف، معنایی بیان‌داشته و از دیدگاه خود تعریفی برای آن ارائه داده‌اند که در این جا به هر یک از آن‌ها مستقلاً پرداخته می‌شود. در آغاز این نکته قابل‌گفت است که اگر چه هر یک از این تعاریف و معانی ارائه شده از سوی این دسته از دانشیان از معنای لغوی آن دور و بیگانه نیست، لیک این واژه در معنای اصطلاحی خود دیگر هاله‌های معنایی موجود در معنای لغوی واژه را دارا نمی‌باشد.

## الف) تعریف عرف در دانش حقوق

دانشیان حقوق با توجه به شاخه‌های متعدد حقوق برای عرف تعاریف گونه‌گونی بیان داشته‌اند بدین گونه که گاه از آن به مجموعه‌ی مقرراتی که از سوی شارع مقدس اسلام وضع نشده باشد،

تعبیر آورده‌اند (۱۰) و دیگرگاه - چنان که از «ژولین» حقوق‌دان روم باستان نقل شده - در تعریف آن گفته‌اند: عرف و عادت دیرینه عبارت از حقوقی است که از آداب و سجایای مردم پدید آمده و اثر قانون را دارد. (۱۱).

برخی آن را آن‌گونه که در حقوق فرانسه از آن تعبیر آورده می‌شود، حکمی دانسته‌اند که در تمام مملکت یکسان بوده و یکسان نیز عمل می‌شود. (۱۲) در پاره‌ای از نوشته‌های حقوقی آن را قواعدی دانسته‌اند که از پدیده‌های اجتماع استخراج شده و بدون دخالت قانون‌گذار به صورت قاعده‌ی حقوقی در آمده است که البته در این معنا جز قانون، دیگر منابع حقوق همچون رویه‌ی قضایی و قواعد ناشی از عقاید علمای حقوق را نیز در برمی‌گیرد (۱۳) و یا آن را عملی که اکثریت صنفی از اصناف یا طبقه‌ای از طبقات یا گروهی از یک اجتماع به طور مکرر انجام دهند و آن عمل مطابق با مصلحت نوعی آن صنف یا آن طبقه و گروه باشد، دانسته‌اند. (۱۴).

با توجه به اختلاف نظرهای موجود روشن است که نمی‌توان تعریفی حقیقی برای عرف ارایه نمود که قابل انطباق و پذیرش در همه‌ی شاخه‌های حقوق باشد، چه این که اصولاً - گذشته از نقص و اشکالاتی که نوع تعاریف ارایه شده از آن خالی نمی‌باشند - ارایه‌ی تعریف حقیقی در این گونه موارد خود امری است دارای امتناع عادی، لذا تنها می‌توان در مقام یک تعریف تعلیمی که توانایی شمول پدیده‌ی عرف در تمام شاخه‌های حقوق را دارا باشد، از تعریف عرف سخن راند. بنابراین با نظر داشت ویژگی یاد شده می‌توان پدیده‌ی عرف را در یک تعریف تعلیمی که همه‌ی شاخه‌های حقوق را در برگیرد و نوع دانشیان حقوق نیز نسبت به آن از خود اقبال‌نشان داده، بدین گونه تعریف کرد که عرف عمل و روش یا سلسله اعمال و روش‌هایی است که به تدریج در طول زمان بر اثر تکرار خود به خود و بدون دخالت قوه‌ی قانون‌گذاری در اثر حوایج اجتماعی میان همه‌ی افراد جامعه یا گروهی از آن‌ها به عنوان قاعده‌ای الزام‌آور در تنظیم روابط حقوقی بین افراد اجتماع مقبول و مرسوم شده است. بنابراین با توجه به تعریف ارایه شده، وجود دو ویژگی به عنوان دو رکن اساسی در عرف لازم است. نخست ویژگی عمومیت و دیگری ویژگی الزام.

توضیح این که عرف پدیده‌ای است که نوع مردم به جهت ایمان و اعتقاد و نیزانس با آن، آن را بدون احساس نفرت و ناراحتی انجام می‌دهند و مخالفت با آن نوعاً احساسات افراد را جریحه دار می‌نماید. به گونه‌ای که گاه در برابر اشخاص مختلف از خود عکس‌العمل نشان می‌دهند. چنین

عرفی در واقع «قانون نانوشته‌ای» (۱۵) است که با توافق مشترک و همگانی پابرجا شده است. این پدیده‌ی اجتماعی که نتیجه‌ی عمل‌متمادی و مکرری است که اثر قرارداد ضمنی و مشترک را میان مردم پیدا نموده و وجود یک حس حقوقی را بین مردم نشان می‌دهد، برانگیخته از نیازهای اجتماعی و معمول به تحول‌پذیری است که همواره منطبق بر حوایج زندگانی مردم بوده و بامقتضیات زندگی اجتماعی نیز هماهنگ می‌باشد به گونه‌ای که با تغییر اخلاق، رسوم و اوضاع اجتماعی، اقتصادی و فرهنگ مردم تغییر می‌یابد.

گفتنی است که قانون نیز به جهت حفظ نظم و آرامش جامعه به عرف احترام‌گذارده و رعایت آن را لازم می‌شمارد و تخلف از آن را موجب اخلاق‌نظم می‌داند. (۱۶).

بود. اما در «حقوق بین‌الملل عمومی» (۱۸) - چنان‌که برخی از دانشیان برآند - عرف تعریف دیگری رامی‌طلبد. در حقوق بین‌الملل عمومی عرف و عادت از شیوه‌ی عمل و رفتار دولت‌ها در ایجاد و بسط مناسبات خود با یک‌دیگر و هم‌چنین رویه‌ی آن‌ها در اختلافات با یک‌دیگر ناشی می‌شود، بدین گونه که در نتیجه‌ی تکرار این شیوه‌ی عمل و رفتار دولت‌ها در روابط بین‌المللی ایمان و اعتقاد نسبت به قواعدی پیدا می‌شود که به تدریج در روابط مشترک آن‌ها جنبه‌ی الزامی به خود گرفته و به عنوان معیار سنجش ارزش‌های حاکم پذیرفته می‌شود. این قواعد ریشه و اصل قواعد حقوق بین‌الملل عمومی است. (۱۹) لذا به موجب بند ۲ ماده‌ی ۳۸ اساسنامه‌ی «دیوان بین‌المللی دادگستری» (۲۰) عرف عبارت است از رویه‌ی عمومی دولت‌ها که به صورت قاعده‌ی حقوقی مورد قبول آن‌ها قرار گرفته است که ممکن است به صورت جهانی یا منطقه‌ای و یا به صورت دو جانبه در روابط دو کشور با یک‌دیگر در تکرار امری باموافقت ضمنی آن‌ها باشد. (۲۱) عرف و عادت نخستین منبع حقوق بین‌الملل عمومی به شمار می‌آید و در حل اختلافات بین‌المللی پایه تصمیمات قضایی می‌باشد