

## کارکرد عرف در فقه و حقوق کیفری و کاربرت آن در احراز رابطه استناد

جواد نادری عوج بغزی<sup>۱</sup>، فاطمه صانعی<sup>۲</sup>، علی پایدارفرد<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> دانش‌آموخته سطوح عالی حوزه علمیه قم و دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه تهران (پردیس بین‌المللی ارس) تهران - واحد ارس

(نویسنده مسئول)

<sup>۲</sup> دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه تهران\_پردیس بین‌المللی ارس

<sup>۳</sup> قاضی دادگستری و دانش‌آموخته مقطع کارشناسی ارشد مفید قم، رشته حقوق جزا و جرم‌شناسی

### چکیده

حقوق کیفری دارای منابع متعددی می‌باشد. یکی از منابعی که همواره مورد توجه قرار گرفته و بدون دخالت قانونگذار به صورت یک قاعده از پدیده‌های اجتماعی استخراج شده است، عرف می‌باشد. حال فارغ از ارشادی یا الزامی بودن این منبع، می‌توان گفت این منبع موجب پویایی حقوق جزا و فقه امامیه شده و نظام‌های حقوقی را از فرسودگی مصون نموده است. بی‌شک عرف در مواجهه با اصل قانونی بودن جرم و مجازات، قادر به جرم‌انگاری مستقل نبوده و صرفاً الهام‌بخش قانونگذار می‌باشد اما از آنجایی که قانونگذار در مقام تقنین با زبان عرف سخن می‌گوید و قوانین را برای آن وضع می‌نماید، می‌توان نقش مهمی را برای عرف در نظر گرفت. در این میان مسأله رابطه استناد را می‌توان از مهم‌ترین مباحث حقوق کیفری قلمداد نمود که مسئولیت کیفری و ضمان ناشی از آن به اثبات و احراز آن گره خورده است. از آن جا که یکی از رویکردهای مطرح در نحوه احراز رابطه استناد، رویکرد عرفی می‌باشد، لازم است تا در این مقام ضمن بررسی ابعاد مختلف عرف به دنبال پاسخ به این مسائل باشیم؛ کارکرد عرف در فقه و حقوق کیفری چیست؟ آیا عرف قادر به احراز رابطه استناد می‌باشد؟ چگونه می‌توان برای رویکرد عرفی در احراز رابطه استناد ارزش و اهمیت قائل بود؟ و اساساً نقش عرف در احراز رابطه استناد چیست؟ پژوهش حاضر با مذاقه بر منابع فقهی و حقوقی با ماهیت و روش توصیفی-تحلیلی و بر پایه‌ی جمع‌آوری اطلاعات و فیش‌برداری کتابخانه‌ای به فرجام رسیده است.

**واژه‌های کلیدی:** عرف، حقوق کیفری، استناد عرفی، رابطه استناد، کارکرد عرف

## مقدمه

عرف در لغت به معنی تتابع، اتصال، پی در پی بودن و نیز به معنای خوی و عادت و امر متداول بین مردم می‌باشد و در اصطلاح، الزامات ناشی از افکار عمومی و امور مورد اتفاق اکثریت افراد جامعه و نیز فهم امور مستمر بین مردم و یا صنف خاص است (علیدوست، ۲۶، ۱۳۹۷). رابطه استناد که به عنوان محور دوم این پژوهش مطرح است در لغت به تماس، وابستگی و پیوند معنا شده است (عمید، ۵۲، ۱۳۷۵). اما مفهوم اصطلاحی آن اگرچه به نظریه مسولیت محض در حقوق کامن لا و به نظریه خطر در حقوق فرانسه شباهت زیادی دارد لیکن در اصطلاح حقوقدانان کیفری ایران، رابطه‌ی استناد به معنای قابلیت استناد نتیجه به رفتار مرتکب و پیوستگی رفتار به نتیجه است (حاجی ده آبادی، ۲۱۹، ۱۳۹۷). البته رابطه استناد را نباید با آنچه که در حقوق فرانسه با عنوان قابلیت انتساب است اشتباه گرفت زیرا قابلیت انتساب ناظر به حالت روانی می‌باشد و این در حالی است که رابطه استناد توجهی به حالت روانی ندارد. با مطالعه نظام‌های حقوقی جهان، می‌توان گفت تمام نظام‌های دنیا کم و بیش به عرف اهمیت می‌دهند. زیرا عرف و عادت در جوامع ابتدایی اساس شکل‌گیری برخی از پدیده‌های اجتماعی بوده است. در قانونگذاری روم، عرف به‌عنوان مأخذ شناخته می‌شد و تا دوره ژوسنیائوس امپراطور آن زمان، عرف به‌عنوان قانون نانوشته مورد پذیرش بوده است. در استان‌های شمالی فرانسه، عرف تا عهد ناپلئون پابرجا بوده ولی بعد از تدوین قانون ناپلئون، از اهمیت عرف کاسته شد و تنها در امور بازرگانی و معاملات دارای اعتبار بود (عرفانی، ۱۳۷۳، ۱۵۸). اما در آمریکا و انگلستان عرف را قانون عمومی و مأخذ قانونگذاری می‌دانند (تنگ، ۱۳۷۴، ۸۸). به هر حال عرف، نقش بسیار مهمی را در تاریخ و نظام حقوقی ملت‌ها ایفا نموده است.

عرف در میان اعراب جاهلیت، ریشه در زندگی فردی و اجتماعی داشته تا جایی که در برخی از نصوص، کتاب و سنت بر پایه عرف بنا نهاده شده و سنت تقریر پیامبر اسلام (ص) با سکوت وعدم منع، عادات محیط اجتماعی را پذیرفته و بر آنها صحه نهاده است که بخشی از عرفیات معتبر اسلام قلمداد می‌گردد (محمصانی، ۱۴۲۱، ۲۶۴).

کامن لا که به‌عنوان نظام حقوقی عرفی تعریف می‌گردد به وجوه مختلفی تعریف شده است که برخی در تعریف آن می‌گویند: «مجموعه اصول و قوانین به دست آمده از یک عرف، رسم عام و بسیار کهنی که با گذشت زمان با آرای مختلف قضایی تضمین بیشتری یافته و بدون اینکه به طبقه معینی اختصاص داشته باشد در سراسر کشور حکم‌فرما می‌گردد» (پاشا صالح، ۱۳۴۸: ۵۰۹). بنابراین نظام حقوقی کامن لا منبع اصلی حقوق عرف و عادت متداول بین مردم و رسم‌های کهن فراموش شده‌ای است که به وسیله آرای قضایی محاکم حفظ شده است. برخلاف قوانین سایر نظام‌های حقوقی که مولود مجلس قانونگذاری هستند، این نظام حقوقی دارای واضع معین و مشخص نمی‌باشد بلکه از عرف، آداب و رسوم و سنن سرچشمه گرفته است. (تنگ، ۱۳۷۴، ۹۰). در بررسی تاریخچه عرف، نظام حقوقی کامن لا شهرت زیادی در بین حقوقدانان دارد. این نظام حقوقی در سال‌های (۱۰۶۶) میلادی در انگلستان ایجاد و به‌عنوان نظام حقوقی عرفی و کاملاً محلی اجرا گردید. به نظر می‌رسد عرف از دیرباز و حتی قبل از پیدایش قانون در بین مردم رایج بوده و مردم براساس آن عمل می‌کردند تا اینکه به تدریج به قاعده الزام آور تبدیل شد. در واقع تاریخچه عرف به تاریخ و تقدم بشریت بر می‌گردد (سلجوقی، ۱۳۸۸، ۱۳). از دیدگاه تاریخی، از زمانی که ملت‌ها پا به عرصه هستی گذاشتند عرف به تنهایی اساس همه پدیده‌های اجتماعی بود و اصولاً روابط اجتماعی جز به صورت عرف و عادت نمی‌توانسته جریان داشته باشد و قانون به مراتب دیرتر از عرف پدیدار شد (قرضاوی، ۱۳۰۸، ۱۴۷). عرف با وجود اختلاف نظرهایی که در آن وجود دارد، نقش اساسی و موثری را در تمام دانش فقه و حقوق به عهده دارد و بیانگر اراده جامعه و بر مبنای خواسته‌های مردم استوار است لذا عرف را در بیشتر موارد، عنصری جهت کشف راه حل عادلانه و نیرویی جهت

حیات و برون رفت از کهنگی و فرسودگی و همگام با زمان و پیشرفت های جامعه ی تکامل یافته می دانند (گلباغی ماسوله، ۱۳۷۸، ۱۴۵). به هر حال همانگونه که در تعریف عرف گفته شد، عرف می تواند برگرفته از رفتار و عملکرد جامعه، افراد و مجموعه عادات ناشی از اعمال و رویه ها باشد که اهمیت زیادی برای بشریت دارد به طوری که جمهور مردم از آن تبعیت می کنند و یا خاموشی اختیار می نمایند.

در فقه شیعه، فقهاء از دیرباز با پدیده عرف مانوس بوده و آن را در فقه و اصول به کار بسته و مورد توجه و اهمیت قرار می دادند. این آشنایی به دورانی برمی گردد که در تاریخ فقه شیعه به آن عصر حضور می گویند و شاهد این مطلب وجود روایات فراوانی است که در آن ها به عرف توجه زیادی شده است. در تبارشناسی عرف در ادبیات فقهی و متون کهن با واژگان گوناگون مواجه می شویم که دلیل آن شکل گیری مکاتب مختلف فقهی و ظهور اخباریان بوده است.

عرف از آغاز تشریح اسلامی به عنوان یک منبع در حوزه استنباط فقه و حقوق اسلامی مورد توجه بوده است و ظاهراً این واژه از قرن چهارم به بعد در متون فقه و اصول اهل سنت رایج شد (گلباغی ماسوله، ۱۳۷۸، ۱۲۰). لکن در فقه اهل سنت نیز مانند فقه امامیه واژگان متعددی که همسو و مرتبط با عرف بودند، در کنار واژه عرف استعمال می شدند. در این پژوهش به شیوه جمع آوری اطلاعات کتابخانه ای و به طور توصیفی و تحلیلی، ضمن تبیین نقش و کارکرد عرف در فقه و حقوق کیفری، به دنبال تبیین نظریه استناد عرفی به عنوان یکی از رویکردها و احراز رابطه استناد نیز هستیم و نقش و جایگاه عرف و کاربرد آن در احراز رابطه استناد را مورد واکاوی قرار می دهیم.

## ۱- انواع عرف، ارکان و قلمرو آن

در مجموع می توان عرف را هنجار یا مجموعه ای از هنجارهایی دانست که در اثر تکرار در نهاد همه یا اغلب افراد که یک گروه اجتماعی را تشکیل می دهند، استقرار یافته است. و افراد به نوعی نسبت به آن التزام پیدا کرده اند (امیدی، ۱۳۹۸، ۴۰۹). ناگفته پیداست که عرف و عادت در هر جامعه از شرایط حاکم بر آن جامعه اعم از اقلیمی، روح ملی، تجربه های عملی و طبع تقلید گرایی، نشأت می گیرد (محمصانی، ۱۳۵۸، ۲۲۷). آنچه درباره عرف اهمیت ویژه ای دارد این است که، پیش از پیدایش مقررات قانونی و موازین و اعتبارات شرعی، عرف در میان مردم دارای حاکمیت بوده و به روابط آنها سامان می داده است. از همین جهت است که در نظام های حقوقی عرفی، یکی از عوامل تکامل و پویایی، عرف می باشد و حتی در تصویب قوانین اثر بسزایی بر تصمیمات قانون گذار داشته و همواره الزامات جدیدی را به همراه دارد و نیز پس از وضع قوانین نیز در پاره ای از موارد به تفسیر قوانین می پردازد و به نوعی میان گذشته و آینده ی قانون، ارتباط ایجاد می نماید.

### ۱-۱- انواع عرف

فقها و حقوقدانان در نوشته هایی که در خصوص عرف سامان یافته به تقسیم هایی اشاره نموده اند که عبارت است از؛ عرف معتبر و نامعتبر، عرف تسامحی و دقیق، عرف حکمی و موضوعی، عرف عام و خاص، عرف لفظی و عملی، عرف سابق و متقارن و متاخر، عرف حادث و غیرحادث، عرف ممضاء و مردوع و مرسل و عرف مفهومی و تطبیقی. بررسی عرف از منظرهای گوناگون به ذات واژه (عرف) مربوط نمی باشد و برخی به جهات خارج از ذات برمی گردد. طبعاً بررسی تمامی اقسام عرف از حوصله این پژوهش خارج بوده و خود پژوهشی مستقل می باشد. اما آنچه در این مقام مورد بررسی قرار خواهد گرفت، مواردی است که اولاً با بحث ارتباط دارد و ثانیاً کمتر مورد بحث قرار گرفته است.

۱. عرف عام و خاص: عرف عام، میان اکثریت مردم مشترک است و این که مردم بدون در نظر گرفتن موقعیت مکانی، زمانی، و فرهنگ ها، بدان التزام داشته باشند. برخلاف عرف خاص که صرفاً در میان گروهی از مردم در یک مکان و یا زمان و یا یک نقطه جغرافیایی خاص رایج است.
۲. عرف عملی و قولی: رفتار و کرداری که در برخی جوامع و یا همه آن ها مورد اهتمام است و به عرف تبدیل شده را عرف عملی می گویند و واژگان و کلماتی که در نزد گروهی یا جماعتی دارای معنا باشد و به عرف آن ها تبدیل شده باشد را عرف قولی یا لفظی می گویند.
۳. عرف صحیح و فاسد: معیار و ملاک در عرف صحیح یا فاسد، موافقت یا عدم موافقت با شرع مقدس یا مصلحت عامه است. پس عرفی که مخالف شرع یا مصلحت عامه باشد را فاسد گویند و عرفی که هیچگونه مخالفتی با شرع مقدس و مصلحت عامه ندارد صحیح می باشد (ملکزاده و احمدلو، ۱۳۹۱، ۱۴۶).
۴. عرف تسامحی و دقیق: فقها از عرف تسامحی و دقیق تعریفی به میان نیاورده‌اند و به سبب وضوح آن به ذکر مثال هایی بسنده نموده‌اند. لکن آنچه می توان برای تعریف ارائه داد این است که داوری مردم در تطبیق عناوین و مفاهیم بر مصادیق واقعی را عرف دقیق و بر غیراز مصادیق را عرف تسامحی می نامند.
۵. عرف کارشناس و غیرکارشناس: در قسمت های بعدی به کارکرد عرف اشاره خواهد شد. لکن درخصوص موضوع شناسی و مصداق شناسی و تطبیق این دو بر یکدیگر، عرف دارای مرجعیت و نقش بسزایی می باشد که در برخی موارد مراد از رجوع به شناخت مفهوم و مصداق، توده‌ی مردم است (سواد الناس) و در مواردی هم باید به عرف و داوری متخصص مراجعه نمود. د از همین جهت است که عرف را به کارشناس و غیرکارشناس تقسیم نموده‌اند.
۶. عرف مفهومی و تطبیقی: مراجعه به عرف و بنای مردم جهت تعیین و تعریف مفهومی که موضوع حکم شرعی می باشند را عرف مفهومی می گویند و مراجعه به عرف در راستای تطبیق مفاهیم بر مصادیق را عرف تطبیقی می نامند (علیدوست، ۱۳۹۷، ۷۳).

## ۱-۲- ارکان عرف

عرف دارای دو رکن و یا دو عنصر اساسی است. که در واقع این دو رکن عامل پیدایش عرف می باشند و وجود عرف به این دو رکن وابسته است.

رکن مادی: برای اینکه عرفی ایجاد شود لازم است تا عاداتی مدت ها بین مردم مرسوم شود و همگی آن را مورد استفاده قرار دهند و به کار ببندند. برای تحقق رکن مادی عرف لازم است تا آن عادت، عمومی و پایدار باشد. مراد از عمومی بودن یعنی بین افرادی که مثلاً در یک شهر اقامت دارند مورد نظر و مورد رعایت و احترام قرار گیرد و منظور از پایدار بودن بدان معناست که زودگذر نباشد، بلکه در وجدان مردم رسوخ نماید و با تکرار عملی در طولانی مدت، به‌عنوان قاعده و یا آداب و رسوم مورد پسند قرار گیرد (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ۴۱۲).

رکن معنوی یا روانی: منظور از رکن معنوی این است که مردم جامعه پذیرش معنوی نسبت به آن رفتار یا عادت را داشته باشند به‌طوری که آن را الزامی تلقی نمایند و به سان یک قاعده و یا قانون که دارای نیروی الزام است با آن تعامل نمایند (ساکت، ۱۳۷۱، ۳۵۱)؛ همان گونه که پیش از پیدایش قانون و قواعد حقوقی بر جامعه بشری حاکم بوده و دارای نیروی اجبار و پذیرش بی قید و شرط از سوی مردم بوده است. اینکه عرف این نیروی الزام آور را از کجا به دست آورده، دیدگاه های

مختلفی وجود دارد اما مرحوم امام خمینی منشاء رکن معنوی عرف را آزادی و اختیاری که خداوند متعال برای اداره امور زندگی اجتماعی به بشر داده است و کارآمد بودن عرف در اداره جامعه، می داند (موسوی خمینی، ۱۳۶۷، ۱۳۳).

### ۱-۳- قلمرو عرف

هر کدام از احکام شرعی، موضوع و متعلق خودشان را دارند و قلمرو برخی از احکام شرعی مانند نماز، خمس و روزه را خود شارع مشخص نموده است که نمی توان از آن فراتر رفت. اما در برخی موارد از جمله معاملات، شارع فقط در مقام تشریح حکم بوده و تعریفی از موضوع و یا متعلق احکام ارائه نداده است که در این زمینه فقها تعیین قلمرو حکم شرعی را به عرف واگذار نموده اند و عرف را مرجعی شایسته در این زمینه معرفی نموده اند (علیشاهی قلعه جوقی و همکاران، ۱۳۹۶، ۸۱). به عنوان مثال محقق اردبیلی در بحث خیار غبن اینگونه می نویسد: «الحد فی ذلک العرف» (اردبیلی (مقدس)، ۱۴۱۶، ۱۳۰).

### ۲- منبع بودن عرف

درواقع مراد از منبع حقوق، هر نیرویی است که بتواند منشاء ایجاد قاعده حقوقی گردد که عرف در اغلب نظام های حقوقی دنیا، این گونه می باشد. در کشورهای آنگلو ساکسون، عرف به عنوان منبع درجه اول به شمار می رود و در کشورهای دارای حقوق نوشته، عرف به عنوان منبع درجه دوم شناخته می شود (اسلامی پناه، ۱۳۹۶، ۱۹۳). اما در کشور ما در منبع بودن عرف شکی نبوده بلکه اختلاف اصلی بر سر ارشادی یا الزامی بودن این منبع است.

در کشورهای دارای نظام حقوقی عرفی (کامن لا) مانند: ایالات متحده آمریکا، استرالیا، نیوزیلند و بریتانیا، که در مقابل آنها نظام حقوقی نوشته قرار دارد (نظام حقوقی کشورهای اروپایی)، عرف به عنوان قدیمی ترین منبع حقوق شناخته می شود تا جایی که هنوز هم در این کشورها شاهد حاکمیت قواعد عرفی در قوانین اصلی و حتی آرای محاکم و دادگاه ها هستیم. در این کشورها عرف به عنوان منبع درجه یک، قاعده ساز و سازنده قواعد حقوقی مطرح است. اما در کشورهایی که دارای نظام حقوقی نوشته هستند مانند ایران و فرانسه، عرف ها توسط قانونگذاران جمع آوری شده و به عنوان قانون مدون و در قالب قانون در آمده اند (اسلامی پناه، ۱۳۹۶، ۱۹۹).

شکل گیری نظام های حقوقی در محیط عرف موجب پررنگ شدن نقش عرف شده است. زیرا قانونگذار نیز فردی از افراد عرف به شمار می رود که می خواهد قوانین مدون و مصوب را برای عرف ارائه دهد. عرف در حقوق کیفری ایران، غالباً به عنوان یک منبع ارشادی مطرح شده است و با توجه به اصل قانونی بودن جرم و مجازات، قادر به جرم انگاری مستقل نمی باشد و فقط می تواند الهام بخش قانونگذار باشد. در نتیجه از اهمیت نقش استقلالی عرف کاسته شده است اما این موجب غفلت از کارایی آلی و غیراستقلالی عرف نمی گردد. در بررسی نقش و جایگاه عرف به عنوان یکی از منابع حقوق جزا، غالب حقوقدانان از تنقیح دقیق این بحث امتناع نموده و در نهایت عرف را به عنوان منبعی ارشادی و غیرالزامی معرفی نموده اند (اردبیلی، ۱۳۹۶، ۲۰۲). لکن برخی از حقوقدانان در واکاوی این موضوع در راستای الزامی تلقی نمودن عرف در میان منابع حقوق جزا، به نقش و جایگاه عرف در فهم عنصر قانونی و عنصر مادی پرداخته اند و در مسأله تاثیرگذاری عرف در شناخت مفاهیم، تحلیل مولفه روانی مسئولیت کیفری (برهانی؛ پارسایان، ۱۳۹۲، ۱۱۳)، شناخت بخش هایی از عناصر سه گانه جرم و در نهایت در مسئله تعیین مصداق و تطبیق صحیح مفهوم بر واقعیت خارجی (برهانی؛ پارسایان، ۱۳۹۲، ۳۱۰)، عرف را نه تنها از منابع ارشادی و غیرالزامی حقوق کیفری نمی دانند بلکه در میان منابع الزامی نیز برای عرف جایگاهی رفیع قایل هستند و حتی در بررسی

معیارهای ناظر در شناسایی مفسد فی الارض در جرایم مواد مخدر بر مصداق شناسی مبتنی بر عرف نظر داده‌اند (برهانی؛ احمدزاده، ۱۳۹۷، ۲۱۵). پذیرش عرف به‌عنوان منبع درجه اول یا همان الزامی در نظام حقوقی فرانسه در مواد ۱۱۳۵، ۱۱۵۹، ۱۱۶۰ قانون مدنی فرانسه به خوبی مشاهده می‌شود و حتی در نظام حقوقی اسلامی نیز در شکل‌گیری، تعدیل، تقیید احکام جایگاه بسزایی دارد (اسلامی پناه، ۱۳۹۶، ۱۹۹) و برخی، آن را به‌عنوان مهمترین ابزار تفسیر قوانین (امیدی، ۱۳۹۸: ۲۷۰) و عامل قلمرو تعهدات طرفین و تعیین مسئولیت می‌دانند (السنهوری، ۱۹۵۲م، ۳۹۷).

درخصوص چرایی، چگونگی و مبدا به وجود آمدن عرف، برخی علل و مواردی را برشمرده‌اند که در ذیل به آن اشاره می‌کنیم:  
 ۱. درک عقل؛ یعنی مردم براساس درک عقل، عمل یا ترک فعلی را مصلحت می‌دانند لذا بر آن توافق می‌نمایند (علیدوست، ۱۳۹۷، ۶۳).

۲. فطرت؛ محقق نائینی در این خصوص می‌نویسد: طریقه عقلا و بنای عرف گاه از فطرتی که خداوند به مقتضای حکمت حفظ نظام در اذهان و طبع عقلا نهاده است سرچشمه می‌گیرد (غروی نائینی، ۱۴۲۱ق، ۱۹۳).

۳. وحی و شبه آن: بی‌تردید وحی، امر الهی، اندیشه انبیاء و اوصیاء در پیدایش عادات نیکو نقش بسزایی داشته‌اند که در این موارد عرف دارای منشاء الهی در مورد امضای شریعت و عمل مسلمین قرار گرفته و به آن سیره متشرعه می‌گویند (علیدوست، ۱۳۹۷، ۶۶).

۴. سلطه حاکمان: محقق نائینی در این باره می‌نویسد: گاه منشاء پیدایش و چگونگی به وجود آمدن عرف، قهر قاهر و جبر سلطان جائری می‌باشد که راه رسمی را به زور و اجبار در جامعه رواج می‌دهد (غروی نائینی، ۱۴۲۱ق، ۱۹۲).

۵. عوامل گوناگون دیگر: تقلید، راحت طلبی، مسامحه و اغراض شخصی می‌باشد.

اما درخصوص نحوه احراز و اثبات عرف، می‌توان گفت از آنجایی که عرف جزء قواعد نانوشته می‌باشد، اثبات آن اهمیت زیادی دارد لکن آنچه مسلم است این است که اثبات امور موضوعی بر عهده طرفین دعوا می‌باشد و اثبات امور حکمی به قاضی واگذار شده است. حال باید بررسی نمود که عرف جزء کدام امور است؟ برخی عرف را جزء امور موضوعی و ماهوی می‌دانند و اثبات آن را به عهده اصحاب دعوا قرار می‌دهند (علیپناه، ۱۳۹۶، ۲۰۸) و برخی می‌گویند: چون عرف قانون محسوب می‌شود لذا امر حکمی بوده و اثبات آن به عهده قاضی می‌باشد (امامی، ۱۳۶۶، ۱۰). به هر حال قاضی که خود فردی از جامعه است انتظار می‌رود که عرف آن جامعه را بداند و حتی برخی از فقها به "معرفت البلد" اشاره نموده‌اند که به‌نوعی اشاره به شناخت و آگاهی از عرف دارد. این مطلب درخصوص فقها نیز مطرح است که در صدور فتوا باید به "عرف" شناخت بسیار زیادی داشته باشند. در صورتی که قاضی در صدور رای براساس عرف که یکی از منابع حقوق جزا به‌شمار می‌رود حکم نمود، باید مستند خود را در حکم قید نماید کما اینکه اصل ۱۶۶ قانون اساسی نیز بر لزوم مستند و مستدل بودن احکام دادگاه به مواد قانونی و اصولی که براساس آن رای صادر شده است، اشاره دارد.

یکی از مهم ترین و بحث انگیزترین مباحث اصول فقه، مسئله سند انگاشتن عرف می‌باشد که آیا عرف در مسیر اجتهاد می‌تواند سند باشد یا خیر؟ اسناد و متون دینی بر منبع نبودن عرف بلکه ابزار بودن آن اتفاق نظر دارند. البته فقدان یک باب ویژه در اصول فقه در زمینه عرف منجر به سربسته ماندن این بحث شده است. بدون شک اندیشه‌ای که میان فقها حاکم است حاکی از عدم مرجعیت عرف در کشف شریعت می‌باشد و همانگونه که تاکید بر ابزاری بودن عرف دارند، به‌همان شدت به عرف مجال حضور کلان نداده‌اند و از ذکر نمودن عرف در کنار سایر ادله و اسناد امتناع نموده‌اند و هر کجا حرفی از عرف به میان می‌آید بر اتصال آن تا زمان معصوم تاکید دارند تا آن را به سنت تقریری ارجاع دهند (علیدوست، ۱۳۹۷، ۱۴۷). هرچند قبول عرف از

سوی فقها محرز و مسلم است لکن عدم پذیرش آن به عنوان منبع و سند در فقه، شاید حاکی از وجود تسامحات، ایرادات و عدم توانایی عرف در احراز مراد شارع باشد. به هر حال عرف یکی از منابعی است که باید در میان سایر منابع در کتب فقهی ذکر گردد زیرا در اغلب موارد شاهد کشف قواعد فقهی یا حقوقی به واسطه عرف می‌باشیم لکن فقها به دلیل عدم استقلالیت عرف، آن را به تقریر معصوم ارجاع می‌دهند. برخی در علم اصول در تعریف دلیل که می‌تواند ابزار استنباط باشد، می‌نویسند: هر دلیلی که بتوان با آن حکم شرعی را استنباط نمود. که بر طبق این تعریف، عرف نیز یکی از ادله استنباط در فقه به شمار می‌رود (غروی نائینی، ۱۴۲۱، ۱۵).

### ۳- ملاک حجیت عرف

در بررسی ملاک حجیت عرف و بیان ادله اثبات و نفی آن از منظر درون دینی شاهد سه نوع برخورد متفاوت از ناحیه شرع مقدس اسلام در مواجهه با عرف‌های موجود می‌باشیم:

در قسم اول می‌بینیم شرع مقدس، عرف‌های موجود را تماماً مورد پذیرش قرار داده و یا با اندک تغییری آن را پذیرفته است. در قسم دوم شاهد منع و نهی در خصوص برخی عرف‌ها هستیم و در قسم سوم نیز شاهد سکوت شارع نسبت به پذیرش یا رد برخی عرف‌ها می‌باشیم. بر همین اساس عرف ممضاء، عرف مردوع و عرف مرسل شکل گرفته است. بدون شک عرف ممضاء دارای حجیت و مورد پذیرش بوده و عدم حجیت عرف مردوع نیز ناگفته پیداست. اما بحثی که وجود دارد این است که اولاً بررسی ملاک و معیار حجیت عرف، واکاوی ادله اثبات و نفی آن چیست؟ ثانیاً اینکه مشخص نماییم که عرف‌های مرسل چه جایگاهی دارند؟ و از حیث حجیت و یا عدم حجیت تکلیف آن‌ها چیست؟

در مباحث حقوقی ملاک حجیت عرف مشروط به وجود شروطی می‌باشد (ملکزاده و احمدلو، ۱۳۹۱، ۱۴۷) :

۱. عرف باید کلی یا غالب باشد که کلیت و غلبه می‌تواند به حسب افراد و یا به حسب تکرار عمل باشد.  
 ۲. عرفی را می‌توان بدان حجیت داد که نسبت به واقعیت حاکم باشد یعنی قبل از آن وجود یافته باشد و یا حداقل همزمان باشد، نه سابق و نه لاحق باشد.

۳. از سوی شخص دارای صلاحیت بر خلاف عرف، تصریحی ذکر نشده باشد به عنوان مثال در ماده ۳۵۷ قانون مدنی چنین آمده است: «هر چیزی که به حسب عرف و عادت جزء یا تابع مبیع شمرده نشود داخل در بیع نمی‌شود مگر این که صریحاً در عقد ذکر شده باشد.» که در اینجا تصریح متعاقدين، عرف را از اعتبار ساقط می‌نماید.

هرگاه دادرس وجود شرایط مذکور را احراز نمود، می‌توان گفت به عرف مسلم دست یافته و می‌تواند به استناد آن، حکم صادر نماید. در غیراین صورت، عرف غیرمسلم می‌باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰، ۱۳۸). افزون بر شروط سه گانه که به آن‌ها اشاره شد، مورد دیگری هم وجود دارد که در حجیت عرف به عنوان ملاک و معیار می‌باشد و آن، عدم مخالفت عرف با نص شرعی است. بدین صورت که اگر عرف مخالف و موجب تعطیلی نص شرعی شود، بی تردید از اعتبار ساقط می‌شود (محمدی، ۱۳۷۵، ۲۶۰).

بعد از تبیین ملاک و معیار حجیت عرف، لازم است تا وارد مبحث بررسی ادله اثبات و نفی عرف شویم لکن قبل از ورود به بحث بیان ادله، ذکر این نکته خالی از فایده نیست که در بحث حجیت عرف، در میان فقها سه نظریه مهم که سنگ بنای تشکیل سه مکتب می‌باشد، قابل توجه و رسیدگی می‌باشد:

۱. نظریه حجیت ذاتی: بناهای عقلایی و عرف‌هایی که در میان مردم وجود دارد، دارای مقبولیت و حجیت ذاتی می‌باشند، زیرا

از فطرت نشأت گرفته‌اند و جزء ضروریات زندگی می‌باشند. به طوری که نیاز نیست هیچگونه عاملی دلیل مشروعیت و حجیت آن باشد (موسوی خمینی، ۱۳۷۲، ۱۰۵).

۲. نظریه عقل: طرفداران این نظریه، حجیت عرف را دائر مدار حسن و قبح ذاتی افعال می‌دانند و می‌گویند زمانی که انجام فعلی نیکو و ترک آن نیز قبیح تلقی شود و عموم عقلا به آن پایبند باشند، چون از بنای عقلا نشأت گرفته است، چنین عرفی حجت و دارای مقبولیت است (موسوی، ۱۳۹۶، ۹۸).

۳. نظریه امضا: از آنجایی که قانونگذاری صرفاً در اختیار قانونگذار حکیم و شارع مقدس است از هیچ فعل یا ترک فعلی بدون استناد به امضای شارع و یا حداقل احراز عدم ردع او معنی نخواهد داشت (کلانتری تهرانی، ۱۴۲۵ق، ۱۵۱). در اینجا برخی جعل حجیت از سوی شارع را لازم می‌دانند در غیر این صورت هیچ عرفی دارای حجیت و مشروعیت نخواهد بود و برخی امضاء شارع را جهت تأیید عقلایی بودن لازم و ضروری می‌دانند و برای حجیت آن جعل حجیت و امضاء شارع را لازم نمی‌دانند (حکیم، ۱۴۱۸ق، ۴۱۹).

#### ۴- کارکرد عرف

کارکرد عرف در فقه و حقوق جزا می‌تواند در دو بخش مورد بحث واقع گردد: بخش اول؛ کارکرد استقلالی و بخش دوم؛ کارکرد غیراستقلالی (آلی). در واقع عرف در فقه و حقوق جزا کارکردهای مشترکی دارد لکن در اندک مواردی این کارکردها متفاوت می‌باشد.

#### ۴-۱- کارکرد استقلالی

درخصوص کارکرد استقلالی عرف، دو موضوع مهم قابل بررسی می‌باشد: اول مسئله منبع بودن عرف و دوم مسئله سندیت عرف.

پیش‌تر در مقام بررسی عرف به‌عنوان منبع این نکات را از منظر فقها و حقوقدانان مورد واکاوی قرار دادیم. در مجموع در مسئله کارکرد استقلالی عرف می‌توان اینگونه نتیجه‌گیری نمود: عرف نمی‌تواند منبع شریعت یا سند کشف شریعت باشد بلکه ابزاری است در خدمت اسناد کشف شریعت. درخصوص منبع شریعت، باید به این نکته قائل باشیم که به دلیل انحصاری بودن اراده الهی، عقل، متون و نصوص دینی به‌عنوان منبع شریعت، در نظر گرفته شده‌اند. به دلیل نبود دلیل و سند معتبر مبنی بر اعتبار عرف در مقام منبع و سند قرار گرفتن در فقه، به عدم منبع بودن و سندیت آن نظر داده‌اند. هرچند برخی از علمای اهل سنت در واکاوی و کالبد شکافی عرف به دلیل منشاء عقلایی آن، کارکرد سندی عرف را پذیرفته‌اند (عبدالقادر عوده، ۱۴۲۱: ۱۲۷)، لکن در حقوق جزا، مسأله منبع بودن و سندیت عرف، برخلاف دیدگاه فقها، پذیرفته شده است و حقوقدانان در بررسی منابع حقوق جزا، عرف را هم به‌عنوان یکی از منابع حقوق کیفری برشمرده‌اند. حتی در برخی از آرای صادره از محاکم شاهد استناد قضات به عرف می‌باشیم. اما پذیرش عرف به‌عنوان منبع و سندی معتبر در حقوق جزا حاکی از توانایی و استقلال آن در جرم‌انگاری نمی‌باشد بلکه در امور تقنین می‌تواند تاثیر بسزایی داشته باشد تا آنجایی که مقنن از این منبع جهت پویایی و به روز نمودن قوانین استفاده می‌نماید و عرف دلیلی محکم، استوار و منبع و سندی در پیدایش قوانین به‌شمار می‌آید.

برخی از حقوقدانان برای عرف در امور جزایی شأن و جایگاهی در نظر نگرفته و رویه قضایی را به‌جای استناد به عرف به تبعیت و استمداد از نظر فقها هدایت نموده‌اند (باهری، ۱۳۴۰: ۱۰۰). که این نظر به دلیل افراطی بودن، درخور انتقاد قرار گرفته است. حتی نظر فقها نیز از این جهت که می‌فرمایند: عرف نمی‌تواند منبع و سند فقه باشد، با اندک تأملی قابل نقد می‌باشد زیرا از



آنجایی که فقه و قانون هر دو در محیط عرف شکل می‌گیرند، طبعاً باید با زبان عرف با مردم سخن گفت. حتی در اغلب موارد عرف قاعده ساز است و برخی از قواعد فقهی برگرفته از عرف می‌باشند. به‌عنوان مثال قواعد فقهی همچون (علی الید ما اخذت حتی تودی) و امثال آن، پیش از آن که در فقه و لسان فقهاء رایج شوند در ارتکازات عرفی مردم و جامعه رسوخ داشته‌اند. پیدایش و شکل‌گیری این قواعد توسط دانشوران فقه به جهت ساماندهی قواعد در قالب دینی بوده است. بنابراین لازم است در فقه و حقوق، توجه ویژه‌ای برای عرف قائل شد و از نظریات افراطی و موضع‌گیری دور از انصاف، پرهیز نمود.

#### ۴-۲- کارکرد غیراستقلالی (آلی)

فارغ از بحث منبع و سندیت عرف که جزء کارکرد استقلالی به‌شمار می‌رود، هر نوع کارایی غیرسندی و غیراستقلالی که ناظر به متن، موضوع، مفهوم، تفسیر، رفع تعارض و... باشد را کارکرد آلی گویند (گلباغی ماسوله، ۱۳۷۸، ۲۰۲) که در این مقام به دنبال بررسی اهم این موارد خواهیم بود. برخلاف کارکرد استقلالی که مورد اختلاف فقها و حقوقدانان بود، کارکرد آلی عرف در فقه و حقوق، مورد پذیرش و قبول همگان می‌باشد تا جایی که برخی می‌گویند: حضور عرف (کارکرد آلی) در سیستم حقوقی اسلام از سیستم حقوقی لائیک کمتر نمی‌باشد (عمید زنجانی، ۱۳۷۷، ۱۰۰). البته کارکرد آلی عرف که در فقه و حقوق اسلام و سایر نظام‌های حقوقی مورد قبول واقع شده است، مبتنی بر سه پیش‌فرض غیرقابل انکار می‌باشد: (هاشمی شاهرودی و دیگران، ۱۴۲۳ق، ۲۵۰)

۱. اراده قانونگذار برای ما قابل درک و فهم است.

۲. فهم و درک اراده قانونگذار حجت است.

۳. شرع مقدس و نیز قانونگذار ابزار خاصی را برای تفهیم مقاصد خود انتخاب و ارائه نداده‌اند.

یکی از کارکردهای قطعی عرف که در راستای فهم متون فقهی و حقوقی کمک بسزایی می‌نماید و مرجعیت عرف در آن زمینه مورد پذیرش همگان واقع شده است، موضوع شناسی عرفی می‌باشد. بدین صورت که در فهم مفاهیم، مفردات و هیأت به‌کار رفته در دلیل، به عرف مراجعه می‌شود. از آنجاییکه شارع مقدس و قانونگذار روش خاصی را در مفاهیم خود انتخاب ننموده است و نظر به آنکه قوانین، مقررات و اصول شرعی برای شهروندان و مخاطبین و مکلفین در نظر گرفته شده است، عقل حکم می‌نماید که با زبان عرفی سخن گفته شود. برخی نیز برای اثبات این مهم به آیه شریفه ۱۹۵ سوره مبارکه شعرا استدلال نموده‌اند (تبریزی، ۱۳۸۰، ۴۶۰).<sup>۱</sup>

پس مراجعه به عرف در فهم مفردات است و الفاظ و واژه‌های به‌کار رفته، موضوع غیرقابل خدشه‌ای می‌باشد. این روش یکی از سه روش معمول جهت استخراج معانی موضوعات می‌باشد و آن سه روش بدین شرح است:

۱. کاربرد منطق ارسطو (حد و رسم) ۲. روش شرح الاسم ۳. واگذاری به عرف

از آنجاییکه میان حکم و موضوع رابطه‌ای برقرار است که به‌نوعی پیوستگی و دایر مدار **بودن** وجود حکم بر وجود موضوع رخ داده است؛ ضرورت شناخت موضوع در فقه و حقوق به‌عنوان امری ضروری، دانشیان فقه و حقوق را به فتح باب مستقلی به‌عنوان موضوع شناسی نیازمند نموده است. که فایده آن دفع اختلافات در حوزه شناخت موضوع در جهت بار نمودن احکام به ویژه موضوعات ثابت و نوظهور که فعلیت حکم متوقف آن می‌باشد، است (فرحناک، ۱۳۹۰، ۳۵). لذا لازم است تا توجه فقها در مقام افتاء و قانونگذار در مقام تقنین و قضات در مقام اجرا به این امر مهم جلب گردد.

«و ما ارسلنا من رسول الا بلسان قومه لیبین لهم.»<sup>۱</sup>

در موضوع شناسی توجه به قیود و صفات موضوع، ماهیت و عنوان موضوع، مصادیق، زمان و مکان اهمیت ویژه‌ای دارد. و موضوعات در تقسیمی به: ۱. موضوعات مخترع شرعی ۲. موضوعات مستنبط عرفی ۳. موضوعات عرفی صرف تقسیم می‌شوند. که در مرجعیت، فقیه در شناخت موضوع قسم اول و خروج موضوعات عرفی صرف، از حیطة تشخیص و همکاری فقیه و عرف در تشخیص موضوع مستنبط عرفی آشکار است (فرحناک، ۱۳۹۰، ۲۲۲). بی‌شک در فقه و حقوق جزا عناوین و مفاهیمی به‌کار رفته است که برای شناخت آنها راهی جز مراجعه به عرف وجود ندارد و شناخت موضوع از مسائل پر دامنه فقه و حقوق می‌باشد و شک در موضوع به شک در حکم منجر می‌گردد. برخی از فقها رجوع به عرف در شناخت موضوع و عناوین احکام را امری ناگزیر قلمداد نموده‌اند زیرا موضوع حکم، همان چیزی می‌باشد که نزد عرف است (موسوی خمینی، ۱۳۷۸، ۳۸۰).

موضوع شناسی عرفی، به‌عنوان ابزاری در راستای فهم مراد و منظور شارع و کشف مقصود مقنن خواهد بود و نقش مهمی را در فهم عنصر قانونی و عنصر مادی دارد. به‌عنوان مثال در بحث سرقت تعزیری موضوع ماده ۶۵۱ تعزیرات، وقوع سرقت در شب از عوامل مشدده در مجازات به‌شمار رفته است. درباره تبیین مفهوم شب که از چه ساعتی شروع می‌شود و در چه ساعتی پایان می‌یابد گرچه نظرات گوناگونی وجود دارد لکن پذیرش موضوع شناسی عرفی با ملاک و مصلحت قانونگذار سازگاری دارد و در همین راستا شعبه ۲ دیوان عالی کشور در حکم شماره ۵ در تاریخ ۱۳۲۷/۱/۱۸، مفهوم عرفی شب را در نظر داشته است. همچنین موارد دیگر نیز همچون ماده ۱۵۹ ق.م.ا در خصوص اشتباه، ماده ۱۵۸ در خصوص حد متعارف تعدیل و محافظت، ماده ۱۵۹ ق.م.ا در خصوص اکراه غیرقابل تحمل، ماده ۲۹۰ در خصوص حرز، ماده ۶۰۸ و ۶۰۹ ق.م.ا در خصوص توهین و همچنین ماده واحده استفساریه در خصوص توهین هم مثال‌هایی دیگر در این زمینه هستند.

رای ۱۶۴۲/۱۸\_۱۳۲۸/۱۲/۲۱ و رأی ۴۸\_۱۳۲۳/۶/۱۱ شعبه دوم دیوان عالی کشور تشخیص بی‌احتیاطی را بسته به عرف و عادت می‌داند. همچنین بر اساس رای ۳۰۰۸\_۳۰/۹/۲۰ و رای ۳۵۰۹\_۳۰/۱۰/۳۰ شعبه پنجم دیوان عالی کشور در خصوص سارقی که در حال جمع کردن اثاثیه است و در آن حال، صاحبخانه بیدار شود و سارق موفق به بردن اموال نمی‌گردد، آن عمل صرفاً سرقت تمام محسوب نمی‌شود. در فقه در خصوص قذف که در ق.م.ا، ذیل ماده ۲۴۵ قرار گرفته است، فقها هر لفظی که ظهور قابل اعتماد (عرفی) در قذف داشته باشد را پذیرفته‌اند (موسوی خمینی، ۱۳۷۸، ۴۷۰) و برخی از فقها در خصوص کنایه به قذف نیز همین شرط را (ظهور قابل اعتماد عرفی) پذیرفته‌اند (نجفی، ۱۴۰۴، ۴۰۵). یا در خصوص مواد ۷۰۵، ۷۰۶، ۷۰۷ تعزیرات که به قماربازی و آلات قمار و... اشاره دارد مقنن از آلات قمار تعریفی به میان نیاورده است. بنابراین تشخیص آن به عهده عرف می‌باشد و یا ماده ۵۹۶ ق.م.ا بخش تعزیرات که سوءاستفاده مرتکب از ضعف نفس اشخاص را بررسی می‌نماید و نیز ماده ۱۲۰۸ قانون مدنی در خصوص تعریف غیررشدید، قانونگذار مبنای تعریف را بر معیار عرفی بنا نهاده است.

در همین راستا در فقه در خصوص کارکرد آلی عرف به‌کارایی آن در تبیین موضوع شرعی اشاره شده است. به‌طور مثال در آیه شریفه ۴۳ سوره مبارکه نساء «فتیمموا صعیدا طیباً» تبیین معنای (صعید) به عرف واگذار شده است و نیز در ظهور، تنقیح و روشن ساختن الفاظ به‌کار رفته از سوی متکلم اعم از شارع و غیرشارع مانند ابواب مختلفی از فقه از جمله اقرار، وقف، وصیت و عرف دارای کارایی می‌باشد (منصوری، ۱۴۱۳، ۵۰).

در فقه و حقوق جزا برخی از رفتارها توسط شارع و مقنن جرم‌انگاری شده است و برای آنها کیفر تعیین شده است. بعد از شناخت مفاهیم مندرج در احکام و شناخت دقیق موضوعات به مرحله انطباق خواهیم رسید به گونه‌ای که باید بتوانیم به این سوالات پاسخ دهیم: آیا این عمل ارتكابی توسط شخص (الف) مصداق این حکم و موضوع می‌باشد؟ و آیا بر آن انطباق دارد؟

به طور مثال: بغی، افساد فی الأرض، توهین، تبلیغ علیه نظام، جریحه دار شدن عفت عمومی از جرایمی هستند که بعد از شناخت مفاهیم و مفردات، تطبیق این موارد بر رفتار ارتكابی لازم می‌باشد.

بنابر نظریه مشهور فقها، عرف در تشخیص مصادیق به دلیل روشن نبودن موضوعات برای عرف و وجود تسامح و نیز عدم وجود دلیل بر حجیت عرف در مرحله تطبیق، حجت نمی‌باشد (شبیری زنجانی، ۱۴۲۱ق، ۳۰). در مقابل هستند فقهایی که عرف را در مقام تطبیق و مصداق شناسی، مرجع و آن را دارای حجیت می‌دانند. در بحث اقرار، مفهوم شناسی و مصداق شناسی این واژه را به عرف محول نموده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۱۴۱). و نیز برخی از فقها تشخیص عقل محور را در تشخیص مصادیق مورد قبول قرار داده‌اند (خراسانی، ۱۴۲۱ق: ۲۳۰).

در همین راستا، مرحوم امام خمینی (ره) از جمله فقهایی است که طرفدار پذیرش نظریه مصداق شناسی عرفی می‌باشند و ضمن انتقاد از نظر فقهای طرفدار مصداق شناسی عقل محور، می‌فرمایند: «همانگونه که عرف در تشخیص مفاهیم، معیار می‌باشد، در انطباق مفاهیم بر مصادیق و نیز تشخیص مصادیق، عرف دارای حجیت بوده و چیزی که از نظر عرف مصداق نباشد از منظر شرع نیز مصداق تلقی نمی‌گردد.» (موسوی خمینی، ۱۳۸۶، ۲۲۰).

برخی از حقوقدانان در راستای پذیرش و اثبات مصداق شناسی عرفی اینگونه بیان می‌دارند: «باتوجه به آمیخته شدن ذهن قضات به مسائل غیرعرفی (به اقتضای حساسیت شغلی) و باتوجه به پذیرش و حجیت مصداق شناسی عرفی از سوی فقهای نامدار، تاسیس نهادی مردمی و غیرقضایی از اقشار جامعه جهت مشارکت در دادرسی های کیفری، به گونه ای که این هیأت جایگاه مشورتی برای دادگاه داشته باشد و بتواند در مسئله مصداق شناسی عرفی و انطباق موضوعات بر تعینات خارجی کمک شایانی نماید و نیز موجب کشف ارتکازات عرفی گردد، نه تنها موجب کاهش خطای دادرسی در تشخیص می‌شود بلکه موجب مرتفع شدن ناراضیاتی و ابهامات و اتهامات بالقوه نیز می‌گردد.» (برهانی و پارسایان، ۱۳۹۷، ۳۲۷).

یکی از کارکردهای آلی عرف که در فقه و حقوق به فراوانی مورد استناد و استفاده قرار می‌گیرد کاربست عرف در احراز رابطه استناد می‌باشد. مراد از رابطه استناد در حقوق کیفری، قابلیت استناد و انتساب نتیجه مجرمانه به عاملان می‌باشد. بدین صورت که کسی ضامن می‌باشد که نتیجه مجرمانه به آن قابلیت انتساب دارد و این یکی از مبانی مسئولیت در جرایم مقید به نتیجه می‌باشد که پیش شرط آن وجود رابطه علیت میان رفتار ارتكابی و نتیجه حاصله است. طبعاً در جرایمی که، عامل انحصاری دارند، با مشکل کمتری مواجه هستیم و غالباً احراز رابطه استناد به سهولت امکانپذیر است. لکن اختلاف اصلی و مشکل عمده در جایی است که عوامل متعددی در حدوث نتیجه مجرمانه دخیل باشند (اعم از طولی و عرضی). در این خصوص نظر واحدی وجود نداشته و میان فقها و حقوقدانان اختلاف نظر گسترده‌ای می‌باشد. باتوجه به اهمیت بحث احراز رابطه استناد در حقوق کیفری و عدم حاکمیت قطعی هیچکدام از نظریات علمی و فلسفی در این راستا در بیان یکی از کارکردهای آلی عرف در فقه و حقوق کیفری، برخی از حقوقدانان به سمت پذیرش نظریه استناد عرفی به معنای وجود ملازمه عرفی میان فعل و نتیجه، رفته‌اند. باتوجه به تشتت آرا و عدم وجود ضابطه خاص در این خصوص و با عنایت به کارکرد عرف به‌عنوان معیار و ملاک در موضوع شناسی و مصداق شناسی، می‌توان یکی از بارزترین کارایی های عرف را، قابلیت احراز رابطه استناد معرفی نمود.

به‌کارگیری واژگانی همچون مستند، استناد، انتساب در ق.م.ا ۹۲ و عدم ارائه ضابطه از سوی مقنن و حاکمیت عرف در تفسیر مفردات و هیأت به‌کار رفته و تفسیر قوانین جزایی، تفسیر نحوه احراز این رابطه به دست داوری عرف واگذار شده و حاکی از آن است که این نظریه (رابطه استناد) قاعده بردار نمی‌باشد.

در همین راستا برخی از فقها در باب ثبوت ضمان، نظر عرف را به عنوان ملاک قطعی معرفی نموده‌اند (خویی، ۱۴۲۸ق، ۱۰). گرچه برخی پذیرش نظریه رابطه استناد عرفی را از سوی فقها به قضایای جزئی‌ه تعبیر نموده‌اند؛ لکن با مذاقه در آراء فقها در خصوص نظرات مرحوم امام خمینی، مرحوم خویی، مرحوم صاحب جواهر، در می‌یابیم که استناد عرفی به عنوان یک قاعده کلی از سوی آن‌ها پذیرفته شده و در اغلب ابواب فقه، شرایط مطرح در فتاوی همگی، بازگشت به قابلیت انتساب عرفی را دارد (نجفی، ۱۴۰۴ق: ۴۰) و در نهایت معیار تشخیص مسئولیت را صدق عرفی آن بیان نموده‌اند (مراغی، ۱۴۲۱ق، ۴۵۰).

## ۵- عرف و مسائل عرفی از دیدگاه فقهای مذاهب

در زمان پیدایش و شکل‌گیری دین مبین اسلام و حتی قبل از آن، عرف در میان اعراب جاهلی و شبه جزیره عربستان تا سر حد تقدیس، دارای ارزش و جایگاه بود و از آنجایی که در میان آن‌ها قانون مدونی وجود نداشت، تنها مرجع مردم آن زمان، عرف و عادت‌ها بود. اسلام در چنین محیطی، ظاهر شد و باتوجه به اعتدال و حکمت دین اسلام، دین نیز با عرف همگام شد و احکام و شریعت باتوجه به مقتضیات عرف شکل گرفت. برخورد عادلانه نبی مکرم اسلام و ائمه هدی با عرف موجب شد تا عرف برای متصدیان اجتهاد، سرمشق با ارزشی باشد. از همین جهت هر شخص که مدعی امر استنباط باشد لاجرم مهر تصدیق بر عرف زده و نمی‌تواند در مذهب و مسلک فقهی، خود را از عرف بی‌نیاز قلمداد نماید. در این مقام، آرای فقهای امامیه و اهل سنت را در دو بخش مورد واکاوی قرار می‌دهیم تا رابطه عرف و اجتهاد و میزان تعلق خاطر فقها به عرفیات و کارکرد عرف در فقه مشخص گردد.

### ۵-۱- نگرش فقهای امامیه

محمدحسین اصفهانی (اصفهانی، بی تا، ۹۰)، شریف‌العلما مازندرانی (مازندرانی، ۱۴۲۱ق، ۴۵۰)، علامه طباطبایی (طباطبایی، بی تا، ۲۰۰) و ذو محمد جواد مغنیه (مغنیه، ۱۴۲۱ق، ۲۲۰) (به سمت پذیرش نظریه ذاتی بودن حجیت عرف رفته و معتقدند که برخی از عرف‌ها برخاسته از فطرت و وجدان انسان‌ها و براساس نیاز جامعه می‌باشند و اگر شارع با این گونه عرف‌ها مخالفت نماید، نقض غرض نموده است. بنابراین در جهت تامین مصالح عمومی و منافع جوامع انسانی، عرف را ذاتاً دارای حجیت و بی‌نیاز از امضای شارع می‌دانند.

شیخ مرتضی انصاری، آیت‌الله بروجردی، آیت‌الله عمید زنجانی، آیت‌الله مومن قمی و صاحب مجمع البیان و نیز صاحب فوائد الاصول، ضمن پذیرش عرف و اهمیت به جایگاه آن در فقه امامیه، حجیت آن را براساس بنای عقلا پذیرفته‌اند و اعتبار آن را بر پایه حسن و قبح و عرف را مرتبه‌ای از عقل دانسته‌اند (خرازی، ۱۳۷۵، ۱۵۱). عده زیادی از فقها در پذیرش و بررسی حجیت و اعتبار عرف، آن را براساس امضای شارع حجت می‌دانند. برخی نیز همان عدم ردع را کافی می‌دانند و برخی ثابت نشدن ردع از سوی شارع را کاشف از امضا قلمداد نموده‌اند. (خراسانی، ۱۴۲۱ق، ۳۰۰). مرحوم امام خمینی (ره) نیز که یکی از فقهای عرف‌محور و جزء فقهایی بودند که برای عرف ارزش، اهمیت و جایگاه خاصی قائل بودند، عرف را براساس نظریه سوم (امضای شارع) پذیرفته‌اند و از جمله شروط اجتهاد را، آگاهی به عرف زمان و مانوس بودن با محاورات و موضوعات عرفی می‌دانستند و در آثار خود به کارکردهای عرف در زمینه کشف حکم، موضوع‌شناسی، مصداق‌شناسی اشاره نموده‌اند. ایشان بیان می‌دارند: واضح است که شارع در خطابات خود که یکی از افراد عرف می‌باشد، شیوه‌ای جز محاوره‌ی عرفی ندارد. با مراجعه به متون فقهی و مذاقه در نظر فقها درمی‌یابیم عرف در ابواب عبادی بیشتر از ابواب غیرعبادی مورد پذیرش قرار گرفته و دارای کارکرد می‌باشد. از نظر مرحوم امام خمینی (ره) پیوند عرف، اجتهاد و فقه پیوندی ناگسستنی بوده و نمی‌توان در هیچ عرصه‌ای

استنباط و اجتهاد فقه را بی نیاز از عرف قلمداد نمود (موسوی خمینی، ۱۳۷۵، ۱۵۰). چه بسا یکی از دلایل پویایی فقه امامیه، توجه به عرف و عرفیات می باشد. کما اینکه برخی از احکام مستند به عرف می باشند و حتی در پیدایش قواعد فقهی، کارایی و تاثیر بسزایی داشته اند. بر همین اساس، حجیت، اعتبار و پذیرش عرف از سوی فقها و میزان تعلق خاطر آن ها به موضوعات عرفی و نیز پیدایش برخی احکام و قواعد مستند به عرف، می تواند جایگاه عرف را در فقه امامیه و نیز در نگرش فقها به مسائل عرفی آشکار سازد.

## ۵-۲- نگرش فقهای اهل سنت

میزان پذیرش عرف، در مالکیه چشم‌گیر است به طوری که با جستجو در آثار ابن عربی، احمد ابن ادریس قرافی، مالک، مقری، شاطبی، ابن لبّ این پذیرش و توجه از سوی مالکیه، کاملاً محسوس و مشهود می‌باشد تا جایی که صدور فتوا و حکم، بدون ملاحظه عرف را حرام دانسته‌اند (القرافی، بی تا، ۴۳). حتی در آثار مالک شاهد تخصیص محکّمات کتاب به وسیله عرف می‌باشیم. ابن عربی نیز عرف و عادت را اصل و دلیل محکم می‌داند که احکام و مسائل حلال و حرام با آن ارتباط دارند تا آنجایی که نظر به سندیت عرف در کنار قرآن و سنت، قول صحابی و... را داده‌اند. بر همین اساس بعضی از احادیث آحاد را به دلیل مغایرت با عرف کنار گذاشته‌اند (القرطبی، ۱۹۸۸م، ۱۷۰). الشاطبی می‌گوید؛ قرار نیست چیزی از دایره شرع خارج گردد بلکه با تغییر عرف و عادات، هر عادتی به اصلی از اصول شریعت برمی‌گردد و از آن تبعیت می‌نماید. ایشان برای مثال، در مسئله شرط بودن عدالت برای شهود، ضمن تعریف عدالت به ملکه‌ای که در همه ی احوال، انسان را به مراعات تقوا و ملازمت مروت وادار می‌نماید، مروت را امری عرفی می‌پندارد که با تغییر عرف، داوری و برداشت‌ها از رفتار شخصی، انطباق و یا عدم انطباق آن بر واژه (مروت) همواره در حال دگرگونی و تغییر خواهد بود (الشاطبی، بی تا، ۲۸۵). در بررسی فقه حنفی و قوانین کشورهای اسلامی تحت سلطه فقه حنفی که در اصطلاح به آن حکومت عثمانی می‌گویند، عباراتی همچون «العاده محکّمه؛ المعروف عرفا کالمشروط شرطا» دیده می‌شود که حکایت از تاثیر عرف در فقه حنفی دارد (السرخسی، ۱۹۸۳م، ۱۵). بزرگان فقه حنفی از جمله: سرخسی، ابن عابدین، ابن نجیم، ابن قاضی سماوه، بر این تاثیر تصریح دارند و آن‌را در فرآیند استنباط به‌عنوان اصل قرار داده‌اند و حتی عرف را بر ظهور روایات مقدم داشته و می‌گویند: در صورت منع عمل به عرف، شاهد پیدایش عسر و حرج خواهیم بود. در نتیجه علاوه بر پذیرش کارکرد آلی عرف، کارکرد استقلال‌ی آن یعنی منبع و سند بودن عرف را به صراحت پذیرفته‌اند و مورد عمل قرار می‌دهند. حتی برخی به همین مقدار نیز اکتفاء ننموده‌اند و در صورت فقدان نص، عرف صحیح را به منزله اجماع می‌پذیرند (ابن نجیم، ۱۹۸۵م، ۱۸۰) و می‌گویند: «الثابت بالعرف کالثابت بالنص». محمد بن ادریس شافعی سومین فقیه اهل سنت می‌باشد که درخصوص استفاده ایشان از عرف در فرآیند استنباط، تردید وجود دارد تا آنجایی که محدود شمام می‌گوید: شافعی از عرف استفاده ننموده است. لازم به ذکر است استفاده از عرف در فقه شافعی از سوی دیگر عالمان شافعی مورد تردید نمی‌باشد (الجزیری، ۱۴۲۱ق، ۱۷۵). البته برخی می‌گویند عدم استفاده از عرف در فقه توسط ابن ادریس شافعی، به دورانی برمی‌گردد که ایشان در حجاز و عراق می‌زیستند لکن بعد از رفتن به مصر، مکتب فقهی وی تغییر نمود و در اجتهاد از عرف بهره برده‌اند (السیوطی، ۱۹۹۴م، ۲۲۳).

یکی از فقهای نامدار اهل سنت در مذهب شافعی به نام ابوعلی مردودی، فقه شافعی را بر پنج قاعده استوار می‌داند که یکی از آنها بهره بردن از عرف می‌باشد. ایشان به صراحت می‌گویند: «ان مذهب الشافعی بنی علی قواعد خمس؛ هی الیقین لا یزال بالشک، الضرر لایزال، المشقة تجلب التیسیر والامور بمقاصدها و العرف» (السیوطی، ۱۹۹۴م، ۲۳۰). شافعیه نیز مانند امامیه در

تشخیص موضوعات و تفسیر مصطلحات، کارکرد عرف را پذیرفته‌اند. با این حال به نظر می‌رسد، حنفی‌ها و مالکی‌ها بیشتر از همه به عرف و عادت بها داده‌اند. احمد بن حنبل و سایر فقهای نامدار حنابله در پیروی از ایشان، در امر استنباط بر ظاهر نصوص شرعی اکتفا نموده‌اند و ظاهراً برای عرف در فرایند اجتهاد، جایگاهی قائل نیستند. شاهد این سخن این است که حنابله در بررسی منابع اجتهاد، از عرف و عادت حرفی به میان نیاورده‌اند. البته همان‌گونه که قبلاً بیان شد، هیچ مکتب فقهی نمی‌تواند ادعا کند که در عرصه اجتهاد از عرف بی‌نیاز است. لذا اگرچه حنابله به جمود به ظاهر نصوص شرعی شهرت دارند لکن هیچگاه نمی‌توانند کارکرد آلی عرف را انکار نمایند. و در چنین مواقعی، رجوع به عرف را یک ضرورت قلمداد می‌کنند. در همین راستا برخی از بزرگان حنابله، ضمن تحکیم عرف در فرایند اجتهاد، عدم توجه به قصد و عرف متکلم را نوعی جنایت بر بشریت و شریعت دانسته‌اند (شمام، ۱۴۰۹ق، ۳۳۷۸).

## ۶- نتیجه‌گیری

یافته‌های پژوهشی را بدین صورت می‌توان بیان نمود:

۱. با مطالعه تاریخی نظام های حقوقی دنیا و همچنین عادات جوامع، می‌توان گفت عرف ریشه در زندگی فردی و اجتماعی بشر دارد تا جایی که پیدایش قوانین نیز جهت نظم بخشیدن به این جوامع بوده بنابراین هیچ نظام حقوقی نمی‌تواند خود را بی‌نیاز از عرف بداند.
۲. در شناخت عرف، توجه به ارکان، انواع، قلمرو و نیز معیار حجیت از جمله اموری هستند که از اهمیت ویژه‌ای برخوردار می‌باشند.
۳. در میان حقوقدانان در منبع بودن عرف اختلافی وجود نداشته و بحث در الزامی یا ارشادی بودن عرف از فروعاتی است که نمی‌تواند خدشه در منبع بودن آن وارد کند.
۴. آنچه به‌طور کلی در خصوص کارکرد عرف در فقه و حقوق کیفری مورد بحث می‌باشد آن است که اولاً؛ کارکرد استقلالی ناظر بر منبع بودن و سندیت عرف است و فارغ از بحث منبع بودن که مورد اتفاق است و اختلافی در آن وجود ندارد، سندیت آن، محل تردید فقها قرار گرفته است. ثانیاً؛ کارکرد آلی یا غیراستقلالی عرف می‌تواند در زمینه موضوع شناسی، مصداق شناسی و احراز رابطه استناد باشد که به وفور در ق.م.ا سال ۱۳۹۲ نمایان است. در واقع عرف به مثابه ابزاریست جهت کشف ارتکازات و مراد قانونگذار. بنابراین علاوه بر لزوم تفسیر واژگان و الفاظ به کار رفته در متن قانون توسط عرف، می‌توان با تمسک بر کارکرد غیر استقلالی، نظریه استناد عرفی را از ثمرات مکتب عرف‌گرایی تلقی نمود.
۵. عرف علاوه بر آن که در میان حقوقدانان مورد پذیرش است، مورد اقبال فقهاء نیز واقع شده و گرچه اهل سنت، آن هم به‌طور خاص مالکیه، بیشترین اقبال را به مسائل عرفی دارند لکن فقه امامیه نیز با عرف و مسائل عرفی همواره مانوس بوده تا آنجایی که در اندیشه و آثار فقهای نامدار شیعه همچون مرحوم امام خمینی (ره) و مرحوم آیت الله خویی (ره) می‌توان عرف محور بودن فقها را به خوبی برداشت نمود. یکی از کارکردهای مهم و اساسی عرف در نزد فقها که در عبارات فقهی از "لاستناد العرفی" برداشت می‌شود، کاربری آن در احراز رابطه استناد می‌باشد که در فقه و حقوق کیفری از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است تا آن جایی که قانونگذار کیفری در قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲، معیار مسؤولیت را در استناد نتیجه مجرمانه به رفتار مرتکب دانسته و از آنجایی که قوانین و گزاره های تقنینی می‌بایست در محیط عرف تفسیر شوند، بنابراین شیوه احراز رابطه استناد در جرایم مقید به نتیجه با عنایت به کارکرد غیر استقلالی عرف، استفاده از رویکرد عرفی می‌باشد.

## منابع

- ابی بکر محمد بن احمد بن ابی سهل السرخسی، (۱۹۸۳م)، شمس الائمہ، المبسوط، ج ۱۳ دارالدعوه، چاپ ۲، استانبول.
- اردبیلی (مقدس) ملاحمد، (۱۴۱۶ق) مجمع الفایده و البرهان فی شرح ارشاد الالهان، موسسه النشر الاسلامی، چاپ اول، قم.
- اردبیلی، محمدعلی، جلد اول حقوق جزای عمومی، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۶.
- اسلامی پناه، علی، «نقش عرف به منزله منبع حقوق»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۲۷، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۶.
- اصفهانی، محمد حسین، (بی تا) نهایت الدرایه، جلد ۲.
- امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، جلد ششم، تهران، انتشارات اسلامی، ۱۳۶۶.
- امیدی، جلیل، تفسیر قوانین جزایی، چاپ اول، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۸.
- باهری، محمد، حقوق جزای عمومی، چاپ ۲، تهران، انتشارات برادران علمی، ۱۳۴۰
- برهانی، محسن و احمدزاده، رسول، «معیار های ناظر بر شناسایی مفسد فی الارض با تاکید بر جرایم مواد مخدر»، مطالعات حقوق کیفری و جرم شناسی، دوره ۴۸، شماره دوم، ۱۳۹۷.
- برهانی، محسن و پارساییان، عطیه، «عرف و مؤلفه های قانونی و مادی تشکیل دهنده پدیده مجرمانه»، فصلنامه حقوق اسلامی، سال دهم، شماره ۳۶.
- برهانی، محسن، پارساییان، عطیه، «مصادق شناسی موضوعات در حقوق کیفری ایران»، فصلنامه فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال پنجاه و یکم، شماره دوم، ۱۳۹۷.
- برهانی، محسن، پارساییان، عطیه، «نقش عرف در تحلیل مولفه روانی جرم و عوامل زوال مسئولیت کیفری»، فصلنامه پژوهش های حقوق جزا و جرم شناسی، شماره دوم، ۱۳۹۲.
- پاشا صالح، علی، سرگذشت قانون، چاپ نخست، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۸.
- تبریزی، میرزا موسی، اوثق الوسائل فی شرح الرسائل، چاپ دوم، قم، انتشارات سرور، ۱۳۸۰
- تنگ، آندره، حقوق ایالات متحده آمریکا، ترجمه: حسین صفایی، چاپ چهارم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۴.
- جبار گلباغی ماسوله، سیدعلی، درآمدی بر عرف، چاپ ۲، قم، انتشارات دفتر انتخابات اسلامی، ۱۳۷۸.
- الجزیری، عبدالرحمن، (۱۴۲۱ق)، کتاب الفقه علی المذاهب الاربعه، ج ۱، دارالکتب العلمیه، چاپ ۲، بیروت.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مقدمه عمومی علم حقوق، چاپ ششم، تهران، نشر گنج دانش، ۱۳۸۰.
- حاجی ده آبادی، احمد، (۱۳۹۷) جرایم علیه اشخاص، نشر میزان، چاپ دوم، تهران.
- حکیم، محمد تقی، الاصول العامه، مجمع جهانی اهل بیت، چاپ ۲، قم، ۱۴۱۸ق
- خرازی، محسن، (۱۳۷۵)، مصاحبه مندرج در کتاب نقش زمان و مکان در اجتهاد، ج ۱۴، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، چاپ ۲، تهران.
- خراسانی (آخوند)، محمدکاظم کفایه الاصول، ج ۱، قم، موسسه آل بیت الاحیا التراث، ۱۴۲۱ق.

- خویی، سید ابوالقاسم، (۱۴۲۸ق)، مبانی تکملة المنهاج، مؤسسه احیاء آثار امام خویی، قم.
- زین العابدین ابن نجیم، (۱۹۸۵م)، الاشباه والنظائر، ج ۱، دارالکتب العلمیه، چاپ ۲، بیروت.
- ساکت، محمد حسین، دیباچه‌ای بر دانش حقوق، مشهد، نشر نخست، ۱۳۷۱.
- سلجوقی، محمود، نقش عرف در حقوق مدنی و مطالعه اجمالی آن در اسلوب های بزرگ حقوقی، چاپ ۲، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۸.
- السیوطی، جلال الدین، (۱۹۹۴م)، الاشباه والنظائر فی فروع فقه الشافعیه، مؤسسه الکتب، الثقافیه، چاپ ۲، بیروت.
- الشاطبی، ابواسحاق، (بی تا)، الموافقات فی اصول الشریعہ، ج ۲، دارالمعرفه، چاپ ۲، بیروت.
- شبیری زنجانی، سید موسی، کتاب نکاح، چاپ ۲، قم، مؤسسه پژوهشی رای پرداز، ۱۴۲۱ق
- شمام، محمود، العرف بین الفقه والتطبیق، مجله مجمع الفقه الاسلامی، جده، دوره ۵، ۱۴۰۹ق.
- طباطبایی، محمدحسین، (بی تا) حاشیه الکفایه، جلد ۲، بنیاد علمی و فرهنگی علامه طباطبایی، قم.
- عرفانی، محمود، حقوق تطبیقی و نظام های حقوقی معاصر، چاپ چهارم، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۷۳.
- علیدوست، ابوالقاسم، (۱۳۹۷)، فقه و عرف، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ ۶، تهران.
- علیشاهی قلعه جوقی، ابوالفضل و همکاران، تناسب میان حکم و موضوع با نگاهی بر کارکرد ابزاری عرف، جستار های فقهی و اصولی، سال سوم، شماره هفتم، تابستان ۱۳۹۶.
- عمید زنجانی، عباسعلی فقه سیاسی، جلد سوم، تهران، انتشارات امیر کبیر، ۱۳۷۷.
- عمید، حسن، (۱۳۷۵)، فرهنگ فارسی، مؤسسه انتشارات امیرکبیر، چاپ ۴۴، تهران.
- عوده، عبدالقادر، (۱۴۲۱ق)، العرف، حجیته و اثره فی الفقه المعاملات المالیه عند الحنابله، مکتبه المکیه، چاپ ۲، مکه مکرمه.
- غروی نائینی، میرزا محمدحسین، فوائداصول، جلد سوم، قم، مؤسسه نشراسلامی، ۱۴۲۱ق.
- فرحناک، علیرضا، موضوع شناسی در فقه، چاپ اول، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۹۰
- القرافی، شهاب الدین، (بی تا)، الفروق، ج ۱، دارالمعرفه، چاپ ۲، بیروت.
- قرضاوی، یوسف، الصحوة الاسلامیه و هموم الوطن العربی و الاسلامی، چاپ ۲، الدوهه، ۱۳۰۸ ق.
- القرطبی، محمد الانصاری، (۱۹۸۸م)، الجامع لأحكام القرآن، ج ۳، دار الکتب العلمیه، چاپ ۲، بیروت.
- کاتوزیان، ناصر، کلیات حقوق: نظریه عمومی، شرکت سهامی انشار، تهران، ۱۳۷۹.
- مازندرانی، شریف العلماء (۱۴۲۱) ضوابط الاصول، جلد، مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث، جلد ۱، قم.
- محمدی، ابوالحسن، مبانی استنباط حقوق اسلامی یا اصول فقه، چاپ نهم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۵.
- محمصانی، صبحی، فلسفه قانون گذاری در اسلام، ترجمه اسماعیل گلستانی، چاپ ۲، تهران، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۵۸.
- محمصانی، صبحی، فلسفه التشریع، چاپ پنجم، بیروت، نشر دارالعلم، ۱۴۲۱ق.
- مغنیه، محمد جواد (۱۴۲۱)، علم الاصول فی ثوبه الجدید، دار الکتب الاسلامی، قم.
- ملک زاده، فهیمه و احمدلو، مونا، «جایگاه عرف در حقوق بارویکردی بر اندیشه امام خمینی (ره)»، پژوهشنامه متین، سال چهاردهم، شماره پنجاه و شش، پاییز ۱۳۹۱.
- منصور، خلیل رضا، (۱۴۱۳ق) نظریه العرف و دورها و عملیه الاستنباط، انتشارات دفتر تبلیغات حوزه علمیه قم، چاپ



اول، قم.

— منصوری، خلیل رضا، نظریه العرف و دورها و عملیة الاستنباط چاپ اول، قم، انتشارات دفتر تبلیغات حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ق

— موسوی خمینی، سید روح الله، (۱۳۷۲)، انوارالهدایه، جلد اول، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، چاپ اول، تهران.

— موسوی خمینی، سید روح الله، الرسائل، جلد اول، قم، انتشارات اسماعیلیان، ۱۳۸۶

— موسوی خمینی، سید روح الله، جلد دوم، تحریر الوسیله، چاپ ۲، قم، انتشارات دارالعلم، ۱۳۷۹

— موسوی خمینی، سید روح الله، کتاب البیع، جلد اول، چاپ ۲، قم، انتشارات اسماعیلیان، ۱۳۶۸

— موسوی خمینی، سید روح الله، (۱۳۷۵)، الاجتحداد و التقليد، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، چاپ ۲، تهران.

— موسوی خمینی، سید روح الله، (۱۳۷۸)، صحیفه امام، جلد ۱۷، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، چاپ اول، تهران.

— موسوی خمینی، سید روح الله، (۱۳۸۰)، منهج الوصول الی علم الاصول، مؤسسه منتظم و نشر آثار امام خمینی (ره) چاپ دوم، تهران.

— موسوی خمینی، سید روح الله، تهذیب الاصول، جلد دوم، چاپ ۲، قم، انتشارات دارالفکر، ۱۳۶۷

— موسوی، سید عبدالواحد، عرف و بناهای عقلایی درمکتب فقهی امام خمینی (ره)، پژوهشنامه متین، سال نوزدهم، شماره هفتاد و هفت، زمستان ۱۳۹۶

— میرسید عبدالفتاح بن علی حسینی مراغی، (۱۴۲۱ق)، العناوین الفقهیه، جلد ۲، دفتر انتشارات اسلامی.

— نجفی، محمد حسن، (۱۴۰۴ق)، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، دار احیاء التراث العربی، جلد ۴۱، لبنان.

— هاشمی شاهرودی، سید محمود و دیگران، موسوعه الفقه الاسلامی، جلد سوم، چاپ اول، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، ۱۴۲۳.

## Examining the Customary Approach in Establishing a Citation Relationship

Javad Naderi Ooj Baghzi<sup>1</sup>, Fatemeh Sanei<sup>2</sup>, Ali Paidarfard<sup>3</sup>

*1- Graduated from Qom Howzeh and Doctoral Student*

*Criminal Law and Criminology University of Tehran (Aras International Campus)  
Tehran - Aras Branch*

*2- Doctoral Student Criminal Law and Criminology, University of Tehran (Aras International Campus), Tehran*

*3- Justice judge And Graduate of Mofid Qom's Master's Degree, field of Criminal Law and Criminology*

---

### Abstract

Criminal law has many sources, but one of the sources that has always been considered and extracted from social phenomena as a rule without the intervention of the legislator, is custom. Now, regardless of whether this source is instructive or mandatory, it can be said that this source has caused the dynamism of criminal law and Imami jurisprudence and has protected legal systems from wear and tear. Undoubtedly, custom in the face of the principle of legality of crime and punishment, is not able to prosecute independently and is merely inspiring the legislator, but since the legislator speaks in the language of custom and sets the law for it, can play an important role for custom in Considered. Among these, the issue of citation relationship can be considered as one of the most important issues of criminal law that the basis of criminal liability and the resulting guarantee is tied to the establishment of citation relationship. Since one of the approaches in how to establish a citation relationship is the customary approach, it is necessary to examine the various dimensions of custom in this position to seek the answer to the question of whether custom is able to establish a citation relationship in criminal law and whether it is possible to The customary approach was important in establishing a citation relationship, and what is the role of custom in establishing a citation relationship? In this research, the questions raised have been answered by examining jurisprudential and legal sources.

**Keywords:** Custom, Criminal Law, Customary Citation, Citation Relation, Custom Function.

---