

## عرفی‌سازی حقوق در نظام کیفری ایران: ضرورت‌ها، جلوه‌ها، پیامدها

### چکیده

عرفی‌سازی حقوق کیفری که در مراحل مختلف پیش از تقنین، تقنین، تفسیر، قضا و اجرای حکم جلوه می‌کند، روشی است که بر مبنای عرف حاکم بر جامعه و بر اساس فرهنگ اشخاص، بایدها و نبایدهای کیفری را در پروسه‌های کیفری مشخص می‌سازد. بسیاری از کشورهای اسلامی، علی‌رغم تقید به احکام و مقررات اسلامی، عرف را در هنجارگذاری‌ها و قضاوت ترجیح داده‌اند. در این مقاله با روش توصیفی-تحلیلی، در راستای پاسخ به این پرسش‌ها که تقابل دوگانه‌ی عرف و شرع در قانون‌گذاری کشوری با قانون مبتنی بر دین اسلام چگونه قابل حل است؟ ضرورت‌های عرفی‌سازی حقوق کیفری چیست؟ جلوه‌های عرفی‌سازی حقوق کیفری در ایران کدامند؟ پیامدهای عرفی‌سازی حقوق کیفری چیست؟ مفهوم‌شناسی عرفی‌سازی حقوق کیفری، جلوه‌های عرفی‌سازی حقوق کیفری در مراحل مختلف عملکرد ساختارهای کیفری و پیامدهای مثبت و منفی آن، پرداخته شده است. یافته‌های این پژوهش حاکی از آن است که برخی رفتارها با گذشت زمان و بر اساس تحولات هنجاری، جرم‌انگاری یا جرم‌زدایی می‌شوند که این امر نشان‌دهنده تأثیرپذیری شدید حقوق کیفری از عرف است. عرف، به‌عنوان بازتاب فرهنگ و ارزش‌های حاکم بر جامعه، می‌تواند خلأهای موجود در قانون را پر کند و مشروعیت اجتماعی حقوق کیفری را افزایش دهد. نتیجه این‌که هرچند در حقوق کیفری اصل قانونی بودن جرم و مجازات، اجازه مداخله و ایفای نقش حداکثری، در مراحل بعد از تقنین را به عرف نمی‌دهد؛ لیکن به علل شرعی، اخلاقی، جامعه‌شناختی، فرهنگی و جرم‌شناختی، عرفی‌سازی حقوق کیفری در مرحله هنجارگذاری جنایی و سایر مراحل مربوط به فرایندهای کیفری، مفید بوده و علی‌رغم اینکه می‌تواند پیامدهای منفی‌ای را با خود به دنبال داشته باشد، در کل مفید جلوه می‌کند. از زمره پیامدهای مثبت می‌توان به افزایش مشروعیت قانون، انطباق بیشتر با هنجارهای اجتماعی، تقویت نظم عمومی، کاهش ناراضیاتی عمومی و جلوگیری از سوءاستفاده‌های حکومتی اشاره داشت. با این حال باید دقت داشت که در مواردی ممکن است عرف دچار تعارض با شرع یا قانون گردد، که این موضوع می‌تواند باعث تضعیف اقتدار قانون و بروز تعارضات تئوریک و عملی شود.

واژگان کلیدی: عرف، عرفی‌سازی، عرف‌گرایی، حقوق کیفری، سکولاریسم، عرف مکمل، عرف مفسر.

### مقدمه

هنجارهای حاکم بر جامعه<sup>۱</sup>، ایستا نیستند بلکه مدام در حال تغییر هستند. تغییرات هنجارهای اجتماعی بر تعامل افراد با یکدیگر تأثیرگذار گذاشته (Young, 2015: 361) و از این طریق عرف حاکم بر جامعه را تحت تأثیر قرار می‌دهند. چون یکی از اهداف حقوق کیفری، حفاظت از نظم عمومی<sup>۲</sup> جامعه است، با تغییر هنجارها، دستخوش تغییر و تحول خواهد شد. قانون‌گذاری کیفری، گاه در اثر هنجارهای تغییر یافته تغییر می‌یابد. (Weisberg, 2002: 467) اگر رفتار جرم‌انگاری شده با واقعیت‌های عرفی و ارزشی حاکم بر جامعه تطابق نداشته باشد، منجر به ناراضیاتی اجتماعی و شاید ناامنی‌های اجتماعی گردد. زیرا هنجارهای قانونی، تمام جنبه‌های زندگی افراد را در بر گرفته، زندگی اجتماعی اشخاص را هدایت کرده و تعاملات پیچیده‌ی اجتماعی را سر و سامان می‌دهند. (Postema, 2012: 708)

<sup>۱</sup> Social Norms

<sup>۲</sup> Public Order

اینکه سامانه دادگری جنایی در حمایت از ارزش‌های جدیدالتأسیس جامعه، راه‌کاری پیش‌بینی نکند و یا رفتارهای فاقد ارزش حمایت‌کیفری و فاقد قبح اجتماعی یا عرفی را با پاسخ کیفری شدید مواجه سازد، نارضایتی درونی افراد جامعه را برخواهد انگیخت. نارضایتی درونی افراد جامعه خطرات بالقوه‌ای دارد که با هر بحران در جامعه می‌تواند بالفعل گردد. بحران ناشی از ناکارآمدی حقوق کیفری در جامعه باب سوءاستفاده از افراد جامعه را باز خواهد کرد. تحمیل ایدئولوژی قانونی شاید به ظاهر فریبنده اما در باطن مخرب، در اثر دشمن‌سازی و دشمن‌انگاری حقوق کیفری مخالف عرف مورد وفاق اجتماع، نوعی سوءاستفاده از بحران ایجاد شده خواهد بود. تعمیم‌های شتابزده مردم می‌تواند بر دامنه آسیب‌ها بیافزاید. چه بسا صرفاً یک ظرف و مقرر خاص از قانون کیفری زمینه‌ساز نارضایتی مردم باشد، اما مردم با تعمیم نارضایتی خود به کل قانون، بسترهای جدال با قانون در نظام حقوق کیفری را فراهم سازند. عرفی‌سازی حقوق کیفری می‌تواند باب نارضایتی، بحران و سوءاستفاده را مسدود نماید. ولیکن هر عرفی نمی‌تواند منشأ عرفی‌سازی حقوق کیفری قرار گیرد.

توجه به ظرفیت عرفی عقلایی و سایر ظرفیت‌های عقل‌گرایی فقهی می‌تواند از معضلات اجتماعی جلوگیری نماید و برقراری نظم عمومی را تضمین نماید. زیرا "عرف نتیجه اختلاط ذهن و رفتار شهروندان و تبلور اراده آنان و مهمترین وسیله برای درک مفهوم نظم عمومی است" (حجتی و وطنی، ۱۴۰۰: ۸۳). زمانی که یک جامعه، پس از تحول عرف حاکم بر آن جامعه، احساس نماید که ارزش‌های تحول‌یافته و مورد وفاق عقول سلیمه، مورد حمایت قرار نمی‌گیرد، از خود واکنش نشان خواهد داد. حقوق کیفری می‌تواند با درک درست و به موقع و هنجارگذاری‌های دقیق و یا تغییرات به موقع، نبض جامعه را در دست بگیرد و از برانگیختگی اجتماعی جلوگیری نماید. جامعه‌ای که درگیر دوگانگی عرف و قانون گردد و تلاشی برای پیدا کردن راه حل ننماید، در معرض آسیب قرار می‌گیرد. اگر ارزش‌های اساسی مردم مورد حمایت نظام حقوق کیفری قرار نگیرند، احساس بی‌ارزش بودن و فقدان جایگاه در بستر نظام حقوقی و اجتماعی به مردم القا خواهد شد. این موضوع مردم را به توده‌های شکننده‌ای تبدیل می‌کند که به راحتی جذب ایدئولوژی‌های خاص گردند.

جرم‌انگاری و جرم‌زدایی نیاز به بستر دارد. بستری که پذیرش اجتماعی آن را فراهم نماید. نه تنها بسترسازی عرفی در مرحله تجریم، لازمه‌ی اطاعت درونی و اجتماعی از قانون کیفری است، بلکه حفظ بستر جهت حمایت از قانون کیفری سابق‌التأسیس نیز تأثیر بسزایی در موضوع پیش‌گفت دارد. در صورتی که بستر پذیرش از بین برود عرفی‌سازی حقوق کیفری می‌تواند راهکار برون‌رفت از اعتراضات اجتماعی نسبت به مقررات کیفری باشد. چون قواعد عرفی از وجدان جمعی اجتماع نشأت می‌گیرد (Tomulet, 2018: 152) عرفی‌سازی حقوق، منجر به تداوم حیات فکری، فرهنگی و معنوی و میراث مردمان بومی و جوامع محلی، می‌شود (Law, 2016: 1) و از این طریق شکاف بین جامعه، حقوق و قانون -به عنوان بارزترین نماد حقوق- را از بین می‌برد. با این حال شاید برخی معتقد باشند در مقام تقنین کیفری نه عرف، بلکه شرع باید مد نظر قرار گیرد. پاسخ به این ایراد یکی از چالش‌های پژوهش را تشکیل می‌دهد.

در این پژوهش در صددیم به این پرسش‌ها پاسخ دهیم که تقابل دوگانگی عرف و شرع در قانون‌گذاری کشورهایی با قانون مبتنی بر دین اسلام چگونه قابل حل است؟ ضرورت‌های عرفی‌سازی حقوق کیفری چیست؟ جلوه‌های عرفی‌سازی حقوق کیفری در ایران کدامند؟ پیامدهای عرفی‌سازی حقوق کیفری چیست؟

پژوهش‌هایی به شرح ذیل در خصوص رابطه‌ی بین عرف و حقوق کیفری انجام شده است ولیکن هیچ‌یک از پژوهش‌ها به بررسی مفهوم عرفی‌سازی حقوق کیفری، جلوه‌ها و پیامدهای مثبت و منفی آن نپرداخته‌اند.

## پیشینه‌ی پژوهش

اخوت (۱۳۸۹) در مقاله‌ی «جلوه‌هایی از رویکرد عرف در نظام کیفری ایران» بیان داشته است: هرچند در حقوق کیفری با توجه به اصل قانونی بودن جرم و مجازات، نقش عرف رنگ‌باخته است، ولیکن بارقه‌های وجود این مؤلفه هم در مقررات شکلی و هم در مقررات ماهوی قابل ملاحظه است.

اسلامی پناه (۱۳۹۶) در مقاله‌ی «نقش عرف به منزله منبع حقوق» بیان داشته است در نظام حقوقی ایران، در صورتی محاکم بر مبنای عرف قضاوت می‌نمایند که قانون آن را به رسمیت شناخته باشد.

برهانی و پارسائیان (۱۳۹۲) در مقاله‌ی «عرف و مؤلفه‌های قانونی و مادی تشکیل‌دهنده پدیده مجرمانه» بیان داشته‌اند: از آن‌جا که پیش‌فرض قانون‌گذار تدوین قانون با زبان عرفی است، احراز بخش‌هایی از ارکان سه‌گانه‌ی جرم با عرف واقع می‌شود.

برهانی و پارسائیان (۱۳۹۲) در مقاله‌ی «نقش عرف در تحلیل مولفه‌ی روانی جرم و عوامل زوال مسئولیت کیفری» ضمن انکار ابتدای مؤلفه روانی پدیده کیفری و فروعات منبعث از آن در بحث از معاذیر و توجیهاات کیفری بر سنجه‌های انتزاعی و خارج از فهم عرف، به ترسیم حوزه‌های الزامی تبعیت از عرف در این بخش از حقوق کیفری پرداخته‌اند.

پروین (۱۳۹۲) در مقاله‌ی «از قانون اساسی عرفی تا عرف حقوق اساسی» به اختلافات نظر در خصوص نقش عرف در حقوق عمومی یک کشور پرداخته و در نهایت به این نتیجه رسیده است که عرف در نقش تفسیرکننده قدرتمتین نظرات می‌باشد.

حجتی و وطنی (۱۴۰۰) در مقاله‌ی «جایگاه و ویژگی‌های «عرف مفسر» در تبیین نظم عمومی» نتیجه‌گیری کرده است با توجه به مفهوم پیچیده‌ی نظم عمومی به منظور تفسیر آن ناچار باید سراغ عرف رفت. از طرفی عرف مفسر بایستی دارای عنصر مادی و معنوی و نیز شرط الزام آوری و عمومیت باشد.

حسینی (۱۳۹۰) در مقاله‌ی «جایگاه عرف در شریعت و نقش آن در قانونگذاری و دادرسی» بیان داشته است: قانون عرف را محترم شمرده و در موارد سکوت، اجمال، تناقض، تعارض، فقدان نص و غیره، مراجعه به عرف را به عنوان یک قاعده پذیرفته است. روحی برندق و دیگران (۱۳۹۵) در مقاله‌ی «تبارشناسی عرف در فقه امامیه و حقوق ایران» پس از ذکر مفاهیم عرف در لسان فقهای شیعه و سنی و همچنین تعاریف اصطلاحی آن، به تأثیر آن در فقه و حقوق و نظام حقوقی اسلام از طریق بیان خصایص عرف به عنوان مهم‌ترین منبع و مبنای فقه و حقوق، جایگاه عرف در استنباط احکام شرعی و میزان اثرپذیری نظام حقوقی ایران از عرف پرداخته‌اند.

ملکزاده و احمد لو (۱۳۹۱) در مقاله‌ی «جایگاه عرف در حقوق با رویکردی بر اندیشه‌های امام خمینی» به این نتیجه دست یافتند که نقش عرف در فقه و حقوق چه در مقام استنباط احکام و چه در مقام تطبیق و اجرای قواعد چشمگیر است. عرف قدیمی‌ترین پدیده‌ی حقوقی است که به عنوان مظهر و جلوه‌گاه حقوق شناخته می‌شود.

موحدی‌فرد و دیگران (۱۳۹۸). در مقاله‌ی «جلوه‌هایی از کارکردهای تفصیلی عرف در نظام کیفری تقنینی ماهوی عمومی با رویکرد به قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲» به نقش عرف در مرحله‌ی تقنین کیفری و اجرای مجازات اشاره نمودند و بیان

داشتند عرف یا مستقیماً مورد ارجاع قانونگذار قرار می‌گیرد یا حقوقدانان در تفهیم بعضی مقررات و اصطلاحات ملزم به رجوع به عرف می‌گردند.

موسوی بجنوردی و سماواتی (۱۴۰۰) در مقاله‌ی «امکان‌سنجی نهاد قانونگذاری عرفی در منظومه فقه‌ای شیعه با تأکید بر اندیشه امام خمینی (ره)» به این نتیجه رسیده‌اند که جامعیت فقه، دلیل بر عدم امکان تقنین عرفی نیست. در این مقاله به نظر امام خمینی (ره) اشاره شده است. به موجب این نظر تشخیص مسائل نوعیه، امری فراقه‌ی است و نه در حوزه‌ی افتاء و نه حکم حکومتی قرار نمی‌گیرد. لذا فقه شیعه راه را برای مجلس قانون‌گذاری می‌گشاید.

## ۱. عرفی‌سازی حقوق کیفری

به منظور تعریف عرفی‌سازی حقوق کیفری ابتدائاً باید مفهوم عرف و جایگاه آن در حقوق کیفری مورد بررسی قرار گیرد.

### ۱-۱. مفهوم عرف

در فرهنگ معین عرف به معنی شناختگی، معروفیت، نیکویی، بخشش، معروف، مشهور، شناخته، عادت، آنچه بین مردم معمول و متداول است و امری در مقابل شرع آمده است. (معین، ۱۳۸۱: ۱۰۵۹) بازگشت همه معانی ارائه شده از لغت‌شناسان در مورد عرف به دو مؤلفه است، اول، معرفت و شناسایی، و دوم، امر نیکو و پسندیده. (فراهیدی، ۱۴۱۰ ج ۲: ۱۲۱) در تعریف عرف، اقوال، مختلف است. به موجب یک قول عرف "هو ما استقر فی النفوس من جهة العقول و تلقته الطباع السليمة بالقبول". (مجله الحقوق، ۱۹۵۱: ۲؛ به نقل از ملک زاده و احمدلو، ۱۳۹۱: ۱۴۰) یعنی عرف آن چیزی است که از منظر عقل‌ها در جان‌ها می‌نشیند و مورد قبول فطرت‌های سالم است. این تعریف، تعریف مشهوری است که از غزالی نقل شده است. در تعریف دیگر آمده است: "العاده عبارة عما يستقر في النفوس من الامور المتكررة المقبولة عند الطباع السليمة". (ابن نجيم، ۱۳۸۷: ۳۷) یعنی عادت آن چیزی است که از اموری تکرار شونده در جان‌ها مستقر می‌شود و مورد قبول طبع‌ها و سرشت‌های سالم است. در تعریف دیگر آمده است: "العرف عادة الجمهور قوم في قول او فعل". (زرقاء، ۲۰۰۴ ج ۲: ۸۳۸) یعنی عرف، عادت اجتماع در گفتار یا افعال است.

عرف مفهومی اعتباری و نسبی است و نسبت به مکان و زمان متغیر است. (آذربایجانی و عبدالله خانی، ۱۴۰۴: ۴۲) عرف یا قواعد نانوشته به طور معمول طی نسل‌های متمادی، در میان مردم جامعه معینی شکل می‌گیرد و ماندگار می‌شود. (اسلامی پناه، ۱۳۹۶: ۱۹۴) مکان تحقق عرف، محدوده جغرافیایی خاصی است که اجتماع خاصی در آن زندگی می‌کنند. از نظر زمانی نیز پس از اینکه افراد جامعه، فی‌الجمله، رفتار معینی را به صورت یکنواخت تکرار نمایند و آن رفتار مورد احترام آن جامعه قرار گرفته و مخالفی در این خصوص در آن جامعه یافت نشود، می‌توان ادعا داشت که عرف در آن جامعه شکل گرفته است. (FBA et. al, 2010: 157) با این حال عرف زمانی تثبیت می‌گردد که احساس ذهنی الزام‌آوری از یک رفتار در مردمی که در یک محدوده مکانی مشخص و در یک زمان مشخص زندگی می‌کنند ایجاد گردد. (Marty, 1972: 114)

### ۱-۲. مفهوم‌شناسی حقوقی عرف

برخی عرف را پدیده‌ای می‌دانند که به شیوه عملی یا گفتاری، چه صحیح چه غلط، در میان مردم رواج یابد و در جامعه متداول گردد. به این ترتیب ابتدای عرف بر دو پایه «معرفت و شناخت» و «امر متداول بین مردم» استنتاج می‌گردد. (برهانی و پارسایان، ۱۳۹۲: ب)

۱۱۲) در نوشته‌های غربی، عرف در اصطلاح حقوق را قاعده غیرمکتوب، عام و دائمی بیان کرده‌اند که به طور مستقیم از اراده مردم ناشی می‌شود و برای اجرا شدن در محاکم باید از طرف حکومت به رسمیت شناخته شود. (Mazeaud, 2000: 85) برخی عرف را عادت تلقی کرده‌اند که در میان مردم یا گروهی از مردم به عنوان قاعده‌ای الزام‌آور به تدریج معمول شده است و تخطی از آن مغایر توقعات جمعی محسوب شود (اردبیلی، ۱۳۹۳ ج: ۱: ۱۹۹). برخی نیز عرف را قاعده‌ای عام و دائمی می‌دانند که به طور مستقیم از اراده مردم ناشی می‌شود و دولت در ایجاد آن نقشی ندارد. (اسلامی پناه، ۱۳۹۶: ۱۹۳) بنابراین عرف، مفهومی است که با فرهنگ حاکم بر اجتماع پیوند خورده است و ارتباط نزدیکی با دو مؤلفه فرهنگ و زندگی اجتماعی دارد. مبنای اعتبار عرف، ضرورت‌های زندگی اجتماعی است. (اردبیلی، ۱۳۹۳ ج: ۱: ۱۹۹). از آنجایی که جرم و پدیده جنایی به عنوان مهمترین مفهوم حقوق جزا و هسته مرکزی حقوق جزا، ماهیتی انسانی و اجتماعی دارد، (اردبیلی، ۱۳۹۳ ج: ۱: ۳۴) بنابراین می‌تواند تأثیر مستقیم یا غیرمستقیم بر روی عرفی که پیوند اعتباری با اجتماع و جامعه دارد، داشته باشد. چنانچه اجتماعی نباشد عرفی نیز وجود نخواهد داشت. همچنین لازمه وجود عرف وجود اجتماع است.

پیش از پیدایش قانون، حقوق، بین مردم و اجتماعات وجود داشت، در عمل مردم در زندگی قضایی خود حدودی به وجود می‌آوردند و رعایت می‌کردند که به آن حقوق عرفی می‌گفتند و این ابتدایی‌ترین صورت حقوق بود. (ملکزاده و احمدلو، ۱۳۹۱: ۱۴۸) "عرف خود نتیجه یک عملکرد هنجاری است که با پیشرفت اجتماعات بشری تبدیل به قانون گشته است. بنابراین نمی‌توان گفت عرف در زمان خلاء قانونگذاری وجود داشته است، بلکه خود قانون بوده آن هم به صورت نانوشته". (موحدی‌فرد و رحمدل و ساعد، ۱۳۹۸: ۲۰۵) به همین دلیل است که در حال حاضر نیز دکترین علم حقوق، عرف را یکی از منابع حقوق می‌دانند. به عقیده برخی از محققین، عرف، به عنوان منبع حقوق، به مثابه یک قاعده الزام‌آور است. (پروین، ۱۳۹۲: ۷۹) برخی معتقدند عرف و عادت دیرینه عبارت از حقوقی است که از آداب و سجایای مردم پدید آمده و اثر قانون را دارد (نجومیان ۱۳۴۴: ۱۳۱؛ ۱۳۴۸: ۳۳۵). این تعریف نشأت گرفته از کارکرد عرف در جوامع ابتدایی تر بوده است. آن موقع که هنوز قانون به شکل امروزی، موضوعه نگردیده بود.

عرفی‌سازی حقوق کیفری به معنای تجویز مداخله و تأثیر عرف در فرایندهای جرم‌انگاری و کیفرگذاری در حقوق کیفری ماهوی و اجرای مقررات شکلی در مراحل مختلف دادرسی کیفری از جانب سامانه عدالت کیفری از یک سو و پراهمیت‌تر شدن نقش عرف در تفاسیر قانون و برخوردهای قضایی با مصادیق متوجهه از سوی دیگر است.

## ۲. جایگاه عرف در تقنین اسلامی

از منظر جامعه‌شناختی، جامعه پدیده‌ای است پویا و متحول که شتابان در حال حرکت است. نهادهای اجتماعی در مسیر پیشرفت جامعه قرار گرفته‌اند و با پویایی و تحول اجتماع منطبق گردیده‌اند. از این رو دین و مذهب نیز باید به نوعی تحرک و پویایی را بر اساس مقتضیات جامعه در خود ایجاد نماید (ملکزاده و احمدلو، ۱۳۹۱: ۱۴۸-۱۴۹). تحرک و پویایی جامعه موجب تحرک و پویایی عرف حاکم بر جامعه نیز می‌شود.

شاید در وهله اول چنین به نظر برسد که عرف‌مداری در حقوق کیفری با مقررات شرعیه در تعارض باشد و اشخاصی که به دنبال عرفی‌سازی مقررات کیفری هستند، به نوعی در صدد تغلیب تفکر سکولار<sup>۱</sup> بر تفکر دین‌مداری در سیستم عدالت کیفری هستند.

۱ سکولاریسم در لغت «دنیابری و تمایل به دنیا» می‌باشد. در اصطلاح سکولار یعنی سیستمی از فلسفه اجتماعی یا سیاسی که از امور سنتی و دینی و مذهبی بریده شده و کاملاً محدود به دنیای مادی است (نبویان، ۱۳۸۳: ۴).

توجه به عرف نه تنها در دین اسلام مغفول نمانده است بلکه، این نهاد در قرآن و سنت نیز جایگاه خاص خود را دارد. در آیه ۱۹۹ سوره اعراف آمده است: «خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ» در این آیه به پیامبر (ص) دستور داده شده است که مردم را به عرف، امر نماید. شیخ طبرسی در ذیل این آیه، عرف را هر چیز پسندیده و شناخته شده‌ای می‌داند که عقول مردم به خوبی آن را تشخیص دهند و نفوس مردم در پرتو آن آرامش یابند. (طبرسی، ۱۴۱۵ ج ۴: ۵۱۲) علامه طباطبائی نیز در تفسیر المیزان معتقد است عرف عبارت است از سنت‌ها و سیره‌های خوب و زیبا و پسندیده که در میان عقلا متداول است. (طباطبائی، ۱۳۶۳ ج ۸: ۳۹۷) آنچه بین تعریف شیخ طبرسی و علامه‌ی طباطبائی مشترک بوده و به نظر می‌رسد راه حل چالش تعارض دوگانه‌ی عرف و شرع است، وصف معقول بودن عرف است. برخی معتقدند که عرفی‌سازی فرایندی است که در آن نوع نگرش اجتماع و افراد را نسبت به هنجارهای شرعی تغییر می‌دهد و جهان‌بینی دنیوی را جایگزین ارزش‌های شرعی می‌کند. (همیلتون، ۱۳۸۷: ۳۰۲) این تفکر اشتباه است. اگر وصف معقول بودن را به عرف اضافه کنیم، از باب هماهنگی و تلازم عقل و شرع می‌توان به همانگی عرف معقول و شرع پی برد. (آشتیانی، ۱۴۰۳ ج ۱: ۱۷۱؛ عمید زنجانی، ۱۳۶۶ ج ۲: ۳۴) بدین توضیح که عرف در صورتی معقول است که عقل به آن حکم نماید و آنچه که عقل به آن حکم کند شرع نیز به آن حکم خواهد کرد. در ضمن پیامبر اسلام (صلی الله علیه و آله و سلم) و سایر ائمه (علیهم السلام) در میان مردم و در خلال عرف‌ها و آداب متدوال بین مردم زندگی می‌کردند و طرد یا منعی از آن‌ها در خصوص عرف صادر نگردیده است. (خمینی، ۱۳۵۸ ج ۲: ۱۳۴) در کتاب تحریرالمجله نیز که از اهل سنت است در ماده ۴۳ به بعد آمده است: «التعین بالعرف کالتعین بالنص». این کتاب عمل به عرف را مانند عمل به نص شرعی توصیه می‌کند. شهید اول نیز در قاعده عرف و عادت بیان داشته است: "يجوز تغيير الاحكام بتغيير العادات (ای الاعراف) كما في النقود المتعاورة (ای المتداوله) و الاوزان المتداوله، و نفقات الزوجات و الاقارب، و الاختلاف بعد الدخول في قبض الصداق، فالمرورى تقديم قول الزوج عملاً بما كان عليه السلف من تقديم المر على الدخول" (شهید اول، بی تا: ۶۴ به بعد). منظور شهید اول از این عبارت این است که گاه عرف را بر روایت منقول از معصوم (ع) مقدم می‌داریم (فیض، ۱۳۸۷: ۱۰۳-۱۰۵). بنابراین قرآن و فقه نیز اهمیت و جایگاه ویژه‌ای برای عرف قائل هستند و از منظر شریعت نه تنها مبنای هنجارها و ارزش‌های اجتماعی محسوب می‌گردد، بلکه گاه بر برخی از مقررات و قواعد و احکام نیز مقدم شده و خود نوعی هنجار و ارزش حقوقی محسوب می‌شود. نتیجتاً نه تنها عرف در قانون‌گذاری اجتماعی مد نظر و از ارکان مهم محسوب می‌شود در شریعت نیز مد نظر بوده و از اهمیت برخوردار است.

در فقه اسلام، کم نیستند موضوعات و متعلقات احکام که برای مشخص کردن آن‌ها باید به عرف مراجعه نمود و از عرف کمک گرفت (فیض، ۱۳۸۷: ۵۷-۵۹). برخی محققین معاصر علوم اسلامی نیز عرف را به عنوان سیره عملی، عقل جمعی، هنجارهای اجتماعی جاری و مستمر، در منابع فقهی و دینی در موارد فقدان نص و عدم تعارض و تضاد با دین، در تبیین مفاهیم و تشخیص مصادیق و موضوعات احکام، مرجعی قابل قبول می‌دانند (قاسمی خوئی و همزبان قراملکی، ۱۴۰۰: ۴۷۴). اتحاد مسلک عرف و شارع در محاورات و مخاطب قرار دادن مردم با همان روش معروف دلیل بر حجیت عرف در تقنین اسلامی است (بهبهانی، ۱۳۹۷: ۱۰۶). بسیاری از عرف‌ها برخاسته از فطرت و وجدان انسان‌ها و بر اساس احتیاجات جمعی به تدریج در میان مردم رایج و ساری شده است. از طرفی احکام شرعی نیز برای تأمین مصالح و منافع جوامع انسانی وضع شده‌اند. به همین دلیل در امور غیرعبادی، شارع عرف را حجیت بخشیده و همان مسلک عقلایی را مورد تأیید قرار داده است (مغنیه، ۱۹۹۵: ۲۲۲).

حقوق اسلامی با امضا کردن عرف‌های محلی و معتبر شناختن عقل و اجماع و استصلاح و استحسان، موجب تحرک و پویایی ماشین حقوقی خود گردیده است. (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۱: ۳۶؛ روحی بربندق و دیگران، ۱۳۹۵: ۲۰۲) عرف و عادت و عقل و اجماع از کهنه و فرسوده شدن حقوق اسلامی جلوگیری می‌کند و آن را همواره در تطبیق و انطباق با نیازمندی‌های روز مردم، متغیر و متکامل نگاه می‌دارد. در تقنین اسلامی دو دسته از منابع دخیل هستند، اول منابع نقلی اعم از قرآن و سنت و اجماع، دوم، منابع عقلی از جمله عقل و عقلانیت، بنای عقلا، عرف و یافته‌های علمی-ترویجی (عالمی طامه و غلامی، ۱۴۰۰: ۱۶۷).

البته حقوق اسلامی در اعتبار عرف آنقدر افراط نکرده است که مخالف شئون انسان و اصل عدالت و حرمت و شرافت ذاتی آدمی باشد (حسینی، ۱۳۹۰: ۱۴۱)، چراکه حقوق اسلامی بر خلاف کامن‌لا هر عرفی را امضاء نمی‌کند و هیچ‌گاه طریق سقوط و انحطاط اخلاقی را امضا نمی‌کند، بلکه این حقوق با کمک عرف‌های معقول و منطقی و صحیح با رهبری اراده‌ها، آن‌ها را با اصول عدالت همگام ساخته و در مسیر سعادت بشریت گام برمی‌دارد. (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۱: ۳۶ - ۳۸). نحوه رفتار و تعامل اسلام با عرف‌ها یکسان نیست. اسلام عرف‌ها و عادت‌هایی که برای حفظ بقای جامعه ضروری بوده و با مصالح واقعی مردم و مقاصد اسلام سازگار باشد موافقت می‌نماید. لیکن مباحثی را که با مقررات اسلامی هماهنگی نداشته مورد نهی قرار می‌دهد (حسینی، ۱۳۹۰: ۱۴۸ - ۱۴۹). شرط حجیت عرف، عدم مخالفت با شریعت است (فهیمی و سلطانی، ۱۳۹۳: ۳۰). بنابراین عرفی که مبتنی بر حرام یا مکروه باشد، مورد پذیرش اسلام نیست ولیکن عرف معقولی که مبتنی بر مباح، مستحب یا واجب باشد، مورد پذیرش اسلام قرار می‌گیرد.

عرف باید قدیمی، ثابت، معمول، عمومی مطابق با عدالت و نظم عمومی و اخلاق حسنه باشد، و مردم در ذهن خود رعایت آن را مانند رعایت قانون، لازم‌الاتباع بشمارند تا مورد پذیرش وجدان جمعی و شریعت قرار گیرد. (روحی بربندق و دیگران، ۱۳۹۵: ۲۲۰). پس عرف نه مفهومی در برابر شرع، بلکه مکمل آن است.

از منظر امام خمینی (ره) نیز عرف، در هر زمان و هر مکان معتبر است به شرطی که به امضای معصوم رسیده باشد و در صورتی که به امضای معصوم رسیده است که در مرئی و منظر معصوم باشد. اختلاف معظم‌له با مشهور فقها در این است که مرئی و منظر معصوم از نظر ایشان یک معنی وسیع فوق عادت دارد. یعنی معصوم بر همه زمان‌ها احاطه و آگاهی دارد و عرف در هر زمان و هر جامعه استقرار یابد ولو در این زمان‌های متأخر، در برابر دید معصوم است و معصوم آگاه از آن است. پس عرف در هر زمانی معتبر بوده و حجیت دارد (ملک‌زاده و احمدلو، ۱۳۹۱: ۱۴۹) فلذا تقنین عرفی نه تنها با نظریه «جامعیت فقه» منافات ندارد، بلکه آن را تأیید و تأکید نیز می‌کند (موسوی بجنوردی و سماواتی، ۱۴۰۰: ۱۲۳)، مشروط بر اینکه مقررات حاصله تعارضی با مقاصد شریعت نداشته باشد.

تفکر سکولار عقیده بر جدایی نهادهای حکومتی از نهادهای دینی دارد و این بدان معنا است که در قانون‌نویسی نیز باید مادی‌گرایی و دین‌گریزی مد نظر مقنن قرار گیرد. اما باید دقت داشت دین نه تنها با عرفی‌سازی و عرف‌مداری مشکلی ندارد، بلکه به دنبال مفهوم‌شناسی و جهت‌دهی عقلانی و استفاده از آن به منظور کاربست مقررات و احکام خود نیز می‌باشد. اینکه برخی از احکام از دسته احکام امضایی هستند نیز سندی دیگر بر این ادعا است. احکام امضایی، بر خلاف احکام تأسیسی، دسته‌ای از احکام شرعی هستند که پیش از ظهور اسلام در میان عرف در جریان بوده‌اند و اسلام نیز یا بدون هیچ تغییری و یا با اعمال اصلاحاتی آن‌ها را پذیرفته و امضا کرده است (فیاضی، ۱۳۹۱: ۱۹۳). به عنوان مثال اسلام در عصر جاهلیت اعراب خود مبادرت به تأسیس نهاد خاصی در قالب دیه ننموده است بلکه آن را امضا و تقریر نموده است (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۱: ۴۴ - ۴۸). بنابراین تأثیر عرف بر مقررات را نباید با تفکرات سکولار، دین‌گریزی و جدایی دین از مقررات، همسو دانست.

### ۳. توجیہات جامعہ‌شناختی و جرم‌شناختی عرفی‌سازی حقوق کیفری

"عرف‌ها در هر جامعه‌ای آرام آرام شکل می‌گیرند و حکومت‌ها، به منظور یکنواخت کردن قواعد حاکم بر زندگی اجتماعی و پرهیز از نارضایتی عمومی، به ناچار، عرف‌های موجود را می‌پذیرند و به آنها اعتبار قانونی می‌بخشند" (اسلامی پناه، ۱۳۹۶: ۲۰۰). عرف پدیده‌ای است اجتماعی و بیانگر اراده اجتماع. این پدیده، نوظهور نیست، بلکه دانش فقه و حقوق از دیرزمان با این پدیده آشنا بوده است و چه بسا بتوان ادعا کرد که عرف، قدیمی‌ترین پدیده فقهی و حقوقی است که به عنوان مظهر و جلوه‌گاه حقوق شناخته شده است (روحی برندق و دیگران، ۱۳۹۵: ۲۲۱). حتی اگر جامعه‌ای مسیر حیات خود را بر مبنای مقررات و احکام دینی استوار نماید، باز هم نقش عرف غیرقابل انکار است. نگاه عمیق به نحوه پذیرش تقنین و قضای دینی در این جامعه نشانگر این است که عرف جامعه، بستر پذیرش این نهادهای حقوقی را فراهم کرده است. در واقع بنای اعمال و تأثیرگذاری نهادهای دینی در جامعه به سبب پذیرش دین توسط عرف جامعه است.

از منظر جرم‌شناسی و جامعه‌شناسی، هنجارها تشکیل شده از ارزش‌های فرهنگی و اجتماعی و به عبارتی عرف‌های مورد وفاق جامعه هستند. اشخاصی که با اقدامات خود مرتکب رفتاری مغایر یا ناقض عرف مورد وفاق اجتماع گردند، منحرف یا مجرم محسوب می‌گردند. این انحراف می‌تواند پاسخ کیفری یا پاسخ اجتماعی را در بر داشته باشد.

امیل دورکیم یکی از اشخاصی است که نظرات جامعہ‌شناختی و جرم‌شناسانه ایشان، در تبیین فرایند بزهکاری مورد توجه جامعه‌شناسان و جرم‌شناسان قرار گرفته است. یکی از نقطه نظرات ایشان «نظریه به هنجار بودن جرم»<sup>۱</sup> است. اگرچه بسیاری از جامعه‌شناسان جرم را به گونه‌ای تفسیر می‌کنند که گویی رفتاری بیمارگونه یا نابهنجار و در نتیجه رفتاری «غیر طبیعی» است، اکثراً به طور همزمان حکم معروف جرم دورکیم را به عنوان رفتار «عادی» می‌پذیرند. (Cohen & Machalek, 1994: 286) دورکیم معتقد است که بزهکاری پدیده‌ای مستمر است که در همه جوامع وجود دارد و همین عمومیت جرم، سند به هنجار بودن آن است. به نظر ایشان وجود میزان معینی از بزهکاری در هر جامعه کارکردهایی برای جامعه دارد. یکی از این کارکردها این است که جرم، منجر به تحول رفتارهای سلوکی می‌گردد. در واقع هرچند جرم به معنای نقض یک ارزش است، لیکن استمرار ارتکاب آن و متعاقباً استمرار نقض یک ارزش خاص، موجب تغییر دیدگاه قانون‌گذاران و جرم‌زدایی از عمل مذکور می‌گردد (محسنی، ۱۳۹۷: ۱۳۵-۱۳۶). بنابراین به نظر امیل دورکیم یک رفتاری که سابقاً از نظر عرف قبیح انگاشته می‌شده است، زمانی که قبح عرفی خود را از دست بدهد، وارد مرحله جرم‌زدایی خواهد شد. جرم‌زدایی می‌تواند قانونی یا قضایی باشد. جرم‌زدایی قانونی یعنی رفتاری که سابقاً در قانون جرم تلقی می‌شده است، پس از تغییر یا اصلاح قانون، از قانون حذف گردد. جرم‌زدایی قضایی یعنی علی‌رغم اینکه رفتاری واجد وصف کیفری تقنینی است، لیکن در عمل قضایی چندان توجهی به تعقیب کیفری و صدور حکم محکومیت وجود ندارد. مانند موضوع مربوط به نگهداری ماهواره‌ها در زمان حال در حقوق کیفری ایران.

### ۴. جلوه‌های عرفی‌سازی در حقوق کیفری ایران

شکل‌گیری نظام‌های حقوقی در محیط عرف موجب گردیده است که نقش عرف علی‌رغم تطورات تاریخی اندیشه‌ها همچنان برجسته باشد، زیرا مقنن خود فردی از افراد جامعه است و در همان عرفی زندگی می‌کند که سایر اشخاص اجتماع در آن زندگی

می‌کنند و نتیجتاً با توجه به مناسبات عرفی حاکم بر جامعه به گفتگو با تابعان قانون می‌پردازد (برهانی و پارسایان، ۱۳۹۲/الف: ۱۶۸). درجه اهمیت و استناد به عرف در نظام‌های حقوقی و کیفری کشورهای مختلف، متفاوت است. از نظر تاریخی در کشورهای دارای نظام حقوق عرفی، عرف قدیمی‌ترین منبع حقوق بوده است. در این معنا حقوق عرفی در مقابل حقوق نوشته قرار می‌گیرد که در کشورهای اروپای قاره‌ای حاکم است (Bix, 2003: 146). درجه عرف‌گرایی در نظام‌های حقوقی متفاوت، با توجه به درجه اهمیت عرف در شکل‌گیری یا تداوم شاکله‌های آن نظام حقوقی وابسته است و هرچه درجه اهمیت بیشتر باشد، عرفی‌سازی قواعد بیشتر جلوه‌گر است.

عرف در حقوق ایران در سه مرحله؛ اول، پیش از تصویب قانون و در مقام جرم‌انگاری و کیفرگذاری (هنجارگذاری جنایی)، دوم، پس از تصویب قانون و در مقام تکمیل یا تفسیر آن و سوم، پس از تصویب قانون در مقام جرم‌زدایی یا کیفرزدایی تأثیر دارد. هرچند بیان شده است در نظام کیفری ایران، پس از تصویب قانون، باید به جای تفسیرهای شخصی، قانون حاکم باشد، (حبیب زاده و تیرندی، ۱۴۰۴: ۱۷۴) ولیکن نقش عرف، در تفسیر را نمی‌توان منکر شد. جایگاه عرف در حقوق اسلامی و همچنین حقوق موضوعه، بیانگر جایگاه عرف در حقوق ایران است. هرچند در شعبات مختلف حقوق، درجه اعتبار عرف متفاوت است اما آنچه قدر متیقن است این است که در حقوق کیفری تأثیر عرف به حداقل می‌رسد. چرا که در این حوزه اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها مانع از استناد به عرف در مرحله تجریم است (اسلامی پناه، ۱۳۹۶: ۲۰۰). با این حال باید دقت داشت که عرف در مرحله قبل از تدوین قوانین کیفری مهمترین منبع برای قانونگذاری می‌باشد و در واقع به جهت تأثیر عرف در تشخیص شدت قباحت اعمال و رفتار ضد نظام ارزشی حاکم بر اجتماع از سوی انسان‌ها در یک جامعه، مقنن به تعیین رفتارهای ممنوعه با برچسب جرم و مجازات آن‌ها می‌پردازد (موحدی فرد و دیگران، ۱۳۹۸: ۲۰۶). این موضوع در حین تصویب برخی قوانین در ایران به چشم می‌خورد. به عنوان مثال عرف حاکم در دهه هشتاد در خصوص عضوگیری در شرکت‌های هرمی مقنن را بر آن داشت تا در سال ۱۳۸۴ بند ز را به ماده ۱ قانون مجازات اخلال‌گران در نظام اقتصادی بیافزاید و عضوگیری به منظور کسب درآمد از افزایش اعضاء را مجرمانه اعلام نماید. هرچند پس از تصویب قانون و اعلام سیاهه جرایم از سوی مقنن به انضمام مجازات‌های آن‌ها، نمی‌توان با استناد به عرف، رفتاری که از نظر اکثریت معقول اجتماع، قبیح است را جرم تقلی نمود و مرتکب آن رفتار را کیفر نمود، لیکن نقش عرف در تعیین رفتارهای مجرمانه در حین تصویب قانون غیرقابل چشم‌پوشی است. بسیاری از مقرراتی که وارد حیطه جرایم شده و رفتارهایی را با ضمانت اجرای کیفری ممنوع اعلام می‌دارند، بر مبنای عرف حاکم بر زمان یا مکان خاص تعیین و تنظیم می‌گردند؛ مثل کپن‌فروشی. همچنین میزان شدت و نوع مجازات یک رفتار نیز ارتباط مستقیم با برداشت عرف از قباحت رفتار دارد. به عنوان مثال طرح مربوط به تغییر قوانین مربوط به حجاب، که به نوعی مجازات مربوط به این جرم را تشدید می‌نماید، نشأت گرفته از افزایش میزان و شدت قباحت این عمل نزد مقنن دارد.

به جز تأثیر مستقیم عرف در مرحله هنجارگذاری جنایی (جرم‌انگاری و کیفرگذاری)، از منظر کارکردگرایی، در حقوق ما می‌توان دو کارکرد مکمل و مفسر برای عرف ترسیم نمود. عرف مکمل سکوت قانون را جبران کرده و عرف مفسر ابهام آن را (اسلامی پناه، ۱۳۹۶: ۲۰۰ و پروین، ۱۳۹۲: ۸۸). شاید کمتر ماده‌ای را بتوان در عالم حقوق یافت که نیاز به تفسیر نداشته باشد و ابهامی در آن یافت نشود. به همین دلیل است که نقش عرف در مفاهیم از ظروف قانونی پر رنگ‌تر می‌شود. آنچه در میان حقوق دانان مورد اختلاف است، حدود و ثغور استناد به عرف در تفاسیر است؛ ولیکن، تشخیص و تفاهم عرفی از یک مقرر در مواردی که معیار قانونی وجود ندارد،

مورد وفاق عقول سلیمه است (برهانی و پارسایان، ۱۳۹۲/ب: ۱۱۲). در خصوص کارکرد مفسر و مکمل عرف باید توجه داشت که در شرع نیز ثابت شده است؛ هر لفظی را که شارع تعریف نکرده باشد، فهم آن به عرف واگذار شده است (مرتضوی مهر و محمدی ینگجه، ۱۴۰۰: ۴۰). مقررات مربوط به تخفیف مجازات و تشدید مجازات‌ها در فردی کردن مجازات و حدود مسئولیت جزایی در باب حقوق جزای عمومی و نظریات مختلف اداره حقوقی قوه قضاییه در خصوص آن‌ها نیز نشان از کارکرد مفسر و مکمل عرف در قوانین جزایی دارد (موحدی فرد و دیگران، ۱۳۹۸: ۲۰۷ و اخوت، ۱۳۸۹: ۵۵۹). همچنین در این خصوص می‌توان به کارکرد عرف در تحلیل مؤلفه روانی مسئولیت و فروعات منبعت از آن در بحث از معاذیر و توجیهاات کیفری اشاره نمود. مقنن در بسیاری از موارد از تنقیح و تعریف شروط و قیود این مؤلفه اعراض نموده و تعیین و تعیین خارجی مفاهیم این اجزا را به تبادرات و تفاهمات عرفی معقول واگذار نموده است. (برهانی و پارسایان، ۱۳۹۲/ب: ۱۳۱ - ۱۳۲). برخی معتقدند در زمینه حقوق جزای اختصاصی با توجه به اصل قانونی بودن جرم و مجازات که مانع از تجریم بر مبنای عرف می‌گردد، کاربرد عرف بسیار محدود می‌گردد لیکن در زمینه آیین دادرسی کیفری با توجه به اینکه مانع اصل قانونی بودن به شکلی که در حقوق جزای اختصاصی موجود است، موجود نیست، کاربرد عرف بیشتر است. (اخوت، ۱۳۸۹: ۵۵۹ - ۵۶۰). به نظر می‌رسد در خصوص کاربرد عرف در حیطه حقوق جزای اختصاصی باید قائل به تفکیک شد. درست است که بعد از تقنین و تجریم و کیفرگذاری امکان افزایش دایره شمول جرایم با توجه به اصل قانونی بودن جرم و مجازات وجود ندارد، ولی در مرحله قبل از تقنین و هنجارگذاری جنایی، عرف تأثیر مستقیم بر جرم‌انگاری و یا شدت یا ضعف کیفرها دارد. در مرحله بعد از تقنین نیز درست است که عرف نقش استقلالی خود را از دست داده است، اما نقش آلی و غیراستقلالی عرف در برداشت‌ها و مفاهمات از ارکان سه‌گانه جرم مشهود است (برهانی و پارسایان، ۱۳۹۲/الف: ۱۶۸).

عرف با رویه قضایی نیز ارتباطی نزدیک دارد. هرچند حقوق عرفی در محافل دانشگاهی و دید قانون‌گذاران جایگاه والایی ندارد، اما وضعیت حقوق عرفی در تئوری و قانون، لزوماً معادل وضعیت واقعی آن در رویه قضایی نیست. (Yu, 2013: 37) هرچند رویه قضایی، عرف، در مواردی مورد استناد قرار می‌گیرد که حکم خاص قانون در خصوص مسأله مورد نظر مفقود است، لیکن، دستگاه قضایی می‌بایست با توسل به رویه قضایی نقص قانون را برطرف نماید و یا مسائلی که در موقع تصویب قانون کیفری مد نظر قانونگذار قرار نگرفته ولی جایگاه و نشانی از آن را می‌توان در عرف پیدا کرد در مورد توجه قرار داده و در جهت برطرف کردن نقص قانون مخصوصاً در خصوص مسائل جدید و پیش‌بینی نشده از عرف کمک گرفته و رفع مشکل نماید. (موحدی فرد و دیگران، ۱۳۹۸: ۲۲۹) از یک منظر می‌توان رویه قضایی را عرف خاص نسبت به طبقه قضات در حوزه حقوق جزای ماهوی یا شکلی دانست. نقش رویه قضایی (عرف خاص) در آیین دادرسی کیفری بیشتر از حقوق کیفری ماهوی به چشم می‌خورد. ملاحظه شده است که مقنن در تصویب یا تغییر یا اصلاح قانون آیین دادرسی کیفری، به نفع رویه‌ها مقرر و وضع نماید (merle, 1967: 132). با این حال نقش عرف در حقوق ماهوی نیز کم نیست. به عنوان مثال مشاهده می‌گردد که ضابطین دادگستری امروزه کمتر نسبت به ارسال گزارشات مربوط به نگهداری ماهواره‌های ممنوعه در منازل اقدام می‌نمایند و نتیجتاً پرونده‌های کمتری به داسرا و دادگاه ارسال می‌گردد. بنابراین هرچند ماده قانونی جرم‌انگاری نگهداری ماهواره ملغی نگردیده است، لیکن عرف و رویه قضایی به نوعی جرم‌زدایی قضایی! از این رفتار به عمل آورده است. بنابراین عرف در تمام مراحل شکل‌گیری و اجرا و حتی نقد کارایی نهادهای سیستم عدالت کیفری، از پیش از تقنین و هنجارگذاری تا پس از اجرای حکم و داوری‌های ارزشی از اجرای هنجارهای قانونی، نقش مؤثر دارد.

## ۶. پیامدهای عرفی‌سازی حقوق کیفری

عدم توجه مقنن به عرف در مجرای کیفر و کیفرگذاری و عدم توجه قضات یا مقامات اجرایی به عرف در حین اجرای قانون، تبعاتی شاید سیاسی و امنیتی را برای جامعه در پی داشته باشد. ملاحظه گردیده است که گاه عرف بین‌المللی و تغییر دیدگاه‌های عرفی بین‌المللی نیز تعدیلاتی در تاریخ هنجارگذاری کیفری ایران رقم زده است. تغییرات میزان مجازات‌ها از سال ۱۳۰۴ در پی تغییر ارزش جرایم از دید عرف اجتماع از جمله این تعدیلات می‌باشد. به عنوان مثال می‌توان به ماده ۲۲۵ قانون مجازات اسلامی در خصوص مجازات رجم استناد نمود. در این ماده به عدم امکان اجرای مجازات رجم اشاره نموده است. این مقرر نشأت گرفته از عرف بین‌المللی و داخلی است. عرفی که رجم را در برخی موارد تقبیح می‌نماید.

در یک تقسیم‌بندی عرف، به عرف عام و خاص تقسیم می‌شود. عرف عام، عرفی است که در سطح ملی مورد پذیرش همگان باشد و قلمروی جغرافیایی آن کل یک کشور را در بر بگیرد (Philippe, 2005: 98). عرف خاص، عرفی است که قلمروی نفوذ آن محدودتر از سطح ملی است و مثلاً در سطح یک شهر یا روستا یا یک استان یا یک منطقه از یک کشور رسوخ دارد (اسلامی پناه، ۱۳۹۶: ۱۹۷). بررسی نظام‌های اجتماعی حاکم بر مناطق مختلف کشورها نشان می‌دهد که عرف‌های حاکم بر مناطق مختلف نیز متفاوت است. حتی امکان دارد در سطح یک شهر نیز وقتی از سمت شمال به جنوب شهر حرکت کنیم، عرف‌های متفاوتی را ببینیم. همین امر موجب شده است که خیلی از جوامع و کشورها به دنبال تکثرگرایی<sup>۱</sup> باشند. (Ward et.al, 2021: 21; Greenawalt, 2011: 1064) تکثرگرایی در نظام اجتماعی موجب همزیستی اقوام، مذاهب، ادیان و اشخاص مختلف کنار می‌گردد. لیکن عرفی‌سازی حقوق کیفری با توجه به کثرت فرهنگ‌ها و عرف‌های حاکم بر مناطق مختلف یک کشور تبعاتی را نیز در بر خواهد داشت. چه بسا عرف‌های مختلف حتی با هم تعارض نیز داشته باشند. بنابراین گاهی اوقات هنجارگذاری جنایی بر اساس عرف منطقه‌ای خاص یا حتی عرف اکثریت مورد پذیرش منطقه‌ای دیگر و یا اقلیت اجتماع نخواهد بود. این امر موجبات نارضایتی مردم از سیستم عدالت کیفری را فراهم خواهد ساخت. به عنوان مثال شاید در منطقه‌ای خاص توهین به اموات را از زمره فجایع! در منطقه بدانند. این در حالی است که در حال حاضر مجازات بزه توهین جزای نقدی درجه شش (در حال حاضر شش الی بیست و چهار میلیون تومان) می‌باشد. قطعاً جزای نقدی اقلیت‌کننده وجدان بزه‌دیده توهین به اموات ایشان (مثلاً پدر فوت شده ایشان) نمی‌باشد. همین امر شاید باعث شود که شاکی اقدام به انتقام‌جویی شخصی نماید. جلوگیری از این تالی فاسد بستگی به ظرفیت‌های قانونی و تدبیر مقام قضایی رسیدگی‌کننده به بزه دارد.

با این حال عدم توجه مقنن به عرف در تقنین این اندیشه را به ذهن مردم متبادر می‌سازد که قانون، دستگاه قضا و شاید در سطح گسترده‌تر حکومت توان سامان دادن به دادخواهی‌های کیفری آنان را ندارد. در این حالت دستگاه قضا نیز علی‌رغم تحمل زحمات به نتایج قابل قبولی در اجرای عدالت دست نخواهند یافت. اجتماع و زندگی مردم در عرف شکل گرفته است و ارزش‌های زندگی آنان را تشکیل داده است. در صورتی که عرف مشروع مردم در دادگستری مورد حمایت قرار نگیرد، مردم را در برابر دادگستری قرار خواهد داد و نارضایتی‌ها از قضای کیفری را تشدید خواهد نمود.

## نتیجه

عرف، مفهومی است که با فرهنگ حاکم بر اجتماع پیوند خورده است و ارتباط نزدیکی با دو مؤلفه فرهنگ و جامعه دارد. از آنجایی که جرم و پدیده جنایی به عنوان مهمترین مفهوم حقوق جزا و اتم مرکزی سیستم عدالت کیفری، ماهیتی انسانی و اجتماعی دارد، بنابراین می‌تواند تأثیرپذیری مستقیم یا غیرمستقیم از عرف حاکم داشته باشد. مفاهیم ارائه شده از عرف در علوم مختلف، از جمله حقوق، جامعه‌شناسی، جرم‌شناسی، انسان‌شناسی و علوم اسلامی متفاوت و متنوع هستند. در حقوق موضوعه، عرف یکی از منابع حقوق محسوب می‌گردد. در برخی کشورها مانند کشورهای کامن لا گستره استناد به عرف و استدلال بر مبنای عرف بیشتر و در برخی کشورها کمتر است. اما قدرمتیقن عدم امکان نادیده انگاشتن عرف در نظام‌های مختلف کیفری است. هرچند در گذشته عرف به مثابه قانون برای تنظیم روابط به کار می‌رفته است، لیکن در حال حاضر در کشورهای با حقوق موضوعه، تا زمانی که عرف، صورت قانونی به خود نگرفته و به شکل هنجارهای قانونی در قالب متن به رشته تحریر در نیاید، نمی‌توان ضمانت اجرای کیفری برای آن در نظر گرفت. بنابراین نقش عرف نسبت به گذشته در حقوق کمرنگ‌تر شده است. با این حال در سیستم عدالت کیفری ایران، بارقه‌هایی از عرف را می‌توان در مراحل مختلف ارزش‌گزینی هنجاری، ممنوعیت‌انگاری (جرم‌انگاری)، کیفرگزینی، کیفرگذاری، احراز ارکان جرم (اعم از رکن مادی یا روانی)، تفسیر قانونی یا قضایی، تطبیق مصداق با حکم قانون، و حتی جرم‌زدایی و کیفرزدایی مشاهده نمود. در واقع عرفی‌سازی در حقوق کیفری در مرحله پیش از تصویب قانون و مرحله پس از تصویب قانون قابل بررسی است. آنچه از عرفی‌گرایی مد نظر است، عرفی است که نزد عقول سلیمه و افراد منطقی مورد پذیرش باشد. به عنوان مثال عرف حاکم بر خرده فرهنگ مجرمانه نمی‌تواند منشأ عرفی‌سازی حقوق کیفری قرار گیرد.

از نظر شرع هم استناد به عرف پذیرفته شده است. کما اینکه در آیاتی از قرآن به دعوت به معروف مشاهده می‌گردد و همچنین نه تنها ردی از سوی پیامبر گرامی اسلام (ص) و ائمه اطهار (علیهم السلام) ملاحظه نمی‌گردد بلکه در برخی از احکام امضایی مورد تأیید نیز قرار گرفته است. از طرفی برخی از فقها از جمله امام خمینی (ره) تقنین بر مبنای عرف صحیح را جایز دانسته‌اند. عرفی‌سازی حقوق کیفری با سکولاریسه کردن آن نیز متفاوت است، چراکه آموزه مکتب سکولاریسم، به دنبال مادی‌گرایی و نفی دین است، لیکن با توجه به آنچه بیان شد نه تنها دین اسلام با عرف منطبق با عقل مخالفتی ندارد، بلکه حتی در صدر اسلام بسیاری از احکام خود مانند دیه و ... را بر مبنای آن استوار نموده است. جلوه‌های عرفی‌سازی حقوق کیفری در مراحل مختلف هنجارگذارگزینه و هنجارگذاری کیفری، قضاوت کیفری، تفاسیر قضات از قوانین و ... مشهود است.

از مزایای عرفی‌سازی حقوق کیفری می‌توان به تحرک و پویایی حقوق اشاره کرد. عرف مفهومی است که در زمان و مکان حل می‌شود و نتیجتاً مفهومی پویا است و همین امر موجب می‌شود عرفی‌سازی حقوق کیفری موجب تحرک و پویایی حقوق کیفری گردد. از معایب عرفی‌سازی می‌توان به متکثر بودن عرف‌های مختلف شهرها و روستاهای مختلف در سطح یک کشور و غیرقابل جمع بودن برخی از عرف‌ها با یکدیگر در حین هنجارگذاری‌ها اشاره نمود.

## منابع فارسی

### کتاب

۱. اردبیلی، محمدعلی. (۱۳۹۳). *حقوق جزای عمومی*، تهران: نشر میزان.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۰). *مقدمه عمومی علم حقوق*، تهران: گنج دانش.
۳. جوان، موسی. (۱۳۲۷). *مبانی حقوق*، بی‌جا: بی‌نا.
۴. طباطبایی، سید محمد حسین. (۱۳۶۳). *تفسیر المیزان*، ترجمه سید محمد باقر موسوی همدانی، قم: بنیاد علمی و فرهنگی علامه طباطبایی با همکاری مرکز نشر فرهنگی رجاء و مؤسسه انتشارات امیرکبیر.
۵. عمید زنجانی، عباسعلی. (۱۳۶۶). *فقه سیاسی*، جلد دوم، تهران: نشر امیر کبیر.
۶. فیض، علیرضا. (۱۳۸۷). *اندیشه‌های حقوقی عرف و اجتهاد*، تهران: انتشارات مجد.
۷. معین، محمد. (۱۳۸۱). *فرهنگ فارسی*، دوره دو جلدی، تهران: انتشارات آدنا.
۸. نجومیان، حسین. (۱۳۴۴). *ارزیابی حقوق اسلام*، تهران: شرکت انتشار.
۹. نجومیان، حسین. (۱۳۴۸). *زمینه حقوق تطبیقی در نظام‌های حقوقی اسلام*، فرانسه انگلیس و روسیه، مشهد: کتابفروشی جعفری.
۱۰. همیلتون، ملکم. (۱۳۸۷). *جامعه‌شناسی دین*، ترجمه محسن ثلاثی. تهران: مؤسسه فرهنگی انتشاراتی تبیان.

### مقالات

۱. اخوت، محمدعلی. (۱۳۸۹). *جلوه‌هایی از رویکرد عرف در نظام کیفری ایران*. *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، ۱۳ (ویژه‌نامه‌ی شماره ۲)، ۵۲۵-۵۶۳.
۲. اسلامی پناه، علی. (۱۳۹۶). *نقش عرف به منزله منبع حقوق*. *مطالعات حقوق خصوصی*، ۴۷(۲)، ۱۹۳-۲۱۱. Doi: 10.22059/JLQ.2017.62610
۳. آذربایجان‌ی، علیرضا و عبدالله خانی، زینب. (۱۴۰۴). *نقش قضاوت عرفی در احراز رابطه سببیت در مسئولیت کیفری*. *دوفصلنامه تحقیق و توسعه در حقوق کیفری و جرم شناسی*، ۲(۳)، ۲۹-۵۷. doi: 10.22034/jcl.2025.2050630.1149
۴. برهانی، محسن و پارساییان، عطیه. (۱۳۹۲). *عرف و مؤلفه‌های قانونی و مادی تشکیل‌دهنده پدیده مجرمانه*. *نشریه حقوق اسلامی*، ۱۰(۳۶)، ۱۴۷-۱۷۲. (الف)
۵. برهانی، محسن و پارساییان، عطیه. (۱۳۹۲). *نقش عرف در تحلیل مولفه‌ی روانی جرم و عوامل زوال مسئولیت کیفری*. *نشریه پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی*، ۱(۲)، ۱۱۱-۱۳۳. (ب)
۶. پروین، خیرالله. (۱۳۹۲). *از قانون اساسی عرفی تا عرف حقوق اساسی*. *مطالعات حقوق خصوصی*، ۴۳(۲)، ۷۹-۱۰۰. Doi 10.22059/JLQ.2013.35271
۷. حبیب زاده، محمدجعفر؛ تیربندی، احسان. (۱۴۰۴). *سنجه کارآمدی حاکمیت قانون در نظام حقوقی ایران*. *دوفصلنامه تحقیق و توسعه در حقوق کیفری و جرم شناسی*، ۲(۳)، ۱۷۱-۱۹۶. doi: 10.22034/jcl.2025.2049834.1142
۸. حاجتی، سید مهدی و وطنی، امیر. (۱۴۰۰). *جایگاه و ویژگی‌های «عرف مفسر» در تبیین نظم عمومی*. *ماهنامه‌ی جامعه‌شناسی سیاسی ایران*، ۴(۴)، ۸۷۱-۸۸۹. Doi: 10.30510/PSI.2022.269754.1477
۹. حسینی، سیدمحمد. (۱۳۹۰). *جایگاه عرف در شریعت و نقش آن در قانونگذاری و دادرسی*. *فقه و مبانی حقوق اسلامی*، ۳(۷)، ۱۴۱-۱۷۸.
۱۰. روحی برندق، محمد و فصیح، منصوره و کیخافزانه، محمد امین. (۱۳۹۵). *تبارشناسی عرف در فقه امامیه و حقوق ایران*. *فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، ۸(۱۵)، ۲۲۴-۲۰۱. Doi: 10.22075/feqh.2017.1964
۱۱. عالمی طامه، محمد مهدی و غلامی، علی. (۱۴۰۰). *چگونگی کاربست منابع دینی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران در نگرش‌های عرفی‌شدن و اسلامی‌سازی*. *نشریه حکومت اسلامی*، شماره ۹۹، ۱۶۵-۱۹۷.
۱۲. فهیمی، عزیز الله و سلطانی، محمد. (۱۳۹۳). *عرف و نقش استقلالی و آلی آن در فقه و حقوق*. *نشریه مطالعات اصول فقه امامیه*، ۴۶-۲۹.
۱۳. فیاضی، مسعود. (۱۳۹۱). *ماهیت احکام امضایی (از رهگذر بررسی تطبیقی آرای مرحوم محقق اصفهانی و امام خمینی)*. *حقوق اسلامی*، ۹(۳۴)، ۱۹۳-۲۱۷.
۱۴. قاسمی خوئی، یعقوب؛ همزبان قراملکی، رحیم. (۱۴۰۰). *نظریه عرفی شدن دین و تفکیک آن از عرف*. *همایش بررسی اندیشه‌های علمی آیت الله العظمی جعفر سبحانی (مدظله العالی)*، دوره ۱، ۴۶۳-۴۷۶.
۱۵. مرتضوی مهر، علی و محمدی ینگچه سعید. (۱۴۰۰). *جایگاه عرف در تقنین و تطور فقه امامیه*. *فصلنامه علمی حقوق و فقه تربیت و کودک*، ۲(۷)، ۴۹-۶۰. Doi: 10.22034/jml.2021.248297
۱۶. ملک‌زاده، فهیمه و احمد لو، مونا. (۱۳۹۱). *جایگاه عرف در حقوق با رویکردی بر اندیشه‌های امام خمینی (س)*. *پژوهشنامه متین*، ۱۴(۵۶)، ۱۳۹-۱۶۳.

۱۷. موحدی فرد، محسن و رحمدل، منصور و ساعد، محمدجعفر. (۱۳۹۸). جلوه‌هایی از کارکردهای تفضیلی عرف در نظام کیفری تقنینی ماهوی عمومی با رویکرد به قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، فصلنامه تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، ۱۲(۴۵)، ۲۰۵-۲۳۱.
۱۸. موسوی بجنوردی، سیدمصطفی و سماواتی، عباس. (۱۴۰۰). امکان‌سنجی نهاد قانونگذاری عرفی در منظومه فقه‌ای شیعه با تأکید بر اندیشه امام خمینی (ره)، پژوهشنامه متین، ۲۳(۹۲)، ۱۲۳-۱۵۲. Doi: 10.22034/MATIN.2021.273678.1835
۱۹. موسوی بجنوردی، سیدمحمد. (۱۳۸۱). جایگاه عرف در حقوق بین‌الملل و حقوق اسلام، پژوهشنامه متین، ۴(۱۵-۱۶)، ۲۳-۴۸.
۲۰. نبویان، سید محمد. (۱۳۸۳). دین سکولار یا دین عرفی شده، رواق‌اندیشه، ۱۳(۳۵)، ۳-۲۸.

## عربی

۱. آشتیانی، محمد حسن. (۱۴۰۳). بحر الفوائد فی شرح الفوائد، جلد یکم، قم: مکتبه آیت الله مرعشی نجفی.
۲. ابن نجیم. (۱۳۸۷). الأشباه و النظائر، قاهره: مؤسسه الحلبي.
۳. بهبهانی، محمدباقر (۱۳۹۷). الفوائد الحائریه، قم: انتشارات اسماعیلیان.
۴. زرقاء، مصطفی احمد. (۲۰۰۴). المدخل الفقهي العام، دمشق: دار القلم للطباعة و النشر و التوزيع، چاپ دوم.
۵. خمینی، سید روح الله. (۱۳۵۸). تهذیب‌الاصول، جلد دوم، تحقیق جعفر سبحانی، قم: انتشارات اسماعیلیان.
۶. شهید اول، شمس‌الدین محمد مکی عاملی. (بی تا). القواعد و الفوائد، قم: مکتبه المفید.
۷. طبرسی، فضل بن حسن. (۱۴۱۵ ق). مجمع البیان فی تفسیر القرآن، بیروت: مؤسسه الأعلمی للمطبوعات.
۸. فراهیدی، عبدالرحمن خلیل بن احمد (۱۴۱۰). کتاب العین، جلد دوم، تحقیق مهدی مخزومی و ابراهیم سامرائی، بی‌جا، دارالهجرت، ۱۴۱۰.
۹. مجله الحقوق. (۱۹۵۱). شماره ۱، مصر: چاپ اسکندریه، سال پنجم.
۱۰. مغنیه، محمد جواد. (۱۹۹۵). علم‌الاصول فی ثوبه‌الجدید، بیروت: دار الملايين.

## لاتین

- Cohen, L. E., & Machalek, R. (1994). The normalcy of crime: From Durkheim to evolutionary ecology. *Rationality and Society*, 6(2), 286-308.
- Bix, Brian (2003), *Jurisprudence theory and context*, 3 ed, Sweet & Maxwell.
- Carbonnier Jean (1991), *Droit civil, introduction*, 20 ed, Puf.
- FBA, Q. H. B., & Cartwright, J. (2020). *Anson's law of contract*. Oxford university press.
- Greenawalt, A. K. (2011). The pluralism of international criminal law. *Ind. LJ*, 86, 1063.
- Law, W. I. C. (2016). *Customary Law and Traditional Knowledge*.
- Libson, Gideon (1997) , On the Development of Custom as a Source of Law in Islamic Law: Al-rujū'u ilā al-urfī aḥadu al-qawā'idi al-khamisi allatī yatabannā 'alayhā al-fiqhu, *Islamic Law and Society*, Vol. 4, No. 2, pp. 131-155.
- Marty, G., & Raynaud, P. (1972). *Droit civil. 1. Introduction générale a l'étude du droit*. Sirey.
- Mazaud, H., & Léon, M. (2000). *Jean et Chabas, François. Leçons de droit civil*.
- Merle, Roger & Vitu, André (1967), *traité de droit Criminelle*, Cujas, Paris.
- Philippe, J. E. S. T. A. Z. (2005). *Les sources du droit*.
- Postema, G. J. (2012). Custom, normative practice, and the law. *Duke LJ*, 62, 707-798.
- Tomulet, C. (2018). The Custom in Criminal Law. *CDP*, 152.
- Ward, T., Durrant, R., & Dixon, L. (2021). The classification of crime: towards pluralism. *Aggression and Violent Behavior*, 59, 101474.
- Weisberg, R. (2002). Norms and criminal law, and the norms of criminal law scholarship. *J. Crim. L. & Criminology*, 93, 467-592. Weisberg, Robert, *Norms and Criminal Law and the Norms of Criminal Law Scholarship* (2003). Stanford Law School, Public Law Working Paper No. 60, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=426880> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.426880>
- Yu, D. (2013). Customary Law in The Practice of Criminal Law: A Real and Powerful Role. *Peking University Law Journal*, 1(1), 37-68.
- Young, H. P. (2015). The evolution of social norms. *Annual Review of Economics*, 7(1), 359-387.

ترجمه منابع فارسی به انگلیسی:

### Book:

- Amid Zanjani, A. (1987). *Political Jurisprudence* (Vol. 2). Tehran: Amir Kabir Publishing. (In Persian)

- Ardabili, M. A. (2014). *General Criminal Law* . Tehran: Mizan Publishing. (In Persian)
- Feyz, A. (2008). *Legal Thoughts of Custom and Ijtihad* . Tehran: Majd Publications. (In Persian)
- Hamilton, M. (2008). *The Sociology of Religion* (Trans. M. Salasi) . Tehran: Tebyan Cultural and Publishing Institute. (In Persian)
- Jafari Langeroudi, M. J. (2001). *General Introduction to the Science of Law*. Tehran: Ganj-e Danesh. (In Persian)
- Javan, M. (1948). *Foundations of Law* . (Place unknown): (Publisher unknown). (In Persian)
- Moein, M. (2002). *Persian Dictionary* (2 Vols.) . Tehran: Adena Publications. (In Persian)
- Nojournian, H. (1965). *Evaluation of Islamic Law* . Tehran: Sherkat-e Enteshar. (In Persian)
- Nojournian, H. (1969). *Foundations of Comparative Law in the Legal Systems of Islam, France, England, and Russia* . Mashhad: Jafari Bookstore. (In Persian)
- Tabatabaei, S. M. H. (1984). *Al-Mizan Exegesis of the Qur'an* (Trans. S. M. B. Mousavi Hamedani) . Qom: Allameh Tabatabaei Scientific and Cultural Foundation, in collaboration with Raja' Cultural Publishing Center and Amir Kabir Publishing Institute. (In Persian)

#### Articles:

- Alemitameh, M. M. & Gholami, A. (2021). How to Apply Religious Sources in the Legal System of the Islamic Republic of Iran in Approaches to Secularization and Islamization. *Islamic Government*, 26(1), 165-197. (In Persian)
- Azarbaijani, A. and Abdollahkhani, Z. (2025). The Role of Customary Judgment in Establishing Causation for Criminal Liability. *Research and development in criminal law and criminology*, 2(3), 29-57. doi: 10.22034/jclc.2025.2050630.1149 (In Persian)
- Borhani, M. and Parsaeian, A. (2013). The effect of custom on mental element of crime and factors of criminal responsibility deterioration. *Journal of Criminal Law and Criminology*, 1(2), 111-133. (In Persian)
- Borhani, M. and parsaeian, A. (2014). The Effect of Custom on Legal and Physical Elements of Crime. *Islamic Law*, 10(36), 147-172. (In Persian)
- Eslamipannah, A. (2017). THE ROLE OF CUSTOM AS A SOURCE OF LAW. *Law Quarterly*, 47(2), 193-211. doi: 10.22059/jlq.2017.62610 (In Persian)
- Fahimi, A., & Soltanieh, M. (2014). *Custom and its independent and instrumental role in jurisprudence and law*. *Journal of Studies in Usul al-Fiqh of Imamiyyah*, 29-46. (In Persian)
- Fayadhi, M. (2013). The Nature of Ratified Prescripts A comparative investigation on the comments of the Late Ayatullah Gharavi Esfahani(RH) and Imam Khomeini(RH). *Islamic Law*, 9(34), 193-218. (In Persian)
- Ghasemi Khoyi, Y., & Hamzeban Gharamaleki, R. (2021). The theory of secularization of religion and its distinction from custom. In Conference on the Scientific Thoughts of Grand Ayatollah Ja'far Subhani, 1, 463-476. (In Persian)
- Habibzadeh, M. J. and Tirbandpey, E. (2025). Assessing the Efficacy of the Rule of Law in Iran's Legal System. *Research and development in criminal law and criminology*, 2(3), 171-196. doi: 10.22034/jclc.2025.2049834.1142
- Hojjati, S. M. and Vatani, A. (2022). The position and characteristics of the "custom of the interpreter" in the order of explaining public. *Political Sociology of Iran*, 4(4), 871-889. doi: 10.30510/psi.2022.269754.1477 (In Persian)
- Hosseini, S. M. (2011). The place of custom in Sharia and its role in legislation and adjudication. *Jurisprudence and Bases of Islamic law*, 3(7), 141-178. (In Persian)
- Malekzadeh, F. and Ahmadloo, M. (2012). Status of Common Sense in Law With Special Reference to Imam Khomeini's Viewpoints. *Matin Research Journal*, 14(56), 139-163. (In Persian)
- Mortazavimehr, A. and mohamadi, S. (2021). The place of custom in the legislation and evolution of Imami jurisprudence. *Modern Jurisprudence and Law*, 2(7), 60-49. doi: 10.22034/jml.2021.248297 (In Persian)
- Mousavi Bojunordi, S. M. (2002). The place of custom in international law and Islamic law. *Matin Research Journal*, 4(15-16), 23-48. (In Persian)
- Movahedi-Fard, M., Rahmdel, M., & Saed, M. J. (2019). Manifestations of the detailed functions of custom in the substantive general criminal legislative system with an approach to the Islamic Penal Code of 2013. *Iranian and International Comparative Legal Research Quarterly*, 12(45), 205-231. (In Persian)
- Nabavian, S. M. (2004). Secular religion or secularized religion. *Ravaq-e Andisheh*, 2004(35), 3-28. (In Persian)
- Okhovvat, M. A. (2010). Manifestations of the customary approach in the Iranian penal system. *Legal Research Quarterly*, 13(103), 525-563. (In Persian)
- Parvin, K. (2013). From Custom Constitution to Custom Constitutaional Law. *Law Quarterly*, 43(2), 79-99. doi: 10.22059/jlq.2013.35271 (In Persian)
- Rouhi Barandaq, K. & Fasiheh, M. & Keykha Farzaneh, M.-A. (2016). Genealogy of Custom in Jurisprudence and National Law. *Journal of Studies in Islamic Law & Jurisprudence*, 8(15), 201-224. doi: 10.22075/feqh.2017.1964 (In Persian)
- Samavati, A. and Moosavi Bojnourdi, S. M. (2021). A Feasibility Study of Conventional Legislation Institution in Shia Jurisprudential Literature with an Emphasis on Imam Khomeini's School of Thought. *Matin Research Journal*, 23(92), 123-152. doi: 10.22034/matin.2021.273678.1835 (In Persian)

- *Al-Huquq Journal*. (1951). No. 1, Cairo: Alexandria Printing, Vol. 5. (In Arabic)
- Ashtiani, M. H. (2024). *Bahr al-Fawa'id fi Sharh al-Fawa'id*, Vol. 1. Qom: Maktabah Ayatollah Marashi Najafi. (In Arabic)
- Behbahani, M. B. (2018). *Al-Fawa'id al-Ha'iriya*. Qom: Esmailian Publications. (In Arabic)
- Farahidi, A. K. b. A. (1990 AH). *Kitab al-'Ayn*, Vol. 2 (Edited by Mahdi Makhzoumi & Ibrahim Samarrai). (Place unknown): Dar al-Hijrah. (In Arabic)
- Ibn Najim. (2008). *Al-Ashbah wa al-Naza'ir*. Cairo: Al-Halabi Institute. (In Arabic)
- Khomeini, S. R. (1979). *Tahdhib al-Usul*, Vol. 2 (Edited by Ja'far Subhani). Qom: Esmailian Publications. (In Arabic)
- Mughniyah, M. J. (1995). *'Ilm al-Usul fi Thawbihi al-Jadid*. Beirut: Dar al-Malayin. (In Arabic)
- Shahid Awwal, Shams al-Din Muhammad Makki Amili. (n.d.). *Al-Qawa'id wa al-Fawa'id*. Qom: Maktabah al-Mufid. (In Arabic)
- Tabarsi, F. b. H. (1995 AH). *Majma' al-Bayan fi Tafsir al-Qur'an*. Beirut: Al-A'lami Printing Institute. (In Arabic)
- Zarqa, M. A. (2004). *Al-Madkhal al-Fiqhi al-'Aam* (2nd ed.). Damascus: Dar al-Qalam for Printing, Publishing, and Distribution. (In Arabic)