

تاملی اجمالی در مفهوم عرفی بودن حقوق قراردادها در حقوق موضوعه ایران

اکبر میرزائزاد جویباری*

دکتری گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

(تاریخ دریافت: ۱۳۸۵/۱۱/۱۶ - تاریخ تصویب: ۱۳۸۶/۲/۱۲)

چکیده:

بررسی پیشینه قوانین حاکم بر قراردادهای مربوط به اموال و مالکیت نظیر بیع و اجاره این حقیقت را آشکار می‌سازد که ریشه بسیاری از این مقررات عرف و عادت بوده و مقنن نیز اغلب با تکیه بر این مبنا مبادرت به تدوین قانون کرده است. بنابراین، منطق حقوقی و ذوق سلیم اقتضاء می‌کند که در صورت تغییر عرف و عادت مبنای وضع قانون در مقام اعمال عرف تازه برآئیم. در این مقاله، تلاش شده است که صرفاً از منظر حقوق موضوعه ایران فرایند مزبور در قلمرو قراردادهای مالی مطالعه شده و سپس آثار اجرای آن در برخی از مصادیق قابل تامل مورد تجزیه و تحلیل قرار گیرد. نتیجه این تحقیق نشان می‌دهد که نظام حقوقی ایران هم در حوزه تقنین و هم در حوزه قضا ظرفیت پذیرش چنین فرآیندی را دارد و بر این اساس باید برخی از مقررات مربوط به این قلمرو قابل بازبینی و اصلاح است و پیش از آن نیز دادگاه‌ها ملزمند با استناد به مواد ۲۲۰ و ۲۲۵ ق.م. از اجرای حکم تکمیلی قانون‌گذار صرف‌نظر کرده و به حکم عرف عمل نمایند.

واژگان کلیدی:

قراردادهای مالی - عرف و عادت - قانون تکمیلی - قانون امری - تغییر حکم

مقدمه

بی‌گمان بخش قابل توجهی از مقررات مربوط به قراردادهای راجع به اموال و مالکیت یا همان معاملات به معنای خاص نظیر بیع، معاوضه، اجاره، ضمان، حواله و مضاربه نشأت گرفته از عرف و عادت است. در واقع، قانون‌گذاران هنگام وضع مقررات این دسته از قراردادها اغلب به عرف و عادت میان مردم که برگرفته از نیازها و مقتضیات زندگی مردم در برهه‌های زمانی مختلف است، تکیه می‌کنند. با توجه به همین واقعیت در نظام‌های حقوقی توسعه یافته قانون‌گذاران همواره سعی می‌کنند متوجه تغییر عرف و عادت در این حوزه بوده و متناسب با آن مقررات حاکم را اصلاح و تعدیل کنند، اما چون سرعت تغییر عرف و عادت زیاد است و برای هیچ قانون‌گذاری ممکن نیست که پیوسته ناظر همه تغییرات عرفی بوده و بلافاصله قوانین موجود را مطابق شرایط جدید تغییر دهد، اغلب این اختیار به دادگاه‌ها داده می‌شود تا بتوانند در مورد قوانینی که ریشه عرفی دارند، در صورت احراز تغییر عرف مبنای آنها عرف و عادت تازه را مستند حکم خود قرار دهند.

در نظام حقوقی ایران نیز چنین واقعیتی پذیرفته شده و قانون‌گذار در موارد متعدد تقدم عرف را بر قانون صریح پیشنهادی خود اعلام کرده است (مواد ۳۴۴، ۳۵۸، ۳۸۱، ۳۸۲، ق.م). اما دو نکته به این مسأله در حقوق ایران، اهمیتی ویژه می‌بخشد و بررسی آن را ضروری می‌سازد: نخست اینکه تجربه قانونگذاری در ایران نشان می‌دهد که مقنن ما کمتر دغدغه اصلاح و به روز کردن قوانین حاکم را متناسب با تحولات و نیازهای جدید داشته است. دیگر آنکه حتی به هنگام وضع قانون بویژه قانون مدنی به عنوان مهم‌ترین قانون مربوط به قراردادها در بسیاری از موارد به عرف و عادت موجود وقت در جامعه توجهی چندانی نشده و هم و غم تدوین کنندگان بیشتر رعایت شهرت فتاوی فقها بوده است تا رفع نیازهای عینی و عملی مردم در معاملات. ماده ۳۹۸ ق.م در باب خیار حیوان و ماده ۴۵۳ ق.م در خصوص تلف مبیع پس از قبض و موارد دیگر که در این تحقیق به آنها خواهیم پرداخت از نمونه‌های بارز وجود چنین تفکری نزد تدوین‌کنندگان قانون مدنی است. دو نکته‌ای که موجب گسست چشمگیر میان قوانین مصوب از یکسو و عرف و عادت و نیازهای جاری مردم از سوی دیگر شده و چه بسا در دراز مدت به بیگانگی و بی‌اعتمادی آنها نسبت به نظام حقوقی بیانجامد.

در این نوشتار با توجه به مطالب فوق و با تکیه بر برخی مبانی و اصول حقوقی در صدد

تبیین دو مطلب زیر هستیم:

۱- قانون‌گذار ایران می‌تواند و باید این دسته از قوانین را متناسب با شرایط و عرف و عادت تازه شناسایی و اصلاح کند و چندان نگران تعرض به حریم شهرت فتاوی فقهاء نباشد؛

زیرا بی‌تردید در این طیف از قوانین شهرت نظریه‌ها هم اغلب از عرف و عادت زمان خود متأثر است.

۲- تا وقتی که قانون‌گذار به جهت عدم آگاهی از این واقعیت یا به هر دلیل دیگر به اصلاح این‌گونه قوانین تن نداده است، دادگاه‌ها ملزمند به عرف و عادت میان مردم توجه بیشتری کنند و در صورت احراز، آن را بر قوانینی پیشنهادی قانون‌گذار که قریب به اتفاق آنها تکمیلی و تفسیری اند، تقدم بخشند.

البته قبل از ورود به بحث و بیان چگونگی ارائه مطالب یادآوری دو نکته بسیار ضروری و مهم است: نخست اینکه محور مطالعه نویسنده در این مقاله فقط حقوق موضوعه ایران است یعنی می‌خواهیم بینیم گذشته از سابقه و جایگاه عرف و عادت در فقه، رویارویی قانون‌گذار با این پدیده چگونه بوده و از دقت و تامل در قوانین و مقررات موجود چه نتیجه‌ای می‌توان گرفت. آیا حقوق موضوعه ایران ظرفیت استخراج دو مطلب یاد شده در فوق را دارد یا خیر؟ بنابراین موضوع از نگاه فقهاء^۱ و مکاتب فلسفی و حقوقی موجود^۲ که مجال و مقال دیگری می‌طلبد مورد بررسی قرار نگرفته و رجوع به کتب تعدادی از فقهاء هم صرفاً به منظور روشن ساختن پیشینه‌ی برخی از مواد قانون مدنی صورت پذیرفته است. دیگر آنکه مقصود از قراردادها در عنوان این مقاله قراردادهای مربوط به اموال و مالکیت نظیر بیع، اجاره، عاریه، مضاربه و معاوضه است و عقود غیرمالی مثل نکاح را در بر نمی‌گیرد.^۳

۱. درخصوص جایگاه عرف و عادت در فقه ر.ک. فیض، علیرضا، ویژگی‌های اجتهاد و فقه پویا (فقه پویا در مکتب سه فقیه)، بویژه گفتار چهارم از بخش دوم، ص ۲۶۵ به بعد- مبادی فقه و اصول، ص ۲۱۸ به بعد و ص ۲۳۴ به بعد همچنین مقاله ارزنده و قابل تامل ایشان با عنوان «پویایی فقه در پرتو عرف یا در بستر و زمان و مکان» منتشره در مجله کانون وکلاء، ش ۱۵۷-۱۵۶، ۱۳۷۲-۱۳۷۱؛ وی در این مقاله پس از بررسی عقاید بسیاری از فقها که حاکی از نقش قابل توجه عرف در استنباط فقهی است، تصریح می‌کند که اسلام در برابر پدیده‌های عرفی و اجتماعی نظیر بیع، اجاره و غیره اصولاً جز سکوت یا تأیید و امضاء عکس العمل دیگری نشان نداد و اگر در این زمینه دستورهای هم صادر شد صرفاً جنبه ارشادی داشته و تأیید همان حکم عقلانی است (ص ۱۴) البته اضافه می‌کند که در کتب فقهاء به جای واژه عرف تعبیرات دیگری مثل عادت، عادت عقلا، سنت، سیره عقلا، بنای عقلا، امر ارتکازی و اخیراً تأثیر زمان و مکان در فقه و اجتهاد نیز دیده می‌شود (ص ۱۹)- هم‌چنین ر.ک. به صابری، حسین، فقه و مصالح عرفی، بویژه فصول چهار، پنج و شش این کتاب- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام، ص ۸۷ به بعد.

۲. در خصوص ارزش حقوق عرفی و مکتب‌های موجود ر.ک. به ناصر کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج دوم، ش ۳۱۲ به بعد، ص ۵۱۴ به بعد.

۳. لازم به ذکر است که نقش عرف در تغییر و تحولات حقوقی همه حوزه‌ها مثل نکاح، ارث و وصیت و حتی حقوق جزا قابل بررسی و تامل است ولی از آنجا که منطق و مبنای حقوقی قراردادهای مالی تا حد زیادی متفاوت از این حوزه‌هاست و تأثیر گذاری عرف در آن بسیار محسوس‌تر است و از طرفی در یک مقاله نمی‌توان همه امور را با دقت و ظرافت مورد بررسی قرار داد قلمرو بحث به این بخش محدود شد.

مطالب این مقاله در دو مبحث ارائه خواهد شد.

در مبحث نخست به بررسی و تبیین جایگاه نظریه عرفی بودن حقوق قراردادهای در قلمرو حقوق موضوعه ایران با ذکر مبانی و مقدمات آن خواهیم پرداخت و در مبحث دوم نیز آثار اجرای این نظریه را در برخی از مهم‌ترین مصادیق قابل تامل و مورد اختلاف در قوانین و مقررات موجود مطالعه می‌کنیم.

مبحث نخست: جایگاه نظریه عرفی بودن حقوق قراردادهای در قلمرو حقوق موضوعه ایران

مقصود از عرفی بودن حقوق قراردادهای، ابتناء بخش قابل توجهی از مقررات مربوط به این حوزه بر عرف و عادت جاری در زمان وضع قانون است. یعنی اینکه مقنن برای وضع این مقررات اغلب به ساز و کارهایی که مردم با آن انس داشته و برای رفع نیازهای خود مناسب می‌بینند یا اگر سابقه‌ای در عرف ندارد ملازم طبع و ذوق سلیم آنان است، توجه کرده و کوشش می‌کند که با شناسایی عرف غالب از پراکندگی و آشفتگی موجود بکاهد و کارترین قرارداد و دادگاه‌ها را آسان سازد. البته نقش فوق‌العاده عرف و عادت در حوزه قراردادهای مطلبی نیست که نخستین بار نویسنده کشف کرده باشد. قریب به اتفاق حقوقدانان در نوشته‌های خود به این نکته توجه داشته و مطالب ارزنده‌ای در این خصوص عرضه کرده‌اند؛ ((کاتوزیان، ۱۳۶۸، ص ۵۰ و بعد و ۱۳۸۱، (ب) ص ۴۷۱ و بعد- جعفری لنگرودی، ۱۳۶۹، ص ۵۰ و بعد و ۱۳۸۲، ص ۱۱ و ۱۳۷۰، صص ۷۲ و ۸۲- شهیدی، ۱۳۷۹، ص ۳۰۲ و بعد- صفائی و همکاران، ۱۳۸۴، ص ۳۵ و بعد- محقق داماد، ۱۳۶۴، ص ۱۴۸ و بعد)) آنچه در این نوشتار انجام می‌شود نگاهی دوباره به این نهاد با تأکید بر برخی مقدمات و مبانی تقریباً بدیهی و مورد قبول قانون‌گذار و حقوقدانان برای دستیابی به نتایج بدیع در دو حوزه تقنین و قضاست.^۱

بر این اساس، ابتدا به بررسی این مقدمات و مبانی می‌پردازیم و سپس نتیجه حاصل از آن را مطالعه می‌کنیم.

۱. به نظر می‌رسد مقاومت در برابر پذیرش این نظریه هنگامی خود را بیشتر بروز می‌دهد که اجرای آن در مورد برخی از مصادیق مطرح می‌شود. در واقع به نظر نگارنده، همچنانکه جلوتر خواهیم دید، بسیاری از حقوقدانان عناصر و مبانی نظریه عرفی بودن حقوق قراردادهای را در آثار خود بصورت جداگانه و پراکنده پذیرفته‌اند در حقیقت آنچه ما در این مقاله انجام داده‌ایم جمع‌آوری و ویرایش عقاید پراکنده و تشتت و تدوین آن بصورت یک نظریه منسجم و بررسی امکان اجرای آن در برخی از مصادیق است.

گفتار نخست: مبانی و عناصر نظریه عرفی بودن حقوق قراردادها

بررسی جایگاه نظریه عرفی بودن حقوق قراردادها در حقوق موضوعه ایران منوط به احراز چند شرط و عنصر اساسی است که به عقیده نویسندگان در حقوق موضوعه ایران از جایگاه و مبنای مناسبی برخوردارند و به ترتیب زیر می‌توان آنها را نامگذاری و مطالعه کرد:

- ۱- ابتناء حقوق قراردادها بر عرف و عادت؛
- ۲- تکمیلی یا تفسیری بودن بخش عمده مقررات مربوط به قراردادها؛
- ۳- تقدم عرف و عادت بر قوانین تکمیلی.

بند نخست: ابتناء حقوق قراردادها بر عرف و عادت

یکی از نکات مهم و بحث‌انگیز در این بخش، توجه جدی به مبنا و ریشه وضع قوانین مربوط به حقوق قراردادهاست. پرسش این است که قانون‌گذار در تدوین مقررات این حوزه به چه حقایقی توجه داشته است. آیا برای وضع قانون در خصوص موضوعات مختلف به جستجوی عرف و عادت و نیازهای واقعی و جاری مردم در آن باره پرداخته و با تأیید و سامان بخشی آن به این عرف صورت قانونی داده است یا اساساً در وضع آن توجهی به واقعیات جامعه و عرف و عادت میان مردم نداشته و با تکیه بر مصالح و مفاسد و اهداف ویژه مورد نظر خود که احتمالاً از سوی عقل قابل فهم و درک نیز نبوده و جنبه تعبدی دارند، مبادرت به قانون‌گذاری و خلق احکامی کرده که برای بار نخست مطرح می‌شود و هیچ سابقه‌ای در زندگی معاملاتی مردم نداشته است؟

به نظر می‌رسد در مورد قانون‌گذاران جدید که در واقع یا حسب فرض برگزیده مردمند و با منطقی و زبان آنها سخن می‌گویند و می‌فهمند،^۱ بی‌گمان باید عقیده نخست را ترجیح داد و ادعا کرد که قانون‌گذار در تدوین مقررات مربوط به این حوزه جز در موارد معدود که علاوه بر توجه به عرف (با صراحت یا بصورت ضمنی)، مصلحت‌سنجی‌ها و اهداف خاصی مد نظر او بوده و البته وجه تعبدی نداشته^۲ و با تکیه بر عقل قابل درک هم است مثل مقررات مربوط به اهلیت، قصد و رضا، مشروعیت جهت معامله و یا معلوم و معین بودن مورد معامله و بطور کلی شرایط مربوط به انعقاد و صحت قراردادها، به خواسته‌ها و نیازهای متعارف مردم توجه

۱. در مورد شارع هم باید گفت که گرچه وی برگزیده مردم نیست ولی باید علی‌القاعده با زبان و منطق قابل فهم از سوی عموم مردم احکام خود را دست کم در حوزه معاملات و قراردادها عرضه کند.

۲. برخی از حقوق‌دانان در تائید این مطلب از وجود قاعده‌ای در حقوق اسلام با عنوان «تعبد در معاملات بعید است» سخن گفته و معتقدند بر اساس این قاعده مقررات راجع به معاملات در فقه اسلام یا از عرف و عادت گرفته شده و یا مطابقت کامل با عقل دارد و برای هر یک از مقررات معاملات می‌توان در عقل و عرف محتملی یافت. (جعفر لنگرودی، ترمینولوژی، ص ۷۶).

داشته و با امضا و تنظیم آن سعی کرده است از تشتت و بی‌ثباتی احتمالی ناشی از احراز عرف در هر مورد اجتناب نموده^۱ و نوعی نظم حقوقی در روابط معاملاتی مردم برقرار سازد.^۲ به بیان دیگر، هدف از وضع این دسته از قوانین این است که راه حل‌های عرفی و نسبتاً عادلانه را در هر قرارداد پیش‌بینی کند و به طرفین این امکان را بدهد تا ناگزیر از طرح تمام جزئیات مربوط به حقوق و تکالیف خود در قرارداد نباشند. (کاتوزیان، ۱۳۸۱، (ب) ص ۱۸۸ و شهیدی، ۱۳۷۹، ص ۳۰۰).

این ادعا را دلایل عقلی و قانونی متعدد زیر تأیید می‌کند و نوشته‌های برخی از حقوقدانان و فقهاء هم حاکی از پذیرش آنست:

۱- قانون مدنی در مواد متعدد پس از اعلام حکمی درباره یکی از موضوعات حقوق قراردادهای تصریح کرده است در صورت وجود عرف مخالف با این حکم دادگاه ملزم به رعایت آن و تقدم این عرف بر قانون است. به عنوان مثال در ماده ۳۷۵ ق. م می‌خوانیم «بیع باید در محلی تسلیم شود که عقد بیع در آنجا واقع شده است مگر اینکه عرف و عادت مقتضی تسلیم در محل دیگر باشد...» احکامی از این دست در موارد ۳۵۸، ۳۴۴، ۲۸۰، ۳۸۲ و ۴۸۶ ق. م. نیز دیده می‌شود.

ترجیح عرف بر حکم پیشنهادی مقنن معنایی جز این ندارد که قانون‌گذار در وضع اولیه این دسته از احکام به عرف توجه داشته ولی چون تصور کرده است که ممکن است در تشخیص دقیق عرف جاری در زمان وضع قانون دچار اشتباه شده یا با توجه به گستردگی کشور عرف مخالفی وجود داشته یا بعداً شکل بگیرد که وی از آن با خبر نشده یا فرصت بررسی و احراز آن را نیافته باشد، تصریح می‌کند «مگر اینکه عرف دیگری موجود باشد».

۲- بخش عمده حقوق قراردادهای ناظر به روابط مالی و خصوصی افراد است و منطقاً باید هدف و مبنای وضع مقررات این حوزه رفع نیازهای متعارف مردم باشد.^۳ بنابراین، مردم و از جمله طرفین معامله بهتر از قانون‌گذار می‌توانند نیازها و مقتضیات خود را تشخیص دهند و در

۱. تا جایی که برخی از حقوقدانان گفته‌اند قوانین مجموعه عرف‌های تدوین شده است (لکودو پاکیه، مقدمه‌ای بر نظریه عمومی فلسفه حقوق، ش ۵۷ به نقل از کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۲ ش ۲۷۷، ص ۴۷۱).

۲. مطلب فوق تعبیر دیگری از این عبارت است که در نوشته‌های برخی از حقوقدانان آمده است «دخالت شارع در معاملات در حد حفظ و جلوگیری از اکل مال به باطل است» (محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه، بخش مدنی ۲، ص ۱۹۸) گرچه این بدان معنا نیست که همه مقررات مربوط به قراردادها سابقه عرفی داشته و در هیچ مورد مقنن راساً به این امر مبادرت نمی‌کند زیرا گاه قانون‌گذار برای تنظیم بهتر روابط مردم در معاملات و بهبود شرایط اقدام به تدوین برخی از قواعد می‌کند که احیاناً بطور مشخص در عرف سابقه نداشته و به این طریق می‌خواهد پیشرو بوده و جامعه را به سمت معینی سوق دهد مثل وضع مقررات دلالتی و حق العمل کاری در قانون تجارت ایران.

۳. تا حدی که برخی حقوقدانان عنوان کرده‌اند که این عرف و عادت است که بصورت قانون در می‌آید (دکتر ناصر کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۲، ش ۲۸۶، ص ۴۸۴).

اغلب موارد دلیلی وجود ندارد که قانون‌گذار نظم طبیعی و خود ساخته مردم در معاملات را بر هم زند مگر اینکه مصلحت ویژه‌ای مد نظر باشد که شمار آنها اندک است و اغلب هم مثل مقررات مربوط به اهلیت، قصد و رضا و مشروعیت جهت معامله نزاعی در مورد آنها نیست.

۳- برخی از حقوق‌دانان^۱ (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۹، ص ۳۳ و ۱۳۸۲، ص ۱۵۸ و بعد) و پژوهشگران حقوق اسلامی (فیض ۱۳۷۲-۱۳۷۱، ص ۱۴) هم این نکته را تایید و در نوشته‌های خود تصریح کرده‌اند که بیشتر مقررات قراردادهای و ایقاعات در حقوق اسلام و طبعاً قانون مدنی که به شدت متأثر از این نظام حقوقی است، به صورت حقوق عرفی است به این معنی که شارع عرف‌ها و عادات زمان خود را غالباً مورد تایید قرار داده است. در واقع بیشتر مقررات مربوط به قراردادهای امضایی است و شارع عرف و عادت مردم در این حوزه را جز در موارد کاملاً استثنایی تایید و امضا کرده است. قانون‌گذاری که در رویارویی با پدیده بردگی که امروزه جایگاهی در هیچ نظام حقوقی ندارد ملاحظات عرفی و واقعیت‌های زندگی مردم را مد نظر قرار داده و یکباره در برابر آن موضع نگرفته است چگونه ممکن است در عرفی‌ترین امور یعنی حقوق قراردادهای بی‌اعتنا، به عادات و رفتارهای معمول مردم مبادرت به وضع قانون نماید. در هر حال با اینکه بیشتر فقهاء و حقوق‌دانان در این خصوص موضوع را به سکوت برگزار کردند ولی از میان عده‌ای هم که به این مطلب پرداخته‌اند، تاکنون کسی ادعا نکرده است که مقررات مربوط به قراردادهای جنبه تاسیسی دارد.

بند دوم: تکمیلی بودن مقررات حاکم بر قراردادهای مربوط به اموال و مالکیت

بنا به دلایل متعدد منطقی و قانونی زیر باید مقررات حاکم بر قراردادهای مربوط به اموال و مالکیت را البته در حوزه آثار و احکام نه انعقاد و نفوذ آن اصولاً تکمیلی یا تفسیری^۱ دانست

۱. دکتر لنگرودی معتقد است اصل در قانون‌گذاری اسلام بطور کلی امضائیات است و در حوزه معاملات، شرع علی‌الاصول حکم تاسیسی ندارد (میسوط در ترمینولوژی حقوق، ج اول، ش ۲۷۸)؛ همچنین ر.ک. به کتاب بسیار ارزشمند و تاثیرگذار فلسفه حقوق اسلامی نوشته محمد خالد مسعود، ترجمه محمد رضا ظفری و فخرالدین اصغری، ص ۳۲۳ به بعد؛ در این کتاب به روشنی حوزه عادات از عبادات تفکیک شده و با قرارگرفتن مبحث معاملات در بخش نخست از انطباق‌پذیری مقررات آن با عرف و نیازهای جدید سخن رفته است. عده‌ای دیگر از نویسندگان هم به این تفکیک توجه کرده و با اظهار این مطلب که اصولاً در عبادات تعبد راه دارد و در معاملات تعلیل معتقدند که آنچه شرع مقرر داشته تکمله بر آن شیوه‌هایی است که مردم خود در باب معاملات داشته‌اند (صابری، حسین، همان، ص ۱۸۱).

۲. برخی از حقوق‌دانان با صراحت به این مطلب اشاره کرده و گفته‌اند که غالب احکامی که به منظور بیان شرایط وقوع و نفوذ عقد وضع شده امری است اما در حوزه قراردادهای مالی نشان‌چندانی از قوانین امری نیست و اصل تکمیلی بودن قواعدی است که آثار این‌گونه قراردادهای را معین می‌سازند. (کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادهای، ج اول، ش ۹۲، ص ۱۵۵)

و فقط در صورتی دادگاه را موظف به اجرای آنها به شمار آورد که طرفین توافقی بر خلاف آن نکرده یا عرف و عادت مخالف آن وجود نداشته باشد:

۱- استقراء در قانون مدنی نشان می‌دهد که قانون‌گذار در مواد متعدد نظیر ۳۸۲، ۳۸۱، ۳۷۵، ۳۵۸، ۳۴۴ و ۴۷۶ به طرفین معامله اجازه داده است که توافقی بر خلاف حکم پیشنهادی وی بکنند یا چنانچه عرف و عادت مخالف این حکم موجود باشد دادگاه‌ها از اجرای آن خودداری کرده و به حکم عرف عمل نمایند.

اعلام تقدم اراده طرفین یا عرف بر حکم پیشنهادی مقنن به صراحت حکایت از آن دارد که احکام مزبور جنبه تکمیلی یا به قول فقها ارشادی^۲ داشته و عدول از آن رواست. به عنوان مثال در ماده ۳۵۸ ق.م. می‌خوانیم «نظر به دو ماده فوق در بیع باغ، اشجار و در بیع خانه ممر و مجری و هر چه ملصق به بنا باشد به طوری که نتوان آن را بدون خرابی نقل نمود متعلق به مشتری می‌شود و برعکس زراعت در بیع زمین میوه در بیع درخت و حمل در بیع حیوان متعلق به مشتری نمی‌شود مگر اینکه تصریح شده باشد یا بر حسب عرف از توابع شمرده شود در هر حال طرفین عقد می‌توانند به عکس ترتیب فوق تراضی کنند».

۲- یکی دیگر از مهم‌ترین این مواد ماده ۱۰ ق.م. است که قاعده کلی در حوزه قراردادهاست و بر اساس آن می‌توان ادعا کرد که مقررات این حوزه تکمیلی و تفسیری است مگر اینکه دلایل یا قراین و اوضاع و احوالی که مستلزم امری بودن آنهاست، موجود باشد. در این ماده می‌خوانیم: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد کرده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است»؛ همین مطلب به نحو صریحتر در ماده ۷۵۸ ق.م. به این بیان آمده است. «صلح در مقام معاملات هر چند نتیجه معامله را که به جای آن واقع شده است می‌دهد لیکن شرایط و احکام خاصه آن معامله را ندارد»؛ ظاهر ماده اخیر حکایت از آن دارد که طرفین می‌توانند با انتخاب نام صلح بر معاملات معین مثل بیع، اجاره، ضمان و رهن از اجرای احکام خاص مربوط به هر یک از این معاملات اجتناب ورزند (کاتوزیان، ۱۳۸۶، صص ۳۰۳ و ۳۰۴).

۱. در خصوص مفهوم قوانین تفسیری و امری و چگونگی تمییز آندو- ر.ک. به کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۲، ش ۱۱۹ به بعد، ص ۱۸۶ به بعد.

۲. احکام ارشادی احکامی هستند که ما را به آنچه به خودی خود حکم عقل است راه می‌نمایند بی‌آنکه شرع در این باب به تاسیس قاعده یا وضع حکمی نو دست زده باشد (صابری، همان، ص ۱۸۶) برخی فقهاء هم این اصطلاح را بکار برده و معتقدند که در باب معاملات اوامر و نواهی شرعی صرفاً جنبه ارشادی دارد (روحانی، محمدصادق حسین، المرتقی الی الفقه الارقی، ج ۲، ص ۷۹ نقل از صابری، همان، ص ۱۸۶).

۳- تجربه بشری ثابت کرده است که مردم بهتر از هر کس از جمله قانون‌گذار می‌توانند روابط مالی و معاملاتی خود را تنظیم کنند و اغلب لزومی به دخالت مقنن در تنظیم این روابط نیست. یعنی در واقع برای مقنن زیاد مهم نیست که نسبت به بسیاری از مسائل و موضوعات مربوط به قراردادها نظیر اختیارات یا ضمان معاوضی حساسیت به خرج دهد و بخواهد نظر خویش را خلاف آنچه طرفین خواسته‌اند یا عرف حاکم در آن منطقه اقتضاء دارد بر کسی تحمیل نماید. همچنانکه قبول اصل حاکمیت اراده و واگذاری تنظیم روابط قراردادی به خود طرفین در قریب به اتفاق قوانین کشورهای مختلف و مقررات بین‌المللی گواه این مدعاست. در هر حال از نظر نگارنده مادام که ارتباط یک قانون با نظم عمومی و مبانی و قواعد اساسی نظام حقوقی اثبات نشده است باید آن را تفسیری و تکمیلی دانست؛ با توجه به اینکه میان غالب مقررات حاکم بر قراردادهای مالی و نظم عمومی و قواعد اساسی نظام حقوقی ایران چنین ارتباطی به چشم نمی‌خورد، باید از تکمیلی بودن آنها دفاع کرد.

۴- مطلب مزبور از جمله نکاتی است که مورد تایید بیشتر حقوقدانان (کاتوزیان، ۱۳۳۸، صص ۳۰۳ و ۳۰۴ و امامی، ۱۳۶۶، ص ۳۲۷) و فقهاست (انصاری، ۱۴۱۱، ص ۱۱ و بعد- میرزائینی، ۱۴۲۱، ص ۱۹۴ و بعد- موسوی خویی، ۱۴۱۲، ص ۲۸۱ و بعد).^۱ در نظام‌های حقوقی مختلف هم به عنوان یک قاعده کلی پذیرفته شده و به تقریب می‌توان ادعا کرد به صورت یک اصل حقوقی جهانی درآمده است. به عنوان مثال در مواد ۶ و ۹ کنوانسیون بیع بین‌المللی مصوب ۱۹۸۰ وین اصل تکمیلی بودن مقررات کنوانسیون و تقدم اراده طرفین و عرف بر آن پذیرفته شده است (صفائی و همکاران، ۱۳۸۴، ص ۲۶)؛ همچنین در مواد ۱-۵ و ۱-۸ مجموعه پیشنهادی اصول قراردادهای بازرگانی بین‌المللی موسسه بین‌المللی وحدت حقوق خصوصی رم (unidroit) نیز این مطلب پذیرفته شده است. (نوری، ۱۳۷۸، صص ۱۲ و ۲۰) البته روشن است که مقصود از ذکر نکته فوق تکمیلی بودن همه این مقررات نیست بلکه صرفاً باید غلبه را با این نوع مقررات دانست و کسی را که مدعی آمره

۱. فقهاء معمولاً از این موضوع در بحث مربوط به شرایط صحت شروط ضمن عقد سخن به میان آورده و ذیل این بحث که شرط نباید مخالف کتاب و سنت باشد اغلب به بررسی چند پرسش زیر می‌پردازند: در صورت تردید در مخالفت با کتاب یا سنت اصل چیست؟ آیا هر مخالفتی با کتاب و سنت موجب بی اعتباری توافق انجام شده است یا ممکن است به عنوان مثال حرمت برخی محرمان در کتاب و سنت بر اساس احکام اولیه و ناظر به فرضی باشد که شرط تعهدی نشده است؟ آیا می‌توان میان احکام تکلیفی و وضعی و در میان دسته اخیر بین مقررات مربوط به حقوق قراردادهای مالی و غیر آن تفاوت قائل شد؟ صاحب مصباح الفقاهه معتقد است ادله وفاء به شرط می‌تواند در برخی موارد مخصص ادله و جوب عمل به احکام اولیه‌ای باشند که بدون توجه به این‌گونه شروط بیان گردیده‌اند (ص ۲۸۱) به بیان دیگر همچنانکه هر گونه مخالفت با مقتضای اطلاق عقد موجب بطلان نیست و فقط شرطی باطل است که خلاف مقتضای ذات عقد باشد باید گفت صرف مخالفت شرط با اطلاق کتاب و سنت نیز موجب بطلان نیست. میرزا نائینی نیز بر همین عقیده است و در این راستا میان قراردادهای مالی و غیر آن تفاوت می‌نهد و در مورد دسته نخست، مخالفت با کتاب و سنت را جایز می‌شمرد (ص ۱۹۶).

بودن آن است، ملزم کرد تا ثابت کند مبنای ادعای وی چیست و چه مصلحت ویژه‌ای قانون‌گذار را وادار به دخالت کرده و طرفین معامله یا عرف و عادت را از تصمیم‌گیری در این حوزه منع کرده است. در واقع، همچنان‌که برخی از حقوقدانان اشاره کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص ۴۸) به رغم دخالت روز افزون دولت در انعقاد قراردادهای خصوصی جهت رعایت مصالح تازه نقش نخست را همچنان باید برای اراده طرفین قائل شد.

در یک نگاه کلی قوانین حاکم بر حوزه آثار قرارداد را در سه دسته می‌توان تقسیم‌بندی

کرد:

دسته نخست، قوانینی که با اعلام تقدم اراده طرفین یا عرف و عادت بر آنها به صراحت به تکمیلی و تفسیری بودن آنها حکم شده است. مثل مواد ۳۴۴، ۳۵۸، ۳۸۱، ۳۸۲، ۴۵۴، ۴۵۵، ۴۷۴، ۶۷۵، ۷۰۱۴، ۷۴۱ ق.م.؛

دسته دوم، قوانینی که به صراحت حکم به امری بودن آنها داده شده و توافق طرفین برخلاف آن بی‌اثر اعلام گردیده است که البته شمار آن در قوانین مربوط به حوزه آثار قراردادها زیاد نیست مثل ماده ۵۵۸ ق.م.؛

دسته سوم هم مقرراتی هستند که به روشنی حکم به امری یا تکمیلی بودن آنها نشده است. در خصوص این دسته از قوانین که بخش اعظم مقررات مربوط به قراردادها را تشکیل می‌دهند نظیر مواد ۲۲۰، ۲۲۷، ۲۲۹، ۲۳۰، ۲۳۹، ۲۴۰، ۲۴۲، ۳۷۷، ۳۸۷، ۳۹۷، ۳۹۸ و ۴۰۶، همچنان‌که پیشتر گفته شد، باید اصل را بر تکمیلی و تفسیری بودن آنها گذاشت و ارتباط آن با نظم عمومی را خلاف قاعده تلقی کرد و بار اثبات امره بودن این دسته از قوانین را به عهده کسی نهاد که خلاف نتایج بدست آمده از ظاهر قانون، استقراء و غلبه سخن می‌گوید. زیرا استقراء در مواد متعدد قانون مدنی و نوشته‌های فقها و حقوقدانان در حوزه آثار احکام قراردادهای مالی نشان می‌دهد که غلبه با مقررات تکمیلی و ارشادی است و اصولاً طرفین معامله می‌توانند خلاف آن توافق کنند.

بند سوم: تقدم عرف و عادت بر قوانین تکمیلی

تقدم عرف و عادت بر قوانین تکمیلی و تفسیری آنقدر منطقی و بدیهی است که نیاز به بحث چندانی ندارد. درست است در حوزه قراردادها اصل، حاکمیت قصد واقعی طرفین است ولی چنانچه وجود نداشته باشد یا دست کم قابل احراز نباشد تمام کوشش قانون‌گذار این است که چه حکمی را جستجو کند تا بیشتر به قصد مشترک طرفین نزدیک باشد. چون احتمال انطباق حکم عرف با قصد طرفین به دلیل اینکه مردم اغلب به آداب و رسوم جاری در میان خود انس بیشتری داشته و به حکم قانون‌گذار کمتر توجه دارند بیش از قوانین تکمیلی

پیشنهاد شده از سوی مقنن است، باید حکم عرف را مقدم بر این دسته از قوانین دانست. قانون‌گذار مدنی در مواد متعدد نظیر مواد ۳۵۸، ۳۴۴، ۳۷۵، ۳۸۲ و ۴۸۶ صراحتاً حکم عرف را بر قانون پیشنهادی خویش ترجیح داده است.^۱ ملایمت عرف با زندگی مردم به حدی قانون‌گذار را شیفته خود کرده که جاهلان بر عرف را نیز تابع آن دانسته است (ماده ۳۵۶ ق.م). از این رو، حکومت عرف بر قرارداد را همانند حکومت قانون تکمیلی بر قرارداد نباید منتسب به اراده ضمنی و بی‌گمان فرضی و خیالی طرفین دانست (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص ۴۸).^۲ به همین دلیل جهل به آن مثل جهل به قانون تکمیلی مانع حکومت آن بر قرارداد نیست؛ در واقع وقتی طرفین سکوت می‌کنند برای تنظیم روابط حقوقی طرفین و تعیین حقوق و تعهدات آنها گریزی از اجرای حکم ناشی از عرف یا قانون تکمیلی نیست ولی چون احتمال اینکه حکم عرف بتواند به لحاظ ارتباط زمانی و مکانی با طرفین قرارداد نظر آنها را تامین کند بیش از حکم تکمیلی مقنن است که احیاناً از تاریخ تصویب آن زمان زیادی گذشته و شاید اندکی از نیازهای واقعی و عینی مردم دور افتاده باشد لذا باید حکم عرف را به آن ترجیح داد؛ ضمن اینکه از این نکته مهم نیز نباید غافل بود که تمام موادی که در آنها تقدم اراده طرفین بر حکم پیشنهادی قانون‌گذار پذیرفته شده است نیز می‌تواند در بحث تقدم عرف بر اینگونه قوانین مورد استناد قرار گیرد. چرا که ماده ۲۲۵ ق.م مقرر می‌دارد «متعارف بودن امری در عرف و عادت به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف به آن باشد به منزله ذکر در عقد است».

با توجه به این ماده باید ادعا کرد در هر مورد که قانونگذار پذیرفته است که طرفین می‌توانند خلاف حکم پیشنهادی وی توافق کنند معنایش این است که چنانچه آنها بر خلاف قانون تکمیلی اعلام شده توافقی نکرده باشد ولی عرف حکم ویژه‌ای در این مورد داشته باشد، حکم عرف بر قانون مقدم خواهد بود. به عنوان مثال در ماده ۴۷۴ ق.م. می‌خوانیم «مستاجر می‌تواند عین مستاجر را به دیگری اجاره بدهد مگر اینکه در عقد اجاره خلاف آن شرط شده باشد».

در این ماده به حکم عرف اشاره‌ای نشده است. بی‌گمان در صورت تصریح طرفین، اساساً به حکم عرف توجهی نخواهد شد لیکن چنانچه طرفین در این باره توافقی نکنند ولی حکم عرف حاکی از این باشد که اصولاً مستاجر حق واگذاری عین مستاجر را بدون اجازه موجر

۱. به تقدم عرف بر قوانین حاکم بر حوزه قراردادها در ماده ۹ کنوانسیون بیع بین‌المللی (سید حسین صفائی و همکاران، همان، ص ۳۹) و ماده ۱-۸ اصول قراردادهای بازرگانی بین‌المللی (محمدعلی نوری، همان، ص ۲۰) نیز تصریح شده است.
 ۲. البته عده‌ای از حقوقدانان منشاء اصلی اعتبار عرف و مقررات تکمیلی را کاشفیت از اراده طرفین قرارداد تلقی و حکم ماده ۳۵۶ ق.م. راجع به حکومت عرف بر قرارداد با وجود جهل طرفین بر آن را خلاف قاعده می‌دانند (شهیدی، همان ش ۲۱۰ و ۲۱۱، ص ۳۳۳ و ۳۵۹).

ندارد، همچنانکه به نظر می‌رسد چنین است، باید مستاجر را از این حق محروم دانست. ماده ۲۸۱ نیز چنین است؛ در این ماده آمده است: «مخارج تادیه به عهده مدیون است مگر شرط خلاف شده باشد». با تکیه بر تفسیر فوق در اینجا هم باید گفت اگر در قرارداد شرط خلاف نشده باشد ولی عرف پرداخت این هزینه‌ها را به عهده طلبکار بداند حکم عرف بر قانون پیشنهادی مقنن مقدم خواهد بود.

گفتار دوم: جمع‌بندی و نتیجه

نتیجه منطقی و بدیهی پذیرش شروط و عناصر بررسی شده در گفتار پیشین این است که اصولاً در حوزه آثار و احکام قراردادها چنانچه عرفی مخالف قانون موضوعه وجود داشته باشد، دادگاه‌ها موظفند از اعمال قانون چشم‌پوشند و حکم ناشی از عرف را اجرا کنند مگر اینکه ثابت شود قانون مزبور آمره بوده و مربوط به نظم عمومی است.

با توجه به آنچه در گفتار قبل گفته شد به نظر می‌رسد نتیجه این نظریه را در دو حوزه تقنین و قضا می‌توان به شرح زیر مشاهده کرد:

۱- در حوزه قانون‌گذاری به عقیده نویسنده مقنن می‌تواند به راحتی بسیاری از مقرراتی را که با تکیه بر عرف زمان وضع خود تدوین گشته‌اند، در صورت احراز نیازها و مقتضیات جدید و شکل‌گیری عرف و عادت تازه، همچنانکه عده‌ای از فقهاء به این نکته اشاره کرده‌اند^۱، اصلاح کند؛ زیرا فرض این است که شارع در قریب به اتفاق این موارد مصلحت و هدف غیر قابل‌گذشتی در نظر نداشته و صرفاً به منظور ایجاد نظم و ثبات و کاهش مشکلات ناشی از اثبات عرف و عادت در هر مورد عرف حاکم و جاری در زمان وضع قانون را تایید و امضا کرده و آن را در قالب قوانین تکمیلی یا ارشادی عرضه نموده است. آثار این نظریه بیشتر در حوزه قضا آشکار می‌شود؛ زیرا اولاً- از هیچ قانون‌گذاری نمی‌توان انتظار داشت که پیوسته متوجه تغییر عرف بوده و در سریعترین زمان ممکن متناسب با آن قوانین تکمیلی موجود را اصلاح کند. ثانیاً- مقنن ما نیز بوضوح اثبات ساخته است که اصلاح و روز آمد کردن قوانین متناسب با نیازها و مقتضیات جدید اغلب دغدغه و نگرانی اصلی او نبوده است. در چنین

۱. هر گاه اساس یک نص قانونی عرف زمان قانون‌گذار باشد و بعداً آن عرف تغییر کند این تغییر در آن نص تاثیر می‌کند (ابن عابدین، رسائل، ج ۲، ص ۱۱۸ نقل از جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مکتب‌های حقوقی حقوق اسلام، ص ۹۲- یجوز تغییر الاحکام بتغییرالعادات (شهید اول، القواعد و الفوائد، ج ۲، ص ۶۶ به نقل از فیض، همان مقاله، ص ۲۶) در معاملات و دیگر احکام مربوط به حقوق مدنی و اجتماعی باید مصلحت را در نظر گرفت زیرا مصلحت مردم در امور حقوقی به حکم عادت و عقل بر آنان پوشیده نیست (طوفی، نجم الدین، الموقعین، ج ۳، ۲۰۳ به نقل از رواندی، مرتضی، تاریخ اجتماعی ایران، ج ۴، بخش دوم، ۱۲۱۴).

فضایی دادگاه‌ها به خوبی می‌توانند و دست کم در حوزه آثار قراردادها حتی ملزمند با استناد به شروط و عناصر مورد بحث این خلا را پر کنند و در موارد متعدد حکم تکمیلی قانون‌گذار را با تکیه بر عرف موجود کنار نهند. چیزی که به روشنی از نقش و جایگاه مهم رویه قضایی به عنوان یکی از منابع پویای نظام حقوقی ایران حکایت می‌کند. دشوارترین کار در این مسیر تمیز درست قوانین امری از تکمیلی است که باید با دقت و وسواس فراوان انجام گیرد؛ گرچه همچنانکه گفته شد، اصل تفسیری و تکمیلی بودن قوانین حاکم بر آثار قراردادهاست؛ بعد از شناسایی قوانین تکمیلی نکته‌ای که کمتر به طور مستقل مورد توجه قرار گرفته است و نتیجه اصلی مورد تاکید ماست گذشته از امکان اصلاح این دسته از قوانین توسط مقنن، لزوم تلاش دادگاه‌ها جهت کشف و احراز عرف به عنوان یک امر موضوعی در فرض استناد طرفین دعوی و تقدم حکم ناشی از آن بر قانون پیشنهادی مقنن با تکیه بر ماده ۲۲۵ ق.م.ا.ست. در واقع، هنگامی که عرفی مخالف حکم قانون تکمیلی موجود شکل می‌گیرد سکوت طرفین به منزله تراضی به اجرای حکم قانون نیست بلکه باید چنین تعبیر شود که طرفین خواسته‌اند بدین وسیله مقررات عرف را محترم شمارند و آن را جانشین قوانین تکمیلی سازند (ژنی، ۱۹۱۹، ص ۱۲۸ نقل از کاتوزیان، ۱۳۸۱، (ب) ص ۵۱۸).

بررسی برخی از مهم‌ترین موارد قابل تامل در قانون مدنی که در مبحث بعدی صورت می‌گیرد با صراحت بیشتر عمق و شدت اثرگذاری این نظریه را در حقوق قراردادهای ایران نشان خواهد داد و مشخص خواهد ساخت با تکیه بر این نظریه تا چه حد می‌توان در این حوزه شاهد تحولات تازه بود و گسست میان قوانین پیشنهادی قانون‌گذار و عرف و عادت موجود و نیازها و مقتضیات جاری مردم را برطرف کرد یا دست کم کاهش داد.

مبحث دوم: آثار اجرای نظریه عرفی بودن حقوق قراردادها در برخی از

مصادیق قابل تامل

چنانکه پیشتر یادآوری کرده‌ام، نظریه عرفی بودن حقوق قراردادها هم در حوزه تقنین و هم در حوزه قضا اثرگذار خواهد بود، اگر چه مادام که قانون‌گذار دست به اصلاح این‌گونه قوانین نزده است بار مسئولیت استفاده از این نظریه و جبران فاصله میان حکم قانون‌گذار و عرف و عادت معاملاتی میان مردم بیشتر بر دوش قضات سنگینی می‌کند.

در این مبحث بر آنیم که با توجه به عناصر و شروط سه گانه مورد بررسی در گفتار پیشین به مطالعه برخی از مهم‌ترین مصادیق موجود در حقوق موضوعه ایران بپردازیم و ببینیم آیا اولاً- این مصادیق ریشه و مبنای عرفی دارند یا خیر ثانیاً- حکم مقرر قانون‌گذار در مورد آن تکمیلی است یا امری ثالثاً- عرف در مورد آن چه حکمی دارد؟ البته نگارنده مصادیق مورد

مطالعه در این مبحث را با اعتقاد به عرفی و تکمیلی بودن آنها انتخاب کرده و معتقد است چون عرف و عادت مبنای وضع آنها تغییر یافته و وضعیت جدیدی شکل گرفته است یا اساساً قانون‌گذار به هنگام وضع این دسته از قوانین توجه کافی به عرف و عادت زمان خود نداشته یا به‌رغم اینکه خواسته است به عرف جاری میان مردم احترام بگذارد در تشخیص وضعیت غالب و عرف حاکم دچار اشتباه شده است و در هر حال اکنون با حکم عرفی تازه‌ای روبرو هستیم از این رو باید از اجرای حکم پیشنهادی مقنن صرف‌نظر کنیم.

این نکته را هم باید اشاره کرد که ممکن است شخصی با نویسنده هم عقیده نباشد و در برخی از این موارد در وجود عرف و عادت مغایر با حکم قانون‌گذار که امری موضوعی مصداقی است نه حکمی و مفهومی ابراز تردید کرده یا حتی به ضرس قاطع ادعا کند که چنین عرفی وجود ندارد.

در پاسخ به این ایراد می‌توان گفت نویسنده هم مدعی نیست که مبادرت به استقراء کامل در همه این موارد نموده و به طور قطع چنین تغییری را در عرف و عادت احراز کرده است. آنچه بیان شده است مبتنی بر یک بررسی اجمالی و گذرا و استقراء ناقص در عرف جاری قراردادهاست و بیشتر به این منظور صورت گرفته است که آثار اجرای نظریه عرفی بودن حقوق قراردادهای در مورد مصادیقی که حکم قانون‌گذار در مورد آنها با عرف فاصله معناداری یافته است، ملاحظه شده و به بحث گزارده شود. بنابراین، مهم این است که در هر مورد به امکان وجود چنین عرفی توجه و با استناد به مواد مختلف قانون مدنی نظیر مواد ۲۲۰ و ۲۲۵ به دادگاه‌ها اجازه داده شود که مستقیماً یا با یاری طرفین دعوی به احراز آن بپردازند و در صورت کامیابی در کشف چنین عرفی به آن تکیه کرده و از حکم تکمیلی قانون‌گذار چشم‌پوشند یا اینکه خود قانون‌گذار به اصلاح حکم تکمیلی خود مبادرت ورزد و قانونی تازه را با ملاحظه عرف و عادت جدید وضع نماید. البته به لحاظ اینکه فرایند اصلاح قوانین بسیار وقت‌گیر و کند است و از طرفی با توجه به مشغله‌های فراوان مقنن چندان نمی‌توان به آن امید بست، نگارنده بحث را بیشتر در این بخش به سوی دستگاه قضائی برده و سعی کرده که چگونگی اجرای این نظریه را توسط دادگاه‌ها مورد توجه قرار دهد.

به نظر می‌رسد با اینکه اصولاً مطالعه مبانی نظری هر مساله مهم تر از وجه مصداقی آنست مواردی که در این مبحث به عنوان مصادیق نظریه عرفی بودن حقوق قراردادهای بررسی خواهد شد حساسیت و تنش علمی بیشتری نسبت به آنچه در مبحث نخست مطرح شده است برخوردار انگیزت؛ زیرا مباحث نظری و ذهنی که در بخش اول این تحقیق مطالعه شده است به دلیل عدم توجه به آثار محسوس و عینی آن در عالم واقع و زندگی جاری مردم آسانتر مورد پذیرش قرار می‌گیرد، همچنانکه نوشته‌های فقها و حقوقدانان کم و بیش گواه این

واقعیت بوده و نشان از آن دارد که مفاهیم و عناصر مورد بحث در گفتار نخست اغلب و بصورت اجمالی مورد قبول آنها بوده یا دست کم با اعتراض جدی آنها روبرو نشده است؛ اما وقتی نوبت به بررسی مصادیق و موارد می‌رسد دشواری‌های دست برداشتن از سنت‌ها و عادات خود را نشان می‌دهد و تعصب و مقاومت در برابر قبول ایده تازه عمیق‌تر و عریان‌تر می‌گردد و مخالفت‌ها عموماً رنگ و بوی غیر علمی به خود می‌گیرد.

در هر صورت ما در این مبحث به عنوان نمونه از چهار موضوع به ترتیب زیر سخن به میان می‌آوریم و با تأمل و دقت در مورد آنها سیر اجرای نظریه عرفی بودن حقوق قراردادها را در حقوق موضوعه ایران بررسی می‌کنیم.

۱- اثر عقد ضمان؛

۲- خیار حیوان؛

۳- تلف مبیع پس از قبض در فرض اختصاص خیار مجلس، حیوان و شرط به مشتری؛

۴- خیار تاخیر مبیع؛

گفتار نخست: اثر عقد ضمان

همان‌طور که می‌دانیم نظر مشهور و نزدیک به اجماع در فقه امامیه (محقق حلی، ۱۴۰۹، ص ۳۵۶-حسینی عاملی، بیتا، ص ۳۴۸- شهید ثانی، بیتا، ص ۱۰۹) مبتنی بر برخی اخبار و روایات^۱ این است که عقد ضمان موجب نقل ذمه است^۲ و قانون مدنی ایران هم از این نظر تبعیت کرده و در ماده ۶۹۸ مقرر می‌دارد «بعد از اینکه ضمان به طور صحیح واقع شد ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضامن به مضمون له مشغول می‌شود».

به‌راستی مبنای وضع چنین حکمی چیست؟ آیا قانون‌گذار بر اساس فهم خود از اوضاع و احوال زمانه و عرف و عادت میان مردم دست به وضع این حکم زده است یا مصلحت و حکمت غیرقابل گذشت و بدیعی در وضع آن مد نظر شارع یا قانون‌گذار بوده است؟ اگر چنین است آن حکمت که منطقاً باید از سوی عقل بشری قابل درک باشد^۳ چیست؟ آیا حکم

۱. هرچند برخی از فقهاء از بنیاد دلالت روایات وارده بر نقل ذمه را نفی کرده‌اند (محقق داماد، قواعد فقه، بخش مدنی ۲، ص ۱۹۸).

۲. برخلاف فقهاء اهل سنت که معتقد به ضم ذمه به ذمه هستند (عبدالرحمن الجزیری، الفقه علی المذاهب الاربعه، ج ۳، ص ۱۸۶).

۳. بر خلاف حوزه عبادات که اصولاً مجری تعبد است و عقل قادر به حکمت آنها نیست (خالد مسعود، همان ص ۳۰۳ به بعد)؛ به علاوه در حوزه معاملات که با امور ملموس زندگی سرو کار دارد احکامی که با استدلال و بیان حکمت همراه باشد آسانتر مورد قبول قرار می‌گیرد زیرا انسان‌ها به پذیرش احکام معقول و جاری بر طبق مصالح، تمایل بیشتر دارند تا تن دادن به قهر و غلبه (غزالی، المستصفی، ج ۳۳۹ به نقل از صابری، همان، ص ۱۸۱).

قانون‌گذار در این باره امری است یا طرفین می‌تواند عقد ضمانی را منعقد سازند که موجب نقل ذمه نشود و اثر آن ضم ذمه ضامن به ذمه مضمون عنه باشد؟ آیا قصد واقعی و مشترک طرفین عقد ضمان همانست که مورد تصریح قانون‌گذار قرار گرفته است یا بر اساس عرف و عادت موجود باید با قاطعیت گفت که قصد طرفین هرگز نقل ذمه به معنای مورد نظر مقنن نیست؟

به عقیده نویسنده آنچه با توجه به عرف و عادت جاری و فهم نوعی از قصد طرفین ضمان بدست می‌آید این است که ضمان به معنای نقل کامل دین از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن نبوده و باید آن را به نحوی تعدیل کرد.

به نظر می‌رسد از دو طریق و با تکیه بر دو نوع استدلال به ترتیب زیر می‌توان از اجرای حکم مندرج در ماده ۶۹۸ ق.م.اجتناب کرد:

۱- درست است که قانون‌گذار در یک برهه‌ای با تکیه بر نظر مشهور فقهاء امامیه که معتقد بودند تصور استقرار یک دین در ذمه دو نفر در آن واحد عقلاً ممکن نیست (نجفی، ۱۹۸۱، ص ۱۱۵) با مفهوم تضامن و ضم ذمه به ذمه چندان میانه خوبی نداشته و آن را خلاف قاعده و اصول می‌دانسته است ولی با توجه به اینکه در همان زمان این مفهوم را در باب غصب پذیرفته (مواد ۳۱۷ و ۳۲۰) و از طرفی بعد از این تاریخ هم به کرات نهاد مزبور را در حوزه‌های مختلف دیگر نظیر اسناد تجاری، مسوولیت مدیران شرکت‌های سهامی، ... مورد استفاده قرار داده و جالب‌تر و مهم‌تر از آن با صراحت در ماده ۴۰۳ ق.ت. عقد ضمان تضامنی را تجویز کرده است، بنابراین، دیگر ادعای ارتباط مفهوم نقل ذمه به نظم عمومی و قواعد آمره یا به تعبیر فقها مبانی و ضروریات اسلام و در نتیجه عدم امکان پذیرش عقد ضمان تضامنی با هیچ منطقی قابل توجه نیست.

در هر حال از آنجا که اصل، حاکمیت قصد باطنی و مشترک طرفین در حوزه قراردادهاست و از طرفی بی‌گمان قصد طرفین با تکیه بر فهم عرفی در این عقد حاکی از پذیرش تضامن آن هم به صورت طولی است نه نقل ذمه لذا می‌توان گفت در حقوق ایران اثر عقد ضمان ضم ذمه به ذمه می‌باشد.

البته این نظریه در صورتی قابل قبول است که نقل ذمه را که در ماده ۶۹۸ ق.م. آمده مقتضای اطلاق عقد ضمان تعبیر کنیم نه مقتضای ذات آن و جز قواعد آمره و ادعا نمائیم چون قصد مشترک طرفین (مواد ۱۹۱ به بعد قانونی مدنی) یا عرف و عادت جامعه (مواد ۲۲۰ و

۲۲۵ قانون مدنی) حکایت از ضم ذمه به ذمه دارد لذا اثر اصلی و اولیه عقد ضم ذمه است نه نقل ذمه^۱ مگر خلاف آن ثابت شود.

به عقیده نگارنده، نظریه مزبور قابل توجیه است و حکم قانون‌گذار در ماده ۶۹۸ ق.م. را باید ناظر به مورد غالب و عرف و عادت زمان وضع خود دانست؛^۲ ممکن است گفته شود با توجه به اینکه در زمان وضع این حکم هم عرف و عادت همان بوده است که امروزه حاکم است لذا باید معتقد بود که تصریح قانون‌گذار به نقل ذمه با وجود چنین عرفی بدین معناست که نقل ذمه مقتضای ذات عقد است. به نظر می‌رسد چون قانون‌گذار هنگام این حکم بیشتر دغدغه رعایت نظر مشهور فقها را داشته است تا احراز عرف و عادت واقعی و از طرفی شاید تصور می‌کرده است که به احتمال بسیار در نظریه فقها نیز به ملاحظات و نیازهای عرفی توجه شده است، از این رو به این کیفیت مبادرت به تدوین حکم مذکور کرده است.

۲- اگر ادعا شود که نقل ذمه مقتضای ذات عقد ضمان است و تغییر آن خلاف قواعد آمره و نظم عمومی است باز می‌توان به طریق دیگر آن را تعدیل کرد.

قسمت اخیرا ماده ۶۹۹ ق.م. پذیرفته است که التزام به تادیه را می‌توان معلق کرد؛ در این صورت ضامن وقتی مجبور به پرداخت می‌شود که مضمون له به مضمون عنه مراجعه و وی از پرداخت امتناع کرده باشد؛ البته این قسمت از ماده برخلاف بخش اول آن ناظر به فرضی است که ضامن و انتقال دین (برائت ذمه مضمون عنه و اشتغال ذمه ضامن) به‌طور منجز محقق می‌شود ولی ضامن (مدیون جدید) التزام به تادیه دین خود را معلق به عدم تادیه مدیون اول (مضمون عنه) می‌کند. (کاتوزیان، ۱۳۶۴، ص ۲۲۹ و بعد).

با توجه به اینکه عرف و عادت موجود میان مردم نقل ذمه را نمی‌پذیرد و دست کم به یک نوع تعلیق در تادیه نظر دارد و از طرفی ماده ۲۲۵ ق.م. تصریح می‌کند که متعارف بودن امری در عرف و عادت به منزله ذکر در عقد است باید گفت که هر عقد ضمان متضمن این شرط

۱. همچنانکه با وجود تصریح بند ۱ ماده ۳۶۲ ق.م. مبنی بر انتقال مالکیت مبیع به مشتری همزمان با وقوع عقد کسی در صحت عقد بیع کلی که در آن انتقال مالکیت به مجرد وقوع عقد انجام نمی‌گیرد همچنین بیع توام با شرط تاخیر در انتقال مالکیت تردید نکرده است (کاتوزیان، عقود معین ۱، ش ۱۰۶ و ۱۰۷ ص ۱۵۷، ۱۵۸).

۲. برخی از حقوقدانان به این نکته توجه و تصریح کرده اند که شارع عقد ضمان را تعریف نکرده است بلکه آنچه در عرف آن زمان وجود داشته امضاء و تائید کرده است و چون در موارد معدود که مورد سوال و جواب واقع شده مربوط به نقل ذمه بوده است عده‌ای تصور کرده‌اند که تضامن نهی شده است (جعفری لنگرودی، همان، ش ۵۹/۳، ص ۷۲) همچنین ر.ک. به: محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه، بخش مدنی ۲، ص ۱۹۸؛ وی معتقد است که ضمان از معاملات عرفی است که قبل از اسلام هم وجود داشته و شارع در کیفیت انعقاد آن از حیث انضمام دو ذمه یا انتقال ذمه به ذمه دخالت تاسیسی نکرده است.

۳. در این ماده آمده است «تعلیق در ضمان» مثل اینکه ضامن قید کند که اگر مدیون نداد من ضامنم، باطل است؛ ولی التزام به تادیه ممکن است معلق باشد.

عرفی است که التزام به تادیه از سوی ضامن منوط به عدم پرداخت دین توسط مضمون عنه است.^۱

حکم عرفی فوق درباره اثر عقد ضمان آنقدر صریح و مسلم است که می‌توان ادعا کرد حکم مربوط به اثر عقد ضمان به معنای مصطلح و مرسوم خود به صورت قانون متروکه درآمده است. گرچه همچنانکه عده‌ای از حقوقدانان اشاره کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۶۸، ص ۵۱) نباید قائل به نسخ شد و باید به عرف بعنوان یک امر موضوعی که در هر پرونده باید به نحوی مورد استناد و اثبات قرار گیرد، توجه کرد.

این راه حل از این جهت که متضمن عدم تعرض به ماده ۶۹۸ ق.م.و در عین حال احترام به قصد مشترک طرفین و رعایت واقعیت‌ها و نیازهای عرفی است بر راه حل اول ترجیح دارد.

گفتار دوم: خیار حیوان

مطابق ماده ۳۹۸ ق.م «اگر مبیع حیوان باشد مشتری تا سه روز از حین عقد اختیار فسخ معامله را دارد».

مبنای این ماده نظر مشهور فقهاست (حسینی عاملی، بیتا، ص ۵۵۳- محقق حلی، ۱۴۰۹، ص ۲۷۶- امام خمینی، ۱۳۶۸) که آن نیز خود متکی به روایات وارده می‌باشد.

آیا شارع یا قانون‌گذار در وضع این ماده، مصلحت عمومی ویژه در نظر داشته است که نمی‌توان تحت هیچ شرایطی از آن گذشت؟ اگر چنین است چرا هم در فقه و هم در حقوق موضوعه اسقاط کلیه اختیارات از جمله خیار حیوان پذیرفته شده است؟ اگر گفته شود که دلیلی بر وجود حق فسخی با نام خیار حیوان در روزگار ما وجود ندارد به کدام یک از اصول و مبانی شرع یا قواعد آمره قانون‌گذار خلل وارد می‌آید، آیا نباید گفت که مقررات مربوط به خیار حیوان جز احکام امضایی است که اسلام با پذیرش عرف مردم در این باره آن را تایید کرده است؟ اگر چنین است آیا این عرف هنوز هم میان مردم وجود دارد؟

به نظر می‌رسد با توجه به اینکه حکم قانون‌گذار در ماده ۳۹۸ به دلایل متعدد که مهم‌ترین آن امکان اسقاط خیار حیوان مطابق ماده ۴۴۴ ق.م است^۲، در زمره مقررات تکمیلی به شمار

۱. عده‌ای از فقها معاصر هم به این مطلب با بیان دیگر اشاره کرده‌اند مثلاً گفته شده است که به نظر می‌رسد بنای عقلاء بطور ضمنی این شرط طولی را در ضمان درج کرده است (موسوی بجنوردی، نگرشی جدید بر ضمان عقودی و احکام آن، مجله قضائی و حقوقی دادگستری، ش ۴، ۱۳۷۱ ص ۱۳).

۲. البته امکان اسقاط حق لزوماً به معنای تکمیلی بودن حکم موجد آن نیست همچنانکه حق قصاص پس از ایجاد قابل اسقاط است ولی نمی‌توان توافق کرد که حق مزبور در صورت تحقق شرایط قانونی ایجاد نشود. با این حال مبنای امکان اسقاط خیار حیوان و سایر اختیارات در ماده ۴۴۴ ق.م. عدم ارتباط آن با نظم عمومی و قواعد آمره است؛ به همین دلیل در این ماده سقوط خیار تاخیر ثمن و تخلف شرط که در زمان انعقاد قرار داد هنوز ایجاد نگردیده‌اند نیز پذیرفته شده است.

می‌رود و رویه و عادت مردم در معاملات حیوان هم در قریب به اتفاق مناطق کشور حاکی از عدم پذیرش چنین حقی برای مشتری است^۱ و از طرفی عرف، همچنانکه قبلاً گفته شد مقدم بر قانون تکمیلی است. باید گفت که دادگاه ملزم است در هر پرونده با فرض اثبات چنین عرفی نزد وی مطابق ضوابط و اصول حقوقی دعوی فسخ بیع حیوان را به استناد خیار حیوان رد کند مگر اینکه عرف محل وقوع بیع منطبق با حکم قانون‌گذار در این بخش باشد یا طرفین صراحتاً آن را پذیرفته باشند.

گفتار سوم: ضمان تلف مبیع پس از قبض در فرض اختصاص خیار مجلس،

حیوان و شرط به مشتری

یکی دیگر از موارد بحث‌انگیز در این حوزه حکم قانون‌گذار در ماه ۴۵۳ ق.م.است که در آن می‌خوانیم: «در خیار مجلس و حیوان و شرط اگر مبیع بعد از تسلیم و در زمان خیار بایع یا متعاملین تلف یا ناقص شود بر عهده مشتری است و اگر خیار مختص مشتری می‌باشد تلف یا نقص به عهده بایع است».

مبنای وضع این حکم چیست؟ چه حکمتی قانون‌گذار را وادار به پیش بینی چنین حکمی کرده است؟ آیا این حکم ارتباطی با نظم عمومی و قواعد آمره دارد به نحوی که اگر طرفین توافق کنند که مسوولیت چنین تلفی به عهده فروشنده نباشد نظم اجتماعی و عمومی مختل می‌شود یا در زمره احکام تکمیلی است که طرفین به راحتی می‌توانند از آن چشم‌پوشند؟

به نظر می‌رسد چنین حکمی با وجود برخورداری از سابقه روائی و فقهی (محقق حلی، ۱۴۰۹، ص ۲۷۸- حسینی عاملی، بی‌تا، ص ۵۸۰ انصاری، ۱۴۱۱، ص ۹۷- موسوی خمینی، ۱۳۳۸، ۳۹۰- محقق داماد، ۱۳۸۱، ص ۳۱۰ و ۳۱۱) مبنای عرفی داشته و ارتباطی با مبانی و اصول شرعی یا نظم عمومی و قواعد آمره ندارد. همچنانکه در مورد تلف مبیع قبل از قبض یا ضمان معاوضی نیز برخی از حقوقدانان از تکمیلی یا تفسیری بودن آن سخن گفته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۰، ص ۱۹۰). بدین ترتیب، هم اراده طرفین و هم عرف و عادت مغایر می‌تواند آن را بی اعتبار سازد. با توجه به اینکه عرف مسلم موجود در بخش اعظم کشور خلاف حکم ماده ۴۵۳ ق.م.است. بنابراین، دادگاه‌ها باید در این‌گونه

۱. ممکن است گفته شود که عرف در این باره ساکت است و سکوت به معنای مخالفت با حکم پیشنهادی مقنن نیست؛ در پاسخ به این ایراد باید گفت که مخالفت گاه مستقیم است و گاه غیر مستقیم. در این مورد به نظر می‌رسد که عرف در معاملات حیوان برای مشتری حقی مستقل جهت فسخ قرارداد جز به استناد خیار عیب، تخلف و صف و امثال آن قائل نیست و در واقع به گونه غیر مستقیم با حکم قانون‌گذار مخالفت می‌ورزد گرچه شاید اساساً اصطلاح خیار حیوان برای عرف ناشناخته باشد.

موارد پس از اثبات عرف به عنوان یک امر موضوعی از اجرای حکم مزبور به دلیل تقدم حکم عرف بر قوانین تکمیلی اجتناب کنند.

البته برخی از حقوقدانان (کاتوزیان، ۱۳۷۲ (الف)، ص ۱۵۶) تصریح کرده‌اند احکام استثنائی که خلاف قواعد کلی قراردادها وضع می‌شود و نتیجه تراضی دو طرف به شمار نمی‌رود از قواعد امری است؛ با این وصف باید ماده ۵۳ ق.م. را که نویسندگان حقوقی (امامی، ۱۳۶۶، ص ۵۵۴- کاتوزیان، ۱۳۶۹، ص ۹۸- محقق داماد، ۱۳۸۱، ص ۳۰۲) آن را حکمی استثنائی دانسته‌اند، امری به شمار آورد.

درحالی‌که به نظر نویسندگان میان این دو مطلب ملازمه‌ای نیست؛ چرا که ممکن است مستند وضع این گونه مواد شهرت موجود در فقه امامیه بر مبنای اخبار و روایات وارده باشد و بدیهی است این مطلب به خودی خود به معنای امری بودن موضوع آن نیست (موسوی خوئی، ۱۴۱۲، ص ۲۸۱- میرزا نائینی، ۱۴۲۱، ص ۱۹۶). در واقع، ممکن است در همان زمان پیامبر و یا ائمه نیز این حکم با تکیه بر واقعیت‌های عرفی وقت صادر شده و جنبه ارشادی داشته باشد. به همین دلیل، کسی در مورد تکمیلی بودن مقررات مربوط به خیار حیوان که بیگمان حکمی استثنائی و خلاف قاعده به شمار می‌رود، تردید نکرده است.

گفتار چهارم: خیار تاخیر مبیع

همان‌طور که می‌دانیم، قانون‌گذار در ماده ۶۰۶ ق.م. تصریح کرده است: «خیار تاخیر مخصوص بایع است و برای مشتری از جهت تاخیر در تسلیم مبیع این اختیار نمی‌باشد». به عقیده نگارنده این حکم هم از قواعد تکمیلی و تفسیری است و مهم‌ترین دلیل آن نیز رواج پیش بینی حق فسخ برای مشتری در صورت تاخیر در تسلیم مبیع در قراردادها و عدم اعتراض به این موضوع از سوی محاکم است و تصریح قانون‌گذار به اینکه برای مشتری چنین خیاری نمی‌باشد از باب شهرت موجود در فقه^۱ (حسینی عاملی، بیتا، ص ۵۸۰) و احتمالاً با تکیه بر عرف و عادت جاری در آن زمان بوده است. بنابراین، چنانچه ثابت شود عرف و عادت امروز حاکی از امکان فسخ قرارداد از سوی مشتری در فرض تاخیر بایع در تسلیم مبیع می‌باشد باید آن را پذیرفت و بر حکم قانون‌گذار در ماده ۶۰۶ ق.م. مقدم دانست. البته ادعا نمی‌شود که در

۱. وجود شهرت یا حتی اجماع در مورد امری لزوماً نافی امکان استنباط حکم جدید در آن مورد نیست زیرا ممکن است برخی از فتاوی مشهور نیز در واقع مبتنی بر رویه عملی و خصوصیات بوده است که در عصر فقیهان گذشته جنبه غالب داشته و فتوای فقها درباره آن همچون رای است که توسط قاضی در مورد خاصی صادر می‌شود نه اینکه کاشف از دلیل و تعبد خاصی باشد. محقق داماد، مصطفی، روایات قضائی از روایات فقهی، مجله تحقیقات حقوقی، دانشکده حقوق شهید بهشتی، ش ۱۳۸۳، ص ۶۶.

این خصوص استقراء و بررسی کامل صورت گرفته و وجود چنین عرفی مسلم است؛ آنچه در این نوشتار در صدد طرح آن هستیم این است که اگر چنین عرفی اثبات شود دادگاه باید تقاضای فسخ قرارداد را از سوی مشتری بپذیرد و صرف وجود ماده ۴۰۶ ق.م. را بهانه رد دعوی قرار ندهد. زیرا وقتی طرفین بی تردید می‌توانند در قرار داد شرط کنند که چنانچه بایع مبیع را به موقع تسلیم نکرد خریدار حق دارد قرار داد را فسخ کند. پس اگر عرف هم وجود چنین حقی را بدون تصریح طرفین تایید نماید باید به استناد ماده ۲۲۵ ق.م. آن را به منزله ذکر در عقد دانست و برای خریدار خیار تاخیر مبیع را به رسمیت شناخت. در واقع، انتهای ماده ۴۰۶ ق.م. حاوی این نکته است که عقد علی‌الاطلاق متضمن چنین حقی برای مشتری نیست و پیداست که این امر نافی وجود چنین حقی برای وی به استناد توافق طرفین یا عرف نیست.

نتیجه

بررسی‌های انجام شده این حقیقت را آشکار ساخت که مبنا و حکمت قریب به اتفاق مقررات حاکم بر قراردادهای مربوط به اموال و مالکیت به مدد عقل قابل درک و کشف است و اصولاً تعبد در این حوزه راه ندارد. بخش قابل توجهی از این مقررات ریشه در عرف و عادت جاری میان مردم دارد که با توجه به امکان تغییر این مبنا و شکل‌گیری عرف‌های تازه به مرور ایام و در پی تحولات اجتماعی باید به اصلاح آنها دست زد و از ایجاد گسست و شکاف میان نیازهای واقعی مردم در قالب عرف از یکسو و قوانین مصوب از سوی دیگر اجتناب کرد. به نظر می‌رسد چالش برانگیزترین نکته در اجرای این نظریه چگونگی کشف و درک دقیق مبنا و حکمت مقررات مربوط به این حوزه باشد. بررسی‌های ما نشان داد که فلسفه وضع غالب این مقررات هر چه باشد حتی اگر با قاطعیت هم نتوان ادعا کرد که این مقررات بطور کامل از واقعیات عرفی نشأت گرفته است، با توجه به پیش بینی امکان توافق بر خلاف این مقررات یا دست کم عدم منع آن مشکلی ویژه در این مسیر وجود ندارد؛ چرا که تمام نگرانی از این است که شاید حکمت و مصلحتی در پس وضع این دسته از مقررات بخصوص آنهایی که با توجه به پیشینه فقهی و روایی تدوین شده‌اند، باشد که نتوان آن را کشف کرد. حال آنکه وقتی به افراد صراحتاً (مثل ماده ۴۴۴ ق.م. در مورد امکان اسقاط خیار حیوان) یا با تکیه بر اصل آزادی اراده (اصاله‌الاباحه) و عدم منع اجازه داده می‌شود که از اجرای این مقررات سرپیچی کنند بی‌گمان معنای آن این است که حکمت مزبور هر چه باشد امری نبوده و تعرض به آن خللی به نظم عمومی یا اصول شریعت وارد نمی‌آورد. بنابراین، مقنن می‌تواند قوانین حاکم بر این حوزه را متناسب با شرایط و واقعیات تازه اصلاح کند.

تا وقتی که قانون‌گذار به این امر تن نداده است با تکیه بر این واقعیت‌ها و با توجه به تقدم حکم ناشی از عرف بر اینگونه مقررات (مواد ۳۸۵، ۳۴۴، ۲۲۵، ۲۲۰ و ۳۷۵) دادگاه‌ها ملزمند در صورت ادعای هر یک از طرفین مبنی بر وجود عرف و عاداتی مغایر با مقررات مزبور به موضوع رسیدگی کرده و در صورت احراز صحت ادعا از اجرای قوانین پیشنهادی مقنن خودداری و به حکم عرف عمل نمایند.

به نظر نویسنده چنین عرفی در مورد خیار حیوان، عقد ضمان و مسوولیت تلف مبیع پس از قبض در زمان خیارات سه گانه بی تردید شکل گرفته و مغایرت میان حکم عرف و قوانین تکمیلی مقنن آشکار است.

منابع و مأخذ

الف - فارسی

۱. امامی، حسن، (۱۳۶۶)، حقوق مدنی، ج اول، تهران، انتشارات اسلامیه، چاپ ششم.
۲. موسوی بجنوردی، سید محمد، (۱۳۷۱)، نگرشی جدید بر ضمان عقودی و احکام، آن، مجله قضائی و حقوقی دادگستری، ش ۴.
۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۶۹)، مقدمه عمومی علم حقوق، تهران، انتشارات گنج دانش، چاپ دوم.
۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۲)، صد مقاله در روش تحقیق علم حقوق، تهران، انتشارات گنج دانش، چاپ اول.
۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۷۰)، مکتب‌های حقوقی اسلام، تهران، انتشارات گنج دانش، چاپ دوم.
۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۶۷)، ترمینولوژی حقوق، تهران، انتشارات گنج دانش، چاپ دوم.
۷. خالد مسعود، محمد، (۱۳۸۲)، فلسفه حقوق اسلامی، ترجمه محمد رضا ظفری. و فخر الدین اصغری، قم، انتشارات موسسه بوستان کتاب، چاپ اول.
۸. راوندی، مرتضی، (۱۳۸۲)، تاریخ اجتماعی ایران، ج ۴، تهران، انتشارات نگاه، چاپ دوم.
۹. شهیدی، مهدی، (۱۳۷۹)، حقوق مدنی، اصول قراردادها و تعهدات، ج ۲، تهران، انتشارات عصر حقوق، چاپ اول.
۱۰. صابری، حسین، (۱۳۸۴)، فقه و مصالح عرفی، قم، انتشارات بوستان کتاب قم، چاپ اول.
۱۱. صفایی، سید حسین - عادل، مرتضی - کاظمی، محمود و میرزا نژاد، اکبر، (۱۳۸۴)، حقوق بیع بین‌المللی با مطالعه تطبیقی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ اول.
۱۲. فیض، علیرضا، (۱۳۷۲ - ۱۳۷۱)، پویایی فقه در پرتو عرف یادر بستر زمان و مکان، مجله کانون و کلاء، ش ۱۵۷-۱۵۶.
۱۳. فیض، علیرضا، (۱۳۸۲)، ویژگی‌های اجتهاد و فقه پویا (فقه پویا در مکتب سه فقیه)، تهران، انتشارات پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی، چاپ اول.
۱۴. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۱)، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، تهران، انتشارات بهنشر، چاپ اول.
۱۵. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۱)، فلسفه حقوق، ج اول و دوم، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم.
۱۶. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۰)، حقوق مدنی، عقود معین، ج اول، تهران، انتشارات بهنشر، چاپ چهارم.
۱۷. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۶۸)، حقوق مدنی، عقود معین، ج ۲، مشارکت‌ها - صلح، تهران، انتشارات گنج دانش، چاپ دوم.
۱۸. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۶۴)، حقوق مدنی، عقود معین، ج ۳، تهران، انتشارات بهنشر، چاپ اول.
۱۹. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۶۹)، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، تهران، انتشارات بهنشر، چاپ اول.

۲۰. محقق داماد، سیدمصطفی، (۱۳۶۴)، مباحثی از اصول فقه، دفتر دوم، قم، انتشارات اندیشه‌های نو در علوم اسلامی، چاپ دوم.
۲۱. محقق داماد، سیدمصطفی، (۱۳۸۱)، قواعد فقه، بخش مدنی ۲، تهران، انتشارات سمت، چاپ پنجم.
۲۲. محقق داماد، مصطفی، (۱۳۸۳)، تفکیک روایات قضائی از روایات فقهی، مجله تحقیقات حقوقی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ش ۳۹.
۲۳. نوری، محمد علی، (۱۳۷۸)، اصول قراردادهای بازرگانی بین‌المللی، تهران، انتشارات گنج دانش، چاپ اول.

ب- عربی

۱. انصاری، شیخ مرتضی، (۱۴۱۱)، مکاسب، ج ۳، بیروت، انتشارات دارالذخائر، چاپ اول.
۲. حسینی عاملی، محمدجواد، بی‌تا، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه ج ۴ و ۵، بیروت، انتشارات دارالاحیاء والتراث العربی.
۳. الجزیری، عبدالرحمن، (۱۹۸۶)، الفقه علی المذاهب الاربعه، ج ۳، چاپ هفتم، بیروت، انتشارات دارالاحیاء التراث و العربی.
۴. شهید ثانی، روضه البهیة فی شرح المعه الدمشقیه، بی‌تا، ج ۴، بیروت، انتشارات دارالعالم الاسلامی.
۵. موسوی خمینی، روح الله، (۱۳۳۸)، تحریر الوسیله، ج ۲، انتشارات دفتر نشر اسلامی، چاپ اول.
۶. میرزا نائینی، (۱۴۲۱)، منیه الطالب، ج ۳، انتشارات موسسه نشراسلامی، چاپ اول.
۷. موسوی خوئی، (۱۴۲۱)، سیدابولقاسم، مصباح الفقاهه، ج ۷، بیروت، انتشارات دارالهادی، چاپ اول.
۸. محقق حلی، (۱۴۰۹)، شرایع الاسلام، ج ۱ و ۲، تهران، انتشارات استقلال، چاپ دوم، با تعلیقات سید صادق شیرازی.
۹. نجفی، شیخ محمد حسن، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، بیروت، انتشارات دارالاحیاء التراث و العربی.