

# موارد رجوع به عرف و عادت در قانون مدنی

علی اکبر میقانی

مقدمه:

قبل از پرداخت به اصل مطلب، ضروری به نظر می‌رسد به نکاتی چند در زمینه کلیات موضوع عنوان مقدمه، اشاره شود.

۱- سابقه تاریخی عرف و عادت: از نقطه نظر حقوق عرفی، عرف و عادت را باید به عنوان نخستین منبع حقوق در اجتماعات انسانی دانست، چه آنکه تأسیسات مربوط به قانونگذاری بویژه قانونگذاری جدید که بر پایه انتخابات عمومی و آرا مبتنی است، تاریخچه‌ای چندان طولانی ندارد و هر چه هست به دوره‌های اولیه تشکیل جوامع انسانی برمی‌گردد و آنچه که ما مربوط به آن دوره‌ها از لحاظ نظامات اجتماعی می‌دانیم، در واقع همان عرف و عادت است که در نتیجه زندگی دست جمعی، بتدریج و به صورت خودبخودی به وجود آمده است. البته مسائل اجتماعی نیز در آن ایام به تناسب سطح زندگی مردم آن روزگار تنوع چندانی نداشته و تهیه ضروری‌ترین وسایل زندگی مانند غذا و پوشاک و مسکن آن هم به صورت ابتدایی، موضوع روابط و مناسبات اجتماعی مردم آن زمان بوده است. درباره چگونگی پیدایش عرف و عادت در آن زمان برخی از حقوقدانان معتقدند که:

«در آن اوقات، حقوق، بیشتر به وسیله

«عرف» یعنی عادت کردن مردم به این امر که پیوسته در موقع بروز قضیه معینی قاعده مخصوصی را رعایت کنند و معمول دارند، تشکیل می‌شد. همین عقیده و ایمانی که به لزوم رعایت فلان قاعده معین متدرجاً در ذهن مردم در اثر تکرار دائمی امور مخصوصی پیدا می‌شود، ریشه و اصل قواعد حقوق است. بنابراین عرف و عادت اولین منبع حقوق می‌باشد.» (۱)

۲- تأثیر مذهب: با ظهور مذاهب و نفوذ

آن در زندگی اجتماعی جوامع بشری، عادات و رسوم، توسعه و قوت بیشتری پیدا کرد و علما و دانشمندان مذهبی موضوع عرف و عادت را در کتابهای خود از جهات گوناگون مورد بحث قرار داده تا آنجا که در حقوق اسلام، فقها در مقام تعریف و تعداد عرفهای اجتماعی و نیز دلایل وجودی آنها، برآوردهای دکتر جعفری لنگرودی، در کتاب خود، به نام «مکتبهای حقوقی در حقوق اسلام» مطالب سودمندی را در این زمینه از متون و منابع فقه

بررسی و شمارش تعداد آنها کاری بس دشوار است، به طوری که مجموعه قوانین و آیین نامه‌های سالیانه که قبلاً بدانها اشاره شد، برای حل و فصل تمام مسائل در روابط اجتماعی کافی نیست و باز هم بسیاری از موارد و مسائل حقوقی وجود دارد که حکم قانون شامل آنها نمی‌شود. وبا اصطلاح، قانون درباره آنها ساکت است. علت وجود عرف و عادت، در این گونه موارد، به جهت تعیین تکلیف است؛ به عبارت دیگر، علت اساسی وجود عرف و عادت، توسعه روزافزون روابط اجتماعی از یک طرف و عدم کفایت مقررات و قواعد موجود (حقوق مدون) از طرف دیگر می‌باشد.

۴ - **تعریف عرف و عادت:** با آنچه باختصار، در مورد سابقه تاریخی و علت وجودی عرف و عادت گفته شد، تا حدودی زمینه تعریف عرف و عادت به دست آمد و معلوم شد قواعد عرف همزمان با تشکیل اجتماعات انسانی، در نتیجه روابط آنها با یکدیگر در شؤون مختلف اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی، به خودی خود بدون تشکیل مجمع و مجلس مخصوصی به وجود می‌آید، همان طور که طفل بدون اینکه خود متوجه باشد زبان مادری را فرا می‌گیرد، افراد جامعه نیز بدون اینکه توجهی به پیدایش قواعد عرف داشته باشند، ناگهان خود را در برابر بسیاری از قواعد و رسوم اجتماعی می‌بینند که ناگزیر از رعایت آنها می‌باشند. بنابراین، عرف و عادت هر جامعه‌ای را می‌توان نتیجه ناگزیر تأثیر روابط اجتماعی افراد آن جامعه در مورد بعضی از مسائل اجتماعی یا یکدیگر دانست. در کتاب «مقدمه علم حقوق» (۱۲) در تعریف «عرف» آمده است: عرف «قاعده‌ای است که بتدریج و خودبخود میان همه مردم یا گروهی از آنان به عنوان قاعده‌ای الزام‌آور مرسوم شده است».

۵ - **عرف و عادت در قانون مدنی:** قبل از ورود به مبحث اصلی، لازم است توضیحات مختصری درباره چگونگی تدوین قانون مدنی و مباحث و موضوعات جلد اول آن داد شود.

## قواعد عرف و عادت چه در متون قوانین و چه در خارج از آنها در جامعه وجود دارد.

آیین‌نامه‌های گوناگون از تصویب مجالس قانونگذاری می‌گذرد، با این حال، قواعد عرف و عادت چه در متون قوانین و چه در خارج از آنها در جامعه وجود دارد. علت وجود قواعد عرف در گذشته دور، واضح است و احتیاجی به توضیح ندارد. زیرا در آن زمان، مردم جز همین قواعد، به قواعد دیگری برای گذران امور اجتماعی دسترسی نداشته‌اند. قواعد مذهبی نیز با آنکه پیدایش آنها بنا به اعتقادات مذهبی همزمان با پیدایش انسان است، در بسیاری از جوامع راه پیدا نکرده بود. اما در مورد ضرورت وجود عرف و عادت در سایر دورانهای زندگانی اجتماعی بشر و در حال حاضر که قواعد مذهبی و نیز قواعد ناشی از قوانین و مصوبات

**عدالت قضائی را می‌توان  
به معنی امقاق مق اصماب  
دعوی تا مدهودی که قانون  
تعیین نموده، دانست**

مجالس قانونگذاری پیوسته در حال توسعه و افزایش است علت دیگری وجود دارد و آن، اینست که مناسبات و روابط اجتماعی در جوامع بشری همواره در حال گسترش و ازدیاد بوده و پیوسته نیز تنوعات آن افزوده می‌شود. در حال حاضر که ما شاهد آن هستیم، توسعه و پیشرفت روابط اجتماعی به جایی رسیده که

اسلامی جمع‌آوری نموده‌اند که به برخی از آنها ذیلاً اشاره می‌شود؛ البته چون آنها را در تعریف «عرف» ناقص دانسته‌اند، تنها عناصر «عرف» را تعداد نموده‌اند که عناصر مزبور عبارتند از:

الف - عمل معین؛ ب - تکرار عمل معین؛ ج - تکرار به حدی رسد که به صورت غالب یا به صورت عام درآید؛ د - عمل باید ارادی باشد نه غریزی.

همچنین در این کتاب، از نه قسم عرف نام برده‌اند که باختصار عبارتند از:

۱ - عرف عام شامل همه اعصار و امصار. ۲ - عرف خاص که به معنی عرف بعضی از اعضاء، یا ناحیه معین و عرف بعضی از اصناف می‌باشد. ۳ - عرف حادث، عرفی که بعد از عصر مقنن اسلام پدید آمده است. ۴ - عرف متأخر، که مقصود از آن عرفی است که متأخر از منشاء دعوی یا مقرله به وجود آمده باشد. ۵ - عرف مقارن، مانند عرفهای زمان انعقاد عقد. ۶ - عرف مسلم (که از مثالهای آن هزینه برف روبی است که در عقد اجاره به عهده مستأجر است). ۷ - عرف عملی که در مقابل عرف لفظی است. ۸ - عرف عقلا که به اسامی سیره عقلا - طریقه عقلا - عمل عقلا - بناء عقلا هم نامیده شده است. ۹ - عرف، که اکثریت و اقلیت جامعه را در برمی‌گیرد.

و بالاخره در توجیه و دلایل وجودی عرف نیز دلایلی را جمع‌آوری کرده‌اند که از جمله این حدیث نیز می‌باشد: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن».

۳ - **علت وجودی عرف و عادت:** چنانکه قبلاً اشاره شد، عرف و عادت در گذشته تنها منبع حقوقی جامعه بوده و بعدها هم که مذاهب و منابع دیگر حقوقی مانند قوه قانونگذاری به وجود آمد، هرچند از حوزه عمل عرف و عادت کاسته شد ولی همچنان در کنار سایر منابع حقوقی وجود داشته و بسیاری از مناسبات و روابط اجتماعی جامعه با آن حل و فصل می‌شده است. در زمان ما نیز که حقوق مدون توسعه بیشتری یافته و هر سال مجموعه‌های بزرگی شامل قوانین و

قانون مدنی است ضمن فصول و مباحث باب سوم - قسمت دوم بیان شده و بالاخره موضوع کتاب سوم - که تنها شامل شش ماده است - متضمن تعریف چهار اصطلاح و دو قاعده حقوقی است. آقای مصطفی عدل، در کتاب "حقوق مدنی"، اسباب تملک را به پنج قسمت

میرزا محمد رضا ایروانی - شیخعلی بابا و حاجی میرزا سید محمد فاطمی که طراح اصلی قانون حاجی سید محمد فاطمی بوده‌اند. این افراد که از حقوقدانان و فقهای بزرگ زمان خود بوده‌اند، پس از بررسیهای طولانی و تحمل زحمات زیاد، این قانون مهم

الف - توضیحاتی در مورد چگونگی تدوین قانون مدنی؛ تمام قانون مدنی، شامل (۱۳۳۵) ماده است که ضمن سه مطلب گنجانیده شده است. موضوع جلد دوم، اشخاص است که شامل مسائل مربوط به اهلیت انسان و تابعیت و اقامتگاه او و سپس

## عرف « قاعده‌ها است که بتدریج و خودبخود هیات مردم

### یا گروهی از آنان به عنوان قاعده‌ها الزام آور هر سوم شده است. »

تقسیم نموده‌اند. ایشان با توجه به مواد (۳۲ تا ۳۴)، (۴۸)، (۴۹) و (۹۶) قانون مدنی، تبعیت مملوک را نیز از اسباب تملک دانسته‌اند.

اینک پس از بیان کلیات و مقدمات فوق، به شرح مطلب اصلی که موارد رجوع به عرف و عادت در قانون مدنی است، می‌پردازیم.

در جلد اول قانون مدنی بیش از سی مورد، صریحاً به عرف و عادت رجوع شده است و ده مورد نیز به طور اجمال رجوع به عرف شده است. در مواردی که صریحاً رجوع به عرف شده در حدود بیست و پنج مورد با عبارات عرف و عادت، (عرف) (عرفاً) می‌باشد و در چهار مورد با عبارت (عرف ...) و با هر یک از عبارات (معمول بلد و زمان)، (عادات) و (عرفیه) نیز از هر کدام در یک مورد استفاده شده است. در مواردی که به طور اجمال رجوع به عرف شده، عبارت قانون «بطور متناوب» و متناوباً (متعارف) می‌باشد و در این موارد، تکلیف قاضی رسیدگی کننده است تشخیص دهد که عبارت قانون و مقصود قانونگذار دلالت بر عرف دارد یا به امر دیگر. از روی موارد فوق، سه مورد آن - که موارد مواد (۵۴۲) و (۵۵۵) و (۶۱۲) می‌باشد - دلالت بر موضوع به عرف دارد (۵) بدین ترتیب، جمعا حدود سی و پنج مورد در جلد اول قانون مدنی به تصریح یا اجمال به عرف و عادت اشاره شده است.

را که مهمترین منبع حقوق خصوصی ماست، برای جامعه فراهم کرده‌اند. انسجام و استحکام مواد، آنچنان است که با آنکه از تاریخ تصویب آن بیش از شصت سال می‌گذرد، کمتر قانونی از لحاظ جامعیت بار معنی و ایجاز کلام مانند آن وضع شده است. یا حتی اگر چنین قوانینی هم وضع شده بود، قطعاً تحت تأثیر خصوصیات همان قانون مدنی بوده است. ضمناً ناگفته نماند که تاریخ تصویب جلد اول قانون مدنی، هجدهم اردیبهشت ماه سال (۱۳۰۷) بوده است. (۴)

ب - موضوعات و مباحث جلد اول : همان طور که فوقاً اشاره شد، مطالب جلد اول قانون مدنی در سه کتاب گنجانده شده است مطالب کتاب اول، راجع است به بیان قواعد انواع اموال و مالکیت به طور کلی و حقوق مختلفی که برای اشخاص نسبت به اموال حاصل می‌شود و این قواعد جمعا در دو باب و شش فصل و شش مبحث به تربیت بیان شده و مطالب کتاب دوم که موضوع آن بیان قواعد چهار نوع اسباب تملک است که عبارتند از :  
۱ - احیای اراضی موات و حیازت اشیای میباحه، ۲ - عقود و معاملات و الزامات ، ۳ - اخذ به شفعه، ۴ - وصایا و ارث. که به لحاظ نوع و کثرت مطالب، جمعا در چهار قسمت و یازده باب و حدود چهل فصل و حدود پنجاه مبحث گنجانیده شده است و قواعد مربوط به عقود معینه که مفصل‌ترین بخش

مباحث نکاح و طلاق، وجود مجرمیت و غیره می‌باشد و موضوع جلد سوم نیز، دلایل اثبات دعوی است. اما موضوع جلد اول که از لحاظ بررسی موارد رجوع به عرف و عادت، موضوع این مقاله می‌باشد؛ عمده‌ترین بخش قانون مدنی بوده و متضمن (۹۵۵) ماده می‌باشد که در سه کتاب جای داده شد. اصطلاح "کتاب" مأخوذ از فقه اسلامی است؛ اصولاً قسمت اعظم مباحث و حقوق جلد اول ترجمه فقه اسلامی است که از کتبی مانند شرح لمعه، شرایع و مکاسب استفاده شده. البته تدوین کنندگان مواد مزبور در آنجا که احتیاجی به قوانین کشورهای خارجی بوده از استفاده از آن قوانین نیز کوتاهی نکرده‌اند. چنانکه در تدوین مواد مربوط به تقسیم اموال منقول و غیرمنقول و حق انتفاع و حق ارتفاق و همچنین در پاره‌ای از مواد راجع به عقود و قراردادهای از قانون فرانسه اقتباس نموده‌اند. (۳)

در اینجا بی‌مناسبت نیست که به لحاظ کار بزرگی که تدوین کنندگان قانون مدنی انجام داده‌اند با یادآوری نام و ذکر خیری از آنها، ادای احترامی نسبت به آنها به عمل آید. مطابق توضیحات ذیل صفحه (۳۶) کتاب "حقوق مدنی ایران"، کمیسیون تدوین جلد اول قانون مدنی، مرکب بوده از آقایان: حاج سید نصراله نقوی - محسن صدر - مصطفی عدل - کاظم عصار - شیخ محمد علی کاشانی

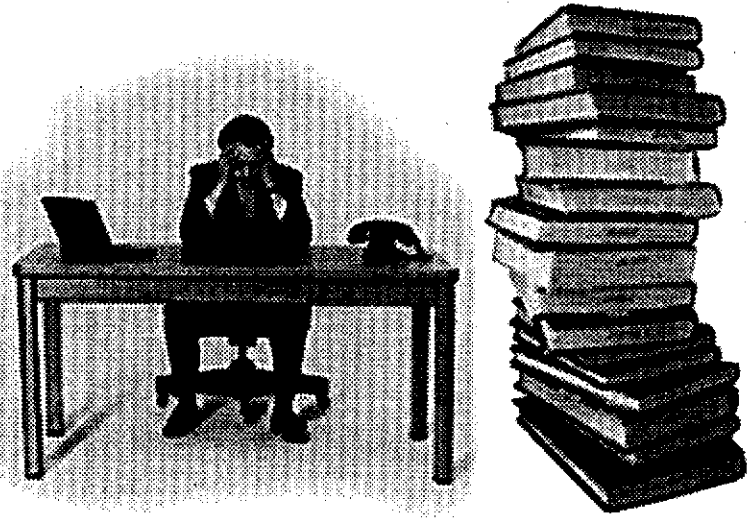
\*\*\*\*\*

جدول موارد صریح رجوع به عرف و عادت در قانون مدنی (جلد اول)

ردیف	ماده قانونی	عبارت قانون	مورد رجوع به عرف
۱	۱۳	عرفاً	در تعیین اموال غیر منقول.
۲	۵۴	عرف و عادت	سایر کیفیات انتفاع از مال دیگری.
۳	۱۶۴	عادناً	در مورد نشر و اعلام برای تعریف اشیاء پیدا شده.
۴	۲۲۰	عرف و عادت	الزام متعاملین به کلیه نتایج حاصل از عرف و عادت.
۵	۲۲۴	عرفیه	بار الفاظ عقود.
۶	۲۲۵	عرف و عادت	متعارف بودن امری در عرف و عادت.
۷	۲۸۰	عرف و عادت	در مورد انجام تمهید.
۸	۳۳۲	عرفاً	در مورد اقوی بودن عمل مسبب نسبت به عمل مباشر در اتلاف مال غیر.
۹	۳۳۶	عرفاً	در مورد استحقاق اجرت برای کسی که بر حسب امر دیگری اقدام به عملی نموده.
۱۰	۳۴۲	عرف بلد	در مورد تعیین مقدار مبیع.
۱۱	۳۴۴	عرف و عادت	در مورد وجود شرط موعدهی برای تسلیم مبیع یا تأدیه قسمت.
۱۲	۳۵۶	عرف و عادت	اشیائی که داخل مبیع می باشند.
۱۳	۳۵۷	عرف و عادت	اشیائی که داخل مبیع نمی باشند.
۱۴	۳۵۸	عرف و عادت	در مورد توابع مبیع.
۱۵	۳۵۹	عرفاً	در مورد اشیائی که دخول آنها در مبیع عرفاً مشکوک است.
۱۶	۳۶۹	عرفاً	در مورد چگونگی تسلیم مبیع.
۱۷	۳۷۵	عرف و عادت	در مورد محل تسلیم مبیع.
۱۸	۳۸۲	عرف و عادت	در مورد اختیار طرفین از بابت مخارج معامله یا محل تسلیم مبیع.
۱۹	۴۱۷	عرفاً	در مورد غبن فاحش.
۲۰	۴۲۶	عرف و عادت	در مورد تشخیص عیب.
۲۱	۴۸۶	عرف بلد	در مورد تعمیرات، مخارج آلات و ادوات برای امکان انتفاع از عین مستأجره.
۲۲	۵۲۴	عرف بلد	در تعیین نوع زرع در عقد مزارعه.
۲۳	۵۴۲	متعارف	در مورد مخارج زمین در عقد مزارع.
۲۴	۵۴۹	عرف	در مورد تعیین حصه در عقد مضاربه.
۲۵	۵۵۵	متعارف و معمول بلد و زمان	اعمال مضاربه برای نوع تجارت و اجرت در مواردی که بایستی به اجیر رجوع کند.
۲۶	۶۱۲	متعارف	در مورد حفظ مال ودیعه.
۲۷	۶۳۲	عرف بلد	در مورد مسئولیت مسؤولین امکانه جمعی در عقد ودیعه.
۲۸	۶۶۶	عرفاً	در مورد تقصیر وکیل.
۲۹	۶۶۷	عرف و عادت	در مورد حدود اختیارات وکیل.
۳۰	۶۷۶	عرف و عادت	در مورد حدود حق الوکاله وکیل.
۳۱	۹۵۰	عرف	در مورد تعیین اموال مثلی و قیمی.

می باشد. اما چون عمل تعریف می تواند اشکال مختلفی داشته باشد که بعضی مؤثر و برخی دیگر غیر مؤثر است، لذا قانون مدنی در ماده (۱۶۴) در این مورد ارائه طریق نموده و اعلام داشته: «تعریف اشیای پیداشده عبارتست از نشر و اعلان بر حسب مقررات شرعی، به نحوی که بتوان گفت که «عادتاً» به اطلاع اهالی محل رسیده است.» به طوری که ملاحظه می شود، در این ماده قانو نگذار با آنکه طرحی را برای تعریف تعیین نموده ولی ضابطه اصلی را عادت مردم قرار داده است. یعنی باید یابنده شیء، به این نکته توجه کند در یابد که مردم محل عموماً برای آگاهی از نوع، به چه نوع وسیله آگاهی توجه و عادت دارند و بر اساس این عادت تعریف را انجام دهد و اگر چنانچه مردم محل به خواندن روزنامه و آگاهی عادت دارند، تعریف را به صورت درج آگاهی در روزنامه یا معابر انجام دهد و چنانچه به گوش دادن به رادیو یا تماشای تلویزیون عادت دارند، آگاهی را از آن طریق به اطلاع اهالی برساند و چنانچه به اقتضای عادت محل، موضوع مستلزم بیان و اعلان مطلب در مساجد و معابر است، تعریف را به آن صورت انجام دهد. به هر حال نکته مهم رعایت عادت عمومی اهل محل در این مورد می باشد. ضمناً مواد مورد بحث از جمله مواد اصلاحی قانون مدنی در تاریخ (۶/۱۰/۸۶) می باشد.

مورد سوم، درباره اموال مثلی و قیمی: در فقه و قانون مدنی به اموال مثلی و قیمی زیاد برمی خوریم و گاهی مواقع تعریف جامع و مانع برای آنها مشکل می شود. ماده (۹۵۰) قانون مدنی به کمک عرف و عادت در مقام حل این مشکل برآمده، ماده مزبور در این خصوص چنین مقرر می دارد: «مثلی که در این قانون ذکر شده، عبارت از مالی است که اشباه و نظایر آن نوعاً زیاد و شایع باشد مانند حیوانات و نحو آن و قیمی مقابل آن است. معذک تشخیص این معنی با عرف می باشد.» در تحلیل این ماده، سه مطلب قابل تفکیک و تمییز است؛ اول اینکه قانونگذار اشیای



قانون تعیین نموده «مانند اراضی، ابنیه و اشیا. دوم، هر چه که در بناء منصوب و عرفاً جزء بناء محسوب می شود...».

در اینجاست که بقیه اموال غیر منقول به وسیله قاعده عرف تعیین می شود و چنانکه می دانیم، عرف برخلاف قانون در همه جا یکسان نیست و در نقاط مختلف عرفهای گوناگون وجود دارد و از این جهت، اشیای گوناگونی را می توان مطابق عرف محل، جزو بنا محسوب نمود و در نتیجه غیر منقول شناخت و این اموال می توانند وسایلی نظیر نردبانهای بلند، تختهای روحوض، آنتن های رادیو و تلویزیون نصب شده در پشت بامها و امثال آن باشند.

مورد دوم، تعریف اشیای پیداشده: اشیای پیدا شده اموالی هستند که اشخاص در کوجه و معابر پیدا می کنند و قانونگذار برای آن تعیین تکلیف نموده است. چنانچه بهای آن اندک یعنی کمتر از یک درهم باشد نتواند آن را تملک کند. اما اگر بهای آن یک درهم و بیشتر از آن باشد نمی تواند در تملک آن فوراً اقدام کند بلکه باید ابتدا برای پیدا کردن صاحب آن بکوشد و طریقه ای را که قانون مدنی در ماده (۱۶۳) برای پیدا کردن صاحب مال پیداشده، تعیین نموده، تعریف آن مال برای مدت یک سال به جهت یافتن صاحب آن

۶- شرح بعضی موارد رجوع به عرف: ذیلاً سه مورد رجوع به عرف که هر مورد آن از یک کتاب جلد اول قانون مدنی انتخاب شده - شرح داده می شود:

مورد اول، اموال غیر منقول: مطابق ماده (۱۲)، غیر منقول تعریف شده و آن، مالی است که از محلی به محل دیگر نتوان نقل نمود اعم از اینکه استقرار آن ذاتی باشد یا به واسطه عمل انسان؛ به نحوی که نقل آن مستلزم خرابی یا نقص خود مال یا محل آن شود. مطابق این تعریف، مال غیر منقول مالی است که قابل نقل و انتقال نیست و در صورت انتقال مستلزم بروز خرابی یا نقص به خود مال یا محل آن می باشد و به علاوه، مال غیر منقول دو نوع می باشد: اول، ذاتی یعنی اموالی که ذاتاً از ابتدای پیدایش غیر منقول بوده اند، مانند زمین، معدن، چشمه و امثال آن. دوم، اموالی که در نتیجه عمل انسان غیر منقول می شوند، مانند کلیه مصالح ساختمانی از قبیل آجر، آهن و چارچوبهایی که در ساختمانها به کار می رود. در ماده (۱۳) توضیح داده شده که: «اراضی و ابنیه و اشیا و هر چه که در بناء منصوب، و عرفاً جزء بناء محسوب می شود، غیر منقول است...» به طوری که ملاحظه می شود مطابق این ماده، دو نوع اموال غیر منقول مشخص شده: اول، اموالی که

بیع، و ماده (۵۴۹) راجع به تعیین حصه عقد مضاربه می‌باشد. و در بعضی از موارد از جمله در ماده (۶۶۷) که راجع به اختیار وکیل است، اعتبار عرف و عادت، تنها در حد اعتبار قراین تعیین شده است.

**۸ - عرف و عادت و عدالت قضائی:**  
عدالت قضائی را می‌توان به معنی احقاق حق اصحاب دعوی تا حدودی که قانون تعیین نموده، دانست. از آنجا که عرف و عادت نیز دارای همین اعتبار است لذا تا حد قانون می‌تواند در تأمین عدالت قضائی مؤثر باشد ولی البته حوزه عمل عرف به اندازه قانون نیست و این حوزه عمل در موارد مختلف نیز متفاوت است مثلاً به طوری که از فهرست تنظیمی معلوم می‌شود، در مورد مباحث و موضوعات عقد بیع در حدود دوازده مورد، رجوع به عرف شده است و این موارد عبارتند از: مورد تعیین مقدار مبیع، وجود شرط یا موعودی برای تسلیم مبیع یا ثمن، در مورد اشیائی که داخل یا خارج از مبیع محسوب بوده و یا دخول آنها در مبیع مشکوک می‌باشد، در مورد کیفیت و محل تسلیم مبیع، در مورد اختیار طرفین از بابت مخارج معامله، و بالاخره در مورد غبن فاحش و تشخیص عیب. با توجه به موارد فوق، اهمیت مقام عرف و عادت در رسیدگی قضائی که موضوع آن عقد بیع یا یکی از متفرعات آن، که در آن رجوع به عرف شده باشد بخوبی معلوم می‌شود یا مثلاً در مورد عقد وکالت مطابق جدول تنظیمی و در سه مورد، حدود اختیارات وکیل، موارد تقصیر و حق الوکاله او به حکم عرف و عادت رجوع شده است. و بالاخره چنانچه پیش از سی موردی که در جلد اول قانون مدنی، به تصریح به عرف و عادت ارجاع شده، در نظر بگیریم؛ بخوبی اهمیت عرف و عادت در تأمین عدالت قضائی و احقاق حق اصحاب دعوی روشن می‌شود.

نکته قابل توجهی که در رسیدگیهای قضائی در این گونه موارد وجود دارد، مشکل شناسایی مواردی است که حکم عرف نسبت به آنها جاری است. بدیهی است چنانچه مرجع

خارج، مبیع موضوع مواد (۲۵۶) و (۲۵۷) و نیز در مورد تعیین موال مثلی و قیمی موضوع ماده (۹۵۰) که شرح آن قبلاً گذشت به عرف و عادت قائل است.

از جمله مواردی که در قانون مدنی، ارزش و اعتبار عرف و عادت، در حدود اعتبار قانون و اراده طرفین عقد تعیین شده در مورد ماده (۲۸۰) راجع به محل انجام دادن تعهد و ماده (۲۷۵) راجع به محل تسلیم مبیع می‌باشد و بالاخره، از جمله مواردی که به عرف و عادت، تنها اعتبار قانون داده شده در مورد ماده (۲۲۰) راجع به الزام متعاملین به کلیه نتایج حاصل از عرف و عادت و مورد ماده (۳۴۴)، راجع به رعایت شرط و موعد در عقد

**بدیهی است چنانچه مرجع قضائی**

**به نام آنچه که عرف و عادت بدان**

**مکم نموده، آگاهی داشته باشد؛**

**مسلماً نتیجه رسیدگی می‌تواند**

**متضمن احقاق حق کامل باشد**

مثلی را صریحاً تعریف کرده، مطابق این تعریف، اموال مثلی اموالی هستند که دارای اشباه و نظایر فراوان باشند. مثالی که در قانون مدنی در این مورد آمده، حیویات و نحو آن می‌باشد، و آنچه در این مورد در کتب فقهی مثال آورده می‌شود اموالی مانند گندم و نظایر آن است. به هر حال، مطلب دومی که از ماده مورد بحث قابل تشخیص است اینست که تدوین کنندگان قانون مدنی برای اموال قیمی تعریف صریح و مشخصی ننموده‌اند و تنها به این مطلب اکتفا نموده‌اند که این گونه اموال را در مقابل اموال مثلی قرار دهند یعنی که اشباه و نظایر فراوان نداشته باشند، مانند تابلوهای نقاشی و بسیاری کالاهای دیگر. و بالاخره، نکته سومی که از ماده (۹۵۰) قابل تمییز، و مقصود اصلی از تحلیل ماده مزبور است؛ اینست که قانونگذار با وجود ضوابطی که برای تمییز اموال مثلی از قیمی تعیین نموده، با این وجود، ضوابط مزبور را کافی ندانسته و در نهایت، تعیین تکلیف موضوع را به عهده عرف گذاشته است. پس مطابق این قسمت از ماده مورد بحث، مالی که در یک محل عنوان مثلی را دارد متمکن است در محل دیگر همان مال برحسب عرف محل، عنوان قیمی داشته باشد و یا برعکس.

**۷ - بررسی ارزش و اعتبار عرف و عادت در قانون مدنی:** از بررسی اجمالی مواردی که در قانون مدنی به عرف و عادت رجوع شده، اعتبار و ارزش قانونی عرف و عادت به صورتهای مختلف مشهود است. قانون مدنی در بعضی از موارد، به عرف و عادت ارزش اساسی و مطلق، و در بعضی از موارد ارزشی در حدود قانون و اداره طرفین عقد و نیز در برخی از موارد تنها ارزش قانون را قائل شده است.

از جمله مواردی که عرف و عادت دارای ارزش اساسی و مطلق می‌باشد، مورد تشخیص عیب در ماده (۴۲۶) در مبحث "خیار عیب" است؛ چه آنکه در این ماده به طور مطلق اعلام شده که، «تشخیص عیب برحسب عرف و عادت می‌شود...». همین ارزش را در رابطه با موارد تعیین اشیای داخل



عرف و عادت یکی از قدیمی‌ترین منابع حقوقی ما بوده و برای صدور احکام عادلانه و منصفانه باید آن را شناسایی و از آن در مورد قانون استفاده نمود.

قضائی به نام آنچه که عرف و عادت بدان حکم نموده، آگاهی داشته باشد؛ مسلماً نتیجه رسیدگی می‌تواند متضمن احقاق حق کامل باشد و یا بر عکس، چنانچه نسبت به آنچه عرف و عادت حکم نموده آگاهی کافی نداشته باشد، خواهی نخواهی نتیجه رسیدگی او موجب تضییع حق اصحاب دعوی و دارندگان حق خواهد بود. (برای توضیح بیشتر در این مورد، به ماده سوم از قانون آیین دادرسی مدنی مراجعه فرمایید).

**۹- عرفهای متروکه و عرفهای جدید:**  
تجربه شصت سال اجرای قانون مدنی، نشان می‌دهد که برخی از عرفها در طول زمان از بین رفته و به جای آنها عرفهای جدیدی به وجود آمده است. از جمله عرفهای متروکه می‌توان مورد ماده (۵۰۸) را مثال زد که مطابق آن، «در موردی که منفعت به بیان مدت اجاره معلوم می‌شود، تعیین راکب یا محمول لازم نیست ولی مستاجر نمی‌تواند زیاده بر مقدار «متعارف» حمل کند» و در مورد عرفهای جدید می‌توان از اخذ ودیعه در اجاره مستغلات بخصوص منازل به وسیله مالکین نام برد. علت از بین رفتن برخی از عرفها و پیدایش عرفهای جدید را بایستی در تحولات و تغییرات اجتماعی جستجو کرد. چنانکه علت از بین رفتن قابلیت اجرائی ماده (۵۰۸) را جایگزینی مسؤول وسایط نقلیه موتوری به جای چارپایان، و علت پیدایش عرف اخذ ودیعه را بحران و کمبود مسکن، در نتیجه افزایش جمعیت می‌توان دانست.

۱۰- شناسایی عرف و عادت و مشکل مراجع قضائی در این مورد: عرف و عاداتی که در قانون مدنی بدانها اشاره شد، در هیچ

مجموعه‌ای مدون نشده و بدین لحاظ، قاضی رسیدگی کننده نمی‌تواند در موقع لزوم برای پیداکردن عرف و عادت مربوط به دو عقد یا قرارداد، به کتابهای مربوط یا مورد نظر مراجعه نماید. پس این سؤال مطرح خواهد شد که طریقه دسترسی به موارد عرف و عادت چگونه خواهد بود؟

پاسخ این سؤال را باید در میزان بصیرت و آشنایی قاضی رسیدگی کننده، به مسائل و قواعد معمول در بطن اجتماعی که در آن زندگی می‌کند، جستجو کرد؛ چه آنکه آشنایی به این قواعد جز از طریق آشنایی با جامعه و چگونگی جریان زندگی در آن به دست نمی‌آید. از اینجا اهمیت اجتماعی بودن شغل قضاوت معلوم می‌شود. البته این اجتماعی بودن معنی خاص دارد و معنی خاص آن، اینست که قاضی باید جامعه خود را از حیث کلیه قواعد اجتماعی از جمله عرف و عادت حاکم بر آن بشناسد. در این مورد بین او و اصحاب دعوی فرقی نیست، بنابراین منبع اصلی عرف و عادت، جامعه است و میزان آشنایی قاضی نیز با عرف و عادت معمول در جامعه بامیزان آشنایی او با جامعه و ماهیت درونی آن ارتباط دارد. بنا به مراتب فوق، شناسایی جامعه برای قاضی یک تکلیف محسوب می‌شود ولی آنچه که البته در این شناسایی و نتایج حاصل از آن باید رعایت شود، حفظ مقام و جایگاه بی طرفی و بی غرضی قاضی است. متأسفانه باید اذعان داشت که روحیه قضائی محاکم ما کمتر به عرف و عادت موجود در جامعه توجه دارد و سوابقی از انعکاس آن در تصمیم‌گیریهای مراجع قضائی از جمله دیوان عالی کشور مشاهده نمی‌شود، تردیدی نیست که این نقص قضائی - بویژه در مسائل و حقوق عمومی جامعه - می‌تواند ضایعات بسیاری را در پی داشته باشد، چنانکه بسیاری از موارد آن را در تاریخ قضائی این جامعه می‌توان مشاهده نمود. به هر حال چنانکه در آغاز مقاله نیز اشاره شد - عرف و عادت یکی از قدیمی‌ترین منابع حقوقی ما بوده و برای صدور احکام عادلانه و منصفانه

باید آن را شناسایی و از آن، در مورد قانون استفاده نمود.

در خاتمه، با آنکه لازم بود در مورد تغییرات در عرفها - بویژه پیدایش عرفهای جدید - چه در حوزه قانون مدنی و چه در سایر شؤون زندگی اجتماعی - بویژه در امر راهنمایی و رانندگی - و به طور کلی عرفهای مطلوب و نامطلوب توضیحات بیشتری داده شود ولی شرح مطالب فوق را به انضمام سایر مطالبی که با مبحث عرف و عادت ارتباط دارد، به جهت پرهیز از تطویل کلام، به شماره دیگری موکول می‌نماییم.

**پی نوشتها:**

- ۱- دکتر سیدعلی شایگان، حقوق مدنی، ج ۱۰، ص ۱۶
- ۲- دکتر ناصر کاتوزیان، مقدمه علم حقوق (فصل منابع حقوق - مبحث دوم) ص ۱۵۶؛ در این فصل، عرف به عنوان دومین منبع حقوق، مورد بررسی قرار گرفته است.
- ۳- حقوق مدنی ایران، تألیف دکتر شایگان، ص ۲۸.
- ۴- نقل از منبع فوق.
- ۵- بقیه موارد دهگانه فوق، یعنی هفت مورد دیگر رعایت رفتار متداول و متعارف، رجوع شود به بخش اول از فصل سوم کتاب دکتر سلجوقی، صفحه ۱۴۰ به بعد تحت عنوان انعکاس عرف در «م.ق» ایران.

**منبع اصلی عرف و عادت،**

**جامعه است و میزان آشنایی**

**قاضی نیز با عرف و عادت**

**معمول در جامعه بامیزان**

**آشنایی او با جامعه و ماهیت**

**درونی آن ارتباط دارد**