

نقش عرف لفظی در تفسیر قرارداد در حقوق موضوعه با رویکرد فقهی

رضا رحیمی دهنسوری
حمیدرضا شاه بابای
عبدالله امیدی فرد

تاریخ دریافت: ۹۴/۱۱/۴؛ تاریخ پذیرش: ۹۵/۱۰/۲۷

چکیده

تفسیر قرارداد به معنی تشخیص مفهوم مقررات آن است و هدف از آن روشن شدن مضمون و مفاد عقد است. برای رسیدن به این مقصود، عرف اثر مهم و غیر قابل انکاری در قوانین به خصوص در حوزه حقوق مدنی و در حوزه قراردادها دارد. در همین راستا با تبیین مفهوم و اقسام عرف، به بیان مبانی حقوقی و فقهی عرف لفظی و جایگاه و آثار استعمال عرفی الفاظ در پرتو ماده ۲۲۴ قانون مدنی پرداخته شده که برآمد این پژوهش با توجه به مبانی فقهی، حقوقی، حجیت عرف لفظی و نیز ارشادی (به تعبیر اصولی) و تکمیلی (به زبان حقوقی) بودن غالب قواعد مربوط به معاملات مالی و جریان کلی اصل اباحه و همچنین اصل آزادی قراردادها، این نکته است که در تعارض میان معانی عرفی الفاظ و حقیقت قانونی آن‌ها در قراردادهای مالی که شارع (قانون‌گذار) آن‌ها را امضا نموده است (به غیر از اوامر و نواهی جزئی) عرف موجود میان مردم را تصدیق نموده است و باید معانی عرفی الفاظ را که نزدیک‌تر به قصد مشترک طرفین است، ترجیح داد و از بار کردن احکامی که مورد نظر طرفین نبوده است بر روابط آن‌ها جلوگیری کرد.

کلیدواژه‌ها: تفسیر، عرف، قرارداد، عرف لفظی، قصد مشترک.

مقدمه

نقش عرف در حقوق و میزان تأثیر آن در احکام و قوانین، همواره در مکاتب مختلف فکری مورد توجه بوده است. به گونه‌ای که عده‌ای نقش وسیعی و برخی دیگر نقش محدودی برای آن در علم حقوق قائل‌اند تا آنجا که یکی از نظام‌های حقوقی بزرگ جهان به نظام حقوقی عرفی «کامن لا» مشهور است.

عرف اثر مهم و غیر قابل انکاری در احکام حقوق موضوعه که متأثر از فقه امامیه است را دارد و در قوانین به خصوص در حوزه حقوق مدنی و مهم‌تر از آن، در حوزه قراردادهای، نقش عرف بی‌بدیل است، به طوری که قانون مدنی در بسیاری از مواد عرف را به عنوان مرجعی برای تفسیر و تکمیل قرارداد معرفی کرده که در این میان ماده ۲۲۴ با بیان این مطلب که در موارد اجمالی و ابهام در الفاظ عقود، آن را می‌بایست در معنای عرفیه آن به شاخه خاصی از عرف حمل کرد یعنی عرف لفظی اشاره کرده است؛ اما بسیاری از حقوق دانان در تفسیر این ماده با ذکر عبارت‌های کلی به این مقدار بسنده کرده‌اند که در صورتی الفاظ بر معنای عرفیه حمل می‌شود که توافقی برخلاف آن نشده باشد و یا مسائلی از همین قبیل که گرچه در جای خود ارزشمند محسوب می‌شود؛ اما کمتر کسی است که تفسیر عمیق از این ماده ارائه کرده باشد و تراحم آن را با دیگر قواعد روشن و برطرف کرده باشد. از این رو در این نوشتار درصدد پاسخ به پرسش‌هایی که در خصوص این ماده مطرح می‌شود با در نظر گرفتن عقبه اصولی و فقهی آن هستیم. پرسش‌ها عبارت‌اند از:

- ۱- آیا ماده ۲۲۴ ق.م.مقرره‌ای امری است و یا در زمره قوانین تکمیلی است؟
- ۲- آیا عبارت «حمل بر معنای عرفیه» در ماده ذکر شده، قید حکم است یا موضوع (الفاظ قرارداد) و یا به بیان دیگر آیا این ماده مفهوم دارد و یا اثبات شی نفی ما عدا نمی‌کند؟
- ۳- در مقام تعارض این ماده با حقیقت قانونی الفاظ، کدام یک حاکم است یعنی در صورتی که لفظی دارای معنای عرفیه متفاوت از حقیقت قانونی باشد (مثل عقد ضمان) ترجیح با کدام یک است؟
- ۴- در صورت تغییر معنای عرفیه در طول زمان در عقود مستمر کدام معنی ترجیح دارد؟

مبانی قاعده

در هر قاعده حقوقی، شناسایی مبانی آن می‌تواند در رفع تعارض‌های آن با سایر قواعد راهگشا بوده و در حقیقت، مبنا مانند شاقولی عمل می‌کند که انحراف از قلمروی قاعده را به درستی مشخص می‌کند. از این رو به بررسی سنگ بنای فقهی و حقوقی این ماده می‌پردازیم که گام مهمی در راستای کشف واقع است.

مبانی حقوقی

در مورد مبانی این ماده، اختلاف نظر وجود دارد و هر کسی از دیدگاه خویش به تحلیل مبانی ماده پرداخته است.

نظریه وجدانی عمومی: قائلین به این مبنا اعتقاد دارند که اساس همه ارتباطات انسانی استفاده از الفاظ برای ایصال پیام به مخاطب می‌باشد و در بین معانی مختلف نیز معنای عرفی الفاظ ملاک می‌باشد و در صورت حذف این مبنا، انتقال معنایی به دیگران و درک مقاصد گوینده غیرممکن خواهد شد (قشقایی، ۱۳۷۸: ۹۵). دلیل آن هم روشن است؛ چرا که به بخش بسیار زیادی از این عبارات یقین آور نیستند و در نتیجه هرکس با مراجعه به وجدان خویش در می‌یابد که اصل را بر مبانی متعارف لفظ قرار دهد؛ بنابراین اقتضای این اصل، مصلحت جامعه و حفظ روند نظام جامعه است.

قصد مشترک: یکی از معتبرترین اقوال در خصوص مبانی حقوقی ماده ۲۲۴ قانون مدنی قصد مشترک طرفین است؛ بدین ترتیب که در زمان اقدام به مذاکره طرفین برای انعقاد عقد، از الفاظی استفاده می‌کنند که هر دو طرف با مفهوم آن الفاظ آشنا هستند و در صورتی که مفهوم الفاظ را ندانند اصلاً مفاهمه‌ای صورت نگرفته است و در واقع قصد طرفین با یکدیگر، پیوندی که به آن عقد می‌گویند را به وجود نمی‌آورد؛ بنابراین باید الفاظ را بر مفهومی که متعارف است و عرف از آن برداشت می‌کند، حمل کرد تا نظم قراردادهای و بازار حفظ شود.

این ماده متضمن نزدیک‌ترین تفسیر به قصد مشترک طرفین و از مصادیق بارز نظریه اراده ظاهری است و ابتدای آن بر بنای عقلا است. این قاعده، پویایی حقوق و قانون را در برابر تغییر الفاظ حفظ می‌کند.

از سوی دیگر می‌توان گفت اگر چه در حقوق، اصالت با اراده باطنی است؛ لیکن با توجه به قاعده اعتماد مشروع نمی‌توان از ظاهر دست برداشت و در جمع این دو قاعده گفته‌اند که دادرس باید در تفسیر قرارداد، ظاهر عرفی الفاظ را که حاکی از قصد واقعی مشترک طرفین است لحاظ کند؛ ولی اگر دلیل متقنی بر احتراز از این امر ارائه گردد، اصل اراده باطنی، حکومت دارد و باید با توجه به آن اصل مفهوم الفاظ را تفسیر کنیم (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۳۶).

در واقع ایشان معتقدند منظور از استعمال عرفیه، عرف عام است ولی این امکان وجود دارد که برخلاف این قاعده توافق کرد؛ چرا که این قاعده تکمیلی است^۱ ولی در مقابل، قصد مشترک قاعده‌ای امری است که اساس توافق را شامل می‌شود و اگر مفهوم عرفی را بر الفاظ بار می‌کنیم هم به دلیل رسیدن به قصد مشترک و پیش فرضی است که متعاقدین هر دو از جمله

۱. البته در مورد قانون تکمیلی در آتی بحث خواهد شد.

افراد عرف عام هستند.

اگر چه برخی حقوق دانان مبانی دیگری را همچون مقابله با اصل عدم (قشقای، ۱۳۷۸: ۹۶) و... برای توجیه این ماده ذکر کرده‌اند؛ لیکن مهم‌ترین مبنای این ماده همان مبانی پیش‌گفته است.

مبانی فقهی

اگرچه مبانی فقهی و حقوقی این ماده به‌خصوص در حقوق ایران که قوانین موضوعه مقتبس از فقه اسلامی است، در بسیاری از موارد با یکدیگر هم‌پوشانی دارد؛ لیکن مبانی فقهی که خواهد آمد به‌صورت فصولی جداگانه و مجزا بحث شده‌اند که به دلیل استقلال آن‌ها، ما نیز جدا از مبانی حقوقی به بیانشان می‌پردازیم.

استعمال عرفی الفاظ

برای شناخت استعمال عرفی نیازمند شناخت عرف با انواع و اقسام آن در فقه می‌باشیم؛ لذا ناگزیر از بحث در خصوص شقوق مختلف عرف در حد ضرورت جهت تبیین موضوع هستیم.

عرف و انواع آن

در فقه اسلامی تعابیر مختلف و متفاوتی از عرف توسط فقها ارائه شده است و عرف به اعتبارهای مختلفی قابل تقسیم است؛ از جمله آن را به اعتبار زمان به عرف مقارن و غیرمقارن، به اعتبار افراد به عرف خاص و عام، به اعتبار موضوع به عرف لفظی و عملی تقسیم می‌کنند.

اما در خصوص مفهوم عرف تعابیر مختلفی وجود دارد. مشهورترین تعریفی که در این زمینه ارائه شده مربوط به علی حیدر است که در شرح‌المجله، عرف را این‌چنین تعریف می‌کند: «آنچه از سوی عقلا در نفوس استقرار یافته و طبایع سلیم آن را پذیرفته است» (حکیم، ۱۳۸۳: ۴۰۵). برخی این تعریف را به غزالی نسبت داده‌اند (ابوسنة، ۱۹۴۱: ۸).

شاید بتوان عرف را به قول، فعل و یا ترک فعلی که به تدریج توسط مردم پذیرفته شده و استقرار یافته و در تمامی زمان‌ها و مکان‌ها یا برخی از آن‌ها بر طبق آن رفتار می‌شود، تعبیر کرد. از جمله مهم‌ترین تقسیمات عرف تفکیک عرف لفظی و عملی از یکدیگر آن است که در واقع عرف را به اعتبار موضوع آن به دو شاخه تقسیم می‌کنند.

عرف لفظی: عرف لفظی عادت اهل عرف در استعمال لفظی

در غیر از معنای اصلی آن است. در واقع روند شکل‌گیری عرف لفظی بدین ترتیب است که لفظی در معنای مجازی، همراه با قرینه و در معنای اصلی بدون قرینه استعمال می‌شود؛ لیکن به تدریج معنای اصلی متروک می‌شود و استعمال لفظ در معنای

مجازی، بدون قرینه رایج می‌شود و در این لحظه می‌توان گفت عرف لفظی به وجود آمده است (سلجوقی، ۱۳۸۸: ۳۶؛ علوی، ۱۳۸۳: ۴۴-۴۳).

نکته‌ای که باید در نظر داشت این است که در فقه در کنار عرف لفظی از استعمال عرفیه نیز سخن به میان آمده است. منظور از استعمال عرفیه به‌کارگیری لفظ در معنای رایج از سوی اهل عرف، به قصد افاده معنا در ذهن مخاطب است و دارای اقسامی است: ۱- به کار بردن اسم در غیر معنای لغوی که اگر عرف معنای دوم را ترجیح دهد نقل و اگر معنای اول را ترجیح دهد به آن مشترک گویند. ۲- استعمال اسم در برخی معانی لغوی که به آن تخصیص می‌گویند (محقق حلی، ۱۴۲۳: ۸۱-۸۰). مهم‌ترین نکته‌ای که در این خصوص در آینده برای رفع تعارض راهگشا خواهد بود این است که در موارد تردید اصل بر عدم نقل است و مدعی نقل باید آن را ثابت نماید.

در مقابل عرف لفظی عرف عملی قرار دارد که منظور از آن عرفی است که در بخشی از کارهای ویژه مردم خودنمایی می‌کند و جامعه در عمل، رفتار خود را بر آن منطبق می‌سازد. همانند بیع معاطات در بسیاری از جوامع (گلباغی ماسوله، ۱۳۷۸: ۷۷). عرف عملی و لفظی در یکدیگر مؤثرند؛ چراکه وقتی مردم، عملی را که با آن خو گرفته‌اند، انجام می‌دهند، درواقع عرف لفظی نیز شکل می‌گیرد و مردم با شنیدن لفظ خاصان عمل خاص را به خاطر می‌آورند؛ لذا عرف لفظی برداشت از لفظ و فعلی مجموعه اقدامات عملی است. به همین علت برخی از تفاهم عرفی سخن به میان آورده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۵: ۳۵۸).

از دیگر انواع عرف که در موضوع بحث بسیار حائز اهمیت است، تقسیم عرف به اعتبار زمان، تقدم و تأخر نسبت به پدیده‌های اجتماعی است که به دو نوع مقارن و غیرمقارن تقسیم می‌شود.

عرف مقارن، هم‌زمان با پیدایش پدیده اجتماعی وجود دارد؛ یعنی به فرض تقارن با ظهور اسلام و تشریح احکام و یا قبل از آن به وجود آمده و باقی است که در بحث معاملات نیز حضور دارد؛ یعنی عرفی که مقارن زمان انعقاد معامله باشد و منظور از عرف غیرمقارن، عرفی است که قبل از پدیده اجتماعی وجود داشته و منسوخ شده است یا بعد از پدیده اجتماعی حادث شود؛ به‌طور مثال عرفی که در زمان معصوم (ع) وجود ندارد و بعد از آن در روابط اجتماعی مورد توجه قرار می‌گیرد (واسعی، ۱۳۸۷: ۴۵).

دسته‌بندی دیگری از عرف که در نوشته‌های حقوق دانان، بیشتر از دیگر انواع عرف مورد استفاده قرار می‌گیرد، تقسیم عرف به اعتبار اهل آن یعنی عرف عام و خاص است که به علت پیش‌گفته شده، نیازی به بحث تفصیلی ندارد؛ اما مهم‌ترین مسئله در خصوص ارتباط عرف با موضوع مورد بحث حجیت عرف لفظی

و استعمال عرفیه الفاظ است.

کاربرد عرف در علم فقه

قبل از آنکه در خصوص اعتبار عرف بحث شود، شایسته است با کارکردهای عرف در فقه آشنا شویم. در ارتباط میان عرف و فقه سه نقش را می‌توان برای عرف (صرف نظر از اعتبار) متصور بود: ۱- منبع شریعت در کنار اراده الهی ۲- مصدر و دلیل احکام شریعت ۳- ابزاری برای تفسیر احکام شریعت (علیدوست، ۱۳۸۴: ۱۳۵).

بررسی اعتبار و حجیت هر یک از موارد پیش گفته بحثی مجزا و مفصل را می‌طلبد. نقش‌های پذیرفته شده عرف در فقه را می‌توان به این صورت خلاصه نمود: ۱- کشف و تشخیص حکم شرعی در مواردی که نص شرعی در موضوع وجود ندارد، به شرط اینکه ثابت شود عرف مذکور مربوط به شرایط خاصی نبوده و در زمان معصوم (ع) وجود داشته و به تقریر ایشان رسیده است. ۲- تشخیص بعضی از مفاهیم و بهتر بگوییم انطباق مفاهیم بر مصادیق ۳- هنگامی که گوینده، الفاظی را به صورت مطلق بیان می‌کند برای کشف قصد وی به عرف رجوع می‌شود (خرازی، ۱۳۶۷: ۷۸).

حجیت عرف: در اعتبار و حجیت عرف لفظی برخلاف عرف عملی (فعلی) کمتر کسی تردید کرده است و فقها برای حجیت آن هم دلایل عقلی و هم نقلی ذکر کرده‌اند. دلیل نقلی: برای حجیت عرف لفظی، احادیث و آیات متعددی آورده شده است از جمله در آیه چهار سوره ابراهیم که خداوند می‌فرماید: «ما هیچ پیامبری را نفرستادیم مگر به زبان قومش تا حقایق برای آنان آشکار کند».

دلیل عقلی: فقها برای اثبات حجیت عرف لفظی به باطل بودن تکلیف مالایطاق و اغرای به جهل تمسک جسته‌اند؛ بدین توضیح که عدم توجه شارع به عرف لفظی تکلیف مالایطاق و اغرای به جهل است (شاطبی، ۱۴۲۵: ۵۵۶)؛ چراکه اگر شارع به زبانی غیر از آنچه مخاطب درک می‌کند یا سخن می‌گوید، او را مورد خطاب قرار دهد، مخاطب چیزی نخواهد فهمید و مفاهمه صورت نخواهد پذیرفت.

از سوی دیگر اگر عرف را به عنوان ابزاری که راهگشای فقیه در استنباط احکام بوده و می‌تواند مفسر متون دینی باشد بپذیریم، این قاعده بر سه پیش‌فرض استوار است: ۱- اراده مقتن و شارع برای مردم قابل فهم است ۲- این فهم حجت است ۳- شرع ابزار خاصی را برای مفاهمه و رساندن مقصود به مخاطب انتخاب نکرده است (علیدوست، ۱۳۸۴: ۲۱۴).

بنابراین به اجمال می‌توان گفت عرف لفظی در تفسیر متون حجیت دارد؛ البته نباید از نظر دور داشت که منظور از حجیت عرف به قول اصولیون، مفهوم صحیح عرف یعنی عرف کامل است که حجیت

دارد؛ یعنی عرف شایع اطمینان‌آور دقیق متقن مقارن و نه غیرمطمئن؛ اما در مقابل حجیت، عرف عملی بسیار مورد مناقشه می‌باشد؛ برخی مطلقاً بر این باور هستند که عرف عملی فاقد حجیت است، مگر مواردی که به امضا شارع رسیده باشد (صدر، ۱۴۰۵: ۱۳۱)؛ لیکن عده‌ای دیگر حجیت آن را در برخی از امور می‌پذیرند و در مواردی نمی‌پذیرند (حسینی حائری، ۱۴۰۷: ۳۸۳). نظریه‌ای بدین مضمون وجود دارد که شارع در مسائلی که به تدبیر امور اجتماعی ارتباط دارد، دست عرف را باز گذاشته است؛ زیرا هدف از شریعت، سعادت انسان و وظیفه شارع، دستگیری از انسان به وسیله تبیین مسیرهایی است که عقل انسان به تنهایی قادر به درک آن‌ها نیست. این نظریه در فقه اهل سنت به نظریه تفکیک (امور دنیوی و اخروی) مشهور است. اگرچه فقهای شیعه در مقابل روایت منبای این نظریه به شدت جبهه‌گیری کرده‌اند؛ اما در این خصوص هم روایاتی وجود دارد که شارع تعمداً و برای تسهیل در برخی از امور سکوت کرده و هم مباحثی در اصول شیعه همچون منطقه الفراغ و ارشادی بودن احکام وجود دارد که مضمون نظریه تفکیک را تأیید می‌نماید (کاملان، ۱۳۷۴: ۲۱۵).

از سوی دیگر، برخی به حجیت عرف در مسائل مستحدثت باب معاملات، اشکالی وارد کرده‌اند و معتقدند از امضایی بودن احکام معاملات نمی‌توان اعتبار مسائل مستحدثت را نتیجه گرفت؛ چراکه امضای عرف به عدم ردع احراز شده است؛ اما چنین نیست؛ زیرا اصل اعتبار و وفا به معاملات به کلام شارع و به نحو قضیه حقیقه به امضا رسیده است.^۲

تبادر

منبای فقهی و اصول دیگری که می‌توان برای این ماده نام برد، تبادر است. در اصطلاح اصولی اولین مفهومی که به ذهن انسان در برخورد با لفظ خطور می‌کند، ناشی از تبادر است و این مفهوم حجیت دارد و معنای حقیقی لفظ می‌باشد؛ زیرا انسان‌هایی که با زبان واحد سخن می‌گویند به نحو ارتکازی به معنای لغات خود آگاهی دارند و در اختلاف در مفهوم، معنای اجمالی را به‌طور تفصیلی در ذهنشان پرورش می‌دهند و درمی‌یابند که به این فرایند تبادر گویند و تبادر به‌طور مستقیم کاشف از معنای متعارف است چرا که منشأ خطور معنا به ذهن، کاربرد آن در عرف است. به عبارتی ساده‌تر اگر بخواهیم این فرایند را تبیین کنیم باید بگوییم که اهل عرف و افرادی که به زبان واحد سخن می‌گویند،^۳ مفهوم اجمالی از الفاظ در ذهن خود دارند و با شنیدن لفظ بدون هیچ قرینه‌ای به سمت معنای حقیقی سوق پیدا

۲. مرحوم میرزای قمی (ره) در جامع الشتات و صاحب عروة الوثقی بر این نظرد که هر معامله عقلایی، به مقتضای عموماً صحیح است، مگر معامله‌ای که به دلیل خاص باطل باشد (واسعی، ۱۳۷۹: ۵۴).

۳. در مواردی که لفظی دارای معانی مختلف می‌باشد.

توصیف به تفسیر قرارداد کمک می‌کند؛ لیکن نباید تفسیر را منوط و موکول به توصیف دانست چراکه توصیف در مسیر اجرای قوانین و تعیین مصادیق قوانین تکمیلی و تفسیر در جهت کشف قصد طرفین و تبیین مفاد قرارداد می‌باشد.

تکمیل قرارداد: فرض کنید در قرارداد پیش‌گفته اختلاف بین متعاقدین ناشی از سکوت قرارداد بود؛ یعنی طرفین بر سر موضوعی اختلاف کرده‌اند که با مراجعه به متن قرارداد نمی‌توان چاره‌ای برای آن پیدا کرد. در این موارد وظیفه حقوق‌دان تکمیل قرارداد است؛ بدین معنی که با تمسک به قوانین تکمیلی و نسبت آن‌ها به قصد ضمنی طرفین و یا عرف، مسئله متنازع فیه را برطرف کند.

تفسیر: در مفهوم عام، تفسیر به معنی رفع ابهام از قرارداد است و شامل تکمیل و توصیف نیز می‌شود؛ لیکن در مفهوم خاص آن، روشن کردن (واضح کردن) معنای مبهم است؛ به عبارت دیگر پرده‌برداری از کلام و عبارات مبهم و مجمل و تشخیص قصد واقعی طرفین را گویند که این خود روشن بودن مفاد عقد را می‌طلبد و حال آنکه در بسیاری از موارد مفاد عقد و الفاظ به کار رفته در آن واضح و بی‌ن نیستند (شهیدی، ۱۳۸۱: ۲۹۲). با بررسی مواد قانون مدنی مشخص می‌شود که مقنن نقش‌های مختلفی را در حقوق قراردادهای برای عرف قائل شده است و با تفکیک مفاهیم تفسیر، تکمیل و توصیف می‌توان گفت ماده ۲۲۴ یکی از مهم‌ترین مواد قانون مدنی در تفسیر قرارداد است؛ لیکن نباید نقش این ماده را محدود به تفسیر قرارداد به معنی اخص دانست؛ چراکه به نظر می‌رسد این ماده در توصیف نیز نقش مؤثری می‌تواند ایفاء کند؛ زیرا در توصیف نیز ناچار هستیم ابتدا مفاد مبهم قرارداد را روشن کنیم و سپس آن را در ذیل یک قالب حقوقی جای دهیم و در این میان نقش این ماده که جلوه‌ای از عرف لفظی می‌باشد نقشی محوری است؛ حتی در مواردی که الفاظ به وسیله مقنن تعریف شده باشد که در این مورد به زودی بحث خواهیم کرد.

نکته مورد توجه این است که در تفسیر قرارداد، عرف بدین شکل عمل می‌کند که ابتدا مفهوم الفاظ را روشن می‌کند، سپس مصادیق را بر آن مفاهیم تطبیق می‌دهد (نائینی، ۱۳۷۶: ۵۷۴)؛ اما در مواردی که قرارداد ساکت است، این ماده کاربردی ندارد؛ اگرچه عرف عملی در این موارد می‌تواند نقش آفرین باشد؛ بنابراین مهم‌ترین کارکرد این ماده و جایگاه آن در میان قواعد دیگر تفسیر الفاظ مبهم و مجمل قرارداد است.

می‌کنند و در غالب موارد مراد از لفظ، مفهوم حقیقی آن است و مقنن نیز بر این مبنا و به خاطر اینکه به قصدی که تشکیل دهنده عقد است احترام بگذارد، در صورت عدم وجود قرینه، مفهوم عرفی لفظ به کار رفته را که همان معنای حقیقی و ناشی از تبادل است معتبر می‌داند؛ البته اشکالی در مورد تبادل مطرح شده است، بدین شرح که تبادل مستلزم دور است و بنابراین نمی‌تواند حجیت داشته باشد (آخوند خراسانی، بی تا: ۱۹-۱۸). البته پاسخی که مرحوم مظفر می‌دهد این است که از تبادل علم تفصیلی به دست می‌آید؛ لیکن خود تبادل مستلزم و موقوف بر علم تفصیلی نیست؛ بلکه نیازمند علم اجمالی است. در واقع تبادل مستلزم علم به وضع نیست؛ بلکه نتیجه تبادل علم به وضع است (مظفر، ۱۴۳۰: ۷۰-۶۹) و اگر بپذیریم که وضع در واقع نوعی پیوند میان تصور لفظ و تصور معنا در ذهن شنونده است پس وضع، امری واقع است.

جایگاه و آثار استعمال عرفی الفاظ جایگاه

یکی از تفاوت‌های رشته حقوق با دیگر شاخه‌های علوم انسانی این است که در حقوق از مبنا و منابع باید به اثر عملی برسیم و این عبارت میان حقوق‌دانان رایج است که ما تنها اموری را که اثر عملی داشته باشد بررسی می‌کنیم. ما نیز به رسم مألوف در این قسمت به جایگاه این ماده و قاعده در میان سایر قواعد و نیز بررسی آثار کاربردی این ماده می‌پردازیم.

جایگاه ماده ۲۲۴ قانون مدنی در مبحث اول از فصل سوم از قسمت دوم دفتر اول قانون مدنی تحت عنوان در قواعد عمومی آمده است؛ بنابراین فرض این است که ماده بیانگر قاعده عامی در حقوق قراردادهای است که در کلیه عقود ساری و جاری می‌باشد.^۴ حال برای درک بهتر از جایگاه ماده نیازمند تبیین مفاهیمی چون توصیف، تکمیل و تغییر قرارداد هستیم تا روشن شود که این ماده در کدام یک از این موارد کاربرد دارد.

توصیف قرارداد: گاهی اوقات طرفین مجموعه‌ای از تعهدات را در نظر گرفته و به آن پایبند می‌شوند لیکن نامی بر آن نمی‌نهند و یا نامی که در قرارداد می‌گذارند متفاوت از قصد آن‌ها می‌باشد. حال اگر در این رابطه اختلافی حاصل شود که ناشی از اجمال و ابهام و یا سکوت در قرارداد می‌باشد برای حل این چالش ناگزیر از این هستیم که قرارداد را توصیف کنیم یعنی قرارداد را بررسی کنیم تا مشخص شود که اندام این قرارداد با کدامیک از لباس‌هایی که مقنن از پیش آماده کرده متناسب می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۷).

۴. البته این قاعده نیز مانند بسیاری از قواعد استثنا دارد.

آثار

در مطالب گفته شده دیدیم که این ماده قاعده‌ای تکمیلی و مبتنی بر ظهور عرفی است و تا جایی معتبر است که طرفین خلاف را توافق نکرده باشد و به عبارت دیگر خلاف قصد مشترک متعاقدين نباشد.

اطلاق این ماده سؤالاتی را به وجود می‌آورد که پاسخ به آن‌ها نیازمند تحقیق در مبانی وضع این ماده است.

از جمله مسائلی که وجود دارد این است که آیا این ماده مفهوم مخالف دارد یا خیر یا به بیان اصولی آیا حمل الفاظ بر معنای عرفیه قید موضوع یعنی الفاظ عقود است و اثبات شیئی منفی ماعدا نمی‌کند و یا قید حکم است و نمی‌توان دیگر الفاظ را بر معنای عرفیه حمل نمود.

برخی از حقوق‌دانان معتقدند که نه تنها الفاظ عقود بلکه الفاظ ایقاعات را نیز می‌بایست بر معنای عرفیه حمل نمود و عقود از باب تغلیب ذکر شده؛ چراکه فرد اجلی اعمال حقوقی است (کی‌نیا، ۱۳۴۸: ۲۳۲).

برخی دیگر از حقوق‌دانان پا را فراتر نهاده و معتقدند حتی الفاظ قانون را نیز می‌بایست بر معنای عرفی حمل نمود (قشقایی، ۱۳۷۸: ۹۷-۹۶). شاید این ادعا در بادی امر، قدری بعید و دور از ذهن به نظر برسد ولی با توجه به مبانی که در ابتدای بحث ذکر کردیم، این ادعا مقرون به صحت می‌باشد چرا که نه تنها در متون حقوقی بلکه در متون شرعی مثل قرآن نیز می‌بایست ابتدا به مفهوم عرفی الفاظ توجه کرد (روحانی، ۱۴۱۴: ۳۷۰)؛ مثلاً در مورد قرآن گفته شده است برای فهم آن می‌بایست به مفهوم الفاظ قرآن در زمان صدور آن اشراف داشت؛ چراکه از شارع حکیم غیر از این نمی‌توان انتظار داشت که با زبان مردم طرف خطاب سخن بگوید و اگر ادعا کنیم مردم آن زمان از قرآن چیزی را درک نمی‌کردند این ادعا منجر به این نتیجه خواهد شد که نعوذ بالله قادر متعال کاری لغو را انجام داده است. علاوه بر آن برای کشف مقصود هر گوینده‌ای باید به مفهوم عرفی مقارن آن توجه نمود و اگر این عرف دچار تغییر و تحول شده باشد، دیگر قابلیت استناد ندارد؛ چراکه اگر نگوئیم مغایر قصد گوینده نبوده، دست کم نمی‌توان گفت موافق قصد گوینده بوده است.

بنابراین برای تفسیر هر نوع کلامی می‌بایست به مفهوم عرفی مقارن آن توجه کرد؛ خواه گوینده فردی عادی باشد و خواه شارع مقدس، به طوری که آیت الله بروجردی اعتقاد داشتند برای فهم بهتر آیات و روایات می‌بایست فضای صدور آن‌ها را شناخت (واسعی، ۱۳۸۷: ۵۸).

البته باید این نکته را در نظر داشت این امر در مواردی است که مورد خطاب، اهل عرف عام باشد

و زمانی که گوینده و شنونده هر دو اهل عرف خاص باشند، نمی‌توان الفاظ آن‌ها را بر معنای عرفیه عام حمل نمود؛ چرا که مراد از وضع این قواعد پی بردن به مقصود گوینده است و نمی‌توانیم بگوئیم زمانی که دو شخص از عرف خاص با یکدیگر در حال مکالمه هستند به معنای عرفیه عام نظر دارند و برعکس در صورتی که مقصود آن‌ها غیر از معنای عرف خاص باشد، می‌بایست از قرینه برای آن استفاده کنند.

نقش ماده در رفع تزاحم: در هر نظام حقوقی

قواعد مختلفی وجود دارد و در ابواب و موضوعات مختلف قانون‌گذار قواعد مختلفی را وضع می‌کند که بعضی از این قواعد با یکدیگر تعارض پیدا می‌کنند. نظام حقوقی منسجم و شایسته نظامی است که میزان قواعد متعارض در آن به حداقل برسد. بالغ بر این گاهی قواعدی در یک نظام وجود دارد که در مقام وضع هیچ تعارضی با یکدیگر ندارد؛ لیکن در مقام اجرا، اعمال هم‌زمان هر دو میسر نمی‌باشد. به این وضعیت در اصطلاح اصولی تزاحم گفته می‌شود.

در ماده موضوع بحث نیز در مقام وضع، تعارضی با سایر مواد به نظر نمی‌رسد؛ لیکن در مقام عمل دو نکته مبهم و متزاحم وجود دارد. اول اینکه در مواردی که مقنن الفاظی را تعریف کرده است، باز هم می‌بایست به مفهوم عرفی الفاظ که متفاوت از معنای قانونی آن‌ها است توجه کنیم و یا باید مفهوم قانونی را ترجیح دهیم. دیگر آنکه در مواردی که مفهوم عرفی لفظ در طول زمان دچار تغییر و تحول شود، به خصوص در عقود مستمر کدام مفهوم را باید ملاک قرار دهیم.

صرف تکیه بر این ماده نمی‌تواند ما را به سوی پاسخی شایسته رهنمون کند و ناگزیر از مراجعه به مبانی پیش گفته خواهیم بود. برای پاسخ به مسئله اول با توجه به سابقه فقهی به نظر می‌رسد می‌بایست بر مبحث تعارض حقیقت شرعیه و عرفیه مراجعه کرد و نیز تکمیلی یا امره بودن قانون و تعارض آن با عرف را بررسی کرد. نزاع حقیقت شرعی و عرفی از این قرار است که در کلماتی که دارای معنای متفاوتی در شرع و عرف هستند، استعمال لفظ بدون قرینه را باید بر مبنای شرعی یا بر معنای عرفی و لغوی حمل کنیم.

در خصوص این که آیا حقیقت شرعیه وجود دارد یا خیر میان اصولیون اختلاف نظر است. کسانی که معتقد هستند حقیقت شرعیه وجود دارد، می‌گویند شارع در مفاهیم مستحدث و جدید مانند عبادات دست به وضع الفاظ جدیدی زده است و این الفاظ دارای حقیقت شرعیه هستند؛ ولی در مفاهیمی که بین مردم رایج بوده است نیاز به وضع الفاظ جدید نبوده است و این الفاظ را باید در همان معنای لغوی و عرفی تفسیر کرد (عراقی،

در مقابل برخی از اصولیون که شاید نامدارترین آن‌ها صاحب کفایة الاصول باشد معتقدند که الفاظ عبادات مخترعات شرعی ما نیستند و در ادیان گذشته نیز وجود داشته‌اند و برای این استدلال به آیه روزه در قرآن استناد می‌کنند و بنابراین استعمال این الفاظ بدون قرینه، همان معنای لغوی را می‌رساند و برای معنای شرعی نیاز به قرینه داریم و اینکه این الفاظ در ادیان مختلف به الفاظ متفاوت آمده است، نشان از حقیقت شرعی آن‌ها نیست؛ بلکه ماهیت آن‌ها یکی است و اختلاف جزئی و شرطی باعث اختلاف حقیقت نمی‌شود و اختلاف در مصادیق است (آخوند خراسانی، بی تا: ۲۱-۲۰).

با توجه به این مبحث برخی از حقوق دانان با پذیرش نظریه اول چنین نتیجه می‌گیرند که در مواردی که مقنن به صورت وضع تعیین الفاظی را تعریف نموده است، دیگر نمی‌توان به استناد ماده ۲۲۴ آن را بر معنای عرفیه حمل نمود (محمدی، ۱۳۸۴: ۴۷-۴۶؛ شکاری، ۱۳۸۲: ۴۳).

عده‌ای با تقسیم‌بندی معنای الفاظ به حقیقت شرعی، عرفی، قانونی و ذکر اقوال مختلف در مقام تراجم این معنای نتیجه می‌گیرند که در مواردی که لفظی دارای حقیقت قانونی و عرفی متفاوت است؛ بدین جهت که استعمال کنندگان این الفاظ اهل عرف هستند باید حقیقت عرفی را ترجیح داد (شریعتی و قافی، ۱۳۸۵: ۹۶؛ مغنیه، ۱۹۷۵: ۳۰).

برای بررسی صحت این ادعاها می‌بایست قدری دقیق‌تر به نزاع حقیقت شرعی و عرفی نگریست و اقوال اصولیون را در این زمینه بررسی کرد. همان‌طور که به صورت خلاصه بیان شد حتی کسانی که به وجود حقیقت شرعی اعتقاد دارند نیز، در مورد الفاظ عبادات قائل به این امر هستند و در خصوص معاملات اختلافی وجود ندارد که الفاظ معاملات دارای حقیقت شرعی نیستند. حال اگر قانون مدنی در باب معاملات را مقتبس از فقه بدانیم چگونه است که فقها الفاظ معاملات را دارای حقیقت شرعی نمی‌دانند؛ لیکن زمانی که همان الفاظ وارد قانون می‌شوند دارای حقیقت قانونی می‌گردند.

اساساً اگر چنین قیاسی را درست بدانیم، ابتدا باید اصل را درست برداشت کنیم همان‌طور که گفته شد مبحث نزاع حقیقت شرعی و عرفیه از مباحث مورد اختلاف میان فقها است، به‌طوری که برخی اصولیون را به دو دسته عرف‌مدار؛ همچون محقق اردبیلی و ابویوسف و تبعدگرا همچون صاحب جواهر، علامه بحرانی، سلیم رستم باز و ابوحنیفه تقسیم می‌کنند و برخی برای جمع این اختلاف این‌طور نتیجه گرفته‌اند که اصل اولی تشریح و بیان حکم است و احتمال دیگر دلیل خاص می‌خواهد و وقتی وضعی از شارع می‌رسد،

باید از آن حکم شرعی اخذ کرد و نباید شارع را در مقام کسی که مثال عصری زده تنزل داد؛ لیکن از سوی دیگر اعمال تعبد و حکم ابدی بیانی شفاف و قوی می‌خواهد و بنابراین مستنبط باید با تأمل در متون دینی در صورتی که به تعبدی رسید آن را اقتباس کند وگرنه همان معنای عرفی را برگزیند (علیدوست، ۱۳۸۴: ۲۳۰)؛ لیکن این مطالب برای مخترعات شرعی است و باب معاملات که اساساً شارع مقدس در اغلب موارد به امضاء عرف پرداخته است؛ این مسئله سالبه به انتفا موضوع می‌باشد؛ بنابراین منع استناد به ماده ۲۲۴ در مواردی که مقنن الفاظی را تعریف کرده است، دست کم در باب معاملات قابل پذیرش نمی‌باشد.

از سوی دیگر یکی از نگرانی‌هایی که در این خصوص وجود دارد، این است که اگر در تفسیر الفاظی که در شرع آمده است، اصالت را به عرف بدهیم، در واقع جواز نسخ شرع را به دست عرف صادر کرده‌ایم؛ لیکن این نگرانی در خصوص قانون و آن هم در باب معاملات وجود ندارد؛ چراکه مواد قانونی را به دو دسته آمره و تکمیلی تقسیم می‌کنند که قوانین آمره تخطی ناپذیر بوده و امکان توافق برخلاف آن وجود ندارد؛ لیکن این امکان در قوانین تکمیلی وجود دارد و با ایرادی مواجه نمی‌شود.

البته تاکنون معیار مقننی برای تفکیک قوانین تکمیلی و آمره ارائه نشده است. برخی از حقوق دانان معیار عمومی را بر این تفکیک ارائه کرده‌اند که خود این معیار مفهومی روشن محسوب نمی‌شود (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۱۸۹). ایشان منظور از نظم عمومی را قوانینی می‌دانند که هدف از وضع آن‌ها حفظ منافع عمومی است. تجاوز به آن‌ها نظمی را که لازمه حسن جریان امور اداری یا سیاسی و اقتصادی یا حفظ خانواده است، بر هم می‌زند. به‌طور مصداقی ایشان معتقدند در قوانین مربوط به امور مالی، اصل بر تکمیلی بودن است و در قواعد مربوط به شخصیت و حفظ حقوق ثالث، برعکس است.

تکمیلی بودن قواعد مربوط به قراردادها (به عبارت فقهی ارشادی بودن) مورد تأیید بزرگانی از فقه نیز قرار گرفته است. برای مثال آیت الله خویی در مصباح الفقاهه معتقد هستند که عموم ادله وفا به شرط می‌تواند در برخی موارد مخصص ادله وجوب عمل به احکام اولیه باشد که بدون توجه به این‌گونه شروط بیان گردیده‌اند (خوئی، ۱۴۲۱: ۲۸۱).

میرزای نائینی با ارشادی بودن قواعد مربوط به معاملات مخالفت با کتاب و سنت را در این موارد جایز می‌داند (نائینی، ۱۴۱۸: ۱۹۶) و ابن عابدین معتقد است اگر اساس یک نص قانونی عرف زمان قانون‌گذار باشد، تغییر عرف در آن نص تأثیر می‌گذارد؛ همچون معاملات (ابن عابدین،

بی تا: ۱۱۸) و تغییر الاحکام به تغییر العادات (شهید اول، ۱۹۸۰: ۱۵۲).

دکتر فیض معتقد است اسلام در برابر پدیده‌های عرفی نظیر بیع و اجاره و سایر معاملات اصولاً جز تأیید یا سکوت و امضاء، عکس‌العمل دیگری نشان نداده و اگر در این زمینه دستورهایی صادر شده صرفاً جنبه ارشادی داشته است (فیض، ۱۳۷۱: ۱۴) و هر کسی در مقابل عرف صحیح جبهه‌گیری کند محکوم به شکست خواهد بود.

بنابراین با توجه به مبنای این ماده که کشف قصد متعاقدين بوده و حجیت عرف لفظی و از سوی دیگر ارشادی و تکمیلی بودن قوانین مربوط به معاملات، می‌توان نتیجه گرفت که حتی در الفاظی که در باب معاملات مقرر به تعریف آن‌ها پرداخته است، به قولی دارای حقیقت قانونی هستند، استناد به ماده ۲۲۴ با اشکالی مواجه نیست؛ به علاوه حتی در صورتی که شرایط اعتبار عرف وجود داشته باشد، عرف می‌تواند برخلاف قوانین تکمیلی باشد؛ چنان‌که یکی از فقهای معاصر معتقد است که عرف شرط طولی را در ضمان درج کرده است (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۱: ۱۳) و نمی‌توان به این عرف بی‌اعتنا بود؛ همچنین فقیه دیگری معتقد است، ضمان نزد عرف واجد دو معنی نقل و ضم است و هر کدام را که متعاقدين قصد کنند صحیح است و بسیار بعید است که آن‌ها قصد ضم ذمه را داشته باشند و شارع آن‌ها را به نقل تکلیف کند (مکارم شیرازی، ۱۳۸۶: ۷۰۱-۷۰۰). این امر در چک نیز اتفاق افتاد به شکلی که سال‌ها مقرر چک را سندی حال می‌دانست، در حالی که در عرف مردم به شکل سند مدت‌دار استفاده می‌شد. یا عنوان حق کسب، پیشه و تجارت نتوانست جایی در عرف تجارت و حتی نزد حقوق‌دانان برای خود پیدا کند و برای شناساندن به مخاطب می‌بایست از عنوان سرفلفی استفاده کرد (کاتوزیان، ۱۳۶۳: ۴۰۲).

در این خصوص ذکر عبارتی از حضرت امام می‌تواند هم مؤیدی برای نتیجه اتخاذ شده و هم بیانگر مذمومیت تعبد نا به‌جا باشد و نصب‌العین قرار دادن آن می‌تواند به مرتفع شدن بسیاری از معضلاتی که در حقوق قراردادها با آن مواجه هستیم، بیانجامد.

«از جمله شرایط اجتهاد، انس به محاورات عرفی و فهم موضوعات عرفی است؛ همان عرفی که محاورات قرآن و سنت بر طبق آن صورت گرفته است. شرط اجتهاد، دوری جستن از خلط دقایق علوم عقلی با معانی

عرفی عادی است. چه بسیار مواردی که در این زمینه، خطا صورت می‌گیرد؛ چنان‌که برای برخی از مشغول دنان دقایق علوم - حتی اصول فقه به معنای امروزی آن - این مشکل زیاد پیش می‌آید که معانی عرفی بازاری و رایج میان اهل لغت را که بنای قرآن و سنت بر آن است، با دقت‌هایی که خارج از فهم عرف می‌باشد، به هم می‌آمیزند» (امام خمینی، ۱۳۸۵: ۹۶).

اما آخرین نکته‌ای که ذکر آن ضروری به نظر می‌رسد، فرضی است که مفهوم عرفی لفظ در زمان انعقاد و پس از آن در زمان اختلاف فی مابین تغییر کرده است.

در این فرض تمسک به عرف زمان اختلاف صحیح به نظر نمی‌رسد؛ چراکه این امر مخالف مبانی حقوق و فقهی این قاعده است؛ یعنی از نظر حقوقی می‌بایست به قصد مشترک احترام گذاشت، حال آنکه برای رسیدن به قصد مشترک باید به عرف زمان الفاظ توجه کرد و عرف حادث قطعاً مقصود متعاقدين نبوده است. از سوی دیگر اصل عدم تغییر و عدم نقل در فقه نیز مؤید این مطلب است.

اما در خصوص مواردی که کشف عرف لفظی زمان انعقاد میسر نیست، با توجه به استصحاب و اصل عدم نقل ناگزیر هستیم عرف لفظی معاصر را استصحاب قهرایی کنیم.

بحث و نتیجه‌گیری

ماده ۲۲۴ قانون مدنی در زمره قواعد عمومی قراردادها و بیان‌کننده قاعده‌ای تفسیری نه تنها در زمینه عقود و معاملات، بلکه کلیه اعمال، وقایع حقوقی و نیز قانون می‌باشد؛ چراکه برای ایجاد مفاهمه، طرفین می‌بایست با زبان مشترک قابل فهم مذاکره کنند و در غالب موارد، طرفین اهل عرف عام هستند و حکم نیز بر موارد غالب بار می‌شود.

قاعده برآمده از این ماده همچون اغلب مواد قانون مدنی در باب معاملات قاعده‌ای تکمیلی است که دارای مبانی اصولی (همچون تبادر و عرف لفظی) و حقوقی (قصد مشترک) می‌باشد. از این رو توافق بر خلاف آن، امکان‌پذیر است؛ لیکن تا زمانی که وجود چنین توافقی به اثبات نرسیده است؛ این قاعده حاکمیت خواهد داشت.

در پایان می‌توان گفت برآمد این پژوهش با توجه به مبانی اصولی و حقوقی این ماده و حجیت عرف لفظی و نیز ارشادی (به تعبیر اصولی) و تکمیلی (به

شاطبی، ابراهیم بن موسی (۱۴۲۵). الموافقات فی اصول الشریعة. بیروت: دارالکتاب العلمیة.

شریعتی، سعید؛ قافی، حسین (۱۳۸۵). اصول فقه کابردی. قم: انتشارات سمت و پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.

شکاری، روشنعلی (۱۳۸۲). اصول فقه. جلد ۱. تهران: نسل نیکان.

شهید اول، محمد بن مکی (۱۹۸۰). القواعد و الفوائد فی الفقه و الأصول و العربیة. محقق حکیم عبد الهادی سید محسن. جلد ۱. قم: کتاب فروشی مفید.

شهیدی، مهدی (۱۳۸۱). اصول قراردادها و تعهدات. چاپ دوم. تهران: انتشارات مجد.

صدر، سید محمدباقر (۱۴۰۵). دروس فی علم الاصول. جلد ۲. قم: موسسه نشر الاسلامی.

عراقی، ضیاءالدین (۱۳۷۰). بدائع الافکار فی الأصول. تقریر هاشم املی. نجف اشرف: المطبعة العلمیة.

علوی، سید محمد تقی (۱۳۸۳). عرف و عادت در حقوق اسلام و ایران. تبریز: موسسه تحقیقاتی علوم انسانی اسلامی دانشگاه تبریز.

علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۸۴). فقه و عرف. تهران: انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

فیض، علیرضا (۱۳۷۱). «پویایی فقه در پرتو عرف یا در بستر زمان و مکان». مجله کانون وکلا. صص ۱۵۷-۱۵۶.

قشقایی، حسین (۱۳۷۸). شیوه تفسیر قراردادهای حقوق خصوصی. قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷). فلسفه حقوق. جلد ۲. تهران: شرکت سهامی انتشار.

----- (۱۳۸۷). قواعد عمومی قراردادها. جلد ۳. چاپ پنجم. تهران: شرکت سهامی انتشار.

----- (۱۳۶۳). معاملات معوض - عقود تملیکی. چاپ سوم. تهران: انتشارات بهنشر.

کاملان، محمد صادق (۱۳۷۴). نقش و قلمروی عرف در فقه، مجموعه آثار کنگره بررسی مبانی فقهی حضرت امام خمینی. جلد ۹. تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).

کی نیا، مهدی (۱۳۴۸). کلیات مقدماتی حقوق مدنی. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

گلباغی ماسوله، سیدعلی جبار (۱۳۷۸). درآمدی بر عرف. قم: مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.

محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۲۳). معارج الاصول. مصحح محمدحسین رضوی کشمیری. قم: موسسه امام علی (ع).

محمدی، ابوالحسن (۱۳۸۴). مبانی استنباط حقوق اسلامی. چاپ بیستم. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

زبان حقوقی) بودن غالب قواعد مربوط به معاملات مالی و جریان کلی اصل اباحه و همچنین اصل آزادی قراردادها، این نکته است که در تعارض میان معانی عرفی الفاظ و حقیقت قانونی آنها در قراردادهای مالی که شارع مقدس آنها را امضا نموده است (به غیر از اوامر و نواهی جزئی) عرف موجود میان مردم را تصدیق نموده است و باید معانی عرفی الفاظ را که نزدیک تر به قصد مشترک طرفین است ترجیح داد و از بار کردن احکامی که مورد نظر طرفین نبوده است بر روابط آنها جلوگیری کرد، همان طور که گفته شد مثلاً در عقد ضمان امروزه صرف آوردن این لفظ بدون بیان آثار آن مفید ضمان طولی و نه نقل ذمه می باشد، لیکن در عقود مثل نکاح که شارع قواعد ویژه ای را وضع نموده است و با کیان خانواده و نظم عمومی در ارتباط است، این قاعده جاری نخواهد بود و نمی توان جواز نسخ قانون را به دست عرف صادر کرد چراکه در زمره قواعد امره محسوب می شود.

منابع

آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین (۱۳۲۱). کفایة الاصول. قم: موسسه آل البیت علیهم السلام لاحیاء التراث.

افندی (ابن عابدین)، سید محمد امین (بی تا). رسائل ابن عابدین. جلد ۲. بی جا.

ابوسنه، احمدفهمی (۱۹۴۱). العرف و العاده فی رأی الفقهاء. قاهره: مطبعة الازهر.

امام الخمینی (۱۳۸۵). الرسائل. جلد ۲. قم: موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.

جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۵). دانشنامه حقوقی. تهران: انتشارات امیرکبیر.

حسینی حائری، سید کاظم (۱۴۰۷). مباحث الاصول القسم الثانی. جلد ۱. بی جا.

حکیم، محمدتقی (۱۳۸۳). الأصول العامة فی الفقه المقارن. قم: مجمع جهانی اهل بیت (ع).

خرازی، سید محسن (۱۳۶۷). «پژوهشی پیرامون عرف». مجله مشکوة. زمستان ۱۳۶۷. شماره ۲۱. صص ۹۳-۶۶.

خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۲۱). مصباح الفقاهه. بیروت: انتشارات دارالهدی.

روحانی، محمد (۱۴۱۴). منتقی الأصول. جلد ۶. قم: دفتر آیت الله سید محمد حسینی روحانی.

سلجوقی، محمود (۱۳۸۸). نقش عرف در حقوق مدنی ایران. تهران: انتشارات میزان.

- مظفر، محمدرضا (۱۴۳۰). أصول الفقه. جلد ۱. قم: مؤسسة النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسين.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۶). العروة الوثقی مع تعلیقات (خمینی، خوبی، گلپایگانی، مکارم). جلد ۲. قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع).
- مغنیه، محمد جواد (۱۹۷۵). علم أصول الفقه فی ثوبه الجدید. بیروت: دارالعلم للملایین.
- موسوی بجنوردی (۱۳۷۱). «نگرشی جدید بر ضمان عقدی و احکام آن». مجله قضایی و حقوقی دادگستری. شماره ۴.
- نائینی، محمدحسین (۱۳۷۶). فوائد الأصول. جلد ۴. قم: جامعه مدرسین.
- (۱۴۱۸). منیه الطالب. جلد ۳. قم: انتشارات موسسه نشر اسلامی.
- واسعی، محمد (۱۳۸۷). جایگاه عرف در فقه. چاپ دوم. کانون اندیشه جوان.
- (۱۳۷۹). «فقه و عرف، فقه شیعه، راهبرد و کارکرد». مجله قیسات. شماره ۱۵ و ۱۶.

