





دانشگاه آزاد اسلامی

واحد شهر قدس

دانشکده ولایت

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد خصوصی

در رشته حقوق گرایش خصوصی

عنوان پایان نامه:

نقش عرف در تعیین مورد معامله در حقوق ایران _ فقه امامیه و بیع بین المللی کالا

استاد راهنما:

سرکار خانم دکتر زهرا وطنی

استاد مشاور:

جناب آقای دکتر کمال قبادی

نگارش: مهتاب مولائی

تابستان ۱۳۹۵



تعهد نامه اصالت پایان نامه

اینجناب. مهتاب مولائی دانش آموخته مقطع کارشناسی ارشد ناپیوسته در رشته حقوق گرایش خصوصی که در تاریخ ۹۲/۶/۲۳ از پایان نامه خود تحت عنوان نقش عرف در تعیین مورد معامله در حقوق ایران _ فقه امامیه و بیع بین المللی کالا. با کسب نمره ۱۷/۵ و درجه . بسیار خوب. دفاع نموده ام بدینوسیله متعهد می شوم .

(۱) این پایان نامه حاصل تحقیق و پژوهش انجام شده توسط اینجناب بوده و در مواردی که از دستاوردهای علمی و پژوهشی دیگران (اعم از پایان نامه ، کتاب ، مقاله و...) استفاده نموده ام، مطابق ضوابط و رویه موجود ، نام منبع مورد استفاده و سایر مشخصات آن را در فهرست مربوطه ذکر و درج کرده ام.

(۲) این پایان نامه قبلاً برای دریافت هیچ مدرک تحصیلی (هم سطح ، پایین تر یا بالاتر) در سایر دانشگاه ها و موسسات آموزش عالی ارائه نشده است .

(۳) چنانچه بعد از فراغت از تحصیل ، قصد استفاده و هرگونه بهره برداری اعم از چاپ کتاب ، ثبت اختراع و... از این پایان نامه داشته باشم ، از حوزه معاونت پژوهشی واحد مجوزهای مربوطه را اخذ نمایم .

(۴) چنانچه در هر مقطعی زمانی خلاف موارد فوق ثابت شود ، عواقب ناشی از آن را می پذیرم و واحد دانشگاهی مجاز است با اینجناب مطابق ضوابط و مقررات رفتار نموده و در صورت ابطال مدرک تحصیلی ام هیچگونه ادعایی نخواهم داشت .

مهتاب مولائی



صفحه تاییده هیات داوران (تصویب نامه)

دانشگاه آزاد اسلامی

واحد شهر قدس

دانشکده علوم انسانی

با یاری خداوند متعال جلسه دفاع از پایان نامه کارشناسی ارشد خانم مهتاب مولائی در رشته حقوق خصوصی با عنوان نقش عرف در تعیین مورد معامله در حقوق ایران _ فقه امامیه و بیع بین المللی کالا با حضور اساتید راهنما ، مشاور و هیات داوران در تاریخ ۹۵/۶/۲۳ ساعت ۱۴ در محل سالن اتاق کنفرانس ساختمان ولایت برگزار و با کسب نمره ۱۷/۵ و درجه بسیار خوب مورد تصویب قرار گرفت.

۱_ استاد راهنما: سرکار خانم دکتر زهرا وطنی

۲_ استاد مشاور: جناب آقای دکتر کمال قبادی

۳_ استاد/استادان داور: جناب آقای دکتر سهیل طاهری

۴_ مدیر گروه آموزشی: جناب آقای دکتر علیرضا مظلوم رهنی

سپاسگذاری

با مراتب تقدیر و تشکر و سپاس فراوان از اساتید گرانقدر سرکار خانم دکتر زهرا وطنی و جناب آقای دکتر قبادی که در نگارش پایان نامه زحمت فراوانی را تقبل نموده اند. از خداوند منان خواستارم یاریگر ایشان در تمام عرصه های زندگی و علمی باشد

تقدیم به

این پایان نامه را تقدیم می کنم به همسر عزیزم آرش و پسرهای نازنینم محمد رضا و علیرضا ، که در تمام مراحل تحصیلی و موفقیت بنده نقش به سزایی را ایفا کرده اند..

چکیده

موضوع پایان نامه حاضر نقش عرف در تعیین مورد معامله در حقوق ایران، فقه امامیه و بیع بین المللی کالا می باشد. اهمیت ویژه تعیین مورد معامله در عقد بیع در موادی از قانون مدنی، فقه امامیه و کنوانسیون بیع بین المللی کالا صراحتاً عنوان شده است. اصلی ترین و مهمترین این مواد بقند ۳ ماده ۱۹۰ قانون مدنی است که تعیین مورد معامله را از شرایط صحت معامله قرار داده است تا بدین وسیله طرفین بتوانند در صورت عدم اجرای قرارداد توسط طرف مقابل آن را به موقع اجرا بگذارند. بنابراین از شرایط صحت هر قرار داد تعیین مورد معامله می باشد، اگر مورد معامله در عقد بیع معلوم نباشد معامله منجر به غرر می گردد و گاهی معامله باطل می شود. پس یک نیروی الزام آوری باید در راستای جلوگیری از غرر شناخته شود چرا که در غیر اینصورت امکان اجرای قرارداد از میان می رود. بنابراین قانونگذار محترم دست عرف را در این میان باز گزارده است. و در صورتی که در مواقعی خاص مورد معامله در قرار داد مجهول باشد و یا معلوم نباشد، می توان به عرف رجوع نمود. همچنین بند الف از ماده ۲ قانون کنوانسیون بیع بین المللی کالا ب طور ضمنی و مواد ۸ و ۹ از همان قانون صراحتاً به این مهم پرداخته است. در نظام تجارت بین الملل نیز چنانچه عرف پایدار و مستقری موجود باشد طرفین پایبند به آن فرض می شوند. علی ایحال قانون نقش عرف را در تعیین مورد معامله محترم شمرده و کاربرد آن را در موارد سکوت، نقض یا اجمال قوانین و قراردادهای به عنوان یک قاعده ی حقوقی پذیرفته. لذا عرفی می تواند بر اساس قانون موثر باشد که اولاً عرف و عادت مسلم باشد، ثانیاً به عنوان یک قاعده ی الزام آور مرسوم شده باشد و ثالثاً عمومی و پایدار باشد، به طوری که تخلف از آن خلاف قاعده باشد.

نگارنده در این پایان نامه ضمن اینکه به مفهوم شناسی مورد معامله و عرف که واژگان کلیدی این تحقیق را تشکیل می دهد می پردازد در پی شناسایی و تشخیص آن در حقوق موضوعه و فقه و نیز کنوانسیون بیع بین المللی کالا می باشد.

واژه های کلیدی: مورد معامله، عرف، کنوانسیون بیع بین المللی کالا، بیع غرری

فهرست مطالب

۱.....	چکیده:
۲.....	مقدمه
۵.....	بیان مسئله
۶.....	اهداف پژوهش
۶.....	پرسشهای پژوهش
۶.....	سوال اصلی:
۶.....	سوالات فرعی:
۶.....	فرضیات پژوهش
۶.....	فرضیات فرعی:
۷.....	جنبه نوآوری پژوهش
۷.....	روش تحقیق
۸.....	فصل اول : مفاهیم پیشینه و سیر تاریخی
۹.....	مبحث اول: مفاهیم، پیشینه و سیر تاریخی موضوع
۹.....	گفتار اول: مفهوم شناسی از عرف تا مورد معامله در گستره حقوق
۹.....	بند نخست: مفهوم عرف در فقه و حقوق موضوعه
۹.....	الف: مفهوم عرف در فقه
۱۰.....	ب: مفهوم عرف در حقوق موضوعه و نظام بین الملل
۱۲.....	بند دوم: مفهوم مورد معامله
۱۳.....	الف: مورد معامله در عقد بیع
۱۴.....	تعریف
۱۶.....	ب: اشیاء مورد معامله
۱۶.....	ج: انواع مورد معامله
۱۷.....	د: شرایط مورد معامله
۲۲.....	گفتار دوم: پیشینه عرف در مناسبات حقوقی
۲۲.....	بند نخست: تاریخچه عرف در ادوار گذشته

۲۳	بند دوم: تاریخچه عرف در فقه
۲۶	بند سوم: تاریخچه عرف در حقوق موضوعه
۲۷	مبحث دوم: عوامل موثر بر عرف و گونه های عرف
۲۷	گفتار اول: عوامل موثر بر عرف
۲۸	گفتار دوم: انواع عرف
۲۸	بند نخست: گونه های عرف در فقه و حقوق موضوعه
۳۱	بند دوم: گونه های عرف در عرصه بین المللی
۳۲	فصل دوم: مبانی فقهی و حقوقی تعیین مورد معامله
۳۳	مبحث اول: منظور از تعیین مورد معامله در فقه امامیه و حقوق موضوعه
۳۳	گفتار اول: منظور از تعیین مورد معامله در فقه
۳۴	گفتار دوم: منظور از تعیین مورد معامله در حقوق
۳۶	مبحث دوم: مبانی لزوم تعیین مورد معامله
۳۶	گفتار اول: مبانی عقلی
۳۶	بند نخست: نظم عمومی
۳۷	بند دوم: سیره عقلا
۳۸	گفتار دوم: مبانی نقلی
۳۸	بند نخست: روایات مربوط به نهی از بیع غرر
۳۹	بند دوم: سند روایت
۴۲	فصل سوم: تطبیق جایگاه عرف در نظامهای حقوقی مختلف
۴۳	مبحث اول: جایگاه عرف در تعیین مورد معامله در فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران
۴۳	گفتار اول: جایگاه عرف در تعیین مورد معامله در فقه امامیه
۴۵	گفتار دوم: جایگاه عرف در تعیین مورد معامله در حقوق موضوعه ایران
۴۸	مبحث دوم: جایگاه عرف در تعیین مورد معامله در کنوانسیون بیع کالا
۴۸	گفتار اول: نقش عرف در تعیین مورد معامله در کنوانسیون بیع کالا
۵۱	بند نخست: ثمن معلوم و معین
۵۲	بند دوم: تعیین ضمنی ثمن

بند سوم: عدم تعیین ثمن.....	۵۳
گفتار دوم: نقش عرف در تعیین مورد معامله با نگرشی تطبیقی در فقه و حقوق موضوعه.....	۵۵
نتیجه.....	۵۶
منابع و مأخذ.....	۵۹
چکیده انگلیسی.....	۶۲

مقدمه

موضوع پایان نامه حاضر نقش عرف در تعیین مورد معامله با توجه به فقه و حقوق و نیز کنوانسیون بیع بین المللی کالا می باشد. قبل از بحث حائز اهمیت است بیان شود؛ عقد بیع از دیرباز یکی از شاخص ترین اعمال تجاری به حساب می آمده است، به طوری که می توان گفت بیع مادر و سرمنشاء اکثر معاملات تجاری نظیر حمل و نقل دریایی، زمینی، هوایی، بیمه و... می باشد. کثرت وقوع عقد بیع نسبت به معاملات دیگر، سیستم های حقوقی کشورهای مختلف را بر آن داشته است تا قوانین و مقررات ویژه ای درباره عقد بیع وضع نمایند. غالب این سیستم های حقوقی تفاوت عمده ای بین ثمن و مبیع در عقد بیع قائل نیستند و به نحو یکسان مواردی را به عنوان شرایط اساسی در هر دو لازم الاجراء می دانند. از جمله این موارد اساسی که در حقوق ایران و فقه از مصادیق صحت عقد می باشد، تعیین مورد معامله و معلوم بودن آن است. کثرت وقوع عقد بیع نسبت به معاملات دیگر، سیستم های حقوقی کشورهای مختلف را بر آن داشته است تا قوانین و مقررات ویژه ای درباره عقد بیع وضع نمایند. غالب این سیستم های حقوقی تفاوت عمده ای بین ثمن و مبیع در عقد بیع قائل نیستند و به نحو یکسان مواردی را به عنوان شرایط اساسی در هر دو لازم الاجراء می دانند. از جمله این موارد اساسی که در حقوق ایران و فقه از مصادیق صحت عقد می باشد، تعیین مورد معامله و معلوم بودن آن است. در جوامع بشری - به ویژه جوامع ابتدایی - عرف، محور سیاست ها و معامله ها بوده است، و عرب جاهلی نیز این گونه عمل می کرد؛ چرا که عرف به تمام تصرفات و شئون آن ها حاکم بود تا آن گاه که اسلام آشکار شد و احکام و قوانین آن استوار گردید؛ قوانینی که در آنها برخی اعتبارات عرفی معتبر شناخته شد. تاریخ بشر قرنهای بسیاری را یاد دارد که در آن تنها عرف و رسوم رایج، زندگی و روابط اجتماعی بشر را تنظیم و تعدیل می نموده و خصومت ها را فصل و تجارتها را برپا می ساخته است. در آن روزگاران، عرف تنها چراغ هدایت اقوام و جوامع بوده و در بسط معاملات و معاشرات مردم حکومت بلامنازعی داشته است.

این عرفها بسته به شرایط اقلیمی، محیط های جغرافیائی و مشاغل رایج در بین مردم به شدت متنوع و متکثر بوده است، چه عرفهای جاری در بین ساکنین مناطق کوهستانی عمیقا با عرفهای اهالی ساکن در جلگه ها و

یا سواحل و یا مناطق کویری اختلاف داشته و همین درجه از اختلاف در بین مشاغل متعدد نیز قابل رویت می باشد. ماهیگیران به رسومی خاص احترام گذاشته و آداب ویژه ای را مراعات می نمایند و کشاورزان به آداب دیگری دل بسته و از آن حمایت می کنند، اما بهر حال این عرفهای متنوع، در یک امر مشترک بودند و آن حاکمیت در تعدیل روابط اجتماعی مردم و معاشرت اقوام مختلف بود و لذا از این حیث شدیداً مورد احترام و اعتبار بودند. این احترام در قرون جدید بشدت دستخوش تحول گردید. رشد سریع تکنولوژی تمامی عرصه ها و میادین را در نوردید و علم حقوق نیز از این میان مصون نماند. معاملات اقوام از حالت محلی خارج شده و امتعه و اجناس از بلادهای متعدد به دیگر اقالیم سرازیر شد و لاجرم بایستی این روابط به شکل مورد قبول اطراف آن تنظیم می گردید و ناگفته پیداست که عرفهایی که بیشتر محلی و بومی بودند، توان انجام چنین وظیفه ای را نداشتند. ارباب فکر و معرفت پدیده جدیدی ابداع نمودند بنام قانون، تا بتواند نواقص عرف را مرتفع سازد.

این پدیده به سرعت حوزه ها و مراکز سابق عرف را تصرف کرد و از اعتبار و منزلت آن به طور فزاینده ای کاست. اما این پدیده خود نیز دچار مشکلاتی شد که لاجرم عرف بایستی بدان پاسخ می گفت. قوانین قواعدی مطلق، و بدون انعطاف بودند که به دلیل حمایت از اندیشه بشری و فراخور ازمنه و امکانه دارای نواقص و در مواردی ابهامات زیادی بود و نمی توانست بر تمامی جزئیات و فروعات روابط اجتماعی دست اندازد و برای آنها قاعده وضع کند. لذا این عرصه ها همچنان در اختیار عرف باقی ماند. وانگهی قانون ثابت و صامت بود و توان بیان قواعد برای اموری نوظهور و به اصطلاح مستحدثه را نداشت. تکمیل این قواعد نیز به عرف سپرده شد. مضاف بر اینکه قوانین در موارد بسیاری رونوشت عرفهای سابق بودند و به عبارت بهتر بسیاری از عرفها در جامعه قانون و به زیر قلم مقنن لغزیدند و مبنای قانون شدند و برای تفسیر قوانین چاره ای جز بازشناختن آنها باقی نماند. پیشرفت علوم و ترقی جوامع باعث آن شد که معاملات تجاری از مرزهای سیاسی کشورها فراتر رفته و در عرصه های فراملی انجام پذیرد. این روند در قرون اخیر به شدت توسعه یافت و برای منظم ساختن مرادوات آن، قوانین و عرفهای داخلی مکفی نبودند و ناگزیر پای قواعد فراملی به پیش آمد. تا مدتهای مدیدی عرفهای بین المللی این روابط را هدایت می کردند و لیکن معضلات موجود در عرفهای داخلی این عرفها نیز هویدا گشت.

تجارت بین المللی در زمینه بیع کالا به شدت از این نواقص رنج می برد. برای حل چنین مشکلی، دولتها بر آن شدند که خود را ملزم به رعایت قوانین واحدی سازند تا بلکه تجارت بین الملل قوام و استحکام یابد. بیش از نیم قرن در راه دست یافتن به این هدف تلاش شد تا محصول آن کنوانسیون شد که به سال ۱۹۸۰ در وین، دولتها را به مقررات واحدی در زمینه بیع بین المللی کالا ملزم ساخت. در این کنوانسیون بسان تمام قوانینی که در تاریخ بشریت وضع شده است، عرف نادیده انگاشته نشد و از اعتبار آن در جای جای

کنوانسیون حمایت شد. بجز ماده ۹ کنوانسیون که اعتبار و منزلت عرف را قویا تایید نموده و برای آن قواعدی مقرر ساخته، بیش از ۴۰ ماده دیگر نیز از قواعد عرف بهره جسته است و در یک نگاه عمیق می توان بجزرات بر آن بود که ، رد پای عرف در تمامی مواد این کنوانسیون قابل رویت بوده و قواعد آن را تحت تأثیر خود قرا داده است.

نگارنده در این پایان نامه بر آن است تحت سه فصل با موضوعات مفاهیم و سیر تاریخی عرف و بررسی سوابق عرفی در نظامات حقوقی مختلف و تعیین مبانی فقی و حقوقی تعیین مورد معامله و همچنین مطابقت نقش آن در نظامات حقوقی گوناگون ، با پیش رو قرار دادن فرضیات اصلی و فرعی و پاسخ به آن ها به بررسی و جایگاه عرف در تعیین مورد معامله و رفع مشکلات وارد بر آن بر آید.

بیان مسئله

یکی از مهمترین شرایط صحت هر قرارداد، تعیین مورد معامله است. تا بدین وسیله طرفین بتوانند در صورت عدم اجرای قرارداد توسط طرف مقابل، آن را به موقع اجراء بگذارند. نامعلوم بودن مورد معامله به غرر می انجامد و امکان اجرای قرارداد از میان می رود، به این سبب که الزام طرفین را نمی توان از دادگاه درخواست نمود. چرا که مورد مجهول بوده و نمی تواند موضوع حکم قرار گیرد و به اجرا درآید. در نتیجه توافق طرفین لغو و بی فایده خواهد شد. از این روست که تعیین مورد معامله از شرایط اساسی صحت معاملات است. بدین معنا که آنچه که مورد توافق قرار می گیرد باید در نزد طرفین معلوم و مشخص باشد تا اراده آنها بر هم منطبق شده و عقد واقع شده محسوب گردد.

این موضوع در قانون مدنی ما بازتاب یافته است. مطابق ماده ۱۹۰ قانون مدنی یکی از شرایط صحت قرارداد، معلوم بودن مورد معامله است. با این وجود گاهی مورد معامله در قرارداد تعیین نمی شود و قانون نیز به صراحت حکمی در باب تعیین ندارد، به فرض مثال طرفین بر معامله ده کیلو گندم توافق می کنند اما نوع و ویژگی های آن در عقد ذکر نمی شود. در این حالت عرف نقش ویژه ای پیدا می کند. مطابق قانون مدنی ایران و فقه امامیه همانگونه که می دانیم هرگاه طرفین در باب امری ساکت باشند و عرف خاصی در آن مورد وجود داشته باشد، وجود آن عرف به منزله تصریح در عقد است و بدان می ماند که طرفین در باب آن به طور خاص توافق کرده باشند (ماده ۲۲۵ قانون مدنی). در باب مثال طرح شده عرف یاریگر ماست. بدین گونه که انسان متعارف همیشه گونه متوسط از گندم را تسلیم خریدار می نماید چرا که تعهدی به تسلیم بهترین نوع نداشته و تسلیم پست ترین نوع نیز رافع تکلیف او نیست چرا که این نوع عرفا معیوب محسوب می گردد (امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۳۵۰). این موضوع تا حد زیادی ریشه در فقه اسلامی دارد. همان گونه که می دانیم شارع مقدس بسیاری از احکام معاملات را از عرف گرفته و برای عرف نقش برجسته ای قائل گردیده است. از جمله موضوعاتی که نقش عرف در تعیین آن اهمیت بسیاری دارد، تعیین مورد معامله است. بسیاری از فقهاء با تکیه بر عرفی بودن این امر نحوه تعیین مورد معامله با توجه به عرف را مورد بحث و بررسی قرار داده اند. از جمله این بزرگواران شهیدین می باشند که در جلد ششم ترجمه و تبیین شرح لمعه در باب متاجر مباحث گران مایه ای را بیان نموده اند.

در تجارت بین الملل نیز، این نظام برخاسته از عرف بازرگانان است و عرف معاملات بین المللی یکی از منابع مهم و قابل استناد در حقوق تجارت بین الملل است. در این نظام چنانچه عرف پایدار و مستقری موجود باشد طرفین پایبند به آن فرض می شوند. در بیع بین المللی کالا نیز با این که عموماً اوصاف و ویژگی های مورد معامله کاملاً تعیین می گردد اما در صورت عدم تعیین این ویژگی ها، مراجع رسیدگی برای تعیین مورد معامله، عرف حاکم بر معاملات بین المللی را مورد استناد قرار می دهند. پس

روشن گردید که عرف می تواند یاریگر خوبی برای تعیین مورد معامله باشد، گاه وصفی از اوصاف نامعلوم است، گاه واحدی که برای مقدار در نظر گرفته شده معانی مختلفی دارد و ...، در این موارد عرف با تعیین مصداق به حل مشکل می پردازد.

اهداف پژوهش

- ۱- از میان بردن ابهام موجود در عرف معاملات
- ۲- کمک به رفع اختلافات میان اشخاص حقیقی و حقوقی در تعیین مورد معامله
- ۳- کمک به ارتقای دانش موجود در این زمینه

پرسشهای پژوهش

سوال اصلی:

(۱) ایفای نقش عرف در تعیین مورد معامله به چه صورتی است؟

سوالات فرعی:

- (۱) آیا نامعین بودن مورد معامله در قرارداد با وجود معلوم بودن آن در عرف به غرری بودن معامله می انجامد؟
- (۲) در تعیین مورد معامله عرف چه زمان و مکانی باید مطمح نظر قرار می گیرد؟

فرضیات پژوهش

فرضیه اصلی: عرف در تعیین اوصاف اساسی و ارزش مورد معامله با تعیین کالای موجد آن وصف نقش بسزایی ایفا می کند .

فرضیات فرعی:

- (۱) در صورت معلوم بودن عرفی مورد معامله غرری وجود ندارد.
- (۲) در تعیین مورد معامله عرف زمان و مکان انعقاد عقد باید مورد نظر قرار گیرد. چرا که طرفین صرفا در زمان و مکان انعقاد عقد ملزم به انجام تعهد می باشند..

جنبه نوآوری پژوهش

این پژوهش دستاوردهای حقوق تطبیقی را به کار گرفته تا به گنجینه فقهی حقوقی کشورمان مطالب و راهکارهای جدیدی بیافزاید. بی تردید استفاده سودمند از حقوق تطبیقی همچون چراغی فراروی نظام حقوقی عمل می نماید و با عرضه راهکارهای جدید به پیشرفت نظام حقوقی ما کمک می نمایند. خاصه در این مورد که از کنوانسیون بیع بین المللی کالا و تفاسیر آن که برخاسته از نظام حقوقی عرفی کامن لا است، شیوه های جدیدی را برای استناد به عرف در تعیین مورد معامله که چالشی مهم و اساسی در نظام حقوق قراردادهاست، ارائه خواهد نمود.

روش تحقیق

این پژوهش بهره گیری از روش توصیفی- تحلیلی با استفاده از ابزار کتابخانه ای و فیش برداری را در نظر دارد. بدین گونه که اول با ارائه توصیفی از وضعیت موجود و مشکلات پیش رو تلاش می گردد تا تصویری مناسب از این زمینه به دست داده شود. آنگاه با بهره گیری از قواعد حقوقی و روش های تفسیر به طور تحلیلی به حل مشکلات موجود می پردازد.

فصل اول: مفاهیم و سیر تاریخی

در این فصل نگارنده به موضوع مفاهیم و سیر تاریخی عرف در تعیین مورد معامله می پردازد. مهم است بدانیم پیشینه و سابقه ی تعیین مورد معامله در جوامع عرفی به چه صورت بوده است و اقشار مختلف در ازمه های گوناگون از عرف به عنوان تعیین کننده ی مورد معامله به چه صورت استفاده می کردند. لازم به ذکر است این فصل شامل دو مبحث بوده که در مبحث اول به بررسی پیشینه و تاریخچه موضوع اشاره می شود و در مبحث دوم عوامل موثر بر عرف و گونه های عرف مورد مذاقه قرار می گیرد.

مبحث اول: مفاهیم، پیشینه و تاریخچه موضوع

این مبحث به پیشینه و سیر تاریخی در ادوار گذشته و گونه های مختلف نقش عرف در تعیین مورد معامله در ازمه های مختلف و قوانین و مقررات گوناگون می پردازد.

گفتار اول: مفهوم شناسی از عرف تا مورد معامله در گستره حقوق

بند نخست: مفهوم عرف در فقه و حقوق موضوعه

الف: مفهوم عرف در فقه

در لغت و ادبیات عرب واژه عرف در معانی زیر بکار رفته است:

۱. پیاپی بودن شیء که اجزاء آن متصل به یکدیگر باشند. این معنا در کلام امیرالمومنین علیه السلام در خطبه معروف به «ششقیه» و در وصف تراکم و انبوه مردم برای بیعت با ایشان چنین آمده است: «فما راعنی الا و الناس کعرف الضبع»
۲. کل مرتفع عند العرب، عرب به هر بلندی مکان و زمین مرتفعی عرف می گوید، آیه شریفه ۴۸ سوره اعراف ناظر به این معنا است «وینهما حجاب و علی الاعراف رجال یعرفون بسیماهم»
۳. ضد نکرو به معنای معروف، امرپسندیده و نیکو و شناخته شده، مفهوم نزدیک به موضوع این مبحث، این معنا از عرف است که در بیان حضرت امیر علیه السلام «فانهم جماع من الکریم و شعب من العرف» و همچنین آیه شریفه ۱۰۹ سوره اعراف «خذالعفو ووامر بالعرف و اعرض عن الجاهلین» به این مفهوم اشاره شده است.

شارع برای عرف، تعریفی بیان نکرده است، بلکه تعریف این واژه، به خود عرف وانهاده شده است. اما در میان علمای شیعه و سنی، تعریف‌های گوناگونی ارائه گردیده که برترین آن عبارت است از: «روش و شیوه مستمر عملی یا گفتاری که در میان همه یا بیشتر مردم، یا قوم یا گروه خاصی شناخته شده و مرسوم باشد.» برخی عرف را شامل «مرتکبات ذهنی» نیز دانسته‌اند.^۱ پیدایش هر پدیده‌ای وابسته به عناصر و شرایطی است که عرف نیز از این قاعده مستثنا نیست. از این رو، عناصر و منشأ آن عبارتند از: «عمومیت و تکرار عمل یا گفتار معین،^۲ الزام آور بودن و داشتن منشأ عقلانی.»^۳ به متون و مسائل فقهی که رجوع می‌کنیم، واژه «عادت» در کنار «عرف» زیاد به چشم می‌خورد و در بسیاری از موارد، بخصوص در بین قدما، این واژه کاربرد فراوانی پیش از عرف داشته است.^۴ اما این اختلاط، باعث عدم انفکاک، و مساوی پنداشتن این دو واژه از یکدیگر شده است. حال آنکه افتراق این دو - چه از حیث لغت و چه در اصطلاح - اجتناب‌ناپذیر است.

ب: مفهوم عرف در حقوق موضوعه و نظام بین الملل

عرف عبارت است از عادات و رسومی که به طور یکنواخت و با گذشت زمان، در یک جامعه، شکل می‌گیرد و بیش‌تر افراد جامعه، به آنها احترام می‌گذارند و احساس الزامی بودن آنها را دارند. و در (حقوق بین الملل)، عرف عبارت است از عادات و رسومی که در اثر تکرار کارهای همانند، توسط دولتها و سازمانها بین المللی در پیوندهای مشترک آنها، کم کم جنبه الزامی یافته و قدرت حقوقی پیدا کرده است، به گونه‌ای که اگر کشوری یا سازمانی به آنها احترام نگذاشت، مورد سرزنش کشورهای دیگر قرار می‌گیرد. در دانش حقوق تعاریف زیر از «عرف» ارائه شده است:

«قاعده‌ای است که به تدریج و خود به خود میان همه مردم یا گروهی از آنان به عنوان قاعده الزام آور مرسوم شده است»

«مجموعه قواعد نانوشته و مورد احترامی را که از رفتار دولتها در مقابل یکدیگر می‌توان استخراج کرد عرف نامیده می‌شود»

«عرف عمل و روش یا سلسله اعمال و روش‌هایی است که به تدریج در طول زمان بر اثر تکرار خود به خود و بدون دخالت قوه‌ی قانون‌گذاری در اثر حوایج اجتماعی میان همه‌ی افراد جامعه یا گروهی از آنها به عنوان قاعده‌ای الزام‌آور در تنظیم روابط حقوقی بین افراد اجتماع مقبول و مرسوم شده است»

^۱ - مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری، (۱۴۱۳)، المقنعه، اول، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، قم، ص ۵۳۲ و ۵۳۸

^۲ - جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۷۲)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، ج ۶، ص ۲۵۲۲

^۳ - کمال‌الدین جعیط، «العرف»، مجمع الفقه الاسلامی، دور پنجم، عدد پنجم، جزء چهارم، ص ۲۹۹۹.

^۴ - نجفی، محمد حسن، (۱۴۲۰) جواهر الکلام، تهران، المکتبه الاسلامیه، ص: ۵۱۵

قانون گذاران و در سخنی آشکارتر متصدیان حکومت و یا کسانی که اداره و هدایت افراد و جامعه و نیز نیروی اجبار و الزام آور را در دست دارند. این باور که ظاهراً در ارتباط با اندیشه‌ی منوط بودن اعتبار عرف به تصریح از سوی قانون و شرع می‌باشد، سخن گفتن از ضمیر، شعور و اراده و ایمان جامعه رابی مورد می‌شمارد و بر این سخن است که عرف‌ها از اراده و تمایل گروه خاصی که در طول تاریخ به اشکال گوناگون همچون انبیا، حکام و سلاطین، نظام‌های سیاسی، اداری و حقوقی و مقامات و مناصب دولتی و قانونی نمود پیدا کرده‌اند، ناشی گردیده و صرفاً امره بوده‌اند که به تدریج با گذشت زمان و بر اثر تکرار در افکار و اندیشه‌ی افراد جامعه ریشه دوانیده به گونه‌ای که رعایت آن برای حفظ نظام زندگی اجتماعی ضرورت یافته است. این سخن اگر چه تا اندازه‌ای می‌تواند با حقیقت همراه باشد ولی با حقایق تاریخی منافات دارد؛ زیرا در همه‌ی ملت‌ها قواعد عرف پیش از قانون وجود داشته همان گونه که در حکومت‌های کنونی نیز منشا عرف و قانون یکی نیست.

وجدان و اراده‌ی عمومی مردم: این دیدگاه «وجدان و اراده‌ی عمومی» مردم را منشا عرف می‌شمارد و بر این سخن است که عرف محصول مستقیم اراده‌ی عمومی مردمان است، چه این که حقوق بالاصاله یک منبع بیش ندارد و آن اراده‌ی جامعه است که بر اراده‌ی افراد تحمیل می‌شود. این اراده هر گاه مستقیماً به ایجاد حقوق بپردازد در شکل عرف و عادت تجلی می‌کند. نیازها و ضرورت‌های اجتماعی و خواسته‌های طبیعی انسان: در این دیدگاه عرف پدیده‌ای است اجتماعی که منشا آن نیازها و ضرورت‌های جامعه می‌باشد که آدمیان به حکم فطرت خود آن نیازها و ضرورت‌ها را دریافته و بدون این که با آن‌ها به مخالفت برخیزند، وجود آن قواعد و مقررات عرفی را برای حفظ نظام زندگی ضروری می‌شمارند. عوامل و ارتکازات فرهنگی و دینی همچون عواطف و اعتقادات دینی و مذهبی، اصول عالی و خصوصیات اخلاقی و روح ملی، قومی، طایفه‌ای و قبیله‌ای مردم، حس تقلید، احترام به یادگار اسلاف و گذشتگان.

منشا عرف در حقوق بین‌الملل را می‌توان اینگونه مورد بررسی قرار داد: برخی از حقوقدانان رضایت دول و مقامات صلاحیت‌دار بین‌المللی یا دولی را به عنوان منشا عرف بین‌الملل می‌شمارند. بنابر باور اینان قواعد عرفی و عادی بین‌المللی بر اثر رضایت دول و مقامات صلاحیت‌دار بین‌المللی یا دولتی شکل می‌گیرند. گروهی دیگر را باور بر این است که قواعد عرفی بین‌المللی خارج از نفوذ اراده‌ی دول و برتر از اراده‌ی آن‌ها می‌باشد. بنابر باور این دسته از حقوق‌دانان اساس و منشا عرف را باید در مقتضیات زندگی بین‌المللی جستجو کرد؛ چه این که عرف مولود مقتضیات زندگی اجتماعی است.