



دانشکده ادبیات و علوم انسانی
پایان نامه کارشناسی ارشد

تعارض عرف با سایر منابع تفسیر قرارداد

از
محبوبه ملکی فر

استاد راهنما
دکتر عباداله رستمی

اسفند ۱۳۹۳

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



دانشکده ادبیات و علوم انسانی

گروه حقوق

گرایش: حقوق خصوصی

تعارض عرف با سایر منابع تفسیر قرارداد

از

محبوبه ملکی فر

استاد راهنما

دکتر عباداله رستمی

استاد مشاور

دکتر سید محمد اسدی نژاد

اسفند ۱۳۹۳

سپاسگزاری

ارادت داشتن به خوبان همیشه گفتنی نیست، گاه سکوت است و گاه نگاه و گاه دعا...

از تمامی اساتید بزرگوار به ویژه جناب آقای دکتر رستمی و آقای دکتر اسدی نژاد که به عنوان استاد راهنما و مشاور اینجانب را در انجام مراحل این پژوهش و پایان نامه یاری نمودند نهایت تشکر و سپاس را دارم.

فهرست مطالب

صفحه	عنوان
ل	چکیده فارسی
م	چکیده انگلیسی
۱	مقدمه
۲	سؤالات اصلی پژوهش
۲	فرضیه‌های پژوهش
۲	روش پژوهش و مراحل انجام پایان‌نامه
۳	سابقه‌ی پژوهش
فصل اول: کلیات	
۵	۱-۱- تعریف قرارداد و تمایز آن با عقد
۷	۱-۲- تفسیر قرارداد
۷	۱-۳- تمیز مفهوم تفسیر قرارداد از دیگر مفاهیم حقوقی مشابه
۸	۱-۳-۱- تفسیر قرارداد و اثبات قرارداد
۹	۱-۳-۲- تفسیر قرارداد و توصیف قرارداد
۱۰	۱-۳-۳- تفسیر قرارداد و تأویل قرارداد
۱۲	۱-۳-۴- تفسیر قرارداد و تکمیل قرارداد
۱۴	۱-۴- جایگاه تفسیر در اجرای قرارداد
۱۴	۱-۵- نقش تفسیر در تعدیل قرارداد
۱۵	۱-۶- تمایز تفسیر قانون با تفسیر قرارداد
۱۶	۱-۷- ضرورت و هدف تفسیر قراردادها
۱۷	۱-۷-۱- ضرورت تفسیر قراردادها
۱۹	۱-۷-۲- هدف تفسیر قرارداد

- ۸-۱-مبانی تفسیر قرارداد..... ۲۰
- ۹-۱-اقسام قراردادهای مورد تفسیر..... ۲۱
- ۹-۱-۱-قرارداد بدون ابهام..... ۲۱
- ۹-۱-۲-ابهام قرارداد..... ۲۴
- ۹-۱-۲-۱-مفهوم ابهام..... ۲۴
- ۹-۱-۲-۲-انواع ابهام..... ۲۵
- ۹-۱-۳-نقص قرارداد..... ۲۷
- ۱۰-۱-روش‌های متداول تفسیر قرارداد..... ۲۸
- ۱۰-۱-۱-اصل حاکمیت اراده در قراردادها و تأثیر آن در تفسیر قراردادها (ستایش قرارداد)..... ۲۹
- ۱۱-۱-۱-عوامل محدودکننده اصل آزادی قراردادها و جایگاه آن‌ها در تفسیر قرارداد..... ۳۱
- ۱۱-۱-۱-۱-قوانین آمره..... ۳۱
- ۱۱-۱-۱-۲-عدم مخالفت بانظم عمومی..... ۳۲
- ۱۱-۱-۱-۳-عدم مخالفت بااخلاق حسنه..... ۳۳
- ۱۱-۱-۲-تفسیر اجتماعی آزاد (اداری قرارداد)..... ۳۵
- ۱۱-۱-۳-نظر موردقبول در مورد تفسیر قراردادها..... ۳۷
- ۱۱-۱-۳-۱-نقش نظریه‌ی اراده‌ی باطنی و اراده‌ی ظاهری در تفسیر قراردادها..... ۳۷
- ۱۱-۱-۳-۱-۱-اراده‌ی ظاهری و باطنی در حقوق اسلام..... ۳۸
- ۱۱-۱-۳-۱-۱-۱-دلایل مستقیم پذیرش تقدم اراده‌ی باطنی..... ۳۸
- ۱۱-۱-۳-۱-۲-دلایل غیرمستقیم پذیرش تقدم اراده‌ی باطنی..... ۳۹
- ۱۱-۱-۳-۱-۲-۱-اراده‌ی ظاهری و باطنی در حقوق ایران..... ۴۰
- ۱۱-۱-۳-۱-۲-۱-۱-نظریه‌ی اراده‌ی باطنی..... ۴۰
- ۱۱-۱-۳-۱-۲-۲-نظریه‌ی اراده‌ی ظاهری..... ۴۱

- ۱۲-۱- روش‌های تفسیر قانون در تفسیر قرارداد..... ۴۳
- ۹-۱- مکتب تفسیر تحت اللفظ (تقدیس متن)..... ۴۳
- ۱۲-۱-۱- وسایل روش تفسیر تحت اللفظی..... ۴۴
- ۱۲-۱-۲- روش تفسیر ادبی..... ۴۵
- ۱۲-۱-۳- روش تفسیر منطقی..... ۴۵
- ۱۲-۱-۴- روش تفسیر اصولی..... ۴۶
- ۱۲-۱-۵- روش تفسیر تاریخی..... ۴۶
- ۱۲-۲- مکتب تحقیق علمی آزاد..... ۴۶

فصل دوم: عرف

- ۱-۲- واژه‌شناسی عرف..... ۴۹
- ۱-۱-۲- عرف در لغت..... ۴۹
- ۲-۱-۲- عرف در فقه..... ۴۹
- ۱-۲-۳- عرف در حقوق..... ۵۰
- ۲-۲- اقسام عرف..... ۵۱
- ۱-۲-۲- عرف لفظی..... ۵۱
- ۲-۲-۲- عرف عملی..... ۵۲
- ۱-۲-۲- عرف‌های اعمال عادی زندگی..... ۵۲
- ۲-۲-۲- عرف‌های معاملات..... ۵۳
- ۳-۲-۲- عرف عام..... ۵۳
- ۴-۲-۲- عرف خاص..... ۵۴
- ۳-۲- ارکان عرف..... ۵۵
- ۱-۳-۲- عنصر مادی..... ۵۵

- ۲-۳-۲- عنصر روانی..... ۵۶
- ۲-۴-۲- شرایط تأثیر و اعمال عرف..... ۵۶
- ۲-۴-۲- شیوع..... ۵۶
- ۲-۴-۲- عدم مخالفت با شرع و قانون امری..... ۵۷
- ۲-۴-۳- وجود عرف در زمان فعلیت..... ۵۷
- ۲-۴-۴- عدم شرط خلاف..... ۵۸
- ۲-۵-۲- نیروی الزام‌آور عرف و مبنای اعتبار آن در قراردادها..... ۵۹
- ۲-۵-۱- بررسی نظریه‌های راجع به نیروی الزام‌آور عرف..... ۵۹
- ۲-۵-۱-۱- نیروی الزام‌آور عرف ناشی از قانون..... ۵۹
- ۲-۵-۱-۲- اعتقاد همگانی، نیروی الزام‌آور عرف..... ۶۰
- ۲-۵-۱-۳- ارزش عرف مانند ارزش قوانین طبیعی..... ۶۰
- ۲-۵-۱-۴- مبنای نیروی الزام‌آور عرف، ضروریات زندگی اجتماعی و خواسته‌های طبیعی انسان..... ۶۱
- ۲-۵-۱-۵- نیروی الزام‌آور عرف، ناشی از اصول حقوقی..... ۶۲
- ۲-۵-۱-۶- نیروی الزام‌آور عرف ناشی از طبیعت و نظم اشیاء و امور..... ۶۲
- ۲-۵-۱-۷- عرف یک منبع مستقل قرارداد..... ۶۲
- ۲-۶-۲- مبنای اعتبار عرف در قراردادها..... ۶۴
- ۲-۶-۱- مبنای اعتبار عرف در قرارداد، قصد و اراده انشاء کنندگان آن است..... ۶۴
- ۲-۶-۱-۱- تحلیل مواد ۳۵۶ و ۳۴۴ قانون مدنی (مبتنی بودن حاکمیت عرف بر اراده طرفین قرارداد)..... ۶۵
- ۲-۶-۱-۲- تحلیل مواد ۴۲۶ و ۱۱۰۷ قانون مدنی (مبتنی بودن حاکمیت عرف بر اراده طرفین عقد)..... ۶۶
- ۲-۷-۲- قلمرو عرف و اثبات آن در قراردادها..... ۶۷
- ۲-۷-۱- قلمرو حقوقی عرف (قلمرو موضوعی و حکمی)..... ۶۷
- ۲-۷-۱-۱- دلایل عرف حکمی..... ۶۷

- ۶۸-۲-۷-۱-۲- دلایل عرف موضوعی.....
- ۶۹-۲-۷-۱-۳- بررسی جنبه‌های مختلف عرف از جهت موضوعی یا حکمی بودن.....
- ۶۹-۲-۷-۱-۳-۱- وجود عرف و مفاد آن.....
- ۶۹-۲-۷-۱-۳-۲- شناسایی موارد حاکمیت عرف به وسیله قانون.....
- ۶۹-۲-۷-۲- قلمرو جغرافیایی عرف.....
- ۷۰-۲-۷-۳- قلمرو اجتماعی عرف.....
- ۷۱-۲-۸- احراز و اثبات عرف.....
- ۷۲-۲-۹- نقش عرف در تعیین معانی الفاظ و عبارات قرارداد.....
- ۷۴-۲-۱۰- تأثیر عرف در تعیین معانی الفاظ و عبارات قرارداد.....
- ۷۵-۲-۱۰-۱- مفهوم معنای عرفی الفاظ.....
- ۷۵-۲-۱۰-۱-۱- معنای حقیقی لغوی.....
- ۷۵-۲-۱۰-۲- معنای مجازی لغوی.....
- ۷۵-۲-۱۰-۳- معنای ادبی.....
- ۷۶-۲-۱۰-۴- معنای قانونی.....
- ۷۶-۲-۱۰-۵- معنای حقیقی شرعی.....
- ۷۸-۲-۱۰-۲- مبنای حمل الفاظ قرارداد بر معنای عرفی.....
- ۷۸-۲-۱۰-۳- وضعیت ادعای معنای غیر عرفی برای الفاظ قرارداد.....
- ۸۰-۲-۱۱- تطبیق ماده‌ی ۲۲۴ قانون مدنی با بحث.....
- ۸۱-۲-۱۲- نقش عرف در تعیین آثار و نتایج قرارداد.....
- ۸۲-۲-۱۲-۱- حدود اعتبار عرف معاملات در تعیین آثار قراردادهای.....
- ۸۳-۲-۱۲-۲- تعیین اجزاء، لوازم و توابع مورد معامله.....
- ۸۳-۲-۱۲-۲-۱- اجزاء، لوازم و توابع عرفی مورد معامله.....

- ۱۲-۲-۱-۱-۱-نمونه‌هایی از تأثیر عرف در تعیین اجزاء، لوازم و توابع مورد معامله..... ۸۵
- ۱۲-۲-۲-۲-تعیین مقدار و کمیت مورد معامله..... ۸۶
- ۱۲-۲-۲-۱-تعیین کیفیت مورد معامله..... ۸۶
- ۱۲-۲-۳-تأثیر عرف در اجرای قرارداد..... ۸۸
- ۱۲-۲-۱-۳-تعیین زمان اجرای قرارداد..... ۸۸
- ۱۲-۲-۱-۱-۳-تعیین زمان اجرای قرارداد توسط طرف‌های قرارداد..... ۸۸
- ۱۲-۲-۱-۳-۲-تعیین زمان اجرای قرارداد به نظر متعهد یا متعهدله..... ۸۹
- ۱۲-۲-۱-۳-۳-عدم تعیین زمان اجرای قرارداد..... ۹۰
- ۱۲-۲-۱-۳-۱-مبدأ و پایان مدت قرارداد تعیین نشده باشد..... ۹۰
- ۱۲-۲-۱-۳-۲-مدت اجرای قرارداد و زمان شروع آن مشخص نشده باشد..... ۹۰
- ۱۲-۲-۴-تعیین مکان اجرای قرارداد..... ۹۰

فصل سوم: تعارض عرف با سایر منابع

- ۱-۳-۱-منابع مستقل مؤثر در تفسیر قرارداد..... ۹۳
- ۱-۳-۱-۱-نقش قانون به‌عنوان منبع تفسیر قرارداد..... ۹۳
- ۱-۳-۱-۱-۱-قوانین امری..... ۹۴
- ۱-۳-۱-۱-۲-قوانین تکمیلی و تفسیری..... ۹۴
- ۱-۳-۱-۱-۳-تقسیم قوانین تکمیلی..... ۹۴
- ۱-۳-۱-۱-۲-۱-قوانین تفسیری..... ۹۴
- ۱-۳-۱-۱-۲-۲-قوانین تکمیلی محض..... ۹۴
- ۱-۳-۲-روح قانون..... ۹۵
- ۱-۳-۳-اصول فقهی..... ۹۶
- ۱-۳-۱-۳-شناسایی و تعریف اصول فقهی مؤثر در تفسیر قرارداد..... ۹۶

- ۱۰۹-۳-۳-۱-۳-تقدم مقید بر مطلق.....
- ۱۱۰-۳-۳-۲-حل تعارض پایدار.....
- ۱۱۱-۳-۳-۱-۲-تساقط.....
- ۱۱۱-۳-۳-۲-۲-تقدم یکی از دو بند.....
- ۱۱۱-۳-۳-۱-۲-۳-تقدم بند اصلی بر بند فرعی.....
- ۱۱۲-۳-۴-تعارض عرف و قانون در تفسیر قراردادها.....
- ۱۱۲-۳-۴-۱-تعارض عرف با قوانین آمره.....
- ۱۱۳-۳-۴-۲-تعارض عرف با قوانین تکمیلی.....
- ۱۱۵-۳-۴-۲-۱-موارد تعارض قانون تکمیلی و عرف.....
- ۱۱۵-۳-۴-۲-۱-۱-تعارض از جهت عام و خاص بودن هر یک.....
- ۱۱۵-۳-۴-۲-۱-۲-تعارض از جهت مقدم و مؤخر بودن هر یک.....
- ۱۱۶-۳-۵-تعارض عرف با روح قانون.....
- ۱۱۷-۳-۶-تعارض بین عرف و اصول فقهی.....
- ۱۱۸-۳-۷-تعارض بین عرف و اصول حقوقی.....
- ۱۱۹-۳-۷-تعارض عرف با رویه‌ی قضایی.....
- ۱۲۰-۳-۸-تعارض عرف‌ها باهم.....
- ۱۲۰-۳-۸-۱-تعارض بین عرف‌ها از حیث عام یا خاص بودن عرف‌ها.....
- ۱۲۱-۳-۸-۱-۱-تعارض دو عرف عام.....
- ۱۲۱-۳-۸-۱-۲-تعارض دو عرف خاص.....
- ۱۲۱-۳-۸-۲-تعارض دو عرف متضاد از جهت تفاوت در موضوع.....
- ۱۲۱-۳-۸-۳-تعارض عرف‌ها از حیث مکان.....
- ۱۲۲-۳-۹-تعارض عرف با عادت.....

۱۲۴	۳-۱۰-تعارض عرف با بنای عقلا.....
۱۲۴	۳-۱۱-تعارض عرف با مقتضای اطلاق عقد.....
۱۲۵	۳-۱۲-تعارض عرف با مفاد ضمنی و بنایی عقد.....
۱۲۶	۳-۱۳-تعارض عرف با اندیشه‌های حقوقی.....
۱۲۷	نتیجه‌گیری.....
۱۲۸	فهرست منابع.....

عرف فرایندی است که مردم بدان خو گرفته باشند و چنان با زندگی اجتماعی آنان عجین شده باشد که برحسب عادت بدان عمل و رفتار نمایند. عرف در معاملات و عقود و علومى مانند اصول و فقه نیز کاربرد فراوان دارد. از نظر پیشینه هم بر سایر منابع حقوق مقدم است. حقوق نیز بیشتر به وسیله عرف و عادت کردن مردم بر یک امر تشکیل گردیده است. در نظام حقوقی ایران عرف دارای نقش و تأثیر بسزایی در تعیین حدود تعهدات قراردادی و انواع قراردادهاست. در موارد متعدد، قانون مدنی عرف به یاری قاضی آمده و در رفع ابهام قراردادها بسیار مؤثر است. در ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی و اصل ۱۶۷ قانون اساسی، قانون به قضات محکمه اجازه داده است برای حل و فصل اختلافات و رفع اجمال و ابهام به اصول حقوقی استناد نمایند که این اصول همیشه با عرف و عادات متداول جامعه ارتباط تنگاتنگ دارد. در تفسیر قراردادها نیز عرف جایگاه ویژه‌ای دارد. زمانی که دو طرف قرارداد در مفاد آن اختلاف پیدا می‌کنند و نیاز به تفسیر آن قرارداد است برای تجزیه و تحلیل الفاظ و عبارات قرارداد به مفهوم عرفی و ظاهری آن‌ها رجوع خواهد شد و مدعی خلاف ظاهر عرفی باید دلیل ارائه نماید. با سنجش عرف با سایر منابع تفسیر قرارداد و جایگاه عرف در میان آن‌ها به این نتیجه می‌رسیم که عواملی مانند انصاف، حسن نیت، رویه‌ی قضایی و دکترین که آن‌ها را از منابع تفسیر قرارداد بر شمرده‌اند، در حقوق ما همان ضابطه‌ی عرفی است؛ و در هنگام تعارض هر منبع با منابع دیگر، منبعی که به قصد طرفین نزدیک‌تر است مقدم خواهد بود؛ بنابراین عرف در هنگام تعارض بر برخی از این منابع مثل قانون تکمیلی حاکم است و گاه نیز برخی از این منابع بر عرف حاکم‌اند.

واژگان کلیدی: عرف، عادت، معاملات، تفسیر قرارداد، الفاظ قرارداد

Abstract

Conflict between Custom and other Source of Inuerpretation of Contract

Mahboubeh Malekifar

Custom is process that people get habit to it. And also mixed whit their social life that are according to habit custom have a lot usage in business and contract and sciences such as principles and jurisprudence. It is precedent rather than other sources of law from historical view. Low has formed by custom and habits of people or on action much move. In Iran's law custom have important affect in determination of limitation obligations. Custom has helped judge in different cases of civil law and it is so effective in destroying ambiguity of contracts. In article 3 of procedure civil and principle 67 of constitutional law has allowed the judge of curt that except from principle of law for law for solving of difference and destrovity brevity, ambiguity. These principals have always close connection with custom and habit. Interpretation of contracts also custom has stalled when parties of contract diverge in contract's contents and need to interpretation of contracts. For analysis and lysis of words and phrases of contacts will refer to common and pretence of contract. And claimant contrary common appearance has to present reason. With consideration of custom with another references and custom between them fetch up factors such as justice, goodwill, method of judiciary and doctorin have enumerated of interpretation of contract's references. In our law is same common rule. In contract's time each reference is closer to intention of parties. Thuscommon in contract's time govern on some of these references like supplementary statute and sometimes also govern on some of these references.

Key words: custom, habit, business, interpretation of contract, word of contract.

قرار گرفتن عرف به‌عنوان یکی از منابع حقوق در کنار قانون و سایر منابع و اختصاص موادی از قانون مدنی که در آن‌ها عرف در بسیاری از امور و موضوعات حاکم گردیده است، مخصوصاً در قراردادهای، چه در قواعد عمومی و چه در عقود معین و استناد به عرف در بسیاری از متون فقهی و آثار و کتب حقوق‌دانان و آرای قضایی همگی نشانگر اهمیت عرف در حقوق است. تأثیر و نقش عرف در یکی از مهم‌ترین نهادها و تأسیسات اجتماعی و حقوقی، یعنی قراردادهای بسیار حائز اهمیت و درخور بررسی است. آنچه در سطح جامعه، صنف یا محل معین به‌عنوان عرف در جریان است، تأثیرات بسیاری بر حقوق و خصوصاً قراردادهای بر جای می‌گذارد.

هرگاه در تفسیر قراردادی با مشکلی روبرو شویم نیاز به منابع تفسیر آشکار می‌گردد که یکی از این منابع عرف می‌باشد. هنگامی که قانون مدنی الفاظ عقود را محمول بر معانی عرفیه می‌داند و یا عرف را ضابطه‌ی تشخیص توابع مبیع معرفی می‌کند و موادی را از این قبیل، ضرورت شناسایی تبیین این منبع تفسیر قرارداد و چگونگی دخالت و تأثیر عرف در تفسیر قرارداد و موارد تأثیر آن کاملاً احساس می‌گردد.

ملاک یا ضابطه یا روش حل تعارض در منابع تفسیر قرارداد ابتدا باید مورد بحث و بررسی قرار گیرد که در این مورد اصلی‌ترین مبنای قرارداد اراده است و بر همین مبنا است که اصل حاکمیت اراده در حقوق به رسمیت شناخته می‌شود. بر اساس این اصل تشکیل یا عدم تشکیل قرارداد و همچنین حدود حقوق و تعهدات هر یک از طرفین آن به اراده متکی است. در هنگام تفسیر نیز باید در جستجوی این اراده مشترک به‌عنوان مبنای اصلی قرارداد بود. در نتیجه منابع تفسیر نیز هر کدام به درجه دوری یا نزدیکی از این مبنا مؤثر در تفسیر قرارداد می‌باشند؛ و همان منبع تفسیر بر سایر منابع حاکم خواهد بود.

ممکن است در موردی که قرارداد نیازمند تفسیر است، به‌ظاهر چند منبع تفسیر هم‌زمان باهم در آن مورد دخالت داشته که هر یک معارض با دیگری باشند. برای مثال طبق قانون حمل از توابع مبیع محسوب نمی‌شود، اما بر اساس عرف محل، حمل از توابع مبیع محسوب می‌گردد، یا از مفاد ضمنی عقد تحویل مورد معامله در محلی و از عرف تحویل آن در محل دیگر استنباط می‌گردد. در این‌گونه موارد تعارض بین منابع تفسیر ایجاد می‌شود که این موارد باید بررسی و تعارض آن‌ها حل گردد. گاه نیز دو عرف باهم معارض هستند، به‌طور مثال مقتضای عرف عام بر امری و مقتضای عرف خاص بر امر دیگری معارض آن دلالت می‌نماید.

یکی از مهم‌ترین منابع تفسیر قرارداد قانون است. ممکن است بین قانون و عرف در هنگام تفسیر قرارداد تعارضی رخ دهد. هنگامی که عرفی قانونی را تکمیل می‌کند و به آن مدد می‌رساند، یعنی عرفی که نقایص قانون را نسبت به حالات پیش‌بینی‌نشده برطرف یا در موارد مبهم و مشکوک معنای آن را روشن می‌سازد و از آن رفع ابهام می‌کند یا عرفی که مصادیق

و موضوعات احکام قانونی را تعیین می‌کند، بحثی نیست. مشکل هنگامی است که عرف آشکارا یا به‌طور ضمنی با قانون معارض و غیرقابل جمع است.

در این پایان‌نامه به تقسیم‌بندی عرف با نهادها (منابع) مستقل تفسیر قرارداد و منابع تفسیر دارای منشأ تحلیلی مشترک با آن مورد بررسی قرار می‌گیرد و همچنین تعارض هر یک نیز بر این اساس بررسی می‌گردد.

سؤالات اصلی پژوهش

۱- حدود اعتبار عرف در تفسیر قرارداد چقدر است؟

۲- تعارض عرف با سایر منابع تفسیر قرارداد چگونه مرتفع می‌شود؟

فرضیه‌های پژوهش

۱- قانون مدنی ایران به پیروی از فقه امامیه، عرف‌های حاکم در معاملات و عرف‌های رایج در بین مردم در باب تشخیص موضوعات و تفسیر اراده‌ی متعاقدين را معتبر دانسته است. در ماده‌ی ۳ ق.آ.د.م. نیز قاضی مکلف گردیده است در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده و متناقض باشد یا اصلاً در قضیه‌ی مطروحه قانونی نباشد بر طبق عرف و عادت مسلم رسیدگی کند و حکم صادر نماید.

۲- قانون اعم از امری و تکمیلی، عرف، اصول فقهی، اصول حقوقی، رویه‌ی قضایی، انصاف و حسن نیت، روح قانون و شروط بنایی از جمله منابع تفسیر قرارداد محسوب می‌گردند. ولی با توجه به این که در هر قراردادی اراده‌ی طرفین مبنای اصلی قرارداد است، هر چند اصولاً اعتبار عرف ناشی از مبتنی بودن آن بر قصد مشترک طرفین است، ولی در مواردی استثنایی از جمله ماده‌ی ۳۵۶ قانون مدنی، قانون حکومت عرف را بر قرارداد حتی در صورت جاهل بودن طرفین قرارداد بر عرف تحمیل می‌کند. باین‌وجود اراده‌ی طرفین قرارداد است که به خلق و ایجاد قرارداد دست می‌زند، پس هر منبعی که به اراده‌ی طرفین نزدیک‌تر باشد یا فرض نزدیکی بیشتری داشته باشد همان منبع بر سایر منابع تفسیر حاکم خواهد بود.

روش پژوهش و مراحل انجام پایان‌نامه

در این پایان‌نامه از روش تحقیق توصیفی _ تحلیلی استفاده شده است که به‌صورت کتابخانه‌ای و مراجعه به کتب و پایان‌نامه‌های مرتبط و در این میان از منابع الکترونیکی (کتب اینترنتی، کتابخانه‌های دیجیتال و...) نیز استمداد شده است.

سابقه‌ی پژوهش

در رابطه با موضوع این پایان‌نامه، کتابی مستقل با این عنوان و مقاله‌ای صورت نگرفته است. ولی کتب و مقالات بسیاری در ارتباط با تفسیر قرارداد و انواع و روش‌های آن، عرف و مقایسه آن با سایر منابع حقوق تدوین‌یافته است. به‌عنوان مثال از کتب و مقالاتی که بیشترین ارتباط را با این پایان‌نامه دارند می‌توان به کتاب: تفسیر قراردادها در حقوق خصوصی تألیف مهدی صاحبی، شیوه‌ی تفسیر قراردادهای خصوصی در حقوق ایران و نظام‌های حقوقی معاصر تألیف حسین قشقایی، تأثیر عرف در تفسیر قرارداد تألیف دکتر جلال سلطان احمدی، نقش عرف در حقوق مدنی ایران و مطالعه‌ی اجمالی آن در نظام‌های بزرگ حقوقی تألیف دکتر محمود سلجوقی، عرف و عادت در نظم حقوقی ایران تألیف محمود زمانی، اندیشه‌های حقوقی عرف و اجتهاد تألیف دکتر علیرضا فیض و مقالاتی چون: نقش اراده در قراردادهای دکتر اسدالله امامی، قلمرو تفسیر حقوقی رسول آرامش، جایگاه عرف در حقوق بین‌الملل و حقوق اسلام سید محمد موسوی بجنوردی و ... می‌توان نام برد.

فصل اول

کلیات

۱-۱- تعریف قرارداد و تمایز آن با عقد

برای رسیدن به تعریف قرارداد باید ابتدا عقد مورد شناسایی قرار گیرد، عقد کلمه‌ایست عربی که یک معنی عرفی و عام دارد و یک معنی حقوقی. عقد در لغت عربی به معنی بستن، مرتبط کردن، گره زدن است. ماده‌ی ۱۸۳ قانون مدنی در تعریف عقد می‌گوید: «عقد عبارت است از این‌که یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آن‌ها باشد».

این ماده‌ی قانون مدنی تعریف مصدری عقد را بیان می‌نماید و نتیجه‌ای که از این تعریف به دست می‌آید این است که: ۱- عقد اثر توافق دو یا چند اراده است؛ ۲- اثر و نتیجه‌ی این توافق ایجاد تعهد است. پس هرگاه اثر توافق تبدیل، سقوط یا انتقال تعهد یا آثار دیگری مانند ایجاد شخصیت حقوقی، انتقال و ایجاد مالکیت باشد، عمل حقوقی عقد نیست. (قاسم‌زاده، ۱۳۸۵: ۹)

برای این تعریف عقد ایرادهایی وارد شده است:

۱- این تعریف توافق‌هایی را که نتیجه آن تبدیل یا انتقال یا سقوط تعهد است را در برنمی‌گیرد. در پاسخ به این ایراد می‌توان گفت که توافق اعم از عقد است. عقد عبارت است از توافقی که ایجاد تعهد می‌کند و اگر نتیجه توافقی فی‌المثل سقوط یا فسخ تعهد باشد به‌موجب ماده‌ی ۲۸۳ قانون مدنی این توافق «اقاله» نامیده می‌شود؛ و اگر تبدیل تعهد باشد به‌موجب بند یک ماده‌ی ۲۹۲ قانون مدنی تراضی نامیده شده است.

۲- این تعریف تعهدی را که یک یا چند نفر در مقابل دیگران کرده‌اند و مورد قبول آن‌ها قرار گرفته عقد نامیده است، حال آنکه تعهد اثر عقد است نه خود عقد و به تعبیر برخی از حقوق دانان از جمله دکتر کاتوزیان و دکتر لنگرودی بین مفهوم عقد و تعهد اختلاط ایجاد کرده است و اثر و مؤثر را درهم آمیخته‌اند. عقد عبارت است از توافقی که از آن تعهد به وجود می‌آید. چنان‌که در ماده‌ی ۱۱۰۱ قانون مدنی فرانسه که در تنظیم ماده‌ی ۱۸۳ قانون مدنی ما مورد تقلید قرار گرفته چنین آمده است: «عقد عبارت است از توافقی که به‌موجب آن یک یا چند شخص در برابر یک یا چند شخص دیگر، تعهد به انتقال مال، انجام یا عدم انجام کاری می‌کنند».

۳- این تعریف فقط توافق‌هایی را که ایجاد تعهد می‌کند عقد نامیده است و عقود تملیکی را شامل نمی‌شود. حال آنکه برخی از عقود معین به‌طور مستقیم ایجاد تعهد نمی‌کنند. در فقه اسلام نیز اثر عقد محدود به ایجاد تعهد نیست و این اصل مورد قبول است که صرف قصد متعاقدين می‌تواند به‌طور مستقیم حق عینی ایجاد کند یا به انتقال مالکیت منجر شود و هیچ نیازی به این نیست که ابتدا تعهد به انتقال را انشاء و سپس آن را اجرا کنند.

۴- این تعریف فقط عقود مجانی را شامل می‌شود و ماهیت عقود معوض را بیان نمی‌کند زیرا در عقود معوض هر یک از دو طرف عقد در مقابل دیگری قبول تعهد می‌کند مانند قرارداد کار در برابر مزد که از یک طرف کارگر متعهد به انجام کار طبق قرارداد است و از طرف دیگر کارفرما نیز متقابلاً در برابر وی متعهد به پرداخت دستمزد است و تعهد دوطرفه است نه یک‌طرفه.