

## **Base of agreement in options in Emamiye jurisprudence, Iran's law and The Sunni's jurisprudence**

\*Seyed Mostafa Mostafavi

\*\*Meysam Shokoohi

The necessity principle of contracts and its elimination impossibility which is called as ((requirement originality)) is one of the dominating principles of all kinds of contracts that remains valid except the cases that are attributed by the legislator's sentence. options are one of the aforesaid principle attribution cases which leads to the contracts's insecurity. There is a disagreement among jurisconsults and jurists about the reasons of violating from ((requirement originality)). Most of the Emamiye jurisconsults and some of the jurists believe in the aforesaid principle's base is just a violation from the express or implied terms between parties, the viewpoint that seems to affect the writers of the civil law. Nevertheless, the recent group usually haven't criticized the condition which violating from that leads to the option's convincement. The writer of this article will declare their point of view about the Base of agreement in options

**Keywords:** option's ertekazi implied term; implied term

---

\*Member of faculty of Imam Sadiq University

s\_sm\_51@yahoo.com

\*\*Master of Private Law (Corresponding Author)

mshokoohi67@gmail.com

## مبنای حکومت اراده و تراضی در خیارات در حقوق ایران و فقه مذاهب اسلام

سیدمصطفی سعادت‌مصطفوی\*

میثم شکوهی\*\*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۰۷/۰۴

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۰۹/۱۵

### چکیده

اصل لزوم قراردادهای و غیرقابل انحلال بودن آنها که از آن به «اصاله لزوم» تعبیر می‌شود از اصول و قواعد حاکم بر تمامی عقود می‌باشد و جز در مواردی که به حکم قانونگذار مورد تخصیص واقع شود، پابرجاست. یکی از موارد تخصیص اصل مزبور که موجب تزلزل عقود و قراردادهای می‌شود، خیارات است. در این‌که علت و مبنای تخلف از اصل لزوم در قراردادهای و ثبوت خیارات چیست، میان فقها و حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد یکی از دیدگاه‌های مهمی که در زمینه مبنای خیارات مطرح شده و طرفداران زیادی را به خود اختصاص داده، مبنای حکومت اراده و تراضی متعاقدين می‌باشد. بر اساس این مبنا، خیارات فسخ در عقود لازم، به خواست و اراده صریح یا ضمنی دو طرف قرارداد بازمی‌گردند و حکومت اراده، مبنای واقعی التزام به عقد و حدود آن است. این نظر هرچند طرفدارانی در میان فقها و حقوقدانان دارد و در آثار فقهی و حقوقی مطمح نظر واقع گردیده، لیکن تا به حال به صورت مجزا مورد بحث و بررسی قرار نگرفته است. در این پژوهش، ضمن بررسی انواع تعهدات ضمنی منبعت از اراده متعاقدين که می‌توان تخلف از آنها را موجب ثبوت خیار فسخ دانست، امکان پذیرش آنها به عنوان مبنای خیارات، مورد مذاقه و بررسی قرار خواهد گرفت.

### واژگان کلیدی

خیار، فسخ، شرط ضمنی، شرط ضمنی ارتكازی مقدمه.

## مقدمه

هر عقدی با تعهدات و شروطی همراه می‌باشد که طرفین قرارداد خود را بدان متعهد کرده‌اند و حدود مرز التزام به قرارداد را مشخص می‌سازند. برخی از این تعهدات در قالب شرط ضمن عقد می‌باشد و صراحتاً در عقد ذکر می‌شوند. وانگهی برخی از این تعهدات بدون ذکر در عقد، موضوع تراضی ضمنی متعاقدين قرار می‌گیرند. بر اساس این نظر آنچه موجب ثبوت خیارات می‌شود، شروطی است که متعاقدين به صورت صریح یا ضمنی بر آن تراضی نموده‌اند. بر اساس این دیدگاه همان نیروی الزام‌آوری که اصل عقد و لزوم آن را ایجاب می‌کند، موجب مشروعیت خیار فسخ و مبنای پذیرش آن می‌باشد. به بیان دیگر همان گونه که نیروی الزام‌آور عقد حکومت اراده و تراضی طرفین است، می‌بایست استثنای اصل لزوم را نیز در همین مبنا جستجو کرد.

گروهی از فقهای امامیه مبنای خیار عیب و غبن را تخلف از شرط ضمنی می‌دانند. (روحانی، ۱۴۱۲ ه.ق، ج ۱۷، ص ۱۷۸) (خوئی، ج ۶، ص ۲۹۱) (خوانساری، ۱۳۷۳، ص ۲۱۷) ایشان تخلف از شرط ضمنی صحت و سلامت مبیع را مستند و مبنای خیار عیب و تخلف از شرط ضمنی برابری و تساوی عرفی عوضین را مبنای خیار غبن قلمداد می‌کنند. همچنین برخی از فقها مبنای مستند خیار تخلف از شرط (خوئی، ج ۷، ص ۴۰۳)، تأخیر ثمن و خیار رؤیت (نائینی، ۱۳۷۳ ه.ق، ج ۱، ص ۹۹) و همچنین خیار تبعض صفقه (خویی، سید ابوالقاسم، ۱۴۱۲ ه.ق، ص ۱۶۰) را تخلف از شرط ضمنی می‌دانند.

فقهای عامه نیز در مواردی شرط ضمنی را به عنوان مبنای خیارات معرفی کرده‌اند؛ (ابن عابدین، ۱۴۱۲ ه.ق، ج ۴، ص ۵۶۵) به عنوان مثال برخی از ایشان مبنای خیار عیب را شرط ضمنی می‌دانند و معتقدند که سلامت مبیع از عیوب، شرطی است که به صورت ضمنی در عقد بیع وجود دارد (الزحیلی، ج ۴، ص ۳۱۷۵). همچنین برخی مبنای خیار رؤیت را نیز شرط ضمنی می‌دانند. (ابن عابدین، ۱۴۱۲ ه.ق، ج ۴، ص ۵۶۵)

حقوقدانان نیز هرکجا از مبنای خیارات سخن به میان آورده‌اند، یکی از مبانی اصلی و عمده خیارات را مبنای تعهد و شرط قلمداد کرده‌اند. دکتر جعفری لنگرودی پس از ذکر این نکته که معاصرین یکی از مبانی خیارات را تراضی متعاقدين می‌دانند، اساس این مبنا را مصلحت کامنه‌ای (پوشیده و پنهان) می‌داند که در انواع عقود وجود دارد که

در برخی از عقود اقتضای لزوم و در برخی از آنها اقتضای خیارات را دارد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ص ۱۶۵-۱۶۴). دکتر کاتوزیان نیز یکی از نظرات مطرح پیرامون مبنای خیار غبن و خیار عیب را شرط ضمنی میان متعاقدين می‌داند. ایشان حتی مفاد مادتين ۴۱۸ و ۴۲۱ ق.م. راجع به خیار غبن را با مبنای شرط ضمنی تعادل عوضین قرارداد سازگارتر می‌بیند تا با مبنای دیگر. (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ج ۱، ص ۸۷ به بعد)

نشانه‌هایی از تأیید این نظر در قانون مدنی وجود دارد. فی‌المثل قابلیت اسقاط کافه خیارات و همچنین امکان قانونی انتقال خیارات، شائبه مبنا بودن اراده و تراضی متعاقدين برای خیارات را تقویت می‌کند. همچنین در برخی از خیارات احکامی وجود دارد که به‌نوعی می‌تواند مؤید این دیدگاه باشد؛ به‌عنوان مثال عدم سقوط خیار غبن، با پرداخت مابه‌التفاوت قیمت توسط غابن را می‌توان یکی از نشانه‌های پذیرش این نظر از سوی قانونگذار تلقی کرد.

با این حال این دیدگاه می‌بایست مورد تجزیه و تحلیل و مذاقه حقوقی قرار گیرد. قائلین به این دیدگاه مبنای خیارات را شروط میان متعاقدين در قرارداد می‌دانند. بر اساس یکی از تقسیم‌بندی‌ها، شروط را به دو دسته کلی شروط صریح و شروط ضمنی تقسیم می‌کنند. مثالی که برای شرط صریح به‌عنوان مبنای خیار مطرح می‌سازند، خیار شرط است. با این استدلال که همان اراده‌ای که توسط متعاقدين بر ایجاد و انعقاد قرارداد تعلق می‌گیرد، همان اراده اختیار فسخ قرارداد را به متعاقدين یا احدی از آنها یا به ثالث اعطا می‌کند. همچنین یکی از مثال‌هایی که برای مبنا بودن شرط ضمنی برای خیارات عنوان می‌کنند، خیار غبن است. توضیح آن‌که قائلین به دیدگاه مذکور، مبنای خیار غبن را شرط ضمنی تساوی ارزش عوضین میان متعاقدين قلمداد می‌کنند. در این مقاله ضمن بررسی لغوی و مفهومی شروط ضمنی و شروط ضمن عقد، انواع شروط ضمنی و امکان‌سنجی پذیرش آنها به‌عنوان مبنای خیارات مورد بررسی قرار خواهند گرفت.

## ۱. معنا و مفهوم شرط

شرط واژه‌ای عربی و از ماده «شَرَطَ» می‌باشد. راغب اصفهانی در تعریف لغوی شرط می‌نویسد: «کل حکم معلوم متعلق یا مَرَّ یقع بوقوعه.»

لغویین شرط را در بیع و نحو آن مجرا می‌دانند. (حمیری، ۱۴۲۰ ه.ق، ج ۶، ص ۳۴۳۷) (فراهیدی، ج ۶، ص ۲۳۴)

در لسان‌العرب در تعریف لغوی واژه شرط آمده: «الزامُ الشيء و التزامه فی البیع و نحوه». می‌توان گفت شرط به معنای لازمه گردانیدن و التزام به چیزی در عقد بیع و مانند آن و معلق کردن چیزی بر چیز دیگر است.

به لحاظ اصطلاحی، برای شرط معانی گوناگونی ذکر کرده‌اند. دکتر کاتوزیان در این مورد می‌نویسد: «... در اصطلاح حقوقی، شرط یکی از این دو مفهوم را بیان می‌کند:

- ۱- امری که وقوع یا تأثیر عمل یا واقعه حقوقی خاص به آن بستگی دارد...
- ۲- توافقی است که برحسب طبیعت خاص موضوع آن یا تراضی طرفین، در شمار توابع عقد دیگری درآمده است.»

دکتر سید حسن امامی در این زمینه می‌نویسد: «شرط تعهدی است که ضمن تعهد دیگری درج می‌گردد و در اثر این امر بستگی و رابطه بین آن دو تعهد پیدا می‌شود.» (امامی، ج ۱، ص ۲۷۲)

دکتر شهیدی نیز در بیان معنای شرط عنوان می‌دارد: «شرط... در معنای محصولی عبارت است از تعهد مستقیم یا غیرمستقیم مرتبط به عقد مشروط و در معنای مصدری عبارت است از مرتبط کردن تعهد مستقیم یا غیرمستقیم به عقد مشروط، به اراده طرف‌های آن.» (شهیدی، ۱۳۸۷، ص ۱۸)

باتوجه به تعاریف مذکور و دیگر تعاریفی که از شرط به عمل آمده می‌توان گفت شرط در اصطلاح حقوقی و فقهی عبارت است از التزام و تعهدی که طرفین عقد یا ایقاع کننده پدید آمدن عقد یا ایقاع یا اثربخشی آن‌ها را منوط و مشروط بدان کرده باشند.

## ۲. اقسام شرط

به اعتبار و جهات مختلف، تقسیم‌بندی‌های مختلفی از شروط ارائه کرده‌اند. یکی از این تقسیم‌بندی‌ها، تقسیم شروط به دو قسم کلی شروط صریح و شروط ضمنی می‌باشد. این تقسیم به اعتبار ذکر شدن یا ذکر نشدن شرط در عقد صورت گرفته است که ذیلاً بدان خواهیم پرداخت:

### ۲-۱. شروط صریح

شروط صریح، تعهدات و الزاماتی هستند که صراحتاً در متن عقد ذکر می‌گردند. بدین توضیح که در شروط صریح، جمله شرط به دلالت مطابقی بر مفاد شرط دلالت می‌کند، نه به دلالت تضمنی یا دلالت التزامی. (محقق داماد، ۱۴۰۶ ه.ق، ج ۲، ص ۵۱) شرط صریح مانند آن‌که در قرارداد اجاره تصریح شود که عین مستأجره پس از تسلیم مجموع اجاره‌بها از سوی مستأجر، به تصرف وی داده شود. چنین شروطی به جهت شرط نمودن در متن عقد معتبر است و در صورت عدم ذکر در متن عقد، اعتباری ندارد.

### ۲-۲. شروط ضمنی

این دسته از شروط در متن عقد ذکر نمی‌شوند؛ خواه پیش از عقد ذکر شود و عقد به لحاظ آن و مبتنی بر آن شکل گیرد یا آن‌که هرگز ذکر نشده و از اوضاع و احوال یا سیره عرفی و یا سایر قرائن استنباط گردد. بر این اساس شرط ضمنی به سه دسته شروط ارتکازی، بنایی یا تبانی و شروط عرفی تقسیم می‌شود.

## ۳. اقسام شروط ضمنی

### ۳-۱. شرط ضمنی ارتکازی

یکی از مبانی خیارات که از سوی برخی از فقهای متأخر و معاصر مطرح گردیده، شرط ضمنی ارتکازی است؛ به عنوان مثال برخی مبنای خیار عیب و غبن را شرط ضمنی ارتکازی می‌دانند و خیارین مزبور را با این مبنا توجیه می‌کنند. در اینجا بر آنیم تا شرط ارتکازی را مورد بررسی قرار داده و معنا و مفهوم آن و همچنین اعتبار و جایگاه آن را مورد مذاقه و مطالعه قرار دهیم.

#### ۳-۱-۱. ارتکاز در لغت:

ارتکاز از ماده «رکز» و به معنای آن چیزی است که ثابت و استقرار یافته است. اصل ریشه (رکز) نیز به معنای استقرار یکشی در محل و موضعی خاص می‌باشد. فی‌المثل

«رکز الرمح فی الارض»، یعنی نیزه را در زمین فروبرد. (حمیری، ۱۴۲۰ ه.ق، ج ۴، ص ۲۶۱۳) می‌توان گفت ارتکاز، قرار گرفتن شیئی در شیء دیگر است به نحوی که این نفوذ تثبیت شده و استقرار حاصل شود. به همین جهت در لسان برخی از روایات از مال مدفون در زیر زمین به «رکاز» تعبیر شده و دلیل این نامگذاری آن است که مال مزبور در زمین فرورفته و در آن مستقر شده است. (القحطانی الحنبلی، ۱۴۰۶ ه.ق، ج ۲، ص ۱۵۳)

### ۲-۱-۳. واژه ارتکاز در اصطلاح:

معنای اصطلاحی واژه ارتکاز عبارت است از رسوخ و ثبوت معنایی خاص در ذهن. به عبارت واضح‌تر رسوخ و ثبوت معنایی خاص در ذهن گروهی یا اکثر یا همه مردم را ارتکاز می‌گویند؛ مانند ارتکاز محترم بودن قرآن و کعبه نزد مسلمانان و همچنین ارتکاز حرمت داشتن ائمه معصومین (ع) نزد شیعیان. (جمعی از نویسندگان، ۱۴۲۶ ه.ق، ج ۱، ص ۳۴۵) آیت‌الله سید علی سیستانی راجع به معنای ارتکاز می‌نویسد: «...والمراد بالارتکاز الفکره الثابته فی الذهن الراسخه فی عمقه بحيث یصعب رفع الید عنه احساسا، و ان اطلع علی دلیل علی خلافه» (سیستانی، ۱۴۱۴ ه.ق، ص ۲۴۹-۲۵۰) همان‌گونه که مشاهده می‌شود ایشان ارتکاز را اندیشه ثابتی می‌دانند که در ذهن انسان نفوذ کرده و مستقر می‌شود، به گونه‌ای که دست برداشتن از آن صعب و دشوار باشد، حتی اگر دلیلی برخلاف آن وجود داشته باشد.

با توجه به معنای لغوی ارتکاز و با عنایت به تعاریف فوق‌الذکر می‌توان گفت ارتکاز عبارت است از: نفوذ معنا و مفهومی در ذهن انسان، به گونه‌ای که آن معنا و مفهوم ملکه ذهن گردیده و مستقر و تثبیت گردد. در مجموع دو نوع ارتکاز وجود دارد. ارتکاز متشرعه و ارتکاز عقلا. مراد از عقلا، عقلای جامعه صرف نظر از آیین آنهاست. ارتکاز پذیرش خبر ثقه از مصادیق ارتکاز عقلاست. همچنین منظور از متشرعه، افرادی است که به دین و شریعت پایبند هستند. از مصادیق ارتکاز متشرعه می‌توان به ارتکاز قبیح تراشیدن ریش در نزد متشرعه اشاره کرد. (جمعی از نویسندگان، ۱۴۲۶ ه.ق، ج ۱، ص ۳۴۶)

### ۳-۱-۳. معنا و مفهوم شرط ضمنی ارتکازی:

شرط ارتکازی از جمله شروطی است که در متن عقد نمی‌آید؛ بنابراین نمی‌توان آن را در زمره شروط صریح به حساب آورد. باین حال قصد مشترک طرفین قرارداد به آن تعلق می‌گیرد. به عقیده مرحوم آیت‌الله خوئی شروط ضمنی ارتکازی به دلیل وجود در ارتکاز طرفین قرارداد، مدلول التزامی قرارداد می‌باشد. (خوئی، ج ۵، ص ۴۱۲) بنابراین می‌توان گفت شرط ارتکازی یکی از اقسام شروط ضمنی است. در مجموع اگر بخواهیم تعریفی از شروط ضمنی ارتکازی ارائه دهیم که مستجمع تمام ویژگی‌ها و مؤلفه‌های فوق باشد، باید گفت: عنوان شروط ضمنی ارتکازی به آن دسته از شروط اطلاق می‌گردد که به صراحت در عقد نیامده لیکن در اذهان عرف رسوخ کرده به گونه‌ای که در هر قرارداد، قصد مشترک متعاقدين بدان تعلق گرفته و عقد با لحاظ آن منعقد می‌شود.

### ۳-۱-۴. جایگاه شرط ضمنی ارتکازی

اصطلاح شرط ضمنی ارتکازی در میان متقدمین از فقهای امامیه، چندان مطرح نبوده و رواج آن را باید در آثار فقهای معاصر مشاهده نمود. در میان فقهای معاصر نیز، مرحوم آیت‌الله خوئی بیش از هر کس دیگری، شرط مزبور را در آثارش مطرح ساخته و بدان پرداخته است. فی‌المثل ایشان مبنای خیار غبن را شرط ضمنی ارتکازی دانسته (خوئی، ج ۶، ص ۴۰۳) و عنوان می‌دارد: «و من الواضح ان بناء العرف و العقلاء و ارتکازاتهم علی اعتبار تساوی المالیه فی تبدیل العوضین و هذا بمنزله الصغری و حیث ان ذلک من المقومات للعقد و من ارکانه... فیکون تخلفه موجبا للخیار و هذا بمنزله الکبری فقد ثبت ان تخلف شروط الضمنیه موجبا للخیار و من ذلک تساوی العوضین فی المالیه» (خوئی، ج ۶، ص ۲۹۲)

البته به نظر می‌رسد که ایشان شرط ضمنی ارتکازی را مترادف با شرط ضمنی دانسته و آن دو را یکی می‌داند. فی‌المثل ایشان در بیان مدرک خیار غبن گاهی اوقات از اصطلاح شرط ضمنی استفاده کرده (خوئی، ج ۶، ص ۴۰۳) و گاهی نیز اصطلاح شرط ضمنی ارتکازی را بکار برده است (خوئی، ۱۴۱ ه.ق، ص ۱۴۸).

پس از مرحوم خوئی، اصطلاح شرط ضمنی ارتکازی بیش از همه در آثار شاگردان ایشان بکار رفته است. از جمله ایشان مرحوم میرزا جواد آقای تبریزی است که این مبنا



را در مباحث مختلف مورد بهره‌برداری قرار داده است. فی‌المثل ایشان خیار غبن و عیب را با مبنای شرط ضمنی ارتكازی توجیه می‌نماید. (تبریزی، ۱۴۱۶ ه.ق، ج ۴، ص ۲۳۲ و ۲۸۱) همچنین برخی دیگر از فقها در ابواب مختلف فقهی و در مسائل گوناگون به شرط ضمنی ارتكازی اشاره کرده‌اند و مسائل مزبور را با همین مبنا توجیه نموده‌اند؛ به‌عنوان مثال برخی لزوم اقباض مورد معامله را شرط ضمنی ارتكازی میان متعاقدين تلقی کرده‌اند (قمی، سید تقی طباطبایی، ۱۴۰۰ ه.ق، ج ۴، ص ۴۸۸). یا آن‌که در باب اجاره گفته می‌شود که هرکدام از موجر و مستأجر می‌تواند بعد از انعقاد قرارداد اجاره، تا قبل از تحویل عوض دیگری، از تسلیم عوض خود استنکاف کند؛ مانند آن‌که موجر می‌تواند تا زمانی که اجاره‌بها به او پرداخت نشده، از پرداخت عین مستأجره خودداری کند. حال برخی دلیل وجود چنین حکمی را شرط ضمنی ارتكازی میان موجر و مستأجر می‌دانند که باعث می‌شود علی‌رغم انتقال مالکیت منافع عین مستأجره و اجاره‌بها، طرفین بتوانند از حق حبس استفاده نموده و از تسلیم عوض مربوط به خود اجتناب کنند. (قمی، ۱۴۲۳ ه.ق، ص ۸۳).

در حقوق ایران، شرط ضمنی ارتكازی جایگاهی ندارد و اصولاً حقوقدانان ایرانی که صاحب تألیف هستند عنایتی به آن نداشته‌اند. در میان مواد قانون مدنی و قوانین دیگر نیز ماده‌ای به چشم نمی‌خورد که صراحتاً به این شرط اشاره شده باشد. با این وجود از عبارات برخی از حقوقدانان این گونه برمی‌آید که ایشان به مفهوم شرط ضمنی ارتكازی دست یافته‌اند. دکتر کاتوزیان در جلد سوم از کتاب قواعد عمومی قراردادها و در مبحث شروط ضمنی، مبنای وابستگی میان شروط ضمنی و عقد را سه عامل قلمداد می‌کند. ایشان نخستین عامل را عقل و بدهت دانسته و می‌نویسد: «در پاره‌ای از موارد عقل به گونه‌ای آشکار وجود شرط را از لوازم عقد می‌شمرد، چندان‌که هیچ تردیدی در آن باقی نمی‌گذارد.» (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۱۲۲) همان‌گونه که مشاهده می‌شود، عبارت فوق با تعریف و مفهومی که ما از «ارتكاز» و همچنین «شرط ضمنی ارتكازی» ارائه دادیم هم‌خوانی دارد و به‌نوعی تداعی‌کننده آن است. ایشان در ادامه مثال‌هایی را برای این ادعای خویش بیان کرده و می‌نویسد: «برای مثال، انجام دادن مقدمه تعهد لازمه‌ی وفای به آن است، چنان‌که در فروش ملک ثبت شده گفته شد. همچنین است در جایی که مفاد عقد، اگر بدون وجود شرط ضمنی باشد، بی‌فایده یا

نامتناسب باهدف‌های بیان‌شده دو طرف جلوه کند.» (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۱۲۲) از امثله‌ای که ایشان در مبحث فوق ذکر کرده‌اند نیز می‌توان این‌چنین برداشت نمود که ایشان به مفهوم شرط ضمنی ارتكازی نظر داشته است؛ فی‌المثل در مورد مثال نخست ایشان باید گفت ضرورت عمل به مقدمه یا مقدمات انجام تعهد، در ذهن متعهد و متعهد له نفوذ کرده و تثبیت شده است. همچنین ایشان در چهارمین مجلد از کتاب فوق‌الذکر، مبنای حق حبس را انتظاری می‌داند که طرفین قرارداد در مبادله مقارن عوضین دارند و آن‌گاه نام این انتظار متعاقدین را توافق ضمنی گذاشته و می‌نویسد: «دو طرف چنان به این برابری وابسته‌اند که اگر ناچار شوند، بدون دریافت آنچه در عقد انتظار داشته‌اند، آنچه را به عهده‌دارند تسلیم دارند، احساس ظلم و تجاوز می‌کنند.» (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۸۲) همان‌گونه که مشاهده می‌شود ایشان مبنای حق حبس را انتظار و فکری می‌داند که در ذهنیت طرفین قرارداد موجود بوده و تثبیت شده است، به‌طوری‌که طرفین به آن وابسته هستند و آن‌گاه این ذهنیت را توافق ضمنی قلمداد می‌کند و این همان چیزی است که ما از آن تحت عنوان شرط ضمنی ارتكازی یاد کردیم.

همچنین دکتر جعفری لنگرودی درجایی ارتكازیات در فقه را معادل حقوق فطری و حقوق طبیعی تلقی کرده (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲، ص ۳۱۲) و معتقد است: «ارتكازیات مانند حقوق فطری، از جمله مبهمات حقوقی است که استناد به آن‌ها در استدلال، خطرناک است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲، ص ۶۱). دکتر محقق داماد در برخی از مباحث خود اشاراتی به شرط ارتكازی داشته است. فی‌المثل در زمینه خیار عیب می‌نویسد: «اگر قرارداد به گونه‌ای مطلق تشکیل گردد و صاحبان آن راجع به سالم یا معیوب بودن کالا گفتگویی نکنند، به دلالت التزامی استنباط می‌شود که کالا باید سالم باشد وگرنه خیار عیب برای شخص متضرر به وجود می‌آید، یعنی طرفین به دلیل ارتكاز عرفی خود نسبت به آن سکوت کرده‌اند.» (محقق داماد، ۱۴۰۶ ه.ق، ج ۲، ص ۶۱) در فقه اهل سنت تا آنجا که نگارنده بررسی نموده، ردپایی از شرط ضمنی ارتكازی مشاهده نگردید. فقهای اهل سنت شرط ضمنی را در موارد گوناگون مورد استفاده قرار داده‌اند؛ فی‌المثل در مبحث خیار عیب، برخی از آن‌ها مبنای خیار مزبور را شرط ضمنی میان متعاقدین مبنی بر سلامت مبیع قلمداد کرده‌اند. (الزحیلی، ج ۴، ص ۳۱۷۵)

با این حال مشخص نیست که منظور ایشان از شرط ضمنی که آن را در مقابل شرط صریح قرار دادند چیست.

### ۵-۱-۳. اعتبار شرط ضمنی ارتکازی

همان گونه که گفته شد اصطلاح «شرط ضمنی ارتکازی» اخیراً در آثار فقهای امامیه مطرح گردیده و متقدمین هرچند از ارتکازات در احکام و مسائل مختلف فقهی استفاده کرده‌اند لیکن به مفهوم شرط ضمنی ارتکازی عنایتی نداشته‌اند. بنابراین مبانی اعتبار شرط مزبور را می‌بایست در آثار فقهای متأخر و معاصر مورد بررسی و کنکاش قرارداد. مهم‌ترین دلیلی که از سوی فقها برای شرط ضمنی ارتکازی ذکر شده است، «سیره عقلا» می‌باشد (اسماعیلی، ۱۳۹۰، ص ۱۶۸). مرحوم آیت‌الله خوئی در این زمینه می‌نویسد: «و هذا القسم من الشروط... و ان لم تذكر في ضمن العقد و لكنها معتبره فيها ببناء العقلاء عليها و يجب الوفاء بها...». (خوئی، ج ۷، ص ۳۵۲) در این زمینه باید گفت سیره یا بنای عقلا، استمرار عادت همه مردم اعم از مسلمان و غیرمسلمان بر انجام یا ترک عملی را گویند. (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ ه.ق، ص ۱۷۴) راجع به اعتبار سیره یا بنای عقلا ذکر این نکته لازم به نظر می‌رسد که حجیت و اعتبار بنای عقلا منوط است به امضای شارع. (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ ه.ق، ص ۵۶۶) البته امضا و تأیید شارع لازم نیست به صورت صریح باشد بلکه عدم ردع و سکوت در برابر آن نیز کفایت می‌کند. (جمعی از پژوهشگران زیر نظر شاهرودی، ۱۴۲۶ ه.ق، ج ۲، ص ۱۳۹)

دلیل دیگری که برای اعتبار شرط ضمنی ارتکازی ذکر کرده‌اند آن است که شرط مزبور مدلول التزامی عقد بوده و لذا وفای به آن واجب است. توضیح آنکه دلالت لفظ بر معنا گاه مطابقی است، گاه تضمینی و گاه التزامی. دلالت مطابقی، دلالت لفظ است بر تمام معنای خود. دلالت تضمینی دلالت لفظ است بر جزئی از معنای خود. (جمعی از نویسندگان زیر نظر شاهرودی، ۱۴۲۶ ه.ق، ج ۳، ص ۶۴۵) و نهایتاً دلالت التزامی آن است که لفظ بر لوازم معنای موضوع له دلالت کند. منشأ ملازمه میان معنای موضوع له بامعنای خارجی، گاه عقل است و گاه عرف. دلالت التزامی نیز از دلالت مطابقی تبعیت می‌کند. به گونه‌ای که با وجود آن موجود و با عدم آن معدوم می‌گردد. (محقق داماد، ۱۴۰۶ ه.ق، ج ۲، ص ۶۰) استدلال بر مبنای دلالت التزامی شروط ضمنی ارتکازی

برای اثبات اعتبار و لازم الوفا بودن آن‌ها بدین نحو است که شرط ارتكازی مدلول التزامی قرارداد بوده و در پی انشای قرارداد، آن نیز انشا می‌گردد؛ چراکه شرط ارتكازی، شرطی رایج و مرتکز در میان عقلا بوده و عرف میان آن و قرارداد تلازم می‌بیند. وانگهی از آنجاکه با ایجاد ملزوم لازم نیز وجود پیدا می‌کند؛ بنابراین با انعقاد قرارداد، شرط ارتكازی نیز به‌عنوان شرط ملازم با مفاد اصلی قرارداد وجود پیدا می‌کند. (اسماعیلی، ۱۳۹۰، ص ۱۷۰) مرحوم آیت‌الله خوئی همین بحث را راجع به خیار غبن مطرح کرده‌اند و معتقدند که تساوی عوضین در مالیت، ارتكاز طرفین عقد بوده و عقد به دلالت التزامی بر آن دلالت می‌کند. (خوئی، ج ۵، ص ۴۱۳)

دلیل دیگری که برای اعتبار شرط ارتكازی بیان گردیده است عموم ادله‌ای است که مفاد آن‌ها وفای به عقود است؛ (اسماعیلی، ۱۳۹۰، ص ۱۷۲) مانند دلیل «اوفو بالعقود»<sup>۱</sup> که دلالت دارد به لازم الوفا بودن تمام عقود و معاملات. نحوه استدلال به این آیه بدین نحو است که عقود در آیه مزبور در معنای «عهود» به‌کاررفته است؛ چراکه در صحیحه ابن سنان آمده است «العقود هو العهود» (ایروانی، ۱۴۲۶ ه.ق، ج ۲، ص ۵۴۹) و لذا از آنجایی که شرط در معنای عهد به‌صورت مطلق به کار رفته است و لذا این آیه شامل آن نیز می‌شود. البته این کلام با دیدگاه برخی که احکام وضعی را منتزع از احکام تکلیفی می‌دانند (مامقانی، ۱۳۱۶ ه.ق، ج ۱، ص ۷)، سازگاری ندارد؛ چراکه به عقیده ایشان حکم موجود در آیه حکمی تکلیفی است و آن این که مؤمنان مکلف شده‌اند که به قراردادهایشان عمل کنند و حکم وضعی لزوم قراردادهای از حکم تکلیفی منتزع می‌گردد. (محقق داماد، ۱۴۰۶ ه.ق، ج ۲، ص ۴۰) لیکن با مبنای فوق مخالف شده است. اعتقاد مخالفین آن است که حکم وضعی نیز می‌تواند مستقل از حکم تکلیفی تشریح گردد (محقق داماد، ۱۴۰۶ ه.ق، ج ۲، ص ۴۰) و لذا آیه مذکور در مقام بیان یک حکم وضعی است که مفاد آن لزوم و نفوذ قراردادهای و شروط است.

مرحوم آیت‌الله خوئی در یکی از آثار خود راجع به شرط ارتكازی می‌نویسد: «... فانه قد ثبت بدلیل اوفو بالعقود أن الشارع قد امضى العقود بما لها من الشروط المصرحة أو المرتكزة... فيكون ممضى شرعا، كالشرط المصرح به». (خوئی، ۱۴۱۸ ه.ق، ج ۲، ص ۸۶-

بنابراین می‌توان گفت «شرط ضمنی ارتكازی در هر حال موجب تشکیل یک تعهد

مقید و مشروط می‌شود و دلیل صحت معاملات، مانند «اوفو بالعقود» دلالت دارد بر لزوم عمل به تعهد به همان نحو که پدید آمده که البته در شرط ضمنی ارتكازی، تعهد به‌طور مقید و مشروط پدید آمده است». (اسماعیلی، ۱۳۹۰، ص ۱۷۳)

دلیل دیگری که برای اثبات درستی و اعتبار شروط ضمنی ارتكازی مورد استناد قرار گرفته است حدیث شریف «المؤمنون عند شروطهم الا شرطا حرم حلالا أو احل حراما» می‌باشد. نحوه استدلال به این حدیث برای اثبات اعتبار شروط ضمنی ارتكازی بدین نحو است که مفاد روایت مزبور، لزوم پایبندی به هرگونه التزام و شرط است و همان‌گونه این عمومیت این حدیث شامل شروط صریح می‌شود، شروط ارتكازی را نیز دربرمی‌گیرد و تنها تفاوت آن با شروط صریح آن است که بدیل بدهت امر، بدان تصریح نشده است». (اسماعیلی، ۱۳۹۰، ص ۱۷۳). مرحوم آیت‌الله خوئی در این زمینه می‌نویسد: «...عموم قوله ص (المؤمنون عند شروطهم)، فانه غیر مختص بالشروط فی ضمن العقود اللازمه، بل یعم کل ما یصدق علیه الشرط». (خوئی، ۱۴۱۸ ه.ق، ج ۳۱، ص ۲۹)

البته در اینجا نیز همان ایرادی که راجع به دلیل «اوفوا بالعقود» مطرح گردید نیز وجود دارد و آن این‌که کلام مزبور با دیدگاه برخی که احکام وضعی را منتزع از احکام تکلیفی می‌دانند سازگاری ندارد، چراکه به عقیده ایشان حکم موجود در روایت حکمی تکلیفی است و آن این‌که مؤمنان مکلف شده‌اند که به قراردادهای و شروطشان عمل کنند و حکم وضعی لزوم قراردادهای از حکم تکلیفی منتزع می‌گردد. لیکن در اینجا نیز باید گفت که جمله مزبور بیانگر یک حکم وضعی است که مفاد آن نفوذ و لزوم شرط می‌باشد. (محقق داماد، ۱۴۰۶ ه.ق، ج ۲، ص ۴۰)

### ۶-۱-۳. اعتبار شرط ضمنی ارتكازی به‌عنوان مبنای اختیارات

برخی همان‌گونه که بیان شد مبنای اختیارات را شرط ضمنی ارتكازی می‌دانند. فی‌المثل مرحوم نائینی و مرحوم آیت‌الله خوئی، عمده اختیارات را با مبنای تخلف از شرط ضمنی ارتكازی توجیه می‌کنند. حال این سؤال مطرح می‌شود که آیا تخلف از شرط ضمنی ارتكازی را می‌توان به‌عنوان مبنای اختیارات در نظر گرفت؟

در پاسخ به سؤال مزبور باید گفت، با عنایت به ادله که برای اعتبار شرط ضمنی ارتكازی ذکر شد، می‌توان شرط مزبور را معتبر دانست و حکم به لازم الوفاء بودن آن داد. توضیح آنکه هرچند ارتكازات طرفین قرارداد در متن عقد ذکر نمی‌شود، لیکن یقیناً آن‌ها به این ارتكازات عنایت داشته و با لحاظ آن‌ها عقد را منعقد می‌کنند و از آنجایی که لزومی ندارد که تمام مفاد قرارداد در متن عقد ذکر شود و لوازم قطعی قرارداد که متعلق اراده طرفین قرار گرفته است نیز همراه با انشای قرارداد انشا می‌شوند و وجود اعتباری و حقوقی پیدا می‌کنند و لذا وفای به آن‌ها نیز لازم و واجب می‌گردد. از همین رو چنانچه از شروط ارتكازی میان متعاقدين تخلف شود، به تراضی طرفین خدشه وارد آمده و این امر موجب ثبوت خیار فسخ برای ذوالخیار می‌شود. باین حال ذکر این نکته ضروری است که تمام انواع خیارات را نمی‌توان با شرط ضمنی ارتكازی توجیه نمود. فی‌المثل خیاراتی مانند خیار شرط، خیار مجلس و خیار حیوان را نمی‌توان بر مبنای شرط ضمنی ارتكازی استوار ساخت؛ چراکه در موارد مزبور اصولاً ارتكازی وجود ندارد تا تخلف از آن را مبنای ایجاد خیار قلمداد کنیم.

### ۲-۳. شروط بنایی (تبانی)

شروط تبانی به شروطی گویند که متعاقدين، پیش از عقد نسبت به آن توافق کرده و سپس عقد را مبتنی بر آن و با بنای ذهنی نسبت به آن انشا می‌کنند. (شهیدی، ۱۳۸۷، ص ۴۱) این شروط صرفاً بین طرفین آن معهود است و در ایجاب و قبول و عبارات قرارداد هیچ انعکاسی ندارد. این شرط از ابتکارات فقهای امامیه است. (محقق داماد، ۱۴۰۶ ه.ق، ج ۲، ص ۵۴) در فقه اهل سنت چنین عنوانی وجود ندارد درعین حال فقیهان اهل تسنن، به شرط متعارف به‌عنوان یکی از اقسام شرط ضمنی بیش از فقهای امامیه پرداخته‌اند که در مباحث بعد بدان اشاره خواهد شد. فقهای امامیه نیز در این موضوع (شرط تبانی) اختلاف نظر جدی دارند که در ادامه آن را مورد بررسی قرار خواهیم داد.

### ۱-۲-۳. موضع فقه امامیه و حقوق ایران راجع به شرط بنایی

همان‌گونه که گفته شد در فقه امامیه موضع واحدی در قبال شرط بنایی وجود

ندارد. ضرورت پرداختن به این موضوع از آن جهت است که هرگونه موضع‌گیری راجع به شرط بنایی، در پذیرش یا عدم پذیرش آن به عنوان مبنای اختیارات مؤثر خواهد بود. توضیح آن که برخی مبنای اختیار رؤیت (تبریزی، ۱۴۱۶ ه.ق، ج ۳، ص ۲۲۸) و اختیار تبعض صفقه (جزائری، ۱۴۱۶ ه.ق، ج ۶، ص ۶۳) را شرط بنایی متعاقدین بر بقای موضوع معامله مطابق اوصاف سابقه و اوصاف ذکر شده در عقد، حسب مورد، تلقی کرده‌اند. باین حال قبول این دیدگاه بستگی کامل به نظر و مبنایی دارد که در قبال شرط بنایی پذیرفته می‌شود.

پس از ذکر این مقدمه وارد بحث می‌شویم. گفته می‌شود که مشهور فقهای امامیه شرط بنایی را باطل قلمداد می‌کنند. به عقیده ایشان شرط باید در متن عقد ذکر شود تا الزام‌آور باشد و شرط بنایی گرچه قبل از انعقاد قرارداد ذکر می‌شود، لیکن از آنجایی که در متن عقد ذکری از آن به میان نمی‌آید، الزام‌آور نیست. برخی نسبت به این نظر ادعای اجماع کرده‌اند. (یزید طباطبایی، سید محمدکاظم، ۱۴۲۱ ه.ق، ج ۲، ص ۱۱۸) (نراقی، ۱۴۱۷ ه.ق، ص ۱۴۲) (انصاری، ۱۴۱۵ ه.ق، ج ۶، ص ۵۶)

گروهی دیگر شرط تبانی را پذیرفته (طباطبائی، ۱۴۲۱ ه.ق، ج ۲، ص ۱۱۸) (نجفی، ۱۴۰۴ ه.ق، ج ۲۳، ص ۱۹۸) و آن را در حکم ذکر در متن عقد می‌دانند خواه پیش از عقد موضوع التزام قرار گیرد یا راجع به آن در عقد توافق شود یا هرکدام از متعاقدین از ضمیر دیگری مطلع باشد و بر مبنای این آگاهی توافق صورت پذیرد. دیدگاه سومی نیز در این میان وجود دارد که میان قول به بطلان و قول به صحت راه سومی را برمی‌گزینند. بر اساس این دیدگاه اگر شرط ضمنی بنایی مانند شرط ضمنی عرفی از لوازم عقد باشد و به حکم عرف عقد بر آن دلالت کند، الزام‌آور و معتبر است و گرنه مشروع و الزام‌آور نیست، مگر آنکه در متن عقد ذکر شود. (نائینی، ۱۳۷۳ ه.ق، ج ۱، ص ۴۰۷)

در حقوق ایران به نظر می‌رسد شرط بنایی پذیرفته شده است. در قانون مدنی هرچند تعریفی از شرط بنایی ارائه نشده و صراحتاً و مستقیماً بدان پرداخته نشده است؛ لیکن در موادی از این قانون به این نوع از شرط اشاره شده و موردپذیرش قانونگذار قرار گرفته است. قانون مدنی در کتاب نکاح و طلاق، طی مادتين ۱۱۱۳ و ۱۱۲۸، شرط بنایی را معتبر و قانونی دانسته است. قانونگذار در ماده ۱۱۱۳ ق.م مقرر می‌دارد: «در

عقد انقطاع زن حق نفقه ندارد، مگر این‌که شرط شده یا آن‌که عقد مبنی بر آن جاری شده باشد.»

همچنین ماده ۱۱۲۸ ق.م مقرر می‌دارد: «هرگاه در یکی از طرفین صفت خاصی شرط شده و بعد از عقد معلوم شود که طرف مذکور فاقد و صف مقصود بوده، برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود، خواه و صف مذکور در عقد تصریح شده یا عقد متبایناً بر آن واقع شده باشد.»

همان‌گونه که مشاهده می‌شود قانون مدنی صحت شروط بنایی را به رسمیت می‌شناسد. توضیح آنکه هرچند ماده ۱۱۲۸ ق.م در باب نکاح آمده است و در قواعد عمومی قراردادها نیست، لیکن می‌توان با الغای خصوصیت، آن را در سایر ابواب حقوق و معاملات نیز جاری نمود. (اسماعیلی، ۱۳۹۲، ص ۲۵) حقوقدانان ایرانی نیز تصریحاً یا تلویحاً شرط مزبور را معتبر دانسته‌اند (شهیدی، ۱۳۸۷، ص ۴۱) و آن را جزء شروط ضمنی به شمار آورده‌اند. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۱۲۳)

در مجموع به نظر می‌رسد شرط بنایی صحیح و لازم الوفاست. اول آن‌که لسان ادله مشروعیت و الزام‌آور بودن شرط از جمله دلیل «المؤمنون عند شروطهم»، عام است و مواردی را که شرط پیش از عقد انشا می‌شود و عقد مبتنی بر آن منعقد می‌گردد را نیز شامل می‌شود. (انصار، ۱۴۱۵، ق، ج ۶، ص ۵۵) (یزدی، ۱۴۲۱، ق، ج ۲، ص ۱۱۸) ثانیاً بر مفادی که پیش از عقد مورد توافق طرفین قرار بگیرد و هنگام تشکیل عقد نیز مورد عنایت متعاقدین باشد هم عنوان شرط صدق می‌کند، حتی اگر در قالب شرط انشا نشده باشد (یزدی، ۱۴۲۱، ق، ج ۲، ص ۱۱۸) ثالثاً شرط به طور کلی موجب مقید شدن تراضی است. و صحت و بطلان معامله بر مبنای وجود یا عدم تراضی است. معنای این سخن آن است که اگر شرط وجود نداشته باشد، تراضی ناقص است و «تجارت لا تراض» می‌شود و فرقی نیز نمی‌کند که شرط ضمن عقد آمده باشد یا بنایی باشد. (اسماعیلی، ۱۳۹۳، ۳۱) رابعاً نظری که قائل به صحت شروط تبانی است، با اصل حاکمیت اراده سازگارتر است. توضیح آن‌که نیروی الزام‌آور شرط از «تراضی» مایه می‌گیرد؛ بنابراین مبنا می‌بایست قصد مشترک طرفین و مفاد مورد تراضی و توافق آن‌ها باشد و لذا ذکر شدن شرط در متن عقد، برای الزام‌آور بودن آن لزوم چندانی ندارد؛ خصوصاً آن‌که اصل در نظام حقوقی ما بر اراده باطنی است. نهایتاً آن‌که عدم پذیرش



صحت شروط تبانی با ضروریات و واقعیات موجود در عرصه مبادلات و مراودات بازرگانی و تجاری هم‌خوانی ندارد. امروزه معاملات و قراردادهای از حالت بسیط گذشته خارج شده و طی یک‌روند چندمرحله‌ای تشکیل می‌گردد. بخش اعظمی از تعهدات و الزامات طرفین قرارداد در گفتگوها و مذاکرات مقدماتی و پیش از ایجاب و قبول، به وجود می‌آید. متعاقبین به هنگام انعقاد قطعی قرارداد، تمام توافقات و قرارهای خود را در قالب ایجاب و قبول نمی‌گنجانند؛ بنابراین محدود کردن تعهدات و الزامات طرفین به مفاد ذکر شده در متن عقد و چشم‌پوشی از توافقات، قرارها، قیود و شروط قبل از ایجاب و قبول با الزامات و ضرورت‌های تجاری و بازرگانی امروز مغایرت جدی دارد. همچنین ادعای اجماع نیز موجب بی‌اعتباری شروط بنایی نیست چراکه وجود موارد متعدد از نظر مخالف، اجماع ادعائی را مخدوش می‌سازد. (اسماعیلی، ۱۳۹۳، ۳۱)

بنابراین باید پذیرفت آنچه پیش از انعقاد قرارداد مورد تبانی طرفین قرار می‌گیرد، مورد رضایت و یا قصد ایشان به هنگام ایجاب و قبول قرار گرفته و دلیلی بر لزوم بیان مفاد شرط تبانی که پیش از عقد، مورد توافق متعاقبین قرار گرفته است وجود ندارد. (شهیدی، ۱۳۸۵، ص ۳۴۲)

### ۳-۳. شروط ضمنی عرفی

شرط ضمنی عرفی شرطی است که گرچه متعاملین بدان تصریح نکرده‌اند، اما به قرینه عرف و عادت معلوم بوده و در قرارداد مفروض است. شرط ضمنی عرفی رویه‌ای مرسوم میان همگان است و همیشه برخاسته از اراده طرفین قرارداد نیست. بنابراین شرط مزبور نه در قرارداد ذکر می‌گردد و نه در خارج از آن. لیکن قرارداد چون در ظرف عرف قرار گیرد، دلالت عرفی بر امری می‌کند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲، ص ۴۳۲)

#### ۳-۳-۱. جایگاه شرط ضمنی عرفی در فقه امامیه، فقه اهل سنت و حقوق ایران:

در فقه امامیه، شرط ضمنی عرفی جایگاه ویژه‌ای ندارد و فقها بدان نپرداخته‌اند. علت این امر آن است که اندیشمندان اصولی و فقهی شیعه، عرف و عادت را به‌عنوان منبع و پایه شناخت احکام شرعی مورد پذیرش قرار نداده‌اند و تنها حجیت و اعتبار آن

را مخصوص به موارد خاص دانسته‌اند. (ناتی، ص ۴۰۱) فی‌المثل در فقه امامیه کاربرد و اعتبار عرف و عادت در تشخیص مصادیق و موضوعات و همچنین در کشف مقصود گوینده، کشف حکم شرعی، تشخیص و تنقیح صغریات برای موضوعات احکام کلی و یا تنقیح آن‌ها برای قیاس‌های استنباطی و یا تحدید موضوعات احکام است. (جناتی، ص ۴۰۸).

هرچند در فقه امامیه به عرف، فراوان استناد شده است، لیکن ضابطه کلی آن است که عرف نمی‌تواند موجد و مبنای حکم شرعی باشد و لذا نمی‌توان آن را در شمار منابع شناخت احکام شرعی به حساب آورد

با این حال یکی از اساتید حقوق معتقد است که شرط ضمنی عرفی، مدلول التزامی قرارداد است و در نتیجه، در پی انشای قرارداد، شرط مزبور نیز انشا می‌گردد. آنگاه با بیان اینکه، شرط ضمنی عرفی هویتی جدا از شرط ضمن عقد ندارد و یکی از اقسام آن است، نتیجه می‌گیرد که هر دلیلی که (در فقه امامیه) بر اعتبار شرط ضمن عقد دلالت کند، شرط ضمنی عرفی را هم معتبر می‌سازد. (محقق داماد، ۱۴۰۶ ه.ق، ج ۲، صص ۶۱-۶۰).

در فقه اهل سنت همان‌طور که گفته شد، شرط ضمنی عرفی کاملاً معتبر می‌باشد و مانعی بر سر راه التزام به آن وجود ندارد. دلیل این امر به جایگاه عرف در فقه اهل سنت برمی‌گردد. عرف در فقه اهل سنت از جایگاه رفیعی برخوردار است به گونه‌ای که می‌توان گفت در فقه عامه برخلاف فقه شیعه، عرف یک دلیل قانونی (شرعی) مستقل در طول سایر ادله است. (الزحیلی، ج ۱، ص ۹۲) فقهای اهل سنت اهمیت ویژه‌ای برای عرف و عادت قائل هستند و قواعد فقهی گویایی در خصوص اعتبار عرف و عادت در قرارداد و تنزیل آن به منزله شرط، مطرح کرده‌اند. جلال‌الدین سیوطی یکی از قواعد و ضوابط کلی را که در تمام مسائل فقهی بتوان بدان رجوع نمود، قاعده «العاده محکمه» می‌داند. (السیوطی، ۱۴۱۱ ه.ق، ج ۱، ص ۷)

ابن‌قیم در کتاب اعلام الموقعین در مبحثی تحت عنوان «الشرط العرفی کالشرط اللفظی» مقرر می‌دارد: شرطی که در عرف وجود دارد مانند شرط لفظی است آنگاه وجوب تسلیم نقد بلد در مواردی که عقد اطلاق دارد را به‌عنوان مثالی از این قاعده مطرح می‌سازد. (ابن‌قیم الجوزیه، ۱۴۱۱ ه.ق، ج ۳، ص ۳)

همچنین در کتاب «مجله الاحکام العدلیه» که فقه حنفی را در قالب موادی کوتاه و صریح مدون نموده است، در مواد ۳۷، ۴۳، ۴۴ و ۴۵، صراحتاً عرف معروف و شناخته شده را نازل منزله شرط قلمداد نموده است. فی‌المثل در ماده ۴۴ کتاب مزبور آمده: «المعروفُ بینَ التجّارِ كالمشروطِ بَيْنَهُمْ». (جمعی از فقها، ص ۲۱) بنابراین در مجموع می‌توان گفت شرط ضمنی عرفی، از جانب فقهای اهل سنت پذیرفته شده و بر اساس مبانی آنان مانعی بر سر راه اعتبار این نوع از شرط وجود ندارد.

در حقوق ایران به نظر می‌رسد شرط ضمنی عرفی از اعتبار لازم برخوردار است چراکه در موادی از قانون مدنی به اعتبار عرف تصریح شده است. قانونگذار در ماده ۲۲۵ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «متعارف بودن امری در عرف و عادت به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف آن باشد به منزله ذکر در عقد است». ماده ۲۲۰ ق.م نیز مفادی مشابه ماده مذکور دارد.

همان‌گونه که مشاهده می‌شود قانونگذار در مواد فوق‌الذکر عرف متداول را در عقود و قراردادهای منعقد شده میان افراد معتبر می‌داند و حتی بدون تصریح، به منزله ذکر در عقد قلمداد کرده است.

اعتبار عرف در نزد قانونگذار تا بدان جا است که نسبت به قواعد و مقررات تکمیلی مصرح در قانون نیز در اولویت است. به عنوان مثال ماده ۳۷۵ ق.م مقرر می‌دارد: «بیع باید در محلی تسلیم شود که عقد بیع در آنجا واقع شده است، مگر این‌که عرف و عادت مقتضی تسلیم در محل دیگر باشد و یا در ضمن بیع محل مخصوصی برای تسلیم معین شده باشد.»

مواد ۲۲۰، ۲۲۱، ۳۶۵، ۳۸۲ و ۳۸۶ قانون مدنی از دیگر مواردی است که قانونگذار در آن‌ها اعتبار عرف را به عنوان شرط ضمنی می‌پذیرد.

دکتر کاتوزیان در کتاب قواعد عمومی قراردادها شروط ضمنی را به سه گروه قانونی، واقعی و عرفی تقسیم نموده و از این میان، گروه دوم و برخی از مصادیق گروه سوم یعنی شروط ضمنی عرفی را در زمره شرط ضمنی واقعی قلمداد می‌کند. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۱۲۴)

هرچند نقش و تأثیر عرف در مراودات و مبادلات تجاری و بازرگانی غیرقابل‌انکار است، لیکن به نظر می‌رسد پذیرش بی‌قید و شرط اعتبار عرف در عقود و قراردادها

دیدگاهی ناصواب و نادرست باشد. خصوصاً آن‌که از منظر فقه امامیه که شالوده و مبنای نظام حقوقی ما محسوب می‌شود، عرف قاعده ساز نیست و دلیل مستقلاً بر اعتبار و حجیت آن فی نفسه وجود ندارد.

بنابراین می‌بایست قائل بدان بود که اعتبار عرف در عقود و قراردادها به‌عنوان شرط ضمنی بستگی به اراده متعاقدین دارد. توضیح آن‌که برخلاف دیدگاهی که عرف را در هر حال حتی با فرض جهل متعاملین نسبت به آن، معتبر قلمداد می‌کند، می‌بایست قائل به این بود که عرف تنها در صورتی معتبر است که اراده طرفین قرارداد، به آن تعلق گرفته باشد حتی اگر صراحتاً در الفاظ قرارداد ذکر نشده باشد. در این صورت اعتبار شرط ضمنی به دلیل اعتبار اراده و تراضی طرفین قرارداد خواهد بود و شرط مزبور بر پایه تراضی ایشان استوار می‌گردد و از این مبنا کسب اعتبار می‌کند.

این امر یعنی تعلق اراده متعاقدین به حکم عرف و عادت نیز به‌نوبه خود مستلزم آگاهی ایشان نسبت به عرف و عادت و عدم تصریح برخلاف آن عرف و عادت متداول می‌باشد. در نتیجه در مواردی که عرف و عادت مسلمی در موضوعی وجود دارد و طرفین قرارداد نیز بر آن آگاهی داشته و نسبت به آن توافق کنند یا آنکه حداقل برخلاف آن توافقی نکرده و نسبت به آن سکوت کنند؛ می‌توان این رفتار متعاقدین را کاشف از تراضی ضمنی بر موضوع مزبور تلقی کرد و آن را به‌عنوان شرط ضمنی پذیرفت؛ لیکن در صورتی که ایشان نسبت به عرف و عادت جاهل بوده و سخنی نیز از آن در قرارداد به میان نیاورده باشند، پذیرش عرف مذکور به‌عنوان شرط ضمنی میان طرفین قرارداد دشوار به نظر می‌رسد.

### نتیجه‌گیری

با عنایت به تفصیلی که گذشت باید گفت شرط صریحی را که طرفین در ضمن عقود درج کرده و بر اساس آن برای طرفین قرارداد یا احدی از آنان یا ثالث خیار فسخ قرار می‌دهند، می‌تواند مبنای خیار شرط باشد چه این‌که اراده طرفین یا همان نیروی الزام‌آوری که عقد را ایجاد می‌کند، صلاحیت اعطای حق بر هم زدن موجود اعتباری خودساخته را به متعاقدین یا ثالث دارد. همچنین در مواردی که از شروط ضمن عقد تخلف می‌شود می‌توان مبنای خیار فسخ را که به مشروط له اعطا می‌شود، شرط ضمن

عقد و تراضی متعاقدین دانست؛ چراکه در این موارد تراضی و توافق طرفین قرارداد بر مجموع تعهدات اصلی و فرعی عقد قرار گرفته و التزام طرفین به عقد با لحاظ تمام تعهدات بوده است و لذا عدم انجام یک تعهد ولو تعهدی فرعی در قالب شرط ضمن عقد موجب می‌شود تا لزوم قرارداد به سود و برای متعهدله یا مشروطه برداشته شود. راجع به مبنائیت شرط ضمنی ارتکازی و شرط ضمنی بنایی در فقه امامیه و حقوق ایران برای برخی از خيارات علی القاعده منعی وجود ندارد چه این‌که همان‌گونه که گذشت شرط ضمنی ارتکازی و شرط ضمنی بنایی از اعتبار لازم برخوردار است. در مورد شرط ضمنی عرفی همان‌گونه که گفته شد چنین شرطی فی حد نفسه اعتبار ندارد و تنها زمانی که تصریحاً یا تلویحاً متعلق تراضی طرفین قرار گیرد، می‌تواند صلاحیت مبنا قرار گرفتن برای خیار فسخ را داشته باشد. در فقه عامه نیز هرچند فقهای اهل سنت شرط ضمنی را در موارد گوناگون مورد استفاده قرار داده‌اند و فی‌المثل در مبحث خیار عیب، همان‌گونه که گذشت، برخی از آن‌ها مبنای خیار مزبور را شرط ضمنی میان متعاقدین مبنی بر سلامت مبیع قلمداد کرده‌اند؛ باین حال مشخص نیست که منظور ایشان از شرط ضمنی که آن را در مقابل شرط صریح قرار دادند چیست. همان‌گونه که سابقاً گفته شد، از میان اقسام شروط ضمنی که ذکر شد، فقهای عامه تنها به شروط ضمنی عرفی مطمئن نظر داشته‌اند و لذا به نظر می‌رسد که در مقوله خيارات نیز ایشان به این نوع از شرط ضمنی و ایضاً شروط ضمن العقد نظر داشته‌اند.

## یادداشت ها:

۱. سوره مبارکه مائده، آیه ۱

## کتابنامه

- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، تهران: انتشارات اسلامی، ۶ مجلد  
بهرامی احمدی، حمید (۱۳۹۰)، قواعد فقه (لاضرر)، تهران: انتشارات دانشگاه امام  
صادق (ع)، چاپ دوم، ج ۲.  
جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۱)، تئوری موازنه، تهران: گنج دانش، چاپ اول.  
\_\_\_\_\_ (۱۳۹۲)، وسیط در ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، چاپ پنجم.  
جناتی، محمدابراهیم، منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی، نرم افزار جامع فقه اهل بیت  
علیهم السلام  
شهیدی، مهدی (۱۳۸۷ ه.ق)، شروط ضمن عقد، تهران: مجلد، چاپ دوم  
\_\_\_\_\_ (۱۳۸۶ ه.ش)، آثار قراردادها و تعهدات، تهران: مجلد، چاپ سوم  
کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷ ه.ش)، قواعد عمومی قراردادها، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم، ۵  
مجلد  
\_\_\_\_\_ (۱۳۹۱ ه.ش)، مسئولیت مدنی، تهران: دانشگاه نهران، چاپ یازدهم، ج ۱  
محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه (بخش مدنی) (۱۴۰۶ ه.ق)، دوازدهم، تهران: مرکز نشر علوم  
اسلامی، ۴ مجلد  
مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۷ ه.ق)، دایره المعارف فقه مقارن، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن  
ابی طالب ع، چاپ اول  
ابن عابدین، محمدامین (۱۴۱۲ ه.ق)، رد المحتار علی الدر المختار، بیروت: دارالفکر: بیروت،  
چاپ دوم، ج ۴  
ابن قیم الجوزیه، شمس الدین (۱۴۱۱ ه.ق)، اعلام الموقعین عن رب العالمین، بیروت: دارالکتب

- العلمیه: بیروت، چاپ اول، ج ۳  
انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۱۵ ه.ق)، مکاسب، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ اول، ج ۵  
ایروانی، باقر (۱۴۲۶ ه.ق)، دروس تمهیدیه فی القواعد الفقہیہ، قم: دارالفقه للطباعه و النشر، چاپ سوم، ج ۲  
تبریزی، میرزا جواد (۱۴۱۶ ه.ق)، ارشاد الطالب الی التعلیق علی مکاسب، قم: موسسه اسماعیلیان، چاپ سوم، ج ۳  
جزائری، سید محمد (۱۴۱۶ ه.ق)، هدی الطالب فی شرح مکاسب، قم: موسسه دارالکتب، چاپ اول، ج ۶  
جمعی از پژوهشگران (۱۴۲۶ ه.ق)، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، قم: موسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، چاپ اول، ج ۲ و ۳  
جمعی از فقها، مجله الاحکام العدلیه، نور محمد، کارخانه تجارت کتاب  
جمعی از مؤلفان، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام، قم: موسسه دایره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، چاپ اول، ج ۴۵  
حمیری، نشوان (۱۴۲۰ ه.ق)، شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلوم، بیروت و دمشق، دارالفکر، چاپ اول، ج ۶  
خوانساری، موسی (۱۳۷۳ ه.ق)، رساله فی قاعده نفی الضرر، تهران: المکتبه المحمدیه، چاپ اول خوئی، سید ابوالقاسم، مصباح المفقاهه، ج ۶، ۷، ۵  
\_\_\_\_\_ (۱۴۱۲ ه.ق)، المستند فی شرح عدوه الوثقی (الاجاره)، ۴ مجلد  
\_\_\_\_\_ (۱۴۱۸ ه.ق)، فقه الشیعہ (کتاب الطهاره)، قم: موسسه آفاق، چاپ سوم، ج ۲  
\_\_\_\_\_ (۱۴۱۸ ه.ق)، موسوعه الامام الخوئی، قم: موسسه احیاء آثار الامام خوئی ره، چاپ اول، ج ۳۱  
روحانی، سید صادق (۱۴۱۲ ه.ق)، فقه الصادق علیه السلام، قم: دارالکتب، چاپ اول، ج ۱۶  
الزحیلی، وهبه بن مصطفی، الفقه الاسلامی و ادلته، دمشق: دارالفکر، چاپ چهارم، ج ۵  
سیستانی، سید علی (۱۴۱۴ ه.ق)، قاعده لاضرر و لا ضرار، قم: دفتر آیت الله سیستانی، چاپ اول  
السیوطی، جلال الدین (۱۴۱۱ ه.ق)، الاشباه و النظائر، بیروت: دار الکتب العلمیه، چاپ اول، ج ۱

فراهیدی، خلیل بن احمد، کتاب العین، دارالمکتبه الهلال، ج ۶  
القحطانی الحنبلی، عبدالرحمن (۱۴۰۶ ه.ق)، الاحکام شرح اصول الأحکام، دوم، ج ۳  
قمی، سید تقی طباطبایی (۱۴۲۳ ه.ق)، الغایه القصوی (کتاب الاجاره)، قم: انتشارات محلاتی، چاپ  
اول

قمی، سید تقی طباطبایی (۱۴۰۰ ه.ق)، دراستنا من فقه الجعفری، قم: مطبعه خیام، چاپ اول، ج ۴  
مامقانی، ملا عبدالله (۱۳۱۶ ه.ق)، غایه الآمال فی شرح کتاب المکاسب، قم: مجمع الذخائر  
الاسلامیه، چاپ اول، ج ۱

نائینی، میرزا محمدحسین (۱۳۷۳ ه.ق)، منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، تهران: المکتبه  
المحمدیه، چاپ اول، ج ۱

\_\_\_\_\_ (۱۳۷۳ ه.ق)، منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، تهران: المکتبه المحمدیه، چاپ اول، ج ۱  
نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ ه.ق)، جواهر الکلام، بیروت: دار احیاء التراث العربی، چاپ  
هفتم، ج ۲۲ و ۲۳

نراقی، مولی احمد (۱۴۱۷ ه.ق)، عوائد الأيام، قم: انتشارات دفتر تبلیغات حوزه علمیه قم، چاپ  
اول

یزدی، سید محمدکاظم (۱۴۲۱ ه.ق)، حاشیه المکاسب، قم: موسسه اسماعیلیان چاپ دوم، ج ۲

اسماعیلی، محسن (۱۳۹۰)، «شرط ارتکازی در فقه امامیه و حقوق ایران»، پژوهشنامه حقوق  
اسلامی، سال دوازدهم، شماره دو



۸۲ آموزه‌های حقوقی گواه، سال دوم، شماره دوم (پیاپی ۳)، پاییز و زمستان ۱۳۹۵