

عرف در قلمرو حقوق قراردادها

علی فلاحتی شهاب‌الدینی^{۱۱}

چکیده

علی‌رغم اهمیت عرف و تأثیر آن در دنیای حقوق خصوصاً حقوق قراردادها، متأسفانه قانون تعریفی از آن ارائه نداده است. بر این اساس در گفتار اول این نوشتار ابتدا تعاریف فقهی و حقوقی ارائه، سپس به بررسی مبانی و قلمرو آن از دیدگاه حقوق مدنی و فقه امامیه و عامه پرداخته شده است، در بحث مبانی ضمن خدشه به ادله فقهای عامه مبنی بر اعتبار عرف به عنوان دلیل مستقل به این نکته اشاره شد که عرف هرگز نمی‌تواند به عنوان دلیلی مستقل در کنار سایر ادله استنباط احکام شرعی قرار گیرد و تنها زمانی معتبر است که شارع آن را امضا کرده باشد و یا لاقلاً مخالفتی ابراز ننموده باشد و در بحث قلمرو عرف از آنجا که قانون مدنی ایران متأثر از فقه امامیه است، قلمرو آن از این دیدگاه بررسی شد و موارد اعتبار آن احصا گردید. سپس قلمرو عرف در فقه عامه تبیین گشت و بیان شد که از منظر فقه عامه، عرف در کنار سایر ادله به عنوان یک دلیل اصلی نقش آفرین است و از این روی عرف‌های مستحدث نیز به راحتی توجیه‌پذیر خواهند بود.

در گفتار دوم به چگونگی ورود عرف تنها به عنوان شرط ضمنی عرفی که یکی از اقسام شرط ضمن عقد است می‌تواند در قرارداد تأثیرگذار باشد و این نهاد حقوقی (شرط ضمن عقد) مصحح حضور عرف در قلمرو حقوق قراردادها خواهد بود.

در گفتار سوم به اثبات مبانی شرط ضمنی عرفی در فقه امامیه از راه دلایل عقلی و نقلی پرداخته شد، هم‌چنین مبانی آن در قانون مدنی با تبیین موادّ مربوطه بررسی شد. در انتها نیز مبانی شرط ضمنی عرفی از دیدگاه فقه عامه عنوان گشت.

در پایان مهم‌ترین نتیجه‌گیری از بحث این شد که تنها مصحح حضور عرف و بنای عقلا

^{۱۱} مدرس دانشگاه آزاد اسلامی تراق.

در حقوق قراردادهای نهاد حقوقی «شرط ضمن عقد» است و در واقع عرف تحت عنوان شرط ضمنی عرفی که یکی از اقسام شرط ضمن عقد است در قلمرو قراردادهای خودنمایی می‌کند. واژگان کلیدی عرف - بناء عقلا - سیره مشرعه - شرط - شرط ضمن عقد - قرارداد

مقدمه

یکی از مباحثی که دارای اهمیتی انکارپذیر در عرصه تعامل حقوقی جوامع مدنی است «عرف» می‌باشد و از آنجا که جامعه ما نیز از این قاعده مستثنا نیست، با توجه به دلایل ذیل بسیار پسندیده است که نوشتاری در این باب به رشته تحریر درآید:

۱. عرف با همه اهمیتی که دارد و بزرگان از آن استفاده‌های فراوان در حل مسائل فقهی و حقوقی می‌نمایند، ولی هرگز به صورت کلاسیک بدان نگاه نشده است و راجع به آن تدریس و تدرّس نشده است، اگرچه تک نگاره‌هایی به‌ویژه در چند سال اخیر در خصوص عرف نگاشته شده است.

۲. از آنجا که در فقه امامیه نگاه به عرف به عنوان یک اصل اصیل و مستقل نمی‌باشد و بالعکس در فقه عامه بدان به عنوان یک اصل مسلم و مستقل نگریسته می‌شود، لذا استدلال‌هایی که در اثبات و حجیت عرف ارائه می‌گردد، بعضاً متأثر از فقه عامه است و این بر ضرورت نگاه به عرف از دیدگاه فقه امامیه که پایه و اساس و دکنترین حقوق موضوعه کشورمان نیز می‌باشد می‌افزاید.

۳. عرف در قلمرو و سرزمین قراردادهای تنها در صورتی می‌تواند تردّد نماید که تابعیت شرط ضمن عقد را کسب کرده باشد و شرط ضمنی محسوب گردد و اثبات این مدعا خود تحقیقی را هر چند مختصر، ولی متقن می‌طلبد.

با این حال به لحاظ دامنه گسترده عرف نمی‌توان ادعا نمود تمام نکاتی که راجع به عرف مطرح است را بتوان در یک مقاله گنجانند، چه اینکه نگرشی این‌گونه، تألیف کتاب حجیمی را می‌طلبد لذا در این نوشتار با نگاهی گذرا، اما مستدل طی سه گفتار به نقش عرف در فقه و حقوق، تعریف شرط ضمنی عرفی و مبانی شرط ضمنی عرفی پرداخته می‌شود.

گفتار اول: نقش عرف در فقه و حقوق

اساساً شاید هیچ فقیه یا حقوق دانی را نتوان یافت که به نقش سازنده و حساس عرف در حل مسائل حقوقی یا فقهی متعرف نباشد، با این حال وقتی به جزئیات و متفرعات آن نگریسته

شود و آثار برخی از نویسندگان آشنا با فقه یا حقوق مرور گردد. بعضاً اشتباهات کوچک و بزرگی خودنمایی می‌کند؛ آنچه موجب شد تا در ابتدای بحث و در گفتار اول پیرامون عرف در فقه و حقوق صحبت شود، علاوه بر موارد فوق-حساس بودن نقش عرف، غفلت از بعضی متفرعات، وجود رابطه‌ای تنگاتنگ بین شرط عرفی با عرف و تفاوت نگرش‌های نظام‌های مختلف حقوقی نسبت به آن می‌باشد. (چنانکه در فقه اهل سنت، نقش بسیار اساسی تری نسبت به فقه امامیه و به تبع آن قانون مدنی ایران ایفا می‌نماید و در نظام کامن‌لا رویکرد دیگری نسبت به آن وجود دارد).

الف) مبنای اقتدار عرف

اختلاف در مبنای عرف در واقع به اختلاف در مبنای حقوق برمی‌گردد؛ قابل ذکر است که دو نگرش کلی در مبنای حقوق وجود دارد:

۱. حق وضع قواعد حقوقی توسط مردم به مجلس واگذار می‌گردد و پارلمان نیز با تصویب قوانین، حق خود را اعمال می‌کند.

۲. فقط شکل خارجی عرف و قانون متفاوت است، هر دو اقتدارشان را از وجدان عمومی می‌گیرند، قانون، غیر مستقیم و عرف، مستقیم.

هیچ یک از دو نظریه فوق به تنهایی قانع‌کننده نیست؛ مبنای واقعی عرف را باید ضرورت‌های زندگی اجتماعی و خواسته‌های طبیعی انسان دانست؛ از یک طرف، مردم برای حفظ منافع به امنیت و برابری در مقابل قانون نیازمندند، از طرف دیگر، انسان‌ها به حکم فطرت خود به یک سری آداب و رسوم پای‌بند می‌باشند و از تخطی نسبت به آن پرهیز می‌کنند.^۱

ب) تعریف عرف

با اینکه «عرف و عادت» یکی از منابع حقوق شمرده شده است^۲، ولی قانون هرگز تعریفی از

۱. ناصر کاوزیان، مقدمه علم حقوق، ص ۱۹۱-۱۹۳.

۲. ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی (قدیم) می‌گوید: «چنانکه قانون، کامل یا صریح نبوده و یا در قضیه مطروحه اصلاً قانونی وجود نداشته باشد، دادگاه‌ها باید موافق روح و مفاد قوانین موضوعه کشوری و عرف و عادت مسلم، آن قضیه را حل و فصل نمایند.» در ماده ۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب (در امور مدنی) به جای لفظ «عرف و عادت مسلم» از «اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد» استفاده کرده است که شامل عرف هم می‌گردد.

آن ارائه نداده است، اما حقوق دانان به تعریف آن پرداختند که ذیلاً به نمونه‌هایی از آن اشاره می‌کنیم:

«عرف در لغت به معنای معرفت و شناسایی است و پس از آن به معنای چیزی که در ذهن شناخته شده و مأنوس و مقبول خردمندان به کار رفته است».^۱

دکتر کاتوزیان در تعریف عرف می‌گوید که عرف در دو معنای عام و خاص به کار رفته است، معنای عام عبارت است از تمامی قواعدی که از وقایع اجتماعی بدون دخالت قانون‌گذار به صورت «قاعده حقوقی» در آمده است.

ایشان اضافه می‌کنند که این تعریف هیچ کمکی به روشن ساختن ماهیت حقوقی عرف در مقابل سایر منابع نمی‌کند؛ زیرا خود شامل منابع حقوقی می‌گردد و در تعریف خاص می‌گویند:

«قاعده‌ای است که به تدریج و خود به خود میان همه مردم یا گروهی از آنان به عنوان قاعده‌ای الزام‌آور مرسوم شده است».^۲

دکتر شهیدی نیز می‌گویند:

«در اصطلاح حقوقی، عرف عبارت از انس ذهن جامعه یا گروه خاص به امری است که مربوط به روابط حقوقی است».^۳

علمای علم فقه و اصول فقه نیز به تعریف عرف پرداختند، ذیلاً به دو نمونه اشاره می‌کنیم:

ابوحامد غزالی می‌گوید:

«عادت و عرف آن روشی است که به کمک عقل در نفوس رسوخ یافته و طبایع سالم آن را مورد پذیرش قرار دادند».^۴

مرحوم مظفر نیز تعریف مشابه‌ای با بیان دیگر ارائه دادند:

«عرف یا سیره در اصطلاح عبارت است از استمرار بنای عملی مردم بر انجام یا ترک عمل».^۵

۱. محمدجعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص ۴۴۷.

۲. ناصر کاتوزیان، همان، ص ۱۸۷ و ۱۸۸.

۳. مهدی شهیدی، اصول قراردادها و تعهدات، ج ۲، ص ۴۴۷.

۴. محمد ابراهیم حنّانی، منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی، ص ۳۹۲.

۵. محمدرضا مظفر، اصول الفقه، ج ۲، ص ۱۷۱.

از آنجا که در این مختصر در صدد جرح و تعدیل تعاریف مذکور نیستیم، لذا از مجموع آن‌ها، اجمالاً به تعریف عرف دست می‌یابیم.

قابل ذکر است که راجع به عرف و عادت و اینکه آیا با هم متفاوتند یا خیر؟ آرا مختلفی مطرح گردیده است؛ گروهی از آنجا که در مواد قانونی، عرف و عادت با هم ذکر شده است معتقدند که باید دارای تفاوت‌هایی باشند.^۱ و گروهی دیگر آن دو را مترادف دانستند.^۲ گروه سومی در اینکه آیا قانون مدنی این دو واژه را مترادف به کار برده است یا خیر؟ تردید نمودند، ولی معتقدند که به هر حال منظور بیان عادات و رسومی است که در قراردادها شایع می‌شود و اطراف قرارداد بدون احساس هیچ نوع اجباری معمولاً از آن پیروی می‌کنند.^۳

ضمناً با مراجعه به متون فقهی معلوم می‌گردد که گاهی این دو واژه مترادف به کار می‌روند.^۴ گاهی نیز برخلاف واژه «عرف»، کلمه «عادت» در معنای وضع و وضعیت به کار می‌رود که به طور کلی با معنای «عرف» فاصله دارد. به عنوان نمونه تغییر صفات مورد عقد، در آثار فقهی به «عادت» نسبت داده شده است.^۵

ج) ارکان عرف

۱. از دیدگاه حقوق

اجتماع دو رکن (عنصر) لازم است تا عرفی تحقیق یابد:

۱-۱. عنصر مادی

باید عادت‌تی به مدت طولانی بین عموم مردم یا گروهی خاص رسم شود و همه آن را در واقع معینی استعمال نمایند تا عرف تحقق یابد؛ به عبارت دیگر آن عمل باید اولاً عمومیت داشته باشد و ثانیاً پایدار باشد.^۶ و در یک جمله مردم مدت‌ها بدان عمل کنند.^۷

۱. مهدی شهیدی، همان، ص ۳۳۰-۳۳۳.

۲. دکتر شهیدی این دیدگاه را به دیگران نسبت می‌دهد و خودشان قبول تفاوت این دو واژه را ترجیح می‌دهند. (مهدی شهیدی، همان، ص ۳۳۱)

۳. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، ص ۵۳.

۴. مهدی شهیدی، همان، ص ۳۳۲ و ۳۳۳.

۵. مرتضی انصاری، کتاب المکاسب، ج ۲، ص ۱۶۱.

۶. ناصر کاتوزیان، مقدمه علم حقوق، ص ۱۸۸ و ۱۸۹.

۷. محمدجعفر جعفری لنگرودی، مقدمه عمومی علوم حقوق، ص ۸۸.

۱-۲. عنصر روانی

این عادت باید به اعتقاد عمل‌کنندگان به آن الزام‌آور باشد، یعنی آن را «قاعده حقوقی» بدانند.^۱ به دیگر سخن، باید ضمانت اجرا داشته باشد.^۲

۲. از دیدگاه فقه

به نظر فقهای اسلامی عناصر عرف عبارت است از:

- عمل معین.

- تکرار آن عمل از سوی همه مردم یا بیشتر آنان.

- آزادی بودن آن عمل نه غریزی بودن آن.^۳

با مقایسه دو نوع شاخصه فوق، نزدیکی دو دیدگاه فقه و حقوق روشن می‌گردد.

د) اقسام عرف

از آنجا که ظرف تحقق عرف، ذهن افراد است، لذا از جهت کمیت نفرات، انسان‌هایی که اذهانشان به انجام یا ترک عملی مأنوس است می‌توان عرف را به عام و خاص تقسیم نمود:

۱. عرف عام، که عبارت است از آنس ذهنی اکثریت افراد یک جامعه نسبت به انجام یا

ترک امری.

۲. عرف خاص، که عبارت است از آنس ذهنی گروه خاصی که حداقل در یک چیز با هم

اشتراک دارند، مانند شغل یا محله و... نسبت به انجام یا ترک امری.^۴

ه) مبانی عرفی

برخی از نویسندگان آثار حقوقی ادله‌ای را به عنوان دلیل حجیت عرف بدین شکل مطرح کردند:

۱. آیه خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ^۵

۲. حدیث نبوی «مارأه المسلمون حسناً فهو عندالله حسن».^۶

در حالی که این دو دلیل در فقه عامه مطرح می‌باشد و مقادیر هیچ‌یک از آنها - چنان‌که

۳. محمدجعفر جعفری لنگرودی. همان.

۱. ناصر کاتوزیان، همان، ص ۱۹۹.

۳. محمد ابراهیم جانی، همان، ص ۳۹۵.

۴. مهدی شهیدی، همان، ص ۳۰۳ و ۳۰۴.

۵. اعراف (۷) آیه ۱۹۹.

۶. محمود سلجوقی. نقش عرف در حقوق مدنی ایران و مطالعه اجمالی آن در اسلوب‌های بزرگان حنفی، ص ۳۰.

خواهیم گفت. دلالتی بر حجیت عرف ندارند؛ مضافاً به اینکه حدیث بیان شده از جهت سند نیز مخدوش می‌باشد.

جالب‌تر اینکه ایشان در ادامه می‌گویند:

«متأخرین با وجود ابراز تردید نسبت به دلالت دو دلیل مذکور بر اعتبار عرف، چنین استدلال کرده‌اند که به فرض عدم دلالت آن دو، خللی بر اعتبار عرف و عادت وارد نمی‌شود؛ زیرا بطلان دلیل معین، نشانه باطل بودن مدلول نیست، خاصه آنکه گذشته از ضرورت عملی عرف، فقها عموماً در هر زمان آن را در حدودی که مخّل نصوص شرعی نباشد، معتبر شناخته و بسیاری از احکام خود را بر پایه آن استوار ساخته‌اند»^۱.

هم چنین می‌نویسد: «در شریعت اسلام با عرف‌ها و عادت‌های موجود در مناطق اسلامی به سه ترتیب رفتار گردیده: ...»^۲.

در مجموع بیشتر دامنه مطالعاتی حقوق اسلامی ایشان در فقه عامه می‌باشد. در ادامه این بحث، ادله فقه عامه و در پی آن فقه امامیه، مبنی بر حجیت عرف را بررسی می‌کنیم:

۱. مبانی عرف در فقه عامه

۱-۱. «خُذِ الْعُقُورَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ».

(به هر حال) با آن‌ها مدارا کن و عذرشان را بپذیر، و به نیکی‌ها دعوت نما. استدلال به آیه شریفه فوق راجع به حجیت عرف در اصطلاح فقه صحیح نمی‌باشد، چرا که عرف در آیه شریفه به معنای خیر، نیکی و حسن است در مقابل نکر به معنای شر، زشتی و قبح؛^۳ نه به معنای اصطلاحی در فقه و حقوق.

۱-۲. روایت نبوی

در مسند امام احمد بن حنبل از عبدالله بن مسعود از پیامبر اکرم (ص) نقل شده که فرمودند:

«فما رأى المسلمون حسناً فهو عند الله حسن و ما رأوا سيئاً فهو عند الله سيء».

«آنچه را که مسلمانان نیکو شمردند، نزد خداوند نیز نیکو است و آنچه را که زشت شمردند نزد خداوند هم زشت است».

۲. همان، ۳۱.

۱. همان.

۳. فخرالدین محمد بن عمر (فخررازی)، التفسیر الکبیر او منایح الغیب، ج ۱۵، ص ۸۸.

به فرض قبول کلام مذکور به عنوان حدیث نبوی، دلیل اخصّ از مدّعا است؛ زیرا اگر عرفی به حُسن عقلی معلّل باشد نمی‌تواند به استناد این حدیث به عنوان یک دلیل مستقل در کنار سایر ادّله باشد، چون در آن صورت عرف صفرای حکم عقل خواهد بود.^۱ علاوه بر اینکه ممکن است «لام» در «المسلمون» برای استغراق باشد که بنابراین، حدیث فوق دلیل بر حجّیت اجماع خواهد بود نه عرف.

۱.۳. تأیید بعضی از عرفیات عرب توسط شارع

قانون‌گذار اسلامی در قانون‌گذاری خود، عرف و عادت عرب را در بعضی از احکام تصدیق کرده است، مثلاً دیه بر عاقله را که در عرف عرب مرسوم بود پذیرفت.^۲ جواب استدلال بالا این است که امضای شارع نسبت به هر عرفی تنها همان را شرعی می‌گرداند و نتیجه کلی گرفتن از امضای موردی خطا است، لذا نمی‌توان عرف را علی‌الاصول مشروع دانست.

بنابراین، فرق است بین امضای شارع نسبت به بعضی از عرف‌های غیر مخالف با شرع و حجّیت بخشیدن به عرف به‌طور کلی به عنوان دلیلی مستقل برای کشف احکام واقعی شرعی در برابر دیگر ادّله قطعی مانند سنّت. خلاصه اینکه احکام عرفی تأییدشده توسط شارع، زیر عنوان سنّت یا کتاب قرار می‌گیرند و در برابر آنها استقلالی ندارند.^۳

۲. مبانی عرف در فقه امامیه

اولین پرسشی که به ذهن می‌آید این است: حال که عرف دلیل مستقلی جهت کشف حکم شرعی نمی‌باشد؛ به چه مناسبت فقهای امامیه بعضاً حکم شرعی کلی را با بنای عقلا-که همان عرف عام است- به اثبات می‌رسانند؟ طرح این پرسش را به فال نیک می‌گیریم و ضمن پاسخ به آن، دلیل حجّیت عرف را به‌طور مختصر بیان می‌کنیم:

پاسخ این است که از دیدگاه فقه امامیه، بنای عقلا یا عرف هنگامی حکم شرعی را اثبات می‌نماید که به واسطه طرق مشخص در علم اصول، امضای شارع نسبت به آن و موافقتش با آن احراز گردد. بنابراین، در واقع برخلاف آنچه در فقه عامّه مطرح است عرف دلیل مستقلی

۱. محمدتقی حکیم، الاصول العامة للفقهاء السّان، ص ۴۲۴ و ۴۲۵.

۲. صحیحی محمّدصافی، فلسفه الشریع فی الاسلام، ص ۲۶۵.

۳. محمدتقی حکیم، همان، ص ۴۲۵.

نیست، بلکه بازگشتن به سنت است و اصلاً هنگامی مشروعیت دارد که صغرای سنت قرار گیرد.

اما حجیت عرف را در دو بحث عرف عام (بناء عقلا) و عرف خاص^۱ (سیره مشرعه) بررسی می‌کنیم:

۱-۲. حجیت بنای عقلا

همان‌گونه که گفته شد حجیت بنای عقلا تنها در صورتی ثابت می‌گردد که به‌طور یقینی موافقت شارع را به همراه داشته باشد و موافقت یقینی شارع هم کشف نمی‌شود مگر به واسطه تحقق یافتن یکی از شروط سه‌گانه زیر:

۱-۱-۲. عدم وجود مانع در هم مسلکی شارع با عقلا در رفتار و بنایش

در این حالت اگر نهی و ردعی از شارع نرسیده باشد، به موافقت شارع با بنای عقلا یقین می‌نماییم، چه اینکه در غیر این صورت نهی می‌فرمود، مانند اعتماد به خیر واحد که توسط ادله اثباتی ثابت گردیده است.

۲-۱-۲. نرسیدن ردعی در صورت وجود مانع در هم مسلکی

این در حالی است که اگر مانعی در هم مسلک بودن وجود داشته باشد، لااقل در منظر و حضور شارع حتی در امور شرعیه جاری شده باشد، که در این صورت اگر ردعی از وی نرسیده باشد، سکوت وی از موارد تقریر نسبت به راه و روش عقلا محسوب می‌گردد، مانند استصحاب که در جای خود ثابت شده است.

۳-۱-۲. وجود دلیل خاص قطعی دال بر رضایت شارع

اگر یکی از دو شرط قبلی را دارا نباشد حتماً نیازمند دلیل خاص قطعی مبنی بر رضایت شارع خواهیم بود، مانند رجوع به لغت شناس در مورد معنای لغت که حجیت آن ثابت نشده است و یا رجوع به اهل خبره در قیمت‌گذاری اشیا که بر حجیت آن دلیل خاص داریم^۲

۱. گفتنی است که عرف از نگاهی دیگر به دو قسم عرف عام (عرف همه عقلا به‌طور کلی) و عرف خاص (عرف اهل حرفه، منطقه یا دانش خاص) تقسیم می‌گردد که این عرف خاص با عرف خاص مورد بحث رابطه عموم و خصوص من وجه دارد که در صورت تطابق با آن وحدت ملاک دارد و الا همان ملاک عرف عام و حجیت آن بر عرف اهل حرفه و... خاص حاکم است.

۲. محمدرضا مظفر، همان، ص ۱۴۲ و ۱۴۳، ۱۷۱-۱۷۳.

۲-۲. حجیت سیره متشرعه

سیره متشرعه از مسلمین اگر حجیت آن ثابت شود نوعی از اجماع، بلکه بالاترین اجماع خواهد بود، چه اینکه اجماع در گفتار، آن هم تنها بین علما است، ولی سیره متشرعه اجماع عملی، آن هم بین علما و سایر مسلمین می‌باشد.

سیره مسلمین بر دو نوع است، یا اینکه می‌دانیم در عصر ائمه و در مرئی و منظرشان بوده است به طوری که خود معصوم (ع) نیز بدان عمل و یا لاقلاً تقریر می‌کردند و یا اینکه این‌گونه نبوده، یعنی نمی‌دانیم در آن موقع بوده است و یا اصلاً می‌دانیم در زمان معصوم (ع) نبوده است.

اگر به صورت اول باشد قطعاً حجیت دارد و به خلاف بنای عقلاً در حجیت خود به دلیل دیگری مبنی بر امضای شارع محتاج نمی‌باشد و اگر به صورت دوم باشد دلیلی بر اعتماد نمودن به آن به عنوان حجت شرعی نداریم و این قسم، از اجماع قولی نیز پایین‌تر است، سرّ آن هم این است که ممکن است بر اثر بی‌مبالاتی و دواعی غیر شرعی به عنوان عرف و سیره در میان مسلمین جا افتاده باشد، مثلاً به عنوان تقلید از پیگانگان، که به مرور زمان سیره مستمره مسلمین شده بدون آنکه نسل‌های بعدی جهت آن را بدانند، لذا این‌گونه سیره‌ها و عرف‌ها را به پای دین و شرع نوشتن ناصواب می‌نمایند.

با این حساب، در سیره‌های متشرعه موجود دوران معاصر این تردید وجود دارد که آیا در زمان معصوم (ع) نیز وجود داشت تا حجیت داشته باشد یا خیر؟ و با این شک و تردید، سزاوارتر آن است که آن‌ها را حجت ندانیم، چه اینکه شک در حجیت چیزی در عدم حجیت آن چیز کافی است.^۱ بر همین اساس است که وقتی شیخ اعظم در کتاب مکاسب هنگامی که ادله ملکیت مأخوذ به معاطات را مطرح می‌نماید استدلال به سیره مستمره متشرعه^۲ را به جهت بی‌مبالاتی آنان در دین ردّ می‌نماید.^۳

مرحوم کمپانی نیز می‌گوید که با وجود بنای عقلاً ما احتیاجی به استدلال به سیره متشرعه نداریم تا اینکه بگوییم مردود است، ما با بنای عقلایی که از جانب شارع ردع نشده است برای مأخوذ به معاطات، اثبات ملکیت می‌کنیم.^۴

نتیجه‌ای که از بحث مزبور می‌توان گرفت این نکته می‌باشد: درست است سیره متشرعه

۱. محمدرضا مظفر، همان، ص ۱۱۴ - ۱۱۶.

۲. مرتضی انصاری، همان، ج ۱، ص ۲۳۴.

۳. همان، ص ۲۳۵.

۴. محمدحسین ابنهانی، حاشیه کتاب المکاسب، ج ۱، ص ۱۰۴ و ۱۰۵.

به خودی خود حجیت دارد و مانند بنای عقلا محتاج به دلیل دیگری مبنی بر امضای شارع نیست، ولی دسترسی به چنین سیره منتشره‌ای که عاری از شک و تردید باشد بسیار مشکل است، لذا در عمل کارآیی بنای عقلا بیشتر از آن می‌باشد؛ زیرا در کشف بنای عقلا و عرف احتیاج به این شرط نداریم که حتماً در عصر معصوم (ع) و در مرثی و منظر وی باشد و اصلاً این حرف معنا ندارد، چه اینکه عرف و بنای عقلا در همه اعصار بر یک سلسله اصول کلی‌ای مبتنی بوده است که بدان عمل می‌نمودند.^۱

و) قلمرو عرف

با توجه به اینکه قانون مدنی ایران متأثر از فقه امامیه است، ابتدا راجع به قلمرو عرف در فقه امامیه سخن می‌گوییم و در پایان به طور اختصار به قلمرو عرف در قانون مدنی و پس از آن در فقه عامه اشاره خواهیم کرد:

۱. قلمرو عرف در فقه امامیه

در یک تقسیم‌بندی کلی می‌توان موارد تأثیرگذاری عرف را به تصویر کشاند، این موارد را می‌توان تحت سه عنوان گردآوری نمود:

- تشخیص موضوع حکم شرعی.

- تشخیص ظهور دلیل شرعی در یک معنایی.

- دلیل مستقل بر حکم شرعی.

۱-۱. تشخیص موضوع حکم شرعی

تشخیص موضوع حکم شرعی به واسطه عرف، یکی از دو نوع ذیل است:

۱-۱-۱. نقش ثبوتی

عرف در تشخیص و تعیین ثبوتی موضوع نقش دارد؛ یعنی در موضوع‌سازی مرحله ثبوت حکم شرعی دخالت دارد، مثلاً وقتی در دلیل وجود امساک زوجه به معروف یا رها نمودن وی به همراه احسان^۲ نظر می‌افکنیم می‌بینیم وجوب نفقه‌ای که امساک بر آن دلالت دارد مقید به معروف (شایع نزد عرف) است، بنابراین موضوع حکم شرعی همواره شناور است و با توجه به عرف هر زمانی تفسیر می‌گردد، لذا چنانچه شخصی بر اساس عرف یکی

۱. جهت مطالعه بیشتر ر.ک: سید محمدباقر صدر. بحوث فی علم الاصول، ج ۴، ص ۲۳۳ - ۲۴۸.

۲. بنره (۲) آیه ۲۹۹.

دو قرن قبل نفقه بپردازد در صورتی که عرف کنونی به جهتی از جهات اقتصادی، اجتماعی یا فرهنگی تغییر یافته باشد به وظیفه خود عمل نکرده است.

۱-۲. نقش اثباتی

عرف در تشخیص و تعیین موضوع اثباتاً نقش دارد؛ یعنی مثلاً وقتی از طرفی دلیلی داریم بدین مضمون که: «المؤمنون عند شروطهم»^۱ که دلالت بر لزوم وفای به شرط می‌کند و از طرفی دیگر از تبانی عقلا و عرفشان به خیار غبن، کشف می‌کنیم که آنان هرگز به این راضی نمی‌شوند در ارزش مالی بین عوضین معامله، تفاوت فاحشی وجود داشته باشد و اگر چنین باشد به خود اجازه بر هم زدن معامله را می‌دهند، اما تساوی عرفی ارزش مالی عوضین را کافی می‌دانند، از این دو مقدمه، نوعاً کشف می‌شود که طرفین معامله بر یکدیگر شرط ضمنی نمودند که تفاوت فاحشی در ارزش مالی بین عوض و معوض وجود نداشته باشد و الا راضی به معامله و تنفیذ آن نیستند.

فرق این دو نوع در این است که در نوع اول مخالفت شخص با آنچه عرف اراده می‌کند بی‌تأثیر است، چه اینکه عرف موضوع ساز است، مانند نفقه در مثال بالا؛ ولی در نوع دوم از آنجا که عرف صرفاً کاشف موضوع حکم شرعی (در مثال بالا کاشف اراده طرفین قرارداد) است، لذا شخص ذی نفع می‌تواند بدان اعتنا نکند و تصریح به خلاف نماید، که در این صورت عرف بلا اثر خواهد شد.

حجیت این دو قسم عرف علی‌القاعده است و برای اثبات حجیت احتیاج به دلیل دیگری نیست، چرا که کار عرف تشخیص موضوع حکم شرعی به صورت حقیقی است (ثبوتاً یا اثباتاً)، لذا فقیه حتی نیازی به اثبات وجود این دو نوع در زمان معصوم (ع) ندارد، بلکه حتی در صورت وجود عرف در آن زمان و تغییر آن در زمان فتوا دادن، آنچه حجیت دارد، عرف زمان فتوا دادن می‌باشد.

۲-۱. تشخیص ظهور دلیل شرعی در یک معنایی

این نوع در واقع تحت عنوان رفتار عرف و مناسبات عرفیه و ارتکازات اجتماعی‌ای که مرتبط است با فهمیدن نص (سنت - کتاب) می‌باشد، این‌ها معتبرند و به منزله قرینه‌های لَبّی متصل به کلام است که دامنه سخن را از جهت توسعه یا تضییق معین می‌نماید. حجیت این نوع از عرف نیز بعد از اثبات حجیت ظهور، علی‌القاعده است و نیازمند هیچ

۱. شیخ طوسی، تهذیب الأحکام، ج ۱، ص ۳۷۱.

دلیل دیگری نمی‌باشد و تنها تفاوتش با نوع قبلی در این است که باید ثابت گردد این عرف در زمان صدور نصّ از معصوم (ع) وجود داشته است، چه اینکه آن چیزی که برایمان حجت می‌باشد ظهور نصّ است و بس.

۳-۱. دلیلی مستقل بر حکم شرعی

منظور از این قسم عرف، این است که به عنوان کبرای حکم شرعی به آن استدلال شود، مانند بنای عقلا مبنی بر اینکه هر کس چیزی از اموال منقول مباح را حیازت نماید مالک آن می‌گردد و یا عرف موجود راجع به خیار غبن در معامله، البته اگر مرادمان استدلال به آن باشد برای اثبات اصل خیار، نه به عنوان کشف حکم شرعی از باب شرط ضمنی‌ای که شارع آن را امضا کرده است.

اگر به واسطه این قسم از عرف بخواهیم حکم شرعی کلی واقعی را اثبات نماییم، بحث ما فقهی خواهد بود و اگر بخواهیم حکم شرعی ظاهری را ثابت نماییم، بحث ما اصولی است، مانند حجیت ظواهر یا خبر ثقه.^۱

حجیت این قسم از عرف به معونه زایدی نیازمند است، چرا که علی القاعده نمی‌باشد. بنابراین، عاقلانه نیست که بدون هیچ تأیید شرعی، جهت رسیدن به حکم الهی مستقلاً بدان استدلال گردد؛ با این بیان در واقع نتیجه می‌گیریم که عرف با قید استقلال اصلاً حجّت نیست.

از آنجا که در این نوشتار به این نوع عرف نیازی نداریم بیش از این بدان نمی‌پردازیم، برای اطلاع از شرایط حجیت آن به کتب مفصل اصولی مراجعه گردد.^۲

۴-۱. جمع‌بندی مطالب

از جمع‌بندی مجموع مباحث فوق نتیجه می‌گیریم که عرف دلیل مستقل نمی‌باشد و تنها در مورد اول (تشخیص موضوع حکم شرعی) حجیت تام دارد و در مورد دوم (تشخیص ظهور دلیل در یک معنایی) بعد از اثبات حجیت ظواهر حجّت می‌باشد و در مورد سوم (دلیلی مستقل بر حکم شرعی) فاقد حجیت است، چه اینکه در دلالت حتماً به امضای شارع نیازمند می‌باشد و امضای شارع با فرض دلیل مستقل بودن عرف منافات دارد.

۱. جهت مطالعه بیشتر به مباحث مربوطه در کتب فقهی از جمله بحث شرط ضمنی و نیز کتب اصولی بحث حجیت ظواهر و حبر ثقه مراجعه گردد.

۲. محمدباقر صدر، همان، ۲۳۶ - ۲۳۸.

۲. قلمرو عرف در قانون مدنی

از آنجا که قانون مدنی متأثر از فقه امامیه می‌باشد، تنها در دو مورد اول و دوم قابل استناد است و به هیچ وجه به تنهایی دلیل مستقلی برای مشروعیت بخشیدن به حکم قانون نمی‌باشد.^۱

۳. قلمرو عرف در فقه عامه

عرف در فقه عامه در کنار سایر ادله به عنوان یک دلیل اصلی نقش آفرین است؛ در فقه عامه اگر در تخصیص نص به واسطه عرف، میان فقها نزاع باشد، در این نکته که اگر مغایرتی با نص نداشته باشد مرجع مستقلی برای حکم شرعی است، اختلافی با یکدیگر ندارند. بنابراین، به راحتی عرف‌های تازه و مستحدث را توجیه شرعی می‌کنند، اگرچه هرگز در زمان معاصر با پیامبر(ص) این عرف‌ها وجود خارجی نداشته باشند.^۲ چنانکه بعداً خواهیم دید در مجله الاحکام موادی را بدان اختصاص دادند.^۳ از این جهت باید فقه عامه را پویاتر از فقه امامیه دانست، لذا تفاوت‌های فاحشی در فتاوی فقهای متأخر نسبت به فتاوی ائمه مذاهب اربعه مشاهده می‌گردد.

با توجه به اینکه دلیل قطعی بر بطلان چنین نگرشی نسبت به عرف داریم - چنانکه خلاصه آن گذشت - ما بیش از این به قلمرو عرف در فقه عامه نمی‌پردازیم؛ هم چنین مبحث عرف را نیز می‌بینیم، چه اینکه فراتر از این مقدار خارج از نیاز ما در این نوشتار می‌باشد. بعد از بررسی و تحقیق راجع به نقش عرف در فقه و حقوق، به پژوهشی در مورد شرط ضمنی عرفی در حقوق قراردادها می‌پردازیم؛ زیرا عرف در قلمرو قرارداد به شکل شرط ضمن عقد میسر می‌باشد و از این رو است که قانون مدنی بدان عنایت خاصی دارد و با این نگاه بدان می‌پردازد.

گفتار دوم: تعریف شرط ضمنی عرفی

شرط ضمنی عرفی، شرطی است که در متن ذکر نشده است، ولی عرف و عادت عام یا خاص بر وجود آن در عقد حکم می‌نماید و در قرارداد فرض را بر وجود آن می‌گیرد، اگر چه طرفین قرارداد از تحقق عرفی آن هم بی‌اطلاع باشند.

۱. جهت مطالعه بیشتر ر.ک: مهدی شهیدی، همان، ص ۳۰۹-۳۰۴ و ناصر کانونیان، همان، ۱۹۳-۱۹۶.

۲. صبیحی محمضدنی، همان. ۳. ر.ک: همین مقاله، گفتار سوم مبانی شرط ضمنی عرفی، بند ج.

الف) تفاوت شرط ضمنی عرفی با شرط ضمنی بنایی

تفاوت شرط ضمنی عرفی با شرط ضمنی بنایی در دو چیز است:

۱. شرط بنایی، فقط معهود طرفین قرارداد است، ولی شرط عرفی، مرسوم همه مردم، منطقه‌ای خاص و یا حرفه‌ای خاص می‌باشد.
۲. شرط بنایی حتماً قبل از عقد مورد گفتگو و یا نظر طرفین بوده است و در هنگام انعقاد قرارداد نیز از آن غافل نبودند، ولی شرط عرفی چه بسا نه قبل از عقد توجه طرفین را به خود معطوف داشته است و نه هنگام انعقاد قرارداد متوجه آن بودند.

ب) تفاوت شرط ضمنی عرفی در حقوق ایران با شرط ضمنی در حقوق کامن‌لا

تعریف حقوق کامن‌لا از شرط ضمنی متفاوت است، چه اینکه آنان شرطی را که به صراحت بیان شده باشد چه قبل از قرارداد (شرط بنایی) و چه در متن عقد، شرط صریح می‌نامند و تنها شرطی را که به‌طور منطقی از پیکره قرارداد و اوضاع زمان اجرای آن استنباط می‌شود شرط ضمنی می‌نامند.^۱

ج) اقسام شرط ضمنی در حقوق کامن‌لا

شروط ضمنی در حقوق کامن‌لا عبارتند از:

۱. شرط ضمنی عرفی

شرط ضمنی عرفی، شرطی است که اگر مورد تصریح طرفین هم نباشد، به حکم عرف مفروض است.^۲

۲. شرط ضمنی قانونی

این شرط به حکم قانون به صورت تحمیلی وارد قرارداد می‌گردد.^۳

۳. شرط ضمنی دادگاه

محکمه برای تکمیل و جبران نقایص قرارداد، شروطی را به صورت ضمنی قلمداد می‌کند.^۴

1. Kraut 583; Eftekhar, 2002: 49.

2. Cheshire and Fifoot, 1980: 125.

3. Treitel, 1995: 158 Eftekhor, Ibid.

4. Eftekhar, Ibid 49-50; Cheshire and Fifoot, Ibid: 138.

۴. مناسبات تجاری گذشته

به رفتار متداول پیشین طرفین قرارداد در معاملات قبل «مناسبات تجاری گذشته» می‌گویند که علی‌القاعده می‌تواند به عنوان ضابطه‌ای برای تفسیر گفتار و رفتارشان باشد.^۱ قسم چهارم از شروط ضمنی، در نظام حقوقی امریکا مرسوم می‌باشد.

د) توضیح دو نکته

۱. گفته شده است شرط ضمنی عرفی وقتی معتبر است که مورد قصد متعاملین قرار گرفته باشد و ماده ۳۵۶ قانون مدنی که می‌گوید اگرچه متعاملین جاهل بر عرف باشند، استثنایی بر این اصل است.^۲

در جواب این نظر می‌توان گفت که اصولاً در هر معامله، فرض را بر علم به عرف حرفه، منطقه و یا بنای عقلا به طور عمومی قرار می‌دهند و حتی بالاتر اینکه اساساً اعتنایی به علم و جهل طرفین معامله نسبت به عرف نمی‌شود و عرف در صورت اطلاق معامله، حاکم بر قرارداد می‌باشد و برای این ادعا (لزوم مورد قصد متعاملین قرار گرفتن شرط ضمنی عرفی) با مراجعه به مواردی که بدان استشهاد می‌گردد - که در قسمت‌های پایانی مقاله لیست شده است - و روح حاکم بر شرط ضمنی عرفی، توجیه منطقی‌ای نمی‌توان یافت و اساساً با پررنگ کردن نقش علم و توجه طرفین قرارداد، نقش عرف را تا مرز نیستی تنزل خواهیم داد و این با فضای حاکم بر شرط ضمنی عرفی مغایرت دارد. در واقع نقش شرط ضمنی عرفی و شرایط تحقق و تأثیر آن در قرارداد را می‌توان با نقش شرط ضمنی قانونی و شرایط تحقق آن مشابه دانست که در آن جا نیز در صورت اطلاق قرارداد و عدم مخالفت صریح، مفاد قانون را حاکم بر قرارداد و علم طرفین را مفروض گرفته و به ادعای جهل به قانون اعتنایی نمی‌گردد، و در مورد عرف حتی اثبات جهل به عرف توسط طرف قرارداد نیز مسموع نمی‌باشد، چرا که در عرف معاملاتی، طرف معامله ملزم به همه لوازم عرفی قرارداد، در هر حالی می‌باشد، مگر با تصریح به خلاف در ضمن قرارداد.

۲. ممکن است این سؤال مطرح شود که اگر شرط ضمنی شرط صحیح در قرارداد می‌باشد، کدام یک از اقسام شرط صحیحی است که در قانون مدنی از آنها نام برده شده است؛ صفت، فعل یا نتیجه؟^۳

۱. برگرفته از بند اول ماده ۱-۲۰۵ قانون تجارت متحد الشکل امریکا (U.C.C) «Uniform Commercial Code».

۲. جینل قوانین. هماهنگ سازی لزوم قراردادها با اصل عدالت، ص ۲۹.

۳. همان.

در جواب باید گفت که طرح این سؤال درست به نظر نمی‌رسد؛ زیرا تقسیمات شروط صحیح منحصر در آن تقسیمی که قانون مدنی بدان اشاره کرده است نمی‌باشد، اصولاً شرط با ملاحظات متفاوت به انواع مختلف تقسیم می‌گردد، یکی از آن انواع تقسیم شرط به شرط ابتدایی و شرط ضمن عقد می‌باشد و شرط ضمن عقد به نوبه خود به شرط صریح و شرط ضمنی تقسیم می‌گردد و شرط ضمنی نیز به شرط ضمنی بنایی، شرط ضمنی عرفی، شرط ضمنی قانونی و شرط ضمنی محاکم می‌باشد و این درست مانند تقسیم «اسم» در علم نحو است که یک بار به مؤنث و مذکر و دیگر بار به معرفه و نکره و بار دیگر به مفرد، مثنی، جمع و یا به جامد و مشتق و... تقسیم می‌گردد.

بنابراین، شرط ضمنی عرفی می‌تواند شرط صفت، فعل و یا نتیجه باشد، چراکه آن یک تقسیم دیگری با لحاظ دیگری است و معارضه‌ای با این تقسیم ندارد.

گفتار سوم: مبانی شرط ضمنی عرفی

عمده‌ترین مبحث مقاله به مبانی شرط ضمنی عرفی مربوط می‌شود که با تفصیل بیشتر با سه سر فصل بدان خواهیم پرداخت:

الف) مبانی شرط ضمنی عرفی در فقه امامیه
مبانی فقهی شرط ضمنی عرفی یا دلیل حجیت این‌گونه شروط از دو نوع دلیل تشکیل می‌گردند که ذیلاً به آن‌ها اشاره می‌کنیم:

۱. دلیل عقلی (دلالت التزامی)

شرط همان‌گونه که با توافق طرفین قرارداد، هستی حقوقی پیدا می‌کند، می‌تواند با توافق نوعی و عرفی نیز یا به عرصه قرارداد بگذارد؛ چنانکه گذشت، عرف نمی‌تواند مستقلاً قانون‌گذاری نماید و محتاج به امضای شارع و قانون‌گذار است. بنابراین، شرط ضمنی عرفی مانند شرط صریح در قرارداد لحاظ شده است و با توجه به اوضاع و احوال عرفی وجود آن محرز است که با قرینه حالیه کشف می‌شود، به خلاف شرط صریح که طریقه اثباتش ملفوظ بودن آن در متن عقد (قرینه لفظیه) می‌باشد.

اشکال قابل طرح این است که با فرض ثبوت وجود چنین شرطی، از آنجا که از اراده مشترک ناشی نشده است، از مصادیق لزوم تبعیت عقد از قصد نمی‌باشد؛ چه اینکه

حاکمیت اراده باطنی بر قراردادهای تنها شرطی را نافذ می‌داند که از اراده مشترک ناشی گردد و روایت «المؤمنون عند شروطهم» نیز مؤید این معنا است؛ زیرا با ضمیر «هم» در «شروطهم» شروط بیگانه را نفی می‌کند.

پاسخ این است که: سکوت طرفین راجع به عرف مسلم دلیل بر قبول آن می‌باشد و الا می‌بایست تصریح به خلاف می‌نمودند و حتی اگر ثابت شود که یکی از متعاقدین واقعاً اطلاعی نسبت به عرف نداشته، لذا آن را به عنوان شرط ضمنی اراده نکرده است باز هم رافع مسئولیت نمی‌باشد، چه اینکه متعارف بودن چیزی در عرف و عادت نسبت به قراردادها، تلازمی بینشان ایجاد می‌کند و طرفین قرارداد هم‌چنان‌که نسبت به مدلول مطابقی الفاظ قرارداد تعهد دارند، به مدلول التزامی آن نیز پای بندند و تفکیک بین مدلول‌های کلام در رد و قبول جزئی از آن مدلول‌ها غیر منطقی است.

بنابراین، در حجیت و اعتبار شرط ضمنی عرفی، به چیزی بیش از آنچه دلیل حجیت شرط صریح است احتیاج نداریم.^۱

آقای دکتر شهیدی بخش نخست پاسخ را قابل قبول نمی‌داند و تنها بخش پایانی آن را معیار دلالت عرف می‌داند؛ ایشان می‌گویند:

«با ملاحظه مقررات ۲۲۰ و ۲۲۱ و ۳۵۶ ق.م. و مواد مشابه ناظر به اعتبار عرف در تعیین آثار و شرایط عقد، در مواردی که طرفین برخلاف آن توافق نکنند، نباید تصور کرد که این موارد، نمونه‌هایی از دلالت ترک توافق برخلاف عرف، یعنی دلالت سکوت بر اراده مشترک طرفین، نسبت به نتایج عقد می‌باشد، به این توجیه که سکوت طرفین نسبت به رویه متعارف، دلیل بر اراده ایشان بر قبول این رویه است؛ زیرا با کمی دقت آشکار می‌گردد که آنچه حقیقتاً دلالت بر اراده طرفین می‌کند، سکوت ایشان نیست، بلکه عبارات مطلق لفظی یا کتبی عقد یا اشاره و عمل طرفین است که وقتی بدون قید، ادا یا اعمال می‌گردد، عرفاً منصرف به نتایجی است که مطابق رویه متعارف به عقد نسبت داده می‌شود».^۲

توضیح بیشتر راجع به چگونگی مدلول التزامی بودن شرط ضمنی عرفی نسبت به قرارداد:

۱. ضرب اول شکل اول قیاس که متن‌ترین نوع قیاس است در استدلال فوق این‌گونه است: شرط ضمنی عرفی، شرط ضمن عقد است (صغرا) هر شرط ضمنی لازم الاتباع است (کبیرا) بنابراین، شرط ضمنی عرفی لازم الاتباع است (نتیجه).

۲. برای توضیح بیشتر نظر فوق و همچنین موارد دلالت سکوت بر قبول راک: مهدی شهیدی، همان، ص ۱۵۵ و ۱۵۵ و ۲۱۴ - ۲۲۰.

مرحوم حاجی سبزواری در مورد دلالت التزامی می‌گویند:

«دلالیت لفظ بر چیزی که خارج از معنای مطابقی لفظ باشد دلالت التزامی است، به شرطی که آن چیز خارجی با معنای موضوع له، تلازم «عقلی» یا «عرفی» داشته باشد.^۱ در منطوق راجع به شرایط تحقق دلالت التزامی نیز به دو شرط اشاره می‌شود:

- تلازم ذهنی باشد؛ بدان معنا که ذهن، بینشان ملازمه ببیند، حال چه در خارج ملازمه داشته باشند یا خیر.

- تلازم بین و آشکار باشد؛ بدین معنا که وقتی ذهن معنای لفظ را تصور نماید، بدون نیاز به واسطه‌ای دیگر، به لازم آن منتقل گردد.^۲

مرحوم خواجه در «اساس الاقتباس» به نکته‌ای اشاره می‌کنند که در تحقق ملازمه نیاز نیست ذهن بدون واسطه به لازم منتقل گردد، بلکه آنچه ضروری است این نکته می‌باشد که در بین لوازم یک چیز، نزدیک‌ترین لازم نسبت به معنای موضوع له را مدلول التزامی بنامیم.^۳ اما در جوهر النضید در شرح کلام خواجه گفته شد که با توجه به مثال ضحک برای انسان، ما می‌فهمیم منظور وی، لازم مساوی^۴ است (نه اعم و نه اخص).^۵

به نظر می‌رسد که این برداشت اشتباه از کلام خواجه از آنجا ناشی شده باشد که شارح کلام خواجه فقط به متنی که به شرح آن پرداخته توجه داشته است و به اساس الاقتباس که یکی دیگر از آثار خواجه است یا به جهت در دسترس نبودن نسخه‌ای از آن و یا فارسی بودن آن مراجعه ننموده است.

درست است که ضاحک، مدلول التزامی انسان می‌باشد، ولی این بدان جهت است که از ماشی (لازم حیوان) به انسان نزدیک‌تر است و این با معیار خواجه سازگاری دارد، اما بدان معنا نیست که مراد وی از مدلول التزامی لازم مساوی باشد، لذا اگر فرض را جایی ببریم که لازم (عَرَض) مساوی وجود نداشته باشد، طبق مبنای خواجه ما آن را مدلول التزامی برمی‌شماریم.

این ملاک خواجه بسیار دقیق و کارگشا است و در موضوع نوشتار ما نیز اگر کسی اشکال نماید که شرط دلالت التزامی این است که لازم مساوی باشد، در حالی که «عرف» لازم

۱. هادی سبزواری، شرح المنظومة، ج ۱، ص ۱۰۴.

۲. محمدرضا مظفر، المنطق، ص ۴۰.

۳. محمدبن محمد طوسی (خواجه نصیر)، اساس الاقتباس، ص ۸.

۴. لازم مساوی چیزی است که مختص ملزوم است، یعنی در غیر آن وجود ندارد. ولی در تمامی افراد ملزوم

موجود است. ۵. حسن بن یوسف الحلبي (علامه حلبي)، الجوهر النضیه، ص ۸.

چیزی است که اعم از قرارداد می‌باشد. چه اینکه در غیر قرارداد هم - مثلاً در تشخیص موضوع حکم - به عنوان لازم مطرح می‌باشد؛ جواب می‌دهیم که مساوی بودن لازم شرط نیست، بلکه نزدیک‌ترین لازم بودن شرط است و نزدیک‌ترین لازم قرارداد، لوازم عرفی آن است که در سرزمین قرارداد با ویزای شرط ضمن عقد مجاز به تردّد می‌باشد، یعنی باید به عنوان شرط ضمن عقد عرفی باشد.

بنا بر نکاتی که بدان اشاره شد باید گفت که دلالت التزامی، در تمام وجود خود وام‌دار معنای موضوع‌له می‌باشد، به طوری که با هستی‌اش، هست می‌گردد و با نیستی‌اش نیست. بنابراین، معتقدیم که شرط ضمنی عرفی، مدلول التزامی عرفی عقد است، بر این اساس به همراه انشا و ایجاد عقد، انشا و ایجاد می‌گردد؛ زیرا عرف بین اصل قرارداد و شرط ضمنی عرفی آن، ملازمه می‌بیند، چه اینکه شرط رایج نزد عرف می‌باشد، برای مثال می‌توان از مسئولیت قراردادی نام برد، بدین‌گونه که اگر شخصی به تعهد خود عمل نکند، ملزم به پرداخت خسارت ناشی از آن می‌گردد و این چیزی است که زمان انعقاد قرارداد ایجاد می‌گردد نه اینکه پس از تحقق عدم انجام تعهد محقق گردد، منتها نفوذ و اجرای آن منوط به عدم انجام تعهد است.

از آنجا که شرط ضمنی عرفی به جهت رایج بودن نزد عرف، مدلول التزامی قرارداد می‌باشد و دلالت التزامی نیز از اقسام دلالت لفظی است، لذا گویی این شرط اجمالاً در متن عقد ذکر گردیده است، یعنی از مرتکبات عرف در فضای حاکم بر معامله و متعاملین می‌باشد و لزوم تصریح شرط در عقد نیز اعم از ذکر تفصیلی و اجمالی است.^۱ بدین جهت است که فقها می‌گویند شرط عرفی در حکم شرط تصریح شده در متن عقد می‌باشد، برای مثال می‌توان از مسئولیت قراردادی نام برد، بدین صورت که اگر کسی به تعهد خود عمل نکند، از آنجا که عرف، جبران خسارت وارده توسط نقض عهد را لازم می‌شمارد و مانند شرط صریح در عقد می‌بیند، متعهد ناقض را ملزم به پرداخت خسارت می‌گرداند.

۲. دلیل نقلی

در این بخش با دو گروه از نصوص مواجه هستیم که ذیلاً به بررسی آنها می‌پردازیم:

۱. محمدحسین نایینی. منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، ج ۱، ص ۴۰۷.

۱-۲. عموماً ادله لزوم وفای به عهد

برای اعتبار و لازم‌الوفای بودن شرط ضمن عقد به ادله لزوم وفا از قبیل «اوفوا بالعقود»^۱ و «الصلح جائز بین المسلمین»^۲ استدلال شده است، چون شرط ضمن عقد مشمول مفاد عقد است و ادله وفا آن را هم در بر می‌گیرد.

این استدلال توسط برخی از فقها نقد شده است که ادله عموماً وفا، شروط ضمن عقد را در بر نمی‌گیرد.^۳

به نظر می‌رسد که اگر اشکال فوق را در مورد شرط صریح قبول کنیم، مورد شروط ضمنی عرفی که در مرحله ساخت و ساز قرارداد و تأثیرگذار است را شامل نمی‌گردد؛ در واقع تولد عقد بر اساس شرط ضمنی عرفی است و شرط بسته به عقد نیست؛ اتفاقاً همین ایشان در مورد شرط ضمنی عرفی که باعث مقید شدن تعهد می‌شود، معتقدند که ادله عموماً وفا شاملش می‌شود.^۴

با این استدلال، در نفوذ و حجیت شرط ضمنی عرفی، دیگر نیاز چندانی به ادله اعتبار شرط مانند «المؤمنون عند شروطهم»^۵ نداریم. و ادله وجوب وفا به تنهایی برای این منظور کافی است؛ با این توضیح که شرط ضمنی اطلاق عقد را از بین می‌برد و موجب نوعی محدودیت می‌شود؛ این محدودیت و تقید گاهی متوجه «مُتَشَأً» می‌شود، مثال خیار غبن (در حقیقت ملکیتی که به موجب عقد می‌آید مقید است به عدم فسخ مغبون)، گاهی محدودیت به مبیع می‌خورد، مثل شرط خیار عیب (شرط سلامت مبیع از هر عیب قبایل توجه‌ای)، گاهی هم به ثمن بر می‌گردد، مثل پول رایج بلد بودن ثمن معامله (اگر شرط ضمنی معامله آن را اقتضا کند).

خلاصه اینکه شرط ضمنی عرفی موجب به وجود آمدن یک عقد مقید و مشروط می‌شود و دلیل صحت معاملات مثل «اوفوا بالعقود» دلالت دارد بر عمل به تعهد، چه مطلق باشد و چه به واسطه شرط ضمنی عرفی به صورت مقید و مشروط متولد شده باشد.

مقید شدن آنچه به وسیله عقد پدید می‌آید (مُتَشَأً) توسط شرط ضمنی عرفی، در جایی است که مُتَشَأً امکان مضیق شدن را داشته باشد، بنابراین، عقودی که تاب قید زمان را ندارد از این قاعده مستثنا می‌باشند، مانند عقد نکاح، چه اینکه از نظر قانون‌گذار شرعی، نکاح یا

۱. مانده (۵) آیه ۱. ۲. محمدبن یعقوب کلینی، الفروع من الکافی، ج ۲، ص ۲۵۹.

۳. سیدحسن بجنوردی، القواعد الفقهية، ج ۳، ص ۲۲۲. ۴. همان، ج ۵، ص ۱۷۸.

۵. شیخ طوسی، همان.

دائمی است و غیر قابل فسخ، مگر توسط دلایل برشمرده شده توسط شارع و یا محدود به یک زمان معینی است (متعّه) لذا، اگر در عقد نکاح شرطی نزد عرف، رایج و مسلّم و از مرتکبات باشد و زوجین برخلافش تصریح نکرده باشند، تخلف از آن برای مشروطه حق فسخ به وجود نمی آورد و این امری بودن عنصر زمان (دائم بودن یا وقت مشخص داشتن)، علت نامشروع بودن خیار شرط در نکاح و از همین جهت به خلاف نظر اکثر فقها برای حلّ این معضل نیازی به ادّعای اجماع برای بطلان خیار شرط در نکاح نیست.^۱

۲-۲. دلیل وفای به شرط

در این باره روایات فراوانی از طریق فریقین (عامّه و امامیه) به این الفاظ و مضامین نقل شده است: «المؤمنون عند شروطهم» و «المسلمون عند شروطهم».

این روایات به حدّی زیادند که با وجود مرسل بودن برخی و ضعیف بودن برخی دیگر، باز هم شکی در صدور آنها از طرف شارع وجود ندارد، چراکه فراتر از اخبار مستفیض نقل شده است. مضافاً به اینکه در میانشان روایات صحیح نیز وجود دارد.

دلالت این روایات به وفای به عهد و شرط برمی گردد و چنانکه گذشت شرط ضمن عقد روشن ترین و بدیهی ترین مصداق عهد و شرط است و با توضیحات قبل شرط ضمنی عرفی نیز از اقسام شرط ضمن عقد می باشد، تنها با این تفاوت که مانند شرط صریح در متن عقد تصریح نشده است، بنابراین، قطعاً این ادّله شامل شرط ضمنی عرفی نیز می گردد.

(ب) مبانی شرط ضمنی عرفی در قانون مدنی و مطابقت فقهی
قانون مدنی ایران از فقه امامیه پیروی کرده است و در موارد متعدّدی به بنای شرط ضمنی عرفی توجه کرده و بر اساس آن قانون وضع کرده است؛ ذیلاً به چند مورد آن اشاره می نمایم:

۱. مسئولیت قراردادی

ماده ۲۲۱ قانون مدنی مقرر می دارد:

«اگر کسی تعهد اقدام به امری را بکند یا تعهد نماید که از انجام امری خودداری کند، در صورت تخلف، مسئول خسارت طرف مقابل است، مشروط بر اینکه جبران خسارت

۱. سیدالانصاری، حویلی، منهاج الفقاهة، ج ۷، ص ۲۳۸ و ۲۳۹.

تصریح شده و یا تعهد عرفاً به منزله تصریح باشد و یا بر حسب قانون، موجب ضمان باشد». در تعریف مسئولیت قراردادی باید گفت که: «مسئولیت قراردادی عبارت است از تعهد و التزام به جبران خسارتی که بر اثر تخلف از اجرای قرارداد به متعهدله وارد می‌گردد». با ملاحظه ماده فوق می‌بینیم که یکی از موجبات به وجود آمدن مسئولیت قراردادی، تعهد عرفی‌ای است که به منزله ذکر در عقد باشد.

توضیح اینکه، طرفین قرارداد، گاه جبران خسارت را به صورت صریح در متن ذکر نمی‌کنند ولی با اعتماد بر متعارف بودن آن در عرف و عادت و هم‌چنین سکوت طرفین در برابر آن، اگر تخلفی از اجرای مفاد قرارداد واقع شود، دادگاه حکم به جبران خسارت وارده می‌نماید.

البته ناگفته نماند که امروزه در عرف تجارت هیچ‌زیانی نباید بدون جبران باقی بماند.^۱ با توجه به این نکته به علاوه ماده ۲۲۵ ق.م. می‌گوید:

«متعارف بودن امری در عرف و عادت به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف آن باشد به منزله ذکر در عقد است.» نتیجه می‌گیریم که اگر جبران خسارت ناشی از عدم انجام تعهد امری متعارف باشد - چنانکه این‌گونه است - شرط ضمنی عرفی، شرط ضمن قرارداد تلقی شده و به مانند شرط صریح موجب مشروط شدن آن می‌گردد.

۲. اجاره میب و فسخ بیع

ماده ۴۵۴ ق.م. می‌گوید:

«هرگاه مشتری میب را اجاره داده باشد و بیع فسخ شود اجاره باطل نمی‌شود، مگر اینکه عدم تصرفات ناقله در عین و منفعت بر مشتری صریحاً یا ضمناً شرط شده باشد که در این صورت اجاره باطل است.»

در ماده فوق شرط ضمنی (اعم از شرط عرفی و شرط بنایی‌ای که در زمان انعقاد قرارداد، طرفین با توجه به آن عقد را منعقد می‌نمایند) را همپایه شرط صریح گرفته است. در این ماده، شرط مورد نظر، شرط ترک فعل حقوقی است و می‌دانیم که شرط ترک فعل حقوقی ضمانت اجرائش بطلان آن فعل حقوقی در صورت وقوع^۲ است. برای شفاف شدن

۱. ناصرکاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، ص ۳۰۸.

۲. تعبیر به «وفوع» تعبیری مسامحی است و الا در فرض قول به بطلان فعل حقوقی، در واقع صحیحاً تحقق نیافته است تا باطل باشد.

مبنای برگزیده این ماده، چند مبنا را در ضمن فتاوایی از چند فقیه نامدار معاصر، در مورد شرط ترک فعل حقوقی، اشاره می‌کنیم:

۱-۲. از آنجا که شرط خلاف شرع است، فاسد و مفسد عقد نیز می‌باشد.^۱

۲-۲. امام خمینی معتقدند که شرط باطل است؛ زیرا غیر شرعی است، ولی عقد صحیح است.^۲

تحلیل مبنای ایشان می‌تواند این باشد که فعل حقوقی حقی است غیر قابل اسقاط که از جانب شارع به صورت یک قاعده امری بر مکلفین قرار داده شد و این قابل اسقاط نمی‌باشد، در این مورد نصی نیز وجود دارد که شرط خداوند قبل از شرط شما وجود داشته است.^۳ لذا نمی‌توان خلاف آن به توافق رسید.

۳-۲. آیت‌الله حکیم در مقابل این قول می‌گویند که شرط صحیح است و عمل حقوقی ای که ترک آن شرط شده بود باطل می‌باشد.^۴

توجه ایشان در اتخاذ این مبنا برای فتوای فوق می‌تواند این باشد که چنین شروطی هرگز منافاتی با حکم الهی ندارد چه اینکه عمل حقوقی صرفاً حقی است برای انسان‌ها و اینکه شخصی برای مصلحتی اهم از حق خود بگذرد مشکلی را ایجاد نمی‌کند، تنها در جایی خلاف شرع محسوب می‌گردد که ترک فعل حقوقی مستلزم مخالفت قطعی‌ای نسبت به احکام شرع باشد، مانند اینکه عمل واجبی را ترک کند یا مرتکب فعل حرامی شود.

به عبارت دیگر در احکام خمس (و جوب، حرمت، کراهت، استحباب و جواز) شارع یک منطقه آزاد برای انسان‌ها قرار داده است (جواز) که هرگونه خواستند از آن بهره‌برداری نمایند، حال این بهره‌برداری چه به صورت فعل مثبت باشد یا فعل منفی (ترک فعل حقوقی)، خصوصاً اینکه ترک فعل به جهت یک مصلحت اهم برای شخص متعهد باشد و اگر به غیر آن معتقد شویم آن وقت این محدودیت، خلاف امتنانی است که خداوند با حکم به جواز به انسان‌ها قائل شده است.

این استدلال در مکروهات و مستحبات نیز جاری و ساری است؛ زیرا به یک معنا در آن‌ها هم نوعی جواز وجود دارد.

۱. سیدمصطفی محقق داماد، قواعد فقه (بخش مدنی)، ج ۲، ص ۴۶.

۲. امام خمینی، تحریر الوسیلة، ج ۲، ص ۲۷۰.

۳. شیخ طوسی، همان، ص ۳۷۰.

۴. سید محسن حکیم، منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۲۹۶.

۳. «... ان شرط الله قبل شرطکم...»

در پایان ذکر این نکته خالی از لطف نیست که اگر مبنای مرحوم آیت‌الله حکیم را بپذیریم، از آنجا که فرقی بین شرط صریح و شرط ضمنی عرفی از نظر حجیت وجود ندارد، باید این نکته ملتزم شد که برای مثال در مورد ازدواج اگر در منطقه، قبیله و یا در عصر و زمان خاصی، عرف رایجی بر عدم ازدواج مجدد وجود داشته باشد، بدین معنا است که دختر با این شرط ضمنی عرفی راضی به عقد نکاح و رفتن به خانه شوهر می‌شود، لذا اگر شوهر ازدواج مجدد نماید حتماً باطل خواهد بود، چرا که در واقع تعهد بر ترک یک فعل حقوقی را در ضمن عقد کرده است و لویه واسطه شرط ضمنی عرفی.

۲-۴. آیت‌الله خوئی شرط را صحیح می‌داند؛ اما معتقدند که در عقد نکاح ضمانت اجرا ندارد؛ ایشان این‌گونه می‌گویند:

«طبق این نظریه اگر نسبت به شرط ضمن عقدی که مفاد آن ترک یک عمل حقوقی است، تخلف شود، عمل انجام شده باطل نیست، بلکه فقط موجب به وجود آمدن خیار می‌شود؛ اما چون در عقد نکاح خیار متصور نیست، زوجه در صورت تخلف زوج خیار فسخ ندارد.»^۱
 مرحوم شهید محمدباقر صدر نیز به مانند آیت‌الله خوئی فتوا دادند.^۲
 قانون مدنی هم همین مبنا را پذیرفته است.

۳. شروط متعارف

ماده ۳۴۴ ق.م. می‌گوید:

«اگر در عقد بیع شرطی ذکر نشده یا برای تسلیم مبیع یا تأدیه قیمت موعودی معین نگشته باشد، بیع قطعی و ثمن حال محسوب است، مگر اینکه بر حسب عرف و عادت محل یا عرف و عادت تجارت در معاملات تجارتنی وجود شرط یا موعودی معهود باشد، اگرچه در قرارداد بیع ذکر نشده باشد.»

به نظر می‌رسد از یک طرف این ماده حتی از ماده ۴۵۴ در مشروعیت بخشیدن به شرط ضمنی عرفی صریح‌تر باشد، چه اینکه در ماده ۴۵۴ این توهم وجود دارد که طرفین، حین قرارداد با توجه و ذهنیت نسبت به شرط ضمنی بنایی انعقاد قرارداد منعقد کرده باشند و یا با کنایه و اشاره به شرط اشاره کرده باشند، ولی از طرف دیگر کلمه «شرط ضمنی» صراحتاً در ماده ۳۴۴ ذکر نشده است و از این جهت ماده ۴۵۴ بر آن برتری دارد.

۲. سید محسن حکیم، همان.

۱. سید ابراهیم خوئی، منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۲۸۱.

خلاصه اینکه در مجموع، دو ماده فوق در دلالت بر مدعای ما هم سنگ می‌باشند، از این نکته هم نباید غفلت ورزید که این دو ماده و ماده ۲۲۰ ق.م.ا و وقتی در کنار ماده ۲۲۵ ق.م.ا قرار گیرند کاملاً واضح و شفاف می‌گردند.

۴. توابع مبیع

ماده ۳۵۶ ق.م.ا می‌گوید:

«هر چیزی که بر حسب عرف و عادت جزء یا از توابع^۳ مبیع شمرده شود یا قرائن دلالت بر دخول آن در مبیع نماید داخل در بیع و متعلق به مشتری است، اگرچه در عقد صریحاً ذکر نشده باشد و اگرچه متعاملین جاهل بر عرف باشند».

توابع مبیع چیزهایی مستقل از خود مبیع است که بنا بر ارتکاز عرفی داخل در مبیع می‌باشد، ملازمه عرفی بین مبیع با توابع آن به اندازه‌ای است که طرفین قرارداد از تصریح به آن در متن عقد بی‌نیاز می‌باشند.^۴

مرحوم فخرالمحققین در شرح عبارت قواعد، ضمن انتقاد از نظر والد خودشان، مرحوم علامه حلی مبنی بر عدم داخل بودن درختانی که وسط قریه رویده است، در بیع قریه می‌گوید که این برداشت مبتنی بر آن است که از واژه قریه جزء بودن درخت فهمیده نشود. سپس اضافه می‌کند که درست است جزء نیست، ولی عرف آن را داخل مبیع می‌داند.^۵

چنانکه ملاحظه شد مصحح داخل بودن تابع در مبیع ارتکاز عرفی به عنوان شرط ضمنی عرفی در ضمن عقد می‌باشد، اگرچه متعاملین در هنگام معامله از آن غافل هم باشند.^۶

۵. استرداد هدایای نامزدی

۱. ماده ۲۲۰ ق.م.ا: «عقد نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می‌نماید، بلکه متعاملین به کلیه نتایج هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می‌شود ملزم می‌باشند».

۲. ماده ۲۲۵ ق.م.ا: «متعارف بودن امری در عرف و عادت، به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف به آن باشد، به منزله ذکر در عقد است».

۳. دکتر کاتوزیان لفظ «توابع» را آوردند، ولی برخی از نسخه‌های قانون مدنی چاپ شده لفظ «تابع» را آوردند. (نصرت‌توزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ص ۳۰۲)

۴. سید ابوالقاسم خویی، مصباح‌التفاهه، ج ۵، ص ۴۶۰ و ۴۵۹ و ۴۵۶.

۵. محمدبن الحسن الحلی (فخرالمحققین)، ایضاح الفوائد فی شرح إشکالات القواعد، ج ۱، ص ۵۰۲.

۶. سید ابوالقاسم خویی، همان.

ماده ۱۰۳۷ ق.م. می‌گوید:

«هر یک از نامزدها می‌تواند در صورت به هم خوردن وصلت منظور، هدایایی را که به طرف دیگر یا ابویین او برای وصلت منظور داده است مطالبه کند. اگر عین هدایا موجود نباشد، مستحق قیمت هدایایی خواهد بود که عادتاً نگاه داشته می‌شود، مگر اینکه آن هدایا بدون تقصیر طرف دیگر تلف شده باشند».

ماده ۱۰۳۸ ق.م. می‌گوید:

«مفاد ماده قبل، از حیث رجوع به قیمت در موردی که وصلت منظور در اثر فوت یکی از نامزدها به هم بخورد، مجری نخواهد بود».

این دو ماده ناظر به هدایای دوران نامزدی است، هدایای قبل از آن تابع قواعد مربوط به هبه اموال می‌باشد.^۱ این استنباط از آنجا ناشی می‌شود که مفاد این دو ماده در بعضی از شقوق با قواعد حاکم بر هبه ناسازگاری دارد. (با مواد ۸۰۵ و ۸۰۳ ق.م.)

بنابراین، بهترین توجیه «فقهی - حقوقی» برای این دو ماده، مینا قرار دادن شرط ضمنی عرفی برای آن می‌باشد؛ زیرا هدیه دهنده، اموالی که عادتاً قابل نگهداری است، مانند زیورآلات را به طور مطلق هدیه نمی‌دهد، بلکه به شرط وقوع ازدواج هدیه می‌دهد.^۲ هم‌چنین به نظر می‌رسد همان‌طور که ارتکاز عرفی بر استرداد این‌گونه اموال در صورت به هم خوردن نامزدی وجود دارد، در مورد عدم رجوع به قیمت این‌گونه هدایا در صورت فوت یکی از نامزدها نیز چنین ارتکازی موجود است؛ گویی عرف خلاف مرآت می‌داند حتی در صورت تقصیر هدیه‌گیرنده (نامزد فوت شده) نسبت به تلف آن هم، به قیمت مال مذکور مراجعه شود.

۶. نفقه زوجه در دوران عقد

قانون مدنی در ماده ۱۱۰۲ می‌گوید:

«همین که نکاح به طور صحت واقع شد، روابط زوجیت بین طرفین موجود و حقوق و تکالیف زوجین در مقابل هم دیگر برقرار می‌شود». و در ماده ۱۱۰۶ می‌گوید: «در عقد دائم، نفقه زن به عهده شوهر است».

در اینکه آیا نفقه زوجه در دوران عقد و نامزدی (بین عقد و زفاف) به عهده زوج است یا

۲. همان.

۱. ناصر کاتوزیان، حقوق خانواده، ج ۱، ص ۲۵.

خیر، دو نظر وجود دارد:

۱-۶. ایجاد حقوق و تکالیف زناشویی مانند نفقه دادن نیازمند آن نیست که موضوع قصد انشا قرار گیرد و حتی هنگام عقد مورد توجه زوجین قرار گرفته باشد، چراکه از حکم قانونی ناشی می‌شود و قابل اسقاط هم به نظر نمی‌رسد و تراضی بر قرارداد خلاف آن هم محکوم به بطلان است، مگر با اجازه خود قانون.^۱

۲-۶. در مقابل، نظر مخالفی وجود دارد مبنی بر اینکه چون در این دوران زن در منزل پدری زندگی می‌کند و تحت حاکمیت و ریاست شوهر نیست، ارتکاز عرفی وجود دارد که نه زن تمکین خاص می‌کند و نه شوهر نفقه می‌پردازد. در این زمینه آیت‌الله خویی به این نکته تصریح دارد که:

«نفقه زوجه در زمان بین عقد و زفاف بر شوهر واجب نمی‌باشد، چراکه ارتکاز عرفی قرینه بر اسقاط نفقه در این مدت است.»^۲

حال با توجه به ملاک قانون‌گذار، قانون مدنی در استفاده موارد عدیده از شرط ضمنی عرفی، راجع به مبنای قانون مدنی در این مورد، به نظر می‌رسد که نظر دوم بیشتر قابل دفاع باشد.

این‌ها نمونه‌هایی بود از انبوه مسائل فقهی و مواد قانونی‌ای که در آن‌ها به شرط ضمنی عرفی استناد شده است.

با توجه به موارد مطرح شده و موارد مشابه به این نتیجه قطعی می‌رسیم که قانون مدنی در این مورد اتخاذ مبنا نموده است و مکرراً بدون تزلزل و با اقتدار کامل از «شرط ضمنی عرفی» استفاده نموده است.^۳

۱. رک: همان، ص ۱۹۸۹. ۲. سید ابوالقاسم خویی، منهاج العالمن، ص ۲۸۷. ۳. برای بررسی بیشتر موارد مشابه حجیت شرط ضمنی عرفی و دامنه نفوذ آن در حقوق و فقه می‌توان به منابع زیر رجوع کرد:

الف) قانون مدنی:

- ماده ۳۳۶ (استینا از کار دیگری).

- مواد ۳۷۵ و ۳۸۲ (محل تسلیم مبیع).

- ماده ۴۱۶ (خیار عین).

- ماده ۴۲۲ (خیار عیب).

- ماده ۲۸۶ (تعمیرات لازم برای انتفاع مستاجر).

- ماده ۵۳۳ (اطلاق عقد نسبت به نزع تجارت).

- ماده ۶۷۵ (میزان حق الوکاله).

در آخر خاطر نشان می‌کنیم که یکی دیگر از موادی که قانون مدنی در آن به شرط ضمنی عرفی استناد جسته است و از مهم‌ترین ادله قانونی در اثبات اینکه قانون مدنی اتخاذ مبنا نموده (چه در مورد شرط ضمنی عرفی، چه در مورد مسئولیت قراردادی) ماده ۲۲۱ قانون مذکور است، که به جهت اهمیت ویژه‌اش مقاله مستقلی را بدان اختصاص می‌دهیم.^۱

ج) مبانی شرط ضمنی عرفی در فقه عامه

چنانکه ملاحظه شد ادله مطرح شده در مبحث مبانی شرط ضمنی در فقه امامیه برای فقهای عامه نیز قابل استناد است. در عین حال برای تأیید هر چه بیشتر مدعا و تبیین گسترده‌تر مبنای شرط ضمنی عرفی به بررسی آن در متون فقه عامه می‌پردازیم:

در فقه اهل سنت، شرط ضمنی عرفی، جایگاه بسیار والایی دارد؛ به عنوان نمونه به چند مورد که در کتاب *مجله الاحکام العدلیه* آمده است، اشاره می‌کنیم؛ قابل ذکر است که کتاب فوق به تقلید از مجموعه‌های اروپایی بر اساس فقه حنفی به رشته تحریر درآمده است و به عنوان قانون حاکم بر سرزمین‌های اسلامی تحت سیطره دولت عثمانی بدان عمل می‌شده است و حتی بعد از اضمحلال حکومت عثمانی تا مدت‌ها در برخی کشورهای به استقلال رسیده، مانند کشور عراق قبل از تدوین قانون مدنی به عنوان قانون حاکم مطرح بوده است. در ابتدای این کتاب موادی به صورت قواعد فقهیه آمده است که از آن بین چند قاعده و ماده به مطلب شرط ضمنی عرفی اختصاص یافته است. ذیلاً به ذکر مواد مورد نظر همراه با شرح مختصری از شارحین می‌پردازیم:

ماده ۳۷: «عملکرد مردم حجیت دارد و رفتار بر طبق آن لازم است.»^۲ برای آن مثال زدند به اینکه: اگر در بازار، فروشنده‌ای برای فروش متاع خود از کسی کمک بگیرد و بعد از فروش کالا، شخص مزبور درخواست دستمزد را نماید، باید به عرف اهل بازار نگریست،

(ب) فقه امامیه:

- سید ابوالقاسم خویی، مصباح الفقاهه، ج ۵، ص ۴۰۷ (محل تسلیم و قبض، نقدی بودن معامله، نقد رابع ثمن معامله)؛ ج ۷، ص ۵۹۲-۳ (لزوم تسلیم و قبض)؛ ج ۱۱، ص ۶۰۰ (تلف مبیع قبل از قبض).

- محمد حسین نائینی، همان، ص ۱۸۸ (تلف مبیع قبل از قبض).

۱. برای مطالعه تفصیلی راجع به این ماده رک: به پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه مفید نگارنده تحت عنوان «مبانی خسارت عدم انجام تعهد و آثار و احکام منوط بر آن».

۲. «استعمال الناس حجة يجب العمل بها.» (ماده ۳۷).

اگر برای مانند این کار دستمزد گرفتن مرسوم باشد، وی نیز مستحق اجرة المثل خواهد بود وگرنه خیر.^۱

ماده ۴۳: «آنچه که نزد عرف شناخته شده است به مانند شرط شده در قرارداد مشروطی است.»^۲

در کتب فقه حنفی با عبارات دیگر هم آمده است، مانند «مشروط عرفی مانند مشروط شرعی است» یا «عادت شایع به منزله شرط محسوب می‌گردد.»^۳

در شرح ماده فوق گفته‌اند که به موجب ماده ۴۳ آنچه میان مردم معروف و متداول است اگرچه بدان تصریح هم نشود به منزله تصریح است؛ زیرا عرف بر آن دلالت دارد. در مبحث اجاره کتاب «بدائع النظائر» آمده است: توابع عقد در عقود ذکر نشده است، بر عرف منطقه حمل می‌شود و به منزله شرط ضمن عقد است. شارع در ادامه به عنوان مثال برای ماده فوق می‌گوید: اگر کسی از صاحب حیوانی که آن را برای حمل بار کرایه نموده است بخواهد تا بار را به داخل منزل ببرد و وی قبول ننماید از ابوحنیفه نقل می‌کند که برای حلّ قضیه باید به عرف و عادت مردم مراجعه نمود.^۴ ماده ۴۴: «آنچه که بین تجار معروف گشته است مانند چیزی است که بینشان شرط شده باشد.»^۵

شارح می‌گوید: این ماده نسبت به ماده سابق ذکر خاص بعد از عام است، ولی به جهت اهمیتی که معاملات تجاری دارند مستقلاً آورده شده است، برای مثال اگر دو تاجر معامله بیعی بکنند و در عقد تصریح به نقد بودن ثمن نکنند، اگرچه مقتضای عقد بیع، نقد بودن ثمن است، ولی اگر متعارف بین تجار پرداخت ثمن بعد از هفته یا ماه باشد مشتری بر اساس ماده فوق ملزم به پرداخت نقدی نخواهد بود.^۶

ماده ۴۵: «آنچه که توسط عرف تعیین می‌گردد مانند آن چیزی که توسط نصّ صریح تعیین شده باشد.»^۷

شارح محله می‌گوید: طبق ماده فوق حکم چیزی که به وسیله عرف و عادت مشخص می‌گردد، مانند حکمی که توسط نصّ صریح تعیین شده باشد معتبر است؛ مثلاً اگر شخصی

۱. سیمه رسنم یازدهانی، ذیل ماده ۳۷.

۲. «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً» (ماده ۲۳).

۳. محمد خالد اتاسی، شرح المحله، ج ۱، ص ۱۰۰.

۴. «المعروف بین التجار كالمشروط بینهم» (ماده ۴۴).

۵. تعیین بالمعرف كالتعین بالنص» (ماده ۴۵).

۳. صبحی محمصانی، همان، ص ۲۶۷.

۶. محمد خالد اتاسی، همان، ص ۱۰۱.

وسيله سواری ای را بدون قید و شرط عاریه کند، از آن می‌تواند هر وقت و تا هر جا استفاده کند، ولی با آن نمی‌تواند مسافت دو ساعته را در یک ساعت بپیماید؛ زیرا اگرچه مطلق است. ولی همان‌گونه که صاحب بدائع‌النظائر گفته است، مطلق به واسطه عرف و عادت مقید می‌گردد.^۱

نتیجه

از مجموع بحث‌های مطرح شده نتیجه می‌گیریم که:

۱. عرف (عام - خاص) از نظر مبنا تنها در صورتی حجیت دارد که به امضای شارع رسیده باشد، یعنی مخالفت قطعی نداشته باشد.
۲. قلمرو عرف نیز محدود به موارد خاص می‌باشد، بدین معنا که تنها در تشخیص موضوع حکم شرعی و تشخیص ظهور دلیل شرعی در یک معنایی خاص معتبر است و هرگز دلیل مستقلاً در کنار سایر ادله برای اثبات حکم شرعی نمی‌باشد.
۳. عرف تنها با ویزای شرط ضمن عقد می‌تواند وارد سرزمین حقوق قراردادها شود، بدین معنا که نهاد حقوقی «شرط ضمن عقد» تنها مصحح آن است و «عرف» با نام «شرط ضمنی عرفی» (که یکی از اقسام شرط ضمن عقد می‌باشد) در قراردادها تأثیرگذار است.
۴. مبانی شرط ضمنی عرفی از هر دو دیدگاه عقلی و نقلی قابل اثبات است.
۵. از آنجا که فقه امامیه دکتترین قانون مدنی ایران است؛ قانون مدنی کشورمان در این مورد نیز تابع فقه امامیه می‌باشد و به تبع آن در موارد متعدّد از کارکرد آن سود جسته است.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

۱. محمد خالد اناسی، همان، ص ۱۰۳.

فهرست منابع و مآخذ

١. آتاسی، محمد خالد، شرح المجلة، باكستان، المكتبة الجيية.
٢. اصفهاني، محمد حسين (محقق اصفهاني)، حاشية كتاب المكاسب، ج ١، تحقيق عباس محمد آل صباح القطيفي، قم، ذوى القربى، ١٤١٩ هـ. ق.
٣. انصارى، مرتضى، كتاب المكاسب، ج ١، بيروت، مؤسسة النعمان للطباعة و النشر و التوزيع، ١٩٩٠ م.
٤. بجنوردى، سيد حسن، القواعد الفقيهية، مؤسسه اسماعيليان، ١٤١٣ ق.
٥. جعفرى لنگرودى، محمدجعفر، ترمينولوژى حقوق، تهران، انتشارات سينا، ١٣٤٦.
٦. _____، مقدمه عمومى علم حقوق، تهران، كتابخانه گنج دانش، چاپ سوم ١٣٧١.
٧. جنائى، محمدابراهيم، منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامى، چاپ اول، تهران، انتشارات كيهان، ١٣٧٠.
٨. حكيم، سيد محسن، منهاج الصالحين. ج ٢، تعليق السيد محمدباقر الصدر، بيروت، دارالتعارف للمطبوعات، ١٤٠٠ ق. - ١٩٨٠ م.
٩. حكيم، محمدتقى، الأصول العامة للفقهاء المقارن. بيروت، دارالأندلس للطباعة و النشر، الطبعة الأولى، ١٩٦٣.
١٠. حلى، حسن بن يوسف (علامة حلى)، الجوهر الضئيد، چاپ سوم، قم، انتشارات بيدار، ١٤١٠ ق.
١١. حلى، محمد بن الحسن (فخر المحققين)، إيضاح الفوائد فى شرح إشكالات القواعد، ج ١، چاپ دوم، قم، مؤسسه مطبوعات اسماعيليان، ١٣٦٣.
١٢. امام خمينى، تحرير الوسيلة، ج ٢، قم، مؤسسه نشر الإسلامى، ١٣٦٣.
١٣. خوئى، سيد ابوالقاسم، منهاج الصالحين، قم، نشر مدينة العلم، ١٤١٠ ق.
١٤. _____، منهاج الفهاة، تقرير محمدعلى التوحيدى، قم، انتشارات وجدانى، ١٣٦٨.
١٥. رازى، فخرالدين محمدبن عمر (فخر رازى)، التفسير الكبير أو مفاتيح الغيب، بيروت، دارالكتب العلمیة، الطبعة الأولى، ١٤١١ ق. - ١٦٦٠ م.

۱۶. رستم بازلبنانی، سلیم، شرح المجلة الأحكام العدلیة، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ۱۹۶۸م.
۱۷. سبزواری، هادی (حاجی سبزواری)، شرح المنظومة، تصحیح حسن حسن‌زاده آملی، چاپ اول، تهران، نشر ناب، ۱۳۶۹.
۱۸. سلجوقی، محمود، نقش عرف در حقوق مدنی ایران و مطالعه اجمالی آن در اسلوب‌های بزرگ حقوقی، تهران، چاپخانه بانک ملی ایران، ۱۳۴۷.
۱۹. شهیدی، مهدی، اصول قراردادها و تعهدات، ج ۱، تهران، عصر حقوق، ۱۳۷۹.
۲۰. _____، تشکیل قراردادها و تعهدات، ج ۲، تهران، عصر حقوق، ۱۳۷۹.
۲۱. صدر، سید محمدباقر، بحوث فی علم الأصول، ج ۴، تفریر السید محمود الهاشمی، قم، المجمع العلمی للشهید الصدر، الطبعة الأولى، ۱۴۰۵ ق.
۲۲. طوسی، محمدبن الحسن (خواجه نصیر)، اساس الاقباس، چاپ اول، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۶۷.
۲۳. طوسی، محمدبن الحسن (شیخ الطائفة)، تهذیب الأحكام، تصحیح و تعلیق السید حسن الموسوی الخراسانی، چاپ سوم، تهران، دارالکتب الإسلامية، ۱۳۶۴.
۲۴. فتواتی، جلیل، هماهنگ‌سازی لزوم قراردادها با اصل عدالت، کتاب ماه علوم اجتماعی، شماره ۶۳-۶۴، دی و بهمن ۱۳۸۱.
۲۵. کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، ج ۱، چاپ پنجم، تهران، بهمن برنا، ۱۳۷۸.
۲۶. _____، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، چاپ سوم، تهران، نشر میزان، نشر دادگستر، ۱۳۷۸.
۲۷. _____، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، چاپ دوم، تهران، شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا، ۱۳۷۶.
۲۸. _____، مقدمه علم حقوق، چاپ پانزدهم، تهران، شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا، ۱۳۷۱.
۲۹. کلینی، محمد بن یعقوب، الفروع من الکافی، تصحیح و تعلیق علی اکبر الغفاری، چاپ دوم، تهران، دارالکتب الاسلامیة، ۱۳۶۲.
۳۰. محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه، بخش مدنی ۲، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۷۴.
۳۱. محمصانی، صحیحی، فلسفة الشریع فی الإسلام، بیروت، دارالعلم للملایین، ۱۹۶۸م.
۳۲. مظفر، محمدرضا، اصول الفقه، نجف، دارالنعمان، ۱۹۶۶م.

۳۳. _____، المنطق. چاپ چهارم، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۳۶۶.
۳۴. نائینی، محمدحسین (میرزای نائینی)، منیة الطالب فی حاشیة المكاسب، تقریر موسی النجفی الخوانساری، قم، مکتبه المحمّدیة، ۱۳۷۳ ق.

انگلیسی

35. Cheshire and Fifoot, The Law of Contract, London, 11 th ed, 1980.
36. E ftekhari, G. (Supervisor), Law Texts, Tehran, Yalda Publication, 1993.
37. Jayson Kraut (ed.), American Jurisprudence, New York, The Lawyers Co. Operative.
38. Treitel, G. H., The Law of Contract, London, Sweet, Sweet Maxwell 9 th ed., 1995.
39. Uniform Commercial Code.

