



شرط ضمنی در حقوق ایران با مطالعه تطبیقی



حسین سیمایی صراف

پیش گفتار

بیان مسأله

تاکنون تحقیقات عمیقی در فقه شیعه راجع به شرط صورت گرفته است. فقه امامیه مطابق خصیصه خود در این باب نیز از ژرفایی بی بدیل برخوردار است، اما به اندازه پیشرفت در عمق، توسعه در عرض نیافته است. این کاستی معلول رو در رو نشدن با واقعیت های موجود در عرصه تجارت و فنا شدن در بحث های نظری و انتزاعی محض است.

شروطی چند در قراردادهای رایج و متداول است که مورد توجه مستقل فقه اسلامی و حقوق مدنی قرار نگرفته است. در حالی که این دسته از شروط چنان با قراردادهای قرین اند که تفسیر قرارداد بدون لحاظ آنها تفسیری غیر واقع بینانه است. شروط مزبور را در حقوق مدنی «شروط ضمنی» می نامند و در فقه امامیه گاهی به همین نام و گاهی دیگر به نام «شروط ارتکازی» یا «بنائی» و یا «عرفی» می خوانند.

در فقه امامیه مشهور است که شرط باید در متن عقد ذکر شود تا الزام آور باشد^۱. در قانون مدنی نیز ظاهراً این گرایش وجود دارد؛ مانند مواد ۲۳۵، ۲۳۷ و ۲۳۸ قانون مدنی. این در حالی است که گاهی طرفین قرارداد (بخصوص در قراردادهای معمول بین بازرگانان) خود را پایبند به تعهداتی می دانند که هرگز در متن قرارداد ذکر نشده است؛ حال یا پیش از قرارداد ذکر شده و در قرارداد مسکوت مانده و یا حتی پیش از آن هم ذکر نشده و گاهی طرفین درباره آن اختلاف نظر دارند؛ اما این اختلاف بر سر اعتبار یا بی اعتباری تعهد ذکر شده نیست، بلکه اعتبار آن را قطعی تلقی کرده بر سر وجود یا عدم آن نزاع دارند؛ مثلاً یکی مدعی است که توصیف پیش از قرارداد در حد تعهد و التزام بوده است و دیگری آن را یک گفتگوی ساده می پندارد یا یکی مدعی وجود عرف مسلمی در قرارداد میمابین است و دیگری منکر آن است. بر این اساس تحقیق کنونی در صدد تبیین دو مسأله است:

۱. شیخ انصاری یکی از شرایط صحت شرط را چنین می گوید: «ان يلتزم به فی متن العقد فلو تواطيا عليه قبله لم يكف ذلك في التزام المشروط به على المشهور»^۱. (انصاری، مرتضی، مکاسب، ص ۲۸۲)



شاهد ثانی در شرح خود می‌افزاید: حتی اگر دامنه فوریت مشخص نشده، بیع همچنان مطلق بماند و مشتری در زمان معمول و متعارف ثمن را نپردازد، باز هم با بیع به خاطر تخلف از شرط، حق فسخ دارد.^۱ می‌بینید که محلّ سخن «بیع مطلق» است. ولی شاهد ثانی در آن یک شرط فرض کرده است، این نیست جز شرط ضمنی.^۲

صاحب جواهر در مورد بیع عین معین که تسلیم آن بالفعل مقدور نیست، ولی پس از مدتی که اندازه آن در متن عقد ذکر نمی‌شود، تسلیم آن ممکن می‌شود، می‌گوید: اگر مدت مزبور عرفاً معین باشد بیع صحیح است، زیرا عرف و عادت همانند شرط مذکور در عقد است.^۳

ظاهراً اصطلاح «شرط ضمنی» به گونه صریح، به تازگی وارد ادبیات فقهی شده است. فقیهانی چون میرزای نائینی، محقق اصفهانی، سیدمحمدکاظم طباطبائی یزدی، امام خمینی و محقق خوئی (ره) صریحاً این اصطلاح را به کار برده‌اند. فقهی که بیش از همه به شرط ضمنی استناد جسته و مسائل بی شماری از فقه معاملات را با آن حل کرده، محقق خوئی است تا آنجا که بدان فتوا نیز داده است.^۴ در برابر، امام خمینی (ره) به هر مناسبتی آن را طرح و ردّ نموده است. در آثار حقوقی کمتر در مورد شرط ضمنی بحث شده است. البته کوشش دکتر کاتوزیان در این بین قابل تقدیر است. مواد ۲۲۰، ۲۲۱، ۳۴۴ و ۴۵۴ از قانون مدنی نیز از جمله موادی است که می‌تواند مستند این موضوع باشد.^۵ در فقه اهل سنت شرط ضمنی عرفی، سابقه‌ای دیرینه تر دارد. دلیل آن می‌تواند اهتمام سنّیان به عرف و جایگاه خاص این مسأله در فقه ایشان باشد.

شرط ضمنی بیش از همه در حقوق غرب به طور مشخص و صریح مطرح شده است. در نظام حقوقی کامن لا شرط تقسیم می‌شود به: شرط صریح (express term) و شرط ضمنی (implied term). و اقسام و آثار هر یک به صراحت بررسی شده است. به گفته حقوقدانان این نظام، شرط ضمنی در سیستم کامن لا سابقه‌ای بس طولانی دارد. اندیشه شرط ضمنی گرچه گاه با مقاومت قضات رو به رو شده و از آهنگ رشد ضعیفی برخوردار بوده، اما در قرن ۱۸ و ۱۹ محاکم فراوان بدان استناد جسته‌اند.^۶

تعریف شرط ضمنی

شرط گاهی در متن عقد ذکر می‌شود و گاهی ذکر

اول، مشروعیت شرطی که پیش از عقد ذکر می‌شوند، ولی در متن عقد بر آنها تصریح نمی‌شود و البته عقد با التفات و اعتماد به آنها منعقد می‌شود. دوم، مشروعیت شرطی که هرگز ذکر نمی‌شوند، نه پیش از عقد و نه در متن عقد، لکن از اوضاع و احوال قرارداد و یا از عرف و عادت رایج وجودشان کشف می‌شود. دسته اول را «شرط بنائی» و دسته دوم را «شرط عرفی» می‌نامند. هر دو دسته را به سبب آنکه هیچ کدام در متن عقد ذکر نمی‌شوند شرط ضمنی می‌خوانند؛ در برابر شرط صریح که در متن عقد ذکر می‌گردد. بنابراین مسأله ما در واقع جایگاه و مشروعیت شرط ضمنی است. گفتنی است که دیدگاه فقه امامیه و حقوق مدنی در مورد شرط صریح و ضمنی متفاوت از دیدگاه حقوق خارجی است. در نظام حقوقی «کامن لا» تقسیم شرط به صریح و ضمنی، به اعتبار ذکر و عدم ذکر آن است، ولی در فقه اسلامی به اعتبار ذکر و عدم آن در متن عقد است. به همین دلیل آنچه را که ما شرط بنائی می‌نامیم و ضمنی می‌دانیم، آنان شرط صریح می‌خوانند.

پیشینه تحقیق

تاکنون معلوم گشت که شرط ضمنی را می‌توان به شرط بنائی و شرط ضمنی عرفی تقسیم کرد. حال پیشینه هر یک را در فقه امامیه و حقوق مدنی جستجو می‌کنیم.

۱. شرط بنائی، از دیرباز در فقه امامیه مطرح بوده است. تاریخ دقیق آن را نمی‌توان مشخص کرد، ولی در آثار شیخ طوسی، علامه حلی، شهید ثانی، صاحب جواهر، شیخ انصاری و فقیهان بعد از ایشان بارها مطرح شده است. حقوقدانان نیز به تبع مواد ۱۱۱۳ و ۱۱۲۸ قانون مدنی کم و بیش شرط بنائی را طرح و بررسی کرده‌اند.^۱

۲. شرط ضمنی عرفی، هنوز به صورت یکی از مسائل فقه معاملات درنیامده تا از احکام و آثارش سخن گفته شود. از همین رو تعریف و جایگاه آن در میان سایر اقسام شرط، مشروعیت و قلمرو آن نامعلوم است. البته مفاد و مضمون آن، گاه مورد استناد فقیهان متقدم قرار گرفته است. به دو نمونه اشاره می‌کنیم:

شاهد اول می‌گوید: اگر بیع به گونه مطلق تشکیل شود، خود اطلاق ایجاب می‌کند که ثمن فوراً پرداخت شود. از این رو اگر فوریت در متن عقد شرط شود فایده‌ای جز تأکید ندارد. بلی اگر فوریت محدود و معین گردد؛ [مثلاً با بیع بگوید: همین امروز باید پردازی]، در صورتی که در آن موعد نپردازد، با بیع حق دارد معامله را فسخ کند.

۲. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، ش ۵۴۸.

۳. عین عبارت شهید ثانی جالب توجه است، می‌گوید: «ولو قبل بثبوته مع الاطلاق ایضاً لو اخل به عن اول وقتنه کان حسناً للاخلال بالشرط. (الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، ج ۳، ص ۵۱۳).

۴. لأن العادة بمنزلة الشرط المذكور فی العقد (نجفی)، محمدحسن، جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۲۲، ص ۴۰۴.

۵. خوئی، سیدابوالقاسم، منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۴۲.

۶. کاتوزیان، ناصر، همان، ش ۵۵۲ به بعد.

7. Cheshire, Fifoot and Furmston, Law of Contract, p. 14-15.

نمی شود. بدین لحاظ تقسیم می شود به شرط صریح و شرط ضمنی.

الف. شرط صریح، تعهدی است تبعی که در متن عقد صریحاً ذکر می شود.

ب. شرط ضمنی، تعهدی است تبعی که در متن عقد ذکر نمی شود؛ خواه پیش از عقد ذکر شود و عقد با لحاظ آن تشکیل گردد که شرط بنائی هم نامیده می شود، یا هرگز ذکر نشود و از اوضاع و احوال و سیره عرفی و سایر قرائن مفادش استنباط گردد؛ مثلاً سالم بودن مبیع گرچه در عقد یا پیش از آن شرط نمی شود، ولی به لحاظ بنای عرفی، سالم بودن آن، شرط ضمنی عقد است.

در پایان بررسی دو مسأله برای تبیین هرچه بهتر شرط ضمنی ضروری می نماید:

۱. نسبت میان شرط بنائی با شرط ضمنی. آیا شرط ضمنی همان بنائی است؟
۲. نسبت میان شرط ضمنی و شرط ابتدائی. آیا شرط ضمنی از این نظر که در متن عقد ذکر نمی شود مصداق شرط ابتدائی نیست؟

ذکر شود، اما شرط ابتدائی باشد. چنان که سید یزدی (ره) می گوید: اگر بایع در ضمن عقد بیع مثلاً تعهد کند که لباس مشتری را بدوزد، اما این دوزندگی ارتباط با بیع نداشته باشد؛ به گونه ای که نتوان آن را جزء بیع شمرد و تخلف از آن را موجب خیار دانست، این شرط ابتدائی می باشد. پس شرط ابتدائی شرطی است که ارتباطی با عقد ندارد؛ گرچه در ضمن عقد مستقلاً ذکر شود^۸. به عکس ممکن است شرطی در متن عقد ذکر نشود، اما به لحاظ علقه و ارتباطی که با عقد دارد شرط ابتدائی نباشد مانند شرط بنائی.

چنان که محقق خوئی (ره)، شرط ضمنی را شرط ضمن عقد می داند^۹، دکتر لنگرودی نیز می گوید: هر شرطی که به موجب عقدی به نفع کسی و به ضرر دیگری مقرر شده باشد، ضمن عقد نامیده می شود، ولو آنکه مذاکره راجع به شرط قبل از انعقاد عقد شده باشد و عقد با توجه به مذاکره قبلی منعقد گردد، در مقابل شرط ابتدائی استعمال شده است^{۱۰}.

مطالعه تطبیقی: شرط ضمنی در نظام حقوقی کامن لا

الف. تعریف شرط ضمنی

در نظام کامن لا شرط صریح آن است که در قالب الفاظ بیان می شود. اما شرط ضمنی، شرطی است که صریحاً بیان نشده، به وسیله «تفسیر حقوقی» از قرارداد به دست می آید. به بیان دیگر، شرطی است که به طور منطقی و معقول از کل قرارداد و احوال موقع اجرا استنباط گردد^{۱۱}.

ب. بازشناسی شرط ضمنی از شرط صریح

در کامن لا صریح بودن یا ضمنی بودن شرط به شکل اثبات و احراز آن بستگی دارد^{۱۲}. اگر شرط در قالب الفاظ ذکر شود، صریح است. خواه در متن قرارداد ذکر شود، خواه پیش از آن؛ اما اگر هرگز ذکر نشود و با تفسیر حقوقی از قرارداد استنباط گردد، شرط ضمنی است. پس در صریح بودن یا ضمنی بودن شرط، فقط یک عامل نقش دارد و آن ذکر و عدم ذکر شرط است. بدین ترتیب آنچه را که در فقه امامیه شرط بنائی می نامیم و در زمره شروط ضمنی می آوریم، از دیدگاه کامن لا شرط صریح است. این، دقیقاً نقطه مقابل دیدگاه فقیهان امامیه است. زیرا

نسبت شرط بنائی با شرط ضمنی

تاکنون معلوم شد که ملاک ضمنی بودن شرط با تکیه بر فقه امامیه، مسکوت بودن آن در متن عقد است. بدین ترتیب شرط ضمنی شامل شرط بنائی که تنها پیش از عقد ذکر می شود و شرط ارتکازی عرفی که هرگز ذکر نمی شوند نیز می گردد، براین اساس نسبت میان شرط بنائی و شرط ضمنی عموم و خصوص مطلق است. گفتنی است که گاهی در متون حقوقی و اندکی در آثار فقهی به هر نوع شرط ضمنی، شرط بنائی اطلاق می گردد، شاید بدین سبب که در همه انواع شرط ضمنی (حتی شرط عرفی) به گونه ای بنای متعاملین بر لحاظ آن شرط در عقد است، لیکن ما در این مقاله اصطلاح شرط بنائی را در معنای مخصوص خود به کار می بریم و از استعمال آن به جای مطلق شرط ضمنی می پرهیزیم.

نسبت شرط ضمنی با شرط ابتدائی

گفتیم شرط ضمنی آن است که در متن عقد ذکر نمی شود. به همین جهت ممکن است با شرط ابتدائی خلط شود؛ چون گاه به غلط تصور می شود که شرط ابتدائی عبارت است از شرط غیر مذکور در عقد، در حالی که شرط ابتدائی شرط غیر مرتبط با عقد است نه شرط غیر مذکور. براین اساس، چه بسا شرطی در متن عقد

۸. طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم، حاشیه المکاسب، قسمت خیارات، ص ۱۱۹؛ همچنین کاتوزیان، ناصر، همان، ش ۵۵۲ به بعد.
۹. خوئی، سید ابوالقاسم، همان.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، ص ۳۸۳، ش ۳۰۶۷.

11. American Jurisprudence, 2d, V. 20, p. 483.

12. Ibid.



قائلین این نظریه، برای اثبات مدعای خود به دلالتی تمسک کرده‌اند، از جمله:

۱. بطلان شرط ابتدائی: شرطی که پیش از عقد انشاء می‌شود شرط ابتدائی است. شرط ابتدائی بدون تردید لازم الوفا نیست، گرچه اثر انشاء تا زمان انعقاد عقد بلکه تا زمان وفای به عقد و پس از آن در نفس ملزم باقی باشد. مانند اینکه اثر طلب تا زمان حصول مطلوب باقی است^{۱۴}.

۲. اجماع: صاحب ریاض از بعضی بزرگان ادعای اجماع نقل کرده است، مبنی بر اینکه شرط خارج از عقد، لازم الوفا نیست^{۱۵}.

۳. صحت بیع با تبانی بر ربا: پاره‌ای از فقیهان پس از اثبات مشروعیت حیلۀ برای فرار از ربا، برخی از راههای فرار از ربا را نشان داده‌اند. یکی از راهها این است که جنس ربوی به اندازه مساوی و بدون زیاده به مماثل خود فروخته شود، سپس مقدار زاید هبه شود، بدون آنکه هبه در عقد بیع شرط گردد^{۱۶}. اما بدیهی است که واهب پیش از عقد به هبه التزام داده است و راجع به آن تبانی و تواطی صورت گرفته است^{۱۷}. حال آنکه اگر شرط بنائی، مانند شرط ضمن عقد، مشروع باشد، این حیلۀ نباید کارساز باشد، زیرا معاوضه در این صورت ربوی و باطل خواهد بود، چنان‌که محقق در شرایع، نجفی در جواهر^{۱۸} و شهیدین در لمعه^{۱۹} تصریح کرده‌اند که اگر هبه مزبور در عقد شرط شود، معاوضه صحیح نمی‌باشد.

نقد نظریه بطلان

۱. استدلال به بطلان شرط ابتدائی برای باطل بودن شرط بنائی درست نیست. زیرا پیش از این گفتیم که شرط ابتدائی، عبارت است از شرط غیر مرتبط با عقد، در حالی که شرط بنائی با عقد مرتبط است. تنها فرق آن با شرط ضمن عقد این است که پیش از عقد ذکر می‌شود و هنگام عقد به تبانی بر آن اکتفا می‌شود.

۲. استدلال به اجماع نیز درست نیست، زیرا تحقق اجماع تعبدی در این مسأله بسیار بعید است و به احتمال قوی این اجماع مدرکی است. یعنی، اجماع کنندگان در واقع به ادله دیگری - که برخی را بر شمردیم - نظر داشته‌اند. علاوه بر اینکه نقطه تمرکز اجماع (به اصطلاح معقد اجماع یا مجمع علیه) دقیقاً معلوم نیست. شاید نقطه تمرکز، عدم اعتبار شرطی باشد که پیش از عقد ذکر شده، ولی هنگام عقد تبانی و توافق بر لحاظ آن نبوده است، که ما نیز بطلان آن را بدیهی می‌دانیم.

۳. استدلال به صحت بیع با وجود تبانی بر ربا برای ابطال شرط بنائی نیز صحیح به نظر نمی‌رسد، زیرا علاوه

دیدیم که به نظر آنان دو عامل در صریح بودن شرط نقش دارد: یکی ذکر شرط و دیگری ذکر آن در متن عقد، به گونه‌ای که اگر شرط خارج از قرارداد ذکر شود، شرط ضمنی (بنائی) محسوب می‌شود. اکنون اقسام شرط ضمنی (شرط بنائی و شرط عرفی) را در دو بخش ارائه می‌دهیم.

بخش اول: شرط بنائی جایگاه شرط بنائی در فقه امامیه

شرط بنائی از ابتکارات فقیهان امامی است و طرح آن برای تمیز شرط از گفتگوی ساده پیش از عقد که منجر به تعهد و التزام نشده است ضروری است؛ همچنان‌که برای تفکیک شروط معهود بین طرفین قرارداد از شروط معهود و متعارف نزد عموم کارساز است، زیرا بدیهی است که میان شرطی که مخصوص یک عقد است و فقط بین صاحبان آن معهود است با شرطی که میان همگان متعارف است از نظر مبنا و دلیل تفاوت آشکاری است.

در میان فقیهان امامی سه نظر گوناگون راجع به شرط بنائی وجود دارد: مشهور بین آنان بطلان است. بعضی ادعای اجماع بر بطلان کرده‌اند. تنها از ظاهر کلام شیخ طوسی در خلاف و علامه حلّی در مختلف برمی‌آید که شرط مذکور قبل از عقد همانند شرط مذکور در عقد مشروع است^{۱۳}. پاره‌ای از فقیهان آن را صحیح و مشروع می‌دانند و برخی دیگر نظر به تفصیل دارند. اکنون هر یک از سه نظریه را به اختصار مطرح می‌کنیم:

الف. نظریه بطلان و دلایل آن

بر اساس نظر مشهور بین فقیهان، شرطی الزام آور است که در متن عقد ذکر شود و شرط بنائی گرچه پیش از عقد ذکر می‌شود ولی چون در متن عقد به آن اشاره نمی‌شود، الزام آور نبوده و احکام شرط بر آن بار نمی‌گردد.

۱۳. انصاری، مرتضی، همان، ص ۲۸۲.
۱۴. همان.
۱۵. همان.
۱۶. نجفی، محمدحسن، همان، ج ۲۳، ص ۴۳۶؛ الجلی العاملی (شهید ثانی)، همان، ج ۳، ص ۴۴۴.
۱۷. انصاری، همان، ص ۲۸۳.
۱۸. نجفی، همان.
۱۹. شهید ثانی، همان؛ همچنین رکن: تقریرات درس نائینی، نجفی خوانساری، موسی؛ منیه الطالب فی حاشیة المکاسب، ج ۲، ص ۱۲۴-۱۲۵.



نظر برگزیده

به نظر ما شرط بنائی بالضرورة صحیح است، برای انتخاب این نظر علاوه بر توجیه فقهی که در ذیل نظریه صحت آمد، یک توجیه عملی و کاربردی داریم که برگرفته از واقعیت‌های موجود در عرصه تجارت و بازرگانی است.

نگاهی به معاملات مهم و کلان نشان می‌دهد که قرارداد، یک جریان ممتد و به هم پیوسته است که از چندین نشست و گفتگو و مذاکره و در نهایت ایجاب و قبول تشکیل می‌گردد. برای تعیین مفاد چنین قراردادی صرفاً ایجاب و قبول را پایه و مبدأ قرارداد دانستن، دور از واقعیت است. بریدن ایجاب و قبول از زمینه و بستری که در آن روییده و بایلیده، گسستن یک موجود زمانی از تاریخش است؛ زیرا بدیهی است که متعاملین هنگام سامان‌دهی به قرارداد، همه قرارها و توافق‌های پیشین خود را در قالب ایجاب و قبول نمی‌گنجانند؛ حتی اگر آن را مکتوب نمایند، همه خواسته‌های خود را به قید کتابت نمی‌آریند. بنابراین تفسیر واقع بینانه از قرارداد منوط به ملاحظه همزمان قرارداد با تاریخچه اش است. البته، همه آنچه در مذاکرات مقدماتی می‌آید به مرحله قید و شرط نائل نمی‌آید، ولی طبیعی است که آنان بعضی از شروط و قیود را در مرحله گفتگوهای مقدماتی بیان کرده باشند و دیگر خود را بی‌نیاز از تکرار آنها در قرارداد ببینند. بنابراین نگاهی به معاملات موجود و اراده سازندگان آن نشان می‌دهد که نمی‌توان از کنار شروط پیشین بر عقد بی‌اعتنا عبور کرد. البته مشروط بر این که متعاملین هنگام عقد به آنها توجه داشته و عقد را بر آن اساس مبتنی سازند.

جایگاه شرط بنائی در قانون مدنی

الف. تعریف

قبلاً تصریح کردیم که گاهی مقصود از شرط بنائی صرف توافق مذکور پیش از عقد است (معنای خاص) و زمانی مقصود از آن مطلق شرط غیر مذکور در عقد است چه پیش از عقد ذکر شده باشد و چه هرگز ذکر نشده باشد (معنای عام) قانون مدنی متعرض هیچ یک از دو معنا نشده است. حقوق‌دانان در مقام تعریف شرط بنائی معمولاً معنای خاص را در نظر می‌گیرند ولی به هنگام تحلیل مواد قانونی با توجه به اطلاق قانون، معنای عام را یاد می‌کنند.^{۲۳} اما همان‌طور که بارها گفته ایم منظور ما از شرط بنائی در این مقاله معنای خاص است، زیرا شرط ضمنی عرفی بر مبانی و موادی از قانون مدنی استوار است

بر آنکه مشروعیت حیل نزد همه ثابت نیست، ظاهراً منافاتی بین مشروعیت آن و مشروعیت شرط بنائی نیست. چون هبه زائد در فرض مذکور، شرط قرارداد نیست. زیرا معلوم است که هرچه در مذاکرات مقدماتی مورد گفتگو قرار گیرد، نقش وصف یا شرط به خود نمی‌گیرد. علاوه بر اینکه عقد مقید و مبتنی بر آن نیز نیست. حال آن‌که شرط در صورتی بنائی است که عقد بر آن مبتنی باشد.^{۲۰} بر همین اساس صاحب جواهر هم قائل به مشروعیت حیل^{۲۱} است و هم شرط بنائی را معتبر می‌داند.^{۲۲}

ب. نظریه صحت و دلایل آن

در مقابل نظریه مشهور، جمعی از فقیهان بزرگ، شرط بنائی را مشروع می‌دانند. از جمله اینان می‌توان از صاحب جواهر^{۲۳}، سیدکاسم یزدی^{۲۴}، محقق اصفهانی^{۲۵}، میرزا حبیب‌الله رشتی^{۲۶} و محقق خوئی^{۲۷}، نام برد.^{۲۸} به نظر این گروه توافق پیش از عقد، در صورتی که عقد با اتکا و اعتماد به آن منعقد شود صحیح و الزام‌آور است. بعضی تصریح کرده‌اند که حتی اگر بدون هر گونه مذاکره، اراده دو طرف بر لحاظ شرطی باشد، به گونه‌ای که هر کدام از ضمیر دیگری آگاه باشد، نیز در حکم ذکر در متن عقد است.^{۲۹} اکنون برخی از ادله اعتبار شرط بنائی را ذکر می‌کنیم:

۱. توافق پیشین بر عقد قید معنوی عقد است. در نتیجه تراضی طرفین مقید به آن است. از همین رو دلیل «**اوفوا بالعقود**» (مأئده: ۱) شامل می‌شود عقدا را با قید تبائی. به بیان دیگر وفای به عقد ممکن نیست مگر با عمل به شرط، و عقد بدون آن مصداق «اکل مال به باطل» است.^{۳۰}

۲. عموم حدیث شریف «المؤمنون عند شروطهم» شامل می‌شود آنجا را که شرط، پیش از عقد انشاء شده و عقد با لحاظ آن بنا گردیده است.^{۳۱}

ج. نظریه تفصیل

میرزای نائینی بین قول به صحت و قول به بطلان، راه سومی را برگزیده است. به نظر ایشان اگر شرط بنائی مانند شرط ضمنی عرفی از لوازم عقد باشد، به گونه‌ای که عقد به دلالت التزامی بر آن دلالت نماید، قانونی و معتبر است و گرنه مشروع نبوده و الزام‌آور نیست؛ مگر اینکه در متن عقد ذکر شود.^{۳۲}

- ۲۰. اصفهانی، محمدحسین، تعلیق علی المکاسب، ج ۲، ص ۱۵۴.
- ۲۱. نجفی، محمدحسن، همان.
- ۲۲. همان، ص ۱۹۸.
- ۲۳. همان، ص ۱۱۸.
- ۲۴. یزدی، همان، ص ۱۱۸.
- ۲۵. اصفهانی، همان، ج ۲، ص ۱۵۳.
- ۲۶. رشتی، میرزا حبیب‌الله، تقریر توسط خلخالی، سیدمحمدکاسم، فقه الامامیه، قسم الخبارات، ص ۱۳۳.
- ۲۷. خوئی، سیدابوالقاسم، تقریر توسط توحیدی، مصباح الفقاهه، ج ۶، ص ۱۳۴-۱۳۵.
- ۲۸. مرحوم شیخ انصاری را نمی‌توان به طور قاطع از منکرین شرط بنائی دانست، چون ایشان نظریات گوناگونی ابراز کرده است. رک: مکاسب، ص ۱۶، سطر ۱۷ و ص ۱۷، سطر اول، ص ۱۹۸، ۲۲۱، ۲۸۲.
- ۲۹. یزدی، همان، ص ۱۱۸.
- ۳۰. انصاری، همان، ص ۲۸۲.
- ۳۱. همان.
- ۳۲. نائینی، همان، ج ۱، ص ۴۰۷.
- ۳۳. محقق داماد، سیدمصطفی، بررسی فقهی حقوق خانواده، ص ۳۰۸؛ صفائی، سیدحسین، جزوه دسی حقوق مدنی، ص ۲۶ و ۴۷.



باشد^{۳۸}. در این جهت نیز که هر چه پیش از عقد مورد گفتگو قرار می گیرد ولو مرتبط با عقد باشد، نام شرط بر آن صادق نیست، دو نظام همسو می باشند.

که شرط بنائی بر آنها مبتنی نیست. چنان که در فقه نیز مبانی این دو از یکدیگر متفاوت است، به گونه ای که انکار یا اعتراف به یکی، مستلزم انکار یا اعتراف به دیگری نیست. همان گونه که دیدیم مثلاً میرزای نائینی، شرط ضمنی عرفی را مشروع می داند، ولی شرط بنائی را اگر به شرط ضمنی برنگردد، مردود می شمارد^{۳۴}.

ب. مشروعیت شرط بنائی در قانون مدنی

قانون مدنی در کتاب «نکاح و طلاق»، طی مواد ۱۱۱۳ و ۱۱۲۸ به صراحت، شرط بنائی را قانونی دانسته است. ماده ۱۱۱۳ می گوید: «در عقد انقطاع، زن حق نفقه ندارد، مگر اینکه شرط شده یا آنکه عقد مبنی بر آن جاری شده باشد». ماده ۱۱۲۸ نیز مقرر می کند: «هرگاه در یکی از طرفین صفت خاصی شرط شده و بعد از عقد معلوم شود که طرف مذکور فاقد وصف مقصود بوده برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود، خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده یا عقد متبانیاً بر آن واقع شده باشد». بدیهی است که عقد نکاح خصوصیتی ندارد تا مشروعیت شرط بنائی را به موارد مصرح در قانون منحصر بدانیم، بلکه به عکس اگر در باب نکاح با توجه به حساسیتی که دارد، شرط بنائی مشروع است، به طریق اولی در ابواب دیگر معتبر است. گفتنی است که در بند ۷ ماده ۱۳ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ هـ.ش نیز شرط بنائی قانونی تلقی شده است. نص بند ۷ این است: «مطالبه و فسای به شروط و عهود راجعه به معاملات و قراردادهای اعم از این که در ضمن معامله و قرارداد تصریح شده و یا بنای متعاملین بر آن بوده و یا عادتاً و عرفاً معامله بر آن مبتنی باشد».

بخش دوم. شرط ضمنی عرفی دلایل مشروعیت شرط ضمنی در فقه

امامیه

الف. دلالت التزامی

دلالت لفظ (دلالت وضعیه) بر معنا، گاه مطابقی است، گاه تضمینی و گاه التزامی. دلالت التزامی آن است که لفظ بر لوازم معنای موضوع له دلالت کند. منشأ تلازم میان معنای خارجی و معنای موضوع له، گاه عقل است و گاه عرف. دلالت التزامی تابع دلالت مطابقی است، با وجود آن، موجود می گردد و با عدم آن، معدوم می شود^{۳۹}.

حال سخن این است: شرط ضمنی، مدلول التزامی قرارداد است؛ در نتیجه به دنبال انشاء قرارداد، انشاء می گردد. توضیح اینکه: گفته ایم که شرط ضمنی، شرطی است که نزد عرف رایج و شایع است، به گونه ای که عرف میان آن و قرارداد، تلازم می بیند، و از آنجا که با ایجاد ملزوم، لازم نیز وجود می یابد در نتیجه با انشاء قرارداد، شرط ضمنی نیز (به عنوان لازمه عرفی قرارداد) وجود می یابد. مثلاً به نظر عرف، حداقل در قراردادهای معوض، عوضین باید سالم و عاری از عیب باشد. حال اگر قراردادی به گونه مطلق تشکیل گردد و صاحبان آن راجع به سالم بودن یا معیوب بودن کالا گفتگویی نکنند، به دلالت التزامی استنباط می شود که کالا باید سالم باشد و گرنه خیار عیب برای شخص متضرر به وجود می آید، در واقع طرفین به دلیل اعتماد بر ارتکاز عرفی خود، نسبت به آن سکوت کرده اند^{۴۰}.

مقایسه فقه امامیه با کامن لا

در نظام حقوقی کامن لا چیزی به نام شرط بنائی وجود ندارد. آنچه را ما به این نام می خوانیم، آنان «شرط صریح» می دانند و بدون تردید مشروع می دانند، زیرا معیار تمیز شرط صریح از ضمنی در این نظام (همان طور که گذشت) تصریح و عدم تصریح به شرط است. اگر شرطی در عباراتی کم و بیش صریح بیان شود، صریح است و اگر به وسیله «تفسیر حقوقی» از متن قرارداد استنباط گردد، شرط ضمنی است^{۳۵}. با این حال جالب است بدانیم که دو نظام در چند جهت همسو می باشند. مثلاً در فقه امامیه شرط بنائی، بر فرض مشروعیت، باید بیگانه از عقد نبوده، با آن مرتبط باشد^{۳۶}. حقوق امریکا هم می گوید شرط باید جزئی از اساس معامله^{۳۷} را تشکیل دهد. حقوق انگلیس نیز می گوید شرط باید «جزء قرارداد»

۳۴. نائینی، همان، ج ۱، ص ۴۰۸.

35. American Jurisprudence, Volume 20, p. 583.

۳۶. در این مورد سیدکاسم یزدی می گوید: «أما ان يكون شرط سابق على العقد متعلق به»، همان، ص ۱۱۸.

37. Part of bargine treat.

38. Part of the Contract

۳۹. سبزواری، (ملا) هادی، شرح منظومه، ص ۱۳.

۴۰. نائینی، همان.

ب. دلیل نقلی

می شود، مانند اینکه معامله برنج در آمل، منصرف است به برنج همان منطقه. و بالاخره گاهی به ثمن برمی گردد. مثل پول رایج بودن ثمن معامله، که توضیحش گذشت. به هر تقدیر شرط ضمنی در هر سه فرض موجب تشکیل یک تعهد مقید و مشروط می شود، و دلیل صحت معاملات مانند «اوفوا بالعقود» دلالت دارد بر لزوم عمل به تعهد، همان طور که پدید آمده است، و در مورد شرط ضمنی، تعهد به طور مقید و مشروط شکل یافته است^{۴۳}.

دسته دوم. دلیل وفای به شرط

روایات بسیاری از طریق شیعه و سنی به این مضمون نقل شده است که «المسلمون -یا- المؤمنون عند شروطهم»^{۴۴}. برخی از این روایات مرسل و برخی دیگر ضعیف است، ولی سندهای صحیح و معتبر نیز وجود دارد. به هر حال در صدور این مضمون از ناحیه قانونگذار اسلامی هیچ تردیدی نیست. چون به طور مستفیض و بلکه متواتر نقل شده است^{۴۵}. وانگهی فقیهان از زمان شیخ طوسی تاکنون در فتاوی خود، فراوان به آن استناد کرده اند.

مفاد حدیث، لزوم پابندی مسلمانان به هرگونه شرط و التزامی است که به عهده می گیرند. بدون تردید شرط ضمن عقد، بدیهی ترین مصداق این حدیث است و شرط ضمنی از اقسام شرط ضمن عقد است و تنها فرقی با شرط صریح آن است که به دلیل روشنی و بدهت، بدان تصریح نشده است.

ادله شرط ضمنی در قانون مدنی

الف. ماده ۴۵۴

قانون مدنی به صراحت در ماده ۴۵۴ از اصطلاح شرط ضمنی نام برده و آن را صحیح و مشروع دانسته است. نص ماده این است: «هرگاه مشتری مبیع را اجاره داده باشد و بیع فسخ شود، اجاره باطل نمی شود مگر اینکه عدم تصرفات ناقله در عین و منفعت بر مشتری صریحاً یا ضمناً شرط شده که در این صورت اجاره باطل است». بر اساس این ماده اگر مشتری مبیع را اجاره داده باشد با فسخ بیع اجاره باطل نمی شود مگر عدم تصرفات ناقله صریحاً یا ضمناً بر مشتری شرط شده باشد.

می بینیم که این شرط به صراحت همپایه شرط ضمنی قلمداد شده است ماده فوق مطلق است و شرط بنائی و عرفی را یکسان شامل می شود^{۴۶}.

از بحث های پیشین می توان نتیجه گرفت که شرط ضمنی، هویتی جدا از شرط ضمن عقد ندارد بلکه یکی از اقسام آن است. بنابراین هر دلیلی که بر اعتبار شرط ضمن عقد دلالت کند، شرط ضمنی را هم معتبر می سازد. برای مشروعیت شرط ضمن عقد دو دسته دلیل قابل استناد است:

دسته اول، دلایل کلی و عام است که شرط و غیر شرط را در برمی گیرد. از این دسته به «عمومات» یا «اطلاقات» تعبیر می شود. مانند اطلاق دلیل «اوفوا بالعقود». دسته دوم، دلایل خاص و موردی است که در خصوص شرط وارد شده است. مانند روایت صحیح «المسلمون عند شروطهم»^{۴۱}.

نکته جالب توجه این است که اگر استدلال به «عمومات» برای توجیه شرط ضمن عقد درست نباشد، برای شرط ضمنی، حتماً درست خواهد بود^{۴۲}.

دسته اول. عمومات صحت معاملات

برای درستی شرط ضمن عقد به ادله صحت معاملات مانند «اوفوا بالعقود» و «الصالح جائز بین المسلمین» استدلال شده است. زیرا شرط، از توابع و ضمایم عقد محسوب می شود. بنابر این هر دلیلی که اصل عقد را معتبر سازد، پیوسته های آن را هم در برمی گیرد.

این سخن از سوی جمعی از محققین نقد شده است. اگر نقد آنان راجع به شرط صریح درست باشد، در مورد شرط ضمنی درست به نظر نمی رسد. زیرا شرط ضمنی در مرحله شکل گیری قرارداد به وجود می آید و بلکه در ساخت و ساز قرارداد دخالت دارد. مثلاً اگر فرض کنیم پول رایج (نقد بلد) شرط ضمنی ثمن معامله است، در واقع مثل این است که از آغاز و پیش از تحقق قرارداد، ثمن آن محدود به پول رایج شده است.

بر این اساس دلیلی که قرارداد مزبور را قانونی می کند، پول رایج (نقد بلد) بودن ثمن را نیز امضا می کند. بدین ترتیب برای اعتبار شرط ضمنی، نیازی به ادله اعتبار شرط مثل «المؤمنون عند شروطهم» نداریم و ادله صحت عقد بدین منظور کافی است. توضیح اینکه شرط ضمنی غالباً اطلاق عقد را از بین می برد و موجب نوعی محدودیت در قرارداد می گردد. این محدودیت گاهی به آنچه از عقد پدید می آید (منشأ) وارد می شود، مثلاً خیار غبن بنابر مبنای شرط ضمنی، موجب می شود که ملکیت ناشی از بیع مطلق نبوده، محدود شود به مادامی که مخبون، عقد را فسخ نکرده است. گاهی به مبیع وارد

۴۱. حرر عاملی، وسائل الشیعه، کتاب التجاره، ابواب خیار، ب ۶، ح ۲.

۴۲. مرحوم بجنوردی استدلال به عمومات را برای معتبر ساختن شرط ضمن عقد درست نمی داند، (القواعد الفقهیه، ج ۳، ص ۳۲۲) ولی همو شرط ضمنی را که موجب مقید شدن تعهد شود به استناد «اوفوا بالعقود» صحیح می داند، (همان، ج ۵، ص ۱۷۸).

۴۳. خونی، مصباح الفقه، ج ۷، ص ۳۳۸ - ۳۳۹.

۴۴. حرر عاملی، همان، ابواب خیار، ب ۶، ح ۱، ۲، ۵، همان، کتاب نکاح، ابواب مهر، ح ۴؛ همان، کتاب ارث، ابواب موانع ارث، ب ۲۱، ح ۱.

۴۵. نجفی، همان، ج ۲۳، ص ۱۹۹.

۴۶. بنابر یک تحلیل از ماده ۴۵۴، شرط ضمنی می تواند مبنای ماده ۴۶۰ نیز باشد که بیان آن در این مقاله نمی گنجد. در تحقیق مبسوطی که با عنوان شرط ضمنی به زودی منتشر خواهد شد تبیین آن آمده است.



تعبیرهای دیگری نیز آمده است. مثلاً در بزازیه گفته است: «المشروط عرفاً كالمشروط شرطاً» یا در مجامع آمده است: «العادة المطردة تنزل منزلة الشرط»^{۴۷}. شارح مجلة الاحكام در شرح ماده ۴۳ می گوید: «یعنی آنچه که میان مردم معروف و متداول است؛ گرچه صریحاً ذکر نشود، به منزله تصریح است؛ چون عرف بر وجود آن دلالت دارد.» در مبحث اجاره از کتاب بدائع آمده است: «توابع عقد که در عقود ذکر نشده است بر عرف هر منطقه حمل می شود»^{۴۸}.

مبانی شرط ضمنی عرفی در حقوق

انگلیس

بعضی گفته اند که این شرط بر اراده مفروض طرفین استوار است، اما «تریتل» این نظر را غیرواقع بینانه می داند^{۴۹}. شاید به این دلیل که گاهی شرط به حکم عرف در ضمن قرارداد موجود است با این که هیچ یک از دو طرف از وجود آن آگاه نیستند، حال آنکه علم پیش فرض اراده است و با نبود آن اراده نیز نخواهد بود.

نظریه دیگر این است که این شروط معتبر است، چون اراده نوعی و عرفی به آنها تعلق گرفته است. «فینفوت» می گوید: این قاعده مسلمی است که گاه قرارداد تابع شروطی است که به دلیل عرف معتبرند، چه عرف تجاری و چه غیرتجاری، گرچه هرگز آنها به وسیله متعاقدين صریحاً ذکر نشده باشند^{۵۰}.

قلمرو شرط ضمنی عرفی

تاکنون معلوم شد که شرط ضمنی عرفی از نظر فقه اسلامی و قانون مدنی مشروعیت دارد. حال برآنیم تا قلمرو آن را در فقه و حقوق به اختصار نشان دهیم.

الف. در قانون مدنی

۱. مبنای بسیاری از مواد قانون مدنی می تواند شرط ضمنی باشد. با این نظریه می توان دیدگاههای حقوقی فراوانی را توجیه کرد. پاره ای مواد را برمی شماریم و تنها به شرح و توضیح یک مورد بسنده می کنیم:
۱. مسؤولیت قراردادی (ماده ۲۲۱) را در صورتی که تصریح نشده باشد، بر اساس شرط ضمنی عرفی و یا شرط ضمنی قانونی^{۵۱} می توان توجیه کرد.
۲. زمان اجرای تعهد اگر صریحاً تعیین نشده باشد،

ب. ماده ۳۴۴

ماده ۳۴۴ قانون مدنی مقرر می کند: «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 برحسب عرف و عادت محل یا عرف و عادت تجارت در معاملات تجارتي وجود شرطی یا موعودی معهود باشد؛ اگرچه در قرارداد بیع ذکری نشده باشد».

این ماده اگر صریحتر از ماده ۴۵۴ در مشروعیت شرط ضمنی نباشد کمتر از آن نیست. به استناد آن اگر در عقد بیع، شرطی ذکر نشده باشد، بیع قطعی محسوب است، مگر اینکه برحسب عرف و عادت محل وقوع عقد یا عرف و عادت تجارت در معاملات تجارتي وجود شرطی معهود باشد اگرچه در قرارداد بیع ذکر نشده باشد. بنابر این شرط ضمنی همانند شرط صریح موجب تقیید اطلاق عقد می گردد. ماده مزبور نسبت به ماده ۴۵۴ قانون مدنی خاص بوده و به صراحت، شرط ضمنی عرفی را (اعم از عرف محل و عرف تجارت) قانونی قلمداد می کند.

بدین ترتیب دادرس به هنگام تفسیر قرارداد باید هوشیار باشد و به بررسی ظاهر قرارداد بسنده نکند، زیرا چه با قراردادی ظاهراً مطلق باشد، ولی در واقع حاوی چندین شرط و تعهد تبعی باشد که به دلیل بدهت و وضوح ذکر نشده است. این نکته مخصوصاً در دعاوی تجاری حائز اهمیت است، زیرا در قراردادهای بین تجار آن قدر یک عمل و یک عقد تکرار می شود که بیان مداوم همه شروط و تعهدات ملال آور شده، گاه نشانه ضعف و دلهره و بی تجربگی محسوب می شود. مواد دیگری از قانون مدنی نیز وجود دارد که شرط ضمنی عرفی را معتبر می داند. به طور نمونه می توان از مواد ۲۲۰، ۲۲۱، ۲۵۶ و ۳۷۵ قانون مدنی نام برد.

مبانی شرط ضمنی عرفی در فقه اهل

سنت

با توجه به جایگاه مهمی که عرف در فقه اهل سنت دارد، قاعداً مانعی بر سر راه شرط ضمنی عرفی نیست. مجلة الاحكام العدلیه که به تقلید از مجموعه های قانون مدنی اروپا، فقه حنفی را در قالب موادی کوتاه و صریح تدوین کرده است، چندین ماده را به شرط ضمنی عرفی اختصاص داده است. مهمترین ماده در این مجموعه، ماده ۴۳ است و سایر موارد در حکم تفریعات و صغریات آن است. در ماده ۴۳ آمده است:

«المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً»: این ماده به

۴۷. منافع، ص ۳۲۴، به نقل از محمضانی، صبحی، فلسفة التشریح فی الاسلام، ص ۲۶۷.

۴۸. الأتاسی، محمد خالد، شرح المجله.

49. G.H. Treatel, The Law of contract, p. 162-163.

50. Cheshire Fifoot, OP. cit. p. 126.

۵۱. بجز شرط بنایی و شرط عرفی اقسام دیگری نیز برای شرط ضمنی گفته شده است. یکی از آنها شرط ضمنی قانونی است که اطلاق شرط بر آن جای تأمل دارد. در تحقیقی که وعده نشر آن داده شد این مساله به تفصیل بیان شده است.



به حکم شرط ضمنی تابع عرف محل یا تجارت است مستفاد از مواد ۲۲۵ و ۳۴۴ قانون مدنی.

۳. مکان اجرای تعهد، اگر صریحاً تعیین نشده باشد به حکم شرط ضمنی تابع عرف رایج است. (ماده ۲۸۰)

۴. توابع مبیع (ماده ۳۵۶) به حکم شرط ضمنی ملحق به مبیع است.

۵. تسلیم مبیع و تأدیة ثمن (ماده ۳۶۲) به دلیل شرط ضمنی لازم است.

۶. حق حبس (ماده ۳۷۷) به کمک شرط ضمنی قابل توجیه است.

۷. تلف مبیع قبل از قبض (ضمان معاوضی، ماده ۳۸۷) به دلیل شرط ضمنی بر عهده بایع است.

۸. تعادل عوضین، شرط ضمنی قرارداد است. به همین دلیل در صورت تخلف خیار غبن (ماده ۴۱۶) به وجود می آید.

۹. سلامت مبیع شرط ضمنی قرارداد است. بر همین اساس اگر مبیع معیوب باشد خیار عیب (ماده ۴۲۲) به وجود می آید.

۱۰. در صورت برهم خوردن وصلت، نامزدها می توانند هدایای خود را استرداد نمایند (ماده ۱۰۳۷).

چون هدایای نامزدی بی قید و شرط تملیک نشده اند. پس استرداد هدایا در صورت برهم خوردن نامزدی، شرط ضمنی متعارف است.

تبیین خیار غبن بر مبنای شرط ضمنی

ماده ۴۱۶ می گوید: «هریک از متعاملین که در معامله، غبن فاحش داشته باشد، بعد از علم به غبن می تواند معامله را فسخ کند».

به طور کلی برای توجیه این خیار سه مبنای گوناگون ابراز شده است:

الف. نابرابری دو عوض در مالیت به سلامت اراده لطمه می زند! ۵۲

ب. حکم به لزوم معامله ای که یک طرف آن مغبون شده است، حکم ضرری است، «ولا ضرر و لا ضرار فی الاسلام».

ج. تعادل دو عوض در مالیت، شرط ضمنی عرفی و نوعی هر عقد است. به اعتقاد گروهی از محققین، دلیل مهمی که برای اعتبار خیار غبن، می توان اقامه کرد، شرط

ضمنی است. به تعبیر میرزای نائینی، کاملترین دلیل و به تعبیر محقق خوئی، تنها دلیل بر حجیت خیار غبن، تخلف از شرط ضمنی است. توضیح استدلال این است

که در هر داد و ستدی، معمولاً بنای متعاقدين برابری عوضین در مالیت است. از آنجا که این بنا نوعی و رایج

در عرف عقلاست، طبعاً هر عقدی خود به خود مشروط به این شرط می باشد. لذا اگر پس از معامله عدم تعادل بین عوضین و نابرابری بین آنها کشف شود، شخص مغبون می تواند به استناد تخلف شرط ضمنی، معامله را فسخ کند. پس تساوی دو کالا در مالیت، لازمه عرفی هر عقد است؛ بنابراین هر عقدی به دلالت التزامی بر لزوم برابری عوضین دلالت دارد.

ب. در فقه امامیه

مانند بند الف بحث را پی می گیریم. بر اساس دیدگاه برخی فقیهان، این موارد با نظریه شرط ضمنی توجیه می شود:

۱. توابع مبیع به استناد شرط ضمنی داخل مبیع است.

۲. لزوم تسلیم و قبض، شرط ضمنی عقد است.

۳. تسلیم و قبض در محل وقوع عقد (اگر شرط صریح یا بنای متعارف برخلاف آن نباشد) شرط ضمنی عقد است.

۴. حق حبس، شرط ضمنی عقد است.

۵. ضمان تلف مبیع قبل از قبض به استناد شرط ضمنی بر عهده بایع است.

۶. نقدی بودن معامله (در مقابل نسیه) شرط ضمنی عقد است.

۷. پول ملی و رایج بودن (نقد بلد بودن) ثمن معامله، شرط ضمنی عقد است.

۸. عدم تبعض صفقه شرط ضمنی عقد است.

۹. عدم حصول شرکت در مبیع (عدم تعلق حق غیر به مبیع) شرط ضمنی عقد است.

۱۰. تساوی دو کالا در مالیت شرط ضمنی عقد است (خیار غبن).

۱۱. سالم بودن کالا شرط ضمنی عقد است (خیار غبن).

۱۲. عدم حق نفقه در خلال عقد و عروسی، شرط ضمنی عقد است.

۱۳. حق فسخ نکاح در صورت عجز از نفقه، شرط ضمنی عقد است.

۱. الأتاسی، محمدخالد، شرح المجله، پاکستان، المكتبة الجیبیة، بی تا.
۲. اصفهانی، محمد حسین، تعلیقه علی المکاسب.
۳. انصاری، مرتضی، مکاسب، چاپ سنگی.
۴. بجنوردی، محمدحسن، القواعد الفقهیة، ج ۳.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۲ هـ.ش.
۶. خوئی، سیدابوالقاسم، منهاج الصالحین، ج ۲۸، ۱۴۱۰ هـ.ق، ج ۲.
۷. خوئی، سیدابوالقاسم، مصباح الفقاهه، ج ۷.
۸. رشتی، میرزا حبیب الله، تقریر توسط خلخالی، فقه الامامیه، مکتبه الداوری، ۱۴۰۷ هـ.ق.
۹. سبزواری، ملاهادی، شرح منظومه، انتشارات علامه.
۱۰. شهید ثانی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة دمشقیة، ج ۳، دارالهادی، ۱۴۰۳ هـ.ق.
۱۱. صفایی، سیدحسین، حقوق مدنی ۵، جزوه درسی، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی.
۱۲. طباطبائی یزدی، سیدمحمدکاظم، حاشیه المکاسب، دارالعلم، ۱۳۷۸ هـ.ق.
۱۳. عاملی، شیخ حرّ، وسایل الشیعه، مؤسسه آل البيت.
۱۴. محقق داماد، سیدمصطفی، بررسی فقهی حقوق خانواده، نشر علوم اسلامی.
۱۵. محقق داماد، سیدمصطفی، تحلیل ماده ۴۵۴ قانون مدنی، مجله قضایی و حقوقی دادگستری، شماره ۹، ۱۳۷۲ هـ.ش.
۱۶. محمضانی، صبحی، فلسفه التشریح فی الاسلام، ۱۹۸۶ م.
۱۷. نائینی، محمدحسین، تقریر توسط نجفی خوانساری، منیه الطالب فی حاشیه المکاسب.
۱۸. نجفی، محمدحسن، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۷، داراحیاء التراث العربی، ج ۲۲ و ۲۳.
19. American Jurisprudence, 2d, V20.
20. Cheshire fift and Furmstons, *Low of contract*, 12th edition, London.
21. G.H. Treatel, *The law of contract*, 1983.

۱. شرط ضمنی در برابر شرط صریح، تعهدی است تبعی که در متن عقد ذکر نمی شود، خواه پیش از عقد ذکر شود و عقد با لحاظ آن تشکیل گردد که «شرط بنائی» هم نامیده می شود، یا هرگز ذکر نشود و صرفاً از اوضاع و احوال و سیره عرفی و سایر قرائن استنباط گردد که «شرط ضمنی عرفی» نامیده می شود.

۲. نسبت منطقی میان شرط ضمنی و شرط ضمن عقد و نیز میان شرط ضمنی و شرط بنائی، عموم و خصوص مطلق، و نسبت میان شرط ضمنی با شرط ابتدائی تباین است.

۳. شرط بنائی از ابتکارات فقیهان امامیه است و بازشناسی آن از شرط ضمنی عرفی ضروری است، زیرا مبانی و ادله هر یک متفاوت از دیگری است و مشروعیت یکی ملازم با مشروعیت دیگری نیست.

۴. از نظر قانون مدنی شرط بنائی به استناد مواد ۱۱۱۳ و ۱۱۲۸ صحیح و معتبر است.

۵. آنچه را در فقه امامیه و حقوق مدنی شرط بنائی می نامند و طبعاً ضمنی می دانند، از دیدگاه نظام کامن لا شرط صریح است.

۶. شرط ضمنی عرفی مدلول التزامی قرارداد است. بر همین اساس و نیز بر اساس دلایل نقلی و مبانی فقهی صحیح و معتبر است.

۷. در فقه اهل سنت شرط ضمنی صریحاً با توجه به قاعده «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً» مشروع است.

۸. شرط ضمنی عرفی قلمرو گسترده ای در فقه و حقوق دارد. بسیاری از معضلات حقوقی در باب معاملات را بر اساس این نظریه می توان توجیه کرد.

۹. تفسیر قرارداد بدون توجه به شرط ضمنی، تفسیری غیرواقع بینانه است.

