

تعارض تعهدات اصلی و فرعی در قرارداد

چکیده: امروزه کمتر قراردادی را می‌توان یافت که در آن شرطی به نفع یکی از متعاقدین یا ثالثی درج نشده باشد. اصل آزادی قراردادهای اقتضا دارد که متعاقدین هر شرطی را که بخواهند، در قراردادهای خود بگنجانند، اما این آزادی تا جایی است که شرط ذکر شده در متن عقد، اثر اصلی و جوهری عقد را از آن سلب نکند. منظور متعاقدین از ذکر توأم شرط و عقد، ارادهٔ مجموع آن دو است. لذا کنار گذاشتن یکی از دو تعهد با قصد متعاقدین منافات دارد، جمع میان آن دو نیز همواره امکان‌پذیر نیست. بنابراین، اگر شرط چنان با مقتضا و اثر اصلی عقد تضاد داشته باشد که جمع میان آن دو امکان‌پذیر نباشد، شرط، مخالف مقتضای ذات عقد تلقی شده و شرط و عقد هر دو باطل و بی‌اثر خواهند بود. اما اگر شرط منافی آثار و لوازم ناشی از اطلاق عقد باشد، جمع میان عقد و شرط امکان‌پذیر بوده و چنین شرطی مخالف مقتضای اطلاق عقد نامیده می‌شود که در این صورت شرط و عقد هر دو صحیح هستند. تحلیل ماهیت حقوقی مقتضای عقد، منابع و معیارهای تعیین مقتضای عقد و مبانی بطلان عقد به واسطه شرط خلاف مقتضای ذات عقد، از جمله مباحثی است که در این مقاله مورد بحث و بررسی قرار گرفته است.

واژگان کلیدی:

تعهد ضمنی، شرط ضمن عقد، شرط خلاف مقتضای عقد، شرط باطل، شرط باطل و مبطل.

۱. کلیات و تعاریف

شرط: شرط در لغت به معنای پیوند و ارتباط چیزی به چیز دیگر و در اصطلاح

نحویان به معنای اولین جمله‌ای است که پس از ادوات شرط واقع شده و جمله دوم را به آن ربط و پیوند می‌دهد. در اصطلاح فلاسفه شرط یکی از اجزاء علت تامه است و مقصود از آن، چیزی است که به سبب یا مقتضی، که جزء اصلی علت است، فعلیت تأثیر می‌بخشد. مانند آب دادن که امکان تأثیر بذر را به فعلیت تبدیل می‌کند. در علم اصول شرط چیزی است که انتفای آن موجب انتفای مشروط است ولی وجود آن موجب وجود مشروط نیست، بلکه به ضمیمه سایر ارکان است که تحقق مشروط ممکن می‌شود. شرط در اصطلاح فقه و حقوق دو مصداق دارد. مصداق اول: اجزا یا ارکان متشکله عمل حقوقی، مانند شرایط صحت عقد مندرج در ماده ۱۹۰ قانون مدنی. مصداق دوم: تعهد ضمن عقد که به معنای پاره‌ای تعهدات فرعی است که در کنار تعهدات اصلی در ضمن عقد درج می‌شود. مقصود از شرط خلاف مقتضای عقد در این مقاله شرط به همین معناست. به عبارت دیگر، شرط خلاف مقتضای عقد یک تعهد ضمن عقد است.

خلاف: خلاف مصدر باب مفاعله به معنای ضدیت و تغایر طرفینی است. تغایر میان دو ماهیت اگر به نحوی باشد که وجود هر یک از آن دو، وجود دیگری را طرد نماید و اجتماع آن دو ممتنع باشد این تغایر و تقابل به تقابل تضاد مشهور است. بنابراین شرط خلاف مقتضای ذات عقد شرطی است که چنان با ماهیت عقد اختلاف و مغایرت داشته باشد که وجود آن دو قابل جمع نباشد و هر یک از آن دو دیگری را دفع و طرد کند. چون با چنین تضادی هیچ یک از دو ماهیت عقد و شرط تحقق نمی‌یابد چنین شرطی باطل و مبطل عقد دانسته شده است.

مقتضا: واژه مقتضی اسم مفعول باب افتعال از ماده قضی است. مدلول و مطلوب اساسی و مقصود اصلی هر عقد که متعاقدین به منظور دستیابی به آن عقد را منعقد می‌سازند اصطلاحاً مقتضای عقد نامیده می‌شود. مقتضیات هر عقد به دو دسته تقسیم می‌شوند، به نحوی که برخی مقتضیات پیوند ناگسستنی با ذات عقد داشته و برخی دیگر، ناشی از نوع خاصی از عقد یعنی عقد مطلق هستند که از قسم اول به مقتضای ذات و از قسم دوم به مقتضای اطلاق عقد تعبیر می‌شود.

عقد: در اصطلاح دانشمندان و حقوقدانان، پیوند اعتباری تعهد و التزام هر یک از

بنابر تعریف مفردات مذکور فوق می‌توان گفت: «شرط خلاف مقتضای عقد، تعهدی فرعی است که ضمن عقد شرط شده و برحسب مورد یا با مقتضا و اثر اصلی عقد به نحوی تضاد دارد که جمع میان آن دو امکان‌پذیر نیست، که در این صورت شرط خلاف مقتضای ذات عقد نامیده می‌شود و یا با یکی از لوازم فرعی عقد مطلق منافات دارد که در این صورت جمع میان مطلق و مقید بوده و هیچ‌گونه تضادی متصور نیست و آن را شرط خلاف مقتضای اطلاق عقد می‌نامند.»

۲. پیدایش و تحول مقتضیات عقود

عقود ماهیت‌های اعتباری هستند که قبل از زمان شارع میان انسان‌ها متداول بوده و شارع نیز همان ماهیت‌های عرفی را امضاء نموده است. این وضعیت حاکی از آن است که همزمان با پیدایش عقود، مقتضیات و آثار اصلی آنها نیز پدید آمده و انسانها نیز با توجه به آن آثار، عقود را منعقد می‌کرده‌اند این امر بیانگر قدمتی پیش از ظهور اسلام برای مقتضیات عقود است. در منابع فقه اسلامی اعم از کتاب و سنت از این شرط به صراحت نامی برده نشده و حتی فقهای قرون اولیه نیز این شرط را مورد تحقیق و بررسی قرار نداده‌اند.

در قرن ششم هجری یکی از دانشمندان و حقوقدانان اسلامی یعنی ابوالمکارم، حمزة بن علی معروف به ابن زهره حلبی (۵۸۵ هـ) در اثر مشهورش به نام غنیة النزوع (۲) تنها به ذکر این شرط اکتفا نموده و تحلیلی از آن ارائه ننموده است و در آثار فقیهان بعد از او نیز علی‌رغم تصریح به شرط خلاف مقتضای عقد، مبنای بطلان، خلاف شرع بودن آن اعلام شده است (۳) لکن با تحول اجتهاد در فقه و توسعه پژوهش‌های حقوقی، تحقیقات در زمینه شروط و به تبع آن شرط خلاف مقتضای عقد به عنوان یکی از علل و اسباب مستقل بطلان عقد مورد توجه قرار گرفت. دانشمندان و محققان متأخر در آثار خویش آن را به عنوان شرطی مستقل مورد بحث و بررسی قرار داده‌اند و با مدون شدن مقررات حقوقی قانون‌گذار این شرط را در بند اول ماده ۲۳۳ قانون مدنی به عنوان یکی از شروط پنجگانه و در عرض شرط نامشروع به صراحت ذکر نموده است.

۳. مرجع صالح برای تعیین مقتضیات عقود

گزینش معیاری جامع برای تعیین مقتضا مسبق به سابقه نیست و تحقیقات نویسندگان و اندیشمندان اسلامی نیز در این باره آشفته و توأم با اجمال و ابهام است به نحوی که برخی دانشمندان هنگامی که در جستجوی خود از یافتن معیاری مسلم و مطمئن بازمانده و نومید شده‌اند، تعیین مقتضیات را به عهده فقیه گذاشته‌اند. (۴)

راه حل ارائه شده از سوی این دسته از دانشمندان در واقع مصادره به مطلوب بوده و مستلزم توقف شیء به چیزی است که خود متوقف بر شیء اول است. به تعبیر دیگر حصول شناخت برای فقیه در خصوص مقتضای هر عقد موکول به ارائه ضابطه‌ای مطمئن می‌باشد و معرفی نظر فقیه به عنوان ضابطه، همان توقف شیء بر نفس است، زیرا تمیز مقتضا خود مشکلی است که باید فقیه آن را مرتفع نماید. بنابراین احاله آن به نظر فقیه گرهی از کار نمی‌گشاید.

بنابراین، مهم‌ترین سؤالی که مطرح است این است که چه مرجعی عهده‌دار تعیین مقتضیات عقود است؟ شارع و قانون‌گذار یا عرف از جمله مهم‌ترین مراجعی هستند که ممکن است در پاسخ به این پرسش معرفی شوند. اینک هر یک از آنها را مختصراً مورد بررسی قرار می‌دهیم.

الف. شارع

گروهی از دانشمندان و صاحب‌نظران بر این عقیده‌اند که اراده متعاقدين تنها در تکوین و ایجاد عقد مؤثر است، ولی احکام و آثار عقود و همچنین شرایط صحت ایجاد و تکوین آن را شارع و قانون‌گذار معین و مشخص می‌نماید. به عبارت دیگر، پایه‌ها و مبانی را که عقد بر آن استوار است و همچنین آثار و مقتضیات عقود را شارع مقرر نموده است. هرگاه کلیه ارکان عقد محقق شود عقد محقق شده و آثار آن به بار می‌نشیند. اراده طرفین در این مقتضیات تأثیر ندارد و پس از انعقاد چنین عقدی متعاقدين قادر نیستند پیامدهای محتوم آن را نادیده گرفته و برخلاف آن تراضی نمایند، مگر اینکه طرفین رابطه قراردادی را (در حدود اختیارات خود) بگسلند تا بتوانند از الزامات آن رهایی

است، در مبحث شرط خلاف مقتضای اطلاق عقد بررسی خواهد شد.

بنابراین، آنچه را که متعاقدین در انعقاد عقد بدان دست می‌یازند تنها اراده انشاء عقد است نه ترتیب آثار آن. این تفکر که مروجین آن بیشتر علمای عامه می‌باشند بر این مبنا استوار است که عقود علل شرعیه هستند و علل شرعیه به خودی خود حاکی از حکمی نیستند، بلکه تنها با جعل شارع است که احکام به علل شرعیه مترتب می‌شود. (۵)

این عده می‌گویند علل و اسباب قبل از ورود شرع نیز وجود داشته‌اند، در حالی که این احکام و آثار بر آنها مترتب نبوده است. خداوند قادر است که احکام را بدون علت نیز تشریح نماید مع‌هذا براساس عادات متداول در میان انسان‌ها که با اسباب و مسببات ظاهری مانوس هستند، اسباب و علل را ایجاد نموده و احکام و آثار را بدان‌ها منسوب نموده است و در ظاهر، علل، پدید آورنده احکام و مقررات و آثار به نظر می‌آیند، حال آنکه در واقع پدید آورنده واقعی احکام و آثار عقود خداوند می‌باشد. (۶) در این تفکر اعتقاد بر این است که خداوند برای تصرف در اموال، اسباب ظاهر را مانند بیع و غیره جعل نموده است و در واقع اوست که احکام و آثار را بر آنها مترتب ساخته است. (۷) در میان فقهای امامیه نیز برخی از بزرگان بدین ضابطه تصریح نموده‌اند. محقق ثانی در این رابطه می‌گوید: مقتضای عقد چیزی است که شارع مقدس آن را به منظور بهره‌مند شدن کامل متبایعین یا یکی از آن دو جعل نموده است. (۸) عقیده این دسته از دانشمندان ارتباط بسیار نزدیکی با بحث حقیقت شرعیه دارد. شکی نیست که اگر واضح لغت، لفظ خاصی را برای معنای مخصوص وضع و معین نماید این لفظ برای آن معنا حقیقت پیدا می‌کند. هرگاه شارع مقدس لفظی را از معنای لغوی نقل داده و در معنای خاص و مستحدثه‌ای که خود اختراع نموده استعمال نماید و مفاد و احکام و آثار معنای موضوع‌له را به نحوی معین نماید که هرگونه تخطی و تخلف از آن سب بطلان و بی‌اثر شدن عمل شود و این الفاظ مخصوص، معنای شرعی خاص را افاده نمایند، جعل الفاظ برای معنای شرعی را حقیقت شرعیه گویند. گروه دیگری از دانشمندان حقیقت شرعیه را حداقل درباره الفاظ عقود منتفی دانسته و قائل به معانی لغوی و عرفی برای آنها هستند. ثمره نزاع درباره ثبوت یا عدم ثبوت حقیقت شرعیه نسبت به الفاظ اعم از عادات و معاملات، به هنگام ظاهر و شهود که در کلام شارع مقدس بیان شده

استعمال شده باشند به نحوی که قائلین به ثبوت حقیقت شرعیه الفاظ عقود را بر معنای شرعیه حمل نموده و منکرین آن را بر معنای لغوی و عرفی حمل می نمایند.

به نظر می رسد که چون در عبادات، انجام اعمال و مناسک ویژه به شیوه خاصی مدنظر شارع است، الفاظ عبادات را باید بر معانی شرعیه حمل نمود. لکن این تقریر و بیان در الفاظ معاملات جاری نیست، زیرا مفاد و معنای آنها مستحدث نبوده و شارع نیز نسبت به آنها همچون یکی از اهل عرف محسوب می شود. (۹) بنابراین، هنگامی که شارع یکی از این الفاظ را استعمال کرده باشد باید آن را بر معنایی که نزد اهل عرف در آن ظهور دارد حمل نمود. با روشن شدن مفهوم حقیقت شرعیه در می یابیم اندیشه ای که تنها مرجع تعیین مقتضیات و آثار عقود را شارع مقدس می داند، دقیقاً همان تفکری است که الفاظ عقود را بر معنای شرعیه حمل می نماید. پذیرش انحصاری این مرجع به عنوان تنها ضابطه تعیین مقتضیات عقود از چند جهت قابل ایراد است.

اولاً: از آنجا که براساس این نظریه مقتضیات و آثار عقود توسط شارع مقدس معین می شوند، هرگونه امری که برخلاف این آثار در عقد شرط شود در واقع شرط مخالف شرع می شود و شرط خلاف مقتضای عقد مورد پیدا نخواهد کرد.

ثانیاً: انتساب تعیین مقتضیات عقود به شارع مستلزم بیان این امور توسط شارع است. حال آنکه با استقراء در ابواب مختلف معاملات در کتب فقهی و روایی، چنین بیانی به چشم نمی خورد.

ثالثاً: معاملات همچون عبادات، ماهیات مخترعه شرعی نیستند تا برای اطلاع از حقیقت و مقتضیات و آثار آنها محتاج باشیم که به شرع رجوع نمائیم، بلکه همان گونه که قبلاً نیز گفتیم معاملات حقایق و ماهیات عرفی بوده و خود اهل عرف به آن آگاه و مطلع هستند. امضای شارع ماهیت عرفی امری را تغییر نمی دهد و آن را به حقیقت شرعیه مبدل نخواهد ساخت. بنابراین شارع معمولاً در امور عبادی نظر و تأسیس خاص دارد و در امور معاملاتی معنای عرفی را امضاء می نماید. (۱۰)

ب. عرف

قدر مسلم آن است که هیچ جامعه ای در فقدان قانونگذار و در تگامه قانونگذار

به دلیل نبودن قانون از زندگی و فعالیت اجتماعی باز نمی‌ایستد. به عبارت دیگر، قانون خاستگاه و مرجع منحصر پیدایش حقوق نیست بلکه عرف و عادات مسلم جامعه نیز در ایجاد و تکامل حقوق در جوامع انسانی نقش به‌سزایی را ایفاء نموده است. عرف و سنن منطقی و کهن هر جامعه که از ذوق سلیم و ریشه‌های فطری آن جامعه سرچشمه می‌گیرد به صورت مجموعه‌ای از قواعد و مقررات متجلی می‌شود که گذشت زمان و اعتقاد به الزام‌آور بودن، چنان حالت تقدسی بدان بخشیده که هرگونه سرپیچی و تخطی از حدود آن عکس‌العمل افکار عمومی را به دنبال خواهد داشت. عرف و عادت به مانند زیربنایی است که حقوق بویژه مقررات مربوط به معاملات بر آن اساس قوام یافته است.

حقوقدانان یکی از تفاوت‌های عرف و قانون را شیوه بیان اراده به وجود آورندگان آنها دانسته و مقرر می‌دارند که: عرف بیان اراده بلاواسطه مردم است و قانون بیان اراده باواسطه آنها. (۱۱) گرچه ممکن است که پاره‌ای عرف‌ها از نظر حقوق اسلامی غیرمشروع باشند، مع‌ذکب بسیاری از عرف‌ها بدون هیچ مانعی مورد امضاء و تقریر شارع قرار گرفته‌اند. در حقوق اسلامی نیز پاره‌ای از احکام بر موضوعات عرفی مترتب شده است و باید برای تشخیص آنها به عرف مراجعه شود. معاملات امور اعتباری عرفی هستند و در امور عرفی شارع مقدس حکمی تأسیسی به میان نیاورده است بلکه همان حکم عرف را امضاء نموده است.

به عقیده اندیشمندان اسلامی شارع مقدس ادله معاملات را به عرف القاء نموده و خود غالباً در آن دخل و تصرف نکرده و همان چیزی را مورد امضائات قرار داده که از نظر عرف و عقلاً مصداق عنوان معامله می‌باشد. (۱۲) بنابراین امضائی دانستن احکام و مقررات و آثار و مقتضیات عقود مستلزم اعتقاد به عرفی بودن آثار و مقتضیات عقود است: به تعبیر دیگر، چون منبع ایجاد عقود و معاملات عرف و عادت جامعه است آثار مقتضیات عقود نیز بازتاب تفکرات همان جامعه می‌باشد و شارع رفتار عرف را امضاء و تنفیذ نموده است.

با توجه به این اندیشه بوده که قانون‌گذار ایران در ماده ۲۲۴ قانون مدنی مقرر می‌دارد: الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفیه. بنابراین مفاد و مضمون الفاظ عقود

عناوین دارای معانی عرفی را امضاء نموده است. لذا برای تعیین مضمون توافق و آثار و مقتضیات و لوازم عقد باید به عرف مراجعه شود. فقهای امامیه نیز در خصوص مقتضیات عقود این اندیشه را برگزیده‌اند. (۱۳)

ج. قانون

دلایلی وجود دارد که عرف به تنهایی برای تعیین آثار و مقتضیات عقود کفایت نمی‌کند بلکه ضروری است که این عرف‌ها تدوین و جمع‌آوری و اعلام شود. اهم این دلایل به شرح ذیل است:

اولاً: گرچه ممکن است نیروی افکار عمومی جامعه ضمانت اجرای نسبتاً خوبی برای علم به قواعد عرفی باشد ولی نظم و آرامش در زندگی اجتماعی ایجاب می‌نماید که تخلف از قواعد و اصول عرفی جامعه با ضمانت اجرای قوی‌تری توأم باشد. این ضمانت اجراء همان قوه حاکمه است. از آنجا که عرف‌ها اغلب قاطع نبوده بلکه متنوع و متغیر هستند، دستیابی همه‌جانبه بر عرف بسیار دشوار و در نتیجه شناسایی و اثبات آن نه برای قاضی و نه برای متداعین به سادگی امکان‌پذیر نیست. بنابراین پیش‌بینی ابزاری مطمئن‌تر برای اثبات قواعد و اصول حقوقی از ضروریات جوامع امروزی است.

ثانیاً: قواعد عرفی گاه به قدری کهنه و قدیمی، جزئی و ناقص هستند که پاسخگوی نیازها و احتیاجات جوامع امروزی نیستند بلکه ضروری است که بعضاً انسان‌ها برای زندگی خود چاره‌اندیشی نموده و رأساً یا به واسطه نمایندگان خویش مقررات مورد نیاز جامعه خود را تدوین نمایند. به همین دلیل است که امروزه جوامع انسانی برای هماهنگ کردن حقوق با نیازهای جامعه نوین مبادرت به تأسیس عقود جدید نموده‌اند. تحولات و دگرگونی‌های موجود در جوامع بشری ایجاب نموده است که اکثر کشورها برای رهایی از ایرادات وارده بر عرف غیرمدون به تدوین عرف‌های مسلم جامعه خود که طی دوران‌های متمادی شکل گرفته‌اند پرداخته و به آن اقتدار و مشروعیت کامل بخشیده و تخطی از آن را با ضمانت اجرای قوی همراه سازند. ماهیت قوانین موضوعه با توجه به خاستگاه آنها یک ماهیت چندبعدی است، به عبارت دیگر قوانین موضوعه از دو منبع

خاستگاه قانون

همان‌گونه که قبلاً گفتیم اکثر جوامع بشری با توجه به متغیر بودن و غیرقطعی بودن عرف‌ها برای حفظ نظم عمومی و تأمین ثبات اصول و قواعد حاکم بر جامعه خود اقدام به تدوین عرف‌های مسلم و استوار جوامع خویش نموده‌اند. و هر جا که عرف و عادت پاسخگوی نیازهای جامعه نبوده و یا شرع نیز در آن مورد تصریحی نداشته باشد اقدام به تدوین مقررات و قواعد جدیدی و همچنین تأسیس نهادهای حقوقی مستحدث می‌نمایند، بنابراین خاستگاه قانون بعضاً همان عرف مسلم جوامع و بعضاً ارادهٔ افراد جامعه است.

مشروعیت قانون

حجیت و اعتبار قانونی که به شیوه فوق تدوین شده است مستلزم کسب مشروعیت از مرجعی است که قانون‌گذاری را تجویز نموده است. نظام‌های حقوقی غیرالهی مشروعیت و اعتبار قانون را تنها ناشی از حاکمیت ارادهٔ انسان‌ها و وجدان عمومی می‌دانند. (۱۴)

لکن در نظام اسلامی که روابط اجتماعی براساس احکام دین تنظیم می‌شوند، حاکمیت ارادهٔ انسان‌ها به تنهایی برای حجیت و مشروعیت قانون کافی نیست بلکه آنچه را که قوه مقننه تصویب می‌کند، چه خاستگاه آن عرف باشد و چه قوه مقننه بدواً و رأساً آن را وضع و تصویب نماید نباید با شرع مابینت داشته باشد. این امر در زمان ائمهٔ معصومین به دلیل عدم وجود قوانین موضوعه موردی نداشته است. ولی امروزه که قوانین موضوعه نقش اساسی و مهمی را در زندگی حقوقی جوامع ایفا می‌کند بایستی رابطه آن با شرع دقیقاً مورد توجه واقع شود. در کشور ما این موضوع در اصل چهارم قانون اساسی معین شده است. این اصل مقرر می‌دارد: «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها باید براساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر ابطال یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهدهٔ فقهای شورای نگهبان است». و در

شورای نگهبان اعتبار قانونی ندارد». منظور از بی اعتباری مجلس، بی اعتباری مصوبات مجلس بدون تأیید و تنفیذ شورای نگهبان است.

این نکته حائز اهمیت است که بدانیم قانونی که به مهر شرع ممهور شده، آیا حکم شرع را دارد یا خیر؟ در صورت مثبت بودن پاسخ تغییر قوانین موضوعه به جز در قالب احکام ثانویه آن هم به طور موقت امکان پذیر نیست اما در صورتی که آن را عین شرع یا در حکم شرع ندانیم تغییرات عدیده قوانین، مشکلی را ایجاد نمی نماید. ثمره این نزاع در تغییر مقتضیات و آثار اصلی عقود تحت تأثیر عرف و یا براساس مصالح جامعه ظاهر می شود. به طوری که ممکن است در طول قرون متمادی مقتضای عقدی کاملاً تغییر نماید. مثلاً مقتضای بیع که اکنون انتقال مالکیت محسوب می شود پس از مدت ها به تسلیم مبیع تغییر یابد. این امر در صورتی میسر است که قوانین تنفیذ شده توسط شارع را شرع و یا در حکم شرع ندانیم. اما در صورتی که قوانین موضوعه را شرع بدانیم در واقع منکر تفکیک شرع از قانون موضوعه بوده و این موضوع را نیز از فروعات اولین معیار تعیین مقتضای عقد یعنی شرع می دانیم. ولی باید گفت که دگرگونی مقررات عرفی عقود یک امر ضروری و قهری بوده و قواعد و ضوابط عرفی که به تأیید و تنفیذ شارع رسیده باشند همانند احکام تأسیسی شارع نبوده و عین حکم شرع تلقی نمی شوند، بلکه عرف جدیدی که در قالب قانون باید جایگزین عرف سابق شود مجدداً بایستی امضاء شارع را کسب نماید.

د. دلالت الفاظ

شکی نیست که نقل و انتقال اندیشه ها و تفهیم و تفهم همواره به وسیله الفاظ صورت می گیرد. میان الفاظ و مفاهیم، آن چنان رابطه مستحکمی به وجود می آید که غالباً هنگام فکر کردن، الفاظ حاکی از مفاهیم به ذهن می آید و بر این اساس در فلسفه، الفاظ را «وجود لفظی» اشیاء نامیده اند. (۱۵) اینکه بعضاً انسان کلمه ای را بر زبان جاری می نماید و خشم و کینه ملتی را برانگیخته و یا با کلمه ای به جامعه ای آرامش و صفا می بخشد، حاکی از آن است که کلمات بار معانی را بر دوش می کشند.

مشخص می‌شوند. براساس این نظریه، برخی از دانشمندان و صاحب‌نظران مدلول مطابقی لفظی عقد را مقتضای ذات و مدلول التزامی عقد را مقتضای اطلاق آن دانسته‌اند. (۱۶) گرچه معیار پیشنهادی چندان نامعقول نیست، لکن برای شناخت اهمیت حقوقی نهادها و تأسیسات علم حقوق، توسل صرف به کتب لغت کافی نیست زیرا، اولاً: کتب لغت بعضاً برای یک لفظ معانی متعددی ذکر نموده‌اند و یافتن ماهیت عقد از میان معانی متعدد و متمایز بسیار دشوار است. ثانیاً: مقتضیات و آثار عقود با گذشت زمان ممکن است دچار تحول و دگرگونی شود و لذا تأکید بر معنای لغوی صرف دور از حزم و احتیاط است.

ثالثاً: در منطق نیز تعریف لفظی و تعریف حقیقی کاملاً متمایز بوده و تعریف لفظی ما را از تعریف حقیقی مستغنی نمی‌سازد. تعریف لفظی عبارتست از تعریف یک لفظ به لفظ دیگری که برای شنونده آشنا تر از لفظ اول است. لیکن تعریف حقیقی، آن است که تمام ماهیت شیء را بیان می‌نماید. (۱۷) بنابراین تلاش برای تعیین ماهیت و مقتضای عقود تنها با تکیه بر معنای لغوی گرهی از کار محقق نمی‌گشاید، بلکه دوری پدید می‌آید که سرانجام واقعی نمی‌یابد، در نتیجه برای تبیین مباحث حقوقی واقعیتی و رای معانی لغوی را باید جستجو نمود.

منبع و مرجع منتخب

ارائه هر یک از روش‌های چهارگانه و دفاع از حریم هر یک از آنها از سوی مبتکرین و یا پیروان آنها نشانگر ژرف‌نگری و توجه اندیشمندان اسلامی به معضلات فقهی و نیازهای حقوقی جامعه بوده و سزاوار تقدیر است. معذالک اختلاف معیارها و مصداق‌ها و پراکندگی استدلال‌ها و تقارب مبحث شرط خلاف مقتضای عقد با شرط نامشروع بر ابهامات موجود در خصوص تعیین مقتضای عقد افزوده است.

تحلیل معیارهای چهارگانه ما را بدان رهنمون می‌دارد که معیار اول یعنی شرع در تعیین مقتضیات و آثار اصلی عقود مداخله‌ای نداشته و آن را به عرف احاله نموده است. مع هذا شرع به عنوان مرجعی آگاه از مصالح و مفاسد احکام، مقرراتی را در کنار احکام

درست می‌داند که منجر به ربا نشود که در این صورت بطلان اعمال حقوقی به استناد مخالفت با شرع بوده و ارتباط با مقتضیات و آثار عقود ندارد. بنابراین علی‌رغم تصریحات برخی از دانشمندان، در تعیین مقتضیات و آثار اصلی عقود که اموری موضوعی و عرفی هستند شرع نقشی ایفاء نمی‌کند، الفاظ نیز بیانگر تمام حقیقت عقد نیست، مضاف بر اینکه الفاظ در تعیین مفاد عقد خود موضوعیت ندارد بلکه کاشف از معنایی است که عرف آن را برای هر عقد مقرر نموده است. به عبارت دیگر، الفاظ به عنوان ابزاری برای بیان منویات عرف به کار می‌رود. (۱۸) به همین جهت است که قانون مدنی در ماده ۲۲۴ مقرر می‌دارد: «الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفیه» و این امر دقیقاً نشانگر عدم اصالت و استقلال الفاظ در تعیین مقتضیات عقود است.

در توضیح معیار قانون گفته شد که اغلب مقررات قوانین مدونه برگرفته از عرف جامعه است که به منظور انسجام بخشیدن به نظام حقوقی جامعه و اجتناب از پراکندگی مقررات عرفی و تسلط بیشتر قضات بر این مقررات و قواعد و نیز آگاه نمودن قاطبه مردم از وجود مقررات از طریق انتشار این مجموعه‌ها و در نتیجه تأمین ضمانت اجرای تخلف از مقررات فوق دستگاہ‌های قانون‌گذاری این عرف‌ها را به رشته تحریر و تدوین درآورده و نظم نوینی را به جوامع بخشیده‌اند. در واقع قانون‌نویسی نیز نوعی الگوی بیان عرف است.

صرف‌نظر از معدودی مقررات تدوین شده، به منظور حفظ نظم عمومی و مصالح جامعه همانند مقررات مربوط به تثبیت قیمت‌ها، مبارزه با قاچاق و مواد مخدر، کنترل وسایط نقلیه و غیره که قانون‌گذار بدواً و رأساً بدان اقدام می‌نماید، اغلب مقررات موضوعه قانونی خصوصاً در زمینه معاملات مبتنی بر عرف جامعه است. بنابراین مهم‌ترین منبع تعیین مقتضیات عقود، عرف می‌باشد. اما به هنگامی که عرف جامعه در قالب مقررات قانونی درآمده و نقاب قانون به خود بگیرد، دیگر همان عرف سابق نیست بلکه جامعه بدان با دید جدی‌تری نگرسته و قوه الزام‌آوری آن افزایش می‌یابد. بنابراین عرف مهم‌ترین منبع تعیین مقتضای عقود است لکن هرگاه به صورت مدون درآید عرف تدوین شده در قالب قانون مقدم خواهد بود معذک در صورت ابهام، اجمال و یا سکوت

۴. ماهیت حقوقی مقتضای ذات عقد

قبلاً در تعریف شرط خلاف مقتضای ذات عقد گفتیم که تعهدی است تبعی و فرعی که در ضمن عقد درج شده و با مقتضا و اثر اصلی عقد آن چنان در تضاد و اختلاف باشد که جمع میان شرط و عقد امکان پذیر نباشد. اینک با دقت و تأمل بیشتری به بررسی و تحلیل مقتضای ذات و تعیین دقیق قلمرو آن می پردازیم.

الف. تحلیل ذات و ذاتی در عقد

ابتدا مناسب است تصویری از ذات عقد را ترسیم و سپس به بررسی ماهیت مقتضیات حاصله از آن پردازیم. در اصطلاح منطقی، حد که کامل ترین قسم از اقسام تعریف است عبارتست از تعریف شیء به ذاتیات آن. (۱۹) ذات شیء نیز چیزی است که شیء را از غیر آن متمایز می سازد. (۲۰) به عبارت دیگر، تعریف جامع و مانع منطقی از ماهیت و ذات هر چیز تعریفی است که علاوه بر جنس مشتمل بر فصل نیز باشد. بنابراین هرگاه از امتیاز ذاتی یک ماهیت با سایر ماهیت ها سخن به میان آید، فصل و مابه الامتیاز آن از سایر انواع ذکر می شود. همان گونه که صفت نطق ممیز انسان از سایر ماهیاتی است که در حیوانیت با انسان شریکند.

ذاتی در منطق در دو معنی به کار رفته است:

۱. ذاتی در باب تصورات (کلیات خمس) و آن عبارتست از مفهومی که مقوم ماهیت شیء بوده و خارج از آن نباشد که مراد جنس و نوع و فصل است.

۲. ذاتی در باب برهان که منظور از آن، هر مفهومی است که از ذات انتزاع شود، خواه سبب قوام و جزء ماهیت ذات باشد و یا آنکه از اعراض ذاتی به حساب آید و بر موضوع و ذات حمل شود. (۲۱) به نظر می رسد که در ماهیت های حقوقی اعم از عقود و ایقاعات، ذاتی به معنای اخیر مصداق داشته باشد. به عبارت دیگر، هر رکن و عاملی که وجود و قوام عقد الزاماً بدان وابسته بوده و با غیبت آن ماهیت حقوقی به ورطه نابودی کشانیده شود جزء ذات عقد محسوب می شود، خواه آن عامل ذاتی باشد و خواه عرض لازم. حقوقدانان نیز برای تعریف ماهیت های حقوقی همین معنای ذاتی را مورد تأکید قرار

عنصر پدیده معین حقوقی پیاده می‌کنیم، فقط سعی خواهیم کرد عرض مفارق را در تعریف عناصر یک ماهیت حقوقی نیاوریم. (۲۲)

البته در احصاء عناصر ذاتی عقد تفحص در قوانین امری برای یافتن عناصر و ارکان لازم برای انعقاد هر عقد به انضمام شرایط اساسی صحت معاملات ضروری به نظر می‌رسد. به عنوان مثال برخی از حقوقدانان برای عقد بیع چهارده عنصر برشمرده و آنها را در عداد عناصر ذاتی عقد بیع به حساب آورده‌اند. (۲۳)

ذات هر عقد صرف‌نظر از ارکان و اجزاء تشکیل‌دهنده آن مقتضائی دارد که این مقتضا به عنوان عیار سنجش میزان مخالفت عقد با شرط ضمن آن در نتیجه تعیین صحت و بطلان آنها به کار می‌رود، به عبارت دیگر، هرگاه بخواهیم میزان تغایر شرط و عقد در نتیجه چگونگی اثرگذاری این مغایرت را بررسی نماییم بایستی از عیار مقتضای عقد استفاده کنیم. از این‌رو هرگاه تضاد میان شرط با مقتضا به حدی باشد که جمع میان عقد و شرط امکان‌پذیر نباشد، شرط، خلاف مقتضای ذات و در نتیجه باطل و مبطل عقد می‌شود و هرگاه این تضاد به میزانی باشد که امکان جمع میان آن دو میسر باشد شرط را خلاف مقتضای اطلاق عقد و در نتیجه صحیح محسوب می‌کنیم.

ب. معیارهای تعیین مقتضای ذات عقد

در هر عقد مواردی یافت می‌شود که امکان اطلاق مقتضای ذات بر آنها وجود دارد. به تعبیر دیگر، هر کدام از آنها به تنهایی یا ترکیبی از مجموع آنها ممکن است مقتضای ذات عقد را تشکیل دهد، مع‌ذالک داوری در این مورد مستلزم دقت و تأمل کافی در این زمینه است. این موارد به شرح ذیل هستند:

۱. ارکان و اجزاء تشکیل‌دهنده عقد

شرایط اساسی صحت هر معامله در انعقاد و تشکیل عقد از اهمیت درجه اول برخوردارند. ارکان اساسی هر عقد اجزاء و عناصری هستند که قوام و دوام عقد بدان وابسته است. قصد و رضا و اهلیت متعاقدین مورد معامله و اوصاف آن از جمله ارکان

اختصاصی دیگری نیز دخیل باشند که در مقررات مربوط به هر معامله بیان می‌شوند.

۲. آثار و لوازم عقد

آثار اصلی کیفیت‌های ویژه‌ای هستند که از انشاء عمل حقوقی حاصل می‌شوند. همانند ملکیت عین در بیع، ملکیت منافع در اجاره، زوجیت در عقد نکاح و تعهد در ضمان. لزوم در لغت به معنی تبعیت و در اصطلاح به معنی امتناع انفکاک است. (۲۴) لازم و لازمه که جمع آن لوازم است، صفات و احوالی هستند که از شیء تفکیک‌ناپذیر بوده لکن در تعریف ماهیت شیء داخل نیستند. به عبارت دیگر، این صفات خارج از ذات و ماهیت شیء هستند اما نوعی ارتباط غیرقابل انفکاک با ماهیت شیء دارند همانند زوجیت برای عدد چهار، سلطه و اختیار ناشی از حق مالکیت، حق حبس، تضمین سلامت کالا، همه از لوازم عقد محسوب می‌شوند.

۳. اوامر و نواهی خارجی شارع

شارع و قانون‌گذار نظر به مصالح و مفاسدی که خود از آن آگاه است در مورد برخی از مفاد، ارکان و یا آثار معاملات ضوابطی را مقرر می‌دارد. بدیهی است که دخل و تصرف و تجاوز از حدود مقرر شارع پسندیده نیست. به عنوان مثال، اگر شارع مقدس صحت عقد را منوط به عدم غرریت یا ربوی بودن آن بداند، یا قیم را از انتقال اموال مولی‌علیه به خود یا انتقال اموال خود به او ممنوع نموده باشد این اوامر و نواهی لازم‌الاطاعة می‌باشد. مقررات مربوط به جهت نامشروع در زمره همین دسته از اوامر و نواهی قرار می‌گیرد. فروش انگور یا الکل به شخص به شرط اینکه تنها برای ساخت شراب استفاده شود، یا اجاره کشتی به شرط اینکه برای حمل مواد مخدر به کار گرفته شود، همگی از موارد نقض دستورات شارع هستند.

ج. ارزیابی معیارها

با بررسی مختصر ارکان و عناصر سازنده عقد، لوازم و آثار آن و همچنین اوامر و

بوده و هرگونه نقض و انحرافی از آنها ممکن است به کلی عقد را منتفی ساخته و یا آن را بی محتوا سازد. مع ذلک اطلاق مقتضای عقد بر همه این موارد محل تأمل است لذا ضرورت دارد که بدانیم کدام یک از عناصر و موارد یاد شده مقتضای ذات عقد محسوب می شود.

اولین معیار: اوامر و نواهی خارجی شارع

گرچه این اوامر و نواهی به نحوی با عقد در ارتباط هستند ولی صرف ارتباط و تعلق برای مقتضا محسوب کردن امری در عقد کفایت نمی کند، از این رو این شرایط را از مصادیق شرط خلاف مقتضا محسوب کردن صحیح نیست. زیرا بحث مقتضیات عقود که امری عرفی و امضائی هستند با اوامر و نواهی که شارع بعضاً برای حفظ مصالح جامعه و فرد مقرر می دارد هیچ ارتباط و تلازمی ندارد. بارزترین مصادیق این بحث ممنوعیت معامله با برخی اشخاص از سوی قانونگذار و همچنین ممنوعیت معامله با جهت نامشروع همانند ممنوعیت فروش چوب به کسی که قصد ساختن بت را دارد (۲۵)، یا ممنوعیت بیع سلاح به دشمنان اسلام یا ممنوعیت اجاره دادن مسکن برای کارهای منافی عفت می باشند.

سوالی که در خصوص این اوامر و نواهی در اینجا مطرح می شود این است که، مفاد امر و نهی جزء مقتضای ذات عقد است و در صورت تخلف از آن مقتضای ذات عقد منتفی می شود یا بطلان معامله ارتباطی به مقتضیات عقود ندارد؟ به تعبیر دیگر، هرگاه شرطی در ضمن عقد درج شود که مفاد امر یا نهی شارع را نقض نماید، آیا چنین شرطی باطل است یا خیر؟ در صورت بطلان آیا بطلان، آن به عقد نیز سرایت می کند یا خیر؟ و در صورت سرایت بطلان آیا بطلان شرط و عقد با استناد به تنافی با مقتضای ذات است یا خیر؟

سوال را چنین مطرح می کنیم که هرگاه در ضمن معامله شرطی ذکر شود که مفاد امر یا نهی شارع را نقض نماید چه تأثیری در معامله خواهد داشت، وضعیت در مورد شرط نیز همانند وضعیت معامله ای است که برخلاف اوامر و نواهی شارع منعقد شده باشد.

شود چنین شرطی باطل است و هرگاه نهی به امور خارجی غیر از ارکان تشکیل دهنده عقد تعلق گرفته باشد شرط خلاف آن معتبر و نافذ خواهد بود. البته بطلان شرط به هنگام تعلق آن به ارکان عقد نیز مستند به مخالفت آن با مقتضای عقد نیست، بلکه بطلان عقد مستند به نابسامانی عناصر و ارکان تشکیل دهنده عقد است.

مثالی را که حقوقدانان در این زمینه نقل می‌کنند این است که به موجب قانون منع ازدواج کارمندان وزارت امور خارجه با اتباع بیگانه مصوب دی ماه ۱۳۴۵ ازدواج کارمندان این وزارتخانه با اتباع بیگانه و یا کسانی که قبلاً بر اثر ازدواج به تابعیت ایران در آمده‌اند ممنوع شده است، این قاعده صرفاً دارای جنبه سیاسی است و از نظر مصلحت دولت وضع شده است زیرا ازدواج کارمندان وزارت امور خارجه با بیگانگان ممکن است زیان‌هایی برای کشور به بار آورد. (۲۶) بنابراین این‌گونه ممنوعیت‌ها چون به ارکان معامله تعلق نگرفته است بر معامله‌ای که با تخلف از آنها منعقد شده است تأثیری نمی‌گذارد. حقوقدانان نیز بر همین اندیشه تأکید داشته و می‌گویند عنصری را که قانون بر نهاد قراردادی می‌افزاید با آثار قانونی آن نهاد تفاوت دارد، عنصر ماهوی از ارکان وقوع عقد است در حالی که آثار قانونی بر قرارداد واقع شده بار می‌شود. پس نباید آن را عنصر عقد شمرد و شرطی که برخلاف آن اثر شود خلاف حکم قانون است نه مقتضای عقد. (۲۷)

دومین معیار: ارکان تشکیل دهنده عقد

برخی از اندیشمندان (۲۸) قلمرو مقتضای ذات عقد را به نحوی گسترده می‌دانند که شامل معنایی اعم از ارکان سازنده عقد، آثار و لوازم آن نیز می‌شود. این دسته معتقدند که هر رکن و عاملی که وجود و قوام عقد الزاماً بدان وابسته باشد و با غیبت آن ماهیت حقوقی به ورطه نابودی کشانیده شود در زمره ذاتیات عقد محسوب می‌شود، خواه آن عامل از ارکان تشکیل دهنده عقد و یا از آثار و لوازم عقد باشد. بنابراین طبق نظر این محققان، کلیه مقومات عقد مشتمل بر قصد و رضا، اهلیت طرفین، موضوع معامله و اوصاف آن به ضمیمه آثار و لوازم آن داخل در ذاتیات عقد بوده و هرگونه شرطی که

عقد تلقی می شود.

براساس عقیده این اندیشمندان، هرگاه دو شخص عقد بیع منعقد نموده و ضمن آن کودک بودن یکی از متعاقدین را بلامانع قلمداد کرده و یا رضای متعاقدین را غیر ضروری تصریح نمایند، چنین عقدی به همراه شرط مندرج در آن باطل می باشد. همچنین است عقد بیعی که در مورد مسجدی واقع شده و طرفین به موجب شرط ضمن آن خرید مسجد را بلاشکال بدانند یا هرگاه مال تلف شده‌ای مورد انتقال واقع شده و طرفین در عقد شرط نمایند که تلف مورد معامله اخلاقی در عقد ایجاد نکند، چنین شروطی به دلیل مخالفت با مقتضای ذات عقد باطل و مبطل هستند. به تعبیر دیگر، هر شرطی که با ساختمان حقوقی عقد تعارض داشته باشد، مشمول شرط خلاف مقتضای ذات عقد بوده و باطل و مبطل عقد است.

تحلیل و ارزیابی این نظریه: شکی نیست که مقوم ماهیت هر شیء ذاتیات آن شیء است و مراد چیزهایی است که تحقق شیء به وجود آنها وابستگی دارد و با فقدان یکی از آنها، شیء، دیگر آن شیء نخواهد بود. بارزترین مصداق این امور ذاتی نیز اجزاء تشکیل دهنده و عناصر سازنده عقد می باشند که با فقدان و غیبت هر کدام از آنها، عقد محقق نخواهد شد، لکن از تعریف ذات عقد و احصاء عناصر ذاتی عقود این نتیجه حاصل نمی شود که هرگاه شرطی با یکی از ارکان تشکیل دهنده یک عقد در تضاد و مخالفت باشد، ابطال آن معامله به استناد شرط خلاف مقتضای ذات عقد ضرورتاً درست باشد. زیرا به نظر می رسد که این قیاس به دلیل فقدان حد وسط و مردود بودن کبرای قیاس مخدوش است. چه، در قضیه اول، اطلاق ذاتیات بر ارکان داخلی عقد به اثبات رسیده و در قضیه دوم، شرط خلاف ارکان عقد مخالف مقتضای عقد تلقی شده است. بنابراین نتیجه‌ای که از این قسم حاصل می شود یعنی، بطلان عقد به استناد شرط خلاف مقتضا به هنگامی که شرط مندرج در ضمن عقد یک یا چند رکن از ارکان سازنده عقد را خدشه دار نموده است فاقد توجیه منطقی و حقوقی است.

دلایل دیگری نیز بر عدم تمامیت این نظریه وجود دارد که به بررسی آنها می پردازیم. اولاً. تحلیل و تفسیر یاد شده، با این ایراد روبه روست که در این نظریه میان شرط

ارکان هر عقد تمام و یا بخشی از ذاتیات آن را تشکیل می‌دهد و همراه با آن در تضاد باشد، خلاف ذات آن معامله محسوب می‌شود، لکن محیط بحث ما در اینجا شرطی است که با مقتضای ذات در تضاد باشد، نه با خود ذات. قبلاً، مقتضا را به معنای مطلوب و مقصود اساسی هر عقد معرفی نمودیم که متعاقدین به منظور دستیابی به آن عقد را منعقد می‌سازند. به عبارت دیگر، ذات هر عقد نتیجه و اثر اساسی را به بار می‌آورد که آن را مقتضای ذات عقد می‌نامند.

ثانیاً. نظریه مذکور با این انتقاد مواجه می‌شود که شرط خلاف مقتضای ذات عقد به هنگامی مطرح می‌شود که عقد توانایی و امکان انعقاد و ایجاد آثار را داشته، به طوری که اگر منعقد می‌شد تمام آثار خود را به بار می‌آورد. و اکنون شرط ضمن عقد با آن اثر در تضاد و تناقض باشد. به عبارت دیگر، در فرضی که هنوز ارکان اساسی سازنده عقد فراهم نیامده و ساختمان حقوقی عقد کامل نشده و امکان تحقق مفهوم عقد وجود ندارد، اثر و مقتضایی متصور نیست که بتوان شرط خلاف مقتضای ذات را تصور نمود. در این‌گونه موارد که شرطی مانع از انعقاد کامل عقد می‌گردد، بطلان عقد مستند به عدم حصول تراضی بوده و مجالی برای استناد به شرط خلاف مقتضای ذات باقی نمی‌ماند. علی‌ایحال، استناد به شرط خلاف مقتضای عقد در صورتی مطرح می‌شود که صورت خارجی توافق در قالب ارکان معامله تحقق یافته باشد.

در این‌گونه موارد، قطع و جزم طرفین بر انعقاد قرارداد محل تردید و ابهام است. به عبارت دیگر، این وضعیت نشان می‌دهد که، طرفین در مرحله انعقاد و انشاء عقد جازم نبوده و قصد آنان بر انشاء معامله محقق نشده و ارکان عقد دچار تزلزل و بی‌ثباتی است. طبیعی است که ذات چنین عقدی که هستی نیافته است، به هیچ مقتضایی هستی نبخشیده و در نتیجه شرط خلاف مقتضای ذات عقد سالبه به انتفاء موضوع می‌باشد. بنابراین وقتی که برای توجیه بطلان، توسل به عدم حصول تراضی به علت نابسامانی ارکان معامله کافی باشد، نباید آن را با مسائل مربوط به شرط خلاف مقتضای ذات عقد مخلوط کرد.

بدین ترتیب، اطلاق مقتضای ذات بر ارکان و عناصر سازنده عقد فاقد جنبه حقوقی

شرط خلاف مقتضای عقد را از شروطی که با حقیقت وجود عقد یا ارکان سازنده آن مخالف باشند، جدا و تفکیک نموده (۲۹) و توهم کسانی را که شرط عدم ثمن را مخالف مقتضای عقد قلمداد کرده‌اند، قابل دفع دانسته و می‌گویند در چنین وضعی شرط عدم ثمن، به معنای عدم اراده بیع می‌باشد، بلکه حتی بیعی در میان نیست تا خلاف مقتضای آن مورد بحث واقع شد.

سومین معیار. آثار و لوازم عقد

با رد دو معیار قبلی، مقتضای عقد منحصر در آثار و لوازم آن است. لکن نظر به وسعت و گستردگی این آثار و لوازم، تعیین قلمرو مقتضا در میان آثار و لوازم بسیار ضرورت داشته و تعیین این قلمرو مستلزم بیان ویژگی‌های مقتضای ذات عقد است.

ویژگی‌های مقتضای ذات عقد

اثر (به فتح همزه و ثاء) در لغت به معنای بقایای شیء و (به کسر همزه و سکون ثاء) به معنای صاف شده و عصاره می‌باشد. (۳۰) از نظر حقوقی اثر، کیفیت ویژه‌ای است که از انشاء عمل حقوقی حاصل می‌شود. عقود آثار اصلی و فرعی متعددی را ایجاد می‌کنند، لکن اطلاق مقتضای ذات تنها به آثاری صحیح است که واجد اوصاف و ویژگی‌های ذیل باشد.

ویژگی اول. عمده و اساسی بودن

نهایی‌ترین اثری که هر عقد پدید می‌آورد و غرض از تشریح و وضع عقد دستیابی به آن اثر بوده و سایر آثار معامله نسبت به آن جنبه فرعی دارند، مقتضای ذات عقد نامیده می‌شود. به عنوان مثال، عمل مادی کاشت درخت خرما به منظور دستیابی به ثمره و میوه آن است. سایه، هیزم و لیف خرما نیز آثاری هستند که از کاشت درخت خرما حاصل می‌شوند، ولی این آثار نسبت به ثمره و میوه درخت خرما، جنبه فرعی دارند. این وضعیت در امور اعتباری نیز صادق است. هر عمل حقوقی به منظور تحصیل یک اثر نهایی که خود سرچشمه فیاض سایر آثار است به وجود می‌آید، آن اثر عمده و مطلوب

ویژگی دوم. مستقیم بودن

اثری مقتضای ذات محسوب می‌شود که به‌طور مستقیم و بی‌واسطه از انشاء عقد حاصل شود. در مبحث عقد معلق گاه از تعلیق در انشاء و گاه از تعلیق در منشأ سخن به میان می‌آید. آنچه که در آنجا تحت عنوان منشأ شناخته می‌شود در بحث ما به مقتضای ذات عقد معروف است. همین گفته مورد قبول برخی از محققان واقع شده است. (۳۱) حقوقدانان بعضاً از مقتضای ذات عقد به «علت تعهد» تعبیر آورده و می‌گویند: هر عقدی به منظور خاصی که از نظر علمی «علت تعهد» است ایجاد می‌شود که مستقیم در اثر عقد موجود می‌گردد، که آن را مقتضای ذات عقد گویند. (۳۲) فقهای امامیه نیز ضابطه مستقیم و بلاواسطه بودن اثر را برای شناخت مقتضای ذات عقد معرفی نموده‌اند. (۳۳) مقصود از بی‌واسطه بودن اثر این است که بین عقد و اثر حاصله از آن هیچ امر دیگری فاصله نباشد، تا جایی که عرف اثر حاصله را مستقیماً ناشی از عقد بداند.

احراز رابطه علیت و سببیت میان عقد و اثر حاصله، از اهمیت به‌سزایی برخوردار است، به نحوی که هرگونه انحراف و ابهام ممکن است سرنوشت عقد را به گرداب حوادث افکنده و طومار حیات عقد را در هم پیچد. به عبارت دیگر، هرگاه اثر فرعی و تبعی یا غیرمستقیم عقد را نیز مقتضای ذات محسوب نماییم و با اندک تضادی میان عقد و شروط ضمن آن، عقد را منتفی بدانیم، معاملات متزلزل خواهند شد. حال آنکه استحکام و ثبات معاملات ایجاب می‌کند که موارد بطلان عقد را به حداقل کاهش دهیم. بدین ترتیب، هر اثری که بدون واسطه چیزی از عقد حاصل شود و طبیعت عقد، چنین اثری را به بار آورد، آن اثر را مقتضای ذات عقد می‌نامند. این‌گونه آثار در کلیه عقود یکسان نیستند بلکه بر حسب نوع عقد تفاوت می‌کند. مثلاً در بعضی اثر اصلی و اساسی انتقال ملکیت عین و در اجاره ملکیت منفعت و در ضمان تعهد به پرداخت دین دیگری است.

ویژگی سوم. عمومیت داشتن در نوع عقد

اثری را که هر عقد اقتضا نماید و در همه اقسام و انواع آن عقد وجود داشته باشد

و هر عقد اجاره اقتضای انتقال مالکیت منافع به عوض معلوم را دارد. این وضعیت در همه اقسام بیع و اجاره موجود است و از این حیث تفاوتی میان اجاره کوتاه مدت و دراز مدت یا اجاره محل سکونت و اجاره وسیله نقلیه وجود ندارد چه، در هر کدام از این حالات مقتضا ثابت است، بنابراین جریان و رواج مقتضا در همه افراد و مصادیق آن نوع عقد یکی از ویژگی های برجسته مقتضای ذات عقد به شمار می رود. (۳۴)

ویژگی چهارم. عدم قابلیت انفکاک

بارزترین ویژگی اثری که به آن مقتضای ذات گفته می شود، این است که وابستگی و تلازم غیر قابل انفصال با عقد داشته باشد، به نحوی که هرگونه انفکاک میان اثر و مؤثر یا مقتضا و عقد باعث از دست رفتن هویت عقد می شود. به تعبیر برخی محققان با وجود چنین شرطی، قصد مدلول عقد غیر ممکن است. (۳۵) ملازمه میان مفهوم عقد و مفهوم مقتضی نشانگر آن است که هرگاه به واسطه شرط ضمن عقد این اثر از عقد سلب شود، در واقع محتوی و جوهره اصلی عقد از آن در ربوده شده است، و عقد به سان پوسته ای بی محتوی از حیز انتفاع خارج شده و دوام آن توجیه عقلایی ندارد. به تعبیر دیگر، عقد فاقد محتوی در حکم عقد منتفی است. (۳۶) حاصل آنکه اثر آن چنان با مؤثر در هم آمیخته و عجین گشته است که هرگونه خدشه در اثر، سلب و اسقاط هستی عقد تلقی می شود.

نکته. برخی از محققان برای تمیز آثار اصلی با مقتضای ذات عقد از غیر آن معیار مضمون و مدلول مطابقی عقد بودن را برگزیده اند. (۳۷) براساس این نظریه آنچه که عقد به صورت دلالت مطابقه بر آن دلالت می کند مانند ملکیت اعیان در بیع و منافع در اجاره، مقتضای ذات عقد و آنچه که عقد به طور ضمنی و التزامی بر آن دلالت می نماید، مقتضای اطلاق عقد نامیده می شود. به نظر این محققان مجموعه اعلام های صریح طرفین در عقد مقتضای ذات عقد نامیده می شود.

این ضابطه علی رغم دقت و توجه طراحان آن، اطمینان بخش نیست. چه، درست است که مقتضا و اثر اصلی هر عقد، جزء مدلول مطابقی آن عقد است، ولی تمام مدلول

است که دو طرف به آنچه بیشتر اهمیت می دهند، در پیمان خود تصریح می کنند، ولی گاه نیز به پاره‌ای از امور تبعی و فرعی نیز اشاره دارند. بنابراین درست نیست که گفته شود آنچه مدلول مطابقی عقد است و به صراحت انشاء می شود مقتضای ذات عقد است، و تصریح به حال بودن ثمن یا لزوم تعادل بین دو عوض یا محل تسلیم مبیع، این امور را به ماهیت و ذات عقد تبدیل نمی کند. (۳۸) بدین ترتیب، این ویژگی در تعریف اثر اصلی (مقتضا) اخذ نخواهد شد. اینک براساس ویژگی‌ها و اوصاف احصاء شده برای مقتضای ذات می توان آن را چنین تعریف نمود: «مقتضای ذات عقد عبارتست از: اثر اصلی و اساسی که بی واسطه از عقد حاصل شده و در کلیه افراد و مصادیق آن نوع عقد موجود بوده و آن چنان با عقد ملازمه داشته باشد که رفع آن اسقاط هستی عقد محسوب شود.» هر اثری از آثار عقود که دارای ویژگی‌ها و اوصاف ذکر شده باشد بی شک از مصادیق تعریف فوق و مقتضای ذات عقد خواهد بود، و هر شرطی که چنین اثری را از عقد در رباید شرط خلاف مقتضای ذات عقد نامیده می شود. با این تعریف، لوازم و آثاری که فاقد این اوصاف باشند در زمره مقتضیات اطلاق واقع می شوند که به زودی بدان خواهیم پرداخت.

۵. مبنای بطلان شرط خلاف مقتضای ذات عقد

مبنای باطل و مبطل بودن شرط خلاف مقتضای ذات عقد در میان دانشمندان اسلامی مورد اختلاف بوده و برای توجیه باطل و مبطل بودن آن مبانی مختلفی را برگزیده‌اند.

مبنای اول. تخلف شرط از سنت و شرع

همان‌گونه که قبلاً گفتیم، سیر تحول مبحث شرط خلاف مقتضای عقد نشان می دهد که در ادوار اولیه تاریخ فقه شیعه، شرط خلاف مقتضای عقد در مباحثات فقیهان امامیه جایگاهی نداشته است. پس از آنکه در ادوار بعدی این بحث مطرح گردید همچنان آن را از توابع و فروعات شرط خلاف شرع می دانستند و در سومین مرحله از مراحل تکامل

سابقه ذهنی اندیشمندان متأخر و انس آنان با شیوه بحث پیشینیان پیرامون مسائل فقهی این بزرگان نیز بعضاً در توجیه مباحث خویش به شیوه آنان تأسی نموده‌اند.

از جمله این مسائل، موضوع شرط خلاف مقتضای عقد است که این گروه از دانشمندان مبنای باطل و مبطل بودن چنین شرطی را خلاف شرع بودن آن معرفی نموده و می‌گویند: ادله‌ای که از جانب شرع رسیده است مثل دلیل «اوفوا بالعقود» و غیره مقید آن است که عقد نباید از مقتضای خود تخلف ورزد، پس اگر به واسطه شرط مقرر شود که عقد از مقتضای خود تخلف ورزد این امر خلاف ادله وفاء به عقد بوده و در نتیجه باطل و مبطل است. انتخاب این مبنا برای توجیه بطلان شرط خلاف مقتضای ذات عقد، با دو ایراد اساسی روبه‌روست.

اولاً. قبلاً گفتیم که، عقود اموری عرفی بوده و شارع نیز امور عرفی را امضاء کرده است، بنابراین مقتضیات عقود امور شرعی نیستند که با تخلف از آنها بر خلاف شرع عمل شده باشد.

ثانیاً. با پذیرش این مبنا نقش تعیین‌کننده به شرع واگذار شده و جایی برای استناد به شرط خلاف مقتضای ذات عقد باقی نخواهد ماند، بدین ترتیب مبنای مخالفت با شرع برای توجیه بطلان شرط خلاف مقتضی عقد کفایت نمی‌کند.

مبنای دوم. اجماع

برخی از فقهاء در خصوص بطلان شرط خلاف مقتضای عقد ادعای اجماع نموده‌اند. (۳۹) به نظر می‌رسد که اجماع مورد نظر این بزرگان در فروعات مسئله است. به علاوه وقتی که قبلاً مسئله‌ای در فقه مطرح نبوده و سابقه نداشته چگونه بر آن اجماع صورت گرفته است. از سوی دیگر، از زمان طرح این مسئله در فقه نیز میان دانشمندان در خصوص بطلان یا مبنای بطلان آن اختلاف عقیده وجود داشته، بنابراین دعوی اجماع مستحکم نیست. (۴۰)

بطلان شرط انتخاب نموده‌اند. (۴۱) در حقیقت مهم‌ترین و منطقی‌ترین مبنای بطلان شرط خلاف مقتضای ذات عقد تنافی است که میان عقد و شرط بروز می‌نماید. به تعبیر دیگر عمده وجه بطلان شرط به هنگام تنافی با مقتضای عقد همان عدم امکان اجتماع صحت عقد با صحت شرط و عدم امکان اخذ به دلیل «اوفوا بالعقود» با اخذ به دلیل «وجوب وفای به شرط» است که برخی از محققان از این تنافی به قصد تحقق نقیضین تعبیر نموده‌اند. (۴۲) مقصود از این تعبیر، این است که قصد انشاء شرط مستلزم عدم قصد انشای عقد است، زیرا مفاد عقد مالکیت خریدار را مقرر می‌دارد و مفاد شرط عدم مالکیت وی را افاده می‌نماید. پس قصد مفاد هر یک مستلزم قصد عدم مفاد و مدلول دیگری است بنابراین وفای به چنین عقدی امکان‌پذیر نیست. وانگهی، وقتی که متعاقبین در انعقاد یک معامله دو اراده متضاد و مغایر با یکدیگر را ابراز می‌نمایند قصد و اراده جدی بر انجام آن معامله را ندارند. عقدی که مقید به وجود چنین شرطی باشد به لحاظ فقدان قصد واقعی بر انجام معامله محکوم به بطلان است.

۶. ماهیت حقوقی شرط خلاف مقتضای اطلاق عقد

گفتیم که در معاملات پاره‌ای از آثار وجود دارد که مستقیماً از عقد حاصل شده و هرگونه جدایی و انفکاک این آثار از عقد انتفای عقد را به دنبال خواهد داشت. این امور قبلاً تحت عنوان اثر اصلی یا مقتضای ذات بررسی شد. اما برخی آثار نیز وجود دارد که به‌طور با واسطه از عقد حاصل می‌شود. این آثار که با عقد مطلق (بی‌قید و شرط) رابطه ناگسستی دارند «مقتضای اطلاق» عقد نامیده می‌شوند. همین که مالی به ملکیت فردی درآمد، مالک نسبت به مایملک خود حق همه‌گونه تصرف اعم از اداره، استعمال و یا انتقال و اعراض را دارد، محدود ساختن اراده انسان‌ها و حق اعمال سلطه آنها بر اموال خود به جز به هنگامی که با قوانین آمره و دستورات شارع در تعارض باشد، روابط حقوقی افراد را با تزلزل و آشفتگی مواجه می‌سازد. اجمال موجود در تمیز مقتضیات از یکدیگر به تنوع تفسیرها منتهی شده و استحکام معاملات را خدشه‌دار می‌سازد. می‌دانیم که عقود مستقیماً آثار عمده‌ای را ایجاد می‌کند

یکدیگر پیوسته‌اند. عقد آثار دسته نخست را به بار آورده، آثار نخست آثار دسته دوم را به بار می‌آورد و آثار دسته دوم آثار دسته سوم را و... این تسلسل ادامه خواهد یافت، ولی باید مشخص گردد که مرز مقتضای ذات در کدام یک از مراحل مشخص خواهد شد. به عبارت دیگر در این مسیر، مقتضای ذات در کدامین نقطه متوقف خواهد شد. چه این امر یعنی تعارض شرط با آثار به بار آمده از عقد حتی در دورترین آثار، با عقل سلیم و ثبات معاملات مطابقت ندارد، به علاوه با گام نهادن در این راه دیگر معلوم نیست که در کجا باید از حرکت باز ایستاد. بنابراین بهتر است که حرکت مقتضای ذات عقد را در همان مرحله آثار مستقیم و بی‌واسطه حاصله از عقد متوقف نماییم و آثار دیگری را که بطور پی در پی از مقتضیات ذات حاصل می‌شود، جزء مقتضای اطلاق عقد محسوب نمائیم تا، از دست رفتن هر اثر که به نحوی با عقد مرتبط باشد بی‌جهت دست‌آویز بی‌ثباتی و تزلزل بنیان عقود نگردد. با این استدلال شرط خلاف این گونه آثار لطمه‌ای به هستی عقد وارد نمی‌سازد.

۷. مبنای عدم بطلان شرط خلاف مقتضای اطلاق عقد

با اینکه مقتضای اطلاق نیز آثار منبث از عقد بوده و با آن مرتبط هستند، مع‌ذالک شرط خلاف این مقتضیات، منافی عقد نیست. زیرا این‌گونه مقتضیات مخصوص حالت اطلاق عقد است، یعنی اگر متعاقدين متعرض این‌گونه آثار و لوازم نشوند عقد خودبه‌خود واجد آن آثار خواهد بود ولی هرگاه طرفین این آثار را از عقد سلب کنند، این آثار از بین رفته و به ماهیت عقد هم صدمه‌ای وارد نمی‌آید.

به عنوان مثال، می‌دانیم که مقتضای اطلاق عقد بیع آن است که ثمن به صورت نقد تأدیه شود، این عقد تنها در حالتی توانایی ایجاد این مقتضا را دارد که واجد وصف اطلاق باشد و گرنه هرگاه این وصف از عقد سلب شود، چنین مقتضایی را به‌وجود نخواهد آورد. یعنی اگر اجل معینی برای پرداخت ثمن در عقد شرط شود، این شرط در حقیقت با مقتضای عقد به جدال برنخاسته است، بلکه جدال و نزاع واقعی میان قیدی است که در قالب شرط قصد نابودی اطلاق را کرده است و چون اطلاق ذاتاً به منظور

با پیروزی قید، اطلاق عقد برداشته می‌شود و با از میان رفتن اطلاق توانایی ایجاد چنین اقتضایی از عقد سلب شده و در نتیجه مقتضایی وجود نخواهد داشت که شرط با آن مخالفت نماید. (۴۳) به تعبیر دیگر، هرگاه به موجب شرطی اطلاق عقد از میان برداشته شود، ذات آن عقد از میان نرفته بلکه قسمتی از آن معدوم و قسمتی دیگر موجود گشته و طبیعت مطلقه عقد با قسم موجود وجود یافته است. (۴۴)

ممکن است این سؤال مطرح شود که سلب توانایی از عقد برای ایجاد مقتضا به عبارت دیگر، برداشتن اطلاق عقد براساس چه معیاری توجیه می‌شود و سر این مطلب همان است که گفته شد و آن اینکه اطلاق ذاتاً به منظور اطاعت‌پذیری از قید آفریده شده است. (۴۵) بنابراین سلب حالت اطلاق از عقد امری غیر عادی و محتاج به دلیل نیست.

۸. مصادیق مشتبّه شرط خلاف مقتضای عقد

مواردی در قراردادها وجود دارد که توافق و تراضی طرفین برخلاف آنها بعضاً به عنوان شرط خلاف مقتضای ذات و بعضاً شرط خلاف مقتضای اطلاق عقد تلقی شده است. قبض و اقباض عوضین، حق حبس، انتقال ضمان معاوضی، ضمان درک، برائت از مسئولیت، کاهش یا افزایش مسئولیت در قراردادها، محدودیت تصرفات مادی یا حقوقی متعاقدین، لزوم و جواز عقود، تضامن در قراردادها، مسئولیت امین در غیر تعدی و تفریط یا معافیت او در صورت تعدی و تفریط، نحوه تقسیم سود و زیان در عقود مشارکتی و غیره از جمله مسائلی هستند که تلقی آنها به عنوان مقتضیات ذات و یا اطلاق عقد مورد اختلاف و گفتگوی فقیهان و حقوقدانان قرار گرفته است.

یادداشت‌ها:

۱. ابوالقاسم گرجی، جزوه حقوق اسلامی ۲، ص ۱۴۷.
۲. ابوالمکارم حمزة بن علی معروف به ابن زهره حلبی، غنیه النزوع، جوامع فقهیه، ص ۵۸۶.
۳. فاضل مقداد، ضد القواعد الفقهیه، ص ۹۷.
۴. محقق ثانی، جامع المقاصد، ج ۴، ص ۴۱۵.
۵. محمد ابن احمد بن سهل سرخسی، اصول سرخسی، ج ۲، ص ۲۱۲ و ۳۰۲.

- الله تعالى و كذلك البيع علة للملك شرعاً و النكاح علة للحل شرعاً و القتل العمد علة لوجوب القصاص شرعاً باعتبار ان الشرع جعلها موجبة لهذه الاحكام؛ همچنين رجوع كنيد به دكتور وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي و ادلته، ج ٤، ص ٢٠١.
٦. شاطبي، ابي اسحق، الموافقات، ج ١، ص ١٩٧ و نیز ر.ك. به، استاد محمدابوزهره، الملكية و نظرية العقد، ص ٢٢٧ و ٢٢٨.
٧. عبدالرحمن جزيري، الفقه على المذاهب الاربعه، ج ٢، ص ٢٢٨؛ «و مقتضى العقد هو مرتبه الشارع عليه». - و نیز ر.ك به ابن تيميه، فتاوى ابن تيميه، ج ٣، ص ٢٣٦؛ «ان الاحكام الثابته بافعالنا كالمالك الثابته بالبيع و ملك البضع بالنكاح، و نحن احداثا اسباب تلك الاحكام، و الشارع اثبت الحكم لثبوت سببه منا.» و نیز غزالي، مستصفي، ج ١، ص ٧٥.
٨. محقق ثاني، جامع المقاصد، ج ٤، ص ٤١٢؛ «و المراد بما يقتضيها العقد: ما وضعه في نظر الشارع على ان يكون مفيداً لها، كالمالك في البيع للمشتري و الثمن للبايع و هذا هو المقصود الاصلى». - محقق قمي، غنائم الايام، رساله في الشروط، ص ٧٣١؛ «و المراد من المقتضى على صيغه المفعول هو ما يتسبب من العقد شرعاً من حيث هو بلامدخلية شيء آخر.»
- ملا احمد نراقي، عوائد الايام، ص ٥٢، «لما كان الاصل عدم ترتب شيء من الاثار على عقد او ايقاع الامع دليل فاللازم الاقتصار في انواع الاثار و وجوها على ما يثبت ترتبه شرعاً و مالم يثبت فيحكم بعدم ترتبه.»
٩. سيدابوالقاسم خوئي، مصابح الفقاهه، ج ٣، ص ١٢، «ثم الظاهر ان لفظ البيع ليس حقيقة شرعيه و لامتشرعيه بل هو باق على معناه العرفي.»
- محمدرضا مظفر، اصول الفقه، ج ١، ص ٣٨، چاپ نشر دانش اسلامي، ١٤٠٥.
١٠. محمدابراهيم كرباسي، منهاج الاصول (تقريرات آقاضياء عراقي)، ج ١، ص ٨٩.
- ميرفتاح، عناوين الاصول، ص ٢٤٩، «ان المدار في المعاملات على ما هو طريقه الناس غالباً و لم يصدر من الشارع في هذا الباب سوى جعل شروط و بيان موانع.»
- همان كتاب، ص ٢٣٦، «ان العقود ليست من المخترعات الشرعيه بل انما هي امور مجعوله مقرره عند العقلا على نحو ما يحتاجون اليه في امر معاشهم و نظام امورهم.»
١١. حسن افشار، حقوق تطبيقي، ص ١٢٠.
١٢. ابوالقاسم گرجي، جزوه حقوق اسلامي، ج ٢، ص ١٤٩.
١٣. ميرفتاح، عناوين الاصول، ص ٢٤٩؛ و المراد بمقتضيات ذات العقد ما يتحقق ماهيت العقد و صحته بها و بانتفائها تفوت ماهيه. سواء كان ذلك من الاركان الداخليه او من اللوازم و اثار الخارجيه و المرجع في معرفة هذه الاشياء العرف في بعض المقامات بل اكثرها.

١٥. محمدرضا مظفر، المنطق، ص ٣٢، وجود لفظي: كلمات و الفاظي است كه به وسيله آن مقصود خود را بيان مي كنيم مانند كلمه قلم و كتاب.
١٦. ميرزاي نائيني، منية الطالب، ج ٢، ص ١١٢؛ فان المنشآت العقديه تارة ينشأها العاقد اولاً و بالذات و يدل العقد عليه مطابقة مثل تمليك الاعيان في البيع و المنافع في الاجاره و اخرى بتشأها العاقد تبعاً و ضمناً بحيث يعد من مداليل العقد التزاماً. مثل كون العوض نقداً للبلد او كون ما انتقل عنه صحيحاً. او غير ذلك من الامور التي يتضمنه العقد و يدل عليه بالدلالة الالتزاميه فان كان مرجع الاشتراط الى ما ينافي الاول... فهو مناف لمقتضى العقد... و ان كان مرجعه الى نفي الالتزام الضمني التبعيه... فقد عرفت انها من مقتضيات اطلاقه.
- سيد ابوالقاسم خوئي، مصباح الفقاهه، ج ٣، ص ١٩، ان الفاظ الايجاب و القبول انما تدل بدلالة المطابقه على تمليك المشتري ماله للبايع.
- عبدالرحمن جزيري، الفقه على المذاهب الاربعه، ج ٢، ص ٢٢٦، معنى كون العقد لا يقتضيه انه لا يفهم من صيغته بدون ذكره.
- ميرفتاح مراغي، عناوين الاصول، ص ٢٤٩... ان مقتضيات الذات مما دل عليه الفاظ العقود من لفظ البيع.
١٧. ابوالبقا حسيني، كليات، ص ٣٩٢ - الحد اللفظي: ما انبأ عن الشيء بلفظ اظهر عند السائل من اللفظ المسؤول عنه مرادف له كقولنا: الغضنفر: الاسد، لمن يكون عنده الاسد اظهر من الغضنفر. و الحد الحقيقي: ما انبأ عن تمام ماهيت الشيء و حقيقته كقولك في حد الانسان هو جسم نام، حساس، متحرك بالاراده، ناطق.
١٨. سيد ابوالقاسم خوئي، مصابح الفقاهه، ج ٣، ص ١١، و المتحصل مما بيناه ان استعمال اللفظ في المعنى ليس الاظهار المقاصد النفسانية بمبرز خارجي و اذن فالانشاء من مصاديق استعمال اللفظ في المعنى بلا ارتباط بايجاد المعنى باللفظ.
١٩. ابوالبقاء حسيني، كليات، ص ٣٩٢.
٢٠. جرجاني، تعريفات، ص ١١٩.
٢١. محمدرضا مظفر، المنطق، ص ٣٢٦.
٢٢. محمدجعفر جعفري لنگرودي، دائرة المعارف علوم اسلامي، منطق حقوق، ص ١٥٢٩.
٢٣. محمدجعفر جعفري لنگرودي، دائرة المعارف حقوق مدني و تجاري، ص ٤٦٣.
٢٤. ابوالبقاء حسيني، كليات، ص ٧٩٥.
٢٥. شهيد ثاني، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقيه، ج پ، ص ٢١١ - سيد محمدجواد عاملي، مفتاح الكرامه، ج ٤، ص ٣٧ - ميرزاي نائيني منية الطالب، ج ٢، ص ١٠: «الثالثة ما اذا قصد في

- صنما و لاشکال فی حرمة هذه المعاملة و فسادها»؛ منية الطالب، ج ۲، ص ۱۴۵.
۲۶. سيد حسين صفائى، حقوق خانواده، ج ۱، ص ۱۰۶.
۲۷. ناصر کاتوزيان، قواعد عمومى قراردادها، ج ۳، ص ۱۸۱.
۲۸. ميرفتاح مراغه‌اى، عناوين الاصول، ص ۲۴۹: «والمراد بمقتضيات ذات العقد ما يتحقق ماهية العقد صحته بها و بانتفائها تفوت الماهية سواء كان ذلك من الاركان الداخلية او من اللوازم و الاثار الخارجيه - سيد محمد كاظم طباطبائى، حاشيه بر مكاسب، ج ۲، ص ۱۱۲؛ «الشرط الخامس ان لا يكون منافياً لنفس العقد كان يشترط عدم العوض فى البيع».
- ميرزاى نائينى، منية الطالب، ج ۲، ص ۱۱۲؛ آخوند خراسانى، حاشيه بر مكاسب، ص ۲۴۲ - محمود شهابى، قواعد فقه، ص ۵۱ - دكتور محمد جعفر جعفرى لنگرودى، دائرة المعارف حقوق مدنى و تجارت، ج ۱، ص ۴۷۴: «هر شرطى كه موجب ناپديده گرفتن يكى از عناصر سازنده عقد باشد آن شرط مخالف مقتضای ذات آن عقد بوده و باطل است».
۲۹. خوانسارى، جامع المدارك، ج ۳، ص ۲۱۰: «اما الوجه فيختص بما لو شرط على خلاف ما يكون من مقومات العقد، كالبيع بشرط عدم الثمن و هذا فى الحقيقة مناف لحقيقة العقد للمقتضاه» - امام خمينى، كتاب البيع، ج ۵، ص ۱۸۴: «ان مقتضى العنوان - و هو كون الشرط مخالفاً لمقتضى العقد - ان يكون البحث عن مخالفته لماهية العقد و اركانه او مخالفته لاحكام المترتبة على ذات العقد او الاحكام المترتبة على العقود عليه خارجاً عن محط الكلام» - سيد ابوالقاسم خوئى، مصباح الفقاهه، ج ۷، ص ۳۰۶ - ميرزا حسن بجنوردى، قواعد الفقيهيه، ج ۴، ص ۱۸۷: «و اما لو كان الشرط سبباً لاختلال احد اركان العقد او احد شرائط العوضين او المتعاملين فهذا لا يربط له بهذه القاعده».
۳۰. خليل بن احمد فراهيدى، العين، ماده اثر - جوهرى، صحاح الغه، ماده اثر.
۳۱. ميرزا حسن بجنوردى، قواعد الفقيهيه، ج ۳، ص ۲۳۴: «عقد البيع بالمعنى المصدرى عبارة عن انشاء تملك عين متمول بعوض مالى و المنشاء بهذا الانشاء اى، التملك المذكور، مضمون العقد، و هو مقتضى العقد» - سيد ابوالقاسم خوئى، مصباح الفقاهه، ج ۷، ص ۳۰۷.
۳۲. سيد حسن امامى، حقوق مدنى، ج ۴، ص ۳۶۹.
۳۳. ملا احمد نراقى، عوائد الايام، ص ۵۰؛ سيد محمد كاظم طباطبائى، حاشيه بر مكاسب، ج ۲، ص ۱۱۲.
۳۴. شيخ مرتضى انصارى، مكاسب، ج ۳، ص ۱۶: «اذا لكلام فيما يقتضيه العقد و طبيعته السارية فى كل فرد منه لا ما يقتضيه العقد المطلق» و نیز ر.ک. به ميرزا حبيب الله رشتى، كتاب اجاره، ص ۶۱ «ان مقتضى الشئ و اثره ما كان ثابتاً له فى ضمن اى نوع او فرد منه فما كان ثابتاً لخصوص بعض انواع

۳۵. میرزا حبیب‌الله رشتی، کتاب اجاره، ص ۶۱.
۳۶. میرزای نائینی، منیه الطالب، ج ۲، ص ۱۱۱، «ان مقتضیات العقد تارة ما يقتضيه بذاته بمعنى ان سلب ذات المقتضى عنه يكون مساوفاً لنفيه و ابطاله».
۳۷. میرزای نائینی، منیه الطالب، ج ۲، ص ۱۱۲ و ۱۱۳ - میرزا حسن بجنوردی، قواعد الفقهیه، ج ۳، ص ۲۵۳.
۳۸. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، ص ۱۸۰.
۳۹. شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، ج ۳، ص ۱۶ - سید محمد کاظم یزدی، حاشیه بر مکاسب، ج ۲، ص ۱۱۲ - سید علی طباطبائی، ریاض المسائل، ج ۵، ص ۱۶۱.
۴۰. شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۳، ص ۲۰۱: «اللهم الا ان ینعقد الاجماع علی عدم الجواز و هو محل شک».
۴۱. ملا احمد نراقی، عوائد الایام، ص ۵۰ - شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، ج ۳، ص ۱۶ - خوانساری، جامع المدارک، ج ۳، ص ۲۱۰ - امام خمینی، کتاب البیع، ج ۵، ص ۱۸۵؛ میرفتاح، عناوین، ص ۲۶۱ - نائینی، منیه الطالب، ج ۲، ص ۱۱۱ - بجنوردی، قواعد الفقهیه، ج ۳، ص ۲۳۴ - سید محمد کاظم طباطبائی، حاشیه بر مکاسب، ج ۲، ص ۱۱۳.
۴۲. میرزا حسن بجنوردی، قواعد الفقهیه، ج ۳، ص ۲۳۴.
۴۳. میرزای نائینی، منیه الطالب، ج ۲، ص ۱۱۲ و ۱۱۳ «و ما هو مقتضى اطلاقه فاشترط عدمه كان رافع للاطلاق المقتضى له لا منافياً لما اقتضا مع حفظ المقتضى» - بجنوردی، قواعد الفقهیه، ج ۱، ص ۲۳۶.
۴۴. محمد شهابی، قواعد فقه، ص ۵۲.
۴۵. میرزای نائینی، منیه الطالب، ج ۲، ص ۱۱۱: «ان معنى الاطلاق صلاحيته للتقييد و صحة الاشرط علی خلافه».