

شرط ارتكازي در فقه اماميه و حقوق ايران

تاريخ دريافت: ۹۰/۴/۱۲

تاريخ پذيرش: ۹۰/۷/۲۱

محسن اسماعيلي*

اميد توکلي کيا**

چکیده

«شرط» به معنای «عهد و التزام» است و در اصطلاح تعهدی است که در ضمن عقد دیگری قرار گرفته است. مفاد شرط یا به صراحت در متن عقد ذکر می‌شود و یا نمی‌شود، اولی را «شرط صریح» و دومی را «شرط ضمنی» گویند. در رابطه با اقسام شرط ضمنی بحث شده است اما نسبت به مبحث «شرط ارتكازي» هیچ‌گونه تحقیقی صورت نگرفته است و تنها در دوران معاصر توسط برخی از فقهاء در توجیه و تبیین برخی مسائل حقوقی مورد استفاده قرار گرفته است، اما این‌که ماهیت و مفهوم این شرط و مبنای اعتبار آن چیست و این‌که در کدام دسته از اقسام شرط قرار دارد و مصادیق و آثار آن در فقه و حقوق چه می‌باشد، بحثی مطرح نگردیده است. نتایج حاصل از این تحقیق نشان می‌دهد که شرط ارتكازي شرطی است که در اذهان طرفین قرارداد رسوخ و نفوذ پیدا کرده باشد و طرفین قرارداد هر چند نسبت به آن التفات و توجه فعلی نداشته باشند، اما به گونه‌ای لازم می‌باشد. شرط ارتكازي از اقسام شرط ضمنی است و عموم ادله صحت و اعتبار شرط شامل آن نیز می‌گردد. برخی از آثار شرط ارتكازي را می‌توان در مسائلی مانند حق حبس، خیار تاخیر، خیار غبن، خیار عیب، تلف مبیع قبل از قبض، نفقه زوجه در فاصله زمانی بین عقد و عروسی، وجوب تفریح مبیع و دیگر مسائل در قلمرو فقه امامیه و حقوق ایران مشاهده نمود.

واژگان کلیدی

شرط ارتكازي، شرط ضمنی، شرط ضمن عقد، ارتكاز عرفی، بنای عقلاء.

* استادیار دانشکده معارف اسلامی و حقوق دانشگاه امام صادق علیه‌السلام

m.esmaeili@isu.ac.ir

** کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه امام صادق علیه‌السلام

omidtavakolikia@gmail.com

مقدمه

در عقود و قراردادها، برخی شروط، رایج و متداول است که در فقه اسلامی و حقوق مدنی بحث نشده است، در حالی که این دسته از شروط چنان با قراردادها قرین و ملازم می‌باشند که تفسیر قرارداد بدون در نظر گرفتن آن‌ها صحیح و عادلانه نخواهد بود. از این شروط در فقه و حقوق با عنوان عام «شروط ضمنی» یاد می‌شود و منظور از آن شروطی است که در متن عقد ذکر نمی‌شود اما داخل در مفاد آن است؛ به دلیل بنای طرفین، یا عرف و یا حکم قانون و یا ارتکاز. بر این اساس شرط ضمنی دارای اقسام ذیل می‌باشد:

۱- شرط ضمنی بنایی ۲- شرط ضمنی عرفی (متعارف) ۳- شرط ضمنی قانونی ۴- شرط ضمنی ارتکازی

در رابطه با سایر اقسام شرط ضمنی (بنایی، عرفی، قانونی) تحقیقاتی صورت گرفته است اما در متون فقهی و آثار حقوقی عنوان و مبحث مستقلی به نام «شرط ارتکازی» نداریم لذا مباحث و اقسام آن به صراحت بیان نشده است، هر چند که مفاد و مضمون آن هم در فقه و هم در حقوق مورد استفاده قرار گرفته است. ظاهراً اصطلاح «شرط ارتکازی» و یا «شرط ضمنی ارتکازی» به طور صریح در دوران معاصر وارد حوزه فقه امامیه شده است و در کتب حقوقی کمتر از این اصطلاح استفاده شده است. این شرط بیش از همه در حقوق قراردادها و تعهدات و به ویژه مبحث خیارات از جمله خیار تأخیر و خیار غبن و خیار عیب و در عقود مانند اجاره، مزارعه، ضمان و نکاح بکار می‌رود. شرط ارتکازی از شروط صحیح و معتبر است و عموم حدیث «المومنون عند شروطهم» آنرا نیز دربرمی‌گیرد و لذا همانند شروط مصرح در متن عقد لازم الوفاء می‌باشد. سیره و بنای عقلاء مهمترین دلیل اعتبار شرط ارتکازی می‌باشد.

بر این اساس در این نوشتار ابتدا مختصری پیرامون شرط ضمنی و اقسام آن بحث می‌گردد تا تفاوت شرط ارتکازی با دیگر اقسام آن روشن گردد و سپس به طور مستوفی به مبحث اصلی این نوشتار که مفهوم شرط ارتکازی و مبانی و آثار آن در فقه و حقوق می‌باشد، خواهیم پرداخت.

۱. مفهوم و اقسام شرط

در این قسمت به تعریف لغوی و اصطلاحی و سپس اقسام شرط اشاره خواهیم نمود.

۱-۱. شرط در لغت

شرط در لغت به معنای الزام و التزامی است که در ضمن یک عقد مندرج است. در کتاب قاموس قرآن آمده است: «شرط چیزی است که وجود چیزی بر آن بسته است و تحقق شرط علامت تحقق مشروط است.» (قرشی، ۱۴۱۲ ه.ق، ج ۴، ص ۱۴) در کتاب شمس العلوم گفته شده است: «الشرط: حقیقه فی عرف المتکلمین: ما لولاه لما صحَّ المشروط.» (حمیری، ۱۴۲۰ ه.ق، ج ۶، ص ۳۴۱۲)

۲-۱. شرط در اصطلاح علم حقوق

در اصطلاح حقوقی شرط یکی از این دو مفهوم را بیان می‌کند:

۱- امری که وقوع یا تاثیر عمل یا واقعه حقوقی خاص به آن بستگی دارد. برای مثال، در ماده ۱۹۰ قانون مدنی که شرایط اساسی صحت معامله را بیان می‌کند، مقصود همین معنا است. واژه شرط در فصل چهارم و مواد ۲۳۲ به بعد قانون مدنی در همین معنا به کار رفته است. (شهیدی، ۱۳۸۶، ص ۱۸)

۲- توافقی است که برحسب طبیعت خاص موضوع آن یا تراضی طرفین، در شمار توابع عقد دیگری درآمده است. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۳، صص ۱۱۲ - ۱۱۴)

۳-۱. شرط در اصطلاح فقه امامیه

۱-۳-۱. شیخ انصاری

شیخ انصاری نخستین فقیهی است که تعریف و احکام شرط را به‌طور مستقل مورد بحث قرار داده و شرط فقهی را به معنای شرط عرفی دانسته (عمید زنجانی، ۱۳۸۶، ج ۱، ص ۴۰۳) و برای آن دو معنا بیان نموده است:

- مطلق الزام و التزام در عقد بیع و دیگر عقود می‌باشد.

- معنای دوم این‌که از نبودنش نبودن چیزی دیگر لازم می‌آید، بدون در نظر گرفتن این‌که بودن آن، بودن چیز دیگری را به دنبال دارد یا نه. (انصاری، ۱۴۲۸، ج ۶، ص ۱۱)

۲-۳-۱. تعریف محقق یزدی

ایشان می‌فرماید: «شرط در لغت و عرف به معنای التزام به یک عمل می‌باشد و آنچه را که شیخ انصاری در معنای دوم شرط بیان کرده به همین معنا برمی‌گردد و به نظر ما

بهتر است که از این معنا به «جعل و تقریر» تعبیر نمائیم و دلیل این مطلب ما تبادل است چرا که متبادر از شرط مطلق جعل و تقریر است، سپس ایشان در ادامه می‌فرماید: «ظاهر اینست که شرط به معنای مطلق جعل نیست، بلکه جعل و تقریری خاصی است که به دنبال خود التزام می‌آورد و بعبارت دیگر شرط موجب محدودیت برای مشروط‌علیه می‌باشد.» (طباطبائی، ۱۴۲۹.ه.ق، ج ۲، ص، ۱۰۶)

۱-۳-۳. تعریف امام خمینی

ایشان مانند شیخ انصاری شرط را مشترک لفظی بین دو معنا معرفی می‌کند:
- الزام و التزام در ضمن معامله خواه عنوان الزام صریحا در ضمن عقد بیان شود و خواه به حمل شایع شرط شود، بلکه ظاهر این است که هرگونه قراری در ضمن معامله، اعم از این که خود الزام باشد یا مستلزم الزام باشد یا الزام از احکام آن باشد، در عرف به آن شرط گویند.

- تعلیق شیء بر شیء، یعنی آنچه که بر او چیز دیگری به صورت تکوینی یا تشریحی و جعلی وابسته و معلق گردیده باشد و بر این اساس بر تمامی شروطی که بین مردم رایج است شرط صدق می‌کند. (موسوی خمینی، ۱۳۸۴، ج ۱، ص، ۱۳۶)
البته به رغم مشابهت ظاهری تعریف امام خمینی از شرط با تعریف شیخ انصاری بین آنها تفاوت وجود دارد، زیرا از ظاهر کلام مرحوم شیخ پیدا است که «شرط» را به معنای مطلق الزام و التزام می‌داند، اما مرحوم امام خمینی «شرط» را به معنای الزام و التزام در ضمن عقد تعریف می‌کند و ثمره این تفاوت در شرط ابتدایی ظاهر می‌شود، چون «شرط» بنا بر تعریف شیخ انصاری به صورت حقیقی شرط ابتدایی را شامل می‌شود ولی بنا به نظر امام خمینی به صورت حقیقی شرط ابتدایی را دربر نخواهد گرفت. (صائمی، ۱۳۸۲، ص ۵۲)

۱-۳-۴. تعریف محقق خوئی

مرحوم خوئی در موارد متعددی در مباحث فقهیشان به تعریف شرط و تفاوت آن با قید پرداخته است. ایشان در کتاب مبانی العروه الوثقی در بحث مضاربه که ظاهرا همین تعریف مختار ایشان در معنای شرط است. (موسوی خوئی، ۱۴۱۴، ج ۱، ص ۲۹) چنین می‌فرمایند: «شرط در ضمن عقد تنها مجرد یک التزام در مقابل التزام یا امر دیگری

نیست، بلکه آن یک نوع ارتباط بین شرط و مشروط می‌باشد که مقتضای آن تعلیق نفس منشا و عقد بر التزام و پای‌بندی مشروط‌علیه به چیزی یا تعلیق التزام مشروط‌علیه به منشا و وفای به آن بر یک امری است به صورت قضیه مانعه‌الخلو که گاهی قابل جمع با یکدیگر می‌باشند. (موسوی خوئی، ۱۴۰۹ه.ق، ج ۱، صص ۴۱-۴۲)

۴-۱. اقسام شرط

شرط به معنای عام که همان ارتباط بین دو چیز با یکدیگر و لازم بودن چیزی برای دیگری باشد به عبارات مختلف دارای تقسیمات متعددی است. یکی از این تقسیمات به لحاظ ارتباط و عدم ارتباط آن با عقد می‌باشد و این تقسیم به نظر نگارنده یکی از کامل‌ترین تقسیم‌بندی‌های ارائه شده در رابطه با شرط است.

الف: شروط مستقل، شروطی که عقد مبتنی بر آنها نیست، بلکه مجرد تعهد و الزام و التزام یک‌طرف در مقابل دیگری است. به این شروط در فقه «شروط ابتدایی» یا «التزامات ابتدایی» گفته می‌شود. (میرزای نائینی، ۱۴۲۷ه.ق، ج ۳، ص ۲۳۲؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۲۸ه.ق، ج ۳، ص ۲۸۵)

ب: شروط غیر مستقل (تبعی)، شروطی که تابع و به نحوی مرتبط با عقد می‌باشند. این قسم خود به اقسام ذیل تقسیم می‌شود:

۱- «شروط قبل از عقد»، یعنی شروطی که قبل از عقدی از عقود میان طرفین گفتگو می‌شود و عقد با توجه و بنابر آن منعقد می‌گردد. این دسته از شروط «شروط تبانی» یا «شروط بنایی» نیز گفته‌اند. (میرزای نائینی، ۱۴۲۷ه.ق، ج ۳، ص ۲۳۲؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۲۸ه.ق، ج ۳، ص ۲۸۶؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ش ۶۲۳، ص ۲۰۵)

۲- «شروط ضمن عقد» یعنی شروطی که در ضمن عقدی از عقود صراحتاً و یا ضمناً گنجانده شده‌اند. این قسم از شروط به دو قسم اصلی تقسیم می‌شوند:

- «شروط صریح»، یعنی شروطی که صریحاً در ضمن عقد مورد التزام قرار می‌گیرند.

- «شروط غیر صریح»، یعنی شروطی که نه به دلالت صریح و مطابقی، بلکه به دلالت تضمنی و یا التزامی در ضمن عقد مورد التزام طرفین قرار می‌گیرند. این شروط در اصطلاح «شروط ضمنی» نامیده می‌شوند. (انصاری، ۱۴۲۸ه.ق، ج ۱، ص ۲۴۸؛

حسینی شیرازی، بی‌تا، ج ۲، ص ۲۲۸؛ نائینی، ۱۴۲۴ه.ق، ج ۱، ص ۳۹۳؛ نائینی، ۱۴۲۷ه.ق، ج ۲، ص ۱۹۸؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ه.ق، ج ۲، صص ۵۱۲ - ۵۱۳) «شروط ضمنی» نه قبل از عقد و نه در ضمن عقد به صراحت مورد مذاکره و توافق طرفین قرار نمی‌گیرند، ولی عرف و عادت و بنای عقلاء وجود آن‌ها را مسلم فرض می‌کند. (محقق داماد، ۱۳۸۸، صص ۱۶۵-۱۶۶)

۲. شرط ضمنی و اقسام آن

شرط ضمنی آن است که در متن عقد ذکر نمی‌شود اما داخل در مفاد عقد است؛ به دلیل بنای طرفین بر شرطی که قبلاً توافق نموده‌اند، یا عرف یا ارتکاز و یا حکم قانون. بر این اساس شرط ضمنی نیز دارای اقسام ذیل می‌باشد:

۱- شرط ضمنی بنایی ۲- شرط عرفی (متعارف) ۳- شرط ضمنی ارتکازی ۴- شرط ضمنی قانونی

۲-۱. شرط ضمنی بنایی

در کلمات فقهاء شرط بنایی گاهی در معنای عام و گاهی در معنای خاص به کار برده می‌شود هر چند که معمولاً در میان فقهاء متاخر معنای خاص آن بیشتر متداول است ولی با توجه به این که تبیین مفهوم شرط بنایی ما را در درک بهتر رابطه آن با سایر شروط راهنمایی می‌کند لازم است که ببینیم این شرط در ادبیات فقهی دارای چه معنا و مفهومی می‌باشد.

۲-۱-۱. شرط بنایی بالمعنی الاعم

در برخی از کلمات محقق نائینی شرط بنایی در معنی اعم در مقابل شرط ضمن عقد قرار دارد، بدین معنا که هر شرطی که در متن عقد ذکر نشود و در عقد بدان تصریح نگردیده باشد ولی قرارداد بر مبنای آن واقع شده باشد. با توجه به این مطلب شروط بنایی شامل شروط ضمنی که مدلول التزامی عقد است و شروطی که صحت عقد متوقف بر آن است و هم چنین شامل اوصاف و شروطی که از مقوله داعی و انگیزه در انعقاد عقد و قرارداد است و عقد بر مبنای آن انجام می‌شود، می‌گردد. (نائینی، ۱۴۲۷ه.ق، ج ۲، ص ۳۹۷؛ موسوی خوئی، بی‌تا، ج ۵، صص ۴۰۷ - ۴۰۸)

محقق یزدی در بیان معنای اعم شرط بنایی می‌فرماید: «شرط بنایی در معنای اعم آن شرطی است که عقد بر مبنای آن شکل می‌گیرد و اعم است از شرطی که سابق بر عقد ولی مرتبط با آن باشد و عقد مبتنی بر آن واقع می‌شود هر چند که در متن عقد ذکری از آن نشده باشد بلکه تنها قصد و اراده متعاملین به آن تعلق گرفته باشد و یا تنها گفتگو و مقوله‌ای پیشین بدون انشای تعهد در خصوص آن باشد و یا این‌که به هیچ وجه قبل از عقد نه در قالب انشاء و نه در قالب گفتگو ذکری از آن نمی‌شود ولی طرفین قرارداد ضمن آگاهی از قصد یکدیگر آن را اراده کرده‌اند.» (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ه.ق، ج ۳، ص ۲۹۳)

۲-۱-۲. شرط بنایی بالمعنی الاخص

شرط بنایی در معنای اخص عبارت است از التزاماتی که پیش از عقد، طرفین نسبت به انضمام آن به عقد توافق و سپس عقد را با لحاظ آن انشاء می‌کنند. این شرط پیش از عقد انشاء نمی‌شود بلکه صرفاً مورد بررسی قرار گرفته و رضایت طرفین در پیوستن آن به عقدی که بعداً انشاء می‌شود حاصل و اعلام می‌گردد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص ۲۰۵ - محقق داماد، ۱۳۸۸، ص ۱۷۸)

۲-۲. شرط ضمنی عرفی

گاه ملازمه میان شرط ضمنی و عقد ناشی از عرف و عادات قراردادی است، یعنی مفاد شرط چندان در قراردادی تکرار می‌شود و به گونه‌ای شیوع پیدا می‌کند که می‌توان آن را از لوازم معامله شمرد (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۱۲۴) و به تعبیر دیگر، عرف، التزام به آن را بر طرفین عقد تحمیل می‌کند، مگر این‌که خلاف آن تصریح شده باشد. در این گونه شروط گاه طرفین در حال انشاء توجه تفصیلی دارند و گاه به مفاد شرط مزبور توجه تفصیلی ندارند، و لو این‌که شرط به نحو اجمال مورد قصد آنان باشد. این گونه شروط از لوازم عرفی عقد می‌باشند و نیازی به توافق طرفین ندارند. مواردی همچون نقد بودن ثمن معامله، لزوم پرداخت فوری ثمن و تحویل مبیع و امثال آن، همه از قبیل شرط ضمنی عرفی محسوب می‌شوند. (محقق داماد، ۱۳۸۸، ص ۲۸۳)

۳-۲. شرط ضمنی قانونی

شرط ضمنی قانونی شرطی است که به حکم قانون وارد قرارداد گردیده است و وظایفی را بر عهده طرفین قرارداد می‌گذارد. این شرط ممکن است در واقع قانونمند کردن همان شرطی باشد که در اراده عمومی و نوعی عرف وجود داشته است و یا تحمیل اراده قانون‌گذار باشد که از ملاحظه نظم عمومی یا پاره‌ای مصالح دیگر ناشی شده است نه اراده متعاقدين؛ مانند قراردادهای کارگری میان کارگر و کارفرما که تابع قانون کار است هر چند در ضمن عقد بدان تصریح نشده باشد، مثلاً کارفرما ملزم به پرداخت حق بیمه کارگر است. (محقق داماد، ۱۳۸۸، ص ۲۸۶) به همین جهت گفته شده که لوازم قانونی را باید وسیله تکمیل قرارداد شمرد نه تفسیر آن و اصطلاح شرط ضمنی در این مورد برای توجیه و تعیین طبیعت و قلمرو حکم موجود و از ابزار تفسیر قانون است نه شرط واقعی. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۱۲۳)

۳. شرط ارتکازی

با توجه به این‌که شرط ارتکازی مبنای اصلی بحث در این نوشتار است لذا به‌طور جداگانه به بررسی آن می‌پردازیم. در این قسمت ابتدا معنای لغوی و اصطلاحی ارتکاز و مفهوم شرط ارتکازی و سپس به سیر تحول این شرط در فقه و حقوق و بعد از آن به عناصر و مصادیق شرط ارتکازی اشاره خواهیم نمود.

۳-۱. معنای لغوی ارتکاز

ارتکاز در لغت به معنای آن چیزی است که ثابت و مستقر باشد. (مصطفوی، ۱۴۱۶ه.ق، ج ۴، ص ۲۱۳) رکز الشیء به معنای آن چیزی است که در جای خود ثابت شد. اصل ماده «رکز» همان تثبیت و استقرار یک چیز در جایی می‌باشد مثلاً گفته می‌شود: «رکز الله المعادن فی الارض»، خداوند معادن را در زمین قرار داد.

بنابراین قرار گرفتن یک چیز در چیز دیگری به نحوی که حاکی از ثبوت و استقرار باشد و به عبارت دیگر در آن چیز رسوخ و نفوذ پیدا کرده باشد را «ارتکاز» گویند و به همین دلیل در لغت عرب به مالی که در زیر زمین قرار داشته باشد اصطلاحاً «رکاز» گفته می‌شود که منظور از آن گنج است و در احادیث آمده است که «و فی الرکاز خمس» (حر عاملی، ۱۴۰۹ه.ق، ج ۲۹، ص ۲۷۲؛ نوری، ۱۴۰۸ه.ق، ج ۷، ص

۲۸۲- مجلسی، ۱۴۰۴ه.ق، ج ۹۳، ص ۱۹۰ و ج ۱۰۱، ص ۳۹۱) و در روایتی از رسول اکرم صلی الله علیه وآله است که از ایشان سؤال شد: «و ما الرکاز؟ فقال: الذهب و الفضة الذی خلقه الله فی الأرض یوم خلقه». (طریحی، ۱۴۱۶ه.ق، ج ۴، ص ۲۱)

۲-۳. معنای اصطلاحی ارتکاز

معنای اصطلاحی ارتکاز دور از معنای لغوی آن نیست و همان مفهوم را تداعی می‌نماید. ارتکاز، نوعی ادراک و شعور ناخودآگاه به معلوماتی است که در عمق اذهان مردم رسوخ کرده و منشأ پیدایش آن به وضوح و تحقیق، برای آنان روشن نیست، هر چند اجمالا علت پیدایش آن، اعتقاد مردم به امری واحد و پای‌بندی بدان به حساب می‌آید. چه طبق این ارتکاز، سلوک عملی در خارج شکل گرفته باشد و چه نگرفته باشد.

برخی از فقهاء ارتکاز را این‌طور تعریف می‌نمایند: «ارتکاز عبارت از اندیشه ثابتی است که در ذهن نفوذ و رسوخ پیدا نموده به طوری که دست برداشتن از آن دشوار باشد؛ حتی اگر دلیلی بر خلاف آن حاصل شود.» (سیستانی، بی‌تا، ص ۲۴۹) بنابراین ارتکاز عبارت است از شعوری عمیق نسبت به نوع حکمی که انجام یا ترک آن - با توجه به وجود سیره برانجام یا ترک- از سوی عقلا و متشرعه صادر می‌گردد، بدون این‌که دقیقاً منشأ آن شناخته شود. بدین جهت هرگاه فعلی در پرتو سیره (سیره متشرعه، سیره عقلاییه) به جهت مداومت در تکرار و استمرار در ذهن سخت جای‌گزین و استقرار و ثبوت یابد، آن را «ارتکازی» گویند.

۳-۳- سیر تحول شرط ارتکازی

در این قسمت به سیر تحول شرط ارتکازی در فقه امامیه و حقوق ایران خواهیم پرداخت.

۳-۳-۱. شرط ارتکازی در فقه

اصطلاح شرط ارتکازی در چند دهه اخیر توسط برخی از فقهای معاصر مورد استعمال واقع گردیده است و قبل از آن این اصطلاح چندان رواج نداشته است، هر چند که از مشتقات واژه «ارتکاز» در موارد مختلفی در فقه استفاده شده است. فقیهی که بیش از همه اصطلاح «شرط ارتکازی» را در آثار خویش به کار برده است محقق خوبی است.

ایشان تعبیر «شرط ارتکازی» را در بسیاری از موارد مسائل حقوقی به کار می‌برد و مسائل زیادی را بر اساس آن تبیین می‌کند. ایشان گاهی از اصطلاح «شرط ضمنی» و گاهی از اصطلاح «شرط ارتکازی» استفاده می‌نماید. به طور مثال ایشان در مبنا و مدرک خیار غبن به صورت‌های گوناگونی این دو اصطلاح را مورد استفاده قرار داده است؛ گاهی فقط از شرط ضمنی استفاده می‌نماید و می‌فرماید: «ان خیار الغبن انما هو ثابت بالشرط الضمنی و بتخلفه یتبث الخیار للمشروط علیه» (موسوی خوئی، ۱۴۱۸ه.ق، ج ۷، ص ۳۳۷) گاهی از شرط ارتکازی استفاده می‌کند و می‌فرماید: «و المدرک لخیار الغبن هو تخلف الشرط الارتکازی الثابت فی المعاملات العقلانیة» (موسوی خوئی، ۱۴۲۲ه.ق، ج ۲، صص ۵۹۲ - ۶۰۱). گاهی نیز این دو اصطلاح را در ردیف هم به صورت موصوف و صفت به کار می‌برد و می‌فرماید: «استندنا فی ثبوت الخیار لدی ظهور الغبن الی تخلف الشرط الضمنی الارتکازی المقرر بین العقلاء علی مساواة العوضین فی المالیه» (موسوی خوئی، بی‌تا، ج ۴، صص ۱۴۸ - ۱۶۰) و گاهی نیز این دو اصطلاح را به طور مترادف در مورد خیار عیب به کار می‌برد و می‌فرماید: «و منها [الشروط المعتره فی ضمن العقد] عدم کون کل من الثمن أو المثلث معیبا فان الشرط الضمنی علی ذلک و الارتکازی العقلانی یقتضی کونهما خالیین عن العیب و ألا ثبت الخیار لمن کان ماله معیوبا» (موسوی خوئی، ۱۴۱۸ه.ق، ج ۷، ص ۳۳۷)

بنابراین نحوه استعمال شرط ارتکازی در آثار محقق خوئی به صورت متفاوت است و نمی‌توان با قاطعیت گفت که منظور ایشان آیا این است که شروط ضمنی همان شروط ارتکازی هستند یا این که این دو با یکدیگر فرق دارند و شرط ارتکازی غیر از شرط ضمنی می‌باشد. آنچه که از ظاهر عبارات ایشان برداشت می‌شود این است که شرط ارتکازی همان شرط ضمنی است و این دو اصطلاح مترادف یکدیگر می‌باشند و به همین خاطر ایشان گاهی از اصطلاح شرط ضمنی و گاهی از شرط ارتکازی استفاده نموده است، اما به نظر می‌رسد که این دو شرط کاملاً با یکدیگر منطبق نیستند و نسبت منطقی بین آن‌ها تساوی نیست، بلکه شرط ضمنی به معنای عام در بردارنده شرط ارتکازی می‌باشد و لذا نسبت بین آن‌ها عام و خاص مطلق می‌باشد.

پس از محقق خويى شرط ارتكازى بيش از همه در آثار شاگردان ايشان از جمله مرحوم آيت الله ميرزا جواد تبريزى نمايان است. ايشان همچون محقق خويى مبنای بسيارى از مسائل حقوقى را بر اساس شرط ارتكازى توجيه و تبين مى‌كند. (تبريزى، ۱۴۱۶ه.ق، ج ۴، صص ۵۳-۷۱-۱۶۵)

يکى ديگر از شاگردان محقق خوئى، سيد محمد كاظم مصطفوى است كه بيشتر در كتاب «فقه المعاملات» از شرط ارتكازى استفاده نموده است. (مصطفوى، ۱۴۲۳ه.ق، صص ۴۴، ۶۸، ۱۵۱، ۲۰۲، ۲۵۷، ۳۴۲، ۴۴۶؛ مصطفوى، ۱۴۲۱ه.ق، ص ۲۴۷)

از فقهای عصر حاضر نیز آیت الله سيستانی از اصطلاح شرط ارتكازى در برخى از مسائل استفاده نموده است. به عنوان مثال ايشان وجوب انفاق را از جمله شروط ارتكازى عقد نكاح مى‌داند و در صورت عدم پرداخت نفقه توسط مرد، به زوجه حق فسخ نكاح را داده است و مبنای آن را تخلف از شرط ارتكازى در ضمن عقد نكاح مى‌داند. (سيستانی، بی‌تا، ص ۲۹۶) ايشان نیز مبنای خيار غبن را شرط ارتكازى قرار مى‌دهند. (سيستانی، ۱۴۲۲ه.ق، ص ۳۱۴)

برخی ديگر نیز به تبع اين دسته از فقهاء شرط ارتكازى را در عبارات خویش به كار برده‌اند و برخى از مسائل فقهى - حقوقى را بر اساس آن مورد بحث و بررسى قرار مى‌دهند. (خالصى، ۱۴۱۵ه.ق، صص ۵۹-۶۱، جواهرى، بی‌تا، ص ۲۱۰)

۳-۲. شرط ارتكازى در علم حقوق

«شرط ارتكازى» در علم حقوق اصطلاح چندان رایج و مصطلح نیست و کمتر در آثار حقوقى حتى از آن نامى برده شده است، اما مى‌توان از برخى نوشته‌ها به اين مفهوم دست يافت و به تبين آن پرداخت.

دکتر کاتوزیان در بيان اقسام شرط ضمنى مى‌فرمايند كه مبنای ایجاد علاقه و وابستگی شرط ضمنى با مفاد عقد يکى از اين سه عامل است: الف- عقل و بدهت ب- قانون ج- عرف و عادات قراردادى.

در توضیح قسم اول مى‌فرمايد: «در پاره‌ای از موارد عقل به گونه‌ای آشکار وجود شرط را از لوازم عقد مى‌شمرد، چندان كه هيچ تردیدى در آن باقى نمى‌ماند. به عنوان مثال انجام دادن مقدمه تعهد، لازمه وفای به آن است و همچنين در جایی كه مفاد عقد،

اگر بدون وجود شرط ضمنی باشد بی‌فایده با اهداف طرفین قرارداد است مثل این‌که در حقوق انگلیس در اجاره‌های محل مسکونی این شرط ضمنی وجود دارد که محل باید از آغاز اجاره، آماده برای سکونت مستاجر باشد.» (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۱۲۲) این فرمایش که می‌گوید یکی از اقسام شرط ضمنی، ناشی از عقل و بداهت است در حقیقت همان شرط ارتكازی مورد بحث ما است و این شروط به‌گونه‌ای روشن و بدیهی است که اساساً نیازی به ذکر آن در عقد نمی‌باشد، بلکه عقد و قرارداد بدون وجود آن شرط ارتكازی عبث و بیهوده خواهد بود. در ادامه ایشان این قسم از شرط ضمنی را با توجه به منابع خارجی «شرط واقعی» می‌خواند و می‌فرماید: از سه قسم شروط ضمنی (واقعی - قانونی - عرفی) تنها «شروط واقعی» را می‌توان حقیقتاً شرط ضمنی نام نهاد و به طرفین منسوب کرد. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۳، صص ۱۲۲ - ۱۲۴) بنابراین دکتر کاتوزیان به جای استفاده از شرط ارتكازی از اصطلاح «شرط واقعی» بهره برده است.

دکتر محقق داماد تنها در یکی از کتب خویش به صراحت از شرط ارتكازی اسم می‌برند و آن را از شروط ضمنی می‌شمارد و در تعریف آن می‌گویند: «منظور از شرط ارتكازی آن دسته از شروط ضمنی است که در قرارداد تصریح نشده، ولی قصد مشترک طرفین نسبت به آن محرز باشد.» شرط ارتكازی دقیقاً همان است که در حقوق «کامن لا» آن را «term implied in act» شرط ضمنی واقعی گویند. این دسته از شروط در صورتی قابل مطالبه و الزام‌اند که احراز گردد میان طرفین معلوم بوده است. (محقق داماد، ۱۳۸۸، ص ۲۸۴)

از کنار هم قرار دادن این دو بیان دقیقاً آن‌چه که ما بیان نمودیم که منظور از شرط ضمنی واقعی همان شرط ارتكازی است، مشخص می‌شود، به عبارت دیگر بیان دوم در حقیقت مبین و مفسر بیان اول است که یکی از اقسام شرط ضمنی ناشی از عقل و بداهت می‌دانست.

دکتر لنگرودی نیز از جمله کسانی است که از فحوای عباراتشان می‌توان به مفهوم شرط ارتكازی دست یافت، ولی با وجود این که ایشان در لغات و اصطلاحات حقوقی تألیفات متعددی دارد تا جایی که مورد تتبع قرار گرفت هیچ اشاره‌ای به شرط ارتكازی

نكرده است. ايشان در جايى مى فرمايد كه عمل ممكن است ارادى يا فطرى باشد، در اين راستا اعمال ناشى از فطرت را «ارتكازى» مى شمارد و مى فرمايد بناى عقلاء در ماده ۲۶۵ قانون مدنى نيز بر اساس فطرت و ارتكاز انسان مى باشد، زيرا كه عمل مجانى از سيره و طريقه عقلاء بعيد است تا جايى كه متكدى هم بر اساس اين فطرت مى گويد: «من عوض ندارم خدا عوضتان دهد». (جعفرى لنگرودى، ۱۳۷۵، ج ۲، صص ۶۱-۶۲) در جاي ديگرى ايشان مى فرمايد: حقوق طبيعى يا فطرى را در فقه، «ارتكازيات» گويند و حديث «الخراج بالضممان» نيز از ارتكازيات است. (جعفرى لنگرودى، ۱۳۸۹، ص ۳۱۲) بنا بر اين مى توان گفت كه دكتر لنگرودى شروطى را كه از مقوله حقوق فطرى يا طبيعى انسان است كه برگرفته از فطرت و سرشت آدمى است را شروط ارتكازى مى شمارد به طورى كه عقد بدون تصريح نيز مشتمل بر آن مى باشد.

۳-۴. مفهوم شرط ارتكازى

شرط ارتكازى شرطى است كه در اذهان طرفين قرارداد رسوخ و نفوذ پيدا کرده باشد و منشأ پيدايش آن براى طرفين مشخص نباشد و هر چند طرفين قرارداد نسبت به آن توجه فعلى نداشته باشند، اما به گونه اى لازمه عقد مى باشد و داراى اعتبار هستند به طورى كه حتى بدون تصريح، قرارداد دربردارنده آن مى باشد و برخى از فقهاء آن را حقيقتاً از شروط ضمن عقد مى دانند، چرا كه در عالم ثبوت و واقع قصد مشترك طرفين به آن تعلق گرفته است. برخى ديگر در رابطه با مفهوم شرط ارتكازى گفته اند كه آن دسته از شروط ضمنى هستند كه در قرارداد تصريح نشده ولي قصد مشترك طرفين نسبت به آن محرز باشد. احراز اين گونه شروط توسط دادگاه از اوضاع و احوال حاكم بر قرارداد انجام مى شود. محقق خويى تعبير شرط ارتكازى را در بسيارى از مسائل فقهى-حقوقى را به كار مى برد و مسائل زيادى را بر اساس آن توجيه مى كند و چنين پيدا است كه ايشان اصولاً به جاي شرط ضمنى، شرط ارتكازى را به كار برده اند. به نظر ايشان شروط ضمنى به دليل وجود در ارتكاز طرفين، در حيطه مدلول التزامى عقد قرار مى گيرد و لذا لازم الوفاء مى گردد. خلاصه اين كه چنين نيست كه ايشان به دو نوع شرط ضمنى، يكي عرفى و ديگرى التزامى قائل باشند، بلكه كليۀ شروط ضمنى را شروط ارتكازى مى دانند. (محقق داماد، ۱۳۸۸، ص ۲۸۴)

۳-۵. عناصر شرط ارتکازی

برای شناخت و تبیین شرط ارتکازی می‌توان به جمع‌آوری عناصر آن اقدام نمود که بهتر از مبحث تعریف است که هر چقدر هم کامل باشد باز هم ممکن است جامع و مانع نباشد. عناصر شماری به ضمیمه اخذ به قدر متیقن از عناصر هر ماهیت، علاج اجمال عرفهای مجمل است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۹، ص ۵۱۴)

عناصر شرط ارتکازی عبارتند از:

- ۱) شرط ارتکازی از اقسام شرط صحیح است.
- ۲) شرط ارتکازی، نوعی شرط غیر صریح (ضمنی) محسوب می‌شود.
- ۳) شرط ارتکازی، مدلول التزامی الفاظ عقد است.
- ۴) لزوم در شرط ارتکازی به صورت لزوم بین است.
- ۵) لزوم بین در شرط ارتکازی به نحو بین بالمعنی الاخص است.
- ۶) شرط ارتکازی، ناشی از اندیشه و فکر ثابتی است که در عمق اذهان طرفین قرارداد رسوخ و نفوذ دارد به گونه‌ای که رفع ید از آن مشکل است.
- ۷) شرط ارتکازی برگرفته از حکم فطرت و وجدان انسان است مانند بحث رجوع جاهل به عالم و یا قدرت و توانایی که شرط تنجز تکالیف است.
- ۸) شرط ارتکازی، مبتنی بر احکام عقلایی است و عقلاء بما هم عقلاء این شرط را داخل در مفاد عقد و قرارداد می‌دانند، مانند حق حبس که بنای عقلاء بر این است که تسلیم در برابر تسلیم قرار بگیرد و لذا اگر یک طرف معامله از دادن آنچه که بر عهده اوست امتناع ورزد طرف مقابل نیز دارای چنین حقی می‌باشد.
- ۹) شرط ارتکازی سبب انصراف اطلاق الفاظ قرارداد و مانع از تمسک به اصاله الاطلاق می‌گردد.
- ۱۰) شرط ارتکازی منتسب به اراده طرفین قرارداد نمی‌باشد و ناشی از دلالت و انصراف لفظ است.

۳-۶. مصادیق شرط ارتکازی

در ذيل به برخى از مصاديق شرط ارتكازى در فقه اماميه و قانون مدنى ايران اشاره مى‌كنيم تا قلمرو اين شرط را در آثار فقهى و حقوقى مشاهده كنيم.

۱. تنجيز، يك شرط ارتكازى عقلايى است. بناى عقلا بر اين است كه عقد، منجز باشد. (حائرى، ۱۴۲۳ه.ق، ج ۲، صص ۷۲ - ۷۴)

۲. تسليم مبيع و تاديه ثمن (ماده ۳۶۲ ق.م.) به دليل شرط ارتكازى، لازم است. (موسوى خوئى، بى‌تا، ص ۳۲۲؛ طباطبايى قمى، ۱۴۰۰ه.ق، ج ۴، ص ۶۰؛ تبريزى، ۱۴۱۶ه.ق، ج ۴، صص ۵۴۳ - ۵۹۰)

۳. ماليت داشتن عوضين، شرط ارتكازى عقد بيع است. (مصطفوى، ۱۴۲۳ه.ق، ص ۴۴)
۴. پرداخت فوري ثمن بعد از عقد (مثلا بيع و اجاره)، شرط ارتكازى آن مى‌باشد. (تبريزى، بى‌تا، ج ۱، ص ۲۳۶)

۵. وجوب تفرغ مبيع همانند تسليم، شرط ارتكازى معاملات مى‌باشد و تخلف از آن موجب حق خييار است. (تبريزى، ۱۴۱۶ه.ق، ج ۴، صص ۵۸۴ - ۵۸۶)

۶. مبنای حق حبس (ماده ۳۷۷ ق.م.) به كمك شرط ارتكازى قابل توجه است. (نائينى، ۱۴۲۷ه.ق، ج ۱، ص ۱۶۶؛ تبريزى، ۱۴۱۶ه.ق، ج ۴، صص ۵۷۸ - ۵۸۶)

۷. تعادل ارزش عوضين، شرط ارتكازى قرارداد است و به همين دليل در صورت تخلف، خييار غبن به وجود مى‌آيد. (موسوى خوئى، ۱۴۱۸ه.ق، ج ۳۰، ص ۱۵۵؛ تبريزى، ۱۴۲۵ه.ق، ج ۳، ص ۸۲؛ سيستانى، ۱۴۲۲ه.ق، ص ۳۱۴؛ شبيرى زنجانى، ۱۴۱۹ه.ق، ج ۱۲، ص ۴۲۴۹؛ مصطفوى، ۱۴۲۳ه.ق، ص ۶۸؛ مصطفوى، ۱۴۲۱ه.ق، ص ۲۴۷)

۸. سلامت مبيع، شرط ارتكازى قرارداد است و در نتيجه، اگر مبيع معيوب باشد، خييار عيب به وجود مى‌آيد. (موسوى خوئى، ۱۴۱۸ه.ق، ج ۳۰، ص ۱۱۳؛ شبيرى زنجانى، ۱۴۱۹ه.ق، ج ۱۲، ص ۴۲۴۹؛ حسيني روحانى، ۱۴۲۰ه.ق، ج ۲، صص ۴۶ - ۴۷؛ مصطفوى، ۱۴۲۱ه.ق، ص ۲۴۷)

۹. تسلیم ثمن و عدم امتناع از طرف مشتری، شرط ارتكازی قرارداد است و لذا در صورت تخلف از این شرط، خیار تأخیر ثمن ایجاد می‌گردد. (تبریزی، ۱۴۱۶ه.ق، ج ۴، صص ۲۳۸-۵۳۷-۵۳۸)
۱۰. تسلیم عین مستاجر توسط موجر و ابقاء آن در نزد مستاجر، شرط ارتكازی عقد اجاره می‌باشد. (موسوی خوئی، بی‌تا، مسأله ۱۹۴، ص ۱۹۴؛ موسوی خوئی، ۱۴۱۸ه.ق، ج ۳۰، ص ۱۹۱؛ مصطفوی، ۱۴۲۳ه.ق، ص ۲۰۱)
۱۱. تسلیم زمین در عقد مزارعه هر چند اساس این عقد را تشکیل نمی‌دهد، اما شرط ارتكازی عقد مزارعه محسوب می‌شود که در صورت تخلف حق خیار ایجاد می‌شود. (حکیم، ۱۴۱۶ه.ق، ج ۱۳، ص ۸۴)
۱۲. حق فسخ در صورت غش در معامله، شرط ارتكازی معاملات است. (موسوی خوئی، ۱۴۱۶ه.ق، ج ۳، ص ۲۱۱)
۱۳. متعلق بودن نماء و منافع مبیع به مشتری خواه در بیع صحیح و خواه بیع فاسد، شرط ارتكازی بیع است. (جزایری، ۱۴۱۶ه.ق، ج ۳، ص ۲۲۳)
۱۴. مبنای حق فسخ در ماده ۶۹۰ قانون مدنی که برای مضمون‌له در صورتی که در وقت ضمان به عدم تمکن ضامن جاهل بوده باشد، شرط ارتكازی می‌باشد. (مصطفوی، ۱۴۲۳ه.ق، ص ۴۴۶)
۱۵. مبنای حق فسخ مالک در عقد مزارعه در فرضی که زارع مالک بذر باشد و در کاشت محصول کوتاهی کند و در نتیجه محصول کمی برداشت شود، تخلف از شرط ارتكازی است. (مصطفوی، ۱۴۲۳ه.ق، ص ۳۴۲)
۱۶. حق فسخ نکاح در صورت عدم تأدیه نفقه (ماده ۱۱۱۳ ق.م.) شرط ارتكازی عقد نکاح است. (سیستانی، بی‌تا، ص ۲۹۶)
۱۷. کار کردن متعارف زن در منزل شوهر از شروط ارتكازی عقد نکاح است. (تبریزی، ۱۳۷۸، ص ۲۵۲)

۱۸. عدم لزوم مباشرت در دوران عقد، شرط ارتكازى عقد نكاح است. (شبيرى زنجانى، ۱۴۱۹ه.ق، ج ۵، ص ۱۴۵۴؛ شبيرى زنجانى، ۱۴۱۹ه.ق، ج ۱۱، ص ۴۰۳۴)

۱۹. پرداختن مهریه در صورت اطلاق عقد نكاح، شرط ارتكازى اين عقد می‌باشد. (شبيرى زنجانى، ۱۴۱۹ه.ق، ج ۲۲، ص ۷۰۲۴)

۲۰. عدم وجوب پرداخت نفقه و سقوط آن از ذمه زوج در مدت زمانى میان عقد و عروسى، شرط ارتكازى در عقد نكاح می‌باشد. (موسوى خوئى، ۱۴۱۰ه.ق، ج ۲، ص ۲۸۷؛ تبریزی، ۱۴۲۶ه.ق، ج ۲، ص ۳۶۰؛ تبریزی، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۳۶۹؛ تبریزی، بی‌تا، ص ۲۱۵؛ وحید خراسانى، ۱۴۲۸ه.ق، ج ۳، ص ۳۲۶؛ طباطبایى قمى، ۱۴۲۶ه.ق، ج ۱۰، ص ۲۹۷؛ حسینی روحانى، بی‌تا، ج ۲، ص ۵۳۵؛ فیاض کابلی، بی‌تا، ج ۳، ص ۷۱)

۲۱. مجرد مرد در هنگام ازدواج با دختره باکره، شرط ارتكازى عقد نكاح است. (موسوى خمینی، ۱۴۲۲ه.ق، ج ۳، صص ۱۳۴ - ۱۳۵)

۴- مبانی شرط ارتكازى در فقه اماميه

ادله‌ای که در فقه اماميه و حقوق مؤید نفوذ و اعتبار شرط ارتكازى معرفی شده عبارت از عرف و عادت و سیره یا بنای عقلاء، مدلول التزامی عقد و عموماً و اطلاقات ادله وفای به عقد و همچنین عموم حدیث «المؤمنون عند شروطهم» می‌باشد.

۴-۱. عرف و عادت

فقیهان و حقوق‌دانان تعریف‌های گوناگونی از «عرف» با همین عنوان یا عناوینی چون «عادت»، «بنای عقلاء»، «سیره» ارائه کرده‌اند.

الف- عادت و عرف امری است که از ناحیه عقل در جان انسان‌ها جای می‌گیرد و طبع سالم و غیر آلوده به شهوات آن را می‌پذیرد.

ب- عرف عادتی است از عموم یا گروهی خاص از مردم که بر آن سیر کرده و زندگی می‌کنند، این عادت می‌تواند در شکل گفتار یا کردار یا ترک سامان یابد. در این بیان عرف و عادت هر چند سهمی از شیوع و اطراد را با خود دارد، لکن شیوع و همگانی بودنش مطلق نیست، بلکه مشکک و تابع مضاف الیه است. در این تعریف تکرار از مولفه‌های موثر در تحقق عرف قلمداد شده است و قلمرو آن در خارج جان انسان‌ها قرار داده شده و بر عینیت آن در خارج تأکید گردیده است و از منشاء آن

صحبتی به میان نیامده و داشتن منشا عقلانی و پذیرش طبع سالم بشری شرط تحقق آن محسوب نگردیده است. (علیدوست، ۱۳۸۸، ص ۵۰)

ج- طریقه عقلا (عرف عام) عبارت از استمرار عمل عقلا از آن جهت که عاقل‌اند بر چیزی است، که از آن به «بناء عرف» تعبیر می‌شود و منظور از بنا عرف، «عرف عام» است و منشا عرف گاهی جبر و قهر خارجی است که عقلا را بر طریقه‌ای وامی‌دارد لکن به مرور از مرتکبات آن‌ها می‌گردد و گاه منشا دینی و وحیانی دارد، چنان که گاه از فطرت انسان‌ها نشأت می‌گیرد. (نائینی، ۱۴۲۹.ه.ق، ج ۳، صص ۱۹۲-۱۹۳)

عرف و عادت گاهی چنان با قرارداد ملازمه پیدا می‌کند که مفاد آن داخل در شرایط قرارداد محسوب می‌شود و به صورت شرط ارتکازی درمی‌آید که به تعبیر محقق نائینی «بناء نوعی عرف و عادت بر آن دلالت دارد» (نائینی، ۱۴۲۷.ه.ق، ج ۲، ص ۳۹۷) هر چند تصریحی نسبت بدان در عقد صورت نگرفته باشد.

۴-۲. سیره عقلاء

سیره در لغت به معنای روش است و در اصطلاح اندیشمندان به راه و شیوه مستمر و بناء عملی مردم نسبت به فعل و یا ترک آن اطلاق می‌شود. سیره در اصطلاح اصولیان و محققان بر معانی زیر اطلاق می‌شود:

الف- سیره عقلاء که عبارت است از راه و شیوه عملی همه دارندگان عقل اعم از مسلمان و غیر مسلمان و این سیره را در اصطلاح «بناء عقلاء» می‌نامند.

ب- سیره اسلامی و یا سیره متشرعه که عبارت است از راه و شیوه عملی اهل اسلام بر انجام چیزی و یا ترک آن. (مظفر، بی‌تا، ج ۲، ص ۱۷۱)

بنای عقلاء که در نزد اصولیین شیعه دو قرن اخیر با اسامی «عرف عقلاء»، «سیره عقلائی»، «طریقه عقلاء»، «بنای عرف»، «سلوک و عمل عقلاء» و... نیز نام برده شده است، عرف؛ میرزای آشتیانی می‌فرماید: «المراد من العرف هم العقلاء من حیث عنوان عقلم». (آشتیانی، ۱۴۰۳.ه.ق، ج ۱، ص ۱۷۱)؛ و یا شاخه‌ای از عرف است که توسط فقه امامیه ارائه و رواج پیدا کرده است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۵، ج ۲، ص ۵۷)

مهمترین دلیل اعتبار شرط ارتکازی «سیره عقلاء» است که البته اصطلاح «بناء عقلاء» در نزد متأخرین رواج بیشتری دارد. محقق خوبی در مصباح الفقاهه مبنای اعتبار

شرط ارتکازی را «بناء عقلاء» معرفی می‌کند و می‌فرماید: «فإنها و ان لم تذكر في ضمن العقد و لكنها معتبرة فيها ببناء العقلاء عليها» (موسوی خویی، بی‌تا، ج ۷، ص ۳۵۳) یعنی شروط ارتکازی هر چند که در متن عقد بیان نمی‌شود ولی به دلیل وجود بناء عقلاء دارای اعتبار است، بنابراین مبنای اعتبار شرط ارتکازی در لسان فقهاء «سیره عقلاء» یا «بناء عقلاء» است و در لسان حقوقی «عرف عادت» است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۹، ص ۴۱۶) لذا مناسب که در اینجا مختصری در مورد ملاک حجیت سیره عقلائیه بحث شود.

۴-۲-۱. ملاک حجیت سیره عقلائیه

در این که سیره عقلائیه به چه ملاکی حجیت دارد، دو مبنا وجود دارد. مبنای اول که از آن به «امضاء» تعبیر می‌کنند، و در کلمات بزرگان مثل محقق حائری صاحب کتاب درر الفوائد آمده (حائری، بی‌تا، ج ۲، صص ۳۳ - ۳۶) این است که سیره عقلا در صورتی برای ما حجیت دارد که شارع آن را امضا فرموده باشد. باید این قطع که شارع این سیره عقلائیه را امضا کرده است، حاصل شود. بر این اساس، سکوت شارع در مقابل سیره و مجرد این که شارع از آن ردعی نکرده باشد، فایده‌ای ندارد. بلکه ما باید علم پیدا کنیم به این که شارع این سیره عقلائیه را پذیرفته است. در نتیجه، هر جا که علم به رضایت شارع و امضای شارع نداشته باشیم، کافی است تا بگوییم سیره حجیت ندارد. اما مبنای دوم که از کلمات مرحوم آخوند در کفایه (خراسانی، ۱۴۲۹ ه.ق، ص ۳۰۳) استفاده می‌شود و محقق اصفهانی در نهایه الدرایه (اصفهانی، ۱۴۲۹ ه.ق، ج ۲، ص ۲۳۳) نیز طرفدار محکم این مبنا هست، این است که در حجیت سیره عقلائیه، عدم ثبوت ردع کافی است. می‌گویند شارع مقدس نه تنها یکی از عقلا است، بلکه رئیس‌العقلا است. اگر عقلائی عالم به ملاک عقلشان مطلبی را ادراک کردند، شارع هم باید با این عقلاء متحد‌المسلک باشد. اگر گفتیم عقلاء بماهم عقلاء مطلبی را درک کردند، شارع که رئیس‌العقلا است، باید با این عقلاء متحد‌المسلک باشد. بله، جایی که شارع بالفعل با یک روش عقلاء مخالفت کند و ردع فعلی داشته باشد، در چنین موردی متوجه می‌شویم که از ملاک طبیعی خودش که اتحاد مسلک با عقلا است، عدول کرده است؛ شارع در چنین موردی روش و رأی

جدیدی دارد که با رأی عقلاء سازگاری ندارد. اما اگر شارع ردعی نکرد، قاعده و قانون اولی، اتحاد مسلک شارع با عقلا است؛ چون شارع رئیس العقلا است. فرق بین مبنای دوم با مبنای اول در این است که طبق مبنای اول که برای حجیت سیره امضای شارع لازم است، می‌گوییم بین حجیت یک شیء نزد عقلا با حجیت یک شیء نزد شارع ملازمه نیست؛ این‌طور نیست که بگوییم چیزی را که عقلاء معتبر دانستند، شارع هم باید معتبر بداند. خیر، شارع باید آن را امضاء کند و بعد از امضاء معتبر خواهد شد؛ و اگر امضا نشود، اعتبار شرعی ندارد؛ اما طبق مبنای دوم، وقتی می‌گوییم شارع رئیس العقلا و متحد المسلک با عقلا است، بین حجیت یک شیء نزد عقلا و حجیت همان شیء نزد شارع ملازمه است؛ چون شارع نیز یکی از این عقلاست. بله، در مواردی نیز می‌تواند مخالفت کند و آن جایی است که ردع فعلی اقامه کند.

۴-۳. دلالت التزامی

دلالت لفظ بر معنا (دلالت وضعیه) گاه مطابقی، گاه تضمینی و گاه التزامی است. دلالت التزامیه، دلالت لفظ بر معنایی که خارج از موضوع له باشد ولی لازم لاینفک آن معنی است. منشا تلازم بین معنای خارجی و معنای موضوع له گاهی عقل و گاهی عرف است.

دلالت التزامیه فرع دلالت مطابقی است چون دلالت لفظ بر خارج لازم پس از دلالت لفظ بر خود معنای موضوع له است و تا چنین معنایی نباشد، خارج لازمی نیست. (سبزواری، ۱۳۸۶، ج ۱، ص ۱۰۵) ادعا این است که شرط ارتکازی، مدلول التزامی قرارداد است و به دنبال انشای قرارداد آن نیز انشاء می‌گردد، زیرا که شرط ارتکازی، شرطی رایج و مرتکز در نزد عرف عقلاء می‌باشد به گونه‌ای که این عرف میان آن و قرارداد تلازم می‌بینند و از آنجا که با ایجاد ملزوم لازم نیز وجود پیدا می‌کند در نتیجه با انشای قرارداد شرط ارتکازی نیز به عنوان شرط ملازم با مفاد اصلی قرارداد وجود می‌یابد. به عنوان مثال این شرط ارتکازی مندرج در عقود معاوضی است که عوضین مورد معامله باید سالم و بدون عیب و نقص باشند و این شرط مدلول التزامی عقد است و در صورت تخلف از آن متضرر دارای حق خیار فسخ خواهد بود. در

حقيقت طرفين قرارداد به دليل اعتماد بر ارتكاز عرفى نسبت به آن سكوت نموده و عقد را به صورت مطلق انشاء کرده‌اند. فرمايش ميرزاى نائينى كه مى‌فرمايد: «ما يدلّ عليه العقد بالدلالة الالتزامية باللائم بالمعنى الأخصّ و هو ما يكون بناء العرف و العادة نوعاً عليه كاشتراط تساوى المالىن فى المالىة و اشتراط عدم كونهما معيياً و اشتراط التسليم و التسلم...» (نائينى، ۱۴۲۷هـ.ق، ج ۲، ص ۳۹۷) مويد اين گفتار مى‌باشد كه قرارداد به دلالت التزامى به لزوم بين بالمعنى الاخص دلالت بر اعتبار شرط ارتكازى مى‌كند.

۴-۴. اصل آزادى يا حاكميت اراده در قراردادها

از نظر فقهاى اماميه، اصل بر آن است كه هرگونه شرطى در هر قراردادى صحيح و لازم الاجرا است. به تعبير ديگر در فقه اماميه «اصل آزادى شروط» همانند «اصل آزادى قراردادها» در حقوق معاصر از اصول مسلم است. مقتضاي اصل مزبور آن است كه چنانچه مواردى از «شروط ضمن عقد» غير صحيح محسوب شوند، استثنا بر اصل هستند و نياز به دليل خاص دارند.

علامه حلى در مبحث نكاح كتاب قواعد الاحكام مى‌گويد: «و يلزم ما يشترط فى متن العقد اذا كان سائغاً» (حلى، ۱۴۱۳هـ.ق، ج ۳، ص ۵۳؛ عاملى كركى، ۱۴۱۴هـ.ق، ج ۱۳، ص ۳۱؛ عميدى، ۱۴۱۶هـ.ق، ج ۲، ص ۴۱۰؛ فاضل هندى، ۱۴۱۶هـ.ق، ج ۷، ص ۲۸۴) يعنى هرگونه شرطى كه در متن عقد ذكر شود لازم الوفاء است. البته آنچه كه علامه در مورد عقد نكاح مطرح کرده اختصاصى به نكاح ندارد و در ساير عقود نيز جريان دارد و علت اين كه ايشان اين بحث را در نكاح مطرح کرده آن است كه نسبت به شروط ضمن عقد نكاح در ميان فقهاى عامه قول مخالف وجود داشته است. محقق كركى در توجيه فقهى كلام علامه مى‌فرمايد: بدون ترديد تمام شروط واجد شرايط صحت- يعنى شروط غير منافی با مقتضاي عقد و شروطى كه در كتاب و سنت دليلى بر منع آنها وارد نگردیده- جايز است.

به نظر مى‌رسد منظور از اصل در استدلال محقق كركى چيزى بيش از اصل صحت و يا اصل مجاز بودن اعمال و به تعبير فقهى، اصل اباحه است؛ زيرا به نظر محقق كركى، مقتضاي اصل آن است كه هرگونه التزامى در ضمن عقد نه تنها صحيح كه لازم

الوفا است، مگر خلاف آن به موجب دلیل شرعی ثابت گردد. آن‌چه در کلام محقق کرکی تحت عنوان «اصل» آمده، همان «اصل آزادی اراده» در تعبیر علمای حقوق معاصر است. (محقق داماد، ۱۳۸۸، ص ۲۰۵)

۴-۵. عمومات وفا به عقد

به موجب آیه شریفه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (سوره مائده، آیه ۱) وفا به همه عقود، مورد امر و دستور الهی قرار گرفته است. عقود به معنای عهود است و همان‌گونه که در صحیحۀ عبدالله ابن سنان آمده است «العقود هو العهود» (سمرقندی، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۲۸۹؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ ه.ق، ج ۲۳، ص ۳۲۷؛ قمی، ۱۴۲۸ ه.ق، ج ۱، ص ۱۶۰) بنابراین، چون واژه شرط در معنی عهد به‌طور مطلق به کار رفته است، مشمول این آیه بوده، وفا به آن لازم است. (ایروانی، ۱۴۲۷ ه.ق، ج ۲، ص ۵۴)

شیخ انصاری بر اساس یک مبنای اصولی معتقد است آن‌چه از سوی شرع مستقیماً وضع و جعل می‌گردد حکم تکلیفی است و احکام وضعی نظیر ملکیت، شرطیت و سببیت، از احکام تکلیفی انتزاع می‌شوند؛ بدین معنا که وقتی شرع جواز و اباحه تصرف در مالی را برای کسی جعل می‌کند، ملکیت از آن انتزاع می‌گردد و بنابراین آیه در صدد بیان حکم تکلیفی است و حکم وضعی لزوم منتزاع از حکم تکلیفی است؛ اما پس از ایشان اکثر فقیهان معتقدند که احکام وضعی مستقیماً قابل جعلند و منظور آیه بیان حکم وضعی است و به تعبیر دیگر، هدف آیه بیان نفوذ و لزوم عقود و شروط است. (محقق داماد، ۱۴۰۶ ه.ق، ج ۲، ص ۴۰)

آیات مربوط به وفای به عهد نظیر... «وَالْمُؤْفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُوا» (سوره بقره، آیه ۱۷۷). یعنی مؤمنان کسانی هستند که به عهد خود وفا می‌کنند و «وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمَانَتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ» (سوره مومنون، آیه ۸) یعنی آنان که ادای امانت و وفای به عهد را مراعات می‌کنند، همان‌گونه که حکم عهد و پیمان بندگان با خداوند را بیان می‌کند، پیمان‌های خصوصی میان مردم را نیز در برمی‌گیرد. برای درستی شرط ضمن عقد به ادله وفای به عقد و صحت معاملات مانند «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و «الصلح جائز بین المسلمین» استدلال شده است؛ زیرا شرط از توابع و ضمائم عقد محسوب می‌شود و بنابراین دلیلی که اصل عقد را معتبر سازد، پیوسته‌های آن را نیز دربر می‌گیرد. اما این

سخن از سوی جمعی از محققان مورد نقد واقع شده است؛ لکن اگر نقد آنان راجع به شرط صریح درست باشد در مورد شرط ضمنی ارتكازی درست به نظر نمی‌رسد؛ زیرا این شرط در مرحله شکل‌گیری قرارداد به وجود می‌آید. مثلاً اگر فرض کنیم پول رایج (نقد بلد) شرط ضمنی ارتكازی ثمن معامله است، در واقع مثل این است که از آغاز قرارداد، ثمن آن محدود به پول رایج شده است. بر این اساس، دلیلی که قرارداد مزبور را قانونی می‌سازد، پول رایج (نقد بلد) بودن ثمن را نیز امضا می‌کند. بدین ترتیب برای اعتبار شرط ضمنی ارتكازی نیازی به ادله اعتبار شروط نیست؛ چرا که شرط ضمنی ارتكازی غالباً اطلاق عقد را از بین می‌برد و موجب نوعی محدودیت در قرارداد می‌گردد. این محدودیت گاه به آن‌چه از عقد پدید می‌آید (منشأ) وارد می‌شود، مثل اینکه خیار غبن بنا بر مبنای شرط ضمنی ارتكازی موجب می‌شود که ملکیت ناشی از قرارداد بیع، محدود شود به زمانی که مغبون عقد را فسخ نکرده، و گاهی به مبیع وارد می‌شود، مانند اینکه معامله برنج در آمل منصرف است به برنج همان منطقه؛ و گاه نیز به ثمن برمی‌گردد، مثل پول رایج بودن ثمن معامله.

بنابراین شرط ضمنی ارتكازی در هر فرض موجب تشکیل یک تعهد مقید و مشروط می‌شود و دلیل صحت معاملات، مانند «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» دلالت دارد بر لزوم عمل به تعهد به همان نحو که پدید آمده که البته در شرط ضمنی ارتكازی، تعهد به طور مقید و مشروط پدید آمده است.

۴-۶. عموم حدیث «المؤمنون عند شروطهم»

مفاد حدیث لزوم پایبندی مسلمانان به هرگونه شرط و التزام است که به عهده می‌گیرند و این لزوم همان‌گونه که بدون شک شرط صریح را دربرمی‌گیرد شامل شرط ارتكازی نیز می‌گردد و تنها فرقی با شرط صریح آن است که به دلیل روشنی و بدهت بدان تصریح نشده است.

عبارت «المؤمنون (المسلمون) عند شروطهم» که در روایات فوق به طرق مختلف آمده است، یک جمله خبری است و استنتاج مفهوم مورد نظر از آن، مستلزم اندکی تحلیل و تبیین نحوی است. «الف و لام» در واژه «المؤمنون» دلالت بر جنس می‌کند نه عهد؛ زیرا می‌توان آن را برداشت و به جای آن واژه «کل» قرار داد. پس این واژه افاده

عموم و استغراق می‌کند. کلمه «عند» ظرف است و نمی‌تواند برای مبتدا به تنهایی خبر قرار گیرد، بلکه باید متعلقی برای آن پیدا کرد که کلمه «ثابتون» است. همچنین واژه «شروطهم» با توجه به اینکه جمع مضاف است، افاده عموم می‌کند و بنابراین، معنای جمله چنین است: «جميع المؤمنون ثابتون عند جميع شروطهم». (موسوی بجنوردی، ۱۴۲۸ه.ق، ج ۳، صص ۲۵۲-۲۵۵) جمله «المؤمنون(المسلمون) عند شروطهم» اگر چه یک جمله خبری است، ولی در حقیقت انشای حکم است. (موسوی بجنوردی، ۱۴۲۸ه.ق، ج ۳، ص ۲۵۱) همان طور که در اصول فقه آمده است، منظور از جمله خبری در مقام انشا، اعلام نیست، بلکه بعث است و به قول فقیهان چنین جمله‌ای «آكد در بعث» است؛ زیرا جمله خبری از وقوع مطلوب در مقام طلب خبر می‌دهد؛ به طوری که گوینده‌ی جمله جز به وقوع مدلول آن راضی نیست و از این رو، جمله مؤکد است. (خراسانی، ۱۴۲۹ه.ق، ص ۷۱؛ موسوی خوئی، ۱۴۱۷ه.ق، ج ۲، ص ۱۳۳؛ حکیم، ۱۴۰۸ه.ق، ج ۱، ص ۱۶۲)

شیخ انصاری بر اساس مبنای اصولی خود معتقد است مفاد جمله مزبور، یک حکم تکلیفی است. به سخن دیگر، به موجب این قاعده، مؤمنان موظف و مکلف شده‌اند که به قراردادها و شروطشان وفا کنند؛ ولی حکم وضعی، یعنی «لزوم قراردادها» از حکم تکلیفی انتزاع می‌گردد. بعضی فقها با عقیده شیخ انصاری مخالفت کرده و معتقدند، استنباط حکم تکلیفی در مورد وفای به شرط صحیح نیست؛ زیرا اگر وفا واجب است، تخلف از آن باید مطلقاً حرام باشد، خواه مشروط له بخواهد و خواه اسقاط کند؛ در حالی که چنین نیست و در فرض اسقاط مشروط له تخلف مجاز است. بنابراین، جمله مزبور بیانگر حکم وضعی است که مفاد آن نفوذ و لزوم شرط و در نتیجه ایجاد حق برای مشروط له است. (محقق داماد، ۱۴۰۶ه.ق، ج ۲، ص ۴۰)

۵- آثار شرط ارتکازی در فقه امامیه و حقوق ایران

در این مبحث به بررسی برخی از آثار شرط ارتکازی از جمله مسائلی مانند حق حبس، خیار تأخیر، خیار غبن، خیار عیب، تلف مبیع قبل از قبض، نفقه زوجه در فاصله زمانی بین عقد و عروسی و وجوب تفریغ مبیع، در قلمرو فقه امامیه و حقوق ایران خواهیم پرداخت تا این که جایگاه و اهمیت این شرط را در مسایل فقهی - حقوقی دریابیم.

۵-۱. حق حبس

خریدار می‌تواند از پرداختن ثمن خوداری کند تا فروشنده حاضر به تسلیم مبیع شود. همین اختیار را فروشنده در مورد تسلیم مبیع دارد، یعنی می‌تواند ایفای به عهد را منوط به پرداختن ثمن کند. این اختیار متقابل از رابطه بین دو تعهد یا همبستگی ارادی آن دو استنباط می‌شود و «حق حبس» نام دارد؛ فروشنده به خاطر دست یافتن به ثمن الزام به تسلیم مبیع را پذیرفته و خریدار برای تصرف در مبیع به پرداختن ثمن تعهد کرده است. قانون‌گذار در قانون مدنی صریحاً نامی از حق حبس نبرده است ولی به مفهوم آن اشاره گردیده اما در قانون تجارت به صراحت از حق حبس حق العمل کار نام برده است. آنچه که در این مقاله مورد بحث ما می‌باشد بررسی مبنای حق حبس است. در این‌که مبنای حق حبس چیست در کتاب‌های حقوق‌دانان کمتر بدان پرداخته شده است و بیشتر به این موضوع در فقه امامیه توجه شده است. در این خصوص چهار نظریه شایع است:

۱) نظریه وجوب رد مال غیر (اردبیلی، ۱۴۰۳.ه.ق، ج ۸، ص ۵۰۴؛ بحرانی، ۱۴۰۵.ه.ق، ج ۱۹، ص ۱۵۳؛ نجفی، ج ۲۳، ص ۱۴۶؛ موسوی خوئی، بی تا، ج ۷، ص ۵۹۲)

۲) نظریه مقتضای اطلاق عقد (انصاری، ۱۴۲۸.ه.ق، ج ۶، ص ۲۶۳)

۳) نظریه حکم عقلایی مترتب بر معاوضه (موسوی خمینی، ۱۳۸۴، ج ۵، صص ۵۶۱-۵۶۲)

۴) نظریه شرط ارتكازی.

از این میان فقط در این نوشتار تنها به بررسی مبنای اخیر که شرط ارتكازی است که نظریه جدیدی در این خصوص می‌باشد خواهیم پرداخت. برخی مبنای حق حبس را «شرط ارتكازی» می‌دانند و معتقدند در عقود مبتنی بر معاوضه تملیک در مقابل تملیک است و همچنین تسلیم هر یک از طرفین عقد، یعنی فروشنده و خریدار در مقابل تسلیم طرف دیگر می‌باشد نه این‌که در این‌گونه عقود خود عقد مقتضای تملیک یا تسلیط شخص بر مال باشد به تصور این‌که مقصود از عقد حصول تسلیط به معنای جامع آن است که هم شامل سلطنت اعتباری و هم سلطنت فعلی خارجی می‌شود،

درحالی که سلطنت اعتباری که حقیقت ملکیت را در بین طرفین عقد تشکیل می‌دهد قابل انشاء است، بر خلاف سلطنت فعلی خارجی که با انشاء عقد حاصل نمی‌شود، بلکه در باب معاوضات بنای عقلاء بر این است که تملیک در مقابل تملیک و تسلیط خارجی در مقابل تسلیط صورت بگیرد. بنابراین التزام طرفین عقد به تسلیط در مقابل تسلیط شرط ارتکازی است که از مصادیق شروط ضمنی است که طرفین عقد هر چند در ضمن عقد بدان تصریح نکرده‌اند ولی نسبت به آن ملتزم شده‌اند. (اصفهانی، ۱۴۱۸ه.ق، ج ۵، ص ۳۷۲؛ نائینی، ۱۴۲۷ه.ق، ج ۱، ص ۳۵۳ و ج ۲، صص ۷۷، ۳۹۷ و ج ۳، صص ۴۰، ۴۱، ۳۱۶، ۳۲۰، ۳۴۷؛ نائینی، ۱۴۱۳ه.ق، ج ۱، ص ۳۸۸)

بنابراین موازنه تسلیم مبیع در برابر تسلیم ثمن، معروض عارضی است که حق حبس نامیده می‌شود و این عارضه از شئون موازنه تسلیم در برابر تسلیم است. پس در صورت اطلاق عقد بیع، تسلیم هم‌زمان عوضین، شرط ارتکازی عقد بیع می‌باشد که باعث انصراف آن به تسلیم مورد عقد از سوی یک‌طرف قرارداد، در برابر تسلیم دیگری است که اگر هر دو طرف امتناع از تسلیم نمایند قانون به واسطه وجود شرط ارتکازی مستتر در عقد بیع، آنان را ذی‌حق در امتناع می‌شناسد و این حق را حق حبس خوانده‌اند که مبنای آن با نظریه شرط ضمنی ارتکازی به نسبت دیگر مبانی منطبق‌تر می‌باشد.

فرمایش محقق نائینی که می‌فرماید: «لکنک خیبر بأن المورد الذی دلّ الدلیل علی جواز الحبس فیه هو مورد المعاوضات قبل الفسخ... فللشروط الضمنی من المتعاضین فإن بناءهما بحسب العاده هو التسليم و التسلم بحیث صار ذلك من الأمور الارتكازیة عند العرف فللبائع جنس المبیع لیأخذ الثمن و للمشتري حبس الثمن لیتسلم المبیع» (نائینی، ۱۴۲۷ه.ق، ج ۱، ص ۱۶۶) یعنی دلیلی که بر جواز حق حبس در عقود معاوضی قبل از فسخ دلالت دارد شرط ضمنی ارتکازی است، بدین معنی که بنای عرفی و عقلایی طرفین قرارداد بر تسلیم و تحویل مبیع توسط فروشنده به تصرف خریدار و تسلیم و قبض آن به‌وسیله خریدار می‌باشد، نیز مؤید این مطلب است که مبنای حق حبس شرط ارتکازی عقد است. آیت الله میرزا جواد تبریزی در کتاب ارشاد

الطالب كه حاشيه بر مكاسب شيخ انصارى است نيز بيان مى‌دارد كه مبنای حق حبس، شرط ارتكازى است. (تبريزى، ۱۴۱۶ه.ق، ج ۴، صص ۵۷۸-۵۸۶)

قانون مدنى هم كه در ماده ۳۶۲ مى‌گويد: عقد بيع بايع را به تسليم مبيع و مشترى را به تأديه ثمن ملزم مى‌كند، در حقيقت نظريه شرط ضمنى ارتكازى را پذيرفته است كه تسليم مبيع بايد در برابر تسليم ثمن قرار گيرد.

۲-۵. خيار تأخير

يکى ديگر از مصاديق آثار شرط ارتكازى بحث خيار تأخير مى‌باشد. توازن در تسليم عوضين چيزى است كه هدف متعاقدين را در بيع (به عنوان مثال) تشكيل مى‌دهد و آنان را متعهد مى‌كند كه به اين توازن فعليت ببنخشند. اما گاهى ممكن است در تسليم هر يك از عوضين يا هر دو تأخير رخ دهد كه سبب ايجاد حق خيار تأخير مى‌گردد.

در تعريف خيار تأخير ثمن گفته‌اند: اگر بايع مبيع را به قبض ندهد و ثمن را قبض نکند و شرط تأخير ثمن نشده باشد بيع تا سه روز لازم است، پس هر گاه مشترى در اين مدت، ثمن را بياورد آن را از بايع مى‌گيرد و گرنه بايع بدون مراجعه به دادگاه مى‌تواند يا بيع را فسخ کند يا بيع را ابقاء کند و ثمن را از مشترى بخواهد. (حسينى عاملی، ۱۴۱۹ه.ق، ج ۱۴، ص ۲۴۴؛ نجفى، بی‌تا، ج ۲۳، ص ۵۱- سبجانی تبریزی، ۱۴۲۳ه.ق، ص ۱۰۹)

برای ثبوت خيار تأخير وجود چهار شرط لازم است:

الف- مبيع عين خارجى يا در حکم آن باشد.

ب- بيع به صورت نقد باشد.

ج- سه روز از حين عقد بگذرد و بايع تمام مبيع را به مشترى تسليم نکرده باشد.

د- مشترى در ظرف سه روز از تاريخ عقد، تمام ثمن را به بايع تأديه ننموده باشد.

در صورت تحقق شرايط چهارگانه‌ی فوق، بايع مى‌تواند پس از گذشتن سه روز از

حين عقد، بيع را فسخ نمايد و مبنای اين حق فسخ شرط ارتكازى پرداخت ثمن و عدم

امتناع از طرف مشترى است. شرايط خيار تأخير ثمن برگرفته از فقه اماميه است و

مرحوم شيخ انصارى در كتاب مكاسب و شاگردان ايشان در حاشيه بر مكاسب به

تفصيل به اين موضوع پرداخته‌اند. (انصارى، ۱۴۲۸ه.ق، ج ۵، صص ۲۲۱ تا ۲۲۷؛

مامقانی، ۱۳۱۶ه.ق، ج ۳، ص ۵۰۲؛ خراسانی، ۱۴۰۶ه.ق، ص ۲۰۱؛ شهیدی تبریزی، ۱۴۰۷ه.ق، ج ۳، ص ۴۸۱ به بعد؛ تبریزی، ۱۴۱۶ه.ق، ج ۴، ص ۲۳۷؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ه.ق، ج ۳، صص ۱۱ تا ۱۷- موسوی خمینی، ۱۳۸۴، ج ۴، ص ۵۸۵؛ موسوی خوئی، بی‌تا، ج ۷، صص ۸ تا ۲۴)

برخی از فقهای معاصر در رابطه با مبنای خیار تأخیر می‌فرمایند: «إذا حصل قبض المبيع بعد العقد و لو بفصل زمان و امتنع المشتري عن أداء الثمن يكون للبائع خيار الفسخ لأن أداء الثمن و عدم الامتناع عنه شرط ارتكازي في بيع البائع و كذلك قبض المبيع و عدم امتناعه عنه شرط كذلك في شراء المشتري» (تبریزی، ۱۴۱۶ه.ق، ج ۴، ص ۲۳۸) یعنی اگر پس از عقد بیع قبض مبیع توسط بایع انجام شود و مشتری از پرداخت ثمن امتناع و خوداری نماید، بایع حق خیار فسخ دارد، زیرا پرداخت ثمن و عدم امتناع از طرف مشتری، شرط ارتکازی در بیع بایع می‌باشد و همچنین قبض مبیع و عدم امتناع از طرف بایع، شرط ارتکازی در خرید مشتری است.

به هر حال قبض ثمن و تسلیم مبیع از شرایط ثبوت حق خیار تأخیر است و این شرط از شروط ارتکازی می‌باشد که در صورت تخلف از آن برای طرف دیگر حق فسخ ایجاد می‌گردد و بر مبنای شرط ارتکازی قبض ثمن در برابر تسلیم مبیع می‌توان گفت که اگر هر یک از طرفین از تعهد خویش امتناع نماید طرف مقابل به استناد تخلف از شرط ارتکازی، حق خیار فسخ دارد؛ چرا که قبض ثمن و تسلیم مبیع شرط ارتکازی در بیع است و شرط ارتکازی همانند شرط صریح در عقد است و از طرف دیگر شرط ارتکازی مذکور از نوع شرط فعل است که تخلف از آن به موجب مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی در نهایت سبب ایجاد حق فسخ می‌باشد و ذوالخیار کسی است که طرف مقابل او که می‌بایست طبق عقد به تعهدات خویش عمل نماید از انجام تعهد خویش امتناع نماید و در اثر این تخلف متعهد له قرارداد از حق خیار فسخ برخوردار می‌گردد.

۳-۵. خیار غبن

یکی دیگر از آثار شرط ارتکازی در رابطه مدرک و مبنای خیار غبن می‌باشد. پیشینگان برای ارائه مدرک و دلیل خیار غبن تلاش بسیار به خرج داده‌اند به ویژه در فقه اهل

سنت که به برخی از احادیث متوسل شده‌اند، ولی به قدری شک و تردید در مورد تفسیر آن احادیث مطرح نموده‌اند که در واقع باید گفت آن احادیث، مصداق بارز مجمل علم اصول فقه است. شاید نظر به این نکته بوده است که شیخ انصاری در مکاسب فرموده است: مهمترین مدرک خیار غبن، اجماع است (انصاری، ۱۴۲۸.ه.ق، ج ۵، ص ۱۶۵) و حتی قاعده لا ضرر را کافی برای اثبات خیار غبن ندانسته‌اند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ص ۳۱۶)

در فقه امامیه سه مبنای گوناگون برای خیار غبن بیان شده است:

۱) «عیب اراده»، به این تعبیر که مغبون ناآگاه به آنچه واقع شده راضی نیست و معامله او مشمول نهی «خوردن مال دیگری به غیر تراضی» است.

۲) قاعده «لا ضرر»، التزام به معامله‌ای که ضرر ناخواسته به بار می‌آورد، مشمول قاعده لا ضرر است و باید نفی گردد.

۳) «شرط ارتكازی»، به این مضمون که ارزش دو عوض برابر است و با این فرض معامله انجام می‌شود.

از میان این سه مبنا در این نوشتار به مبنای شرط ارتكازی خواهیم پرداخت. شرط ارتكازی مبنای خیار غبن: در مبحث خیار غبن هر چند شیخ انصاری به نهاد شرط ارتكازی تصریح ننموده است ولی فقهای متأخر، عبارات شیخ را با همین اصطلاح تفسیر کرده‌اند. کلام میرزای نائینی در حاشیه بر مکاسب شیخ انصاری قابل توجه است که ایشان شرط ضمنی ارتكازی را کامل‌ترین مدرک خیار غبن می‌شمارد و از آن به «اتم المدارک» در باب تعبیر می‌نماید. (نائینی، ۱۴۲۷.ه.ق، ج ۳، ص ۱۰۷)

محقق یزدی نیز در حاشیه بر مکاسب خویش مبنای خیار غبن را شرط ارتكازی می‌داند و می‌فرماید: «اراده ارتكازی طرفین قرارداد بر این مستقر گشته که باید بین عوضین توازن در ارزش مالی وجود داشته باشد و این امر هر چند که در عقد بدان تصریح نمی‌گردد ولی به منزله شرط مصرح در متن عقد است و تخلف از آن از باب تخلف شرط می‌باشد که موجب خیار است.» ایشان در ادامه می‌فرماید: «اشتراط تساوی در عقود معوض نه به صورت تقیید است که تخلف از آن موجب بطلان عقد گردد و نه به صورت داعی و انگیزه که تخلف از آن هیچ ضمانت اجرایی نداشته باشد، بلکه از

باب شرط ضمنی ارتكازی است نظیر آنچه كه فقهاء در خيار عيب مطرح نموده‌اند كه وصف صحت شرط ضمنی ارتكازی است و كسانی كه اقدام به معامله می‌كنند بر این اساس است كه كالای عاری از عيب و نقص دریافت نمایند.» (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ه.ق، ج ۲، صص ۵۱۲-۵۲۷)

آیت الله خویی نیز در كتاب مصباح الاصول در دو مورد صراحتاً مبنای خيار غبن را شرط ارتكازی می‌شمارد هر چند كه در سایر عبارات ایشان گاهی از شرط ضمنی و گاهی از شرط ارتكازی استفاده می‌نماید و ظاهر همین نحوه استعمال نشان می‌دهد كه منظور ایشان (در خيار غبن) از شرط ضمنی، شرط ارتكازی است. محقق خویی در بحث قاعده لا ضرر كتاب «مصباح الاصول» در يك جا می‌فرماید: «و المدرك لخيار الغبن هو تخلف الشرط الارتكازی الثابت فی المعاملات العقلانیة من تساوی العوضین فی المالیه.» (موسوی خوئی، ۱۴۲۲ه.ق، ج ۲، ص ۵۹۲) و در جای دیگری بیان می‌كند: «و قد ذكرنا ان الدلیل علی ثبوت خيار الغبن تخلف الشرط الارتكازی، باعتبار ان بناء العقلاء علی التحفظ بالمالیة عند تبدیل الصور الشخصیه، فهذا شرط ضمنی ارتكازی و بتخلفه یثبت خيار تخلف الشرط.» (موسوی خوئی، ۱۴۲۲ه.ق، ج ۲، ص ۶۰۱) لذا به نظر ایشان اراده ارتكازی طرفین در هنگام معامله بر این است كه عوضین در مالیت ارزش مساوی داشته باشند.

بنابراین در مقام نتیجه‌گیری از بحث می‌توان گفت كه در معاملات معوض هر يك از طرفین قرارداد مالی را به دیگری می‌دهد تا عوض متعادل بگیرد و بر همین مبنا با طرف خود تراضی می‌كند. بنای برابری دو عوض چندان نوعی و عام است كه نمی‌توان اعتقاد به آن را در شمار انگیزه‌های شخصی (دواعی) آورد. دو طرف نسبت به عرف مطلع می‌باشند و بر همین مبنا وارد مذاكره می‌شوند هر چند در قرارداد، به این امر تصریح نمایند، به عبارت دیگر تساوی ارزش عوضین در مالیت از شروط ارتكازی موجود در عقود مبتنی بر معاوضه است كه تخلف از آن موجب حق خيار فسخ می‌گردد. از سوی دیگر آنچه از این راه بر معامله ساده افزوده می‌شود قید تراضی نیست تا تخلف از آن موجب بطلان معامله شود، شرطی است فرعی كه بر طبق قواعد باعث ایجاد خيار می‌شود.

ویژگی نظریه شرط ارتكازی این است که خیار غبن را نتیجه حکومت اراده می‌داند نه عیب آن و دیگر این که تمام احکام و شرایط غبن را نیز به خوبی توجیه می‌کند؛ برای مثال با فرض وجود شرط ارتكازی معلوم می‌شود که اگر مغبون آگاه از قیمت واقعی باشد، چرا خیار غبن تحقق نمی‌یابد (زیرا اگر مغبون حقیقت را بداند توازن در ارزش عوضین را بهم می‌خورد) و چرا دادن تفاوت از سوی غابن خیار غبن را ساقط نمی‌کند و چرا عرف معیار تمیز عدم توازن ارزش دو عوض است در حالی که سایر مبانی پیشنهاد شده در این زمینه دارای ضعف است و نیاز به دلایل دیگری دارد.

۵-۴. نفقه زوجه در فاصله زمانی بین عقد و عروسی

از نظر اسلام تأمین هزینه خانواده و از جمله مخارج شخصی زن به عهده مرد است، و زن از این نظر هیچ‌گونه مسئولیتی ندارد. البته تأمین هزینه‌های شخصی زن توسط شوهر اختصاص به موردی ندارد که زن از تأمین آن عاجز باشد بلکه حتی اگر وی دارای ثروت فراوانی هم باشد، الزامی ندارد که از اموال شخصی خود مخارج خویش را تأمین نماید. وجوب نفقه جزء مسلمات فقه و حقوق اسلامی است، و بر آیات و روایات واصله مبتنی می‌باشد.

بنابراین حق نفقه از جمله تکالیف و وظایفی است که با انعقاد عقد نکاح بر عهده زوج قرار می‌گیرد و وجوب آن مشروط به دو امر می‌باشد:

۱- دائمی بودن نکاح؛ ماده ۱۱۰۶ قانون مدنی می‌گوید: «در عقد دائم نفقه زن به عهده شوهر است.»

۲- تمکین زوجه؛ ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی در این خصوص مقرر می‌دارد: «هرگاه زن بدون مانع مشروع از ادای وظائف زوجیت امتناع کند مستحق نفقه نخواهد بود.» (محقق داماد، بی‌تا، ص ۲۸۹)

در رویه و عرف جاری در بین مردم در عقد نکاح به طور معمول پس از عقد و قبل از عروسی فاصله زمانی هر چند کوتاه وجود دارد که از آن به «دوران عقد» و یا «دوران نامزدی» تعبیر می‌شود. مسأله‌ای که در این رابطه مورد سؤال قرار می‌گیرد اینست که در این فاصله زمانی بین عقد و عروسی که هر کدام از زن و مرد جدا از یکدیگر زندگی می‌کنند، آیا به موجب مواد ۱۱۰۲ و ۱۱۰۶ قانون مدنی تکالیف و

وظایف هر یک از زوجین در برابر یکدیگر که ناشی از عقد نکاح است، مثل پرداخت نفقه زوجه توسط زوج و یا تمکین زوجه در فاصله زمانی پس از عقد و پیش از عروسی، به مجرد وقوع نکاح بر عهده هر یک از طرفین مستقر و ثابت می‌گردد و زوجه می‌تواند به این وسیله درخواست حق نفقه خویش را در این مدت از همسرش بنماید و یا این‌که بعدها این حق را دارد که به استناد این‌که نفقه زن دین بر عهده مرد است از دادگاه مطالبه نفقه گذشته خویش را بنماید یا خیر؟

به نظر می‌رسد که آنچه که در بین مردم مرسوم و متداول است و بنای عملی و عرف عادت آن‌ها بر اساس آن شکل گرفته و به گونه‌ای این امر در ارتکاز و عمق اذهان آنان نفوذ یافته است که پس از گذشت زمان این مسأله به صورت امری بدیهی در عقد نکاح تلقی به قبول شده است، به طوری که حتی در فرض عدم تصریح بدان لازمه مفاد عقد است و بنای طرفین بر آن استوار گردیده و تبدیل به شرط ارتکازی مندرج در عقد نکاح شده است که در فاصله زمانی بین عقد و عروسی، هنگامی که زن به خانه شوهر نرفته است از زوج نفقه نمی‌گیرند و پرداخت نفقه زوجه بر زوج واجب نیست، زیرا که عدم پرداخت نفقه زن در لحال بین عقد و عروسی، شرط ارتکازی عقد نکاح می‌باشد. سیره مستمره و رویه جاریه در جوامع اسلامی نیز مؤید همین نظریه است.

بنابراین با استناد به نظریه شرط ارتکازی ناشی از عرف و سیره عقلاء می‌توان گفت که هر چند که با توجه به اطلاق عقد نکاح و ظاهر مواد ۱۱۰۲ و ۱۱۰۶ ق.م. به مجرد وقوع عقد، مرد موظف به پرداخت نفقه زوجه است، اما شرط ارتکازی عدم وجوب پرداخت نفقه زوجه توسط زوج در مدت زمانی میان عقد و عروسی موجود در عقد نکاح که ناشی از عرف عقلاء است باعث انصراف آن در این مورد خاص گردیده است. در تأیید این‌که مبنای عدم وجوب پرداخت نفقه بین عقد و عروسی، شرط ارتکازی است به نقل عبارات برخی از فقهای امامیه در ذیل اشاره می‌نماییم. برخی از فقهاء معاصر به این مبنا اشاره داشته و فرموده‌اند: «لا تجب نفقه الزوجه فی الزمان الفاصل بین العقد و الزفاف، فإن الارتکاز العرفی قرینه علی إسقاطها فی هذه المدة» (موسوی خوئی، ۱۴۱۰ه.ق، ج ۲، ص ۲۸۷؛ تبریزی، ۱۴۲۶ه.ق، ج ۲، ص ۳۶۰؛

تبریزی، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۳۶۹؛ تبریزی، بی‌تا، ص ۲۱۵؛ وحید خراسانی، ۱۴۲۸ ه.ق، ج ۳، ص ۳۲۶؛ طباطبایی قمی، ۱۴۲۶ ه.ق، ج ۱۰، ص ۲۹۷؛ حسینی روحانی، بی‌تا، ج ۲، ص ۵۳۵؛ فیاض کابلی، بی‌تا، ج ۳، ص ۷۱؛ یعنی نفقه زوجه در زمان بین عقد و عروسی بر مرد واجب نیست زیرا که ارتكاز عرفی دلالت بر اسقاط آن در این مدت دارد.

منظور از ارتكاز عرفی را برخی این‌گونه توضیح داده‌اند: «ارتكاز عرفی عبارت است از مفاهیم که در اثر وجود عرف و عادت در اذهان مردم ثابت و مستقر گردیده به عبارت دیگر مردم در اعمال و عادات و معاملات و گفتارشان بر آن اعتماد می‌کنند و بیشتر شبیه یک عادت اجتماعی است.» (حسینی روحانی، بی‌تا، ج ۲، ص ۵۳۵)

آیت الله تبریزی نیز در سؤالی که از ایشان شده است در رابطه با این موضوع اشاره شده است می‌فرماید: «اگر ارتكاز عرفی بر اسقاط نفقه در مدت بین عقد و زفاف است، حق مطالبه نفقه را ندارد، مگر اینکه زن برای زفاف حاضر باشد ولی زوج او را به خانه خود نمی‌برد که در این صورت حق مطالبه نفقه زوجه ثابت است.» (تبریزی، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۳۶۹؛ تبریزی، بی‌تا، ص ۲۱۵)

این آثار را می‌توان در خیار عیب، تلف مبیع قبل از قبض و وجوب تفریح مبیع نیز پی‌گرفت که به دلیل طولانی شدن مقاله در مجالی دیگر به این آثار خواهیم پرداخت.

نتیجه‌گیری

۱- شرط ارتكازى شرطی است که بر اساس ارتكاز عرف باید در دو طرف معامله و عقد وجود داشته باشد و به حکم عقلا عقد نمی‌تواند بدون وجود آن صحیح باشد.

۲- علت به وجود آمدن ارتكاز عرفی نسبت به شرط ارتكازى یکی از این دو امر زیر می‌تواند باشد:

الف. قرینه‌ حالیه و مقامیه در یک عقد خاص؛ در صورت وجود قرینه‌ حالی یا مقامی روشن که بر التزام دو طرف معامله به وجود وصف یا شرطی در امر مورد معامله دلالت کند وجود آن شرط و وصف الزامی خواهد بود به طوری که در صورت عدم وجود آن حق فسخ و به هم زدن عقد برای طرف دیگر ایجاد خواهد شد.

ب. ارتکاز عرفی عام در جامعه نسبت به متعارف بودن وجود صفت و خصوصیتی در یک معامله؛ در صورتی که وجود خصوصیت و یا شرطی در یکی از دو کالا یا دو طرف معامله در جامعه به صورت عادت و متعارف درآمده باشد دیگر ذکرش لازم نیست و عقد خود به خود «مبنیاً علیه» واقع می‌شود به طوری که اگر عدم وجود آن وصف و شرط بعداً محرز شد حق فسخ برای دیگری ایجاد می‌شود.

۳- اصطلاح شرط ارتکازی در چند دهه اخیر توسط برخی از فقهای معاصر مورد استعمال واقع گردیده است و قبل از آن این اصطلاح چندان رواج نداشته است، هر چند که از مشتقات واژه «ارتکاز» در موارد مختلفی در فقه استفاده شده است. فقهایی مانند محقق خویی و آیت الله میرزا جواد تبریزی و آیت الله سیستانی و سید محمد کاظم مصطفوی بیش از همه اصطلاح «شرط ارتکازی» در آثار خویش را به کار برده‌اند.

۴- اصطلاح شرط ارتکازی به طور صریح در قانون و حتی کتب حقوقی بکار نرفته است و لذا باید رد پای شرط ارتکازی را باید در موادی که اشاره به شرط ضمنی و یا احاله به عرف و عادت و یا بنای عقلاء نموده است، بیابیم و از طرف دیگر شرط ارتکازی نوعی شرط ضمنی است و لذا می‌توان موادی که اشاره به شرط ضمنی به طور مطلق را دارد از جمله مواد ۲۲۵ و ۴۵۴ و ۳۴۴ و ۳۸۲ و ۵۲۱ و ۶۳۲ و ... قانون مدنی را شامل آن دانست.

۵- مصادیق شرط ارتکازی را می‌توان در برخی از عقود مانند عقد بیع، عقد اجاره، عقد مزارعه، عقد ضمان و عقد نکاح و بسیاری از مسائل حقوقی مانند حق حبس، قبض و اقباض، تنجیز، خیار غبن، خیار عیب، خیار تأخیر، حق فسخ در صورت غش در معامله، تلف مبیع قبل از قبض، نفقه زن در دوران عقد، کار کردن متعارف زن در منزل، حق فسخ در صورت عدم تأدیه نفقه و ... مشاهده نمود.

۶- ادله‌ای که در فقه امامیه مؤید نفوذ و اعتبار شرط ارتکازی معرفی شده عبارت از عرف و عادت و سیره یا بنای عقلاء، مدلول التزامی عقد و عموماً و اطلاقات ادله وفای به عقد و همچنین عموم حدیث «المؤمنون عند شروطهم» می‌باشد.

۷- برخی از آثار شرط ارتکازی در مسائلی مانند حق حبس، خیار تأخیر، خیار غبن، خیار عیب، تلف مبیع قبل از قبض، وجوب تفریغ مبیع، تعدیل قرارداد، نفقه زوجه

در فاصله زمانی بین عقد و عروسی، وجوب تفریح مبیع و غیره در قلمرو فقه امامیه و حقوق ایران قابل مشاهده و بررسی است و مبنای این مسائل در حوزه فقه و حقوق مبتنی بر شرط ارتكازی مندرج در مفاد قرارداد می‌باشد و بر اساس این شرط مورد تبیین و توجیه قرار می‌گیرد.

منابع کتاب فارسی

- تبریزی، میرزا جواد (۱۳۷۸)، *استفتائات جدید*، قم: انتشارات سرور.
- همو (بی‌تا)، *رساله احکام بانوان*، قم: انتشارات سرور.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۵)، *دانشنامه حقوقی*، تهران: انتشارات امیر کبیر.
- همو (۱۳۸۱)، *فلسفه عمومی حقوق بر پایه اصالت عمل (تنوری موازنه)*، تهران: انتشارات گنج دانش.
- همو (۱۳۸۷)، *تأثیر اراده در حقوق مدنی*، تهران: انتشارات گنج دانش.
- همو (۱۳۸۹)، *وسیط در ترمینولوژی حقوق*، تهران: انتشارات گنج دانش.
- شبییری زنجانی، سید موسی (۱۴۱۹)، *کتاب نکاح*، قم: موسسه پژوهشی رای پرداز.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۶)، *شروط ضمن عقد*، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.
- صائمی، علی اصغر (۱۳۸۲)، «شروط ابتدایی در فقه و بررسی ماده ۱۰ قانون مدنی»، *مجله تخصصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی - الهیات و حقوق*، سال سوم، ش ۹ و ۱۰.
- علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۸۸)، *فقه و عرف*، تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۸۶)، *قواعد فقه بخش حقوق خصوصی*، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت).
- قرشی، سید علی اکبر (۱۴۱۲)، *قاموس قرآن*، تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷)، *قواعد عمومی قراردادها*، تهران: شرکت سهامی انتشار.

محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۸)، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

همو (۱۴۰۶)، قواعد فقه، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

همو (بی‌تا)، بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
موسوی خمینی، سید روح الله (۱۴۲۲)، استفتائات، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

کتاب عربی

آشتیانی، میرزا حسن (۱۴۰۳.ق)، بحر الفوائد فی شرح الفرائد، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.

اردبیلی، احمد (۱۴۰۳.ق)، مجمع الفوائد و البرهان فی شرح ارشاد الازدهان، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

اصفهانی، محمد حسین (۱۴۱۸.ق)، حاشیه کتاب مکاسب، قم: أنوار الهدی.

همو (۱۴۲۹.ق)، نهایی الدرایه فی شرح الکفایه، بیروت - لبنان: موسسه آل البيت لاحیاء التراث.

انصاری، مرتضی (۱۴۲۸.ق)، مکاسب، قم: مجمع الفکر الاسلامی.

ایروانی، باقر (۱۴۲۷.ق)، دروس تمهیدیه فی الفقه الاستدلالی علی المذهب الجعفری، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.

بحرانی، شیخ یوسف (۱۴۰۵.ق)، الحدائق الناضره فی أحكام العتره الطاهره، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

تبریزی، میرزا جواد (۱۴۱۶.ق)، ارشاد الطالب الی التعلیق علی مکاسب، قم: موسسه اسماعیلیان.

جزایری، سید محمد جعفر (۱۴۱۶.ق)، هدی الطالب فی شرح مکاسب، قم: موسسه دار الکتاب.

جواهری، حسن محمد تقی (بی‌تا)، رسائل فقهیه - الربا فقهیاً و اقتصادياً، قم: دار الهدی.

حائری، سید کاظم (۱۴۲۳.ق)، فقه العقود، قم: مجمع اندیشه اسلامی.

- حائری، عبد الکریم (بی تا)، *درر الفوائد*، قم: چاپخانه مهر.
- حر عاملی، شیخ محمد بن حسن (۱۴۰۹ ه.ق)، *وسائل الشیعه الی تحصیل مسایل الشریعه*، قم: موسسه آل البیت علیه السلام.
- حسینی روحانی، سید صادق (۱۴۲۹ ه.ق)، *منهاج الفقاهه*، قم: انوار الهدی.
- همو (بی تا)، *منهاج الصالحین*، قم: انوار الهدی.
- حسینی سیستانی، سید علی (۱۴۲۲ ه.ق)، *المسائل المنتخبه*، قم: دفتر حضرت آیت الله سیستانی.
- همو (بی تا)، *قاعده لاضرر ولاضرار*، قم: دفتر حضرت آیت الله سیستانی.
- حسینی شیرازی، سید محمد (بی تا)، *ایصال الطالب الی مکاسب*، تهران: منشورات اعلمی.
- حسینی عاملی، سید جواد (۱۴۱۹ ه.ق)، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- حکیم، سید محسن (۱۴۰۸ ه.ق)، *حقایق الاصول*، قم: کتابفروشی بصیرتی.
- همو (۱۴۱۶ ه.ق)، *مستمسک العروه الوثقی*، قم: موسسه دار التفسیر.
- حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ ه.ق)، *قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- حمیری، نشوان بن سعید (۱۴۲۰ ه.ق)، *شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلوم*، بیروت: دار الفکر المعاصر.
- خالصی، محمد باقر (۱۴۱۵ ه.ق)، *رفع الغرر عن قاعده لاضرر*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- خراسانی، حسین وحید (۱۴۲۸ ه.ق)، *منهاج الصالحین*، قم: مدرسه امام باقر علیه السلام.
- خراسانی، محمد کاظم (۱۴۰۶ ه.ق)، *حاشیه مکاسب*، تهران: انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- خراسانی، محمد کاظم (۱۴۲۹ ه.ق)، *کفایه الاصول*، بیروت: موسسه آل البیت لاحیاء التراث.
- سبحانی تبریزی، جعفر (۱۴۲۳ ه.ق)، *دراسات موجزه فی الخیارات و الشروط*، قم: مرکز العالمی للدراسات الاسلامیه.
- سبزواری، ملا هادی (۱۳۸۶)، *شرح المنظومه*، قم: مؤسسه بوستان کتاب قم.

سمرقندی، ابونصر، محمد بن مسعود بن عیاش (۱۳۸۷ه.ق)، تفسیر عیاشی، قم: انتشارات بنیاد بعثت.

شهیدی تبریزی، میزرا فتاح (۱۴۰۷ه.ق)، هدایه الطالب الی اسرار المكاسب، قم: مکتبه آیت الله مرعشی نجفی.

طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۲۹ه.ق)، حاشیه کتاب المكاسب، قم: طلیعه نور.

طباطبائی قمی، سید تقی (۱۴۰۰ه.ق)، دراستنا من الفقه الجعفری، قم: مطبوعه الخیام.

همو (۱۴۲۶ه.ق)، مبانی منهاج الصالحین، قم: منشورات قلم الشرق.

طباطبائی، سید علی (۱۴۱۸ه.ق)، ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالدلائل، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.

طریحی، فخر الدین (۱۴۱۶ه.ق)، مجمع البحرین، تهران: کتابفروشی مرتضوی.

عاملی کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴ه.ق)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.

عمیدی، سید عمید الدین (۱۴۱۶ه.ق)، کنز الفوائد فی حل مشکلات القواعد، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

فاضل هندی، محمد بن حسن (۱۴۱۶ه.ق)، کشف اللثام و الابهام عن قواعد الاحکام، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

فیاض کابلی، محمد اسحاق (بی تا)، منهاج الصالحین، بی جا.

قمی، علی بن ابراهیم (۱۴۲۸ه.ق)، تفسیر قمی، قم: منشورات ذوی القربی.

مامقانی، محمد حسن بن ملا عبدالله (۱۳۱۶ه.ق)، غایه الامال فی شرح کتاب المكاسب، قم: مجمع الذخائر الاسلامیه.

مجلسی، محمد باقر (۱۴۰۴ه.ق)، بحار الانوار، بیروت: مؤسسه الوفاء.

مصطفوی، حسن (۱۴۱۶ه.ق)، التحقيق فی کلمات القرآن الکریم، تهران: مؤسسه الطباعة و النشر (وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی).

مصطفوی، سید محمد کاظم (۱۴۲۱ه.ق)، مائه قاعده فقهیه، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

همو (۱۴۲۳.ق)، فقه المعاملات، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

مظفر، محمد رضا (بی تا)، اصول الفقه، قم: موسسه اسماعیلیان.

موسوی بجنوردی، سید محمد حسن (۱۴۲۸.ق)، القواعد الفقهیه، قم: منشورات دلیل ما.

موسوی خمینی، سید روح الله (۱۳۸۴)، کتاب البیع، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

موسوی خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۰۹.ق)، مبانی العروه الوثقی، قم: منشورات مدرسه دار العلم.

همو (۱۴۱۰.ق)، منهاج الصالحین، قم: نشر مدینه العلم.

همو (۱۴۱۶.ق)، صراط النجاه، قم: مکتب نشر المنتخب.

همو (۱۴۱۸.ق)، موسوعه الامام الخوئی، قم: موسسه احیاء آثار الامام الخوئی.

همو (۱۴۱۷.ق)، محاضرات فی الاصول، قم: انتشارات انصاریان.

همو (۱۴۲۲.ق)، مصباح الاصول، قم: مؤسسه نشر الفقاهه.

همو (بی تا)، مصباح الفقاهه، بیروت: نشر الهادی.

موسوی خوئی، سید محمد تقی (۱۴۱۴.ق)، الشروط أو الالتزامات التبعية فی العقود، بیروت: دار المورخ العربی.

نائینی، محمد حسین (۱۴۲۹.ق)، فوائد الاصول، قم: موسسه النشر الاسلامی.

همو (۱۴۱۳.ق)، المكاسب و البیع، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

همو (۱۴۲۷.ق)، منیه الطالب فی شرح المكاسب، قم: موسسه النشر الاسلامی. چاپ اول

همو (۱۴۲۴.ق)، منیه الطالب فی شرح المكاسب، قم: موسسه النشر الاسلامی. چاپ

دوم.

نجفی، محمد حسن (بی تا)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، بیروت: دار احیاء

التراث العربی، چاپ هفتم.