

پژوهش نامه حقوق اسلامی سال یازدهم شماره دوم- پائیز و زمستان ۱۳۸۹ صص ۱۸۹-۲۰۶

### شرط ضمنی عرفی مطالعه موردی ذیل ماده ۳۵۶ ق.م قاعده یا استثنا؟

تاریخ دریافت: ۸۹/۱۱/۳۰

تاریخ پذیرش: ۹۰/۲/۱۰

نجدعلی الماسی\*

سید احمد طباطبایی\*\*

#### چکیده

ورود توابع مبیع در بیع، مورد بحث و گفتگوی بین فقها و حقوقدانان قرار گرفته است. آیا قصد عرفی (همگان)، می‌تواند در تعیین توابع مبیع، ملاک و معیار نظر باشد. یا حتماً باید حتی به طور ضمنی، صرفاً متعاقدین، توافق بر آن، داشته باشند؟ اگر تشخیص توابع را، به عرف واگذار کردیم، آیا این قاعده است یا استثناء بر قاعده؟ و اینکه آیا عرف، می‌تواند در کنار سایر ادله شرعی قرار گرفته و به تعیین موضوع بپردازد یا لازم است تأیید و امضای شارع، عرف را اعتبار بخشد؟ پاسخ به همه این سؤالات، بعلاوه بررسی مبانی شروط ضمنی عرفی (عرف و عادت در توابع مبیع) مباحثی است که در این نوشتار، به آن پرداخته شده است، که در حل و فصل دعاوی حقوقی می‌تواند راهگشای قضات باشد.

#### واژگان کلیدی

شرط، توابع مبیع؛ شرط ضمنی عرفی؛ قصد متعاقدین؛ قصد عرفی (همگان)

---

\* استاد دانشگاه تهران

\*\* کارشناس ارشد حقوق خصوصی دانشگاه امام صادق (ع) و دبیر کمیته حقوق نفت و گاز

کمیسیون حقوق قضایی مجمع تشخیص مصلحت نظام

s.a.tabatbaee@gmail.com

#### مقدمه

عرف و عادت در توابع مبیع یا به عبارتی، شرط ضمنی عرفی و میزان ورود و دخالت آن در قراردادها و عقود، مورد توجه حقوقدانان و فقها قرار گرفته است. این بحث، در حل و فصل اختلافات و دعاوی، می‌تواند راهگشای قضات باشد. بعد از تعریف عرف و عادت و توابع مبیع، در این مجال به اقسام شرط ضمنی و دو رویکرد موجود، در تقسیم‌بندی این شروط پرداخته‌ایم. علاوه بر بازشناسی شرط ضمنی از شرط ابتدایی و شرط بنایی و شرط صریح، به بررسی مبانی عرف و عادت در فقه عامه، در کنوانسیون بیع بین‌المللی، در فقه امامیه، قلمرو آن و وجوه استدلال به آن، پرداخته شده است.

نگارنده این نوشتار، گفتاری را به شناخت مبانی تحلیلی، اعم از عرف و دلالت التزامی و مبانی نقلی شرط ضمنی عرفی در فقه امامیه، اختصاص داده است. سپس در قانون مدنی، مواد مربوط به شرط ضمنی عرفی را مورد تدقیق قرار داده و به چهار قاعده مورد استناد اهل تسنن، در بحث مبانی و قلمرو شرط ضمنی، از نگاه عامه به طور مجزا، اشاره کرده است. پس از آن، به قاعده "العاده محکمه" که از قواعد مهم اهل تسنن است، توجه نموده و به بحث شروط ضمنی عرفی، در حقوق انگلستان نیز، نیم‌نگاهی شده است. نهایتاً ادله دو گروه در استثناء بودن یا قاعده بودن ذیل ماده ۳۵۶ قانون مدنی، در گفتار پنجم این مقاله آورده شده، که در بند آخر، جمع‌بندی و نتیجه‌گیری از این ادله، صورت گرفته است. به نظر می‌رسد رویه قضایی، در این زمینه، عرف بلد را مورد توجه قرار داده است و آن را به عنوان قاعده پذیرفته و صرفاً، مخصوص توابع مبیع نمی‌داند. در برخی آراء وحدت رویه نیز، حکم، به دخول توابع مبیع در بیع شده است. (مانند بخشنامه شماره ۱۳۴/۶۴۰۷ مورخ ۷۹/۳/۱۹ و بخشنامه شماره ۱۵/۱۹۰۰۰ مورخ ۱۳۸۰/۶/۴)

## ۱. کلیات

### ۱-۱. واژه شرط

#### ۱-۱-۱. شرط در اصطلاح لغت

شرط را "الزام الشی والتزامه فی البیع و نحوه" دانسته‌اند. لغت دانان، شرط را تابع عقد می‌دانند که برای الزام یا التزام، باید به عقد نیز، استناد کرد.

#### ۱-۱-۲. شرط در اصطلاح حقوق

شرط را، در دانش حقوق، دو گونه تعریف کرده‌اند:

الف- امری است محتمل الوقوع، در آینده که طرفین عقد یا ایقاع کننده، حدوث اثر حقوقی عقد یا ایقاع را (کلاً یا بعضاً)، متوقف بر حدوث آن امر محتمل الوقوع نمایند (ماده ۲۲۲ به بعد ق. م.).

ب- وصفی که یکی از طرفین عقد، وجود آن را در مورد معامله تعهد کرده باشد. بدون اینکه آن وصف، محتمل الوقوع، در آینده باشد. (ماده ۲۳۵ ق. م) این شرط را، شرط صفت گویند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲، ص ۳۸۰)

#### ۱-۱-۳. شرط در اصطلاح شرعی

شیخ انصاری (ره) شرط را اینگونه تعریف می‌کند: تعهد و الزامی که فرد بر خودش می‌نماید. البته در تعریف دیگر ایشان می‌فرمایند:

شرط آن است که با فقدان آن، عدم، به وجود آید، خواه با وجود آن، وجود حاصل شود یا نشود. (انصاری، بی تا، ص ۲۷۵) به تعبیری، در فقه، شرط به معنی مطلق تعهد است، مانند «شرط الناس» به معنی «عهد الناس» است و گاهی نیز «شرط الله» به معنای حکم الهی است. (سیمایی صراف، ۱۳۸۰، ص ۲۴)

#### ۱-۲. عرف

رفتارهای مقبول و پذیرفته شده بین اذهان که نزد خردمندان، الزام‌آور گردیده است را عرف گویند. و یا به اصطلاح فقها، «روش مستمر قومی در گفتار یا رفتار که آن را

عادت و تعامل نیز می‌نامند» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲، ص ۴۴۷) در اصطلاح حقوقی نیز، عرف، «قاعده‌ای است که به تدریج و خود به خود، میان همه مردم یا گروهی از آنان، به عنوان قاعده‌ای الزام‌آور، مرسوم شده است.» (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ص ۱۸۸)

عرف، از دو رکن، تشکیل شده است: رکن مادی؛ که همان روش و رفتار مستمر، در گفتار یا رفتار و رکن معنوی، که اعتقاد به الزام‌آور بودن قاعده عرفی است. لازم به ذکر است که در قانون مدنی، مقصود از «عرف و عادت»، یک معناست و این دو، کلماتی مترادف‌اند. (ماده ۲۲۵ قانون مدنی)

عرف را از دو نگاه، تقسیم‌بندی کرده‌اند: عرف لفظی و عملی، عرف عام و خاص. به طور مثال لفظ ولد در عرف عراقی، تنها، شامل پسر است در حالیکه، در لغت، هم به فرزند پسر و هم دختر، اطلاق می‌شود که به این عرف، لفظی گویند.

عرف عملی، به عرفی اطلاق می‌شود که دست کم، گروهی از انسان‌ها، به طور مستمر، به آن ملتزم‌اند. هرگاه، کلمه عرف، به طور مطلق استعمال شود، به عرف عملی، منصرف است. (سیمایی صراف، ۱۳۸۰، ص ۸۶)

عرف عام، عرف جاری، بین همگان است و عرف خاص، به قوم یا گروهی، مخصوص است مثل عرف عشایر، یا عرف فقها و...

### ۳-۱. اصطلاح توابع مبیع

در حقوق، «به امور جزئی، که در هنگام بیع، غالباً ذکر نمی‌شود، ولی عرف معامله، اقتضا می‌کند که جزء مبیع باشد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲، ص ۱۸۰)، توابع مبیع، اطلاق می‌شود. به عنوان مثال، در خرید کارخانه، می‌توان به ابزارآلات و تجهیزات کارخانه، اطلاق توابع بیع کرد. در ماده ۳۶۵ قانون مدنی نیز، به توابع مبیع اشاره شده است.

#### ۴-۱. اصطلاح شرط ضمنی

از آنجا که به دلالت شرط ضمنی، توابع مبیع را داخل در مبیع می‌دانند، ضروری است به مفهوم شرط ضمنی، توجه شود. حقوقدانان، شرط ضمنی را، مدلول التزامی الفاظ عقود، برمی‌شمرند و معتقدند مستقلات عقلیه و امور بدیهی، قوانین تکمیلی و عرف، از مصادیق شروط ضمنی، به شمار می‌روند. (بهرامی احمدی، ۱۳۷۱، ص ۱۷۶)

مرحوم نائینی، در منیه الطالب، در مورد شروط ضمنی، معتقد است «شروط ضمنی، از آنجا که در عرف، شناخته شده و مشهورند، از مدلولات عرفی لفظاند، خواه متعاقدين، چنین قصدی، داشته یا نداشته باشند.» (نائینی، بی تا، ج ۲، ص ۱۲۴؛ بهرامی احمدی، ۱۳۷۱، ص ۱۷۶)

در نظام حقوقی کامن‌لا (common law) شرط صریح، آن است که در قالب الفاظ، بیان می‌شود، ولی شروط ضمنی، صریحاً بیان نشده و به وسیله تفسیر حقوقی، از قرارداد، به دست می‌آید.

#### ۵-۱. اقسام شرط

- به اعتبار تصریح و عدم تصریح؛ شرط به این اعتبار دو نوع است: شرط صریح و شرط ضمنی

- به اعتبار محل تصریح؛ سه قسم می‌شود: شرط ضمن عقد، شرط بنایی؛ شرط الحاقی که به سه زمان قبل از عقد، حین عقد و بعد از عقد تعلق دارد.

الف: اقسام شرط ضمنی در قانون مدنی و فقه اسلامی:

در این زمینه، دو رویکرد معمول است. برخی، شرط بنایی به معنای عام را، یکی از اقسام شرط ضمنی می‌دانند و عده‌ای، شرط بنایی را مورد لحاظ خاص طرفین و معهود ایشان دانسته، در حالی که، شرط ضمنی را، معهود، در نزد عرف، می‌دانند. (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۳.ه.ق، ص ۲۹۳)

گروه اول، معتقدند، شرط ضمنی، اعم است از شرط ضمنی متعاقدین (شرط بنایی) و شرط ضمنی همگان (شرط ضمنی)، به طوری که اگر به آن شرط ملتفت شوند، هر دو طرف، آن را در عقد، ذکر خواهند کرد و مورد توافق طرفین قرار می‌گیرد. (شهیدی، ۱۳۸۶، ص ۴۱)

گروه دوم، معتقدند، تفاوت بین شروط تبانی و شروط ضمنی، در این است که در شرط تبانی، چون قصد واقعی و بیان نشده در عقد، مبنای تراضی است، باید احراز شود که با دلی آگاه و متوجه به شرط اقدام کرده‌اند، ولی در شرط ضمنی، از آنجا که مفاد شرط، مدلول التزامی کلام آنان است و از راه‌های فرعی (عرف یا عقل یا قانون) احراز می‌شود، توجه و آگاهی از آن، ضرورت ندارد. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۱۲۱) به نظر می‌رسد با توجه به استدلال‌های مطروحه، نظر گروه اول، بهتر باشد. علاوه بر این، از استدلال مرحوم نائینی، در منیه الطالب، که مورد استناد دکتر کاتوزیان است. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۱۲۱)، تأیید گروه اول، برداشت می‌شود.

بنابراین، اقسام شرط ضمنی، عبارتند از: شرط ضمنی بنایی و شرط ضمنی عرفی. یا به عبارتی «شرط ضمنی متعاقدین و شرط ضمنی همگان» (سیمایی صراف، ۱۳۸۰، ص ۴۰)

ب- در حقوق انگلیس و آمریکا

این نظام حقوقی، شرط ضمنی را، سه قسم می‌داند: شرط ضمنی واقعی، شرط ضمنی قانونی و شرط ضمنی عرفی (S. g treitel.1980, p: 183) شرط ضمنی واقعی، همان است که بین طرفین، لحاظ می‌شود. شرط ضمنی قانونی، توسط قانون، به قرارداد، تحمیل می‌شود. شرط ضمنی عرفی را عرف و عادت متداوله، به قرارداد، می‌قبولاند.

## ۲. بازشناسی شرط ضمنی

### ۲-۱. بازشناسی شرط ضمنی، از شرط ابتدایی

شرط ابتدایی، شرطی است که بدون آن که ربطی به عقد داشته باشد، قبل از عقد، مورد توافق طرفین عقد، واقع می‌شود، در حالی که، شرط ضمنی، مرتبط با عقد بوده و مورد توافق ضمنی طرفین است. اگر به شروط ابتدایی، اطلاق شرط بتوان کرد، بنا به مقتضای قاعده و وجوب وفای به شرط، شرط ضمن عقد، محسوب می‌شود، ولی اگر به دلیل عدم ذکر در متن عقد و اینکه، شرط، سابق بر عقد بسته شده و حال به عقد، گره می‌خورد و به سبب اجماع، شروط ابتدایی را، خارج از عموم قاعده مذکور بدانیم، شرط ضمن عقد محسوب نمی‌شود. (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۳، ص ۲۹۴)

### ۲-۲. بازشناسی شرط ضمنی از شرط بنایی

همان‌طور که در گفتار قبل بحث شد، بنا به نظر گروهی که شروط ضمنی را متفاوت از شروط بنایی می‌دانند، شروط بنایی، شروطی است که عقد، متبانیاً علیه، منعقد شود، حال، ممکن است به صورت انشاء یا حد اقل گفتگو، قبل از عقد، صورت پذیرد، ولی، شروط ضمنی، اساساً ممکن است با جهل طرفین، همراه باشد و به دلیل مدلول التزامی الفاظ عقود، الزام‌آور شود.

### ۲-۳. بازشناسی شرط ضمنی از شرط صریح در حقوق کامن لا (common law)

در کامن لا، در صریح بودن یا ضمنی بودن شرط، فقط یک عامل نقش دارد و آن ذکر و عدم ذکر شرط است. اگر شرط، در قالب الفاظ، ذکر شود، صریح است. خواه در متن قرارداد، درج شود، خواه، پیش از آن، اما، اگر هرگز ذکر نشود و با تفسیر حقوقی از قرارداد، استنباط گردد، شرط ضمنی است. بدین ترتیب، آنچه را که در ما در فقه امامیه، شرط بنایی نامیده و در زمره شروط ضمنی می‌آوریم، در تلقی کامن لا، شرط صریح است. البته جالب است که بدانیم دیدگاه کامن لا با فقه امامیه، از این نظر، هم سواست که شرط سابق بر قرارداد، باید مرتبط با قرارداد باشد. (سیمایی صراف، ۱۳۸۰،

### ۳. مبانی عرف و عادت و قلمرو آن

#### ۳-۱. مبانی عرف و عادت، در فقه عامه

علمای فقه عامه، قائل اند، عرف و عادت، دلیلی مستقل، در کنار سایر ادله، برای اثبات حکم قانونی و شرعی است و به تعبیر ابن عربی (ابن عربی، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۳۶۳) در تفسیر «خذ العفو و أمر بالعرف و اعرض عن الجاهلین»، عرف، همه شئون، اعم از اوامر و نواهی را، شامل می‌شود. اما این استدلال وی به آیه شریفه، مورد نقد عده‌ای از علمای عامه، قرار گرفته است که مراد از عرف، در آیه شریفه، خیر و نیکی در برابر منکر و زشتی است. بنابراین، استدلال به آیه شریفه، جهت دلیل داشتن عرف، در استنباط احکام شرعی، مردود شناخته شده است. (قوته، ۱۳۲۸، ص ۴۳)

خلاصه آن‌که، قلمرو عرف و عادت در فقه عامه، در تمامی شئون است، مگر آن‌که مستقیماً با نص شرعی، در تعارض باشد.

#### ۳-۲. بانی عرف و عادت در کنوانسیون بیع بین‌المللی

در این کنوانسیون، صریحاً عرف، به رسمیت شناخته شده است. برابر ماده ۹ این کنوانسیون: جهل نسبت به عرف و عادت رایج، پذیرفته نیست و طرفین، به هر گونه عرف و عادت، متعهد می‌باشند.

قلمرو عرف در حقوق غرب نیز، شبیه قلمرو عرف در فقه عامه است و اگرچه توجه زیادی به قانون دارند، اما هنوز بسیاری از اصول قانونی خود را، مبتنی بر عرف رایج، تدوین و تفسیر می‌نمایند. البته به تعبیر رنه داوید «عرف، تا از سوی قضات، ضمانت اجرایی پیدا نکند، جزء حقوق شمرده نمی‌شود.» (داوید، ۱۳۶۴، ص ۳۸۱)

#### ۳-۳. مبانی عرف و عادت در فقه امامیه

هیچ یک از ادله‌ای که برای حجیت عرف، ابراز شده است، نمی‌تواند آن را در زمره ادله شرعی قرار دهد. لذا تنها در صورتی، عرف اعتبار دارد که مورد امضای شارع قرار گیرد. و به طور خلاصه، باید گفت: «از نظر فقه امامیه، بنای عقلا یا عرف عام، در واقع به سنت بازگشت کرده و هنگامی حجت است که صغرای سنت قرار گیرد، در حالی



که، از نظر فقه عامه، مستقلاً و بدون هر گونه امضایی، دلیل است، همچنان که سنت، دلیل است. قلمرو عرف و عادت در فقه امامیه نیز، صرفاً، در تشخیص موضوع و تعیین ظهور دلیل است» (سیمایی صراف، ۱۳۸۰، ص ۸۹)، نه در وضع قانون. لذا عرف، دلیل مستقلاً در عرض سایر ادله، محسوب نمی‌شود. در قانون مدنی نیز، عرف، براساس فهم عرفی، تفسیر می‌شود (م ۲۲۴ ق.م. عرف، به منزله اراده طرفین است (م ۲۲۵) و عرف، مفسر ارده آنها است (م ۳۶۵). بنابراین، در قانون مدنی نیز، به پیروی از فقه امامیه، عرف، هیچگاه به عنوان یک دلیل مستقل، برای مشروع کردن حکم قانون و شرع، تلقی نشده است.

#### ۴. شرط ضمنی عرفی (عرف و عادت در توابع مبیع)

با رعایت دو اصل، می‌توان به شرط ضمنی عرفی، استناد کرد:

۱. صراحت.

۲. عدم مغایرت با توافق صریح.

اگر به شرط ضمنی عرفی، به طور وضوح و روشن، نتوان استناد کرد، این شرط، اعتبار، نخواهد داشت. در ضمن، اگر طرفین معامله، توافقی برخلاف عرف و عادت معموله بین مردم، نمایند، این توافق، براساس اصل حاکمیت اراده، معتبر و شرط ضمنی عرفی، از اعتبار، ساقط است.

#### ۴-۱. مبانی و قلمرو شرط ضمنی عرفی در فقه امامیه:

الف) عرف: اگر طرفین معامله، به طور صریح، در عقد، از توابع مبیع، سخنی به میان نیاورند، این عرف است که در این مورد، اظهار نظر خواهد کرد و از آنجا که قاعده «المومنون عند شروطهم» بر قرارداد، حاکم است طرفین، ملتزم به مدلول الفاظ عقد خود، هستند. بر همین مبناست که ماده ۳۶۵ قانون مدنی، مقرر می‌دارد:

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

ب) دلالت التزامی؛ حکیم سبزواری، در شرح دلالت التزامی، می‌گوید: دلالت التزامی آن است که لفظ بر لوازم معنای موضوع له دلالت کند که منشأ تلازم بین معنای خارجی و معنای موضوع له گاهی عقل است و گاه عرف (سیمایی صراف، ۱۳۸۰، ص ۱۱۳) هرگاه، لفظ، دلالت بر التزام به امری داشته باشد، به کاربرنده آن، ملتزم به همان معنا، خواهد شد. براین اساس است که، شرط ضمنی را، مدلول التزامی الفاظ عقود، نامیده‌اند.

ج) مدلول لفظ؛ شهید ثانی ضابط را آن چیزی می‌داند که مدلول لفظ است چه لغت آن رانمایان کند چه لفظ. مبانی مذکور، مبانی تحلیلی شرط ضمنی عرفی است از منظر نقلی دو دسته دلیل، برای این شروط، می‌توان ذکر کرد:

۱. عمومات صحت معاملات از جمله «اوفوا بالعقود» (مانده، ۱) و قاعده «الصح جایز بین المسلمین»

۲. دلیل وفای به شرط «المسلمون عند شروطهم» (حر عاملی، بی‌تا، ج ۱۳، کتاب التجاره باب الخيار، ح ۱، ص ۳۵۷)

فقها، مراد از «اوفوا بالعقود» را «اوفوا بالعهود» دانسته‌اند و عقد را، همان عهد می‌دانند. لذا، عمومات صحت معاملات، به این شروط، اعتبار می‌بخشد و یا جواز صلح بین مسلمین، این اقتضا را برای شروط ضمنی عرفی، مهیا می‌کند. علاوه بر این دسته ادله، وفای به شرط، که از اطلاق «المؤمنون عند شروطهم» صادر می‌شود، مبنای این گونه شروط است. درباره قلمرو آن در فقه امامیه، باید گفت، شرط ضمنی عرفی، به عنوان یک نظریه، مورد توجه قرار نگرفته است. اما گاه مفاد و مضمون آن، مورد استناد فقیهان بزرگی، چون شهید ثانی و صاحب جواهر، قرار گرفته است و لذا، توابع مبیع را،

به استناد شرط ضمنی، داخل در مبیع دانسته‌اند. (توحیدی، ۱۴۱۰، ج ۵، ص ۴۶۰؛  
سیمایی صراف، ۱۳۸۰، ص ۱۵۸)

یا به عنوان مثال، امام خمینی (ره)، در تحریر الوسیله، ذیل مسأله اول، به مضمون  
اعتبار شروط ضمنی، در مبیع، اشاره کرده‌اند. (خمینی، ۱۳۸۰، ج ۳، ص ۵۹)

#### ۲-۴. مبانی و قلمرو شرط ضمنی عرفی در قانون مدنی

قانونگذار، ذیل ماده ۳۴۴ ق. م، عرف و عادت را، مدلول التزامی الفاظ عقد،  
می‌داند. (حائری شاه باغ، ۱۳۷۶، ذیل ماده ۳۴۴) و عدم تعیین موعد برای تسلیم مبیع و  
یا تأدیه قیمت آن را، موکول به عرف نموده است. در ماده ۳۵۷ قانون مدنی نیز، به  
اقتضای عرف و عادت، توجه شده است. و معیار عرف و عادت را، در باب مخارج  
معامله، در ماده ۳۸۲ قانون مدنی، تسری داده است. در ذیل ماده ۴۸۶ در باب اجاره نیز،  
تعیین مخارج را، در مراحل، به عهده عرف و عادت بلد گذاشته است. در قانون مدنی،  
در تبعیت از شروط ضمنی عرفی، در مواد ۲۲۰ و ۲۲۱ نیز غفلت نشده است.

شرط ضمنی عرفی، در قانون مدنی، به تبعیت از فقه امامیه، صرفاً، در مواردی  
معتبر است که با اذن شارع و تائید او همراه باشد.

#### ۳-۴. مبانی و قلمرو شرط ضمنی عرفی در فقه عامه

چهار قاعده مهم، در فقه عامه، در این باره، طرح شده است که عبارتند از:

الف) آنچه مردم به کار می‌برند، حجت، و عمل به آن واجب است.

ب) اقتضای عرف، همان اقتضای شرط است.

ج) عرف تجار، مثل شرط بین تجار است.

د) آنچه را، عرف معین کند، گویا نص شرعی، معین کرده است. (باز البنانی،  
۱۳۰۴.ق، ذیل مواد ۳۷ و ۴۳ و ۴۴ و ۴۵) به دلیل معتبر دانستن عرف، در عرض سایر  
ادله شرعی، اهل سنت، شرط ضمنی عرفی را، معتبر دانسته‌اند و دخول توابع مبیع در  
بیع را، امری موجه و مشروع، به دلالت عرفی می‌دانند. به همین دلیل است که در ماده  
۲۳۰ کتاب المجله، مقرر می‌دارد:

هر آن چه را که عرف، آن را شامل مبیع می‌داند، حتی بدون ذکر در عقد بیع، داخل در مبیع است.

#### ۴-۴. مبانی و قملرو شرط ضمنی عرفی در حقوق انگلستان

شرط ضمنی عرفی، مشروعیت خود را از اراده طرفین و سیره رایج در قرارداد، دریافت می‌کند. (سیمایی صراف، ۱۳۸۰، ص ۱۳۷) ولی اگر طرفین، توافقی، برخلاف عرف انجام دادند، بنا به اصل حاکمیت اراده، این توافق ترجیح دارد.

#### ۵. تحلیل ذیل ماده ۳۶۵ قانون مدنی؛ قاعده یا استثناء؟

ذیل ماده ۳۶۵، به عرف و عادت، احاله داده است. آیا صرفاً این ارجاع، یک حکم استثنایی است و مخصوص توابع مبیع است یا اساساً احاله به عرف، در این ماده، مصداقی از یک قاعده، به شمار می‌آید؟ به عبارتی دیگر، رجوع به قصد عرفی (همگان) خود، یک قاعده است یا رجوع به قصد متعاملین، قاعده و ذیل ماده ۳۶۵ ق م، استثنائی بر این قاعده است؟

در پاسخ به این سؤال و قبل از احصاء ادله دو گروه مذکور، باید دانست که، اگر متعاملین، خلاف شرط ضمنی عرفی، توافق کنند و آن را، تصریح نمایند، بدون شک، این توافق، بر شروط ضمنی و عرف و عادت ترجیح دارد. به تعبیر برخی حقوقدانان، «حکم ماده ۳۶۵ قاعده تکمیلی است» (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص ۳۰۲) و مانعی برای توافق برخلاف آن، وجود ندارد. بحث در مواردی است که الفاظ عقد، به اطلاق، بیان گردیده و توابع مبیع، به صراحت، ذکر نشده است.

#### ۵-۱. ادله قائلین به قاعده بودن قصد عرفی (همگان)

اهل سنت، در رجوع به قصد عرفی (همگان)، قاعده «العاده محکمه» (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص ۳۰۲) را، جاری می‌دانند. مبنای این رجوع نیز، از آن جا ناشی می‌شود که ایشان، عرف را، در عرض سایر ادله شرعی، برای استنباط احکام شرعی، دانسته‌اند. همان طور که، در ماده ۳۶ کتاب المجله، مقرر می‌دارد:

عرف از استحکام برخوردار است یعنی عرف چه عرف عام باشد یا عرف خاص، حکمی برای اثبات حکم شرعی قرار می‌گیرد. (باز البنانی، ۱۳۰۴ ه.ق، ص ۳۴) بنابراین، با تفسیر عامه، از ذیل ماده ۳۶۵؛ قاعده بودن آن، تقویت می‌شد. به علاوه، برخی حقوقدانان، معتقدند ذیل این ماده نیز، همچون ماده ۲۲۵ قانون مدنی، برگرفته از ماده ۱۱۶۰ قانون مدنی فرانسه است که قاعده عرفی را، پذیرفته است و یا ماده ۲۲۰ قانون مدنی را، تحت تأثیر ماده ۱۱۳۵ قانون مدنی فرانسه، می‌دانند که در این ماده، قانون نیز، در کنار عرف، ذکر شده است و مراد از آن، قانون تکمیلی است. (بهرامی احمدی، ۱۳۷۱، صص ۱۱۹-۱۲۰) و با این تفسیر، به قاعده بودن شرط ضمنی عرفی، اذعان دارند.

در ضمن، عده‌ای استدلال کرده‌اند که در پاره‌ای موارد، قانون، از لزوم رعایت عرف، سخن نمی‌گویند. ولی به طور ضمنی، از آن یاری می‌گیرند و داوری عرف را، به عنوان قاعده حقوقی، می‌پذیرد. به طور مثال، وقتی قانون، صحبت از قیمت یا مهلت عادلانه می‌کند (مواد ۱۶۷ و ۲۷۷ ق.م)، به طور ضمنی، داوری عرف را درباره عادلانه بودن آن‌ها، می‌پذیرد یا اگر، مرکز مهم امور را، اقامتگاه می‌داند. تعیین درجه اهمیت مراکزی را که شخص، برای انجام امور خود، دارد، به عهده عرف، می‌نهد. (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۲۹۷) بنابراین، دایره شمول ذیل ماده ۲۶۵ قانون مدنی را، مصداقی از یک قاعده، می‌دانند و با ادعای سابقه معلوم آن در فقه امامیه، آن را صرفاً، ویژه تعیین توابع مبیع نمی‌دانند. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۳، صص ۱۲۱-۱۲۲)

#### ۲-۵. ادله قائلین به استثناء بودن قصد عرفی

عده‌ای معتقدند، اصل العقود تابعه للقصد، در قراردادهای جاری است و ذیل ماده ۲۶۵ ق.م، صرفاً، در موردی خاص، استثنایی، بر این اصل است و نمی‌توان آن را، به طور مستقل، به عنوان قاعده پذیرفت. در توجیه این نظر، صاحب جواهر و مرحوم بجنوردی، ادله‌ای را آورده‌اند. مرحوم بجنوردی معتقد است:

بدیهی است، شروط ضمنی که تخلف از آن موجب خیار است، همه آنها، منوط به آن است که، قصد، به آن شروط ضمنی، تعلق گرفته باشد. پس، هیچ کس، حصول آنها را، بدون قصد، تصور نمی‌کند. (بجنوردی، بی تا، ج ۳، ص ۱۱۹)

اگر قصد متعاملین، مبنا، قرار نگیرد، بنا بر قاعده «ما قصد لم يقع» به صحت عقد خدشه وارد خواهد کرد. ایشان معتقد است، شروط ضمنی، رجوع به قصد متعاملین دارد، نه قصد عرفی (همگان). لذا، اصل، بر اعتبار قاعده العقود تابعه للقصد است و ذیل ماده ۳۶۵ ق م، استثنایی است بر این اصل. صاحب جواهر نیز، قصد متعاملین را، اصل و ملاک دانسته و تصریح لفظی آن در عقد، یا تصریح عرفی آن در عقد را، از مدلولات التزامی الفاظ عقود، بر شمرده است. آنجا که می‌فرماید: اصل، بر قصد متعاملین است که آنها آن را، گاهی با لفظ و گاهی بنا به عرف تصریح می‌کنند (نجفی، ۱۹۸۱م، ج ۲۳، ص ۱۲۶)

در مواقعی، قصد مشترک طرفین را، به وسیله لفظ و گاهی به وسیله عرف، می‌توان کشف کرد.

با توجه به تعریف شرط ضمنی، به مدلول التزامی الفاظ عقود، و آنکه متعاقدين، نسبت به آثار مترتب بر الفاظ به کار رفته در عقد، متعهد شده و از جمله آثار این الفاظ، آثار عرفی دخول توابع مبیع در بیع است. علاوه بر این، اگر در استناد به عرف، هیچ گونه قاعده حقوقی که از دو منبع اصلی (کتاب و سنت) به دست آمده، وجود نداشت و شرع، از تبعیت عرف، در مورد خاص استناد شده، نهی و منع، نکرده بود، از عرف، می‌توان به عنوان منبع درجه دوم، بهره برد. (عمید زنجانی، ۱۳۸۶، ج ۱، ص ۲۱۶) با این توضیح که فقها، قلمرو عرف را، در عقل عملی دانسته و در صورتی، برای آن اعتبار قائل‌اند که شارع مقدس، آن را امضاء و تأیید نموده است.

می‌توان نتیجه گرفت، که در فقه امامیه، اگر شرایط استناد به عرف، فراهم بود، (عدم وجود هیچ قاعده حقوقی مستنبط از کتاب و سنت و عدم نهی و منع، از

شرط ضمنی عرفی مطالعه موردی ذیل ماده ۳۵۶ ق م قاعده یا استثناء؟ ۲۰۳

طرف شارع، در تبعیت از عرف) اصل، بر قصد عرفی (همگان) و رجوع به آن است وگرنه، جایگاه عرف، جایگاه استثناء بر قاعده رجوع به قصد متعاملین است.

از این مقدمات، می توان نتیجه گرفت که، ذیل ماده ۳۶۵ ق م؛ مصداقی از یک قاعده است و مختص به توابع مبیع نیست، مشروط به دو شرط:

هیچ قاعده حقوقی که از دو منبع کتاب و سنت، به دست آمده، وجود نداشته باشد. شرع مقدس، از تبعیت عرف، در مورد خاص استناد شده، نهی و منع نکرده باشد. در غیر این صورت، صرفاً، باید ذیل این ماده را، استثنایی بر اصل العقود تابعه للقصود دانست.

راه حل هایی نیز، برای برطرف کردن اختلافات، در دعاوی با موضوع شرط ضمنی، توسط بعضی حقوقدانان، مطرح شده است که می توان از آن جمله، به احصاء موارد شروط ضمنی عرفی، در قالب قانون تکمیلی، اشاره کرد، تا در صورت سکوت طرفین، بر طبق آن عمل شود. (اسماعیلی، ۱۳۸۸، ص ۵۱) برای آن که فقها معتقدند: عرفاً، خلاف عرف است که، بپذیریم کسی آگاهی نسبت به عرف، نداشته باشد و از طرفی، نمی توان، این امر را اثبات کرد که وی، آگاه به عرف، بوده است و شارع، این ادعا را قابل پذیرش، نمی داند. (اسماعیلی، ۱۳۸۸، ص ۵۱)

## منابع

### منابع فارسی

- اسماعیلی، محسن (۱۳۸۸)، جزوه درسی، تهران: دانشگاه امام صادق علیه السلام.
- بهرامی احمدی، حمید (۱۳۷۱)، کلیات عقود و قراردادها؛ تهران: میزان.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۲)، ترمینولوژی حقوق؛ تهران: گنج دانش.
- حائری شاه‌باغ، سیدعلی (۱۳۷۶)، شرح قانون مدنی، تهران: گنج دانش.
- داوید، رنه (۱۳۶۴)، نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر، ترجمه سید حسین صفائی و همکاران، تهران: نشر دانشگاهی.
- سیمایی صراف، حسین (۱۳۸۰)، شرط ضمنی، قم: بوستان کتاب قم.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۶)، شروط ضمن عقد؛ تهران: مسجد.
- عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۸۶)، قواعد فقه بخش حقوق خصوصی، تهران: سمت.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۱) مقدمه علم حقوق؛ تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۹)، فلسفه حقوق؛ تهران: سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴)، قانون مدنی در نظم حقوق کنونی؛ تهران: میزان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷)، قواعد عمومی قراردادها، تهران: شرکت سهامی انتشار.

### منابع عربی

- ابن عربی، محی‌الدین (۱۴۰۸ ه.ق)، احکام القرآن، بیروت: دارالکتب العلمیه.
- انصاری، مرتضی (بی تا)، المکاسب، تبریز: چاپ سنگی، الطبعة القدیمه.
- بازالبنانی، سلیم (۱۳۰۴ ه.ق)، شرح المجله؛ بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.
- بجنوردی، سید میرزا حسن (بی تا)، القواعد الفقہیہ، نجف: دارالکتب العلمیه اسماعیلیان نجفی.
- توحیدی؛ محمدعلی (۱۴۱۰ ه.ق)؛ مصباح الفقاهه (تقریرات آیه الله خوئی)؛ قم: مدرسین حوزه علمیه قم.
- حر عاملی، شیخ محمد (بی تا)، وسائل الشیعه؛ بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.



شروط ضمنى عرفى مطالعه موردى ذيل ماده ۳۵۶ ق م قاعده يا استثناء؟ ۲۰۵

خمينى (ره)، روح الله (۱۳۸۰)، تحرير الوسيله، قم: دارالعلم.  
طباطبايى يزدى؛ محمد كاظم؛ (۱۴۲۳ه.ق)، حاشيه كتاب المكاسب؛ بيروت: دار الاحياء  
التراث.

قوته؛ عادل بن عبدالقادر (۱۳۲۸ه.ق)، اثر العرف و تطبيقاته المعاصره فى فقه المعاملات  
الماليه؛ بيروت: الدراسات الاسلامى.

نائينى، محمد حسين (بى تا)، منيه الطالب شرح بر مكاسب؛ تقريرات به قلم شيخ موسى  
خوانسارى؛ نجف: چاپخانه حيدرى.

نجفى، محمد حسن (۱۹۸۱م)، جواهر الكلام، بيروت: دار الاحياء التراث العربى.

منابع لاتين

American juris prudence, 2d, v. 20,  
s. g. treitel, the (1980), law of contract , Londen: univercity press.

