

شرط ارتكازى در فقه اماميه و حقوق ايران

محسن اسماعيلى*
اميد توكللى كيا**

تاريخ تأييد: ۹۱/۶/۲۶

تاريخ دريافت: ۹۰/۸/۱۰

چكیده

برخی شروط در قراردادها، رایج بوده و چنان با آن ملازم‌اند که تفسیر قرارداد بدون آنها صحیح نخواهد بود؛ این شروط را شروط «غیرصریح» یا «ضمنی» می‌گویند. گاهی عدم تصریح، به دلیل توافق قبلی طرفین است (شروط بنایی)، گاهی عرف و عادت وجود شرطی را در قرارداد مسلم می‌داند (شروط عرفی)، گاهی به حکم قانون وجود شرطی در قرارداد لازم است (شروط قانونی) و گاهی نیز شرطیت شرط، کاملاً روشن است و نیازی به بیان آن نیست. به این شروط در اصطلاح فقهی «شروط ارتكازى» می‌گویند. در رابطه با اقسام شرط ضمنی بحث شده است؛ ولی درباره «شروط ارتكازى» هیچ‌گونه تحقیقی صورت نگرفته و فقط بعضی از فقها در تبیین برخی مسائل فقهی - حقوقی از آن استفاده کرده‌اند. شرط ارتكازى، شرطی است که در اذهان طرفین قرارداد رسوخ و نفوذ یافته باشد و طرفین قرارداد هرچند نسبت به آن آگاه نباشند؛ ولی لازمه عقد است. این شرط از شروط صحیح و لازم‌الوفاست. برخی از آثار این شرط را می‌توان در مسائلی مانند عیوب غیرمصرح و شرط بکارت در عقد نکاح، خیار غبن، خیار عیب، حق حبس و دیگر مسائل در قلمرو فقه امامیه و حقوق ایران مشاهده کرد.

واژگان کلیدی: شرط ارتكازى، شرط ضمنی، شرط ضمن عقد، ارتكاز عرفی،

بنای عقلا.

* دانشیار دانشکده معارف اسلامی و حقوق دانشگاه امام صادق ☉ (m.esmaeili@isu.ac.ir).

** کارشناس ارشد حقوق خصوصی دانشگاه امام صادق ☉ / نویسنده مسئول (omidtavakolia@gmail.com).

مقدمه

شرط در لغت به معنای ربط، اتصال و پیوستگی میان دو امر است (موسوی خویی، [بی تا]، الف، ج ۷، ص ۲۹۷ / همو، ۱۴۱۴، ج ۱، ص ۶۹). شرط در اصطلاح حقوقی، یکی از این دو مفهوم را بیان می‌کند:

۱. امری که وقوع یا تأثیر عمل یا واقعه حقوقی خاص به آن بستگی دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۱۱۲). 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 که برحسب طبیعت خاص موضوع آن یا تراضی طرفین، در شمار توابع عقد دیگری درآمده است (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۱۱۴). شرط به معنای عام که همان ارتباط میان دو چیز با یکدیگر و لازم بودن چیزی برای دیگری باشد، به اعتبارات مختلف دارای تقسیمات متعددی است (موسوی خویی، ۱۴۱۴، ج ۱، ص ۶۹). یکی از این تقسیمات به لحاظ ارتباط و عدم ارتباط آن با عقد می‌باشد و این تقسیم به نظر نگارنده یکی از کامل‌ترین تقسیم‌بندی‌ها در رابطه با شرط است.

الف) شروط مستقل: شروطی که مجرد تعهد، الزام و التزام یک طرف در مقابل دیگری است. به این شروط در فقه «شروط ابتدایی» یا «التزامات ابتدایی» گفته می‌شود (نائینی، ۱۴۲۷، ج ۳، ص ۲۳۲ / موسوی بجنوردی، ۱۴۲۸، ج ۳، ص ۲۸۵).

ب) شروط غیرمستقل: شروطی که تابع و مرتبط با عقدند. این قسم خود به اقسام ذیل تقسیم می‌شود:

۱. شروط قبل از عقد؛ یعنی شروطی که پیش از عقدی از عقود میان طرفین گفت‌وگو می‌شود و عقد با توجه و بنا بر آن منعقد می‌گردد. به این دسته از شروط «شروط تبانی» یا «شروط بنایی» نیز گفته‌اند (نائینی، ۱۴۲۷، ج ۳، ص ۲۳۲ / موسوی بجنوردی، ۱۴۲۸، ج ۳، ص ۲۸۶ / جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، 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 «شروط صریح» و «شروط غیرصریح یا ضمنی» تقسیم می‌شوند (انصاری، ۱۴۲۸، ج ۱، ص ۲۴۸ / نائینی، ۱۴۲۴، ج ۱، ص ۳۹۳ / همو، ۱۴۲۷، ج ۲، ص ۱۹۸ / طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹، ج ۲، ص ۵۱۲ / محقق داماد، ۱۳۸۸، ص ۱۶۶).

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

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

۱. شرط ارتکازی

با توجه به اینکه شرط ارتکازی مبنای اصلی بحث در این نوشتار است، فقط به بررسی آن می‌پردازیم. در این قسمت، نخست معنای لغوی و اصطلاحی ارتکاز و مفهوم شرط ارتکازی بیان شده، سپس به سیر تحول این شرط در فقه و حقوق و پس از آن به عناصر و مصادیق شرط ارتکازی اشاره خواهیم کرد.

۱-۱. معنای لغوی ارتکاز

ارتکاز در لغت به معنای چیزی است که ثابت و مستقر باشد (مصطفوی، ۱۴۱۶، ج ۴، ص ۲۱۳).

«رکزالشیء» به معنای چیزی است که در جای خود ثابت شد. اصل ماده «رکز» همان تثبیت و استقرار یک چیز در جایی می‌باشد؛ بنابراین قرارگرفتن یک چیز در چیز دیگری به گونه‌ای که حاکی از ثبوت و استقرار باشد را «ارتکاز» گویند.

۱-۲. معنای اصطلاحی ارتکاز

برخی از فقها ارتکاز را این‌گونه تعریف می‌کنند: «ارتکاز عبارت از اندیشه ثابتی است که در ذهن نفوذ و رسوخ یافته، به طوری که دست‌برداشتن از آن دشوار باشد؛ حتی اگر دلیلی برخلاف آن حاصل شود» (حسینی سیستانی، ۱۴۱۴، ص ۲۴۹)؛ بنابراین ارتکاز عبارت است از شعوری عمیق نسبت به نوع حکمی که انجام یا ترک آن از سوی عقلا و متشرعه صادر می‌گردد، بدون اینکه دقیقاً منشأ آن شناخته شود؛ بر این اساس، هرگاه فعلی در پرتو سیره (متشرعه یا عقلاییه) به جهت مداومت در تکرار و استمرار در ذهن، سخت جایگزین، استقرار و ثبوت یابد، آن را «ارتکازی» گویند.

۱-۳. سبیر تحول شرط ارتکازی

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

۱-۳-۱. شرط ارتکازی در فقه

اصطلاح «شرط ارتکازی» یا «شرط ضمنی ارتکازی» یا «شرط ارتکازی ضمنی» به صورت روشن به وسیله برخی فقهای معاصر، وارد حوزه فقه امامیه شده و پیش از آن، این اصطلاح چندان رواج نداشته است؛ هرچند از مشتقات واژه «ارتکاز» در موارد گوناگونی در فقه استفاده شده است. فقیهی که بیش از همه اصطلاح «شرط ارتکازی» را در آثار خویش به کار برده، محقق خویی می‌باشد. ایشان گاهی از اصطلاح «شرط ضمنی» و گاهی از «شرط ارتکازی» استفاده می‌کند؛ به عنوان مثال، ایشان در مبنای خیار غبن به صور گوناگونی این دو اصطلاح را مورد استفاده قرار داده، گاهی فقط از شرط ضمنی استفاده می‌نماید و می‌فرماید: «أن خيارالغبن إنما هو ثابت بالشرط الضمني» (موسوی خویی، [بی‌تا]، ج ۷، ص ۳۳۷)، گاهی از شرط ارتکازی استفاده می‌کند و می‌فرماید: «والمدرک لخيارالغبن هو تخلف الشرط الارتكازی الثابت فی المعاملات العقلانیة» (همو، ۱۴۲۲، ج ۲، ص ۵۹۲-۶۰۱)، گاهی این دو اصطلاح را در ردیف یکدیگر به کار می‌برد و می‌فرماید: «إستندنا فی ثبوت الخیار لدی ظهورالغبن الی تخلف الشرط الضمني الارتكازی المقرر بین العقلاء علی مساواةالعوضین فی المالیة» (همان، ج ۴، ص ۱۴۸-۱۶۰) و گاهی نیز این دو اصطلاح را به طور مترادف در مورد خیار عیب به کار می‌برد و می‌فرماید: «و منها [الشروطالمعتبرة فی ضمنالعقد] عدم کون کل من الثمن أوالمثمن معیباً فإن الشرط الضمني علی ذلك والارتكازی العقلانی یقتضی کونهما خالیین عن العیب» (همان، ج ۷، ص ۳۳۷). آنچه از ظاهر عبارات محقق خویی برداشت می‌شود اینکه شرط ارتکازی همان شرط ضمنی است؛ بنابراین ایشان گاهی از اصطلاح شرط ضمنی و گاهی از شرط ارتکازی استفاده می‌کند؛ ولی به نظر می‌رسد این دو شرط کاملاً با یکدیگر منطبق نیستند و نسبت منطقی میان آنها برقرار نیست، بلکه شرط ضمنی به معنای عام در بردارنده شرط ارتکازی می‌باشد؛ بر این اساس، نسبت میان آنها عام و خاص مطلق است.

پس از محقق خوینی این شرط بیش از همه در آثار شاگردان ایشان از جمله آیت‌الله میرزا جواد تبریزی و سید محمد کاظم مصطفوی نمایان است (تبریزی، ۱۴۱۶، ج ۴، صص ۵۳، ۷۱ و ۱۶۵ / مصطفوی، ۱۴۲۳، صص ۴۴، ۶۸، ۱۵۱، ۲۰۲، ۲۵۷، ۳۴۲ و ۴۴۶ / همان، ۱۴۲۱، ص ۲۴۷ / تبریزی، ۱۴۱۶، ج ۴، صص ۱۶۷، ۱۶۸، ۱۷۰، ۱۸۶، ۱۸۸، ۱۹۰، ۱۹۱، ۱۹۳، ۲۲۱، ۲۲۲، ۲۸۱، ۴۳۸، ۴۶۸، ۴۸۵، ۵۸۰، ۵۸۲، ۵۸۳، ۵۸۷ و ۵۸۸).

آیت‌الله سیستانی نیز از اصطلاح شرط ارتکازی در برخی مسائل استفاده کرده است؛ به عنوان مثال، ایشان وجوب انفاق را از جمله شروط ارتکازی عقد نکاح می‌داند و در صورت عدم پرداخت نفقه به وسیله مرد، به زوجه حق فسخ نکاح را داده، مبنای آن را تخلف از شرط ارتکازی می‌داند (حسینی سیستانی، ۱۴۱۴، ص ۲۹۶).

برخی دیگر نیز به تبع این دسته از فقها شرط ارتکازی را در عبارات خویش به کار برده‌اند و برخی از مسائل فقهی - حقوقی را براساس آن مورد بحث و بررسی قرار می‌دهند (خالصی، ۱۴۱۵، صص ۶۱-۵۹ / جواهری، [بی تا]، ص ۲۱۰ / جزایری، ۱۴۱۶، ج ۳، ص ۱۵۷ / سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۰، ص ۱۷۱ / حسینی روحانی، ۱۴۱۹، ج ۱، ص ۳۴۱ / همو، ۱۴۲۰، ج ۱، صص ۲۹۷، ۳۰۳ و ۳۰۶ / همان، ج ۲، صص ۱۲۲-۳۵۱ / همان، ج ۹، ص ۴۱۸ / همو، ۱۴۲۹، ج ۶، ص ۵۵۶ / ایروانی، ۱۴۲۷، ج ۲، صص ۱۲۴-۶۲ / شاهرودی، ۱۴۲۶، صص ۱۱۳-۳۳۹ / طباطبایی قمی، ۱۴۲۳، ص ۱۵۳ / همو، ۱۴۰۰، ج ۴، ص ۱۰۴ / همو، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۲۳۹ / همو، ۱۴۲۶، ج ۸، صص ۶۱، ۷۳ و ۳۳۱ / همان، ج ۹، ص ۲۷۲).

۲-۳-۱. شرط ارتکازی در علم حقوق

«شرط ارتکازی» در علم حقوق، اصطلاح چندان رایجی نیست و کمتر در آثار حقوقی حتی از آن نامی برده شده است؛ ولی می‌توان از برخی نوشته‌ها به این مفهوم دست یافت.

دکتر کاتوزیان در بیان اقسام شرط ضمنی می‌فرماید: «مبنای وابستگی شرط ضمنی با مفاد عقد، یکی از این سه عامل است: الف) عقل و بداهت؛ ب) قانون؛ ج) عرف و عادات قراردادی».

در توضیح قسم اول می‌فرماید: «در پاره‌ای از موارد، عقل به گونه‌ای آشکار وجود

شرط را از لوازم عقد می‌شمرد، چندانکه هیچ تردیدی در آن باقی نمی‌ماند؛ به عنوان مثال، انجام دادن مقدمه تعهد، لازمه وفای به آن است» (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۱۲۲). این فرمایش که می‌گوید یکی از اقسام شرط ضمنی، ناشی از عقل و بداهت می‌باشد، در واقع همان شرط ارتکازی مورد بحث ماست و این شروط به گونه‌ای روشن و بدیهی است که اساساً نیازی به ذکر آن در عقد نمی‌باشد. در ادامه ایشان این قسم از شرط ضمنی را «شرط واقعی» می‌خواند و می‌فرماید: از سه قسم شروط ضمنی «واقعی»، «قانونی» و «عرفی» فقط شروط واقعی را می‌توان حقیقتاً شرط ضمنی نام نهاد و به طرفین منسوب کرد (همان، ص ۱۲۲-۱۲۴)؛ بر این اساس، دکتر کاتوزیان به جای استفاده از شرط ارتکازی، از اصطلاح «شرط واقعی» بهره برده است.

دکتر محقق داماد به روشنی از شرط ارتکازی اسم می‌برند و آن را از شروط ضمنی شمرده، در تعریف آن می‌گویند: «منظور از شرط ارتکازی آن دسته از شروط ضمنی است که در قرارداد تصریح نشده؛ ولی قصد مشترک طرفین نسبت به آن محرز باشد». شرط ارتکازی دقیقاً همان است که در حقوق کامن‌لا آن را «Term Implied in Act» شرط ضمنی واقعی گویند (محقق داماد، ۱۳۸۸، ص ۲۸۴). از کنار یکدیگر قرار دادن دو بیان مذکور، دقیقاً آنچه ما بیان کردیم که منظور از شرط ضمنی واقعی همان شرط ارتکازی است، مشخص می‌شود.

دکتر لنگرودی با وجود اینکه در اصطلاحات حقوقی تألیفات متعددی دارد، هیچ اشاره‌ای به شرط ارتکازی نکرده است. ایشان می‌فرماید عمل ممکن است ارادی یا فطری باشد. در این باره اعمال ناشی از فطرت را «ارتکازی» می‌شمارد و می‌فرماید: بنای عقلا در ماده ۲۶۵ قانون مدنی نیز براساس فطرت و ارتکاز انسان می‌باشد؛ زیرا عمل مجانی از سیره عقلا بعید است، تا جایی که متکدی هم براساس این فطرت می‌گوید: «من عوض ندارم، خدا عوضتان دهد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۵، ج ۲، ص ۶۱-۶۲). ایشان در جای دیگر می‌فرماید: حقوق طبیعی یا فطری را در فقه، «ارتکازیات» گویند و حدیث «الخراج بالضمنان» نیز از ارتکازیات است (همو، ۱۳۸۹، ص ۳۱۲).

بنابراین می‌توان گفت دکتر لنگرودی شروطی را که از مقوله حقوق فطری یا طبیعی

انسان است که از فطرت و سرشت آدمی برگرفته است، شروط ارتكازی می‌شمارد؛ به گونه‌ای که عقد بدون تصریح نیز مشتمل بر آن می‌باشد.

۴-۱. مفهوم شرط ارتكازی

شرط ارتكازی شرطی است که در اذهان طرفین قرارداد رسوخ و نفوذ یافته باشد و منشأ پیدایش آن برای طرفین مشخص نباشد و هرچند طرفین قرارداد نسبت به آن توجه فعلی نداشته باشند؛ ولی به گونه‌ای لازمه عقد است و دارای اعتبارند؛ به گونه‌ای که حتی بدون تصریح، قرارداد دربردارنده آن می‌باشد و برخی از فقها (موسوی خویی، ۱۴۱۸، الف، ج ۲، ص ۳۲۹) آن را حقیقتاً از شروط ضمن عقد می‌دانند؛ زیرا در عالم واقع قصد مشترک طرفین به آن تعلق گرفته است.

۵-۱. عناصر شرط ارتكازی

برای شناخت و تبیین شرط ارتكازی می‌توان به جمع‌آوری عناصر آن اقدام کرد که بهتر از مبحث تعریف بوده، هر اندازه 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 ارتكازی عبارت‌اند از:

۱. شرط ارتكازی از اقسام شرط صحیح است؛
۲. شرط ارتكازی، نوعی شرط غیرصریح (ضمنی) محسوب می‌شود؛
۳. شرط ارتكازی، مدلول التزامی الفاظ عقد است؛
۴. لزوم در شرط ارتكازی به صورت لزوم بین است؛
۵. لزوم بین در شرط ارتكازی به نحو بین بالمعنی الاخص است؛
۶. شرط ارتكازی برگرفته از حکم فطرت و وجدان انسان است؛ مانند بحث رجوع جاهل به عالم؛
۷. شرط ارتكازی بر احکام عقلایی مبتنی است و عقلاً این شرط را داخل در مفاد عقد و قرارداد می‌دانند؛
۸. شرط ارتكازی سبب انصراف اطلاق الفاظ قرارداد و مانع از تمسک به اصالة الاطلاق می‌گردد.

۶-۱. مصادیق شرط ارتکازی

- در ذیل به برخی مصادیق شرط ارتکازی در فقه امامیه و قانون مدنی ایران اشاره می‌کنیم:
۱. تنجیز در عقود، یک شرط ارتکازی عقلایی است (حائری، ۱۴۲۳، ج ۲، ص ۷۲-۷۴).
 ۲. تسلیم مبیع و تأدیه ثمن (ماده ۳۶۲ ق.م.) شرط ارتکازی عقد بیع است و به طور کلی در همه عقود معاوضی مقتضای شرط ارتکازی این است که باید تسلیم در برابر تسلیم قرار گیرد (موسوی خویی، ۱۴۲۲، ب، ص ۱۵۳-۳۲۲ / طباطبایی قمی، ۱۴۰۰، ج ۴، ص ۶۰ / تبریزی، ۱۴۱۶، ج ۴، ص ۵۴۳-۵۹۰ / حسینی روحانی، ۱۴۱۹، ج ۱، ص ۳۴۱).
 ۳. مالیت داشتن عوضین، شرط ارتکازی عقد بیع است (مصطفوی، ۱۴۲۳، ص ۴۴).
 ۴. مبنای حق حبس (ماده ۳۷۷ ق.م.) به کمک شرط ارتکازی قابل توجیه است (نائینی، ۱۴۲۴، ج ۱، ص ۳۵۳ / تبریزی، ۱۴۱۶، ج ۴، ص ۵۷۸-۵۸۶ / ایروانی، ۱۴۲۷، ج ۲، ص ۱۲۴).
 ۵. تعادل ارزش عوضین، شرط ارتکازی قرارداد بوده، به همین دلیل در صورت تخلف، خیار غبن به وجود می‌آید (موسوی خویی، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۱۵۵ / تبریزی، ۱۴۲۵، ج ۳، ص ۴۸۲ / حسینی سیستانی، ۱۴۲۲، ص ۳۱۴ / شبیری زنجانی، ۱۴۱۹، ج ۱۲، ص ۴۲۴۹ / مصطفوی، ۱۴۲۳، ص ۶۸ / همو، ۱۴۲۱، ص ۲۴۷ / طباطبایی قمی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۴۰۰).
 ۶. سلامت مبیع، شرط ارتکازی قرارداد بوده، تخلف از آن سبب ثبوت خیار عیب است (موسوی خویی، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۱۱۳ / شبیری زنجانی، ۱۴۱۹، ج ۱۲، ص ۴۲۴۹ / حسینی روحانی، ۱۴۲۰، ج ۲، ص ۴۶-۴۷ / مصطفوی، ۱۴۲۱، ص ۲۴۷).
 ۷. یکی از مبانی خیار رؤیت، شرط ارتکازی است (طباطبایی قمی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۴۶۲).
 ۸. تسلیم عین مستأجره توسط موجر و ابقای آن نزد مستأجر، شرط ارتکازی عقد اجاره می‌باشد (موسوی خویی، ۱۴۲۲، ب، ص ۱۹۴ / همو، ج ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۱۹۱ / مصطفوی، ۱۴۲۳، ص ۲۰۱).
 ۹. 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 ارتکازی می‌باشد (مصطفوی، ۱۴۲۳، ص ۴۴۶).

۱۰. حق فسخ نکاح در صورت عدم تأدیه نفقه (ماده ۱۱۱۳ ق.م.ا)، شرط ارتکازی عقد نکاح است (حسینی سیستانی، ۱۴۱۴، ص ۲۹۶).
۱۱. کارکردن متعارف زن در منزل شوهر، از شروط ارتکازی عقد نکاح است (تبریزی، ۱۳۷۸، ص ۲۵۲).
۱۲. عدم لزوم مباشرت در دوران عقد، شرط ارتکازی عقد نکاح است (شیبیری زنجانی، ۱۴۱۹، ج ۵، ص ۱۴۵۴).
۱۳. پرداختن مهریه در صورت اطلاق عقد نکاح، شرط ارتکازی این عقد می‌باشد (همان، ج ۲۲، ص ۷۰۲۴).
۱۴. عدم وجوب پرداخت نفقه در مدت زمانی میان عقد و عروسی، شرط ارتکازی عقد نکاح است (ر.ک: توکلی کیا، ۱۳۹۱، ص ۱۰۳-۱۱۸ / موسوی خویی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۲۸۷ / تبریزی، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۳۶۹ / طباطبایی قمی، ۱۴۲۶، ج ۱۰، ص ۲۹۷ / حسینی روحانی، [بی تا]، ج ۲، ص ۵۳۵).
۱۵. امتناع زن یا شوهر از اولاد داشتن برخلاف شرط ارتکازی عقد نکاح است (شهیدی، ۱۳۷۹، ص ۴۶-۴۷).
۱۶. بکارت دوشیزگان، شرط ارتکازی عقد نکاح است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۸، ص ۷۵ / همو، ۱۴۲۶، ص ۱۴۶ / همو، ۱۴۲۷، ج ۱، ص ۱۹۱).
۱۷. مجرد مرد در هنگام ازدواج با دختر باکره، شرط ارتکازی عقد نکاح است (خمینی، ۱۴۲۲، ج ۳، ص ۱۳۴).

۲. مبانی شرط ارتکازی در فقه امامیه

ادله نفوذ و اعتبار شرط ارتکازی در فقه امامیه عبارت است از: سیره یا بنای عقلا، مدلول التزامی عقد، عمومات و اطلاقات ادله وفای به عقد و نیز عموم حدیث «المؤمنون عند شروطهم».

۲-۱. سیره عقلا

مهم‌ترین دلیل اعتبار شرط ارتکازی «سیره عقلا» بوده، البته اصطلاح «بنای عقلا» نزد متأخرین رواج بیشتری دارد. محقق خویی در مصباح‌الفقاهه مبنای اعتبار شرط ارتکازی

را «بنای عقلا» معرفی می‌کند و می‌فرماید: «فإنها و ان لم تذكر فی ضمن العقد ولكنها معتبره فیها ببناء العقلاء علیها» (موسوی خویی، [بی تا]، الف، ج ۷، ص ۳۵۳)؛ یعنی شروط ارتکازی هرچند در متن عقد بیان نمی‌شود؛ ولی به دلیل وجود بنای عقلا دارای اعتبار است. بر این اساس، مبنای اعتبار شرط ارتکازی در لسان فقها «سیره عقلا» یا «بنای عقلا» است و در لسان حقوقی «عرف عادت» است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۹، ص ۴۱۶).

درباره ملاک حجیت سیره عقلائی، دو مبنا وجود دارد:

مبنای اول که از آن به «امضا» تعبیر می‌کنند و در کلمات بزرگانی همچون محقق حائری آمده است (حائری، [بی تا]، ج ۲، ص ۳۳-۳۶) اینکه سیره عقلا در صورتی برای ما حجیت دارد که شارع آن را امضا کرده باشد. باید این قطع که شارع این سیره عقلائی را امضا کرده، حاصل شود. در نتیجه هر جا علم به رضایت شارع و امضای شارع نداشته باشیم، کافی است بگوییم سیره حجیت ندارد؛ ولی مبنای دوم که از کلمات مرحوم آخوند خراسانی (خراسانی، ۱۴۲۹، ص ۳۰۳) و محقق اصفهانی (اصفهانی، ۱۴۲۹، ج ۲، ص ۲۳۳) استفاده می‌شود، این است که در حجیت سیره عقلائی، عدم ثبوت ردع کفایت می‌کند. می‌گویند اگر عقلائی عالم به ملاک عقلشان مطلبی را ادراک کردند، شارع هم باید با این عقلا متحدالمسلک باشد. البته جایی که شارع بالفعل با یک روش عقلا مخالفت کند و ردع فعلی داشته باشد، در چنین موردی متوجه می‌شویم از ملاک طبیعی خود که اتحاد مسلک با عقلاست، عدول کرده، رأی جدیدی دارد که با رأی عقلا سازگاری ندارد؛ ولی اگر شارع ردعی نکرد، قاعده و قانون اولی، اتحاد مسلک شارع با عقلاست؛ چون شارع رئیس العقلاست. تفاوت میان مبنای دوم با مبنای اول در این است که طبق مبنای اول، میان حجیت یک شیء نزد عقلا با حجیت یک شیء نزد شارع ملازمه نیست، بلکه شارع باید آن را امضا کند و پس از امضا معتبر خواهد شد؛ ولی طبق مبنای دوم، میان حجیت یک شیء نزد عقلا و حجیت همان شیء نزد شارع ملازمه می‌باشد؛ چون شارع رئیس العقلا و متحدالمسلک با عقلاست.

۲-۲. دلالت التزامی

شرط ارتکازی، مدلول التزامی قرارداد است و به دنبال انشای قرارداد آن نیز انشا می‌گردد؛ زیرا شرط ارتکازی، شرطی رایج و مرتکز نزد عرف عقلاست؛ به گونه‌ای که

این عرف میان آن و قرارداد تلازم می‌بیند و از آنجا که با ایجاد ملزوم لازم نیز وجود می‌یابد، 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 باشند و این شرط مدلول التزامی عقد بوده، در صورت تخلف از آن، خیار فسخ ثابت است. در واقع طرفین قرارداد به دلیل اعتماد بر ارتکاز عرفی نسبت به آن سکوت کرده، عقد را به صورت مطلق انشا کرده‌اند. فرمایش محقق نائینی که می‌فرماید: «ما یدلّ علیه العقد بالدلالة الالتزامية باللازم بالمعنى الأخص» (نائینی، ۱۴۲۷، ج ۲، ص ۳۹۷)، مؤید این است که قرارداد به دلالت التزامی به صورت لزوم میان بالمعنى الأخص بر اعتبار شرط ارتکازی دلالت می‌کند.

۳-۲. اصل آزادی یا حاکمیت اراده در قراردادها

از نظر فقهای امامیه، اصل بر آن است که هرگونه شرطی در هر قراردادی صحیح و لازم‌الاجراست؛ به عبارت دیگر، در فقه امامیه «اصل آزادی شروط» همانند «اصل آزادی قراردادها» در حقوق معاصر از اصول مسلم است. مقتضای اصل مزبور آن است که چنانچه مواردی از «شروط ضمن عقد» غیر صحیح محسوب شوند، استثنا بر اصل‌اند و نیاز به دلیل خاص دارند. این اصل شامل شرط ارتکازی نیز می‌باشد؛ زیرا اولاً، تعریف شرط که ربط و پیوستگی میان دو امر است، شامل آن نیز می‌شود و اطلاق شرط بر شرط ارتکازی به صورت حقیقی بوده، این مقتضای اصالة الحقیقة است و از سوی دیگر، استعمال این شرط در کلمات فقها مؤیدی بر آن است که صدق شرط بر شرط ارتکازی را مفروض دانسته‌اند (موسوی خویی، [بی تا]، الف، ج ۶، ص ۱۳۲)؛ ثانیاً، اگر گفته شود این اصل در رابطه با شروط مصرح ضمن عقد است، می‌توان گفت برخی از فقها (موسوی خویی، ۱۴۱۸، ج ۹، ص ۳۵۷ / همو، الف، ج ۶، ص ۱۳۲ / شبیری زنجانی، ۱۴۱۹، ج ۲۲، ص ۷۰۲۴) آشکارا شرط ارتکازی را در حکم شرط مذکور در ضمن عقد دانسته‌اند «الشرط الضمني الارتكازی كالشرط المصرح به فی متن العقد كما هو واضح» و حتی برخی شرط ارتکازی را حقیقتاً شرط صریح ضمن عقد می‌دانند (موسوی خویی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۳۲۹ / همان، ج ۲، ص ۲۷۳ / شاهرودی، ۱۴۲۶، ص ۱۱۳).

علامه حلی در مبحث نکاح کتاب قواعد الاحکام می‌گوید: «هرگونه شرطی که در متن عقد ذکر شود، لازم الوفاست» (حلی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۵۳ / عاملی کرکی، ۱۴۱۴، ج ۱۳، ص ۳۱ / عمیدی، ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۴۱۰ / فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج ۷، ص ۲۸۴). آنچه علامه درباره عقد نکاح مطرح کرده، اختصاصی به نکاح ندارد و در سایر عقود نیز جریان دارد. محقق کرکی در توجیه کلام علامه می‌فرماید: «بدون تردید تمام شروط واجد شرایط صحت - یعنی شروط غیرمنافی با مقتضای عقد و شروطی که در کتاب و سنت دلیلی بر منع آنها وارد نگردیده - جایز است».

۲-۴. عمومات وفای به عقد

عمومات وفای به عقد براساس آیه شریفه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ: وفا به همه عقود» (مائده: ۱)، مورد امر و دستور الهی قرار گرفته است. عقود به معنای عهود است و همان‌گونه که در صحیح‌ه عبداللّه بن سنان آمده است: «العقود هوالعهود» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۳، ص ۳۲۷ / قمی، ۱۴۲۸، ج ۱، ص ۱۶۰)؛ بنابراین چون واژه شرط در معنای عهد به طور مطلق به کار رفته، مشمول این آیه بوده، وفا به آن لازم است (ایروانی، ۱۴۲۷، ج ۲، ص ۵۴). برای درستی شرط ضمن عقد، به ادله وفای به عقد و صحت معاملات مانند «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و «الصلح جائز بین المسلمین» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۸، ص ۴۴۳ / همان، ج ۲۷، ص ۲۱۱-۲۳۴) استدلال شده است؛ زیرا شرط از توابع عقد محسوب می‌شود و بر همین اساس، دلیلی که اصل عقد را معتبر سازد، پیوست‌های آن را نیز دربرمی‌گیرد؛ ولی این سخن از سوی جمعی از محققان مورد نقد واقع شده؛ اما اگر نقد آنان درباره شرط صریح درست باشد، در مورد شرط ضمنی ارتکازی درست به نظر نمی‌رسد؛ زیرا این شرط در مرحله شکل‌گیری قرارداد به وجود می‌آید؛ مثلاً اگر پول رایج (نقد بلد) شرط ضمنی ارتکازی ثمن معامله باشد، در واقع مثل اینکه از آغاز قرارداد، ثمن آن محدود به پول رایج شده است. بدین ترتیب برای اعتبار شرط ارتکازی نیازی به ادله اعتبار شروط نیست؛ زیرا شرط ارتکازی غالباً اطلاق عقد را از میان می‌برد و باعث نوعی محدودیت در قرارداد می‌گردد؛ بنابراین شرط ضمنی ارتکازی در هر فرض باعث تشکیل یک تعهد مقید و مشروط می‌شود و دلیل صحت معاملات، دلالت دارد بر لزوم عمل به

تعهد به همان شکل که پدید آمده است. البته در شرط ضمنی ارتكازی، تعهد به طور مقید و مشروط به وجود آمده است (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۶۲).

۵-۲. عموم حدیث «المؤمنون عند شروطهم»

شرط ارتكازی در واقع شرط صریح و مذکور در عقد بوده، ارتكاز عقلایی طرفین عقد، قائم مقام ذکر در عقد می باشد و به همین دلیل عموم حدیث «المؤمنون عند شروطهم» شامل آن می گردد (موسوی خویی، [بی تا]، الف، ج ۶، ص ۱۳۲-۱۳۳ / همو، ۱۴۱۸، الف، ج ۲، ص ۳۲۹ / شاهرودی، ۱۴۲۶، ص ۱۱۳). مفاد حدیث مزبور، لزوم پای بندی مسلمانان به هرگونه شرط و التزام است که به عهده می گیرند و این لزوم همان گونه که بی شک شرط صریح را دربرمی گیرد، شامل شرط ارتكازی نیز می گردد و تنها تفاوت شرط ارتكازی با شرط صریح آن است که به دلیل روشنی و بداهت بدان تصریح نشده است.

عبارت «المؤمنون عند شروطهم» یک جمله خبری بوده؛ ولی در واقع انشای حکم است (موسوی بجنوردی، ۱۴۲۸، ج ۳، ص ۲۵۱) و همان گونه که در اصول فقه آمده است، منظور از جمله خبری در مقام انشا اعلام نیست، بلکه «بعث» است و چنین جمله ای «آکد در بعث» می باشد (خراسانی، ۱۴۲۹، ص ۷۱ / موسوی خویی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۱۳۳-۱۶۲).

۳. آثار شرط ارتكازی در فقه امامیه و حقوق ایران

در این مبحث فقط به بررسی برخی از آثار شرط ارتكازی از جمله مسائلی مانند عیوب غیرمصرح و شرط بکارت در عقد نکاح، خیار غبن، خیار عیب و حق حبس، در قلمرو فقه امامیه و حقوق ایران خواهیم پرداخت تا جایگاه و اهمیت این شرط در مسائل فقهی - حقوقی روشن گردد (ر.ک: توکلی کیا، ۱۳۹۱، ص ۹۷-۱۴۲).

۱-۳. عیوب غیرمصرح در عقد نکاح

یکی از مباحث مهمی که در احکام ازدواج در فقه امامیه مطرح شده، عیوبی است که وجود آنها در زن یا مرد باعث می شود تا طرف دیگر بتواند عقد را بدون نیاز به طلاق

فسخ کرده، ازدواج را بر هم بزند. عیب‌های ازدواج برخی مشترک میان زنان و مردان و برخی به یکی از آن دو اختصاص دارد. طبق نظر مشهور فقها عیوبی که مرد می‌تواند با وجود آنها در زن به فسخ عقد اقدام کند، هفت عیب و عیوبی که وجود آنها در مرد حق خیار فسخ برای زن ایجاد می‌کند، چهار عیب ذکر شده است. عیوب اجماعی چهارگانه در مردان عبارت‌اند از: جنون، عَنین‌بودن (ناتوانی جنسی)، خصی‌بودن (نداشتن بیضه) و جَبّ (قطع آلت) است (علامه حلی، ۱۴۱۱، ص ۱۴۰ / شهید ثانی، ۱۴۲۵، ج ۸، ص ۱۰۶ / نجفی، [بی‌تا]، ج ۳۰، ص ۳۱۸). عیوب اجماعی هفت‌گانه زن عبارت‌اند از: جنون، جذام، برص، کوری، زمین‌گیربودن، افضاء و قرن و رتق، که این سه عیب اخیر مانع از تمکین درست زن می‌شوند (حلی، ۱۴۱۱، ص ۱۴۰ / شهید ثانی، ۱۴۲۵، ج ۸، ص ۱۱۲ / نجفی، [بی‌تا]، ج ۳۰، ص ۳۳۱). حق فسخ برای هر یک از زن و مرد در این عیوب مشروط به این است که آنها پیش از عقد از وجود آن مطلع نباشند.

در مسئله عیوب زن و مرد، بحث درباره تعداد این عیوب است. چندین راه برای اثبات حق فسخ در عیوب غیرمنصوص زن و مرد وجود دارد که عبارت‌اند از: قیاس اولویت (شهید ثانی، ۱۴۲۵، ج ۸، ص ۱۱۱ / همان، ۱۴۲۹، ج ۳، ص ۲۸۸ / نجفی، [بی‌تا]، ج ۳۰، ص ۳۳۰ / بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲۴، ص ۳۵۱)، قاعده لاضرر (شهید ثانی، ۱۴۲۵، ج ۸، ص ۱۱۱ / همان، ۱۴۲۹، ج ۳، ص ۲۸۷ / نجفی، [بی‌تا]، ج ۳۰، ص ۳۳۰) و نظریه شرط ضمنی ارتکازی که طبق این نظریه، در همه عیب‌هایی که وجود آنها طبق ارتکاز دایر و رایج در جامعه نقصی اساسی برای صحت مرد یا زن محسوب می‌شود، به گونه‌ای که در صورت اطلاع از وجود آنها شخص به طور متعارف به ازدواج با چنین کسی تن نمی‌دهد، حق فسخ برای زن و یا مرد وجود خواهد داشت. مطابق این نظریه وجود حق فسخ برای هر یک از زن و مرد، تشریحی مستقل نبوده و فرعی از مسئله شروط ضمنی ارتکازی عقد است که مطابق آن اگر در عقد و قراردادی، یکی از دو طرف فاقد شرط و صفتی باشد که عقد مبتنی بر آن وصف و شرط تحقق یافته است، صحت آن عقد به رضایت طرف دیگر موکول بوده، در صورت عدم رضایت، جواز فسخ ناشی از خیار تخلف شرط ضمنی ارتکازی که عقد مبنیاً علیها واقع شده، دانست.

وجود آن دسته از عیوبی که زن و مرد به طور متعارف از آنها عاری‌اند و عادتاً زن و

مرد به آنها مبتلا نیستند و البته در ایجاد رغبت میان زن و مرد تأثیر دارد، در یک طرف موجب حق فسخ برای طرف دیگر می‌شود؛ در صورتی که از وجود آن بی‌خبر باشد و پس از اطلاع از وجود آن اقدام به مباشرت نکرده باشد. این حکم درباره خصوصياتی که در شرایط اجتماعی خاص به طور متعارف زن و مرد باید متصف به آنها باشند، به گونه‌ای که نبود آن نقص تلقی شود نیز جاری است. دلیل این مسئله همان ادله‌ای است که شروط ضمنی را در معاملات نافذ و معتبر می‌سازد. دلیل اعتبار شرط ضمنی که عقود به حکم عرف عقلایی بر آن مبتنی است، همان ادله اعتبار سایر شروط مصرح است؛ زیرا عقلاً شرط ضمنی که عقد بر آن مبتنی بوده را همانند شرط مصرح می‌دانند. فقها تفاوتی میان نکاح و دیگر عقود قائل نشده‌اند و همان دلیل عقلایی درباره بیع را در مورد عقد نکاح نیز جاری دانسته‌اند (موسوی خویی، [بی‌تا]، الف، ج ۴، ص ۱۵۹ / مکارم شیرازی، ۱۴۲۴، ج ۵، ص ۱۲۳)؛ پس اگر بر حسب عرف و عادت، اوصاف و شرایطی برای زن و مرد در زمان ازدواج لازم شمرده شود، باید پذیرفت حتی اگر ذکر از آنها در عقد نیامده باشد و یا حتی زن و مرد در زمان وقوع عقد از اینکه آنها را در نظر بیاورند، غافل شده باشند، عقد ازدواج مبنی بر آنها واقع می‌شود و در صورت عدم وجود آنها در یکی از دو طرف، موجب خیار فسخ برای دیگری خواهد بود.

هرچند برخی از شرایط و خصوصیات مثل مجنون‌نبودن و خصی و عنین‌نبودن از شروط ضمنی معتبر در همه زمان‌ها و جوامع می‌باشد؛ ولی برخی اوصاف و خصوصیات در جوامع متغیر است و متناسب اقشار گوناگون و یا حتی نوع تعلقات خانواده‌ها متفاوت خواهد بود؛ بر این اساس، در زمان حاضر عدم اعتیاد به مواد مخدر نزد همه مردم و یا داشتن تحصیلات عالی برای برخی خانواده‌ها و نیز بکارت دختر و یا داشتن کار و شغل مناسب می‌تواند از شروط ضمنی ارتكازی معتبری است که فقدان آنها در زن یا مرد باعث حق فسخ برای طرف دیگر خواهد شد. آنچه در روایات درباره حق فسخ برای مرد در عیوب زن و حق فسخ برای زن در عیوب مرد مطرح شده، اعمال تشریحی مستقل نیست، بلکه امامان معصوم این مسئله را به صورت ابتدایی و یا در پاسخ به پرسش‌های دیگران به عنوان شاخه‌ای از مسئله شروط ضمنی ارتكازی مطرح کرده‌اند و ذکر آنها از باب اینکه عیوب مهم و مبتلا به بوده‌اند، بیان شده است.

۲-۳. شرط بکارت در عقد نکاح

یکی از شروط ضمنی ارتکازی در عقد نکاح، بکارت است. برخی فقها معتقدند اگر عقد نکاح را مبتنی بر شرط بکارت منعقد کرده باشند و خلاف آن ظاهر گردد، زن خیار فسخ دارد و این به مقتضای تخلف از شرط است (شهید ثانی، ۱۴۲۹، ج ۳، ص ۲۹۷ / قمی گیلانی، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۴۶۰ / انصاری، ۱۴۱۵، ص ۲۳۸)؛ زیرا گاهی شرط بکارت در متن عقد تصریح می‌شود و گاهی به دلیل وجود ارتکاز عرفی و عقلایی رایج در جامعه، مندرج در عقد می‌باشد؛ هرچند بدان تصریح نشود، حتی اگر طرفین نسبت به وجود چنین شرطی غافل باشند.

برخی دیگر از فقها بکارت را از اوصاف کمال دانسته، تخلف از آن را در صورتی موجب خیار فسخ می‌دانند که این صفت به صورت شرط در عقد نکاح ذکر شود؛ اعم از اینکه به آن تصریح گردد یا اینکه به صورت شرط ضمنی ارتکازی باشد که عقد مبتنی بر آن واقع می‌شود؛ بنابراین ایشان وصف بکارت در فرضی که به صورت شرط ضمنی ارتکازی باشد را ملحق به شروط مصرح در متن عقد می‌داند و تخلف از آن را باعث ثبوت خیار فسخ می‌شمارد (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۵، ص ۱۳۵-۱۳۷ / گلپایگانی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۳۵۷ / خمینی، ۱۴۲۴، ج ۲، ص ۲۶۴ / همو، ۱۴۲۲، ص ۷۴۶).

آیت‌الله مکارم شیرازی شرط بکارت را یکی از شروط ضمنی ارتکازی عقد نکاح می‌داند و معتقد است این شروط آن اندازه روشن و بدیهی است که نیازی به ذکر آن نمی‌باشد؛ بنابراین «آنجا که عیان است، چه حاجت به بیان است». ایشان می‌فرماید: «شرط بکارت در مورد دوشیزگان لازم نیست؛ چون در عرف ما مسلمانان بکارت در دوشیزگان از شرایط واضح است؛ بنابراین اگر بعداً روشن شود باکره نبوده، به زوج حق فسخ عقد نکاح داده می‌شود و کسی اعتراض نمی‌کند که این شرط در متن عقد ذکر نشده است» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۸، ص ۷۵)؛ زیرا وقتی دختری را تزویج می‌کنند، شرط بکارت هست؛ هرچند نامی از آن نبرند و اگر تخلف شد، خیار تخلف شرط ثابت است. ایشان در جای دیگری می‌فرماید: «در صورتی که شرط بکارت شده باشد، [داماد] حق فسخ دارد و معمولاً در محیط‌های ما شرط بکارت به عنوان یک شرط ضمنی و از پیش توافق شده می‌باشد»

(مکارم شیرازی، ۱۴۲۸، ص ۱۵۳ / همو، ۱۴۲۹، ص ۱۰۱ / همو، ۱۴۲۷، ج ۱، ص ۲۰۸ / همان، ص ۱۹۱ / همان، ۱۴۲۶، ص ۱۴۶).

ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی نیز بر مبنای شرط ضمنی ارتكازی بیان می‌دارد: در صورتی که در یکی از طرفین صفت خاصی مانند بکارت شرط شده باشد و پس از عقد معلوم شود که طرف مذکور فاقد وصف مقصود بوده، برای طرف مقابل حق فسخ قرار داده است. مؤید این مطلب، قسمت اخیر ماده است که می‌گوید: «خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده یا عقد متبانیاً بر آن واقع شده باشد» که شرط ضمنی ارتكازی بکارت در عقد نکاح، از مصادیق بارز اوصافی است که عقد مبتنی بر آن واقع می‌گردد و این شرط آن اندازه روشن است که اساساً نیازی به ذکر آن نیست و عقد مشتمل بر آن می‌باشد.

۳-۳. خیار غبن

یکی دیگر از آثار شرط ارتكازی در رابطه با خیار غبن بوده، در فقه امامیه چندین مبنا برای این خیار بیان شده است:

۱. اجماع (انصاری، ۱۴۲۸، ج ۵، ص ۱۶۵)؛
۲. استدلال به احادیث «تلقی ركبان» و روایات دال بر «حرمت غبن» (خمینی، ۱۳۸۴، ج ۴، ص ۴۱۳-۴۱۶)؛
۳. عیب اراده (حلی، [بی‌تا]، ج ۱۱، ص ۶۸ / انصاری، ۱۴۲۸، ج ۵، ص ۱۵۸)؛
۴. قاعده لاضرر (حلی، [بی‌تا]، ج ۱۱، ص ۶۸ / انصاری، ۱۴۲۸، ج ۵، ص ۱۶۱)؛
۵. حکم عقلایی (خمینی، ۱۳۸۴، ج ۴، ص ۴۱۷)؛
۶. شرط ارتكازی.

براساس مبنای شرط ارتكازی در معاملات معوض، هریک از طرفین قرارداد مالی را به دیگری می‌دهد تا عوض متعادل بگیرد و بر همین مبنا با طرف خود تراضی می‌کند. بنای برابری دو عوض چندان نوعی و عام است که نمی‌توان اعتقاد به آن را در شمار انگیزه‌های شخصی آورد. دو طرف نسبت به عرف مطلع‌اند و بر همین مبنا وارد مذاکره می‌شوند، هرچند در قرارداد به این امر تصریح نمایند؛ به عبارت دیگر، تساوی ارزش

عوضین در مالیت از شروط ارتکازی موجود در عقود معاوضی است که تخلف از آن باعث خیار فسخ می‌گردد. از سوی دیگر، آنچه از این راه بر معامله ساده افزوده می‌شود، قید تراضی نیست تا تخلف از آن باعث بطلان معامله شود، بلکه شرطی فرعی است که باعث ایجاد خیار می‌شود.

در مبحث خیار غبن هر چند شیخ انصاری به نهاد شرط ارتکازی تصریح ننموده است؛ ولی فقهای متأخر، عبارات شیخ را بر این معنا تفسیر کرده‌اند. میرزای نائینی شرط ضمنی ارتکازی را کامل‌ترین مدرک خیار غبن می‌شمارد و از آن به «اتم‌المدارک» در باب تعبیر می‌نماید (نائینی، ۱۴۲۷، ج ۳، ص ۱۰۷).

محقق یزدی نیز در حاشیه بر مکاسب خویش، مبنای خیار غبن را شرط ارتکازی می‌داند و می‌فرماید: اراده ارتکازی 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 ارتکازی است؛ نظیر آنچه فقها در خیار عیب مطرح نموده‌اند که وصف صحت شرط ضمنی ارتکازی است و کسانی که اقدام به معامله می‌کنند، بر این اساس است که کالای عاری از عیب و نقص دریافت نمایند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹، ج ۲، ص ۵۱۲-۵۲۷).

آیت‌الله خویی در بحث قاعده لاضرر کتاب مصباح‌الاصول در جایی می‌فرماید: «والمدرک لخيار الغبن هو تخلف الشرط الارتكازی الثابت فی المعاملات العقلاییة من تساوی العوضین فی المالیة» (موسوی خویی، ۱۴۲۲، ج ۲، ص ۵۹۲) و در جای دیگر بیان می‌کند: «و قد ذکرنا أن الدلیل علی ثبوت خيار الغبن تخلف الشرط الارتكازی، باعتبار أن بناء العقلاء علی التحفظ بالمالیة عند تبدیل الصور الشخصية، فهذا شرط ضمنی ارتکازی و بتخلفه یشیت خیار تخلف الشرط» (همان، ج ۲، ص ۶۰۱)؛ بنابراین به نظر ایشان اراده ارتکازی طرفین در هنگام معامله بر این است که عوضین در مالیت ارزش مساوی داشته باشند.

آیت‌الله سیستانی درباره مبنای خیار غبن چنین می‌فرماید: «ثبوتة [خیارالغبن] إنما هو بمناط الشرط الارتكازی فی العرف العام» (حسینی سیستانی، ۱۴۲۲، ص ۳۱۴).

سیدمحمدکاظم مصطفوی نیز مبنای خیار غبن را شرط ارتكازی می‌داند و می‌فرماید: مبنای خیار غبن، قاعده لاضرر نیست، بلکه تخلف از شرط ارتكازی تعادل ارزش عوضین در قرارداد است که در صورت علم هریک از طرفین قرارداد به غبن، حق خیار به دلیل قاعده اقدام وجود نخواهد داشت (مصطفوی، ۱۴۲۱، ص ۲۴۷ / همو، ۱۴۲۳، ص ۶۸).

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

۳-۴. خیار عیب

در اینکه چرا در صورت کشف عیب در مبیع به خریدار اجازه داده می‌شود معامله را فسخ کند، میان صاحب‌نظران اختلاف نظر است. درباره مبنای خیار عیب در فقه امامیه سه نظریه وجود دارد:

۱. قاعده لاضرر (طباطبایی، ۱۴۱۸، ج ۸، ص ۳۸۰)؛

۲. حکم عقلایی (خمینی، ۱۳۸۴، ج ۵، ص ۱۴-۱۷)؛

۳. شرط ارتكازی.

مبنای سوم بیش از همه مورد قبول فقها قرار گرفته است و با اصول حقوقی انطباق بیشتری دارد. براساس نظریه شرط ارتكازی، در هر معامله توافق بر مبنای سلامت موضوع آن واقع می‌شود. توجه خریدار و فروشنده به مبیع سالم به اندازه‌ای است که نیازی نمی‌بینند وجود این وصف را در مورد معامله شرط کنند؛ ولی این شرط ضمنی

به صورت ارتكازی در قرارداد معوض وجود دارد که موضوع آن باید بی‌عیب باشد (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹، ج ۲، ص ۵۲). فروشنده، عیوب پنهانی مبیع را تضمین می‌کند و خریدار نیز به اعتماد همین تضمین، ثمن را می‌پردازد. سالم‌بودن مورد معامله قید تراضی نیست تا بتوان گفت با انتفای آن، عقد باطل می‌شود. سلامت به عنوان وصف مبیع مورد توافق ضمنی قرار گرفته است؛ به عبارت دیگر، در چنین صورتی دو مطلوب جدا از یکدیگر وجود دارد: «خرید و فروش مورد معامله»، و «سالم‌بودن آن به عنوان وصف مبیع»؛ پس نبود وصف مورد نظر، مطلوب نخست را از میان نمی‌برد و عقد را حتی جایی که موضوع عقد عین معین است، باطل نمی‌سازد.

برخی شرط ارتكازی را دلیل «اسهل و اقرب» بر ثبوت این خیار نسبت به سایر ادله می‌شمارند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹، ج ۳، ص ۷۶) و برخی دیگر شرط ارتكازی را تنها دلیل بر ثبوت خیار عیب می‌دانند (موسوی خویی، ۱۴۱۸، الف، ج ۳۰، ص ۱۱۳). در خیار عیب، بیشتر فقها به شرط ارتكازی سلامت مبیع برای ثبوت این خیار اشاره می‌کنند و شاید یکی به این دلیل است که این شرط داخل در مفاد تراضی و توافق طرفین عقد قرار دارد و مدلول التزامی الفاظ قرارداد می‌باشد؛ بنابراین با اصل حاکمیت اراده هم‌جهت است. همچنین از برخی اشکالات نیز مصون می‌ماند. در اینجا به نقل برخی کلمات فقهای امامیه که مبنای خیار عیب را شرط ارتكازی می‌دانند، اشاره می‌کنیم:

الف) محقق خویی در ذیل بحث خیار عیب این‌گونه می‌فرماید: «إذا ظهر العيب في المبيع فيكون للمشتري خيار العيب لتخلف الشرط الضمني الارتكازی الذي ترك التصريح به اعتماداً على أصالة الصحة» (موسوی خویی، [بی‌تا]، ج ۷، ص ۹۴-۹۷). ایشان در ادامه می‌فرماید: «شرط ضمنی ارتكازی همانند شرط صریح در عقد است و تخلف از آن سبب ایجاد خیار تخلف شرط می‌شود». وی خیار عیب را خیار مستقلاً در برابر خیار حیوان یا خیار تأخیر نمی‌داند، بلکه آن را از فروع «خیار شرط» می‌شمارد و بازگشت خیار عیب به خیار شرط می‌باشد که در صورت تخلف فروشنده از شرط ارتكازی سلامت مبیع، برای خریدار خیار شرط حاصل می‌شود. ایشان در جای دیگری می‌فرماید: «مقتضای شرط ضمنی ارتكازی عقلایی این است که مبیع و ثمن معامله باید بدون عیب

و سالم باشد، در غير اين صورت كسى كه مال او معيوب است، حق خيار دارد» (موسوى خويى، [بى تا]، ج ۷، ص ۳۳۷).

ب) آيت الله تبريزى مى فرمايد: «مبنى خيار عيب به اعتبار شرط ارتكازى سلامت مبيع مى باشد، نه اعتماد بر اساس اصالة الصحه و شاهد بر اين مطلب اينكه بر فرض اعتماد بر اصالة الصحه، در صورتى كه فروشنده از عيب مبيع تبرى جسته باشد، خيار عيب ساقط مى شود» (تبريزى، ۱۴۱۶، ج ۴، ص ۲۷۷).

سپس مى فرمايد: «در صورت اطلاق عقد بيع، شرط صحت و سلامت عوضين، شرط ارتكازى عقد محسوب مى شود و تخلف از آن سبب ايجاد حق خيار عيب مى باشد» (همان، ص ۲۸۱).

ج) سيد محمد كاظم مصطفىوى نيز مبنى خيار عيب را شرط ارتكازى مى داند و مى فرمايد: «مبنى خيار عيب، قاعده لاضرر نيست، بلكه تخلف از شرط ارتكازى سلامت عوضين در قرارداد است كه در صورت علم هريك از طرفين قرارداد به عيب، حق خيار به دليل قاعده اقدام وجود نخواهد داشت» (مصطفوى، ۱۴۲۱، ص ۲۴۷).

۳-۵. حق حبس

خريدار مى تواند از پرداختن ثمن خوددارى كند تا فروشنده حاضر به تسليم مبيع شود. همين اختيار را فروشنده درباره تسليم مبيع دارد؛ يعنى مى تواند ايفاي به عهد را به پرداخت ثمن منوط كند. اين اختيار متقابل «حق حبس» نام دارد؛ در اينكه مبنى حق حبس كمتر بحث شده است. در اين باره به عقیده نگارنده چندين نظريه وجود دارد:

۱. نظريه وجوب رد مال غير (اردبيلى، ۱۴۰۳، ج ۸، ص ۵۰۴ / نجفى، [بى تا]، ج ۲۳، ص ۱۴۶ / موسوى خويى، [بى تا]، الف، ج ۷، ص ۵۹۲)؛
۲. نظريه مقتضاي اطلاق عقد (انصارى، ۱۴۲۸، ج ۶، ص ۲۶۳)؛
۳. نظريه حكم عقلايى مترتب بر معاوضه (خمينى، ۱۳۸۴، ج ۵، ص ۵۶۱-۵۶۲)؛
۴. قاعده معامله به مثل «تقاص» (مراغى، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۲۶۰)؛
۵. نظريه شرط ارتكازى.

بعضى از فقهاى بزرگ همچون محقق عراقى، محقق نائينى، محقق اصفهانى، محقق

خوئی و آیت‌الله تبریزی مبنای حق حبس را شرط ضمنی ارتكازی می‌دانند و معتقدند در عقود معاوضی، تسلیم هریک از طرفین عقد یعنی در مقابل تسلیم طرف دیگر می‌باشد، نه اینکه در این‌گونه عقود خود عقد مقتضی تملیک 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، در حالی که سلطنت اعتباری که حقیقت ملکیت را در میان طرفین عقد تشکیل می‌دهد، قابل انشا بوده، برخلاف سلطنت فعلی خارجی که با انشای عقد حاصل نمی‌شود، بلکه در باب معاوضات، بنای عقلا بر این است که تسلیم در مقابل تسلیم صورت گیرد؛ بنابراین التزام طرفین عقد به تسلیم در مقابل تسلیم شرط ارتكازی است که طرفین عقد هرچند در ضمن عقد بدان تصریح نکرده‌اند؛ ولی نسبت به آن ملتزم شده‌اند (عراقی، ۱۴۱۴، ج ۵، ص ۴۳۷ / نائینی، ۱۴۲۴، ج ۱، ص ۳۵۳ / اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۵، ص ۳۷۲ / موسوی خلخالی، ۱۴۲۷، ص ۳۵۶-۳۶۱ / همان، ص ۱۶۳ / تبریزی، ۱۴۱۶، ج ۴، ص ۵۸۶-۵۷۸).

قانون مدنی نیز که در بند ۳ و ۴ ماده ۳۶۲ می‌گوید عقد بیع، بایع را به تسلیم مبیع و مشتری را به تأدیه ثمن ملزم می‌کند، در واقع نظریه شرط ضمنی ارتكازی را پذیرفته است که تسلیم مبیع باید در برابر تسلیم ثمن قرار گیرد؛ به این دلیل که ارتكاز عرفی در عقد بیع بر این است که تسلیم مبیع در مقابل اخذ ثمن محقق گردد و از سوی دیگر، تسلیم در عقود معاوضی، تسلیم مطلق نیست، بلکه تسلیمی مقید بوده که تسلیم باید در برابر تسلیم باشد.

نتیجه

شرط ارتكازی شرطی است که براساس ارتكاز عرف باید در دو طرف معامله و عقد وجود داشته باشد و به حکم عقلا، عقد نمی‌تواند بدون وجود آن صحیح باشد. علت به وجود آمدن ارتكاز عرفی نسبت به شرط ارتكازی یکی از این دو امر ذیل می‌تواند باشد: «قرینه حالیه و مقامیه در یک عقد خاص» یا «ارتكاز عرفی عام در جامعه نسبت به متعارف بودن وجود صفت و خصوصیتی در یک عقد».

اصطلاح شرط ارتكازی به طور صریح در قانون و حتی کتب حقوقی به کار نرفته

است؛ بنابراین باید رد پای آن را در موادی که به شرط ضمنی و یا احاله به عرف و عادت و یا بنای عقلا اشاره نموده، بیابیم و از سوی دیگر، شرط ارتكازی نوعی شرط ضمنی است؛ بنابراین می‌توان موادی که به طور مطلق به شرط ضمنی اشاره دارد، از جمله مواد ۲۲۵، ۳۴۴، ۳۸۲، ۴۵۴، ۵۲۱، ۶۳۲ و... قانون مدنی را شامل آن دانست.

ادله نفوذ و اعتبار شرط ارتكازی در فقه امامیه عبارت است از عرف، عادت و سیره یا بنای عقلا، مدلول التزامی عقد، عمومات و اطلاقات ادله وفای به عقد و نیز عموم حدیث «المؤمنون عند شروطهم».

برخی از آثار شرط ارتكازی در مسائلی مانند حق حبس، خیار تأخیر، خیار غبن، خیار عیب، تلف مبیع پیش از قبض، وجوب تفریغ مبیع، تعدیل قرارداد، ضمان درک، توابع مبیع، شرط بکارت در عقد نکاح، عیوب غیر مصرح در عقد نکاح، نفقه زوجه در فاصله زمانی میان عقد و عروسی و... در قلمرو فقه امامیه و حقوق ایران قابل مشاهده است.

منابع

۱. اردبیلی، احمد؛ مجمع الفائدة والبرهان؛ ج ۸، چ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ق.
۲. اصفهانی، محمدحسین؛ حاشیه کتاب المکاسب؛ ج ۵، چ ۱، قم: انوارالهدی، ۱۴۱۸ق.
۳. —؛ نهاية الدراية فی شرح الکفاية؛ ج ۲، چ ۲، بیروت: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۲۹ق.
۴. انصاری، مرتضی؛ المکاسب؛ ج ۶، چ ۸، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۸ق.
۵. —؛ صراط النجاة (محشی)؛ ج ۱، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ق.
۶. ایروانی، باقر؛ دروس تمهیدیه فی الفقه الاستدلالی علی المذهب الجعفری؛ ج ۲، چ ۲، قم: دارالعلم، ۱۴۲۷ق.
۷. بحرانی، یوسف؛ الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة؛ ج ۲۴، چ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ق.
۸. تبریزی، میرزا جواد؛ ارشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب؛ ج ۴، چ ۳، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۱۶ق.
۹. —؛ استفتائات جدید؛ ج ۱، قم: سرور، ۱۳۷۸.
۱۰. توکلی کیا، امید؛ «نفقه زوجه در فاصله زمانی بین عقد و عروسی»؛ پیام آموزش؛ ش ۵۵، فروردین و اردیبهشت ۱۳۹۱.
۱۱. —؛ شرط ارتکازی در فقه امامیه و حقوق ایران؛ پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی؛ تهران: دانشگاه امام صادق علیهم السلام، بهار ۱۳۹۱.
۱۲. جزایری، سید محمد جعفر؛ هدی الطالب فی شرح المکاسب؛ ج ۳، چ ۱، قم: مؤسسه دارالکتاب، ۱۴۱۶ق.

۱۳. جعفرى لنگرودى، محمدجعفر؛ تأثیر اراده در حقوق مدنى؛ ج ۲، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۷.
۱۴. ———؛ دانشنامه حقوقى؛ ج ۲، تهران: امیرکبیر، ۱۳۷۵.
۱۵. ———؛ وسیط در ترمینولوژى حقوق؛ ج ۳، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۹.
۱۶. جواهرى، حسن محمدتقى؛ رسائل فقهية - الربا فقہياً و اقتصادياً؛ قم: دارالهدى، [بى تا].
۱۷. حائرى، عبدالکریم؛ دررالفوائد؛ ج ۲، قم: چاپخانه مهر، [بى تا].
۱۸. حرّ عاملی، محمد؛ وسائل الشیعة الى تحصیل مسائل الشریعة؛ ج ۲۳، قم: مؤسسه آل البيت، ۱۴۰۹ق.
۱۹. حسینی حائری، سید کاظم؛ فقه العقود، ج ۲، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۸ق.
۲۰. ———؛ فقه العقود؛ ج ۲، ج ۳، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۱ق.
۲۱. حسینی روحانی، سیدصادق؛ (الف)؛ فقه الصادق؛ ج ۹، قم: مؤسسه دارالکتاب، [بى تا].
۲۲. ———؛ (ب)؛ منهاج الصالحین؛ ج ۲، قم: انوارالهدی، [بى تا].
۲۳. ———؛ منهاج الفقاهة؛ ج ۶، ج ۵، قم: انوارالهدی، ۱۴۲۹ق.
۲۴. حسینی روحانی، سیدمحمد؛ المرتقى الى الفقه الارقى (کتاب الخيارات)، ج ۱، تهران: مؤسسه الجليل للتحقیقات الثقافیه (دارالجللی)، ۱۴۲۰ق.
۲۵. ———؛ المرتقى الى الفقه الارقى (کتاب الحج)؛ ج ۱، ج ۱، تهران: مؤسسه الجليل للتحقیقات الثقافیه (دارالجللی)، ۱۴۱۹ق.
۲۶. ———؛ المرتقى إلى الفقه الارقى (کتاب الخيارات)؛ ج ۱، ج ۱، تهران: مؤسسه الجليل للتحقیقات الثقافیه (دارالجللی)، ۱۴۲۰ق.
۲۷. حسینی سیستانی، سیدعلی؛ المسائل المنتخبة؛ ج ۹، قم: دفتر حضرت آیت الله سیستانی، ۱۴۲۲ق.
۲۸. ———؛ قاعده لاضرر و لاضرار؛ ج ۱، قم: نشر مهر، ۱۴۱۴ق.

۲۹. حلی، حسن بن یوسف؛ تبصرة المتعلمين في احكام الدين؛ ج ۱، تهران: مؤسسه چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۱۳ق.
۳۰. ———؛ تذكرة الفقهاء؛ ج ۱۱، ج ۱، قم: مؤسسه آل البيت علیه السلام، [بی تا].
۳۱. ———؛ قواعد الاحكام؛ ج ۳، ج ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.
۳۲. ———؛ تبصرة المتعلمين في أحكام الدين؛ ج ۱، تهران: مؤسسه چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۱۱ق.
۳۳. خالصی، محمدباقر؛ رفع الغرر عن قاعدة لاضرر؛ ج ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۵ق.
۳۴. خراسانی، محمدکاظم؛ كفاية الاصول؛ ج ۲، بیروت: مؤسسه آل البيت علیه السلام، ۱۴۲۹ق.
۳۵. خمینی، سیدروح الله، توضیح المسائل (محشی)؛ ج ۲، ج ۸، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۴ق.
۳۶. ———؛ استفتائات؛ ج ۳، ج ۵، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۲ق.
۳۷. ———؛ کتاب البيع؛ ج ۵، ج ۲، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام، ۱۳۸۴.
۳۸. سبزواری، سید عبدالاعلی؛ مهذب الاحكام في بيان الحلال والحرام؛ ج ۲۰ و ۲۵، ج ۴، قم: مؤسسة المنار، ۱۴۱۳ق.
۳۹. شاهرودی، سید محمود؛ بحوث في الفقه الزراعي؛ ج ۱، قم: مؤسسة دائرة المعارف فقه اسلامی، ۱۴۲۶ق.
۴۰. شبیری زنجانی، سید موسی؛ کتاب نکاح؛ ج ۲۲، ج ۱، قم: مؤسسه پژوهشی رأی پرداز، ۱۴۱۹ق.
۴۱. شهیدی، محمدتقی؛ «انظار فقهی - اصولی حضرت آیت الله تبریزی»؛ مجله پژوهش و حوزه؛ قم: معاونت پژوهشی مرکز مدیریت حوزه علمیه قم، ش ۳، پاییز ۱۳۷۹، ص ۳۴-۵۰.
۴۲. شهیدی، مهدی؛ شروط ضمن عقد؛ تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۶.
۴۳. طباطبایی، سیدعلی؛ ریاض المسائل في تحقیق الأحكام بالدلائل؛ ج ۸، ج ۱، قم: مؤسسه آل البيت علیه السلام، ۱۴۱۸ق.

٤٤. طباطبایی قمی، سیدتقی؛ الأنوار البهية فی القواعد الفقهية؛ ج ١، قم: انتشارات محلاتی، ١٤٢٣ق.
٤٥. ———؛ دراستنا من الفقه الجعفری؛ ج ٤، ج ١، قم: مطبعة الخيام، ١٤٠٠ق.
٤٦. ———؛ عمدة المطالب فی التعليق علی المكاسب؛ ج ١، ج ١، قم: کتابفروشی محلاتی، ١٤١٣ق.
٤٧. ———؛ مبانی منهاج الصالحین؛ ج ٩، ج ١، قم: منشورات قلم الشرق، ١٤٢٦ق.
٤٨. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم؛ حاشية کتاب المكاسب؛ ج ٢ و ٣، ج ٢، قم: طليعه نور، ١٤٢٩ق.
٤٩. عاملی (شهيد ثاني)، زين الدين بن علي؛ الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية؛ ج ٣، ج ٦، قم: مجمع الفكر الاسلامی، ١٤٢٩ق.
٥٠. ———؛ مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الاسلام؛ ج ٨، ج ٣، قم: مؤسسة المعارف الاسلاميه، ١٤٢٥ق.
٥١. عاملی کرکی، علی بن حسین؛ جامع المقاصد فی شرح القواعد؛ ج ١٣، ج ٢، قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام، ١٤١٤ق.
٥٢. عراقی، آغا ضياء الدين؛ شرح تبصرة المتعلمين؛ ج ٥، ج ١، قم: دفتر انتشارات اسلامي، ١٤١٤ق.
٥٣. عمیدی، سید عمید الدین؛ کنز الفوائد فی حل مشکلات القواعد؛ ج ٢، ج ١، قم: دفتر انتشارات اسلامي، ١٤١٦ق.
٥٤. فاضل هندی، محمد؛ كشف اللثام والابهام عن قواعد الاحكام؛ ج ٧، ج ١، قم: دفتر انتشارات اسلامي، ١٤١٦ق.
٥٥. قمی گیلانی، ابوالقاسم؛ جامع الشتات فی أجوبة السؤالات؛ ج ٤، ج ١، تهران: مؤسسه کیهان، ١٤١٣.
٥٦. قمی، علی بن ابراهيم؛ تفسير قمی؛ ج ١، ج ١، قم: منشورات ذوی القربى، ١٤٢٨ق.
٥٧. کاتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها؛ ج ٣ و ٥؛ ج ٥، تهران: شرکت سهامی انتشار، ١٣٨٧.
٥٨. گلپایگانی، محمدرضا؛ هداية العباد؛ ج ١، قم: دارالقرآن الکریم، ١٤١٣ق.

۵۹. محقق داماد، سیدمصطفی؛ قواعد فقه؛ ج ۲، چ ۱۲، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ق.
۶۰. —؛ نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی؛ چ ۱، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۸.
۶۱. مراغی، سیدمیرعبدالفتاح؛ العناوین الفقهیة؛ ج ۲، چ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ق.
۶۲. مصطفوی، حسن؛ التحقیق فی کلمات القرآن الکریم؛ ج ۴، چ ۱، تهران: مؤسسه للطباعة والنشر، ۱۴۱۶ق.
۶۳. —؛ فقه المعاملات؛ چ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۳ق.
۶۴. —؛ مائة قاعدة فقهیة؛ چ ۴، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۱ق.
۶۵. مکارم شیرازی، ناصر؛ احکام بانوان؛ چ ۱۱، قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۴۲۸ق.
۶۶. —؛ احکام پزشکی؛ چ ۱، قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۴۲۹ق.
۶۷. —؛ احکام النساء؛ چ ۱، قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۴۲۶ق.
۶۸. —؛ استفتائات جدید؛ ج ۱، چ ۲، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابیطالب علیه السلام، ۱۴۲۷ق.
۶۹. —؛ الفتاوی الجديدة، ج ۱، چ ۲، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب، ۱۴۲۷ق.
۷۰. —؛ الفتاوی الجديدة؛ ج ۱، چ ۲، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابیطالب علیه السلام، ۱۴۲۷ق.
۷۱. موسوی بجنوردی، سیدمحمدحسن؛ القواعد الفقهیة؛ ج ۳، چ ۳، قم: منشورات دلیل ما، ۱۴۲۸ق.
۷۲. موسوی خلخالی، سیدمحمد مهدی؛ فقه الشیعة (کتاب الاجاره)؛ چ ۱، تهران: انتشارات منیر، ۱۴۲۷ق.
۷۳. موسوی خویی، سیدابوالقاسم؛ منهاج الصالحین، قم: نشر مدینه العلم، ۱۴۱۰ق.
۷۴. — (الف)؛ التنقیح فی شرح العروة الوثقی؛ ج ۲، چ ۱، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۸ق.

٧٥. — (الف)؛ مصباح الفقاهة؛ ج ٦ و ٧، بيروت: نشرالهادى، [بى تا].
٧٦. — (ب)؛ المستند فى شرح العروة الوثقى (الاجاره)؛ قم: مؤسسه احياء آثار الامام الخويى، ١٤٢٢ق.
٧٧. — (ب)؛ فقه الشيعة؛ ج ٢، قم: مؤسسه آفاق، ١٤١٨ق.
٧٨. — (ج)؛ موسوعة الامام الخويى؛ ج ٩، چ ١، قم: مؤسسه احياء آثار الامام الخويى، ١٤١٨ق.
٧٩. — مبانى العروة الوثقى؛ ج ١، چ ١، قم: منشورات مدرسه دارالعلم، ١٤٠٩ق.
٨٠. — محاضرات فى الأصول؛ ج ٢، قم: انتشارات انصاريان، ١٤١٧ق.
٨١. — مصباح الأصول؛ ج ٢، چ ١، قم: مؤسسه نشرالفاقة، ١٤٢٢ق.
٨٢. — منهاج الصالحين، چ ٢٨، قم: نشر مدينة العلم، ١٤١٠ق.
٨٣. موسى خويى، سيد محمد تقى؛ الشروط أو الالتزامات التبعية فى العقود؛ ج ١، چ ١، بيروت: دارالمورخ العربى، ١٤١٤ق.
٨٤. نائينى، محمد حسين؛ منية الطالب فى شرح المكاسب؛ ج ١، چ ٢، قم: مؤسسه النشرالاسلامى، ١٤٢٤ق.
٨٥. — منية الطالب فى شرح المكاسب؛ ج ٢ و ٣، چ ٢، قم: مؤسسه النشرالاسلامى، ١٤٢٧ق.

