



Research Article

The Criteria for Recognizing the Requirements of the Substance of Contract in Iranian Law and Imamiyyah Jurisprudence

Mohsen Esmacili¹, Mohammad Mansouri^{2*}

1. Associate Professor, Department of Islamic Private Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran
2. Assistant Professor of Department of Theology, Yasouj University

Article history:

Received: 26/07/2023

Accepted: 03/02/2024

Abstract

In order to engage in social life, individuals need to enter into agreements and contracts with others. The motivating factor for entering into a contract is the anticipated effects of that contract. Some of these effects are inherent to the essence and nature of the contract, rendering the contract useless without them. These effects, which constitute the purpose of creating contracts and are directly generated by the contract's essence, are known as the "requirements of the substance of contract." A condition contrary to the requirements of the substance of contract is one that contradicts the primary effect of the contract, leading to its invalidity.

The crucial question is: Based on what criteria can the requirements of the substance of contract be determined? Recognizing these requirements is of paramount importance, as any condition contrary to them renders the contract null and void. In some instances, the lack of precise rules for determining these requirements has led to differing interpretations among jurists. Some consider a particular condition to be against the requirements

Please cite this article as:

Esmacili, M., Mansouri, M. (2025). The Criteria for Recognizing the Requirements of the Substance of Contract in Iranian Law and Imamiyyah Jurisprudence. *Journal of Legal Studies*, 16(4) 109-146. <https://doi.org/10.22099/JLS.2025.47843.4984>

* Corresponding author:

E-mail address: m.mansouri12025@gmail.com

of the substance of contract, while others view it as contrary to Sharia or law, and still others deem the same condition to be valid. These divergent opinions create confusion for contracting parties when determining the terms of the contract. The most fundamental step in recognizing a condition contrary to the requirements of the substance of contract is to first identify those requirements.

This research, conducted using a descriptive-analytical method, aims to comprehensively explain the criteria that lead to the discovery of the requirements of the substance of contract, examine the strengths and weaknesses of each criterion, and ultimately select the most preferred criterion. These criteria include:

1. **Sharia Law:** Some jurists believe that the way to recognize the requirements of the substance of contract is through Sharia law, and that contradicting these requirements implies the cancellation of the effect that Sharia has determined for the nature of the contract. This viewpoint is not entirely acceptable because contracts are often signatory, and the Holy Sharia has approved them with amendments and limitations. Therefore, to understand the fundamentals and effects of contracts, one must refer to a framework where these issues have been more thoroughly developed.
2. **Custom:** One of the most significant criteria for determining the requirements of the substance of contract is custom. To discover these requirements, one must delve into the context in which the contract evolved, namely, the community. The community's understanding has crystallized in the form of custom. However, the profound impact of law on the legal system and the diminishing role of customs in defining the nature of contracts have reduced the importance of this criterion.
3. **Law:** Due to the fact that the legislator's definitions of contracts have established legal truth for these terms, the most crucial criterion for distinguishing the nature of a contract today is law. A potential issue with centering law in determining the requirements of the substance of contract is that the legislator's statements regarding these requirements are not always comprehensive. This can hinder the process, as in many cases, the nature, validity conditions, and rules of the contract are stated together. Additionally, sometimes the requirements of the substance and the absoluteness of the contract are stated together, making it difficult to distinguish the requirements of the substance of contract from other subjects.

Based on the above, law and custom are two major criteria in determining the requirements of the substance of contract. While contracts are formed within the context of society and custom is the most important criterion for identifying their nature, the establishment of law and the definition of the

nature of each contract create legal truth for that contract. That contract then becomes meaningful only within that defined nature, and definitions outside of it fall outside the contract's nature.

However, due to the limitations of law in distinguishing some of the requirements of the contract and many conditions contrary to these requirements, and considering that contracts are formed within society to fulfill societal goals, custom should be considered as a criterion for determining the requirements of the substance of contract after law. The opinions of jurists (experts of Muslim law) in jurisprudential books, as experts who possess knowledge of Sharia, custom, and vocabulary, and the fact that the definitions of the nature of contracts in Iran's Civil Law are often derived from jurisprudential sources, serve as the best source reflecting both custom and Sharia considerations. These sources, being the root and primary source of civil law, significantly aid in understanding the nature of contracts and, consequently, the requirements of the substance of contract.

Therefore, in summary, the most important sources for understanding the requirements of the substance of contract are first law and then custom. Jurisprudential sources and the views of jurists can be highly effective in understanding the legislator's intent and custom.

Innominate Contracts:

Regarding innominate contracts, they should be divided into common and uncommon categories. For common innominate contracts prevalent in society, considering that customs exist regarding them, one should refer to custom to determine their requirements of the substance of contract, as explained earlier in the case of specific contracts. However, for uncommon innominate contracts that are not prevalent in society, there is no way to determine the nature of the contract except by referring to the intention of the contracting parties.

Characteristics of the Requirements of the Substance of Contract:

To determine the requirements of the substance of contract based on the mentioned criteria, it is essential to first understand the characteristics of these requirements.

Firstly, the requirements of the substance of contract are effects that originate from the essence and nature of the contract. Therefore, they are effects, not causes.

Secondly, since the requirements of the substance of contract are derived from the essence and nature of the contract, they do not encompass the conditions and rules of the contract that lie outside the contract's nature. Consequently, to determine the requirements of the substance of contract,

one must distinguish between the conditions and rules of the contract and its substantive effects.

Keywords: Requirements of the Substance of Contract, Sharia Law, Legal Truth, Custom, Elements Identification.

دوره شانزدهم، شماره چهارم، زمستان ۱۴۰۳

IJAS

مجله مطالعات حقوقی

Journal Homepage: <https://jls.shirazu.ac.ir/>
doi: <https://doi.org/10.22099/JLS.2025.47843.4984>

مقاله پژوهشی

ضوابط تشخیص مقتضای ذات عقد در حقوق ایران و فقه امامیه

محسن اسماعیلی^۱، محمد منصوری^{۲*}

۱. دانشیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تهران، ایران.

۲. استادیار گروه الهیات، دانشگاه یاسوج، یاسوج، ایران.

تاریخ پذیرش: 1402/11/14

تاریخ دریافت: 1402/05/04

اطلاعات مقاله

چکیده

مقتضای ذات عقد عبارت است از اثری که مقصود اصلی از انعقاد عقد است که مستقیماً از ذات عقد ناشی می‌شود. در اهمیت تشخیص مقتضای ذات عقد همین بس که هر شرط خلاف مقتضای عقد، به جهت تناقض با اثر اصلی عقد، مبطل عقد است. اکنون مسئله آن است که بر اساس چه معیاری می‌توان مقتضای ذات عقد را تعیین کرد؟ در این پژوهش که بر اساس روش توصیفی-تحلیلی نگارش یافته است نگارنده کوشیده است تا معیارهایی را که منجر به کشف مقتضای عقد می‌شود تبیین کند و ضابطه صحیح‌تر را بیابد. این معیارها شامل مواردی مانند جعل شارع، عرف، تأثیر توأم عرف و شرع و قانون می‌شود که فرضیه این است که قانون تأثیر بیشتری داشته باشد. پس از بررسی ضوابط فوق، نتیجه حاصله آن است که نظر به اینکه تعاریفی که قانون‌گذار از ماهیت عقود به عمل آورده برای این واژگان حقیقت قانونی به وجود آورده‌است، مهم‌ترین مأخذ برای تشخیص مقتضای عقد، قانون است. پس از قانون مهم‌ترین معیار، عرف است، زیرا برای کشف مقتضای عقد باید به بستر شکل‌گیری عقد رجوع کرد. دیدگاه‌های فقهی نیز در شناخت مقصود قانون‌گذار و عرف بسیار مؤثر است، زیرا منبع اصلی قانون مدنی هستند و ماهیت عرفی عقود در این دیدگاه‌ها تبلور یافته است.

واژگان کلیدی: جعل شارع، حقیقت عرفی، حقیقت قانونی، مقتضای ذات عقد، عناصر شناسی.

استناد به این مقاله:

اسماعیلی، محسن و منصوری، محمد (۱۴۰۳). ضوابط تشخیص مقتضای ذات عقد در حقوق ایران و فقه امامیه. *مجله مطالعات حقوقی*. ۱۶. (۴). ۱۰۹-۱۴۶.

* نویسنده مسئول:

E-mail address: m.mansouri12025@gmail.com

سرآغاز

هر شخص برای ادامه حیات اجتماعی ناگزیر است پیمان‌ها و قراردادهایی با سایر اشخاص منعقد سازد. آنچه شخص را به انعقاد قرارداد با دیگران ترغیب می‌کند اثری است که بر این قرارداد مترتب می‌شود. بعضی از آثار عقد با ذات و ماهیت آن عقد گره خورده‌اند؛ به نحوی که عقد بدون آن‌ها بی‌فایده می‌شود، این آثار که هدف و غرض تکوین عقود، تحقق آن‌ها است به‌عنوان مقتضای ذات عقد شناخته می‌شوند. در اهمیت تشخیص مقتضای ذات عقد همین بس که هر شرط خلاف مقتضای عقد، باطل و مبطل عقد است و عدم آگاهی از مقتضای ذات عقد، شروط ضمن عقد را در معرض مخالفت با ذات عقد و در نتیجه بطلان عقد و شرط قرار می‌دهد. عدم وجود ضابطه‌ای دقیق برای تعیین مقتضای عقد در برخی موارد سبب شده است عده‌ای شرطی را خلاف مقتضای عقد بدانند، دسته‌ای آن را خلاف شرع و قانون بیندارند و برخی همان شرط را صحیح بشمارند. نتیجه این آراء متشتت و متعارض، سردرگمی متعاقدین در تعیین شروط ضمن عقد است. آن‌ها نمی‌دانند آیا شرطی که ضمن عقد مطرح می‌کنند به اساس عقد لطمه می‌زند یا خیر؟ بنابراین اهمیت شناخت شرط خلاف مقتضای عقد نسبت به سایر شروط دوچندان است. اساسی‌ترین گام برای تشخیص شرط خلاف مقتضای ذات عقد، شناخت مقتضای ذات عقد است. ارائه معیاری دقیق برای شناخت مقتضای ذات عقد، می‌تواند فقیه و حقوقدان را به سوی شناخت صحیح‌تر از شرط خلاف مقتضای عقد رهنمون شود و از ارائه آرای مختلف و متعارض، پیرامون شرط خلاف مقتضای ذات عقد جلوگیری کند.

به نظر می‌رسد مقتضای عقد و شرط خلاف آن با همین عبارات در روایات وارد نشده است و این عبارات در ابتدا در کتبی مانند حیات ابن ابی عقیل و فقهه (Ammani, 1992: 460) و کافی فی الفقه (Halabi, 1982:358) و مبسوط (Tusi, 1967: 149) مطرح شده است. پس از آن بعضی از فقها مانند علامه حلی، محقق کرکی، شیخ انصاری و محقق نائینی به این مسئله پرداخته‌اند. در میان حقوقدانان نیز استادانی چون شهیدی

(Shahidi, 2000: 113-115)، جعفری لنگرودی (Ja'fari Langrodi, 2001: 215&272) و کاتوزیان (Katouzian, 2004: 179-186) به اختصار به این بحث اشاره کرده‌اند. در این پژوهش، نگارنده در پی آن است تا به ملاک‌ها و معیارهایی که فقها و حقوقدانان برای تشخیص مقتضای عقد و شرط خلاف آن ذکر کرده‌اند بپردازد و تا حد امکان نقاط قوت و ضعف هر یک را مورد بررسی قرار دهد و درنهایت ملاک و معیار ارجح مورد انتخاب واقع شود.

1. مفاهیم

1-1. مقتضای ذات عقد

در تعریف مقتضای ذات عقد گفته شده است: «اثری که هدف اصلی عقد را تشکیل می‌دهد مانند انتقال مبیع و ثمن در عقد بیع که هدف اساسی آن است» (Ja'fari Langrodi, 1993: 677)؛ به عبارت دیگر «مقتضا ذات عقد عبارت از امری است که عقد برای پیدایش آن منعقد می‌شود. می‌توان آن را مقصود اصلی و اساسی از عقد دانست» (Imami, ND: 278). هر عقد برای تحقق هدف و غایتی منعقد می‌شود، آن هدف و غایت عبارت است از نتیجه و اثری که عقد به دنبال دارد، اثر و نتیجه‌ای که مقصود متعاقبین از انعقاد عقد است، مقتضای ذات عقد خوانده می‌شود. به این ترتیب مقتضای ذات عقد آن‌چنان اثری است که عقد، بدون وجود این اثر محقق نمی‌شود، این اثر را ماهیت عقد ایجاد می‌کند، به طوری که عقد بالذات تولیدکننده آن است به این ترتیب چنین اثری از عقد جدانشدنی خواهد بود (Shahidi, 2000: 113).

1-2. مقتضیات اطلاق عقد

«اطلاق عقد یعنی قید نکردن مطلبی در متن عقد» (Ja'fari Langrodi, 1999: 3469). همان‌طور که گفته شد مقتضای ذات عقد، اثری است که از عقد جدایی‌ناپذیر است و

انفکاک آن از عقد موجب نابودی عقد می‌شود اما آثاری وجود دارد که با تحقق عقد محقق می‌شوند اما این‌گونه نیست که از عقد جدایی ناپذیر باشند، بلکه جدا شدن این آثار از عقد آسیبی به عقد وارد نمی‌سازد؛ بنابراین متعاقدین می‌توانند با شرط ضمن عقد از این آثار صرف نظر کنند، به این آثار، مقتضیات اطلاق عقد می‌گویند.

3-1. شرط خلاف مقتضای ذات عقد

شرط خلاف مقتضای ذات عقد عبارت است از شرطی که برخلاف اثر اصلی عقد، بسته می‌شود و آن را نفی می‌کند. شرط خلاف مقتضای ذات عقد از جمله شروطی است که موجب بطلان شرط و عقد می‌شود (Shahid Awwal, ND:258; seywari, ND:) (349; Seywari, 1983: 243, Sistani, 1996: 101; Sobhani, 2003: 275). البته بعضی از فقها احتمال بطلان شرط و صحت عقد را نیز مطرح کرده‌اند، زیرا آنچه نخست و بالذات مطلوب و مقصود متعاقدین است خود عقد است و شرط جنبه تبعی و فرعی دارد (Hasani, ND: 416)، اما قانون مدنی دیدگاه اول را پذیرفته و عقد و شرط را باطل دانسته است.

1-4. علت بطلان عقد و شرط در عقد مشروط به شرط خلاف مقتضای ذات

در بیان علت بطلان عقد و شرط به واسطه شرط خلاف مقتضای عقد چند نگرش وجود دارد بعضی از فقها فقدان قصد را سبب بطلان می‌شمارند، برخی تناقض و برخی مخالفت با شرع را دلیل بطلان می‌دانند.

1-4-1. عدم قصد

عده‌ای از فقها معتقدند که شرط خلاف مقتضای عقد، حاکی از آن است که طرفین عقد، قصد جدی بر انعقاد عقد ندارند و به این ترتیب یکی از ارکان تحقق عقد و بلکه مهم‌ترین رکن عقد که عبارت است از: قصد و اراده جدی، در انعقاد عقد وجود ندارد؛

در نتیجه عقد منعقد نمی‌شود (Isfahani, 1997: 155; Sobhani, 2003: 275; Mousawi)
 .(Khoei, 1993: 148; Tabrizi, 1995: 81)

2-4-1. تناقض بین عقد و شرط

مهم‌ترین عاملی که فقها آن را علت بطلان شرط و عقد در مورد شرط خلاف مقتضای عقد می‌دانند تنافی و تناقض بین عقد و شرط است. به این ترتیب که هر عقد، مقتضی اثری است که تحقق آن اثر، غرض و هدف پیدایش عقد است، حال در صورتی که شرطی در عقد مطرح شود که آن اثر را نفی کند به معنای آن است که از یک طرف، عقد، اثری را اقتضاء می‌کند و از طرف دیگر شرط آن مقتضا را نفی می‌کند؛ در نهایت مقتضای عقد و مدلول شرط در مقابل هم می‌ایستند و موجب بروز تناقض می‌شوند (Kashif al-Ghita', 1940: 77). این تناقض سبب می‌شود تحقق عقد و شرط معقول نباشد (Mousawi Bojnourdi, 1998: 267) به جهت آنکه تناقض سبب تساقط و بطلان عقد و شرط می‌شود؛ بنابراین، این بطلان به جهت عقلایی نبودن تعلق قصد به شرط و عقد نیست. همان‌طور که عده‌ای به آن قائل‌اند، بلکه به جهت تنافی و تناقض به حسب واقع است. بله با تصور اطراف قضیه و معرفت به همه جهات می‌توان دریافت وجود اراده جدی در شرط و عقد عقلایی نیست اما این مسئله از عنوان بحث خارج است (Imam Khomeini, 2000: 281).

مسئله‌ای که ممکن است در این خصوص مطرح شود آن است که آیا همواره شرط خلاف مقتضای ذات عقد موجب بی‌اعتباری و بطلان عقد می‌شود یا آنکه در بعضی از موارد می‌توان گفت ماهیت عقد تغییر کرده و عقد، به عقد دیگری تحول یافته است؟ در پاسخ به این مسئله باید گفت در صورتی که شرط، نشان‌دهنده این باشد که مقصود متعاقدين از ابتدا عقد دیگری بوده است، مانند آنکه مالی به صورت بلاعوض به دیگری فروخته شود. در این مورد اساساً قصد متعاقدين از ابتدا بیع و تملیک عین به عوض نبوده است بلکه مالک به قصد هبه و تملیک رایگان، مال را به دیگری انتقال داده است و

طرفین در توصیف عقد دچار اشتباه شده‌اند یا عنوان مجازی را استفاده کرده‌اند، بنابراین به نظر می‌رسد باید عقد را هبه دانست؛ اما در صورتی که قصد متعاقدين از ابتدا واقعاً بیع و تملیک عین به عوض بوده اما شرط کرده‌اند که مشتری یا بایع، حق هیچ‌گونه تصرفی در مبیع یا ثمن را ندارد، در این‌گونه موارد با توجه به تعارض بین عقد و شرط باید عقد و شرط را باطل دانست و نمی‌توان بر مبنای نظریه تحول، عقد باطل را به عقد صحیح، مبدل دانست، زیرا این نظریه با قاعده العقود تابعه للقصود مغایر است، زیرا نظریه تحول عقود که در حقوق کشورهایمان پذیرفته شده است بر مبنای قصد فرضی متعاقدين است نه قصد واقعی، ضمن اینکه ماده 233 قانون مدنی صریحاً شرط خلاف مقتضای عقد را باطل و مبطل عقد دانسته است.¹

3-4-1. مخالفت با شرع

عده‌ای از فقها مبنای بطلان شرط خلاف مقتضای عقد را مخالفت با شرع می‌دانند؛ به این ترتیب که هر شرطی که مخالف اثری باشد که بنا بر کتاب و سنت و اجماع برای عقد بیان شده است، باطل است (Allama Helli, 1992: 90). مثلاً بر اساس روایت «الناس مسلطون علی اموالهم» شرط عدم بیع و عدم هبه، باطل است، به جهت آنکه این شروط، آزادی مالک مال را در تصرف و استفاده از مال محدود می‌کند و با قاعده تسلط مخالف هستند بنابراین باید این شروط را باطل دانست (Allama Helli, 1993: 247). در این نظریه به نظر می‌رسد صرف مخالفت با شرع سبب بطلان عقد نمی‌شود بلکه از آنجاکه صاحبان این نظریه، شرط را بخشی از ثمن می‌دانند بطلان آن را به هر علت سبب بطلان عقد می‌دانند.

1. نظریه تحول بیانگر آن است که عقد باطلی که دربرگیرنده عناصر عقد دیگری است از عقدی که متعاقدين قصد آن را داشته‌اند به عقدی مبدل می‌شود که عناصر آن در عقد باطل وجود دارد و به این ترتیب اعتبار قانونی پیدا می‌کند (Sanhuri, 2012: 634).

2. راه‌های تشخیص مقتضای ذات عقد

برای تشخیص مقتضای ذات عقد معیارها و راه‌های مختلفی بیان شده است که در ادامه این معیارها مورد نقد و بررسی واقع می‌شود.

2-1. جعل شارع

یکی از راه‌هایی که برای تشخیص مقتضای عقد مورد اقبال عده کثیری از فقها واقع شده جعل شارع است. در تعریف مقتضای عقد از جانب باورمندان به این دیدگاه گفته شده است: منظور از مقتضای عقد آن چیزی است که بر اساس شرع از ذات عقد ناشی می‌شود (Mirza Qomi, 2006:914)، به‌گونه‌ای که عقد آن اثر را اقتضاء کند و آن اثر، مقتضایی است که عقد به خاطر آن به وجود آمده است؛ مانند انتقال عوضین به متعاقدين و اعطای اختیار تصرف مطلق به آنها در عقد بیع (Karaki, 1993: 414). منظور از منافی مقتضای عقد، عدم ترتب اثری است که شارع برای ماهیت عقد قرار داده است (Naraqi, 2001: 78; Karaki, 1993: 414).

2-1-1. ماهیت شرط خلاف مقتضای عقد از منظر فائین به جعل شارع

به نظر می‌رسد عده‌ای از کسانی که در تشخیص مقتضای عقد، جعل شارع را ملاک می‌دانند تفاوت چندانی بین شرط خلاف مقتضای عقد و شرط خلاف شرع قائل نیستند و حتی شرط خلاف مقتضای عقد را نوعی از انواع شرط خلاف کتاب و سنت می‌دانند. دلیلی که این مدعا را تأیید می‌کند آن است که فقهایی که به ضابطه جعل شارع معتقدند، غالباً علت بطلان شرط خلاف مقتضای عقد را مخالفت آن با شرع می‌دانند و مبنای مستقلی برای بطلان این شرط قائل نیستند (Bahrani, ND: 321)، مثلاً علامه حلی در کتاب قواعد الاحکام مخالفت با شرع را به‌عنوان ضابطه بطلان شرط خلاف مقتضای عقد ذکر کرده است (Allama Helli, 1992: 90) و در کتاب دیگر خود، تذکره الفقهاء،

مقتضای عقد بیع را ملکیت مشتری می‌داند و شرط خلاف آن را به این علت، باطل می‌داند که با روایت «الناس مسلطون علی اموالهم» مخالف است (Allama Helli, 1993: 247). شهید اول نیز مصادیقی را در کتاب دروس، شرط خلاف مقتضای عقد می‌خواند (Shahid Awwal, 1996: 214) و همان مصادیق را در کتاب لمعه خلاف شرع می‌داند (Shahid Awwal, 1989: 119&120) یا بعضی از فقها مصادیقی که معروف است خلاف مقتضای ذات عقد است مانند شرط عدم بیع و عدم هبه را به دلیل مخالفت با شرع باطل دانسته‌اند (Shahid Thani, 1992: 269; Sabziwari, 2002: 493) و دلیل مخالفت با شرع را مخالفت با مقتضای عقد دانسته‌اند و معیار مخالفت با مقتضای عقد را مخالفت با اثری دانسته‌اند که شارع مقدس برای عقد، جعل فرموده است (Shahid Thani, 1992: 269). در کتاب حدائق الناظره نیز، مصادیقی که خلاف مقتضای عقد دانسته می‌شوند خلاف شرع دانسته شده است (Bahrani, 1984: 66). بعضی تصریح می‌کنند که منافات با مقتضای عقد سببی مستقل برای بطلان شرط نیست بلکه از این جهت موجب بطلان است که مخالف با کتاب و سنت است. (Najafi Ghilani, 1893: 62) بعضی از فقها معتقدند شرط خلاف مقتضای عقد در عین اینکه موجب بروز تناقض بین عقد و شرط است شرط مخالف کتاب و سنت نیز هست، زیرا با دستور شارع مقدس مبنی بر عدم تخلف عقد از مقتضای عقد، مغایر است (Imami khansaari, ND: 476).

2-1-2. تفاوت بین شرط خلاف مقتضای عقد و شرط خلاف کتاب و سنت

حال که در این نگرش مبنای بطلان شرط خلاف مقتضای عقد، مخالفت با شرع دانسته می‌شود، چه فرقی بین شرط خلاف کتاب و سنت و شرط خلاف مقتضای عقد است؟ چرا برخی شروط را خلاف کتاب و سنت و برخی را خلاف مقتضای عقد می‌دانند؟ به نظر می‌رسد پاسخ این سؤال را باید در بحثی یافت با این عنوان که آیا شرط خلاف کتاب و سنت، شرط محلل حرامی است که به اصل شرع حرام است و محرّم حلالی است که به اصل شرع، حلال است یا آنچه توسط عقد به وجود می‌آید را نیز در

برمی‌گیرد؟ (Amili, 1998: 725&726) آیا صرفاً شرطی خلاف کتاب و سنت است که مثلاً شرب خمر که به اصل شرع حرام است را حلال می‌کند یا اینکه شرط عدم بیع نیز خلاف شرع است، به جهت آنکه آنچه عقد، حلال می‌کند، شرط، حرام می‌کند؟ بعضی از فقها مانند مرحوم صاحب جواهر صرفاً آنچه به اصل شرع حلال یا حرام شده را معیار می‌دانند (Najafi, 1983: 201). به نظر می‌رسد نظر کسانی که قائل به باطل بودن شرط عدم بیع و عدم هبه به دلیل مغایرت با شرع هستند نظر دوم را پذیرفته باشند. علامه حلی شرط عدم بیع را به این جهت باطل می‌داند که شرط عدم بیع با روایت «الناس مسلطون علی اموالهم» منافات دارد، یعنی شرط عدم بیع، شرطی است که آنچه به واسطه عقد، حلال شده را ممنوع می‌کند؛ بنابراین به نظر می‌رسد در این دیدگاه شرط خلاف شرع بالمعنی الاخص، شرطی است مخالف آنچه به واسطه اصل شرع حلال یا حرام شده، اما شرط خلاف مقتضای عقد شرطی است مخالف آنچه به واسطه عقد حلال شده است.

3-1-2. دلایل ابتدای مقتضای ذات عقد بر جعل شارع

دلیل اول: شارع، منشأ جعل همه احکام

خداوند تبارک و تعالی، منشأ جعل همه احکام و الزام‌هاست؛ اوست که قراردادهای بین انسان‌ها را به رسمیت شناخته است و فرمان «اوفوا بالعقود» داده و به انسان، امر کرده است که به عقود و پیمان‌های خود، وفادار باشد؛ بنابراین برای تشخیص مقتضای ذات عقد باید به ادله شرعی مراجعه کرد و آنچه به عنوان اثر و مقتضای ذات عقد، قرار داده شده است، استخراج کرد و شروط خلاف این آثار را به عنوان شرط خلاف مقتضای عقد، باطل دانست. برای باطل دانستن شرطی که مدلول آن با مفاد عقد، عقلاً و عرفاً قابل جمع است به دلیل شرعی نیازمندیم که این دلیل شرعی می‌تواند در کتاب یا سنت یا اجماع، موجود باشد؛ وگرنه صرف آنکه بگوییم شرط، بر مبنای عرف، خلاف مقتضای عقد است برای بطلان شرط و عقد کافی نیست (Khomeini, 1997: 94&95).

دلیل دوم: تعارض ادله شرعی، علت بطلان شرط خلاف مقتضای عقد

از نظر عده‌ای از فقها علت بطلان شرط خلاف مقتضای عقد، تعارض دو دلیل شرعی «اوفوا بالعقود» و «المؤمنون عند شروطهم» است. دلیل اول به ایفای مقتضای عقد امر می‌کند و دلیل دوم به نفی مقتضای عقد و این‌گونه بین دو دلیل شرعی تعارض ایجاد می‌شود و این تعارض موجب تساقط است و از آنجاکه مدلول هیچ‌یک از عقد و شرط را نمی‌توان بر دیگری ترجیح داد؛ عقد و شرط هر دو باطل می‌شوند (Naraqi, 1996: 152&153).

2-1-4. نقدهای قابل طرح در مورد نظریه جعل شارع

- امضایی بودن عقود

ملکیتی که به واسطه عقد بیع به وجود می‌آید و سازگاری و تسامی که توسط عقد صلح موجودیت می‌یابد، تأسیس شرعی نیست بلکه از امور اعتباری عرفی است که شارع آن‌ها را با افزودن بعضی قیود و خصوصیات، امضاء کرده است. در اصطلاح، عقود و ایقاعات غالباً در زمره احکام امضایی هستند. حال که عقود و ایقاعات در بستر تکامل و تطور جامعه، شکل گرفته است و شارع مقدس نیز آن‌ها را با اصلاحات و قیودی تأیید کرده است برای شناخت ارکان و حقیقت این مسائل، باید به مرجعی رجوع کرد که این موضوعات در آن بالیده‌اند.

البته ناگفته نماند که احکام امضایی نیز خود، اصول و قواعدی دارد و هر مطلبی را نمی‌توان به‌صرف اینکه در عرف، پذیرفته شده یا عقلاً آن را می‌پسندند به‌عنوان حکم امضایی تلقی کرد و معنای احکام امضایی، عرفی شدن احکام اسلام نیست؛ به این معنا که هرچه در میان عقلای اهل عرف رایج شود از نظر اسلام مورد قبول باشد، بلکه همه آن‌ها یا باید صریحاً به تأیید شارع برسد یا آنکه معصومین با سکوت خود آن را تأیید کرده باشند (Makarim Shirazi, 2006: 562&563).

- یکی شدن شرط خلاف مقتضای ذات با شرط خلاف شرع

یکی از مهم‌ترین عواملی که سبب شده تشخیص مقتضای عقد دشوار شود و بسیاری از مسائلی که ذیل عنوان شرط خلاف کتاب و سنت مطرح می‌شود ذیل عنوان شرط خلاف مقتضای عقد نیز مطرح شود، خلط عنوان شرط خلاف کتاب و سنت و شرط خلاف مقتضای عقد است. به این سبب نخستین گام برای شناخت مقتضای عقد، تفکیک شرط خلاف مقتضای عقد و شرط خلاف کتاب و سنت است (Khoei, N.D: 337). منظور از مخالفت با مقتضای عقد، مغایرت شرط با اثری است که به وسیله عقد، انشاء می‌شود به گونه‌ای که ذیل کلام (شرط) با صدر کلام (عقد) تضاد دارد، مانند آنکه گفته شود این کالا را فروختم به شرط آنکه ثمنی در مقابل آن پرداخت نشود یا آنکه در عقد اجاره شرط شود اجاره بها پرداخت نشود و شرط خلاف کتاب و سنت مغایرت شرط با حکم شرعی مترتب بر منشأ است (Naeini, 1992: 119). آثاری که شرع، برای عقد قرار داده است با آنچه توسط عقد، ایجاد می‌شود و متعاقدین صریحاً یا ضمناً به آن ملتزم می‌شوند متفاوت است و آثاری که شرع برای عقد قرار داده است به طور کامل از موضوع شرط خلاف مقتضای عقد خارج هستند و ذیل عنوان شرط خلاف کتاب و سنت مطرح می‌شود (Naeini, 1953: 112).

شرط خلاف مقتضای عقد، موجب عدم تحقق عقد می‌شود و تا زمانی که عقدی محقق نشود نمی‌توان شرط ضمن آن را خلاف کتاب و سنت دانست، زیرا تحقق شرط خلاف کتاب و سنت، مستلزم آن است که عقدی وجود داشته باشد و شرط ضمن آن، خلاف کتاب و سنت تلقی شود؛ اما در شرط خلاف مقتضای عقد، عقد به مرحله تحقق نمی‌رسد که شرط ضمن آن، خلاف کتاب و سنت دانسته شود (Isfahani, 1997: 155). به این ترتیب در بیان فصل ممیز بین شرط خلاف مقتضای عقد و شرط خلاف کتاب و سنت باید گفت: آنچه شرع برای عقد، تعیین می‌کند لوازم و احکام عقد است که بدون وجود این لوازم و احکام، تحقق ماهیت عقد، امکان‌پذیر است هرچند بر اثر نداشتن برخی شرایط، باطل باشد؛ به جهت آنکه این احکام و لوازم، مقوم عقد نیستند و از عدم آن‌ها

انتفای عقد، حاصل نمی‌شود، اما مقتضای عقد، اثری است که بدون آن، عقد، محقق نمی‌شود، به همین دلیل است که شرط خلاف شرع تنها موجب بطلان شرط است در حالی که شرط خلاف مقتضای ذات عقد سبب بطلان عقد می‌شود. محقق اصفهانی در بیان این معنا اظهار داشته است: عنوان مخالفت کتاب و سنت، مناسب شرطی است که مقتضای نفی یکی از لوازم عقد است، نه شرطی که مقوم عقد را نفی می‌کند، زیرا شأن کتاب و سنت آن است که لوازم عقد را تعیین کند و گرنه حقیقت بیع از مجعولات تشریحی نیست بلکه موضوعی است برای مجعولات تشریحی (Isfahani, 1997: 155). مرحوم محقق یزدی در این مورد این‌چنین می‌گوید: اثر عقد یا مانند مقومی است برای عقد و یا مقوم عقد نیست، بلکه حکم عرفی یا شرعی است که قابل انفکاک از عقد نیست و تفاوت بین این دو صورت، آن است که با انتفای اثر اول (مقوم)، عقد منتفی می‌شود؛ بنابراین، این اثر، مانند یکی از مقومات عقد است اما با انتفای اثر دوم (حکم عرفی و شرعی) انتفای عقد، لازم نمی‌شود، مانند آنکه در عقد نکاح، حق طلاق به زوج، تعلق دارد و این حق، لازم شرعی نکاح است و قابل انفکاک از عقد نکاح نیست، اما فرض عدم آن، مستلزم انتفای عقد نیست (Tabatabaei Yazdi, 2000:112).

بعضی از فقها معتقدند در صورتی که عقد، عرفاً اقتضای اثری را داشته باشد (مانند حصول علقه زوجیت در نکاح) شرط برخلاف آن، شرط خلاف مقتضای ذات عقد خواهد بود که به جهت عدم تحقق قصد نسبت به آن عقد، موجب عدم تحقق عقد خواهد بود؛ اما شرط مغایر با اثر شرعی عقد در زمره شروط خلاف کتاب و سنت قرار می‌گیرد (Irvani, 1985: 64&65).

- اشکال در مصادیق مطروحه به عنوان مقتضای عقد

علتی که غالباً برای بطلان شروطی مانند عدم بیع، عدم هبه، عدم عتق، عدم اجاره و امثالهم ذکر می‌شود، مخالفت آن با دلیل سلطنت است (Allama Helli, 1993: 247)؛ به این معنا که شرط عدم بیع و امثال آن امکان سیطره خریدار بر مال را از او سلب می‌-

کنند، در نتیجه مخالف شرع و باطل هستند، در حالی که اینکه خریدار بتواند امکان فروش مال را از خود بگیرد، نشان‌دهنده آن است که او بر مال خود سیطره دارد و به اختیار خود، این اختیار را از خود، سلب کرده است و این تصور که این شروط، مخالف دلیل سلطنت هستند دچار اشکال است، زیرا دلیل سلطنت (الناس مسلطون علی اموالهم) از آنچه خود آن، از مصادیق اعمال سلطنت است بر حذر نمی‌دارد. چگونه دلیل سلطنت موجب بطلان این شروط شود در حالی که غالب الزامات عقلی و شرعی به نوعی در قاعده سلطنت ایجاد محدودیت می‌کنند؛ مثلاً با اعمال قاعده است که عین، از سیطره راهن، خارج می‌شود، بلکه باید گفت اعراض از ملکیت، خود از شئون سلطنت بر آن مال است؛ همان‌طور که شرط عدم تصرف خاص و محدود از جمله موارد اعمال سلطنت است (Imam Khomeini, 2000: 283).

2-2. عرف

بعضی از نویسندگان معتقدند: «مرجع تشخیص و شناسایی مقتضای ذات عقد، عرف است، زیرا مدار معاملات، غالباً بر طریقی است که بین مردم، معمول و متعارف است. پس هر معامله‌ای دارای اجزاء و آثاری است که بدون وجود آنها، ماهیت در خارج موجود نشده و در عرف و عادت اسم آن بر معامله صادق نخواهد بود» (Borujerdi, 2001: 127).

2-2-1. نقش عرف در تشخیص مقتضای عقد

بعضی از فقها عرف را به عنوان مرجع تشخیص مقتضای عقد پذیرفته‌اند، برخی از آنان به این امر تصریح کرده‌اند و بعضی صراحتاً اشاره‌ای به این معنا نداشته‌اند اما از فحوای کلام آنان می‌توان به نظر آنان پی برد.

- عرف؛ مرجع تشخیص مقتضای عقد

بنا بر نظر برخی از فقها مقتضای عقد، آثاری است که عرفاً بر عقد مترتب می‌شود به صورتی که عرف، جدایی آن آثار از عقد را امکان‌پذیر نمی‌داند (Sobhani, 1414: 70; Mousawi Khoei, 1993: 148). محقق نائینی پس از آنکه پرداختن به مسائل مربوط به آثاری که شرع بر عقد مترتب می‌داند مربوط به شرط خلاف کتاب و سنت می‌شمارد، بحث در مورد مقتضای عقد را مختص آثاری می‌داند که عرف و عادت بر منشآت عقد، مترتب می‌داند (Naeini, 1953: 112).

- مرجعیت عرف در تشخیص اثر ظاهر

گاه در عقد اثری عرفی وجود دارد که نزد عرف از ماهیت عقد قابل تفکیک نیست؛ به گونه‌ای که عرف، سلب آن اثر را مساوی انتفاء عقد می‌داند، مانند آنکه مالی فروخته شود به شرط اینکه بائع مال را تسلیم نکند. هرچند این شرط با ماهیت بیع مغایر نیست، زیرا ماهیت بیع عبارت است از انتقال مالکیت مبیع به مشتری و ثمن به بائع، اما با توجه به اینکه هدف و غایت بیع، تسلط بر مبیع است، شرط عدم تسلیم مبیع در نظر عرف مساوی عدم مالکیت است، بنابراین می‌توان آن را در حکم شرط خلاف مقتضای عقد دانست (Sobhani, 2002: 148&149). به این ترتیب مقتضای ذات، خود واجد آثاری است که برخی از این آثار از اهمیت خاصی برخوردار است، به طوری که اثر اصلی عقد شناخته می‌شوند و غرض و هدف متعاقدین از انعقاد عقد، تحقق آن اثر است و سایر آثار در برابر آن به شمار نمی‌آید، در صورت فقدان این اثر، گویا اصلاً عقدی، منعقد نشده است، به این اثر، اثر ظاهر گفته می‌شود و مرجع شناخت این اثر، عرف است (Naeini, 1953: 112). ممکن است تصور شود در صورتی که غرض متعاقدین از انعقاد عقدی، اثری باشد که عرفاً آن اثر به عنوان اثر اصلی و غرض شایع به شمار نیاید، مانند تاجری که غرض او از خرید چیزی فروش آن است و کسب سود به واسطه آن، حال در این مورد آیا می‌توان قابلیت فروش مبیع را مقتضای بیع و در نتیجه شرط عدم فروش را

به جهت مخالفت آن با مقتضای عقد باطل دانست؟ پاسخ آن است که خیر، منظور از غرض اصلی، مفهوم نوعی آن است و این عرف و عادت است که غرض اصلی و اثر ظاهر عقد را تعیین می‌کند؛ بنابراین مقاصد شخصی نمی‌تواند ملاک واقع شود. در مورد شرط خودداری از آمیزش در عقد نکاح نیز همین امر صادق است زیرا عرفاً آمیزش اثر ظاهر عقد نکاح نیست (Naeini, 1953: 112).

2-2-2. دلایل نظریه محوریت عرف در تشخیص مقتضای عقد

دلیل اول: تأثیر اجتماع در شکل‌گیری مقتضای عقود

عقود و ایقاعات، قالب‌هایی هستند که بر پایه نیازهای اجتماع، شکل گرفته‌اند و به تدریج، تکامل یافته‌اند تا پاسخگوی نیازهای مختلفی که در رهگذر زندگی اجتماعی به وجود می‌آید باشند. شریعت مقدس اسلام نیز با بر حذر داشتن از مواردی که با فطرت الهی انسان، ناسازگار است و بیان شرایطی که از خسران و زیان دیدگی طرفین معامله جلوگیری می‌کند به تأیید این قراردادها پرداخته است؛ بنابراین برای شناخت ارکان و حقیقت عقود باید به مرجعی مراجعه کرد که این قالب‌ها در بستر آن بالیده‌اند. مقتضای عقد مسئله‌ای است که با ماهیت و حقیقت عقد مرتبط است و اثری است که اساساً عقود برای وصول به آن وارد عرصه‌ی اعتباریات شده‌اند و گرنه عقدی به وجود نمی‌آید. جامعه برای مرتفع ساختن نیاز خود به مقتضا و نتیجه عقد، عقود را شکل داده است؛ بنابراین برای کشف مقتضای عقد باید به موطن و بستر رویش آن یعنی اجتماع رجوع کرد، فهم اجتماع نیز در قالب عرف تبلور یافته است.

دلیل دوم: شأن کتاب و سنت اثبات لوازم و احکام است نه تبیین موضوع

جستجو در اسناد مکتوب و ملفوظ دانش فقه، اصول و حقوق از نقش بنیادین عرف در تشخیص و تبیین مدارک شرعی اعم از قرآن، حدیث و اجماع خبر می‌دهد (Alidoust, 2006: 214&215). شارع مقدس در تشخیص غالب موضوعات به فهم عرفی از آن

موضوع، احاله داده مگر آنکه خود تعریف جدیدی از آن موضوع ارائه دهد. در مورد عقود و ایقاعات نیز به همین صورت عمل شده است؛ بنابراین برای شناخت موضوعی که مورد حکم شارع واقع شده است، همیشه هم نمی‌توان به شرع مراجعه کرد و وظیفه فقیه تبیین موضوعات نیست. (Makarim Shirazi, 2004: 99&100) به جهت آنکه در غالب موارد شارع مقدس، مطابق عرف، سخن گفته است و خود، تعریف جدیدی از آن موضوع ارائه نداده است. مقتضای عقد به‌عنوان اثری که مقوم عقد است به‌تبعیت از عقود، مطابق فهم عرفی تعیین می‌شود. همان‌طور که مرحوم محقق اصفهانی اظهار داشته است: شأن کتاب، بیان لوازم و احکام است؛ و حقیقت بیع از مجعولات تشریحی نیست بلکه موضوعی است برای مجعولات تشریحی (Isfahani, 1997: 155) بنابراین مقتضای عقد نیز مانند بسیاری از موضوعات دیگری که شارع مقدس آن‌ها را به همان صورت عرفی پذیرفته و در مورد آن‌ها احکام و شرایطی وضع کرده به همان صورت عرفی موردپذیرش شارع قرار گرفته است؛ بنابراین برای تشخیص آن باید به عرف مراجعه کرد. قانون‌گذار نیز در بسیاری از موارد عرف را تعیین‌کننده دانسته است مانند ماده 224 که مقرر می‌دارد: «الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفیه».

2-2-3. اشکال مطروحه در مورد ملاک قرار دادن عرف در تشخیص مقتضای عقد
در این بحث به طرح اشکالی که بعضی حقوقدانان در مورد نظریه ملاک قرار دادن عرف در تشخیص مقتضای عقد مطرح کرده‌اند می‌پردازیم.

- تأثیر عمیق قانون بر نظام حقوقی و کمرنگ شدن عرف در تعیین ماهیت عقود
«اثر عرف را در تمییز مقتضای عقد نمی‌توان انکار کرد، ولی این معیار، اصالت پیشین را ندارد و بیشتر از جهت دلالت بر مضمون انشاء و ترازی دو طرف مؤثر است: بیگمان، عقود معینی که امروز در قوانین آمده دارای ریشه عرفی است و نیازها و عادات تجارته، آن‌ها را به‌صورت نهادی اجتماعی درآورده است. ولی، حقوق چنان، این

نهادها را احاطه کرده است که دیگر به دشواری می‌توان، نام عرفی بر آن‌ها نهاد. آفریده - های امروز، ماهیت حقوقی پیدا کرده است و جوهر سنخ هر عقد را جز به یاری قوانین نمی‌توان باز شناخت» (Katouzian, 2004: 176).

3-2. تأثیر توأم عرف و جعل شارع

بعضی از فقهای امامیه هر دو عنصر عرف و شرع را در تشخیص مقتضای عقد مؤثر می‌دانند. مرحوم میرفتاح در بیان نقش عرف و شرع در پیدایش مقتضای عقد این چنین اظهار می‌دارد: مقصود از مقتضیات ذات عقد آن چیزی است که ماهیت عقد را محقق می‌کند و صحت عقد به واسطه آن شکل می‌گیرد، حال ممکن است مقتضای عقد از ارکان داخلی عقد باشد یا از لوازم و آثار خارجی. ملاک در شناخت این مقتضیات در بعضی مواقع بلکه در اکثر مواقع عرف و در پاره‌ای موارد شرع است (Maraghi, 1996: 248).

1-3-2. نسبت شرط خلاف شرع و شرط خلاف مقتضای عقد از منظر قائلین به تأثیر توأمان شرع و عرف بر مقتضای عقد

همان‌طور که در مباحث گذشته اشاره شد، یکی از مؤثرترین عوامل در تشخیص مقتضای عقد، تفکیک شرط خلاف مقتضای عقد از شرط خلاف کتاب و سنت است. صاحبان این نظریه ظاهراً این دو شرط را مجزا ذکر کرده‌اند اما با مراجعه به آثار این دسته از فقها به سختی می‌توان این دو شرط را از یکدیگر تفکیک کرد. از جمله اینکه یکی از علل بطلان شرط خلاف مقتضای عقد، مخالفت شرط با شرع دانسته شده است (Sheikh Ansari, 1994: 44&45). مرحوم ملا احمد نراقی نیز در این مورد اظهار داشته است: شرط خلاف مقتضای عقد سبب ایجاد تعارض بین عمومات وفای به شرط و ادله صحت عقد می‌شود و با تحقق تعارض، اصل بر فساد عقد است و وفای به شرط نیز لازم نیست بلکه این شرط مخالف دلالت کتاب و سنت بر ترتب این اثر (مقتضای

عقد) بر عقد است؛ بنابراین شرط خلاف مقتضای عقد، خلاف کتاب و سنت است (Naraqi, 1996: 152&153).

2-3-2. تأثیر هر یک از عرف و شرع در مقتضای عقد

با مطالعه آثار قائلین به نقش توأم عرف و شرع بر تکوین مقتضای عقد می‌توان پی برد دو نگرش متفاوت در بین آنان وجود دارد و این دو نگرش به میزان تأثیر هر یک از عرف و شرع در پیدایش مقتضای عقد مرتبط است.

- تأثیر توأم عرف و شرع بر تمام زوایای مقتضای عقد

عده‌ای از فقها نقش شرع را منحصر در علت بطلان شرط خلاف مقتضای عقد نمی‌دانند و همان‌طور که مخالفت با شرع را علت بطلان شرط و عقد می‌دانند آن را در تکوین مقتضای عقد نیز مؤثر می‌دانند. حال در بین این دسته دیدگاهی نقش بیشتری برای عرف در تکوین مقتضای عقد قائل است مانند صاحب عناوین که در این زمینه اظهار داشته است: معیار شناخت مقتضیات عقد در اکثر مواقع عرف و در بعضی مواقع شرع است، دلیل این امر نیز آن است که محور معاملات غالباً روش و طریقه مردم است و از طرف شارع در این باب به‌استثنای قرار دادن شروط و بیان موانع چیزی بیان نشده (Maraghi, 1996: 248). بعضی از فقها در تشخیص مقتضای عقد تفاوتی برای عرف قائل نیستند و عرف و شرع را مکمل یکدیگر می‌دانند شیخ انصاری (ره) از فقهای بزرگی است که این بینش را برگزیده است (Sheikh Ansari, 1994: 45) یا برخی که اصل را بر صحت شرط می‌دانند مگر آنکه دانسته شود این شرط بر اساس عرف یا شرع مخالف مقتضای عقد است (Shirazi, ND: 246).

- انحصار تأثیر شرع بر علت بطلان شرط خلاف مقتضای عقد

از دیدگاه بعضی از فقها نقش شرع در شرط خلاف مقتضای عقد در علت بطلان شرط خلاف مقتضای عقد منحصر است. به این ترتیب که در بیان علل بطلان شرط خلاف مقتضای عقد یکی از این علل را مخالفت شرط مخالف مقتضای عقد با کتاب و سنت می‌شمارند اما مقتضای عقد را اثری می‌شمارند که عرفاً بر آن مترتب است (Naraqi, 1996: 151-153).

3-3-2. نقد دیدگاه تأثیر مبانی دوگانه عرف و شرع در مقتضای عقد

- اختصاص دو وجه مطروح به دو موضوع مختلف

مهم‌ترین نظریه‌پرداز این دیدگاه یعنی شیخ انصاری (ره) دو وجه را دلیل بطلان عقد در اثر شرط خلاف مقتضای عقد ذکر می‌کند: 1. تنافی یا تناقض بین عقد و شرط؛ 2. مخالفت شرط با شرع (Sheikh Ansari, 1994: 44&45). اما نقدی که بعضی از فقها بر این دیدگاه بیان کرده‌اند آن است که این دو دلیل را نمی‌توان برای مدعای واحد به کار برد، زیرا این دو دلیل از دو سنخ متفاوت هستند و برای دو بحث متفاوت مطرح می‌شوند. تناقض بین عقد و شرط، دلیلی است که برای بطلان شرط خلاف مقتضای ذات عقد و عقدی که این شرط ضمن آن مطرح شده است به کار می‌رود و مخالفت با کتاب و سنت دلیلی است که برای شرط مخالف کتاب مطرح می‌شود؛ بنابراین، این دو دلیل، یکجا جمع نمی‌شوند (Naeni, 1953: 111&112)، زیرا اگر بتوان دو دلیل را در مورد یک موضوع بیان کرد اساساً نباید شرطی تحت عنوان شرط خلاف مقتضای عقد وجود داشته باشد بلکه باید شرط خلاف مقتضای عقد را نیز ذیل شرط خلاف شرع دسته‌بندی کرد.

- عدم امکان خلاف شرع دانستن شرط، قبل از تحقق عقد

شرط خلاف مقتضای عقد، موجب عدم تحقق عقد می‌شود و تا زمانی که عقدی محقق نشود نمی‌توان شرط ضمن آن را خلاف کتاب و سنت دانست، زیرا تحقق شرط خلاف کتاب و سنت، مستلزم آن است که عقدی وجود داشته باشد و شرط ضمن آن، خلاف کتاب و سنت دانسته شود، اما در شرط خلاف مقتضا، عقد به مرحله تحقق نمی‌رسد که شرط ضمن آن، خلاف کتاب و سنت دانسته شود (Isfahani, 1997: 155).

2-4. قانون

بعضی حقوقدانان مهم‌ترین عامل در تشخیص مقتضای عقد را قانون می‌دانند. بر اساس این دیدگاه، قانون مقتضای ذات هر عقد را مشخص کرده است و با مراجعه به آن می‌توان مقتضای هر عقد را استخراج کرد.

2-4-1. تشخیص مقتضای عقد از طریق قانون

«برای تشخیص اثر ذات عقد از سایر آثار، از یک ضابطه می‌توان استفاده کرد و آن اینکه هر اثری که در تعریف قانونی عقد وارد شود، مسلماً آن اثر، اثری است که از ذات عقد انفکاک پیدا نمی‌کند، گاهی قانون‌گذار در تعریف عقد، آثار آن را هم ذکر می‌کند مثل ماده 338 ق.م که ... ماهیت عقد و در ضمن، اثر آن را هم بیان کرده یعنی انتقال مالکیت، اثر ذات عقد بیع است» (Shahidi, 2000: 114&115).

2-4-2. دلایل نظریه محوریت قانون

دلیل اول: حاکمیت قانون در حقوق ایران

در کشور ما نظام حقوق موضوعه حاکمیت دارد و هر حقی با توجه به قانون به ذی‌حق تعلق می‌گیرد و آراء صادره از دادگاه‌ها بر اساس ماده 3 قانون آ.د.م باید مستند به قانون باشند؛ بنابراین نص قانون بر هر منبع دیگری مقدم است. مقتضای عقد نیز از

این امر مستثنا نیست. تعاریفی که قانون‌گذار از عقود بیان کرده برای این واژگان حقیقت قانونی به وجود آورده است. حتی در صورتی که معانی این واژگان همان معنای عرفی یا لغوی یا نزدیک به آن باشد، مغایرتی با پدید آمدن حقیقت قانونی ندارد، زیرا قانون‌گذار با در نظر داشتن این قرابت معنایی به تعریف این واژگان پرداخته است و از تعریف این موارد هدفی را دنبال می‌کرده است (Mohammadi, 2011: 39).

دلیل دوم: سهل الوصول بودن، روشنی، اختلاف نظر کمتر در قانون

برخلاف عرف، در این معیار، کشف مقتضای عقد با سهولت بیشتری امکان‌پذیر است، به جهت آنکه چند ماده مشخص در پیش روی انسان است و با مراجعه به آن، می‌توان به مقتضای عقد دست یافت؛ اما در مورد ملاک‌های دیگر این سهولت و روشنی به چشم نمی‌خورد، مثلاً در مورد عرف، در مرحله کشف مقتضای عقد این روشنی و سهولت وجود ندارد، ضمن آنکه محدوده مشخصی نیز وجود ندارد. اینکه در شناخت مقتضای عقد آیا باید به فهم توده مردم مراجعه کرد یا آنکه به جهت دقت و تخصصی بودن بحث، باید به کارشناسی مراجعه کرد که عرف را به خوبی بشناسد و از حقوق نیز آگاهی داشته باشد، شناخت مقتضای عقد را در مرحله اثبات دشوار می‌کند.

2-4-3. اشکال عمده این نظریه

اشکالی که می‌توان در مورد این نظریه ذکر کرد آن است که آنچه قانون‌گذار در مورد مقتضای عقد بیان کرده جامع و مانع نیست. به این ترتیب که در بعضی از موارد به بخشی از مقتضای عقد، اشاره کرده و از بخش دیگر غفلت ورزیده است. قانون‌گذار در برخی از موارد مقتضیات ذات عقد و مقتضیات اطلاق عقد را با یکدیگر بیان کرده است، بدون اینکه این دو را از یکدیگر تفکیک کند.

مثلاً قانون‌گذار در تعریف عقد اجاره در ماده 466 می‌گوید: «اجاره عقدی است که به موجب آن مستأجر مالک منافع عین مستاجر می‌شود». در این تعریف به بخشی از

مقتضای عقد اجاره که عبارت است از: مالکیت منافع عین مستاجر اشاره شده است؛ اما اجاره، یک عقد معوض است و همان‌طور که مالکیت منافع در آن اهمیت دارد مالکیت اجرت نیز اهمیت دارد؛ البته قانون‌گذار در ماده 490 مقرر داشته است: «مستأجر باید... ثالثاً مال الاجاره را در مواعدی که بین طرفین مقرر است تأدیه کند و در صورت عدم تعیین موعد نقداً، بپردازد»، اما این ماده، اشکال پیش‌گفته را مرتفع نمی‌سازد زیرا نخست، از بخش اول مقتضای عقد بسیار فاصله دارد و در کنار آن، قرار نگرفته است؛ دوم مشخص نیست که این مسئله، از مقتضیات عقد باشد به دلیل آنکه هیچ عبارتی مبنی بر لزوم تعیین مال الاجاره وجود ندارد و بیان نشده که با انعقاد عقد موجر مالک مال الاجاره می‌شود.

مثال دیگر اینکه در ماده 607 ق.م.جانی توصیف کردن عقد ودیعه ممکن است این تلقی را در مخاطب به وجود آورد که این وصف از مقتضیات ذات عقد ودیعه و شرط حق حفاظت، خلاف مقتضای عقد است. درحالی‌که «قید مجاناً در ماده 607 ق.م.ج برای بیان تفاوت بین اجیر کردن شخص برای حفاظت و امین قرار دادن اوست باوجوداین، شرط پاداش یا حق حفاظت ضمن عقد ودیعه با مقتضای آن منافات ندارد، زیرا شرط عوض، چهره فرعی دارد و عقد را به مبادله منفعت با اجرت تبدیل نمی‌کند» (Katouzian, 2008: 414). این مطلب در مورد عقد عاریه نیز صادق است، زیرا این عقد نیز مجانی توصیف شده است.

2-5. تلفیق بین قانون و عرف

با توجه به مطالبی که بیان و دلایل و ملاحظاتی که در مورد هر یک از معیارها ذکر شد به نظر می‌رسد ضابطه‌ای که به‌طور مطلق و قطعی و به‌تنهایی بتواند در تشخیص مقتضای عقد ایفای نقش کند نمی‌توان یافت و هر ضابطه با ملاحظات خاص خود مواجه است. باوجوداین، قانون و عرف دو معیاری است که نقش عمده در تشخیص مقتضای عقد ایفا می‌کنند. هرچند قراردادها در بستر اجتماع شکل گرفته‌اند و مهم‌ترین

معیار شناسایی ماهیت آن‌ها عرف است اما با وضع قانون و تعریف قانون از ماهیت هر قرارداد، یک حقیقت قانونی برای آن ایجاد می‌شود و آن عقد تنها با همان ماهیت معنا پیدا می‌کند و تعاریف خارج از آن، از ماهیت آن عقد خارج است، مثلاً در مورد عقد بیع، تعاریف مختلفی در کتب فقهی مطرح شده است که قانون‌گذار یکی از این تعاریف را برگزیده و آن «تملیک عین به عوض معلوم» است، بنابراین ماهیت آن عقد، تنها در قالب آن تعریف قابل تحلیل است؛ به این ترتیب نمی‌توان تملیک حق را بیع دانست، بنابراین اولین مأخذ شناخت ماهیت و ذات عقد و به تبع آن، مقتضای عقد، قانون است؛ اما با توجه به اشکالات و نواقصی که در رابطه با ضابطه قانون بیان شد از جمله اینکه این معیار جامع و مانع نیست و در تشخیص بعضی از مقتضیات عقد و بسیاری از شروط خلاف مقتضای عقد ناتوان است نمی‌توان به وسیله قانون حکم را معین کرد. البته در مورد شرط خلاف مقتضای عقد، در تشخیص شروطی که صریحاً خلاف مقتضای مستقیم عقد است پیچیدگی عمده‌ای وجود ندارد، مثلاً زمانی که طرفین شرط می‌کنند که مشتری مالک مبیع نشود؛ مخالفت این شرط با مقتضای ذات عقد واضح است، اما در مواردی که شرط، با اثر غیرمستقیم عقد مغایرت دارد، مانند شرط عدم استمتاع در عقد نکاح یا شرط عدم بیع در عقد بیع یا شرط ضمان در اجاره، نمی‌توان به وسیله قانون حکم را معین کرد، بلکه ضابطه‌ای چون عرف لازم است که تشخیص دهد آیا این شرط با اثر اصلی معارضت دارد یا خیر آیا این شرط موجب نفی اثر اصلی می‌شود یا خیر؟ ضمن آنکه همان‌طور که گفته شد عرف، مرجع تشخیص موضوعات است، عقود در بستر جامعه و به جهت رفع اغراض اجتماع شکل گرفته‌اند؛ بنابراین برای شناخت هدف اجتماع از پدید آوردن عقد باید به خود آن مراجعه کرد. نظرات فقها در کتب فقهی به‌عنوان خبرگانی که شرع، عرف و لغت را می‌شناسند و اینکه تعاریف ماهیات عقود در قانون مدنی ایران غالباً برگرفته از منابع فقهی است به‌عنوان بهترین منبعی که هم عرف با در نظر گرفتن ملاحظات شرعی در آن انعکاس یافته است و هم ریشه و مأخذ اصلی قانون مدنی است در فهم ماهیت عقود و به تبع مقتضای ذات عقود

بسیار کمک می‌کند؛ بنابراین به‌طور خلاصه مهم‌ترین مأخذ شناخت مقتضای عقد در ابتدا قانون و پس‌از آن عرف است و منابع فقهی و دیدگاه‌های فقها نیز در شناخت مقصود قانون‌گذار و عرف بسیار می‌تواند مؤثر باشد، زیرا اولاً منبع اصلی قانون مدنی هستند و قانون‌گذار نیز در ماده 3 قانون آیین دادرسی مدنی در موارد اجمال و ابهام، رجوع به این منابع را لازم دانسته است؛ دوم، فقها در طول اعصار و ادوار مختلف در شناخت و معرفی و تفسیح ماهیت عقود با توجه به عرف، لغت و در نظر گرفتن ملاحظات شرعی کوشش فراوانی کرده‌اند، بنابراین بهترین مأخذ شناخت عرف و لغت در خصوص ماهیت عقود را می‌توان منابع فقهی دانست.

آنچه بیان شد در مورد عقود معین بود اما عقود غیر معین را باید به دو دسته رایج و غیر رایج تقسیم کرد. عقود غیر معین رایج که در جامعه شایع و متداول هستند مانند قرارداد بین مسافر و مسافرخانه و بیمار و بیمارستان یا عقد استصناع با توجه به اینکه در خصوص آن‌ها عرفی وجود دارد به همان دلایلی که در مورد عقود معین بیان شد در تشخیص مقتضای آن‌ها باید به عرف مراجعه کرد، اما در تشخیص مقتضای ذات قراردادی که در جامعه رواج ندارد راهی جز رجوع به قصد متعاقدین وجود ندارد.

با وجود آنکه منطقی است که خصوصیات مقتضای ذات عقد در ابتدای کلام و هنگام بیان مفاهیم مورد بررسی قرار گیرد اما به جهت آنکه در این دیدگاه ماهیت مقتضای ذات عقد از برخی جهات با بعضی از دیدگاه‌ها متمایز است در ادامه به بیان خصوصیات ماهیت مقتضای ذات عقد از منظر روش «تلفیق بین عرف و قانون» می‌پردازیم.

1-5-2. خصوصیات مقتضای ذات عقد

به جهت آنکه غالباً قانون‌گذار مقتضای ذات عقد را روشن نکرده است باید آن را بر مبنای تعاریف قانونی، عرف و دیدگاه‌های فقهی تعیین کرد. برای کشف مقتضای ذات هر یک از عقود باید خصوصیات و ویژگی‌های اصلی مقتضای ذات عقد را شناخت، این

امر مقتضای ذات عقد را از سایر مفاهیم مشابه مانند مقتضای اطلاق عقد، شروط و احکام عقد متمایز می‌کند.

- ماهوی بودن

مقتضای ذات از ماهیت عقد ناشی می‌شود؛ بنابراین نمی‌توان آن را از عقد جدا کرد و نفی آن از عقد مساوی با انتفاء آن عقد است. قانون‌گذار در برخی موارد مقتضیات اطلاق عقد را همراه با مقتضیات ذات عقد بیان کرده مانند آنکه در ماده 607 عقد ودیعه رایگان دانسته شده است؛ برخی رایگان بودن را مقتضای ذات این عقد می‌دانند (Imami, ND: 164&165) درحالی‌که با مراجعه به عرف و منابع فقهی می‌توان دریافت که رایگان بودن مقتضای ذات این عقود نیست، زیرا ماهیت این عقد نایب گرفتن در حفاظت از موضوع ودیعه است (Helli, 1987:129; Imam Khomeini, ND: 596) مثال دیگر، شرط عدم بیع در ضمن عقد بیع است که بعضی از فقها آن را خلاف مقتضای عقد می‌دانند (Allama Helli, 1992: 90) درحالی‌که، اینکه خریدار بتواند امکان فروش مال را از خود بگیرد خود نشان‌دهنده آن است که او بر مال خود سیطره دارد و به خواست خود این اختیار را از خود سلب کرده است (Imam Khomeini, 2000: 233). بنابراین باید چنین شروطی را خلاف مقتضای اطلاق دانست؛ به این ترتیب برای تفکیک مقتضای ذات عقد از مقتضای اطلاق عقد باید آثاری که از ماهیت عقد نشأت می‌گیرد و عقد بدون وجود آن‌ها بی‌معنی است از سایر آثار تفکیک کرد.

- مسببی بودن

همان‌طور که در تعریف مقتضای ذات عقد بیان شد، مقتضای ذات عقد اثری است که از ذات و ماهیت عقد ناشی می‌شود، بنابراین مقتضای عقد یک امر مسببی است نه

سببی. به این ترتیب برای استخراج و شناخت مقتضای ذات عقد از تعاریفی که قانون‌گذار از ماهیت عقود بیان کرده باید یک امر مسببی را استخراج کرد، مثلاً قانون‌گذار در تعریف عقد بیع آن را تملیک عین به عوض بیان می‌کند. این تعریف، ماهیت و ذات بیع را بیان می‌کند که یک امر سببی است، اما اثر و آنچه از ذات عقد ناشی می‌شود عبارت است از انتقال مالکیت عین در مقابل مالکیت عوض. قانون‌گذار در تعریف عقد اجاره اثر و بخشی از مقتضای عقد را بیان می‌کند که عبارت است از مالکیت منفعت.

- تفکیک شرایط و احکام از آثار ذاتی عقد

یکی از اشکالاتی که ممکن است در تشخیص مقتضای ذات عقد عارض شود و موجب اشتباه بین شرط خلاف مقتضای ذات عقد و شرط خلاف شرع و قانون شود، آن است که شرایط صحت یا احکام عقد به عنوان مقتضای ذات عقد در نظر گرفته شود. با توجه به اینکه مقتضای ذات عقد، ناشی از ذات و ماهیت عقد است، شرایط و احکام عقد را که خارج از ماهیت عقد هستند در بر نمی‌گیرد، بنابراین شرطی که برخلاف احکام یا شرایط عقد، ضمن عقد ذکر می‌شود، نمی‌توان برخلاف مقتضای ذات عقد دانست، بلکه باید آن را شرط خلاف شرع یا قانون دانست. به همین جهت موجب بطلان عقد نمی‌شود بلکه فقط خود آن شرط باطل است، مگر آنکه از نفی یکی از شرایط صحت عقد حکایت کند که در این صورت از این جهت موجب بطلان عقد است که از نفی یکی از شرایط صحت عقد خبر می‌دهد، نه آنکه با مقتضای عقد مغایرت داشته باشد. به این ترتیب باید شرایط و احکام عقد را از ماهیت آن تفکیک کرد. قانون‌گذار در غالب موارد، مجموعه‌ای از مقومات ماهوی یا اجزای سازنده ماهیت، آثار و شرایط عقد را درهم آمیخته است. مثلاً قانون‌گذار در تعریف عقد بیع مقرر می‌کند: تملیک عین است به عوض معلوم. در این تعریف معلوم بودن عوض از جمله شرایط عوض است نه ماهیت بیع، بنابراین مقتضای عقد بیع عبارت است از انتقال مالکیت

عین به مشتری در مقابل انتقال مالکیت عوض به بائع. مجدداً نقش عرف و منابع فقهی در تعیین ماهیت عقد و تفکیک ماهیت و به تبع مقتضای ذات عقد از سایر عناصر برجسته می‌شود، زیرا تملیک عین به عوض در عرف بیع تلقی می‌شود اعم از اینکه عوض، معلوم باشد یا مجهول. البته تحلیل مواد قانون نیز می‌تواند به این نتیجه منتهی شود (Mansouri & colleagues, 2024).

بعضی از حقوقدانان برخلاف این دیدگاه معتقدند همه آنچه در تحقق عقد مؤثرند مقتضای ذات عقد را تشکیل می‌دهند از جمله:

1. عناصر عمومی مانند معلوم بودن موضوع عقد، مفید بودن عقد، مشروع بودن عقد، اهلیت متعاقدين، لزوم عقد (Ja'fari Langrodi, 2001: 212).

2. عناصر اختصاصی عقد مانند عناصر اختصاصی عقد رهن که عبارت‌اند از: 1. رابطه بدهی بین دو شخص 2. مال الرهانه باید از اعیان باشد 3. مال طلق (آزاد) باشد 4. ترک ذکر مدت برای عقد رهن (Ja'fari Langrodi, 2003: 343).

3. عوارض لازمه ماهیت عقد مانند تعهد تسلیم مبیع یا ثمن

4. آنچه قانون، آن را جزء ذات عقد قرار داده است (Ja'fari Langrodi, 2001: 272).

این دیدگاه که عناصرشناسی نامیده می‌شود، اقتباسی است از دیدگاه بعضی از فقها که در تعریف شرط خلاف مقتضای عقد بیان کرده‌اند: شرطی است که مغایر است با مدلول ذاتی عقد یا ماهیت عرفی یا شرعی عقد یا آنچه در صحت شرعی عقد نقش دارد یا آنچه لازمه عقد است به گونه‌ای که قابل انفکاک از عقد نیست (Naraqi, 2002: 95). در این دیدگاه همه ارکان سازنده عقد، شرایط صحت عقد و حتی احکام عقد، جزئی از مقتضای ذات عقد دانسته شده است، درحالی‌که بسیاری از این موارد از جمله شرایط صحت و احکام عقد از ماهیت عقد خارج‌اند و در مورد مقتضای ذات عقد باید به دنبال آثاری بود که از ماهیت و ذات عقد ناشی شده است نه شرایط و احکام عقد. شرط خلاف شرایط یا احکام عقد از دایره شرط خلاف مقتضای ذات عقد خارج است و یا در ذیل شرط خلاف شرع می‌گنجد یا شرطی است که موجب مجهول شدن موضوع عقد

می‌شود یا آنکه اثبات می‌کند یکی از شرایط صحت عقد وجود ندارد و از این نظر موجب بطلان عقد می‌شود، نه از نظر مخالفت شرط با مقتضای ذات عقد، مانند آنکه در عقد رهن شرط شود دینی به‌عنوان وثیقه قرار گیرد، زیرا عین بودن موضوع رهن از شرایط صحت آن است نه مقومات ماهت. یا آنکه در مضاربه شرط شود عامل بتواند سرمایه را در تولید کالا به کار گیرد، با توجه به اینکه به کار گرفتن سرمایه در تجارت از شرایط صحت عقد است نمی‌توان آن را از مقومات ماهیت دانست. بیان چنین معنای موسعی از مقتضای عقد که دربرگیرنده همه عناصر سازنده، شرایط صحت و حتی احکام عقد است حتی با تعریف نویسنده در کتاب ترمینولوژی که اظهار داشته است: مقتضای ذات عقد عبارت است از «اثری که هدف اصلی عقد را تشکیل می‌دهد مانند انتقال مبیع و ثمن در عقد بیع که هدف اساسی آن است» (Ja'fari Langrodi, 1993: 677) سازگار نیست.

فرجام سخن

1. مقتضای ذات عقد عبارت است از اثری که مقصود اصلی و اساسی از انعقاد عقد است که مستقیماً از ذات و ماهیت عقد ناشی می‌شود و شرط خلاف مقتضای ذات عقد شرطی است که به جهت تناقض با اثر اصلی عقد موجب بطلان عقد می‌شود؛
2. بعضی از فقها معتقدند معیار تشخیص مقتضای عقد، جعل شارع است و منظور از منافی مقتضای عقد، عدم ترتب اثری است که شارع برای ماهیت عقد قرار داده است. این دیدگاه را نمی‌توان پذیرفت به جهت آنکه عقود غالباً در زمره امور امضایی هستند و شارع مقدس آن‌ها را با اصلاحات و قیودی تأیید کرده است، بنابراین برای شناخت ارکان و ماهیت عقود، باید به مرجعی رجوع کرد که این موضوعات در آن بالیده‌اند؛
3. یکی از مهم‌ترین معیارهای تشخیص مقتضای عقد، عرف است؛ به دلیل آنکه برای کشف مقتضای عقد باید به موطن و بستر رویش عقد یعنی اجتماع رجوع کرد. فهم اجتماع نیز در قالب عرف تبلور یافته است. البته تأثیر عمیق قانون بر نظام حقوقی و کمرنگ شدن عرف در تعیین ماهیت عقود از اهمیت این معیار کاسته است؛

4. با توجه به اینکه تعاریفی که قانون‌گذار از عقود انجام داده برای این واژگان حقیقت قانونی به وجود آورده است امروزه مهم‌ترین معیار برای تشخیص ماهیت عقد، قانون است. اشکالی که می‌توان در مورد این نظریه ذکر کرد آن است که آنچه قانون‌گذار در مورد مقتضای عقد بیان کرده است جامع و مانع نیست و در بسیاری از موارد، ماهیت، شرایط صحت و احکام با یکدیگر بیان شده است، ضمن اینکه در برخی موارد مقتضیات ذات و اطلاق در کنار هم بیان شده است، همین امر موجب شده تشخیص مقتضای ذات عقد و تفکیک آن از سایر موارد دشوار شود.

5. با توجه به مطالبی که بیان شد، قانون و عرف دو معیاری است که نقش عمده در تشخیص مقتضای عقد ایفا می‌کنند. هرچند قراردادها در بستر اجتماع شکل گرفته‌اند و مهم‌ترین معیار شناسایی ماهیت آن‌ها عرف است اما با وضع قانون و تعریف قانون از ماهیت هر قرارداد، یک حقیقت قانونی برای آن ایجاد می‌شود و آن عقد تنها با همان ماهیت معنا پیدا می‌کند و تعاریف خارج از آن، از ماهیت آن عقد خارج است؛ اما با توجه به اشکالات و نواقصی که در رابطه با ضابطه قانون بیان شد برای شناخت هدف اجتماع از پدید آوردن عقد باید به عرف مراجعه کرد و پس از قانون باید عرف را معیار تشخیص مقتضای عقد دانست. نظرات فقها در کتب فقهی به‌عنوان خبرگانی که شرع، عرف و لغت را می‌شناسند و اینکه تعاریف ماهیات عقود در قانون مدنی ایران غالباً برگرفته از منابع فقهی است به‌عنوان بهترین منبعی که هم عرف با در نظر گرفتن ملاحظات شرعی در آن انعکاس یافته است و هم ریشه و مأخذ اصلی قانون مدنی است در فهم ماهیت عقود و به‌تبع مقتضای ذات عقود بسیار مؤثر است؛

6. در مورد عقود غیر معین رایج که در جامعه شایع و متداول هستند با توجه به اینکه در خصوص آن‌ها عرفی وجود دارد به همان دلایلی که در مورد عقود معین بیان شد در تشخیص مقتضای آن‌ها باید به عرف مراجعه کرد، اما در تشخیص مقتضای ذات قراردادی که در جامعه رواج ندارد راهی جز رجوع به قصد متعاقدين وجود ندارد؛

7. خصوصیات مقتضای ذات عقد عبارت است از اینکه نخست، مقتضای ذات عقد اثری است که از ذات و ماهیت عقد ناشی می‌شود بنابراین مقتضای عقد یک امر مسببی است نه سببی؛ دوم، با توجه به اینکه مقتضای ذات عقد، ناشی از ذات و ماهیت عقد است، شرایط و احکام عقد که خارج از ماهیت عقد هستند را در بر نمی‌گیرد. به این ترتیب برای تشخیص مقتضای عقد باید شرایط و احکام عقد را از اثر ماهوی آن تفکیک کرد.

References

Holy Quran

- Alidoust, A. (2006). *Jurisprudence and Custom*, Tehran: Research Institute of Islamic Culture and Thought. [In Persian]
- Allama Helli, H. (1992). *Qawa'id al-Ahkam fi Ma'rifat al-Halal wa l-Haram*, V2, Qom: Islamic Publication of Theological Lecturers Association of Hawza 'Ilmiyya Qom. [In Arabic]
- Allama Helli, H. (1993). *Tadhkirat al-Fuqaha'*, V10, Qom, Aal al-Bayt Peace Be upon Them Institute.[In Arabic]
- Amili, S. (1998). *Miftah al-Karama Fi Sharh Qawa'id al-Ahkam by al-'Allama al-Hilli*, V14, 1th Edition, Qom: Islamic Publication of Theological Lecturers Association of Hawza 'Ilmiyya Qom.[In Arabic]
- Ammani, H. (1992). *The life of Ibn Abi Aqil and his jurisprudence*, Qom: Jurisprudence Dictionary Center. [In Arabic]
- Ansari, M. (1994). *Kitab al-Makasib*, V3&6, Qom: Universal Congress for Reverence Great Shaykh Ansari. [In Arabic]
- Bahrani, H. (N.D). *Al-Anwar al-lavam'i' Fi Sharh Mafatih al-Shara'T'*, V13, Qom: Magma' Al-bohous Al -'Ilmiyya.[In Arabic]
- Bahrani, Y. (1984). *Al- Hada'iq al-Nadirah Fi Ahkam al-'Itrah al-Tahirah*, V19, 1th Edition, Qom: Islamic Publication of Theological Lecturers Association of Hawza 'Ilmiyya Qom. [In Arabic]
- Borujerdi, M. (2001) *Civil Law*, Qazvin: Taha Publication. [In Persian]
- Halabi, A. (N.D). *Al- Kafi fi al-Feqh*, Isfahan: Imam Amir al-Mo'menin Peace Be upon Him Library. [In Arabic]
- Hasani, H. (ND). *Nazariyyat al_Aqd fi al-Fiqh Ja'fari*, Beirut: Maktabat Hashem publication. [In Arabic]
- Helli, J. (1987). *Shara'i' al-Islam Fi Masa'il al-Halal Wa al-Haram*, V 2, Qom, Ismaelian Institute.[In Arabic]

- Imam Khomeini, S. (2000). *Kitab al-Bay'*, (Sale Book), V5, Tehran: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works. [In Arabic]
- Imam Khomeini, S. (ND). *Tahrir al-Wasila*, V1, Qom: Daar al-Ilm Institute. [In Arabic]
- Imami khansaari, M. (ND). *Hashiyyat al-Saniyyah ala al-Makasib*. [In Arabic]
- Imami, S. (ND). *Civil Law*, V1, Tehran: Islamiyyah Publication. [In Persian]
- Irvani, A. (1985). *Commentary on al-Makasib*, V2, Tehran: Ministry of Culture and Islamic Guidance. [In Arabic]
- Isfahani, M. (1997). *Commentary on Kitab al-Makasib*, V5, Qom: Anwar al-Hoda Publication. [In Arabic]
- Ja'fari Langrodi, M. (1993). *Dictionary Terms of Law*, V 2, Tehran: Ganjedanesh Publications. [In Persian]
- Ja'fari Langrodi, M. (1999). *Mabsoot Dictionary Terms of Law*, V2, Tehran: Ganjedanesh Publications. [In Persian]
- Ja'fari Langrodi, M. (2001). *Philosophy OF Civil Law*, V1 Tehran: Ganjedanesh Publications. [In Persian]
- Ja'fari Langrodi, M. (2003). *Law Elements Dictionary*, Tehran: Ganjedanesh Publications. [In Persian]
- Karaki, A. (1993). *Jami' al-Maqāsid fi Sharh al-Qawa'id*, V4, Qom: Aal al-Bayt Peace Be upon Them Institute. [In Arabic]
- Kashif al-Ghita', M. (1940). *Tahrir al-Majalla*, V2 Part. 2, Najaf: Al-maktabat al-Mortazaviyya. [In Arabic]
- Katouzian, N. (2004). *General Principles of Contracts*, V3, Tehran, Ganj Danesh Library. [In Persian]
- Katouzian, N. (2008). *Civil law in the Current Legal Order*, Tehran: Mizan Publications. [In Persian]
- Khoei, S. (N.D). *Misbah al-Fiqaha*, V7. [In Arabic]
- Khomeini, S. (1997). *Al-Khiarat*, Tehran: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works. [In Arabic]
- Makarim Shirazi, N. (2004). *Anwar al-Fiqaha_ Kitab al-Bay'* (Sale Book), Qom: Publication of Imam Ali Ibn Abi Talib Seminary. [In Arabic]
- Makarim Shirazi, N. (2006). *Encyclopedia of Comparative Jurisprudence*, Qom: Publication of Imam Ali Ibn Abi Talib Seminary. [In Arabic]
- Mansouri, M., Alsharif, M., & Tabatabaei, S. (2024). Criteria for Qualification of the Contract Based on Analysis of the agreement of Contracting Parties in Iranian Law, Imamiyyah Jurisprudence and French law. *Journal of Comparative Law*, doi: 10.22080/lps.2023.25647.1530
- Maraghi, M. (1996). *Al Anavin Al Feqhiah*. V2, Qom: Islamic Publication of Theological Lecturers Association of Hawza 'Ilmiyyah Qom. [In Arabic]

- Mirza Qomi, A. (2006). *Rasaeil al-Mirza-ye Qomi*, V 2, Qom: Islamic Explanation Office - Khorasan branch.[In Arabic]
- Mohammadi, A. (2011). *Principles for Interference of Islamic Law*, Tehran: Tehran University Publication. [In Persian]
- Mousawi Bojnourdi, S. (1998) *al-Qawa'id al-Fiqhiyyah*, V3, Qom: Al-Hadi Publication. [In Arabic]
- Mousawi Khoei, S. (1993). *Al-Shurut 'aw al-Iaitizamat al-Tabaeiat fi al-Euqud*, V1, Beirut: Dar al-Muarikh al-Arabi. [In Arabic]
- Naeini, M. (1953). *Munyat al-Talib Fi Hashiyat al-Makasib (Commentary on al-Makasib)*, V2, Tehran: Muhammadiyya Bookstore. [In Arabic]
- Naeini, M. (1992). *Al-Makasib Wa al-Bay'*, V2, Qom: Islamic Publication of Theological Lecturers Association of Hawza 'Ilmiyya Qom.[In Arabic]
- Najafi Ghilani, H. (1893). *Kitab al-Ijarah* (Rent book).[In Arabic]
- Najafi, M. (1983). *Jawahir al-Kalam FI Sharh sharā'i' al-Islam*, V23, Beirut: Daar Ihya al-Turath al-Arabi.[In Arabic]
- Naraqī, A. (1996). *Awaed al-Ayyam fi Bayan Qawaeid al-Ahkam*, Qom: Qom Seminary Islamic Explanation Office Publications. [In Arabic]
- Naraqī, A. (2001). *Rasaeil wa Masaeil*, V1, Qom: Naraqiein Congress Mulla Mahdi & Mulla Ahmad.[In Arabic]
- Naraqī, M. (2002). *Mashariq al-Ahkam*, Qom: Naraqiein Congress Mulla Mahdi & Mulla Ahmad.[In Arabic]
- Sabziwari, M. (2002). *Kifayat al-Ahkam*, V1, Qom: Islamic Publication of Theological Lecturers Association of Hawza 'Ilmiyya Qom.[In Arabic]
- Sanhuri, A. (2012). *Nazariyyat al-Aqhd*, V2, Tehran: Khorsandi Publication.[In Arabic]
- Seywari Helli, M. (1983). *Al-Tanqih al-Rae le-Mokhtasar al-sharae'*, V3, Qom: Publication of Ayatollah Mar'ashi Najafi Library.[In Arabic]
- Seywari Hilli, M. (ND). *Nazd al-Qawa'id al-Feqhiyyat ala Mazhab al-Imamiyyat*, Qom: Publication of Ayatollah Mar'ashi Najafi Library.[In Arabic]
- Shahid Awwal, M. (1989). *Al-Lum'a al-Dimashqiyya fi Fiqh al'Imamia*, Beirut: Dar al-Turath – al-Daar al-Islamiyat.[In Arabic]
- Shahid Awwal, M. (1996). *Al-Durus al-Shari'a Fi Fiqh al-Imdiya*, V3, Qom: Islamic Publication of Theological Lecturers Association of Hawza 'Ilmiyya Qom.[In Arabic]
- Shahid Awwal, M. (ND). *Al-Qawaeid wa al-Fawayid*, Mofid Bookstore.[In Arabic]
- Shahid Thani, Z. (1992). *Masalik al-Afham Fi Sharh Shara'i' al-Islam*, V 4, Qom: Ma'arif Islami Institute.[In Arabic]
- Shahidi, M. (2000). *Civil Law*, V4, *Stipulations Stipulated in the Contract*, Tehran: Majd publication.[In Persian]

- Shirazi, S. (ND). *Iisal al-Taalib ilaa al-Makasib*, V14, Tehran: Aalami publications.[In Arabic]
- Sistani, S. (1996). *Minhaj al-Salehin*, V2, Qom: Office of Hazrat Ayatollah Sistani. [In Arabic]
- Sobhani, J. (2002). *Dirasat Mujazat fi al-Khiarat wa al-Shurut*, Qom: al-Markaz al_alami li-Dirasat al_islamia.[In Arabic]
- Sobhani, J. (1993). *al_Mukhtar fi Ahkam al_khiar*, Qom: Imam al-sadiq peace be upon him Institute.[In Arabic]
- Sobhani, J. (2003). *Al-Mawahib fi Tahrir 'Ahkam al-Makasib*, Qom: Imam al-sadiq peace be upon him Institute.[In Arabic]
- Tabatabaei Yazdi, S. (2000). *Commentary on al-Makasib*, V1, Qom: Ismaelian Institute. [In Arabic]
- Tabrizi, J. (1995). *'Iirshad al-Taalib 'iilaa al_Taeliq alaa al_Makasib*, V1, Qom : Ismailian Institute.[In Arabic]
- Tusi, M. (1967). *Al-Mabsut Fi Fiqh al-Imamiyya*, V2, Tehran: Al-maktabat al_ Mortazaviyya le-Ehya Athar al- Ja'faryya.[In Arabic]

