

مقتضای قراردادها

تألیف:

دکتر اذر افشار

پژوهشگر و مدرس دانشگاه



مجمع علمی و فرهنگی مجد

سرشناسه : افشار، اباذر،
 عنوان و نام پدیدآور : مقتضای قراردادها/ تألیف اباذر افشار؛ ویراستار زینب محمدحسینی.
 مشخصات نشر : تهران: مجد،
 مشخصات ظاهری : ۱۷۳ ص.
 شابک : ۹۷۸-۶۲۲-۲۲۵-۴۳۲-۲
 وضعیت فهرست نویسی : فیبا
 موضوع : عقود و ایقاعات (فقه)
 موضوع : Contracts (Islamic law)
 رده بندی کنگره : BP۱۹۰
 رده بندی دیویی : ۳۹۷/۳۷۲
 شماره کتابشناسی ملی : ۶۲۰۹۴۰۱

هرگونه تکثیر کامل یا قسمتی از کتاب بدون اجازه پدیدآورنده یا ناشر، خلاف قانون، شرع و اخلاق است.
 موارد تخلف را به دفتر مرکزی «مجد» گزارش فرمایید.

مقتضای قراردادها

تألیف: دکتر اباذر افشار

ویراستار: زینب محمدحسینی

انتشارات: مجد

چاپ اول : ۱۳۹۸ تعداد: ۲۲۰ نسخه

حق چاپ محفوظ و مندرج در «جد» است.

شابک: ۹۷۸-۶۲۲-۲۲۵-۴۳۲-۲

ISBN: 978-622-225-432-2

دفتر مرکزی مجد:

تهران، میدان انقلاب، تقاطع خیابان منیری جاوید و شهدای ژاندارمری، پلاک ۵۷

تلفن و دورنگار: ۶۶۴۹۵۰۳۴ - ۶۶۴۱۲۰۷۸ - ۶۶۴۸۶۰۸۶

فروشگاه: تقاطع خیابان منیری جاوید و شهدای ژاندارمری، پلاک ۵۹

تلفن: ۶۶۴۸۶۸۷۴ - ۶۶۴۰۹۴۲۲

www.majdpub.ir

E- mail: info@majdlaw.com

کانال رسمی انتشارات مجد در تلگرام: @majdlaw

فهرست مطالب

۹	 مقدمه
۱۳	 فصل اول: مفاهیم و کلیات
۱۳	 مبحث اول: مفهوم مقتضای ذات عقد و قلمرو آن
۱۳	 گفتار اول: مقتضا
۱۴	 گفتار دوم: مفهوم ذات، ذاتی و عرضی لازم
۱۴	 بند اول: ذات و ذاتی
۱۵	 بند دوم: عرض لازم
۱۶	 گفتار سوم: ذات عقد و مقتضای ذات عقد
۱۶	 بند اول: مقتضای ذات عقد در عبارات فقهی متقدم
	 بند دوم: مقتضای ذات عقد و تفکیک آن از ذات عقد از دیدگاه فقهی متأخر و معاصر
۱۸	 گفتار چهارم: مقتضای اصلاقی
۲۴	 گفتار پنجم: مصلحت کامنه
۲۵	 مبحث دوم: سیر تحول تاریخی مقتضای ذات و اطلاق عقد
۲۸	 گفتار اول: در فقه امامیه
۳۱	 گفتار دوم: در حقوق ایران و کشورهای خارجی
۳۳	 فصل دوم: مناهات تعیین مقتضای ذات و اطلاق عقد
۳۹	 مبحث اول: مناهات تعیین مقتضای ذات و اطلاق عقد در پرتو شرع
۳۹	 گفتار اول: اقوال و ادله
۴۲	 گفتار دوم: نقد و بررسی
۴۵	 مبحث دوم: معیار دوگانگی شرط مخالف مقتضای ذات عقد با شرط مخالف شرع
۴۵	 گفتار اول: معیار تشخیص شرط مخالف با مقتضای ذات عقد
۴۶	 بند اول: تناقض دائمی شرط با عقد
۴۷	 بند دوم: تناقض و مخالفت با کتاب و سنت
۴۸	 بند سوم: دیدگاه برگزیده
۴۹	 گفتار دوم: معیار تشخیص شرط مخالف شرع
۵۲	 گفتار سوم: رابطه بین شرط خلاف مقتضای ذات عقد با شرط مخالف شرع
۵۵	 مبحث سوم: مناهات تعیین مقتضای ذات و اطلاق عقد در پرتو فهم عرفی
۵۵	 گفتار اول: فهم عرفی در تشخیص مقتضای عقد

- گفتار دوم: اراده متعاقدين در کنار فهم عرفی ۶۰
- مبحث چهارم: محوریت مصلحت کامنه در تشخیص مقتضای عقد ۶۰
- گفتار اول: جایگاه مصلحت در تحقق موضوعات نوپدید فقهی ۶۰
- گفتار دوم: نقش مصلحت در شکل‌گیری مقتضیات ذات و اطلاق عقود ۶۲
- گفتار سوم: طرح نظریه مصلحت کامنه ۶۴
- گفتار چهارم: نقد و بررسی نظریه مصلحت کامنه ۶۶
- بند اول: اشکال اول به نظریه مصلحت کامنه ۶۷
- بند دوم: اشکال دوم به نظریه مصلحت کامنه ۶۸
- مبحث پنجم: تعیین مناط برگزیده در تشخیص مقتضای ذات و اطلاق عقد ۶۹
- گفتار اول: مناط برگزیده در تشخیص مقتضای ذات عقد ۶۹
- بند اول: مناط شرع، عرف و اراده متعاقدين در بوته نقد ۶۹
- بند دوم: مصلحت و ضرورت نوعیه کامنه مناط تشخیص مقتضای ذات عقد ۷۱
- بند سوم: استصحاب مناط تشخیص مقتضای ذات عقد در صورت شک ۷۲
- گفتار دوم: مناط برگزیده در تشخیص مقتضای اطلاق عقد ۷۳

فصل سوم: سنجش بطلان و عدم عقد مشروط به شرط مخالف مقتضای ذات

- عقد ۷۵
- مبحث اول: سنجش ادله مبطلیت شرط مخالف مقتضای ذات عقد ۷۵
- گفتار اول: شرط مخالف کتاب و سنت ۷۵
- گفتار دوم: تناقض بین مضمون عقد و شرط ۷۷
- گفتار سوم: اخلال در تراضی طرفین ۷۹
- گفتار چهارم: ایجاد جهل به عوضین ۸۱
- گفتار پنجم: اتحاد شرط و عقد ۸۱
- مبحث دوم: سنجش عدم مبطلیت شرط خلاف مقتضای ذات عقد ۸۳
- گفتار اول: ادله نفی ۸۳
- بند اول: نامشروع نبودن شرط خلاف مقتضای ذات عقد ۸۳
- بند دوم: نفی دلیل تناقض ۸۴
- بند سوم: نفی انتفاء تراضی و قصد متعاقدين ۸۶
- بند چهارم: عدم ایجاد جهل به عوضین ۹۰
- گفتار دوم: ادله اثباتی ۹۲
- بند اول: دیدگاه امام خمینی (ره) ۹۲
- بند دوم: دیدگاه مرحوم خویی ۹۴
- بند سوم: دیدگاه صاحب جواهر الکلام ۹۷

بند چهارم: اصل حاکمیت اراده.....	۱۰۵
بند پنجم: اصالت صحت در شبهات حکمیه.....	۱۰۷
بند ششم: اصل لزوم قراردادها.....	۱۱۰
بند هفتم: تراضی طرفین.....	۱۱۲
گفتار سوم: تحلیل انتقادی بر مفاد ماده ۲۳۳ قانون مدنی.....	۱۱۳

فصل چهارم: رویکردی نوین در تشخیص مصادیق اختلافی مقتضای ذات و

اطلاق عقود.....	۱۱۹
مبحث اول: مصادیق شرط مخالف ذات عقد.....	۱۱۹
گفتار اول: بیع به شرط عدم ثمن.....	۱۱۹
گفتار دوم: اجاره به شرط عدم اجرت.....	۱۲۲
گفتار سوم: شرط زنا در عقد نکاح.....	۱۲۴
مبحث دوم: مصادیق مقتضای ذات عقد.....	۱۲۶
گفتار اول: شرط عدم مالکیت در عقد بیع.....	۱۲۶
گفتار دوم: شرط عدم رجوع در عقد نکاح.....	۱۲۹
گفتار سوم: شرط ضمان مستوفی در عقد ودیعه.....	۱۳۰
مبحث سوم: مصادیق شرط مخالف شرع.....	۱۳۱
گفتار اول: شرط لزوم و جواز حکمی.....	۱۳۱
گفتار دوم: اشتراط خیار فسخ در عقد نکاح.....	۱۳۴
مبحث چهارم: مصادیق مقتضای اطلاق عقد.....	۱۳۸
گفتار اول: شرط عدم بیع در عقد بیع.....	۱۳۸
گفتار دوم: شرط عدم اخراج زوجه از شهر.....	۱۴۵
گفتار سوم: شرط ضمان در عقد اجاره و عاریه.....	۱۴۷
گفتار چهارم: شرط عدم استمتاع در نکاح دائم.....	۱۵۲
گفتار پنجم: شرط توارث در نکاح منقطع.....	۱۵۵
گفتار ششم: شرط لزوم و جواز حق.....	۱۵۶
خاتمه.....	۱۵۹
فهرست منابع و مآخذ.....	۱۶۵

مقدمه

یکی از شاخص‌های مهم حضور فعال، پویا و زنده فقه در جامعه و زندگی مردم، در گرو پاسخ‌گویی فقه به نیازهای آنان است، بی‌شک یکی از مسائل متنوع و نوپدید در بخش قراردادهای وجود دارد، که بیش از همه، در معرض بایدها و نبایدهای فقهی و حقوقی است و حضور دین و فقه در حقوق را می‌طلبد. از این مهم‌تر، نقش و جایگاهی است که مقتضیات، آثار و لوایح و شروط ضمنی آن می‌تواند در حل مشکلات اقتصادی و اجتماعی داشته باشد؛ زیرا با حل یک مشکل اقتصادی و اجتماعی، قالب‌های متعارف عقود، پاسخ‌گو نباشد و ولی، در و زیاد کردن یک شرط بتوان بر آن مشکل فائق آمد. این امر مستلزم شناخت مقتضیات شرعی و عرفی و عافی قراردادهای است که آیا مقتضیات و لوازم عقود، قابلیت و توانایی کاهش و افزایش را دارا هستند. به نظر می‌رسد یکی از موضوعاتی که در فقه و حقوق خصوصی، نیازمند بازخوانی و بازنگری می‌باشد، مسئله مقتضای ذات و اطلاق عقد است که هم مورد ابتلاء است و هم آثار و پیامدهای فقهی و حقوقی فراوان دارد.

به‌طور کلی کتاب حاضر بر سه محور اصلی بنا گذاری می‌شود:

- (۱) تبیین و نقادی تمایزات، ویژگی‌ها و مبانی تعیین ذات و مقتضای ذات و اطلاق عقد با توجه تشتت آراء بسیار زیاد و جنجالی و در نهایت رسیدن به رابطه و مبانی مشخص و واحد در حقوق ایران با رویکردی نو در این زمینه.
 - (۲) اتخاذ رویکردی نوین و اثرگذار برای رسیدن به راه‌حلی برای تبیین صحت عقد مشروط به شرط خلاف مقتضای ذات عقد.
 - (۳) برخورد عملی فقها و حقوق‌دانان در تعیین مصادیق مقتضای ذات و اطلاق قراردادهای و تبیین خلط و آشفتگی مباحث و تهافت رویکرد عملی با مواضع نظری فقها و حقوق‌دانان.
- توضیح اینکه:

اولاً در تعریف مقتضای ذات عقد بین فقه‌های امامیه سه تعریف متفاوت ارائه شده که هر کدام از تعاریف، خصوصیات، مبانی و منابع وضع مقتضیات عقود را جداگانه تفسیر می‌کنند و مواضع عملی‌شان به شدت تحت تأثیر قرار می‌دهد، لذا این مسئله مورد معرکه دانشجویان فقه امامیه قرار گرفته است. در این رابطه با این پرسش اساسی مواجه هستیم که مناسبت تشخیص مقتضیات ذات عقود چیست؟ برخی از فقها، آن را به شرع احاله داده‌اند و بر این نظرند که مؤجد احکام و آثار عقود برعهده شارع است و اراده متعاقدان تنها در انشاء عقد نقش دارد، نه در ترتب آثار آن. نتیجه‌اش آن است کاهش و افزایش مقتضیات و آثار عقود در حیطه اختیار متعاقدين نیست.

اما هر یک از تعاریف سه‌گانه و دفاع از هریک از آنها نشانگر ژرف نگری و توجه دانشجویان فقه و حقوق خصوصی به معضلات و نیازهای فقهی و حقوقی جامعه بوده است؛ اما تعدد معیارها و پیچیدگی استدلال‌ها و تقارب بحث شرط خلاف مقتضای ذات عقد با شرط نامشروع با بهانه‌ها موجود در خصوص تعیین مقتضای ذات و اطلاق عقد افزوده و هنوز راه حل قطعی در این خصوص ارائه نشده است. یکی از تلاش‌های این کتاب، تحلیل، نقادی تعارضات، نارسایی‌ها، مزایای هریک از معیارها و گزینش جامع‌ترین آن به عنوان مرجع تعیین مقتضای عقود می‌باشد.

ثانیاً با توجه مطالب فوق‌الذکر آنچه در مابین مقتضای ذات و اطلاق عقد و تعیین قلمرو آنها، تشتت آرا و خلط مباحث در فقه و حقوق خصوصی مشاهده می‌شود، تشخیص خصوصیات و قلمرو مقتضای ذات عقد و تمایز آن از ذات عقد و مقتضای اطلاق عقد است. به تعبیر دیگر با موشکافی قراردادها مواردی یافت می‌شود که امکان اطلاق و شمولیت مقتضای ذات بر آنها وجود دارد از جمله؛ (۱) ارکان اجزا تشکیل دهنده عقد مانند قصد یا اهلیت متعاقدين (۲) آثار اصلی و بی‌واسطه عقد مانند ملک عین در بیع (۳) آثار فرعی لوازم عقد مانند سلطه ناشی از ملکیت یا تضمین سلامت کالا و (۴) اوامر و نواهی خارجی شارع به عنوان مثال شارع صحت عقد را منوط به رجوع به ربه بودن بداند یا فروش انگور به قصد ساخت شراب. با استقرای اجمالی در متون فقه امامیه، آشفتگی و خلط مباحث هویدا می‌شود. برخی از فقها، دایره شمولیت مقتضای ذات عقد را آن‌چنان وسیع می‌دانند که عناصر داخلی و ذات عقد را جزو مقتضیات ذات عقود می‌دانند، ولی برخی معاصران از جمله صاحب جامع المدارک^۱، امام خمینی (ره)^۲، سید یزدی^۳ و مرحوم

۱. خوانساری، سید احمد، جامع المدارک، ص ۴۷۵

۲. خمینی، سید روح الله، کتاب البیع، ج ۱، ص ۷۰-۷۳

۳. یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم، حاشیه المکاسب، ج ۸، ص ۳۷۴

خوبی^۱ و بجنوردی^۲ ذاتیات عقود را از مقتضیات ذات آن تفکیک نموده‌اند و توهّم کسانی را که شرط عدم ثمن را مخالف مقتضای ذات عقد قلمداد کرده‌اند، قابل نقد می‌دانند و اظهار می‌دارند در چنین وضعی شرط عدم ثمن به معنای عدم اراده بیع است، بلکه بالاتر بیعی در بین نیست تا خلاف مقتضای ذات آن مورد بحث واقع شود. سید یزدی اظهار می‌دارد: الشرط الخامس ان لا يكون منافيا لنفس العقد كان يشترط عدم العوض في البيع^۳ با عنایت به اهمیت این بحث و تشتت آراء فقها و پیچیدگی آنها، در شناخت قلمرو مقتضیات ذات و اطلاق عقود و نبود ضابطه خاصی در این زمینه و تأثیر نمود عینی آن در عملکرد آنها و حقوق دانان در برخورد با مصادیق کاربردی آن در قراردادهای مختلف، رسیدن به حیار خاصی در تحدید قلمرو مقتضیات ذات و اطلاق عقود و تبیین ویژگی‌های هر یک، ضروری می‌رسد.

ثالثاً اختلاف نظر محال به مبانی بطلان شرط مخالف مقتضای ذات عقد در بین دانشیان فقه بر می‌گردد. برخی باطل و مبطلیت آن را براساس شرط نامشروع توجیه می‌کنند. برخی دیگر بر ادعای ابطال جهل به عوضین و برخی به دلیل وجود تنافی بین مضمون عقد و شرط و برخی اخلال در امکان عقد و برخی اجماع فقها را دلیل بطلان عقد می‌دانند. جالب‌تر آنکه صاحب جواهر^۴ تنافزی را ارائه می‌دهد: «الرجوع إلى ما سمعته من الكلية المنصوصة التي يندرج فيها جميع ما يشك في جوازه، فيكون ذلك حينئذ هو المدار؛ وهو المسلمون على شروطهم، إلا شرطاً حراماً بطلاً أو أحل حراماً» که هر کدام نظریه مبتلا به ایرادات مفصلی است که مورد بحث و ادعای می‌گیرند. حقوق دانان درصدد برآمدند که از راه اصل حاکمیت اراده و اصل صحت و لزوم قراردادهای به توجیه آن بپردازند. آنچه در اینجا قابل طرح است اینکه آیا شرط، شرعاً حرام است یا صرفاً جزو ملزومات است. به تعبیر دیگر آیا شرط می‌تواند چیزی را حلال و حرام کند یا اینکه تنها اثر شرط این است مشروط علیه را الزام به انجام و ترک کاری بکند؟ به عنوان نمونه اگر در ضمن عقد بیع کنیز شرط شود که مشتری حق فروش و هبه آن را ندارد در این صورت اگر گفته شود شرط، تأسیس حکم شرعی می‌کند. در نتیجه شرط خلاف مقتضای ذات عقد بیع می‌شود و حرام؛ ولی اگر گفته شود تأسیس حکم شرعی فقط به دست شارع است، شرط فقط سببی برای وادار کردن به فعل است، در این صورت قبل از شرط، حق

۱. خوئی، ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، ج ۷، ص ۱۸۷

۲. بجنوردی، حسن، القواعد الفقهية، ج ۴، ص ۱۸۷

۳. یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم، حاشیة المکاسب، ج ۲، ص ۱۱۲

فروش و حق هبه، فی نفسه عمل حلالی است، پس شرط باطل و خلاف مقتضای ذات عقد نیست. در این زمینه به جرأت می‌توان گفت تهافت شدیدی در مواضع نظری و عملی فقها و حقوق‌دانان وجود دارد. از این رو در کتاب حاضر به تحلیل و واکاوی رویکرد فقها و حقوق‌دانان در مواجهه با مقتضای ذات و اطلاق قراردادها پرداخته شده است.

در آخر از زحمات مدیر انتشارات حقوقی مجد جناب آقای دکتر سیدعباس حسینی نیک که اینجانب را در چاپ کتاب یاری نمودند، کمال تشکر و قدردانی را می‌نمایم.

اباذر افشار

اول اسفندماه ۱۳۹۸

www.ketab.ir