

The Domain of un Certainty in All Kinds of Transactional Functions

Hamed Salehi Aliabadi

Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Law, Central Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

Abstract

Nowadays, the traditional interpretations of Imamiyyah jurisprudence and the relevant laws, which specify all aspects of the transaction at the moment of conclusion, especially in the field of commercial and economic contracts, including transactional functions, have become difficult and in some cases impossible. On the other hand, the analysis of jurisprudential sources regarding the rule of un certainty and all relevant regulations shows that any ignorance in a transaction in which there is a possibility of loss is not effective in invalidating the contract, and therefore, transactional ambiguities can be divided into two effective and ineffective clauses in creating un certainty and voiding the contract. Because in jurisprudence un certainty means danger, and danger is the possibility of harm that is avoided by common sense; Therefore, if custom has not turned away from one of the dimensions of the transaction due to the fact that the ambiguity is negligible, and does not consider it dangerous, such ignorance is not considered to be un certainty. The analysis of the effects of ambiguity in the functions of the transaction, whether customary or contractual, as well as the functions of the nature of the contract, according to its nature and secondary aspect in the contract, shows that the risk caused by it is mostly negligible from the perspective of custom, and the transaction does not involve risk. make With the description, it is possible that the economic value of the function is heavy in such a way that the ambiguity in it spreads to the contract and makes the transaction dangerous and subject to un certainty. In this research, it has been tried to discover the ruling and analyze it and provide solutions by collecting information from library and digital sources and using analytical methods.

Article Type:

Original Research

Pages: 269-305

Received: 2023 August 22

Revised: 2023 September 11

Accepted: 2024 February 06



Keywords: Un Certainty, Risk, Ignorance with Loss, Condition in Contract, Custom, Conventional and Contractual Function

* Corresponding Author: h.salehy@gmail.com

قلمرو غرر در انواع توابع معاملی

حامد صالحی علی آبادی

استادیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

چکیده

امروزه برداشت‌های سنتی از فقه امامیه و قوانین موضوعه مبنی بر مشخص شدن همه‌ی ابعاد معامله از جمله توابع معاملی خصوصاً در حوزه قراردادهای تجاری و اقتصادی و در لحظه انعقاد، امری دشوار و در مواردی ممتنع شده است. از سویی واکاوی در منابع فقهی در باب قاعده غرر و مجموع مقررات موضوعه نشان می‌دهد هر جهلی در معامله که در آن احتمال ضرر می‌رود مؤثر در بطلان قرارداد نیست و از این جهت ابهامات معاملی به دو شق مؤثر و غیر مؤثر در ایجاد غرر و بطلان عقد قابل تقسیم می‌باشد؛ چراکه در فقه، غرر به معنای خطر بوده و خطر نیز عبارت از احتمال ضرری بوده که عرف عقلاً از آن اجتناب می‌کنند؛ بنابراین اگر عرف به جهت قابل اغماض بودن ابهام در یکی از ابعاد معامله از آن روی گردان نبوده و آن را خطرناک نشمارد، چنین جهلی اساساً غرر محسوب نمی‌شود. تحلیل آثار ابهام در توابع مورد معامله اعم از عرفی یا قراردادی و همچنین توابع ذات عقد، با توجه به ماهیت و جنبه فرعی و تبعی آن در عقد نشان می‌دهد ریسک ناشی از آن عمدتاً از منظر عرف قابل اغماض بوده و معامله را مشتمل بر خطر نمی‌سازد. مع الوصف امکان دارد عواملی چون ارزش اقتصادی تابع به گونه‌ای وزین باشد که ابهام در آن به موضوع عقد سرایت کند و معامله را دچار حالت خطرناک و غرری نماید. در تحقیق حاضر سعی شده است با گردآوری اطلاعات از منابع کتابخانه‌ای و دیجیتالی و با استفاده از روش تحلیلی نسبت به کشف حکم و تحلیل آن و ارائه راهکارها اقدام شود.

واژگان کلیدی: غرر، جهل توأم با ضرر، شرط ضمن عقد، تابع عرفی و قراردادی



نوع مقاله: علمی پژوهشی

صفحات: ۲۶۹-۳۰۵

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۵/۳۱

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۰۶/۲۰

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۱/۱۷



تمامی حقوق انتشار این مقاله، متعلق به نویسنده است.

درآمد

به منظور ایجاد شفافیت و متقارن سازی اطلاعات نسبت به ارکان قراردادی در راستای کمک به صیانت از تعادل اقتصادی میان طرفین قراردادهای معاوضی و مغابنی، یکی از قواعدی که در فقه اسلامی ذیل شرایط عوضین در عقود معاوضی به خصوص عقد بیع مورد بحث قرار گرفته و به محل اجرا گذاشته می شود، قاعده نفی غرر است. در قانون مدنی نیز گرچه به صراحت به این قاعده اشاره ای نشده است، لکن برخی از مواد آن نظیر بند سوم از ماده ۱۹۰ و ماده ۲۱۶ در خصوص موضوع معاملات و مواد ۳۵۶، ۱۰۷۹ و ۱۰۸۹ در خصوص توابع معاملی بر اساس چگونگی و کیفیت اجرای این قاعده در شئون مختلف قراردادی تنظیم شده است.

حقوق دانان نیز حسب مورد و بیشتر در مبحث شرایط اساسی صحت معاملات این قاعده را مورد توجه و بررسی قرار داده و در لسان ایشان نیز از این قاعده بعضاً تحت عنوان اصل لزوم رفع ابهام در معاملات یاد شده است. (وحدتی شبیری، ۱۳۷۹، ص ۴۸) لکن تاکنون مبانی و عناصر سازنده غرر، به صورت نظام مند و منقح، تبیین نشده و در عین حال با یک نظام واحد و هماهنگ به تطبیق غرر بر مصادیقش در شئون مختلف قراردادی پرداخته نشده است. از این رو قلمرو تاثیر غرر در شئون مختلف قراردادی اعم از موضوع معاملات، شروط ضمن عقد و خصوصاً توابع، بعضاً در هاله ای از ابهام و مشتمل بر اختلاف نظر در میان فقها و حقوق دانان قرار دارد. عدم تنقیح لازم در ضابطه ارائه شده برای ایجاد غرر در معاملات و همچنین انحراف از ضابطه در تطبیق غرر با مصادیق خود موجب شده تا حدود و ثغور ریسک ناشی از ابهامات معاملی و منتج به غرر در حقوق قراردادهای و ساحت های گوناگون آن مشتمل بر تششت و نوعی سردرگمی گردد.

همانطور که تاکید شد، مباحث ارائه شده از سوی فقها و حقوق دانان در باب غرر عمدتاً ناظر به حوزه موضوع معاملات بوده و پرداخت مختصری که بعضی از فقیهان در باب «معامله مجهول به ضمیمه معلوم» داشته ضمن آنکه فتح بابی برای ورود برای

بررسی مقوله تاثیر غرر به دنیای توابع محسوب شده لکن به جهت عدم شفافیت ماهیت غرر و مصادیق امروزی آن از یک سو و همچنین عدم تبیین ابعاد و زوایای ماهیت توابع معاملی و خصوصاً انواع آن از دیگر سو، مقوله مذکور همچنان در میان آراء فقها و حقوقدانان با ابهامات بیشتری روبه رو بوده است. هر چند که گذر به اجمال یا سکوت قانونگذار از مقوله‌ی توابع معاملی و تاثیر ابهامات نسبت به انواع تابع نیز در دامن زدن به این فضا بی تاثیر نبوده است.

از طرفی لزوم شفاف‌سازی قلمرو غرر در توابع معاملی و تعیین تکلیف وضعیت حقوقی ابهامات ناظر بر انواع توابع معاملی امری ضروری و اجتناب ناپذیر محسوب می‌شود. چراکه امروزه به ندرت اتفاق می‌افتد که افراد در قراردادهای حوزه‌های اقتصادی و تجاری به ذکر جزئیات از جمله توابع معاملی بپردازند. این مهم از آن جهت بوده که سرعت در قراردادهای مزبور مقتضی حذف این قسم از چانه زنی‌ها در مرحله انعقاد قرارداد می‌باشد و از طرفی در هر صنف از معاملات عرف و عادات خاصی وجود دارد که جایگزین توافق طرفین و نقائص قراردادی می‌شود. همچنین در مواردی که توابع مورد تصریح در قرارداد بوده نیز معمولاً به جهت فرعی انگاشته شدن آن از منظر متعاقدين، به روشنی مورد احصاء قرار نگرفته و مشتمل بر سطحی از ابهام می‌باشند. بدین ترتیب ابهامات ناظر بر توابع معاملی به شرحی که مورد اشاره قرار گرفت قراردادهای مربوط را در شائبه غرری بودن و بالتبع بطلان فرو برده و موجب دغدغه فعالان اقتصادی قرار گرفته است.

به منظور حل این معضل، واکاوی ماهوی غرر و تطبیق مفهوم بازشناسی شده مزبور بر شئون مختلف قراردادی در دستور کار نویسندگان این مقاله قرار گرفته و در این راستا ارائه مباحث تفصیلی ناظر بر مفهوم غرر و مبانی و عناصر سازنده آن به مقاله علمی مندرج در فصلنامه حقوق اسلامی وابسته به پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی با عنوان

واکاوی غرر موثر در فقه امامیه و حقوق ایران و مقایسه آن با حقوق مصر^۱ به قلم نویسنده همین مقاله و همکاران سپرده شد و بررسی حوزه قلمرو غرر در توابع معاملی به تفکیک انواع آن موضوع مقاله حاضر قرار گرفته است.

در این مقاله با واکاوی در منابع فقه اسلامی و حقوق موضوعه به دنبال پاسخ به این سوال هستیم که ابهام در انواع توابع معاملی اعم از تابع مورد معامله و تابع ذات عقد چه آثار وضعی در فقه و حقوق موضوعه به دنبال داشته و چگونه و با چه دامنه‌ای می‌تواند موثر در ایجاد غرر در معامله باشد. برای این منظور به ناچار در بخش اول مقاله و از باب ورود به بحث نگاه مختصری به تعریف غرر در لغت و اصطلاح و آثار آن در معاملات صورت گرفته و سپس تاثیرات ابهام در انواع تابع از حیث امکان یا عدم امکان ایجاد غرر، مورد بررسی و تجزیه و تحلیل فقهی و حقوقی قرار می‌گیرد.

۱- واکاوی ماهوی غرر و ضمانت اجرای آن در فقه و حقوق موضوعه

در اینجا بدو با بررسی تعریف لغوی غرر از منظر لغت‌شناسان و در ادامه با تتبع مختصر در مفهوم اصطلاحی آن، از نگاه فقها و حقوق‌دانان مفهوم و ماهیت غرر و ضمانت اجرای آن در فضای فقه و حقوق موضوعه مورد تبیین قرار خواهد گرفت.

۱-۱- مفهوم و ماهیت غرر در لغت و در اصطلاح فقهی-حقوقی

غرر واژه‌ای است عربی و برابر بررسی صورت گرفته، لغت‌شناسان عمدتاً این واژه را در معنای خطر تعبیر نموده‌اند. (صفی‌پوری شیرازی، ۱۳۹۳، ص ۹؛ فراهیدی، ۱۴۱۰، ص ۳۶۴؛ زبیدی، ۱۴۱۴، ج ۳، ص ۴۴۳؛ مقری فیومی، ۴۰۵، ص ۴۴۵؛ جوهری، ۱۴۰۴، واژه غرر و معین، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۲۴۰) خطر نیز واژه‌ای عربی است

۱. برای مطالعه بیشتر در این خصوص نک به: صالحی علی آبادی، حامد؛ شمشیری، علیرضا؛ کریمی، عباس؛ واکاوی غرر موثر در فقه امامیه و حقوق ایران و مقایسه آن با حقوق مصر، فصلنامه حقوق اسلامی، شماره ۷۷، تیرماه ۱۴۰۲، صص ۱۴۵-۱۸۳

که به چندین معنا آمده است از جمله احتمال ضرر، نزدیک به هلاکت، «اقدام بر عملی که ایمن از ضرر نیست.» (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۳، ص ۲۰۴) یا «آنچه مایه تلف شدن کسی یا چیزی باشد» (عمید، ۱۳۵۸، ص ۵۳۷). و اگر این واژه بر چیزی که مورد تعهد بوده لکن معلوم الوجود یا معلوم الحصول یا معلوم الوصف نیست و یا بر چیزی که ظاهری زیبا و فریبکارانه و باطنی مجهول اطلاق می شود به دلیل خطری بودن و ریسک پذیر بودن آن می باشد.

اما غرر در اصطلاح فقهی - حقوقی خود از معنای لغوی خود دور نیفتاده و از آراء فقها و حقوقدانان و با استمداد از معنای لغوی غرر چنین استفاده می شود که در اصطلاح، غرر همان خطر ناشی از ابهام در معامله بوده و عقد غرری به عقدی گفته می شود که ابهام موجود در ارکان قراردادی آن موجب شود یکی از عوضین در معرض خطر مالی قرار گرفته و آن خطر بر صاحب آن عوض در موقع انعقاد قرارداد تحمیل گردد. البته این خطر می تواند ناشی از ابهام در زوایای مختلف معامله اعم از تردید در اصل وجود یافتن مورد معامله و یا ناشی از تردید در قدرت تسلیم یا تسلیم مورد معامله و یا ناشی از جهل به صفات و چه ناشی از شک و تردید نسبت به حصول مورد معامله باشد. (مراغه‌ای، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۲۶۸؛ نراقی، ۱۴۱۷، ص ۹۳؛ خویی، ۱۴۱۲، ج ۵، صص ۲۲۶ و ۲۲۸؛ صالحی علی آبادی و همکاران، ۱۴۰۲، صص ۱۵۲-۱۵۳؛ وحدتی شبیری، ۱۳۷۹، ص ۶۰؛ رفیعی، ۱۳۷۸، ص ۲۸)

همانطور که از تعریف غرر چه از منظر لغت و چه از دیدگاه فقها و حقوقدانان بر می آید، جهالت به تنهایی مبنای مناسبی برای تحقق غرر نیست، بلکه ماهیت آن با ابهام متضمن خطر جدی مالی و اقتصادی که به تعبیر برخی از فقها (مراغه‌ای، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۳۱۶ / نراقی، ۱۴۱۷، ص ۹۱) عبارت باشد از احتمال ضرر غیر قابل تسامح از منظر عرف، که معمولاً منجر به اختلاف و نزاع می گردد، قوام می یابد.

۲-۱- ضابطه شناسایی ابهامات معاملی مؤثر در ایجاد غرر

ابهام در معامله می‌بایست اصطلاحاً کثیر بوده و قابل چشم‌پوشی نباشد تا منجر به ایجاد غرر گردد. (حسینی عاملی، ۱۴۱۸، ج ۸، ص ۴۹۴ / محمدی، ۱۳۸۲، ص ۷۱ / مراغه ای، ۱۴۱۷، ص ۳۱۶ / نراقی، ۱۴۱۷، ص ۹۴ / الضریز، ۱۹۹۳، ص ۳۹ به بعد / سنه‌وری، ۱۹۹۷، ج ۳، ص ۴۵) به دیگر سخن احتمال ضرر ناشی از جهل و تردید در معامله باید آنچنان قابل توجه و اصطلاحاً کثیر جلوه نموده که موجب اتصاف و غلبه آن ابهام بر معامله می‌گردد و عرف با ملاحظه آن ابهام، معامله را خطرناک و لازم الاحتراز تلقی کند. یکی دیگر از نویسندگان (صمدانی، ۱۳۹۹، ص ۶۱) نیز در توضیح غرر کثیر یا به تعبیر ما ابهام کثیر، آن را ابهامی در معامله دانسته که معمولاً باعث تنش و درگیری میان طرفین عقد در مرحله اجرای آن می‌شود و برای شناسایی این شاخص در معامله معمولاً مثال فروش پرنده‌ای که در هوا شکار شده و عادتاً بازگشت و بالتبع قابلیت تسلیم و تسلیم آن مشخص نباشد، زده می‌شود.

متقابلاً احتمال ضرر ناشی از جهل در معامله گاهی آنچنان ناچیز و اصطلاحاً یسیر است که اساساً مورد توجه و اعتنای طرفین و عرف جامعه قرار نمی‌گیرد و از این حیث معامله متصف به آن محسوب نمی‌گردد. چنین ابهامی از نوع غیرمؤثر در ایجاد غرر و بطلان عقد محسوب می‌گردد. مثلاً در عقد اجاره‌ای که به مدت یک ماه قمری و به مال‌الاجاره مشخص منعقد می‌شود، اگر معلوم نباشد ماه ۲۹ روزه یا سی روزه است، این میزان از ابهام را هیچکس مؤثر در ایجاد غرر تلقی نمی‌کند.

۳-۱- ضمانت اجرای غرر در مستندات روایی

حدیث شریف نبوی که با مضمون «ان رسول الله نهی عن بیع الغرر» که از طریق امام رضا (ع) نقل شده است (تمیمی مغربی، ۱۳۸۳، ص ۲۱ / عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۷، ص ۴۴۷ / ابن بابویه، ۱۴۳۱، ج ۲، ص ۵۰، ح ۱۶۸) مهم‌ترین روایتی است که در کتب فقهی و روایی

شیعه بدان استناد شده و بر اساس آن معامله غرری مورد نهی و ممنوع اعلام شده و البته فقهای همه مذاهب اسلامی نیز آن را معتبر دانسته‌اند (الضری، ۱۹۹۰، ص ۵۸-۵۹) و به تبع آن در قوانین مدنی کشورهای اسلامی از جمله قانون مدنی ایران و مصر، موادی مرتبط با آن درج گردیده است.

از منظر اصولیون در صورتیکه نهی وارده در میان نصوص، بر اعتبار امری در زمره شرایط متعاقدين و یا عوضین دلالت کند؛ مانند نهی از معامله سفیه یا مجنون که بر اعتبار عقل و بلوغ در متعاملین دلالت داشته و یا مانند نهی از معامله غرری در حدیث شریف نبوی که فهم عرفی از آن حدیث، بر اعتبار اشتراط قدرت بر تسلیم و یا علم به اوصاف کمی یا کیفی مورد معامله حکایت دارد؛ در این گونه موارد بدون شک نهی بر فساد معامله دلالت می‌کند. (مظفر، ۱۴۰۵، ص ۳۰۶ به بعد / وحدتی شبیری، ۱۳۷۹، ص ۶۹).

در همین راستا نهی وارد شده در خصوص معاملات غرری از منظر فقها به نحو اجماع بیانگر فساد در معامله است (انصاری، ۱۴۱۱، ص ۱۸۵ / نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۲، ص ۳۸۷ / نراقی، ۱۴۱۷، ص ۲۸ / مراغه‌ای، ۱۴۱۷، ص ۲۶۷ / نایینی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۳۷۹) چراکه این نهی ناظر به عدم رعایت یکی از شرایط اساسی صحت عقد در نظر شارع است.

۱-۴- امکان جریان نهی از غرر در غیر از عوضین

در تبیین ماهیت غرر که در روایت شریف نبوی موضوع نهی قرار گرفته، موضوع آن نهی منصرف به ریسک ناشی از وجود ابهام در عوضین معامله دانسته شد. حال با این توصیف در معاملات معاوضی فارغ از عوضین، امور دیگری مطرح است که اعتبار لزوم شفاف سازی نسبت به آن محل بحث قرار می‌گیرد. توابع، شروط ضمن العقد و خيار شرط در زمره این امور قرار می‌گیرند. بعضی به استناد آنکه این امور خارج از عوضین هستند امکان جریان غرر در این امور را منتفی دانسته‌اند. (ایروانی غروی، ۱۳۷۹، ق، ج ۲، ص ۲۱) لکن به نظر ما با الغای خصوصیت از حکم نهی از غرر در عوضین در عقد بیع می‌توان آن را

نسبت به امور بیع و دیگر عقود مغایبی نیز مدعی شد و مفاد و حکم حدیث را نسبت به آن جاری کرد. البته به شرط آنکه صدق غرر با آن معنا و مفهومی که از آن ارائه شد در نتیجه ابهام در آن امور احراز گردد. ضمن آنکه ابهام در امور بیع گاه خود بیع و عوضین را نیز می‌تواند دچار جهل و بعضاً ریسک‌های معتنا به نماید. کما اینکه وقتی مدت زمان خیارد در بیع نامعلوم باشد، می‌دانیم وجود این خیارد به منزله تزلزل در انتقال مالکیت مبیع برای مدت ناشخصی بوده و از این رو این جهل، خصوصاً در شرائط ناپایدار اقتصادی به مبیع سرایت می‌کند و آن را گاه دچار ابهام مشتمل بر ریسک معتنا به می‌سازد. (انصاری، ۱۴۲۷، ج ۵، صص ۱۱۳-۱۱۵) زیرا مردم خانه‌ای مشخص با حق الخيار نامشخص یا مردد بین یک روز و یک سال را هرگز به قیمتی نمی‌خرند که همان خانه را بدون حق فسخ می‌خرند و افزایش مدت زمان خیارد در قیمت مبیع تاثیر منفی بیشتری می‌گذارد. البته این سخن بیشتر ناظر بر زمانی است که بازار از ثبات و سکون لازم در قیمت‌ها برخوردار نیست. البته متقابلاً هرگاه حق فسخ مردد بین فاصله‌ی زمانی یک روز و یک هفته باشد و بازار نیز از ثبات و سکون برخوردار باشد تسری جهالت مدت خیارد به عقد ناچیز و صدق عنوان غرر بر معامله منتفی به نظر می‌رسد.

۲- غرر در توابع معاملات

عدم مذاقه لازم در شناخت ماهیت تابع و جایگاه آن در عقود و قراردادها موجب اختلاف نظر در ایجاد یا عدم ایجاد غرر در نتیجه ابهام در توابع معاملی می‌باشد. از این رو پس از آشنایی با مفهوم و ماهیت غرر می‌بایست جهت بررسی مقوله قلمرو غرر در توابع معاملات می‌بایست نخست مفهوم تابع را در فضای فقه و حقوق موضوعه تبیین و انواع را احصاء نمود. آنگاه چگونگی کاربرد غرر در ماهیتی که آن را به دقت بازشناسی و انواع آن را برشمردیم، با توجه به ضابطه و ملاک ارائه شده در بخش نخست این مقاله تحلیل نمود.

۲-۱- واکاوی ماهیت تابع

در تعریف و تبیین ماهیت تابع نباید از مفهوم تابعیت غفلت نمود. چراکه ارکان و عناصر مقوم تابع به نوعی نتیجه‌ای است که از این مفهوم اخذ می‌شود.^۱ پس از آن باید این نکته مورد بررسی قرار گیرد که تابع چه ارتباطی با دیگر اجزای معامله دارد؛ به عبارت دیگر جزئی از موضوع قرارداد است و یا خارج آن؟

تابعیت در قرارداد به این است که شی از نظر اغراض و قصد معاملی طرفین، در عرض دیگر اجزاء نباشد بلکه به تبع آن‌ها و به تعبیر دیگر در طول آنها معامله شود و خودش داخل در مقصود اصلی عقد نباشد. گاهی این تفاوت در نحوه تعلق قصد به مورد معامله و تابع، به صورت صریح ذکر می‌شود و گاهی از طریق مدلول التزامی قرارداد و به واسطه عرف استنباط می‌گردد. بنابراین تابع در قرارداد، مقصود اصلی متعاملین قرار نگرفته و به صورت فرعی توجه ایشان را به خود جلب می‌کند؛ به نحوی که تعلق اراده طرفین به تابع به خاطر موضوع اصلی بوده و اگر تحقق موضوع اصلی عقد منتفی شود اراده و خواست تابع نیز به دنبال آن منتفی می‌گردد. لکن در صورتیکه تحقق تابع منتفی شود عقد همچنان پابرجاست و طرف متضرر صرفاً حق فسخ دارد. بنابراین تابع را می‌بایست این گونه تعریف کرد:

تابع به چیزی گفته شده که از نظر اراده متعاملین در عرض موضوع عقد قرار نگیرد بلکه به تبع آن وارد معامله شود و اصالتاً مقصود نباشد. روشن است که این معنا هم در صورتیکه طرفین عقد صریحاً چیزی را بدین شکل، اراده کنند قابل حصول است و هم در مواردی که عرف در نقش مکمل و ابرازکننده اراده ایشان وارد میدان شده و چیزی را به

۱. توجه به عنصر تابعیت در تبیین تابع از کلام مرحوم مراغه‌ای صاحب کتاب عناوین الفقهیه نیز قابل برداشت است: در این راستا وی در اثر خود چنین می‌نگارد «فی توابع العقود: ... و لکن قد یکون لمتعلقات العقود امور یتبعها فی نظر العرف، بحیث ان اطلاق اللفظ فی المتعلق او الاطلاق المعامله یقتضی انضمام ذلک التابع فی العرف. وقد یکون التبعية ثابتة بحکم الشرع. بمعنی ان الشارع یحکم بلزوم الحاق شیء علی المقصود وان لم یکن ذالک الملحق مقصوداً، و هذه الامور نسیمها بالتوابع.» (مراغه‌ای، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۲۴۳)

صورت تابع به قرارداد ضمیمه نماید. (صفری، ۱۳۸۵، ص ۳۵)

در فهم دقیق ماهیت تابع مسأله‌ای که می‌بایست روشن شود رابطه تابع با موضوع اصلی عقد است.

در خلال آنچه که در تبیین و تعریف ماهیت تابع عنوان شد روشن شد تابع در عرض مورد معامله نیست بلکه به تبع آن داخل در معامله می‌شود. با توجه به ماهیت فوق، گفته شده است که تابع در واقع از طریق شرط ضمن عقد داخل در عقد شده است. بلکه به جز سازوکار شرط ضمن العقد^۱ راه دیگری برای ورود به عقد ندارد. (خویی، ۱۴۱۲، ج ۵، ص ۳۹۵) توجه به ماهیت شرط مزبور نیز نشان می‌دهد که شرط ضمن العقد امر حقوقی بوده که به صورت فرعی و به تبع با یک عقد دیگر مرتبط شود. به نحوی که وجود اصلی از آن عقد و وجود شرط به تبع وجود آن باشد. بدین ترتیب، اگر چه وجود و تحقق شرط وابسته به وجود و تحقق عقد اصلی است ولی عکس آن صادق نیست. (خویی، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۶۶) بنابراین به روشنی قابل مشاهده بوده که این ویژگی ماهوی شرط عیناً منطبق بر همان ماهیت تابع می‌باشد. در عین حال فقیهان و حقوقدانان شرط را خارج از معاوضه تلقی نموده و در برابر عوض قرار نداده و بر آن تقسیط نمی‌کنند. از این رو همانطور که ضمانت اجرای تخلف از شرط ایجاد حق فسخ برای طرف ذینفع است (انصاری، ۱۴۲۷، ج ۶، ص ۸۱) فقد تابع نیز همچون شرط برای طرف ذینفع حق فسخ ایجاد می‌کند. (شهیدی، ۱۳۹۸، ص ۱۴۳، ۱۴۹)

۲-۲- قاعده اغتفار و آثار آن بر توابع معاملی

فقیهان علم به تابع را بر خلاف موضوع اصلی عقد شرط صحت معامله و دفع

۱. جنس تابع در میان شروط ضمن عقد از نوع شرط نتیجه یا شرط فعل می‌باشد که جنبه استقلالی از موضوع عقد را داراست. به خلاف شرط صفت که ناظر به موضوع عقد بوده و استقلالی از آن ندارد.

غرر محسوب نکرده‌اند. (انصاری، ۱۴۲۷، ج ۴، ص ۳۰۷) قانونگذار کشورمان نیز در ذیل ماده ۳۵۶ قانون مدنی^۱ مجهول بودن تابع در معامله را مانع صحت عقد قلمداد نکرده است. در نتیجه توابع مورد معامله هر چند اگر خود به طور مستقل به فروش برسند رفع ابهام از آن‌ها لازم می‌باشد، ولی در صورتی که حالت تابع را پیدا کرده، مجهول ماندن آن‌ها عقد را باطل نمی‌سازد. (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ج ۱، ص ۱۳۰)

مبنای عدم لزوم علم به تابع را در نحوه تعلق اراده طرفین به آن و جایگاهی که تابع در قرارداد دارد می‌بایست جستجو کرد. با توجه به اینکه تابع در معاملات معاوضی موضوع اصلی عقد قرار نگرفته، لذا عوض یا بخشی از آن در این گونه قراردادها اساساً در مقابل تابع قرار نمی‌گیرد تا جهل به تابع، شائبه ایجاد احتمال به هم خوردن تعادل اقتصادی معامله و خطرناک شدن معامله و و در نتیجه ایجاد غرر در عقد را ایجاد نماید. چرا که این میزان جهل در امور معامله و نسبت به تابع با توجه به موقعیتی که تابع در قرارداد ایفا می‌کند از منظر عرف ناچیز و قابل اغماض تلقی می‌شود. از همین جهت بوده است که قاعده فقهی «یغتفر فی التوابع ما لا یغتفر فی غیرها»^۲ به عنوان یک قاعده اصطیادی و پر کاربرد در میان قواعد فقهیه شکل گرفته و مورد استفاده فقیهان شیعه و سنی در استنتاج‌های فقهی ایشان قرار گرفته است. (عراقی، ۱۴۱۴، ج ۵، ص ۲۷۰ و زحیلی، ۱۴۲۷، ج ۱، ص ۴۴۷)^۳ بر اساس قاعده مزبور بعض از شرایطی که برای موضوع معاملات الزامی می‌باشد همچون

۱. ماده ۳۵۶ قانون مدنی: هر چیزی که بر حسب عرف و عادت جزء یا تابع مبیع شمرده شود یا قرائن دلالت بردخول آن در مبیع نماید داخل در بیع و متعلق به مشتری است اگر چه در عقد صریحاً ذکر نشده باشد و اگر چه متعاملین جاهل بر عرف باشند.

۲. در کلام فقیهان از قاعده اغتفار با تعابیر دیگری همچون «یغتفر فی الثوانی ما لا یغتفر فی غیرها» نیز یاد شده است. (مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۲۴۴)

۳. برای مطالعه بیشتر درباره ماهیت، مبانی و مستندات قاعده فقهی اغتفار نک به: گل محمدی، علی اصغر و دیگران، تحلیل قاعده اغتفار و نقش آن در شروط ضمن عقد، فصلنامه حقوق اسلامی، سال پانزدهم، شماره ۵۶، بهار ۱۳۹۷.

معلوم بودن مورد معامله، برای توابع نادیده گرفته می‌شود. (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲، ص ۱۰۵ و مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۲۴۴) لازم به بیان است که رعایت بعض از شروط صحت معاملات نیز مثل قصد و رضا و اهلیت در مورد شروط ضمن عقد غیر قابل چشم‌پوشی است. چرا که این شروط با توجه به اینکه ناظر بر متعاقدين می‌باشد میان عقد و شرط مشترک بوده و فقد این شرط در مورد شرط عینا به منزله فقد آن در خصوص اصل عقد بوده و از این رو بطلان قرارداد را به دنبال خواهد داشت. لذا قاعده اغتفاراين دسته از شروط را در بر نمی‌گیرد.

حکم مندرج در این قاعده یعنی نادیده گرفتن بعض از شرائط صحت معاملات برای توابع از جمله شروط ضمن عقد، علاوه بر مستندات نقلی مثبت آن، با توجه به ماهیت توابع معاملی و فرعی بودن آن در نظر متعاقدين شکل گرفته است.

برای اثبات این قاعده نیز به روایتی از نبی اکرم (ص) با این عبارت: «من باع نخلاً قد ابرت فثمره للبایع، الا ان یشرط المبتاع.» که در کتب فقهی شیعه و سنی نقل شده است استناد شده است. (کاشف الغطاء، بی تا، ص ۱۷۹ و بخاری، ۱۴۰۱، ص ۴۹) از این روایت چنین استنباط می‌شود که ثمره‌ای که به بدو صلاح نرسیده باشد، بیع آن به همراه درخت (اصل) مجاز است. ابن قدامه فقیه اهل سنت در همین راستا اشعار می‌دارد که هرگاه ثمره با اصل آن فروخته شود، از آنجا که ثمره به صورت تبعی در بیع وارد شده، احتمال غرر در آن وجود ندارد؛ زیرا غرر در تابع جایز است، هر چند در متبوع جایز نیست. مانند بیع شیر در پستان همراه با گوسفند و حمل حیوان همراه مادرش ... که جهل به آنها صدمه‌ای به عقد نمی‌رساند. اما فروش آن‌ها به تنهایی جایز نیست. (ابن قدامه مقدسی، ۱۳۸۸، ص ۴۹)

همچنین سیره عقلای عالم نیز بر این ترتیب شکل گرفته که در روابط قراردادی خود در رعایت ضوابط نسبت به توابع معاملی با توجه به جنبه فرعی و تبعی شان از منظر متعاملین انعطاف بیشتری به خرج داده و آنچه از شرایط را که برای موضوع

عقد ضروری تلقی نموده برای توابع چشم‌پوشی می‌کنند. (کاشف الغطاء، بی تا، ج ۴، ص ۲۸ و مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۲۴۴) از طرفی شارع مقدس که خود رئیس عقلاء محسوب شده نه تنها به این ترتیب و رویه، ردع و منعی وارد نکرده بلکه به سبب نصوص وارده از جمله روایت اخیرالذکر آن را تایید نموده است.

بنابراین در تحلیل صحیح و عمیق از چگونگی تاثیر ابهامات بر انواع توابع معاملی از حیث موثر واقع شدن آنها در ایجاد غرر می‌بایست مفاد این قاعده نیز مطمح نظر قرار گیرد. گفتنی است که اجرای مفاد قاعده اغتقار تا جایی امکان پذیر بوده که جهل و ابهام در توابع به عقد سرایت نکرده و اساس عقد را دچار خطر نسازد. (علیدوست، ۱۳۹۸، ص ۱۸۰) امکان یا عدم امکان سرایت جهل در انواع تابع به موضوع عقد و سازوکار آن البته در فرض امکان، در بخش بعدی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۲-۲- بررسی غرر در انواع تابع در فقه اسلامی

تبعیت از موضوع قرارداد از منظر فقه اسلامی به این است که شی، از منظر اغراض و قصد معاملی طرفین، در عرض دیگر اجزاء نباشد بلکه به تبع آنها و به دیگر سخن در طول آنها معامله شده و خودش داخل در مقصود اصلی نباشد. گاهی این تفاوت در نحوه تعلق به قصد به مورد معامله و تابع، به صورت صریح ذکر می‌شود و گاهی از مدلول التزامی قرارداد یا عرف فهمیده می‌شود.^۱ از این حیث توابع قابل تقسیم به توابع عرفی و قراردادی می‌باشند.

۱. همانطور که قبلاً از نظر گذشت مدخل ورودی توابع در عقود، شروط ضمن العقد می‌باشد و تابع غیر از شرط ضمن عقد راه دیگری برای ورود به قرارداد ندارد. از طرفی محقق خوبی در خصوص انواع این مدخل یا همان شرط چنین می‌نویسد: «ان الشروط فی العقود علی نحوین: لانها قد تكون المعتره فی العقود بحسب الارتکاز و بناء العقلاء و تسمى ذالک بالشروط فی ضمن العقد بحيث لا یحتاج الی الذکر و قد تكون معتبره فیها بالاشتراط و بدونه لا یکون جاریاً فیها، بل یکون العقد مطلقاً بالنسبه الیه» خوبی، ۱۴۱۲، ج ۷، ص ۳۰۳. در واقع انواع تابع از انواع شرط به شرح مذکور پیروی می‌نماید.

۱-۲-۲- توابع عرفی موضوع عقد

عرف ممکن است در صورت سکوت طرفین در نقش مفسر اراده ایشان به دو صورت شی را به صورت تابع مورد معامله وارد عقد نماید:

صورت نخست: گاهی چیزی واقعاً جزء مورد معامله و اجزای تشکیل دهنده آن است ولی در مرحله انعقاد اراده متعاملین این جزء به تنهایی در عرض دیگر اجزای مورد معامله مورد لحاظ طرفین عقد قرار نمی‌گیرد. این اجزاء در عرف قراردادی مغفول عنه بوده و در برابر عوض مورد لحاظ به طور مستقیم قرار نمی‌گیرند و به همین دلیل با عنوان مستقل خود دخالتی در مقدار مالیت مورد معامله ندارند هر چند که فی نفسه دارای ارزش مالی هستند.

برای این مصداق از تابع، به پنبه‌ای که در برخی لباس‌ها به کار می‌رود مثال زده‌اند. پنبه اگر چه ارزش مالی دارد و در معامله لباس‌های موصوف جزئی از مورد معامله را تشکیل می‌دهد ولی در معامله آن دسته از لباس‌ها مستقلاً مورد لحاظ اقتصادی نیست و ثمنی در مقابل آن قرار نمی‌گیرد؛ بلکه ثمن به ازای خود لباس و کلیت آن تعیین شده و به همین جهت مقادیر پنبه استفاده شده در لباس تاثیری در ارزش مالی مورد معامله ندارد و از این رو چنین نظر داده شده است که جهل به آن موجب غرر نیست.^۱

هر شیء مرکب از اجزاء مختلف از دو جهت قابل ملاحظه است. هم می‌توان آن را از جهت عنوانی که بر کل مجموعه مرکب بار می‌شود مورد توجه قرار داد و هم از جهت اجزاء تشکیل دهنده آن. برای مثال یک اتومبیل را می‌توان از حیث اتومبیل بودن به

۱. محقق خویی این شق از تابع را چنین توصیف می‌کند: «وقد يراد منه ما يكون جزء من المبيع حقيقة ولكن يكون مغفولاً عنه وغير دخیل فی مالیه المبيع اصلاً... و علی هذا لا تكون جهاتها موجبه لبطلان البيع فانها لا تكون فی مقابل الثمن من شیء اصلاً فکما لا تضر جهاته بالبيع ولا تمنع عن صحته...» (خویی، منبع پیشین، ج ۵، ص ۳۹۶) همچنین شیخ انصاری در توصیف این شق از توابع عرفی مورد معامله چنین می‌نویسد: «و اما التابع للمبيع الذی یندرج فی المبيع وان لم ینضم الیه حین العقد ولم یخطر ببال متبايعین، فالظاهر عدم الخلاف و الاشکال فی عدم اعتبار العلم به الا اذا استلزم غرراً...» (انصاری، منبع پیشین، ج ۴، ص ۳۲۰)

عنوان شیء واحد که البته اجزایی دارد مورد لحاظ قرار داد. همچنین می‌توان آن را از این حیث که مجموعه‌ای از مثلاً صد جزء است و با در نظر گرفتن تک تک این اجزاء لحاظ نمود. در صورت اول لازم نیست تمام اجزاء در عرض هم مورد نظر قرار گیرند تا اتومبیل اراده شده باشد؛ بلکه آن مفهومی که از کل مجموعه انتزاع می‌شود مورد لحاظ قرار می‌گیرد. در این حالت می‌توان معدودی از این اجزاء را از عرض بقیه خارج و به تبع کل در نظر گرفت. البته این اقدام در صورتیکه امکان پذیر است که با وجود استثناء کردن جزء یا اجزاء مذکور عنوان عرفی کل بر اجزاء باقی مانده صادق باشد. در این صورت این اجزاء استثناء شده در نظر متعاملین در عرض دیگر اجزاء نیستند بلکه به تبع آن واگذار می‌شوند. به بیان روشن‌تر مشتری این جزء خاص را به تبع کل و دیگر اجزاء خواسته است و اراده او به گونه‌ای نیست که اگر اجزاء دیگر نبودند باز این تابع را بخواهد و یا بتوان اجزای عوض را برای اجزای مختلف کل از جمله این تابع تقسیط کرد.

با عنایت به تحلیلی که از ماهیت تابع در گفتار قبل مبنی بر آنکه تابع از طریق شرط ضمن العقد وارد قرارداد شده ارائه نمودیم در اینجا طرفین کلیت مورد معامله را موضوع قرارداد لحاظ می‌نمایند و انتقال این جزء را نیز شرط می‌نمایند، در اینجا اتفاقی که روی می‌دهد عبارتست از آنکه انتقال کل وابسته به انتقال این جزء و حتی وجود آن نیست در حالی که انتقال آن جزء وابسته به این کل است.

گفتنی است که این مصداق از تابع‌گاه جزیی از مورد معامله بوده که بقا و استفاده از مورد معامله وابسته به آن است، مانند ممر و مجری و پایه‌های ساختمان خانه و گاه جزیی از مورد معامله بوده که نه بقا و نه استفاده از مورد معامله وابسته به آن چیز نیست، لکن وقتی در کنار مورد معامله قرار می‌گیرد آن قدر کم اهمیت جلوه می‌کند که عرف آن را از دنباله‌های مورد معامله و یا زینت آن می‌شمارد. بوته‌های گل و درختانی که در باغچه خانه کاشته شده‌اند از این قبیل است. در هر دو فرض، عرف معامله را به مال متبوع یا همان خانه نسبت می‌دهد، مثلاً می‌گویند خانه را فروخت نه این که پایه‌های دیوارهای

خانه و یا گل‌ها و درختان را فروخت.

صورت دوم: گاهی هم اتفاق می‌افتد چیزی واقعاً از اجزاء معامله نیست و خارج از آن است ولی به دلیل وابستگی یا رابطه خاص اقتصادی میان آنها در عرف معاملی رسم بر این است که آن را در هنگام معامله به مورد اصلی ملحق دانسته و به طرف دیگر تسلیم می‌کنند. مثلاً در معامله یک اتومبیل، چرخ اضافی یا همان زاپاس خارج از ماهیت اتومبیل است ولی به دلیل رابطه خاصی که میان آن و اتومبیل در عرف معاملی وجود دارد آن را تابع مورد معامله به حساب می‌آورند. این در حالی است که خریدار به هیچ وجه قصد خرید آن چرخ را به طور مستقل ندارد و اگر اتومبیل را نمی‌خرد آن را هم نمی‌خواست و فروشنده هم نمی‌خواهد چرخ را به تنهایی بفروشد؛ بلکه آن را به کسی واگذار می‌کند که اتومبیل را خریداری کند. به همین دلیل اوصاف دقیق لاستیک و چرخ مورد توجه طرفین قرار نگرفته و فقط وجودش کافی است.^۱ روشن است که این چرخ به لحاظ اراده متعاملین در عرض اراده و مقصود اصلی متعاملین یعنی خرید اتومبیل نیست.

در فقه امامیه ذیل بحث درباره لزوم معلوم بودن مبیع، علامه حلی و تعداد دیگری از فقها ضمن اشاره و تبیین توابع، میان مورد اصلی معامله و تابع آن قائل به تفصیل شده‌اند، به این ترتیب که جهل نسبت به توابع را برخلاف جهل نسبت به مورد اصلی را موجب غرری شدن معامله و بالتبع بطلان آن محسوب نکرده‌اند. (انصاری، ۱۴۲۷، ج ۴، ص ۳۰۷ و خویی، ۱۴۱۲، ج ۵، ص ۳۹۴)

ایشان نظر خود را چنین مستدل نموده‌اند: اگر چه توابع به خودی خود دارای ارزش مالی هستند ولی در معاملات و در نقش تابع به صورت مستقل مطمح نظر متعاملین به عنوان موضوع عقد قرار نگرفته و از این رو در ارزش مالی موضوع عقد و در فرآیند اقتصادی معاوضه نقشی ایفاء نمی‌نمایند. از همین رو در مثال‌های مزبور بخشی از

۱. امتیاز آب و برق در اماکن مسکونی، تجاری و... مثال دیگری از صورت دوم توابع عرفی محسوب می‌شوند. (همان، ص ۳۹۷)

ثمن در مقابل گلدان‌های خانه (مثال برای شق نخست از توابع عرفی) یا زاپاس اتومبیل (مثال برای شق دوم از توابع عرفی) قرار نگرفته تا کیفیت و اوصاف توابع پیش گفته تأثیری در میزان ثمن داشته باشد. در این راستا جهل به توابع خطر معتنا به عرفی تولید نکرده پس موجب غرر نیست. (همان، ۳۹۷)

توجیه روش مند این قضیه بدین ترتیب بوده که:

از آنجا که توابع مورد معامله موضوع عقد محسوب نشده بنابراین مورد قصد طرفین به طور اصلی قرار نگرفته تا جهل نسبت به آن، عوض پرداخت شده در معامله را در معرض خطر جدی و غیرقابل اغماض از منظر عرف قرار دهد. (حسینی عاملی، ۱۴۱۸، ص ۴۹۳) چه آنکه توابع به مثابه شرط ضمن العقد به صورت فرعی با عقد مرتبط شده و خارج از فرآیند معاوضه بین عوضین می باشد و همانطور که فقیهان اذعان داشته ثمن بر شرط تقسیط نمی شود و به همین دلیل نتیجه گرفته می شود که در صورت تخلف از شرط، فقط حق فسخ برای مشروط له ایجاد می شود و او نمی تواند بخشی از ثمن را در برابر شرط مطالبه کند. (انصاری، ۱۴۲۷، ج ۶، ص ۸۱)

برخی از فقهای عامه در تایید همین دیدگاه اما با بیانی دیگر دلیل عدم مقابله تابع در برابر بخشی از ثمن را از این باب دانسته اند که تابع مثل وصف موضوع معامله است. (ابن عابدین، ۱۴۲۴، ص ۱۴۷)^۱

فرعی بودن توابع در اراده متعاملین موجب شده عرف و بالتبع شرع، خطر ناشی از جهل به توابع مبیع را عرفاً قابل اغماض دانسته و وجود این میزان از جهل در معامله را موثر برای تحقق غرر نداند.^۲

اما نکته بسیار مهم و قابل توجه در خصوص توابع عرفی صورت نخست آن است

۱. و فی النهز: کل ما دخل تبعاً لا یقابله شیء من الثمن لکونه کالوصف ...

۲. محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج ۴، ص ۳۶۸؛ و فی المختلف: ان البذر اذا کان اصلا فی البیع بطل البیع المشتمل علی ضمیمته الی الارض، وان کان الاصل هو البذر التابع، صح البیع، و هو بناء ان الجهاله انما تغنر فی التابع.

که مجهول بودن توابع مزبور تا جایی غیر موثر در ایجاد غرر و بالتبع بطلان عقد تلقی شده که به تعبیری به عقد سرایت نکرده و اصل معامله را در موقعیت خطرناک و محل نزاع قرار ندهد. لکن اگر عقد در این راستا و در نتیجه ابهامات ناظر بر توابع عرفی دچار ریسک معتنا به شده آن را در مرحله اجرا با اختلال روبه رو ساخته و از این رهگذر موجب نزاع میان طرفین را ایجاد نماید، شارع و قانونگذار آن عقد را مشتمل بر جهل موثر در ایجاد غرر لحاظ نموده و موجب بطلان عقد محسوب می‌نماید.^۱ به همین دلیل بوده است که برخی از فقیهان تصریح نموده‌اند اگر ملکی چند ممر داشته و فروشنده در موقع عقد یکی از آن ممرها را بدون تعیین استثناء کند، عقد غرری، غیر قابل اجرا و در نتیجه باطل محسوب می‌گردد؛ هرچند که راه عبور، یکی از توابع ملک محسوب شود. (حلی، ۱۴۱۰، ص ۳۷۹ و طوسی، ۱۳۸۷، ص ۱۰۵) همچنین در فرض وزانت اقتصادی توابع صورت نخست نسبت به موضوع عقد ابهام در توابع موصوف به عقیده برخی از نویسندگان موجب سرایت ابهام به عقد می‌باشد.^۲ البته به نظر ما حقیقت ماجرا حکایت از آن داشته که وزانت اقتصادی قرینه‌ای بر این معنا بوده که تبعیت عرفی از موضوع عقد نسبت به جزء مدنظر منتفی و آن را تبدیل به جزئی از موضوع عقد نموده است و از این رو جهالت تابع منجر به جهالت موضوع عقد شده است.

۱. واما التابع للمبیع الذی یندرج فی المبیع ... فالظاهر عدم الخلاف والاشکال فی عدم اعتبار العلم به به الا اذا استلزم غرراً فی نفس المبیع؛ اذ الکلام فی مساله الضمیه من حیث الغرر الحاصل فی المجموع، لا الساری من المجهول الی المعلوم...؛ (انصاری، ۱۴۲۷، ج ۴، ص ۳۲۰)

۲. واما التابع للمبیع الذی یندرج فی المبیع ... الا اذا استلزم غرراً فی نفس المبیع؛ (انصاری، ۱۴۲۷، ج ۴، ص ۳۲۰) در شرح این عبارت شیخ برخی از محشین نوشته‌اند که مثلاً توابع مبیع بسیار ارزشمند بوده و وجود و عدم وجود آن تاثیر شگرفی در قیمت مبیع بگذارد. (فخار طوسی، ۱۳۸۴، ج ۲۳، ص ۱۴۷) مثل آنکه کلید در عرف برای خانه نقش تابع بازی نموده اما جایی فرض شود که کلید از جنس یک فلز گرانبها و با ابعاد بزرگ باشد.

۲-۲-۲- توابع قراردادی موضوع عقد (معامله مجهول به ضمیمه معلوم)

در تعریف تابع دیدیم که تابع بودن به این است که شیء از نظر اغراض و قصد معاملی طرفین، در عرض دیگر اجزا نباشد بلکه به تبع آنها معامله شده و خودش اصالتاً مقصود نباشد. (عاملی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۲۸۲)^۱ بر این مبنا و به خلاف آنچه نگاه بعض از فقیهان که بر صرف نوعی و عرفی بودن تابع در معاملات بدون لحاظ اراده متعاقدين تاکید دارند (مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۲۴۴) وجه تمایز میان تابع و اصل در معاملات می تواند بر اساس اصل معهود در فقه اسلامی یعنی «العقود تابع للقصود» و اصل شناخته شده در حقوق موضوعه یعنی «اصل حاکمیت اراده» مطابق با اراده صریح و مبتنی بر غرض شخصی متعاملین شکل بگیرد. در این راستا باید اراده طرفین به گونه ای بیان شود که معلوم شود آن شیء به تبع مورد اصلی قرارداد مطلوب آنها واقع شده است؛ به طوری که اگر مورد اصلی موضوع قرارداد واقع نمی شد آن را هم نمی خواستند. این اراده صریح می تواند بر مدار عرف، چیزی را تابع چیز دیگر نماید و هم می تواند در تعیین تابعیت چیزی از موضوع عقد، از مدار عرف تخطی کرده و آن را ملحوظ نظر قرار ندهد. شیخ انصاری برای مورد اخیر از تابع قراردادی مثالی می زند مبنی بر آنکه جایی شخصی که برای غرض خاصی نیازی به تعدادی ماهی دارد. وی برای این منظور نیازی را خریداری کند تا به مقصود اصلی خود یعنی آن تعداد ماهی برسد. (انصاری، ۱۴۲۷، ج ۴، ص ۳۱۸) هر چند که در این مثال عرف تعدادی ماهی را تابع نیزارتلقی نمی کند. اما در این مثال اراده طرفین بر آن قرار گرفته تا نیزار از ماهی تبعیت نماید. و اما در صورتیکه به لوازم عرفی مورد معامله مثل آچار چرخ برای اتومبیل در قرارداد تصریح شود در این صورت آچار چرخ تابع قراردادی بر مدار عرف برای موضوع عقد محسوب خواهد شد.

به منظور تعمیق بحث و تحلیل آثار و احکام مترتب بر توابع قراردادی، مطمح نظر

۱. شهید ثانی در تایید این مبنا در کتاب خود الروضه البهیة چنین می نویسد: «و فصل الآخرون فحكموا بالصحة مع كون المقصود بالذات معلوم و كون المجهول تابعاً، و البطلان مع العكس و تساويهما في القصد ذاتي. و هو حسن (عاملی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۲۸۲)

قراردادن روایاتی (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۲، باب ۸، ۱۰، ۱۲، صص ۲۵۹، ۲۶۳ و ۲۶۴) با این مضمون که اگر در جایی اصل وجود مورد معامله و یا مقدار مورد معامله معلوم نیست، فروشنده می‌تواند آن را به صورت ضمیمه به چیزی که وجود آن قطعی و یا مقدار آن نیز معلوم و مشخص است به فروش رسانده تا معامله معتبر تلقی گردد، لازم به نظر می‌رسد. برخی از فقهای امامیه به این دلیل که روایات یاد شده با اصول اولیه فقه، همچون قاعده فقهی نفی غرر مخالف است و نیز با تردید در سند روایات، آن‌ها را نپذیرفته‌اند. چراکه ایشان معتقدند ضمیمه معلوم به مجهول نه تنها موجب معلوم ساختن مورد معامله نمی‌شود بلکه تبعاً موجب مجهول شدن ضمیمه نیز می‌گردد. (بحرانی، ۱۴۰۵، صص ۴۸۷-۴۹۱)^۲ این بدان جهت است که با ضم مجهول به مورد معامله معلوم، مبیع یا ثمن از حیث مجموع، همچنان مجهول است. از طرفی مقتضای قاعده غرر و عمومیت آن، شامل عدم جواز بیع معلوم با ضمیمه مجهول نیز می‌باشد. بنابراین نظر، فروش ماهی در برکه جایز نیست، اگر چه ماهی معلوم به آن ضمیمه شده باشد. (خویی، ۱۴۱۷، ج ۵، ص ۳۹ و عاملی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۲۴) این در حالی است که نظر مشهور متقدمین همچون شیخ طوسی (طوسی، ۱۴۰۰، صص ۴۰۰-۴۰۱) مستنداً به روایات اخیر الذکر بر جواز و صحت بیع مزبور است. البته عده‌ای از فقها نیز در مقام رد یا محدود ساختن این روایات برآمده، معتقدند به لحاظ خلاف قاعده بودن آنها، صرفاً در مورد خاص و منصوص مثل شیر در پستان، ماهی در برکه و... قابل اعمال هستند. (انصاری، منبع پیشین، ج ۴، ص ۳۱۳)

در نهایت طیف دیگری از فقها که متقدم ایشان علامه حلی (حلی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۲۵) بوده در مقام تعدیل نظریه اخیر الذکر برآمده و قائل به تفصیل در این حوزه شده‌اند. ایشان معتقدند هر مجهولی که مقصود اصلی از معامله باشد بیعش غرری بوده

۱. شیخ انصاری ۷ فقره از این روایات را در کتاب مکاسب ذکر و مورد نقد و بررسی قرار می‌دهد. (انصاری، منبع پیشین، ج ۴، صص ۳۰۹-۳۱۱)

۲. اما مرحوم شیخ انصاری این نظر را به مشهور فقهای شیعه نسبت داده است ولی صاحب مفتاح الکرامه قول به صحت این دسته از معاملات را به نظر مشهور نسبت می‌دهد. (انصاری، منبع پیشین، ج ۴، ص ۳۰۷)

و مطلقاً صحیح نیست. یعنی چه مجهول را به طور مستقل و منفرد بفروشد و چه به ضمیمه معلوم بفروشد معامله غرری و باطل است. لکن اگر شی مجهول با ضمیمه به شی معلوم فروخته شود و ضمیمه مجهول حالت تابع را پیدا کند، مورد معامله عرفاً مجهول نشده و عقد غرری محسوب نمی‌شود؛ زیرا در این صورت، مال ضمیمه، مقصود بالاستقلال است و شی مجهول تابع آن محسوب می‌شود؛ و جهل به تابع مستلزم غرر نخواهد بود.

این دسته از فقیهان جایی که تابع قراردادی بر مدار عرف توسط متعاقدين پیش‌بینی شود در احراز عنصر تابعیت تردید نکرده لکن در فرضی که تابع قراردادی بر مدار عرف وضع و قرارداد نشود احراز عنصر تابعیت محل اخلاف ایشان قرار گرفته است.

گروهی از فقیهان بر این باور بوده که عنصر تابعیت تنها در مواردی که از جنس عرفی باشد قابل تجلی بوده و اراده متعاقدين بدون تأیید عرف نقشی در تابع قرار دادن چیزی نسبت به شیء دیگر و دفع غرر ندارد.^۱ لکن گروه دیگری از جمله صاحب جواهر به قصد متعاملین در تعیین تابع در عقد تا آنجا اصالت داده که و لو اینکه تعیین تابع به صورت ظاهری و برای تصحیح عقد صورت پذیرد، کفایت امر را برای قوام عنصر تبعیت برای شیء مد نظر را می‌نماید. ایشان در تعلیل این نظر به آنچه که از احادیث در جواز بیع معلوم به ضمیمه مجهول فهمیده می‌شود استناد می‌کند و این روایات را که از حیث سند عمده‌تاً دارای اعتبار لازم بوده را قابل طرد و نادیده انگاشتن نمی‌داند. (نجفی، منبع پیشین، ج ۲۲، ص ۴۴۵)

شیخ انصاری این نظر را در اقلیت لحاظ کرده و آن را غیر قابل برداشت از آرا و

۱. فمن الواضح ان الاغراض الشخصية لا توجب رفع الغرر عن المعاملة كما تقدم في البحث عن بيع الغرر فان الغرر انما هو يتحقق بحسب النوع وان كان البيع في اعتقاد المشتري غير غرري... (خویی، منبع پیشین، ج ۵، ص ۳۹۹). مراغی نیز در این راستا چنین ابراز عقیده می‌کند: «قد ذكرنا ان التوابع ما يتبعه في نظر اهل العرف، فلا يكون ذالك به قصد المتعاقدين، فلو جعل شيئاً متبوعاً و آخر تابعاً بالقصد لا يصح ما لم تتحقق التبعية في الخارج.» (مراغی، ۱۴۱۷، منبع پیشین، ج ۲، ص ۲۴۴ و کرکی جبل عاملی (محقق ثانی یا کرکی)، ۱۴۱۴ ه ق، ص ۳۸۵)

نظرات دیگر فقها عنوان نموده است. ایشان نظر صاحب جواهر را تنها در صورتی وجیه دانسته که معطوف به فرضی باشد که شی مد نظر در قالب شرط که جنبه تبعی و خارج از موضوع عقد داشته در قرارداد پیش بینی گردد. (انصاری، منبع پیشین، ج ۴، ص ۳۱۹) وی در فراز دیگر نیز در صورت ملاک عمل قراردادن غرض شخصی متعاقدين برای تعیین تابع ضمن اذعان بر اینکه شاهی در این خصوص یافت نکرده اند، لکن در عین حال خاطر نشان می سازند که اگر قاعده غرر در اینجا محور برای اظهار نظر قرار داده شود و موضوع عقدی که متعاقدين تعیین کرده معلوم و تابع و لو تعیین شده با اراده شخصی متعاقدين، مجهول باشد غرر منتفی و بالعکس در صورتیکه موضوع مصرح قراردادی مجهول و تابع معلوم باشد نظر به ثبوت غرر و بالتبع بطلان عقد می دهد. (همان، ص ۳۱۸) هر چند که ایشان در نهایت و از باب جمع بندی بحث تابع، چیزی را که از منظر عرف واجد صبغه تابعیت از موضوع عقد باشد و به نحو شرط ضمن عقد داخل در قرارداد شود را تابع مورد معامله محسوب می کند. (همان، ص ۳۲۰)

به عقیده نگارنده تابع با ماهیتی که پیش از این مورد اشاره و تبیین قرار گرفت می تواند در قراردادها مورد اراده متعاقدين قرار گیرد و مانعی از این حیث متصور نمی باشد. همچنین ابهام در آن موثر در ایجاد غرر در قرارداد نخواهد بود.^۱ از طرفی از موارد یاد شده در روایات معصومین (ع) می توان چنین تنقیح مناط کرد که در مواردی که مال مجهول دارای ارزش قابل توجهی نسبت به موضوع عقد داشته باشد و حتی تابعیت عرفی نیز از مال معلوم نداشته ولی با اراده صریح طرفین به معلوم ضمیمه و در تابعیت آن قرارداده شود در حقیقت، از اراده صریح دو طرف بر می آید، ایشان از مغایری بودن عقد صرف نظر کرده و بخش عمده عوض را را در برابر مال معلوم قرار داده اند، هر چند در عرف، قیمت آن مال معلوم، بسیار کم تر از عوض تعیین شده باشد.^۲ در حقیقت در چنین وضعیتی ماهیت

۱. در تأیید این نظر نک به: روحانی، ۱۴۱۲ ق، ج ۱۸، ص ۳۶: «... فلا اشکال في أنَّ الجهل به لا يضُرُّ لأنَّ التابع يملك بتبع المتبوع و ان لم يلتفت اليه فضلًا عمَّا التفت اليه و ذكر مع عدم الإحاطة به.»

۲. در تأیید این نظر نک به: وحدتی شبیری، منبع پیشین، ص ۱۶۸

عقد به سمت مسامحی بودن متحول گردیده است. در این صورت مال مجهول، حالت تابع پیدا می‌کند، ولی نه از نوع توابع عرفی، بلکه در قصد انشاء متعاقدين، تابع مورد معامله خواهد بود.

بنابراین با استفاده از نظریه ارائه شده در بخش نخست این مقاله مبنی بر انفکاک ابهامات معاملی به موثر و غیر موثر در ایجاد غرر، همین که در قرارداد و از اراده مصرح و مشترک طرفین احراز شود چیزی به تبع مورد اصلی قرارداد مطلوب آنها واقع شده است؛ به طوری که اگر مورد اصلی موضوع قرارداد واقع نمی‌شد آن را هم نمی‌خواستند، با توجه به اینکه جهل به چنین تابعی که جنبه فرعی در نظر طرفین داشته، معامله را در حالت خطرناک قرار نمی‌دهد؛ از این رو ابهام در چنین تابع قراردادی نیز از نوع غیر موثر در ایجاد غرر محسوب خواهد شد.

بدیهی است در چنین فرضی وزانت اقتصادی تابع هم نمی‌تواند موجب سرایت ابهام و ریسک ناشی از آن به عقد گردد. مگر اینکه مفاد عقد دچار اجمال و فاقد صراحت کافی در تابع بودن امری که ذیل عقد گنجانیده شده، باشد. در این صورت وزانت اقتصادی بخش قراردادی مدنظر می‌تواند به عنوان قرینه‌ای بر خروج آن از تبعیت قراردادی و لحاظ بخش مزبور به عنوان جزئی از موضوع که بخشی از عوض قراردادی را به خود اختصاص داده است به حساب آید. در این صورت ابهام در این بخش قراردادی و ریسک ناشی از آن ساری به عقد محسوب گردد.

۳-۲-۲- توابع ذات عقد

بعض از امور به حکم شرع یا قانونگذار تابع خود عقد و نه موضوع آن محسوب می‌شوند.^۱ از مهم‌ترین نمونه‌های توابع ذات عقد ناشی از حکم شارع به مهریه اشاره شده

۱. فی توابع العقود: و مجمل الکلام فیه: ان کل عقد له تعلق بما هو موافق لموضوعه الثابت له ذالک عرفاً و عادة او شرعاً... و قد یکون التبعیه ثابتة بحکم الشرع بمعنی ان الشارع یحکم بلزوم الحاق الشیء علی المقصود... (مراغه ای، منبع پیشین، ج ۲، ص ۲۴۳)

که نسبتی با عوضین در عقد نکاح نداشته مع الوصف تابع ذات نکاح می باشد. (محقق داماد، ۱۳۸۹، ج ۲، ۴۳۹)

در خصوص مهریه، فقیهان رویه بینابینی نسبت به عقود مغایبی همچون بیع و عقود احسانی در اجرای اصل لزوم رفع ابهام را در پیش گرفته است. این از جهت فقد ابعاد معاوضی همچون بیع در عقد نکاح و در عین حال خارج بودن مهریه از دایره عوضین و لحوق آن به نکاح، مهریه را به عنوان یک قرارداد مالی تبعی به نمایش گذاشته است.

در تشریح این مهم یکی از نویسندگان چنین می نویسد که: «در مهریه در صورتیکه ابهام کم باشد این ابهام مانع از صحت مهریه و عقد نخواهد بود و در صورتی که ابهام به نحوی باشد که عرف از آن مسامحه و گذشت نکند مهریه صحیح نخواهد بود و در این خصوص مثال زده شده است که اگر مهریه اثاثیه یک خانه باشد این سطح از ابهام در تعیین مهریه، مانع از صحت آن نخواهد بود و در تعیین اجزاء مهریه در این مثال به یک اثاثیه متوسط از منظر عرف رجوع می شود. و اما اگر مهریه یک شتر و لگرد یا عبد فراری (کنایه از مواردی که قابلیت تسلیم و تسلیم آن در هاله ای از ابهام می باشد). قرارداد شده، چنین تعیینی از مهریه محمول بر صحت نبوده و به دلیل غرر باطل است.» (معروف الحسنی، ۱۴۱۶، ص ۳۴۶) به نظر می رسد مبنای نظریه نویسنده مزبور در تجویز تعیین مهریه در صورتیکه دارای ابهام کم بوده و ارجاع آن به حد متوسط در عرف، روایاتی است که سطحی از ابهام را در مهریه پذیرفته و در تعیین مصداق برای مهریه با توجه به ابهام موجود، به حد متوسط ارجاع داده شده است. به عنوان نمونه علی ابن حمزه از حضرت امام رضا(ع) چنین روایت نموده اند که در خصوص مردی که بازنی با مهریه یک خادم ازدواج می نماید. فرمودند: خادم متوسط انتخاب می شود. گفتم اگر مهریه خانه باشد چطور؟ فرمود: خانه ای متوسط. (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۱، ص ۲۸۳) در همین راستا ابن

۱. حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۱، ص ۲۸۳: «عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي حَمْرَةَ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا إِسْرَاهِيمَ عَ عَنْ رَجُلٍ زَوَّجَ (اِنَّهُ اِنَّهُ اَخِيه) وَأَمَّهَرَهَا تَيْتًا وَخَادِمًا ثُمَّ مَاتَ الرَّجُلُ - قَالَ يُؤْخَذُ الْمَهْرُ مِنْ وَسْطِ الْمَالِ - قَالَ قُلْتُ: فَالْبَيْتُ وَ الْخَادِمُ قَالَ وَسْطُ مِنَ الْبَيْتِ - وَ الْخَادِمُ وَسْطُ مِنَ الْخِدْمِ - قُلْتُ ثَلَاثِينَ أَرْبَعِينَ دِينَارًا وَ الْبَيْتُ نَجْوٌ مِنْ ذَلِكَ -

ابی عمیر از حضرت امام رضا (ع) چنین روایت نموده‌اند که در خصوص مردی که با مهریه یک خانه (بدون تشریح اوصاف) با زنی ازدواج نموده است سوال کردم. حضرت پاسخ فرمودند: برای زوجه خانه‌ای متوسط است. (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۱، ص ۲۸۵)^۱ در این دو روایت مهریه اجمالاً معلوم شده و البته مشخصات آن ذکر نشده است. اما اینکه امام (ع) نه رای به بطلان مهریه و نه حکم به مهر المثل داده‌اند حکایت از آن داشته که ایشان این شیوه از تعیین مهریه را صحیح دانسته و در عین حال خانه‌ای که فی الجمله موضوع مهریه قرار گرفته را خانه‌ای متوسط دانسته‌اند. بنابراین همین که مهریه از حالت ابهام کامل خارج شود برای رهایی از غرر کفایت می‌کند؛ از این رو گفته شده است صرف مشاهده عین حاضر که برای مهریه نسبت به آن توافق شده مثل یک قطعه طلا و بدون آگاهی از اوصاف آن از حیث وزن، عیار، مساحت و... برای دفع غرر کفایت نموده (طباطبایی حائری، بی تا، ج ۲، ص ۱۳۹) و اما مهریه‌ای که عین غائبه یا کلی فی الذمه باشد باید اوصاف آن معین یا دست کم قابل تعیین باشد. (محقق داماد، ۱۳۸۷، ص ۲۲۵) این رویکرد فقیهان در عبارات اخیر الذکر نیز به نوبه خود دارای مبنای روایی می‌باشد. مثلاً شخصی از امام صادق (ع) در خصوص چگونگی تعیین مهر سوال پرسیدند. حضرت پاسخ دادند: «تعیین به صورت مشتی گندم نیز صحیح است.» صدور این حکم از سوی حضرت در حالی می‌باشد که مقدار مهریه مثال زده از سوی ایشان مجهول می‌باشد. (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۱، ص ۴۹)^۲

انعطاف در تعیین مهریه در فقه امامیه تا آنجا پیش رفته که اجازه داده شده است که طرفین به تعیین مهریه به حکم احد از زوجین و لو زوج و به هر میزان که وی بخواهد و لو به مقدار کم ترازی نمایند. (محقق حلی، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۱۸۹)

فَقَالَ هَذَا سَبْعِينَ ثَمَانِينَ دِينَارًا مِائَةً نَجُوءٍ مِنْ ذَلِكَ..»

۱. حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۱، ص ۲۸۵: «عَنْ أَبِي الْحَسَنِ ع فِي رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً عَلَى دَارٍ قَالَ لَهَا دَارٌ وَسِطٌ..»
 ۲. حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۱، ص ۴۹: «عَنِ الْأَجْوَلِ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع أَدْنَى مَا يُتَزَوَّجُ بِهِ الْمُتَبَعَةُ - قَالَ كَيْفَ مِنْ نَرْ..»

در فقه عامه نیز در تمام فرق و شاخه‌های آن به جز شافعیه و حنابله از شرایطی که در عوضین در عقود معاوضی و مغایبی الزامی تلقی می‌شود مثل معلوم بودن اوصاف موضوع عقد، در خصوص مهریه چشم‌پوشی می‌شود. چرا که ایشان نیز به این مهم که مهریه در ازدواج مقصود اساسی طرفین نمی‌باشد قائل بوده و در تعلیل این نظریه چنین استدلال کرده که می‌دانیم در فقه اسلامی نکاح بدون ذکر مهریه صحیح است. این قاعده به همین جهت وضع شده است که مهریه به عنوان یک امر فرعی در نکاح فرض شده و اصل عقد به دلیل فقدان یا فساد در یک امر غیر اساسی ملحوظ در آن، دچار فساد و بطلان نمی‌شود. هر چند که با بطلان مهر المسمی عقد همچنان باقی مانده و برای زوجه در این وضعیت مهر المثل واجب می‌شود. (الضریر، ۱۹۹۰، ص ۵۵۲)

به عنوان نمونه در مذهب مالکی ابهام در مهریه در صورتیکه به تعبیر ایشان متضمن غرر کثیر باشد موجب بطلان مهریه شده و در غیر این صورت این ابهام در صحت و بطلان مهریه موثر واقع نخواهد شد. در این راستا گفته شده است جهل به وصف در مهریه، مشمول غرر ناچیز بوده و تاثیری در صحت مهریه نمی‌گذارد مثل آنکه مهریه به ده شتر بدون ذکر اوصاف آنها تعیین گردد و جهل به جنس مهریه یا ابهام و عدم اطمینان در به وجود آمدن یا قابلیت تسلیم و تسلیم آن متضمن غرر کثیر می‌باشد. کما اینکه در جایی که مهریه یک شتر ولگرد معین گردد، آن مهریه باطل تلقی شده است. (القرافی، بی تا، ص ۱۵۱)

مع الوصف تحولات عرفی در مقوله مهریه و نگاه کنونی عرف نسبت به آن موجب شده تا در عقد نکاح از جنبه تبعی مهریه قدری کاسته شده و از این حیث برای دفع تنازع احتمالی در آینده که فلسفه تشریع قاعده نفی غرر محسوب می‌شود، انضباط بیشتری در تعیین مهریه نسبت به رویه بینابینی مورد اشاره فقیهان در گذشته برای دفع غرر مورد نیاز می‌باشد. تا آنجا که دست کم مهریه عرفاً قابل تعیین محسوب شود.

۳-۲- غرر در انواع تابع در حقوق موضوعه

در حقوق ایران مواد ۳۵۶ و ۳۵۷ قانون مدنی به مقوله توابع مبیع پرداخته است. هر چند که در مواد مزبور تعریف روشنی از ماهیت تابع ارائه نمی‌شود لیکن از آن استنباط می‌شود تابع چیزی است که غیر از اجزاء مبیع و به دلالت عرف و یا اراده طرفین می‌تواند وارد قرارداد شود. اینکه اراده طرفین می‌تواند از منظر قانونگذار کشورمان در تابع بودن چیزی موثر باشد از عبارت مندرج در ماده ۳۵۶ قانون مدنی: «... یا قرائن دلالت بر دخول آن در مبیع نماید ...» استفاده می‌شود.

زیرا اگر چه دخول در مبیع ظهور در جزء بودن دارد ولی روشن است که منظور قانونگذار این نبوده که فقط قرائن دال بر جزئیت، معتبر است بلکه پس از تصریح به دخالت عرف و عادت در جزئیت و تابعیت، مقصود او بیان تاثیر قرائن در تعیین هر دو بخش قراردادی، یعنی اجزاء مبیع و توابع آن می‌باشد. از طرفی مفهوم مخالف ماده ۳۵۷ قانون مدنی^۱ دلالت دارد که در تعیین توابع معاملی، اراده متعاملین اصالت داشته و لو اینکه با عرف حاکم هماهنگی نداشته باشد. به دیگر سخن عرف در واقع به هنگام سکوت متعاقدين در تعیین توابع جایگزین و مفسر اراده ایشان شده و فی نفسه اصالتی ندارد.

قانونگذار مصر نیز که در شیوه قانونگذاری متأثر از فقه اسلامی بوده نیز در ماده ۴۳۲ قانون مدنی آن کشور^۲ تابع را به چیزی که بنا به طبیعت اموال، عرف یا اراده متعاقدين برای استفاده و بهره برداری از مورد معامله لازم است تعبیر کرده است. البته این تعبیر از تابع مضیق و مبتنی بر تقیّد تعیین تابع به ملازمه آن با بهره برداری از خود مورد معامله بوده و به نظر با فقه امامیه و قانون مدنی کشورمان همخوانی کامل ندارد.

۱. ماده ۳۵۷ قانون مدنی: «هر چیزی که بر حسب عرف و عادت جزء یا تابع مبیع شمرده نشود داخل در بیع نمی‌شود مگر اینکه صریحاً در عقد ذکر شده باشد.»

۲. ماده ۴۳۲ قانون مدنی مصر: يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وكل ما اعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء و ذالك طبقاً لما تقتضی به طبیعه الاشياء و عرف الجبهة و قصد المتعاقدين.

مع الوصف ماده قانونی مزبور امکان ورود تابع به قرارداد را از سه طریق طبیعت اشیاء، عرف و قصد متعاملین به رسمیت شناخته است.

در هر صورت قانونگذار کشورمان هر دو تابع عرفی و تابع قراردادی به شرحی که سابقاً از نظر گذشت را به رسمیت شناخته و در عین حال در ذیل ماده ۳۵۶ قانون مدنی وجود ابهام و جهل در تابع را غیر موثر در ایجاد غرر و از این حیث بلامانع در صحت عقد محسوب نموده است.

از طرفی مادّین صدرالاشاره در این بند ناظر بر توابع مورد معامله بود اما مهریه به عنوان مهم‌ترین نمونه تابع ذات عقد به طور مستقل در ماده ۱۰۷۹ قانون مدنی مطمح نظر قانونگذار قرار گرفته و معلوم بودن آن تا حدی که رفع جهالت بین طرفین صورت بگیرد لازم دانسته شده است. یکی از حقوقدانان در تبیین این ماده می‌نویسد: «اما این رفع ابهام به میزان عقد بیع و اجاره نیست چراکه هدف از عقد نکاح ایجاد رابطه زوجیت است و مهریه حالت فرعی داشته و هدیه‌ای است که به نشانه صدق و صفا تقدیم همسر می‌شود.» (وحدتی شبیری، ۱۳۷۹، ص ۱۶۹)

در صورتیکه مهر دچار ابهام غیر قابل اغماض از منظر عرف یا جهل مطلق باشد قانونگذار در ماده ۱۱۰۰ قانون مدنی این ابهام را محل تاثیر نسبت به عقد قرار نداده و صرفاً آن را موجب بطلان مهریه و جایگزینی مهرالمثل نسبت به آن قرار می‌دهد.

از دیگر انعطاف‌های به خرج داده شده توسط قانونگذار در تعیین مهریه که رویکرد بینابینی اخیرالذکر را به خوبی نشان می‌دهد، پذیرش صریح امکان اعطای اختیار تعیین مهریه شوهر یا شخص ثالث به هر مقداری که بخواهند در ماده ۱۰۸۹ قانون مدنی^۱ می‌باشد. امکان این سطح از انعطاف و شناوری در تعیین مهریه بنای تسامح قانونگذار نسبت به سطحی از ابهامات متصور در تعیین مهریه را به نمایش می‌گذارد. این در

۱. ماده ۱۰۸۹ قانون مدنی: ممکن است اختیار تعیین مهریه شوهر یا شخص ثالثی داده شود در این صورت شوهر یا شخص ثالث می‌تواند مهر را به هر قدر که بخواهد معین کند.

حالیست که این شیوه از تعیین در خصوص موضوع یکی از عقود معاوضی و مغایبی به قطع موثر در ایجاد غرر و منجر به بطلان معامله می‌گردید. (انصاری، ۱۴۲۷، ج ۴، ص ۲۰۶)^۱

۱. انصاری، ۱۴۲۷، ج ۴، ص ۲۰۶: «فلو باع بحکم احدهما بطل اجماعاً...»

برآمد

۱. با دقت نظر در متون فقهی و آراء فقها و حقوقدانان به خوبی فهمیده می شود که غرر به مفهوم خطر یک تأسیس شرعی یا قانونی نبوده بلکه یک نهاد عرفی است که برای درک مفهوم و حدود آن می بایست به عرف مراجعه کرد. امروزه عرف هرگونه جهل را که توأم با قدری از احتمال ضرر باشد را خطرناک و بالتبع غرری محسوب نداشته بلکه جایی که ابهام در معامله توأم با احتمال ضرر معتنا به عرفی و غیر قابل اغماض باشد را می بایست مؤثر در ایجاد غرر محسوب نمود.

۲. امعان نظر به ماهیت توابع معاملی حکایت از آن داشته توابع معاملی در مقصود اصلی طرفین از انجام معامله و معادله اقتصادی متصور در آن، مطمح نظر طرفین از انعقاد قرارداد، جای نگرفته و از این رو وجود ابهام در توابع امکان تضرر اقتصادی که بتواند مورد اعتنا از منظر عرف قرار گیرد و معامله را از حیث مالی و اقتصادی خطرناک جلوه داده و در نتیجه منجر به ایجاد غرر شود را عمدتاً ندارد.

۳. در خصوص توابع عرفی که به دلالت التزامی و با کمک عرف داخل در اراده متعاقدين و حوزه قرارداد البته در نقش تابع می شوند در صورتیکه تابع به لحاظ اقتصادی دارای ارزش قابل توجه نسبت به موضوع عقد داشته ریسک ناشی از ابهام در تابع می تواند از منظر عرف معتنا به تلقی شده و بدین ترتیب خطر ناشی از جهل به تابع به تعبیری به عقد سرایت نموده و آن را واجد ویژگی غرری بودن نماید. به نظر ما در حقیقت وزانت اقتصادی جزء مدنظر، موجب خروج آن از حالت تبعی و تبدیل آن به جزئی از موضوع قرارداد شده و مبنای سرایت ابهام و جهل را نیز را در همین نکته باید جستجو کرد.

۴. لکن در خصوص توابع قراردادی در صورتیکه تابع به لحاظ اقتصادی حتی ارزشی بالاتر از موضوع عقد داشته و با وجود این متعاقدين آن را به تصریح در تابعیت موضوع عقد قرار می دهند، این مهم نشانگر این معنا بوده که طرفین از جنبه مغایبی محض در عقد صرف نظر داشته و نظر به قدری تسامح در آن دارند و از این جهت و به

دنبال تحول ماهوی در عقد منعقد، ابهام در تابع موصوف با وجود لحاظ این تسامح در عقد توان سرایت به عقد و ایجاد غرر را نخواهد داشت.

۵- در توابع ذات عقد همچون مهریه سازوکار منتج شدن ابهام در آن به غرر قدری متفاوت از دیگر انواع تابع بوده و ابهام شدید یا مطلق در آن به هر ترتیب منجر به حدوث غرر و بطلان مهریه می شود لکن ابهاماتی که از منظر عرف قابل اغماض یا قابل رفع بوده و در عین حال مهریه قابل تعیین محسوب می شود یارای ایجاد غرر در مهریه و بطلان آن را نخواهد داشت.

نهایتاً با استفاده از نتایج حاصل از این تحقیق، اصلاح مادتین ۳۵۶ و ۳۵۷ قانون مدنی و جمع آن در یک ماده به شرح ذیل مورد پیشنهاد است:

«هر مالی که حسب اراده صریح متبایعین یا در صورت سکوت ایشان حسب عرف، تابع مبیع محسوب شده متعلق به مشتری محسوب شده و وجود ابهام نسبت به آن چیز، مادامیکه به عقد تسری پیدا نکند و در عین حال جنبه فرعی و تبعی آن حسب مفاد قراردادی یا عرف محرز بوده خللی به صحت معامله و تکلیف بایع مبنی بر تسلیم آن به مشتری وارد نمی سازد.

تبصره: تابع به مالی گفته شده که از نظر اراده متعاملین در عرض موضوع عقد قرار نگیرد بلکه به تبع آن وارد معامله شود و اصالتاً مقصود نباشد؛ به نحوی که تعلق اراده طرفین به تابع به خاطر موضوع اصلی بوده و اگر تحقق موضوع اصلی عقد منتفی شود اراده و خواست تابع نیز به دنبال آن منتفی گردد.»

منابع

- ابن بابویه (صدوق)، محمد بن علی؛ **عیون أخبار الرضا (ع)**؛ ج ۲، ۳، قم: مكتبة الحیدریه، ۱۴۳۱ق.
- ابن قدامه مقدسی، عبدالله بن احمد، **المغنی فی شرح المختصر الخرقی**، ج ۶، مكتبة القاهرة، مصر، ۱۳۸۸ هـ ق.
- ابن عابدین، محمد امین بن عمر، **رد المحتار علی الدر المختار (شرح ابن عابدین)**، ج ۷، دارالکتب العلمیه، بیروت، ۱۴۲۴ هـ ق.
- ابن منظور، محمد ابن مکرم، **لسان العرب**، ج ۵، قم، نشر ادب الحوزه، چاپ اول، ۱۴۰۵ هـ ق
- ابوجیب، سعدی؛ **القاموس الفقہی**؛ دمشق: انتشارات دارالفکر، ۱۴۰۲ق.
- القرافی، احمد ابن ادريس، **الفروق / أنوار البروق فی أنواء الفروق**، ج ۱، عالم الکتب، بیروت، بی تا.
- المقری الفیومی، احمد ابن محمد، **المصباح المنیر**، دارالهجره، الطبعة الاولى، قم، ۱۴۰۵.
- انصاری، مرتضی؛ مکاسب؛ ج ۴، ۵ و ۶، ۷، قم: مجمع الفکر الإسلامی (کنگره)، ۱۴۲۷ق.
- ایروانی غروی، **حاشیه مکاسب**، ج ۲، انتشارات رشديه، چاپ دوم، تهران، ۱۳۷۹ هـ ق.
- بحرانی، یوسف بن احمد، **الحدائق الناضرة**، ج ۱۸ و ۲۲، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، قم، سال ۱۴۰۵ هـ ق.
- بخاری، محمد ابن اسماعیل، **صحیح بخاری**، ج ۵، دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع، بیروت، ۱۴۰۱ هـ ق، ص ۴۹
- تمیمی مغربی، ابوحنیفه نعمان بن محمد؛ **دعائم الإسلام**؛ ج ۲، قاهره:

دارالمعارف، ۱۳۸۳ق.

جوهری، اسماعیل ابن حماد، **صاحح اللغة**، ج ۲، دارالعلم للملایین، بیروت، ۱۴۰۴ ه ق.

حسینی عاملی، سید محمد جواد؛ **مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه**؛ بیروت: دارالتراث، ۱۴۱۸ق.

حلی، حسن ابن یوسف مطهر اسدی، **قواعد الاحکام**، ج ۲، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، قم، ۱۴۱۳ ه ق.

حلی، حسن ابن یوسف مطهر اسدی، **السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی**، ج ۲، انتشارات جامعه مدرسین، قم، ۱۴۱۰ ه ق.

خمینی، سید روح الله؛ **کتاب البیع**؛ ج ۳، تهران: مؤسسه نشر و تنظیم آثار امام خمینی (ره)، ۱۴۲۱ق

خویی، سید ابوالقاسم، **مصباح الفقاهه**؛ ج ۵، بیروت: دارالهادی، ۱۴۱۲ق.

خویی، سید محمد تقی، **الشروط والتزامات التبعية فی العقود**، ج ۱، مؤسسه المنار، چاپ سوم، قم، ۱۴۱۵ ه ق.

روحانی، سید صادق، **فقه الصادق**، ج ۱۸، دارالکتاب - مدرسه امام صادق علیه السلام، چاپ اول، قم، ۱۴۱۲ق.

زبیدی، سید محمد مرتضی؛ **تاج العروس من جواهر القاموس**؛ بیروت: دارالفکر للطباعة والنشر والتوزیع، ۱۴۱۴ق.

زحیلی، محمد مصطفی، **القواعد الفقهیه و تطبیقاتها فی المذاهب الاربعه**، ج ۱، دارالفکر، چاپ اول، دمشق، ۱۴۲۷ق.

سنهوری، عبدالرزاق احمد؛ **مصادر الحق فی فقه الاسلامی**؛ ج ۳، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۹۹۷م.

شهیدی، مهدی، **شروط ضمن عقد**، انتشارات مجمع علمی فرهنگی مجد،

چاپ اول، تهران، ۱۳۹۸.

صالحی علی آبادی، حامد؛ شمشیری، علیرضا؛ کریمی، عباس؛ واکاوی غرر موثر در فقه امامیه و حقوق ایران و مقایسه آن با حقوق مصر، *فصلنامه حقوق اسلامی*، شماره ۷۷، تیرماه ۱۴۰۲، صص ۱۴۵-۱۸۳.

صفری، محسن، *توابع مورد معامله*، انتشارات دادگستر، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۹. صفی پوری شیرازی، عبدالرحیم بن عبدالکریم؛ *منتهی الأرب فی لغة العرب؛ تصحیح و تعلیق فؤادیان*، محمدحسن و حاجیان نژاد، علیرضا؛ تهران: مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۹۳. صمدانی، مولانا اعجاز احمد؛ *بانکداری اسلامی و غرر*؛ تهران: نشر احسان، ۱۳۹۹.

ضریر، صدیق محمدامین؛ *الغرر فی العقود و آثاره فی تطبیقات المعاصرة*؛ جده: المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، ۱۹۹۳ م. ضریر، صدیق محمدامین؛ *الغرر و أثره فی العقود فی الفقه الإسلامي*؛ بیروت: دارالجيل، ۱۹۹۰ م.

طباطبایی حائری، سید علی، *ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل*، ج ۲، مؤسسه آل البيت (ع)، چاپ اول، قم، بی تا. طوسی (شیخ الطائفة)، محمد ابن الحسن، *المبسوط*، ج ۲، چاپ دوم، مکتبه مرتضویه لاحیا آثار الجعفریه، ۱۳۸۷ ه ق.

طوسی، محمد ابن حسن، *النهایه فی مجرد الفتوی الفقه و الفتاوی*، دارالکتب الاسلامیه، چاپ دوم، بیروت، ۱۴۰۰ ه ق. عاملی (شیخ حرّ عاملی)، محمد بن حسن؛ *وسائل الشیعه*؛ ج ۱۲ و ۱۷، قم: مؤسسه آل البيت (ع)، ۱۴۰۹ ق.

عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، *الروضه البهیة فی شرح المعه*

- الدمشقیه*، ج ۳ و ۴، نشر کتابفروش داوری، چاپ اول، قم، ۱۴۱۰ ه ق.
- عراقی، آقا ضیاء الدین، کزازی، علی، *شرح تبصره المتعلمین*، ج ۵، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۱۴ ه ق.
- علیدوست، ابوالقاسم؛ *فقه و حقوق قراردادها (ادله عام روایی)*؛ چ ۵، تهران: انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۹۸.
- عمید، حسن؛ *فرهنگ فارسی عمید*؛ تهران: انتشارات امیرکبیر، ۱۳۵۸.
- کاتوزیان، ناصر، *دوره عقود معین*، ج ۱ و ۲، شرکت سهامی انتشار، چاپ نهم، تهران، سال ۱۳۸۴.
- کاشف الغطاء، جعفر، *القواعد سته عشر*، ج ۴، موسسه کاشف الغطاء، قم، بی تا، ص ۱۷۹.
- کاشف الغطاء، حسن ابن جعفر، *انوار الفقاهه*، کتاب البیع، موسسه کاشف الغطاء، قم، ۱۴۲۲ ه ق.
- گل محمدی، علی اصغر و دیگران، تحلیل قاعده اغتفار و نقش آن در شروط ضمن عقد، *فصلنامه حقوق اسلامی*، سال پانزدهم، شماره ۵۶، بهار ۱۳۹۷.
- فخارطوسی، جواد، *در محضر شیخ انصاری*، ج ۲۳، نشر نسیم مهر، چاپ اول، قم، ۱۳۸۴.
- فراهیدی، خلیل ابن احمد، *کتاب العین*، منشورات الهجره، ج ۴، چاپ دوم، قم، ۱۴۱۰ ه ق.
- محقق کرکی، علی ابن الحسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، ج ۴، انتشارات موسسه آل البيت (علیه السلام) لاحیا التراث، قم، ۱۴۱۰ ه ق.
- محقق ثانی یا عاملی یا کرکی، علی ابن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، موسسه آل البيت (ع)، قم، ۱۴۱۴ ق.
- محقق داماد، سید مصطفی، *بررسی فقهی حقوقی خانواده*، مرکز نشر علوم

اسلامی، چاپ پانزدهم، تهران، ۱۳۸۷.

محقق داماد، سید مصطفی، **حقوق قراردادها در فقه امامیه**، ج ۲، انتشارات

سمت، تهران، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۹.

محقق حلی، سید ابوالقاسم نجم الدین جعفر ابن الحسن، **شرایع الاسلام فی**

مسائل الحلال و الحرام، انتشارات استقلال، ج ۱، چاپ اول، تهران، ۱۴۱۵ ه ق.

محمدی، ابوالحسن؛ **قواعد فقه**؛ ج ۶، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۲.

مراغی، سید میر عبد الفتاح؛ **عناوین الفقهیه**؛ ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی

وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ ق.

مظفر، محمد رضا؛ **اصول فقه**؛ ج ۱، قم: نشر دانش اسلامی، ۱۴۰۵ ق.

معروف الحسنی، سید هاشم؛ **نظریه العقد فی فقه الجعفری**؛ منشورات مکتبه

هاشم، بیروت: ۱۴۱۶ ق.

معین، محمد؛ **فرهنگ فارسی**؛ ج ۲، چ ۴، تهران: انتشارات امیرکبیر، ۱۳۶۰.

نایینی، محمد حسین؛ **منیة الطالب**؛ ج ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸ ق.

نراقی، ملا احمد، **عوائد الایام**، قم، انتشارت دفتر تبلیغات حوزه علمیه قم، چاپ

اول، ۱۴۱۷ ه ق.

نجفی، محمد حسن؛ **جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام**؛ ج ۲۲، چ ۷،

بیروت: انتشارات دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.

وحدتی شبیری، سید حسن؛ **مجهول بودن مورد معامله**؛ چ ۱، قم: مرکز

مطالعات و تحقیقات اسلامی، ۱۳۷۹.