

## توابع مورد معامله و اثر فقدان آن

محسن صفوی\*

استادیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

محمد عبد الصالح شاهنوش فروشانی

دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد

تهران مرکزی

(تاریخ دریافت: ۱۳۸۸/۱/۳۰ - تاریخ تصویب: ۱۳۸۸/۳/۱۱)

### چکیده:

توابع به طور خلاصه اموری هستند که به تبع و به دنبال مورد اصلی در معامله وارد می‌شوند و معمولاً بر آنها به صراحت توافق نمی‌شود. فقدان و نبود مصداقی برای تابع می‌تواند موضوعی برای تنازع بر سر حقوق ناشی از قرارداد، جواز و لزوم آن، بطلان یا صحت آن باشد. این در حالی است که این مساله در منابع حقوقی و فقهی بسیار مختصر و گذرا بحث شده است. حکم فقدان تابع را باید مبتنی بر تعریف و تحلیل دقیق ماهیت تابع و بررسی اینکه آیا تابع شرط ضمن عقد است یا نه بدست آورد. در این مقاله با مراجعه به فقه و حقوق ایران و تحلیل فقها از ماهیت تابع و بررسی ماده ۳۵۶ ق.م. و نقد آراء و نظراتی که در حقوق در تعریف تابع گفته شده است سعی شده تا اولاً ماهیت تابع به صورتی کامل و روشن معلوم گردد و سپس مبتنی بر این تعریف اثر فقدان تابع، بررسی شود.

### واژگان کلیدی:

قرارداد، تابع مورد معامله، شرط ضمن عقد، شرط ضمنی، اراده، عرف، تفسیر قرارداد، تکمیل قرارداد.

### مقدمه

قراردادها وسیله ایجاد وضعیت‌ها و تعهدات حقوقی هستند. اگر چه حاکمیت اراده بر قرارداد اقتضا دارد که طرفین را تنها به آنچه اراده کرده‌اند متعهد کند ولی در اغلب قراردادها تعهدات طرفین از آنچه در آنها آمده فراتر می‌رود. یکی از مباحث مربوط به این نوع تعهدات، بحث توابع مورد معامله است. توابع به طور خلاصه اموری هستند که به تبع و به دنبال مورد اصلی، در معامله وارد می‌شوند و معمولاً به صراحت در باره آنها توافق نمی‌شود. تحلیل ماهیت تابع، تحلیل بخش فرعی- و در عین حال- فراگیر عقود است که در بررسی اثرات آن در قرارداد موثر است. فقدان و نبود مصداقی برای تابع یا تلف آن می‌تواند موجبی برای تنازع بر سر حقوق ناشی از قرارداد، جواز و لزوم آن و حتی بطلان یا صحت آن باشد. به همین جهت بررسی آثار آن مهم جلوه می‌کند. به علاوه به جهت ماهیت خاص تابع، بررسی آن از حیث علمی و در بررسی آثار شروط ضمن عقد و بحث تکمیل قرارداد، وسیله خوبی برای ارزیابی تئوری‌ها و نظریه‌های مطروحه در آن بخش از قواعد عمومی قراردادها است. به همین جهات در این تحقیق ماهیت تابع و اثر فقدان آن موضوع بررسی قرار گرفته است.

تابع در فقه پیشینه‌ای روشن دارد و از حیث مصادیق، بسیار از آن بحث شده است. فقها در ذیل عنوان «ما یندرج فی المبیع» مفصلاً از آنچه به صورت تابع در عقد وارد می‌شود بحث کرده‌اند. ولی راجع به احکام آن و به خصوص مساله فقدان آن مطالب چندانی نمی‌توان یافت. تنها در برخی کتب مثل *تحریر المجله* (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ۱۹۱) و *العناوین* (میر فتح مرآه‌ای، ۱۴۲۵، ۲۴۲) اشاراتی نسبت به مطلب یافت شد. همچنین در بحث لزوم علم به مورد معامله - در کتاب مکاسب (شیخ انصاری، ۱۴۱۵، ۳۰۷) - به مناسبت بحث درباره لزوم علم به ضمیمه مبیع، ماهیت تابع و احکام علم و جهل نسبت به آن مورد بحث واقع شده است که در نتیجه مورد توجه محشین و فقهای بعد از او نیز واقع شده است.

### گفتار اول: تعریف و تحلیل ماهیت تابع

#### بند اول: معنای تابع در فقه امامیه

۱. در آمدی بر بحث: در فقه امامیه ذیل بحث درباره لزوم معلوم بودن مبیع، مساله‌ای راجع به جهل نسبت به ضمیمه مبیع مطرح است. علامه حلی و برخی دیگر از فقها در آن بحث میان مورد اصلی معامله و تابع آن تفصیل قائل می‌شوند، به این معنی که جهل نسبت به تابع - برخلاف جهل نسبت به مورد اصلی - ضرری به صحت معامله وارد نمی‌کند (شیخ

انصاری، ۱۴۱۵، ص ۳۰۷. به همین مناسبت آنان راجع به معنای تابع بحث کرده‌اند که نظریات مطروحه را می‌توان در پنج نظر خلاصه کرد:

## ۲. نظریه نخست: شرط شدن تابع

برخی از فقها آنچه را به صورت شرط در قرارداد گنجانده شده است تابع و آنچه را جزء مبیع قرار داده شده است اصل گفته‌اند. در این تعریف تنها ملاک برای تمییز میان اصل و تابع همین تفاوت شکلی است؛ به این معنا که چگونگی تنظیم قرارداد و شکل آن تعیین می‌کند که تابع چیست و انگیزه‌ها و نتایجی که مقاصد پشت پرده متعاقدین در انعقاد قرارداد است، تأثیری در این معنا ندارد. ممکن است انگیزه طرفین، کسب همان چیزی باشد که به صورت شرط در قرارداد ذکر شده است ولی آن را به جای مورد اصلی معامله، به صورت شرط در قرارداد گنجانده‌اند<sup>۱</sup> (تبریزی، ۱۴۱۶، ص ۲۴۸). مشابه این تعبیر در حقوق موضوعه به کار می‌رود و از آن با عبارت اراده ظاهری یاد می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ص ۲۲۰ و ۲۲۵). هر چند که در فقه امامیه و حقوق ایران اراده باطنی حکمفرماست و اراده ظاهری تنها نشانه‌ای دال بر اراده باطنی است (مفاد ماده ۱۹۱ ق.م.آ) (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص ۱۹۸).

محقق ثانی (ره) بر این نظر ایرادی را وارد ساخته است با این تعبیر که عبارت اثری ندارد.<sup>۲</sup> مهم نیست که آنها بگویند این قسمت شرط است یا جزء موضوع مورد معامله. آنها تعیین

۱. شیخ انصاری در توضیح کلام علامه حلی می‌گوید: «قال فی القواعد فی باب شرط العوضین: کل مجهول مقصود بالبیع لا یصح بیعه و إن انضم إلی معلوم، و یجوز مع الانضمام إلی معلوم إذا کان تابعاً، انتهى. و ارتضى هذا التفصیل جماعه ممن تأخر عنه، إلی أن مرادهم من «المقصود» و «التابع» غیر واضح. و الذی یظهر من مواضع من القواعد و التذکره: أن مراده بالتابع: ما یشرط دخوله فی البیع، و بالمقصود: ما کان جزءاً». شیخ انصاری، کتاب المکاسب، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵، ج ۴، ص ۳۱۳ - و به عنوان نمونه در استفاده از این تفاوت در استدلال های فقهی علامه حلی می‌فرماید: «و لو باع الحامل و شرط المشتري الحمل، صح، لأنه تابع كأساسات الحيطان و إن لم یصح ضمّه فی البیع مع الأم، للفرق بین الجزء و التابع». علامه حلی، قواعد الاحکام، دفتر انتشارات اسلامی ۱۴۱۳، ق، ج ۲، ص ۲۷۶.

۲. ماده ۱۹۱: عقد محقق می‌شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند.

۳. محقق کرکی در توضیح کلام علامه حلی در قواعد که می‌گوید: «لو باع أرضاً و فیها زرع فهو للبائع، سواء ظهر أو لا، إلی أن یشرطه المشتري فیصح، ظهر أو لا، و لا تضر الجهالة لأنه تابع» می‌گوید: أجباب عن سؤال السائل [منظور از سؤال، اشکال مقدری است که علامه با عبارت "لا تضر الجهالة" به آن اشاره کرده است و آن را محقق حلی چنین بیان می‌کند: إن ضم المجهول الی المعلوم فیما إذا لم یکن الزرع قد ظهر یصیر المعلوم مجهولاً؟ بان جهالة التابع لا تقدح، و هذا تابع، فمقتضى کلامه [منظور قسمت اخیر عبارت علامه است که در ابتدا نقل شد] صحه ذلك مطلقاً، لأن الزرع بالنسبه إلی الأرض من توابعها، لکن فی المختلف: أن البذر إذا کان أصلاً فی البیع بطل، بخلاف ما إذا کان الأصل هو الأرض، و البذر تابع فإنه یصح، و مقتضاه أن ذلک یختلف باختلاف الأحوال و القصود، و الذی فی المختلف هو الذی یقتضیه النظر. و ما قد یوجد فی بعض الکلام من أن المجهول إن جعل جزءاً من المبیع لا یصح، و إن اشترط صح، و نحو ذلک لیس بشیء، لأن العباره لا أثر لها، و المشروط محسوب من جمله المبیع، [در ادامه محقق به عنوان موید می‌گوید که برای صحت معامله‌ای که ضمیمه آن مجهول است نیازی به شرط شدن ضمیمه نیست؛ می‌فرماید: و لأنه لو باع الحامل و الام معا صح البیع، و لا یتوقف علی بیعها و اشتراطه

کننده این مساله نیستند. عقد تابع احوال و قصود است. مراد از قصد ظاهراً روشن است و مراد از احوال نیز احتمالاً اوضاع و احوالی است که عقد در ضمن آن منعقد می‌شود. بر این اساس، قصد طرفین و شرایط واقعی و اوضاع و احوالی که عقد در آن منعقد می‌شود تعیین می‌کند که چیزی تابع است یا جزء مورد معامله.

**۳. نقد دیدگاه محقق ثانی:** در بررسی و نقد دیدگاه محقق ثانی چنین به نظر می‌رسد که اگر چه وابستگی عقد به قصد متعاملین غیرقابل انکار است ولی میان نتیجه‌ای که آنها خواسته‌اند و شکلی که - به طور جدی و واقعی - اراده کرده‌اند که قرارداد آنها به آن شکل باشد باید تفاوت قائل شد. بنابراین، ممکن است آنها چیزی را که در نگاه عرف باید موضوع اصلی قرارداد باشد را به صورت شرط ضمن عقد در قرارداد بگنجانند. بنابراین سخن ایشان درباره بی اثری عبارت، پذیرفتنی به نظر نمی‌آید. البته اگر منظور ایشان این باشد که توصیف قرارداد با طرفین نیست، اگر چه سخن درستی است ولی به نظر نمی‌رسد منظور قائلین به این نظریه - تفصیل میان شرط و جزء به لحاظ تابع بودن - این باشد که توصیف قرارداد تابع توصیفی است که طرفین از قرارداد خود ارائه می‌کنند.

**۴. نقدی بر اصل نظریه:** اشکال دیگری نیز در رابطه با شرط بودن تابع به نظر می‌آید. این نظریه معیار و دلیلی روشن برای اینکه شرط را تابع بدانیم به دست نمی‌دهد. این نظریه درباره معنای تابع، در جایی ابراز شده است که می‌خواسته‌اند عدم لزوم علم تفصیلی به ضمیمه مورد اصلی معامله را مستدل سازند؛ به این ترتیب که علم به مقدار این شرط که چیزی به مورد قرارداد می‌افزاید و به تعبیر آنها همان تابع است، لازم نیست. صرف نظر از اینکه آیا جهل به شرط موجب غرری شدن معامله و بطلان آن می‌شود یا نه، روشن نیست که تمایز میان شرط و مورد اصلی معامله چه ارتباطی با ماهیت تابع دارد و چرا شرط را تابع نامیده‌اند. این در حالی است از تابع مفهومی ارتكازی و اجمالی می‌توان استنباط کرد که با توجه به آن، در تساوی دو مفهوم تابع و شرط باید تردید نمود.

#### ۵. نظریه دوم: قصد نوعی

برخی دیگر، تابع یا اصل (و به تعبیر دیگر، مقصود) بودن را وابسته به قصد نوعی طرفین دانسته‌اند. یعنی در معامله مورد نظر آن چیزی که غالباً مقصود اصلی طرفین برای انجام معامله است اصل می‌باشد و دیگری تابع؛ مثلاً وقتی ثمن به مقداری است که - در عرف بازار - معادل بخشی از مورد معامله - که معلوم است - می‌باشد و ما بقی مورد معامله مجهول است، چنین

[پس تابع بودن وابسته به شرط شدن آن در قرارداد نیست]. کرکی، محقق ثانی، علی بن حسین عاملی، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۴، موسسه آل البیت علیهم السلام، ۱۴۱۴ه.ق، ص ۳۸۴.

وضعیتی نوعاً نشان می‌دهد که بخش معلوم مورد معامله، اصل و دیگری تابع است و طرفین معامله نخواستند که هر دو بخش (تابع و اصل) را در عرض هم لحاظ کنند بلکه یکی را اصالتاً و دیگری را به تبع آن می‌خواهند<sup>۱</sup> (تبریزی، ۱۴۱۶، ص ۲۴۹).

بر این نظریه چنین می‌توان ایراد گرفت که در یک قرارداد منحصرأ از دو راه می‌توان چیزی بر مورد معامله افزود: یا باید شرط شود یا جزء مورد معامله قرار گیرد. بنابراین، این قصد نوعی امری مستقل در برابر شرط و جزء نیست بلکه در هر صورت یا به شکل جزء است یا شرط<sup>۲</sup> (خوئی، بی‌تا، ۴۶۰). بدین ترتیب، تشخیص تابع همچنان بر مدار چگونگی و شکل درج آن در قرارداد قرار خواهد داشت و با معیاری شکلی ارزیابی خواهد شد. اما به نظر می‌رسد این نقد بدون ورود در ماهیت تابع، آن را صرفاً امری شکلی دانسته است و حال آنکه علاوه بر شکل ابراز قصد طرفین، اراده باطنی آنان نقشی اساسی در ماهیت تابع ایفا می‌کند. به همین جهت نباید از نکته‌ای مهم که نظریه دوم مطرح می‌کند غافل ماند. تابع از این نظر گاه، امری است که باید به صورت نوعی تفسیر شود و ظاهراً وابسته به اراده شخصی طرفین نیست. آنچه در این نظریه، مهم و قابل رد یا پذیرش به نظر می‌آید همین نکته است و به این اعتبار، تعارضی میان لزوم شرط یا جزء بودن از یک طرف و نوعی بودن تابع از طرف دیگر نیست.

#### ۶. نظریه سوم: قصد شخصی

ممکن است وجه تمایز میان تابع و اصل، غرض شخصی متعاملان دانسته شود یعنی برای تابع دانستن چیزی باید احراز کنیم که طرفین خواسته‌اند که آن چیز تابع باشد<sup>۳</sup> (شیخ انصاری، ۱۴۱۵، ۳۱۹). یکی را اصالتاً و بالذات اراده کرده‌اند و دیگری را به تبع این مورد؛ به طوری که اگر مورد اصلی نبود این مورد را هم نمی‌خواستند. این نظریه تشخیص تابع را وابسته به ضابطه‌ای شخصی ساخته است و البته که همین گونه نیز است. ولی برای تشخیص و احراز

۱. در توضیح این نظر به این عبارت توجه کنید: «الثالث ان يكون كون شيء تابعاً أم لا بقصد المتعاقدين نوعاً و إذا كان الغرض الأصلي للمتعاقدین غالباً في تملك المجهول و المعلوم خصوص المعلوم كما إذا كان الثمن في البيع بمقدار يشترى به المعلوم فلا يضر جهاله الآخر جعل سواء جزءاً أو شرطاً...» (جواد تبریزی، ارشاد الطالب، موسسه اسماعیلیان، چاپ سوم، ۱۴۱۶ هـ ق، ج ۳، ص ۲۴۹).

۲. در رابطه با نحوه افزودن چیزی به معامله گفته شده است: «و قد عرفت مفصلاً أن الشيء لا يدخل في المبيع إلا بالاشتراط، أو بالجزئیه، فالعرف بما هو عرف ليس له أن يدخل شيئاً في المبيع إلا بالارتكاز المذكور الذي عرفت أنه من جمله الشروط.» (سید ابوالقاسم خوئی، مصباح الفقاهه، بی‌تا، بی‌نا، ج ۵، ص ۴۶۰).

۳. سخن شیخ در این احتمال چنین است: «و یحتمل أن يكون مرادهم: التابع بحسب قصد المتبايعين، و هو ما يكون المقصود بالبيع غيره و إن لم يكن تابعاً عرفياً كمن اشترى قصب الأجسام و كان فيها قليل من السمك، ... و هذا أيضاً قد يكون كذلك بحسب النوع، و قد يكون كذلك بحسب الشخص، كمن أراد السمك القليل لأجل حاجه، لكن لم يتهيأ له شراؤه إلا في ضمن قصب الأجمه.» (مرتضی انصاری، کتاب المکاسب، ج ۴، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ هـ ق، ص ۳۱۸).

اراده شخصی نیز بایستی راه‌حلی ارایه کرد: یا طرفین اراده خود را بیان کرده‌اند و لذا از تصریح خود آنها به تشخیص تابع می‌رسیم و یا- در صورت عدم تصریح- می‌بایستی بر ظاهر معامله استناد جست و در تشخیص این ظاهر، قصد نوعی متعاملان می‌تواند راه‌گشا باشد که طرفین با اتکا به آن، از تصریح خودداری ورزیده‌اند.

#### ۷. نظریه چهارم: غرض عقدی

وجه تمایز دیگری که گفته شده است غرض عقدی طرفین است. قصد طرفین معامله را در دو سطح می‌توان لحاظ نمود: یکی غرض اصلی و واقعی طرفین یعنی آنچه به انگیزه‌ها و اهداف واقعی آنها وابسته است. عقد از حیث ساختار و شکل حقوقی همواره مطابق این انگیزه‌ها و اهداف واقعی منعقد نمی‌شود بلکه ممکن است آنها شکل دیگری را انتخاب کنند. مثلاً طرفین احتمال می‌دهند که آنچه در معامله واقعاً مورد نظرشان است بعداً مورد نزاع واقع خواهد شد. برای پیشگیری از این نزاع چیز دیگری را معامله می‌کنند و مورد اول را به تبع این مورد معامله می‌کنند<sup>۱</sup> (نجفی، بی‌تا، الف، ۴۴۵- شیخ انصاری، ۱۴۱۵، ۳۱۹).

این معیار نمی‌تواند یک معیار مستقل باشد. اراده، سازنده عقد است و طرفین می‌توانند هر گونه که بخواهند عقد خود را بسازند. ولی این تحلیل روشن‌کننده ماهیت تابع نیست و تنها بیان می‌کند که این نوع معامله جعلی - یا به اصطلاح دیگر صوری - صحیح است.

#### ۸. نظریه پنجم: عرف

همچنین گفته‌اند تابع آن چیزی است که عرف آن را تابع و بخشی از مورد اصلی معامله بداند<sup>۲</sup>. ممکن است عرف به دو صورت شیء را تابع در نظر بگیرد:

۱. عبارت جواهر مرتبط با این بحث چنین است: «... علی وجه یكون المقصود بالبيع ذلك المعلوم، بمعنى الإقدام منهما و لو لتصحیح البيع، علی أن المبیع المقابل بالثمن هذا المعلوم الذی هو و إن سُمی ضمیمه، لکنه المقصود فی تصحیح البيع...» محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، دار الاحیاء التراث العربی، بی‌تا، ج ۲۲، ص ۴۴۵- شیخ انصاری عبارت را چنین نقل می‌کند: «و ربما احتمل بعض، بل استظهر أن مرادهم بكون المعلوم مقصوداً و المجهول تابعاً: كون المقصود بالبيع ذلك المعلوم، بمعنى الإقدام منهما و لو لتصحیح البيع علی أن المبیع المقابل بالثمن هذا المعلوم الذی هو و إن سُمی ضمیمه لکنه المقصود فی تصحیح البيع...» مرتضی انصاری، منبع پیشین، ص ۳۱۹.

۲. در این رابطه، عبارت برخی از فقها به شرح ذیل است:

(الف) «... بعد أن كان المرجع فی حکم التبعية الشرع، أو العرف...» محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، دار الاحیاء التراث العربی، بی‌تا، ج ۲۳، ص ۱۲۷ (ب) «... و المتحصل من کلامه [منظور محقق کرکی است] ان ما يعد تابعا عرفا بان يكون الشيء محسوبا عرفا من فروع المبيع كالحمل بالإضافة إلى الأم و ان لم يكن تملك الأصل مقتضيا لتملكه ایضا يجوز كونه مجهولا سواء ذکر فی العقد بصورة الاشرط أو بصورة الجزء...» جواد تبریزی، ارشاد الطالب، موسسه اسماعیلیان، ۱۴۱۶ هـ.ق، قم- ایران، ج ۳، ص ۲۴۹ (ج) «فی توابع العقود: و مجمل الکلام فيه: أن كل عقد له تعلق بما هو موافق لموضوعه الثابت له ذلك عرفا و عادة أو شرعا، و

۹. الف: صورت نخست عرفی: گاه برخی اشیاء واقعا جزء مورد معامله هستند ولی در عرف قراردادی مغفول عنه می‌باشند و در برابر عوض، مورد لحاظ قرار نمی‌گیرند و به همین دلیل با عنوان مستقل خود دخالتی در مقدار مالیت مورد معامله ندارند اگر چه ارزش مالی دارند.<sup>۱</sup> برای این‌گونه تابع، به پنبه‌ای که در برخی لباس‌ها استفاده می‌شود مثال زده‌اند (خویی، بی‌تا، ۵۸). این اشیاء اگر چه ارزش مالی دارند و واقعا از اجزاء مورد معامله هستند ولی در معامله به طور جداگانه مورد لحاظ نیستند و ثمنی در مقابل آنها قرار نمی‌گیرد و به همین جهت مقدار پنبه استفاده شده تاثیری در ارزش مالی مورد معامله ندارد و جهل به آن موجب غرر نیست (خویی، بی تا، ۵۹). البته اصل وجود آن در تحقق وصف صحت مورد معامله موثر است و فقدان آن عیب محسوب می‌شود.

۱۰. ب: صورت دوم عرفی: برخی اشیاء واقعا داخل در مبیع نیستند و جزئی از آن به حساب نمی‌آیند ولی عرف حکم می‌کند که مالکیت آنها همراه با اصل منتقل شود و این به حسب ارتکاز ذهنی است که نسبت به تبعیت این اشیاء از اصلشان از جهت مالکیت وجود دارد و همین ارتکاز ذهنی عقلاً موجب می‌شود که قرارداد بر این اساس منعقد شود و انتقال مالکیت آن اشیاء نیاز به تصریح در قرارداد نداشته باشد؛ بلکه عدم انتقال آنها نیاز به اشتراط عدم انتقال دارد (همان، ۵۹).<sup>۲</sup>

این نظریه از جهاتی ماهیت تابع و نحوه ارتباط آن با مورد معامله را روشن می‌کند. ولی به جای پرداختن به ماهیت تابع، راهی را که تابع برای اتصال و ورود در قرارداد طی می‌کند توضیح می‌دهد. عرف و ارتکاز عقلا چیزی در عرض قرارداد و اجزاء سازنده آن و دیگر ماهیت‌های حقوقی نیستند بلکه مانند اراده طرفین، منبعی برای ایجاد ماهیات حقوقی‌اند. با این حال از کلام برخی از قائلین به این نظریه چنین استنباط می‌شود که اصلاً تابع را عرف تعیین می‌کند و توافق بر خلاف آن ممکن نیست؛ به این معنی که اگر هم بر خلاف آن توافق شود و

هو الذی یقصد فی المعامله و لا یكون ما عداها مرادا بالذات. و لکن قد یكون لمتعلقات العقود أمور یتبعها فی نظر العرف، بحیث إن إطلاق اللفظ فی المتعلق أو إطلاق المعامله یقتضی انضمام ذلك التابع فی العرف... «سید میر فتاح مراغی، العناوین الفقهیه، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۵هـ.ق، ج دوم، ج ۲، ص ۲۴۳.

۱. «قد یراد منه ما یكون جزء من المبیع حقیقه و لکن یكون مغفولا عنه و غیر دخیل فی مالیه المبیع أصلا سواء كان ذلك الجزء بنفسه له مالیه أو لم یکن و من القسم الجید أو من القسم الردی» سید ابو القاسم خویی، مصباح الفقاهه، بی تا، ج ۵، ص ۴۵۸.

۲. برای این قسم به امتیاز آب و برق در منازل امروز مثال زده اند. سید ابوالقاسم خویی، همان منبع، ص ۶۶۰.

این بخش از قرارداد در کلام طرفین به چیز دیگری توصیف شود، توافق آنها بی اثر است و قرارداد آنها محمول بر مرتکز عرف است<sup>۱</sup> (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ۳۸۵ و مراغی، ۱۴۲۵، ۲۴۴).

### بند دوم: معنای تابع در حقوق موضوعه<sup>۲</sup>

۱۱. **تابع در قانون مدنی:** اگر چه قانون مدنی از تابع تعریف روشنی به دست نمی‌دهد ولی باید گفت حقوق ایران در تعریف تابع مسیری جدای از فقه نپیموده است. م ۳۵۶ ق.م. به ماهیت تابع مبیع اشاره دارد و نظر به آن که مواد قانون مدنی متخذ از فقه امامیه و آرای مشهور است و در فقه امامیه، قواعد عمومی معاملات در ضمن بحث بیع مطرح می‌گردد لذا می‌توان حکم مندرج در ماده مزبور را به دیگر معاملات نیز تسری داد. در این ماده به امکان وجود دو چیز در قرارداد اشاره کرده است: یکی چیزی که عرف آن را جزء بدانند و دیگری چیزی که عرف آن را تابع تلقی کند. همچنین اموری به دلالت قرائن، داخل در مبیع است. صدر این ماده ظاهر در این است که تابع غیر از جزء است، پس باید خصوصیتی غیر از جزء مورد معامله داشته باشد. در م ۳۵۷ ق.م نیز تابع به جزء عطف شده است و عطف ظهور در مغایرت دارد. از مفاد این متن قانونی نمی‌توان تعریفی روشن برای تابع استنباط کرد. ولی آشکار می‌شود که تابع چیزی است غیر از جزء مبیع، و به دلالت عرف و اراده طرفین در قرارداد داخل می‌شود. اینکه اراده طرفین می‌تواند در تابع بودن موثر باشد از عبارت: «...یا قرائن دلالت بر دخول آن در مبیع نماید...» استفاده می‌شود زیرا اگرچه «دخول در مبیع» ظهور در جزء بودن دارد ولی روشن است که منظور قانون‌گذار این نبوده است که فقط قرائن دال بر جزئیت معتبر است بلکه پس از تصریح به دخالت عرف و عادت در جزئیت و تابعیت، مقصد او بیان تاثیر قرائن در هر دو و دفع این توهم بوده است که «هر چیزی باید در قرارداد صریحاً ذکر شود تا در آن داخل گردد». قانون‌گذار با بیان این ماده خواسته است بگوید آنچه ضمناً از مفاد قرارداد استفاده

۱. عبارت مراغی در عناوین چنین است: «قد ذکرنا أن التوابع ما يتبعه في نظر أهل العرف، فلا يكون ذلك بقصد المتعاقدين، فلو جعل شيئاً متبوعاً و آخر تابعا بالقصد لا يصح ما لم تتحقق التبعه في الخارج». میر فتاح حسینی مراغی، *العناوین الفقہیہ*، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۵، ج. ۲، ص. ۲۴۴.

۲. تابع را در زبان انگلیسی با عنوان *accessory* معادل دانسته‌اند. تابع در حقوق ایران و فقه امامیه می‌تواند ماهیتی قراردادی داشته باشد و از چگونگی تعلق اراده متعاقدين به موضوع قرار داد و ضمانت آن ناشی شود. در حالی که مفهوم *Accessory* حالتی است که بر یک مال - به علت نحوه رابطه اش با مال دیگری (مال اصلی) - اطلاق می‌شود مستقل از اینکه قراردادی باشد یا نباشد؛ اگر چه در نقل مالکیت و امثال آن با مال اصلی شریک است. *Black's law dictionary* در ذیل مفهوم *thing* می‌گوید:

"*accessory thing*. A thing that stands in a dependency relationship with another thing (the principal thing). An accessory thing ordinarily serves the economic or other purpose of the principal thing and shares its legal fate in case of transfer or encumbrance." *Brayan A. Garner, Black's law dictionary, Thomson, eighth edition, 2008, p1518.*



می‌شود نیز معتبر است. بنابراین منظور از دخول در مبیع در اینجا، دخول در قرارداد است. به هر حال از این سه عنصر برای تحلیل ماهیت تابع می‌توان بهره برد.

**۱۲. تابع در اندیشه حقوقی:** برخی حقوقدان‌ها در توصیف تابع می‌نویسند: «گاهی مال دارای توابعی است که برای استفاده از آن ضرورت دارد. آن توابع نیز خود قابل داد و ستد است، ولی عرف چنان آنها را وابسته به مبیع اصلی می‌داند که ضرورتی نمی‌بیند قرارداد مستقلی درباره انتقال توابع بسته شود یا در بیع اصلی نام آنها بیاید: برای مثال، اگر خانه‌ای فروخته شود بوته‌های گل و درختان خانه نیز فروخته شده است و از توابع مبیع بشمار می‌رود» (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ص ۱۳۰). در این تعریف برای تابع سه خصوصیت در نظر گرفته شده است: اولاً تابع چیزی خارج از ماهیت مبیع است. ثانیاً تابع برای استفاده از مبیع ضرورت دارد. ثالثاً تابع ماهیت عرفی دارد.<sup>۱</sup> این تعریف نه جامع است و نه روشن کننده ماهیت تابع؛ زیرا اولاً اگرچه برخی چیزها که برای استفاده از مبیع لازم است می‌تواند تابع واقع شوند ولی این مساله کلیت ندارد و هر آنچه که برای استفاده از مبیع لازم است الزاماً تابع آن نیست.<sup>۲</sup> به علاوه انواع دیگری از رابطه میان مبیع و تابع غیر از «ضرورت برای استفاده» وجود دارد که می‌تواند مقتضی تابعیت باشد. مثلاً چرخ اضافی که در اتومبیل‌ها وجود دارد قطعاً در یک معامله به صورت تابع به طرف مقابل منتقل می‌شود در حالی که برای استفاده از این مبیع ضرورت ندارد و وجود آن در اتومبیل فقط راه‌حلی برای مشکل محتمل در آینده است. ثانیاً - چنانچه در آینده توضیح خواهیم داد - تابع می‌تواند واقعاً داخل در ماهیت مبیع باشد ولی در معامله به عنوان تابع تلقی گردد. ایشان همچنین می‌گویند: «تمییز این توابع با عرف است. یعنی قانون‌گذار حکم هر مورد را به داوری عرف واگذار کرده و آن را به عنوان قاعده حقوقی پذیرفته است نه بیان کننده رضای طرفین. به همین جهت، اگر خریدار و فروشنده به حکم عرف نیز جاهل باشند، باز هم ناگزیر از اجرای آنند» (همان منبع). از طرف دیگر چون توابع از لوازم عرفی عقد است، آن را از **شروط ضمنی** عقد دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۳، الف، ص ۱۳۱) و در

۱. م ۴۳۲ قانون مدنی مصر می‌گوید: «يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع و كل ما اعد بصفه دائمه لاستعمال هذا الشيء، و ذلك طبقا لما تقتضى به طبيعه الاشياء و عرف الجهه و قصد المتعاقدين». عطف دو عبارت «ملحقات الشيء» و «كل ما اعد بصفه دائمه» را تفسیری دانسته‌اند. سنهوری، الوسيط، منشورات الحلبي الحقوقية، ۲۰۰۰م، ص ۵۷۸. بنابراین ملحقات بیع یا همان تابع عبارت است از چیزی که همواره برای استفاده و بهره‌برداری از اصل لازم است. همچنین در رابطه با نحوه دخول تابع در مورد معامله سنهوری می‌گوید: «و المشتري يتملك اصل البيع و نماء بعقد البيع، لان الاصل و النماء - و هو جزء من الاصل - يدخلان مباشرة في العقد ... و يتملك الملحقات لانها تدخل ضمنا في عقد البيع، و يشملها التسليم...». همان منبع.

۲. کاشف الغطا در ذیل ماده ۴۹ المجله (من ملک شیئا ملک ما هو من ضروراته) می‌گوید: «هذه المادة لا تصلح ان تكون ماده مستقله و لا عامه کلیه مطرده بل يختلف الحال باختلاف المقامات و عرف كل بلاد بحسبه فان السرج و اللجام مثلاً من ضرورات الفرس و قد يتعارف في بلاد ان ملكيه الفرس لا تقتضى ملك اللجام بل يكون عاربه أو إجاره أو غیر ذلك». محمد حسین کاشف الغطا، تحرير المجله، المكتبة المرتضويه، ۱۳۵۹ هـ ق، ج ۱، ص ۳۶.

تعریف شرط ضمنی می‌نویسند: «اصطلاح شرط ضمنی برای اموری به کار می‌رود که مدلول التزامی الفاظ قرارداد است: یعنی به حکم عقل یا قانون یا عرف لازمه مفاد توافق یا طبیعت قرارداد است» (همان منبع، ص ۱۳۰). همچنین درباره شرط ضمنی می‌گویند: «شرط ضمنی وسیله تفسیر و تکمیل قرارداد است و دشواری تمییز قصد مشترک در این کوره راه نیز جلوه می‌کند» (همان منبع، ص ۱۳۱). و در ادامه در رابطه با م ۳۵۶ می‌گویند: «م ۳۵۶ ق.م در موردی خاص و نسبت به لوازم عرفی عقد این قاعده را رعایت می‌کند» (همان). ایشان در تعریف شرط می‌پذیرند که شرط «توافقی است که بر حسب طبیعت خاص موضوع آن یا تراضی طرفین، در شمار توابع عقد در آمده است» (همان منبع، ص ۱۲۳). بر اساس این اظهارات، شرط مربوط به توافق طرفین و در نتیجه قصد مشترک آنان است. این در حالی است که - چنان که در سخنان ایشان گذشت، شرط ضمنی را وسیله تکمیل قرارداد دانسته‌اند و حتی در جایی که متعاملین جاهل به عرف باشند، عرف حاکم بر طرفین را - طبق حکم م ۳۵۶ - موردی خاص از شرط ضمنی نامیده‌اند. نتیجه این سخنان آن است که شرط ضمنی دانستن تابع هم محصول توافق اراده‌ها باشد و هم این‌گونه نباشد و این وضعیت موجب تناقض است. یا باید پذیرفت که تابع شرط ضمنی نیست یا شرط ضمنی، توافق نیست. و الا بایستی در پی مفاد دیگری برای ماده ۳۵۶ بود. این در حالی است که برخی از فقها دلیل لازم الوفاء بودن شرط ضمنی را مدلول لفظی قرارداد بودن آن دانسته‌اند؛ چون شرط ضمنی مدلول لفظی قرارداد است و قابلیت انتساب به اراده طرفین را دارد، طرفین ملزم به اجرای آنند.<sup>۱</sup> به همین جهت است که برخی دیگر از فقها چون مدلول التزامی را کاشف از مراد طرفین نمی‌دانستند، آن را لازم الوفاء تلقی نکرده‌اند.<sup>۲</sup>

۱. شیخ یوسف بحرانی در حدایق نقل می‌کند که: «قال المحقق الأردبیلی فی شرح الإرشاد: و المراد بالمعانی ما يفهم منها بحسب التخاطب اراده الالفاظ ذلک، مطابقا کان أو تضمنا أو التزاما». شیخ یوسف بحرانی، الحدایق الناصره، دار الاضواء، ۱۴۱۳هـ.ق، ج ۱۹، ص ۱۲۵.

۲. میرزای نائینی در تفاوت میان شرط تبانی و شرط ضمنی - که از نظر ایشان، اولی لازم الوفاء نیست ولی دومی هست - می‌فرماید: «و فيه ما لا يخفى من الفرق بين المقامين لوضوح أن الشروط الضمنية بسبب تعاهدها عند العرف يصير من المدلولات العرفية للفظ، قصدها المتعاقدان أو لم يقصدا و هذا بخلاف ما تبانينا عليه فإنه لا يكاد يصير مدلولاً للفظ أبداً لبداهة أن تباني المتكلم والمخاطب على معنى لا يكاد يوجب الدلالة و صيروره اللفظ دالا عليه بنحو من الأدلة، بخلاف كون الشيء متفاهما من اللفظ عرفاً فافهم و تأمل جيداً». محمد حسین نائینی، منیه الطالب، مکتبه المحمديه، ۱۳۷۳هـ.ق، ج ۲، ص ۱۲۴.

۳. صاحب مفتاح الكرامه می‌نویسد: «و حکى الشهيد عن قطب الدين أن المراد بما يتناول اللفظ التناول بالدلالة المطابقيه أو التضمنيه لا الالتزاميه فلا يدخل الحائظ لو باع السقف و الأظهر بحسب ما قدمناه من الحواله إلى العرف ما قاله المحقق الأردبیلی من أن المراد بالمعانی ما يفهم منها بحسب التخاطب إرادة الالفاظ لها و دخوله تحت مراده مطابقاً كان أو تضميناً أو التزامياً» محمد جواد حسینی عاملی، مفتاح الكرامه، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۵هـ.ق، ج ۱۴، ص ۵۳۷ - همچنین نک: شهید نائی، تمهید القواعد الاصوليه و العربيه، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم ۱۴۱۶هـ.ق، ص ۱۱۰.

**بند سوم: نظر برگزیده**

۱۳. ماهیت تابع: دقت در موضوع بحث چنین می‌نمایاند که در تعریف و تبیین ماهیت تابع نباید از تبیین مفهوم تابعیت غافل شد. پس از آن باید به این نکته پرداخت که تابع چه ارتباطی با دیگر اجزاء معامله دارد؛ جزء موضوع قرار داد است یا خارج از آن.

گاهی چیزی واقعاً جزء مورد معامله است و از اجزاء تشکیل دهنده آن؛ ولی در مرحله‌ای که اراده طرفین به مورد معامله تعلق می‌گیرد این جزء در عرض دیگر اجزاء، مورد لحاظ طرفین قرار نمی‌گیرد. 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 لحاظ قرار داد و هم از جهت اجزاء تشکیل دهنده آن. برای مثال، یک اتومبیل را می‌توان از حیث اتومبیل بودن به عنوان شیء واحد- که البته دارای اجزائی نیز هست- مورد لحاظ قرار داد. همچنین می‌توان آن را از این حیث که مجموعه‌ای از - مثلاً - صد جزء است و با لحاظ تک تک این اجزاء لحاظ نمود. در صورت اول، لازم نیست تمام اجزاء در عرض هم لحاظ شوند تا اتومبیل لحاظ شده باشد بلکه آن مفهومی که از کل و مجموعه اجزاء انتزاع می‌شود مورد لحاظ واقع می‌شود. در این حالت اجزاء از حیث استقلال خودشان ملحوظ واقع نمی‌شوند. تنها چیزی که ملحوظ است همان مفهوم منتزع از کل است. در این حالت می‌توان برخی از اجزاء را از عرض بقیه خارج کرد و در مرحله ثانوی و به تبع کل در نظر گرفت. البته تعداد این اجزاء نباید آن قدر باشد که از کل چیزی باقی نماند، بلکه باید با وجود استثناء کردن این اجزاء، همچنان عنوان کل عرفاً بر اجزاء باقی مانده صادق باشد. به عبارت دیگر، عنوان کل برای مجموعه تام الاجزاء و الشرائط وضع نشده است بلکه برای مجموعه‌ای که حاوی اعظم اجزاء یا اهم اجزاء باشد وضع گردیده است. پس می‌توان فرض کرد که در یک قرار داد، در نحوه تعلق اراده طرفین، برخی اجزاء در عرض دیگر اجزاء نباشد. مثلاً در یک لباس، نخهایی که اجزاء پارچه‌ای را به هم متصل کرده است از اجزاء واقعی لباس است ولی در ذهن متعاملین به این جزء- به خصوص- نظر ندارند و آن را به تبع کل لباس می‌خواهند. به همین دلیل مقدار آن نخ‌های استفاده شده در لباس و جنس آن معمولاً تأثیری در ارزش معامله ندارد و عوض بر این جزء تقسیط نمی‌شود؛ بلکه خود لباس مورد ارزیابی طرفین قرار می‌گیرد. آنچه مهم است سلامت لباس و اتصال هماهنگ اجزاء آن به هم می‌باشد.

گاهی هم چیزی واقعاً از اجزاء مورد معامله نیست و خارج از آن است ولی به دلیل وابستگی خاصی که به مورد معامله دارد یا به دلیل رابطه اقتصادی خاص میان آنها یا به هر دلیل دیگر در عرف معاملی رسم بر این قرار می‌گیرد که آن را در هنگام معامله به همراه مورد اصلی به طرف دیگر تسلیم می‌کنند. مثلاً در معامله یک اتومبیل چرخ اضافی (زاپاس) خارج از

ماهیت اتومبیل است ولی به دلیل رابطه خاصی که عرف میان آن و اتومبیل می‌بیند، آن را تابع مورد معامله به حساب می‌آورد. این در حالی است که خریدار به هیچ وجه قصد خرید چرخ ندارد و اگر اتومبیل نمی‌خرد آن را هم نمی‌خواست و فروشنده هم نمی‌خواهد چرخ بفروشد و اصلاً آن را به تنهایی نمی‌فروشد بلکه آن را به کسی واگذار می‌کند که کل اتومبیل را بخرد. به همین دلیل کیفیت دقیق این چرخ و مثلاً نشان تجاری آن چندان - و گاه هیچ - مورد توجه قرار نمی‌گیرد و فقط وجودش کافی است.

آنچه می‌توان در اینجا جمع بندی کرد این است که تابع بودن به این است که شیء از نظر اغراض و قصد معاملی طرفین، در عرض دیگر اجزاء نباشد بلکه به تبع آنها در معامله وارد شود. البته گاهی این تفاوت در نحوه تعلق قصد به مورد معامله و تابع، به صورت صریح ذکر می‌شود و گاهی از مدلول التزامی قرارداد و عرف فهمیده می‌شود. حکم قانون‌گذار به این که فلان شیء در مالکیت یا استفاده یا به طور کلی در قرارداد، از شیئی دیگری تبعیت می‌کند را نیز از مدالیل التزامی مفاد قرارداد دانسته‌اند.<sup>۱</sup> بنابراین با توجه به اینکه طرفین اصل را اراده کرده‌اند، می‌توان این بخش را نیز - که قانون تابع نموده است - به اراده فرعی آنها منتسب کرد.

**۱۴. تابع و شرط ضمن:** حال که اراده طرفین را در تشخیص و تعیین این مصادیق تبیین کردیم نوبت به توصیف جایگاه آن در قرارداد می‌رسد. آیا این مورد از مصادیق شرط ضمن عقد است؟ در عالم حقوق مراد از شرط ضمن عقد در - اصطلاح خاص خود - این است که امر حقوقی (اعم از تکلیف به کاری، وجود صفتی یا ماهیتی حقوقی) به صورت فرعی، با یک عقد دیگر مرتبط شود. البته روشن است که این ارتباط مربوط به عالم اعتبار و حقوق است، 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.<sup>۲</sup>

۱. این سخن را از آنچه در کتاب‌های عنوانین ذکر شده نیز می‌توان استفاده کرد: «فی توابع العقود: و مجمل الکلام فيه: أن كل عقد له تعلق بما هو موافق لموضوعه الثابت له ذلك عرفاً و عادة أو شرعاً، و هو الذي يقصد في المعاملة و لا يكون ما عداه مراداً بالذات. و لكن قد يكون لمتعلقات العقود أمور يتبعها في نظر العرف، بحيث إن إطلاق اللفظ في المتعلق أو إطلاق المعاملة يقتضي انضمام ذلك التابع في العرف. و قد يكون التبعية ثابتة بحكم الشرع، بمعنى: أن الشارع يحكم بلزوم إلحاق شيء على المقصود و إن لم يكن ذلك الملحق مقصوداً، و هذه الأمور نسميها بالتوابع». مير فتح حسینی مراغی، «العنوانین الفقهيّه، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۵هـ.ق، ج ۲، ص ۲۴۲.

۲. سید محمد تقی خویی در کتاب «الشروط أو الالتزامات التبعية في العقود» بعد از بحث و بررسی معانی متعدد شرط، در معنای آن چنین جمع بندی می‌کند: «بعد الرحلة الطويلة التي قطعناها بين كتب العلماء و أقوال الاعلام و آرائهم بحثاً عن حقيقة الشرط و ماهيته، نعود الى وريقاتنا لنجني منها الثمرة موضحين معالمها و خصوصياتها في نقاط: ۱- الشرط و هو المبدأ الساري في مشتقاته لا يكاد يكون معناه إلا حدثاً عارياً عن جميع النسب و الإضافات، بما في ذلك النسبة الناقصة المصدرية و المبنية للفاعل أو المفعول. ۲- ليس للشرط لدى العرف إلا معنى واحد جامع يرجع إليه جميع موارد استعماله و ما قيل في تحديد مفهومه، ليس إلا هو نوع علقه ربطيه تقوم بين أمرين أحدهما بالآخر و تعبيده به، فإنه المتبادر من إطلاقه، و المطرد في

بنابراین تابعی که در واقع جزء است ولی از وضعیت هم عرضی دیگر اجزاء خارج شده است، شرط ضمن عقد باید دانسته شود. یعنی طرفین کل را معامله می‌کنند و انتقال این جزء را نیز شرط می‌نمایند، زیرا انتقال کل وابسته به انتقال این جزء و حتی وجود آن نیست در حالی که انتقال آن وابسته به انتقال کل است. اما اگر تابع واقعاً خارج از مورد معامله باشد ولی طرفین به تبع اصل آن را هم در معامله گنجانده باشند مساله روشن تر است زیرا معلوم است که در اینجا اراده اصلی طرفین به چیزی تعلق گرفته و انتقال چیز دیگری به تبع آن شرط شده است. حتی در مواردی که قانون حکم به تبعیت نماید، گفته شد که به دلیل تعلق اراده به اصل قرارداد و اینکه تابع در اینجا از لوازم قانونی قرارداد است، می‌توان تابع را به اراده طرفین نسبت داد. بنابراین در این موارد هم می‌توان تابع را شرط ضمن عقد دانست.

با توجه به مباحثی که گذشت: تابع چیزی است که به صورت شرط ضمن عقد- به تبع مورد اصلی قرارداد - به آن منضم شده است.

**۱۵. تعیین نوع شرط:** در خلال مباحث گذشته معلوم شد که تابع آن چیزی است که در قرارداد به تبع تعلق اراده متعاقدین به مورد اصلی، متعلق اراده آنها قرار می‌گیرد. یعنی هر آنچه طرفین برای مورد اصلی خواسته‌اند برای تابع نیز خواسته‌اند ولی به تبع آن. مثلاً اگر طرفین در قرارداد بیع- که نتیجه آن عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم (م ۳۳۸ ق.م)- انتقال مال اصلی را اراده می‌کرده‌اند، انتقال مالکیت تابع را نیز اراده کرده‌اند البته به تبع انتقال مالکیت مورد اصلی معامله. انتقال مالکیت نتیجه عقد بیع است. در عقود دیگر مثل اجاره یا عاریه و... نیز همین حکم باید صادق باشد. بنابراین، در چنین مواردی طرفین نتیجه هر عقدی را برای تابع آن عقد نیز اراده کرده‌اند<sup>۱</sup>. اما ممکن است در برخی از موارد، در یک قرارداد نتیجه نوع

جميع موارد استعماله، و المنطبق على كافة اشتقاقاته. ۳- ان الربط و التقييد بين الأمرين قد يكون واقعا تكوينيا كالربط المتحقق بين العله و المعلول، و قد يكون اعتباريا شرعيا كالربط المجعول بين الطهارة و الصلاة، و قد يكون اعتباريا جعليا يخضع لإرادة المتعاقدين و مطلوبهما. ۴- ليس للشرط حقيقة شرعية، فلم يستعمل الشرط في لسان الشارع و النصوص إلا في معناه العرفي. نعم، قد يطلق على المعنون و المشروط به- بضرب من العناية و المسامحة في التعبير- كإطلاق الخلق على المخلوق، و منه قوله صلى الله عليه و آله: «المؤمنون عند شروطهم». و احتمال كون معناه الإلزام و الالتزام في عقد آخر، مردود- سواء أ كانت الضمنية على نحو التعليق أم الظرفية المجردة- و ذلك لعدم التبادر و عدم التطابق في المشتق من المبدأين. ۵- مفهوم الشرط لا يشمل التعهدات و الالتزامات الابتدائية، و التأمل في النصوص التي استشهد بها على ذلك يعطينا عكس المدعى، و ان الإطلاق إنما هو بلحاظ الربط و التعليق. ۶- ليس مفاد الربط القائم بين العقد و الشرط هو الظرفية المجردة، بمعنى كون العقد مجرد وعاء للشرط مع احتفاظ كل منهما باستقلاليته و تفرده. ۷- الشرط بجميع معانيه الالتزامية من المشتقات بما في ذلك تفسيره بما يلزم من عدمه العدم، و مجرد عدم مضايقة المشروط المقابل للشرط لعنوان الشارط، لا يكشف عن كونه بهذا المعنى اسما جامدا». سيد محمد تقى خوئي، الشروط أو الالتزامات التبعية في العقود، دارالمؤرخ العربي، ۱۴۱۴ هـ، ج ۱، ص: ۶۶.

۱. همین معنا از فحوای کلام شیخ انصاری در بحث اقسام شروط نیز حاصل می‌شود. در عبارتی که می‌آید شیخ در ضمن اینکه در مقام اثبات لازم الوفاء بودن شرط غایه (شرط نتیجه) است به شرط ضمن عقد بودن تابع اشاره می‌کند: «و إن أريد

دیگری از عقود نسبت به تابع شرط شود. برای مثال، در اجاره خانه‌ای که یک چاه آب در آن قرار دارد، اگر آب چاه را تابع قرارداد بدانیم، در این صورت نسبت به آن نتیجه عقد بیع شرط شده است<sup>۱</sup> زیرا آب چاه عینی است که به تبع مورد اصلی معامله - که منفعت آن واگذار شده است - در مالکیت طرف مقابل در آمده است. به هر حال، در هر دو صورت چیزی به صورت شرط نتیجه به تبع مورد اصلی معامله به قرارداد منضم می‌شود و ما آن را تابع می‌نامیم.

## گفتار دوم: راه‌های احراز تابع

### ۱۶. نخست: تفسیر قرارداد

لفظ ابزار انتقال معانی و ارتباط میان افراد جامعه است. هم آنچه را در ذهن گوینده هست به مخاطب انتقال می‌دهد و هم می‌تواند آثار حقوقی ایجاد کند و به کار برنده خود را نسبت به بار معنایی اش مسئول و متعهد نماید. وقتی دو نفر تصمیم می‌گیرند که یک رابطه حقوقی قرار دادی میان خود ایجاد کنند باید قصد و نیت انشائی خود را - که موجب ماهیت اعتباری و حقوقی است - به طرف مقابل اعلام کنند تا اینکه با تلاقی دو اراده توافقی حاصل شود و بر اساس آن، ماهیتی حقوقی در نظر عقلا و قانون‌گذار ایجاد گردد. این اراده می‌تواند به هر صورتی ابراز شود: به واسطه لفظ یا فعل یا کتابت و... به عنوان قاعده اولیه، روش ابراز این اراده منحصر در یک شیوه خاص نیست و عقلا و قانون‌گذار هر نوع وسیله‌ای را معتبر و موجب ماهیت حقوقی می‌دانند. البته برخی عقود به لحاظ اهمیتشان و مصالح و مفساد مرتبط با

حصول الغایه بنفس الاشتراط، فإن دلّ الدلیل الشرعی علی عدم تحقّق تلك الغایه إلیا بسببها الشرعی الخاصّ ... كان الشرط فاسداً، لمخالفته للكتاب و السنّه. كما أنه لو دلّ الدلیل علی كفايه الشرط فيه ... فلا إشكال، و أما لو لم يدلّ دليلٌ علی أحد الوجهين، كما لو شرط فی البيع كون مال خاصّ غير تابع لأحد العوضين ... و نحو ذلك، ففي صحّه هذا الشرط إشكالٌ؛ من أصله عدم تحقّق تلك الغایه إلیا بما غلّم كونه سبباً لها، و عموم «المؤمنون عند شروطهم» و نحوه لا یجری هنا؛ لعدم كون الشرط فعلاً لیجب الوفاء به، و من أن الوفاء لا یختصّ بفعل ما شرط بل یشمل ترتّب الآثار علیه، نظیر الوفاء بالعقد. ... مضافاً إلی كفايه دلیل الوفاء بالعقد فی ذلك بعد صیورده الشرط جزءاً للعقد. و أما توقّف الملك و شبهه علی أسباب خاصّه فهی دعوی غیر مسموعه مع وجود أفراد اتفق علی صحّتها، ... و دعوی: تسویغ ذلك لكونها توابع للمبیع، مدفوعه؛ لعدم صلاحیته ذلك للفرق، مع أنه یظهر من بعضهم جواز اشتراط ملك حمل دابه فی بیع اخرى، كما یظهر من المحقّق الثانی فی شرح عباره القواعد فی شرائط العوضين: و كل مجهول مقصود بالبیع لا یصح بیعه و إن انضمّ إلی معلوم». شیخ انصاری، کتاب المكاسب، كنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ه.ق، ج ۶، ص ۶۰ و ۶۱.

۱. صاحب عناوین ذیل عنوان ۴۲ - که در رابطه با تابع بحث می‌کند - در فرعی نکته‌ای بیان می‌کند که لازمه آن نکته‌ای است که در متن ذکر شد: «ان التوابع لا یشرط فیها ما هو شرط فی أصل متعلقات العقود، فیجوز أن یكون التابع فی الإجاره عینا، كما البئر فی إجاره الدار، و العلف فی إجاره الأرض للرعی فی وجه مر إلیه الإشاره ...». میر فتاح حسینی مراغی، العناوین الفقهیة، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۵ه.ق، ج ۲، ص ۲۴۴ اگر در قرارداد اجاره تابع، عین باشد - نه منفعت آن - پس باید شرط نتیجه عقد بیع نسبت به آن شده باشد.

آنها از این قاعده مستثنی شده‌اند.<sup>۱</sup> به هر حال اگر این اراده به واسطه لفظ ابراز شود برای تفسیر و اجرای مفاد و آثار حقوقی آن باید از پنجره لفظ به مراد گوینده بنگریم. این در حالی است که زبان ماهیتی اجتماعی دارد؛ در اجتماع به وجود می‌آید و در آن حیات و اثر پیدا می‌کند. پس معنای هر لفظ آن چیزی است که به طور عمومی و نوعی در جامعه و میان افراد، از آن فهمیده می‌شود. وقتی لفظی استعمال می‌گردد باید بر همین معنا حمل شود و گوینده نیز به این معنی مأخوذ خواهد بود.<sup>۲</sup> اگر چه آنچه در مقام ثبوت مهم است معنایی است که متکلم در ذهن دارد ولی در مقام اثبات راهی جز خود لفظ برای دستیابی به آن معنا نداریم. به همین جهت قانون‌گذار تشخیص معنا و حدود الفاظ و کلماتی را که طرفین معامله به کار برده‌اند برعهده عرف گذاشته و طرفین را به همان معنا ملتزم دانسته است (امامی، ۱۳۸۶، ص ۴۳۲). به همین دلیل، آنگاه که لفظ به کار برده می‌شود لازم نیست تمام لوازم و جزئیات معنای آن در ذهن متکلم تصور شود و او به تمام آنها التفات داشته باشد بلکه گاه تصور اجمالی معنا کافی است (نجفی، بی تا، ب، ۱۲۸) ولی در عین حال او باید آثار تمام معنا را بر عهده گیرد زیرا لفظ، کل معنا را به طرف دیگر القاء می‌کند و اگر گوینده نتواند انشاء و اراده کردن معنای محدود لفظ نسبت به طرف دیگر را اثبات کند در تفسیر کلام او معنای عرفی را باید در نظر داشت (ماده ۲۲۴ ق.م.ق). زیرا فرض بر این است که لفظ در نزد عرف برای تمام معنا (همراه با جزئیات) قرارداد شده است و همچنین فرض بر این است که گوینده به معنای آنچه می‌گوید التفات تام دارد. این یک قانون عقلایی و عمومی است که با فلسفه وجودی زبان از سویی و با مصالح عمومی جامعه از سوی دیگر در ارتباط است. با توجه به آنچه گفته شد اگر مورد معامله به وسیله لفظ تعیین شود، تمام آنچه در نظر عرف داخل در معنای آن لفظ است، مورد معامله قرار گرفته است (ماده ۲۲۴ ق.م.ق).

**۱۷. توجه به اقسام مدالیل عبارت در تفسیر:** در رابطه با معنای عرفی عبارت باید توجه داشت که الفاظ همان طور که بر تمام معنای خود دلالت می‌کنند - که به این دلالت، دلالت مطابقی می‌گویند - در همین حال، بر جزء معنای خود نیز دلالت می‌کند. مثلاً وقتی می‌گوییم کتاب را بیاور یعنی تمام کتاب اعم از جلد و صفحات و... را بیاور. این دلالت در ضمن دلالت اول (مطابقی) است و نه جدای آن و به آن دلالت تضمینی می‌گویند (المظفر، ۱۴۰۰، ص ۳۷ - علامه

۱. مانند عقد نکاح یا وقف در حقوق ایران که از عقود تشریفاتی محسوب می‌شوند.

۲. در حقوق کامن لو از این مطلب چنین تعبیر شده است:

The task of ascertaining the intention of the parties must be approached objectively: the question is not what one or other of the parties meant or understood by the words used, but "the meaning which the document would convey to a reasonable person having all the background knowledge which would reasonably have been available to the parties in the situation in which they were at the time of the contract". Chitty, on contract, sweet & Maxwell, 2004, volume 1, p.729.

حلی، ۱۳۸۱هـ.ش، ص ۲۴). در این دو دلالت، گوینده در یک قرارداد، هم به کل و هم به اجزای آن اشاره کرده است. مدلول مطابقی دلالت بر کل مورد اصلی دارد و مدلول تضمینی نیز بیانگر اجزای مورد اصلی است. البته در دلالت تضمینی ممکن است - با تحلیل اراده گوینده - معلوم شود که جزء خاصی به صورت تبعی لحاظ شده زیرا هدف اصلی او مصداق کل بوده است. اما لفظ گاهی براموری خارج از معنای خود نیز دلالت می‌کند در عین این که بر معنای مطابقی و تضمینی خود نیز دلالت دارد. مثلاً وقتی کسی برای نوشتن چیزی قلم بخواهد و مخاطب قلمی بدون جوهر برای او بیاورد روشن است که مراد گوینده را بر نیاورده است؛ زیرا اگرچه قلم تنها برای مفهوم ادات نوشتن وضع شده و نه برای جوهر، ولی عرفاً میان قلم و جوهر - با توجه به هدف طالب قلم، یعنی نوشتن - تلازمی وجود دارد که گوینده با استناد به آن می‌تواند مخاطب را نسبت به نیاوردن جوهر مواخذه کند (همان منابع). بخشی از توابع از طریق همین دلالت التزامی فهمیده می‌شوند. این ملازمت می‌تواند ناشی از تلازم وجودی دو شیئی (طبیعت آن دو)، یا به جهت تلازمی به حکم عرف<sup>۱</sup> یا قانون یا لازمه عقلی مراد گوینده باشد.<sup>۲</sup>

#### ۱۸. دوم: تکمیل قرارداد و اراده طرفین

در یک قرار داد تصریح به تمام جزئیات لازم نیست و توافق بر نکات اساسی قرار داد برای انعقاد آن کافی است. ماده ۱۹۰ ق.م. وجود موضوع معین که مورد معامله باشد را برای صحت قرارداد کافی دانسته است. حتی تصریح به جهت برای صحت معامله ضروری نیست

۱. ماده ۲۲۵ ق.م. متعارف بودن امری در عرف و عادت به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف به آن باشد را به منزله ذکر در قرارداد آورده است. پس قرار داد را با توجه به عرف باید تفسیر کرد. تفسیر با لحاظ معنای عرفی را نباید با نقش عرف در تکمیل قرارداد اشتباه گرفت. در اینجا امر عرفی به اراده مشترک طرفین منسوب است و عرف نقش کاشفیت دارد. نک: ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، سهامی انتشار، ۱۳۸۳، ج ۳، ص ۲۶، ش ۵۱۵.

۲. در همین رابطه این گفته صاحب جواهر قابل توجه است: «ثم ينبغي أن يعلم أن ما يدخل في المبيع قد يكون من جهة تناول اللفظ، و قد يكون من جهة غيره، و كلام معظم الأصحاب هنا في بيان الأول، و إن شمل بعض كلماتهم و لو من حيث تعلق البيع بالتابع في المبيع التي يقطع بعدم تناول لفظ المبيع لها، كطريق الدار، و ثياب العبد، إلا أن الأمر سهل. بعد أن كان المرجع في حكم التبعية الشرع أو العرف، ... [و پس از بیان اینکه برخی تابع را مدلول التزامی دانسته اند، در رد قول آنها می‌گوید:] قلت: الدلالة الالتزامية المصطلحة هي الانتقال من اللفظ الدال على الملزوم إلى اللازم، بواسطة اللزوم بينهما عقلاً أو عرفاً، إرادة الالفاظ أو لم يرد، فتعليق صيغته البيع باللفظ الدال على الأول، لا يقتضي إرادة نقل الثاني قطعاً، و إن دل عليه أي صار سبباً لحضوره في ذهن السامع عند ذكر الدال على الملزوم، و بينهما بون بعيد، و فرضه لازماً للإرادة بمعنى إن قصد نقل أحدهما يلزمه قصد نقل الآخر في الدلالة الالتزامية المصطلحة يمكن منع تصوره، فلم يبق في مثل التوابع المزبورة إلا التبعية شرعاً أو عرفاً، لنقل ذلك المبيع، لا أنه قصد بالعقد نقلها، و أنه هو الذي أثر انتقالها كالمتبوع، و حيث كان الناقل في الفرض لفظ صيغته البيع، أمكن اندراجها حينئذ في الضابط المزبور بهذا الاعتبار، بناء على إرادة ما يشمل ذلك من اللفظ فيه، و إلا فهي تابعة للنقل، و لو كان بالفعل بناء على حصوله بالمعاطاة، فتأمل جيداً فإنه دقيق». نجفی، جواهر الكلام، دار الاحياء التراث العربي، بیجا، ج ۲۳، ص ۱۲۶.



اگر چه مشروعیت آن لازم است. گفته‌اند: «قانون، عرف و طبیعت قرارداد باقی جزئیات را تعیین می‌کنند» (کاتوزیان، الف، ۱۳۸۳، ص ۴۶).<sup>۱</sup> اگر معنای این سخن این باشد که عوامل مزبور اموری را خارج از اراده طرفین بر آنها تحمیل می‌کند، به نظر می‌رسد که باید با تردید به آن نگریست. اگر چه اراده قانون‌گذار بر اراده طرفین برتری دارد، ولی باید پذیرفت که در معاملات اصل اولی این است که چیزی خارج از اراده آنها بر آنها تحمیل نمی‌شود و غالب مواردی که غیر از این به نظر می‌آید- به گونه‌ای- قابل ارجاع به اراده طرفین هستند. البته در این موارد، اراده آنها صریح ابراز نشده و از لوازم اراده اصلی آنها خواهد بود.

به هر حال، تعیین صریح موضوع قرارداد برای صحت آن کافی است. اما مراد از موضوع آن چیزی است که هدف اصلی طرفین است و چیزهایی که به تبع آن مورد اراده طرفین قرار می‌گیرند ذیل بحث توابع مورد بررسی قرار می‌گیرند. با توجه به نظریه برگزیده در این تحقیق- که در گفتار پیشین ذکر شد- چون تابع از حیثه مراد اصلی متعاملین یعنی موضوع اصلی قرارداد خارج است علم تفصیلی به آن برای صحت معامله لازم نیست زیرا غرری- که دفع آن، مبنای لزوم علم به مورد معامله دانسته شده- از جهل به آن لازم نمی‌آید. ذیل ماده ۳۵۶ ق.م که می‌گوید: «...و اگر چه متعاملین جاهل بر عرف باشند» نیز بر همین معنا تاکید دارد. در اینجاست که اهمیت عوامل تکمیل‌کننده در تشخیص تابع جلوه می‌کند زیرا علم به تابع و خصوصیات آن شرط صحت معامله نیست و با توجه به آن عوامل می‌توان آنها را تعیین کرد.<sup>۲</sup>

**۱۹. الف. قانون تکمیلی:** قانون در تعیین تابع نقش بسیار کم رنگی دارد و بیشتر سعی نموده است تا همان چیزی را بیان کند که عرف و عادت به اقتضای مصالح اقتصادی و طبیعت موضوع معامله یا عوامل دیگر یا اراده طرفین با رعایت مصالح و اهداف شخصی آنها آن را تعیین می‌کند. م ۳۵۶ ق.م تنها عرف و عادت یا قرائنی را که بیانگر اراده مشترک طرفین نسبت به موضوع باشد معیار قرار داده است و معیاری مستقل از اراده طرفین بیان نکرده است. ماده ۳۵۸ ق.م که ناظر به دو ماده ۳۵۶ و ۳۵۷ همان قانون است راجع به باغ و خانه معیاری ارائه

۱. در کامن لو اصرار بر این است که این امور را مفاد ضمنی قرارداد بنامند:

There is yet another situation where a term may be implied. This is where the court is simply concerned to establish what the contract is, the parties not having themselves fully stated the term. "In this sense the court is searching for what must be implied." Chitty, on contract, sweet & Maxwell, 2004, volume 1, p.776.

Treitel, the law of contract, sweet & Maxwell, tenth edition, 1999, p183 همچنین نک:

۲. ماده ۲۲۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد که «عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می‌نمایند بلکه متعاملین به کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می‌شود ملزم می‌باشند».

می‌کند. بر این اساس، در باغ، اشجار و در بیع خانه، ممر و مجرا و هر آنچه ملصق به بنا باشد به طوری که نتوان بدون خرابی آن را نقل نمود متعلق به مشتری می‌شود. بر عکس، زراعت در بیع زمین و میوه در بیع درخت و حمل در بیع حیوان اصولاً متعلق به مشتری نمی‌شود مگر با تصریح در عقد یا عرفی که این امور را از توابع میبشناسد.

۲۰. ب. عرف: با توجه به ماده ۳۵۶ ق.م. قاعده این است که عرف و عادت تعیین کننده تابع باشد. البته این عرف ممکن است در نتیجه عوامل اقتصادی خاص یا نحوه ارتباط میان دو شیء یا طبیعت خود موضوع تحقق یافته باشد. بنابراین نباید این معیار را با آنچه راجع به طبیعت موضوع خواهد آمد اشتباه کرد زیرا در آنجا خواهیم دید که بدون وجود عرف هم ممکن است شیئی ای تابع قرار گیرد. در فقه موارد متعدد مطرح گردیده که برخی اشیاء به اقتضای عرف، داخل در مورد معامله می‌شوند و در بحثی با عنوان «ما یندرج فی المبیع» ذکر شده است.<sup>۱</sup> همچنین نباید نقش عرف در تکمیل عقد را با نقش آن در تفسیر قرارداد اشتباه کرد. در بحث تکمیل قرارداد، عرف، مستقل از آنچه طرفین به طور صریح خواسته‌اند عمل می‌کند و چیزی را به مفاد عقد می‌افزاید در حالی که در تفسیر تنها کاشف از مراد طرفین از الفاظ قرارداد است.

۲۱. ج. طبیعت موضوع معامله: گاهی طبیعت برخی اشیاء به جهت کارکرد آنها و برای رسیدن به هدفی مشخص چنان با هم پیوند دارد که نمی‌توان آنها را از هم جدا نمود و مستقل در نظر گرفت. اگر چه فی الواقع از هم جدا بوده و دارای ماهیت مستقل هستند. در چنین فرضی، اگر یکی از آنها مقصود معامله کننده قرار گیرد، دیگری نیز، به تبع، مقصود او خواهد بود با وجود این که اگر مورد اول را نمی‌خواست این مورد را هم نمی‌خواست. مثلاً اگر مورد معامله یک اختراع است که برای تولید انبوه واگذار می‌شود، اطلاعاتی که شامل اسرار اختراع و طریقه کامل بهره برداری از اختراع و نحوه استفاده از آن است تابع مورد معامله خواهد بود. این تابعیت ناشی از طبیعت خاص آن اطلاعات و رابطه‌ای است که با مورد اصلی معامله دارد (سنهوری، ۲۰۰۰م، ج ۴، ص ۵۸۵). همچنین اگر صندوقی خاص اختصاصاً برای حفاظت از یک شیء ساخته شده باشد، با فروش آن، صندوق هم به مشتری منتقل می‌شود. در این موارد، در صورت احراز قرینه، می‌توان اراده نوعی طرفین را در نظر داشت و تابعیت را مستند به این اراده نمود.

۱. برای نمونه علامه حلی می‌گوید: «المقصد السادس فی أحكام العقد و فیه فصول: [الفصل] الأوّل: ما یندرج فی المبیع و ضابطه: الاقتصار علی ما یتناوله اللفظ لغه و عرفاً، و الألفاظ سته...». علامه حلی، قواعد الاحکام، ج ۲، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳، ص ۸۰ - همچنین در حقوق مصر نگاه کنید به: عبدالرزاق احمد السنهوری، الوسیط، ج ۴، ص ۵۸۲، ۳۰۳.

## ۲۲. خاتمه: اثر فقدان تابع در معامله

در گفتار اول گفته شد که ماهیت تابع شرط ضمن عقد از نوع شرط نتیجه است و می‌دانیم که تخلف ارادی از شرط نتیجه معنا ندارد زیرا «در صورتی که حصول آن نتیجه موقوف به سبب خاصی نباشد، آن نتیجه به نفس اشتراط حاصل خواهد شد» (م ۲۳۳۶ ق.م). سوال این است که اگر پس از انعقاد قرار داد معلوم شود که تابع از قبل وجود نداشته است چه اثری در عقد دارد؟ با تحلیلی که گذشت معلوم شد که در اینجا ما با شرط نتیجه‌ای مواجهیم که موضوع برای تحقق نداشته است. ممکن است گفته شود: تحلیل شرط نتیجه‌ای که معلوم شود موضوع برای تحقق نداشته است نشان می‌دهد که باید آن را از شروط غیرمقدور دانست زیرا در زمان اشتراط امکان تحقق نداشته و غیرممکن بوده است. وفق ماده ۲۴۰ ق.م<sup>۱</sup> در چنین مواردی در صورتی که طرفین در هنگام انعقاد قرارداد نسبت به فقدان تابع جاهل بوده‌اند، مشروط له حق فسخ معامله را دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص ۲۲۶-امامی، ۱۳۸۶، ص ۲۷۸). ولی این نتیجه واقع بینانه نیست. واقعیت این است که - چه تابع به صورت صریح در قرارداد ذکر شده باشد و چه مدلول التزامی آن باشد- اگر چه تحلیل‌ها نشان از شرط بودن توابع دارد، ولی این شرط مطلق نیست. درست است که طرفین توابع را نیز بنابر فرض اراده کرده‌اند ولی مقصود اصلی آنها همان مورد اصلی بوده است. طرفین فقط همان را خواسته‌اند و توابع به تبع آن در قرارداد میان طرفین وارد می‌شوند. به نظر می‌رسد، اگر چه طرفین تابع را شرط کرده‌اند ولی این شرط مشروط به وجود تابع در هنگام انعقاد قرارداد است به طوری که اگر در آن هنگام تابع وجود نداشت لزومی ندارد متعهد علیه آن را به هر صورتی تهیه کند و به متعهد له تسلیم نماید. این تحلیل با واقعیت قراردادهایی که اتفاق می‌افتد سازگارتر است. زیرا عقلایی به نظر نمی‌رسد که طرفین به خاطر عدم وجود تابع، قرارداد را متزلزل بدانند.<sup>۲</sup>

۱. ماده ۲۴۰ ق.م: «اگر بعد از عقد انجام شرط ممتنع شود یا معلوم شود که حین العقد ممتنع بوده است کسی که شرط بر نفع او شده است اختیار فسخ معامله را خواهد داشت مگر این که امتناع مستند به فعل مشروط له باشد».

۲. میر فتحاح در العناوین ذیل عنوانی که از تابع بحث می‌کند در رابطه با اثر فقدان تابع می‌گوید: «ان التوابع إذا وجدت تبعت، و إذا لم توجد لم يجب إيجادها و الإتيان بها، فلو لم يكن للدار مفتاح لم يجب على البائع أو المؤجر تسوية المفتاح، و كذا لو لم يكن للدابره سرج أو لجام في الإجاره و نحو ذلك. و كذا لو تلف شيء من التوابع قبل القبض لا يوجب تبعض صفقه، لأنها غير مقابله بالاعواض، و لا يوجب الخيار أيضا، إذ لم يكن ذلك مقصودا حتى يلزم بفواته الضرر». میر فتحاح، العناوین، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۵، ج ۲، ص ۲۴۴.

## منابع و مأخذ

## الف - فارسی

۱. اصفهانی، شیخ محمد حسین، (۱۴۱۸)، حاشیه کتاب المکاسب، ج اول، ج ۳.
۲. انصاری، شیخ مرتضی، (۱۴۱۵)، کتاب المکاسب، ج ۴، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ اول (الف).
۳. -----، (۱۴۱۵)، کتاب المکاسب، ج ۶، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ اول (ب).
۴. تبریزی، جواد بن علی، (۱۴۱۶)، ارشاد الطالب، ج ۳، موسسه اسماعیلیان، ج سوم.
۵. الحسینی العاملی، محمد جواد، (۱۴۲۵)، مفتاح الکرامه، موسسه النشر الاسلامی، ج ۱۴.
۶. الحسینی المرآفی، (۱۴۲۵)، میر عبد الفتاح، المناوین، موسسه النشر الاسلامی، ج دوم، ج ۲.
۷. خوئی، سید ابو القاسم، (۱۴۱۷)، محاضرات فی الاصول، انتشارات انصاریان، ج ۱.
۸. -----، مصباح الفقاهه (تقریرات)، [ترم افزار جامع فقه اهل بیت علیهم السلام ۱/۲]، بیتا، ج ۵.
۹. خوئی، سید محمد تقی، (۱۴۱۴)، الشروط أو الالتزامات التبعیه فی العقود، دارالمؤرخ العربی، ج ۱.
۱۰. السنهوری، عبدالرزاق احمد، (۲۰۰۰)، الوسیط، منشورات الحلبي الحقوقیه.
۱۱. شهید ثانی، (۱۴۱۶)، تمهید القواعد الاصولیة و العربیة، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۱۲. علامه حلی، جمال الدین حسن بن یوسف، (۱۳۸۱)، الجوهر النضید، انتشارات بیدار، ج اول با ویراست جدید.
۱۳. -----، (۱۴۱۳)، قواعد الاحکام، ج ۲، دفتر انتشارات اسلامی.
۱۴. کاشف الغطاء، محمد حسین، (۱۳۵۹)، تحریر المجله، المکتبه المرتضویه، ج اول، نجف اشرف، ج ۱.
۱۵. کرکی، محقق ثانی، علی بن حسین عاملی، (۱۴۱۴)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۴، موسسه آل البيت «ع»، چاپ دوم.
۱۶. المظفر، محمد رضا، (۱۴۰۰)، المنطق، دارالتعارف.
۱۷. نائینی، میرزا محمد حسین، (۱۳۷۳)، منیه الطالب (تقریرات)، ج ۲، المکتبه المحمدیه، ج اول.
۱۸. نجفی، جواهر الکلام، بی تا، دار الاحیاء التراث العربی، چاپ هفتم، ج ۲۲ (الف).
۱۹. نجفی، جواهر الکلام، بی تا، دار الاحیاء التراث العربی، چاپ هفتم، ج ۲۳ (ب).

## ب - عربی

۱. امامی، سید حسن، (۱۳۸۶)، حقوق مدنی، ج اول، انتشارات اسلامی، ج ۲۷.
۲. شهیدی، مهدی، (۱۳۸۶)، شروط ضمن عقد، انتشارات مجد، ج اول.
۲۲. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۱)، حقوق مدنی (دوره عقود معین ۱)، سهامی انتشار، ج هشتم.
۲۳. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۴)، قانون مدنی در نظم حقوق کنونی، نشر میزان، چاپ دوازدهم.
۲۴. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۰)، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، سهامی انتشار.
۲۵. -----، (۱۳۸۳)، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، سهامی انتشار، ج چهارم، (الف)
۲۶. -----، (۱۳۸۳)، قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، سهامی انتشار، (ب)

## ج - خارجی

- 1- Brayan A. Garner, (2004) **Black's law dictionary**, Thomson, eighth edition.

- 
- 2- Chitty, **on contract**, sweet & Maxwell, 2004, volume 1.  
3- Treitel, (1999) **the law of contract**, sweet & Maxwell, tenth edition.

از این نویسنده تاکنون مقالات زیر در همین مجله منتشر شده است:

«مسئولیت مدنی سبب مجمل»، سال ۱۳۷۹، شماره ۴۹، «تعارض میان سند و شهادت در حقوق مدنی ایران و فقه امامیه، سال ۱۳۸۱، شماره ۵۶. «شریعت اسلامی و استدلال عقلی از منظر امامیه»، سال ۱۳۸۷، شماره ۲. «مطالعه تطبیقی شبهه قاعده درء در فقه امامیه، حقوق ایران و انگلستان»، سال ۱۳۸۸، شماره ۲.