

نقش عرف در تعیین مفاد قرارداد؛

تحلیل فقهی – حقوقی ماده ۳۵۶ قانون مدنی: اصل یا قاعده؟

دکتر منصور امینی *

محمد عبدالصالح شاهنوش فروشانی **

چکیده

ماده ۳۵۶ قانون مدنی عرف و عادت را حتی در صورتی که طرفین بر آن واقف نباشند، حاکم بر اراده آن‌ها دانسته است. پرسش این است که آیا حاکمیت عرف بر اراده مشترک متعاقدين امری موافق اصل است یا آن را باید یک استثنا دانست و مبنای حجیت عرف و موادی چون ۲۲۰ قانون مدنی حکایت گری آن از اراده مشترک است. در این مقاله با بررسی منشأ مواد ۲۲۰ و ۳۵۶ قانون مدنی، یعنی فقه، تلاش شده است تا نشان داده شود فقها به حاکمیت عرف بر قرارداد به عنوان یک اصل نگاه می کرده‌اند. به علاوه مفهوم توابع مورد معامله، به عنوان یک نمونه، مورد ارزیابی و تحلیل واقع شده است تا مدعای مقاله به نحوی انضمامی نیز به اثبات رسیده باشد.

کلید واژگان

عرف، قرارداد، توابع مورد معامله، تصریح در قرارداد، شرط ضمنی.

* دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی.

مقدمه

نخست

طرح مسئله ماده ۳۵۶ قانون مدنی تصویری از قرارداد و مفاد الزام آور آن ارائه می کند که ظاهری متفاوت با دیگر مواد قانون مدنی دارد. ظاهر مواد ۱۸۳، ۱۹۰، ۱۸۳، ۱۹۱، ۱۹۲ و ۱۹۵ و بسیاری از مواد دیگر مربوط به قراردادها در قانون مدنی این تصور را ایجاد می کنند که عاملی غیر از اراده مشترک طرفین نمی تواند آن ها را ملزم و متعهد کند، در حالی که ماده ۳۵۶ عرف و عادت را بر قرارداد حاکم می نماید، حتی اگر طرفین آن را اراده نکرده باشند و حتی اگر به عرف جاهل باشند. ماده ۳۵۶ بیان می دارد: «هرچیزی که برحسب عرف و عادت جزء یا تابع مبیع شمرده شود یا قرائن دلالت بر دخول آن در مبیع نماید داخل در بیع و متعلق به مشتری است اگرچه در عقد صریحاً ذکر نشده باشد و اگرچه متعاملین جاهل برعرف باشند». طبق ماده ۳۵۷ «هرچیزی که برحسب عرف و عادت جزء یا از تابع مبیع شمرده نشود داخل در بیع نمی شود مگر این که صریحاً در عقد ذکر شده باشد». ماده ۳۵۹ نیز اضافه می کند «هرگاه دخول شیء در مبیع عرفاً مشکوک باشد آن شیء داخل در بیع نخواهد بود مگر آن که تصریح شده باشد». از یک طرف به نظر می رسد باید مفاد ماده ۳۵۶ را امری خلاف اصل دانست که تنها نسبت به تابع جاری است و وجود عرف یا عادت در مواردی غیر از بیع و موضوع آن (مبیع و توابع و اجزای آن) نمی تواند طرفین را به مفاد خود ملتزم نماید، از طرف دیگر می توان گفت ماده ۲۲۰ قانون مدنی نیز مفادی شبیه همین ماده دارد و بعید نیست که ماده ۳۵۶ و مواد دیگر مرتبط با آن مصادیقی از حکم مذکور در ماده ۲۲۰ باشند. به منظور گزینش میان دو تفسیر پیش گفته، طبیعتاً باید به فقه مراجعه کرد.

در این مقاله تلاش شده است با مراجعه به متون فقهی نشان داده شود که حکم مندرج در قسمت پایانی ماده ۳۵۶ یک استثناء نیست بلکه منطبق با قاعده‌ای است که قابلیت تسری به موارد دیگر را نیز دارد.

دوم- اهمیت تمییز تابع از مورد اصلی قرارداد

در فقه امامیه ذیل بحث درباره لزوم معلوم بودن میبع، مسئله‌ای راجع به جهل نسبت به ضمیمه میبع مطرح است. علامه حلی و برخی دیگر از فقها در آن بحث میان مورد اصلی معامله و تابع آن تفصیل قائل می‌شوند، به این نحو که جهل نسبت به تابع - بر خلاف جهل نسبت به مورد اصلی - ضرری به صحت معامله وارد نمی‌کند.^۱ تحلیل ماهیت و نوع رابطه آنچه آن‌ها تابع می‌نامند با قرارداد، آثار مهم و متفاوتی با مورد اصلی قرارداد به نمایش می‌گذارد. به نظر می‌رسد تابع از سنخ شرط ضمن عقد دانسته شده 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 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

۱. شیخ انصاری، ۱۴۱۵ کتاب المکاسب، جلد ۴، ش ۴، ص ۳۰۷.

آن صادق نیست.^۲ 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 می-کنند و انتقال این جزء را نیز شرط می نمایند، 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 مسئله روشن تر است زیرا معلوم است که در این جا 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 این که تابع در این جا از لوازم قانونی قرارداد است، می توان تابع را به اراده طرفین نسبت داد. بنابراین در این موارد هم می توان 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. در خلال مباحث گذشته معلوم شد که تابع آن چیزی است که در قرارداد به تبع تعلق اراده متعاقدين به مورد اصلی، متعلق اراده آن ها قرار می گیرد. یعنی هر آنچه طرفین برای مورد اصلی خواسته اند برای تابع نیز خواسته اند 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 می-کرده اند، انتقال مالکیت تابع را نیز اراده کرده اند، البته به تبع انتقال مالکیت مورد اصلی

۲. خوئی، الشروط أو الالتزامات التبعید فی العقود، جلد ۱، ۱۴۱۴ه.ق، ج ۱، ص ۶۶.

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.^۳ اما ممکن است در برخی موارد، در یک قرارداد نتیجه نوع 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،^۴ 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.

۳. همین معنا از فحوای کلام شیخ انصاری در بحث اقسام شروط نیز حاصل می‌شود. در عبارتی که می‌آید شیخ در ضمن این که در مقام اثبات لازم‌الوفاء بودن شرط غایه (شرط نتیجه) است به شرط ضمن عقد بودن تابع اشاره می‌کند: «و إن أريد حصول الغاية بنفس الاشتراط، فإن دلّ الدليل الشرعي على عدم تحقق تلک الغاية إلّا بسببها الشرعي الخاصّ ... كان الشرط فاسداً؛ لمخالفته للكتاب و السنّه. كما أنّه لو دلّ الدليل على كفاية الشرط فيه ... فلا إشكال. و أمّا لو لم يدلّ دليلٌ على أحد الوجهين، كما لو شرط في البيع كون مالٍ خاصٍّ غير تابع لأحد العوضين ...». (انصاری، پیشین، جلد ۶، صص ۶۰ و ۶۱).

۴. 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 يشترط فيها ما هو شرط في أصل متعلقات العقود، فيجوز أن يكون التابع في الإجارة عينا، كماء البئر في إجارة الدار، و العلف في إجارة الأرض للرعي في وجه مر إليه الإشارة ...» (مراغی، میر فتاح حسینی، العناوین الفقهيّه، جلد ۲، ۱۴۲۵ ه. ق، ص ۲۴۴)؛ اگر در قرارداد اجاره تابع، عین باشد - نه منفعت آن - پس باید شرط نتیجه عقد بیع نسبت به آن شده باشد.

اگر تعهد به تابع را از نوع تعهدات فرعی و شرط ضمن عقد بدانیم، آنگاه باید آثاری غیر از آثار مورد اصلی معامله را نیز بر آن بار کنیم؛ مثلاً علم به مورد اصلی معامله شرط صحت قرارداد است، در حالی که جهل به مورد شرط تنها در صورتی که منجر به جهل به مورد اصلی معامله شود در صحت قرارداد اشکال ایجاد می‌کند. فقدان مورد اصلی معامله باعث بطلان قرارداد می‌تواند باشد، در حالی که فقدان مورد شرط چنین نیست. در هر صورت تمیز میان مورد اصلی و توابع یک قرارداد آثار مهمی به همراه دارد.^۵

۱- تابع و تصریح در قرارداد

۱-۱- تابع و قابلیت تصریح در قرارداد

برخی از فقها گفته‌اند تصریح به تابعیت تأثیری ندارد و عرف است که تابع بودن یا نبودن را معلوم می‌کند. این سخن زمانی قابل پذیرش است که به معنای این باشد که توصیف قرارداد در اختیار طرفین نیست.^۶ بنابراین، می‌توان به تابع بودن چیزی در قرارداد

۵. صفری، محسن؛ شاهنوش فروشانی، محمد عبدالصالح، توابع مورد معامله، نشر دادگستر، ۱۳۸۹، ص ۱۲۵.
۶. برخی فقها آنچه را به صورت شرط در قرارداد گنجانده شده تابع و آنچه را جزو مبیع قرار داده شده است، اصل گفته‌اند. در این تعریف تنها ملاک برای تمیز میان اصل و تابع همین تفاوت شکلی است. تبریزی، میرزا جواد، ۱۴۱۶ه.ق، جلد ۳، ص ۲۴۸. همچنین: انصاری، پیشین، ص ۳۱۳؛ محقق ثانی (ره) بر این نظر ایرادی را وارد ساخته است (محقق ثانی، علی بن حسین عاملی کرکی، جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد ۴، موسسه آل البیت، چاپ دوم، ۱۴۱۴ ه.ق. ص ۳۸۴). گاه طرفین ممکن است چیزی را بخواهند و به همان شکل هم قرارداد را منعقد کنند، ولی آنان می‌توانند به صورت دیگری نیز قصد کنند به

تصریح کرد. ظاهر ماده ۳۵۶ نیز موید همین نکته است زیرا در این ماده آمده است: «... اگرچه در عقد صریحا ذکر نشده باشد...». این عبارت نشان می‌دهد که طرفین می‌توانند بر تابع تصریح کنند.

۲-۱- چگونگی تصریح به تابع

برای این که به تابع بودن چیزی تصریح شود، باید به گونه‌ای اراده طرفین بیان گردد که معلوم شود آن شیء به تبع مورد اصلی قرارداد مطلوب آن‌ها واقع شده است؛ به طوری که اگر مورد اصلی موضوع قرارداد واقع نمی‌شد آن را هم نمی‌خواستند. بنابراین بیان این که چیزی تابع است تا زمانی که بیان‌گر اراده فرعی و تبعی طرفین نسبت به آن نباشد کافی نیست زیرا گفته شد که «توصیف» بخشی از قرارداد به عنوان تابع اثری در تابع شدن آن ندارد.

۳-۱- تفسیر قرارداد مصرح

۱-۳-۱- لزوم تفسیر لفظی

مواد ۱۹۰ و ۲۱۶ قانون مدنی وجود موضوع معین در قرارداد را برای صحت آن الزامی

← طوری که قرارداد آن‌ها به شکلی غیر از قصد واقعی آنان باشد. در این جا نیز واقعا قصد می‌کنند که معامله آن‌ها به این شکل باشد اگر چه آن‌ها چیز دیگری را خواسته‌اند. در حقیقت میان نتیجه‌ای که آن‌ها خواسته‌اند و شکلی که واقعا اراده کرده‌اند که قرارداد آن‌ها به آن شکل باشد باید تفاوت قائل شد (صفری، شاهنوش، پیشین، ص ۳۳).

می‌دانند؛ اما لازم نیست آن را در قرارداد به‌طور لفظی بیان کنند بلکه ممکن است به وسیله اشاره - مثلاً - تعیین گردد. ولی زمانی که طرفین در قرارداد به موضوع معامله تصریح می‌کنند - یعنی به واسطه الفاظ، به‌طور شفاهی یا کتبی، آن را بیان می‌کنند - از دو جهت نیازمند تعیین مراد آن‌ها هستیم. اول: باید روشن شود که دقیقاً موضوع قرارداد چیست. دوم: آیا اراده طرفین به یک شکل و در یک رتبه به همه آنچه به‌عنوان موضوع قرارداد تعیین شده است تعلق گرفته است یا بخشی از آن، مورد اصلی مطلوب آن‌ها است و بخش دیگر به تبع آن قسمت‌ها مطلوب آن‌ها واقع شده است. به تعبیر دیگر باید روشن شود آیا بخشی از موضوع مصرح در قرارداد تابع مورد معامله است یا همه آن به صورت مورد اصلی موضوع قرارداد واقع شده است. برای تعیین جهت دوم - که موضوع این تحقیق است - باید نحوه دلالت لفظ بر معنا را مورد بررسی قرار دهیم و بر مبنای آن به بررسی نحوه تفسیر و کشف مراد متعاقدين پردازیم.^۷ به همین مناسبت باید بدانیم دلالت لفظی چه ماهیتی دارد و آیا وابسته به اراده می‌باشد. سپس انواع مدلول لفظ را بررسی کنیم و ببینیم در چه صورتی آنچه در قرارداد بیان شده است تابع مورد معامله است.

۲-۳-۱- دلالت لفظی و اراده

در تعریف دلالت لفظی گفته‌اند: «عبارت است از این که لفظ به گونه‌ای باشد که هر گاه به کار برده شد از آن لفظ - به واسطه علم به موضوع له آن - معنای آن - که برای آن

۷. البته برای تعیین جهت اول هم به همین نوع بررسی نیازمندیم.

وضع شده است - فهمیده شود.^۸ این تعریف از دلالت لفظی نمی‌تواند روشن‌کننده ماهیت مورد نظر باشد، زیرا بدون لحاظ غایت اصلی زبان به تعریف دلالت لفظی پرداخته است. البته منظور این نیست که در تعریف یک ماهیت علت غایی آن هم باید ذکر شود، ولی نباید تعریف ارائه شده به گونه‌ای باشد که با آن غایت در تضاد یا بیگانه باشد. زبان - یعنی مجموعه منظم و به هم پیوسته‌ای از الفاظ در قالب یک نظام دستوری - وظیفه انتقال معنی از ذهن انسانی به انسان دیگر را به عهده دارد. به تعبیر دیگر زبان ابزار انتقال معانی و ارتباط میان افراد جامعه است؛ آنچه را در ذهن گوینده هست به مخاطب انتقال می‌دهد و در عین حال می‌تواند آثار حقوقی ایجاد کند و به کار برنده خود را نسبت به بار معنایی اش مسئول و متعهد نماید. با توجه به این مطلب در تعریف دلالت لفظی باید عنصر متکلم و اراده او در انتقال معنی را در نظر داشت. به همین دلیل در تعریف آن گفته‌اند: « دلالت لفظی این است که لفظ به حالتی باشد که از علم به صدور آن از گوینده، علم به معنایی که او اراده کرده است حاصل شود»^۹ بنابر این تعریف، زمانی دلالت لفظی تحقق می‌یابد که متکلم معنایی از آن لفظ اراده کرده باشد و نمی‌توان از لفظ معنایی را به دست آورد که مورد اراده واقع نشده باشد.^{۱۰}

۸. قزوینی، نجم‌الدین علی الکاظمی، الرسالة الشمسیه، انتشارات بیدار، ۱۳۸۲، ص ۸۴؛ علامه حلی، الجواهر النفیة، انتشارات بیدار، ۱۳۸۱ ه.ش، ص ۲۴.

۹. مظفر، محمدرضا، المنطق، دارالتعارف، ۱۴۰۰ ه.ق، ص ۳۷.

۱۰. خواجه نصیرالدین محمد بن الحسن الطوسی، شرح الاشارات، جلد ۱، نشر البلاغه، ۱۳۷۵، ص ۳۲.

نکته‌ای که درباره ارتباط میان اراده و دلالت لفظی گفته شد در تفسیر متون قراردادی بسیار مهم است، زیرا این نتیجه را دارد که اگر نتوان به گونه‌ای معنای مستنبط از الفاظ را به طرفین نسبت داد، نمی‌توان با استناد به چنین تفسیری آن‌ها را به آن معنا ملتزم دانست؛ زیرا آنچه قرارداد را الزام‌آور کرده، اراده طرفین است و لفظ تنها حکایت‌گر این اراده است.^{۱۱} اما آنچه تا به این جا گفته شد مربوط به عالم ثبوت بود. در عالم اثبات وقتی اراده به واسطه لفظ ابراز شود برای تفسیر و فهم معنای مورد اراده از آن و در نتیجه آثار حقوقی که در پی خواهد داشت، 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. معنای هر لفظ معمولاً 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.^{۱۲} اگرچه آنچه در مقام ثبوت مهم است معنایی است که متکلم در ذهن دارد ولی در مقام اثبات راهی جز بهره‌گیری از خود لفظ برای دستیابی

۱۱. محقق خویی بر خلاف مشهور اصولیین و ادبا انشا را ایجاد معنی به واسطه لفظ نمی‌داند (فیاض، محمد اسحاق، محاضرات فی اصول الفقه، جلد ۱، جلد ۴۳ موسوعه الامام الخوئی)، موسسه احیا آثار الامام خویی، ۱۴۲۲ هـ. ق.، ص ۹۷). همچنین مفهوم اراده باطنی در حقوق نیز چنین است. برای اطلاع نکت. قنوتی، جلیل؛ شبیری، سید حسن؛ عبدی‌پور، ابراهیم، حقوق قراردادها در فقه امامیه، جلد ۱، سمت، ۱۳۷۹، ص ۲۴۸؛ السنهوری، الوسیط، جلد ۱، منشورات الحلبي الحقوقیه، ۲۰۰۰ م، صص ۱۸۶ و ۱۹۲.

۱۲. مظفر، محمد رضا، اصول الفقه، بوستان کتاب قم، ۱۳۸۰ هـ. ق.، ص ۴۹۶.

Chitty, on contract, volume 1, sweet & mapwell, 2004, p. 729.

به آن معنا نداریم. بنابر آنچه گفته شد برای فهم مراد متکلم دانستن معنایی که به طور نوعی از لفظ فهمیده می شود کافی است، به شرط آن که مانعی از استناد این معنا به اراده متکلم نباشد.^{۱۳} اگر به هر دلیلی نتوان معنای مستفاد از لفظ را به اراده متکلم مستند کرد، نمی توان آن را مدلول لفظ دانست.

۳-۳-۱- انواع سه گانه دلالت لفظی

۱-۳-۳-۱- دلالت مطابقی

به ازای هر لفظ یک یا چند معنی وجود دارد که لفظ برای آن وضع (قرارداد) شده است.^{۱۴} اگر لفظ در تمام این معنی استعمال شود و بر آن دلالت کند، به آن دلالت مطابقی

۱۳. بروجردی طباطبایی، حاج آقا حسین، نمایه الاصول (تعزیرات)، نشر تفکر، ۱۴۱۵، ص ۴۶۵.
 ۱۴. در این که رابطه میان لفظ و معنی چگونه است، نظریات متفاوتی بیان شده و در تعریف و تبیین این ماهیت در شاخه های مختلف علمی، از جمله در زبان شناسی، معنا شناسی، فلسفه تحلیلی، منطق، اصول فقه، ابراز نظر شده است. برای اطلاع نک. در زبان شناسی: جورج یول، نگاهی به زبان، انتشارات سمت، ۱۳۸۵، ص ۵ و در معنی شناسی: فرانک پالمر، نگاهی تازه به معنی شناسی، نشر مرکز، ۱۳۶۶، صص ۸۰-۴۳ و جان لاینز، مقدمه ای بر معنا شناسی زبان شناختی، گام نو، ۱۳۸۵، صص ۲-۲۹ و صص ۶۸-۷۴؛ در فلسفه تحلیلی، لودیک ویتگنشتاین، کتاب آبی، انتشارات هرمس، ۱۳۸۵، صص ۷-۱۳؛ در منطق: المظفر، المنطق، پیشین، صص ۳۵-۳۲؛ در اصول فقه: محمد سرور واعظ حسینی بهسودی، مصباح الاصول، تقریرات سید ابوالقاسم خوئی، مکتبه الداوری، ۱۴۲۲ هـ. ق.، صص ۴۶-۵۳. اما در این تحقیق با ماهیت دقیق این رابطه کاری نیست؛ زیرا تأثیری در اصل موضوع ندارد. همین قدر کافی است که -به طور اجمالی- میان لفظ و معنی ارتباطی هست.

گویند.^{۱۵} به طور مثال، وقتی لفظ کتاب برای مجموعه جلد و آنچه میان آن قرار گرفته استعمال می شود، دلالت آن لفظ در این معنی مطابقی است. هدف اصلی از وضع و اعتبار الفاظ، همین نوع از دلالت است.^{۱۶}

در تعیین موضوعی که به واسطه لفظ بیان شده است، اگر این موضوع واحد باشد، ابتدا باید مدلول مطابقی آن را یافت و آن را موضوع اصلی قرارداد دانست؛ زیرا عقلایی^{۱۷} نیست که متعاقدين به تابع (موضوعی که به تبع مورد اصلی وارد معامله می شود) به طور مستقیم اشاره کنند و تعیین موضوع اصلی را به شیوه ای غیرمستقیم واگذارند. به عبارت دیگر ظاهر از لفظی که - به تنهایی - موضوع قرارداد واقع شده این است که مدلول مطابقی آن موضوع اصلی قرارداد است.

اما اگر موضوع قرارداد مرکب از چند چیز باشد و با الفاظ متعددی که هر کدام بخشی را بیان می کند مواجه باشیم، این امکان وجود دارد که برخی از آن ها به طور تبعی وارد قرارداد شده باشند. اگر چه این احتمال وجود دارد، ولی بدون وجود قرینه ای دال بر تبعی بودن آن بخش، بیان مستقیم و صریح موضوع قرارداد ظهور در اصلی بودن آن دارد. وقتی در یک قرارداد بیع - به طور مثال - گفته می شود که یک طاقه پارچه از جنسی معین و سه تخته فرش ابریشم و چهارصد جعبه سیب به فروش می رسد، ظاهر این است که همه

۱۵. علامه حلی، پیشین، ص ۲۵؛ خواجه نصیر الدین طوسی، پیشین، ۲۸.

۱۶. مظفر، المنطق، پیشین، ص ۳۷.

۱۷. منظور از عقلایی رفتاری است که از عقلا سر می زند.

آنچه بیان شده موضوع اصلی قرارداد است. ادعای تابع بودن چهارصد جعبه سیب خلاف ظاهر این عبارت است و در تفسیر عبارات یک قرارداد آنچه قابل استناد است و باید طرفین را به آن ملزم دانست، ظاهر عبارت است.^{۱۸}

البته ممکن است قرینه‌ای حاکی از این باشد که بخشی از مدلول مطابقی موضوع مصرح در قرارداد، تابع است. در مثال فوق، عبارت چهارصد جعبه سیب اگر چه بیان‌گر بخشی از موضوع اصلی قرارداد است ولی خود آن شامل جعبه و سیب است. از آنجا که معمولاً سیب مطلوب است و جعبه واحد اندازه‌گیری یا وسیله حمل و بسته‌بندی است، می‌توان فهمید که اگر جعبه‌ای هم مبادله می‌شود، نباید آن را بخشی از موضوع اصلی دانست. موضوع اصلی سیب است و جعبه‌ها به تبع داخل در معامله شده‌اند. بنابراین قرائن می‌توانند نشان دهند که بخشی از مدلول مطابقی موضوع، تابع مورد معامله است.^{۱۹}

۲-۳-۳-۱- دلالت تضمینی

وقتی لفظ برای رساندن معنایی که مرکب است استفاده می‌شود، بر اجزای آن معنا نیز دلالت می‌کند؛ به طور مثال، وقتی لفظ کتاب در معنای چیزی دارای دو جلد و اوراقی بین

۱۸. قدسی، احمد، انوارالاصول (تقریرات آیت الله مکارم شیرازی)، جلد ۲، انتشارات مدرسه الامام علی بن ابی طالب، ۱۴۲۴، ه.ق، ص ۲۹۳.

۱۹. شهید ثانی، زین الدین بن علی بن احمد عاملی، مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، جلد ۳، موسسه المعارف الاسلامیه، چاپ اول، ۱۴۱۳ ه.ق، ص ۲۲۸؛ محقق ثانی، پیشین، ص ۳۶۷.

آن‌ها استفاده می‌شود، این لفظ در ضمن اینکه بر کل این مجموعه دلالت می‌کند بر اجزای آن نیز دلالت می‌نماید. به دلالت لفظ بر جزء معنایی که برای آن وضع شده است، دلالت تضمینی می‌گویند.^{۲۰} این دلالت در ضمن دلالت مطابقی تحقق می‌یابد؛ یعنی همان‌طور که لفظ بر کل دلالت می‌کند، بر اجزای کل نیز دلالت می‌کند زیرا هر کلی چیزی جز مجموعه اجزایش نیست.^{۲۱}

مدلول تضمینی موضوع قرارداد، اجزای آن را بیان می‌کند؛ زیرا گفته شد که در دلالت تضمینی، لفظ دلالت بر جزء معنای موضوع له دارد. پس مدلول تضمینی ظاهر در جزء مورد معامله است.^{۲۲} اما با وجود این قرائن حالیه و مقالیه و همچنین عرف^{۲۳} می‌توانند لفظ را از این ظاهر خارج کنند و ظهور جدیدی برای آن ایجاد کنند. عرف به دو صورت می‌تواند لفظ را از معنایی که در آن ظاهر است خارج کند:

اول: لفظ گاهی علاوه بر معنای لغوی، در عرف - عام یا خاص - معنای دیگری

۲۰. علامه حلی، پیشین؛ مظفر، المنطق، پیشین، ص ۳۸.

۲۱. همان؛ سبزواری، حاج ملاهادی، شرح المنظومه، جلد ۱، نشر منظومه، ۱۳۶۱ هـ. ق، ص ۱۳.

۲۲. طباطبایی، سیدعلی، ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل، جلد ۸، موسسه آل البیت، چاپ اول، ۱۴۱۸، ص ۳۵۰؛ محقق ثانی، پیشین، ص ۳۷۱.

۲۳. نقش عرف در تفسیر قرارداد را نباید با نقش آن در تکمیل قرارداد اشتباه کرد. در تفسیر قرارداد عرف بیانگر معنای لفظی (یا فعلی) است که در قرارداد به کار رفته است، در حالی که در تکمیل قرارداد، عرف مستقل از متن آن عمل می‌کند و چیزی بر مفاد آن می‌افزاید. البته معنای این سخن این نیست که عرف خارج از اراده طرفین عمل می‌کند بلکه آثار آن بر قرارداد را باید در راستای اراده آن‌ها دانست.

می‌یابد^{۲۴} اگر طرفین در چنین عرفی سخن گفته باشند، لفظ در این معنا ظاهر خواهد بود؛ مثلاً^{۲۵} ممکن است لفظ خودرو در لغت، برای وسیله نقلیه‌ای که دارای اجزای مشخصی از جمله وسایل ایمنی مثل کمربند ایمنی است وضع شده باشد، ولی در عرف به وسیله‌ای که از این جهت ناقص باشد نیز - به‌طور حقیقی و نه مجازی - اطلاق گردد. اگر طرفین با زبان این عرف اراده خود را ابراز کرده باشند، آنگاه اگرچه از نظر لغوی وسایل ایمنی نیز مدلول تضمینی لفظ خودرو خواهد بود - زیرا جزئی از مجموعه‌ای است که لفظ خودرو بر آن دلالت می‌کند - و در نتیجه آن بخش را باید جزء مورد اصلی قرارداد بدانیم و نه تابع آن، ولی عرف زبانی مذکور - که طرفین به آن اراده خود را ابراز کرده‌اند - چون لفظ خودرو را در فاقد آن شیء نیز به‌طور حقیقی - و نه مجازی - استعمال می‌کند، پس ظهور عرفی عبارت قرارداد این است که بخش مربوط به ایمنی خودرو داخل در موضوع اصلی قرارداد نیست. در این‌جا، با نفی جزئیت تابعیت اثبات نمی‌شود و دخول آن به‌عنوان تابع نیاز به دلیل مستقل دارد.

دوم: عرف می‌تواند به صورت قرینه حالیه عمل کند. وقتی در فروش یک شیء مرکب، نوع، جنس و مقدار برخی از اجزای آن - در نزد عرف - تأثیری در مالیت مورد معامله ندارد و عدم علم به خصوصیات آن موجب غرری شدن معامله نباشد، دیگر نمی‌توان آن جز که مدلول تضمینی لفظی است که بیان‌گر مورد معامله می‌باشد و با تحلیل

۲۴. میرزای رشتی، بدایع الافکار، موسسه آل البیت، ۱۳۱۳ هـ. ق، ص ۱۱۱.

۲۵. آنچه می‌آید تنها مثالی برای تقریب به ذهن است و قابل مناقشه می‌باشد.

ارائه شده در فوق باید جزء مورد اصلی باشد و نه تابع - را جزء مورد اصلی دانست زیرا مورد معامله باید معین باشد و تعیین آن به تعیین اجزای آن است. از طرف دیگر وجود ماهیت مورد اصلی معامله وابسته به این جزء است زیرا اگر چه در اراده معاملی طرفین، آن را نمی توان در عرض مورد اصلی قرارداد ولی به هر حال این جزء در عالم واقع جزئی از مورد اصلی است. بنابراین از طرفی نمی توان آن را از اجزاء مورد اصلی دانست و از طرف دیگر اگر طرفین، مورد اصلی - که همان چیزی است که عنوان کل به صورت مدلول مطابقی بر آن صدق می کند - را خواسته اند، پس به تبع آن، این جزء هم باید مطلوب آن ها باشد. یعنی اگر چه این جزء مستقلاً به عنوان یکی از اجزای مورد معامله مطلوب آن ها نیست، ولی به تبع کل آن را می خواهند. پس این جزء به صورت تابع در قرارداد وارد می شود. در این تحلیل عرف قرینه ای حالیه بود بر این که جزء معینی تابع است و با وجود این که مدلول تضمینی مورد معامله است، ولی جزء مورد اصلی معامله نیست.

۳-۳-۳-۱ دلالت التزامی

۱-۳-۳-۳-۱- تعریف و تحلیل

گاهی لفظ علاوه بر معنای موضوع له خود، بر معنایی خارج از آن نیز دلالت می کند. این معنی با معنای موضوع له تلازم و همراهی دارد. این تلازم باید تلازمی ذهنی باشد؛^{۲۶} به

۲۶. «هو أنَّ اللَّفْظَ دلالتُه ... علی لازم المعنی: الذی وضع اللَّفْظَ لِإِثْبَاتِهِ لِرُومَا ذَهْنِيًّا، كَدَلَالَةِ السَّقْفِ عَلَى الْجِدَارِ، دَلَالَةِ التَّطَلُّلِ. لِأَنَّ اللَّزَامَ خارج عن الملزوم تابع له» (قطب الدین شیرازی، شرح حکمه الاشراق،

این معنی که از تصور و تداعی یکی از آن‌ها، دیگری برای ذهن متداعی شود^{۲۷} به دلالت لفظ بر این معنا که ملازم معنای موضوع له است و خارج از آن، دلالت التزامی می‌گویند.^{۲۸} در رابطه با این نوع دلالت لفظی ملاحظه نکات زیر ضروری است به طوری که عدم رعایت آن‌ها عدم دلالت را به همراه دارد:

اول: چنان که اشاره شد، وجود تلازم خارج از ذهن میان معنای موضوع له و معنای دوم برای تحقق دلالت التزامی کافی نیست. این تلازم باید ذهنی باشد، در غیر این صورت دلالت التزامی محقق نمی‌شود، زیرا دلالت التزامی یک دلالت لفظی است ناشی از وجود یک رابطه ذهنی میان لفظ (صورت کلی آوای صادره از متکلم) و معنایی که او می‌خواهد به طرف مقابل برساند، به طوری که لفظ موجب تداعی آن در ذهن مخاطب می‌شود.^{۲۹} بنابراین لفظ باید موجب احضار معنای التزامی در ذهن مخاطب شود. اگر تلازم میان معنای

← انجمن آثار و مفاخر فرهنگی، ۱۳۸۳ ه ش، ص ۳۶.

۲۷. قطب الدین محمد بن محمد الرازی، تحریر القواعد المنطقیه، انتشارات بیدار، ۱۳۸۲ ه. ق، ص ۸۹.

۲۸. شیخ‌الرئیس در تعریف دلالت التزامی می‌گوید: «و الالتزام بأن يكون اللفظ دالا بالمطابقه على معنى و يكون ذلك المعنى يلزمه معنى غيره كالرفیق الخارجی لا كالجزء منه بل هو مصاحب ملازم له مثل دلالة لفظ السقف على الحائط و الإنسان على قابل صنعه الكتابه». (الطوسی، پیشین، ص ۲۸).

۲۹. صدر، محمدباقر، دروس فی علم الاصول، جلد ۱، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۱ ه. ق، ص ۲۱۰. همچنین زبان‌شناس مشهور، فردینان دو سورسور، معتقد است، دال صوت نیست و مدلول نیز چیزی نیست که در جهان خارج از زبان وجود داشته باشد، بلکه هر دو این پدیده‌ها ذهنی‌اند و به نظام زبان تعلق دارند. به اعتقاد سورسور، نشانه زبانی، رابطه میان دال و مدلول است و از آنجا که دال و مدلول ذهنی‌اند، این رابطه نیز ذهنی است. (صفوی، پیشین، ص ۳۹).

موضوع له و این معنا ذهنی نباشد، آنگاه لفظ نمی تواند موجب احضار آن معنی در ذهن مخاطب باشد زیرا این لفظ برای این معنی وضع نشده است. پس رابطه وضعی و قراردادی که برای این احضار لازم است وجود ندارد. وقتی تلازم راسخ در ذهن هم میان معنای موضوع له و این معنی نباشد، هیچ علت و سبب دیگری برای احضار این معنا در لفظ موجود نخواهد بود و در نتیجه دلالت التزامی نسبت به این معنی محقق نخواهد شد.

این در حالی است که برخی برای تحقق دلالت التزامی به وجود رابطه عقلی یا عرفی یا قانونی میان دو معنا اکتفا کرده اند. در تعریف شرط ضمنی می گویند: «اصطلاح شرط "ضمنی" برای اموری به کار می رود که مدلول التزامی الفاظ قرارداد است: یعنی به حکم عقل یا قانون یا عرف لازمه مفاد توافق یا طبیعت قرارداد است».^{۳۰} همچنین در بیان اقسام شرط ضمنی گفته اند: «از تعریف "شرط ضمنی" و نمونه هایی که برای آن آورده شد چنین استنباط می شود که مبنای ایجاد علاقه و وابستگی شرط ضمنی با مفاد عقد یکی از این سه عامل است: ۱- عقل و بدها... ۲- قانون... ۳- عرف و عادات قراردادی...».^{۳۱} در توضیح عامل اول گفته شده است: «در پاره ای موارد عقل به گونه ای آشکار وجود شرط را از لوازم عقد می شمرد، چندان که هیچ تردیدی در آن باقی نمی گذارد؛ برای مثال، انجام مقدمه تعهد لازمه وفای به آن است، چنان که در مورد فروش ملک ثبت شده گفته شد. همچنین است در جایی که مفاد عقد، اگر بدون وجود شرط ضمنی باشد، بی فایده یا نا متناسب با

۳۰. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۳، سهامی انتشار، ۱۳۸۳، ص ۱۳۰.

۳۱. همان، صص ۱۳۵-۱۳۳.

هدف‌های بیان شده دو طرف جلوه کند.^{۳۲} اگرچه طرفین را باید ملتزم به لوازم عقلی قطعی مفاد قرارداد دانست ولی نباید در ماهیت آن اشتباه کرد و آن را مدلول التزامی قرارداد دانست. چنان‌که پس از این روشن‌تر خواهد شد، از آنجا که مدلول التزامی الفاظ، مدلول لفظی است و گفته شد که دلالت لفظی تابع اراده متکلم است، باید قابلیت انتساب به اراده متکلم را داشته باشد. در صورتی که لوازم عقلی مفاد قرارداد، نیاز به مراد بودن ندارد و حتی اگر طرفین در حین انشاء آن، ملتفت آن لوازم نباشند، باز هم آن‌ها را ملتزم می‌کند. ایشان همچنین مثال‌هایی برای شرط ضمنی می‌زنند که اگرچه در شرط ضمنی بودن آن‌ها نمی‌توان تردید کرد^{۳۳} ولی - با توجه به آنچه در تعریف دلالت التزامی گفته شد - به هیچ‌وجه نمی‌توان آن‌ها را مدلول التزامی دانست. باید میان ماهیت شرط ضمنی و مدلول التزامی فرق قائل شد و دانست که رابطه آن‌ها رابطه تساوی نیست. پس از این ماهیت مدلول التزامی روشن‌تر خواهد شد.

دوم: علاوه بر تلازم ذهنی میان معنای موضوع‌له و معنایی که قرار است مدلول التزامی واقع شود، این تلازم باید واضح و روشن - به اصطلاح بین بالمعنی‌الاصح - باشد، به این معنی که ذهن به واسطه تصور معنای موضوع‌له و بدون نیاز به تصور چیز دیگر و واسطه قرار گرفتن آن، به معنای التزامی منتقل شود. این شرط لازمه دلالت لفظی بودن دلالت التزامی است.

۳۲. همان، صص ۱۳۴.

۳۳. همان.

سوم: باید توجه داشت که مدلول التزامی، مدلول لفظی است و گفته شد که دلالت لفظی تابع اراده است و تا زمانی که متکلم معنایی را اراده نکرده باشد نمی‌توان آن معنی را به او نسبت داد و بالعکس وجود دلالت لفظی با شرایط آن- به معنی انسباق یک معنی از لفظ به ذهن- مخاطب را بر آن می‌دارد که آن معنا را به اراده متکلم نسبت دهد.

۲-۳-۳-۱- دلالت التزامی و تابع

برخی فقها معتقدند که مدلول التزامی نمی‌تواند داخل در مفاد عقد باشد؛^{۳۴} زیرا اصطلاح دلالت التزامی به این معنی است که ذهن از لفظی که بر معنایی (ملزوم) دلالت دارد و برای آن وضع شده است- به واسطه لزوم و همراهی که میان این معنی و معنی دیگر عقلا یا عرفا وجود دارد- به معنی دیگر (لازم) منتقل شود. وابستگی صیغه قرارداد و مفاد آن به معنای ملزوم، مستلزم و مقتضی اراده معنای لازم نیست. یعنی رابطه لزوم و همراهی ذهنی میان مدلول مطابقی مفاد قرارداد و معنای التزامی، نمی‌تواند ثابت کند که گوینده همان‌طور که معنای ملزوم را اراده نموده است، معنای لازم آن را نیز اراده کرده است زیرا این لزوم تنها یک لزوم و همراهی ناخودآگاه ذهنی و به تعبیر دیگر از سنخ تداعی معانی است که به دلیل وجود رابطه لزومی میان دو معنا در عرف و امثال آن ایجاد شده و نمی-

۳۴. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی بن احمد عاملی، تمهید القواعد الاصولیه و العربیه لتفريح قواعد الاحکام الشرعیه، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۱۶ هـ.ق، ص ۱۱۰.

تواند کاشف از اراده گوینده نسبت به آن معنا باشد.^{۳۵} این در حالی است که در تعریف دلالت لفظی اشاره شد که مراد آن است که از لفظ بتوان مراد گوینده را کشف کرد. اگر لفظ توان کاشف بودن از مقصود گوینده را ندارد، دلالتی هم وجود ندارد. پس دلالت التزامی که نوعی از دلالت لفظی است، زمانی محقق می‌شود که لفظ بتواند کاشف از مراد متکلم شود. دو شرطی که برای دلالت التزامی نقل شد- یعنی وجود تلازم ذهنی میان معنای لازم و ملزوم و بین بالمعنی الاخص بودن این تلازم- برای این است که با وجود این شروط، عرفا معنای لازم به گوینده منتسب می‌شود زیرا در این حالت رابطه میان معنای مطابقی (ملزوم) و معنای التزامی (لازم) چنان مستحکم و در هم تنیده است که اگر هم گوینده ادعای عدم اراده آن را نماید، در عرف عقلا به لفظش بر او احتجاج می‌کنند و آن را معنای کلام خود او می‌دانند؛ و بالعکس اگر مثلاً پدری از فرزندش تقاضای یک قلم نماید و او قلمی بدون جوهر برای او آماده کند و در این رفتار خود به این دلیل استناد کند

۳۵. «الدلالة الالتزامية المصطلحة هي الانتقال من اللفظ الدال على الملزوم إلى اللازم، بواسطة اللزوم بينهما عقلا أو عرفا، أراد اللفظ أو لم يرد، فتعلق صيغه البيع باللفظ الدال على الأول، لا يقتضى إرادة نقل الثاني قطعا، وإن دل عليه أي صار سببا لحضوره في ذهن السامع عند ذكر الدال على الملزوم، و بينهما بون بعيد، و فرضه لازما للإرادة بمعنى إن قصد نقل أحدهما يلزمه قصد نقل الآخر في الدلالة الالتزامية المصطلحة يمكن منع تصوره، فلم يبق في مثل التوابع المزبوره إلا التبعية شرعا أو عرفا، لنقل ذلك المبيع، لا أنه قصد بالعقد نقلها، وأنه هو الذي أثر انتقالها كالمبتوع، و حيث كان الناقل في الفرض لفظ صيغه البيع، أمكن اندراجہ 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 جيدا فإنه دقيق» (نجفی، محمدحسن بن باقر، جواهر الکلام، جلد بیست و سوم، دارالعین التراث العربی، ۱۴۰۴ هـ. ق، ص ۱۲۸).

که جوهر داخل در مدلول لفظ قلم نیست، بی شک از او پذیرفته نخواهد بود و همگان لفظ قلم را دال بر جوهر آن نیز می دانند.^{۳۶} در مجموع باید گفت، اگرچه هر تلازمی میان مفاد قرارداد و معنای دیگر را نمی توان موجب داخل شدن آن معنا در قرارداد دانست ولی مدلول التزامی با شرایط خاص مذکور در فوق چون مدلول لفظی مفاد قرارداد و کاشف از مراد گوینده است، قطعاً باید از مفاد قرارداد محسوب شود.^{۳۷} اما آیا مدلول التزامی، داخل در موضوع اصلی معامله است یا تابع محسوب می شود یا اینکه صرف التزامی بودن بر هیچ کدام دلالت ندارد و باید به دنبال قرینه دیگری بود؟ به نظر می رسد دلالت التزامی - اگرچه کاشف از داخل بودن معنا در مراد و مقصود گوینده است - ولی همان طور که دلالت التزامی دلالتی متفرع بر معنای مطابقی است، نحوه تعلق اراده گوینده به معنای لازم را نیز باید متفرع بر اراده آن معنا دانست. در تعریف تابع نیز گفته شد که چیزی است که به تبع اراده موضوع اصلی معامله متعلق اراده طرفین قرار گرفته است. بنابراین، دلالت التزامی ظهور در این دارد که مدلول آن تابع مورد معامله است و از حیطة موضوع اصلی آن خارج می باشد.^{۳۸}

۳۶. مظفر، المنطق، پیشین.

۳۷. به همین جهت از برخی فقها خلاف آنچه قبلاً در رد دخول مدلول التزامی در قرارداد ذکر شد نقل شده است (عاملی، محمدجواد حسین، مفتاح الکرامه، جلد ۱۴، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۵ هـ.ق، ص ۵۳۷).
 ۳۸. ظاهراً در فقه، اختلافی در تابع بودن آنچه از مدلول مطابقی و تضمینی خارج است نمی باشد (نجفی، پیشین، ص ۱۲۷).

۱-۳-۴- منبع معنای لفظ

الفاظ علاوه بر معنایی که در لغت‌نامه‌ها برای آن‌ها ذکر می‌شود، ممکن است در عرف معنای دیگری داشته باشد. ماده ۲۲۴ قانون مدنی روشن می‌کند که در صورت تغییر معنای لفظی و عرفی، معنای عرفی است که باید به طرفین یک قرارداد نسبت داده شود. این سخن تعارضی با آنچه تا کنون راجع به دلالت لفظی گفته شد، ندارد؛ زیرا معنای عرفی نیز متکی بر دلالت لفظی است. تنها نکته‌ای که در این جا توجه به آن لازم است، منبعی است که با رجوع به آن، معنای لفظ به دست می‌آید. برای این کار ابتدا باید به عرفی که طرفین به آن سخن می‌گویند مراجعه شود؛ زیرا، معمولاً همین معانی در ذهن افراد حاضر است و در بسیاری از موارد آن‌ها از معنای دقیق لغوی- لغت‌نامه‌ای- لفظ آگاه نیستند. در صورت وجود چنین معنایی، دادرس در تفسیر مفاد قرارداد نمی‌تواند به معنایی که در لغت‌نامه گفته شده است استناد کند.^{۳۹} در صورت احراز این معنای عرفی، همه آنچه در دلالت لفظی تاکنون از آن سخن رفت- ماهیت دلالت و رابطه آن با اراده و انواع آن- در این جا نیز عیناً صادق است؛ یعنی معنای عرفی- مانند معنای لغوی- گاهی مطابقی است و گاهی تضمینی و گاهی التزامی.^{۴۰}

۳۹. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، جلد ۱، انتشارات اسلامیه، ۱۳۸۶، ص ۴۳۲.

۴۰. در رابطه با معنای عرفی این عبارت قابل توجه است. در بحث دخول سنگ آسیاب نصب شده در خانه در قرارداد شهید ثانی می‌گوید: «و إنما لم تدخل لأنّها لا تعدّ من الدّار لغه ولا عرفاً، و إنّما أثبتت لسهولة الاتفاق بها كيلا تترزع و تتحرك عند الاستعمال. وللشيخ قول بدخول الرّحى المثبتة لصيرورتها من أجزاء

۲- تابع و عدم تصریح آن در قرارداد

ممکن است امری در عرف و عادت مردم از توابع مورد معامله دانسته شود. چنین عرف و عادتی را گاهی شرط ضمنی قرارداد نامیده‌اند. بررسی این نوع از توابع که به اقتضای عرف و عادت داخل در قرارداد شده‌اند، از چند جهت قابل توجه است: با این بررسی بخش مهمی از قرارداد شناخته می‌شود و از طرف دیگر کمک خوبی به شناخت مفهوم شرط ضمنی خواهد بود. شرط ضمنی مفهومی است که اگرچه اصطلاح شرط را به همراه دارد و همین عبارت موهم آن است که باید از موارد توافق طرفین باشد ولی بررسی‌ها نشان خواهد داد که گاهی شرط ضمنی هیچ مورد توافق واقع نشده و حتی گاهی طرفین نسبت به آن جاهلند. به همین مناسبت و از آنجا که تابع را گاهی تحت این عنوان قرار داده‌اند، ابتدا مفهوم شرط ضمنی مورد بررسی واقع می‌شود و سپس نقش آن در تعیین تابع مورد کنکاش قرار می‌گیرد.

۲-۱- ماهیت شرط ضمنی

در تعریف شرط ضمنی گفته‌اند اموری است که به سبب متعارف بودن آن در نزد مردم- در یک نوع معامله خاص یا عموماً در هر عقدی- از مدلولات عرفی لفظ شده است و به همین جهت- یعنی مدلول عرفی لفظ بودن- چه طرفین آن را اراده کرده باشند و چه

←
الدار و توابعها بالتبیت، و الأعلى تابع للأسفل» (شهید ثانی، مسالک الافهام، ص ۲۲۹)

ملتفت آن نباشند، ملزم به اجرای آنند.^{۴۱} شاید به نظر برسد ملزم بودن طرفین به این شروط در صورت عدم الثفات، با نظریه اراده باطنی که مشهور است فقه امامیه و حقوق ایران از آن پیروی می‌کند مخالف است. ممکن است جواب داده شود که مدلول الفاظ از هر نوعی که باشد به اراده طرفین منتسب است و توجه به تمام جزئیات آن برای متعهد بودن به تمام این جزئیات لازم نیست بلکه توجه اجمالی کافی است.^{۴۲} به عبارت دیگر اراده اجمالی موجود در استعمال الفاظی که چنین عرفی آن‌ها را همراهی می‌کند موجب می‌شود که معنای مفصل الفاظ - به همراه معانی عرفی آن - نیز مقصود گوینده قرار گیرد.^{۴۳} بنابراین تحلیل می‌توان نتیجه گرفت که شرط ضمنی بخشی از مفاد قرارداد است که از اراده غیر مصرح طرفین ناشی شده است که از قرائن حالیه و مقالیه موجود در قرارداد و از جمله عرف استنباط می‌شود.^{۴۴}

۴۱. نائینی، میزرا محمدحسین غروی، منیه الطالب، جلد ۲، المکتبه المحمدیه، ۱۳۷۳ هـ. ق، ص ۱۲۴.

۴۲. نجفی، پیشین، ص ۱۲۸.

۴۳. به علاوه موارد بسیاری در فقه و فتاوی فقها وجود دارد که اساساً با نظریه اراده باطنی در تنافی است و به اراده ظاهری نزدیک است (کاشف الغطاء، محمدحسین، تحریرالمجله، جلد ۱، قسم الاول، المکتبه المرتضویه، چاپ اول، ۱۳۵۹ هـ ق، ص ۱۸؛ مراغی، پیشین، ص ۶۳).

۴۴. مقصود بودن شرط ضمنی و مفاد اراده طرفین بودن آن، ظاهر کلام برخی از فقها و حقوق دانان است. برای نمونه اصرار محقق بجنوردی در این که شروط ضمنی مدلول التزامی قرارداد است، مشعر به این است که باید آن را به اراده طرفین - که لفظ کاشف از آن است - نسبت داد (موسوی بجنوردی، میرزا حسن، القواعد الفقهیه، جلد ۳، نشر الهادی، چاپ اول، ۱۴۱۹ هـ. ق، صص ۲۸۶ و ۲۸۷؛ عاملی، پیشین، ص ۵۳۶؛ کاشف الغطاء، پیشین، صص ۳۲-۳۴). برخی حقوق دانان نیز اگرچه شرط ضمنی را مدلول التزامی مفاد

ولی بر این توجیه نمی‌توان خیلی پافشاری کرد. اگرچه نمی‌توان انکار کرد که برخی از اموری که شرط ضمنی نامیده می‌شوند، مقصود طرفین بوده است، ولی موارد دیگری وجود دارد که با وجود اینکه مورد اراده طرفین واقع نمی‌شود ولی آن را شرط ضمنی نامیده‌اند. محقق خویی در تعریف شرط ضمنی می‌گوید: «معنای شرط ضمنی آن است که نیازمند ذکر در قرارداد نباشد؛ بلکه این امور در قرارداد معتبرند [و طرفین ملزم به آنند]، چه در قرارداد ذکر شوند و چه ذکر نشوند... این شروط اگرچه در ضمن عقد ذکر نشوند ولی به بنای عقلا در عقد معتبرند و وفای به آن‌ها [انجام آن‌ها] به نفس ادله‌ای که لزوم وفای به [اصل] قرارداد را می‌رساند واجب است بدون اینکه به ادله وجوب وفای به شرط لازم باشد».^{۴۵} ایشان شرط ضمنی را به حسب شیوه ورود آن به عقد به دو نوع تقسیم می‌کند؛ دسته اول: شروطی که در عقد به حسب ارتکاز ذهنی و بنای عقلا به عقد منضم می‌شوند. دسته دوم: شروطی که به واسطه اراده طرفین و اشتراط آن‌ها در قرارداد وارد می‌شوند.^{۴۶} میرزای نائینی نیز تأکید می‌کند که شروط ضمنی به دلیل تعاهد نزد عرف از مدلولات لفظی مفاد قرارداد شده‌اند و به همین دلیل چه طرفین آن‌ها را قصد کرده باشند و

←
قرارداد نامیده‌اند و در نتیجه باید قائل به همین نظریه— یعنی مقصود بودن شرط ضمنی — باشند ولی ظاهر کلام آن‌ها خلاف این مطلب است و این ناشی از عدم اطلاع آن‌ها از وجه الزام آور بودن مدلول التزامی است (کاتوزیان، پیشین، ص ۱۳۱).

۴۵. خویی، مصباح الفقاهه، جلد ۷، بی‌تا، ص ۳۵۲.

۴۶. همان، ص ۳۳۷.

چه قصد نکرده باشند لازم‌الوفا هستند.^{۴۷} اگرچه نامیدن اموری که مقصود طرفین نیست ولی متبادر از لفظ است به مدلول التزامی الفاظ قرارداد- چنان‌که قبلاً نیز اشاره شد- خالی از اشکال نمی‌باشد، ولی از این عبارت روشن می‌شود که شروط ضمنی می‌توانند مقصود مفاد عقد نباشند. برخی نیز مسئله را چنین مطرح کرده‌اند که شأن و کارکرد شروط ضمنی تنها تضییق دایره عقود است، بدون این‌که انشایی در عرض انشاء عقدی که آن را همراهی می‌کنند داشته باشند بلکه الفاظ قرارداد- در صورتی که خلاف آن‌ها شرط نشده و از این حیث مطلق باشند- منصرف به آن‌ها هستند.^{۴۸} بنابراین ظاهراً باید پذیرفت که بخشی از آنچه شرط ضمنی نامیده می‌شود، اموری هستند که به دلیل وجود عرف و ارتکاز ذهنی عقلاً به‌طور خودکار مفاد عقد را مضیق می‌کنند و به اراده متعاقدين نیازمند نیستند. در حقوق کامن‌لو نیز **ضمنی بودن** همان‌طور که به آن بخش از مفاد قرارداد که از قرائن و احوال به اراده طرفین نسبت داده می‌شود اطلاق می‌گردد، برای اموری که به اقتضای عرف و قانون در قرارداد وارد می‌شوند و مقصود آن‌ها نیستند نیز گفته می‌شود.^{۴۹} بنابراین تابع در

۴۷. «أَنَّ الشَّرْطَ الضَّمْنِيَّ سَبَبُ تَعَاهِدِهَا عِنْدَ الْعُرْفِ يَصِيرُ مِنَ الْمَدْلُولَاتِ الْعَرَفِيَّةِ لَلْفَظِ قَصْدُهَا الْمُتَعَاقِدَانِ أَوْ لَمْ يَقْصِدَا» (نائینی، پیشین، ص ۱۲۴).

۴۸. آقازاده عراقی در حاشیه عروه الوثقی می‌گوید: «الشروط الضمنية ليس كذلك [يعني انشاء مستقل ندارند] بل شأنها ليس إلّا تضيق دائرة العقود بلا كونها أيضاً إيقاعاً في عرض إيقاع عقده إلّا في ظرف انصراف لفظ العقد إليه فإنه أيضاً متعلق بإنشاء في ضمن إنشاء العقود» (یزدی، سیدمحمد کاظم بن عبدالعظیم طباطبائی، العروه الوثقی، جلد ۵، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۹ هـ. ق، ص ۲۷).

49. Chitty, op.cit., p. 776.

غیر مواردی که از اراده صریح طرفین اخذ می‌شود، به دو صورت به شکل شرط ضمنی خواهد بود. گاهی از قرائن و اوضاع و احوال استنباط می‌گردد و در این موارد اگرچه اراده به طور صریح ابراز نشده است ولی وجود دارد و تابع خواسته و مقصود فرعی طرفین است. ولی موارد دیگری وجود دارد که به اقتضای عرف و ارتکاز ذهنی عقلاء در قرارداد وارد می‌شود. واقع‌بینی اقتضا دارد که این موارد به اراده طرفین منسوب نشود زیرا حتی در صورت جهل آن‌ها یا غفلتشان در هنگام انشای قرارداد، باز هم تابع در قرارداد وارد می‌شود و اصلاً نیازی به اراده و قصد آن‌ها ندارد. ماده ۳۵۶ قانون مدنی به صراحت بر این نکته تأکید می‌کند و در فقه امامیه نیز این نوع تابع پذیرفته است.^{۵۰} تفاوت میان دو نوع مذکور می‌تواند آثاری در احکام تابع به جای داشته باشد، زیرا آنچه به اراده طرفین وارد قرارداد می‌شود تابع احکام و قواعد حکومت اراده است، در حالی که در نوع دوم باید به تحلیل عرف یا مبنای دیگری که تابع را به قرارداد ضمیمه نموده است مراجعه نمود.

۲-۲- شرط ضمنی ارادی و تابع

گفته شد که تابع گاهی از قرائن و احوال موجود در قرارداد استنباط می‌شود. در این صورت نیت مشترک متعاقدین مورد کنکاش قرار گرفته است. گفته‌اند در دو صورت شرط مبتنی بر اراده طرفین به طور ضمنی از قرارداد استنباط می‌شود: اول در صورتی که مشر

۵۰. انصاری، پیشین، ص ۳۲۰، ایروانی، میرزا علی نجفی، حاشیه کتاب المکاسب، صبح الصادق، ۱۴۲۶ هـ. ص ۶۲۰.

بودن قرارداد وابسته به در نظر گرفتن این شرط باشد و دوم در صورتی که شرط ضمنی به طور آشکار و روشن، نشان دهنده نیت مشترک طرفین - که البته به طور صریح ابراز نشده است - باشد.^{۵۱} فی الواقع صورت دوم ذکر عام بعد از بیان خاص است و نمی توان صورت اول را چیزی جز یکی از مصادیق آن دانست، زیرا شرطی که بدون آن قرارداد اثر مورد انتظار خود را ندارد، به روشنی بیانگر اراده طرفین است، چه **معقول** نیست آن ها چیزی را انشاء کنند که هیچ اثری ندارد. به عبارت دیگر در هر قرارداد - که به تعبیری قانونی است که طرفین بر خود حاکم کرده اند^{۵۲} - فرض بر حکیمانه بودن مفادی است که انشاء گردیده و این به روشنی نشان می دهد که چیزی که برای موثر بودن عقد لازم است نیز باید مورد اراده آن ها واقع شده باشد. بنابراین نمی توان این شروط را در چیزی منحصر کرد، بلکه هر قرینه ای خارج از مفاد صریح قرارداد که کاشف از اراده طرفین باشد، بیان گر یک شرط ضمنی است؛ برای مثال خرید یک قفل مستلزم خرید کلید آن هم هست. وقتی کسی قفلی را می خرد، فروشنده نمی تواند به این دلیل که کلید خارج از ماهیت و مدلول لفظ قفل است از تسلیم آن سرباز زند، زیرا قفل بدون کلید اثر لازم و مورد انتظار را ندارد و معقول نیست که کسی آن را بدون در نظر گرفتن کلید آن خواسته باشد؛ به خصوص وقتی که هر کلید مخصوص یک قفل باشد و برای قفل دیگر مناسب نباشد. مثال دیگر: وقتی از مجموعه یک باغ مثلاً یک درخت به فروش برسد، فروش آن مستلزم دخول زمینی که

51. Chitty , op.cit, p774.

۵۲. السنهوری، پیشین، ص ۶۹۵.

درخت در آن قرار دارد نیست؛ حق عبور و مرور از باغ برای رسیدن به درخت برای مشتری ثابت است و همچنین مالک زمین (فروشنده درخت) حق انجام عملی که ضرر به ریشه‌های درخت یا برگ‌های آن وارد نماید ندارد ولو این که مالک فضا و زمینی است که ریشه‌ها و برگ‌ها در آن قرار دارند. به نظر می‌رسد این حقوق که به نوعی تابع مورد معامله - یعنی درخت - هستند، از قرائن موجود در چنین معامله‌ای قابل استنباطند زیرا بدون در نظر گرفتن آن حقوق، تسلط لازم برای حفظ و نگهداری و انتفاع از درخت برای خریدار - که هدف نهایی از معامله است - حاصل نمی‌شود.^{۵۳}

۳-۲- عرف و تابع

نقش عرف در تفسیر و تعیین معنای الفاظ قرارداد را قبلاً بررسی کردیم و این همان چیزی است که در ماده ۲۲۵ قانون مدنی آمده است: «متعارف بودن امری در عرف و عادت به‌طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف آن باشد به منزله ذکر در عقد است». این ماده در مقام نحوه تبیین و تفسیر معنای الفاظ قرارداد باید فهمیده شود، زیرا می‌گوید: «...عقد بدون تصریح هم منصرف به آن باشد...» و انصراف از نوعی دلالت لفظی التزامی است. آنچه در این جا مورد بررسی واقع می‌شود، نقش مستقل عرف در تابع است. ماده ۲۲۰ قانون مدنی که شاید با کمی اغماض بتوان آن را ترجمه ماده ۱۱۳۵ قانون مدنی

۵۳. شهید ثانی، مسالک الافهام، پیشین، ص ۲۳۰.

فرانسه^{۵۴} دانست می‌گوید: «عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می‌نماید، بلکه متعاملین به کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می‌شود ملزم می‌باشند». برخی مبنای ماده ۲۲۰ را صرفاً حکایت آن از اراده طرفین قرارداد دانسته‌اند.^{۵۵} ولی این تفسیر قابل قبول نیست. به نظر می‌رسد مفاد این ماده همان چیزی است که در تعریف فقهی شرط ضمنی گفته شد، زیرا در تعریف آن گفته شد که امری است که چه به طور صریح در قرارداد ذکر شود و چه ذکر نگردد یا اصلاً مورد التفات طرفین نباشد، طرفین ملزم به آنند.^{۵۶} ولی می‌توان خلاف آن‌ها را شرط کرد. معنای این سخن آن است که این امور مقتضای اطلاق قرارداد هستند.^{۵۷} در هر صورت اطلاق قرارداد، اقتضای تابع بودن اموری را دارد. در فقه برخی از این موارد ذکر شده است؛ مثلاً در بیع خانه، درب‌ها و دستگیره‌های آن و قفلی که در آن‌ها کار شده است داخل در معامله‌اند زیرا عرف آن‌ها را از اجزای خانه و توابع و مرافق (آنچه چیزی را همراهی می‌کند) آن می‌داند.^{۵۸}

54. Article 1135: "Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature".

۵۵. شهیدی، مهدی، اصول قراردادها و تعهدات، مجمع علمی- فرهنگی مجد، ۱۳۸۳، ص ۳۰۵.

۵۶. خویی، پیشین، ص ۳۵۲؛ نائینی، پیشین، ص ۱۲۴.

۵۷. «قد یراد بالإطلاق ما یقابل التقييد، وقد یراد به ما یقابل الاشتراط» (امام خمینی، روح الله، کتاب البیع،

جلد ۵، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۳۷۹، ص ۴۳۹).

۵۸. شهید ثانی، مسالک الافهام، پیشین، ص ۲۲۸.

اینکه آنچه به حکم عرف، داخل در قرارداد شده است، جزء است یا تابع مورد معامله، نیز وابسته به قضاوت عرف، تحلیل و تفسیر آن است. در اینجا، برای تشخیص تابع از جزء به نظر می‌رسد توجه به معنای لفظ کارگشا باشد. وقتی چیزی از مفهوم و معنای لفظ مورد معامله خارج است و به حکم عرف داخل در معامله محسوب شود، به نظر می‌رسد باید آن را تابع دانست و نه جزء، زیرا در این جا دلالت مطابقی و تضمینی که بیان‌گر مورد اصلی و اجزای آنند منتفی است و دلالت التزامی هم وجود ندارد، چه فرض بر این است که به حکم عرف- و نه دلالت الفاظ و مفاد قرارداد- منضم به مورد معامله شده است. بنابراین چیزی است خارج از مورد اصلی معامله و اراده اصلی طرفین و باید آن را از توابع مورد معامله دانست؛ مثلاً کلید و آنچه قفل را می‌گشاید داخل در مدلول لفظ خانه نیست ولی با این حال عرف آن را در بیع خانه و امثال آن داخل می‌داند. بنابراین باید آن را تابع دانست و نه جزء مبیع.^{۵۹} با این حال فرض این که عرفی - با لحاظ معنای عرفی لفظ - چنین مواردی را جزء بداند بعید نیست.

۴-۲- شرط ضمنی و نقش طبیعت مورد معامله در تابع بودن چیزی

طبیعت مورد معامله به دو صورت اقتضای دخول چیزی در قرارداد را دارد. ماهیت هر شیء مرکب شامل اجزای آن نیز هست و در معامله، آن شیء به همراه اجزای آن موضوع

۵۹. همان، ص ۲۲۹؛ توجه شود که شهید با وجود قبول این که مفاتیح و موارد مذکور دیگر از مسمای «الدار» خارج است، به عرف برای دخول موارد مذکور در قرارداد به عنوان تابع استناد می‌کند.

واقع می‌شود. اما در رابطه با اشیائی که از ماهیت شیء خارجند نیز گفته شده است که ماهیت شیء می‌تواند باعث دخول آن موارد در قرارداد شود مثلاً طبیعت مورد معامله اقتضا دارد که حق ارتفاق از توابع مورد معامله باشد.^{۶۰} در همین رابطه می‌توان به تعریفی که ماده ۴۳۲ قانون مدنی مصر از ملحقات (توابع) مبیع ارائه می‌دهد اشاره کرد. این ماده - که در رابطه با تسلیم مبیع است - می‌گوید: «تسلیم [مبیع] شامل ملحقات شیء و هر آنچه به شکل دائمی - به اقتضای طبیعت شیء و عرف و قصد متعاقدين - برای استعمال آن آماده شده است می‌شود».^{۶۱} صدر این ماده را باید ترجمه‌ای از ماده ۱۶۱۵ قانون مدنی فرانسه دانست.^{۶۲} ولی در ماده ۱۶۱۵ قانون مدنی فرانسه به طبیعت اشیای مورد معامله اشاره نشده است. همچنین در تعریف تابع برخی گفته‌اند: «گاهی مال دارای توابعی است که برای استفاده از آن ضرورت دارد. آن توابع نیز خود قابل دادوستد 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».^{۶۳} این تعریف وجود ضرورت برای استفاده را مبنای تابع قرار داده است و به این ترتیب به نقش طبیعت مورد معامله در تابع اشاره کرده است.

۶۰. السنهوری، پیشین، ص ۶۹۱.

۶۱. ماده ۴۳۲ قانون مدنی مصر: «يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع و كل ما أعد بصفه دائمه لاستعمال هذا الشيء، و ذلك طبقا لما تقتضى به طبيعة الاشياء و عرف الجهه و قصد المتعاقدين».

62. Article 1615 : L'obligation de délivrer la chose comprend ses accessoires et tout ce qui a été destiné à son usage perpetuel.

۶۳. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، جلد ۱، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ هشتم، ۱۳۸۱، ص ۱۳۰.

با این که نمی‌توان منکر این عامل در تعیین تابع شد، ولی باید توجه کرد که این عامل مستقل نیست و تنها در قالب عرف یا اراده طرفین - به‌طور کلی به صورت شرط ضمنی - می‌تواند عمل کند. بنابراین هر نوع ضرورتی که برای استفاده از شیء اقتضا کند، نمی‌تواند مقتضی تابع بودن باشد. برای مثال، برای انتفاع از یک دستگاه رایانه، وجود صفحه نمایش گر ضروری است، ولی در معامله کیس رایانه نمی‌توان نمایشگر را تابع آن دانست؛ زیرا عرف آن‌ها را مستقل از هم می‌داند و برای انتقال آن معامله کیس رایانه را کافی نمی‌بیند. از طرف دیگر نمی‌توان احراز کرد که اراده طرفین بر انتقال تبعی آن قرار دارد، زیرا با وجود رابطه‌ای که این دو شیء در استفاده با هم دارند ولی ماهیت‌های کاملاً مستقلی برای آن‌ها در عرف معاملی مستقر است به‌طوری که هر کدام جداگانه معامله می‌شوند. بنابراین از معامله یکی نمی‌توان اراده تبعی متعاقدين بر انتقال دیگری را نیز - به صورت شرط ضمنی ارادی - احراز کرد. در نتیجه صرف وجود رابطه‌ای که بین دو شیء به مقتضای طبیعت و ماهیتشان برای بهره بردن از آن‌ها وجود دارد نمی‌تواند مقتضی تبعیت یکی از دیگری در معامله باشد. در همین راستا، در فقه گفته شده است که در معامله یک خانه قفل‌ها و کلید آن‌ها داخل در معامله نیستند مگر با احراز عرفی که مقتضی این تبعیت باشد.^{۶۴}

برخی از فقهای حنفی آنچه در معامله داخل است را به شکل دو قاعده کلی جاری

۶۴. شهید ثانی، مسالک الافهام، پیشین، ص ۲۲۸.

می‌دانند: اول: هر آنچه اسم مبیع در معنای عرفیش شامل آن گردد. دوم: هر آنچه متصل به مبیع باشد به طوری که هدف از متصل کردن آن جدا کردن آن نباشد- یعنی در آن شیء به طور دایم متصل شده باشد- تبعاً داخل در مورد معامله خواهد بود.^{۶۵} قاعده اول بیان‌گر اجزای مورد معامله است و ربطی به تابع ندارد؛ اما قاعده دوم بیان‌گر تابع است و می‌توان آن را نوعی تعیین تابع با توجه به طبیعت آن شیء دانست. قاعده اخیر صرف اتصال به مورد اصلی را برای تابع بودن کافی می‌داند در حالی که ممکن است عرفاً تابع محسوب نشود. این سخن روشن نمی‌کند در حالی که اراده‌ای بر دخول شیء در معامله وجود ندارد و عرفی هم آن را منضم به مورد اصلی نمی‌کند، صرف اتصال چگونه می‌تواند موجب تبعیت شود. اگر اتصال به گونه‌ای باشد که شیء را از اجزای مورد اصلی قرار دهد، شامل همان قاعده اول و به تعبیر دیگر مدلول تضمینی مفاد قرارداد خواهد بود. اگر چنین نباشد، اتصال را نمی‌توان سبب دخول دانست زیرا دلیلی بر ناقل بودن اتصال در دست نداریم و نمی‌توان به گونه‌ای آن را به اراده نوعی یا شخصی طرفین معامله نسبت داد. برای این مورد به درختانی که در ملک برای باقی بودن در زمین و منتفع شدن از آن غرس شده مثال زده‌اند مانند نخل، انار و ... که این موارد را در بیع خانه داخل در مبیع دانسته‌اند ولو عرف یا

۶۵. ابن عابدین، ردالمختار، جلد ۷، دارالمکتب العلمیه، ۱۴۲۴ هـ. ق.، ص ۷۴؛ جزیری، عبدالرحمن و غروی، سیدمحمد و یاسر مازح، کتاب الفقه علی المذاهب الاربعه و مذهب اهل البیت، جلد ۲، دارالثقلین، چاپ اول، ۱۴۱۹ هـ. ق.، ص ۳۳۹.

توافقی وجود نداشته باشد. در فقه امامیه این امر پذیرفته نیست^{۶۶} و تنها در صورتی که عرفی مستقر باشد یا مفاد توافق مشیر به دخول باشد درخت در بیع خانه داخل است. ولی در بدو امر، ظاهر ماده ۳۵۸ قانون مدنی موافق نظر فقهای حنفی است زیرا هرچه را ملصق به بنا باشد به طوری که نتوان آن را بدون خرابی نقل نمود داخل در معامله می‌داند. با این حال نباید بر این معنا اصرار نمود، زیرا می‌توان این ماده را بیان‌گر اجزای مورد معامله دانست؛ به این معنا که هرچه ملصق به بنا باشد به طوری که نتوان آن را بدون خرابی نقل نمود، ظاهر این است که جزء خانه است. این نگاه با دید و نظر عرفی موافق است. بنابراین در این موارد به قاعده مذکور در فقه حنفی استناد نشده است، بلکه آن را باید سازگار با فقه امامیه و اصول حقوقی شناخته شده در ایران دانست؛ اگرچه ظاهر الفاظ ماده گمراه‌کننده به نظر می‌رسد.

به هر حال طبیعت اشیاء در مواردی می‌تواند کاشف از اراده‌ای ضمنی باشد یا موجب استقرار عرف بر دخول چیزی به عنوان تابع در قرارداد شود؛ برای مثال اگر حقی مبیع واقع شود یا به نحو دیگری منتقل گردد، تعهدات و عقود که برای ضمانت و تضمین آن وجود دارد- مانند رهن، کفالت و ضمان به نحو ضم ذمه به ضمه- را نیز باید منتقل شده دانست؛ زیرا این امور برای حفظ و حراست از **حق** متعهدله ایجاد شده‌اند و نه متعهد، و قائم به حق‌اند و نه شخص او و این نوع رابطه میان حق و تضمینات آن کاشف از وجود

۶۶. شهید ثانی، مسالک الافهام، پیشین، ص ۲۳۱.

اراده‌ای ضمنی بر انتقال آن‌ها به تبع حق اصلی است.^{۶۷} در چنین مواردی در جست و جوی شرط ضمنی ارادی به طبیعت مورد معامله یا طبیعت نوع معامله استناد می‌شود و یا منشأی برای ایجاد عرف قرار می‌گیرد. در نتیجه نمی‌توان آن را به‌عنوان یک عامل مستقل در کنار عرف و اراده قرار داد.

۶۷. السنهوری، پیشین، ص ۶۹۱.

نتیجه‌گیری

بررسی وجوه مختلف توابع مورد معامله و حکم ماده ۳۵۶ قانون مدنی نشان داد که اگرچه عرف در بسیاری از موارد، صرفاً وسیله‌ای برای درک و تفسیر عبارات قرارداد و اراده مشترک طرفین است، ولی عرف و عادت جنبه دیگری نیز دارد و آن جنبه مستقل و ناوابسته آن به تفسیر قرارداد است. نظریه استثنا بودن ذیل ماده ۳۵۶ با منشأ فقهی آن سازگار نیست و باید آن را یک قاعده و اصل تلقی نمود که در هر جا عرف و عادت نسبت به یک قرارداد باشد، حاکم بر قرارداد آن‌ها خواهد بود و بنابراین ماده ۲۲۰ قانون مدنی نیز همان مفاد ماده ۳۵۶ را داراست و حتی در صورت جهل طرفین به عرف، باز هم مفاد ماده ۲۲۰ جاری است.

منابع

۱. ابن عابدین، ردالمختار، جلد هفتم، دارالکتب العلمیه، ۱۴۲۴هـ. ق.
۲. امام خمینی، روح الله، کتاب البیع، جلد پنجم، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۳۷۹.
۳. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، جلد اول، انتشارات اسلامی، ۱۳۸۶.
۴. انصاری، شیخ مرتضی، کتاب المکاسب، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵هـ. ق.
۵. ایروانی، میرزا علی نجفی، حاشیه کتاب المکاسب، صبح الصادق، ۱۴۲۶هـ. ق.
۶. بروجردی طباطبایی، حاج آقا حسین، نهاییه الاصول (تقریرات)، نشر تفکر، ۱۴۱۵هـ. ق.
۷. پالمر، فرانک، نگاهی تازه به معنی شناسی، نشر مرکز، ۱۳۶۶.
۸. جزیری، عبدالرحمن، و غروی، سیدمحمد، و یاسر مازح، کتاب الفقه علی المذاهب الأربعة و مذهب أهل البيت علیهم السلام، جلد دوم، دارالثقلین، چاپ اول، ۱۴۱۹هـ. ق.
۹. حسینی بهسودی، محمدرور واعظ، مصباح الاصول، تقریرات سیدابوالقاسم خویی، مکتبه الداوری، ۱۴۲۲هـ. ق.
۱۰. خواجه نصیرالدین محمد بن محمد بن الحسن الطوسی، شرح الاشارات، جلد اول، نشر البلاغه، ۱۳۷۵.
۱۱. خوئی، سیدمحمدتقی، الشروط أو الالتزامات التبعیه فی العقود، جلد اول،

- دارالمؤرخ العربی، ۱۴۱۴ هـ. ق.
۱۲. سبزواری، حاج ملا هادی، شرح المنظومه، جلد اول، نشر ناب، ۱۳۶۹.
۱۳. السنهوری، الوسیط، جلد اول، منشورات الحلبي الحقوقیه، ۲۰۰۰ م.
۱۴. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، جلد هفتم، بی نا، بی تا.
۱۵. شهید ثانی، زین الدین بن عاملی علی، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، جلد سوم، مؤسسه المعارف الإسلامیه، چاپ اول، ۱۴۱۳ هـ. ق.
۱۶. شهید ثانی، زین الدین بن علی بن احمد عاملی، تمهید القواعد الأصولیه و العریه لتفریع قواعد الأحكام الشرعیه، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۱۶ هـ. ق.
۱۷. شهیدی، مهدی، اصول قراردادها و تعهدات، مجمع علمی فرهنگی مجد، ۱۳۸۳.
۱۸. صدر، محمدباقر، دروس فی علم الاصول، جلد اول، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۱ هـ. ق.
۱۹. صفری، محسن؛ شاهنوش فروشانی، محمد عبدالصالح، توابع مورد معامله، نشر دادگستر، ۱۳۸۹.
۲۰. صفوی، کورش، درآمدی بر معنی شناسی، سوره مهر، ۱۳۸۷.
۲۱. طباطبائی، سید علی، ریاض المسائل فی تحقیق الأحكام بالادلة، جلد هشتم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ اول، ۱۴۱۸ هـ. ق.
۲۲. عاملی، محمد؛ حسینی، جواد، مفتاح الکرامه، جلد چهاردهم، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۵ هـ. ق.
۲۳. علامه حلی، الجوهر النضید، انتشارات بیدار، ۱۳۸۱.

۲۴. فیاض، محمد اسحاق، محاضرات فی اصول الفقه، جلد اول (جلد ۴۲ موسوعه الامام الخویی)، مؤسسه احیاء آثار الامام الخویی، ۱۴۲۲ هـ. ق.
۲۵. قدسی، احمد، انوار الاصول (تقریرات آیت الله مکارم شیرازی)، جلد دوم، انتشارات مدرسه الامام علی بن ابی طالب، ۱۴۲۴ هـ. ق.
۲۶. قزوینی، نجم الدین علی الکاتبی، الرساله الشمسیه، انتشارات بیدار، ۱۳۸۲.
۲۷. قطب الدین الشیرازی، شرح حکمه الاشراف، انجمن آثار و مفاخر فرهنگی، ۱۳۸۳.
۲۸. قطب الدین محمد بن محمد الرازی، تحریر القواعد المنطقیه، انتشارات بیدار، ۱۳۸۲.
۲۹. قنوتی، جلیل؛ شبیری، سید حسن؛ وحدتی و عبدی پور، ابراهیم، حقوق قراردادها در فقه امامیه، جلد اول، انتشارات سمت، ۱۳۷۹.
۳۰. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (دوره عقود معین)، جلد اول - معاملات معوض...، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ هشتم، ۱۳۸۱.
۳۱. کاشف الغطاء، محمد حسین، تحریر المجله، جلد اول - قسم اول، نجف: المکتبه المرتضویه، چاپ اول، ۱۳۵۹ هـ. ق.
۳۲. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد سوم، سهامی انتشار، ۱۳۸۳.
۳۳. لاینز، جان، مقدمه ای بر معناشناسی زبان شناختی، گام نو، ۱۳۸۵.
۳۴. محقق ثانی، علی بن حسین عاملی کرکی، جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد چهارم، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، چاپ دوم، ۱۴۱۴ هـ. ق.
۳۵. مظفر، محمد رضا، المنطق، دارالتعارف، ۱۴۰۰ هـ. ق.
۳۶. مظفر، محمد رضا، اصول الفقه، بوستان کتاب، ۱۳۸۰ هـ. ق.

۳۷. مراغی، میرفتاح حسینی، العناوین الفقهیه، جلد دوم، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۵ هـ. ق.

۳۸. موسوی بجنوردی، میرزا حسن، القواعد الفقهیه، جلد سوم، نشر الهادی، چاپ اول، ۱۴۱۹ هـ. ق.

۳۹. میرزای رشتی، بدایع الافکار، موسسه آل البيت (ع)، ۱۳۱۳ هـ. ق.

۴۰. نائینی، میرزا محمد حسین غروی، منیه الطالب، جلد دوم، المكتبه المحمديه، ۱۳۷۳ هـ. ق.

۴۱. نجفی، محمد حسن بن باقر، جواهر الکلام، دارالاحیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ هـ. ق.

۴۲. ویتگشتاین، لودویک، کتاب آبی، انتشارات هرمس، ۱۳۸۵.

۴۳. یزدی، سید محمد کاظم بن عبدالعظیم طباطبائی، العروه الوثقی (المحشی)، جلد پنجم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۹ هـ. ق.

۴۴. یول، جورج، نگاهی به زبان، انتشارات سمت، ۱۳۸۵.

45. Chitty, On Contract, Sweet & Maxwell, Volume 1, 2004.