

The Scope of Waiving the Principle of Necessity to Remove Ambiguity from Contractual Terms

Hamed Salehi Ali Abadi • Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Law, Central
Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran. h.salehy@gmail.com

Abstract

1. Introduction

The balance of economic interests in contractual agreements is a pivotal concern across legal systems worldwide. In Islamic jurisprudence, particularly within the context of exchange conditions in sale contracts, the no-harm principle [Nafy-e Gharar] stands out as a crucial rule to maintain this balance. Despite the absence of an explicit reference in Iran's Civil Law, certain provisions reflect the principle's influence on transactional and contractual terms. This paper embarks on a comprehensive exploration of the "principle of necessity to remove ambiguity" in contractual terms, a topic that, despite previous scholarly attention, lacks a systematic and in-depth examination. The prevalent ambiguity in applying the No-harm principle across various contractual realms has led to divergent interpretations and a need for clearer guidelines. Our investigation delves into the role of ambiguity in contractual terms under Islamic jurisprudence and Iranian law, aiming to unravel the legal implications of No-harm and propose refinements to existing legislative frameworks.

2. Research Question

The core inquiry of this article revolves around the legal ramifications of ambiguity in contractual terms within the realms of Islamic jurisprudence and Iranian civil law. Specifically, it seeks to understand how such ambiguity influences the creation of risk in transactions and the extent to which the "principle of necessity to remove ambiguity" is applied in



mitigating these effects. This question is pivotal for clarifying the legal status of ambiguous conditions and their potential to nullify contracts deemed risk.

3. Research Hypothesis

The hypothesis posits that a comprehensive application of the "principle of necessity to remove ambiguity" significantly mitigates the risk of risk in contracts by clarifying conditions that could otherwise lead to economic imbalance between parties. This clarification process is essential for ensuring the validity and enforceability of contracts, particularly in the dynamic context of modern economic and commercial transactions where speed and efficiency often prioritize over detailed negotiations of contract conditions.

4. Methodology & Framework, if Applicable

This study adopts an analytical and doctrinal methodology, grounding its analysis in the primary sources of Imamia jurisprudence and the provisions of Iranian civil law. By scrutinizing the nature of risk and its implications on contractual terms, the research systematically explores the potential for ambiguity to create risk. It further examines the scope of risk creation within contractual terms, considering their secondary and dependent nature in contractual agreements. The analysis is structured around a critical examination of Iranian Civil Law Articles 232 and 233, which deal with unknown conditions within contracts. Through this lens, the study aims to elucidate how the unknown nature of a condition impacts the contract's overall unknown nature, thereby affecting its validity. The doctrinal framework provides a solid foundation for proposing legislative amendments to better address and reduce the ambiguities related to contractual terms, thereby minimizing the risk of nullity in uncertain contractions.

By investigating these dimensions, the article contributes to understanding of the legal challenges posed by ambiguous contract conditions. It seeks to offer a nuanced analysis that bridges the gap between traditional jurisprudential approaches and the practical needs of modern contractual practices, emphasizing the importance of clarity and precision in contract formation to prevent economic disparities and ensure contractual fairness. Through this exploration, the study underscores the critical role of the "Principle of Necessity to Eliminate Ambiguity" in safeguarding the integrity of contractual agreements and

promoting a more stable and predictable legal environment for economic actors.

5. Results & Discussion

The exploration of transactional ambiguities within the framework of Islamic jurisprudence and Iranian civil law has yielded significant insights into the mechanisms through which risk (or uncertainty) is generated in contracts. A nuanced understanding of risk emerges, positioning it not as a strictly legal or religious concept but as one deeply rooted in customary practices. This customary basis underscores the importance of contextual interpretation, where not all forms of ignorance are deemed risky, but rather, significant potential harm as recognized by custom is essential for deeming an ambiguity as contributing to uncertainty.

A critical distinction is drawn between different types of conditions within a contract, highlighting the unique treatment of the "condition of quality" [Shart-e Sefat] which is inherently tied to the contract's subject matter, as opposed to other conditions that, while independent, serve a subordinate and ancillary role. This delineation is crucial for understanding the application of the Eqtifar Principle in Islamic jurisprudence and Iranian law, which permits overlooking certain ambiguities in contract conditions based on their nature and the economic insignificance attributed to them by the contracting parties.

The research meticulously details the conditions under which ambiguities in contract conditions may or may not lead to uncertainty. It is articulated that the potential for risk arises primarily from absolute ignorance in conditions that disrupt their execution, posing a dispute risk. However, the application of the Eqtifar Principle mitigates this risk, provided specific criteria are met, emphasizing the condition's ancillary nature and its alignment with the contract's main subject. This principle's application is contingent upon clear contractual content and the economic significance of the condition, which, if unclear, may elevate the condition to a status equivalent to the contract's subject, thereby increasing the risk of uncertainty.

6. Conclusion

The research culminates in understanding of the relationship between transactional ambiguities and the creation of uncertainty in contracts. It delineates the customary foundation of risk, emphasizing the need for a

significant potential for harm to constitute a risk. The analysis distinguishes between conditions directly related to the contract's subject and those ancillary to it, revealing the nuanced application of the Eqtefar Principle in forgiving ambiguities in contract conditions based on their subordinate nature and economic insignificance.

A pivotal finding of this study is the conditional nature of ambiguity's impact on uncertainty, predicated on the execution feasibility of the condition and the clarity of the contractual content regarding the condition's economic significance. The research underscores that only under specific circumstances does ambiguity in conditions not affect the contract's legal status, thereby preventing risk. Conversely, when conditions are fundamental to the contract's subject or when ambiguity renders the contract's subject unknown, the risk of uncertainty is significantly heightened, potentially leading to contract nullification.

This exploration offers valuable legal insights and practical implications for drafting contracts within Islamic jurisprudence and Iranian law contexts. It highlights the importance of clarity in contract conditions and the careful consideration of conditions' roles and significances to mitigate the risk of uncertainty. The findings provide a foundation for future legal research and practice, emphasizing the need for precision and awareness of customary interpretations in contract formation and execution.

Keywords: Risk [Gharar], Principle of Necessity to Eliminate Ambiguity, Eqtefar Principle, Contractual Terms.

دامنه چشم‌پوشی از اصل لزوم رفع ابهام در شروط ضمن عقد

حامد صالحی علی‌آبادی • استادیار، گروه حقوق، دانشکده حقوق، واحد تهران مرکز، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.
h.salehyy@gmail.com

چکیده

امروزه مشخص شدن همه ابعاد معامله در لحظه انعقاد - از جمله شروط ضمن عقد - با برداشته‌های سنتی از فقه امامیه و قوانین موضوعه، امری دشوار و در مواردی ممتنع شده است. از سویی، واکاوی در منابع فقهی در باب قاعده غرر یا اصل لزوم رفع ابهام از معامله، و مجموع مقررات موضوعه نشان می‌دهد هر جهلی در معامله که در آن احتمال ضرر می‌رود مؤثر در بطلان قرارداد نیست؛ چرا که در فقه، «غرر» به معنای خطر بوده و خطر نیز عبارت از احتمال ضرری است که عرف از آن اجتناب می‌کند؛ بنابراین اگر عرف به جهت قابل اغماض بودن ابهام در یکی از ابعاد معامله، از آن روی گردان نبوده و آن را خطرناک نداند، چنین جهلی غیر مؤثر در ایجاد غرر محسوب می‌شود. در تحقیق پیش روی، با مراجعه به منابع اصیل فقه امامیه و حقوق مدنی ایران، و با اتخاذ روش تحلیلی، نسبت به «تبیین آثار ابهام در شروط ضمن عقد، با توجه به ماهیت فرعی و تابع‌گونه آن در عقد» نشان داده شده است که «ریسک ناشی از آن عمدتاً از منظر عرف قابل اغماض بوده و معامله را مشتمل بر خطر نمی‌سازد.» مع الوصف، جهل به شرط در صورتی که امکان سرایت به موضوع عقد را داشته و در اصل معامله تولید ریسک قابل توجه نماید، موجب ایجاد غرر و مآلاً بطلان آن خواهد شد. در این راستا، مکانیسم چگونگی سرایت مجهولیت شرط به مجهولیت عقد نیز مورد تحلیل قرار گرفت و در نهایت پیشنهاداتی برای اصلاح مادتين ۲۳۲ و ۲۳۳ قانون مدنی ایران، که به مقوله شروط مجهول در ضمن عقد پرداخته است، ارائه گردید.

واژگان کلیدی: غرر، اصل لزوم رفع ابهام، قاعده اغتفار، شرط ضمن عقد.



مقدمه

به منظور صیانت از تعادل اقتصادی میان طرفین قراردادهای معاوضی و مغایبی، یکی از قواعدی که در فقه ذیل شرایط عوضین در عقود معاوضی به خصوص عقد بیع مورد بحث قرار گرفته است و به محل اجرا گذاشته می‌شود، قاعده نفی غرر است. در قانون مدنی به صراحت به این قاعده اشاره‌ای نشده، اما برخی از مواد آن مانند بند ۳ از ماده ۱۹۰ و ماده ۲۱۶ در خصوص موضوع معاملات و بند ۲ از ماده ۲۳۳ در خصوص شروط ضمن عقد بر اساس چگونگی و کیفیت اجرای این قاعده در شئون مختلف قراردادی تنظیم شده است.

حقوق‌دانان نیز حسب مورد و بیشتر در مبحث شرایط اساسی، صحت معاملات این قاعده را مورد توجه و بررسی قرار داده‌اند و در آثار ایشان از این قاعده بعضاً با عنوان «اصل لزوم رفع ابهام» در معاملات یاد شده است (وحدتی شبیری، ۱۳۷۹، ص. ۴۸). در عین حال، مقالاتی چند نیز در این خصوص نگارش شده (قنواتی و همکاران، ۱۳۹۶، صص. ۶۲-۷۶؛ موسوی بجنوردی، ۱۳۸۷، صص. ۱۲۵-۱۶۱) که هرچند در ایضاح مطلب تا حدی برای مخاطبان مفید فایده بوده، اما تاکنون مبانی و عناصر سازنده غرر، به صورت نظام‌مند و منقح، تبیین نشده و با نظامی واحد و هماهنگ به تطبیق غرر بر مصادیقش در شئون مختلف قراردادی پرداخته نشده است. از این رو قلمرو تأثیر غرر در موضوع معاملات، شروط ضمن عقد و توابع معاملی، بعضاً در هاله‌ای از ابهام و مشتمل بر اختلاف نظر در میان فقها و حقوق‌دانان قرار دارد. عدم تنقیح لازم در ضابطه ارائه‌شده برای ایجاد غرر در معاملات و همچنین، انحراف از ضابطه در تطبیق غرر با مصادیق، خود موجب شده است تا حدود و ثغور ریسک منتج به غرر در حقوق قراردادهای و شئون گوناگون آن از جمله شروط ضمن عقد مشتمل بر تشتت و نوعی سردرگمی شود.

مباحث ارائه‌شده از سوی فقها و حقوق‌دانان در باب غرر عمدتاً ناظر به موضوع معاملات بوده و پرداخت مختصری که بعضی از فقیهان در باب شرایط ناظر بر صحت شروط ضمن عقد که از جمله آن مجهول نبودن شرط است، ضمن اینکه فتح بابی برای ورود به بحث و بررسی مقوله «تأثیر غرر به حوزه شروط ضمن عقد» شمرده می‌شود، کفایت امر را نمی‌کند؛ زیرا از لحاظ نبود شفافیت در ماهیت غرر و مصادیق امروزی آن از سویی و همچنین، ابعاد و زوایای ماهوی شروط ضمن عقد و جایگاه آن در عقود و قراردادهای دیگر سو، مقوله یادشده را همچنان در میان آرای فقها و حقوق‌دانان با ابهامات بیشتری روبه‌رو کرده است. گفتنی است سکوت قانون‌گذار در قانون

مدنی نسبت به وضعیت شرط مجهول به‌خصوص در فرضی که ابهام آن به عقد سرایت نمی‌کند، در تشدید این اختلاف‌نظرها مؤثر بوده است. ایراد دیگری نیز که در این بین متصور است، عدم شفاف‌سازی قانون‌گذار در چگونگی و سازوکار سرایت جهل شرط به عقد است که نیاز به تبیین دارد و در میان آثار فقهی و حقوقی به‌درستی کمتر بدان پرداخته شده است.

بنابراین، لزوم شفاف‌سازی قلمرو غرر در انواع شروط ضمن عقد و تعیین تکلیف وضعیت حقوقی ابهامات ناظر بر آن، ضروری و اجتناب‌ناپذیر شمرده می‌شود؛ زیرا امروزه به‌ندرت اتفاق می‌افتد که افراد در قراردادهای حوزه‌های اقتصادی و تجاری به ذکر جزئیات ساحت‌های مختلف قراردادی از جمله شروط ضمن عقد بپردازند. این مهم از آن‌روست که سرعت در قراردادهای مزبور مقتضی حذف این قسم از چانه‌زنی‌ها در مرحله انعقاد قرارداد به‌خصوص در بخش‌های کم‌اهمیت قراردادها از منظر متعاقدان است. از سویی، در هر صنف از معاملات، عرف و عادات خاصی وجود دارد که جایگزین توافق طرفین و تقایص قراردادی می‌شود. در این راستا، شروط ضمن عقد نیز معمولاً به‌خاطر فرعی انگاشته شدن آن از منظر متعاقدان، به‌روشنی مورد احصا قرار نگرفته و مشتمل بر سطحی از ابهام است. ابهامات ناظر بر شروط ضمن عقد به شرحی که مورد اشاره قرار گرفت، قراردادهای مربوط و شروط در ضمن خود را در شائبه غرری بودن و به‌طبع، بطلان فرو برده و موجب دغدغه فعالان اقتصادی شده است.

به‌منظور حل این معضل، واکاوی ماهوی غرر و تطبیق مفهوم بازشناسی‌شده مزبور بر شئون مختلف قراردادی در دستور کار قرار گرفت و ارائه مباحث تفصیلی ناظر بر مفهوم غرر، مبانی و عناصر سازنده آن به مقاله علمی با موضوع «واکاوی غرر مؤثر در فقه امامیه و حقوق ایران و مقایسه آن با حقوق مصر» به قلم نویسنده همین مقاله و همکاران (صالحی علی‌آبادی و همکاران، ۱۴۰۲، صص. ۱۴۵-۱۸۳) سپرده شد و بررسی حوزه قلمرو غرر در شروط ضمن عقد و در واقع، دایره چشم‌پوشی از اصل لزوم رفع ابهام در شروط مزبور، موضوع مقاله حاضر قرار گرفت.

در این مقاله با واکاوی در منابع فقه اسلامی و حقوق موضوعه به دنبال پاسخ به این پرسش هستیم که ابهام در انواع شروط ضمن عقد چه آثار وضعی در فقه و حقوق موضوعه در پی دارد و چگونه و با چه دامنه‌ای در ایجاد غرر در معامله مؤثر است؟ برای این منظور، به‌ناچار در بخش نخست مقاله پرداخت مختصری از ماهیت غرر و آثار آن در معاملات صورت گرفت و سپس

تأثیرات ابهام در انواع شروط ضمن عقد در وهله نخست از حیث امکان یا عدم امکان ایجاد غرر و در وهله دوم از حیث دامنه امکان ایجاد غرر مورد بررسی و تجزیه و تحلیل فقهی و حقوقی قرار گرفت و در نهایت، روشن کرد که اجرای اصل لزوم رفع ابهام در شروط ضمن عقد تا کجا به پیش می‌رود.

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

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

۱.۱. مفهوم و ماهیت غرر

غرر واژه‌ای است عربی و برابر بررسی صورت‌گرفته، لغت‌شناسان عمدتاً این واژه را در معنای خطر تعبیر کرده‌اند (صفی‌پوری شیرازی، ۱۳۹۳، ص. ۹؛ فراهیدی، ۱۴۱۰، ج ۴، ص. ۳۶۴؛ زبیدی، ۱۴۱۴، ج ۳، ص. ۴۴۳؛ مقرئ فیومی، ۱۴۰۵، ص. ۴۴۵؛ جوهری، ۱۹۹۰، معین، ۱۳۸۷، ج ۲، ص. ۲۴۰۰) که به چندین معنا آمده است از جمله احتمال ضرر، نزدیک به هلاکت و «اقدام بر عملی که ایمن از ضرر نیست» (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۳، ص. ۲۰۴) یا «آنچه مایه تلف شدن کسی یا چیزی باشد» (عمید، ۱۳۸۷، ص. ۵۳۷) و اگر این واژه بر چیزی که مورد تعهد است، اما معلوم‌الوجود یا معلوم‌الحصول یا معلوم‌الوصف نیست یا بر چیزی که ظاهری زیبا و فریب‌کارانه و باطنی مجهول دارد، اطلاق می‌شود به دلیل خطری بودن و ریسک‌پذیر بودن آن است.

غرر در اصطلاح فقهی حقوقی از معنای لغوی خود دور نیفتاده و از آرای فقها و حقوق‌دانان و با استمداد از معنای لغوی غرر چنین استفاده می‌شود که غرر همان خطر ناشی از ابهام در معامله است و عقد غرری به عقدی گفته می‌شود که ابهام موجود در ارکان قراردادی آن موجب شود یکی از عوضین در معرض خطر مالی قرار گیرد و آن خطر بر صاحب آن عوض در موقع انعقاد قرارداد تحمیل شود؛ البته این خطر می‌تواند ناشی از ابهام در زوایای مختلف معامله اعم از تردید در اصل وجود مورد معامله یا ناشی از تردید در قدرت تسلیم یا تسلیم مورد معامله یا ناشی از جهل به صفات یا ناشی از شک و تردید نسبت به حصول مورد معامله باشد (صالحی علی‌آبادی و همکاران، ۱۴۰۲، صص. ۱۵۲-۱۵۳؛ مراغه‌ای، ۱۴۱۷، ج ۲، ص. ۲۶۸؛ نراقی، ۱۴۱۶، ص.

۹۳؛ خویی، ۱۴۱۲ق، ج ۵، صص. ۲۲۶ و ۲۲۸؛ وحدتی شبیری، ۱۳۷۹، ص. ۶۰؛ رفیعی، ۱۳۷۸، ص. ۲۸).

همان‌طور که از تعریف غرر چه از منظر لغت و چه از دیدگاه فقها و حقوق‌دانان برمی‌آید، جهالت به تنهایی مبنای مناسبی برای تحقق غرر نیست، بلکه ماهیت آن با ابهام متضمن خطر جدی مالی و اقتصادی که به تعبیر برخی فقها (مراغه‌ای، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۳۱۶؛ نراقی، ۱۴۱۷ق، ص. ۹۱) عبارت باشد از احتمال ضرر غیرقابل تسامح از منظر عرف که معمولاً منجر به اختلاف و نزاع می‌شود، قوام می‌یابد.

۲.۱. ضابطه شناسایی ابهامات معاملی مؤثر در ایجاد غرر

ابهام در معامله باید کثیر باشد و قابل چشم‌پوشی نباشد تا منجر به غرر شود (حسینی عاملی، ۱۴۱۸ق، ج ۸، ص. ۴۹۴؛ محمدی، ۱۳۸۲، ص. ۷۱؛ مراغه‌ای، ۱۴۱۷ق، ص. ۳۱۶؛ نراقی، ۱۴۱۷ق، ص. ۹۴؛ ضریر، ۱۹۹۳م، صص. ۳۹ به بعد؛ سنهوری، ۱۹۹۷م، ج ۳، ص. ۴۵). به دیگر سخن، احتمال ضرر ناشی از جهل و تردید در معامله باید آن‌چنان قابل توجه باشد که موجب اتصاف و غلبه آن ابهام بر معامله شود و عرف با ملاحظه آن ابهام، معامله را خطرناک و لازم‌الاحتراز تلقی کند. برخی از نویسندگان (صمدانی، ۱۳۹۹، ص. ۶۱) نیز در توضیح غرر کثیر یا به تعبیر ما ابهام کثیر، آن را ابهامی در معامله شمرده‌اند که معمولاً باعث تنش و درگیری میان طرفین عقد در مرحله اجرای آن می‌شود و برای شناسایی این شاخص در معامله معمولاً مثال فروش پرنده‌ای در هوا زده می‌شود که عادتاً بازگشت و به طبع قابلیت تسلیم و تسلیم آن مشخص نباشد.

متقابلاً احتمال ضرر ناشی از جهل در معامله گاهی آن‌چنان ناچیز و به اصطلاح یسیر است که اساساً مورد توجه و اعتنای طرفین و عرف جامعه قرار نمی‌گیرد و از این حیث معامله متصف به آن شمرده نمی‌شود. چنین ابهامی از نوع غیرمؤثر در ایجاد غرر و بطلان عقد شمرده می‌شود. برای مثال، در عقد اجاره‌ای که به مدت یک ماه قمری و به مال‌الاجاره مشخص منعقد می‌شود، اما معلوم نباشد ماه ۲۹ روزه یا ۳۰ روزه است، این میزان از ابهام را هیچ‌کس مؤثر در ایجاد غرر تلقی نمی‌کند (طالب احمدی، ۱۳۸۰، صص. ۴۳-۵۵).

۳.۱. ضمانت اجرای غرر در مستندات روایی

حدیث شریف نبوی که با مضمون «ان رسول الله نهی عن بیع الغرر» از طریق امام رضا (علیه السلام) نقل شده است (تمیمی مغربی، ۱۳۸۳ق، ص. ۲۱؛ عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۷، ص. ۴۴۷؛ ابن بابویه، ۱۴۳۱ق، ج ۲، ص. ۵۰)، مهم‌ترین روایتی است که در کتاب‌های فقهی و روایی شیعه بدان استناد شده است و همان‌طور که برخی (روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۱۶، ص. ۴۱۲) هم تصریح کرده‌اند، در حدیث مزبور نهی از انعقاد بیع غرری، به‌خاطر وجود غرر است و گرنه عقد بیع به‌خودی‌خود در این باره خصوصیتی ندارد. پس هنگامی که علت بطلان غرر باشد، لازمه آن این است که دیگر عقود مشابه بیع که مبتلا به این وصف باشند نیز محکوم به بطلان شوند. بر اساس حدیث مزبور، معامله غرری مورد نهی و ممنوع اعلام شده است و البته فقهای همه مذاهب اسلامی نیز آن حدیث را معتبر دانسته‌اند (ضریر، ۱۹۹۰م، ص. ۵۸-۵۹) و به‌تبع آن، در قوانین مدنی کشورهای اسلامی از جمله ایران و مصر (برای مثال، بند ۳ از ماده ۱۹۰ و ماده ۲۱۶ از قانون مدنی ایران و مواد ۴۲۳ و ۴۲۴ از قانون مدنی مصر)، موادی مرتبط با آن درج شده است.

از منظر اصولیون در صورتی‌که نهی وارده در میان نصوص، بر اعتبار موضوعی در زمره شرایط متعاقدان یا عوضین دلالت کند مانند نهی از معامله سفیه یا مجنون که بر اعتبار عقل و بلوغ در متعاملان دلالت دارد یا نهی از معامله غرری در حدیث شریف نبوی که فهم عرفی از آن حدیث، بر اعتبار اشتراط قدرت بر تسلیم یا علم به اوصاف کمی یا کیفی مورد معامله حکایت دارد، در این‌گونه موارد بدون شک نهی بر فساد معامله دلالت می‌کند (مظفر، ۱۴۰۵م، ج ۱، ص. ۳۰۶؛ وحدتی شبیری، ۱۳۷۹، ص. ۶۹).

در همین راستا، نهی وارد شده در خصوص معاملات غرری از نظر فقها به‌نحو اجماع بیان‌کننده فساد در معامله است (انصاری، ۱۴۲۷ق، ص. ۱۸۵؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۲، ص. ۳۸۷؛ نراقی، ۱۴۱۷، ص. ۲۸؛ مراغه‌ای، ۱۴۱۷ق، ص. ۲۶۷؛ نایینی، ۱۳۷۳ق، ج ۱، ص. ۳۷۹)؛ زیرا این نهی ناظر به عدم رعایت یکی از شرایط اساسی صحت عقد در نظر شارع است.

۴.۱. امکان جریان نهی از غرر در غیر از عوضین

در تبیین ماهیت غرر که در روایت شریف نبوی موضوع نهی قرار گرفت، موضوع آن نهی منصرف به ریسک ناشی از وجود ابهام در عوضین معامله دانسته شد. حال با این توصیف، در معاملات

معاوضی فارغ از عوضین، امور دیگری مطرح است که اعتبار لزوم شفاف‌سازی و رفع ابهام نسبت به آن محل بحث قرار می‌گیرد. توابع شروط ضمن عقد و خیار شرط در زمره این امور قرار می‌گیرند. بعضی به استناد اینکه این امور خارج از عوضین هستند، امکان جریان غرر در این امور را منتفی دانسته‌اند (ایروانی غروی، ۱۳۷۹ق، ج ۲، ص. ۲۱)، اما با الغای خصوصیت از حکم نهی از غرر در عوضین در عقد بیع می‌توان آن را نسبت به امور بیع و دیگر عقود مغایر نیز مدعی شد و مفاد و حکم حدیث را نسبت به آن جاری کرد؛ البته به شرط اینکه صدق غرر با آن معنا و مفهومی که از آن ارائه شد، در نتیجه ابهام در آن امور احراز شود؛ ضمن اینکه ابهام در امور بیع گاه خود بیع و عوضین را نیز می‌تواند دچار جهل و بعضاً ریسک‌های معتابه کند. همچنان‌که وقتی مدت زمان خیار در بیع نامعلوم باشد، می‌دانیم وجود این خیار به منزله تزلزل در انتقال مالکیت مبیع برای مدت نامشخصی است و از این رو این جهل به خصوص در شرایط ناپایدار اقتصادی به مبیع سرایت می‌کند و آن را گاه دچار ابهام مشتمل بر ریسک معتابه می‌سازد (انصاری، ۱۴۲۷ق، ج ۵، صص. ۱۱۳-۱۱۵)؛ زیرا مردم خانه‌ای مشخص با حق‌الخیار نامشخص یا مردد بین یک روز و یک سال را به خصوص در شرایط ناپایدار اقتصادی هرگز به قیمتی نمی‌خرند که همان خانه را بدون حق فسخ می‌خرند و افزایش مدت زمان خیار در قیمت مبیع تأثیر منفی بیشتری می‌گذارد.

۲. قلمرو غرر در شروط ضمن عقد

در بررسی مقوله قلمرو غرر در شروط ضمن عقد نیز باید نخست ماهیت شرط ضمن عقد را در فضای فقه و حقوق موضوعه تبیین کرد. آنگاه چگونگی تأثیر انواع ابهامات را در ایجاد غرر نسبت به ماهیتی که آن را بازشناسی خواهیم کرد، در فروض مختلف و با توجه به ضابطه و ملاک ارائه شده در بخش نخست این مقاله، تحلیل می‌کنیم.

۱.۲. ماهیت شرط ضمن عقد در فقه و حقوق موضوعه

شرط در لغت به معنای مطلق الزام و التزام است؛ هرچند که اهل لغت آن را بعضاً منصرف به الزام و التزامی گرفته‌اند که در ضمن عقود درج شده باشد (ابن منظور، ۱۴۰۵ق، ج ۷، ص. ۳۲۹)، اما در

۱. «الشرط الزام‌الشیء والتزامه فی نحوالبیع و غیره».

فقه و حقوق و هم‌راستا با معنای لغوی یادشده، مراد از شرط ضمن عقد^۱ این است که موضوعی حقوقی اعم از التزام به انجام کاری (شرط فعل)، وجود صفتی (شرط صفت) در موضوع اصلی عقد یا حصول ماهیتی حقوقی (شرط نتیجه) حسب اراده متعاملان به صورت فرعی و تبعی در ضمن آن عقد مرتبط شود؛ به گونه‌ای که وجود اصلی از آن عقد و تحقق آن شرط وابسته به وجود و تحقق موضوع اصلی مورد اشاره باشد، اما عکس آن صادق نباشد (انصاری، ۱۴۲۷ق، ج ۵، ص. ۲۱؛ بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص. ۲۵۳؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۶۹، ج ۱، ص. ۷۱)^۲. بنابراین، ارتباط شرط و عقد مانند رابطه اصل و فرع است. این ارتباط ممکن است به خاطر طبیعت خاص شرط باشد که وجود و تحقق آن به طور مستقل و جدا از عقد متصور نیست. پس به ناچار باید در زمره توابع عقد قرار گیرد مانند صفتی که در خصوص موضوع معامله شرط شود (شرط صفت). برای مثال، در بیع خودرو شرط شود ساخت کارخانه معینی باشد یا زمانی که موعد اجرای تعهد اصلی را با فاصله از عقد معین می‌کند (شرط اجل). همچنین، ممکن است شرط فاقد وابستگی ذاتی به عقد و موضوع آن باشد، اما ارتباط شرط و عقد منتسب به اراده طرفین باشد. در این فرض، شرط موضوعی است مستقل از موضوع اصلی قرارداد که در مقام جعل و انشا به هم مرتبط شده‌اند؛ به گونه‌ای که شرط در تابعیت موضوع اصلی قرارداد قرار گرفته است (خویی، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص. ۶۶؛ کاتوزیان، ۱۳۹۸، ج ۳، ص. ۱۱۴) مانند اشتراط نتیجه عقد وکالت در ضمن عقد نکاح. در این مثال و موارد مشابه، همان‌طور که ملاحظه می‌شود، شرط به تنهایی می‌تواند به صورت عقد مستقلی درآید، اما اراده متعاملان به جهتی از جهات مانند کسب لزوم از عقد اصلی و... در این مسیر قرار گرفته است که نتیجه عقدی مستقل به عنوان تعهدی فرعی در ضمن عقد دیگری گنجانیده شود.

نکته بسیار مهم در شفاف‌سازی ماهیت شرط ضمن عقد، تبیین جایگاه آن در عقد است. به رغم

۱. شروط ضمن عقد با ماهیتی که ذیل این بند مورد تبیین قرار خواهد گرفت، به سه دسته تقسیم می‌شوند. الف. شرطی که قبل از عقد واقع شده باشد و از باب به اصطلاح تبانی وارد قرارداد شود. ب. شرطی که بعد از عقد واقع شده باشد و از طریق به اصطلاح الحاق وارد قرارداد شود. ج. شرطی که حین عقد و موقع انشا در ضمن قرارداد قرار می‌گیرند.

۲. «أن الشروط الواقعة في ضمن العقود الصحيحة اللازمة من توابع تلك العقود و مرتبطة بها» (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص. ۲۵۳).

آنچه بعضی از فقها (طباطبایی حائری، بی‌تا، ج ۱، ص. ۵۳۶؛ نراقی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۱۳۹)^۱ بدان معتقدند مبنی بر اینکه شرط جزئی از یکی از عوضین در قرارداد شمرده می‌شود، شرط ضمن عقد نوعی از توابع معاملی است که با اراده صریح یا ضمنی طرفین وارد معامله می‌شود و عمدتاً انگیزه متعاملان را برای ورود به معامله زیاد می‌کند، اما در برابر موضوع معامله قرار نمی‌گیرد (وحید خراسانی، ۱۴۳۸ق، ج ۴، ص. ۳۶۰ و مامقانی، ۱۳۴۴ق، ص. ۲۳۳)؛ زیرا مدلول عقد چیزی جز وقوع معاوضه بین عوضین نیست. از این رو شرط در حکم عوضین یا جزئی از آن‌ها نخواهد بود؛ چنان‌که به لحاظ فقهی و حقوقی در صورت فقد شرط، مشروط له مخیر در فسخ یا امضای عقد می‌شود در حالی‌که با اعتقاد به اینکه شرط جزئی از عوضین است، مشروط له در صورت امضای عقد باید قادر به اخذ ارش یعنی همان مابه‌التفاوت عوض با شرط و عوض بدون شرط باشد (انصاری، ۱۴۲۷، ج ۶، ص ۹۳)^۲.

دیدگاه اخیر فقهی در حقوق موضوعه نیز مورد تبعیت حقوق‌دانان (شهیدی، ۱۳۹۸، ص. ۲۵) و قانون‌گذار قرار گرفته است. قانون‌گذار به‌استناد مواد ۲۳۹ و ۲۴۰ قانون مدنی، ضمانت اجرای تخلف از شرط را تنها در مختار کردن مشروط له بین فسخ یا امضای قرارداد پیش‌بینی کرده است. این در حالی است که اگر شرط در حکم یکی از عوضین باشد، مشروط له در صورت تعذر وفای به شرط به لحاظ اینکه جزئی از عوض را از دست داده است، باید مخیر در فسخ معامله یا امضای آن با اخذ ارش شود. همچنین، قانون‌گذار برای ضمانت اجرای تخلف از اجرای تعهدات اصلی در قرارداد، امکان امتناع طرف مقابل از اجرای تعهد متقابل خویش یا همان اعمال حق حبس را پیش‌بینی کرده است^۳. در خصوص شرط نیز در صورتی‌که در زمره التزامات اصلی عقد تلقی شود، باید تخلف از آن چنین ضمانت اجرایی را در پی داشته باشد. این در حالی است که حقوق‌دانان معتقدند در صورت تخلف از شرط، مشروط له تنها می‌تواند اجبار مشروط علیه را از دادگاه

۱. «إنما الشرط محسوب من الثمن و قد حصل باعتباره نقص في القيمة» (طباطبایی حائری، بی‌تا، ج ۱، ص. ۵۳۶).

۲. «مدلول العقد هو وقوع المعاوضة بين الثمن والمثمن، غاية الامر كون الشرط قيداً لاحدهما يكون له دخل في زيادة العوض و نقصانه والشرع لم يحكم على هذا العقد الا بمضائه على النحو الواقع عليه، فلا يقابل الشرط بجزء من العوضين و لذا لم يكن في فسخه الا الخيار بين الفسخ و الامضاء مجاناً، كما عرفت» (انصاری، ۱۴۲۷ق، ج ۶، ص. ۹۳).

۳. «هریک از بایع و مشتری حق دارد که از تسلیم مبیع یا ثمن خودداری کند تا طرف دیگر حاضر به تسلیم شود ...» (ماده ۳۷۷ قانون مدنی).

بخواهد و نمی‌تواند مقابله به مثل کند و از اجرای تعهد اصلی مربوط به خود در قرارداد استنکاف ورزد (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ج ۳، ص. ۱۲۹).

۲.۲. قاعده اغتفار و شروط ضمن عقد

قاعده اغتفار با مضمون «یغتفر فی التوابع ما لا یغتفر فی غیرها»^۱، از قواعد مسلم و البته اصطیادی در فقه اسلامی است که مورد استناد فقیهان شیعه و سنی قرار گرفته است (عراقی، ۱۴۱۴ق، ج ۵، ص. ۲۷۰؛ زحیلی، ۱۴۲۷ق، ج ۱، ص. ۴۴۷). قاعده اغتفار بیان‌کننده این حقیقت است که بعضی از شرایطی که در متبوع یا اصل یا همان موضوع در قراردادها غیرقابل گذشت و تسامح است، در توابع قابل چشم‌پوشی و گذشت است. از این قاعده چنین نتیجه‌گیری می‌شود که بعضی از شرایط اساسی صحت قراردادها نسبت به موضوع عقود مثل لزوم معلوم بودن، قابل تسامح و چشم‌پوشی نسبت به توابع آن است (کاشف‌الغطا، ۱۴۲۲ق، ص. ۱۰۵).

تابع نیز در قاعده اغتفار به چیزی اطلاق می‌شود که می‌تواند وجود مستقلاً داشته باشد، اما به‌عنوان دنباله و تابع شیء دیگری در عقد مورد اراده اشخاص قرار گرفته است مانند شرط فعل و شرط نتیجه که از انواع شرط ضمن عقد است و درعین‌حال که قابلیت انشای مستقل را دارد، با اراده و نظر متعاقدان در تابعیت موضوع عقد دیگری قرار می‌گیرد.

گفتنی است که همان‌طور که اشاره شد، دامنه قاعده اغتفار تمام شروط صحت معاملات را دربرنمی‌گیرد؛ زیرا رعایت بعضی از شروط صحت معاملات مانند قصد و رضا و اهلیت در مورد شروط ضمن عقد غیرقابل چشم‌پوشی است. از آنجاکه این شروط ناظر بر متعاقدان است، میان عقد و شرط مشترک است و فقدان این شرط در مورد شرط عیناً به منزله فقدان آن در خصوص اصل عقد است و از این رو بطلان قرارداد را به دنبال دارد. بنابراین، قاعده اغتفار این دسته از شروط را دربرنمی‌گیرد.

حکم مندرج در این قاعده یعنی نادیده گرفتن بعضی از شرایط صحت معاملات برای توابع از جمله شروط ضمن عقد، افزون بر مستندات نقلی مثبت آن، منطقاً با توجه به ماهیت توابع معاملی و فرعی بودن آن در نظر متعاقدان شکل گرفته است. در این راستا و در خصوص مبانی این قاعده

۱. در کلام فقیهان از قاعده اغتفار با تعابیر دیگری مانند «یغتفر فی التوابع ما لا یغتفر فی غیرها» و... نیز یاد شده است (مراغه‌ای، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۲۴۴).

و برای اثبات آن، افزون‌بر سیره عقلا، به روایتی از نبی اکرم (صلی‌الله علیه و آله) با عبارت «من باع نخلاً قد ابرت فثمره للبایع، الا ان یشرط المبتاع.» که در کتاب‌های فقهی شیعه و سنی نقل شده، اشاره شده است (کاشف‌الغطا، بی‌تا، ج ۴، ص. ۱۷۹؛ قاضی نعمان مغربی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص. ۲۷؛ بخاری، ۱۴۰۱ق، ج ۵، ص. ۴۹). از این روایت چنین فهمیده می‌شود که ثمره‌ای که به بدو صلاح نرسیده باشد، بیع آن به همراه درخت (اصل) مجاز است. ابن قدامه، فقیه اهل سنت در همین راستا چنین می‌نویسد که هرگاه ثمره با اصل آن فروخته شود، از آنجاکه ثمره به صورت تبعی در بیع وارد شده است، احتمال غرر در آن وجود ندارد؛ زیرا غرر در تابع جایز است؛ هرچند که در متبوع جایز نیست مانند بیع شیر در پستان همراه با گوسفند و حمل حیوان همراه مادرش... که جهل به آن‌ها ضرری نمی‌رساند، اما فروش آن‌ها به‌تنهایی جایز نیست (ابن قدامه مقدسی، ۱۳۸۸، ص. ۱۵۰).

سیره عقلای عالم نیز بر این ترتیب شکل گرفته است که در روابط قراردادی خود، در رعایت ضوابط نسبت به توابع معاملی با توجه به جنبه فرعی و تبعی‌شان از منظر متعاملان انعطاف بیشتری به خرج داده و آنچه از شرایط را که برای موضوع عقد ضروری تلقی کرده‌اند، برای توابع چشم‌پوشی می‌کنند (کاشف‌الغطا، بی‌تا، ج ۴، ص. ۲۸؛ مراغه‌ای، ۱۴۱۷، ج ۲، ص. ۲۴۴). از سویی شارع مقدس که خود رئیس عقلا شمرده می‌شود، نه تنها به این ترتیب ردع و منعی وارد نکرده، بلکه به سبب نصوص وارده از جمله روایت اخیر آن را تأیید کرده است. بنابراین، در تحلیل صحیح و عمیق از چگونگی تأثیر ابهامات بر شروط ضمن عقد از حیث مؤثر واقع شدن آن‌ها در ایجاد غرر باید مفاد این قاعده نیز مطمح نظر قرار گیرد.

۳.۲. بررسی تأثیر ابهامات ناظر بر شروط ضمن عقد

قانون مدنی در مبحث اقسام شروط (مواد ۲۳۲ و ۲۳۳)، آن را به شرط صحیح و غیر صحیح تقسیم کرده است و شروط غیر صحیح را نیز دوباره به شروط باطل و شروط باطل و مبطل عقد

۱. «شروط مفصله ذیل باطل است، ولی مفسد عقد نیست: ۱. شرطی که انجام آن غیر مقدور باشد. ۲. شرطی که در آن نفع و فایده نباشد. ۳. شرطی که نامشروع باشد».

۲. «شروط مفصله ذیل باطل و موجب بطلان عقد است: ۱. شرط خلاف مقتضای عقد؛ ۲. شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود».

تقسیم‌بندی می‌کند. در این راستا، بند ۲ از ماده ۲۳۳ قانون مدنی مقرر می‌دارد در صورتی که جهل به شرط به خود عقد تسری یابد و مورد معامله را نیز مجهول سازد، چنین شرطی باطل و در عین حال، مبطل عقد شمرده می‌شود؛ البته روشن است که در جایی که موضوع اصلی عقد دچار جهالت خطرناک و لازم‌الاجتناب شود، از لحاظ حدوث غرر در معامله، جایی برای تردید در بطلان آن باقی نماند، اما قانون مزبور در خصوص وضعیت شرط مجهولی که جهالت آن به عقد سرایت نکند، ساکت است.

پرسش‌هایی که در اینجا مطرح می‌شود، این است که اولاً، املاي شرط مجهول ولو اینکه جهل به آن به عقد تسری نیابد، چه وضعیتی به لحاظ فقهی و حقوقی دارد؟ ثانیاً جهل نسبی یا جهل مطلق در تأثیر نسبت به وضعیت شرط مجهول به لحاظ فقهی و حقوقی تفاوتی دارد یا خیر؟ ثالثاً، چگونه و با چه سازوکاری از منظر فقه و حقوق موضوعه جهل شرط و ریسک ناشی از آن به عقد سرایت می‌کند؟

۱.۳.۲. بررسی فقهی و حقوقی شرط مجهول

در خصوص اظهارنظر درباره ابهام در شروط ضمن عقد نخست باید قائل به تفکیک شد و وضعیت چنین ابهامی را در شروطی که ضمن عقود مغابنی و شروطی که ضمن عقود مسامحی توسط متعاقدان درج می‌شود، از لحاظ تفاوت در شرایط حول موضوع به‌طور جداگانه مورد توجه و بررسی قرار داد، اما پیش از آن لازم است از باب مقدمه به تعریفی از عقود مغابنی و مسامحی و مبنای تقسیم‌بندی عقود به دو دسته یادشده در فقه و حقوق قراردادهای پرداخت. در عقود مغابنه مانند عقد بیع، هدف طرفین عقد به دست آوردن سود اقتصادی و منافع مادی است و از این‌رو طرفین تمام سعی خویش را به کار می‌گیرند تا مالی را که در نتیجه عقد به دست می‌آورند، از لحاظ ارزش اقتصادی، بیشتر یا معادل مالی باشد که بر اثر عقد از دست می‌دهند، اما در عقود مسامحی هدف اصلی از انعقاد آن‌ها، احسان به دیگران و نوع‌دوستی است. لازم به بیان است که در عقود مسامحی لازم نیست حتماً بخشش مال صورت بگیرد. قرض نوعی عقد مسامحی است ولی در سررسید، معادل مال تملیک‌شده بازپرداخت می‌شود (محقق داماد، ۱۳۸۸، ج ۱، ص. ۱۸۲).

الف. شرط مجهول ضمن عقود مسامحی و تبرعی

همان‌طور که اشاره شد، عقود مسامحی و تبرعی بر مبنای تسامح و تساهل پایه‌ریزی شده است و

انگیزه‌های اقتصادی و سودجویانه در آن متصور نیست. از این رو وجود ابهام در این دسته از عقود و موضوع آن عمدتاً منجر به ایجاد خطر مالی در معامله و غرر نمی‌شود (محقق داماد، ۱۳۸۹، ج ۲، ص ۴۳۷). حال با لحاظ این مهم که ابهام در موضوع اصلی در این دسته از عقود بدون وجود غرر و امکان صدمه به صحت آن وجود داشته باشد، پس به طریق اولی می‌توان اظهار کرد که ابهام در شروط ضمن آن عقود نیز با عنایت به جنبه فرعی و تبعی آن، خللی به شرط و عقد وارد نمی‌سازد. در مورد اصل عقد نیز اعم از اینکه جهل شرط به عقد سرایت کند یا نکند، باید قائل به صحت شد؛ زیرا وقتی موضوع عقد می‌تواند راساً مجهول باشد، پس این امکان نیز وجود دارد که در فرضی که موضوع عقد در نتیجه جهل به شرط دچار ابهام شده باشد، به صحت عقد آسیبی وارد نشود. برای مثال، اگر کسی یک گونی گندم را به دیگری هبه کند بدون اینکه آن را وزن کند، عقد صحیح است؛ زیرا علم اجمالی نسبت به موضوع عقد هبه برای دفع غرر نسبت به آن کفایت امر را می‌کند. حال اگر گونی گندم قبل یا هم‌زمان با انعقاد هبه وزن شده باشد و ضمن عقد شرط شود که متبیه مقداری از آن را به شخص ثالث بدهد، این شرط مجهول منجر به جهل در موضوع عقد هبه خواهد شد. با این وصف، مطابق با استدلال‌هایی که از نظر گذشت، غرر در این فرض نیز منتفی و شرط و عقد صحیح شمرده می‌شود. به نظر می‌رسد این نگاه مورد توجه و تأیید گروه بسیاری از فقیهان و حقوق‌دانان در باب تعیین تکلیف وضعیت شروط ضمن عقود مسامحی و تبرعی قرار گرفته است (نایینی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۱۲۰؛ بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۳، ص ۲۷۹؛ کاتوزیان، ناصر، ۱۳۹۸، ج ۳، ص ۱۸۹؛ شهیدی، ۱۳۹۸، ص ۱۲۱).

گفتنی است که اگر شرط مجهول مشتمل بر جهل مطلق باشد یا اینکه جهل به آن موضوع، عقد مسامحی را دچار جهل مطلق کند، بی‌شک موجب ایجاد غرر در خود در فرض نخست و در شرط و عقد به صورت توأمان در فرض دوم می‌شود (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱، ج ۲، ص ۱۱۶؛ بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۳، ص ۲۷۹).

ب. شرط مجهول در عقود مغابنی

در خصوص وضعیت حقوقی شرط مجهول در عقود مغابنی فقیهان سه نوع رویکرد ابراز کرده‌اند.

اول. بطلان شرط

برخی از فقها (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۳، ص ۲۷۹) در خصوص شرط مجهول در ضمن عقود

مغایبی معتقدند که همچنان که قرارداد مجهول غرری و باطل است، شرط مجهول را نیز باید غرری و باطل دانست، اما چنانچه جهل شرط به عقد و عوضین آن تسری نیابد، عقد همچنان صحیح تلقی می‌شود. در غیر این صورت شرط و عقد هر دو باطل می‌شوند.

ایشان در تبیین مبنای نگاه خود چنین استدلال کرده است.

اولاً، در حدیث نبوی بنا بر نقلی^۱ که به صورت مطلق با مضمون «نهی النبى (صلى الله عليه) عن الغرر» آمده است، هرگونه توافقی را که دربردارنده غرر باشد، باطل اعلام کرده است؛ خواه غرر در خصوص مورد معامله یا شرط ضمن آن باشد. بنابراین، بر فرض عدم سرایت ابهام و غرر به اصل معامله، صرف تحقق غرر در خود شرط برای بطلان آن کافی است.^۲

ثانیاً، نسبت به این ادعا که «شرط مجهول موضوعی فرعی و تبعی است و جهل از موضوعات فرعی به موضوعات اصلی عقد سرایت نمی‌کند؛ زیرا عقد و شرط دارای ارزش برابر در عقد و نظر متعاقدان نیستند»، هیچ دلیل عقلی و نقلی وجود ندارد و ممکن است جهل به برخی از توابع و شروط، منجر به جهل عوضین و موضوعات اصلی عقد شود. برای مثال، اگر ضمن عقد، شرط اجل برای پرداخت ثمن مقرر شود، اما مدت آن معین نشود، مجهول بودن شرط به عوضین تسری می‌یابد و موجب بطلان عقد خواهد بود؛ زیرا به لحاظ عرفی، مدت جزئی از ثمن و مؤثر در ارزش آن است (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص. ۲۷۹).

یکی از فقهای این گروه ضمن احراز تمایز عرفی بین شرط و موضوع عقد، شرط را هرگز جزو مورد معامله به شمار نمی‌آورد و از این رو بطلان شرط در نتیجه جهل به آن را موجب بطلان عقد

۱. چنین متنی در هیچ‌یکی از کتاب‌های معتبر حدیث شیعه وارد نشده است و تنها سه نفر از فقها یعنی علامه حلی، شیخ طوسی و ابن زهره در آثار خود چنین متنی را از باب نقل به مضمون آورده‌اند (برای مطالعه بیشتر در این باره ر. ک به: علیدوست، ۱۳۹۸، ص. ۱۱۷).

۲. استدلال‌های شیخ انصاری و میرزای نایینی در امکان حدوث غرر در شرط در نتیجه جهل و ابهام، قابل توجه است؛ هرچند ایشان به خلاف نظر فقهای دسته دوم معتقدند که این جهل و غرر در شرط لزوماً به عقد سرایت می‌کند و آن را باطل می‌سازد. در این راستا، شیخ انصاری در کتاب مکاسب می‌نویسد «بل لو فرضنا عدم سראیه الغرر فی البیع کفی لزومه فی اصل الشرط بناءً علی ان المنفی مطلق الغرر حتی فی غیر البیع؛ و لذا یستندون الیه فی ابواب المعاملات حتی الوکالة، فبطلان الشرط المجهول لیس لابطال البیع المشروط به؛ و لذا قد یجزم ببطلان هذا الشرط مع الاستشکال فی بطلان البیع...» (انصاری، ۱۴۲۷ق، ج ۶، ص. ۵۲). همچنین در منیه الطالب می‌خوانیم «و بالجملة فقد ظهر ان المتجه هو القول بالبطلان لصيرورته ضمیمه لاحد العوضین کالواصف فجھالته توجب جھالتهما لا محالة» (نایینی، ۱۳۷۳ق، ج ۲، ص. ۱۲۰).

تلقی نمی‌کند (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص. ۲۹۷).

عده‌ای از حقوق‌دانان (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ج ۳، ص. ۱۶۶) نیز طرفدار نظریه این دسته از فقیهان هستند. اینان شرایط مندرج در ماده ۱۹۰ قانون مدنی را ناظر به همه تعهدات اصلی و فرعی عقد دانسته و در این راستا، هیچ استثنایی برای شروط ضمن عقد قائل نشده‌اند.

دوم. بطلان شرط و عقد توأمان

گروه دیگری از فقیهان و حقوق‌دانان (انصاری، ۱۴۲۷ق، ج ۶، ص ۵۱؛ نایینی، ۱۳۷۳ق، ج ۲، ص. ۱۲۰؛ خویی، ۱۴۱۲ق، ج ۷، ص. ۳۴۹؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹، ص. ۲۰۶؛ محقق داماد، ۱۳۹۳، ص. ۷۱)، ابهام در شرط ضمن عقد را موجب بطلان شرط و عقد توأمان تلقی کرده‌اند. به نظر ایشان، با عنایت به اینکه مطابق تعبیر مشهور «للشرط قسط من الثمن»، مجموع شرط و ثمن یا مجموع شرط و مبیع عوضین اصلی را در عقد بیع تشکیل می‌دهند، پس شرط مجهول همواره موجب تسری جهل در ساختار اصلی عقد می‌شود و به طبع ایجاد غرر در معامله می‌کند. در میان حقوق‌دانان شاخص، مدافع این نظریه مشاهده نشد.

سوم. عدم بطلان شرط

جمع دیگری از فقها و حقوق‌دانان (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۳، ص. ۲۰۳؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص. ۱۱۶؛ خراسانی، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص. ۲۴۳؛ روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۱۸، ص. ۳۶؛ امامی، ۱۳۷۱، ج ۱، ص. ۲۷۲؛ شهیدی، ۱۳۹۸، ص. ۹۳؛ صفایی، ۱۳۹۱، ص. ۱۹۱)^۱ معتقد هستند که شرط مجهول در صورتی که جهل به شرط مطلق نبوده و نسبی باشد و از این حیث در نهایت، امکان رفع آن وجود داشته باشد، صحیح است. بر این مبنا، فقها و حقوق‌دانان مزبور افزوده‌اند اجرای تعهدی که موضوع آن مجهول مطلق است؛ به گونه‌ای که نتوان از آن رفع ابهام کرد و به تعبیر برخی از ایشان، جهل موجود در شرط در نهایت، به علم باز نگردد، غیرقابل اجرا و غرری است و از این رو قطعاً باطل شمرده می‌شود.

در عین حال، برخی از ایشان معتقدند که جهل به شرط و ریسک ناشی از آن هیچ گاه امکان

۱. «از نظر صاحب جواهر اگر شرط مجهول موجب جهل به عوضین نشود، مشروط بر آنکه جهل نسبت به چنین شرطی، قابل برطرف شدن باشد، نافذ است» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۳، ص. ۲۰۳).

سرایت به اصل عقد و موضوع آن را نخواهد داشت (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص. ۱۱۶؛ خراسانی، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص. ۲۴۳)^۱ و در تعلیل نظریه خود چنین استناد کرده‌اند: اولاً، مجهول بودن شرط در چنین شرایطی در آینده نزاع ایجاد نمی‌کند؛ زیرا در متن عقد، معیاری به دست داده شده است که به تدریج و بدون آنکه اختلافی پیش آید، جهل را به علم تبدیل می‌کند. در روایات (عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۳، ص. ۲۱۲) نیز اجاره زمین زراعی به شرط پرداخت خراج آن از سوی مستأجر صحیح دانسته شده است؛ هرچند میزان مالیات مزبور در موقع عقد مشخص نباشد.

ثانیاً، حکم نهی در روایت شریف نبوی ناظر بر غرر را مربوط به بیع دانسته‌اند و البته با عنایت به اینکه خصوصیتی در بیع نیست، در تمام عقود مغایبی و عوضین آن قابل جریان می‌دانند، اما بر این، دلیلی برای تعمیم آن به تعهدات فرعی و شروط ضمن عقد وجود ندارد. از این رو شرط مجهول از دایره شمول روایت خارج است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص. ۱۱۶؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۳، ص. ۲۰۲).

ثالثاً، شرط موضوعی فرعی و تبعی است و خارج از جریان معاوضه در عقود معاوضی و مغایبی قرار دارد. از این رو هیچ‌گاه قابلیت سرایت به عقد و عوضین آن را ندارد (خراسانی، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص. ۲۴۲؛ عاملی، ۱۴۱۷ق، ج ۳، ص. ۲۱۶).

عمده فقیهان و حقوق‌دانانی که در این دسته جای گرفته‌اند، بر این باورند که جایی که شرط کاملاً مبهم و به دیگر سخن، جهل به شرط مطلق باشد و لو اینکه جهل به آن به عقد تسری نیابد، چنین شرطی باطل است، اما در صورت عدم تسری جهل شرط به عقد، اصل قرارداد صحیح است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۳، ص. ۲۰۲؛ صفایی، ۱۳۹۸، ص. ۲۰۵)^۲. به عقیده ایشان، بر اساس ادله لزوم رفع ابهام، جهل به توابع به تنهایی منجر به حدوث غرر در شرط و بطلان آن نمی‌شود، اما در صورت جهل مطلق یعنی جهالتی که هرگز به علم باز نمی‌گردد، شرط باطل است و بطلان آن به لحاظ عدم امکان اجرای آن و موجبات نزاع قراردادی در آینده است (شهیدی، ۱۳۹۸، ص. ۹۳). برای مثال، جایی که فروشنده بر خریدار در ضمن عقد شرط کند خریدار برای او کاری انجام

۱. «والحاصل أنَّ الشرط تابع غیر مقصود بالاصالة فالغرر والجهالة فيه لا يسرى الى اصل البيع» (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص. ۱۱۶).

۲. «اما اذا كان جهالة لا تتول الى العلم، اتجه البطلان لانه مثار النزاع...» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۳، ص. ۲۰۲).

دهد یا چیزی به او بدهد بدون آنکه ویژگی‌های آن را بیان کند. در این مثال به‌خاطر وجود جهل مطلق و غیرقابل رفعی که در این شرط وجود دارد، چنین شرطی را باید علی‌الاصول مشتمل بر غرر و در نتیجه، باطل دانست. متقابلاً در صورتی که جهل به شرط، نسبی و قابل رفع باشد مانند جایی که در ضمن معامله یک زمین، خریدار بر فروشنده که تاجر نیز هست، شرط کند که سود تجارت سال آینده او که هنگام فروش زمین و فی‌المجلس مشخص نیست، از آن خریدار باشد. با توجه به اینکه سود تجارت فروشنده در سال آینده در هر حال قابل تعیین است و امکان رفع ابهام از آن وجود دارد، در این صورت شرط صحیح است. واضح است در این مثال، مجهول بودن شرط در آینده نزاع ایجاد نمی‌کند؛ زیرا در متن شرط، معیاری به دست داده شده است که به تدریج بدون اینکه اختلافی پیش آید، جهل را تبدیل به علم می‌کند.

چهارم. نقد و بررسی دیدگاه‌های فقیهان

با تحلیل وضعیت فقهی شرط مجهول ضمن عقود مغبانی، موارد زیر قابل برداشت و استنباط است. اولاً، حدیث شریف نبوی با مضمون «نهی‌النبی (صلی‌الله علیه و آله) عن بیع الغرر» برای تعیین تکلیف وضعیت فقهی و حقوقی شرط مجهول حتماً قابل استناد است؛ زیرا همان‌طور که پیش‌تر در بخش نخست این مقاله خاطر نشان شد، با الغای خصوصیت از حکم نهی از غرر در عوضین در عقد بیع و دیگر عقود معاوضی می‌توان جریان آن را نسبت به امور عقود مزبور نیز مدعی شد و مفاد و حکم حدیث را نسبت به آن جاری کرد؛ البته به شرط اینکه صدق غرر در آن امور با آن معنا و مفهومی که از آن ارائه شد، قابل احراز باشد؛ ضمن اینکه ابهام در امور بیع گاه می‌تواند خود بیع و عوضین را نیز دچار جهل و بعضاً ریسک‌های معتدیه کند.

ثانیاً، در تحلیل امکان یا عدم امکان وقوع غرر در شروط ضمن عقد و تأثیر آن نسبت به شرط و عقد، استفاده و امعان نظر به مباحثی که در تبیین ماهیت شروط ضمن عقد و جایگاه آن در قراردادهای فقه اسلامی و حقوق موضوعه ارائه شد، ضروری شمرده می‌شود. در راستای همان مباحث مبنی بر عدم لحاظ و خارج بودن شرط ضمن عقد در جریان فرایند اقتصادی معاوضه از سویی و جنبه فرعی تبعی بودن آن از منظر متعاقدان از دیگر سو، موجب می‌شود چنین استنباط شود:

۱. در نتیجه ابهامات ناشی از علم اجمالی که در نهایت قابل رفع است، در شروط ضمن عقد

امکان ایجاد ریسک معتنابه عرفی که ضابطه معهود ما در ایجاد غرر است، عمدتاً وجود ندارد. به همین دلیل، بعضی از شرایط اساسی صحت معاملات مانند معلوم بودن در خصوص شروط ضمن عقد معتفر و قابل چشم‌پوشی است مگر اینکه شرط دچار جهل مطلق باشد و عدم امکان اجرای آن در نتیجه این ابهام حداکثری و احتمال نزاع و اختلاف ادامه آن، وقوع غرر در شرط و بطلان آن را تردیدناپذیر سازد.

۲. در صورت وجود ابهام مؤثر در ایجاد غرر در شرط و بطلان آن، این ابهام تا زمانی که به موضوع اصلی عقد سرایت نکند و آن را مجهول نسازد، تأثیری در وضعیت حقوقی عقد و به‌طور مشخص غرری شدن آن ندارد و درنهایت، می‌تواند برای طرف ذی‌نفع ایجاد حق فسخ کند؛ شرط در برابر عوض یا معوض قراردادی قرار نمی‌گیرد تا در نتیجه آن، عرف ابهام در آن را موجد احتمال ضرر معتنابه و حالت خطرناک در عقد به شمار آورد و قرارداد مشمول عنوان غرر شود.

پنجم. نقد و بررسی دیدگاه‌های حقوق‌دانان

در تحلیل حقوقی وضعیت شرط مجهول ضمن عقود مغابنی و نصوص قانونی موجود درباره آن باید گفت ادعای فراگیر بودن اصل لزوم رفع ابهام در همه تعهدات اصلی و تبعی عقود با استفاده از نصوصی مانند ماده ۱۹۰ قانون مدنی مخدوش است؛ زیرا شرایط صحت عقد یادشده در ماده ۱۹۰ قانون مدنی ناظر به تعهدات اصلی معاملات و شروط ضمن عقد از نظر عنوان و موضوع، خارج از شمول حکم ماده یادشده است. این برداشت از عبارت صدر این ماده که مقرر می‌دارد «برای صحت هر معامله شرایط ذیل اساسی است...» قابل استنباط است؛ زیرا اصطلاح «معامله» که به قرینه مقررات مواد ۱۹۱ به بعد قانون مدنی در معنی اخص خود به کار رفته، به معنی عقد به مفهوم همان توافق اصلی و اساسی متعاقدان است (شهیدی، ۱۳۹۸، ص. ۹۲). ازاین‌رو نمی‌توان شرایط اساسی صحت معامله را به شروط ضمن عقد تعمیم داد. بنابراین، برای مثال، در خصوص شرط معلوم بودن، مادامی‌که جهل شرط به عقد و موضوع آن سرایت نکند، نمی‌تواند تأثیری در وضعیت حقوقی شرط و عقد بگذارد. همچنین، اگر با توجه به ابهامات متصور در شرط بودن لزوم معلوم بودن برای شروط ضمن عقد دچار شک شویم، مقتضای اصل عملی استصحاب عدمی، عدم شرطیت معلوم بودن برای صحت شرط خواهد بود.

درعین حال، قانون‌گذار در مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ قانون مدنی در مقام بیان انواع شروط باطل است و در این مقام هیچ اشاره‌ای به شرط مجهول به عنوان یکی از اقسام شروط باطل نمی‌کند. از سویی به خصوص در بند دوم از ماده ۲۳۳ قانون اخیرالذکر، شرط مجهول را در صورتی باطل و البته مبطل عقد شمرده است که جهل آن به عوضین عقد تسری یابد. مفهوم مخالف این ماده به خوبی نشان می‌دهد که مصادیقی نیز متصور بوده که جهل به شرط، قابل تسری به عقد نبوده است و از منظر قانون‌گذار شرط مجهول در چنین فرضی اصولاً بدون اشکال است. همچنین، با استفاده از نصوص قانونی و مستظهر به استنتاجات فقهی، در حقوق موضوعه نیز شرط مجهول را البته به شرط آنکه جهل آن مطلق نباشد، باید صحیح تلقی کرد.

توجه به پیشینه تاریخی شروط ضمن عقد، تحلیل حقوقی یادشده نسبت به این موضوع را تقویت می‌کند؛ زیرا ظاهراً در گذشته، بسیاری از روابط حقوقی را که به علت عدم اجتماع دقیق شرایط مقرر قانونی نمی‌توانسته است در عالم اعتبار تحقق یابد، به صورت شرط مندرج در ضمن عقد با استفاده از رابطه وابستگی و تبعی نسبت به عقد که آثار حقوقی خاصی را از جمله اغتقار و نادیده گرفتن بعضی از شروط صحت اقتضا می‌کند، محقق می‌کردند (شهیدی، ۱۳۹۸، ص. ۱۹).

امروزه جامعه ما بعضاً با شروط ضمن عقد مجهول متعددی روبه‌روست که تعیین تکلیف امکان یا عدم امکان تأثیر غرر نسبت به آن‌ها سهم بسزایی در برون رفت از وضعیت حقوقی ابهام‌آلود این شروط ایفا خواهد کرد. مثال بسیار مهم در این خصوص انعقاد نکاح با لحاظ شرطی در ضمن آن مبنی بر تنصیف اموال زوج با توجه در صورت طلاق است که در شروط چایی مندرج در قباله‌های نکاح بعد از انقلاب اسلامی مشاهده می‌شود.

مفهوم این شرط در صورتی که به امضای زوجین برسد عبارت است از تعهد زوج به انتقال و تملیک مجانی و بلاعوض نصف اموالی که دوره زناشویی تحصیل کرده است به زوجه؛ البته در صورتی که شرایط دیگر پیش‌بینی شده از سوی طرفین محقق شود. در این مثال نیز شرط ضمن عقد مجهول است؛ زیرا دارایی مشمول تعهد مشروط علیه در حین وقوع عقد وجود خارجی ندارد و معلوم نیست که شوهر اولاً، در زمان طلاق مالی خواهد داشت یا نه و ثانیاً، میزان آن به شرط تحصیل دارایی، مشخص نیست. در این مثال نیز با عنایت به اینکه جهل به شرط مطلق نبوده و در متن شرط معیاری به دست داده شده که در زمان اجرا قابل تشخیص توسط دادگاه است، شرط را

باید با توجه به جنبه فرعی و تبعی آن نسبت به عقد نکاح صحیح تلقی کرد و ابهام موجود در آن را در شمول ابهامات غیرمؤثر در ایجاد غرر تلقی کرد (صفایی، ۱۳۹۷، ص. ۷۵).

۲.۳.۲. چگونگی امکان سرایت جهل شرط به عقد و بطلان آن

در حقوق موضوعه کشور در ماده ۲۳۳ قانون مدنی به صراحت شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود، باطل شناخته شده است، اما ماده قانونی مزبور هیچ‌گونه ضابطه مشخصی مبنی بر روشن کردن چگونگی امکان سرایت جهل شرط به عقد به دست نمی‌دهد. از سویی فقها دو رویکرد مختلف در خصوص چگونگی امکان سرایت جهل شرط و ریسک ناشی از آن به عقد اتخاذ کرده اند که بعد از بررسی و تجزیه و تحلیل نظریات ایشان و پاسخ به پرسش‌های اساسی مانند آیا جهالت شرط اساساً قابلیت سرایت به موضوع اصلی عقد را دارد و در چه مواردی و با چه سازوکاری مجهول بودن شرط واقعاً می‌تواند به عقد سرایت کند؛ به تعیین تکلیف موضوع اقدام می‌شود.

الف. سرایت همیشگی جهل شرط به عقد

برخی از فقها (نایینی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص. ۱۲۰؛ انصاری، ۱۴۲۷، ج ۶، صص. ۵۲-۵۳) معتقدند ابهام در شرط مجهول در هر حال به عقد سرایت می‌کند و موجب ابهام در اساس عقد می‌شود؛ زیرا با اشتراط چیزی در ضمن آن، چنان پیوندی میان آن دو برقرار می‌شود که شرط را هم مانند جزئی از معامله و ضمیمه آن قرار می‌دهد. در نتیجه، شرط را نمی‌توان یک التزام تبعی صرف به شمار آورد. از این‌روست که گفته‌اند «أَنَّ لَشَرْطٍ قِسْطاً لِلْثَمَنِ»؛ زیرا اگر شرط نبود، چه بسا خریدار حاضر به پرداخت چنین ثمنی نمی‌شد. بدین ترتیب آنجا که شرط باطل و غیرقابل اجراست، باید تمام عقد را باطل تلقی کرد.

در عین حال، برخی از ایشان (نایینی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص. ۱۲۰) مدعی هستند که حدیث نبوی بنا بر نقلی که غرر در آن به صورت مطلق آمده است، اساساً شامل شروط مجهول هم می‌شود و بنابراین، شرط مجهول باطل است و در ادامه می‌افزایند که جهل به شرط علی‌القاعده مبتنی بر

۱. در برابر شرط بخشی از ثمن قرار می‌گیرد.

۲. «إِلَى أَنْ أَطْلَقَ النَّبِيُّ يَقْتَضِي بَطْلَانَهُ بِنَفْسِهِ وَ لَا مُوجِبَ لَانِ يَدْعَى انْصِرَافَهُ إِلَى غَيْرِ الشَّرْطِ» (نایینی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص. ۱۲۰).

دلایل اخیر، موجب جهل به عوضین و منجر به بطلان معامله می‌شود. شیخ اعظم نیز از زبان علامه حلی در کتاب تذکره چنین نقل می‌فرماید که همان‌طور که جهل به عوضین مبطل عقد است، جهل به لواحق ایشان نیز مبطل است و اگر متعاقدان شرط مجهولی در عقد بگنجانند، مبطل عقد خواهد بود. آنگاه شیخ در تعلیل نظر ایشان می‌نویسد چون «شرط بخشی از یکی از عوضین شمرده می‌شود» و از سویی حدیث نبوی نیز مستقلاً شامل شرط نیز شده است، دلیلی برای خروج شروط از نفی غرر وجود ندارد (انصاری، ۱۴۲۷ق، ج ۶، صص. ۵۲-۵۳).

ب. اختیار تفصیل در مقوله سرایت جهل شرط به عقد

بیشتر فقهای شیعه (نایینی، ۱۳۷۳ق، ج ۲، ص ۱۴۵؛ نراقی، ۱۴۱۶ق، ص. ۱۵۴؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۳، ص. ۱۹۹)^۱ قائل به تفصیل هستند و معتقدند تنها در مواردی شرط مجهول، باطل و مبطل عقد است که مجهول بودن شرط به عقد و موضوع آن سرایت کند و از نظر عرف موضوع عقد را به‌گونه‌ای مبهم سازد که مشتمل بر عنوان غرر شود. ایشان نظریه خود را چنین مستدل کرده‌اند که شرط ضمن عقد عهد مستقلی است که در ضمن عقد اصلی درج می‌شود و درحقیقت، طرفین عقد با انعقاد آن دو عهد را بر عهده می‌گیرند که یکی جنبه اساسی و دیگری جنبه فرعی و تبعی در نظر متعاقدان دارد و فاسد شدن یکی مادامی‌که به دیگری سرایت نکند، موجب فساد و بی‌اثر شدن دیگری نمی‌شود.

برخی از نویسندگان فقهی و حقوقی (خویی، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص. ۱۶۱؛ صفایی، ۱۳۹۱، ج ۲، ص. ۱۹۱) در راستای نظریه ارائه‌شده از سوی فقیهان دسته دوم، برای سرایت جهل به عقد چنین مثال زده‌اند؛ خریداری در ضمن معامله شرط می‌کند ثمن معامله نصف دارایی مورث وی به هنگام مرگ باشد یا فروشنده خانه‌ای شرط می‌کند یکی از اتاق‌های آن به‌طور نامعین از مورد معامله استثنا شود یا به‌صورت شرط ضمن عقد منافع خانه را در مدت حیات خویش، از مورد معامله استثنا می‌کند. در این مثال‌ها و مانند آن، چون شرط ضمن عقد ناظر به اصل مورد معامله است، مجهول بودن آن به اصل عقد سرایت می‌کند و عقد را غرری می‌سازد.

۱. میرزا در اینجا همین نظر را مطرح کرده و تابع آن می‌شود: «... و من هذا القبيل الشرط المجهول لكن لا مطلقا بل اذا كان مرجعه الى اشتراط احداث وصف مجهول في احدالعوضين فانه يوجب الجهالة فيهما فيوجب البطلان لا محاله» (نایینی، ۱۳۷۳ق، ج ۲، ص. ۱۴۵).

از دیگر مثال‌های یادشده در آثار فقیهان برای سرایت جهل شرط به عقد می‌توان به اشتراط اجل مبهم برای تسلیم عوضین در جایی که عوضین مؤجل هستند یا مدت مبهم و نامعین برای خیار شرط جایی که معامله خیاری است، اشاره کرد (عاملی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص. ۳۰۳؛ انصاری، ۱۴۲۷ق، ج ۵، ص. ۱۱۴).

در تمام مثال‌های یادشده، شرط ضمن عقد از نوع شرط صفت است و جنبه استقلالی از موضوع عقد ندارد. ازاین‌رو هیچ‌یک از مثال‌های یادشده، مصداق سرایت جهل به شرط ضمن عقد در اصل عقد نیست؛ زیرا شروط یادشده، همان‌طور که اشاره رفت، مربوط به وصفی از اوصاف خود مورد معامله است و یکی از ویژگی‌های کمی و کیفی مورد معامله را مشخص می‌سازد. بنابراین، مجهول بودن آن‌ها عین مجهول بودن مورد معامله است نه اینکه جهل مزبور ناظر به امری جدا از موضوع اصلی عقد باشد و به آن سرایت کند. ازاین‌رو مثال‌های یادشده با نگرش دقیق علمی از محل بحث ما که عبارت است از سرایت جهالت شرط ضمن عقد به موضوع عقد، خارج است و درنهایت، با مسامحه یا دید عرفی باید سرایت جهل شرط به موضوع عقد را در آن بپذیریم؛ هرچند که با لحاظ دقت علمی، پذیرش مفهوم سرایت از جهل در خیار شرط به عقد قدری ملموس‌تر و قابل درک‌تر ارزیابی می‌شود.

ج. تحلیل و بررسی نظریات فقیهان

با توجه به نظریات صادره از هر دو گروه فقیهان در خصوص چگونگی امکان سرایت جهل شرط به عقد، کیفیت موضوع از حیث فقهی و حقوقی چنین ارزیابی می‌شود.

الف. همان‌طور که در تعریف شرط ضمن عقد اشاره شد، شرط موصوف در نظر طرفین قرارداد فرع بر موضوع قرارداد لحاظ می‌شود. ازاین‌رو خارج از مقوله معاوضه شمرده می‌شود و چنانچه در کلام فقیهان آمده است «للشرط قسطٌ من الثمن»، این کلام متضمن تحلیل عقلی است و دلیلش این است که شرط در ازدیاد یا تضعیف انگیزه متعاملان در ورود به قرارداد و به تبع آن، ازدیاد یا نقصان قیمت مؤثر است، اما این بدین معنا نیست که دو طرف در قصد انشای خود، مستقیماً بخشی از ثمن را در برابر شرط قرار داده باشند. نتیجه اینکه، مجهول بودن شرط هرچند بتواند شرط را باطل سازد، موجب مجهول شدن مورد معامله نخواهد شد. در این راستا برخی فقیهان (انصاری، ۱۴۲۷ق، ج ۶، ص. ۸۱) در تأیید این نگاه چنین استدلال

می‌کند که اولاً، دلیل مستقل و خارج از توافق و اراده طرفین بر تقسیط ثمن بر شرط نداریم. ثانیاً، مفاد عقد نیز چنین دلالتی ندارد؛ زیرا آنچه عرف از مفاد عقد معوض می‌فهمد، این است که عوضین در برابر هم قرار دارند و شرط ضمن عقد خارج از این معاوضه و تقابل قرار دارد. شرع (قانون) نیز اجرای مفاد عقد برحسب مدلول عرفی آن را لازم دانسته است و چیزی بر آن نمی‌افزاید. بنابراین، ثمن بر شرط تقسیط نمی‌شود و برای همین نتیجه گرفته می‌شود که در صورت تخلف از شرط، فقط حق فسخ برای مشروطه له ایجاد می‌شود و او نمی‌تواند بخشی از ثمن را در برابر شرط مطالبه کند.

نتیجه آنکه، ادعای گروه نخست از فقها مبنی بر اینکه جهل به شرط همواره منجر به سرایت به عقد و خطرناک شدن موقعیت معامله می‌شود و باید آن را موجب بطلان معامله از لحاظ غرر قلمداد کرد، مقرون به صواب نیست؛ زیرا شرط در نظر متعاملان موضوعی فرعی بوده و بابت آن مستقیماً مابه‌ازایی پرداخت نشده است که جهل به آن امکان خطرناک شدن معامله و به‌طبع، ایجاد غرر را فراهم کند.

به نظر می‌رسد نظریه این دسته از فقها مورد پذیرش قانون‌گذار کشور قرار نگرفته است؛ زیرا مفهوم مخالف بند ۲ از ماده ۲۳۳ قانون مدنی، این معنی را به ذهن متبادر می‌سازد که فرضی هم متصور بوده که بر اساس آن ممکن است جهالت شرط به عقد سرایت نکند.

ب. ادعای گروه دوم از فقها نیز که جهل به شرط را در مواردی قابل سرایت به عقد دانسته‌اند که در ضمن معامله شرط صفت درج شده و شرط مذکور دچار ابهام باشد، نیز محل خدشه است؛ زیرا در چنین فرضی، شرط موضوعی جدا از موضوع اصلی عقد نیست، بلکه به‌طور مستقیم ناظر به موضوع اصلی عقد و اوصاف آن است و از آن ماهیت مستقلی ندارد تا جهل بدان را موجب تسری به عقد و موضوع آن بدانیم. در واقع، در اینجا موضوع عقد از همان ابتدای انعقاد عقد دچار ابهام بوده و از این‌رو پذیرش سرایت جهل شرط به عقد مشکل و دست‌کم با قدری تسامح و تساهل امکان‌پذیر است. بر مبنای همین استدلال، تعدادی از فقها (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص. ۱۱۶؛ بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص. ۲۸۱)^۱ قائل شده‌اند که جهل به

۱. از تعابیر به کار گرفته‌شده توسط مرحوم بجنوردی در این مأخذ چنین استفاده می‌شود که سرایت جهل شرط به عقد جز در مواردی که شرط از نوع شرط صفت و ناظر به موضوع عقد باشد، ممکن نیست (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص. ۲۸۱).

شرط مجهول به خصوص اگر همچون شرط فعل و شرط نتیجه واجد جنبه استقلالی از موضوع عقد باشد، اساساً امکان سرایت به عقد را ندارد.

یکی از نویسندگان حقوقی (وحدتی شبیری، ۱۳۷۹، ص. ۱۷۵) برای رفع این اشکال چنین نظر داده که در جایی جمل به شرط به عقد ساری است که شرط اولاً، از نوع شرط نتیجه یا فعل و در نتیجه، مستقل از عقد باشد و ثانیاً، ارزش شرط نسبت به مجموع مورد معامله سنجیده شود و کاشف به عمل آید که ارزش اقتصادی شرط نزدیک به موضوع معامله، هم‌تراز یا بالاتر از آن است. برای مثال، اگر مورد معامله، خانه‌ای در قبال پنجاه میلیون تومان باشد و در ضمن آن بر خریدار شرط شود که خانه دیگری برای او مجاناً بسازد، در مثال‌هایی از این دست باید گفت چون ارزش مالی شرط مزبور نسبت به مورد معامله کاملاً قابل توجه است، از نظر عرفی ابهام در شرط به مورد معامله سرایت می‌کند و موضوع تعهد را مجهول می‌سازد.

در مثال‌هایی از این دست، مادامی که با استفاده از مصرحات قراردادی و قرائن حول آن احراز شود که شرط ضمن عقد ماهیت فرعی و تابع‌گونه خود را در نظر متعاقدان حفظ کرده و از این حیث اساس عوض قراردادی در برابر موضوع بوده و شرط در میزان آن تأثیر اساسی نداشته است، همچنان جهالت شرط ولو با وجود وزانت اقتصادی، قابل تسری به عقد نیست. حقیقت عقد در مثال‌هایی از این دست حاکی است که متعاقدان با نحوه تنظیم عقد و شرط و به دیگر سخن، متبوع و تابع و عدم لحاظ وزانت اقتصادی آن‌ها در این چنین قراردادی به‌خاطر هر دلیل یا ضرورتی، به‌نوعی از جنبه مغایرت عقد صرف‌نظر کرده‌اند و از این حیث قرارداد منعقدۀ دچار تحول به سمت مسامحی بودن می‌شود و در واقع، عمده عوض قراردادی مابه‌ازای موضوع اصلی عقد قرار گرفته است. بدیهی است در صورت عدم احراز جنبه فرعی و تبعیت شرط قراردادی نسبت به موضوع با استفاده از مفاد قرارداد و قرائن حول آن که از آن جمله می‌تواند همین سنگینی ارزش اقتصادی شرط نسبت به موضوع عقد باشد، شرط در حکم جزئی از موضوع اصلی تلقی می‌شود و حتماً جهالت آن منجر به جهالت موضوع عقد خواهد شد (علامه، ۱۳۷۵، ص. ۳۹).

نتیجه‌گیری

همان‌طور که در مقدمه اشاره شد، در این مقاله پاسخ به این پرسش مورد تعقیب بود که سازوکار تأثیر ابهامات معاملی در راستای ایجاد غرر چیست و سپس چگونگی تأثیرات ابهام در انواع

شروط ضمن عقد و در وهله نخست از حیث امکان یا عدم امکان ایجاد غرر و در وهله دوم از حیث دامنه امکان ایجاد غرر از حیث فقهی و حقوقی مورد بررسی و واکاوی قرار گرفت. نتایج حاصل از این تحقیق با محورهای مزبور بدین شرح است.

۱. غرر به مفهوم خطر یک تأسیس شرعی یا قانونی نیست، بلکه یک نهاد عرفی است که برای درک مفهوم و حدود آن باید به عرف مراجعه کرد. امروزه عرف هرگونه جهل را که توأم با قدری از احتمال ضرر باشد، در معاملات خطرناک و به طبع غرری به شمار نیاورده، بلکه جایی که ابهام در معامله توأم با احتمال ضرر معتنا به عرفی و اغماض‌ناپذیر باشد، باید مؤثر در ایجاد غرر به شمار آورد.

۲. در تحلیل تأثیر یا عدم تأثیر ابهامات معاملی در شروط ضمن عقد که ممکن است باعث غرر شود، توجه به ماهیت شروط ضمن عقد کارساز و تعیین‌کننده است. در میان شروط ضمن عقد جز شرط صفت که دقیقاً ناظر بر موضوع عقد است و از خود استقلالی ندارد، دیگر شروط ضمن عقد دارای استقلال از موضوع عقد و خارج از آن شمرده می‌شود و درعین حال، در ساختار عقود و قراردادها جنبه فرعی و تبعی نسبت به آن دارند.

۳. بر اساس قاعده اغتفار که دارای مبانی عقلی و نقلی در فقه و حقوق موضوعه است، بعضی از شرایط اساسی صحت معامله از جمله لزوم معلوم بودن در مورد شروط ضمن عقد مورد چشم‌پوشی و گذشت قرار می‌گیرد. این حکم دقیقاً نتیجه ماهیت شرط و جنبه تبعی و فرعی آن نسبت به عقد و خروج شرط از فرایند اقتصادی معاوضه در عقود معاوضی و مغایبی است؛ زیرا برای شرط ضمن عقد مابه‌ازایی در قرارداد به طور مستقیم دیده نمی‌شود و با عنایت به جنبه فرعی آن در نظر متعاقدان، در نتیجه جهل به شرط، امکان ایجاد خطر و غرر منتفی است و از این رو جهل به شروط نیز نمی‌تواند آسیبی به خود شرط و عقد بزند؛ البته این حکم مادامی پابرجاست که در متن شرط معیاری برای رفع جهل و اجرای آن وجود داشته باشد. در غیر این صورت وجود جهل مطلق در شرط اجرای آن مختل و محل نزاع بین متعاقدان قرار گرفته است که این خود زمینه حدوث غرر در خصوص شرط و بطلان آن را فراهم می‌آورد.

۴. قاعده اغتفار و چشم‌پوشی از اجرای اصل لزوم رفع ابهام در خصوص شروط ضمن عقد در صورتی انجام می‌پذیرد که دو محور زیر از مفاد قراردادی و قرائن حول آن محرز باشد.

الف. شرط واجد جنبه فرعی و تبعی در عقد باشد و اصالتاً مقصود متعاقدان نباشد.
 ب. تعلق اراده متعاقدان به شرط، (تابع) موضوع اصلی عقد باشد و اگر تحقق موضوع اصلی عقد منتفی شود، اراده و خواست تابع نیز منتفی شود. در صورتی که مفاد قراردادی نسبت به دو محور اخیر دچار اجمال باشد و صراحت کافی نداشته باشد، وزانت اقتصادی شرط نسبت به موضوع قرارداد، قرینه‌ای بر خروج شرط از حالت تبعی و قرار گرفتن آن در جزئی از موضوع قرارداد شمرده خواهد شد. بدیهی است در چنین وضعیتی جهالت شرط منجر به جهالت کل موضوع عقد می‌شود و به طبع، امکان ایجاد غرر در معامله پدید می‌آید.

۵. در صورت مجهول بودن شرط ضمن عقد، این مهم در صورتی که شرط موضوعی مستقل از موضوع عقد باشد، اصولاً هیچ تأثیری در وضعیت حقوقی اصل عقد نمی‌گذارد و در نهایت، ممکن است برای طرف ذی‌نفع حق فسخ پدید آید. تنها جهل در خصوص شروطی که ناظر به اوصاف موضوع عقد و معامله هستند، عیناً موجب مجهول شدن موضوع عقد می‌شود و با قدری تسامح، جهل شرط به عقد سرایت می‌کند. این جهالت مسری به عقد در صورت ایجاد خطر معتنا به، از منظر عرف، مؤثر در ایجاد غرر و بطلان عقد و شرط به تبعیت از عقد خواهد شد.

پیشنهادهای

با عنایت به نتایج به دست آمده، الحاق یک تبصره به ماده ۲۳۲ قانون مدنی و الحاق دو تبصره به ماده ۲۳۳ قانون مدنی به شرح زیر برای ایجاد شفافیت در فضای قانون‌گذاری و پایان دادن به تشتت‌ها در برداشت‌های حقوقی از موضوع پیشنهاد می‌شود.

۱. تبصره الحاقی مورد پیشنهاد به ماده ۲۳۲ قانون مدنی: «جهل به شرط در صورتی که نسبی بوده و معیاری در متن آن برای رفع جهل وجود داشته باشد، به صحت شرط لطمه‌ای وارد نمی‌سازد مگر اینکه شرط دچار جهل مطلق باشد و این سطح از ابهام، شرط را در مرحله اجرا دچار اختلال سازد. در این صورت شرط غرری و باطل شمرده می‌شود».

۲. تبصره شماره ۱ الحاقی مورد پیشنهاد به ماده ۲۳۳ قانون مدنی: «جهل در شرط ضمن عقد در صورتی که مستقل از موضوع عقد باشد، اصولاً قابل سرایت به عقد نیست، اما در صورتی که شرط از نوع صفت و بیان‌کننده اوصاف عقد و موضوع آن باشد، ابهام در چنین شرطی قابل

سرایت به عقد شمرده می‌شود و در صورت ایجاد خطر مالی معتنابه موجب بطلان در معامله می‌شود».

۳. تبصره شماره ۲ الحاقی مورد پیشنهاد به ماده ۲۳۳ قانون مدنی: «در خصوص شروط ضمن عقد که واجد جنبه استقلال از موضوع عقد هستند، عدم سرایت جهل شرط به عقد و موضوع آن مادامی محقق است که جنبه فرعی و تبعی آن به گونه‌ای که اصالتاً مقصود متعاقدان نباشد، از مفاد قرارداد و قرائن حول آن محرز باشد. در صورت اجمال مفاد قرارداد در احراز این ضابطه، وزانت اقتصادی موضوع شرط، قرینه‌ای بر خروج شرط از حالت تبعی و قرار گرفتن آن در زمره موضوع عقد تلقی می‌شود. در چنین حالتی، جهل به شرط منجر به جهالت موضوع عقد خواهد بود».

منابع

- ۱) ابن بابویه (صدوق)، محمد بن علی (۱۴۳۱ق). عیون اخبار الرضا (علیه السلام) (جلد ۲). چاپ ۳، قم: مکتبه الحیدریه.
- ۲) ابن عابدین، محمد امین بن عمر (۱۴۲۴ق). ردالمحتار علی الدر المختار (شرح ابن عابدین) (جلد ۷). بیروت: دارالکتب العلمیه.
- ۳) ابن قدامه مقدسی، عبدالله بن احمد (۱۳۸۸ق). المغنی فی شرح المختصر الخرقی (جلد ۶). قاهره: مکتبه القاهره.
- ۴) ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۰۵ق). لسان العرب (جلد ۷). چاپ ۱، قم: نشر ادب الحوزه.
- ۵) ابوجیب، سعدی (۱۴۰۲ق). القاموس الفقهی. دمشق: دارالفکر.
- ۶) امامی، سید حسن (۱۳۷۱). حقوق مدنی (جلد ۱). چاپ ۹، تهران: اسلامیه.
- ۷) انصاری، مرتضی (۱۴۲۷ق). مکاسب (جلدهای ۴، ۵ و ۶). چاپ ۷، قم: مجمع الفکر الاسلامی (کنگره).
- ۸) ایروانی غروی، میرزا علی (۱۳۷۹ق). حاشیه مکاسب (جلد ۲). چاپ ۲، تهران: رشدیه.
- ۹) یجنوردی، سید حسن (۱۴۱۹ق). القواعد الفقهی (جلد ۳). چاپ ۱، قم: الهادی.
- ۱۰) بحرانی، یوسف بن احمد (۱۴۰۵ق). الحدائق الناظره (جلدهای ۱۸ و ۲۷). چاپ ۱، قم: دفتر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ۱۱) بخاری، محمد بن اسماعیل (۱۴۰۱ق). صحیح بخاری (جلد ۵). بیروت: دارالفکر للطباعه والنشر والتوزیع.
- ۱۲) تمیمی مغربی، ابوحنیفه نعمان بن محمد (۱۳۸۳ق). دعائم الاسلام (جلد ۲). قاهره: دارالمعارف.
- ۱۳) جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۶۹). دوره حقوق مدنی؛ حقوق تعهدات (جلد ۱). تهران: دانشگاه تهران.
- ۱۴) جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۹). مجموعه محشی قانون مدنی. چاپ ۱. تهران: گنج دانش.
- ۱۵) جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۵). ترمینولوژی در حقوق. چاپ ۱۶. تهران: گنج دانش.
- ۱۶) جلیلی، مهدی (زمستان ۱۳۹۷). تحلیل فقهی شرکت ابدان از منظر فقه مذاهب اسلامی. فصلنامه حقوق اسلامی، سال ۱۵، شماره ۵۹، صص. ۳۵-۵۶.
- ۱۷) جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۹۹۰م). صحاح اللغه (جلد ۲). بیروت: دارالعلم للملایین.
- ۱۸) حسینی عاملی، سید محمد جواد (۱۴۱۸ق). مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه (جلد ۸). بیروت: دارالتراث.
- ۱۹) حلی، حسن بن یوسف مظهر اسدی (۱۴۱۴ق). تذکره الفقها (جلد ۱). چاپ ۱، قم: مؤسسه آل البیت

- (علیه السلام).
- ۲۰) خراسانی، محمدکاظم (۱۴۰۶ق). حاشیه بر مکاسب (جلد ۱). چاپ ۱، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- ۲۱) خمینی، سیدروح‌الله (۱۴۲۱ق). کتاب‌البيع (جلدهای ۳ و ۵). تهران: مؤسسه نشر و تنظیم آثار امام خمینی (رحمت‌الله علیه).
- ۲۲) خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۲ق). مصباح‌الفقاهه (جلد ۷). بیروت: دارالهادی.
- ۲۳) خویی، سیدمحمدتقی (۱۴۱۵ق). الشروط او التزامات‌التبعیه فی العقود (جلد ۱). چاپ ۳، قم: مؤسسه المنار.
- ۲۴) دهخدا، علی‌اکبر (۱۳۷۰). فرهنگ فارسی دهخدا (جلد ۳۱). تهران: مؤسسه دهخدا.
- ۲۵) رفیعی، محمد تقی (۱۳۷۸). مطالعه تطبیقی غرر در معامله، مرکز مطالعات و تحقیقات اسلامی، چاپ اول، قم.
- ۲۶) روحانی، سیدصادق (۱۴۱۲ق). فقه‌الصادق (جلد ۱۶). چاپ ۱، دارالکتاب-مدرسه امام‌صادق (علیه السلام).
- ۲۷) زبیدی، سیدمحمدمرتضی (۱۴۱۴ق). تاج‌العروس من جواهرالقاموس (جلد ۳). بیروت: دارالفکر للطباعة والنشر والتوزيع.
- ۲۸) زحیلی، محمدمصطفی (۱۴۲۷ق). القواعد‌الفقهیه و تطبیقاتها فی المذاهب‌الاربعة (جلد ۱). چاپ ۱، دمشق: دارالفکر.
- ۲۹) سنه‌وری، عبدالرزاق احمد (۱۹۹۷م). مصادرالحق فی فقه‌الاسلامی (جلد ۳). بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- ۳۰) شرتونی، سعید (بی‌تا). اقرب‌الموارد فی فصح‌العربیة والشوارد. قم: مؤسسه النصر.
- ۳۱) شهیدی، مهدی (۱۳۹۸). شروط ضمن عقد. چاپ ۷، تهران: مجد.
- ۳۲) صالحی علی‌آبادی، حامد، شمشیری، علیرضا و کریمی، عباس (تیر ۱۴۰۲). واکاوی غرر مؤثر در فقه امامیه و حقوق ایران و مقایسه آن با حقوق مصر. فصلنامه حقوق اسلامی، شماره ۷۷، صص. ۱۴۵-۱۸۳.
- ۳۳) صفایی، سیدحسین (۱۳۹۱). قواعد عمومی قراردادها (جلد ۲). چاپ ۳۱، تهران: میزان.
- ۳۴) صفایی، سیدحسین و امامی، اسدالله (۱۳۹۷). حقوق خانواده. چاپ ۵۰، تهران: میزان.
- ۳۵) صفی‌پوری شیرازی، عبدالرحیم‌بن عبدالکریم (۱۳۹۳). منتهی‌الارب فی لغة العرب (محمدحسن فوادیان و علیرضا حاجیان‌نژاد، تصحیح و تعلیق). تهران: دانشگاه تهران.

- ۳۶) صمدانی، مولانا اعجاز احمد (۱۳۹۹). بانکداری اسلامی و غرر. تهران: احسان.
- ۳۷) ضریر، صدیق محمدامین (۱۹۹۰م). الغرر و اثره فی العقود فی الفقه الاسلامی. چاپ ۲، بیروت: دارالجلیل.
- ۳۸) ضریر، صدیق محمدامین (۱۹۹۳م). الغرر فی العقود و آثاره فی تطبیقات المعاصره. جده: المعهد الاسلامی للبحوث والتدریب.
- ۳۹) طالب احمدی، حبیب (۱۳۸۰). تأثیر غرر در معاملات. مجله علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز، دوره ۱۷، شماره ۱، صص. ۴۳-۵۵.
- ۴۰) طباطبایی حائری، سیدعلی (بی‌تا). ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل (جلد ۱). چاپ ۱، قم: مؤسسه آل‌البیت (علیه‌السلام).
- ۴۱) طباطبایی یزدی (۱۴۲۱ق). حاشیه المکاسب (جلد ۲). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- ۴۲) طوسی (شیخ الطایفه)، محمدبن حسن (۱۳۸۷ق). المبسوط (جلد ۲). چاپ ۲، مکتبه مرتضویه لاحیا آثار الجعفریه.
- ۴۳) عاملی (شهید اول)، محمدبن مکی (۱۳۱۴ق). القواعد والفوائد. قم: نشر جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ۴۴) عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۰ق). الروضة البهیة فی شرح المعه‌ة دمشقیة (جلدهای ۳ و ۴). چاپ ۱، قم: کتابفروشی داوری.
- ۴۵) عاملی، محمدبن حسن (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعه (جلدهای ۱۲ و ۱۳ و ۱۷). قم: مؤسسه آل‌البیت (علیه‌السلام).
- ۴۶) عراقی، آقاضیاء‌الدین (۱۴۱۴ق). شرح تبصره‌المتعلمین (جلد ۵). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ۴۷) علامه، سیدمهدی (۱۳۷۵). شروط باطل و تأثیر آن در عقود. چاپ ۱، اصفهان: مانی.
- ۴۸) علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۹۸). فقه و حقوق قرارداده‌ها (ادله عام‌روایی). چاپ ۵، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- ۴۹) عمید، حسن (۱۳۸۷). فرهنگ فارسی عمید. تهران: امیرکبیر.
- ۵۰) فخار طوسی، جواد (۱۳۸۴). در محضر شیخ انصاری (جلد ۲۳). چاپ ۱، قم: نسیم مهر.
- ۵۱) فراهیدی، خلیل‌بن‌احمد (۱۴۱۰ق). کتاب‌العین؛ منشورات‌الهجره (جلد ۴). چاپ ۲، قم: دارالهجره.
- ۵۲) قاضی نعمان مغربی، نعمان‌بن‌محمد (۱۳۸۵ق). دعائم‌الاسلام (جلد ۲). مؤسسه آل‌البیت (علیه‌السلام).
- ۵۳) قنواتی، جلیل؛ رجبی، عبدالله، (۱۳۹۶)، بررسی ضرورت رفع ابهام از قرارداد. دانش حقوق مدنی، سال ششم، شماره ۲، صص ۶۲-۷۶.
- ۵۴) کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۸). قواعد عمومی قرارداده‌ها (جلدهای ۲ و ۳). تهران: گنج دانش.
- ۵۵) کاشف‌الغطا، حسن‌بن‌جعفر (۱۴۲۲ق). انوارالفقاهه؛ کتاب‌البیع. قم: مؤسسه کاشف‌الغطا.

- ۵۶) کاشف الغطاء، حسن بن جعفر (بی تا). القواعد سته عشر (جلد ۴). قم: مؤسسه کاشف الغطاء.
- ۵۷) گل محمدی، علی اصغر و همکاران (بهار ۱۳۹۷). تحلیل قاعده اغتفار و نقش آن در شروط ضمن عقد. فصلنامه حقوق اسلامی، سال ۱۵، شماره ۵۶.
- ۵۸) مامقانی، عبدالله (۱۳۴۴ق). مناهج المتقین. نجف: مؤسسه آل البيت (علیه السلام) لاحیاء تراث.
- ۵۹) محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۸). حقوق قراردادها در فقه امامیه (جلد ۱). تهران: سمت.
- ۶۰) محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۹). حقوق قراردادها در فقه امامیه (جلد ۲). تهران: سمت.
- ۶۱) محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۹۳). قواعد فقه، بخش مدنی ۲. چاپ ۱۴، تهران: سمت.
- ۶۲) محمدی، ابوالحسن (۱۳۸۲). قواعد فقه. چاپ ۶، تهران: میزان.
- ۶۳) مراغی، سیدمیر عبدالفتاح (۱۴۱۷ق). العناوین الفقهیة (جلد ۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
- ۶۴) مظفر، محمدرضا (۱۴۰۵ق). اصول فقه (جلد ۱). قم: دانش اسلامی.
- ۶۵) معین، محمد (۱۳۸۷). فرهنگ فارسی. چاپ ۴، تهران: امیرکبیر.
- ۶۶) مقری فیومی، احمد بن محمد (۱۴۰۵ق). المصباح المنیر. چاپ ۱، قم: دارالهجره.
- ۶۷) موسوی بجنوردی، سید محمد (۱۳۸۷). ابهام و لزوم رفع آن از مورد معامله، فصلنامه فقه و مبانی حقوق، دوره ۴، شماره ۱۳، صص ۱۲۵-۱۶۱.
- ۶۸) نایینی، محمدحسین (۱۳۷۳ق). منیه الطالب فی شرح المکاسب (جلد ۱ و ۲). چاپ ۱، قم: مکتبه المحدثه.
- ۶۹) نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام (جلدهای ۲۲ و ۲۳). چاپ ۷، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- ۷۰) نراقی، ملا احمد (۱۴۱۷ق). عوائد الایام. چاپ ۱، قم: دفتر تبلیغات حوزه علمیه قم، چاپ اول.
- ۷۱) وحدتی شبیری، سیدحسن (۱۳۷۹). مجهول بودن مورد معامله. چاپ ۱، قم: مرکز مطالعات و تحقیقات اسلامی.
- ۷۲) وحید خراسانی، حسین (۱۴۳۸ق). بغیة الراغب فی مبانی المکاسب (جلد ۴). مدرسه امام باقرالعلوم (علیه السلام).

References

- 1) Abū Jīb, Sa'dī (1402 AH/1982). *Al-Qāmūs al-Fiqhī*. Damascus: Dār al-Fikr [in Arabic].
- 2) Alidoost, Abolghasem (1398 SH/2019). *Fiqh va Hoquq-e Gharardadha (Adle-ye Amm-e Rawayi) [Jurisprudence and Contract Law (General Documentary Evidence)]*. 5th ed., Tehran: Pazhooheshgah-e Farhang va Andisheh-e Islami [in Persian].
- 3) Allameh, Sayyid Mehdi (1375 SH/1996). *Shoroot-e Batel va Ta'sir-e An dar Aghood [Invalid Conditions and Their Impact on Contracts]*. 1st ed., Isfahan: Mani [in Persian].
- 4) Ameli (Shahid Awwal), Mohammad bin Makki (1314 AH/1896). *Al-Qawa'id wa al-Fawa'id*. Qom: Nashr Jamia'at Modarresin Hawzah Elmiyyah Qom [in Arabic].
- 5) Ameli (Shahid Thani), Zain al-Din bin Ali (1410 AH/1989). *Al-Rawdah al-Bahiyyah fi Sharh al-Lum'ah al-Dimashqiyyah (Volumes 3 and 4)*. 1st ed., Qom: Ketabforushi Davari [in Arabic].
- 6) Ameli, Mohammad bin Hassan (1409 AH/1988). *Wasa'il al-Shi'ah (Volumes 12, 13, and 17)*. Qom: Mo'asseseh Al al-Bayt (a.s.) [in Arabic].
- 7) Amid, Hassan (1387 SH/2008). *Farhang-e Farsi-e Amid [Amid's Persian Dictionary]*. Tehran: Amir Kabir [in Persian].
- 8) Anṣārī, Mortazā (1427 AH/2006). *Makāsib (Volumes 4, 5 and 6)*. 7th ed., Qom: Majma' al-Fikr al-Eslāmī (Kongere) [in Arabic].
- 9) Baḥrānī, Yūsuf bin Aḥmad (1405 AH/1984). *Al-Ḥadā'eq al-Nāẓera (Volumes 18 and 27)*. 1st ed., Qom: Daftar Eslāmī Vābesta be Jāme'a Modaresin Ḥawza 'Elmiya Qom [in Arabic].
- 10) Bejnūrdī, Seyyed Ḥasan (1419 AH/1998). *Al-Qavā'ed al-Fiqhiya (Volume 3)*. 1st ed., Qom: Al-Hādī [in Arabic].
- 11) Bukhārī, Moḥammad bin Esmā'il (1401 AH/1981). *Ṣaḥīḥ Bukhārī (Volume 5)*. Beirut: Dār al-Fikr lel-Ṭabā'a wa al-Nashr wa al-Tawzī' [in Arabic].
- 12) Dehkhodā, 'Alī Akbar (1370 SH/1991). *Farhang-e Fārsi Dehkhodā (Volume 31) [Dehkhodā's Persian Dictionary]*. Tehrān: Mo'assesa Dehkhodā [in Persian].
- 13) Emāmī, Seyyed Ḥasan (1371 SH/1992). *Ḥoquq-e Madanī (Volume 1) [Civil Law]*. 9th ed., Tehrān: Eslāmīya [in Persian].
- 14) Eyvānī Gharavī, Mirzā 'Alī (1379 AH/1959). *Ḥāshiye al-Makāsib (Volume 2)*. 2nd ed., Tehrān: Roshdiya [in Arabic].
- 15) Fakhar Tusi, Javad (1384 SH/2005). *Dar Mehzar-e Sheikh Ansari (Volume 23)*. 1st ed., Qom: Nasim Mehr [in Persian].
- 16) Farahidi, Khalil ibn Ahmad (1410 AH/1989). *Kitab al-Ayn; Manshoorat al-Hijrah (Volume 4)*. 2nd ed., Qom: Dar al-Hijrah [in Arabic].
- 17) Golmohammadi, Ali Asghar et al. (1397 SH/2018). *Tahlil-e Qa'edah-e Eghtefar va Naqsh-e An dar Shoroot-e Zamon-e Aqd [Analysis of the Rule of Forgiveness and its Role in Contractual Conditions]*. Faslnameh Hoquq-e Islami [Islamic Law Quarterly], Year 15, Issue 56 [in Persian].
- 18) Ḥelli, Ḥasan bin Yūsuf Moṭahhar Asadī (1414 AH/1993). *Tadkera al-Foqahā*

- (Volume 1). 1st ed., Qom: Mo'assesa 'Āl al-Bayt ('alayhem al-salām) [in Arabic].
- 19) Ḥosaynī 'Āmeli, Seyyed Moḥammad Javād (1418 AH/1997). Mafātiḥ al-Karāma fī Sharḥ Qavā'ed al-'Allāma (Volume 8). Beirut: Dār al-Torāth [in Arabic].
 - 20) Ibn 'Ābedīn, Moḥammad Amīn bin 'Omar (1424 AH/2003). Radd al-Moḥtār 'alā al-Durr al-Mukhtār (Sharḥ Ibn 'Ābedīn) (Volume 7). Beirut: Dār al-Kotob al-'Elmiya [in Arabic].
 - 21) Ibn Bābewey (Ṣadūq), Moḥammad bin 'Alī (1431 AH/2010). 'Uyūn Akhbār al-Riḍā ('alayhe al-salām) (Volume 2). 3rd ed., Qom: Maktabat al-Ḥeydariya [in Arabic].
 - 22) Ibn Manzūr, Moḥammad bin Makram (1405 AH/1984). Lisān al-'Arab (Volume 7). 1st ed., Qom: Nashr Adab al-Ḥawza [in Arabic].
 - 23) Ibn Qodāma Moqaddasī, 'Abdullah bin Aḥmad (1388 AH/1968). Al-Moghni fī Sharḥ al-Mokhtaṣar al-Kharqī (Volume 6). Cairo: Maktabat al-Qāhira [in Arabic].
 - 24) Iraqi, Agha Ziauddin (1414 AH/1993). Sharḥ Tabsirat al-Muta'allimin (Volume 5). Qom: Daftar-e Entesharat-e Islami [in Arabic].
 - 25) Ja'farī Langarūdī, Moḥammad Ja'far (1369 SH/1990). Doreye Ḥoqūq-e Madanī; Ḥoqūq-e Ta'ahodāt (Volume 1) [Civil Law Course; Contract Law]. Tehrān: Dānešgāh-e Tehrān [in Persian].
 - 26) Ja'farī Langarūdī, Moḥammad Ja'far (1379 SH/2000). Majmū'a Moḥaṣṣi Qānūn-e Madanī [Civil Law Glossary Collection]. 1st ed., Tehrān: Ganj-e Dāneš [in Persian].
 - 27) Ja'farī Langarūdī, Moḥammad Ja'far (1385 SH/2006). Terminology in Law. 16th ed., Tehrān: Ganj-e Dāneš [in Persian].
 - 28) Jalili, Mahdi (1397 SH/2018). Taḥlil-e Fiqhī-ye Sherkat-e Abdān az Manẓar-e Fiqh-e Mazāheb-e Eslāmī [Jurisprudential Analysis of Body Corporations from the Perspective of Islamic Jurisprudence]. Faslnāme-ye Ḥoqūq-e Eslāmī [Islamic Law Quarterly], Year 15, No. 59, pp. 35-56 [in Persian].
 - 29) Jawharī, Esmā'īl bin Ḥamād (1990). Ṣaḥāḥ al-Lughah (Volume 2). Beirut: Dār al-'Elm lel-Malāyīn [in Arabic].
 - 30) Kashif al-Ghita, Hassan ibn Ja'far (1422 AH/2001). Anwar al-Fuqaha; Kitāb al-Bay. Qom: Mo'asseseh Kashif al-Ghita [in Arabic].
 - 31) Kashif al-Ghita, Hassan ibn Ja'far (n.d.). Al-Qawa'id Sittah 'Ashar (Volume 4). Qom: Mo'asseseh Kashif al-Ghita [in Arabic].
 - 32) Katouzian, Naser (1398 SH/2019). Ghavaed-e Omoomi-e Gharardadha (Volumes 2 and 3) [General Rules of Contracts]. Tehran: Ganj-e Danesh [in Persian].
 - 33) Kho'i, Seyyed Abū al-Qāsem (1412 AH/1991). Moṣbaḥ al-Fiqāha (Volume 7). Beirut: Dār al-Hādī [in Arabic].
 - 34) Kho'i, Seyyed Moḥammad Taqī (1415 AH/1994). Al-Shorūṭ aw al-Tazāmāt al-Tabe'iya fī al-'Oqūd (Volume 1). 3rd ed., Qom: Mo'assesa al-Manār [in Arabic].
 - 35) Khomeini, Seyyed Rūḥollah (1421 AH/2000). Ketāb al-Bay' (Volumes 3 and 5).

- Tehrān: Mo'assesa Nashr va Tanzīm Āthār-e Emām Khomeinī (rahmat allah 'alayhe) [in Arabic].
- 36) Khorāsānī, Moḥammad Kāẓem (1406 AH/1985). Ḥāshīye bar Makāsib (Volume 1). 1st ed., Tehrān: Vezārat-e Farhang va Ershād-e Eslāmi [in Arabic].
 - 37) Mamaqani, Abdullah (1344 AH/1925). Minahaj al-Muttaqin [The Pathways of the Pious]. Najaf: Mo'asseseh Al al-Bayt (a.s.) Lihya' Tarath [in Arabic].
 - 38) Maqri Fiumi, Ahmad ibn Muhammad (1405 AH/1984). Al-Misbah al-Munir. 1st ed., Qom: Dar al-Hijrah [in Arabic].
 - 39) Maraghi, Sayyid Mir Abd al-Fattah (1417 AH/1996). Al-'Unawin al-Fiqhiyyah (Volume 2). Qom: Daftar-e Entesharat-e Islami Wabasteh be Jame'eh Modarresin Hawzeh Elmiyyah [in Arabic].
 - 40) Moein, Mohammad (1387 SH/2008). Farhang-e Farsi [Persian Dictionary]. 4th ed., Tehran: Amir Kabir [in Persian].
 - 41) Mohammadi, Abolhasan (1382 SH/2003). Ghavaed-e Fiqh [Jurisprudential Rules]. 6th ed., Tehran: Mizan [in Persian].
 - 42) Mohaqqueq Damad, Sayyid Mostafa (1388 SH/2009). Hoquq-e Gharardadha dar Fiqh-e Emamiyeh (Volume 1) [Contract Law in Imami Jurisprudence]. Tehran: Samt [in Persian].
 - 43) Mohaqqueq Damad, Sayyid Mostafa (1389 SH/2010). Hoquq-e Gharardadha dar Fiqh-e Emamiyeh (Volume 2). Tehran: Samt [in Persian].
 - 44) Mohaqqueq Damad, Sayyid Mostafa (1393 SH/2014). Ghavaed-e Fiqh, Bakhsh-e Madani 2 [Jurisprudential Rules, Civil Part 2]. 14th ed., Tehran: Samt [in Persian].
 - 45) Mousavi Bojnurdi, Sayyid Mohammad (1387 SH/2008). Abham va Lozoom-e Raf'e An az Mored-e Moamelah [Ambiguity and the Necessity of its Removal from the Subject of the Transaction]. Faslnameh Fiqh va Mabani-e Hoquq [Jurisprudence and Legal Foundations Quarterly], Volume 4, Issue 13, pp. 125-161 [in Persian].
 - 46) Muzaffar, Mohammad Reza (1405 AH/1984). Usul al-Fiqh (Volume 1). Qom: Danesh-e Islami [in Arabic].
 - 47) Naini, Mohammad Hossein (1373 AH/1953). Muniyat al-Talib fi Sharh al-Makasib (Volumes 1 and 2). 1st ed., Qom: Maktabat al-Mohammadiyah [in Arabic].
 - 48) Najafi, Mohammad Hassan (1404 AH/1983). Jawahir al-Kalam fi Sharh Shara'i' al-Islam (Volumes 22 and 23). 7th ed., Beirut: Dar Ihya' al-Turath al-Arabi [in Arabic].
 - 49) Naraqī, Mulla Ahmad (1417 AH/1996). 'Awaid al-Ayyam. 1st ed., Qom: Daftar Tablighat Hawzeh Elmiyyah Qom [in Arabic].
 - 50) Qadi No'man Maghribi, No'man ibn Muhammad (1385 AH/1965). Da'a'im al-Islam (Volume 2). Qom: Mo'asseseh Al al-Bayt (a.s.) [in Arabic].
 - 51) Qanavati, Jalil; Rajabi, Abdullah (1396 SH/2017). Barrasi-ye Zaroorat-e Raf'e Abham az Gharardad [Study of the Necessity of Removing Ambiguity from the Contract]. Danesh-e Hoquq-e Madani [Civil Law Knowledge], Year 6, Issue 2, pp. 62-76 [in Persian].

- 52) Rafi'i, Moḥammad Taqī (1378 SH/1999). Moṭāle'e Tatbīqī Ghorr dar Mo'āmele, Markaz-e Moṭāle'āt va Taḥqīqāt-e Eslāmī, 1st ed., Qom [Comparative Study of Ghorr in Transaction]. Qom: Center for Islamic Studies and Research [in Persian].
- 53) Rūḥānī, Seyyed Ṣādeq (1412 AH/1991). Fiqh al-Ṣādeq (Volume 16). 1st ed., Dār al-Ketāb- Madrese Emām Ṣādeq ('alayhe al-salām) [in Arabic].
- 54) Safai, Seyyed Hossein (1391 SH/2012). Ghavaed-e Omoomi-e Gharardadha (Volume 2) [General Rules of Contracts]. 31st ed., Tehran: Mizan [in Persian].
- 55) Safai, Seyyed Hossein; and Emami, Asadollah (1397 SH/2018). Hoquq-e Khanevadeh [Family Law]. 50th ed., Tehran: Mizan [in Persian].
- 56) Safipouri Shirazi, Abdul Rahim bin Abdul Karim (1393 SH/2014). Montahi-al-Arab fi Loghat-al-Arab (Mohammad Hassan Fouadian and Alireza Hajian Nejad, Eds.) [The Ultimate Goal in the Language of the Arabs]. Tehran: University of Tehran [in Persian].
- 57) Salehi Aliabadi, Hamed; Shamshiri, Alireza; and Karimi, Abbas (1402 SH/2023). Vakavi-ye Gharar Mo'asser dar Fiqh-e Emamiyeh va Hoquq-e Iran va Moghayese An ba Hoquq-e Misr [Analysis of Effective Uncertainty in Imami Jurisprudence and Iranian Law and its Comparison with Egyptian Law]. Faslnameh Hoquq-e Eslami [Islamic Law Quarterly], No. 77, pp. 145-183 [in Persian].
- 58) Samadani, Molana Ejaz Ahmad (1399 SH/2020). Bankdari-e Eslami va Gharar [Islamic Banking and Uncertainty]. Tehran: Ehsan [in Persian].
- 59) Sanḥūrī, 'Abd al-Razzāq Aḥmad (1997). Maṣāder al-Ḥaqq fi Fiqh al-Eslāmī (Volume 3). Beirut: Dār Eḥyā' al-Torāth al-'Arabi [in Arabic].
- 60) Shahidi, Mehdi (1398 SH/2019). Shoroot-e Zamon-e Aqd [Conditions Within the Contract]. 7th ed., Tehran: Majd [in Persian].
- 61) Shartoni, Sa'id (n.d.). Aqrab al-Mawāred fi Faṣḥ al-'Arabīya wa al-Shawā Qom: Mo'assesa al-Naṣr [in Arabic].
- 62) Tabatabai Haeri, Seyyed Ali (n.d.). Riyaz al-Masa'il fi Tahqiq al-Ahkam bi al-Dalail (Volume 1). 1st ed., Qom: Mo'asseseh Al al-Bayt (a.s.) [in Arabic].
- 63) Tabatabai Yazdi (1421 AH/2000). Hashiyeh al-Makasib (Volume 2). Qom: Mo'asseseh Ismailian [in Arabic].
- 64) Taleb Ahmadi, Habib (1380 SH/2001). Ta'sir-e Gharar dar Moamelat [The Impact of Uncertainty in Transactions]. Majalleh Olum-e Ejtemai va Ensani Daneshgah-e Shiraz [Journal of Social Sciences and Humanities of Shiraz University], Vol. 17, No. 1, pp. 43-55 [in Persian].
- 65) Tamīmī Maghrebī, Abū Ḥanīfa Na'mān bin Moḥammad (1383 AH/1963). Da'a'em al-Eslām (Volume 2). Cairo: Dār al-Ma'āref [in Arabic].
- 66) Tusi (Sheikh al-Ta'ifāh), Mohammad bin Hassan (1387 AH/1967). Al-Mabsut (Volume 2). 2nd ed., Maktabah Mortazaviyah Lihya Athar al-Ja'fariyah [in Arabic].
- 67) Vahdati Shobeiri, Sayyid Hasan (1379 SH/2000). Mojhol Boodan-e Mored-e Moamelah [The Unknown in the Subject of Transaction]. 1st ed., Qom: Markaz-e Motale'at va Tahqiqat-e Islami [in Persian].

- 68) Vahid Khorasani, Hossein (1438 AH/2016). Baghiyat al-Raghib fi Mabani al-Makasib (Volume 4). Imam Baqir al-Uloom (a.s.) School [in Arabic].
- 69) Zarir, Siddiq Mohammad Amin (1990). Al-Gharar wa Atharuhu fi al-Aqood fi al-Fiqh al-Islami [Uncertainty and its Effect on Contracts in Islamic Jurisprudence]. 2nd ed., Beirut: Dar al-Jil [in Arabic].
- 70) Zarir, Siddiq Mohammad Amin (1993). Al-Gharar fi al-Aqood wa Atharuhu fi Tatbiqat al-Mu'asirah [Uncertainty in Contracts and its Effects in Contemporary Applications]. Jeddah: Al-Ma'had al-Islami lil-Buhuth wa al-Tadrib [in Arabic].
- 71) Zobeidi, Seyyed Moḥammad Mortazā (1414 AH/1993). Tāj al-ʿArūs men Jawāher al-Qāmūs (Volume 3). Beirut: Dār al-Fikr lel-Ṭabāʿa wa al-Nashr wa al-Tawzīʿ [in Arabic].
- 72) Zoḥeili, Moḥammad Moṣṭafā (1427 AH/2006). Al-Qavāʿed al-Fiqhiya wa Tatbiqāt-hā fi al-Maḍāheb al-Arbaʿa (Volume 1). 1st ed., Damascus: Dār al-Fikr [in Arabic].