

# Jurisprudential-Legal Study of The Nature of The News of The Seller to The Amount Traded and The Guarantee of The Implementation of The Emergence Contrary to The Promise of The Seller

*Farzad Karami Kolmoti* \*<sup>1</sup>, *Azizolah Fahimi*<sup>2</sup>

1. Ph.D. Student in Private Law, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran.

\*. **Corresponding Author:** Email: Fkarami506@gmail.com

2. Associate Professor, Department of Private Law, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran.  
Email: [Aziz.fahimi@yahoo.com](mailto:Aziz.fahimi@yahoo.com)



S.D.I.L.  
The SD Institute of Law  
Research & Study



**Publisher:**  
Shahr-e- Danesh  
Research And Study  
Institute of Law

**Article Type:**  
Original Research

**DOI:**  
10.48300/JLR.2021.280292.1623

**Received:**  
26 April 2021

**Accepted:**  
5 July 2021

**Published:**  
22 August 2022



## A B S T R A C T

Knowledge of the amount traded as a condition for the validity of the contract, in order to get out of ignorance and determine it in a way that eliminates grievances, its necessary. News of the seller to the amount traded with a dual nature on the one hand as a condition for the validity of the contract to determine the amount traded (paragraph 3 of Article 190) and on the other hand, the condition of the amount (Article 234) as a customary way to determine The deal has been accepted by Imami jurists. The guarantee of violating the news of the seller is a point of disagreement among the Imami jurists, so that some Imami jurists, due to the inconsistency of the intentions of the parties with reality and the lack of recognition of any part of the price in front of the seller, believe the contract is void,

### Copyright & Creative Commons:

© The Author(s). 2021 Open Access. This article is licensed under a Creative Commons Attribution Non-Commercial License 4.0, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. To view a copy of this licence, visit <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>.



some believe Termination due to violation of the description condition, and some believe in the realization of the option due to the lack of a buyer. The subject of this article is to examine the nature of the sale news and the above three statements.

**Keywords:** Selling News, Knowledge of the Exact Amount, Quantity Condition, Kind of Grumbling, Condition.

**Funding:** The author(s) received no financial support (funding, grants, sponsorship) for the research, authorship, and/or publication of this article.

**Author contributions:**

Farzad Karamikolmot: Methodology, Software, Formal analysis, Investigation, Writing - Original Draft, Writing - Review & Editing, Visualization, Project administration.

Azizolah Fahimi: Conceptualization, Validation, Resources, Data Curation, Supervision.

**Competing interests:** The authors declare that they have no competing interests.

**Citation:**

Karami Kolmoti, Farzad & Azizolah Fahimi. "Jurisprudential-Legal Study of The Nature of The News of The Seller to The Amount Traded and The Guarantee of The Implementation of The Emergence Contrary to The Promise of The Seller" *Journal of Legal Research* 21, no. 50 (August 22, 2022): 381-404.

## **E x t e n d e d   A b s t r a c t**

Elimination of ignorance from the property subject to transfer is done by finding out three factors that are common between the specific and the general: 1) gender 2) description 3) amount. The theory of the invalidity of a contract is not very popular in jurisprudence and law due to its appearance against the news of the seller. Because there is no real contradiction with what is the subject of the contract and what exists in the outside world, and this contradiction is either merely due to the excess or deficiency of the transaction, which causes the option for the victim. But what is the point of contention among the Imami jurists is the type of cucumber. In this regard, some jurists believe that the option of violating the description and others believe that the option is due to the lack of a component and the result of the debate is whether the victim will have the right to return some price if he agrees to the transaction. Some Imami jurists believe that this option (the option resulting from appearing contrary to the seller's promise) is not a violation of the description, because the option of violating the description is only where it is specified in the text of the contract with the condition of the description. In other words, the option of violating the description is in terms of violating the description condition in the contract, which in the present case, the seller news is not considered as a description condition. Regarding the type of cucumber, the late Shahid I believe that any of the seller or customer who has been deceived can terminate the transaction. The late Sheikh Ansari believes that it should be said without any problem that this cucumber (as the case may be for the seller or the buyer) is a violation. But what is wrong is that what is violated is really a part of the seller or a description of its attributes? Therefore, there is a difference of opinion among the jurists that in case of signing (customer or seller), this signature will be given to all the price that nothing should be taken back from the other party or this signature will be given to a part of the price which is proportional to this share. In general, is the price similar to the ratio of existing components to the extinct component? We have introduced another condition of the adjective. Article 235 of the Civil Code of Iran gives Zolkhayar the right to terminate the contract in case of violation of the condition.

In the same sale according to Article 342 of the Civil Code, the quantity, sex and description must be known and the ways of being determined as the case may be by weight, weight, sight or condition of the quantity. In general, mentioning the sex, quantity and description of the seller in the contract is necessary (Article 351 of the Civil Code). Article 361 of the Civil Code of Iran stipulates that "if in a specific sale it is found that the seller did not exist, the sale is void" which indicates that the specific sale is valid without observation

from the perspective of Iranian civil law. The quantity sold is also valid and valid. The value condition is one of the instances of the adjective condition, but it does not necessarily have the same guarantee of performing the violation of the adjective condition.

The guarantee of violation of the condition of the attribute is the termination of the contract (Article 235 of the Civil Code), but the amount whenever it is stipulated as an attribute in the contract, like other conditions of the attribute, violation of it causes the right to terminate if the amount, should be stated as the subject of the contract, but in most cases the condition has a sub-value and its purpose is not to express one of the attributes of the seller. In this case, the value condition sentence is separated from the adjective condition, and in this discussion, this basic point must be considered. For example, whenever old gold is sold on the condition that it has a certain amount of gold, its historical significance outweighs the condition of having a certain amount of gold, and as a result, violating the quantity condition does not invalidate it.

The Civil Code of Iran, following the Imami jurists, has violated the provisions of Article 355, 384, 385, Article 149 of the Registration Law, and Article 7 of the Law on Pre-Sale of Buildings, and these different provisions cause differences between Lawyers and consequently the judiciary. If the seller is decomposable or belongs to the intention of the traders that the price is based on the amount of the seller and the amount as a determinant of the seller's obligation, Article 384 of the Civil Code should be considered enforceable to cancel or refer to that part of the price. There remains no issue (as the case may be for the seller or the customer). If the seller has different and unequal components and at the time of delivery is more or less than the condition, it seems that the victim has the right to cancel or refund the price without issue. And the reason for this claim is that the Imami jurists consider the condition as a part of the price and in this case the price is divided over the entire amount of the seller (for the condition of the price of the price). In other words, the value condition has an appearance and a real face. The apparent face of the quantity condition is the face that has all the conditions of the attribute and sets the value as an attribute for the seller, but the real face of the quantity condition is that the quantity is part of the seller and the price is opposite to the whole seller; That is, part of it is against the condition. Now it must be seen which face overcomes the other, and in this regard the customary judgment must be accepted; Because the basis of judgment is the judgment of custom, and custom prefers the real face to the apparent face. Therefore, the application of Articles 355 and 385 of the Civil Code should be ignored and customary arbitration should be referred to.

# بررسی فقهی - حقوقی ماهیت اخبار بایع به مقدار مورد معامله و ضمانت اجرای ظهور خلاف قول بایع

فرزاد کرمی کلمتی\*<sup>۱</sup>، عزیزاله فهیمی<sup>۲</sup>

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران.

\* نویسنده مسئول: Email: Fkarami506@gmail.com

۲. دانشیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران.

Email: a-fahimi@qom.ac.ir

## چکیده:

علم به مقدار مورد معامله به عنوان شرط صحت عقد، در جهت خروج از جهل به مثنی ضروری و تعیین آن به گونه‌ای که موجب رفع غرر گردد، لازم است. اخبار بایع به مقدار مورد معامله با ماهیتی دوگانه از یک جهت به عنوان شرط صحت عقد در جهت تعیین مقدار مورد معامله (بند ۳ ماده ۱۹۰) و از جهت دیگر، شرط مقدار (ماده ۲۳۴) محسوب شده که به عنوان طریق عرفی در جهت تعیین مورد معامله مورد پذیرش فقهای امامیه قرار گرفته است. ضمانت اجرای تخلف از اخبار بایع، محل اختلاف میان فقهای امامیه می‌باشد؛ به گونه‌ای که برخی فقهای امامیه به علت عدم تطابق قصد طرفین با واقع و عدم تشخیص قرار گرفتن هر جزء ثمن در مقابل مبیع، قائل به بطلان عقد، برخی قائل به تحقق خیار فسخ از جهت تخلف از شرط وصف و برخی قائل به تحقق خیار از

## کپی رایت و مجوز دسترسی آزاد:



کپی‌رایت مقاله در مجله پژوهش‌های حقوقی نزد نویسنده (ها) حفظ می‌شود. کلیه مقالاتی که در مجله پژوهش‌های حقوقی منتشر می‌شوند با دسترسی آزاد هستند. مقالات تحت شرایط مجوز 4.0 Creative Commons Attribution Non-Commercial License منتشر می‌شوند که اجازه استفاده، توزیع و تولید مثل در هر رسانه‌ای را می‌دهد، به شرط آنکه به مقاله استناد شود. جهت اطلاعات بیشتر می‌توانید به صفحه سیاست‌های دسترسی آزاد نشریه مراجعه کنید.



پژوهش‌های حقوقی



نوع مقاله:

پژوهشی

DOI:

10.48300/JLR.2021.280292.1623

تاریخ دریافت:

۶ اردیبهشت ۱۴۰۰

تاریخ پذیرش:

۱۴ تیر ۱۴۰۰

تاریخ انتشار:

۳۱ مرداد ۱۴۰۱



جهت فقدان جزء مبیع می‌باشند. بررسی ماهیت اخبار بایع و اقوال سه‌گانه فوق موضوع مقاله حاضر می‌باشد.

### **کلیدواژه‌ها:**

اخبار بایع، علم به مقدار مضمن، شرط مقدار، غرر نوعی، شرط.

### **حامی مالی:**

این مقاله هیچ حامی مالی ندارد.

### **مشارکت نویسندگان:**

فرزاد کرمی کلمتی: روش‌شناسی، استفاده از نرم‌افزار، تحلیل، تحقیق و بررسی، نوشتن - پیش‌نویس اصلی، نوشتن - بررسی و ویرایش، تصویرسازی، مدیریت پروژه. عزیزاله فهیمی: مفهوم‌سازی، اعتبار‌سنجی، منابع، نظارت بر داده‌ها، نظارت.

### **تعارض منافع:**

بنابر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

### **استناددهی:**

کرمی کلمتی، فرزاد و عزیزاله فهیمی. «بررسی فقهی - حقوقی ماهیت اخبار بایع به مقدار مورد معامله و ضمانت اجرای ظهور خلاف قول بایع». مجله پژوهش‌های حقوقی ۲۱، ش. ۵۰ (۳۱ مرداد ۱۴۰۱): ۳۸۱-۴۰۴.

## مقدمه

صرف ایجاب و قبول طرفین عقد موجب ایجاد آثار شرعی برای آن نمی‌گردد؛ بلکه می‌بایست چه در طرفین عقد و چه در عوضین شرایطی فراهم باشد تا عقد بتواند بر اساس سیر طبیعی خود به عنوان موجودی که زاده اراده طرفین است و با تبعیت کامل از شرایط اساسی صحت معامله به حیات خویش ادامه دهد. از جمله شرایط عوضین علم به مقدار ثمن و مثن است، به گونه‌ای که موجب رفع غرر نوعی گردد. در اشیایی که به صورت مکیل فروخته می‌شوند، کیل نشانه مقدار عوضین است و در موزونات، وزن معیار فروش محسوب می‌گردد. در خصوص اینکه می‌توان مکیل را به صورت موزون فروخت یا بالعکس، در فقه اختلاف وجود دارد؛ لیکن نظر مشهور بر جواز فروش مکیل به موزون است و عکس آن را جایز نمی‌دانند چراکه اساس کیل، وزن است و وزن دقیق‌تر می‌باشد. از جمله مواردی که موجب مشخص شدن مقدار مبیع می‌گردد و از غرری شدن معامله و بطلان آن جلوگیری می‌کند، اخبار بایع به مقدار مبیع و تصدیق آن توسط مشتری است. شرط را الزام و التزام ضمن عقد معرفی کرده‌اند که به عنوان تعهدی فرعی ضمن عقد اصلی قرار می‌گیرد و اصولاً نفس وجود یا فقدان آن تأثیری در صحت یا بطلان عقد ندارد مگر آنکه از شروط فاسد و مفسد عقد باشد که این مسأله از محل بحث حاضر خارج است. لیکن آنچه در خصوص موضوع حاضر مهم جلوه می‌نماید این است که تعیین مقدار مبیع از شرایط اساسی صحت عقد است، لذا قراردادی که میزان و مقدار عوضین در آن مجهول و نامشخص باشد به لحاظ غرری بودن، باطل است. برای برون‌رفت از این مشکل راهکارهایی پیش پای متبایعین گذاشته شده است؛ از جمله فروش به شرط مقدار. حال جای طرح این سؤال است که اگر پس از تحقق عقد معلوم شود مبیع کمتر یا بیشتر از مقدار توافق شده است سرنوشت عقد و طرفین چه خواهد شد؟ آیا تخلف موجب بطلان عقد به علت عدم تطابق متعلق قصد طرفین با آنچه در واقع موجود است، خواهد شد؛ به گونه‌ای که پس از احراز خلاف شرط مقدار، مشخص نیست ثمن در مقابل کدام جزء از مبیع قرار گرفته است و به علت جهل در میزان و مقدار ثمن و مثن معامله باطل می‌گردد؛ یا موجب تحقق خیار فسخ برای متضرر خواهد شد؟ و اگر تخلف سبب ایجاد خیار فسخ است، فسخ، از جهت خیار از تخلف از وصف است یا از جهت فقدان جزء؟ ضمانت اجرای تخلف از اخبار بایع به مقدار مبیع میان فقهای امامیه محل نزاع و اختلاف است. مقاله حاضر با مراجعه به منابع فقهی و حقوقی در صدد پاسخ به این سؤال است.

## ۱- لزوم علم به مقدار عوضین

گاهی شرط در خصوص ماهیت مبیع است مثل اینکه این سنگ را بفروشند به شرط آنکه عقیق باشد که ضمانت اجرای تخلف از این شرط موجب بطلان معامله است کما اینکه ماده ۳۵۳ قانون مدنی مقرر داشته «هر گاه چیز معین به عنوان جنس خاصی فروخته شود و در واقع از آن جنس نباشد بیع، باطل است و...» در واقع در این مصداق از شرط، ماهیت یا جنس مبیع در عقد شرط می‌شود. گاهی وصف کیفی مبیع در عقد شرط می‌شود؛ مثل فروش خودرو به شرط اینکه سفید باشد که

ضمانت اجرای تخلف از این شرط، خيار فسخ برای خریدار است و گاهی مقدار مبیع شرط می‌گردد که ظاهرش تبعیض است مثل اینکه شرط می‌شود آن صبره گندم را می‌فروشم به شرط آنکه ده من باشد که برخی قائلند در صورت تخلف صرفاً حق فسخ ایجاد می‌گردد و برخی قائل به بطلان بیع می‌باشند. برخی نیز قائلند ثمن تقسیط می‌شود چون ارش قسط من الثمن است و خيار از باب فقدان جزء مبیع است و لذا می‌توان ثمن را تقسیط کرد و مابه‌التفاوت آن را از فروشنده گرفت.

## ۱-۱- لزوم علم به مقدار مثن

علم به مقدار مثن از مواردی است که فقهای امامیه بر لزوم آن اجماع دارند و از شرایط صحت عقد بیع محسوب می‌گردد به گونه‌ای که عقد بر مجهول را فقهای امامیه باطل دانسته‌اند.<sup>۱</sup> مرحوم شیخ طوسی در خلاف نقل نموده است که آنچه به صورت کیلی فروخته می‌شود، بیعش به صورت گزافی و بدون کیل صحیح نیست ولو اینکه مشاهده شود.<sup>۲</sup> مقصود از معلوم بودن مورد معامله که به عنوان شرط صحت عقد معرفی شده است، معلوم بودن ماهیت، مقدار و وصف موضوع توافق اراده طرفین است نه شیئی خارجی که به عنوان معامله معرفی شده است.<sup>۳</sup>

مرحوم شیخ انصاری اصل و پایه در لزوم علم به مقدار مبیع را حدیث نبوی «نهی عن بیع الغرر» می‌داند و اخبار و روایات خاصی از جمله صحیح حلی (از امام صادق علیه‌السلام)<sup>۴</sup> و روایت صحیح ابن محبوب از زرعه از سماعه<sup>۵</sup> را دلیل لزوم علم به مقدار مثن معرفی می‌نمایند<sup>۶</sup> و روایت دیگری که شاهد بر این ادعا ذکر نموده‌اند. از فحوا و مفهوم تمام روایات نام برده شده جهت لزوم علم به مقدار مثن، به دست می‌آید که بیع اموالی که می‌بایست کیلا یا وزنا یا با عدد یا مساحت فروخته شوند به صورت جزافی و نامشخص صحیح نیست. شیخ انصاری می‌فرماید: «ظاهر اطلاقات همه ادله مذکور این است که حکم منع بیع جزافی، منوط بر تحقق غرر شخصی نیست که گفته شود اگر مشتری اطمینان دارد که شخصا متضرر نمی‌شود، پس معامله صحیح است. هرچند حکمت این

۱. علامه حلی، تذکره/فقهها، جلد ۱ (قم: موسسه آل البیت علیه‌السلام، ۱۴۰۰ ق.)، ۴۶۷؛ ابن زهره، الغنیه (تهران: کتابخانه موزه و مرکز اسناد مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۰)، ۲۱۱.

۲. شیخ طوسی، خلاف (قم: موسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۷ ق، جلد ۳)، ۱۶۲.

۳. عیسی امینی «تعیین مورد معامله»، فصلنامه علمی تحقیقات حقوقی آزاد (۱۳۸۱)، ۱۰.

۴. در مورد مردی که از دیگری طعامی را به مقدار یک عدل (مثلاً یک کیسه) با کیل معلوم خریداری کرد و سپس فروشنده به خریدار گفت: یک کیسه دیگر هم مثل همان عدل اول از من بدون کیل خریداری کن و بدان که در کیسه دوم همان مقدار که در کیسه اول بود طعام موجود است، آیا این معامله صحیح است؟ حضرت فرمودند: این بیع جز با کیل درست نیست (محمد بن حسن حر عاملی، وسائل‌الشیعه، جلد ۱۲ (قم: موسسه آل البیت علیه‌السلام، ۱۴۱۲ ق.)، ۲۵۴).

۵. در مورد خریدن طعام و آنچه مکیل موزون است پرسیده شده که اگر بدون کیل و وزن خریداری شود چه حکمی دارد؟ امام فرمودند اما اگر تو از شخصی طعامی را بخری که قبلا کیل و وزن شده و می‌خواهی به سودی بدهی، درحالی که تو دوباره آن طعام را کیل و وزن نکرده‌ای، اشکالی ندارد، البته در صورتی که مشتری اول آن را با کیل و وزن خریده باشد و تو به او در هنگام معامله بگویی من به تو فلان مقدار سود می‌دهم (همان، ۲۵۷).

۶. شیخ انصاری، مکاسب، جلد ۴ (قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۴۲ ق.)، ۲۱۱.



حکم منع (منع بیع جزافی)، این است که باب مسامحه که مقتضی وقوع در غرر و فریب است، مسدود گردد. کما اینکه حکمت اینکه در بعضی معاملات، شرط شده که برخی شرایط معتبر است همین است که از منازعاتی که در هنگام فقدان این شرایط متوقع است، جلوگیری شود. نتیجه اینکه اندازه‌گیری با کیل و وزن لازم است ولو اینکه در شخص معامل موردنظر، غرر و جهلی نباشد؛ مثلاً اگر شخصی مقداری از طعام را در مقابل چیزی بفروشد که از جهت میزان سنجش مثل خودش باشد (مثل گندم و جو) و یا در مقابل چیزی بفروشد که از جهت سنجش مثل هم نیستند (مثل گندم در مقابل طلا) اصلاً غرری متصور نیست، ولی چون نسبت به هر یک از دو عوض، جهل وجود دارد، عقد باطل است چراکه هر عوض، اگرچه مساوی عوض دیگر است ولی مقدار عوض، مجهول است.<sup>۷</sup> آنچه از کتب و مجموع آرای فقهای امامیه و روایات وارده در خصوص موضوع برداشت می‌شود، این است که مقدار دقیق مثنی، باید مشخص باشد؛ چراکه از یک طرف، معامله جزافی و نامشخص از معاملات غرری و منهی شرع و قانون بوده و مشمول روایت نبوی «نهی نبی عن بیع الغرر» می‌گردد؛ و از طرف دیگر، چنین معامله‌ای، معامله بر مجهول خواهد بود که یک معامله باطل می‌باشد. اما آنچه در تحقق غرر و جهل ملاک است غرر نوعی بوده و نه غرر شخصی؛ زیرا حکمت منع از بیع غرری، انسداد باب مسامحه در معاملات (تسامح شخصی) که دروازه وقوع غرر (جهل یا خطر) و گذرگاه ورود به تنازع و اختلاف است، می‌باشد.

## ۲-۱- تحلیل مواد قانونی در خصوص علم به مقدار مثنی

در عقود معوض، نظیر بیع، مقدار مورد معامله و در بیع مقدار مبیع، معمولاً نشان‌دهنده میزان تعهد طرف دیگر است و به تناسب آن، عوض مورد معامله کاستی و فزونی می‌یابد.<sup>۸</sup> به موجب ماده ۳۵۵ قانون مدنی «اگر ملکی به شرط داشتن مساحت معین، فروخته شده باشد و بعد معلوم شود که کمتر از آن مقدار است مشتری حق فسخ معامله را خواهد داشت و اگر معلوم شود که بیشتر است بائع می‌تواند فسخ کند مگر اینکه در هر دو صورت، طرفین به محاسبه زیاده یا نقیصه تراضی نمایند.» در این خصوص برخی حقوق‌دانان معتقدند که قلمرو ماده ۳۵۵ در جایی است که مورد معامله از نظر عرفی تجزیه‌ناپذیر باشد ولیکن از نظر طرفین غیرقابل تجزیه باشد.<sup>۹</sup> و برخی دیگر قائلند که این ماده ناظر به موردی است که مبیع عیناً قابل تجزیه نباشد.<sup>۱۰</sup> برخی نیز معتقدند که این فرض ناظر به موردی است که مبیع در دایره تراضی طرفین تجزیه‌ناپذیر باشد، خواه در عالم واقع قابل تجزیه باشد یا خیر.<sup>۱۱</sup> لیکن از لحن و فحواى ماده ۳۵۵ قانون مدنی غیر از این به دست می‌آید، چراکه

۷. همان، ۲۱۴.

۸. ناصر کاتوزیان، دوره عقود معین، جلد ۱ (تهران: گنج دانش، ۱۳۹۷)، ۱۲۱.

۹. همان، ۱۲۱.

۱۰. سید حسن امامی، حقوق مدنی، جلد ۱ (تهران: کتابفروشی اسلامی، ۱۳۴۰)، ۴۲۹.

۱۱. حسین سیمایی صراف و سید علی خراسانی «واکاوی احکام تخلف از شرط مقدار در حقوق ایران»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی ۶ (۱۳۹۱)، ۱۱۹.

اولاً؛ تشخیص قصد و اراده درونی اشخاص در صورت حصول اختلاف ناممکن است، ثانیاً؛ قانونگذار حکم کلی وضع نموده و حکم ماده ۳۵۵ یک اماره قانونی در خصوص موضوع است و نتیجه تخلف از شرط مقدار در موضوع حاضر ایجاد حق فسخ برای طرفین است که از خيارات قانونی «تخلف از وصف - شرط صفت» می‌باشد.

ماده ۳۸۴ قانون مدنی نیز مقرر می‌دارد «هرگاه در حال معامله مبیع از حیث مقدار، معین بوده و در وقت تسلیم کمتر از آن مقدار درآید مشتری حق دارد که بیع را فسخ کند یا قیمت موجود را با تأدیه حصه‌ای از ثمن به نسبت موجود، قبول نماید. اگر مبیع زیاده از مقدار معین باشد زیاده مال بایع است.» فرض ماده ۳۸۴ با لحاظ قسمت اخیر این ماده و ماده ۳۵۵ قانون مدنی، همان‌گونه که اکثر حقوق دانان گفته‌اند ناظر به مبیع قابل تجزیه می‌باشد که در آن هر جزء مبیع در مقابل هر جزء ثمن قرار می‌گیرد.<sup>۱۲</sup>

به موجب ماده ۳۸۵ قانون مدنی «اگر مبیع از قبیل خانه و فرش باشد که تجزیه آن بدون ضرر، ممکن نمی‌شود و به شرط مقدار معین فروخته شده ولی در حین تسلیم کمتر یا بیشتر درآید در صورت اول، مشتری و در صورت دوم بایع حق فسخ خواهد داشت.» به نظر می‌رسد همان‌طور که برخی اساتید حقوق مدنی گفته‌اند دایره شمول ماده ۳۸۵ قانون مدنی تفاوتی با ماده ۳۵۵ ندارد و هر دو مورد مختص به اموال غیرقابل تجزیه می‌باشد.<sup>۱۳</sup>

در قوانین خاص نیز ماده ۷ قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ مقرر می‌دارد «در صورتی که مساحت بنا بر اساس صورت‌مجلس تفکیکی کمتر یا بیشتر از مقدار مشخص شده در قرارداد باشد، مابه‌التفاوت بر اساس نرخ مندرج در قرارداد مورد محاسبه قرار خواهد گرفت، چنانچه مساحت بنا تا ۵ درصد (۰.۵٪) افزون بر زیربنای مقرر در قرارداد باشد، هیچ‌کدام از طرفین حق فسخ قرارداد را ندارند و در صورتی که بیش از ۵ درصد (۰.۵٪) باشد صرفاً خریدار حق فسخ قرارداد را دارد. چنانچه مساحت واحد تحویل شده کمتر از ۹۵ درصد (۰.۹۵٪) مقدار توافق شده باشد پیش‌خریدار حق فسخ قرارداد را دارد یا می‌تواند خسارت وارده را بر پایه قیمت روز بنا و بر اساس نظر کارشناس از پیش‌فروشنده مطالبه کند.» این قانون حاوی مقرره‌ای جدید و به نوعی مخصوص مواد قانون مدنی در خصوص مواردی که مبیع غیرقابل تجزیه می‌باشد، است و شامل چند فرض می‌باشد:

فرض اول؛ چنانچه مساحت بنا بر اساس صورت‌مجلس تفکیکی بیشتر یا کمتر از مقدار مورد توافق باشد هیچ‌کدام از طرفین حق فسخ ندارند و مابه‌التفاوت (تجزیه ثمن در مقابل مبیع) بر اساس نرخ مندرج در قرارداد محاسبه می‌شود.

فرض دوم؛ مساحت بنا تا ۵ درصد افزون بر مساحت مورد توافق باشد حق فسخ وجود ندارد و مابه‌التفاوت بر اساس نرخ مندرج در قرارداد محاسبه و به فروشنده پرداخت می‌شود.

فرض سوم؛ اگر مساحت بنا بیش از ۵ درصد باشد صرفاً خریدار حق فسخ دارد و در صورت عدم

۱۲. امامی، پیشین، ۲۸۷؛ کاتوزیان، دوره عقود معین، پیشین، ۱۲۳.

۱۳. امامی، پیشین، ۴۲۹.

فسخ، مابه‌التفاوت بر اساس نرخ مندرج در قرارداد به فروشنده پرداخت می‌شود. فرض چهارم؛ مساحت بنا کمتر از ۹۵ درصد مقدار مقرر در قرارداد باشد که در این صورت پیش‌خریدار، هم‌زمان حق فسخ قرارداد یا رضایت به معامله و دریافت مابه‌التفاوت به نرخ روز را دارد.

### ۳-۱- تحلیل ماده ۱۴۹ قانون ثبت

ماده ۱۴۹ الحاقی قانون ثبت مقرر می‌دارد «نسبت به ملکی که با مساحت معین مورد معامله قرار گرفته باشد و بعداً معلوم شود اضافه مساحت دارد، ذی‌نفع می‌تواند قیمت اضافی را بر اساس ارزش مندرج در اولین سند انتقال و سایر هزینه‌های قانونی معامله به صندوق ثبت تودیع و تقاضای اصلاح سند خود را بنماید. در صورتی که اضافه مساحت در محدوده سند مالکیت بوده و به مجاورین تجاوزی نشده و در عین حال بین مالک و خریدار نسبت به اضافه مذکور قراری داده نشده باشد اداره ثبت سند را اصلاح و به ذی‌نفع اخطار می‌نماید تا وجه تودیعی را از صندوق ثبت دریافت دارد. عدم مراجعه فروشنده برای دریافت وجه در مدتی زائد بر ۱۰ سال از تاریخ اصلاح سند اعراض محسوب و وجه به حساب درآمد اختصاصی ثبت واریز می‌شود.

با ملاحظه صدر ماده فوق‌الذکر، مشخص می‌گردد که موضوع ماده، ناظر به ملکی است که با مساحت خاص و معین مورد انتقال و معامله قرار گرفته و دارای مساحت اضافی می‌باشد که می‌توان با رعایت شرایطی مساحت موجود را اصلاح نمود. مفاد ماده فقط به اضافه مساحت توجه دارد و در خصوص کاهش و کم شدن مساحت زمین از مقدار مقرر قراردادی حکم خاصی بیان نکرده است. همچنین حکم ماده ناظر به افزایش مساحت املاک است. لذا قلمرو آن مختص املاک است و شامل سایر اموال خصوصاً اموال منقول نخواهد بود و در مورد انتقال و معامله نسبت به املاک قابل اجراست و مقدار مورد معامله در نظر طرفین به منزله یکی از اوصاف آن نمی‌باشد و در عقد مقرر نگردیده است.

### ۳-۲- طرق حصول علم به تقدیر مئمن

همه فقیهان با استناد به حدیث نفی غرر بر «اشتراط قدرت بر تسلیم»، «اشتراط علم به عوضین»، «اشتراط علم به امور مربوط به بیع» حکم کرده‌اند.<sup>۱۴</sup> در این راستا، از منظر فقهی طرقی جهت حصول علم به مقدار مبیع، معین شده است که با توجه به حدیث نفی غرر و در راستای «اشتراط علم به عوضین» جهت دفع غرر نوعی در معاملات، می‌بایست لحاظ گردد. برای تعیین مقدار مورد معامله اعم از ثمن و مئمن، طرقی معین شده است و هر کدام از آن طرق، مختص نوع خاصی از اموال بوده و ممکن است در نوع دیگر نه تنها رفع غرر ننماید بلکه خود موجب جهل و مورد نهی شارع نیز باشد.

### ۳-۱- تعیین مقدار به وسیله کیل و وزن و عدد

از شیخ طوسی (ره) نقل شده است که آنچه به صورت کیلی فروخته می‌شود، بیعش به صورت گزافی

۱۴. ابوالقاسم علیدوست «قاعده نفی غرر در معاملات»، فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی ۹ (۱۳۸۲)، ۱۰۳ و ۱۰۴.

و بدون کیل صحیح نیست ولو اینکه مشاهده شود و این حکم اجماعی است.<sup>۱۵</sup> لذا از این حکم استفاده می‌شود که مشاهده در مبیع کیلی کفایت نمی‌کند و فروش آن می‌بایست با کیل باشد. و در سرائر این ادویس نیز آمده که آنچه به صورت وزن فروخته می‌شود نباید به صورت کیلی فروخته شود.<sup>۱۶</sup> از جمله مواردی که فروش آن به وسیله کیل انجام می‌شود طعام است که فروش آن عادتاً به وسیله کیل می‌باشد. اشیای وزنی نیز به وسیله وزن به فروش می‌رسند. از آنجاکه اساس و پایه در فروش اشیای وزن است و وزن دقیق‌تر از کیل می‌باشد فروش اشیای وزنی به صورت کیلی، از منظر مشهور از فقهای امامیه جایز نمی‌باشد. در مورد اشیای معدود مثل نان که می‌بایست به صورت شمارشی به فروش برسند نیز علم به مقدار مضمن از طریق شمارش شرط است. البته برخی از فقهای قائل بر این می‌باشند که اشیای معدود را با مشاهده می‌توان فروخت.<sup>۱۷</sup> گردو و تخم مرغ را عادتاً به صورت شمارش می‌فروشند. البته در خصوص برخی موارد مثل خرزبه و بادمجان و انار اختلاف وجود دارد.<sup>۱۸</sup> در خصوص امکان اندازه‌گیری مورد معامله برای فروش به وسیله طریق دیگری غیر از طریق متعارف آن، باید قائل به تفکیک شد؛ به‌گونه‌ای که مرحوم شیخ انصاری (ره) می‌فرماید اگر بگوییم که در بحث اندازه‌گیری مبیع در مکیل و موزون و معدود با امور متعارف آنچه ملاک است حصول غرر و ضرر شخصی است، می‌توانیم بدون اشکال قائل شویم که هر یک از این اشیای را با اموری غیرمتعارف نیز (در صورتی که با آنها غرر برطرف شود) می‌توان اندازه‌گیری، بلکه بدون اشکال می‌توان گفت که صرف مشاهده در آنها (بدون اندازه‌گیری) کفایت می‌کند. لیکن ظاهر اخباری که در این خصوص آمده این است که باید اندازه‌گیری شود و مسأله غرر شخصی لحاظ نمی‌شود. چراکه حکمت این حکم این است که راه فریب و غرر که منجر به نزاع می‌شود، بسته گردد. و همین رفع تنازع است که در اکثر معاملات، مقصود از اعتبار بعضی خصوصیات هست. و این، امری زائد بر تراضی بالفعل طرفین در حال معامله است.<sup>۱۹</sup> یعنی با اینکه تراضی برقرار است ولی شارع صرف نظر از توافق و تراضی طرفین معامله در جهت انسداد باب غرر و تسامح و جلوگیری از تنازع، برخی خصوصیات از جمله تقدیر را معتبر شمرده است.

فقها در خصوص اینکه آیا جایز است که مکیل را بر اساس وزن فروخت یا بالعکس، اقوال مختلفی دارند. شهید اول در دروس قائل بر این می‌باشند که مطلقاً می‌توان مکیل را با وزن و بالعکس فروخت.<sup>۲۰</sup> برخی فقها قائلند که مکیل را می‌توان وزنی فروخت ولی عکس آن جایز نمی‌باشد.<sup>۲۱</sup> در

۱۵. شیخ طوسی، پیشین، ۱۶۲.

۱۶. ابن ادویس حلی، سرائر، جلد ۲ (قم: موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۰ ق.)، ۳۲۱.

۱۷. احمد بن محمد مقدس اردبیلی، مجمع‌الفائده و برهان، جلد ۸ (قم: موسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۳ ق.)، ۱۷۸.

۱۸. علامه حلی، قواعد/الحکام، جلد ۱ (قم: موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۳ ق.)، ۱۳۶.

۱۹. شیخ انصاری، جلد ۴، پیشین، ۲۱۹.

۲۰. شمس الدین نبطی جزینی، دروس، جلد ۳ (قم: موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۷ ق.)، ۲۵۳.

۲۱. ابن ادویس حلی، پیشین، ۲۶۰-۳۲۱. علامه سید محمد جواد عاملی، مفتاح/الکرامه، جلد ۴ (قم: موسسه نشر اسلامی، ۱۳۹۱)، ۲۲۸.

مقابل برخی راه میانه در پیش گرفته و قائلند که گاهی سخن در این است که هر یک از دو روش اندازه‌گیری یعنی کیل و وزن به جای دیگری کفایت می‌کند؛ یعنی هر کدام می‌تواند دلیل بر اندازه معتبر در دیگری باشد، به این صورت که از کیل، وزن موزون کشف شود و بالعکس از وزن، کیل مکمل معلوم گردد. و گاهی سخن در این است که هر کدام به جای دیگری کفایت می‌کند، بدون اینکه روش اندازه‌گیری متعارف در آن شیء ملاحظه شود. در خصوص بحث اول باید دید تفاوت احتمالی در دید عرف قابل مسامحه است یا خیر؟ اگر قابل مسامحه باشد جابه‌جایی کیل و وزن جایز است چون در حقیقت این روش از دایره روش متعارف خارج نیست و نهایت چیزی که در این مورد اتفاق افتاده است این است که از روش جایگزین برای رسیدن به اندازه آن شیء استفاده شده است. و در خصوص بحث دوم نیز اگر تفاوت بین وزن و کیل قابل مسامحه نباشد باز هم ظاهراً باید قائل بر جواز شد البته در صورتی که بنا را بر همان مقداری بگذاریم که از اندازه‌گیری به دست می‌آید و آن تقدیر، نشانه مقدار است. چراکه چنین روشی نیز خارج از گزاف است و در نتیجه شبیه این است که خود بایع، مقدار کیل را خبر دهد. این فروض فرع بر این است که اندازه‌گیری غیرمتعارف را نشانه‌ای بر اندازه‌گیری متعارف بدانیم یعنی کیل را نشان‌دهنده وزن و توزین را نشانه کیل بدانیم. و اما اینکه یکی از دو روش اصلاً و اصالتاً جایگزین دیگری شود بدون اینکه روش متعارف و متناسب با شیء ملاحظه شود، ظاهراً در موردی که مکیل را با توزین بفروشیم بنا بر قول مشهور جایز است چراکه چنین موردی، از مصادیق بیع جزا فی مکیل که در روایات<sup>۲۲</sup> و معقد اجماعات از آن نهی شده، محسوب نمی‌شود. زیرا وزن دقیق‌تر از کیل است، و مقدار مالیت اشیای مکیل، اصالتاً به وسیله وزن معلوم شود بدون اینکه به کیل ارجاع داده شود.<sup>۲۳</sup>

## ۲-۲- رفع غرر از مثنی با مشاهده مورد معامله

مرحوم شیخ انصاری در خصوص فروش لباس و زمین از راه مشاهده امر را دائر مدار غرر شخصی می‌داند و معتقدند چون در این مورد، نص صریحی بر لزوم تقدیر وارد نشده است صرف عدم تحقق غرر در دید متعاملین کافی است و ملاک شخصی مدنظر است.<sup>۲۴</sup> به نظر می‌رسد در خصوص مطلق فروش لباس نمی‌توان حکم جواز کفایت مشاهده داد چراکه عرفاً امکان فروش لباس آماده به وسیله مشاهده وجود دارد و اصولاً تنها طریق فروش آن به وسیله مشاهده است ولی قائل شدن به جواز فروش پارچه با مشاهده باوجود اینکه در تقدیر امر دائر مدار غرر نوعی می‌باشد مشکل می‌نماید. و در خصوص فروش زمین و گوسفند نیز با توجه به اینکه ارزش مورد معامله دائماً در حال تغییر است و کم یا زیاد بودن مورد معامله در عالم واقع با آنچه متعلق قصد و غرض متعاملین می‌باشد، منجر به نزاع و اختلاف می‌گردد، لذا معامله زمین با مشاهده می‌تواند غرری محسوب شود و مشمول روایت نبوی (نهی عن بیع الغرر) باشد. در خصوص فروش گوسفند نیز همین ایراد جاری است چراکه تعیین

۲۲. حر عاملی، پیشین، ۲۵۴.

۲۳. شیخ انصاری، جلد ۴، پیشین، ۲۱۹-۲۲۳.

۲۴. همان، ۲۴۶.

مقدار مورد معامله از جمله اوصافی است که معلوم بودن آن هنگام عقد لازم است و مجهول ماندن آن سبب جهل به مورد معامله می‌گردد و اثر جهل به مورد معامله، چیزی جز بطلان معامله نمی‌باشد.

### ۲-۳- تعیین مقدار مثنی به وسیله اخبار بایع

در خصوص اینکه اخبار بایع به مقدار مبیع کفایت از کیل یا وزن می‌نماید شیخ انصاری (ره) می‌فرماید اخبار بایع به مقدار مبیع مصحح بیع می‌باشد. در خصوص اینکه اخبار بایع کفایت از تقدیر می‌کند یا در صورتی که عرفاً طریق الی‌المقدار باشد کفایت می‌کند نیز می‌فرماید اخبار بایع باید طریق‌المقدار باشد و از آن جهت به عنوان طریق عرفی مجاز شناخته شده است که حکایت از مقدار دارد و مطلق اخبار کفایت نمی‌کند.<sup>۲۵</sup>

اگر خود بایع مقدار مبیع را گزارش دهد می‌توان بر قول او اعتماد کرد<sup>۲۶</sup> و علامه در تذکره مدعی اتفاق فقها بر این امر می‌باشند. مرحوم شیخ انصاری (ره) در خصوص منعی که در صحیح‌ه حلبی آمده بود (لا یصلح الا ان یکیل) آن را حمل بر موردی می‌دانند که طرفین معامله را بر مقداری مبتنی کنند که با آنچه بایع بدان اخبار کرده متفاوت باشد.<sup>۲۸</sup> بدین صورت که بایع می‌گوید مبیع ۱۰ کیلو یا ۱۰۰ متر است ولی طرفین معامله را بر پایه ۸ کیلو یا ۸۰ متر منعقد می‌نمایند که در این صورت معامله غرری است چون طرفین معامله را بر مبنای اخبار بایع منعقد ننموده‌اند و آنچه در عالم واقع مورد معامله واقع گردیده با آنچه متعلق قصد بایع (اخبار بایع) بوده، تعارض دارد لذا با این اخبار، معامله از غرری بودن خارج نمی‌شود.

### ۳- ظهور خلاف اخبار بایع؛ بطلان یا ایجاد حق فسخ

اگر حکم دائر مدار غرر باشد (یعنی نفس عنوان غرر یا عدم غرر مطرح باشد) برای صحت بیع، همین مقدار کفایت می‌کند که طرفین، بیع را بر اساس همان مقداری که بایع خبر داده، مبتنی نمایند ولو اینکه مقدار واقعی مجهول باشد؛ چراکه با همین بنای متعاملین بر مقدار مورد توافق، غرر مندفع می‌شود، زیرا این بنا در معامله کمتر از فروش کالای غائبی که با توصیف اوصافش در عقد، معامله می‌شود، نیست.<sup>۲۹</sup> به عبارت دیگر، در بیع مال کلی با توجه به اینکه در حال معامله، مبیع با وصف فروخته می‌شود و حین العقد غائب است، به طریق اولی، اخبار بایع به مقدار مورد معامله رافع غرر

۲۵. همان، ۲۴۱-۲۴۳.

۲۶. علامه حلی، تذکره الفقها، پیشین، ۴۷۰.

۲۷. «صحیح‌ه حلبی (عن ابی عبدالله علیه‌السلام) فی رجل اشتری من رجل طعاماً عدلاً بکیل معلوم، وان صاحبه قال للمشتري: ابتع منی هذا العدل الاخر بغیر کیل؛ فان فيه مثل ما فی الاخر الذی ابتعت؟ قال: لا یصلح الا بکیل بکیل. قال: و ما کان من طعام سمیت فيه کیلا، فانه لا یصلح فجازفه، هذا مما یرکه من بیع الطعام». محمد بن حسن حر عاملی، پیشین، ۲۵۴.

۲۸. شیخ انصاری، جلد ۴، پیشین، ۲۴۰.

۲۹. همان، ۲۴۱.

محسوب می‌شود؛ زیرا در معامله به وسیله اخبار بایع، مبیع موجود است و به وسیله شرط (اخبار بایع و پذیرش و تصدیق مشتری)، فروخته می‌شود و پذیرش صحت این معامله اولی از پذیرش معامله مال غائب، به وسیله وصف (همان شرط) خواهد بود.

پس از پذیرش اخبار بایع به عنوان یک طریق عرفی تشخیص مقدار مورد معامله، از آن جهت که راهی برای تشخیص مقدار است و نه اینکه فی‌نفسه و مطلقاً یک طریق معامله محسوب گردد، مسأله‌ای که محل نزاع و اختلاف میان اجلاء از فقهای امامیه می‌باشد، ضمانت اجرای ظهور خلاف اخبار بایع از مقدار به صورت نقیصه یا زیاده است که برخی فقها، قائل بر بطلان عقد و برخی دیگر قائل بر صحت عقد و تحقق خیار تخلف از وصف یا از باب فقدان جزء می‌باشند. پیش از ورود به اقوال سه‌گانه و انتخاب یک راه‌حل متناسب با مبانی فقهی و قواعد حقوقی لازم است ماهیت اخبار بایع در عقد مشخص گردد و سپس با توجه به تبیین ماهیت اخبار بایع به بررسی ضمانت اجرای تخلف از آن پرداخت.

### ۳-۱- ماهیت اخبار بایع به عنوان یک طریق عرفی تشخیص مقدار مثنی

ممکن است گفته شود از آن جهت که اخبار بایع به مقدار مبیع و تصدیق مشتری از یک جهت شرط صحت معامله محسوب می‌گردد؛ لذا ظهور خلاف اخبار بایع موجب بطلان معامله می‌گردد؛ لذا در این فرض، کفایت اخبار بایع به مقدار مورد معامله به جای توزیع و کیل، همان حکم وزن و کیل اشیای کیلی و وزنی را خواهد داشت و ظهور خلاف اخبار بایع به معنای عدم کیل و وزن می‌باشد، که موجب بطلان عقد می‌گردد. به عبارت دیگر، وزن و کیل اشیای کیلی و وزنی برای فروش، از شرایط اساسی صحت معامله محسوب می‌گردد و اذن به جواز معامله با اخبار بایع به مقدار مبیع، حکایت از امکان دفع غرر به وسیله اخبار بایع به جای توزین و کیل می‌باشد و آنچه که حکم رافع را دارد فقدش موجب بطلان معامله می‌باشد. شاید به همین دلیل باشد که برخی از فقهای امامیه<sup>۳۰</sup> معتقدند در صورت کشف خلاف اخبار بایع، احتمال بطلان عقد وجود دارد؛ لیکن این احتمال را باید از ذهن زدود، چراکه؛ اخبار بایع به عنوان طریق عرفی جهت تشخیص مقدار مورد معامله، حین‌العقد موجب دفع غرر می‌شود و ظهور خلاف قول بایع (کشف خلاف قول بایع) تفاوت بازرزی با عدم توزین و کیل در معاملات دارد و قیاس آن دو نادرست است؛ چراکه در یک مورد به واسطه عدم کیل و وزن معامله جزافی و غرری و در دیگری برخلاف آنچه بایع اخبار داده، مبیع نقیصه یا فزونی دارد؛ که این فرض، تفاوت آشکاری با فرض اول یعنی عدم توزین و کیل دارد. به سخنی دیگر، در یک مورد با اخبار بایع، معامله از غرری بودن خارج می‌شود و لذاست که شرایط صحت و بطلان باید حین‌العقد سنجیده شوند و در مورد دیگر، یعنی عدم کیل و وزن اشیای کیلی و وزنی، معامله از اساس جزافی و باطل می‌باشد. در خصوص ماهیت اخبار بایع، باید گفت این اخبار بایع و قبول مشتری به عنوان شرطی محسوب می‌گردد که همانند سایر شروط منضم به عقد می‌باشد و همان ضمانت اجرای شرطی ضمن عقد

۳۰. محقق کرکی، جامع‌المقاصد، جلد ۴ (قم: موسسه آل‌البیت علیه السلام، ۱۴۱۴ق)، ۴۲۷.



را خواهد داشت. شرط یا ضمن عقد است یا ابتدائی (خارج از عقد) یا بدون ذکر در متن عقد، بنای طرفین بر انجام شرط، توأم با عقد است. بنا بر اجماع فقهای امامیه شروط ابتدایی لزوم وفا ندارند و لازم‌الاجرا نیستند؛ چراکه شرط در علم لغت الزام و التزام ضمن عقد محسوب می‌شود و شروط ابتدایی تخصصاً از عنوان شرط خارج می‌باشند (الزام الشیء و التزامه فی البیع و نحوه).<sup>۳۱</sup> در مقابل برخی فقهای امامیه هر چند نهایتاً معتقدند شروط ابتدایی لازم‌الوفا نیستند؛ در تعریف شرط می‌گویند شرط، مطلق الزام و التزام است چه در ضمن عقد باشد و چه خارج از عقد، لیکن آنچه موجب عدم لزوم و وجوب وفای به شروط ابتدایی می‌گردد، اجماع فقهای امامیه است نه آنکه شروط ابتدایی تخصصاً از عنوان شرط خارج باشند، بلکه اجماع فقهای امامیه به عنوان مخصص بر ادله لزوم وفای به شروط به عنوان قاعده عام، محسوب می‌گردد.<sup>۳۲</sup> اخبار بایع به مقدار مورد معامله، بنا بر تعریف شرط ابتدایی، مصداق این نوع شرط نمی‌باشد و از محل بحث خارج است. اولین دلیل مدعیان عدم لزوم وفای به شرط ابتدایی، مفهوم خود شرط است. به اعتقاد این دسته از فقیهان، فقط شروط ضمن عقد به معنای حقیقی کلمه شرط هستند؛ زیرا در معنای شرط «مفهوم ربط» نهفته است و واژه شرط بر «تعهد مستقل» اطلاق نمی‌شود.<sup>۳۳</sup> دلیل دیگر مبنی بر عدم لزوم وفای به شروط ابتدایی اجماع فقهای امامیه ذکر شده است.<sup>۳۴</sup>

شروط تبانی یا بنایی به معنای شروطی که قبل از عقد مورد توافق طرفین قرار می‌گیرند و در عقد ذکر نمی‌شوند یا بدون توافق و ذکر در متن عقد بنای طرفین بر رعایت آن می‌باشد، دسته دیگر از شروط می‌باشند که لزوم یا عدم لزوم وفای به آنها به شدت میان فقهای امامیه مورد اختلاف می‌باشد. مرحوم شیخ طوسی در این خصوص و در بحث شرط سقوط خیار، معتقدند هرگاه طرفین عقد بیع، قبل از عقد شرط کنند که وقتی عقد را منعقد می‌کنند، خیاری میان آنان نباشد، لازم‌الوفا است؛ زیرا اولاً مانعی برای صحت وجود ندارد، ثانیاً اصل، صحت شرط مزبور است و ثالثاً عموم و اخبار مربوط به شرط شامل چنین شرطی می‌شود.<sup>۳۵</sup> مرحوم شهید اول در کتاب قواعد و قواعد معتقدند که کلیه شروط مقدم یا متأخر بر عقد اثری ندارند و لازم‌الوفا نمی‌باشند.<sup>۳۶</sup> به نظر می‌رسد شروط بنایی به معنای شروطی که عقد بر مبنای آنها منعقد گردیده است لازم‌الوفا می‌باشند اعم از آنکه قبل از عقد مورد توافق قرار گرفته باشند یا بدون توافق عقد بر مبنای آن منعقد گردیده باشد. لزوم وفای به شروط بنایی در مواد ۱۱۱۳ و ۱۱۲۸ قانون مدنی پذیرفته شده است.<sup>۳۷</sup> برخی حقوق‌دانان در تأیید

۳۱. محمد بن یعقوب فیروزآبادی، قاموس المحيط، جلد ۲ (بیروت: دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۵ق.)، ۳۶۸.

۳۲. شیخ انصاری، مکاسب، جلد ۶ (قم: مجمع الفکر اسلامی، ۱۴۴۲ق.)، ۵۴.

۳۳. محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، جلد ۲۳ (قم: موسسه نشر اسلامی، ۱۴۳۲ق.)، ۱۹۸.

۳۴. حسن بجنوردی، قواعد الفیقه، جلد ۳ (تهران: موسسه چاپ و نشر عروج، ۱۴۰۱ق.)، ۲۲۵.

۳۵. شیخ طوسی، پیشین، ۲۱. «لو شرطاً قبل العقد ان لا یثبت بینهما خیار بعد العقد، صح الشرط و لزم بنفس الایجاب و القبول ... دلیلنا لامانع من هذا الشرط و اصل جوازه و عموم اخبار فی جواز الشرط یشمل هذا الموضع».

۳۶. شمس الدین نبطی جزینی، القواعد والفوائد، جلد ۲ (قم: کتابفروشی مفید، ۱۴۰۰ق.)، قاعده ۲۵۲. «کل شرط تقدم او تأخر فلا اثر لو».

۳۷. ماده ۱۱۱۳ قانون مدنی «در عقد انقطاع، زن حق نفقه ندارد مگر اینکه شرط شده یا آنکه عقد مبنی بر آن جاری ←



این نظر گفته‌اند که قرارداد، یک جریان ممتد و به هم پیوسته است که از چندین نشست و گفت‌وگو و مذاکره و سرانجام ایجاب و قبول تشکیل می‌گردد. برای تعیین مفاد چنین قراردادی صرفاً ایجاب و قبول را پایه و مبدأ قرار دادن دور از واقعیت است. بریدن ایجاب و قبول از زمینه و بستری که در آن روییده و بالیده، گسستن یک موجود زمانی از پیشینه تاریخی آن است.<sup>۳۸</sup> با تعریفی که از شروط بنایی به عمل آمد به نظر می‌رسد اخبار بایع از مقدار مثنی، منصرف از شروط بنایی و ادله لزوم یا عدم لزوم آن می‌باشد چراکه برخلاف شروط ابتدایی و بنایی اخبار بایع در متن عقد ذکر و مورد توافق طرفین قرار می‌گیرد و اگر غیر از این باشد به علت غرری بودن، معامله باطل خواهد بود؛ زیرا تعیین مقدار مثنی در هر حال شرط صحت قرارداد است.

شروط ضمن عقد به عنوان دسته سوم شروط، شروطی می‌باشند که مورد توافق طرفین قرار می‌گیرند و در متن عقد درج می‌گردد و لزوم وفای عمل به چنین شروطی مورد اجماع و اتفاق فقهای امامیه می‌باشد.<sup>۳۹</sup> به نظر می‌رسد با توجه به ماهیت اخبار بایع به مقدار مورد معامله و ذکر آن در متن عقد، اخبار بایع به مقدار مثنی و تصدیق مشتری از شروط ضمن عقد محسوب می‌شود که ضمانت اجرای تخلف از آن را باید در بحث شروط جست‌وجو نمود.

### ۳-۲- بررسی اقوال سه‌گانه در مورد ظهور خلاف قول بایع

محقق کرکی (ره) احتمال آنکه اگر بعد از معامله بر اساس اخبار بایع، خلاف آن آشکار شد، معامله باطل است، را داده‌اند. مثل آنکه فروشنده‌ای لباسی را به عنوان کتان بفروشد ولی معلوم گردد که پنبه است. سپس ایشان این احتمال و تشبیه را رد کرده و فرموده‌اند کتان و پنبه از دو جنس مختلف هستند. ولی بحث ما در جایی است که اختلاف در وصف یک جنس واحد است یعنی اختلاف بایع و مشتری در کمیت است نه در کیفیت.<sup>۴۰</sup> در مقابل گفته‌اند: اما ممکن است گفته شود مغایرت آنچه در خارج موجود است با آنچه حقیقتاً عنوان عقد است، یک مغایرت حقیقی است و شباهتی با مغایرت فاقد وصف و واجد وصف ندارد چراکه این دو در اصل حقیقت مشترک می‌باشند. برخلاف موضوع بحث (ظهور خلاف قول بایع به مقدار مثنی) که مصداق جزء و کل (کامل و ناقص) می‌باشند.<sup>۴۱</sup> به سخنی دیگر، می‌توان گفت جزء و کل نیز همچون واجد و فاقد، در اصل حقیقت مشترک می‌باشند و در مثال مرحوم محقق کرکی (ره)، مراد از جنس را اگر ثوب در نظر بگیریم کتان و پنبه هم در جنس

شده باشد.»

ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی «هر گاه در یکی از طرفین صفت خاصی شرط شده و بعد از عقد معلوم شود که طرف مذکور فاقد وصف مقصود بوده برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده یا عقد متباین بر آن واقع شده باشد.»

۳۸. سید مصطفی محقق داماد، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، جلد ۱ (تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۸)، ۲۰۳ و ۲۰۴.

۳۹. محقق کرکی، جامع المقاصد (قم: موسسه آل البیت علیه‌السلام، ۱۴۱۴ق.هـ.)، ۳۱.

۴۰. همان، جلد ۴، ۴۲۷.

۴۱. شیخ انصاری، جلد ۴، پیشین، ۲۴۱ و ۲۴۲.

مشترک هستند. جنس در فلسفه و منطق با جنس در اصطلاح فقه و عرف متفاوت است. کتان و پنبه و امثال اینها در جنس غریب متفاوت اند ولی در جنس بعید مثل جسم و جوهر و ... مشترک می‌باشند. مرحوم علامه (ره) در خصوص موضوع معتقدند که در صورت زیادت، خیار برای بایع است و در صورت نقیصه خیار برای مشتری است.<sup>۴۳</sup> و در جایی دیگر فرموده‌اند که اگر روشن شد که مبیع برخلاف آن چیزی که بایع بدان خبر داده، مشتری بین فسخ و امضا مخیر است و در صورت امضا می‌تواند حصه معینی از ثمن را بگیرد.<sup>۴۴</sup> مرحوم شهید اول معتقدند که در صورت ظهور خلاف قول بایع، هر کدام از بایع و مشتری که مغبون شده مخیر است.<sup>۴۴</sup> شیخ انصاری می‌فرماید که در صورت ظهور خلاف قول بایع، مشتری و بایع حسب مورد می‌توانند یا فسخ یا امضا نمایند و اضافه می‌نمایند در این صورت معامله صحیح و در صورت نقیصه، مشتری و در صورت زیادت، بایع می‌توانند عقد را فسخ کنند.<sup>۴۵</sup>

### ۳-۳- نظر برگزیده در خصوص ضمانت اجرای ظهور خلاف قول بایع

شرط صحت و درستی هر قرارداد این است که موضوع تعهدهای ناشی از آن معلوم باشد. (ماده ۲۱۶ قانون مدنی)<sup>۴۶</sup> رفع جهالت از مال موضوع انتقال با معلوم شدن سه عامل انجام می‌پذیرد که مشترک بین عین معین و کلی است: (۱) جنس (۲) وصف (۳) مقدار (مواد ۳۴۲ و ۳۵۱ قانون مدنی)<sup>۴۷</sup> نظریه بطلان عقد به واسطه ظهور خلاف اخبار بایع، طرفدار چندانی در فقه و حقوق ندارد. چراکه مغایرت حقیقی با آنچه موضوع عقد است و آنچه در عالم خارج موجود است، وجود ندارد و این مغایرت یا صرفاً از باب زیادت یا نقیصه مورد معامله می‌باشد که موجب خیار برای متضرر می‌گردد. لیکن آنچه محل نزاع میان فقهای امامیه می‌باشد نوع خیار است. در این خصوص برخی فقها قائل به خیار تخلف از وصف می‌باشند و برخی دیگر معتقدند خیار از باب فقدان جزء مبیع است و ثمره بحث در این است که در صورت رضایت متضرر به معامله، حق بازستاندن بعضی ثمن را خواهد داشت یا خیر؟ برخی فقهای امامیه معتقدند که این خیار (خیار حاصل از ظهور خلاف قول بایع)، تخلف از وصف نمی‌باشد چراکه خیار تخلف از وصف فقط در جایی است که در متن عقد به شرطیت وصف، تصریح

۴۲. علامه حلی، قواعد الاحکام، پیشین، ۱۴۲.

۴۳. همان، ۱۳۳.

۴۴. نبطی جزینی، دروس، پیشین، ۱۱۳.

۴۵. شیخ انصاری، جلد ۴، پیشین، ۲۴۲.

۴۶. «مورد معامله باید مبهم نباشد، مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است.»

۴۷. ماده ۳۴۲ قانون مدنی «مقدار و جنس و وصف مبیع باید معلوم باشد و تعیین آن به وزن یا عدد یا ذرع یا مساحت یا مشاهده تابع عرف بلد است.

ماده ۳۵۵ قانون مدنی «در صورتی که مبیع کلی (یعنی صادق بر افراد عدیده باشد) بیع، وقتی صحیح است که مقدار و جنس و وصف مبیع ذکر شود» ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۹)، ۱۷۸.

شده باشد.<sup>۴۸</sup> به عبارت دیگر، خیار تخلف از وصف، با لحاظ تخلف از شرط وصف در عقد است که در موضوع حاضر، اخبار بایع به عنوان شرط وصف محسوب نمی‌گردد. مرحوم شیخ (ره) در پاسخ می‌فرماید «اما آنچه برخی ذکر کرده‌اند که خیار تخلف وصف تنها وقتی است که در متن عقد شرط شده باشد، محل اشکال است چراکه؛ این مطلب در اوصاف خارجی‌ای است که ملاحظه آنها در صحت بیع، شرط نیست مانند نویسندگی و یا دوزندگی عبد؛ اما اوصافی که در خود عنوان بیع لحاظ می‌شوند به‌گونه‌ای که اگر لحاظ نشوند، اصل بیع صحیح نخواهد بود - مثل مقدار معینی از کیل یا وزن یا تعداد - در چنین اوصافی، نیاز نیست که در متن عقد ذکر شوند. چراکه این امر، اولی از وصف صحت است، یعنی وصفی که چون بنای عقد بر آن وصف صحت است دیگر نیازی به ذکر آن در متن عقد نیست. زیرا شناخت نسبت به وجود ملاحظه صحت از مصححات عقد شمرده نمی‌شود، به خلاف شناخت از وجود مقدار معین، که از مصححات عقد است (یعنی توجه به صحت عقد از اموری است که عقد بر آن بنا می‌شود ولی لازم نیست در متن عقد آورده شود، چون این توجه از مصححات عقد شمرده نمی‌شود برخلاف توجه به مقدار که نفس توجه از مصححات عقد است).<sup>۴۹</sup>

در خصوص نوع خیار، مرحوم شهید اول (ره) معتقدند که هر کدام از بایع یا مشتری که مغبون شده، می‌تواند معامله را فسخ کند.<sup>۵۰</sup> مرحوم شیخ انصاری معتقدند که بی هیچ اشکالی باید گفت که این خیار (حسب مورد برای بایع یا خریدار) خیار تخلف است. اما آنچه محل اشکال است این است که حقیقتاً آنچه در آن تخلف شده، جزئی از مبیع است یا وصفی از اوصاف آن؟ لذا بین فقها اختلاف شده که در صورت امضا (مشتری یا بایع) آیا این امضا به همه ثمن تعلق می‌گیرد که دیگر نباید چیزی از طرف مقابل پس بگیرد یا این امضا به حصه‌ای از ثمن تعلق می‌گیرد که نسبت این حصه به کل ثمن، شبیه نسبت اجزای موجود به جزء معدوم است؟<sup>۵۱</sup> شیخ انصاری پس از آنکه نوع خیار را تخلف می‌نماید هر چند از اظهار نظر قطعی پیرامون نوع خیار خودداری می‌نماید لیکن از مجموع سخنان ایشان برداشت می‌شود که تمایل این فقیه نامدار بر فقدان جزء مبیع و امکان بازپس گرفتن ثمن به نسبت حصه معدوم می‌باشد. مرحوم علامه در قواعد نیز معتقدند مغبون مخیر است.<sup>۵۲</sup> با توجه به اینکه مرحوم علامه و شهید اول معتقد به خیار غبن می‌باشند رجوع به بعض ثمن از منظر این فقهای عظیم‌الشان غیرممکن است.

حقوق دانان نیز بحث و بررسی پیرامون ماهیت خاصه اخبار بایع به مقدار مورد معامله و ضمانت اجرای تخلف از قول بایع نداشته‌اند و بیشتر به بررسی شرط مقدار و تخلف از آن پرداخته‌اند. به نظر می‌رسد نظر به شرح ماهیت اخبار بایع و با توجه به اینکه ماهیت آن را «شرط ضمن عقد» برای تعیین مقدار مورد معامله از جهت شرط صحت عقد و از جهت دیگر شرط صفت معرفی نموده‌ایم باید

۴۸. علامه حلی، قواعد الاحکام، پیشین، ۱۴۳.

۴۹. شیخ انصاری، جلد ۴، پیشین، ۲۴۳.

۵۰. نبطی جزینی، دروس، پیشین، ۱۱۳.

۵۱. شیخ انصاری، جلد ۴، پیشین، ۲۴۳.

۵۲. علامه حلی، قواعد الاحکام، پیشین، ۱۴۳.

در خصوص ضمانت اجرای تخلف از قول بایع نیز قائل به همان ضمانت اجراهای تخلف از شرط مقدار بود. قانون مدنی ایران در ماده ۲۳۵ به ذوالخیار، در صورت تخلف از شرط، حق فسخ عقد را می‌دهد.

برخی استادان حقوق معتقدند چنانچه فروشنده خبر دهد که خرمن مورد معامله ده خروار است و بر همین پایه بهای آن معین گردد یا ملکی به شرط داشتن مساحت معین فروخته شود، یا مساحت قالی بر پایه اعلام فروشنده مورد تراضی قرار گیرد؛ تخلف از وصف برای زیان دیده حق فسخ به وجود می‌آورد ( ماده ۳۵۵ قانون مدنی ).<sup>۵۳</sup> ولی در صورتی که اعلام مقدار به عنوان مبنای تعیین قیمت نیز باشد در صورت نقیصه مشتری حق رجوع به ثمن مازاد را دارد و در صورت زیادت، زیاده مال بایع خواهد بود. ( ماده ۳۸۴ قانون مدنی )<sup>۵۴</sup>

در مبيع عین معین برابر ماده ۳۴۲ قانون مدنی، مقدار، جنس و وصف باید معلوم باشد و طرق معلوم شدن حسب مورد می‌تواند به وسیله کیل، وزن، رؤیت یا شرط مقدار باشد. در عین کلی ذکر جنس، مقدار و وصف مبيع در عقد ضروری است ( ماده ۳۵۱ قانون مدنی ). ماده ۳۶۱ قانون مدنی ایران مقرر می‌دارد که «اگر در بیع عین معین معلوم شود که مبيع وجود نداشته بیع باطل است» که نشان از آن دارد بیع عین معین بدون مشاهده از منظر قانون مدنی ایران معتبر است و به طریق اولی اخبار بایع از مقدار مبيع نیز صحیح و معتبر می‌باشد. شرط مقدار یکی از مصادیق شرط صفت است اما الزاماً دارای همان ضمانت اجراهای تخلف از شرط صفت نمی‌باشد.

ضمانت اجرای تخلف از شرط صفت، فسخ قرارداد است ( ماده ۲۳۵ قانون مدنی )، اما مقدار هرگاه به عنوان صفت در ضمن قرارداد شرط شود، همچون سایر شرط صفت‌ها، تخلف از آن در صورتی موجب حق فسخ می‌شود که مقدار، به عنوان موضوع قرارداد بیان شده باشد، اما در بیشتر موارد شرط مقدار چهره فرعی دارد و هدف آن، بیان یکی از اوصاف مبيع نیست. در این صورت، حکم شرط مقدار از شرط صفت جدا می‌شود و در این بحث باید به این نکته اساسی توجه داشت.<sup>۵۵</sup> به عنوان مثال، هرگاه طلایی قدیمی با شرط داشتن مقدار خاصی طلا فروخته شود، وصف تاریخی بودن آن بر وصف مقدار خاصی طلا داشتن می‌چربد و در نتیجه، تخلف از شرط مقدار، موجب بطلان نمی‌شود.<sup>۵۶</sup>

قانون مدنی ایران به پیروی از فقهای امامیه پیرامون تخلف از شرط مقدار با تشتت فراوان در مواد ۳۵۵ و ۳۸۴ و ۳۸۵ و ماده ۱۴۹ قانون ثبت، و ماده ۷ قانون پیش فروش ساختمان احکام متفاوتی را مقرر نموده است که تفصیل آن ذکر گردید لذا این احکام متفاوت موجب اختلاف میان حقوق دانان و به تبع آن رویه قضایی گردیده است. اگر مبيع تجزیه پذیر باشد و یا متعلق قصد متعاملین این باشد که ثمن بر پایه مقدار مبيع باشد و مقدار به عنوان تعیین کننده میزان تعهد فروشنده باشد، باید ماده ۳۸۴ قانون مدنی را مجری دانست که امکان فسخ و یا رجوع به آن قسمت از ثمن که بلا موضوع باقی

۵۳. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، پیشین، ۱۸۳.

۵۴. همان، ۱۸۴.

۵۵. ناصر کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی، جلد ۱ (تهران: میزان، ۱۳۹۹)، ۳۹۲.

۵۶. ناصر کاتوزیان، عقود معین، پیشین، ۶۳.

مانده است (حسب مورد برای بایع یا مشتری)، وجود داشته باشد. اگر مبیع دارای اجزای مختلف و غیرمساوی باشد و هنگام تسلیم کمتر یا بیشتر از شرط باشد به نظر می‌رسد که متضرر حق فسخ یا استرداد ثمن بلا موضوع را دارد.<sup>۵۷</sup> و دلیل این مدعا نیز این است که فقهای امامیه شرط را جزئی از ثمن می‌دانند و در این فرض ثمن بر تمام مقدار مبیع تقسیم می‌شود (للشرط قسط من الثمن). به عبارت دیگر شرط مقدار، یک چهره ظاهری و یک چهره واقعی دارد. چهره ظاهری شرط مقدار، همان چهره‌ای است که تمام شروط صفت دارند و مقدار را به عنوان صفتی برای مبیع قرار می‌دهد، اما چهره واقعی شرط مقدار آن است که مقدار، جزئی از مبیع باشد و ثمن هم در مقابل تمامی مبیع قرار می‌گیرد؛ یعنی بخشی از آن در مقابل شرط قرار دارد. حال باید دید که کدام چهره بر دیگری غلبه دارد و در این رابطه باید داوری عرف را پذیرفت؛ زیرا مبنای قضاوت، داوری عرف است و عرف، چهره واقعی را بر چهره ظاهری ترجیح می‌دهد.<sup>۵۸</sup> لذا باید اطلاق مواد ۳۵۵ و ۳۸۵ قانون مدنی را نادیده گرفت و به داوری عرف مراجعه کرد. بنابراین، چنانچه عرف مورد معامله را به گونه‌ای بداند که ثمن آن بر مبنای اجزای مبیع تعیین نمی‌گردد، و آنچه مورد نظر طرفین بوده، نفس مبیع باشد که ثمن در مقابل اجزای آن تقسیم نگردد، در این صورت، ظاهر مواد ۳۵۵ و ۳۸۵ قانون مدنی را باید قابل اجرا دانست. در غیر این صورت عادلانه‌ترین روش همان تقسیم ثمن در مقابل مجموع مبیع و شرط مقدار است در توجیه این نظر می‌توان گفت که نظر به تغییر و نوسانات شدید قیمت‌ها و با توجه به اینکه فلسفه تشریح خیار دفع ضرر است، اختصاص صرفاً خیار فسخ برای این موارد، خود موجب ضرر است. بنابراین، باید قائل به تحقق خیار فسخ یا امضای عقد به همراه رجوع به ثمن مازاد و تقسیم ثمن در مقابل اجزای مبیع، در فرض اخبار بایع به مقدار مثنی و احراز خلاف آن، بود.

## نتیجه‌گیری

از مقاله حاضر نتایج ذیل حاصل می‌گردد:

۱- تخلف از شرط در مصادیق گوناگون آن، ضمانت اجرای متفاوتی خواهد داشت. گاهی شرط در خصوص ماهیت مبیع است مثل اینکه این سنگ را بفروشند به شرط آنکه عقیق باشد که ضمانت اجرای تخلف از این شرط موجب بطلان معامله است کما اینکه ماده ۳۵۳ قانون مدنی مقرر داشته «هر گاه چیز معین به عنوان جنس خاصی فروخته شود و در واقع از آن جنس نباشد بیع، باطل است و...» در واقع در این مصداق از شرط، ماهیت یا جنس مبیع در عقد شرط می‌شود. گاهی وصف کیفی مبیع در عقد شرط می‌شود؛ مثل فروش خودرو به شرط اینکه سفید باشد که ضمانت اجرای تخلف از این شرط، خیار فسخ برای خریدار است و گاهی مقدار مبیع شرط می‌گردد که ظاهرش تبعیض است مثل اینکه شرط می‌شود آن صبره گندم را می‌فروشم به شرط آنکه ده من باشد که برخی قائلند در

۵۷. محمد حسن حلی (فخرالمحققین)، *ایضاع/فواعد*، جلد ۱ (قم: موسسه اسماعیلیان، ۱۳۸۷)، ۵۱۵؛ ابوالقاسم جعفر بن

حسن حلی، *شرائع الاسلام* (قم: موسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق)، ۲۸۹.

۵۸. شیخ انصاری، جلد ۶ پیشین، ۸۴؛ عباس زراعت «شرط مقدار (حلیل فقهی حقوقی مواد ۳۵۵ و ۳۸۴ و ۳۸۵ قانون مدنی)» *فقه و اصول* ۱۳۹۰، ۱۲.

صورت تخلف صرفاً حق فسخ ایجاد می‌گردد و برخی قائل به بطلان بیع می‌باشند. برخی نیز قائلند ثمن تقسیط می‌شود چون ارش قسط من الثمن است و خیار از باب فقدان جزء مبیع است و لذا می‌توان ثمن را تقسیط کرد و مابه‌التفاوت آن را از فروشنده گرفت.

۲- ظاهر اطلاقات همه ادله مذکور در خصوص منع بیع غرری این است که حکم منع بیع جزافی، منوط بر تحقق غرر شخصی نیست که گفته شود اگر مشتری اطمینان دارد که شخصاً متضرر نمی‌شود، پس معامله صحیح است. هرچند حکمت این حکم منع (منع بیع جزافی)، این است که باب مسامحه که مقتضی وقوع در غرر و فریب است، مسدود گردد. کما اینکه حکمت اینکه در بعضی معاملات، شرط شده که برخی شرایط معتبر است همین است که از منازعاتی که در هنگام فقدان این شرایط متوقع است، جلوگیری شود.

۳- نظریه بطلان عقد به واسطه ظهور خلاف اخبار بایع، طرفدار چندانی در فقه و حقوق ندارد. چراکه مغایرت حقیقی با آنچه موضوع عقد است و آنچه در عالم خارج موجود است، وجود ندارد و این مغایرت یا صرفاً از باب زیادت یا نقیصه مورد معامله می‌باشد که موجب خیار برای متضرر می‌گردد. لیکن آنچه محل نزاع میان فقهای امامیه می‌باشد نوع خیار است.

۴- اگر مبیع تجزیه‌پذیر باشد و یا متعلق قصد متعاملین این باشد که ثمن بر پایه مقدار مبیع باشد و مقدار به عنوان تعیین‌کننده میزان تعهد فروشنده باشد، باید ماده ۳۸۴ قانون مدنی را مجری دانست که امکان فسخ و یا رجوع به آن قسمت از ثمن که بلا موضوع باقی مانده است (حسب مورد برای بایع یا مشتری)، وجود داشته باشد. اگر مبیع دارای اجزای مختلف و غیرمساوی باشد و هنگام تسلیم کمتر یا بیشتر از شرط باشد متضرر حق فسخ یا استرداد ثمن بلا موضوع را دارد. دلیل این مدعا نیز این است که فقهای امامیه شرط را جزئی از ثمن می‌دانند و در این فرض ثمن بر تمام مقدار مبیع تقسیط می‌شود (للشرط قسط من الثمن).

## فهرست منابع

### الف) منابع فارسی

- امامی، سید حسن. حقوق مدنی. تهران: کتابفروشی اسلامی، ۱۳۴۰.
- امینی، عیسی. «تعیین مورد معامله». فصلنامه علمی تحقیقات حقوقی آزاد ۱(۱۳۸۱): ۱-۲۵.
- زراعت، عباس. «شرط مقدار» تحلیل فقهی حقوقی مواد ۳۵۵ و ۳۸۴ و ۳۸۵ قانون مدنی». فقه و اصول ۸۷(۱۳۹۰): ۹۷-۱۲۴.
- سیمایی صراف، حسین و سیدعلی خراسانی. «واکاوی احکام تخلف از شرط مقدار در حقوق ایران». مطالعات فقه و حقوق اسلامی ۱۶(۱۳۹۱): ۱۰۹-۱۲۸.
- علیدوست، ابوالقاسم. «قاعده نفي غرر در معاملات». فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی ۹(۱۳۸۲): ۸۹-۱۰۶.
- کاتوزیان، ناصر. حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها. تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۹.
- کاتوزیان، ناصر. دوره عقود معین. تهران: گنج دانش، ۱۳۹۷.
- کاتوزیان، ناصر. دوره مقدماتی حقوق مدنی. تهران: میزان، ۱۳۹۹.
- محقق داماد، سید مصطفی. نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۸.

### ب) منابع عربی

- ابومکارم عزالدین حمزه بن علی بن زهره (ابن زهره). الغنیه. تهران: کتابخانه موزه و مرکز اسناد مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۰.
- ابومنصور جمال‌الدین حسن بن یوسف بن مطهر (علامه حلی). قواعد الاحکام. قم: موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
- ابو منصور جمال‌الدین حسن بن یوسف بن مطهر حلی (علامه حلی). تذکره الفقهاء. قم: موسسه آل البيت عليه السلام، ۱۴۰۰ ق.
- انصاری، مرتضی. مکاسب. جلد ۶. قم: مجمع الفکر اسلامی، ۱۴۴۲ ق.
- انصاری، مرتضی. مکاسب. جلد ۴. قم: مجمع الفکر اسلامی، ۱۴۴۲ ق.
- بجنوردی، حسن. قواعد الفیقه. تهران: موسسه چاپ و نشر عروج، ۱۴۰۱ ق.
- حر عاملی، محمد بن حسن. وسائل الشیعه. قم: موسسه آل البيت عليه السلام، ۱۴۱۲ ق.
- حلی، ابن ادریس. سرائر. قم: موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
- حلی، ابوالقاسم جعفر بن حسن. شرائع الاسلام. قم: موسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
- حلی، محمد حسن حلی (فخرالمحققین). ایضاع الفواعل. قم: موسسه اسماعیلیان، ۱۳۸۷.
- طوسی، محمد بن حسن. خلاف. قم: موسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
- عاملی، علامه سید محمد جواد. مفتاح الکرامه. قم: موسسه نشر اسلامی، ۱۳۹۱.
- فیروز آبادی، محمد بن یعقوب. قاموس المحیط. بیروت: دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۵ ق.
- کرکی جبل عاملی، علی بن عبدالعالی. جامع المقاصد. جلد ۱۳. قم: موسسه آل البيت عليه السلام، ۱۴۱۴ ق.
- کرکی جبل عاملی، علی بن عبدالعالی. جامع المقاصد. جلد ۴. قم: موسسه آل البيت عليه السلام، ۱۴۱۴ ق.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد. مجمع الفوائد و برهان. قم: موسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۳ ق.

- نبطی جزینی، شمس الدین. *الفواعد و الفواعد*. قم، کتابفروشی مفید، ۱۴۰۰ق.
- نبطی جزینی، شمس الدین. *دروس*. قم: موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۷ق.
- نجفی، محمد حسن. *جواهرالکلام*. قم: موسسه نشر اسلامی، ۱۴۳۲ق.