

### **A comparative study of the conditions of sale in Islamic religions and Iranian law**

#### **Abstract**

In order to avoid complacency, both parties to the transaction must be fully aware of what is being traded. How to identify the bith is not the same in all cases. For example, in cases that cause the same thing, it is possible to find out by observing. While in order to find out the general seller, it is necessary to mention the amount of the attribute and its gender during the contract. The purpose of this study is to investigate the conditions of sale in Islamic religions and Iranian law. The results show that the importance of the contract of sale and its wide role in human daily life is not hidden from anyone, and therefore most jurists have one of their most important and extensive topics is the book of sale, an important part of which is the conditions of the poor. The history of this debate goes back to before Islam; because selling is a signature sentence. The validity of any contract is to have all the conditions for the validity of transactions, which according to the opinions of all Imami jurists, one of those conditions is the specificity and certainty of the transaction. In general, knowledge of a transaction is obtained in any way that distinguishes it from other objects. In the case of contracts, science means that each of the parties to the transaction is well aware that how to identify depends on the motives of the parties and their degree of attention and sensitivity, and the specific characteristics of the objects and property.

**Keywords :** Sale contract, terms of sale, Islamic religions, Iran

## بررسی تطبیقی شرایط مبیع در مذاهب اسلامی و حقوق ایران

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۷/۱۲

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۶/۱۴

جواد رهنما<sup>۱</sup>احسان سامانی<sup>۲</sup>حیدر امیرپور<sup>۳</sup>

## چکیده

به منظور رفع غرر، دو طرف معامله باید به آنچه مورد داد و ستد قرار می‌گیرد به طور کامل آگاه باشند. چگونگی معلوم ساختن عوضین در همه موارد یکسان نیست. برای مثال در مواردی که موجب عین معین است با مشاهده امکان معلوم گشتن آن وجود دارد. در حالی که برای معلوم شدن مبیع کلی فی الذمه ذکر مقدار صفت و جنس آن در حین عقد ضروری است. هدف پژوهش حاضر بررسی شرایط مبیع در مذاهب اسلامی و حقوق ایران می‌باشد. نتایج نشان می‌دهد که اهمیت عقد بیع و نقش گسترده آن در زندگی روزمره بشر بر کسی پوشیده نیست و لذا اکثر فقها یکی از مباحث مهم و گسترده شان کتاب الیبع بوده که بخش مهمی از آن را شرایط عوضین تشکیل داده است. سابقه این بحث نیز به قبل از اسلام برمی‌گردد؛ چرا که بیع حکمی است امضایی. اعتبار هر عقد و قرارداد به دارا بودن تمامی شرایط صحت معاملات می‌باشد که بر اساس آراء جمیع فقهای امامیه یکی از آن شرایط معلوم بودن و معین بودن مورد معامله می‌باشد. به طور کلی علم به مورد معامله به هر طریقی که آن را از اشیاء دیگر مشخص و ممتاز سازد حاصل می‌گردد. در باب عقود منظور از علم این است که هر یک از متعاملین آنچه را که مورد معامله قرار می‌دهند به خوبی بشناسند که چگونگی شناسایی به انگیزه‌های طرفین و میزان توجه و حساسیت آنها و ویژگی‌های خاص اشیا و اموال بستگی دارد.

واژگان کلیدی: عقد بیع، شرایط مبیع، مذاهب اسلامی، ایران

<sup>۱</sup> دانشجوی دکتری الهیات و معارف اسلامی، گرایش فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه آزاد اسلامی، زاهدان، ایران [Rahnama.javad2022@gmail.com](mailto:Rahnama.javad2022@gmail.com)<sup>۲</sup> استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه سیستان و بلوچستان، زاهدان، ایران (نویسنده مسئول) [esamani63@lihu.usb.ac.ir](mailto:esamani63@lihu.usb.ac.ir)<sup>۳</sup> دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران [d.amirpour@yahoo.com](mailto:d.amirpour@yahoo.com)

تعیین مورد معامله (مبیع) نه تنها به حکم قانون یکی از شرایط اساسی صحت آن است، بلکه به حکم عقل نیز بدون تعیین مورد قراردادی تشکیل نمی‌گردد و الزام متعهد به اجرای امر مجهول محال است بنابراین در لزوم تعیین مورد معامله تردیدی وجود ندارد ولی کیفیت تعیین در جایی که مورد معامله عین معین است با موردی که کلی است تفاوت دارد. دو طرف عقد در عقد معوض در درجه نخست می‌خواهند به مورد معامله که طرف دیگر آن را تعهد یا تملیک کرده اند دست یابند چنانچه در عقد بیع عین معین خریدار برای مالک شدن عین معین و فروشنده برای رسیدن به ثمن معامله می‌کنند بطوری که تملیک یا تعهد یک طرف در برابر تملیک یا تعهد طرف دیگر را جهت یا علت تعهد و انگیزه شخصی را که در معامله نسبت به آن توافق شده است را جهت معامله می‌گویند. بنابراین همانطور که از مطالب بالا فهمیده می‌شود تعیین خصوصیات مورد از چنان اهمیتی برخوردار است که می‌تواند علت اصلی تشکیل قرارداد شود علاوه بر آن تعیین لحظه انتقال مالکیت و یا ایجاد تعهد نقش حیاتی قرارداد را برعهده دارد با توجه به اینکه زمان انتقال ملکیت و تعیین اوصاف مبیع در عقد بیع عین معین و کلی متفاوت است سعی می‌شود تا این اوصاف در بیع عین معین و کلی از مظر فقها و حقوقدانان به صورت مختصر توضیح داده شود. دست کم در یکی از عوضین برای آنان یا یکی از آنان ابهام وجود دارد. موضوع پژوهش حاضر آن است که «لزوم تعیین قطعی مبیع به عنوان شرط صحت عقد بیع» از چه اعتبار و ارزشی برخوردار است؟ آیا در شمار آن امور مسلم و حتمی است که نمی‌توان دست از آن کشید، هر چند به بطلان بسیاری از قراردادها منجر شود؟ یا می‌توان با ارایه تفسیری نو - البته سازگار با مبانی اساسی فقه معاملی - راهی فراخ تر از مسیر سنتی در پیش گرفت و با صحیح شمردن قراردادهایی که مبیع در آنها به صورت قطعی تعیین نشده است، طرفین قرارداد و نیز اشخاص ثالث ذی حق در چنین معاملاتی راز سرگردانی رهانید؟ از مشهورات در فقه، لزوم تعیین قطعی مبیع و علم طرفین به آن در هنگام انعقاد قرارداد بیع است؛ بطوری که اگر چنین امری محقق نباشد، بیع باطل است. در مقابل این رای، گروهی بر آنند که دست کم در پاره ای از موارد وجود نوعی جهل در مبیع، مبطل بیع نیست. به نظر می‌رسد که افزون بر تعیین قطعی و نهایی مبیع، توافق بر روش تعیین مبیع نیز مصحح بیع است. به عبارت دیگر «تعیین مکانیزم تعیین مبیع»، نیز از مصادیق تعیین مبیع است (امامی، ۱۳۷۷).

حق و انصاف اینست که در حقوق کنونی به عقدی که از آن تنها تعهد بوجود می‌آید و سبب ایجاد حق عینی برای خریدار نمی‌شود عقد عهدی گویند نه تملیکی. در مواردی که موضوع عقد بیع کلی است خریدار بر هیچ یک از مصداق‌های آن حق عینی پیدا نمی‌کند و مالک هیچ چیز نیست و فقط می‌تواند از فروشنده اجرای تعهد را بخواهد. تعهد در خصوص تعیین مصداق کلی است و با انجام آن تملیک تحقق می‌یابد. البته تعهد ناشی از عقد (در بیع کلی) ناظر به تعیین مبیع است نه تملیک آن، تملیک نتیجه عقد بیع است پس نمی‌شود گفت با تسلیم بیع عقد جدیدی در باب تملیک به وجود می‌آید زیرا در این صورت بایستی خریدار نیز اختیار رد یا قبول فرد انتخابی را داشته باشد که چنین اختیاری برای خریدار متصور نیست. در هر حال در این خصوص این نتیجه گیری حاصل می‌گردد که عقد بیع در هر صورت اقتضای تملیک را به وجود می‌آورد اگر موضوع آن عین معین باشد تملیک بی درنگ محقق می‌گردد و نیاز به هیچ امر دیگری ندارد ولی هرگاه موضوع آن بیع کلی (که نیاز به مصداق دارد) باشد یعنی تملیک مستلزم تحقق شرط دیگری باشد اثر عقد منوط به تحقق آن شرط است پس در

نتیجه عقد بیع به دو اعتبار ایجاد زمینه واقتضای تملیک عقد تملیکی است. البته نظرهای مختلفی در خصوص تملیکی بودن عقد بیع در عین کلی وجود دارد. بنا بر نظر برخی فقها کلی نیز در عرف مالی است موجود که می تواند مورد خرید و فروش و موضوع حق مالکیت قرار گیرد همچنان که منفعت آینده را نیز عرف مال می شناسد (یزدی، ۱۴۱۰: ۱۱۶) بعضی دیگر کلی را به دلیل وجود مصداقهای آن موجود پنداشته اند. گروه سوم استعداد و قابلیت را مورد تملیک قرار داده اند، و سرانجام بعضی دیگر تملیک بیع مال کلی را تملیک حکمی یا فرضی گفته اند (بروجردی، ۱۳۹۷: ۱۳۱).

منظور از مبیع همان خرید و فروش مالی است که در آن فروشنده طی تنظیم عقد بیع، به ازای دریافت مبلغی پول مالکیت مال خود را به خریدار می دهد. بنابراین شناسایی شرایط صحت مبیع، ویژگی های مبیع در مذاهب اسلامی و حقوق ایران و همچنین بررسی تفاوت ها و اشتراکات شرایط صحت مبیع در مذاهب اسلامی (امامیه، شافعی، حنفی، حنبلی، مالکی) و همچنین موضع حقوق ایران به ویژه قانون مدنی به قانون مادر تر این زمینه از ضرورت های تحقیق حاضر می باشد که نویسنده در این تحقیق به آن می پردازد.

راجع به سابقه تحقیق باید بیان داشت، در زمینه موضوع پایان نامه پیش روی در منابع و سایت های علمی عنوانی مستقل کار نشده است. لیکن با تتبع در منابع درجه دوم تحقیق (منابع نزدیک به تحقیق حاضر) می توان به نوشته ها و تالیف های ذیل اشاراتی داشت: احمدی فر (۱۳۹۴). در مقاله ای با عنوان لزوم و چگونگی تعیین مبیع در بیع کلی فی الذمه (مطالعه تطبیقی فقه امامیه، حقوق ایران، انگلستان و مصر) بیان می دارد که بر اساس بند ۳ ماده ۱۹۰ قانون مدنی، یکی از شرایط اساسی صحت معامله، معین بودن موضوع است. باقری و شکیبایی (۱۳۹۳). در مقاله ای با عنوان زمان تعیین مبیع در بیع کلی بیان می دارد که در نظام حقوقی اسلام، عقد بیع در شمار عقود تملیکی قرار دارد، بی آنکه میان معین بودن مبیع و کلی بودن آن تفاوتی وجود داشته باشد. از این رو در زمان تشخیص مبیع، در فرضی که مبیع کلی باشد، میان فقیهان اختلاف نظر گسترده ای وجود دارد که آثار مختلف و بعضاً متناقضی را به دنبال داشته است. زرگوش نسب (۱۳۹۶). در مقاله ای تبری از عیوب مبیع در فقه اسلامی و حقوق مدنی ایران به بیان شرط براءة از عیوب در حال عقد و از عیوب مجدد از دیدگاه شیعه، اهل سنت و حقوق مدنی پرداخته و ابعاد مختلف آن را بررسی کرده است. همچنین مسائلی مانند اینکه بایع حاکم و زمامدار باشد و نوشتن عبارت «جنس فروخته شده پس گرفته نمی شود» بر روی در فروشگاه ها و اینکه آیا این موارد می تواند به معنای براءة جستن از عیوب باشند یا نه را هم مورد کنکاش قرار داده است. اسماعیلی و موسی طهرانی (۱۳۸۹). در مقاله ای با عنوان توابع مبیع بیان می دارد که تمام اعمال حقوقی اعم از عقود و ایقاعات برای به وجود آمدن، نیازمند اراده افراد است و بدون اراده هیچ گاه شکل نخواهند گرفت. به عبارت دیگر علم افراد ابتدا نسبت به یک موضوع تعلق می گیرد و سپس براساس آن علم و آگاهی اعمال اراده نسبت به یک عمل حقوقی به وجود می آید. اما ذیل ماده ۳۵۶ قانون مدنی حسب ظاهر با قواعد کلی در مخالفت است چرا که در این ماده تصریح شده اگر چیزی عرفاً به عنوان توابع مبیع محسوب می شود حتی اگر متعاملین جاهل به آن باشند. با وجود این وجود مالکیت این امور نیز به مشتری منتقل می شود.

این پژوهش بهره‌گیری از روش توصیفی-تحلیلی را در نظر دارد. بدین گونه که اول با ارائه توصیفی از وضعیت موجود و ابهامات پیش رو تلاش می‌گردد تا تصویری مناسب از این زمینه به دست داده شود. آنگاه با بهره‌گیری از قواعد حقوقی و آراء مختلف و روش‌های تفسیر به طور تحلیلی به حل ابهامات موجود می‌پردازد. همچنین در این پژوهش صرفاً از منابع کتابخانه‌ای و متون حقوقی موجود و همچنین از کتب و مقالات در خصوص این موضوع فیش برداری شده و این فیش‌ها مورد استفاده قرار خواهد گرفت. روش تجزیه و تحلیل در این تحقیق تحلیلی و براساس تحلیل محتوا و مضمون و تجزیه و تحلیل استقرایی و تحلیلی و تطبیقی در علوم انسانی خواهد بود. اینجانب با توجه به کیفی بودن پژوهش خود برای تجزیه و تحلیل از طریق استدلال قیاسی و استقرائی، تمثیل و تشبیه، نشانه‌یابی، تجرید، تشخیص تفاوت و تمایز، مقایسه و ... که جملگی به کمک تفکر و تعقل و منطقی صورت می‌پذیرد، داده‌های گردآوری شده را ارزیابی و تجزیه و تحلیل می‌نمایم. برای تجزیه و تحلیل اطلاعات جمع‌آوری شده از روش تحلیل محتوا استفاده می‌شود.

### مورد معامله در عقد بیع

اساسی‌ترین رکن هر قرارداد مورد معامله است. معامله و تعهد بدون بیان موضوع آن، مانند جسم بی روح است. اگرچه در برخی از مواد قانون مدنی ایران به مورد معامله اشاره شده، با وجود این قانون تعریفی از آن ارائه نکرده است؛ اما با استفاده از برخی موارد و مصادیق آن، تعریف آن تا حدی مشخص می‌شود. برای نمونه، بر اساس ماده ۲۱۴ قانون مدنی مورد معامله باید مال یا عملی باشد که هر یک از متعاملین تعهد تسلیم یا ایفای آن را می‌کنند. بنابراین مال یا عملی که مورد تعهد قرار گرفته، می‌تواند موضوع و مورد عقد تلقی شود.

هر کدام از معاملات را که در نظر بگیریم دارای موردی است که موضوع تعهد یا انتقال می‌باشد. طرفین معامله برای به دست آوردن چیزی یا منفعتی به انعقاد عقد و قرارداد روی می‌آورند. مورد معامله عبارت است از شیء یا عملی که موضوع انتقال یا تعهد قرار می‌گیرد. هر گاه معامله معوض باشد دارای دو مورد است که یکی را عوض و دیگری را معوض می‌نامند و هرگاه معامله غیر معوض باشد دارای یک مورد است. مورد معامله در معاملات معوض با توجه به ویژگی‌ها و خصوصیات هر معامله‌ای، شرایط و اوصاف ویژه و خاص خود را دارد. مثلاً در عقد بیع، مبیع و ثمن مورد معامله هستند و در عقد اجاره مورد معامله عبارت است از عین مستاجر و مال الاجاره می‌باشد و یا در عقد وکالت مورد وکالت حق الوکاله و عملی است که وکیل بایستی انجام دهد (امامی، ۱۳۷۷، صفحه ۲۹۸).

بنابراین هر کدام از معاملات معوض را در نظر بگیریم دارای دو مورد خواهد بود که طرفین معامله با توجه به نیازهای خویش نسبت به تحصیل یا انجام آن به انعقاد معامله مبادرت می‌نمایند و هرچند که مورد معامله در انواع گوناگون و متفاوت می‌باشد اما از لحاظ کلی از دو حال خارج نیست چرا که مورد معامله ممکن است مال یا فعل باشد و فعل نیز ممکن است به صورت انجام فعل یا ترک و خودداری از انجام عمل معین باشد. طرفین معامله برای رفع حوائج و به دست آوردن منافع مادی یا معنوی به انعقاد معامله اقدام می‌کنند. تحصیل منافع و برطرف نمودن نیازها گاهی با به تصرف درآوردن و تملک اشیا و گاهی با انجام یا خودداری از انجام عملی

توسط خویشتن یا شخص طرف معامله محقق می‌شود. انسان گاهی با پرداخت مبلغ معینی پول، چیزی را به تملک خویش در می‌آورد و گاهی با انجام یا خودداری از فعلی نفعی را عاید خویش می‌سازد و منفعت خویش را در انجام یا خودداری از عملی می‌داند که طرف مقابلش انجام یا ترک آن را از وی می‌خواهد و بلعکس گاهی انسان نفع یا ضرر خود را در این می‌بیند که با دیگری پیمان بنده که عمل معینی را انجام یا از انجام عمل معینی خودداری ورزد. گاه از رهگذر انعقاد معامله کالایی را عاید خود می‌گرداند و گاه از ره آورد آن خود را ملتزم به انجام یا خودداری از انجام عملی می‌نماید و در برابر، نفعی را کسب و تحصیل می‌کند. خواه با انعقاد معامله چیزی را به دیگری انتقال دهد یا تعهد به انجام یا خودداری از انجام عملی نماید و یا با انعقاد آن شیء را تحصیل یا دیگری را ملزم به انجام یا خودداری از انجام عملی بنماید. باید در هر موردی شرایط خاص آن معامله را رعایت نماید. برخی از این شرایط مربوط به معامله کننده است و برخی ناظر به چیزی است که مورد معامله قرار می‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ص ۱۸۶).

### شناسایی شرایط مبیع در مذاهب اسلامی و حقوق ایران

#### ۱. تعیین جنس مبیع در مذاهب اسلامی و حقوق ایران

قانون مدنی ایران به شدت متأثر از حقوق اسلام و حقوق فرانسه که خود از حقوق رم نشأت می‌گیرد، می‌باشد. نویسندگان قانون مدنی بر آن بودند که محتوای فقه امامیه را با فقه فرانسه تطبیق دهند. لذا سعی تلاشگران و حقوقدانان ما همواره بر این بوده است که تا سر حد امکان تعادل این دو نظام حفظ شود. موضوع تعیین جنس مبیع در فقه امامیه از سابقه طولانی برخوردار است و فقهای متقدم و متأخر در خصوص جنس مبیع و ضمانت اجرای آن اظهار نظر نموده‌اند. آنچه مسلم است این که ماده اصلی مورد معامله را که جنس آن است، همانند چوبی بودن میز و طلا بودن انگشتر، ابریشمی بودن پارچه، خود موضوع معامله را تشکیل می‌دهد. در حقیقت چیزی که خود موضوع را تشکیل می‌دهد، او صاف جوهری آن است (نائینی، ۱۳۷۳: ۱۴۳). مقصود از جنس در فقه امامیه جنس منطقی نیست بلکه جنس عرفی است. به عنوان مثال، اگر موضوع بیع، گندم دیم باشد لیکن پس از آن معلوم شود که مبیع گندم آبی بوده است، از نظر یک فیلسوف و یا از منظر منطق ارسطویی، جنس گندم در مورد آبی و دیمی یکسان است اما از نظر حقوقدانان و یک فقیه جنس این دو یکسان نیست. واژه جنس بیشتر یک واژه منطقی و فلسفی است، به همین جهت فقها از وصف جوهری سخن می‌گویند؛ یعنی معتقدند که دیم بودن، هر چند وصف گندم است نه جنس آن؛ لیکن این وصف یکی از ذاتیات مبیع را تشکیل می‌دهد.

از دیدگاه یک فیلسوف، او صاف مورد معامله یا هر شیء از ذاتیات آن بیرون است. او صاف، مقوم ذات یا جزء ذات نیستند؛ بلکه خارج از ذات هستند. به عبارتی، اوصاف از عوارض ذات محسوب می‌شوند؛ اما وصف جوهری، از دیدگاه فقه امامیه وصفی است که حقیقت مورد معامله را تشکیل می‌دهد و از ذات مورد معامله خارج نیست، وصف جوهری حقیقت نوعی عرفی مورد معامله است. این وصف به مبیع عنوان می‌دهد (بجنوردی، ۱۴۱۳: ۲۶۰؛ طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸: ۱۳۸). و بنا به اتفاق نظر فقها در مقابل آن ثمن پرداخت می‌شود؛ زیرا این وصف از مقومات مورد معامله محسوب می‌گردد. به گونه‌ای که رکن بنیادین مورد معامله را تشکیل می‌دهد (انصاری، ۱۳۹۶: ۲۲۸).

مقصود از اوصاف جوهری، اوصاف صورت نوعی است. به عنوان مثال، فرش دستبافت تبریز و فرش دستبافت چینی، هر دو فرش هستند اما عرف، آن دو را یکی نمی‌داند، تشخیص اینکه وصف مورد معامله جوهری است و داخل در حقیقت مورد معامله است یا خیر با عرف است، حتی اگر این اوصاف در متن عقد ذکر نشوند و طرفین نسبت به آن بی توجه باشند (انصاری، ۱۳۹۶: ۲۵۰).

در نتیجه در فقه امامیه خود وصف ذاتی، مفهومی مختلط دارد. به عبارتی این خود نه مادی محض است که بگوییم تنها ضرات فیزیکی اجسام است که مورد معامله را تشکیل می‌دهد، نه شخص محض که بگوییم معنای خود موضوع، همان است که طرفین به تنهایی آن را تعیین کنند و بدون اینکه ضوابط عرفی حاکم باشد. به عبارتی، اراده اشخاص تا حدی حاکم است که عرف داد و ستد آن را تایید کند.

فقیهان اهل سنت همانند فقیهان شیعه خود موضوع را تنها به اجزای فیزیکی و مادی آن محدود نمی‌کنند، بلکه اوصافی که در نزد عرف، موضوع را با آن وصف به طور اساسی از موضوع بدون وصف جدا می‌سازد به گونه‌ای که تفاوت فاحش بین آن دو برقرار می‌شود، خود موضوع را تشکیل می‌دهد (سیواسی، بی تا، ۲۰۶). در نتیجه، در صورتی که انگشتر به نام یاقوت فروخته شود اما در حقیقت از شیشه باشد (سرخسی، ۱۳۹۸: ۱۲) یا فرشی را به نام قالی ایرانی بفروشد اما تنها یک گلیم عادی باشد یا آرد را به جای گندم یا نان بفروشد، همه از موارد اشتباه در وصف ذاتی مبیع هستند. در مجموع، می‌توان چنین جمع بندی نمود که در فقه، اعم از فقه امامیه و اهل سنت، نظریه مختلف پذیرفته شده است و بنابراین هم صورت ذاتی اشیا و هم صورت عرفی آن برای تحقق بیع ضرورت دارد.

در حقوق مدنی فرانسه و قوانین برخی از کشورها که منشاء الهام قانونی مدنی آنان قانون مدنی فرانسه است، بعضی از نویسندگان راه‌حلهایی را پیشنهاد کرده اند که از عیوب نظریه شخصی کاسته شود.

در این نظریه، معیار خود موضوع وابسته به افکار عمومی جامعه است. و اوصافی اساسی است که عرف آن را اساسی بدانند. این نظریه، هر چند از نظر شخصی نیز بهره‌مند می‌شود، اما از آنجا که پی بردن به نیت درونی اشخاص کاری مشکل است، قصد شخصی اشخاص تا حدی مقبول است که عرف این ادعا را تایید کند (مینا، ۱۳۷۰: ۱۲). از نظریه مادی نیز در این مکتب بهره جسته می‌شود، زیرا ذات موضوع علاوه بر آن اوصافی که اجتماع آنها در نزد عرف طبیعت و ذات موضوع را تشکیل می‌دهد، عناصر مادی و فیزیکی نیز به همان اندازه در تعیین نقش و قلمرو موضوع دخالت دارند (همان: ۱۲).

نظریه مختلط توسط حقوقدانانی همچون ابری و رو مطرح شد (همان). این حقوقدانان با مطرح کردن این نظریه، راه حل میانه‌ای را برگزیدند که در عمل از مشکلات اثبات نظریه شخصی محض و در ضمن از بی‌عدالتی‌های نظریه مادی محض کاسته شود.

در این نظریه از بی‌عدالتی‌های نظریه مادی و از تزلزل معاملات بر اساس نظریه شخصی جلوگیری می‌شود؛ زیرا یک طبقه‌بندی از اشیا در عرف جامعه وجود دارد که نه تنها بر طبق طبیعت مادی اشیا، بلکه بر اساس عناصر دیگری همچون: فایده و کمیابی و غیره قلمرو خود موضوع را تعیین می‌کند (همان).

در این طرز تفکر، نه به طور مطلق از نظریه مادی محض پیروی شده که ذات و موضوع تنها محدود به عوامل مادی و فیزیکی شود و نه به طور مطلق به خواست واقعی اشخاص توجه می‌شود؛ بلکه اراده اشخاص تا حدی حاکم است که افکار عمومی جامعه، با آن هماهنگ باشد. در نتیجه، اگر شخصی به این پندار که شمش معینی از طلای خالص است، آن را خریداری کند، اما بعد معلوم شود که تنها آبی از طلا بر روی شمش مفرغین کشیده شده معامله باطل است؛ زیرا عرف این دو موضوع را متفاوت می‌داند (همان، ص ۸۱). اما اگر نام صحاف کتاب برخلاف تصور شخص باشد این اشتباه نمی‌تواند اساسی باشد، زیرا در نزد افکار عمومی تفاوتی بین این دو صحاف نیست، هرچند که در نزد خریدار نام صحاف اساسی باشد. در حقوق ایران با رویکرد انطباق و عادل دو نظام فقه اسلامی و حقوق فرانسه، در تعیین موضوع معامله و تحقق عقد بیع، هم به صورت ذاتی مبیع توجه شده است و هم به صورت عرفی آن.

بنابراین، اصطلاح «خود موضوع» مذکور در ماده ۲۰۰ قانون مدنی باید به گونه‌ای تفسیر شود که با نظریه های مشهور فقه امامیه و سایر مواد قانون مدنی همچون مواد ۱۷۶۲ و ۳۵۳ در تعارض نباشد. لذا اشتباه در خود موضوع هم شامل موردی خواهد شد که تنها در اوصاف جوهری یک موضوع اشتباه شود یا اینکه هر یک از دو طرف موضوع مستقلی را قصد کنند. پس خرید گلیم به جای فرش کاشانی و خرید کتاب به جای دفتر از مصادیق اشتباه در وصف ذاتی هستند. با این وجود، پاره‌ای از نویسندگان از مجرای حقوق تطبیقی خواسته اند، نظریه اشتباه در خود موضوع را ویژه اوصاف جوهری یک موضوع بدانند (صفایی، ۱۳۸۲: ۱۰۰) و مورد دیگر را به علت عدم تراضی (نه بی اعتباری آن) از نظریه اشتباه خارج سازند (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۴۴۲).

به نظر می‌رسد مفهوم «خود موضوع»، گسترده‌تر از آن است که تنها اوصاف جوهری یک موضوع را در برگیرد و بنابراین باید قائل به این امر باشیم که اشتباه در هر دو مورد موجب گسیختگی پیمان می‌شود (همان، ص ۱۱۲). نمی‌توان تصور کرد که در مورد اشتباه در اوصاف جوهری تراضی علی‌رغم اینکه موجود است، بی اعتبار باشد. خلاصه آنکه تراض یا هست یا نیست، در صورتی که تراضی محقق شود اعتبار هم خواهد داشت؛ بنابراین، می‌توان پذیرفت که در قانون مدنی ایران نیز همچون فقه امامیه از نظریه مختلط در این خصوص تبعیت شده است.

## ۲. تعیین کمیت مبیع در مذاهب اسلامی و حقوق ایران

یکی از مباحث چالش برانگیز در میان فقها و حقوقدانان، مبحث شرط مقدار است. شرط مقدار در منابع فقهی در زیر مباحث گوناگونی مطرح شده است. برخی از آنها مانند شیخ طوسی و علامه حلی در ضمن احکام صبره به آن پرداخته اند و گروهی آن را در بحث شروط ضمن عقد و گروهی دیگر در بحث تسلیم مبیع بیان کرده اند. گروهی هم در قسمت آثار بیع به آن پرداخته اند.

قانون مدنی نیز شاید متأثر از نوشته‌های فقهی، نظم خاصی را در مورد شرط مقدار بیان نکرده و آن را در قواعد عمومی قراردادها نیاورده است؛ اما می‌دانیم که شرط مقدار، یکی از مصادیق شروط ضمن عقد و شروط ضمن

<sup>۱</sup> ماده ۷۶۲ قانون مدنی: «اگر در طرف مصالحه و یا در مورد صلح، اشتباهی واقع شده باشد، صلح باطل است».

<sup>۲</sup> ماده ۳۵۳: «هر گاه هر چیز معین به عنوان جنس خاصی فروخته شود و در واقع از آن جنس نباشد بیع باطل است».



عقد، قاعده ای عمومی در قراردادها است و برخی فقها نیز قاعده شروط ضمن عقد را به عنوان قاعده مستقل فقهی بیان کرده اند (بجنوردی، ۱۴۱۹ه ق: ۳۳۵). در قانون مدنی عمده احکام شروط مقدار، در مبحث عقد بیع آمده است و ابتدا در مبحث سوم (مبیع) از فصل اول (بیع) از باب سوم (عقود معین)، ماده ۳۵۵ را بیان می‌کند و این ماده در مبحث شرایط و ویژگی‌های مبیع بیان شده است، سپس در فقره دوم (تسلیم) از مبحث چهارم (آثار بیع)، ماده ۳۸۴ و ۳۸۵ را بیان می‌کند که حکم مواد ۳۵۵ و ۳۸۵ شبیه هم است. به گونه‌ای که می‌توان گفت ماده ۳۸۵ مصداقی از ماده ۳۵۵ را بیان می‌کند. ماده ۱۴۹ قانون ثبت اسناد و املاک نیز مقرراتی را در زمینه تسلیم اموال غیر منقول ثبت شده دارد.

گاهی اوقات بایع از طریق لفظ یا عمل خود تعهد صریحی را برای خود به وجود می‌آورد، مثلاً در سند مکتوب یا شفاه شرایط مبیع و کمیت و مقدار آن را به خریدار اطلاع می‌دهد. بنابراین تعیین صریح کمیت مبیع، لزوماً به معنای تصریح مکتوب آن در قرارداد نیست، بلکه بیان شفاهی آن نیز به معنای تصریح کمیت مبیع تلقی می‌گردد. اما منظور از صراحت، صرفاً بیان مشخص و شفاف کمیت مبیع نیست. بلکه مفهوم صراحت، می‌تواند معنای به مراتب پیچیده تری نسبت به معنای لغوی صراحت در قوانین و قراردادها داشته باشد. به عنوان مثال، ممکن است در قرارداد بیعی، دو میزان از مبیعی به خریدار ایجاب شود تا خریدار خود دست به انتخاب میان آنها بزند. در این گفتار به بررسی این موضوع و تصریح کمیت در قانون مدنی خواهیم پرداخت.

مبیع و ثمن، دو رکن اساسی عقد بیع هستند که طرفین ضمن عقد ملتزم به تسلیم آن می‌شوند. مقدمه انعقاد و متعاقب آن تسلیم هر یک از دو رکن عقد بیع، مشخص و معین بودن آنها است. بند ۳ ماده ۱۹۰ و مواد ۳۳۸ و ۳۳۹ قانون مدنی تصریح دارند که طرفین باید بر مبیع و ثمن توافق کنند. به طور کلی، هر الزام قانونی باید بر موضوع معین واقع شود (قاسم زاده، ۱۳۸۳: ۱۳۴). پس اگر در قراردادی توافق بر کمیت مبیع محقق نشده باشد، آن عقد صحیح واقع نگردیده است زیرا ارکان تراضی جمع نیست و با فقدان قصد طرفین به لحاظ عدم توافق بر کمیت مبیع، عقد صحیحی واقع نشده است یا اصلاً عقدی واقع نشده است. با قبول چنین فرضیه ای، به بررسی تعیین صریح کمیت مبیع و اشکال آن خواهیم پرداخت.

کمیت مبیع وقتی به صراحت تعیین می‌گردد که در متن عقد قید شده باشد. گاه این کمیت در عقد به طور ثابت قید می‌گردد و گاه قابلیت تغییر دارد. ریشه این قسم از تعیین صریح از کمیت مبیع را باید در مقتضیات تجارت در دنیای امروزی جستجو نمود. سنتی ترین روش در تعیین کمیت مبیع، تعیین به صورت مقطوع و در زمان انعقاد قرارداد است. این شیوه مورد تاکید و تایید فقهای امامیه بوده و در قانون مدنی نیز مورد توجه قانون‌گذاران قرار گرفته است. از آنجا که برای محاسبه کمیت، از واحدهای مختلفی همچون گرم، کیلو، تن، سانتیمتر، متر، کیلومتر، هکتار و غیره استفاده می‌شود، بنابراین واحد آن نیز باید به طور شفاف در قرارداد ذکر شود (علومی یزدی، ۱۳۷۰: ۲۴).

اما روش های تعیین صریح کمیت مبیع همواره بدینگونه نیست. گاه نحوه انجام معاملات اقتضا دارد تا مبیع بیش از یک مورد باشد یا قابل تغییر باشد. مثلاً سه تن آهن نقداً به مبلغ یکصد میلیون تومان و چهار تن آهن به میزان ۱۲۰ میلیون تومان به فروش گذاشته می‌شود که در این حالت خریدار ترغیب می‌گردد که به جای خرید ۳ تن، ۴ تن را خریداری نماید. در این موارد، انتخاب خریدار است که در نهایت به انجام معامله بر موضوع مشخص

می‌انجامد؛ گویی فروشنده این اختیار را به خریدار داده تا از میان شرایط موجود، دست به انتخاب زده و عقد را با قبول خویش واقع سازد. هرچند این ضابطه در زمان انعقاد قرارداد مشخص نیست (همان)، اما اعتقاد بر آن است که خللی به عقد وارد نمی‌سازد و احترام به حکومت اراده و تراضی طرفین، منافاتی با ادله تشکیل عقود و لزوم پابندی به مفاد قرارداد ندارد (مقدسی اردبیلی، ۱۴۱۸: ۱۸۲). در فقه و قانون مدنی ایران، مبیع بر دو گونه تقسیم شده است. نخست: تقسیم رایج مبیع به عین معین، کلی در معین و کلی فی الذمه و دوم: تقسیم مبیع به مبیع متساوی الاجزا و مختلف الاجزا. جهت بررسی دقیق تر تعیین صریح مبیع، این دو قسط طبقه‌بندی از مبیع مورد بررسی قرار می‌گیرد.

در تفاوت کلی در معین و عین مشاع نیز می‌توان اینگونه اظهار کرد که در مشاع شخص در جزء جزء آن شریک است؛ اما در کلی در معین خیر، و ثمره این دو در صورت تلف ظاهر می‌شود. کلی در معین، مقداری از عین معین است و لذا باید تابع احکام آن باشد و از طرف دیگر در فقه بر آن شبهه عین اطلاق می‌شود. بنابراین، باید دارای احکام آن باشد و شاید تقابل این دو مفهوم نیز در ماده ۳۵۰ قانون مدنی می‌تواند دلیل خوبی باشد بر اینکه احکام کلی در معین از کلی فی الذمه جدا است و شاهد دیگر بر این مدعا نیز مفهوم مخالف ماده ۴۱۴ قانون مدنی است که خیار رویت را در بیع کلی قرار نداده است؛ لذا فقط در عین معین، این خیار و خیار تخلف از وصف وجود دارد. مفهوم این ماده این است که در کلی در معین نیز خیار وجود دارد. از این رو، ملحق به عین معین است. البته این اصل که کلی در معین در حکم عین معین است مادامی جاری است که در فقه یا در حقوق تصریح به خلافش نشده باشد. پس اگر تصریح شده بود که ملحق به کلی در زمه است همان متبع است چنانکه خواهد آمد که برخی از حقوقدانان از جهت زمان انتقال مالکیت آن را ملحق به کلی در ذمه کرده‌اند. (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۳۲).

الف: تعیین صریح کمیت مبیع در عقد بیع و تسلیم آن به مقدار تعیین شده

در این فرض مبیع تسلیم شده به بائع به همان میزانی است که در عقد بیع تصریح شده است و بر همین اساس بائع در چنین فرضی با تسلیم مبیع بری الذمه می‌شود. همان‌طور که در بند یک ماده ۲۶۴ قانون مدنی آمده است: «تعهدات به یکی از طرق زیر ساقط می‌شود: یک- به وسیله وفای به عهد...».

بنابراین، در این حالت مسئله و چالشی حقوقی مطرح نمی‌گردد. مشکل زمانی است که مبین در زمان تسلیم کمتر یا بیشتر از میزانی باشد که در عقد بیع به آن تصریح شده است که در ادامه به آن خواهیم پرداخت.

ب: تعیین صریح کمیت مبیع و تسلیم آن به بیشتر از میزان توافق شده

تعیین صریح کمیت مبین در بیع و تسلیم آن به بیشتر از میزان توافق شده در عقد بیع، از موضوعات چالش برانگیز در میان حقوقدانان همچون فقها می‌باشد. در این بخش با رعایت تمایز مبیع متساوی الاجزا و مختلف الاجزا، ضمن بررسی نظریات مختلف فقهی که حقوق ایران به شدت تحت تاثیر آن قرار دارد، به بررسی مواد قانونی در این خصوص و آراء و نظریات حقوقدانان خواهیم پرداخت.

در فقه اسلامی در فرضی که در عقد بیع مقدار بیع متساوی الاجزا تصریح شده باشد و در زمان تسلیم بیع، بیشتر از زمان تصریح شده باشد نظریات مختلفی ارائه شده است:

برخی از فقها معتقدند در صورتی که کالای متساوی الاجزا از مقدار مذکور در عقد بیشتر باشد با بیع مخیر است بین فسخ عقد و تایید آن با تمام ثمن (شهید ثانی، ۱۴۰۳ ه.ق: ۲۷۹). این گروه معتقدند، مجموع بیع در این فرض در مقابل مجموع ثمن قرار می‌گیرد و به همین دلیل نمی‌توان زیاده را متعلق به بایع دانست. در این حالت، مبین عین شخصی است که موصوف به مقدار معینی شده در برابر ثمن معین. بیشتر شدن مقدار بیع باعث خارج شدن تمام بیع نمی‌شود اما بایع به دلیل فوت شدن وصف دارای خیار می‌باشد (محقق ثانی کرکی، ۱۴۱۴ ه.ق، ۴۲۷).

به نظر برخی دیگر از فقها، در صورتی که بیع متساوی الاجزا از مقدار مصرح در عقد بیع بیشتر باشد، زیاده برای بایع است و خیار برای بایع یا مشتری وجود ندارد. (بجنوردی، ۱۴۱۹ ه.ق: ۳۲۲). از نظر این گروه از فقها بیع عبارت است از کمیتی که در متن عقد ذکر شده است و حال که زیادتی ایجاد شده است، این زیادی خارج از بیع است و در ملکیت بایع باقی است. عدم خیار در این فرض به علت عدم تبعض صفقه است (همان، ۳۲۲). بنابراین، در فرضی که یک تن گندم موضوع معامله باشد و در زمان تسلیم دو تن باشد، بر مبنای این نظر، یک تن اضافی متعلق به بایع است و مشتری یا بایع حق فسخ ندارد.

گروه سوم فقها، همانند فقهای دسته دوم معتقدند که زیادی بیع متساوی الاجزا برای بایع استف اما مشتری نیز حق فسخ دارد (حلی، ۱۴۱۱ ه.ق: ۱۰۰). زیرا با شراکت بایع در بیع نوعی عیب در بیع ایجاد می‌شود و از آنجا که مشتری به عیب رضایت نداشته است، خیار شرکت برای وی مسلم است. از این رو، مشتری مخیر بین فسخ عقد و امضای آن با جمیع ثمن است. بنابراین، هر چند در این فرض زیاده از آن بایع است در مقابل مشتری نیز مخیر بین فسخ و امضا است.

نهایتاً برخی دیگر از فقها در کتب خود، پا را از این هم فراتر گذاشتند و حتی احتمال بطلان بیع را نیز مطرح کرده‌اند (شهید ثانی، همان، ۲۷۹). زیرا با بیع مقدار اضافی را قصد نکرده و مشتری نیز خرید بعضی از بیع را قاصد نبوده است. چنانچه ملاحظه می‌شود شهید ثانی، بطلان را صرفاً به عنوان یک احتمال در نظر گرفته است بدون آنکه خودش معتقد به آن باشد. دلیلی که بر بطلان ارائه شده است فقدان قصد است. اما از آنجا که به هر حال نسبت به میزان مصرح در عقد بیع توافق شده است نمی‌توان نظر بطلان را پذیرفت.

همچنین در فرضی که بیع مختلف الاجزا باشد و کمیت بیع بیشتر از میزان مصرح در بیع باشد، فقها نظریات متعارضی را عنوان نموده‌اند. برخی از فقها معتقدند، چون در این حالت نسبت به بیع جهالت ایجاد می‌شود، بنابراین بیع باطل است زیرا میزان دقیق زیادت حاصل شده مشخص نیست و لذا بیع موصوف به وصفی است تا آن وصل منتفی است (شیخ طوسی، ۱۴۰۰: ۱۵۴)؛ اما در مقابل برخی دیگر از فقها که قول مشهور نیز همین قول می‌باشد، صحت عقد بیع را در این حالت برگزیده‌اند. اما میان همین دسته از فقها، در خصوص وجود حق فسخ برای فروشنده یا خریدار، خریدار اختلاف نظر وجود دارد. برخی از فقهای این گروه معتقدند، برای بایع خیار تخلف از وصف وجود دارد و وی باید یا بیع را فسخ کند یا به کل ثمن امضا نماید و دلیل خیار بایع را

تخلف از وصفی می‌دانند که موجب ضرر مشارالیه شده است و دلیلی برای تعلق مقدار زیادی به بایع وجود ندارد در غیر این صورت موجب تجزیه مبیع خواهد شد (نجفی، بی تا: ۲۳۰).

به عقیده این دسته از فقها، الزام مشتری به پرداخت ثمن مقدار زیاد به بایع یا مخیر کردن وی بین این دو امر و فسخ عقد با ضوابط شرعی مطابق نیست. شاید دلیل این عدم انطباق این باشد که الزام مشتری به پرداخت مبلغی بیشتر بر خلاف توافق و مغایر با قواعد عمومی قراردادها می باشد. همچنین این گروه عنوان داشتند که از آن جا که مبیع مختلف الاجزا است، امکان اینکه مقدار زیاد به بایع تعلق بگیرد وجود ندارد، زیرا اگر این مقدار به بایه تعلق بگیرد، شراکت ایجاد می‌شود در حالی که رضایتی برای شرکت وجود نداشته است (حلی، ۱۴۱۳: ۲۸۶).

گروه دوم معتقدند، زیاد در مبیع مختلف الاجزا متعلق به بایع است و برای مشتری به علت عیب ناشی از شراکت خیار فسخ وجود دارد. (بجنوردی، ۱۴۱۹، ۳۳۳). به نظر این دسته از فقها، قاعده این است که مبیع عبارت است از آنچه که در متن عقد بیع به آن تصریح شده، نه آنچه که در خارج است. همچنین از آنجا که زیادی مثنائی است بایع با مشتری شریک می‌شود و خیار شرکت بوجود می‌آید و اگر مشتری فسخ نکند آثار شرکت بر آن مترتب می‌شود.

اما دسته دیگر از فقها این سوال را مطرح می‌کنند که اگر بایع مقدار زیاد مبیع مختلف الاجزا را با همان ثمن مقرر در عقد به مشتری تسلیم کند، آیا خیار خریدار ساقط می‌شود؟ در اینجا دو احتمال مطرح شده است: احتمال اول- سقوط خیار و احتمال دوم- عدم سقوط آن است این احتمال اقوی است. زیرا از دیدگاه طرفداران نظریه اول، زیادی عین در این فرض، مانند زیادی صفت است و به نوعی می‌توان گفت حتی حسن هم تلقی می‌گردد و بنابراین بر مشتری واجب است که قبول کند. مانند موردی که مبیع، کیفیتی بیشتر از آنچه مدنظر فروشنده در زمان انعقاد عقد بیع بود هفت داشته باشد (حلی، ۱۴۱۳.ه.ق، ۹۲). در مقابل، دسته دوم از فقها بر این عقیده اند که همیشه نمی‌توان تصور نمود که زیادت به نفع مشتری باشد و از این رو مشتری بین رد و گرفتن ثمن المسمی و بین نگهداری مبیع و شراکت با بایع مخیر است.

می‌توان چنین ایرادی را مطرح ساخت که بر فرض قبول مالکیت بر زیادی برای مشتری، نوعی تملیک قهری بدون رضایت مشتری و با اراده یکجانبه بایع ایجاد شده است که این امر مغایر با قواعد عمومی قراردادها است.

در قانون مدنی ایران، دو ماده مورد مناقشه در این زمینه وجود دارد. ماده ۳۵۵ و همچنین ماده ۳۸۴ قانون مدنی که به ظاهر با هم در تعارض می‌باشند. مطابق با ماده ۳۵۵ این قانون: «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، بایع می‌تواند آن را فسخ کند مگر اینکه در هر دو صورت، طرفین به محاسبه زیاد یا نقیصه تراضی نمایند».

ماده ۳۸۴ نیز در این خصوص مقرر داشته است: «هرگاه در حال معامله، مبیع از حیث مقدار، معین بوده و در وقت تسلیم، کمتر از آن مقدار در اید مشتری حق دارد که بیع را فسخ کند یا قیمت موجود را با تادیه حصه ای از ثمن به نسبت موجود قبول نماید و اگر مبیع زیاد از مقدار معین باشد، زیاد مال بایع است».

چنانچه ملاحظه می شود وفق ماده ۳۵۵ قانون مدنی اگر مبیع بیشتر از مقدار قراردادی باشد فروشنده حق فسخ دارد، ولی به موجب ماده ۳۸۴ این قانون مقدار زیاد متعلق به فروشنده است و حرفی از حق فسخ به میان نیامده است. در ادامه به بررسی این دو ماده خواهیم پرداخت.

ماده ۳۵۵ قانون مدنی: در برخی از معاملات مقدار به عنوان یکی از اوصاف مبیع مدنظر طرفین عقد بیع می باشد. به عبارت دیگر، خریدار برای خرید مبیع به چند وصف توجه دارد که یکی از آنها مقدار مبیع است. در این فرض همانطور که حقوقدانان متذکر شده‌اند متبایعین در برابر هر واحد از مبیع، اجزای ثمن را قرار نمی دهند؛ یعنی به جای اینکه اجزای مبیع را در مقابل اجزای ثمن قرار دهند، مجموع ثمن را در مقابل مجموع مبیع قرار می دهند (شهیدی، ۱۳۸۵: ۲۶).

به عنوان مثال فرض کنیم قطعه زمینی در بهترین نقطه جغرافیایی شهر شیراز وجود دارد که مالک قصد فروش آن را دارد، در چنین شرایطی برای خریدار موقعیت جغرافیایی ملک امنیت بیشتری دارد و قطعه زمین را بر همین اساس به شرط داشتن مساحت معین می‌خرد. در این حالت کمیت مبیع در برابر اجزای ثمن قرار نمی‌گیرد و مساحت و شرط مقدار به عنوان یکی از اوصاف مبیع تلقی می‌گردد. بنابراین در چنین حالتی مقدار و کمیت مبیع شرط وصف تلقی می‌گردد و لذا اگر زمین مذکور، وصف مورد نظر یعنی مساحت مورد توافق قرار نداشته باشد، حسب مورد هر یک از متبایعین حق فسخ خواهد داشت. مستند این موضوع نیز ماده ۲۳۵ قانون مدنی می باشد که مطابق با آن: «هرگاه شرطی که در زمان عقد شده است، شرط صفت باشد و معلوم شود آن صفت موجود نیست، کسی که شرط به نفع او شده است خیار فسخ خواهد داشت». ماده ۳۵۵ قانون مدنی نیز ناظر بر همین فرض است و مقدار در آن جنبه وصف دارد.

مطابق با این ماده: «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 بایع می‌تواند آن را فسخ کند مگر این که در هر دو صورت طرفین به محاسبه زیاد یا نقیصه ترازی نمایند».

حال در فرض مسئله اصلی ما، یعنی بیشتر بودن مبیع از مقدار مصرح در عقد بیع نیز، مفاد این ماده با آن چه پیش‌تر عنوان شد، باید لحاظ گردد و بایع می‌تواند به استناد خیار تخلف از شرط صفت، بیع را بر هم زند که منشا این خیار نیز مغایرت کمیت مبیع با وصف مقدار مبیع مذکور در عقد بیع می باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ص ۱۲۱).

در چنین حالتی نمی‌توان قائل به این شد که زیاد متعلق به بایع است زیرا ثمن در برابر کل مبیع قرار گرفته است. اما از آنجا که زیادت مبیع موجب ضرر بلاوجه بایع می‌گردد و همچنین از آنجا که نمی‌توان بدون سبب و ناقل قانونی، قائل به مالکیت خریدار نسبت به مقدار اضافی باشیم و بنا بر قواعد عمومی قراردادها، این اقتضا وجود دارد که قایل به ایجاد خیار فسخ در این حالت برای بایع باشیم (شهیدی، حقوق مدنی ۳، ص ۱۴۱).

بر اساس ماده ۳۵۵ در فرض زیادی مبیع، اگر بایع از ثمن اضافی صرف نظر کند و ثمن را قبول نماید، در بادی امر به نظر می‌رسد که زیانی برای خریدار وجود ندارد و بر این اساس از آنجا که خریدار زیانی را متحمل نمی‌شود، نمی‌توان برای وی قائل به خیار شد. همچنین می‌توان به قواعد و اصول کلی تری در توجیه نداشتن

حق خیار برای مشتری استناد کرد؛ اصولی همچون اصل لزوم قراردادهای و استثنا بودن اختیارات که باش شک در وجود خیار در این حالت با بیع رای به دوام عقد و عدم ثبوت خیار دارد.

اما همانطور که منمبحث فقهی نیز اشاره کردیم، می‌توان در برخی موارد نوعی ضرر را برای مشتری متصور شد و چنین گفت که برای مشتری آنچه که در متن قرارداد بیع توافق شده موضوعیت و مطلوبیت دارد و افزون بر آن فاقد مطلوبیت برای مشتری می‌باشد. فرض کنیم شخصی برای حیاط مهد کودک خود ابزاری را برای بازی کودکان خریداری می‌کند. حال اگر ابعاد و کمیت این ابزار بازی بزرگتر از میزان مورد توافق باشد، فضای خالی حیاط مهد کودک بیش از اندازه کوچک می‌گردد که بر همین اساس از فضایی که مالک برای بازی کودکان به آن اختصاص داده فراتر می‌رود و عبور و مرور را با مشکل مواجه می‌سازد. بر همین اساس نمی‌توان تصور کرد که ابعاد بزرگتر مبیع مطلوب خریدار است و به وی ضرری نمی‌رساند. اما، همانطور که برخی از حقوقدانان متذکر شده‌اند، می‌توان به عنوان قاعده کلی گفت که اصل بر این است که زیاده به نفع مشتری است مگر اینکه خلاف آن ثابت گردد که در این حالت خیار برای مشتری ثابت می‌گردد. علاوه بر این همان طور که در ماده ۳۵۵ قانون مدنی نیز آمده است می‌توان با تراضی از خیار صرفنظر نمود.

ابهام دیگری که وجود دارد، در خصوص دایره شمول حکم ماده ۳۵۵ قانون مدنی بر اموال منقول و غیر منقول است. منشا این ابهام، در به کار رفتن اصطلاح ملک در ماده ۳۵۵ است که موجب اختلاف نظر حقوقدانان در این خصوص شده است.

برخی از حقوقدانان با ارائه تفهیمی مضیق از این ماده، معتقدند مورد ماده ۳۵۵ قانون مدنی صرفاً شامل اموال غیرمنقول غیر قابل تجزیه است که کمیت آن با مساحت تعیین می‌شود (شهیدی، حقوق مدنی ۶، ص ۳۰). اما در مقابل، اکثر حقوقدانان با تصویری موسع معتقدند که مورد ماده ۳۵۵ قانون مدنی اختصاصی به ملک ندارد و شامل همه اموال اعم از منقول و غیرمنقول می‌گردد (کاتوزیان، عقود معین، ص ۱۲۲). به نظر می‌رسد که از میان دو نظر ارائه شده، نظر دوم اقوی باشد؛ به این لحاظ که نمی‌توان دلیلی برای انحصار ماده ۳۵۵ قانون مدنی و اموال غیرمنقول پیدا نمود. بیع اموال منقول نیز همچون مثال فوق‌الذکر در خصوص خرید ابزار بازی در مهد کودک می‌تواند به شرط داشتن مقدار و کمیت مشخص صورت گیرد. مثال دیگر در این خصوص این است که شخصی فرشی را به شرط داشتن مساحت معین برای پنهان کردن در یکی از اتاق‌های خانه خود خریداری می‌کند. حال اگر میزان فرش از آنچه که در عقد بیع به آن تصریح شده بیشتر باشد، به علت کوچکی فضای اتاق، عملاً امکان استفاده از آن در اتاق وجود نخواهد داشت و نمی‌تواند این مقدار زاید، امتیازی برای مالک محسوب گردد.

ماده ۳۸۴ قانون مدنی: گاهی ذکر کمیت مبیع، مبین میزان تعهد با بیع است و ثمن قرارداد نیز متناسب با این مقدار تعیین می‌شود (همان، ص ۱۲۲). به عبارت دیگر، برخلاف فرض پیشین در این حالت، کمیت و مقدار مبیع جنبه اساسی دارد نه جنبه فرعی. در چنین حالتی کمیت مبیع مقدار تعیین عوض طرف مقابل است.<sup>۱</sup> به عبارت دیگر،

<sup>۱</sup> عدل، منصور، حقوق مدنی، انتشارات خرسندی، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۹، ص ۲۴۵.

<sup>۲</sup> کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادهای، جلد سوم، همان، ص ۱۸۶.

آن طور که از کلام حقوقدانان شایع است اجزای ضمن در برابر اجزای مبیع قرار می‌گیرد و مقدار در ذات معامله داخل می‌گردد (شهیدی، حقوق مدنی ۶، ص ۲۷). به عنوان مثال شخصی ۱۰۰ کیلوگرم گندم خریداری می‌نماید که هر کیلو از آن ۱۰۰ تومان قیمت‌گذاری می‌گردد. میزان مبیع در این فرض تعهد اصلی بایع را تعیین می‌کند و در اینجا نمی‌توان گفت که مقدار مبیع جنبه فرعی دارد. بنابراین، اگر مبیع بیش از میزان توافق شده باشد، زیاده متعلق به بایع است و حق فسخ ندارد. ماده ۳۸۴ قانون مدنی نیز ناظر بر همین فرض است. مطابق با این ماده: «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 تاییدیه حصه‌ای از ثمن به نسبت موجود قبول نماید و اگر مبیع زیاده از مقدار معین باشد، زیاده مال بایع است».

این ماده همان طور که از ظاهر آن نیز بر می‌آید ناظر بر اموال قابل تجزیه می‌باشد که اجزای مبیع در برابر اعضای ثمن قرار می‌گیرد (همان). علت عدم ثبوت خیار فسخ در این حالت، این است که زیاده مبیع بدون حصول زیان قابل تفکیک از مبیع می‌باشد و نمی‌توان ضرری را برای بایع تصور نمود. لذا نمی‌توان قائل به ثبوت خیار برای بایع بود. همچنین اصل لزوم قراردادهای و استثنای بودن خیار نیز مبین همین امر می‌باشد.

در نهایت باید چنین گفت که همانطور که حقوقدانان نیز متذکر شده‌اند، از آنجا که نسبت به زیاده مبیع معامله ای صورت نگرفته است و این زیاده بدون ضرر قابل تفکیک و تجزیه از مبیع می‌باشد، زیاده متعلق به بایع است و حق فسخ ایجاد نخواهد شد<sup>۱</sup>.

ماده ۳۸۵ قانون مدنی نیز از دیگر مواد مرتبط با تسلیم مبیع بیش از میزان مندرج در قرارداد بیع است. نخست به متن ماده می‌پردازیم. مطابق با این ماده: «اگر مبیع از قبیل خانه یا فرش باشد که تجزیه آن بدون ضرر ممکن نمی‌شود و به شرط بودن مقدار معین فروخته شده ولی در حین تسلیم، کمتر یا بیشتر درآید، در صورت اولی مشتری و در صورت دوم بایع حق فسخ خواهد داشت».

حقوقدانان در تفسیر این ماده نظریات مختلفی را ارائه نموده‌اند. برخی معتقدند، ماده ۳۸۵ قانون مدنی همچون ماده ۳۵۵ قانون مدنی می‌باشد. مبیع در این معادن نیز همچون ماده ۳۵۵ قابل تجزیه نمی‌باشد و بیان کمیت مبیع در بیع جنبه وصف دارد و فرعی است و مبیعی تجزیه ناپذیر مورد معامله قرار می‌گیرد (کاتوزیان، عقود معین، همان، ص ۱۲۵).

### ۳. تعیین کیفیت مبیع در مذاهب اسلامی و حقوق ایران

اوصاف مبیع شامل اوصاف کمی و کیفی است که بر این مبنا طرفین عقد بیع باید از کمیت و کیفیت مبیع و البته ثمن آگاهی داشته باشند. در خصوص تعیین جنس و کمیت مبیع توضیحات مبسوطی ارائه گردید. در این مبحث از پایان نامه به بررسی تعیین کیفیت مبیع خواهیم پرداخت.

همانطور که در تعیین کمیت و جنس مبیع از شرایط ضروری برای صحت عقد تلقی می‌شود، لازم است تا کیفیت مبیع نیز از طریق احراز اوصاف، مضبوط و مشخص شود، به نحوی که عرفاً با حصول علم به کیفیت

<sup>۱</sup> کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادهای، همان، ص ۱۸۷

مبیع، از مورد معامله رفع جهالت و غرر شده باشد. روشن است که کیفیت مبیع، متعلق قصد طرفین معامله قرار می‌گیرد و در صورت نامشخص بودن، منجر به مخدوش شدن قصد طرفین و در نتیجه بطلان عقد می‌گردد. از آنجا که علم به او صاف مبیع نقشی تعیین کننده در انعقاد عقد بیع دارد، در صورت امکان مشتری باید فرصت بازرسی و آزمایش کالا را در وضعیت عادی تجاری داشته باشد. اقسام تعیین کیفیت مبیع در دو دسته کلی قابل طرح است: نخست، تعیین صریح و دوم، تعیین ضمنی که در این قسمت به بررسی قانون مدنی و اقوال فقها در این خصوص خواهیم پرداخت.

تعیین صریح کیفیت مبیع در حقوق داخلی از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است که در ادامه به بررسی آن خواهیم پرداخت.

#### الف: تعیین صریح

قانون مدنی ایران در خصوص ضرورت تصریح کیفیت مبیع در قرارداد به شدت تحت تاثیر کتب و منابع فقهی است. لذا، به علت ارتباط تنگاتنگ بین این دو نظام، ضمن بیان اجمالی دیدگاه فقهای امامیه، به بررسی قانون مدنی در خصوص ضرورت تصریح کیفیت مبیع در قرارداد بیع (اعم از شفاهی و کتبی) خواهیم پرداخت.

از دیدگاه فقها یکی از شروط اصلی صحت انجام معامله، عدم جهل نسبت به مبیع یا مورد معامله و معلوم بودن آن از حیث جنس، اندازه و وصف نزد متبایعین می‌باشد؛ اما با بررسی عقاید فقها در این خصوص مشخص می‌گردد که آنچه که در تعیین مبیع چه از نظر کمیت، چه از نظر جنس و چه از نظر کیفیت ضروری است رفع غرر می‌باشد. همانطور که یکی از فقها عنوان داشته است دانستن مقدار، جنس و وصف مثنی همانند ثمن من لازم است؛ زیرا که عوض در مقابل معوض قرار می‌گیرد و دانستن مقدار، جنس و وصف آن‌ها شرط صحت معامله می‌باشد و مناط در صحت عقد، رفع غرر است.<sup>۱</sup> در عقد بیع محور اقدام بر معامله، انتقال مبیع است که به اقسام سه‌گانه عین معین، کلی در معین، و کلی فی الذمه تقسیم می‌گردد. تفاوت رفع ابهام و معلوم ساختن مبیع معین و کلی این است که در اولی علم طرفین به آن کافی است و ضرورتی ندارد که در اسناد بیع و الفاظ ایجاب و قبول بیاید. در حالی که در دومی، توافق طرفین در مورد وصف و جنس و مقدار ضروری است و اگر مصادیق مبیع در بیع از حیث ارزش متفاوت باشند، فروشنده باید فردی را تسلیم کند که عرفاً معیوب نباشد. به عبارت دیگر، اگر مبیع عین خارجی باشد، باید او صاف مورد معامله که ملاک مقدار ارزش آن نزد متبایعین است از جهات مختلفی از قبیل اوصاف، جنس، نوع و غیره معلوم باشد و به منظور معلوم بودن و رفع جهالت از مال موضوع معامله، کسب اطلاع از سه جهت تعیین جنس، توصیف کیفیت و تعیین مقدار ضرورت دارد.<sup>۲</sup>

با بررسی منابع فقهی مشخص می‌گردد که رفع غرر در خصوص مبیع به سه طریق قابل تحقق است: نخست، اختبار به آنچه که اختبار آن را فاسد نمی‌کند و وضعیت مبیع به واسطه اختبار کشف می‌شود؛ مانند استشمام عطرها و چشیدن میوه‌هایی که به واسطه اختبار فاسد نمی‌شوند، همچون خوردن یک حبه از انگور. دوم، اشتراط

<sup>۱</sup> عاملی، محمد بن مکی، القواعد و الفوائد، جلد دوم، کتابفروشی مفید، قم، ۱۴۰۴ ه.ق، ص ۲۳۸.

<sup>۲</sup> موسوی خویی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، همان، ص ۲۳۶.

<sup>۳</sup> رفیعی، محمد تقی، مطالعه تطبیقی غرر در معامله، دفتر تبلیغات اسلامی، قم، ۱۳۷۸، ص ۱۷۰.



صحت از عیوب موجب غرر؛ زیرا در این صورت با ظهور فقدان وصف، خیار حاصل می‌شود و این خیار رافع غرر است. سوم، اقدام بر معامله مطلقاً، بدون اشتراط صحت از عیوب و اختیار (موسوی خویی، همان، ص ۴۳۳).

یکی از فقها در این خصوص عنوان داشته است: آنچه که وصف مقصود از آن جز با چشیدن مانند سرکه و عسل و شبیه آن‌ها یا با بوییدن مانند مشک و مانند آن، یا با لمس مانند نرمی و زبری پیش از رسیدن آن، معلوم نمی‌شود، بیع آنها بنا بر صحت و سلامت در کیفیات مقصوده معلومه به این طرق جایز است!

اوصاف مبیع و کیفیت آن در کلام فقها مطلق نیست و فقها در ای خصوص قائل به تفکیک شده‌اند. یکی از فقها در این خصوص با تقسیم اوصاف مبیع به اوصاف کمالیه اوصاف موثر در صحت و اوصاف موثر در قیمت مبیع بر این نظر است که برخی اوصاف، اوصاف کمالیه ای هستند که اطلاع بر آنها ممکن است، در آن صورت، معامله با اشتراط و با توصیف بایع صورت می‌پذیرد و غرر به واسطه آنها مرتفع می‌شود، و برخی هم اوصاف کمالیه ای هستند که اطلاع بر آنها ممکن نیست، در این فرض، اعتماد بر اصاله الاصححه جاری نمی‌شود؛ چون اوصاف از اوصاف صحت نیست تا اینکه اطلاق به فرد صحیح منصرف شود (خویی همان، صص ۴۳۸-۴۳۹).

فقهای متاخر و معاصر نیز همین رویکرد را در خصوص تعیین اوصاف و کیفیت مبیع برگزیده‌اند و با تاکید بر ضرورت تعیین کیفیت مبیع و رفع غرر از آن عنوان نموده‌اند شناخت جنس عوضین و اوصافشان که به سبب آنها قیمت، متفاوت و میل به آنها مختلف می‌شود، لازم است. این شناخت یا با مشاهده حاصل می‌آید یا با توصیف رافع جهالت و اگر نداند که عین تغییر کرده و عادت به تغییر آنها حکم نکند اکتفا به رویت قبلی جایز است.<sup>۲</sup>

در مجموع بررسی منابع فقهی در این خصوص موید این است که نخست، فقها بر تعیین اوصاف مبیع به طور کلی و تعیین کیفیت آن به طور خاص تاکید دارند. دوم، تاکید فقها در این خصوص از باب رفع غرر است. سوم، روش‌هایی همچون چشیدن، بوییدن، بیع از روی نمونه و غیره که فقها برای تعیین کیفیت مبیع عنوان نموده‌اند، طریقت داشته و موضوعیت ندارد و همانطور که پیشتر عنوان شد، این روش‌ها، صرفاً جهت رفع غرر است و اگر غرر از طریق دیگری رفع شود می‌توان از آن روش‌ها نیز استفاده نمود. در نهایت نیز باید گفت دیدگاه‌های فقهی در این خصوص بیشتر ناظر بر شیوه معاملات زمان خود مطرح شده است و در ادامه این موضوع را بررسی خواهیم نمود که اقوال فقها تا چه میزان در قانون مدنی قابل انطباق است.

حقوقدانان نیز در تشریح لزوم تعیین صریح، به اهمیت غرری نبودن بیع تاکید کرده‌اند. یکی از حقوقدانان با تاکید بر ضرورت تعیین اوصاف مبیع عنوان نموده است مورد معامله، دارای اوصافی است که مجموع آنها در بر انگیختن دو طرف به انجام معامله و ایجاد تعادل بین دو عوض اثر قاطع دارد<sup>۳</sup> لذا اوصاف مورد معامله باید معلوم باشد تا هر یک از طرفین بدانند چه می‌دهند و چه می‌ستانند.

<sup>۱</sup> حلی، یوسف ابن مطهر، مختلف الشیعه فی احکام الشریعه، جلد دوم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوطه علمیه.

چاپ دوم، قم، ۱۴۱۳ ه.ق، ص ۵۰۸.

<sup>۲</sup> موسوی گلپایگانی، سید محمدرضا، هدایه العباد، جلد اول، دارالقرآن کریم، قم، ۱۴۱۳ ه.ق، ص ۳۶۱.

<sup>۳</sup> کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد سوم، همان، ص ۱۴۷.

ممکن است در نگاه نخست به نظر رسد که تنها معلوم بودن جنس و مقدار مورد معامله کافی است و شناخت او صاف آن ضروری به نظر نرسد، اما با اندکی تامل معلوم می‌شود اشاره به جنس مورد معامله تنها نوع آن را معین می‌کند. به عبارتی ذکر جنس، تنها حقیقت مشترک بین افراد یک نوع را معین می‌کند. همانند خانه، اتومبیل، برنج، اما این جنس خود دارای افرادی است که تنها با ذکر اوصاف آن مشخص می‌شود. برای مثال برنج یا اتومبیل دارای انواع گوناگون با قیمت‌های متفاوت است. پس، تذکر به اینکه موضوع تعهد برنج یا اتومبیل است به تنهایی ابهام آن را از بین نمی‌برد و غرر را منتهی نمی‌سازد بلکه باید وصف برنج (صدری یا دم سیاه بودن) و کارخانه سازنده و مشخصات و تاریخ تولید اتومبیل روشن باشد تا طرفین بدانند درباره چه چیز معامله می‌کنند و بتوانند عوض را با آن معین سازند (کاتوزیان، همان، ص ۲۸۰).

در قانون مدنی ایران از روش‌های متداول در منابع فقهی در خصوص تعیین مبیع استفاده شده است. شناخت اوصاف عین معین، ممکن است با مشاهده یا ارائه نمونه‌ای از آن صورت پذیرد. مطابق با ماده ۳۵۴ قانون مدنی: «ممکن است بیع از روی نمونه به عمل آید؛ در این صورت باید تمام مبیع مطابق نمونه تسلیم شود، والا مشتری خیار فسخ خواهد داشت». گاه نیز می‌شود که مورد معامله حاضر نیست و به شرط و صف خریداری می‌شود. ماده ۴۱۰ قانون مدنی در این خصوص مقرر داشته است: «هرگاه کسی مالی را ندیده و آن را فقط به وصف بخرد بعد از دیدن اگر دارای اوصافی که ذکر شده است نباشد مختار می‌شود که بیع را فسخ کند یا به همان نحو که هست قبول نماید». حتی در صورتی که عاقد نسبت به یک سری اوصاف حساسیت خاصی داشته باشد، به گونه‌ای که علیرغم مشاهده آن به اطمینان نمی‌رسد، در این موقعیت می‌توانند قرارداد را بر اساس اوصاف مورد نظر خود منعقد کند (ماده ۲۳۴ قانون مدنی). ذکر این نکته ضروری است که مقصود از شرط و صف، ایجاد وصف نیست. در صورتی که الزام و التزام به ایجاد و صفت بازگشت کند، شرط، شرط فعل است. در حقیقت، مقصود از شرط و صف، اشتراط و صف است. با ذکر شرط، مورد معامله توصیف شده است نه اینکه التزام به ایجاد وصف شده باشد!

بنابراین، اگر مورد معامله بر خلاف آنچه شرط شده ظاهر شود و با آن مطابقت نداشته باشد، مشتری از حقوق و اختیاراتی برخوردار خواهد بود که در مبحث اتی ضمانت‌های اجرایی آن مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

ب. تعیین ضمنی

مورد معامله دارای یکسری اوصافی است که به طور ضمنی از مفاد عقد استنباط می‌شود و طرفین تصریح به ذکر آن نمی‌کنند اما چون ماهیت شرط، به گونه‌ای است که نیاز به ذکر ندارد، در حکم ذکر است (نائینی، همان، ص ۱۲۴). اصطلاح (شرط ضمنی) برای اموری به کار می‌رود که مدلول التزامی قرارداد است، یعنی به حکم عرف لازمه توافق یا طبیعت قرارداد است. برای مثال، طرفین قرارداد هر دو خواهان آن هستند که در مقابل عوضی که

<sup>۱</sup> انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، همان، ص ۲۷۶.

<sup>۲</sup> روزیطلب، فاطمه، بررسی تطبیقی مطابقت کالا با قرارداد در حقوق ایران و کنوانسیون بیع بین المللی، پایان نامه کارشناسی ارشد،

دانشگاه شیراز، ص ۸۶.

به دیگری می دهند عوضی متعادل دریافت کنند (شرط وصف تعادل ارزش دو مورد) یا اینکه طرفین قرارداد بدین انگیزه عوضی پرداخت می کنند که در مقابل، عوضی سالم دریافت کنند (شرط وصف سلامت دو مورد).

گاه می شود که شرط ضمنی، به حکم عرف از قرارداد استنباط نمی شود، بلکه چون شرط سابق بر عقد ذکر شده، قرارداد بر مبنای آن گفت و گوها منعقد می شود. همچنین در صورتی که طرفین از قصد یکدیگر (نسبت به شرط وصف) آگاه باشند، این نوع شرط نیز به طور ضمنی وارد قلمرو قرارداد می شود که آن را در اصطلاح شرط تبانی می گویند.<sup>۱</sup>

برای مثال، هرگاه قبل از انعقاد عقد در مورد کاشانی بودن فرش مذاکراتی انجام شده باشد یا اینکه طرفین از قصد یکدیگر آگاه باشند بر مبنای همان او صاف پیمان خود را منعقد سازند، شرط به طور ضمنی در قلمرو قرارداد وارد شده است.

از آنجا که شرط ضمنی، مدلول التزامی قرارداد است به همان اندازه معتبر است که دلالت مطابقی معتبر است. زیرا دلالت التزامی همچون دلالت مطابقی از روشهای برقراری ارتباط است (خویی، همان، ص ۳۵۱). عنوان «تخلف شرط» نیست که در سرفصل ماده ۴۴۴ قانون مدنی دیده می شود، نه تنها شامل تخلف از شرط صریح است، بلکه شامل تخلف از شرط ضمنی نیز می باشد. چنانکه ماده ۲۲۵ قانون مدنی که پشتوانه شرط ضمنی است می گوید: «متعارف بودن امری در عرف و عادت به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف به آن باشد به منزله ذکر در عقد است»<sup>۲</sup>. بنابراین، اشتباه در وصف ضمنی، مفهومی گسترده دارد.

ضرورت وجود بعضی از اوصاف در موضوع معامله در عرف، آنقدر بدیهی و روشن است که به دلالت التزامی از مفاد عقد استنباط می شود و طرفین ضرورتی بر توافق صریح در این باره نمی بینند.<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> طباطبایی، سید محمدکاظم، حاشیه بر مکاسب، همان، ص ۱۱۸.

<sup>۲</sup> جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق مدنی و تجارت، جلد اول، همان، ص ۷۶۴.

<sup>۳</sup> کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد پنجم، سهامی انتشار، تهران، ۱۳۸۷، ص ۳۱۹.

مورد معامله باید حائز شرایطی باشد که از جمله، معلوم و معین بودن آن است. مبنای لزوم تعیین آن، نظم عمومی و بنای عقلاست. لذا تخلف از آن، موجب بطلان عقد میشود. اعتبار هر عقد و قرارداد به دارا بودن تمامی شرایط صحت معاملات می‌باشد که بر اساس مواد ۱۹۰ و ۳۴۲ قانون مدنی و آراء جمیع فقهای امامیه یکی از آن شرایط معلوم بودن مورد معامله می‌باشد. به طور کلی علم به مورد معامله به هر طریقی که آن را از اشیاء دیگر مشخص و ممتاز سازد حاصل می‌گردد. در باب عقود منظور از علم این است که هر یک از متعاملین آنچه را که مورد معامله قرار می‌دهند به خوبی بشناسند که چگونگی شناسایی به انگیزه‌های طرفین و میزان توجه و حساسیت آنها و ویژگی‌های خاص اشیا و اموال بستگی دارد. جهل به مورد معامله باعث بطلان معامله است. برابر ماده ۲۱۶ قانون مدنی مورد معامله نباید مبهم باشد. که جهل با ابهام تفاوت دارد. به چیزی که ظاهرش نامعلوم است اما در وراء این ظاهر واقعیتی نهفته است که قابل معلوم کردن باشد به آن مجهول گفته می‌شود. بر خلاف امر مبهم که واقعیتی در خارج ندارد و هیچ چیز برای امر مبهم واقعیتی در خارج ایجاد نمی‌کند. در این نظام در خصوص معلوم بودن مورد معامله علی القاعده علم تفصیلی لازم است مگر در عقود مبتنی بر تسامح که علم اجمالی به مورد معامله کفایت می‌کند. بر این پایه، در خصوص اوصاف مورد معامله عین معین چنانچه حین العقد تخطی گردد حسب اینکه و صف یاد شده جانشین ذات باشد یا و صف غیر اساسی باشد، تاثیر آن متفاوت است. در ارتباط با اوصاف جانشین ذات، تخطی از آن به بطلان عقد به دلیل فقدان قصد می‌انجامد. لکن در سایر اوصاف چنانچه وصف مورد نظر شرط شده باشد، تخطی از آن به فسخ عقد به سبب خیار تخلف از شرط صفت کیفی می‌انجامد و اگر شرط نشده باشد، علی القاعده تاثیری در عقد ندارد. در ارتباط با کمیت مورد معامله عین معین چنانچه در خصوص مقدار مورد معامله شرط بین طرفین مقرر شده باشد، حسب اینکه مبیع تجزیه‌پذیر یا تجزیه ناپذیر باشد، ضمانت اجرای متفاوتی لحاظ می‌گردد. که عبارتند از: فسخ معامله به سبب خیار تخلف از شرط صفت کمی، خیار تبعض صفقه و یا حق تقلیل ثمن و چنانچه در خصوص مورد معامله، شرطی معهود نباشد، تخطی از آن به بطلان معامله به سبب غرری شدن، می‌انجامد و نهایتاً راجع به جنس مورد معامله، چنانچه ماهیت مورد معامله موضوع شرط واقع شود، تخطی از آن به فسخ عقد به سبب خیار تخلف از شرط می‌انجامد لکن چنانچه ماهیت مورد معامله، موضوع شرط واقع نشده باشد، تخطی از آن به بطلان عقد به سبب غرری شدن آن می‌انجامد. قابل ذکر است در مبیع کلی فی الذمه، در صورت تخلف بایع از تحویل کالای منطبق با قرارداد، وی ملزم به اجرای عین تعهد می‌گردد و تنها در صورت تعذر تسلیم، خریدار دارای حق فسخ خواهد بود.

۱. احمدی‌فر، رسول (۱۳۹۴). لزوم و چگونگی تعیین مبیع در بیع کلی فی‌الذمه (مطالعه تطبیقی فقه امامیه، حقوق ایران، انگلستان و مصر)، فصلنامه علمی-پژوهشی دانش حقوق مدنی، سال چهارم، شماره دوم
۲. اسماعیلی و موسی طهرانی (۱۳۸۹). عنوان توابع مبیع، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، سال دوازدهم، شماره اول،
۳. باقری، احمد، شکیبا، امیرخانی (۱۳۹۳). در مقاله‌ای با عنوان زمان تعیین مبیع در بیع کلی، مطالعات اسلامی-فقه و اصول، شماره ۹۹
۴. زرگوش نسب، عبدالجبار (۱۳۹۶). تبری از عیوب مبیع در فقه اسلامی و حقوق مدنی، دو فصلنامه علمی-پژوهشی فقه مقارن، سال پنجم، شماره ۱۰
۵. یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم (۱۴۱۰). حاشیه مکاسب، نشر اسماعیلیان، قم، جلد اول.
۶. بروجردی، محمد (۱۳۹۷). حقوق مدنی، انتشارات مجد، چاپ چهارم
۷. شهیدی، مهدی (۱۳۷۷). تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران، حقوقدان، چاپ اول، جلد اول
۸. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۸۷، ترمینولوژی حقوق، انتشارات کتابخانه گنج دانش، چاپ نوزدهم، تهران.
۹. عدل، مصطفی، ۱۳۸۵، حقوق مدنی، انتشارات طه، چاپ دوم، قزوین.
۱۰. کاتوزیان، ناصر، اموال و مالکیت، نشر میزان، چاپ بیست و ششم، تهران، ۱۳۸۸.
۱۱. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، نظریه عمومی تعهدات، موسسه نشر یلدا، چاپ اول، تهران. ۱۳۷۴
۱۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دایره المعارف حقوق مدنی و تجارت، جلد اول، انتشارات بنیاد راستاد، چاپ اول، تهران، ۱۳۵۷.
۱۳. امیری قائم مقامی، عبدالمجید، حقوق تعهدات، جلد اول و دوم، دانشگاه تهران، چاپ دوم، تهران، ۱۳۵۵.
۱۴. آخوند خراسانی، حاشیه مکاسب، تصحیح سید مهدی شمس‌الدین، وزارت ارشاد اسلامی، چاپ اول، بی تا.
۱۵. کاتوزیان، ناصر، عقود معین، جلد اول، شرط سهامی انتشار، چاپ یازدهم، تهران، ۱۳۹۱.

۱۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد دوم، چاپ اول، انتشارات گنج دانش، تهران، ۱۳۷۸.
۱۷. شهبازی، محمدحسین، مبانی لزوم و جواز اعمال حقوقی، چاپ اول، ناشر مولف، تهران، ۱۳۸۵.
۱۸. خویی، ابوالقاسم، الشروط و التزامات التبعية فی العقود، سه جلدی، چاپ اول، داراهادی، بیروت، ۱۴۱۴ه.ق.
۱۹. عاملی، زین الدین، وسائل الشیعه، جلد اول، اسلامیه، تهران، ۱۳۸۹.
۲۰. شیرزادی، سید محمد حسینی، ایصال الطالب، الی المكاسب، جلد نهم، انتشارات موسسه، الاعلمی، تهران، بی تا.
۲۱. امامی، سید حسن، ۱۳۷۷ حقوق مدنی، تهران، کتاب فروشی اسلامی.
۲۲. کاتوزیان ناصر حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها تهران به نشر صفحه ۱۸۶
۲۳. امامی سیدحسن ۱۳۷۷ حقوق مدنی تهران کتاب فروشی اسلامی جلد ۲
۲۴. نائینی، میرزا حسین، منیه الطالب، نوشته شیخ موسی خوانساری، شرح بر مکاتب، جلد دوم، چاپخانه حیدری، بی جا، ۱۳۷۳ هجری قمری، ص ۱۴۳.
۲۵. بجنوردی، میرزا حسن، القواعد الفقهیه، جلد سوم، موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، چاپ دوم، قم، ۱۴۱۳ هجری قمری، ص ۲۶۰.
۲۶. طباطبایی یزدی، محمد کاظم، حاشیه بر مکاسب، جلد دوم، دارالعلم، قم، ۱۳۷۸ هجری قمری، ص ۱۳۸.
۲۷. انصاری، شیخ مرتضی، المكاسب، با تحقیق و تعلیق سید محمد کلاتر، چاپ اول، نشر مرتضی، نجف اشرف، ۱۳۹۶ هجری قمری، ص ۲۲۸.
۲۸. سیواسی، محمد بن عبد، الواحد، فتح الغدیر فی شرح الهدایه، جلد پنجم، بی جا، بی تا، ص ۲۰۶.
۲۹. سرخسی، محمد بن احمد، ابن سهل، المبسوط، جلد سوم، دارالمعرفه، بیروت، ۱۳۹۸ هجری قمری، ص ۱۲.
۳۰. مینا، محبوبه، اشتباه در موضوع قرارداد، پایان نامه کارشناسی ارشد، مدرسه عالی شهید مطهری، تهران، ۱۳۷۰، ص ۸۰.
۳۱. صفایی، سیدحسین، مقالاتی درباره حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، همان، ص ۱۰۰.
۳۲. بجنوردی، سید محمد حسن، القواعد الفقهیه، جلد دوم، تحقیق مهدی مهریزی و محمد حسن درایتی، الهادی، قم، ۱۴۱۹ ه.ق، ص ۳۳۵.
۳۳. قاسم زاده، سید قاسم، نظریه جواز تعیین ضابطه مورد تعهد و تملیک، فصلنامه مدرس، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ۱۳۸۳، ص ۱۳۴.
۳۴. علوم یزدی، حمیدرضا، روش های تعیین ثمن در عقد بیع، پایان نامه کارشناسی ارشد، حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ۱۳۷۰، صص ۲۴-۲۵.

۳۵. <sup>۱</sup> مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الازدهان، جلد هشتم، موسسه نشر اسلامی، چاپ سوم، قم، ۱۴۱۸ ه.ق، ص ۱۸۲.
۳۶. <sup>۱</sup> کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی عقود معین، همان، ۱۳۷۴، ص ۳۲.
۳۷. <sup>۱</sup> شهید ثانی، زین الدین بن نورالدین، مسالک الفهام فی شرح الشرايع الاسلام، موسسه ی معارف اسلامیه، چاپ اول، قم، ۱۴۰۳ ه.ق، ص ۲۷۹.
۳۸. <sup>۱</sup> محقق ثانی کرکی، علی بن حسن عاملی، جامع المقاصد فی شرح القوائد، موسسه ال بیت (ع)، چاپ دوم، قم، ۱۴۱۴ ه.ق، ص ۴۲۷.
۳۹. <sup>۱</sup> بجنوردی، سید حسن، القوائد الفقهیه، جلد هفتم، نشر الهادی، چاپ اول، قم، ۱۴۱۹ ه.ق، ص ۳۲۲.
۴۰. <sup>۱</sup> حلی، یوسف بن مطهر اسدی، تبصره المتعلمین فی احکام الدین، تهران، موسسه چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ اول، تهران، ۱۴۱۱ ه.ق، ص ۱۰۰.
۴۱. <sup>۱</sup> شیخ طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، المکتب المرتضوی الاحیا الاثار الجعفریه، چاپ سوم، تهران، ۱۴۰۰ ه.ق، ص ۱۵۴.
۴۲. <sup>۱</sup> نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرايع الاسلام، دارالاحیا التراث العربی، چاپ هفتم، بیروت، بی تا، ص ۲۳۰.
۴۳. <sup>۱</sup> حلی، یوسف ابن مطهر، مختلف الشیعه فی احکام الشریعه، جلد دوم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسسی حوطه علمیه. چاپ دوم، قم، ۱۴۱۳ ه.ق، ص ۵۰۸.
۴۴. <sup>۱</sup> شهیدی، مهدی، حقوق مدنی، عقود معین ۱، انتشارات مجد، چاپ پنجم، تهران، ۱۳۸۵، ص ۲۶.
- ۴۵.