

# تفسیر مواد ۳۵۵ و ۳۸۴ قانون مدنی

## و ماده ۱۴۹ قانون ثبت



دکتر عبدالله کیانی

عضو هیأت علمی دانشکده علوم قضائی

در این مقاله ابتداءً به تفسیر مواد ۳۵۵ و ۳۸۴ قانون مدنی همراه با ذکر مبانی فقهی آنها، بعد به تفسیر ماده ۱۴۹ قانون ثبت، سپس به چگونگی ارتباط آنها با یکدیگر پرداخته شده است. البته به منظور آشنایی از دیدگاههای قوانین برخی از کشورها پیرامون موضوعات مطروحه، به نحو اختصار به این قوانین اشاره شده است.

### یک - تفسیر ماده ۳۵۵ قانون مدنی

در ماده ۳۵۵ قانون مدنی آمده است: "اگر ملکی به شرط داشتن مساحت معین فروخته شده 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 می تواند آنرا فسخ کند مگر اینکه در هر دو صورت طرفین به محاسبه زیادی یا نقیصه تراضی نمایند."

اصولاً دو طرفی که می‌خواهند عقد بیع منعقد سازند، باید به هنگام بیع از مقدار و کمیت چیزیکه مورد معامله قرار می‌دهند علم کافی داشته باشند، بنحویکه عرف بگوید از آنان رفع جهالت و غرر شده است. چه در غیر این صورت بدلیل عدم تحقق یکی از شرایط اساسی صحت معاملات (بند ۳ ماده ۱۹۰ و ۲۱۶ و ۳۴۲ ق.م.) بیع باطل می‌گردد، زیرا مقدار مبیع اصولاً متعلق قصد طرفین معامله، هرگاه مقدار مبیع نامشخص باشد، متعلق قصد نامشخص بوده، در نتیجه قصد مخدوش می‌گردد بدین لحاظ عقد بدلیل مخدوش شده علت موجد آن (که قصد می‌باشد) فاقد اثر قانونی می‌گردد. اماگاهی طرفین از مقدار مبیع اطلاع و آگاهی کافی ندارند و بدست آوردن علم و آگاهی از مقدار و اندازه مبیع به دلیلی از دلایل، با مشکل روبرو می‌شود. مثلاً مورد بیع گندم موجود، بر یک تریلی که در یک شهر است باشد و کسی که در صدد خرید آن است بر آن است آنرا به شهر دیگری با همان تریلی حمل نماید. در این صورت طرفین یا یکی از آنها که از مقدار مورد بیع علم کافی ندارند برای اینکه با مشکل فساد بیع مواجه نگردند، می‌توانند آنرا بشرط بودن مقدار معین، مثلاً بشرط بیست تن بودن گندمها، مورد بیع قرار دهند، یا اگر مورد بیع زمینی است که مساحت آن برای طرفین معامله یا یکی از آنها مشخص نیست، بشرط داشتن مساحت معین مورد بیع قرار دهند. حال چنانچه به هنگام تسلیم معلوم گردد که مبیع کمتر یا بیشتر از میزان مشروط در قرارداد است.

نظرات فقهای امامیه برحسب اینکه مبیع متساوی الاجزاء باشد یا مختلف الاجزاء، متفاوت است، ما نیز به منظور بررسی این دیدگاهها، در اینجا قائل به تفکیک می‌شویم و هر یک را جداگانه مورد بررسی قرار می‌دهیم. بنابراین چهار حالت ممکن است اتفاق افتد:

- ۱- مبیع کمتر از میزان مشروط و متساوی الاجزاء؛
- ۲- مبیع کمتر از میزان مشروط و مختلف الاجزاء؛
- ۳- مبیع بیشتر از میزان مشروط و متساوی الاجزاء؛
- ۴- مبیع بیشتر از میزان مشروط و مختلف الاجزاء؛

البته بدیهی است که هرگاه مبیع برابر مقدار مشروط باشد، با تسلیم آن به خریدار تعهد بایع از این حیث ایفاء شده تلقی شده و وی بررسی لازمه می‌گردد و به هر صورت این مورد از شمول ماده مزبور خارج است.

با توجه به حالات یاد شده می‌توانیم حالات مزبور را در دو حالت کلی:  
 یک - مبیع کمتر از مقدار مشروط.  
 دو - مبیع بیشتر از مقدار مشروط باشد مورد بررسی قرار دهیم.

### الف ( مبیع کمتر از مقدار مشروط

با دقت در ماده ۳۵۵ ق.م ملاحظه می‌شود که ماده مزبور شامل موردی است که مبیع عین معین است، و هرگاه مبیع عین معین باشد بایع آنرا به همان صورتی که از حیث مقدار و وصف هنگام تسلیم دارد، تسلیم نماید. هرگاه مبیعی بشرط داشتن بودن مقدار معین یا بشرط داشتن مساحت معین فروخته شود، بعد معلوم شود کمتر از مقدار مشروط است، چنانکه بالا اشاره شد بر حسب اینکه مبیع متساوی الاجزاء باشد یا مختلف الاجزاء فقها با نظرات متفاوتی ابراز داشته‌اند، بدین لحاظ به منظور روشنتر شدن بحث بهتر است هر یک از این حالات جداگانه مورد مذاقه نظر قرار گیرد.

#### ۱- مبیع متساوی الاجزاء

هرگاه مبیع متساوی الاجزاء کمتر از مقدار مشروط باشد، در اینکه بدلیل تخلف از شرط وصف برای مشتری خیار فسخ بوجود می‌آید، اختلافی میان فقها وجود ندارد. اما اگر مشتری بخواهد بیع را امضاء کند، در اینکه آیا می‌تواند ثمن را به نسبت مقدار موجود تقسیط نماید، اتفاق نظر ندارند. در صورتی که از شرط تخلف شود بنا بر قول مشهور فقهای امامیه<sup>(۱)</sup> اصولاً ثمن بر آن تقسیط نمی‌شود زیرا عرفاً در عقد عوضین در برابر یکدیگر قرار می‌گیرند و شرع نیز چیزی بر آن نیفزوده است و امر شرع به وفاء آن مدلول عرفی است. بنابراین تخلف از شرط در تملک هر یک از متعاقدین نسبت به عوضین، ضرر نمی‌رساند. لکن گاهی شرط به مقدار مبیع برمی‌گردد. چنانکه خریدار می‌گوید این پارچه یا این کوبه را می‌خرم مشروط بر اینکه فلان قدر متر، یا کیلو باشد، در این صورت هرگاه کمتر از مقدار مشروط در آید، برخی از علما قائل به تقسیط شده‌اند، و چنانکه حسینی عاملی در مفتاح‌الکرامه<sup>(۲)</sup>، شیخ اعظم در مکاسب<sup>(۳)</sup> از غایة المرام نقل کرده‌اند، قول مشهور فقهای امامیه نیز

چنین است. دلیل آنرا، علاوه به روایتی<sup>(۴)</sup> که بدان اشاره خواهیم کرد. چنین بیان کرده‌اند. وقتی که در بیع شرط می‌شود که مبیع فلان مقدار باشد. اگرچه فلان مقدار بودن مبیع بصورت شرط است اما مرجع شرط به فلان مقدار بودن مبیع است، یعنی شرط به مقدار و کمیت مبیع برمی‌گردد، چنانکه اگر طعامی را کیل کنند بعد مشتری آنرا بخرد سپس معلوم شود که در کیل اشتباه کرده‌اند، در این صورت اهل عرف ثمن را در مقابل مجموع مقدار معین مشروط قرار می‌دهد.<sup>(۵)</sup>

باید افزود که قول مشهور فقهای امامیه این است که هرگاه بایع بقدر نقصان مبیع ثمن را کسر کند، خیار مشتری ساقط نمی‌گردد.<sup>(۶)</sup>

اما برخی از علماء قائل به تقسیط ثمن نیستند و معتقدند که مشتری نمی‌تواند امضاء کند مگر به تمام ثمن. دلیل آنرا چنین بیان می‌کنند که مبیع موجود خاصی است کائناً ما کان. النهایه بایع ملتزم شده که مبیع به مقدار معین باشد، و حال این وصف در مبیع موجود نیست، به همین لحاظ موجب خیار می‌شود، و شرط قسطی از ثمن نمی‌باشد، به عبارت دیگر شرط مقابل ثمن قرار نمی‌گیرد.<sup>(۷)</sup> ممکن است گفته شود، این قسمت از قانون مدنی که مقرر می‌دارد: "اگر ملکی به شرط داشتن مساحت معین فروخته شده و بعد معلوم شود که کمتر از آن مقدار است مشتری حق فسخ معامله را خواهد داشت..." (ماده ۳۵۵) ناظر بر مصداق خاصی از اشیاء متساوی الاجزاء است. با این استدلال که حکم مزبور، با توجه به واژه "ملک" بکار رفته در ماده مزبور، علاوه بر اینکه شامل زمین می‌گردد.

۳- مکاسب یک جلدی، ص ۲۸۶.

۴- خبر ابن خطله، حر عاملی، وسائل الشیعه، باب ۱۴ از ابواب خیار، حدیث ۱، رج، ص ۸.

۵- شیخ طوسی، المبسوط، ج ۲، ص ۱۱۵۵؛ علامه، مختلف، ۳۹؛ علامه، قواعد الاحکام از مفتاح الکرامه، ج ۴، ص ۷۴۴، ابن ادریس، سرائر، در سلسله الینا بیع، ج ۱۴، ص ۷-۳۴۶؛ محقق حلی، شرایع الاسلام، ج ۲، ص ۳۵، مرحوم شیخ اعظم نیز ظاهراً بر این قول است زیرا می‌گوید: مسلم این است که در اینجا شرط مصداق دارد اما اینکه کبری که عبارت است از اینکه هیچ شرطی بر ثمن توزیع نمی‌گردد، رد می‌شود، زیرا مستند عدم توزیع شرط به ثمن این است که عرفاً ثمن در برابر شرط قرار نمی‌گیرد، ولی در این شرط عرف قائل به مقابله است. مکاسب، ص ۲۸۷. خلاصه نظر شیخ اعظم این است که اگر شرط به مقدار مبیع برگردد عرفاً در مقابل ثمن قرار می‌گیرد و ثمن به آن تقسیط می‌شود.

۶- علامه حلی، تذکره الفقها، ج ۱، ص ۱۴۹۴؛ حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، ج ۴، ص ۷۴۴.

۷- محقق کرکی، جامع المقاصد، ج ۴، ص ۴۳۰؛ فخرالمحققین، ایضاح الفوائد، ج ۱، ص ۵۱۷.

شامل سایر اموال نیز می‌شود، زیرا موضوع حق مالکیت را ملک گویند اعم از اینکه موضوع آن زمین باشد یا غیر آن.

مضافاً اینکه تمامی اشیائیکه به مساحت فروخته می‌شوند مختلف‌الاجزاء نمی‌باشند چنانکه بعضی انواع پارچه چنین است. بنابراین نمی‌توان گفت که ماده مزبور صرفاً ناظر به اشیاء مختلف‌الاجزاء است.

اما چنین تعبیری از ماده مزبور، با عنایت به سابقه تاریخی آن، بعید به نظر می‌رسد، زیرا سابقه فقهی آن در خصوص زمین است و زمین اصولاً مختلف‌الاجزاء است، بعلاوه قید "به شرط داشتن مساحت معین" نیز دلیل بر انصراف ماده مزبور به موردی است که مبیع به مساحت فروخته می‌شود که معمولاً مصداق آن زمین است.

بهر صورت اگر ماده مزبور به منظور یاد شده دلالت نداشته باشد، در ماده ۳۸۵ ق.م.می‌توان چنین امری را استنباط نمود.

اگر هیچ یک از دو دلیل مزبور در نیل به چنین منظوری از قانون مدنی مورد قبول نباشد، بی‌تردید می‌توان گفت این حالت از مواد تخلف از شرط وصف است. اگرچه شرط مزبور به کمیت مبیع برمی‌گردد ولی کمیت در اینجا جنبه وصفی دارد، و در صورتیکه مبیع کمتر از میزان مشروط درآید، شرط تحقق پیدا نکرده و از آن تخلف شده است، به همین لحاظ برای مشتری خیار تخلف از شرط وصف بوجود می‌آید (ماده ۲۳۵ ق.م.) از آنجا که نه شرط و نه وصف قسطی از ثمن می‌باشند، و ثمن در برابر شرط و وصف قرار نمی‌گیرد، بنابراین مشتری حق تقسیط ثمن را ندارد، و نمی‌تواند بیع را امضاء کند مگر در مقابل تمام ثمن. بعلاوه هرگاه در ایجاد حق تقسیط ثمن برای مشتری تردید شود، به اصل عدم رجوع می‌شود.

## ۲- مبیع مختلف‌الاجزاء

هرگاه مبیع مختلف‌الاجزاء کمتر از مقدار مشروط در قرارداد باشد، در این حالت نیز اختلافی میان فقها وجود ندارد در اینکه مشتری حق خیار فسخ دارد، اما در اینکه در صورت امضاء عقد آیا

می تواند ثمن را به نسبت موجود تقسیط کند، اتفاق نظر وجود ندارد. جمعی از فقها<sup>(۸)</sup> قائل به تقسیط شده اند و برای این منظور دو دلیل ارائه کرده اند:

اولاً، اینکه مقتضای عرف چنین است که شرط جزئی از مبیع می باشد.

ثانیاً، روایت ابن حنظله چنین دلالت دارد: عن ابی عبد... (ع) فی رجل باع ارضاً علی انها عشره اجر به، فاشتری المشتري ذلك منه بحدوده، و نقد الثمن اوقعا صففه البیع و افتراق، فلما مسح الارض اذهی خمسه اجر به، قال: "ان شاء استرجع فصل ماله و اخذ الارض، و ان شاء رد البیع و اخذ ماله كله، الا ان يكون له الى جنب تلك الارض ايضاً ارضون فليؤخذ، و يكون البیع لازماً و عليه الوفاء به تمام البیع، فان لم يكن له في ذلك المكان غير الذي باع، فان شاء المشتري اخذ الارض و استرجع فضل ماله، و ان شاء رد الارض و اخذ المال كله"<sup>(۹)</sup>

اما عدهای دیگر بر آنند که مشتری نمی تواند ثمن را تقسیط کند، یا باید فسخ کند و تمام ثمن را مسترد دارد و یا اینکه آنرا با تمام ثمن امضاء نماید دلیل آنان نیز چنین است:

اولاً، چون اجزاء مختلف است، قسمت ثمن بر اجزاء مختلف ممکن نیست.<sup>(۱۰)</sup>

ثانیاً، سند روایت ضعیف است، به صرف عمل شیخ طوسی<sup>(۱۱)</sup> و علامه حلی<sup>(۱۲)</sup> به آن، نمی توان گفت که ضعف آن منجر به عمل فقهاست. بعلاوه اینکه صدر و ذیل آن خلاف قواعد است بویژه حکم

۸- محقق حلی، شرایع، ج ۳، ص ۳۳۵، علامه، مختلف، ص ۳۹۰، ابن الدیس، سرائر، ص ۳۴۷، شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۱، ص ۱۹۲، علامه حلی و حسینی عاملی، قواعد و مفتاح الکرامه، ج ۴، ص ۷۴۴.

۹- حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۳۶۱، باب ۱۴، از ابواب خیار، حدیث ۱ ترجمه از ابی عبد... (ع) سؤال شد در مورد مردی که زمینی را فروخت مشروط بر اینکه ده جریب باشد پس مشتری آنرا با حدودش از او خرید و ثمن را پرداخت و صفقه بیع واقع شد و متفرق شدند پس چون مساحی کردند هرگاه زمین پنج جریب باشد، فرمود "اگر خواست زیادی مالش را استرجاع نماید و زمین را اخذ می کند، و اگر خواست بیع را رد نماید و تمام مالش را اخذ کند، مگر اینکه زمین های در جنب این زمین داشته باشد، پس باید آنرا اخذ کند و بیع نسبت به او لازم است و بر اوست ایفاء تمام ثمن، پس اگر در این مکان زمینی غیر از آن زمین نداشته باشد، پس اگر مشتری خواست زیادی مالش را استرداد می کند، و اگر خواست زمین را رد می کند و تمام مالش را اخذ می کند.

۱۰- شیخ طوسی، المبسوط، ج ۲، ص ۱۵۵، شیخ اعظم در مکاسب به آن جواب داده است. عدم معلوم بودن قسط ثمن از شرط موجب عدم استحقاق مشتری به آنچه که در صورت معلوم بودن استحقاق پیدا می کند، نمی شود. ص ۲۸۷.

۱۱- همان مرجع. ۱۲- تذکره الفقها، ج ۱، ص ۴۹۴.

به تعیین اخذ کسری در موردی که بایع در کنار زمین مورد بیع، زمینهایی دیگر داشته باشد از چیزهایی است که نمی‌توان پذیرفت، زیرا زمینها مزبور داخل در بیع و جزء مبیع نبوده و متعلق قصد متبایعین قرار نگرفته است، از اینرو آنرا باید در مورد کلی در معین تأویل و حمل کرد، هر چند این نیز خلاف ظاهر روایت است. (۱۴)

ثالثاً، ثمن بر شرط تقسیط نمی‌شود، چون در این حالت مقدار مبیع خلاف آنچه که شرط شده در می‌آید به همین لحاظ خیار تخلف از شرط وصف محقق می‌شود. بنابراین مشتری صرفاً می‌تواند بیع را فسخ کند و حق تقسیط ثمن ندارد، زیرا ثمن در مقابل شرط قرار نمی‌گیرد و شرط قسطی از ثمن نمی‌باشد. (۱۴)

بنابر قسمت ابتدای ماده ۳۵۵ ق.م. و وجود خیار فسخ، در صورت کسر در آمدن مبیع از میزان مشروط، محرز می‌باشد. اما در مورد امکان تقسیط ثمن توسط مشتری باید گفت اصل عدم امکان تقسیط ثمن است. بویژه که قانونگذار در مقام بیان سکوت اختیار کرده است.

آنچه از ماده ۳۸۵ ق.م. که مقرر می‌دارد: «اگر مبیع از قبیل خانه یا فرش باشد که تجزیه آن بدون ضرر ممکن نشود، و بشرط بودن مقدار معین فروخته شده ولی در حین تسلیم کمتر در آید مشتری حق فسخ خواهد داشت» استنباط می‌شود. این است، که به نظر می‌رسد این ماده ناظر بر مبیع مختلف الاجزاء است، زیرا از مصادیقی که ذکر کرده (خانه فروش) این امر استنباط می‌شود. ثانیاً، از قید تجزیه آن بدون ضرر ممکن نشود مذکور در ماده مزبور چنین برمی‌آید. چون این قید در مورد اشیاء مختلف الاجزاء مصداق پیدا می‌کند و معمولاً اشیاء متساوی الاجزاء بدون ضرر قابل تجزیه می‌باشند. بهر صورت طبق ماده ۳۵۵ و ۳۸۵ ق.م. هرگاه مبیع بشرط داشتن مساحت معین بشرط بودن مقدار معین فروخته شود، سپس معلوم شود که دارای مساحت یا مقدار مشروط نیست، مشتری می‌تواند بیع را فسخ کند. مستند عمده حکم مزبور، یعنی ایجاد خیار فسخ برای مشتری،

۱۳ - امام خمینی (قده)، کتاب البیع، ج ۵، ۲-۲۴۲؛ محقق کرکی، جامع المقاصد، ج ۴، ص ۴۲۹؛ علامه بحرانی شیخ یوسف، حقائق الناظر، ج ۱۸، ص ۴۸۲.

۱۴ - شیخ طوسی، همان مرجع، ص ۱۵۵؛ حسینی عاملی در مفتاح الکرامه و شیخ اعظم در مکاسب از کتب تعدادی علما از جمله ایضاح الفوائد و المیسه و الکفایه، چنین نقل کرده‌اند، محقق کرکی، جامع المقاصد، ج ۴، ص ۴۳۰.

ماده ۲۳۵ قانون مدنی است. در این ماده آمده است: «هرگاه شرطی که در ضمن عقد شده است شرط صفت باشد و معلوم شود که صفت موجود نیست کسی که شرط به نفع او شده است خیار فسخ خواهد داشت.» در این حالت که مبیع عین معین است بایع باید مبیع را به همان صورتی که در هنگام تسلیم دارد، به قبض مشتری درآورد؛ و اجبار به انجام تعهد معقول نیست چون او تعهدی بیش از آن ندارد و به همین دلیل تنها راه حل برای جبران ضرر مشتری، دادن حق فسخ به او است. در حالت مزبور هر چند که شرط به مورد بیع برمی گردد، اما در حقیقت مقدار مبیع جنبه وصفی پیدا می کند، و به همین لحاظ چون از آن تخلف می شود، خیار تخلف از شرط وصف بوجود می آید. چنانکه ذکر شد نظر به اینکه شرط قسطی از ثمن نمی باشد لهذا تخلف از شرط مطلقاً موجب تقسیط ثمن نمی شود. (۱۵)

مسئله مرحوم شیخ طوسی در این ارتباط فرعی را مطرح کرده است مبنی بر اینکه اگر مبیع بشرط داشتن مساحت معین فروخته شود بعد معلوم شود که مبیع از آن مقدار کمتر است، در صورتی که بایع در جنب آن زمین، زمین دیگری داشته باشد، باید از آن ایفاء کند (۱۶) مرحوم علامه آنرا دور از صواب نمی داند و چنین توجیه می کند که: زیرا مثل از ارش اقرب است هرگاه در این مورد ارش مقرر باشد (یعنی اگر بگوئیم که هرگاه مبیع کمتر از میزان مقرر در قرارداد باشد مقتضای مبیع

۱۵ - امام خمینی، در این مورد چنین می گویند: شرط با ثمن مقابله نمی شود و در صورت تخلف، بر حسب قاعده، به آن تقسیط نمی شود، هر چند که شرط متضمن جزء مبیع مرکب باشد چنانکه اگر شرط شود که مبیع فلان مقدار باشد، چه شرط متضمن جزء مبیع، خواه مبیع کم متصل باشد یا منفصل، چه مختلف الاجزاء باشد و چه متساوی الاجزاء، خواه معلوم شود که مبیع از مقدار مشروط کمتر است یا بیشتر، در جمیع اقسام هشگانه ثمن تقسیط نمی شود. زیرا بیع همراه با چنین شرطی متضمن دو قرارداد است: یکی «بیع عین خارجی» در برابر ثمن، و این انشاء تمام می شود، چنانکه مثلاً بایع بگوید: این صبره یا این زمین را به ده دینار فروختم، و دیگری «شرط» به اینکه مبیع فلان مقدار باشد. بنابراین تمام ماهیت بیع که عبارت است از تملیک ثمن به عضو معلوم انشائاً متحقق است قبل از انشاء شرط که آن نیز با انشاء موجب (ایجاب کننده) و قبول منضم به انشاء بیع که موجب ترتیب اثر بر آن می شود، تحقق می یابد. چنانکه قبول لاحق به شرط نیز موجب آن می شود، و انشاء شرط که همان قرارداد دیگری است، ایجاباً و قبولاً، غیر از قرارداد بیع است و مقتضای بیع مبادله تمام مبیع خارجی می باشد در مقابل تمام ثمن مذکور، و بیع دارای انشاء مستقل است و متحقق می شود. قبل از اینکه انشاء شرط متحقق شود، شرط انشاء مستقل دیگری دارد. بیع مبادله موجود خاص (مبیع) و تمام ثمن است و شرط امر زائد بر آن است که دارای انشاء خاص و منشأ خاص است. بنابراین اشکال در عدم تقسیط، و عدم لحوق شرط به حکم جزء مبیع،



همانند عیب آن است و همانگونه که عیب موجب ارزش می‌گردد، نقصان مبیع نیز سبب حق ارزش برای مشتری می‌گردد، ولی در مورد مزبور جبران نقصان مبیع از زمین کناری (جبران بوسیله مثل) صورت می‌گیرد و بعد اضافه می‌نماید هرگاه بایع بقدر نقصان مبیع از ثمن کسر کند خیار مشتری ساقط نمی‌شود.<sup>(۱۷)</sup> اما این نظر شیخ مورد پسند علماء دیگر قرار نگرفته است.<sup>(۱۸)</sup>

از دیدگاه قانون مدنی نیز می‌توان گفت که نظر مزبور قابل قبول نیست زیرا:

اولاً، مورد تعهد بایع تسلیم زمینی است معین با ابعاد و محدود، و مساحت مشخص و زمینهای اطراف داخل در بیع نبوده و مورد تعهد بایع نمی‌باشد.

ثانیاً، کمتر در آمدن مبیع از مقدار مشترط، عرفاً با عیب مبیع متفاوت است و به همین لحاظ موجب ارزش نمی‌گردد.

ثالثاً، اگر مبیع کمتر از مقدار مشترط در آید نمی‌توان ثمن را تقسیط نمود، چون شرط قسطی از ثمن را تشکیل نمی‌دهد و به فرض که قائل به تقسیط شویم، «تقسیط ثمن» ماهیتاً متفاوت از «ارزش» است و نحوه محاسبه آنها نیز متفاوت می‌باشد. بعلاوه به فرض که کاستی مبیع را همچو عیب تلقی کنیم و «تقسیط ثمن» را همانند «ارزش» در این صورت نیز نمی‌توانیم به جبران مقدار مفقود از زمینهای اطراف بایع قائل شویم، زیرا ارزش در نهایت منجر به این می‌گردد که چیزی از ثمن کاسته شود، اما موجب این نمی‌شود که بایع بخاطر معیوب بودن مبیع چیز دیگری به عنوان اضافه برای جبرای ضرر مشتری بپردازد.<sup>(۱۹)</sup>

۱۷- تذکره الفقهاء، ج ۱، ص ۴۹۴، ظاهراً مستند قول این دو بزرگوار همان روایت عمرین حنظله است که ذکر شد.

۱۸- علامه در قواعد، علی‌رغم آنچه که در تذکره بیان داشته، می‌گوید مشتری نمی‌تواند از زمینهای اطراف بایع اخذ کند. حسینی عاملی در مفتاح الکرامه می‌گوید: من کسی را موافق شیخ در این مسئله نیافتم مگر علامه در تذکره، ج ۴، ص ۷۴۶.

۱۹- رأی شماره ۱۷۰۶ مورخ ۱۳۲۴/۵/۱۹ شعبه ششم دیوانعالی کشور نیز مؤید این معناست «هرگاه منظور و مبنای معامله مساحت معینی در قباله باشد، اصرار حکم دائر بر الزام بایع به تسلیم مقدار کسری زمین مخالف ماده‌های ۳۵۵ و ۳۸۴

قانون مدنی خواهد بود» (نقل از مجموعه متین دفتری، قسمت حقوقی، ص ۸۳).

## ب) مبیع بیشتر از مقدار مشروط

در صورتی که مبیع «بشرط بودن مقدار معین» یا «بشرط داشتن مساحت معین» مورد بیع قرار گیرد، بعد معلوم گردد که مبیع بیشتر از مقدار مشروط است، نظر به اینکه فقها بر حسب اینکه مبیع متساوی الاجزاء باشد یا مختلف الاجزاء نظرات متفاوتی بیان کرده‌اند، از این رو ما نیز به منظور روشنتر شدن بحث و ذکر نظرات آنان، بحث را در دو حالت مزبور، جداگانه بی می‌گیریم:

### ۱- مبیع متساوی الاجزاء

اگر مبیع متساوی، که «بشرط بودن مقدار معین» یا «بشرط داشتن مساحت معین» فروخته شده، بیشتر از آن مقدار درآید، صاحب مفتاح‌الکرامه از غایة‌المرام نقل کرده است که قول مشهور فقهای امامیه این است که در این مورد، همانند موردی که مبیع از مقدار مشروط کمتر درآید، ثمن بر اجزاء مبیع تقسیم می‌شود.<sup>(۲۰)</sup> با این وجود نظرات دیگری در این زمینه از سوی فقهای امامیه ابراز شده است. ما ابتداء نظرات آنان را در مورد «زیاده» و «خیار بایع یا عدم آن» و سپس در خصوص «خیار یا عدم خیار مشتری» ذکر می‌کنیم.

جمعی از فقها بر آنند که زیاده از آن بایع است<sup>(۲۱)</sup> با این وجود در مورد خیار بایع نظرات یکسانی ندارند. برخی بر آنند که برای بایع خیار فسخ بوجود نمی‌آید، زیرا زائد در آمدن مبیع ناشی از نقصیر اوست (قاعدۀ اقدام)، بعلاوه اصل در مبیع لزوم است و برخی قائل به خیار شده‌اند<sup>(۲۲)</sup> (ظاهراً بدلیل خیار شرکت) گروهی بر آنند که در این صورت زیاده از آن بایع نیست، بلکه برای بایع خیار فسخ بیع یا

۲۰- حسینی عاملی، محمدجواد، ج ۴، ص ۷۴۳.

۲۱- شیخ طوسی، المبسوط، ج ۲، ص ۱۵۵ شیخ (فده) بین این مورد و موردی که مبیع بیع مخلف الاجزاء باشد، فرق قائل شده است، با این استدلال که در مورد متساوی الاجزاء امکان تقسیم ثمن بر اجزاء مبیع وجود دارد ولی در مورد دوم، چون اجزاء مبیع مختلف است قسمت ثمن بر اجزاء مبیع ممکن نیست به همین لحاظ و احتمال داده است: یکی بطلان بیع و دیگری خیار فسخ برای بایع. ص ۱۵۴. علامه در قواعد ابتداء می‌گوید که زیاده از آن بایع است ولی بعد اضافه می‌نماید اقرب این است که بایع مخبر است بین فسخ و یا امضاء آن در برابر تمام ثمن. سلسله‌النبی، ج ۱۴، ص ۵۵۰، شهید اول، الدرر، ص ۳۴۳.

۲۲- رک شود، حسینی عاملی محمدجواد، مفتاح‌الکرامه، ج ۴، ص ۷۴۳.

امضاء آن با تمام ثمن بوجود می‌آید<sup>(۲۳)</sup> چون مجموع مبیع در مقابل مجموع ثمن قرار می‌گیرد، بنابراین نمی‌توان گفت که زیاده از آن بایع است، و از آنجا که خلاف شرط آشکار می‌شود، خیار نخلف از شرط وصف بوجود می‌آید.

در خصوص خیار مشتری، برخی تصریح کرده‌اند که مشتری خیار ندارد<sup>(۲۴)</sup> شاید دلیلش همان اصل لزوم باشد اما اغلب فقها معتقدند که اگر زیاده متعلق به بایع باشد، در این صورت مشتری مخیر است بین فسخ و امضاء چون شرکت بایع در مبیع موجب معیب شدن مبیع می‌گردد و در واقع مشتری در شرکتی داخل شده که بدان رضایت نداشته و به همین لحاظ برای او خیار شرکت بوجود می‌آید.<sup>(۲۵)</sup>

مرحوم شیخ مرتضی انصاری در مکاسب پیرامون این حالت چنین می‌گوید: اگر قرینه دلالت کند بر اینکه مراد از اشتراط، بالغ شدن مبیع بر مقدار مشروط است نه بشرط عدم زیاده بر آن، در این صورت ظاهر این است که کل مبیع متعلق به مشتری است و بایع خیار ندارد. اگر غرض از اشتراط این باشد که شرطی است برای بایع از جهت اینکه زیاده از آن بایع باشد و مشتری، بدلیل شرکت، دارای خیار باشد، یا این که بایع مخیر باشد بین فسخ و اجاره مجموع آن شیء (مبیع بعلاوه زیاده) در مقابل ثمن، دو وجه دارد.

بدلیل اینکه مقتضای آنچه که گفته شد از اینکه اشتراط بالغ شدن به مقدار معین به منزله تعلق بیع به آن است، این در صورت (ظاهر) شرط است ولی عرفاً «در حکم جزء» بیع است. اشتراط عدم زیاده بر مقدار در اینجا به منزله استثناء و اخراج زائد از مبیع است. (این تعلیل برای وجه اول یعنی متعلق به بایع بودن مقدار زیاده و خیار شرکت مشتری است.)

۲۳- علامه، چنانکه در پاورقی بالا ملاحظه شد، تذکره الفقهاء، ج ۱، ص ۴۹۴، ظاهر محقق حلی، شرایع، ج ۲، ص ۳۵، شهید ثانی مسالک، ج ۱، ص ۱۹۲، محقق کرکی: جامع المقاصد، ج ۴، ص ۴۲۷.

۲۴- علامه حلی، قواعد، از مجموع سلسله التبايع، ج ۱۴، ص ۵۵۰. اما وی در تذکره ضمن اینکه احتمال می‌دهد زیاده از آن بایع باشد، اضافه می‌کند که در این صورت مشتری خیار شرکت دارد. ج ۱، ص ۴۹۴. در مختلف می‌گوید اگر زائد را به مشتری واگذارد، مشتری حق خیار ندارد، زیرا این برای مشتری خیر است، اما اگر واگذار نکند مشتری مخیر است بین فسخ و اخذ به جمیع ص ۳۹۰.

۲۵- شهید ثانی، مسالک، ج ۱، ص ۱۹۲؛ محقق کرکی، جامع المقاصد، ج ۴، ص ۴۲۷.

بدلیل اینکه فرق بین آن دو، چون اشتراط عدم زیادی عرفاً شرط است و به منزله استثناء نیست، بنابراین تخلف از آن صرفاً موجب خیار می‌شود. شاید این اظهر باشد. مضافاً اینکه می‌توانیم بین زیاده و نقیصه فرق قائل شویم با وجودی که هر دو در مقتضای این قاعده مشترکند چون در هر دو تخلف وصف محقق است، نه نقص جزء یا زیادی جزء، و روایت حنظله<sup>(۲۶)</sup> در مورد کسری مبیع وارد شده است، بنابراین مورد زیادی مبیع تحت شمول قاعده باقی می‌ماند به همین لحاظ است که بعضی کسانی که<sup>(۲۷)</sup> در مورد نقیصه (کسری) مبیع از مقدار مشترط قائل به تقسیط شده‌اند، در اینجا احتمال دوم، یعنی ایجاد خیار برای بایع را اختیار کرده‌اند<sup>(۲۸)</sup> (این تعلیل برای وجه دوم می‌باشد).

قانون مدنی در موردی که مبیع متساوی الاجزاء بشرط بودن مقدار معین فروخته می‌شود، بعد به هنگام تسلیم معلوم می‌گردد، بیشتر از آن مقدار است، نص خاصی ندارد. اما می‌توان گفت که این حالت از موارد و مصادیق شرط تخلف وصف است، زیرا مجموع مبیع با وصف خاص مورد بیع قرار گرفته، نه صرفاً مقدار مشروط، سپس معلوم می‌شود که مبیع به هنگام معامله فاقد آن وصف بوده است و در حقیقت، مقدار مبیع در اینجا جنبه وصفی دارد که تخلف از آن معلوم شده است، بنابراین شمول ماده ۲۳۵ می‌باشد و به همین لحاظ بایع تنها حق فسخ خواهد داشت (خیار تخلف از شرط وصف) و زیاده از آن او تلقی نمی‌شود. بعلاوه در قسمت اخیر ماده ۳۵۵ قانون مدنی نیز می‌توان چنین استنباط نمود.

## ۲- مبیع مختلف الاجزاء

چنانچه مبیع مختلف الاجزاء که «بشرط بودن مقدار معین» یا «شرط داشتن مساحت معین» فروخته شود آنگاه معلوم گردد بیشتر از آن مقدار است، برخی فقها<sup>(۲۹)</sup> دو احتمال داده:

۲۶- ر.ج ص ۶ و باورقی آن.

۲۷- مرحوم صاحب جواهر و صاحب شرایع از آن جمله‌اند. ر.ج به جواهرالکلام، ج ۲۳، ص ۲۳۱.

۲۸- مکاسب یک جلدی، ص ۲۸۷.

۲۹- مرحوم شیخ طوسی در البسوط، ج ۲، ص ۱۵۴، این دو احتمال را مطرح کرده است و دومی اظهر می‌داند. مرحوم علامه نیز همین دو احتمال را در قواعد (در مجموع سلسله الینایع، ج ۱۴، ص ۵۵۰) مطرح کرده است سپس اضافه می‌کند دومی ارب است ولی مشارالیه در تبصره (ج ۲۱، ص ۲۷۱) نظر بر بطلان دارد.

یکی، بطلان زیرامقدار زیادی معلوم نیست و مبیع مجهول می‌گردد. همچنین بدلیل اینکه بایع قصد فروش زیاده را نکرده و مشتری قصد خرید بعض را ننموده است (ماوقع لم يقصد و ما لم يقع). دیگری، اختیار بایع بین فسخ و بین امضاء بیع در برابر جمیع ثمن.

قول مشهور فقهای امامیه این است که در این صورت بیع صحیح می‌باشد، زیرا مبیع برحسب ظاهر همان مجموع مورد بیع است، نه مجموع منهای زیاده و نظر اغلب فقهای امامیه این است که در این صورت، برای بایع بدلیل تخلف از وصف، خیار فسخ بوجود می‌آید<sup>(۳۰)</sup>

امادر مورد خیار مشتری در این حالت نیز، نظراتی ابراز شده است. بعضی گفته‌اند اگر قائل شویم به اینکه زیاده متعلق به بایع می‌باشد و بایع بخواهد صرفاً مقدار مشروط را به مشتری تسلیم نماید، مشتری بدلیل اینکه شرکت عیب محسوب می‌شود، دارای خیار است.<sup>(۳۱)</sup>

اما اگر بایع عقدا را با واگذاری مقدار زائد به مشتری، امضاء کند. برخی معتقدند که در این صورت خیار مشتری ساقط می‌شود، زیرا مقدار زائد برای او خیر است.<sup>(۳۲)</sup> جمعی بر آنند که مشتری دارای خیار است.

اگر بعد از بیع معلوم گردد که کمیت مبیع مختلف الاجزاء بیشتر از مقدار مشروط است. از دیدگاه قانون مدنی می‌توان گفت، نظر به اینکه مقدار جنبه وصفی پیدا می‌کند، و بلحاظ اینکه مبیع بیشتر از مقدار مشروط در می‌آید نتیجتاً عدم تحقق شرط معلوم می‌گردد. از این رو مورد شمول ماده ۲۳۵ قانون مزبور قرار می‌گیرد، و برای بایع خیار فسخ بوجود می‌آید. در عین حال باید گفت که زیاده نیز از آن بایع نمی‌باشد، زیرا مبیع من حیث‌المجموع مورد بیع واقع شده و ثمن نیز در برابر مجموع مبیع قرار می‌گیرد، النهایه زیاده در آمدن مبیع ممکن است موجب زیان بایع می‌گردد، قانون مدنی برای مرتفع ساختن ضرر او قائل به خیار فسخ نشده است. علاوه بر ماده مزبور از ماده ۳۵۵ ق.م که حکم مصداق خاصی از حالت مزبور را بیان می‌کند بدین صورت که اگر ملکی بشرط داشتن مساحت معین

۳۰- شیخ طوسی، همان مرجع، علامه، تذکره، ج ۱، ص ۴۹۴، شهیدثانی، مسالک، ج ۱، ص ۱۹۲، نجفی، محمدحسن، جواهرالکلام، ج ۲۳، ص ۲۳۱، ظاهر مکاسب، شیخ اعظم، ص ۲۸۷.

۳۱- علامه، قواعد، همان ص.

۳۲- علامه، همان مرجع.

فروخته شده باشد اگر معلوم شود که بیشتر است بایع می تواند آن را فسخ کند ... و نیز ماده ۳۸۵ آن قانون که مقرر می دارد: "اگر مبیع از قبیل خانه یا فرش باشد که تجزیه آن بدون ضرر ممکن نمی شود و بشرط بودن مقدار معین فروخته شده، در حین تسلیم ... بیشتر در آید ... بایع حق فسخ خواهد داشت." حکم مزبور بسادگی قابل استنباط است. هر چند این دو ماده نامی از مبیع مختلف الاجزاء نبرده است، اما بدیهی است که خانه و چیزهاییکه به مساحب فروخته می شود، معمولاً مختلف الاجزاء می باشد.

ممکن است در اینجا این سؤال مطرح شود، چنانچه بایع بیع را، با وجودی که مبیع بیشتر از مقدار مشروط است، در برابر همان مقدار ثمن مذکور در عقد، امضاء کند آیا مشتری با وجود این، دارای اختیار فسخ می باشد. در پاسخ باید گفت هر چند که در اغلب موارد زیاد در آمدن مبیع، کشف می کند که در واقع بایع مشروط له و مشتری مشروط علیه می باشد، بنابراین صرف نظر کردن بایع از اعمال فسخ به نفع مشتری است و به همین لحاظ دلیلی برای اختیار فسخ مشتری باقی نمی ماند. همچنین تمسک به اصل لزوم (ماده ۲۱۹ ق.م) نیز مانع از اعمال فسخ مشتری می گردد. البته نمی توان گفت نظر به اینکه هیچ مالی را نمی توان قهراً داخل در مالکیت دیگر کرد مگر در موارد استثنائی که این موارد باید، بلحاظ خلاف قاعده بودن آنها، در قدر متیقن خود محدود شوند، زیرا در مورد مزبور تمام مبیع داخل در بیع بوده و در اثر بیع داخل در ملکیت مشتری شده است بعلاوه چنانکه گذشت صفت مال نیست و به همین لحاظ جزئی از ثمن در مقابل آن قرار می گیرد از همین روست که می گوئیم زیاده از آن بایع نیست و بایع در مبیع شریک نمی شود. مضافاً اینکه اسقاط اختیار ماهیتاً ایقاع است و ما اراده انشائی صرفاً یک طرف یعنی بایع محقق می شود و نیاز به قبول مشتری نمی باشد). با این وجود، اینگونه نیست که در همه موارد زیاده در آمدن مبیع به نفع مشتری باشد، چون در پاره ای موارد زیاده در آمدن مبیع موجب می شود که مبیع بلحاظ اینکه با اهداف مشتری سازگار نیست، مطلوبیت خود را برای مشتری از دست می دهد. مثلاً مشتری یک منبع گازوئیلی را بشرط داشتن ۶ متر مکعب حجم، به منظور جاسازی در زیرزمین خود که فضای آن بیش از این نیست می خرد، سپس معلوم می گردد که حجم آن بیش از مقدار مشروط، مثلاً غرض از شرط این بوده است که مبیع نه بیشتر از مقدار مشروط و نه کمتر از آن باشد و زیاده در آمدن مبیع کشف

می‌کند که مشروط له مشتری است. به همین لحاظ باید گفت برای مشتری حق فسخ بوجود می‌آید. بطور کمی باید گفت که سنجش زیادی مبیع در ارتباط با نفع و ضرر مشتری امری است نسبی. حتی همینگونه است کاستی در ارتباط با نفع و ضرر بایع.

بطور خلاصه باید گفت، قانون مدنی در بیان احکام مبیعی که «به شرط بودن مقدار معین» فروخته می‌شود سپس معلوم می‌گردد که کمتر یا بیشتر از مقدار مشروط است، احکام را همانند فقهای امامیه، بر حسب اینکه مبیع متساوی الاجزاء باشد یا مختلف الاجزاء، بیان نکرده است، بلکه احکام حالات مزبور بر حسب اینکه تجزیه مبیع بدون ضرر ممکن است یا ممکن نیست، بیان نموده و مقرر می‌دارد: هرگاه تجزیه مبیع بدون ضرر ممکن نباشد:

- چنانچه مبیع بیشتر از مقدار مشروط درآید، بایع حق فسخ دارد، و؛

- اگر کمتر از مقدار مشروط در آید، مشتری حق فسخ دارد (ماده ۳۸۵).

با این وجود قانون مدنی راجع به حالتی که مبیع کمتر یا بیشتر از مقدار مشروط در آید ولی در عین حال تجزیه مبیع بدون ضرر ممکن باشد، ساکت است. شاید گفته شود، مفهوم مخالف ماده ۳۸۵ (مفهوم صفت) دلالت دارد بر اینکه، در این صورت اگر مبیع زیاده گردد بایع حق فسخ ندارد و اگر کمتر درآید مشتری. اما بدیهی است که این گفته را نمی‌توان پذیرفت زیرا در این حالت نیز تخلف از وصف تحقق یافته و به استناد ماده ۲۳۵ قانون مزبور، بر حسب مورد بایع یا مشتری خیار تخلف از شرط وصف خواهد داشت. ماده ۳۵۵ ق.م.د.ر واقع در راستای ماده ۲۳۵ و ۳۸۵ آن قانون، حکم مصداق خاصی از حالات یاد شده را بیان می‌کند که مقرر می‌دارد: «اگر ملکی به شرط داشتن مساحت معین فروخته شده ... اگر معلوم شود که بیشتر است بایع می‌تواند آنرا فسخ کند ...»

با عنایت به اینکه در مقابل شرط، ثمن قرار نمی‌گیرد، بنابراین در صورتی که مبیع کمتر از مقدار مشروط در آید مشتری حق ندارد و نمی‌تواند صرفاً به نسبت موجود ثمن را بپردازد و به نسبت مفقود از ثمن کسر بگذارد، همچنین نظر به اینکه مجموع مبیع مورد بیع واقع شده، و ثمن در برابر مجموع مبیع قرار می‌گیرد از اینرو در صورتی که مبیع بیشتر از مقدار مشروط در آید، زیاده از آن بایع نیست هر چند که تجزیه مبیع بدون ضرر ممکن باشد.

بنابر آنچه که ذکر شد و با توجه به ماده ۳۵۵ ق.م.د.ر می‌توانیم بطور خلاصه چنین نتیجه‌گیری کنیم

که هرگاه مکلّی بشرط داشتن مساحت معین فروخته شود، سپس معلوم گردد که مساحت مبیع بیشتر از مقدار مشروط می باشد، براساس موازین قانون مدنی :

اولاً، بایع حق فسخ معامله را دارد.

ثانیاً، مقدار زیاده از آن بایع نمی باشد، بلکه نظر به اینکه مجموع مبیع مورد معامله قرار گرفته به موجب عقد مجموع آن به مشتری منتقل می گردد به همین لحاظ منافع مجموع آنچه مورد بیع قرار گرفته به تبع مبیع متعلق به مشتری و بایع حقی نسبت به منافع مقدار زیادی ندارد.

ثالثاً، از آنجا که مقدار زیادی از آن بایع نمی باشد، نه برای بایع خیار شرکت بوجود می آید و نه برای مشتری.

رابعاً، مشتری نمی تواند با دادن قیمت مقدار زیادی، بر منبای نرخ قرارداد و یا بر منبای ارزیابی که از طریق کارشناس بعمل می آید، خیار فسخ بایع را ساقط نماید.

## دو - تفسیر ماده ۳۸۴

در ماده مزبور چنین آمده است: "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 و اگر مبیع زیاده از مقدار معین باشد زیاده مال بایع است." چنانکه ملاحظه می شود در ماده مزبور مبیع بعنوان مقدار معین فروخته می شود، بعد معلوم می گردد مبیع کمتر یا بیشتر مقدار مذکور در عقد می باشد. قبل از توضیح بیشتر در مورد ماده مزبور نخست به پاسخ این سؤالی که ممکن است در ذهن متبادر شود می پردازیم که با توجه به اینکه مقدار مبیع باید به هنگام انعقاد عقد معلوم باشد، به عبارت دیگر متبایعین باید از مقدار و کمیت مبیع علم و آگاهی داشته باشند تا بتوانند آنرا مورد معامله قرار دهند، پس چگونه ممکن است مبیعی که تسلیم می شود با مبیع مذکور در قرارداد از حیث مقدار مطابقت نداشته باشد. بویژه اگر فرض کنیم که مبیع از این حیث، از زمان انعقاد بیع تا زمان تسلیم آن هیچ تغییر پیدا نکرده باشد و بایع نیز همان مبیعی که مقدار آن از حیث مساحت، حجم، وزن، عدد... برای طرفین معلوم بوده، تسلیم می نماید (و اساساً بایع نمی تواند چیزی جزء آنچه که موضوع عقد بوده تسلیم کند). در پاسخ باید گفت، درست است که



باید مقدار مبیع، که معمولاً متعلق قصد متبایعین است، باید نزد متبایعین مشخص باشد و بایع باید همان عین معینی که مقدار آن نزد متبایعین معلوم بوده تسلیم نماید، اماگاهی متبایعین در تعیین مقدار مبیع دچار اشتباه می‌شوند. حال ممکن است منشا اشتباه متفاوت باشد. چنانکه در تعیین مساحت یک زمین بدلیل گوناگون دچار اشتباه شوند. گاهی ممکن است اشتباه ناشی از تغییراتی است که قبل از انعقاد عقد در مبیع رخ داده، ولی طرفین از آن غافلند، چنانکه کشاورزی پنج تن محصول برنج خود را وزن کرده و در انبار خود ذخیره می‌نماید. بعد از شش ماه آنرا بعنوان پنج تن تاجر دیگری می‌فروشد، غافل از اینکه در طول این مدت برنجهای خشک شده و از وزن آنها کاسته شده است. بعد به هنگام تسلیم معلوم می‌شود که کمتر از مقدار مذکور در عقد می‌باشد، و یا مثلاً ممکن است فرزندی وی برنجهای دیگری را بر آن بیفزاید بدون اینکه طرفین از آن وضع آگاه شوند. لازم به یادآوری است که کیل یا وزن یا مساحتی کردن یا شمردن مبیع به هنگام انعقاد عقد ضرورت ندارد، بلکه اعتماد به قول بایع (یا مشتری یا ثالث) در مورد مقدار مبیع کافی است و این قول مشهور فقهای شیعه است که می‌تواند از دیدگاه قانون مدنی از آن تبعیت کنیم. زیرا قانون مدنی در موارد اختلافی اصولاً محمول به قول مشهور است.

بعلاوه هرگاه مقدار مبیع عین معین در نزد متبایعین دقیقاً مشخص نباشد، چنانکه قبلاً اشاره شد، آنها می‌توانند آنرا به شرط بودن مقدار معین یا «به شرط داشتن مساحت معین» (اگر مبیع از جمله چیزهایی باشد که به مساحت مقدارش معین می‌گردد)، مورد بیع قرار دهند. در این حالت نیز بعد معلوم گردد که مقدار مبیع بیشتر یا کمتر از مقدار مذکور در قرارداد است. بنابراین استبعادی وجود ندارد که بعد از معامله و به هنگام تسلیم معلوم گردد که مقدار مبیع کمتر یا بیشتر از مقدار مقرر در قرارداد باشد.

در اینجا ذکر این نکته ضرورت دارد که موضوع ماده ۳۸۴ ق.م.راجع است به مبیع عین معین وگر نه هرگاه مبیع کلی فی الذمه باشد و آنچه بایع بعنوان مبیع تسلیم می‌نماید کمتر از مقدار مذکور در عقد باشد، مشتری باید او را ملزم به جبران کسری نماید؛ و اگر مبیع کلی در معین باشد نیز باید حتی الامکان اجبار به انجام تعهد نماید. البته در دو حالت اخیر نیز هرگاه مقدار تسلیم شده زائد به مقدار مذکور در عقد باشد، زیاده از آن بایع خواهد بود.

چنانکه در ماده ۳۸۴ ملاحظه می‌شود در این ماده دو حالت از یکدیگر متمایز نشده است: یکی اینکه مبیع کمتر از مقدار مذکور در عقد در آید، و دیگر اینکه مبیع بیشتر از مقدار ذکر شده در قرارداد در آید. بدین لحاظ ما نیز به بررسی دو حالت مزبور، بطور جداگانه، می‌پردازیم. البته بدیهی است اگر مقدار و کمیت مبیع برابر آنچه در قرارداد ذکر می‌شود، باشد با تسلیم آن به مشتری، مسئله‌ای از این حیث بوجود نخواهد آمد.

### الف) مبیع کمتر از مقدار مذکور در عقد

گاه اتفاق می‌افتد شخصی عین خارجی را بعنوان مقدار معین به دیگری می‌فروشد، مشتری نیز به قول بایع اعتماد می‌کند و آن را بدان صورت می‌خرد، بعد معلوم می‌شود که بایع بدلیلی از دلایل در تعیین مقدار مبیع مرتکب اشتباه شده و مبیع کمتر از میزان مذکور در عقد می‌باشد، چنانکه فردی دو تن گندم از دیگری می‌خرد، بعد یکی از فرزندان او به نمایندگی از سوی پدر مقدار صد کیلوی آنرا به ثالثی منتقل می‌نماید، و خریدار بدون اینکه از این وضع آگاه باشد، آنرا بعنوان دو تن گندم به دیگری می‌فروشد. مشتری نیز با اعتماد به قول بایع آنرا می‌خرد، سپس کشف می‌شود که مقدار مبیع هزار و نه صد کیلو است. در این صورت طبق ماده ۳۸۴ ق.م.عمل می‌شود که مقرر می‌دارد: "هرگاه در حال معامله مبیع از حیث مقدار معین بوده در وقت تسلیم کمتر از آن مقدار در آید مشتری حق دارد که بیع را فسخ کند یا قیمت موجود را با تأدیه حصه‌ای از ثمن به نسبت موجود قبول نماید..." مبنای حکم قانونگذار در این قسمت همان خیار تبعض صفقه است<sup>(۳۳)</sup>، زیرا وقتی که مبیع بعنوان مقدار معین مورد خرید و فروش واقع می‌شود، بعد معلوم می‌گردد که کمتر از آن مقدار است این امر دلالت دارد بر اینکه به هنگام بیع بعضی از مبیع موجود و بعضی دیگر مفقود و معدوم است. و از آنجا که طبق قاعده انحلال، عقد به تعداد اجزاء و موضوع آن به عقود متعدد منحل می‌شود، از اینرو بیع مزبور نسبت به بعضی موجود صحیح و نسبت به بعضی معدوم و مفقود باطل است و به همین لحاظ

۳۳- برخی تصور کرده‌اند که حق فسخ بلحاظ و خیار تخلف شرط وصف است (امامی دکتریدحسن، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۴۳۸)؛ در حالی که در اینجا طرفین شرطی نکرده‌اند تا از آن تخلف شده باشد، بعلاوه در خیار تخلف شرط، ثمن تقییط نمی‌شود چون شرط قسطی از ثمن نمی‌باشد حال آنکه براساس ماده ۳۸۴ ثمن تقییط می‌شود.

براساس ماده ۴۴۱ ق.م.مشتري مخير است بين دو امر :

۱) بيع را فسخ کند و تمام ثمن را مسترد نماید، چنانچه آنرا پرداخت کرده باشد، و هرگاه پرداخت نکرده پس از آن، ديگر پرداخت نمی‌نماید.

۲) بعض موجود که بيع نسبت به آن صحيح است را قبول کند. و ثمنی که در مقابل بعض معدوم قرار می‌گیرد. چنانچه تأديه کرده مسترد کند، و چنانچه ثمن را نپرداخته باشد، به نسبت معدوم که بيع نسبت به آن باطل است از ثمن کسر نماید و بقيه را به بايع بپردازد.

نحوه تقسيط ثمن در ماده ۴۴۲ قانون مدنی مذکور است: "آن قسمت از مبيع که به مالکیت مشتری قرار گرفته منفرداً قيمت می‌شود و هر قسمتی که بين قيمت مزبور و قيمتی که مجموع مبيع در حال اجتماع دارد پيدا شود به همان نسبت از ثمن را بايع نگاهداشته و بقيه را به مشتری رد نماید." و هرگاه مشتری هنوز ثمن را نپرداخته باشد، باید به نسبتی که بين قيمت مبيع که به ملکیت مشتری قرار گرفته و قيمتی که مجموع مبيع در حال اجتماع دارد، بوجود می‌آید به همان نسبت از ثمن را به بايع بپردازد و بقيه را کسر بگذارد<sup>(۳۴)</sup>

ناگفته نماند که ممکن است اشتباه در تعیین مقدار مبيع ناشی از ثالثی باشد و بر اعتماد به قول او بيع منعقد شود. در هر صورت موجب سلب حقی که ماده ۳۸۴ برایش منظور داشته نخواهد شد، اگرچه اشتباه ناشی از مشتری باشد.<sup>(۳۵)</sup>

بنابر آنچه گفته شد حکم مذکور در ماده ۳۸۴ در مورد کسری مبيع در راستای احکام مذکور در مواد ۴۴۱ و ۴۴۲ ق.م.است و قانونگذار در ماده ۳۸۴ در این خصوص حکم جدیدی بیان نکرده است. در اینجا ممکن است این سؤال مطرح شود که هرگاه مبيع از اشیائی باشد که بتوان کسری آن را با شیء مشابه برطرف ساخت، مثلاً مبيع زمین باشد و بصورت مقدار معین فروخته شود، سپس معلوم شود که مساحت آن کمتر از مساحت مقرر در قرارداد بيع است، حال اگر بايع در کنار آن زمین، زمین مشابه دیگری داشته باشد، آیا مشتری می‌تواند او را ملزم به جبران مقدار کسری از آن نماید؟ در

۳۴- علامه در قواعد می‌گوید: اگر کمتر یا بیشتر در آید مقبون خيار فسخ دارد و ظاهراً مورد قبول محقق کرکی نیز قرار گرفته است (قواعد و جامع المقاصد، ج ۴، ص ۹۶).

۳۵- رأی شماره ۴۶۷ مورخ ۱۳۲۶/۲/۳ شعبه هشتم، از مجموعه متین، قست حقوقی ص ۸۱، مراجعه شود.

پاسخ باید گفت که مشتری نمی‌تواند چنین الزام نماید زیرا فرض بر این است که آنچه مورد قصد طرفین و مورد معامله بوده تسلیم شده، مازاد بر آن مورد قصد و معامله نبوده و به مشتری منتقل نشده است و بایع نیز به تسلیم بیش از آن تعهدی ندارد و قانونگذار برای جبران ضرر مشتری دو راه پیش روی او نهاده است یکی فسخ بیع و دیگری تقسیط ثمن. (۳۶)

همچنین هرگاه بایع بخواهد مافات را از طریق زمینهای مجاور جبران کند مشتری ملزم به پذیرش آن نیست زیرا زمینهای دیگر داخل در بیع و جزء مبیع نیست و در صورت تردید در خیار مشتری، بقاء آن استصحاب می‌شود.

لازم به تذکر است که هرگاه مبیع بعنوان مقدار معین فروخته شود و در واقع همان مقدار و یا بیشتر از آن باشد، با این وجود، آنچه را که بایع تسلیم می‌کند کمتر از آن مقدار باشد، صرف خودداری بایع از تسلیم بقیه مبیع، موجب نخواهد شد که این مورد مشمول ماده ۳۸۴ ق.م.گردد. (۳۷)

آنچه که ذکر شد، در موردی که تجزیه مبیع بدون ضرر ممکن باشد قطعاً جاری است خواه مبیع کم‌متصل متسای الاجزاء باشد، مانند روغن، خواه کم منفصل متسای الاجزاء مانند حبوبات یا کم مختلف الاجزاء مانند فرش یا ماشین. اما سؤال این است که آیا نسبت به موردی که تجزیه مبیع بدون ضرر ممکن نباشد نیز جاری است. چنانکه مبیع یک مجموعه یا یک واحد باشد (یا کم متصل مختلف الاجزاء)، در جواب می‌توان گفت: از یک سو ماده ۳۸۴ مطلق است و اطلاق آن شامل هر دو مورد می‌گردد، بنابراین، پاسخ سؤال مزبور مثبت است. از سوی دیگر می‌توان گفت:

اولاً، هرگاه قسمتی از مبیعی که تجزیه آن بدون ضرر ممکن نیست در زمان بیع مقصود باشد، از مصادیق نقص مبیع است، بنابراین نقص مبیع همانگونه که بعد از بیع و قبل از قبض بوجود آید صرفاً

۳۶- رأی شماره ۱۶۰۶ مورخ ۱۳۲۴/۵/۱۹ شعبه ششم دیوانعالی کشور که مقرر می‌دارد: "... هرگاه منظور و مبنای اصلی معامله مساحت معینی در قباله باشد، اصدار حکم دائر بر الزام بایع به تسلیم مقدار کسری زمین مخالف ماده‌های ۳۵۵ و ۳۸۴ قانون مدنی خواهد بود." (نقل از مجموعه متین دفتری، قسمت حقوقی، ص ۸۳) مؤید این مدعاست.

۳۷- در رأی شماره ۶۰۵ مورخ ۱۳۲۸/۳/۷ شعبه چهارم دیوانعالی کشور چنین آمده است: "... طبق ماده ۳۸۴ قانون مدنی، هرگاه در حال معامله مبیع از حیث مقدار معین بوده و در وقت تسلیم کمتر از آن مقدار در آید، مشتری حق دارد بیع را فسخ کند ولی اگر کمتر بوده مبیع در حال معامله معلوم نباشد، صرف خودداری بایع از تسلیم بقیه مبیع مورد را مشمول ماده مزبور نخواهد کرد."

موجب حق فسخ برای مشتری می‌گردد (ماده ۳۸۸ ق.م.) همین‌طور هرگاه قبل از بیع وجود داشته، نیز صرفاً موجب خیار فسخ می‌شود، و مشتری حق تقسیط ثمن را ندارد.

ثانیاً، ثمن در موردی قابل تقسیط است که مبیع نیز قابل تقسیم باشد. یعنی در موردی که عرفاً اجزاء ثمن قابل تقسیط بر اجزاء مبیع است، اما وقتی که مبیع و ثمن در برابر اجزاء مبیع قرار نمی‌گیرد، امکان تقسیط ثمن نیز وجود نخواهد داشت. مثلاً از نظر عرف اینگونه نیست که در برابر هر یک از قطعات یکدستگاه ماشین جزئی از ثمن قرار گیرد، بلکه مجموع ثمن در مقابل مجموع مبیع قرار می‌گیرد و به عبارت دیگر نمی‌توان مشخص کرد که در مقابل هر یک از قطعات ماشین چه مقدار از ثمن قرار می‌گیرد، از اینرو هرگاه بعد از بیع مشخص شود که ماشین مورد معامله فاقد یک یا چند قطعه است نمی‌توان بر آن بود که در این قبیل موارد ثمن تقسیط می‌شود.

ثالثاً، ملاک ماده ۳۸۴ با ملاک ماده ۳۸۵ قانون مدنی یکسان است، بنابراین اگر تجزیه مبیع بدون ضرر ممکن نباشد، همانگونه که بشرط معین فروخته شود به هنگام تسلیم کمتر درآید صرفاً موجب حق فسخ برای مشتری می‌گردد، همچنین اگر بعنوان مقدار معین فروخته شود، و در وقت تسلیم کمتر از آن مقدار درآید، تنها موجب حق فسخ خواهد شد. بعلاوه در حالت اول خصوصیتی وجود ندارد که حکم مبرور را مختص آن تلقی کنیم.

رابعاً، هرگاه در ایجاد حق تقسیط برای مشتری شک بوجود آید، به اصل عدم رجوع شود<sup>(۳۸)</sup> ولی می‌توان در صحت دلایل مذکور نیز تردید نمود زیرا:

اولاً، عدم معلوم بودن مقداری از ثمن که در مقابل مقدار فائت قرار می‌گیرد موجب عدم استحقاق مشتری به آنچه که در صورت علم مستحق آن می‌گردد، نمی‌شود. می‌توان از این مشکل با صلح و مانند آن رهایی یافت، چون چنانکه می‌دانیم داشتن علم تفصیلی از شرایط صحت آن نیست.

۳۸- ماده ۵۴۳ قانون مدنی عراق، که بعید نیست در زمان تصویب، با فقه امامیه تطبیق داده شده باشد در اینصورت مقرر می‌دارد: «هرگاه مجموعه‌ای از مکملات یا مجموعه‌ای از موزونات یا مزروعاتیکه در تبعض آنها ضرر وجود ندارد یا عددیات متفاوت، در صورت بیان مقدار آنها فروخته شود و ثمن برای مجموع آنها ذکر شود (ثمن در برابر مجموع آنها باشد) یاها واحد آنها، سپس در وقت تسلیم معلوم شود ناقص است، مشتری مخیر است، اگر خواست بیع را فسخ کند، و اگر خواست مقدار موجود را به حصه‌ای از ثمن (در مقابل حصه‌ای از ثمن که در برابر آن قرار می‌گیرد) اخذ کند....»

ثانیاً، مبنای حکم ماده ۳۸۵ خیار تخلف از وصف است و چنانکه می‌دانیم شرط قسطی از ثمن نیست بنابراین در صورت تخلف از آن نمی‌توان ما به ازاء آنرا از ثمن کسر نمود، حال آنکه مبنای حکم خیار ماده ۳۸۴، خیار تبعض صفت است.

ثالثاً، زمانی می‌توان به اصل عدم رجوع نمود که «دلیلی» وجود نداشته باشد حال آنکه اطلاق ماده ۳۸۴ خود «دلیل» است. اصل عدم چنانکه از نامش پیداست «اصل» است و زمانی می‌توان به اصل تمسک جست که هیچ دلیلی موجود نباشد. آنجا که «دلیل» وجود داشته باشد جایی برای تمسک به اصل باقی نمی‌ماند و به اصطلاح اصولیین «دلیل» بر «اصل» «وارد» است. پس جای تأمل است و بهتر این بود که قانونگذار موضع خود را تصریحاً بیان می‌کرد، زیرا ظاهراً قانون مدنی تاب هر دو دلیل را دارد.

نکته دیگری که ممکن است در ارتباط با این بحث مطرح شود، این است که هرگاه در حالات یادشده، ثمن عین بوده بنحوی که تجزیه آن بدون ضرر ممکن نباشد آیا مشتری می‌تواند مقدار مبیع موجود را در برابر حصه‌ای از ثمن که در مقابل آن قرار می‌گیرد اخذ نماید؟ در پاسخ می‌توان گفت: در این خصوص نیز ماده ۳۸۴ ق.م.مطلق است و اطلاق آن شامل این مورد نیز خواهد شد به همین لحاظ بنظر می‌رسد تقسیط ثمن بلاشکال باشد. بایع در این حالت نسبت قیمت مبیع موجود به قسمت کل مبیع شریک در ثمن عین معین خواهد شد. چنانکه هرگاه شخصی مقداری از گندم موجود در انبار خود را، که تصور می‌کند دوتن است، بعنوان دوتن در برابر یکدستگاه ماشین سواری بفروشد، سپس معلوم شود که مبیع مثلاً هزار و هشتصد کیلو است، در این صورت هرگاه کارشناس بگوید که قیمت دوتن گندم یک میلیون ریال است قیمت هزار و هشتصد کیلوی آن صد هزار ریال می‌شود، بنابراین بایع به نسبت این دو یعنی  $\frac{900000}{900000} = \frac{9}{9}$  مشاعاً در ماشین شریک خواهد شد. از طرف دیگر نظر به اینکه این شرکت نیز موجب خواهد شد که برای بایع خیار شرکت بوجود آید، زیرا او در شرکتی داخل شده است که قصد داخل شدن در آنرا نداشته و در عین حال از این شرکت متضرر خواهد شد.

## ب - مبيع بیشتر از مقدار مذکور در عقد

قسمت اخیر ماده ۳۸۴ که مقرر می‌دارد: «... اگر مبيع زياده از مقدار معين باشد زياده مال بايع است» ناظر بر موردی است که مبيع بعنوان مقدار معين فروخته شود بعد معلوم می‌شود بیشتر از مقدار مذکور در عقد است. اطلاق این ماده ظاهراً دال بر این است که این حکم هم شامل موردی می‌شود که مبيع متساوی الاجزاء است مثل حبوبات و هم موردی که مبيع مختلف الاجزاء، مانند خانه، فرش، به بیان دیگر قانون مدنی تفاوت قائل نشده است بین موردی که تجزیه مبيع بدون ضرر میسر است و موردی که تجزیه مبيع بدون ضرر ممکن نیست. دلیل مالکیت بايع بر مقدار زياده این است که مقدار مزبور مورد قصد واقع نشده و داخل در بيع نمی‌باشد.

اما نکته‌ای که از دید قانونگذار پوشیده مانده این است که هرگاه تجزیه مبيع بدون ضرر ممکن نباشد آیا مشتری (و حتی بايع) دارای خيار فسخ می‌باشد یا خير؟ ممکن است استدلال شود به اینکه ظاهراً پاسخ منفي است، چون قانونگذار در مقام بیان سکوت کرده بعلاوه رجوع به اصل لزوم و اصل عدم خيار ما را به پذیرش پاسخ مزبور متقاعد می‌سازد. اما بنظر می‌رسد باید بین موردی که تجزیه مبيع بدون ضرر ممکن است و موردی که تجزیه آن بدون ضرر ممکن نیست قائل به تفکیک شویم:

هرگاه تجزیه مبيع بدون ضرر ممکن است مثلاً مقداری گندم بعنوان اینکه ده تن است فروخته شود سپس معلوم می‌گردد که بیشتر از آن مقدار، مثلاً یازده تن است در این حالت بحثی نیست که مقدار زياده بلحاظ اینکه داخل در بيع نبوده متعلق به بايع می‌باشد و چون جدا ساختن مقدار زياده از مبيع ضرری متوجه هیچ یک از متبایعین نمی‌سازد، بنابراین هیچ یک از آنان حق فسخ ندارد.

ولی هرگاه تجزیه زيادی از مبيع بدون ضرر ممکن نباشد، مثلاً هرگاه فرشی بعنوان اینکه دوازده متر مربع است فروخته شود، به هنگام تسلیم مساحت آن اندازه گیری شود و معلوم گردد که بیشتر از آن مقدار، مثلاً ۱۳ متر مربع است در این صورت بنظر می‌رسد، بايع یا مشتری، برحسب اینکه متصرر کدامیک باشد، حق فسخ معامله را خواهد داشت. مبنای حق فسخ بايع بدین صورت توجیه می‌شود که:

اولاً، چون تجزیه مبيع موجب ضرر بايع می‌شود قاعده «الاضرر» بنا به فرض که در این قبیل موارد

جاری شود، حکم لزوم بیع را از ناحیه او برمی‌دارد، بنابراین فسخ آن برای او جایز است. ثانیاً، اگر بگوئیم مبیع تجزیه و افزاز نشود تا از ضرر تجزیه و یا از مالیت افتادن آن جلوگیری بعمل آید، خیار شرکت برای بایع ایجاد می‌شود، یعنی هرگاه معتقد باشیم به اینکه بایع به مقدار مازاد، مثلاً یک متر از سیزده متر فرش در مثال بالا یا به نسبت مقدار زیادی، مثلاً یک سیزدهم، در مبیع با مشتری شریک می‌شود، در این صورت نیز شراکت در مبیع نیز سبب ثبوت خیار برای او می‌گردد زیرا وی داخل در شرکتی شده است که به آن اراده نکرده و شرکت موجب ضرر می‌گردد (خیار شرکت).

ثالثاً، ملاک این مورد یعنی موردی که مبیع «بعنوان مقدار معین» فروخته می‌شود و موردی که مبیع «به شرط بودن مقدار معین» فروخته می‌شود، یکی است. بنابراین همانطوری که اگر مبیعی به تجزیه آن بدون ضرر ممکن نیست «به شرط بودن مقدار معین» فروخته شود بعد معلوم شود بیشتر از آن مقدار است بایع حق فسخ دارد، زیرا از شرط تخلف شده و تخلف از شرط موجب ضرر بایع می‌گردد، همینطور اگر مبیعی که تجزیه آن بدون ضرر ممکن نباشد «به عنوان مقدار معین» فروخته شود بعد معلوم شود بیش از آن مقدار است بلحاظ ضرری که متوجه بایع می‌گردد، او حق فسخ خواهد داشت. بویژه آن که اگر مقدار معین را بصورت شرطی که عقد مبنیاً علیه واقع می‌شود، تلقی نمائیم نیل به ملاک واحد را سهلتر می‌گرداند.

رابعاً عرفاً نیز بایع، در حالت مزبور دارای خیار است.

بهر صورت براساس دو دلیل اول خیار برای بایع ثابت است، هرچند معتقد به دلیل سوم و چهارم نباشیم.

برای وجود خیار فسخ مشتری نیز می‌توان به همان دلایل مذکور استناد جست. سئوالی که ممکن است در ذهن متبادر شود این است که هرگاه بایع از مقدار زائد صرف نظر کند در نتیجه با قبول ثمن در مقابل مبیع و زیادی، بیع را امضاء نماید، آیا با این وجود مشتری حق فسخ دارد؟ بنظر می‌رسد جواب مثبت باشد زیرا:

اولاً، وقتی در حالت مزبور، برای مشتری خیار وجود داشته باشد بعد از صرف نظر کردن شک کنیم که خیار باقی است یا زائل می‌شود، مقتضای استصحاب بقاء خیار است.



ثانیاً، مقدار زیاده داخل در بیع نیست و جزء مبیع نمی‌باشد بنابراین بر اثر عقد به مشتری منتقل نمی‌شود، به همین لحاظ نمی‌توان بدون رضای او آن را داخل در ملکیت او نمود، چون اصولاً هیچ مالی را نمی‌توان بزور و به قهر داخل در ملکیت کسی نمود، و حکم موارد استثنایی از قبیل انتقال قهری مال در ارث یا در تملیک بدل ثمن به مشتری در حق شفعه به وسیله شفیع باید به قدر متیقن خود محدود شود و قابل تسری به موارد شک نیست بعلاوه انتقال مقدار زیاده به مشتری همراه با منت است که او می‌تواند آن را بپذیرد.

ثالثاً، ممکن است مقدار زیاده موجب گردد که مبیع مطلوبیت خود را برای مشتری از دست بدهد و اجبار مشتری به پذیرش مقدار زیاده، حکم ضرری بر او خواهد بود که قاعده لاضرر آن را نفی می‌کند. اینگونه نیست که در تمام موارد، واگذاری زیاده به مشتری به نفع او باشد، چنانکه مشتری فرش را در مثال یادشده برای اطاق دوازده متر مربعی بخرد، بدیهی است که فرش سیزده متر مربعی مطلوب او نیست و الزام وی به پذیرش آن موجب ضرر وی خواهد گشت

### سه - مقایسه ماده ۳۵۵ و ۳۸۴

بطور خلاصه این تفاوتها در مقایسه دو ماده مزبور ملاحظه می‌شود:

۱- **اختلاف در ماهیت:** ماده ۳۵۵ ناظر است بر موردی که مبیع «به شرط داشتن مساحت معین» فروخته می‌شود، در حالیکه ماده ۳۸۴ شامل موردی است که مبیع «به عنوان مقدار معین» فروخته می‌شود. به همین لحاظ در ماده ۳۵۵ مقدار مبیع جنبه وصفی بخود گرفته در حالیکه در ماده ۳۸۴ مقدار مبیع جنبه اصلی دارد و متعلق اصلی قصد طرفین می‌باشد.

۲- **اختلاف در مصداق موضوع:** موضوع و مصادیقی که حکم مذکور در ماده ۳۵۵ تصریحاً ناظر است به آن «ملک» می‌باشد و «آنچه که به مساحت فروخته می‌شود» که ظاهراً منظور «زمین» می‌باشد، و در صورتیکه موضوع ماده ۳۸۴، اعم از آن است. البته با توجه به ماده ۲۳۵ و ۳۸۵ ق.م.می‌توان گفت حکم این ماده نیز شامل اعم از «ملک» یا «زمین» است.

### ۳- اختلاف در حکم

الف- اگر مبیع کمتر باشد: ماده ۳۵۵ می‌گوید اگر مبیع کمتر از مقدار مشتری باشد مشتری حق

فسخ معامله را دارد و چنانکه استدلال شد حق تقسیط ثمن را ندارد، در حالیکه طبق ماده ۳۸۴ در صورتیکه مبیع بعنوان مقدار معین فروخته شود بعد معلوم شود کمتر از آن مقدار است، مشتری مخیر است بین دو امر:

۱- فسخ بیع و استرداد کل ثمن، در صورتیکه آن را پرداخت کرده باشد؛

۲- امضاء بیع و تقسیط ثمن (بر مبنای ماده ۴۴۲ ق.م)؛

مبنای اختیار در ماده ۳۵۵ اختیار تخلف از شرط وصف است در حالیکه مبنای اختیار در ماده ۳۸۴ اختیار تبعض صفقه می باشد.

ب- مبیع بیشتر باشد: اگر مبیع بیشتر درآید، بر اساس ماده ۳۵۵ ق.م. با بیع صرفاً حق فسخ دارد و زیاده از آن با بیع نیست بدین لحاظ منافع و نمائات تمام آنچه که فروخته می شود تا زمان فسخ متعلق به مشتری در حالیکه طبق ماده ۳۸۴، چنانچه مبیع زیادتر از مقدار مذکور در قرارداد باشد، زیاده متعلق است به با یع و وی به صرف زیاده در آمدن مبیع حق فسخ ندارد، بنابراین منافع و نمائات مبیع مقدار زائد در هر حال از آن اوست.

## چهار - حقوق و قوانین سایر کشورها درباره کمتر یا زیادتر در آمدن مبیع

**الف - مبیع کمتر در آید:** قانون مدنی مصر در بند ۱ ماده ۴۳۳ در مورد کسری مبیع چنین مقرر می دارد: "هرگاه در عقد مقدار مبیع معین شود، با یع بر حسب آنچه که عرف اقتضاء می کند مسئول مقدار کسری است و ثمن آنها به بهای هر واحد مبیع ذکر شود، سپس مبیع به هنگام تسلیم کمتر در آید، مشتری می تواند بیع را فسخ کند یا مبیع را در برابر حصه آن از ثمن، اخذ نماید" و در ماده ۵۴۶ ق.م آن کشور افزوده شده است "در صورتی مشتری می تواند بخاطر نقصان مبیع از مقدار مقرر در عقد بیع را فسخ کند که نقصان از پنج درصد مقدار مقرر در قرارداد بیع تجاوز کند"

ماده ۱۶۱۸ ق.م فرانسه مطابق ماده ۵۴۶ ق.م عراق است.

در حقوق انگلیس در خصوص کسری کالای فروخته شده چنین آمده است: در صورتی که با یع به مشتری کالائی کمتر از آنچه که فروخته است تسلیم نماید، مشتری می تواند آنها را اعاده نماید ولی

اگر خریدار کالائی را که چنین تسلیم می‌شود، قبول کند باید ثمن آنها را به نرخ قرارداد بپردازد<sup>(۳۹)</sup> و در جای دیگر اضافه شده است: در صورتی که کالای مورد بیع می‌باید در چند نوبت، تسلیم خریدار گردد (نه دفعتاً واحد) مقرر مزبور اجرا نمی‌شود هر چند مقدار و تعداد کالائی که برای یک نوبت تسلیم می‌شود یا میزان پیشین سازگار نباشد، بلکه به دلخواه در اختیار خریدار واگذار شده باشد<sup>(۴۰)</sup>. در اینجا مشخص نشده است که این حکم در مورد کالای عین معین است یا کلی فی الذمه.

**ب - مبیع بیشتر در آید :** بند دوم ماده ۴۳۳ ق.م.مصر در مورد افزون بودن مبیع از مقدار مذکور در عقد بیع است و چنین مقرر می‌دارد: "هرگاه معلوم شود که مقدار مبیع افزون از مقداری است که در عقد ذکر شده، و ثمن بحساب هر واحد مقدر شده باشد، مشتری باید ثمن را تکمیل کند هرگاه مبیع غیر قابل تبعیض باشد (ثمن یا قیمت مقدار زیادی را بپردازد)، مگر اینکه مقدار زیادی هنگفت باشد در این صورت او می‌تواند فسخ عقد را بخواهد، همه این موارد در صورتی است که تراضی برخلاف آن نشده باشد."

در کتاب الوسیط فی شرح القانون المدنی<sup>(۴۱)</sup> در توضیح این ماده آمده است: هرگاه معلوم شود مبیع زیادتر از مقدار مذکور در قرارداد است، در صورتی که تراضی خاص بین متبایعین در خصوص این حالت وجود داشته باشد. باید براساس آن عمل شود. هرگاه تراضی وجود نداشته باشد باید بین مواردی که ثمن به حساب هر واحد مقدر می‌شود و موردی که به حساب همه واحد (مجموع) مقدر است قائل به تمییز شویم :

هرگاه ثمن به حساب هر واحد مقدر باشد و مبیع قابل تبعیض باشد، زیاده از آن بایع است، دلیلش این است که زیاده در بیع داخل نشده است، و مبیع هم در اثر بعض و بعض شدن دچار ضرر نمی‌شود.

در صورتی که تراضی دیگری جز آن نشده باشد، قطعاً مشتری نمی‌تواند فسخ عقد را بدلیل کسر مبیع تقاضا نماید مگر اینکه ثابت کند که این کسری از حیث بزرگی به اندازه‌ای است که اگر از آن

39- Lvamy (E.R.Hardy). Case Book on Sale of Goods. 5th. ed, LL oyd'S of London press Ltd. 1987. p. 70.

40- Ibid, p. 72.

(همان مرجع، ص ۷۲)

۴۱ - سنهوری، دکتر عبدالرزاق، ج ۴ البیع، ش ۲۹۹، ص ۵۷۳.

آگاهی داشت عقد را منعقد نمی‌ساخت.<sup>۴۲</sup>

دکتر سنه‌پوری حقوقدان برجسته مصری در شرح<sup>(۴۲)</sup> این ماده چنین بیان می‌کند: هرگاه در بیع کسری یافت شود، و در اینجا بین متبایعین در خصوص این حالت تراضی خاصی وجود داشته باشد براساس تراضی عمل می‌شود، ولی هرگاه تراضی وجود نداشته باشد، باید به عرف تجاری در معاملات عمل شود. گاهی نقص از چیزهایی است که عرف آنرا قابل مسامحه می‌داند، در این صورت مشتری نمی‌تواند بخاطر این نقص برای چیزی به بایع رجوع کند، هرگاه کسری مبیع محسوس باشد، بنحوی که عرفاً قابل مسامحه نباشد، مشتری برای عوارض ناشی از این نقصان به بایع رجوع نماید. گاهی این عوض (عوض کسری مبیع) کاهش ثمن به مقدار کسری مبیع نمی‌باشد. اما این در تمام حالات جاری نیست پس در این صورت باید به تعویض (آنچه که ما به ازاء داده می‌شود) به قدر ضرر باشد. گاهی به مشتری ضرر بیشتر یا کمتر از آن اصابت می‌کند، در این صورت تعویض بقدر ضرری که به او اصابت کرده تقاضا می‌کند، هرگاه کسری هنگفت باشد بگونه‌ای که اگر مشتری از آن آگاهی داشت، راضی به انعقاد عقد نمی‌شد، در این صورت می‌تواند بیع را فسخ کند.

چنانچه ملاحظه می‌شود قانونگذار مصر، در مورد ضمانت اجرای کسری مقدار مبیع که دعوای کاهش ثمن یا دعوی فسخ می‌باشد، فرقی بین موردی که مبیع قابل تجزیه و تبعیض باشد و غیر قابل تجزیه و موردی که ثمن در برابر هر واحد مبیع قرار گیرد، یا در برابر تمام مبیع، قائل نشده است، پس در تمام این فروض مشتری می‌تواند دعوای کاهش ثمن یا دعوای فسخ بیع اقامه نماید.

ماده ۴۰۱ ق.م.سوریه و همچنین ماده ۴۲۲ ق.م.لیبی همانند ماده ۴۳۲ ق.م.مصر است. ماده ۵۴۳ قانون مدنی عراق را در ارتباط با چیزهاییکه تجزیه آنها موجب ضرر نمی‌شود ملاحظه کردیم<sup>(۴۳)</sup> بند ۱ ماده ۵۴۴ در مورد چیزهاییکه تجزیه موجب ضرر آنها می‌شود چنین مقرر می‌دارد: هرگاه مجموعه‌ای از موزونات (چیزهاییکه به مقدارشان به وزن سنجیده می‌شود به وزن فروخته می‌شود) یا مذروعات (چیزهایی که مقدارشان به ذرع سنجیده می‌شود به ذرع فروخته می‌شود) که

در تبعیض آنها ضرر است یا از عددیات (چیزهایی که مقدارشان به عدد سنجیده می‌شود) متفاوت در صورت بیان مقدار آنها، فروخته شود، و ثمن برای مجموع آنها ذکر شود (نه برای هر واحد آن) سپس کسری مبیع به هنگام تسلیم معلوم گردد، مشتری می‌تواند بیع را فسخ کند، یا مبیع را با تمام ثمن اخذ کند، مگر اینکه در زمان انعقاد عقد بر اخذ مقدار موجود در برابر حصه ثمن آن تراضی کرده باشند.

ماده ۵۴۵ ق.م.ا.ن کشور در مورد چیزهایی که به ذرع یا وزن یا عدد فروخته می‌شود و در تبعیض آنها ضرر است و ثمن آنها به نرخ هر واحد نامیده می‌شود می‌گوید: "هرگاه مجموعه‌ای از موزونات یا مذروعات که در تبعیض آنها ضرر است یا از عددیات متفاوت با بیان مقدار آنها فروخته شود. هرگاه ثمن به حساب هر واحد باشد و مبیع غیر قابل تبعیض (تجزیه) در این صورت نص صریح است در اینکه مشتری باید ثمن را تکمیل کند، مگر اینکه زیاده هنگفت باشد. در این صورت می‌تواند فسخ بیع را درخواست کند. دلیلش این است که اگر مبیع غیر قابل تجزیه باشد، مقدار مبیع اصل تلقی می‌شود نه وصف در صورتی که ثمن به حساب هر واحد مقدر شده باشد، و اصل در مقابل ثمن است، پس هرگاه مبیع زیادتر باشد مشتری باید ثمن را به نسبت زیاده تکمیل کند، و بایع برای تکمیل ثمن به این صورت حق رجوع به مشتری دارد. لکن گاهی زیادی بقدری هنگفت است که تکمیل ثمن مناسب برای این زیادی شأنش این است که مشتری را واهی دارد که از مبیع چشم‌پوشی کند و چنین آرزو کند که بیع را منعقد نکرده بود، در این صورت مشتری می‌تواند در خواست فسخ بیع را بنماید، بنابراین ملزم به تکمیل ثمن نمی‌باشد.

هرگاه ثمن برای همه واحد (تمام مبیع) مقدر باشد، چه مبیع قابل تبعیض باشد و چه غیر قابل تبعیض، علی‌رغم سکوت نص، ظاهر این است که مقدار مبیع در این حالت وصف محسوب می‌شود نه اصل، و وصف با چیزی از ثمن مقابله نمی‌شود (در برابر وصف مبیع بخشی از ثمن قرار نمی‌گیرد) از اینرو مشتری می‌تواند مبیع را در برابر ثمن مورد تراضی اخذ کند، و از بابت زیادی چیزی به بایع نپردازد.

ماده ۴۰۱ قانون مدنی سوریه و نیز ماده ۴۲۳ قانون مدنی لیبی مطابق ماده ۴۳۳ مصر است. قانون مدنی عراق در ماده ۵۴۳ و مواد بعدی درباره زیادتر در آمدن مبیع چنین بیان می‌دارد هرگاه

مجموعه‌ای از مکملات یا مجموعه‌ای از موزونات یا مزروعات که در تبعیض آنها ضرر نیست یا عددیات متفاوت را بیان مقدار آنها، فروخته شود، و ثمن مجموعه آنها یا بهای هر واحد ذکر شود، سپس مبیع به هنگام تسلیم کمتر درآید، مشتری مخیر است اینکه چنانچه خواست بیع را فسخ کند و اگر خواست مقدار موجود در برابر حصه‌ای از ثمن که در مقابل آن قرار می‌گیرد اخذ کند (که قبلاً ذکر شد) و هرگاه مبیع زائد باشد، زیادی از آن بایع است<sup>۴۴</sup>

ماده ۵۴۴ مقرر می‌دارد: "هرگاه مجموعه موزونات یا مزروعات که در تبعیض آنها ضرر است یا در عددیات متفاوت، یا بیان مقدار آنها، فروخته شود، و ثمن برای مجموع ذکر شود، سپس معلوم شود که مبیع زیادتر است، زیادی مال مشتری است، البته تراضی به هنگام انعقاد عقد بر اینکه در برابر زیادی به بایع عوض بپردازد، جایز است."

در ماده ۵۴۵ نیز آمده است: "هرگاه مجموعه موزونات یا مزروعات که در تبعیض آنها ضرر است و تجزیه موجب ضرر آنها می‌شود) یا از عددیات متفاوت با بیان مقدار آنها فروخته شود، ثمن آنها به نرخ هر واحد تعیین شود، آنگاه به هنگام تسلیم معلوم شود، مبیع زائد است، مشتری می‌تواند بیع را فسخ کند یا مبیع را با حصه آن از ثمن اخذ کند."

قانون مدنی عراق در ماده ۵۴۶ اضافه می‌نماید: "در حالات منصوص علیها در موارد سه گانه سابق (مواد ۵۴۳ و ۵۴۴ و ۵۴۵ که ذکر آن گذشت) نه مشتری حق فسخ دارد، و نه بایع حقی دارد در صورتی که مبیع زیادتر در آید، مگر اینکه نقص (کسری) یا زیادی از پنج درصد مقدار مبیع بیشتر باشد." از دیدگاه حقوق انگلیس، هرگاه فروشنده بیشتر از آنچه که قرارداد فروش آنرا منعقد ساخته مقرر داشته، تسلیم خریدار نماید، خریدار می‌تواند کالای مشمول قرارداد را بپذیرد و بقیه را به فروشنده برگرداند و نیز می‌تواند همه را بپذیرد و به نرخ قرارداد قیمت زیاده را تأدیه کند. (۴۴)

## پنج - تفسیر ماده ۱۴۹ قانون ثبت

در روزگاری که قیمت املاک، حتی در برهه‌ای کوتاه از زمان، دستخوش تغییرات فاحش می‌گردد و در اغلب موارد این تغییرات در جهت فزونی قیمت‌ها است، این امر ممکن بود مورد سوءاستفاده فروشندگان املاک از مقرراتی که در مادتين ۳۵۵ و ۳۸۴ قانون مدنی که به نفع آنها جاری بود، قرار گیرد. بویژه آنکه در بسیاری از موارد بلحاظ محاسبه اشتباه در تعیین مساحت به هنگام انعقاد عقد، در ارزیابی‌های بعدی با مشکل عدم مطابقت مساحت مذکور در عقد با مساحت واقعی ملک مواجه می‌شود. به همین دلیل مقتضیات زمان ایجاب می‌کرد که قانونگذار تدبیری در این زمینه بیاندهد. در این راستا، با تصویب ماده ۱۴۹ قانون ثبت<sup>(۴۵)</sup> از دامنه شمول مواد یاد شده کاست. در این ماده و تبصره ذیل آن آمده است: "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 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 قراردادی نشده باشد، اداره ثبت سند را اصلاح و به ذینفع اخطار می‌نماید تا وجه تودיעی را از صندوق ثبت دریافت دارد. عدم مراجعه فروشنده برای دریافت وجه در مدتی زائد بر ده سال از تاریخ اصلاح سند، اعراض محسوب و وجه به حساب درآمد اختصاصی ثبت واریز می‌شود".

تبصره: "در مواردی که تعیین ارزش اضافه مساحت در زمان اولین معامله بوسیله ارزیاب ثبت معین خواهد شد."

غرض از اولین سند مذکور در ماده یاد شده سندی است که فروشنده با قید مساحت معین، ملک را منتقل نموده است. بنابراین هرگاه ملکی با حدود، بدون قید مساحت منتقل شده باشد، و خریدار آنرا با ذکر مساحت به ثالث منتقل نماید، اولین سند، سند دوم محسوب می‌شود که در آن ذکر

مساحت شده است. (۴۶)

در مورد قلمرو اجرایی ماده مزبور چند نکته باید لحاظ شود :

- (۱) ماده مزبور شامل املاکی می‌شود که به مساحت معین مورد معامله قرار می‌گیرد و نه با حدود.
  - (۲) این ماده شامل املاکی می‌شود که به مساحت معین منتقل می‌شود و اضافه مساحت دارد نه کسری مساحت، بنابراین هرگاه ملک مورد انتقال، کسری مساحت داشته باشد ناقل نمی‌تواند بنحو مذکور در ماده مزبور از ثمن کسر کند و آن را در نزد صندوق ثبت تودیع نماید.
  - (۳) ماده یاد شده شامل املاکی است که به ثبت رسیده، ولی در مورد املاکی به ثبت نرسیده بلحاظ بلحاظ استثنایی بودن حکم آن جاری نمی‌شود، بلکه این املاک همچنان تحت حکومت مقررات مذکور در قانون مدنی (مادتین ۳۵۵ و ۳۸۴) باقی می‌ماند. دلیل استثنایی بودن ماده مزبور این است که چنانکه ماده ۳۸۴ ق.م.مقرر می‌دارد، اضافه مساحت به بایع تعلق دارد، زیرا اضافه مساحت داخل در بیع نبوده و جزء بیع نمی‌باشد، و اصولاً هیچ مالی را نمی‌توان بزور داخل در ملکیت دیگری کرد، حال آنکه ماده مورد بحث می‌گوید منتقل‌الیه می‌تواند بدون رضای مالک، ملک او را (مساحت اضافی) از ملکیتش خارج نموده، تصاحب نماید و قیمت آنرا داخل در ملکیت ناقل کند، از اینرو باید گفت این استثنائات دیگر، از قبیل شفعه، ارث، انتقال و اجباری مال شخصی بوسیله مراجع قضایی افزوده می‌شود.
- بنظر می‌رسد قانونگذار از آن جهت مقرر داشته که قیمت اضافه مساحت به صندوق ثبت تودیع شود که در اغلب موارد بایع از دریافت قیمت مزبور خودداری می‌کند و تقاضای استرداد اضافه مساحت را می‌نماید، بدین لحاظ قانونگذار برای پرهیز از مشکلات، تدبیر مزبور را اندیشیده است. چنانکه در بالا اشاره شد ماده مورد بحث قانون ثبت از جهاتی با مواد ۳۵۵ و ۳۸۴ قانون مدنی ارتباط پیدا می‌کند، بدین خاطر به منظور روشن تر شدن بحث، ما رابطه ماده مزبور را با هر یک از دو ماده اخیرالذکر مورد بررسی قرار می‌دهیم.



### شش - ارتباط ماده ۱۴۹ با ماده ۳۸۴

رابطه ماده ۱۴۹ قانون ثبت با ماده ۳۸۴ قانون مدنی از نظر موضوع از حیث نسب اربعه منطقی ظاهراً رابطه عموم و خصوص مطلق است، زیرا ماده ۱۴۹ صرفاً در مورد املاکی که به ثبت رسیده جاری است، حال آنکه ماده ۳۸۴ علاوه بر آن شامل اموال دیگر نیز می‌شود، پس بی تردید نمی‌توان گفت که با تصویب ماده ۱۴۹ قانون ثبت ماده مزبور از قانون مدنی نسخ شده است اما آیا می‌توان ادعا کرد آنرا تخصیص زده است. در بادی امر ممکن است پاسخ مثبت بنظر آید، زیرا ماده ۳۸۴ می‌گوید زیادی از آن بایع است ولی ماده ۱۴۹ امکان تصاحب شدن آنرا بوسیله مشتری، مطرح کرده است. اما با قدری تامل و دقت نظر، معلوم می‌گردد که این دو ماده از این جهت با هم تعارض ندارند، زیرا ماده ۱۴۹ قانون ثبت پذیرفته است که اضافه مساحت از آن بایع است (به همان دلیل که در بالا ذکر شد)، از همین روست که مقرر می‌دارد «مشتري» قیمت آنرا بر اساس ارزش مندرج در اولین سند یا قیمتی که بوسیله ارزیاب ثبت معین می‌شود بپردازد، و بدین لحاظ می‌توان گفت مشتری نیز در تملک زیاده مخیر است و چنانچه به نفع و صلاح خود ندید می‌تواند این حق را اعمال نکند و بایع نمی‌تواند او را مجبور به پرداخت قیمت آن نماید.

بنابراین ماده ۳۸۴ بنحو مطلق می‌گوید زیادی به بایع تعلق دارد و مشتری به هیچ وجه نمی‌تواند بدون رضایت او آنرا تصاحب نماید، و ماده ۱۴۹ قانون ثبت نیز می‌گوید زیاده از آن اوست، با این قید که مشتری می‌تواند با دادن قیمت، زیاده را تملک نماید و تقاضا اصلاح سند را بکند، هر چند که بایع بر این امر راضی نباشد. البته تملک مقدار اضافی بوسیله مشتری در صورتی است که تراضی خاصی در این زمینه وجود نداشته باشد.

ماده ۳۸۴ قانون مدنی علاوه بر مورد زیادتی مبیع، حکم موردی که مبیع از مقدار مذکور در عقد کمتر درآید را نیز بیان کرده است، ولی ماده ۱۴۹ قانون ثبت متعرض آن نشده است، بنابراین در موردیکه ملکی که بعنوان داشتن مساحت معین فروخته می‌شود کسری مساحت داشته باشد تحت شمول حکومت ماده ۳۸۴ قانون مدنی باقی می‌ماند هر چند که ملک مزبور به ثبت رسیده باشد.

شایان ذکر است که هر چند ماده ۳۸۴ ق.م.د در مورد بیع وضع شده، و در این ماده از سایر معاملات نامی برده نشده است، با این وجود، بی‌گمان نمی‌توان گفت که حکم مذکور در ماده مزبور مختص بیع

است، بلکه در مورد سایر معاملات نیز این حکم جاری است، بنابراین از این حیث با ماده ۱۴۹ تفاوتی ندارد. با توجه به اینکه موضوع ماده ۱۴۹ راجع به معامله به معنی اعم است، ذکر واژه خریدار در پاراگراف دوم ماده مزبور مسامحه در بیان است، و بهتر است بجای آن از واژه «منتقل الیه» استفاده شود.

### هفت - ارتباط ماده ۱۴۹ با ماده ۳۵۵

راجع به چگونگی ارتباط ماده ۱۴۹ قانون ثبت اسناد و املاک با ماده ۳۵۵ قانون مدنی حقوقدانان نظرات متفاوتی بیان کرده‌اند: بعضی معتقدند که با تصویب ماده ۱۴۹ قانون ثبت در سال ۱۳۵۱ ماده ۳۵۵ قانون مدنی نسخ شده است. (۴۷)

برخی دیگر بر آنند که در ماده ۱۴۹ قانون ثبت نسبت به ماده ۳۵۵ از جهتی عام و از لحاظ دیگر خاص است، یعنی نسبت میان آن‌ها عموم و خصوص من وجه است:

ماده ۳۵۵، از این جهت که به اضافه و کسر مساحت توجه دارد و مفاد آن به عنوان قاعده در سایر اموال نیز اجراء می‌شود، در برابر ماده ۱۴۹ عام است، برعکس از این لحاظ که ویژه موردی است که داشتن مساحت معین مورد نظر طرفین قرار گرفته و به عنوان شرط در قرارداد آمده است و مقدار نیز در آن تنها جنبه وصف دارد، در برابر ماده ۱۴۹ خاص است و همین ارتباط پیچیده یکی از دشوارترین مسائل تخصیصی را بوجود می‌آورد. (۴۸)

نظر اول قطعاً درست نیست زیرا:

اولاً، دامنه شمول ماده ۳۵۵ از نظر موضوع گسترده‌تر از ماده ۱۴۹ می‌باشد، چه اینکه ماده ۱۴۹ صرفاً در مورد املاکی است که به ثبت رسیده است، و بلحاظ استثنایی بودن آن ظاهراً شامل املاکی به ثبت نرسیده نمی‌شود چون در اجرای حکم استثنایی باید بموارد نص اکتفاء نمود، در حالیکه ماده

۴۷- جعفری لنگرودی دکتر محمدجعفر، حقوق ثبت، ج ۱، ثبت املاک، چاپ ۵۶ چاپخانه حیدری، ۱۳۵۶، ص ۱۵۵-۱۵۶، ش ۱۷۲.

۴۸- کانوزیان، دکتر ناصر، حقوق مدنی، دوره عقود معین، ج ۱، ج ۴، شرکت اشارات با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۱، ص ۱۳۷ قرائت و تمرین (۲-۳).

۳۵۵ قانون مدنی اختصاص به املاک ندارد بلکه در مورد سایر اموال نیز جاری است. (۴۹) هرچند ممکن است چنین تفسیری از ماده مزبور چندان دور از ذهن نرسد، با وجود این بهتر است گفته شود که مبنای این ماده که همان خیار تخلف از شرط وصف (ماده ۲۳۵ ق.م) است در مورد سایر اموال نیز جاری است.

در خصوص ماده ۱۴۹ ق.ث نیز گفته‌اند که «قاعده‌ای که قانونگذار اعمال کرده است در معاملات مشابه نیز باید رعایت کرد. گذشته از املاکی هنوز سند مالکیت ندارد یا ثبت نشده است» اما بنظر می‌رسد که این گفته با قواعد اصولی سازگار نیست، زیرا چنانکه ذکر شد حکم مذکور در ماده ۱۴۹، یک حکم استثنایی است که باید به موارد قدر متیقن محدود و محصور شود و قابل تسری به موارد مشکوک نمی‌باشد.

ثانیاً، از لحاظ حکم نیز یکسان نیستند، زیرا حکم مذکور در ماده ۱۴۹، تنها ناظر بر موارد اضافه مساحت است، لیکن احکام مذکور در ماده ۳۵۵ هم شامل اضافه مساحت می‌گردد و هم کسری مساحت. به همین خاطر باید گفت هرگاه ملک ثبت شده بشرط داشتن مساحت معین فروخته شود، بعد معلوم شود که از مقدار مذکور در قرارداد کمتر می‌باشد، مشمول ماده ۳۵۵ ق.م خواهد بود.

نکته دیگری که در اینجا می‌توان مطرح ساخت این است که اساساً ماده ۱۴۹ ق.ث و ماده ۳۵۵ ق.م لحاظ اینکه قلمرو شمول هر یک جدا است، هیچ تعارضی با یکدیگر ندارند، زیرا ظاهراً ماده ۱۴۹ شامل حالتی می‌شود که مبیع «بعنوان داشتن مساحت معین» فروخته می‌شود نه «شرط داشتن مساحت معین» بعضی شامل موردی می‌شود که مقدار جنبه اصلی دارد نه جنبی وصفی، بنابراین باید گفت که ماده ۱۴۹ ناظر است بر ماده ۳۸۴ ق.م نه ۳۵۵ آن قانون، از اینرو می‌توان چنین نتیجه گرفت که این دو ماده متباینند. چند قرینه وجود دارد که این تعبیر را قوت می‌بخشد:

(۱) در ابتدای ماده ۱۴۹ آمده است: «نسبت به ملکی که با مساحت معین مورد معامله قرار گرفته باشد...» این سیاق کلام قانونگذار با حالتی که ملک «بعنوان داشتن مساحت معین» مورد معامله قرار می‌گیرد سازگار است نه «به شرط داشتن مساحت معین» یعنی جایی که مقدار مساحت جنبه اصلی

دارد نه جنبه وصفی.

۲) چنانکه ذکر شد حکم مذکور در ماده ۱۴۹، یک حکم استثنایی ناسازگار با قواعد است، پس نمی‌توان از آن تفسیر موسع بعمل آورد، قدر متیقن دایره شمول آن موردی است که مبیع «بعنوان داشتن مساحت معین» مورد معامله قرار گیرد. مضافاً اینکه اگر در شمول آن به موردی که ملکی «بشرط داشتن مساحت معین» فروخته می‌شود، شک شود، به اصل عدم رجوع می‌گردد.

۳) در پاراگراف دوم ماده ۱۴۹، اجرای حکم مذکور در ماده مزبور را مشروط کرده است به موردی که قراردادی بین طرفین معامله نشده باشد، حال آن‌که ماده ۳۵۵ ناظر بر موردی است که ملکی «بشرط داشتن مساحت معین» فروخته می‌شود، این امر دلالت دارد به اینکه طرفین قرار و قراردادی خاص (بصورت شرط ضمن عقد) راجع به اضافه مساحت (همین‌طور کسری مساحت) دارند، قرار با شرط ضمن عقد آنها این است که هرگاه مقدار مبیع بیشتر از مقدار مشتری شرط درآید بایع و هرگاه کمتر از آن درآید مشتری حق فسخ داشته باشد، و پس از فسخ طرف دیگر آثار فسخ را ترتیب دهد.

در پایان ذکر دیدگاه قانون موجبات و عقود لبنان، و نیز دیدگاه قانون مدنی فرانسه، احتمالاً مرجع اقتباس قانونگذار لبنان بوده است، خالی از فایده نخواهد بود.

قانون موجبات و عقود لبنان در ماده ۴۲۲ و مواد بعدی در ارتباط با مسئله مورد بحث چنین مقرر می‌دارد؛

ماده ۴۲۲: «بایع ملزم به تسلیم محتوی مبیع (آنچه را که مبیع در برمی‌گیرد) چنانکه در عقد منصوص است (مطابق قرارداد) با رعایت تعدیلاتیکه ذیلاً ذکر می‌شود، می‌باشد».

ماده ۴۲۳: هرگاه غیر منقول با تعیین محتوای آن به بهای مقیاس هر واحد فروخته شود بایع باید مقدار معین در عقد را، در صورت تشبث به آن نشود، قبول کسر گذاشتن نسبتی از ثمن به بایع حتمی (الزامی) است. اما هرگاه مقدار مبیع زائد بر آنچه که در قرارداد معین شده است باشد و زیادی بیش از یک بیستم مقدار معین (مبیع) باشد، مشتری می‌تواند ثمن زیادی را تأدیه کند، یا به عقد رجوع کند (عقد را فسخ نماید).

ماده ۴۲۴: هرگاه عقد شراء (بیع) در حالات معین در ماده سابق، مقتضی رجوع به اوراق نقشه مساحت باشد، وجهی برای افزایش ثمن (یا کاهش آن در صورتیکه مقدار مبیع کمتر از مقدار مقرر

باشد) نیست مگر اینکه فرق متحقق بعد از اندازه‌گیری، از مقدار قابل تسامح تجاوز کند.

ماده ۴۲۵: هرگاه عقد بیع بر عین معین محدود باشد یا بر غیر منقولات متمایز منتقل خواه با تعیین اندازه شروع شود، یا با تعیین مبیع، سپس اندازه‌گیری شود، در این صورت بیان اندازه نه حق بایع را برای مطالبه ثمن زیادی مبیع، سلب می‌کند در صورتیکه اندازه‌گیری زیادی آنرا معلوم کند، و نه حق مطالبه کاهش ثمن را از مشتری اخذ می‌کند هرگاه «که مبیع معلوم گردد».

ماده ۴۲۶: «در جمیع حالاتیکه مشتری حق رجوع به عقد را اعمال می‌کند (عقد بیع را فسخ می‌کند)، بایع باید ثمن را به او رد نماید هرگاه آنرا قبض کرده باشد و همچنین هزینه‌های عقد را باید بپردازد».

مواد ۱۶۱۷ تا ۱۶۲۳ ق.م فرانسه درخصوص اشتباه در محاسبه مقدار مبیع اموال غیر منقول می‌باشد، برای اینکه معلوم شود که چه موقع و چگونه ثمن مبیع در نتیجه اشتباه در محاسبه ارزیابی می‌شود، قانون مدنی فرانسه قائل به تفکیک شده است.

۱) اگر بیع از قرار هر واحد فلان مبلغ منعقد شده باشد، در این مورد اختلاف ناشی از بیشتر یا کمتر در آمدن مبیع، جهت تغییر ثمن مشکلی ایجاد نخواهد کرد در این صورت ثمن متناسب با وضعیت اشتباه، کاهش یا افزایش می‌یابد. (مواد ۱۶۱۷ و ۱۶۱۸).

۲) اگر فروش در قبال ثمن معین باشد، بدون اینکه قیمت اندازه هر واحد مشخص شود، در این صورت زیادی یا کسری مساحت نمی‌تواند موجب تغییر ثمن گردد، مگر از مواردی که اندازه واقعی از اندازه تصریح شده در قرارداد کمتر یا بیشتر از یک بیستم باشد (ماده ۱۶۱۹)، قانون می‌گوید این اختلاف «در ارتباط با کل مبیع» معین می‌شود. باید گفت اگر مال غیر منقول بر حسب اجزاء مختلف باشد (مختلف الاجزاء باشد) طرفی که زیادتى بطرف اوست باید کمبود را جبران کند. (۵۰)

اشتباه در محاسبه مقدار مبیع، علاوه بر افزایش یا کاهش ثمن، اثر دیگری نیز دارد. و آن این

است که متبایعین تحت شرایطی خاص می‌توانند تقاضای فسخ بنمایند:

۱) افزایش مساحت، اگر موجب ازدیاد قابل ملاحظه ثمن باشد بنحویکه هرگاه خریدار از آن آگاهی داشت از انجام بیع خودداری می‌کرد، در این صورت او را نمی‌توان ملزم به پرداخت چنین مبلغ هنگفتی نمود که او نمی‌توانسته در زمان انعقاد قرارداد آنرا پیش‌بینی کند. به همین لحاظ قانون به او اجازه می‌دهد که فسخ بیع را درخواست نماید در صورتیکه میزان اضافی بالغ بر یک‌بیستم اصل ثمن باشد، (مادتین ۱۶۱۸ و ۱۶۲۰). خریدار حتی می‌تواند بلحاظ فسخ بیع خساراتی را که متحمل شده است تحصیل نماید، (ماده ۱۶۲۱).

۲) در مورد نقصان مساحت، خریدار علی‌الاصول حق درخواست فسخ بیع را ندارد بلکه او می‌تواند صرفاً «درخواست نماید تا نقصان زمین برطرف شود. البته اگر امکان داشته باشد، یعنی اگر فروشنده زمین دیگری در کنار زمین مورد بیع داشته باشد، و اگر نداشته باشد او باید به کسر کردن مقداری از ثمن که در مقابل مقدار کسری مبیع قرار می‌گیرد، اکتفا نماید و در موارد استثنایی می‌تواند فسخ بیع را مطالبه کند. آن در موردی است که زمین برای مقصودی که او در نظر داشته کافی نباشد، چنانکه زمین را جهت احداث ساختمان کارخانه‌ای بخرد و بدلیل کمبود مساحت مبیع برای آن منظور کافی نباشد. (۵۱)

مواد ۱۶۱۷ الی ۱۶۲۲ ق.م.فرانسه بندرت اجرا می‌شود زیرا طرفین در اغلب موارد شرط مخالف این مواد را در قرارداد، مقرر می‌دارند. معمولاً این شرط در فرم دفترخانه اسناد رسمی استعمال می‌شود و به این صورت مقرر می‌شود که طرفین هرگونه ادعا نسبت به کاهش یا افزایش در مساحت عرصه فروخته شده را از خود ساقط نمودند، اگرچه بالغ بر  $\frac{1}{20}$  ثمن باشد و خریدار اعلام می‌دارد که ملک را دیده و آنرا بخوبی می‌شناسد. (۵۲)