

Islamic Jurisprudential Analysis of Interaction or non-Interaction of Price with Clauses and Specifications Stipulated in Sale Contract

Mohammad Abu'ata^{1*}, *Seyyed Hadi Javadi*², *Hossein Rahmani*³

1. Associate Professor, Department of Law, University of Semnan, Semnan, Iran
2. Ph.D Student, Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Ferdowsi University, Mashhad, Iran
3. Ph.D Student, Private Law, Islamic Azad University (Semnan Branch), Semnan, Iran

(Received: December 28, 2017; Accepted: July 23, 2018)

Abstract

In respect of interaction or non-interaction of price with clauses and specifications stipulated in sale contract, there are two different views in Islamic jurisprudence. Some jurists believe that the clauses and specifications have no role in determining the price of the sale but merely persuade the customer to make sale contract. Another group believes that the clauses and specifications of the sale are effective in determination of the price and are considered as equivalent to some part of the price. In other words, the first group of the jurists relies on the rule “al-shurūṭ lā ūza’u ‘alayhā al-thaman” and the second group relies on the rule “li al-sharṭ qisṭun min al-thaman”. It seems that no one can practice the generalities and specifications of these rules and since the act of legislator in the area of contracts is principally affirmative, for adopting the determination criteria it should be referred to the custom. As a whole, in the cases when the sale and the clause are considered as a single ruling by custom, such that the sale contract is made because of gaining the subject of the clause the rule “al-shurūṭ lā ūza’u ‘alayhā al-thaman” is relied upon. However, if the clause is not in the above-mentioned order and it only triggers and persuades contractor to do the contract, the rule “li al-sharṭ qisṭun min al-thaman” is relied upon.

Keywords: Clause, Description, Price, Sale, Contract.

* **Corresponding Author:** Abouata@semnan.ac.ir

پژوهش‌های فقهی، دوره ۱۶، شماره ۱، بهار ۱۳۹۹
صفحات ۱۰۵-۱۲۴ (مقاله پژوهشی)

تحلیل فقهی تقابل یا عدم تقابل ثمن با شروط و اوصاف مندرج در بیع

محمد ابوعطا^{۱*}، سیدهادی جوادی^۱، حسین رحمانی^۲

۱. دانشیار حقوق خصوصی، گروه حقوق، دانشگاه سمنان، سمنان، ایران

۲. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه فردوسی، مشهد، ایران

۳. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد سمنان، دانشگاه آزاد اسلامی، سمنان، ایران

(تاریخ دریافت: ۹۶/۱۰/۷؛ تاریخ پذیرش: ۹۷/۰۲/۱۱)

چکیده

در زمینه تقابل یا عدم تقابل ثمن با شروط و اوصاف مندرج در بیع، دو دیدگاه مختلف وجود دارد. گروهی از فقها، عقیده دارند که اوصاف و شروط، نقشی در تعیین ثمن معامله ندارند بلکه تنها در جهت ترغیب مشتری به خرید مؤثر هستند. گروهی دیگر بر آنند که اوصاف و شروط مربوط به مبیع، در میزان ثمن معامله تأثیر دارند و معادل قسمتی از ثمن به‌شمار می‌روند. به عبارتی، گروه اول از فقها، به قاعده «الشروط لایوزع علیها الثمن» و گروه دوم، به قاعده «للشروط قسط من الثمن» نظر دارند. به نظر می‌رسد نمی‌توان به اطلاق و عموم این قواعد عمل کرد و از آنجا که عمل شارع در حوزه معاملات، علی‌الاصول امضایی است، باید معیار تشخیص را به عرف ارجاع داد. به‌طور کلی، چنانچه عرف، بیع و شرط ضمن آن را در حکم واحد بداند، طوری که بیع، به منظور حصول مدلول آن شرط منعقد شده باشد، قاعده «الشروط لایوزع علیها الثمن» جریان می‌یابد. اما اگر مقام شرط در بیع، به ترتیب فوق نبود و فقط سبب تحریک و تمایل بیشتر مشروط‌آله به انجام دادن معامله بشود، قاعده «للشروط قسط من الثمن» جاری می‌شود.

واژگان کلیدی

بیع، ثمن، شرط، معامله، وصف.

مقدمه

بیع در عرف لغویین، به مبادله مال به مال تعریف شده است (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳: ۷) و چون حقیقت عرفیه دارد نه شرعیه، پس معنای حقیقی بیع، مبادله است و به اقتضای «باء» مقابله، این مبادله، بین دو مال است. یکی از قواعدی که در برخی از متون فقهی به آن استناد کرده‌اند، قاعده «الشروط لا یوزع علیها الثمن» است. بر اساس این قاعده، شروط و اوصاف مندرج در بیع، هیچ مابه‌ازایی از ثمن معامله را به خود اختصاص نمی‌دهند، بلکه صرفاً انگیزه و رغبت در مشتری برای خرید ایجاد می‌کنند. این در حالی است که برخی دیگر از فقیهان، به شرحی که در بخش‌های بعد خواهیم دید، قاعده «الشروط قسط من الثمن» را مورد توجه قرار داده‌اند که حسب آن، به‌طور معمول، بخشی از ثمن، در ازای شرط و وصف مذکور در عقد قرار می‌گیرد. با توجه به وصف مالیت داشتن مبیع، وجود و عدم آن، سبب زیادی و کمی رغبت خریدار در پرداخت می‌شود. حال آیا اوصاف و شروط هم قابل تملیک و تملک هستند؟ زیرا بین مالیت و ملکیت، نسبت عموم و خصوص مطلق است و ملازمه قطعی بین آن دو نیست. حال آیا اوصاف مبیع هم می‌توانند خود مبیع قرار گیرند؟ دیگر اینکه مبیع باید عین باشد به این معنا که ثمن در مقابل ذات و جوهر قرار می‌گیرد نه اوصاف و اعراض. آیا برای اوصاف و شروط می‌توان قائل به این خصوصیت شد؟ درباره سایر شروط مبیع همانند ملک بایع بودن نیز به همین صورت است. آیا اوصاف، ملک و قابل تملیک و تملک هستند؟ آیا قدرت بر تسلیم و تسلیم و قبض اقباض آن وجود دارد؟ زیرا علت غایی بیع، تملیک و تملک انشایی و قبض و اقباض خارجی آن است تا هر دو طرف، بتوانند از آثار حقیقی و خارجی عوض مال خود بهره‌مند شوند و اگر چنین نباشد، بیع آن، لغو است. اکنون باید دید که آیا امکان تقابل یا عدم تقابل ثمن با این شروط و اوصاف مندرج در بیع وجود دارد یا خیر؟ مقاله حاضر پژوهشی در این مسئله و نقد و بررسی فقهی موضوع، بر مبنای نظریات فقهاست.

معنای شرط و وصف مربوط به مبیع

آنچه در قلمرو عقد قرار می‌گیرد، یکی از این سه حالت را دارد: یا ذات است یا وصف یا

شرط، هر چند جمع همه آنها نیز ممکن خواهد بود. همیشه این طور نیست که وصف و شرط با هم باشند. گاهی چیزی را معامله می کنند، بدون هیچ وصف و شرطی. ولی گاهی هم وصفی یا شرطی اضافه می شود. وصف، گاهی وصف مقوم و گاهی وصف غیر مقوم است. وصف اگر مقوم باشد، یعنی اصلاً عین آن متعلق است. مثلاً جاریه ای که ناطقه است، وصف مقوم است. اما این اوصاف مقوم، مورد بحث ما نیستند. اوصافی که مقوم باشند، همان ذات هستند. وقتی عبدی را می فروشم که ناطق است، این ناطق، فصل اوست که مقومش است و این وصف، قید توضیحی خواهد بود (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱، ج ۲: ۵۹؛ حسینی روحانی قمی، ۱۴۲۰، ج ۲: ۱۵). وصفی که در اینجا مقصود بوده، وصفی است که مقوم نیست، بلکه وصف زائد است. وصف عرضی که در معامله می آید، گاهی مؤثر در ازدیاد قیمت است و گاهی هم مؤثر نیست. آنجایی که در قیمت و ازدیاد قیمت تأثیر دارد، گاهی مقصود واقع می شود و در مقام معامله و انشا، قصد به آن تعلق می گیرد. گاهی هم در مقام معامله، آن وصف مدنظر نیست.

اما درباره شرطی که در ضمن عقد و به عنوان یک تعهد و التزام تبعی، واقع شده است، باید دید که مقام تعهد ناشی از شرط در عقد چیست. آیا تعهد تبعی ناشی از شرط، همدریف با تعهد اصلی قراردادی است یا حقوقی که متعاقدين در ارتباط با اجرای تعهد اصلی قراردادی دارند، در مورد شرط نیز امکان تسری و اجرا دارد. به عبارت دیگر و به تعبیر فقها، آیا شرط ضمن عقد، جزئی از دو عوض است و در نتیجه بین اصل و فرع در ارتباط میان شرط و عقد فرقی نیست؟ یا اینکه شرط، تعهد فرعی دیگری است که به جهتی از جهات، تابع قرارداد شده است و جزئی از عوضین به شمار نمی رود؟^۱ تعمق در منابع فقهی، به شرحی که خواهد آمد، نشاندهنده دیدگاه‌هایی عمده در زمینه جایگاه شرط در ضمن عقد است؛

۱. واضح است که در این تحقیق، شرط در معنای اصولی آن، یعنی «امری که از وجود آن، ممکن است وجود حاصل شود اما از عدم آن، قطعاً عدم لازم می آید» نیست.

مقام شرط در عقد بیع

۱. شرط، جزئی از عوضین است

به نظر برخی از فقیهان، شرط، جزئی از مورد معامله یا در حکم آن است. در مقام استدلال گفته‌اند: همان‌گونه که در برابر هر جزئی از مبیع، بخشی از ثمن قرار گرفته است، در برابر شرط نیز قسمتی از ثمن قرار می‌گیرد. چه تفاوتی می‌کند که شخص خانه‌ای بخرد و در ضمن آن شرط کند که باغچه مجاور آن، ملک خریدار باشد یا از ابتدا خانه و باغچه مجاور را به ثمن معین خریداری کند؟ (نراقی، ۱۴۱۷: ۱۳۵). به این ترتیب، نخستین نظریه آن است که شرط، جزء یکی از دو عوض است و در برابر آن، مستقیماً بخشی از عوض دیگر قرار می‌گیرد. بر مبنای این نظریه، برخی به بطلان عقدی که دربردارنده شرط باطلی است، معتقد شده‌اند و در مقام استدلال گفته‌اند که باطل بودن شرط، اصولاً موجب بطلان معامله است؛ زیرا از یک طرف، بخشی از ثمن در برابر شرط قرار می‌گیرد، به طوری که این شرط شاید قیمت مورد معامله را کم یا زیاد کند. از طرف دیگر، وقتی شرط باطل شد، ثمنی که مابه‌ازای آن قرار گرفته است، شرعاً تصرف‌ناشدنی می‌شود و چون میزان این ثمن معلوم نیست، عقد را به دلیل مجهول بودن ثمن باطل می‌کند (حلی، ۱۴۱۳، ج ۵: ۲۹۸). این نظریه، نتایج و لوازمی دارد که قائلان به آن، باید به آن ملتزم شوند، از جمله:

۱. مشروطه بتواند در صورت تخلف، ثمن را تقسیط کند و نه جزء حقیقی ثمن، بلکه چیزی همچون ارش عیب را مطالبه کند. البته این نتیجه‌ای است که مشهور مخالف آن هستند. به نظر مشهور، تنها حقی که برای مشروطه‌ه وجود دارد، خیار فسخ است؛

۲. لازمه دیگر نظریه مزبور این است که اگر شرط به انجام نرسد، بر مشروطه‌علیه لازم است که قسمتی از ثمن را که در برابر شرط قرار گرفته است، به طرف خویش بازگرداند، هر چند که وی آن را مطالبه نکرده باشد. همان‌طور که در مبیع مثلی فروشنده در صورت ناقص بودن آن ضامن است، هر چند مشتری مطالبه نکرده باشد. ولی در تخلف شرط، کسی قائل به این شرط نشده و حتی در صورت معیوب درآمدن مبیع که نوعی تخلف شرط ارتکازی محسوب می‌شود نیز، پرداخت ارش، فقط با مطالبه متضرر، بر عهده بایع مستقر می‌شود.

در نقد این نظریه گفته شده که نظریه مذکور اصولاً برخلاف فهم عرفی از مفاد عقد است. عرف به وضوح، میان جزء و شرط تفاوت می‌گذارد. درست است که شرط، در ازدیاد و نقصان قیمت مؤثر خواهد بود، ولی این به آن معنا نیست که دو طرف در قرارداد خویش، بخشی از ثمن را در برابر شرط قرار داده باشند. در حقیقت معاوضه فقط میان عوضین برقرار شده است، بدون آنکه در برابر عوض، چیزی به جز معاوضه قرار گرفته باشد. بر همین اساس به نظریه یادشده از سوی دیگر فقیهان انتقاد وارد شده است (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۶: ۷۵). البته این نقد و نیز برخی از توالی و لوازم مترتب بر این نظریه، وقتی صحیح واقع می‌شود که قائلان به این نظریه، دقیقاً بر جزیت شرط برای یکی از عوضین اصرار کنند، ولی چنانچه آنان بر مابه‌التفاوت، یعنی چیزی شبیه به ارش که در واقع نه عوض، بلکه در حکم آن است، نظر داشته باشند، نمی‌توان این نقد را چندان واجد وجهت منطقی دانست، زیرا ناگفته پیداست که با پذیرش قول به مابه‌التفاوت، برای شرط، ارزشی ملحوظ شده است هرچند که ارش مصطلح (که جزیی از عوضین است) محسوب نمی‌شود؛

۲. شرط، جزیی از عوضین نیست

نظریه دوم که مشهور فقها از آن پیروی می‌کنند، این است که هرچند میان عقد و شرط از آن حیث که شرط بوده، رابطه اصل و فرع برقرار می‌شود، با این‌همه، شرط در مقابل ثمن و مثن قرار نمی‌گیرد و جزیی از یکی از عوضین را به خود اختصاص نمی‌دهد. به عبارت دیگر، شرط هرچند در انگیزه هر یک از متعاملین به انعقاد عقد مؤثر است و چه بسا که در زیادی و کمی عوض نیز تأثیر داشته باشد، با توجه به اینکه مدلول عقد، چیزی جز وقوع معاوضه بین ثمن و مثن نیست، شرط، در حکم عوضین یا جزیی از آنها نخواهد بود. عقد، عرفاً جز بر مقابله بین دو عوض دلالت ندارد و دلیلی هم بر تقسیط شرط مثلاً به ثمن در بیع یا یکی از عوضین در سایر عقود وجود ندارد و شرع نیز چیزی به جز آنچه مورد قبول عرف بوده، اضافه نکرده است (موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ج ۵: ۳۵۲؛ بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۴: ۲۰۲؛ انصاری، ۱۴۱۵، ج ۶: ۹۳). چون امر شرع به وفا به شرط، به لحاظ این مدلول

عرفی است. پس در صورت تخلف، خواه اختیاری و خواه غیراختیاری، ضرری به تملک تمام عوضین توسط هر یک از متعاقدین متوجه نخواهد کرد و مشروطه‌له، صرفاً منخیر بین فسخ یا امضای رایگان عقد خواهد بود و حق دریافت ارش را ندارد.

البته پیروان این نظریه نیز با وجود اعتقاد به عدم تقسیط ثمن بر شرط، در بعضی موارد، ثمن را تقسیط‌شدنی می‌دانند. به همین لحاظ، شرط را به اعتبار رابطه‌اش با عوضین بررسی می‌کنند. در برخی موارد، مفاد شرط عبارت است از جزئییت مقدار خاصی برای مبیع. مانند اینکه کالایی را معامله کنند که موجودی است مرکب از اجزا و شرط کنند که مبیع، دارای اجزای معین و مشخصی باشد. مثلاً می‌گویند این زمین یا این پارچه یا این انبار گندم را از تو می‌خرم، به شرط اینکه زمین، فلان مقدار هکتار باشد، پارچه فلان مقدار متر باشد و انبار فلان مقدار تن باشد. در اینجا، مفاد شرط، مرکب از اجزای معین برای مبیع است. در این‌گونه موارد، با فرض تخلف، چه حقی برای مشروطه‌له متصور خواهد بود؟ آیا شرط در اینجا نقش قید دارد و همانند موردی است که شخصی اتومبیلی بخرد به شرط اینکه در هر ساعت، ۲۵۰ کیلومتر سرعت داشته باشد که در فرض تخلف، فقط خیار فسخ به‌دنبال دارد و به‌هیچ‌وجه نمی‌توان برای حق مطالبه جزئی از ثمن را قائل شد یا اینکه جانب جزئییت را برای چنین مواردی ترجیح دهیم و بگوییم در اینجا شرط، نقش جزء ایفا می‌کند، با این استدلال که شرط، هرچند به‌صورت قید بیان شده، منشأ انتزاع قید مزبور، وجود و عدم جزئی خاص برای مبیع بوده است. یعنی مبیع در حقیقت فلان مقدار اجزای متعین خاص بوده، هرچند به این صورت بیان شده است. اگر زمینی با شرط دو هزار متر بودن فروش رفت، در واقع مبیع، زمین نبوده، بلکه دو هزار متر زمین است و به‌عبارت دیگر به‌جای آنکه مثلاً گفته شود فروختم صد متر پارچه یا صد تن گندم یا صد هکتار زمین را، گفته شده است که فروختم این را به شرط آنکه فلان مقدار باشد و چون هر دو به یک معناست، بنابراین در صورت تخلف از شرط و کشف کمبود، می‌تواند مقداری از ثمن را مسترد دارد. بنابراین، وجه مقدار ناقص عرفاً و حقیقتاً جزئی از مورد معامله است، هرچند به‌صورت شرط بیان شده باشد. پس حکم عدم مقابله ثمن، در این‌گونه موارد جاری نیست.

اما اینکه کدام یک از دو نظر جای دفاع دارد؟ این مسئله از مسائل پیچیده فقهی بوده و تحت عنوان این قضیه مطرح شده است که هرگاه شخصی زمینی بفروشد بنا بر اینکه مساحت معینی باشد یا انبار گندمی بفروشد بنا بر اینکه چند تن معین باشد و خلاف آن محرز شود؛ شیخ انصاری، مسئله را در چهار فرض بیان کرده است: مبیع در مقابل ثمن قابل تجزیه است یا نیست (مختلف الاجزا یا متفق الاجزا) و هر کدام از دو صورت یا کمتر درآمده یا بیشتر. بنابراین، چهار قسم، تصورشدنی است و هر کدام به نتیجه‌ای متفاوت می‌انجامد (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۶: ۸۵) که در ادامه به آنها خواهیم پرداخت؛

شرایط عوضین و ضمانت اجرای آن

فقها در مورد عوضین، مالیت را شرط کرده‌اند. (انصاری، ج ۴: ۹) اگر مبیع مالیت نداشته باشد، توزیع و تقسیط ثمن در برابر آن موضوعاً خارج از ماهیت بیع است و دیگر نوبت به صحت یا فساد شرعی آن نمی‌رسد. شرط دومی که برای عوضین ذکر شده این است که مبیع باید عین باشد، به این معنا که ثمن در مقابل ذوات و جواهر قرار می‌گیرد، نه اوصاف و اعراض. اما اینکه آیا منافع و دیون و حقوق، بدل از اعیان است و قائم مقام آن واقع می‌شود یا خیر و اینکه می‌توانند مبیع و معوض واقع شوند یا خیر، ارتباطی به این مقام پیدا نمی‌کند. شرط دیگر این است که مبیع باید ملک بایع باشد و تحت تسلط مالکانه او قرار داشته باشد. چون مراد از مبادله در بیع، مبادله تملیکیه هست نه مطلق مبادله، باید بایع و مشتری عوض و معوض را به همدیگر تملیک کنند و گرنه مالی که باید همیشه طرف اضاعه مالکیت باشد در خلأ واقع می‌شود و این عقلاً محال است. پس حتماً آن مال باید ملک طرفین باشد تا بتوانند به صیغه ملکیت ایجاب و باقبلیت التملیک قبول شود. حال آیا این وصف، از اوصاف ملک است؟ و به عبارت دیگر بر فرض که اوصاف، مالیت داشته باشد به این معناست که عقلاً حاضر شوند در قبال آن پولی بپردازند و وجود و عدم آن سبب زیادی و کمی رغبت عقلاً در پرداخت شود، آیا اوصاف امکان تملیک و تملک هم دارند؟ زیرا بین مالیت و ملکیت نسبت عموم و خصوص من وجه برقرار است. چه بسا ملکی که مال نباشد، مثل ریگی در زمین یا ساختمان انسان که داخل در ملک و ملکیت

صاحب زمین یا ساختمان است، اما کسی حاضر نیست آن را بخرد و بفروشد. و چه بسا مالی را انسان مالک آن نیست، بلکه مالک آن مثلاً همسایه بوده و اما محل جمع دو عنوان اموال خود شخص است. حال آیا اوصاف مبیع چنین خواهد بود و آیا اوصاف مبیع هم می‌تواند خود مبیع قرار گیرد؟ شرط چهارمی که فقها برای معوض و مبیع ذکر فرموده‌اند، قدرت بر تسلیم و تسلیم و قبض اقباض آن است، زیرا علت غایی بیع و شرط تملیک و تملک انشایی، قبض و اقباض آن است تا بتوانند هر دو طرف از آثار حقیقی و خارجی معوض مال خود بهره‌مند شوند و اگر چنین نباشد، بیع آن لغو است و اگر طرفین، حال معامله به این مسئله توجه داشته باشد، سبب می‌شود که اصلاً قصد انشای حقیقی از آنها تحقق پیدا نکند. حال آیا اوصاف امکان تسلیم و تسلیم دارند و اگر هستند قبض و اقباض آنها به چه شکل است و اگر نیستند، آیا معامله آن از اصل باطل بوده یا موجب خیار است و اگر خیار محسوب می‌شود چه خیاری؟ اگر این شرایط چهارگانه در اوصاف بود، معوض و مبیع واقع می‌شود و ثمن در قبال آن رد و بدل خواهد شد، والا فلا. اما شرط اول: در زمینه مالیت اوصاف، باید به عرف عام و بلکه عرف خاص بازاریان مراجعه کرد که آیا در قبال اوصاف جنسی، حاضرند مالی بپردازند یا خیر؟ آیا وجود و عدم آن، دخلی در کمی و زیادی قیمت مال دارد یا خیر؟ پس نوبت می‌رسد به امضا یا رد شرع نسبت به این بنای عقلانی که عدم رد آن، دلیل بر امضاست و در هر حال با مراجعه به بازار می‌بینیم که برای بعضی از اوصاف، مالیت قائلند و حاضر به خرید و فروش آن هستند و بلکه گاهی موصوف را به خاطر وصفش می‌خرند و به بعضی از اوصاف اعتنایی ندارند، بلکه وجود آن را سبب بی‌رغبتی به خرید موصوف می‌دانند و وجود آن را در مبیع بعد معامله، موجب غبن و غرر می‌دانند. اما شرع که مالیت را به عرف واگذار کرده است، صحت معامله مال را به این مشروط می‌داند که بر آن مال، منفعتی حلال مترتب و صلاح اجتماع در آن دیده شده باشد. لذا اوصافی که مالیت دارند و شرع هم خرید و فروش آن را رد نمی‌کند، طرف مقابل ثمن واقع می‌شوند. مثلاً اگر خودرویی رنگ خاصی داشته باشد یا مدل سال خاصی باشد، قیمتش به خاطر این اوصاف، بیشتر از امثالش خواهد بود و اگر بعد از معامله معلوم

شود که از آن وصف تخلف شده، مشتری می‌تواند در ازای پولی که داده است، شکایت کند و غرامت بگیرد. در نقطه مقابل با بیع می‌تواند درخواست غرامت کند و اگر همین خودرو به لحاظ اوصاف صحت، مشکلی نداشته باشد و با وجود سلامت موتور، دارای رنگ ناپسند باشد، چه بسا قیمت آن در بازار کمتر از قیمت کارخانه محسوب و سبب نزول ثمن شود. لذا باید اوصاف را به لحاظ مالیت، به صحت، سلامت، اوصاف کمال و نقص تقسیم کرد. اما شرط دوم واضح است که وصف هرچند مالیت داشته باشد، به خودی خود معاوضه‌شدنی نیست، چون اوصاف از مقوله اعراض هستند و قائم به ذوات و جواهر. لذا هرچند مقصود اصلی از اعطای ثمن، وصف باشد نه موصوف، عمل بدون انضمام به عینی از اعیان محله، امکان نقل و انتقال ندارد. لذا حتماً قسطی از ثمن باید در مقابل عین واقع شود، وگرنه موجب اجتماع ثمن و مثنی در یک جیب می‌شود که با حقیقت مبادله‌ای بیع منافات دارد. اما شاید گفته شود که مدار در صحت بیع و صدق عنوان معاوضه و مبادله، تبادل دو مال است، در مقام انشا به ایجاب و قبول و از این جهت مانعی ندارد تمام ثمن در قبال خصوص وصف قرار گیرد و اما انضمام عین فقط برای تصحیح و تبدیل خارجی و در مقام قبض و اقباض باشد که شرط لزوم است نه صحت و به این ترتیب تکلیف شرط چهارم هم روشن می‌شود؛ به‌ویژه اینکه مدار در شرط چهارم، قدرت بر تسلیم حال قبض و اقباض است، نه حال معامله ولو به کمک دیگران. چنانکه حیوان فراری یا ماشین مسروقه‌ای را بفروشد به دیگری و طرفین می‌دانند که با کمک پلیس، قادر به تسلیم و تسلیم خواهند بود. اگر این شرط محقق نشد، بیع خیار خواهد بود نه فاسد. اما اگر ملاک قدرت تسلیم، حال بیع باشد، بطلان معامله به جهت آن است که این معامله سفیهانه و لغو و صوری است و مصداق اکل مال به باطل، هرچند بعد از معامله، حسب اتفاق، قدرت بر تسلیم پیدا کند. همچنین عقلاً چنین با بیع و مشتری را سفیه می‌دانند، بلکه مالی را که قدرت بر تسلیم آن نباشد، مال قلمداد نمی‌کنند و برای آن مالیتی هرچند در خصوص آن معامله قائل نیستند. در هر صورت وصف به انضمام عین، قابل تسلیم است هم حال بیع و هم حال قبض و اقباض و بدون آن تسلیم‌ناشدنی است، چه در

حال بیع و چه بعد از آن. لذا مالیت آن هم بلامشکل باقی خواهد ماند. اگر پذیرفتیم که اوصاف دارای مالیت تسلیم‌شدنی به مشتری هستند و بایع قادر بر این امر است، ولو به کمک مشتری یا تشخیص ثالث، تکلیف شرط سوم هم مشخص می‌شود، زیرا ملکیت بر چیزی، به معنای سلطه و سیطره مالکانه بر آن است، به نحوی که بتواند تمام حقوق مالکانه و از جمله نقل و انتقال آن را استیفا و بهره‌برداری کند، به هر طریقی که ممکن باشد؛

تحلیل شرط به اعتبار رابطه آن با عوضین بنا بر عدم تقسیط

۱. مبیع، متساوی الاجزا و ناقص باشد

مانند آنکه شخصی برنجی را معامله می‌کند به شرط آنکه ۲۰ کیلو باشد و بعد از تحویل کمتر درآید. در این فرض اولاً به یقین حق فسخ برای او متصور است. ولی سخن در حق امضا با گرفتن مقداری از ثمن در مقابل جزء ناقص است. آیا مشتری فقط می‌تواند فسخ کند و کل ثمن خود را پس بگیرد یا امضا کند بدون آنکه چیزی از ثمن را مطالبه کند؟ در پاسخ به سؤال فوق، دو قول از سوی فقها وجود دارد:

۱. فقط حق خیار فسخ وجود دارد نه چیز دیگر و در غایه المرام نسبت داده شده است که مشهور فقها برآنند (صیمری، ۱۴۲۰، ج ۲: ۶۸). در توجیه این نظر گفته‌اند: صرفاً یک التزام، از سوی مشروط‌علیه بر وجود وصف برای مبیع، یعنی مقدار معین، وجود دارد که نسبت به آن وصف، کشف خلاف و مکشوف شده که مبیع فاقد آن بوده است. بنابراین، حقی جز خیار برای مشتری مطرح نمی‌شود. نظیر موردی که وصف هنر کتابت برای مستخدمی که خدمت او معامله می‌شود، شرط شود و خلاف آن معلوم شده باشد که به هیچ وجه چیزی از ثمن در مقابل وصف مزبور قرار نمی‌گیرد تا مشروط‌له علاوه بر حق خیار، بتواند به جای حق فسخ مطالبه کند. در اینجا همانند آن مورد، مقدار، از چنین موقعیتی برخوردار است و لذا در فرض تخلف، حق مطالبه جزئی از عوض برای خریدار مطرح نخواهد شد. چون برای مثال، در فرض معامله زمین، چیزی در خارج به‌عنوان ده جریب وجود ندارد تا چیزی از ثمن، مقابل آن قرار گیرد، بلکه آنچه وجود دارد، زمینی است که در عقد بیع موصوف به وصف ده جریب بودن شده است. نکته دیگر اینکه اینجا

از موارد تعارض وصف با اشاره محسوب می‌شود، زیرا از سویی به عین خارجی اشاره شده و از سوی دیگر توصیف شده است به وزن و مقدار خاص و میان آن دو، تعارض و ناسازگاری وجود دارد و عرف اشاره را بر وصف رجحان می‌دهد. مثلاً اگر گفته شود: فروختم این زمین را به شرط آنکه ده جریب باشد، میان اشاره، یعنی زمین معین، با وصف، یعنی ده جریب بودن، تعارض برقرار است و عرف، اشاره را ترجیح می‌دهد. بنابراین باید گفت مبیع زمین بوده و وصف با ثمن مقابل نشده است. به نظر ایشان بازگرداندن جمله «فروختم این گونی را به شرط آنکه صد کیلو باشد» به جمله «فروختم صد کیلو گندم موجود در این مکان را» امر دشواری است. اینکه موارد مذکور از مصادیق شرط هستند، امری مسلم است، ولی سخن در کبری بوده، یعنی قاعده «الشروط لا یوزع علیها الثمن». زیرا مبنای این حکم یعنی عدم مقابله ثمن با شرط، داوری عرف است و عرف به چنین عمومیت استثنای پذیرایی نظر نمی‌دهد و در همین مورد، نظر عرف بر مقابله ثمن با شرط است؛

۲. شیخ طوسی در مبسوط و محقق حلی در شرایع و علامه حلی در تحریر الاحکام در فرض مختلف الاجزا بودن مبیع، بر تقسیط ثمن نظر داده‌اند (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲: ۱۵۵؛ حلی، ۱۴۰۸، ج ۲: ۱۱؛ حلی، ۱۴۲۰، ج ۲: ۳۴۲). بنابراین در مبیع متساوی الاجزاء، به طریق اولی باید نظرشان چنین باشد. اینان در گفتارشان چنان مطرح می‌کنند که گویی در مبیع متساوی الاجزاء، مسئله مفروغ‌عنه و مسلم است؛

۲. مبیع، مختلف الاجزا و ناقص باشد

به نظر شیخ انصاری در این مورد نیز باید تقسیط ثمن صورت گیرد، زیرا عرف بر این امر داوری می‌کند که آنچه شرط از آن انتزاع شده، جزئی از مبیع است (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۶: ۸۳). این نظریه توسط تمام فقیهانی که در مسئله قبل یعنی فرض متساوی الاجزا بودن مبیع، قائل به عدم تقسیط بودند، با نقد و ایراد مواجه شده است. استدلال معترضان دقیقاً همان مطلب قبل است مبنی بر آنکه آنچه فروخته شده، عین موجود خارجی است. در نهایت بایع بر وجود وصف خاصی یعنی مقدار معینی ملتزم شده که وجود خارجی نداشته است.

به نظر آنان، مبیع همان موجود معین خارجی است و شرط نه آن را کم می‌کند و نه زیاد. تنها استدلالی که در اینجا توسط برخی افزون شده، این است که با توجه به مختلف‌الاجزا بودن مبیع در این فرض، معلوم نیست که اجزای مفقود به چه میزان در ثمن سهم دارند و چه قدر از ثمن در مقابل آن قرار گرفته است؛ زیرا همه اجزای مبیع یکسان نیست و بنابراین، امکان تقسیط ثمن بر عدد جریب‌ها وجود ندارد. نمی‌توان ثمن را بر قسمت‌های مختلف زمینی که هر بخشش قیمت مخصوص به خود را دارد و با بخش دیگر متفاوت است، تقسیط کرد (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲: ۱۵۵). مثلاً اگر زمین معینی با شرط ده جریب به ده میلیون تومان معامله شد و بعدها معلوم شود که یک جریب کم است، به دلیل عدم تساوی اجزا، نمی‌توان ده میلیون تومان را بر ده تقسیم کرد و یک میلیون تومان را پس گرفت. شیخ انصاری در پاسخ به این استدلال گفته است: معلوم نبودن سهم اجزای مفقود موجب نمی‌شود که مشتری استحقاق چیزی را از دست بدهد که اگر سهم اجزای مزبور را می‌دانست، می‌توانست مطالبه کند (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۶: ۸۳). مثلاً اگر (الف) مبلغی از (ب) طلبکار است، ولی میزان آن مبلغ را نمی‌داند، آیا می‌توان گفت حق مطالبه ندارد؟ شاید در اینجا موضوع جهالت مطرح و گفته شود که معلوم نبودن سهم اجزای مفقود، مستلزم مجهول بودن ثمن در ابتدای عقد خواهد بود، چرا که زمان تقسیم ثمن در ابتدای عقد است و با توجه به اینکه هم در آن زمان و بعدها، امکان علم به آن وجود ندارد و به عبارت دیگر، ثمن هم هنگام عقد مجهول است و هم سرانجام، نمی‌توان سهم جزء مفقود را تعیین کرد و از جهل رها شد، زیرا مبیع مختلف‌الاجزاست، پس بیع صحیح به نظر نمی‌رسد. این اعتراض دفع شدنی است. نامعلوم بودن سهم اجزا را نمی‌توان پذیرفت، به دلیل اینکه آنچه مفقود بوده، صفت اندازه مثلاً ده جریب بودن این زمین معین است و می‌توان ده جریب بودن را فرض کرد و با فرض مزبور کاملاً تسهیم ممکن است. ما زمینی را که در خارج پنج جریب است، فرض و ده جریب محسوب می‌کنیم، یعنی هر قسمت از زمین را دو برابر فرض می‌کنیم. مثلاً اگر قسمت مرغوب دو جریب و قسمت ریگزار یک جریب و نیم و قسمت باتلاقی آن نیز یک جریب و نیم است، اولی را چهار جریب و دومی و

سومی را هر یک سه جریب فرض می‌کنیم. بر پایه فرض مذکور، پنج جریب مفقود نیز از نظر کیفیت همچون پنج جریب موجود است و در نتیجه، تقسیم ثمن ممکن خواهد بود؛

۳. مبیع، متساوی الاجزا و زیادت‌تر باشد

این فرض چنان است که مثلاً فروشنده خطاب به خریدار می‌گوید که این ده کیلو گندم را یا این گونی گندم را که ده کیلو است یا این گونی گندم را به شرط اینکه ده کیلو باشد، به شما می‌فروشم و سپس معلوم شود که پانزده کیلو بوده است. حکم این صورت چیست؟ گاهی می‌دانیم که مقصود از شرط آن است که کالا کمتر از مقدار ده کیلو نباشد، اما زیادت‌تر بودن آن ملحوظ نظر نیست. در این صورت چون شرط عدم زیاده شده، هر چه زیاد بیاید، مال مشتری است و بایع، حق خیار فسخ هم نخواهد داشت. در حقیقت در این فرض، مشروط‌الیه، مشتری و مشروط‌علیه، بایع است. شرط مزبور به معنای عدم زیاده و نقیصه بوده و در حقیقت هر یک از طرفین، از یک نظر مشروط‌الیه و از نظر دیگر مشروط‌علیه محسوب می‌شود. در این فرض برخی از فقها می‌گویند که مقدار زیادی، متعلق به بایع است و او با مشتری در گندم موجود شریک خواهد بود و چون شرکت، عیب محسوب می‌شود، مشتری حق خیار فسخ خواهد داشت. ولی برخی از فقها می‌گویند که چون شرط اعلام شده از سوی فروشنده، یعنی زیادت‌تر نبودن، به زیان مشتری بوده و اینک از سوی مشتری تخلف شده است، بنابراین، بایع حق فسخ دارد و می‌تواند تمام ثمن را پس بدهد و همه مبیع را بگیرد یا معامله را همان‌طور امضا کن؛

۴. مبیع، مختلف الاجزا و زیادت‌تر باشد

مثل اینکه مبیع از قبیل فرش باشد و گفته شود که می‌فروشم آن را به شرط اینکه فلان اندازه باشد یا فرش دوازده متری را می‌فروشم و سپس کمتر درآید. حکم این صورت از صور قبل معلوم می‌شود و به توضیح نیاز ندارد.

نقد و بررسی اندیشه‌های فقهی

یکی از قواعدی که برخی از فقیهان در متون فقهی به آن استناد کرده‌اند، قاعده «الشروط

لایوزع علیها الثمن» است (طباطبایی، ۱۴۱۸، ج ۸: ۳۷۳؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۴: ۷۵۵؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۳: ۲۷۹؛ انصاری، ۱۴۱۵، ج ۱: ۱۲۷؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱، ج ۱: ۱۸۳؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۲۴۷). برخی از حقوقدانان نیز به این قاعده به صورت مختصر اشاراتی داشته‌اند (بروجردی عبده، ۱۳۸۰: ۲۵۰؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۸۰). بر اساس این قاعده، شروط، هیچ مابه‌ازایی از ثمن معامله را به خود اختصاص نمی‌دهند، بلکه به نظر بعضی از فقیهان، ایجاد انگیزه و رغبت در مشتری برای خرید مشروط ایجاد می‌کنند (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۱: ۱۹۸). این در حالی است که برخی دیگر از فقیهان، به قاعده «للشروط قسط من الثمن» اشاره و استناد کرده‌اند (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۷۳۱؛ حلی، ۱۴۰۷، ج ۲: ۴۰۷؛ مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۲۴۸؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۱۴۵۳؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۳۴۷؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۶۸). به این معنا که بخشی از ثمن در ازای شرط پرداخت می‌شود. آنچه محل بحث است، اینکه در ظاهر، این دو قاعده با هم تعارض دارند. پس آیا امکان تفکیک‌پذیری ثمن با عنایت به شروط و اوصاف مبیع وجود دارد؟

در پاسخ باید گفت که بین فقیهان در زمینه اعمال قواعد مزبور و مجرای آنها اختلاف نظر وجود دارد. برخی از آنها بر این باورند که این دو قاعده، اصطیادی هستند و با یکدیگر تعارض دارند و بعضی هم بر این نظرند که بین این دو قاعده تعارضی وجود ندارد. آن دسته از فقیهان که قائل به تعارض شده‌اند، قاعده «الشروط لایوزع علیها الثمن» را توجیه کرده‌اند و آن را صحیح شمرده‌اند و قاعده «للشروط قسط من الثمن» را نادرست قلمداد کرده‌اند (بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۱۹: ۱۶۴؛ خویی، بی‌تا، ج ۷: ۳۹۷؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ج ۲: ۳۹۷). یکی از فقیهان در این زمینه می‌نگارد: «اگرچه در میان فقیهان شهرت یافته است، اما احادیث با مفاد قاعده «للشروط قسط من الثمن ناسازگار است.» (بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۱۹: ۶۷). یکی دیگر از فقیهان نیز بیان می‌کند که اگر شرط تحقق نیابد، حقی برای مشتری پیدا نمی‌شود مگر اختیار؛ زیرا دلیلی بر لزوم تعلق ارش وجود ندارد، چرا که شرط در حکم قید است که مقابل مال قرار نمی‌گیرد. عرف و شرع، معامله را بین دو مال جاری می‌دانند. تقیید که یک امر معنوی است، جزو مال به حساب نمی‌آید، حتی اگر قیمت کالا با وجود آن نیز

افزایش یابد. لزوم ارش در مورد عیب، به دلیل نص خاص بوده که موجب شده است در مورد آن، قاعده «للشروط لا یوزع علیها الثمن» تخصیص بخورد (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۶: ۷۳). صاحب جواهر نیز در زمینه لزوم پرداخت ارش می‌گوید: «کسی اشکال وارد نکند مبنی بر اینکه ثمن نسبت به شروط توزیع نمی‌شود، زیرا ارش به‌خاطر عیب است نه به‌خاطر شرط» (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۳: ۲۷۹). پس ایشان حکم لزوم پرداخت ارش را به وجود عیب مرتبط و مستند ساخته و به قاعده «للشروط قسط من الثمن» تمسک نکرده است. به‌گونه‌ای که ایشان در جای دیگر، چنین استدلال کرده است که کسی با تمسک به «للشروط له قسط من الثمن» ادعای بطلان بیع را نکند، چون روشن است که ثمن، بر شروط توزیع نمی‌شود، بلکه شروط، همانند اوصاف هستند که سبب کاهش یا افزایش قیمت کالا می‌شوند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۳: ۲۱۵).

برخی دیگر از فقیهان نیز در زمینه شروط چنین اظهار نظر کرده‌اند که شروط، خواه شرط صفت یا غیر آن، از چیزهایی است که در برابر مال قرار نمی‌گیرد، بلکه همه ثمن در مقابل خود مبیع قرار می‌گیرد. (خویی، بی‌تا، ج ۷: ۳۷۶). اما آن گروه از فقیهان که معتقد به عدم تعارض بین دو قاعده مزبور هستند، در صدد برآمده‌اند که دو قاعده را جمع کنند. لذا در مفاد و ظاهر یکی از دو قاعده تصرف کردند تا جمع بین آن دو را محقق کنند. بر این اساس، آنها بر این نظرند که طبق قاعده «الشروط لا یوزع علیها الثمن» ثمن به چند قسمت تقسیم نمی‌شود که یک قسمت آن در برابر شرط و قسمت دیگر، در برابر وصف و مدت و قسمت دیگر آن نیز در برابر عین قرار گیرد. بلکه بر اساس این قاعده، ثمن فقط در برابر مثنی و عین قرار می‌گیرد و شرط، صفت و مدت، هیچ تأثیری در میزان ثمن معامله نخواهد داشت. اما قاعده «للشروط قسط من الثمن» مفید این معناست که شروط ضمن عقد و صفات مبیع، به‌گونه‌ای هستند که سبب رغبت‌افزایی در مشتری می‌شود. حتی گاهی سبب افزایش قیمت کالا هم خواهد شد. اما متعاملین، ثمن و مثنی را مد نظر قرار می‌دهند و معامله را نسبت به عین مبیع انجام می‌دهند نه نسبت به شروط ضمن عقد (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱، ج ۱: ۱۸۳؛ ج ۲: ۸۳؛ مراغی، پیشین، ۱۴۱۷: ۲۸۴). در مقابل این نظر گفته

شده است که هرچند جمع بین دو قاعده، تعارض را برطرف می‌کند، باید توجه داشت که در قاعده «للشرط قسط من الثمن» واژه قسط آمده و منظور از قسط من الثمن، همان توزیع است نه ارتقای ثمن (حلی، ۱۴۰۷: ۴۰۷؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۳۷۵؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۳۷۴).

برخی از فقیهان نیز تفصیل قائل شده‌اند و بین شروطی که قابلیت ارزشگذاری دارند و شروط بدون چنین قابلیت‌ای فرق گذاشته‌اند (حلی، بی تا، ج ۱۰: ۲۵۵). به عنوان مثال، هرگاه خریدار، برای فروشنده شرط کرده باشد که کار مجازی را انجام دهد و فروشنده به این شرط عمل نکند، خریدار اختیار دارد که معامله را فسخ کند یا اینکه انجام دادن آن را مطالبه کند. ولی چنانچه وقت انجام دادن آن گذشته و قابلیت ارزشگذاری نداشته باشد، مشتری بین فسخ یا امضای مجانی اختیار خواهد داشت. بنابراین طبق این دیدگاه، می‌توان شروط ضمن عقد را به دو گروه تقسیم کرد. گروه نخست شروطی هستند که به دلیل عدم قابلیت ارزشگذاری، مشمول قاعده «الشروط لایوزع علیها الثمن» هستند و گروه دوم، شروطی خواهند بود که به دلیل قابلیت ارزشگذاری مشمول قاعده «للشرط قسط من الثمن» واقع می‌شوند (صمیری، ۱۴۲۰، ج ۲: ۶۳). البته برخی از فقیهان نیز در مقام تفصیل بر این باورند که اگر شرط، متضمن جزئی از مبیع باشد، مشمول قاعده «للشرط قسط من الثمن» است و در غیر این صورت، همان قاعده «الشروط لایوزع علیها الثمن» جاری می‌شود (مامقانی، ۱۳۵۰: ۱۷۶). بعضی هم در این مقام گفته‌اند که به عرف رجوع می‌شود و عرف، شروط ضمن عقد را دو گونه تصور می‌کند. یکی شروطی که مستقل از عقد است و دیگر شروطی که مستقل از عقد نیست (موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ج ۲: ۳۱۶). با این بیان که ظاهر در این است که موارد متفاوتند. برای مثال، گاهی بیع به گونه‌ای است که از نظر عرف، این بیع به طور مستقل منعقد شده و شرط را مستقل ندانسته است و آن دو را متحد و یکی می‌داند. همچنین گاهی شرط در رغبت‌افزایی مؤثر است. مانند شرط دوخت پیراهن و مانند آنکه به حسب دلیل لبی، نه لفظی، بخشی از ثمن در مقابل آن قرار می‌گیرد. به این ترتیب، بر اساس این نظر، از آنجا که دلیل نقلی که به صراحت یکی از قواعد مزبور را اثبات یا ترجیح دهد، وجود ندارد و با لحاظ اینکه عمل شارع در حوزه معاملات امضایی

بوده و احکام شارع در این حوزه نیز غیرتوقیفی است (قمی، ۱۴۲۷، ج ۱: ۱۷۸). پس ملاک و معیار تشخیص موضوع، در اینجا عرف خواهد بود. در واقع شارع نحوه تنظیم برخی از عرصه‌های زندگی اجتماعی را بر عهده عرف گذاشته است که عده‌ای از فقیهان از آن به منطقه الفراغ تعبیر کرده‌اند. (صدر، ۱۴۱۷: ۶۸۹؛ سبحانی، ۱۴۱۹: ۱۶۳). بنابراین باید گفت در صورتی که شروط، اعم از شروط بنایی، شرط صفت، فعل یا نتیجه، از شروط رغبت‌افزایی باشند که سبب تحریک و تمایل بیشتر مشروط‌گه به انجام معامله شوند، در اینجا عرف به قاعده «للشروط قسط من الثمن» عمل می‌کند، به گونه‌ای که اگر شرط محقق نشود، بخشی از ثمن را که در مقابل شرط بوده است، استردادش می‌داند. اما چنانچه اساساً تحقق معامله به خاطر آن شرط بوده باشد، یعنی در واقع آن شرط، وصف اساسی و جانشین ذات بوده و مشروط‌گه، برای تحصیل آن شرط، چنین معامله‌ای را انجام داده باشد، در این گونه موارد، عرف به قاعده «للشروط لایوزع علیها الثمن» ملتزم خواهد بود (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۶۷).

نتیجه‌گیری

در زمینه تقابل یا عدم تقابل ثمن با شروط و اوصاف مندرج در بیع، در بین فقها، اتفاق نظر وجود ندارد. عده‌ای عقیده دارند که اوصاف و شروط مندرج در بیع، علی‌الاصول در میزان ثمن معامله دخالتی ندارند و صرفاً در جهت ترغیب مشتری به وقوع عقد مؤثر هستند. پس ثمن تنها در مقابل موضوع معامله قرار می‌گیرد. در مقابل، عده دیگری معتقدند که اوصاف و شروط مذکور در بیع نیز در میزان ثمن معامله مؤثر هستند و به عبارتی، معادل قسمتی از ثمن را تشکیل می‌دهند. نظر به اینکه عمل شارع در حوزه معاملات، علی‌الاصول امضایی و احکام شارع در این حوزه، نوعاً غیرتوقیفی است، ملاک و معیار تشخیص موضوع در اینجا نیز عرف خواهد بود. در واقع شارع، نحوه تنظیم ضوابط برخی از عرصه‌های اجتماعی را بر عهده عرف گذاشته است که به تعبیر عده‌ای از فقها به منطقه الفراغ تعبیر می‌شود. طبعاً عرف نیز بین موارد مختلف تفاوت قائل می‌شود. در این زمینه به نظر می‌رسد که هرگاه بیع، از نظر عرف، به طور مستقل منعقد و شرط صفت یا غیر آن نیز فی حد ذاته،

سبب رغبت‌افزایی و تحریک و تمایل بیشتر مشروط‌آله به انجام دادن معامله بشود، در این صورت، قاعده «للشرط قسط من الثمن» جاری می‌شود، به‌گونه‌ای که اگر شرط منظور، محقق نشود، بخشی از ثمن که در مقابل آن بوده، قابل استرداد است. اما چنانچه عرف، بیع و شرط را واحد بدانند، طوری که بیع اساساً به‌منظور نیل به مدلول شرط ضمن آن، منعقد شده باشد، در واقع قاعده «الشروط لایوزع علیها الثمن» ملاک عمل خواهد بود.



کتابنامه

۱. انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ ق). کتاب المکاسب، جلد ۱، ۳ و ۶، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۲. بجنوردی، سید حسن بن آقابزرگ موسوی (۱۴۱۹ ق). القواعد الفقهیه، جلد ۴، قم: نشر الهادی.
۳. بحرانی، یوسف (۱۴۰۵ ق). الحدائق الناضره، جلد ۱۹، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴. بروجردی عبده، محمد (۱۳۸۰). حقوق مدنی، تهران: مجد.
۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۱). تئوری موازنه (فلسفه عمومی حقوق بر پایه اصالت عمل)، تهران: گنج دانش.
۶. حسینی عاملی، سید جواد (۱۴۱۹ ق). مفتاح الکرامه فی شرح العلامه، جلد ۱۴، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۷. حسینی روحانی قمی، سید محمد (۱۴۲۰ ق). المرتقی إلى الفقه الأرقی، جلد ۲، تهران: مؤسسه الجلیل للتحقیقات الثقافیه.
۸. حلی، ابن فهد (۱۴۰۷ ق). المهذب البارع فی شرح المختصر النافع، جلد ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۹. حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (بی تا). تذکره الفقهاء، جلد ۲، قم: آل بیت (ع).
۱۰. _____ (۱۴۲۰ ق). تحریر الأحكام الشرعیة علی مذهب الإمامیه، جلد ۲، قم: مؤسسه امام صادق (ع).
۱۱. _____ (۱۴۱۳ ق). مختلف الشیعة فی أحكام الشریعه، جلد ۵، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۲. حلی، نجم الدین، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ ق). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، جلد ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۱۳. خویی، سید ابوالقاسم (بی تا). مصباح الفقاهه، جلد ۷، قم: بی نا.

۱۴. سبحانی، جعفر (۱۴۱۹ ق) *مصادر الفقه الاسلامی و منابعه*، بیروت: دارالاضواء.
۱۵. صدر، سید محمد باقر (۱۴۱۷ ق). *اقتصادنا*، مشهد: دفتر تبلیغات اسلامی.
۱۶. صیمری، مفلح بن حسن (۱۴۲۰ ق). *غایه المرام فی شرح شرائع الاسلام*، جلد ۲، بیروت: دارالهادی.
۱۷. طباطبایی، سید علی (۱۴۱۸ ق). *ریاض المسائل*، جلد ۸، قم: مؤسسه آل‌بیت (ع).
۱۸. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۲۱ ق). *حاشیة المکاسب*، جلد ۲، قم: اسماعیلیان.
۱۹. طوسی، ابوجعفر، محمد بن حسن (۱۳۸۷). *المبسوط فی فقه الإمامیه*، جلد ۲، تهران: بی‌نا.
۲۰. قمی، میرزا ابوالقاسم (۱۴۲۷ ق). *رسائل المیرزا القمی*، جلد ۱، مشهد: دفتر تبلیغات اسلامی.
۲۱. کاشف الغطاء، علی بن جعفر (۱۴۲۲ ق). *شرح خيارات اللمعه*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۲. مامقانی، عبدالله (۱۳۵۰). *نهایه المقال فی تکمله غایه الامال*، قم: مجمع الذخائر الاسلامیه.
۲۳. مراغی، میر عبدالفتاح (۱۴۱۷ ق). *العناوین الفقهیه*، جلد ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۴. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۱). *القواعد الفقهیه*، جلد ۲، قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع).
۲۵. موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم (۱۴۲۱ ق). *فقه المضاربه*، قم: دانشگاه مفید.
۲۶. موسوی خمینی، سید روح‌الله (۱۴۲۱ ق). *کتاب البیع*، جلد ۲ و ۵، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۲۷. نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴ ق). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، جلد ۲۷، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.
۲۸. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی (۱۴۱۷ ق). *عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام*، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.