

تحلیل قصد متعاقدين در تخلف از شرط صفت

دکتر سید عباس تولیت^۱

تاریخ تصویب: ۸۸/۱۱/۲۰

تاریخ ارائه: ۸۸/۱۰/۲۵

چکیده:

هر تحلیلی از شرط صفت که محتوا و فحوای آن تقید موضوع عقد به وصف و تقدم وصف بر اشاره و ترکیب حقیقی موصوف و وصف در عقد باشد لاجرم منجر به بطلان عقد در فرض تخلف شرط صفت خواهد شد. دلیل بطلان عقد در این نحو از تحلیل، چیزی نیست جز اینکه تخلف از شرط صفت، مستلزم تخلف عقد از قصد است. متقابلاً تحلیل قصد متعاقدين مبتنی بر ارائه تقسیمی دقیق از شرط صفت و تفصیل میان شرط منوع (شرط مبین نوع موضوع) و سایر شروط، وضعیت را دگرگون می‌کند و این حقیقت را تبیین می‌نماید که در شرط غیرمنوع، وصف به نحو تعدد مطلوب ملحوظ می‌گردد و مجموع مرکب از وصف و موصوف، صرفاً مبین کمال مطلوب است نه محصورکننده قصد به اکمل افراد موصوف و نه اینکه مقصود را محصور به موصوف مقید به وصف سازد. به موجب تحلیل اخیر، اقتضای اشتراط صفت، نه تقید است و نه تقدم و برفرض هم که اقتضای آن تقدم باشد، تقدم و اولویت از نوع اولویت تعیینیه نیست بلکه از نوع اولویت تخیرییه است. همچنین تقسیم شرط به شرط حاصل و شرط حصول و شرط تحصیل، به نوبه خود نظریه برخی از فقها را مبنی بر بازگشت خیار تخلف از شرط صفت به خیار تعذر شرط صفت تقویت می‌کند.

۱- استادیار دانشکده علوم قضایی و خدمات اداری.

واژگان کلیدی:

وصف منوع، وصف مقوم، وصف المعین (به فتح عین) فی الجزئی، الوصف المعین (به کسر عین) فی الکلی، وصف فلسفی، وصف ادبی، وصف فقهی، التراضی مع الشرط، التراضی المقید بالشرط، شرط ضمن عقد، شرط ضمنی عقد، وحدت مطلوب، تعدد مطلوب.

تعريف شرط صفت:

شرط صفت، شرطی است که متعلق آن وصفی از صفات عین شخصی مورد معامله باشد، به عبارت دیگر هرگاه در ضمن عقدی شرط شود که عین شخصی مورد معامله در آن عقد، متصف به خصوصیتی از خصوصیات و وصفی از اوصاف باشد، شرط ضمن آن عقد، شرط صفت است، کما این که عمل اشتراط را، اشتراط صفت گویند.^۱

نکته حائز اهمیت این است که فقهای عظام در تعریف شرط صفت، به شخصی بودن مبیع و یا عین خارجی بودن آن تصریح نموده‌اند. قید تشخص و یا عینیت خارجی مورد معامله، در تعریف شرط صفت، اصطلاحاً قید احترازی است. فقها با اخذ این قید در تعریف شرط صفت، خواسته‌اند تا شرط صفت، در مورد معامله کلی فی الذمه را از تعریف خارج نمایند.^۲ به منظور توضیح مطلب ابتدا به تعریف عین مورد معامله شخصی و مورد معامله کلی فی الذمه می‌پردازیم.

مورد معامله شخصی یا عین معین یا عین شخصی، عبارت از امری است که قابل اشاره حسّیه بوده و در خارج موجود باشد در حالیکه کلی فی الذمه، امری است که موجود و محصل در خارج نیست بلکه صادق بر کثیرین و منطبق بر افراد عدیده و موجود به وجود افراد خود است، از آن چه در تعریف مورد معامله شخصی و کلی آمد، این نکته قابل استفاده است که وعاء و ظرف عین مورد معامله شخصی در خارج است کما اینکه، وعاء مورد معامله کلی در عهده و ذمه شخص متعهد و مدیون است. قانون مدنی نیز در ماده ۲۷۹ ذیل مبحث وفاء به عهد و در مواد ۴۱۴، ۳۵۱، ۳۵۰ در عقد بیع و در ماده ۴۸۲ در عقد اجاره، میان مورد معامله شخصی و مورد معامله کلی فی الذمه فرق گذارده و برخی از آثار متفاوت آن دو را بیان کرده است.

اینک می‌گوییم چنان چه مورد معامله، کلی فی الذمه باشد، اوصاف مورد توافق اگرچه به صورت شرط ضمن عقد ذکر شوند، شرط صفت اصطلاحی نخواهند بود بلکه حقیقتاً بیان

۱- علامه انصاری، مکاسب ص ۲۸۳- فقیه بجنوردی، القواعد الفقهیه ج ۳ ص ۲۵۹.

۲- بعضی از اعظام از وصف عینی مشخص و وصف کلی الذمه به ترتیب با عبارات «وصف المعین (به فتح یاء) فی الشخصیات» و «الوصف المعین (به کسریاء) للکلیات» یاد نموده‌اند رجوع نمائید به: شیخ علی آل کاشف الغطاء تعلیقه بر خیارات روضه- شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۳ ص ۹۴- علامه انصاری، مکاسب ص ۲۵۰.

این اوصاف به منظور امتیازبخشیدن و مشخص ساختن نوع مورد معامله از سایر انواع کلی، صورت می‌گیرد.

ناگفته نماند چنانچه ایجاد صفتی خاص در متعلق عقدی شرط شود، چنین شرطی، شرط فعل خواهد بود نه شرط صفت زیرا مفاد این شرط، تحصیل است در حالی که شرط صفت نه تحصیلی است (در شرط فعل) و نه حصولی است (در شرط نتیجه) به همین دلیل نیز محققان در تبیین ماهیت شرط صفت گفته‌اند که اشتراط صفت به معنای توصیف است زیرا شرط صفت در حقیقت وصف است نه شرط.^۱ شرط آن است که الزام و التزام بپذیرد در حالیکه التزام به شرط صفت، معنای معقول و محصلی ندارد.^۲

حکم تخلف از شرط صفت

چنانچه پس از عقد به دلیلی معلوم گردد که مورد معامله، فاقد وصف یا اوصاف مورد اشتراط است تکلیف چه خواهد بود؟ آیا تخلف از شرط صفت، موجب بطلان عقد اصلی است یا اینکه با تخلف از شرط صفت، عقد باطل نمی‌گردد؟ و نیز این سؤال وجود دارد که بر فرض قبول صحت عقد اصلی آیا مشروطه حق فسخ معامله را خواهد داشت یا این که باید به عین مورد معامله فاقد شرط، رضایت دهد و یا این که در فرض صحت عقد اصلی، مشروطه می‌تواند مبلغی از بهای عین مورد معامله را در مقابل وصف مورد اشتراط قرار دهد و به همان میزان، از ثمن معامله بکاهد؟ به بیان دیگر در صورت مفقود بودن وصف مورد اشتراط سه امر را بایستی از هم تفکیک نمود:

۱- آیا تخلف از شرط صفت موجب بطلان عقد است یا عقد اصلی به طور صحیح

منعقد شده است؟

۱- علامه انصاری، مکاسب ص ۲۷۶- سید محمد کاظم طباطبائی یزدی، حاشیه بر مکاسب ج ۲ ص ۱۲۰- شیخ محمد حسین اصفهانی، حاشیه بر مکاسب ج ۲ ص ۱۵۵، البته مرحوم علامه انصاری در موضع دیگری از مکاسب وصف را به منزله شرط دانسته‌اند متن عبارت علامه را در این مورد، در ص ۲۵۰ از مکاسب بیابید آنجا که فرموده‌اند «ویمکن ان یقال ان اخذ الاوصاف فی معنی الاشتراط لا التقیید» لکن همانگونه که پیداست در اینجا نیز ذکر اشتراط برای افاده این معنا است که شرط صفت از قبیل داعی است که با انتقای آن، تعهد اصلی منتفی نمی‌گردد برخلاف تقیید که در آن با انتقای قید، مقید منتفی می‌گردد.

۲- صاحب جواهر در این مورد فرموده‌اند: «وان امتنع کان للبايع اجباره كما فی كل شرط علی الاقوی، ان كان مما يجبر علیه، لاما اذا كان من صفات المبيع كما لو اشترط كونه كاتبا او شاعرا» (جواهر الکلام ج ۲۳ ص ۲۱۸).

۲- در فرض صحت، آیا عقد اصلی لازم است یا این که تخلف از شرط، عقد را در معرض تزلزل قرار می‌دهد؟

۳- آیا در فرض صحت عقد اصلی، می‌توان قائل به تقسیط و جواز اخذ ارش به سود مشروطه شد؟

این‌ها مجموعه سئوالاتی است که در فرض تخلف از شرط صفت پیش‌روی خویش داریم و بایستی پاسخی مناسب و مطابق با قواعد، برای این سئوالات به دست آوریم.

صحت عقد در صورت تخلف از شرط صفت

ممکن است در مقام اثبات بطلان عقد متضمن شرط صفت در فرض فقدان، گفته شود که مبیع واجد شرط که عقد بر آن واقع شده غیر موجود است و مبیع فاقد شرط اگرچه موجود است اما عقد بر آن واقع نگردیده است پس معقود علیه غیر موجود است و موجود غیر معقود علیه است (ماقصد لم یقع و ما وقع لم یقصد).

می‌توان این اشکال را به نحو دیگری نیز تقریر نمود و آن تقریر این است که در عقد متضمن شرط صفت، تراضی، بر عین واجد شرط صورت گرفته است بنابراین عین فاقد شرط، خارج از دایره تراضی متعاملین است از این رو مورد معامله فاقد وصف به متعهدله منتقل نگردیده و تصرف در عین فاقد شرط، محتاج به عقد جدید و تراضی جدید است و بدون عقد جدید، تصرف در آن از مصادیق اکل مال به باطل خواهد بود.^۱

پیش از آنکه به پاسخ از اشکال فوق بپردازیم، تنقیح محل نزاع و روشنی بخشیدن به مصب سخن را ضروری می‌دانیم

تنقیح محل نزاع

نمی‌توان به طور مطلق تخلف از اوصاف را مبطل عقد دانست کما این که نمی‌توان به طور مطلق قائل به عدم بطلان عقد در فرض فقدان وصف شد چرا که اوصاف مورد اشتراط از سنخ واحدی نیستند تخلف از بعضی از اوصاف، مبطل عقد است در حالیکه تخلف از گروه دیگر از اوصاف، عقد اصلی را باطل نمی‌سازد.

۱- اشاره به آیه ۲۹ سوره نساء: «یا ایها الذین آمنوا لاتاکلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تکون تجاره عن تراض منکم»

اقسام صفت

اوصاف و خصوصیات که متعاقدين در موضوع مورد معامله شرط می‌نمایند به یکی از دو صورت ذیل است:

الف: در مواردی اوصاف عین مورد معامله، مبین صور نوعیه هستند این قبیل از اوصاف را اوصاف جوهریه نیز می‌نامند.^۱

وصف جوهری وصفی است که طبیعت و ماهیت عین مورد معامله را تعیین می‌نماید به این بیان که وصف مذکور جزئی از ذات عین مورد معامله و از ذاتیات آن محسوب می‌گردد به بیان دیگر اوصاف جوهری اوصافی هستند که در نظر متعاقدين رکن بنیادین و اساسی عین مورد معامله را تشکیل می‌دهند، همچون طلا بودن یک شمش که قوام آن شمش به طلا بودن آن است و یا همچون گوسفند بودن یک چهارپا.

ب: گروه دوم از اوصاف، اوصاف عرضی هستند که صورت نوعیه عین مورد معامله را تشکیل نمی‌دهند. این قبیل از اوصاف اوصافی هستند که وجود و عدم آن‌ها موجب اختلاف حقیقت ذات واجد صفت از ذات فاقد صفت نمی‌گردد همچون کاشانی بودن (در مقایسه با فرش نائین، فرش کرمان و فرش تبریز) و یا طبیعی بودن رنگ یک تخته فرش و یا ورامینی بودن یک کومه معین گندم، گندم غیر ورامینی همچون گندم ورامینی، گندم است و با فقدان وصف ورامینی بودن، از گندم بودن ساقط نمی‌شود، کاشانی نبودن و یا طبیعی نبودن رنگ یک تخته فرش نیز آن را از فرش بودن خارج نمی‌سازد. این دسته از اوصاف را، اوصاف غیر جوهری نیز می‌نامند چراکه بر خلاف گروه اول، عرفاً در ذات و گوهر مال مورد معامله، مداخلیتی ندارند بلکه صرفاً از اعراض هستند.

نکته قابل توجه این است که مفهوم وصف در علم فقه متفاوت از مفهوم آن در علوم ادبی و فلسفی است زیرا در فلسفه، اوصاف یک موجود از ذاتیات آن موجود بیرون است،

۱- اصطلاح وصف جوهری در مقابل وصف عرضی از مرحوم محقق نائینی است (منیه الطالب ج ۲ ص ۱۴۲ و ۱۴۳ برای همین معنا واژه‌های دیگری در متون فقهی دیده می‌شود فی‌المثل: الوصف الداخل فی الحقیقه در مقابل وصف خارج از حقیقت (علامه انصاری، مکاسب ص ۲۵۰)، یا قید رکنی در مقابل قید غیر رکنی (مکاسب ص ۲۸۸) یا وصف مقوم در مقابل غیر مقوم (مکاسب ص ۲۵۰- سید محمد کاظم طباطبائی یزدی، حاشیه بر مکاسب ج ۲ ص ۵۹) یا وصف ذاتی در مقابل وصف عرضی (شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۳ ص ۹۴- سید محمد کاظم طباطبائی یزدی، حاشیه بر مکاسب ج ۲ ص ۱۳۸) و بالاخره وصف منوع و یا وصف مبین صورت نوعیه (فقیه بجنوردی، القواعد الفقهیه ج ۳ ص ۲۵۹ و ۲۸۰- سید ابوالقاسم خوئی، مصباح الفقاهه ج ۱ ص ۳۸۶).

ذاتی آن امری است که جزء ذات یا مقوم ذات باشد ولی وصف، از عوارض ذات محسوب می‌گردد در حالی که در علم فقه، اوصاف را به دو گروه تقسیم نموده‌اند قسمی از اوصاف را در عداد ذاتیات عین مورد معامله دانسته و قسم دیگر را در ردیف عوارض آن شمرده‌اند. با این بیان ممکن است امری از نظر ادیبان و یا فیلسوفان از اوصاف و عوارض شیء باشد ولی از نظر یک فقیه همان امر، جزئی از ذات شیء مورد معامله باشد. دلیل این اختلاف معنا در دو علم فقه و فلسفه، اختلاف منظر عالمان آن دو علم است در فقه، فقیهان از دیدگاه عرفی به موضوعات نظر می‌کنند در حالی که در علوم فلسفی و عقلی، اشیاء را از زیر ذره‌بین عقل و با چشم خشک و موشکافانه دقی، مورد ملاحظه قرار می‌دهند. جاریه حبشیه همان جاریه رومیه است ولی عرف متعالمین آن دو را یکی نمی‌دانند بلکه آن دو را از دو حقیقت متمایز می‌پندارند.

در تخلف از شروط و اوصاف قسم اول، معامله راساً و اساساً باطل است زیرا در فرضی که وصف مفقود در تعنون صورت نوعیه عین مورد معامله، دخیل باشد، مبادله میان عنوان منوع از یک سو و ثمن آن، از سوی دیگر صورت گرفته‌است و چنانچه عین خارجی مورد معامله، فاقد آن عنوان باشد، سبب خواهد شد که آنچه عقد بر آن واقع شده مفقود باشد و آن چه موجود بوده غیر معقودعلیه باشد به بیان دیگر دلیل بطلان عقد در فرض فقدان وصف جوهری، این است که فاقد شرط، مرضی و مقصود معامل نبوده‌است بلکه او عنوان و حقیقت دیگری را قصد نموده و رضای او به عنوان دیگری تعلق یافته‌است. در تخلف از اوصاف جوهریه، صحت معامله، مستلزم تخلف عقد از قصد و مستلزم تجارت از غیر تراضی است. در مبطل بودن تخلف از این اوصاف هیچ تفاوتی نمی‌نمایند که اوصاف، عنوان مبیع، قرار داده‌شوند مثل این که بایع بگوید این حمار را به فلان مبلغ به تو فروختم یا این که اوصاف در هیئت وصف ظاهر گردند، مثل این که بگوید این حیوانی که حمار است فروختم و یا این که به صورت شرط، انشاء گردند مثل این که بگوید، این حیوان را فروختم به شرط آن که حمار باشد. در جمیع صور سه‌گانه فوق‌الذکر معامله به لحاظ تخلف عقد از قصد باطل خواهد بود. اما محل نزاع، اوصاف قسم دوم است این قبیل از اوصاف، اوصافی هستند که عدم اتصاف عین خارجی به آن‌ها عرفاً موجب نمی‌گردد که آن عین خارجی از آن چه در عقد مورد معامله قرار گرفته، مغایر و مباین باشد بنابراین مبیع، فاقدوصف مورد نظر است نه این که مغایر از عین خارجی باشد. به بیان دیگر در تخلف از اوصاف غیر

جوهری فقدان و یا وجدان صفت در هذیت و هویت عین مورد معامله، تأثیری نمی‌بخشد از این رو عین فاقد وصف همان عین واجد وصف است و همان است که مورد قصد و رضایت متعاقدين قرار گرفته است. فقدان اوصاف عرضی موجب دگرگونی و تغییر و تبدل ذات عوضین نمی‌شود عین بدون وصف همان عین مقرون به وصف است بی‌آنکه تفاوت ماهوی داشته باشند. معامله بر ذات عوضین واقع شده و قیمت کالا نیز در ازاء ذات مورد معامله قرار گرفته و شروط ضمن عقد از حوزه و حریم این مبادله و مقابله خارجند. آری وجود شرط، در ذات مورد معامله، می‌تواند داعی برای اقدام به معامله و یا پرداخت قیمت بیشتری باشد اما نباید از یاد برد که تخلف و یا تعذر دواعی موجب بطلان معامله نمی‌گردد و در صحت و نفوذ عقد خللی نمی‌افکند. لب کلام اینکه رضایت معتبر در معاملات، رضایت به معنای طیب نفس نیست بلکه رضایت در نقطه مقابل کره و کراهت است معامله نیز میان ذات مورد معامله و مال مقابل آن، واقع شده است نه بین عین و وصف از یک سو و قیمت از سوی دیگر، حال که اوصاف از حریم و دائره مبادله بیرونند، دخیل در اصل معامله نیستند و فقدان آن‌ها نیز موجب تخلف از قصد و مخل به تراضی نخواهد بود. در نهایت می‌گوئیم تراضی با شرط واقع شده است نه مقید به شرط.^۱

پاسخ دوم

بعضی از اعظام کوشیده‌اند با توسل به نظریه تعدد مطلوب به اشکال فقدان تراضی و تخلف از قصد، پاسخ دهند. نقطه ثقل نظریه تعدد مطلوب این است که در اوصاف غیر مقوم، وصف مورد اشتراط دخیل در جمیع مراتب مطلوب نیست بلکه دخیل در مرتبه اعلائی مطلوب است از این نظر با انتفای این قبیل از اوصاف، صرفاً مرتبه اعلائی مطلوب منتفی می‌گردد نه اصل مطلوب.

در توضیح مطلب می‌گوئیم در اوصاف عرضی، مقصود متعاملین دارای دو مرتبه است، یک مرتبه، مرتبه ذات واجد وصف است که آن را مرتبه اعلائی مطلوب گویند و مرتبه دیگر مرتبه ذات فاقد وصف است به سخن آخر، در این قبیل از اوصاف، مطلوب مشروطه دو چیز است یکی ذات واجد وصف، در صورت اتصاف ذات به آن وصف، دیگر ذات فاقد

۱- شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام ج ۲۳ ص ۲۱۵ و ۹۴- علامه انصاری، مکاسب ص ۲۵۰- محقق نائینی، منیه الطالب ج ۲ ص ۱۴۸- فقیه بجنوردی، القواعد الفقهیه ج ۳ ص ۲۵۹- امام خمینی کتاب البیع ج ۴ ص ۴۳۲ و ج ۲ ص ۲۳۲.

وصف، در فرض عدم اتصاف ذات به آن وصف. از این رو در فرض فقدان وصف، ذات فاقد وصف، از دایره قصد و حریم ترازی متعاقدين بیرون نخواهد بود.^۱

پاسخ سوم: تقدم اشاره بر توصیف

در راستای توجیه صحت عقد، در فرض فقدان شرط، بعضی از صاحب نظران^۲ به نظریه تقدم اشاره بر توصیف متوسل شده‌اند. ما ابتداء به تبیین ماهیت تعارض توصیف و اشاره می‌پردازیم و بعد از آن، استدلال قائلان به تقدم اشاره بر توصیف را خواهیم آورد. تعارض توصیف و اشاره که آن را تعارض تسمیه و اشاره یا تعارض عبارت و اشارت نیز گفته‌اند،^۳ به این معنا است که در مواردی عاقد یا متعاقدين متعلق قصد یا متعلق عقد را در خارج با دو امر تعیین می‌کنند یکی از طریق تلفظ و دیگری از طریق اشارت، فی‌المثل ممکن است که عاقد در مقام انشاء عقد بیع بگوید: این قالی کاشانی را فروختم به فلان مبلغ، واژه (این) در مثال یاد شده، اسم اشاره است که همراه با اداء آن، ذات مشارالیه خارجی را نیز تعیین می‌کنند و واژه «کاشانی» عبارت و لفظی است که به وسیله آن وصف قالی معین در خارج بیان می‌گردد، حال چنانچه بعد از عقد معلوم شود که ذات مشارالیه خارجی متصف به وصف ملفوظ نبوده اینجا است که میان اشاره و توصیف تعارض به وجود می‌آید یعنی معلوم نیست که آیا مقصود عاقد، همان ذات خارجی است قطع نظر از اوصاف آن، یا اینکه مقصود او، ذات خارجی به قید اتصاف آن به وصف است. اگر مقصود عاقد ذات خارجی باشد حتی با تخلف از وصف نیز عقد به طور صحیح منعقد شده است چرا که تخلف از قصد صورت نگرفته است اما اگر مقصود عاقد ذات خارجی به قید اتصاف آن به وصف ملفوظ باشد، بدیهی است که ذات فاقد وصف، مقصود عاقد نبوده است چرا که با انتفای قید، مقید نیز منتفی می‌گردد، بنابراین با تخلف از وصف، عقد رأساً و اساساً باطل بوده است.

۱- سید محمد کاظم طباطبائی یزدی، حاشیه بر مکاسب ج ۲ ص ۵۹- آخوند ملا محمد کاظم خراسانی، حاشیه بر مکاسب ص ۲۰۶.

۲- شیخ علی آل کاشف الغطاء، تعلیقه بر خیارات روضه شهید ثانی.

۳- شهید اول، القواعد و الفوائد ص ۱۰۹.

اینک می‌گوییم در مسئله وصف و اشاره میان فقها اختلاف است که آیا اشاره مقدم و مرجح است یا توصیف؟ قائلان به تقدم اشاره بر توصیف گفته‌اند که پیش از آنکه اشاره و یا لفظی از سوی متعاقدین صادر شود، قصد متعاقدین اولاً و با لذات به ذات موضوع مورد معامله تعلق می‌گیرد، پس از تعلق قصد به ذات است که اشاره بر ذات خارجی واقع می‌شود بر خلاف اسماء و صفات که مفاهیمی هستند که به اعتقاد متعاقدین بر ذات خارجی صدق می‌نمایند و به اعتبار همین صدق است که الفاظ را بر زبان جاری می‌کنند تا معرف و مبین مقصود باطنی آنها باشد. از این رو چنانچه متعاقدین در اعتقاد به صدق لفظ بر آن ذات خارجی اشتباه نموده باشند، این اشتباه موجب نخواهد شد که ذات فاقد وصف از موضوعیت و مقصودیت بالذات خود ساقط گردد. به عبارت دیگر مناط مقصود بودن ذات، نفس ذات است نه اتصاف ذات به وصف. با این بیان آشکار می‌شود که در تعارض اشاره با توصیف، متعاقدین در تشخیص مصداق به خطا نرفته‌اند بلکه در اطلاق لفظ بر آن مصداق در خطا بوده‌اند. به علاوه می‌توان تقدم اشاره بر وصف را چنین تعلیل نمود که اشارات بر خلاف اسماء و صفات، نص در مدلولند.^۱

نقد نظریه تقدم اشاره بر توصیف

در نقد پاسخ از طریق غلبه اشاره بر توصیف، ذکر مطالب ذیل را ضروری می‌دانیم: اولاً: در موارد تعارض اشاره با توصیف هیچ ضابطه کلی و تخلف‌ناپذیری نمی‌توان به دست داد. نه می‌توان مطلقاً قائل به تقدم اشاره شد و نه می‌توان به طور مطلق قبول به تقدم توصیف را اختیار نمود ممکن است در مواردی اشاره قوی بنماید و در موارد دیگر، قوت با توصیف باشد فقها نیز یک‌دل و هم‌صدا در جمیع موارد تعارض اشاره با وصف، اشاره را مقدم نداشته‌اند.

حق همان است که فقیه اهل بیت، مرحوم سید محمد کاظم طباطبائی یزدی بیان نموده‌اند، معظم‌له در تعارض تسمیه و اشاره نیت درونی و قصد باطنی مشیر را متبع و متعین دانسته‌اند.^۲

۱- در تقریر دلیل قائلان به تقدم اشاره بر توصیف از کتاب ارزشمند مصباح الفقیه کتاب الصلوه ص ۶۵۷، تألیف فقیه ربانی، مرحوم حاج آقا رضا همدانی، بهره‌جسته‌ام.

۲- سید محمد کاظم طباطبائی یزدی، العروه الوثقی، ص ۶۵۰، فصل ۱۱، مسئله ۱۸.

ثانياً: حتی اگر کلیت تقدم اشاره بر توصیف را بپذیریم باز هم در ما نحن فیه، مجالی برای استناد به تقدم اشاره بر توصیف وجود نخواهد داشت زیرا محل تمسک به اقواییت اشاره بر توصیف، آنجایی است که به علم اجمالی می‌دانیم که تنها یکی از مشارالیه و موصوف، مقصود و مراد متعاقدين بوده است ولی اینکه کدام‌یک از آن دو مقصود بوده است معلوم نیست، در حالی که در ما نحن فیه، یقین داریم که مشروطه، ذات واجد وصف را قصد نموده است. به بیان دیگر در ما نحن فیه، در متعلق قصد، هیچ تردیدی وجود ندارد در حالیکه مقام استناد به تفوق اشاره بر توصیف، آنجایی است که متعلق قصد مشتبه و غیر متعین باشد.^۱

ثالثاً: نظریه تفوق اشاره بر توصیف بر فرض قبول آن، صرفاً می‌تواند مقصود بودن ذات فاقد شرط و صحت عقد را توجیه نماید اما از تبیین و توجیه وجود حق فسخ به سود مشروطه ناتوان است زیرا با تفوق و تقدم اشاره بر توصیف، دیگر وصف ساقط و فاقد اعتبار خواهد بود و مستندی برای خیار تخلف از وصف وجود نخواهد داشت.^۲

به هر تقدیر چه پاسخ از طریق غلبه و تقدم اشاره بر توصیف تمام باشد و چه تمامیت آن مورد خدشه و مناقشه قرار گیرد، تنها پاسخ اول برای نفی هرگونه تردیدی در صحت عقد، کافی خواهد بود. به علاوه از نصوص و اجماعات، در سایر ابواب فقه استفاده می‌شود که با تخلف از صفات غیر رکنی، حتی وصفی مثل وصف صحت و سلامت مورد معامله عقد اصلی باطل نمی‌گردد. به عنوان مثال در موارد معیّب بودن عین مورد معامله صحت عقد مورد اتفاق است در حالیکه مقصود عاقد، مبیع صحیح بوده است نه مبیع معیّب.^۳

(ماده ۴۲۲ ق.م.) همین معنا در خیار رؤیت نیز صادق است (ماده ۴۱۳ ق.م.).

تأثیر فقدان شرط در ایجاد حق فسخ

دانستیم که تخلف از وصف، در صحت و نفوذ عقد، خللی نمی‌افکند و آن را باطل نمی‌سازد. اینک نوبت به آن رسیده است که از وجود و یا عدم حق فسخ در صورت تخلف از وصف سخن بگوییم. می‌خواهیم بدانیم که آیا عدم اتصاف عین مورد معامله به وصف

۱- محقق ایروانی، حاشیه بر مکاسب، ج ۲، ص ۴۹.

۲- علامه انصاری، مکاسب، ص ۲۵۰.

۳- علامه انصاری، مکاسب، ص ۲۵۰.

مورد اشتراط، عقد را در معرض تزلزل قرار می‌دهد و مشروطه را مسلط بر فسخ می‌نماید یا اینکه فقدان وصف در عداد موجبات جواز فسخ عقد قرار نمی‌گیرید؟

پیش از این گفتیم در عین مشخص خارجی، الزام و التزام به وصف، معنای معقول و محصلی ندارد زیرا وصف مورد اشتراط یا موجود است یا مفقود. آری الزام و التزام به ایجاد صفت و احداث خصوصیت کاملاً منطقی و معقول است اما نباید از خاطر برد که اشتراط و التزام به ایجاد خصوصیت در حقیقت از قبیل اشتراط فعل است نه اشتراط صفت به عبارت دیگر وجود صفت در مبیع شخصی، نه همچون شرط نتیجه است که حصولی باشد و نه همچون شرط فعل است که تحصیلی باشد. غرض از اشتراط اوصاف این نیست که به مجرد اشتراط، شرط در عالم اعتبار تحقق یابد و نیز این نیست که مشروط‌علیه، شرط را اعتباراً و یا تکویناً زائد بر اصل عقد و وراء آن ایجاد نماید. بر همین اساس است که محققان تصریح نموده‌اند که شرط صفت از قبیل توصیف است نه از قبیل اشتراط.^۱

از آنچه بیان شد این حقیقت قابل استفاده است که فرض فقدان وصف در عین مورد معامله، از مصادیق بارز تعذر شرط است و وجود حق فسخ در فرض تعذر شرط بر هیچ‌کس پوشیده نیست.^۲

بعضی از اعاضل، وجود حق فسخ را به این نحو اثبات نموده‌اند که اصولاً غرض از اشتراط صفات این است که در صورت عدم اتصاف عین مورد معامله به وصف مورد توافق، مشروطه از حق فسخ بهره‌مند گردد. در حقیقت صاحب شرط، با اشتراط صفت، عقد را در معرض جواز قرار می‌دهد، به بیان دیگر، اشتراط صفت دال بر دو امر است، به دلالت مطابقی دال بر توصیف و به دلالت التزامی دال بر اناطه لزوم عقد به وجود صفت در عین مورد معامله است، از این رو بازگشت شرط صفت به اشتراط خیار است با این قید که اشتراط خیار در شروط صفت از نوع اشتراط ضمنی است نه از نوع اشتراط صریح خیار. تفاوت اشتراط صریح خیار و اشتراط ضمنی آن، این است که در مواردی متعاقدين یا یکی از آن دو، صریحاً در ضمن عقد، شرط می‌نمایند که تا مدت معین حق فسخ معامله را داشته باشند. ولی اشتراط خیار همواره به صورت مصرح نیست بلکه در مواردی، یکی از

۱- علامه انصاری در همین مورد فرموده‌اند: فاشترط كتابه العبد المعین الخارجی بمنزله توصیفه بها، مكاسب ص ۲۷۶،

همچنین شیخ محمد حسین اصفهانی، حاشیه بر مکاسب ج ۲، ص ۱۵۵.

۲- شیخ موسی خوانساری، منیه الطالب (تقریرات نائینی) ج ۲ ص ۱۲۷.

متعاقدين به امری غیر از خيار، در ضمن عقد تصریح می‌نماید و در عین حال به‌طور ضمنی برای طرف مقابل این معنا مسلم است که در فرض تخلف از شرط، حق فسخ برای مشروط‌اله ثابت است. در خيار شرط، شرط خيار، شرط ضمن عقد است در حالی که در شرط صفت، شرط خيار، شرط ضمنی عقد است. جعل خيار، در خيار شرط، مدلول مطابقی است و در شرط صفت، مدلول التزامی.^۱

ذکر این نکته را ضروری می‌دانیم که تحلیل فوق، در حقیقت تحلیل مدرک خيار تخلف از شرط است. به این بیان که مدرک خيار تخلف از شرط، بنای عقلا و عرف متعاقدين در معاملات است و اشتراط ضمنی به دلالت التزامی، تحلیل علمی بنای عقلا است.

اقسام شروط صفت در ضمن عقد

در ثبوت خيار به سود مشروط‌اله هیچ تفاوتی میان تخلف از شروط سه‌گانه ذیل وجود ندارد:

۱- شرطی که صریحاً ضمن عقد ذکر می‌شود مثل این که بایع بگوید این قالی را به فلان مبلغ فروختم به شرط آن که رنگ آن طبیعی باشد. در این مثال طبیعی بودن رنگ قالی صریحاً در ضمن عقد جای گرفته است.

۲- شرطی که پیش از عقد تصریحاً و تفصیلاً ذکر شده و در ضمن عقد به صرف اشاره به آن اکتفاء می‌شود. مثل این که، پیش از عقد به شرط (طبیعی بودن رنگ فرش، تصریح نماید و در ضمن عقد بگوید: این فرش را فروختم به فلان مبلغ مشروط به شرط سابق الذکر.

۳- شرطی که نه صریحاً و نه به طور اشاره در ضمن عقد ذکر نمی‌شود اما بنای عقلاء و متعاهد و متعارف میان آنان این است که آن شرط را ضمناً مورد اشتراط قرار می‌دهند، این قبیل از شروط را شروط ضمنی می‌گویند، پول متعارف در محل معامله، تعادل عرفی عوضین و سلامت مبیع، از جمله شروط ضمنی هستند که اگرچه در ضمن عقد ذکر نمی‌شوند اما ضمناً مورد اشتراط قرار می‌گیرند شروط ضمنی، به تعاهد عرفی، مدلول

۱- حاج ملا محمد باقر اشرفی، شعائر الاسلام ص ۳۳۶- شیخ محمد حسن نجفی جواهر الکلام ج ۲۳ ص ۲۶۲- محقق ابروانی، حاشیه بر مکاسب ج ۲ ص ۶۶- سید ابوالقاسم خوئی، مصباح الفقاهه ج ۷ ص ۳۰۷.

التزامی عقد محسوب می‌گردند و از آنجا که دلالت التزامی به ملازمه عرفی، هم‌چون دلالت مطابقی در انشاء عقود و ایقاعات معتبر هستند، با تخلف از آن‌ها برای مشروطه حق فسخ به وجود می‌آید.^۱

فقدان شرط در موضوع مورد معامله کلی

پیش از این از وصف معین (به فتح یاء) در مبیع جزئی و وصف معین (به کسر یاء) در مبیع کلی سخن گفتیم و نیز گفتیم که اشتراط صفت در مبیع کلی، اگرچه به صورت ظاهر از قبیل شرط صفت است اما به واقع، شرط صفت نیست بلکه مبین نوع مبیع و ممیز آن از انواع دیگر موضوعات مورد معامله است.^۲ تخلف از اوصاف در مبیع شخصی، موجب تغییر و تبدل مبیع نمی‌گردد بلکه مبیع فاقد وصف همان مبیع واجد وصف است بر خلاف تخلف از اوصاف در موضوع مورد معامله کلی که موجب تغییر نوع موضوع مورد معامله است. به بیان دیگر، اوصاف در مبیع کلی، منوع هستند و عین فاقد وصف، کاملاً مبین از عین واجد وصف است، از این رو چنانچه مشروط‌علیه، مبیع فاقد وصف را تسلیم مشروط‌اله بنماید، می‌توان او را به تسلیم و اقباض مبیع واجد وصف اجبار نمود برخلاف شرط صفت در مبیع شخصی، که الزام و التزام به آن معنای محصل و معقولی نمی‌یابد و اجبار مشروط‌علیه، به تسلیم مبیع واجد وصف در مورد آن غیر معقول است.

عدم تقسیط ثمن بر شرط صفت

تاکنون دانستیم که تخلف از شرط صفت، عقد را باطل نمی‌گرداند بلکه مشروط‌اله را بر فسخ عقد مسلط می‌سازد. اینک نوبت آن رسیده است که به این پرسش پاسخ دهیم که آیا در فرض فقدان شرط صفت اخذ ارزش جایز است و مشروط‌اله می‌تواند در ازاء شرط مفقود، بخشی از ثمن پرداختی را مسترد نماید یا خیر؟ پاسخ تفصیلی را می‌توان در مبحث تعذر شرط فعل، جو یا شد در این جا به همین مقدار اکتفا می‌نمائیم که هیچ بخشی از ثمن در مقابل شروط ضمن عقد قرار نمی‌گیرد بلکه عرفاً مقابله و مبادله میان ثمن و ذات مبیع

۱- میرزای قمی، غنائم الایام ص ۷۳۰- شیخ موسی خوانساری، منیه الطالب (تقریرات نائینی) ج ۱ ص ۴۰۷ و ج ۲ ص ۱۲۴- فقیه بجنوردی، القواعد الفقهیه ج ۳ ص ۲۵۲- سید ابوالقاسم خوئی، مصباح الفقاهه ج ۷ ص ۳۳۷ و ۳۵۱.

۲- منظور از عبارت «وصف مبیع» در ماده ۳۵۱ ق.م.، همان وصف معین (به کسر یاء) است به موجب ماده یاد شده، در صورتیکه مبیع کلی یعنی صادق بر افراد عدیده باشد بیع وقتی صحیح است که مقدار و جنس و وصف مبیع ذکر شود.

صورت می‌پذیرد، شروط ضمن عقد از دایره مبادله و مقابله ثمن و مضمن بیرونند و در جمیع معاملات معوض، عرف متعاملین بر این است که در مقام انشاء، ثمن را صرفاً در مقابل اجزاء مضمن قرار می‌دهند. حال که شروط ضمن عقد از دایره مبادله با ثمن بیرون‌اند اعتراف به تقسیط‌ناپذیری ثمن بر شرط و عدم جواز اخذ ارش، چندان دشوار نخواهد بود. آری ممکن است که وجود اوصاف در مبیع، داعی و انگیزه پرداختن مبلغ بیشتری باشد اما در هر حال ثمن تنها در مقابل مبیع موصوف قرار می‌گیرد نه در مقابل ذات موصوف و صفت.

فهرست منابع و مآخذ

- ۱- کتاب البیع- امام روح الله الموسوی الخمينی- انتشارات موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان- قم.
- ۲- جواهرالکلام- شیخ محمد حسن نجفی- انتشارات داراحیاء التراث العربی- بیروت.
- ۳- حاشیه بر مکاسب- ملا محمد کاظم خراسانی- با تصحیح سید مهدی شمس‌الدین، انتشارات وزارت ارشاد اسلامی.
- ۴- حاشیه بر مکاسب- شیخ محمد حسین اصفهانی(معروف به کمپانی) چاپ سنگی- قم.
- ۵- حاشیه بر مکاسب- سید محمد کاظم طباطبائی یزدی- انتشارات موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان- قم.
- ۶- حاشیه بر مکاسب- میرزا علی ایروانی- انتشارات کتابفروشی نجفی- قم.
- ۷- شعائرالاسلام- حاج محمد باقر اشرفی- چاپ سنگی.
- ۸- العروه الوثقی- سید محمد کاظم طباطبائی یزدی- چاپ دارالکتب الاسلامیه ۱۳۹۷هـ.ق.
- ۹- غنائم الایام- محقق قمی(میرزا ابوالقاسم جیلانی) چاپ سنگی.
- ۱۰- قانون مدنی ایران.
- ۱۱- القواعد الفقهیة آیت الله میرزا حسن بجنوردی- چاپ اسماعیلیان قم.
- ۱۲- القواعد و الفوائد- شهید اول- چاپ سنگی- تاریخ طبع صفر ۱۲۶۷ هـ.ق.
- ۱۳- مصباح الفقاهه- (تقریرات آیت الله خوئی) میرزا محمدعلی توحیدی. تبریزی- المطبعه الحیدریه- النجف، تاریخ طبع ۱۳۷۴ هـ.ق.
- ۱۴- مصباح الفقیه- حاج آقا رضا همدانی- (چاپ سنگی تهران).
- ۱۵- کتاب المکاسب- شیخ مرتضی انصاری- چاپ اطلاعات تبریز ۱۳۷۵ هـ.ق.
- ۱۶- منیه الطالب (تقریرات محقق نائینی) شیخ موسی خوانساری چاپ سنگی مرتضویه- نجف اشرف طبع ۱۳۵۸ هـ.ق.