

تحلیل مبنا و ماهیت حقوقی ارش

محمد ابوعطا* - عطیه شمس الهی**

چکیده

الزام بایع به پرداخت ارش، در صورت معیب بودن مبیع، مبنای قراردادی دارد و در مواردی که به دلیل عدم امکان رد مبیع یا استرداد آن با همان وضعیت زمان معامله، اعمال خیار عیب و فسخ عقد ممکن نباشد، مشتری فقط می تواند از ارش به عنوان غرامت بهره مند شود. حق دریافت ارش، حق مالی مستقلی است که با ظهور عیب در مبیع و به منظور جبران زیان مشتری، در عرض حق فسخ ایجاد می شود، اما بقا یا سقوط آن، لزوماً متأثر از وضعیت حق فسخ نیست.

کلیدواژه: بیع، فسخ، ارش، حق، معامله

* استادیار حقوق خصوصی دانشگاه سمنان، عهده دار مکاتبات Abouata_m@yahoo.com

** دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی

تاریخ وصول: ۸۹/۱۲/۲۰ - پذیرش نهایی: ۹۰/۱۰/۲۶

مقدمه

در اصطلاح فقهی و حقوقی، اختیارات، از اسباب انحلال قراردادها هستند و سرنوشت عقد را به دارنده حق فسخ واگذار می کنند. در هر کدام از مصادیق این حقوق قانونی، مباحثی پیرامون ماهیت و ارتباط آنها با عناصر قراردادی قابل طرح است. البته این گونه مطالعات، تنها از جهت نظری، دارای اهمیت نیست بلکه غالباً اختلاف در برداشت از مفهوم و جوهر این گروه از اعمال حقوقی، آثار عملی نیز به دنبال دارد. بنابراین، طبیعی است که ذهن را به سمت دلایل آن می کشد و کاوش پیرامون آنرا لازم می سازد.

خيار عيب، یکی از مهمترین مصادیق این حقوق مالی است که می تواند قرارداد را منحل سازد. اما در عرض این خيار، شیوه و اختیار دیگری نیز وجود دارد که می تواند عقد را با رعایت شرایطی حفظ کند. این راه حل، در منابع فقهی و قانون مدنی، تحت عنوان «ارش» شناخته می شود. ارش در چهره یک امتیاز فقهی و حقوقی، بیشتر از جهت نحوه محاسبه، مورد بررسی قرار گرفته اما از سایر جهات، بویژه ماهیت و مبنای تحقق آن، چندان مد نظر اندیشمندان واقع نشده است. حال آنکه، تحلیل این جوانب نیز بسیار اساسی است، چرا که واجد نتایج مهم بوده و از جمله می تواند به طرح نظریاتی برای تسری این روش ابقای قرارداد به سایر قراردادهای مشابه منتهی شود. تحقیق حاضر، به همین نکات اختصاص یافته است و در پی آن هستیم که ماهیت و مبنای ارش را از منظر فقهی و حقوقی، بطور دقیق، مورد بررسی قرار دهیم.

۱- مفهوم خيار عيب

خيار بر وزن فعال، اسم مصدر «اختيار» یا مصدری است بمعنی اختيار و مقصود اختیاری است که شخص در فسخ معامله دارد. به همین جهت، گاه همراه با کلمه فسخ می آید و می گویند «خيار فسخ». (قواعد عمومی قراردادها/ ۵/ ۵۲). عيب نیز به بدی، نقص، نقصان، بد نامی، رسوایی و گناه تعریف شده است. (فرهنگ معین، ۳/ ۱۹۵۵) عيب در اصطلاح فقهی، «خروج از مجرای طبیعی در جهت زیاده یا نقصی است که موجب نقص مالیت شود». (قواعد الاحکام / ۲/ ۷۲) در تعریف خيار عيب، غالباً به نحوه ایجاد ارکان آن و چگونگی محقق شدن طرف متضرر توجه شده است، چنانکه گفته اند: «هرگاه پس از عقد معوض، معلوم گردد که مورد معامله عيب داشته، منتقل الیه می تواند عقد را بر هم زند یا آن را با اخذ ارش بپذیرد.» (ترمیمولوژی حقوق / ۲۶۹) همین وضع، بعضاً در کتب فقهی نیز

دیده می شود. (المختصر النافع / ۱۲۵ - النهایه / ۳۹۲) قانون مدنی نیز از ماده ۴۲۲ به بعد، احکام خیار عیب را بطور تفصیلی، مد نظر قراردادها اما در هیچ یک از مواد، تعریف روشنی از این خیار بیان نکرده است. در واقع، سبب اصلی ایجاد خیار عیب، بروز و ظهور عیبی است که درباره چگونگی آن فقیهان نیز اختلاف نظر دارند. (جواهر الکلام ۲۳/۲۵۷ به بعد) قانون مدنی نیز برای پرهیز از این اختلاف ها، چنین مقرر می کند: "تشخیص عیب بر حسب عرف و عادت می شود و بنابر این ممکن است بر حسب امکان و ازمنه مختلف شود". پس از بروز چنین عیبی که شرایط آن در سایر مواد قانون، مذکور افتاده و در تعاریف فقهی نیز مشهود است، مشتری اختیار خواهد یافت معامله را بر هم زند یا از اختیاردیگری که دریافت «ارش» است، منتفع شود. بنابراین خیار عیب، همان حق قانونی مشتری مال معیوب است که با اعمال آن، از قید معامله ای که منعقد کرده و تبعاً، تعهدات ناشی از آن رهایی می یابد.

۲- مفهوم ارش

ارش در لغت، به معنی نزاع، اختلاف، تحریض و به جان هم افکندن (دانشنامه حقوق خصوصی ۱/۱۸۶)، همچنین، واحدی برای اندازه گیری طول است. (فرهنگ فشرده سخن ۱/۱۱۶). در اصطلاح، ارش در دو مبحث جداگانه استعمال شده است. در یک مفهوم، ارش، در مباحث جزائی و در باب دیات (ماده ۳۶۷ به بعد قانون مجازات اسلامی) به کار رفته است و آن در جایی است که برای عضو مصدوم یا مجروح، دیه خاصی تعیین نشده است. در این خصوص ماده ۳۶۷ قانون مذکور، مقرر می دارد: «هر جنایتی که بر عضو کسی وارد شود و شرعاً، مقدار خاصی به عنوان دیه آن تعیین نشده باشد، جانی باید ارش پردازد». اما ارش مدنی که ارش عیب نیز نامیده می شود، «کسری است که صورت آن، تفاوت قیمت صحیح و معیوب روز تقویم مال مورد معامله است و مخرج آن کسر، قیمت صحیح روز تقویم می باشد» (ترمینولوژی حقوق / ۲۹)

بررسی مفهوم و بالتبع، ماهیت ارش، نسبت به خیار عیب، قدری دشوارتر است چرا که با شنیدن نام ارش، ذهن، غالباً معطوف نحوه محاسبه آن می شود چنان که در تعریف بالا به وضوح روشن بود. ماهیت ارش، در حقیقت تابعی از آن است که بدانیم ارش، بر چه ارکانی استوار است و چه اهدافی از آن دنبال می شود. بطور کلی، گروهی ارش را «مالی که به عوض نقص حاصل در بدن یا مال اخذ شود» تعبیر کرده اند. (کلیات حقوق اسلامی / ۱۱۸) این تعریف از آن جهت که ارش را تنها به «عوض» تعبیر کرده، مجمل است و ماهیت آن را روشن نمی سازد. در جایی دیگر نیز ارش را جزئی از ثمن، دانسته (بروجردی عبده،

حقوق مدنی، / ۱۹۷) و به لحاظ چیستی و ماهیت، آن را در ابهام کامل باقی نگذاشته اند اما خود این تعریف نیز، چنان که در ادامه مباحث خواهد آمد، محل اختلاف است. بدین سان، در ابتدا لازم به نظر می رسد که ارش را از زوایای گوناگون مورد بررسی قرار دهیم.

۳- ماهیت حقوقی ارش

باید دید که آیا ارش، در مقابل بخشی از ثمن معامله قرار می گیرد و آنچه به این عنوان پرداخت می شود، جزء ثمن است که در مقابل قسمت معیوب قرارداد و یا این که ارش، یک قاعده برای جبران خساراتی است که به دنبال عقد قرارداد بر مال معیوب، به مشتری وارد شده است.

در حقوق رم، برای طرف متضرر از عوض معیوب، دو حق پیش بینی شده بود: ۱- رد میب به بایع و ۲- دعوای مشتری علیه بایع برای ضعف ثمنی که به او پرداخته است. (الوسیط فی شرح القانون المدنی ۷۱/۴). در حقوق مدنی فرانسه نیز تأثیرات این پیشینه، به وضوح روشن است چه، در پی تبیین کلی مسوولیت و ضمان بایع نسبت به عیوب مخفی میب به شرح مذکور در مواد ۱۶۴۱ تا ۱۶۴۳ قانون مدنی این کشور، ماده ۱۶۴۴، چنین اشعار می دارد: «در مورد مواد ۱۶۴۱ تا ۱۶۴۳، خریدار حق دارد میب را اعاده کرده و ثمن را مسترد کند یا میب را نگهداشته و بخشی از ثمن را که بوسیله کارشناس تعیین خواهد شد مسترد کند» (code civil francais/2002).

در این باره باید توجه داشت که وصف صحت و سلامت مورد معامله که اطلاق عقد، اقتضای آن را دارد، چه رابطه ای با اصل عقد و معوض دارد. آیا جزئی از عوضین است یا فقط وصف هر کدام از آنها به شمار می رود؟ دیگر این که فارغ از جزئیات یا وصفیت شرط سلامت میب، هدف از چنین شرطی چیست؟ لازم به ذکر است که پاره ای از فقها و حقوقدانان، در مقام تبیین نحوه ارتباط ارش با عوضین و یافتن مبنایی برای توجیه اختیار نگهداشتن مورد معامله معیب به همراه اخذ مالی دیگر که همان ارش است، به ارائه نظراتی پرداخته اند. در این میان، آنچه اذهان را بیشتر به خود معطوف داشته است، ایراد جمع بین عوض و معوض می باشد. گروهی برای رهایی از چنین ایراداتی، ارش را جزئی از ثمن دانسته اند که بی سبب، در دست طرف مقابل است و گروهی، آن را جایگزین وصف مطلوب محسوب می کنند. گروهی نیز در مبنای نظری خود، جبران زیان را که قاعده ای عمومی است، الگویی مناسب برای قالب ویژه ارش معرفی کرده اند. با این توضیحات، در گام نخست

باید دید، ارش با دو عوض معامله، دارای ارتباط هست یا خیر. سپس نوبت به تحلیل چگونگی این رابطه می‌رسد. مقدمتا باید توجه داشت که نظریات جزئیت و وصفیت، این ارتباط را مفروض انگاشته‌اند ولی دیدگاه جبران خسارت، آن را منتفی می‌داند.

در خصوص دیدگاه جزء بودن ارش و به طور کلی در مورد شرط سلامت مبیع، عقیده غالب آن است که شرط، جزئی از عوض نیست تا در صورت فقد آن، مشروط له بتواند ثمن را تقسیط کند و یا در صورت عدم مطالبه ذیحق هم موظف به پرداخت آن جزء از ثمن باشد. (نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی / ۳۳۲) اما در خصوص ارش، هر چند که بر شرط ضمنی ارتكازی و یا اقتضای اطلاق عقد استوار است، برخی معتقدند که ارش، جزئی از عوضین می‌باشد و در این باره، آن را با خیار تبعض صفقه مقایسه نموده‌اند. (جواهر الکلام ۲۳/۲۳۶- بروجردی عبده، حقوق مدنی، / ۱۹۷). در نقد این نظر باید گفت، اگر ارش جزئی از ثمن باشد که در مقابل بخش معیوب مبیع قرار می‌گیرد، باید بیع، نسبت به آن بخش باطل باشد و استرداد آن قسمت ثمن (ارش)، مبتنی بر این باشد که فروشنده، من غیر حق آن را دریافت نموده و نتیجتاً، معامله، دچار تبعض صفقه شود. (المکاسب ۵/۱۶- ۱۷). به عبارت دیگر، پذیرش دیدگاه مذکور، سبب می‌شود که آن بخش از ثمن را که باید استرداد کرد، ارش ندانیم بلکه آن را در قالب این الزام عمومی توجیه کنیم که در هر معاوضه، اگر کسی در مقابل آنچه که داده است، بیش از حق دریافت کرده باشد، باید آن را مسترد سازد. واقع آنکه، پذیرش جزئیت ارش نسبت به ثمن، مبانی آنرا دگرگون می‌سازد و آنرا از حالت استقلالی و به عنوان یک راه حل خاص خارج می‌کند. به عبارت دیگر، این نظر، نه تنها توجیه کننده ماهیت ارش نیست بلکه وجود آن را با تکیه بر وضعیت استرداد ثمن در تبعض صفقه لغو می‌کند. از سوی دیگر، در خصوص مورد معامله غیر قابل تجزیه، این مبنا، به خوبی پاسخگو نیست. بدین توضیح که در چنین موردی، چگونگی تقابل ثمن با اجزای معامله روشن نبوده و مشخص نیست آن بخش از ثمن که بنا به فرض عنوان ارش دارد، در مقابل کدام قسمت از موضوع معامله قرار می‌گیرد. به این ترتیب، ناکارآمدی این دیدگاه، تنها جنبه نظری ندارد و در عمل نیز تاثیر گذار است.

برخی دیگر، ارش را در مقابل وصف مبیع دانسته‌اند. (این نظر به علامه حلی نسبت داده شده است: ارشاد الاذهان / ۱/ ۳۷۶) به نظر می‌رسد، این دیدگاه، مبنای غرامت دانستن ارش قرار گرفته است و به عبارتی، ملتزمین به آن، ارش را نوعی غرامت و جبران خسارت دانسته‌اند. در میان نویسندگان حقوق نیز برخی به نظریه غرامت دانستن ارش برای جبران ضرر خریدار متمایل شده‌اند و با نفی تلازم بین فقدان وصف مبیع و تحقق ارش، از

نظریه و صفیت انتقاد نموده اند. (الزام های خارج از قرارداد/۹۴/۱- امامی، حقوق مدنی / ۴۸۵/۱ - شهیدی/ حقوق مدنی/ ۶ / ۶۱/۱) هرچند که به مخالفت ظاهر قانون مدنی با نظریه غرامت دانستن ارش نیز اذعان کرده اند.

نظریه و صفیت ارش نسبت به مبیع، در حقیقت تلاشی است برای جبران نقص نظریه جزئیت تا بدین وسیله ایراد بطلان مرتفع شود. اما خود برای این سوال که چرا معادل قیمت و ارزش وصف مفقود، بعنوان ارش پرداخت نمی شود بلکه قیمت حقیقی مد نظر قرار می گیرد، پاسخی ندارد. (الزام های خارج از قرارداد/۹۵/۱) این نظریه، در مبانی عقلی خود به دنبال آن است تا صحت و سلامت را به گونه ای، داخل در تراضی طرفین بنماید به گونه ای که نبود وصف سلامت، تراضی در خصوص ثمن را تحت تاثیر قرار داده و میزان ثمن را به قدر مطلوبیت آن وصف بسنجد. حال آنکه این استدلال، در واقع، منتهی به خیار تخلف از وصف می شود که حاصل آن، فقط حق فسخ است نه خیار عیب که علاوه بر اختیار فسخ، امکان اخذ ارش را نیز در عرض خود دارد. به نظر می رسد ارش از لحاظ نوع رابطه با دو عوض قرارداد، نه جزء است و نه وصف بلکه صحت و سلامت مبیع در نظر طرفین و به طور عرفی، در برخی موارد آنچنان حائز اهمیت است که قید تراضی است. در این موارد، صحبت از حق فسخ محلی ندارد. چرا که با عدم این قید، تراضی اشکال می یابد و بنابراین عقد باطل است. (الوسیط فی شرح القانون المدنی/ ۴/ ۷۱۰) اما در سایر موارد، سلامت مبیع یک انگیزش منطقی است برای بهره برداری از آنچه در ملکیت شخص در می آید و در مقابل آن جز، مشخصی از ثمن قرار نمی گیرد. در حقیقت، این دیدگاه، در صدد بیان یک تقسیم بندی است که به لحاظ اثر عملی آن در خصوص ماهیت ارش، تبیین شده است. چنان که می دانیم هر صفتی، هر چند که در دید عرف هم به قصد طرفین مرتبط نباشد، اما با بیان صریح یا دلالت اوضاع و احوال در یک رابطه خاص، به قصد آنها پیوند بخورد، در صورت اختلال در آن وصف، تراضی طرفین، به لحاظ حقوقی، دچار اختلال می شود. در این مورد هم اگر احراز شود وصف صحت دارای چنان ارتباطی با قصد است، بی شک، فقدان آن صفت، به عدم تشکیل عقد منجر می شود و دیگر محل بیان نظریات مربوط به ماهیت ارش نیست. اما در غیر این صورت (قید نبودن سلامت مبیع برای تراضی)، عقد اختلال نمی یابد و بنا براین می توان گفت، ارش با ثمن که رکنی از ارکان عقد است، ارتباط مستقیمی ندارد. در واقع، آنچه در مقابل سلامت مبیع قرار می گیرد، تضمین فروشنده به بهره برداری کامل خریدار از مال مورد انتقال است در صورت فقدان سلامت، قانون نحوه جبران و به

تعبیری، مسوولیت قراردادی بایع را با تجویز حق فسخ و یا اخذ ارش که به شیوه خاص محاسبه می شود، مقرر کرده است. جالب اینکه در فقه امامیه، استناد به این مبنا، بی سابقه نیست. در بحث از خیار شرکت، بعضی از فقها با این استدلال که شرکت، منجر به عیبی در مبیع می شود که استفاده مشتری را آنطور که می خواهد، ناممکن می سازد، حکم به حق فسخ مشتری داده اند (الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه/۳/۵۰۹). به نظر می رسد قانون مدنی فرانسه نیز به طور ضمنی به همین مبنا نظر داشته است چه طبق ماده ۱۶۴۱: «بایع به دلیل {وجود} عیوب مخفی در مبیع که آن را برای استفاده ای که از آن مد نظر است، نامناسب می کند یا از آن استفاده می کاهد، ضامن است...».

در مورد این مبنا در حقوق ایران، هرچند حکم صریحی در قوانین وجود ندارد اما به نظر می رسد پذیرش آن با مانع خاصی مواجه نیست چرا که به هر ترتیب، در قراردادهایی که مقصود از آنها، تملیک یا هر نوع بهره برداری از اموال باشد، طرفین، این غرض عقلایی (تملک یا تصرف در مال صحیح و سالم) را در نظر دارند و اصولاً، عقلاً، به معامله ای دست نمی زنند که دست یابی به مقصود معاملی متعارف از آن دشوار باشد یا به کمال عرفی نرسد. البته ممکن است در مواردی، مقصود معاملی طرفین، آن نوع بهره برداری نباشد که در عرف، مرسوم است، اما به هر حال، با منع عرف نیز رو به رو نیست. برای مثال، شخصی که اقدام به خرید اتومبیل های اسقاطی می کند، بطور معمول، فاقد قصد انتفاع عرفی (سوار شدن) و استفاده شخصی است، اما اغراض عقلایی دیگری، معاملات او را توجیه می کند. به این ترتیب، اینگونه مثالها نیز آنچه را ادعا نمودیم، نقض نمی کند. حاصل کلام آنکه، انتخاب این مبنا، ارتباط ارش را با عوضین معامله، به لحاظ جزئیت یا وصفیت برقرار نمی کند و طبعاً، از توالی ناصحیح آنها نیز بدور است.

۴- امکان مطالبه ارش در سایر قراردادها

در متون فقهی و حقوقی، خیار عیب و به دنبال آن مباحث پیرامون ارش، در عقد بیع ذکر شده است و یا این که اگر تحت عنوان جداگانه «خیارات» آورده شده، در آن، از مبیع و ثمن و بایع و مشتری که اصطلاحات خاص عقد بیع هستند، استفاده شده است. در قانون مدنی، طی مبحث پنجم از باب دوم از کتاب اول، از ماده ۳۹۶ به بعد، از خیارات صحبت شده است. احکام خیار عیب، از ماده ۴۲۲ آغاز می شود و در تمام مقررات، مقنن، با به کار گیری اصطلاحات عقد بیع، احکام این خیار را تبیین کرده است. در متون فقهی نیز چنین است (برای مثال، رک: جامع المقاصد/۴/۳۵۵ به بعد) و شیوه قانون مدنی هم طبعاً، متأثر از

این منابع است. این ترتیبات فقهی - حقوقی، این سوال را در ذهن بر می انگیزد که آیا خیار عیب، مختص به بیع است؟ و در هر صورت، ارش چه وضعیتی دارد؟

در این باره که خیار عیب از مختصات بیع نیست، تردیدی وجود ندارد، چرا که خیاراتی که اختصاص به این عقد دارند، غالباً به صراحت مشخص شده اند و این امر، به وضوح، الغای خصوصیت از بیع می کند و خیار عیب را در شمار قواعد عمومی انحلال قراردادها در اثر خیار، قرار می دهد. توضیح آن که در متون فقهی (خلاف / ۹/۳ به بعد - جواهر الکلام / ۲۲/۲۲۶) و در قانون مدنی، خیار مجلس، حیوان و تأخیر ثمن، اختصاص به عقد بیع دارند اما سایر خیارات، این گونه نیستند. به موجب ماده ۴۵۶ ق.م: «تمام انواع خیار در جمیع معاملات لازمه ممکن است مگر خیار مجلس، حیوان و تأخیر ثمن که مخصوص بیع است». بنابراین در سایر قراردادها، باید دید، آیا ماهیت آن عقد، اقتضای پذیرش خیار مورد بحث را دارد یا خیر؟ خیار عیب نیز از این قاعده مستثنی نیست و در هر مورد باید امکان اجرای آن را بررسی کرد. اما در مورد ارش، حسب این که ما کدام مبنا را برای تبیین ماهیت ارش از حیث ارتباط آن با عقد انتخاب نمائیم، ممکن است پاسخ متفاوت باشد. گروهی معتقدند که ارش در حقیقت ضمان تالف است که در این وضعیت ویژه (یعنی خیار عیب) ارش نامیده می شود. به این ترتیب و فارغ از هر گونه بحث پیرامون مبنای ارش، این ماهیت، تنها یک نام دیگر از نهاد شناخته شده ضمان است. به عبارت دیگر، ارش قاعده ای عمومی است و در هر معاوضه ای و جریان می یابد. (العناوین الفقهیه / ۲/۲۲۰) نکته حائز اهمیت در این میان، تغییر عنوان ارش است که سبب می شود زمینه اعمال آن در تمام موارد وجود داشته باشد. البته پذیرش علی الاطلاق این نظر با ایراداتی رو به رو است چرا که ماهیت برخی قراردادها مثل هبه معوض (به شرط عوض)، پذیرای چنین نظراتی نیست و خیار، ندرتا در آنها جریان می یابد. در مورد اجاره نیز هر چند در زمره عقود معوض است، اما طبق ماده ۴۷۸ ق.م که بطور صریح اشعار می دارد: «هر گاه معلوم شود، عین مستاجر در حال اجاره، معیوب بوده، مستاجر می تواند اجاره را فسخ کند یا به همان نحوی که بوده است اجاره را با تمام اجرت قبول کند...» مقنن، مستاجر را فاقد حق گرفتن ارش دانسته است.

همان گونه که ذکر شد، برخی ارش را جزئی از ثمن می دانند و معتقدند که حکم ارش، خلاف قاعده است و امکان تسری به سایر قراردادها را ندارد. استدلالی که در این باره بیان می کنند آن است که اگر در مورد ارش، اجماع وجود نداشت، صحیح نبود که در فرض تحقق خیار عیب آن هم در صورتی که امکان رد عین مال وجود داشته باشد، قائل به ارش

شویم چرا که ارش، معادل وصف مفقود مبیع نیست بلکه تنها در موردی که امکان رد مبیع نباشد، از آنجا که راه دیگری برای جبران ضرر نیست، ارش ثابت می‌گردد. (شرح و ترجمه متون فقه / ۱۷۷-۱۷۶). توضیح آن که اگر ارش را دارای مبنایی عقلی ندانیم و آن را با دلایلی همچون اجماع اثبات کنیم، به علت روشن نبودن علت و صرفاً آگاهی بر حکمت حکم ارش، قائل شدن به تسری، بی‌مبنا است. آنچه به نظر می‌رسد این است که طرفداران این نظر، در نهایت به نظریه جبران خسارت متمایل شده‌اند و در صورت عدم امکان رد مبیع در فرض تحقق خیار تخلف از وصف نیز، قایل به جریان نظریه ارش هستند. به عبارت دیگر، از نظر این گروه، ارش قابل تسری به سایر موارد نیست مگر در مورد خیار تخلف از وصف آن هم در موردی که امکان رد مبیع نباشد. اما با مبنایی که ما انتخاب کردیم، در هر قرارداد معوضی که تضمین بهره برداری متعارف از مورد معامله (نه ضمان تالف، آنچنان که برخی گفته‌اند) بر عهده یک طرف و به نفع طرف دیگر قرار داشته باشد، ارش، قاعده‌ای عمومی برای فرض عدم انجام تعهد مذکور (مسئولیت قراردادی) است و لو اینکه، مواردی معدود از عقود، مشمول این قاعده واقع شوند. برای نمونه می‌توان به صلحی که در مقام بیع و بدور از هر گونه مسامحه منعقد شده است (قواعد عمومی قراردادها/ ۳۱۱/۵) همچنین موردی که مهر، عین معین است و معلوم می‌شود که قبل از عقد، یا بعد از عقد و پیش از تسلیم، معیوب شده است (موضوع ماده ۱۰۸۴ قانون مدنی)^۱ اشاره کرد. (حقوق مدنی. خانواده/ ۱۲۵- قواعد عمومی قراردادها/ ۳۱۱/۵)

باید افزود، حتی اگر ارش را جزئی از عوض بدانیم، باز هم دلیلی برای عدم اجرای آن در سایر قراردادهای معوض وجود ندارد چرا که به گفته همین گروه، دلیل بر قراری ارش آن است که سلامت مبیع (معوض)، بخشی از ثمن را به خود اختصاص داده است و اینکه عقد واقع شده، بیع بوده است، فی‌نفسه، تأثیری بر این امر ندارد. بنابراین، علت، خصوصیت نداشته و دارای قابلیت تسری است و با هر مبنایی که انتخاب شود، می‌توان اعمال حکم ارش را با رعایت همه شرایط و به عنوان قاعده، در مورد سایر قراردادهای تملیکی و معوض نیز قابل تصور دانست. در واقع، همان‌طور که عقد بیع، محل سنتی طرح بسیاری از قواعد عمومی قراردادهاست و به این ترتیب، خیار عیب را می‌توان از آن قواعد محسوب نمود، خود این خیار نیز بسیار مورد بحث فقها قرار گرفته است و به گونه‌ای، نقش عقد بیع در بین سایر

۱- ماده ۱۰۸۴ ق.م: «هر گاه مهر، عین معین باشد و معلوم گردد قبل از عقد معیوب بوده و یا بعد از عقد و قبل از تسلیم، معیوب یا تلف شود، شوهر ضامن عیب و تلف است.»

عقود را خیار عیب در میان سایر خیارات ایفا می کند. چنانکه گفته اند: «اهم خیارات، خیار عیب است که قواعد مهمی از عقود را به خود اختصاص داده است. (فرهنگ عناصر شناسی/ ۳۱۸- عدل، حقوق مدنی / ۲۲۱/۱) .

۵- ارتباط طولی یا عرضی ارش با حق فسخ

در ادامه مباحث قبل، اکنون باید دید که آیا ارش یک حق مالی است که شخص ذی نفع، آنرا همراه با حق فسخ و یکجا به دست می آورد یا این که بین این دو، تقدم و تاخر وجود دارد. ظهور عیب در مبیع، دو حق برای خریدار به وجود می آورد. حق فسخ و حق گرفتن ارش. در این مسئله بین فقها، اختلافی نیست. آنچه محل اختلاف است، ترتیب این حقوق است. دلیل فسخ، همان دلیلی است که در مورد خیار عیب وجود دارد و موضوع بحث ما نیست. اما در مورد ارش، روایتی وجود ندارد که به مخیر بودن خریدار میان فسخ قرارداد و گرفتن ارش دلالت کند بلکه روایاتی که دلالت بر ارش دارند، فرضی را بیان می کنند که خریدار، در مبیع تصرف کرده و امکان رد آن به فروشنده وجود ندارد و فقط در این صورت، الزاماً، تفاوت قیمت و ارش برای جبران ضرر خریدار، به او پرداخت می شود نه این که در صورت تعذر یک طرف، تخییر در تعیین طرف دیگر وجود داشته باشد. (مکاسب / ۵ / ۲۷۵). در حقیقت، از نظر این گروه، حق گرفتن ارش، صرفاً در صورتی وجود دارد که امکان رد مبیع وجود نداشته باشد. به این ترتیب، ارش تنها یک امتیاز جانشین است که در صورت نبودن شرایط حق فسخ، جریان می یابد. به عبارت دیگر، مشتری اختیاری ندارد و اگر نتواند فسخ کند، می تواند ارش بگیرد، اما اگر نخواهد فسخ کند نمی تواند به اخذ ارش رو آورد (المبسوط / ۱۲۶/۲)

پاسخ گروه مقابل که ارش را در عرض حق فسخ می دانند این است که روایات وارده در خصوص ارش و حق فسخ، مثبت ادعای گروه اول نیست بلکه صرفاً ایجاد حق فسخ و امکان اخذ ارش را بیان کرده اند. به علاوه، در پاسخ ایراد دیگر گروه اول که این بحث را محل اجرای تخییر نمی دانند، پاسخ می دهند که منظور از این تخییر، شبیه به تخییر بین نجاست دو شی نیست، بلکه حقی وضعی است بین وجود خیار و اخذ ارش. (کتاب الخیارات ۱۳/۳-۱۱). قانون مدنی، از این مباحث، خالی است و به وضوح، ارش و حق فسخ را در عرض هم قرار داده است. حقوقدانان نیز در کتب خود، به این نکته مهم نپرداخته اند و این وضع، در

بین شارحین قانون مدنی نیز از آغاز (شرح قانون مدنی / ۴۰۴/۲ به بعد) تاکنون دیده می شود.

یکی از فروع آنچه در حال بررسی آن هستیم این است که آیا خیار عیب، تنها ناظر به حق فسخ است یا شامل ارش نیز می شود؟ برخی را اعتقاد بر این است که اگر خیار عیب به نحوی ساقط شود، مشتری همچنان حق مطالبه ارش را از فروشنده دارد. استدلال آنها نیز بر این پایه استوار است که، فوری نبودن خیار عیب نزد فقهای امامیه مشهور است و فوری بودن آن قول نادر و موافق با قول شافعی است. (امامی، حقوق مدنی/ ۱/ ۴۹۶). در حقیقت، طرفداران این دیدگاه، که البته در ماده ۴۳۵ ق.م^ا نیز پذیرفته نشده است، تلاش می کنند تا بر اساس یکی از دلایل سقوط حق فسخ ناشی از خیار یعنی بحث فوریت، ارش را از حق فسخ جدا کنند و با وجود امکان خدشه در فوریت حق فسخ، در هر حال، ارش را غیر فوری دانسته و از این حیث، آن را از حق بر هم زدن عقد، جدا سازند (المبسوط/ ۲/ ۱۳۹). در مقابل، استدلال شده است که با سقوط خیار عیب به هر نحو، ارش نیز ساقط می شود و سقوط خیار، ظهور در سقوط ارش نیز دارد. (قواعد عمومی قراردادها / ۲۹۶/۵ - ۲۹۵) به نظر می رسد این سوال به نحو دقیق تری نیز قابل نیز طرح است. آنچه در این مورد باید دانسته شود رابطه خیار با ارش نیست، چرا که با وجود شرایط مقرر، خیار عیب، ارش را به عنوان تنها نتیجه یا یکی از دو راه حل به دنبال دارد بلکه باید رابطه حق فسخ را با ارش، مطالعه کرد. به عبارت دیگر، باید دید اگر در اثر اهمال در اجرای خیار یا هر دلیل دیگر، حق فسخ ناشی از آن ساقط شود، آیا ارش نیز ساقط می شود یا خیر؟ به بیان بهتر، آیا سقوط، متوجه خیار است یا حق فسخ ناشی از آن؟ اگر سقوط متوجه خیار باشد، ارش و حق فسخ را با یکدیگر از بین می برد و این امر ناشی از انتفای سبب است، اما اگر سقوط، صرفاً ناظر به حق فسخ باشد، ارش کماکان به جای خود باقی خواهد ماند.

در مورد موضوع اصلی یعنی رابطه ارش با حق فسخ، به نظر می رسد مستند اصلی در دیدگاه اول، روایاتی است که البته در مورد نحوه دلالت آنها بر اثبات رابطه طولی، گروه دوم، ایراداتی را مطرح کرده است. در مقابل، نظریه عرضی بودن این رابطه، طرفداران سر شناسی دارد که معتقدند، بین فقها، اجماع وجود دارد که حق دریافت ارش، در کنار حق فسخ است. (مکاسب/ ۵/ ۲۷۶) مهم ترین دلیل این گروه، همان اجماع است. در این خصوص، باید توجه داشت که گروه اول، روایات وارده در این مورد را بر اساس طولی بودن دو حق تعبیر

۱- خیار عیب بعد از علم به آن، فوری است.

کرده اند در حالی که گروه دوم آن را از این جهت مطلق دانسته و یا بعضاً آن را در موردی قابل اجرا می دانند که امکان اجرای حق فسخ، به یکی از دلایل ساقط کننده آن، وجود نداشته باشد. در مقابل، در خصوص اجماع ادعا شده تردیدی ندارند. بنابراین و با توجه به عدم دلالت صریح روایات، نظر دوم که بین فقها نیز، از طرفداران بیشتری برخوردار بوده است، موجه تر به نظر می رسد. در حقوق فرانسه هم، قانون مدنی در این زمینه، ساکت است اما رویه قضایی، این خلا را پر کرده است. در پی ماده ۱۶۴۴ ق.م که اشعار می دارد: «در مورد مواد ۱۶۴۱ تا ۱۶۴۳، خریدار حق دارد مبیع را برگردانده و ثمن را مسترد کند یا مبیع را نگهداشته و بخشی از ثمن را که بوسیله کارشناس تعیین خواهد شد، مسترد کند»، شعبه اول مدنی دیوان کشور فرانسه، طی رای مورخ ۵ می ۱۹۸۲، چنین مقرر کرده است: «اختیاری که به موجب ماده ۱۶۴۴، به خریدار اعطا شده است، بدون اینکه لازم باشد خریدار، آن را توجیه کند قابل اعمال است». و بدین ترتیب، بر اختیار مطلق خریدار و رابطه عرضی حق فسخ و اخذ بخشی از ثمن (ارش)، صحنه گذارده است. در عین حال، رای مورخ ۱۲ ژانویه ۱۹۹۴ شعبه اول مدنی دیوان کشور فرانسه همچنین رای مورخ ۶ ژوئیه ۱۹۹۹ شعبه تجاری همان مرجع عالی، به ترتیب، «تلف مبیع» (La perte de la chose) و «عدم امکان استرداد مبیع» (L'impossibilite de restituer la chose) را مانع فسخ بیع از سوی خریدار اعلام کرده اند. (cite par: code civil francais/2002/1366)

۶. مبنای مسوولیت پرداخت ارش

در گستره حقوق خصوصی، مسوولیت، دو مبنای اصلی دارد. یکی مسوولیت قراردادی یعنی مسوولیتی که به دلیل نقض تعهدات ناشی از قراردادی معتبر و لازم الاجرا، سبب ایجاد حق برای متعهد له می شود تا با درخواست مطالبه حقوق قانونی خود، انتظاراتی را که بر مبنای قرارداد داشته است، تا حد امکان، برآورده سازد. اما مسوولیت خارج از قرارداد، ضمانتی است که آثار آن، نتیجه اراده طرفین و یا توافق آنان نیست. این شکل از مسوولیت، دایره بسیار گسترده ای دارد و به طور مفصل در کتب و سایر منابع حقوقی، از آن بحث شده است. (مجموعه مقالات فقهی و حقوقی / ۲۳۵-۲۰۵)

در مورد مبنای حقوقی ارش، به قدر سایر موضوعات آن، بحث به میان نیامده است. بنابراین و با توجه به مبانی و قواعد کلی مسوولیت های قهری و قراردادی، باید این موضوع را مورد مطالعه قرار داد.

بررسی مبنای مسوولیت در این زمینه، منوط به تفسیر اراده طرفین است چه، در جایی که طرفین معامله، به صراحت، شرطی را در این مورد مقرر کرده باشند، خواه این شروط را از باب تأکید بدانیم یا دارای آثار جداگانه، (کتاب البیع / ۵/۵-۳) مسوولیت بایع، قراردادی خواهد بود. اما اگر وصف صحت و سلامت مبیع، به هیچ یک از مفاد توافق طرفین باز نگردد، حتی اگر آن را موضوع تضمین بایع در مقابل خریدار بدانیم، مسوولیت، قراردادی نخواهد بود. یکی از نکات قابل توجه در این زمینه، بحث اقتضای اطلاق عقد است. به این معنا که اگر عقد، به شکل مطلق منعقد شود، آیا مقتضای صحت و سلامت مورد معامله است و آیا این امر باعث می شود تا مبنای مسوولیت طرفین، متغیر شود؟

منظور از این که الزام به پرداخت ارش، از سنخ مسوولیت قراردادی است، این است که به علت ضمان فروشنده نسبت به سلامت مبیع، در صورت کشف معیب بودن آن، این عهد نقض شده و چون این تعهد ضمنی در قرارداد وجود دارد، پس ریشه ارش در قرارداد است (الزامهای خارج از قرارداد/ ۱/۹۵). گروهی، این ادعا را نمی پذیرند و این که خیار عیب و تبعاً ارش، بر شرط ضمنی استوار باشد را بعید می دانند. (کتاب البیع / ۵/۶) به عبارت دیگر، از این منظر، ارجاع معیب در آمدن مورد معامله به تخلف از شرط، صحیح نیست. این ایراد، ظاهراً بر نظریه قراردادی بودن مبنای ارش، خدشه وارد می سازد. اما این نکته که اطلاق عقد (به هر معنا که باشد) اقتضای صحت و سلامت مبیع را دارد (مکاسب / ۵/ ۲۷۳) می تواند از مبنای قراردادی بودن تلقی شده و به ایراد مذکور پاسخ دهد. به عبارت دیگر، اقتضای اطلاق عقد، شرط سلامت مبیع نیست تا الزاماً به خیار تخلف از شرط منتهی شود، بلکه یک اعتماد عقلایی و عرفی است که به خیار اشتراط باز می گردد. مبنایی که در ارتباط با نسبت میان ارش و عوض انتخاب نمودیم نیز مؤید همین معنا است. چه، فروشنده این تضمین عقلی را بر عهده دارد و خریدار نیز منطقاً آن را می پذیرد. البته پذیرش مبنای قراردادی، به مصلحت گروه استفاده کنندگان از کالای معیب نیز هست و حمایت بیشتری را برای آنها فراهم می آورد. حال در روابط قراردادی که این تضمین و به طور کلی صحت مورد معامله، داخل در قلمرو تراضی می شود، دو حالت پیش می آید. اگر به طور کلی، طرفین، عیب را پذیرفته باشند، یعنی معامله، شامل و ناظر به مورد معیب باشد، مجرای خیار عیب مسدود است، مانند معاملات خودروهایی اسقاطی. اما در صورتی که سلامت مورد معامله، وارد در حوزه توافق نشود، می توان اخذ ارش را به قانون منتسب نمود.

یکی از مباحثی که در این خصوص قابل طرح است، این پرسش است که در صورت برقراری شرایط خیار عیب و مطالبه ارش بوسیله خریدار، آیا فروشنده می تواند از تادیه ارش

امتناع کند. به عبارت دیگر، در چنین شرایطی، ایا خریدار، حق الزام فروشنده را پیدا می کند تا با مراجعه به محاکم، حق خویش را اعمال کند؟ پاسخ به این سوال، در مورد ماهیت ارش نیز واجد اهمیت است، چرا که اگر فروشنده، حق امتناع داشته باشد، ارش دارای ماهیت قراردادی و وابسته به توافق بعدی طرفین است. به نظر می رسد در زمان تحقق حق فسخ، حق دریافت ارش، در عرض آن قرار می گیرد و سبب هر دو حق، حدوث عیب با شرایط معین است، چنانکه از ماده ۴۲۲ قانون مدنی نیز همین نکته استنباط می شود. نه اینکه سبب استحقاق ارش، تراضی بعدی طرفین به اخذ آن باشد، چنان که مثلاً گرفتن تفاوت قیمت در خیار غبن، وابسته به توافق بعدی است.

نتیجه گیری

دریافت ارش، حقی است که همراه با تحقق یکی از مهم ترین خيارات مشترک بین عقود، یعنی خیار عیب، ایجاد می شود. با مطالعه ای که انجام شد، دیدیم که اخذ ارش، یک امتیاز واجد مبنای قراردادی است و هر چند با عوضین معامله، بی ارتباط نیست، اما مستقیماً از آنها تأثیر نمی پذیرد. حقی که قانونگذار، در برقراری ارش مد نظر داشته است، بر مبنای دیدگاه مشهور در فقه، حقی است مستقل و در عرض حق فسخ ناشی از خیار عیب که لزوماً با وجود یا عدم حق فسخ، ارتباط ندارد. البته در مواردی حصری که در ماده ۴۲۹ قانون مدنی، ذکر شده است (عدم امکان کلی رد مبیع و یا رد آن با وضعیت زمان معامله یا بگونه سالم)، تنها اخذ ارش امکان دارد و سلب قانونی حق فسخ، الزاماً به جانشینی ارش می انجامد. به عبارت دیگر، ارش را نمی توان به صرف مرتفع شدن حق فسخ، منتفی دانست یا به صرف ثبوت آن و در هر حال، قابل مطالبه تلقی کرد. این نحوه جبران خسارت که مبتنی بر مسوولیت قراردادی است، علاوه بر بیع، در هر عقود معوضی که با توجه به ماهیت خود، امکان پذیرش آن را دارد قابل اجرا به نظر می رسد مانند صلحی که در مقام بیع و بدون تسامح واقع شده باشد اما در مواردی مانند عیب در عین مستاجر (ماده ۴۷۸ قانون مدنی) که این اختیار از مستاجر سلب شده است، قابل اجرا نیست.

منابع

- ۱- الاسدی، ابی منصور الحسن بن یوسف بن المطهر، *ارشاد الاذهان الی احکام الایمان*، الجزء الاول، موسسه النشر الاسلامی، التابعه لجامعه المدرسین، قم، ۱۴۱۰ق.

- ۲- السنهوری، عبدالرزاق، **الوسیط فی شرح القانون المدنی**، الجزء الرابع، دار احیاء التراث العربی، مصر، ۱۹۵۲م.
- ۳- امامی، حسن، **حقوق مدنی**، ج ۱، چ ۲۷، انتشارات اسلامیة، تهران، ۱۳۸۶.
- ۴- انصاری، مرتضی بن محمد امین، **المکاسب**، الجزء الخامس، مجمع الفكر الاسلامی، قم، ۱۴۲۰ق.
- ۵- انصاری، مسعود، طاهری، محمدعلی، **دانشنامه حقوق خصوصی**، ج ۱، چ ۲، تهران، ۱۳۸۶.
- ۶- انوری، حسن، **فرهنگ فشرده سخن**، ج ۱، چ ۳، انتشارات سخن، تهران، ۱۳۸۵.
- ۷- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **ترمیمولوژی حقوق**، چ ۱۵، کتابخانه گنج دانش، تهران، ۱۳۸۴.
- ۸- _____، **فرهنگ عناصر شناسی**، کتابخانه گنج دانش، تهران، ۱۳۸۲.
- ۹- حائری شهاباغ، سید علی، **شرح قانون مدنی**، ج ۱، چ ۳، کتابخانه گنج دانش، تهران، ۱۳۸۷.
- ۱۰- الحسینی المراغی، السید میر عبد الفتاح، **العناوین الفقہیہ**، الجزء الثاني، موسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین، قم، ۱۴۱۷ق.
- ۱۱- الحلی، ابو منصور الحسن بن یوسف بن المطهر، **قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام**، الجزء الثاني، موسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۱۸ق.
- ۱۲- الحلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن الحسن الحلی، **المختصر النافع فی فقه الامامیه**، انتشارات الدراسات الاسلامیه فی موسسه البعثه، الطبعة الثالثه، تهران، ۱۴۱۰ق.
- ۱۳- الخمينی، السيد المصطفى، **کتاب الخيارات**، الجزء الثالث، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، قم، ۱۳۷۶.
- ۱۴- شکاری، روشنعلی، **شرح و ترجمه متون فقه (بیع و خيارات)**، نشر کشاورز، تهران، ۱۳۸۲.
- ۱۵- شهیدی، مهدي، **حقوق مدنی ۶**، ج ۱، چ ۶، مجمع علمی و فرهنگی مجد، تهران، ۱۳۸۵.
- ۱۶- طاهری، حبیب الله، **مجموعه مقالات فقهی حقوقی**، انتشارات زائر، قم، ۱۳۸۵.
- ۱۷- الطوسی، ابو جعفر محمد بن الحسن، **النهايه فی مجرد الفقه و الفتاوى**، انتشارات قدس محمدی، قم، بی تا.
- ۱۸- _____، **الخلافا**، الجزء الثالث، الموسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین، قم، ۱۴۱۱ق.
- ۱۹- _____، **المبسوط فی فقه الامامیه**، الجزء الثاني، المكتبه المرتضويه لاحیاء الأثر الجعفريه، قم، ۱۲۷۰ق.
- ۲۰- عاملی، زین الدین بن علی، (شهید ثانی)، **الروضه البهيه فی شرح اللمعه الدمشقيه**، الجزء الثالث، انتشارات داورى، قم، ۱۴۱۰ق.
- ۲۱- عبده بروجردی، محمد، **کلیات حقوق اسلامی**، موسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۳.
- ۲۲- _____، **حقوق مدنی**، مجمع علمی و فرهنگی مجد، تهران، ۱۳۸۰.
- ۲۳- عدل، مصطفی (منصور السلطنه)، **حقوق مدنی**، ج ۱، چ ۲، انتشارات طه، قزوین، ۱۳۷۸.
- ۲۴- کاتوزیان، ناصر، **الزامهای خارج از قرارداد**، ج ۱، چ ۸، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۷.

۲۴ _____ مطالعات فقه و حقوق اسلامی - سال ۳ - شماره ۵ - پاییز و زمستان ۹۰

- ۲۵- _____، **قواعد عمومی قراردادها**، ج ۵، چ ۴، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۸۳.
- ۲۶- _____، **حقوق مدنی، خانواده**، چ ۵، نشر میزان، تهران، ۱۳۸۵.
- ۲۷- الکرکی، علی بن الحسین، **جامع المقاصد فی شرح القواعد**، الجزء الرابع، موسسه آل البيت عليهم السلام لاحياء التراث، قم، ۱۴۰۸ق.
- ۲۸- محقق داماد، سید مصطفی، **نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی**، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران، ۱۳۸۸.
- ۲۹- معین، محمد، **فهرنگ معین** (فارسی)، ج ۳، انتشارات زرین، تهران، ۱۳۸۲.
- ۳۰- الموسوی الخمینی، روح الله، **کتاب البیع**، ج ۵، چ ۴، موسسه اسماعیلیان، قم، ۱۳۶۸.
- ۳۱- النجفی، شیخ محمدحسن، **جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام**، ج ۲۳ و ۲۴، چ ۸، دارالکتب الاسلامیه، تهران، ۱۳۶۵.

32-Code Civil Francais , Dalloz, 2002.