

مفهوم و شرایط اعمال نظریه عمومی ارش و مقایسه آن با قاعده تقلیل

ثمن با مطالعه تطبیقی

(نوع مقاله: علمی - پژوهشی)

حمیدرضا بهروزی زادا^۱

چکیده

از قواعد حقوقی - تاریخی مسلم در نظام حقوقی رم قاعده تقلیل ثمن است. که مشابه آن در نظام حقوقی اسلام نهاد ارش می‌باشد. این مقاله کوشش دارد که با روش تحلیلی با باز تعریف هردو مخصوصا در خصوص نظریه عمومی ارش، این دو قاعده حقوقی قدیمی را با ادبیاتی نو منقح سازد و با بررسی شرایط اعمال آن به این نتیجه برسیم که هر دوی آنها هدف واحدی دارند و آن جبران خسارت متضرر از قرارداد با هدف حفظ قرارداد است. همچنین با باز تعریف نظریات فقهای معظم تلاش شده است تا در تعریف عیب و شرایط اعمال ارش در حقوق قراردادها وسعت ایجاد نموده تا با حفظ ساختارهای سنتی حقوق جبران خسارتها در فقه امامیه و حقوق ایران هماهنگ با حقوق جبران خسارتها در حقوق پیشرفته غرب باشد. امری که مخصوص عیب است. زیرا در فقه امامیه و حقوق ایران وصف سلامت از سایر ویژگی‌ها اهمیت بیشتری دارد و همین امر هم سبب تمایز در آثار شده است. بنابراین در این مقاله اثبات خواهیم نمود که در فقه امامیه و حقوق ایران عقود معوض اگر اوصاف وصف کیفی مطابق با اوصاف مقرر در قرارداد نباشد من له الحق می‌تواند معادل آن را از طرف مقابل دریافت نماید دقیقا شبیه همان چیزی که در قاعده تقلیل ثمن هست.

کلیدواژه‌ها: قاعده تقلیل ثمن، نظریه عمومی ارش، عیب، قرارداد، کنوانسیون بیع کالا.

در عرصه حقوق قراردادهای در سالهای اخیر تلاش برای یکسان‌سازی و همگرایی مقررات حاکم بر آن بوده است. یکی از آن تلاشهای بسیار مهم و مجدانه، کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا است که در این کنوانسیون تعهدات و حقوق طرفین قرارداد بیع بین‌المللی به طور مشخص بیان شده است. یکی از این مباحث بسیار مهم، بحث ضمانت اجرای نقض قرارداد است و یکی از این ضمانت اجراها ماده ۵۰ کنوانسیون وین است که به بحث مهم تقلیل ثمن می‌پردازد. قاعده تقلیل ثمن براساس آنچه که خواهد آمد یکی از اصطلاحات قدیمی حقوق رم است که نویسندگان کنوانسیون در زمان تدوین کنوانسیون به بازسازی آن براساس شرایط روز حقوق قراردادهای تجاری بین‌المللی پرداختند. در فقه امامیه و حقوق ایران نیز اصطلاحی نزدیک به آن به نام ارش وجود دارد، و مباحث متعددی در چهارچوب بحث ارش مطرح شده است. یکی از این مباحث مهم در ضمن بحث شرایط اعمال ارش است که لازم است به طور تحلیلی بیان شود.

هدف ما در این مقاله این است که بیان شود این دو مفهوم تقلیل ثمن و ارش هدف واحدی دارند و آن حفظ قرارداد است. بنابراین لازم است ابتدا ضمن بیان مفهوم و ادله نظریه عمومی ارش به بیان شرایط اعمال قاعده تقلیل ثمن و بررسی تطبیقی این دو قاعده سنتی حقوق رم و حقوق اسلام بپردازیم و از دل این مقایسه بتوانیم نظریه‌ای تحت عنوان نظریه عمومی ارش در حقوق ایران را ثابت نماییم و بتوانیم با استناد به قواعد سنتی حقوق امامیه بحث ضمانت اجرای قراردادی، که در فقه امامیه عمدتاً بر مبنای احکام تکلیفی است کارآمد ساخته و پاسخگوی نیازهای کنونی بدانیم. همچنین با توجه به اینکه در حقوق ایران به ویژه در قانون مدنی مفهوم خسارات مناسب با وضعیت حقوقی امروز نیست قاعده مند کردن نظریه عمومی ارش می‌تواند به تدوین نظام جبران خسار آنها در فقه و امامیه و حقوق ایران کمک نماید.

در خصوص پیشینه تحقیق مقالات زیادی نگارش شده است. (برای نمونه رک کنید به بیگزاده، باریکلو ۱۳۹۰: ۷۴-۵۷ و اسلامی پناه، فرجام، اسکندری، ۱۳۹۵: ۴۹-۷۴. اسکینی، جعفریان، ۱۳۸۹: ۵۵-۸۷) تفاوت این مقاله با آنها در هدف تحقیق است. در آثار وزین مورد اشاره به ارش تحت عنوان یک فرع فقهی در ذیل خیار عیب یا حداکثر تبعض صفقه بحث شده است و به قابلیت تطبیق با تقلیل ثمن پرداخته شده است. در حالی که هدف این مقاله آن است که ابتدا نظریه عمومی ارش را براساس ادله چهارگانه فقهی منقح نماییم و سپس با یکسان‌سازی به شرایط اعمال قاعده تقلیل ثمن ارش به بررسی تطبیقی این دو قاعده سنتی حقوق رم و حقوق اسلام بپردازیم و از دل این مقایسه بتوانیم نظریه‌ای تحت عنوان نظریه عمومی ارش را ثابت

کنیم و با استناد به قواعد سنتی حقوق امامیه بحث ضمانت اجرای قراردادی که در فقه امامیه و حقوق ایران بسیار مضیق است را کارآمد سازیم که پاسخگوی نیازهای کنونی باشد. به نظر می‌رسد قاعده مند کردن نظریه عمومی ارش می‌تواند به تدوین نظام جبران خسارتها در فقه و امامیه و حقوق ایران کمک نماید.

۱. مفهوم تقلیل ثمن و نظریه عمومی ارش و ادله نظریه عمومی ارش:

۱. مفهوم تقلیل ثمن: با توجه به اینکه کنوانسیون وین از دو نظام حقوق نوشته و کامن لا نشئت گرفته است لازم است به طور مختصر به بیان این قاعده در دو نظام حقوق نوشته و کامن لا بپردازیم. قاعده تقلیل ثمن به عنوان یک روش برای جبران خسارت روشی آشنا برای حقوق دانان نظام حقوق نوشته است. در واقع اصل این قاعده مخصوص حقوق رم است. (Zimmerman, 1996: 318) و این قاعده در حقوق رم باستان تحت عنوان *Actio quanti minoris* شناخته می‌شد. به طور خلاصه تقلیل ثمن به این معنی است که فروشنده کالایی را که مطابق با قرارداد نمی‌باشد، به خریدار تسلیم کرده و علی‌رغم آن، خریدار تصمیم به قبول آن می‌گیرد. (داراب پور، ۱۳۷۴: ۲/۲۱۵)

در دوران معاصر نیز در ادبیات حقوقی کشورهای دارای حقوق نوشته به طور گسترده‌ای به این قاعده اشاره می‌شود. (برای مثال ماده ۴۴۱ قانون مدنی آلمان و ماده ۱۶۴۴ قانون مدنی سابق فرانسه.) به موجب ماده ۱۶۴۴ قانون مدنی سابق فرانسه در صورت معیوب بودن کالا مشتری حق تقلیل ثمن را دارد که این حق فقط در صورت معیوب بودن مبیع پیش‌بینی شده بود (Gartner, 2000, 14). در اصلاحیه قانون مدنی فرانسه گستره این حق افزایش یافت. در واقع در سال ۲۰۱۶ تحت تاثیر ماده ۵۰ کنوانسیون وین در ماده ۱۲۲۳ اصلاحیه آمده، متعهد له در صورت مطالبه رسمی، ما به التفاوت اجرای ناقص تعهد را بپردازد و همچنین درخواست کاهش نسبی قیمت را بنماید. به نظر می‌رسد جز چند تغییر عبارتی در شرایط مطالبه تقلیل ثمن تفاوت ساختاری اساسی با ماده ۱۶۴۴ سابق ندارد. تنها نکته مهم این ماده این است که تقلیل ثمن فقط در عدم اجرای جزئی قرارداد قابل تصور است.

در قانون مدنی آلمان نیز بند دوم ماده ۴۳۷ قانون مدنی آلمان عمدتاً ناظر به ماده ۴۴۱ قانون مدنی این کشور در صورت معیوب بودن کالا این حق را به خریدار داده است که قرارداد را رد نماید یا ثمن را تقلیل دهد. (نوری، بی‌تا: ذیل ماده ۴۳۷).

با وجود اینکه قاعده تقلیل ثمن ریشه در حقوق نوشته دارد اما در قوانین کشورهای تابع حقوق کامن لا موادی وجود دارد که تا اندازه‌ای شبیه قاعده تقلیل ثمن است. مواد ۳۰ و ۵۳ قانون بیع کالاهای انگلستان^۱ راجع به این موضوع است. ماده ۳۰ این قانون به تسلیم ناقص کالا اختصاص دارد. در صورتی که فروشنده مبیع را مطابق با قرارداد تسلیم نکند و خریدار کالای موجود را قبول نماید، خریدار باید نرخ قراردادی را برای کالاهای تسلیم شده بپردازد. ارجاع به نرخ قراردادی^۲ از منظر شارحین کنوانسیون وین با واژه «به نسبت^۳» در ماده ۵۰ کنوانسیون بیع بین‌المللی قابل مقایسه است.

همچنین از منظر اینان اگر طرفین برای هر قسمت از کالاها که تسلیم شود نرخ قراردادی، قرار داده باشند، آن نرخ همچنین تعیین‌کننده در خصوص ارزش کالاهای تحویل شده با کالاهای مطابق با قرارداد خواهد بود. (piliounis, cisg. Law)

علاوه بر این بند ۳ ماده ۵۳ قانون بیع کالاهای انگلیس در خصوص نقص کیفی است. در این ماده خسارت را تفاوت بین ارزش کالاهای قراردادی و ارزش واقعی کالاها می‌داند. این قسمت از ماده در خصوص شیوه مستقیم محاسبه قیمت است که در مورد محاسبه خسارات کاربرد دارد. البته رویه قضایی انگلیس تفسیری که از بند ۳ ماده ۵۳ ارائه داده شیوه محاسبه را نزدیک به مفهوم نسبت قراردادی در ماده ۳۰ قرارداده و عملاً این راه حل منتج به راه حل ماده ۵۰ کنوانسیون بیع بین‌المللی شده است. (cisg.) (piliounis, law)

در هر صورت تقلیل ثمن یک طریقه جبران خسارت مالی علاوه بر دیگر طرق است؛ این یک طریق جبران مشهور و عمومی و مهم است که در عرف و عملکرد روزانه تجارت داخلی و بین‌المللی آن کشورها وجود دارد. (Bonell, 1987: cisg. Law)

در ماده ۵۰ کنوانسیون وین نیز حق تقلیل ثمن پیش‌بینی شده است. ماده ۵۰ کنوانسیون وین به خریدار در صورت عدم مطابقت با قرارداد حق تقلیل ثمن را داده است.

با وجود این قاعده مشابه تقلیل ثمن در اصول قراردادهای تجاری ۱۹۹۴ و ۲۰۱۰ UNIDROIT وجود ندارد. با وجود این، به خاطر وجود ماده ۵۰ کنوانسیون وین یا ماده ۹:۴۰۱ اصول قراردادهای اروپایی عقیده غالب مفسران این است که قاعده تقلیل ثمن به عنوان جبران خسارتی متن و اولین روش جبران خسارت قراردادی مقرر شده است. (Bergsten, cisg. Law)

1. sale of Goods Act 1979.
2. contrue.
3. proportionate.

در واقع طرفداران قاعده تقلیل ثمن براساس ماده ۵۰ کنوانسیون وین معتقدند قاعده تقلیل ثمن در مقایسه با روشهای جبران خسارات، هدف متفاوتی برای حفظ معامله دارد؛ از نظر اینان قاعده تقلیل ثمن با تعهد اخلاقی مرتبط است، ووظیفه اخلاقی طرفین معامله حفظ قرارداد است. در حالی که خسارات، مرتبط با بهره وری اقتصادی ونگاه اقتصادی به تعهدات است. (Tunon, 1998, cisp. law) به همین خاطر است که برخلاف جبران خسارتهای قراردادی، قاعده تقلیل ثمن مبتنی بر خسارتهای واقعی وارده بر خریدار نیست، بلکه صرفا وابسته به نسبت بین ارزش واقعی کالای تحویل داده شده و ارزش فرضی کالای منطبق است. (Piliounis, cisp. Law)

در حال حاضر تاکید در ابتدا این است که تقلیل ثمن در درجه اول با حفظ قرارداد بین طرفین مرتبط است و به عنوان راهکاری برای ایجاد توازن در اجرای قرارداد توسط طرفین است. (sndahel, cisp. Law) بنابراین، ماده ۵۰ کنوانسیون وین به خریدار حق داده است که در صورت تسلیم کالای غیر مطابق با قرارداد به جای مطالبه خسارت ثمن را کاهش دهد. (Ziegel, cisp. Law)

۱-۲-۱. مفهوم لغوی و اصطلاحی و ماهیت ارش:

۱-۲-۱-۱. مفهوم لغوی و اصطلاحی ارش:

ارش در لغت به معانی متعددی استعمال شده است. از معانی ارش دیه جراحات است. همچنین در مالی هم که مشتری از بایع در صورت عیب و اطلاع بر آن اخذ می کند ارش اطلاق شده است. فیومی در مصباح المنیر در معنای ارش آورده است: «ارش به معنای دیه جراحات است و جمع آن اروش است. مثل فلس و فلوس و در اصل ارش به معنای فساد است. سپس در نقصان اعیان استعمال شد زیرا فساد در آن است و مبیع معیوب است و گفته شده است اصل ارش هرش است.» (فیومی، ۱۴۰۵ ه.ق: ۱۲. زکریا، ۱۴۰۴ ه.ق: ۷۹/۱).

در فرهنگهای لغت فارسی نیز اصطلاح ارش به معنای دیه، پاداش، کیفر، غرامت، تاوان زخمها، جبران و آنچه در جراحات وارده واجب باشد، آمده است. (دهخدا، ۱۳۲۵: ۱۸۶۴/۵؛ عمید، ۱۳۸۹: ۹۵).

در لسان فقها ارش بر معانی متعددی اطلاق شده است که آن معانی عبارتند از:

۱. آنچه در معاوضه، بدل نقص یا عیب در احد عوضین اخذ می شود.
۲. آنچه که در نقص در عین یا منفعت مضمونه به ید همان طور که در غضب و غیر غضب است اخذ می شود.
۳. آنچه که بدل جنایتی که در شرع مقدار دیه آن مشخص نشده است پرداخت می شود.

۴. در عوض ازاله به کارت گرفته می‌شود. فقها معتقدند از موارد پرداخت ارش، ارش البه‌کاره است. (نجفی، ۱۳۶۷ ه. ق: ۴۹۷/۳۷).

گروهی از فقهیان معتقد به اشتراک لفظی هستند. از نظر اینان ارش دارای معانی مختلفی است. (حسینی عاملی بی‌تا: ۴/۶۳۲)

در مقابل قول قوی‌تر و صحیح‌تر این است که ارش مشترک معنوی است. از نظر اینان مفهوم ارش کلی انتزاعی از معانی ذکر شده است. چون اینان قایل به انتزاع تعریف کلی از ارش هستند ارش را اینگونه تعریف کردند «ارش مالی است که مقدار آن در شرع مشخص نشده است و بدل از نقصی که در مبیع یا بدن است اخذ می‌شود.» (انصاری، ۱۴۲۰: ۳۹۱/۵).

در اصطلاح حقوقی نیز ارش در دو بحث جداگانه کیفری و مدنی استعمال شده است. ارش مدنی: «کسری است که در صورت آن، تفاوت قیمت صحیح و معیب روز تقویم مال مورد معامله است و مخرج آن کسر، قیمت صحیح روز تقویم می‌باشد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳: ۲۹)

حقوق‌دانان نیز تعاریف مختلفی از ارش نموده‌اند از نظر برخی از استادان ارش را: «خسارت عدم انجام تعهد مربوط به تسلیم کالای سالم دانسته‌اند.» (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۳۰۸/۵) برخی نیز نگاه فلسفی متفاوتی به ارش دارند و آن را برای جبران بهم خوردن اصول موازنه در حقوق ایران دانسته‌اند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۲۱۸)

در واقع به نظر می‌رسد ایشان معتقدند که در نتیجه بهم خوردن توازن قراردادی است که قانون‌گذار برای ذی‌حق دو حق ممتاز فسخ و یا مطالبه ارش را فراهم کرده است.

به نظر می‌رسد تعریف اخیر بیشتر با نظریه عمومی ارش سازگار باشد و تعریف مناسبی برای نظریه عمومی ارش باشد.

در واقع در حقوق ایران عمده بحث در خصوص ماهیت ارش می‌باشد که اکثر حقوق‌دانان قائل به نظریه غرامت و جبران خسارت شده‌اند. (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۱۰۸/۵، امامی، ۱۳۷۶: ۴۸۵/۱)

۲-۲-۱: ماهیت حقوقی ارش:

ماهیت ارش یا قهری است یا قرارداد؛ به تعبیر دیگر ریشه و مبنای ارش یا باید قرارداد باشد یا امری خارج از قرارداد. لازم است به تفصیل پیرامون هر کدام از این مبانی بحث شود.

۱-۲-۲-۱. ماهیت قراردادی نظریه عمومی ارش:

نظریاتی که در خصوص مبانی قراردادی ارش ذکر شده است عبارتند از: ۱- نظریه ضمان معاوضه. ۲- نظریه شرط سلامت کالا به عنوان شرط ضمنی.

الف: ضمان معاوضه:

برخی از فقها معتقدند ضمان ارش از نوع ضمان معاوضه است. ضمان معاوضه به این معنی است که - برخلاف مضمون به قیمت در امثال اموال مغضوب- در ارش نقص جزء یا وصف-براساس تفسیر ماهیت ارش- باعث می‌شود که قیمت آن وصف یا جزء به فروشنده تملیک نشود و فروشنده ضامن آن جزء یا وصف در مقابل خریدار براساس ضمان معاوضه باشد. در واقع عمده دلیل اینان این است که در ضمان، جزء تابع کل باشد. و ضمان معاوضی به این معنا خواهد بود که مضمونا آنچه از عوض در قبال وصف یا جزء قرار گرفته است همان جزء یا وصف موجب ضمان خواهد بود نه نفس قیمت عیب.

همچنین ضمان تمام مبیع بر بایع به نحو ضمان معاوضی صحیح است. به معنای اینکه بایع ضامن برای تسلیم مبیع تاما به مشتری است، و اگر تسلیم بعضی ثمن را انجام ندهد به همان مقدار از ثمن، نه از قیمت آن، مسئول خواهد بود. (انصاری ۱۴۲۰: ۳۹۲/۵).

عمده ایرادی که مخالفین به ضمان معاوضی وارد کردند این است که ضمان معاوضی ضمان تلف قبل از قبض یا حداکثر قبل از انقضاء زمان خیار است. و قاعده تلف مبیع قبل از قبض شامل تلف وصف نمی‌شود و بر فرض این قاعده شامل وصف بشود مقتضی خیار نخواهد بود تا چه به ارش برسد. (محقق اصفهانی، ۱۴۲۰: ۷۲/۵) جواب این ایراد در بحث در ماهیت ارش گذشت و اگر ماهیت غرامت را انتخاب نماییم ضمان معاوضی می‌تواند به عنوان مبنایی مناسب برای مبنای ارش تعیین شود.

ب: شرط سلامت کالا به عنوان شرط ضمنی:

برخی از فقها سلامت کالا را جزء شروط ضمن عقد می‌دانند. از نظر اینان کسی که کالایی را خریداری می‌کند، ظاهر در سلامت کالا است و لذا در هنگام معامله سلامت را شرط نمی‌کنند. در نتیجه همان اجرای باب شروط را در اینجا نیز معتقدند. (محقق حلی ۱۳۸۹: ۵. ق: ۲۹/۲).

۲-۲-۱. ماهیت قهری ارش:

نظر برخی بر این است که مبنای ارش قهری است. منظور از مسئولیت قهری این است که جبران خسارت توسط ناقض آن فقط بر مبنای شرع و قانون، نه قرارداد، به وجود می‌آید. (کاتوزیان ۱۳۸۲: ۱۳۴/۱؛ لطفی ۱۳۸۸: ۱۴)

الف: ضمان ید:

برخی از فقها معتقدند ماهیت ارش از باب ضمان ید است و مشتری ضامن قیمت وصف صحت است. مبنای این قاعده نبوی مشهور «علی الید ما اخذت حتی تودی» است. فقها نسبت به اعتبار روایت بر دو نظریه‌اند. برخی مانند محقق خوئی آن را کلا فاقد حجت می‌دانند. (موسوی خوئی ۱۴۱۷: ۸۷/۳) برخی نیز مانند محقق نراقی معتقدند حجیت روایت هر چند از راه سند ممکن نیست؛ لیکن شهرت میان فقها ضعف سند را جبران می‌کند. (بجنوردی، ۱۳۷۷: ۵۴/۴ و ۵۵) استناد به ضمان ید برای ارش زمانی ممکن خواهد بود که قایل به قول دوم باشیم.

در نظر شیخ مفید و شیخ صدوق، عیب مال، نقص مال محسوب شده است و در واقع وقتی کالایی معیوب باشد به این معناست که جزیی از مال، مفقود است. پس وصف سلامت، جزیی از مال قلمداد می‌شود، براین اساس ضمان ارش، خلاف قاعده محسوب نمی‌شود. لذا، چون ضمان ارش، قیمی محسوب شده است پس ارش، نفس تفاوت قیمت میان مبیع سالم و معیوب است. (ابن بابویه، ۱۴۰۶ ه. ق، ۲۵۳، شیخ مفید/المقنعه ۱۴۱۰ ه. ق: ۵۹۶)

برخی از حقوق‌دانان ماهیت ضمان ارش را ضمان یدی دانند. اینان معتقدند مسئولیت بائع در پرداخت ارش همانند غاصب است. (محقق داماد، ۱۳۸۵ ش، ۶۱/۱) در واقع ضمان غاصب در اصل مال قیمی در نقص یا عیب مال قیمی هم وجود دارد. پس در صورتی که شخصی بر مال دیگری مستولی شود، در مقابل مالک، ضامن تلف و نقص آن مال محسوب می‌شود. و ملزم به بازگرداندن آن مال به مالکش و در صورت تلف یا ایراد خسارت، ملزم به جبران خسارات می‌باشد. (محقق داماد، همان، ۶۶) به عبارت دیگر متصرف مال غیر، در مقابل مالک، مسئول می‌باشد که در صورت بقای عین، اصل مال را بازگرداند و در صورت تلف مال یا ایجاد نقص در مال، از عهده زیان وارده برآید. (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۲۹)

بر اساس این نظر چه معامله صحیح باشد چه فاسد نحوه ابراء ذمه متصرف بدین نحو است که علاوه بر رد عین، ملزم به تادیه ارش می‌گردد. مالک مال در این حالت ناگزیر است عین معیوب و ارش مال را

بپذیرد و امکان امتناع از قبول عین معیوب و مطالبه تمامی قیمت مال به جای آن وجود ندارد. (موسوی خمینی، ۱۴۱۶ ه. ق: ۵۰۰/۱؛ محقق داماد ۱۳۸۵: ش ۹۳/۱).

به نظر می‌رسد قائل شدن به مبنای ضمان ید برای مفهوم ارش تکلف باشد. زیرا معمولاً فقها به شمول قاعده علی الید به دیده مضیق نگریستند.

ب: غرامت تعبدیه:

برخی از فقها غرامت و ارش را از باب تعبد می‌دانند و معتقدند ارش غرامت تعبدیه است و نه از باب ضمان معاوضه و نه از قبیل ضمان ید محسوب می‌شود. (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶ ه. ق: ۲۳۱)

در تایید کلام آخوند محقق خراسانی محقق اصفهانی مستدلاً تقریر فرموده است که: «متعارف نیست که ضمان ارش ضمان ید محسوب شود، زیرا در مورد وصف تلف عقدی وجود دارد نه اینکه تلف مال مشتری در ید بایع صورت گرفته باشد تا از موارد ضمان ید باشد. پس یا از ضمان معاوضه است یا ضمان مستقل خارج از ضمان معاوضه است وقاعده تلف مبیع قبل از قبض شامل تلف وصف نمی‌شود و با فرض شمول هم مقتضی خیار نیست تا چه برسد به ارش... و از آنچه ذکر کردیم تبیین می‌شود که ضمان وصف مفقود حال البیع خارج از ضمان ید و ضمان معاوضه است و یک حکم تعبدی است.» (محقق اصفهانی، بی تا: ۷۱/۵ و ۷۲).

حضرت امام نیز قایل به تعبد در مسئله ارش هستند و می‌نویسند: «تردید نیست که ضمان در مانحن فیه بر فرض تسلیم اینکه ارش مضمون باشد ضمان ید نیست و همچنین ضمان اتلاف هم محسوب نمی‌شود و واضح است که سبب برای ضمان نیستند و ضمان معاوضه محسوب نمی‌شود بنا بر قول دیگر ارش ضمان مستقلی غیر از ضمانهای دیگری است که در فقه آمده است. لکن شان در اینکه مضمون است و به حسب متفاهم از ادله، ترجیح دادیم به اینکه مشتری حق رجوع به بایع و اخذ آن بدون اینکه بر ذمه اش باشد را از اول یا در صورت رجوع به آن دارد. پس در صورت اطلاق ضمان بر آن مشاحه و مناقشه‌ای در معنی ضمان نیست.» (موسوی خمینی، ۱۴۱۰: ۱۲۶/۵)

برخی از فقهای معاصر در این قول خدشه کردند و به خوبی این قول را حلاجی کردند و معتقدند: «ارش از امور تعبدیه نیست تا اینکه محتاج به بیان آن در بیان شارع باشد، و نه از موضوعاتی که نیاز به استنباط فقیه داشته باشد تا او اعمال فکر و اجتهاد در ادله کند بلکه ارش از امور عرفیه دائر بین تجار و متعاملین و اهل بازار است، و لازم است رجوع به اهل خبره از آنها شود، و اگر به سواد مردم و اهل بازار مراجعه کنید خواهند گفت: ارش تتمیم عیب به مالی است که مقابل آن از ثمن در مالیت است، در نتیجه ارش

گرامتی خارج از ذات عوضین به حسب شخصیت آنها است و ممکن است به آنچه در لغت و کلمات فقها است به آنچه که ما گفتیم ارجاع بدهیم. همچنین ضمان معاملی عبارت از تعهد به شی در معامله و لو به حسب لب و واقع است و از عهده اش ضمان معاملی خارج نمی‌شود مگر زمانی که خسارات و ارش را تدارک کند. و بایع در مقابل مشتری التزام می‌شود و آنچه را که مستحق بر زاید عین است اخذ می‌کند. در نتیجه حتی اگر عدم وصف مبین شد واجب است از عهده فروشنده به دفع عوض آن در این صورت پرداخت ارش به حسب بناء معاملی و مرتکزات ناس مطابق با قاعده است.» (سبزواری، ۱۴۱۷ ه. ق: ۲۰۰/۱۷) به نظر می‌رسد استناد ایشان به عرف استناد صحیحی باشد و تعبدی بودن ارش امری بعید می‌نماید. حقوق دانانی نیز مطالبه ارش را حکم قانونی می‌دانند. در واقع اینان با پذیرش اصل مسئولیت قراردادی استثنائاً در صورتی که سلامت مورد معامله، وارد در حوزه توافق نشود، اخذ ارش را به قانون منتسب می‌دانند. (ابوعطا، شمس‌اللهی، ۱۳۹۰: ش ۵، ۲۱).

در اظهار نظری مشابه بیان شده است که اگر در مورد ارش، اجماع وقانون 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 رد مبیع نباشد، از آنجا که راه دیگری برای جبران ضرر نیست، ارش ثابت می‌گردد. (شکاری، ۱۳۸۲: ۱۷۶ و ۱۷۷).

ج: قاعده لاضرر:

مطابق قاعده لاضرر، شخصی که موجب ضرر به دیگری شده، وظیفه دارد آن را جبران نماید. به قاعده لاضرر در فقه هم می‌توان به عنوان مبانی قهری ارش استناد کرد. مرحوم سید کاظم یزدی قائل به ضمان به استناد قاعده لاضرر شده‌اند. (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۳ ه. ق: ۶۸/۲). برخی از فقها نیز کلاخیارات و ارش را ناشی از قاعده لاضرر می‌دانند و برای آن، جنبه غیر قراردادی قائلند. (مامقانی، ۱۳۴۴: ۱۰۳). از نظر اینان در عیب نیز شارع مقدس با جعل ارش خواسته که ضرر خریدار جبران شود و براین اساس ضمان فروشنده از نوع ضمان قهری خواهد بود. در کلام شهید صدر نیز در قاعده لاضرر و لاضرار در توضیح لاضرار آمده است که کسانی که با تشبث به حقوق قانونی خودشان به دیگران ضرر محرم وارد می‌کنند، لاضرار آن حق قانونی آنها را سلب می‌کند. (صدر، ۱۴۰۵ ه. ق: ۴۸۹/۵). برطبق مبانی ایشان نیز قاعده لاضرر اثبات ضمان می‌کند. عده‌ای از حقوق دانان نیز لزوم نفی ضرر را در زمره مبانی خیار عیب و ارش آورده‌اند. (امامی، ۱۳۷۶: ۵۰۱/۱). قانون برای جلوگیری از ضرر مشتری در مورد عیب مبیع، او را به یکی از دو امر راهنمایی نموده است که

هر کدام را بخواهد بدون جلب رضایت بایع اختیار کند یکی فسخ و انحلال عقد می‌باشد چنان که در باقی
 خيارات است و دیگری قبول معامله با اخذ ارش.

شاید براساس همین قاعده لاضرر باشد که برخی از فقها زمانی قائل به دریافت ارش می‌شوند که امکان
 رد مبیع به هر علتی ممکن نباشد، لکن نظر مشهور که قانون مدنی نیز از آن تبعیت کرده است، قائل به
 این مطلب است، که ارش حقی در عرض معامله و رد عین می‌باشد. (صفایی، ۱۳۸۲: ۲۸۳/۲).
 البته در حقوق ایران نیز برخی از استادان (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۵/۳۲۰) ارش را بر اساس ماهیت لاضرر را قابل
 توجیه نمی‌دانند و بیان می‌کنند که در توجیه ارش باید به ملاحظات تاریخی توجه شود. در واقع به نظر
 می‌رسد مبنای ایشان فقط توجیه مواد قانونی بوده است و مبانی خيارات به خصوص ارش مورد غفلت
 واقع شده است.

۳-۲-۱. نظریه منتخب ماهیت ارش:

به نظر می‌رسد ماهیت دوگانه‌ای بر ارش حاکم می‌باشد. یعنی ارش از مواردی است که می‌تواند هم بر
 ماهیت مسئولیت قراردادی و هم براساس مسئولیت غیر قراردادی باشد. به نظر می‌رسد اصل در ماهیت
 ارش ماهیت قراردادی باشد و در مواردی که مسئولیت قراردادی جوابگو نباشد براساس مسئولیت قهری
 حکم به پرداخت ارش خواهد شد.

موید این امر این است که ارش در مجازاتها در ماهیت امر نوعی دیه است که آن را دیه غیر مقدر
 نامیده‌اند و بنا به عقیده بسیاری از حقوق دانان ماهیتی دوگانه برای دیه قائل هستند (بهریزی زاد، ۱۳۸۵:
 شماره ۶۰/۵۰ به بعد) ارش نیز چون ماهیت نوعی دیه است از ماهیت دو گانه دیه تبعیت می‌کند.

در مذاهب اهل سنت هم می‌توان گفت مسئولیت بر پرداخت ارش مبنای قراردادی دارد. در این مذاهب
 فقدان وصف نیز به منزله وجود عیب است که موجب حق فسخ یا ارش می‌باشد. (یونس، بی‌تا: ۳۷/۲).
 در نظریات جدید در خصوص مسئولیت قراردادی هدف خسارت‌های پرداخت شده در صورت عدم ایفای
 تعهد جبران ضرر نیست بلکه به طور مساوی، فقط نفعی را که متعهد له از قرارداد انتظار داشته و به آن
 دست نیافته است فراهم می‌کند. (ساو، تابستان ۱۳۸۰: ش ۳۵، ۱۱۰).

با ذکر این مقدمه در نتیجه لازم است براساس اصل و استثنا به توضیح نظریه منتخب بپردازیم.
 اصل: با توجه به اینکه در مسئولیت قراردادی به دلیل نقض تعهدات قراردادی حقی برای متعهد له ایجاد
 می‌شود تا با درخواست مطالبه حقوق قانونی خود، انتظارات قراردادی را تا حد امکان برآورده سازد، به
 نظر می‌رسد اصل در مبنای ارش مسئولیت قراردادی باشد. زیرا ارش برای برقراری عدالت در رابطه

قراردادی است. چرا که در اثر عیب مبیع فروشنده مالی بیش از آنچه فروخته است دریافت می‌کند و خریدار نسبت به آنچه پرداخته است کمتر دریافت می‌کند. (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۳۰۹/۵).

برخی دیگر از حقوق‌دانان با عاریت کلام از سید یزدی کوشیده‌اند عدالت معاوضی را ماهیت ارش معرفی نمایند. اینان معتقدند در عالم لب و معنا مقابله بین وصف و عوض قابل تصور است. اقتضای چنین مقابله‌ای آن است که در صورت فقدان شرط یا وصف، مشروط له از دو اختیار فسخ معامله و انتخاب ارش هم‌زمان بهره مند شود. دلیل اخذ ارش فقط آن است که شرط مندرج در عقد باعث افزایش قیمت معوض می‌شود و این ارزش افزوده قابل استرداد است. (عبدی پور، ثقفی، زمستان ۱۳۸۷: ش ۱۹، ۷۲).

جعفری لنگرودی نیز براساس آیه تراضی (تجاره عن تراض) و اصول و ضوابط فقهی معتقد به لزوم رعایت اصول سه گانه موازنه در قراردادها معتقد است. از نظر ایشان دلیل اخذ ارش موافق با قاعده است و دلیل آن نیز آیه تراضی است. از سوی دیگر، تعادل اقتصادی در مواردی که وجود شرط در تعیین ارزش اقتصادی عوضین مؤثر است، پرداخت ارش را توجیه می‌کند؛ زیرا براساس تئوری ایشان، موازنه در ارزش عوضین از اصول مسلم قراردادهای معاوضی و امری است که متعاقبین در زمان انعقاد قرارداد، بدان گردن نهاده‌اند. طبق نظر این مصنف، ارش از محل ثمن المسمی است و مصداقی از ضمان معاوضی به شمار می‌رود. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۷۶ و ۱۳۸).

به عبارت دیگر، هدف از دادن ارش، جبران ضرر مشتری است لیکن مسئولیت بایع، جنبه قراردادی دارد و می‌توان ضمانت اجرای قانون را بر نقض تعهد ضمنی بایع مبنی بر تحویل کالای سالم مبتنی ساخت. (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۱۰۷).

در واقع تکیه اینان بر اصل سلامت کالا است. برخی از حقوق‌دانان با ذکر اقوال فقها مبنی بر اصل سلامت کالا معتقدند مبنای خیار عیب را باید در درون تراضی جست. (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۳۰۳/۵). به نظر آنها در موارد متعارف خریدار خواهان تملک کالای سالم و بر پایه این اعتقاد با فروشنده معامله می‌کند. اعتقاد به سلامت مبیع او را بی‌نیاز از شرط این وصف می‌کند. فروشنده نیز از این اعتقاد آگاه می‌باشد، چرا که در غالب دادو ستدها اصل را بر سلامت مبیع می‌نهند، از نظر ایشان شرط ضمنی مربوط به سالم بودن مورد معامله، نوعی ویژه از شرط است که احکام خاص دارد. لذا حق فسخ وسیله‌ای است برای جبران خسارت که جنبه قراردادی دارد. (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۱۰۵ و ۱۰۶).

شاید به عنوان مبنای قراردادی بتوان به اصل حسن نیت استناد کرد. در واقع ضرورت رعایت صداقت و عدم فریبه‌کاری در قراردادها، عنصری برای ایجاد حکم ثانوی حق ارش است. ارش حکم ثانوی است که به دلیل رعایت نکردن صداقت و فریبه‌کاری طرف قرارداد، از بین برنده حکم اولی الزام قرارداد است.

بنابراین ضرورت صداقت و عدم فریبه‌کاری ممکن است به عنوان مبنایی از مبانی اصل حسن نیت و رفتار منصفانه مورد استفاده قرار گیرد.

به عبارت دیگر در حالتی که عیب پنهان است و با واری متعارف نمی‌توان به آن پی‌برد، این تکلیف اخلاقی وجود دارد که عیب پنهان بیان شود. سکوت آگاه از عیب به ویژه در مواقعی که طرف مقابل به حسن نیت او اعتماد کرده است، نوعی نیرنگ و فریب است که حقوق نباید از آن بگذرد. (کاتوزیان ۱۳۹۴: ۲۸۲/۵)

ب: استثنا بر قاعده:

مسئولیت مبتنی بر قرارداد و شرط ضمنی چند عیب بزرگ دارد: ۱، طرف قوی‌تر قرارداد و تولیدکننده شرط عدم مسئولیت بکند، در این صورت استناد به شرط ضمنی کارایی ندارد.

۲. شرط ضمنی در مورد قراردادهای سنتی حتی کارایی داشته باشد در قراردادهای مصرف کارایی نخواهد داشت. زیرا مسئولیت در چرخه مصرف‌کنندگان محدود می‌شود. کسانی که هیچ رابطه قراردادی مستقیم یا غیر مستقیم با تولیدکننده ندارند، اگر خسارتی ببینند این خسارت جبران نمی‌شود. به همین جهت نظامهای حقوقی متوجه این قاعده شده‌اند که تولیدکننده را با قطع نظر از قرارداد و تقصیر راجع به عیوب کالا مسئول قرار دهند. به بیان دیگر، مسئولیت را به قانون متکی کنند؛ به جای اینکه تکیه گاه آن قانون باشد. این نوع مسئولیت که در آن صرف نظر از اینکه تقصیر وجود دارد یا خیر مسئولیت محض گفته می‌شود. (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۳۳۴).

حتی در آخرین مرحله تحول، برخی از دادگاههای آمریکایی با نقض قواعد مربوط به مسئولیت محض چهره‌ای از مسئولیت مطلق یا مسئولیت بی‌عیب تولیدکننده را پذیرفته‌اند؛ بدین معنا که تولیدکننده صرف نظر از وجود یا عدم وجود عیب هنگام طراحی کالا مسئول خسارت ناشی از مصرف آن است. (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۲۴).

در واقع امروزه در بسیاری از موارد ارزش ضرر خریدار را جبران نمی‌کند؛ برای مثال اتومبیلی فروخته می‌شود که ترمز آن نقص فنی دارد و در اثر این عیب خریدار تصادف می‌کند و چند برابر قیمت اتومبیل زیان می‌بیند در صورتی که عیب ترمز مبلغ ناچیزی از بهای اتومبیل می‌کاهد. (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۲۵۰/۱ به بعد). البته می‌توان در این موارد فرض تقصیر کرد تا زیان دیده سهل‌تر به ضرر خود برسد. علت اینکه در اینجا مسئولیت قراردادی منتفی است این است که در مسئولیت قراردادی خسارت باید مستقیم باشد یعنی نتیجه مستقیم بلاواسطه نقض تعهد قراردادی به شمار آید. به همین خاطر وجود واسطه بین نقض تعهد و خسارت وارد شده به متعهدله، رابطه سببیت عرفی بین آن دو را منتفی می‌سازد. ماده ۵۲۰ قانون آیین

دادرسی مدنی ۱۳۷۹ نیز این نظر را تایید می‌نماید و حقوق‌دانان نیز فلسفه این وصف خسارت را لزوم احراز رابطه سببیت بین عدم انجام تعهد و خسارت وارده به متعهد له دانسته‌اند. (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۳/۲۴۸).

۱-۳: ادله نظریه عمومی ارش: ادله نظریه عمومی ارش را براساس ادله چهارگانه قرآن، سنت، اجماع و عقل بحث خواهیم کرد.

۱-۳-۱. قرآن مجید:

به عمومات قرآنی مثل آیه: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ» (نساء: ۲۹) می‌توان اشاره کرد. وجه استدلال به این آیه شریفه این است که علم به عیب با قصد تراضی که در عقود براساس این آیه شریفه شرط است، منافات دارد. عقدی که متلبس به عیب باشد، قطعاً از مصادیق تجارت عن تراض تلقی نخواهد شد. بنابراین آیه شریفه دلالت بر این دارد که طرف متضرر قرارداد الزامی بر نگهداری معقود علیه معیوب ندارد. اما آیا بینیم از این آیه می‌توان علاوه بر فسخ، جبران خسارت و پرداخت خسارت را که همان نظریه عمومی ارش است، استنباط کرد یا خیر؟ رسیدن به جواب مستلزم این است که بینیم «الا» در این آیه استثنای متصل است یا منفصل؟ مفسران نوعاً این آیه را استثنای منقطع قلمداد کردند و معتقدند قانون کلی این است که هرگونه تصرف در اموال دیگران باطل و حرام و غیرشرعی است، مگر آنکه از راه تجارت با تراضی و رضایت دو طرف عقد باشد؛ بنابراین، مبادلات مالی و انواع تجارت چنانچه از روی رضایت طرفین صورت گیرد و از راه شرعی باشد، مورد قبول شارع مقدس است (سیوری، بی‌تا: ۳۳ و ۳۴؛ مکارم شیرازی، ۱۳۷۶: ۳/۳۵۵؛ طباطبایی، ۱۳۷۴: ۴/۳۱۷).

اما فقها در اینکه استثنا متصل است یا منقطع، اختلاف نظر دارند. ادبا در تفاوت بین استثنای متصل و منقطع معتقدند استثنای متصل مفید حصر است، ولی اگر استثنا منقطع باشد، مفید حصر نخواهد بود. البته برخی در فقه امامیه دلیل بر منقطع بودن را مرفوع قرائت کردن واژه «تجاره» می‌دانند. اینان معتقدند اگر منصوب قرائت می‌شد، آن وقت متصل می‌بود (طبرسی، ۱۴۱۲ق، ۲۵۱/۱؛ طوسی، ۱۴۰۹ق، ۳/۱۷۸). اما به نظر می‌رسد این دلیل صحیح نیست، چون با در تقدیر گرفتن «اموال» در هر صورت استثنا منقطع خواهد بود، بنابراین چون به نظر می‌رسد استثنای منقطع و برای تأکید مضمون مستثنی‌منه باشد. در این صورت معنای آیه این خواهد شد که در هیچ صورتی در مال مردم تصرف نکنید، فقط تصرفی مجاز است که از روی تراضی باشد (موسوی خمینی، ۱۴۱۰ق: ۲/۱۱۶ و ۱۱۸). در بیانی مشابه مرحوم جزائری در هدی الطالب می‌نویسند: «و علی فرض الإِتِّصَالِ یَمکنُ مَنعُ دَلَالَةِ الْآیَةِ عَلَی الْحَصْرِ؛ لِأَنَّ «بِالْبَاطِلِ» تَعْلِیلٌ لِحَرْمَةِ

الأكل فيندرج فيه كل حق ليس بتجارة كالإباحات و القرض و التملك في مجهول المالک» (محقق جزائری، ۵۲۳/۱).

در مقابل برخی فقها معتقدند که استثنای این آیه را استثنای متصل می‌دانند. در این صورت معنای آیه را این می‌دانند که تملک اموال مردم به وسیله اسباب جایز نیست و باطل است، مگر آنکه سبب، تجارت از روی تراضی باشد. در این صورت اسباب صحیح معامله مفید حصر خواهد بود (خویی، ۱۴۱۷ق، ۱۰۳/۲). اشکال این نظر این است که ایشان از یک طرف «با» را بای سببیت و «الباطل» را اسباب باطل می‌دانند. از طرف دیگر، «با» را برای تعلیل و اسباب مقدر می‌دانند. در این صورت باطل در بیان اول در مقابل تجارت عن تراض است و در بیان دوم علت برای نهی می‌باشد (علیدوست، ۱۳۹۷: ۱۶۴/۱).

با این مقدمه و با اثبات اینکه استثنای این آیه استثنای منقطع است، می‌توان نظریه عمومی ارش را از این آیه استنباط کرد، زیرا وقتی استثنا منقطع شد، افاده حصر نخواهد کرد و فقط شارع مقدس تأکید بر تراضی در امور معاملاتی کرده است. وقتی فروشنده مطابق با قرارداد کالا را تسلیم نمی‌کند، تجارت از روی تراضی محقق نشده است و برای خریدار حق فسخ ایجاد می‌شود. علاوه بر حق فسخ می‌توان قائل به ارش شد، زیرا ارش با عمومات قرآنی مثل «اوفوا بالعقود» و «احل الله البيع» هماهنگ تر است. بنابراین این خریدار است که باید برگزیند با فسخ معامله منافع او بهتر تأمین می‌شود یا نظریه عمومی ارش. بنابراین تجارت از روی تراضی فقط منحصر به تراضی در زمان انعقاد قرارداد نمی‌شود و همه زمان‌ها را شامل می‌شود. به عبارت دیگر اطلاق تجاره عن تراض شامل زمان عدم انجام تعهد نیز می‌شود. مؤید این نظر معنای قرآنی تجارت در آیات مختلف قرآن به خصوص آیه ۱۱ سوره مبارکه جمعه است که تجارت را در مقابل لهو قراردادده است. بنابراین همان گونه که به درستی تعریف کرده‌اند: «تجارت مبادله‌ای است که به انگیزه سود انجام می‌شود» (مصطفوی، ۱۴۱۶ق، ۳۸۰/۱). در این صورت پرداخت ارش همچون مبادله‌ای است که به انگیزه سود انجام می‌گیرد و باید از روی تراضی باشد. بنابراین با این تحلیل می‌توان از آیه شریفه نظریه عمومی ارش را استنباط کرد.

۲-۳-۱. روایات:

در خصوص اخبار ارش با سه دسته اخبار مواجهیم. دسته اول اخباری است که دلالت بر رد دارد، ولی در مورد ارش ساکت‌اند (حر عاملی، ۱۴۱۰ق: ج ۱۸، باب ۱۶، ۳۰، باب ۷، ۱۰۹، ح ۱) و این اخبار فراوان هستند.

دسته دوم روایاتی است که ارش اطلاق دارد، ولی ذکری از رد نشده است، مانند روایت یونس از امام رضا (ع) که مردی کنیزی را خریده بنابر اینکه عذراء و باکره باشد و پس از معامله او را باکره یافته. امام فرمودند: تفاوت قیمت باکره و ثبیه (ارش) بایع به مشتری بپردازد. اگر علم به صادق بودن او داشته باشد» (حر عاملی، ۱۴۱۰ق: ج ۱۸، باب ۶، ۴۱۸، ح ۱). برخی فقها احتمال داده‌اند که شرط در این روایت شرط ضمنی باشد و ثانیاً احتمال دارد که شبیه امر وارد عقیب حضر باشد (نجم‌آبادی، ۱۳۸۰: ۴۹۹). در این صورت روایت در خصوص محل بحث نخواهد بود و حجیتی نیز نخواهد داشت.

دسته سوم که متضمن ارش بعد از تصرف است (حر عاملی، ۱۴۱۰ق: ج ۱۸، باب ۱۶، ح ۳، ۱۰۲ ب ۴). این دسته از روایات اخص از دو دسته اولی است. پس تخصصاً اطلاق آنها از حیث تصرف و عدم تصرف است. در نتیجه تعارض بین اطلاق دو دسته اول و دوم است. از این حیث که مقتضی دسته اول روایات تعیین رد در صورت عدم تصرف است. دسته دوم تعیین ارش است و مقتضای جمع بین آنها حکم به تخییر به حمل هر کدام از آنها بر بیان یکی از افراد تخییر است، در صورتی هم که قائل به تعارض بین دو دسته از روایات بودیم، حکم به تخییر می‌کنیم و لازمه آن تخییر بین رد وارث است و بنابر قول مشهور اصولیون امامیه تخییر بین متعارضین تخییر عملی - نه تخییر فتوایی - محسوب می‌شود (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۳ق: ۸۵/۳ و ۸۶).

طریق دیگر برای جمع این روایات این است که در روایت حماد بن عیسی (حرعاملی، ۱۴۱۰ق، ۴۱۵/۱۲) و روایت عبدالملک (حر عاملی، ۱۴۱۰ق، ۴۱۶/۱۲، ح ۲) که می‌گویند: «له ارش العیب»، یعنی مشتری حق دارد ارش عیب را از بایع بگیرد، اما در روایت مشخص نشده است که از چه مالی بگیرد، هر دو روایت اطلاق دارد که جنبه غرامت و خسارت دارد. اما مطابق قاعده بودن را نیز می‌توان از اطلاق این روایت به دست آورد، زیرا شارع مقدس با استشمام فهم عرف از معاملات دریافته است که بنای عقلا و اهل عرف به وصف سلامت بیشتر از سایر اوصاف اهمیت می‌دهد و اگر در این اوصاف ارش پیش‌بینی شده است، نه از باب این است که خلاف قاعده و تعبد است، بلکه تحلیل جامع به ما می‌رساند که این اخبار ارشادی است بر فهم عرف از وصف سلامت.

۳-۳-۱. اجماع:

در خصوص نظریه عمومی ارش نمی‌توان به اجماع متوسل شد، زیرا فقها در خصوص اینکه ارش مطابق با قاعده است یا خلاف قاعده، اختلاف نظر دارند. دو قول در این مسئله وجود دارد:

ارش بر طبق قاعده است: وحید بهبهانی در حاشیة خود بر مجمع الفائدة (وحید بهبهانی، ۱۴۲۱ق: ۲۷۳، ۲۷۵ و ۲۷۹) و سید یزدی (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۳ق: ۸۶، ۸۷، ۲۲۳ و ۲۲۴) در حاشیه بر مکاسب به دو بیان مختلف به این قول تمایل پیدا کرده‌اند. رگه‌هایی از این قول در عبارات بعضی متقدمان نیز دیده می‌شود (شهید اول، بی تا، ۷۴/۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۰ق: ۳۷۶/۱؛ محقق ثانی، ۱۴۰۸ق: ۱۹۲/۴ و ۳۳۵؛ شهید ثانی، ۱۴۰۳ق: ۴۷۴/۳؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۰۵: ۴۲۶/۸).

ارش خلاف قاعده است: در فقه امامیه اکثر محققان (نجفی، ۱۳۶۷: ۲۳۶/۲۳؛ انصاری ۱۴۲۰ق: ۲۷۶/۵؛ آخوند خراسانی، ۱۴۰۶ق: ۲۱۱؛ موسوی خوئی، ۱۴۱۷ق: ۱۰۱/۷؛ خمینی موسوی، ۱۴۱۰ق: ۱۲۹/۵؛ محقق اصفهانی، ۱۴۲۰: ۴۳۶/۴) بر این قول هستند.

۳-۳-۴. ادله عقلی: نظریه عمومی ارش مطابق با ادله عقلی و به خصوص بنای عقلاست. بنای عقلا تأیید می‌کند که پرداخت ارش خسارت است و مطابق با قاعده محسوب می‌شود. در واقع در تعریف بنای عقلا گفته شده است که بنای عقلا: «استمرار عمل و روش توده عقلا در محاورات، معاملات و سایر روابط اجتماعی بدون در نظر گرفتن کیش، آیین و ملت آنهاست». از نظر برخی از فقها مراد از بنای عقلا: «همان استمرار عقل عقلا بما هو عقلا است» (کازمی خراسانی، ۱۴۰۶ق، ۱۹۲/۴؛ بروجردی، ۱۴۰۸: ۱۳۷؛ صدر، ۱۴۰۵ق، ۱۱/۱؛ ذهنی تهرانی، ۱۳۸۸، ۷۶۰/۳ به بعد).

عقلا بما هم عقلا نیز پرداخت غرامت را تجویز می‌کنند. در نتیجه ارش امری مطابق با بنای عقلا و مطابق با اصل است و شارع مقدس نه تنها ردعی نکرده است، بلکه بازنگری در روایات دال بر این است که بنای عقلا را نیز تنفیذ کرده است.

تحلیل رابطه میان شرط و عقد نیز از لحاظ عقلی می‌تواند اثباتگر نظریه عمومی ارش باشد. از مهم‌ترین نظریاتی که در این خصوص ابراز شده، نظریه جزئیت است. براساس این نظریه، شرط جزئی از عوضین است. عبارت مشهور در این خصوص در لسان فقها عبارت: «للشرط قسط من الثمن» است. بر این اساس وجود یا عدم وجود شرط باعث تأثیر در ثمن معامله می‌شود و اگر شرط باطل باشد مابه‌ازای آن از ثمن نیز باطل است (حلی، ۱۴۱۳ق: ۳۲۱/۵).

همان‌طور که برخی نویسندگان به درستی متذکر شده‌اند: «لازمه این نظریه آن است که در صورت تخلف از شرط، مشروط علیه بتواند ثمن را تقسیط کند و بر مشروط علیه لازم است قسمتی از ثمن را که در برابر شرط قرار گرفته است به طرف مقابل برگرداند. امری که معتقدان به این نظریه نیز بدان ملتزم نشده‌اند و برخی از فقیهان در انتقاد به این دیدگاه بیان داشته‌اند که این نظر برخلاف فهم عرفی از مفاد عقد است و عرف میان جزء و شرط تفاوت می‌گذارد» (عبدی پور و تقفی، ۱۳۸۷: ۶۶ و ۶۷).

در بیانی مشابه یکی از حقوق دانان نیز می‌نویسند: «شرط به هر حال دارای ارزش است و در فرض تخلف باید به نحوی منظور و جبران گردد و به هیچ وجه قائل شدن به حق خیار جبران زیان مشروط له را نمی‌کند. بنابراین، هر چند می‌پذیریم که شرط دقیقاً جزئی از عوضین نیست، ولی در حکم آن است و لذا جبران آن از طریق چیزی شبیه ارزش با مشکلی مواجه نخواهد شد» (محقق داماد، ۱۳۹۵: ۳۵۰).

۲. شرایط اعمال قاعده تقلیل ثمن در کنوانسیون وین:

۲-۱. عدم مطابقت:

براساس ماده ۵۰ کنوانسیون وین شرط اعمال قاعده تقلیل ثمن «عدم مطابقت با قرارداد» است. مفهوم عدم مطابقت باید با سایر اشکال عدم اجرای قرارداد تمییز داده شود؛ اما نکته بدیهی عدم مطابقت این است که اگر کالا با استانداردهای مقرر در مواد ۳۵ و ۳۶ کنوانسیون وین مطابقت نداشته باشد عدم مطابقت بر آن صدق می‌کند. (3, Digest of Article 50 case law)

به عبارت تفصیلی اگر عدم مطابقت کالا جنبه کمی داشته باشد، یعنی مقدار مبیع کمتر یا بیشتر از میزان قراردادی باشد، از دیدگاه کنوانسیون این مورد هم از مصادیق عدم مطابقت مشمول ماده ۳۵ کنوانسیون است. در فرضی که کالا زائد بر میزان قرارداد تسلیم مشتری شود، مشمول بند ۲ ماده ۵۲ کنوانسیون است (صفایی، عادل، کاظمی، میرزا نژاد، ۱۳۸۴: ۲۸۲).

در حقوق ایران در خصوص عدم مطابقت کمی برخی از حقوق دانان معتقدند این نوع عدم مطابقت از موارد تقلیل ثمن محسوب نمی‌شود. (اسکینی و جعفریان، ۱۳۸۹: ۶۸) اما با تدقیق در ماده ۳۸۴ کمتر بودن مبیع از موارد تقلیل ثمن شمرده شده است و با توجه به اینکه بیشتر بودن مبیع خروج موضوعی دارد می‌توان از این ماده برای اثبات تقلیل ثمن در خصوص عدم مطابقت کمی استفاده کرد.

نوع دیگر، عدم مطابقت، عدم مطابقت حقوقی خواهد بود. در توضیح عدم مطابقت حقوقی می‌توان گفت هر عدم مطابقتی که راجع به اوصاف عینی مانند مقدار، نوع، رنگ، اندازه و... نبوده و در حوزه مفهومی حق یا ادعای شخص ثالث باشد، عدم مطابقت از نوع حقوقی خواهد بود. (شعاریان و رحیمی، ۱۳۹۳: ۵۱۹-۵۲۱)

علاوه بر این، تقلیل ثمن در موارد تاخیر در تسلیم یا نقض سایر تعهدات فروشنده قابل مطالبه نخواهد بود. (3, Digest of Article 50 case law, para 3) در خصوص اینکه خریدار حق تقلیل ثمن را در صورت اختلاف در مالکیت یا وجود ادعاهای شخص ثالث (براساس ماده ۴۱ کنوانسیون وین) دارد یا خیر؟

بین شارحین کنوانسیون وین اختلاف نظر است. تاریخچه مذاکرات کنوانسیون مجال پاسخ قطعی را به ما نمی‌دهد. این موضوع در جریان کنفرانس وین مورد بحث قرار گرفت اما طرفین به توافق نهایی نرسیدند. نمایندگان دولتها به نظر می‌رسد تمایل داشتند تا این موضوع را برای حل اختلاف به دادگاهها ارجاع دهند. یعنی جزو مواردی باشد که دادگاهها براساس قانون حاکم بر دعوا یا قانونی که براساس حل تعارض انطباقی باشد موضوع را حل و فصل نمایند. (Honnold, 1999, para 3-4. Bianca, 1987 Art 50 para 3-4. Honnold, 1999, para 313-1)

شارحان کنوانسیون نیز به دو دسته تقسیم شدند. گروهی از نویسندگان معتقد بودند که عدم مطابقت یک اصطلاح فنی است که در چندین ماده در کنوانسیون آمده است و باید درک واحدی از آنها داشت. برای مثال برای عدم مطابقت باید به مواد ۳۵ و ۳۶ کنوانسیون مراجعه کرد - به استثنای مقررات راجع به شخص ثالث که در ماده ۴۱ کنوانسیون وین آمده است - (Honnold, ibid, Schlechtriem, Schwenger, 2016 Art 50, para 2). بنابراین از نظراین دسته از نویسندگان در خصوص ادعاهای شخص ثالث قاعده تقلیل ثمن قابل اعمال نخواهد بود.

سایر نویسندگان به ماده ۴۴ کنوانسیون وین استناد می‌کنند که مقرر داشته است خریدار حق مطالبه خسارت یا تقلیل ثمن را در صورتی که معاذیر منطقی برای ندادن اخطار عیب اقامه نماید دارد. این مقرره (ماده ۵۰ کنوانسیون وین) هم در مورد اخطار مندرج در ماده ۳۹ کنوانسیون وین و هم در مورد بند ۱ ماده ۴۳ کنوانسیون وین قابلیت اعمال را دارد. در نتیجه از نظر اینان کنوانسیون نه تنها در خصوص عدم مطابقت در ماده ۳۵ و ۳۶ بلکه همچنین در مواردی که نقض حقوق اشخاص ثالث براساس ماده ۴۱ است نیز قابلیت اعمال را دارد. در واقع اینان نظر به شمول ماده ۵۰ دارند. (Enderlein, Maskow, 1992 art 50, 195).

عقیده اول به نظر مرجع است. زیرا عنوان بخش ۲ فصل ۲ کنوانسیون وین به ادعاهای شخص ثالث اختصاص دارد و تمایز این بخش با ماده ۵۰ کنوانسیون وین نشان می‌دهد مفهوم مطابقت ربطی به ادعاهای شخص ثالث ندارد. در واقع مفسرین بر طبق نظر اول معتقدند که عدم مطابقت باید تفسیر مضیق بشود. در واقع براین اساس معتقدند ماده ۴۴ تنها ادعاهایی را که براساس ماده ۵۰ کنوانسیون وین منصفانه باشد را پوشش می‌دهد. در نتیجه ماده ۴۴ کنوانسیون وین اشاره به بند ۱ ماده ۴۳ کنوانسیون دارد و در این صورت است که تفسیر منطقی جلوه می‌نماید و هنگامی که خریدار مطالبه خسارت می‌نماید دارای اثر کامل می‌شود.

قسمت دوم ماده ۵۰ کنوانسیون وین مقرر می‌دارد: «چنان‌چه فروشنده عدم اجرای تعهدات خود را طبق ماده ۳۷ یا ۴۸ جبران نماید یا اگر خریدار از قبول اجرای فروشنده تحت مواد مذکور خودداری کند، خریدار نمی‌تواند ثمن را تقلیل دهد.» براساس نص ماده ۵۰ کنوانسیون حق رفع مطابقت کالا توسط فروشنده - البته تا زمانی که فروشنده حق ترمیم کالای معیوب را براساس مقررات دارد - بر حق تقلیل ثمن توسط خریدار ترجیح دارد. در نتیجه خریدار نمی‌تواند به نحو موثری ثمن را بر طبق ماده ۵۰ کنوانسیون وین تا زمانی که فروشنده حق ترمیم دارد تقلیل دهد. (Schlechtriem, schwenzer Art 50, 7). در نتیجه باید توجه داشت که تقدم و تاخر در مانحن فیه موضوعیتی ندارد. ممکن است ابتدا خریدار تقلیل ثمن را اعلام نماید و بعد از آن فروشنده به نحو صحیحی براساس ماده ۴۸ اعمال ترمیم نماید اعلام ابتدایی خریدار حق تقلیل ثمن را به او نمی‌دهد و فروشنده کماکان حق ترمیم را دارد. (Schlechtriem, schwenzer, 7) اگر فروشنده به نحو صحیحی پیشنهاد اصلاح و ترمیم مبیع را بدهد خریدار در ابتدا، مجاز نیست که این پیشنهاد را رد نماید و ثمن را فوراً تقلیل دهد. او باید منتظر بماند و ببیند که آیا فروشنده موفق شده است عیوب را در مدتی که به وسیله ماده ۴۸ کنوانسیون مقرر شده است ترمیم نماید یا نه؟ اگر فروشنده موفق به ترمیم مبیع نشود خریدار می‌تواند ثمن را بر طبق ماده ۵۰ تقلیل دهد. در واقع ابتدائاً اعلامیه خریدار در مورد تقلیل ثمن است ولی این اعلامیه تقلیل ثمن به طور موقت مؤثر است و این مؤثر بودن زمانی بی‌اثر می‌شود که فروشنده ترمیم را به طور صحیح پیشنهاد بدهد و همچنین موفق شود که ترمیم را انجام دهد و اثر چنین ترمیمی بر طبق مقررات کنوانسیون عطف به ماسبق می‌شود.

اگر خریدار منتظر تمام مهلت معقولی که در ماده ۴۸ کنوانسیون وین آمده است نماند، می‌تواند بر طبق پروسه ماده ۴۷ کنوانسیون وین عمل کند و براین اساس مهلت اضافه و معقولی را برای تعمیر، - البته کمتر از مهلت قبلی - به فروشنده بدهد. اگر این مهلت نیز بدون نتیجه تمام شود، فروشنده می‌تواند به عنوان یک قاعده براساس بند ۱ ماده ۴۸ کنوانسیون وین درخواست ترمیم بدون تاخیر منطقی را نماید و البته در این صورت خریدار حق تقلیل ثمن را بلافاصله خواهد داشت و دیگر تقدم درخواست فروشنده از بین خواهد رفت.

از لحاظ آرای بین‌المللی نیز عدم مطابقت در معنای ماده ۳۵ یعنی برای مثال عیوب در مقدار^۱ کیفیت، اوصاف (دیگر) وبسته بندی تحلیل شده است. و اگر بسته بندی مبیع کافی نباشد یا غیر سالم باشد و یا علت برای اتلاف یا زوال کالا باشد، قاعده تقلیل ثمن قابلیت اعمال را خواهد داشت^۲ به علاوه، عیب در اسناد در ارتباط با کالاها نیز می‌تواند به عنوان عدم مطابقت ایجاد بشود. (the Digest for article 48, paragraph 2)

۲-۲. اعلان تقلیل ثمن:

خریدار باید قصد تقلیل ثمن خود را اعلان نماید. (Digest ibid art 50). در خصوص این اعلامیه باید به ماده ۲۷ کنوانسیون وین نیز توجه کرد، و در واقع با استناد به ماده ۲۷ این اطلاعیه تبدیل به یک امر شکلی می‌شود. زیرا ماده ۲۷ کنوانسیون وین مقرر می‌دارد: «در مواردی که هر نوع اخطار، تقاضا یا سایر انواع مرسلات توسط یکی از طرفین مطابق این فصل و با وسایلی متناسب با اوضاع و احوال صادر یا انجام می‌شود، تاخیر یا اشتباه در ارسال یا عدم وصول آن او را از حق استناد به مرسلات مذکور محروم نمی‌سازد مگر اینکه در این فصل از کنوانسیون طور دیگری تصریح شده باشد.» بنابراین فقط کافی است خریدار اطلاعیه تقلیل ثمن را بدهد، در این صورت با داشتن شرایط ماده ۵۰، تقلیل ثمن اثر خود را خواهد گذاشت. (Will bianka, bonel, ibid art 50).

ماده ۵۰ مدت مشخصی را برای اعمال حق تقلیل ثمن مشخص نکرده است. البته این حق خریدار تنها به وسیله مقررات مقرر در ماده ۳۹ کنوانسیون وین محدود می‌شود.

در واقع ارسال اطلاعیه عدم مطابقت که به ویژه از مقررات ماده ۳۹ کنوانسیون وین مستفاد می‌شود نشان می‌دهد که کنوانسیون صراحتاً نیاز می‌داند که اخطار عدم مطابقت کالا با قرارداد به طرف مقابل ارسال شود.^۳

بدون دادن اخطار قبلی، خریدار مجاز نیست به فقدان مطابقت استناد کند و خواستار خساراتها و جبران خساراتها -از جمله تقلیل ثمن- شود. (Digest, ibid) به عبارت دیگر، به عنوان قانون دادگاه دآوری (ICC

1. Including the weight of the goods; see [UNITED STATES U. S. District Court, Southern District Court of New York, 6 April 1994 Digest 2012.

2. CLOUT case No. 724 [GERMANY Oberlandesgericht Koblenz 14 December 2006] (seller's insufficient packaging of the goods (bottles) led to cracking and lack of (sterility during transport)

3. Judgment by Landgericht District Court Stendal Germany 12 October 2000, No. 22S234/94. available at: www.cisg.law.pace.edu./cases/0010112g1.html

ژوئن ۱۹۹۶ دیوان داوری بین‌المللی پرونده شماره ۸۲۴۷) خریدار حق خود در صورت عدم مطابقت کالا با قرارداد - اگر او عدم مطابقت را در زمان منطقی از لحظه‌ای که عدم مطابقت را کشف کرده یا می‌بایست کشف می‌کرد به فروشنده اطلاع نداده باشد - از دست می‌دهد. (ماده ۳۹ کنوانسیون وین^۱)

مشابه این رای در آلمان در ۱۲ اکتبر ۲۰۰۰ دادگاه بخش استاندل اعلام داشت که: «خریدار اگر یادداشت اخطار عدم مطابقت کالا با قرارداد را ارسال نکند، حق تقاضای تقلیل ثمن را براساس بند ۱ ماده ۵۰ کنوانسیون وین از دست می‌دهد. این رای همان قانون کلی موجود در ماده ۳۹ کنوانسیون وین است که تصریح می‌کند که خریدار این حق را در صورت عدم انطباق کالا با قرارداد در صورتی دارد که یادداشت اخطاری مبنی بر عدم مطابقت را در زمان معقولی از لحظه‌ای که عدم مطابقت را کشف کرده است یا می‌باید کشف می‌کرد به فروشنده ارسال کند^۲. بنابراین این شرط شبیه شرط اعمال حق فسخ در حقوق ایران است. (اسکینی، جعفریان، ۱۳۸۹: ۶۶).

۲-۳. سایر شرایط:

ماده ۵۰ کنوانسیون وین صراحتاً مقرر می‌دارد که خریدار می‌تواند حتی در صورت پرداخت ثمن، مطالبه تقلیل ثمن بکند. البته باید اضافه کرد که نقض به وسیله فروشنده - خواه اساسی باشد خواه اینکه فروشنده تقصیر کرده باشد - نمی‌تواند مانع حق خریدار برای تقلیل ثمن - حتی اگر براساس ماده ۷۹ کنوانسیون از تقلیل ثمن معاف شده باشد - شود. از بند ۵ ماده ۷۹ کنوانسیون وین که مقرر می‌دارد: «ماده حاضر هیچ یک از طرفین را از اعمال حقی غیر از مطالبه خسارت طبق این کنوانسیون منع نمی‌کند.» این مطلب رامی توان استفاده کرد.

۲-۴. بار اثبات:

معروف بین شارحین کنوانسیون این است که بار اثبات اگر در ارتباط با استثنا براساس حق ترمیم فروشنده است (قسمت دوم ماده ۵۰ کنوانسیون وین) در این صورت اثبات باید با فروشنده باشد و بار اثبات در ارتباط با سنجش کالاها باید با خریدار باشد. ((Schlechtriem, schwenzer ibid Art (50 para 15) یعنی خریدار باید نسبت میان قیمت کالای صحیح و قیمت کالای غیر مطابق با قرارداد را ثابت نماید.

1 - Judgment of Icc Arbitration Case No 8247 of June 1996. Available at www.unilex.info/case.cfm?pid=1&id=458&step=Full text.

2 - Judgment by Landgericht ibid

همچنین بار اثبات اینکه ارزش تقلیل ثمن چقدر است با خریدار است^۱. و او باید مقدار تقلیل ثمن را اثبات نماید.

۳. مقایسه قاعده تقلیل ثمن در کنوانسیون وین با ارش در فقه امامیه

و حقوق ایران:

۱-۳. موضوع و متعلق:

بر طبق ماده ۵۰ کنوانسیون وین فقط خریدار در صورتی که کالای تسلیمی منطبق با قرارداد نباشد می‌تواند از ثمن معامله کم نماید. بنابراین این حق در کنوانسیون وین مخصوص خریدار است و فروشنده از این حق محروم است. در حالی که ارش از نظر بسیاری از فقها در ثمن نیز می‌تواند وجود داشته باشد. (طباطبایی، ۱۴۱۲: ۲۵۸؛ نجفی، ۱۳۶۷: ۲۳۷ و ۲۹۴ و ۲۹۵. انصاری، ۱۴۲۰: ۲۷۸؛ سید یزدی، ۱۴۲۳: ۹۲. حکیم، ۱۴۱۵: ۵۴. موسوی خمینی، ۱۴۱۶: ۴۸۶، سیدخوئی، ۱۴۱۰: ۳۹؛ سید خوئی، ۱۴۱۷: ۱۰۴). در حقوق ایران نیز براساس ماده ۴۳۷ قانون مدنی تمام احکام خیار عیب در مورد معیوب بودن ثمن هم جاری است مشروط بر اینکه ثمن مانند مبیع شخصی و عین خارجی باشد و اگر کلی در معین است به اندازه ثمن در مجموع آنچه ثمن جزئی از آن بوده است سالم و بدون عیب نباشد. بنابراین از این حیث بدون تردید موضع کنوانسیون با فقه و حقوق ایران مطابقت ندارد.

۲-۳. طولی یا عرضی بودن قاعده تقلیل ثمن و ارش:

کنوانسیون وین اختیار تقلیل ثمن را فقط زمانی به خریدار داده است که خریدار بر طبق مواد ۳۷ و ۴۸ کنوانسیون وین نسبت به رفع عیب در مورد کالای غیر معیوب و یا تسلیم کالای جانشین در مورد عدم مطابقت اقدامی نکرده باشد. به این ترتیب می‌توان گفت قاعده تقلیل ثمن طولی است. بدین بیان که در صورتی که فروشنده به تعمیر مبیع یا تسلیم کالای جانشین اقدام نماید، مشتری حق تقلیل ثمن را ندارد. البته اگر فروشنده به تکلیف مقرر در مواد ۳۷ و ۴۸ کنوانسیون وین عمل ننماید حق خریدار عرضی خواهد بود و می‌تواند از تقلیل ثمن استفاده کند یا بر طبق قواعد عمومی خسارت مطالبه خسارت نماید یا تلفیقی از هر دو را انتخاب نماید که بحث تفصیلی آن در شرایط اعمال گذشت.

1. CLOUT case No. (938)

در فقه امامیه فقها همگی متفق هستند در اینکه ظهور عیب مقتضی جواز رد یا اخذ ارش فی الجمله است. آنچه محل تنازع عقاید مختلف بین فقها شده است این است که آیا تخییر ابتدائاً بین ثبوت ارش و بین رد وجود دارد یا ارش مختص به صورت عدم امکان رد به سبب تصرف مانع یا تلف عین یا حدوث عیب یا سایر مسقطات رد است؟

منشا این نزاع هم در فقدان دلیل معتبر بر تخییر بین ارش و رد در اخبار معتبره و تام السند است. از لحاظ تاریخی قول مشهور در فقه معتقد به تخییر (رابطه عرضی) است و قایل به عدم اشتراط اخذ ارش به یاس از رد است. حتی عدم خلاف در مسئله را نفی کردند و ادعای اجماع در مسئله کردند. (حسینی عاملی، بی تا: ۶۱۴)

شاید اولین کسی که در قول مشهور مبنی بر تخییر (رابطه طولی) مناقشه کرد مقدس اردبیلی بود. ایشان معتقد بود دلیلی بر اختیار بین رد و قبول با ارش بعد از ظهور عیب وجود ندارد بلکه از اخبار مستفاد می شود که ارش به صورت بعد از تصرف و حدث مختص است. (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۵: ۴۵۰) همچنین فقهایی مانند سید عاملی و محقق نجفی و مرحوم خوئی و حضرت امام هستند که صراحتاً با حکم تخییر مخالفت کردند. (حسینی عاملی، بی تا: ۶۱۴ و محقق نجفی، ۱۳۶۷: ۲۳۶. محقق خوئی، ۱۴۱۷: ۱۰۰ و ۱۰۲ - موسوی خمینی، ۱۴۱۰: ۸ و ۹)

در واقع به نظر می رسد این اختلاف مبنایی و ناشی از این باشد که آیا ارش مطابق با قاعده است یا مخالف قاعده است. به نظر می رسد با توجه به اینکه در جای خود نظریه عمومی ارش اثبات شده است، (الماسی، بهروزی زاد، ۱۳۹۸: ۲۲۰ به بعد) و ادله شرعی آن نیز در اینجا به طور اختصار ذکر شد قول قویتر آن باشد که ثبوت ارش مطابق با قاعده است. در این صورت چون وصف صحت مقابل جزئی از ثمن است، پس عوض جزئی از مبیع اگر فوت شود در مقابل آن جزئی از ثمن قرار می گیرد در نتیجه اگر بیع در آن قسمت باطل شود استحقاق مشتری برای گرفتن ارش مطابق قاعده است نظیر خیار تبعض صفقه. مشتری بین رد - آنچه مقابل وصف از ثمن است - و بین فسخ عقد منخیر است. (وحید بهبانی، ۱۴۲۱: ۲۷۳، ۲۷۵، محقق نجفی، ۱۳۶۷: ۲۳۶. شیخ انصاری، ۱۴۲۰: ۲۷۶ محقق خوئی، ۱۴۱۷: ۱۰۱)

در حقوق ایران مباحثی که در لسان فقها وجود دارد و وجود ندارد و قانون مدنی به صراحت، ارش و حق فسخ را در عرض هم قرار داده است. حقوق دانان نیز به جز برخی عمدتاً در تالیفات خود به این نکته مهم پرداخته اند و این وضع، در بین عمده شارحین قانون مدنی نیز از ابتدا تاکنون دیده می شود.

در ماده ۴۲۲ قانون مدنی حقوق مشتری را در صورت معیوب بودن مبیع بیان کرده است. مشتری در صورت معیوب بودن مبیع دو حق دارد: اول حق فسخ معامله و دوم حق مطالبه ارش.

به عبارت دیگر براساس ماده مزبور مختار است که یکی از سه راه حل زیر را انتخاب نماید:

- ۱- عقد بیع را به صورت یک جانبه منحل کند و تمام ثمن پرداخت شده به فروشنده را مسترد دارد.
- ۲- عقد را منحل ساخته و کالای معیوب را برای خود نگه داشته و از فروشنده به لحاظ وجود عیب موجود، تفاوت قیمت صحیح و معیوب کالا را به عنوان ارزش مطالبه کند.
- ۳- عقد منعقد را به انگیزه شرافتمندانه یا غیر آن منحل ن ساخته و بدون مطالبه ارزش به تملک کالای ایتبایعی راضی شده و عملاً حق فسخ و نیز اخذ ارزش را اسقاط کند و بیع را مجاناً امضاء نماید. البته این اختیار از مفهوم ماده ۴۲۲ قانون مدنی مستفاد می‌شود.

در حقوق ایران برخی از استادان اصطلاح خیار در قانون مدنی را صرفاً به معنای حق فسخ دانسته‌اند و حق مطالبه ارزش را داخل در حق پذیرش یا رد قرارداد نمی‌دانند و به تعبیر دیگر حقی مستقل و هم عرض در کنار حق فسخ می‌دانند. (شهیدی، ۱۳۸۲: ۶۵) در مقابل استادان دیگر معتقد هستند اگر خیار عیب ساقط شده باشد، (چه بعد از عقد چه در ضمن عقد) حق ارزش گرفتن نیز از بین می‌رود. دلیل ایشان نیز این است که خیار عیب هر دو اختیار را شامل می‌شود. (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۳۵۸/۵) به نظر می‌رسد نظر گروه اول صحیح‌تر باشد. و هم‌راستا با اثبات نظریه عمومی ارزش خواهد بود. در مقابل تحلیل نیز می‌توان افزود اگر ارزش زیر مجموعه خیار باشد با اسقاط آن بعد از عقد چون خیار مرکب از رد و ارزش است با اسقاط کل حق مرکب از بین می‌رود. اما اگر قایل باشیم که خیار در عرض رد الخیار باشد آن وقت باید معتقد باشیم به اینکه ارزش حقی مقابل خیار هست و اسقاط خیار باعث سقوط ارزش نمی‌شود. به نظر می‌رسد ارزش جدا از حق الخیار باشد و باید هم خیار را اسقاط کرد و هم ارزش را. در رویه قضایی نیز به تدریج نظریه عمومی ارزش تحت تاثیر مقالات نگارش یافته در خصوص نظریه عمومی ارزش شکل گرفته است برای مثال رای شعبه دوم دادگاه عمومی حقوقی دادگستری شهرستان کامیاران در شماره دادنامه ۹۹۰۹۹۸۸۹۵۱۲۰۰۶۰۶ به تاریخ ۱۳۹۹/۱۱/۱۶ ارزش را نظریه عمومی دانسته و دلیلی بر منع قابلیت مطالبه ارزش نمی‌بیند. عمدتاً این رای براساس تحلیل اقتصادی نظریه عمومی ارزش در دکترین حقوقی بوده است (بهروزی زاد و دیگران، ۱۳۹۹: ۶۵ به بعد) و همین تاثیر دکترین حقوقی و نظریات جدید در آرای جدید را نشان می‌دهد.

در هر صورت در این خصوص نیز حق تقلیل ثمن با ارزش متفاوت است مگر اینکه هم نظر با فقهای بشویم که قایل به تعبدی بودن ارزش هستند. البته در حقوق ایران رفع عیب و یا تسلیم کالای جانشین استثنایی است و فقط در حدود نص یعنی ماده ۴۷۸ قانون مدنی در خصوص عقد اجاره کاربرد دارد.

۳-۳. سقوط تقلیل ثمن و ارش در اثر تصرف در مبیع:

در کنوانسیون وین تا جایی که بررسی شد بحثی نشده است که آیا تصرف خریدار در مبیع باعث اسقاط تقلیل ثمن خواهد شد یا نه. تحلیل موضوع نشان می‌دهد که حق خریدار اسقاط نمی‌شود و او کماکان می‌تواند تقلیل ثمن نماید. اما در فقه و حقوق ایران بحث است که آیا تصرف خریدار در مبیع معیوب موجب اسقاط حق ارش نیز هست یا نه. البته ذکر این نکته لازم است که کسی تردید ندارد که با تصرف مبیع خیار خریدار ساقط خواهد شد. آنچه محل بحث است سقوط حق ارش است. به نظر می‌رسد با توجه به نظریه عمومی ارش نظر صحیح‌تر این باشد که مطالبه ارش کماکان باقی است. زیرا مطالبه ارش حقی جدای از خیار است و دلیلی بر اسقاط نداریم و استصحاب بقای ارش می‌شود. اگر گفته شود که در خیارات استصحاب جاری نمی‌شود زیرا خیارات خلاف اصل لزوم است و در موارد شک باید به قدر متیقن که همان اصل لزوم است مراجعه کرد در پاسخ می‌گوییم ارش منافاتی با اصل لزوم ندارد در واقع یکی از مبانی حجیت ارش اصل لزوم است بنابراین استصحاب بقای ارش هیچ منافاتی با اصل لزوم ندارد. در این صورت در این خصوص هم بین کنوانسیون و حقوق ایران شباهت وجود دارد.

۳-۴. تفاوت از حیث عدم مطابقت و عیب:

در کنوانسیون وین، به جای تمایز میان عیوب کالا و تخلف از شروط مربوط به کیفیت کالا، از مفهوم عامی به نام عدم مطابقت کالا استفاده شده است. این مفهوم شامل هرگونه عیب، تخلف از وصف یا نقض شروط مربوط به کیفیت کالای مورد معامله می‌شود. (عبدی‌فرد، ۱۳۹۲: ۶۹) براساس ماده ۳۶، تقلیل ثمن نیز در اثر عدم مطابقت به وجود می‌آید. دانستیم که بر طبق مقررات کنوانسیون اگر کالا با استانداردهای مقرر در مواد ۳۵ و ۳۶ کنوانسیون وین تطابق نداشته باشد عدم مطابقت صدق می‌کند بنابراین تقلیل ثمن در موارد تاخیر در تسلیم یا نقض سایر تعهدات فروشنده قابل مطالبه نیست. همچنین دانستیم که عدم مطابقت را باید تفسیر مضیق کرد و در خصوص ادعاهای شخص ثالث یا موارد مالکیت معنوی تقلیل ثمن اعمال نخواهد شد. زیرا بررسی شد که ادعای ثالث موضوع مواد ۴۱ و ۴۲ قاعده تقلیل ثمن در مورد آنها میسر نمی‌باشد مگر در مورد مقررات ماده ۴۴ کنوانسیون وین که مقرر می‌دارد: «با وجود مقررات بند ۱ ماده ۳۹ و بند ۱ ماده ۴۳، در صورتی که مشتری برای عدم ارسال یادداشت لازم، عذر موجهی داشته باشد، می‌تواند مطابق با ماده ۵۰ ثمن را تقلیل دهد یا مطالبه خسارت، به جز عدم النفع کند.»

اگر در ماده ۳۵ کنوانسیون وین بنگریم در خصوص احراز عدم مطابقت، قصد طرفین و توافق آنها ملاک است و اگر توافقی در میان نباشد، تعدادی ضابطه عملی در بند ۲ ماده ۳۵ کنوانسیون وین پیش‌بینی شده است. در این صورت است که باید بگوییم مفاد بند ۲ ماده ۳۵ از قواعد تکمیلی به شمار می‌رود و طرفین برخلاف آن می‌توانند تراضی کنند. (Schlechtriem, schwenzer Commentary, Art 50 8)

البته شرط تحقق ضمانت اجرای تقلیل ثمن برای خریدار، عدم آگاهی و جهل او نسبت به عدم تطابق کالا است. زیرا بند ۳ ماده ۳۵ کنوانسیون در این خصوص مقرر داشته است: «هرگاه خریدار در زمان انعقاد قرارداد از عدم مطابقت کالا با قرارداد آگاه بوده یا نمی‌توانسته، ناآگاه باشد، فروشنده نسبت به هر نوع عدم انطباق کالا مسئولیتی طبق بندهای الف تا د پاراگراف پیشین را نخواهد داشت.»

با این وجود در قسمت اخیر ماده ۵۰ کنوانسیون وین بیان شده است: «معهدا هرگاه با بیع مطابق مواد ۳۷ و ۴۸ هر نوع قصور در ایفای تعهدات خود را جبران کند یا در صورتی که مشتری مطابق مواد مذکور، از قبول انجام تعهد با بیع خودداری ورزد، مشتری نمی‌تواند ثمن را تقلیل دهد. ماده ۳۷ کنوانسیون به فروشنده این حق را داده است که با شرایطی که در ماده فوق آمده است کالای ناقص را رفع نقص نماید. در ماده ۴۸ کنوانسیون نیز به فروشنده این حق داده شده است که با رعایت مفاد این مقررره رفع نقص از کالای تسلیم شده را انجام دهد.»

در فقه و حقوق ایران مورد مسلم پرداخت ارش در خصوص عیب است. بنابراین این سوال مطرح می‌شود که آیا عدم مطابقت با مفهوم عیب در فقه و حقوق ایران یکسان است یا نه؟ به نظر می‌رسد که اختلاف عمده در این باشد که آیا اوصاف داخل در مفهوم صحت و عیب هستند یا خیر؟ حقوق دانان و فقها تعاریف مختلفی برای تعریف عیب ذکر کردند.

در تعریف مشهور فقها در تعریف عیب نقص مالی در تعریف اخذ شده است برای مثال مرحوم علامه در تعریف عیب می‌نویسد: «عیب خروج از مجرای طبیعی خلقت، مانند زیادت یا نقصانی که موجب نقص مالی شود. (حلی، ۱۴۱۴: ۱۸۹). تعریف فقها به روایت سیاری از ابن ابی لیلی برمی‌گردد. (کلینی، ۱۳۶۷: ۲۱۵، ۲۱۶ شیخ طوسی، ۱۳۹۰: ۲۸۲).

البته بعضی‌ها از این روایت استفاده کردند که: «آنچه که نقص از خلقت اصلیه است خواه سبب نقص مالی بشود یا نه عیب است. زیرا مستفاد از صدر روایت و ذیل آن این است که مناط نقص در عین یا زیاده‌ای که موجب رغبت مردم از عین می‌شود، و خروج از خلقت اصلی به سبب غلبه وجود خلاف در خلقت اصلیه موجب خروج از اینکه معیب نباشد نمی‌باشد تا اینکه مناط منقلب شود.» (نجم‌آبادی، ۱۳۸۰: ۵۳۴).

مرحوم محقق بهبانی در مقام جواب بر این عقیده می‌نویسند: «ومراد از مالیت در اینجا آن چیزی است که در مقابل قیمت هست همان‌طور که از عبارت قواعد و تذکره برمی‌آید و مقتضای دلیل و قاعده است. و تفصیل کلام این است که تفاوت یا به سبب رغبت یا قیمت یا مالیت است: و اولی که رغبت است، خیار به آن جز با شرط تعلق نمی‌گیرد. و اما قیمت، پس در آن خیار است، و آن خیار غبن است. و سومی که مالیت است در آن خیار عیب است.

و مراد این است که معتبر در قیمت آن نقصان مالیت است. همان‌طور که صاحب قواعد و تذکره به آن تصریح کردند اعم از اینکه سبب برای نقصان قیمت باشد یا نباشد، بلکه حتی اگر سبب برای اضافه قیمت شود، قیمت جزئی از مبیع نیست، به این خاطر است که مغبون متخیر بین امضای مجانی ورد است، و به این دلیل است که غاصب در غیر موارد مصرح ضامن قیمت ساقیه نیست.» (وحید بهبانی، ۱۴۱۷: ۲۷۳) در واقع در تفصیل بیشتر مطلب باید گفت که در فقه بحث است که آیا نقص که باعث زیاده در قیمت است موجب نقص مالی می‌شود یا خیر؟ دو قول است:

۱- قول اول این است که اطلاق نصوص و اتفاق فقها در مورد امثال خصاء این است که عیب است با اینکه این عیوب باعث زیادت مالیت می‌شوند.

۲- نظر دوم این است که در آنچه که مخالف اصل بر متیقن است باید به اقتصار عمل کرد، همچنین با شک در تسمیه اینکه عرفاً عیب محسوب می‌شود حکم به عدم تسمیه می‌شود پس داخل در اطلاق نصوص نمی‌شود. (طباطبایی، ۱۴۱۲: ۳۷۹)

برخی معتقد به نقصان در ارزش هستند. مطابق این ضابطه، که عمدتاً نظر فقهاست عیب نقص و زیاده در عین مبیع است و اوصاف جنبه کمال دارند. (انصاری، ۱۴۲۰: ۳۵۹) در تعبیری از برخی از بزرگان حقوقی: «در معامله معوضی مانند بیع، کالا به اعتبار مالیت خود، موضوع دادو ستد قرار می‌گیرد. پس هر چه از این ارزش بکاهد، عیب است و هر وصفی که ارزشی را موجب شود، کمال است. معیار سلامت نیز عرف سوداگران می‌باشد و آن است که تعیین می‌کند کدام نقص از ارزش می‌کاهد و عیب به حساب می‌آید.» (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۲۳۶) اگر این تعریف را اخذ نماییم در این صورت بین مفهوم عیب و عدم مطابقت تفاوت وجود خواهد داشت و براین اساس اخذ ارزش نمی‌تواند به صورت یک قاعده عمومی بیان شود.

ضابطه دیگر ضابطه نقص مؤثر در انتفاع است. به موجب این معیار ملاک این است که هر کالایی فایده و مصرفی دارد که به منظور استفاده از آن مورد معامله قرار می‌گیرد، نقصی که آن فایده مطلوب را از برد یا آن را، چنان کاهش دهد که اگر خریدار آگاه می‌شد، از معامله صرف‌نظر می‌کرد یا بهای کمتری می‌پرداخت، عیب است. (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۲۷۳/۵)

به نظر می‌رسد اوصاف مهم داخل در مفهوم صحت و عیب باشند و اوصاف فرعی داخل در وصف کمال. این نظر را ملاک ماده ۴۲۴ قانون مدنی و برخی از نظریه‌های فقهی که ارش را مطابق قاعده می‌داند تایید می‌کند. البته این به معنای این نیست که در مقابل اوصاف جزئی از ثمن قرار دارد. بلکه به این مبنا بر می‌گردد که چون قصد طرفین در معامله این بوده که وصف مهم به منزله عوض در نظر گرفته شود ضمانت اجرای عدم تطابق وصف مهم با مورد معامله این است که خسارت و ارش پرداخته شود. زیرا فروشنده در تسلیم وصف مهم تخلف کرده است و در نتیجه باید خسارت این عدم وفای خود را بپردازد. در واقع ما در مفهوم عیب باید عیب را تفسیر موسع نماییم که در این صورت است که نظریه عمومی ارش قابل صدق خواهد بود. بنابراین هر جایی که مبیع ارزش مقصود را نداشته باشد چه عیب ناشی از اجزای مبیع باشد چه از اوصاف مهم ارش صدق خواهد کرد. این تفسیر باعث خواهد شد که فقه امامیه و حقوق ایران با کنوانسیون وین در این قسمت مطابقت داشته باشد زیرا در کنوانسیون در مواد فوق‌الذکر مبنای عدم مطابقت اراده طرفین ذکر شده است و هر مقدار یا جنس یا وصف مطابق با قرارداد نباشد مفهوم عدم مطابقت بر آن ذکر خواهد کرد و در صورت وجود سایر شرایط تقلیل ثمن قابلیت اعمال را خواهد داشت. تنها تفاوتی که کنوانسیون با حقوق ایران خواهد داشت این است که در کنوانسیون بر طبق ماده ۵۰ تقلیل از عین ثمن انجام خواهد گرفت به تعبیر دیگر در برابر اوصاف جزئی از ثمن قرار دارند در حالی که در حقوق ایران بر مبنای مشهور ارش جزئی از ثمن نیست و خسارتی است که یا تعبدا یا براساس ضمان معاوضی فروشنده باید پرداخت کند. بر طبق مبنای اتخاذی در نظریه عمومی ارش وصف به منزله جزء است ولی خود جزئی از ثمن در مقابل آن قرار نمی‌گیرد بلکه باعث عدم انجام تعهد قراردادی فروشنده می‌شود و ضمانت اجرای عدم انجام تعهد قراردادی حق فسخ قرارداد است. با این تفسیر دیگر اشکال نخواهد شد که تخلف وصف باعث خیار تخلف وصف است. زیرا واضح است که وصفی که مد نظر ما بوده و وصف عمده است با وصف مجرای خیار تخلف وصف تفاوت دارد. البته قبلا دانستیم که وصف کمی نیز خروج موضوعی از نظریه عمومی ارش دارد به همین خاطر جزو تفاوتها ذکر نمی‌نماییم.

برخی از حقوق‌دانان بیان قابل توجهی در این خصوص دارند چکیده نظر اینان این است: «ضمان معاوضی، ضمان و التزام دو طرف نسبت به اجرای عقد است پس همچنان که اجزای مبیع مورد ضمان فروشنده است، وصف سلامت کالا نیز مورد ضمان و التزام باین است. با این حال، از آنجا که وصف سلامت از شروط ضمن عقد و از جمله تعهدات فرعی است و برخلاف اجزای مبیع، سهمی در انعقاد و

تجزیه بیع ندارد، فقدان آن موجب انفساخ جزئی قرارداد نشده، التزام فروشنده نسبت به وصف صحت به ارش تبدیل می‌شود. بر این اساس، ارش بدل ضمان و التزام معاوضی فروشنده نسبت به اجرای عقد در قسمت تعهد فرعی وصف سلامت کالا است و با وجود التزام متعاملین نسبت به اجرای تعهدات فرعی، این تبدیل التزام در فقدان وصف سلامت کالا منحصر نبوده، در فقدان دیگر اوصاف و تعذر دیگر شروط ضمن عقد نیز قابل جریان است. همچنین جریان ضمان معاوضی نسبت به وصف سلامت کالا اجبار به تعمیر کالای معیوب را توجیه کرده است و ارش را به بیع کلی فی الذمه هم گسترش می‌دهد.» (قنواتی، مسعودیان‌زاده، ۱۳۹۵: ۲۹۵).

در واقع به نظر می‌رسد همان‌طور که ادله آن گذشت ارش مطابق با قاعده است ولی جزئی از ثمن محسوب نمی‌شود بلکه ماهیت آن جنبه غرامت (به لسان فقها) و خسارت قراردادی (به لسان حقوق‌دانان) را دارد. (بهروزی زاد، ۱۳۹۷: ۴۰).

البته به نظر می‌رسد قائل شدن به تعمیر کالای معیوب حداقل به عنوان یک قاعده عمومی دشوار به نظر می‌رسد.

در مقام مقایسه اینکه آیا این مبلغ ماهیتی خسارت گونه دارد یا جزئی از ثمن است به نظر می‌رسد دیدگاه حقوق ایران که ارش نوعی غرامت و خسارت است با موازین حقوقی سازگارتر است.

نتیجه‌گیری:

با عنایت به مباحث مطروحه می‌توان گفت طبق ماده ۵۰ ویژگیهای قاعده تقلیل ثمن از قرار ذیل است:

- ۱- این حق حق اختصاصی خریدار است. ۲- میزان تقلیل براساس ثمن معامله است چه ثمن پرداخت شده باشد یا نه. ۳- اعمال این حق منوط به عدم مطابقت با کالا است. ۴- فروشنده طرق دفاعی که در اختیار دارد این است که رفع عدم مطابقت و یا تعویض کالای غیر منطبق نماید و مانع اعمال حق خریدار بشود. ۵- در صورت تمسک خریدار به تقلیل ثمن طرق دفاعی فروشنده در دفاع از خود بسیار محدود خواهد بود.

در فقه امامیه و حقوق ایران نیز هر جایی که عیب صدق بکند و این عیب در زمان انعقاد قرارداد موجود و مخفی باشد می‌توان مطالبه ارزش کرد. البته به نظر می‌رسد مفهوم عیب در حقوق کنونی را باید موسع معنا کرد که در این صورت تقریباً معادل عدم مطابقت است که در ماده ۵۰ کنوانسیون وین به عنوان شرط اعمال قاعده تقلیل ثمن بیان شده است. در خصوص مقایسه بین قاعده تقلیل ثمن با نظریه عمومی ارزش در قراردادها با وجود تفاوت‌هایی که در ماهیت و ساختار و شرایط اجرا دارند هدف یکسانی دارند و آن این است که قرارداد حفظ شود و خسارت خریدار به بهترین نحو ممکن جبران شود. البته در توصیف این حق در کنوانسیون وین و فقه امامیه اختلاف وجود دارد که به نظر می‌رسد موضع فقه و حقوق صحیح‌تر باشد. البته در کنوانسیون مکانیزم‌های دیگری همچون رفع عدم مطابقت و تعویض کالای غیر منطبق وجود دارد که با ساختار قراردادها در فقه امامیه و حقوق ایران تعارضاتی دارد و سخت بتوان آن را به صورت یک قاعده عمومی درآورد. در واقع عمدتاً به نظر می‌رسد ملاحظات عملی باعث پیش‌بینی چنین مکانیزم‌هایی شده است در حالی که در حقوق و فقه امامیه مباحث عمدتاً تحلیلی بیان شده است.

منابع و مأخذ:

الف - منابع فارسی:

۱. قرآن کریم
۲. ابوعطا، محمد؛ شمس‌اللهی، عطیه، (۱۳۹۰)، «تحلیل مبنا و ماهیت حقوقی ارش، مطالعات فقه و حقوق اسلامی»، سال ۳ شماره ۵.
۳. اسکینی، ربیعا؛ جعفریان، علیرضا، (۱۳۸۹)، «بررسی ارش در حقوق ایران و فقه امامیه و تفاوت آن با تقلیل ثمن در کنوانسیون بیع بین‌المللی»، مجله پژوهشنامه حقوق اسلامی دوره ۱۱، شماره ۳۱.
۴. امامی، سیدحسن، (۱۳۷۶)، حقوق مدنی ج ۱، انتشارات کتابفروشی اسلامیة.
۵. باریکلو، علیرضا؛ بیگزاده، صفر، (۱۳۹۰)، «اختیار تقلیل ثمن، مطالعه تطبیقی در کنوانسیون بیع بین‌المللی، فقه امامیه و حقوق ایران»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی دانشگاه تربیت مدرس، دوره ۱۵، شماره ۳.
۶. بهروزی زاد، حمیدرضا، (۱۳۸۵)، «ماهیت دیه: کیفر یا جبران خسارت»، مجله دادرسی شماره ۶۰.
۷. بهروزی زاد، حمیدرضا، (۱۳۹۷)، بررسی فقهی حقوقی عقد بیع، انتشارات عاصم.
۸. بهروزی زاد، حمیدرضا؛ الماسی، نجاد علی، (۱۳۹۸)، «ماهیت و مبنای قلمرو نظریه عمومی ارش و مقایسه آن با نظریه تقلیل ثمن در کنوانسیون وین» - مجله پژوهش‌های فقهی دوره ۱۵، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۸.
۹. بهروزی زاد، حمیدرضا؛ الماسی، نجادعلی و قنواتی، جلیل، (۱۳۹۹)، «مفهوم و مبنای نظریه عمومی ارش در قراردادها با تاکید بر تحلیل اقتصادی آن با مطالعه تطبیقی»، مجله آموزه‌های فقه مدنی، شماره ۲۱.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۱)، فلسفه عمومی حقوق بر پایه اصالت عمل، انتشارات گنج دانش.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۲)، الفارق، تهران: انتشارات گنج دانش.
۱۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۹۳)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: انتشارات گنج دانش.
۱۳. داراب پور، مهرباب، (۱۳۷۴)، تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی، ج ۲، تهران: انتشارات گنج دانش.
۱۴. دهخدا، علی اکبر، (۱۳۲۵)، فرهنگ لغت دهخدا، ج ۵، تهران: چاپخانه مجلس.

۱۵. ذهنی تهرانی، محمدجواد، (۱۳۸۸)، بیان المراد شرح فارسی بر اصول الفقه مرحوم مظفر، ج ۳، تهران: گنجینه ذهنی.
۱۶. ساو، اریک، (۱۳۸۰)، «پایان مسئولیت قراردادی»، ترجمه حسین نوروزی، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۳۵.
۱۷. شعاریان ستاری، ابراهیم؛ رحیمی، فرشاد، (۱۳۹۳)، حقوق بیع بین‌المللی - ج ۱، تهران: شهر دانش.
۱۸. شکاری، روشنعلی، (۱۳۸۲)، شرح و ترجمه متون فقه بیع و خیارات، تهران: انتشارات کشاورز.
۱۹. شهیدی، مهدی، (۱۳۸۲)، حقوق مدنی، ج ۶، تهران: انتشارات مجد.
۲۰. صفایی، سیدحسین، (۱۳۸۲)، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۲، قواعد عمومی قراردادها تهران: انتشارات میزان.
۲۱. صفایی، سیدحسین؛ عادل، مرتضی، کاظمی، محمود؛ میرزا نژاد، اکبر، (۱۳۸۴)، حقوق بیع بین‌المللی با مطالعه تطبیقی - چ ۱، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۲۲. طباطبائی، سیدمحمدحسین، (۱۳۷۴)، ترجمه المیزان ج ۴ و ۵، ترجمه سید محمدباقر موسوی همدانی، قم: جامعه مدرسین.
۲۳. عبدی پور، ابراهیم؛ ثقفی، علی، (۱۳۸۷)، «ارش شرط»، مجله فقه و حقوق، شماره ۱۹، صص ۶۳ تا ۸۵.
۲۴. عبدی پور، ابراهیم، (۱۳۹۲)، «گارانتی و تضمین کیفیت کالا - مطالعه تطبیقی الگوهای موجود و راه حل‌های مطلوب»، مجله حقوق اسلامی سال دهم، شماره ۳۶.
۲۵. علیدوست، ابوالقاسم، (۱۳۹۷)، فقه و حقوق قراردادها، تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۲۶. عمید، حسن، (۱۳۸۹)، فرهنگ فارسی عمید، چ ۱، تهران: انتشارات راه رشد.
۲۷. قنواتی، جلیل، مسعودیان‌زاده، سید ذبیح اله، (۱۳۹۵)، «تحلیل ارش بر مبنای ضمان معاوضی فروشنده نسبت به وصف سلامت کالا»، فقه و مبانی حقوق اسلامی - شماره دوم، سال چهل و نهم پاییز و زمستان.
۲۸. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۲)، عقود معین، ج ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۹. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۲)، مسئولیت مدنی، ج ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۳۰. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۳)، مسئولیت مدنی، تهران: شرکت سهامی انتشار.

۳۱. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۷)، «محدودیت‌های آزادی قراردادی بر مبنای حمایت از مصرف‌کننده»، فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۳.
۳۲. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۰)، مسئولیت ناشی از عیب تولید، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۳۳. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۴)، قواعد عمومی قراردادها ج ۳ و ۵، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۳۴. لطفی، اسداله، (۱۳۸۸)، موجبات و مسقطات ضمان قهری، چ ۱، تهران: انتشارات مجد.
۳۵. محقق داماد، سیدمصطفی، (۱۳۸۵)، قواعد فقه بخش مدنی ۱، چ ۱۳، تهران: انتشارات علوم اسلامی.
۳۶. محقق داماد، سیدمصطفی، (۱۳۹۵)، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، چ ۴، تهران: انتشارات علوم اسلامی.
۳۷. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۳۷۶)، تفسیر نمونه، ج ۳، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۳۸. نوری، محمدعلی، (بی‌تا)، قانون مدنی آلمان بخش‌های معاملات، قراردادها، کلیات و تعهدات، تهران: انتشارات گنج دانش.

ب- منابع عربی:

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم، (۱۴۰۶)، تهران: حاشیه مکاسب وزارت ارشاد اسلامی.
۲. ابن ادریس حلی، محمد بن منصور، (۱۴۱۷)، السرائر، ج ۲، قم: موسسه النشر الاسلامی.
۳. ابن بابویه، (۱۴۰۶)، فقه الرضا، الفقه الرضوی الموتر العالمی للامام الرضا مشهد.
۴. انصاری، شیخ مرتضی، (۱۴۲۰)، المکاسب، ج ۵ و ج ۶، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۵. ایروانی غروی، میرزا علی، (۱۴۲۱)، قم: حاشیه مکاسب دار ذوی القربی.
۶. ایروانی، محمد باقر، (۱۴۲۳) دروس تمهیدییه فی الفقه الاستدلالی-مرکز عالمی للدراسات الاسلامیه
۷. بجنوردی، سید محمدحسن، (۱۳۷۷)، القواعد الفقهیه ج ۴، قم: انتشارات الهادی.
۸. بروجردی، محمدتقی، (۱۴۰۸)، تقریر بحث‌های آقا ضیاء عراقی، نهاییه الافکار، موسسه نشر الاسلامی.
۹. بحرانی، یوسف، (۱۴۰۸)، الحدائق الناظره، ج ۱۹، قم: موسسه النشر الاسلامی.
۱۰. حر عاملی، محمد بن حسن، (۱۴۱۰)، وسائل الشیعه، ج ۱۲ و ج ۱۸، قم: موسسه آل البيت (ع).
۱۱. حسینی عاملی، سید محمدجواد، (بی‌تا)، مفتاح الکرامه، ج ۴، قم: موسسه آل البيت لاحیاء التراث.
۱۲. زکریا، احمد بن فارس، (۱۴۰۴)، مقابیس اللغه ج ۱، چ ۱۴۰۴، قم: مکتب الاعلام الاسلامی.
۱۳. سبزواری، سید عبدالاعلی، (۱۴۱۷)، مهذب الاحکام، ج ۱۷، موسسه المنار قم سنه.
۱۴. سیوری حلی، مقداد، (۱۴۰۴)، التنقیح الرائع، ج ۲، مکتبه المرعشی النجفی.

۱۵. سیوری، مقداد بن عبدالله، (بی تا)، کنز العرفان فی فقه القرآن، منشورات مکتبه المرتضویه.
۱۶. شیخ طوسی، محمد بن الحسن، (بی تا)، المبسوط ج ۲، تهران: المکتبه المرتضویه لاحیاء آثار الجعفریه.
۱۷. شیخ طوسی، محمد بن الحسن، (بی تا)، النهایه، قم: انتشارات قدس محمدی.
۱۸. شیخ طوسی، محمد بن الحسن، (۱۳۹۰)، تهذیب الاحکام، ج ۷، دارالکتب الاسلامیه.
۱۹. شیخ طوسی، محمد بن الحسن، (۱۴۱۱)، الخلاف ج ۳، قم: موسسه النشر الاسلامی.
۲۰. شیخ مفید، محمد بن محمد، (۱۴۱۰)، المقنعه، قم: موسسه النشر اسلامی.
۲۱. صدر، سید محمدباقر، (۱۴۲۳)، بحوث فی علم الاصول، ج ۵، مرکز الغدیر للدراسات الاسلامیه.
۲۲. صدوق، محمد بن علی، (۱۴۰۴)، من لایحضره الفقیه، ج ۳، قم: موسسه النشر الاسلامی.
۲۳. طباطبایی، (۱۴۱۲)، ریاض المسائل، ج ۸، موسسه النشر الاسلامی.
۲۴. طباطبایی حکیم، سیدمحسن، (بی تا)، مستمسک العروه الوثقی، ج ۱۲، دار الاحیاء التراث العربی.
۲۵. طباطبائی یزدی، سیدمحمدکاظم، (۱۴۲۳)، حاشیه المکاسب، ج ۳، دار المصطفی لاحیاء التراث قم.
۲۶. طبرسی، فضل بن حسن، (۱۴۱۲ق)، جوامع الجامع، قم: انتشارات دانشگاه تهران و مرکز مدیریت حوزه علمیه.
۲۷. طوسی، محمد بن حسن، (۱۴۰۹ق)، التبیان فی تفسیر القرآن، قم: مکتب الاعلام الاسلامی.
۲۸. عاملی شهید اول محمد بن مکی، (بی تا)، القواعد و الفوائد، ج ۲، قم: مکتبه المفید.
۲۹. عاملی شهید اول، (۱۴۱۰)، اللمعه دمشقیه، موسسه فقه الشیعہ بیروت.
۳۰. عاملی شهید اول، (۱۴۱۴)، الدروس الشرعیه ج ۳، قم: موسسه النشر الاسلامی.
۳۱. عاملی شهیدثانی زین الدین علی، (۱۴۰۳)، الروضه البهیة، ج ۳ و ج ۵ و ج ۱۰، موسسه دارالعالم الاسلامی.
۳۲. عاملی، شهید ثانی، (۱۴۱۴)، مسالک الافهام ج ۳، قم: موسسه المعارف الاسلامیه.
۳۳. علامه حلی، حسن بن یوسف، (۱۴۱۰)، ارشاد الازهان ج ۱، قم: موسسه نشر اسلامی.
۳۴. علامه حلی، حسن بن یوسف، (۱۴۱۰)، ارشاد الازهان، ج ۱، قم: موسسه نشر اسلامی.
۳۵. علامه حلی، حسن یوسف، (۱۴۱۳)، قواعد الاحکام، ج ۲، قم: موسسه النشر الاسلامی.
۳۶. علامه حلی، حسن بن یوسف، (۱۴۱۳)، مختلف الشیعہ فی احکام الشریعه؛ ج ۲، ج ۵، قم: دفتر نشر اسلامی.
۳۷. علامه حلی، حسن بن یوسف، (۱۴۱۴)، تذکره الفقها، ج ۱۱، قم: موسسه آل البيت لاحیاء التراث.

۳۸. علامه حلی، (۱۳۷۷)، تبصره المتعلمین فی احکام الدین ترجمه ابوالحسن شعرانی کتابفروشی اسلامیہ.

۳۹. فاضل آبی، (۱۴۰۸)، کشف الرموز، قم: موسسه النشر الاسلامی.

۴۰. فخر المحققین، محمد بن الحسن، (۱۳۸۸)، ایضاح الفوائد ج ۱، تهران: موسسه کوشانپور.

۴۱. فیروزآبادی، محمد بن یعقوب، (۱۴۱۲)، القاموس محیط، ج ۲، دارالاحیاء التراث العربی بیروت.

۴۲. فیومی، احمد بن محمد، (۱۴۰۵)، قم: المصباح المنیر موسسه الهجره.

۴۳. کاظمی خراسانی، محمدعلی، (۱۴۰۸)، تقریرات بحث خارج اصول میرزای نائینی، فوائد الاصول، ج ۴، قم: موسسه نشر الاسلامی.

۴۴. کلینی، محمد بن یعقوب، (۱۳۶۷) الکافی، تهران: دار الکتب الاسلامیه.

۴۵. مامقانی، عبدالله، (بی تا)، مناهج المتقین، موسسه آل البيت لاحیاء التراث.

۴۶. مامقانی، عبدالله، (۱۳۴۴)، نہایه المقال، تهران: چاپ سنگی.

۴۷. محقق اصفهانی، محمدحسین، (۱۴۲۰)، حاشیه المکاسب، ج ۵، قم: دارالمصطفی لاحیاء التراث.

۴۸. محقق حلی، نجم الدین جعفر بن الحسن، (۱۴۰۵)، المختصر النافع، دارالاضواء بیروت.

۴۹. محقق حلی، نجم الدین جعفر بن الحسن، (۱۴۱۲)، نہایه و نکتها، ج ۲، قم: موسسه النشر الاسلامی.

۵۰. محقق حلی، نجم الدین جعفر بن الحسن، (۱۳۸۹)، شرائع الاسلام، ج ۲، نجف: الاداب.

۵۱. محقق کرکی، (ثانی) علی بن الحسین، (۱۴۰۸)، جامع المقاصد، ج ۴، قم: موسسه آل البيت لاحیاء التراث.

۵۲. مصطفوی، حسن، (۱۴۱۶ق)، التحقيق فی کلمات القرآن الکریم، تهران: مؤسسۃ الطباعة و النشر.

۵۳. مقدس اردبیلی، احمد، (۱۴۰۵)، مجمع الفائده و البرهان، ج ۸ و ج ۱۴، قم: موسسه النشر الاسلامی.

۵۴. موسوی خمینی، سید روح الله، (۱۴۱۰)، البیع، ج ۵، قم: موسسه النشر الاسلامی.

۵۵. (۱۴۱۶)، تحرير الوسيله، ج ۱، قم: موسسه النشر الاسلامی.

۵۶. موسوی خوئی، سید ابوالقاسم؛ به قلم محمد علی توحیدی، (۱۴۱۷)، مصباح الفقاهه، ج ۳ و ۷، قم: موسسه انصاریان.

۵۷. (۱۴۱۰)، منهاج الصالحین، ج ۲، قم: انتشارات مهر.

۵۸. و مستند عروه (الاجاره) تقرير بحث خوئی به قلم مرتضی بروجردی - قم: مدرسه دارالعلم ۱۴۰۴ هـ ق.

۵۹. مومن سبزواری، محمد باقر، (۱۴۲۳)، کفایه الاحکام، ج ۱، قم: موسسه النشر الاسلامی.

۶۰. نائینی، محمدحسین، منیه الطالب، (۱۴۲۱.ه.ق)، ج ۳، چ ۱، قم: موسسه نشر اسلامی.
۶۱. نجفی، محمدحسن، (۱۳۶۷)، جواهر الکلام، ج ۲۳ و ۳۷، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۶۲. نجم آبادی، میرزا ابوالفضل، (۱۳۸۰)، قم: حاشیه المکاسب انتشارات غفور.
۶۳. نوری طبرسی، میرزاحسین، (۱۴۰۷)، مستدرک الوسائل، ج ۱۳، قم: موسسه آل البيت لاحیاء التراث.
۶۴. وحید بهبهانی، محمدباقر، (۱۴۲۱)، حاشیه مجمع الفائده و البرهان، قم: موسسه علامه مجدد وحید بهبهانی.
۶۵. یونس، منصور (بی تا)، کشف القناع، ج ۲، دارالکتب العلمیه بیروت.

ج- منابع لاتین:

66. Bergsten ,Eric ,Anthony,E .miller ,J The Remedy of Reduction of Price ,
<https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bergsten.html>
67. Bonell ,Bianca (1987) Commentary on the International Sales Law, Giuffrè:
 Milan (. Reproduced with permission of Dott. A Giuffrè Editore, S. p. A
68. Enderlein, Fritz, Maskow, Dietrich, (1992) INTERNATIONAL SALES
 LAW United Nations Convention on Contracts for the International Sale of
 Goods Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods
 Oceana Publications .
69. Honnold, john. o, (1999) Uniform Law for International Sales under the
 1980 United Nations Convention, 3rd ed. Kluwer Law International
70. Gärtner, Anette (2000-2001) "Britain and the CISG: The Case for
 Ratification A Comparative Analysis with Special Reference to German Law,
 Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of
 Goods, Kluwer Law International
71. Muria Tunon, Arnau (1998) ,the actio quanti minoris and sales of goods
 between mexico and the U. S, an analysis of the remedy of the price in the UN
 sales convention, CISG article 50 and its civil law antecedents available at,
www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/muria.html
72. Piliounis, Peter, A The Remedies of Specific Performance, Price Reduction
 and Additional Time (Nachfrist) under the CISG: Are these worthwhile
 changes or additions to English Sales Law? <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/piliounis.html>

73. Schlechtriem, schwenzer, Peter , (2016) Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG) Fourth Edition oxford university press
74. sondahel, Erika, Understanding the Remedy of Price Reduction A Means to Fostering a More Uniform Application of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sondahl.html>
75. UNCITRAL Digest of case law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods Digest of Article 50 case law <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/digest.2012.50.html>
76. Ziegel, Jacob S (1981) ,in Report to the Uniform Law Conference of Canada on Convention on Contracts for the International Sale of Goods, available at: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/ziegel50.html>.
77. Zimmerman, Reinhard) ,1996) The Law of Obligations A Clarendon Press Publication oxford university

The Concept and Conditions of the Application of the General Theory of Arsh, Comparing it with the Rule of Price Reduction by means of Comparative Study

Hamidreza Behrouzi Zad¹

Abstract:

One of the indisputable legal-historical rules in the Roman legal system is the rule regarding price reduction, which is similar to the institution of arsh (the difference in financial value between a faultless and defective property paid to the customer) in the Islamic legal system.

In this paper, an attempt has been made, by an analytical method, to elucidate both ancient legal rules by redefining them, in particular with regard to the general theory of arsh, and to conclude that both have a common goal, which is to compensate the injured party with the aim of preserving the contract. Moreover, by redefining the opinions of the great Islamic jurists, an attempt has been made to expand the definition of defect and conditions regarding the application of arsh so that by preserving the traditional Islamic structures, the law of compensation in Imami jurisprudence and Iranian law shall be in line with that of advanced western laws. The abovementioned remedy is devoted to defect, since in Imami jurisprudence and Iranian law the description of faultless property is more important than other features, and this has caused a difference in the effects.

Therefore, in this article, we shall prove that in Imami jurisprudence and Iranian law, if in bilateral contracts the descriptions of goods delivered are not in conformity with that required by the contract, the party seeking compensation may receive an amount equal to what is not in conformity with the contract, exactly as we have in the price reduction rule.

KeyWords: *refusing to perform an obligation, alternative solution, Convention on the Sale of Goods.*

1. Assistant Professor Islamic Azad University, Tehran Branch - Tehran, Iran,
(Email: behroozi_hamidreza@yahoo.com)