

## تحلیل فقهی - حقوقی امکان تعمیم ارش مدنی به سایر خيارات<sup>۱</sup>

علی اکبر ایزدی فرد\*

مهدي فلاح\*\*

### چکیده

فقها ارش در خيار عيب را خلاف قاعده دانسته و دريافت آن را در ساير خيارات نفی کرده اند. قانون مدنی نیز تنها در بحث خيار عيب از حق دريافت ارش، سخن گفته است و در ساير خيارات راجع به ضمان ارش، سکوت کرده و دريافت آن را مقرر ننموده است. اکثر قریب به اتفاق حقوقدانان نیز، همین شیوه فقها و قانونگذار را ادامه داده و تلاش بسیار در توجیه مواد قانون مدنی در این مسأله نموده‌اند. به نظر می‌رسد از آنجایی که در خيار عيب، ارش زمانی قابل دريافت است که عيب یا همان فقدان وصف سلامت، سبب تغيير در ارزش و قیمت مورد معامله شود نه آنقدر که سبب ازبين رفتن مالیت کالا گردد، نکته‌ای که هم در قانون مدنی و هم در نظرات فقها و حقوقدانان مشاهده می‌شود، ماهیت ارش در خيار عيب، ضمانت‌اجرای مفاد خود قرارداد است؛ بر این مبنا که در هر قرارداد معوضی همانند بیع، طرفین به گونه‌ای غیرصریح اما بدیهی و عرفی، متعهد می‌شوند که برابری و تعادلی نسبی را میان ارزش عوضین در قرارداد و اجرای آن برقرار نمایند و هریک از طرفین عقد که این تعهد را نقض نماید، باید به گونه‌ای این تعهد را اجرا نماید، به عبارت دیگر ملزم به اجرای آن گردد. بر این مبنا و ماهیت، به نظر می‌رسد ارش نه تنها خلاف هیچ قاعده‌ای نمی‌باشد بلکه در ساير خياراتی که فقدان عامل مؤثر در ارزش مبیع، سبب نقض تعهد به برقراری تعادل نسبی میان ارزش عوضین گردد، نیز قابل مطالبه می‌باشد.

**کلید واژه‌ها:** ارش، ارزش، خيار عيب، عقد معوض.

۱- تاریخ وصول: ۱۳۹۲/۳/۶ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۳/۳/۵

\* استاد گروه حقوق خصوصی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران izadifard@umz.ac.ir

\*\* دانشجوی دکتری گروه حقوق خصوصی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران

## ۱- مقدمه

وقتی قرارداد معوضی همچون بیع منعقد می‌گردد، در صورتی که مبیع، معیوب درآید به گونه‌ای که خریدار متوجه عیب کالا نشده باشد، در حقوق قراردادهای، وی این را حق دارد که قرارداد منعقد را فسخ نماید یا اینکه با ابقاء عقد، مابه‌التفاوت میان مبیع سالم و معیوب را دریافت نماید. این مابه‌التفاوت میان مال سالم و معیوب، که مشتری حق دریافت آن را در صورت عدم تمایل به فسخ قرارداد، دارد در فقه و حقوق ایران، با عنوان «ارش» شناخته می‌شود.

در قانون مدنی کشورمان، حق مطالبه ارش در ماده ۴۲۲ ذیل بحث خیار عیب پیش‌بینی شده است و شرایط دریافت آن در مواد بعدی بیان شده و در ماده ۴۲۷ ق.م. شیوه محاسبه میزان ارش تعیین شده است. قانون مدنی تنها در بحث خیار عیب از حق دریافت ارش، سخن گفته است و در سایر خيارات راجع به ضمان ارش، سکوت کرده و دریافت آن را مقرر ننموده است. اکثر قریب به اتفاق حقوقدانان نیز، همین شیوه قانونگذار را ادامه داده و تلاش بسیار در توجیه مواد قانون مدنی در این مسأله نموده‌اند.

این موضع قانونگذار مدنی و حقوقدانان حقوق خصوصی، ریشه در فقه و حقوق اسلام دارد که منبع اساسی قانون مدنی می‌باشد. در حقوق اسلام، ضمان ارش خلاف قاعده و حکمی استثنایی است، چراکه فقها حق مطالبه ارش را صرفاً مختص خیار عیب دانسته و در سایر خيارات، پرداخت آن را غالباً نفی کرده‌اند.

سؤالی که به ذهن می‌رسد آن است که چرا فقها و حقوقدانان ارش را خلاف قاعده می‌دانند؟ به عبارت دیگر ارش خلاف کدام قاعده یا عاملی است که با توجه به آن، ارش مختص خیار عیب دانسته شده است؟ آیا حق مطالبه ارش، آنگونه که در خیار عیب مطرح می‌شود، به خيارات دیگری همچون خیار تخلف وصف، خیار تخلف از شرط صفت و مانند اینها، قابل تعمیم است؟ آیا می‌توان در سایر خيارات، حق مطالبه ارش برای متضرر قائل بود؟

به نظر می‌رسد از آنجایی که در خیار عیب، ارش زمانی قابل دریافت است که عیب یا همان فقدان وصف سلامت، سبب تغییر در ارزش و قیمت مورد معامله شود نه آنقدر که سبب از بین رفتن مالیت کالا گردد، نکته‌ای که هم در قانون مدنی و هم در نظرات فقها و حقوقدانان مشاهده می‌شود، ماهیت ارش در خیار عیب، ضمانت‌اجرای مفاد خود قرارداد است؛ بر این مبنا که در هر قرارداد معوضی همانند بیع، طرفین به گونه‌ای غیرصریح اما بدیهی و عرفی، متعهد می‌شوند که برابری و تعادلی نسبی را میان ارزش عوضین

در قرارداد و اجرای آن برقرار نمایند و هریک از طرفین عقد که این تعهد را نقض نماید، باید به گونه‌ای این تعهد را اجرا نماید، به عبارت دیگر ملزم به اجرای آن گردد مثل اینکه کالایی را تسلیم نماید که به دلیل فقدان وصف سلامت یا عامل دیگر مؤثر در ارزش مورد معامله، ارزش مبیع کمتر از ارزش عوض مقابل آن درآید، بنابراین باید از طریق پرداخت مابه‌التفاوت یا همان ارزش، ارزش مبیع را به حدی برساند که با ارزش ثمن برابر گردد.

بر این مبنا، به نظر می‌رسد ارزش نه تنها خلاف هیچ قاعده‌ای نمی‌باشد بلکه در سایر خیاراتی که فقدان عامل مؤثر در ارزش مبیع، سبب نقض تعهد به برقراری تعادل نسبی میان ارزش عوضین گردد، نیز قابل مطالبه می‌باشد.

هرچند در باب ماهیت و مبنای ارزش در نوشته‌های فقهی همانند مکاسب شیخ انصاری(انصاری، ۱۴۱۲، ۱۳۵)، جواهرالکلام شیخ محمد حسن نجفی(نجفی، ۱۳۷۶، ۲۳۵)، حاشیه‌المکاسب سید محمد کاظم طباطبایی یزدی(طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ۲) و ... مباحث دقیقی مطرح شده‌است و همچنین در کتاب‌های حقوقی همچون قواعد عمومی قراردادها اثر دکتر کاتوزیان(کاتوزیان، ۱۳۸۳، ۳، ۱۴۷)، جلد اول کتاب حقوق مدنی اثر دکتر امامی(امامی، ۱۳۵۳، ۵۰۱) و تئوری موازنه اثر دکتر جعفری لنگرودی (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ۸۰) و ... بحث و گفتگوها بسیار است اما، بررسی ارزش و تحلیل امکان یا عدم امکان تعمیم آن به این صورت جزئی، در میان نوشته‌های حقوقی کمتر به چشم می‌خورد و همین امر سبب شده که در این مقال، جزیی ترین مباحث با دقت بسیار زیاد مورد تحلیل و بررسی قرار گیرد.

برای رسیدن به این مقصود، مقاله پیش‌رو، در دو قسمت نگاشته شده است. قسمت نخست به بررسی عواملی که سبب اختصاص دریافت ارزش در مورد عیب است می‌پردازد و در قسمت دوم به بررسی امکان و قابلیت گسترش دریافت ارزش در سایر خیارات پرداخته می‌شود.

## ۲- عدم امکان تعمیم ارزش

نخستین بحث این مقاله، به بررسی این امر اختصاص دارد که چرا، حق مطالبه ارزش یا همان ضمان ارزش مختص خیار عیب دانسته شده و دلایل مخالفان تعمیم ارزش از خیار عیب به سایر خیارات، بر چه اساسی استوار است؟

آنچه که در نگاه نخست، سبب می‌شود ارش را قابل تعمیم، از خیار عیب به سایر خیارها، ندانیم شهرت این نظر و اقبال آن در میان فقها و حقوقدانان است. با نگاهی گذرا، به نظرات فقها و حقوقدانان، متوجه خواهیم شد که ارش، در نظر اکثریت این بزرگان، قابل تعمیم به سایر خیارها<sup>۱</sup> دانسته نشده است. پرسشی که مطرح می‌شود آن است که این شهرت، بر چه مبنایی استوار است؟ به عبارت دیگر، چرا فقها و حقوقدانان ارش را مختص خیار عیب می‌شناسند و در بررسی سایر خیارها، ارش را قابل دریافت نمی‌دانند؟ به همین منظور، در دو قسمت جداگانه، به بررسی دو عاملی خواهیم پرداخت که در نظر فقها و حقوقدانان، نقشی عمده و اساسی در اختصاص ارش به خیار عیب دارند.

## ۲-۱- عدم تقابل ثمن با وصف و شرط

همان‌گونه که در بالا اشاره کردیم، فقها و حقوقدانان، هریک به دلایلی تقریباً مشابه، دریافت ارش را مختص خیار عیب دانسته و در باقی خیارها قابل به ارش نشده‌اند مگر اینکه دلیل خاصی وجود داشته باشد. در حقوق ما نیز به تبع فقه ارش، خلاف قاعده دانسته شده است و فقها و نویسندگان را در توجیه آن به تکلف انداخته است (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ۳۰۹؛ ۱۳۹۰، ۹۴).<sup>۲</sup>

آنچه که در بررسی و تحلیل این نظرات، باید بدان توجه و پیرامون آن بحث شود، آن است که آیا ارش جزئی از ثمن است یا نه؟ اگر ارش جزئی از ثمن قلمداد گردد، قاعداً باید آنچه که فقدان آن مثل وصف، سبب ایجاد حق دریافت ارش می‌گردد، بخشی از مبیع تلقی گردد تا بخشی از ثمن در معامله، در مقابل بخشی از مبیع قرار گیرد. این بررسی، پای قاعده‌ای معروف در فقه را به میان می‌کشد که بحث

۱. منظور از سایر خیارها، با توجه به همان تقسیم بندی است که در قسمت بعد انجام داده می‌شود و بر آن مبنای منظور خیارهاست که امکان بالقوه دریافت ارش در آنها موجود است به این خاطر خیارهای مثل حیوان و مجلس و ... خارج می‌شود. ن.ک. قسمت دوم.  
 ۲. دکتر کاتوزیان در ج پنجم قواعد عمومی قراردادها در ص ۳۲۰ ارش را بر مبنای لاضرر قابل توجیه ندانسته است و بیان می‌کند که در توجیه ارش باید به ملاحظات تاریخی توجه شود. ایشان در همان کتاب در صفحات ۳۰۹ و بعد اجرای عدالت در رابطه‌ی قراردادی را مبنای ارش در خیار عیب دانسته‌اند به این معنا که بنای طرفین بر تملیک کالای سالم است و عوض با ملاحظه‌ی همین وصف تعیین می‌گردد. اما این سوال را پاسخ نداده‌اند که اگر بنای طرفین بر تملیک کالا به همراه عامل دیگری غیر از وصف سلامت باشد و عوض با ملاحظه‌ی همین عامل تعیین گردد آیا می‌شود حکم به ارش داد؟ مقتضای نظر ایشان در توجیه ارش در خیار عیب، پاسخ مثبت به سؤال مذکور را تأیید می‌کند اما بررسی نظرات ایشان در باب سایر خیارها به خصوص غبن و تدلیس پاسخ مثبت را تأیید نمی‌کند و در سایر خیارها غیر از خیار عیب حکم به ارش نمی‌توان داد چراکه در بحث غبن توجیه ارش را در خیار عیب به ملاحظات تاریخی سپرده‌اند و در خیار تدلیس بحثی نکرده‌اند بلکه تنها در خسارات ناشی از تدلیس بیان کرده‌اند که اگر در اثر فسخ معامله خسارتی وارد گردد زیان دیده می‌تواند با استناد به قاعده‌ی غرور و با اثبات آن از دادگاه جبران خسارت را بخواهد و ضمان ناشی از غرور قهری است. البته ایشان در این نوشته‌ها صرفاً به دنبال توجیه مواد قانونی بوده‌اند.

پیرامون آن بسیار است که در فقه این قاعده در دو بحث بسیار مورد توجه و بحث قرار گرفته است؛ یکی پیرامون توجیه ارش در خیار عیب که منظورشان از وصف، وصف سلامت است و دیگری در بحث پیرامون تخلف از شرط. در اینجا ابتدا به ارش عیب می پردازیم و سپس در قسمت بعد وارد بحث شرط می شویم هرچند صورت‌های متفاوت قاعده در وصف و شرط مفهوم متفاوتی ندارند (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ۲، ۶۸).

### ۲-۱-۱- الوصف لایقابل بشیء من الثمن

قاعده‌ی مشهوری در فقه وجود دارد و به تبع آن وارد نوشته‌های حقوقی ما شده است که با صورت‌های مختلفی بیان شده است: الاوصاف لایقابل بالاعواض، الثمن لایقابل بالاوصاف، الوصف لایقابل بشیء من الثمن (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ۸۴). مراد از این قاعده آن است که هرچند وصف به هر صورتی که وارد عقد گردد دارای ارزش باشد اما بخش مستقلی از معوض قلمداد نمی‌شود تا بخشی از عوض در برابر آن قرار گیرد، به همین خاطر در بیع، ثمن در برابر موصوف قرار دارد، نه وصف و وصف جزئی از مبیع نیست تا جزئی از ثمن در مقابل آن معامله گردد. پس مطابق این قاعده، وصف، جزئی جدا و مستقل از مبیع نیست تا در برابر آن جزء، بخشی از ثمن قرار گیرد و در صورت فقدان آن وصف، آن بخش از ثمن که در برابر آن، قرار دارد، قابل مطالبه باشد.

دلیل اصلی مخالفت با دریافت ارش، می‌تواند با تحلیل این قاعده بدست آید. همان‌گونه که در میان نوشته‌های حقوقی به تبع فقه برای مخالفت با جواز دریافت ارش در غیر خیار عیب، بدان استناد نموده‌اند چراکه وقتی گفته می‌شود ارش، خلاف قاعده است و به همین دلیل قابل تعمیم به غیر خیار عیب نیست (آل کاشف الغطاء، ۱۴۲۲، ۱۱۸؛ امامی، ۱۳۵۳، ۵۰۱) منظور از قاعده همین قاعده‌ای است که به صورت‌های مختلف بیان شده است.

وقتی ارش را خلاف قاعده بدانیم و منظور از قاعده، الاوصاف لایقابل بالاعواض باشد دو نتیجه لازم می‌آید: نخست آنکه بنابر قاعده مذکور، وصف در مقابل عوض قرار نمی‌گیرد، چون وصف، جزئی از مبیع نیست تا بخشی از ثمن در معاوضه، مقابل آن قرار گیرد. دوم آنکه ارش جزئی از ثمن است پس وصف سلامت، قاعده‌تاً باید جزئی از مبیع قلمداد گردد تا ارش مقابل آن جزئی از ثمن باشد. به همین دلیل ارش خلاف قاعده الاوصاف است و چون خلاف قاعده است باید با دلیلی جواز آن اثبات گردد.

در مقابل، گروهی، ارش در خیار عیب را موافق قاعده دانسته‌اند. مطابق نظر این گروه، قاعده این است که وصف صحت می‌تواند در مقابل عوض قرار گیرد و ثمن قابل تقسیط بر وصف صحت و خود مبیع است. این گروه در واقع قاعده الاوصاف لایقابل بالاعواض را، حداقل در رابطه با وصف سلامت، قبول ندارند. بنابراین با این توجیه ارش را موافق قاعده و جزئی از ثمن می‌شناسند (طباطبایی یزدی، پیشین، ۲، ۶۸).

نکته‌ای که از بررسی این دو دیدگاه، در رابطه با ارش برداشت می‌شود آن است که در واقع هر دو گروه، ارش را جزئی از ثمن می‌شناسند که در مقابل وصف صحت قرار می‌گیرد. با این تفاوت که گروه اول معتقدند که قاعده این است که اوصاف در مقابل عوض قرار نمی‌گیرند اما در خیار عیب استثنائاً برخلاف این قاعده، در روایات حکم به جواز مطالبه ارش شده است. پس اصل این است که وصف در مقابل عوض قرار نمی‌گیرد و حکم برخلاف آن دلیل خاص می‌طلبد اما گروه دوم بر این نظرند که قاعده این است که وصف صحت در مقابل عوض در معاوضه قرار می‌گیرد و چون وصف سلامت مقفود است عوضی که در مقابل آن وصف قرار داشت باید به مشتری مسترد گردد.

اگر همانند گروه نخست به قاعده الاوصاف لایقابل بالاعواض معتقد باشیم و ارش را خلاف قاعده مذکور و جزئی از ثمن قرار دهیم، بی‌تردید نمی‌توان قایل به تعمیم بود مگر اینکه همانند خیار عیب دلیل خاصی وجود داشته باشد تا برخلاف قاعده عمل کنیم. اما اگر طبق نظر گروه دوم، قاعده این باشد که اوصاف در مقابل اعواض قرار می‌گیرد و بخشی از ثمن در برابر بخشی از مبیع، پس ارش که جزئی از ثمن است موافق قاعده است. اما آیا می‌توان در هر جایی که عاملی بخشی از ارزش مبیع را به خود اختصاص دهد و در برابر بخشی از ثمن قرار گیرد خواه وصف سلامت باشد یا وصف دیگر یا شرط صفت باشد، قایل به جواز ارش بود؟

این مباحث، وارد کتب حقوقی کشور ما هم شده است به گونه‌ای که برخی صریحاً بر این اعتقادند که وصف صحت بخش جداگانه و مستقلی از مبیع قلمداد نمی‌شود تا جزئی از ثمن در مقابل آن قرار گیرد. بنابراین قاعده مذکور را می‌پذیرند اما برخلاف ظاهر قانون مدنی، معتقدند که ارش هم جزئی از ثمن نیست تا مخالف قاعده مذکور باشد چون وصف، جزئی از مبیع قلمداد نمی‌شود خواه وصف سلامت باشد یا وصفی دیگر و آنچه که در قانون بیان شده است شیوه تعیین ارش است نه اینکه لزوماً ارش بایستی جزئی از ثمن

باشد و از عین پرداخت گردد به عبارت دیگر ماده مزبور در مقام بیان ماهیت ارش به عنوان جزئی از ثمن نیست (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ۳۸۰، ۹۲).

بنابراین ارش جزئی از ثمن نیست چون وصف سلامت بخش مستقلاً از مبیع نیست تا عوضی در برابر آن قرار گیرد بلکه ارش، غرامت و جبران ضرری است که بر مشتری وارد شده و این جبران به هر وسیله ای قابل پرداخت است (امامی، پیشین، ۵۰۲)

در مقابل برخی بر این نظرند که مستند این قاعده که با صور مذکور در بالا بیان شده است، فقه جمهور است که در تفسیر و اجرای آن به شدت اختلاف دارند. (جعفری لنگرودی، پیشین، ۸۴) این در حالی است که در کتاب و سنت، نصی بر آن نیست و ریشه‌ی آن به فقه جمهور برمی‌گردد که فقط حنا بله آن را قبول ندارند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، الف، ۱۷۹). پس این قاعده از فقه جمهور وارد امامیه شده است و به همین دلیل، امامیه نصوص خیار عیب از حیث ارش را مخصوص این قاعده قرار داده اند و گفته‌اند نصوص خیار عیب از حیث ارش خلاف قاعده است. هرچند بعضی از بزرگان عدم جواز حق ارش را در سایر خیارات قول مشهور قلمداد کرده اند اما نصی بر قول مشهور وجود ندارد در اینکه در صورت ابقا عقد حق مطالبه‌ی ارش وجود ندارد. به احتمال قوی، مستند این نظر همین قاعده می‌باشد که در فقه، مشهور است هرچند در برخی موارد قاعده‌ی مذکور نادیده گرفته شده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ۲۵۱).

آنچه که ممکن است با فرض پذیرش اینکه بخشی از ثمن در برابر وصف قرار گیرد و ارش در واقع همان بخش است که به خریدار داده می‌شود تا تعادل قراردادی دوباره بدست آید، مورد ایراد قرار بگیرد آن است که این امر اخلال در شرایط درستی معامله است که باعث بطلان عقد می‌شود نه ایجاد خیار؟ به این معنا که فقدان وصف سلامت به عنوان بخش مستقل مبیع، سبب می‌شود که قرارداد نسبت به وصف سلامت باطل باشد. در نتیجه جزئی از ثمن که در مقابل وصف مذکور قرار می‌گیرد، به دلیل فقدان وصف، باید به مشتری مسترد گردد.

درست است که وصف مبیع به طور مستقل حصه‌ای از ثمن را به خود اختصاص نمی‌دهد و طبق قاعده الاوصاف در هنگام انعقاد عقد بخشی از ثمن در مقابل آن قرار نمی‌گیرد اما در صورت فقدان آن وصف به هنگام اجرای عقد مذکور، باید تفاوت ارزشی را که به دلیل فقدان وصف و به تبع آن تفاوت موجود میان مبیع معین موضوع عقد و امثال آن مبیع در بازار به وجود آمده است، به خریدار پرداخت نمود تا مبیع به ارزشی دست یابد که متعادل با ارزش عوض آن باشد. در واقع قاعده الاوصاف در مرحله انعقاد عقد

کاملاً حاکم بر عقد و درست می باشد اما در مرحله اجرا، چون عقد با مبیع معین و ثمن معین منعقد شده است و امکان دخل و تصرف در این عوضین وجود ندارد محل طرح قاعده مذکور از بین می رود به عبارت دیگر سالبه به انتفاع موضوع می شود.

## ۲-۱-۲- الشرط لایقسط علیه الثمن

همانگونه که اشاره کردیم قاعده عدم تقابل به صورت‌های متفاوت اما با یک مضمون بیان شده و بکار می‌رود که یکی دیگر از صور آن، «الشرط لایقسط علیه الثمن» می‌باشد (محقق داماد، ۱۳۹۰، ۳۳۳) که در بحث پیرامون شروط یعنی شرط صفت و شرط فعل که عاملی مؤثر در ارزش عوضین است مطرح شده است. به عبارت دیگر آیا شرط جزئی از معوض است تا جزئی از عوض در مقابل آن قرار گیرد؟ برخی بر این اعتقادند که همانگونه که در برابر هر جزئی از مبیع، بخشی از ثمن قرار دارد، در برابر شروط نیز بخشی از ثمن قرار می‌گیرد. بنابراین شرط جزئی از معوض است و به همین خاطر، جزئی از عوض در مقابل این جزء از معوض قرار می‌گیرد. در مقابل، مشهور فقها بر این اعتقادند که شرط هرچند در تمایل و رغبت معامله‌کنندگان به انعقاد عقد مؤثر است و حتی می‌تواند در ارزش مورد معامله مؤثر باشد اما چون مدلول عقد معاوضه و معامله میان عوض و معوض است بنابراین شرط جزئی از مورد معامله قلمداد نمی‌شود تا جزئی از عوض در مقابل آن قرار گیرد (همان، ۳۳۰).

پس قاعده مذکور در مورد شروط هم می‌تواند مصداق پیدا کند اما چه در مورد وصف و چه در مورد شرط اعم از صفت و فعل، مفهوم این قاعده تفاوتی ندارد، بنابراین پس از این بررسی اجمالی، پرسش اصلی این است که آیا وصف یا شرط، بخش مستقلی از مورد معامله تلقی می‌گردند؟

همان‌گونه که برخی نیز اشاره کرده‌اند و در لابه‌لای بحث بدان پرداختیم وصف یا شرط بخش مستقلی از مورد معامله تلقی نمی‌گردند تا بخشی از ثمن در مقابل آن قرار گیرد. در غیر این صورت یعنی اگر وصف یا شرط بخشی از مورد معامله تلقی گردد قاعده‌تاً بخشی از ثمن در مقابل آن قرار می‌گیرد و هرگاه وصف مفقود گردد یا تخلف از شرط صورت گیرد عقد نسبت به عوض مقابل آن یعنی بخشی از ثمن که در برابر وصف یا شرط قرار گرفت، باطل خواهد شد و مقتضای قاعده آن است که جزئی از ثمن به خریدار مسترد گردد. علاوه بر این، در این صورت، فروشنده مبیع، ملزم به استرداد آن بخش از ثمن می‌شود که در معامله در مقابل وصف یا شرط است نه اینکه خریدار صرفاً حق مطالبه آن را داشته باشد.



با پذیرش قاعده مذکور پرسشی که مطرح می‌شود آن است که آیا ارش برخلاف قاعده مذکور است یعنی ارش جزیی از ثمن است به این خاطر که وصف سلامت جزیی از مبیع است و به همین خاطر ارش برخلاف قاعده مذکور است و تنها به خاطر دلیل خاص ثابت شده است؟

همان طور که اشاره کردیم گروهی برای توجیه ارش بیان نمودند که وصف سلامت جزیی از مورد معامله است و به همین اعتبار در صورت معیوب بودن مبیع، بخشی از ثمن مقابل آن باید به مشتری مسترد گردد. بنابراین ارش مطابق قاعده است اما بیان نمودند که وصف سلامت با اوصاف یا شروط دیگر چه تفاوتی دارد که بخشی از ثمن را به خود اختصاص می‌دهد و دیگر صفات نه؟ باید گفت که اوصاف خواه وصف سلامت باشد یا صفات دیگر، جزیی از مورد معامله تلقی نمی‌گردند تا جزیی از ثمن را به خود اختصاص دهند. بنابراین ارش در خیار عیب نیز از این قاعده پیروی می‌کند و جزیی از ثمن نمی‌باشد بلکه از مبنا و ماهیت دیگری برخوردار است.

در پایان باید گفت که ارش مخالفتی با قاعده مذکور ندارد چراکه نه تنها وصف سلامت بلکه هر وصف و شرط دیگری نیز نه تنها جزیی از مبیع قلمداد نمی‌شوند بلکه بخشی از ثمن نیز در مقابل آن قرار نمی‌گیرد. پس این قاعده نمی‌تواند مانعی بر سر راه دریافت ارش در غیر خیار عیب باشد.

## ۲-۲- سکوت قانون

یکی دیگر از عواملی که سبب شده است که حقوقدانان (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ۳، ۱۴۷؛ امامی، ۱۳۵۳، ۵۰۱؛ بروجردی عبده، ۱۳۸۰، ۲۵۰)، ضمان ارش را مختص خیار عیب بشناسند، عدم پیش بینی قانون گذار در غیر خیار عیب است. در اینجا در دو قسمت جداگانه به بررسی دقیقتر این موضوع خواهیم پرداخت.

## ۲-۲-۱- موضع قانون در رابطه با تعمیم ارش

قانون مدنی ایران در ماده ۴۲۲، حق مطالبه ارش را به عنوان یکی از دو حق انتخاب، در کنار حق فسخ قرارداد، پیش‌بینی کرده است. در ماده ۴۲۲ ق.م. آمده است که: «اگر بعد از معامله ظاهر شود که مبیع، معیوب بوده مشتری مختار است در قبول مبیع معیوب با اخذ ارش یا فسخ معامله». قانون مدنی در ماده ۴۲۷ ذیل باب خیار عیب، شیوه تعیین میزان ارش را مشخص نموده است. این ماده نزاعی را سبب

شده است که آیا ارش جزیی از ثمن است و باید از عین ثمن پرداخت گردد یا خیر؟ ظاهر قانون مدنی این نظر را تقویت می‌کند که قانون، ارش را جزیی از ثمن تلقی کرده که باید از عین ثمن به مشتری مسترد گردد. این عقیده نظر گروهی را تقویت می‌کند که وصف سلامت را بخشی مستقل از مبیع تلقی می‌کنند که بخشی از ثمن در معامله در مقابل آن جزء از مبیع قرار می‌گیرد و اختصاص به وصف سلامت دارد (جعی العاملی، ۱۳۹۸، ۴۷۴؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۱۱، ۴۲۶؛ کرکی، ۱۴۰۸، ۳۳۳). بنابراین با فقدان این وصف و معیوب درآمدن مورد معامله، آن بخش از ثمن که در مقابل سلامت مبیع قرار داشت، باید به مشتری برگردد. به همین خاطر ارش خلاف قاعده دانسته شده است چراکه مطابق قاعده الاوصاف لایقابل الاعواض اوصاف مبیع در مقابل هیچ جزیی از ثمن قرار نداشته و بخشی از ثمن به اوصاف مبیع اختصاص نمی‌یابد در حالی که وصف سلامت به دلیلی خاص، بخشی از ثمن را به خود اختصاص داده و با فقدان آن، آن بخش از ثمن با عنوان ارش به مشتری مسترد می‌گردد (نجفی، ۱۳۷۶، ۲۳۵؛ حلی، ۱۴۱۴، ۸۳؛ بروجردی عبده، ۱۳۸۰، ۲۵۰؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ب، ۴۱۲).

درمقابل ظاهر قانون، حقوقدانان بیان می‌کنند که در تفسیر این ماده، باید از ظاهر آن دست شست و به این مسئله دقت نمود که این ماده، صرفاً در مقام تعیین شیوه محاسبه ارش است نه اینکه ماهیت ارش را تبیین کند. ماهیت ارش غرامت و جبران زبانی است که از عیب مبیع به مشتری وارد می‌شود و می‌تواند از هر چیزی پرداخت گردد که غالباً شیوه پرداخت از طریق وجه نقد است (کاتوزیان، پیشین، ۳۱۳).

قانون مدنی در رابطه با خیار رویت و تخلف وصف، تنها حق فسخ را، چاره درمان تخلف وصف در قرارداد شناخته است. ماده ۴۱۰ ق.م. بیان می‌کند که: «هرگاه کسی مالی را ندیده و آن را فقط به وصف بخرد، بعد از دیدن اگر دارای اوصافی که ذکر شده است نباشد، مختار می‌شود که بیع را فسخ کند یا به همان نحو که هست، قبول نماید». همان‌گونه که می‌بینیم در این ماده، اختیار میان فسخ عقد یا ابقاء عقد بدون دریافت چیزی، پیش‌بینی شده است و به همین صورت است ماده ۴۱۱ ق.م. «اگر بایع، مبیع را ندیده ولی مشتری آن را دیده باشد و مبیع غیر از اوصافی که ذکر شده است، دارا باشد فقط بایع خیار فسخ خواهد داشت».

قانونگذار در مواد ۴۱۲ و ۴۱۳ ق.م. به گونه‌ای همان احکام را در عدم پیش‌بینی حق دریافت ارش و سکوت راجع به آن، تکرار می‌کند.

قانون مدنی در ماده ۴۳۹، در باب خیار تدلیس نیز، حق مطالبه ارش را در صورت وقوع تدلیس در قرارداد که سبب عدم مطابقت کالا با آنچه که به مورد معامله نسبت داده شده بود، نادیده می‌گیرد و راجع به حق ارش، سکوت می‌کند. ماده مذکور بیان می‌کند که: «اگر بایع، تدلیس نموده باشد مشتری حق فسخ بیع را خواهد داشت و همچنین است بایع نسبت به ثمن شخصی در صورت تدلیس مشتری». قانونگذار در ماده ۲۳۵ قانون مدنی، در باب تخلف از شرط صفت نیز به همان نحو بیان می‌کند که: «هرگاه شرطی که در ضمن عقد شده است، شرط صفت باشد و معلوم شود آن صفت، موجود نیست کسی که شرط به نفع او شده است خیار فسخ خواهد داشت». در ضمن حتی در مواد ۳۵۵ و ۳۸۴ ق.م. که راجع به گونه‌ای از شرط صفت از نوع کمی آن است، تنها حق فسخ را به عنوان چاره در صورت تخلف از شرط مقدار وصفی پیش‌بینی می‌کند و از حق دریافت ارش، سخنی به میان نمی‌آورد.

قانون مدنی در رابطه با خیار غبن در ماده ۴۱۶ ارش را به عنوان یکی از حق انتخاب مغبون در کنار فسخ قرارداد پیش‌بینی نمی‌کند بلکه حتی در رابطه با دادن تفاوت قیمت به مغبون، در ماده ۴۲۱ اینگونه حکم می‌کند که: «اگر کسی که طرف خود را مغبون کرده است تفاوت قیمت را بدهد خیار غبن ساقط نمی‌شود مگر اینکه مغبون به اخذ تفاوت قیمت راضی گردد». این ماده هرچند دادن تفاوت را سبب سقوط حق فسخ نمی‌داند اما همان گونه که برخی نیز اذعان کرده‌اند همچنان، همانند سایر خيارات غیر از عیب، در باب اینکه آیا مغبون حق مطالبه ارش یا الزام غابن به پرداخت مابه‌التفاوت را دارا خواهد بود یا خیر، سکوت کرده است (صفایی، ۱۳۸۹، ۲۸۲) و از این حیث که موضوع بررسی ماست، هیچ تفاوتی با سایر خيارات که

۱. ماده ۴۱۲ - هرگاه مشتری بعضی از مبیع را دیده و بعض دیگر را به‌وصف یا از روی نمونه خریده باشد و آن بعض، مطابق وصف یا نمونه نباشد می‌تواند تمام مبیع را رد کند یا تمام آن را قبول نماید.
۲. ماده ۴۱۳ - هرگاه یکی از متبایعین مالی را سابقا دیده و به اعتماد رویت سابق، معامله کند و بعد از رویت معلوم شود که مال مزبور اوصاف سابقه را ندارد اختیار فسخ خواهد داشت.
۳. ماده ۳۵۵ - اگر ملکی به شرط داشتن مساحت معین فروخته شده باشد بعد معلوم شود که کمتر از آن مقدار است مشتری حق فسخ معامله را خواهد داشت و اگر معلوم شود که بیشتر است، بایع می‌تواند آن را فسخ کند مگر اینکه در هر دو صورت، طرفین به محاسبه زیاده یا نقیصه تراضی نمایند.
۴. ماده ۳۸۴ - هرگاه در حال معامله، مبیع از حیث مقدار، معین بوده و در وقت تسلیم، کمتر از آن مقدار درآید مشتری حق دارد که بیع را فسخ کند یا قیمت موجود را با حصه‌ای از ثمن به نسبت موجود قبول نماید و اگر مبیع، زیاده از مقدار معین باشد زیاده، مال بایع است.
۵. ماده ۴۱۶ - هر یک از متعاملین که در معامله، غبن فاحش داشته باشد بعد از علم به غبن می‌تواند معامله را فسخ کند.

ارش در آنها پیش‌بینی نشده است، ندارد. همان‌طور که مشاهده کردیم در قانون مدنی ما حق مطالبه ارش تنها در خیار عیب پیش‌بینی شده است و در خیار غبن نه تنها دریافت ارش پیش‌بینی نشده است بلکه پرداخت آن توسط غابن در صورت عدم پذیرش مغبون هم سبب سقوط خیار شناخته نشده است و در سایر خيارات در رابطه با حق دریافت ارش یا همان مابه‌التفاوت به سکوت برگزار شده است و تنها از حق فسخ قرارداد در صورت وقوع تدلیس، تخلف از شرط صفت و تخلف وصف سخن به میان آورده شده است بدون اینکه حق مطالبه ارش را صریحاً در اینگونه خيارات نهی نماید.

این موضع قانونگذار که ریشه در نظرات فقها دارد، در نوشته‌های حقوقی ما نیز مؤثر افتاد و حقوقدانان در باب خیار عیب یا با خلاف قاعده پنداشتن ارش، مواد قانون مدنی در این رابطه را استثنائی قلمداد کرده و به این دلیل قابل تسری به سایر خيارات ندانسته‌اند و یا هرچند ارش را وسیله جبران ضرر تلقی نموده‌اند تا توجیهی برای حکم قانون فراهم کنند که مطابق با عدالت معاوضی و قراردادی باشد اما این شیوه جبران ضرر را یا در باقی خيارات نفی می‌کنند و در توجیه احکام قانونگذار به ملاحظات تاریخی و فرهنگی تمسک می‌جویند یا به شیوه قانونگذار به سکوت برگزار می‌کنند (کاتوزیان، پیشین، ۳۰۹ و ۳۶۴).

در واقع نویسندگان حقوقی هرچند تلاش بسیار در توجیه ارش در کنار حق فسخ در خیار عیب بر مبنای قاعده لاضرر صرف کرده‌اند اما در سایر خيارات نیز به توجیه مواد قانونی پرداخته‌اند و چون قانون، تنها حق فسخ را در غیر خیار عیب پیش‌بینی نموده است یا در خیار غبن پرداخت ارش را سبب سقوط خیار غبن نمی‌شناسد از حق مطالبه ارش در سایر خيارات دفاع نموده و یا سخنی بیان نکرده‌اند.

این عامل یعنی قانون در ذهن حقوقدانان و قضات، در مسأله تعمیم ارش آنچنان قدرت و ابهتی یافته است که کمتر کسی از میان حقوقدانان و قضات سعی کرده‌اند که برخلاف این احکام قانون، سخن گفته و تنها در پی توجیه و تأیید حکم قانون نباشند. به همین خاطر در اینجا به بررسی قانون و انواع آن خواهیم پرداخت و می‌خواهیم این مسأله را بررسی کنیم که آیا قانون آنگونه که مرسوم است به عنوان عاملی در جهت عدم امکان تعمیم ارش به سایر خيارات غیرقابل تخطی است؟ آیا عواملی وجود دارند که این قابلیت را داشته باشد که بتوانیم با استناد به آنها حکمی برخلاف قانون صادر نموده تا اثر قانون خنثی شود؟

## ۲-۲-۲- تکمیلی بودن قانون راجع به خيارات

مقررات تکمیلی که مواد باب خيارات نیز از آن دسته‌اند، امری نیست و جنبه تفسیری دارد و تراضی برخلاف آن در روابط طرفین مجاز است (کاتوزیان، ۱۳۶۹، ۱۶۷؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ۷۰). بنابراین با

توجه به مطالب گفته شده، باید پذیرفت که منشاء اساسی این قوانین اراده مشترک طرفین قرارداد است که این اراده مشترک نیز به کمک عرف استنباط شده و در قانون انعکاس یافته است و گرنه وسیله دیگری برای قانونگذار در شناسایی اراده مشترک و ضمنی وجود ندارد. در نتیجه منشاء اصلی اعتبار عرف و مقررات تکمیلی همانا کاشف بودن از اراده طرفین قرارداد است. مفاد عرف برخاسته از اراده مشترک طرفین قرارداد است و مقررات تکمیلی نیز اصولاً منسوب به همان اراده مشترک است با این تفاوت که عرف مستقیماً نشان‌دهنده اراده مشترک طرفین قرارداد است و قانون تکمیلی به گونه‌ای با واسطه و غیرمستقیم (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ۱، ۱۴۹؛ شهیدی، ۱۳۸۵، ۳۵۷؛ سلجوقی، ۱۳۸۸، ۱۲۸).

مقررات باب خيارات، هرچند در باب حق مطالبه ارش در خيارات را نهی نکرده است اما به غیر از خيار عیب، در سایر خيارات به سکوت برگزار کرده است. همین سکوت، سبب شده است تا برخی حق مطالبه ارش توسط معبون و الزام غابن به پرداخت آن را با توجه به سکوت قانونگذار و ماهیت ارش مجاز بشناسند (صفایی، پیشین، ۲۸۲).

از طرف دیگر، دانستیم که احکام خيارات در قانون مدنی از جمله احکام تکمیلی می‌باشند که نه تنها توافق برخلاف آن، مجاز است، بلکه هرگاه عرف متضمن حکمی باشد که حتی مخالف با آن احکام شناخته شود به دلیل کاشفیت بی واسطه از اراده مشترک طرفین بر آن قانون تکمیلی، مقدم است و ارجحیت دارد. نکته ای که در رابطه با ماهیت و مبنای ارش می‌توان گفت این است که این ضمان، نه ضمانی قیمی است نه ضمان معاوضی نه ضمان ناشی از نقض عهد و نه غرامت بلکه شیوه‌ای برای اجرای تعهد توافق شده در خود عقد است. وقتی طرفین بر مبنای تعادل ارزش عوضین به انعقاد قراردادی مثل بیع مبادرت می‌ورزند، اگر این تعهد به دلایلی همچون معیوب بودن مبیع، نقض گردد، باید به گونه‌ای این تعهد منقوض اجرا گردد. پرداخت ارش سبب می‌شود که تعهد مورد توافق طرفین در رابطه با برقراری تعادل میان ارزش عوض و معوض اجرا گردد.

در واقع تعهد به برقراری تعادل ارزش میان معوض و عوض یعنی مبیع و ثمن، در ابتدا با ثمن و مبیع مورد توافق و مطابق توافق انجام می‌شود اما وقتی که مبیع تسلیمی، موافق مبیع مورد توافق نباشد، اولین نتیجه آن، نقض تعهد به برقراری تعادل، از جانب بایع نقض شده است. دوم آنکه این تعهدی که نقض شده است، باید به شیوه‌ای، دوباره اجرا گردد یا به عبارتی، بایع باید ملزم به اجرای آن شود چراکه این تعهد، از زمان انعقاد تا اجرای کامل قرارداد تماماً حاکم بر طرفین قرارداد است.

می‌دانیم آنچه که سبب نقض تعهد شده است، عیب مبیع است نه ثمن لذا باید این مبیع به ارزشی برسد که با عوض برابر باشد چراکه قرارداد با مبیعی معین در مقابل ثمنی تعیین شده منعقد شده‌بود. بنابراین امکان تعویض مبیع مثل مال کلی موجود نیست و ثمن نیز قابل کم یا زیاد کردن نیست چراکه جزو رکن قرارداد است. تنها راهی که برای اجرای تعهد منقوض، باقی می‌ماند، ارزش است تا تعادل قراردادی برقرار شود به همین دلیل ماهیت ارزش ضمانت اجرای این تعهد و نوعی الزام و اجبار متعهد به انجام تعهد مربوطه است. به عبارتی ضمان ارزش شیوه‌ای برای اجرای مفاد خود عقد است و مسؤولیتی قراردادی است که مبنای آن، توافق و تراضی غیرصریح و ضمنی طرفین در قرارداد است.

با توجه به ماهیت و مبنای ارزش، از آنجایی که تعهد به برقراری تعادل نسبی میان ارزش عوضین، تعهدی است که از طریق عرف، وارد تراضی طرفین شده است و به عبارتی دیگر تعهدی عرفی و نوعی است که نشان‌دهنده و کاشف اراده مشترک طرفین قرارداد معوض است که بر اساس این توافق مفروض عرفی دست به معامله و مذاکره زده‌اند و از این طریق ملحق به تراضی می‌شود و جزو مفاد غیرصریح قرارداد می‌گردد هرگاه این تعهد نقض گردد درواقع تعهدی قراردادی نقض شده است و ضمانت‌اجرای تعهد مذکور نیز برقراری این تعادل به هر شیوه‌ای است که امکان عرفی دارد و در عرف در کنار حق فسخ و به همراه آن، ارزش یکی از شایع‌ترین وسیله و مفیدترین وسیله تلقی می‌گردد، پس باید علاوه بر اختیار، حق مطالبه ارزش را به متضرر اعطا نمود حتی اگر در قانون این امر پیش بینی نشده باشد.

بنابراین چه ما تعهد به برقراری تعادل را تعهد عرفی بدانیم و چه تعهد قراردادی، در هر دو صورت بر قانون تکمیلی مقدم می‌باشد چراکه در تعارض میان قانون تکمیلی و عرف یا قرارداد، این دو بر قانون تکمیلی مقدم خواهند بود.

### ۳- امکان تعمیم ارزش

در این قسمت، به این مسأله خواهیم پرداخت که آیا دریافت ارزش در کنار حق فسخ که در مواقع معیوب درآمدن مورد معامله، مورد تأیید قرار گرفته است، در سایر اختیارات هم قابل دریافت است یا خیر؟  
 اختیارات با توجه به ارتباطی که با اصل تعادل نسبی ارزش عوضین، می‌توانند داشته باشند در دو دسته قرار می‌گیرند؛ اختیاراتی که هیچ ارتباطی با اصل مذکور ندارند مثل اختیار مجلس و حیوان و تأخیر ثمن و ...، بنابراین این گروه خارج از بحث ما قرار می‌گیرند اما دسته دیگر همانند اختیار تدلیس، رؤیت و تخلف وصف،

تخلف از شرط صفت و غبن خیراتی هستند که می‌توانند همانند خیار عیب مرتبط با اصل تعادل ارزش و قابل بررسی در رابطه با دریافت ارش باشند.<sup>۱</sup>

همان‌طور که اشاره شد، هر عاملی که تعادل ارزش را برهم زند به عبارتی دیگر هر عاملی که در ارزش کالا یا عوضین مؤثر باشد و به تبع آن، بر تعادل و برابری ارزش عوضین هم مؤثر خواهد بود، می‌تواند موجبات دریافت ارش را فراهم کند. عامل وصف وجه مشترک خیار رویت، تخلف از وصف و خیار شرط صفت است که مؤثر بر ارزش قلمداد می‌شود. از طرف دیگر، غبن، عامل دیگری است که مؤثر بر ارزش شناخته می‌شود و سبب ایجاد خیار غبن است. بنابراین این خیار را در دو قسمت جداگانه مورد بررسی قرار می‌دهیم.

### ۳-۱- در صورت عدم مطابقت کالا با وصف معهود

آنچه که سه خیار تدلیس و خیار رؤیت و تخلف وصف و خیار تخلف از شرط صفت را به هم پیوند می‌دهد عامل وصف است، بنابراین نخست وصف را در هریک از خیارها فوق بررسی کرده و در قسمت دوم به اثر این وقایع می‌پردازیم.

#### ۳-۱-۱- وصف مؤثر در ارزش

یکی از عواملی که در زمان انعقاد عقد، در برقراری تعادل نسبی میان ارزش عوض و معوض، دخیل است به عبارتی بر تعادل ارزش مؤثر می‌باشد و سبب کاهش یا افزایش ارزش یکی از عوضین می‌شود و در نتیجه، فقدان آن، تعادل را از بین می‌برد، وصف مورد معامله است. به عبارت دیگر، مورد معامله دارای اوصافی است که مجموع آنها در ایجاد رغبت در طرفین قرارداد به انعقاد عقد و ایجاد تعادل میان ارزش عوضین اثر انکارناپذیر و قاطعی دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ۳/۱۴۷).

درواقع، درست است که وصف بخشی از ثمن را به خود اختصاص نمی‌دهد و ثمن تنها در مقابل موصوف نه وصف قرار دارد اما موصوف بدون وصف ارزشی متفاوت با مبیع به همراه وصف دارد. درواقع وصف عاملی مؤثر در افزایش ارزش موصوف می‌باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ۸۰). پس این عامل، در ارزیابی میزان ارزش عوضین، در زمان تراضی می‌تواند دست داشته باشد و امری اساسی در برقراری اولیه

۱. ن.ک. پاورقی ش ۱.

تعادل میان عوضین است به این دلیل، هرگاه مفقود گردد، سبب کاهش ارزش موصوف می‌شود که این امر، سبب برهم خوردن تعادلی می‌شود که طرفین به برقراری آن در سراسر عقد، از انعقاد تا اجرای آن، تعهد کرده بودند. درواقع برقراری تعادل در زمان تراضی با ملاحظه این عامل انجام شده بود و حال که این عامل مفقود گردید تعادل از بین رفته است، پس باید به شیوه ای تعادل مورد تعهد را برقرار کرد.

وصف به شکل‌های مختلفی می‌تواند در عقد وارد شده و در ارزش مؤثر باشد. گاهی در قرارداد، صریحاً وصف خاصی را شرط می‌کنند؛ مثلاً شرط می‌شود که برنج به عنوان مبیع از نوع هاشمی باشد یا فرش هفتصد شانه باشد اما گاهی صفت نه صریحاً بلکه به طور ضمنی و غیرصریح وارد عقد می‌شود مثل شرط ضمنی سلامت مبیع. گاهی در بیع عین معین غایب از جلسه عقد، ابهام از مورد معامله و انعقاد عقد به توصیف یکی از عاقدین یا به رویت سابق انجام می‌پذیرد که مبیع دارای اوصاف خاصی است. گاهی یکی از طرفین، وصف کمالی در عقد به مبیع نسبت می‌دهد یا فقدان وصفی را پنهان نگه می‌دارد، به قول معروف اخفا عیب می‌کند.

در هریک از موارد بالا، وجود صفت به هر شکلی، عادتاً و غالباً در افزایش ارزش موصوف مؤثر است و عوض با در نظر گرفتن همین موصوف و صفت باهم، تعیین و ارزیابی می‌شود. درواقع تمام عوض، هرچند در برابر تمام معوض است اما تمام عوض در برابر معوض به همراه و وابسته به وصف است نه مجرد از وصف. به عبارتی دیگر، صفت در ارزش موصوف مؤثر است ولو آنکه مقداری از ثمن در برابر صفت به طور جداگانه قرار نگیرد.

این مسأله یا همان عامل وصف و تأثیرگذاری آن، علاوه بر خیار عیب در سه خیار تدلیس، شرط صفت و رویت و تخلف وصف قابل مشاهده است. فریب و پنهانکاری در تدلیس به دو صورت ممکن است اتفاق بیفتد؛ نخست اختفا و پوشاندن فقدان وصف سلامت یا عیب و دوم نسبت دادن وصفی غیرواقعی به کالای مورد معامله (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ۴۲۷).

مورد نخست از موارد تجمع خیار عیب و خیار تدلیس است. چون از یک طرف کالا معیوب است و از طرف دیگر فروشنده با فریب و پنهانکاری عیب موجود در کالا را مخفی نگه می‌دارد. تدلیس از طریق اظهار وصف کمال، در این مثال مشخص می‌شود. شخصی پیکان مدل ۶۵ را به فروش می‌گذارد و به مشتری در تعریف سلامت موتور این ماشین به دروغ می‌گوید که دو ماه پیش موتور اتومبیل را تعمیر



کرده‌ام و الان مثل ساعت کار می‌کند! مشتری به هوای این وصف، ماشین را می‌خرد. دو هفته بعد موتور ماشین از کار می‌افتد و تعمیرکار، علت این نقص را طبیعی دانسته که مدل ۶۵ باید تا حالا تعمیر می‌شد. بی‌تردید در این مثال، وصف مذکور در خرید ماشین حتی به قیمت بالاتر، بی‌تأثیر نبوده است. فروشنده برای انعقاد قرارداد دست به عملیاتی می‌زند که موجب فریفتن خریدار می‌شود و وصفی را به اتومبیل نسبت می‌دهد که فاقد آن بود.

اما گاهی مشتری بدون آنکه، مالی را ببیند به وصف می‌خرد و بعد از رویت متوجه می‌شود که مال دارای اوصافی که در قرارداد ذکر شده است، نیست. این نکته را هم باید دانست که در خیار رویت و تخلف وصف، عامل اساسی و مستند خیار، تخلف از وصف است نه عدم رویت (همان، ۳۹۰). برای مثال اگر دستگاه ضبط و پخش صدایی بدون مشاهده و آزمایش به این وصف که قابلیت پخش صدای بیس به کیفیتی متفاوت را دارد، به فروش برسد اما بعد از گوش دادن، مشخص شود که این قابلیت را ندارد، مبیع وصف مذکور را ندارد که در ارزش کالا بسیار مؤثر است.

گاهی صفت از طریق شرط چه به صورت صریح یا ضمنی در قرارداد گنجانده می‌شود و می‌تواند ناظر به چگونگی موضوع باشد یا حتی مقدار مورد معامله که از جمله شروط صفت است. در فقه و به تبع آن در نظر حقوقدانان، مقدار را هم گونه‌ای از وصف دانسته‌اند. اینان مقدار را به مقدار وصفی و مقدار غیروصفی تقسیم کرده‌اند و معتقدند که مقدار (وصفی) همانند وصف، کم و کیف عوضین محسوب می‌شود در واقع هر دو وصف هستند و به همین دلیل وصف را به دو گونه تقسیم می‌کنند: وصف کیفی و وصف کمی (جعفری لنگرودی، پیشین، ۸۵). برای مثال فرشی با این شرط فروخته شود که هفتصد شانه باشد یا ۱۲ متری باشد یا زمینی با این شرط فروخته شود که مساحت آن، ۱۰۰ متر باشد اما بعد از معامله مشخص گردد که فاقد آن وصف است.

شرط صفت گاهی مربوط به سلامت مبیع است یعنی در معامله اتومبیلی، شرط می‌کنند که مبیع سالم باشد و معیوب نباشد و گاهی ناظر به صفت کمالی است، مثلاً موتور اتومبیل پراید، کره‌ای باشد. همان‌طور که می‌بینیم عامل وصف در هریک از موارد، چگونه قرارداد را تحت تأثیر قرار می‌دهد. آنچه بی‌تردید مشخص است، این نکته است که وصف به هریک از صور بالا، در ارزش معامله می‌تواند تأثیرگذار باشد و سبب ایجاد حقی برای یکی از طرفین آن.

### ۳-۱-۲- اثر فقدان وصف

در هریک از موارد مذکور در قسمت نخست، عاملی که سبب ایجاد حق فسخ می‌شود، تدلیس و تخلف از وصف و تخلف از شرط است اما هریک از این عوامل به دلیل فقدان وصفی که سبب ارزش بیشتر کالا بود، سبب می‌شوند که اصل تعادل میان عوض و معوض برهم خورد. حال اگر نخواهیم عقد را فسخ کنیم و نخواهیم از حق فسخ استفاده نماییم و بران باشیم تا عقد را اجرا کنیم باید تعهد مورد توافق یعنی برقراری برابری میان ارزش عوضین، اجرا شود و شیوه اجرای آن هم، ارش است.

در توضیح مطالب بالا، همان‌طور که قبلاً بیان کردیم، وصف به شکل‌های متفاوتی، وارد تراضی طرفین معامله معوض شده و سبب تغییر ارزش موصوف یا همان مبیع می‌شود و به تبع آن، در برقراری تعادل میان ارزش عوض و معوض مؤثر می‌افتد.

اگر وصفی به دلیلی همچون تدلیس یا تخلف از شرط یا تخلف وصف مفقود گردد، این بدان معناست که تعادل ارزش دو عوض مخدوش شده است چراکه عامل مؤثر در ارزش معوض که با ملاحظه آن عامل، مبیع مورد ارزیابی قرار گرفته بود، موجود نیست. نتیجه‌ی چنین رویدادی، آن است که تعهدی که در توافق طرفین به برقراری تعادل میان ارزش عوضین نموده بودند با فقدان این عامل، نقض شده است. حال که این تعهد، نقض شده است چه باید کرد؟ چگونه باید این تعهد را دوباره به اجرا گذاشت؟

فقها و نویسندگان در این مورد سعی کرده‌اند که با تمسک به قاعده لاضرر و ارائه تفسیری موسع که واضح حکم نیز باشد، پاسخ مسأله را بیابند اما، این تلاشی بی‌ثمر بود چراکه، به اعتراف خودشان این قاعده وافی به مقصود نمی‌باشد (همان، ۲۶۰؛ خوانساری نجفی، ۱۳۵۷، ۲، ۲۲۱؛ خوانساری، ۱۳۹۴، ۵، ۱۹۲؛ نراقی، ۱۴۰۸، ۹؛ طوسی، ۱۳۸۸، ۱۳۱، ۱۳۳ و ۱۲۶؛ انصاری، پیشین، ۵، ۲۷۵).

با تجزیه و تحلیل تراضی و بررسی عوامل مؤثر بر آن، می‌توان گفت که برقراری تعادل نسبی میان ارزش عوضین، یکی از تعهدهایی است که در هر عقد معوضی، طرفین عهده‌دار اجرای آن می‌شوند که نه تنها در زمان تراضی و انعقاد عقد با ارزیابی عوض و معوض سعی می‌کنند که به گونه‌ای نسبی تعادل را میان ارزش‌های عوض و معوض برقرار سازند بلکه اگر هنگام اجرای عقد، مشخص شود که این تعادل ظاهراً برقرار شده، در اثر عاملی، عملاً مخدوش گردیده است، بی‌تردید این تعهد باید همچنان اجرا گردد. اما پرسش اینجاست که چگونه می‌توان این تعهد منقوض را اجرا نمود؟ آیا اصلاً قابل اجرا است؟

اجرای تعهد به برقراری تعادل ارزش به صورت‌های متفاوتی قابل تصور است، اما باید این صور را بررسی نمود که کدامیک در نظام حقوقی ما قابلیت اجرا دارد؟

تعهد به برقراری تعادل ارزش، در اثر عدم تطابق مبیع با آنچه که مورد توافق طرفین قرار گرفته بود، نقض شده است. شاید در نگاه نخست، بتوان گفت که می‌توان با تسلیم مبیعی که مطابق با قرارداد و دارای وصف معهود باشد، انجام گیرد. این راه حل نمی‌تواند مطلقاً درست باشد چراکه مبیع ممکن است عین معین باشد در حالی که این راه حل زمانی قابل اجراست که مبیع کلی باشد نه عین معین. به عبارت دیگر، اگر مورد معامله، مال کلی باشد یعنی مصداق قابل اشاره و معینی نباشد، می‌توان با الزام متعهد به تحویل مبیع مطابق با قرارداد و دارای وصف معهود، تعهد به تعادل ارزش را هم اجرا نمود ولی اگر مورد معامله عین معین باشد، این امر امکان‌پذیر نمی‌باشد چراکه در معامله با موضوع معین، قصد طرفین به همان مورد معین، اختصاص یافته و نمی‌توان در همان قرارداد، کالای دیگری را جانشین کالای مورد معامله نمود.

نکته‌ای که در این جا باید اضافه نمود، آن است که همان طور که گفتیم وصف به شیوه‌های متفاوتی وارد تراضی می‌شود. این شیوه‌ها، هر کدام تعهدی بر طرفین بار می‌کنند. این تعهد به نوبه خود، در ارزش مورد معامله مؤثرند حال اگر نقض گردند، سببی می‌شوند برای نقض تعهد دیگری که خود به طور جداگانه در ضمن مفاد قرارداد به عهده طرفین قرار گرفته است. پس اگر امکان اجرای تعهد اولی، وجود داشته باشد با اجرای آن خدشه در تعادل ارزش به عنوان تعهد ثانوی ترمیم می‌شود همانند مثال مال کلی. حال اگر امکان اجرای تعهد اول، وجود نداشته باشد این امر از یک طرف طبق قاعده، سبب ایحاد حق فسخ و خیار به نفع متعهدله می‌شود و از طرفی دیگر، سبب می‌شود که تعهد ثانوی یعنی تعهد به برقراری تعادل ارزش نقض شده، باقی بماند. حال اگر قرارداد، توسط متعهدله، بخواهد ابقاء گردد و وی قرارداد را فسخ ننماید، باید تعهدهای قراردادی که از جمله آن، تعهد به برقراری تعادل ارزش است دوباره اجرا گردد. اما در این هنگام راه چاره جهت اجرا چیست؟ پیش از پاسخ بدان، برای آنچه که در بالا گفتیم، مثالی می‌آوریم.

شخصی به همراه همسر خود، وارد مغازه فرش فروشی می‌شود و فرشی را انتخاب می‌کنند که بسیار زیبا و پرنقش و نگار است. فروشنده فرش در توصیف این فرش بیان می‌کند که این فرش بافت کاشان است و خریدار با این جمله که فرش بافت کاشان، فرش بسیار خوب و با کیفیتی خواهد بود حاضر به معامله با فروشنده فرش می‌شود. خریدار و همسرش فرش را به خانه می‌آورند و در اتاق پذیرایی پهن می‌کنند. در همین حین یکی از اقوام که اتفاقاً اصالتاً اهل کاشان بود وارد خانه آنها می‌شود و فرش را

می‌بیند. ضمن تعریف از نقش و نگار آن فرش با بررسی ای که می‌کند با دلیل ثابت می‌کند که فرش بافت چین است نه بافت کاشان. بی‌تردید اینکه فرش بافت کاشان باشد یا بافت چین از صفات مورد معامله است که در ارزش آن هم به گونه‌ای انکار ناپذیر، مؤثر است. حال که این فرش زیبا مورد پسند خریدار و همسر وی قرار گرفته هرچند وصف مربوط را ندارد، آنها اگر نخواهند قرارداد را فسخ نمایند و تمایل به اعمال خیار تخلف از شرط صفت نداشته باشند؛ باید این کاهش ارزش ناشی از فقدان وصف که سبب نقض تعهد به برقراری تعادل نسبی میان ارزش عوضین شده است، را تحمل کنند؟ اگر وی قرارداد را فسخ ننماید، باید تعهدهای قراردادی که از جمله آن، تعهد به برقراری تعادل ارزش است دوباره اجرا گردد. چگونه باید این تعهد منقوض را اجرا نمود؟

با توجه به این امر که فقدان وصف یا همان عاملی که مؤثر در ارزش مبیع است، سبب خدشه در اصل تعادل ارزش شده است و یکی از تعهدهای قرارداد نقض شده است باید ببینیم که عامل مربوطه، چه نسبتی از ارزش مورد معامله را غالباً و نوعاً تغییر می‌دهد. برای تعیین نسبت مذکور مبیع در دو حالت با وصف و بدون وصف در بازار معاملات قیمت می‌شود. برای مثال اگر مبیع با وصف در بازار ۱۰۰ واحد ارزش داشته باشد و مبیع بدون وصف ۸۰ واحد، مشخص می‌شود که عامل وصف یک پنجم، ارزش مبیع را در بازار بالا برده است و بر آن مؤثر است.

برای تبدیل این نسبت به میزانی که قابل پرداخت باشد و از طرفی دیگر، در چارچوب توافق طرفین هم باشد، باید به ثمن معامله که معادل ارزش مبیع با ملاحظه وصف در توافق طرفین است، توجه نمود چراکه در یک قرارداد، اجرای یک تعهد نقض شده، باید با توجه به توافق و تراضی طرفین باشد و در چارچوب مورد نظر طرفین اجرا گردد. برای مثال اگر ثمن چنین معامله‌ای ۹۰ ریال باشد، یک پنجم این ۹۰ ریال میزانی است که باید به عنوان ارزش به خریدار پرداخت گردد تا ارزش آنچه که دریافت می‌کند یعنی مبیع به همراه ارزش، با ارزش ثمنی که پرداخت کرده است یعنی ۹۰ ریال، متعادل گردد.

علت اینکه ثمن معامله در تعیین میزان دقیق ارزش، ملاک است و نسبت بدست آمده در بازار عرفی در آن ضرب می‌شود، علاوه بر آنچه که در بالا اشاره شد، آن است که مبیع به همراه وصف به میزانی ارزش دارد که در توافق طرفین تأیید شده است حال این میزان، موافق عرف باشد یا نباشد. چراکه آنچه که بی‌تردید مشخص است ارزش مبیع مطابق با قرارداد است اما ارزش مبیع بدون وصف یا نسبتی که میان عامل وصف و مبیع وجود دارد، مشخص نیست به همین دلیل این نسبت را با مراجعه به بستر عرفی

قرارداد مشخص می‌کنیم. در واقع ما به دنبال اجرای تعهدی در قرارداد هستیم که نقض شده است و باید از چارچوب قراردادی که طرفین تعیین کرده‌اند پیروی کنیم و دیگر آنکه ارزش ضمان قیمی نیست تا نفس تفاوت قیمت در بازار میزان ارزش باشد بلکه تنها نسبتی که میان دو قیمت در بازار است ملاک قرار می‌گیرد ولی میزان نهایی با توجه به عوض مورد توافق طرفین تعیین می‌شود.

نکته دیگر آن است که شیوه تعیین میزان ارزش، درست است که با توجه به ثمن می‌باشد اما ارزش خود، بخشی از ثمن و عین ثمن نیست زیرا آنچه که از ارزش آن کاسته شده است و به همین دلیل تعهد به تعادل، نقض شده است مبیع است. پس باید ارزش مبیع به اندازه‌ای برسد که با ارزش ثمن برابری کند بدون اینکه به قرارداد خدشه‌ای وارد گردد. به همین دلیل به میزان ارزش، باید بر مبیع افزوده شود و به مشتری تسلیم گردد تا تعادل مورد تعهد طرفین، اینگونه به اجرا گذاشته شود.

### ۳-۲- در صورت وقوع غبن در قرارداد

یکی از عواملی که سبب می‌شود که تعهد به برقراری تعادل ارزش، مستقیماً در قرارداد نقض گردد، وقوع غبن در قرارداد است که در اینجا در دو قسمت جداگانه به بررسی این عامل و اثر آن می‌پردازیم.

#### ۳-۲-۱- غبن در قرارداد

غبن در لغت به معنای خدعه و نیرنگ، عهدشکنی و نقض در معامله آمده است (طریحی، ۱۴۰۸، ۲۹۲/۳) و در معاملات به زبانی اطلاق می‌شود که در اثر بهم خوردن تعادل ارزش عوضین و یا در نتیجه نابرابری فاحش میان ارزش معوض و عوض به یکی از طرفین قرارداد که جاهل به قیمت عادلانه معوض در بازار است، می‌رسد. زیان دیده را مغبون و طرف او را غابن گویند.

فقهها با آنکه معنای اصلی غبن را خدیعه می‌دانند اما اشکال وارد کرده‌اند که اگر غابن هم آگاه به قیمت مورد معامله در بازار نباشد، بی‌تردید غبن با جمع سایر شرایط محقق است اما خدعه و نیرنگ وجود ندارد (انصاری، ۱۴۱۲، ۱۳۵) بنابراین تعریف، جوهر غبن در عدم تعادل میان ارزش عوض و معوض نهفته است (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ۲۰۸/۵ / ۱۳۸۵، ۳۹۶) عدم تعادلی که در عرف به هیچ صورتی قابل مسامحه نباشد. یکی از روایاتی که در مکاسب بدان اشاره شده است روایتی است در باب تلقی رکبان به این شرح که پیامبر کسانی را که به استقبال کاروان‌ها می‌رفتند و پیش از ورود به شهر و آگاهی از قیمت واقعی کالا، با

آنان معامله می‌کردند، از این اقدام نهی کردند و به کاروانیان که مغبون واقع شده بودند حق فسخ معامله را داد. از علامه نقل شده است که در تذکره با تمسک به این حدیث استدلال کرده است. نکته‌ای که باید بدان اشاره کرد آن است که این حدیث در کتب معروف و معتبر امامیه وجود ندارد و از طرق مورد اعتبار، نزد علمای شیعه روایت نشده است، در نتیجه دچار ضعف سند می‌باشد و قابل استناد نیست (انصاری، پیشین، ۱۴۴).

برخی نیز برای توجیه حق فسخ به لاضرر تمسک جسته‌اند که وقتی لزوم عقد، ضرری باشد و این حکم اولیه سبب شود که یکی از طرفین زیان ببیند با توجه به قاعده لاضرر، این ضرر نفی شده و قرارداد متزلزل شده و زیان‌دیده حق فسخ آن را می‌یابد. ایراد شده است که اگر عقد از لزوم خارج گردد و لزوم قرارداد منتفی گردد، این امر صرفاً مستلزم ثبوت اختیار میان رد و امضا به کل ثمن نیست بلکه ممکن است مغبون، مخیر میان امضا عقد به کل ثمن و رد آن در مقدار زاید گردد. به عبارتی دیگر آنچه که اهمیت دارد تدارک و جبران زیان مدیون است و این امر از ثبوت اختیار برای وی سزاوارتر است و در صورتی با استناد به لاضرر حق فسخ می‌یابد که غاب نتواند یا نخواهد که بذل تفاوت نماید به گونه‌ای که بر آن ادعای شهرت هم شده است. (همان، ۱۴۷ و ۱۹۸) شاید به همین دلیل بوده است که شیخ انصاری در مکاسب ادعا کرده است که عمده مدرک اختیار غبن اجماع است نتیجه چنین سخنی عدم کفایت قاعده لاضرر برای اثبات اختیار غبن دانسته شده است (جعفری لنگرودی، پیشین، ۳۱۶)

حال به بررسی اجماع می‌پردازیم. از تذکره نقل شده است که این خیار میان فقهای امامیه معروف است و علامه را منبع اجماع می‌دانند از طرف دیگر از المحقق حکایت شده است که در کلاس درسش این اجماع را انکار کرده است (انصاری، پیشین، ۱۳۵ و ۱۳۶) از طرف دیگر گروهی از فقها در باب اجماع سخنی نگفته‌اند و سکوت کرده‌اند (همان، ۱۳۷).

درواقع وقتی دلالت نصوص را ضعیف یافتند و از قاعده لاضرر نتیجه مورد نظر را بدست نیاورده‌اند، سرانجام روی به اجماع آورده‌اند و بیان کرده‌اند که مدرک منحصر خیار، اجماع است. اما از آنجایی که اجماع تبعیدی وجود ندارد و اجماع ریشه‌ای دارد، پس چنین اجماع بی ریشه‌ای حجت نمی‌باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ۲۳۷). بنابراین نظریه دیگری برای توجیه خیار غبن مطرح شد.

این نظریه، شرط ضمنی است. از علامه در تذکره نقل شده است که مبنای خیار غبن را، تراضی مستفاد از آیه تراضی «لا تاكولوا اموالكم بینكم بالباطل الا ان تكون تجاره عن تراض» می‌دانست، به این

نحو که بایع و مشتری که وارد تراضی می‌شوند به طور ضمنی شرط برابری ارزش عوضین را می‌پذیرند و هرگاه از این شرط تخلف شود، این تخلف به مغبون حق فسخ می‌دهد حتی اگر غابن ارش را به مغبون بدهد. در واقع اگر مغبون به حقیقت امر آگاه بود با آن قیمت هیچ‌گاه به معامله رضایت نمی‌داد (انصاری، پیشین، ۱۳۷). برخی این نظر را با این قید پذیرفته‌اند که خیار غبن ارتباطی با حرمت اکل مال غیر به باطل و آیه تراضی ندارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ۳۱۷).

بحث و جدلهایی که در باب غبن در فقه مطرح بوده است را به گونه‌ای اجمالی شناختیم و دیدیم هر یک از مدارک به گونه‌ای مورد خدشه واقع شده است. در اینجا ما بر طبق همه آنچه که سابقاً در باب ارش بیان داشتیم و با توجه به نظریه مختار مبنی دریافت ارش بر اساس توافق ضمنی طرفین در قراردادهای معوض، به توضیح و تشریح اثر غبن در قرارداد می‌پردازیم.

### ۳-۲-۲- اثر غبن

غبن عاملی است که سبب می‌شود مستقیماً و بدون واسطه عاملی دیگر، تعادل نسبی ارزش عوضین به هم بخورد و تعهدی که جزء مفاد عقد بوده است یعنی تعهد به برقراری تعادل نسبی ارزش عوضین، نقض گردد. نقض قرارداد و یا تعهد ناشی از آن، اولین حقی را که برای مغبون به وجود می‌آورد، آن است که وی می‌تواند غابن را الزام به انجام تعهد نماید. طرفین باید به مفاد عقدی که منعقد کرده‌اند و تعهدات ضمن آن، پایبند باشند و آنها را اجرا نمایند.

در اینجا تعهد به برقراری ارزش عوضین، نقض شده است. غابن باید با پرداخت ارزشی که در کنار و به همراه مبیع، با ارزش عوض برابری کند به این تعهد وفا نماید. در واقع این تعهد منقوض با دادن ارش اجرا می‌شود بدون اینکه قرارداد متزلزل گردد.

شیوه تعیین میزان ارش با آنچه که در باب عدم مطابقت کالا با قرارداد، گفته‌ایم<sup>۱</sup>، متفاوت است چراکه در آنجا در اثر نقض تعهد دیگری است که تعهد به برقراری نقض می‌شود و آن تعهد اولی دیگر قابل اجرا نیست و این امر حق فسخ را ایجاد می‌کند و اگر شخص بخواهد قرارداد را اجرا نماید و از فسخ بگسلد، حال باید خود قرارداد را که یکی از تعهدهای آن تعهد به برقراری تعادل میان ارزش عوضین است، را هم اجرا نماید که در آنجا در اثر عدم امکان اجرای تعهد اولی، نقض شده است. اما در غبن از همان ابتدا،

تعهد به برقراری تعادل، بدون دخالت عامل دیگری، نقض می‌شود و تنها حقی که به وجود می‌آورد حق الزام متعهد غابن به اجرای تعهد منقوض، از طریق پرداخت ارش است که به این صورت تعیین می‌شود که مورد معامله در بازار قیمت می‌شود و تفاوت قیمتی که میان ثمن معامله و قیمت بازاری موجود است، به عنوان ارش به مغبون پرداخت می‌شود. در واقع ارش در اینجا ضمانت اجرای مفاد عقد است و یا شیوه‌ای برای اجرای تعهد قراردادی است.

آنچه که از این تحلیل مشخص می‌شود آن است که غبن، سبب نقض عهده است که طرفین به گونه‌ای غیرصریح در قرارداد پذیرفته‌اند و در این حالت، اولین حق مغبون، الزام متعهد غابن به اجرای تعهد از طریق پرداخت ارش است حال اگر این امکان به دلایلی وجود نداشته باشد و ممتنع گردد، تنها در این صورت است که مغبون حق فسخ می‌یابد.

#### ۴- نتیجه گیری

هر عاملی که تعادل ارزش را برهم زند به عبارتی دیگر هر عاملی که در ارزش کالا یا عوضین مؤثر باشد و به تبع آن، بر تعادل و برابری ارزش عوضین هم مؤثر خواهد بود، می‌تواند موجبات دریافت ارش را فراهم کند. آنچه که خیار رؤیت و تخلف وصف و خیار تخلف از شرط صفت را به هم پیوند می‌دهد عامل وصف است. یکی از عواملی که در زمان انعقاد عقد در برقراری تعادل نسبی میان ارزش عوض و معوض، دخیل است به عبارتی بر تعادل ارزش مؤثر می‌باشد و سبب کاهش یا افزایش ارزش یکی از عوضین می‌شود و در نتیجه، فقدان آن، تعادل را از بین می‌برد، وصف مورد معامله است. عامل دیگر که مؤثر بر ارزش عوضین و ناقض تعهد به برقراری تعادل ارزش است، غبن می‌باشد. جوهر غبن در عدم تعادل میان ارزش عوض و معوض نهفته است. عدم تعادلی که در عرف به هیچ صورتی قابل مسامحه نباشد.

حال اگر طرفین نخواهند به دلیل غبن یا فقدان وصف، عقد را فسخ کنند، باید تعهد مورد توافق یعنی برقراری برابری میان ارزش عوضین، اجرا شود و شیوه اجرای آن هم، ارش است. در واقع باید ارزش مبیع به اندازه‌ای برسد که با ارزش ثمن برابری کند بدون اینکه به قرارداد خدشه‌ای وارد گردد. به همین دلیل به میزان ارش باید بر مبیع افزوده شود و به مشتری تسلیم گردد تا تعادل مورد تعهد طرفین، اینگونه به اجرا گذاشته شود. پس ارش به عنوان مابه‌التفاوت میان ارزش مبیع با همه اوصاف مورد توافق طرفین در قرارداد و ارزش مبیع تسلیم شده یا واقعی، نه تنها در خیار عیب قابل دریافت است بلکه در خیار تدلیس، رویت



و تخلف وصف، تخلف از شرط صفت و خیار غبن نیز امکان مطالبه آن و الزام متخلف به پرداخت آن به عنوان ضمانت اجرای مفاد عقد و بر مبنای تراضی طرفین و مفاد غیر صریح قرارداد معوض، وجود دارد. پذیرش ارش به عنوان ضمانت اجرای تعهد قراردادی، با تفسیر صرف قرارداد، زمینه‌ای فراهم می‌نماید تا در قانونگذاری آینده، دریافت ارش را نه تنها در خیار عیب بلکه در سایر خیاراتی که امکان دریافت ارش وجود دارد پیش‌بینی نمایند. از طرف دیگر، قضات دادگاهها نیز با تفسیر دقیق قرارداد و در چارچوب نظام فعلی نیز با استفاده از این دیدگاه، می‌توانند در مورد خیارهایی چون خیار تخلف از شرط یا خیار غبن و مانند آن، به جای فسخ قراردادها با اعطای حق دریافت ارش به زیان دیده، از فسخ نابجا و بی‌رویه قراردادها جلوگیری نمایند. این امر می‌تواند تحت عنوان تحلیل اقتصادی نظریه عمومی ارش، در پژوهش‌های آتی مورد بررسی قرار گیرد تا تبیین نماید که ابقاء قرارداد از طریق نظریه عمومی دریافت ارش، چگونه می‌تواند منافع اقتصادی طرفین قرارداد و جامعه را جمع نماید.

## فهرست منابع

### الف - فارسی

- ۱- امامی، حسن، (۱۳۵۳)، حقوق مدنی، جلد ۱، کتابفروشی اسلامیه، تهران، چاپ پنجم.
- ۲- بروجرودی عبده، محمد، (۱۳۸۰)، حقوق مدنی، جلد ۱، مجد، تهران، چاپ اول.
- ۳- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۶)، الفارق، جلد ۱، گنج دانش، تهران، چاپ اول.
- ۴- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۱)، تئوری موازنه(فلسفه‌ی عمومی حقوق بر پایه‌ی اصالت عمل)، گنج دانش، تهران.
- ۵- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۷)، روش جدید در مقدمه‌ی عمومی علم حقوق، گنج دانش، تهران، چاپ اول.
- ۶- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۲)، صد مقاله در روش تحقیق علم حقوق(الف)، گنج دانش، تهران، چاپ اول.
- ۷- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۲)، فرهنگ عناصرشناسی، گنج دانش(ب)، تهران، چاپ اول.
- ۸- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۲)، فن استدلال(منطق حقوق اسلام)، گنج دانش، تهران، چاپ اول.
- ۹- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۷۸)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد اول، گنج دانش، تهران، چاپ اول.
- ۱۰- سلجوقی، محمود، (۱۳۸۸)، نقش عرف، میزان، تهران، چاپ اول.
- ۱۱- شهیدی، مهدی، (۱۳۸۲)، آثار قراردادها و تعهدات، مجد، تهران، چاپ اول.

- ۱۲- شهیدی، مهدی، (۱۳۸۵)، اصول قراردادهای و تعهدات، مجد، تهران، چاپ چهارم.
- ۱۳- صفایی، حسین، (۱۳۸۹)، دوره مقدماتی حقوق مدنی، جلد ۲، میزان، تهران، چاپ یازدهم.
- ۱۴- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۰)، الزام‌های خارج از قرارداد، جلد اول، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، چاپ دهم.
- ۱۵- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۵)، حقوق مدنی، اعمال حقوقی، شرکت سهامی انتشار، تهران، چاپ یازدهم.
- ۱۶- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۳)، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۱ و ۲ و ۳ و ۴ و ۵، شرکت سهامی انتشار، تهران، چاپ ششم.
- ۱۷- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۶۹)، مقدمه علم حقوق، بهنشر، تهران، چاپ دوازدهم.
- ۱۸- محقق، سیدمصطفی، (۱۳۹۰)، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران، چاپ دوم.

### ب- عربی

- ۱۹- آل کاشف الغطاء، علی، (۱۴۲۲)، شرح خيارات للمعه، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، الطبعة الأولى.
- ۲۰- انصاری، مرتضی، (۱۴۱۲)، المکاسب، تحقیق و تعلیق؛ کلاتر، سید محمد، جلد ۱۵، مؤسسه دارالکتاب، قم.
- ۲۱- انصاری، مرتضی، (۱۴۳۰)، کتاب المکاسب، جلد ۵، مجمع الفکر الاسلامی، قم، الطبعة العاشرة.
- ۲۲- جبعی العاملی، زین الدین (الشهید الثانی)، (۱۳۹۸)، الروضة البهیة فی شرح للمعه الدمشقیه، الجزء الثالث، جامعه النجف الدینیة، النجف، الطبعة الثانية.
- ۲۳- حلی، حسن بن یوسف، (۱۴۱۴)، تذکره الفقهاء، الجزء الحادی عشر، مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث، قم.
- ۲۴- خوانساری، احمد، (۱۳۹۴)، جامع المدارک، مکتبه الصدوق، تهران.
- ۲۵- خوانساری نجفی، موسی بن محمد، (۱۳۵۷)، منیه الطالب، مطبعة المرتضویه، نجف.
- ۲۶- طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم، (۱۳۷۸)، حاشیه المکاسب، الجزء الثانی، مؤسسه اسماعیلیان، قم.
- ۲۷- طریحی، فخر الدین، (۱۴۰۸)، مجمع البحرین، تحقیق؛ حسینی، سید احمد، الجزء الثالث، مکتب نشر الفقاهه الاسلامیه، قم، الطبعة الثانية.
- ۲۸- طوسی، جعفر محمد بن الحسن بن علی، (۱۳۸۸)، المبسوط فی فقه الإمامیه، الجزء الثانی، المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، المطبعة الحیدریه، تهران.
- ۲۹- کرکی، علی بن حسین، (۱۴۰۸)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد ۵، مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث، قم.
- ۳۰- مقدس اردبیلی، احمد، (۱۴۱۱)، مجمع الفائده و البرهان، جلد ۸، مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین، قم.
- ۳۱- نجفی، محمدحسن، (۱۳۷۶)، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۲۳، دار لاحیاء التراث، بیروت.
- ۳۲- نراقی، احمد بن محمد مهدی، (۱۴۰۸)، عوائد الایام، مکتبه بصیرتی، قم، الطبعة الثالثة.