

پژوهش‌نامه حقوق اسلامی سال یازدهم شماره اول- بهار و تابستان ۱۳۸۹، صص ۵۵-۸۷

بررسی ارش در حقوق ایران و فقه امامیه و تفاوت آن با تقلیل ثمن در

کنوانسیون بیع بین‌الملل

تاریخ دریافت: ۱۳۸۹/۰۲/۰۸

ربیعا اسکینی*

تاریخ پذیرش: ۱۳۸۹/۰۳/۲۷

علیرضا جعفریان**

چکیده

انجام معاملات از دیرباز به منظور رفع نیازها، به عنوان امری لازم، مورد توجه قرار گرفت. انجام مبادله و دریافت ما به ازای مناسب برای آنچه به دیگری واگذار می‌گردد، از جمله مسائلی بود که مدنظر طرفین معاملات بود. تا آنجا که راه‌کارهای مختلف حسب عرف هر منطقه و نوع معاملات موجود برای جبران عدم توازن احتمالی در برخی معاملات پیش‌بینی شده بود. نهاد ارش و تقلیل ثمن از جمله این تدابیر است، که در این راستا در حقوق داخلی و کنوانسیون بیع بین‌الملل به آن پرداخته شده است. در این مجال به بررسی و مقایسه این دو مقوله خواهیم پرداخت.

واژگان کلیدی

خسارت، ارش، تقلیل ثمن، جبران خسارت، کنوانسیون بیع بین‌الملل

* عضو هیئت علمی سازمان انرژی اتمی ایران

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه امام صادق علیه‌السلام a.r.j.13611379@gmail.com

مقدمه

وجود توازن بین عوض و معوض یک معامله یا به عبارت دیگر وجود عدالت قراردادی از جمله مسائلی است، که از دیرباز مورد توجه اساتید حقوق بود و در این خصوص و برای ایجاد آن تدابیر خاص مدنظر بوده است. طراحی انواع اختیارات، ایجاد روش‌های مختلف جبران خسارت، قبیح دانستن دارا شدن بلاسبب، دخیل کردن قصد و اراده طرفین برای تفسیر قراردادها و... از جمله راهکارهایی است که در این خصوص طراحی و به کار گرفته شده است.

نکته‌ای که باید به آن توجه داشت، این است که از یک طرف عقل جمعی و قانون‌گذار بر این باور است، که آنچه مورد قصد طرفین بوده است باید تملیک و تملک گردد. به این منظور موانعی را برای جلوگیری از برهم خوردن توازن قراردادی می‌اندیشد؛ از طرف دیگر اهمیت وجود ثبات قراردادی در راستای ایجاد تعادل و ثبات روابط اجتماعی و جلوگیری از هرج و مرج در این خصوص این امر را لازم می‌داند که تا حد امکان از به هم پاشیدن قراردادها جلوگیری و با حفظ حقوق طرفین ثبات قراردادی را قم بزند؛ یا حداقل سرنوشت قرارداد را در برخی موارد به عهده طرفین آن قرار دهد.

خیار عیب از جمله مواردی است، که با احراز شرایط آن، به گونه‌ای که توازن قراردادی از میان رود، ایجاد حق فسخ برای ذی حق یا اخذ ارش در برابر عیب از جمله راهکارهایی است، که در این زمینه اندیشیده شده است. در این مجال در خصوص ارش، ماهیت، شرایط و چگونگی آن در حد توان صحبت خواهد شد. ابتدا در بخش مفاهیم، به تعریف ارش، بیان ماهیت ارش، و مبنای ارش، خواهیم پرداخت.

در بخش دوم به بیان شرایط ایجاد حق ارش و سپس به چگونگی محاسبه آن را خواهیم پرداخت.

بررسی ارش در حقوق ایران و فقه امامیه و تفاوت آن با تقلیل ثمن در کنوانسیون بیع بین الملل ۵۷

در آخر با توجه به تشابه این مفهوم با مفهوم تقلیل ثمن که در کنوانسیون بیع بین الملل پیش بینی شده است، ضمن توضیح مختصر در خصوص تقلیل ثمن به مقایسه این دو مقوله خواهیم پرداخت.

۱. مفاهیم

در این بخش ابتدا تعریف لغوی و اصطلاحی ارش و سپس به توضیح در خصوص ماهیت و مبنای ارش خواهیم پرداخت.

۱.۱. تعریف ارش

ارش از مشترکات لفظی است و در بیش از یک معنا به کار رفته است. (جعفری لنگرودی، ج ۱، ۱۳۸۷، ص ۲۵) ارش لغو به معنی دیه تعریف شده است. (عبدالناصر، ۱۳۹۰ ق.، ص ۸۳) برخی از لغوین از آن جا که تفاوت میان معیب و سالم باعث ایجاد نزاع میان طرفین می گردد، به آن ارش گویند. (انصاری، طاهری، ۱۳۸۴، ص ۱۸۶)

استعمال لفظ ارش در لسان فقها همان استعمال لغوی است. چرا که ارش از نظر فقها دلالت بر مالی می کند، که برای جبران نقص در عین مورد معامله پرداخت می گردد.^۱ به عبارت دیگر تفاوتی که مشتری در صورت آگاهی از عیب از بایع می گیرد، را ارش گویند.

نکته ای که از طرف برخی فقها برای تعریف ارش به آن توجه شده، این است که مقدار ارش از طرف شارع مشخص نشده است. با توجه به این شرط ارش را چنین تعریف کرده اند؛ ارش به مالی اطلاق می شود، که به عنوان بدل آن چه در ضمانت طرف دیگر معامله است و اندازه آن در شرع معین شده است، پرداخت می گردد. (انصاری، ۱۴۲۶ ق.، ص ۲۸۱)

در حقوق ایران، بحث ارش در خیار عیب پذیرفته شده است. در خیار عیب یک راه انتخابی برای مشتری در حالتی که مشخص شود مبیع دارای عیب است، قبول مبیع معیوب با اخذ ارش است. مواد ۴۲۲ ق.م. به بعد به این بحث اختصاص

یافته است. از طرف حقوق دانان تعاریف مختلفی برای ارش ارائه شده است. برخی از حقوق دانان تفاوت بین صحیح و معیب که مشتری برای جبران زیان خود در صورتی که مبیع را نگه دارد می تواند از بایع دریافت کند، را ارش دانسته اند. (امامی، ۱۳۶۸، ص ۵۰۱) به عبارت دیگر ارش عبارت است، از تفاوت بین صحیح و معیوب که مشتری برای جبران زیان خود می تواند، از بایع دریافت کند. برخی از حقوق دانان ارش را خسارت عدم انجام تعهد مربوط به تسلیم کالای سالم دانسته اند. (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۳۰۸) و برخی آن را جبران به هم خوردن اصول موازنه دانسته اند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۵، ص ۲۱۸)

همان گونه که ملاحظه شد، اگر چه الفاظ مختلف در تعریف ارش از طرف حقوق دانان ارائه شده بود، به نظر می رسد تفاوت چندانی در تعاریف ملاحظه می گردد. در جمع تعاریف ارائه شده شاید بتوان ارش را این گونه تعریف کرد: ارش عبارت از ما به ازائی است، که مشتری در قبال نقص موجود در مبیع در زمان معامله از بایع دریافت می کند تا رابطه عوض و معوض حسب قصد اولیه طرفین معامله حفظ گردد. مقدار این ارش در قانون و شرع تعیین نشده و حسب نوع و زمان معامله و عیب در هر مورد جداگانه تعیین می گردد.

۱.۲. ماهیت ارش

در خصوص ماهیت ارش دو نظر عمده وجود دارد. یک دسته ارش را ماهیتاً جزئی از ثمن می دانند و دسته دیگر ارش را جزء ثمن نمی دانند. هر کدام از این نظریات در میان حقوق دانان و فقها طرف دارانی دارد. بر اساس نظر دسته اول ارش جزء از ثمن می باشد، که نسبت آن به ثمن مانند نسبت نقض قیمت معیب، از صحیح است. استدلالی که در این خصوص ارائه شده است، این است که ضمان تمام مبیع صحیح، ضمان معاوضی است و ضمان معاوضی آن برعهده بایع می باشد. اگر بایع نتواند مبیع را کامل و سالم تسلیم کند، به همان مقدار که ثمن به آن تعلق گرفته است، ضامن است نه نسبت به قیمت آن. این نظر نزد برخی از حقوق دانان

بررسی ارش در حقوق ایران و فقه امامیه و تفاوت آن با تقلیل ثمن در کنوانسیون بیع بین الملل ۵۹

نیز دارای طرفدار می‌باشد. از نظر این دسته از حقوق‌دانان ارش جزئی از ثمن است و نسبت آن به ثمن به نسبت مقداری است که از قیمت مبیع که واسطه نقصان کسر شده است و رجوع به جزء ثمن برای آن است که اگر تمام مبیع نزد بایع تلف شده بود ضمان تمام آن برعهده او می‌باشد. (عبده، ۱۳۸۰، ص ۲۱۳)

نکته‌ای که در این خصوص باید به آن توجه کرد، این است که ضمان تابع اصل آن می‌باشد. اگر اصل مال قیمی باشد، ضمان نقص نیز به قیمت آن است و اگر ضمان به عین باشد و چنانچه نقص حاصل شود، باعث عدم تملک عوض آن می‌گردد، ضمان به عوض وجود دارد. چرا که جزء تابع کل در ضمان است. شاید استدلال و مبنای این دسته که ارش را جزء ثمن دانسته‌اند مطلب فوق باشد.

در مقابل دسته فوق، گروه دیگر ارش را جزء ثمن نمی‌دانند.

دلیل این دسته از فقها علاوه بر شهرت، که تعدادی کثیری از فقها قائل به این قول هستند، ارش جزء ثمن معامله نیست، روایاتی است، که در خصوص ارش از معصوم (ع) وارد شده است. که معروف‌ترین آن‌ها روایت حماد و عبدالمطلب^۲ در این خصوص می‌باشد. که این در روایت دلالت بر رد عین ثمن ندارد. به نظر می‌رسد، ارش برای جبران زیانی باشد، که در اثر وجود عیب در مبیع متوجه مشتری شده است. تا با گرفتن آن بر مثن افزوده گردد و تعدیل بین ثمن و مثن به عمل آید و از زیان حادث شده بر مشتری جلوگیری به عمل آید. در این میان، آنچه مهم است، جبران ضرر است و چگونگی آن ملاک عمل نمی‌باشد. لذا برای جبران زیان نیازی به پرداخت از عین ثمن مورد پذیرش غالب حقوق‌دانان نیز واقع نشده است. (امامی، ۱۳۷۶، ص ۵۰۱؛ کاتوزیان، ۱۳۷۲، ص ۳۰۸؛ مدنی، حقوق مدنی، ۱۳۸۵، ص ۱۲۲)

قابل ذکر است، که قصد طرفین برای انجام معامله امکان تصرف در عوض است، که از طرف مقابل دریافت می‌کنند. تصرف فروشنده در ثمنی که از فروش کالای خود بدست آورده است، امری طبیعی است. الزام فروشنده به پرداخت ارش

از عین ثمن در حالتی که سوء نیت او در انجام بیع معیوب قابل احراز نیست. با توجه به این نکته که تصرف او در ثمن، تصرف مالکانه بوده است و نسبت به عیب مبیع نیز علم نداشته است، مطلوب به نظر نمی‌رسد. و چه بسا موجبات عسر و حرج را برای او به وجود آورد. نکته‌ای که در تحلیل نظر دسته اول می‌توان بیان داشت این است، که نظر گروه اول ناظر به حالت غالب می‌باشد؛ چرا که اکثر معاملات با پول نقد انجام می‌گیرد و از آنجا که پرداخت ارش نیز از طریق ارائه وجه رایج انجام می‌گیرد، شاید نظر دسته اول ناظر به این حالت باشد.

در مجموع با توجه به دلایل ادائی و نظریه فقها و حقوق‌دانان آنچه لازم و ضروری است، جبران خسارت وارده است و عدم لزوم پرداخت آن از عین ثمن خالی از چه می‌باشد، البته شاید بتوان به این امر قائل شد، که عدم لزوم پرداخت از ثمن به این معنی نیست که میزان خسارت از عین ثمن نیست، چرا که در عالم واقع، خریدار بیش از آنچه خریده پول پرداخته و مالکیت فروشنده بر آن مقدار ثمن بلاجهت است، لکن لزوم عدم الزام به پرداخت از عین ثمن بحث ایجاد عسر و حرج احتمالی است، که قبلاً به آن اشاره شد.

نکته دیگری که در این مقدمه می‌توان به آن اشاره کرد، این است که آیا خیار عیب شامل ارش هم می‌شود؟ یا خیار عیب فقط ناظر به حق فسخ است؟ به عبارت دیگر آیا ارش را فقط زمانی می‌توان مطالبه کرد، که حق فسخ وجود داشته باشد؟ یا اگر به هر علت حق فسخ از بین برود، باز هم می‌توان قائل به مطالبه ارش شد؟

میان حقوق‌دانان در این خصوص اختلاف نظر وجود دارد. دسته‌ای قائل به این مطلب هستند، که با توجه به مفهوم لغوی و عرفی خیار عیب و ظاهر عبارت فقهای امامیه، می‌توان گفت که خیار عیب مشتمل بر مطالبه ارش نیست و در صورت از بین رفتن خیار به دلیل ارش باقی می‌ماند. (صفائی، ۱۳۸۳، ص ۲۸۷)

بررسی ارش در حقوق ایران و فقه امامیه و تفاوت آن با تقلیل ثمن در کنوانسیون بیع بین الملل ۶۱

لکن در برابر این دسته نظر مخالف نیز از طرف برخی حقوق دانان ابراز گردیده است. (امامی، ۱۳۷۶، ص ۵۱۳؛ کاتوزیان، ۱۳۷۲، ص ۳۱۸)
در این خصوص نیز با توجه به استدلال‌های قبل پذیرش دسته اول مطلوب‌تر به نظر می‌رسد.

۱.۳. مبنای ارش

در تحصیل مبانی ارش الفاظ گوناگون به کار گرفته شده است. در این راستا می‌توان به نظرات زیر در این خصوص اشاره کرد:

۱.۳.۱. مبنای جبران ضرر:

بر اساس این مبنا، ارش برای جبران ضرر است. به این مفهوم که، چون بر اثر انجام معامله مبیع معیوب خسارتی بر خریدار وارد می‌گردد، پرداخت ارش برای جبران این ضرر الزامی است. لذا گروهی از فقها زمانی قائل به حق دریافت ارش می‌شوند، که امکان رد عیب مبیع به هر علت ممکن نباشد. لکن نظر مشهور که قانون مدنی نیز از آن تبعیت کرده است، قائل به این مطلب است، که ارش حقی در عرض حق فسخ معامله و رد عین می‌باشد. (صفایی، ۱۳۸۳، ص ۲۸۳)

۱.۳.۲. مبنای حمایت از مشتری در برابر آنچه عرف معاملات پذیرای آن نمی‌باشد:

بر اساس این نظر سالم بودن برخلاف سایر اوصاف در برابر بخشی از ثمن قرار می‌گیرد، پس اگر معلوم شود، که عیبی در آن وجود دارد، خریدار می‌تواند بخشی از ثمن را بازستاند.

نکته‌ای که باید در این خصوص به آن توجه کرد این است، که لزوماً میزان ثمن در برابر سلامت کالا نیست. سلامت کالا نیز مثل سایر شرایط کالا ترغیب کننده خریدار می‌باشد. چرا که اگر قائل به این نظر شویم، معامله نسبت به این قسمت از مبیع باطل است و الزاماً باید عین ثمن عودت شود، که نظرات در خصوص این مطلب در قسمت قبل عنوان گردیده است.

ارش برای برقراری عدالت در رابطه قراردادی است. چرا که در اثر عیب مبيع فروشنده مالی بیش از آنچه فروخته است دریافت می کند و خریدار نسبت به آنچه پرداخته است، کمتر دریافت می کند. (نکاتوزیان، ۱۳۷۲، ص ۳۰۹) با عنایت به مبانی ذکر شده روشن است، که اختلاف چشم گیری در مبانی ارائه شده به چشم نمی خورد و در حقیقت هر سه مبنا به یک واقعیت اشاره دارند و آن امکان جبران زیان مشتری در راستای ایجاد عدالت قراردادی است تا هیچ شخصی، از طرفین معامله بلاجهت، دارا نشده و طرف دیگر متضرر نگردد.

۲. عناصر و ارکان ارش

ایجاد ماهیت هر چیز منوط به ایجاد مقدمات آن است. به عبارت دیگر چنانچه شرایط لازم برای شکل گیری شکل نگیرد، نتیجه آن شرایط ظاهر نمی گردد. لذا اگر علت تامه گردد، موجود لازم الوجود خواهد بود. ارش نیز به عنوان یک تأسیس حقوقی محصول وجود و احراز آن شرایط می باشد، که پرداختن به آن برای شناخت بیش تر اهمیت فراوان دارد. برای این که امکان اخذ ارش وجود داشته باشد، دو دسته شرایط عمده حائز اهمیت است. شرایطی که ناظر به ایجاد ارش است و شرایطی که ناظر به خود ارش می باشد.

در این بخش به بررسی هر کدام از این شرایط خواهیم پرداخت.

۲.۱. شرایط ناظر به ایجاد ارش

برای این که ارش (ماهیت ارش) ایجاد گردد، شرایطی لازم است. شرایط مربوط به قرارداد و شرایط مربوط به عیبی که حسب آن ها امکان توسل به ارش وجود دارد، از جمله آن ها است.

۲.۱.۱. شرایط مربوط به قرارداد

لزوم وجود رابطه قراردادی فارغ از مکتوب یا شفاهی، رسمی یا غیررسمی بودن آن، مقدمه ورود به این بحث است. این که آیا اساساً طرف مدعی ارش، مستحق آن است یا خیر، از طریق مراجعه به قرارداد فی مابین آنها و احراز قصد و علم آنها مشخص می گردد. نکته دیگر این که صرف وجود قرارداد قابل تمسک نیست و قراردادی در این مقوله مؤثر اثر است، که قابلیت اجرا داشته باشد. بطلان قرارداد به هر علت و یا عدم امکان اجرائی شدن قرارداد به هر علت از جمله مقوله هایی است، که قابل استناد برای مطالبه ارش نمی باشد. با عنایت به وضوح مطلب از اطاله کلام در این خصوص پرهیز و به شرایط قرارداد فارغ از این مقدمه می پردازیم.

در میان حقوق دانان اختلاف نظر در خصوص قراردادی که با توسل به آن بتوان مطالبه ارش کرد، وجود دارد. مبنای این اختلاف به این خاطر است، که بحث ارش در مبحث خیار عیب مطرح و خیار عیب نیز در ذیل عقد بیع مطرح شده است. با توجه به این مقدمه چنین تصور شده است، که اگر سایر شرایط ارش حاصل باشد؛ زمانی که قرارداد فی مابین طرفین بیع باشد، امکان تمسک به ارش وجود دارد و این حق در خصوص سایر عقود وجود ندارد.

در مقابل این نظر می توان چنین استدلال کرد، که اولاً بیع از شایع ترین عقود است؛ ثانیاً رسم فقها بر این است، که بسیاری از احکام عقود را به همین خاطر در ذیل عقد بیع مطرح می کنند و به این خاطر است، که در بسیاری از موارد دیگر احکام مذکور در ذیل عقد بیع از جمله خیارات در سایر عقود نیز پذیرفته شده است. قانون مدنی ایران نیز به تبعیت از شیوه فقها تدوین گردیده است. (انصاری، ۱۳۸۴، ص ۱۸۷)

لذا اگر چه حکم ماده ۴۲۲ ق.م ناظر به عقد بیع است، لکن از مفاد ماده ۴۵۶ ق.م به خوبی برمی آید، که قانون گذار در مقام قاعده عمومی برای قراردادها است و ماده ۴۳۷ ق.م نیز این بحث را تأیید می کند. (ناصر کاتوزیان، ۱۳۷۲، ص ۲۶۸)

با این اوصاف اخذ ارش، به علت خسارتی که به عیب کالا به خریدار یا ثالث وارد می شود، می باشد و این خسارت بر طبق قواعد عمومی مسئولیت مدنی قابل مطالبه است. (سید حسین صفایی، ۱۳۸۴، ص ۲۸۸)

نتیجه این که ارش دارای یک ماهیت استثنایی نیست، که سرایت آن به سایر عقود امکان پذیر نبوده و نیاز به تفسیر مضیق و اعمال آن در مورد داشته باشد. ارش از قواعد عمومی قراردادها و قابل اجرا در تمام عقود معرض که دارای سایر شرایط ارش باشد، است.

سؤالی که ممکن است مطرح شود، این است که عقد همیشه فی مابین یک فرد با فرد دیگر و در خصوص یک مال، منعقد نمی گردد؛ در صورت احراز عیب در یک کالا، آیا باز هم حق ارش وجود دارد؟ با عنایت به اهمیت موضوع مستنداً و به تفکیک به مواد قانون مدنی پاسخ می دهیم:

- تعدد مبیع

اگر بدون تعیین ثمن خاص برای چندین کالا، طی یک قرارداد مورد معامله واقع شوند، (ماده ۴۳۱ ق.م)؛ چنانچه در یکی از کالاها عیب یافت شود، امکان تفکیک معامله وجود ندارد؛ به این معنا که نمی توان معامله را به نسبت معیب فسخ و ثمن را نسبت به مابقی تقسیم کرد. زیرا اگر چه عقد به اعتبار تعدد مورد به عقود متعدد به ممکن است منحل گردد، لکن تأسیس حق فسخ در عقد برای جبران ضرری است، که از ناحیه عقد متوجه مشتری شده است؛ و این حق نباید باعث اضرار دیگران گردد. لذا در این حالت یا باید کل مبیع را برگرداند، یا همه را نگاه داشته و مطالبه ارش کند. (امامی، حقوق مدنی، همان، ص ۵۱۰).

بررسی ارش در حقوق ایران و فقه امامیه و تفاوت آن با تقلیل ثمن در کنوانسیون بیع بین الملل ۶۵

نکته‌ای که می‌توان متذکر شد این است، که عدم تعیین مبیع اعم از عدم تعیین صریح یا عرفی است. به عنوان مثال چنانچه مبیع اگر چه متعدد هر کدام دارای قیمت بورسی مشخص باشند مثل سکه بهار آزادی در حکم تعیین قیمت می‌باشد.

- مشتری متعدد باشد

چنانچه تعدادی اقدام به خرید کالایی از بایع نمایند، اگر در مبیع عیب یافت شود، در این حالت یکی از مشتریان نسبت به حصه خود فقط با رضایت بایع می‌تواند فسخ کند، لذا اگر همه با یکدیگر (مشتریان) توافق نمایند، فقط نسبت به حصه خود می‌توانند ارش بگیرند. (ماده ۴۳۲ ق.م) به عبارت دیگر هر یک از مشتریان اگر چه با ظهور عیب، متحمل خسارت شده‌اند، لکن خسارت ایشان نمی‌تواند مبنای اضرار بایع گردد.

- بایع متعدد باشند

چنانچه مشتری واحد اقدام به معامله جنس که متعلق به چند فروشنده نماید، در این حالت خریدار می‌تواند نسبت به سهم هر یک از آن‌ها فسخ و نسبت به سهم بقیه مطالبه ارش کند. علت این است که فسخ به بعضی موجب اضرار بایع آن نمی‌شود. (امامی، ۱۳۷۶، ص ۵۱۲)

نکته‌ای که می‌توان در این جا متذکر شد، این است که حالت مذکور در ماده ۴۳۳ ق.م ایران نیز را باید حمل به حالت غالب کرد. لذا اگر در حالت خاص اثبات اضرار به دیگران امکان‌پذیر گردد، به نظر نمی‌توان از این طریق استفاده کرد. به عنوان مثال اگر به خاطر فسخ معامله در حصه‌ای و مطالبه ارش در حصه دیگر موجب گردد، که ترکیب شرکاء به وجود آمده باعث ضرر دیگران (شرکا و دیگر) گردد که این حالت مطلوب آن‌ها نیست چنانچه این امر قابل اثبات باشد، نمی‌توان از این حق استفاده کرد.

۲.۱.۲. شرایط مربوط به مورد معامله

چنانچه طرفین قرارداد بر اساس توافقات فی مابین نسبت به انجام تعهدات خود اقدام کرده باشند و از عهده آن به خوبی برآمده باشند، بی شک جایی برای مطالبه ارش و سایر انواع خسارات باقی نمی ماند. برای مطالبه ارش مورد معامله باید دارای نواقصی حسب توافق انجام شده باشد. وجود عیب از جمله مسائلی است که چنانچه در مبیع وجود داشته باشد می توان ارش مطالبه کرد. به این منظور وجود شرایط زیر لازم می باشد.

۲.۱.۲.۱. عیب موجود باید مؤثر باشد.

تعریفی که از عیب شده است، آن است که نقص در مبیع از قیمت آن بکاهد یا منفعت آن را بکاهد. (سنهوری، ۱۴۰۰ق، ج ۴، ص ۷۱۷)

اگر عیبی که حادث شده است از نظر عرف عیب باشد، لکن باعث نقصان قیمت نشود، به نظر نمی توان ارش گرفت (کاتوزیان، ۱۳۷۲، ص ۳۰۵) زیرا در این حالت تصور ارش نمی رود تا بتوان آن را مطالبه کرد. برخی از اساتید حقوق چنین عنوان کرده اند که اگر چه در این حالت نمی توان مطالبه ارش کرد، لکن به خاطر وجود عیب، مشتری حق فسخ دارد. (امامی، ۱۳۷۶، ص ۵۱۰) راهکار اخیر به نظر مفید و نزدیک تر به عدالت به نظر می رسد؛ چرا که ممکن است به خاطر عیب موجود، از قیمت کالا کاسته نشود، لکن به خاطر نیاز خاص خریدار امکان استفاده از آن به خاطر آن عیب نیز امکان پذیر نیست.

حال که به علت عدم اختلاف قیمت سوقیه جنس معیّب و سالم، امکان محاسبه ارش نیست، قائل شدن به حق فسخ برای جلوگیری از ضرر خریدار عادلانه به نظر می رسد.

نکته دیگر که در این جا قابل توجه است، این است که معیار و ملاک ارزش کالا و عیب آن باید یک معیار شخص باشد، نه معیار نوعی و تعیین قیمت کالا

بررسی ارش در حقوق ایران و فقه امامیه و تفاوت آن با تقلیل ثمن در کنوانسیون بیع بین الملل ۶۷

خصوص این معیار باید صورت پذیرد. چرا که قیمت کالاها با توجه به فرد خاص و چگونگی استفاده از آن قابل تعیین است.

۲.۱.۲.۲. عیب در حین عقد موجود باشد.

از زمان انعقاد قرارداد تا تحویل مبیع زمانهای مختلف قابل تصور است. زمان قبل از انعقاد، زمان انعقاد تا زمان تسلیم کالا، پس از تسلیم کالا. در هر یک از این بازه‌های زمانی ممکن است تغییراتی در مبیع حادث گردد. برای مطالبه ارش باید عیب مورد نظر زمان انعقاد قرارداد وجود داشته باشد. چنانچه مبیع حین عقد معیوب باشد و مشتری به تصور این که سالم است آن را خریده و بذل بدل کرده باشد، برای جلوگیری از ضرر، قانون به او اجازه فسخ یا مطالبه ارش را می‌دهد. (امامی، ۱۳۷۶، ص ۵۰۲) لکن اگر عیب پس از تسلیم عین به مشتری نقص پیدا کند، از آنجا که عیب در ملک او حادث شده است، ضمانت آن از آن مشتری است.

نکته‌ای که می‌توان به آن توجه کرد این است که از آنجا که «تلف المبیع قبل القبض من مال بايعه» می‌باشد. چنانچه بعد از عقد و قبل از تسلیم کالا، عیبی بر مبیع حادث گردد، در حکم عیب موجود حین عقد است و می‌توان علاوه بر اعمال حق فسخ مطالبه ارش کرد. (امامی، ۱۳۷۶، ص ۵۰۲)

در قانون مدنی مصر برخلاف قانون ایران، وجود عیب زمان تسلیم کالا لازم دانسته شده است نه حین انعقاد قرارداد که به نظر می‌رسد با توجه به مطالب قبل از نظر نتیجه، یکسان باشد.

۲.۱.۲.۳. عیب باید مخفی باشد

چنانچه طرفین قرارداد با علم کامل نسبت به وضعیت مبیع اقدام به خرید و فروش آن نمایند به عبارت دیگر خریدار با آگاهی از این که مبیع فلان عیب را دارد یا این که مشتری او را آگاه می‌سازد به این که مبیع عیب دارد، از کم و کیف مبیع آگاه گردد، در این حالت خریدار نسبت به عیب موجود اقدام کرده و ضرر

احتمالی در این خصوص را پذیرفته است. با این وصف توسل و تمسک به ارش برای جبران ضرر خالی از وجه به نظر می‌رسد.

مخفی بودن عیب اعم از این است، که عیب واقعاً مخفی باشد یا آن‌که ظاهر باشد ولی خریدار به آن توجه نکرده باشد. برخی از حقوق‌دانان چنین مقرر داشته‌اند که برای درک این که فرد خریدار نسبت به عیب علم داشته است یا نه باید قائل به معیار نوعی شد. با این تعبیر باید میان حرفه‌ای و غیرحرفه‌ای تفاوت گذاشت؛ چرا که استدلال یک فرد حرفه‌ای به این مطلب که متوجه فلان عیب نشده است نمی‌تواند مورد پذیرش واقع گردد. (کاتوزیان، ۱۳۷۲، ص ۳۸۳؛ سنهوری، ۱۴۰۰، ق. ۷۱۷) این نظر قابل خدشه به نظر می‌رسد، چرا که مطلق وجود عیب زمان انعقاد با شرایط دیگر موجب ایجاد حق مطالبه ارش می‌باشد و شرط دیگری برای آن مقرر نشده است (۴۲۴ ق.م) و قانون‌گذار شرط دیگری را به غیر از علم مؤثر ندانسته است. حرفه‌ای بودن یا غیر حرفه‌ای بودن مانع از زیان او در صورت وجود عیب نمی‌باشد مگر این‌که سوء نیت فرد حرفه‌ای قابل احراز باشد. به بیان دیگر حرفه‌ای بودن اگر چه در هنگام اختلاف اماره‌ای است بر این که فرد علی‌القاعده باید از عیب اطلاع پیدا کرده است، لکن دلیل محکم در این خصوص محسوب نمی‌شود. لذا اصل عدم علم مشتری است مگر این که بایع خلاف آن را ثابت کند.

حال اگر عیب زمان انعقاد قرارداد وجود داشته باشد لکن بایع قبل از اطلاع مشتری آن را برطرف کند، سؤالی که مطرح می‌شود این است که آیا در این حالت نیز امکان مطالبه ارش وجود دارد یا خیر؟

اگر مبنای لاضرر را برای مطالبه ارش بپذیریم، نمی‌توان قائل به حق مطالبه ارش شد. چرا که بر اساس این مبنا، موجب خیار مشتری یا مطالبه ارش، ضرر مشتری می‌باشد و چون با زوال عیب ضرری متوجه مشتری نیست، جبران آن را به یکی از دو نحو نمی‌توان خواست. در نقد این نظر می‌توان گفت که حق خیار و مطالبه ارش در اثر وجود عیب در حین عقد ثابت می‌گردد. با سقوط عیب تردید

بررسی ارش در حقوق ایران و فقه امامیه و تفاوت آن با تقلیل ثمن در کنوانسیون بیع بین الملل ۶۹

حاصل می‌گردد که آیا حق فسخ یا مطالبه ارش نیز ساقط گردید، یا خیر. که در این حالت حکم به استصحاب حق فسخ قرارداد می‌گردد. (امامی، ۱۳۷۶؛ انصاری، مکاسب، ۱۴۲۶ق. ص ۲۸۷)

علی رغم وجود حق فسخ در این حالت، در خصوص مطالبه ارش نمی‌توان به این راحتی تصمیم گرفت. درست است که عیب زمان انعقاد عیب وجود داشته است و معیار تعیین میزان ارش نیز وجود دارد لکن، از آنجا که عیب مزبور با هزینه بایع برطرف شده است و در هر صورت مبیع زمان تسلیم بدون عیب است، دریافت ارش از طرف خریدار باعث ضرر رسیدن به فروشنده می‌گردد، چرا که در این حالت خریدار بیش از آنچه پرداخت کرده است، دریافت کرده است و این امر بالطبع باعث از بین رفتن موازنه و عدالت قراردادی می‌گردد که بی‌شک مدنظر قانون‌گذار و مورد قصد و رضایت طرفین قرارداد نبوده است. لذا در این حالت چنانچه خریدار از حق فسخ خود استفاده ننماید به نظر نمی‌تواند مطالبه ارش کند، مگر این قائل به جبران زیان فروشنده از طریق دیگر شویم.

۲.۱.۲.۴. میزان عیب

تا کنون این مسأله محرز گردید، که اگر عیبی زمان انعقاد قرارداد وجود داشته باشد و آن عیب در قیمت مبیع مؤثر باشد به گونه‌ای که مشتری به هر دلیل از وجود آن عیب آگاه نبوده باشد، برای جبران زیان مشتری و برقراری توازن معاوضه و عدالت قراردادی حق فسخ یا مطالبه ارش برای مشتری قرارداد شده است. حال سؤالی که مطرح می‌شود این است که آیا میزان و اندازه این عیب در ایجاد این حق مؤثر نیست؟ به عبارت دیگر آیا در حالتی هم که عیب به اندازه‌ای باشد، که به خاطر آن مبیع دارای هیچ‌گونه مالیتی نیست، باز هم می‌توان قائل به مطالبه ارش شد؟

شاید در این خصوص این‌گونه گفته شود، که در این حالت نیز می‌توان از حق مطالبه ارش استفاده کرد، لکن با توجه به این که مبیع فاقد ماهیت می‌باشد،

مبلغ ارش معادل ثمن معامله می‌باشد. این فرضیه قابل خدشه به نظر می‌رسد، چرا که زمانی می‌توان مطالبه ارش کرد که عیب موجود در مبیع حین العقد آن را ملحق به تلف نکند. چرا که اگر عیب موجود در مبیع به حدی باشد که مبیع ملحق به تلف گردد، عوض در مقابل چیزی پرداخت شده است که هیچ مالیتی نداشته است لذا در این حالت باید قائل به بطلان عقد شد و نمی‌توان قائل به مطالبه ارش شد. (مرتضی انصاری، ۱۴۲۶ق، ص ۲۸۷؛ السنهوری، ۱۴۰۰ق، ص ۷۴۱)

۲.۱.۲.۵. نوع مبیع

این که آیا مطالبه ارش در هر نوع مبیع امکان‌پذیر است؟ یا نه؟ اختلاف نظر وجود دارد. دسته‌ای چنین معتقدند که خیار عیب و به تبع آن مطالبه ارش در عین خارجی و یا در حکم آن جاری است. چرا که اگر مورد معامله کلی باشد و فردی که بائع به مشتری تسلیم کرده است معیوب باشد، امکان جبران ضرر بائع از طریق تسلیم فرد دیگر از آن کل وجود دارد. چرا که در این حالت، چنانچه پس از تسلیم کالا مشخص گردد که کالای تسلیم شده معیوب است چنین محرز می‌گردد که گوئی تسلیم با توجه به تعهدات طرفین انجام نشده است. (امامی، ۱۳۷۶، ص ۵۰۳)

اگرچه در مقابل این دسته، گروهی دیگر معتقد به امکان فسخ یا مطالبه ارش با این استدلال که مبیع کلی پس از تسلیم به صورت عین خارجی در می‌آید، هستند؛ لکن نظر دسته اول اقرب به حقیقت به نظر می‌رسد. چرا که علاوه بر استدلال ایشان زمان وجود عیب زمان عقد است، حال آنکه با توجه به تعدد افراد کلی و امکان انتخاب هر یک از آنها، طبعاً می‌توان فردی که بدون عیب است را انتخاب کرد یا متعهد را ملزم به این امر نمود. مگر این که قائل شویم تمام افراد مورد معامله با وجود افراد متعدد معیوب بوده که امکان انتخاب فرد سالم امکان‌پذیر نیست.

۲.۲. شرایط ناظر به ارش

در قسمت قبل، شرایطی را بررسی کردیم که وجود آن‌ها برای تحقق اصل ارش لازم و ضروری است، به عبارت دیگر عدم وجود شرایط مزبور اساساً مانع ایجاد ماهیت ارش می‌گردد. در این قسمت شرایط ناظر به چگونگی و کیفیت ارش را بررسی می‌کنیم. فرض ما در این قسمت این است که شرایط قسمت قبل محقق شده و حق مطالبه ارش به وجود آمده است؛ حال شرایط ناظر به چگونگی و کیفیت ارش به شرح زیر بیان می‌گردد:

۲.۲.۱. زمان استحقاق ارش

چنین عنوان شده است که زمان استحقاق ارش بسته به تحلیل ماهیت ارش است. اگر ماهیت ارش مقداری از ثمن باشد، از زمان معامله خریدار مستحق آن می‌گردد. لکن اگر ارش به عنوان غرامت تلقی گردد که فروشنده برای تکمیل مبیع به خریدار می‌پردازد؛ زمان تحقق طلب را باید زمان انتخاب ارش از سوی خریدار دانست. (کاتوزیان، ۱۳۷۲، ص ۳۱۵) نکته‌ای که می‌توان در این جا به آن توجه کرد آن است، که با عنایت به قاعده منع اخذ مال به باطل، می‌توان گفت: به میزان ارش خریدار از زمان انعقاد قرارداد مستحق می‌گردد، لکن چگونگی جبران آن زمان انتخاب است.

۲.۲.۲. زمان تعیین ارش

نکته‌ای که ذیل این مقوله باید به آن پرداخت، این مطلب است که چنانچه وجود عیب زمان عقد محرز گردد، کدام مبلغ باید ملاک و مناط محاسبه برای تعیین ارش قرار بگیرد. آیا قیمت زمان انعقاد قرارداد یا زمان تسلیم کالا، یا زمان مطلع شدن از عیب؟ از طرف دیگر چنانچه از زمان انعقاد قرارداد تا زمان محاسبه ارش قیمت سوبیه کم یا زیاد شده باشد آیا این تغییر قیمت ملاک محاسبه ارش خواهد بود؟

میان فقها در این خصوص اختلاف نظر وجود دارد، و در این خصوص نظرات مختلف ارائه شده است. لکن بر اساس نظر مشهور قیمت کالا در زمان انعقاد قرارداد ملاک عمل واقع می‌گردد. حسب نظر این دسته از فقها تغییرات قیمت سوبیه هیچ تفاوتی در تعیین مبلغ ارش ایجاد نکرده و در آن تأثیری ندارد. قانون مدنی ایران نیز حکم صریحی در این خصوص ارائه نداده است. لکن با مذاقه در ماده ۴۲۷ ق.م.م.توان این نتیجه را گرفت که قیمت زمان انعقاد معامله، مدنظر قانون‌گذار ایران نیز بوده است.

نکته حائز اهمیت این است، که اگر عیب زمان انعقاد قرارداد وجود نداشته باشد، لکن بعد از انعقاد و قبل از تسلیم کالا ایجاد گردد یا این که عیب پس از تسلیم، لکن در محدوده زمانی حادث می‌گردد که خیار برای مشتری وجود دارد. آیا عیبی که در این زمان‌ها حادث می‌گردد ارش آن قابل مطالبه است؟

در پاسخ به این سؤال می‌توان چنین استدلال کرد که، مطالبه ارش خصوص عیوبی امکان‌پذیر است که زمان حدوث آن مبیع در ضمان مشتری نباشد. (طباطبایی، ۱۳۷۸، ص ۱۴۳) لذا اگر عیب در زمان خیار مشتری حادث شود، در این حالت نیز زمان حدوث عیب باید ملاک محاسبه ارش قرار گیرد. در خصوص معیوب شدن مبیع قبل از تسلیم نیز با توجه به حکم ماده ۴۲۵ ق.م.م. به صراحت تعیین تکلیف شده و امکان مطالبه ارش را فراهم ساخته است. بدیهی است در این حالت نیز قیمت زمان حدوث عیب ملاک واقع می‌گردد. چرا که مبیع در زمان انعقاد قرارداد سالم بوده و عیب حادث شده پس از آن رخ داده و طرفین نسبت به آن علم داشته‌اند.

۲.۲.۳. زمان مطالبه ارش

فوریت یا تراخی برای امکان مطالبه حق، از جمله مسائلی است، که مدنظر علماء و حقوق‌دانان بوده و به فراخور بحث در این خصوص قلم فرسایی کرده‌اند؛ تا جایی که در برخی موارد تعلل در اقدام فوری را مانع اعمال آن حق دانسته و در

برخی موارد میان فوریت اقدام یا تأخیر، تفاوتی قائل نشده‌اند. حال این سؤال مطرح می‌گردد که آیا برای امکان مطالبه ارش فوریت لازم است؟

همان‌طور که مطرح شد، مطالبه ارش یا فسخ عقد دو امکانی است، که قانون‌گذار در عرض یک‌دیگر برای خریداری قائل شده است که مبیع معیوب دریافت کرده است. با عنایت به کلام فقها و حقوق‌دانان، بی‌شک تأخیر در اعمال حق فسخ مانع از اجرای آن می‌گردد. این که آیا این شرط، خصوص مطالبه ارش نیز جاری است، بسته به تحلیل ما از ماهیت ارش دارد. چنان‌چه خیار عیب را شامل حق فسخ و مطالبه ارش بدانیم، به حکم قانون اعمال هر دو فوری است و امکان تأخیر وجود ندارد. لکن اگر ماهیت ارش را مستقل از خیار عیب بدانیم، در این حالت نمی‌توان قائل به فوریت شد. با توجه به تفصیل فوق و از آن‌جا که ارش وسیله فرعی برای تدارک ضرر ناشی از سقوط خیار تلقی می‌گردد، لذا فوریت در آن شرط نیست (کاتوزیان، ۱۳۷۲، ص ۳۱۶) این نظر با عدالت قراردادی نیز سازگارتر به نظر می‌رسد. چرا که تأخیر در اجرای خیار فسخ باعث ضرر طرفی است که خیار علیه او قابل اعمال است، لکن این نباید مانع جبران ضرر خریداری که جنس معیوب تحویل گرفته حال آن‌که ثمن جنس سالم را پرداخته است، گردد. نکته‌ای که در خاتمه این بحث می‌توان به آن پرداخت این است که چنان‌چه از طرف خریدار حق فسخ انتخاب گردد، به علت انحلال عقد نوبت به مطالبه ارش نمی‌گردد. از طرف دیگر چنان‌چه ارش مطالبه گردد، با عنایت به فوری بودن حق فسخ به خاطر تأخیر حاصل شده از زمان علم به عیب امکان اعمال آن وجود ندارد. لذا خریدار پس از مطالبه ارش نمی‌تواند از آن پشیمان شده و خواهان فسخ قرارداد گردد.

۲.۲.۴. آیا اجرای ارش الزامی است.

از آنجا که مبنای انعقاد قرارداد، توافق طرفین و رضایت آنها می باشد، قانونگذار حتی الامکان متعرض این توافق نشده و طرفین را تا حد ممکن آزاد گذاشته است.

مطالبه ارش نیز از مصادیق نظم عمومی نبوده و طرفین می توانند در این خصوص نیز توافق کنند. (انصاری، ۱۳۸۴، ص ۱۸۸)

از طرف دیگر طرفین می توانند از عیوب مبیع تبری بجویند و حق فسخ و مطالبه ارش را به این ترتیب غیرممکن کنند (سید حسین صفایی، ۱۳۸۴، ص ۴۳۴؛ نجفی، ۱۳۶۷، ص ۲۳۷) این ترتیب در قانون مدنی مصر نیز پذیرفته شده است.^۳

۲.۲.۵. شرایط که در آن شرایط فقط می توان ارش گرفت

نکته ای که در حقوق اسلامی مدنظر حقوق دانان و فقها قرار داشته و این امر در قانون اساسی ایران نیز منعکس شده است، این است که هیچ کس نمی تواند حق خود را وسیله اضرار به دیگری قرار دهد. ظهور عیب در مبیع اگرچه باعث اضرار خریدار می گردد، لکن این حق نباید باعث اضرار به فروشنده نیز قرار گیرد. نتیجه فسخ معامله این است که پس از فسخ وضعیت خریدار و فروشنده حتی الامکان به حالت قبل از قرارداد برگردد. حال اگر امکان چنین امری وجود نداشته باشد، به گونه ای که باعث ضرر دیگری می گردد، امکان فسخ معامله وجود ندارد و فقط حق مطالبه ارش باقی می ماند تا ضمن ثبات قراردادی، ضرر طرف دیگر نیز جبران گردد. (امامی، ۱۳۷۶، ص ۵۰۶)

برخی از شرایطی که باعث این امر می شوند عبارتند از:

۱- در صورت تلف شدن مبیع نزد مشتری:

مقصود از تلف در این جا اعم از تلف واقعی از قبیل اتلاف یا تسبیب یا تلف حکمی مثل انتقال به دیگری می باشد. چرا که در هر دو حالت امکان رد عین به فروشنده وجود ندارد.

بررسی ارش در حقوق ایران و فقه امامیه و تفاوت آن با تقلیل ثمن در کنوانسیون بیع بین الملل ۷۵

نکته‌ای که در توجیه این مسأله می‌توان به آن اشاره کرد این است، که معامله دوم کاملاً صحیح واقع شده است و نمی‌توان بدل مال منتقل شده را به بایع منتقل کرد چرا که انتقال مال از انواع تصرفات مالکانه بوده، و دال بر رضایت خریدار به معامله و اسقاط ضمنی خیار خود می‌باشد. (امامی، ۱۳۷۶، ص ۵۰۷؛ مدنی، ۱۳۸۵، ص ۱۲۴)

نکته دیگر این که انتقال مذکور، فقط شامل انتقال ارادی است و انتقال قهری را در بر نمی‌گیرد، لذا چنانچه خریدار فوت کند حق مطالبه ارش عیناً به ورثه او منتقل می‌گردد. (امامی، ۱۳۷۶، ص ۵۸؛ انصاری، ۱۳۸۴، ص ۱۸۸) و نظر مخالف (بروجردی، ۱۳۸۰، ص ۲۱۳)

۲- ایجاد تغییر در مبیع

منظور از ایجاد تغییر در مبیع، تغییر عرفی است. اعم از این که مستند به فعل مشتری باشد یا نباشد. (صفایی، ۱۳۸۴، ص ۲۰۱؛ امامی، ۱۳۷۶، ص ۵۰۷)

این امر شاید به این علت باشد، که با تغییرات ایجاد شده شاید مبیع مطلوب فروشنده آن نباشد. از طرف دیگر چنانچه تغییر با علم به عیب صورت گرفته باشد، دال بر رضایت ضمنی به قرارداد و اسقاط حق فسخ می‌باشد.

اضافه شدن عیب جدید به عیب قدیم چنانچه در زمان خیار متعلق به مشتری نباشد نیز از جمله این موارد است. چرا که عیب جدید در ملک مشتری حادث شده و عودت آن به فروشنده چه بسا موجبات ضرر وی را فراهم کند. نکته این که اگر عیب جدید در زمان خیار متعلق به مشتری باشد، مانع اعمال حق فسخ نیست و عیب دم نیز علاوه بر عیب اول ملک محاسبه ارش واقع می‌گردد.

۲.۳. چگونگی محاسبه ارش

تا کنون در خصوص شرایط لازم برای ایجاد حق مطالبه ارش پس از پرداختن به مبانی و ماهیت این حق پرداختیم. حال این سؤال مطرح می‌شود که اگر شرایط مطالبه ارش حاصل شد، میزان ارش چگونه مشخص می‌گردد. همان‌گونه که

قبلاً بیان گردید، ملاک زمانی مطالبه ارش، زمان انعقاد عقد و یا چنانچه عیب پس از آن و قبل از تسلیم یا پس از تسلیم و در زمان خیار مشتری حادث شده باشد این دو زمان ملاک خواهد بود. لذا اولین نکته این که قیمت کالا در زمانهای مذکور برای مطالبه ارش باید مدنظر واقع گردد. نکته دیگر این که، در بسیاری از مواقع و با عنایت به شرایط خاص موجود برای طرفین و میزان مطلوبیت آنها برای انعقاد قرارداد به هر دلیل، عوض و معوض معامله لزوماً قیمت واقعی سوقیه نیست. چه بسا مبلغ مزبور کمتر یا بیش تر مورد توافق واقع گردد. چگونگی تعیین مبلغ ارش باید این مسأله را هم مدنظر داشته باشد.

با توجه به تفصیل فوق، نسبت قیمت صحیح مورد معامله به قیمت معیوب آن را بدست می آورند. به این منظور قیمت کالای مورد معامله را در زمان معامله با یکی دیگر از زمانهای مدنظر در دو حالت صحیح و معیوب محاسبه و نسبت این دو را بدست می آورند. از طرف دیگر با عنایت به این که ثمن معامله با فرض سلامت معوض آن پرداخت شده، به نسبت کسر مبلغ زمان انعقاد (یا هر زمان ملاک محاسبه ارش) از مبلغ آن کسر، به عنوان ارش پرداخت می گردد.^۴ (انصاری، ۱۴۲۶ق، ص ۲۸۹)

نکته ای که در این جا باید به آن پرداخته شود این است، که چگونه این مبلغ باید تعیین گردد. و برای این منظور باید تفاوت گذاشت بین حالتی که مورد معامله دارای قیمت معین می باشد با حالتی که مورد معامله از این ویژگی برخوردار نیست. به عبارت دیگر چنانچه به صورت طبیعی، کالای دارای قیمت مشخص باشد؛ به گونه ای که میزان آن محل شک و شبهه نیست، می توان به آن مبلغ تمسک کرد. (انصاری، ۱۴۲۶ق، ص ۲۸۹) به عنوان مثال کالاهایی که دارای قیمت بورسی یا سوقیه هستند. حال اگر قیمت مشخص نبود، تعیین قیمت از طریق کارشناس یا اهل خبر، تعیین می گردد.^۵

بررسی ارش در حقوق ایران و فقه امامیه و تفاوت آن با تقلیل ثمن در کنوانسیون بیع بین الملل ۷۷

این امر نه تنها مورد پذیرش فقها قرار گرفته (نجفی، ۱۳۶۷، ج ۲۳، ص ۲۸۸؛ انصاری ۱۴۲۶ق.، ص ۲۸۹) بلکه مورد پذیرش حقوق دانان و قانون مدنی نیز واقع شده است. (صفایی، ۱۳۸۴، ص ۲۰۱؛ امامی، ۱۳۷۶، ص ۵۰۴)

چنانچه نظر خبره یا کارشناس مورد قبول یا نظر کارشناسان در این خصوص متفاوت نباشد، اعمال نظر آن‌ها بلاشک رفع ماده نزاع می‌کند. لکن اگر اهل خبره با یکدیگر اختلاف گردند تکلیف چیست؟ به عنوان مثال چنانچه برخی ارزش صحیح را کمتر و برخی بیش‌تر و برخی ارزش معیوب آن را کمتر و برخی بیش‌تر ارزیابی کنند.

این مسأله میان فقهان نیز مطرح شده است. برخی با استناد به اصل برائت قول کمتر را پذیرفته‌اند و برخی آن را ضعیف دانسته‌اند (نجفی، ۱۳۶۷، ج ۲۳، ص ۲۹۰؛ انصاری، ۱۴۲۶ق.، ص ۲۲۹) برخی با توجه به قاعده اشتغال ذمه واقعی برائت ذمه واقعی می‌خواهد قائل به قول اکثر شده‌اند که در پاسخ با توجه به این که ادله دال بر نفی پرداخت زائد می‌کند؛ از طرف گروه دیگر این قول نیز ضعیف داشته شده است.

دسته دیگر از فقها چنین قائل شده‌اند که می‌توان حد وسط را انتخاب کرد و این قول را نیز قوی دانسته‌اند. (نجفی، ۱۳۶۷، ج ۲، ص ۳۸) لزوم مصالحه، قرعه، تخییر حاکم و... از جمله راه‌کارهایی است که از طرف فقها ارائه شده است. در کنار اظهارنظرهایی که از طرف فقها صورت گرفته و حکم قضیه را به صورت کلی بیان کرده‌اند، برخی قائل به لزوم حل مسأله به صورت موردی شده‌اند. استدلال راه‌حل مزبور این است، که مبالغ تعیین شده، به طور عام از طرف اهل خبره تعیین شده است و هر کدام از این مبالغ برای تعیین ارش حجت است. لذا برای تعیین ارش در حالت اختلاف نمی‌توان به هیچ کدام از دلایل فوق متمسک شد و اقرب آن است که تا آنجا که امکان دارد جمع بین دلایل کنیم. (انصاری، ۱۴۲۶ق.، ص ۲۲۸) نکته‌ای که در خصوص این نظر قابل تأمل است این است که اگر چه چنانچه حصول

چنین فرضی ممکن باشد احتیاط و چه بسا اقرب به عدالت همین باشد، لکن این راه حل چه بسا باعث ایجاد عسر و حرج یا حتی توقف چگونگی محاسبه ارش خصوص برخی موارد گردد. لذا به نظر می‌رسد جبران قابل اجرا نباشد. چنانچه وجه ترجیح برای احد از کارشناسان باشد، تمسک به کارشناسی وی مقرون به واقع‌تر باشد؛ لکن چنانچه این امر امکان‌پذیر نباشد، متوسل شدن به اوسط قیمت‌ها یعنی معدل آن‌ها ظاهراً راه‌گشاست. که این امر مورد پذیرش قانون مدنی در ماده ۴۲۸ نیز قرار گرفته است. (امامی، ۱۳۷۶، ص ۵۰۴)

چنانچه ملاحظه گردید، تغییرات سوبیه مبلغ مورد معامله هیچ جایگاهی در تعیین ارش ندارد. اگرچه چنانچه خریدار ثابت کند، که به خاطر این تغییرات با عنایت به وجود عیب متصف به صفات موجد حق مطالبه ارش دچار خسارت شده علاوه بر ارش، آن خسارت نیز قابل مطالبه است؛ لکن این امر بسیار دشوار است. نسبت تغییرات قیمت سوبیه نیز در این خصوص مدنظر واقع می‌شد مخصوصاً آنجائی که علم نسبت به عیب از گذشت زمان طولانی حاصل و در این مدت با توجه به شرایط خاص ارزش مورد معامله بسیار تغییر کرده باشد. شایان ذکر است این مقوله در محاسبه تقلیل ثمن حسب کنوانسیون بیع بین‌الملل که در بخش بعد به آن خواهیم پرداخت مدنظر واقع شده است.

۳. تقلیل ثمن و تفاوت آن با ارش

قاعده تقلیل ثمن به عنوان یکی از مفاهیم مطرح در کنوانسیون بیع بین‌الملل به منظور جبران خسارت خریدار در صورت موجود بودن شرایط خاص آن مطرح می‌گردد. با توجه به شباهت این ماهیت با ماهیت ارش، مطالعه این مقوله را ناگزیر داشته تا با مقایسه آن امکان شناخت بیش‌تر هر دو مفهوم فراهم گردد.

۳.۱. مقدمه

منشأ این قاعده در حقوق رم است. بر اساس قاعده حاکم بر معاملات این سیستم حقوقی فروشنده مسئول هر گونه خسارت وارده به مشتری که در اثر تسلیم

بررسی ارزش در حقوق ایران و فقه امامیه و تفاوت آن با تقلیل ثمن در کنوانسیون بیع بین الملل ۷۹

کالای ناقص به او دارد آمده بود. با گذشت زمان، این قاعده دستخوش تغییر شد، چرا که اگرچه جبران خسارت مشتری در این حالت لازم به نظر می‌رسید لکن پرداخت کل مبلغ به عنوان خسارت نیز مطلوب نبود. این تفکر مبنای قاعده تقلیل ثمن قرار گرفت. (صفایی، ۱۳۸۴، ص ۲۷۱)

با تصویب کنوانسیون بیع بین‌الملل در وین، تقلیل ثمن در بند یک ماده ۴۵ پیش‌بینی شد. پیش‌بینی این بند مورد مخالفت کشورهای کامن‌لا به این علت که از نظر آن‌ها به ندرت فروشنده (جز در حالت فورس‌ماژور) مسئول نمی‌باشد، واقع نشد. و اگرچه مفهوم درج شده در کنوانسیون از مفهوم سنتی آن در حقوق رم فاصله گرفت، لکن سرانجام به عنوان یک طریق جبران خسارت مورد تصویب واقع شد.

مفهوم پیش‌بینی شده در کنوانسیون یا مفهوم تقلیل ثمن که در حقوق فرانسه نیز وجود دارد تشابه دارد. چرا که بر اساس حقوق فرانسه، چنانچه عیب در زمان معامله مخفی باشد، مشتری حق فسخ یا تقلیل ثمن را دارد. و نوسانات قیمت بازار نیز در آن دخیل می‌باشد. لکن در حقوق انگلستان اگرچه تقلیل ثمن پیش‌بینی شده لکن در محاسبه آن نوسان قیمت از زمان انعقاد تا زمان تسلیم تاثیری ندارد. (صفایی، ۱۳۸۴، ص ۲۷۹)

بر اساس ماده ۷۴ کنوانسیون، حق دریافت خسارت نیز به عنوان طریق دیگر جبران خسارت پیش‌بینی شده است. که با توجه به چگونگی محاسبه آن نسبت به تقلیل ثمن، در خصوص چگونگی اختلاف قیمت کالا از زمان انعقاد قرارداد تا زمان عقد، ممکن است مورد توجه واقع گردد.^۱ (گودرزی، ۱۳۷۷، ص ۶۵)

۳.۲. شرایط و چگونگی محاسبه تقلیل ثمن

۳.۲.۱. شرایط تحقق تقلیل ثمن

برای استفاده از تقلیل ثمن شرایط خاصی لازم نیست، بلکه شرایطی که در مورد سایر طرق جبران خسارت، حسب کنوانسیون لازم است، در این جا نیز لازم الرعایه است. برخی از این شرایط عبارتند از:

از آن جا که قاعده مزبور هم عدم تطبیق کیفی و هم عدم تطبیق کمی را در بر می گیرد لذا مورد معامله مستنداً به مواد ۳۵ و ۳۶ کنوانسیون نباید منطبق با قرارداد باشد. عدم تطابق کمی مورد معامله در حقوق ایران نیز پذیرفته شده است لکن برای جبران آن ارش در نظر گرفته نشده است. (۳۸۴ ق.م)

ضمان مورد معامله باید منتقل شده باشد. به عبارت دیگر زمانی می توان از ضمانت اجرای تقلیل ثمن بهره برد که ضمان مورد معامله بر عهده فروشنده آن نباشد. چرا که حسب کنوانسیون، مسئولیت فروشنده خصوص عدم تطابق قبل از انتقال ضمان وجود داشته باشد.

مشتری باید برای بهره برداری از قاعده تقلیل ثمن به تکالیف مندرج در ماده ۳۹ و ۴۰ کنوانسیون عمل کند. این تکالیف عبارتند از ارسال اخطار عدم مطابقت به فروشنده در مهلت عرفیه و چنانچه فروشنده اقدام به این امر ننماید از مطالبه تقلیل ثمن محروم می گردد مگر این که دارای عذر موجه باشد. (ماده ۴۴ کنوانسیون) این شرط (شرط اقدام در مهلت قانونی) شبیه شرط اعمال حق فسخ در حقوق ایران می باشد.

فروشنده مطابق مواد ۳۷ و ۴۸ کنوانسیون نسبت به رفع عیب یا تسلیم کالای جایگزین اقدام نکرده باشد (قسمت دوم، ماده ۵۰ کنوانسیون).

نکته ای که باید به آن توجه کرد این است که برای استفاده از حق تقلیل ثمن نیازی به مراجعه به دادگاه نیست بلکه این امر با اراده مشتری صورت می پذیرد. هرچند در صورت بروز اختلاف ممکن است دادگاه حکمی در این خصوص صادر

بررسی ارش در حقوق ایران و فقه امامیه و تفاوت آن با تقلیل ثمن در کنوانسیون بیع بین الملل ۸۱
کند که جنبه اعلامی خواهد داشت. (سید حسین صفایی، حقوق بیع بین الملل و...
همان، ص ۲۷۴)

۳.۲.۲. چگونگی محاسبه تقلیل ثمن

در محاسبه تقلیل ثمن برخلاف چگونگی محاسبه ارش، تغییرات قیمت بازار از زمان انعقاد قرارداد تا تسلیم مدنظر واقع می شود. چرا که زمان مبنا برای عدم تطبیق زمان تسلیم کالا است و ممکن است در بازه زمانی انعقاد تا تسلیم با توجه به طولانی بودن این زمان در قراردادهای بین المللی، تفاوت فاحش قیمت رخ داده باشد و این امر موجب اضرار طرفین یا یکی از آنها در محاسبه تقلیل ثمن گردد. لذا برای محاسبه هم قیمت قراردادی کالا و هم قیمت کالا زمان تسلیم مدنظر واقع می شود و مبلغ مزبور طبق فرمول زیر محاسبه می گردد:

قیمت واقعی کالا منطبق با قرارداد زمان تسلیم = ثمن قرارداد

قیمت واقعی کالای غیر منطبق با قرارداد زمان تسلیم = ثمن تقلیل یافته

همان گونه که ملاحظه می گردد، از آن جا که حسب کنوانسیون عدم تطابق کالا زمان تسلیم ملاک عمل واقع می گردد امکان محاسبه تغییرات قیمت از زمان انعقاد قرارداد تا زمان تسلیم وجود دارد. حال آن که این امر در حقوق ایران خصوص ارش مقدور نیست، چرا که وجود عیب زمان انعقاد ملاک عمل محاسبه می گردد حال آن که ضمان عیوب حادث تا قبل از تسلیم برعهده فروشنده پذیرفته شده است. فی المجموع به نظر می رسد، محاسبه تقلیل ثمن بر اساس کنوانسیون به عدالت قراردادی نزدیک تر باشد.

۳.۳. تفاوت ارش با تقلیل ثمن

با توجه به مطالبی که در قسمت قبل بیان شد، میان ارش در حقوق ایران و تقلیل ثمن در کنوانسیون بیع بین الملل شباهت هایی وجود دارد. لکن با مذاقه در خصوص موضوع، تفاوت هایی میان این دو مفهوم وجود دارد که باعث جدا شدن و دور شدن آنها از یکدیگر می گردد. برخی از این تفاوتها عبارتند از:

از نظر ماهیت، همان‌گونه که ذکر شد، با توجه به مشهور قول فقها و نظر غالب حقوق‌دانان، ارش جزء ثمن نیست و لذاست که پرداخت از عین ثمن الزامی نیست. لکن بر اساس کنوانسیون تقلیل ثمن همواره از خود ثمن صورت می‌پذیرد. که با توجه به آنچه در تحلیل ماهیت ارش گفته شد، این تفاوت قابل توجه نیست. همان‌طور که ذکر شده وجود عیب در زمان انعقاد قرارداد، مبنای محاسبه و امکان مطالبه ارش را فراهم می‌آورد. حال آن‌که عدم مطابقت کالا با شرایط قرارداد حسب کنوانسیون در زمان تسلیم کالا ملاک و معیار محاسبه تقلیل ثمن است. و این در حالی است که معمولاً در قراردادهای بین‌المللی از زمان انعقاد قرارداد تا تسلیم مدت زمان نسبتاً طولانی وجود دارد و چه بسا قیمت مورد معامله در اثناء این مدت، تغییر چشم‌گیر داشته باشد. با این وجود چنانچه خریدار بتواند اثبات خسارتی بیش از مبلغ ارش به علت عیب موجود نماید بر اساس قواعد عمومی قابل مطالبه به نظر می‌رسد.

ارش در حقوق ایران در مواردی تحقق می‌یابد که وجود عیب حین العقد یا بروز عیب در مدت زمانی که مبیع تحت ضمان فروشنده است، اثبات گردد. عیب مزبور ناظر به مسائل کیفی یا به عبارت دیگر عدم تطابق کیفی مورد معامله یا قرارداد می‌باشد. لذا چنانچه عدم تطابق مورد معامله با قرارداد، عدم تطابق کمی باشد، ذیل این شیوه جبران خسارت قابل تعریف نیست. لکن بر اساس کنوانسیون تقلیل ثمن در برگیرنده عدم تطابق کمی و کیفی مورد معامله با قرارداد انعقادی می‌باشد.

همان‌طور که ذکر شد برای مطالبه ارش یا محق شدن برای مطالبه آن، اجرا شدن شروط شکل لازم نیست، لکن ارسال اخطار برای فروشنده برای تحقق امکان تقلیل ثمن در مدت عرفی ضروری است. از طرف دیگر تقلیل ثمن زمانی امکان مطالبه دارد که ضمان از عهده فروشنده به خریدار منتقل شده باشد و عیب نیز از طرف او برطرف نشده باشد، لکن هیچ کدام از موارد فوق نافی مطالبه ارش

بررسی ارش در حقوق ایران و فقه امامیه و تفاوت آن با تقلیل ثمن در کنوانسیون بیع بین الملل ۸۳

نیست. چرا که به عنوان مثال چنانچه عیب زمان عقد موجود باشد، و بیع از نوع بیع خیاری باشد، مشتری باز می تواند مطالبه ارش آن عیب را بنماید و اطلاق ادله نیز امکان مطالبه ارش با وجود بر طرف شدن عیب را منتفی نمی داند. اگر چه بحث خصوص این مطلب در بخش شرایط ارش بیان شد.

نکته ای که می توان به عنوان سیاست این دو مطرح کرد این است که مطالبه ارش و تقلیل ثمن هیچ کدام به خودی خود نیاز به مراجعه به دادگاه ندارد مگر در موارد اختلاف که در این حالت نیز حکم دادگاه، اعلامی خواهد بود.

۴. جمع بندی

از آنچه ذکر شد، محرز است که قانون گذار و عقل جمع بشری وجود عدالت در روابط قراردادی و لزوم وجود رابطه عوض و معوضی را در معاملات پذیرفته است. نهاد ارش و تقلیل ثمن به این منظور ایجاد شده است، که یکی ناظر به روابط داخلی و دیگری در سطح بین الملل است. از نظر مبثائی هر دو مفهوم در یک راستا و به یک منظور به وجود آمده اند. تفاوت های موجود، ناظر به محدوده اجرای این دو مفهوم است. لکن به نظر می رسد با توجه به این که شکل امروزه معاملات داخلی، تفاوت فاحش داشته و چه بسا در اثر تغییرات بازار، خسارات بسیار زیاده تر از ارش با توجه به معیوب بودن مورد معامله به خریدار وارد آید، به نظر با تدبیر راه حلی برای امکان دریافت این خسارت از طریقی غیر از قواعد عمومی و ذیل یک قاعده خاص مفید فایده می باشد. از طرف دیگر به نظر می رسد نقطه ای را به عنوان مبدأ محاسبه خسارت قرار دهیم که حداکثر خسارت ممکن قابل محاسبه و مطالبه باشد، تا به این ترتیب، احقاق حق سریع تر محقق گردد.

-
- ۱- ما يدفع من المال للمعامله بين السلامه و العيب في السلعه و منه ما ياحد المشتري من البايع اذا اطلع على عيب في المبيع.
 - ۲- "ان له ارش العيب" و "رد التفاوت الى المشتري"
 - ۳- برای مطالعه بیشتر رجوع کنید به: عبدالرزاق احمد سنه‌وری، الوسيط، ۱۴۰۰ق، ص ۷۵۳
 - ۴- "يعرف الارش بمعرفه قيمتي الصحيح و المعيب ليعرف التفاوت بينهما فيؤخذ من البايع نسبه ذلك التفاوت".
 - ۵- فلا بد من رجوع الى العارف بها.
 - ۶- برای جلوگیری از اطاله کلام و خروج موضوعی این بحث از ارائه مطالب در این خصوص خودداری می‌گردد. برای مطالعه بیشتر رجوع شود به: سید حسین صفایی، حقوق بیع بین الملل با مطالعه تطبیقی، ۱۳۸۴، ص ۲۷۷ به بعد و عباس گودرزی، آثار ناشی از نقض تعهد در حقوق ایران و کنوانسیون بیع بین الملل، ۱۳۷۷، ص ۶۵ به بعد.

منابع منابع فارسی

۱. امامی، سید حسن (۱۳۷۶)، *حقوق مدنی*، تهران، انتشارات اسلامیه.
۲. انصاری، طاهری، مسعود، محمدعلی (۱۳۸۴)، *دانشنامه حقوق خصوصی*، ج اول، تهران: انتشارات محراب فکر.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۲)، *الفارق*، تهران: گنج دانش.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۷)، *مبسوط در ترمینولوژی حقوقی*، تهران: گنج دانش.
۵. حجازی، سعید (۱۳۸۲)، *خيار عيب در عقد بيع (پایان نامه کارشناسی ارشد)* دانشگاه امام صادق (ع).
۶. صفایی، سید حسین (۱۳۸۲)، *دوره مقدماتی حقوق مدنی*، جلد ۲، تهران: نشر المیزان.
۷. صفایی، سیدحسین و همکاران (۱۳۸۴)، *حقوق بيع بين الملل با مطالعه تطبیقی*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۸. عبده بروجردی، محمد (۱۳۸۰)، *حقوق مدنی*، تهران: انتشارات طه.
۹. گودرزی، عباس (۱۳۷۷)، *آثار ناشی از نقض تعهد در حقوق ایران و کنوانسیون بيع بين الملل*، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه امام صادق (ع).
۱۰. مدنی، سیدجلال الدین (۱۳۸۵)، *حقوق مدنی*، جلد، تهران: انتشارات پایدار.

منابع عربی

۱. ابن منظور (۱۹۸۸ م)، *لسان العرب*، ج اول، دار الاحیاء التراث العربی.
۲. انصاری، مرتضی (۱۴۲۶ ق)، *مکاسب*، جلد ۳، قم: دار المحکمه.
۳. جمال عبدالناصر (بی تا)، *موسوعه الفقه الاسلامی*، قاهره: مجلس اعلاى اسلامى.
۴. حسینی عاملی، محمدجواد (۱۴۱۹ ق)، *مفتاح الکرامه*، جلد ۴، قم: موسسه نشر اسلامى.

۸۶ ربیعاً اسکینی و علیرضا جعفریان

۵. سنهوری، عبدالرزاق احمد (۱۴۰۰)، *الوسیط فی شرح قانون المدنی*، جلد ۴، لبنان: دار احیا التراث العربی.
۶. شیخ طوسی (بی تا)، *المبسوط*، جلد ۲، قم: نشر قم.
۷. طباطبایی، سید محمد (۱۳۷۸ هـ.ق)، *حاشیه بر مکاسب*، تهران: دارالمعارف الاسلامیه.
۸. موسوی خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۲ ق.)، *مصباح الفقاهه*، جلد ۶، لبنان: دارالهادی.
۹. نجفی، محمد حسن (۱۳۶۷)، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، تهران: چاپخانه خورشید.

منابع انگلیسی

1. Swect&matwell(2001), *InternatonalTradeLaw*, London
2. Reter (2005), *InternatonalTradeLaw*, London
3. UniformLawForInternationanSalesUnderThe1980UnitedNationConvention, 3rde,1989