

فقه و اجتهاد

دوفصلنامه علمی - پژوهشی
سال یازدهم، شماره بیست و دوم (پاییز و زمستان ۱۴۰۳)



صاحب امتیاز:

مرکز فقهی ائمه اطهار

مدیر مسئول:

آیت الله محمدجواد فاضل لنکرانی

سر دبیر:

علی نهبانندی

دبیر تحریریه:

محمد رضا محمودی

دبیر اجرایی:

مهدی مقدادی داودی

ویراستار:

محمد شیرینکار موحد

مترجم انگلیسی:

علی رشیدآبادی

مترجم عربی:

علی فراهانی

طراح:

حمیدرضا پور حسین

صفحه آرا:

صفر علی اخلاقی

هیئت تحریریه به ترتیب حروف الفبا

- جعفر بستان (نجفی) (استاد دروس خارج حوزه علمیه قم)
- سید جواد حسینی گرگانی (استاد سطوح عالی حوزه علمیه قم و مدرس دانشگاه)
- محمدجعفر طیبسی (مدرس دانشگاه و استاد حوزه علمیه قم)
- سید علی علوی قزوینی (دانشیار دانشگاه تهران، پردیس فارابی)
- محمدجواد فاضل لنکرانی (استاد دروس خارج حوزه علمیه قم)
- محمدرضا فاضل کاشانی (استاد دروس خارج حوزه علمیه قم)
- محمد قائینی (استاد دروس خارج حوزه علمیه قم)
- سید محمد نجفی یزدی (استادیار جامعه المصطفی العالمیه)
- علی نهبانندی (استاد خارج حوزه علمیه قم)
- سعید واعظی (استاد خارج حوزه علمیه قم)

دوفصلنامه فقه و اجتهاد بر اساس نامه شماره ۱۲۱۲۳
شورای اعطای مجوزها و امتیازهای شورای عالی حوزه‌های
علمیه در جلسه مورخ ۱۴۰۱/۶/۱ از شماره دهم به رتبه
علمی - پژوهشی ارتقا یافته است.

نمایه شده در پایگاه‌های:

Magiran (بانک اطلاعات نشریات کشور)

Noormags (پایگاه مجلات تخصصی نور)

نشانی: قم، میدان معلم، مرکز فقهی ائمه اطهار

معاونت پژوهش، دفتر فصلنامه فقه و اجتهاد

تلفن: ۰۲۵ - ۳۷۷۴۹۴۹۴

دورنگار: ۰۲۵ - ۳۷۷۳۰۵۸۸

سامانه فصلنامه: www.mags.markafeqhi.com

پست الکترونیکی: mags@markafeqhi.com

قیمت: ۱۴۰۰۰۰۰ ریال

Feasibility Study of Extending Arsh (Compensation) to Qualities and Conditions with a View to Consumer Rights

Mohammad Rasoul Ahangaran¹

Ruhollah Zarchipour²

Mohammad Reza Fallah Taft³

Abstract

When a trader receives defective goods, alongside the right to terminate, the right to claim compensation (arsh) is established, and according to the well-known opinion among jurists, it is limited to cases of absence of the quality of soundness. The limitation of arsh to defective goods can be considered a devotional matter (Amre Taabbodi) based on narrations. The present writing, through descriptive-analytical examination of library scientific data, has concluded that arsh evidence can be extended to qualities of perfection and conditions through three paths. The first way is to create parity checking between the price portion and qualities and conditions; the second way is identifying arsh as one of the methods of harm prevention and reasoning through no-harm principle; and the third way is introducing arsh as rational. In common transactions among the rational, parts, qualities, and conditions of the sold item are of three types, some of which are against price, some against property, and some neither against price nor property, and arsh only applies in the second type. We believe that just as the rational are inclined toward the quality of soundness and pay money for it, they have the same foundation for qualities of perfection and valuable conditions, and in fact, the quality of soundness is also of the second type; therefore, arsh should not be limited to defective goods. Careful examination of arsh narrations also shows that these narrations confirm rational conduct rather than establishing it. Observing the laws of different countries, which act as a mirror reflecting global rational conduct, leaves no doubt about the rationality of arsh.

Keywords: Arsh, Extension of Arsh, Quality of Soundness, Qualities of Perfection, Financial Qualities and Conditions.

1. Professor at University of Tehran, Farabi Colleges; Corresponding Author; ahangaran@ut.ac.ir

2. Researcher at Qom Seminary; z.roohallah28@yahoo.com

3. Researcher at Qom Seminary; m_fallah@ut.ac.ir

فقه واجتهاد

دوفصلنامه علمی - پژوهشی
سال یازدهم، شماره بیستم و دوم (پاییز و زمستان ۱۴۰۳)
تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۶/۱۰
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۱/۱۴

امکان سنجی تعمیم ارش به اوصاف و شروط با نگاهی به حقوق مصرف کننده

محمدرسول آهنگران^۱

روح الله زارچی پور^۲

محمدرضا فلاح تفتی^۳

چکیده

چنانچه معامله کننده کالای معیوبی دریافت نماید، در کنار حق فسخ، حق مطالبه ارش برای او ثابت بوده و بنا بر نظر معروف بین فقها، اختصاص به مواضع فقدان وصف صحت دارد. اختصاص ارش به کالای معیوب را می توان با اتکا به روایات، امری تعبدی قلمداد کرد. نوشتار پیش رو با بررسی توصیفی - تحلیلی داده های علمی کتابخانه ای به این نتیجه رسیده است که ادله ارش، با طی سه مسیر قابل تعمیم ارش به اوصاف کمال و شروط است. راه اول ایجاد تقابل بین جزء ثمن و اوصاف و شروط است؛ راه دوم شناسایی ارش به عنوان یکی از طرق دفع ضرر و استدلال به لاضرر؛ و راه سوم عقلایی معرفی نمودن ارش است. در معاملات مرسوم بین عقلا، اجزاء، اوصاف و شروط مبیع بر سه قسم اند که برخی از آنها در مقابل ثمن قرار دارند؛ برخی مقابل مال هستند؛ و برخی نه در برابر ثمن هستند و نه در برابر مال، و ارش فقط در قسم دوم جریان دارد. ما معتقدیم عقلا همان گونه که به وصف صحت رغبت دارند و در مقابل آن مال پرداخت می کنند، نسبت به اوصاف کمال و شروط دارای ارزش مالی هم چنین بنایی دارند و در حقیقت وصف صحت هم از قسم دوم است؛ بنابراین ارش نباید مختص به کالای معیوب باشد. دقت در روایات ارش نیز مشخص می کند که این روایات تأیید سیره عقلاست نه در مقام تأسیس. ملاحظه قوانین کشورهای مختلف که به مثابه آیین های نمایشگر سیره عقلای جهان است نیز جای تردید در عقلایی بودن ارش باقی نمی گذارد.

کلیدواژگان: ارش، تعمیم ارش، وصف صحت، اوصاف کمال، اوصاف و شروط مالی.

۱. استاد دانشگاه تهران دانشکده گان فارابی؛ ahangaran@ut.ac.ir.

۲. پژوهشگر حوزه علمیه قم؛ z.roohallah28@yahoo.com.

۳. عضو مجلس خبرگان رهبری، پژوهشگر حوزه علمیه قم؛ m_fallah@ut.ac.ir.

مقدمه

عرضه‌کننده کالا علاوه بر تعهد به اصل مبیع، باید به اوصاف و شروطی که در ضمن عقد بر آن توافق شده نیز وفا نماید. نقض عهد در اوصاف و شروط، برای خریدار حق فسخ می‌آورد (قانونی مدنی، مواد ۲۳۵ و ۴۱۰) اما با این حال در بسیاری از معاملات شاهد پیمان‌شکنی عرضه‌کننده نسبت به اوصاف و شروط هستیم؛ چون وی می‌داند فسخ معامله به ضرر خریدار است و حتی با فقدان وصف یا شرط اقدام به فسخ نمی‌کند. هرچند در موارد فقدان وصف صحت، مصرف‌کننده در کنار حق فسخ می‌تواند از متعهد ارش طلب کند (قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان، ماده ۲) ولی در اوصاف کمال و شروط چنین حقی از نظر قانون ایران برای وی شناسایی نشده است. گروه مصرف‌کنندگان از این جهت بیشتر در معرض آسیب قرار دارند؛ چون با پیشرفت چشمگیر در عرصه تولید و عرضه کالاها و خدمات و عدم تخصص آنها، عرضه‌کنندگان به دلیل حرفه‌ای بودن از موقعیت ضعیف مصرف‌کننده بهره نایجا می‌برند.

درباره مسئله تعمیم ارش چند مقاله به رشته تحریر درآمده است.^۱ برخی از وجوه تمایز و نوآوری‌های پژوهش حاضر نسبت به تحقیقات دیگر عبارت‌اند از: الف) بررسی سه روش تعمیم با عنایت به ادله ارش؛ ب) اثبات عقلایی بودن ارش با توجه به قوانین بین‌المللی و کشورهای مختلف، و تبیین امضایی بودن روایات ارش؛ ج) اثبات عدم تفکیک بین وصف صحت و کمال در معاملات عرف؛ ه) معرفی حق ارش به‌عنوان مؤلفه حمایت از مصرف‌کننده.

پژوهش پیش‌رو بر اساس آموزه‌های فقه امامیه، امکان تعمیم قلمرو ارش به اوصاف کمال، شروط و برخی اختیارات را بررسی نموده است. ساختار مقاله بدین صورت است که پس از مفهوم‌شناسی و بیان ضرورت توسعه ارش به اوصاف و شروط، ابتدا با نظر به ادله ارش، تعمیم آن بر اساس طرق سه‌گانه مورد مذاقه قرار

۱. برخی از این مقالات عبارتند از: «تحلیل ارش بر مبنای ضمان معاوضی فروشنده نسبت به وصف سلامت کالا»، اثر قنونی و مسعودیان؛ «تحلیل فقهی - حقوقی امکان تعمیم ارش مدنی به سایر اختیارات»، اثر ایزدی فرد و فلاح.

داده است، و سپس با تحلیل و نقد هریک از راه‌ها و تحقیق در دیدگاه فقها، بهترین راه تعمیم ارزش معرفی شده، و در نهایت مفاد ادله تعمیم و دایره عمومیت آن تبیین گردیده است. روشن است که در صورت اثبات تعمیم ارزش به اوصاف و شروط، مسیر برای شناسایی حق ارزش به عنوان یکی از حقوق مصرف‌کننده هموار می‌شود.

۱. مفهوم‌شناسی

۱.۱. ارزش و جایگاه آن

اصل ارزش به معنای فساد است که بعداً در نقصان اعیان به کار رفته؛ چرا که به معنای فساد در آنهاست. (فیومی، بی تا، ج ۲، ص ۱۲) ارزش در اصطلاح فقهی و حقوقی به مالی می‌گویند که برای جبران خسارت بدنی یا مالی پرداخت می‌شود (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۶ق، ج ۱، ص ۳۵۴) و در شرع مقداری برای آن تعیین نشده است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۵، ص ۳۹۱). در باب معاملات، ارزش کالای معیوب، عبارت است از نسبت تفاوت بین صحیح و معیوب که از ثمن (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق، ص ۱۵۵) یا غیر ثمن اخذ می‌شود.

طرفین در زمان قرارداد باید به عوضین و صحت آنها علم داشته باشند تا معامله به دلیل «نهی رسول الله ﷺ... عن بیع الغرر» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۷، ص ۴۴۸) غرری نشده و مهر بطلان بر آن نخورد. یکی از طرق اطمینان به صحت مبیع، بناگذاری بر اصل صحت و سلامت است؛ عقلاً در معاملاتشان با بناگذاری بر سلامت مورد معامله وثوق نوعی پیدا می‌کنند و غرر بر طرف می‌گردد. خیار عیب نیز امری تعبّدی نبوده و کاملاً مبتنی بر سیره عقلاست چون آنها زمانی به قرارداد پایبند می‌مانند که کالای سالم دریافت کنند و اگر از این شرط ضمنی تخلف شود وفادار نیستند (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹ق، ج ۱، ص ۶۴).

اگر کالا معیوب باشد معروف بین فقها این است که خریدار قبل از تصرف در کالا مخیر بین فسخ و ارزش است و اگر در کالا تصرف نموده باشد حق فسخ او ساقط می‌شود و تنها حق مطالبه ارزش دارد (شیخ مفید، ۱۴۱۳ق، ص ۵۹۷؛ شیخ

طوسی، ۱۴۱۰ق، ص ۳۹۲؛ سلار دیلمی، ۱۴۰۴ق، ص ۱۷۵). چنانچه وصف مفقود از جمله اوصافی باشد که وجودش مزیت و کمال برای کالا محسوب می‌شود، خریدار فقط حق فسخ دارد (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۲۱۶؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۶۹؛ نائینی، ۱۳۷۳ق، ج ۱، ص ۲۹۷) و طبق نظر مشهور فقها (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۵، صص ۲۷۶ و ۲۸۲) و قوانین ایران (قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان، ماده ۲) حق اُرش فقط در صورت معیوب‌بودن قابل مطالبه است.

توجه باشد که در عصر حاضر چون ثمن از نقد رایج پرداخت می‌شود، فقدان وصف صحت یا کمال در مورد ثمن معنا نداشته و خیار عیب در قریب به اتفاق موارد به خریدار - که غالباً مصرف‌کننده است - اختصاص دارد.

۱.۲. اوصاف

اوصاف جمع وصف و در عرف به معنای خصوصیات و ویژگی‌های شیء است. در العین آمده وصف بیان چیزی است با زیور و خصوصیات آن (فراهیدی، ۱۴۱۰ق، ج ۷، ص ۱۶۲). در ادبیات فقهی و حقوقی هم وصف در معنای متفاوتی استعمال نمی‌شود (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۶ق، ج ۵، ص ۸۶)؛ و به خصوصیات مورد معامله در حین مذاکره عقد و قبل از آن اطلاق می‌گردد (جعفری لنگرودی، ۱۴۰۰ش، ص ۷۷۸).

۱.۳. شروط

شرط که جمع آن شروط است در علوم منطق، اصول و نحو معانی متفاوتی دارد، ولی مقصود ما از شرط در پژوهش حاضر معنای عرفی آن است. شرط در لغت و عرف گاهی به معنای مصدری (حدثی) است و گاهی اسم مصدری. شرط مصدری همان «الزام» و «التزام» به شیء است (علیدوست، ۱۳۹۵ش، ص ۲۰۳) که اشتقاق از آن صحیح است؛ برخلاف معنای اسم مصدری که جامد بوده و ساخت مشتق از آن ممکن نیست. عده‌ای از فقها معتقدند شرط فقط بر تعهداتی که وابسته و تابع باشند اطلاق می‌گردد (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۵، ص ۲۲)، و گروهی دیگر می‌گویند علاوه بر تعهدات غیرمستقل، اطلاق شرط به تعهدات مستقل و غیروابسته به عقود دیگر نیز صحیح است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۵، ص ۲۲). از آنجاکه مراد ما از شروط در این نوشتار،

الزامات و التزامات ضمن عقد است، تحقیق پیرامون این اختلاف برای ما ثمره چندانی نخواهد داشت.

شروط ضمن عقد بر دو قسم اند؛ گاهی مرتبط با محتوای قراردادند مانند شرط تحویل مبیع در محلّ خاص، و گاهی ارتباطی با محتوای عقد ندارند (محقق داماد، ۱۳۹۰ش، ص ۲۰۵) مثل این که در ضمن خرید خودرو شرط شود منزلش را رنگ آمیزی کند.

۲. ضرورت تعمیم ارزش و ناکارآمدی فسخ در حمایت از مصرف کننده

امروزه که فروشندگان، تولیدکنندگان و دلالان با شیوه‌های فریب آمیز در پی سوءاستفاده از مصرف کنندگان هستند، لازم است برای حمایت از این گروه، اختیارات قانونی بیشتری به آنان داده شود. مصرف کننده در فرض مفقود بودن وصف یا شرط، حق فسخ معامله را دارد (قانون مدنی، مواد ۲۳۵ و ۴۱۰) که موجب می شود تولیدکننده دقت بیشتری به کار گیرد تا کالایش مرجوع نشده و اعتبارش خدشه دار نشود، و طبیعتاً این امر، موجب پیشرفت در تولید و کیفیت محصولات در سطح گسترده خواهد شد. لکن فسخ قرارداد به تنهایی برای حمایت از مصرف کننده کافی نیست؛ در بسیاری از مواقع عرضه کننده کالا یا خدمت اطمینان دارد که فسخ معامله برای مصرف کننده، هزینه دارد و به ناچار بیع را امضا خواهد کرد؛ و لذا به شروط ضمنی عمل نمی کند.

افزون بر این، غالباً فسخ قرارداد، ضررهای ناشی از فقدان وصف کمال را جبران نمی کند و فسخ و امضای هر دو به ضرر مصرف کننده خواهد بود. به عنوان مثال: فردی در بازار ایران، خودرویی با وصف دارابودن کیسه هوا^۱ خریداری می کند؛ اما پس از تحویل، در می یابد کالا فاقد برخی امکانات مثل کیسه هواست. در چنین جایی خودرو معیوب تلقی نمی شود؛ اما فاقد وصف کمال بوده و فسخ به ضرر مصرف کننده است؛ چون اولاً قیمت خودرو افزایش یافته و با فسخ و استرداد ثمن توان خرید خودرویی همانند آن را ندارد، ثانیاً ثبت نام مجدد برای خرید و طی

مراحل آن به قدری زمان‌بر است که مصرف‌کننده را از فسخ منصرف می‌کند، و ثالثاً در صورت فسخ معامله، باید مدتی را بدون خودرو سپری کند که موجب مشقت وی خواهد شد. از طرف دیگر، التزام به معامله نیز برای وی زیان‌بار است؛ چون ثمن بیشتری برای خودروی با وصف کیسه هوا پرداخته است. به نظر نگارندگان، تعمیم ارش به اوصاف و شروط از چند جهت دارای مزیت است:

- الف) با مطالبه ارش، قرارداد فسخ نمی‌شود و این با "اصالة اللزوم" و مشی شارع بر بقای معاملات هماهنگ‌تر است؛
- ب) همان‌گونه که در مثال اخیر بیان شد مصرف‌کننده غالباً با اخذ ارش آسان‌تر و با هزینه کمتر به حق خود می‌رسد؛
- ج) عرضه‌کنندگانی که قصد سوءاستفاده دارند، به اوصاف و شروط ضمن عقد، اهمیت بیشتری خواهند داد؛
- د) سیره عقلا بر این است که از کم هزینه‌ترین روش برای رفع ضرر استفاده نمایند و تا جایی که ممکن است معامله را فسخ نکنند. مقتضای عدل و انصاف (سیفی مازندرانی، ۱۴۲۵ق، ج ۱، ص ۲۰۸) نیز مفاد این سیره را تأیید می‌کند.

۳. ادله تعمیم ارش

عده‌ای از فقها معتقدند که امکان تعمیم ارش به اوصاف و شروط وجود دارد و گروهی دیگر مخالف این نظریه هستند. البته منشأ این مخالفت، یکسان نیست؛ گروهی از فقها چون ارش را امری تعبّدی می‌دانند و معتقدند که از روایات استفاده می‌شود که ارش به فقدان وصف صحّت اختصاص دارد؛ تعمیم آن به اوصاف و شروط را نمی‌پذیرند و برخی دیگر با این که ارش را امری غیر تعبّدی می‌دانند، آن را به وصف صحّت اختصاص می‌دهند.

آنچه سبب تقابل دو دیدگاه درباره تعمیم ارش شده، اختلاف نظر در دلیل آن است. به نظر نگارنده با عنایت به نوع دلیل ارش، سه مسیر برای تعمیم آن می‌توان پیمود که البته هریک نیاز به بررسی و تحلیل دارد.

۳.۱. تعمیم ارزش بر مبنای تقابل اوصاف با ائمان

برخی از فقها با نفی تعبدیت ارزش معتقدند مطالبه ارزش به لحاظ تقابل اوصاف با ائمان است (سبحانی، ۱۴۱۴ق، صص ۴۲۳-۴۲۷). طبق این نظریه مسیر برای تعمیم ارزش هموار می‌شود؛ اما لازم است کلام و ادله طرف‌داران این دیدگاه مورد بحث قرار گیرد.

علامه حلی و برخی از فقها معتقدند که ارزش امری تعبدی نیست (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۵، صص ۲۶۷ و ۲۶۸ و ۲۹۸؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۸، ص ۴۲۶) بلکه مطابق قاعده بوده و جزئی از ثمن است و وصف می‌تواند در مقابل ثمن قرار گیرد (محقق کرکی، ۱۴۰۴ق، ج ۴، ص ۳۳۵؛ بهبهانی، ۱۳۱۰ق، ص ۱۶۰).

اگر مشتری کالایی را خریداری کند؛ فروشنده به اقتضای شرط ضمنی باید مبیع را سالم تحویل دهد و اگر کالای معیوب به مشتری داده شود بخشی از ثمن پرداخت شده بلاعوض می‌ماند و فروشنده مکلف است برگرداند، و این همان ارزش است؛ بنابراین ارزش، مقتضای قاعده است و تعبد محض نیست تا تعمیم آن به اوصاف دیگر ناممکن باشد.

علامه در تذکره می‌فرماید که مشتری حق دارد برای مطالبه بخشی از ثمن رجوع کند؛ زیرا چنانچه تمام مبیع نزد بایع باقی می‌ماند، بایع به ثمنی که گرفته ضامن مبیع بود، پس هنگامی که جزئی از مبیع نزد بایع باقی بماند به جزئی از ثمنی که گرفته ضامن است (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۱، صص ۱۱۰ و ۲۲۸).

برخی از حقوق‌دانان با وام‌گرفتن از این کلام و پذیرش تقابل اوصاف با ائمان معتقدند استحقاق مطالبه ارزش بر مبنای ضمان معاوضی است (قنواتی و مسعودیان، ۱۳۹۵، ص ۲۹۵). ضمان معاوضی بدین معناست که در مطلق معاوضات هریک از طرفین متعهد می‌شود که مال را در مقابل بدلش بگیرد (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۲۸۴). مثلاً فروشنده در مقابل ثمنی که دریافت می‌کند هم متعهد به عین است و هم متعهد به اوصاف صریح و ضمنی. حال که به تعهدش درباره وصف وفا نکرده است، ضمانش نسبت به اوصاف باقی بوده و ارزش بدل از ضمان وی نسبت به وصف است.

شهید ثانی تصریح به تقابل اوصاف با ائمان نکرده‌اند؛ ولی از آنجا که معتقدند اُرش اگرچه یکی از عوضین نیست؛ لکن مانند جزئی ناقص از عوضین و به منزله بخشی از عوض است (شهید ثانی، ۱۴۲۹ق، ج ۲، ص ۲۷۴) می‌توان فهمید که به این نظر گرایش دارند؛ چون فقهایی که اُرش را تعبدی و خلاف قاعده می‌دانند آن را نوعی غرامت محسوب می‌کنند نه بخشی از ثمن.

بنا بر آنچه ذکر شد اگر اوصاف در مقابل ائمان باشند، میان وصف صحّت با اوصاف کمال و شروط نباید تفاوتی قائل شد؛ چون همان‌گونه که وصف صحّت، جزئی از ثمن را به خود اختصاص می‌دهد؛ اوصاف کمال و بسیاری از شروط هم ارزش مالی داشته و ما به‌ازای ثمن قرار می‌گیرند و لذا در صورت تخلف وصف می‌توان اُرش گرفت.

از عبارات تذکره (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۰، ص ۲۵۶) و برخی دیگر (صیمری، ۱۴۲۰ق، ج ۲، ص ۶۳) استفاده می‌شود که بر اساس نظریه تقابل اوصاف با ائمان، اُرش در تخلف شرط قابل‌پذیرش است.

۳.۲. تعمیم اُرش بر مبنای قاعده لاضرر

از کلام عده‌ای از فقها استفاده می‌شود که قاعده «لاضرر» یکی از ادله خیار عیب و حق اُرش است (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۹، ص ۲۷۳؛ شهید ثانی، ۱۴۲۹ق، ج ۴، ص ۳۵۲؛ رشتی، ۱۴۰۷ق، ص ۶۵۲؛ مغنیه، ۱۴۲۱ق، ج ۳، ص ۲۱۷؛ کاشف الغطاء، ۱۳۵۹ق، ج ۱، ص ۶۳؛ مصطفوی، ۱۴۲۳ق، ص ۸۷). بعضی عبارات شیخ انصاری نیز ظهور در این دارد که اُرش برای جبران ضرر مشتری است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۵، ص ۲۷۵ و ج ۶، ص ۲۸۵). این واقعیتی انکارناپذیر است که در بسیاری از مواقع، اُرش بهتر از فسخ، ضرر را جبران می‌کند؛ چون ممکن است بنا به دلایلی فسخ و امضای معامله هر دو مستلزم ضرر مشتری باشد؛ مثلاً خریدار در صورت فسخ باید هزینه زیادی را برای ارجاع کالا خرج کند یا برای خرید دوباره کالای مورد نیازش که بر اثر تورم گران شده قیمت بیشتری پردازد، یا پروژه‌ای که به آن مشغول بوده را به دلیل نداشتن یک قطعه تعطیل کند؛ درحالی که می‌تواند با اخذ اُرش ضررش را جبران نماید.

ضمناً اصل در معاملات بر لزوم است (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۳۶) و عقلاً تا جایی که امکان دارد معامله را فسخ نمی‌کنند. مطالعه روایات جلد ۱۷ و ۱۸ وسائل الشیعه که مرتبط با معاملات است این مدعا را ثابت می‌کند که بنای شارع هم بر حفظ معاملات است؛ و از این جهت اخذ اُرش بر فسخ ترجیح دارد. محقق مامقانی در ذکر ادله اُرش به «لاضرر» استناد نموده و می‌فرماید: قاعده لاضرر موجب می‌شود که مشتری قادر بر دفع ضرر وارد از ناحیه عیب باشد. همان‌طور که ضرر مشتری با فسخ جبران می‌شود، با اُرش نیز قابل جبران است و از این رو وی مخیر بین ردّ و اُرش است، و صرف دفع ضرر به وسیله فسخ، موجب الزام او به فسخ نیست، بلکه او حق دارد ضرر را به هر نحو که بخواهد دفع نماید؛ یا فسخ معامله، یا ابقای معامله همراه با اخذ اُرش. فروشنده نیز نمی‌تواند از آن چیزی که مشتری انتخاب کرده امتناع کند؛ چون ضرر از جانب او وارد شده است (مامقانی، ۱۳۵۰ق، صص ۱۰۳ و ۱۰۴).

حکم به پرداخت نکردن اُرش، حکمی ضرری است و لاضرر این حکم را بر می‌دارد؛ لذا حتی اگر به این مبنا معتقد باشیم که لاضرر فقط نفی حکم می‌کند نیز استدلال به آن بدون اشکال است. محقق یزدی در تأیید تمسک به لاضرر به عنوان دلیل اُرش می‌فرماید مقتضای قاعده لاضرر، رفع حکمی است که ضرر از آن لازم می‌آید و در ما نحن فیه پرداخت ثمن بیشتر در برابر چیزی که تسلیم نشده ضرر بر مشتری بوده و ناچار از رفع آن است، و رفع ضرر همان‌طور که با فسخ صورت می‌گیرد با اُرش هم ممکن است. به عبارت دیگر، ضرر از جهت صحّت عقد است و جبرانش لازم است؛ یا با فسخ یا با اُرش (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۱۳۰ و ۱۳۱). حتی می‌توان ادعا کرد که منشأ ضرر خریدار، متعادل نبودن عوضین است که جبرانش هم با فسخ معامله میسر است و هم با اخذ اُرش.

بر فرض پذیرش قاعده لاضرر به عنوان دلیل حق اُرش، این نهاد از حالت تعبّدی خارج شده و تعمیر آن میسر می‌گردد؛ چون لاضرر یک قاعده تعبّدی نیست؛ لذا در معاملاتی که مبیع متّصف به وصف کمال یا مقرون به شرط دارای ارزش مالی است، و متعهد به وصف یا شرط وفا نمی‌کند، مشتری برای جلوگیری از ضرر حق

دارد از فروشنده اُرش مطالبه کند. پس قاعده لاضرر این امکان را فراهم می‌کند تا مصرف‌کننده، قادر باشد ضرری که از ناحیه فقدان وصف کمال یا عدم انجام شرط، وارد شده را رفع کند، و ضرر هم با فسخ جبران می‌شود و هم با اُرش، و او مخیر است روش رفع ضرر را انتخاب کند.

۳.۳. تعمیم اُرش بر مبنای سیره عقلا

اُرش امری است که در معاملات عرف رواج دارد و سیره عقلا اصلی‌ترین دلیل حق اُرش به شمار می‌رود. برای تصدیق این امر باید عدم تعبدیت اُرش و معهود بودن آن نزد عقلا تبیین شده، و با بررسی روایات، امضایی یا تأسیسی بودن آنها روشن گردد. نگارنده معتقد است با کنار هم قراردادن مطالب مطرح در بندهای ذیل، عمومیت قلمرو اُرش به اثبات خواهد رسید.

۳.۳.۱. تعمیم اُرش در کلام فقها

تا آنجا که جستجو کردیم اولین کسی که اُرش در تخلف شرط را پذیرفته علامه حلی است. ایشان می‌فرماید: «لو شرط علی البائع عملاً سائغاً، تخیر المشتري بین الفسخ و المطالبة به أو بعوضه إن فات وقته و كان ممّا يتقوّم» (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۰، ص ۲۵۶).

شیخ انصاری بعد از نقل کلام ایشان می‌فرماید: «و ما ذكره لا يخلو عن وجه». (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۶، ص ۷۵) حواشی و شروح مکاسب ذیل این عبارت شیخ، اُرش در شرط را مورد بررسی قرار داده و عده‌ای آن را قبول کرده‌اند. مثلاً محقق نائینی در جایی که شرط بنفسه مالیت داشته باشد و در مقابل آن مال پرداخت شود، به صورت موجب جزئیة قائل به اُرش شده‌اند (نائینی، ۱۳۷۳ق، ج ۲، صص ۱۳۸ و ۱۳۹).

صاحب عروه، شروط و اوصاف را ما بازاء مال دانسته و با انکار تعبدیت اُرش، مطالبه اُرش در تخلف شرط را مورد پذیرش قرار می‌دهد. ایشان می‌فرماید: معامله یک مقام انشاء دارد و یک مقام لبّ و معنا. مقام انشاء همان مقام اظهار اراده است که طرفین با کلام و عمل این مقام را تحقق می‌بخشند، و منظور از مقام لبّ، عالم معنا و به تعبیری واقع معامله است. هرچند شروط و اوصاف در مقام انشاء سهمی از

ثمن ندارند، ولی در مقام لب بخشی از ثمن را به خود اختصاص می‌دهند و به همین دلیل وجود شرط یا صفت باعث افزایش قیمت مبیع می‌گردد. لازم نیست ارش از خود ثمن باشد و ارش از قبیل غرامت است. ذمه بایع از حین عقد مشغول به ارش نیست؛ بلکه بعد از آنکه مشتری ارش را طلب کرد ذمه بایع به ارش مشغول می‌شود (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، صص ۶۸-۷۸ و ۱۰۲ و ۱۰۱ و ۱۳۰).

هرچند به عقیده محقق یزدی، مشتری در تخلف شرط حق ندارد بایع را مجبور به پرداخت ارش کند (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۱۳۰) لکن مهم آن است که ایشان ارش را از حالت تعبدی خارج، و رنگ عقلایی‌اش را نمایان نموده و آن را امری مطابق با عرف می‌شمارد:

«دقت در معاملات اهل عرف - با قطع نظر از شرع - موید کلام ماست؛ چرا که عرف به هنگام تخلف از وصف یا شرط، مشروط له را مخیر بین فسخ و ارش می‌دانند، و شارع هم معاملات متداول بین عرف را امضا کرده به جز موارد خاص و هیچ دلیلی بر عدم ارش در اینجا وجود ندارد مگر مشی مشهور فقها» (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۱۳۰).

البته در کلام سید - که دو مقام لبّ و انشاء برای معامله معرفی کردند - مناقشه می‌شود که روشن نیست کدام یک از آثار معامله به مقام لب نسبت دارد و کدام به مقام انشاء (علیدوست، ۱۳۹۲ش، ص ۱۲۵)؛ چرا که از طرفی می‌گوید؛ چون در مقام لبّ وصف در برابر ثمن قرار دارد پس ارش از ثمن گرفته می‌شود، و از طرف دیگر معتقد است؛ چون در مقام انشاء، وصف در برابر ثمن نیست پس می‌توان ارش را از غیر ثمن گرفت! (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۱۳۰).

بنا بر تحقیق، فقهای دیگری نیز به این نظر گرایش دارند؛ (صیمری، ۱۴۲۰ق، ج ۲، صص ۶۳ و ۶۴) امام خمینی ارش در تخلف شرط را در فرض تعذر، فی الجمله پذیرفته‌اند (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، صص ۳۳۵-۳۳۷). در میان آیات عظام نیز بعضی به تعمیم ارش تصریح نموده (سبحانی، ۱۴۱۴ق، صص ۴۲۳-۴۲۷) و بعضی دیگر با عقلایی معرفی نمودن ارش، مبانی نظریه عمومیت ارش را تقویت نموده‌اند (جوادی آملی، ۱۳۹۰ش، ص ۱۱۴).

۳.۳.۲. اصل عرفی بودن معاملات و تطابق آرش با سیره عقلا

رجوع به نصوص مرتبط با ابواب معاملات در جلد ۱۷ و ۱۸ و سائل الشیعه بر هر محقق روشن می‌کند که مشی شارع در باب معاملات بر عدم تعبّد است. سلوک شارع در معاملات امضا و تأیید حکم عقلاست نه تأسیس؛ و اگر امری صادر شده غالباً از باب ارشاد به سیره عقلاست (زارچی‌پور، ۱۳۹۲ش، ص ۱۶). البته واضح است که گاهی شارع برخی شرایط و ضوابط را در باب معاملات جعل نموده و در بعضی موارد اعمال تعبّد می‌کند؛ ولی این به معنای خروج از سلوک بر طریقه عقلا نیست. پس اصل در احکام باب معاملات بر عدم تعبّدی بودن آنهاست و ادعای تعبّد نیاز به دلیل دارد. مسئله آرش هم به‌عنوان مسئله‌ای از باب معاملات از این قاعده مستثنی نیست، زیرا سیره عقلا بر این است که آرش می‌گیرند و این سیره نه تنها رادعی ندارد؛ بلکه روایات درصدد تأیید آن است. صاحب مهذب الاحکام در این باره می‌فرماید: آرش از امور تعبّدی نیست تا در آن به بیان شارع نیاز داشته باشیم، و از موضوعات استنباطی هم نیست تا فقیه در آن به‌کارگیری فکر و اجتهاد در ادله احتیاج داشته باشد، بلکه از امور عرفی دائر بین تجار و معامله‌کنندگان و بازاریان است (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۱۷، ص ۱۹۹). از کلمات فقهای چون سید یزدی (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۱۳۰)، امام خمینی (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص ۳۳۷)، میرزا هاشم آملی (جوادی آملی، ۱۳۹۶، ج ۲، صص ۲۵ و ۲۶) و برخی دیگر (مکارم شیرازی در حاشیه: طباطبایی یزدی، العروة الوثقی مع التعليقات، ج ۲، ص ۴۸۸؛ سبحانی، ۱۴۱۴ق، ص ۴۳۱) نیز استفاده می‌شود که آرش همانند خیار عیب، امری عقلانی به حساب می‌آید.

اقسام سه‌گانه اجزاء، اوصاف و شروط

برای تبیین اینکه آرش امری عقلانی بوده و تخییر بین ردّ و آرش هماهنگ با اغراض عقلاست؛ باید دقت کرد که «اجزاء، اوصاف و شروط» مبیع در معاملات عرف بر سه قسم هستند:

قسم اول از این اجزاء و اوصاف و شروط، قسمتی از ثمن را به خود اختصاص داده و معادل جزئی از ثمن هستند؛ و اگر این اجزاء در خارج محقق نشود؛ فرد،

خيار تبعض صفة دارد. در حقيقت اين قسم به اصل عوضين برمي گردد كه ثمن در مقابل مثن، و جزء ثمن در مقابل جزء مثن است.

قسم دوم در مقابل جزئي از ثمن نيستند؛ اما درافرايش رغبث مؤثرند و همچنين ارزش مالي دارند به گونه اي كه مشتري حق دارد در فرض فقدانشان معامله را فسخ كند يا غرامت بگيرد كه همان ارش است. مثل اينكه ماشين لباسشويي بخرد با اين وصف كه مجهز به سيستم بخارشو باشد. تجهيز به اين وصف، نه جزء ثمن است نه جزء مثن؛ و لذا تخلف از آن خيار تبعض صفة نمي آورد تا فرد حق استرداد مقداري از ثمن را داشته باشد، و اگر هم ارش مي گيرد غرامتي است كه عقلاً به دليل فقدان وصف - اعم از وصف صحت يا كمال - يا شرط شناسايي كرده اند. برخلاف تصور برخي محققين اين مسئله تلازم با انحلال بيع و بطلان بخشي از معامله ندارد (بجنوردي، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص ۱۶۸؛ طباطبائي قمي، ۱۴۲۳ق، ص ۲۰۷)، همان گونه كه مطالبه ارش در هنگام معيوب بودن ملازمه با انحلال بيع ندارد.

قسم سوم نه در مقابل جزئي از ثمن هستند و نه ارزش مالي دارند؛ ولي در افزايش رغبث به كالا مؤثرند؛ مثلاً شرط كرده كه در ماشين لباسشويي خريداري شده از جلو باز شود. چنين اوصاف و شروطي چون ارزش مالي ندارند در صورت فقدانش نمي توان ارش تقاضا كرد، بلكه فقط حق فسخ وجود دارد.

بنابراين اوصاف و شروطي كه عرفاً ارزش مالي دارند اولاً در افزايش يا كاهش رغبث دخيل اند؛ ثانياً در زيادي و كمّي ثمن نقش دارند؛ ثالثاً در مقابل مال هستند و اينكه بين فقها معروف شده «ان للشرط قسط من الثمن» (علامه حلي، ۱۴۱۴ق، ج ۱۱، ص ۲۲۸؛ حسيني عاملي، ۱۴۱۹ق، ج ۱۳، ص ۵۹۶؛ اصفهاني، ۱۴۱۸ق، ج ۳، ص ۲۰۱) بايد حمل بر اين معنا گردد. عبارت ذيل شيخ انصاري نيز ناظر به اين است كه وصف صحت و اوصاف ديگر داراي ارزش مالي هستند:

«فإن هذا الوصف كسائر الأوصاف و إن لم يقابله شيء من الثمن، لكن له مدخل في وجود مقدار من الثمن و عدمه، فإذا تعهده البائع كان للمشتري مطالبته بخروجه عن عهده بأداء ما كان يلاحظ من الثمن لأجله» (انصاري، ۱۴۱۵ق، ج ۵، ص ۳۹۵).

پس وقتي بايع بايد - با پرداخت ارش - از عهده ما بيازاء وصف صحت برآيد؛

در سایر اوصاف هم می‌توان او را به این امر ملزم نمود.

رجوع به عرف و معاملات رایج بین مردم، بیانگر عدم تفکیک بین وصف صحّت و اوصاف و شروط قابل تقویم است و وصف صحّت به‌عنوان شرط ضمنی، تفاوتی با اوصاف و شروط مالی ندارد (سبحانی، ۱۴۱۴ق، ص ۴۲۶) پس همان‌طور که اخذ آرش در وصف صحّت بر اساس قاعده و مطابق سیره عقلائیه است؛ در این اوصاف و شروط نیز قول به «آرش» در عرض «فسخ» بدون اشکال است.

تفاوت قسم اول و دوم، در مقابل ثمن بودن و مقابل مال بودن است. اگر چیزی مقابل جزء ثمن باشد و مفقود شود؛ مشتری حق دارد جزئی از ثمن - یعنی عین این پول - را برگرداند که از آن به‌خیر تبعض صفقه یاد می‌شود. ولی اگر در مقابل جزئی از ثمن نباشد ولی نزد عرف قابل تقویم باشد - مثل اینکه نخود خریداری شده ریزتر از مورد توافق است - مشتری حق اجبار فروشنده به پرداخت تفاوت از عین ثمن را ندارد؛ چون مبیع از نظر کمیّت نقص نداشته و تمام ثمن که مقابل تمام مبیع بوده ملک فروشنده شده است. اینجا چون وصف کمال وجود ندارد مشتری گرامتش را می‌گیرد که همان آرش است؛ لذا بین خیار تبعض صفقه و خیار تخلف وصف یا شرط کاملاً فرق است.

۳.۳.۳. امضایی بودن روایات آرش

درباره آرش چهار دسته روایت وجود دارد (حرّ عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۸، صص ۳۰ و ۳۱ و ۱۱۰ و ۱۱۱) که در هیچ یک از تعمیم آرش منع نشده است. اگر آرش از باب تعبّد و امری منحصر به فرد بود، طبیعتاً باید در روایات اثری از تعبّدی بودن آن و سلوک بر طرقتی غیر از طرق عقلا مشاهده می‌شد و حال آنکه رجوع به روایات، غیر از تأیید بنای عقلا نشان نمی‌دهد.

با مطالب مذکور در بند بعدی آشکار خواهد شد که مطالبه آرش امری است که در معاملات عقلای جهان، مرسوم بوده و در کشورهای مختلف رواج دارد. ملاحظه در روایات آرش، جای تردید باقی نمی‌گذارد که این سیره عقلا نه‌تنها توسط شارع مقدس ردع نشده، بلکه آن را با بیان و نطق امضا کرده است.

آن دسته از روایات که بعد از تصرف در کالا فقط اجازه اخذ آرش داده نه فسخ (حرّ عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۸، ص ۳۰) با بنای عقلا هماهنگ است؛ زیرا اگر مشتری بعد از تصرف در کالا معامله را فسخ کند ضرری متوجه بایع می‌شود و چون لاضرر هم برای خریدار هست و هم فروشنده، جمع بین حقین ایجاب می‌کند که بعد از تصرف فقط آرش بگیرد؛ بنابراین آنچه از نصوص برمی‌آید کاملاً موافق با بنای عقلاست و روایات در مقام تأسیس نیست.

۳.۳.۴. عمومیت آرش در قوانین بین‌المللی

یکی از راه‌های احراز سیره عقلا، استقراء است (لجنة الفقه المعاصر، ۱۳۹۸ش، ص ۶۰) و به نظر نگارنده، این استقراء با مطالعه قوانین کشورهای مختلف یا قوانین بین‌المللی حاصل می‌شود؛ چون اگر قانونی مورد توافق بسیاری از ملل - که چه بسا به شریعت اسلامی نیز معتقد نیستند - قرار گرفته باشد نشان می‌دهد آن امر در نزد عقلا نهادینه شده است. دقت در قوانین کشورهای مختلف و قوانین بین‌المللی نشان می‌دهد آرش نه اختصاص به وصف صحت دارد و نه مختص به عقد بیع است. یکی از مهم‌ترین نمونه‌ها، قوانین مذکور در کنوانسیون بین‌المللی ۱۹۸۰ وین است که غالب کشورها آن را پذیرفته‌اند و ارتباط تنگاتنگی با بحث آرش دارد. در ماده ۳۷ و ۵۰ این قانون از تقلیل ثمن صحبت شده که با نهاد آرش تطابق زیادی دارد.

ماده ۳۷: «اگر فروشنده کالا را زودتر از موعد مقرر تسلیم نماید، می‌تواند تا فرارسیدن موعد مزبور قسمت‌های کسری را تحویل دهد یا نواقص در کمیت کالای تحویل شده را رفع نماید یا کالایی را در عوض هرگونه کالای تحویل شده غیر مطابق با قرارداد تسلیم نماید، مشروط بر اینکه اعمال این حق موجب زحمت نامعقول یا مخارج نامتناسب برای خریدار نشود. باین وجود، حق مطالبه خسارت به نحوی که در این کنوانسیون مقرر گردیده، برای خریدار محفوظ خواهد بود» (جمعی از نویسندگان، ۱۳۷۴، ج ۲، ص ۱۱۷).

ماده ۵۰: «اگر کالا با قرارداد مطابقت نداشته باشد اعم از اینکه ثمن قبلاً تأدیه شده یا نشده باشد، خریدار می‌تواند به نسبت تفاوت ارزش کالای تسلیم شده در زمان تسلیم و ارزشی که مطابق با قرارداد در روز تسلیم می‌داشت، ثمن را تقلیل

دهد. باین حال هرگاه فروشنده مطابق اصول ۳۷ یا ۴۸ هر نوع عدم توفیق در ایفای تعهداتش را جبران کند، یا در صورتی که خریدار از قبول انجام تعهد فروشنده که در آن اصول مقرر گردیده، امتناع ورزد، خریدار نمی‌تواند ثمن را کاهش دهد» (جمعی از نویسندگان، ۱۳۷۴ش، ج ۲، ص ۲۱۲).

تقلیل ثمن، ابتدا یک سنت رومی بود و کشورهای وابسته به حقوق رومی به آن گرایش داشتند و سپس در اغلب قوانین به عنوان یک طریق جبران خسارت تکمیلی گنجانده شد (جمعی از نویسندگان، ۱۳۷۴، ج ۲، ص ۲۱۳) و همان طور که واضح است نهاد آرش مطابقت زیادی دارد با نهاد تقلیل ثمن که در ماده ۵۰ کنوانسیون مطرح گردیده است. ماده ۳۷ کنوانسیون نیز حق مطالبه خسارت برای خریدار در موارد عدم تطابق را محفوظ دانسته است و لذا تقلیل ثمن که در موارد عدم تطابق، اخذ می‌شود؛ نوعی خسارت محسوب می‌شود. لازم به ذکر است که هفتاد و چهار کشور به این کنوانسیون ملحق شده‌اند که نشان می‌دهد تقلیل ثمن در معاملات این ملل جریان دارد.

در قوانین برخی از کشورها که وابسته به حقوق کامن‌لا هستند نیز موادی مرتبط با تقلیل ثمن مشاهده می‌شود؛ مثلاً در ماده ۳۰ قانون فروش کالا در انگلیس آمده است که اگر کالا ناقص باشد خریدار می‌تواند ثمن را به نسبت ارزش آن پرداخت کند. در میان دیگر کشورهای اروپایی هم این موضوع مورد استقبال قرار گرفته است؛ مثلاً کشور فرانسه در ماده ۱۶۴۴ قانون مدنی خود تقلیل ثمن را مورد پذیرش قرار داده است. در ماده ۴۰۱ اصول حقوق اروپایی نیز معاملات تقلیل ثمن به رسمیت شناخته شده است: شخصی که با وجود منطبق نبودن کالای تسلیم شده آن را قبول می‌کند حق دارد تقلیل ثمن را درخواست کند. همچنین در ماده ۲۰۲ قانون تعهدات ترکیه آمده است در صورت تسلیم کالا به شکل معیوب خریدار حق مطالبه تقلیل ثمن دارد و در مواردی قاضی حق دارد خریدار را ملزم به پذیرش تقلیل ثمن نماید. حتی در حقوق کشورهای آفریقایی جنوبی نیز به خریدار حق داده شده که در صورت دریافت کالای ناقص تقاضای تقلیل ثمن کند. (حبیب و وکیلی، ۱۳۸۹، ص ۴۲).

جالب اینکه روش محاسبه تقلیل ثمن نیز همانند روش محاسبه ارزش در فقه امامیه است. (حبیبی و وکیلی، ۱۳۸۹، ص ۴۹) و این خود دلیل مبرهن دیگری برای غیر تعبدی بودن ارزش و تطابق آن با سیره عقلاست. البته برخی کشورها روش دیگری را برای تقلیل ثمن برگزیده‌اند، لکن اولاً روش محاسبه ارزش دقیق‌تر از روش‌های دیگر است؛ چون موجب جمع بین عوض و معوض نمی‌گردد، و ثانیاً تفاوت در نحوه محاسبه، ضرری به عقلایی بودن اصل قضیه وارد نمی‌کند.

هرچند جزئیات قوانین کشورها اختلافاتی در ارزش و تقلیل ثمن دارند، لکن قدر مشترک بین قوانین مذکور - به‌عنوان امر مورد توافق و تسالم عقلای عالم - این است که در صورت نقص یا عدم انطباق کالا - مثل اینکه اوصاف و شروط مورد توافق با کالای تسلیم شده مطابق نباشد - خریدار حق دارد به‌جای فسخ معامله، غرامت فقدان آن را مطالبه کند.

نتیجه اینکه سیره عقلای عالم بر پذیرش ارزش - در اوصاف صحت و کمال و شروط دارای ارزش مالی - استوار بوده و این سیره نه تنها مردوع نیست، بلکه مطابق با نصوص فقهی بوده و روایات، موید آن است.

۴. نقد و بررسی ادله تعمیم

برای تعمیم ارزش سه طریق بیان گردید و بر هرکدام مناقشاتی وارد شده است که در ذیل مورد مذاقه و تحلیل قرار خواهد گرفت. اغلب این اشکالات از جانب کسانی مطرح شده که قائل به تعبدیت ارزش هستند یا معتقدند وصف صحت با اوصاف دیگر متفاوت بوده و به دلیل اهمیت وصف صحت، ارزش به آن اختصاص پیدا کرده است.

۴.۱. نقد و تحلیل دیدگاه تقابل اوصاف با اثمان

در اولین راه تعمیم ارزش بیان شد که اگر اوصاف در مقابل اثمان باشد؛ ارزش، مطابق قاعده بوده و مسیر برای توسعه آن به اوصاف کمال و شروط هموار می‌گردد. در مقابل، عده‌ای از فقهای امامیه معتقدند ارزش امری تعبدی و خلاف قاعده است و فقط به این دلیل که نصوص شرعی مجوز داده‌اند آن را در عرض حق فسخ قرار می‌دهیم؛

لذا باید به همان مقداری که در نصوص آمده - یعنی مواضع معیوب بودن ثمن یا مثن - اکتفا نماییم. حتی برخی حق آرش را منحصر در عقد بیع دانسته‌اند (خمینی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۲۵) به این دلیل که روایاتی که آرش در آنها مطرح شده مربوط به بیع است. از طرف داران این نظریه، صاحب جواهر است که آرش را خلاف قاعده دانسته و با ردّ توزیع ثمن بر مبیع می‌گوید بنا بر تحقیق، آرش از غرامات است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۳، صص ۲۳۶ و ۲۹۴). بزرگانی چون آخوند خراسانی (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶ق، ص ۲۳۱)، آقا ضیاء عراقی (عراقی و کزازی، ۱۴۱۴ق، ج ۵، ص ۲۰۳)، محقق خوئی (خوئی، بی‌تا، ص ۱۴۹) و دیگران (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق، ص ۱۱۸) نیز آرش را امری تعبدی و نوعی غرامت تخلف از وصف صحّت می‌شمارند. قائلین این دیدگاه، بر نظریه تقابل اوصاف با اثمان ایراداتی گرفته‌اند:

۴.۱.۱. نقد

الف) اوصاف مورد توافق طرفین در افزایش قیمت و در افزایش رغبت یا مقدار ثمن دخالت دارند؛ ولی جزء مبیع یا جزء ثمن نیستند (خوانساری، بی‌تا، ص ۴۹۳) تا بخشی از ثمن در مقابل اوصاف مورد توافق قرار گیرد. در حقیقت، بین جزء و وصف تفاوت اساسی وجود دارد. مثلاً اگر توافق شد که برنج صد کیلو باشد و معلوم شد هشتاد کیلو بوده، شخص خیار تبعض صفقه دارد؛ چون جزئی از ثمن بلاعوض مانده است. ولی اگر بنا شد برنج از نوع هاشمی باشد و هنگام تحویل، خلاف وصف درآمد، چون وصف هاشمی و مانند آن، جزء مبیع نیست، مقداری از ثمن در مقابلش قرار نمی‌گیرد. از این رو اگر از وصف تخلف کرد خیار تخلف از وصف یا شرط دارد، نه خیار تبعض صفقه.

ب) اینکه گفته می‌شود شرط یا وصف، دخیل در ثمن است (علامه حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۳۷۶) معنایش این نیست که قسطی از ثمن در برابر اوست؛ و اگر کالایی فاقد وصف باشد - چه وصف سلامت و چه اوصاف دیگر - جزئی از ثمن بدون مثن نمی‌ماند. شیخ انصاری در مکاسب می‌فرماید هر چند وصف صحّت در افزایش و کاهش مقداری از ثمن دخالت دارد، اما مانند دیگر اوصاف، امری معنوی است و در

مقابل ثمن قرار نمی‌گیرد و دلایلی چون نصّ و اجماع دالّ بر ضمان وصف صحّت است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۵، ص ۳۹۵ و ج ۶، ص ۷۳).

ج) اگر اوصاف در مقابل اثمان باشد، لازم است ارزش از خود ثمن پرداخت گردد که از دو جهت محل اشکال است: اولاً؛ هیچ‌کسی قائل نشده که ارزش فقط باید از ثمن پرداخت گردد؛ چون نصّ و فتوا دالّ بر این است که ضمان ارزش منوط به مطالبه بوده و جایز است که از هر مالی -چه ثمن چه غیر آن- پرداخت شود (خویی، بی تا، ص ۱۴۹) ثانیاً؛ تقابل ثمن با وصف بدین معناست که در صورت تخلف فروشنده از تعهد به وصف، جزئی از ثمن که مقابل وصف است به وی منتقل نشود و همچنان در ملک مشتری باقی بماند، و اگر تلف شد ذمه فروشنده به آن مشغول شود؛ درحالی که ارزش فقط با مطالبه مشتری بر ذمه بایع می‌آید و اگر مشتری ارزش را مطالبه نکند بایع ضامن نیست (تبریزی، ۱۳۶۹ق، ص ۴۲۶).

د) پس از انعقاد عقد، مشتری حق دارد کالای سالم بگیرد و حقی بر ذمه فروشنده ایجاد می‌شود که به تعهدش نسبت به وصف صحّت وفا کند. پس اولاً اتصاف کالا به صحّت حق است نه عین خارجی، ثانیاً این حق قابل اسقاط است. حال اگر قسطی از ثمن در مقابل وصف صحّت باشد و وصف صحّت جزئی از مبیع باشد، معنایش این است که وصف، عین خارجی است و در ذمه نیست. این عین خارجی ملک مشتری بوده و مشتری نمی‌تواند اسقاط کند؛ چون آنچه متعلق اسقاط واقع می‌شود حق است که در ذمه قرار می‌گیرد نه عین خارجی. عین خارجی قابلیت هبه دارد نه اسقاط. (جوادی آملی، ۱۳۹۰ش، ص ۱۰۴) البته عبارت مذکور دلالت بر پذیرش تعبّدی بودن ارزش ندارد؛ بلکه کلام در نقد تقابل اوصاف با اثمان است.

۴.۱.۲. تحلیل

با مناقشاتی که فائلان تعبّدی بودن ارزش به نظریه تقابل اوصاف با اثمان وارد کردند؛ روشن می‌شود که وصف در برابر جزئی از ثمن قرار نمی‌گیرد به گونه‌ای که ثمن بر مبیع و اوصافش قابل توزیع باشد؛ لذا از این راه نمی‌توان مطابق قاعده بودن و تعمیم ارزش را اثبات کرد. همچنین با اشکالات مذکور، نظریه تعمیم ارزش بر مبنای ضمان

معاوضی هم نقد می‌شود. ضمن اینکه اگر مبنای آرش را ضمان معاوضی بدانیم باید در فرض فقدان وصف، قیمت واقعی آن پرداخت شود، درحالی‌که آرش معروف در بین فقها (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۳، ص ۲۸۹) و قانون (قانونی مدنی، ماده ۴۲۷) نسبت تفاوت بین معیوب و صحیح است

باید توجه داشت که نقد نظریه تقابل اوصاف با اثمان، تعبدی بودن آرش و مخالف قاعده بودن آن را اثبات نمی‌کند، بلکه فقط راه اول تعمیم را با مانع مواجه می‌سازد و راه‌های دیگر برای اثبات قاعده‌مند بودن آرش را نفی نمی‌کند.

نکته دیگر اینکه نصوص مرتبط با آرش، مفید تعبدی بودن و اختصاص آرش به وصف صحت نیست، و اینکه شیخ انصاری فرموده نصوص مربوط به آرش دال بر ضمان وصف صحت از بین اوصاف است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۵، ص ۳۹۵)، دلیل قانع‌کننده‌ای برای اختصاص آرش به کالای معیوب نیست، و به نظر می‌رسد ذکر عیب در روایات آرش از باب قید غالبی است. عقلاً در معاملات خود بین کالای فاقد وصف صحت و فاقد وصف کمال، تفکیکی قائل نمی‌شوند و آنچه برایشان اهمیت دارد این است که کالا اوصاف مورد توافق را داشته باشد؛ ولی چون در آن عصر غالباً وصف صحت مفقود بوده - نه وصف کمال - یا سؤال درباره کالای معیوب بوده است؛ آرش در کالای معیوب مطرح شده و این نافی ثبوت آرش در اوصاف دیگر نیست.

درباره اجماعی که مرحوم شیخ درباره ضمان وصف صحت از بین اوصاف ادعا نمود، (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۵، ص ۳۹۵) باید خاطر نشان کرد که معقد اجماع، ثبوت آرش در وصف صحت است، نه عدم ثبوت آرش در موارد دیگر. با تفحص در عبارات فقها در می‌یابیم که مشهور فتوا به عدم ثبوت آرش در غیر از وصف صحت نداده‌اند، و لذا ادعای اجماع بر عدم ثبوت آرش در غیر وصف صحت بطلانش واضح است. افزون بر اینکه علامه (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۵، صص ۲۶۷ و ۲۶۸ و ۲۹۸) و دیگران (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۸، ص ۴۲۶) با اجماع مذکور مخالفت دارند.

۴.۲. نقد و تحلیل استناد به لاضرر

چه بسا بر استناد به «لاضرر» به عنوان دلیل آرش مناقشه شود که:

اولاً؛ معنای لاضرر رفع حکم ضرری است نه اثبات حکم (حسینی سیستانی، ۱۴۱۴ق، ص ۲۹۱)، و در اینجا لزوم معامله حکم ضرری است، نه لزوم بدون ارش؛ چون مقتضی برای ارش وجود ندارد تا عدمش موجب ضرر باشد.

پاسخ اینکه آنچه موجب ضرر می شود فقط لزوم معامله نیست، بلکه لزوم بدون حق ارش هم موجب ضرر می شود، و عدم لزوم معامله بدون جواز اخذ ارش هم چه بسا موجب ضرر شود؛ بنابراین همان گونه که ضرر با رفع لزوم برداشته می شود، با رفع عدم الارش نیز برداشته می شود. از طرف دیگر برخلاف تصور مستشکل مقتضی برای ارش وجود دارد که همان سیره عقلاست و در ذیل دلیل سوم به تفصیل بیان خواهیم کرد.

ثانیاً. الزام فروشنده به پرداخت ارش منجر به ضرر او می شود.

پاسخ اینکه بایع فقط آن نسبتی از ثمن که مستحق نبوده را به مشتری بر می گرداند و این از نظر عرف ضرر نبوده و ادای حق شمرده می شود.

برخی محققین در پاسخ به اشکال اخیر فرموده اند ورود ضرر از جانب فروشنده حق او را ساقط می کند و حق خیار را به مشتری می دهد (مامقانی، ۱۳۵۰ق، صص ۱۰۳ و ۱۰۴) بنابراین اگر ارش به ضرر فروشنده باشد نباید اعتراض کند. لکن به نظر می رسد این سخن ادعایی محتاج به دلیل است.

به نظر نگارنده اولاً پرداخت ارش در فرض فقدان اوصاف و شروط غالباً مستلزم ضرر فروشنده نیست؛ بلکه ادای حق خریدار به حساب می آید. ثانیاً چه بسا در این مقام بتوان به قاعده اقدام (مصطفوی، ۱۴۲۱ق، ص ۵۷) استناد کرد؛ بدین بیان که مطالبه ارش از فروشنده، به جهت ترک فعل وی و عدم وفا به وصف مورد تعهد است و لذا - بر فرض که اخذ ارش موجب ضرر فروشنده باشد- او خودش اقدام به ضرر کرده است. باین حال اگر اخذ ارش سبب ضرر قابل توجه بر فروشنده شود حکم به جواز آن مشکل است.

یادآور می شود که طبق دلیل لاضرر، ارش بخشی از ثمن نیست؛ بلکه غرامتی است که برای جبران ضرر مشتری اخذ می شود، و لذا اشکالات وارد بر دلیل قبل در اینجا جریان پیدا نمی کند.

۴.۳. نقد و تحلیل استناد به سیره عقلا

از مهم‌ترین ادله مخالفان تعمیم آرش این است که وصف و شرط در مقابل مال قرار نمی‌گیرد؛ بلکه تمام ثمن در برابر عین مبیع است. (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶ق، صص ۲۱۱ و ۲۳۱؛ اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ص. ۷۳؛ توحیدی (مقرر)، بی‌تا، ج. ۷، ص ۱۰۱) بنابراین حتی اگر آرش مبتنی بر سیره عقلا و مطابق قاعده باشد؛ در فرض فقدان اوصاف و شروط نمی‌توان حکم به جواز اخذ آرش نمود. شیخ انصاری در این باره می‌فرماید شرط در حکم قید است و از نظر عرف و شرع، بین دو مال تقابل واقع می‌شود و حال آنکه تقیید امری معنوی است که مال به حساب نمی‌آید. ایشان در بحث تعدّر شرط، برای مشروط له صرفاً حق فسخ قائل شده و معقد است در شرع مقدس دلیلی برای ثبوت آرش در چنین موردی نداریم (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج. ۶، ص ۷۳).

در پاسخ باید گفت نه تنها نصوص شرعی و سیره عقلا دلالت بر امر معنوی بودن اوصاف و عدم مالیت اوصاف و شروط ندارد، بلکه رجوع به عرف و معاملات معهود بین عقلائی عالم خلاف آن را ادعا می‌کند. مثلاً عقلا برای اموری چون کیسه هوای خودرو یا برخی اوصاف دیگر ارزش مالی قائل‌اند. البته برخی شروط جنبه مالی ندارند و هنگام فقد آنها مطالبه آرش ممکن نیست. مثل اینکه شرط کند کالا با بسته‌بندی خاص یا رنگ دلخواه به او تحویل داده شود. باید توجه داشت که مقابل ثمن بودن، متفاوت از مقابل مال بودن هست؛ اوصاف و شروطی که از نظر عرف ارزش مالی دارند در مقابل ثمن نیستند، ولی در مقابل مال هستند و در کاهش و افزایش قیمت نیز دخیل‌اند. به عبارت دیگر ثمن بر مبیع و اوصاف و شروطش توزیع نمی‌شود و تمام ثمن در برابر تمام مبیع است، ولی این اوصاف مال محسوب می‌شوند چرا که مالیت داشتن یک چیز در نزد عرف به معنای ارزش داشتن آن است. چنین اوصاف و شروطی اگر مفقود باشند باید غرامت به جهت فقدانشان پرداخت شود یا اینکه مشتری معامله فسخ می‌کند.

نکته دیگر اینکه ما چون آرش را به‌عنوان غرامت ناشی از فقدان وصف یا شرط می‌شناسیم - نه جزئی از ثمن - طبیعتاً لزومی بر پرداخت آن از عین ثمن نمی‌بینیم، و لذا اشکال محقق‌خویی بر این دلیل وارد نیست. ایشان می‌فرماید اگر آرش بر

طبق قاعده باشد و وصف صحّت مقابل ثمن قرار گیرد، باید آرش از خود ثمن پرداخت شود در حالی نص و فتوا دالّ بر این است که ضمان آرش منوط به مطالبه بوده و جایز است که از هر مالی پرداخت شود. (خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۳۰، صص ۱۴۵ و ۱۴۶) ما معتقدیم مطابق قاعده بودن آرش لزوماً معنایش تقابل ثمن با مبیع و اوصافش نیست؛ تا لازم باشد در صورت فقدان وصف، آرش از ثمن پرداخت شود. آرش غرامتی مرسوم در بین عقلاست و آنها لزومی به پرداخت آرش از خود ثمن یا غیر ثمن نمی‌بینند. مستفاد از نصوص هم این است که یا وصف موجود باشد یا آرش مسترد گردد تا پولی برای وصف پرداخت شده است مشمول آیه شریفه ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾ (نساء: ۲۹) نباشد.

۴. مفاد ادله تعمیم

ملاحظه دادوستدهای متداول بین عرف و عبارات متعددی که از فقها نقل شد، روشن می‌کند که مسئله آرش نه به‌گونه‌ای است که ثبوتش منحصر در بیع و کالای معیوب باشد و نه اینکه علی‌الاطلاق و در تمامی معاملات و تخلّفات از شروط ثابت باشد، بلکه امرش حدّ واسط بین نفی کلی و ثبوت علی‌الاطلاق است. فرضاً اگر در معامله‌ای مشروط علیه تخلّف کند؛ ولی شرط قیمت معلوم نداشته باشد - مثل اینکه شرط کرده خانه‌ای که می‌خرد نزدیک بازار باشد - قول به آرش صحیح نیست و مشروط له فقط حق فسخ دارد. بالعکس اگر برای شرط قیمت مشخصی در عرف وجود داشته باشد - هرچند هنگام انشاء معامله بخشی از ثمن در برابر شرط قرار داده نشود - مشروط له مختار بین آرش و رد خواهد بود.

اگر در مصداقی شک کنیم که آیا بنای عقلا بر ثبوت آرش است یا خیر - مانند جایی که شخص کالایی را گران خریده و مغبون شده - آرش ثابت نیست و فقط حق فسخ وجود دارد؛ چون مهم‌ترین دلیل ما که سیره عقلاست دلیل لّبی بوده و در موارد شک نمی‌توان به آن تمسّک کرد. پس بین فسخ و آرش، اصل بر فسخ است و ثابت علی‌الاطلاق حق فسخ است نه آرش.

البته در بحث حمایت از مصرف‌کننده مسئله جنبه دیگری هم دارد؛ از آنجاکه

مصرف‌کنندگان نیاز به حمایت قانونی بیشتری دارند و در نصوص منعی برای تعمیم اُرش مشاهده نمی‌شود، قانون‌گذار می‌تواند حتی در مواردی که سیره عقلای بر اخذ اُرش مستقر نیست، این حق را در کنار حق فسخ برای خصوص مصرف‌کنندگان در نظر بگیرد.

۴.۱. اُرش در تخلف وصف، تخلف شرط و تدلیس

بر اساس آنچه ذکر شد؛ چون اُرش مطابق قاعده و امری عقلایی است، هرکجا بنای عقلا بر ثبوت اُرش اثبات شود، مصرف‌کننده می‌تواند اُرش بگیرد. همچنین بر اساس دلیل لاضرر، در مواردی که فسخ معامله به ضرر مصرف‌کننده باشد یا اینکه اُرش ضرر کمتری از فسخ برای طرفین داشته باشد می‌توان فروشنده را ملزم به اُرش کرد. البته اگر اثبات شود که اخذ اُرش مستلزم ضرر زیاد بر فروشنده است، قول به اُرش دشوار به نظر می‌رسد.

ما با بیان ادله تعمیم اُرش اثبات کردیم در اوصاف کمال و شروط ضمن عقدی که ارزش مالی دارند و در مقابل مال قرار می‌گیرند؛ اُرش، قابل مطالبه است. افزون بر این، خیار تدلیس نیز در بسیاری از موارد به خیار تخلف شرط بر می‌گردد؛ چرا که در تدلیس غالباً یا عیب کالا مخفی شده است یا وصف کمالی که در کالا نیست را به آن نسبت داده‌اند و لذا در چنین مواردی اخذ اُرش مانعی ندارد.

۴.۲. اُرش در بیع کلی فی‌الذمه

در بیع کلی فی‌الذمه اگر کالا معیوب باشد، بنا بر نظر مشهور فقها مشتری یا باید کالا را قبول کند یا درخواست تعویض کالا را بنماید؛ (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۵، ص ۱۸۵، طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۵۸۷، خمینی، بی‌تا، ج ۲، ص ۴۳۳؛ اراکی، ۱۴۱۴ق، ص ۶۰۷) اما اگر مشتری تصمیم به نگهداری کالا بگیرد، آیا تعهد فروشنده به وصف همچنان باقی است و مشتری حق دارد طلب اُرش کند؟

ممکن است گفته شود مشتری با علم به عیب از درخواست تعویض، صرف‌نظر کرده که نشان از رضایت او به عیب دارد. پاسخ اینکه در بسیاری از موارد مشتری برای تعویض کالا باید هزینه‌هایی مانند هزینه ارسال، محرومیت از نفع کالا در

فاصله تعویض، صرف وقت و... را متحمل گردد که خسارتش بیشتر از امضای معامله و قبول کالای معیوب است، و لذا نباید قبول کالای معیوب را نشانه رضایت مشتری به عیب دانست. به نظر می‌رسد اگر ارش را مطابق قاعده بدانیم، مانعی از پذیرش ارش در مبیع کلی وجود ندارد؛ خصوصاً که نصوص، مطالبه ارش در مبیع کلی را نهی نکرده و در معاملات متداول بین عقلا نیز مشاهده می‌گردد که در اخذ ارش بین عین معین و کلی فی‌الذمه تفاوتی قائل نمی‌شوند، همان‌گونه در ماده ۵۰ کنوانسیون و قوانین ملل مختلفی که ذکر شد تفکیک وجود ندارد.

نتیجه‌گیری

مهمترین نتایج این تحقیق عبارتند از:

۱- از میان سه طریق اثبات عمومیت قلمرو ارش، طریق سوم - یعنی تعمیم ارش بر اساس دلالت سیره عقلا - کامل‌ترین است. مهم‌ترین دلیل ارش سیره عقلاست و چون یک دلیل لئی است، در مصادیق مشکوک امکان مطالبه ارش وجود ندارد؛ پس اگر شخصی با خرید کالا به قیمت گزاف مغبون شود فقط حق فسخ دارد نه ارش.

۲- ارش غرامت ناشی از فقدان وصف است، نه بدل از وصف مفقود که رجوع بخشی از ثمن باشد. این غرامت را عقلا به هدف رفع زیان خریدار، قابل مطالبه می‌دانند و لذا تفاوتی ندارد از عین ثمن پرداخت شود یا غیر آن. توجه شود که غرامت بودن ارش ملازمه با پرداخت قیمت واقعی عیب ندارد. ضمناً همان‌گونه که اصل ارش مبتنی بر سیره عقلاست؛ روش محاسبه‌اش را هم عقلا معین کرده‌اند به‌نحوی که جمع بین عوض و معوض لازم نیاید.

۳- مراجعه به قوانین بین‌المللی مانند کنوانسیون بیع بین‌الملل وین و قوانین کشورهای مختلف تأیید می‌کند که مطالبه ارش - در اوصاف و شروط دارای ارزش مالی - امری عقلایی بوده و بنای عقلای عالم بر پذیرش نهاد ارش در کنار حق فسخ استوار است.

۴- اجزاء، اوصاف و شروط مبیع سه دسته‌اند که تنها در قسم دوم، ارش قابل مطالبه است. ویژگی قسم دوم این است که هرچند در مقابل ثمن نمی‌باشد؛ ولی

ارزش مالی دارد. مردم در معاملاتشان تفکیکی میان وصف صحّت با اوصاف و شروط قابل تقویم قائل نشده و هر دو را از قسم دوم می‌شمارند؛ پس چنان‌که اخذ ارش در وصف صحّت جایز است، در اوصاف و شروط دارای ارزش مالی نیز قول به «ارش» بدون اشکال است.

۵- ملاحظه دسته‌های چهارگانه روایات مرتبط با ارش، بیانگر آنست که اولاً نصوص از تعمیم ارش منع نکرده و ارش را مختص وصف صحّت ندانسته‌اند، و ثانیاً نه تنها سیره عقلاً - مبنی بر مطابق قاعده بودن ارش - با سکوت شارع ردع نشده، بلکه با بیان تأیید و امضا شده است.

۶- حتی اگر لسان لاضرر را رفع حکم بدانیم - نه اثبات حکم - این قاعده می‌تواند دلیل حق ارش باشد و نتیجتاً در فقدان اوصاف کمال و شروط حق داریم به استناد این قاعده قائل به جریان حق ارش در عرض فسخ شویم.

۷- از آنجاکه تعمیم ارش مستند به ادله قابل اعتنا است و مخیر نمودن مصرف‌کننده بین فسخ و ارش، ضررهای وی را بهتر جبران می‌کند، قانون‌گذار می‌تواند برای حمایت از این گروه، نسبت به اوصاف کمال و شروطی که در مقابل مال قرار می‌گیرند؛ ارش را به‌عنوان یکی از حقوق مصرف‌کنندگان شناسایی نماید.

فهرست منابع

کتاب

- قرآن کریم

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم. (۱۴۰۶ق). حاشیه المکاسب. چاپ اول تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۲. اراکی، محمدعلی. (۱۴۱۴ق). الخیارات. چاپ اول قم: مؤسسه در راه حق.
۳. اردبیلی، احمد. (۱۴۰۳ق). مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان. چاپ اول قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴. اصفهانی، محمدحسین، (۱۴۱۸ق). حاشیه کتاب المکاسب. چاپ اول قم: أنوار الهدی.
۵. امامی خوانساری، محمد. (بی تا). الحاشیه الثانیة علی المکاسب (بی جا)، (بی نا).
۶. انصاری، مرتضی. (۱۴۱۵ق). کتاب المکاسب. چاپ اول قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۷. بجنوردی، سید حسن. (۱۴۱۹ق). القواعد الفقهیه. چاپ اول قم: الهادی.
۸. بهبهانی، وحید. (۱۳۱۰ق). رساله عملیه متاجر وحید بهبهانی (با تعلیقات میرزای شیرازی). چاپ اول تهران: حاج شیخ رضا تاجر تهرانی.
۹. تبریزی، موسی. (۱۳۶۹ق). قاعدة الضرر، الید، التجاوز و الصحة. چاپ اول قم: کتابفروشی کتبی نجفی.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۴۰۰ش). ترمینولوژی حقوق. چاپ سی و پنجم. تهران: انتشارات گنج دانش.
۱۱. جمعی از نویسندگان. (۱۳۷۴ش). تفسیری بر حقوق بیع بین المللی: کنوانسیون ۱۹۸۰ وین. چاپ اول (مترجم: مهاباد داراب پور). تهران: انتشارات گنج دانش.
۱۲. توحیدی، محمدعلی. (بی تا). مصباح الفقاهة (تقریرات درس آیت الله سید ابوالقاسم خویی). «بی جا»، «بی نا».
۱۳. جمعی از پژوهشگران زیر نظر هاشمی شاهرودی. (۱۴۲۶ق). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام. چاپ اول قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی.
۱۴. جوادی آملی. عبدالله. (۱۳۹۰ش). جزوه درس خارج فقه (مبحث خیاری عیب). (گردآورنده: روح الله زارچی پور). «بی جا». «بی نا».
۱۵. جوادی آملی، عبدالله. (۱۳۹۶ش). کتاب الخیارات (تقریرات درس میرزا هاشم آملی). چاپ اول قم: دار الإسرا.
۱۶. حر عاملی، محمد. (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعة. چاپ اول قم: مؤسسه آل البیت علیهم السلام.

۱۷. حسینی سیستانی، سید علی. (۱۴۱۴ق). *قاعدة لا ضرر ولا ضرار*. چاپ اول قم: دفتر آية الله سيستاني.
۱۸. حسینی عاملی، سید جواد. (۱۴۱۹ق). *مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة*. چاپ اول قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۹. حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح. (۱۴۱۷ق). *العناوين الفقهية*، چاپ اول قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۰. خمینی، سید روح الله. (بی تا). *تحریر الوسیلة*. چاپ اول قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم.
۲۱. _____ (۱۴۲۱ق). *کتاب البيع*. چاپ اول تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۲۲. خمینی، سید مصطفی. (۱۴۱۸ق). *الخيارات*. چاپ اول تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۲۳. خویی، سید ابوالقاسم. (بی تا). *المستند فی شرح العروة الوثقی (الاجاره)*، (بی جا). (بی نا).
۲۴. _____ (۱۴۱۸ق). *موسوعة الإمام الخوئی*. چاپ اول قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی.
۲۵. رشتی، میرزا حبیب الله. (۱۴۰۷ق). *فقه الإمامية (قسم الخيارات)*، (مقرر: سید محمد کاظم خلخالی). چاپ اول قم: کتابفروشی داوری.
۲۶. زارچی پور، روح الله، (۱۳۹۴ش). *اوامر ارشادی و نقش آن در استنباط احکام (پایان نامه کارشناسی ارشد)*. تهران: دانشگاه شهید مطهری.
۲۷. سبحانی، جعفر. (۱۴۱۴ق). *المختار فی أحكام الخيار*. چاپ اول قم: مؤسسه امام صادق.
۲۸. سبزواری، سید عبد الأعلى. (۱۴۱۳ق). *مهذب الأحكام*. چاپ نوزدهم. قم: مؤسسه المنار.
۲۹. سائر دیلمی، حمزه. (۱۴۰۴ق). *المراسم العلوية و الأحكام النبوية*. چاپ اول قم: منشورات الحرمین.
۳۰. سیفی مازندرانی، علی اکبر، (۱۴۲۵ق). *مبانی الفقه الفعّال فی القواعد الفقهية الأساسية*. چاپ اول قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۱. شهید ثانی، زین الدین. (۱۴۱۳ق). *مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام*. چاپ اول قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
۳۲. شهید ثانی، زین الدین. (۱۴۲۹ق). *الروضة البهية في شرح اللمعة المشقية*. چاپ پنجم. قم: مجمع الفكر الاسلامی.
۳۳. شیخ طوسی، محمد. (۱۴۱۰ق). *النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى*. چاپ دوم. بیروت: دارالکتب العربی.
۳۴. شیخ مفید، محمد. (۱۴۱۳ق). *المقنعة*، چاپ اول قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.

۳۵. صیمری، مفلح. (۱۴۲۰ق). *غایة المرام فی شرح شرائع الإسلام*. چاپ اول بیروت: دارالهادی.
۳۶. طباطبایی قمی، سید تقی. (۱۴۲۳ق). *الأنوار البهیة فی القواعد الفقهیة*. چاپ اول قم: انتشارات محلاتی.
۳۷. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم. (۱۴۰۹ق). *العروة الوثقی*. چاپ دوم. بیروت: مؤسسة الأعلمی للمطبوعات.
۳۸. _____ . (۱۴۲۸ق). *العروة الوثقی مع التعليقات*. چاپ اول قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.
۳۹. _____ . (۱۴۲۱ق). *حاشیة المکاسب*. چاپ دوم. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۴۰. عراقی، آقا ضیاء الدین؛ کزازی، علی. (۱۴۱۴ق). *شرح تبصرة المتعلمین*. چاپ اول قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴۱. علامه حلی، حسن. (۱۴۱۳ق). *مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة*. (چاپ دوم). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴۲. _____ . (۱۴۱۰ق). *إرشاد الأذهان إلی أحكام الإیمان*. چاپ اول قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴۳. _____ . (۱۴۱۴ق). *تذکرة الفقهاء*. چاپ اول قم: مؤسسه آل البیت علیهم السلام.
۴۴. علیدوست، ابوالقاسم. (۱۳۹۲ش). *جزوه درس خارج فقه (مبحث غش)*، (گردآورنده: روح الله زارچی پور). (بی جا). (بی نا).
۴۵. _____ . (۱۳۹۵ش). *فقه و حقوق قراردادها (ادله عام روایی)*. چاپ دوم. قم: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۴۶. فراهیدی، خلیل بن احمد. (۱۴۱۰ق). *کتاب العین*. چاپ دوم. قم: نشر هجرت.
۴۷. فیومی، احمد. (بی تا). *المصباح المنیر*. چاپ اول قم: دارالرضی.
۴۸. قانون حمایت از حقوق مصرف کنندگان ایران، مصوب ۱۳۸۸ مجلس شورای اسلامی.
۴۹. قانون مدنی ایران، مصوب ۱۳۰۷ با اصلاحات و الحاقات بعدی، مجلس
۵۰. کاشف الغطاء، علی. (۱۴۲۲ق). *شرح خیارات الممعة*، چاپ اول قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۵۱. کاشف الغطاء، محمد حسین. (۱۳۵۹ق). *تحریر المجلة*. چاپ اول نجف: المكتبة المرتضویة.
۵۲. لجنة الفقه المعاصر. (۱۳۹۸ش). *الفائق فی الاصول*، چاپ پنجم. قم: مرکز مدیریت حوزه های علمیه قم.

۵۳. مامقانی، ملا عبدالله. (۱۳۵۰ق). *نهایة المقال فی تکملة غاية الآمال*. چاپ اول. قم: مجمع الذخائر الإسلامية.
۵۴. محقق کرکی، علی. (۱۴۱۴ق). *جامع المقاصد*، (ج ۴). چاپ اول. قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام.
۵۵. محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۹۰ش). *نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی*. (چاپ دوم). تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۵۶. مصطفوی، سید محمدکاظم. (۱۴۲۱ق). *مائة قاعدة فقهية*. چاپ چهارم. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۵۷. _____، _____. (۱۴۲۳ق). *فقه المعاملات*. چاپ اول. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۵۸. مغنیه، محمدجواد. (۱۴۲۱ق). *فقه الإمام الصادق*، چاپ دوم. قم: مؤسسه انصاریان.
۵۹. نائینی، میرزا محمدحسین. (۱۳۷۳ق). *منیة الطالب فی حاشیة المکاسب*. چاپ اول. قم: المكتبة المحمدية.
۶۲. نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴ق). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*. چاپ هفتم. بیروت: دار إحياء التراث العربی.

مقالات

۱. حبیبیا، سعید؛ وکیلی مقدم، محمدحسین. (۱۳۸۹ش). «بررسی شرایط و زمینه‌های تقلیل ثمن در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و حقوق ایران». *مجله حقوق تطبیقی*، دوره ۱. (شماره ۱). ۶۹-۳۹. DOI: 10.22059/JCL.2010.80785
۲. قنواتی، جلیل؛ مسعودیان، سید ذبیح‌الله. (۱۳۹۵ش). «تحلیل آرش بر مبنای ضمان معاوضی فروشنده نسبت به وصف سلامت کالا»، *مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی*، سال چهل و نهم. (شماره دوم). ۳۱۰-۲۹۶. DOI: 10.22059 / JJFIL. 017.62586