

ارش (حق تقلیل ثمن) و ارتباط آن با جبران خسارت

مسعودرضا رنجبر صحرایی*

چکیده

ارش (حق تقلیل ثمن) به همراه جبران خسارت واکنشی پولی است که در مقابل عدم انجام تعهد به کار گرفته می‌شود. مسأله این است که بین تقلیل ثمن و جبران خسارت چه ارتباطی وجود دارد. واکنش‌های مقابل عدم انجام تعهد به ذو دسته تقسیم می‌شود: دسته‌ای که در مقابل نقض عهد اعمال می‌شود و دسته‌ای که در مقابل عدم انجام تعهد موجه اعمال می‌شود. حال تقلیل ثمن جزء کدام یک از این دو است؟

ارش در روایات ائمه به نوعی مسئولیت قراردادی ناشی از نقض تعهد بایع نسبت به سلامت مبیع است و با تفریق قیمت کالای معیوب از سالم به دست می‌آید لیکن فقهای متأخر شیوه‌ای را ابداع کرده‌اند که بر طبق آن نسبتی از ثمن مسترد می‌شود و در حقیقت تلاش کرده‌اند که جزئی از ثمن را که در مقابل جزء یا وصف مفقود قرار دارد کشف کنند. حق تقلیل ثمن با ذهنیت مشابه در حقوق روم وجود داشته و وارد حقوق نوشته شده است اما در کامن‌لا این حق با این کیفیت شناسایی نشده است.

در جریان نگارش کنوانسیون‌های بین‌المللی در خصوص حقوق قراردادها مباحث مهمی در خصوص وجاهت این ضمانت اجرا و ارتباط آن با جبران خسارت

* دانش‌آموخته دکتری حقوق خصوصی.

مطرح شد. نتیجه این شد که حق تقلیل ثمن به عنوان یک ضمانت اجرای مشترک در خصوص نقض عهد و عدم انجام تعهد موجه شناسایی شد. در این اسناد، حق تقلیل ثمن در خصوص عدم مطابقت کمی یا کیفی کالا با قرارداد پیش‌بینی شده است. در مواردی که عدم انجام تعهد موجه است، هدفی که در تقلیل ثمن تعقیب می‌شود جلوگیری از دارا شدن ناعادلانه متعهد نسبت به عوض تعهدی است که انجام نداده است لیکن زمانی که نقض عهد صورت گرفته هدف مجموعه واکنش‌ها قرار دادن متعهدله در موقعیت انجام تعهد است. چون در اکثر موارد تقلیل ثمن به تنهایی این هدف را تأمین نمی‌کند این امکان وجود دارد که مابقی خسارات مطالبه شود. مشکل نظری که تقریباً لاینحل باقی مانده موارد خاصی است که حق تقلیل ثمن باعث می‌شود که متعهدله در وضعیتی بهتر از انجام تعهد قرار گیرد.

کلید واژگان

ارش - حق تقلیل ثمن - خسارت - استرداد - کامن‌لا - کنوانسیون بیع بین الملل کالا.

مقدمه

ارش در لغت به معنای دیه، تاوان، کیفر و رشوه به کار برده شده است^۱ اما باید دید که در حقوق قراردادها ارش به چه معنا است. آیا ارش در قرارداد همان جبران خسارت و مصداقی از مصادیق مسئولیت قراردادی است؟ به این معنا که در صورت معیوب بودن یا ناقص بودن مبیع، بایع نقض عهد کرده است و باید خسارت ناشی از این نقض عهد را جبران کند و ارش به این منظور مقرر شده است؟ یا اینکه ارش استرداد جزئی از ثمن معامله به دلیل انحلال قهری و بطلان جزئی از قرارداد است؟ به این معنا که با فقدان وصف سلامت در مبیع بیع به نسبت ثمنی که در مقابل وصف سلامت قرار دارد، باطل بوده و بایع باید آن جزء از ثمن را مسترد کند. به نحوی که توضیح داده خواهد شد^۲ فقها تا حدی به این مباحث پرداخته‌اند اما در این مقاله علاوه بر مرور اندیشه آن بزرگان تلاش خواهد شد که به این سؤال‌ها به مدد بصیرتی که از حقوق جدید حاصل می‌شود، پاسخ داده شود.

برای پاسخ دادن به این سؤال‌ها در مقدمه باید توضیح داد که به‌طور کلی واکنش‌هایی که علیه یک متعهد در صورت عدم انجام تعهد اعمال می‌شود، به دو دسته تقسیم می‌شوند: دسته‌ای از واکنش‌ها که در صورت عهدشکنی علیه متعهد

۱. بهشتی، محمد، فرهنگ صبا، انتشارات صبا، ۱۳۷۱، ذیل واژه ارش. شیخ انصاری نیز در خصوص معنی لغوی ارش چنین بیان می‌کند: "همچنان که در صحاح و از مصباح آمده معنی لغوی ارش دیه جراح است و در قاموس ارش دیه معنی شده است... در کلام فقها به مالی ارش می‌گویند که به عنوان بدل نقصی در مال یا بدن که در خصوص آن مسئولیت وجود داشته باشد، گرفته می‌شود." (انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، ج ۵، چاپ مؤسسه باقری، ۱۴۲۰ ه. ق، ص ۳۹۱).

۲. رک: ش ۱۰۱۰۲.

اعمال می شود و دسته ای از واکنش ها که در صورت عدم انجام تعهد موجه علیه متعهد اعمال می شود. جبران خسارت واکنشی است که در مقابل نقض عهد به کار گرفته می شود ولی در صورتی که عدم انجام تعهد موجه باشد، برای مثال به دلیل وجود قوه قاهره تعهد انجام نشود، این واکنش کاربردی ندارد. برعکس، انحلال خود به خودی قرارداد معمولاً واکنشی است که در صورت عدم انجام موجه تعهد به کار گرفته می شود مثل زمانی که بدون تقصیر و اهمال بایع، مبیع قبل از قبض تلف شود (ماده ۳۸۷ قانون مدنی). بسیاری از واکنش ها جزء هر دو دسته فوق اند یعنی هم در صورت عدم انجام تعهد موجه و هم در صورت نقض عهد به کار می آیند برای مثال، حق فسخ چنین حالتی دارد و در صورت عدم انجام تعهد موجه یا غیر موجه قابل استفاده است. اینکه یک واکنش جزء کدام یک از این دو دسته است در هر نظام با نظام دیگر متفاوت است. برای مثال، خسارت تأخیر تأدیه در حقوق ایران فقط وقتی به پول تعلق می گیرد که بعد از مطالبه آن از ناحیه متعهدله، متعهد با امکان پرداخت از پرداخت آن کوتاهی کند (ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی) ولی در برخی از نظام ها این واکنش هم در صورت عدم انجام تعهد موجه و هم غیر موجه کاربرد دارد.^۳

۳. این تقسیم بندی در اسناد بین المللی مرتبط به حقوق قراردادها به وضوح مشاهده می شود: بند ۵ ماده ۷۹ کنوانسیون بیع بین الملل کالا (وین - ۱۹۸۰) که در خصوص معافیت به دلیل فرس ماژور است، در این خصوص بیان می کند که: " هیچ چیز در این ماده هیچ یک از طرفین را از اعمال هر یک از حقوقی که بر اساس این کنوانسیون به دست می آورند، به جز مطالبه خسارت، محروم نمی کند." بنابراین بر طبق این ماده جبران خسارت واکنشی است که در صورت نقض عهد به کار گرفته می شود ولی مابقی واکنش ها هم در صورت نقض عهد و هم در صورت عدم انجام تعهد موجه کاربرد دارد همچنین، بند ۲ ماده ۸:۱۰۱ اصول اروپایی قراردادها در این خصوص اعلام می دارد که: " وقتی بر طبق ماده ۸:۱۰۱ عذری برای عدم انجام تعهد وجود دارد، زیان دیده ممکن است به هر یک از واکنش های ذکر شده در بخش ۹ به جز مطالبه انجام تعهد و جبران خسارت متوسل شود." همچنین بند ۴ م ۷:۱۰۷ اصول قراردادهای

برای تعیین ماهیت ارش ابتدا باید معلوم شود که ارش جزء کدام یک از واکنش‌ها است. آیا واکنشی است که فقط در صورت نقض عهد غیر موجه اعمال می‌شود و یا اینکه در صورت عدم انجام تعهد موجه نیز اعمال می‌گردد؟ با تعیین این نکته جنبه‌های مجهول فراوانی در خصوص ارش معلوم می‌گردد. اگر ارش واکنشی در مقابل عدم انجام تعهد موجه باشد، در کنار آن واکنش جبران خسارت وجود نخواهد داشت. در این حالت، هدف بر طرف کردن بی عدالتی ناشی از پرداخت عوض در مقابل تعهدی است که محقق نشده است. به عبارت دیگر، هدف جلوگیری از دارا شدن ناعادلانه است؛ یعنی در این حالت باید جزئی از ثمن تعیین شود که با توجه به عدم انجام تعهد، فروشنده استحقاق دریافت آن را ندارد و بیع نسبت به آن فاقد اثر است لیکن اگر ارش واکنشی در مقابل نقض عهد باشد، هدف قرار دادن متعهدله در شرایطی است که اگر به تعهد عمل می‌شد در آن شرایط قرار می‌گرفت. در این حالت، واکنش جبران خسارت نیز در کنار حق ارش مطرح است و باید رابطه بین این دو واکنش نیز تعیین گردد. اگر هم حق ارش واکنشی باشد که هم در صورت عدم انجام تعهد موجه و هم در صورت عهد شکنی کاربرد داشته باشد، با توجه به اهداف متفاوتی که در این دو حالت تعقیب می‌شود، باید دید که آیا نحوه به کارگیری این واکنش در هر دو حالت به یک صورت یا متفاوت است.

برای اینکه این بررسی کامل باشد، باید به این نکته توجه کرد که ارش اصطلاح خاصی است که در حقوق ما در صورت معیوب بودن مبیع در عقد بیع مطرح می‌شود. اما موارد دیگری هم وجود دارد که به دلیل نقایص دیگر، مثل نقص

تجاری بین المللی، که عنوان آن فروش ماژور است، اعلام می‌دارد: "هیچ چیز در این ماده طرف قرارداد را از حق فسخ یا حق تعلیق انجام تعهد یا مطالبه بهره بول منع نمی‌کند".

در مقدار مبیع، مشتری حق می‌یابد مقداری از ثمن را مسترد کند. برای اینکه این موارد هم مورد بررسی قرار گیرد عنوان کلی‌تر حق تقلیل ثمن را می‌توان برگزید و بر اساس آن مباحث را ادامه داد. تمام سؤال‌های فوق را باید در خصوص این عنوان تعقیب کرده و نتیجه‌گیری را به نحو کلی‌تر انجام داد.

در ادامه حق تقلیل ثمن را در نظام حقوقی ایران و پاره‌ای دیگر از نظام‌ها مورد مطالعه قرار داده و با نقد و بررسی موضع هر یک از نظام‌ها به دیدگاه نهایی خود در خصوص این واکنش دست خواهیم یافت.

۱. بررسی ارش در پاره‌ای از نظام‌های حقوقی

۱.۱. ارش در حقوق ایران:

مباحث مربوط به ارش در حقوق ایران برگرفته از فقه امامیه است. فقه امامیه نیز به نوبه خود تحت تأثیر احادیث و روایات معصومین است بنابراین برای بررسی سرچشمه مباحث مناسب است که ابتدا ارش در کلام معصومین بررسی شود و سپس مطالعه شود که این احادیث به چه شکل در کتب فقهی تفسیر شده‌اند. در نهایت باید بحث را در حقوق موضوعه ایران تعقیب کرد:

۱.۱.۱. ارش در روایات معصومین:

در کتب احادیث چند روایت در خصوص ارش وجود دارد که مهم‌ترین آن‌ها به این شرح است:

روایتی از عمر بن یزید نقل شده با این محتوا که "من و عمر در مدینه بودیم عمر مقداری پارچه به ثمن مشخص خریداری کرد. آن‌ها را گرفت و تقسیم کرد و

معلوم شد که در یکی از پارچه‌ها عیبی وجود دارد. به فروشنده گفت که ثمن قراردادی آن پارچه معیوب را به شما می‌دهم. فروشنده نپذیرفت و گفت که قیمت پارچه معیوب را از تو می‌گیرم. مسأله را عمر نزد امام جعفر صادق (ع) مطرح کرد ایشان فرمودند: عمر ملزم به همین قیمت یعنی قیمت کالای معیوب است.^۴ روایت دیگری از امام محمد باقر و یا امام جعفر صادق (ع) نقل شده با این مضمون که فردی لباس و یا کالایی خرید که معیوب بود، معصوم فرمود که اگر اصل مال موجود است آن را به بایع مسترد کند و ثمن را پس بگیرد و اگر پارچه بریده یا دوخته یا رنگ شده است، مشتری به اندازه نقصان موجود در مبیع به بایع رجوع می‌کند.^۵ در روایت دیگر از امام جعفر صادق (ع) نقل شده که اگر کسی کالایی بخرد و کالا معیوب باشد، می‌تواند کالا را پس داده و ثمن را پس بگیرد یا قیمت عیب را از بایع بگیرد.^۶

عیوب به‌طور مشخص در بازار قیمتی ندارد؛ برای مثال این گونه نیست که برای عیب زدگی پارچه قیمت مشخصی وجود داشته باشد. به ناچار برای به‌دست آوردن قیمت عیب که همان ارش است باید قیمت کالای معیوب را از قیمت کالای سالم کسر کرد. بر این اساس، واژه قیمت عیب در روایت اخیر یا نقصان ناشی از عیب در روایات سابق ظهور در این مطلب دارد که برای محاسبه ارش باید، تفاوت قیمت

۴. حر عاملی، محمد، وسائل الشیعه (آل‌البيت)، ج ۱۸، انتشارات مؤسسه آل‌بیت (ع) لاحیاء التراث، قم، ۱۴۱۴ هـ. ق، ص ۲۹.

۵. همان، ص ۳۰- روایت دیگری نیز با محتوای مشابه از فقه الرضا (ع) نقل شده است و مورد استناد فقها نیز قرار گرفته است. رک: نوری طبرسی، محمد تقی، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، ج ۱۳، ناشر: مؤسسه آل‌بیت (ع) لاحیاء التراث، ۱۴۰۸ هـ. ق، ص ۳۰۶.

۶. نوری طبرسی، محمد تقی، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، ج ۱۳، ص ۳۰۶.

کالای سالم و معیوب را ملاک قرار داد. در این محاسبه ثمن قراردادی نقشی ندارد و ارش وابسته به ارزش های واقعی کالای سالم و معیوب است بنابراین فرمول محاسبه ارش در ظاهر روایات به شکل زیر است:

$$\text{ارش} = \text{قیمت کالای سالم} - \text{قیمت کالای معیوب}$$

در روایت دیگری زراره از امام صادق (ع) نقل کرده اند که: اگر کسی چیزی خرید و معیوب بود، به شرط آنکه از آن عیب تبری جسته نشده باشد و به شرط اینکه مشتری نیز نسبت به آن عیب آگاهی نداشته باشد، اگر بعد از قبض در مبیع تغییری به وجود آید و مشتری به این عیب علم پیدا کند، بیع الزام آور است و به اندازه نقص موجود در مبیع از ثمن به مشتری مسترد می شود.^۷ ظاهر این روایت هم با روایت های سابق فرقی نمی کند و بیان می کند که به اندازه نقص موجود باید از ثمن مسترد شود و نه اینکه نسبتی از ثمن مسترد شود منتها برخی از فقها، به شرحی که توضیح داده خواهد شد،^۸ این عبارت را که مقداری از ثمن باید مسترد شود، به این شکل تفسیر کرده اند که باید نسبتی از ثمن مسترد شود، در حالی که ظاهر روایت این است که به اندازه نقصان از محل ثمن مسترد می شود و این عبارت با نسبت قیمت معیوب و قیمت سالم از ثمن کاملاً متفاوت است.

نکته دیگری که در روایات زراره از امام جعفر صادق (ع) مشخص است این است که ارش واکنشی در مقابل نقض عهد است زیرا در این روایت بیان شده که حق فسخ و ارش زمانی است که بایع از عیب تبری نجسته باشد و مشتری هم نسبت به عیب عالم نباشد در این حالت عقد بیع مبتنی بر شرط ضمنی سلامت شکل گرفته و

۷. حر عاملی، محمد، وسائل الشیعه (اهل بیت)، ج ۱۸، ص ۳۰.

۸. رک: ش ۱۰۱۲.

معیوب بودن مبیع نقض عهد است و ارش هم در کنار حق فسخ و اکنشی در مقابل این نقض عهد است لیکن از این روایات معلوم نمی‌شود که آیا حق مطالبه ارش در عدم انجام تعهد موجه، مثل زمانی که مبیع بعد از عقد و قبل از قبض به دلیل آفات سماوی معیوب شده است، نیز وجود دارد. نکته دیگری که در این روایات مشخص نیست زمان محاسبه ارش است. آیا قیمت مبیع معیوب و سالم در زمان انعقاد قرارداد باید ملاک قرار داده شود و یا زمان محاسبه ارش و یا زمانی دیگر باید ملاک محاسبه قرار گیرد.

۲. ۱. ۱. ارش نزد فقها

پاره‌ای از فقهای متقدم به ظاهر روایات وفادار مانده و ارش را تفاوت قیمت سالم و معیوب اعلام کرده‌اند^۹ اما فقهای متأخر نظر فقهای پیشین خود را نپذیرفته‌اند و برای محاسبه ارش روش متفاوتی را ارائه کرده‌اند به این شکل که باید نسبت بین قیمت مبیع معیوب و سالم محاسبه شود و بایع به آن نسبت از ثمن نگاه دارد و مابقی را به عنوان ارش به مشتری مسترد کند^{۱۰}. تفاوت عملی این دو روش محاسبه بسیار

۹. علی ابن بابویه به نقل از: شیخ انصاری، مرتضی، مکاسب، ج ۵، ص ۲۹۲ و ۲۹۳ - شیخ مفید، محمد، المقنعه، تحقیق: جامعه مدرسین، قم، ۱۴۱۰، ص ۵۹۷ - همچنین شیخ طوسی نیز با عباراتی روش محاسبه ارش را بیان می‌کند که به نظر می‌رسد از ظاهر روایات تبعیت کرده‌اند. ایشان در این خصوص می‌نویسند: "و قد بینا کیفیه الأرش و هو أن يقوم المبیع صحیحا و معیبا و ينظر کم نقص من اجزاء القیمه فینقص بمقداره من أجزاء الثمن..." معنی ساده این عبارت این می‌شود که برای محاسبه ارش به اندازه تفاوت قیمت معیوب و سالم از ثمن کسر می‌شود (شیخ طوسی، محمد، مبسوط، ج ۲، ناشر: المكتبة المرتضویه، ص ۱۳۲)

۱۰. شهید اول، الدروس الشرعیه، ج ۳، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۴ هـ. ق، ص ۲۸۷ - شهید ثانی، شرح لبعه، ج ۳، انتشارات داورى، قم، ۱۴۱۰، ص ۴۷۴ - نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۲۳، ناشر: دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۵۶ هـ. ش، ص ۲۸۸.

زیاد است. با یک مثال این تفاوت را نشان می دهیم: فرض کنید کالایی به قیمت ۱۰۰,۰۰۰ تومان خریداری شده است و معلوم می شود که معیوب است. قیمت کالای سالم ۱۲۰,۰۰۰ تومان و قیمت کالای معیوب ۶۰,۰۰۰ تومان است. نزد فقهای متقدم ارش به شکل زیر محاسبه می شود:

$$۱۲۰,۰۰۰ - ۶۰,۰۰۰ = ۶۰,۰۰۰$$

حال آنکه متأخرین به این شکل ارش را محاسبه می کنند:

$$۱۰۰,۰۰۰ - (۶۰,۰۰۰ \div ۱۲۰,۰۰۰) \times ۱۰۰,۰۰۰ = ۵۰,۰۰۰$$

فقهای متأخر در توجیه روش خود و بیان دلیل عدول از ظاهر روایات استدلال هایی را بیان کرده اند که کامل ترین آن ها را می توان در کلام شیخ انصاری مشاهده کرد:

ایشان ابتدا برای فائق آمدن بر ظاهر نصوص، آن را ناظر بر حالتی می دانند که قیمت مبیع و ثمن قراردادی مساوی است.^{۱۱} در این حالت هر دو شیوه به نتیجه یکسان ختم می شود. برای مثال اگر کالایی به قیمت ۱۰۰,۰۰۰ تومان خریداری شود و معیوب درآید و قیمت کالای سالم نیز در بازار ۱۰۰,۰۰۰ تومان باشد و قیمت کالای معیوب در بازار ۶۰,۰۰۰ تومان باشد، محاسبه ارش بر هر دو شیوه به شرح زیر است:

$$۱۰۰,۰۰۰ - ۶۰,۰۰۰ = ۴۰,۰۰۰ \quad \text{ارش بر طبق ظاهر نصوص:}$$

ارش بر طبق روش متأخرین:

$$۱۰۰,۰۰۰ - (۶۰,۰۰۰ \div ۱۰۰,۰۰۰) \times ۱۰۰,۰۰۰ = ۴۰,۰۰۰$$

۱۱. شیخ انصاری، مرتضی، مکاسب، ج ۵، ص ۲۹۳- همچنین ر.ک: نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۲۳، ص ۲۸۸.

اما در حالتی که قیمت کالا و ثمن قراردادی مساوی نیست، شیخ انصاری روش محاسبه منعکس در ظاهر نصوص را معتبر ندانسته و چنین استدلال می کنند: "مسئولیت نسبت به نقص تبعیت می کند از مسئولیت نسبت به آن چیزی که نسبت به آن نقص وجود دارد. اگر مال به قیمتش در ضمان باشد مثل مال غصبی، نقص هم به قیمتش در ضمان است و اگر مال در مقابل عوض در ضمان باشد، مثل مبیع، به این معنی که تلف مال موجب عدم تملک عوض المسمی می شود، نقص هم در مقابل آن چیزی که از عوض به آن نقص تعلق می گیرد، در ضمان است. در این حالت قیمت عیب در ضمان نیست زیرا از لحاظ ضمان، جزء تابعی است از کل. به همین دلیل است که برخی^{۱۲} ارش را جزئی از ثمن تعریف کرده اند. این به این دلیل است که مسئولیت تمام مبیع به عهده بایع مسئولیت معاوضی است. یعنی بایع ضامن تسلیم تمام مبیع به مشتری است و اگر تسلیم بعضی از آن ممکن نشود، به مقداری از ثمن که به آن اختصاص دارد، ضامن است و ضمان ربطی به قیمت ندارد"^{۱۳} بنابراین تمام تلاش فقها این است که کشف کنند که چه جزئی از ثمن در مقابل عیب قرارداد و برای رسیدن به این جزء از ثمن فرمول مناسب، همان فرمول ارائه شده توسط فقهای متأخر است.

شیخ انصاری در ادامه برای تکمیل استدلال خود به ایرادی که پاره‌ای از فقها بیان کرده‌اند مبنی بر اینکه چیزی از ثمن در مقابل عیب قرار نمی گیرد^{۱۴}، تاخته و اعلام می دارد: «قابل اعتماد نیست اگر کسی بگوید: مقتضای عرفی معاوضه این است

۱۲. مثل: شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۳، ص ۴۷۴ - علامه حلی، قواعد الاحکام، ج ۲، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۳ هـ. ق، ص ۷۴.

۱۳. شیخ انصاری، مرتضی، مکاسب، ج ۵، ص ۳۹۲ تا ۳۹۴.

۱۴. برای دیدن این ایراد ر.ک: نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۲۳، ص ۲۳۶ و ۱۵۹.

که چیزی از ثمن در مقابل وصف صحت قرار نگیرد. این وصف در وجود مقداری از ثمن و یا عدم وجود آن دخالت دارد و اگر بایع نسبت به این وصف تعهد کرده است، وقتی از این تعهد عدول کند، مشتری می تواند آنچه را از ثمن که به دلیل این وصف مقرر شده، مطالبه کند.^{۱۵}

نکته دیگری که باعث شده فقها نسبتی از ثمن را به عنوان ارش تعریف کنند، نگرانی از این مسأله است که ارش از ثمن قراردادی بیشتر شود. شیخ انصاری در این خصوص می گوید: «از آنجا که ارش از ثمن به مشتری مسترد می شود، ظاهر این است که ارش از ثمن بیشتر نمی شود بلکه کمتر از ثمن است. در حالی که اگر ارش نفس تفاوت سالم و معیّب باشد گاه باعث می شود که ارش از ثمن بیشتر شود. مثل زمانی که یک نفر کنیزی را به دو دینار بخرد و قیمت معیوب آن کنیز ۱۰۰ دینار باشد و صحیح آن دو برابر قیمت داشته باشد، با این محاسبه ارش ۱۰۰ دینار می شود که این مسأله معقول نیست.»^{۱۶}

حال با این روش محاسبه ابداع شده توسط فقهای متأخر باید دید که نزد اینان ماهیت ارش چیست. آیا ارش ضمانت اجرایی در مقابل نقض عهد است یا اینکه در موارد عدم انجام تعهد موجه نیز کاربرد دارد؟ و ارش بر اساس قیمت چه زمانی تعیین می شود؟

از آنچه گفته شد انتظار می رود که فقها متأخر ماهیت ارش را جبران خسارت ندانند بلکه آن را نتیجه بطلان و یا انفساخ جزئی عقد در نظر بگیرند زیرا در جبران

۱۵. شیخ انصاری، مکاسب، ج ۵، ص ۳۹۵.

۱۶. شیخ انصاری، مکاسب، ج ۵، ص ۳۹۳- این نگرانی در کلام دیگر فقها هم دیده می شود. ر.ک: نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۲۳، ص ۲۸۸- شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۳، ص ۴۷۴.

خسارت، خسارت واقعی محاسبه و جبران می شود پس در مقام جبران خسارت مربوط به عیب مبیع باید دید که عیب چه مقدار به دارایی خریدار لطمه وارد کرده است و چه مقدار از ارزش مبیع کاسته شده است. به عبارت دیگر، باید قیمت عیب تعیین گردد. برای این کار هم باید تفاوت قیمت مبیع سالم و معیوب مشخص شود و این خسارت ارتباطی با ثمن قراردادی ندارد اما فقها به دنبال تعیین خسارت وارده به مشتری به دلیل عیب مبیع نرفته بلکه به دنبال تعیین جزئی از ثمن رفتند که به دلیل معیوب بودن مبیع بایع استحقاق دریافت آن را ندارد. نتیجه منطقی این موضع گیری این است که ارش جزئی از ثمن است که به دلیل بطلان یا انفساخ جزئی از عقد باید به مشتری مسترد شود.

منتها فقها در این نتیجه گیری به اتفاق نرسیده اند. این عدم توافق را می توان در این بحث مشاهده کرد که اگر عین ثمن نزد بایع باقی باشد آیا او باید ارش را از خود ثمن مسترد کند و یا چنین امری ضرورت ندارد؟ طبیعی است که فقهایی که به راحتی ارش را جزئی از ثمن می دانند به این سؤال جواب مثبت می دهند^{۱۷} لیکن مابقی فقها در این خصوص نظر متفاوتی دارند. شیخ انصاری با وجود اینکه می پذیرد که جزئی از ثمن به اعتبار وجود وصف سلامت مقرر شده است اما در این مسأله اظهار نظر کرده اند که: "اصل این است که مشتری تسلطی بر جزئی از ثمن ندارد. قدر متیقن این است که بایع باید فقدان وصف سلامت که متعهد به وجود آن بوده را جبران کند (در این میان میزان مسئولیت) به مقداری (است) که متعاقدين به دلیل وجود این وصف بر ثمن افزوده اند و لازم نیست که آن جزء از ثمن را که مقابل این

۱۷. شهید اول، دروس الشرعیه، ج ۳، ص ۲۸۷ و با صراحت بیشتر: شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۳، ص ۴۷۴ - علامه حلی، تذکره الفقهاء، ج ۱، ناشر: مکتبه الرضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، ص ۵۲۸ - علامه حلی، قواعد الاحکام، ج ۲، ص ۷۵.

وصف قرار دارد مسترد کند.^{۱۸} در ادامه شیخ انصاری بیان می کند که با پذیرش اینکه لازم نیست ارش از عین ثمن پرداخت شود، ظاهراً باید به وسیله پول محاسبه و پرداخت شود زیرا اصل در مسئولیت و جبران خسارت این است که باید به وسیله پول صورت گیرد.^{۱۸}

بنابراین دیدگاه فقها را در خصوص ماهیت ارش باید به این شکل دسته بندی کرد: دسته اول فقهای متقدم که به تبع روایات ارش را جبران خسارت ناشی از عیب می دانند و این خسارت را تابعی از خسارت واقعی و قیمت عیب می دانستند. دسته دوم فقهای که ارش را جزئی از ثمن می دانند که بیع نسبت به آن به دلیل بطلان جزئی عقد باطل است و باید آن را به مشتری مسترد کند و دسته سوم فقهای که ارش را جبران خسارتی محدود می دانند به این معنا که مسئولیت نسبت به عیب به اندازه ای است که به دلیل وصف سلامت بایع ثمن دریافت کرده است.

در قدم بعد باید دید که نظر فقها در خصوص اینکه آیا ارش فقط در مورد نقض عهد وجود دارد یا در مورد عدم انجام تعهد موجه نیز مطرح است، چیست؟ به طور خاص این بحث در موردی مطرح شده که مبیع بعد از عقد و قبل از قبض به دلیل آفات سماوی و عواملی که در کنترل بایع نیست معیوب گردد. بسیاری از فقها

۱۸. شیخ انصاری، مرتضی، مکاسب، ج ۵، ص ۳۹۶ و ۳۹۷ - مشابه استدلال شیخ انصاری را می توان در کلام صاحب جواهر مشاهده کرد. ایشان چنین بیان می کنند: اگر ثمن غیر پول باشد، مشتری مستحق قیمت نسبت تفاوت از ثمن است (یعنی لازم نیست ارش از عین و از جنس ثمن پرداخت شود) همان طور که اگر ثمن پول باشد لازم نیست که ارش از عین ثمن پرداخت شود زیرا محقق است که ارش در زمره غرامات است و ثمن در هر حال ملک بایع است ... (نجفی، شیخ محمدحسن، جواهر الکلام، ج ۲۳، ص ۲۹۴).

در خصوص اینکه در این حالت به مشتری ارش تعلق گیرد، ابراز تردید کرده‌اند.^{۱۹} این تردید از ناحیه آن دسته از فقها که ارش را غرامت و جبران خسارت می‌دانند منطقی است زیرا جبران خسارت در شرایطی که به دلیل قوای خارج از کنترل متعهد به تعهد عمل نشده، معنی ندارد. اینان بین عیب و نقص تفاوت قائل هستند. نقص فقدان یا تلف جزئی از مبیع است که باعث عدم استحقاق بایع نسبت به جزء متناسبی از ثمن می‌گردد و تفاوت نمی‌کند که این نقص در زمان عقد موجود باشد و یا اینکه بعد از عقد و قبل از قبض حادث شود. از دید این فقها جزئی از ثمن در مقابل وصف سلامت قرار ندارد و در صورت معیوب بودن مبیع عقد نسبت به هیچ جزء از ثمن باطل نیست. اینان معتقدند که ارش خسارتی است که به شکل استثنایی برای عیب از طرف شارع مقرر شده و قدر متیقن این است که این خسارت محدود به موردی است که عیب در زمان انعقاد قرارداد وجود داشته است. در مقابل، فقهای قرار دارند که معتقدند جزئی از ثمن در مقابل وصف سلامت قرار می‌گیرد و در صورتی که مبیع معیوب باشد، عقد نسبت به آن جزء ثمن باطل است و ارش هم همین جزء از ثمن است. اینان فرقی بین نقص و عیب قائل نیستند. چه عیب یا نقص در زمان عقد موجود باشد و چه عیب و یا نقص بعد از عقد و قبل از قبض حادث شود، در هر دو حالت، بایع مستحق ثمنی که در مقابل جزء مفقود و یا وصف سلامت قرار دارد،

۱۹. شیخ طوسی، خلاف، ج ۳، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۷ ه. ق، ص ۱۰۹ - محقق حلی، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۲، انتشارات استقلال، ۱۴۰۹ ه. ق، ص ۲۸۴ - نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۲۳، ص ۱۵۸ - شیخ انصاری، مکاسب، ج ۶، ص ۲۸۲ تا ۲۸۵.

نیست بنابراین این فقها در حالتی هم که عیب بعد از عقد و قبل از قبض حادث شود، معتقد به وجود ارش هستند.^{۲۰}

از آنجا که کثیری از فقها بین نقص و عیب از جهت آثار تفاوت قائل شده‌اند، طبیعی است که تلاش زیادی نیز صورت گرفته باشد تا عیب تعریف گردد و تفاوت آن با نقص به طور دقیق روشن شود. در این راستا مشهورترین تعریفی که از عیب ارائه شده، تعریف عیب به عنوان عدول از خلقت طبیعی اشیاء است.^{۲۱} به این تعریف زیر بنایی از عیب برخی ملاک نهایی عرف را افزوده‌اند.^{۲۲} با وجود اینکه عمده فقها پذیرفته‌اند که خیار عیب و ارش به دلیل عدول از شرط صریح و یا ضمنی سلامت مبیع است^{۲۳} اما هیچ یک ملاک نهایی و اصلی تشخیص عیب را قصد مشترک طرفین اعلام نکرده‌اند.

آخرین سؤال این است که ارش بر اساس قیمت‌های چه زمانی تعیین می‌شود. در این خصوص نیز بین فقها اختلاف نظر است: برخی یکی از دو زمان انعقاد عقد و

۲۰. شهید اول، اللمعه الدمشقیة، ناشر: دار الفکر، ۱۴۱۱ هـ. ق، ص ۱۱۱- شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۳، ص ۵۲۶- علامه حلی، قواعد الأحکام، ج ۲، ص ۷۸.

۲۱. شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۳، ص ۴۷۳- علامه حلی، قواعد الاحکام، ج ۲، ص ۷۲- محقق حلی، شرایع الاسلام، ج ۲، ص ۲۹۱.

۲۲. نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۲۳، ص ۲۵۹. شیخ انصاری نیز ملاک عیب را عرف می‌داند ولی به ذکر این ملاک بسنده نکرده و تلاش می‌کند که دیدگاه عرف را در خصوص عیب کشف کند بر این اساس عیب را نقص از مرحله صحت می‌داند، که مرتبه صحت خود مرتبه متوسطی بین نقص و کمال است و تشخیص این مرتبه را منوط به مطالعه اغلب مصادیق شیء می‌داند که خود مجدداً مستلزم رجوع به عرف است (شیخ انصاری، مکاسب، ج ۵، ص ۳۵۵ و ۳۵۶).

۲۳. شیخ مفید، المقنعه، ص ۵۹۶- محقق حلی، شرایع الاسلام، ج ۲، ص ۲۹۰- شیخ انصاری، مکاسب، ج ۵، ص ۲۷۱ تا ص ۲۷۳.

قبض مبیع، هر کدام که کمتر باشد، را ملاک قرار می دهند.^{۲۴} عده‌ای ملاک را زمان انعقاد عقد قرار داده‌اند با این استدلال که این زمان، زمان تراضی و شکل‌گیری قصد مشترک است.^{۲۵} عده‌ای نیز ملاک را زمانی قرار داده‌اند که مشتری نسبت به ارش استحقاق پیدا می کند و این زمان را زمانی می دانند که مشتری از بین فسخ و ارش، ارش را انتخاب می کند و یا اینکه به دلیل تصرف در مبیع حق او منحصر به ارش می شود.^{۲۶} در جمع‌بندی این اختلافات باید گفت: از فقهایی که ارش را جبران خسارت می دانند انتظار نمی رود که بتوانند زمان مشخصی را به عنوان زمان تعیین ارش مشخص کنند زیرا به طور کلی یک نظریه منسجم فقهی در خصوص زمان محاسبه خسارت وجود ندارد^{۲۷} بر عکس از دید فقهایی که ارش را جزئی از ثمن می دانند، انتظار می رود که آن‌ها به طور مشخص زمان انعقاد قرارداد را ملاک تعیین ارش قرار دهند، زیرا در این زمان است که قصد طرفین شکل گرفته است و قیمت‌ها در این زمان مشخص می کند که در قصد مشترک طرفین چه مقدار از ثمن در مقابل وصف سلامت قرار می گیرد. عملاً هم چنین نتیجه‌گیری مشاهده می شود.^{۲۸}

۲۴. شیخ طوسی، مبسوط، ج ۲، ص ۱۳۲ - علامه حلی، قواعد الاحکام، ج ۲، ص ۷۴ و ۷۵.

۲۵. شهید اول، دروس، ج ۳، ص ۲۸۸ و ۲۸۹ - شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۳، ناشر: مؤسسه المعارف الاسلامیه، ص ۳۰۰.

۲۶. نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۲۳، ص ۲۸۹ و ۲۹۰.

۲۷. البته در مواردی مثل تعیین قیمت مال غصبی قیمی که تلف شده مباحث مفصلی در خصوص زمان تقویم صورت گرفته است، لیکن این مباحث استدلال‌هایی موردی است و نمی توان آن را مبنایی عام در خصوص زمان تعیین خسارت قرار داد.

۲۸. شهید اول، دروس، ج ۳، ص ۲۸۸ و ۲۸۹ - شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۳، ص ۳۰۰.

۳. ۱. ۱. نقد دیدگاه فقهای متأخر

در شماره قبل مشاهده شد که فقهای متأخر در خصوص نحوه محاسبه ارش به اتفاق رسیده‌اند لیکن در جزییات ارش با یکدیگر توافق ندارند. به هر حال، نظریه‌ای که توسط این فقها در خصوص ارش ارائه شده دارای مختصات و مبانی استدلالی مشترکی است که در خصوص آن نکات زیر به ذهن می‌رسد:

به سختی می‌توان فرمول ارائه شده برای محاسبه ارش را مبتنی بر روایات دانست بلکه بیشتر باید این فرمول را ماحصل استنباط‌های عقلی فقها به حساب آورد. در شماره قبل مشاهده شد که برای عدول از ظاهر روایات، روایات ناظر به شرایطی دانسته شده است که قیمت میبع در بازار و ثمن قراردادی مساوی است اما این استدلال چندان قابل اعتماد نیست. کثرت روایات موجود مانع می‌شود که بتوان همه آنها را ناظر بر حالتی دانست که قیمت بازار و ثمن قراردادی مساوی است. به‌خصوص اگر توجه شود که در اکثر قراردادها ثمن معامله دقیقاً با قیمت بازار یکسان نیست. به نظر می‌رسد که هدف مورد نظر در روایات جبران خسارت اصلی ناشی از معیوب بودن میبع بوده است. برای تعقیب این هدف باید دید عیب میبع چه مقدار از دارایی مشتری، که می‌توانست به واسطه عقد عاید او شود، کاسته است. به این منظور دقیقاً باید تفاوت قیمت میبع معیوب و سالم را محاسبه کرد. وفاداری به ظاهر روایات می‌توانست مقدمه‌ای برای شناسایی مسئولیت قراردادی در فقه باشد. امری که اتفاق نیفتاد.

استدلال‌های عقلی ارائه شده برای فرمول ارش نیز کاملاً قابل اعتماد نیست: این نکته که در بیع، میبع و اجزاء آن از جمله وصف سلامت در مقابل ثمن و اجزاء آن در مسئولیت بایع است و اگر کل میبع حاصل نشود، بایع باید کل ثمن را مسترد

کند و اگر جزء مبیع حاصل نشود باید جزئی از ثمن را مسترد کند، استدلال همیشه صحیحی نیست. مبیع و اجزاء و اوصاف آن در مقابل ثمن و اجزاء و اوصاف آن مورد تعهد است لیکن مسئولیتی که بایع نسبت به مبیع و اجزاء و اوصاف آن دارد ممکن است به مراتب بیش از ثمن و اجزاء آن باشد. برای مثال، اگر مبیع با تقصیر و اهمال بایع تلف شود، بایع مسئول مثل یا قیمت مبیع است که ممکن است به مراتب بیش از ثمن باشد. گفته شیخ انصاری فقط زمانی صحیح است که به دلیلی از دلایل عقد منفسخ یا فسخ شود، بدون اینکه بتوان مسئولیتی را به عهده یکی از طرفین نهاد، مثل موردی که مبیع بدون تقصیر و اهمال بایع قبل از قبض تلف شود. در این حالت عقد منفسخ شده و بایع فقط موظف به استرداد ثمن است اما در موردی که نقض عهد صورت گرفته مسئولیت نسبت به مبیع و اجزاء آن می تواند به مراتب بیش از ثمن و اجزاء آن باشد. وقتی بایع به تعهد صریح و یا ضمنی خود مبنی بر سلامت مبیع عمل نکرده است، باید قیمت این عیب را بدهد یا به عبارت دیگر ارزشی را بدهد که در صورت انجام تعهد و صحت مبیع وارد دارایی مشتری می شد. حتی اگر این قیمت از ثمن یا جزئی از ثمن که در مقابل آن قرار دارد، بیشتر باشد در نتیجه، نباید نگران این مسأله بود که ارزش از ثمن بیشتر شود زیرا مسئولیت قراردادی ممکن است از تعهد قراردادی بیشتر شود اما چون در فقه مسئولیت قراردادی شناسایی نشده است، قبول این مسأله در ارزش برای فقها دشوار بوده است.

با روش محاسبه ای که فقهای متأخر برای ارزش ارائه کرده اند، این نتیجه گیری که ارزش جزئی از ثمن است، اجتناب ناپذیر می شود زیرا محاسبه ارزش به این روش به غیر از کشف جزئی از ثمن که به اعتبار وصف سلامت مقرر شده است، معنایی ندارد. اعتقاد به این روش محاسبه و در عین حال استدلال به اینکه اجزاء ثمن در

مقابل اجزاء مبیع قرار دارد و چیزی از ثمن در مقابل اوصاف قرار نمی گیرد، تناقض گویی است. اساساً این اعتقاد که چیزی از ثمن در مقابل اوصاف مبیع قرار ندارد غلط است: اجزاء ثمن در مقابل اجزاء مبیع، اوصاف مبیع و حتی شروط ضمن عقد قرار می گیرد و بر همین اساس بین فقها مصطلح شده است که "لأجل قسط من الثمن"^{۲۹}. وقتی در بازار کالای دست دوم به نصف قیمت کالای نو خرید و فروش می شود این دقیقاً به این معنا است که نیمی از ثمن به دلیل نو بودن کالا مقرر شده است. در برخی از موارد مقابله جزئی از ثمن در مقابل شرط یا وصف کالا واضح است و در اعلام اراده های طرفین نیز بیان می شود مثل زمانی که فروشنده گوشی تلفن همراه را بدون گارانتی به قیمت ۲۰۰,۰۰۰ تومان در معرض فروش گذاشته و همان گوشی را با گارانتی به قیمت ۲۰۶,۰۰۰ تومان می فروشد. در این مثال مشخصاً ۶۰۰۰ تومان در مقابل شرط گارانتی قرار دارد. درست است که اصل معاوضه بین عوضین صورت می گیرد و با فقدان یک عوض معاوضه منتفی می شود در حالی که به طور معمول فقدان شرایط ضمن عقد و اوصاف مورد توافق باعث بطلان و یا انحلال قرارداد نمی شود اما این به این دلیل است که با فقدان این شرایط و اوصاف معاوضه به کل منتفی نمی شود و نه به این دلیل که اوصاف و شرایط در معاوضه نقش نداشته و چیزی از عوض در مقابل آن ها قرار نمی گیرد. همان طور که با فقدان اجزاء هر یک از عوضین نیز عقد منحل نمی شود؛ به این دلیل که به کل معاوضی منتفی نمی شود و نه اینکه جزء عوض در مقابل جزء معوض قرار نمی گیرد.

۲۹. محقق حلی، شرایع الاسلام، ج ۲، ص ۳۱۸- نائینی، حسین، منیة الطالب، ج ۳، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۸ هـ. ق، ص ۴۰- محقق بهرانی، یوسف، الحدائق الناضرة، ج ۱۹، ناشر: جامعه مدرسین، ص ۲۱۴.

به دلایلی که در بالا گفته شد، تفاوت قائل شدن بین نقص و عیب مبیع نیز فاقد مبنای منطقی است بنابراین باید بر این عقیده بود که در صورت حدوث عیب بعد از عقد و در مدتی که مبیع در مسئولیت بایع است، همانند حدوث نقص، به مشتری ارش تعلق می گیرد. در نتیجه، با این دیدگاه ضرورتاً باید ارش را ضمانت اجرایی مشترک در موارد نقض عهد و عدم انجام تعهد موجه محسوب کرد. در نهایت نکته ای که باید به آن اشاره کرد این است که از دیدگاه فقهی متأخر بدون تردید باید زمان محاسبه ارش را زمان انعقاد قرارداد در نظر گرفت زیرا در این تاریخ است که قصد مشترک شکل می گیرد و قیمت ها در این تاریخ مشخص می کند که چه جزئی از ثمن به اعتبار سلامت مبیع توافق شده است و دیگر زمان ها دخالتی در مسأله ندارد.

۴. ۱. ۱. ارش در قانون مدنی ایران

روش محاسبه ای که فقها به آن دست یافتند، در قانون مدنی ایران استفاده شده است. به موجب ماده ۴۲۷ قانون مدنی "اگر در مورد ظهور عیب مشتری اختیار ارش کند، تفاوتی که باید به او داده شود به طریق ذیل معین می گردد. قیمت حقیقی مبیع در حال بی عیبی و قیمت حقیقی آن در حال معیوبی به توسط اهل خبره معین شود. اگر قیمت آن در حال بی عیبی مساوی با قیمتی باشد که در زمان بیع بین طرفین مقرر شده است تفاوت بین این قیمت و قیمت مبیع در حال معیوبی مقدار ارش خواهد بود و اگر قیمت مبیع در حال بی عیبی کمتر یا زیادتر از ثمن معامله باشد نسبت بین قیمت مبیع در حال معیوبی و قیمت آن در حال بی عیبی معین شده و بایع باید از ثمن مقرر به همان نسبت نگاه داشته و بقیه را به عنوان ارش به مشتری رد کند."

در قانون مدنی چیزی که بتواند ماهیت ارش را به وضوح مشخص کند، مشاهده نمی‌شود و البته شاید نباید از قانون‌گزار انتظار داشت که دیدگاه خود را در خصوص ماهیت تمام نهادها و احکام حقوقی به روشنی اعلام کند. تعیین ماهیت نهادها و امور حقوقی از وظایف حقوقدان‌ها و نویسندگان است اما مفسرین قانون مدنی نیز بیش از آنچه فقها در خصوص ماهیت ارش بیان کرده‌اند، چیزی بر وضوح این ماهیت نیافزوده‌اند.^{۳۰}

۳۰. در خصوص ماهیت ارش آقای شاه باغ عیناً همان استدلال شیخ انصاری را، که ضمان نقص تبعیت می‌کند از ضمان منقوص، تکرار می‌کنند. یعنی ایشان معتقدند که ارش مسئولیتی محدود نسبت به عیب مبیع است (حائری شاه باغ، سید علی، شرح قانون مدنی، ج ۱، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۶، ص ۴۰۷) مرحوم دکتر امامی نیز با زبانی بسیار ساده همان نظر شیخ انصاری را منعکس کرده و معتقدند که ارش مسئولیتی محدود نسبت به مبیع معیوب است (امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۱، ناشر: کتابفروشی اسلامی، ۱۳۷۱، ص ۵۰۲). دکتر کاتوزیان نیز چیزی از ابهامات مربوط به ماهیت ارش نکاسته‌اند: ایشان بعد از مرور اندیشه‌های فقهی با این عقیده هم‌سو شده‌اند که "در قصد مشترک طرفین بخشی از ثمن به وصف سلامت مبیع اختصاص نمی‌یابد" ولی این اندیشه را نیز نمی‌پذیرند که ارش مسئولیتی محدود (به معنای که با ملاحظه وصف سلامت به ثمن افزوده شده است) نسبت به عیب مبیع است و در نهایت نتیجه گرفته‌اند که مبنای ارش اجرای عدالت در رابطه قراردادی طرفین است با این توضیح که اگر چه چیزی از ثمن در مقابل وصف سلامت قرار نمی‌گیرد، ولی در هر حال عدالت معاوضی بر هم خورده است چرا که خریدار زیان می‌بیند و فروشنده مالی زیاده‌تر از حق خود می‌گیرد. حقوق در برابر این بی‌عدالتی ساکت نمی‌ماند و به خریدار حق می‌دهد تا عقد را بر مبنای توافق واقعی تعدیل کند. (کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، انتشارات بهنشر، ۱۳۶۹، ص ۳۰۷ تا ۳۰۹) این سؤال باقی است که اگر چیزی از ثمن در مقابل وصف سلامت قرار نمی‌گیرد، پس چگونه عیب باعث می‌شود که عدالت معاوضی به هم بخورد و بر چه اساس گفته می‌شود که بایع مالی را دریافت کرده که استحقاق آن را ندارد. آیا عدالت می‌تواند توجیه مناسبی برای ارش باشد و ماهیت ارش را روشن کند؟ البته تمام احکام حقوقی موجه به عدالت هستند اما مرسوم نیست که در توجیه نهادهای حقوقی به ذکر این نکته که عدالت چنین اقتضا می‌کند، بسنده شود. عدالت در دنیای حقوق شرح و تفصیل می‌یابد. به نظر می‌رسد که گفته ایشان به این معنا است که از یک طرف ارش ناشی از بطلان جزئی قرارداد نیست و از طرف دیگر هم ارش مسئولیت قراردادی نیست و خارج از این دو مقوله است. شاید منظور ایشان این است که ارش در زمره ضمانات قهری است به نحوی که در یک مورد چنین اظهار نظری کرده‌اند (همان، ص ۳۱۹) لیکن خود در جایی دیگر این گفته را نفی کرده و گفته‌اند که ارش نه ضمان قهری است و نه ضمان معاوضی ولیکن به نتیجه روشنی در خصوص ماهیت ارش دست پیدا نکرده‌اند. (همان، ص ۳۲۱) دکتر

مسأله دیگر این است که در منطوق هیچ ماده ای نیامده که آیا در عدم انجام تعهد موجه هم، مثل زمانی که میباید بدون تقصیر و اهمال بایع بعد از عقد و قبل از قبض معیوب می شود، امکان مطالبه ارش وجود دارد. البته در ماده ۴۲۵ قانون مدنی اعلام شده که: "عیبی که بعد از بیع و قبل از قبض در میباید حادث شود در حکم عیب سابق است." آیا می توان از این ماده برداشت کرد که عیب حادث بعد از عقد و قبل از قبض هم از جهت ایجاد خیار و هم از جهت ایجاد حق ارش مثل عیب زمان انعقاد عقد است؟ این برداشت مورد پذیرش اکثر مفسرین حقوق مدنی قرار گرفته است.^{۳۱} منتها از این مفسرین به آنهایی که ارش را از مصادیق غرامت و جبران خسارت می دانند^{۳۲} می توان ایراد گرفت که چگونه ممکن است در حالتی که میباید بدون تقصیر و اهمال بایع معیوب شده، برای او مسئولیت در نظر گرفت. همان طور که اگر میباید بدون تقصیر و اهمال بایع تلف شود، برای او مسئولیتی متصور نیست همان طور هم اگر میباید بدون تقصیر و اهمال بایع معیوب شود، نباید برای او مسئولیتی تصور کرد.

از طرف دیگر اگر بپذیریم که در صورت معیوب شدن میباید بعد از عقد و قبل از قبض به مشتری ارش تعلق می گیرد، دیگر تفاوت بین نقص و عیب کاملاً بی اهمیت شده و دلیلی برای تفکیک این دو وجود ندارد^{۳۳} زیرا آنچه در فقه تفاوت بین

لنگرودی نیز ارش را جبران خسارت اعلام کرده بی آنکه در این خصوص تحلیلی ارائه کند (جعفری لنگرودی، محمد جعفر، دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت، ج ۱، ناشر: مؤلف، ص ۱۲۶).

۳۱. حائری شاه باغ، سید علی، شرح قانون مدنی، ج ۱، ص ۳۷۶-امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۴۶۶-

کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، ص ۳۱۴.

۳۲. حائری شاه باغ و دکتر امامی. ر.ک: پاورقی شماره ۲۷.

۳۳. کاتوزیان، ناصر، عقود معین، ج ۱، شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۳، ص ۲۰۰ تا ۲۰۲.

نقص و عیب را دارای اهمیت می‌کند، عقیده عده ای از فقها است که در صورت ناقص شدن مبیع بعد از عقد و قبل از قبض، مشتری را مستحق استرداد جزئی از ثمن که در مقابل جزء تلف شده قرار دارد می‌دانند ولی در صورتی که کالا بعد از عقد و قبل از قبض معیوب شود، در امکان گرفتن ارش توسط مشتری تردید دارند.^{۳۴}

مسأله دیگری که در خصوص ارش در قانون مدنی مطرح است زمان محاسبه ارش است. قانون مدنی در این خصوص کاملاً ساکت است اما برخی از اساتید در موردی که عیب در زمان انعقاد عقد موجود بوده ملاک را قیمت‌های زمان انعقاد عقد قرار داده‌اند، تقریباً با این استدلال که قیمت‌های معیوب و سالم در زمان انعقاد عقد مشخص می‌کند که چه مقدار از ثمن در مقابل عیب قرار دارد^{۳۵} ولی در فرضی که عیب بعد از عقد و قبل از قبض یا در زمان خیار مختص مشتری حادث می‌شود، ایشان ملاک را زمان حدوث عیب قرار داده‌اند با این توجیه که مبادله نخستین عادلانه بوده است و عاملی حادث آن (عدالت موجود در عقد) را به هم زده

۳۴. شیخ انصاری، مرتضی، مکاسب، ج ۶، ص ۲۸۴ و ۲۸۵ - نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۲۳، ص ۱۵۸ و ۱۵۹. همچنین ر.ک: شماره ۱۰۱۰۲ و ۱۰۱۰۳.

۳۵. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، ص ۳۱۴. البته چون ایشان سابقاً بر این نکته اصرار ورزیده که بخشی از ثمن در مقابل وصف سلامت قرار نمی‌گیرد، در این استدلال هم دقت فراوان کردند که عبارتی به کار نگیرند که این اندیشه را تداعی کند که بخشی از ثمن در مقابل وصف سلامت قرار می‌گیرد. به همین دلیل استدلال خود را با این عبارت بیان کرده‌اند که: "در زمان عقد مبادله انجام می‌شود و ثمن در مقابل مبیع قرار می‌گیرد. پس در همان زمان باید دید عیب موجود تا چه اندازه از بهای مبیع کاسته و به خریدار ضرر زده است... تعدیل باید به اعتبار زمانی صورت پذیرد که کالای معیوب با ثمن مبادله شده است". باید توجه کرد که ایشان ارش را وسیله جبران خسارت ندانسته و وسیله تعدیل عقد می‌شناسند. (ر.ک: پاورقی ش ۲۷) بنابراین در تعیین ارش به دنبال تعیین خسارت وارده بر مشتری نبوده بلکه دنبال مبلغی هستند که بایع استحقاق دریافت آن را ندارد. با این فرض، وقتی ایشان ملاک را زمان مبادله قرار می‌دهند، معلوم می‌شود که ایشان نیز به دنبال جزئی از ثمن هستند که در قصد مشترک در مقابل عیب قرار دارد.

است.^{۳۶} منتها به ساختار استدلال ایشان این ایراد وارد است که به هر حال اندیشه ایشان احیای تعادلی است که بین طرفین در زمان انعقاد عقد موجود بوده است و با حدوث عیب به هم خورده است. کشف این تعادل متضمن بررسی قیمت‌های معیوب و سالم در زمان انعقاد عقد است؛ هرچند این عیب بعد از انعقاد عقد حادث شده باشد. برخی دیگر از اساتید قیمت‌های زمان کارشناسی و محاسبه ارش را ملاک قرار داده‌اند.^{۳۷} البته ایشان برای اظهار نظر خود استدلال نیاورده اند لیکن به نظر می‌رسد که چون ایشان ارش را جبران خسارت می‌دانند و از طرف دیگر زمان مناسب برای تعیین خسارت را زمان محاسبه خسارت می‌دانند، برای تعیین ارش نیز ملاک را قیمت‌های زمان محاسبه ارش قرار داده‌اند.

۵. ۱. ۱. تفاوت موقعیت ارش در فقه و قانون مدنی

اگرچه ارش و احکام و مباحث آن از فقه وارد قانون مدنی ایران شده است اما در قانون مدنی مباحثی به مباحث ارش افزوده می‌شود که در فقه مطرح نبوده است: فضای حاکم بر قانون مدنی با فضای فقهی از این جهت متفاوت است که در قانون مدنی به خلاف فقه مسئولیت قراردادی شناسایی شده است^{۳۸} و پذیرفته شده که اگر متعهد به تعهد خود عمل نکند، باید خسارات ناشی از نقض عهد خود را جبران کند بنابراین به خلاف آنچه شیخ انصاری معتقد است،^{۳۹} در قانون مدنی ایران به هیچ‌وجه نمی‌توان گفت که مبیع و اجزاء آن فقط در مقابل ثمن و اجزاء آن مورد ضمانت

۳۶. همان، ص ۳۱۴.

۳۷. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت، ج ۱، ص ۱۲۷.

۳۸. ماده ۲۲۶ تا ۲۳۰ قانون مدنی.

۳۹. رک: ش ۱، ۲، ۱.

است بلکه در حقوق مدنی ایران چه بسا مسئولیتی که نسبت به مبیع به وجود آید و به مراتب بیش از ثمن قراردادی باشد.

حال آیا محدود کردن مسئولیت بایع در خصوص اجزاء و اوصاف مبیع به جزئی از ثمن با ساختار کلی قانون مدنی ایران سازگار است و اگر بایع نقض عهد کرد و به خلاف شرط صریح و ضمنی موجود در قرارداد کالای معیوب به مشتری داد، آیا مشتری باید ارش مطالبه کند یا جبران خسارت خود را مطالبه کند یا این امکان وجود دارد که به هر دو حربه متوسل شود؟

برای مثال اگر مشتری کالایی به قیمت ۱۰۰,۰۰۰ تومان خریداری کند که معیوب آن ۱۰۰,۰۰۰ تومان و سالم آن ۲۰۰,۰۰۰ تومان قیمت داشته باشد، نسبت قیمت معیوب به سالم یک دوم خواهد بود در نتیجه ارش ۵۰,۰۰۰ تومان است لیکن خسارت ۱۰۰,۰۰۰ تومان است زیرا اگر بایع به تعهد خود عمل می کرد و مبیع سالم به مشتری تحویل می داد، مشتری مالک ارزشی معادل ۲۰۰,۰۰۰ تومان می شد که حال که کالای معیوب به او تحویل شده او مالک ارزشی معادل ۱۰۰,۰۰۰ تومان شده است در نتیجه به او ۱۰۰,۰۰۰ تومان خسارت وارد شده است. حال مشتری باید ارش دریافت کند یا خسارت؟ آیا می تواند به هر دو وسیله متوسل شود؟ در این حالت چه ارتباطی بین خسارت و ارش وجود دارد.

فی الجمله در این خصوص باید گفت که دلیلی برای محدود کردن متعهدله به توسل به یکی از واکنش‌هایی که در خصوص نقض تعهد قراردادی پیش‌بینی شده نیست. متعهدله‌ای که با نقض عهد مواجه شده می‌تواند از تمام امکانات قانونی برای احیای حق خود استفاده کند. این امکانات در مبحث عیب مبیع شامل حق فسخ، حق ارش و حق گرفتن خسارت است. متعهدله به هر یک از این واکنش‌ها می‌تواند

متوسل شود و اگر به یک واکنش متوسل شد منعی ندارد که در کنار آن به دیگر واکنش‌هایی که با واکنش قبل تعارض ندارد نیز متوسل شود. برای مثال، منعی ندارد که متعهد اجبار به انجام تعهد را به همراه خسارت تأخیر انجام تعهد مطالبه کند یا عقد را فسخ کرده و خسارت ناشی از عدم انجام تعهد را از متعهد مطالبه کند. در نتیجه، در خصوص معیوب بودن مبیع این امکان وجود دارد که ارش مطالبه شود یا قرارداد فسخ شود. در کنار هر یک از این واکنش‌ها توسل به جبران خسارت هم بدون ایراد است. منتها اگر در کنار ارش مطالبه خسارت صورت گرفت باید توجه داشت که مبلغی که به عنوان ارش گرفته می‌شود از جمع خسارات کسر شود. در ادامه با مطالعه دیگر نظام‌های حقوقی ارزش و موقعیت این استدلال‌ها معلوم می‌شود.

۲.۱. ارش در حقوق فرانسه

ارش در فرامین شهربانان^{۴۰} روم باستان مشاهده می‌شود، این فرامین نیز بیان مختصر رویه فروشنده‌گان برده و حیوان بوده است. بر اساس این قاعده رومی اگر در مبیع عیب مخفی وجود داشت، خریدار حق فسخ داشت و یا می‌توانست ارش بگیرد. به هر حال ارش نسبتی از ثمن بوده است.^{۴۱} شباهت ارش در روم باستان و آنچه نزد فقهای متأخر مطرح شده، حیرت‌انگیز است. آیا نوعی تبادل علمی باعث شده که فقهای ما به این فرمول ارش دست پیدا کنند؟ به هر حال، کشورهای حقوق نوشته از جمله فرانسه تا حد زیادی تحت تأثیر این قاعده کهن حقوق روم قرار دارند:

40. Aediles.

41. Eric E. Bergsten & Anthony J. Miller, *The Remedy of Reduction of Price*, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/bergsten.html>.

بر طبق ماده ۱۶۴۴ قانون مدنی فرانسه در صورت معیوب بودن مبیع خریدار می تواند مبیع را مسترد کرده و ثمن را پس بگیرد یا اینکه مبیع را نگه داشته و مقداری از ثمن را پس بگیرد که این میزان که نسبتی از ثمن است، توسط کارشناس تعیین می شود^{۴۲} و بر طبق ماده ۱۶۴۵ این قانون، اگر بایع نسبت به عیب مبیع مطلع باشد، علاوه بر پرداخت ارش، مسئول دیگر خسارات وارده به خریدار نیز است.^{۴۳} بنابراین در فرانسه یک خط کشی مشخص بین ارش یا حق تقلیل ثمن و جبران خسارت وجود دارد: صرف اینکه مبیع معیوب است مشتری را مستحق ارش می کند که نسبتی از ثمن است اما اگر بتوان تقصیر خاصی به بایع منتسب کرد، تقصیری غیر از نقض عهد و معیوب بودن مبیع، مثل اینکه بایع با آگاهی مبیع معیوب را تسلیم کرده باشد، مشتری می تواند خسارات مازاد بر ارش خود را نیز مطالبه کند.

این خط کشی یک ایراد اساسی دارد و آن این است که مسئولیت قراردادی و جبران خسارت را منوط به تقصیری علاوه بر نقض عهد کرده است. حال آنکه در حقوق فرانسه نیز، مثل اکثر نظام های حقوقی، پذیرفته شده که مسئولیت قراردادی یک مسئولیت مطلق است و به صرف نقض عهد حاصل می شود و منوط به اثبات هیچ نوع تقصیری نیست. بر طبق ماده ۱۱۴۷ قانون مدنی فرانسه "متعهد وقتی محکوم به پرداخت خسارت می شود که خسارت ناشی از عدم انجام تعهد و یا تأخیر انجام تعهد باشد تا حدی که ثابت نشود که عدم انجام تعهد ناشی از یک سبب خارجی

42. Art. 1644: "In the cases of Articles 1641 and 1643, the buyer has the choice either of returning the thing and having the price repaid to him or of keeping the thing and having a part of the price repaid to him, as appraised by experts."
(<http://195.83.177.9/code/liste.phtml?lang=uk&c=22>)

43. Art. 1645: "Where the seller knew of the defects of the thing, he is liable, in addition to restitution of the price which he received from him, for all damages towards the buyer."

است که نمی توان آن را به متعهد منتسب کرد؛ هرچند سوء نیتی به متعهد منتسب نباشد.^{۴۴} با این توضیح تناقض موجود در حقوق فرانسه در اینجا است که در قواعد عمومی قراردادها مسئولیت قراردادی منوط به تقصیر و سوء نیت نیست ولی در مقررات ارزش مسئولیت قراردادی بیش از ارزش منوط به سوء نیت و تقصیر شده است.

۳. ۱. ارزش در کامن لا

در کامن لا چیزی به نام ارزش و یا حق تقلیل ثمن وجود ندارد. برخی از نویسندگان حقوق کامن لا در مقام قضاوت نسبت به این واکنش موجود در حقوق نوشته پرسیده اند که آیا این واکنش ارزش مشکلات و ابهامات ناشی از آن را داشته است.^{۴۵} اما نباید تصور کرد که در کامن لا تنها واکنش پولی در مقابل نقض عهد، جبران خسارت است. در حقوق انگلیس واکنشی به نام "استرداد"^{۴۶} وجود دارد که به نظر می رسد با حق تقلیل ثمن قابل مقایسه است: صرف نظر از پیچیدگی های موجود که در حقوق انگلیس عادی است و فقط در حد یک تعریف مقدماتی و ساده، می توان این واکنش را این گونه تعریف کرد: اگر متعهد به تعهد خود عمل نکند، متعهدله در برخی از حالات می تواند مقداری از عوض قراردادی را که در مقابل تعهد انجام نشده قرار دارد، مسترد کند.^{۴۷} اگر حق تقلیل ثمن را هم حق

44 Art. 1147: "A debtor shall be ordered to pay damages, if there is occasion, either by reason of the non-performance of the obligation, or by reason of delay in performing, whenever he does not prove that the non-performance comes from an external cause which may not be ascribed to him, although there is no bad faith on his part."

45. Eric E. Bergsten & Anthony J. Miller, *The Remedy of Reduction of Price*.

46. Restitution

47 G.H.Treitel, *The Law of Contract*, Sweet & Maxwell, 1995, P 944 – Jill Pool, *Cassebook on Contract Law*, Oxford University Press, 2006, P 437.

استرداد جزئی از ثمن که در مقابل جزء انجام نشده تعهد قرار دارد، تعریف کنیم، معلوم می شود که این دو واکنش تا چه حد می توانند به هم شبیه باشند. برای درک بهتر واکنش استرداد باید به نکاتی توجه کرد:

وقتی مسأله استرداد پول پرداختی است، مثل زمانی که مشتری می خواهد ثمن را مسترد کند، قاعده در کامن لا این است که استرداد فقط در صورتی میسر است که عدم انجام تعهد کامل باشد؛ یعنی فروشنده به کل مبیع را تسلیم نکرده باشد بنابراین در حالتی که جزئی از تعهد انجام نشده باشد، اصولاً تنها واکنش مالی موجود، جبران خسارت است.^{۴۸} این محدودیت مورد انتقاد مفسرین دانشگاهی حقوق انگلیس قرار گرفته است^{۴۹} و برخی دلیل آن را دشواری محاسبه آن قسمت از ثمن می دانند که در مقابل تعهد انجام نشده قرار دارد.^{۵۰} با این قضاوت اگر حقوق کامن لا به فرمولی که در حقوق ایران و حقوق نوشته برای محاسبه جزء ثمن که در مقابل جزء تعهد انجام نشده قرار دارد، دست می یافت چه بسا که به طور کلی پذیرفته می شد که متعهدله بتواند جزئی از عوض را که در مقابل جزء انجام نشده تعهد است، مسترد کند.

به هر حال، قاعده لزوم کامل بودن عدم انجام تعهد، بدون استثناء نیست: پرونده هایی وجود دارد که نشان می دهد که هر جا امکان تقسیم ثمن بر تعهد انجام شده و انجام نشده وجود داشته باشد، اجازه استرداد ثمن در مقابل جزء تعهد انجام

48. Ewean Mckendrick, *Contract Law: Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, 2004, P 1061 - G.H.Treitel, *The Law of Contract*, P 944 & 945.

49 Ewean Mckendrick, *Contract Law: Text, Cases and Materials*, P 1062.

50 G.H.Treitel, *The Law of Contract*, P 945 - Jill Pool, *Cassebook on Contract Law*, P 438.

نشده هم وجود دارد.^{۵۱} همچنین اگر در قرارداد پیش‌بینی استرداد جزئی از پول در صورت عدم انجام جزئی از تعهد شده باشد، در این حالت هم استرداد ممکن است. در نهایت، اگر به دلیل وقوع یک مانع خارجی انجام جزئی از تعهد منتفی شده باشد، چون در این حالت امکان مطالبه خسارت وجود ندارد، به ناچار تنها راه ممکن توسل به استرداد جزئی عوض پولی است. مجوز این نکته اخیر در حقوق انگلیس توسط قانون^{۵۲} اعطا شده است.^{۵۳}

وقتی که مسأله استرداد پول نیست، بلکه مسأله استرداد ارزش کالایی است که تسلیم شده یا تعهدی است که انجام شده است^{۵۴} و در مقابل عوض آن تسلیم و انجام نشده است، شرط لزوم کامل بودن عدم انجام تعهد دیگر مطرح نیست.^{۵۵} واکنش استرداد، اگر چه محدود، لیکن هم در مورد نقض عهد و هم در مورد عدم انجام تعهد موجه مطرح است.^{۵۶} هدف از این واکنش، مقابله با دارا شدن ناعادلانه متعهد نسبت به منافع ناشی از نقض عهد است.^{۵۷} در شرایطی که عدم انجام

51 Whincup v. Hughes- Ebrahim Dawood Ltd. v. Heath Ltd. [1961] – Clough Mill Ltd. v. Martin [1985] (G.H.Treitel, The Law of Contract, P 945) –

52 Law Reform (Frustration Contract) Act 1943.

53 G.H.Treitel, The Law of Contract, P 945 - Jill Pool, Cassebook on Contract Law, Oxford University Press, 2006, P 438.

54 Quantum meruit

55 Ewean Mckendrick, Contract Law: Text, Cases and Materials, P 1062.

۵۶. فی الجمله این نکته که استرداد واکنشی در مقابل نقض عهد است در حقوق انگلیس پذیرفته شده هر چند دلایل و

منطقی بودن آن توسط برخی از نویسندگان انگلیسی به سختی مورد نقد قرار گرفته است. رک: (Andrew

Burrows, Remedes for Tort and Breach of Contract, Butterworths, 1994, P 307 to 314.)

57 Andrew Burrows, Remedes for Tort and Breach of Contract, P 286.

تعهد موجه است، برای مثال به دلیل وقوع یک مانع خارجی انجام تعهد غیر ممکن شده^{۵۸}، تعقیب این هدف با مانعی مواجه نیست زیرا در این حالت، متعهد مسئول جبران خسارت متعهد له نیست و تناقضی به وجود نمی آید.

لیکن، زمانی که نقض عهد صورت گرفته است، هر دو واکنش استرداد و جبران خسارت وجود دارد؛ در حالی که، هدف واکنش استرداد برگرداندن حال زیان دیده به قبل از انعقاد قرار داد است و هدف جبران خسارت قرار دادن متعهدله در وضعیت انجام تعهد است.^{۵۹} در استرداد جزء ثمن که در مقابل عدم انجام تعهد قرار دارد مسترد می شود ولی در جبران خسارت ارزش تعهد انجام نشده به متعهدله داده می شود. این دو هدف متفاوت تناقضاتی را به وجود می آورد: برای مثال، وقتی خریدار کالایی را به ثمن ۵۰ پوند خریداری کرده که قیمت آن ۶۰ پوند است، در صورت نقض عهد کامل فروشنده، خسارت ۶۰ پوند است ولی با توسل به استرداد فقط می توان ۵۰ پوند ثمن معامله را مسترد کرد. از طرف دیگر، اگر خریدار کالایی را که ۵۰ پوند قیمت دارد به ثمن ۶۰ پوند خریداری کند، در صورت نقض عهد کامل فروشنده، جبران خسارت ایجاب می کند که فروشنده به خریدار ۵۰ پوند بدهد لیکن استرداد ایجاب می کند که فروشنده ۶۰ پوند ثمن معامله را مسترد کند. در حقوق انگلیس این تناقض به این شکل حل شده که زیان دیده خود انتخاب می کند که کدام واکنش برای او مناسب تر است؛ استرداد یا جبران خسارت.^{۶۰} امکان جمع بین این دو وجود ندارد و زیان دیده یکی را باید انتخاب کند و به طور

58. Frustration .

59. Andrew Burrows, Remedies for Tort and Breach of Contract, P 308 & 309.

60 G.H.Treitel, The Law of Contract, P 949.

معمول وقتی زیان دیده استرداد را انتخاب می کند که قرارداد بدی را منعقد کرده باشد؛^{۶۱} مثل آنچه در مثال دومی که در بالا گفته شد، دیده می شود.

اگرچه تدبیر فوق در عمل تناقض را بر طرف می کند لیکن در تئوری وجود دو واکنش با اهداف متفاوت و بعضاً متناقض به شکل یک ایراد باقی می ماند: اگر استرداد واکنشی در مقابل نقض عهد است، باید زیان های ناشی از نقض عهد را جبران کند و نه اینکه خسارات ناشی از انعقاد قرارداد بد را جبران کند. همان طور که موقعیتی که متعهدله از انعقاد قرارداد به دست می آورد محترم است، همان طور هم موقعیتی که متعهد از انعقاد قرارداد به دست می آورد، محترم است پس چرا باید واکنش به نحوی باشد که سود حاصل از انعقاد یک قرارداد سالم را از متعهد گرفته و به متعهد له بدهد. این ایراد وقتی جدی تر جلوه می کند که به این نکته توجه شود که در کامن لا نقض عهد ذاتاً یک امر مورد نکوهش نیست: در کامن لا نظریه ای مطرح است به نام نقض عهد کارا، بر طبق این نظریه متعهد حق دارد به شرط جبران همه خسارت متعهدله قرارداد را به شکل ارادی نقض کرده و منابع خود را به قرارداد های پرسودتر اختصاص دهد.^{۶۲} وقتی نقض عهد ذاتاً مورد نکوهش نباشد با چه استدلالی می توان متعهد را از منافع ناشی از انعقاد معامله فقط به دلیل نقض عهد محروم کرد؟ شاید بتوان در فضای حقوق انگلیس به این سؤال اینگونه پاسخ داد که وقتی متعهد به تعهد خود عمل نمی کند یعنی از آن تعهد و عوض آن و موقعیت

61. Ewean Mckendrick, Contract Law: Text, Cases and Materials, P 1061 & 1062.

62. Guido Alpa and Alberto Giampieri, Law and economics and method analysis: the contractual damages issue, entered on the internet 1995, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/alpa.html>, N2&3.

قراردادی به دست آمده به کل صرف نظر کرده است. این پاسخ به این شکل تقویت می شود که مقدمه استرداد کنار گذاشتن قرار داد و یا انتفای قرارداد ذکر شده است.^{۶۳} منتها باید گفت اگر این توجیه در مواردی که نقض عهد کامل است، قابل پذیرش باشد، در مواردی که واکنش استرداد در مقابل نقض عهد جزئی قابل اعمال است، قابل پذیرش نیست. در این موارد، قرارداد منتفی نشده و نمی توان گفت که متعهد از تعهد قراردادی خود صرف نظر کرده است.

۴. ۱. ارش در کنوانسیون بیع بین الملل کالا

حق تقلیل ثمن در ماده ۵۰ کنوانسیون بیع بین الملل (کنوانسیون وین)^{۶۴}

پیش بینی شده است. بر طبق این ماده:

"اگر کالا با اوصاف قراردادی مطابقت نداشته باشد، چه ثمن پرداخت شده و چه پرداخت نشده باشد، خریدار می تواند به نسبت ارزش کالایی که واقعاً تسلیم شده در موعد تحویل به ارزش کالا با شرایط قراردادی در موعد تحویل، ثمن را تقلیل دهد..."^{۶۵}

63. Ewean Mckendrick, Contract Law: Text, Cases and Materials, P 1061- Andrew Burrows, Remedies for Tort and Breach of Contract, P 307.

64 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980)

65 Article 50: "If the goods do not conform with the contract and whether or not the price has already been paid, the buyer may reduce the price in the same proportion as the value that the goods actually delivered had at the time of the delivery bears to the value that conforming goods would have had at that time. However, if the seller remedies any failure to perform his obligations in accordance with article 37 or article 48 or if the buyer refuses to accept performance by the seller in accordance with those articles, the buyer may not reduce the price."

اگرچه وضوح این ماده در تعیین روش محاسبه میزان تقلیل ثمن به اندازه وضوح ماده ۴۲۷ قانون مدنی ایران نیست اما، به هر حال می توان، روش محاسبه موجود در این ماده را با استمداد از تمام واژه های آن به این نحو بیان کرد:

(ارزش = ثمن - ثمن × ارزش کالایی که واقعاً تحویل شده در موعد تحویل ÷ ارزش کالا با شرایط قراردادی در موعد تحویل)

برای درک چگونگی ایجاد این روش محاسبه و مفاهیمی که در بر دارد باید تاریخچه این ماده کنوانسیون را مطالعه کرد:

۱. ۴. ۱. تاریخچه ماده ۵۰ کنوانسیون وین

در پیش نویس "مقررات یکنواخت در خصوص بیع بین الملل کالا (ی مادی منقول)"، که توسط "مؤسسه بین المللی برای یک نواخت کردن حقوق خصوصی"^{۶۶} به سال ۱۹۳۹ تصویب شد، همانند اکثر کشور های حقوق نوشته بین عدم مطابقت مبیع از لحاظ مقدار (نقص) و عدم مطابقت مبیع از لحاظ کیفیت (عیب) تفاوت گذاشته شد. بر طبق ماده ۳۲ این سند، در صورت تسلیم جزئی مبیع اگر کلیت تحویل شرط اساسی قرارداد بود، خریدار حق فسخ داشت و بر طبق ماده ۳۳ این سند، حتی اگر خریدار حق فسخ تمام قرارداد را نداشت، او می توانست قرارداد را به شکل جزئی فسخ کند و فقط مقداری از ثمن را متناسب با ارزش کالایی که واقعاً به او تحویل شده بپردازد اما در مورد معیوب بودن کالا طبق ماده ۴۷ این سند خریدار سه گزینه در اختیار داشت که می توانست یکی از آنها را انتخاب کند: ۱- عقد را فسخ

66 International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT).

کند و خسارت بگیرد. ۲- ثمن را به نسبت کاهش ارزش ناشی از نقص موجود بر اساس قیمت زمان انعقاد قرارداد کاهش دهد. ۳- بدون فسخ قرارداد خسارات خود را مطالبه کند. نتیجه اینکه، خریدار هم در مورد عیب کالا و هم در مورد نقصان در مقدار کالا، دارای حق تقلیل ثمن بود.^{۶۷}

ادامه این تحولات را باید در مراحل نگارش کنوانسیون های لاهه^{۶۸} تعقیب کرد: شاید به این دلیل که تفکیک بین عدم تطابق در مقدار و عدم تطابق در کیفیت بیش از حد برای یک سند بین المللی دقیق بود و شاید به این دلیل که این تفکیک بی فایده و فاقد مبانی توجیه کننده عقلی بود، در کنفرانس لاهه مورخ ۱۹۵۱ پیش نهاد شد که این دو عدم تطابق با هم تلفیق شوند. این پیشنهاد در پیش نویس ۱۹۵۶ لاهه عملی شد. در مجموع ماده ۴۰ و ماده ۵۰ این پیش نویس به خریدار حق تقلیل ثمن را در صورت عدم مطابقت مبیع با قرارداد می داد که این عدم مطابقت ممکن بود از جهت مقدار یا کیفیت باشد؛ البته مشروط به اینکه این عدم مطابقت از جهت مقاصد خریدار اساسی باشد و عرف نیز این عدم مطابقت را مجاز نشمارد.^{۶۹}

مقابله سیستم کامن لا با سیستم حقوق نوشته در خصوص این سؤال که چه نسبتی بین خسارت و حق تقلیل ثمن وجود دارد و آیا اساساً با وجود ساز و کار

67. Eric E. Bergsten & Anthony J. Miller, the Remedy of Reduction of Price.

68. Convention relating to a Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods (1964) [ULF], <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/ulf.html> & Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods [ULIS], <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/ulis.html>.

69. Eric E. Bergsten & Anthony J. Miller, the Remedy of Reduction of Price.

جبران خسارت نیازی به حق تقلیل ثمن هست یا نه از همین مقطع آغاز شد: در متن فرانسوی ماده ۵۰ پیش‌نویس این نکته که تقلیل ثمن یک نسبتی از ثمن باشد به اندازه کافی برای مترجمین انگلیسی آن متن روشن نبود در نتیجه این ماده به نحوی ترجمه شد که تقلیل ثمن به اندازه تفاوت قیمت باشد و نه به نسبت تفاوت قیمت؛ یعنی، شیوه محاسبه خسارت توسط مترجمین انگلیسی جایگزین تقلیل ثمن گردید. در پیش‌نویس ۱۹۶۳ این نقیصه بر طرف شد و به صراحت اعلام شد که تقلیل یک نسبتی از ثمن خواهد بود لیکن کما کان مترجمین انگلیسی متن اصرار داشتند که منظور کسر تفاوت قیمت کالای مطابق قرارداد و قیمت کالایی که واقعاً تحویل شده، از ثمن است. ذهنیت مترجمین انگلیسی این بود که تقلیل ثمن خسارتی است که از محل ثمن کسر می‌شود. با این ذهنیت، نمایندگان حقوق‌کامن‌لا نسبت به این قضیه معترض بودند که چرا به خلاف مابقی خسارات که بر اساس موعد تحویل محاسبه می‌شود، این مبلغ بر اساس زمان انعقاد قرارداد محاسبه می‌شود. به هر حال در نسخه انگلیسی متن نهایی کنوانسیون لاهه که در ماده ۴۶ منعکس شد^{۷۰}، ایراد بر طرف شد و تقلیل ثمن نسبتی از ثمن تعریف گردید.^{۷۱}

در ادامه این تاریخچه را باید در مراحل نگارش کنوانسیون وین تعقیب کرد. در جریان تهیه پیش‌نویس کنوانسیون وین اختلافات مجدداً مطرح شد و معلوم شد که حصول به یک توافق در خصوص حق تقلیل ثمن کار دشواری است. مسأله به

70. Article 46: "Where the buyer has neither obtained performance of the contract by the seller nor declared the contract avoided, the buyer may reduce the price in the same proportion as the value of the goods at the time of the conclusion of the contract has been diminished because of their lack of conformity with the contract."

71. Eric E. Bergsten & Anthony J. Miller, *the Remedy of Reduction of Price*.

مطالعه دبیرخانه کنوانسیون در خصوص مسأله وابسته گردید. دبیرخانه گزارشی تهیه کرد که بیشتر در بر دارنده راه حل های کامن لا بود. نقد اصلی در این گزارش این بود که چرا تقلیل ثمن از اصول جبران خسارت تبعیت نمی کند و تلاش نمی شود که متعهد له تا حد امکان در موقعیتی قرار گیرد که اگر به تعهد عمل می شد، در آن موقعیت قرار می گرفت. در نتیجه پیشنهاد شد که تنها روش مناسب برای محاسبه مطالبات ناشی از عدم انجام تعهد، استفاده از استانداردهای جبران خسارت است. بر این اساس تعبیر صحیح از حق تقلیل ثمن این است که خریدار تمام یا برخی از خسارات خود را از محل ثمن برداشت می کند. این گزارش در نشست چهارم کمیته کاری مطرح شد ولی چون این نشست بیشتر تحت تأثیر ذهنیات حقوق نوشته بود، پیشنهاد دبیرخانه رد شد و حق تقلیل ثمن به عنوان یک واکنش مستقل باقی ماند.^{۷۲} در نتیجه این فعل و انفعال ها، ماده ۴۶ پیش نویس ۱۹۷۸ کنوانسیون وین شکل گرفت.^{۷۳} در این ماده روش محاسبه ای که برای تقلیل ثمن ارائه شده همان روش شناخته شده در کشورهای حقوق نوشته است. یعنی ملاک در تعیین قیمت ها، قیمت های زمان انعقاد قرارداد است اما آنچه در متن نهایی کنوانسیون وین وارد شد و مورد تصویب

72. Ibid.

73. Article 46: "If the goods do not conform with the contract and whether or not the price has already been paid, the buyer may declare the price to be reduced in the same proportion as the value that the goods actually delivered would have had at the time of the conclusion of the contract bears to the value that conforming goods would have had at that time. However, if the seller remedies any failure to perform his obligations in accordance with article 44 or if he is not allowed by the buyer to remedy that failure in accordance with that article, the buyer's declaration of reduction of the price is of no effect."

قرار گرفت یک پیروزی قابل توجه برای تفکرات منبعث از حقوق کامن لا به حساب می آید: در متن نهایی ملاک تعیین قیمت برای محاسبه میزان تقلیل ثمن، موعد تحویل مبیع قرار داده شد و از این جهت حق تقلیل ثمن به ضوابط جبران خسارت نزدیک گردید. حال باید دید این تحولات تا چه اندازه می تواند مثبت تلقی شود:

۲. ۴. ۱. تحلیل موقعیت حق تقلیل ثمن در کنوانسیون وین

پس از مطالعه تاریخچه ماده ۵۰ کنوانسیون وین، حال باید دید که این واکنش در مجموع چه موقعیتی را در این کنوانسیون به دست آورده است:

با توجه به آنچه در شماره قبل گفته شد معلوم شد که در کنوانسیون وین تفاوتی بین نقص و عیب وجود ندارد و عنوان عدم مطابقت کالا با قرارداد، جایگزین هر دو عنوان نقص و عیب شده است و چه عدم مطابقت مربوط به کیفیت کالا باشد و چه عدم مطابقت مربوط به کمیت کالا باشد، هر دو موضوع ماده ۵۰ کنوانسیون وین است. مهم تر اینکه ملاک نقص و عیب مطابقت و یا عدم مطابقت کالا با قرارداد اعلام گردیده است. این پیشرفت را باید ارج گذاشت. به این شکل هر وصفی که در خصوص کالا صریح یا ضمنی در قرارداد شرط شده باشد، اگر تحصیل نشود، حق تقلیل ثمن وجود دارد. عرف نیز در امتداد قرارداد معنی می یابد؛^{۷۴} یعنی هرگاه قرارداد در خصوص وجود و یا عدم وجود شرطی ساکت باشد، عرف قرارداد را تفسیر کرده و لزوم وجود و یا عدم وجود آن وصف را تعیین می کند. به این ترتیب مباحث طولانی و ملال آوری که در خصوص مفهوم عیب در کتب حقوقی و فقهی

۷۴. ماده ۹ کنوانسیون وین طرفین را ملتزم به هر عرف و عادت می داند که طرفین نسبت به آن توافق دارند یا اینکه

نسبت به آن علم دارند یا می بایست نسبت به آن عالم باشند

وجود داشته به کنار گذاشته می شود.^{۷۵} دستاورد کنوانسیون وین در تلفیق عیب و نقص در عنوان عدم مطابقت کالا با قرارداد، در اسناد بین المللی بعدی که در زمینه حقوق قراردادها تنظیم شده، مجدداً مورد تأیید قرار گرفته است.^{۷۶}

نکته دوم قابل توجه این است که در کنوانسیون وین حق تقلیل ثمن هم واکنشی در مقابل نقض عهد است و هم واکنشی در مقابل عدم انجام تعهد موجه. در این خصوص بند ۵ ماده ۷۹ کنوانسیون که اختصاص به فورس ماژور و موارد رافع مسئولیت دارد، مقرر می کند که: "هیچ یک از مندرجات این ماده مانع طرفین از اعمال هر نوع حق، غیر از مطالبه خسارات موضوع این کنوانسیون، نخواهد بود" بنابراین، در صورت وجود عوامل رافع مسئولیت قراردادی امکان توسل به تقلیل خسارت وجود خواهد داشت. برای مثال اگر عامل قهری باعث تلف جزئی از کالا و یا معیوب شدن کالا شود، خریدار نمی تواند خسارت بگیرد لیکن می تواند ثمن را به نسبت کمبود و یا عیب موجود کاهش دهد.

در شماره قبل مشاهده شد که مقابله افکار به خصوص افکار حقوقدان های پیرو کامن لا از یک سو و حقوقدان های پیرو حقوق نوشته از سوی دیگر، باعث شد که زمان محاسبه تقلیل ثمن از زمان انعقاد عقد که در متون قبلی پذیرفته شده بود، به

۷۵. ر.ک: ش ۱، ۲، ۱.

۷۶. در این خصوص بند ۱ ماده ۹:۴۰۱ اصول اروپایی حقوق قراردادها بیان می کند:

"(1) A party which accepts a tender of performance not conforming to the contract may reduce the price. This reduction shall be proportionate to the decrease in the value of the performance at the time this was tendered compared to the value which a conforming tender would have had at that time." (<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/textef.html>).

موعد تحویل مبیع تغییر پیدا کند. این تغییر به این انگیزه صورت گرفت که مقررات مربوط به تقلیل ثمن با ضوابط جبران خسارت سازگار تر شود اما در موردی که تقلیل ثمن واکنشی در مقابل عدم انجام تعهد موجه است، این تغییر به هیچ شکل قابل پذیرش نیست زیرا وقتی نقض عهد صورت نگرفته و عدم انجام تعهد موجه است، هدف جبران خسارت مطرح نیست بلکه هدف ممانعت از برخورداری شدن ناعادلانه متعهد از عوض تعهدی است که به آن تعهد عمل نشده است. در این حالت باید کشف کرد که در مقابل آن تعهد که به آن عمل نشده چه جزئی از عوض قرار دارد. برای فهم این نکته قیمت‌های زمان انعقاد عقد مناسب و کاشف از قصد مشترک طرفین است و قیمت‌های دیگر دخالتی در مسأله ندارد.

تغییر زمان محاسبه تقلیل ثمن در حالتی هم که نقض عهد صورت گرفته و هدف جبران خسارت است، چندان مفید به نظر نمی‌رسد. برای توضیح این مطلب به ذکر یک مثال می‌پردازیم: فرض کنید که خریدار کالایی را به ثمن ۱۰۰,۰۰۰ دلار خریداری کرده است. اگر کالا با قرارداد مطابقت نکند و قیمت کالا در بازار در زمان قرارداد ۱۲۰,۰۰۰ دلار بوده و معیوب آن ۹۶,۰۰۰ دلار باشد و ملاک محاسبه ارش را زمان انعقاد قرار داد قرار دهیم، مقدار ارش با توجه به زمان انعقاد قرارداد به نحو زیر خواهد بود:

$$۱۰۰,۰۰۰ - (۹۶,۰۰۰ \div ۱۲۰,۰۰۰) \times ۱۰۰,۰۰۰ = ۲۰,۰۰۰$$

خسارت اصلی خریدار بر اساس همین قیمت‌ها مبلغ ۲۴,۰۰۰ دلار، یعنی مابه تفاوت ۱۲۰,۰۰۰ دلار و ۹۶,۰۰۰ دلار، است بنابراین در این حالت ارش فقط جزئی از خسارت وارده به خریدار است. حال اگر قیمت‌ها در موعد تحویل مبیع به این شکل تغییر کند که قیمت سالم ۲۴۰,۰۰۰ دلار و قیمت معیوب ۱۹۲,۰۰۰ دلار بشود

و این قیمت ها ملاک محاسبه ارش و خسارت قرار گیرد، ارش به شکل زیر خواهد بود:

$$100,000 - (192,000 \div 240,000) \times 100,000 = 20,000$$

این در حالی است که در همین حالت خسارت ۴۸,۰۰۰ دلار، یعنی مابه تفاوت ۲۴۰,۰۰۰ دلار و ۱۹۲,۰۰۰ دلار، است. مشاهده می شود که در این حالت تغییر زمان محاسبه ارش از زمان انعقاد قرارداد به موعد تحویل مبیع هیچ تأثیری در انطباق ارش با خسارت خریدار ندارد. حتی مثال هایی می توان زد که ملاک قرار دادن موعد تحویل مبیع، فاصله بین ارش و جبران خسارت را بیشتر می کند: فرض کنید که قیمت مبیع سالم در موعد تحویل ۳۰۰,۰۰۰ دلار شده و قیمت معیوب ۲۷۰,۰۰۰ دلار باشد، در این حالت ارش بر اساس این قیمت ها به شکل زیر خواهد بود:

$$100,000 - (270,000 \div 300,000) \times 100,000 = 10,000$$

در این حالت میزان خسارت مبلغ ۳۰,۰۰۰ دلار، یعنی مابه تفاوت ۳۰۰,۰۰۰ دلار و ۲۷۰,۰۰۰ دلار، است؛ یعنی، در این مثال، ارش کمتر شده ولی خسارت بیشتر شده است. خلاصه اینکه بین ارش و خسارت ارتباط مستقیمی وجود ندارد و از این جهت تفاوتی نمی کند که قیمت های زمان انعقاد عقد یا موعد تحویل کالا ملاک قرار گیرد.

معلوم شد که ارش با فرمول سابق و فرمول کنونی که در ماده ۵۰ کنوانسیون آمده دقیقاً با خسارت زیان دیده مطابقت نمی کند، به علاوه ارش فقط در جبران خسارت اصلی زیان دیده، یعنی خسارت از دست دادن بخشی از ارزش مورد تعهد، اثر دارد و خسارات تبعی و فرعی ناشی از عدم تطابق کالا با قرارداد، مثل اینکه به

دلیل نازل بودن کیفیت مواد اولیه خریداری شده به محصولات کارخانه خریدار و یا به دستگاه‌های خریدار لطمه وارد شده باشد، توسط ارش جبران نمی‌شود. حال در خصوص این خسارات چه باید کرد؟ کنوانسیون وین به روشنی به این سؤال پاسخ می‌دهد: به موجب بند ۲ ماده ۴۵ و بند ۲ ماده ۶۱ کنوانسیون وین توسل به هر یک از واکنش‌های پیش‌بینی شده در کنوانسیون وین از قبیل حق تقلیل ثمن، متعهدله را از حق مطالبه خسارت محروم نمی‌کند بنابراین متعهدله که با نقض عهد مواجه شده است می‌تواند خسارات مازاد بر ارش را مطالبه کند.

در حالتی که خواهان فقط قصد مطالبه ارش را دارد، شاید مطالبه ارش به نسبت مطالبه خسارت مزایایی به همراه داشته باشد. مطالبه ارش نیاز به اثبات خسارت واقعی، رابطه سببیت بین نقض عهد و ضرر و قابلیت پیش‌بینی خسارت را ندارد و با مشکلاتی مثل تعهد به تقلیل ثمن مواجه نیست^{۷۷} لیکن وقتی خواهان می‌خواهد که علاوه بر ارش مابقی خسارت خود را هم مطالبه کند توسل به ارش بی‌فایده است و جبران خسارت ابزاری کامل‌تر و ساده‌تر است.

مشکل دیگری که ممکن است پیش آید، این است که میزان ارش از خسارت بیشتر شود. مثل زمانی که قیمت‌ها بعد از انعقاد عقد کاهش یابد یا اساساً متعهدله وارد قراردادی شده باشد که قرارداد خوبی نبوده و در آن کالایی را به قیمت گران خریداری کرده باشد. در این حالت ارش، مبلغی بیش از خسارت می‌شود و به نفع خریدار است که ارش را مطالبه کند. فرض کنید که کالایی به قیمت ۱۰۰,۰۰۰ دلار خریداری شده که قیمت سالم آن در موعد تحویل کالا ۸۰,۰۰۰ دلار است و معیوب

77. Eric E. Bergsten & Anthony J. Miller, the Remedy of Reduction of Price.

آن ۴۰,۰۰۰ دلار است. در این حالت، خسارت مابه تفاوت دو قیمت معیوب و سالم، یعنی ۴۰,۰۰۰ دلار است لیکن در همین حالت ارش ۵۰,۰۰۰ دلار است:

$$۱۰۰,۰۰۰ - (۴۰,۰۰۰ \div ۸۰,۰۰۰) \times ۱۰۰,۰۰۰ = ۵۰,۰۰۰$$

مطالبه ارش در این حالت باعث می شود که علاوه بر جبران خسارت مربوط به نقض عهد، بخشی از خسارت ناشی از انعقاد قرارداد بد نیز جبران شود و متعهدله در وضعیتی قرار گیرد که حتی با انجام صحیح تعهد هم در آن وضعیت قرار نمی گرفت. به عبارت دیگر با استفاده از این واکنش تعادل قراردادی بین طرفین به هم می خورد.^{۷۸} سؤال این است که آیا چنین نتیجه ای قابل پذیرش است؟

78. Eric E. Bergsten & Anthony J. Miller, *the Remedy of Reduction of Price*.

این تعادل به این نحو است که فروشنده در مقابل ۱۰۰,۰۰۰ هزار دلار ثمن یک میع ۸۰,۰۰۰ دلاری را از دست می دهد؛ یعنی ۲۰,۰۰۰ دلار سود می برد و برعکس خریدار از قرارداد ۲۰,۰۰۰ دلار زیان می بیند. بعد از گرفتن ارش وضعیت طرفین به این شکل می شود که بایع میبای به قیمت ۴۰,۰۰۰ دلار به خریدار داده، ۵۰,۰۰۰ دلار ارش پرداخت کرده و ۱۰۰,۰۰۰ دلار ثمن دریافت کرده در نتیجه از قرارداد ۱۰,۰۰۰ دلار سود می برد و خریدار برعکس ۱۰,۰۰۰ دلار زیان می بیند. به این شکل آن تعادل قراردادی سابق به هم می خورد.

نتیجه گیری

پس از مطالعه حق تقلیل ثمن در چند نظام حقوقی و تحلیل و نقد موضع این نظام‌ها، باید به نتایجی که در ضمن مقاله حاصل شده نظم داد و به یک جمع‌بندی نهایی رسید. از مباحث گذشته معلوم شد که این واکنش در وضعیتی که نقض عهد صورت گرفته و وضعیتی که عدم انجام تعهد موجه است، توجیه و موقعیت یکسانی ندارد. بر همین اساس جمع‌بندی نسبت به این واکنش را در این دو حالت مجزا بررسی می‌کنیم:

۰۱ حق تقلیل ثمن در عدم انجام تعهد موجه

در صورتی که عدم انجام تعهد موجه باشد، که یک مثال بارز آن زمانی است که یک عامل خارجی غیر قابل پیش‌بینی، غیر قابل اجتناب مانع انجام تعهد به نحو کامل شده است، مثل زمانی که بعد از عقد و قبل از تسلیم قهراً جزئی از مبیع تلف شده است و یا اینکه قهراً مبیع معیوب شده است، حق تقلیل ثمن یک واکنش مفید و قابل دفاع است. درست است که با مانع شدن قوه قاهره، عدم انجام تعهد موجه است و جبران خسارت در کار نخواهد بود اما منطقی نیست که در این حالت متعهد بابت تعهدی که انجام نداده است، عوض دریافت کند. در این حالت اگر مانع کلی باشد و به کل انجام تعهد را منتفی کند، عقد منحل شده و به کل استحقاق متعهد نسبت به عوض قراردادی از بین می‌رود ولی اگر جزئی از تعهد انجام نشود، قرارداد به نسبت آن جزء تعهد و عوضی که در مقابل آن جزء قرار دارد منحل می‌شود و متعهدله حق می‌یابد که ثمن را به آن نسبت تقلیل دهد.

کشف اینکه چه مقدار از عوض یا ثمن در مقابل جزء انجام نشده تعهد قرار دارد از مسائل مربوط به تفسیر قرارداد است. باید از دیدگاه قصد مشترک طرفین این نکته معلوم شود که چه مقدار از عوض در مقابل تعهد انجام نشده قرار دارد. گاه در قرارداد ارزش هر یک از تعهدات مشخص است. برای مثال مشخص است که مبلغ یک میلیون تومان از ثمن ۲۰ میلیون تومانی مطالبه شده برای خودرو در مقابل تجهیزات اضافی است که به درخواست مشتری در اتومبیل نصب می‌گردد. حال اگر این تجهیزات اضافه به دلیل قوه قاهره غیر قابل نصب گردد، مشتری مستحق همین یک میلیون تومان است اما اگر جزء ثمن که در مقابل تعهد انجام نشده یا وصف حاصل نشده قرار دارد، در قرارداد تصریح نشده باشد، باید به تفسیر قرارداد پرداخت. ملاحظه قیمت‌های زمان انعقاد عقد می‌تواند کاشف این امر باشد که در قصد مشترک طرفین چه جزئی از ثمن در مقابل جزء انجام نشده تعهد قرار دارد. نتیجه اینکه فرمول معقول محاسبه تقلیل در این حالت به همان شکلی است که در ماده ۴۲۷ قانون مدنی ایران بیان شده است:

تقلیل ثمن = ثمن - (قیمت کالا به شکلی که واقعاً تسلیم شده در روز انعقاد عقد ÷ قیمت کالای مطابق با قرارداد در روز انعقاد عقد) × ثمن

در این میان هیچ دلیل معقولی برای تفاوت قائل شدن بین نوع عدم مطابقت کالا با قرارداد وجود ندارد. ممکن است کالا از جهت مقدار با قرارداد مطابقت نکند (نقص) یا از جهت خصوصیت با اوصاف صریح مذکور در قرارداد مطابقت نکند (عدم تحقق شرط وصف) یا با اوصافی که عرفاً باید دارا باشد و در قرارداد به آن تصریح نشده مطابقت نکند (عیب). در هر حال باید جزئی از ثمن که بر طبق قصد مشترک در مقابل این جزء یا وصف مفقود قرار دارد، مسترد شود. همان‌طور

که گفته شد^{۷۹}، این ایراد که در مقابل برخی از اوصاف ممکن است، جزئی از ثمن قرار نگیرد، قابل پذیرش نیست. به طور معمول در مقابل تمام اوصاف، تمام اجزاء و تمام شروط قرارداد جزئی از ثمن قرار می گیرد. به هر حال این نکته بیش از این نیاز به مجادله ندارد زیرا برای اینکه کشف شود که آیا در مقابل جزء مفقود جزئی از عوض قرار دارد یا نه اول به مصرحات و مقدرات عقد توجه می شود و بعد عرف مفسر قصد مشترک طرفین خواهد بود. اگر عرف بین قیمت مبیع مطابق و غیر مطابق با قرارداد تفاوت قائل شود، بی شک این به این معنا است که در قصد مشترک نیز در مقابل وصف مربوط جزء متناسبی از ثمن قرار دارد. اگر در نتیجه این تحلیل به طور استثنایی وصفی یافت شد که در مقابل آن جزئی از ثمن قرار نداشت، حق تقلیل ثمن هم نسبت به آن وجود نخواهد داشت.

با این توصیف تقلیل ثمن صورتی از انحلال جزئی قرارداد است. وقتی جزئی از موضوع اصلی تعهد غیر قابل تسلیم است و یا اینکه وصفی از اوصاف قابل تحقق نیست و یا شرطی از شروط محقق نمی شود و در این خصوص متعهد معاف از جبران خسارت است، عقد به نسبت این جزء منحل شده و ثمن به همان نسبت به متعهدله مسترد می شود. این حکم از این جهت ضرورت دارد که متعهد مالک عوض تعهدی نشود که به آن عمل نکرده است. انحلال عقد در این حالت در حقیقت انعکاس وجود ریسک نسبت به تعهد در این زمان برای متعهد است. اگر موضوع تعهد قبل از انجام تعهد مطابقت خود را با قرارداد از دست بدهد، ریسک این امر به عهده متعهد است که به طور معمول منجر به این می شود که متعهد استحقاق خود را نسبت به عوضی که در مقابل آن قرار دارد از دست بدهد.

۷۹. ر.ک: ش ۱، ۱، ۱.

۲. تقلیل ثمن در صورت عدم نقض عهد

به عنوان یک اصل نقض عهد تعهد را منتفی نمی کند. حتی اگر در پی نقض عهد، متعهدله به عنوان یک واکنش به نقض عهد، قرارداد را فسخ کند، باز این به معنی صرف نظر کردن از موقعیت قراردادی که به وسیله قرارداد برای او به دست آمده نیست و در پی آن هدفی که در جبران خسارت تعقیب می شود، قرار گرفتن در وضعیت اقتصادی است که در صورت انجام تعهد عاید متعهدله می گشت. بنابراین فلسفه ای که در تقلیل ثمن با فرمول سنتی آن وجود دارد، یعنی جلوگیری از دارا شدن ناعادلانه، در نقض عهد که هدف جبران خسارت مورد نظر است و تعقیب می گردد، هدفی خردتر به حساب می آید. به نظر می رسد که در این حالت تبعیت از استانداردهای جبران خسارت معقول تر و ساده تر است. این معیارها ایجاب می کند که به سادگی تفاوت ارزش کالای مطابق قرارداد و کالا به نحوی که واقعاً تسلیم شده محاسبه و به عنوان خسارت اصلی به متعهدله داده شود.

به هر حال، در وضعیت کنونی که غالب نظام ها به حق تقلیل ثمن در کنار جبران خسارات معتقدند، باید در وضعیتی این نهاد تفسیر شود که کمترین تعارض را با جبران خسارت داشته باشد. در غالب موارد، تقلیل ثمن جزئی از خسارات را جبران می کند و تتمه خسارت نیز قابل مطالبه است. اما در حالاتی که تقلیل ثمن بیش از خسارت است تعارض ها باقی می ماند و این سؤال باقی است که به چه دلیل متعهدله باید در وضعیتی قرار گیرد که حتی در صورت انجام صحیح تعهد هم نمی توانست در آن وضعیت قرار گیرد؟ شاید بتوان به این سؤال این گونه پاسخ داد:

در برخی از شرایط نقض عهد به نحوی است که دیگر حمایت از موقعیتی که متعهد به وسیله قرارداد به دست آورده، معقول نمی باشد. در این موارد علاوه بر اینکه متعهد باید زیان متعهدله را جبران کند، نمی تواند انتظار داشته باشد که از قرارداد نیز سودی عاید او گردد. بنابراین، در این موارد اگر مجموعه واکنش ها به نحوی باشد که اولاً خسارت ناشی از عدم انجام تعهد متعهدله را جبران کند و ثانیاً طرفین را در وضعیت قبل از انعقاد عقد قرار دهد و زیانی که متعهدله به دلیل انعقاد قرارداد بد تحمل کرده و سودی که متعهد به دلیل انعقاد قرارداد خوب به دست آورده را برطرف کند، قابل پذیرش است. مثل موقعی که متعهد کالایی ۱۰۰,۰۰۰ تومانی را به قیمت ۲۰۰,۰۰۰ تومان فروخته و تعمداً به تعهد خود عمل نمی کند. در این حالت جبران خسارت به این معنا است که فروشنده بدون اینکه به خود هیچ زحمتی بدهد، نیمی از ثمن دریافتی را به خریدار داده و نیمه دیگر را تصاحب کند. حمایت از موقعیت ناشی از انعقاد قرارداد به قیمت چنین بی عدالتی معقول نیست. در این حالت تعقیب هدفی بیش از جبران خسارت، یعنی قراردادن طرفین در وضعیت قبل از انعقاد قرارداد معقول به نظر می رسد. اگر چنین حالت استثنایی پیش آید تقلیل ثمن به بیش از مقدار خسارت قابل پذیرش است. این حالت مثلاً در شرایطی پیش می آید که اقدام متعهد به منزله انکار و صرف نظر کردن کلی از تعهد و قرارداد است به شکلی که انتفای کل یا جزء قرارداد را از هر جهت حتی از جهت سودی که به او می رساند ایجاب کند. به هر حال تفکر و مطالعه بیشتر حقوقدان های کشورهای مختلف می تواند مصادیق معقول این حالت استثنایی را روشن کند.

فهرست منابع

۱. فارسی

۱. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۱، ناشر: کتاب فروشی اسلامی، ۱۳۷۱.
۲. بهشتی، محمد، فرهنگ صبا، انتشارات صبا، ۱۳۷۱.
۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت، ج ۱، ناشر: مؤلف.
۴. حائری شاه باغ، سید علی، شرح قانون مدنی، ج ۱، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۶.
۵. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، انتشارات بهنشر، ۱۳۶۹.
۶. کاتوزیان، ناصر، عقود معین، ج ۱، شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۳.
۷. انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، ج ۵ و ۶، چاپ مؤسسه باقری، ۱۴۲۰ هـ. ق.
۸. حر عاملی، محمد، وسائل الشیعه (آل البيت)، ج ۱۸، انتشارات مؤسسه آل بیت (ع) لایحیاء التراث، قم، ۱۴۱۴ هـ. ق.
۹. شیخ مفید، محمد، المقنعه، تحقیق: جامعه مدرسین، قم، ۱۴۱۰.
۱۰. شیخ طوسی، محمد، مبسوط، ج ۲، ناشر: المكتبة المرتضویه.
۱۱. شیخ طوسی، خلاف، ج ۳، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۷ هـ. ق.
۱۲. شهید اول، الدروس الشرعیه، ج ۳، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۴ هـ. ق.
۱۳. شهید اول، اللمعة الدمشقیة، ناشر: دار الفکر، ۱۴۱۱ هـ. ق.

۱۴. شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۳، انتشارات داوری، قم، ۱۴۱۰.
۱۵. شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۳، ناشر: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
۱۶. علامه حلی، قواعد الاحکام، ج ۲، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۳ هـ. ق.
۱۷. علامه حلی، تذکره الفقهاء، ج ۱، ناشر: مکتبه الرضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.
۱۸. محقق حلی، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۲، انتشارات استقلال، ۱۴۰۹ هـ. ق.
۱۹. محقق بهرانی، یوسف، الحدائق الناضره، ج ۱۹، ناشر: جامعه مدرسین.
۲۰. نوری طبرسی، محمد تقی، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، ج ۱۳، ناشر: مؤسسه آل بیت (ع) لاحیاء التراث، ۱۴۰۸ هـ. ق.
۲۱. نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۲۳، ناشر: دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۵۶ هـ. ش.
۲۲. نائینی، حسین، منیه الطالب، ج ۳، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۸ هـ. ق.

۲. لاتین

23. Andrew Burrows, Remedes for Tort and Breach of Contract, Butterworths, 1994.
24. Eric E. Bergsten & Anthony J. Miller, The Remedy of Reduction of Price,
<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/bergsten.html>
25. Ewean Mckendrick, Contract Law:Text,Cases and Marerials, Oxford University Press, 2004.
26. G.H.Treitel, The Law of Contract, Sweet & Maxwell, 1995.
27. Guido Alpa and Alberto Giampieri, Law and economics and method analysis: the contractual damages issue, entered on the internet 1995.
<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/alpa.html>.
28. Jill Pool, Cassebook on Contract Law, Oxford University Press, 2006.