

## باز پژوهی جایگاه ارش در عقد اجاره<sup>۱</sup>

محمد امامی<sup>۲</sup>

غلامرضا یزدانی<sup>۳</sup>

### چکیده

در عقد بیع هرگاه یکی از عوضین، معیوب باشد، طرف مقابل، خیار عیب داشته و می‌تواند به استناد آن، عقد را فسخ کرده و یا ارش مطالبه نماید. اما در مورد معیوب بودن عین مستأجره در عقد اجاره، قانون مدنی ایران جواز مطالبه ارش را نپذیرفته است. این حکم در حالی است که از ظاهر مواد قانون مدنی خصوصاً ماده ۴۵۶ استفاده می‌شود که اگر اجرت در عقد اجاره، عین معین بوده و معیوب باشد، طرف متضرر می‌تواند درخواست ارش نماید. این رویکرد قانون مدنی از دیدگاه فقهای غیر مشهور گرفته شده است و به نظر می‌رسد با توجه به ادله فقهی و توجه به ماهیت ارش، این دیدگاه ضعیف بوده و نمی‌تواند مبنای مناسبی برای قانون‌گذاری قرار گیرد. حق این است که ارش، از مختصات بیع است و تعمیم آن به سایر عقود، از جمله عقد اجاره، صحیح نیست. از این رو، لازم است ضمن اصلاح ماده ۴۷۸ قانون مدنی در عقد اجاره، ماده ۴۵۶ قانون مدنی نیز مورد بازنگری قرار گیرد. این نوشتار توصیفی تحلیلی و به شیوه کتابخانه‌ای، صورت گرفته است.

**کلیدواژه‌ها:** حق فسخ، ارش، اجاره، عیب.

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۲/۰۴؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۰۷/۱۲.

۲. دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد (نویسنده مسئول)، رایانامه: dr.imami@razavi.ac.ir

۳. استادیار گروه حقوق دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، رایانامه: ygholamreza1@gmail.com

## مقدمه

اگر عین مستأجره، معیوب باشد یا اینکه اجرت، عین معین بوده و معیوب باشد، در این صورت بدون تردید، طرف مقابل، اختیار عیب دارد. همچنین بدون تردید به استناد اختیار عیب، می تواند عقد اجاره را فسخ نماید. اما علاوه بر حق فسخ عقد، آیا حق مطالبه ارش را دارد یا خیر؟

قانون مدنی در ماده ۴۷۸ در صورت معیوب بودن عین مستأجره، برای مستأجر صرفاً حق فسخ عقد را پیش بینی کرده است و با توجه به ماده ۴۵۶ قانون مدنی، اگر اجرت در اجاره، معیوب باشد، موجر علاوه بر حق فسخ، می تواند مطالبه ارش نماید. به استناد ماده ۴۵۶ قانون مدنی و به ضمیمه ماده ۴۲۱ که حق فسخ و مطالبه ارش را به طور مطلق در اختیار عیب، پیش بینی کرده است، باید گفت: در تمامی عقود معاوضی، مطالبه ارش امکان پذیر است و عین مستأجره خصوصیتی دارد که قانون گذار، مطالبه ارش در صورت معیوب بودن آن را نپذیرفته است.

این دیدگاه قانون مدنی در حالی است که اختلاف فقها در ثبوت یا عدم ثبوت ارش در مورد عین مستأجره، به این دلیل نیست که ارش را از قواعد عمومی معاملات دانسته، در خصوصیت داشتن یا نداشتن عین مستأجره اختلاف نظر داشته باشد. بلکه برعکس، اساس نزاع در فقه در این مسئله است که آیا ارش از قواعد عمومی قراردادها است تا در تمامی قراردادها، جز موارد استثنایی، ثابت باشد یا اینکه ارش، امری خلاف قاعده است و می بایست فقط به عقد بیع، که دلیل دارد، اکتفا گردد.

برای بررسی دقیق مسئله به نظر می رسد ابتدا باید دید، ماهیت ارش چیست و با توجه به ماهیت ارش، آیا ارش از قواعد عمومی قراردادهاست و عقد اجاره، نوعی استثنا به شمار می رود؛ یا اینکه برعکس، خود ارش، امری استثنایی بوده و از قواعد عمومی نیست. زیرا باید امر استثنایی را فقط در مورد بیع که دلیل بر ثبوت آن داریم، ثابت بدانیم. در این نوشتار ابتدا به ماهیت ارش پرداخته می شود و سپس دیدگاه های فقها در خصوص ارش در عقد اجاره اشاره و نقادی خواهد شد.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی یازدهم

تابستان ۱۳۹۷

۱۰۲

## ۱. ماهیت غرامت داشتن ارش

شایسته است برای ورود به بحث و ارزیابی نظریات ارائه شده، ابتدا این مسئله مورد مطالعه قرار گیرد که آیا ثبوت «ارش» در عقد بیع، امری تبعدی است یا امری قاعده‌مند؟ در حقیقت منشأ اختلاف بین دو گروه، در همین نکته نهفته است.

در این خصوص، دو دیدگاه وجود دارد. گروهی ارش را مخالف قاعده و امری تبعدی می‌دانند و گروهی آن را از قواعد عمومی قراردادها می‌شمارند. علت این اختلاف نیز به اختلاف دیدگاه‌ها در ماهیت ارش معطوف است. به‌دیگر سخن، نسبت به ماهیت ارش، اختلاف است که «ارش»، «گرامت مالی» است که در صورت معیوب درآمدن یکی از عوضین، برای متضرر ثابت می‌شود یا «ارش»، «بخشی از ثمن» می‌باشد که در مقابل میع معیوب پرداخت شده است؟ اگر ارش، بخشی از ثمن باشد، در این صورت می‌توان ارش را در اجاره هم ثابت دانست؛ چراکه در اجاره هم فرض آن است که با معیوب بودن مال الاجاره یا عین مستأجره، بخشی از یکی از عوضین به طرف مقابل پرداخت نشده است و لذا متضرر می‌تواند مابه‌التفاوت آن (ارش) را مطالبه نماید. ولی اگر ماهیت ارش، پرداخت غرامت باشد در این صورت، چون فقط در بیع، پرداخت چنین غرامتی دلیل دارد، تعمیم آن به سایر معاملات و از جمله اجاره، صحیح نخواهد بود. طرفداران هر یک از دو دیدگاه پیشین، شواهدی برای اثبات نظریه خود ارائه نموده‌اند.

باز پژوهی  
جایگاه ارش  
در عقد اجاره  
۱۰۳

### دلایل تبعدی نبودن «ثبوت ارش در بیع»

کسانی که حق ارش را مختص بیع نمی‌دانند، ارش را جزئی از ثمن یا مثن دانسته، آن را به اجاره هم تعمیم می‌دهند. ایشان به اموری استدلال کرده‌اند از جمله اینکه:

۱- مبنای ثبوت «حق ارش» در عقد بیع، تخلف از شرط ضمنی است؛ چراکه اطلاق عقد مقتضی آن است که عوضین، سالم بوده، هیچ کدام نقصانی نداشته باشند. حال اگر یکی از عوضین، نقصان داشت، باید از عوض مقابل آن به همان میزان، کسر گردد (انصاری، ۱۴۱۵، ۲۷۱).

## نقد و ارزیابی این دلیل

این دلیل از جهاتی اشکال داشته، نمی‌تواند مطابق قاعده، بودن «حق ارش» در خیار عیب را ثابت نماید. زیرا:

اولاً: همین تحلیل در خیار غبن نیز جاری است؛ یعنی در خیار غبن نیز اطلاق عقد، اقتضای آن را دارد که عوضین از حیث قیمت متعادل باشند و بنای طرفین بر این است که در مقابل مالی که می‌دهند به همان میزان مال دریافت نمایند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ۱۸). در حالی که بالاجماع، در خیار غبن، ارش ثابت نیست (خمینی، ۱۴۱۸، ۲۸۴/۱).

ثانیاً: این ادعا که اطلاق عقد، مقتضی سالم بودن عوضین است، صحیح به نظر نمی‌رسد؛ بدین معنا که فروشنده‌ای که عالم به معیوب بودن میباید، غالباً اراده دارد همین جنس معیوب را بفروشد و تلاش می‌کند که خریدار از آن عیب، مطلع نگردد نه اینکه طرفین، اراده سالم بودن عوضین را کرده باشد. البته بنای عقلا بر سالم بودن عوضین است. منتهی این بنا خللی به صحت بیع نمی‌زند؛ زیرا ملاک، اراده طرفین قرارداد است.

ثالثاً: بر فرض که شرطی ضمنی مبنی بر صحت عوضین در قرارداد وجود داشته باشد، اثر تخلف از شرط (ضمنی) جواز مطالبه ارش نیست بلکه حق فسخ است و برای مشروطه، خیار تخلف شرط پیدا می‌شود.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی یازدهم

تابستان ۱۳۹۷

۱۰۴

۲- برخی معتقدند که «جواز مطالبه ارش» در مواردی که یکی از عوضین قرارداد، معیوب است، امری عقلائی است و بنای عقلا بر جواز مطالبه آن است. نه اینکه ارش، امری تعبدی باشد، از این رو، به کمک بنای عقلا باید گفت: در مواردی که مال الاجاره، معیوب است، موجد، حق مطالبه ارش را دارد (مکارم شیرازی در حاشیه: یزدی، العروة الوثقی مع التعليقات، ۱۴۲۸، ۴۸۸/۲).

## نقد و ارزیابی این دلیل

این شاهد اشکالاتی دارد:

اولاً: در موارد خیار غبن نیز شخص نسبت به مابه‌التفاوت قیمت، متضرر می‌شود،

چه بسا در آن موارد هم عقلا حکم به ارش نمایند، در حالی که کسی در فقه، در موارد  
خیار غبن، ارش را نمی‌پذیرد؛

ثانیاً: بر فرض که بنای عقلا در خیار عیب ثابت باشد و مدرک جواز مطالبه ارش، بنای  
عقلا باشد، چون بنای عقلا، دلیل لبی است قدر متیقن دارد، نمی‌توان از آن اطلاق‌گیری  
کرد. از این رو، بر فرض که بنای عقلا در بیع ثابت باشد و این بنا مورد امضای شارع هم  
قرار گرفته باشد، معلوم نیست در اجاره هم عقلا چنین بنایی داشته باشند.

۳- تنقیح مناط؛ یعنی گفته شود ولو در روایات، در موارد خیار عیب در عقد بیع،  
ارش مقرر شده است؛ ولی عقد بیع خصوصیتی نداشته و در هر قرارداد معاوضی، ارش  
ثابت است. به عبارت دیگر، به همان ملاک و مناطی که در عقد بیع، ارش ثابت شده  
است، به همان ملاک و مناط، در اجاره نیز ارش ثابت باشد (بروجردی در حاشیه:  
یزدی، العروة الوثقی مع التعليقات، ۱۴۲۸، ۲/۳۴).

### نقد و ارزیابی این دلیل

اولاً: این سبک استدلال کردن، شبیه قیاس است؛ زیرا ملاک و مناط ثبوت ارش  
در عقد بیع روشن نیست؛ چه بسا ملاک، تعبد و صرف پرداخت غرامت باشد؛  
ثانیاً: اینکه ملاک ثبوت ارش در بیع این باشد که ارش، جزئی از ثمن است و همین  
ملاک در اجاره هم هست، خودش اول دعواست. ابتدا باید ثابت شود که ملاک  
ثبوت ارش در بیع، جزء ثمن بودن مابه‌التفاوت صحیح و معیوب است و سپس با تنقیح  
مناط در اجاره هم ارش را ثابت دانست. در حالی که این مطلب در بیع ثابت نشده  
است. نتیجه اینکه شواهدی که بر تعبدی بودن ارش در بیع اقامه شده است، نمی‌تواند  
مثبت این ادعا باشد. در ادامه به شواهد تعبدی بودن ارش در بیع پرداخته شود.

### دلایل تعبدی بودن «ثبوت ارش در بیع»

برای اثبات این مسئله که «ثبوت ارش» در بیع، تعبدی است و ماهیت آن، غرامت  
مالی بودن است، شواهدی ذکر شده است:

۱- هر چند اوصاف عین مستأجره، در اجرت اجاره آن، دخیل اند، مثلاً ارزش

اجاره‌بهای خانه‌ای که دارای امکانات مشخصی است با خانه فاقد آن اوصاف، متفاوت است، باین وجود، اوصاف عین مستأجره، در مقابل اجرت قرار نمی‌گیرند. به‌دیگر سخن، چنین نیست که بخشی از اجاره‌بها، در مقابل منافع عین و بخشی در مقابل اوصاف آن، قرار گیرد. تا در صورت فقدان یا معیوب بودن آن وصف، بخشی از عوض مقابل آن نقصان قرار گیرد. از این رو، اگر چنانچه عین مستأجره، معیوب باشد، نمی‌توان در مقابل آن عیب، مطالبه‌ارش نمود (حکیم، ۱۴۱۶، ۴۲/۱۲؛ خویی، بی‌تا، ۱۴۹/۴؛ نجفی، بی‌تا، ۳۱۴/۲۷).

این امر در تمامی عقود معاوضی صدق می‌کند یعنی در عقود معاوضی در مقابل «وصف صحت عوض»، جزئی از عوض دیگر، قرار نمی‌گیرد. از این رو، آن‌گاه که با انعقاد بیع، فروشنده خانه خود را در مقابل ۵۰۰ میلیون تومان به خریدار واگذار می‌کند، این پول تماماً در مقابل خانه قرار دارد و چنین نیست که بخشی از آن در مقابل خانه و برخی دیگر در مقابل وصف صحت باشد؛ یعنی «خانه به‌علاوه صحت مبیع» یکی از عوضین و «۵۰۰ میلیون تومان» عوض دیگر نیست، بلکه عوضین «خانه» و «۵۰۰ میلیون تومان» هستند. جهت اینکه «وصف صحت»، جزئی از ثمن نیست آن است که این اوصاف، قابلیت تقابل با مال را ندارند. پس اینکه ارش در بیع پیش‌بینی شده است، به‌خاطر فوت وصف صحت نیست، بلکه تعبد شرعی است؛

۲- بر فرض که بخشی از ثمن در مقابل وصف صحت، قرار بگیرد، آن‌گاه که وصف صحت، خلل پیدا کرده است، باید ثمن در مقابل آن تقسیط شود نه اینکه مطالبه‌ارش صورت گیرد (خویی، بی‌تا، ۱۴۹/۴)؛ بدین معنا که در فرض فقدان وصف، آن‌چه را فروشنده باید به خریدار برگرداند، باید بخشی از ثمن باشد. زیرا فرض این است که بخشی از ثمن در ازای وصف پرداخت شده و زمانی که معلوم می‌شود، وصف صحت، مفقود است، باید آن بخش از ثمن که در مقابل آن بود، به خریدار مسترد گردد. این درحالی است که فقها حکم به تقسیط ثمن و استرداد بخشی از آن نمی‌دهند بلکه بر فروشنده، پرداخت مبلغی را به‌عنوان غرامت و ارش لازم می‌دانند؛

۳- پرداخت ارش که در باب بیع ثابت است، به معنای استرداد جزئی از ثمن نیست، به‌گونه‌ای که به مجرد بیع، فروشنده به‌خاطر اختلال وصف صحت، مشغول‌الذمه

تلقی گردد، بلکه ارش زمانی ثابت است که خریدار آن را مطالبه نماید. از این رو، اگر خریدار هیچ وقت آن را مطالبه نکند ولو به خاطر جهل به عیب، در این صورت، ذمه فروشنده مشغول نخواهد بود؛

۴- چون ارش، مطابق با قواعد نیست بلکه بعد از مطالبه ثابت می شود، از این رو، فروشنده لازم نیست از عین ثمن، آن را بپردازد بلکه می تواند از هر مالی که خواست، آن را بپردازد. اگر ارش مطابق با قواعد می بود، بر فروشنده لازم بود که ارش را از عین ثمن بپردازد. زیرا فرض آن است که بخشی از ثمن را فروشنده، مالک نشده است؛

۵- این چنین ضمانی، نظیری مانند ضمان شخص نسبت به مال لقطه هم دارد. در مال لقطه، اگر یابنده، بعد یأس از یافتن مالکش، مال را صدقه بدهد، ذمه اش به چیزی مشغول نیست به گونه ای که اگر فوت کند، لازم باشد به اندازه آن از ترکه اش، خارج کنند. آری اگر مالک پیدا شود و مطالبه کند، به نفس مطالبه، ذمه یابنده، مشغول می شود.

در نهایت به نظر می رسد، ثبوت ارش در عقد بیع، تعدی است و لذا قابل تعمیم به مواردی که اجرت در اجاره معیوب باشد، نیست و در این موارد حق موجر صرفاً فسخ اجاره یا امضای آن بدون دریافت ارش است.

باز پژوهی  
جایگاه ارش  
در عقد اجاره  
۱۰۷

## ۲. نگاهی به نظرات فقها

مسئله ثبوت یا عدم ثبوت ارش در عقد اجاره، از دیرباز در کتب فقها محور اختلافات شدیدی قرار داشته است و حداقل چهار دیدگاه در این خصوص ابراز شده است:

- ۱- عدم ارش در اجاره مطلقاً؛
- ۲- ثبوت ارش در اجاره مطلقاً؛
- ۳- ثبوت ارش در صورت معیوب بودن عین مستأجره نه اجرت؛
- ۴- ثبوت ارش در صورت معیوب بودن اجرت نه عین مستأجره.

### بند اول- نظریه عدم ثبوت ارش در هیچ یک از مال مستأجره و اجرت

بسیاری از فقها بر این اعتقادند که «ارش» نه در اجرت و نه در مال الاجاره ثابت است. طبق این دیدگاه، اگر چنانچه مال الاجاره در عقد اجاره، معیوب باشد یا

اجرتی که مستأجر به موجر می‌دهد، عین شخصی بوده و معیوب باشد، در هیچ‌یک از این دو صورت، حق ارش برای متضرر ثابت نیست و متضرر فقط می‌تواند قرارداد را قبول کرده یا فسخ نماید. به عبارت دیگر، هر چند در بیع، اگر هر یک از عوضین، معیوب باشد، شخص متضرر مخیر است بین اینکه عقد را فسخ نماید یا عقد را تثبیت کند و ارش مطالبه کند، ولی در عقد اجاره، متضرر چنین اختیاری ندارد بلکه یا باید عقد را تثبیت نماید، بدون اینکه ارش مطالبه کند، یا عقد را فسخ کند. حضرت امام که از طرفداران این نظریه است می‌نویسد: «اگر مستأجر در عین مستأجره عیبی یافت که این عیب قبل از عقد در آن وجود داشته است، در این صورت، مستأجر می‌تواند اجاره را فسخ نماید... اما در مورد اجرت، اگر اجرت، عین شخصی باشد و موجر در آن عیبی بیابد، می‌تواند عقد اجاره را فسخ کند و اینکه آیا حق مطالبه ارش را هم دارد؟ در این خصوص، اشکال وجود دارد...» (خمینی، بی‌تا، ۱/۵۷۵). ایشان در حاشیه عروه نیز همین نظریه را تکرار می‌کنند: آن‌جا که صاحب عروه در مال مستأجر، ارش را نمی‌پذیرند، حاشیه زده است ولی در مسئله ۸ که سید یزدی، ارش را در اجرت پذیرفته است، اشکال کرده‌اند (یزدی، ۱۴۱۹، ۵/۳۴).

از جمله طرفداران این نظریه می‌توان به: گلپایگانی، آقاضیاء عراقی، حائری، بروجردی، خوانساری (یزدی، ۱۴۱۹، ۵/۳۴)، خویی (یزدی، بی‌تا)، العروة الوثقی، ۱۴۸/۴، سید محسن حکیم (۱۴۱۶، ۱۲/۳۹)، فاضل لنکرانی (یزدی، بی‌تا، ۲/۳۲) و سیستانی (۱۴۱۷، ۲/۱۱۲) اشاره کرد.

جستارهای  
فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی یازدهم  
تابستان ۱۳۹۷

۱۰۸

### دلایل عدم ارش مطلقاً

طرفداران این نظریه، به دو دلیل برای اثبات مدعای خود، استدلال نموده‌اند:

#### ۱. اختصاص ادله ارش به بیع و عدم جواز قیاس

گروهی معتقدند که ادله ارش، اختصاص به عقد بیع داشته و ثبوت ارش در بیع، امری تعبدی است لذا نمی‌توان ارش را به سایر عقود از جمله اجاره، تعمیم داد (یزدی، العروة الوثقی، بی‌تا، ۲/۳۴):



## ارزیابی این دلیل

به نظر می‌رسد این استدلال، صحیح باشد چراکه در مبحث نخست ثابت شد که ثبوت ارش در عقد بیع، از قواعد عمومی قراردادها نیست تا بتوان آن را به تمامی معاملات، سرایت داد.

## ۲. اصالة العدم

مطابق این دلیل، بر فرض که از طریق ادله اجتهادی و روایات باب ارش، نتوان حکم مسئله را یافت و در خصوص تعمیم ارش به اجاره، شک وجود داشته باشد، اصالة العدم، مقتضی عدم ثبوت ارش در عقد اجاره است.

## بند دوم - نظریه ثبوت ارش هم در مال مستأجره و هم اجرت

برخلاف نظریه اول، برخی بر این اعتقادند که «ارش» هم در مال مستأجره و هم در اجرت ثابت است؛ یعنی هر کدام از آن‌ها که معیوب باشد، شخص متضرر می‌تواند عقد را تنبیت نموده و مطالبه ارش نماید. از طرفداران این نظریه می‌توان به محقق ثانی اشاره نمود. ایشان ذیل کلام علامه که فرموده است «اگر مستأجر در عین مستأجره، عیبی بیابد، و قبل از اجاره از وجود آن عیب بی اطلاع باشد، حق فسخ دارد» می‌فرماید: «همانا قول صحیح این است که حق ارش هم دارد.» همچنین ایشان کلام علامه را که در خصوص وجود عیب در اجرت، فرموده است: «مستأجر می‌تواند مطالبه ارش نماید یا عقد را فسخ کند، تقریر فرموده است (کرکی، ۱۴۱۴، ۹۱/۷ و ۱۱۸).

از طرفداران این نظریه می‌توان به محقق نائینی و مکارم‌شیرازی (یزدی، العروة الوثقی مع التعليقات، ۱۴۲۸، ۴۸۷/۲) اشاره کرد. طرفداران این نظریه برای اثبات ادعای خود به ادله زیر، تمسک کرده‌اند:

## دلایل ثبوت ارش مطلقاً

### ۱. ادعای اجماع؛

یزدی برای اثبات حق ارش برای موجر، ادعای اجماع نموده است (یزدی، ۱۴۰۹،

### ارزیابی این دلیل

اولاً: نه تنها، این مسئله اجماعی نیست بلکه اختلاف دیدگاه‌ها بالغ بر چهار نظریه است؛ ثانیاً: بر فرض که این نظریه اجماعی باشد، روشن است که این اجماع مدرکی است و نمی‌توان مثبت حق ارش باشد.

### ۲- تنقیح مناط؛

با توجه به روایات متعدد، حق ارش در عقد بیع، ثابت شده است (کلینی، ۱۴۲۹، ۲۱۸/۱۰). از طرفی می‌دانیم که عقد بیع، خصوصیتی ندارد و ذکر عقد بیع در روایات از باب مثال است. پس در عقد اجاره هم می‌توان به تنقیح مناط، ارش را ثابت دانست (یزدی، ۱۴۰۹، ۳۴).

### ارزیابی این دلیل

این دلیل نیز با این انتقاد مواجه است که ثبوت ارش در عقد بیع، به‌خاطر دلیل خاص است و نمی‌توان ثبوت آن را در بیع، تحلیل حقوقی شاملی نمود تا حکم ارش در بیع به سایر معاملات و از جمله اجاره سرایت داده شود. چراکه از طرفی حق ارش در روایات، در مورد عقد بیع مطرح شده است و از سوی دیگر، تفسیر لفظی مقتضی آن است که این حق صرفاً در عقد بیع ثابت باشد مگر اینکه بتوان به کمک قرائن یا اطلاق و عموم یا هر تحلیل حقوقی دیگر، آن را به سایر معاملات از جمله اجاره نیز سرایت داد. درحالی که در استدلال فوق، هیچ تحلیلی مبنی بر امکان سرایت ارش به اجاره ارائه نشده است.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی یازدهم  
تابستان ۱۳۹۷

۱۱۰

### ۳- تمسک به بنای عقلا؛

برخی معتقدند بنای عقلا بر این است که هرگاه یکی از عوضین معیوب باشد، ارش ثابت می‌شود. اینکه در روایات، ائمه اطهار علیهم‌السلام حکم به ثبوت ارش نموده‌اند، تعبیدی شرعی را عنوان نکرده و در حقیقت به پشتوانه بنای عقلا این فتوا صادر شده است (مکارم‌شیرازی در: یزدی، ۱۴۲۸، ۴۸۸/۲).

## ارزیابی این دلیل

اشکال این استدلال آن است که بنای عقلا، بر فرض که عقلا در باب اجاره چنین بنایی داشته باشند، تا مورد تأیید شارع قرار نگیرد، ارزش ندارد. از طرفی، در هیچ یک از روایات اجاره، اشاره به جواز مطالبه ارش نشده است تا بتوان ادعای تأیید بنای عقلا را نمود. اشکال این دلیل آن گاه روشن می شود که حجیت بنای عقلا منوط به تأیید شارع است برخلاف بنای متشرعه که شرط حجیت آن، صرف عدم ردع است.

### ۴- تمسک به شرط ضمنی؛

برخی برای اثبات حق ارش، به شرط ضمنی تمسک کرده اند به این بیان که، اطلاق عقد مقتضی آن است که عوضین، سالم بوده، هیچ کدام نقصانی نداشته باشند. حال اگر یکی از عوضین، نقصان داشت، باید از عوض مقابل آن، به همان میزان، کسر گردد (کرکی، ۱۴۱۴، ۱۱۸/۷).

## ارزیابی این دلیل

اشکال تمسک به «شرط ضمنی» این است که مقتضی نقصان بعضی از عوض قرارداد، ثبوت خیار فسخ، آن هم خیار تبعض صفقه و نه مطالبه ارش، است. از این رو، بر فرض که بخشی از ثمن در مقابل وصف صحت قرار گرفته باشد، حال که وصف صحت، مفقود است، باید متضرر، حق فسخ معامله را پیدا نماید نه اینکه مطالبه ارش نماید.

### ۵- قاعده لا ضرر

اگر مستأجر، حق مطالبه ارش نداشته باشد، چه بسا متحمل ضرر شود در نتیجه به خاطر جبران ضرر خود می تواند مطالبه ارش نماید (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ۳۵۳/۴).

## ارزیابی این دلیل

استدلال به قاعده لا ضرر برای اثبات «حق ارش» در عقد اجاره، با چند اشکال مواجه است:

اولاً: طبق مبنای مشهور، قاعده لا ضرر، حکم ضرری را بر می دارند و نمی تواند برای دفع ضرر، اثبات حکم نماید (سیستانی، بی تا، ۲۹۱)؛

ثانیاً: لا ضرر، ضررهایی را که از ناحیه حکم شرعی به بار آمده باشد، نه از ناحیه خود شخص، بر می‌دارد؛<sup>۱</sup>

ثالثاً: در مطلق عیوب، معلوم نیست عدم ارش، باعث ضرر باشد (نجفی، بی‌تا، ۳۱۴/۲۷)؛

رابعاً: ضرری که از ناحیه نقصان به مستأجر وارد می‌شود را می‌توان به وسیله حق فسخ، دفع کرد؛ یعنی مستأجر برای اینکه از ضرر فرار کند، می‌تواند عقد اجاره را فسخ کند (نجفی، بی‌تا، ۳۱۴/۲۷).

### بند سوم- نظریه وجود ارش در اجرت نه عین مستأجره

برخی بر این اعتقادند که اگر چنانچه عین مستأجره، معیوب باشد، مستأجر حق مطالبه ارش ندارد و فقط می‌تواند عقد را فسخ کند ولی اگر اجرتی که مستأجر به موجر می‌پردازد، معیوب باشد، در این صورت، موجر حق مطالبه ارش خواهد داشت. علامه حلی که از جمله طرفداران این نظریه است، می‌نویسد: «اگر مستأجر در عین مستأجره، عیبی بیاید و قبل از عقد از آن آگاه نبوده باشد، می‌تواند اجاره را فسخ کند... و اگر عیب در اجرت ظاهر شود، موجر می‌تواند عقد را فسخ کند یا ارش مطالبه نماید...» (علامه حلی، ۱۴۱۳، ۲۸۲ و ۲۸۴).

یزدی هم می‌نویسد: «اگر مستأجر در عین مستأجره، عیبی بیاید و عیب قبل از عقد در عین مستأجره موجود بوده و مستأجر از آن بی‌اطلاع باشد، چنانچه عیب از عیوبی باشد که باعث نقصان قیمت منفعت می‌شود، در این صورت بدون تردید، مستأجر مخیر است که عقد را فسخ کند یا اینکه عقد را تثبیت نماید ولی ظاهراً حق مطالبه ارش را ندارد. در نتیجه یا باید عقد را فسخ کند یا مجاناً بدان رضایت دهد... و هرگاه موجر، در اجرت عیبی بیاید که قبل از عقد در آن وجود داشته و وی عالم بدان نبوده است، می‌تواند عقد را فسخ کند یا آن که بدان رضایت بدهد، حال آیا می‌تواند

جستارهای  
فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی یازدهم  
تابستان ۱۳۹۷

۱۱۲

۱. «ان فی مورد الضرر الواقعی لیس الحکم الشرعی بوجود الوضوء و الصوم هو الموجب للضرر، ای لیس إطلاق الحکم هو الجزء الأخير من العلة التامة للضرر. ولو فرض انتفاء الحکم فی الواقع، لوقع هذا الشخص فی الضرر لجهله و اعتقاده بعدم التضرر. فلیس الضرر مستنداً إلى تشريع الحکم» (سبحانی، ۱۴۱۵، ۲/۱۳۳).

مطالبه ارش هم بنماید؟ بعید نیست که حق مطالبه ارش داشته باشد بلکه برخی بر این امر، ادعای عدم خلاف هم کرده‌اند...» (یزدی، ۱۴۰۹، ۵۸۷/۲).  
متأسفانه طرفداران این نظریه، دلیلی برای اثبات این نظریه اقامه نکرده‌اند تا بتوان آنرا ارزیابی نمود (یزدی، ۱۴۰۹، ۵۸۷/۲).

### بند چهارم- نظریه وجود ارش در عین مستأجره نه اجرت

در مقابل نظریه سوم، برخی معتقدند که اگر چنانچه عین مستأجره، معیوب باشد، مستأجر علاوه بر حق فسخ، می‌تواند عقد را تثبیت نموده و ارش مطالبه کند ولی اگر اجرت، معیوب باشد، موجر فقط حق فسخ عقد را دارد و نمی‌تواند مطالبه ارش نماید. از طرفداران این نظریه می‌توان به محقق شیرازی اشاره کرد. ایشان در حاشیه عروه آنجا که مرحوم سید، در خصوص عدم وجود ارش در عین مستأجره فرموده است: «ظاهراً مستأجر نمی‌تواند مطالبه ارش کند» می‌فرماید: «این فتوا اشکال دارد هرچند احتیاط همین نظریه است». ولی در آنجا که سید یزدی در خصوص وجود ارش در اجرت نظر مثبت خود را ابراز کرده است، محقق شیرازی اشکال می‌کنند (یزدی، ۱۴۰۹، ۳۳). طرفداران این نظریه نیز دلیلی اقامه ننموده‌اند و لذا نمی‌توان در خصوص صحت و سقم آن، مستقلاً مطلب نگاشت مگر اینکه در ذیل ارزیابی نظریه اول، ثابت شد که ثبوت ارش در عقد بیع، منطبق با قواعد عمومی قراردادها نبوده و یک حکم تعبدی است. از این رو، مادامی که دلیل خاص وجود نداشته باشد، نمی‌توان ارش را در عقد اجاره ثابت دانست.

در کنار چهار نظریه پیشین، دو نظریه دیگر را هم می‌توان عنوان کرد. در حقیقت برخی از فقها، حکم معیوب بودن عین مستأجره را مورد اشاره قرار داده‌اند و به اثر عیب در اجرت پرداخته‌اند. این دسته از فقها خود دو گروه‌اند: برخی، ارش را در عین مستأجره، ثابت می‌دانند و گروهی منکر آن هستند. از این رو، هر چند این دو نظریه، جدای از نظریات چهارگانه فوق نیستند و داخل در یکی از آنها می‌باشند ولی به خاطر نقصی که در نحوه ابراز آنها وجود دارد ما آنها را جداگانه ذکر می‌کنیم.

## اول-عدم ثبوت ارش در عین مستأجره

برخی از فقها بدون اینکه اشاره‌ای به حکم معیوب بودن اجرت بنمایند، اثر عیب در عین مستأجره را مورد بررسی قرار داده‌اند و معتقدند اگر چنانچه عین مستأجره معیوب باشد، مستأجر حق مطالبه ارش ندارد. محقق حلی در شرایع می‌نویسد: «هرگاه مستأجر در عین مستأجره، عیبی بیابد، می‌تواند آن را فسخ کند یا به اجرت رضایت دهد بدون اینکه بتواند از آن چیزی بکاهد (ارش مطالبه کند) و لو آن که عیب از عیوبی باشد که باعث فوت جزئی از منفعت بشود.» (محقق حلی، ۱۴۰۸، ۱۴۸/۲). شهید اول هم در لمعه می‌نویسد: «اگر در منفعت عیبی ظاهر شد، مستأجر می‌تواند عقد را فسخ کند و در اینکه بتواند ارش بگیرد، اشکال است...» (شهید اول، ۱۴۱۰، ۱۵۶)؛ بحرانی نیز همین نظریه را ابراز می‌دارد (بحرانی، ۱۴۰۵، ۶۱۲/۲۱).

قانون مدنی ایران، همین شیوه را پیش گرفته است. ماده ۴۷۸ اعلام می‌کند: «هرگاه معلوم شود عین مستأجره در حال اجاره معیوب بوده، مستأجر می‌تواند اجاره را فسخ کند یا به همان نحوی که بوده است اجاره را با تمام اجرت قبول کند ولی اگر موجر رفع عیب کند به نحوی که به مستأجر ضرری نرسد مستأجر حق فسخ ندارد.» قانون مدنی اردن نیز همین نظریه را ابراز داشته است. در بند ۱ ماده ۶۷۹ این قانون آمده است: «إذا عقد الإيجار علی شیء معین بأجرة إجمالية و ذکر عدد وحداته دون بیان أجرة کل وحدة منها فظهرت وحداته أزيد أو أنقص كانت الأجرة هی المسمأة فی العقد لا یزاد علیها و لا یحط منها و فی حالة النقصان للمستأجر الخيار فی فسخ العقد.»

جستارهای

فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی یازدهم

تابستان ۱۳۹۷

۱۱۴

## دوم-ثبوت ارش در عین مستأجره

برخی از فقها بدون اینکه اشاره‌ای به حکم معیوب بودن اجرت بنمایند، اثر عیب در عین مستأجره را مورد بررسی قرار داده‌اند و معتقدند اگر چنانچه عین مستأجره معیوب باشد، مستأجر حق مطالبه ارش را دارد. شهید ثانی در ذیل کلام شهید اول که فرمود: «در جواز مطالبه ارش، اشکال است» می‌نویسد: «... جزء یا وصف فوت شده هم، مقصود مستأجر بوده ولی حاصل نشده است و این کار باعث فوت شدن منفعت می‌شود، منفعتی که یکی از عوضین است. در نتیجه باید با ارش، جبران شود

و این نظریه نیکوست» (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ۳۵۳/۴).

قانون مدنی مصر از این روش تبعیت کرده است. در بند ۱ ماده ۵۷۷ قانون مدنی مصر آمده است: «إذا وجد بالعین المؤجرة عیب يتحقق معه الضمان، جاز للمستأجر تبعاً للظروف أن يطلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة، و له كذلك أن يطلب إصلاح العیب أو أن يقوم هو بإصلاحه على نفقة المؤجر إذا كان هذا الإصلاح لا يهبط المؤجر» قانون مدنی سوریه نیز بیانی مشابه دارد. در بند ۱ ماده ۵۳۳ این قانون آمده است: «إذا سلمت العین المؤجرة فی حالة لا تكون فیها صالحه للانتفاع الذى أجرت من أجله أو إذا نقص هذا الانتفاع نقصاً كبيراً، جاز للمستأجر أن يطلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة بقدر ما نقص من الانتفاع مع التعویض فی الحالتین إذا كان لذلك مقتضى». حال که به طور اجمال اختلاف نظرها در ثبوت یا عدم ثبوت ارش در عقد اجاره مورد اشاره قرار گرفت به بررسی وضعیت عیب در مال الاجاره و عین مستأجره می پردازیم.

### نظریه برگزیده

آنچه از ادله فقهی استنباط می شود این است که ارش، نوعی غرامت به شمار می رود و بخشی از ثمن نیست. زیرا وصف صحیح عوض در عقود معوض، بخشی از عوض را تشکیل نمی دهد. لذا ارش، نوعی غرامت است و می بایست در مواردی حکم به ثبوت ارش داده شود که دلیل بر ثبوت آن وجود دارد. از این رو، ثبوت ارش در موارد خیار عیب، از قواعد عمومی قرارداد نبوده و امری استثنایی و تعبدی است و از طرفی در مراجعه به ادله فقهی این نتیجه نمایان می شود که شارع مقدس، ارش را صرفاً در عقد بیع مورد شناسایی قرار داده است. در نتیجه در عقد اجاره، مطلقاً ارش ثابت نمی باشد.

### نتیجه گیری

در خصوص ثبوت ارش در عقد اجاره، چهار دیدگاه در فقه بین فقها مطرح است. قانون مدنی ایران از این دیدگاه تبعیت کرده است که در عقد اجاره، اگر عین مستأجره معیوب باشد، حق ارش برای مستأجر ثابت نیست ولی اگر اجرت معیوب باشد، این

حق برای موجر ثابت می‌باشد. این دیدگاه علاوه بر اینکه در میان فقها طرفداران کمی دارد از پشتوانه تحلیلی محکمی نیز برخوردار نمی‌باشد. آنچه از ادله فقهی استنباط می‌شود این است که ارش، نوعی غرامت به شمار می‌رود و بخشی از ثمن نیست. زیرا وصف صحت عوض در عقود معوض، بخشی از عوض را تشکیل نمی‌دهد. حال که ارش، نوعی غرامت است، پس باید در مواردی حکم به ثبوت آن داده شود که دلیل بر ثبوتش وجود داشته باشد. از این رو، ثبوت ارش در موارد خیار عیب، از قواعد عمومی قرارداد نبوده و امری استثنایی و تعبدی است و از طرفی در مراجعه به ادله فقهی، این نتیجه نمایان می‌شود که شارع مقدس، ارش را صرفاً در عقد بیع مورد شناسایی قرار داده است. بنابراین، در عقد اجاره، مطلقاً ارش ثابت نیست و لازم است قانون‌گذار ماده ۴۷۸ قانون مدنی را به شکلی تغییر دهد که موارد معیوب بودن اجرت را نیز دربرگیرد. همچنین از ظاهر مواد ۴۵۶ و ۴۲۱ قانون مدنی، این توهم به ذهن می‌رسد که اگر ارش، اختصاص به بیع ندارد و در سایر عقود نیز ثابت است، هم‌چنان که اشاره شد، این دیدگاه صحیح نبوده و لازم است این دو ماده به شکلی اصلاح شوند که این توهم را از بین ببرد.

#### جستارهای فقهی و اصولی

سال چهارم، شماره پیاپی یازدهم  
تابستان ۱۳۹۷

۱۱۶

#### منابع

۱. انصاری، مرتضی، (۱۴۱۵). کتاب المکاسب. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۲. بحرانی، یوسف. (۱۴۰۵). الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳. جعفری لنگرودی. محمدجعفر. (۱۳۸۱). فلسفه عمومی حقوق بر پایه اصالت عمل؛ تئوری موازنه. تهران: گنج دانش.
۴. حکیم، سیدمحسن، (۱۴۱۶). مستمسک العروة الوثقی. قم: مؤسسه دارالتفسیر.
۵. خمینی، سیدمصطفی (۱۴۱۸). الخيارات. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۶. خمینی، سیدروح الله موسوی. (بی تا). تحریر الوسيلة. قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم.
۷. خویی، سیدابوالقاسم. (بی تا). المستند فی شرح العروة الوثقی. بی جا: بی نا.
۸. سبحانی، جعفر. (۱۴۱۵). الرسائل الاربع. قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.



٩. سيستاني، سيدعلي. (بي تا). قاعده لاضرر و لاضرار. قم: بي نا.
١٠. سيستاني، سيدعلي، (١٤١٧). منهاج الصالحين. قم: مكتبه فدك.
١١. شهيداول، محمد. (١٤١٠). اللمعة الدمشقية في فقه الإمامية. بيروت: دار التراث - الدار الإسلامية.
١٢. شهيدثاني، زين الدين. (١٤١٠). الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (المحشى - كلانتر). قم: كتابفروشي داوري.
١٣. علامه حلي، حسن بن يوسف. (١٤١٣). قواعد الأحكام في معرفة الحلال و الحرام. قم: دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم.
١٤. كركي، محقق ثاني. (١٤١٤). جامع المقاصد في شرح القواعد. قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.
١٥. كليني، محمد بن يعقوب. (١٤٢٩). الكافي. قم: دار الحديث للطباعة و النشر.
١٦. محقق حلي، نجم الدين. (١٤٠٨). شرائع الإسلام في مسائل الحلال و الحرام. قم: مؤسسه اسماعيليان.
١٧. نجفي، محمد حسن. (بي تا). جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام. بيروت: دار إحياء التراث العربي.
١٨. يزدي، سيدمحمد كاظم. (١٤٠٩). العروة الوثقى. بيروت: مؤسسه الأعلمی للطبوعات.
١٩. —. (١٤١٩). العروة الوثقى؛ المحشى. قم: دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم.
٢٠. —. (١٤٢٨). العروة الوثقى مع التعليقات. قم: انتشارات مدرسه امام علي بن ابي طالب عليه السلام.
٢١. —. (بي تا). العروة الوثقى. قم: مركز فقهی ائمه اطهار عليهم السلام.



پروفیسر شگاہ علوم انسانی و مطالعات فرہنگی  
پرتال جامع علوم انسانی