

تأملی درباره ماهیت و مبنای ارش مدنی

علی‌اکبر ایزدی‌فرد*

مهدی فلاح**

چکیده

در باب ماهیت و مبنای ارش مدنی، هم در فقه و هم در حقوق ایران، بحث‌های بسیاری درگرفته است، به گونه‌ای که برخی ضمان ارش را ضمان ید یا ضمان قیمی تلقی نموده و نفس تفاوت قیمت مبیع سالم و معیوب در بازار را، ملاک تعیین میزان ارش می‌دانند و برخی، با انتقاد از این نظر، ارش را غرامت و جبران خسارتی می‌دانند که به دلیل عیب مبیع، بر خریدار وارد می‌شود. گروهی هم، ضمان ارش را ضمان معاوضی قلمداد نموده که باید از عین ثمن پرداخت گردد.

با این وجود، ارش، نه ضمانی قیمی است، نه ضمان معاوضی، نه ضمان ناشی از نقض عهد و نه غرامت؛ بلکه، شیوه‌ای برای اجرای تعهد توافق شده در خود عقد است. وقتی طرفین عقد، بر مبنای تعادل ارزش عوضین به انعقاد قراردادی مثل بیع، مبادرت می‌ورزند، اگر این تعهد، به دلایلی همچون معیوب بودن مبیع، نقض گردد، باید به گونه‌ای این تعهد منقوض، اجرا گردد. پرداخت ارش سبب می‌شود که تعهد مورد توافق طرفین در رابطه با برقراری تعادل میان ارزش عوض و معوض، به اجرا درآید. بر این اساس، مبنای ضمان ارش، تراضی طرفین است و مفاد قرارداد طرفین، بر این اصل و تعهد استوار است که ارزش عوضین در قرارداد، نسبتاً برابر باشد. پس، مسئولیت بایع در پرداخت ارش، بر این مبنای که ناشی از مفاد قرارداد و تراضی طرفین بر برابری ارزش عوضین می‌باشد، مسئولیتی قراردادی است.

کلیدواژه‌ها: ارش، تعادل ارزش، ضمانت اجرا، ضمان معاوضی، لاضرر.

*استاد گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران (نویسنده مسئول)

Ali85akbar@yahoo.com

**دانشجوی مقطع دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران و مدرس دانشگاه
mehdi.fallahh@yahoo.com

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

بررسی کتب فقها و حقوق‌دانان نشان می‌دهد که گروهی بر این نظرند ضمان ارش، ضمان ید یا ضمان به قیمت می‌باشد و بر این اساس، نفس تفاوت قیمت مبیع سالم و معیوب در معاملات بازار، شیوه صحیح تعیین میزان ارش است. اما، گروهی دیگر با انتقاد از این نظر، ارش را با عنوان غرامت و جبران خسارت مورد بررسی قرار داده‌اند، با این توجیه که فقدان سلامت مبیع، ضرری است که بر خریدار وارد شده و به دلیل نهی و نفی ضرر در اسلام، باید به گونه‌ای جبران گردد و این شیوه‌ی جبران، ارش نامیده می‌شود. گروهی هم ضمان ارش را به این دلیل که در معاملات معوض، جزئی از ثمن در مقابل سلامت مبیع قرار گرفته و با فقدان این وصف و عیب مبیع، ثمن مقابل آن، باید به خریدار مسترد گردد، ضمان معاوضی قلمداد نموده که باید از عین ثمن پرداخت گردد.

بی‌تردید در کنار تمام مباحثی که پیرامون ماهیت و مبنای ارش مطرح شده‌است، آنچه در روشن ساختن ارش و مبنا و ماهیت آن به ما کمک خواهد کرد آن است که بدانیم، ارش به چه معنایی است و در لسان فقها و حقوق‌دانان چگونه استعمال شده است و در واقع از چه ماهیت حقوقی برخوردار است. علاوه بر این، باید بدانیم که ضمان ارش بر چه مبنایی استوار است و چگونه توجیه می‌شود. به عبارت دیگر، ضمان ارش چه نوع ضمان یا مسئولیتی است و بر چه مبنایی، بر بایع تحمیل می‌گردد.

هرچند در باب ماهیت و مبنای ارش در نوشته‌های فقهی و همچنین کتاب‌های حقوقی همچون قواعد عمومی قراردادها اثر دکتر کاتوزیان، جلد اول کتاب حقوق مدنی اثر دکتر امامی و تئوری موازنه اثر دکتر جعفری لنگرودی و غیره بحث و گفتگوها بسیار است و همچنین پایان‌نامه‌هایی در این باب نوشته شده‌است اما، استخراج ماهیت و مبنای ارش از خود قرارداد و تراضی طرفین و مفاد آن، امر متمایزکننده‌ای است که در این مقاله، چارچوب نظری بحث را مشخص می‌سازد. مقاله پیش‌رو، از دو قسمت تشکیل می‌شود؛ قسمت نخست، بررسی مفهوم و ماهیت ارش را در دستور کار دارد و قسمت دوم به تحلیل مبنای ارش می‌پردازد.

۱. مفهوم ارش

ارش به همزه مفتوحه و سکون راء و جمع آن اُروش، در فرهنگ لغت فارسی به معنای «دیه، پاداش، کیفر، دیه جراحات، غرامت، تاوان زخم‌ها، جبران و آنچه که در جراحات وارده واجب باشد» آمده است^۱ و در فرهنگ لغت عربی-فارسی، به معنای «دیه جراحت، رشوه، خراش، طلب خصومت، نقصان جامع»^۲ و همچنین به معنای «دیه، تاوان زخم، خون بها»^۳ آمده است. برخی واژه‌ی ارش را مترادف لفظ فارسی «ارج» دانسته‌اند و معتقدند که ارش از واژه ارج برگرفته شده است.^۴ قابل ذکر است که «ارج» در لغت به معنای «ارزش، قیمت، قدر، مقدار و اندازه» آمده است.^۵ در ادامه خواهیم دید که این دیدگاه، چه اندازه با مفهوم ارش، قرابت دارد. ارش در مفهوم مدنی، مابه‌التفاوت میان مبیع معیوب و سالم است که مشتری در صورت معیوب بودن مبیع از بایع دریافت می‌دارد. این مابه‌التفاوت دریافتی را از آن رو ارش می‌نامند که از اسباب اختلاف و نزاع میان طرفین عقد بیع قلمداد می‌شود.^۶ این ارش که به ارش عیب، معروف است قدر مطلق تعاریف موجود در باب ارش مدنی است که در واقع آن چیزی است که به عنوان تفاوت قیمتی که میان سلامت و عیب کالا موجود است، به مشتری داده می‌شود.

برخی از فقها ارش را جزئی از ثمن می‌دانند که نسبت آن به ثمن همانند نسبتی است که میان قیمت مال سالم و معیوب وجود دارد^۷ و در مکاسب، ارش مالی است که به جای نقص موجود در کالای فروخته شده، اخذ می‌گردد.^۸ حقوق دانان نیز مفهوم متفاوتی از ارش ارائه نکرده‌اند و همین تعاریف در نوشته‌های آنان آمده

۱. دهخدا، علی اکبر، فرهنگ لغت دهخدا، جلد ۵، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۲۸، ص. ۱۸۶۴.
۲. سیاح، احمد، فرهنگ جامع عربی-فارسی، جلد اول، تهران، کتابفروشی اسلامی، چاپ چهارم، ۱۳۴۸، ص. ۳۱.
۳. آذرنوش، آذرتاش، فرهنگ معاصر عربی-فارسی، تهران، نشر نی، چاپ اول، ۱۳۷۹، ص. ۸.
۴. زراعت پیشه، محمود، ارش عیب مبیع (پایان‌نامه کارشناسی ارشد)، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۰، ص. ۲.
۵. دهخدا، علی اکبر، پیشین، ص. ۱۶۵۱.
۶. الجوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح، تاج اللغة وصحاح العربية، تحقیق عبد الغفور، احمد، الجزء الثالث، بیروت، دار العلم للملایین، الطبعة الرابعة، ۱۴۰۷ هـ ق، ص. ۹۹۵.
۷. جبعی العاملی، زین‌الدین (الشهید الثانی)، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، الجزء الثالث، جامعة النجف الدینیة، الطبعة الثانیة، ۱۳۹۸، ص. ۴۷۴.
۸. أنصاری، مرتضی، مکاسب، الجزء الثانی، قم، مجمع الفكر الإسلامی، الطبعة الأولى، ۱۴۲۰ ق، ص. ۳۹۱. مؤسسه دائرةالمعارف فقه اسلامی (زیر نظر محمود هاشمی شاهرودی)، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم‌السلام، جلد اول، مؤسسه دائرةالمعارف فقه اسلامی، چاپ دوم، ۱۳۸۵، ص. ۲۵۹.

است.^۱ هرچند هریک از فقها و حقوق دانان، ارش را تعریف کرده اند اما، تعاریف قریب به اتفاق آنان را می توان، اینگونه بیان کرد که؛ ارش عبارت است از تفاوت میان بهای مال سالم و معیوب یا به عبارتی دیگر، مابه التفاوت قیمت مبیع سالم و معیوب. هرچند ماهیت و شیوه‌ی محاسبه آن، در نظرات فقها و حقوق دانان شاید متفاوت باشد.

آنچه که از ارش در مفهوم مدنی آن از این تعریف به دست می آید این است که در ذهن فقها و حقوق دانان، ارش مدنی همان ارش عیب می باشد و ارش و عیب چنان با هم گره خورده اند که گویی ارش فقط در حالت معیوب بودن مال، قابل طرح است و در غیر آن، ارش مفهوم و مصداقی ندارد. در این میان، برخلاف رویه‌ی مذکور در تعریف ارش در کتاب مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تفاوت قیمت مال در معامله و قیمت واقعی بازار در تاریخ عقد ارش مدنی است در صورتیکه در معاوضات یا معاملات، تدلیس یا غبن یا تخلف از وصف یا عیب روی دهد.^۲

آنچه که در این دو تعریف ارایه شده، حائز اهمیت می باشد، آن است که ارش مدنی متفاوت از ارش عیب می باشد و رابطه میان آنها مترادف نیست بلکه عموم و خصوص از نوع مطلق آن است. به این معنا که هر ارش عیبی، ارشی مدنی است اما، هر ارش مدنی، ارش عیب نیست بلکه ارش مدنی ممکن است در مواردی به وجود آید که عیبی در کار نباشد و ارش عیب یکی از مصداق های ارش مدنی است.

۲. ماهیت حقوقی ارش

ضمان ارش یا مسئولیت بایع در پرداخت آن، یا ماهیتی قهری دارد یا قراردادی؛ یعنی ریشه و مبنای ضمان ارش یا باید قرارداد باشد یا امری خارج از قرارداد. بنابراین، جداگانه به بررسی نظرات، پیرامون ماهیت قهری یا قراردادی ارش می پردازیم.

۲-۱. ماهیت قهری

برخی بر این نظرند که ارش دارای ماهیتی قهری است به این معنا که ضمان ارش یا مسئولیت در پرداخت ارش، مسئولیتی قهری است. منظور از مسئولیت قهری

۱. نگاه کنید به: کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۵، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم، ۱۳۸۳، ص. ۲۶۸ و همچنین؛ صفایی، سید حسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، تعهدات و قراردادها، جلد دوم، تهران، موسسه عالی حسابداری، ۱۳۵۱، ص. ۳۲۱ و انصاری، مسعود؛ طاهری، محمدعلی، دانشنامه حقوق خصوصی، جلد اول، تهران، انتشارات محراب فکر، چاپ اول، ۱۳۸۴، ص. ۱۸۶.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد اول، تهران، گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۸، ص. ۲۸۲.

که به عقیده برخی، یکی از شعبه‌های مسئولیت مدنی است.^۱ مسئولیتی است در جهت جبران خسارت که بدون هیچ گونه قرارداد و پیمانی، تنها بر مبنای شرع و قانون به وجود می‌آید.^۲ این گروه، مبنای ضمان ارش را قرارداد یا تراضی طرفین نمی‌شمارند بلکه به عقیده اینان، آنچه ارش را بر عهده بایع بار می‌کند، قانون یا شرع است. پس در اینجا به طور خلاصه، به دو گونه از مسئولیت‌های قهری می‌پردازیم که در دیدگاه برخی، ضمان ارش، از آن نوع قلمداد شده است و تشریح مطالب را در بحث پیرامون مبنای ارش، پی خواهیم گرفت.

۲-۱-۱. ضمان قیمی

برخی ضمان ارش را ضمان ید یا همان ضمان قیمی قلمداد می‌کنند و معتقدند که مسئولیت بایع در پرداخت ارش همانند غاصب است. در واقع همان‌طور که در غصب، غاصب ضامن قیمی اصل مال است، ضامن قیمی نقص آن مال هم می‌باشد چراکه ضمان نقص، تابع اصل مال است و نقص، فوت جزئی از اصل مال است و وقتی که ضمان اصل مال، قیمی باشد، ضمان نقص و عیب همان مال هم، قیمی است.^۳ ضمان ید که از آن با عناوینی چون ضمان قیمی یا ضمان واقعی نیز یاد می‌شود^۴ به این معناست که در صورتی که شخصی بر مال دیگری مستولی شود، در مقابل مالک، ضامن تلف و نقص آن مال محسوب می‌شود^۵ و ملزم به بازگرداندن آن مال به مالکش و در صورت تلف یا ایراد خسارت، ملزم به جبران خسارات می‌باشد.^۶ به عبارت دیگر متصرف مال غیر، در مقابل مالک، مسئول می‌باشد که در صورت بقای عین، اصل مال را بازگرداند و در صورت تلف مال یا ایجاد نقص در مال، از عهده زیان وارده برآید.^۷

۱. مسئولیت قراردادی و قهری دو چهره گوناگون از مسئولیت مدنی است، هرچند در حقوق انگلستان و آمریکا، مفهوم مسئولیت مدنی (tort) را از نقض قرارداد جدا می‌سازند: کاتوزیان، ناصر، الزامات خارج از قرارداد (ضمان قهری و مسئولیت مدنی)، جلد اول، تهران، دانشگاه تهران، چاپ چهارم، ۱۳۸۴، ص. ۷۴.

۲. همان، ص. ۷۲. لطفی، اسد الله، موجبات و مسقطات ضمان قهری، تهران، مجد، چاپ اول، ۱۳۷۹، ص. ۱۴. محمدی، ابوالحسن، قاعده ضمان ید، اهواز، چاپ حافظ، تیرماه ۱۳۴۷، ص. ۱۱.

۳. ابن بابویه قمی، علی، فقه الرضا، مشهد، المؤتمر العالمي للامام الرضا، (بی تا)، ص. ۲۵۳. شیخ مفید، ابوعبدالله محمد بن محمد، المقنعه، قم، موسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین، ۱۴۱۰ه.ق، ص. ۵۹۶.

۴. لطفی، پیشین، ص. ۱۴.

۵. محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه (بخش مدنی ۱)، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ سیزدهم، ۱۳۸۵، ص. ۶۱.

۶. محقق داماد، پیشین، ص. ۶۶.

۷. کاتوزیان، پیشین، ص. ۲۹.

در نظر شیخ مفید و ابن بابویه، عیب مال، نقص مال محسوب شده است و در واقع وقتی کالایی معیوب باشد به این معناست که جزئی از مال، مفقود است. پس وصف سلامت، جزئی از مال قلمداد می‌شود، بر این اساس ضمان ارش، خلاف قاعده محسوب نمی‌شود. لذا، چون ضمان ارش، قیمی محسوب شده است پس ارش، نفس تفاوت قیمت میان مبیع سالم و معیوب است. شیوه تعیین آن نیز به این صورت است که مبیع در دو حالت سلامت و معیوبی در بازار قیمت می‌شود و تفاوتی که میان قیمت این دو وجود دارد، همان ارش است.^۱

۲-۱-۲. غرامت و جبران خسارت

گروه دیگر با انتقاد از ضمان قیمی بودن ارش، معتقدند که بایع با نقض تعهدی که در تسلیم مبیع سالم بر عهده داشته است سبب ورود خسارت بر بایع می‌شود و بر مبنای قاعده لاضرر باید این خسارت را جبران نماید.^۲ در واقع آنچه که در بیع، ضمان ارش را توجیه می‌کند، قاعده لاضرر است و همین قاعده، این ضمان را بر بایع بار می‌کند. پس ارش، جبران خسارت و غرامتی است که از طریق قاعده لاضرر بر بایع تحمیل می‌شود، چنانچه که در مکاسب نیز همین دیدگاه مورد تأیید قرار گرفته است^۳ و به ادعای برخی، علامه در تذکره به این امر تصریح کرده و ظاهر عبارت شهیدین بیان‌کننده این مسئله است.^۴ اما، باید گفت که عبارات علامه در تذکره و شهید ثانی در الروضه البهیة نه تنها مؤید این ادعا نمی‌باشد بلکه با طرفداری از جزئیت وصف صحت، نسبت به مبیع، در واقع، معاوضی بودن ضمان ارش را پذیرفته‌اند.^۵ بنابراین این ادعا که این فقها ارش را غرامت و جبران خسارت دانسته‌اند، برداشت صحیحی به نظر نمی‌رسد. شیوه تعیین میزان ارش در نظر اینان نیز با ضمان قیمی متفاوت است. به این صورت که نسبت میان قیمت مبیع در دو حالت سلامت و معیوبی را در بازار، حساب کرده و ارش، همان نسبت از میزان ثمن نه خود ثمن، محسوب می‌شود.^۶

۱. ابن بابویه، پیشین، ص. ۲۵۳؛ و شیخ مفید، پیشین، ص. ۵۹۶.

۲. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، پیشین، ص. ۳۰۸.

۳. انصاری، شیخ مرتضی، پیشین، ص. ۳۰۰.

۴. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی ۶، عقود معین ۱، تهران، مجد، چاپ دوم، دی ماه ۱۳۸۳، ص. ۶۱. امامی،

حسن، حقوق مدنی، جلد ۱، تهران، کتابفروشی اسلامیة، چاپ ۵، ۱۳۵۳، ص. ۵۰۲.

۵. حلی، حسن بن یوسف، تذکره الفقها، الجزء الحادی عشر، قم، موسسه آل البيت لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ق.، ص.

۸۳. جیبی‌العلمی، پیشین، ص. ۴۷۶ و ۴۷۴.

۶. کاتوزیان، ناصر، پیشین، ص. ۳۱۳.

۲-۲. ماهیت قراردادی

به عقیده برخی، ضمان ارش با توجه به مبنای آن، ریشه در تراضی طرفین دارد. بر این اساس، دو عقیده در باب ماهیت ارش به وجود می‌آید که یکی ضمان معاوضی است و دیگری ضمانت اجرای تعهد قراردادی.

۲-۲-۱. ضمان معاوضی

گروهی که ماهیت ارش را ضمان معاوضی می‌شمارند، بر این نظرند که وصف سلامت، بخشی از مبیع قلمداد می‌شود. پس، در بیع بخشی از ثمن در مقابل آن قرار گرفته و هرگاه این بخش از مبیع مفقود گردد، بخش مقابل آن در ثمن، باید به مشتری مسترد گردد.^۱

همان طور که بایع ملزم به تسلیم تمام مبیع است و اگر مبیع قبل از قبض تلف شود، طبق قاعده تلف مبیع قبل از قبض، که ناشی از اصل همبستگی عوضین است و خود ریشه در تراضی طرفین دارد، الزام مشتری به تسلیم ثمن نیز محو می‌شود و در واقع ضمان تلف بر عهده بایع قرار می‌گیرد و اگر این تلف، تلف بخشی از مبیع باشد به همان نسبت، از تعهد مشتری به تسلیم ثمن از بین می‌رود.

شیوه تعیین آن به این صورت است که چون ارش جزئی از ثمن است، نسبت آن جز به ثمن مانند نسبت تفاوت قیمت مال سالم و معیوب به مال سالم است و ضمان نیز ضمان معاوضی است.^۲ با این توضیح که بایع ضامن تسلیم مبیع به طور تمام و کمال است و اگر تسلیم بعضی از آن مبیع فوت شود، وی ضامن آن مقدار از ثمنی است که به آن بخش فوت شده که تسلیم نشده است، اختصاص دارد.^۳

۲-۲-۲. ضمانت اجرای تعهد قراردادی

در باب ضمان ارش می‌توان گفت که این ضمان، ضمانی قیمی نیست و نمی‌تواند ضمان معاوضی و یا غرامت و جبران خسارت قلمداد گردد، بلکه شیوه‌ای برای اجرای خود تعهد توافق شده در خود عقد است. وقتی طرفین بر مبنای تعادل ارزش عوضین به انعقاد قراردادی مثل بیع مبادرت می‌ورزند، اگر این تعهد به دلایلی

۱. نجفی، محمدحسن، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۲۳، بیروت، دار لایه‌التراث، ۱۳۷۶ه.ق، ص. ۲۳۵.
۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، فرهنگ عناصر شناسی، تهران، گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۲، ص. ۴۱۲.
۳. بروجردی عبده، محمد، حقوق مدنی، جلد ۱، تهران، مجد، چاپ اول، ۱۳۸۰، ص. ۲۵۰. برای دیدن این نظر و نقد آن: کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، پیشین، ص. ۳۰۸.

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

می‌دانیم آنچه که سبب نقض تعهد شده است، عیب مبیع است نه ثمن لذا باید این مبیع به ارزشی برسد که با عوض برابر باشد. چراکه قرارداد با مبیعی معین در مقابل ثمنی تعیین شده، منعقد شده بود. بنابراین امکان تعویض مبیع مثل مال کلی موجود نیست و ثمن نیز قابل کم یا زیاد کردن نیست چراکه جزو رکن قرارداد است. تنها راهی که برای اجرای تعهد منقوض، باقی می‌ماند، ارزش است تا تعادل قراردادی برقرار شود. به همین دلیل، ماهیت ارزش، ضمانت اجرای این تعهد و نوعی الزام و اجبار متعهد به انجام تعهد مربوطه است. به عبارتی ضمانت ارزش شیوه‌ای برای اجرای مفاد خود عقد است. با توجه به آنچه که بیان شد دو نکته نیز شایان ذکر است که ارزش امری خلاف قاعده یا استثنائی نیست بلکه مبتنی بر دلیل محکم آیه تراضی است (إلا أن تكون تجاره عن تراض) ^۱ و دیگر اینکه اطلاق عقد اقتضای صحت و سلامت مبیع را دارد که می‌تواند به عنوان مبنای قراردادی بودن تلقی گردد به بیان دیگر، اقتضای اطلاق عقد، شرط سلامت مبیع نیست تا الزاماً به خیار تخلف از شرط منتهی شود بلکه یک اعتماد عقلایی و عرفی است که به خیار اشتراط باز می‌گردد.

۳. مبنای ارزش

در این قسمت از بحث، به دنبال یافتن پاسخی برای این پرسش هستیم که ارزش بر چه مبنایی استوار است. به عبارت دیگر، چه عاملی ضمانت ارزش را توجیه می‌کند؟ برای یافتن پاسخ پرسش مذکور، بحث مبنای ارزش را، جهت دقت و سهولت، در سه قسمت جداگانه مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۱. بقره: ۱۸۸.

۳-۱. قاعده لاضرر

برخی از فقها به پیروی از نظر شیخ بزرگ، انصاری^۱ بر این نظرند که قاعده مذکور، نمی‌تواند اثبات ضمان کند به این دلیل که نقش لاضرر، رفع و برداشتن حکمی است که ضرری باشد نه وضع حکم جدید، چراکه قاعده لاضرر همواره، به صورت معارض و مخالف عمومات دیگر وارد می‌شود و بر آنها غلبه می‌کند. پس همیشه باید حکم عامی وجود داشته باشد و برخی از مصادیق آن ضرری باشد، تا به موجب قاعده لاضرر، شمول آن حکم عام، نسبت به آن مصادیق مرتفع گردد.^۲ در واقع به نظر این گروه اگر قاعده لاضرر، بتواند وضع حکم کند، لازم می‌آید که فقه جدیدی تاسیس شود و باید بر مسایلی ناآشنا فتوا داد.^۳

گروه دیگر از فقها و البته حقوق‌دانان معاصر، دایره قاعده لاضرر را محدود به رفع حکم نمی‌دانند و نسبت به مواردی که خلا قانونی و شرعی، موجب ورود زیان گردد، لاضرر را وضع حکم می‌شناسند. از دید اینان، مفاد قاعده، نفی ضرر جبران نشده و اضرار به غیر است و تدارک ضرر از لوازم این نفی است، در نتیجه برای اثبات مسئولیت عامل زیان از این قاعده استفاده می‌کنند و بنای عقلا را شاهد مدعی خود می‌گیرند.^۴ پس از این مقدمه اجمالی، پیرامون قاعده لاضرر، آنچه که در اینجا اختصاصاً باید به آن پرداخته شود این است که آیا قاعده مذکور، می‌تواند مبنای دریافت ارش در کنار حق فسخ در خیار عیب باشد؟

بی تردید، اگر قاعده لاضرر را تنها رافع احکام بدانیم و با دسته نخست، همگام باشیم، نمی‌توانیم قاعده مذکور را مبنای دریافت ارش بدانیم. زیرا وقتی که برای مثال، عقد بیع واقع می‌گردد و مبیع معین، معیوب درآید، حکم اولیه لزوم عقد، سبب ضرر مشتری است و با قاعده لاضرر این حکم ضرری، رفع می‌شود. بنابراین، مشتری زیان‌دیده، تنها حق فسخ پیدا می‌کند و مسئولیت بایع در پرداخت ارش، وضع حکم دیگری است که از توان قاعده مذکور بیرون است.

گروهی با وجود اعتقاد به نظر گروه نخست، با طرح نظریه قائم مقامی ارش، که می‌تواند کوششی باشد در جهت نزدیک ساختن احکام خیار عیب به مبنای آن،

۱. انصاری، شیخ مرتضی، پیشین، جلد ۵، ص. ۱۶۱.

۲. خوانساری، احمد، جامع المدارک، تهران، مکتبه الصدوق، ۱۳۹۴ ه.ق، ص. ۱۹۲.

۳. همان.

۴. نزاقی، احمد بن محمد مهدی، عوائد الایام، قم، الطبعة الثالثة، مکتبه بصیرتی، ۱۴۰۸ ه.ق، ص. ۱۹. طباطبایی، علی

بن محمد علی، ریاض المسائل، جلد ۲، قم، بی‌نا، ۱۲۹۲ ه.ق، ص. ۳۰۲. کاتوزیان، ناصر، پیشین، صص. ۱۵۴ و ۱۵۵.

محمدی، ابوالحسن، پیشین، ص. ۱۶۸. محقق داماد، مصطفی، پیشین، صص. ۱۶۱-۱۶۰.

اینگونه، ضمان ارزش را بر مبنای لاضرر توجیه می‌کنند که اگر اجرای حق فسخ ناشی از اعمال قاعده لاضرر، با مانعی برخورد نماید، رفع ضرر از طریق حق فسخ، امکان نخواهد داشت، پس تدارک و جبران این زیان، باید به گونه‌ای دیگر انجام شود و آن هم ضمان ارزش است.^۱ نظریه قائم مقامی ارزش، هرچند با توجه به ظاهر روایات در باب خیار عیب و بر مبنای قاعده لاضرر، در بادی امر درست به نظر می‌آید اما، با این ایراد روبروست که قرارداد حق دریافت ارزش حتی در نظریه قائم مقامی، باز وضع ضمانی است که با عقیده رافع بودن صرف قاعده لاضرر مطابقت ندارد.^۲ وانگهی، صاحبان نظریه قائم مقامی، که خود مخالف وضع ضمان از طریق لاضرر هستند، حال چگونه در اینجا وضع ضمان می‌کنند؟ اعتقاد به رافع بودن صرف قاعده لاضرر سبب می‌شود که قاعده مذکور حتی با طرح تئوری قائم مقامی نیز نتواند مبنای استواری برای وضع ضمان باشد.

حال اگر مفاد قاعده مذکور را نفی هرگونه ضرر ناروا بدانیم، یعنی علاوه بر رافع حکم بودن، واضح حکم هم بدانیم در اینجا می‌توان گفت که هدف اصلی، جبران زیان مشتری است و رفع حکم ضرری لزوم، به عنوان یکی از شیوه‌های جبران ضرر مورد استفاده واقع می‌شود و دریافت ارزش شیوه‌ای دیگر است برای جبران ضرر وارد بر مشتری، تا زیان دیده بتواند از هرکدام که زیانش را متدارک می‌کند، استفاده نماید.

با توجه به مطالب گفته شده، اگر مبنای ضمان را در ارزش، قاعده لاضرر بدانیم، باید مبنایی قهری قلمداد شود و مسئولیت ناشی از آن، مسئولیت قهری. البته این امر، به این معنا نیست که قائل به وحدت مبنا در رابطه با مسئولیت قهری و قراردادی باشیم و هر دوی اینها را یکجا و تحت عنوان ضمان قهری یا قانونی یا غیر قراردادی مورد مطالعه قرار دهیم بلکه همان‌طور که شرح داده شد، مسئولیت عامل زبانی که در اثر نقض عهد و مفاد قرارداد به وجود می‌آید، با تعهد اصلی که در قرارداد بر شخص بار می‌شود به کلی متفاوت و مستقل است، به عبارتی دیگر تعهدی که یکی از طرفین به موجب قرارداد، به عهده می‌گیرد تعهدی قراردادی است و در صورت نقض آن، مسئولیت ناقض و الزام وی به اجرای آن، مسئولیتی قراردادی است

۱. انصاری، شیخ مرتضی، جلد ۵، پیشین، ص. ۲۷۵. طوسی، جعفر محمد بن الحسن بن علی، المبسوط فی فقه الإمامیه، الجزء الثانی، تهران، المکتبه المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریه، المطبعة الحیدریه، ۱۳۸۸ه.ش.، صص. ۱۲۶، ۱۳۱ و ۱۳۳.

۲. طباطبایی یزدی، محمدکاظم، پیشین، ص. ۶۸.

اما اگر متعهد، این تعهد قراردادی را نقض کند و امکان اجرای آن هم وجود نداشته باشد، ضمان ناقض در رابطه با جبران خسارت ناشی از این نقض، بر طرف مقابل، مسئولیت و تعهدی جدا و مستقل از تعهد اصلی است که دیگر مبنای الزام و اعتبار آن، قرارداد نیست بلکه قاعده لاضرر و حکم قانون‌گذار است. در واقع، اگر مبنای جبران زیان ناشی از نقض عهد در اینجا ضمان ارش را، لاضرر بدانیم، مسئولیت بایع در پرداخت ارش ناشی از توافق طرفین نیست و ریشه قراردادی ندارد بلکه مسئولیت وی ناشی از حکمی است که از قاعده لاضرر صادر می‌شود.

آنچه که بی‌تردید در مباحث پیرامون قاعده لاضرر به چشم می‌خورد آن است که در تفسیر قاعده مذکور، اختلاف آنقدر شدید است که برخی آن را از مبهمات حقوقی می‌دانند و عمل به قدر متیقن را که رفع حکم ضرری است، جایز می‌شمارند^۱ و برخی که مفاد قاعده مذکور را علاوه بر نفی حکم، وضع حکم هم می‌دانند برای تفسیر موسعشان، به بنای عقلا و مستقلات عقلی و اجرای عدالت تمسک می‌جویند^۲ و همین امر، نشان می‌دهد که صرف تفسیر این قاعده به جبران کامل خسارت، هم با رفع حکم ضرری و هم با وضع حکم، برداشتی متزلزل و شکننده است. به همین دلیل به مبنای دیگری همچون بنای عقلا روی می‌آورند. به عبارت دیگر، اینکه هر ضرر ناروایی باید متدارک شود امری عقلی و بدیهی است اما آیا این روایت و قاعده لاضرر، متضمن چنین مفاد و پیامی است، امری است مشکوک و مورد اختلاف. بنابراین استناد به قاعده مذکور به گونه‌ی مستقل به عنوان مبنای دریافت ارش، نمی‌تواند استواری برای وضع حکم دریافت ارش در کنار حق فسخ باشد.^۳

۲-۳. تراضی بر اصل همبستگی عوضین

برخی مسئولیت فروشنده در پرداخت ارش را مسئولیتی قراردادی از نوع ضمان معاوضی می‌شناسند. این ضمان که التزام به بازگرداندن عوض قراردادی تعریف می‌شود، در قراردادهای معاوض قابل طرح است و با قیمت واقعی مبیع در بازار رابطه‌ای ندارد بلکه از خود ثمنی که در عقد به عنوان عوض مورد توافق قرار گرفته است، حرف

۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، روش جدید در مقدمه‌ی عمومی علم حقوق، تهران، گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۷، ص. ۱۹۲.

۲. محقق داماد، مصطفی، پیشین، صص. ۱۵۱ و ۱۶۱.

۳. شهابی، محمود، پیشین، ص. ۳۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، روش جدید در مقدمه عمومی علم حقوق، پیشین، ص. ۱۹۲.

می‌زند. ضمان معاوضی که در فقه و حقوق کشورمان با قاعده «تلف مبیع قبل از قبض» شناخته می‌شود، مستند فقهی آن حدیث «کل مبیع تلف قبل قبضه، فهو من مال بايعه»^۱ می‌باشد.^۲

به عقیده گروهی، ضمان معاوضی یا قاعده تلف مبیع قبل از قبض، مطابق با قواعد عمومی معاملات و نتیجه معاوضه عوضین و ناشی از قصد مشترک طرفین یا تراضی آنهاست.^۳ به عبارت دیگر، برای این ضمان یا قاعده مذکور، مبنای قراردادی می‌شناسند. به این صورت که در یک قرارداد معوض همچون بیع، تعهدهای طرفین و عوض و معوض، چنان به یکدیگر وابسته‌اند که با از بین رفتن یکی، دیگری نیز محو می‌شود. این همبستگی نه تنها در زمان تراضی، جزو مفاد تراضی است بلکه در زمان اجرای عقد نیز وجود دارد تا طرفین به مقصود نهایی خویش برسند. در قراردادی مثل بیع، قصد بایع از قرارداد، دستیابی به ثمن و قصد مشتری دستیابی به مبیع است و پیمان مربوط به تملیک، مقدمه و سبب رسیدن به این هدف اساسی است. با ایجاب و قبول عقد واقع می‌شود و مالکیت انتقال می‌یابد ولی طرفین زمانی به مقصود خویش می‌رسند و عقد بیع تمام می‌شود که عقد به درستی اجرا گردد.^۴ بنابراین هنگامی که بعد از انعقاد عقد و قبل از قبض و اقباض، مثلاً مبیع کلاً یا جزئاً، تلف شود، تعهد به تسلیم عوض مقابل نیز به همان نسبت، از بین می‌رود.

با این مبنا، گروهی از فقها همچون صاحب جواهر، علامه حلی، شهید ثانی، سید یزدی و همچنین برخی از حقوق دانان مثل لنگرودی و بروجردی، بر این اعتقادند که از آنجایی که وصف سلامت، جزئی از مبیع است، هرگاه مبیع معیوب از آب درآید، درواقع جزئی از مبیع تلف شده است، به این معنا که عدم تسلیم مبیع به طور سالم، به معنای تلف جزئی مبیع است. این تلف جزئی، مسئولیت خریدار را در تعهد به تسلیم ثمن، به طور جزئی از بین می‌برد چراکه هر جزء ثمن در برابر هر جزئی از مبیع قرار دارد و حال که جزئی از مبیع تلف شده است، جزئی از ثمن نیز باید به خریدار در صورت تسلیم آن، مسترد گردد. این بخش از ثمن که در تراضی طرفین در برابر وصف سلامت قرار دارد، در

۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، صد مقاله در روش تحقیق علم حقوق، تهران، گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۲، ص. ۳۴.

۲. نجفی، حسن، پیشین، ص. ۲۳۵. حلی، محمد، پیشین، ص. ۸۳. جبعی‌العالمی، زین‌الدین، پیشین، ص. ۴۷۴.

طباطبایی یزدی، محمدکاظم، پیشین، ص. ۶۸. بروجردی عبده، محمد، پیشین، ص. ۲۵۰. جعفری

لنگرودی، محمد جعفر، فرهنگ عناصر شناسی، تهران، گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۲، ص. ۴۱۲.

۳. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، دوره عقود معین (۱)، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ نهم، ۱۳۸۴، ص. ۱۸۹.

۴. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، اعمال حقوقی، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ ۱۱، ۱۳۸۵، ص. ۲۳۸. فن

استدلال (منطق حقوق اسلام)، تهران، گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۲، ص. ۱۸۱.

صورت عیب مبیع، بر عهده فروشنده قرار می‌گیرد که در صورت دریافت، باید به مشتری مسترد دارد و در غیر این صورت، حقی بر این بخش نخواهد داشت. به همین علت این بخش از ثمن، ارزش شناخته شده است و ضمان معاوضی نام گرفته است.^۱

نخستین پرسشی که در اینجا مطرح می‌شود آن است که آیا وصف سلامت، می‌تواند جزئی از مبیع قلمداد شود تا جزئی از ثمن، در معامله، با وصف صحت، مقابله شود و هرگاه وصف مفقود گردد، ارزش به عنوان جزئی از ثمن قابل مطالبه باشد؟ این عقیده که وصف سلامت بخشی از مبیع است با انتقاد مواجه شده است به این صورت که در قصد مشترک طرفین، سلامت نیز مثل اوصاف دیگر مبیع، محرک و ترغیب‌کننده مشتری به انعقاد قرارداد است نه اینکه این وصف، جزئی از مبیع باشد و مبیع اجزایی داشته باشد و وصف سلامت جزئی از آن باشد.^۲

ثمن معامله در تراضی طرفین در برابر مبیع با همه اوصافی که داراست قرار می‌گیرد بدون اینکه این ثمن قابل تجزیه باشد و بخشی از آن به وصف سلامت اختصاص یابد. قرار دادن بخشی از ثمن در برابر ذات مبیع و بخشی دیگر در برابر وصف سلامت با آنچه که در واقعیت امر، واقع می‌شود، سازگاری ندارد.^۳ در پاسخ بیان می‌شود که درست است که وصف مبیع به طور مستقل حصه‌ای از ثمن را به خود اختصاص نمی‌دهد اما در حال عارض شدن بر موصوف خود یعنی مبیع، موجب افزایش مقدار ثمن می‌گردد. پس هرگاه مبیع مثلاً معیب از کار درآید، آن افزایش ظاهری قدر ثمن (که حقیقت نداشته است) باید حذف شود به نفع کسی که آن فزونی از دارایی او خارج شده است.^۴

بر فرض پذیرش این سخن، دیگر ارزش نمی‌تواند ضمان معاوضی باشد. وقتی که وصف، جزئی از مبیع نباشد، تلفی نیست تا تلف قبل از قبض باشد. در فقه و حقوق کشورمان، ضمان، هنگامی معاوضی خوانده می‌شود که در قراردادی معوض، کل مبیع یا بخشی از آن، قبل از تسلیم، محدود به شرایطی، تلف شود و امکان تسلیم آن ممتنع گردد. وقتی ضمان ارزش می‌تواند تحت قاعده ضمان معاوضی توجیه شود که وصف

۱. نجفی، حسن، پیشین، ص. ۲۳۵. حلی، محمد، پیشین، ص. ۸۳. جعی‌العاملی، زین‌الدین، پیشین، ص. ۴۷۴.

طباطبایی یزدی، محمدکاظم، پیشین، ص. ۶۸. بروجرودی عبده، محمد، پیشین، ص. ۲۵۰. جعفری

لنگرودی، محمدجعفر، فرهنگ عناصر شناسی، پیشین، ص. ۴۱۲.

۲. انصاری، مرتضی، پیشین، جلد ۲، ص. ۳۱۱. موسوی خویی، ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، جلد ۵، قم، مکتبه

الداوری، ۱۳۷۷ ه.ش، ص. ۲۲۸. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۵، پیشین، ص. ۳۰۷.

۳. کاتوزیان، ناصر، پیشین، ص. ۳۰۷.

۴. طباطبایی یزدی، محمدکاظم، پیشین، ص. ۶۸. در واقع هر عاملی که در ارزش عوضین موثر باشد و در

تراضی، عوض با همین ملاحظه تعیین گردد.

سلامت، بخشی از مبیع باشد و درمقابل، بخشی از ثمن در برابر آن، معاوضه شود تا فوت وصف سلامت، تلف بخشی از مبیع محسوب گردد و جزیی از ثمنی که در برابر آن بخش از مبیع تلف شده، قرار داشت، با عنوان ضمان معاوضی ارش به مشتری برگردد. به عبارتی دیگر، با فرض پذیرش اینکه وصف سلامت بخشی از مبیع نیست تا بخشی از ثمن را به خود اختصاص دهد، امکان اینکه ضمان ارش به عنوان ضمان معاوضی توجیه گردد منتفی می‌شود.

آنچه که ممکن است مورد ایراد قرار بگیرد آن است که با فرض پذیرش اینکه بخشی از ثمن در برابر وصف قرار گیرد و ارش درواقع، همان بخش است که به خریدار داده می‌شود تا تعادل قراردادی دوباره بدست آید، این امر اخلال در شرایط درستی معامله است که باعث بطلان یا انفساخ عقد می‌شود نه ایجاد خیار. به عبارتی دیگر تلف جزیی از مبیع قبل از قبض، عقد را به دو قرارداد منفسح و صحیح تقسیم می‌کند. به همین دلیل است که بخشی از ثمن باید به مشتری مسترد گردد چراکه قرارداد در رابطه با بخشی از مبیع، منفسخ یا باطل است.

در پاسخ به این ایراد، که گفته‌اند با فرض پذیرش اینکه مبنای ارش موازنه در ارزش است که ریشه در تراضی دارد، درواقع اگر این موازنه بهم بخورد، مقتضای قاعده اختلال در تراضی و بطلان، به معنای اعم، است نه خیار، فارغ از مسئله‌ی ارش، باید گفت که با وجود اینکه طبق عقل و منطق، رضایی که خلل به آن راه یافت، نباید خالق موجودات اعتباری باشد، عرف عادت و تبعاً قانون‌گذاران، مصلحت جامعه را در ابقاء عقود دیده‌اند که خلل در رضای عاقد راه یافته است^۱ اما خلل موجود باید به گونه‌ای رفع شود. لذا برای رفع آن و یا مقابله با مانع مذکور، راه‌حلهایی انتخاب می‌کنند مانند حق خیار و یا تعدیل عقد و مانند اینها. که همه‌ی اینها، مشمول عنوان اداری عقد است که بر سکوی ابقا عقد قرار می‌گیرد.^۲

این سخن شاید در بادی امر درست به نظر آید اما در نظام حقوقی اسلام، قرارگرفتن عیب مبیع در بحث خیارات، خود دلیل این امر است که از بحث ضمان معاوضی خارج است. اگر عیب مبیع، تلف جزیی از مبیع محسوب می‌شد، تحت قاعده «تلف مبیع قبل از قبض»، قرار می‌گرفت و مقتضای این قاعده، انفساخ عقد است نه حق فسخ. درواقع در فقه و حقوق ایران، وصف سلامت نه تنها بخشی از مبیع نمی‌باشد تا بخشی از ثمن در مقابل آن قرار گیرد بلکه با فرض پذیرش این امر نیز، این ایراد

۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، فلسفه اعلی در علم حقوق، تهران، گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۲، ص. ۷۴.

۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، فرهنگ عناصرشناسی، پیشین، ص. ۲۶.

وجود دارد که در حقوق اسلام، با فرض پذیرش تلف جزئی از مبیع، مقتضای قاعده تلف مبیع قبل از قبض که ریشه در تراضی دارد، انفساخ عقد می‌باشد و نمی‌توان این انفساخ را با مصلحت و اصولی همانند ابقاء عقود به حق فسخ تبدیل کرد.

۳-۳. تراضی بر تعادل نسبی ارزش عوضین

هنگامی که طرفین به گفتگو و مذاکره می‌پردازند و تراضی صورت می‌پذیرد و عقد تشکیل می‌گردد، این قرارداد بی‌تردید در خلاء منعقد نمی‌شود، بلکه طرفین بر بستری به نام عرف و بر مبنای آن، وارد معامله می‌شوند و خود را ملتزم به قرارداد می‌نمایند. این بستر عرفی، گاه، چنان قواعدی بدیهی دارد که طرفین بر آن آگاهند و بر مبنای آن‌ها و به عنوان پیش فرض، پیش می‌روند و بداهت این امور، آنقدر آشکار است به گونه‌ای که طرفین بدون اینکه صریحاً بر آن تراضی نمایند، بر قصد مشترکشان تحمیل می‌شود و طریقی برای کشف اراده طرفین به حساب می‌آید. این قواعد و اصول ابتدائاً عرفی، از طریق تحمیل بر اراده، وارد تراضی و قصد مشترک طرفین شده و سبب ایجاد تعهد می‌گردند که این تعهد، ناشی از اراده طرفین محسوب شده و مبنای الزام و اعتبار آن، تراضی طرفین قلمداد می‌شود تا عرف در این جا نقش کاشفیت قصد مشترک را ایفا نماید. یکی از تعهدات عرفی در عقود معوض مالی که مفاد ضمنی عقد محسوب می‌گردد و به این صورت وارد تراضی می‌شود، تعهد به برقراری تعادل میان ارزش عوضین است. در معاملات معوض، هریک از طرفین عقد، مالی را به دیگری می‌دهد تا عوضی با ارزش متعادل دریافت نماید و بر همین مبنای با طرف خود تراضی می‌کند. بنای برابری نسبی ارزش دو عوض، چندان نوعی و عام است که نمی‌توان اعتقاد به آن را در شمار انگیزه‌های شخصی آورد.^۱

اصولاً در یک عقد تملیکی معوض، عوضین فارغ از نو و جنس آن، از یک ارزش اقتصادی متعادلی برخوردارند، به گونه‌ای که میان ارزش عوض و ارزش معوض، توازن برقرار است. به عبارت دیگر اصولاً در یک عقد معوض، طرفین معامله، مالی را در برابر مالی قرار می‌دهند که ارزش برابری با توجه به همهی شرایط داشته باشد. علاوه بر این، زمانی که قرارداد منعقد می‌گردد، قاعدتاً به این معناست که دو نفع متضاد و مقابل هم، سازگار شده، تا با این سازگاری، توافق به وجود آید و زمانی این سازگاری طرفین در قالب توافق، نمایان می‌گردد که تعادل ارزش عوضین، نسبتاً برقرار شده باشد. با توجه

۱. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۵، ص. ۲۳۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، صد مقاله در روش تحقیق علم حقوق، پیشین، ص. ۱۸۰.

به اینکه مطابق نظر حقوق دانان، برابری و تعادل نسبی ارزش عوضین به عنوان امری عرفی و نوعی قلمداد شده و مورد پذیرش قرار گرفته است، اولین پرسش آن است که منظور از عرف چیست؟ سپس باید به این امر بپردازیم که عرف چگونه می‌تواند مبنایی برای ایجاد تعهد باشد؟ به عبارتی دیگر آیا مستقلاً در قرارداد مبنای ایجاد تعهد است یا نه؟

در اصطلاح حقوقی، عرف در قرارداد، به انس ذهنی جامعه یا یک گروه خاص به امری مربوط به قرارداد، اطلاق می‌شود.^۱ برای تحقق عرف لازم نیست تمام افراد یک جامعه یا یک گروه خاص به آن امر، انس یابند بلکه انس اکثریت یک جامعه هم می‌تواند تشکیل دهنده‌ی عرف باشد. در واقع، عرف همان بنای عقلا است چراکه منظور از بنای عقلا، اکثریت افراد جامعه هستند که عادتاً دارای رشد اجتماعی بوده و رفتارشان مطابق مصلحت و اداره نظام یافته اموال خود است.^۲ به همین دلیل، عرف را معمول به و معمول بلد نیز نامیده‌اند و فقهای اسلام، اطراد و اقلیت را از شرایط اعتبار آن می‌دانند.^۳ حال، آیا این رفتار اکثریت جامعه که بنای عقلای جامعه هم است، می‌تواند مستقلاً در قرارداد، مبنایی برای قرارداد و آثار آن، از جمله تعهد، باشد یا نه؟

سیری گذرا در نظام‌های حقوقی کشورهای مختلف، نشان می‌دهد که حاکمیت بخشیدن قانونگذار به عرف در روابط قراردادی، به منظور آشکارشدن هرچه بیشتر مقصود طرفین قرارداد و مفاد آن است تا ابهام و خلا موجود در قراردادهای پرگردد، نه اینکه مبنای اصیل دیگری برای قرارداد و آثار آن وضع شود. به همین دلیل است که طرفین قرارداد، می‌توانند برخلاف عرف و مفاد مقررات تکمیلی، توافق و تراضی نمایند چراکه با این توافق، دیگر نیازی به عرف و قوانین تکمیلی برای پی بردن به قصد مشترک طرفین در آن موضوع مورد توافق، نیست و اینکه کارایی آن دو، در آشکار ساختن مقصود طرفین، در موارد ابهام و سکوت در قرارداد است.^۴ نگاهی کوتاه به برخی از مواد قانون مدنی کشورمان، نقش کشفیت عرف از اراده مشترک طرفین قرارداد، به راحتی قابل برداشت است؛ به عنوان نمونه، ماده ۲۲۵ قانون مدنی، متعارف بودن امری را به منزله ذکر در عقد قلمداد می‌کند که نشان از وابستگی مقتضای عرف به اراده مشترک دارد و همچنین مواد ۳۴۴ و ۵۴۹ ق.م. دالت آشکار بر اعتبار عرف

۱. شهیدی، مهدی، اصول قراردادها و تعهدات، تهران، مجد، چاپ چهارم، ۱۳۸۵، ص. ۳۰۳.

۲. همان، صص. ۳۰۱ و ۳۰۵.

۳. سلجوقی، محمود، نقش عرف، تهران، میزان، چاپ اول، زمستان ۱۳۸۸، صص. ۶۹ و ۷۰.

۴. شهیدی، مهدی، اصول قراردادها و تعهدات، پیشین، ص. ۳۳۲.

به علت حاکی بودن آن از قصد و تراضی طرفین دارد. در فقه نیز مبنای اعتبار عرف و منشا حاکمیت آن در قرارداد، اصولاً دلالت آن بر اراده مشترک طرفین است. پس بنابر این گفته‌ها، منشأ اساسی اعتبار عرف، اراده طرفین است و ناشی شدن حاکمیت عرف از اراده مشترک طرفین قرارداد و کاشفیت عرف از قصد مشترک طرفین، باید به عنوان قاعده مورد پذیرش قرار گیرد و انصراف از این قاعده جز در موارد استثنایی قانونی، قابل توجیه نخواهد بود.^۱

تعهدهای عرفی یا موضوع و مدلول عرف، به عنوان امری که در جامعه یا گروهی خاص، مانوس ذهن افراد است، غالباً صریحاً در عقد وارد نمی‌شوند بلکه به گونه‌ای غیرصریح و ضمنی در اراده مشترک طرفین قرارداد منعکس می‌گردد. در واقع آنچه که بر تعهد ناشی از عرف دلالت می‌کند، الفاظ طرفین قرارداد نیست بلکه آگاهی و آشنایی طرفین که از بازتاب شیوه مستمر جامعه آنها، حاصل می‌شود، می‌باشد. به عبارت دیگر، تعهد عرفی را باید شیوه آشنای طرفین قرارداد دانست که جز در صورت توافق برخلاف آن، طرفین حاکمیت آن را در روابط خویش به طور غیرصریح پذیرفته‌اند. پس می‌توان گفت که تعهد عرفی، جزو مفاد غیرصریح عقد محسوب می‌شود^۲ و تعهد به برقراری تعادل نسبی ارزش عوضین نیز، جزو مفاد ضمنی عقد تملیکی معوض مثل بیع که شایع‌ترین عقود است، می‌باشد.

حال، پرسشی که مطرح می‌شود این است که چه عواملی بر ارزش عوضین اثر گذارند و سبب بالارفتن یا کاهش ارزش عوضین می‌شوند؟ به طور معمول، ارزش چهره نوعی و همگانی دارد. در غالب موارد، چیزی نوعاً دارای ارزش است که بتوان در برابر آن پولی قرار داد.^۳ یکی از عواملی که در ارزش عوضین موثر است و نقش سازندگی در تعادل ارزش عوضین دارد، وصف مال مورد معامله است. هرچند ثمن در برابر موصوف پرداخت می‌شود ولی موصوف بدون وصف، بی‌تردید ارزشی کمتر از با وصف دارد و این وصف عاملی موثر در بالا بردن ارزش موصوف است.^۴ به عبارت دیگر، وصف دارای ارزش است نه مستقل از مبیع و به تنهایی، تا وصف بخش جدایی از مبیع قلمداد شود و بخشی از ثمن در مقابل آن باشد بلکه وصف به همراه مبیع و با مبیع است که ارزش می‌یابد و در تعیین ثمن قراردادی موثر می‌افتد، درحالی که هیچ بخش جداگانه‌ای از ثمن را نیز به خود اختصاص نمی‌دهد.

۱. همان، صص. ۳۳۴ و ۳۳۵.

۲. شهیدی، مهدی، اصول قراردادها و تعهدات، پیشین، ص. ۳۰۲.

۳. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۲، پیشین، صص. ۱۶۳ و ۱۶۴.

۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، تئوری موازنه، پیشین، ص. ۸۰.

فقدان وصف، به دو صورت می‌تواند سبب اختلال در تعادل ارزش گردد. گاهی وصف کمالی یا وصف خاصی را طرفین ذکر می‌کنند و در واقع زیر عنوان خیار تخلف وصف یا خیار تخلف از شرط صفت قابل بررسی است و دیگری وصف صحت و سلامت است که اینجا مورد بررسی قرار می‌گیرد. فقدان وصف سلامت که از آن به عیب تعبیر می‌شود، نوعاً سبب کاهش ارزش مورد معامله است و وصف سلامت به عنوان اوصاف مال، بود و نبود آن بر ارزش مال اثرگذار است و اگر این وصف نباشد، تعادل ارزش عوضین بهم می‌خورد. پس هر وصفی که در دید عرف، بر ارزش مال موثر باشد و یا بودن آن باعث بالا رفتن ارزش مال گردد، در برقراری تعادل ارزش عوضین نیز تأثیرگذار است. بنابراین می‌توان گفت؛ به طور معمول، ارزش، چهره نوعی و همگانی دارد و هرآنچه را که عرف بر ارزش کالا تأثیرگذار بداند، بر تعادل ارزش عوضین موثر است. این امر ناظر به مورد غالب است اما اگر وصفی یا چیزی در رابطه میان دو طرف بر پایه نیاز معقول و اخلاقی دارای ارزش باشد حتی اگر عرفاً ارزشی نداشته باشد این امر، می‌تواند در برقراری تعادل عوضین تأثیرگذار باشد. نکته‌ای که باید بدان اشاره کرد این است که، تعادل ارزش عوضین از شرایط صحت قراردادها نیست تا در نبود آن معامله باطل باشد مگر اینکه ارزش یکی از دو عوض چندان ناچیز باشد که انسان متعارف به آن اعتنا نکند، در این صورت، عقد باطل یا رایگان محسوب می‌شود چراکه عرف به عوض‌های ناچیز که معمولاً برای انحراف از قواعد حاکم بر قرارداد و صورت‌سازی بکار برده می‌شود، در آن رابطه به دیده عوض نمی‌نگرد.^۱

حال با شناختن عوامل تأثیرگذار بر ارزش عوضین، باید ببینیم که با به هم خوردن تعادل ارزش و نقض تعهد به برقراری آن، چه اتفاقی می‌افتد و چه مسئولیتی بر ناقض بار می‌شود؟ طرفین یک قرارداد، باید به مفاد پیمان خویش که قبلاً بر آن توافق و تراضی نموده‌اند، پایبند باشند و تنها در این صورت است که حیات قرارداد با اجرای تمام تعهدهای ناشی از اراده‌ی طرفین و تراضی آنها پایان می‌پذیرد. وقتی قرارداد منعقد می‌گردد و طرفین ضمن مفاد آن، خویشتن را به برقراری تعادل ارزش میان عوض و معوض، متعهد می‌نمایند، این تعهد در زمان اجرای عقد نیز وجود دارد. حال اگر در این هنگام، این اصل و تعهد، نقض گردد به مانند هر تعهد دیگری، ناقض تعهد، باید به اجرای آن تعهد، مجبور گردد تا آنچه که به آن، ضمن تراضی ملتزم شده بودند، به انجام رسد. در عقد بیع، هرگاه مبیع معیوب از آب درآمد و مشتری از آن عیب آگاه نباشد، اولین حقی که برای وی به ذهن متصور می‌شود، حق فسخ قرارداد است با

۱. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۲، پیشین، صص. ۱۶۱ و ۱۶۴.

این دلیل که هر قرارداد بیعی با این شرط ضمنی همراه است که مبیع باید سالم باشد و عیب مبیع به معنای تخلف از شرط ضمنی سلامت، سبب می‌شود که خریدار حق فسخ قرارداد را بدست آورد. به عبارت دیگر این حق فسخ، خیار تخلف از شرط ضمنی سلامت مبیع می‌باشد. اما نکته‌ای که باید در نظر داشت آن است که این شرط ضمنی سلامت مبیع یکی از آن عواملی است که در ارزش مبیع و به تبع آن، بر اصل تعادل ارزش میان عوض و معوض تاثیرگذار است. پس وقتی وصف سلامت مفقود گردد، نه تنها حق فسخ به خریدار می‌دهد بلکه سبب بر هم خوردن تعادل ارزشی می‌شود که درواقع نوعی نقض عهدهی است که طرفین ضمن مفاد عقد به اجرای آن گردن نهاده بودند. حال اگر مشتری نخواهد عقد را به دلیل تخلف از شرط ضمنی سلامت مبیع، فسخ نماید، این حق برای او وجود خواهد داشت که با الزام ناقض، به اجرای مفاد عقد یعنی برقراری اصل تعادل ارزش، به تعهد خود بر برقراری این اصل پایبند بماند. درواقع، وصف سلامت مبیع به عنوان شرط ضمنی و تعهد به برقراری تعادل میان ارزش عوضین به عنوان مفاد عقد، هر دو از طریق عرف، وارد تراضی شده و اعتبار می‌یابند و باید ببینیم که عرف چه نسبت تجزیه ناپذیری از ارزش مبیع را به وصف سلامت اختصاص می‌دهد تا به همان نسبت از ثمنی که در معامله تعیین کرده‌اند به خریدار دهد. این نسبت، همان ارزش است. ماهیت آن بی‌تردید مسئولیت قراردادی است که در نتیجه نقض عهد به وجود می‌آید و شیوه‌ای جهت الزام طرف به اجرای عقد محسوب می‌شود. درواقع با این پرداخت ارزش، ناقض، تعهد به برقراری تعادل راه، به اجرا در می‌آورد و برابری نسبی را برقرار می‌کند و از ضرر خریدار جلوگیری می‌کند.

تعهد به برقراری اصل تعادل، تعهد ثابت و تک چهره‌ای نیست و به یک شکل نیز اجرا نمی‌شود و اگر به دلیلی نقض گردد، الزام ناقض به اجرای آن به شیوه‌ای دیگر امکان دارد. به همین مناسبت ارزش، الزام ناقض به اجرای قرارداد است و مبنای این الزام، تراضی یا همان قرارداد است. حال اگر مشتری قرارداد را به علت تخلف بایع از شرط ضمنی سلامت مبیع، نخواهد فسخ کند، قرارداد همچنان باقی می‌ماند و نتیجه این حیات، اجرای مفاد آن است. بنابراین بایع که تعهدی را نقض کرده است یعنی تعهد به برقراری تعادل میان ارزش عوض و معوض، باید به برقراری اصل تعادل اجبار شود و با قراردادن مسئولیت پرداخت ارزش است که این تعهد نقض شده توسط ناقض به اجرا گذارده می‌شود.

بررسی کتب حقوق دانان و بررسی نظرات گوناگون، ما را به این جمع‌بندی رهنمون می‌سازد که در هر قرارداد معوضی، طرفین بر مبنای عرف، به گونه‌ای غیرصریح، تعهد به برقراری تعادل و برابری نسبی میان ارزش عوضین می‌نمایند و این

تعهد، مفاد ضمنی و غیر صریح هر عقد معوضی محسوب می‌شود. از طرف دیگر، در هر قراردادی، عواملی وجود دارند که بر ارزش عوضین موثر هستند و به این طریق بر چگونگی این تعهد به برابری نسبی ارزش، اثرگذارند. یکی از این عوامل، وصف سلامت مبیع است که بی‌تردید در ارزش مبیع در دید عرف دادوستد و معامله‌کنندگان، موثر است. حال اگر به هر دلیلی، وصف مذکور مفقود گردد، معامله‌ای انجام گرفته است که تعهد به تعادل ارزش عوضین به دلیل فقدان وصف سلامت نقض شده است. نقض هر تعهدی اولین حقی را که برای متعهدله فراهم می‌کند اجبار متعهد به اجرای تعهد منقوض است، در صورتی که امکان اجرای آن وجود داشته باشد. می‌دانیم که در صورت فقدان وصف سلامت و معیوب بودن مبیع، تعهد به برقراری تعادل از جانب بایع نقض شده است.

بر اساس مقدمات مستخرج بالا، بایع برای اجرای این تعهد که آن را نقض کرده است، باید ارزش مبیع را به اندازه‌ای افزایش دهد که با ارزش ثمن برابری کند. پس ابتدا باید ارزشی که مبیع دارای وصف سلامت و مبیع معیوب در بازار مشخص شده و نسبت میان این دو، در ثمن معامله ضرب می‌شود تا ارزش مشخص گردد. در اینجا گمان نشود که ارزش، با توجه به شیوه محاسبه آن، جزئی از ثمن است بلکه استفاده از ثمن، تنها برای محاسبه میزان ارزش است، تا به ارزشی که در کنار بازار، به عوضین معامله، توسط طرفین داده شده است توجه شود و اراده طرفین در این باره لحاظ گردد. پس آنچه مبنای ضمان ارزش محسوب می‌شود، تراضی طرفین است به این صورت که مفاد قرارداد طرفین، بر این اصل و تعهد استوار است که ارزش عوضین در قرارداد نسبتاً برابر باشد و مسئولیت بایع در پرداخت ارزش بر این مبنا که ناشی از قرارداد و تراضی طرفین است، مسئولیت قراردادی است.

پرونده‌گاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

نتیجه‌گیری

دوباره ماهیت ضمان ارش می‌توان چنین نتیجه گرفت که ارش نمی‌تواند ضمان قیمی محسوب گردد تا نفس تفاوت قیمت میان مبیع معیوب و سالم در بازار ملاک تعیین میزان ارش باشد و علاوه بر آن به دلیل اینکه هیچ جزئی از مبیع، حتی وصف صحت، در مقابل هیچ جزئی از ثمن قرار نمی‌گیرد نمی‌توان ضمان ارش را ضمان معاوضی قلمداد نمود و هرچند ارش در نگاه اول و درنهایت، منجر به جبران خسارت خریدار می‌گردد اما با توجه به مبنای آن، نمی‌تواند غرامت باشد. لذا به عنوان نتیجه باید بر این نظر بود که ضمان ارش ضمانت اجرای تعهد قراردادی و شیوه‌ای برای اجرای خود تعهد توافق شده در خود عقد است. با این توجیه که هریک از طرفین قرارداد معاوض بر مبنای برابری نسبی ارزش عوض و معوض، قرارداد را منعقد می‌نمایند و چنانچه این تعهد به برقراری تعادل به دلیلی مثل فقدان وصف صحت، نقض گردد، باید به شیوه‌ای این تعهد منقوض اجرا گردد. ضمان ارش و مسئولیت پرداخت آن به خریدار متضرر، شیوه‌ای است که باعث می‌شود تعهد مورد توافق طرفین قرارداد در رابطه با برقراری تعادل نسبی میان ارزش عوضین که به دلیل عیب مبیع نقض شده بود، دوباره اجرا گردد.

درواقع، تعهد به برقراری تعادل ارزش میان معوض و عوض یعنی مبیع و ثمن، در ابتدا با ثمن و مبیع مورد توافق، مطابق توافق انجام می‌شود. درواقع، وصف سلامت به عنوان شرط ضمنی و تعهد به برقراری تعادل میان ارزش عوضین به عنوان مفاد عقد، هر دو از طریق عرف، وارد تراضی شده و اعتبار می‌یابند، با این توضیح که دلالت عرف محدود به شرط ضمن عقد نیست و آنچه که به دلالت عرف در عقد ثابت می‌گردد، می‌تواند مفاد ضمنی عقد و وابسته به خود عقد باشد و منظور از مفاد ضمنی عقد، خصوصیات و ویژگی‌های وابسته به عقد است که بدون تصریح با لفظ و اشاره، مورد توافق طرفین قرارداد، قرار می‌گیرد و اعتبار عرف هم به دلیل همین کاشفیت آن از قصد و اراده مشترک طرفین قرارداد است. نتیجه آنکه تعهد به برقراری اصل تعادل نسبی ارزش عوضین، جزو مفاد ضمنی عقد تملیکی معوض مثل بیع که شایع‌ترین عقود است، می‌باشد. حال، وقتی که مبیع تسلیمی، موافق مبیع مورد توافق نباشد، اولین نتیجه آن، نقض تعهد به برقراری تعادل، از جانب بایع نقض شده است. دوم آنکه این تعهدی که نقض شده است، باید به شیوه‌ای، دوباره اجرا گردد یا به عبارتی، بایع باید ملزم به اجرای آن شود چراکه این تعهد، از زمان انعقاد تا اجرای کامل قرارداد تماما حاکم بر طرفین قرارداد است.

می‌دانیم آنچه که سبب نقض تعهد شده است، عیب مبیع است نه ثمن لذا باید این مبیع به ارزشی برسد که با عوض برابر باشد چراکه قرارداد با مبیعی معین در مقابل ثمنی تعیین شده منعقد شده بود. بنابراین، امکان تعویض مبیع مثل مال کلی موجود نیست و ثمن نیز قابل کم یا زیاد کردن نیست چراکه جزو رکن قرارداد است. تنها راهی که برای اجرای تعهد منقوض، باقی می‌ماند، ارش است تا تعادل قراردادی برقرار شود. به عبارت دیگر، باید ببینیم که عرف چه نسبت تجزیه‌ناپذیری از ارزش مبیع را به وصف سلامت اختصاص می‌دهد تا به همان نسبت از قیمتی که در معامله تعیین کرده‌اند به خریدار پرداخت گردد. این نسبت، همان ارش است.

پس، ماهیت ارش، ضمانت اجرای تعهد به برقراری تعادل نسبی میان ارزش عوضین و نوعی الزام و اجبار متعهد به انجام تعهد مربوطه است. به عبارت دیگر، ضمان ارش، شیوه‌ای برای اجرای مفاد خود عقد است و مسئولیتی قراردادی است که مبنای آن، توافق و تراضی غیرصریح و ضمنی طرفین بر پایه عرف در قرارداد است.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

منابع

- آذرنوش، آذرتاش، فرهنگ معاصر عربی-فارسی، تهران، نشر نی، ۱۳۷۹.
- امامی، حسن، حقوق مدنی، ج ۱، تهران، کتابفروشی اسلامیة، چاپ ۵، ۱۳۵۳.
- انصاری، مسعود، طاهری، محمدعلی، دانشنامه حقوق خصوصی، ج اول، تهران، انتشارات محراب فکر، ۱۳۸۴.
- بروجرودی عبده، محمد، حقوق مدنی، ج ۱، تهران، مجد، ۱۳۸۰.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، الفارق، ج اول، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۶.
- _____، تئوری موازنه (فلسفه‌ی عمومی حقوق بر پایه‌ی اصالت عمل)، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۱.
- _____، روش جدید در مقدمه‌ی عمومی علم حقوق، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۷.
- _____، صد مقاله در روش تحقیق علم حقوق، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۲.
- _____، فرهنگ عناصر شناسی، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۲.
- _____، فلسفه‌ی اعلی در علم حقوق، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۲.
- _____، فن استدلال (منطق حقوق اسلام)، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۲.
- _____، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج اول، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۸.
- _____، مسائل منطق حقوق و منطق موازنه، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۴.
- دهخدا، علی اکبر، فرهنگ لغت دهخدا، جلد ۵، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۲۸.
- زراعت‌پیشه، محمود، ارش عیب مبیع (پایان‌نامه کارشناسی ارشد)، دانشکده حقوق، دانشگاه شهیدبهبشتی، ۱۳۷۱.
- سلجوقی، محمود، نقش عرف، تهران، میزان، زمستان ۱۳۸۸.
- سیاح، احمد، فرهنگ جامع عربی-فارسی، جلد اول، تهران، کتابفروشی اسلامیة، چاپ چهارم، ۱۳۴۸.
- شهابی، محمود، دو رساله: وضع الفاظ و قاعده لاضرر، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۳۰.
- شهیدی، مهدی، اصول قراردادها و تعهدات، تهران، مجد، چاپ چهارم، ۱۳۸۵.
- شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران، مجد، چاپ چهارم، ۱۳۸۴.
- _____، حقوق مدنی ۶، عقود معین ۱، تهران، مجد، چاپ دوم، دی ماه ۱۳۸۳.

- _____ ، سقوط تعهدات، تهران، مجد، ۱۳۸۱.
- صفایی، سیدحسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، تعهدات و قراردادهای، جلد دوم، تهران، موسسه عالی حسابداری، ۱۳۵۱.
- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، اعمال حقوقی، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ یازدهم، ۱۳۸۵.
- _____ ، الزامات خارج از قرارداد (ضمان قهری و مسئولیت مدنی)، جلد اول، تهران، دانشگاه تهران، چاپ چهارم، ۱۳۸۴.
- _____ ، حقوق مدنی، دوره عقود معین (۱)، دوره عقود معین (۱)، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ نهم، ۱۳۸۴.
- _____ ، قواعد عمومی قراردادهای، جلد ۱ و ۲، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ ششم، ۱۳۸۳.
- _____ ، قواعد عمومی قراردادهای، جلد ۳ و ۵، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم، تهران، ۱۳۸۳.
- لطفی، اسدالله، موجبات و مسقطات ضمان قهری، تهران، مجد، ۱۳۷۹.
- محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه (بخش مدنی ۱)، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ سیزدهم، ۱۳۸۵.
- محمدی، ابوالحسن، قاعده ضمان ید، اهواز، چاپ حافظ، تیرماه ۱۳۴۷.
- مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی (زیر نظر محمود هاشمی شاهرودی)، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، جلد اول، مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی، چاپ دوم، ۱۳۸۵.
- مولوی وردنجانی، سعید، نظریه ارش در فقه و حقوق ایران با مطالعه تطبیقی (رساله دکتری)، مدرسه عالی شهید مطهری، سال تحصیلی ۱۳۸۸.
- ابن بابویه قمی، علی، فقه الرضا، المؤتمر العالمی للامام الرضا، مشهد، (بی تا).
- أنصاری، مرتضی، مکاسب، مجمع الفکر الإسلامی، الطبعة الأولى، قم، ۱۴۲۰ ق.
- جبعی العاملی، زین الدین (الشهید الثانی)، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، الجزء الثالث، جامعة النجف الدینیة، الطبعة الثانیة، ۱۳۹۸ ق.
- جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح، تاج اللغة وصحاح العربیة، تحقیق عبدالغفور، احمد، الجزء الثالث، دار العلم للملایین، الطبعة الرابعة، بیروت، ۱۴۰۷ ق.
- حلی، حسن بن یوسف، تذکره الفقهاء، الجزء الحادی عشر، موسسه آل البيت لاحیاء التراث، قم، ۱۴۱۴ ق.
- خوانساری، احمد، جامع المدارک، مکتبه الصدوق، تهران، ۱۳۹۴ ق.
- خوانساری نجفی، موسی بن محمد، منیه الطالب، مطبعة المرتضویه، نجف، ۱۳۵۷ ق.

- شيخ مفيد، ابو عبدالله محمد بن محمد، المقنعه، موسسه النشر الاسلامى التابعه لجماعه المدرسين، قم، ١٤١٠ق.
- طباطبايى يزدى، سيد محمد كاظم، حاشيه المكاسب، الجزء الثانى، مؤسسه إسماعيليان، قم، ١٣٧٨.
- طباطبايى، على بن محمد على، رياض المسائل، بى نا، قم، ١٢٩٢ق.
- طوسى، جعفر محمد بن الحسن بن على، المبسوط فى فقه الإماميه، الجزء الثانى، المكتبه المرتضويه لإحياء الآثار الجعفريه، المطبعه الحيدريه، تهران، ١٣٨٨.
- كركى، على بن حسين، جامع المقاصد فى شرح القواعد، جلد ٥، موسسه آل البيت لاحياء التراث، قم، ١٤٠٨ ق.
- مقدس اردبيلى، احمد، مجمع الفائده و البرهان، جلد ٨، موسسه النشر الاسلامى التابعه لجماعه المدرسين، قم، ١٤١١ق.
- موسوى خويى، ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، جلد ٥، مكتبه الداورى، قم، ١٣٧٧.
- نجفى، محمد حسن، جواهرالكلام فى شرح شرايع الاسلام، جلد ٢٣، دار لاحياء التراث، بيروت، ١٣٧٦ق.
- نراقى، احمد بن محمد مهدي، عوائد الايام، الطبعة الثالثه، مكتبه بصيرتى، قم، ١٤٠٨ق.