

مفهوم و مبنای نظریه عمومی ارش در قراردادها با تأکید بر تحلیل اقتصادی آن با مطالعه تطبیقی*

- حمیدرضا بهروزی‌زاد^۱
- نجادعلی الماسی^۲
- جلیل قنواتی^۳

چکیده

ضمانت اجراهای حقوقی یکی از مباحث مهم حقوق قراردادها به شمار می‌آیند. در تبیین این ضمانت اجراهای قراردادی، تحلیل اقتصادی نقش تعیین‌کننده‌ای می‌تواند داشته باشد. یکی از این ضمانت اجراها که در فقه امامیه به صورت فرع مطرح شده است، نهاد «ارش» می‌باشد. به نظر می‌رسد که ارش قابلیت طرح به عنوان یک نظریه عمومی را دارد.

در این مقاله کوشیده‌ایم در کنار اثبات نظریه عمومی ارش، آن را تحلیل اقتصادی نماییم. همچنین به صورت تطبیقی با مبحث مشابه - با کمی تسامح -

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۱۲/۱۵ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۴/۱۲.

۱. استادیار گروه حقوق خصوصی مؤسسه آموزش عالی مازیار (نویسنده مسئول) (behroozi_hamidreza@yahoo.com).

۲. استاد دانشگاه تهران (nalmasi@ut.ac.ir).

۳. دانشیار پردیس فارابی دانشگاه تهران (ghanavaty@ut.ac.ir).

تحت عنوان تقدم اجرای عین تعهد یا مطالبه خسارت در حقوق آمریکا نیز مقایسه و تحلیل صورت گرفته است. روش تحقیق نیز کتابخانه‌ای بوده و به منابع داخلی و خارجی موجود با تأکید بر منابع فقهی مراجعه شده است.

بر اساس نتایج حاصل از این تحقیق، نظریه عمومی ارش را می‌توان بر اساس نظریات اقتصادی کلاسیک و مدرن منقح کرد. در واقع می‌توان گفت که نظریه عمومی ارش می‌تواند تلفیقی از نظریه اخلاقی کارایی پارتو و تقدم جبران خسارت بر انجام عین تعهد (به عنوان نظریه‌ای تقریباً اخلاقی) و نظریه عینی بودن که در مقام امحای اخلاق در عرصه قراردادی است، باشد.

واژگان کلیدی: نظریه عمومی ارش، تحلیل اقتصادی ارش، کارایی پارتو، جبران خسارت.

مقدمه

از مباحث مهم و مستحدثه، تحلیل اقتصادی پدیده‌های حقوقی به ویژه در بحث ضمانت اجرای قراردادی است. یکی از ضمانت‌اجراهای قراردادی که سابقه‌ای دیرینه در فقه امامیه و حقوق ایران دارد، نهاد ارش است. ارش در فقه امامیه و حقوق ایران، یکی از فروع ذیل خیار عیب مطرح شده است. اما به نظر می‌رسد این ظرفیت را دارد که به عنوان یک نظریه عمومی مطرح شود. در این مقال کوشیده‌ایم که به تحلیل اقتصادی نظریه عمومی ارش بپردازیم. برای نیل به این مقصود، ابتدا با بیان مفهوم ارش و مبانی مختلف آن در فقه امامیه و حقوق ایران، به ارائه مبنای منتخب خواهیم پرداخت. سپس با بیان نظریات اقتصادی مطرح در خصوص ضمانت‌اجراهایی قراردادی که عمده‌تاً در باب کارایی یا عدم کارایی بیان شده‌اند، به تطبیق این نظریات با نظریه عمومی ارش بر اساس منابع فقهی و حقوقی می‌پردازیم. نکته مهم در این خصوص اینکه در تفسیر و تطابق نظریات سعی شده است افزون بر تکیه بر جنبه فردی و ارادی قراردادها، بر جنبه عمومی و اجتماعی قرارداد نیز تأکید شود. در واقع امروزه قراردادها جنبه اجتماعی نیز دارند و فقط جنبه‌های فردی از قبیل حفظ و تأمین منافع و آزادی‌های فردی، ملاک نخواهد بود و هیچ دولتی حتی با گرایش‌های فردگرایانه شدید نیز نمی‌تواند وظیفه خود را محدود به منظم ساختن آزادی‌های فردی بکند و اجتماع را به قوانین اقتصادی عرضه و

تقاضا محدود سازد، بلکه باید مصالح عمومی شامل نظم عمومی، امنیت ملی، رفاه اجتماعی، بهداشت اجتماعی و آموزش حداقلی را نیز مدنظر قرار دهد.

۱. مفهوم و مبنای ارش

۱-۱. مفهوم ارش

ارش در لغت به معانی متعددی استعمال شده است. از معانی ارش دیه جراحات است. همچنین بر مالی که مشتری از بایع در صورت عیب و اطلاع بر آن اخذ می‌کند، ارش اطلاق شده است.

فیومی در *المصباح المنیر* در معنای ارش آورده است:

«ارش به معنای دیه جراحات است و جمع آن اروش است، مثل فلس و فلوس، و در اصل ارش به معنای فساد است. سپس در نقصان اعیان استعمال شد؛ زیرا فساد در آن است و مبیع معیوب است و گفته شده است که اصل ارش هرش است» (فیومی مقرئ، ۱۴۰۵: ۱۲/۲؛ ابن فارس، ۱۴۰۴: ۷۹/۱).

در لسان فقها، ارش بر معانی متعددی اطلاق شده است که عبارت‌اند از:

- ۱- آنچه در معاوضه، بدل نقص یا عیب در احد عوضین اخذ می‌شود.
 - ۲- آنچه در نقص در عین یا منفعت مضمونه به ید همان طور که در غصب و غیر غصب است، اخذ می‌شود.
 - ۳- آنچه بدل جنایتی که در شرع، مقدار دیه آن مشخص نشده است، پرداخت می‌شود.
 - ۴- آنچه در عوض ازاله بکارت گرفته می‌شود. فقها معتقدند که از موارد پرداخت ارش، ارش البکاره است (نجفی، ۱۳۶۷: ۴۹۹/۳۷).
- گروهی از فقهیان، معتقد به اشتراک لفظی هستند. از نظر اینان ارش دارای معانی مختلفی است (حسینی عاملی، بی‌تا: ۶۳۲/۴).
- در مقابل، قول قوی‌تر و صحیح‌تر این است که ارش مشترک معنوی است. از نظر اینان مفهوم ارش کلی انتزاعی از معانی ذکر شده است. چون اینان قائل به انتزاع

تعریف کلی از ارش هستند، ارش را چنین تعریف کرده‌اند:

«ارش مالی است که مقدار آن در شرع مشخص نشده است و بدل از نقصی که در مبیع یا بدن است، اخذ می‌شود» (انصاری، ۱۴۲۰: ۳۹۱/۵).

حقوق دانان نیز تعاریف مختلفی از ارش نموده‌اند؛ برای نمونه:

«خسارت عدم انجام تعهد مربوط به تسلیم کالای سالم دانسته‌اند» (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۳۰۸/۵).

برخی نیز نگاه فلسفی متفاوتی به ارش داشته و آن را برای جبران به هم خوردن اصول موازنه در حقوق ایران دانسته‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۲۱۸). در واقع به نظر می‌رسد به اعتقاد ایشان، در نتیجه به هم خوردن توازن قراردادی است که قانون‌گذار برای ذیحق دو حق ممتاز فسخ و یا مطالبه ارش را فراهم کرده است. به نظر می‌رسد تعاریف مزبور عمدتاً شرح‌الاسمی بوده و در عمل ثمره چندانی ندارند.

۲-۱. مبنای نظریه عمومی ارش

مبنای ارش یا قهری است یا قراردادی. به تعبیر دیگر، ریشه و مبنای ارش یا باید قرارداد باشد یا امری خارج از قرارداد، که لازم است به تفصیل پیرامون هر یک از این مبانی بحث شود.

۱-۲-۱. مبنای قراردادی نظریه عمومی ارش

نظریاتی که در خصوص مبانی قراردادی ارش ذکر شده، عبارت‌اند از: ۱. نظریه ضمان معاوضه؛ ۲. نظریه شرط سلامت کالا به عنوان شرط ضمنی.

۱-۱-۲-۱. ضمان معاوضه

برخی از فقها معتقدند که ضمان ارش از نوع ضمان معاوضه است. ضمان معاوضه به این معناست که -بر خلاف مضمون به قیمت در امثال اموال مغضوب- در ارش نقص جزء یا وصف -بر اساس تفسیر ماهیت ارش- باعث می‌شود که قیمت آن وصف یا جزء به فروشنده تملیک نشود و فروشنده ضامن آن جزء یا وصف در مقابل خریدار براساس

ضمان معاوضه باشد. در واقع عمده دلیل اینان این است که در ضمان، جزء تابع کل باشد و ضمان معاوضی به این معنا خواهد بود که مضموناً آنچه از عوض در قبال وصف یا جزء قرار گرفته است، همان جزء یا وصف موجب ضمان خواهد بود، نه نفس قیمت عیب.

همچنین ضمان تمام مبیع بر بايع، به نحو ضمان معاوضی صحیح است؛ به این معنا که بايع ضامن تسلیم مبیع به طور کامل به مشتری است و اگر تسلیم بعض مبیع را انجام ندهد، به همان مقدار از ثمن نه از قیمت آن، مسئول خواهد بود (انصاری، ۱۴۲۰: ۳۹۲/۵). عمده ایرادی که مخالفان به ضمان معاوضی وارد کرده‌اند این است که ضمان معاوضی، ضمان تالف قبل از قبض یا حداکثر قبل از انقضاء زمان خیار است و قاعده تلف مبیع قبل از قبض، شامل تلف وصف نمی‌شود و بر فرض که این قاعده شامل وصف بشود، مقتضی خیار نخواهد بود تا چه نوبت به ارش برسد (غروی اصفهانی، بی‌تا: ۷۲/۵). اگر ما قائل به ماهیت جبران خسارت نقض قراردادی باشیم که بحث مفصل آن در ادامه خواهد آمد، جواب این اشکال رفع خواهد شد. به نظر می‌رسد ضمان معاوضی، مبنای مناسبی برای مبنای نظریه عمومی ارش باشد.

۲-۱-۲-۱. شرط سلامت کالا به عنوان شرط ضمنی

برخی فقها سلامت کالا را جزء شروط ضمن عقد می‌دانند. از نظر اینان کسی که کالایی را خریداری می‌کند، ظاهر در سلامت کالا است و لذا در هنگام معامله سلامت را شرط نمی‌کنند. در نتیجه اجرای همان ضمانت‌های اجراهای باب شروط را در اینجا نیز معتقدند (محقق حلی، ۱۳۸۹: ۲۹۰/۲).

۲-۲-۱. مبنای قهری ارش

به نظر برخی، مبنای ارش قهری است. سه نظر عمده در این خصوص وجود دارد:

۱-۲-۲-۱. ضمان ید

به باور برخی فقها، مبنای ارش از باب ضمان ید است و مشتری ضامن قیمت وصف صحت است. مبنای این قاعده، نبوی مشهور «علی الید ما أخذت حتی تؤدی»

است. فقها نسبت به اعتبار روایت بر دو نظرند؛ برخی مانند محقق خوبی آن را کلاً حجت نمی‌دانند (موسوی خوبی، ۱۴۱۷: ۸۷/۳) و برخی نیز مانند محقق نراقی معتقدند که حجیت روایت هر چند از راه سند ممکن نیست، لیکن شهرت میان فقها، ضعف سند را جبران می‌کند (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۷: ۵۴/۴-۵۵). استناد به ضمان ید برای ارش، زمانی ممکن خواهد بود که قائل به قول دوم باشیم.

برخی حقوق‌دانان مبنای ضمان ارش را ضمان ید می‌دانند. به باور اینان، مسئولیت بایع در پرداخت ارش همانند غاصب است (محقق داماد، ۱۳۸۵: ۶۱/۱). در واقع ضمان غاصب در اصل مال قیمی، در نقص یا عیب مال قیمی هم وجود دارد. پس در صورتی که شخصی بر مال دیگری مستولی شود، در مقابل، مالک ضامن تلف و نقص آن مال محسوب می‌شود و ملزم به بازگرداندن آن مال به مالکش و در صورت تلف یا ورود خسارت، ملزم به جبران خسارات می‌باشد (همان: ۶۶/۱). 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 (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۲۹/۱).

بر اساس این نظر، چه معامله صحیح باشد و چه فاسد، نحوه ابراء ذمه متصرف بدین نحو است که علاوه بر رد عین، ملزم به تأدیه ارش می‌گردد. مالک مال در این حالت ناگزیر است که عین معیوب و ارش مال را بپذیرد و امکان امتناع از قبول عین معیوب و مطالبه تمامی قیمت مال به جای آن وجود ندارد (موسوی خمینی، ۱۴۱۶: ۵۰۰/۱؛ محقق داماد، ۱۳۸۵: ۹۳/۱).

به نظر می‌رسد قائل شدن به مبنای ضمان ید برای مفهوم ارش تکلف باشد؛ زیرا معمولاً فقها به شمول قاعده علی‌الید به دیده مضیق می‌نگرند. در حالی که معتقدان به این دیدگاه، قائل به توسعه شمول قاعده علی‌الید هستند.

۲-۲-۱. غرامت تعبدیه

برخی فقها غرامت و ارش را از باب تعبد می‌دانند و معتقدند که ارش، غرامت تعبدیه است و نه از باب ضمان معاوضه و نه از قبیل ضمان ید محسوب می‌شود (آخوند

حقوق دانانی نیز مطالبه ارش را حکم قانونی می‌دانند. در واقع اینان با پذیرش اصل مسئولیت قراردادی استثنائاً در صورتی که سلامت مورد معامله، وارد در حوزه توافق نشود، اخذ ارش را به قانون منتسب می‌دانند (ابوعطا و شمس‌الهی، ۱۳۹۰: ش ۲۱/۵).

ایراد اساسی این نظر آن است که تعبد زمانی قابل استناد است که مبنای قابل توجیهی برای بیان هدف شارع و قانون‌گذار وجود نداشته باشد و ما بر اساس تعبد، حکم شارع یا قانون‌گذار را بپذیریم. اما در خصوص ارش، نیاز به چنین تعبدی نیست و وقتی در ادامه، ادله اثباتی مبنا و ماهیت نظریه عمومی ارش بیان شود، دیگر نیازی به توجیه ارش بر مبنای تعبد نخواهد بود.

۱-۲-۳. قاعده لاضرر

مطابق قاعده لاضرر، شخصی که موجب ضرر به دیگری شده، وظیفه دارد آن را جبران نماید. به قاعده لاضرر در فقه هم می‌توان به عنوان مبانی قهری ارش استناد کرد. سیدکاظم یزدی به استناد قاعده لاضرر، قائل به ضمان شده است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۳: ۶۸/۳).

برخی فقها نیز کلاً اختیارات و ارش را ناشی از قاعده لاضرر می‌دانند و برای آن، جنبه غیر قراردادی قائل‌اند (مامقانی، ۱۳۴۴: ۱۰۳). از نظر اینان در عیب نیز شارع مقدس با جعل ارش خواسته که ضرر خریدار جبران شود و بر این اساس، ضمان فروشنده از نوع ضمان قهری خواهد بود.

در کلام شهید صدر نیز در قاعده «لا ضرر ولا ضرار» در توضیح لاضرر آمده است کسانی که با تشبث به حقوق قانونی خودشان، به دیگران ضرر محرم وارد می‌کنند، لاضرر آن حق قانونی آن‌ها را سلب می‌کند (۱۴۰۵: ۴۸۹/۵). بر طبق مبنای ایشان نیز قاعده لاضرر اثبات ضمان می‌کند.

البته اگر قائل بشویم که بنای عقلا منبع اصلی قاعده لاضرر است و روایت لاضرر، ارشادی بر این حکم عقلاست، در این صورت پرداخت ارش نوعی جبران خسارت زیان رساندن به غیر است و دیگر نیازی به این مطلب نخواهد بود که آیا لاضرر اثبات

ضمان می‌کند یا نه و خود اثبات‌کننده ضمان است.

عده‌ای از حقوق‌دانان نیز لزوم نفی ضرر را در زمره مبانی خیار عیب و ارش آورده‌اند (امامی، ۱۳۷۶: ۵۰۱/۱). قانون برای جلوگیری از ضرر مشتری در مورد عیب مبیع، او را به یکی از دو امر راهنمایی نموده است که هر کدام را بخواهد، بدون جلب رضایت بایع اختیار کند؛ یکی فسخ و انحلال عقد می‌باشد چنان که در باقی‌خيارات است و دیگری قبول معامله با اخذ ارش.

البته در حقوق ایران نیز برخی حقوق‌دانان ارش را بر مبنای لاضرر قابل توجیه نمی‌دانند و بیان می‌کنند که در توجیه ارش باید به ملاحظات تاریخی توجه شود (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۳۲۰/۵). در واقع به نظر می‌رسد مبنای ایشان فقط توجیه مواد قانونی بوده و مبانی خيارات به خصوص ارش مورد غفلت واقع شده است.

۳-۱. نظریه منتخب مبنای ارش

به نظر می‌رسد مبنای دوگانه‌ای بر ارش حاکم می‌باشد. یعنی ارش از مواردی است که می‌تواند هم بر مبنای مسئولیت قراردادی و هم بر اساس مسئولیت غیر قراردادی باشد. به نظر می‌رسد اصل در مبنای ارش، مبنای قراردادی باشد و در مواردی که مسئولیت قراردادی جوابگو نباشد، بر مبنای مسئولیت قهری حکم به پرداخت ارش خواهد شد. مؤید این امر آن است که ارش در مجازات‌ها، در ماهیت امر نوعی دیه است که آن را دیه غیر مقدر نامیده‌اند و بسیاری از حقوق‌دانان، ماهیتی دوگانه برای دیه قائل هستند (بهروزی‌زاد، ۱۳۸۵: ش ۵۰/۶۰ به بعد). ارش نیز چون ماهیتاً نوعی دیه است، از ماهیت دوگانه دیه تبعیت می‌کند. با ذکر این مقدمه در نتیجه لازم است بر اساس اصل و استثنا به توضیح نظریه منتخب پردازیم.

۱-۳-۱. اصل

با توجه به اینکه در مسئولیت قراردادی به دلیل نقض تعهدات قراردادی، حقی برای متعهدله ایجاد می‌شود تا با درخواست مطالبه حقوق قانونی خود، انتظارات قراردادی اش را تا حد امکان برآورده سازد، به نظر می‌رسد اصل در مبنای ارش، مسئولیت قراردادی

باشد؛ زیرا ارش برای برقراری عدالت در رابطه قراردادی است؛ چرا که در اثر عیب مبیع، فروشنده مالی بیش از آنچه فروخته است، دریافت می‌کند و خریدار نسبت به آنچه پرداخته است، کمتر دریافت می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۳۰۹/۵).

برخی دیگر از حقوق‌دانان با عاریت کلام از سید یزدی کوشیده‌اند عدالت معاوضی را مبنای ارش معرفی نمایند. به اعتقاد اینان در عالم لب و معنا، مقابله بین وصف و عوض قابل تصور است. اقتضای چنین مقابله‌ای آن است که در صورت فقدان شرط یا وصف، مشروط‌له از دو اختیار فسخ معامله و انتخاب ارش همزمان بهره‌مند شود. دلیل اخذ ارش فقط آن است که شرط مندرج در عقد باعث افزایش قیمت معوض می‌شود و این ارزش افزوده قابل استرداد است (عبدی‌پور و ثقفی، ۱۳۸۷: ش ۷۲/۱۹).

جعفری لنگرودی نیز بر اساس آیه تراضی: «تَجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ» و اصول و ضوابط فقهی، معتقد به لزوم رعایت اصول سه‌گانه موازنه در قراردادهاست. از نظر ایشان، دلیل اخذ ارش موافق با قاعده است و دلیل آن نیز آیه تراضی است. از سوی دیگر، تعادل اقتصادی در مواردی که وجود شرط در تعیین ارزش اقتصادی عوضین مؤثر است، پرداخت ارش را توجیه می‌کند؛ زیرا بر اساس تئوری ایشان، موازنه در ارزش عوضین، از اصول مسلم قراردادهای معاوضی، و امری است که متعاقدین در زمان انعقاد قرارداد، بدان‌گردد نهاده‌اند. طبق نظر این حقوق‌دان، ارش از محل ثمن‌المسمی است و مصداقی از ضمان معاوضی به شمار می‌رود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۷۶ و ۱۳۸).

به عبارت دیگر، هدف از دادن ارش، جبران ضرر مشتری است، لیکن مسئولیت بایع، جنبه قراردادی دارد و می‌توان ضمانت اجرای قانون را بر نقض تعهد ضمنی بایع مبنی بر تحویل کالای سالم مبتنی ساخت (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۱۰۷/۵).

در واقع تکیه اینان، بر اصل سلامت کالا است. برخی حقوق‌دانان با ذکر اقوال فقها مبنی بر اصل سلامت کالا معتقدند که مبنای اختیار عیب را باید در درون تراضی جست (همان: ۳۰۳/۵). به نظر آن‌ها در موارد متعارف، خریدار خواهان تملک کالای سالم است و بر پایه این اعتقاد با فروشنده معامله می‌کند. اعتقاد به سلامت مبیع، او را از اشتراط این وصف بی‌نیاز می‌کند. فروشنده نیز از این اعتقاد آگاه است؛ چرا که در

غالب دادوستدها اصل را بر سلامت مبیع می‌نهند. از نظر ایشان، شرط ضمنی مربوط به سالم بودن مورد معامله، نوعی ویژه از شرط است که احکام خاص دارد. لذا حق فسخ وسیله‌ای برای جبران خسارت است که جنبه قراردادی دارد (همان: ۱۰۵/۵-۱۰۶).

شاید به عنوان مبنای قراردادی بتوان به اصل حسن نیت استناد کرد. در واقع ضرورت رعایت صداقت و عدم فریبکاری در قراردادها، عنصری برای ایجاد حکم ثانوی حق ارش است. ارش حکم ثانوی است که به دلیل رعایت نکردن صداقت و فریبکاری طرف قرارداد، از بین برنده حکم اولی الزام قرارداد است. بنابراین ضرورت صداقت و عدم فریبکاری ممکن است به عنوان مبنایی از مبنای اصل حسن نیت و رفتار منصفانه مورد استفاده قرار گیرد.

به عبارت دیگر در حالتی که عیب پنهان است و با واری متعارف نمی‌توان به آن پی برد، این تکلیف اخلاقی وجود دارد که عیب پنهان بیان شود. سکوت آگاه از عیب به ویژه در مواقعی که طرف مقابل به حسن نیت او اعتماد کرده است، نوعی نیرنگ و فریب است که حقوق نباید از آن بگذرد (همو، ۱۳۸۲: ۲۸۲/۵).

۱-۳-۲. استثنا بر قاعده

مسئولیت مبتنی بر قرارداد و شرط ضمنی، چند عیب بزرگ دارد:

- ۱- طرف قوی‌تر قرارداد و تولیدکننده، شرط عدم مسئولیت بکند که در این صورت، استناد به شرط ضمنی کارایی ندارد.
- ۲- شرط ضمنی حتی اگر در مورد قراردادهای سنتی کارایی داشته باشد، در قراردادهای مصرف کارایی نخواهد داشت؛ زیرا مسئولیت در چرخه مصرف کنندگان محدود می‌شود. کسانی که هیچ رابطه قراردادی مستقیم یا غیر مستقیم با تولیدکننده ندارند، اگر خسارتی ببینند، این خسارت جبران نمی‌شود. به همین جهت نظام‌های حقوقی، متوجه این قاعده شده‌اند که تولیدکننده را با قطع نظر از قرارداد و تقصیر راجع به عیوب کالا، مسئول قرار دهند. به بیان دیگر، مسئولیت را به قانون متکی کنند، به جای اینکه تکیه‌گاه آن قانون باشد. به این نوع مسئولیت، صرف نظر از اینکه در آن تقصیر وجود دارد یا خیر، مسئولیت محض گفته می‌شود (همو، ۱۳۸۷: ش ۳/۳۳۴).

در واقع امروزه در بسیاری از موارد، ارزش ضرر خریدار را جبران نمی‌کند؛ برای مثال اتومبیلی فروخته می‌شود که ترمز آن نقص فنی دارد و در اثر این عیب، خریدار تصادف می‌کند و چند برابر قیمت اتومبیل زیان می‌بیند؛ در صورتی که عیب ترمز، مبلغ ناچیزی از بهای اتومبیل می‌کاهد (همو، ۱۳۸۲: ۱/۲۵۰ به بعد). البته در این موارد می‌توان فرض تقصیر کرد تا زیان‌دیده سهل‌تر به ضرر خود برسد. علت اینکه در اینجا مسئولیت قراردادی منتفی است این است که در مسئولیت قراردادی، خسارت باید مستقیم باشد؛ یعنی نتیجه مستقیم و بلاواسطه نقض تعهد قراردادی به شمار آید. به همین خاطر، وجود واسطه بین نقض تعهد و خسارت وارد شده به متعهدله، رابطه سببیت عرفی بین آن دو را منتفی می‌سازد. ماده ۵۲۰ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹ نیز این نظر را تأیید می‌کند و حقوق‌دانان نیز فلسفه این وصف خسارت را لزوم احراز رابطه سببیت بین عدم انجام تعهد و خسارت وارده به متعهدله دانسته‌اند (همان: ۲۴۸/۳).

۲. تحلیل اقتصادی ضمانت اجرای حقوقی

۱-۲. طرح بحث

در تحلیل اقتصادی ضمانت اجرای قراردادی باید نقش اساسی را به تخصیص بهینه منابع و افزایش ثروت اجتماعی داد. در واقع باید به این مطلب توجه کرد که اصل بر اجرای مفاد قرارداد است. اما اگر یکی از طرفین قرارداد به تعهدات قراردادی خود عمل نکند، طرف مقابل بتواند با انتخاب ضمانت اجرایی مؤثر با کمترین هزینه، مطلوب‌ترین نتیجه را بگیرد و همانند این باشد که قرارداد اجرا شده باشد. در این مورد، دو نظریه عمده مطرح شده است:

۱- یک نظریه که عمدتاً با تأکید بر مباحث اخلاقی، سعی در تفسیر اقتصادی ضمانت اجرای حقوق قراردادهای دارد. مهم‌ترین این نظریات، نظریه بهینه‌سازی پارتو^۱ و نظریه سنتی حقوق آمریکاست که ابتدا به بیان این نظریات و تطبیق نظریه عمومی ارزش بر آن خواهیم پرداخت.

1. Pareto Optimality.

۲- نظریه‌ای که قائل به حذف اصول اخلاقی از حقوق قراردادهاست و بر این اساس به تفسیر اقتصادی ضمانت اجرای قراردادی می‌پردازد. تحلیل عمده در این خصوص نظریه عینی بودن قرارداد - که عمدتاً بر اساس نظریات حقوق دان مطرح آمریکا، هولمز است - مطرح خواهد شد و بر اساس این نظریه‌ها نیز نظریه عمومی ارش منقح خواهد شد.

۲-۲. نظریه بهینه‌سازی پارتو و تطبیق آن بر نظریه عمومی ارش

نظریه بهینه‌سازی پارتو مبنایی اخلاقی دارد. در واقع نظریه پارتو در مقابل نظریات اقتصادی هدف‌محور است. در نظریات اقتصادی هدف‌محور، هدف صرفاً رفاه است و از معیارهای ذهنی و ارزش‌های اخلاقی تبعیت نمی‌کنند. به همین خاطر، امکان ایجاد مقایسه رفاه فردی قابل تأیید وجود ندارد. بنابراین پارتو بر این شد که مجموعه‌ای از مفاهیم اقتصادی را تشریح کند که سود به نفع هر یک از افراد، ممکن است باعث آسیب رساندن به دیگران باشد. چنین اظهاراتی به عنوان بهینه‌سازی پارتو شناخته شد. اساس نظریه پارتو این بود که در تخصیص منابع، اگر بهتر کردن وضعیت یک یا چند شخص، باعث بدتر کردن وضعیت حداقل یک نفر باشد، این به معنای وضعیت کاراست. وی وضعیتی را مطلوب می‌دید که رفاه فرد یا افراد افزایش یابد، بی‌آنکه ملازمه‌ای با کاهش رفاه افراد دیگر داشته باشد (Bruni, 2002: 139).

انتخاب میان حالت‌های مطلوب پارتو، نیازمند تجدیدنظر در ارزش‌های ذهنی^۱ بود. برتری حداقل یک چنین وضعیتی در هر حالت مشخصی که خارج از مجموعه بود، تقریباً به عنوان حشو قبیح قلمداد می‌شد. به عبارت دیگر در همه مواردی که یک سیاست خاص منجر به افزایش بهره‌وری فیزیکی و در نتیجه افزایش درآمد واقعی می‌شود، در این صورت رویه اقتصاددانان این است که به طور کامل، مسئله قابلیت مقایسه رضایت اشخاص را بررسی کنند. از آنجا که در همه موارد، این امکان وجود دارد که هر کسی بهتر از قبل شود یا در هر صورت برای برخی از مردم بهتر باشد، بدون اینکه برای افراد دیگر بدتر باشد، در این صورت است که استدلال برای بهینه‌سازی، ملازمه با تقاضا برای بهره‌وری داشت (Buchanan, 1959: 124-125).

1. Subjective Values.

۳-۲. اساس نظریه عمومی ارش در قراردادها

نظریه عمومی ارش در قراردادها بر این اساس است که دارایی (در معنای مثبت آن) افزایش یابد، بدون اینکه ملازمه‌ای با کاهش دارایی افراد دیگر داشته باشد. توضیح آنکه در فقه امامیه در خصوص ماهیت ارش در قراردادها، این بحث مطرح است که آیا ارش در مقابل جزئی از وصف است یا مقابل وصفی از اوصاف؟ دو نظریه در مسئله وجود دارد:

۱-۳-۲. ارش بر طبق قاعده است

وحید بهبهانی در حاشیه مجمع الفائدة والبرهان (۱۴۲۱: ۲۷۳، ۲۷۵ و ۲۷۹) و سید طباطبایی یزدی در حاشیه المکاسب (۱۴۲۳: ۸۶/۳-۸۷ و ۲۲۳-۲۲۴) به دو بیان مختلف، به این نظریه تمایل پیدا کرده‌اند. رگه‌هایی از این نظریه در عبارات بعضی از متقدمان نیز دیده می‌شود (عاملی جزینی، بی‌تا: ۷۴/۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۰: ۳۷۶/۱؛ کرکی عاملی، ۱۴۰۸: ۱۹۲/۴ و ۳۳۵؛ عاملی جبعی، ۱۴۰۳: ۴۷۴/۳؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۰۵: ۴۲۶/۸).

در واقع اینان معتقدند که وصف صحت، مقابل جزئی از ثمن است. اگر وصف صحت به منزله جزء باشد، هر یک از عوضین عرفاً یا شرعاً مقابل جزء دیگر است که در این صورت ثبوت ارش بر طبق قاعده خواهد بود. پس همان طور که در تخلف جزئی از مبیع به آنچه که مقابل آن ثمن است، رجوع می‌شود، در تخلف وصف هم به آن مقداری که از وصف تخلف شده است از جزء رجوع می‌شود.

۲-۳-۲. ارش خلاف قاعده است

اکثر محققان در فقه امامیه بر این نظریه هستند (نجفی، ۱۳۶۷: ۲۳۶/۲۳؛ انصاری، ۱۴۲۰: ۲۷۶/۵؛ آخوند خراسانی، ۱۴۰۶: ۲۱۱؛ موسوی خویی، ۱۴۱۷: ۱۰۱/۷؛ موسوی خمینی، ۱۴۱۰: ۱۲۹/۵؛ غروی اصفهانی، بی‌تا: ۴۳۶/۴).

مواردی از نظر اینان که التزام به آن ممکن نیست، عبارت‌اند از:

- ۱- بیع تملیک مال به مال است و وصف صحت مقوم برای مالیت است، نه اینکه مال به حمل شایع باشد تا اینکه بیع منحل به تملیکات به عدد اجزای مال بشود.
- ۲- لازمه این نظریه که وصف صحت، جزئی از مال باشد این است که بیع در جزء

مفقود باطل باشد و بعضی ثمن به مشتری برگردد؛ در حالی که قائلان به نظریه مطابق با قاعده بودن هم حتی قائل به بطلان نیستند.

۳- بنا بر قاعده، ارش قابل اسقاط است؛ در حالی که اگر جزئی از ثمن بود، عین غیر قابل اسقاط است (غروی اصفهانی، بی تا: ۴۳۶/۴).

۲-۳-۳. نظریه منتخب (نظریه عمومی ارش)

به نظر می‌رسد از عقاید پراکنده فقهای امامیه در این خصوص می‌توان به تحلیلی دیگر دست یافت و آن اینکه ارش مطابق با قاعده است، ولی جزئی از ثمن محسوب نمی‌شود؛ بلکه ماهیت آن، جنبه غرامت (به لسان فقها) و خسارت قراردادی (به لسان حقوق دانان) دارد. نگاهی دوباره به ادله این باب می‌تواند استدلال ما را تقویت کند.

۱- در روایت حماد بن عیسی (حرّ عاملی، ۱۴۱۰: ۱۲/۴۱۵) و روایت عبدالملک (همان: ۱۲/۴۱۶، ح ۲) که می‌گویند: «له أرش العیب» (یعنی مشتری حق دارد ارش عیب را از بایع بگیرد)، مشخص نشده است که از چه مالی بگیرد. هر دو روایت اطلاق دارند که جنبه غرامت و خسارت دارد. اما مطابق قاعده بودن را نیز می‌توان از اطلاق این روایات به دست آورد؛ زیرا شارع مقدس با استشمام فهم عرف از معاملات دریافته است که عقلا و اهل عرف به وصف سلامت بیشتر از سایر اوصاف اهمیت می‌دهند و اگر در این اوصاف، ارش پیش‌بینی شده است، نه از این باب است که خلاف قاعده و تعبد است، بلکه تحلیل جامع به ما می‌رساند که این اخبار ارشادی هستند به فهم عرف از وصف سلامت.

در تعبیری که شیخ انصاری در مقام تحلیل روایات مطرح کرده است نیز می‌توان تحلیلی را که ارائه شد، مشاهده کرد. در مقابل استناد گروه دوم که به برخی از روایات - که می‌فرماید: «بایع باید تفاوت صحیح و معیب را به مشتری رد کند و یا تفاضل و زیادی را رد کند»- مبنی بر اینکه ظاهر روایت این است که باید آن مقداری که رد می‌کند از همان چیزی باشد که قبلاً از مشتری گرفته و از عین ثمن باشد، ایشان بیان می‌دارد:

«تعبیر مزبور از باب این است که غالباً در معاملات، ثمن به دست بایع رسیده و

قبض و اقباض حاصل شده، چون نقدی معامله می‌کنند و غالباً هم ثمن از نقدین یعنی درهم و دینار یا پول رایج بلد است و حکم به رد تفاوت یا تفاضل و... به اعتبار نوع است. به عبارت دیگر باید از همین نقد رایج بلد بدهد، نه به لحاظ شخص که از عین ثمن مقداری بپردازد، و این معنا با دقت و تأمل تام و تمام در مفاد روایت حاصل می‌شود. ضمناً از پاسخ روایات مذکور، پاسخ روایتی دیگر هم داده شد و آن روایت ابن سنان است که می‌گوید: «اگر مشتری قبل از دادن پول به بائع فهمید که مبیع معیوب است، می‌تواند به مقدار عیب، از خود ثمن کسر کند و بقیه را به بائع بدهد» و پاسخ این است که باز غالباً ثمن در معامله کلی است و وقتی کلی شد، به ذمه مشتری می‌آید و وقتی به سبب عیب در مبیع، بائع مشغول‌الذمه شد به ارش، مشتری می‌تواند عوض عیب را از پول دیگر از او بگیرد، یا اگر مقروض است از بابت قرض خود حساب کند و یا از همین ثمن که به ذمه‌اش آمده، حساب کند و مقداری را بردارد و بقیه را بدهد (انصاری، ۱۴۲۰: ۳۹۶/۵).

ملاحظه می‌شود که از این تعابیر استفاده می‌شود که ماهیت ارش غرامتی است که به واسطه عقد تحمیل می‌شود و این همان اصلی است که در پی اثبات آن هستیم و ارش را خسارتی می‌دانیم که در نتیجه قرارداد و ضمان معاوضی بر بائع تحمیل می‌شود. به عبارت دیگر، ارش غرامت و خسارت قراردادی ضمان معاوضی در عقود معاوضی است. حتی برخی از فقها و اساتید معاصر در تفسیری موسع معتقدند که ارش تقسیط می‌شود بر اجزاء و صفات صحیحه و کمالیه مطلقاً و هر آنچه که موجب کثرت رغبت و بذل ثمن زائدی است در آنچه طرفین آن را انشاء می‌کنند یا بناً معامله بر آن انجام می‌شود (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۴: ۴۲۷/۱).

از نظر ایشان:

«فرق واضحی بین مقام ما و آنچه که حکم به انفساخ از اول، مثل جایی که بیع ما بملک و ما لا یملک به کالای واحد باشد، وجود دارد؛ زیرا فقها در آنجا حکم به صحت ما یملک و بطلان ما لا یملک دادند. این حکم به خلاف تخلف وصف و جزئی است که مشابه تخلف وصف است در اینجا دو طریق است: یکی از آن‌ها رد معامله از ابتداست و فسخ معامله است، و دیگری قبول معامله و انحلال آن در جزء و وصف است، و به این خاطر است که حکم به انفساخ در این مورد نکردند؛ زیرا امر دائر بین فسخ کل یا خصوص جزء و وصف است» (همان).

در واقع حتی اگر با کلام ایشان موافق نباشیم که ارش جزئی از ثمن است، در نتیجه که ارش پرداختی مطابق با قاعده است، توافق داریم. حتی اگر در توصیف آن دچار اختلاف شویم و آن را بر طبق مبنای آیه‌الله سبحانی بخشی از ثمن، و بر طبق مبنای اتخاذه، غرامت و خسارت بدانیم، مشکلی در اصل مسئله نخواهد بود.

۲- بنای عقلا هم تأیید می‌کند که پرداخت ارش خسارت است و مطابق با قاعده محسوب می‌شود. در واقع در تعریف بنای عقلا گفته شده است که بنای عقلا: «استمرار عمل و روش توده عقلا در محاورات، معاملات و سایر روابط اجتماعی بدون در نظر گرفتن کیش، آیین و ملت آن‌هاست». از نظر برخی فقها، مراد از بنای عقلا همان استمرار عقل عقلا بما هم عقلاست (کاظمی خراسانی، ۱۴۰۶: ۱۹۲/۴؛ بروجردی نجفی، ۱۴۰۸: ۱۳۷؛ صدر، ۱۴۰۵: ۱۱۱/۱؛ ذهنی تهرانی، ۱۳۸۸: ۷۶۰/۳ به بعد).

عقلا بما هم عقلاء نیز پرداخت غرامت را تجویز می‌نمایند. در نتیجه ارش امری مطابق با بنای عقلا و مطابق با اصل است و شارع مقدس نه تنها ردعی نکرده است، بلکه بازنگری در روایات، دال بر این است که بنای عقلا را تنفیذ نیز نموده است.

۳- تحلیل رابطه میان شرط و عقد بر اساس احیای نظریه جزئیت نیز می‌تواند اثباتگر نظریه عمومی ارش باشد. یکی از مهم‌ترین نظریاتی که در این خصوص ابراز شده است، نظریه جزئیت است. بر اساس این نظریه، شرط جزئی از عوضین است. تعبیر مشهور در این خصوص در لسان فقها چنین است: «للشرط قسط من الثمن». بر این اساس، وجود یا عدم وجود شرط، باعث تأثیر در ثمن معامله می‌شود و اگر شرط باطل باشد، ما بزاء آن از ثمن نیز باطل است (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۳۲۱/۵).

همان طوری که برخی از ویسندگان به درستی متذکر شده‌اند:

«لازمه این نظریه آن است که در صورت تخلف از شرط، مشروط‌علیه بتواند ثمن را تقسیط کند و بر مشروط‌علیه لازم است قسمتی از ثمن را که در برابر شرط قرار گرفته است، به طرف مقابل برگرداند؛ امری که معتقدان به این نظریه نیز بدان ملتزم نشده‌اند و برخی از فقیهان در انتقاد به این دیدگاه بیان داشته‌اند که این نظر بر خلاف فهم عرفی از مفاد عقد است و عرف میان جزء و شرط تفاوت می‌گذارد» (عبدی‌پور و تقفی، ۱۳۸۷: ۶۷-۶۶/۱۹).

در واقع یا قائل به نظریه جزئیت رابطه شرط با عقد هستیم که در این صورت قطعاً موافق اخذ ارش در قراردادهای به عنوان نظریه عمومی خواهیم بود. بر فرض اینکه حتی قائل به نظریه جزئیت نباشیم و معتقد باشیم که فقهای متأخر بر خلاف فقهای متقدم قائل به نظریه جزئیت نیستند، در این صورت نیز عدم انجام شرط باعث خواهد شد که به عنوان ضمانت اجرا، طرف ناقض قرارداد را به جبران خسارت وادار سازیم؛ زیرا ارش فقط در قراردادهای عین معین اعمال می‌شود، بنابراین ضمانت اجرای طولی مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ در مورد آن کارایی نخواهد داشت. طبیعی است که الزام به انجام تعهد در مورد عین معین معیوب معنا نخواهد داشت، به طریق اولی نیز ثالث نمی‌تواند الزام متعهد را انجام دهد. بنابراین فقط ارش ثابت خواهد شد که به نظر می‌رسد امری مطابق با قاعده خواهد بود؛ زیرا در هر صورت متعهد شده بود که مبیع را سالم تحویل دهد و به این تعهد قراردادی خود عمل نکرده است؛ بنابراین باید جبران خسارت نقض تعهد قراردادی خود را بنماید.

در بیانی مشابه محقق داماد نیز می‌نویسد:

«شرط به هر حال دارای ارزش است و در فرض تخلف باید به نحوی منظور و جبران گردد و به هیچ وجه قائل شدن به حق خیار، جبران زیان مشروطه را نمی‌کند. بنابراین هر چند می‌پذیریم که شرط دقیقاً جزئی از عوضین نیست، ولی در حکم آن است و لذا جبران آن از طریق چیزی شبیه ارش با مشکلی مواجه نخواهد شد» (محقق داماد، ۱۳۹۵: ۳۵۰).

شاید بیان شود که نظر ایشان مبتنی بر این نظر است که اثر شرط، ایجاد تعهد مالی بوده و لذا شرط فعل قابل تخلف نیست و دیدگاه ایشان، ادعایی اثبات نشده است؛ بنابراین نمی‌تواند به عنوان مبنای نظریه عمومی ارش استفاده شود. پاسخ اینکه قدر متیقن این است که در مورد مبیع معیوب، شرط سلامت دارای ارزش مالی است و همین قدر متیقن کفایت می‌کند که قائل به جبران خسارت باشیم؛ حال چه در قالب نقض تعهد قراردادی و چه در قالب غرامات شرعی. بنابراین در هر صورت، پرداخت خسارت قابل توجیه است. اما به نظر می‌رسد نظریه مختار قوی‌تر باشد؛ زیرا نقض تعهد قراردادی، مستلزم جبران خسارت است؛ چه شرط فی نفسه دارای مالیت باشد و چه

نباشد، نقض تعهد قراردادی باید جبران شود. بنابراین در بدبینانه‌ترین حالت، دیدگاه محقق داماد می‌تواند به عنوان مؤید نظریه عمومی ارش تلقی شود.

۴- می‌توان سه دلیل قبلی را بر اساس تحلیل اقتصادی ارش بر پایه نظریه کارایی پارتو هم مطرح کرد. شکی وجود ندارد که اساس فقه و روایات ما و بنای ارتکازی میان مسلمانان، بر مبنای باورهای اخلاقی استوار است. در این خصوص، میان دکترین پارتو و آموزه‌های شرعی اشتراک وجود دارد. در واقع، هم نظریه پارتو و هم آموزه‌های شرعی، شعاری واحد دارند: اقتصاد وسیله است نه هدف.

نکته دیگر اینکه تلاقی دلایل نظریه عمومی ارش با نظریه کارایی پارتو را در وضعیت مطلوب باید بر اساس این نظریه دید. بر اساس این نظریه، رفاه وقتی محقق می‌شود که رفاه و مطلوبیت فرد یا افراد افزایش یابد، بدون اینکه در وضعیت سایر افراد تغییری ایجاد شود و آن‌ها دچار ضرر و زیان بشوند. در نظریه عمومی ارش نیز غرامتی که فروشنده باید پردازد، در نتیجه عدم عمل کردن او بر طبق مسئولیت قراردادی اوست و این وضعیت به سود خریدار خواهد بود؛ ولی ملازمه‌ای با ضرر سایر افراد از جمله فروشنده نخواهد داشت، چون فروشنده غرامتی را پرداخته که مستحق آن نبوده است. در واقع به زبان خود پارتو، وضعیت خریدار بهتر می‌شد بدون اینکه برای افراد دیگر بدتر شود.

۴-۲. نظریه سنتی حقوق آمریکا در باب ضمانت اجراهای قراردادی و

تطبیق آن با نظریه عمومی ارش

از لحاظ تاریخی، نظریه سنتی مدت‌های مدیدی در حقوق کامن‌لا بر این اساس استوار بود که:

«تعهدات ذاتاً و اخلاقاً باید وفا شود و این قاعده اخلاقی باید توسط قانون به رسمیت شناخته شود» (Paton, 1951: 296).

از لحاظ فلسفی نیز حدود چهار قرن پیش، دانشمند معروف غرب توماس هابز ادعا کرد:

«تعریف بی‌عدالتی جز عدم اجرای عهد و پیمان نیست» (Ibid.).

از لحاظ حقوقی نیز اعتقاد بر این بود که نقض قرارداد یک اشتباه اخلاقی است. علی‌رغم تضعیف ادبیات مذهبی که از لزوم وفای به عقد و تعهد صحبت می‌کرد، نقض قرارداد همچنان اخلاقاً مذموم بود. به تعبیر یکی از نویسندگان پیرو حقوق کامن‌لا: «چرا باید تعهدات را اجرا کرد؟ ساده‌ترین پاسخ را شهودگرایان دادند. از نظر اینان تعهدات فی‌نفسه مقدس هستند. ذاتاً ناپسند است که وعده‌ای را حفظ نکنید و جامعه‌ای که صحیحاً سازمان یافته است، نمی‌تواند این مسئله نقض قرارداد را تحمل کند... اما هم‌اکنون تردیدی نیست که عقل سلیم به طور کلی پیدا می‌شود. اما به هر حال، نقض قرارداد یک واقعیت است... به ما اجازه بدهید که این واقعیت را فراموش نکنیم که قضاوت و حقوق‌دانان مانند سایر انسان‌ها صراحتاً بیان می‌کنند که به طور کلی همه افرادی را که نقض عهد کردند باید از لحاظ اجتماعی هتک حرمت کرد» (Cohen, 1933).

در واقع تلقی سنتی بر این بود که اگر رفتار ناقض قرارداد، توسط قانون مورد تشویق قرار نگیرد، اجتماع و عرف این نوع رفتارها را سزاوار سرزنش تلقی خواهد کرد. حقوق‌دانان آمریکایی پیرو حقوق کامن‌لا در جستجوی این ناهنجاری ظاهری، موفقیت کمی پیدا کردند. به تعبیر یکی از این حقوق‌دانان: «قاعده در حال حاضر فراتر از شک و تردید است، اما هیچ دلیل متقاعدکننده‌ای برای به رسمیت شناختن نقض قرارداد وجود ندارد» (Salmond & Winfield, 1927: 510).

با وجود این، سرزنش‌های اجتماعی نتوانست رویه قضایی را وادار کند که ضمانت اجراهای تنبیهی بر علیه ناقضان قرارداد را وضع نماید. در نظام حقوقی کامن‌لا، پرداخت خسارت هدف کلی قانون است و باید فقط جبران خسارت بشود. بنابراین اجرای عین تعهد جنبه استثنایی داشت. البته میزان جبران خسارت باید به نحوی می‌بود که خواهان را در موقعیتی قرار بدهد که اگر قرارداد توسط خواننده اجرا می‌شد، در آن موقعیت قرار می‌گرفت (Williston, 1937: 9). البته در آخرین تحولات در حقوق آمریکا، استرداد سود حاصل از نقض قرارداد به عنوان یک هدف از سیستم اصلاحی آمریکا کنار گذاشته شد (Botterell, 2010: 140).

طرفداران اخلاقی بودن قراردادها برای حمایت از منافع طرف با حسن نیت قرارداد

به عدالت فطری هم متوسل شدند و از دید آنان عدالت فطری نیز همگام با اخلاق در مورد بحث، نتایجی مشابه دارد؛ هرچند در مقایسه بین اخلاق و عدالت فطری، عدالت فطری نتایج نامعلوم کمتری دارد.

همچنین در خصوص توسل به ضمانت اجرای اعاده به وضع سابق، انجام تعهد وعده داده شده توسط خود متعهدله نیز ضروری است. به تعبیر یکی از حقوق دانان آمریکایی:

«قرارداد ممکن است توسط طرفی که تعهد خود را انجام داده است یا با دقت در حال انجام است، فسخ شود. فرد فقط زمانی می‌تواند به ضمانت اجرای اعاده به وضع سابق علیه طرف ناقض قرارداد خود متوسل شود که عوض قراردادی خود را انجام داده باشد. بنابراین برای مثال فردی که گاو نر خود را برای جفت‌گیری با گوساله ماده داده است، زمانی می‌تواند از قرارداد عدول کند که عوض قراردادی یا معادل آن را بازگردانده باشد... فقط تعصبات اخلاقی است که شخص را مجبور می‌کند که در مدت زمان محدودی تعهد خود را انجام دهد. یک فرد ممکن است مجبور شود که به مدت زمان قابل توجهی برای اجرای عین قرارداد تلاش کند. با این حال، در جامعه افراد التزامات اخلاقی دارند که مطابق با انتظارات، وظایف و تعهدات خود را انجام دهند» (Stigler, 1988: 167).

منافع طبیعی قرارداد که سبب آن خسارات ناشی از اتکای به تعهد بوده است، قابل مطالبه است. حتی اگر خود این طرف نیز تعهدات خود را در برابر طرف ناقض قرارداد انجام نداده باشد، به این علت که فرد به این قرارداد اعتماد کرده بود، قابل توجیه است. اما در مورد عدم‌النفع قراردادی از نظر حقوق دانان آمریکایی زمانی قابل مطالبه است که متعهد قسمت‌های کمتر مهم قرارداد را اجرا کرده باشد:

«متعهدلهی که عملاً به تعهد تکیه کرده بود، حتی اگر تعهد خود را در برابر متعهد ایفا نکرده باشد، قطعاً از متعهدلهی که صرفاً خواستار این است که تعهد وعده داده شده به او، انجام شود و از انجام تعهد متعهد در برابر او مأیوس است، بیشتر مورد تأکید است. در حال گذر از جبران خسارت به تغییر وضعیت موقعیت‌های اقتصادی از دست‌رفته... حقوق صرفاً به دنبال التیام وضعیت ناراحت‌کننده نقض قرارداد موجود نیست... بلکه به دنبال ایجاد وضعیت جدیدی است... با این گذار، توجیه جبران خسارات قانونی، کیفیت خود را آشکار می‌کند؛ زیرا به عنوان یک واقعیت

مسلم، قواعد معمولی جبران خسارت در تعیین میزان خسارات دچار مشکل هستند، در حالی که با وضع قواعد جدید جبران خسارت، تعیین خسارت امری ساده تلقی خواهد شد» (Fuller & Perdue, 1937: 57).

نظریه عمومی ارش نیز از لحاظ اخلاقی کاملاً قابل اثبات است. در واقع نظریه عمومی ارش به دلالت التزامی از قاعده لزوم وفای به عهد - که یک اصل اخلاقی مسلم در حوزه زندگی بشر است - انتزاع می‌شود. به تعبیر علامه طباطبایی:

«حسن وفای به عهد و قبح نقض عهد، از فطریات بشر است و انسان در زندگی فردی و اجتماعی، بی‌نیاز از عهد و وفای به آن نیست» (طباطبایی، ۱۳۷۴: ۲۵۹/۵).

در فقه امامیه نیز هماهنگ با این اصل فطری، اصل بر لزوم و انجام تعهدات است. بنابراین در التزام به حسن وفای به عقد معتقدند که وفای به عهد و شرط به دلیل عموماتی چون «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و «المؤمنون عند شروطهم» بر متعهد واجب است و متعهدله باید ابتدائاً او را الزام به انجام تعهد نماید (انصاری، ۱۴۲۵: ۶۲/۶). بر مبنای همین الزام اخلاقی است که می‌توان به نظریه عمومی ارش رسید. درست است که وجوب جنبه تکلیفی، و ارش جنبه وضعی دارد، اما تردیدی نیست که حکم وضعی، چه به نحو مستقل و چه به نحو واحد، توسط فقها در باب قاعده لزوم وفای به عقد ذکر شده است (برای مطالعه بیشتر در این باره رک: همان: ۱۹/۵). بنابراین اثبات نظریه عمومی ارش می‌تواند از باب التزام اخلاقی به عقود و پیمان‌ها نیز تفسیر شود؛ بدین توضیح که ماهیت ارش، خسارت و غرامتی است که در نتیجه نقض قرارداد و عدم انجام صحیح قرارداد توسط ناقض قرارداد باید پرداخت شود و در این صورت، مطابق با قاعده خواهد بود؛ چرا که قاعده این است هر وقت قرارداد نقض شد، طرف ناقض قرارداد باید خسارت نقض خود را بپردازد و چون بنای حقوق قراردادهای بر حفظ قرارداد است، حفظ قرارداد بر فسخ آن اولویت دارد و نظریه عمومی ارش برای جبران خسارت طرف متضرر خواهد بود. شاید بتوان به رگه‌هایی از این نظریه در کلام برخی از فقهای معاصر دست یافت:

«ارش نه از امور تبدیه است تا محتاج به بیان آن در بیان شارع باشد و نه از موضوعاتی که نیاز به استنباط فقیه دارد تا او اعمال فکر و اجتهاد در ادله کند، بلکه

۱. «وقد عرف أن ليس المستفاد منها إلا حكم واحد تكليفي يستلزم حكماً وضعياً».

ارش از امور عرفی دایر بین تجار و متعاملین و اهل بازار است و لازم است که به اهل خبره از آن‌ها رجوع شود و اگر به سواد مردم و اهل بازار مراجعه کنید، خواهند گفت: ارش همان ارزش مالی است که بخشی از ثمن در ازای شرط سلامت مبیع پرداخت می‌شود، در نتیجه ارش غرامتی خارج از ذات عوضین است... همچنین ضمان معاملی عبارت از تعهد به شیء در معامله ولو در عالم لب (بنا بر دیدگاه سید یزدی) و یا در عالم واقع است و ضمان معاملی از عهده‌اش خارج نمی‌شود، مگر زمانی که خسارات و ارش را تدارک کند. و بایع در مقابل مشتری الزام می‌شود و آنچه را که مستحق بر زائد عین است، اخذ می‌کند. در نتیجه حتی اگر عدم وصف بودن سلامت مبیع آشکار شد و قائل بودیم که وصف سلامت، وصف مبیع است نه جزء آن، دفع عوض آن بر عهده فروشنده واجب است. در این صورت، پرداخت ارش به حسب بناء معاملی و مرتکبات ناس مطابق با قاعده است» (موسوی سبزواری، ۱۴۱۷: ۲۰۰/۱۷).

اینکه ایشان به مطابق با قاعده بودن ارش تأکید دارند، به معنای نظریه عمومی ارش در قراردادهاست که قطعاً یکی از مبانی آن، لزوم وفای به تعهدات خواهد بود.

۵-۲. نظریه عینی بودن قرارداد و تطبیق آن با نظریه عمومی ارش

نظریه عینی بودن، ریشه در نظریات نویسندگان حقوقی آمریکایی داشت که برخلاف قضات آمریکایی «در پی تثبیت معیار عمومی پذیرفته‌شده برای ضمانت اجرای قراردادی بودند» (Eslami, 2016: 114).

معروف‌ترین این نویسندگان هولمز بود. آرزوی هولمز این بود:

«از کل مفاهیم اخلاق در حقوق خلاص شود... تمایل داشت مسیر قانونی را تغییر دهد» (Holmes & Pollack, 1941).

مخصوصاً اینکه اصلاً تمایلی نداشت که اصول اخلاقی را در حقوق قراردادها اعمال کند:

«در هیچ جایی همانند حقوق قراردادها، سردرگمی بین ایده‌های اخلاقی و ایده‌های حقوقی آشکارتر نیستند. وظیفه حفظ یک قرارداد در حقوق کامن‌لا به این معناست که شما باید پیش‌بینی کنید در صورت نقض قرارداد صرفاً باید خسارت پردازید و هیچ چیز دیگری جز این را متعهد نیستید. اگر شما مرتکب شبه جرم شوید، باید

معادل آن جبران خسارت کنید. اگر شما مرتکب نقض قرارداد شوید، باید جبران خسارت کنید، مگر آنکه تعهد وعده داده شده را انجام دهید و بین همه این‌ها تفاوت است. نگرش این‌چنینی به موضوع، نگرش فاسد کسانی را که معتقد به تأثیر اخلاقی در حقوق هستند، از بین می‌برد و باعث می‌شود قائل شویم که قرارداد ارزش اخلاقی ندارد. بنابراین ضمانت اجراهای آن نیز باید عینی باشد نه اخلاقی» (Holmes, 1897).

او در دعوای (Bromage v. Genning 81 Eng. Rep. 540 K. B. 1616) با درخواست تجدیدنظر از موضع خود دفاع کرد. قاضی کوک برای اینکه اجرای عین تعهد در یک قرارداد اجاره حکم شود، معتقد بود:

«باید توجه کرد که چنین حکمی قصد متعهد مبنی بر اینکه او، یا قصد پرداخت خسارت یا انجام دادن قرارداد اجاره را دارد، دگرگون می‌کند» (Dawson & Harvey, 1959: 94).

قاضی پولاک با این نظر مخالفت کرد:

«قصد متعهد به وضوح قابل تصور است که نقض قرارداد بوده و نقض قرارداد، خطای قراردادی است نه اینکه فرض شود که به جای اجرای قرارداد باید خسارت پردازد» (Holmes & Pollack, 1941: 79-80).

مشکلی که نویسندگان حقوقی پیرو حذف ارزش‌های اخلاقی داشتند، استخراج آرای باارزش بر اساس منابع قانونی بود؛ چون آرای دادگاه‌های آمریکایی اغلب فقط به صورت ساختاری طبقه‌بندی می‌شد، در حالی که اینان معتقد بودند درخواست‌های تجدیدنظر با تفکر و تأمل در برخی از نکات ارجاعی، جایگزین شیوه طبقه‌بندی ساختاری آرای دادگاه‌های آمریکایی شود. نکته دیگری که باعث شد نویسندگان حقوقی آمریکایی به سمت ترویج عینی‌گرایی قرارداد رفتند، موفقیت نظام سرمایه‌داری در انگلیس و رشد سریع آن به سمت قله‌های صنعت و سیاست بود. همین امر موجب شد که برای رشد اقتصادی ایالات متحده آمریکا، مؤلفه عینی به ملاحظات عدالت طبیعی افزوده شود که در توسعه حقوق قراردادها نقش مهمی ایفا کرد. شناسایی مزایای مادی برای سرمایه‌گذاری بازار آزاد، تلاش‌هایی را برای تسهیل رقابت از طریق توسعه و ایجاد کنترل‌های حقوقی ایجاد کردند. برای ایجاد کارایی اقتصادی، بسیاری از تعاریف

اخلاقی حوزه حقوق قراردادهای با وجود حفظ آنها منعطف شدند. بسیاری از فعالیت‌های اقتصادی که عمدتاً شامل سرمایه‌گذاری و سفته‌بازی بودند، قانوناً به رسمیت شناخته شدند. در این نوع قراردادهای به طور ضمنی برای نیروی کار، کالاها، سهام به طور ضمنی مقرر شد که متعهد مخیر است یا تعهد خود را انجام دهد یا باید جبران خسارت نماید (Wilensky, 2015: 91).

اینان به این نتیجه رسیدند که وظیفه حقوق قراردادهای، نظارت بسیار قوی در حوزه امنیت معاملاتی است تا اشخاص با اتکا به توانایی خود، به انجام تعهدات قراردادی خود بپردازند و همین امر، باعث تضمین اجرای قرارداد خواهد شد (Cohen, 1982: 102). در مقام تطبیق این قاعده با نظریه عمومی ارش در قراردادهای، عینی بودن از منظر متعهدله قابل بررسی است و می‌توان به مسئله طولی یا عرضی بودن مطالبه ارش در موارد عدم مطابقت مورد قرارداد با کالای تسلیمی اشاره کرد. توضیح مطلب آنکه فقهای امامیه متفق هستند در اینکه ظهور عیب، مقتضی جواز رد یا اخذ ارش فی الجمله است. آنچه محل تنازع عقاید مختلف بین فقها شده است، این است که آیا تخیر ابتدائاً بین ثبوت ارش و بین رد وجود دارد یا ارش مختص به صورت عدم امکان رد به سبب تصرف مانع یا تلف عین یا حدوث عیب یا سایر مسقطات رد است؟

منشأ این نزاع هم در فقدان دلیل معتبر بر تخیر بین ارش و رد در اخبار معتبره و تام‌السند است. از لحاظ تاریخی، قول مشهور در فقه معتقد به تخیر (رابطه عرضی)، و قائل به عدم اشتراط اخذ ارش به یأس از رد است. حتی عدم خلاف در مسئله را نفی کرده و ادعای اجماع در مسئله کرده‌اند (حسینی عاملی، بی‌تا: ۶۱۴/۴).

شاید اولین کسی که در قول مشهور مبنی بر تخیر (رابطه طولی) مناقشه کرد، مقدس اردبیلی بود. ایشان معتقد بود که دلیلی بر اختیار بین رد و قبول با ارش بعد از ظهور عیب وجود ندارد، بلکه از اخبار استفاده می‌شود که ارش مختص به تصرف مشتری در مبیع یا حادث شدن عیب پس از قبض است (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۵: ۴۵۰/۸). همچنین فقهای مانند سید عاملی، محقق نجفی، آیه‌الله خوئی و امام خمینی صراحتاً با حکم تخیر مخالفت کردند (حسینی عاملی، بی‌تا: ۶۱۴/۴؛ نجفی، ۱۳۶۷: ۲۳۶/۲۳؛ موسوی خوئی، ۱۴۱۷: ۱۰۲-۱۰۰/۷؛ موسوی خمینی، ۱۴۱۰: ۹-۸/۵).

در واقع به نظر می‌رسد این اختلاف مبنایی و ناشی از این باشد که آیا ارش مطابق با قاعده یا مخالف با آن است. به نظر می‌رسد قول قوی‌تر آن باشد که ثبوت ارش مطابق با قاعده است. در این صورت چون وصف صحت، مقابل جزئی از ثمن است، پس عوض جزئی از مبیع اگر فوت شود، در مقابل آن جزئی از ثمن قرار می‌گیرد؛ در نتیجه اگر بیع در آن قسمت باطل شود، استحقاق مشتری برای گرفتن ارش، مطابق قاعده است؛ نظیر خیار تبعض صفقه. مشتری بین رد آنچه قابل وصف از ثمن است و بین فسخ عقد مخیر است (وحید بهبهانی، ۱۴۲۱: ۲۷۳ و ۲۷۵؛ نجفی، ۱۳۶۷: ۲۳/۲۳۶؛ انصاری، ۱۴۲۰: ۵/۲۷۶؛ موسوی خویی، ۱۴۱۷: ۱۰۱/۷).

البته در حقوق ایران مباحثی که در لسان فقها وجود دارد، در قانون مدنی از آن مباحث وجود ندارد و قانون مدنی به صراحت، ارش و حق فسخ را در عرض هم قرار داده است. حقوق‌دانان نیز در تألیفات خود به این نکته مهم نپرداخته‌اند و این وضع در بین شارحان قانون مدنی نیز از ابتدا تا کنون دیده می‌شود.

در ماده ۴۲۲ قانون مدنی، حقوق مشتری در صورت معیوب بودن مبیع بیان شده است. مشتری در صورت معیوب بودن مبیع دو حق دارد؛ اول حق فسخ معامله و دوم حق مطالبه ارش. به عبارت دیگر، بر اساس ماده مزبور مختار است که یکی از سه راه حل زیر را انتخاب نماید:

۱- عقد بیع را به صورت یک‌جانبه منحل کرده، تمام ثمن پرداخت شده به فروشنده را مسترد دارد.

۲- عقد را منحل ساخته و کالای معیوب را برای خود نگه داشته و از فروشنده به لحاظ وجود عیب موجود، تفاوت قیمت صحیح و معیوب کالا را به عنوان ارش مطالبه کند.

۳- عقد منعقد را به انگیزه شرافتمندانه یا غیر آن منحل ساخته و بدون مطالبه ارش، به تملک کالای ابتیاعی راضی شده و عملاً حق فسخ و نیز اخذ ارش را اسقاط کند و بیع را مجاناً امضا نماید. البته این اختیار از مفهوم ماده ۴۲۲ قانون مدنی مستفاد می‌شود. البته شهیدی اصطلاح خیار در قانون مدنی را صرفاً به معنای حق فسخ دانسته و حق مطالبه ارش را داخل در حق پذیرش یا رد قرارداد نمی‌داند و به تعبیر دیگر، حقی مستقل

و هم‌عرض در کنار حق فسخ می‌داند (۱۳۸۲: ۶۵). در این خصوص نیز حق تقلیل ثمن با ارش متفاوت است، مگر اینکه هم‌نظر با فقهای بشویم که قائل به تعبدی بودن ارش هستند. البته در حقوق ایران، رفع عیب و یا تسلیم کالای جانشین استثنایی است و فقط در حدود نص یعنی ماده ۴۷۸ قانون مدنی در خصوص عقد اجاره کاربرد دارد.

به نظر می‌رسد قاعده عمومی ارش، شکل تکامل‌یافته‌ای از نظریه عینی بودن قرارداد است و در واقع تلفیقی از نظریات عینی بودن با حفظ اخلاقی بودن قرارداد است؛ زیرا علاوه بر اینکه ضرورتی به امحای قواعد اخلاقی از حوزه حقوق قراردادها نیست، امری که ضعف قاعده عینی بودن قرارداد را می‌رساند و نویسندگان بعدی پیرو این مکتب به دنبال رقیق کردن حوزه اخلاقی در قرارداد شدند، اما عینی بودن قرارداد در کنار اخلاقی بودن مفاهیم آن کاملاً قابل دسترسی و ارزیابی است. نظریه عمومی ارش یکی از ضمانت‌اجراهایی است که می‌تواند در عین حال که کارآمد و عینی باشد، امری که نویسندگان آمریکایی به دنبال آن بودند، اخلاقی نیز باشد. البته نظریه عینی بودن چون قانلی به مسائل اخلاقی نداشت، از دیده منافع متعهد به مسئله می‌نگریست؛ اما چون ما در فقه امامیه و حقوق ایران و بالتبع آن در نظریه عمومی ارش به دنبال حفظ مسائل اخلاقی نیز هستیم، عینی بودن را از منظر متعهدله می‌بینیم؛ زیرا با نقض قرارداد، این متعهدله است که حاکم بر قرارداد می‌شود و کارایی باید از منظر او بررسی شود. بنابراین باید دید که آیا او فسخ قرارداد را انتخاب می‌نماید یا اخذ ارش، و این همان اصلی است که به دنبال اثبات آن بودیم و آن نظریه عمومی ارش است.

نتیجه‌گیری

با بررسی تحلیل‌های اقتصادی حاکم بر حقوق قراردادها به این نتیجه می‌رسیم که حقوق قراردادها از منظر اقتصادی عمدتاً بر دو محور اخلاقی بودن و عینی بودن قرارداد قابل بررسی است. دیدگاه سنتی حقوق قراردادهای آمریکا با وجود تأکید بر اخلاقی بودن ضمانت اجرای جبران خسارت را تجویز می‌نمود و اعاده به وضع سابق قراردادی، حالت استثنایی داشت. در حوزه اخلاقی بودن، نظریه پارتو به دلیل شهرت آن در حقوق اقتصادی نیز بررسی شد و دیدیم که بر اساس نظریه پارتو، وضعیتی مطلوب است

که رفاه فردی افزایش یابد، بدون اینکه ملازمه‌ای با تضرر افراد دیگر باشد و همین امر، دخالت عنصر اخلاق در اقتصاد را تقویت می‌کند. درست در نقطه مقابل اخلاقی بودن، نظریه عینی بودن قرارداد وجود داشت. در نظریه عینی بودن قرارداد، فقط منافع اقتصادی، آن هم از منظر متعهد معنا داشت. متعهد تکلیفی به انجام تعهد خود نداشت؛ یا باید قرارداد را اجرا می‌کرد و یا خسارات متعهدله را جبران می‌کرد. به نظر می‌رسد می‌توان راهی میانه را انتخاب کرد که هم اخلاقی بودن و هم ارزش‌های اقتصادی به صورت عینی رعایت شود. در نظریه عمومی ارزش با توجه به اینکه قرارداد حفظ می‌شود، ضرورت وفای به عهد از منظر اخلاقی کاملاً مراعات می‌شود و بر اساس نظریه پارتو هم کاملاً قابل توجه است؛ زیرا رفاه متعهدله با پرداخت ارزش تأمین می‌شود، بی‌آنکه به رفاه افراد دیگر از جمله متعهد نقصی وارد شود و اگر نقصی هم به متعهد وارد شود، به خاطر نقض تعهد قراردادی خود اوست. با نظریه سنتی حقوق آمریکا که جبران خسارت اصل بود نیز هماهنگی کامل دارد. به خاطر حفظ همین ارزش‌های اخلاقی، نظریه ارزش در قراردادها تعدیلی بر نظریه عینیت در قرارداد وارد کرد و آن تعدیل مهم این بود که حفظ منافع اقتصادی متعهدله در اولویت قرار گرفت و حاکمیت قرارداد با متعهدله بود که انتخاب نماید آیا فسخ قرارداد با منافع اقتصادی او سازگار است یا اخذ ارزش. بنابراین به نظر می‌رسد نظریه عمومی ارزش، شیوه کارآمدتری برای تلفیق اقتصاد و اخلاق در حوزه حقوق قراردادها باشد.

کتاب شناسی

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، حاشیه المکاسب، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۲. ابن فارس، ابوالحسن احمد، معجم مقاییس اللغة، تحقیق عبدالسلام محمد هارون، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۴ ق.
۳. ابو عطا، محمد و عطیه شمس الهی، «تحلیل مبنا و ماهیت حقوقی ارش»، دوفصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال سوم، شماره ۵، پاییز و زمستان ۱۳۹۰ ش.
۴. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، تهران، کتابفروشی اسلامی، ۱۳۷۶ ش.
۵. انصاری، مرتضی بن محمدامین، کتاب المکاسب، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۰ ق.
۶. بروجردی نجفی، محمدتقی، نهاییه الافکار، تقریر دروس آفاضیاء الدین عراقی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۸ ق.
۷. بهروزی زاد، حمیدرضا، «ماهیت دیه: کیفر یا جبران خسارت»، ماهنامه دادرسی، شماره ۶۰، بهمن و اسفند ۱۳۸۵ ش.
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، الفارق، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲ ش.
۹. همو، فلسفه عمومی حقوق بر پایه اصالت عمل، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۱ ش.
۱۰. حرّ عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، قم، مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، ۱۴۱۰ ق.
۱۱. حسینی عاملی، سیدجوادی بن محمد، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة، قم، مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، قم، بی تا.
۱۲. ذهنی تهرانی، سیدمحمدجوادی، بیان المراد؛ شرح فارسی بر اصول الفقه (مظفر)، قم، گنجینه ذهنی، ۱۳۸۸ ش.
۱۳. سبحانی تبریزی، جعفر، المختار فی احکام الخیار؛ دراسة مبسوطه فی الخیار و احکامه و الشروط و النقد و النسب و القبض، قم، مؤسسه الامام الصادق (ع) لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ ق.
۱۴. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی ع، تهران، مجلد، ۱۳۸۲ ش.
۱۵. صدر، سیدمحمدباقر، دروس فی علم الاصول، بیروت، دار المنتظر، ۱۴۰۵ ق.
۱۶. طباطبایی، سیدمحمدحسین، ترجمه المیزان، ترجمه سیدمحمدباقر موسوی همدانی، قم، جامعه مدرسین، ۱۳۷۴ ش.
۱۷. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، حاشیه المکاسب، قم، دار المصطفی لاحیاء التراث، ۱۴۲۳ ق.
۱۸. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیه، بیروت، دار العالم الاسلامی، ۱۴۰۳ ق.
۱۹. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال الدین مکی، القواعد و الفوائد، قم، مکتبه المفید، بی تا.
۲۰. عبدی پور، ابراهیم و علی تقفی، «ارش شرط»، فصلنامه حقوق اسلامی، شماره ۱۹، زمستان ۱۳۸۷ ش.
۲۱. علامه حلی، جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، ارشاد الاذنهان الی احکام الایمان، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۲۲. همو، مختلف الشیعه فی احکام الشریعه، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۲۳. غروی اصفهانی، محمدحسین، حاشیه المکاسب، بیروت، دار المصطفی لاحیاء التراث، ۱۴۲۰ ق.

۲۴. فیومی مقری، احمد بن محمد بن علی، المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی، قم، دار الهجره، ۱۴۰۵ ق.
۲۵. کاتوزیان، ناصر، الزامات خارج از قرارداد (ضمان قهری و مسئولیت مدنی)، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۲ ش.
۲۶. همو، قواعد عمومی قراردادها، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۴ ش.
۲۷. همو، «محدودیت‌های آزادی قراردادی بر مبنای حمایت از مصرف‌کننده»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، سال سی و هشتم، شماره ۳، پاییز ۱۳۸۷ ش.
۲۸. کاظمی خراسانی، محمدعلی، فوائد الاصول، تقریرات دروس محمدحسین غروی نائینی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۸ ق.
۲۹. کرکی عاملی (محقق ثانی)، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم، مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، ۱۴۰۸ ق.
۳۰. مامقانی، ملا عبدالله بن محمدحسن، نه‌ایه المقال فی تکملة غایة الآمال، چاپ سنگی تهران، ۱۳۴۴ ش.
۳۱. محقق حلی، نجم‌الدین جعفر بن حسن هذلی، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، نجف، مطبعة الآداب، ۱۳۸۹ ق.
۳۲. محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه (۱): بخش مدنی (مالکیت، مسئولیت)، چاپ سیزدهم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۵ ش.
۳۳. همو، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، چاپ چهارم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۵ ش.
۳۴. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الاذنهان الی احکام الایمان، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۳۵. موسوی بجنوردی، سیدحسن بن آقا بزرگ، القواعد الفقهیه، قم، الهادی، ۱۳۷۷ ش.
۳۶. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، البیع، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۳۷. همو، تحریر الوسیله، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
۳۸. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، مصباح الفقاهه، تقریر محمدعلی توحیدی تبریزی، قم، انصاریان، ۱۴۱۷ ق.
۳۹. موسوی سبزواری، سیدعبدالاعلی، مهذب الاحکام فی بیان الحلال والحرام، قم، مؤسسه المنار، ۱۴۱۷ ق.
۴۰. نجفی، محمدحسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۷ ش.
۴۱. وحید بهبهانی، محمدباقر بن محمداکمل، حاشیه مجمع الفائدة والبرهان، قم، مؤسسه علامه مجدّد وحید بهبهانی، ۱۴۲۱ ق.
42. Botterell, Andrew, "Contractual Performance, Corrective Justice, And Disgorgement for Breach of Contract", *Legal Theory*, Vol. 16(3), Cambridge University Press, 2010.
43. Bruni, Luigino, *Vilfredo Pareto and the Birth of Modern Microeconomics*, Cheltenham: Edward Elgar, 2002.
44. Buchanan, James M., "Positive Economics, Welfare Economics, and Political Economy", *The Journal of Law & Economics*, Vol. 2(1), 1959.
45. Cohen, Morris R., *Law and the Social Order: Essays in Legal Philosophy*, Transaction Publishers; 1st Ed., 1982.

46. Id., "The Basis of Contract", *Harvard Law Review*, Vol. 46(4), 1933, Available at: <<https://h2o.law.harvard.edu/collages/2091>>.
47. Dawson, John P. & William Burnett Harvey, *Contracts and Contract Remedies*, Cambridge University Press, 1959.
48. Eslami, Shahla, "Pragmatic Elements of Rawls's Theory of Justice", *Religious Inquiries*, Vol. 5(9), June 2016.
49. Fuller, L. L. & Perdue, William R., The Reliance Interest in Contract Damages: 2, *Yale Law Journal*, Vol. 46(3), 1937, Available at: <<http://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol46/iss3/1>>.
50. Holmes, Oliver Wendell, "The Path of the Law", *10 Harvard Law Review* 457, 1897, Available at: <<http://moglen.law.columbia.edu/LCS/palaw.pdf>>.
51. Holmes, Oliver Wendell & Sir Frederick Pollack, *Holmes-Pollock Letters*, Mark DeWolfe Howe (Ed.), Harvard University Press, 1941.
52. Paton, George Whitecross, *Hobbes, Leviathan*, 1951, Available at: <https://www.ttu.ee/public/m/mart-murdvee/EconPsy/6/Hobbes_Thomas_1660_The_Leviathan.pdf>.
53. Salmond, John & Percy H. Winfield, *Principles of the Law of Contracts*, London, Sweet & Maxwell, 1927.
54. Stigler, George J., *Chicago Studies in Political Economy*, The University of Chicago Press, 1988.
55. Wilensky- Harold, *Organizational Intelligence: Knowledge and Policy in Government and Industry*, Published Quid Pro Books, 2015.
56. Williston, Samuel, *Williston on Contracts*, 1937, Available at: <<https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1400&context=clr>>.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی