

فصلنامه علمی تخصصی فقه و حقوق معاصر

سال هشتم، شماره ۲۱، پاییز ۱۴۰۱، ص ۱۴۲-۱۶۲

## رهیافتی نو در پیوست گزینه «اصلاح عیب» به دو گزینه خیار عیب؛

### با مطالعه تطبیقی با کنوانسیون بیع بین المللی ۱۹۸۰ وین

حامد یزدانی ۱

صادق طهوری (نوروزی) ۲

رضا منصوری آینه ۳

محمد مهدی کریمی نیا ۴

#### چکیده

در مورد کالای معیوب و خیار مربوطه، به صورت سنتی دو گزینه حق رد و حق اَرش مطرح می باشد. از طرفی در کنوانسیون بین المللی وین، بر تعمیر و اصلاح کالای معیوب تأکید شده و بر گزینه های سنتی خیار عیب، یعنی حق رد و اَرش مقدم داشته شده است. این مقاله درصدد تطبیق گزینه کنوانسیون بر فقه امامیه می باشد و می کوشد با رجوع به منابع و ارائه راهکارهای فنی فقهی آن را موافق با ادله و قواعد فقهی معرفی نماید و در این راه نمونه پیشنهادی شیخ انصاری در خیارغبین را شاهدهی مشابه بر صدق مدعی خود می یابد.

واژگان کلیدی: کنوانسیون وین، خیار عیب، حق رد، اَرش، تعمیر کالا

۱. دانش پژوه سطح چهار (دکتری)، رشته فقه و اصول، حوزه قم، استان قم، ایران، پژوهشگر و فعال فرهنگی، نویسنده مسئول،

hamedyazdani3312@gmail.com

۲. دارای مدرک سطح چهار (دکتری)، رشته فقه و اصول، حوزه علمیه قم، استان قم، ایران، پژوهشگر و استاد دروس سطح و خارج فقه و اصول، در

حوزه علمیه قم، Sadegh.Tahori@gmail.com

۳. دانش پژوه سطح چهار (دکتری)، رشته فقه و اصول، حوزه قم، استان قم، ایران، پژوهشگر و فعال فرهنگی، alimansori1921@gmail.com

۴. دارای مدرک سطح چهار (دکتری)، رشته فقه و اصول، از حوزه علمیه قم، و مدرک دکتری رشته «قرآن و علوم» با گرایش «قرآن و حقوق»، از

دانشگاه جامعه المصطفی (ص) العالمیه، قم، استان قم، ایران، استادیار و عضو هیأت علمی دانشگاه علوم و معارف قرآن کریم،

kariminia@quran.ac.ir

## مقدمه

یکی از مباحث مهم فقهی، که فقهای بزرگ شیعه در باره آن بحث های فراوانی انجام داده اند، بحث خیار است. خیار در اصطلاح فقهی به معنای تسلط بر فسخ عقد و نادیده گرفتن مفاد قرارداد به وسیله شخص دارای حق خیار است. بعد از انعقاد قرارداد بیع، اجرای کامل آن وابسته به تسلیم کالای سالم و منطبق با قرارداد از سوی فروشنده و پرداخت ثمن از سوی خریدار است. در برخی از عقود، اجرای قرارداد از سوی فروشنده به صورت ناقص شکل می گیرد؛ به این صورت که کالای معیوب و غیر منطبق با شروط قراردادی را تسلیم می کند. در فقه اسلامی در چنین مواردی، اکثر فقها قائل به حق فسخ و یا گرفتن اُرش از سوی خریدار هستند و در قانون مدنی ایران نیز در چنین موردی صرفاً از حق فسخ و یا گرفتن اُرش به صراحت یاد شده است. (ماده ۴۲۲ ق.م).

البته خیار عیب در بیع شخصی است، نه بیع کلی و در صورتی جاری است که عیب کالا، پس از انعقاد قرارداد بیع، برای خریدار منکشف شود و گزینه رجوع به اُرش منحصراً مربوط به خیار عیب است و در خیار دیگر، این حق وجود ندارد و صرفاً صاحب خیار می تواند عقد را فسخ یا امضا نماید. اما در تجارت بین الملل اصل و قاعده اولیه را بر عدم فسخ قرارداد و تعمیر کالا بنا گذاشته اند. در باره قراردادهای بیع بین المللی کالا در سال ۱۹۸۰ در شهر وین پایتخت اتریش کنوانسیون بیع بین المللی تصویب رسید و با توجه به الحاق کشورهای دیگری از نظام های حقوقی مختلف به آن، هم اکنون یکی از مهمترین کنوانسیون های معتبر بین المللی در ارتباط با عقد بیع به شمار می رود و جمهوری اسلامی ایران نیز یکی از امضا کنندگان این کنوانسیون است.

بنابر مفاد مطرح شده و مورد توافق در این کنوانسیون، اجرای اجباری عین قرارداد، مشتمل بر دو فرض است:

الف: هنگامی که اساساً کالا تسلیم نشده است؛

ب: موردی که کالا تسلیم شده، ولی منطبق با اوصاف مورد توافق نیست.

که در این صورت اجرای اجباری قرارداد در فرض نخست به شکل الزام طرف مقابل به تسلیم اصل کالا (بند ۱ ماده ۴۶) و در حالت دوم نیز به دو صورت الزام به تحویل کالای جایگزین (بند ۲ ماده ۴۶) و تعمیر کالا (بند ۳ ماده ۴۶) انجام می گیرد. (داراب پور، ۱۹۸۰: ۱۸۰).

البته در کنوانسیون برای عدم تضییع حق مشتری، فرصت تعمیر را در وقت اضافی محدود مشخص نموده و در صورت عدم اقدام بایع در آن فرصت، حق فسخ مشتری را محفوظ می دارد. بر اساس مطالبی که ذکر شد، در این مقاله بررسی خواهیم کرد، که آیا می توان با استفاده از نظرات فقها و حقوقدانان و با استنباط از برخی از مواد قانونی،

حق رفع عیب را در گزینه های مربوط به خیار و یا حتی پیشاپیش رافع حق خیار دانست و برای آن قائل به شمار آورد؟

همچنین در عصر حاضر، این کنوانسیون در بین برخی از ملل معیار قرار داده شده است و این کنوانسیون برای تسهیل در امور قراردادهای، گزینه‌ی تعمیر کالا را مقدم بر اعمال فسخ یا رجوع به ارش می‌داند. بنابراین تعارضی بدوی میان مفاد این بخش از کنوانسیون که پیشنهاد اصلاح و تعمیر بود، با حق رد و ارش بوجود می‌آید، که در این مقاله در صدد پاسخ به این پرسش خواهیم بود که آیا تعمیر و اصلاح کالا می‌تواند راهکار فنی و فقهی مناسبی به عنوان راه حل جایگزین فسخ و یا اخذ ارش باشد یا خیر؟

به عبارت دیگر آیا همان طور که در کنوانسیون وین با راهکار تعمیر کالا و ابدال آن از فسخ معامله جلوگیری شده است، می‌توان با استفاده از منابع و مدارک فقه امامیه تعمیر کالا را از حیث فقهی و فنی تصحیح و تأیید نمود و آن را به صورت شرط ضمن عقد و صلح بر تعمیر بجای ارش یا فسخ پذیرفت یا خیر؟

از آن جایی که ثمره این بحث مورد استفاد در عقود روزمره مردم و تجارت های بین المللی می باشد، بررسی آن از حیث فقهی می تواند تعارضات احتمالی موجود در حقوق مدنی و کنوانسیون های بین المللی را حل نماید. در این مقاله به اندازه مجال و وسع در دو بخش عناوین اولیه و عناوین ثانویه به ارائه راهکار برای حل این مسئله و رفع تعارض می پردازیم.

آنچه که حقوقدانان بین المللی در کنوانسیون وین مطرح و بحث و بررسی کرده بودند، امکان تعمیر کالا از سوی فروشنده و چگونگی جمع بین این حق و امکان فسخ قرارداد توسط خریدار، یکی از بحث برانگیزترین موضوعات و مباحث، هم در جریان مذاکرات مقدماتی و هم کنفرانس سیاسی وین بوده است.

در تعارض میان حق فسخ خریدار و پیشنهاد تعمیر و رفع نقص کالا از سوی فروشنده، چگونه باید داوری کرد؟ از یک سو، اصل کلی که کنوانسیون آن را دنبال می‌کند، چنین اقتضا دارد که بقا و اجرای قرارداد بر فسخ آن ترجیح داده شود و در نتیجه از فسخ قرارداد حتی الامکان اجتناب گردد، لیکن از سوی دیگر، بلا تکلیفی و در انتظار گذاردن مشتری برای دریافت پیشنهاد رفع نقص و تعمیر کالا و وادار ساختن وی به دادن مهلت اضافی به فروشنده، به رغم تحقق نقض اساسی قرارداد نیز در بسیاری از موارد منجر به از دست رفتن فرصت های دیگر برای انعقاد قرارداد و دریافت کالا از سوی مشتری می‌شود. در قانون متحد الشکل بیع بین المللی ۱۹۶۴ م. لاهه، این تعارض به نفع مشتری حل شد؛ بدین ترتیب که در بند ۱ ماده ۴۴ آمده بود: «فروشنده حق تعمیر و رفع نقص کالا را با رعایت شرایطی دارد، مگر اینکه مشتری قرارداد را فسخ کرده باشد». (داراب پور، ۱۹۸۰: ۱۸۰)

حال ما در صدد هستیم که راهکارهایی ارائه نماییم که از لحاظ فقهی هیچ گونه تعارضی میان حق فسخ خریدار و پیشنهاد تعمیر و رفع نقص کالا از سوی فروشنده بوجود نیاید.

حکم اصلاح و تعمیر کالا با استفاده از عناوین اولیه

برای ورود به مسئله در ابتدا باید تأسیس اصل کرد و مشاهده نمود که آیا اصل اولی لزوم عقد و یا جواز آن است؟ و آیا اختیارات موافق قاعده اولی و یا مخالف آن می باشند؟

تأسیس اصل در اختیارات

خیار عیب در بستر لزوم عقد شکل می گیرد و با توجه به ادله لزوم عقد، خیار عیب خلاف اصل تفسیر می شود. در ابتدا لازم است ادله لزوم عقد را بررسی کنیم، سپس به ادله خیار عیب بپردازیم تا جایگاه خیار عیب مشخص گردد و بعد از آن، راهکار خود را بیان کنیم. فقها ادله فقهاتی و اجتهادی عقد لازم را بنای عقلاء، عمومات و استصحاب می دانند و از لحاظ بنای عقلاء می گویند: غرض از بیع، تمکن از تصرف در کالا توسط هر یک از متعاقدين است که این غرض فقط با لزوم تأمین می شود تا از نقض بیع توسط طرف مقابل ایمن بماند. قائلین به لزوم، این استدلال را در سایر عقود هم به کار گرفته اند. فقهایی مانند علامه حلی در التذکره (حلی، ۱۴۱۴: ۵۲۸۹/۱) و شهید اول در القواعد و الفوائد (عاملی، ۱۴۰۰: ۲۴۲/۲-۲۴۳) و فاضل مقداد در التنقیح (مقداد، ۱۴۰۴: ۴۴/۲) و محقق سبزواری در کفایة الأحکام (سبزواری، ۱۴۲۳: ۹۲) و صاحب جواهر (نجفی، ۱۴۰۴: ۳/۲۳) اصل را در عقد لازم بودن می دانند، اما فاضل تونی به جهت اینکه خیار مجلس با هر بیعی است، معتقد شده که اصل اولی در عقود، جائز بودن است. (فاضل تونی، ۱۴۱۵: ۱۹۸).

جامع المقاصد این قول را به جماعتی نسبت می دهد و سیدصدر هم با این استدلال که وضع بیع و بناء عرفی و شرعی آن بر لازم بودن آن است و اگر لازم نباشد، باعث اجنبی شدن مالک اول می شود، فاضل تونی را که قائل به اصالة الجواز در بیع است، را رد می کند؛ زیرا غرض از بیع، تمکن هریک از متعاقدين در تصرف در کالا است که این غرض فقط با لازم بودن تأمین می شود تا از نقض بیع توسط طرف مقابل ایمن بماند. (عاملی، ۱۴۱۴: ۵۱۵/۱). بنابر این ثبوت خیار مجلس در اولین زمان انعقاد بیع، منافی لزوم ذاتی بیع نیست، چون خیار حق خارجی قابل انفکاک است، مگر از اول انعقادش شرعاً به جواز رجوع به حیثی که رجوع در آن حکم باشد، نه حق مجعول قابل سقوط، محکوم باشد.

گرچه شیخ انصاری در توجیه کلام فاضل تونی می گوید: ممکن است نظرش این باشد که اصل بعد از ثبوت خیار مجلس بقاء عدم لزوم است و استصحاب جواز حاصل از خیار مجلس کند. (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۵/۵). اما بنابراین که

برای اثبات لزوم عقد بیع به عمومات استناد شود، شیخ انصاری سه آیه: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، (مائده، آیه ۱)؛ «وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»، (بقره، آیه ۲۷۵)؛ و «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ»، (نساء، آیه ۲۹) را برای اثبات لازم بودن عقد با تقریر واحد مطرح می کند. (انصاری، ۱۴۱۵: ۲۵/۵) و همچنین به روایاتی مانند: روایت: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطِبْيَةِ نَفْسِهِ»، (عاملی، ۱۴۱۹: ۴۳۵/۳۱)؛ روایت: «النَّاسُ مُسَلِّطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ»، (مجلسی، ۱۴۱۰: ۲۷۱/۲)؛ روایت: «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»، (طوسی، ۱۴۰۷: ۳۷۱/۷) و روایات مستفیضه ای مانند: «الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَّفِقَا»، (عاملی، ۱۴۱۹: ۳۴۵/۱۲-۳۴۶) اشاره می کند که دسته چهارم روایات که «الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ» یکی از آنها می باشد، مناسبت کامل با موضوع ما دارد.

و مفهوم این دسته بیانگر این است که به محض تفرق از مجلس، دیگر خیار نیست و بیع لازم است. و همچنین می گوید: «فَإِذَا افْتَرَقَا، وَجَبَ الْبَيْعُ» و نیز می گوید: پس از رضایت طرفین به معامله و سقوط خیار مجلس، دیگر خیار نیست و معامله لازم است. بنابر این روایات این دسته دلالت دارند بر اینکه مقتضای طبیعت بیع، لزوم است و خیار مجلس، حق خارجی است و به محض ارتفاع آن، اصل لزوم مستقر می شود.

اما محقق خراسانی (آخوند، ۱۴۳۰: ۱۲۹) و محقق ایروانی (ایروانی، ۱۴۰۶: ۲۴/۳) و محقق اصفهانی (اصفهانی، ۱۴۲۰: ۷۶/۳) و محقق نائینی (نائینی، ۱۳۷۶: ۹۸/۲) در این روایات از این جهت که لزوم مد نظر این روایات، لزوم نسبی است، بر استناد به این روایات خدشه می کنند و می گویند از جهت مقتضای بیع، قائل به لزوم می شویم و این منافاتی با جواز از جهات دیگر و عوارض دیگر مثل غبن و خیار و غیره ندارد. لذا این اخبار برای اثبات اصل لزوم هر عقدی که مشکوک است، مفید می باشد، نه در مورد شک در جواز فسخ عقود.

اما در مورد استناد به استصحاب شیخ انصاری قبل از ورود به خیارات و هم چنین در بحث معاطات برای اثبات لزوم معاطات به استصحاب بقاء ملک تمسک می کند و می گوید: اصل ملکیت مالک دوم با بیع حاصل شده است و با رجوع مالک اول، شک می کنیم در زوال ملکیت مالک دوم که در این صورت با استصحاب بقاء ملکیت، حکم به بقاء ملکیت مالک دوم می کنیم. (انصاری، ۱۴۱۵: ۵۵/۳) که در این صورت اصل لازم بودن در عقود متعین می شود. به نظر می رسد که می توان اصلاح عیب و تعمیر کالا را مطابق کنوانسیون وین از ادله فقه سنتی استخراج کرد و تهافتی بین این کنوانسیون و راه حل‌های متخذ از فقه سنتی وجود نداشته باشد.

حال بعد از بحث در مورد مستندات فقهی لازم بودن عقود، به بررسی ادله خیار عیب می پردازیم که بتوانیم از جایگاه گزینه پیشنهادی یعنی تعمیر و اصلاح کالا در کنار فسخ و ارش سخن به میان آوریم.

فقهاء در اصل مشروعیت خیار عیب بحثی نکرده اند؛ زیرا اصل آن مسلم بوده است. ولی صاحب مفتاح الکرامه این عدم بحث را ناشی از غفلت می داند. (عاملی، ۱۴۱۹: ۳۹۵/۱۴). فقها دلایلی را برای اثبات خیار عیب بیان کرده اند که موضوع همه ی آنها از امکان اصلاح و تعمیر کالا منصرف است و اطلاق آنها شامل امکان اصلاح و تعمیر نمی گردد که به شرح آنها در ذیل می پردازیم:

سیره و بنای عقلاً در اصلاح و تعمیر کالای معیوب

مشهور فقها، سیره و بنای عقلای را دلیل بر گزینه ردّ می داند؛ به این صورت که اگر عقلاً چیزی بخرند و معیوب باشد، آن را پس می دهند و یا ارزش آن را می گیرند (مکارم شیرازی، ۱۳۹۷/۰۷/۸). اما می توان گفت: سیره عقلاء بر ردّ یا ارزش در صورتی است که امکان اصلاح کالا و تعمیر آن وجود نداشته باشد و این گزینه سوم حتی رتبه اش از آن دو بالاتر است و تا این امکان وجود دارد، عقلاً به آن دو رجوع نمی کنند.

ادله ی لاضرر در موضوع اصلاح و تعمیر کالای معیوب

اگر بایع جنس معیوب را پس نگیرد، یا مابه التفاوت را پس ندهد، این موجب ضرر بر مشتری می شود و حال آن که ضرر و ضرار در شرع منتفی شده است. (همان) و واضح است که گزینه اصلاح و تعمیر، جایی برای رجوع به قاعده لاضرر نمی گذارد و موضوع آن را بر می دارد؛ خصوصاً اگر بگوییم قاعده لاضرر شامل احکام عدمی هم می شود. یعنی با تشریح گزینه اصلاح و تعمیر کالا شارع از ورود ضرر بر مکلفین جلوگیری می کند.

اصل سلامت کالا

در خیار عیب شرط نمی شود که کالا باید سالم باشد، اما بنای دو طرف، به ویژه در فروشگاهایی که کالای نو را در معرض فروش می گذارد، سالم بودن کالا لحاظ می شود. بنابراین گاهی دو طرف صریحاً تضمین سلامت از هم می گیرند که تأیید بر وجود همین تبانی ضمنی است. از همین رو، اگر کالای فروخته شده معیوب در آید، عیب پنهان به خریدار حق می دهد که به دلیل تخلف از شرط ضمنی یا شرط تبانی، قرارداد را فسخ کند.

مؤید این شرط ضمنی آن است که خیار عیب در صورتی ایجاد می شود که عیب از نظر خریدار پوشیده مانده باشد که دلیل بر این است که منشأ خیار عیب، شرط ضمنی بر سلامت کالا است که با علم به عیب، این شرط ضمنی منتفی می شود. از همین رو، در ماده ۴۲۳ قانون مدنی آمده است که: «خیار عیب، وقتی برای مشتری ثابت می شود که عیب مخفی و موجود در حین عقد باشد».

این اصل سلامت که مستندش بنای عقلاً است مسلماً با برطرف کردن عیب و اصلاح کالا منافاتی ندارد و صرف اینکه عقد بر خلاف بنای خریدار بر کالای معیوب واقع شده، نمی تواند بهانه ای باشد بر فسخ قرارداد؛ زیرا بر

فرض، فروشنده کالا را طوری تعمیر و یا تعویض می کند که با فرد سالم آن کالا هیچ تفاوتی نکند، مگر غرض شخصی خریدار صرفاً به همان فرد از کالا تعلق گرفته باشد.

روایات باب خیار و ابواب عیب

روایات باب خیار و ابواب عیب چند دسته هستند. عمده ی آنها موضوعشان مربوط به کنیز و ثوب (لباس) معیوب (عاملی، ۱۴۱۹: ۲۹/۱۸) است که موضوع آنها کالاهای غیرقابل اصلاح و تعمیر هستند و فقط قابلیت رد و یا ازش دارند. آنچه که محل مناقشه بین علما در فقه سنتی واقع شده است، جایگاه فقهی گزینه ازش می باشد. شیخ انصاری ازش را حداکثر در طول عدم امکان رد و یا تصرف ذوالخیار می داند. روایات نیز همین قدر دلالت دارند. (همان، ۲۹) و فقط یک روایت دلالت بر ازش در عرض رد می کند که آن هم راویش عُمَرُ بْنُ یَزِيدٍ و مجهول می باشد و در کتاب جامع الروات ذکر نشده است. آیت الله خوئی در معجم رواة الحدیث در این مدخل، پنج نفر را ذکر می کند و هیچ یک از آنها ثقه نیستند، بلکه مجهول الحال می باشند. لذا این حدیث مرسله است. (مکارم شیرازی، ۹۷/۰۷/۰۹) و از نظر دلالت نیز این روایت دلالت بر تخییر ندارد و حتی تخییر بین رد و ازش را نیز نفی می کند. ابواب العیوب و سائل الشیعه حاوی روایات متعددی است که یا دلالت بر فسخ و یا بر اخذ ازش دارد؛ به این صورت که در جایی که تصرفی نکرده است، حق فسخ دارد و اگر در کالا تصرفاتی کرده باشد، حق ازش دارد که یک روایتش مربوط به کنیز است. (عاملی، ۱۴۱۹: ۱۰۱/۱۸) و روایت دیگر مربوط به ثوب است. (همان: ۳۱ / ۱۸). در یک روایت هم حق رد برای مشتری قائل است و هم مقداری باید به عنوان خسارت تصرف به فروشنده پردازد. (همان، ۱۰۱). در باب اخبار العیوب و سائل الشیعه روایات متعددی دیگری نیز وجود دارد؛ به این مضمون که: در صورت عدم تصرف، باید فسخ کرد و اما تخییر بین فسخ و ازش از هیچ یک از این روایات استفاده نمی شود. در این روایت سخنی از ازش نیامده است. اگر می توانست ازش بگیرد امام علیه السلام می بایست به آن تذکر می داد. بنا بر این، نه ازشی در کار است و نه فسخی.

روایتی از کتاب فقه الرضا داریم که دلالت بر تخییر می کند. صاحب جواهر و شیخ انصاری آن را نقل کرده اند:

«فَإِنْ خَرَجَ فِي السَّلْعَةِ عَيْبٌ وَعَلِمَ الْمُشْتَرِيُ فَالْخِيَارُ إِلَيْهِ إِنْ شَاءَ رَدُّهُ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَهُ أَوْ ...»

ترجمه: اگر کالا معیوب شد و مشتری متوجه شد، مشتری مُخَيَّرٌ است بین فسخ و گرفتن ازش...»

گرچه گفته اند این عبارت غلط است و به جای «او» باید «واو» باشد. (نوری، ۱۳۷۸: ۳۰۶/۱۳).

علاوه بر این، دو اشکال دیگر نیز در روایت فقه الرضا است: اول اینکه به احتمال قوی، فقه الرضا فتاوی بعضی از قدماء اصحاب است؛ مگر اینکه گفته شود که فتوای قدماء اصحاب از متن روایات اخذ شده است، ولی در این

صورت نیز مشخص نیست آن روایت چه روایتی بوده و سندش چه بوده و اگر به ما می دادند آیا ما هم بر اساس آن فتوا می دادیم یا خیر؟؛ دوم اینکه این عبارت اگر روایت باشد سندی ندارد.

اما آنچه که به محلّ بحث ما مربوط است، الثفات به این نکته است که همه این روایات مربوط به مواردی است که امکان اصلاح و تعمیر وجود نداشته باشد و صرفاً دو روایت مربوط به امکان ردّ وجود دارد که در ذیل و ادامه بحث به آنها اشاره خواهیم کرد.

### اجماع

مرحوم شیخ انصاری ادعای اجماع با تعبیر «بلاخلاف» کرده است و می گوید: «ظهور العیب فی المبیع یوجب تسلّط المشتري علی الردّ و أخذ الأرش بلا خلاف». (انصاری، ۱۴۱۵: ۲۷۵/۵). در اینجا اجماع بر تخییر بسیار محکم است و ناقل آن کتاب مفتاح الکرامه است. (مفتاح الکرامة، العاملی، ۱۴۱۹، ۱۴: ۳۹۵).

ولی از شیخ طوسی نقل شده است که در بعضی از کتاب هایش مخالف اجماع است، هرچند در بعضی از کتاب ها موافق اجماع است. (به نقل از سامانه درس خارج، آیت الله مکارم شیرازی، مکارم شیرازی، ۱۳۹۷/۰۷/۸).

### دلیل عقلی

برای اثبات گزینه ارش در کنار ردّ، به دلیل عقلی ب دو تقریر استدلال شده است:

تقریر نخست: صفت مانند جزئی از کالا

صفت مانند جزئی از کالا است و وقتی کالا معیوب باشد و صفتی را نداشته باشد، گویا جزئی را ندارد و همان طور که اگر جزء نباشد، می توان ارش گرفت، صفت هم اگر نباشد، می توان ارش گرفت. بنا بر این کنیزی که حائض نمی شود یک صفت را ندارد و این در حکم نداشتن جزء است که به راحتی می توان از این دلیل، برای گزینه اصلاح و تعمیر هم استفاده کرد.

تقریر دوم: تمسک به قیاس اولویت:

وقتی در زمان عدم قابلیت رد، می توان ارش گرفت، در زمانی که قابلیت رد وجود دارد، ارش به طریق اولی وجود دارد. بنابر این می توان گفت اگر بحث قیاس اولویت در بین باشد، به طریق اولی می توان از اصلاح و تعمیر کالا به عنوان گزینه برتر سخن گفت.

همان طور که در تحلیل ادله خیار عیب ملاحظه گردید، می توان گفت: نوبت به دو گزینه مشهور یعنی ردّ کالای معیوب و ارش در مواردی که امکان تعمیر و اصلاح کالای معیوب هست، نمی رسد و در واقع خیار عیب سالبه به



انتفای موضوع می شود که با اصل اولی لزوم معامله و تفسیر مضیق حق خیار که در تأسیس اصل ذکر شد، نیز سازگارتر است.

ادله اثبات گزینه اصلاح و تعمیر کالا در خیار عیب

در فقه سنتی ادله ای را می توان استخراج کرد که به خوبی می تواند اثبات کننده حجیت گزینه اصلاح و تعمیر، به جای فسخ و ارش باشد. از همین رو برای اثبات این ادعا به بیان دلایلی می پردازیم:

موافقت با اصالة اللزوم (تفسیر مضیق خیارات)

همان طور که در تأسیس اصل در عقود ثابت شد، اصل اولی، لزوم و تفسیر مضیق از خیارات می باشد و گزینه اصلاح عیب و تعمیر کالا با آن همخوانی و تطابق دارد و این دلیلی بر مدعای ما می تواند باشد.

بنای عقلا بر تحفظ قرارداد و عدم فسخ و انحلال آن

بنای عقلا بر تحفظ قرار داد و عدم فسخ و انحلال آن دلالت دارد و موید این عقلانیت می تواند کنوانسیون وین باشد. با توجه به اینکه معاملات و لوازم و ملحقات آن از امور امضائی است و شارع کمترین دخالت را در حدود و ثغور آن دارد و می توان این بنا را امضا شده دانست و به عنوان دلیل بر مدعا تعمیر و اصلاح کالا، پذیرفت.

روایات

یکی از روایاتی که می توان به عنوان دلیل از آن استفاده کرد، روایت سکونی از امام صادق علیه السلام است که ایشان از پدرشان امام باقر علیه السلام نقل می کند که حضرت فرمود: در زمان حضرت امیر علیه السلام مردی از شخصی ظرفی که در آن روغن بود - و جمع آوری کرده و نگهداری کرده بود - خریداری کرد و در آن رب یعنی دردی مشاهده نمود. به علی علیه السلام شکوه کرد. حضرت به مشتری فرمود: می توانی به اندازه دردی از او روغن بگیری؛ اما فروشنده گفت: من روغن را با ظرف (یعنی مجموع ظرف و مظروف) فروخته‌ام. حضرت فرمود: او از تو روغن خریده نه دردی و رب (عاملی، ۱۴۱۹: ۴۱۹/۱۲).

گرچه مشهور فقها، آقای سکونی را عامی می داند، لکن به نظر ما سکونی اولاً امامی است؛ همان طور که ملا محمد تقی مجلسی بر این نظر معتقد است. (مجلسی، ۱۴۰۶: ۱۴ / ۵۹)؛ و ثانیاً تحلیل محتوایی روایات سکونی نیز دلیلی بر این ادعا است. (نوری، ۱۳۶۵: ۱۶۷/۴).

ظاهر این روایت از حیث دلالت منافی با حکم عیب است؛ چون حکم عیب، رد یا ارش است و در این روایت از هیچ کدام خبری نیست؛ چون اصلاً از رد صحبتی نشد؛ و حضرت فرمود فقط حق داری به مقدار دردی روغن

بگیری و اگر ردّ هم روا بود، امام بیان می‌کرد، و از ارش هم خبری نیست؛ چون ارش یعنی تفاوت صحیح و معیّب از نقد رایج گرفته شود، نه این که به اندازه دردی روغن بگیرد. پس با روایت قبلی منافات دارد.

البته این روایت با روایتی میسّر بن عبد العزیز تعارض می‌کند. در این روایت، میسّر بن عبد العزیز می‌گوید: به امام صادق علیه السلام عرض کردم: مردی یک مشک روغن خریداری می‌کند و بعداً در آن دردی مشاهده می‌کند حکم آن چیست؟ حضرت فرمود: اگر می‌دانست که در میان روغن دردی هست، معامله صحیح و لازم است و حق ردّ ندارد، ولی اگر نمی‌دانست (کنایه از این که دردی به اندازه‌ای زیاد است که طرف نمی‌دانست که این قدر دردی دارد و خیال می‌کرد که دردی ندارد، و حال می‌بیند که از حدّ معمول خارج است)، حق رد دارد. (عاملی، ۱۴۱۹: ۴۱۲/۱۲).

باتوجه به اینکه این روایت از لحاظ سندی مشکلی ندارد؛ چون میسر بن عبدالعزیز نخعی کوفی مدائنی ثقة و مورد اعتماد (رجال علامه حلی، ۱۴۱۱: ۱۷۱) و از روایان امام باقر علیه السلام (طوسی، ۱۳۷۴: ۱۳۵) و امام صادق علیه السلام، (طوسی، ۱۳۷۴: ۳۱۷) است. بنابراین می‌توان بین دو روایت جمع کرد که در روایت اول امکان جدا سازی و تعویض و تبدیل نبوده است و در روایت دوم چون این امکان بوده، حضرت به آن حکم کرده است. و بر فرض عدم پذیرش این توجیه، باز هم عمل به این روایت دوم مقدم است؛ چون با آن می‌توان اطلاق روایت اول را مقید کرد.

صدق مفهوم زوال عیب و انتفای موضوع خیار با اصلاح و تعمیر کالا

برخی از پژوهشگران تعمیر کالا را از مقوله زوال عیب قلمداد کرده‌اند. (گرایلی، کرمی، ۱۳۹۳: ۴۵-۶۵)؛ درحالی‌که در بین فقها اختلاف نظر است و شیخ انصاری نیز آن را نمی‌پذیرد؛ زیرا مخالف دلیل استصحاب است. همچنین ایشان قائل هستند که تعمیر کالا مربوط به قبل از اعمال خیار و حتی علم به وجود عیب می‌باشد. (انصاری، ۱۴۱۵: ۲۶۵/۶).

شهید ثانی در کتاب الروضه البهیة ضمن طرح موضوع، از اظهار نظر قطعی در این باره خودداری و اعلام می‌کند که در زوال یا بقای خیار در این فرض، تردید وجود دارد؛ زیرا از یک جهت چون منشأ و مبنای ضرر برطرف می‌شود، می‌توان قائل به سقوط خیار بود و از سوی دیگر، با توجه به اینکه خیار با ظهور عیب ثابت شده و با زوال آن، تردید می‌شود که آیا خیار نیز ساقط گردیده است یا خیر، باید بقای خیار را استصحاب کرد، ولی در پایان، بقاء خیار را اقوی می‌داند. (شهیدثانی، ۱۴۱۰: ۳۵۳/۴).

در مبحث مربوط به مُسقطات خیار عیب نیز، فرعی بدین ترتیب دیده می‌شود که آیا زوال عیب باعث سقوط خیار عیب می‌گردد یا خیر؟ شیخ مرتضی انصاری با توجه به ظاهر ادله، بقای خیار و ارش را اقوی می‌داند و در مورد بقای ارش این چنین استدلال می‌کند:

اولاً: ارش به جهت فقدان وصف صحت و سلامت هنگام عقد بر ذمه بایع مستقر شده و زوال بعدی عیب تأثیری در آن ندارد؛ ثانیاً: براءت ذمه بایع از عهده مضمون‌علیه، نیاز به دلیل دارد. (انصاری، ۱۴۱۵: ۳/۴۶۵).

آیت الله خوئی نیز معتقد است در این فرض، هم ارش و هم رد یا فسخ باقی می‌ماند؛ زیرا روایات و ادله موجود اشاره‌ای به سقوط ارش و فسخ در فرض زوال عیب نمی‌کنند و به اصطلاح، نسبت به این موضوع اطلاق دارند و همین امر موید آن است که وجود عیب به هنگام عقد، برای فسخ و مطالبه ارش کفایت می‌کند. (خوئی، ۱۳۷۷: ۸/۱۵۸). علامه حلی در کتاب تذکره الفقهاء، و همچنین میرازی قمی که ظاهراً از تذکره نقل نموده است، در فرع دیگری تحت عنوان تأثیر پرداخت مابه‌التفاوت به مغبون در سقوط خیار غبن، سقوط خیار را برگزیده و چنین استدلال می‌کند که علت ثبوت خیار، نفی ضرر است و ضرر با پرداخت تفاوت به مغبون رفع می‌شود. (قمی، ۱۳۷۸: ۲/۱۱۷). همچنین در بحث از اثر تأدیه ثمن پیش از اعمال خیار تأثیر ثمن، برخی مثل شیخ انصاری (انصاری، ۱۴۱۵: ۲/۲۴۷)، سقوط خیار را ترجیح داده‌اند و برخی نیز مانند صاحب جواهر (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۶/۱۱۴) و سیدمحمدکاظم طباطبایی (طباطبائی، ۱۴۰۹: ۲/۱۱۵-۱۱۶)، بقای آن را اقوی دانسته‌اند. صاحب مفتاح الکرامه نیز ضمن انتساب نظریه زوال خیار به علامه و بقای آن به صاحب دروس، جامع المقاصد، صاحب مسالک و مجمع البرهان، دلایل هریک را به اجمال احصا و تصریح می‌کند که انتقاء ضرر، اصل لزوم عقود و اکتفا به قدر متیقن در احکام استثنایی نظیر حق فسخ از جمله دلایل طرفداران نظریه زوال است و پیروان نظریه بقا نیز علاوه بر استناد به اصل استصحاب، چنین استدلال می‌کنند که گاه ضرر وارده با پرداخت مابه‌التفاوت جبران نمی‌شود، بلکه صرفاً فسخ و رد است که ضرر را منتفی می‌سازد. (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۰۳). امام خمینی نیز در کتاب البیع بر این نکته تأکید می‌کند که پرداخت مابه‌التفاوت در خیار رؤیت و سایر خیارات موجب سقوط خیار نمی‌شود؛ زیرا دلیلی بر سقوط آنها نیست و مقتضای اطلاق ادله هم عدم سقوط آن است. (خمینی، ۱۴۲۱: ۴/۴۴۱).

از آن جایی که آنچه مقوم مبحث خیار عیب و یکی از ارکان آن است، به نحوی که عیب موجود، موجب فسخ عقد گردد، وجود عیب فعلی در کالا است، اگر چنانچه عیب موجود از بین برود، خیار عیب و رجوع مشتری به بایع، موضوعیتی نخواهد داشت. به تعبیر دیگر، قیام خیار عیب، دائر مدار وجود عیب فعلی است و با فقدان عیب، به هر

نحو،<sup>۵</sup> موضوع خیار منتفی می‌گردد. آنچه محل بحث واقع شده است، ارجاع کالا توسط مشتری به بایع به جهت معیوب بودن کالا است. در این حالت، مشتری می‌تواند کالای معیوب را به بایع برگرداند و ثمن خود را پس بگیرد و حق قانونی و شرعی مشتری است که با تمسک به خیار عیب، معامله را فسخ کند. ولی اگر مشتری بخواهد عقد بیع را مشروط به رفع عیب، استمرار بخشد، بایع می‌تواند با رفع عیب و تصحیح و سالم کردن کالا، مبیع سالم و بدون عیب را به مشتری تحویل دهد و با این عمل، قرارداد و عقد منعقد شده را از حالت فسخ خارج نموده و به عقد لازم تبدیل کند.

اما آنچه در بررسی و تحلیل این مطلب باید ذکر گردد این است که بعد از انعقاد قرارداد بیع، اجرای کامل عملیات خرید و فروش و رد و بدل ثمن و مثن، منوط به تسلیم کالای سالم و منطبق با موارد مذکور در قرارداد و عقد از سوی فروشنده و پرداخت ثمن از سوی مشتری و خریدار است.

اگر اجرای قرارداد و عملیات بیع و شراء از سوی فروشنده به صورت ناقص شکل گیرد و کالای معیوب و غیرمنطبق با شروط قراردادی را تسلیم کند، بنابر قاعده فقهی و حکم شرعی تمسک به خیار عیب، مشتری می‌تواند کالا را نپذیرد و قبول نکند و قرارداد را فسخ نماید.

#### توسعه مفهوم ارش

ارش از نظر فقهی و قانونی، مقدار مالی است که به عنوان جبران خسارت مالی یا جسمی - که در دین برای آن اندازه‌ای تعیین نشده است - به خسارت دیده پرداخت می‌گردد و از آن در زمینه‌های تجارت و دیه‌گرفتن سخن گفته شده است. ارش از قواعد عمومی قراردادهاست و نباید آن را ویژه بیع شمرد؛ هر چند که به طور معمول در بیع مطرح می‌شود.

و اما توسعه مفهوم ارش را که به عنوان راهکار مطرح می‌شود، به این معناست که آن را شامل تعمیر و ترمیم کالا هم بدانیم؛ گرچه این راهکارمخدوش است؛ چون ارش، مقوله خاصی است و آن ما به التفاوت ما بین صحیح و معیوب است و ممکن است یکی از دو طرف نپذیرد که تعمیر به جای ارش باشد. ولی این راهکار ثبوتاً قابل تصور است و مزیت‌هایی را همچون برتری گزینه تعمیر کالا بر دو گزینه حق فسخ و یا اخذ ارش، به صورت عام تحفظ بر

<sup>۵</sup> چه به نحو تکوینی و طبیعی مانند صحت و سلامت عضو معیوب حیوان که با رشد طبیعی‌اش، عضو معیوب سالم و مبرای از عیب گردد و چه به نحو تعمیر توسط بایع باشد، مانند تعمیر خودروی سواری.

بقای قرار داد و عمل به عموم آیه: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، و به صورت خاص نسبت به اخذ ارش، پرهیز از ریسک ربوی شدن بیع را برای آن می توان ذکر کرد، اما تاکنون قائل معروفی برای آن پیدا نشده است.

با توجه به اینکه اخذ ارش در بعضی صورت ها سبب ربوی شدن معامله می گردد، ولی در راهکار ابتکاری ما این قضیه پیش نمی آید. در توضیح مزیت های ذکر شده این راهکار می توان گفت: اگر اخذ ارش سبب شود که معامله ربوی گردد، قطعاً جایز نیست و طرف حق ندارد ارش بگیرد و تنها حق دارد فسخ کند و عوضش را بگیرد یا به صورت مجانی عقد را امضا کند. برای مثال، هرگاه دو نفر کالایی را که ربوی است (یعنی ربا در او می آید و آن معامله مکیل یا موزون است یعنی اشیائی که به کیل یا وزن معامله می شوند)، به هم جنس خودش معامله کنند، (مثل معامله گندم را با گندم، برنج با برنج، و...)، سپس یکی از عوضین معیوب درآید، طرف فقط حق رد دارد و حق ندارد ارش بگیرد؛ زیرا معنای ارش گرفتن (تفاوت صحیح و معیب چه از جنس خود عوض و چه از غیر جنس آن) این است که یک طرف زیادتیر بگیرد (مثلاً صد و ده من گندم یا صد من و صد تومان)، و این موجب می شود معامله ربوی شود که شرعاً حرام و باطل است، و در چنین فرضی فقط حق دارد کل معامله را فسخ کند.

البته به طور کلی در مسأله سه وجه وجود دارد:

۱. حق دارد ارش بگیرد، مطلقاً چه از جنس خود عوضین و چه از جنس دیگر.

۲. حق ندارد ارش بگیرد، مطلقاً.

۳. تفصیل شافعی میان اخذ ارش از هم جنس و غیر هم جنس که اولی را جایز نمی داند و دومی را جایز می داند.

آنچه تاکنون ذکر شد، قول دوم بود که اخذ ارش را مستلزم ربوی شدن معامله می دانست و از این جهت معتقد بود که جایز نیست. در مقابل احتمال دارد اخذ ارش (فی الجمله یعنی حداقل از غیر هم جنس) جایز باشد و علامه حلی در تذکره نخست این احتمال را به عنوان وجه ثالثی برای بعضی شافعیه نقل کرده سپس خودش هم فرموده: «لابأس» (ایرادی وجود ندارد)؛ یعنی اختیار این وجه مانعی ندارد.

و در مقام توجیه و استدلال چنین می گوید: مماثلت (از لحاظ کم و زیاد بودن برابر باشند) که در بیع مال ربوی (مکیل و موزون) به هم جنس خودش معتبر و شرط صحت است و زیادتی یا نقصان در یک طرف، زمانی موجب بطلان است که فقط در ابتدای عقد شرط باشد؛ یعنی در هنگام معامله و انشای صیغه باید عوضین ربوی مثل هم و برابر باشند (مثلاً صد من به صد من) و فرض این است که در مورد بحث ما (معامله ربوی معیب) این شرط موجود است و کم بودی ندارد تا معامله باطل باشد و مسأله ارش هم ربطی به عوضین و معامله ندارد، بلکه حقی است که برای یک طرف ثابت می شود؛ آن هم بعد از عقد یا حتی بعد از ظهور عیب؛ و به هر حال متأخر از عقد است و

نمی‌تواند برگردد و در عقد سابق تأثیر بگذارد و آن را که صحیح منعقد شده، باطل کند که: «الشَّيْءُ لَا يَنْقَلِبُ عَمَّا وَقَعَ عَلَيْهِ». پس در معامله ربوی هم اگر یک طرف معامله معیوب بود، حق اِرش هست. سپس علامه (در مقابل بعضی شافعی‌ها که تفصیل داده‌اند و اخذ اِرش را از جنس خود عوضین جایز ندانسته‌اند، ولی از غیر هم جنس تجویز کرده‌اند) فرموده: اقرب به حق و واقع این است که اخذ اِرش حتی از جنس عوضین هم جایز است و منحصر به غیر هم جنس نیست که قبلاً به صورت فی الجمله مطرح شد.

و دلیل علامه این است که در این جهت فرقی میان هم جنس و غیر هم جنس نیست و اگر اخذ اِرش از هم جنس ممنوع باشد، باید اخذش از غیر هم جنس هم ممنوع باشد؛ چون در معاملات ربوی اگر یک طرف کم یا زیاد باشد، چه از جنس خود عوضین باشد، یا از غیر جنس، هر دو ربا و حرام است (مثلاً صد من گندم را به صد من و ده تومان بفروشد) و چون قبلاً گفتیم فی الجمله اخذ اِرش جایز است و استدلال هم کردیم، الان به همان دلیل می‌گوییم اخذ اِرش مطلق (ولو از هم جنس) جایز است. (حلی، ۱۴۱۴: ۵۳۱/۱).

ابن سعید حلی هم در کتاب الجامع للشرایع همین وجه را (جواز اخذ اِرش مطلقاً) از قول بعضی از فقهای امامیه که پیش از علامه بوده‌اند نقل کرده است. (حلی، ۱۴۰۵: ۲۶۸). شیخ انصاری در مورد این مسأله می‌گوید: حاصل وجه و دلیل این احتمال (وجه یا قول) این است که اصلاً وصف صحّت ربطی به عوضین ندارد و جزئی از عوضین نیست و چیزی از عوض در مقابل او قرار نمی‌گیرد، تا کسی بگوید: عوضی که مقابل معیب قرار می‌گیرد، از حیث اندازه و مقدار کم‌تر است (صد من سالم در مقابل صد و ده من معیوب)، پس ربا است، بلکه اصولاً وصف صحّت، در مقابلش مالی قرار نمی‌گیرد، حتی از غیر ثمن (یعنی عوض هم که بعداً می‌دهند در مقابل وصف صحّت نیست، بلکه غرامت شرعی است) و از این جهت وصف صحّت مثل سایر اوصاف (وصف کمال) است که در مقابل آن‌ها چیزی قرار نمی‌گیرد (ولو ممکن است داعی بر پرداخت وجه بیشتر، این اوصاف کمالی باشد، ولی داعی امری است و عوض داشتن امر دیگری است و تمام ثمن در مقابل عین مبیع است، نه وصفی از اوصاف).

دلیل شیخ انصاری بر این که (عوض در مقابل اوصاف مبیع (ولو وصف صحّت) قرار نمی‌گیرد، بلکه تمامش در برابر عین مبیع است)، این است که اگر بخشی از عوض در برابر وصف صحّت قرار می‌گرفت، لازمه‌اش این بود که وصف بر عهده بایع بیاید و نسبت به آن ضامن باشد و معامله نسبت به آن باطل باشد (همان‌طور که اگر جزئی از مجموع مبیع نباشد معامله به همان نسبت باطل می‌شود)، و این معامله شرعاً باطل است و بایع ضامن است؛ چه مشتری اِرش را اختیار نکند، یا اِرش را اختیار نکند؛ درحالی که قطعاً چنین نیست و اگر مشتری اِرش را اختیار نکند، معامله صحیح است و چیزی بر عهده بایع نمی‌آید، پس وصف صحّت لایقاً بالمال.

بنابراین ارش هم عوض وصف صحت و مقابل آن در مبیع نیست تا ربوی باشد، ولو استدامةً، بلکه ارش یک غرامت شرعی است که شارع از خارج به آن حکم کرده و فرموده: اگر مشتری این فرض را اختیار کرد که بایع غرامت بکشد و خسارت بدهد، باید بایع بپردازد (و لذا لازم نیست از خود عوض سالم کم کنند و طرف را ملزم به آن کنند، بلکه اختیار دست بایع است که از عهده آن برآید)؛ و اگر ارش از مقوله غرامت شرعی و خارج از دایره عوضین شد، و استدامةً هم داخل در ثمن یا مثنی نشد و جزئی از آن‌ها قرار نگرفت، وجهی برای ربوی شدن و بطلان نیست و اخذ ارش هم جایز است.

شیخ مرتضی انصاری تمام تلاش خود را صرف بیان وجه جواز اخذ ارش نمودند و ثابت کردند که این موجب ربوی شدن معامله نیست، ولی با استدراک از آن مطلب در ادامه می‌گوید: ممکن است کسی ادعا کند که از طرفی واضح است که شرعاً و عرفاً ارش عوض از وصف صحت است، یعنی چون مبیع فاقد وصف صحت است، عرف می‌گوید جای خالی این وصف باید پر شود و به جای آن مشتری حق دارد ارش بگیرد، شرع نیز همین را می‌گوید. و از طرف دیگر فرض ما این است که صحیح و معیّب، جنس واحد هستند و بیع هم جنس به هم جنس است، و از طرف سوم مستفاد از ادله حرمت ربا و معامله ربوی که فقط مثل به مثل (از حیث مقدار) را تجویز می‌کند، نه بیش از آن. نتیجه این دو مقدمه این است که وصف صحت در یکی از دو عوض هم جنس کالمعدوم است (یعنی وجودش کالعدم است و در معامله به حساب نمی‌آید تا ارش، عوض او باشد و معامله باطل شود، یا عدمش نزد شارع مثل وجود او است؛ در این که از ناحیه نبود آن، حق ندارد چیزی اخذ کند). بنابراین نتیجه این سه مقدمه آن است که از جهت فقدان وصف صحت، مشتری حق ندارد چیزی (ارش) از طرف مقابل بگیرد و هو المطلوب؛ پس سخن علامه و دیگران درست نیست.

شیخ انصاری بیش از این مسأله را دنبال نمی‌کند و تنها اشاره می‌کند به این که مسأله در غایت اشکال است. بنابراین با ذکر ادله و اقوال و مبانی مختلف و با توجه به اصول موضوعه و مبادی تصوریه و تصدیقیه مشخص شد که می‌توان راهکارهای فنی و فقهی مناسبی با استفاده از عناوین اولیه برای جایگزینی تعمیر کالا به عنوان راه حل جایگزین فسخ و یا اخذ ارش ارائه نمود، که با اصالة اللزوم در عقود نیز سازگاریش بیشتر است. و همان طور که در کنوانسیون وین با راهکار تعمیر کالا و ابدال آن از فسخ معامله جلوگیری به عمل آمده است، می‌توان با استفاده از منابع و مدارک فقه امامیه تعمیر کالا را از حیث فقهی و فنی تصحیح و تأیید نمود و آن را به صورت شرط ضمن عقد و صلح بر تعمیر به جای ارش یا فسخ پذیرفت. البته لازم به ذکر است که شرط ابدال و تعویض را فقط به صورت شرط فعل می‌توان در ضمن معامله به صورت شرط ضمن عقد مطرح کرد.

حکم گزینه اصلاح و تعمیر کالا با استفاده از عناوین ثانویه

همانطور که بیان شد، اصلاح و تعمیر کالا با عناوین اولیه را به راحتی می تواند یکی از گزینه های خیار عیب دانست؛ اما بر فرض عدم پذیرش آن با عناوین اولیه می توان گفت: با عناوین ثانویه و شرط ضمن عقد می توان آن را از گزینه های خیار عیب به صورت شرط ضمن عقد تقریر کرد.

حاکمیت اراده در اختیارات

همان طور که الزام عقد ناشی از حکومت اراده است، اختیارات و حق فسخ نیز در عقد لازم به اراده صریح یا ضمنی دو طرف قرارداد باز می گردد و حاکمیت اراده مبنای واقعی التزام به عقد و حدود آن است. قوانین در باره اختیارات چهره تفسیری و تکمیلی دارند، نه امری. به همین جهت، دو طرف می توانند به تراضی بر قلمرو اختیار قانونی خود در فسخ عقد بیفزایند یا بکاهند، یا حتی سقوط همه اختیارات را در عقد شرط کنند. از همین رو، در ماده ۴۴۸ قانون مدنی آمده است: سقوط تمام یا بعضی از اختیارات را می توان در ضمن عقد شرط نمود. حال با توجه به این بیان، خیار فسخ در همه حالات چهره حمایتی و خصوصی دارد و نباید آن را از قواعد مربوط به نظم عمومی پنداشت که حکومت بخواهد در باره آن دخالت کند.

البته احتمال دارد که مصالح اجتماعی انگیزه صدور حکم قرار گیرد، ولی از نظر فنی، قواعد این باب به رابطه خصوصی دو طرف ارتباط پیدا می کند و در زمره حقوق آنها است. بنابراین اختیارات و استثنای اصل لزوم، مبتنی بر حکومت اراده است. و وقتی دو طرف عقد می خواهند که بر پیمان خود در شرایط عادی باقی بمانند، همان اراده ای که لزوم را برای عقد به ارمغان آورده می تواند، برای لزوم عقد و التزام به آن، حدی قائل شود و آن را مقید و مشروط نماید.

جائز بودن و لازم بودن در عقد

جائز یا لازم بودن عقد، دو معنا دارد:

۱. منظور از لازم بودن و جائز بودن، امکان فسخ عقد به وسیله خیار یا عدم آن است که در این صورت، خیار و فسخ، یک حق خارج از عقد می باشند که قابلیت اسقاط و انتقال دارند. در ماده ۴۵۷ قانون مدنی هم به این مطلب تصریح و گفته شده: «هر بیعی لازم است، مگر این که یکی از اختیارات در آن ثابت شود».

۲. منظور از جائز بودن یا لازم بودن عقد، حکم شرعی شارع به جواز یا عدم جواز رجوع در عقد است که در این صورت جائز و لازم بودن، حق مجعول شرعی قابل اسقاط نخواهد بود، بلکه یک حکم شرعی مربوط به عقد است که طبق این معنا به محض انعقاد عقد، حکم شرعی لزوم و جواز متناسب با عقد جاری می شود.



پس جواز و لزوم، مشترک لفظی است و در دو معنا به کار رفته است. برای مثال، ثبوت خیار مجلس در اولین زمان انعقاد بیع، منافاتی با لازم بودن فی نفسه عقد بیع ندارد؛ چرا که خیار یک حق خارج از عقد و قابل انفکاک از آن می باشد، ولی چنانچه شارع در اولین زمان انعقاد عقد، حکم به جواز رجوع می داد، در این صورت جواز حکمی رجوع با لازم بودن عقد منافات پیدا می کرد. (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۵/۵).

در قانون مدنی ایران هم در ماده ۱۸۵ لازم بودن عقد را این گونه معنا می کند: «عقد لازم آن است که هیچ یک از طرفین معامله حق فسخ آن را مگر در موارد معینه نداشته باشد».

و در ماده ۱۸۶ جایز بودن عقد را این گونه معنا می کنند: «عقد جائز آن است که هر یک از طرفین بتوانند هر وقتی بخواهند آن را فسخ کنند».

در این قسم اصل لزوم و جواز در عقود ناظر به اعمال یا عدم اعمال خیار است، بلکه اساساً بحث خیار خارج از دامنه اصل لزوم می باشد و تأثیری در لزوم و جواز حکمی عقد ندارد. با این مقدمات می توان گفت یکی از مسقطات خیار عیب اسقاط آن در ضمن عقد است. حال می توان این اسقاط را همراه کرد با صلح بر تعمیر کالا به جای رد کالا یا اخذ ارزش به گونه ای که گفته شد خیار عیب خیار است که به سبب عیب برای مشتری ثابت می شود.

حال سؤال این است که اگر بر اثر عیب، خیار ثابت شده و پیش از اعمال خیار عیب از بین رفت (خواه خود به خود یا به وسیله بایع یا مشتری) حکم خیار چیست؟ آیا با زوال عیب، خیار نیز زائل می گردد یا خیر؟ بعضی از علما در این مورد نظر بر عدم سقوط خیار با زوال عیب را دارند و استدلالشان چنین است که حق خیار و مطالبه ارزش در اثر وجود عیب در حین عقد برای مشتری ثابت گشته و در صورت تردید در سقوط آن، در اثر زوال عیب، بر اساس اصل استصحاب حکم به بقای آن می شود. اما در مقابل، گروه دیگری از علما گفته اند که هدف نهایی از خیار عیب، جبران ضرر ناروایی است که در نتیجه آن به طرف قرارداد وارد می شود. پس اگر پیش از اعمال خیار، منشأ این ضرر از بین برود، خیار نیز ساقط می شود. یعنی با شرط ضمن عقد، ضمن تراضی حدی خاص برای التزام و لزوم معین شود، مانند اینکه شرط شود فروشنده یا خریدار تا زمانی خاص حق برهم زدن عقد را دارد، یا اینکه موجر و مستأجر می توانند در صورتی خاص اجاره را فسخ کنند.

گفته دوم به نظر صحیح تر می رسد، زیرا دیده شد که بنا بر مبانی خیار عیب، اراده طرفین و جبران ضرر و ایجاد تعادل، قراردادی می باشد و اخذ ارزش، تمهیدی برای این تعادل بوده تا از مشتری رفع ضرر شود. حال در جایی که منشأ این ضرر، قبل از اعمال خیار از بین رفته باشد، پس خیار نیز به عنوان وسیله ای جبرانی در برابر آن ضرر،

منتفی می‌شود. علاوه بر این، اصل، بر لزوم قراردادها است و با وجود این اصل، جایی برای استناد به استصحاب باقی نمی‌ماند.

در قانون مدنی ماده ۴۷۸ نیز در باب اجاره پذیرفته شده است که رفع عیب پیش از اعمال خیار موجب سقوط آن می‌شود و هرگاه معلوم شود عین مستأجره در حال اجاره معیوب بوده، مستأجر می‌تواند اجاره را فسخ کند، یا به همان نحوی که بوده است، اجاره را با تمام اجرت قبول کند. ولی اگر موجر رفع عیب کند به نحوی که به مستأجر ضرری نرسد، مستأجر حق فسخ ندارد.

در خصوص حکم این ماده گفته شده، که این حکم چهره استثنایی ندارد و در مقام بیان قاعده است؛ چنان که در فقه نیز سقوط خیار طرفداران سرشناسی دارد. در حقوق مصر، تصریحی در این مورد در قانون دیده نمی‌شود، اما حقوقدانان مصری، زوال عیب حادث در مبیع را موجب زوال ضمان بایع دانسته و گفته‌اند: اگر عیبی که در مبیع حادث شده است، زائل شود، دیگر مشتری نمی‌تواند به سبب ضمان عیب به بایع رجوع نماید؛ زیرا سبب ضمان زائل شده و ضمان هم با زوال سببش زائل می‌شود. این راهکار مناسب اصالة اللزوم در عقد است.

حال با توجه به بیان این مطالبی که ذکر شد، راهکار فنی و فقهی مناسبی با استفاده از عناوین ثانویه برای جایگزینی تعمیر کالا به عنوان راه حل جایگزین فسخ و یا اخذ ارش می‌توان در نظر گرفت، که با اصالة اللزوم در عقود نیز سازگاریش بیشتر است و همان طور که در کنوانسیون وین با راهکار تعمیر کالا و ابدال آن از فسخ معامله جلوگیری به عمل آمده است، می‌توان با استفاده از منابع ومدارک فقه امامیه تعمیر کالا را از حیث فقهی و فنی تصحیح و تأیید نمود و آن را به صورت شرط ضمن عقد و صلح بر تعمیر بجای ارش یا فسخ پذیرفت.

#### نتیجه گیری

یکی از مباحث مهم فقهی، که فقهای بزرگ شیعه در باره آن بحث‌های فراوانی انجام داده‌اند، بحث خیار است. بعد از انعقاد قرارداد بیع، اجرای کامل آن وابسته به تسلیم کالای سالم و منطبق با قرارداد از سوی فروشنده و پرداخت ثمن از سوی خریدار است. در برخی از عقود، اجرای قرارداد از سوی فروشنده به صورت ناقص شکل می‌گیرد؛ به این صورت که کالای معیوب و غیرمنطبق با شروط قراردادی را تسلیم می‌کند. در فقه اسلامی و حقوق مدنی ایران در چنین مواردی، اکثر فقها و حقوقدانان قائل به حق فسخ و یا گرفتن ارش از سوی خریدار شده بودند، اما در تجارت بین الملل اصل و قاعده اولیه را بر عدم فسخ قرارداد و تعمیر کالا را مقدم بر این دو دانسته بودند. از آنجایی که ثمره این بحث مورد استفاد در عقود روزمره مردم و تجارت‌های بین المللی قرار می‌گرفت، در این مقاله بررسی شد که از حیث فقهی می‌توان با استفاده از عناوین اولیه و همچنین عناوین ثانویه تعارضات احتمالی

موجود در در حقوق مدنی و کنوانسیون های بین المللی را حل نمود و با استفاده از راهکارهای فقهی تعمیر و اصلاح کالا را مقدم بر فسخ و یا ارش دانست و ومفاد کنوانسیون وین منافاتی با حقوق مدنی و اقوال فقها ندارد، بلکه مؤیداتی از لحاظ فقهی بر این امر نیز وجود داشت.

منابع

- حلی، ابوجعفر محمد بن منصور بن أحمد (۱۴۱۰ هـ.ق)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چاپ دوم، قم: مؤسسه النشر الإسلامی.

- الطوسی، محمد بن علی بن حمزه (۱۴۰۸ هـ.ق)، الوسيله الی نیل الفضیله، تحقیق الشیخ محمد الحول، جلد اول، قم: منشورات مکتبه آیت الله العظمی المرعشی نجفی.

- ابن منظور، محمد بن مکرم المصری (۱۴۱۴ هـ.ق)، لسان العرب، چاپ سوم، بیروت (لبنان): منشورات الاعلمی..

- اراکی، محمدعلی، قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام (۱۴۱۳ هـ.ق)، جلد ۲، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات وابسته به جامعهی مدرسین حوزهی علمیه.

- امامی، سید حسن (۱۳۹۰ هـ.ش)، حقوق مدنی ایران، جلد اول، چاپ سی و دوم، تهران: انتشارات اسلامیه.

- انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۱۵ هـ.ق)، المکاسب، جلد سوم، چاپ سوم، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.

\_\_\_\_\_ (۱۴۲۱ هـ.ق)، صیغ العقود و الإیقات، چاپ اول، قم: نشر مجمع اندیشهی اسلامی.

- عاملی، محمد بن جمال الدین مکی (شهید اول)، القواعد والفوائد، چاپ اول، قم: مکتبه المفید.

- عاملی، زین الدین بن عاملی (۱۴۱۳ هـ.ق)، الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیه، قم: نشر داورى.

\_\_\_\_\_، مسالک الأفهام، قم: مؤسسه معارف اسلامی.

- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، دورهی حقوق مدنی (ارث)، جلد ۱، چاپ اول، تهران: نشر امیرکبیر.

- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۱۴ هـ.ق)، وسائل الشیعه، قم: مؤسسه آل البيت.

- حسینی عاملی، محمد جواد (۱۴۱۹ هـ.ق)، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

- خمینی، روح... (۱۴۲۱ هـ.ق)، البیع، جلد ۴ و ۵، چاپ اول، تهران: نشر مؤسسهی تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).

\_\_\_\_\_؛ تحریر الوسیلة، چاپ اول، قم: دارالعلم

- خویی، سید ابوالقاسم موسوی (۱۳۷۷)، مصباح الفقاهة، قم: داوری
- داراب پور، مهرا ب(۱۳۷۴)، ترجمه کتاب تفسیری بر حقوق بیع بین المللی، چاپ اول، تهران: انتشارات مجد.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد(۱۳۸۳)، المفردات لالفاظ القرآن، قم: موسسه ذوی القربی.
- سبزواری، محمدباقر(۱۳۹۶)، کفایة الاحکام(کفایة الفقه)، چاپ سوم، قم: موسسه انتشارات اسلامی
- سلار، حمزه بن عبدالعزیز(۱۴۰۴ ه ق)، المراسم العلویة والاحکام النبویة فی الفقه الامامی، قم، منشورات حرمین.
- طباطبایی (حائری)، علی بن محمد، ریاض المسائل(۱۴۱۸ ه ق)، جلد اول، چاپ اول، قم: نشر مؤسسه ی آل البيت.
- طباطبایی (یزدی)، محمدکاظم(۱۴۲۱ ه ق)، حاشیة المکاسب، جلد دوم، چاپ دوم، قم: نشر مؤسسه ی اسماعیلیان.
- طهوری(نوروزی)، صادق(۱۳۹۹)، قواعد عمومی خیارات، چاپ اول، قم: سپهرآذین.
- حلی، علامه(۱۴۱۴ ه ق)، تذکرة الفقهاء، قم: مؤسسه آل البيت(ع) لاحیاء التراث العربی.
- کاتوزیان، ناصر(۱۳۷۶)، قواعد عمومی قراردادها، جلد پنجم، چاپ دوم، تهران: نشر شرکت سهامی انتشار.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۹۱)، حقوق مدنی، درس هایی از عقود معین، جلد اول، چاپ هجدهم، تهران: انتشارات گنج دانش.
- کرکی، علی بن حسین(۱۴۱۰ ه ق)، جامع المقاصد، چاپ اول، لبنان: دار احیاء التراث العربی.
- مامقانی، عبدا... بن محمدحسن(۱۳۵۰ ه ق)، نهاية المقال فی تکملة غاية الآمال، چاپ اول، قم: نشر مجمع الذخائر الإسلامية.
- مکارم شیرازی، ناصر(۱۳۸۰)، القواعد الفقهیة، چاپ پنجم، قم: انتشارات مدرسه امیرالمؤمنین.
- میرزاتراد جویباری، اکبر، بحثی پیرامون مفهوم نقض اساسی قرارداد در کنوانسیون بیع بین المللی کالا(۱۹۸۰ وین) با مطالعه تطبیقی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۵۷، زمستان ۱۳۸۱
- \_\_\_\_\_، اکبر، فسخ و آثار آن در کنوانسیون بیع بین المللی کالا(۱۹۸۰ وین) و مقایسه آن با حقوق انگلیس، فرانسه و ایران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شهریور ۱۳۸۰
- نجفی، محمد حسن(۱۴۰۴ ه ق)، جواهر الکلام فی شرائع السلام، جلد بیست سوم و بیست و چهارم، چاپ هفتم، بیروت، دارالکتب الاسلامیه.

-زراقی، احمد(۱۴۱۵هـ.ق)، مستند الشیعة فی احکام الشریعة، جلد چهاردهم ، چاپ اول، قم: نشر مؤسسه‌ی آل‌البیت.

-نوری، محمد علی( ۱۳۷۸)، ترجمه کتاب اصول قراردادهای بازرگانی بین المللی موسسه بین المللی وحدت حقوق خصوصی رم، چاپ اول، تهران: انتشارات گنج دانش.  
آدرسهای اینترنتی

چالشتری، مریم، پایان نامه: مطالعه تطبیقی الزام به رفع عیب در کنوانسیون بیع بین المللی کالا:

<https://elmnet.ir/Article//10583356-54691>

۲- گرایلی، محمد باقر، فرزانه کرمی، مقاله بررسی تطبیقی رفع عیب کالا در حقوق ایران و کنوانسیون بیع بین المللی کالا وین:

<https://elmnet.ir/article/1377077-12381>

عباس عالم راثی، مطابقت کالا با قرارداد:

<https://civilica.com/doc/672741>.

Un Convention Contracts for the International Sale ofZ (Goods ).