

تحلیل منشأ خیار عیب با رویکرد تطبیقی در

فقه و حقوق موضوعه *

** محمد جواد حیدریان دولت آبادی

*** رسول مظاهری کوهانستانی

چکیده

«قرارداد»، همواره ساختاری برای رفع نیازهای مدنی و معیشتی انسان بوده است. این رفع نیاز با توجه به لازم بودن قراردادها تأمین می‌شود و از همین رو در سیستم‌های حقوقی متفاوت، بنا را بر لزوم قراردادها گذاشته‌اند. با وجود این انحلال‌ناپذیر بودن قراردادها همواره نافع نیست، گاهی قرارداد موجب ضرری نامشروع است که باید تدارک شود و گاهی چگونگی انجام آن مغایر با خواست متعاملین است. حق فسخ ناشی از خیار عیب یکی از اسباب فسخ معاملات است. در حقوق ایران پیرامون مبنای ایجاد خیار عیب اختلاف نظرهای فراوانی وجود دارد، گروهی مبنا را قاعده لاضرر و گروهی شرط ضمنی عرفی می‌دانند. برخی نیز تا شش مبنای احتمالی برای این خیار بر شمرده‌اند. روشن شدن مبنای این خیار موجب می‌شود بدانیم شرط سلامت مفید تأکید است و یا تأسیس؟ با رفع عیب، خیار از بین می‌رود یا خیر؟ می‌توان صاحب کالای معیب را ملزم به رفع عیب کرد یا نه؟ این سؤالات و پاسخ احتمالی آنان، در مقاله پیش‌رو با رویکردی تطبیقی در فقه و حقوق موضوعه با تأملی در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و همچنین گریزی به مباحث ارزشمند شیخ انصاری مورد مذاقه قرار داده شده است.

کلید واژه‌ها: اصالة اللزوم، خیار، عیب، نقض اساسی، منشأ خیار عیب.

* تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۹۸/۰۳/۱۵ - تاریخ پذیرش مقاله: ۱۳۹۸/۰۶/۲۰.

** کارشناسی حقوق دانشگاه اصفهان، دانشکده علوم اداری و اقتصاد /

mj.heidarian@mehr.ui.ac.ir

*** دکتری تخصصی حقوق خصوصی دانشگاه اصفهان، دانشکده علوم اداری و اقتصاد /

r.mazaheri@afe.ui.ac.ir



مقدمه

قراردادها و معاملات، ابزار ارتباط حقوقی بین افراد جامعه است. این ارتباط حقوقی مانند بسیاری از ارتباطات اجتماعی و اخلاقی جامعه موجد تعهد بوده و دارای ضمانت اجرای قانونی است. بنابراین همان طور که ماده ۱۸۳ قانون مدنی نیز اشعار دارد، ذات معامله در بردارنده حق و تکلیف است. (السان، ۱۳۸۵: ۱۳۲)

اهمیت این حق و تکلیف موجود و قصد طرفین بر ادامه این رابطه حقوقی باعث پیدایش اصل لزوم در قراردادها شده است. اصل لزوم تقریباً در تمامی سیستم‌های حقوقی دنیا و بالاخص در سیستم حقوقی کشورهای اسلامی پذیرفته شده است. (الجزیری، بی تا: ۱۶۸)

برخی از حقوق دانان حتی تعهدآور بودن عقود را ملزوم لازم بودن آن می‌دانند (Daniel Davison-Vecchione, 2014, 1164) در بسیاری از فرهنگ‌های سنتی و مذهبی از جمله مسیحیت نیز بر در هم تنیدگی شرافت و پایبندی به عهد تأکید شده است. (Hans Wehberg, 1959, 776) از همین رو نادرست نیست اگر بگوییم اصل لزوم قراردادها با بسیاری از آموزه‌های آسمانی همخوانی و تطابق دارد.

با وجود تدقیق و گستردگی مباحث، پیرامون اصل لزوم در قراردادها، در مورد معنا و مفهوم واژه «اصل» در «اصالة اللزوم» اختلاف نظر بسیار است. گروهی اصل را به معنی غلبه دانسته و گفته‌اند جواز عقد عارضی است. (کرکی، ۱۴۱۱ق، ج ۴: ۲۸۲)

برخی نیز اصل را به عنوان قاعده‌ای می‌دانند، برگرفته از کتاب و سنت که در مواقع شک به آن رجوع می‌شود. (انصاری، ۱۴۱۱ق، ج ۲: ۳۰۲)

«اصل» را به معنای استصحاب نیز در نظر گرفته‌اند، به این معنا که در صورت فسخ و تردید در ادامه اعتبار عقد به «ابقای ما کان» توسل خواهیم جست. (همان)

در نهایت، برخی همچون شیخ انصاری معتقدند بنای شرعی و عرفی مردم بر لزوم قراردادهاست.^۱ این دیدگاه به همان دیدگاه عقلانی و عرفی باز می‌گردد که طرفین با ایجاد رابطه حقوقی، قصد بنایی بر ادامه حیات آن و پایبندی به انجام مفاد قراردادها دارند.

۱. «احسن الوجوه فی اللزوم، هو ان بنا البیع اللزوم». (انصاری، ۱۴۱۱ق، ج ۲: ۳۰۶)



در صورت پذیرش معنای چهارم اصل، برای توجیه وجوب پابندی به قراردادها نیازی به توسل به آیه شریفه «أوفوا بالعقود» و یا حرمت اکل مال بالباطل و ... نخواهد بود، چرا که اصل لزوم، نهایتاً از ادله فقهاتی محسوب گردیده و مفاد آن نیز حکم ظاهری خواهد بود.^۱

طبیعت ساده انسان‌ها نیز به پیمان‌ها و قراردادهای فی مابین احترام گذاشته و وفای به عقد را به عنوان اصلی پایدار می‌پذیرد. ماده ۲۱۹ قانون مدنی^۲ نیز این اصل عقلی را پذیرفته است. لزوم قراردادها باعث خواهد شد تا طرفین قرارداد بر آنچه به دست می‌آورند مسلط شده و رابطه ولایت و سلطه پیش از قرارداد، پایان پذیرد. (محقق حلی، ۱۳۶۷، ج ۲: ۳۲۵) در واقع مالکیت مالک اقتضای انجام انحای تصرفات را دارد که لازمه آن عدم جواز تصرف غیر مالک است.

با وجود این، پابندی به موضوع معامله و تسلط بر آن همواره نافع نیست. بعضی اوقات تمام آنچه قصد شده بود به دست نیامده و گاهی آنچه به دست آمده موجب ضرر و زیان است. اجماع فقها بر این است که در چنین شرایطی تحمل ضرر روا نبوده و می‌توان برای تدارک این ضرر از خيارات استفاده نمود. نکته قابل تامل اینکه آیا قاعده «لاضرر»، آن گونه که برخی پنداشته اند، در برابر اصل لزوم قرار می‌گیرد یا در برابر قاعده «تسلیط»؟

ممکن است گفته شود در صورت تقابل این دو قاعده (لاضرر و تسلیط)، لاضرر مقدم شده و به این نحو ضرر غیر متدارکی برجای نخواهد ماند. یعنی حکم اولیه ما تسلیط و عدم ولایت است، با این حال احکام ثانویه که برای رفع حرج وضع شده‌اند بر احکام اولیه مقدم می‌شوند. با پذیرش این مطلب می‌توان گفت در عقود رایگان و امتنانی نیز خيارات از آن رو جای ندارند که تعارضی بین تسلیط و لاضرر ایجاد نشده و محملی برای اجرای قاعده وجود ندارد. برای مثال در صورت معیب بودن ثمن، ادامه تسلط

۱. و انما نعبّر بالامارة عن تلك الحجة التي لها آثارها المعهودة بما فيها اثباتها للاحكام الشرعية المترتبة على اللزوم العقلية لمؤاها. و نعبّر بالاصل عن ذلك الحاكم الظاهري الذي ليس له تلك الآثار. (برای مطالعه بیشتر، ر.ک: صدر، ۱۳۶۴، ج ۲: ۳۰۱)

۲. ماده ۲۱۹: عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم‌الاتباع است، مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود.



مشتري بر مبيع موجب ضرر بايع می‌شود، از همين رو در عقود همچون هبة معوض و صلح در غير مقام مسامحه، خيار وجود خواهد داشت.

اين گفته هرچند دارای استخوان‌بندی محکمی می‌باشد، با وجود اين، در مقدمه دچار اشکال است، زیرا مشهور فقها اعتقاد دارند در صورت نفع مالک در تصرف، قاعده لاضرر به جانب مالک پس از تعارض با قاعده لاجرح به جانب مشتري ساقط شده^۱ و تسليط به نفع مشتري جاری می‌شود. (نراقی، ۱۳۷۵: ۶۴-۶۳؛ برای دیدن نظر مخالف ر.ک: انصاری، ۱۴۱۹ق: ۴۶۳)

با توجه به آنچه گفته شد به نظر می‌رسد قاعده لاضرر بر احکام عمومی نیز حکومت دارد و به منظور رفع ضرر از زیان‌دیده لزوم عقود را بر می‌دارد. بنابراین، وجود خيار نه به دليل تقدم قاعده لاضرر بر قاعده تسليط بلکه برای از بين بردن حکم ضرری ناشی از اصالة اللزوم خواهد بود. در مورد قاعده لاضرر و چگونگی ایجاد حکم توسط اين قاعده پس از اين نیز مطالبی خواهد آمد.

۱. مفهوم عيب و نقض اساسی

الزام به تعهد در قرارداد همواره نافع طرفین نیست، از همين رو قانون در مواد ۳۹۶ الی ۴۵۷ مخصصات اصل لزوم را برشمرده است. البته مواد دیگری هم در قانون اين اصل را تخصیص زده‌اند (برای مثال ماده ۳۸۰ قانون مدنی).

اصل لزوم در کنوانسیون بيع بين‌المللی کالا به صورت جدی‌تری اعمال شده است. بسیاری از مواردی که مطابق قوانین موجود در کشور، موجب حق فسخ می‌باشند در کنوانسیون مذکور با ضمانت اجرای جبران خسارت مطرح شده‌اند. یکی از مهم‌ترین موارد ایجاد حق فسخ وجود نقض اساسی در اجرای قرارداد می‌باشد. اين مهم در مواد ۴۹، ۵۱، ۶۴، ۷۳ و مواد بسیار دیگری مورد تأکید قرار گرفته است. با وجود اهمیت

۱. شاید این گونه به ذهن متبادر شود که در حدیث مشهور لاضرر، تسليط سمره جاری نشد و لاضرر بر آن مقدم گشت. باید یادآور شد که در آنجا نیز راهکارهای ابتدایی پیامبر ﷺ موجب حرج سمره نبوده و وی حتی بدون حرج نیز مطابق مصلحت مالک اقدام نمی‌کرد. از آن رو که حرجی نبود، لاضرر بر آن مقدم شد. ماده ۱۳۲ قانون مدنی نیز مؤید همين نظر است. (برای مطالعه بیشتر ر.ک: امان‌الله علی‌مرادی (۱۳۸۴)، «قاعده نفی عسر و حرج»، پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، پیش شماره ۳).

مفهوم نقض اساسی، کنوانسیون صرفاً به صورت اجمال در ماده ۲۵ اجمالاً به تعریف آن پرداخته است.

پرسشی که در این تحقیق در پی روشن شدن پاسخ آن هستیم این است که منشأ حق فسخ موجود در کنوانسیون و همین طور منشأ حق فسخ خیار عیب چیست؟ پیش از پرداختن به بحث منشأ خیار مزبور، باید ماهیت عیب و نقض اساسی را مورد بررسی قرار دهیم.

ا) عیب

به عقیده برخی حقوق دانان (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۵: ۲۴۰-۲۳۴) و فقها، برای تشخیص معیوب بودن یا نبودن یک مال می توان از سه معیار استفاده نمود؛ یافتن نماد طبیعی و متعارف، مؤثر بودن در ارزش و مؤثر بودن در انتفاع و مصرف.

شیخ انصاری بیشتر به سوی نظر دوم گرایش دارد و معتقد است در معامله معوض آنچه برای طرفین اهمیت دارد ارزش عوضین است و هر وصفی که از ارزش مورد معامله بکاهد عیب تلقی می گردد. (همان) با وجود این، نمی توان صرفاً مؤثر بودن در ارزش اقتصادی را به عنوان معیار پذیرفت. برای مثال، عیب ناشی از شرکت در مورد معامله هر چند عیب محسوب می شود، اما خریدار مستحق ارزش نخواهد بود. عدم ملازمه وجود عیب و استحقاق ارزش نیز مؤید این ادعاست، چرا که ارزش وسیله تدارک عدم رعایت موازنه در ارزش عوضین است و در مانحن فیه، عیب مذکور از ارزش اقتصادی کالا نکاسته است. همچنین در مواردی که شرکت در اثر امتزاج با مال مرغوب تر به وجود آمده باشد فرض کاهش ارزش منتفی است، اما ایجاد شرکت، خود عیب محسوب می گردد. قانونگذار مدنی ایران نیز برای جلوگیری از این زیان، مواد ۳۵۵، ۳۸۴ و ۳۸۵ را تنظیم کرده است. برخی حقوق دانان نیز آنچه را که نوعاً موجب عدم رغبت خریداران گردد، عیب می دانند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳: ۲۶۷)

با این حال، نقص مالی تقریباً در تعریف مشهور فقها به عنوان معیاری برای احتساب عیب آورده شده است. آنان معتقدند «عیب»، خروج از مجرای طبیعی ناشی از نقص یا زیاده‌ای است که مقتضی نقص مالی باشد. (حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۱: ۸۰)

اما فقهای متأخر، عرف محیط تجارت و معاملات را معیار تشخیص مفهوم و مصداق عیب می دانند. (مصطفی خمینی، ۱۴۱۸ق، ج ۱: ۲۷۷) حق نیز همین است که در



مورد ماهیت عیب به معیار عرفی مراجعه شود و نقصان قیمت را به عنوان شاهدهی بر نظر عرف به حساب آوریم.

با توجه به مطالب گفته شده می‌توان ماهیت عیب را این گونه بیان کرد: «نقصی است که از ارزش کالا یا انتفاع یا مرغوبیت متعارف آن بکاهد» (همان: ۲۳۹)

ب) نقض اساسی

ماده ۲۵ کنوانسیون وین، نقض اساسی را این گونه تعریف کرده است:

نقض قرارداد توسط یکی از طرفین هنگامی نقض اساسی محسوب می‌شود که منجر به ورود چنان خسارتی به طرف دیگر گردد که او را از آنچه استحقاق انتظار آن را به موجب قرارداد داشته است، اساساً محروم کند، مگر اینکه طرفی که مبادرت به نقض قرارداد نموده است چنین نتیجه‌ای را پیش‌بینی نمی‌کرده و یک فرد متعارف همانند او نیز در اوضاع و احوالی مشابه، نمی‌توانسته است آن امر را پیش‌بینی کند.

این ماده در واقع به جای آنکه ماهیت نقض را روشن کند تعریف به اثر نموده که البته در علم حقوق امری رایج است. ماده ۲۵ کنوانسیون وین بازگو کننده تعریف ماده ۱۰ قانون متحد الشکل بیع بین‌المللی ۱۹۶۴ لاهه از نقض اساسی می‌باشد. جوهره تعریف نقض اساسی مطابق آنچه در این مواد آمده است «محرومیت اساسی طرف مقابل از منافع مورد انتظار و متعارف در قرارداد» است.

با توجه به احترام کنوانسیون وین به اصل آزادی اراده به نظر می‌رسد نقض اساسی را بتوان به نوعی ذیل عنوان عدم مطابقت کالا با قصد طرفین بررسی نمود. بدیهی است کالایی که به عنوان مبیع تسلیم می‌شود باید با کالای موضوع قرارداد مطابقت داشته باشد. بند (۱) ماده ۳۵ کنوانسیون به همین نکته اشاره دارد: «بایع باید کالایی را تسلیم نماید که دارای مقدار و کیفیت (جنس) و وصف مقرر در قرارداد باشد و نیز به همان ترتیبی که در قرارداد مقرر شده است بسته‌بندی یا ظرف‌بندی گردیده باشد». لازم به ذکر است که عدم مطابقت اعم است از عدم مطابقت مادی و حقوقی (عبدی‌پور و پرتو، ۱۳۹۱: ۲۰۰)

بند (۱) ماده ۳۵ به نوع اول، و ماده ۴۱ این کنوانسیون گویای نوع دوم از عدم مطابقت است. عدم مطابقت البته در تمامی سیستم‌های حقوقی جهان به زبان‌های



مختلف بیان شده است و برای آن راهکارهای متفاوتی در نظر گرفته‌اند. برای مثال، به بخش ۱۲ قانون بیع (۱۹۷۹) انگلستان، ماده ۱۶۲۵ قانون مدنی فرانسه و یا مواد ۴۱۰ الی ۴۱۵ قانون مدنی ایران نگاه کنید.

نظر به آنچه گفتیم نقض اساسی را باید نوعی عدم مطابقت کالا با قصد طرفین از قرارداد دانست که باعث تفویت منافع مورد انتظار متعارف آن‌ها باشد. به کارگیری دو واژه «استحقاق» و «به موجب قرارداد» نشان از آن دارد که کنوانسیون معیارهای شخصی و نوعی را توأمان پذیرفته است.

عدم وجود معیار ثابتی برای شناسایی مفهوم نقض اساسی سبب شده است تا آراء دادگاه‌ها نیز در این امر متشتت باشد. دادگاه عالی منطقه‌ای فرانکفورت در یک دعوا رأی بر آن داد که نقض قرارداد در مورد رنگ کالا، نقض اساسی نیست، چرا که تفاوت رنگ سبب نمی‌شود تا کفش‌ها غیر تجاری و غیر قابل عرضه به بازار باشند.^۱

با توجه به ماده ۲۵ کنوانسیون برای تشخیص اساسی بودن یا نبودن نقض باید به اثرات آن توجه نمود. پرسشی که در اینجا می‌توان مطرح کرد این است که موقع پیش‌بینی یا قابلیت پیش‌بینی آثار ناشی از نقض چه زمانی خواهد بود؟ ماده ۱۰ کنوانسیون لاهه (۱۹۶۴م) زمان انعقاد قرارداد را به عنوان زمان محاسبه مشخص کرده بود، ولی کنوانسیون وین در این رابطه، ضابطه‌ای را مشخص نکرده است. با این حال بسیاری از نویسندگان معتقدند برای محاسبه آثار نقض باید زمان ارتکاب نقض را ملاک قرار داد. (میرزائزاد جویباری، ۱۳۸۱: ۳۱۴) این ملاک آشکارا با ماده ۷۴ کنوانسیون وین در تضاد است.

۲. منشأ خیار عیب و حق ابطال در کنوانسیون

از آنچه گفتیم می‌توان نتیجه گرفت که عدم مطابقت کالا در کنوانسیون وین شامل عیب، نقص، وصف، شرط و به طور کلی همه مفاهیمی می‌شود که می‌تواند متعلق قصد طرفین واقع گردیده و از آن تخلف شود. معیار مورد قبول برای نقض اساسی قرارداد در کنوانسیون تابعی از نوعی و شخصی است، حال آنکه در حقوق کشور ما، عیب، مفهومی نوعی بوده و معیارهای شخصی در خیاراتی از قبیل خیار تخلف از وصف (ماده ۴۱۰ به بعد قانون مدنی ایران) لحاظ شده است. پس از بررسی اجمالی

1 . Cite as: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940118g1.html>.



ماهیت عیب و نقض اساسی، در این بخش به واکاوی منشا خیار عیب و حق ابطال در کنوانسیون خواهیم پرداخت.

أ) خیار عیب

برخی از فقها چنانچه در ادامه می‌آید، منشأ خیارات را متغیر بین دو فرض و برخی نیز پنج فرض می‌دانند که در ادامه، به اجمال بررسی می‌شود.

۱. تعهد و التزام

برخی خیار عیب را ناشی از التزام و شرط ضمنی عرفی مبنی بر صحت و سلامت مبیع می‌دانند. به این معنی که هنگام فروش مال، سکوت پیرامون سلامت آن نشان از اعتماد طرفین بر این بنای عقلی و عرفی است که مال، در عین صحت و سلامت است. بنابراین تخلف از شرط ضمنی مبنای این نوع خیار خواهد بود.^۱ مرحوم شیخ انصاری در این باره چنین می‌گوید: «اطلاق العقد یقتضی وقوعه مبنیاً علی سلامة العین من العیب». (فخارطوسی، ۱۳۸۹، ج ۵: ۱۲۹) به این معنی که اطلاق عقد مقتضی سلامت ثمن و مثن است. اطلاق مورد نظر شیخ در واقع اطلاق مقسمی است و نه قسمی. (مظفر، ۱۳۷۰، ج ۱: ۱۶۲) بنابراین اگر طرفین مطلقاً درباره سلامت مبیع سکوت کنند، اطلاق لفظ مبیع مقتضی سلامت آن است. (حلی، ۱۳۷۲، ج ۱: ۵۲۵)

پرسش راهبردی که در اینجا مطرح می‌شود این است که چرا اطلاق عقد نشان از قصد طرفین بر صحت مبیع دارد؟

گروهی معتقدند اطلاق عقد از باب انصراف مطلق به فرد صحیح مقتضی سلامت مبیع است. شیخ اعظم در پاسخ می‌گوید: الفاظ مطلقه همواره منصرف به فرد صحیح نیست، مانند آنکه در صورت نذر حیوان، با قربانی کردن حیوان معیب نیز نذر ادا می‌شود. دیگر آنکه اطلاق و انصراف همواره مربوط به کلی است، حال آنکه موضوع خیار عیب همیشه عین معین بوده است.^۲

۱. وإذا ظهر العیب فی المبیع فیکون للمشتري خیار العیب لتخلف الشرط الضمینی الارتکازی. (خویی، ۱۳۷۷، ج ۷: ۹۴)

۲. ایرادی که به شیخ وارد می‌کنند این است که ایشان تنها اطلاق فردی را در نظر گرفته است و نه اطلاق حالی را.



در نهایت ایشان می‌فرمایند اگر اطلاق منصرف به فرد صحیح باشد، صحت قید خواهد بود. بنابراین در صورت انتفای قید، عقد بر آنچه در خارج موجود است واقع نشده، که البته در خیار عیب چنین نیست. (فخارطوسی، ۱۳۸۹: ۱۳۲)

در برابر نظر نخست، با تتبع در آثار گروهی همچون محقق سبزواری و شیخ طوسی^۱ به دست می‌آید که معتقدند اطلاق عقد، ظهور در صحت مبیع دارد و آن را بر مبنای اصالة السلامة توجیه کرده‌اند.

شیخ انصاری نیز این نظر را نیکو می‌داند. برخی دیگر نیز انصراف در کلام شیخ را به شرط ضمنی ارتکازی تلقی نموده و گفته‌اند: «مبنای خیار عیب، شرط بنای ارتکازی است، هرچند در متن عقد ذکری از آن شرط نشده باشد». (خویی، ۱۳۷۱، ج ۷: ۹۵)

در نهایت و با توجه به طرح بحث تأکیدی یا تأسیسی بودن شرط سلامت، گویا شیخ اعظم نظر اخیر را به عنوان نظر صحیح‌تر انتخاب می‌نماید.

در حقوق فرانسه نیز خیارات بیشتر مبنای تخلف از شرط ضمنی دارند. برای مثال در مورد خیار غبن این‌گونه پنداشته می‌شود که فرد معامله‌کننده به برابری عرفی عوضین نظر داشته است. این نظر آنچنان قوت یافته که در قانون مدنی فرانسه رضای مغبون برای معامله را معیوب می‌داند. بنابراین خیاری مانند غبن یا تدلیس به دلیل معیوب بودن رضایتی که هنگام معامله به شرایط عقد تعلق گرفته بود، به وجود می‌آیند. مواد ۱۱۱۶ تا ۱۱۱۸ قانون مدنی فرانسه نیز مؤید همین نظر است.

در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا نیز همان‌طور که گفتیم تعریفی از عیب نشده و همه موارد شبیه به عیب را تحت عنوان کلی عدم مطابقت کالا با قرارداد آورده است (بند ۲ ماده ۴۶). این معیار برای عیب، نشان‌دهنده این است که اختیار فسخ در کنوانسیون مذکور مستقیماً از اراده طرفین قرارداد ناشی می‌شود.

۲. نفی ضرر

همان‌طور که گفته شد جبران ضرر ناروا یکی از مبانی مهم خیارات محسوب می‌گردد. در واقع برخی از حقوق‌دانان فلسفه وجودی، حق فسخ را عموماً و اصولاً به

۱. لأن الأصل سلامته من العيب والأصل لزوم العقد. (طوسی، بی‌تا، ج ۲: ۱۳۳)



علت وجود ضرر و زیانی می‌دانند که به طور خواسته و یا ناخواسته به ذوالخیار تحمیل می‌شود. (نهرینی، ۱۳۹۴: ۵۶)

علامه حلی در بسیاری از مسائل کتاب تذکره مبنای خیاراتی همچون عیب و غبن را حدیث لا ضرر و تدارک ضرر ایجاد شده می‌داند. (حلی، ۱۳۷۲، ج ۱۱: ۷۰-۶۸) خیاراتی مانند مجلس و حیوان نیز برای جلوگیری از ضرر در نظر گرفته شده‌اند. (زنجانی، احمدزاده، ۱۳۹۰: ۱۱۷)

شیخ انصاری در کتاب مکاسب ضمن تأیید نظر علامه در استناد به این قاعده می‌نویسد:

لزوم چنین بیع و عدم تسلط مغبون بر فسخ آن زبان بر او است و به همین جهت نفی می‌شود. پس، حاصل روایت آن است که شارع به آنچه غرری است حکم نمی‌کند و اضرار پاره‌ای بر بعض دیگر را روا نمی‌بیند و تصرفاتی را که از آن ضرری بر می‌خیزد امضا نمی‌کند و از همین جا درستی استناد به روایت نفی ضرر آشکار می‌شود که چرا هر عقدی که لزوم آن باعث ضرر است برای زیان دیده متزلزل می‌گردد، خواه آن ضرر به دلیل غبن باشد یا امر دیگر و خواه در بیع باشد یا غیر آن. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۵: ۶۳)

برای اینکه بدانیم آیا قاعده لا ضرر می‌تواند مبنای خیار عیب قرار بگیرد یا خیر، باید به دو سؤال پاسخ دهیم؛ نخست آنکه معنای ضرر در این قاعده چیست و سپس آنکه آیا این قاعده می‌تواند ایجاد حکم کند یا خیر؟

۳. معنای ضرر

در لسان عرفی ضرر همواره در برابر نفع قرار گرفته است. قرآن نیز در آیات مختلف ضرر و نفع را در مقابل یکدیگر به کار برده است. (بقره: ۱۰۲).

از نظر امام خمینی رحمته الله علیه نیز ضرر به معنای ضد نفع و مقابل نفع است. (محقق داماد، ۱۳۸۸، ج ۱: ۱۳۸)

برخی نیز پس از تتبع در منابع و موارد استعمال این کلمه گفته‌اند:

آنچه در ذهن حاصل می‌شود این است که ضرر یعنی از دست دادن هر آنچه از مواهب حیات می‌یابیم و از آن نفع می‌بریم، اعم از جان و مال و آبرو و... (مکارم شیرازی، ۱۳۹۰: ۱۰۷)



در نهایت اما تعریف این ماهیت را باید به دست عرف سپرد. بنابراین می‌توانیم هنگام شک در بعضی از مصادیق آن، به همان معنای ارتكازی ذهنی مراجعه کنیم. (همان: ۱۰۸) با مراجعه به عرف در می‌یابیم دریافت کالای معیّب و پایبند بودن به لزوم قرارداد، موجب ضرر خواهد بود. این ضرر، همان گونه که گفته شد، به عقیده بسیاری از فقها و حقوقدانان مطابق قاعده لاضرر و تدارک آن به موجب خیار قابل جبران خواهد است. اگر این معنا از ضرر را بپذیریم، می‌توانیم بگوییم خیار عیب برای دفع این ضرر بوده و نه موجب تخلف از اراده طرفین.

ب) شمول قاعده لاضرر بر امور عدمی

در اینکه امور وجودی مشمول قاعده لاضرر هستند تردیدی وجود ندارد. سؤال اینجاست که اگر از عدم امری، ضرری به کسی وارد شود آیا می‌توان با استناد به قاعده لاضرر، با ایجاد حکم، ضرر را دفع کرد؟ به بیان دیگر آیا قاعده لاضرر صرفاً نقش بازدارنده دارد یا می‌تواند نقش سازنده هم ایفا کند؟ شیخ اعظم معتقد است لاضرر اثبات ضمان نمی‌کند. علامه نائینی نیز اعتقاد به نقش سازنده لاضرر را مستلزم احداث فقهی جدید می‌داند. در برابر صاحب ریاض با این نظر مخالف است. (محقق داماد، ۱۳۸۸، ج ۱: ۱۵۹)

در برابر این دیدگاه بسیاری از حقوق‌دانان به نقش ایجابی قاعده لاضرر باور دارند. آنان به علت ایجاد حکم اخذ به شفعه استناد کرده و معتقدند ایجاد این حکم خود دلیل محکمی بر سازندگی قاعده مذکور دارد. درباره روایت مربوط به سمره نیز باید گفت از جا کردن درخت امری ایجابی بوده و نه سلبی. (همان: ۱۶۰؛ یزدانیان، ۱۳۸۶، ج ۱: ۱۰۱) وانگهی خبر «من اضر بطریق المسلمین شیاً فهو ضامن» (همان: ۱۰۰) نیز مؤید همین مطلب است.

با توجه به مطالب گفته شده و همین طور حکم اخذ به شفعه می‌توان گفت خیارهای نیز حکمی است که قاعده لاضرر موجب آن است. با این حال، برخی از فقها به این استدلال‌ات خدشه وارد کرده‌اند، به این ترتیب که مسلط کردن مرد انصاری بر کندن درخت از باب نهی از منکر بوده و منکر، خود امری وجودی بوده است. ایشان معتقدند در مورد حکم اخذ به شفعه نیز آنچه در حدیث شفعه برداشته شده لزوم بیع است و لزوم بیع نیز امری وجودی است. (مکارم شیرازی، ۱۳۹۰: ۱۹۱)



در مورد خیارات نیز علما همین رویکرد را اتخاذ نموده‌اند. بنابراین حتی فقهایی که قاعده لاضرر را در موارد عدمی مجری نمی‌دانند قائل به مبنا بودن این قاعده در بسیاری از خیارات می‌باشند. آنچه گفته شد نمی‌تواند در ما نحن فیه خللی وارد نماید چرا که هم در صورت ایجاد بودن قاعده و هم در صورت سلبی بودن آن، آنچه سبب ایجاد خیار بوده یا سبب نفی لزوم عقد، قاعده لاضرر می‌باشد.

ج) نفی اکراه

در این مبنا سلامت اراده در قبال اجبار و اکراه در عقود تضمین شده است، چرا که لازمه تراضی نیز عدم تحمیل عقد بر یکی از متعاقدين است. در واقع ابقای عقد به خلاف اسباب خیار، نوعی تحمیل بر صاحب خیار محسوب می‌شود. بسیاری از فقها عقدی را که در آن غبن باشد یا مبيع معیوب باشد، مصداق اکل مال به باطل دانسته و آن را مغایر آیه شریفه راجع به تجارت عن تراض می‌دانند. (بهبهانی، ۱۳۷۵: ۲۴۵)

با این حال باید اعتراف کرد این نظر نمی‌تواند مبنای مستقلی برای خیار عیب باشد. چرا که اکراه به وجود آمده ناشی از ضرری است که بر فرد تحمیل شده و همان گونه که دیدیم این ضرر می‌تواند با لاضرر مرتفع شود. برای اثبات این مدعا همین بس که بسیاری از فقها مبنای عدم نفوذ معامله اکراهی را نه عدم وجود رضا که تدارک ضرر به وسیله قاعده لاضرر می‌دانند. علاوه بر این، رضایت معامله کننده هنگام عقد معتبر است و رضایت وی پس از عقد در معاملات جایگاه ندارد. البته اگر این عدم رضایت به دلیل وجود ضرر ناروایی باشد باید توسط خیارات تدارک شود.

د) نفی اشتباه

احتمال وجود و وقوع اشتباه در هر عقدی ممکن است و گروهی حق خیار فسخ را جهت امکان جبران اشتباه می‌دانند. در واقع از نظر آنان وجود خیار محملی برای تفکر در آنچه به مصلحت است، خواهد بود (نجفی، ۱۳۵۹، ج ۱: ۲۴)، لذا برخی معتقدند: «خیار برای ارفاق و توسعه امر بر متعاملین در آنچه که به آن دو منتقل می‌شود و یا از آن‌ها منتقل می‌شود تشریح شده است». (علی نجفی، بی تا، ج ۲: ۳)



این مبنی نیز نمی‌تواند مبنایی جداگانه تلقی گردد، هرچند وجود نفی اشتباه و تروی می‌تواند مبنایی برای خیار مجلس و حیوان محسوب گردد.^۱ با این حال برخی از حقوق‌دانان این مبنا را مناسب‌ترین منبع برای همه خیارات می‌دانند. (زنجانی، ۱۳۸۶، ج ۱: ۴۵۴)

هـ) مبنای حمایتی

قواعد حمایتی، در مواقعی کاربرد دارند که طرفین از قدرتی نابرابر برخوردار بوده و یکی از طرفین به حمایت احتیاج داشته باشد. این مبنا بیشتر در قوانین مربوط به حقوق عمومی کاربرد دارند و در قراردادهای خصوصی افراد جایگاه قابل‌ذکری ندارند. با بررسی مبنای یاد شده می‌توان نتیجه گرفت مبنای تعهد و التزام از سویی و قاعده‌لاضر از سوی دیگر بیشترین وجاهت را برای تعلیل خیارات دارند. با این حال در فقه عامه «تخلف از شرط ضمنی» مبنا و مستند برای توجیه خیار عیب می‌باشد. (سیمایی صراف، ۱۳۸۰: ۱۴۷) سیاق ماده ۳۳۶ مجله‌الاحکام/العدلیه مؤید این نظر است. در ادامه با تقسیم خیارات به تخلف از شرط و سایر خیارات قانونی، جایگاه خیار عیب در این دسته بندی را بررسی خواهیم کرد.

۳. نقض اساسی

با توجه به سابقه بحث، لازم است تا مبحث نقض اساسی را بررسی نماییم. ماده (۶) کنوانسیون وین مقرر می‌دارد:

طرفین می‌توانند شمول مقررات این کنوانسیون را استثنا یا با رعایت ماده ۱۲ از آثار هریک از مقررات آن عدول کنند یا آن‌ها را تغییر دهند.

مطابق این ماده، اصل در کنوانسیون، آزادی اراده طرفین است. بنابراین طرفین می‌توانند شرایط و اوصاف حاکم بر قرارداد را با رعایت جوانب آمره کنوانسیون، تعیین کنند. هر تخلفی از شرایط مقرر در قرارداد ذیل «عدم مطابقت کالا» بررسی و تفسیر می‌شود.

۱. أن حکمة الخیار هو الأرفاق بالمتابعین حتی یترویا لیردا أو یمضیا و من کان من شأنه التروی... (اصفهانی، ۱۴۱۸، ق، ج ۴: ۵۹)



از ظاهر بند اول ماده ۳۵ کنوانسیون چنین برداشت می‌شود که کالا باید با شرایط و قصد طرفین در قرارداد مطابقت داشته باشد. نقض اساسی یکی از مهم‌ترین حالات عدم مطابقت کالا در قرارداد است. نقض اساسی ممکن است به شیوه‌هایی از قبیل عدم تسلیم مبیع یا تأخیر در آن، امتناع از انجام تعهد تسلیم، غیرممکن شدن تسلیم و یا تسلیم کالای غیر منطبق (حقوقی و مادی) نمود پیدا کند.

پیداست که مصادیق نقض اساسی بسیار گسترده‌تر از مصادیق عیب در قانون مدنی ماست و تنها می‌توان مصادیق این دو مفهوم را ذیل تسلیم کالای غیر منطبق، آن هم به صورت عموم و خصوص مطلق مشترک دانست.

با توجه به مفاد کنوانسیون و ریشه تاریخی مواد آن باید گفت به خلاف چالش و چند دستگی موجود در سیستم حقوقی ما در مورد منشأ حق فسخ ناشی از خیار عیب، مبنای حق فسخ ناشی از نقض اساسی قرارداد در کنوانسیون وین به صورت آشکاری همان تخلف از التزام ضمن عقد می‌باشد.

۴. تفکیک بین خیارات ناشی از تخلف از شرط و سایر خیارات قانونی

خیارات در حقوق یا در اثر تخلف از شرایط عقود به وجود می‌آیند یا مستقیماً ناشی از اراده طرفین است و یا در شرایط مقرر به حکم قانون وضع می‌شوند. بسیاری از حقوق دانان مبنای ایجاد و تأسیس حق فسخ را متغیر بین حاکمیت اراده و نفی ضرر می‌دانند. (نهرینی، ۱۳۹۴: ۵۷)

شروط ضمن عقد مبنای تعهد و التزام دارند و تخلف از آن‌ها موجب خیار فسخ خواهد بود. بدون شک این نوع خیار ناشی از اراده طرفین عقد است. در مقابل خیاری مانند خیار تأخیر ثمن حکم خود را مستقیماً از قانون می‌گیرد. مبنای اولی را صراحتاً می‌توان حاکمیت اراده دانست و مبنای دومی را قاعده لاضرر. پرسشی که در پی پاسخ به آن هستیم این است که خیار عیب دارای منشأ قراردادی است یا قانونی؟

پیش از این گفتیم شیخ اعظم معتقد است خیار عیب، ناشی از تخلف از شرط ضمن عقد است؛ شرطی که ارتکازاً عقد بر آن واقع شده. در سوی مقابل برخی از فقها و حقوق دانان معتقد بودند خیار عیب حقی است برای ذوالخیار تا ضرر ناروای ناشی از پایبندی به عقد را جبران سازد.



شیخ اعظم نیز هرچند مبنای حق فسخ ناشی از خیار عیب (خیار عیب به صورت خاص) را ناشی از تخلف از اراده طرفین می‌داند، اما به صراحت ارش را به عنوان راه‌کاری برای تدارک ضرر از خریدار مطرح می‌کند. (فخارطوسی، ۱۳۸۹: ۱۵۱)

شیخ، حق ارش را منوط به ظهور عیب نمی‌داند بلکه معتقد است ارش به نفس انتفاء وصف صحت ثابت است. جای سؤال است که چگونه شیخ حق ارش را بر مبنای قاعده لاضرر تفسیر نموده، ولی حق فسخ را ناشی از تخلف از شرط ضمنی می‌داند، حال آنکه هر دو در صورت انتفاء وصف صحت ثابت می‌شوند.

نکته دیگری که باید به آن اشاره کرد بحث تصرف است. در مورد خیار ناشی از تخلف از شرط، تصرف زمانی مسقط است که موذن به رضای ذوالخیار باشد. بنابراین اگر خیار مغیر عین هم باشد، اما موذن به رضا نباشد مسقط خیار تخلف از شرط نیست. مغیر عین بودن به احداث حدث نیز تعبیر می‌شود، اما خیار عیب در صورت مغیر بودن تصرف در هر صورت ساقط می‌گردد. (همان: ۱۹۰)

بند دوم ماده ۴۲۹ قانون مدنی نیز مقرر می‌دارد: «در صورتی که تغییری در مبیع پیدا شود اعم از این که تغییر به فعل مشتری باشد یا نه» حق فسخ ساقط است. بنابراین، بین این دو مبنا تفاوتی بنیادین وجود دارد و آن اینکه تصرف مغیر غیر موذن به رضا در خیار تخلف از شرط مسقط نبوده اما در خیار عیب مسقط حق فسخ است. دلیل ما برای اینکه تصرف مغیر، خیار تخلف از شرط را ساقط نمی‌کند مبحث دوم فصل ششم جلد اول قانون مدنی است. ماده ۲۸۸ این قانون مقرر می‌دارد:

اگر مالک، بعد از عقد در مورد معامله تصرفاتی کند که موجب ازدیاد قیمت آن شود، در حین اقاله به مقدار قیمتی که به سبب عمل او زیاد شده است مستحق خواهد بود.

خیار تخلف از شرط نیز مانند اقاله و خیار شرط ناشی از اراده متعاملین در ضمن عقد است.

با توجه به آنچه گفته شد می‌توان نتیجه گرفت که اگر خریدار صحت مبیع را ضمن معامله شرط کند در صورت عیب، وی توأمان دارای خیار تخلف از شرط و عیب خواهد بود که اولی با تصرف مغیر غیر موذن به رضا ساقط نمی‌شود، اما حق فسخ ناشی از خیار عیب با تصرف مغیر ساقط می‌گردد.



از این مسئله نتایجی حاصل می‌شود که در قسمت فواید بحث بررسی خواهد شد.
نکته دیگر آنکه عیب حادث، حق فسخ را در خیار عیب ساقط می‌کند. ماده ۴۲۹
قانون مدنی مقرر می‌دارد:

در موارد ذیل مشتری نمی‌تواند بیع را فسخ کند و فقط می‌تواند ارش بگیرد: و بند
سه: در صورتی که بعد از قبض مبیع، عیب دیگری در آن حادث شود مگر اینکه
در زمان خیار مختص به مشتری حادث شده باشد که در این صورت مانع از فسخ
و رد نیست.

برخی برای چرایی این امر به قاعده لاضرر استناد کرده‌اند. به این ترتیب که
تحویل مبیع با عیب جدید به فروشنده و فسخ قرارداد، ضرر ناروای جدیدی را به وی
وارد می‌کند. نفی این ضرر با نفی ضرر از خریدار تعارض پیدا کرده و حق فسخ ساقط
می‌شود. این علت را مشهور فقیهان، از جمله شیخ انصاری پذیرفته‌اند. (همان: ۲۲۲)
بنابراین باید گفت مبنای خیار عیب، قاعده لاضرر است، چرا که ضرر خریدار با ضرر
فروشنده بر تحمل عیب جدید تعارض پیدا می‌کند. شیخ اعظم در اینجا نظر شرط
ضمنی بودن مبنای خیار را مکتوم گذاشته و مدرک و مستند خیار عیب را نص و اجماع
دانسته‌اند. بنابراین ایشان می‌فرمایند در صورت بروز عیب جدید می‌توان به استصحاب
استناد کرده و بقای خیار عیب را پذیرفت. (همان: ۲۲۳)

سخن علامه حلی در تحریر گویای همین نظر است. در واقع پیدایش عیب جدید
موجب می‌شود تا مانعی برای اعمال فسخ ایجاد شود. حال اگر مانع از بین برود آیا
می‌توان گفت ممنوع هم مرتفع می‌شود؟ ایشان می‌فرمایند:

اگر در دست مشتری عیبی جدید رخ دهد که سبب پیدایش آن مشتری نبوده،
پس از زوال این عیب، وی حق رد را باز خواهد یافت.

البته با توجه به آنچه گفته شد شیخ اعظم این نظر را نپذیرفته‌اند. (همان: ۲۳۶)
نخست برای منشأ خیارات پنج نظر مطرح شد، از میان آن‌ها دو نظر صحیح‌تر به
نظر می‌رسد. پرسشی که ممکن است در اینجا مطرح شود این است که چرا نتوان برای
همه خیارات مبنایی واحد قایل شد؟ آیا نمی‌توان مبنای خیار عیب، غبن و تخلف از
شرط را آن گونه که برخی پنداشته‌اند شرط ضمنی دانست (عیوضی، ۱۳۸۶: ۱۶۶) یا
برای همه آن‌ها قائل به قاعده لاضرر بود؟ پاسخ منفی است، چرا که با برگزیدن هر

یک از این دو منشأ می‌توان برای خیار موجود آثار متفاوتی را در نظر گرفت. آثار هر کدام از این دو مبنا فایده عملی این بحث است.

۵. فایده بحث

گفتیم آثار پذیرش هر مبنا در چگونگی تأثیر خیار مؤثر است. در ادامه به بررسی چند تفاوت عمده بین این مبانی می‌پردازیم.

أ) تصرف در مال معیب

اگر مبنای خیار عیب را شرط ضمنی ارتکازی بدانیم باید بگوییم تصرف غیر مأذون به رضا مسقط خیار نیست. حال آنکه دیدیم فقها و قانون این گونه تصرف را مسقط حق فسخ دانسته و ذوالخیار را تنها مستحق ارش می‌دانند. بنابراین اگر فردی ضمن عقد صحت مبیع را شرط کند، در صورت بروز عیب، هم خیار عیب داشته و هم خیار تخلف از شرط؛ که اولی در اثر تصرف ساقط خواهد شد، اما دومی همچنان برجای خواهد بود.

این مبحث را شیخ اعظم این گونه مطرح می‌کند: «انَّ الاشتراط الصَّحَّه فی متن العقد یفید التَّکید». شیخ اعظم می‌نویسد شرط وصف صحت در واقع نوعی تأکید است و نه تأسیس خیار جدید. (فخارطوسی، ۱۳۸۹: ۱۴۱)

همان گونه که پیش از این مطرح شد، علت فرمایش شیخ آن است که ایشان منشأ خیار عیب و تخلف از شرط را یکی می‌دانند. با وجود این، با توجه به تفاوت ضمانت اجرای آن‌ها به نظر می‌رسد منشأ این دو خیار نیز متفاوت باشد. با توجه به آنچه در مورد کنوانسیون بیع نیز گفته شد پیداست که شرط سلامت حتی اگر به صورت صریح ذکر نشود، به صورت ضمنی در موارد عدم مطابقت کالا وجود خواهد داشت.

ب) پیدایش عیب جدید در ید ذوالخیار

همان طور که پیش از این مطرح شد و ماده ۴۲۹ قانون مدنی نیز بر آن اشعار دارد، پیدایش عیب جدید در ید ذوالخیار مسقط حق فسخ ناشی از خیار عیب است. پیدایش عیب جدید را هرچند بسیاری جدا از تصرف مغیر آورده‌اند، اما می‌توان گفت در بیشتر موارد پیدایش عیب جدید از باب تغییر کردن مال معیب مسقط حق فسخ است. در این مورد نیز همچون مورد سابق باید گفت اگر مبنای خیار عیب شرط ضمنی عرفی بود،



پیدایش عیب جدید قطعاً نمی‌توانست مسقط حق فسخ باشد. با وجود این، همان طور که دیدیم بسیاری پیدایش عیب جدید نزد ذوالخیار را تعارض دو قاعده لاضرر می‌دانند. بنابراین از آن رو قائل به سقوط حق فسخ هستند که مبنای خیار عیب را هم قاعده لاضرر دانسته اند.

در کنوانسیون وین نیز به خلاف آنکه مینا را اراده طرفین در التزام خود دانسته است، تصرفاتی که کلیت کالا را تغییر دهد، مسقط حق فسخ شناخته شده است. بند (۱) ماده ۸۲ مقرر می‌دارد:

چنانچه برای مشتری اعاده کالا عمدتاً به همان وضعیتی که آن‌ها را دریافت داشته است مقدور نباشد حق اعلام بطلان یا الزام بایع به تسلیم بدل کالا را از دست خواهد داد.

با وجود این، کنوانسیون بسیاری از مواردی را که در حقوق ایران به عنوان مسقطات حق فسخ ناشی از خیار عیب مطرح است، مسقط حق فسخ نمی‌داند. بند (۲) ماده مذکور چنین است که:

بند پیشین شامل موارد زیر نخواهد بود: ۱. چنانچه عدم امکان اعاده کالا یا عدم امکان اعاده آن عمدتاً با همان وضعیتی که مشتری دریافت نموده است ناشی از فعل یا ترک فعل وی نباشد؛ ۲. چنانچه تمام یا قسمتی از کالا بر اثر بازرسی موضوع ماده ۳۸ از بین رفته یا در معرض نابودی قرار گرفته باشد؛ ۳. چنانچه تمام یا قسمتی از کالا، پیش از اینکه مشتری عدم انطباق آن را کشف نماید یا می‌باید کشف می‌کرد، در جریان عادی کسب وی فروخته شده یا در جریان عادی استفاده مشتری مصرف شده یا تغییر شکل داده باشد.

کنوانسیون، مقررات مشروح در ماده ۸۲ را وام‌دار نظام حقوقی کامن‌لاو می‌باشد. (صفایی، ۱۳۹۲: ۳۰۳)

ج) مرتفع شدن عیب

حالتی را در نظر بگیرید که مبیع معیوب بوده، اما در ید ذوالخیار عیب مرتفع شده باشد. در این حالت آیا می‌توان خیار عیب را استصحاب کرد یا خیر؟ اگر منشأ خیار را تخلف از شرط ضمن عقد بدانیم، بی‌شک می‌توان خیار را استصحاب کرد، چرا که موضوع خیار تخلف از شرط بوده است، اما اگر منشأ خیار عیب را قاعده لاضرر بدانیم

استصحاب جایز نیست. چرایی این مطلب را از زبان آیت الله پایانی، با قلم جواد فخارطوسی مرور می‌کنیم:

شیخ می‌فرماید نظر ما این است که اگر عیب زایل شود، چه قبل از علم و چه بعد از آن، سقوط رد وجه دارد، یعنی می‌توان قائل به سقوط رد شد. زیرا ظاهر ادله که می‌گوید وقتی عالم به عیب شدید حق رد دارید، این است که بر مشتری جایز است مال معیوب را رد کند و می‌دانیم که معیوب یکی از مشتقات است. در علم اصول خوانده‌ایم که مشتق حقیقت در متلبس به مبدأ است، پس معیوب یعنی مالی که الآن متلبس به عیب است، یعنی مالی که هنگام رد معیوب است، نه مالی که قبلاً معیوب بوده و اینک عیب او زایل شده است. (فخارطوسی، ۱۳۸۹، ج ۶: ۲۸)

بنابراین باید منشأ خیار عیب را قاعده‌ی لاضرر بدانیم و نه شرط ضمنی، زیرا در صورت اول، موضوع استصحاب مال معیوب است که پس از برطرف شدن عیب، موضوع تغییر می‌کند، اما در صورت دوم، موضوع استصحاب تخلف از شرط است که صورت گرفته و غیر قابل تغییر است. موضع کنوانسیون در این مورد نیز با قیاس اولویت در بند «ت» مشخص خواهد شد.

(د) الزام به رفع عیب

بحث الزام به رفع عیب را باید یکی از پیچیده‌ترین آثار اختلاف این دو مبنا دانست. پرسش اینکه آیا می‌توان فروشنده مال معیوب را به رفع عیب ملزم کرد؟ در اینجا مرور چند نکته به روشن شدن امر کمک خواهد کرد.

گروهی از فقهای متقدم عمل به شرط را تنها دارای حکم وضعی دانسته و آن را مشمول حکم تکلیفی و جوب نمی‌دانند (جبعی عاملی، ۱۳۹۰، ج ۱: ۱۱۴) اما فقهای متأخر همگی انجام شرط را واجب دانسته و از همین رو الزام و اجبار متعهد به انجام شرط را مقدور دانسته‌اند. (فخارطوسی، ۱۳۸۹، ج ۸: ۱۴۸)

ماده ۲۳۷ قانون مدنی نیز همین راه را برگزیده است. با وجود این، پرسش اصلی اینجاست که آیا می‌توان نظریه الزام را به هر سه شرط ضمنی (نتیجه، وصف و فعل) تسری داد یا خیر؟ جواب قانونی منفی است، چرا که ماده ۲۳۵ قانون مدنی برای تخلف از شرط صفت تنها حق فسخ را مقدر کرده است. گروهی از جمله شیخ اعظم قائل به



همین نظر هستند. ایشان معتقدند وفا در شرط صفت اساساً متصور نیست و تغییر واقع امکان ندارد؛ یعنی یا مبیع دارای وصف است که حاصل شده یا آن وصف را ندارد که آن کالا فاقد وصف شناخته می‌شود. (همان: ۱۵۸)

این نظر مورد انتقاد شدید فقیهان بزرگی مانند طباطبایی یزدی قرار گرفته است. ایشان معتقدند نمی‌توان گفت حکم تکلیفی وجوب وفا وجود ندارد و فقط حکم وضعی صحت وجود دارد. (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۲۱۷)

حق نیز همین است، شرط صفت قید نیست که معتقد به یک التزام باشیم و در صورت نبود آن بگوییم: «ما قصد لم یقع». شرط اساساً موجد دو تعهد است؛ به نظر می‌رسد منطقی‌تر آن بود که قانون، شرط صفت را هم مشمول آیه «وفوا بالعقود» می‌داند.

در وضعیت کنونی باید پذیرفت اگر شرط صحت مبیع شده باشد هم نمی‌توان بایع را ملزم به رفع عیب نمود. در حالی که حق، اجازه این امر به ذوالخیر بوده است.^۱ با این حال باید اذعان کرد، مطابق با قوانین مدون امروز ایران، نمی‌توان تفاوتی بین اثر خیار تخلف از شرط و خیار عیب در این زمینه گذاشت.

در کنوانسیون وین اما نقص مذکور وجود ندارد. بند (۳) ماده ۴۶ مقرر می‌دارد: هرگاه کالا منطبق با قرارداد نباشد، مشتری می‌تواند از فروشنده بخواهد که عدم انطباق را با تعمیر کالا جبران نماید، مگر اینکه چنین درخواستی با توجه به اوضاع و احوال غیر معقول باشد. درخواست تعمیر باید از طریق اخطار موضوع ماده ۳۹ یا ظرف مدت معقولی پس از آن صورت گیرد.

مفاد این ماده به خوبی با مبنای «ب» مختار کنوانسیون که نظریه التزام بود مطابقت دارد. با این حال باید متذکر شد که رفع نقص در کنوانسیون هم می‌تواند از طرف مشتری تقاضا شود و هم می‌تواند از سوی فروشنده به مشتری تحمیل گردد. (ماده ۴۸)

ه) اسقاط خیار:

ماده ۴۴۸ قانون مدنی مقرر می‌دارد:

۱. برای دیدن این دیدگاه رک: گرایلی و کرمی (۱۳۹۳)، «بررسی تطبیقی رفع عیب کالا در حقوق ایران و کنوانسیون بیع بین المللی کالا»، پژوهش‌نامه مطالعات فقه اسلامی و مباحث حقوقی، ش ۲.



سقوط تمام یا بعضی از اختیارات را می‌توان در ضمن عقد شرط نمود. پرسش این است که اسقاط کافه اختیارات آیا شامل اختیارات مربوط به تخلف از شرط هم خواهد بود؟ مطابق با قواعد مربوط به تفسیر قرارداد باید پذیرفت اسقاط اختیارات تخلف از شرط، نقض غرض بوده و مخالف قاعده فقهی اعمال «الکلام اولی من اهماله» می‌باشد. بنابراین، این گونه به نظر می‌رسد که اگر شخصی شرط سلامت کند و سپس همه اختیارات را اسقاط کند خیار عیب ساقط شده اما خیار تخلف از شرط، خیر. نکته جالب توجه در این بحث امکان اسقاط خیار مطابق با مبنای پذیرفته شده ما یعنی قاعده لاضرر است. فردی را در نظر بگیرید که برای روزه نگرفتن اقدام به نوشیدن دارویی مضر می‌کند و بیمار می‌شود. در اینجا اگر اثبات شود که روزه برای ایشان مضر است، باز هم لاضرر حکم بر رفع وجوب روزه می‌نماید. مطابق با این مسئله اگر فردی کافه اختیارات را اسقاط کند، در صورت بروز عیب - مطابق با مبنای لاضرر- خیار عیب وی نباید ساقط شود. در حالی که اقدام در خیار عیب را همه فقها پذیرفته‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۵، ج ۵: ۲۶) و قانون مدنی نیز در ماده ۴۳۶ مقرر کرده است:

اگر بایع از عیوب مبیع تبری کرده باشد به اینکه عهده عیوب را از خود سلب کرده یا با تمام عیوب بفروشد، مشتری در صورت ظهور عیب حق رجوع به بایع نخواهد داشت و اگر بایع از عیب خاصی تبری کرده باشد، فقط نسبت به همان عیب حق مراجعه ندارد.

با وجود این، فقها امور مالی را از امور عبادی جدا کرده‌اند و در امور مالی گفته‌اند: این امور به مقتضای طبع اولی‌شان به دست مکلف است و هرکار بخواهد می‌تواند در این امور انجام دهد. (مکارم شیرازی، ۱۳۸۹: ۲۳۷)

بحث و نتیجه‌گیری

با تتبع در آراء شیخ انصاری و برخی فقهای متاخر و متقدم، دانستیم مهم‌ترین مبانی ذکر شده برای خیار عیب، قاعده لاضرر و شرط ضمنی ارتکازی است. نظر شیخ اعظم انصاری، بیشتر متمایل به شرط ضمنی بوده و در جایی از نص و اجماع به عنوان مدرک خیار یاد کرده‌اند.



با توجه به تفاوت ضمانت اجرای این دو مبنا و تفاوت آثار خیار عیب با تخلف از شرط صفت، بنا را بر این گذاشتیم تا قاعده لاضرر را به عنوان مبنای خیار عیب برگزینیم. با توجه به این مبنا، ذکر شرط صحت کالا در قرارداد مفید تأسیس است و نه تأکید. در صورت شرط صحت کالا، تصرف مغیر غیر مؤذن به رضا و یا پیدایش عیب جدید در ید ذوالخیار مسقط حق فسخ نخواهد بود. همچنین در صورت پذیرش قاعده لاضرر به عنوان مبنای خیار عیب باید پذیرفت در صورت برطرف شدن عیب، خیار نیز ساقط می‌شود و در نهایت اسقاط کافه خيارات شامل خيارات ناشی از تخلف از شرط نخواهد بود.

بنابراین به نظر می‌رسد مبانی خیار عیب و حق فسخ در کنوانسیون وین با یکدیگر تفاوت دارد و از کنوانسیون مذکور تنها می‌توان در تطبیق و تکمیل شروط ضمن عقد استفاده نمود، نه خیار عیب.

منابع و مأخذ:

قرآن کریم

- اردبیلی، احمد ابن محمد (۱۴۰۳ق)، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- اصفهانی، محمد حسین (۱۴۱۸ق)، *حاشیة المكاسب*، تحقیق عباس محمد آل سباع، قم: محقق.
- انصاری، مرتضی (۱۴۱۱ق)، *مکاسب*، قم: منشورات دارالذخیر.
- _____ (۱۴۱۹ق)، *فرائد الاصول*، قم: مجمع الفکر الإسلامی.
- بهیانی، محمد باقر (۱۳۷۵)، *حاشیة مجمع الفائدة و البرهان*، قم: موسسه العلامة المجدد الوحید البههانی.
- جبعی العاملی، زین الدین (۱۳۹۰)، *الروضة البهية فی الشرح للمعة الدمشقیه*، تهران: مجد.

- الجزیری، عبدالرحمن (۱۴۱۳ق)، *الفقه علی المذاهب الاربعه*، بیروت: دارالکتاب العلمیه.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۹۳)، *فلسفه عمومی حقوق بر پایه اصالت عمل: تئوری موازنه*، تهران: گنج دانش.
- حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۴ق)، *تذکره الفقهاء*، قم: مؤسسه آل‌البیته علیهم‌السلام.
- خمینی، سید مصطفی (۱۴۱۸ق)، *خيارات*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه‌السلام.
- خوئی، ابوالقاسم (۱۳۷۷)، *مصباح الفقاهة*، قم: داورى.
- زنجانی، عمید (۱۳۸۶)، *قواعد فقه: بخش حقوق خصوصی*، تهران: سمت.
- سیمایی صراف، حسین (۱۳۸۰)، *شرط ضمنی: پژوهشی در فقه، قانون مدنی ایران و قانون خارجی*، قم: بوستان کتاب.
- صدر، محمد باقر (۱۳۶۴)، *دروس فی علم الاصول*، بیروت: دارالکتاب اللبنانی.
- صفایی، حسین و جمعی از نویسندگان (۱۳۹۲)، *حقوق بیع بین‌المللی*، تهران: دانشگاه تهران.
- طباطبایی یزدی، محمد کاظم (۱۳۷۵)، *العروة الوثقی*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- طوسی، محمد (بی‌تا)، *المبسوط*، [بی‌جا].
- عبدی‌پور، ابراهیم و حمید رضا پرتو (۱۳۹۱)، «*پشتی در عدم مطابقت حقوقی کالا و ضمانت اجراهای آن*»، فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۴۲.
- علیمرادی، امان‌الله (۱۳۸۴)، «*قاعده نفی عسر و حرج*»، پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، پیش‌شماره ۳.



- عمید زنجانی، عباسعلی و ابوالفضل احمدزاده (ظ ۳۹۰)، «بررسی کلیات احکام خیارات»، فقه و مباحث حقوق اسلامی، ش ۴۴.
- عیوضی، حمید (۱۳۸۶)، «مبانی خیارات از منظر فقها»، فصلنامه علوم اسلامی، ش ۲.
- فخار طوسی، جواد (۱۳۸۹)، در محضر شیخ انصاری، قم: نشر مرتضی.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷)، قواعد عمومی قراردادها، تهران: سهامی انتشار.
- کاشف الغطا، محمدحسین (۱۳۵۹)، تحریر المجله، نجف: مکتبه المرصویه.
- کرکی، علی بن حسن (۱۴۱۱ ق)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم: موسسه آل بیت علیهم السلام.
- گرایلی، محمد باقر و فرزانه کرمی (۱۳۹۳)، «بررسی تطبیقی رفع عیب کالا در حقوق ایران و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا»، پژوهش‌نامه فقه اسلامی و مباحث حقوقی.
- محقق حلّی، جعفر بن حسن (۱۳۶۷)، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام، قم: استقلال.
- محقق داماد، مصطفی (۱۳۸۸)، قواعد فقه، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- _____ (۱۳۹۰)، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- مظفر، محمدرضا (۱۳۷۰)، اصول الفقه، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۹۰)، قاعده لاضرر، سید محمدجواد لنگرودی، قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب علیه السلام.

- میرزا نژاد جوینیاری، اکبر (۱۳۸۱)، «بعضی پیرامون مفهوم نقض اساسی قرارداد در کنوانسیون بیع بین‌المللی کال (۱۹۸۰ وین) با مطالعه تطبیقی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۵۸.
- نجفی، علی بن عبدالحسین (بی‌تا)، حاشیه مکاسب، [بی‌جا]: مکتبه اکتبی النجفی.
- نجفی، محمد حسن بن باقر (۱۹۸۱م)، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، بیروت: مکتبه الدرسیه.
- نزاقی، احمد بن محمد مهدی (۱۳۷۵)، *عوائد الایام*، قم: مکتبه بصیرتی.
- نهرینی، فریدون (۱۳۹۴)، *ماهیت و آثار فسخ قرارداد در حقوق ایران*، تهران: گنج دانش.
- نیکولاس، باری (۱۳۸۵)، «جایگاه عقد در قانون مدنی فرانسه»، ترجمه مصطفی‌السان، نشریه کانون، ش ۶۲.
- یزدانیان، علیرضا (۱۳۸۶)، *قواعد عمومی مسئولیت مدنی*، تهران: نشر میزان.

- Daniel Davison-Vecchione, *Beyond the Forms of Faith: Pacta Sunt Servanda and Loyalty*, University of London, Department of Law Students, October 31, 2014.
- Hans Wehberg, *Pacta Sunt Servanda*, *The American Journal of International Law*, Vol. 53, No. 4 (Oct., 1959), pp. 775-786.

