



## Relation between Lesion and Tolerance in Jurisprudence and Iranian Law

Abedin Momeni<sup>1</sup> | Masoud Narimanpour<sup>2</sup> | Mahdi Narimanpour<sup>3</sup>

1. Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, University of Tehran, Tehran, Iran. Email: [abedinmomeni@ut.ac.ir](mailto:abedinmomeni@ut.ac.ir)
2. MA, Department of Private Law, Faculty of Law, Farabi College of University of Tehran, Qom, Iran. Email: [masoudnarimanpour@gmail.com](mailto:masoudnarimanpour@gmail.com)
3. Corresponding Author, PhD, Department of Jurisprudence and Private Law, Shahid Motahari University (RA), Tehran, Iran. Email: [narimanpour71@gmail.com](mailto:narimanpour71@gmail.com)

### Abstract

In a broad classification, contracts are divided into two major categories: «commutative contracts» ('uqūd mughābana), which are agreements founded on the contracting parties' mutual intent to ensure equivalence between the exchanged values, and «unbalanced contract» ('uqūd musāmuḥa), which denote agreements where the parties' intent is not premised on establishing equilibrium between the reciprocal considerations. In unbalanced contracts, given that «tolerance» (tasāmuḥ) is exercised knowingly, they bring about distinct jurisprudential and legal effects. The primary effects can be observed in the suspension (or relaxation) of certain transactional rules: Among these, in unbalanced contracts, «detailed knowledge» of the exchanged values is not a prerequisite for the contract's validity, as tolerance inherently permits settlement (ṣulḥ) involving uncertain matter. This stands in contrast to commutative contracts, in which such detailed knowledge of the exchanged values is not only mandatory but also a fundamental condition for the contract's validity. Another effect of tolerance in contracts is its impact on the option of lesion (khiyār al-ghabn). Specifically, when the contracting parties knowingly exercise tolerance, aggrieved party (maghbūn) no longer retains the right to rescind the contract. In this study, employing an analytical-descriptive methodology and relying on library-based resources, we aim to comprehensively examine the aforementioned effect—an effect that has garnered significant attention from the majority of jurisprudential and legal scholars and has, moreover, been formally recognized by legislators. A thorough examination of scholarly opinions reveals that, while the majority of jurists consider tolerance in contracts as leading to the fall of option of lesion, a minority do not view such tolerance as inherently incompatible with the fall of this right. Some others have also distinguished between settlement contracts and other contracts, as well as the various types of settlement contracts; while others have made a difference between individual tolerance and objective tolerance. It appears that the latter view is reasonable and justified. Consequently, in objective tolerance, the option of lesion is absolutely applicable, whether the defect is significant or excessive. However, in individual tolerance, the aggrieved party only retains the option to rescind if an excessive lesion becomes evident.

**Keywords:** Objective tolerance, Individual tolerance, option of lesion, contract of compromise, risk-taking.

Print ISSN: 2008-8744  
online ISSN: 2228-7612

# Jurisprudence and the Fundamentals of the Islamic Law

University of Tehran  
Faculty of Theology  
and Islamic Studies



**Cite this article:** Momeni, A., Narimanpour, M., & Narimanpour, M. (2025). Relation between Lesion and Tolerance in Jurisprudence and Iranian Law. *Jurisprudence and the Fundamentals of the Islamic Law*, 57 (2), 345-369. (in Persian)

---

**Publisher:** University of Tehran Press.

© The Author(s).

DOI: <https://doi.org/10.22059/jjfil.2024.381429.669720>



**Article Type:** Research Paper

**Received:** 14-Sep-2024

**Received in revised form:** 20-Nov-2024

**Accepted:** 23-Nov-2024

**Published online:** 8-Mar-2025



## نسبت بین تسامح و غبن در فقه و حقوق ایران

عابدین مؤمنی<sup>۱</sup> | مسعود نریمانپور<sup>۲</sup> | مهدی نریمانپور<sup>۳</sup> ✉

۱. استاد، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه تهران، تهران، ایران. رایانامه: [abedinmomeni@ut.ac.ir](mailto:abedinmomeni@ut.ac.ir)
۲. دانش آموخته کارشناسی ارشد، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشکدگان فارابی دانشگاه تهران، قم، ایران. رایانامه: [masoudnarimanpour@gmail.com](mailto:masoudnarimanpour@gmail.com)
۳. نویسنده مسئول، دانش آموخته دکترا، گروه فقه و حقوق خصوصی، دانشگاه شهید مطهری (ره)، تهران، ایران. رایانامه: [narimanpour71@gmail.com](mailto:narimanpour71@gmail.com)

### چکیده

عقود در یک تقسیم‌بندی به دو دسته کلان تقسیم می‌شود: عقود مغایه‌ای که عبارت است از عقودی که بنای طرفین عقد بر توازن عوضین عقد است و عقود مسامحه‌ای که به معنای عدم ابتدای اراده طرفین بر توازن عوضین عقد است. در عقود مسامحه‌ای، با توجه به اینکه تسامح آگاهانه صورت می‌گیرد، آثار فقهی و حقوقی متفاوتی را به ارمغان می‌آورد. عمده این آثار را می‌توان در نقض برخی از قواعد معاملات دانست؛ از جمله اینکه به موجب تسامح، علم تفصیلی به عوضین، شرط صحت عقد نیست؛ لذا صلح بر مجهول را جایز دانسته‌اند؛ برخلاف عقود مغایه‌ای که در آن علم تفصیلی به عوضین نه تنها، لازم است، بلکه شرط صحت عقد نیز است. از دیگر آثار تسامح در عقود می‌توان به تأثیرگذاری آن بر خیار غبن دانست؛ بدین ترتیب که در اثر تسامح طرفین عقد، شخصی که مغبون می‌گردد، دیگر حق فسخ ندارد. در این پژوهش با روش تحلیلی-توصیفی و با استناد به منابع کتابخانه‌ای در پی بررسی همه جانبه اثر اخیر هستیم؛ اثری که غالب نویسندگان فقهی و حقوقی تمایل جدی بدان نشان دادند و حتی فراتر از آن مورد پذیرش قانون‌گذار نیز قرار گرفته است. تتبع در آراء دانشوران نشان می‌دهد با وجود اینکه اکثریت صاحب‌نظران تسامح در عقود را منجر به سقوط خیار غبن می‌دانند؛ در مقابل عده‌ای تسامح در عقود را در تنافی با خیار غبن نمی‌دانند. برخی دیگر نیز میان عقد صلح و سایر عقود و اقسام عقد صلح تفصیل قائل شده‌اند؛ همچنان که برخی دیگر میان تسامح شخصی و نوعی تفاوت نهاده‌اند. به نظر می‌رسد دیدگاه اخیر منطقی و موجه باشد؛ در نتیجه در تسامح نوعی به طور مطلق خیار غبن جاری است، خواه غبن فاحش باشد یا افحش؛ ولی در تسامح شخصی، مغبون صرفاً در صورت ظهور غبن افحش، خیار خواهد داشت.

**کلیدواژه‌ها:** تسامح نوعی، تسامح شخصی، خیار غبن، عقد صلح، غرر.

**استناد:** مؤمنی، عابدین، نریمانپور، مسعود، و نریمانپور، مهدی (۱۴۰۳). نسبت بین تسامح و غبن در فقه و حقوق ایران. فقه و مبانی حقوق اسلامی، ۵۷ (۲)، ۳۴۵-۳۶۹.

**ناشر:** مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران

**نوع مقاله:** علمی-پژوهشی

© نویسندگان

**دریافت:** ۱۴۰۳/۰۶/۲۴

**بازنگری:** ۱۴۰۳/۰۸/۳۰ DOI: <https://doi.org/10.22059/jjfil.2024.381429.669720>

**پذیرش:** ۱۴۰۳/۰۹/۰۳

**انتشار:** ۱۴۰۳/۱۲/۱۸



**مقدمه**

در فقه معاملات، در یک تقسیم‌بندی عقود معوض و یا معاوضی را به دو دسته عقود مسامحه‌ای و عقود مغایبه‌ای تقسیم می‌کنند. سرمنشأ این تقسیم تسامحی است که از سوی متعاقدين در ضمن عقد صورت می‌گیرد؛ بدین صورت که علم تفصیلی نسبت به تعیین کم‌وکیف موضوع عقد ندارند؛ برخلاف عقود مغایبه‌ای که در آن علم تفصیلی نسبت به موضوع عقد مطلوب شارع یا قانون‌گذار است؛ زیرا در فقه و حقوق ایران شرط صحت عقود مغایبه‌ای این است که طرفین عقد علم تفصیلی نسبت به موضوع عقد داشته باشند.

به‌تبع این تسامح که از سوی متعاقدين صورت می‌گیرد، آثار فقهی و حقوقی متفاوتی نیز پدیدار می‌شود، از جمله اینکه قاعده غرر در عقود مسامحه‌ای جاری نمی‌شود؛ برخلاف عقود مغایبه‌ای که در آن قاعده غرر جاری می‌شود و در صورتی که عقد غرری باشد، عقد باطل است؛ یا همچنان‌که شخصیت طرفین عقد در عقود مسامحه‌ای نقش تعیین‌کننده دارد؛ برخلاف عقود مغایبه‌ای که غالباً شخصیت طرفین موضوعیت ندارد. در کنار این دو اثر کلی و مهمی که بر عقود مسامحه‌ای مترتب می‌شود، عدم جریان خیار غبن نیز از سوی مشهور فقهایان و حقوق‌دانان به‌عنوان یکی از آثار این دسته از عقود به‌شمار رفته‌است.

در این پژوهش با روش توصیفی-تحلیلی و با استناد به منابع کتابخانه‌ای به ارزیابی اثر اخیر-یعنی عدم جریان خیار غبن که از سوی مشهور فقهایان و حقوق‌دانان ابراز شده‌است-پرداخته خواهد شد و در صدد پاسخ‌گویی به این سوال خواهیم بود که آیا در عقود مسامحه‌ای به‌طور مطلق خیار غبن جاری نیست، کما اینکه مشهور، چنین عقیده‌ای دارند؟ آیا در این زمینه دیدگاه مخالفی نیز ابراز شده‌است؟ در صورتی که دیدگاه مخالفی ابراز شده باشد، این دسته از فقهایان و حقوق‌دانان چه دیدگاه‌هایی مطرح کرده‌اند؟ آیا نوع تسامحی که از سوی متعاقدين صورت می‌گیرد، می‌تواند نقش تعیین‌کننده در این زمینه داشته باشد؟

به‌نظر می‌رسد دیدگاه مشهور را نمی‌توان به‌طور مطلق پذیرفت؛ زیرا همان‌طوری که برخی از فقهایان ابراز داشته‌اند غبن امری ذوی‌المراتب است و چه بسا تسامح صورت گرفته صرفاً به بخشی از این مراتب تعلق گرفته باشد و از سوی دیگر کسانی که با دیدگاه مشهور به مخالفت برخاسته‌اند دیدگاه‌های متعددی ابراز داشته‌اند، به‌طوری که برخی به‌طور مطلق قائل به جریان خیار غبن در عقود مسامحه‌ای هستند؛ برخی دیگر میان عقد صلح و سایر عقود مسامحه‌ای تفصیل قائل شده‌اند؛ و عده‌ای نیز میان اقسام عقد صلح تفاوت نهادند. به‌نظر می‌رسد در کنار همه این اقوال، نوع تسامح به‌کاررفته از سوی متعاقدين نادیده گرفته شده‌است؛ زیرا در صورتی که تسامح به‌کاررفته، تسامح شخصی باشد، آثار متفاوتی به بار می‌نشانند.

آنچه ضرورت این پژوهش را فراهم می‌کند، این است که اولاً جریان یا عدم جریان خیار غبن در عقود مسامحه‌ای یک مسئله حقوقی شایع در سطح جامعه است و ثانیاً مسلم‌انگاری دیدگاه مشهور مانع از این مسئله شده است که این گزاره مشهور به بحث گذاشته شود؛ و در نتیجه، دیدگاه مخالفین به حاشیه رفته است و ثالثاً پژوهش مستقلی در این زمینه صورت نگرفته است و در مواردی نیز که بدان پرداخته شده است، غالباً به بیان دیدگاه مشهور اکتفا شده است.

ما در این مقاله ضمن تبیین ماهیت عقود معوض مسامحه‌ای و مرزبندی میان عقود مسامحه‌ای و عقود مغایبه‌ای، به استقراء اقوال مختلف در این زمینه و سپس به تحلیل ادله آن‌ها پرداختیم و ناگفته نماند که مقصود از عقود مسامحه‌ای در این مقاله عقود معوض یا معاوضی مسامحه‌ای است، نه مطلق عقود از جمله عقود مجانی که به اتفاق فقها و حقوق دانان در آن غبن جریان ندارد.

### پیشینه پژوهش

با تتبع در پایگاه‌های علمی، از جمله نورمگز مشاهده می‌شود که مقاله‌ای با عنوان «جریان خیار غبن در عقود مسامحه‌ای» به نویسندگی محمدعلی سعیدی و محسن فرحزاد نگاشته شده است و موضوع این مقاله هرچند با موضوع پژوهش ما یکی است؛ لیکن مطالعه مقاله اخیر به خوبی نشان می‌دهد که نویسندگان آنگونه که باید انتظار رود به رویکرد، مبادی و استدلال‌های مخالفین نپرداخته اند که خود حاکی از آن است که نویسندگان آن را به عنوان امر بدیهی تلقی کردند. بخش عمده‌ای از مقاله نیز خروج موضوعی دارد، از جمله مبحث غرر و غبن در عقود احتمالی و بحث از وکالت، و بخشی که به عقود مسامحه پرداخته است، نه اقوال دانشوران احصا شده است و نه استدلال‌های آن و صرفاً بیان مختصر و ساده‌ای از اصل مطلب است که عمدتاً هم توسط نویسندگان دیگر فرض گرفته شده است و شاید این مسلم‌انگاری و ساده‌انگاری مانع از تتبع نویسندگان شده است. علاوه بر این، پژوهش‌هایی نیز در خصوص عقود مسامحه‌ای صورت گرفته است، از جمله پایان‌نامه «قواعد عمومی عقود مسامحه‌ای» در دانشگاه تبریز به نویسندگی نسرین رضائیان و پایان‌نامه «بررسی قواعد عمومی حاکم بر عقود مسامحه‌ای و ارفاقی در فقه فریقین» در دانشگاه شهید مطهری به نویسندگی فاطمه محمدی. بررسی این دو پایان‌نامه نشان می‌دهد که نویسندگان کنکاش کافی در خصوص جریان خیار غبن در عقود مسامحه‌ای انجام ندادند و صرفاً به بیان کلی دیدگاه مشهور پرداخته‌اند؛ حال آنکه همان‌گونه که اخیراً گفته شد این دیدگاه مشهور اولاً قابل نقد است و ثانیاً برخی از فقهایان نگاه متفاوتی ابراز داشته‌اند و ثالثاً نوع تسامح نقش تعیین‌کننده دارد و به‌واقع این سه نکته اخیر فارق موضوع پژوهش کنونی با پژوهش‌های پیشین است.

**۱. ماهیت‌شناسی عقد مسامحه****۱-۱. ماهیت عقود مسامحه‌ای و تفاوت آن با عقود مغایبه‌ای**

نویسندگانی که به بحث عقود مسامحه‌ای می‌پردازند، از یک جهت، به دنبال شناسایی و بررسی جزئیات خصلت‌های اساسی هستند که عقود مسامحه‌ای را تعریف می‌کنند و از طرف دیگر، به این موضوع می‌پردازند که چه چیزی مشخصاً عقود مسامحه‌ای را از عقود مغایبه‌ای متمایز می‌کند. به همین دلیل از عقود مسامحه‌ای تعاریف مختلفی ارائه شده است؛ گرچه بن‌مایه همه آن‌ها بر واقعیت یکسانی تکیه دارند، از جمله:

تعریف اول: معاوضاتی که بنای نوعیه در آن بر تساوی عوضین نباشد (نائینی، ۱۳۷۱، ج ۲: ۸۶).  
 تعریف دوم: هر عقدی که در آن بنا بر دقت متعارفه در مورد آن نباشد. به عبارت دیگر، عقدی که در آن اصول موازنه رعایت نشده باشد (لنگرودی، ۱۳۷۱، ج ۴: ۲۵۹).  
 تعریف سوم: عقدی است که انگیزه مستقیم یکی از دو طرف آن مادی نیست؛ بلکه انگیزه‌ای معنوی نظیر انگیزه عاطفی، خیرخواهانه، جلب توجه و دوستی طرف دیگر است (شهیدی، ۱۳۹۶، ج ۱: ۹۱).

به نظر می‌رسد تعریف سوم را نباید تعریف حقیقی یا ماهوی برای عقود مسامحه‌ای دانست؛ چراکه این تعریف در مقام بیان غرض و هدف عقود مسامحه‌ای است تا بیان ماهیت و حقیقت عقود مسامحه‌ای. تعریف نخست حاوی دو نکته مهم است: ۱. تسامح در عقود را منحصر در تسامح در عوضین دانسته است و ۲. تسامح را منحصر در طبیعت و نوع عقود می‌داند، مانند عقد صلح که طبیعت و نوع آن مبتنی بر تسامح است. تعریف دوم نیز نسبت به تعریف اول از دو جهت عام است: ۱. این تعریف، تسامح را به نوع و طبیعت عقد مقید نکرده است و لذا ظاهراً تسامح را شامل هم تسامح شخصی و هم تسامح نوعی می‌داند و ۲. تعریف شامل عقود مجانی نیز است؛ زیرا به اعتراف معرّف، اصول موازنه شامل موازنه در تسلیم، موازنه در تملیک و موازنه در عوضین است (لنگرودی، ۱۳۹۹: ۲۷) و دو اصل اخیر در عقود مجانی نیز بهم می‌خورد؛ لذا عقود مجانی نیز از اقسام عقود مسامحه‌ای است.

به هر روی به نظر می‌رسد با توجه اشکالی که بر تعریف سوم گذشت و محدودیتی که تعریف اول دارد، تعریف دوم دقیق‌تر و عام‌تر است؛ ولی همان طوری که در مقدمه گذشت، محل بحث ما در این پژوهش صرفاً عقود معاوضی مسامحه‌ای است و عقود مجانی خارج از موضوع پژوهش است؛ زیرا اشکالی در اینکه در این عقود خیار غبن جاری نیست، وارد نیست.

در مقابل، عقود مسامحه‌ای، عقود مغایبه‌ای قرار دارد. عقود مغایبه‌ای گاه به عقودی تعبیر می‌شود که در آن «بنای نوعیه بر تساوی عوضین است» (نائینی، ۱۳۷۱، ج ۲: ۸۶)؛ گاه به عنوان عقودی که «متعاقدین در مورد عقد بنا بر اعمال دقت و تحصیل حداکثر امتیازات ممکنه را دارند (لنگرودی، ۱۳۷۱، ج ۴: ۲۵۹)؛ و در نهایت به عنوان عقودی تعریف می‌شوند که «انگیزه هر یک از طرفین در



آن به دست آوردن مالی است که ارزش اقتصادی آن نسبت به مالی که می‌دهد مساوی یا نزدیک به آن باشد» (شهیدی، ۱۳۹۶، ج ۱: ۹۱). نکاتی که در ذیل تعریف عقود مسامحه‌ای گذشت، در این تعاریف نیز جاری است؛ لذا تعریف دوم دقیق‌تر و مناسب‌تر است.

بنابراین با التفات بر تعاریف پیشین، می‌توان گفت که بارزترین و اصلی‌ترین تفاوت میان عقود مغاینه ای و عقود مسامحه‌ای در این است که اصول موازنه در عقود مسامحه‌ای مراعات نمی‌شود. اصول موازنه عبارت‌اند از: موازنه در تملیک، موازنه در ارزش عوضین و موازنه تسلیم به تسلیم و در عقود مسامحه‌ای اصل دوم که عبارت باشد از موازنه در ارزش عوضین رعایت نمی‌شود (لنگرودی، ۱۳۹۹: ۲۷). در تعابیر فقها نیز، «عدم تعادل اقتصادی» مرز میان عقد مسامحه‌ای و عقد مغاینه است و گفته شده است که شرط ضمنی متعاقدين بر تساوی عوضین در عقد مسامحه‌ای مراعات نشده است (خویی، ۱۴۱۷، ج ۶: ۴۰۲).

## ۲-۱. تفاوت عقود مسامحه‌ای با عقد احتمالی

حقوق دانان تعاریف مختلفی برای عقد احتمالی - که ترجمه و تعبیری مختلفی از آن ارائه شده است از جمله عقد شانس، عقد بختکی، عقد اتفاقی و عقد غرری - ارائه کرده‌اند. به عقیده برخی، عقد احتمالی عقدی است که در آن تعهد متقابل باشد، اما وصول عاقد به اثر عقد، بستگی به بخت و اتفاق دارد؛ مانند عقد قمار و بیمه (لنگرودی، ۱۳۷۱، ج ۴: ۲۵۶). در تعریف دیگری نیز آمده است که عقد احتمالی، «عقد معوضی است که در آن مقدار دو عوض وابسته به امر نامعلومی در آینده باشد» (کاتوزیان، ۱۳۹۵، ج ۱: ۱۲۴). بنا بر این دو تعریف، عقد احتمالی عقدی است که در تحقق یکی از دو مورد عقد، احتمال و شانس وجود دارد، مانند قرارداد بازی و گروبنندی و قرار تأمین هزینه مادام‌العمری که در آن روابط مالی طرفین به مدت عمر ذی‌حق در مطالبه هزینه بستگی دارد.

همچنین گفته شده است که عقد احتمالی عقدی است که هر یک از متعاقدين در زمان عقد، نمی‌تواند مقداری را که قرار است پردازد یا دریافت کند، تعیین کند و تعیین این مقدار فقط در آینده ممکن است و متوقف بر امری است که در زمان عقد محقق نبوده یا شناخته شده نیست (سنه‌پوری، ۱۴۰۰، ج ۱: ۱۶۳). برخی نیز، عنوان کرده‌اند که عقد احتمالی یا عقد غرری عقدی است که در آن ایفای ملتزم به توسط یکی از طرفین متوقف بر امری است که در زمان وقوع عقد محقق نشده یا ناشناخته است (صده، ۱۹۷۴: ۷۹).

هر کدام از این تعاریف حامل نکاتی است که گاهی در تعاریف دیگر نیامده است: الف - برخی از این تعاریف، همچون تعریف اول حاوی این نکته است که در عقد احتمالی وصول متعاقدين به عوضین معلق بر امر محتمل الوقوع است. ب - برخی از تعاریف همچون تعریف دوم حاوی این نکته است که در عقد احتمالی، مقدار عوضین معلق بر امر محتمل الوقوع است. ج - عقد احتمالی عقد معوض است. د - محقق نبودن یکی از عوضین نه هر دو عوضین که تعریف سوم بیانگر آن است. ه - احتمالی بودن

عقد احتمالی مربوط به یکی از متعاقدين است، همان طوری که تعریف پنجم حاوی این نکته است. با التفات بر نکات بالا برخی از نویسندگان عقد را به گونه ای تعریف کرده اند (سنه‌وری، ۱۹۹۸، ج ۱: ۱۴۰) که جمیع نکات بالا در آن دیده می شود. بدین صورت که عقد احتمالی عقدی است که اولاً همچنان که ممکن است معاوضی باشد، ممکن است تبرعی هم باشد مثلاً جایی که موهوب له در زمان عقد نتواند مقدار موهوب را تعیین کند. ثانیاً ممکن است که احتمالی بودن مورد عقد احتمالی نسبت به یک طرف عقد باشد یا هر دو طرف عقد باشد. این تعریف با اینکه سعی کرده است که اشکالات تعاریف را مرتفع سازد، بازهم ناقص است، می توان دو قید دیگر نیز به آن اضافه کرد و آن اینکه در عقد احتمالی ممکن است که وصول به عوضین محتمل و معلق بر امر محتمل الوقوع باشد و یا اینکه تعیین مقدار عوضین معلق بر امر محتمل الوقوع باشد.

با التفات بر نکات بالا می توان گفت که دو عنصر اصلی عقد احتمالی که عبارتند از: الف- احتمالی بودن وصول متعاقدين یا یکی از متعاقدين به عوضین ب- احتمالی بودن تعیین مقدار عوضین یا یکی از عوضین، در عقد مسامحه ای وجود ندارد. عنصر اول در عقد مسامحه ای نیست؛ چرا که همان طوری که در تعاریف عقد مسامحه ای آمد، در عقد مسامحه ای تنها تعادل عوضین محقق نیست؛ ولی متعاقدين به عوضین عندالعقد وصول پیدا می کنند. عنصر دوم نیز وجود ندارد؛ چرا که در عنصر دوم معلق علیه که امر محتمل الوقوع است در عقود مسامحه ای وجود ندارد؛ به عبارت دیگر می توان مرز اصلی عقد مسامحه ای و عقد احتمالی را همین عنصر مذکور را دانست و نیازی به عنصر اول نیز وجود ندارد و عنصر تعلیق مطلقاً در عقود مسامحه ای چه در مرحله وصول متعاقدين به عوضین و چه در مرحله تعیین مقدار عوضین وجود ندارد.

### ۱-۳. تفاوت عقود مسامحه ای با عقود مخاطره ای

در تعریف عقد مخاطره ای آورده اند که عقد مخاطره ای عقدی مالی معوض یا غیر معوض است که در آن دو عنصر عمده وجود دارد: ۱- دخالت دادن عمدی خطر ۲- استقبال خطر که مورد حاجت عمومی است، مانند عقد مضاربه. با وجود اینکه این دو عنصر در عقود احتمالی نیز وجود دارد ولی تفاوت عمده ای میان این دو عقد وجود دارد و نشان می دهد که عقود مخاطره ای اوسع از عقود احتمالی است. و آن تفاوت عمده در این است که در عقد احتمالی وصول متعاقدين یا یکی از متعاقدين به عوضین یا تعیین مقدار عوضین وابسته به وقوع حادثه در آینده است و وقوع آن حادثه در آینده محتمل است. بنابراین جوهره عقد احتمالی، شانس بودن آن است و جوهره عقد مخاطره ای استقبال از خطر است (لنگرودی، ۱۳۹۴: ۲۰۵-۲۰۶). به عبارت دیگر در عقود احتمالی، عنصر خطر در ذات آن عقد است ولی در عقود مخاطره ای، استقبال از خطر در درون عقد نیست، بلکه بعد از انعقاد عقد حاصل می شود.

با التفات بر مطالب پیشین می‌توان گفت که در عقود مسامحه‌ای متعاقدين صرفاً اصول موازنه را برهم می‌زنند و به‌مانند عقود مخاطره‌ای نه خطر عمدی را دخالت داده و نه استقبال از خطر. به تعبیر دیگر اصلاً در ذات عقود مسامحه، عنصر خطر وجود ندارد (لنگرودی، ۱۳۹۴: ۲۰۸-۲۰۹).

#### ۴-۱. تفاوت عقود مسامحه‌ای با عقود ارفاقی

در فقه از ارفاق به مناسبت‌های مختلفی سخن گفته شده‌است. گاهی به‌عنوان حکمت احکام از آن یاد برده‌اند ازجمله در تشریح زکات و صلوات مسافر، نهی شارع از اخذ اموال برگزیده در زکات، منع مریض از وصیت به اکثر از ثلث، جعل خیار حیوان، جعل حق شفعه برای شفیع، جعل صلح، ضمان و حواله و گاهی نیز متعلق حکم شرعی قرار گرفته‌است ازجمله در ارفاق به مدیون، ارفاق به میت، ارفاق به حیوان (چه در نفقه چه در ذبح)، ارفاق به مریض، ارفاق به زوجه، ارفاق به مومن در ربح و ... (مجموعه‌ای از نویسندگان، ۱۴۲۷، ۱: ۲۶۶).

بنابر کاربرد نخست است که فقهیان سخن از عقود ارفاقی را مطرح کرده‌اند. به‌هرروی، در تعریف عقد ارفاقی آورده‌اند: عقد ارفاقی عقدی است که یکی از طرفین به‌واسطه عقد به دیگر نفعی می‌رسانند، مانند قرض، حواله، عاریه، وکالت، ودیعه و مضاربه، عقد رهن، عقد شرکت، صلح، جعاله، مزارعه و مساقات (نزیه، ۱۴۲۹: ۴۸).

برای درک بهتر این عقود می‌توان به بحثی که فقهیان ذیل عقد حواله کردند، چنگ زد. با این توضیح که میان فقهای امر مسلمی است که عقد حواله از عقود ارفاقی است و تسامح عرفی در آن وجود دارد، منتها در شدت این نوع ارفاق و تسامح اختلاف نظر وجود دارد. گروهی از فقها حواله را از جمله عقود ارفاقی دانسته‌اند؛ درنتیجه اگر محال علیه پس از عقد، اعسار گشت، محتال حق رجوع به محیل را ندارد و اگر شرط شود که پس از اعسار محال علیه حق رجوع به محیل داشته باشد، شرط خلاف مقتضای عقد خواهد بود؛ ولی کسانی که قائل هستند عقد حواله از عقود مسامحه‌ای نیست چنین شرطی را خلاف مقتضای عقد نمی‌دانند (لنگرودی، ۱۳۹۴: ۱۰۶-۱۰۷).

با التفات بر آنچه گذشت می‌توان یک تفاوت عمده‌ای میان عقود ارفاقی و عقود مسامحه‌ای گذاشت و آن این است که از یک طرف در عقود ارفاقی مثل حواله طرفین گرچه با قبول مثلاً حواله یک نوع ارفاق بر دیگری می‌کنند ولی از اصل مطالبه مقدار دین چیزی کاسته نمی‌شود و محتال از مقدار حق خود نمی‌گذارد و همان دین خود را می‌گیرد؛ لکن در عقود مسامحه طرفین به اصول موازنه پشت پا می‌زنند و در مقدار عوضین تسامح می‌کنند و از طرفی دیگر چون مصادیق عقود مسامحه‌ای مشمول عقود ارفاقی دانسته شده‌است، می‌توان گفت که عقود ارفاقی اعم از عقود مسامحه‌ای است.

## ۲. شیوه‌های تسامح در عقود

به‌طور کلی، مسامحه در عقود به دو شکل قابل تصور است: مسامحه نوعیه و مسامحه شخصی. هر دو نوع مسامحه در کلام متأخرین نیز دیده می‌شود (خویی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۴۰۲؛ نائینی، ۱۳۷۱، ج ۲: ۸۶). در زیر ابتدا به تعریف تسامح شخصی و امکان آن پرداخته خواهد شد و سپس در مبحث بعدی به مسامحه نوعیه بازخواهیم گشت.

### ۲-۱. تسامح شخصی

تسامح شخصی عبارت است از اینکه طرفین قرارداد یا یکی از آن دو با اراده خود در معامله یا عقد **مغایبه‌ای** مسامحه می‌کنند؛ به عبارت دیگر، با علم و آگاهی و داوطلبانه توازن قراردادی را بهم می‌زنند. برای مثال، در عقدی مانند بیع، ثمن را نصف یا کمتر از مبلغی در نظر می‌گیرند که در حالت معمول می‌توان در نظر گرفت.

صاحب‌نظران در برخورد با تسامح شخصی دو دیدگاه مطرح کرده‌اند. دیدگاه نخست این است که تسامح شخصی صحیح است؛ و در نتیجه عقد به واسطه آن باطل نمی‌شود. بسیاری از فقهایان طرفدار این دیدگاه هستند. به‌عنوان مثال، شیخ انصاری در ذیل مبحث خیار غبن این فرض را مطرح می‌کنند: «و حکمی عن بعض التفصیل بین کلّ عقدٍ وقع شخصه علی وجه المسامحة و کان الإقدام علی المعاملة فیه مبنیاً علی عدم الالتفات إلى النقص و الزیادة بیعاً کان أو صلحاً أو غیرهما فإنه لا یصدق فیه اسم الغبن، و بین غیره.» (شیخ انصاری، ۱۴۱۳، ج ۵: ۲۰۴). مقصود از این عقد مسامحه‌ای در کلام شیخ انصاری، عقد مسامحه‌ای شخصی است و عبارت «کل عقد وقع شخصه؛ هر عقدی که شخص (با خصوص آن) عقد ...» مفید این مطلب است. بنابراین طبق این تفصیل هر عقدی که بنای طرفین در آن بر مسامحه باشد، خیار غبن در آن جریان ندارد؛ و لو اینکه آن عقد نوعاً **مغایبه‌ای** باشد.

بنابر آنچه گفته شد، دیدگاه فقهایانی همچون شیخ انصاری - بر اساس ظاهر عبارات ایشان - این است که تسامح شخصی صحیح است؛ لذا شرط علم تفصیلی به عوضین در صورتی است که بنای متعاقدين بر مغایبه باشد؛ ولی اگر بنای متعاقدين بر مسامحه باشد و لو آن که طبیعت عقد مغایبه‌ای باشد، بنای شخصی مقدم است. به‌عنوان مثال، اگر پدری با فرزندى معامله بر ملكى بکند و پدر ملك را به فرزند خود انتقال دهد، نمی‌تواند به استناد خیار غبن معامله را باطل کند؛ چرا که قرینه نوعیه وجود دارد که در این گونه معاملات تسامح شخصی وجود دارد (خویی، ۱۴۱۷، ج ۶: ۱۰۲).

با وجود اینکه مشهور فقها بنای شخصی را پذیرفته‌اند، برخی از حقوق‌دانان با بنای شخصی متعاقدين در مسامحه‌گری مخالفت کرده‌اند. به عقیده ایشان در صورتی که عقد مغایبه‌ای باشد، لکن بنای شخصی طرفین بر مسامحه قرار گیرد، نمی‌توان گفت عقد مسامحه‌ای است. دکتر کاتوزیان در همین رابطه می‌نویسد: «آثاری از عقدی که وابسته به حاکمیت اراده باشد و اخلال در آن به نظم عمومی ضربه نمی‌زند، در نتیجه تسامح طرفین و با رضای طرفین ممکن است با کیفیات مختلف واقع

شود؛ ولی اگر آثار آن عقد مربوط به ساختمان اصلی عقد باشد و به نظم عمومی ارتباط داشته باشد با تسامح نیز تغییر نمی‌کند و نمی‌توان به تسامح هر دو طرف اعتماد کرد. به‌عنوان مثال، در عقد بیمه و ضمان قانون‌گذار بر مبنای تسامح طرفین و مصالح دیگری اجازه داده‌است که موضوع معامله معین نباشد؛ ولی از این‌گونه مثال‌ها نمی‌توان نتیجه گرفت که در عقد بیع نیز دو طرف هرگاه بخواهند، می‌توانند خود را از این قید برهانند» (کاتوزیان، ۱۳۹۵، ج ۱: ۱۳۱).

از کلام ایشان این گونه استنباط می‌شود که تسامح شخصی در عقود مغایه‌ای در صورتی که در تعارض با مقتضای ذات عقد باشد، کما اینکه در همه عقود مغایه‌ای چنین است و همچنین اگر در تقابل با نظم عمومی باشد، مشروع نیست؛ بخصوص آنکه چنین تسامحی در عقود مغایه‌ای در تعارض با برخی از قواعد مسلم حقوقی همچون قاعده غرر قرار دارد؛ زیرا به اجماع فقهیان و تصریح قانون‌گذار علم تفصیلی نسبت به موضوع عقد از شرایط صحت عقد است و اگر علم تفصیلی وجود نداشته باشد، عقد باطل است. بنابر این دیدگاه، در صورت تسامح شخصی در عقود مغایه‌ای، عقد باطل است.

#### ۲-۱- تسامح شخصی و اسقاط خیار غبن

در فقه شیعه و حقوق ایران یکی از بحث‌های پرچالش در ذیل خیار غبن، اسقاط خیار غبن است. میان فقهیان و حقوق‌دانان اختلاف نظر پیدا شده‌است که آیا شرط اسقاط خیار غبن در ضمن عقد صحیح است یا نه. مشهور فقهیان و برخی از حقوق‌دانان موافق اسقاط خیار غبن هستند. برخی دیگر از فقهیان و حقوق‌دانان نیز به‌طور کلی با اسقاط خیار غبن مخالف هستند، آن را باطل و مبطل عقد می‌دانند با این استدلال که وقتی خیار غبن در عقدی ساقط شود به این معناست که طرف معامله نمی‌داند آیا قیمت واقعی کالایی را که خریده‌است همین قیمت است یا خیر؛ و این سبب جهل به قیمت (واقعی) مبیع می‌شود که موجب بطلان و غرر می‌شود (بیگدلی، ۱۳۸۹: ۲۱۷؛ شبیه همین استدلال را بنگرید به: اسماعیلی، ۱۴۰۲: ۶۶) این استدلال با این اشکال مواجه است که علم به قیمت واقعی شرط صحت عقد نیست، بلکه آنچه که شرط صحت عقد است، علم به قیمت اعلامی است. به‌عبارت‌دیگر آنچه که موجب غرری بودن عقد می‌شود این است که طرفین در ضمن عقد بر قیمتی توافق نکنند و آن را به‌طور مشخص اعلام نکنند ولی اینکه قیمت واقعی مبیع را نمی‌دانند، موجب غرری شدن عقد نمی‌شود. به‌عبارت‌دیگر مستدل بین غبن و غرر خلط کرده‌است.

در مقابل این دو دیدگاه اخیراً رأی وحدت رویه‌ای صادر شده‌است که با تکیه بر تفسیر اراده متعاقدين، میان غبن فاحش و افحش تفاوت قائل شده‌است: «مطابق مواد ۴۱۶ و بعد قانون مدنی، در موارد غبن «فاحش»، با لحاظ دیگر شرایط مقرر، مغبون حق فسخ (خیار) دارد. چنانچه برابر ماده ۴۴۸ همین قانون، سقوط این حق شرط شده باشد، به اقتضای رفتار متعارف اشخاص، شرط یادشده منصرف از مراتب اعلاای غبن است که عرفاً «افحش» دانسته می‌شود. برخی فتاوی معتبر فقهی نیز بر همین اساس صادر شده‌است. بنا به مراتب، رای شعبه سوم دیوان عالی کشور که با این نظر انطباق

دارد، به اکثریت آراء صحیح و قانونی تشخیص داده می‌شود. این رای طبق ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات و الحاقات بعدی، در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور، دادگاه‌ها و سایر مراجع، اعم از قضایی و غیر آن لازم‌الاتباع است.» (رای وحدت رویه شماره ۸۲۱ مورخ ۲۰/۰۲/۱۴۰۱ هیات عمومی دیوان عالی کشور)

به نظر می‌رسد لازمه دو قول اخیر-یعنی قول به صحت شرط اسقاط خیار غبن به طور مطلق و قول به تفصیل میان غبن فاحش و افحش که از سوی دیوان عالی کشور اختیار شده است-صحت ایجاد شخصی عدم تعادل (تسامح شخصی) در عقود مغایه‌ای است؛ زیرا اسقاط غبن فاحش و افحش، به معنای برهم‌زدن تعادل عوضین است (اسماعیلی، ۱۴۰۲: ۶۶) و در عقود مسامحه‌ای نیز متعاقدين تعادل عوضین را برهم می‌زنند؛ با این تفاوت که در عقود مسامحه‌ای متعاقدين از همان ابتداء و مستقیماً بناء بر عدم تعادل عوضین دارند ولی در عقد متضمن شرط اسقاط خیار غبن، متعاقدين با اسقاط شرط خیار غبن تعادل عوضین را برهم می‌زنند.

به نظر می‌رسد، در بحث از تسامح شخصی در عقود مغایه‌ای ما با دو مفهوم مستقل ازهم مواجه هستیم که عملاً در صورت عدم تفکیک میان این دو مفهوم نمی‌توان قضاوت صحیحی در مورد امکان یا عدم امکان تسامح شخصی داشت: ۱. غرر و ۲. غبن. غبن عبارت است از عدم تعادل اقتصادی عوضین و غرر عبارت است از جهل نسبت به عوضین. کسانی که تسامح شخصی را به غرر برمی‌گردانند، عملاً میان مفهوم غرر و غبن خلط می‌کنند. در قواعد معاملات آنچه که شرط صحت عقد است، غرر است ولی حفظ تعادل عوضین شرط صحت عقد نیست، بلکه شرط لزوم عقد در صورت جهل مغبون است. به عبارت دیگر در غبن طرفین علم تفصیلی نسبت به قیمت دارند ولی تعمداً تعادل آن را برهم می‌زنند؛ بلکه اگر این تسامح همراه با جهل به عوضین باشد، غرری خواهد بود و در نتیجه عقد باطل خواهد شد. بنابراین تسامح شخصی لزوماً منجر به غرر نمی‌شود و در نتیجه برای بطلان تسامح شخصی باید در جست‌وجوی استدلال دیگری بود.

از برخی از عبارات حقوق‌دانان معاصر چنین استنباط می‌شود که شرط اسقاط غبن شرط خلاف مقتضای ذات عقد است؛ چراکه در عقود مغایه‌ای تعادل عوضین شرط است و در نتیجه هرگونه‌ای شرطی برخلاف آن شرط خلاف مقتضای ذات عقد است (همان). همچنین ممکن است به ادله ثانویه همچون نظم عمومی نیز استدلال کرد؛ همان‌طوری که در کلام مرحوم کاتوزیان به این استدلال تصریح شده بود. ولی همان‌طوری که روشن است این استدلال صرفاً در مواردی مفید است که برخلاف نظم عمومی باشد ولی اگر برخلاف نظم عمومی نباشد، دلیلی بر بطلان تسامح شخصی نیست.

## ۲-۱-۲. تسامح شخصی و تغییر کارکرد عقود

در کنار دو دیدگاه اخیر یعنی صحت تسامح شخصی و بطلان تسامح شخصی، می‌توان دیدگاه دیگری را نیز مطرح کرد و آن دیدگاه عبارت است از تغییر کارکرد عقود. مقصود ما از غرض یا کارکرد عقود این

است که هرگاه در ضمن عقد تحولاتی ایجاد کرد تا هر کدام از عقود از جنس یا نوع خود خارج شود و تبدیل به جنس یا نوع دیگری شود، تغییر کارکرد عقود رقم می‌خورد. به‌عنوان مثال، در هبه به شرط عوض، با جعل شرط در ضمن عقد، خاصیت احسانی عقد هبه نادیده گرفته شده و تبدیل به عقود تملیکی معوض می‌شود و بدین ترتیب متعاقدين به‌جای اینکه هبه را در کارکرد خود یعنی احسانی بودن به‌کار ببندند، در کارکرد دیگری که عبارت باشد از تملیکی معوض به‌کار بسته‌اند. این وضعیت بخصوص زمانی اتفاق می‌افتد که از قرائن موجود ناظر بر قصد مشترک طرفین اینگونه استنباط شود که آن‌ها عقد دیگری را اراده کرده‌اند و صرفاً قالب اشتباهی برای آن انتخاب کرده‌اند. مثل فروختن یک باب منزل به یک شاخه گل که می‌تواند عقد هبه باشد. (جهت بحث تفصیلی در این باره، نک: نریمانپور، ۱۴۰۲: ۵۷).

در بحث مورنظر ما نیز در صورت عروض تسامح شخصی می‌توان تغییر کارکرد عقود را به‌کار بست؛ بدین ترتیب که اگر تسامح شخصی افحش باشد، -بافرض صحت تسامح شخصی- این عقد را باید بیع محاباتی دانست؛ به‌عنوان مثال یک باب منزلی را با قیمت بسیار نازل به کس دیگر بفروشد.

## ۲-۲. تسامح نوعی

در نقطه مقابل تسامح شخصی، تسامح نوعی قرار دارد؛ تسامحی که برخلاف تسامح شخصی احدی از صاحب‌نظران مخالفتی با صحت یا اعتبار آن ندارند؛ بنابراین، دیگر مباحثی همچون امکان و آثار و پیامدهای تسامح شخصی بر آن مترتب نیست. تسامح نوعی اشاره به تسامحی دارد که در آن نوعاً تسامح وجود دارد؛ به‌عبارت‌دیگر عقلای عالم عقد خاصی را جهت تسامح‌گری و رفع نیاز خود به رسمیت می‌شناسند، مانند عقد صلح، بیع محاباتی و غیره؛ به‌گونه‌ای که این تسامح در بطن و طبیعت عقد قرار دارد.

## ۳. جریان خیار غبن

### ۱-۳. دیدگاه فقیهان

در برخورد با جریان خیار غبن در عقود مسامحه‌ای -فارغ از اینکه عموماً تفصیلی میان تسامح شخصی و نوعی قائل نشده‌اند- فقیهان و حقوق‌دانان راه یکسانی را نیپیموده‌اند؛ برخی به‌طور مطلق با جریان خیار غبن در عقود مسامحه‌ای موافق نیستند؛ گروهی نیز موافق جریان خیار غبن هستند؛ و در نهایت برخی نیز محور بحث را میان عقد صلح و سایر عقود قرار داده‌اند؛ بدین ترتیب که یا قائل شده‌اند که خیار غبن در کلیه عقود به‌جز عقد صلح جریان ندارد؛ یا اینکه با فرض پذیرش جریان خیار غبن در کلیه عقود، میان اقسام عقد صلح تفاوت قائل شده‌اند؛ بدین صورت که اگر صلح در مقام معاوضه باشد، خیار غبن جریان دارد ولی اگر صلح بر اسقاط دعوی باشد و سپس بعد از صلح قول مدعی صحیح

درآید و مغبون نیز واقع شده باشد، خیار غبن جاری نیست و همچنین اگر صلح بر مافی‌الذمه مجهول باشد، غبن جریان ندارد. (صیمری، ۱۴۲۰، ج ۱: ۲۹۶).

### ۳-۱-۱. جریان خیار غبن

دانشورانی که موافق جریان خیار غبن هستند، استدلال می‌کنند که به‌هم‌خوردگی موازنه عوضین کلی مقول به تشکیک یعنی ذوالمراتب است. پس اگر بیعی کنند و غبن محتمل را صلحاً ساقط نمایند، ظاهر این است که جمیع مراتب غبن را ساقط نکرده‌اند؛ مثلاً اگر ثمن ده تومان باشد و غبن هشت تومان باشد ظاهر عدم سقوط این غبن است و خیار برای زیان دیده‌است (لنگرودی، ۱۳۹۴: ۲۱۰).

مطابق این دلیل چون دارای مراتب مختلف است یعنی غبن یسیر، غبن فاحش، غبن افحش داریم و ممکن است طرفین فقط یکی از مراتب غبن را مدنظر داشته باشند.

شبیبه همین استدلال را برخی دیگر نیز ابراز داشته‌اند: قانون کلی در غبن این است که اگر چیزی از حد عرفی تجاوز کند مثلاً بعد از معامله معلوم شود که اختلاف به‌جای هزار تومان، پانصد تومان بوده و چون در این مقدار مبلغ مسامحه وجود ندارد خیار غبن در آن راه ندارد (آیت‌الله مکارم شیرازی، درس خارج فقه، ۹۷/۰۱/۲۶).

این خارج از متعارف بودن نیز مورد تأیید عده‌ای از فقهاست. از جمله نراقی در این رابطه می‌نویسد: معامله دو گونه است یا به‌صورت معاوضه‌ای است یا معامله در مقام دعوی و تشاجر است و معامله که معاوضه‌ای باشد یا معاوضی محض است یا معاوضی تغابنی و محاباتی است یا بر مسامحه است و لو آن که مغبون به مسامحه بودن آن آگاه نباشد؛ چراکه قرائن خارجی بر بنای متعاقدين بر مسامحه وجود دارد. در صورت اول یعنی اگر معاوضه مالی محض باشد خیار جریان دارد و در صورت دوم یعنی معاوضی محاباتی خیار وجود ندارد گرچه غبن بیشتر از مقداری باشد که عندالعقد معلوم بوده‌است چرا که در حکم اسقاط است؛ مگر اینکه فاحش زائد خارج از متعارف باشد و در صورت سوم که عبارت باشد از معاوضه مالی مسامحه‌ای ایشان فرموده‌اند دو قول وجود دارد. منشأ تردید ایشان در این است که از یک طرف اقدام بر ضرر کرده‌است و از طرف دیگر فقها در جهل به غبن میان اقدام بر ضرر و عدم اقدام بر ضرر تفصیل نداده‌اند و ایشان با وجود تردید یک مورد را استثناء کرده‌اند و آن فاحش زائد خارج از متعارف. و در قسم چهارم که معامله در مقام تشاجر است نیز تردید کرده‌اند و منشأ تردید ایشان این است که از یک طرف معاوضه مالی نیست؛ بلکه اسقاط به عوض است و در نتیجه با ظهور غبن متزلزل نمی‌شود و از طرف دیگر شخص مغبون متضرر می‌شود پس خیار است و در آخر ایشان نیز احتمال داده‌اند که میان غبن فاحش زائد از عرف و غیر زیاد از متعارف فرق قائل بشویم. این کلام ایشان نشان این است که غبن امری ذوالمراتب است (نراقی، ۱۴۲۲، ق، ص ۳۵۶-۳۵۷).

گروهی نیز با تکیه بر مستندات خیار غبن استدلال قهقرایی داشته‌اند؛ بدین گونه که قاعده لاضرر- به‌عنوان مبنای قاعده خیار غبن- عمومیت دارد و مقتضای عمومیت آن جریان خیار در همه عقود



است حتی در عقود مسامحه‌ای (میرزای قمی، ۱۳۷۱، ج ۳: شهید اول، ۱۴۱۲، ج ۳: ۳۳؛ شهید ثانی، ۱۴۰۶، ج ۴: ۱۸۰؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۴: ۲۶۸؛ سید مجاهد، بی تا، ج ۱: ۳۹۴؛ سیوری، ۱۴۰۴، ج ۱: ۳۵۳؛ لنگرودی، ۱۳۹۴: ۲۱۰).

به این دلیل اشکال کرده‌اند که در عقد مسامحه‌ای، متعاقبین اقدام بر ضرر کرده‌اند و اقدام بر ضرر به اتفاق فقها، از قاعده لاضرر خارج شده‌است (شیخ انصاری، ۱۴۱۳، ج ۵: ۲۰۴؛ اصفهانی، ۱۴۱۷، ج ۴: ۳۱۹).

پاسخ به این اشکال از استدلال نخست که مطرح شد روشن می‌شود؛ بدین صورت که غبن، ذوی المراتب است: غبن یسیر، غبن فاحش و غبن افحش و اقدام بر یکی از این مراتب، دلیل بر اقدام به مرتبه دیگر نیست؛ در نتیجه اگر کسی اقدام به غبن فاحش کرده باشد؛ این دلیل نمی‌شود که وی حتی غبن افحش را هم پذیرفته‌است و در نتیجه اقدام به ضرر کرده باشد.

طرفه آنکه پاسخی که گفته شد، با کمی اختلاف در صورت مسئله، در ذیل یکی از فروعات خیار غبن به بحث گذاشته شده‌است. توضیح مطلب اینکه اگر شخصی اقدام بر معامله غبنی بکند و لکن بعداً کشف شود که غبن متصور و غبن ظاهر شده با هم اختلاف دارند، آیا همچنان خیار غبن جاری است یا نه. این مسئله چهار صورت دارد:

صورت اول: این است که وی اقدام بر معامله غبنیه کرده با این تصور که غبن یسیر بوده‌است، لکن بعداً آشکار شده که زائد بر مقدار متسامح فیه بوده و زائد نیز منفرداً قابل مسامحه و مجموعاً غیر قابل مسامحه است.

صورت دوم: این است که وی اقدام بر معامله غبنیه کرده با این تصور که غبن یسیر بوده‌است، لکن بعداً آشکار شده که زائد بر مقدار متسامح فیه بوده و زائد نیز به تنهایی غیر قابل مسامحه است. صورت سوم: این است که وی اقدام بر معامله غبنیه غیر قابل مسامحه کرده ولی بعداً کشف به عمل می‌آید که زائد بر مقدار غیر قابل مسامحه است و مقدار زائد نیز منفرداً قابل مسامحه است. صورت چهارم: این است که وی اقدام بر معامله غبنیه غیر قابل مسامحه کرده ولی بعداً کشف به عمل می‌آید که زائد بر مقدار غیر قابل مسامحه است و مقدار مسامحه نیز به تنهایی غیر قابل مسامحه است.

در همه‌ای اقسام مذکور، میان فقها اختلاف نظر وجود دارد؛ لکن مؤید یک مطلب است و آن اینکه غبن دارای مراتب است و هر مرتبه‌ای غیر از مرتبه دیگر است (رشتی، بی تا: ۴۰۱).

### ۳-۱-۲. عدم جریان خیار غبن

صاحب نظرانی که معتقد هستند که خیار غبن در عقود مسامحه‌ای جاری نیست، استدلال‌های متعددی مطرح کرده‌اند.

برخی از این صاحب‌نظران به اجماع استناد کرده‌اند؛ با این توضیح که عمده دلیل و مستند خیار غبن، اجماع است و چون اجماع دلیل لبی است، باید به قدر متیقن کتفا کرد و قدر متیقن از این اجماع نیز بیع است، لذا نسبت به سایر عقود از جمله عقود مسامحه‌ای نمی‌توان احراز کرد که جزء معقد اجماع باشند (شیخ انصاری، ۱۴۱۳، ج ۵: ۲۱۰).

به نظر می‌رسد، این استدلال از قوت کافی برخوردار نیست؛ زیرا فارغ از اختلافاتی که در حجیت و عدم حجیت اجماع وجود دارد و فارغ از احتمالاتی که آیا این اجماع مدرکی است یا نه، اصولاً نمی‌توان ادعای اجماع را در رابطه با اصل جریان خیار غبن پذیرفت؛ زیرا برخی از فقهایان این خیار را در کتاب‌های‌شان اصلاً مطرح نکرده‌اند؛ در نتیجه نمی‌توان اجماع را احراز کرد. از طرف دیگر این که فقها-برخلاف خیار شرط و خیار حیوان و خیار تأخیر ثمن-نسبت به ثبوت خیار غبن در سایر عقود (به غیر از عقد بیع) تعرضی نکرده‌اند، استنباط نمی‌شود که بر این عقیده باشند که در سایر عقود جریان دارد یا ندارد. به عبارت دیگر، این مسئله لا اقتضا است، نه می‌توان از آن اثبات خیار غبن را استنباط کرد و نه می‌توان نفی آن را استنباط کرد.

از همه مهم‌تر، تعرض فقهایان نسبت به جریان برخی از اختیارات از جمله خیار مجلس در عقودی غیر از عقد بیع، دلایل جانبی داشته‌است؛ بدین ترتیب که برخی از عامه معتقد بوده‌اند که خیار مجلس در غیر بیع نیز جریان دارد (خویی، ۱۴۱۷، ج ۶: ۴۰۲). علاوه بر این، برخی دیگر، دلیل عدم تعرض را ناشی از این می‌دانند بیع مهم‌ترین معاوضات بوده‌است؛ به تعبیر دیگر، عمده العقود بوده‌است و دیگر نیاز نمی‌دیده‌اند که در سایر عقود بدان متعرض شوند.

گروهی از فقهایان نیز با نظر به مستندات خیار غبن، استدلال‌هایی مطرح کرده‌اند؛ بدین صورت که با فرض هر کدام از مستندات، جریان خیار غبن را با مشکل مواجه می‌کنند. با این توضیح که بنا بر اینکه مستند خیار غبن را قاعده لاضرر بدانیم، با این مواجه می‌شویم که در عقود مسامحه شخص مغبون اقدام به ضرر کرده‌است.

قاعده لاضرر قاعده عامی است و شامل همه عقود می‌شود و از این قاعده یک مورد به طور قطع خارج شده‌است و آن در صورتی است که شخص عالماً اقدام به ضرر کرده‌است؛ چرا که وقوع ضرر ناشی از اقدام بر زیادت و نقصان-که در عقود مسامحه‌ای قابل مشاهده‌است-مستند به شارع نیست؛ بلکه به مکلف است و از طرف دیگر قاعده مذکور قاعده‌ای امتنانی است و در صورتی که مکلف خود اقدام بر ضرر کرده باشد امتنانی وجود ندارد؛ بنابراین مفاد قاعده لاضرر عبارت است از نفی ضرری که اولاً در نفی آن امتنانی باشد و ثانیاً ضرر مستند به شارع باشد و در ما نحن فیه یعنی اقدام بر ضرر عناصر مذکور موجود نیست (شیخ انصاری، ۱۴۱۳، ج ۵: ۲۰۴؛ اصفهانی، ۱۴۱۷، ج ۴: ۳۱۹).

همچنانکه برخی با عنایت بر مبنای شرط ضمنی جریان خیار غبن را منتفی می‌دانند؛ بدین صورت که در عقود، متعاقبین بر توازن مالی عوضین توافق ضمنی دارند؛ حال آنکه در عقود مسامحه ای،

طرفین عقد به خاطر توجه آگاهانه به عدم توازن عوضین، شرط ضمنی را نادیده گرفتند. به عبارت دیگر، شرط ضمنی توازن مالی عوضین با اعلام و آگاهی طرفین به عدم توازن از بین می‌رود. علاوه بر این، برخی با محوریت قرارداد بنای عقلاء به عنوان مستند خیار غبن؛ استناد به بنای عقلاء را منحصر در مواردی دانسته‌اند که طرفین آگاهانه اقدام به تسامح نکرده باشند (تبریزی، ۱۳۷۷، ج ۶: ۱۸۸).

به نظر می‌رسد، تحلیل‌های مذکور، ناشی از این است که مستدل توجهی به ذی‌المراتب بودن غبن ندارد؛ در صورتی که مقصود مغبون از غبن مورد نظر مرتبه خاصی از غبن باشد، دیگر قاعده لاضرر، شرط ضمنی و بنای عقلاء شامل مراتب نازل غبن نمی‌شود.

### ۳-۱-۳. تفصیل میان عقد صلح و سایر عقود

همان طوری که سابقاً مطرح شد، ظاهر عبارت برخی از فقهیان از جمله ابن‌فهد حلی این است که میان عقد صلح و سایر عقود تفصیل قائل شده‌اند؛ به عقیده این گروه، در عقد صلح خیار غبن جریان ندارد ولی در سایر عقود جریان ندارد.

ایشان در راستای دیدگاه خود چنین استدلال می‌کنند که عقد صلح برای رفع مرافعه و منازعه تشریح شده است و وجود خیار در آن (از جمله خیار شرط و خیار غبن) منافات با حکمت تشریح آن دارد. اکثریت فقها این دلیل را طرد کرده‌اند؛ گرچه برخی از فقهای متأخر در خیار غبن در عقد صلح به این دلیل تمسک کرده‌اند و فتوا به وجوب احتیاط کرده‌اند (سیستانی، بی‌تا: ۳۲۶؛ اصفهانی، ۱۴۱۷، ج ۴: ۳۱۹؛ رشتی، بی‌تا، ج ۱: ۵۳۲).

این استدلال با این اشکال مواجه است که اولاً: عقد صلح، صرفاً برای رفع خصومت تشریح نشده است؛ چراکه بنابر نظر فقهای شیعه صلح ابتدایی نیز مشروع است و صلح ابتدایی برای رفع خصومت تشریح نشده است. علاوه بر این، رفع خصومت و مرافعه از قبیل حکمت است نه علت منصوصه (تبریزی، ۱۳۷۷، ج ۴: ۲۲۱)؛

ثانیاً بین قطع خصومت و ثبوت خیار ملازمه‌ای وجود ندارد؛ چراکه هر خیاری موجب منازعه نمی‌شود (کاشف الغطاء، بی‌تا: ۱۰۱).

ثالثاً می‌توان گفت که اگر صلح در مقام رفع خصومت و منازعه باشد، و متعاقباً جعل خیار شرط بکنند، در این صورت تعلیل ابن‌فهد حلی درست خواهد بود؛ گرچه در این قسم نیز کتیری از فقها به طریق مذکور اشکال وارد کرده‌اند ولی اگر خیار غبن در بین باشد مثل جعل خیار شرط نیست؛ چراکه در این صورت وی مغبون واقع شده و وی صلح نکرده است تا اینکه مغبون واقع شود.

علاوه بر استدلال اخیر، می‌توان گفت که مورد اتفاق فقهاست که خیار غبن از توابع معاوضات است؛ به تعبیر دیگر، خیار غبن صرفاً در معاوضات جریان دارد و در غیر معاوضات یعنی شبه معاوضات و عقود غیرمالی وجود ندارد؛ گرچه برخی از فقهیان احتمال جریان آن در شبه معاوضات را داده‌اند از

جمله در نکاح در باب مهریه که فقہیان متعرض آن شده‌اند (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج ۷: ۸۶؛ رشتی، بی تا: ۵۳۲). با التفات بر نکته اخیر، برخی در رد خیار غبن در عقد صلح گفته‌اند که حقیقت صلح عبارت است از تسالم و تسالم هم از معاوضات نیست؛ در نتیجه، خیار غبن در عقد صلح جاری نیست؛ چون خیار غبن صرفاً در معاوضات جاری می‌شود و از جمله کسانی که به آن تصریح کرده‌اند، محقق ایروانی است (روحانی، بی تا، ج ۱۷: ۲۲۴) و از جمله کسانی که احتمال داده‌اند میرزای نائینی است (نائینی، بی تا، ج ۲: ۸۶).

در نقد این اشکال آورده‌اند که منافاتی ندارد که حقیقت صلح، تسالم و توافق باشد؛ لکن تملیک شیء در مقابل عوضی باشد (روحانی، بی تا، ج ۱۷: ۲۲۴). به تعبیر دیگر، آن چه که مهم است این است که معاوضه و معامله‌ای صورت بگیرد، گرچه صورتاً از عقود معاوضی متعارف نباشد.

علاوه بر نقدهایی که بر هر دو استدلال مطرح شد، جریان خیار عیب را می‌توان به‌عنوان دلیل نقضی مطرح کرد. با این توضیح که به اتفاق فقہا خیار عیب در عقد صلح جاری است حتی کسانی که قائل هستند خیار غبن در عقد صلح جاری نیست، به جریان این خیار معتقد هستند (بجنوردی، ۱۳۷۷، ج ۵: ۳۰)؛ حال باتوجه به این نکته این سوال باقی است، چه فرقی میان خیار غبن و عیب در عقد صلح وجود دارد؟ خیار عیب چه مزیتی دارد که در عقد صلح جریان دارد ولی خیار غبن جریان ندارد؟ به عبارت دیگر، اگر بنای طرفین بر مسامحه است، این تسامح علی الاطلاق است چه از طرف تساوی عوضین یا معیوب بودن و اگر چنین نباشد، تسامح متعاقبین معنا ندارد. چه دلیلی برای تقریب میان دو تسامح وجود دارد؟ این همان نکته‌ای است که قانون مدنی ایران در ماده ۷۶۱ به آن ملتفت بوده و صرفاً دو خیار یعنی خیار تخلف شرط و اشتراط خیار را استثناء کرده‌است.

علاوه بر این، برخی از فقہیان خیار عیب و خیار غبن را در کنار یکدیگر نهاده‌اند. و از آن جمله، مرحوم فیض کاشانی در ذیل روایتی چنین می‌گویند: اگر صلح مبنی بر محابات نباشد و طیب نفس آن دو با وجود عیب و غبن معلوم نباشد باید یا ملتزم به بطلان صلح شد یا خیار فسخ شد و چون با وجود عدم طیب نفس نتوان حکم به لزوم داد، صحیح آن است که گفته شود خیار باقی است (فیض کاشانی، ۱۴۰۶، ۱۸: ۸۹۲).

### ۳-۱-۴. تفصیل میان اقسام عقد صلح

برخی از فقہیان از جمله صیمری میان اقسام عقد صلح تفصیل قائل شده‌اند. به عقیده ایشان، اگر صلح در مقام معاوضه باشد خیار غبن جریان دارد ولی اگر صلح بر اسقاط دعوی باشد و سپس بعد از صلح قول مدعی صحیح درآید و مغبون نیز واقع شده باشد، غبن جریان ندارد و همچنین اگر صلح بر ما فی الذمه مجهول نیز باشد غبن جریان ندارد (صیمری، ۱۴۲۰، ج ۱: ۲۹۶).

در راستای تقویت این دیدگاه، علاوه بر استدلال‌های که در تأیید قول سوم مطرح شد، برخی از فقہیان وجه عدم جریان خیار غبن در این اقسام را این استدلال می‌دانند که در مواردی از قبیل صلح

در مقام دعوی و اسقاط دعوی، طرفین توجهی به جنبه تبدیل معاملی بما هو هو ندارند؛ به عبارت دیگر به حیثیت مالی عوضین توجه ندارند؛ در نتیجه شرط ضمنی برای مساوات معاملی منتفی است (اصفهانی، ۱۳۷۱، ج ۴: ۳۱۹).

## ۴. حقوق ایران

### ۴-۱. دیدگاه قانون مدنی

در قانون مدنی ایران، ماده‌ای که به صورت کلی جریان یا عدم جریان خیار غبن را در عقود مسامحه‌ای مشخص کرده باشد، وجود ندارد. با این وجود، در کتاب صلح قانون مدنی، ماده ۷۶۱ ق. م مقرر می‌دارد: «صلحی که در مورد تنازع یا مبنی بر تسامح باشد قاطع میان طرفین است و هیچ‌یک نمی‌تواند آن را فسخ کند اگرچه به ادعای غبن باشد مگر در صورتی تخلف شرط یا اشتراط خیار». به موجب این ماده، خیار غبن در صلح مبتنی بر تنازع و تسامح جریان ندارد و حتی مطابق تنصیب ماده و استثنای آن، صرفاً از همه خیارات، خیار تخلف شرط یا اشتراط خیار جریان دارد. ظاهر این ماده با ماده ۷۶۴ که جریان خیار تدلیس را در صلح تجویز کرده است تعارض دارد؛ زیرا وفق ظاهر ماده ۷۶۱ هیچ‌کدام از خیارات به جز خیار تخلف شرط یا اشتراط خیار در صلح مبتنی بر نزاع و مسامحه جریان ندارد؛ در حالی که به موجب ماده ۷۶۴ خیار تدلیس در عقد صلح جریان دارد. با این وجود، به نظر می‌رسد این تعارض علی‌الظاهر است؛ بدین صورت که قانون‌گذار در پی این است که بگوید در صلح نیز با همه وسعتی که دارد، متعاقدین نمی‌توانند، تدلیس کنند. مؤید این برداشت وجود مواد مرتبط با قواعد عمومی قراردادهاست از جمله ۷۶۲، ۷۶۳. این مواد در پی این نیستند که جریان این موارد یا عدم آن را مطرح کنند؛ بلکه صرفاً رفع این توهم است که مبادا به خاطر وسعت تسامح در صلح متعاقدین چنین اندیشند که ولو با نقض قواعد عمومی قراردادها نیز عقد صلح محقق و لازم می‌شود.

نوع نوشتار ماده اخیر-بر تنازع و تسامح- نشان می‌دهد که نویسندگان مدنی با تکیه بر همان استدلال‌های مخالفین جریان خیار غبن این ماده را تدوین کرده‌اند؛ بدین صورت که طرفین عقد صلح خود اقدام بر تسامح کرده‌اند و به ضرر خود عقد را منعقد کرده‌اند، بنابراین، دیگر وجهی بر خیار غبن نیست.

### ۴-۲. دکترین حقوقی

در بیشتر کتب حقوقی برخلاف آنچه به تفصیل در فقه گذشت، به بررسی تفصیلی جریان خیار غبن در عقود مسامحه‌ای پرداخته‌اند؛ بلکه با مسلم‌انگاری عدم جریان خیار غبن از مطلب گذشتند و آن را از نتایج تسامح در عقود دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۷، ج ۵: ۲۱۲؛ شهیدی، ۱۳۹۸، ج ۱: ۹۲؛ صفایی، ۱۳۹۷: ۴۸). استدلال‌های آن‌ها نیز از استدلال‌های فقهیان مبنی بر عدم جریان خیار غبن در عقود مسامحه‌ای فراتر نرفته است؛ بدین ترتیب که به مانند فقهای مخالف جریان خیار غبن این گونه

استدلال کردند که طرفین خود اقدام به معامله‌ای مسامحه‌ای کردند؛ و بدین ترتیب به ضرر خود آگاهانه اقدام کرده‌اند.

این دیدگاه از سوی آرای مشورتی نیز مورد تأیید قرار گرفته است: در نظریه مشورتی شماره ۱۵۸۳/۹۲/۷ مورخ ۱۸/۰۸/۱۳۹۲ آمده است:

با توجه به ماده ۴۱۶ قانون مدنی هر یک از متعاملین اگر در معامله غبن فاحش داشته باشد، بعد از علم به غبن می‌تواند معامله را فسخ کند و مطابق ماده ۴۱۷ (اصلاحی ۱۴/۸/۱۳۷۰) همان قانون غبن در صورتی فاحش است که عرفاً قابل مسامحه نباشد، بنابراین آنچه مورد نظر قانونگذار بوده و قانوناً با عنایت به ماده ۴۴۸ قانون مدنی قابل اسقاط شناخته شده، غبن فاحش است و غبن به هر درجه‌ای که باشد اگر عرفاً قابل مسامحه نباشد، برای مغبون ایجاد حق فسخ می‌کند و اسقاط این حق خویش نیز فاقد منع قانونی است. نتیجتاً چنانچه هر یک از طرفین که ضمن انجام معامله خیار غبن را از خود ساقط نموده باشد، بعد از انجام معامله نمیتواند با استفاده از خیار غبن تقاضای فسخ معامله را بنماید.

همچنان که تتبع در آرای قضایی نشان می‌دهد که در دادگاه‌ها نیز عدم جریان خیار غبن پذیرفته شده است. نمونه‌ای از این آراء را می‌توان در ضمن رأی شماره «9409984442300511» دیوان عالی کشور دانست. محتوای پرونده‌ای که منجر به رأی پیشین شده است، بدین قرار است: مرحوم ب. ب. مورث خواهان در تاریخ ۱۳/۷/۱۳۸۷ یک باب ساختمان مسکونی را با تحریک و تشویق برادرشان به خوانده همسرش - به قیمت یک میلیون تومان واگذار نموده است که از ناحیه خریدار - خوانده - و جهی بابت ثمن پرداخت نشده و ثمن مقرر در مبایعه نامه کمتر از قیمت و ارزش واقعی زمان معامله بوده و با تحقق غبن فاحش درخواست رسیدگی به شرح فوق مورد استدعاست. دادگاه با مذاقه و تأمل در مبایعه نامه تنظیمی و توجهاً به موقعیت متعاملین و وجود رابطه زوجیت بین متعاملین و توجهاً به تاریخ تحریر مبایعه نامه اینکه با بررسی متون قانونی و فقهی برای تحقق خیار غبن دو شرط لازم بوده ۱- زیادت یا کاهش فاحش قیمت که در زمان معامله قابل مسامحه نباشد. ۲- نداشتن علم و آگاهی به قیمت مذکور در زمان عقد که رابطه این دو شرط (جهل و تفاوت قیمت) طولی است بطوری که ابتدا باید جهل یا عدم مغبون ثابت و مدلل شده و بعداً به دنبال احراز شرط دیگر و ارجاع امر به کارشناس رد راستای برآورد قیمت واقعی مبیع در زمان عقد اقدام نمود. نظر به اینکه انتقال ساختمان مسکونی از طرف زوج - خواهان - به زوجه - خوانده - بوده و قصد واقعی طرفین بیع و به تبع آن رعایت ارزش و تعادل عوضین نبوده بطوری که در عقد بیع معمولاً طرفین می‌کوشند تا آنجا که ممکن است تعادل ارزش عوضین حفظ شود. هرگاه میان ارزش عوضین تفاوتی فاحش و عدم تعادل غیر قابل مسامحه وجود داشته باشد و طرف متضرر به هنگام عقد از ارزش مورد معامله آگاه نباشد به استناد خیار غبن حق برهم زدن معامله را خواهد داشت ولی اگر در روابط اقتصادی به لحاظ امور عاطفی و مانند آن از

روی عمد مبلغ ارزش عوضین مورد توجه قرار نگیرد و ارزش مبیع و ثمن و بیش از حد متفاوت باشد این عدم تعادل «محابات» بوده و به چنین بیعی بیع محاباتی می‌گویند در خصوص ماهیت این بیع باید به قصد واقعی طرفین عقد توجه کرد و اگر معلوم شود که قصد آن دو از عقد مزبور «هبه» بوده باید مقررات عقد هبه را بر روابط طرفین حاکم دانست نه مقررات عقد بیع را و باید توجه داشت که در بیع محاباتی خیار غبن راه ندارد. زیرا چنانچه شخصی که از چنین بیعی متضرر شده است در حین معامله به قیمت عادلانه آگاهی داشته است حق فسخ بیع را نخواهد داشت (ماده ۴۱۸ ق.م. بنا به استدلال‌های فوق دادگاه تجدیدنظر ادعای غبن را قابل پذیرش ندانسته است و در پی اعتراض به رأی دادگاه تجدیدنظر، پرونده به دیوان عالی کشور ارجاع داده شده و دیوان نیز همان رأی دادگاه تجدیدنظر را تأیید کرده است.

همان طوری که در محتوای پرونده گذشت، دادگاه تجدیدنظر و دیوان عالی کشور استدلال وکیل زوجه مبنی بر اینکه (۱) معامله صورت گرفته مسامحه‌ای بوده و (۲) در عقد مسامحه‌ای خیار غبن جاری نیست، پذیرفته است.

درمقابل برخی از حقوق‌دانان احتمال دادند که خیار غبن در عقود مسامحه‌ای نیز جریان داشته باشد؛ با این استدلال که به هم خوردگی موازنه عوضین کلی مقول به تشکیک یعنی ذوالمراتب است. پس اگر بیعی کنند و غبن محتمل را صلحاً ساقط نمایند، ظاهر این است که جمیع مراتب غبن را ساقط نکرده‌اند؛ مثلاً اگر ثمن ده تومان باشد و غبن هشت تومان باشد ظاهر عدم سقوط این غبن است و خیار برای زیان دیده است (لنگرودی، ۱۳۹۴: ۲۱۰).

دیدگاه اخیر در راستای دیدگاه فقهیانی است که خیار غبن را در عقود مسامحه‌ای جاری می‌دانند؛ دیدگاهی که به نظر می‌رسد با توجه به استدلال به کاررفته موجه است و به‌واقع این استدلال اشکال عمده دیدگاه مشهور فقهیان و حقوق‌دانان است که تفصیل آن در مباحث پیشین گذشت.

## ۵. خیار غبن در تسامح شخصی؛ تأملی در رویکرد عموم فقهیان و حقوق‌دانان

هرچند فقهیان و حقوق‌دانان در بحث از جریان خیار غبن، تسامح شخصی را از تسامح نوعی تفکیک نکرده‌اند و به این ترتیب، ادله موافقین و مخالفین جریان خیار غبن در عقود مسامحه‌ای شامل هر دو تسامح است؛ با این وجود، به نظر می‌رسد، تسامح شخصی مؤنه‌ای بیشتر نسبت به تسامح نوعی دارد؛ بدین ترتیب که چون محدوده تسامح شخصی دایره مدار عقود مغابنه‌ای می‌چرخد و این اراده طرفین عقد است که تسامح را می‌سازد- بالعکس تسامح نوعی که تسامح آن حاصل اراده طرفین نیست، بلکه حاصل طبیعت خود عقد است- لذا خیار غبن را باید برمبنای اراده متعاقدین تفسیر کرد. با این توضیح که: غبن فاحش در تسامح شخصی نمی‌تواند جایگاهی داشته باشد؛ خواه مبنای خیار غبن را قاعده لاضرر بدانیم، خواه شرط ضمنی. اگر مبنای نخست یعنی لاضرر را بپذیریم، همان‌طور که شیخ انصاری استدلال کردند، ادعای بعدی در مورد مغبون شدن خودتناقضی است؛ چرا که فرد به

ضرر خویش اقدام کرده‌است و سپس به ضرر دیدن استناد می‌کند. در مورد مبنای شرط ضمنی نیز که توسط رأی وحدت رویه پیش گفته برگزیده شده‌است، با وضعیت مشابهی روبه‌رو هستیم. به این معنا که چگونه می‌توان تصریح به تسامح را با مبنای ضمنی «لزوم تعادل عوضین» جمع کرد؟ اثر ایجاد عدم تعادل شخصی (تسامح شخصی) این است که اگر متعاقدين در ضمن عقد به‌طور کلی شرط اسقاط غبن کنند، دیگر نمی‌توانند با استناد به غبن فاحش، عقد را فسخ کنند. با این وجود در صورت احراز افحش بودن غبن، مغبون حق خیار دارد (هم به دلیل قاعده لاضرر و هم به دلیل شرط ضمنی)؛ مگر اینکه به غبن افحش نیز تصریح شده باشد؛ که در این صورت غبن افحش هم ساقط می‌شود. حال آنکه در تسامح نوعی صراحتی به اندازه غبن شخصی وجود ندارد؛ بنابراین ادعای خیار غبن ولو در غبن فاحش به جهت اینکه تصریح به غبن نشده‌است، پذیرفتنی است. حاصل اینکه در تسامح شخصی، غبن فاحش موجب اسقاط خیار می‌شود؛ بنابراین مغبون خیار نخواهد داشت ولی در غبن افحش خیار او همچنان باقی است؛ برخلاف تسامح نوعی که خیار غبن مغبون هم در غبن فاحش و هم در غبن افحش باقی است. بنابر آنچه گفته شد رأی وحدت رویه در خصوص تسامح شخصی منطقی و موجه است ولی در تسامح نوعی منطقی نیست.

## نتایج

۱. در عقود، تسامح به دو شیوه صورت می‌گیرد: تسامح شخصی که عبارت است از اینکه در ضمن عقد مغابنه‌ای طرفین عقد در مورد کم‌وکیف موضوع عقد تسامح می‌کنند، برای مثال، در عقدی مانند بیع، ثمن را نصف یا کمتر از مبلغی در نظر می‌گیرند که در حالت معمول می‌توان در نظر گرفت و تسامح نوعی که عبارت است از اینکه در ذات و طبیعت عقد تسامح وجود دارد؛ به عبارت دیگر عقلای عالم عقد خاصی را جهت تسامح‌گری و رفع نیاز خود به رسمیت می‌شناسند، مانند عقد صلح.

۲. فقهیان و حقوق‌دانان بدون تفصیل میان تسامح شخصی و نوعی چهار دیدگاه در خصوص جریان خیار غبن در عقود مسامحه‌ای مطرح کردند: عدم جریان خیار غبن؛ جریان خیار غبن؛ تفصیل میان عقد صلح و سایر عقود؛ و در نهایت تفصیل میان اقسام عقد صلح؛ بدین صورت که اگر صلح در مقام معاوضه باشد خیار غبن جریان دارد ولی اگر صلح بر اسقاط دعوی باشد و سپس بعد از صلح قول مدعی صحیح درآید و مغبون نیز واقع شده باشد، غبن جریان ندارد و همچنین اگر صلح بر ما فی الذمه مجهول نیز باشد غبن جریان ندارد.

با پذیرش این که از یک طرف غبن دارای مراتب مختلفی است از جمله غبن یسیر، غبن فاحش و غبن افحش و از طرف دیگر معتبر بودن غبن مجرد در فقه و حقوق موضوعه ایران می‌توان گفت، تفصیل معروفی که مشهور فقهیان و حقوق‌دانان مطرح کرده‌اند (تفصیل میان عقود مغابنه‌ای و عقود مسامحه‌ای)، خالی از اشکال نبوده و چندان هم موجه به نظر نمی‌رسد؛ چراکه اولاً معاوضی یا معوض



بودن عقد مسامحه‌ای مثل صلح گواه بر این است که مسامحه‌ای بودن متعاقدين على الاطلاق نیست؛ ثانیاً صرف اینکه در عقود معوض مسامحه‌ای-با پذیرش قاعده لاضرر به‌عنوان مستند خیار غبن-متعاقدين اقدام بر ضرر کرده‌اند و یا اینکه شرط ضمنی بنای متعاقدين بر عدم تساوی عوضین است، لازم نمی‌آید که غبن در عقود مسامحه‌ای جاری نگردد؛ چراکه به‌اتفاق فقها، غبن دارای مراتب مختلفی است و متعاقدين ممکن است برخی از مراتب را زیر پا بگذارند و ممکن است همه آن‌ها را که در صورت اخیر به‌اتفاق فقها حتی بنا بر قول کسانی که معتقدند غبن در عقود مسامحه‌ای جاری است، نیز خیار غبن جریان ندارد. دو دیدگاه دیگر (تفصیل میان عقد صلح و دیگر عقود و تفصیل میان اقسام صلح) نیز که بیشتر با تکیه بر حکمت صلح که عبارت است از رفع نزاع، ابراز شده‌است؛ با این اشکال مواجه است که اگر به جهت رفع خصومت و نزاع خیار غبن در عقد صلح یا در اقسام سه‌گانه مذکور جاری نیست، قاعدتاً در خیار عیب-که مشهور جریان آن را در عقد صلح پذیرفته‌اند-نیز این استدلال را می‌توان طرح کرد (پاسخ نقضی)؛ و حتی بالاتر از آن، می‌توان گفت که میان رفع خصومت و جریان عدم خیار غبن ملازمه‌ای نیست و حتی چه بسا نفس عدم جریان خیار غبن منشأ نزاع دوباره شود (پاسخ حلی).

نهایتاً نکته‌ای که عمدتاً در بحث حاضر به‌نظر می‌رسد مورد غفلت قرار می‌گیرد این است که عدم تفکیک میان تسامح شخصی و نوعی را می‌توان اشکال جدی به همه نظریات ذکر شده دانست؛ زیرا اولاً مشروع بودن تسامح شخصی محل شک و تردید است و ثانیاً با فرض صحت عملاً در بسیاری از موارد با تغییر کارکرد عقود مواجه است و ثالثاً با پذیرش هر دو نکته اخیر، عملاً در غبن فاحش خیار برای مغبون وجود نخواهد داشت؛ برخلاف تسامح نوعی که هم در غبن فاحش و هم در غبن نوعی امکان طرح خیار وجود دارد.

## منابع

- احمدسنهوری، عبدالرزاق (۱۹۹۸م). نظریه العقد. چاپ اول. بیروت: الحلبي الحقوق.
- اسدی حلی، احمد بن محمد بن فهد (۱۴۰۶ق). المهذب البارع في شرح المختصر النافع. چاپ اول. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
- اسماعیلی، حسین (۱۴۰۲). ماهیت و آثار حقوقی اسقاط خیار غبن؛ نقد و بررسی رای وحدت رویه شماره ۸۲۱ دیوان عالی کشور (۱۴۰۲/۰۲/۰۲). دو فصلنامه نقد و تحلیل آراء قضایی، ۲ (۴)، ۵۸-۷۴.
- اصفهانى، محمد حسین (۱۴۱۷ق). حاشیه کتاب المكاسب. چاپ اول. قم: ذوی القربی.
- انصاری، مرتضی (۱۴۱۳ق). المكاسب. چاپ دوم. قم: مجمع الفكر الاسلامی.
- ایروانی، علی (۱۳۷۹ق). حاشیه المكاسب. چاپ اول. قم: کتبی نجفی.
- بیگدلی، عطاءالله (۱۳۸۹). اسقاط خيارات در حقوق ایران و فقه امامیه. پژوهش نامه حقوق اسلامی، ۱۱ (۱)، ۲۴۳-۱۹۱.
- تبریزی، جواد (۱۳۷۷ق). ارشاد الطالب الی تعلیق علی المكاسب. چاپ اول. قم: مطبعه مهر.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۸ش). مبسوط در ترمینولوژی. چاپ دوم. تهران: گنج دانش.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۹۱ش). دائره المعارف عمومی حقوق. چاپ دوم. تهران: گنج دانش.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۹۲ش). فرهنگ عناصر شناسی. چاپ اول. تهران: گنج دانش.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۹۴ش). فلسفه اعلی در علم حقوق. چاپ دوم. تهران: گنج دانش.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۹۷ش). فلسفه عمومی حقوق. چاپ اول. تهران: گنج دانش.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۹۹ش). تئوری موازنه. چاپ سوم. تهران: گنج دانش.
- حسین، وحید خراسانی (بی تا). منهج الصالحین. بی تا.
- حسینی عاملی، محمد جواد بن محمد (۱۴۱۹ق). مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة. چاپ اول. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
- حماد، نزیه (۱۴۲۹ق). معجم المصطلحات الماليه و الاقتصاديه في لغة الفقهاء. چاپ اول. دمشق: دارالقلم.

خميني، روح الله (١٤٢١ق). كتاب البيع. چاپ اول. تهران: مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خميني (س).

خويي، ابو القاسم (١٤١٧ق). مصباح الفقاهه. قم: انصاريان.

رشتي، حبيب الله بن محمد علي (بي تا). فقه الامامية، قسم الخيارات. قم: مكتبة الداوري.

روحاني، محمد صادق (بي تا). فقه الصادق (طبع قديم). قم: نشر مولف.

زين الدين بن عاملي، شهيد ثاني (١٤١٣ق). مسالك الأفهام. قم: مؤسسه المعارف الاسلاميه.

سنهوري، عبدالرزاق (١٤٠٠). الوسيط في شرح القانون المدني. بيروت: دار احياء التراث الاسلامي.

سيوري حلي، جمال الدين مقداد (١٣٦١ش). نضد القواعد الفقيهية على مذهب الإمامية. قم: كتابخانه عمومي آيت الله مرعشي نجفي (ره).

\_\_\_\_\_ (١٤٠٤ق). التنقيح الرائع لمختصر الشرائع. قم، مكتبة آيت الله المرعشي النجفي (ره).

شهيد اول، محمد بن مكى (١٤١٢ق). الدروس الشرعية في فقه الإمامية. قم: مؤسسة النشر الإسلامي.

شهيد ثاني، زين الدين بن علي (١٤٠٦ق). الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية. قم: مكتب الإعلام الإسلامي.

\_\_\_\_\_ (١٤١٣ق). شرائع الاسلام في مسائل الحلال و الحرام. قم: مؤسسة المعارف الإسلامية.

شهيدى، مهدي (١٣٩٦ش). تشكيل قراردادها و تعهدات. تهران: مجد.

صفايى، سيد حسين (١٣٩٧). دوره مقدماتى حقوق مدنى. تهران: ميزان.

صيمرى، مفلح بن حسن (١٤٢٠ق). غاية المرام في شرح شرائع الإسلام. بيروت: دار الهادي.

طباطبايى يزدي، سيد محمد كاظم بن عبدالعظيم طباطبايى (١٤١٠ق). حاشية المكاسب. قم: اسماعيليان.

طباطبايى، محمد بن علي (بي تا). المناهل. قم: مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث.

فرج صده، عبد المنعم (١٩٧٤م). نظريه العقد فى قوانين البلاد العربية. بيروت: دار النهضة العربية.

فيض كاشانى، محمد بن شاه مرتضى (١٤٠٦ق). الوافى. اصفهان، مكتبة الإمام أميرالمؤمنين علي (ع) العامة.

قمى، ابوالقاسم بن محمد حسن (١٣٧١ش). جامع الشتات فى اجوبه السوالات. تهران: كيهان.

- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۵ش). قواعد عمومی قراردادها. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاشف الغطاء، عباس (بی تا). الفوائد الجعفریه. بی جا.
- کرکی، نور الدین علی بن حسین بن عبدالعالی (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد. قم: موسسه آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث.
- مجموعه از نویسندگان (۱۴۲۷ق). الموسوعه الفقهیه الكويتیه. کویت: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية.
- موسوی بجنوردی، حسین (۱۳۷۷ش). القواعد الفقهیه. قم: نشر الهادی.
- نائینی، محمد حسین (۱۳۷۱ق). منیه الطالب فی حاشیه مکاسب. تهران: المکتبه المحمديه.
- نراقی، مولی عبد الصاحب محمد. ۱۴۲۲ق. مشارق الاحکام. مطبعه سلمان الفارسی.
- نریمانپور، مهدی؛ نریمانپور، مسعود (۱۴۰۲). تغییر کارکرد عقود و دیدگاههای مطروحه در فقه مذاهب اسلامی. دوفصلنامه فقه مقارن، ۱۱ (۲۲)، ۵۷-۸۹.