

بازپژوهی مفهوم غبن فاحش در فقه و حقوق ایران

○ سید محمد صادق طباطبایی*

○ سید حسین اسعدی*

چکیده

پابندی به عقودی که طبق قانون منعقد می شود، بر طرفین و قائم مقام آنها لازم است، مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود (ماده ۲۱۹ ق.م.ا). یکی از این علل قانونی، خیار غبن است که به محض برهم خوردن تعادل عوضین و ارزش اقتصادی آنها در زمان انعقاد عقود مقابله‌ای، برای حمایت از مغبون ظهور می یابد و اصالة اللزوم را کنار می زند (ماده ۴۵۷ ق.م.ا)؛ مشروط بر آنکه مغبون جاهل به قیمت (ماده ۴۱۸ ق.م.ا) دچار غبن و ضرر فاحش شده باشد (ماده ۴۱۶ ق.م.ا). ولی منظور از غبن فاحش چیست؛ ملاک تشخیص آن کدام است؟ و ملاک‌های عرضه شده در فقه و حقوق موضوعه، چه معایب و مزایایی نسبت به یکدیگر دارند؟ در تحقیق حاضر، با بررسی مفهوم غبن فاحش در کلام فقها و حقوق دانان و ارزیابی مزایا و معایب معیارهای عرضه شده، می‌کوشیم موضع قانون‌گذار ایران را در این باره تبیین کنیم.

کلید واژگان: خیار، غبن فاحش، غبن افحش، عرف، جهل، معیار نوعی.

* استادیار گروه حقوق دانشگاه اصفهان.

** دانش‌آموخته دانشگاه اصفهان، کارشناسی ارشد حقوق خصوصی (نویسنده مسئول).

خيار، اسم مصدر اختيار است. ^۱ اصل آن از ماده خير است و در عرف به معنی بازگشت به آزادی اراده و الزام نداشتن یکی از متعاملین به لزوم عقد می باشد. ^۲ همچنین، به معنی ترجیح یکی از دو امر بر دیگری نیز گفته شده است. ^۳ بعضی آن را در مقابل اکراه ^۴ و برخی در مقابل لزوم عقد و عدم امکان نقض و از بین بردن معامله قرار داده اند. ^۵ البته، خيار از اختيار حاصل نمی شود، بلکه این اختيار است که فرع بر وجود خيار است. ^۶ در تعريف آن گفته شده است: «الخيار حق يقتضى السلطنة على فسخ العقد برفع مضمونه». ^۷ بر این اساس، منظور از خيار، توانایی و تسلط ذوالخيار بر فسخ و رد یا پذیرش عقد تعبیر شده است. ^۸ و مقتضای فسخ نیز بازگرداندن عوضین به طرفین عقد است. ^۹

بنابراین، خيار در اصطلاح فقها دو اطلاق دارد. ^{۱۰}

۱. اطلاق عام: تسلط شخص بر فسخ و امضای عقد؛ خواه به جهت ثبوت حق فسخ برای فسخ کننده به یکی از اسباب آن، مانند تسلط بر فسخ در عقود لازم همچون بیع خياری؛ یا به لحاظ حکم شارع به عدم لزوم عقد، مانند تسلط بر فسخ

۱. انصاری، کتاب المکاسب، ج ۲، ص ۳۰۲.

۲. کاشف الغطاء، تحرير المجله، ج ۱، ص ۲۵.

۳. کمپانی، حاشیه کتاب المکاسب، ج ۴، ص ۹.

۴. مصطفوی، فقه المعاملات، ص ۵۳.

۵. اصفهانی، صیانة الابانة، ص ۱۰۱.

۶. مامقانی، نهاية المقال في تکملة غاية الآمال، ص ۲.

۷. حکیم، منهاج الصالحین (محتسبی)، ج ۲، ص ۳۸.

۸. رشتی، فقه الامامیه، قسم الخيارات، ص ۵.

۹. یزدی، سؤال و جواب، ص ۱۵۷.

۱۰. جمعی از پژوهشگران، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (ع)، ج ۳، ص ۵۳۹.

در عقد جایز^{۱۱} (ماده ۱۸۶۳ ق. م.) و نیز تسلط مالک بر رد عقد فضولی^{۱۲} (ماده ۲۵۱ ق. م.).

۲. اطلاق خاص: تسلط شخص بر امضا و فسخ عقد به دلیل ثبوت حق فسخ برای او در پی تحقق یکی از اسباب آن^{۱۳} (مواد ۲۱۹ و ۴۵۷ ق. م.).

در متون فقهی متقدم، خیار در معنای اول بسیار متداول بود، ولی در کلام فقهای متأخر، منظور از خیار، معنای خاص آن است که موضوع این مقاله است. یکی از این اختیارات، غبن نام دارد و قانون‌گذار در ماده ۴۱۶ ق. م. مقرر می‌دارد: «هریک از متعاملین که در معامله، غبن فاحش داشته باشد، بعد از علم به غبن می‌تواند معامله را فسخ کند». اکنون پرسش آن است که فاحش بودن به چه معناست؟ معیار تحقق غبن فاحش از منظر فقها و حقوق دانان کدام است؟ از سوی دیگر، آیا معیار عرف (ماده ۴۱۷ ق. م.) همان معیار عادلانه بودن قیمت است که در ماده ۴۱۸ ق. م. به آن اشاره شده است؟ افزون بر آن، این معیار چه مزایا و یا کاستی‌هایی نسبت به معیار خمس قیمت (موضوع ماده ۴۱۷ قانون سابق) دارد؟ پاسخ به این قبیل پرسش‌ها موضوع تحقیق حاضر است که در ادامه خواهد آمد. بدین ترتیب، لازم است ابتدا به مفهوم خیار غبن و سپس به شرایط اساسی تحقق آن پرداخته شود.

۱. مفهوم خیار غبن

غبن، یکی از اقسام اختیارات در فقه امامیه است.^{۱۴} گرچه برخی از متقدمین مانند

۱۱. عقد جایز آن است که هر یک از طرفین، هر گاه بخواهد بتواند آن را فسخ کند.

۱۲. رد معامله فضلی، حاصل می‌شود به هر لفظ یا فعلی که بر نارضایتی از آن دلالت کند.

۱۳. هر بیع لازم است، مگر اینکه یکی از اختیارات در آن ثابت شود.

۱۴. نراقی، مستند الشیعه فی احکام الشریعة، ج ۱۴، ص ۳۸۸.

ابن جنید، به عدم ثبوت این خیار حکم داده‌اند^{۱۵} به نقل از شهید اول: ^{۱۶} از این گذشته، حتی تحقق آن از امور محرمة نیز دانسته شده است. ^{۱۷} روایتی هم در این زمینه از معصوم (ع) وجود دارد که غبن مؤمن را حرام می‌داند^{۱۸} در حالی که مذاهب حنفی و شافعی، برای شخص مغبون حتی خیاری از این جهت قائل نیستند و در صورت تحقق غبن، وی را ملتزم به عقد می‌دانند. ^{۱۹}

غبن در لغت به معنای خدعه، فریب، مکر و نیرنگ است و با غَبَن که ضرر و خدعه در مشورت و رأی می‌باشد و باعث انحراف شخص از حق به سمت باطل می‌شود، تفاوت دارد. ^{۲۰} به عبارت دیگر، غبن به معنی گول زدن در معامله آمده است؛ خواه در خرید باشد یا در فروش و اینکه به قیمت کم بخرد یا به قیمت گران بفروشد^{۲۱} و ناظر به موردی است که یکی از دو طرف معامله، مورد معامله را بیش از قیمت واقعی آن بخرد یا بفروشد. ^{۲۲} غبن در اصطلاح فقها، تملیک مال با قیمت گرانتر در صورت جهل طرف معامله است، که تملیک کننده را غابن، و طرف مقابل را مغبون می‌گویند؛ البته ممکن است خدعه‌ای در کار نباشد و به صرف مبادله به غیر قیمت واقعی، خیار غبن ایجاد شود. ^{۲۳} از این رو نامیدن خیار یاد شده

۱۵. علامه حلی، مختلف الشيعة، ج ۱، ص ۳۴۶.

۱۶. شهید اول، الدروس الشرعية في فقه الامامية، ج ۳، ص ۲۷۵.

۱۷. عاملی، جامع عباسی و تکمیل آن، ص ۴۸۴.

۱۸. فیض کاشانی، الشافی في العقائد والاخلاق، ج ۲، ص ۱۳۹۴.

۱۹. نجفی، الرسائل الفقهية، ص ۲۷۴؛ قمی سبزواری، جامع الخلاف والوفاق ... ،

ص ۲۶۴؛ امام خمینی، کتاب البیع، ج ۴، ص ۸۹۸.

۲۰. مامقانی، غایة الآمال في شرح کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۴۹۸.

۲۱. قرشی، قاموس قرآن، ج ۵، ص ۸۷.

۲۲. شهید ثانی، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج ۳، ص ۴۶۳.

۲۳. انصاری، کتاب المکاسب، ج ۲، ص ۳۷۰.

به خیار غبن، از آن نظر است که یکی از طرفین معامله، اغلب بر اثر خدعه، دیگری را مغبون می‌کند.^{۲۴} برخی از فقها نیز در تبیین مفهوم استرسال^{۲۵} در باب تجارت، به روایاتی استناد کرده‌اند که در آنها، از مغبون کردن و نیرنگ زدن به کسی که در معامله به وی اطمینان می‌کند، نهی شده است^{۲۶} ولی بعضی از فقها، نهی مذکور را مفید کراهت عمل^{۲۷} و برخی دیگر، مفید حرمت دانسته و حتی به بطلان معامله تصریح کرده‌اند؛ هرچند صحت آن به ظاهر کلام فقها نسبت داده شده است^{۲۸}.

۲. شرایط اساسی تحقق خیار غبن

در این باره گفته شده است خیار غبن، فروختن مال خود به کمتر از قیمت واقعی آن و یا خریدن کالایی بیشتر از بهای واقعی، با وجود جهل مغبون به واقع است.^{۲۹} مراد از کمتر یا بیشتر بودن قیمت، به لحاظ شرایط مقرر در معامله است؛ زیرا شرایط معامله جزء یکی از عوضین است و تأثیر بسزایی در قیمت دارد.^{۳۰} این نکته در واقع همان تعبیر فقهی «الشرط قسط من الثمن» است.^{۳۱} بنابراین، ممکن است قیمتی در عقد خیاری، موجد خیار غبن نباشد؛ در حالی که همان زیاده در عقد غیر

۲۴. امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۴۸۱.

۲۵. استرسال به مفهوم بلند و فروهشته شدن مو، اطمینان کردن به کسی و روانه شدن آمده است: جمعی از پژوهشگران، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (ع)، ج ۱، ص ۴۱۱.

۲۶. حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۳۱.

۲۷. نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۲۳، ص ۴۱.

۲۸. نراقی، مستند الشیعه فی احکام الشریعة، ج ۱۴، ص ۳۹۶.

۲۹. امام خمینی، کتاب البیع، ج ۴، ص ۵۲۲.

۳۰. امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۴۸۲.

۳۱. خوانساری، حاشیه الثانیة علی المکاسب، ص ۱۳۱.

خیاری، مستلزم ایجاد خیار غبن باشد؛ چه، ارزش کالای فروخته شده در بیع
خیاری کمتر از ارزش آن در بیع لازم است.^{۳۲}

بنابراین، ثبوت خیار به سبب غبن، منوط به تحقق دو شرط است: یکی،
جهل مغبون به قیمت واقعی در زمان عقد؛ و دیگری، کاهش یا افزایش قیمت،
فراتر از مقدار قابل مسامحه که به اصطلاح، فاحش بودن ثمن المسمی (عوض
جعلی) نسبت به ثمن المثل (عوض واقعی) است.^{۳۳}

۱-۲. جهل مغبون به قیمت بازار

یکی از شرایط اساسی تحقق خیار غبن، آگاه نبودن مغبون از بهای واقعی
کالا است.^{۳۴} در باره علم و جهل مغبون و لزوم اثبات یکی از آن دو، و به بیان دیگر،
در خصوص جایگاه مدعی و مدعی علیه، گفتگوها بسیار است.^{۳۵} گفته شده که

۳۲. انصاری، کتاب المکاسب، ج ۵، ص ۱۵۷.

۳۳. علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ج ۱۱، ص ۶۹؛ نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرائع
الاسلام، ج ۲۳، ص ۴۲؛ کرکی، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۵، ص ۱۱۹؛ شهید
اول، الدروس الشرعية فی فقه الامامیه، ج ۳، ص ۲۷۵؛ شهید ثانی، الروضة البهیة فی
شرح اللمعة الدمشقیة، ج ۴، ص ۱۸۰؛ انصاری، کتاب المکاسب، ج ۲، ص ۳۷۰؛ آخوند
خراسانی، حاشیة المکاسب، ص ۱۸۳؛ رشتی، فقه الامامیه، ص ۴۱۶؛ طباطبایی یزدی،
حاشیة المکاسب، ج ۲، ص ۳۴؛ کمپانی، حاشیة کتاب المکاسب، ج ۴، ص ۲۵۰؛
کاشف الغطاء، تحریر المجله، ج ۱، ص ۹۸؛ موسوی بجنوردی، قواعد الفقهیه، ج ۱،
ص ۲۶۵؛ اراکی، الخیارات، ص ۱۸۳؛ امام خمینی، کتاب البیع، ج ۴، ص ۴۲۰،
امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۴۸۲؛ اعتضاد، خیار غبن، مجله کانون وکلاء، ش ۸،
ص ۲۳؛ کاتوزیان، حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، ص ۹۵۸؛ صفایی،
حقوق مدنی، ج ۷، ص ۲۸۰.

۳۴. کاتوزیان، حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، ص ۹۶۴.

۳۵. همان، ص ۹۶۶-۹۶۴.

اصل بر عدم آگاهی است^{۳۶} و در نتیجه، مغبون از آوردن دلیل و اثبات جهل خود بی نیاز است. در این زمینه، برخی از حقوق دانان معتقدند ادعای جهل به قیمت عادلانه مبیع از طرف مغبون، بدون دلیل پذیرفته می شود و طرف او می تواند به وسیله ادله و یا قرائن و اوضاع و احوال خارج، ثابت کند که مدعی در حین معامله، قیمت عادلانه مبیع را می دانسته است.^{۳۷} البته به نظر می رسد به کار بردن عبارت «ادعای جهل به قیمت»، خالی از ایراد نیست؛ چه، ادعا امری است که نیازمند اثبات است^{۳۸}، در حالی که جهل، امر عدمی است و اثبات امر عدمی، تحصیل حاصل است؛ اگر نگوییم تکلیف بما لایطاق می باشد. بنابراین، می توان قول مغبون را از این جهت نوعی اظهار صرف دانست. در این راستاست که ماده ۴۱۸ قانون مدنی نیز از لحاظ فن اصولی به درستی نگارش یافته است: اگر مغبون در حین معامله، عالم به قیمت عادلانه بوده است، اختیار فسخ نخواهد داشت؛ یعنی علم و آگاهی وی باید اثبات شود، زیرا راه یافتن به ضمیر مغبون، اقدامی است که حقوق وسیله و توان آن را ندارد و ناچار باید به اماره های خارجی روی آورد.^{۳۹} پس اگر اماره خارجی و مبرز بیرونی موجود نباشد، ناگزیر از تمسک به قاعده «لا یعلم الا من قبله» و پذیرش قول مغبون در پناه اصل عدم خواهیم بود. بر این اساس، مغبون در جایگاه منکر، تحت عمومات «والیمین علی من انکر» و نیز «کل من یسمع قوله فعلیه الیمین» قرار گرفته و باید به درخواست طرف مقابل سوگند یاد کند^{۴۰}.

۳۶. قمی، جامع الشتات فی اجوبه السؤالات، ج ۲، ص ۱۱۶.

۳۷. امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۴۸۲-۴۸۳.

۳۸. اراکی، الخیارات، ص ۱۹۳.

۳۹. کاتوزیان، حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، ص ۹۶۴.

۴۰. ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی در امور مدنی؛ شمس، آیین دادرسی مدنی، ج ۳، ص ۹۳؛

مهاجری، مبسوط در آیین دادرسی مدنی، ص ۲۶۶.

۴۱. ماده ۱۹۷: اصل برائت است. بنابراین، اگر کسی مدعی حق یا دینی بر دیگری باشد، باید

آن را اثبات کند؛ در غیر این صورت، با سوگند خواننده حکم برائت صادر خواهد شد.

با وجود این، ممکن است گفته شود اظهارات مغبون مبنی بر جهل به قیمت، ادعایی است که ادله مثبت را که همانا اصل ناآگاهی است با خود به همراه دارد و نامبرده را از ارائه دلایل دیگر بی نیاز می کند؛ چنان که از مفهوم مخالف قسمت اخیر ماده ۱۲۵۷ ق. م. نیز همین معنی استفاده می شود؛ زیرا در این ماده آمده است: «... مدعی علیه هرگاه در مقام دفاع، مدعی امری شود که محتاج دلیل باشد، اثبات امر بر عهده اوست». البته استناد به این اصل، در جایی امکان دارد که ظاهر برخلاف واقع نباشد؛ زیرا ظهور از امارات است و بر اصل عملی حکومت دارد. ۴۲ چنان که ثابت شود مدعی از اهل خبره و کارشناس این نوع اموال است و یا کسی است که به وضعیت بازار اینگونه معاملات آشنایی کامل دارد. ۴۳ به هر حال، جایگاه مدعی و منکر در یک دعوی، لزوماً ثابت نیست و انقلاب دعوی اجتناب ناپذیر است. با این همه، باید توجه داشت از آنجا که مغبون با اثبات تحقق غبن در صدد فسخ معامله برآمده و برخلاف اصل لزوم سخن می راند، در اصل قضیه مدعی به شمار می رود؛ چنان که ماده ۷۶۱ ق. م. ۴۴ نیز عبارت «ادعای غبن» را به کار برده است.

۲-۲. فاحش بودن ثمن المسمی (عوض جعلی)

- غبن در صورتی موجد خیار است که فاحش باشد (ماده ۴۱۶ ق. م. ۴۵). پس
۴۲. قمی، جامع الشتات في اجوبة السؤالات، ج ۴، ص ۷۸؛ کاتوزیان، حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، ص ۹۶۴؛ همو، ص ۶۹.
۴۳. نراقی، انیس التجار (محشی)، ص ۱۲۲؛ امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۴۸۳.
۴۴. صلحی که در مورد تنازع یا مبنی بر تسامح باشد، قاطع بین طرفین است و هیچ یک نمی توانند آن را فسخ کنند؛ اگر چه به ادعای غبن باشد؛ مگر در صورت تخلف شرط یا اشتراط خیار.
۴۵. هر یک از دو طرف معامله که در معامله غبن فاحش داشته باشد، بعد از علم به غبن می تواند معامله را فسخ کند.

فاحش بودن، ملاك تحقق خيار است نه ایجاد غبن. به بیان دیگر، به صرف وقوع معامله بر مقدار مازاد، غبن محقق می‌گردد، ولی این وضعیت ملازمه‌ای با ایجاد خيار برای مغبون جاهل ندارد.^{۴۶} همچنین، معامله نیز باید مبتنی بر ممانعه و مقابله باشد^{۴۷} نه بر پایه مغابنه و مباحات.^{۴۸} بنابراین، نکته اصلی، پرداختن به مفهوم فاحش بودن عوض است و باید دید ملاك تحقق آن چیست؟

گفته شده هر چیزی که از اندازه و حد خود تجاوز کند، فاحش است.^{۴۹} فاحش بودن به معنای قابل مسامحه و اغماض نبودن است^{۵۰} و مشهور فقها ملاك تحقق آن را تشخیص عرف می‌دانند^{۵۱} که اشخاص در مانند آن معاملات، غالباً^{۵۲} فریفته نمی‌شوند.^{۵۳} در واقع، غبن زمانی فاحش است که از آنچه معمولاً برای به دست آوردن مثل آن پرداخته می‌شود، تجاوز کند^{۵۴}. پس اگر اندک زیادتى و نقصانى باشد که در عرف، آن را زیاده و نقصان نگویند، اختیار فسخی نیست.^{۵۵}

۴۶. طباطبایی یزدی، حاشیة المكاسب، ج ۲، ص ۴۰.

۴۷. جوانمردی، غبن طرفینی، پژوهش حقوق و سیاست، ش ۷، ص ۱۳۱.

۴۸. کرمانشاهی، مقام الفضل، ج ۱، ص ۳۴.

۴۹. جوهری، الصحاح تاج اللغة و صحاح العربية، ج ۳، ص ۱۰۱۴.

۵۰. بهجت، استفتائات، ج ۳، ص ۲۷۱.

۵۱. دارابی، مقامات السالکین، ص ۱۱۳؛ قمی، رسائل، ج ۲، ص ۸۱۵؛ انصاری، کتاب

المکاسب، ج ۵، ص ۱۷۰.

۵۲. شهید اول، لمعه، ص ۱۱۹.

۵۳. علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ج ۱۱، ص ۷۰.

۵۴. ابن حمزة طوسی، الوسيلة الى نيل الفضيلة، ص ۲۳۷؛ ابن زهره، غنية النزوع إلى علمي

الاصول و الفروع، ص ۲۲۴؛ علامه حلی، تحرير الاحكام الشرعية على مذهب الامامية،

ج ۳، ص ۶۲؛ عبد الرحمان، معجم المصطلحات، ج ۳، ص ۲۹.

۵۵. عاملی، جامع عباسی و تکمیل آن (محتسبی)، ص ۵۰۲؛ بهبهانی، رساله عملیه متاجر وحید

بهبهانی با تعلیقات میرزای شیرازی، ص ۷۵.

البته منظور، فاحش بودن قیمت در عرف بلد است^{۵۶}؛ یعنی در عرف محل وقوع معامله (ماده ۹۶۸ ق. م.) باید غیر قابل تسامح باشد.

در مقابل، برخی از فقها معتقدند غبن در یک سوم قیمت، فاحش نیست؛ بلکه در بیشتر از آن خیار ثابت است^{۵۷}. بر این دیدگاه، ایراد شده است که چنین ضابطه‌ای در شرع وجود ندارد^{۵۸} و حتی غبن در یک چهارم را نیز می‌توان فاحش و غیر قابل تسامح به شمار آورد^{۵۹}. بعضی از ایشان نیز ملاک تحقق فاحش بودن را زمانی می‌دانند که به خمس قیمت برسد^{۶۰}. البته به ملاک یک پنجم نیز اشکال و ایراد وارد شده، ولی دعوی عدم مسامحه در آن، بعید دانسته نشده است.^{۶۱} در حقیقت، همان طور که برخی از فقها تصریح کرده‌اند، حق آن است که غبن حد معینی ندارد و کافی است که کمی و فزونی بیش از اندازه عادت باشد.^{۶۲}

گفتنی است که در کنار عبارت غبن فاحش، برخی فقها از عبارت دیگری به نام «غبن افحش» یاد کرده‌اند.^{۶۳} واژه «افحش» که صفت تفصیلی را می‌رساند، ناظر به حالتی است که قابل مسامحه نبودن مازاد قیمت، به مراتب شدیدتر از وضعیت غبن فاحش است. در بیان آثاری مختصر که بر این تفکیک بار می‌شود،

۵۶. کاشف الغطاء، منهل الغمام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۱، ص ۲۰۶.

۵۷. ابن قدامه حنبلی، مغنی، ج ۴، ص ۹۴.

۵۸. علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ج ۱۱، ص ۷۰.

۵۹. همان، انصاری، کتاب المکاسب، ج ۵، ص ۱۷۰.

۶۰. صدوق، من لایحضره الفقیه، ج ۴، ص ۸۲؛ طوسی، تهذیب الاحکام، ج ۱۰، ص ۲۹۹؛ نجفی، جواهر الکلام، ج ۴۳، ص ۳۴۴.

۶۱. انصاری، کتاب المکاسب، ج ۵، ص ۱۷۰.

۶۲. علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ج ۱۱، ص ۷۰؛ محقق حلی، شرایع الاسلام، ج ۲، ص ۱۶؛ شعرانی، تبصرة المتعلمین فی احکام الدین، ج ۱، ص ۲۵۳.

۶۳. انصاری، کتاب المکاسب، ج ۵، ص ۱۸۰.

می‌توان به مفروض بودن سوءنیت و خدعه در غبن افحش اشاره کرد؛ زیرا نامتعارف و غیرمنطقی است که کسی مالی را به چند برابر قیمت انتقال دهد و با وجود این منکر فریب‌کاری خویش گردد. اثر دیگر آن، در بحث اسقاط خیار غبن آشکار می‌شود؛ آنجا که بعد از عقد، معلوم گردد غبن اسقاط شده چندین برابر و به اصطلاح فقها، افحش بوده است. در این باره بعضی فقها معتقدند از آنجا که خیار غبن ساقط شده است، باید به عقد ملتزم ماند و حتی افحش بودن آن تأثیری ندارد؛^{۶۴} زیرا، غبن دارای یک مفهوم است و ترتب در آن راه ندارد. همچنین، فاحش و افحش بودن، به طور جداگانه موجد خیار نیستند، بلکه با اسقاط خیار غبن واحد ساقط می‌شود.^{۶۵}

با این حال، به نظر می‌رسد که در این خصوص باید قائل به تمایز شد: اگر بنای طرفین با صراحت بر اسقاط خیار غبن بدون شرط باشد، در این صورت خیار ثابت نیست، گرچه غبن افحش باشد؛^{۶۶} چه، مغبون عالمانه به ضرر خود اقدام کرده است. اما اگر صرفاً غبن فاحش را اسقاط کنند و سپس معلوم شود که غبن، افحش بوده است، می‌توان خیار غبن را ثابت دانست؛^{۶۷} زیرا بنای طرفین بر این بوده است که غبن فاحش را ساقط کنند؛ حال که مشخص شده غبن افحش بوده است، در صورت تردید، بقای آن استصحاب می‌شود. ممکن است گفته شود با فرض سقوط غبن فاحش، مقدار باقی مانده نیز افحش نیست؛ بلکه یا قابل تسامح است یا اگر فاحش است به موجب شرط سابق، ساقط شده است در حالی که اصل بر عدم تجزیه است و نمی‌توان به استناد تراضی طرفین، غبن را

۶۴. همان.

۶۵. رشتی، فقه الامامیه، ص ۴۲۹.

۶۶. مامقانی، نهاية المقال في تكملة غاية الآمال، ص ۷۹.

۶۷. همان، امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۴۸۵.

نسبت به مقدار فاحش ساقط شده دانست و در مقدار باقی مانده نیز گفت که قابل تسامح است و یا حتی اگر قابل تسامح نیست، همان غبن فاحشی است که طرفین در ضمن عقد، آن را ساقط کرده بودند. به بیان دیگر، دو طرف معامله صرفاً اسقاط غبن فاحش را اراده کرده اند؛^{۶۸} یعنی غبن فاحش، امری است که داخل در قصد آنها نبوده است و لزوم اتحاد قصد و واقع در اینجا مفقود است. این وضعیت، مصداق بارز قاعده «ما وقع لم يقصد و ما قصد لم يقع» می باشد. علاوه بر آن، منطقی نیست که اسقاط خیار را هم ناظر به غبن فاحش و هم افحش بدانیم؛ چه، معقول نیست بپذیریم که دلیلی واحد بر معانی مختلف دلالت دارد.^{۶۹} همچنین، فقها تراضی طرفین را مبنی بر ایجاد مرتبه به عنوان ملاک اسقاط یا بقای خیار غبن پذیرفته اند^{۷۰} و می توان گفت: هدف از تفکیک بین غبن فاحش و افحش نیز، عرضه معیار و مرتبه ای در راستای تحقق همان منظور است. از این رو، آثاری بر این تراضی از این جهت بار نیست. این حکم حتی در مواردی هم که طرفین، اسقاط خیار غبن را به سکوت برگزار کنند، جاری است؛ زیرا به ظاهر آنان آنچه را که عرف موجد خیار غبن می داند ساقط کرده اند (ماده ۲۲۵ ق. م. و چگون معیار متعارف ثبوت خیار نیز فاحش بودن غبن است، غبن فاحش ساقط نمی شود. قانون مدنی ایران نیز پیش از اعمال اصلاحات، دو ملاک را برگزیده بود؛ یکی معیار اصلی و فرض قانونی در معاملات در نظر گرفته می شد و آن، غبن به مقدار خمس قیمت و یا بیشتر از آن بود؛ دیگری، عدم تسامح عرفی بود که به عنوان

۶۸. کاتوزیان، حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، ص ۲۵۲.

۶۹. مصطفی خمینی، کتاب البیع، ج ۲، ص ۴۵۲.

۷۰. اصفهانی، وسیلة النجاة، ص ۳۵۰.

۷۱. متعارف بودن امری در عرف و عادت، به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف به آن باشد، به منزله ذکر در عقد است.

شاخص فرعی در مقدار کمتر از خمس به کار می‌رفت. در این راستا ماده ۴۱۷ مقرر می‌داشت: «اگر غبن به مقدار خمس قیمت یا بیشتر باشد فاحش است و در کمتر از مقدار مزبور، در صورتی فاحش است که عرفاً قابل تسامح نباشد». برخی از حقوق‌دانان در تبیین مفهوم غبن فاحش گفته‌اند: یعنی ضرری که عرف، تحمل آن را برخلاف عدالت و انصاف بدانند و ضرری که عرف مسامحه می‌کند، قابل تحمل شناخته می‌شود و اختیار بر هم زدن معامله را به متضرر نمی‌دهد.^{۷۲}

لیکن ماده ۴۱۷ اصلاحی مصوب ۱۳۶۱، این ضابطه را که از نظر برخی، به لحاظ اثبات دعوی سودمند بود و کار خواهان و قاضی را در اثبات و احراز غبن فاحش آسان می‌کرد، حذف کرد^{۷۳} و مقرر داشت غبن در صورتی فاحش است که در عرف، قابل مسامحه نباشد. به زعم برخی از حقوق‌دانان، مزیت حکم جدید در این است که اگر عرف در معامله‌ای تفاوت بیش از یک پنجم قیمت را غبن فاحش نداند، خیار فسخ در آن نمی‌آید؛ در حالی که ماده ۴۱۷ سابق، غبن بیش از خمس قیمت را در هر حال فاحش می‌دانست.^{۷۴} افزون بر آن، معیار عرفی به لحاظ امکان تورم و تنزل ارزش اقتصادی عوضین، کارایی بیشتر و بهتری دارد و پیامد فاسد ایستایی و منعطف نبودن معیار قبلی را ندارد. همچنین، پذیرش معیار یک پنجم و یا هر فرض قانونی دیگر، ممکن است واقعاً با مفهوم غبن فاحش همخوانی نداشته باشد و حتی در بعضی موارد، با آن در تعارض قرار گیرد؛ مانند معاملات عمده و کلانی که سوداگران و سرمایه‌داران و یا صرافان انجام می‌دهند. با وجود این، چون در نهایت، تشخیص دیدگاه عرف با دادگاه است، ممکن است نظر شخصی و سلیقه دادرس نیز در تصمیم‌گیری دخیل باشد.

۷۲. امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۴۸۳.

۷۳. صفایی، حقوق مدنی، ج ۲، ص ۲۸۰.

۷۴. کاتوزیان، حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، ص ۲۱۳.

بنابراین، معیار کنونی در تمیز نابرابری فاحش، عرف است. پس اگر عرف، آن قیمت را قابل تسامح بداند، در واقع بدان معناست که طرفین به طور ضمنی بر آن قیمت توافق کرده‌اند؛ گرچه هر یک از آنها، خود را مغبون بدانند (مواد ۲۲۰ و ۲۲۵ ق. م. ۷۵). حال ممکن است در مواردی، ناگزیر از رجوع به عرف خاص شویم (مانند معامله صرافان) و یا اینکه مانند اغلب موارد، عرف عام را ملاک نظر قرار دهیم. با اینکه عرف، جنبه پویا و شناور و انعطاف پذیری دارد، معیار ثابتی را ارائه نمی‌دهد. به همین دلیل، برخی از حقوق دانان معتقدند بهترین راه حل، این است که قانون‌گذار اماره‌ای برای تعیین غبن فاحش در نظر بگیرد و اثبات وجود عرف مخالف را به عهده مدعی آن قرار دهد.^{۷۶}

بدین ترتیب، معیار عرفی که در زمان حکومت قانون سابق جنبه فرعی داشت، در حقوق کنونی به عنوان معیار و ملاک اصلی تحقق غبن پذیرفته شد. به هر حال، هر دو معیار سابق و لاحق جنبه نوعی دارند. ولی برخی از حقوق دانان معتقدند نباید چنین پنداشت که عوامل شخصی و ویژه معامله مورد نزاع، در این تمیز سهمی ندارند؛ بلکه باید پذیرفت که معیار تمیز غبن، هر دو چهره نوعی و شخصی را دارد.^{۷۷} با وجود این، به نظر می‌رسد که غبن در هر صورت، چهره نوعی دارد. اگر قانون‌گذار به شرایط معامله و وضعیت طرفین اشاره می‌کند و این عوامل شخصی را در تحقق غبن فاحش دخیل می‌داند، باید دانست که این عوامل اختصاصی در قالب نوعی و عرفی مورد توجه قرار می‌گیرند و باید دید قضاوت

۷۵. عقود، نه تنها طرفین معامله را به اجرای آنچه بر آن تصریح شده است ملزم می‌کند، بلکه آنها به تمام نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می‌شود، ملزم می‌شوند.

۷۶. کاتوزیان، حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، ص ۲۱۳.

۷۷. همان، ص ۲۱۶.

عرف در باره معامله در آن شرایط چیست و انسان متعارف چگونه می‌اندیشد و اجتماع چه واکنشی به آن وضعیت نشان می‌دهد؟ به بیان دیگر، به معامله‌ای با اوضاع و احوال ویژه و در وضعیت خاص، از بیرون و از نگاه عرف (اعم از خاص یا عام) و نوع انسان‌ها توجه می‌شود و این همان مفهوم نوعی غبن فاحش است.

نتیجه

چنان‌که بیان شد، خیار غبن یکی از اقسام خیارات در فقه امامیه است. ایجاد و اعمال این خیار، منوط به حصول شرایطی است که اساسی‌ترین آنها، جهل مغبون به قیمت عادلانه و فاحش بودن قیمت است. برای تشخیص قابل تسامح نبودن غبن، فقها ملاک‌های متفاوتی مطرح کرده‌اند. برخی کوشیده‌اند برای تشخیص غبن فاحش، معیاری ثابت و متقن ارائه دهند و یک فرض شرعی ایجاد کنند ولی خود نیز مصون از انشقاق نماندند و هر گروه، معیاری را پیشنهاد می‌کرد. در مقابل، عده‌ای دیگر که در اکثریت بودند با داعیه نبودن معیار شرعی، آن را رد می‌کردند و در ارائه ملاک عرفی مصمم بودند. از سوی دیگر، در کنار غبن فاحش، مفهومی به نام غبن افحش نیز در تألیفات بعضی از بزرگان ملاحظه شد و مشخص گردید که در صورت اسقاط غبن فاحش، غبن افحش در صورت جمع شرایط و وجود اوضاع و احوالی که شرح آن به تفصیل از نظر گذشت، ساقط نیست، بلکه ثابت است.

قانون مدنی ایران نیز پیش از اصلاحات، واجد هر دو معیار مذکور بود ولی غلبه با معیار ثابت بود. در حقیقت، قانون‌گذار سابق با تلفیق هر دو معیار، به نوعی در جهت آشتی فقها گام برداشت. ولی با اعمال اصلاحات سال ۱۳۶۱، قانون‌گذار معاصر، مقهور دیدگاه مشهور شد و ملاک عرفی را پذیرفت؛ که گاه منظور، اشاره به صنفی خاص است و گاه، همان عرف عام مقصود است که غلبه نیز با قسم اخیر است. این معیار، همسو با تغییر و تحولات اقتصادی، مفهومی نو

از عدم تسامح مطرح می‌کند و برخلاف ملاک یک پنجم یا هر فرض قانونی دیگر، جنبه ایستا و راکد ندارد. با این حال، ممکن است از نظر شخصی و سلیقه‌ای دادرس مصون نماند. به علاوه با وجود نظر مخالف، معیار نوعی به عنوان ملاک انطباق برای تفهیم غبن فاحش برگزیده شد.

منابع و مأخذ

الف) فارسی

۱. اعتضاد، محمد، خیار غبن، مجله کانون وکلا، شماره ۸، ۱۳۲۷.
۲. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۱، تهران، اسلامیه، ۱۳۸۵.
۳. جوانمردی، ناهید، غبن طرفینی، پژوهش حقوق و سیاست، شماره ۷، ۱۳۸۱.
۴. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، دوره پیشرفته، ج ۳، چاپ هشتم، تهران، دراک، ۱۳۸۹.
۵. صفایی، سید حسین، حقوق مدنی، ج ۲، قواعد عمومی قراردادها، تهران، میزان، ۱۳۸۵.
۶. کاتوزیان، ناصر، اثبات و دلیل اثبات، ج ۱، قواعد عمومی اثبات، اقرار و سند، تهران، میزان، چاپ پنجم، ۱۳۸۷.
۷. _____، حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها، ج ۵ (انحلال قرارداد - خیارات)، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳.
۸. مهاجری، علی، مبسوط در آیین دادرسی مدنی، ج ۲، تهران، فکرسازان، چاپ دوم، ۱۳۸۹.

ب) عربی

۱. ابن زهره حلبی، حمزة بن علی، غنية النزوع إلى علمي الأصول والفروع،

- قم، مؤسسه امام صادق (ع)، اول، ۱۴۱۷.
۲. آل کاشف الغطاء، علی بن جعفر بن خضر، شرح خيارات اللمعة، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، اول، ۱۴۲۲.
۳. آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، حاشیه کتاب المکاسب، قم، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، اول، ۱۴۰۶.
۴. اصفهانی، سید ابوالحسن، وسیلة النجاة (همراه با حواشی امام خمینی)، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۲.
۵. اصفهانی، فتح الله بن محمد جواد نمازی، صیانة الإبانة، قم، دارالقرآن الکریم، ۱۴۰۵.
۶. اراکی، محمد علی، الخيارات، قم، مؤسسه در راه حق، ۱۴۱۴.
۷. انصاری دزفولی، شیخ مرتضی بن محمد امین، کتاب المکاسب، ج ۲، قم، منشورات دارالذخائر، ۱۴۱۱.
۸. _____، کتاب المکاسب (ط. الحديثة)، ج ۵، قم، کنگره بزرگداشت شیخ انصاری، ۱۴۱۵.
۹. امام خمینی، سید روح الله، کتاب البیع، ج ۴، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، بی تا.
۱۰. _____، تحرير الوسيلة، ج ۱، قم، مؤسسه مطبوعاتی دارالعلم، اول، بی تا.
۱۱. بهبهانی، محمد باقر بن محمد، رساله عملیه متاجر وحید بهبهانی با تعلیقات میرزای شیرازی، تهران، حاج شیخ رضا تاجر تهرانی، ۱۳۱۰.
۱۲. بهجت، محمد تقی، استفتائات، قم، دفتر آیه الله بهجت، ۱۳۱۰.
۱۳. جمعی از پژوهشگران، زیر آیه الله نظر سید محمود شاهرودی، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (ع)، ج ۳، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی

- بر مذهب اهل بيت (ع)، ١٤٢٦ .
- ١٤ . جوهرى، اسماعيل بن حماد، الصحاح تاج اللغة و صحاح العربية، ج ٣، بيروت، دار العلم للملايين، ١٤١٠ .
- ١٥ . حلى (محقق)، جعفر بن الحسن، شرايع الاسلام في مسائل الحلال و الحرام، ج ٢، قم، مؤسسه اسماعيليان، ١٤٠٨ .
- ١٦ . حلى، حسن بن على بن داود، الجوهرة في نظم التبصرة، قم، مؤسسه چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامى، ١٤١١ .
- ١٧ . حرّ عاملى، محمد بن الحسن، وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة، ج ١٨، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ١٤١٤ .
- ١٨ . خمينى، سيد مصطفى، كتاب البيع، ج ٢، تهران، مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمينى، ١٤١٨ .
- ١٩ . خوانسارى، محمد، حاشية الثانية على المكاسب، چاپ اول، بى تا .
- ٢٠ . دارابى، محمد بن محمد، مقامات السالكين، دريك جلد، قم، مرصاد، ١٤١٨ .
- ٢١ . رشتى، ميرزا حبيب الله، فقه الاماميه، قسم الخيارات، قم، كتابفروشى داورى، ١٤٠٧ .
- ٢٢ . شهيد اول، محمد بن مكى عاملى، الدروس الشرعية في فقه الامامية، ج ٣، قم، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزة علميه قم، ١٤١٧ .
- ٢٣ . شعرانى، ابو الحسن، ترجمه و شرح تبصرة المتعلمين في احكام الدين، جلد اول، تهران، منشورات اسلامية، ١٤١٩ .
- ٢٤ . شهيد ثانى، زين الدين بن على، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج ٣ و ٤، قم، كتابفروشى داورى، ١٤١٠ .

۲۵. صدوق، ابی جعفر محمد بن علی بن الحسین بن بابویه القمی، من لا یحضره الفقیه، ج ۴، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳.
۲۶. طباطبایی حکیم، سید محسن، منهاج الصالحین (محشی)، ج ۲، قم، دارالتعارف للمطبوعات، ۱۴۱۰.
۲۷. طوسی (شیخ الطائفه)، ابوجعفر محمد بن الحسن، تهذیب الاحکام فی شرح المقننه، ج ۱۰، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷.
۲۸. طوسی (ابن حمزه)، محمد بن علی بن حمزه، الوسيلة إلى نيل الفضيلة، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۸.
۲۹. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، حاشیه کتاب المکاسب، ج ۲، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۱۰.
۳۰. _____، سؤال و جواب، قم، مرکز نشر العلوم الاسلامی، ۱۴۱۵.
۳۱. _____، العروة الوثقی مع التعليقات، ج ۲، قم، مدرسه امام علی (ع)، ۱۴۲۸.
۳۲. عاملی (شیخ بهایی)، بهاء الدین محمد، جامع عباسی (رساله عملیه) و تکمیل آن (محشی)، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۲۹.
۳۳. عبدالرحمان عبدالمنعم، محمود، معجم المصطلحات و الالفاظ الفقهية، ج ۳، مصر، دارالفضيلة للنشر و التوزيع و التصدير، بی تا.
۳۴. علامه حلی، الحسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیة، ج ۳، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۰.
۳۵. _____، تذکرة الفقهاء، ج ۱۱، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، بی تا.

٣٦. فيض كاشاني، مولى محمد محسن ابن شاه مرتضى، الشافي في العقائد و الاخلاق والاحكام، ج٢، قم، دار نشر اللوح المحفوظ، ١٤٢٥.
٣٧. قمى سبزواري، على بن محمد بن محمد، جامع الخلاف والوفاق بين الإمامية وبين أئمة الحجاز والعراق، قم، زمينه سازان ظهور امام عصر(ع)، اول، ١٤٢١.
٣٨. قمى، ابوالقاسم بن محمد حسن، جامع الشتات في أجوبة السؤالات، ج٢، تهران، مؤسسه كيهان، ١٤١٣.
٣٩. _____، رسائل، ج٢، قم، دفتر تبليغات اسلامى شعبه خراسان، ١٤٢٧.
٤٠. قرشى، سيد على اكبر، قاموس قرآن، ج٥، قم، دارالكتب الاسلامية، ١٤١٢.
٤١. كاشف الغطاء نجفى، عباس بن حسن بن جعفر، منهل الغمام في شرح شرائع الاسلام، ج١، نجف اشرف، مؤسسه كاشف الغطاء، ١٤٢٤.
٤٢. كركى (محقق ثانى)، على بن الحسين، جامع المقاصد في شرح القواعد، ج٥، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ١٤١٤.
٤٣. كمپانى اصفهانى، محمد حسين، حاشية كتاب المكاسب، ج٤، قم، انوار الهدى، ١٤١٨.
٤٤. كرمانشاهى، آقا محمد على بن وحيد بهبهانى، مقامع الفضل، ج١، قم، مؤسسه علامه مجدد وحيد بهبهانى، اول، ١٤٢١.
٤٥. كاشف الغطاء نجفى، محمد حسين بن على بن محمد رضا، تحرير المجلة، ج١، قم، المكتبة المرتضوية، ١٣٥٩.
٤٦. مامقانى، ملا عبدالله بن محمد حسن، نهاية المقال في تكملة غاية الآمال، قم، مجمع الذخائر الاسلامية، ١٣٥٠.

۴۷. مامقانی، محمد حسن بن ملا عبدالله، غاية الآمال في شرح كتاب المكاسب، ج ۳، قم، مجمع الذخائر الاسلامية، ۱۳۱۶.
۴۸. مصطفوی، سيد محمد كاظم، فقه المعاملات، قم، دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعة مدرسين حوزه علميه قم، ۱۴۲۳.
۴۹. موسوی بجنوردی، سيد محمد حسن، قواعد الفقيهيه، ج ۱، قم، مؤسسه عروج، ۱۴۱۵.
۵۰. نجفی بلاغی، محمد جواد بن حسن، الرسائل الفقهية، قم، مركز العلوم و الثقافة الاسلامية، ۱۴۲۸.
۵۱. نجفی، محمد حسن، جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام، ج ۲۳ و ۴۳، بيروت، دار إحياء التراث العربي، بی تا.
۵۲. نراقی، مولى احمد بن محمد مهدی، مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج ۱۴، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۱۵.
۵۳. نراقی، مولى محمد مهدی بن ابی ذر، انيس التجار (محشّی)، قم، انتشارات دفتر تبليغات اسلامي حوزه علميه قم، ۱۴۲۵.