

دوفصلنامه علمی مطالعات تقریبی مذاهب اسلامی (فروغ وحدت)
سال نوزدهم / دوره جدید / شماره ۶۰ / پاییز و زمستان ۱۴۰۲
صص ۲۱-۳۷ (مقاله علمی - پژوهشی)

بررسی معیارهای عقود مسامحه‌ای و کیفیت اعمال آن در بر خه از مصادیق این عقود از منظر فقه مذاهب خمس و حقوق ایران

• مهدی ناصحی

دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه بین‌المللی مذاهب اسلامی (نویسنده مسئول)
mahdi.nasehi15@gmail.com

• مرتضی چیت‌سازیان

استادیار گروه فقه و حقوق دانشگاه شهید مطهری
morteza.chitsazian@yahoo.com

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۱/۲۴، تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۴/۲۲

ژورنال علمی و مطالعات فقهی

چکیده

عقود مسامحه‌ای دسته‌ای از عقود هستند که در مقابل عقود مغایبه‌ای قرار دارند و بر خلاف عقود مغایبه‌ای، هدف و انگیزه در عقود مسامحه‌ای کسب حداکثر سود اقتصادی نیست و در انعقاد آن مسامحه وجود دارد. بسیاری از محققین در تمایز این دو دسته از عقود از معیار احسان استفاده کرده‌اند؛ اما به نظر می‌رسد احسان معیار مناسبی نباشد چرا که عقود احسانی از جمله عقود غیر معوض هستند در حالی که عقود مسامحه‌ای شامل برخی عقود معوض نیز می‌شوند. به نظر می‌رسد خود تسامح و انگیزه کسب حداکثر سود اقتصادی معیار مناسبی برای تمایز این دو دسته از عقود باشد. البته کیفیت و گستره اعمال تسامح در هر یک از مصادیق عقود مسامحه‌ای از منظر فقه مذاهب خمس و حقوق ایران متفاوت است. این پژوهش، مبتنی بر مراجعه به منابع کتابخانه‌ای و جمع‌آوری اطلاعات، توصیف و تحلیل آنها می‌باشد.

کلیدواژه‌ها: عقود مسامحه‌ای، عقود مغایبه‌ای، فقه مذاهب خمس، حقوق ایران.





مقدمه

یکی از تقسیماتی که از عقود ارائه می‌شود بر مبنای هدف و انگیزه‌ای است که طرفین در انعقاد آن عقد دنبال می‌کنند. بر این اساس می‌توان عقد را به مغابنه‌ای و مسامحه‌ای تقسیم کرد. اگرچه فقها در این زمینه عنوان خاصی مطرح نکرده‌اند؛ اما در قسمتهای مختلفی از فقه با عناوینی همچون مغابنه، مکایسه، مسامحه و... به آن اشاره کرده‌اند. در میان فقهای شیعه از جمله کسانی که صراحتاً به این تقسیم بندی اشاره کرده است، مرتضی انصاری می‌باشد. ایشان ذیل مبحث جریان خیار غبن در سایر عقود، این تفصیل را بیان فرموده‌اند.

از جمله آثاری که تقسیم‌بندی عقود به مسامحه‌ای و مغابنه‌ای در فقه مذاهب خمس و حقوق به دنبال دارد، جریان خیار غبن و غرر در عقود مغابنه‌ای و عدم جریان آن در عقود مسامحه‌ای است. همچنین با توجه به این که وقتی در قانون مدنی ایران از قواعد عمومی بحث می‌شود، فقط عقود مغابنه‌ای را مطرح می‌کند و فقها و حقوقدانان علی‌رغم اشاراتی که به عقود مسامحه‌ای دارند معیار و ضابطه حاکم بر آن را به طور کامل و منسجم بیان نکرده‌اند؛ بنابراین این خلأ انگیزه‌ای شد که به بررسی این موضوع بپردازیم. لازم به ذکر است پژوهشهایی که در حوزه عقود مسامحه‌ای انجام شده عمدتاً ناظر بر قواعد عمومی این عقود می‌باشد؛ اما دو حوزه آن مغفول گذاشته شده است یکی معیار تمایز این عقود از عقود مغابنه‌ای و دیگری گستره این معیار در مصادیق این عقود از منظر فقه مذاهب خمس و حقوق و ما در در این پژوهش بر آن هستیم که به دو حوزه اخیر ورود داشته باشیم.

حال سؤالی که مطرح می‌شود این است که معیار تمایز عقود مسامحه‌ای از عقود مغابنه‌ای که در مقابل آن است، چیست؟ آیا وجود انگیزه احسان و نوع دوستی معیار تمایز این عقود است، همان‌طور که بسیاری از محققین به آن اشاره کرده‌اند، یا می‌توان صرف وجود تسامح و عدم توجه به کسب حداکثر سود اقتصادی را

مبنای معیار قرار داد؟ اگر تسامح معیار باشد این معیار چه گستره‌ای دارد و کیفیت اعمال آن به چه شکل خواهد بود؟ ما برای پاسخ به این سؤالات ابتدا تعریفی از عقود مسامحه‌ای و مغابنه‌ای ارائه می‌کنیم و سپس به بررسی معیار این عقود می‌پردازیم و در انتها برخی از مصادیق این عقود را ذکر خواهیم کرد و کیفیت و گستره اعمال این معیار را در آنها مورد بررسی قرار می‌دهیم.

تعریف عقد مسامحه‌ای و عقد مغابنه‌ای

قبل از آن که تعریفی از این عقود ارائه کنیم ابتدا به تعریف عقد و مسامحه می‌پردازیم و با توجه به این که مسامحه در مقابل مغابنه قرار دارد، مغابنه را نیز تعریف می‌کنیم و سپس به تعریف عقود مسامحه‌ای و مغابنه‌ای می‌پردازیم.

۱. عقد

کلمه «عقد» یک لغت عربی است و از لحاظ لغوی به معنای محکم کردن، بیع، سوگند، عهد، پیمان و بند می‌باشد (فراهیدی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۱۴۱) و در مقابل «حل» و گشودن قرار دارد (فیروزآبادی، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص ۳۱۵). فقهای امامیه در تعریف اصطلاحی عقد آن را مطلق عهد (خویی، ۱۳۷۵ش، ج ۲، ص ۱۴۲) و مجموع ایجاب و قبول بیان می‌کنند (شهید ثانی، ۱۴۱۴ق، ج ۳، ص ۱۴۴).

عقد در اصطلاح فقهای اهل سنت دارای دو معنای عام و خاص است، عقد در معنای عام، هر التزام و تعهدی است که شخص خود را ملزم به وفای به آن می‌کند چه این تعهد و التزام در برابر دیگران باشد، مانند خرید و فروش و اجاره یا این که این تعهد و التزام به خود باشد مانند نذر، سوگند، طلاق و چه این که این التزامات دینی باشد مانند ادای فرائض و واجبات. از ابوحنیفه نقل شده است که وی عقد را بر یمنین متعلق به آینده اطلاق کرده است (جصاص، ۱۴۱۵ق، ج ۲،

ص ۲۹۴). در میان فقهای شافعی نیز عقد در مورد نذر به کار رفته است (شافعی، ۱۴۱۲ق، ج ۲، ص ۶۶). در مذهب حنبلی در مورد عقود آمده است: «العقود هی العهود کلهما» (ابن تیمیه، بی تا، ص ۹۵)؛ اما عقد در معنای خاص خود به التزام و تعهد صادر شده از دو طرف اطلاق می‌شود. در آثار مختلفی از فقهای اهل سنت گفته شده است که صورت عقد با ایجاب و قبول محقق می‌شود (نوی، بی تا، ج ۲، ص ۱۷۵). به عبارت دیگر معنای خاص عقد عبارت است از ارتباط ایجاب به قبول بر وجه مشروع به گونه‌ای که اثر عقد در محلش ثابت می‌شود. بنابراین عقد در نظر شرع از قبیل ارتباط اعتباری بین دو شخص است که نتیجه آن اتفاق دو اراده است که از این دو اراده به ایجاب و قبول تعبیر شده است (زحیلی، ۱۴۰۹ق، ج ۴، ص ۲۹۱).

حقوقدانان نیز در تعریف عقد بیان می‌کنند که: عقد توافق دو یا چند اراده است که به منظور ایجاد آثار حقوقی انجام می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۸ش، ج ۱، ص ۲۱). قانون مدنی در ماده ۱۸۳ عقد را این‌گونه تعریف کرده است که: «عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر، تعهد به امری نمایند و مورد قبول آنها باشد».

۲. مسامحه و مغایبه

«مسامحه» از ماده «سمح» است و دلالت دارد بر رامی و آسانی و چیزی که در آن تنگنا و شدتی نباشد و تسامح نوعی کنار آمدن و عفو و چشم‌پوشی است (فیروزآبادی، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص ۲۲۵). در واقع تسامح از باب تفاعل و به معنی گذشت و آسان گرفتن و بر روی مطالبی پافشاری زیاد نکردن است و مسامحه در لغت به معنی آسان گرفتن و به نرمی رفتار کردن است (معین، ۱۳۵۱ش، ج ۳، ص ۱۰۷). «مغایبه» از غبن است و این واژه مصدر از باب مفاعله می‌باشد. این باب به انجام فعل به صورت طرفینی دلالت دارد

و غبن به معنای زیان آوردن بر کسی، نقص و کاستی، فریب دادن و غلبه یافتن در خرید و فروش و چانه زدن می‌باشد (تهانوی، بی تا، ج ۲، ص ۱۰۹۸). مراد فقهای امامیه از غبن، خرید به قیمت بیشتر از قیمت بازار، یا فروختن به کمتر از آن، در هنگام عقد و معامله کردن است، با اختلاف بیش از حد متعارف قیمت و با وجود جهل مشتری به گران خریدن و جهل بایع به ارزان فروختن، به گونه‌ای که اگر متعاقد قیمت واقعی را می‌دانستند تن به انعقاد معامله نمی‌دادند و راضی به انجام آن نمی‌شدند (مغنیه، ۱۴۲۱ق، ج ۳، ص ۱۸۷). انصاری در تعریف غبن می‌فرماید: «غبن در اصطلاح فقهاء این است که شخص مال خود را به دیگری تملیک کند، به بیشتر از قیمت آن مال و با وجود جهل مغبون» (انصاری، ۱۴۳۹ق، ج ۵، ص ۱۵۷).

در مورد تعریف اصطلاحی غبن در فقه اهل سنت به این نکته باید توجه کرد که دو دیدگاه کلی وجود دارد: در دیدگاه اول غبن عبارت است از تفاوت قیمت بین عوضین، به شرط آن که غابن اقدامی انجام داده باشد که مغبون دچار اشتباه شود و اقدام به انجام معامله کند یا این که غبن در مال موقوفه یا بیت المال باشد و میزان تفاوت قیمت نیز در هر مورد تفاوت دارد. این دیدگاه در مذاهب حنفی و شافعی و حنبلی جریان دارد.

مجله الاحکام العدلیه و قانون مدنی دولت عثمانی که طبق فقه حنفی تنظیم شده بود از همین تعریف تبعیت می‌کرد. فقهای حنفی برای تعریف غبن بیان می‌کنند که اگر در بیع غبن فاحش وجود داشته باشد ولی غابن، مغبون را به اشتباه نینداخته باشد و به عبارت دیگر تغیر وجود نداشته باشد، مغبون حق فسخ ندارد مگر این که غبن در مال کودک یتیم یا مال موقوفه یا بیت المال باشد. فقهای مذاهب شافعی و حنبلی نیز مانند فقهای حنفی برای تحقق غبن وجود تغیر و فریب را شرط می‌دانند. اما در دیدگاه دوم از غبن، وجود تغیر را شرط تحقق آن نمی‌دانند. همین که مغبون نسبت





به قیمت واقعی در اشتباه باشد کافی است. این نیز در مذهب مالکی بیان شده است (سنهوری، ۱۳۹۱ق، ج ۲، ص ۹۹).

حقوقدانان در تعریف غبن بیان کرده‌اند که غبن زبانی است که به هنگام داد و ستد، در نتیجه نابرابری فاحش بین آن چه باید پرداخت شود یا انجام شود و ارزشی که در برابر آن دریافت می‌گردد به طرف ناآگاه می‌رسد. به این ترتیب جوهره غبن در عدم تعادل بین دو عوض در زمان معامله می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۸ش، ج ۵، ص ۱۷۹).

قانون مدنی برخی از کشورها در ابتدای بحث غبن تعریفی از آن ارائه کرده‌اند، برای نمونه در مجله الاحکام العدلیه، قانون‌گذار در مواد ۱۶۵ و ۳۵۷ غبن را تعریف می‌کند یا در قانون مدنی مصر ماده ۱۲۹ غبن تعریف می‌شود و بیان می‌کند: هرگاه تعهدات یکی از متعاقدين نسبت به فائده‌ای که از عقد نصیب او می‌شود یا نسبت به تعهدات متعاقد دیگر، متناسب نباشد و محرز شود طرفی که مغبون شده صرفاً در اثر استفاده طرف دیگر از ضعف نفس یا عواطف او عقد را منعقد کرده، قاضی می‌تواند به درخواست طرف مغبون، عقد را ابطال کند یا تعهدات این طرف را کاهش دهد؛ اما تعریفی که از قانون مدنی ایران، با پیوند مواد ۴۱۶ تا ۴۲۱، می‌توان استنباط کرد این است که هر یک از متعاملین که در معامله غبن فاحش داشته باشد، یعنی تفاوت قیمت به شکلی باشد که عرفاً قابل تسامح نباشد، بعد از علم به غبن می‌تواند معامله را فسخ کند.

۳. عقد مغابنه‌ای

عقد از جهات مختلفی قابل تقسیم‌بندی می‌باشد یکی از جهاتی که می‌شود عقد را تقسیم کرد بر اساس انگیزه و هدف انعقاد است و در هر عقدی یکی از این دو نگرش را می‌توان در زیربنای آن مشاهده کرد: یکی نگرش تعادل متقابل با محاسبه تعادل نسبی بین دو تعهد، یعنی متعاقدين تلاش می‌کنند که اولاً هر یک در

برابر تعهدی که می‌کنند تعهدی به طرف مقابل تحمیل کنند مثل بیع و اجاره، چون بایع و مشتری هر دو در مقابل هم تعهداتی دارند بنابراین ودیعه، عاریه، وقف، هبه و مانند اینها که تعهد متقابل در آنها وجود ندارد در زمره این عقود محسوب نمی‌شوند. ثانیاً علاوه بر تعهد متقابل طرفین سعی می‌کنند که تعادل نسبی بین دو تعهد برقرار کنند، مثل تعهد بایع و مشتری که هر دو سعی می‌کنند که مغبون نشوند و تعادل نسبی بین ارزش ثمن و مبیع ایجاد کنند. بدیهی است که طبع عقد نیز باید این قابلیت را داشته باشد که طرفین در برابری تعهدات متقابل خود اقدام کنند. عقد نکاح و بیمه این استعداد را ندارد، پس صلح محاباتی حسابش از صلح غیر محاباتی جداست، چون در دومی طرفین در مقام برقرار کردن تعادل نسبی برمی‌آیند و در اولی این امکان نه در عقد وجود دارد و نه طرفین چنین تلاشی می‌کنند، چون هدف از عقد احسان و مساعدت به طرف مقابل می‌باشد.

در واقع در عقود مغابنه‌ای بنای غالب مردم بر دقت است و سهل‌انگاری را در آن روا نمی‌دارند. هدف در این‌گونه عقود، دست‌یابی به سود اقتصادی و منافع مادی است به همین خاطر طرفین تلاش می‌کنند تا مالی را که در نتیجه عقد به دست می‌آورند از لحاظ ارزش اقتصادی بیشتر یا معادل مالی باشد که بر اثر عقد از دست می‌دهند (خمینی، ۱۳۸۰ش، ج ۴، ص ۵۳۷). و چون هدف در عقود مغابنه‌ای کسب حداکثر سود اقتصادی و منافع مادی می‌باشد، به همین دلیل هر یک از طرفین تمام تلاش خود را می‌کنند تا مالی را که در نتیجه عقد کسب می‌کنند، به لحاظ ارزش اقتصادی و مادی بیشتر یا معادل آن مالی باشد که در نتیجه عقد از دست می‌دهند به همین خاطر است که گاهی انعقاد این دسته از عقود به طول می‌انجامد و طرفین مذاکره و چانه‌زنی می‌کنند تا سرانجام طرفین به تعادل میان ارزش عوضین می‌رسند. فقها نیز به مناسبت از این دسته از عقود بحث کرده‌اند (بحرانی، ۱۳۶۹ش، ج ۲۴،

ص ۱۵۷).

می‌کند که: صلحی که در مورد تنازع یا مبتنی بر تسامح باشد قاطع بین طرفین است و هیچ‌یک نمی‌تواند آن را فسخ کند اگرچه به ادعای غبن باشد مگر در صورت تخلف شرط یا اشتراط خیار.

برخی از حقوق‌دانان در تعریف عقد مسامحه‌ای و مغابنه‌ای بیان می‌کنند که در عقود مغابنه‌ای هدف به دست آوردن سود اقتصادی و منافع مادی است؛ اما در عقود مسامحه‌ای هدف اصلی از انعقاد آن احسان به دیگری و نوع دوستی می‌باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱ش، ج ۴، ص ۲۵۹) و ضرورتی ندارد که این عقود حتماً با بخشش مالی همراه باشد (قنوتی، ۱۳۸۸ش، ج ۱، ص ۱۸۲).

این گروه از حقوق‌دانان عقد مسامحه‌ای را مترادف با عقد احسانی در نظر گرفته‌اند و در تعریف عقد احسانی بیان می‌دارند عقد احسانی، عقد مالی بلاعوض یا عقد محاباتی است که بنیاد عاطفی دارد و معمولاً بین نزدیکان صورت می‌گیرد، مثل عقد هبه و عقد صلح محاباتی. در این قسم از عقود ارزش عوضین در نظر گرفته نمی‌شود؛ زیرا نظر عاقد بر گذشت کلی یا جزئی است. در عقود احسانی پیش از اقباض، حق عدول وجود دارد هرچند عقد عینی نباشد و مجهول بودن موضوع عقد احسانی ممکن است زیان نداشته باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱ش، ج ۴، ص ۲۵۷).

بر این اساس در تعریف عقود مسامحه‌ای می‌توان بیان کرد عقود مسامحه‌ای، عقود هستند که مبتنی بر گذشت و تسامح می‌باشند و تلاشی که برای سودجویی در عقود مغابنه‌ای وجود دارد در این عقود دیده نمی‌شود. به عبارت دیگر عقد مسامحه‌ای، عقدی است که در آن هدف طرفین از انعقاد عقد کسب سود و منفعت نیست بلکه آنها در اندیشه ارفاق و احسان به دیگری مالی را به او تملیک یا تعهدی را به نفع او به عهده می‌گیرند. طرفین در فکر دستیابی به تعادل اقتصادی میان عوضین نیستند. در این نوع از عقود آنچه که محرک اصلی واقع می‌شود شخصیت و

عقود مغابنه‌ای که به آن عقود مکایسه‌ای به معنای کیاست، از این جهت که طرفین از حداکثر هوش و کیاست خود برای دستیابی به حداکثر سود استفاده می‌کند و همچنین عقود مغالبه‌ای به معنای غلبه و پیروزی، از این جهت که طرفین به دنبال پیروزی بر دیگری در معامله هستند و همچنین عقود ممالک‌سه‌ای یعنی عقدی که هریک از طرفین سعی می‌کند حداکثر استفاده را از معامله ببرد، همچنین عقود مشاحه‌ای نیز گفته می‌شود، عقودی هستند که متعاقبین در مورد عقد بنابر اعمال دقت و تحصیل حداکثر امتیازات ممکنه دارند و گذشت و ارفاق و تساهل و تسامح در این قسم از عقود راه ندارد، خواه مالی باشند یا غیر مالی (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱ش، ج ۴، ص ۲۵۵).

علمای اهل سنت بیان می‌کنند که بنای برخی عقود صرفاً بر مغابنه است و در این عقود بنای غالب مردم بر دقت می‌باشد و سهل‌انگاری در آن راه ندارد و هدف در این گونه عقود دستیابی به سود اقتصادی و منافع مادی است (بغدادی، بی‌تا، ج ۱، ص ۱۰۴۹)، البته در مواردی خاص نیز ممکن است انگیزه متعاقبین یا یکی از ایشان تسامح و احسان نیز باشد ولی جنبه مغابنه‌ای بودن در آنها غالب است مثل بیع و اجاره که از قبیل عقود مغابنه‌ای هستند.

۴. عقد مسامحه‌ای

این دسته از عقود که در مقابل عقود مغابنه‌ای است و به آن عقد توسع، توسعه، سماح، یا ارفاقی نیز گفته می‌شود و در آن بنابر کسب حداکثر سود اقتصادی نیست، عقود هستند که یا معوض نیستند یا اگر معوض هم باشند بنای طرفین در این عقود بر دقت در رابطه با ارزش اقتصادی عوضین نمی‌باشد به بیان دیگر هدف و بنای این دسته از عقود بر آسان گرفتن بر دیگران است. قانون مدنی در ماده ۷۶۱ به تقسیم عقد به عقد مسامحه‌ای و عقد مغابنه‌ای اشاره دارد و بیان





ویژگیهای اخلاقی طرفین است و متعاقدین به واسطه شناختی که از یکدیگر و ویژگیهای اخلاقی هم دارند، نسبت به هم احسان می‌کنند و گرنه انسان بی‌دلیل به غریبه‌ای ناشناس احسان نمی‌کند جز در مواردی خاص (سکوتی نسیمی، ۱۳۹۱ش، ص ۴۹).

هر عقدی که مغایه‌ای نباشد می‌تواند عقد مسامحه‌ای باشد. عقد مسامحه‌ای در مقابل مغایه‌ای است. عقد مسامحه‌ای عقدی است که در آن بنای طرفین بر دقت و کسب حداکثر سود اقتصادی در مورد عقد نیست، به عکس عقد مغایه‌ای که بنا بر دقت و سنجش جوانب کار است. پس بیع، عقد مسامحه‌ای نیست تا اسقاط کافه‌خیرات در آن درست باشد؛ اما نکاح از عقود مسامحه‌ای است. بیع شرط و عقد رهن از عقود مسامحه‌ای هستند. عقد ضمان از عقود مسامحه‌ای است و علم اجمالی به موضوع عقد مسامحه‌ای بالاشکال است. ورود خیار غبن در عقود مسامحه‌ای محل اختلاف است؛ اما ورود آن در عقود مغایه‌ای اشکال ندارد و اصل در عقود معوض این است که به صورت مغایه‌ای باشد و تسامح محتاج دلیل است.

برای عقد مسامحه‌ای تعبیر دیگری نیز به کار رفته است، مثلاً یکی از حقوق‌دانان از اصطلاح مخاطره استفاده کرده و معتقد است در عقود مخاطره‌ای متعاقدین عالم‌اً عامداً به استقبال خطر می‌روند و این استقبال مورد حاجت عمومی است و در این دسته از عقود غبن و غرر راه ندارد و حقوق‌دان دیگری معتقد است که اصطلاح عقد ارفاقی و عقد سَمَّاح نیز همان تعبیر دیگر عقد مسامحه‌ای است و عقد احسانی آن است که یکی از دو طرف به دیگری ارفاق یا از حق خود صرف نظر نماید مثل هبه و ابراء یا یکی از هر دو طرف از حق مورد ادعای خویش عدول کند و با یکدیگر سازش کنند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱ش، ج ۴، ص ۲۵۵).

تقسیم عقد به مغایه و مسامحه با تقسیم عقد به معاوضی و غیر معاوضی یکی نیست، هرچند در

برخی از عبارات، یکسان در نظر گرفته شده است. این دو تقسیم هم از لحاظ مبنای تقسیم و آثار و هم از لحاظ مصادیق با یکدیگر تفاوت دارند به این شکل که مبنای تقسیم به معاوضی و غیر معاوضی وجود داد و ستد و تعهدات مالی متقابل است که این دادوستد، آثاری چون حق حبس و ضمان معاوضی را در پی دارد؛ ولی در خصوص مبنای تقسیم عقود به مسامحه‌ای و مغایه‌ای می‌توانیم بیان کنیم که تقسیم عقد به مسامحه‌ای و مغایه‌ای علاوه بر داد و ستد، اهمیتی است که دو طرف برای تعادل ارزش عوضین قایل هستند و همچنین این تقسیم، ویژه عقود معوض نیست و تمام عقود را تحت پوشش قرار می‌دهد. از لحاظ مصادیق نیز اینگونه نیست که هر عقد معاوضی حتماً عقد مغایه‌ای باشد، هرچند بیشتر عقود معاوضی، مغایه‌ای هستند. برای مثال در صلح مبتنی بر دعوا در صورتی که معوض باشد یک عقد مسامحه‌ای است در عین حال که یک عقد معاوضی محسوب می‌شود و از سوی دیگر تمام عقود غیرمعاوضی مبتنی بر احسان نیستند مشارکتهای در زمره عقود غیرمعاوضی هستند و در عین حال می‌توان بعضی از آنها را مغایه‌ای دانست مثل مزارعه.

از دیگر ویژگیهایی که برای عقود مسامحه‌ای ذکر کرده‌اند این است که سهل‌گیری شارع در رعایت شروط معاملات، به ویژه قاعده لزوم رفع ابهام، از ویژگیهای مهم عقد مسامحه‌ای است. دلیل آن، این است که هدف سود بیشتر نیست تا باعدم رعایت شروط معاملات نزاع در آینده فراهم شود ولی با این حال سهل‌گیری شارع نیز محدوده‌ی خاصی دارد و مجهول مطلق را شامل نمی‌شود (قنواتی، ۱۳۸۸ش، ج ۱، ص ۱۷۹).

با توجه به آن چه که در تعریف لغوی مسامحه بیان شد، مبنی بر این که تسامح به معنای چشم‌پوشی و کوتاه آمدن و راحت گرفتن است شاید بتوان بین عقود مسامحه‌ای و عقود احسانی تفاوت قائل شد،

به این معنا که در عقود مسامحه‌ای بنا بر آسان گرفتن است حال چه احسان در آن باشد یا نباشد. در واقع آن چه در عقود مسامحه‌ای مد نظر است این است که آن عقد واقع شود و شخص به دنبال وقوع آن عقد است و توجهی به کسب حداکثر سود ندارد و به همین جهت آسان می‌گیرد و از برخی موارد چشم‌پوشی می‌کند بر خلاف عقود مغابنه‌ای که شخص به دنبال کسب حداکثر سود و بهره مالی می‌باشد. علاوه بر این همان‌طور که بیان شد عقود احسانی از جمله عقود غیر معوض است در حالی که عقود مسامحه‌ای می‌تواند معوض یا غیر معوض باشد.

معیارهای عقود مسامحه‌ای

برای تشخیص این که عقدی، در شمار عقود مغابنه‌ای قرار می‌گیرد یا مسامحه‌ای، باید معیار و ضابطه‌ای را در تشخیص آن در نظر گرفت و با توجه به ویژگیهای این دو دسته از عقود و هدف طرفین از انعقاد آن می‌توان ضابطه‌ای را اختیار کرد. محققین در این خصوص دو معیار را بیان کرده‌اند که در ادامه به آن اشاره خواهد شد.

۱. معیار احسان

محققین در این خصوص بیان می‌کنند که گاهی اوقات هدف متعاقدین یا حداقل یکی از آن دو نیکوکاری و کمک به هم نوع است و با توجه به ویژگیهای شخصیتی طرف مقابل می‌باشد یا این که متعاقدین به دنبال سود و تلاش برای رسیدن به تعادل اقتصادی هستند. به نظر می‌رسد مبنای این ضابطه و معیار شناخت طرف مقابل است و ویژگیهای شخصیتی طرف مقابل در این معیار مد نظر می‌باشد. در این دسته از عقود، علت انعقاد عقد شخصیت طرف عقد است، چون شخصیت طرف عقد، سبب و انگیزه مؤثر در انعقاد عقد می‌باشد. برای مثال در هبه، شخصیت متهب سبب اصلی تشکیل عقد می‌باشد، بنابراین می‌توان گفت اگر اشتباهی هم

در شخصیت طرف معامله رخ دهد عقد باطل می‌شود بر خلاف عقود مغابنه‌ای که در آنها کسب سود و نفع اقتصادی اصلی ترین علت انعقاد عقد می‌باشد (نائینی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۳۷۸).

بر این اساس در عقد مسامحه معمولاً شخصیت طرف علت عمده عقد است. زیرا شرایط ویژه طرف عقد، محرک شخص در احسان و نیکوکاری است. از اینجا می‌توان گفت که اصولاً در عقد مسامحه‌ای اشتباه در شخصیت طرف معامله باعث بطلان عقد است، در حالی که در عقد مغابنه‌ای، انگیزه به دست آوردن سود است و این سود از هر که باشد برای آنها تفاوتی ندارد. البته این قاعده کلی نیست، چه بسا در عقد مسامحه‌ای نیز هدف، تحصیل رضای پروردگار در احسان و نیکی باشد و شخصیت طرف معامله تاثیری در انگیزه اصلی طرفین نگذارد بر عکس ممکن است در عقد مغابنه‌ای، اعتبار طرف عقد از اهمیت کامل برخوردار بوده، اشتباه در شخصیت او، در اموری همچون میزان ثمن تاثیر بگذارد. با این همه اصل در عقود مسامحه‌ای آن است که شخصیت طرف علت عمده است، مگر آنکه خلافش ثابت شود و در عقود مغابنه‌ای اصل عدم تاثیر شخصیت طرف است، مگر خلافش ثابت شود (قنواتی، ۱۳۸۸ش، ج ۱، ص ۱۸۶).

شاید انتقاد شود که هدف طرفین قابل تشخیص نیست و یک امر درونی و مخفی است ولی باید گفت که می‌توان از امارات و قرائن و دقیق شدن در جزئیات قرارداد به هدف طرفین پی برد برای مثال با توجه و دقت به خصوصیات طرفینی که عقد را منعقد می‌کنند، شروطی که ضمن عقد واقع می‌شود، خصوصیات مورد معامله و شرایطی که در آن عقد واقع می‌شود و فضای حاکم بر آن عقد و... به اهداف و انگیزه‌های طرفین عقد پی برد با این همه این معیار تا حدی سخت و دشوار است. معیار دیگری که برای حل مشکل می‌توان پیشنهاد کرد رجوع به عرف است و عرف تا حد زیادی می‌تواند مشکلات را حل کند و





به شخص کمک کند که خصوصیات عقد را بشناسد برای مثال عرف اصطلاحاتی از قبیل غبن و غرر را به خوبی تعریف می‌کند و تشخیص غرر در معامله امری عرفی است یعنی اگر در معامله‌ای عرف غرر را منتفی دانست، حکم بطلان بر آن بار نمی‌شود و چنانچه عرف غرر را ثابت و محقق دانست خود به خود حکم بطلان بر آن بار می‌شود (رفیعی، ۱۳۷۸ش، ص ۵۳).

پس عرف می‌تواند معیار و شاخص مناسبی برای تشخیص هدف و انگیزه انعقاد عقود باشد بدین صورت که در هر عقدی که غرر وجود داشته باشد و با وجود غرر طرفین حاضر به ادامه عقد باشند و عرف این غرر را نادیده بگیرد عقد را مسامحه‌ای و در عقدی که غرر وجود دارد و عرف، غرر را موجب بطلان عقد بداند، عقد را مغایبه‌ای می‌نامد. بنابراین با کمک عرف و شرایط انعقاد قرارداد به انگیزه‌های طرفین پی برد. اما به نظر می‌رسد معیار احسان و توجه به ویژگیهای شخصیتی طرف مقابل، معیار مناسبی برای عقود مسامحه‌ای نباشد چرا که برخی از عقود مسامحه‌ای معوض هستند در حالی که عقود احسانی عقودی غیر معوض می‌باشد و همچنین در برخی از عقود مسامحه‌ای مثل جعاله شخصیت طرفین اهمیتی ندارد.

۲. معیار تسامح

با توجه به آن‌چه که در معنای تسامح بیان شد، به نظر می‌رسد که اگر ما تسامح را به عنوان یک قاعده کلی در عقود مسامحه‌ای در نظر بگیریم، به نحوی که اگر متعاقد بنابر تسامح و آسان گرفتن داشته باشد و به دنبال کسب حداکثر سود اقتصادی نباشد مانند آن‌چه که در عقود مغایبه‌ای است و صرف نظر از این که به دنبال احسان باشد یا نباشد، این عقد مسامحه‌ای خواهد بود چنان که همین معیار و ضابطه از تقسیم‌بندی عقود به این دو دسته مسامحه‌ای و مغایبه‌ای از کلام برخی از فقها بدست می‌آید و برای تشخیص این که آن شخص به دنبال کسب حداکثر سود است یا خیر می‌توان به

شواهد و قرائین و عرف توجه کرد. البته این تسامح به معنای بی‌توجهی نیست چرا که این معنا با ذات عقد که نشانی از توجه در عمل حقوقی است مطابقت نخواهد داشت و همچنین بیان این نکته لازم است که خود این تسامح گستره‌ای دارد که در هر عقد متفاوت است و در ادامه با گستره این تسامح در تعدادی از مهمترین و بارزترین عقود مسامحه‌ای به طور جداگانه آشنا می‌شویم.

اما در خصوص این که این ضوابط و معیارها شخصی است یا نوعی باید بیان کرد که نوعی بودن به این معنی است که عقود را به طور کلی به دو دسته عقود مغایبه‌ای و عقود مسامحه‌ای تقسیم می‌کنیم و هر کدام را به طور نوعی طبقه‌بندی می‌کنیم چنان که برای مثال بیع با تمام مصادیق خود در مجموعه عقود مغایبه‌ای و هبه با تمامی مصادیقش در مجموعه عقود مسامحه‌ای قرار خواهد گرفت؛ اما اگر شخصی باشد باید هر عقد را به طور مستقل در نظر گرفت و اراده طرفین را بررسی کرد که چه بسا عقدی دارای عنوان بیع یا اجاره بوده ولی بنای دو طرف بر مسامحه باشد. مثلاً در اجاره عین موقوفه که به طور معمول به مدتهای طولانی منعقد می‌شود، اجاره بها بسیار کمتر از اجرت المثل عین مستأجره است (انصاری، ۱۴۳۹ق، ج ۵، ص ۲۰۳).

فقهای امامیه پیرامون معیار و ضابطه تشخیص این عقود اقوال مختلفی را مطرح کرده‌اند، به دلیل این که برخی از آنان خیار غبن را در تمامی عقودی که جنبه معاوضی مالی دارند ثابت دانسته‌اند، به آنان این چنین نسبت داده شده است که معیار و ضابطه را نوعی در نظر گرفته‌اند. از برخی دیگر هم نقل شده است که معیار در همه موارد شخصی می‌باشد، به این معنی که باید به همه عقود دقت و توجه کرد که فرد عقد را بر پایه مسامحه و عدم توجه به نقصان یا زیاده بر عقد جاری کرده است یا نه، حال چه عنوان بیع یا صلح را داشته باشد چه نداشته باشد (همان، ص ۲۰۴).

برخی از فقها نیز قائل به تفصیل شده‌اند چرا که در برخی عقود مثل بیع و اجاره ماهیت عقد به گونه‌ای است که بنای طرفین بر دقت و تساوی ارزش عوضین است چنان که گویی شرطی ضمنی صورت گرفته است در اینجا قرینه نوعی بر تساوی قیمت دو عوض دلالت دارد و در صورت عدم وجود قرینه نوعی، قرینه شخصی وارد می‌شود که مقصود از این عقد اجاره یا صلح در مقام بیع می‌باشد. ماهیت دسته دیگری از عقود نیز به گونه‌ای است که شرط ضمنی ندارند و بنای طرفین در آنها بر تسامح است مانند صلح در دعوا یا صلح در ابراء که در اینها خیار غبن جاری نمی‌شود. اما دسته سومی از عقود هم هستند که مشخص نیست که بنای طرفین بر دقت نظر یا عدم آن است یعنی نمی‌توان جزء عقود مسامحه‌ای یا مغابنه‌ای قرار داد. همچون عقد جعاله که در این صورت نیازمند قرائن و اوضاع و احوال خاص می‌باشد (خویی، ۱۳۷۵، ج ۶، ص ۴۰۲).

مصادیق عقود مسامحه‌ای و کیفیت اعمال تسامح در آنها

خود عقود مسامحه‌ای را می‌توان از جهات مختلف تقسیم کرد و اقسامی را برای آن در نظر گرفت مثل عقود مسامحه‌ای معوض و غیر معوض، عهدی، تملیکی و اذنی و عقود یک طرف مسامحه‌ای - یک طرف مغابنه‌ای.

یکی دیگر از جهاتی که می‌توان عقود مسامحه‌ای را تقسیم کرد از حیث لزوم و جواز است. لزوم و جواز عقود تابع طبیعت مصالحی است که در زمینه عقود وجود دارد که متعاقبین آن مصالح را می‌شناسند و با توجه به آن مصالح اقدام به انعقاد آن عقد می‌کنند. در عقود مسامحه‌ای که غالباً انگیزه یکی از طرفین مبتنی بر ارفاق، احسان و تسامح است برخی از این عقود لازم است مثل صلح، هبه، ضمان، قرض، وقف و حواله و برخی دیگر از عقود مسامحه‌ای از یک طرف لازم و

از طرف دیگر جایز است مثل کفالت و رهن و دسته‌ای نیز از سوی هر دو طرف جایز می‌باشد مثل ودیعه، عاریه، وکالت و جعاله. بر همین اساس سه عقد صلح، هبه و ضمان را که از مهمترین و بارزترین مصادیق عقود مسامحه‌ای است را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۱. عقد صلح

از جمله عقود مسامحه‌ای لازم عقد صلح است، صلح در لغت به معنای مسالمت و سازش است. فقهای امامیه در تعریف صلح بیان می‌کنند: صلح عقدی است که برای رفع نزاع بین متخاصمین تشریح شده است (حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۶، ص ۵). فقهای اهل سنت در تعریف صلح بیان می‌کنند که صلح عقدی برای رفع خصومت و نزاع است (ابن عابدین، ۱۴۱۲ق، ج ۵، ص ۶۳۱).

در ماده ۷۵۲ قانون مدنی اقسام و موارد صلح ذکر شده است و حقوق دانان در تعریف صلح بیان نموده‌اند صلح عبارت است از توافق برای ایجاد یا انتفای یک یا چند اثر حقوقی بدون این که بستگی به احکام خاصی عقود معینه داشته باشد. در صلح مسامحه‌ای لازم نیست موضوع صلح معین و مشخص باشد؛ و استثناء ذیل ماده ۲۱۶ قانون مدنی باید در آن به کار رود چرا که مقصود از تسامح، چشم‌پوشی و گذشت متعاملین از حیث تعادل ارزش عوضین است، یعنی همان چیزی که بیان شد مبنی بر این که طرفین قصد دارند صلح را منعقد کنند و توجهی به سود و منافع مالی ندارند و به نوعی می‌خواهند آسان بگیرند.

بدیهی است آنجا که عالماً و عامداً اغماض و مسامحه می‌شود ادعای غبن مسموع نیست و مورد توجه واقع نمی‌شود پس صلح مبتنی بر تسامح، یک عقد مسامحه‌ای است و در آن غبن راه ندارد بنابراین علم اجمالی به موضوع آن کافی است. ولی در صلح مغابنه‌ای که مشمول ابتدای ماده ۲۱۶ قانون مدنی است باید موضوع صلح مانند مبیع و ثمن معلوم و معین باشد





و علم اجمالی در آن کافی نمی‌باشد.

همچنین غیر از دو خیار مذکور در ماده، باقی اختیارات در صلح مسامحه‌ای راه ندارد و این به خاطر طبع این در خیار است که با هر نوع عقدی سازگار می‌باشد، در واقع در این جا شاید بتوان گفت این تسامح محدود شده است، گاهی بیعی واقع می‌شود و طرفین در ضمن عقد بیع یا پس از آن غبن احتمالی ناشی از عقد بیع را به مبلغ معنی صلح می‌کنند و این را صلح غبن می‌نامند که یک نوع صلح است، صلح غبن در واقع مبتنی بر مسامحه است و خیار غبن در آن راه ندارد، ولی محققین اخیر اصرار می‌کنند که صلح غبن را از قلمرو صلح مسامحه‌ای خارج کنند.

در خصوص علم اجمالی به موضوع عقد صلح، محققین بیان کرده‌اند در قانون مدنی ماده ۱۹۰ در کلیات عقود بیان کرده است که موضوع عقد باید معین و معلوم باشد و در ماده ۲۱۶ نیز بیان می‌کند: مورد معامله باید مبهم نباشد مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است. استثناء این ماده روشن نیست و شارحان قانون مدنی به این قائل‌اند که آن موارد خاصه موارد مصرح قانونی است و ماده ۶۹۴ این قانون را به عنوان مثال ذکر می‌کند.

اگر چه جهالت در صلح فی‌الجمله جایز و بدون اشکال است؛ اما این در جایی می‌باشد که آن مصالحه، مسامحه‌ای باشد، مثلاً صلح در مقام هبه یا مانند آن، یا این که آگاهی از مقدار آن مال، عیناً یا دیناً ممکن نباشد، یا باشد، لکن غرر نباشد؛ اما اگر صلح مغایره‌ای باشد، مثل صلح در مقام بیع، پس با امکان آگاهی از مقدار عوضین، صحت آن با فرض لزوم غرر مشکل است؛ و چون این مصالحه مبنی بر مغایره است و صحت آن با امکان تحصیل علم به قیمت آن کالا از آن جا که مستلزم غرر است، مشکل به نظر می‌رسد و بر فرض صحت یا در صورتی که صحیح باشد، اگر غبن در آن از اندازه متعارف زیادتر باشد، به این که مقداری باشد که احتمال آن را نمی‌داده است، بعید

نیست که خیار فسخ داشته باشد.

در خصوص این که موضوع عقد صلح باید مطلقاً معلوم باشد یا مجهول، یا در برخی موارد باید معلوم باشد بین فقهای امامیه و همچنین بین فقهای اهل سنت اختلاف نظر وجود دارد و در این جا به این اختلاف نظر اشاره می‌کنیم.

۱- در صلح مسامحه‌ای اشکالی ندارد که عوضین مجهول باشند؛ اما در صلح مغایره‌ای بین این دو صورت فرق است: الف) هرگاه استعلام و از بین بردن جهل از عوضین، مقدور باشد باید رفع جهل کند. ب) هرگاه استعلام و از بین بردن جهل، مقدور نباشد مجهول بودن عوضین بدون اشکال است.

۲- هرگاه استعلام و از بین بردن جهل نسبت به عوضین متعذر یا متعسر باشد مجهول بودن عوضین خدشه به صحت صلح وارد نمی‌آورد و اگر نه، صلح باطل خواهد بود (میرزای قمی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۱۸۳).

۳- مطلقاً صلحی که موضوع آن مجهول باشد باطل می‌باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰ش، ج ۱، ص ۱۵۴).

۴- در این موارد صلح مجهول صحیح می‌باشد: در صلح دعوی و هر جا که رفع جهل متعسر با متعذر باشد و همچنین در صلح اسقاط؛ مانند طلاق. در غیر این صورت باید عوضین در عقد صلح معلوم باشد (حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۶، ص ۱۷).

۵- در صلح اسقاط، مجهول بودن عوضین مانعی برای صحت صلح نمی‌باشد؛ مانند عتق و طلاق و هر جا رفع جهل به عوضین ممکن نباشد، عقد صلح با وجود مجهول بودن عوضین درست می‌باشد و همچنین هر جا که باید موضوع صلح به طرف تسلیم شود باید حین عقد، معلوم باشد؛ چرا که تسلیم واجب است و جهالت مانع تسلیم خواهد بود (ابن قدامه، ۱۴۰۵ق، ج ۴، ص ۳۶۷).

۶- اگر رفع جهل متعذر یا متعسر باشد با وجود مجهول بودن عوضین، صلح صحیح است و اگر رفع آن متعذر یا متعسر نباشد مجهول بودن عوضین، موجب بطلان عقد

صلح می‌باشد. اگر رفع جهل به عوضین موقتاً متعذر باشد اختلاف عقیده وجود دارد و بعضی صلح مجهول را در این وضع صحیح نمی‌دانند، مانند این که ورثه می‌خواهند مالی را تقسیم کنند، دسترسی به کارشناس ندارند و بدون اطلاع از ارزش آن مال، راجع به تقسیم صلح می‌کنند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰ش، ۱/۱۵۵).

۲. عقد هبه

در لازم یا جایز بودن هبه بحثهایی مطرح است که محل آن در این پژوهش نیست و ما هبه را عقدی لازم در نظر می‌گیریم که البته در شرایط خاص واهب می‌تواند از هبه رجوع کند (توکلی، ۱۳۹۴ش، ص ۲۰۲). هبه از ریشه «وَهَبَ يَهَبُ» می‌باشد و در لغت به معنای بخشش بدون عوض و غرض می‌باشد (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص ۸۰۳).

فقهای امامیه در تعریف هبه بیان می‌کنند هبه عقدی

است که مقتضی تملیک عین بدون عوض می‌باشد و عقدی تملیکی و منجز است و نیازی به قصد قربت ندارد ولی اگر به قصد تقرب به خدا باشد بهتر و ثوابش بیشتر است و از آن به نحله و بخشش نیز تعبیر می‌کنند (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۱۳۵).

فقهای اهل سنت در تعریف هبه بیان می‌کنند هبه تملیک عین بدون عوض است و اباحه، عاریه، اجاره، بیع و هبه دین را از تعریف خارج می‌باشد (ابن نجیم، بی‌تا، ج ۷، ص ۲۸۴). فقهای حنبلی در تعریف هبه بیان داشته‌اند هبه تملیک جایز التصرف، مال معلوم یا مال مجهولی است که علم به آن متعذر می‌باشد،

لکن موجود و قابل تسلیم است ولی در زمان حیات تسلیمش واجب نمی‌باشد و در برابر آن عوضی قرار نخواهد گرفت (حجاوی، بی‌تا، ج ۳، ص ۲۹).

قانون مدنی در ماده ۷۹۵ در تعریف هبه بیان می‌دارد «هبه عقدی است که به موجب آن یک نفر مالی را مجاناً به دیگری تملیک می‌کند. تملیک کننده را واهب و طرف دیگر را متهب و مالی را که مورد هبه است عین موهوبه می‌گویند.»

برخی از فقهای امامیه بیان می‌کنند که چون هبه عقدی تبرعی است لازم نیست مورد هبه معلوم باشد؛ و دلیل

فقهای حنفی بر این قائل هستند که مصالح علیه باید معلوم باشد (ابن عابدین، ۱۴۱۲ق، ج ۵، ص ۶۳۱).

فقهای مالکی و حنبلی صلح مجهول را در صورتی که علم به مقدارش ممکن نباشد را جایز می‌دانند و در صورتی که علم به مقدارش ممکن باشد را صحیح نمی‌دانند (مرداوی، بی‌تا، ج ۵، ص ۲۴۴). فقهای شافعی صلح مجهول را صحیح نمی‌دانند چرا که آن را فرع بیع دانسته و چون بیع بر مجهول صحیح نیست صلح بر مجهول را نیز صحیح نمی‌دانند (شافعی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۲۲۶).

در صلح مسامحه‌ای و صلح در مورد تنازع همان طور که در ماده ۷۶۱ قانون مدنی بیان شده، مجهول بودن عوضین بدون اشکال می‌باشد، همچنین هر وقت صلح مبنی بر مسامحه و احسان باشد مجهول بودن عوضین مانع صحت صلح نمی‌باشد؛ مثل صلح در مقام هبه معوضه و همچنین هرگاه رفع جهل به عوضین موقتاً هم متعذر یا متعسر باشد اقدام به صلح، امر معقولی است و صلح با وجود جهل به عوضین درست است تا چه رسد که رفع جهل برای همیشه متعذر یا متعسر باشد. بنابراین منعی ندارد ورثه که دسترسی به کارشناسی ندارد، ترکه را از راه صلح بین خود تقسیم کنند، مگر





بر صحت هبه مجهول اصله الصحه و منتفی بودن غرر در آن است و علاوه بر این چون برای مثال هبه یک انبار گندم و یا جزء مشاع از آن با ندانستن مقدار کل آن و هبه دینی که مقدار آن معلوم نمی‌باشد، صحیح است، پس هبه مجهول هم صحیح می‌باشد، مثل نذر و وصیت. در باب هبه اصلاً غرر وجود ندارد، چون اساساً هبه بر مجانی بودن است و مطابق این بیان، اگر هبه غیر معوض هم باشد، معلوم بودن، شرط صحت آن نیست. قانون مدنی در باب هبه چیزی در این خصوص بیان نکرده است، مگر این که ماده‌ی ۲۱۶ را که به نحو عموم در همه معاملات بوده، در این جا نیز جاری بدانیم (طاهری، ۱۴۱۸ق، ج ۴، ص ۵۵۸).

قانون مدنی در ماده ۱۹۰ یکی از شرایط صحت معامله را معین بودن موضوع معامله بیان می‌کند، در عقد هبه نیز مال مورد هبه باید معین باشد. پس هبه، یکی از چند کالا به نحو مردد باطل است، با این وجود عده‌ای از فقها هبه فرد مردد مانند هبه یکی از دو کتاب را در هبه غیر معوض صحیح می‌دانند و بیان می‌کنند که علت بطلان بیع در میبوع مردد، حصول غرر است و در هبه معوض غرری وجود ندارد و در صورتی که صفات و قیمت چند کالا مساوی باشد در انتقال یکی از آنها به نحو مردد غرری وجود ندارد و بعد قبض معین می‌شود و به خاطر عموم ادله اشکالی در صحتش نیست (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۲، ص ۲۷۳). ولی چون قانون مدنی در این مورد سخنی نگفته است، همان ماده ۱۹۰ را حاکم می‌دانیم و هبه فرد مردد را باطل در نظر می‌گیریم (امامی، ۱۳۷۳ش، ج ۲، ص ۳۸۷).

فقهای حنبلی بیان می‌کنند که هبه مجهول صحیح نمی‌باشد و هبه تملیک جایز التصرف در مال معلوم می‌باشد (بهوتی، ۱۴۲۳ق، ج ۴، ص ۲۹۸). فقهای شافعی بر این نظرند که هبه مجهول صحیح نیست، زیرا هر آنچه در بیع جایز است در هبه هم جایز است و هر آنچه در بیع جایز نیست مثل مال مجهول، در هبه هم صحیح نمی‌باشد (شریبینی، ۱۹۹۴م، ج ۳، ص ۵۶۳).

فقهای مالکی در این خصوص بیان می‌کنند که هبه مجهول صحیح است و غرر در آن جایز می‌باشد (حطاب، ۱۴۱۲ق، ج ۶، ص ۵۱).

۳. عقد ضمان

از دیگر عقود مسامحه‌ای لازم عقد ضمان است، ریشه ضمان، «ضمن» است به معنای التزام، حفظ و رعایت می‌باشد (فیومی، بی‌تا، ج ۲، ص ۳۶۵). فقهای امامیه ضمان را این چنین تعریف می‌کنند: ضمان عقدی است که به منظور تعهد به مال یا نفس تشریح شده، تعهد به مال ضمان مطلق نامیده می‌شود و تعهد به نفس اختصاص به کفالت دارد (شهید ثانی، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص ۱۷۱).

فقهای حنفی ضمان را باطل می‌دانند، به دلیل حق قبض و کیل و مضارب، چون اگر ضمان صحیح باشد ضامن خودش می‌شود و این باطل است. بر خلاف کسی که در عقد نکاح ضامن مهر زوج شده باشد که چون حق قبض ندارد ضمانش پذیرفته است و کفالت را ضم ذمه کفیل به ذمه اصیل تعریف کرده‌اند و کفالت نسبت به نفس را صحیح می‌دانند (سرخسی، ۱۴۱۴ق، ج ۲۳، ص ۷۷). فقهای مالکی ضمان را به اشتغال ذمه شخص دیگری نسبت به دین و حق تعریف کرده‌اند، و آن را با تعابیر کفاله، حماله، ضمانه و زعامه ذکر می‌کنند (ابن رشد، ۱۴۲۵ق، ج ۱، ص ۶۳۵). فقهای شافعی ضمان را به عنوان وثیقه در اموال می‌دانند (ماوردی، بی‌تا، ج ۶، ص ۹۳۸). فقهای حنبلی از ضمان به عنوان ضم ذمه ضامن به ذمه مضمون عنه نسبت به حق تعبیر می‌کنند (ابن قدامه، ۱۴۰۵ق، ج ۵، ص ۷۰).

قانون مدنی ایران در ماده ۶۸۴ عقد ضمان را تعریف می‌کند و بیان می‌دارد عقد ضمان عبارت است از این که شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده بگیرد. متعهد را ضامن، طرف دیگر را مضمون له و شخص ثالث را مضمون عنه یا مدیون اصلی می‌گویند. عقد ضمان معمولاً به منظور ارتفاق به مضمون عنه

منعقد می‌شود. به این معنا که ضامن در هنگام انعقاد عقد، بیشتر به وضعیت مدیون توجه دارد و می‌خواهد از این راه نوعی تبرع و احسان به او داشته باشد و در عین حالی که مضمون له نیز در این میان منتفع شود که حداقل انتفاع او آرامش خیالی است که از ناحیه تعهد ضامن برای او ایجاد می‌شود. بنابراین وقتی هدف تشریح ضمان نیکی و تبرع باشد بدیهی است از عقود که به منظور جلب منفعت و دفع ضرر احتمالی محقق می‌شوند متمایز خواهد بود. همان‌طور که بیان شد یکی از امتیازات عقود مسامحه‌ای راه نداشتن غرر در آن می‌باشد. یعنی غرر که موجب ابطال عقود مغایه‌ای مثل بیع و اجاره است در عقد ضمان نه تنها باطل کننده نیست بلکه پذیرفته شده می‌باشد. از این جهت است که فقهای امامیه و به تبعیت از آنها قانون مدنی در مواد ۶۹۴ و ۶۹۵ جهل به اطراف و موضوع ضمان را بدون اشکال دانسته‌اند. بنابراین می‌توان عقد ضمان را به تعبیری نسبت به ضامن، عقدی غرری قلمداد کرد به خصوص در زمانی که از شخصی ناشناس و حتی به سود فردی ناشناخته و به میزانی که آن را نمی‌داند خود درخواست ضمانت می‌کند (باقری، ۱۳۸۲ش، ص ۲۲).

قانون مدنی در ماده ۲۰۱ مقرر می‌دارد اشتباه در شخص طرف به صحت معامله خللی وارد نمی‌آورد مگر در مواردی که شخصیت طرف علت عمده عقد بوده باشد. مشهور فقها امامیه ضمانت ضامن را بدون این که مضمون له و مضمون عنه را بشناسد صحیح می‌دانند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص ۱۲۱).

قانون مدنی نیز همین نظر را انتخاب کرده و در ماده ۶۹۵ مقرر می‌دارد: معرفت تفصیلی ضامن به شخص مضمون له با مضمون عنه لازم نیست. اگر چه با ملاحظه مفهوم نداشتن وصف، نمی‌توان از این ماده مفهوم‌گیری کرد و گفت معرفت اجمالی لازم است؛ اما به نظر می‌آید حقوق‌دانانی هم که از این ماده علم اجمالی ضامن به مضمون له و مضمون عنه را کافی

دانسته‌اند، با اتکا به قرائن موجود و از جمله تبعیت قانون از نظر مشهور فقها استنباط کرده‌اند. مقصود قانون‌گذار از معرفت تفصیلی شناخت به اصل و نسب و نام و شهر است و منظور از علم اجمالی، حدی از شناخت است که موجب می‌شود ضامن مضمون عنه را از مضمون له تمیز دهد. مقصود از تمیز، معنایی است که در برابر ابهام قرار دارد. آنچه که به نظر منطقی‌تر می‌رسد آن است که بگوییم هم علم ضامن به مضمون له و مضمون عنه هیچ مدخلیتی در تحقق عقد ضمان ندارد، زیرا ضمان عقد مسامحه‌ای است و قصد اولی و اصلی از آن، انشای تعهد و التزام است. به ویژه در فرضی که قصد ضامن تبرع باشد که در این صورت مسلماً شناخت مضمون عنه لزومی نخواهد داشت. ناگفته نماند که چنانچه ضمانت غیر تبرعی باشد یا در ضمان تبرعی شخصیت مضمون عنه برای ضمان علت عمده عقد باشد، بدیهی است که وی ناگزیر از شناخت مضمون عنه است (باقری، ۱۳۸۲ش، ص ۶۲).

فقهای حنفی، شناخت مضمون له را لازم می‌دانند ولی فقهای مالکی و حنبلی علم به مضمون عنه و مضموله را لازم نمی‌دانند (ابن قدامه، ۱۴۰۵ق، ج ۵، ص ۷۱) فقهای شافعی نیز در این زمینه سه نظریه دارند: ۱. احتیاجی به شناخت هیچ کدام نیست با استدلال به ضمانت امام علی (ع) و ابوقتاده از میت. ۲. ضمان تنها با علم به مضمون له و مضمون عنه صحیح می‌باشد و شناخت مضمون لازم است از این جهت که آیا خوش معامله است یا نه؟ و شناخت مضمون عنه به این جهت است که دانسته شود آیا مستحق است یا خیر؟ ۳. تنها به شناخت مضمون له نیاز است نه مضمون عنه، زیرا معامله بین مضمون له و مضمون عنه از بین رفته است و نیازی به شناخت مضمون عنه نیست، ولی معامله بین مضمون له و ضامن باقی است، پس شناختش لازم است (ماوردی، بی تا، ج ۶، ص ۴۳۳).

قانون مدنی در ماده ۶۹۴ بیان می‌کند که علم ضامن به مقدار و جنس و اوصاف و شرایط دینی که ضمانت





آن را می‌نماید شرط نیست. بنابراین اگر کسی ضامن دین شخص بشود بدون این که بداند آن دین چه مقدار است ضمان صحیح است. لیکن ضمانت یکی از چند دین به نحو تردید باطل است.

حسن امامی در این خصوص بر این نظر است که اگر کسی ضامن دیگری شود بدون آن که بداند دین او چه قدر و از چه جنس و وصف است ضمان صحیح است و ضمان خارج از قاعده ذکر شده در ماده ۲۱۶ قانون مدنی می‌باشد (امامی، ۱۳۷۳ش، ج ۲، ص ۲۶۶).

ناصر کاتوزیان نیز علم اجمالی را کافی می‌داند و بیان می‌کند که ضمان، از عقود مسامحه‌ای است بنابراین، لزومی ندارد که ضامن به میزان و شرایط و اوصاف دین آگاهی داشته باشد، ولی علم اجمالی به گونه‌ای که بتواند موضوع قصد او قرار بگیرد لازم است. به علاوه، برای اجرای تعهد ضامن و امکان مطالبه از او باید قابلیت تعیین در دین باشد و اگر نه، دین مجهول یا دینی که متعهد موضوع و مقدار آن را معین سازد از نظر حقوقی دین نیست و اثری ندارد (کاتوزیان، ۱۳۹۳ش، ج ۴، ص ۳۲۲).

از آنجا که فلسفه ضمان کمک و احسان به مضمون عنه است و بدین جهت مبتنی بر ارفاق می‌باشد، بنابراین ضامن، متعهد به پرداخت آن مقدار دینی است که مضمون له بتواند با ادله مثبت، ثابت کند که هنگام تحقق عقد ضمان، مضمون عنه به وی بدهکار بوده و مازاد بر آن را ملزم به پرداخت نمی‌باشد، هر چند که مضمون عنه به آن اقرار کند، چه آن که اقرار وی در حق خود او نافذ است نه در حق غیر. همچنین ضامن

متعهد به پرداخت دیونی که پس از عقد ضمان بر ذمه مدیون اصلی می‌آید، نیست. به هر حال اگر ضامن به جهت جهلی که نسبت به مضمون به داشته است بیشتر از دین مضمون له بپردازد و با فرض ضمان غیر تبرعی، حق رجوع او به مضمون عنه فقط برای گرفتن میزان دین است نه بیشتر از آن، زیرا نسبت به مازاد، او متبرع محسوب شده و غرامت متوجه خود او خواهد

بود (باقری، ۱۳۸۲ش، ص ۶۴).

فقه‌های مالکی و حنبلی در مورد ضمانت از مال مجهول، ضمانت را جایز دانسته و به آیه ۷۲ سوره یوسف، استناد کرده اند؛ زیرا اعتقاد دارند که بار شتر که در آیه آمده، مقدارش مجهول و مختلف است و عموم و اطلاق قول پیامبر اسلام (ص) که می‌فرمایند: «الزعم غارم» و این که ضمان، التزام حقی در ذمه به صورت غیر معاوضه است؛ پس ضمان مجهول، صحیح می‌باشد، مثل نذر و اقرار و تعلیقش بر ضرر و خطر جایز می‌باشد و آن ضمان عهده است (ابن قدامه، ۱۴۰۵ق، ج ۵، ص ۷۱).

فقه‌های شافعی، ضمان مجهول را صحیح نمی‌دانند؛ زیرا ضمانت را از جمله اثبات کردن مال در ذمه شخص می‌دانند، به همین خاطر جهالت را در آن را جایز نمی‌دانند و بار شتر که علت در درستی ضمان مجهول بود را معلوم و معین دانسته و ضمانش را صحیح می‌دانند (شیرازی، بی تا، ج ۱، ص ۳۴۰).

برای رعایت اختصار و جلوگیری از اطاله‌ی کلام از بررسی دیگر عقود مسامحه‌ای لازم مثل حواله، قرض و وقف و همچنین عقود مسامحه‌ای جایز مثل ودیعه، عاریه، وکالت و جعاله و همچنین عقود مسامحه‌ای از یک طرف لازم و از طرف دیگر جایز مثل کفالت و رهن و همچنین برخی عقود دیگر که در مسامحه‌ای بودن آنها بحث شده مثل عقد احتمالی، عقد نکاح، قرارداد خرید و فروش اسپرم و تخمک و اجاره رحم و قرارداد انتقال عضو صرف نظر می‌کنیم.

نتیجه‌گیری

یکی از تقسیماتی که از عقود در فقه مذاهب خمس و حقوق ایران ارائه می‌شود بر مبنای هدف و انگیزه‌ای است که طرفین در انعقاد آن عقد دنبال می‌کنند. بر این اساس می‌توان عقد را به مغاینه‌ای و مسامحه‌ای تقسیم کرد. در عقود مغاینه‌ای طرفین برای کسب حداکثر سود تلاش کرده و مسامحه به خرج نمی‌دهند، مثل عقد

بیع و اجاره، اما در عقود مسامحه‌ای هدف و انگیزه کسب حداکثر سود نیست و در انعقاد آن دقت نظر و سخت‌گیریهایی که در عقود مغاینه‌ای وجود دارد، در نظر گرفته نمی‌شود و مسامحه به خرج می‌دهند مثل عقد صلح و هبه. البته در برخی از مصادیق این عقود و گستره تسامح در برخی از این عقود اختلاف نظرهایی در مذاهب مختلف وجود دارد.

خود عقود مسامحه‌ای انواع و اقسامی دارد مانند عقود مسامحه‌ای لازم مثل عقد صلح و ضمان و عقود مسامحه‌ای جایز مثل عقد وکالت و جعاله و عقود مسامحه‌ای از یک طرف لازم از یک طرف جایز مثل عقد کفالت و رهن. برای ضابطه و معیار تشخیص عقود مغاینه‌ای از مسامحه‌ای باید به ویژگیهای این دو دسته از عقود و هدف طرفین از انعقاد آن توجه کرد تا بتوان با استفاده از آن ضابطه‌ای اختیار کرد. باید توجه کرد که هدف متعاقدين یا حداقل یکی از آن دو، آسان گرفتن و تسامح است و توجهی به کسب حداکثر سود ندارند یا این که متعاقدين به دنبال کسب حداکثر سود و تلاش برای رسیدن به تعادل اقتصادی است.

برخی معیار تمایز بین این دو عقد را انگیزه نیکوکاری و کمک به هم نوع می‌دانند. به نظر می‌رسد این معیار مناسب نباشد چرا که عقود مسامحه‌ای با عقود احسانی تفاوت دارد و معیار تمایز این دو دسته از عقود تسامح و توجه به کسب حداکثر سود اقتصادی می‌باشد. رابطه عقود مسامحه‌ای با عقود غیر معاوضی عموم و خصوص من وجه است و علاوه بر مصادیق در مبنای تقسیم‌بندی نیز متفاوت است و به نظر می‌رسد که رابطه عقود مسامحه‌ای و عقود احسانی عموم و خصوص مطلق باشد، چرا که عقود احسانی غیر معوض است در حالی که عقود مسامحه‌ای شامل برخی از عقود معوض نیز می‌شود و علاوه بر آن به نظر می‌رسد که مبنای تقسیم‌بندی نیز متفاوت باشد و برای عقود مسامحه‌ای نیازی به اثبات احسان نیست. آن چه که از مجموع این مباحث پیشنهاد می‌شود این است که ما تسامح را به عنوان یک قاعده کلی در عقود مسامحه‌ای در نظر بگیریم و معیار و ضابطه را همان تسامح قرار دهیم و همچنین گستره تسامح در هر عقد با توجه به نگاه سودجویانه در آن متفاوت می‌باشد.

کتابنامه

- ابن تیمیه، احمد بن عبدالحلیم (بی تا). *قاعدة العقود*. قاهره: مکتبة السنة المحمدية.
- ابن رشد، محمد بن احمد (۱۴۲۵ق). *بدایة المجتهد* و *نهاية المقصد*. قاهره: دارالحديث.
- ابن عابدین، محمدامین بن عمر (۱۴۱۲ق). *رد المحتار على الدر المختار*. بیروت: دارالفکر.
- ابن قدامه، عبدالله بن احمد (۱۴۰۵ق). *المغنی*. بیروت: دارالفکر.
- ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ق). *لسان العرب*. بیروت: دارصادر.
- ابن نجیم مصری، زین‌الدین بن ابراهیم (بی تا). *البحر الرائق شرح كنز الدقائق*. بیروت: موقع الإسلام.
- امامی، سید حسن (۱۳۷۳ش). *حقوق مدنی*. تهران: کتاب‌فروشی اسلامیة.
- انصاری، مرتضی بن محمدامین (۱۴۳۹ق). *المکاسب*. قم: مجمع الفکر الإسلامی.
- باقری، احمد (۱۳۸۲ش). *ضمان - حواله - کفالت: بررسی تحلیلی مبانی فقهی قانون مدنی*. تهران: آن.
- بحرانی، یوسف بن احمد (۱۳۶۹ش). *الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- بغدادی، عبدالوهاب بن علی (بی تا). *المعونة علی مذهب عالم المدينة الإمام مالک بن انس*. مکه: المکتبة التجارية.
- بهوتی، منصور بن یونس (۱۴۲۳ق). *کشاف القناع عن متن الإقناع*. ریاض: دار عالم الکتب.





- توکلی، محمدمهدی (۱۳۹۴ش). مختصر حقوق مدنی. تهران: چتر دانش.
- تهنانوی، محمدعلی (بی تا). کشف اصطلاحات الفنون و العلوم. تهران: خیام و شرکاء.
- جصاص، احمد بن علی (۱۴۱۵ق). أحكام القرآن. بیروت: دارالکتب العلمیه.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۰ش). حقوق مدنی. تهران: گنج دانش.
- همو (۱۳۸۲ش). دانشنامه حقوقی. تهران: گنج دانش.
- همو (۱۳۸۱ش). مبسوط در ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش.
- همو (۱۳۹۱ش). مجموعه محشی قانون مدنی. تهران: گنج دانش.
- حجاوی، موسی بن احمد (بی تا). الإقناع فی فقه الإمام احمد بن حنبل. بیروت: دارالمعرفه.
- خطاب، محمد بن محمد (۱۴۱۲ق). مواهب الجلیل فی شرح مختصر خلیل. بیروت: دارالفکر.
- حلّی، حسن بن یوسف (۱۴۱۴ق). تذکرة الفقهاء. قم: مؤسسه آل البیت (ع) لإحياء التراث.
- خطیب شریبئی، محمد بن احمد (۱۹۹۴م). مغنی المحتاج الی معرفة معانی الفاظ المنهاج. بیروت: دارالکتب العلمیه.
- خمینی، سید روح الله (۱۳۸۰ش). کتاب البیع. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- خویی، سید ابوالقاسم (۱۳۷۵ش). مصباح الفقاهة. قم: انصاریان.
- دهخدا، علی اکبر (۱۳۴۱ش). لغت نامه. تهران: دانشگاه تهران.
- رفیعی، محمدتقی (۱۳۷۸ش). مطالعه تطبیقی غرر در معامله در حقوق اسلام و ایران و کنوانسیون بیع بین المللی. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
- زحیلی، وهبه (۱۴۰۹ق). الفقه الإسلامی و أدلته. دمشق: دارالفکر.
- سرخسی، محمد بن احمد (۱۴۱۴ق). المبسوط. بیروت: دارالمعرفه.
- سکوتی نسیمی، رضا، و رضاییان عمران، نسرین (۱۳۹۱ش). اهمیت شخصیت طرف معامله در انعقاد عقود مسامحه ای. علامه، (۳۹)، ۴۷-۸۱.
- سنهوری، عبدالرزاق احمد (۱۳۹۱ش). مصادر الحق فی الفقه الإسلامی. تهران: خرسندی.
- شافعی، محمد بن ادريس (۱۴۱۲ق). أحكام القرآن. بیروت: دارالکتب العلمیه.
- همو (۱۴۱۰ق). الأم. بیروت: دارالمعرفه.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۳۷ق). الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة. قم: مجمع الفکر الإسلامی.
- همو (۱۴۱۴ق). مسالك الأفهام الی تنقیح شرائع الإسلام. قم: مؤسسة المعارف الإسلامیة.
- شیرازی، ابراهیم بن علی (بی تا). المذهب فی فقه الإمام الشافعی. بیروت: دارالکتب العلمیه.
- طاهری، حبیب الله (۱۴۱۸ق). حقوق مدنی. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- طرابلسی، علی بن خلیل (بی تا). معین الحکام فیما یتردد بین الخصمین من الأحکام. بیروت: دارالفکر.
- فراهیدی، خلیل بن احمد (۱۴۱۰ق). کتاب العین. قم: دارالهجره.
- فیروزآبادی، محمد بن یعقوب (۱۴۱۵ق). القاموس المحیط. بیروت: دارالکتب العلمیه.
- فیومی، احمد بن محمد (بی تا). المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير. قم: دارالرضی.
- قنواتی، جلیل (۱۳۸۸ش). حقوق قراردادها در فقه امامیه. تهران: سمت.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۳ش). حقوق مدنی. تهران: گنج دانش.
- همو (۱۳۸۸ش). قواعد عمومی قراردادها. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- ماوردی، علی بن محمد (بی تا). الحاوی الكبير.

- بیروت: دارالفکر.
- جامع الشتات فی أجوبة السؤالات. تهران: کیهان.
- محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق). شرائع - نائینی، محمدحسین (۱۴۱۳ق). منیة الطالب. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- الإسلام. قم: اسماعیلیان.
- مرداوی، علی بن سلیمان (بی تا). الإنصاف فی معرفة - نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی الراجح من الخلاف. بیروت: دارإحياء التراث العربی.
- شرح شرائع الإسلام. بیروت: دارإحياء التراث العربی.
- معین، محمد (۱۳۵۱ش). فرهنگ معین. تهران: امیرکبیر.
- مغنیه، محمدجواد (۱۴۲۱ق). فقه الإمام جعفر الصادق(ع). قم: انصاریان.
- میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن (۱۴۱۳ق).

