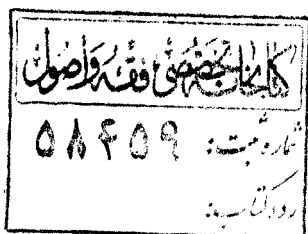


✓

الحمد لله رب العالمين

بررسی خیار تدلیس در فقه امامیه



مریم پوربابایی



انتشارات نوشناخت

پوریابایی، مریم، ۱۳۵۶ -	سرشناسه
بررسی خیار تدلیس در فقه امامیه/ مریم پوریابایی.	عنوان و نام پدیدآور
تهران: نوشناخت، ۱۳۹۷.	مشخصات نشر
۱۹۶ص.	مشخصات ظاهری
۴-۷-۹۳۷۴۵-۹۶۴-۹۷۸: ۱۶۰۰۰ ریال	شابک
فیبا	وضعیت فهرست نویسی
کتابنامه.	یادداشت
تقلب (فقه)	موضوع
Fraud (Islamic law)	موضوع
خیارات (فقه)	موضوع
Options (Finance) (Islamic law)*	موضوع
خیار عیب (فقه)	موضوع
Option of defect (Islamic law)*	موضوع
۱۳۹۷ پ ۹/ت/ ۱۹۸/۶ Bp	رده بندی کنگره
۳۷۹/۲۹۷	رده بندی دیویی
۵۲۳۵۵۷۵	شماره کتابشناسی ملی

بررسی خیار تدلیس در فقه امامیه

مریم پوریابایی

ویراستار فنی و صفحه‌آرا: لمیا هاشمی‌اقدم

ناظر چاپ: معصومه فاطمی

ناشر: انتشارات نوشناخت

چاپ نخست: تابستان ۱۳۹۷

شمارگان: ۵۰۰ نسخه

قیمت ۷۰/۰۰۰ تومان

حق چاپ و نشر محفوظ است.



انتشارات نوشناخت

نشانی: تهران، خیابان انقلاب، بین فلسطین و ابوریحان، بن‌بست

مهارت، خانه هنر، پ ۴، واحد ۱۳.

تلفن: ۰۹۲۲۱۵۰۸۷۳۴

www.noshenakht.com

info@noshenakht.com

تقدیم به

پدر بزرگوارم که تار و پود وجودم از اوست

و مادر بسیار مهربان و ممر بسیار عزیزم

فهرست مطالب

عنوان	صفحه
مقدمه.....	۱۳
فصل نخست: مفاهیم و تعاریف	
مبحث اول: مفهوم لغوی تدلیس.....	۱۷
مبحث دوم: بررسی تطبیقی واژه تدلیس.....	۱۷
مبحث سوم: مفهوم اصطلاحی تدلیس.....	۱۸
گفتار اول: تدلیس از نظر فقه.....	۱۸
گفتار دوم: تدلیس از نظر حدیث.....	۲۰
گفتار سوم: تدلیس از نظر عرفان.....	۲۱
مبحث چهارم: معانی مترادف با تدلیس.....	۲۲
گفتار اول: تقلب.....	۲۲
گفتار دوم: تلبیس و حیل.....	۲۵
الف- تلبیس از دیدگاه عرفان.....	۲۸
ب- بررسی منابع اصلی فقه اسلام درباره‌ی حيله.....	۳۱
ج- عناصر تشکیل دهنده حيله.....	۳۶
د- نظرات موافقین و مخالفین حيله.....	۳۹
هـ- وجود یا عدم حيله مشروع در اسلام.....	۴۳
گفتار سوم: غش.....	۴۵
گفتار چهارم: غرر.....	۴۸
الف - عناصر غرر.....	۴۹
ب - موارد غرر.....	۴۹
ج - احتمال خطر.....	۵۰
د - کمی عوض موجب غرر نیست.....	۵۰
هـ - مقایسه غرر و جهل.....	۵۱
و - حکم بیع غرری.....	۵۴
ز - حکم معاملات معوض غرری (غیر از بیع).....	۵۴
ح - آیا بیع کلی غرری است؟.....	۵۷
ط - آیا معامله بر فرد مردد غرری است؟.....	۵۹

۶۰	گفتار پنجم: غرور.....
۶۲	الف - عناصر غرور.....
۶۳	۱- انجام کاری که موجب زیان دیگری شود.....
۶۳	۲- به وجود آمدن زیان.....
۶۳	۳- وجود و تأثیر فریب.....
۶۴	۴- علم یا جهل فریبنده.....
۶۶	۵- قصد و عدم قصد.....
۶۸	ب- ادله حجتیت قاعده‌ی غرور.....
۶۸	۱- روایت نبوی (ص) «المغرور یرجع الی من غره».....
۶۸	۲- اجماع.....
۶۸	۳- بنای عقلا.....
۶۹	۴- دلیل عقلی.....
۶۹	۵- قاعده‌ی لاضرر.....
۶۹	۶- قاعده‌ی اتلاف و تسبیب.....
۷۱	۷- روایت خاص.....
۷۲	ج- دایره شمول قاعده‌ی غرور.....
۷۴	د- موارد و مصادیق قاعده‌ی غرور در فقه و حقوقی.....
۷۵	هـ- مبنای نظری غرور در حقوق مدنی ایران.....
۷۶	و- منابع ضمان غرور در قانون مدنی.....
۷۶	گفتار ششم: غبن.....
۷۸	الف - شروط غبن.....
۷۹	ب - خیار غبن.....

فصل دوم: قلمرو و کاربرد تدلیس

۸۳	مبحث اول: جایگاه تدلیس در قواعد فقهیه.....
۸۴	مبحث دوم: پیشینه‌ی کاربرد فقهی اصطلاح تدلیس.....
۸۸	مبحث سوم: جایگاه تدلیس در نظام‌های حقوقی مختلف.....
۹۲	مبحث چهارم: تدلیس در باب عقود.....
۹۲	گفتار اول: اجاره.....
۹۳	گفتار دوم: قرض، اثر قرض در تحقق تسلیم تام مال به مالک.....

گفتار سوم: مضارب.....	۹۴
گفتار چهارم: مزارعه و مساقات.....	۹۷
گفتار پنجم: جعاله.....	۹۷
گفتار ششم: بیع.....	۹۹
الف- بیع صوری.....	۹۹
ب- فرار از حرمت ربا در اسلام.....	۱۰۰
ج- بیع شرط.....	۱۰۲
د- بیع الامانه.....	۱۰۴
هـ- تصریه.....	۱۰۶
و- فروش مال به مالک آن.....	۱۰۹
ز- غیرقابل استفاده بودن کالا و فریب.....	۱۰۹
ح- فریب در تعلق مال به غیر از فروشنده.....	۱۱۰
گفتار هفتم: تدلیس در نکاح.....	۱۱۰
گفتار هشتم: تدلیس ماشطه.....	۱۱۱

فصل سوم: شرایط و ارکان تدلیس

مبحث اول: ارکان تدلیس.....	۱۱۵
مبحث دوم: اقسام تدلیس.....	۱۱۵
گفتار اول: تدلیس اصلی و فرعی.....	۱۱۵
گفتار دوم: مقایسه تدلیس جزایی و تدلیس مدنی.....	۱۱۷
گفتار سوم: ارکان تشکیل دهنده تدلیس جزایی.....	۱۲۱
گفتار چهارم: اظهار خلاف واقع معصومانه، متقلبانه، و مسامحه.....	۱۲۲
گفتار پنجم: تدلیس ثالث.....	۱۲۳
مبحث سوم: عملیات فریبنده مدلس.....	۱۲۷
گفتار اول: عنصر مادی تدلیس.....	۱۲۷
۱- کردار: (- عمل مثبت، تدلیس فعلی).....	۱۲۷
۲- گفتار (تدلیس قولی).....	۱۳۰
۳- حفظ سکوت (تدلیس سلبی).....	۱۳۲
گفتار دوم: عنصر روانی تدلیس.....	۱۳۶
۱- قصد مدلس.....	۱۳۷

- ۲- تفاوت تدلیس ممنوع و ترغیب مجاز (نقش عرف) ۱۴۰
- مبحث چهارم: فریب خوردن مدلس ۱۴۳
- گفتار اول: تأثیر در وضع روانی مدلس ۱۴۳
- گفتار دوم: تأثیر در وضع دارایی مدلس ۱۴۵
- مبحث پنجم: عمل فریبنده ۱۴۶
- گفتار اول: زمان فریبکاری ۱۴۶
- گفتار دوم: لزوم ارتکاب کار فریبنده ۱۴۷
- گفتار سوم: آیا سکوت به عمد از کارهای فریبنده است ۱۴۸
- گفتار چهارم: فریب باید عمدی باشد ۱۴۹
- گفتار پنجم: کار فریبنده باید منسوب به طرف قرارداد باشد ۱۴۹
- گفتار ششم: کفایت فریب عمدی ۱۵۰
- گفتار هفتم: لزوم تأثیر فریب ۱۵۱
- گفتار هشتم: معیار تمیز فریب شخصی است یا نوعی ۱۵۲

فصل چهارم: تدلیس و نهادهای مشابه

- مبحث اول: تدلیس و قاعده غرور ۱۵۷
- گفتار اول: مقایسه عناصر تدلیس و غرور ۱۵۷
- گفتار دوم: اثر تدلیس و غرور ۱۵۸
- گفتار سوم: تفاوت آثار تدلیس و غرور ۱۵۹
- گفتار چهارم: شرایط مختص تدلیس ۱۵۹
- مبحث دوم: تدلیس و اشتباه ۱۶۰
- گفتار اول: مقایسه مفهوم و عناصر غرور و تدلیس با اشتباه ۱۶۱
- گفتار دوم: مقایسه آثار غرور و تدلیس با اشتباه ۱۶۳
- مبحث سوم: تدلیس و عیب ۱۶۴
- مبحث چهارم: تدلیس و غبن ۱۶۵
- مبحث پنجم: تدلیس و تخلف از شرط صفت ۱۶۶
- مبحث ششم: موارد تدلیس در حقوق جزا ۱۶۷
- گفتار اول: آیا تدلیس مترادف با کلاهبرداری است؟ ۱۶۹
- گفتار دوم: سابقه تاریخی کلاهبرداری ۱۷۰
- گفتار سوم: بررسی ریشه کلاهبرداری ۱۷۳

گفتار چهارم: مبانی فقهی کلاهبرداری ۱۷۵

فصل پنجم: آثار و ضمانت اجرا

مبحث اول: خسارات ناشی از تدلیس ۱۸۳

مبحث دوم: ضمانت اجرای تدلیس ۱۸۴

مبحث سوم: ضمانت اجرای تدلیس در حقوق جزا ۱۸۵

مبحث چهارم: خیار تدلیس فوری است ۱۸۶

مبحث پنجم: اثر حقوقی تدلیس ۱۸۷

نتیجه‌گیری ۱۸۸

فهرست منابع ۱۹۱

منابع فارسی ۱۹۳

منابع عربی ۱۹۴

مقدمه

مباحث حقوقی یکی از مباحث به روز دنیا می باشد، چون در زندگی مدرن امروزی بعضی مواقع تشخیص اتهام و متهم و محق کار بسیار مشکلی است به همین خاطر به مباحث حقوقی اهمیت زیادی داده می شود. شاید به خاطر اینکه گره هایی از زندگی انسان امروز باز کرده و حمایتی از صاحب حق برای احقاق حق خودش می کند.

در این راستا تنها مباحثی که در کشورهای اسلامی به یاری حقوق می آیند مباحث فقهی است از این بابت که بسیاری از مواد قانونی در این کشورها نشأت گرفته از فقه می باشد و فقه به خاطر پشتوانه قوی که شامل قرآن، سنت و روایت معصومین^(ع) دارد کسی نمی تواند آن را زیر سؤال برده یا خرده بگیرد.

یکی از مباحث مهم که در این مجموعه به آن پرداخته شده بحث تدلیس می باشد. تدلیس در لغت از دلس گرفته شده است و به معنای حيله و نیرنگ و فریبکاری می باشد. خیار تدلیس در بحث معاملات بسیار کاربرد دارد هر چند در مسایلی مثل نکاح هم مطرح می شود ولی عمده استفاده آن در معاملات است.

امروزه بسیاری از مردم با واژه تدلیس غریبه اند ولی با لفظ کلاهبرداری بسیار آشنا هستند. عملاً تدلیس نوعی از کلاهبرداری است ولی به معنای خاص تر.

هرگاه فردی بتواند ثابت کند که در یک معامله او را فریب داده اند و حقایق کتمان شده و طرف متضرر گردیده از طریق استناد به خیار تدلیس حق فسخ معامله را داشته و می تواند ادعای ضرر و زیان نماید و فقه و قانون حقوقی هر دو به این فرد حق داده و به او کمک می کنند که به حق خود برسد.

به نظر این حقیر یکی از مباحث پرکاربرد در مراجع قضایی بحث کلاهبرداری می باشد که خیار تدلیس را در دل خود دارد.

ان شاء الله بتوانم در این مجموعه پیش‌رو به‌طور کامل خیار تدلیس را توضیح بدهم و مقایسه‌ای با مفاهیم مشابه داشته باشم.

با توجه به منابع محدود موجود در مجموعه علمی کشور و همچنین نهایت سعی و تلاش به عمل آمده توانسته‌ایم بررسی خیار تدلیس در فقه امامیه را که موضوع کتاب حاضر می‌باشد در قالب پنج فصل و مباحث و گفتارهای مربوطه بیان نماییم.

توضیح آنکه موضوعات مطروحه در فصل اول در خصوص بیان مفاهیم و تعاریف تدلیس اعم از لغوی و اصطلاحی از نظر فقه و حدیث و عرفان می‌باشد و در فصل دوم قلمرو کاربرد تدلیس و جایگاه آن در قواعد فقهیه و همچنین پیشینه کاربرد فقهی تدلیس در نظام‌های حقوقی مختلف را مورد بررسی قرار داده‌ایم. ادامه‌ی بررسی در فصل سوم با ذکر شرایط و ارکان تدلیس و توضیحات مربوطه پیگیری شده است و در فصل چهارم تدلیس و نهادهای مشابه نظیر غرور، اشتباه، غبن، عیب و تخلف از شرط صفت بررسی و نتیجه‌گیری شده است و نهایتاً در فصل پنجم آثار و ضمانت اجرا در غالب بررسی خسارت ناشی از تدلیس و بیان ضمانت اجرای تدلیس در حقوق جزا و همچنین فوریت خیار تدلیس طرح و بررسی شده است.

من الله توفیق

مریم پوربابایی

زمستان ۱۳۹۶

فصل نخست

مفاهیم و تعاریف

مبحث اول: مفهوم لغوی تدلیس

تدلیس از اصطلاحات فقهی و حقوقی است که غالباً مصایق آن روشن‌تر از مفهوم واژه‌ای آن به اذهان متبادر می‌شود و به این منظور برای بررسی این واژه نگرشی به ریشه‌ی آن که یک کلمه‌ی عربی است خواهیم داشت.

تدلیس مصدر باب تفعیل از سه حرف اصلی (د-ل-س) مشتق می‌باشد که ریشه دگس به معنای ظلمت و تاریکی است^۱ و خود کلمه تدلیس به معنای پنهان کردن عیب متاع بر خریدار^۲، پوشیدن عیب کالا بر خریدار، کتمان عیب بر مشتری و... از این قبیل آمده است. ولی آنچه که در اکثر کتب معتبر لغت عرب آمده است؛ خدعه، اخفاء العیب (مخفی کردن عیب)، کَتَمَ عَيْبٌ مَبِيعَةٍ عَنِ الْمَشْتَرِي، نیرنگ، چرب‌زبانی، چاپلوسی و فریب می‌باشد^۳.

معلم بطرس السبتانی در کتاب قاموس مطول خود چنین بیان می‌دارد که: ربما أُستعمل الکتمان مطلقاً و الخداع...؛ یعنی چه بسا این کلمه برای هر نوع کتمان کردن استعمال شود و تنها برای پوشیده داشتن عیب کالا نباشد و در ادامه می‌فرماید: به طور کلی تدلیس همان خدعه و نیرنگ کردن است که حریری در رساله سمرقندیه بدان اشاره کرده است^۴.

مبحث دوم: بررسی تطبیقی واژه تدلیس^۵

تدلیس در زبان یونانی Dolos خوانده می‌شود^۶ و از این رو برخی عقیده دارند که کلمه تدلیس با توجه به اشتراک سه حرف بی‌صدا در هر دو زبان (د-ل-س/ d-l-s)

۱ ابن منظور، لسان العرب؛ دهخدا، لغت نامه دهخدا.

۲ صفی‌پور، منتهی‌الارب فی اللغة العرب؛ الشیخ الطریحی، مجمع‌البحرین، ص ۱۴۶؛ الزبیدی، تاج‌العروس؛ فیروزآبادی، القاموس المحیط؛ مسعود، فرهنگ راند، ترجمه رضا انزایی نژاد؛ ج ۱؛ سیاح، لغت نامه؛ ج ۱؛ مهیار، المنجد الابعدی.

۳ همان منابع.

۴ البستانی، محیط‌المحیط قاموس مطول.

۵ کاتوزیان، تحولات حقوق خصوصی، ص ۲۷۹.

۶ A history of Islamic law, N. J. Coulson, به نقل از دکتر کاتوزیان، چاپ ادینبورگ؛ سال ۱۹۶۴، ص ۲۸.

از یونانی به عربی راه یافته است. پرفسور شاخت^۱ در کتاب *قانون اسلام*^۲ می‌نویسد: «فعل عربی دَلَس ... از کلمه لاتین Dolus آمده است. این کلمه گرچه در اوان اسلام از طریق مراودات تجاری وارد زبان عربی شد ولی در مراحل اولیه حقوق اسلامی به عنوان اصطلاح حقوقی به کار نمی‌رفت».

تدلیس در زبان فرانسه ledol خوانده می‌شود که مأخوذ از ریشه‌ی لاتین است و در زبان انگلیسی Fraud گفته می‌شود. البته در حقوق فرانسه اصطلاح La Fraude به کار می‌رود که معنای تدلیس است که پس از انعقاد عقد صورت پذیرد. جنبه‌ی جزایی تدلیس در حقوق فرانسه تحت مفهوم Escroquerie درمی‌آید که به اصطلاح جزایی حقوق ایران، کلاهبرداری معنا می‌دهد.

مبحث سوم: مفهوم اصطلاحی تدلیس

معانی اصطلاحی تدلیس در شاخه‌های مختلف علوم اسلامی مانند فقه، حدیث، عرفان و ... را در این مبحث مورد بررسی قرار می‌دهیم تا به وضوح روشن گردد که چه همگونی میان معنای لغوی و اصطلاحی این واژه موجود است.

گفتار اول: تدلیس از نظر فقه

در اصطلاح فقهی برای این واژه معانی متفاوتی آمده است مانند: عیب متاعی را پوشاندن چنانچه مشتری متوجه نشود^۳ (التدلیس فی البیع: کتمان عیب السلعه عن المشتري) در فقه و حقوق اسلامی در باب تدلیس مثالی که به کثرت استعمال می‌شود درباره‌ی تدلیس ماشطه است؛ به معنای (نیرنگ زن آرایشگر) و در اصطلاح حمل بر این می‌شود که زن زشت را زیبا نمایند تا شوهرش به وی راغب شود^۴. مثل به کار بردن مواد آرایشی یا رنگ مو یا موی غیر (پوستیژ) برای زیبا نمایاندن زن و نیز تدلیس عبارت از این است که

۱ J shacht.

۲ *An introduction to Islamic law*, j-shacht، به نقل از کتاب تحولات حقوق خصوصی، چاپ اکسفورد، سال

۱۹۶۴ ص ۹.

۳ انیس، المعجم الوسیط: ج ۱؛ جبران مسعود، الرائد: ج ۲؛ ابن منظور، لسان العرب.

۴ حلی، شرائع الاسلام، ص ۸۴.

عاقده نسبت به مورد عقد صفت کمالی را اظهار کند که در آن نباشد و در این رابطه شیخ مرتضی انصاری در شرح /ارشاد ضمیمه مکاسب^۱ در تعریف تدلیس می‌فرماید: «هو اظهار صفة الکمال فی المرأه مع انتفائها عنها او اخفاء الصفة نقص»؛ یعنی بیان کردن صفت کاملی در زن درحالی که آن زن فاقد آن وصف باشد و یا مخفی داشتن نقصی که وی دارد البته این تعریف شیخ بیش‌تر در باب نکاح جاری است ولی به هر حال به معنای عام نزدیک است.

در فرهنگ اصطلاحی چنین بیان می‌شود که بر اثر تدلیس حقیقت امر را می‌پوشانند تا غیر از آنچه هست آن را بنمایانند. این تعریف کامل‌ترین بیان در باب تدلیس است که به‌طور کامل حق مطلب را ادا نموده است و علامه در شرح تبصره آن را فرموده است.^۲

در فقه اسلامی، خواه سنت و خواه شیعه، مواردی هست که نشان می‌دهد عملی مثبت سبب تدلیس می‌شود برای تقریب هرچه بیش‌تر مطلب به ذهن به مواردی از آن اشاره می‌گردد:

- یکی از موارد تصریه است. تصریه از ریشه صَرَبَ، صَرَبَی، صَرَبَی به معنای زیاده‌اندن و دگرگون شدن و گرد آمدن است و آن هنگامی است که شخصی حیوان شیرده خود را برای مدتی، مثلاً دو یا سه روز ندوشیده تا زمان فروش، شیردهی آن را بیش‌از واقع وانمود سازد. که در این صورت حیوان را مُصْرَاح می‌خوانند به عبارتی معتقد ساختن خریدار است به این که حیوان برای خدمتی مناسب است، درحالی که خود فروشنده می‌داند حیوان از عهده آن خدمت بر نمی‌آید و این تدلیس است. پس فروشنده صفت کمالی را در حیوان می‌نمایاند و می‌رساند که حیوان بیش‌از آنچه هست کارآیندی دارد درحالی که این نمود حقیقت ندارد و بنابراین عنصر تدلیس پدید می‌آید. تصریه هم در فقه اهل سنت و هم در فقه شیعه سبب تدلیس می‌شود با این تفاوت که در فقه سنت حرمت تصریه مبتنی بر حدیث نبوی است درحالی که در فقه شیعه حدیثی از سلسله روایات اهل مذهب در دست نیست و مستند حکم در مورد گوسفند اجماع

۱ انصاری، شرح /ارشاد، ضمیمه مکاسب، ص ۳۸۹.

۲ حلی، شرح تبصره: ج ۱، ص ۳۶۴.

فقهها است.^۱ در سایر حیوانات، اهل سنت شتر را نیز در متن حدیث همراه با گوسفند ذکر کرده و دیگر حیوانات شیرده را، یا از راه بعض اخبار دیگر یا از راه قیاس، مشمول حکم می‌دانند اما در فقه شیعه نظر غالب فقها بر این است که تصریه در مورد گاو و شتر نیز صادق است و حتی ابن جنید آن را بر همه حیوانات تعمیم می‌دهد مع‌هذا می‌توان گفت از راه وحدت ملاک، تصریه در مورد هر حیوان شیردهی که شیرش موردنظر باشد موجب تدلیس می‌شود.^۲

- مورد دیگر غش‌الخفی است که خدعه‌ی پنهان و آمیختن مبیع با جنس پست‌تر است بدون آنکه در ظاهر آن تغییری پدید آید مانند آمیختن شیر با آب و یا حتی سردکردن حریر به‌منظور افزایش وزن آن که باعث شود جنس بهتر و زیباتر بنماید همه از موارد تدلیس است.^۳

- مورد دیگر درباره‌ی ازدواج است که فقها مبحثی را به تدلیس اختصاص می‌دهند که بعضی از شقوق آن به شرط برمی‌گردد و بعضی دیگر به اخفای عیبی که سبب تدلیس می‌شود که در فصول آتی بدان اشاره خواهیم کرد.

گفتار دوم: تدلیس از نظر حدیث

تدلیس در حدیث به‌معنای پنهان کردن اسناد حدیث است (اقرب‌الموارد المنجد)؛ «تدلیس در اسناد عبارت است از این‌که از شیخ بزرگی حدیث خوانی درحالی‌که خود او آن شخص را ندیده باشد و یا از کسی حدیث شنیده باشی که در مرتبه‌ی مادون است و یا خود او هم از کسی شنیده باشد که شیخ گفته و در تاریخ حدیث هم عده‌ای از ثقات چنین کرده‌اند»؛^۴ (قال الزهري: وَ مِنْ هَذَا أَخَذَ التَّدْلِيسُ فِي الْأَسْنَادِ وَ هُوَ أَنْ يَحْدِثَ الْمُحَدِّثُ

۱ سنه‌وری، مصادرالحق: ج ۲، صص ۱۶۲-۱۶۶.

۲ شهیدثانی، مسالک الافهام: ج ۱، ص ۱۹۴، که شهید اصل حرمت تصریه را مورد اجماع می‌دانند در تعمیم حکم تصریه گوسفند بر گاو و شتر شیخ طوسی ادعای اجماع می‌کند ولی ظاهراً شهید اجماع بر این مورد دارند؛ ولی شیخ عاملی قول غالب فقها بر این تعمیم می‌داند و شهید هم به‌علت مساوات علت موجب خیار و وجود تدلیس آن را محتمل می‌شمارند.

۳ شهیدثانی، شرح لمعه: ج ۲ «الغش الحفی کثوب الفین بالماء و وضع الحریر فی البرورده لیکتسب نقلاً» که در حاشیه آن از حدائق هم ذکری آمده است.

۴ منتهی‌الارب.

عن شیخ الاکبر و قد کانَ رَأَهُ سَمِعَ ما أُسْنَدِلِیه من غیره من دونه ...^۱

به هر حال تدلیس در نظر محدثان عبارت است از این که راوی اسناد حدیث را بیندازد و این اسقاط چنان ناآشکار باشد که جز کسانی که بر طرف حدیث مطلعند آن را در نیابند و چنین حدیثی را مدلس خوانند و به کسر لام را فاعل این فعل خوانند و مدلس بر سه گونه است:

نخست آنکه فرد نام آن کسی را که حدیث را از او شنیده است بیندازد و به هر حال لفظ را چنان بیاورد که مقتضی اتصال نباشد و چنان وانمود کند که روایت را از کسی که از شیخ شنیده نقل می‌کند و در تدلیس شرط است که مدلس هم عصر کسی باشد که از او حدیث را بیان می‌کند یا او را دیده باشد اما حدیث را از او شنیده باشد.

دوم تدلیس شویه است که راوی ضعیف را از سلسله‌ی حدیث اسقاط کنند چنان که مثلاً راوی، حدیثی را از شیخی ثقه نقل کند و آن ثقه حدیث را از راوی ضعیف شنیده باشد آنگاه مدلس نام راوی ضعیف را از سلسله‌ی سند حذف کند و حدیث را به ثقه‌ی دیگری که قبل از ضعیف است اسناد دهد.

سوم تدلیس شیوخ است چنانکه مدلس شیخ خود را که حدیث از او شنیده است به نامی به غیر از آنچه بدان معروف است بنامد چنانکه شخص شناخته نشود.^۲ بنابراین می‌توان چنین بیان داشت که تدلیس در حدیث؛ یعنی حدیث ضعیف را به گونه‌ای بیان کردن که ضعف آن مخفی بماند و به جز صاحب نظران و افراد مطلع در علم حدیث، شخص دیگری متوجه این امر نگردد.^۳ با اندک عنایتی درمی‌یابیم که این معنا در علم الحدیث فاصله‌ای با معنای لغوی این واژه ندارد و معنایش واضح است.

گفتار سوم: تدلیس از نظر عرفان

در گذشته اسماعیلیان یکی از مراحل دعوت خود را بدین نام، نام‌گذاری کرده بودند و

۱ این منظور، همان.

۲ تهانوی، کشف اصطلاحات الفنون: دوره دو جلدی.

۳ مسعود.

آن عبارت بود از این که ادعا می کردند بزرگان دین و دنیا با آنان هم کیش و هم مرام هستند تا آنکه میل مدعو را در گرویدن بدین فرقه بسیار سازند. و در فرهنگ علوم عقلی در باب عرفان چنین معنا نمودند که: در لباس صلاح، فساد کردن و در زیر جبهه عبادت شرک ورزیدن، تدلیس است.^۱

تدلیس در اصطلاح عرفا در لباس صلاح، فساد کردن و در زیر جبهه عبادت، شرک ورزیدن و عبادات را جهت ارائه‌ی به خلق انجام دادن و ظاهر را آراستن و باطن را تباه کردن است و آن را مفسدت بی شماری است که حافظ می فرماید:

آتش زهد و یا خرمن ایمان را سوخت حافظ این خرقه‌ی پشمینه بینداز و برو^۲

مبحث چهارم: معانی مترادف با تدلیس

گفتار اول: تقلب

از متداول ترین معانی و مفاهیمی که در برخورد با واژه تدلیس به اذهان اهل فن متبادر می شود واژه تقلب است که از ریشه‌ی عربی سه حرف (ق-ل-ب) مشتق می باشد و مصدر باب تفعیل است ریشه این کلمه به معانی متفاوتی بیان شده است که از آن جمله می توان: برگشتن (منتهی الارب، ناظم الاطباء) برگردیدن (المجمل اللغة)، انقلاب و تحول و تغییر و تبدل و ... نام برد تقلب هم به معنای دارای غلّ و غش، نادرستی و دورویی و مکر و حيله و دروغ و نیرنگ و خیانت و نفاق و .. آمده است.^۳

البته کلمه‌ی قلب گاه در معنای عقل و گاه در معنای عضو صنوبری بدن که در سمت چپ قفسه‌ی سینه قرار دارد و از این دست نیز می آید که با معانی مورد نظر ما همسویی چندانی ندارد ولی از آنجا که در قرآن کریم این واژه به کثرت استعمال شده در ذیل به بعضی از آنها اشاره می شود:

۱ دهخدا، لغت نامه، تهرانوی، کشف اصطلاحات الفنون.

۲ حافظ، به نقل از: سجادی، فرهنگ لغات اصطلاحات عرفانی، ص ۱۲۳.

۳ ابن منظور.

الف) قوله: «إِنَّ فِي ذَلِكَ لَذِكْرٍ لِمَنْ كَانَ لَهُ قَلْبٌ»^۱؛ که در اینجا عقل به معنای قلب است (و فی الخبر کذلک یقال: ما قلبک معک ای ما عقلک) و در خبر هم هنگامی که گفته می‌شود: قلبت با تو نیست؛ یعنی عقلت با تو نیست و عاقلانه رفتار نکردی.

ب) قوله: «مَا جَعَلَ اللَّهُ لِرَجُلٍ مِنْ قَلْبَيْنِ فِي جَوْفِهِ»^۲؛ در این آیه شریفه قلب که به صورت مثنی آمده است منظور تفسیر فلسفی و کلامی معنا است که خداوند برای انسان دو قلب که یکی اراده کنند و دیگری بازدارنده باشد در درونش قرار نداده است. به هر صورت آنچه واضح می‌باشد اینکه این قبیل معانی ذکر شده سنخیتی با مفهوم تدلیس ندارد و قلب با همان معانی دگرگونی و تغییر و تبدل بیش‌ترین نزدیکی معنا را با تدلیس دارد به طوری که مصدر تَقَلَّب را هم به: دست انداختن در امور به خواست خود (منتهی‌الارب)، تصرف در کارها به خواهش خود (اقرب‌الموارد)، دورویی نفاق و غل و غش معنا کرده‌اند که ربط منطقی و آشکاری با معنای تدلیس دارد و کامل‌ترین و مختصرترین معنای لغوی تَقَلَّب: «تقلب الشيء تحول عن وجهه و فی الامور تصرف فیها کیف شاء»^۳ متحول کردن صورت و حالت شیء و در کارها تَقَلَّب کردن؛ یعنی هر طور که خواستیم در آن تصرف نماییم و تغییر و تحول ایجاد کنیم.

خود واژه‌ی تَقَلَّب هم در قرآن فراوان به کار رفته است از آن جمله:

الف) قوله: «أَوْ يَأْخُذْهُمْ فِي تَقَلُّبِهِمْ»^۴؛ به معنای در متاجرشان متقلبین هستند، می‌باشد و همان معنای موردنظر را دارد (ای متقلبین فی متاجرهم و أسفارهم).

علامه طباطبایی در تفسیر این آیه چنین فرمودند: بعضی گفته‌اند: فاعل آن عذاب است؛ یعنی عذاب آنان را فراگیرد و کلمه تَقَلَّب به معنای حالی به حالی شدن و تحول مشرکین در مقاصد و اعمال زشتشان و انتقال از نعمتی به نعمت دیگر از نعمت‌های مادی است مانند: سوره‌ی آل عمران / آیه ۱۹۷، آمدو شد کسانی که کافر شدند در شهرها تو را فریب ندهند چه متاعی اندک است که پس از آن جایگاهشان در جهنم

۱ ق/ ۳۷.

۲ احزاب/ ۴.

۳ طریحی، ص ۱۴۶.

۴ نحل/ ۴۶.

خواهد بود و چه بد جایگاهی است. پس مراد از اخذشان به تقلب این می‌باشد که خدا ایشان را در عین سرگرمی و تقلب در گناهان و مکر با خدا و رسول بگیرد و ممکن است به‌این معنا باشد که خدا ایشان را به عین همان نعمت‌ها عذاب کند.^۱

(ب) قوله: «يَقْلَبُ كَفَيْهِ عَلَى مَا أَنْفَقَ فِيهَا»؛ به معنای مالیدن دو دست خود را به حسرت بر آنچه در آن خرج کرد و این آیه درباره شخص پشیمان نسبت به مافات می‌باشد.

(ج) قوله: «تَقْلَبُهُمْ فِي الْبِلَادِ»؛^۲ یعنی تصرفشان در آن (مال التجاره) برای تجارت آنان را غره نکند که خداوند به همه کارها و امور تسلط دارد و محیط است^۳ و پیامبر نباید از جدال آنان ناراحت شود و از مال آنان مغرور نگردد.

(د) قوله: «وَتَقْلَبُكَ فِي السَّاجِدِينَ»^۴؛ درباره پیامبر اکرم (ص) و خطاب برایشان است درباره فرد متعبد که تصرف در قیام و رکوع و سجود و قعود می‌کند.

(ه) قوله: «تَقْلَبُ فِيهِ الْقُلُوبُ وَالْأَبْصَارُ»؛^۵ از آیات در وصف روز قیامت است و برمی‌آید که این تقلب به‌خاطر ظهور حقیقت و کنار رفتن پرده از روی حقایق است در نتیجه این تقلب، دلها و دیدگان در آن روز از مشاهده و رؤیت دنیایی که خاصیتش غفلت است به سوی دیگر منصرف می‌شود.^۶

(و) قوله: «قَدْ نَرَى تَقْلَبَ وَجْهَكَ فِي السَّمَاءِ» می‌بینم برگشتن روی تو را در آسمان^۷ (درباره‌ی تغییر قبله است) و معنای برگشتن و گردیدن می‌دهد و درواقع به همان معنای لغوی آمده است. به هر صورت از آیات همچنین برمی‌آید که تقلب؛ یعنی وارونه جلوه دادن امری و نوعی حيله و دسیسه در امور مختلف است. تقلب در قانون مدنی عملی است حقوقی که مقصود فاعل آن عمل، لطمه زدن به حقوق یا منافع دیگران یا نقض یک قانون است. لازم به ذکر است که نوعی از تقلب که در قانون و حقوق

۱ طباطبایی، المیزان فی تفسیر القرآن، جزء پانزدهم.

۲ کهف/ ۴۲.

۳ غافر/ ۴.

۴ طریحی، همان، باب قلب.

۵ شعراء/ ۲۱۹.

۶ نور/ ۳۷.

۷ طباطبایی، تفسیر المیزان.

۸ بقره/ ۱۴۴.

موضوعه به نام تقلب نسبت به قانون موضوعیت دارد در فقه اسلام بدان تلبیس یا حیل (حیله شرعی) می‌گویند تقلب نسبت به قانون بدین معنا است که انسان با استفاده از یک وسیله‌ی قانونی و صحیح خود را از قید قانون (شرع) خلاص کند. قدمت و سابقه‌ی تاریخی تقلب نسبت به قانون در جامعه از زمانی است که قوانین و دستورالعمل‌های الزامی به‌وجود آمده است. در هر جامعه‌ای، با هر درجه از تمدن و پیشرفت این پدیده خودنمایی کرده است.

رومی‌ها از شش قرن قبل از میلاد آن را شناخته‌اند و قوانین آنان تا شش قرن بعد از میلاد نمونه‌هایی از آن را نشان می‌دهد قبل از رومیان هم این پدیده در بین مردم رایج بوده است و همان‌طور که می‌دانیم داستان اصحاب سبت که قرآن آن را بیان کرده است یک نمونه کامل از تقلب نسبت به قانون است معنای لغوی تقلب در حقوق ما حیله و نیرنگ است.^۱

گفتار دوم: تلبیس و حیل

کلمه حیله در لغت عرب، به معنای مهارت و دقت نظر و قدرت بر تصرف، استعمال شده است. استاد عبدالوهاب بحیری در تعریف حیله و اشتقاق آن چنین می‌گوید: «حیله و حویله، چیز است که به وسیله آن، انسان به یک امر مخفی و پنهان می‌رسد. اکثر موارد استعمال آن در امور ناپسند است و البته گاهی هم در آنچه که در آن حکمت است به کار می‌رود در وصف خداوند متعال گفته شده است: «و هو شدید المحال»؛ یعنی خداوند در خفا به آنچه در آن حکمت است می‌رسد و در همین معنا است که وصف مکر و کید در مورد خداوند به کار رفته است و آلا حضرت حق تعالی از عمل قبیح منزّه است. در عرف اهل لغت استعمال حیله بیش‌تر در طرق خفیه‌ای است که کشف آن احتیاج به تفتّن و زکاء دارد. حیله در لغت و عرف به معنای مکر و خدعه و کید و عملی است که فاعل آن قصد خلاف ظاهر آن را دارد و از نظر اصطلاحی حیله به وسیله متقلبانه، به وسایل خفیه‌ای گفته می‌شود که شخص را

۱ کاشانی، نظریه تقلب نسبت به قانون، صص ۷ و ۱.

۲ ذهنی بک، الحیل المحظور منها و الم شروع، ص ۱۰۷.

موفق به اموری می‌کند که شرعاً یا عرفاً ممنوع است و آن اعمالی است که به‌وسیله‌ی آن محرمات و منهیات را حلال می‌کنند. فقها خروج از تنگنا و مضيقه را اگر به وجه شرعی باشد حيله نامیده‌اند و آن را گریزی شرعی برای کسی که دچار یک حادثه دینی است می‌دانند^۱.

در زبان فرانسه کلمه *Fraude* در لغت به‌معنای حيله و نیرنگ و به‌طور کلی هر عمل خدعه‌آمیز است و از نظر اصطلاحی به‌معنای فرار از قید تکالیف به‌کار رفته است. در کتب فقه نیز در این موارد، کلمه حيله و احتیال را به‌کار برده‌اند و به کثرت، کلمات حيله و احتیال و تدلیس و غش در معانی هم استعمال شده است.

فقها، حيله را به تخلص از حرام و یا فرار از حرام نیز تعبیر کرده‌اند ولی نکته شایان توجه این که در فقه، حيله دارای مفهوم وسیع‌تری از تقلب است و شامل مواردی هم می‌شود که حيله برای فرار از تکلیف صورت نگرفته باشد به‌عنوان مثال می‌توان به موردی که محقق در شرایع آورده است اشاره کرد.

شخصی می‌خواهد با داشتن زن مبادرت به ازدواج مجدد کند زن او برای جلوگیری از اقدام شوهر متوسل به این حيله می‌شود که فرزند کبیر خود را وادار به ازدواج با زن موردنظر شوهر می‌کند. در این صورت شوهر نمی‌تواند (به‌واسطه‌ی نشر حرمت) با این زن ازدواج کند و ازدواج فرزند نیز صحیح و بدون اشکال است^۲.

در این مثال حيله برای فرار از تکلیف نیست. بعضی از فقها موافق حيله هستند و آن را به‌عنوان یک اصل حقوقی که قابل اعمال در کلیه‌ی ابواب فقه است، تلقی کرده‌اند ولی هدف اصلی این بحث همان حيله به‌معنای فرار از تکلیف می‌باشد^۳.

همان‌طور که قبلاً بیان گردید حيله (تقلب نسبت به قانون) هر عملی است که به قصد فرار از اجرای یک الزام قانونی شرعی صورت می‌گیرد و فرق آن با تدلیس ناشی از همین امر است. تدلیس عملی است که برای فریب طرف معامله در انعقاد عقد به کار می‌رود^۴ و

۱ ذهنی بک، *الحیل المحظور منها و المشروع*، ص ۱۰۷.

۲ حلی، کتاب طلاق، ص ۲۰۰.

۳ کلاسانی، همان: ص ۴۰.

۴ برگرفته از مواد ۴۳۸، ۴۳۹ و ۴۴۰ قانون مدنی.

به عبارت دیگر تدلیس در مرحله انعقاد عقد و به منظور برانگیختن طرف معامله و جلب رضای او نسبت به ایجاد عقد به کار می‌رود و حال آن که حيله در مرحله اجرای تعهدات ناشی از عقد و یا سایر تکالیف و الزامات قانونی اعمال می‌شود. ممکن است به وسیله حيله و تقلب یک عقد باشد. مثل معامله به قصد فرار از دین، ولی همین معامله هم، به منظور فرار از تکلیف پرداخت دین به کار می‌رود و ارتباطی به تدلیس ندارد.

بنابراین می‌توان حيله را استفاده از یک وسیله غیرمستقیم برای شانه خالی کردن از بار تعهد و تکلیف دانست. در مثال‌های زیر مفهوم تقلب نسبت به قانون و فرق آن با تدلیس آشکار می‌گردد^۱، تاجری که در پرداخت‌های او توقف حاصل شده و مشرف به ورشکستگی است با انعقاد معاملات به قصد فرار از دین خود را معسر نشان می‌دهد و یا این که اعسار خود را افزایش می‌دهد تا بدین وسیله از اجرای تعهداتی که در برابر طلب‌کاران دارد بگریزد. در این معاملات مقصودی به جز اضرار به دین وجود ندارد و متقلبانه محسوب می‌شود. برای بدهکار در این شرایط دو راه وجود دارد یا به‌طور آشکار از انجام تعهد سرباز زند و یا اینکه مانند مورد مزبور با به کار بردن وسایل غیرمستقیم و حيله، انجام تعهد خود را غیرممکن سازد و این مصداق بارز حيله و تقلب نسبت به قانون است یا این که مثلاً کسی که از شرکت در یک مزایده ممنوع است، با استفاده از نام شخص دیگری در این مزایده شرکت می‌کند و بدین ترتیب درواقع از یک الزام قانونی که ممنوعیت از شرکت در مزایده است شانه خالی کرده است حيله و تقلب گاهی در قلمرو قراردادها به کار می‌رود ولی محدود بر آن نیست و به عنوان یک وسیله غیرمستقیم برای فرار از تکالیف ممکن است دامنه‌ی آن بر کلیه تعهدات توسعه یابد یا حيله همان‌طور که قبلاً بیان گردید همیشه مستلزم فرار از یک الزام قانونی است که فرد با استفاده از وسایل متقلبانه از آن شانه خالی می‌کند و علی‌القاعده عناصری که برای تحقق حيله و تقلب نسبت به قانون ضروری است عبارتند از:

۱- وجود یک الزام قانونی (شرعی)؛

۲- قصد متقلبانه؛

۳- وسیله‌ی مؤثر از نظر قانونی (شرعی) برای به‌کار بستن حيله؛

در این رابطه و دامنه عملکرد حيله در قانون و شرع در ادامه‌ی همین گفتار بحث خواهیم کرد. و اما درباره تلبیس باید بیان کنیم که تلبیس و حیل دو واژه‌ای هستند که همیشه با هم به‌کار می‌روند و هم‌معنا هستند این لغت به‌معنای درآمیختن و پنهان داشتن مکر و عیب از کسی است.^۱

جرجانی در کتاب تعریفات خود چنین بیان داشته است: پوشیدن حقیقت و اظهار خلاف ماهیت چیزی را تلبیس گویند و همچنین بر معنای فریب، حيله، مکر، تزویر، کذب، دروغ، خدعه، ریا، عذر، آرایش، فساد، تکذیب، ناراستی و اغتشاش است.^۲

ریشه این کلمه؛ (ل-ب-س) «لبس» است و به‌معنای شبهه و اشتباه در امری می‌باشد خداوند متعال در قرآن می‌فرماید: «وَلَا تَلْبِسُوا الْحَقَّ بِالْبَاطِلِ»^۳ ای لاتخلطوه به؛ یعنی حق را به باطل نیامیزید و می‌پوشانید. (مخلوط نکنید) - یا می‌توان چنین بیان کرد: حق را به باطل پنهان ندارید. در حدیث چنین آمده است: «فی الحدیث: أَلْعَالِمُ بِزَمَانِهِ لَا تَدْخُلُ عَلَيْهِ أَلْوَابِسُ» ای لاتدخل علیه الشبه؛ یعنی فرد عالم نسبت به زمانش هرگز شبه ندارد (بر او شبهه‌ای داخل نمی‌شود)، «التلبیس کالتدلیس و التخلیط؛ تلبیس نوعی تدلیس و فاسد و خراب کردن چیزی است».^۴

با این وجود تلبیس در فقه دارای جایگاه خاصی نیست بلکه به‌صورت همان حیل مطرح می‌باشد و درواقع زیرمجموعه تدلیس بوده و آن‌چه که مدنظر فقها، در بیان مباحث فقهی است، همان تدلیس است این در حالی است که در عرفان جایگاه این دو عنوان کاملاً برعکس می‌شود که در مبحث بعدی بدان اشاره می‌گردد.

الف- تلبیس از دیدگاه عرفان

از آنجا که لغت تلبیس در عرفان اسلامی از لغات کاربردی است و حتی شاید به‌جرات

۱ صفی‌پور، منتهی‌الارب: ج ۱ و ۲.

۲ جرجانی، تعریفات، منتهی‌الارب.

۳ بقره/ ۴۲.

۴ شیخ طریحی، همان.

بتوان گفت که: تدلیس را هم تحت پوشش خود دارد؛ چراکه اکثر بزرگانی که به جمع‌آوری اصطلاحات عرفانی اهتمام ورزیدند لغت تدلیس را هم به‌طور خاص معنا نکرده‌اند و آن را در ذیل واژه تبلیس تلویحاً بیان نموده‌اند و مدار اصلی بحث را بر مبنای تبلیس قرار داده‌اند. لذا به‌جاست اگر در این مجال ولو مختصری این واژه را که مترادف با تدلیس است مورد بررسی و دقت نظر قرار دهیم:

تبلیس^۱ به فتح اول، در لغت به معنای پنهان داشتن مکر و عیب است از کسی^۲ و در اصطلاح پوشیدن حقیقت و اظهار آن است برخلاف آنچه هست^۳ و به‌طور کلی عنوان چیزی را به‌خلاف تحقیق آن به خلق، تبلیس خوانند.

- خداوند متعال در سوره مبارکه «انعام» آیه شریفه ۹ می‌فرماید: «وَلَلْبَسْنَا عَلَيْهِمْ مَا يُلَبْسُونَ» و جز حق تعالی را این صفت محال باشد که کافر را به نعمت مومن نماید مومن را به نعمت کافر، تا وقت اظهار حکم وی باشد.

هنگامی که کسی خصال محموده را به صفاتی مذموم، بی‌پوشاند می‌گویند تبلیس می‌کند. هجویری در کشف‌المحجوب^۴ گوید: نفاق^۵ و ریا را تبلیس نخوانند هرچند در اصل تبلیس است صاحب لمع^۶ نیز گوید: تبلیس تجلی به شیء است به صفت خودش. جنید (رحمت الله) می‌فرماید: خدای تعالی امتزاج به التباس و اختلاط متلون در احساس کند و آنچه در التباس تغییر پذیرد، در اسرع اوقات مؤاخذه فرماید. انصاری می‌گوید^۷: تبلیس اسمی است دارای سه معنای:

اول: تبلیس حق بر اهل تفرقه و آن تعلیق کاینات است به اسباب و اماکن مانند: سرسبزی زمین در فصل بهار که همه از فعل خدای متعال است و اهل تفرقه که در مجانبه، آن همه را از باران و دانه و بذر و کشت و کار دانند و این از آن جهت است

۱ گوهربین، شرح اصطلاحات تصوف.

۲ صفی‌پور، همان: ج ۱ و ۲.

۳ جرجانی، التعریفات، ص ۵۸.

۴ الهجویری، کشف‌المحجوب، ص ۵۰۷.

۵ جرجانی، التعریفات. نفاق، دورویی و توسل به اهل باطل برای نیل به مراد (با تدلیس قرابت معنا دارد).

۶ طوسی، اللمع فی التصوف.

۷ گوهربین، شرح اصطلاحات تصوف، ص ۱۹۰.

که حق سبحانه تعالی رضا و دست خط خویش را از اهل فصل و وصل و اهل سعادت و شقاوت پنهان دارد.

دوم: تلبیس اهل غیرت است در اخفای اوقات و کتمان کرامات برای صیانت نفس خویش از رعونت و حفظ جمعیت خاطر خود از تفرقه و مزاحمت خلق، از این جهت است که خود را در ظاهر به مکاسب و اسباب مشغول دارند و در اظهار مطالب التباس به آیات و اخبار و نظایر آن نمایند تا احوال باطن‌شان مخفی نماند و خلق روزگار به بواطن و حقایق و احوال معنوی‌شان پی ببرند تا مزاحمتی ایجاد ننمایند و آنان در سلوک با حق و معاینه حق در تمام اشیای فارغ‌البال باشند.

سوم: تلبیس اهل تمکن؛ یعنی انبیا و وارثان آنان است بر اهل عالم از سر ترحم و توسع، چه آنان نیک می‌دانند که اکثر خلق از حق و شهود و افعال او در مجانبه و از انقطاع دنیا و توکل به او عاجزند و در وقوف با حق و صبر و شکیبایی با او سخت ناتوان و درمانده‌اند.^۱

حاصل کلام آنکه غرض صوفیان از این کلمه پوشیدن حقیقت است از غیر یا نامحرمی که از درک آن عاجز باشد، و آن را از صفات الهی دانسته‌اند که همیشه واقعیات و حقایق جهان را از دیده‌ی نامحرمان و غیراهل صلاح پوشیده می‌دارند. اولیاءالله و کاملان هم از این جهت بدین صفت متصف می‌شده‌اند که ناگزیر از پوشیدن حقایق از نابابت بوده‌اند، و اغلب مشایخ این قوم دارای این صفت بوده‌اند و باطن و احوال درون خود و کرامات خویش را از کسانی که منکر بودند و یا درزی این طایفه نبوده‌اند می‌پوشانند، و اغلب برای آن که شناخته نشوند خود را به صورت اهل مکاسب و معاملات درمی‌آورند و یا مطالب خود را به طرز ظاهریان و عالمان دین و اهل استدلال بیان می‌کردند و آن را با آیات قرآن یا احادیث و اخبار و اشعار متقدمین می‌آراستند تا گرفتار معایب آن نشوند و در آثار این طایفه گاهی این کلمه مترادف با لفظ مکر آمده است. روزبهان گوید: مکر، تلبیس است، تلبیس، تحویل است^۲ و

۱ شرح منازل السائرین، ص ۲۵۶ به بعد، به نقل از: گوهرین، شرح اصطلاحات تصوف، ص ۱۹۲.

۲ شطحیات، صص ۵۲۴ - ۳۱۰.

گاهی آن را صفت ابلیس دانسته‌اند و به صورت تلبیس ابلیس نیز آورده‌اند.^۱ می‌بینیم که در عرفان واژه‌ی تلبیس همیشه معنای منفی و زشت حيله کاری و نیرنگ را ندارد و در فرهنگ عرفا همان‌طور که ذکر آن رفت آن را نیک و مثبت نیز می‌پنداشتند ولی در کل این لغت و مصادیق آن در اذهان با همان مفهوم منفی و رایج آن که عمل ناپسندی است، رخنه کرده است که البته از معنای لغوی آن نیز مهجور نمانده است.^۲ با عنایت به تعاریف فوق و نگرش به معنای لغوی تلبیس چنین استنباط می‌شود که لغت تدلیس و معنای آن در باب عرفان بسیار قرابت با واژه تلبیس دارد و درواقع با هم مترادف می‌باشند؛ چرا که تلبیس نمودن^۳، یعنی چیزی را به خلاف حقیقت آن به خلق نشان دادن است. پس تدلیس و تلبیس کاملاً با هم از نظر معنا همسویی دارند و هر دو در عرفان نوعی ریا هستند؛ چون هر فعلی که جهت خودنمایی انجام شود و خالصانه نباشد ریا است و بالجمله می‌توان ریا را ترک اخلاص معنای نمود و در عمل به این مفهوم است که غیر خدا، خدا را لحاظ کنند.^۴

ب- بررسی منابع اصلی فقه اسلام درباره‌ی حيله

حال که با مفهوم کلی و تعاریفات حيله و تلبیس آشنایی حاصل آمد از آن جهت که حیل شرعی نیز مورد بررسی قرار گیرند در مسأله دقیق می‌شویم تا حکم آن نمایان گردد. برای درک عقیده‌ی اسلامی در باب حيله، به ترتیب منابع اصلی فقه اسلام که عبارتند از قرآن، اخبار و همچنین فتاوی عمده‌ی فقهای اسلام را مورد بررسی قرار می‌دهیم و دلایلی را که مخالفین و موافقین صحت حيله بدان استناد کرده‌اند مقایسه می‌کنیم:

● قرآن: در کلیه‌ی حقوق مذهبی، به خصوص مذهب اسلام، احکام و مقررات دارای مبانی اخلاقی می‌باشند.^۴ حق و تکلیف ارتباط کامل به اخلاق داشته و به منظور تعالی

۱ بزرگان به کثرت درباره تلبیس بیاناتی فرمودند که برای اطلاع بیش‌تر به کتاب «امالی پیرهرات» ارجاع داده می‌شود.

۲ سجادی، همان: صص ۱۳۴ و ۲۴۰.

۳ سجادی، همان‌جا.

۴ کاشانی، همان: ص ۱۶.

و تکامل انسان وضع می‌شوند و این هدفی است که علاوه بر تنظیم معاش و روابط اجتماعی مردم، مورد نظر شارع اسلام بوده است.

در این شرایط توجه شریعت اسلام به مسأله حيله، امری طبیعی و درعین حال ضروری است؛ زیرا بنای حيله بر سوءنیت و کذب و تظاهر است درحالی که راستی و اخلاص در عمل، از شعار اسلامی است و مبارزه با دروغ و ریا و نفاق، از هدف‌های دین اسلام است.

برهمن اساس می‌توان به آیات متعددی از قرآن کریم بر بطلان حيله استناد کرد. ولی غیر از این قبیل آیات که بعداً مورد بررسی قرار می‌دهیم قرآن کریم در قضیه «اصحاب سبت»^۱ با حيله مخالفت کرده است و مفسرین و فقها داستان مزبور را دلیل بطلان حيله دانسته‌اند. این قضیه در آیات ۱۶۳ تا ۱۶۶ از سوره‌ی اعراف و نیز آیات ۶۵ و ۶۶ از سوره‌ی بقره و آیه ۱۵۴ از سوره‌ی نسا بیان شده است. لذا نخست آیات مزبور و سپس ترجمه آن با توجه به تفاسیر معتبر بیان خواهد گردید.

سوره اعراف: آیات ۱۶۳-۱۶۶:

«وَسَأَلُهُمُ عَنِ الْقَرْيَةِ الَّتِي كَانَتْ حَاضِرَةَ الْبَحْرِ إِذْ يَعْدُونَ فِي السَّبْتِ إِذْ تَأْتِيهِمْ حِثَانُهُمْ يَوْمَ سَبْتِهِمْ شُرْعًا وَ يَوْمَ لَا يَسْبِتُونَ لَا تَأْتِيهِمْ كَذَلِكَ نَبْلُوهُمْ بِمَا كَانُوا يَفْسُقُونَ وَإِذْ قَالَتْ أُمَّةٌ مِنْهُمْ لِمَ تَعِظُونَ قَوْمًا اللَّهُ مُهْلِكُهُمْ أَوْ مُعَذِّبُهُمْ عَذَابًا شَدِيدًا قَالُوا مَعذِرَةٌ إِلَى رَبِّكُمْ وَلَعَلَّهُمْ يَتَّقُونَ فَلَمَّا نَسُوا مَا ذُكِّرُوا بِهِ أَنْجَيْنَا الَّذِينَ يَنْهَوْنَ عَنِ السُّوءِ وَأَخَذْنَا الَّذِينَ ظَلَمُوا بِعَذَابٍ بَئِيسٍ بِمَا كَانُوا يَفْسُقُونَ فَلَمَّا عَتَوْا عَنْ مَا نُهُوا عَنْهُ قُلْنَا لَهُمْ كُونُوا قِرَدَةً خَاسِئِينَ».

سوره بقره آیات ۶۶-۶۵:

«وَلَقَدْ عَلِمْتُمُ الَّذِينَ اعْتَدَوْا مِنْكُمْ فِي السَّبْتِ فَقُلْنَا لَهُمْ كُونُوا قِرَدَةً خَاسِئِينَ فَجَعَلْنَاهَا نَكَالًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهَا وَمَا خَلْفَهَا وَمَوْعِظَةً لِّلْمُتَّقِينَ».

سوره نساء آیه ۵۴:

«وَرَفَعْنَا فَوْقَهُمُ الطُّورَ بِمِثْقَالِهِمْ وَ قُلْنَا لَهُمْ ادْخُلُوا الْبَابَ سُجَّدًا وَ قُلْنَا لَهُمْ لَا تَعْدُوا فِي

۱ این اصطلاح در آیه ۱۴۷ از سوره نساء به کار رفته است.

السَّبْتِ وَ أَخَذْنَا مِنْهُم مِّيثَاقًا غَلِيظًا».

مفاد آیات به فارسی چنین است:

ای پیغمبر از سرگذشت قریه‌ای که در کنار دریا بود و ساکنین آن روز شنبه از حدود الهی تجاوز می‌کردند پرسش کن. این عده روزهای شنبه از صید ماهی ممنوع بودند، در این روز، ماهی‌ها به فراوانی به ساحل می‌آمدند درحالی‌که روزهای دیگر وضع بدین منوال نبود.

همین امر وسیله‌ی آزمایش نیروی اراده و توانایی ایشان در ارتکاب منهیات قرار گرفت از ابن عباس روایت شده که اهل این قریه برای این که به‌طور آشکار حرمت روز شنبه را نقض نکنند، به این حيله متوسط شدند که: حوض‌هایی در کنار دریا ایجاد کرده به‌طوری که ماهی‌ها به درون آن روان می‌شدند بدون این که امکان بازگشت برای آنها باشد و روز یک‌شنبه این ماهی‌ها را صید می‌کردند. و با این حيله، ظاهراً حرمت روز شنبه را حفظ می‌کردند!

به‌هرحال عده‌ای از مردم این قریه کسانی را که دست به این حيله می‌زدند نهی می‌کردند و گروه دیگری به اینان که نهی از حيله می‌کردند می‌گفتند چرا کسانی را که خداوند هلاک خواهد کرد، یا عذاب شدیدی بر آنان نازل می‌کند موعظه و نصیحت می‌کنید.

ولی کسانی که با ارتکاب حيله مخالفت ک‌کرده و از آن نهی می‌کردند می‌گفتند: ما با نهی این مردم از ارتکاب حيله، به تکلیف خود عمل می‌کنیم که عذری نزد خداوند خود داشته باشیم. و نیز امید آن داریم که اینان تقوی پیشه ساخته و از این عمل دست بردارند ولی سرانجام چون اهل قریه تذکر و موعظه را فراموش کردند و از ارتکاب معصیت (حيله) دست‌بردار نبودند خداوند کسانی را که از این عمل سوءنهی می‌کردند نجات داد و کسانی را که ظلم کردند به‌علت گناه و تجاوز

۱ طبرسی، تفسیر مجمع‌البیان، ج ۴، ص ۴۹۳؛ تفسیر البرهان روایاتی از حضرت علی‌بن‌ابی‌طالب و امام حسن عسگری و علی بود ابراهیم نقل کرده که مشعر بر حيله اصحاب نسبت بر کیفیت مزبور است و نیز صاحب جواهر در باب طلاق به‌نقل از امام حسن عسگری عمل قوم مزبور را به‌عنوان حيله ذکر کرده است و نیز در سایر تفاسیر معتبر هم در این باره توضیح داده‌اند (به‌نقل از: کاشانی، تقلب نسبت به قانون، ص ۱۷).

به عذاب شدیدی دچار ساخت. عذاب آنان این بود که خداوند آنان را بوزینگان مطرود قرار داد.^۱

این مفاد آیاتی بود که در قضیه اصحاب سبت در قرآن کریم وارد شده است، جمهور مفسرین، از این آیات استفاده حیلہ کرده‌اند و آن را ناظر بر حیلہ‌ی «اصحاب سبت» دانسته‌اند.^۲ دقت در شأن نزول آیات، صحت نظر مفسرین را که مستند به روایات ائمه اطهار و مفسرین بزرگی چون ابن عباس است ثابت می‌کند؛ زیرا قرآن کریم معمولاً در قضایایی که به مناسبت معاصی اقوام مختلف نقل شده گناه معینی را به هریک از آنان نسبت داده است.

بنابراین اگر در قضیه اصحاب سبت، مسأله حیلہ و تقلب آنان در کار نبود و اهل قریه، روز شنبه مستقیماً مبادرت به صید ماهی کرده بودند مطلب تازگی نداشت و حکمت این مجازات شدید برای مطلق ارتکاب گناه روشن نبود. این مجازات شدید حکایت از حیلہ قوم مزبور که صرف‌نظر از ارتکاب گناه امر مذموم و ناپسندی است دارد و نشان می‌دهد که تنها حیلہ، حلال مشکل نیست بلکه چیزی بر گناه و معصیت می‌افزاید. فقها نیز در مباحثی که از حیلہ سخن گفته‌اند به قضیه «اصحاب سبت» توجه داشته‌اند و بعضی از آنان نیز قضیه را از ادله حرمت حیلہ دانسته‌اند.^۳

در آیات ۶۵ و ۶۶ از سوره بقره و ۱۵۴ سوره نساء به تجاوز اهل قریه به حرمت روز شنبه اشاره شده است و از این امر استفاده می‌شود که: هرچند این قوم به حیلہ متوسل شدند و به‌طور مستقیم نقض قانون نکردند ولی حیلہ، مؤثر در تصحیح عمل آنان نبوده و عمل آنان به‌عنوان تجاوز به حدود الهی قابل مجازات است.

به‌هرصورت از آنجا که بیان این قضیه در قرآن کریم به‌جهت داستان‌سرایی و نقل تاریخ نبوده است، در استنتاج حکم حیلہ در فقه اسلامی، باید قضیه «اصحاب سبت» و احکامی که بر آن مترتب است مورد نظر قرار گیرد و گرنه با تجویز حیلہ چگونه درس عبرتی گرفته‌ایم و چه اثری دارد؟!

۱ کاشانی، ص ۱۷.

۲ صاحب تفسیر فی ظلال القرآن تصریح بدین امر کرده است. رجوع شود به اعلام‌الموعین، ج ۳، ص ۲۰۹.

۳ بحرانی، حدائق‌الناظرة، باب طلاق، ص ۳۳۴؛ المغنی ابن قدام، باب ربا، ص ۴۳.

بررسی سایر آیات قرآن کریم نیز نشان می‌دهد که حيله و تقلب مورد تصویب شارع اسلام نیست و از جمله آیاتی که ارزش و اعتبار عمل انسان را منوط به انگیزه و اخلاص نیت او دانسته‌اند، دلایل قطعی بر بطلان حيله هستند؛ زیرا حيله و تقلب مبتنی بر سوءنیت هستند درحالی که این آیات حسن نیت و اخلاص عمل را شرط پذیرفتن آن دانسته‌اند.^۱

بر بطلان حيله می‌توان به آیه ۲۳۱ از سوره بقره که به نظر می‌رسد اصولاً ناظر به حيله است استناد کرد که می‌فرماید: «وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا» یعنی آیات و احکام خداوند را به بازیچه نگیرید و به غیر از مورد آن نکشانید تا آنها را عبث و بیهوده نمایید. به هر صورت تصریحات این آیات همگی مبین این نکته‌اند که حيله به طور قطع باطل است.

● اخبار: در احادیث نبوی و روایات دلایل آشکاری بر بطلان حيله وجود دارد. دو حدیث مشهور «انما الاعمال بالنیات» و «انما لكل امرء ما نوى»^۲ را باید سرلوحه‌ی این احادیث ذکر کرد و چون حيله اساساً بر سوءنیت و بی‌اثر ساختن قانون استوار است و با حسن نیت قابل جمع نیست پس احادیث بر بطلان آن دلالت دارند.^۳ حدیث دیگری که از طریق عامه و خاصه از نبی اکرم (ص) نقل شده حکایت از عدم جواز حيله دارد: «یأتی علی الناس زمان یتحلون الربا بالبیع»؛ یعنی روزگاری به این امت فرامی‌رسد که با توسل به بیع، به خیال خود ربا را حلال می‌کنند. این جمله قسمتی از خطبه‌ی حجة الوداع است که تصریحات واضحی بر منع حيله در آن وجود دارد و اصل معنای آن چنین است: «بی‌جهت و بدون آن که اعمال مثبتی انجام داده باشند آرزوی رحمت خدا را می‌کنند و خود را از قهر و انتقام الهی در امان می‌پندارند. شراب را به عنوان نبیند و رشوه را به عنوان هدیه و ربا را به عنوان بیع می‌خورند اگر هیچ دلیل دیگری در نصوص و مقررات اسلام بر بطلان حيله وجود نداشت همین

۱ نساء/ ۱۲۴؛ توبه/ ۷ و ۱؛ مائده/ ۲۷؛ انبیاء/ ۹۴.

۲ طوسی، کتاب طلاق، مساله ۶۰؛ المبسوط سرخی، ج ۳۰، ص ۲۰۹.

۳ ابن قیم می‌گوید: این حدیث به تنهایی برای بطلان حيله کافی است و در کتاب صحیح بخاری نیز در باب فی الحیل امام احمد بن حنبل به این حدیث استناد کرده گفته است: از این حدیث ابطال حیل استنباط می‌شود.

حدیث نبوی برای ابطال آن کافی بود.^۱ در خبر دیگری از نبی اکرم (ص) نقل شده است: «لعن الله الیهود، حرّم علیهم الشحوم فباعوها و اکلوا اثمانها»؛ یعنی حيله‌ی آنان این بود که چون چربی‌ها بر آنان حرام شده بود، آن را می‌فروختند و از پول آن استفاده می‌کردند. شیخ طوسی در کتاب خلاف خود بدان اشاره فرمودند و فقها از این حدیث یک قاعده کلی استخراج کرده‌اند بدین بیان که «إِذَا حَرَّمَ شَيْئاً حَرَّمَ ثَمَنَهُ»؛ یعنی خداوند هنگامی که چیزی را تحریم نماید بهای حاصل از فروش آن را نیز حرام کرده است.

بر ممنوعیت حيله روایات متعددی از ائمه اطهار در باب فرار از زکات نیز نقل شده است و در این روایات همچنین حيله برای فرار از پرداخت زکات را بی‌اثر و باطل دانسته‌اند که بزرگان چون ملا احمد نراقی در مستندالشیعه و دکتر عبدالسلام ذهنی بک در کتاب الحیل المحظور منها و المشروع بدان تصریح کرده‌اند.

● **فتاوی:** مسأله حيله از قدیم‌الایام در فقه اسلام مورد بحث و بررسی بوده است و به‌مناسبت موارد متعددی که در ابواب فقه از حيله وجود داشته، بعضی از فروغ آن را مورد بررسی قرار داده‌اند. برای مثال در باب ربا، از تخلص از ربا بحث شده و به همین مناسبت از صحت و بطلان حيله گفتگو به‌میان آمده است. و در کتب فقهی بیش‌تر در باب ربا و شفعه و طلاق مطرح شده است هرچند موافقین صحت حيله بخصوص در فقه امامیه فراوانند، ولی مخالفین حيله هم شمار کمی ندارند و فقهای بزرگ، فتاوی را بیان داشته‌اند که در بحث موافقین و مخالفین حيله، در ادامه‌ی همین بحث اشاراتی خواهیم کرد.

ج- عناصر تشکیل‌دهنده حيله

عناصر تشکیل‌دهنده‌ی حيله عبارتند از:

- ۱- وجود یک الزام شرعی (قانونی)؛ ۲- قصد متقلبانه؛ ۳- وسیله فرار مؤثر از نظر شرع (قانون) که هریک را جداگانه مورد بررسی قرار خواهیم داد.

● **وجود یک الزام شرعی (قانونی):**^۱ زندگی اجتماعی موجد تکالیف و الزاماتی برای انسان است. فردی که در اجتماع به سر می برد همان طور که مزایا و مواهب زندگی اجتماعی بهره مند است ناگزیر است بار امانتی را که جامعه بر او تحمیل می کند به دوش کشد. این الزامات گاهی دارای جنبه اخلاقی (دینی) است و بدون آنکه قدرتی ضامن اجرای آن باشد رعایت احترام آنها از فرد خواسته شده است. غیر از تکالیف اخلاقی الزامات دیگری وجود دارند که قوانین موضوعه هر مملکت اجرای آن را بر کلیه افراد جامعه واجب ساخته است. همین واجبات و الزامات است که در شرع و به تبع آن قانون نیز محدودیت هایی را برای افراد به بار می آورد که برای رهایی از آن، به انواع حيله و تقلب متوسل شود به عنوان مثال: در موردی که دو نفر در مال غیر منقولی شریک هستند و یکی از آنها سهم خود را به دیگری (شخص ثالثی) می فروشد، برای شریک حق اخذ به شفعه را شرع و قانون پیش بینی کرده است و حق شفعه از آنجا که یک قاعده ی الزام آور به شمار می رود، ممکن است افراد با تمسک به حيله درصدد خنثی کردن آن برآیند و یا مثلاً قانون حق وصیت را محدود به ثلث دارایی کرده است و افراد را از دخل و تصرف در دو ثلث دیگر ممنوع نموده است.

پس چنین مستفاد می گردد که تقلب و حيله اختصاص به قوانین خاصی ندارند و هرگاه به نحوی از انحاء قانون برای افراد ایجاد تکلیف و الزاماتی نماید ممکن است که برای فرار غیرمستقیم از آن به حيله و تقلب متوسل شوند.

● **قصد متقلبانه.** قصد تقلب یکی از عناصر سازنده و مهم برای تقلب است ولی بعضی از فقها و حقوق دانان ضرورت قصد را در تحقق تقلب انکار کرده اند و معتقدند: تقلب نوعی تجاوز به قانون (شرع) است و وقتی انسان قانونی را زیر پا می گذارد، این عمل قابل ابطال است هرچند قصد انسان تجاوز بدان قانون نباشد. مثل معامله صغیر یا موارد ضمان قهری و ... نوعی تجاوز غیرمستقیم است و در تحقق تقلب شرط نیست. این نظر را بسیاری از حقوق دانان و فقها قبول ندارند؛ زیرا اساساً آن را از مقوله تجاوز جدا می دانند و معتقدند که باید قصد و انگیزه ی فاعل، فرار از مقررات قانون

باشد تا قلب محرز بشود و درست است که در موارد معدودی به جای عنصر قصد، امور مادی ملاک تحقق حيله و قلب است مثل تصرفاتی که شخص مریض در مرض مشرف به موت در اموال یا امور خود می‌کند و معمولاً آن را متقلبانه شمرند بدون آنکه قصد مریض را بررسی کنند. ولی این موارد استثنایی هستند و حتی در همین موارد هم قانون‌گذار بعضی دخل و تصرفات مریض را قرینه و اماره بر وجود قصد قلب دانسته است.

به‌هرصورت با این تفصیل معین می‌گردد قصد قلب از عناصر سازنده‌ی حيله است و ارکان آن عبارتند از: سوءنیت، قصد اضرار و قلب داعی منحصر باشد که به دلیل اطاله‌ی کلام از بررسی آنها خودداری می‌کنیم.

● وسیله‌ی فرار مؤثر از نظر شرع (قانون). وسیله‌ی فرار مؤثر از نظر شرع شامل وسیله‌ی متقلبانه و مؤثر بودن وسیله‌ی متقلبانه می‌شود.^۱ حيله و قلب عبارت است از توسل غیرمستقیم برای فرار از قانون و به‌کار بردن چنین وسایلی، یکی از عناصر سازنده‌ی حيله است. فاعل حيله از مواجهه‌ی مستقیم با قانون و نقض آشکار آن اجتناب می‌کند تا ضمانت اجرای نقض قانون سد راه او نشود.

بدین‌منظور با توسل به وسایلی غیرمستقیم از اجرای قانون فرار می‌کند، نقطه‌ی ضعفی به‌دست می‌آورد و با ظاهری حاکی از اطاعت به هدف غیرقانونی خود جامه‌ی عمل می‌پوشاند و قبلاً در تعریف حيله بیان داشتیم که عبارت از طرق خفیه است که کشف آن احتیاج به تفتن دارد. بنابراین قلب و حيله قائم به یک وسیله متقلبانه و خدعه‌آمیز هستند که البته تشخیص آن آسان نیست. البته باید توجه نمود که شمارش و احصای کلیه وسایلی که برای حيله و قلب به‌کار می‌روند مقدور نیست. دامنه قلب ممکن است به کلیه رشته‌های حقوقی و ابواب مختلف آن سرایت کند. برای مثال در کتب فقه می‌بینیم که در عقود و ایقاعات و حتی حج و زکات، فروعی به‌عنوان حيله مطرح شده است. طبقه‌بندی معینی هم برای وسایل متقلبانه ممکن نیست؛ زیرا وسایل متقلبانه محدود به عقود و ایقاعات نیستند و وقایع حقوقی نیز ممکن است برای فرار از تکلیف مورد استفاده قرار گیرند.^۲

۱ کاشانی، همان، ص ۱۱۲ و ص ۱۱۸.

۲ *Fait juridique* - واقعه حقوقی: حادثه‌ای است که موجب به‌وجود آمدن یا انتقال یا اسقاط حق است بدون اینکه کسی این نتایج را خواسته باشد. این حادثه گاهی طبیعی است مثل فوت، که موجب انتقال اموال به ورثه است و یا ناشی از فعل

مورد دیگر مؤثر بودن وسیله‌ی متقلبانه است. شرط اساسی به نتیجه رسیدن حيله و تقلب این است که وسیله مؤثر باشد و بتواند انسان را بدون برخورد با موانع، از قید قانون برهاند. مؤثر بودن وسیله، مستلزم شروطی است:

اولاً: لازم است که این وسیله از جهت قواعد حقوقی صحیح و غیرقابل خدشه باشد. ثانیاً: باید حقیقی باشد صوری بودن، موجب بی تأثیری وسیله است.

د- نظرات موافقین و مخالفین حيله^۱

۱- محقق اردبیلی از مخالفین حيله است و فتوای او در باب حيله مشهور است و غالب فقها آن را نقل کرده‌اند و عین عبارت وی چنین است:

«و ینبغی الاجتناب عن الحیل مهما امکن اذا اضطر يستعمل ما ینجیه عندالله و لاینظر الی الحیل و صورة جوازها ظاهراً، لما عرفت من علّة تحریم الربّا؛ یعنی باید تا آنجا که امکان دارد از ارتکاب حيله اجتناب شود و اگر کسی ناگزیر از آن شد، کاری کند که موجب نجات او نزد خدای بزرگ باشد و فریب حيله و صورت ظاهر آن را نخورد بلکه به علت و حکمت تحریم (ربا) توجه کند^۲. در این فتوی که تجلی روح تقوی و پارسای صاحب آن است به حکمت وضع قانون توجه شده است و همین امر از مبانی ابطال حيله به‌شمار می‌رود. ایشان از مخالفین جدی و همه جانبه حيله است و در کلیه مسائلی که مبتنی بر حيله است با قاطعیت باب حيله را سد کرده است.

۲- یکی از فقهای صدر اسلام به نام ناصر در کتاب فقهی خود به نام «ناصریات» فتوای کلی و صریح بر بطلان حيله داده است. او که از اجداد سید مرتضی و از خاندان امامت است می‌گوید: «کل حيله فی الشفعه و غیرها من المعاملات بین الناس فانی ابطالها و لاجیزها»؛ یعنی هر حيله‌ای را چه در شفعه و چه در سایر معاملات رایج بین مردم من باطل می‌دانم و آن را تجویز نمی‌کنم.

شخصی مانند ائتلاف و تسبیب. البته ممکن است ایجاد حادثه ناشی از اراده و عمد باشد ولی نتیجه این حادثه مقصود فاعل نیست (رجوع شود به ماده ۳۲۸ قانون مدنی).

۱ کاشانی، همان، ص ۲۶.

۲ انصاری، شرح/ارشاد، باب ربا، ص ۷۵؛ کتاب بیع.

۳- ابن قدامه، که از مشاهیر متقدمین فقهای عامه است از مخالفین جدی حيله به شمار می‌رود ایشان می‌فرماید: «نظر ما در باب حيله این است که خداوند امتی را به علت حيله عذاب کرد و آنان را به صورت بوزینه مسخ گردانید و آنان را تجاوز کار نامید تا امت عبرت گیرند و از ارتکاب اعمال نظیر آن امتناع نمایند. همچنین خداوند محرمات را به علت فسادى که در آنهاست و ضررى که از آن ناشی می‌شود حرام گرداند و این مفسده با تغییر صورت ظاهر عمل، و ابقای معنای آن زایل نمی‌شود و تحریم به حال خود باقی است. چنانکه اگر به شراب، اسم دیگری بگذارند این امر موجب اباحه‌ی شرب آن نمی‌شود.

۴- وحید بهبهانی نیز در تألیفات خود مکرر از حيله بحث کرده است و با اکثر حيله‌های مشهور مخالف است و در رساله‌ای که تحت عنوان «قرض به شرط معامله محاباتی» به رشته تحریر درآورده در باب حيله نقطه نظرات خود را مبنی بر لزوم احتیاط و اجتناب از آن به تفصیل بیان می‌دارد.

۵- امام احمد بن حنبل در این خصوص گفته است: «لایجوز شیء من الحیل»؛^۱ یعنی هیچ یک از انواع حيله جایز نیست و در باب شفعه می‌گوید: «لایجوز شیء من الحیل فی ذلک و لا فی ابطال حق مسلم»؛ یعنی هیچ یک از انواع حيله برای خنثی کردن حق شفعه و به‌طور کلی به‌منظور ابطال حق فرد مسلمان جایز نیست.

۶- ابن قیم، عنایت خاصی به مسأله حيله مبذول داشته و بیش از چهارصد صفحه از کتاب نفیس خود را به بحث از حيله و موارد آن و نظرات متخلف ارایه داده است. او در ابطال حيله ورد آن دقت و موشکافی بسیار کرده و معتقد است: اکثر حیل با اصولی که ائمه اربعه فقه قبول کرده‌اند، سازگار نیست و اضافه می‌کند: حيله موجب از بین رفتن تحریم می‌شود درحالی‌که سبب حرمت باقی است و باعث اسقاط و جوب می‌شود درحالی‌که سبب و علت وجوب، کماکان باقی است و بنابراین حيله از جهات متعددی حرام است.^۲

- ارتکاب حيله ملازمه با انجام فعل حرام و ترک فعل واجب دارد.

۱ ابن قیم، اعلام الموقعین: ج ۳، ص ۲۲۵.

۲ همان، صص ۲۴۲-۲۴۳.

- حيله متضمن مکر و خدعه و مشتبه ساختن امور بر مردم است.
 - راهنمایی و دلالت مردم به حيله و آموختن آن به افرادی که نمی‌دانند حرام است.
 - انتساب حيله به شارع و ادعای این که حيله طبق اصول شرع می‌باشد حرام است.
 - مرتکب حيله نسبت به خداوند، دست به خدعه می‌زند همان‌گونه که نسبت به مردم، مرتکب خدعه و نیرنگ می‌شود.
 - جایز دانستن حيله موجب آن است که دشمنان دین بتوانند نسبت به دین اسلام انتقاد کنند و سوءظن به دین شارع ایجاد شود.
 - حيله اعانت و کمک آشکار بر گناه و عدوان است.
 - حيله ظلم در حق رسول و دین و خود شخص حيله‌گر است و به تبع آن، حق جامعه و عموم.
- با این حال علی‌رغم فتاوی متعدد مبنی بر بطلان حيله، ولی به علت کثرت موافقین حيله، به خصوص در فقه امامیه، فقها در باب حيله به یک نظر کلی که در جمیع موارد قابل استناد باشد نرسیده‌اند.
- آن دسته از فقهای که حيله را تصحیح می‌شمارند به روایتی از امام جعفر صادق^(ع) استناد می‌نمایند که: «عم‌الشیء فرار من الحرام الی الحلال»؛ یعنی چه خوب است فرار از حرام به سوی حلال. و البته به نظر می‌رسد که از این روایت نمی‌توان به صحت حيله پی برد؛ زیرا در این جا مقصود آن بوده که انسان، مرتکب فعل حرام نشود نه این که بر فعل حرام، سرپوش حلال گذارد. اما موافقین حيله دلایلی را بیان می‌کنند، بدین مضمون که قانون چنین چیزی را خواسته است. وقتی قانون صلح اموال را در زمان حیات بدون قید و شرط اجازه داده بنابراین نمی‌توان انعقاد عقد صلحی را که بر طبق قانون واقع شده ممنوع و مورد اشکال دانست و اگر افراد از امتیازاتی که قانون بر آنها عرضه کرده استفاده می‌کنند، قابل مواخذه نیستند و نمی‌توان به عمل آنان عنوان تقلب داد.
- دیگر این که بررسی صحت و فساد حيله مستلزم این است که در قصد و نیت متعاقدين و افراد تحقیق کنیم و این امر موجب تزلزل و تعطیل معاملات و عقود است که اصل صحت و اصل لزوم برای حفظ آن آمده است. مطلب مهم این است که قانون‌گذار خود صریحاً مواردی از حيله را پیش‌بینی کرده است و این امر دلیل بر

جواز و صحت حيله به طور مطلق است. برای مثال بر طبق ماده ۶۵۳ قانون مدنی: «مقترض می تواند به وجه ملزومی به مقرض وکالت دهد در مدتی که قرض بر ذمه او باقی است مقدار معینی از دارایی مدیون را در هر ماه یا هر سال مجاناً به خود منتقل کند.» چون ربا در اسلام حرام بوده به این وسیله راه را برای قانونی کردن بهره باز کرده اند به این نحو که مقترض به وجه ملزومی به طلبکار وکالت دهد مادام که قرض به عهده او باقی است مقدار معینی از اموال مدیون را که در واقع به میزان بهره ی قرض است و طرفین نسبت به آن توافق کرده اند هر ماه یا هر سال مجاناً به خود تملیک نماید، اعم از اینکه تملیک از طریق صلح یا هبه یا معامله ی دیگر باشد و این ماده و نمونه های دیگری که در شرع و قانون پیش بینی شده دلالت بر جواز مطلق حيله می کند که در این باره مخالفین حيله در مقابل این دلایل، دلایل محکم تری برای بطلان حيله آورده اند، اینان معتقدند:

- اوامر و نواهی قانون گذار دایر مدار مصالحی است که مورد نظر او قرار گرفته و برای حفظ جامعه ضروری است پس نباید با سوء استفاده آن را خنثی کرد و بال اثر گذارد.

- افراد به وسیله حيله، قانون را به غیر مورد آن می کشانند و آن را وسیله ای برای تأمین مقاصد غیر قانونی خویش قرار می دهند برای مثال در موردی که افراد برای محروم کردن بعضی از ورثه از میراث مبادرت به صلح اموال در زمان حیات می کنند و خیار فسخ را تا مدتی که امکان حیات وجود دارد برای خود نگه می دارند، از عقد صلح سوء استفاده شده است. و عقد صلح را که مورد تشریع آن، چیز دیگری است برای بی اثر کردن سایر قوانین مورد استفاده قرار می دهند و بهترین دلیل بر این که حيله مورد تصویب قانون گذار نیست این است که در همین زمینه قانون دو نمونه از حيله های مشهوری را که برای فرار از قانون و اضرار به حقوق زوجه غالباً به کار می رود، پیش بینی کرده و آنها را خنثی کرده است.

- ممکن است مقنن در مواردی از حيله و تقلب موردی مطرح کرده باشد ولی باید دانست که اولاً این موارد بسیار معدود است و استثنایی برخلاف اصل بوده و نمی توان آن را دلیلی بر تعمیم و جواز مطلق حيله دانست و اتفاقاً اصل بر این است که حيله ممنوع باشد مگر مواردی که استثنائاً معین شود و این قاعده ی جاری است که:

- بهترین استدلال در بطلان حيله و تقلب را صاحب جوهر آورده است که ارزش حقوقی و اتقان استدلال او قابل تحسین است.

به نظر فقیه مزبور حيله و تقلب نسبت به قانون متضمن نقض غرض شارع است و هیچ عاقلی وقتی غرض و اراده‌ی او به تحقق امری قرار گرفت، نقیض و ضد آن را تجویز نمی‌کند.

او درباره‌ی حيله‌ای که برای فرار از خمس و زکات به کار رفته است، نظریه‌ی نقض غرض را عنوان کرده و مقاد کلام او به شرح زیر است:

«برای فرار از پرداخت وجوهی که از بابت خمس و زکوه بر ذمه تعلق گرفته بعضی از مردم متاع کم قیمتی را به شخص فقیری که استحقاق دریافت این وجوه را دارد بر قیمت گزافی مثلاً به هزار دینار می‌فروشند وجهی که این فقیر باید از بابت ثمن بپردازد به عنوان زکوه نسبت به او احتساب می‌کنند و حال آنکه واضح است که این امر باهدف شارع از وضع خمس و زکوه که همانا نظم امور مردم و تأمین حوایج جامعه از راه قرار دادن حق برای فقرا در اموال اغنیاء می‌باشد، منافات دارد. بلکه اساساً این حيله نقض غرضی است که این حقوق جهت آن وضع شده و هرچه که متضمن نقض غرض در اصل تشریع حکم باشد، حکم به بطلان آن داده می‌شود»^۱.

هـ- وجود یا عدم حيله مشروع در اسلام

طبقه‌بندی حيله به مشروع و نامشروع از عناوینی است که در تألیفات بسیاری از مؤلفین اعم از فقه‌های اسلام و حقوق‌دانان به چشم می‌خورد. علت این است که مفهوم حيله و تقلب مانند سایر مفاهیم حقوقی یک مفهوم واضح و منجز نیست و مهارت و زیرکی، مرز مشخصی با سوءنیت و قصد اضرار ندارد. به هر حال از بررسی نظراتی که فقها در این زمینه ابراز کرده‌اند می‌توان نتیجه گرفت که به نظر آنان ضابطه‌ی تفکیک حيله مشروع از نامشروع همان الزام قانونی است. به عبارت دیگر اگر حيله موجب نقض اوامر و نواهی شارع بشود، این حيله نامشروع است ولی اگر حيله به دستورات شارع آسیبی نرساند موجب احقاق حق یا دفع ظلم و ستمی گردد این حيله مشروع و قابل

تمجید است. قبلاً گفتیم که حيله از نظر لغوی به معنای چاره و گریز است و بر همین اساس عده‌ای حيله را چاره‌ای شرعی برای کسی که دچار یک حادثه و اضطراب دینی است، دانسته‌اند و در کتب فقهی در موارد کثیری حيله به این معنای استعمال شده است. ابن‌قیم که از مخالفین حيله می‌باشد در کتاب خود یک‌صد و شانزده مورد از حيله مشروع را ذکر کرده است که در هیچ‌یک از آنها حيله موجب تضییع حق یا نقض اوامر و دستورات الهی نیست او حيله را به چهار قسم تقسیم می‌کند و سه قسم اول را حرام و قسم چهارم را جایز دانسته و توضیح می‌دهد که: مقصود از حيله، گرفتن حق یا دفع باطل است.^۱ این قسم بر دو قسمت دیگر منقسم می‌شود:

اول: وسیله و طریق این حيله یک امر حرام باشد، هر چند مقصود از حيله، مشروع و حق باشد. مثل اینکه شخصی از دیگری طلبکار است و دلیلی برای اثبات طلب خود ندارد. بدهکار دین خود را انکار می‌کند، طلبکار از دوستان خود که اطلاعی از وجود طلب ندارد درخواست می‌کند که به نفع او شهادت دهند و در این مورد شهادت، چون شهود واقعاً و شخصاً علم به وجود طلب ندارند کذب است هر چند به منظور احقاق حق طلبکار شهادت داده‌اند.

دوم: نوع دیگر از حيله مشروع آن است که هدف از حيله دست یافتن به حق یا دفع ظلم و از طریق یک امر مباح باشد. در این مورد ممکن است وسیله در مجرای طبیعی خود به کار نرفته باشد؛ یعنی از یک وسیله و طریقی که برای منظور دیگری وضع شده، به عنوان وسیله نیل به مقصود استفاده شود از جمله مثال‌های این نوع حيله می‌توان بدین مورد اشاره کرد: اگر موجر احتمال بدهد که مستأجر پس از خاتمه مدت اجاره از استرداد عین مستأجره استنکاف نماید، بر او شرطی کند که در قبال هر روز استفاده از عین مستأجره پس از خاتمه مدت، مبلغ گزافی که چند برابر اجاره بهای واقعی است پرداخت نماید. بر اثر این حيله مستأجر ناگزیر است مورد اجاره را به موقع تحویل دهد؛ زیرا در غیر این صورت باید از عهده‌ی پرداخت اجاره بهای گزافی برآید. این نوع حيله کاملاً مشروع است؛ زیرا هدف و وسیله‌ی آن صحیح و موافق قانون است.^۲

۱ ابن‌قیم، اعلام الموقعین، ج ۳، صص ۴۱۱-۴۱۲.

۲ همان، ص ۴۱۸.

متقدمین فقها نیز فقط همین حيله را قبول کرده‌اند که عبارت محقق در شرایع اسلام نمونه بارز آن است. بنابراین، نظر عده کثیری از فقها را که بر صحت حيله ابراز شده، باید محمول بر حيله مشروع دانست و آن عبارت است از: موردی که مقاصد شارع؛ یعنی اوامر و نواهی او مورد خدشه قرار نگیرد از قبیل احیای حقوق و استرداد حق از ظالم و این نوع حيله گاهی مباح است و گاهی مستحب و یا حتی واجب و حيله نامشروع که موجب تعطیل هدف‌ها و مقاصد شارع شود مثل اسقاط واجبات و معامله به قصد فرار از دین و حيله‌های باب ربا و ... حرام است.

به‌ر صورت آنچه که از مباحث حیل مطرح گردید ما را بدین نکته رهنمون می‌سازد که حيله و تدلیس مرزهای مشترکی دارند و بلکه اساساً هر حيله‌ای نوعی تدلیس است و می‌توان رابطه‌ی این دو عنوان را عموم و خصوص مطلق دانست به طوری که تدلیس یک عام می‌باشد که حيله هم جزئی از آن است ولی هر تدلیسی را نمی‌توان به حيله‌ی به‌معنای الاخص معنا نمود.

گفتار سوم: غش

غش، مصدر عربی است؛ به‌معنای ظاهر کردن خلاف آنچه در دل باشد، خدعه کردن، خیانت کردن، گول زدن، آراستن خلاف مصلحت، آمیزش شیء کم بها در زر و نقره و مشک و شراب^۱.

صاحب تاج‌العروس می‌فرماید: فضه مغشوشه یعنی؛ مخلوطه‌ی بالنحاس؛ یعنی؛ نقره‌ای که با مس مخلوط و آمیخته است و غیرخالص است^۲. غش به‌معنای عدم خیرخواهی و خبث باطن داشتن و تقلب و تزویر و به‌هم آمیختگی حق و باطل و شبهه‌ناک بودن و حقه هم بیان شده است^۳. و در معنای اسم به شخص ناکس و فریبنده و خائن هم اطلاق می‌گردد^۴.

پس به وضوح روشن است که این کلمه با تدلیس هم معنا است و در واقع از

۱ البستانی، همان؛ (تاج المصادر بی‌هی)؛ (غیاث اللغة).

۲ زبیدی، همان؛ ج ۹.

۳ صفی‌پور، همان؛ ج ۲.

۴ اقرب‌الموارد؛ غیاث اللغة، المنجد.

مصادیق بارز تدلیس به‌شمار می‌رود. کلمه غش در بیش‌تر موارد با کلمه‌ی «غش» توأمان به‌کار برده می‌شوند که برای تقریب بهتر مطلب معانی لغوی واژه‌ی غل را نیز مختصراً بیان می‌نماییم: به‌معنای داخل کردن در چیزی، برگرفتن چیزی در نهان و آن را در متاع خود نهان کردن، منحرف شدن از راستی، کینه داشتن، رشک بردن و خیانت و حيله و فریب و ... آمده است.^۱

در غش، معمولاً فقها پنهان بودن آمیختگی را شرط حرمت می‌دانند.^۲ و همان‌طور که قبلاً بیان شد مطلق غش الخفی را حرام می‌شمارند چه بایع قصد فریب مشتری را داشته یا نداشته باشد. ولی شیخ انصاری با تفسیری اندک که از یکی از روایات وارده در این زمینه می‌کند، قصد فریب را شرط حرمت می‌داند. مع‌هذا، شهیدی تبریزی، در شرح خود بر متن مکاسب^۳، این تفسیر را درست نمی‌شمارند و ضابطه را عدم بیان وقوع غش می‌داند و تصریح می‌کند که وجود فریب برای حرمت غش لازم نیست. بنابراین در مجموع می‌توان گفت که به‌نظر اکثر فقها غش الخفی حرام است اگرچه قصد فریب وجود نداشته باشد.^۴

پس می‌توان در یک جمع‌بندی چنین بیان نمود که غش در لغت به‌معنای خیانت و آلودگی است و مخلوط کردن چیزی کم بها در شیء گرانبه‌تر است. غش بر دو گونه است: غش ظاهر و غش خفی.

۱ همان‌جا؛ اقرب‌الموارد؛ غیث‌اللغة، المنجد

۲ اگر غش خفی نباشد، مانند آمیختگی گندم با خاک یا گندم خوب با گندم بد حرام نیست ولی مکروه است که مرحوم شهیدثانی در مسالك‌الافهام، ج ۱، ص ۱۶۶ آن را بیان داشته است.

۳ شهیدی تبریزی، هداية الطالب، ج ۲، متن و شرح.

۴ علامه در تذکره، مطلق بیع کالای معیوب را، بدون اعلام عیب، غش می‌شمارد و فرقی بین غش پنهان و نمایان نمی‌گذارد. اما شیخ انصاری ضابطه را قصد تدلیس؛ یعنی پوشاندن عیب می‌گیرد: «فالغیر فی الحرقه بقصد تلبیس الامر علی مشتری سواء کان العیب خفیا او جلیا... لا بکتمان العیب مطلقا او خصوص الخفی و ان لم یقصد التلبیس، و من هنا منع فی تذکره من کون بیع المعیوب مطلقا مع عدم الاعلام بالعیب غشا» شیخ در بیان نظر خود به روایت حلبی از اباعبدالله (امام صادق^(ع)) استناد می‌کند و نتیجه می‌گیرد که «حرمت با قصد غش» حاصل می‌شود (مکاسب محشی، ج ۱، ص ۳۵). شهیدی تبریزی پس از بیان غش که آن را به فارسی «در گول زدن و فریب دادن» معنا می‌کند ضابطه را «وقوع الغیر فی ضرر و الخطر» ذکر می‌کند که برای تحقق آن در «مجرد عدم بیان الواقع مع رفع المغشوش الی الغیر» کافی است اگرچه غش به فعل کسی غیر از بائع یا حتی تصادفاً حاصل شده باشد و سپس گفتار خود را به طور خلاصه تکرار می‌کند که «ان موضوع الحرقه هو ایقاع الغیر فی خطر مخالفه الواقع و قد اعتبر فیه جهل الغیر بمغشوشیه ما دفع الیه و استناد الی الغاش دلیل یمکن ان یقال الجهل معتبر فی تحقق ذلک»، با توجه به استفاده «الی الغاش» برمی‌آید که حرمت غش در صورتی است که خود بائع عالم به غش باشد و معینا گرچه بدون قصد فریب، به خریدار اطلاع ندهد.

غش ظاهر، موردی است که به چشم می‌آید مثل این که گندم را با مقداری کاه یا نمک مخلوط کنند و غش خفی، موردی است که تشخیص آن به سادگی ممکن نیست مثل آمیختن آب و شیر که بیان گردید. در حقوق اسلام این جرم با استناد از آیه شریفه «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ» و حدیث نبوی «نهی النبی عن الغرر» تحت عنوان تدلیس جزایی باطل و به لحاظ ضرر و زیان فردی و اجتماعی آن مورد توجه قرار گرفته است.^۱

صاحب جواهر در کتاب تجاره^۲ می‌فرماید که: در نصوص مستفیضه و متواتره بیان شده است که: کسی که غش نماید از مسلمانان نیست و عقل به قبح آن حکم می‌کند، به جهت آنکه مبتنی بر فساد و تباهی است و حرمت این عمل در نفس فعل می‌باشد. البته بیع آن مورد مغشوش، صحیح است به شرط آنکه برای مشتری خیار عیب یا وصف یا تدلیس ثابت شود. در ادامه می‌فرماید اگر شیء مغشوش به واسطه غش از حقیقت و ماهیت خارج شود بیع آن قطعاً باطل است و در صورت عدم چنین مسأله‌ای صحت بیع به جای خود باقی است با شرط فوق‌الذکر در اخبار هم به کرات غش مبیع، نهی شده است.^۳

ایشان برای غش مفهوم وسیع‌تری نیز یاد می‌کنند که حتی تدلیس ماشطه و ... را هم دربر می‌گیرد و این عمل (غش) را کلاً یا بعضاً تدلیس می‌شمارند. در معامله مغشوش هم چون مصداق تدلیس است و تدلیس نیز حرام می‌باشد عوض مترتب بر آن هم حتی اگر از غیر محرمات باشد باز حرام شمرده‌اند مگر آن‌که شرط خیار در آن رعایت شود.

صاحب جواهر از مصادیق مشترک غش و تدلیس، زینت کردن مرد به مواردی که حرام است را ذکر می‌کند مانند: پوشیدن لباس حریر و استفاده از طلا و مانند آن که از موارد زینتی برای خانم‌ها می‌باشد.

بعضی از فقها به «غش» مفهوم کلی و وسیعی می‌دهند و تدلیس ماشطه و یا

۱ شامبیاتی، حقوق کیفری اختصاصی، ج ۱ و ۲، ص ۳۸۱.

۲ نجفی، همان: ج ۲۲، ص ۱۱۳.

۳ در کتاب الوسایل باب ۸۶ من ابواب ما یکتسب به الحدیث ۹، الوسایل باب ۱۶ من ابواب الخیار احادیث ۱ و ۴، الوسایل باب

۵ من ابواب الخیار حدیث ۲۱، الوسایل باب ۹ من ابواب احکام العیوب حدیث ۳، به نقل از نجفی، جواهر الکلام.

تصریه را از مصادیق آن می‌شمارند در مورد تدلیس ماشطه، شهیدی تبریزی می‌گوید: «جعل العلماء هذا عنواناً مستقلاً قبال عنوان الغش و الحال انه من افرادہ ...»^۱، در این صورت باید حرمت تدلیس ماشطه نیز مجرد از عامل قصد باشد حال آن‌که در تدلیس ماشطه، معمولاً حرمت در صورتی حاصل می‌شود که تدلیسی وجود داشته باشد. در مورد تصریه، سیدعلی طباطبایی به‌طور ضمنی آن را از مصادیق غش می‌شمارند: «التصریه ... تدلیس محرم و غش منہی عنہ...»^۲. به هر حال آنچه از مفهوم «غش» برمی‌آید در فقه از جرایم مربوط به تقلب در کسب است خواه به صورت اظهار صفت کمالی که در مال مورد عقد وجود ندارد^۳.

گفتار چهارم: غرر

کلمه غرر به معنای هلاکت و در معرض هلاک افتادن، اسم مصدر تغیر است^۴ و آن را گاه به معنای خطر هم معنا نموده‌اند^۵. در حدیث هم از پیامبر اکرم (ص) آورده‌اند که: «نهی الرسول الله عن بیع الغرر» و بیع غرری مانند: بیع ماهی در آب و مرغ در هواست و گفته‌اند چیزی است که ظاهرش مشتری را گول بزند و باطن آن مجهول باشد به طوری که خریدار و فروشنده به کنه آن پی نبرند تا معلوم شود و بیان شده که شامل بیع مجهوله است که بدون تعهد وثیقه باشد^۶.

درباره بیع باید بیان نمود که چون از ارکان مهم ثبوت و صحت عقد، علم به جنس و وصف و مقدار مبیع و ثمن باشد و این نوع بیع (بیع غرری) فاقد چنین رکنی است پس شرط صحت را دارا نمی‌باشد و این بیع باطل است چون مثلاً معلوم نیست چه مقدار ماهی در آب است و اساساً شاید ماهی در آب نباشد. صاحب کشف‌الفنون

۱ تبریزی، هدایة الطالب الی اسرار المکاسب: ج ۲.

۲ طباطبایی، ریاض المسائل فی بیان احکام بالذات، شرح مختصراً النافع، ص ۵۱.

۳ جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص ۴۹۱.

۴ صفی پور، همان: ج ۱ و ۲.

۵ الزبیدی، همان.

۶ همان.

می‌گوید: آنچه پایان و عاقبتش نامعلوم باشد آن را غرر نامند و در مغرب گفته‌اند^۱: که غرر خطری می‌باشد که وجود و عدمش مشکوک و به‌هرحال معنای فریب خوردن و فریفتگی می‌دهد و اگر کسی بگوید: «انا غرر منک»؛ یعنی مغرور شده است.

الف - عناصر غرر

غرر عناصری دارد که عبارتند از:

۱- جهل؛

۲- احتمال حصول ضرر از ناحیه جهل.

بنابراین اگر کسی اقدام به عقدی نماید و جهل به یکی از جهات معامله داشته باشد و از ناحیه آن جهل، برای او احتمال حصول ضرری در بین باشد، آن عقد را عقد غرری گویند و باطل است (نهی النبی^(ص) عن بیع الغرر) ولی اگر احتمال ضرر منتفی باشد صرف آن جهل، صدمه‌ای به عقد نمی‌زند. بنابراین اگر دو ساعت که از هر جهت دارای مشخصات واحد باشند و مالک آنها یکی از آن دو را بدون تعیین بفروشد با وجود این که شخص مبیع، مجهول است چون احتمال ضرر منتفی است، معامله غرری نیست (ماده ۱۹۰- قانون مدنی)^۲. بدین ترتیب روشن می‌گردد که در اصطلاح فقها نیز غرر از معنای لغوی خود دور نیفتاده و معنای فقهی آن همان‌طور که بیان شد این است که مبیع یا ثمن در معرض خطر باشد؛ یعنی احتمال نابودی آن عرفاً و عادتاً موردالتفات و توجه باشد. با توجه به اینکه بحث غرر از لحاظ معنایی با تدلیس بسیار هم‌سویی دارد و از قواعد مهم فقهیه است راجع به آن توضیح بیش‌تری داده خواهد شد.

ب - موارد غرر^۳

گاهی وثوق و اطمینان به‌وجود آمدن چیزی نداریم مانند حمل حیوانات، میوه درختان و گل بوته‌های پیش‌از شکفتن، فروش و خرید چنین کالایی غرری است.

۱ دهخدا، همان.

۲ جعفری لنگرودی، همان، ص ۴۹.

۳ محمدی، قواعد فقه، ص ۶۸.

چون ممکن است به وجود نیایند و این، احتمال معقول و متعارفی است، گاهی کالایی موجود است ولی اعتماد و اطمینان به امکان تسلیم و تسلیم و قبض و اقباض آن نداریم مانند: فروختن ملکی که از دست مالک آن خارج شده و در چنگ غاصبی قوی پنجه است. فروختن ماهیان دریا، آهوان در دشت پیش از شکار آنها، پرنندگان هوا و فروختن حیوان سرکش فراری. گاهی هرچند کالایی موجود و در دسترس است ولی نمی‌دانیم که قابلیت معامله دارد یا نه، واجد شرایط و اوصاف لازم برای معامله هست یا نیست، و این جهل و نادانی ناشی از جهل به مقدار یا جنس یا وصف مبیع یا ثمن است مانند آنکه فروشنده‌ای می‌داند که مقداری شلتوک از شالیزارهای او سهم او است و در نزد کشاورزان اوست و پنجاه تن آن را می‌فروشد درحالی که نمی‌داند سهم مالکانه‌ی او چند تن خواهد بود. یا اینکه اطلاع دارد که یکصد تن غله سهم او شده است و پنجاه تن جو می‌فروشد درحالی که نمی‌داند چه مقدار از آن یکصد تن، گندم است و چه مقدار جو، و یا این که به او گفته‌اند یکصد تن برنج سهم او است و او پنجاه تن برنج صدی می‌فروشد درحالی که نمی‌داند برنج‌های او صدی است یا نوع دیگر.

ج - احتمال خطر^۱

باید توجه داشت که «احتمال» مورد توجه و متعارف باید در حدی باشد که عرفاً قابل تسامح و نادیده گرفتن نباشد و گرنه احتمال قابل اغماض، موجب خطر و غرر نخواهد شد. بدین جهت شهید اول - رحمه الله علیه - در کتاب شرح / ارشاد، خود نوشته است^۲:

ضابطه غرر این است که احتمالی باشد که عرفاً از آن اجتناب و دوری می‌شود بدان گونه که اگر بدان التفات و توجه نشود و بر آن حال رها شود در عرف جای سرزنش و نکوهش باشد، که مال خود را تضییع کرده است.

د - کمی عوض موجب غرر نیست^۳.



۱ محمدی، ص ۶۹

۲ نراقی، همان، ص ۳۲.

۳ محمدی، همان، ص ۶۹

کمی مقدار عوض، با فرض علم به وجود آن و علم به امکان قبض و اقباض آن و علم به اوصاف آن از جهت کمیت و کیفیت و نوع، منشأ غرر نمی‌باشد؛ زیرا غرر به معنای خطر و خطر به معنای احتمال است و احتمال موجب غرر سه‌گونه است، و فرض بر این است که هیچ کدام از آنها وجود ندارد مثلاً هرگاه شخصی مقداری چای، به مبلغی ارزانتر از نرخ معامله روز بفروشد، این معامله با فرض علم به قیمت روز، غرری نیست. همچنین اگر این مقدار چای را به مقداری شکر بفروشد که کم‌تر از ارزش آن باشد، این ارزش کم‌تر، به منزله‌ی نوعی هبه است و اشکالی ندارد مگر آنکه تفاوت مبیع و ثمن به حدی باشد که معامله را سفهی کند که از این جهت، باطل خواهد بود نه از جهت غرر.

هـ - مقایسه غرر و جهل^۱

آیا غرر به معنای جهل است یا با آن مفهوماً و مصداقاً متفاوت است؟ یا مفهوماً متفاوت و مصداقاً یکی هستند؟ این پرسش‌ها بیش‌تر از آنجا مطرح شده که تعریف شهیداول در کتاب قواعد خود تعریفی دیگر است، جز آنچه در کتاب /ارشاد آورده‌اند. نویسندگان قواعد حقوقی مانند: نراقی و بجنوردی در انتقاد و توجه تعریف شهیداول، در کتاب قواعد خود از قاعده‌ی غرر، به تفصیل نوشته‌اند که اندکی از آن مباحث ذکر خواهد شد.

تعریف شهیداول در کتاب قواعد از غرر چنین است: «غرر در لغت چیزی است که ظاهری پسندیده و دوست داشتنی و باطنی ناپسند داشته باشد.» برخی از واژه‌نویسان چنین گفته‌اند و آیه شریفه «متاع الغرور» (در توصیف دنیا) به همین معنا است، و غرر در شرع، جهل به حصول است ولی مجهول چیزی است که علم به حصول آن داریم لکن صفت آن مجهول است، و چون عبارت زیبایی دارد عین آن عبارت ذکر می‌شود: «الغرر لغه ماله ظاهر محبوب و باطن مکروه قاله بعضهم و منه قوله تعالى متاع الغرور، و شرعاً هو جهل الحصول. اما المجهول: فهو معلوم و مجهول الصفه»^۱ با دقت در این تعریف معلوم می‌شود که:

اولاً: در نظر شهید اول غرر مفهومی است متفاوت از مجهول؛ زیرا آن دو را با هم و در برابر هم آورده و برای هر یک تعریفی کرده است.

ثانیاً: تعریف او از غرر «هو جهل الحصول» با تعریف پیش غرر که از کتاب‌های عوائد الایام نراقی^۲ و عناوین میرفتاح مراغه‌ای^۳ آورده شده، هم مفهومی متفاوت و هم مصداقی. مفهومی متفاوت است؛ زیرا تعریف پیش غرر را به خطر تعریف کرده بود و خطر را به احتمال وجود و عدم درحالی که این تعریف شهید اول آن را به عبارت «جهل الحصول» آورده و جهل به حصول دو تفسیر دارد یکی این که احتمال وجود و عدم دارد که با تعریف اول منطبق است و دیگری این که چیزی حصول و وجود داشته باشد ولی ما ندانیم، که با این تفسیر با تعریف اول متفاوت خواهد بود.

ثالثاً: شهید اول غرر را منحصر کرده است به: جهل به حصول و وجود که یکی از موارد غرر به تعریف اول است و مورد سوم آن را که جهل به صفت باشد، «مجهول» نام نهاده نه «غرر» و مورد دوم غرر به تعریف اول را که جهل به دسترسی بر آن باشد، اصلاً ذکر نکرده است. شهید گفته خود را در تعریف غرر و مجهول چنین ادامه داده است «و بینهما عموم و خصوص من وجه ...»؛ یعنی میان غرر و مجهول، عموم و خصوص من وجه حکم‌فرما است که باید یک مورد اجتماع و دو مورد افتراق داشته باشند. پس این موارد را چنین بیان کرده است: غرر بدون جهل مانند برده فراری که از پیش، صفت آن معلوم بوده است یا هم‌اکنون اوصاف آن گفته می‌شود. (در حال حاضر می‌توان مثال زد به اسبی فراری که از پیش صفت آن معلوم بوده یا هم‌اکنون توصیف شود).

وجود جهل بدون غرر مانند کالای کیلی یا وزنی یا عددی بدون آنکه اندازه‌گیری شود یا جسمی که ندانیم طلا است یا نقره یا مس یا سنگ ولی آن کالا و این جسم نزد ما است: و مثال جهل و غرر با هم مانند اسب فراری که اوصاف آن معلوم نباشد.

۱ شهید اول، قواعد فقه، قاعده ۱۷۶، ص ۲۱۸؛ قاعده ۲۰۵، ص ۲۵۳.

۲ نراقی، همان، عائده هشتم، ص ۲۸ به بعد.

۳ مراغه‌ای، همان، عنوان ۴۷، ص ۲۶۷ به بعد.

این بخش از نوشته را مرحوم نراقی پذیرفته است و بیان می‌دارد که: «آنچه شهید گفته که میان غرر و جهل عموم و خصوص من وجه است، درست می‌باشد»^۱. ولی صاحب عناوین آن را نمی‌پذیرد و می‌گوید: «ظاهر گفتار شهید این است که غرر تمام آن صور را فرامی‌گیرد. و این درست نیست؛ زیرا ظاهر عرف و لغت این است که غرر تمام آن صور را فرامی‌گیرد و هر چیزی که در آن جهل باشد غرر و خطر هم علی الظاهر در آن هست و ادعای وجود نسبت عموم و خصوص من وجه میان دو اصطلاح، وجهی ندارد»^۲. و با توجه به اندک بررسی در مصادیق این دو به نظر می‌رسد که نظر صاحب عناوین بیش‌تر مورد قبول فقها باشد.

اکنون با رجعت به ابتدای بحث و سؤال مطروحه بدان پاسخ می‌دهیم که: با توجه به نظر شهید اول در قواعد و نراقی در عوائد/ایام، غرر و جهل از لحاظ مفهومی و مصداقی با هم متفاوتند ولی به عقیده‌ی صاحب عناوین این دو اصطلاح از لحاظ مفهومی و مصداقی یکی هستند و در این بحث همان نظر صاحب عناوین مبنا می‌باشد. از قاعده‌ی نهی از غرر و بطلان معاملات غرری، سه قاعده فرعی به دست می‌آید که عدم رعایت آنها موجب تدلیس می‌شود.

صاحب عناوین می‌فرماید از قاعده غرر روشن می‌شود که؛ علم به وجود عوضین و وثوق به آن شرط صحت معامله است و بدین جهت است که فقها در باب سلم و سلف و پیش خرید، شرط می‌دانند که مبیع در موعد تحویل، عام‌الوجود؛ یعنی فراوان باشد تا به وجود آن اطمینان باشد و شرط می‌دانند که عوض مبیع، مشرف بر هلاک و در معرض تلف و نابودی نباشد.

- و نیز علم قدرت بر تسلیم و تسلیم علی‌الاقوی، شرط صحت معامله است؛ یعنی لازم است که عوضین به‌طور عادت ممکن‌الحصول و قابل دسترس باشند، خواه با تسلیم مالک اول یا با تسلیم منتقل‌الیه و این امر برای طرفین معامله معلوم باشد.

- و همچنین علم به مقدار، جنس و وصف عوضین شرط صحت معامله است و به بیانی دیگر علم به آنچه موجب اختلال میل و رغبت و تفاوت قیمت می‌شود، شرط

۱ نراقی، همان، ص ۳۳.

۲ مراغه‌ای، همان، ص ۲۶۹.

صحت معامله است و این شروط سه گانه عام البلوة و كثرة الدوران، از قاعده ابطال غرر گرفته شده و از فروع آن می باشد. تاکنون ماهیت غرر را شناختیم اکنون می پردازیم به بیان حکم معاملات غرری که درواقع از مصادیق تدلیس می باشند.

و - حکم بیع غرری

به اجماع فقها حکم بیع غرری بطلان است و حتی از کتاب شرح / ارشاد شهیداول نقل شده که بطلان بیع غرری ضروری است. علاوه بر اجماع، همان طور که بیان شد مهم ترین دلیل این حکم روایت مشهور نبوی (ص) است که: (نهی النبی (ص) عن بیع الغرر). پس حکم آن کاملاً روشن است و تصریح دارد حال این سؤال مطرح است که این حکم، به بیع اختصاص دارد یا شامل همه معاملات معوض می شود؟

ز - حکم معاملات معوض غرری (غیر از بیع)

حکم این معاملات نیز بطلان است زیرا:

اولاً روایت غرر به عبارتی که ذکر شد دلالت دارد بر اینکه علت نهی از بیع غرری همانا غرری بودن آن است؛ زیرا حلیت بیع، ضروری و مسلم است و فهم عرفی و تبادر آن از این جمله چیزی نیست جز اینکه غرری بودن علت نهی باشد و لازم آن این است که هر معامله غرری باطل است مگر این که دلیل خاصی بر صحت آن داشته باشیم، مانند صلح غرری و قرض غرری^۱.

ثانیاً: همین روایت را علامه در کتاب «مختلف» با این عبارت آورده است «نهی

النبي عن الغرر» بدون ذکر کلمه بیع در این صورت شامل همه معاملات می شود.

ثالثاً: بنای عقلا بدین بیان که عقلا در معاملات معوض معمولاً رفتاری دارند که مصون از خطر و احتمال نابودی یا دست یافتن بر مورد معامله باشد و به تعبیر روشن تر روش عقلا در معاملات معوض این است که اطمینان داشته باشند در برابر چیزی که می دهند چیزی به دست می آورند و این بنای عقلا با توجه به روایت پیش مورد تأیید شارع نیز قرار گرفته است.

رابعاً: سیره مسلمانان در هر عصر و زمان و در همه جا دوری از معاملاتی بوده که در آن خطر و غرر بوده است و از آنجا که سیره مستمر متصل به زمان معصوم^(ع) بوده، نوعی سنت تقریری است و حجت است.

لازم به ذکر است که قاعده بطلان معامله غرری قاعده‌ای است امری و در پاسخ به این پرسش که آیا ممکن است یکی از طرفین قبول کند و خطر نابودی یا عدم دسترسی یا عدم قابلیت مورد معامله را بپذیرد و طرف دیگر هم به همین گونه موافقت کند و توافق و تراضی کنند که سرانجام و سرنوشت نهایی مورد معامله هر چه باشد معامله صحیح است؟ و در یک جامعه آیا معامله غرری با توافق صحیح است؟ باید بیان داشت که مرحوم نراقی در همین رابطه فرموده‌اند:

علم و رضایت فروشنده یا خریدار به اینکه مورد معامله در معرض خطر است مؤثر در صحت معامله نیست؛ زیرا نهی شارع عام است و در صورت علم را نیز فرامی‌گیرد و این شگفت نیست که شارع از قرار دادن مال در معرض خطر، با علم به آن نهی کند و خریدن چیز را که در شرف نابودی است حتی با علم خریدار، ممنوع سازد، هم چنان که در اسراف و اتلاف بیهوده مال است، بنابراین معامله غرری باطل است و نمی‌توان با توافق و تراضی آن را تصحیح کرد و به عبارت دیگر حکم شارع بطلان معامله غرری است و نمی‌توان بر خلاف این حکم تراضی کرد و بدین ترتیب می‌بینیم که قاعده بطلان معامله غرری به صورت قاعده آمده است.^۱

از حکم مشروحه چنین مستفاد است که شارع به طور کلی جلوگیری از تدلیس و خطر را به وسیله این حکم اراده کرده است و بدین ترتیب باب توافق را در مسایل و مواردی که باعث فریبکاری و ما لاضرر می‌باشد، مسدود ساخته و البته امری عقلانی است. در اینجا نکته‌ای حایز اهمیت است که اگر ایرادی گرفته شود بدین مضمون که: کمی مقدار و عوض با علم به آن، منشأ غرر نمی‌باشد و چنین معامله‌ای بی‌اشکال است، نمی‌توان در اینجا هم (در مورد توافق) همان حکم را داد که در مورد علم به کمی مقدار عوض گفته شده است؟

در پاسخ می‌توان به سخن میرفتاح مراغه‌ای (صاحب عناوین) تمسک جست^۱ که با علم به وجود ضرر و تفاوت عوضین، هرگاه طرفین عقد بر آن اقدام کنند، طرفی که زیان می‌کند، به زیان خود اقدام کرده و احترام مال خود را ساقط کرده و زیادتی به منزله هبه است و مانعی ندارد و عموم ادله‌ی بیع آن را فرامی‌گیرد مگر آنکه معامله سفهی باشد که بدین جهت باطل می‌شود ولی در صورت جهل یا عدم اطمینان به وجود یا قبض، این چنین نیست؛ زیرا او اقدام بر فرض عدم وجود و عدم قبض نکرده است بلکه اقدام به قبض کرده ولی مطمئن نیست که قبض حاصل شود، این بیع غرری است. و فرق است بین مورد علم به کمی مقدار مورد جهل به آن.

در مورد اول شخص به زیان خود اقدام کرده و مانند هبه است که شخص مال خود را مجانی به دیگری می‌دهد ولی در موردی که جهل به مقدار مورد معامله می‌باشد چنین نیست. در معامله معوض طرفین اقدام می‌کنند که نفعی به دست آورند. این طبع معاملات معوض و بنای غالب مردم است و براین اساس، شارع معامله‌ای را که مبتنی بر غرر و خطر باشد باطل دانسته است و نمی‌توان برخلاف آن تراضی کرد و این حکم شارع، همان‌طور که بیان شد برای جلوگیری از اختلاف طرفین است که مثلاً خریدار ادعا کند که من بر این باورم که مبیع موجود است در دسترس است و اجد صفات لازم هست و فروشنده بگوید خیر تو معامله کردی به هر نحو که باشد و اگر معامله‌ی غرری را باطل بدانیم چنین اختلافی روی نمی‌دهد^۲.

حال در اینجا سؤالی مطرح است که هرگاه معامله‌ای به ظاهر غرری صورت پذیرد ولی بعد معلوم شود که خطر تحقق نیافته است. آیا چنین معامله‌ای صحیح است؟ مثلاً هرگاه حمل و نتایج گوسفندانی مورد بیع واقع شده باشند و پس از چند ماه سالم به دنیا آیند آیا این بیع صحیح است چون مورد معامله به وجود آمده است و خطر رفع شده؟ یا این که باطل است چون طرفین در هنگام معامله اطمینان نداشتند که بیع موجود است و حصول اطمینان بعدی نمی‌تواند مصحح بیع باطل قبلی باشد^۳؟

۱ مراغه‌ای، همان، ص ۲۶۸.

۲ همان، ص ۲۶۸.

۳ همان.

صاحب عناوین در این خصوص می‌فرمایند: ظاهر این است که هرگاه به حسب ظاهر به هنگام معامله غرر وجود داشته باشد معامله باطل است و به واقعیت یافتن تصادفی، تأثیری در رفع خطر و غرر نخواهد داشت پس معامله غرری باطل است خواه درواقع عوضین موجود و در دسترس و قابل معامله باشند یا نباشند.^۱

بدین توجیه باید گفت غرر امری ذهنی است بدین معنای که اگر در حین معامله طرفین غرر را محقق می‌دانند، معامله غرری و باطل است نه امری واقعی که منتظر بمانیم تا ببینیم واقعاً غرری بوده و باطل باشد یا واقعاً غرری نبوده و صحیح باشد.

همان‌طور که گفته شد در سه مورد غرر به وجود می‌آید: (۱) عدم اطمینان به وجود مورد معامله؛ (۲) عدم اطمینان به قبض و اقباض مورد معامله؛ (۳) عدم اطمینان به کمیت و کیفیت و اوصاف لازم دیگر آن.^۲

حال برای اینکه معامله غرری نباشد چه معیاری وجود دارد؟ مانند بسیاری از موارد دیگر معیار تشخیص عرف است. مثلاً برای دانستن کمیت از کپل و وزن و شمارش و متر کردن و سایر ابزار تعیین مقدار استفاده می‌شود. برای دانستن کیفیت یا اوصاف دیگر آزمایش می‌کنند.

برای اطمینان به قبض و اقباض همین قدر که عرف قبض و اقباض را محقق بداند کافی است و همین‌طور مورد اطمینان به وجود معامله.

بدین جهت است که معامله غاصب، دزد، مکره و مجبور، غرری و باطل نیست و معامله‌های فضولی و غیرنافذ است درحالی که اگر قبض و اقباض شرعی لازم بود، صرف‌نظر از این که این اصطلاحات حقیقت شرعی نیستند.

در هیچ کدام از این موارد مالک با میل و رضا مال خود را تسلیم مشتری نکرده است و قبض و اقباض شرعی تحقق نیافته و باید معامله باطل باشد.^۳

ح - آیا بیع کلی غرری است؟^۴

۱ مراغه‌ای، همان.

۲ محمدی، قواعد فقه، ص ۷۶.

۳ همان، ص ۷۷.

۴ همان.

دانستیم که معامله غرری آن است که وجود یا دسترسی به آن یا کمیت، کیفیت و صفات دیگر آن مورد وثوق و اطمینان نباشد کلی نیز معنایی است که می‌تواند در ضمن مصادیق متعدد به وجود آید و به نحو دیگری به وجود نمی‌آید مثلاً خانه، فرش و کتاب، کلی است. خانه ممکن نیست موجود باشد مگر به صورت معین و مشخص، که آن را فرد یا جزئی می‌گویند. فرش به صورت این یا آن قطعه موجود است ولی فرش کلی، جز در عالم تصور وجود ندارد و همین‌طور سایر مفاهیم کلی.

حال این سؤال مطرح است که کلی که نمی‌تواند جز در عالم تصور و جز در ضمن فرد موجود باشد، مصداقی از غرر نیست؟ فقها و حقوق‌دانان معامله کلی را صحیح می‌دانند و بنابراین کلی را از مصادیق غرر نمی‌دانند و در توجیه مطلب می‌گویند ملاک تشخیص مفاهیم و مصادیق، عرف است و عرف هم چنانکه فرد و جزئی را موجود می‌داند مثل این خانه و آن فرش، همین‌طور کلی را نیز موجود می‌داند، با این تفاوت که فرد و جزئی نمی‌تواند در ضمن دو یا چند مصداق باشد ولی کلی می‌تواند در ضمن دو یا چند مصداق باشد مثلاً بایع و مشتری می‌توانند توافق کنند بر معامله فرش با ابعاد سه در چهار بافت کاشان، رنگ و نقش و نگاری معین و با تار و پودی مشخص که نمونه آن در نمایشگاه فروشنده موجود است و رؤیت شده است همین‌طور می‌توانند بر معامله آپارتمانی توافق کنند که طرح و نقشه و مشخصات آن تهیه و بررسی شده است گرچه در هر دو مورد موجود نباشد.

البته چنین معامله‌ای می‌تواند به صورت تعهد بر بافت قالب و ساخت خانه باشد که بعداً آن را مورد معامله قرار دهند ولی می‌تواند به صورت بیع هم واقع شود و عرف آن را غرری نمی‌داند و اطمینان به وجود یافتن آن عرفاً ممکن است.

غرر ناشی از عدم اطمینان به قبض و اقباض کلی نیز با اطمینان به قبض و اقباض فرد، که کلی در ضمن آن است و به وسیله آن تحقق یافته است، رفع می‌شود و همچنین غرر ناشی از جهل به کمیت و کیفیت و صفات لازم در مورد معامله بر کلی با توجه به کمیت و کیفیت لازم فرد بر طرف می‌گردد و به‌طور خلاصه در پاسخ به

سؤال ابتدای بحث می‌گوییم که «معامله کلی غرری نیست و صحیح است»^۱.

ط - آیا معامله بر فرد مردد غرری است؟^۲

در اینجا مسأله بدین شکل است که اگر فروشنده‌ای بگوید این ماشین یا آن ماشین از نوع و مدل و سیستم معین را می‌فروشیم یا بگوید: این قطعه زمین یا آن قطعه را در دو جای مختلف با مساحت مختلف می‌فروشیم و قیمت هریک از دو ماشین، معین و یک مبلغ باشد؛ ولی بهای هر قطعه زمین متفاوت باشد و خریدار نیز بگوید برای من فرق نمی‌کند یکی از این دو ماشین یا یکی از آن دو قطعه زمین را با همان قیمت گفته شده خریداری می‌کنم، آیا چنین معامله‌ای غرری و باطل است یا غرری نیست و صحیح می‌باشد؟ غرض از آوردن دو مثال این است که معامله بر فرد مردد دو گونه است گاهی معامله بر دو فرد مردد مثلی است و گاهی معامله بر دو فرد مردد، قیمی است و ممکن است این امر در روشن شدن مسأله مؤثر باشد.

پاسخ: در جایی که دو فرد مردد قیمی مورد بحث باشد تا هنگامی که معین نشود کدام یک از آنها باید رد و بدل شود معامله غرری و باطل است؛ زیرا فرد مردد مجهول است و قابل وصول نیست و قابل تملیک و تملک هم نمی‌باشد. این مثل موردی است که کسی این یا آن زن را ترویج می‌کند که تا معین نشود کدام یک مورد نظر قیعی است نکاح بی‌معنا خواهد بود.

اما در جایی که دو فرد مردد مثلی باشد با مشخصات یکسان و قیمت واحد در اینجا مردد بودن مورد معامله قابل تأمل است. ظاهر عبارات فقها این است که این مورد هم غرری و باطل است.^۳

صاحب عناوین پس از نقل این مطلب از ظاهر عبارت فقها بر آن اشکال وارد می‌کند که: «آن چنانکه گفته شد غرر و خطر هنگامی به وجود می‌آید که اطمینان نباشد به وجود یا قبض و اقباض یا کمیت و کیفیت دیگر صفات لازم برای

۱ مراغه‌ای، همان، ص ۲۹۱.

۲ محمدی، همان، ص ۷۸.

۳ همان.

مورد معامله ولی در این مورد که همه اینها حاصل و قیمت هم معین و یکسان است چگونه می‌توان گفت غرر به وجود می‌آید؟!».

به نظر می‌رسد که نظریات صاحب عناوین با منطق عقلانی و حقوقی روز موافقت دارد و اشکال ایشان وارد و متین می‌باشد.

گفتار پنجم: غرور^۱

غرور در لغت به معنای خدعه و فریب است، فیروزآبادی در کتاب قاموس المحيط^۲ در بیان معنای لغوی آن می‌نویسد: «غره ... خدعه و اطعمه بالباطل» غار، اسم فاعل آن، به معنای فریب‌دهنده و فریبنده است و مغرور، اسم مفعول آن، به معنای فریب‌خورده و فریفته است. دکتر سجادی در فرهنگ معارف اسلامی غرور را اصطلاح اخلاقی تلقی کرده و می‌گوید^۳:

غرور به معنای فریب است و اصل آن مأخوذ از قرآن مجید که فرمود: «وَمَا يَعْزُبُكَ الشَّيْطَانُ إِلَّا غُرُورًا» و به معنای فریب خوردن نفس اماره است. البته لازم به توضیح است که اکثر فقها متقدم، غرور را به عنوان قاعده‌ی مستقلی نمی‌دانستند و آن را در ذیل قاعده فقهی غرر بیان می‌داشتند ولی متأخرین غرور را عده‌ای خاص دانسته و برای آن حیطه‌ی معینی را متصور شده‌اند هرچند در نهایت امر چنین استنباط می‌شود که به وحدت مصداق بینجامند.

در اصطلاح فقه و حقوق تعریف غرور چنین آمده است که: «هرگاه کسی شخصی دیگر را فریب دهد و در نتیجه موجب تلف مالی از او گردد... باید از عهده‌ی ضرر شخصی که فریب خورد برآید...»^۴ (المغرور يرجع الی من غره) برخی دیگر برای آن تعریفی دیگر آورده‌اند که ترجمه آن چنین است: «قاعده غرور نزد فقها عبارت است از صدور کاری از کسی که موجب زیان دیگری شود و این زیان به واسطه‌ی فریب خوردن این، از آن باشد هرچند آن دیگری قصد فریب دادن آن کس را نداشته باشد

۱ محمدی، ص ۸۱

۲ فیروزآبادی، همان.

۳ سجادی، فرهنگ معارف اسلامی، ج ۳، (ذیل غرور).

۴ شهابی، قواعد فقه، ص ۹۳.

و خود او نیز فریب خورده یا جاهل و نادان و یا در اشتباه بوده باشد...»^۱.

تفاوت مهمی که در این تعریف دوم نسبت به تعریف اول وجود دارد این است که در تعریف دوم قصد فریب دادن عنصر غرور شمرده شده ولی در تعریف اول این عنصر مسکوت مانده است به طوری که ملاحظه می شود معنای اصطلاحی غرور از معنای لغوی آن، دور نیفتاده است.

در قرآن کریم نیز این واژه در آیات متعددی به کار رفته است که به برخی از آنها اشاره می شود: قوله:

«يَا أَيُّهَا الْإِنْسَانُ مَا غَرَكَ بِرَبِّكَ الْكَرِيمِ؛ ای انسان چه چیز تو را به پروردگارت که کریم است مغرور کرد»^۲. در تفسیر این آیه شریفه بیان شده که: چه چیزی تو را نسبت به پروردگارت مغرور کرد و خدعه کردی و باطن خود را تاحدی عصیان و مخالفت با او سیاه و تباه کردی و خود را فریب دادی؟ البته در معنای صفت کریم برای پروردگار اختلاف کردند که چون از موضوع بحث خارج است بدان نمی پردازیم.^۳

«فَلَا تُغْنِيكُمْ الْحَيَاةُ الدُّنْيَا وَلَا يَغْنِيكُمْ بِاللَّهِ الْغُرُورُ؛ نباید که شما را زندگی دنیا فریب دهد و نباید شما را در (کار) خدا و به نام خدا آن فریبنده، فریب دهد»^۴. در این آیه (غرور) به فتح (غین) شیطان است؛ یعنی همان فریبنده (فریب دهنده) و هر کسی که فریب دهد غرور است و شیطان غرور نامیده شده است به این دلیل که انسان را به سمت گمراهی می کشاند «ابن السکیت» غرور را چنین معنا نموده که: آنچه که ظاهرش را دوست داشتنی می یابیم و باطن آن مکروه و مجهول است. غرور به ضم هم داریم که به معنای باطل است.

«وَمَا الْحَيَاةُ الدُّنْيَا إِلَّا مَتَاعُ الْغُرُورِ؛ زندگانی این جهان مگر کالای فریب (چیزی) نیست»^۵. پس زندگانی این جهان خدعه و فریبی است که حقیقتی ندارد و متاع

۱ بجنوردی، القواعد الفقهية، ج ۱، ص ۲۲۵.

۲ انفطار / ۶

۳ طریحی، مجمع البحرین، (قال الشيخ ابوعلی: واختلف فی معنای الکرم، فقیل هو المنعم الذی کل افعاله احسان و انعام لا یجر به نفعا و لا یدفع به ضرا و قیل هو الذی یعطی ما علیه و ما لیس علیه و لا یطلب ماله و قیل هو الذی یقبل الیسیر و یعطی الکثیر و من کرمه سبحانه انه لم یرض بالعفو عن سیئات حتی یدلها بالحسنات... الی ان قال: و انما قال الکرم دون سائر اسمائه و صفاته لانه کان تضه الاجابه حتی یقول غر فی کرم الکرم).

۴ لقمان / ۳۳.

۵ آل عمران / ۱۸۵.

بی‌ارزشی است که طالب آن بدین‌وسیله فریب می‌خورد تا آن را به‌دست آورد و سپس پستی‌اش بر او آشکار می‌گردد و شیطان، فریب‌دهنده نیز نیرنگ کننده است. در اینجا به‌لحاظ شیوایی بیان شیخ طریحی عبارت عربی آن را نیز بیان می‌داریم: (ای الخداع الذی لا حقیقه له و هو المتاع الردی، الذی یدلس به علی طالبه حتی یشتریه ثم یتبین له رداءه و الشیطان هو المدلس)^۱.

همان‌طور که ذکر آن گذشت غرور نزد متأخرین از قواعد خاص فقهی است و در تحت قواعد ضمان می‌گنجد؛ زیرا قواعد ضمان به سه دسته تقسیم می‌شوند:

۱- ضمان ید؛ ۲- ضمان اتلاف؛ ۳- ضمان تسبیب، که قاعده‌ی غرور در ذیل ضمان تسبیب جایگاه دارد و فی‌الواقع مرجع غرور قاعده‌ی تسبیب است.^۲ در باب غرور، در بعضی موارد صدق غرور نزد فقها مسلم و در بعضی موارد محل اختلاف است و این اختلاف بدین‌لحاظ است که حد مفهوم غرور گاه غیرمعلوم می‌باشد به‌این‌جهت که یک زمان مصداق مسلمه دارد که قطعاً مفهوم غرور در آنجا صادق است و گاه مشکوک دارد که بعضی فقها وجود ضرر را در آن شرط می‌دانند و بعضی دیگر از جمله فیروزکوهی ضرر را در صدق غرور شرط نمی‌داند و میزان از بین رفتن مال را شرط صدق غرور تلقی می‌کنند^۳ البته در مورد مسأله تسبیب بودن قاعده غرور اختلافاتی نیز وجود دارد که در بخش آتی به‌طور تفصیل بدان اشاره خواهد گردید، لذا در این مجال به این مختصر (معنای لغوی، اصطلاحی، قرآنی ...) بسنده می‌گردد. ولی آنچه مسلم و مهم است و بدواً غرض حاصل می‌آید این است که غرور به معنای خدعه و نیرنگ^۴ و فریب از واژه‌های معادل با تدلیس است.

الف - عناصر غرور

از دقت در تعریف دومی که برای غرور آوردیم عناصر غرور بدین‌ترتیب هویدا

۱ طریحی، مجمع‌البحرین،

۲ فیروزکوهی، قواعد الفقهیه، ص ۱۵۶.

۳ فیروزکوهی، همان‌جا.

۴ جوهری، تاج‌اللغة و محاح العربیه.

می‌گردند: انجام کاری، به‌وجود آمدن زیان، وجود و تأثیر فریب. ولی در وجود یا عدم علم فریبنده و وجود یا عدم علم فریفته شده و وجود یا عدم وجود قصد فریب جای بحث است و ذیلاً درباره هریک توضیح مختصری بیان می‌گردد:

۱- انجام کاری که موجب زیان دیگری شود.

یکی از عناصر غرور است. این کار می‌تواند عملی حقوقی باشد مانند: فروختن مال دیگری به‌عنوان مال خود و یا اجاره یا عاریه دادن آن یا با تظاهر به داشتن سمتی باشد مانند: تظاهر به این که وکیل مالک است در بیع یا اجاره و عقود دیگر یا وکیل زوج یا زوجه است در عقد نکاح و تظاهر به این که شاهد بر امری بوده است و به دروغ شهادت دهد یا عملی کاملاً غیرحقوقی باشد، مانند آنکه غذایی را به دیگری بدهد و او آن را بخورد درحالی که آن غذا مال خود او نیز نبوده است.

۲- به‌وجود آمدن زیان

تمام بحث از قاعده‌ی غرور این است که غرور موجب ضمان است و می‌دانیم که یکی از عناصر مهم ضمان وجود زیان است، پس اگر زبانی به‌وجود نیاید اعمال قاعده‌ی غرور موردی پیدا نمی‌کند هرچند عرفاً و واقعاً کسی دیگری را فریب داده باشد مثلاً اگر در موارد پیش معامله‌ی فضولی انجام نگیرد، شهادت او منشأ حکم قرار نگیرد و غذای غیر، خورده نشود موردی برای قاعده‌ی غرور پیدا نمی‌شود.

۳- وجود و تأثیر فریب

زیان باید ناشی از کاری باشد که موجب فریب زیان دیده باشد چنانچه در مثال‌های پیش آمده است ولی هرگاه کسی دیگری را بفریبد و با انعقدی منعقد کند و در اثر آن عقد طرف دیگر زیان ببیند، بدون این که فریب تأثیری در ایجاد زیان داشته باشد، قاعده‌ی غرور موردی پیدا نمی‌کند و ضمان به‌وجود نمی‌آید مثل این که در همان معامله فضولی، خریدار مال را بخرد و سپس برای فروش عرضه کند. ولی خریداری به بهای بیش‌تر پیدا نشود و به بهای کم‌تر بفروشد.

در اینجا زیان به وجود آمده، ولی ناشی از فریب نیست بلکه مثلاً ناشی از اقدام خریدار بوده است. در اینجا پس از روشن شدن حقیقت اگر مالک اصلی معامله فضولی را تنفیذ کند ولی قیمت اصلی مال را مطالبه کند نه قیمت فروخته شده آن را خریدار معامله فضولی باید تمام بهای معامله اول را به صاحبش بدهد و کاهش بهای کالا از کیسه خودش رفته است و نمی‌تواند این کاهش بها را از شخص فضولی، بخواهد، چون کار فضولی او تأثیری در به وجود آمدن زیان نداشته است.

۴- علم یا جهل فریبنده

آیا علم فریبنده (فریب‌دهنده) به حقیقت امر و آنگاه اقدام او به فریب دیگری از عناصر تشکیل دهنده غرور است؟ یا اگر کسی کاری انجام دهد و خودش هم به حقیقت امر جاهل بوده ضامن زیان دیدن مغرور می‌باشد. مسأله جای بحث و اختلاف است و برای روشن شدن همه جوانب امر صور آن را مطرح و بررسی می‌کنیم. علم و جهل فریبنده به همراه علم و جهل (فریفته) شده چهار صورت دارد:

۴-۱- فریبنده عالم و فریفته شده جاهل به واقع امر باشد.

مانند آن دزد یا غاصب مالی را به کسی که از دزدی و غصب بی‌اطلاع است، بفروشد و آنگاه صاحب اصلی مال پیدا شود، در اینجا بدون تردید فریبنده (غار) ضامن و مسئول زیان‌های فریفته شده (مغرور) می‌باشد و این روشن‌ترین صورت قاعده غرور است.

۴-۲- هر دو عالم و آگاه باشند.

مال دزدی، یا غصبی است و معامله‌کننده آنگاه مالک اصلی بیاید، در اینجا خریدار تنها می‌تواند ثمن معامله را، اگر به دزد یا غاصب داده پس بگیرد و نمی‌تواند زیان‌های دیگر را از او مطالبه کند؛ زیرا خودش آگاه بوده و به زیان خود اقدام کرده است.

۴-۳- فریبنده جاهل و طرف معامله آگاه بوده باشد.

چنانچه وارثی نداند که ملک موروثی غصبی است و آن را بفروشد به کسی که او می دانسته پدر این وارث، آن ملک را به زور از ناتوانی گرفته بوده است. در اینجا نیز مثل مورد «ب» و بلکه به طریق اولی فروشنده ضامن نیست مگر به قدر ثمن معامله که گرفته است آن هم از باب دارا شدن غیرعادلانه و حرمت اکل مال به باطل ولی آیا می توان او را «فریبنده و غار» دانست؟

بجنوردی می نویسد: «لعدم صدق الغرور من علمه»؛ یعنی در اینجا غرور و فریبی وجود ندارد؛ چون زیان دیده خودآگاه بوده است، تا فردا فاعل را غار و فریبکار بدانم.

۴-۴- هر دو جاهل و ناآگاه به حقیقت امر باشند.

چنانکه وارثی ناآگاه از سابقه ی ملک، آن را به دیگری بفروشد و خریدار علاوه بر دادن ثمن مبلغی هم خرج تعمیرات آن کند و آگاه صاحب اصلی ملک بیاید و آن را ادعا کند. در اینجا با دو سؤال روبهرو هستیم: یکی این که آیا چنین موردی مشمول قاعده غرور هست؟ آیا چنین فروشنده ناآگاهی را می توان غار و فریبنده دانست؟ آیا چنین خریدار ناآگاهی را می توان مغرور و فریفته شده دانست؟ و دیگر این که آیا چنین فروشنده ناآگاهی ضامن و مسئول هست یا نیست؟ و اگر هست تا چه حد ضامن است؟ برای پاسخ به این سؤالات به نظر می رسد بهتر است از انتها شروع کنیم تا به راه حل مفیدی دست یابیم. در پاسخ به این سؤال که آیا چنین ناآگاهی فریب خورده است، ظاهراً پاسخ مثبت است، او در این معامله فریب خورده است؛ زیرا آنچه را می پنداشته، واقعیتی را که از اظهارات و رفتار و اعمال فروشنده تصور می کرده نادرست بوده است. چنین فروشنده ناآگاه غار و فریبنده است؟

بله، این درست است که از واقع امر بی خبر بوده ولی چون خود را مالک معرفی کرده و خریدار بر این گفته اعتماد کرده و معامله را واقع ساخته همین نشان دادن خود به عنوان مالک، موجب غرور فریب شده است و حالا می توانیم بگوییم این مورد مشمول قاعده ی غرور است. در پاسخ پرسش دوم (آیا چنین فروشنده ناآگاهی ضامن و مسئول است؟ و اگر هست تا چه حد ضامن است؟).

با توجه به این که مورد را غرور، فروشنده را غار و فریبنده و خریدار را مغرور و فریفته شناختیم پس مورد مشمول قاعده‌ی «المغرور یرجع الی من غره» می‌باشد و ضامن است و نسبت به ثمن معامله و هر زیان دیگری که به او رسیده باشد، باید جوابگو باشد. مرحوم بجنوردی در این مورد پس از آنکه آن را موضوعاً مشمول قاعده‌ی غرور دانسته، نسبت به حکم آن قایل به تفصیل است میان آنکه دلیل قاعده را چه بدانیم و می‌نویسد اگر دلیل آن را روایت پیش بدانیم فروشنده ناآگاه ضامن است، اگر دلیل آن را اجماع بدانیم ظاهراً ضامن نیست، اگر دلیل آن را بنای عقلا بدانیم حکم به ضمان مشکل است. اگر دلیل آن را اخبار خاص بدانیم، انصاف آن است که ضامن نباشد؛ چون ایشان مدرک حجیت قاعده‌ی غرور را بنای عقلا می‌داند و روایت را ناظر می‌داند بر قبول و امضای این بنای عقلا به این نتیجه می‌رسد که باید بگویند چنین فروشنده ناآاهی ضامن نیست ولی خود را مواجه می‌بیند با دسته‌ی دیگری از اخبار که دلالت دارند بر ضمان پزشک هرچند ناآگاه بوده به اثر بد و زیان‌آور دارویی که تجویز کرده بود و سرانجام می‌نویسد: «به‌هر حال آنچه از تمام ادله این مورد؛ یعنی از اخبار، فقها و جهات دیگر، به‌دست می‌آید این است که میان غار و فریبنده‌ای که آگاه یا ناآگاه باشد تفاوتی (در ضامن بودن او) نگذاریم».

به‌هر حال از بحثی که گذشت چنین نتیجه‌گیری می‌شود که: برای تحقق غرور جهل شخص مغرور (فریفته لازم است ولی علم و جهل شخص غار (فریب‌دهنده) تفاوتی به‌وجود نمی‌آورد^۱.

۵- قصد و عدم قصد

آیا برای صدق غرور لازم است که غار و فریبنده قصد فریب یا قصد زیان رسانیدن به مغرور و فریفته را داشته باشد یا غرور صدق می‌کند حتی اگر غار قصد نداشته باشد؟ قبلاً تذکر یک نکته سودمند است و آن این است که نباید پنداشت با شرط دانستن علم غار، به‌فرض این که آن را شرط بدانیم، بحث از شرطیت قصد، زاید است؛ زیرا علم غار مستلزم قصد زیان نیست و ممکن است غار علم به مالک نبودن خود

داشته باشد و مال دیگری را بفروشد بدون اینکه قصد او زیان رسانیدن به طرف باشد و ملک را به نرخ روز به او بفروشد. ولی اگر علم غار را شرط غرور ندانیم دیگر بحث از شرطیت قصد بحثی زاید است.

اما در پاسخ به پرسش به نظر می‌رسد که قصد، شرط غرور نباشد همین اندازه که شخصی با کار دیگری فریفته شود و زیان ببیند، عنوان غرور و مغرور صدق می‌کند خواه قصد غار زیان باشد یا نباشد. به‌ویژه آنکه در شرط چهارم گفته شد که علم غار هم شرط نیست و واضح است که در صورت جهل او قصد فریب یا قصد زیان نمی‌تواند تحقق یابد.

مرحوم بجنوردی^۱ همین عقیده را دارد و خلاصه استدلال او این است: قصد عناوین افعال شرط صدق آن عناوین نیست چنانکه اگر کسی دیگری را بزند، عنوان زدن صدق می‌کند هر چند زننده قصد زدن هم نداشته باشد... عناوین قصدی، بدون قصد آن عنوان صدق نمی‌کنند مثلاً تعظیم و احترام که از عناوین قصدی است با ایستادن و خم شدن بدون قصد احترام حاصل نمی‌شود... فریفتن از این گونه عناوین قصدی نیست... توضیح استدلال ایشان این است که گاهی کسی می‌خواهد به دیگری احترام بگذارد در این صورت باید بر قصد احترام او از جای برخیزد یا اگر ایستاده است خم شود یا دست بر سینه نهد یا به حالت خبردار بایستد این گونه عناوین (عنوان احترام و تعظیم) را می‌گویند «عناوین قصدی» چه، با برخاستن و خم شدن بدون قصد احترام تحقق نمی‌یابند. ولی همه‌ی عناوین چنین نیستند مثلاً ضرر زدن به دیگری موجب مسئولیت مدنی و ضمان است ولی قصد نمی‌خواهد. اتلاف و تسبیب موجب ضمانت ولی قصد نمی‌خواهند. غرور از این دسته عناوین است که بدون قصد (با عنصر دیگر) تحقق می‌یابد.

مرحوم صاحب عناوین نیز همین عقیده را دارد و می‌نویسد: اگر غار آگاه باشد ولی قصد فریفتن نداشته باشد، اما کار او غرور آفریده باشد (باعث ایجاد غرور شود) ظاهر این است که عنوان غار و فریبنده بر او صدق می‌کند.^۲

۱ بجنوردی، قواعد الفقهیه، ج ۱، ص ۲۳۳.

۲ مراغای، عناوین، ص ۳۲۳.

حال برای تبیین قاعده‌ی غرور و به تبع آن تدلیس به بررسی ادله حجتیت قاعده‌ی غرور می‌پردازیم تا تعلق داشتن تدلیس را به این قاعده روشن‌تر درک نماییم.

ب- ادله حجتیت قاعده‌ی غرور^۱

۱- روایت نبوی^(ص) «المغرور یرجع الی من غره»

بدین معنا که فریب‌خورده به فریب‌دهنده خود رجوع می‌کند. این جمله، جمله خبری است که در مقام بیان حکم است و معنای آن بدین ترتیب است که: فریب‌خورده حق دارد به فریبنده‌ی خود رجوع کند. رجوع فریب‌خورده به فریبنده معنایی ندارد جز مطالبه زیان وارد بر او و ضمان و مسئولیت فریبنده. بنابراین دلالت روایت بر ضمان روشن است.

آنچه می‌ماند این است که معلوم شود این جمله حدیث نبوی است یا نه؟ این امر اگرچه مشهود است ولی مسلم نیست. فایده این نکته در مقام استناد به آن معلوم می‌شود، بدین گونه که اگر آن را روایت بدانیم می‌توانیم از عموم یا اطلاق آن استفاده کنیم و گرنه خیر.

۲- اجماع

اجماع منقول و نیز اجماع محصل که از تحلیل و بررسی کلام فقها به دست می‌آید ولی از آنجا که ممکن است فتاوی فقها در مسایل مربوط به غرور به استناد روایت پیش باشد این، اجماع دلیل مستقلی نمی‌باشد.

۳- بنای عقلا

بدین بیان که عقلا در معاملات و کارهای دیگرشان اگر در اثر فریب زیان ببینند برای جبران زیانی که دیده‌اند به فریبنده‌ی خود مراجعه می‌کنند، این روشی است معمول و متداول نزد خردمندان و کسی نیز بر این روش خرده نمی‌گیرد. مرحوم بجنوردی این استدلال را بهترین می‌داند.

۴- دلیل عقلی

این استدلال از خلال گفته‌های صاحب عناوین فهمیده می‌شود.^۱ چه او پس از استدلال به اجماع محصل و منقول نوشته است: بلکه می‌توان گذشته از ادله سمعی، به حکم عقل نیز استناد کرد ولی آن را توضیح نداده است. می‌توان دلیل عقلی را به صورت حکم عقل به جبران ضرر یا حکم عقل به تسبیب در ایجاد ضرر توجیه کرد ولی ایشان این دو را جداگانه و علاوه بر دلیل عقلی مطرح کرده است. با توجه به این وضع به نظر می‌رسد منظور ایشان از دلیل عقلی همان است که مرحوم بجنوردی از آن به بنای عقلا تعبیر کرده است گرچه این دو، هرگاه در برابر هم و با هم آورده شوند، متفاوتند ولی صاحب عناوین دلیل عقلی را ذکر کرده و بنای عقلا را بیان نداشته است و بجنوردی بنای عقلا را آورده و دلیل عقلی را نیاورده از این روی به نظر می‌رسد منظور هر دو یک چیز باشد با دو تعبیر متفاوت ولی اگر آن را بنای عقلا بنامیم دقیق‌تر است.

۵- قاعده‌ی لاضرر

این نیز فقط در عناوین میرفتاح^۲ آمده است و بجنوردی بدان استناد نکرده شاید به این جهت که میان فقها در این که بتوان به قاعده‌ی لاضرر برای اثبات حکم استناد کرد اختلاف است و این اختلاف نظر در بحث از قاعده‌ی لاضرر وجود دارد.

۶- قاعده‌ی اتلاف و تسبیب

برخی از نویسندگان قواعد فقهی (حقوقی)^۳ قاعده‌ی غرور را قاعده مستقلی نمی‌دانند بلکه آن را از مصادیق قاعده‌ی تسبیب می‌دانند و می‌نویسند: «مرجع این قاعده‌ی به عقیده‌ی این حقیر به سوی قاعده تسبیب است؛ یعنی غرور از مصادیق تسبیب است». برخی دیگر^۴ بر این عقیده ایراد گرفته‌اند و نوشته‌اند: دلیل ضمان غار چند چیز است: اول آنکه از نوشته‌های فقها معلوم می‌شود که غار سبب اتلاف است و مغرور مباشری ضعیف است. و هرگاه مباشر ضعیف باشد؛ سبب، ضامن خواهد بود، ولی این

۱ مراغه‌ای، عناوین، ص ۲۲۴.

۲ همان، ص ۳۲۴.

۳ فیروز کوهی، قواعد فقه، ص ۱۵۴.

۴ مراغه‌ای، عناوین، ص ۳۲۴.

استدلال از دو جهت محل تردید است: یکی این که لازمه‌ی آن عدم ضمان مغرور است و حال اینکه چنین نیست بلکه مغرور ضامن است در برابر شخص زیان‌دیده و بعد خود او حق دارد به غار مراجعه و مطالبه کند.

دوم این که ضعف مباشر در جایی است که مانند آلت و وسیله باشد مثل کودک غیر ممیز، دیوانه، حیوان، مکره و مجبوری که اکراه او را بدون اختیار کرده باشد که بتوان گفت سبب تلف است در جایی که مغرور شخصی است بالغ و عاقل و مختار و قاصد در این صورت چگونه می‌توان او را همچون آلت و وسیله دانست؟! از این بیان معلوم می‌شود که صاحب عناوین، برخلاف فیروزکوهی قاعده‌ی غرور را همان قاعده-ی سبب نمی‌داند مرحوم بجنوردی^۱ در اینجا بحثی مفصل‌تر از بحث این دو نفر دارد ولی نظر صریحی نمی‌دهد و خلاصه بحث وی چنین است:

دلیل سوم این است که آنچه را مغرور زیان بیند سبب آن غار است و در اینجا سبب از مباشر قوی‌تر است؛ زیرا مباشر جاهل فریب خورده همچون آلت فعلی است برای سبب قوی و بنابراین قاعده‌ی مستقلی نیست بلکه یکی از صغریات (موارد) قاعده‌ی اتلاف (بالتسبیب) است و ادله‌ی حجیت قاعده‌ی اتلاف (بالتسبیب) بر حجیت این هم دلیل می‌باشند.

وی سپس بر این استدلال ایراد گرفته است و همان دو ایراد صاحب عناوین را به بیانی دیگر آورده است ولی بار دیگر بر ایراد خود ایراد می‌گیرد که: این در جایی است که مباشر فاعل جاهل نباشد ولی اگر جاهل باشد، سبب اقوی از مباشر خواهد بود و شاید به همین جهت طبیب را ضامن می‌دانند. و شاید به همین جهت شیخ انصاری در باب فضولی فرموده است که اگر مشتری جاهل به فضولی بودن معامله باشد و در برابر مالک اصلی زیان ببیند می‌تواند آن را از فروشنده فضولی مطالبه کند. به‌طوری که ملاحظه می‌شود مرحوم بجنوردی در این مورد نظر صریحی نمی‌دهد.

این ایراد و نقضی برای ایشان نیست ولی نکته این است که با آنکه تمام بحث راجع به مباشر جاهل بوده و خود ایشان هم در صدر بحث همین را موضوع بحث گرفته‌اند

پس از استدلال برای این که آن را مشمول قاعده‌ی اتلاف بالتسبیب بگیرند و پس از آنکه دو ایراد بر استدلال مزبور وارد می‌کنند آنگاه می‌نویسند: «در جایی است که مباشر فاعل جاهل نباشد...»^۱.

به هر حال از مجموع عقاید، استدلالات و مباحثی که گذشت و با عنایت بدانچه از شیخ انصاری در معامله فضولی نقل شده به نظر می‌رسد قاعده‌ی غرور، قاعده‌ای است مستقل از قاعده‌ی اتلاف بالتسبیب و خود دارای ادله حجّیت است و نیازی نیست که آن را از مصادیق قاعده‌ی تسبیب دانسته برای حجّیت آن (قاعده‌ی غرور) از ادله حجّیت این قاعده تسبیب کمک بگیریم.

۷- روایت خاص

منظور از روایات خاص روایاتی است که در مواردی به خصوص وارد شده و منطبق است با قاعده‌ی غرور. مرحوم بجنوردی^۲ به دو دسته از روایات اشاره می‌کند: یکی روایاتی که در باب شهادت دروغ رسیده و دیگری روایاتی که مربوط است به تدلیس در باب نکاح و آنگاه این مطلب را مطرح می‌کند که آیا می‌توان از این روایت خاص حکمی کلی برای حجّیت قاعده غرور استنباط کرد؟ و ذیلاً از باب شهادت دروغ یک روایت نقل می‌شود و در مورد تدلیس در باب نکاح در فصل دوم بحث می‌کنیم.

در باب شهادت دروغ

در باب شهادت دروغ روایتی است صحیح که جمیل به دراج از امام صادق (ع)^۳ آورده است که فرمودند: اگر آن مال (موردشهادت) عیناً موجود است به صاحبش برگردانده می‌شود و اگر موجود نباشد به اندازه‌ای که تلف شده از مال آن مرد (شاهد دروغگو) باید به صاحب مال داده شود. در این مورد حاکم شرع به استناد شهادت شاهد حکم داده و بعد دروغ آن شهادت معلوم شده بود پس شهادت دروغین موجب غرور حاکم شده و امام (ع)^۴ حکم فرموده است که مالی که به استناد این حکم گرفته شده، باید

۱ بجنوردی، همان، ص ۲۲۸ به بعد.

۲ بجنوردی، القواعد الفقهية، ج ۱: ص ۲۲۸.

عیناً به صاحبش برگردانده شود و اگر تلف شده باید عوض آن داده شود. مرحوم بجنوردی پس از نقل این روایت و سه روایت دیگر قریب به همین مضمون می‌نویسد: «ولی این روایات و روایات مانند اینها که ما آنها را نقل نکرده‌ایم در مواردی خاص رسیده‌اند و (استظهار) و استنباط این قاعده کلی «المغرور یرجع الی من غره» از آنها در غایت اشکال است.» اشکال ایشان را توضیح نداده‌اند ولی اشکال این است که فقهای امامیه قیاس مستنبط‌العله را باطل می‌دانند و آنچه در این مورد، شهادت دروغ، رسیده است اگر بخواهیم به استناد آن در باب دیگر هم حکم دهیم قیاس مستنبط‌العله می‌شود.

ج- دایره شمول قاعده‌ی غرور^۱

وقتی شخصی به اعتقاد گفتار یا کردار دیگری تن به کاری می‌دهد یا در راهی گام می‌نهد و سپس به اشتباه خود پی می‌برد، آن اعتماد ناشی از اشتباه، عواقب و آثار و نتایج به‌بار می‌آورد. قاعده‌ی غرور به چنین کسی حق و اجازه‌ی رجوع و مطالبه ضرر و زیان می‌دهد. اکنون ببینیم چه زیان‌هایی دامن‌گیر شخص مغرور و فریفته شده می‌شود و کدام‌یک از آنها را می‌تواند مطالبه کند؟!

نخست مثالی بزنیم تا چه زیان‌هایی در معامله‌ای مبتنی بر غرور و فریب ممکن است به‌وجود آید. فرض کنیم کسی به دروغ خود را به مالک زمینی که محل دامپروری است معرفی کند و آن را بفروشد. خریدار خود مبلغی بابت ثمن کالای مورد معامله که زمین و دام و تأسیسات مربوط و دانه و علوفه است می‌پردازد، مبلغی بابت دلایلی، مخارج ثبت اسناد و هزینه‌ی آمدورفت و ارزیابی و این‌گونه هزینه‌ها را می‌دهد، پس از تحویل گرفتن مبيع دانه و علوفه می‌خرد و به دام‌ها می‌دهد و از آنها شیر و گوشت می‌گیرد و می‌فروشد، پس از چندی برای بهبود دامداری هزینه‌هایی می‌کند، برای بهزیستی آنها را خراب می‌کند و دوباره می‌سازد، عوارض شهرداری، مالیات دارایی، پول آب و برق و گاز و تلفن می‌دهد، دستمزد کارگران و کارشناسان

دامداری را می‌پردازد. مدتی می‌گذرد شخصی می‌آید و خود را مالک تمام آن محل و تأسیسات و دام‌ها و دانه‌ها و علوفه معرفی می‌کند و این ادعا را ثابت می‌کند و چون مالک عین است حق دارد عین مال خود را هر جا و نزد هر کس بیاورد، پس بگیرد و همین کار را هم می‌کند و به خریدار می‌گوید: هر چه به هر کس داده‌ای برو از همان شخص بگیر و این مفاد قاعده‌ی غرور است.

حال ببینیم این خریدار فریب‌خورده زیان دیده چه مقدار از این زیانها را می‌تواند از آن دروغگوی فریب‌کار (غار) پس بگیرد؟ ثمن معامله را می‌تواند پس بگیرد؛ زیرا از این سو زیانی است که بر او وارد شده و از سوی دیگر فروشنده فضولی حق بر آن ثمن ندارد و تصرف او در آن، اکل مال به باطل است و دارا شدن ناروا.

مبالغی را که خریدار برای دلالتی، مخارج ثبت اسناد، هزینه‌ی آمدورفت تا زمان انعقاد معامله، ارزیابی و این‌گونه موارد هزینه کرده است پس می‌گیرد؛ زیرا فروشنده فضولی با غرور و فریب موجب این زیان‌ها شده است. ولی آیا هزینه‌هایی که برای نگهداری محل و دام‌ها کرده است در برابر منافع مستوفات (شیر و گوشت) قابل استردادند؟ بخشی از این هزینه‌ها در برابر منفعتی نبوده و صرفاً برای نگهداری محل و تأسیسات و دام‌ها لازم بوده آیا این هزینه‌ها قابل مطالبه و استردادند؟ اندکی بعد در این مورد بحث خواهد شد.

هزینه‌های بهزیستی و بهسازی محل و تأسیسات قسمتی به‌صورت اعیانی متعلق به خریدار درآمده که یا مالک حقیقی باید به‌نحوی حل‌وفصل کند اگر آنچه از مالک حقیقی دریافت می‌کند کم‌تر از آن مبلغی باشد که هزینه کرده است آیا مابه‌التفاوت قابل مطالبه است؟ ظاهراً پاسخ مثبت است چون موجب آن فروشنده، فریبنده بوده است.

عوارض شهرداری و مالیات دارایی مربوط به ملک و مالک حقیقی است و مربوط به خریدار فریب‌خورده نبوده است و او می‌تواند آنها را با مالک حقیقی حساب کند و اگر مالک نپذیرد از فروشنده‌ی فضولی بگیرد؛ چون موجب این زیان، او بوده است و ظاهراً فروشنده فضولی حق دارد این‌گونه مخارج را از مالک حقیقی پس بگیرد این بحثی دیگر و خارج از موضوع بحث ما است. مخارج آب برق گاز و تلفن مصارفی بوده بدون استیفای منفعت که قابل استرداد و مطالبه است و همین‌طور است دستمزد

کارگران و کارشناسان دامداری که قابل مطالبه و استردادند. عواقب و آثار و نتایج غرور قابل احصا نیست، آنچه گفته شد نمونه و مثال است فقها^۱ آنها را بدین ترتیب دسته‌بندی کرده‌اند:

۱- عوارض ثمن؛ ۲- مخارج در برابر منافع مستوفات؛ ۳- دیگر مخارج. دسته اول و سوم قابل مطالبه و استرداد می‌دانند و در دسته دوم بحثی است بدین شرح: ممکن است گفته شود که خریدار جاهل (باید توجه کرد که اگر خریدار عالم بوده از بحث قاعده غرور خارج است) آنچه را برابر منافع مستوفات مصرف کرده نتواند مطالبه کند؛ زیرا معادل آن را قبلاً دریافت داشته مثلاً آب و دانه داده و شیر و گوشت برداشت کرده است و نمی‌تواند جمع بین عوض و معوض کند.

ولی این استدلال رد شده است به اینکه اولاً این منافع از طرف مالک حقیقی قابل مطالبه است و در صورت مطالبه‌ی مالک و پرداخت آن وسیله‌ی خریدار جاهل جمع بین عوض و معوض نخواهد نشد و ثانیاً (حتی در صورتی که مالک آنها را مطالبه نکند) باز نمی‌توان آن مخارج را به‌عهده خریدار جاهل دانست، چه او گمان می‌کرده این مخارج را صرف مال خود، ملک خود و حیوانات خود می‌کند، گمانی که بی‌اساس بودن آن بعداً معلوم شده است پس زیانی است که متحمل شده است و باید علی‌الاصول بتواند آن را از کسی که باعث آن شده «فروشنده فضولی» مطالبه کند و این نظر مورد تأیید بزرگان فقها مانند شیخ انصاری است.^۲

د- موارد و مصادیق قاعده‌ی غرور در فقه و حقوقی^۳

کاربرد قاعده در فقه در ابواب مختلف و متعدد دیده می‌شود که برخی از آنها اشاره می‌شود:

- معامله فضولی به صور مختلف آن: برای مالک بدون منع قبلی، برای مالک با منع قبلی او، برای خود فضولی، مانند بیع غاصب، برای خود با تصور مالکیت و گونه‌های دیگر معامله فضولی: مثالی را که پیش‌تر آوردیم نیز مربوط به بیع فضولی بود.
- تدلیس در نکاح مانند آنکه در زن عیبی باشد که آن را پنهان کنند خواه وسیله خود او باشد یا ولی او یا شخص دیگر و اعم از این که ولی یا شخص ثالث به وجود

۱ انصاری، مکاسب، در معامله فضولی، صص ۱۴۷-۱۴۸.

۲ انصاری، همان‌جا.

۳ محمدی، قواعد فقه، ص ۹۵.

عیب آگاه باشند یا ناآگاه.

- گواهی دروغ که مستند حکم دادگاه قرار گیرد، خواه دعوای مالی باشد یا مربوط به قصاص و تعزیرات و اعم از آنکه گواهان از گواهی رجوع کنند و دروغ خود را فاش سازند یا دروغ بودن آن به وسیله دیگری محرز شود.

- پذیرایی با مال دیگری مانند آنکه کسی میهمانی کند و با گوشت گوسفندی دزدی از میهمانان پذیرایی نماید و بعد مالک بیاید و از مهمان مطالبه نماید. در این صورت میهمان اگر جاهل به امر بوده می تواند آنچه را زیان دیده از میزبان پس بگیرد.

- پذیرایی از میهمان با مال خودش در صورت جهل به اینکه مال خود اوست نیز مورد دیگر از غرور است. گرچه خودش مال خود را خورده ولی میزبان او را فریفته بوده که مال میزبان است و مالی که مصرف شده است بدون رضایت مالک و موجب آن میزبان بوده است، پس او ضامن صاحب مال خواهد بود هرچند که مال مصروف خود آن صاحب مال شده است.

- هرگاه خیاط بگوید این قواره پارچه لباس شما کافی است و بعد معلوم شود که کافی نبوده این نیز موردی ضعیف تر از مورد پیش ولی منطبق با قاعدهی غرور است.^۱
- هرگاه کسی ماشین را در اختیار دیگری قرار دهد و بگوید از ماشین من استفاده کن و پس از استفاده صاحب ماشین پیدا شود و کرایه مطالبه کند، که حق او است، در اینجا عاریه دهنده در برابر استفاده کننده ضامن و مسئول است، و یا هرچه او در برابر منافع مستوفات عوض داده ولی او گمان می کرده است که این استفاده مجانی و از مال عاریتی است و عامل این گمان خطا معیر بوده پس او ضامن است.

هـ- مبنای نظری غرور در حقوق مدنی ایران^۲

با توجه به مبانی کلاسیک مسئولیت، (نظریه تقصیر و نظریه خطر)، می توان ضمان غرور را براساس نظریه تقصیر توجیه کرد؛ زیرا به موجب این نظریه نیز علاوه بر تقصیر، عناصر دیگر و از جمله ورود ضرر بایستی اثبات گردند و حتی محدود کردن حق رجوع

۱ بجنوردی، القواعد الفقهية، ج ۱: ص ۲۳۸.

۲ صفری، فربیکاری و آثار آن، ص ۱۸۳.

مغرور به مواردی که زبانی متوجه او شده است با نظریه تقصیر منافاتی ندارد. به علاوه چنین دیدگاهی درباره‌ی مبنای کلاسیک ضمان غرور، با نظریه‌ی انتخابی درباره‌ی مبنای فقهی آن؛ یعنی «مغرور کردن» هماهنگ و متناسب است.

و- منابع ضمان غرور در قانون مدنی

قانون مدنی به عنوان یکی از منابع مهم مسئولیت قهری، موجبات آن را در ماده ۳۰۷ به چهار دسته تقسیم می‌کند:

- ۱- غصب و آنچه در حکم غصب است (مواد ۳۰۸ تا ۳۲۷)؛ ۲- اتلاف (مواد ۳۲۸ تا ۳۳۰)؛ ۳- تسبیب (مواد ۳۳۱ تا ۳۳۵)؛ ۴- استیفاء (مواد ۳۳۵ تا ۳۳۶).
- همچنین در موارد دیگری مانند: اداره‌ی فضولی غیراستفاده بدون جهت (مواد ۳۰۶)، ایفای ناروا (مواد ۳۰۱ تا ۳۰۵)، مصادیقی از استفاده بدون جهت (مواد ۳۳ و ۱۷۲) با این حال در موارد مذکور، به غرور به عنوان سبب ضمان به طور مستقل پرداخته نشده است ولی از موارد ضمان هستند و قاعده در آن جاری است.

گفتار ششم: غبن

غبن به معنای نسیان و غفلت^۱ و فریب و به اشتباه انداختن کسی^۲ معنا شده است و در *لسان العرب* به معنای ضعف‌الرأی نیز بیان شده است ولی در تمامی کتب لغوی معتبر عرب، همان معنای خدعه و فریب دادن را بر سایر معانی این واژه مقدم داشته اند. اما غبن یک اصطلاح فقهی است و به معنای زیان آوردن بر کسی در بیع و شراء^۳ و فریفتن و غلبه یافتن بر کسی در بیع است^۴ و در *تاج المصادرات* بیهقی به معنای غمگین کردن نیز بیان شده است. در شرح غبن بر دو قسم است:

● **غبن فاحش.** غبن فاحش که یکی از موجبات فسخ معامله می‌باشد و به معنای خسارت صریح و بسیار در خرید جنس مستهلک است به طوری که دو نفر شخص

۱ این منظور، همان: ج ۵.

۲ الزبیدی، همان: ج ۵.

۳ صفی پور، همان: ج ۲.

۴ التهانوی، همان.

ماهر با توجه به دستورات خرید و فروش، خسارت زیاده از حد عادات را در آن تحریر نماید (این تعریف در کتاب *غیاث اللغات* آمده است).^۱ همچنین جرجانی در کتاب *تعریفات*^۲ خود غبن فاحش را چنین معنای نموده است که: غبنی که در تقویم مقومین در نیاید و نتوانند از آن چشم‌پوشی کنند و یا اصلاً به تقویم مقوم نرسیده باشد.^۳

غبن فاحش چه از ناحیه خریدار باشد یا فروشنده باعث فسخ معامله است. علمای حقوق در تعریف غبن فاحش و مقدار آن اختلاف کرده‌اند و بعضی می‌گویند اگر از ثلث گران‌تر بفروشد و یا حتی از ثلث ارزان‌تر بفروشد هم غبن فاحش مصداق دارد. در کلیات حقوقی چنین آمده است: چنانچه شخص مال خود را به زیادتر از آنچه ارزش دارد، انتقال داده باشد چنین شخصی را غابن و طرف مقابل را مغبون گویند و برعکس نیز این اتفاق می‌افتد.^۴

● غبن یسیر. در مقابل غبن فاحش است و به معنای آنچه که مقومی بدان تقویم کند می‌باشد و در کتاب *جامع الرموز* در باب وکالت چنین معنای نموده است که آنچه فقط یک مقوم، نه همه آنان آن را تقویم کند، غبن یسیر نامیده می‌شود. غبن یسیر را بعضی نیم عشر یا کم‌تر می‌دانند و بعضی در حیوان ده نیم و در عروض ده یازده بیان کرده‌اند.^۵ خداوند در قرآن مجید می‌فرماید: «ذَلِك يَوْمُ التَّغَابُنِ»، آن روز زیان کاری و افسوس است (روز قیامت)^۶ ای یغبن فیه اهل الجنة اهل النار و اهل الغبن؛ یعنی اهل نقص در معامله کالا.^۷ در آیه «يوم التغبان» استعاره است از زیان کاری قوم در تجارت و مغبون کسی است که جنس کثیر را به قلیل فروخته است و به این جهت است که افراد هنگامی که در زمان سلامتی و آرامش به امور دنیوی بپردازند آنان را مغبون می‌خوانند؛ چون سلامتی و آرامش ذهن را که واقعاً قیمتی برای آن تصویر

۱ دهخدا، همان، در ذیل غبن.

۲ جرجانی، همان.

۳ نهانوی، همان.

۴ عبده بروجردی، کلیات حقوق اسلامی؛ سجادی، فرهنگ معارف اسلامی، ص ۱۳۶۸.

۵ نهانوی، همان.

۶ تغابن/ ۹.

۷ طریحی، همان.

نمی‌شود به امور حقیر و فانی دنیا فروخته‌اند (یعنی شیء با ارزش را به کم معامله کرده‌اند) بعد از بیان اقسام غبن لازم است که مواردی را در غبن متذکر شویم:

الف - شروط غبن

غبن به دو شرط مشروط است:

۱- جهل مغبون به قیمت؛ ۲- شرط دوم تفاوت فاحش.

جهل مغبون به قیمت. اگر شخصی مالی را به مبلغی خریداری کرده با علم به این که به آن قدر ارزش ندارد، غبن تحقق نخواهد یافت. معیار قیمت هم زمان انعقاد عقد است و قیمت بعد از عقد منوط اعتبار نیست. پس اگر بعد از عقد، قیمت خریداری شده زیادتر بشود این زیاده منشأ اثری نخواهد بود ولو این که خریدار قبل از آن به مغبون شدن خود آگاه نشده باشد؛ زیرا این زیاده در ملک او حاصل شده و در حال عقد، مغبون نبوده است.

اگر فروشنده مدعی شود که طرف مقابل با علم به این که ارزش مال، کم‌تر از مبلغی است که آن را خریده است، اثبات به‌عهده‌ی او است؛ زیرا قول او برخلاف اصل است. بلی اگر خریدار نسبت به قیمت، خبرویت مخصوصی داشته و به این سمت شناخته شود، دعوی‌ش مبنی بر بی‌اطلاعی از قیمت مال مستبعد و برخلاف ظاهر است و به‌لحاظ تقدم ظاهر بر اصل، قولش مسموع نبوده و اثبات به‌عهده‌ی او خواهد بود!

شرط دوم تفاوت فاحش. اقوال فقها فریقین در تفسیر آن متشتت است و به‌سمت افراط و تفریط رفته‌اند. مالک، آن را به مازاد از ثلث تفسیر کرده و بعضی دیگر آن را در نقدین به ربع عشر و در امتعه به نصف عشر و در حیوانات به عشر و در خانه و امثال آن به خمس تحدید کرده‌اند و هیچ‌گونه دلیلی بر این تحریرات موجود نیست بلکه بعض از آنها موجب اختلال امر تجارت و اقتصاد خواهد شد. پس باید در تشخیص غبن به عرف و اهل خبره رجوع نمود و در مورد مشکوک، مرجع، اصالت عدم لزوم است.

ب - خیار غبن

در مورد غبن مانند سایر خیارات، مغبون مخیر است بین فسخ و پس گرفتن تمام‌ثمن و یا امضای معامله به همان ثمن.

● ادله خیار غبن. ادله‌ای که برای غبن ذکر کرده‌اند به قرار زیر است^۱:

۱- آیه شریفه: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ»^۲: به این تقریب که بیع، نوعی از تجارت است و آیه دلالت دارد بر مشروعیت تجارت و لزوم آن منوط به تراضی است؛ چون مغبون واقعاً راضی نبوده که مال را به زیادتر از قیمت آن خریداری نماید. نهایت آنکه تذکر (یادآوری) نداشته است پس بیع به سبب فقدان شرط لزوم، که عبارت از رضا باشد فاقد وصف لزوم بوده و به طور جایز واقع شده است بنابراین مغبون می‌تواند آن را امضا یا فسخ نماید.

۲- قاعده‌ی لاضرر: لزوم عقد مستلزم ضرر و زیان مغبون است و هر حکمی که موجب ضرر باشد مرفوع است و به این لحاظ لزوم عقد مرتفع خواهد بود و همین معنای خیار است.

۳- اخبار: اخبار زیادی وجود دارد که مفاد آنها، منع از غبن و حرمت آن می‌باشد و از آن جمله است این روایت: «لَا يَغْنُ الْمُسْتَرَسِلُ فَاِنْ غَبِنَهُ لَا يَحِلُّ»؛ یعنی کسی که از روی اطمینان به دیگری تسلیم شد و امر معامله‌ی خود را به او واگذار کرد و نباید او را مغبون نمود. از هیچ یک از ادله، خیار مستفاد نمی‌شود. اما آیه همین قدر دلالت دارد بر این که تجارت از قبیل بیع و امثال آن وقتی که به تراضی واقع شد صحیح و نافذ است اما دلالت ندارد بر این که اگر از روی تراضی نباشد معامله صحیح و فاقد وصف لزوم است که نتیجه‌ی آن ثبوت خیار برای مغبون باشد.

۱ سجادی، همان.

۲ نساء/ ۲۹.

به علاوه مغبون از اول راضی به معامله بوده و عدم رضایت تقدیری مناط اعتبار نیست.^۱ صاحب جوهر در باب تجارت می‌فرمایند: «برای بایع خیار ثابت نمی‌شود مگر این که غبن فاحش ثابت شود»^۲ و برای ضرورت مفهوم شرط خیار لازم است که عرف بازار غبن را بفهمد (قابل اغماض نباشد). در نص هم که کلمه تابع ذکر شده است منظور صرف بایع نیست و فرقی بین بایع و مشتری نیست به شرط آنکه خیار غبن از جهل به قیمت حاصل شده باشد.

۱ «لاتثبت للبایع الخیار الا ان یتثبت الغبن الفاحش» نجفی، همان: ج ۲۲، ص ۴۷۴.

۲ همان.

فصل دوم

قلمرو و کاربرد تدلیس

مبحث اول: جایگاه تدلیس در قواعد فقهیه

برای تعیین جایگاه تدلیس در قواعد فقهیه ابتدا لازم است یادآور شویم که تدلیس تا چه حد با کلمه غرور قرابت معنا داشته است، به طوری که در بسیاری از فرهنگ‌های اصطلاحات و لغت‌نامه‌های معتبر عربی همانند مجمع‌البحرین، لسان‌العرب، تاج العروس، قاموس‌المحیط و

مفهوم غرور و خدعه و تدلیس را از نظر عرف و لغت و دلالت یکسان می‌دانند و همواره فقه‌های معاصر، تدلیس را در ترجمه غرور و خدعه و غرور را در ترجمه‌ی تدلیس ذکر کرده‌اند. شیخ حر عاملی^۱ در یکی از روایات مورد استناد در باب غرور، این واژه را در کنار خدعه و برای بیان علت حکم بیان داشته‌اند:

«كما غر الرجل و خدعه» فقیه مذکور عبارت نقل شده را ظاهراً در یک معنای می‌داند و احتمال‌های دیگر را دایر بر اینکه غرور و خدعه، هریک قاعده مستقلی را تشکیل می‌دهند یا آن دو، اجزای متفاوتی از یک موضوع باشند را مردود می‌شمارند. ایشان همچنین تدلیس و غرور را به یک معنا دانسته و علاوه بر لغت به روایتی که درباره‌ی تدلیس جاره (کنیز) با لفظ غرور آمده و مربوط به پنهان داشتن عیوبی می‌باشد که موجب حق فسخ برای زوج است، استشهاد می‌کند. بدین ترتیب از نظر لغوی و ادبی، مترادف بودن خدعه و تدلیس با لفظ غرور و مشتقات مشابه آن، امری مسلم و در نزد لغت‌شناسان، شناخته شده است و اسم فاعل آن؛ یعنی «غار» به معنای فریب‌دهنده و اسم مفعول آن؛ یعنی «مغرور» به معنای فریب‌خورده می‌باشد و لفظ تغریر در برخی از متون در مفهوم خدعه کردن و فریب دادن به کار برده شده است.^۲

۱ عاملی، وسائل الشیعه، باب ۷، حدیث ۱ از ابواب عیوب و تدلیس؛ جواهر الکلام: ج ۳۳، ص ۲۲۹؛ امام خمینی، کتاب البیوع: ج ۲، صص ۳۳۵-۳۳۶.

۲ همان‌جا.

مبحث دوم پیشینه‌ی کاربرد فقهی اصطلاح تدلیس^۱

شیخ طوسی برخلاف فقهای متأخر، در باب نکاح به جای تدلیس از اصطلاح غرور استفاده کرده است ایشان در موارد مختلف از شروط مربوط به نسب، حریت و وصف، فریب خورده را به دلیل غرور دارای حق فسخ دانسته است.^۲ و در جایی دیگر در همان باب نکاح، بدون استناد به غرور، به حق فسخ اشاره می کند ولی دلیل غرور را به عنوان مستند جبران غرامت ها مطرح ساخته است.^۳ نکته قابل توجه این که ایشان برای حق فسخ، به تدلیس استناد نجسته و ظاهر عبارتهای ایشان با مجرد خیار تخلف شرط تناسب دارد.

علامه حلی در باب نکاح از قول ابن ادریس نقل کرده است که ایشان تدلیس در شروط عقد نکاح را مطرح کرده و موجب حق فسخ دانسته است.^۴ ولی در صفحات بعد با نقل قول از دیگر فقها تدلیس و غرور را موجب حق مطالبه جبران خسارت ها از غار تلقی کرده است.^۵

محقق کرکی در باب های مختلف و متعدد، به دلیل غرور استناد جسته ولی تنها در باب نکاح است که تدلیس را مطرح ساخته و آن را موجب حق فسخ و نیز حق رجوع بابت مهریه پرداخت شده به زن دانسته است.^۶ هرچند در این باب و برای همان آثار، به «غرور» هم استناد گردیده است. ایشان در صفحات بعد از همین باب، علاوه بر کاربرد مشتقات تدلیس، غرور نسبت به شروط عقد را موجب حق فسخ قرار داده است.^۷

با توجه به ذکر روایات تدلیس و نیز استفاده از غرور در باب نکاح به نظر می رسد ایشان مفاد آن دو را یکسان می دانند.

شهید ثانی در باب بیع، «تدلیس و غرور» را به عنوان دلیل بطلان نام برده است.^۸ و

۱ فریبکاری و آثار آن، همان، ص ۱۱۰.

۲ طوسی، الخلاف، ج ۲، ص ۳۷۳.

۳ المبسوط: ج ۴، صص ۱۸۸-۱۹۱.

۴ حلی، مختلف الشیعه، ج ۲، ص ۱۱۲.

۵ همان، ص ۱۱۶.

۶ کرکی، جامع القاصد، ج ۱۳، صص ۲۸۴-۲۹۰، ۳۰۰-۳۰۱ و ۳۱۹-۳۲۰.

۷ همان جا.

۸ شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۱، صص ۱۵۷ و ۲۶۰ و ۴۲۴.

در باب اجاره، از تدلیس به عنوان دلیل ضمان یاد کرده و از مشتقات غرور نیز در توضیح مسأله بهره گرفته است.^۱ ولی در باب نکاح به مفهوم تدلیس پرداخته و آن را موجب حق فسخ دانسته است و در استدلال برای حق رجوع بر «مدلس» بابت غرامت‌ها به غرور استناد می‌جوید.^۲

محقق سبزواری هم در باب نکاح هنگام استدلال برای رجوع به مدلس جهت جبران غرامت‌ها غرور را ذکر کرده است.^۳ با توجه به بحث ایشان درباره تدلیس و حق فسخ عقد، استدلال مذکور بیانگر آن است که ایشان دلیل غرور را از تدلیس مستقل می‌داند.

صاحب عناوین بدون به کار بردن اصطلاح تدلیس، واژه آن را به معنای فریب دادن در کنار تغیر استفاده کرده است.^۴ محقق نراقی هم هنگامی که به مناسبت شرایط عقد بیع، درباره‌ی قاعده‌ی غرور صحبت کرده الفاظ تغیر و تدلیس را به یک معنای به کار برده است و قاعده غرور را از دلایل احکام مربوط به تدلیس در مبیع، زوجه، جنایات و مانند آنها می‌داند.^۵

صاحب جواهر در باب بیع با وجود استفاده از مفهوم لغوی تدلیس، به تفاوت آن با غرور از نظر مفهوم اصطلاحی و آثار، اشاره دارد.^۶ ایشان در باب اجاره، مفهوم تدلیس را در کنار غرور برای بیان احکام ضمان به کار برده است. (حکم ضمان)^۷ از آنچه که صاحب جواهر در باب نکاح درباره‌ی تدلیس از قول برخی از فقهای متقدم نقل کرده است،^۸ به دست می‌آید که آنها خیار تدلیس را به عنوان یک حکم ثابت و مستقل ندیده‌اند و آن را به جهات مختلف مانند عدم اشتراط موضوع مورد نظر در عقد و

۱ شهیدثانی، همان‌جا.

۲ همان‌جا.

۳ سبزواری، کفایة الاحکام، ص ۱۷۸.

۴ مراغهای، همان، ص ۳۲۳.

۵ نراقی، همان: ج ۲، ص ۳۶۹.

۶ نجفی، همان: ج ۳، ص ۳۱۷.

۷ همان: ج ۲۷، ص ۳۰۵؛ ج ۳۰، صص ۱۱۲-۱۱۴.

۸ همان.

مانند آن، محدود ساخته‌اند درواقع آنها به روایت‌های خاص تدلیس در نکاح استناد بسته‌اند نه قاعده‌ای کلی با این حال، دیگران به صراحت، تدلیس را موجب حق فسخ قرار داده‌اند.^۱ براساس مطلب مذکور، به نظر می‌رسد که صاحب جواهر به صراحت میان قاعده‌ی غرور و خیار تدلیس تفاوت گزارده است؛ چراکه با وجود تصریح به قاعده‌ی غرور و استناد به آن در موارد متعدد، تنها در باب نکاح، تدلیس را ذکر کرده است.

شیخ انصاری در بیع فضولی با وجود تکرار دلیل غرور برای ضمان فروشنده، هیچ اشاره‌ای به واژه و مفهوم اصطلاحی تدلیس ندارد.^۲ و در باب خیارات نیز از خیار تدلیس نام نبرده است.^۳

سیدمحمدکاظم یزدی در تعلیقات خود بر مکاسب، برخی روایت‌های تدلیس در باب نکاح را برای اثبات قاعده‌ی غرور ذکر می‌کند ولی چه قبل و چه بعد از آن، هیچ گاه واژه، مفهوم و حکم تدلیس را بیان نمی‌کند.^۴ گفتار شیخ محمدحسین غروی اصفهانی درباره‌ی قاعده‌ی غرور همانند «صاحب عروة» است و هیچ تداخلی میان غرور و تدلیس در آن ملاحظه نمی‌گردد.^۵

میرزا حسن بجنوردی روایات تدلیس را که برای اثبات قاعده‌ی غرور مطرح می‌شوند نقل کرده و محور حکم رجوع به ضامن غرامت‌ها را تدلیس می‌داند ولی استظهار تعمیم از آنها، برای اثبات قاعده را رد می‌کند و بدین ترتیب رابطه‌ی تدلیس و غرور را قطع می‌گرداند.^۶

ایشان هنگام بیان مصادیق قاعده نیز، روایات تدلیس در نکاح را از قاعده‌ی غرور متمایز و متفاوت می‌داند^۷ و در دیگر قسمت‌های این بحث سخنی از تدلیس به میان نمی‌آورد و در عروة‌الوتمی و مستمسک‌العروة نیز هنگام ذکر «غرور» تدلیس مطرح

۱ نجفی، همان جا.

۲ انصاری، همان، صص ۱۱۴-۱۴۸.

۳ همان مرجع، مبحث خیارات، ص ۲۱۴ به بعد.

۴ یزدی، حاشیه‌ی مکاسب، ج ۱، صص ۱۷۸-۱۸۴.

۵ غروی اصفهانی، حاشیه‌ی کتاب‌المکاسب، ج ۱، صص ۱۹۱-۱۹۴.

۶ بجنوردی، القواعد الفقهية، ج ۱، صص ۲۳۰-۲۳۱.

۷ همان، ص ۲۳۶.

نگردیده است.^۱

امام خمینی^(ره) به‌طور صریح غرور و تدلیس را از نظر لغوی یکسان و هم معنای با یکدیگر می‌داند.^۲

آیت‌الله خویی^(ره) گاه تدلیس و غرور را به یک معنا به‌کار برده ولی تداخل، میان آنها از نظر مفهوم اصطلاحی و حکم ایجاد نکرده است و روایت‌های تدلیس در نکاح را هم، از برخی جهات غیرمربوط به این بحث، برای استنباط قاعده‌ی غرور دارای اقتضا نمی‌داند.^۳

پس همان‌طور که بیان گردید برخی از فقها تدلیس را به همان معنای تغیر (فریب دادن) و در کنار آن به‌کار برده‌اند^۴ و برخی دیگر معتقدند اصولاً عناوین غرور و تدلیس مستقل از یکدیگر نیستند و هر دو بیانگر یک امر می‌باشند و برای اثبات آن به لغت، عرف و دلالت اخبار استناد می‌کنند.^۵ آنها اظهار می‌دارند که غرور در لغت به معنای خدعه است^۶ و تدلیس هم به همین معنا نقل شده است^۷، پس غرور و تدلیس هم معنا می‌باشند.^۸

با این حال در فقه، مفهوم تدلیس در مبحث خيارات ذکر شده و عبارت از آن است که گویی فریب‌دهنده فضای معامله را تاریک و مبهم می‌سازد تا آنچه غیر واقعی است واقعی به نظر آید.^۹

هنگامی که تدلیس‌کننده مال معیوب یا ناقص را برای فریب‌خورده می‌آورد به‌صورت مبهم، آن را عرضه می‌کند تا عیب آن پنهان بماند و طرف را بفریبد.^{۱۰} به نظر برخی، تدلیس در صورتی واقع می‌گردد که صفتی را که در مال وجود ندارد در عقد شرط

۱ خویی، مصباح الفقاهة، ج ۴، صص ۲۷۲-۲۸۸.

۲ مکارم شیرازی، القواعد الفقهية، صص ۲۸۴-۲۸۷ و ۲۹۳.

۳ همان‌جا.

۴ نراقی، مستند الشیعة، ج ۲ ص ۳۶۹؛ میرفتاح مراغه‌ای، ص ۳۲۳.

۵ امام خمینی، کتاب البیع، ج ۲، صص ۳۳۵-۳۳۷؛ مکارم شیرازی، القواعد الفقهية، ج ۲، ص ۲۹۳.

۶ به نقل از المنجد، مجمع البحرین، قاموس المحيط.

۷ به نقل از لسان العرب.

۸ مکارم شیرازی، القواعد الفقهية، همان‌جا.

۹ شهیدثانی، شرح لمعه، ج ۳، ص ۵۰۰.

۱۰ مسالک الافهام، ج ۱، ص ۴۲۴.

کنند یا مبتنی بر آن، عقد را منعقد کنند و اگر این گونه نباشد خیار تدلیس ثابت و ایجاد نمی گردد.

بنابراین تدلیس به اظهار کردن صفت کمالی - که وجود ندارد - یا پنهان کردن صفت موجب نقص برمی گردد^۱ و حق فسخ نیز ناشی از فقدان مقتضای شرط یا فقدان مقتضای ظاهر عمل آنها؛ یعنی واقع ساختن عقد بر اساس صفت موردنظر می باشد شاید به همین جهت باشد که برخی از فقها اصولاً خیار تدلیس را با عنوان مستقل ذکر نکرده اند و به وسیله، مسایل مربوط به خیار عیب یا مبحث شروط ضمن عقد بررسی کرده اند^۲.

مبحث سوم: جایگاه تدلیس در نظام های حقوقی مختلف (ایران، فرانسه، انگلیس، اسلام) در حقوق اسلامی، به علت پراکندگی موارد تدلیس و خدعه، دشوار بتوان در آغاز، تعریف جامعی از تدلیس عرضه کرد و چنانچه دیدیم شاید دشوار بتوان، جز از راه بعضی اصول کلی که در پیش ذکر کردیم، رابطه مشترکی بین موارد مختلف یافت. در نوشته های فقها خواه سنت و خواه شیعه تدلیس مدنی بیش تر خیار عیب و گاه به مفهوم غبن نزدیک می شود و البته بیش تر از موارد غرور است و گاه نیز به جهتی از جهات قانونی فاقد ضمانت اجرای غیر از صرف مذهب باشد.

قانون مدنی ایران، برخلاف فقه اسلام، تعریف کلی از تدلیس به دست می دهد بنا به ماده ۳۹۶ این قانون «تدلیس عبارت است از عملیاتی که موجب فریب طرف دیگر معامله شود». البته این تعریف نیز ناقص است؛ زیرا روشن نمی کند که منظور از «عملیات» و نیز ضابطه ی تحقق «فریب» چیست؟

در حقوق فرانسه، قانون مدنی تدلیس را مستقیماً تعریف نمی کند ولی ماده ۱۱۱۶ به طور ضمنی تعریفی اگرچه ناقص، از آن به دست می دهد^۳. بنابه آنچه از این ماده استنباط می شود، تدلیسی که از لحاظ حقوقی مؤثر باشد، هنگامی تحقق می پذیرد که یکی از طرفین عقد، عملیات متقلبانه ای انجام دهد که واضح باشد اگر این گونه

۱ نجفی، همان: ج ۲۳، ص ۳۱۷؛ صفایی، امامی، حقوق خانواده، ج ۱، ص ۲۴۶.

۲ همان جا.

۳ کاتوزیان، همان، ص ۳۱۱.

عملیات نمی‌بود طرف دیگر، عقد را منعقد نمی‌ساخت. این ماده رابطه‌ی بین تدلیس و اشتباه را به‌روشنی نشان می‌دهد؛ زیرا رضای مدلس، مانند رضای مشتبّه، ناشی از تصور غلط است، منتهی تصور غلطی که برخلاف مورد اشتباه شخصی نیست و از عمل طرف دیگر حاصل می‌شود. اشتباه تعریف نشده است ولی آنچه در حقوق فرانسه برای آن تعریفی ارایه داده‌اند و مورد نظر حقوق دانان می‌باشد عبارت است از: «واقع پنداشتن امری کاذب یا کاذب پنداشتن امری واقع را اشتباه گویند».

فایده استقلال تدلیس از اشتباه در نظریه «عیب رضا»^۱، حمایت بیش‌تری است که قانوناً از مدلس، در مقایسه با مشتبّه می‌شود. مثلاً در برخی از موارد که تصور غلط ناشی از اشتباه، تأثیری در عقد نمی‌گذارد، اگر این تصور نتیجه‌ی تدلیس طرف دیگر باشند به مدلس حق فسخ می‌دهد.^۲ به‌اضافه وقوع تدلیس را، که در عنصر مادی خود واقعیت خارجی دارد، بسیار آسان‌تر از صرف اشتباه، که جنبه روانی دارد، می‌توان اثبات کرد. پس تدلیس، از آنجا که پندار نادرستی در ذهن یکی از طرفین عقد پدید می‌آورد به‌مفهوم اشتباه نزدیک است ولی اشتباه پندار نادرستی است که در ذهن خود مشتبّه به‌وجود می‌آید و تدلیس پندار نادرستی است که یکی، در ذهن طرف دیگر عقد به‌وجود می‌آورد.

در حقوق انگلستان چون عقد، برخلاف حقوق فرانسه یا ایران، جنبه رضایی ندارد، همچنین به‌علت سابقه‌ی تاریخی حقوق انگلیس که حتی در زمینه‌ی قراردادها راهی خاص خود پیموده و سبب شده است که مباحث عقدی به‌گونه‌ای کاملاً متمایز از نظام‌های حقوقی مدون تقسیم شود، تدلیس، عیب رضا به‌شمار نمی‌آید اگر چه عیبی در ساختمان عقد است. تدلیس در حقوق انگلیس «عامل معیوب کننده عقد» است نه به این دلیل که عیبی در رضای طرف دیگر پدید می‌آورد بلکه از این رو که حکم قانون را، بیرون از حیطه‌ی توافق عقدی نقض می‌کند به‌گفته‌ی دیگر، عیب قرارداد ناشی از نقض در توافق طرفین نیست بلکه مستند به حکم مستقل قانون است.

۱ کاتوزیان، همان، ص ۳۱۱.

۲ مانند اشتباه در داعی، اشتباه در توانگر بودن دیگری یا اشتباه در ارزش موضوع عقد که تأثیری در عقد ندارد ولی اگر ناشی از تدلیس باشد به مدلس حق فسخ می‌دهد.

در حقوق انگلیس تدلیس را جزئی از نظریه «سوءعرضه» می‌دانند و هنگامی تحقق می‌پذیرد که یکی از طرفین عقد قبل از انعقاد آن، ضمن عرضه‌ی موضوع عقد، خصوصیات برای آن بنمایاند که با واقعیت تطبیق نکند و درعین حال که طرف دیگر را به انعقاد عقد می‌کشاند به صورت شرط صریح یا ضمنی عقد در نیاید. «سوءعرضه» ممکن است «مدلسانه» باشد یا «معصومانه».

(«سوءعرضه معصومانه» هنگامی است که عرضه‌کننده خود صادق است و درصدد فریب دیگری نیست). در فقه اسلامی، خواه شیعه و خواه سنت، مانند حقوق انگلیسی ولی به دلیلی جدا از آن، تدلیس «عیب رضا» تلقی نمی‌شود (به‌علت اهمیت «صیغ عقود» و تأکیدی که بر الفاظ می‌شود این عوامل روانی نقش چندانی ندارد و از قلمرو قصد و رضا بیرون است).^۱

ایراد و اشکال عقدی که در اثر تدلیس بسته می‌شود، گذشته از احکام خاصه ناظر بر هر مورد، همان‌طور که بررسی گردید گاه مبتنی بر نقض بعضی از قواعد اساسی فقه اسلام مانند «من غر صاحبه فهو ضامن» یا «المغرور یرجع الی من غره» است که در آئینه آن انعکاس انصاف را می‌توان دید.

باز در فقه اسلام، مانند حقوق انگلیس، نظریه‌ی جامعی از تدلیس، هم پهنه آنچه در حقوق فرانسه وجود دارد نمی‌توان یافت ولی مصادیقی پراکنده در مباحث مختلف فقهی می‌توان گرد آورد. آنچه به‌عنوان تدلیس در کتب فقهی ذکر می‌شود بیش‌تر ضمن عقود معینه، به‌خصوص عقد بیع می‌آید تدلیس را بعضی از فحول فقها یکی از خيارات بیع می‌شمارند که به مدلس حق فسخ می‌دهد.^۲ ولی بیش‌تر فقها «آن را خیار خاصی نمی‌دانند و در هر مورد به‌مناسب موضوع احکام، آن را، که لزوماً دال بر فسخ عقد نیست، بیان می‌دارند».^۳

۱ کاتوزیان، همان، ص ۳۰۳.

۲ شهیداول هم در لعمه و هم در دروس، خيارات را بر چهارده نوع می‌داند و تدلیس را یکی از آنها می‌گیرد (رجوع شود به شرح لعمه، چاپ عبدالرحیم، ج اول، ص ۲۸۲).

۳ از اینان می‌توان محقق حلی، علامه حلی و شیخ مرتضی انصاری را مثال آورد اینان خيارات را در هفت نوع محصور می‌کنند و بقیه من جمله تدلیس را خیار مستقلی نمی‌شمارند؛ زیرا سزاوار عنوان مستقلی نیست چون احکامی متفاوت از احکام انواع دیگر خيارات ندارد (هدایه الطالب الی اسرار المكاسب، ص ۲۱۴ رجوع شود).

در حقوق ایران، قانون مدنی در فصل بیع به موجب ماده ۳۹۶ تدلیس را در زمره‌ی خيارات می‌آورد و سه ماده از ۴۳۸ تا ۴۴۰ را، به آن اختصاص می‌دهد. در بحث از تدلیس می‌توان به بعض دیگر از مواد قانون مدنی نیز استناد کرد که از آن جمله ماده ۷۶۴ صراحت دارد بر این که «تدلیس در صلح موجب خیار فسخ است» روش قانون مدنی از چند جهت قابل ایراد است.^۱

با توجه به ماده ۱۰ و مواد ۱۸۳ به بعد قانون مدنی، که ضمن آن قانون‌گذار، کوشیده است تا نظریه‌ی کلی عقد را بنا نهد و از «لفظیتی» که در فقه برای انعقاد عقود وجود داشت، صرف‌نظر کند و قصد و رضا را عنصر اساسی عقد، گرداند، تدلیس نمی‌بایست در زمره خيارات ذکر شود اگرچه ضمانت اجرای آن فسخ عقد باشد، به اضافه تدلیس مانند اکثر خيارات دیگر، اختصاص به بیع ندارد و با توجه به حکم صریح خود قانون‌گذار در ماده ۴۵۶ قانون مدنی که مقرر می‌دارد:

«تمام انواع خيارات در جمیع معاملات لازمه ممکن است موجود باشد مگر خیار مجلس و حیوان و تأخیر ثمن که مخصوص بیع است» می‌بایست مستقل از بیع در ضمن احکام کلی ناظر بر تمام عقود ذکر شود. همین ایراد باعث شده که قواعد، اندکی ناهمگون شوند و بیش‌تر دانشمندانی که به شرح قانون مدنی ایران پرداخته‌اند با توجه به این خصیصه‌ی قانون مدنی، تدلیس را خارج از حیطه‌ی قصد و رضا گرفته و هم‌چنان که تقسیم‌بندی قانون مدنی ایجاب می‌کرده و در فقه شیعه معمول بوده است، از آن ضمن خيارات بحث کرده‌اند.

آقای دکتر امامی، ذیل بحث از «عقد لازم قابل فسخ» پس از بیان «عدم رضا (در مورد اکراه و فضولی)» اضافه می‌کنند:

«ایراد نشود که در مورد حق فسخ قانونی از قبیل عیب و تدلیس، متضرر نیز رضای معتدل ندارد و در زمان عقد آگاه به حقیقت امر نبوده است و مانند مورد اکراه، رضا معمول می‌باشد؛ زیرا چنانچه از مواد مربوط به فسخ و اقاله معلوم می‌شود قانون ایران به پیروی از قانون اسلام رضایی را که خالی از اکراه باشد مؤثر در ایجاد عقد و

کافی برای انعقاد معامله می‌داند و در موارد خیارات رضای مزبور موجود است اما تحلیلی که حقوق اروپا از رضا می‌نماید و عیب و تدلیس را موجب معلول نمودن آن می‌داند و نتیجتاً عقدی که بدین نحو واقع شده باشد قابل رد و قبول می‌شمارد، مورد توجه حقوق دانان اسلام قرار نگرفته است.^۱

نویسنده پس به بیان تفاوت نتیجه عمل این دو روش در حقوق فرانسه و ایران می‌پردازد.^۲

جز آنچه گذشت، دکتر پرویز اوصیا درباره‌ی مقررات ماده ۴۴۸ قانون مدنی چنین بیان می‌دارد: «در این ماده که به موجب آن «سقوط تمام یا بعض از خیارات را می‌توان در ضمن عقد شرط نمود» به نظر می‌رسد با وجود اطلاق حکم این ماده نمی‌توان به کلیت ظاهریش توجه کرد و شرط اسقاط خیار تدلیس را معتبر شمرد».^۳

مبحث چهارم: تدلیس در باب عقود

فریب و تدلیس و مغرور ساختن دیگران، گرچه جایگاه نخستین و موارد عدیده‌ی آن در بیع و خیارات و همچنین نکاح می‌باشد ولی از آنجا که به عنوان یک اصل و قاعده ی کلی و لازم‌الاجرا است، در کلیه روابط حقوقی و عقود پرتوافکنی می‌نماید و هر جا و در هر عقد و عمل حقوقی شخص فریب خورده‌ای وجود داشته باشد باید به جهت ضمان، به شخص مدلس یا فریب دهنده مراجعه نماید و مطالبه حق و جبران ضرر کند. لذا برای تبیین بهتر مطلب به بررسی موردی جریان یافتن تدلیس در سایر عقود می‌پردازیم.

گفتار اول: اجاره

مواردی که می‌تواند در عقد اجاره موجب تدلیس گردد:

- ۱- تعلق عین مورد اجاره به دیگری؛
- ۲- اجاره دادن عین به مالک آن می‌باشد که به بررسی هریک از آنها می‌پردازیم:

۱ امامی، حقوق مدنی، ج اول، صص ۱۷۹-۱۷۸ و ص ۱۸۰ به بعد.

۲ کاتوزیان، همان، ص ۳۰۷.

● **تعلق عین مورد اجاره به دیگری.** باید بگوییم که اگر موجر مال دیگری را با عقد اجاره به مستأجر که جاهل است دهد و بدون تقصیر مستأجر تلف شود ضمان در نهایت بر عهده‌ی موجر قرار می‌گیرد؛ زیرا ید مستأجر، ید امانی بوده است نه باید ضمانی، و در صورت مالکیت موجر نسبت به مال مورد اجاره مستأجر از ضمان بری می‌بود ولی با اثبات تعلق آن به دیگری، ضمان بر عهده او به وجود می‌آید که ناشی از غرور و فریب است. در این حال اگر مالک به مستأجر رجوع کرده و از او غرامت بگیرد، مستأجر می‌تواند به موجر رجوع کند؛ زیرا موجر درباره‌ی مالکیت خود نسبت به عین مستأجر او را فریب داده و مال را به صورت امانی در اختیار مستأجر قرار داده است و سپس معلوم گردیده که مال، متعلق به دیگری می‌باشد و مغرور حق دارد که به فریب‌دهنده رجوع کند.^۱

● **اجاره دادن عین به مالک آن.** باید بگوییم اگر موجر عین را به مالک آن اجاره دهد و عین در ید مالک تلف گردد. مالک حق دارد که برای عوض عین به موجر رجوع کند. همین حکم درباره‌ی منافع عین و اجاره بها نیز اعمال می‌گردد دلیل حکم مذکور، فریب دادن است و تسلیم عین به صورت مذکور، تسلیمی تام به عنوان مالکیت نسبت به عین نیست و تنها به جهت نیابت از موجر، برای استیفای منفعت مورد استحقاق در برابر عوض، به مالک تحویل گردیده است.^۲

گفتار دوم: قرض، اثر قرض در تحقق تسلیم تام مال به مالک

اگر غاصب مال غصب شده را برای تلف در اختیار مالک قرار دهد و مال نیز در دست مالک یا توسط او تلف گردد، صورت‌های مختلفی ممکن است وجود داشته باشد که احکام آنها نیز مورد بحث فقها قرار گرفته است، یکی از دلایل کسانی که معتقدند غاصب باید در نهایت، غرامت مال را متحمل گردد این است که مال به صورت تسلیم تام به مالک تحویل نشده است. برای عدم ضمان غاصب، باید تصرف مالک، مالکانه باشد نه متفرع بر اذن و اباحه یا انتقال حق توسط غاصب. اگر این گونه نباشد غرور و

۱ کرکی، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۶، صص ۲۲۶-۲۲۹.

فریب وجود داشته است و لذا غاصب ضامن است. تسلیم مال به مالک می‌تواند با عناوین مختلف انجام گیرد و در نتیجه، تحقق «تسلیم تام» منوط به کیفیت عمل حقوقی انجام یافته می‌باشند. به نظر محقق کرکی اگر تسلیم مال به عنوان قرض دادن به مالک؛ تحقق یابد بعید نیست که ضمان غاصب از بین برود؛ زیرا در این صورت تسلیم تام به وقوع پیوسته است.^۱ این استدلال محقق بدان جهت است که در عقد قرض، مقتضی حق اتلاف مورد قرض را دارد و تصرفات او محدود نیست. بنابراین ممکن است بتوان گفت که تسلیم تام انجام شده است.^۲ ولی به نظر می‌رسد که در این فرض نیز تسلیم تام انجام نشده و «تدلیس و غرور» وجود دارد؛ زیرا تصور مالک آن است که حق تصرف او، متفرع بر انتقال حق توسط غاصب است. به علاوه او پس از انعقاد عقد فرض، خود را در برابر غاصب، بدهکار می‌دانسته است و چه بسا اگر مال را متعلق به خود می‌دانست اصلاً آن را تلف نمی‌کرد یا لاقلاً به گونه‌ی دیگری آن را مصرف می‌کرد و در مجموع نمی‌توان غرور را منتفی دانست.^۳

گفتار سوم: مضارب

مواردی که در عقد مضاربه باعث تدلیس و فریب طرف مقابل می‌گردند عبارتند از: ۱- تعلق سرمایه به شخص ثالث؛ ۲- غصبی بودن سرمایه؛ ۳- فسخ مضاربه پیش از تحصیل سود که به بررسی هریک می‌پردازیم:

● تعلق سرمایه به شخص ثالث. اگر عامل بدون اذن مالک، با دیگری عقد مضاربه‌ای منعقد کند که سرمایه مضاربه دوم، همان سرمایه‌ی مالک باشد به نظر علامه حلی، عقد دوم باطل است و به نظر محقق کرکی، عقدی فضولی و منوط به اجازه مالک است. در صورت تلف شدن سرمایه در دست عامل دوم، مالک می‌تواند سرمایه را از هریک از عامل اول و دوم، مطالبه کند. در صورتی که از عامل اول مطالبه کند او حق

۱ کرکی، صص ۲۳۳ و ۲۳۶.

۲ نجفی، همان: ج ۳۷، صص ۱۴۲-۱۴۳. صاحب جواهر نیز همین حکم را پذیرفته است و در توجیه آن می‌گوید: که اگر تملیک لازم -در مقابل جایز- به مالک صورت پذیر تسلیم تام محقق شده است.

۳ صفری، فریبکاری و آثار آن، ص ۱۹۷.

دارد به عامل دوم که از واقع امر آگاه بوده است رجوع کند؛ زیرا تلف در دست او واقع گردیده است و غاصب محسوب می‌شود، به جهت آن که با آگاهی و به‌طور مستقل، بدون حق بر مال دیگری استیلا داشته است. به نظر علامه حلی در صورت ناآگاهی عامل دوم نیز، پس از مطالبه‌ی مالک از عامل اول، عامل اول حق رجوع به دومی را دارد هرچند که در این رأی اشکالی وجود دارد که ناشی از غرور و فریب است.

از یک سو تلف تحت استیلائی عامل دوم واقع شده ولی از سوی دیگر او «مغرور» گردیده است به جهت آنکه ورود او در مضاربه‌ی دوم بر این اساس بوده که مال متعلق به عامل اول است و عامل دوم ضامن تلف آن نیست بنابراین ضمان در نهایت، بر عهده عامل اول قرار می‌گیرد؛ زیرا او «غار» است و مشارکت او با عامل دوم مبتنی بر عدم ضمان دومی بوده است. به نظر محقق کرکی، نظر اخیر صحیح‌تر بوده و اشکال وارده بر آن بسیار ضعیف است. به‌ویژه آنکه علامه حلی در باب غصب و ترتب ایادی، در حالت مشابه، معتقد بود که ضمان بر عهده غاصب اول است.

البته اگر ید غاصب دوم - صرف‌نظر از غصب - ید ضمانی مانند مقبوض به عقد فاسد، نبوده باشد. محقق کرکی اضافه می‌کند که این دو مورد در باب غصب و مضاربه، مشابه با یکدیگر بوده و حکم و دلیل آنها یکی است.

محقق همچنین معتقد است که اگر معلوم شود سرمایه‌ی مضاربه، متعلق به دیگری غیر از مالک موردنظر آنها بوده است و بدون تقصیر در ید عامل دوم تلف گردیده باشد، در این حال نیز ضمان بر عهده‌ی عامل اول است؛ زیرا اقدام عامل دوم مبتنی بر این بوده که تلف مال بدون تقصیر او بر عهده عامل اول باشد. چنین شرایطی از احکام مضاربه تلقی می‌گردد که باید رعایت شود و تردیدی نیست که شخص ناآگاه به غصب، نسبت به کسی که اقدام به تجاوز به حق کرده است، سزاوارتر می‌باشد که در نهایت ضمان را متحمل نگردد.

حال برمی‌گردیم به اصل مسأله که پیش‌تر مطرح گردید. اگر پس از تلف مال، مالک به عامل دوم رجوع کرد او نیز حق رجوع به عامل اول را خواهد داشت. علامه حلی این حکم را دارای اشکال می‌داند که چگونگی آن بیان گردید. محقق در این صورت هم رأی صحیح‌تر را قبول حق رجوع به عامل اول می‌داند. این آرای مربوط به

حالت ناآگاهی عامل دوم است ولی در صورت علم و آگاهی او از واقع امر، غاصب بوده و تلف نیز تحت استیلای او واقع گردیده است بنابراین ضمان بر عهده او مستقر است. در صورتی که در مضاربه دوم سودی حاصل گردد تمام آن به مالک سرمایه تعلق دارد. درباره حق عامل دوم، علامه حلی ابتدا، تنها به صورت احتمال، می گوید که او حق رجوع به عامل اول و دریافت اجرت المثل دارد ولی سپس این نظریه را تأیید می کند که اگر عامل دوم، آگاه بوده است هیچ حقی ندارد و اگر جاهل بوده باشد اجرت المثل او بابت کارهایش بر عهده ی عامل اول می باشد.^۱

این تفصیل براساس قاعده ی غرور پذیرفتنی است و حتی در صورت علم نیز همان گونه که پیش تر گفته شد اگر عامل اول مدعی دارابودن اذن از سوی مالک باشد باز هم عامل دوم حق رجوع به او برای دریافت اجرت المثل را خواهد داشت.^۲

● **غصبی بودن سرمایه.** اگر غاصب مال غصبی را از طریق انعقاد عقد مضاربه به تصرف دیگری دهد و شخص اخیر، ناآگاه باشد، با توجه به آن که در عقد مضاربه، عامل امین محسوب شده و ید او ید امانی است لذا هرچند در صورت تلف - به طور کلی - گیرنده ضامن است ولی در این وضعیت به نظر شهیدثانی، ضمان درنهایت بر عهده غاصب - مضارب - قرار می گیرد.^۳ ایشان در این قسمت، دلیل حاکم را ذکر نکرده است ولی در سطرهای بعد و در صورت ائتلاف مال توسط گیرنده، برای استقرار نهایی ضمان بر عهده غاصب اول، بر غرور و مغرور گردیدن گیرنده استناد جسته است. در اصل مسأله؛ یعنی تلف نیز با توجه به اینکه عامل را ضامن دانسته اند و ید امانی او، مانع از ضمان نیست باید گفت که استقرار نهایی ضمان بر عهده مضارب بوده و حتی رجوع عامل به او مبتنی بر ضمان غرور می باشد.

● **فسخ مضاربه پیش از تحصیل سود.** چنانچه پس از انعقاد عقد مضاربه، عامل برای انجام موضوع مضاربه شروع به کار کند و پیش از تحصیل سود، مضارب، عقد را فسخ

۱ کرکی، همان: ج ۶، صص ۵۸-۶۰.

۲ صفری، همان، ص ۱۹۹.

۳ شهیدثانی، مسالک/الافهام، ج ۲، ص ۲۰۵.

کند به دلیل آن که عمل انسان مسلمان محترم است مضارب ضامن اجرت‌المثل عامل است و علت آن، غرور و تدلیس به عنوان مقتضی ضمان است و تقصیر نیز به عنوان مانع وجود ندارد. بنابراین ضمان ثابت است.^۱

گفتار چهارم: مزارعه و مساقات

• در مورد غصبی بودن سرمایه. بدین صورت است که اگر، غاصب با انعقاد عقد مزارعه یا مساقات، مال غصبی را به شخصی دهد که از واقع بی اطلاع است و مال مذکور بدون تقصیر عامل تلف گردد هرچند که او در برابر مالک ضامن است ولی ضمان در نهایت بر عهده تحویل دهنده غاصب قرار می گیرد؛ زیرا استیلای عامل بر مال صرف نظر از غصبی بودن مال امانی تلقی می گردد نه ضمانی، و در صورتی که غاصب، مالک حقیقی بود عامل عهده دار ضمان نمی گردید ولی بر اثر کشف تعلق مال به دیگری، ضمانی بر عهده او قرار می گیرد که ناشی از غرور و فریب است و به همین دلیل با رجوع مالک به او و گرفتن غرامت از وی، عامل حق دارد برای جبران غرامت به مزارع غاصب رجوع کند غاصب با فریب دادن عامل، نسبت به مالکیت خودش، غار تلقی می گردد و طبق قاعده، مغرور حق دارد برای جبران خسارت به غار رجوع کند.^۲ حکم مذکور در صورتی است که عین مال تلف گردد ولی اگر مال غصبی تلف نشود بلکه مورد انتفاع قرار گیرد، برای مثال با بذر دیگری زراعت شود و محصول به دست آید، این محصول به مالک بذر تعلق داشته و عامل می تواند برای اجرت‌المثل کار خود به غاصب رجوع کند.

گفتار پنجم: جعاله

• اخبار دروغ درباره ی وقوع عقد جعاله. در جعاله به نظر صاحب جوهر لازم نیست که شرایط عقد رعایت گردد و لذا نیازی به قبول عامل ندارد. با این حال می توان جعاله را به صورت عقد نیز واقع ساخت. در این صورت لازم است که شرایط عقد مصطلح

۱ نجفی، همان: ج ۳۵، صص ۱۹۹-۲۰۰.

۲ کرکی، همان: ج ۶، صص ۲۲۶-۲۲۸.

رعایت گردد، حال اگر شخصی به دروغ خبر دهد که: فلانی گفته است که هرکس گمشده مرا پیدا کند و به من برگرداند فلان پاداش را به او می‌دهم، آورنده گمشده، مستحق چیزی بر عهده مالک نیست، دلیل آن، اصل (عدم دین) و دلایل دیگر (مانند عدم مقتضی برای مدیون بودن مالک) می‌باشد، هم‌چنین حقی بر عهده مخبر ندارد، هم‌چنان‌که این حکم در کتاب قواعد و دیگر متون فقهی مورد تصریح قرار گرفته است. دلیل حکم اخیر نیز همان دلایل پیشین است و دروغ‌گویی مخبر هم موجب ضمان او نمی‌شود. قاعده غرور نیز در اینجا جایگاهی ندارد؛ زیرا عامل، مرتکب تقصیر گردیده و بدون دقت و تحقیق، بر خبر او اعتماد کرده است.^۱

به نظر می‌رسد که مقصود ایشان از عدم جایگاه برای قاعده غرور که با عبارت «لا محل لها هنا» بیان کرده است، عدم اجرای قاعده باشد؛ زیرا اولاً برای استدلال درباره رأی فوق به تفریط و کوتاهی عامل استناد جسته است که این عبارت، بیانگر مانعی در راه اجرای قاعده است نه دلیل بر عدم مقتضی برای قاعده غرور. ثانیاً همان‌گونه که در مسأله بعدی ملاحظه خواهد شد ایشان تفکیک میان مقتضی و عدم مانع را به صراحت بیان کرده است.^۲

● فسخ عقد پیش از تحقق موضوع جعاله. اگر پیش از اتمام عمل موضوع جعاله و تحقق هدف آن، جاعل عقد را فسخ کند عامل نسبت به عوض تعیین شده در جعاله هیچ حقی ندارد ولی چون عامل، تنها در برابر عوض، اقدام به انجام عمل کرده و مرتکب تقصیر هم نگردیده است بنابراین او قصد تبرئه نداشته و بنابر اصل احترام عمل مسلمانان، جاعل ضامن اجرت‌المثل است.

بدیهی است که مقتضی این حکم وجود غرور و فریب و عدم مانع، تقصیر و مانند آنهاست نه عقدی که اقتضای تقسیط عوض را داشته باشد، چه بسا عمل مورد نظر، قابل تجزیه نباشد مانند برگرداندن یک شیء و یا قابل تجزیه باشد ولی جعل در مقابل تمام آن قرار داده شده باشد، با این حال، اگر فسخ جعاله از سوی جاعل انجام

۱ نجفی، همان: ج ۳۵، ص ۱۹۱.

۲ صفری، همان: ص ۲۰۲.

پذیرد در صورت انجام مقدمات عمل، به‌ویژه مقدمات نزدیک به پایان آن، عامل، مستحق اجرت‌المثل است و برای آن می‌توان به قواعد غرور و تدلیس، احترام به عمل مسلمان و نفی ضرر استناد جست.^۱

گفتار ششم: بیع

عقد بیع به‌عنوان تکامل یافته‌ترین شکل معاوضه و کامل‌ترین نهاد حقوقی، بیش‌تری محل توجه فقها و حقوق‌دانان بوده و آثار بسیاری را به‌دنبال می‌آورد به‌طوری‌که برای اعتبار هرچه بیش‌تر مالکیت ناشی از عقد بیع، خصوصیات در نظر گرفته شده که در سایر عقود کم‌تر می‌توان آن را مشاهده کرد که از جمله آن انواع خیار است ولی خود عقد بیع نیز گاه دست‌خوش شرایطی می‌گردد که می‌توان در آن ظهور و نمودی از تدلیس را مشاهده کرد که در ذیل به‌بررسی موردی آن پرداخته خواهد شد:

الف - بیع صوری

این نوع بیع از مهم‌ترین نمودهای تدلیس و تقلب در معامله است به‌طور کلی می‌توان عمل صوری را چنین تعریف نمود که: عملیاتی است که به‌وسیله آن یک وضعیت شرعی (حقوقی) ظاهری غیر از وضعیت واقعی ایجاد می‌شود و کوشش افراد در تمسک به تدلیس بدان لحاظ است که به هدف‌های نامشروع خود، صورت قانونی و ظاهری صحیح بدهند. به‌عنوان مثال آنچه از قدیم در کشور ما به‌عنوان رسم‌القباله معروف شده است و در تقریر اسناد رسمی متداول است نوعی عمل صوری است.^۲

ممکن است عمل صوری به‌منظور اغراض دیگری نیز تحقق یابد مانند کسی که اموال او در معرض توقیف طلب‌کاران است دارایی خود را به‌ظاهر به یکی از دوستان خود منتقل می‌کند درحالی‌که تبانی طرفین بر این است که این قرارداد ظاهری است و ملکیت آن اموال کماکان مربوط به بدهکار است و در نتیجه این عمل نوعی فرار از

۱ نجفی، همان: ج ۳۵، صص ۱۹۹-۲۰۰.

۲ در تنظیم اسناد رسمی معمول است برای این که به یک توافق اثر الزام‌آور بدهند و رفع هرگونه شک و شبهه از آن بنماید آن را ضمن عقد لازم قرار می‌دهند و می‌نویسند: فلان شخص، ضمن عقد خارج لازم، تعهد نمود که فلان کار را انجام دهد. درحالی‌که چنین عقدی در خارج تحقق نداشته است و طرفین به‌طور صوری به وقوع آن اقرار می‌کنند ولی چون انگیزه نامشروعی وجود ندارد ایرادی بر آن وارد نیست.

قانون است و یا برای مثال بیع شرط که برای بالا بردن نرخ بهره از میزان قانونی آن واقع می‌شود وسیله‌ای است برای نقض قانون و چنانچه صوری بودن آن احراز شود چنین معامله‌ای بی‌اثر خواهد بود و در ماده ۴۶۳ قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران هم بیان شده است که: اگر در بیع شرط معلوم شود که قصد بایع به حقیقت بیع نبوده است احکام بیع در آن مجری نخواهد بود و غالب مثال‌ها و مواردی که در فقه اسلام به‌عنوان تدلیس و حيله ذکر شده است از قبیل همین اعمال صوری است بدین‌منظور مواردی را که در باب ربا و سایر ابواب فقه عنوان شده است موردبررسی قرار دهیم.

ب- فرار از حرمت ربا در اسلام^۱

برای فرار از حرمت ربا تقلب‌های متعددی تصور شده است، این حیل که همگی از قبیل اعمال صوری است به‌صورت‌های مختلفی بیان شده است، گاهی با استفاده از یک «عقد صوری» که به هیچ‌وجه، مقصود طرفین نیست برای فرار از ربا استفاده کرده‌اند. در پاره‌ای موارد به «ضم ضمیمه» متوسل شده‌اند؛ یعنی متاعی را که واقعاً مقصود طرفین معامله نیست، به مبیع اضافه کرده و آن را وسیله‌ای برای تخلص از ربا قرار داده‌اند در مؤثر بودن این وسایل برای فرار از حرمت ربا بحث‌های مفصلی پیش آمده و کوشش‌هایی از جانب عده‌ای از فقها برای تصحیح صوری بودن به‌عمل آمده است و تأثیر عمیقی در فقه اسلام به‌جا گذاشته است بدین لحاظ به ذکر مثال‌هایی از (عقد صوری) آن می‌پردازیم:

۱- ربا در معامله حرام است و ممنوع؛ یعنی در معامله اشیا هم‌جنس، نباید یکی از عوضین زاید بر دیگری باشد مثل معامله یک‌صد کیلو گندم به صدویست کیلو گندم. برای فرار از ربا، ابتدا یک‌صد کیلو گندم را به صد تومان به طرف می‌فروشد و سپس صدویست کیلو گندم را به همین مبلغ از او می‌خرد. در این صورت اعتبار تساوی که در بیع اشیا هم جنس شرط است، ربا ساقط می‌شود چون دو معامله واقع شده است و حال آنکه در واقع یک‌صدویست کیلو گندم، به یک‌صد کیلو، مبادله شده است و مبلغ صد تومان، که بین طرفین رد و بدل شده مقصود متعاملین نیست.

۲- صورت دیگر این است که یکی از طرفین، یکصد کیلو گندم خود را به طرف مقابل هبه می‌کند و طرف نیز یکصدویست کیلو گندم به او هبه می‌کند بدون اینکه در ظاهر امر معاوضه‌ای در کار باشد.

۳- یا اینکه بایع، یکصد کیلوگرم به مشتری قرض دهد سپس مشتری یکصدویست کیلوگرم به بایع قرض دهد و بعد ذمه‌ی او را از بیست کیلو گندم بری نماید بدون اینکه قبلاً این امر بین آنها شرط شود.^۱

۴- مورد دیگر بیع «عینه»^۲ است که مبتنی بر یک معامله صوری است به این ترتیب که: شخص وام می‌خواهد مبلغ هزار تومان از دیگری به مدت یک‌ماه قرض بگیرد. وام‌دهنده مبلغ صدتومان، مطالبه نفع می‌کند.

پس از حصول توافق بدین منوال وام‌گیرنده متاع ناچیزی، مثلاً یک مداد، به وام‌دهنده به مبلغ هزار تومان، به‌طور نقد می‌فروشد و ثمن را که در واقع وام است، دریافت می‌کند. مجدداً وام‌دهنده به مبلغ هزار تومان، به‌طور نقد می‌فروشد و ثمن را که در واقع وام است، دریافت می‌کند. مجدداً وام‌دهنده همین مداد را به وام‌گیرنده به مبلغ هزار و صد تومان، به مدت یک‌ماه می‌فروشد و در نتیجه مبلغ مزبور را که هزار تومان آن اصل وام و صد تومان آن ربح است، از او طلبکار می‌شود که در انقضای اجل، در حق او کارسازی شود.

در این فعل و انفعالات، معامله‌ی پی‌درپی مراد به هیچ‌وجه مقصود طرفین نیست و برای تخلص از ربا، به آن متوسل شده‌اند.

در قرض نیز راه‌هایی برای فرار از ربا وجود دارد مثل، معامله محاباتی به شرط قرض، قرض به شرط معامله محاباتی، که به دلیل اطاله‌ی کلام وارد بحث آن نمی‌شویم. اما نکته‌ای که حتی مورد قبول موافقین حيله و تقلب و صحت آن است این مسأله است که عقود مزبور حقیقتاً مورد قصد طرفین نیست به عنوان مثال در شماره (۲) عوض و معوض پی‌درپی و به صورت بلاعوض هبه شده‌اند هر چند صورت ظاهر

۱ حلی، شرایع الاسلام، ص ۱۵. کتاب بیع

۲ بر وزن (کینه) است.

هبه است، ولی قصد هبه و بخشش در میان نیست. و یا در مثال (۳) که عوض و معوض پی‌درپی قرض داده شده و زیادتى را ابراء کرده‌اند. درواقع قصد قرض و ابراء وجود ندارد. قصد واقعی طرفین، جلب سود به میزانی است که قبلاً نسبت به آن توافق کرده‌اند و این هبه‌ها و قرض‌ها، دست‌آویزی است برای فرار از منع ربا به‌این ترتیب ایراد اساسی که به صحت این نوع حیل وارد است مسأله فقدان قصد می‌باشد، قصد از شرایط عامه صحت معاملات است و در ماده ۱۹۰ قانون مدنی، قصد طرفین شرط صحت معامله است. ضمانت اجرای فقدان قصد هم بطلان معامله است. موارد مشابهی هم در فقه و حقوق داریم مثل اینکه معامله در حال مستی یا بیهوشی اگر واقع شود به علت فقدان قصد، باطل می‌باشد.

ج- بیع شرط

بیع شرط عبارت از بیعی است که در آن شرط شود که هرگاه بایع در مدت معین مثل ثمن را به مشتری رد نماید حق فسخ آن را داشته باشد. بیع شرط با بیع خیارى یکی از اقسام عقد مشروط است و در جامعه‌ی کنونی به قصد استقراض صورت می‌گیرد و چون تأثیر مهمی در اقتصاد و - دارد، قانون مدنی فصلی را بدان اختصاص داده است و در ماده ۴۵۸ قانون مدنی مسأله را کامل مطرح می‌نماید: «در عقد بیع متعاملین می‌توانند شرط نمایند که هرگاه بایع در مدت معینی تمام مثل ثمن را به مشتری رد کند، خیار فسخ معامله را نسبت به تمام مبیع داشته باشند و همچنین می‌تواند شرط کند که هرگاه، بعض ثمن را رد کند، خیار، تابع قرارداد متعاملین خواهد بود و هرگاه نسبت به ثمن قید تمام یا بعض نشده باشد خیار ثابت نخواهد بود مگر با رد تمام ثمن».

گردش اقتصادی بسیاری از افراد را به استقراض وادار می‌نماید و این امر اغلب بدون پرداخت ربح میسر نمی‌شود. منع ادیان از معاملات ربوی، سد غیرقابل نفوذی پیش روی پولداران بسته بود که از دادن قرض و گرفتن ربح خودداری می‌کردند بالاخره چاره‌اندیشی نموده و متوسل به حیل‌های قانونی (شرعی) شدند و بیع شرط را از صورت حقیقی خود منحرف نموده و آن را به قصد استقراض با گرفتن ربح منعقد می‌ساختند. مثلاً مقترض در مقابل مبلغی که دریافت می‌داشت مالی را به

طرف (مقرض) می‌فروخت و ضمن آن شرط خیار فسخ در مدت معینه برای خود می‌نمود که چنانچه در موعد مقرر آن مبلغ را تأدیه ننموده بیع قطعی و مبیع به مالکیت ثابت مشتری درآید. از طرف دیگر مقرض برای دریافت ربح، مال مورد معامله را به مقرض اجاره می‌داد و ماهیانه مبلغی دریافت می‌داشت.

در رأس موعد چنانچه بایع اخذ به خیار نمی‌شد مبیع به مالکیت قطعی مشتری مستقر می‌گشت. این نوع معامله چندان شایع گردید که معاملات تجاری را راکد و اقتصاد کشور را متزلزل نمود و سرمایه داران به جای آن که سرمایه خود را در معاملات تجاری و یا امور کشاورزی به کار برند، در معاملات بیع شرطی، مصرف می‌نمودند.^۱

سپس در زمان ناصرالدین شاه، منعی مبنی بر حکم به مالکیت قطعی «تمام مبیع» صادر و ایجاد گردید و این حکم نیز نتوانست در جلوگیری از بیع شرط مؤثر افتد و معاملات ربوی بعدها از صورت بیع شرط به صورت بیع قطع با شرط وکالت خارج درآمد و سرانجام قانون مدنی در سال ۱۳۰۷ شمسی در ماده ۴۶۳ مقرر داشت «اگر در بیع شرط معلوم شود که قصد بایع حقیقت بیع نبوده است حکام بیع در آن مجری نخواهد داشت» و درواقع ظاهرسازی و نیرنگ این که به قصد معامله ربوی انجام شود و شکل و اسم بیع شرط را داشته باشد، از بین برد و علت آن که قانون مدنی در ماده بالا قصد بایع را ملاک تشخیص بیع بودن معامله قرار داده با آنکه عقد به وسیله قصد و رضای طرفین منعقد می‌گردد، آن است که این گونه معاملات انتقال گیرنده همیشه قصد داشته در مقابل مالی که به انتقال دهنده می‌پردازد مورد معامله را مالک شود و کم‌تر اتفاق می‌افتاد که به قصد وثیقه آن را بپذیرد، ولی به عکس انتقال دهنده عموماً مال را به قصد وثیقه و مال الاجاره را به عنوان ربح به طرف می‌داد و قادر بود که به قصد بیع شرط واگذار نماید.^۲

بعدها قانون ثبت مقرراتی در سال ۱۳۰۸ وضع نمود که در طی آن برای معاملات با حق استرداد شرایطی قایل شد که شخص وام گیرنده مغبون نشود و جلوی معاملات ربوی نیز گرفته شد.

۱ امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۵۶۸.

۲ همان، ص ۵۹.

د- بیع الامانه

بعضی از انواع عقد یا وجود رابطه‌ای خاص بین طرفین عقد ایجاب می‌کند که یک طرف اطلاعات خود را در اختیار طرف دیگر بگذارد و به عبارت دیگر بعضی از واقعیات مربوط به موضوع عقد را نزد او افشا کند. حال این سؤال مطرح است که آیا عدم افشا بعضی از واقعیات مبیع در عقد بیع، نوعی تدلیس است؟ فقها عامه و خاصه بیع را به اعتبار افشای قیمت خرید بر سه‌گونه تقسیم کرده‌اند: اگر فروشنده قیمت خرید خود را افشا نکند بیع المساومه است، اگر افشا کند، در صورتی که نسبت به قیمت خرید خود از خریدار آتی قیمت بالاتری بخواهد بیع المرابحه و اگر قیمت پایین‌تری بخواهد، بیع المواضعه (یا بیع الوضیعه) و اگر قیمت مساوی بخواهد بیع التولیه است.

سه نوع بیع اخیر همراه با عقدالشرکه (یا تشریک)؛ یعنی عقد بیعی که به موجب آن فروشنده فقط قسمتی از مالی را مشاعاً به دیگری بفروشد و در نتیجه خریدار و فروشنده در آن مال شریک شوند، اصطلاحاً بیوع الامانات خوانده می‌شود و فروشنده واجب است که صادق باشد چون دروغ او سبب غرور مشتری می‌شود و بایع مسئول است.^۱ گرچه در نوشته‌های فقهی معمولاً در این بحث اصطلاح تدلیس به کار نمی‌رود ولی می‌توان با توجه به نقش همان بایع، گفتار دروغ بایع را، سبب تدلیس دانست و آن را عنصر مادی تدلیس گرفت.

البته نکته ظریفی که در این بحث قابل توجه است اینکه: در فقه اسلامی، افشای قیمت در همه انواع این بیوع «وظیفه» نیست و تنها در عقدالشرکه می‌توان قایل به وجود چنین «وظیفه‌ای» شد؛ زیرا در سه‌نوع دیگر، بیع المساومه، و تولیه و مواضعه بیع به صورت امانی در نمی‌آید مگر آنکه فروشنده شخصاً درصدد افشای قیمت خرید خود برآید. به عبارت دیگر علت اعتمادی و امانی گشتن عقد تصمیم خود فروشنده است و اخذ این تصمیم در اختیار اوست نه آنکه وظیفه او باشد. اما در عقدالشرکه، آنچه سبب امانی گشتن عقد می‌شود، فروش قسمتی از مال به طور مشاع است و

۱ شهیدنائی، شرح لمعه (الروضة البهیة)، ج ۲، صص ۲۷۸-۲۸۰. برای فقه اهل نسبت رجوع شود به سنه‌وری، مصادر الحق فی الفقه الاسلامی، ج ۲، صص ۱۵۵-۱۷۸. در ضمانت اجرای قاعده که مشتری حق فسخ دارد یا مطالبه تفاوت، بین فقها اختلاف است.

هنگامی که بایع این تصمیم را، که در اختیار اوست بگیرد، آنگاه افشای قیمت واقعی که خود برای تحصیل مال پرداخته است، وظیفه او می‌شود. اما در همه انواع بیوع الامانات هنگام افشای قیمت، فروشنده باید نه تنها خود قیمت بلکه کلیه عوامل مؤثر در آن را نیز ذکر کند. مثلاً در مقابل قیمتی که خود پرداخته، شرطی ضمن آن بیع به نفع او شده بود باید آن را نیز ذکر و معادل ارزش آن از مبلغی که بابت قیمت داده است؛ کسر کند.

فایده این بحث ناظر بر موارد عیوب است که فروشنده، یا خریدار در صورت شخصی بودن ثمن او باید وجود عیب را به اطلاع مشتری برساند و «ضمن عیب مخفی» به واسطه اینکه تدلیس است ایجاب می‌کند که بایع از عهده خسارات مشتری برآید و موجب حق فسخ عقد می‌شود. البته در نوع این وظیفه - که افشای عیب واجب است یا مستحب میان فقها اختلاف نظر است.^۱

در بیوع الامانات، فقها بر «مرابحه» تکیه می‌کنند. اگر کسی مالی را به مرابحه بفروشد و سپس روشن گردد که رأس المال فروشنده کم‌تر بود (از آن قیمتی که در معامله به خریدار باین کرد). خریدار، خیار دارد که عقد را رد کند یا آن را به ثمن (که خود پرداخته است) نگاه دارد و گفته می‌شود، که می‌تواند عقد را با اسقاط زیاده (تفاوتی که بین رأس المال پرداخت شده و واقعی و رأس المال بیان شده و دروغ نگاه دارد)^۲ به گفته دیگر خریدار می‌تواند عقد را فسخ کند؛ یعنی از این ضمانت اجرای دنیوی به هر جهت بهره‌مند است ولی اگر نخواهد از فسخ استفاده کند دو قول است: یکی آنکه نمی‌تواند تفاوتی در اثر دروغ فروشنده بگیرد، که در این صورت با توجه به اینکه خریدار فسخ را به نفع خود نمی‌داند ضمانت اجرای پرهیز از دروغ عملاً فقط جنبه مذهبی می‌یابد و دیگر آن که می‌تواند تفاوت قیمت را بگیرد که در این صورت ضمانت اجرای دروغ هم مذهبی است و هم معاملی است. البته این نوع فسخ و ضمانت اجرایی که برای آن قایل هستند از جهت دروغی است که مطرح شده چون از

۱ کاتوزیان، همان، ص ۳۲۷.

۲ حلی، شرایع الاسلامی، ج ۱، ص ۱۰۴.

عناصر اصلی برای تشکیل تدلیس مالی، باید دروغ را ذکر کرد. جالب این است که گرچه گفته می‌شود در چنین عقدی، عقود مبتنی بر «غرور» ناشی از کذب است، حق بازپس گرفتن «ارش» یا «زیاده» با نگهداری عقد «ضعیف» شمرده می‌شود^۱.

هـ- تصریه

در فقه اسلامی، خواه سنت خواه شیعه، مواردی هست که نشان می‌دهد عملی مثبت سبب تدلیس می‌شود. یکی از این موارد تصریه است و از ریشه صری، یصری به معنای زیاد ماندن و دگرگون شدن و گرد آمدن است. پس تصریه جمع کردن شیر در پستان حیوان از راه ندوشیدن یا بستن است.

این عمل هنگامی رخ می‌دهد که کسی حیوان شیرده خود را برای مدتی، مثلاً دو یا سه روز ندوشد تا زمان فروش، شیردهی آن را بیش از واقع وانمود سازد. و در این حالت معتقد ساختن خریدار به اینکه حیوان برای خدمتی مناسب است درحالی که خود فروشنده می‌داند حیوان از عهده آن خدمت برنمی‌آید، تدلیس است و در این حالت فروشنده صفت کمالی را در حیوان می‌نمایاند و می‌رساند که حیوان بیش از آنچه هست کارآیندی دارد درحالی که این نمود حقیقت ندارد و بنابراین عنصر مادی تدلیس پدید می‌آید.

تصریه هم در فقه سنت و هم در فقه شیعه سبب تدلیس می‌شود با این تفاوت که در فقه سنت حرمت تصریه مبتنی بر حدیث نبوی است درحالی که در فقه شیعه حدیثی از سلسله رواه اهل مذهب در دست نیست و مستند حکم در مورد گوسفند اجماع فقها است. در سایر حیوانات، اهل سنت شتر را نیز که در متن حدیث همراه با گوسفند ذکر شده و دیگر حیوانات شیرده را یا از راه بعضی اخبار دیگر یا از راه قیاس، مشمول حکم می‌دانند اما در فقه شیعه نظر غالب فقها بر این است که تصریه در مورد گاو و شتر نیز صادق است و حتی ابن‌جنید آن را بر همه حیوانات تعمیم می‌دهد. مع‌هذا می‌توان از راه وحدت ملاک گفت که تصریه در مورد حیوان شیردهی که

شیرش موردنظر باشد موجب تدلیس می‌شود^۱ و اساساً این نکته که خریدار به امور غیرواقع امیدوار سازند ضابطه‌ای از وجود تدلیس را نمایان می‌کند.

شهیدثانی در مسالک نسبت به تعمیم حکم گوسفند زنده بر گاو و شتر ادعای اجماع می‌کند ولی بعداً این را محل اشکال می‌داند و سپس علی‌رغم اشکال مذکور در فوق، تعمیم مزبور را به علت مساوات علت، موجب خیار که شیر موردنظر حیوان و وجود تدلیس باشد، محتمل می‌شمارد و حتی پس از نقل قول ابن‌جنید می‌گوید که در این قول برای مقابله با تدلیس مناسب است^۲. در تصریه چنین به نظر می‌رسد که تدلیس؛ یعنی وجود خدعه، فرض می‌شود و بدین سبب «تدلیس» است^۳. که در اثر آن شیر در پستان حیوان گرد می‌آید خریدار جاهل به حال حیوان، به گمان افزونی شیردهی، راغب به خرید آن به قیمت بالاتری می‌شود و تدلیس به همین دلیل حرام است و مدلس در اثر خدعه در ظلمت جهل قرار می‌گیرد و مراد از آن پنهان ساختن عیب مبیع است^۴. و این که مدلس قصد خدعه و نیرنگ داشته باشد عنصر معنوی تدلیس را تشکیل می‌دهد و در متون معتبر فقهی اهم از متن و شرح، تعرضی به این فرع دیده نشده که اگر فروشنده به هر علتی غیر از خدعه مثلاً فراموشی، شیر حیوان را برای چند روزی ندوشد، خریدار چه چاره‌ای خواهد داشت و آیا می‌توان گفت چون خدعه‌ای در کار نبوده تدلیس به وجود نیامده است و خریدار حق فسخ ندارد؟ یافتن پاسخ صریح به این پرسش از میان نوشته‌های فقهی دشوار است مع‌هذا چنین به نظر می‌رسد که باز ممکن است خریدار حق فسخ داشته باشد؛ زیرا برای او فرقی نمی‌کند که افزودنی شیردهی حیوان از عمل آگاهانه‌ی فروشنده ناشی شده باشد یا از فراموشی او.

۱ برای اقوال فقه‌های سنت و اختلافاتی که در جزئیات بین فقه‌های مذاهب اربعه وجود دارد رجوع شود به: النهوری، مصادر الحق فی الفقه، ج ۲، صص ۱۶۶-۱۶۳، بل قون؛ به حقوق اسلامی تطبیقی، ج ۱، شماره‌های ۴۵۸-۴۵۵. (به نقل از کاتوزیان، تحولات حقوق خصوصی) برای فقه شیعه رجوع شود به: شهیدثانی، مسالک‌الافهام، ج ۱، ص ۱۹۴ که شهید اصل حرمت تصریه را مورد اجماع می‌داند. در تعمیم حکم تصریه گوسفند بر گاو و شتر شیخ طوسی ادعای اجماع می‌کند ولی ظاهر شهید تردید در اجماع بر این مورد اشکال در تعمیم است. صفحه ۱۹۵ عاملی قول غالب فقها را بر این تعمیم می‌داند (مفتاح الکرامه، ج ۴، ص ۶۴۸).

۲ شهیدثانی، مسالک‌الافهام، ج ۲، ص ۲۰۵.

۳ همان‌جا.

۴ همان‌جا.

تعطیلی که در شرح کبیر (ریاض) از مبنای حرمت تصریه می‌شود بیش‌تر با این استنتاج ملازم است، چنانکه در پیش‌گفتیم در فقه شیعه تصریه مبتنی بر نص نیست.^۱ بلکه مبتنی بر اتفاق نظر فقهاست که به‌نظر صاحب ریاض (طباطبایی) همراه با حدیث نفی ضرر مکمل نصوص وارده از طریق عامه برای استقرار حرمت آن است.

● **ضمان قانونی خریدار و ضمان غرور در بیع**^۲. اگر فروشنده مال دیگری را به تصرف خریدار دهد و استیلای خریدار بر مال ضمان‌آور باشد مانند آن که عقد بیع فاسد بوده یا مال، مقبوض بالسوم باشد- بنابر آن که این نوع قبض، ضمان‌آور باشد- حتی اگر خریدار نسبت به تعلق مال به دیگری ناآگاه باشد، ضمان بر عهده خریدار خواهد بود^۳؛ زیرا او بر این مبنا اقدام به چنین تصرفی کرده است که عین، به‌سبب تعهد یا حکم شارع، بر عهده‌ی او می‌باشد. بنابراین فریب دادن او به اینکه عین مال متعلق به فروشنده است تأثیری در حکم مذکور ندارد و تنها در صورتی غرور مؤثر است که با فرض مالکیت فروشنده نسبت به مال، انتقال گیرنده ضامن نباشد و ضمان او تنها ناشی از فریب خوردن نسبت به تعلق عین به دیگری باشد.

همچنین در فرض مسأله تفاوتی میان علم و جهل دو طرف درباره‌ی فساد بیع وجود ندارد و مشروط بر آنکه ضمان‌آور بودن بیع ساقط نگردیده باشد خریدار باید عین مال و در صورت تلف مثل یا قیمت آن را به مالک پرداخته و می‌تواند برای استرداد ثمن، به فروشنده رجوع کند، خواه قیمت پرداخت شده به مالک بیش‌تر از ثمن باشد یا نباشد^۴. در صورتی که عقد بیع با فرض تعلق مال به فروشنده، صحیح باشد غرور و فریب تحقق یافته است؛ زیرا خریدار با تصور صحت بیع و تملک عین و منافع آن و نیز مالکیت بهای بیش‌از ثمن مال، اقدام کرده است که با کشف تعلق مال به دیگری تمام آنها از دست می‌رود. در این وضعیت، خریدار غیر از ثمن، بابت دیگر موارد می‌تواند به فروشنده رجوع کند^۵.

۱ شهیدثانی، همان‌جا.

۲ صفری، همان: شماره ۱۹۹، ص ۱۹۱.

۳ محقق کرکی، همان: ج ۶، صص ۲۲۶-۲۲۷؛ شهیدثانی، مسالک‌الافهام، ج ۲، ص ۲۰۵.

۴ شهیدثانی، همان‌جا، صص ۲۲۷-۲۲۸.

۵ همان مرجع سابق، ص ۲۲۸.

و- فروش مال به مالک آن

اگر غاصب مال را به مالک آن بفروشد به نظر برخی از فقها بعید نیست که مالک نسبت به قسمتی از قیمت مال که برابر با ثمن باشد نتواند به غاصب رجوع کند؛ زیرا این قسمت از قیمت، موردضمان اوست و مقدار بیش از ثمن نیز موردتردید است و دلیل تردید شک در تحقیق تسلیم تام مال به مالک آن می‌باشد^۱.

ز- غیرقابل استفاده بودن کالا و فریب

اگر کالایی خریداری شده و پس از انتقال به محل دیگری معلوم گردد که فاسد و غیرقابل استفاده بوده است دو نظر درباره عقد بیع مطرح شده است: بطلان از ابتدا، انفساخ از هنگام کشف فساد کالا. هریک از این نظرها آثاری دارند ازجمله، هزینه حمل و نقل کالا از محل خرید به محل امتحان آن.

بنابر نظر اول بر عهده فروشنده دانسته شده و بنابر نظر دوم بر عهده خریدار قرار داده شده است که در ملک او چنین هزینه‌ای صورت گرفته است (مقصود پیش از کشف فساد است) درباره قسمت اول اشکال شده است که هرچند در صورت بطلان عقد از ابتدا کالا در ملک فروشنده بوده ولی انتقال آن بدون درخواست او صورت گرفته است و نمی‌توان خریدار را مانند خریداری دانست که نسبت به تعلق مبین به غیر، ناآگاه بوده است؛ زیرا چنین تشابهی در صورتی صحیح است که غرور و تدلیس در مسأله موردبحث، واقع شده باشد درحالی که چنین چیزی نیست و هر دو در عدم آگاهی از کیفیت کالا اشتراک داشته‌اند^۲. واضح است که نظر این فقیه درباره‌ی کالایی است که امتحان، موجب از بین رفتن آن می‌شود مانند خربزه و تخم مرغ- باید اضافه کرد که با توجه به عدم مالیت مبیع در فرض مسأله اساساً عقد بیع از ابتدا باطل بوده است؛ زیرا موضوع معامله چنین قابلیت را دارا نبوده است^۳.

۱ محقق کرکی، ص ۲۳۶.

۲ شهیدثانی، شرح لمعه، ج ۳، صص ۲۷۸ - ۲۷۹.

۳ صفری، فریبکاری و آثار آن، شماره ۲۰۱، ص ۱۹۲.

ح- فریب در تعلق مال به غیر از فروشنده

اگر فروشنده فضولی، بیع را به خریدار داده باشد، مالک می‌تواند با رد معامله آن را از خریدار بگیرد، خریدار هم حق دارد بابت آنچه که به فروشنده داده‌اند؛ یعنی ثمن - و غرامت‌هایی که به نفع مالک متحمل گردیده است مثل: نفقه، عوض اجرت، یا منافع، ارزش جنایت، قیمت درختی که به دلیل قطع آن از بین رفته است، اجرت حفر کردن گودال یا بنا کردن دیواری که خریدار ایجاد کرده است و... به فروشنده رجوع کند. این حکم در صورتی اجرا می‌گردد که خریدار نداند مبیع متعلق به غیر از فروشنده است و از ظاهر عمل فروشنده فریب‌خورده باشد، هرچند که فروشنده قصد فریب دادن نداشته است؛ زیرا تحقق غرور منوط به قصد فریب دادن نمی‌باشد یا آنکه خریدار از واقع امر آگاه بوده ولی فروشنده مدعی اذن از سوی مالک باشد و دلیل مخالف با این مدعا وجود نداشته باشد. دلیل حکم مذکور؛ قاعده‌ی غرور، روایت خاص و اجماع به هر دو صورت محصل و منقول است.^۱ درباره غرامت‌هایی که خریدار در برابر آنها از مال منتفع گردیده است مانند عوض نمائات و منافع، اختلاف نظر وجود دارد.

نظر مشهور آن است که بابت آن‌ها نیز می‌تواند به فروشنده رجوع کند و دلیل آن همان قاعده‌ی غرور است؛ زیرا خریدار به جهت فریب خوردن از عمل فروشنده یا ادعای اذن، با تصور مجانی بودن اقدام به انتفاع از مال کرده است. بنابراین مذکور مانند شخصی است که غذای دیگری به او تقدیم شده او نیز در حال ناآگاهی آن را خورده است.^۲

گفتار هفتم: تدلیس در نکاح

در باب تدلیس در نکاح هم روایات متعددی داریم که دلالت دارند بر رجوع مغرور به غار در آنچه زیان دیده است و در اینجا مغرور شوهری بوده است که در اثر تدلیس زن یا ولی او یا دیگری که عیبی را که در زن از آن شوهر پنهان داشته بودند نکاح کرده و به موجب آن نکاح مبتنی بر تدلیس مهریه پرداخته است.

امام صادق (ع) فرموده است شوهر حق دارد برای باز پس گرفتن مهر به آن شخص

۱ صفری، فریبکاری و آثار آن، ص ۱۹۳.

۲ نجفی، همان: ج ۲۲، صص ۳۰۰-۳۰۱.

که تدلیس کرده مراجعه کند یکی از این روایات روایت رفاعه است بدین مضمون: مهر بر عهده کسی است که او را تزویج کرده است چون که او تدلیس کرده است. در این روایت امام صادق (ع) به صراحت و با تصریح به علت فرموده است: «لانه دلسها»؛ یعنی چون ولی تدلیس کرده است و مقتضای عمومی تحلیل این است که هرکس در هر موردی فریب داده شود و زیان کند حق دارد به آن کس که او را فریفته است رجوع کند.

بجنوردی در این مورد هم نوشته است^۱: در روایت رفاعه حکم معلل و مستند است به علت «لانه دلسها» و ممکن است که گفته شود که حکم دایر مدار این علت است؛ یعنی رجوع شوهر به مهر دایر مدار تدلیس و تغیر است ولی با این همه استظهار و استنباط عموم از آن روایت خالی از اشکال نیست آنچه به نظر می‌رسد این است که در اینجا اشکال قیاس مستنبط‌العله موجود نمی‌باشد؛ زیرا علت حکم در روایات به صراحت آمده است و نیز اشکال دیگری که ایشان در مورد روایت رفاعه مطرح کرده‌اند وارد به نظر نمی‌رسد ولی چون بحث در خصوص روایت رفاعه خارج از موضوع این رساله است معترض آن نمی‌شویم و علاقه‌مندان را به مطالعه‌ی آن در کتاب القواعد/الفقهیه «میرزا حسن بجنوردی» توصیه می‌کنیم.

گفتار هشتم: تدلیس ماشطه

این نوع تدلیس به عنوان مهم‌ترین و بارزترین مصداق تدلیس در کلیه کتب فقهی، حقوقی مطرح است و به معنای نیرنگ و فریب آرایشگر است برای زیبا نمایاندن زن یا پنهان کردن عیوب وی. البته این بحث در اکثر و بلکه تمام کتب فقهی در باب متاجر (تجارت) بیان می‌شود از این جهت که آرایشگر بدین وسیله امرار معاش و کسب درآمد می‌کند ولی چون با نکاح رابطه‌ی تنگاتنگی دارد در این قسمت بدان اشاره خواهد شد. لازم نیست که حتماً آرایشگر چنین اعمالی را انجام دهد تا تدلیس تحقق یابد بلکه نفس چنین آرایشی به قصد تقلب و فریب توسط هرکس انجام شود تدلیس است. در ازدواج فقها مبحثی را به تدلیس اختصاص می‌دهند که بعضی از شقوق آن

به شرط برمی‌گردد^۱ و بعضی دیگر آن به اخفای عیبی که سبب تدلیس می‌شود^۲. تدلیس ماشطه همان‌طور که قبلاً بیان گردید حرام است^۳.

درباره حرمت تدلیس اختلاف‌نظری بین فقها وجود ندارد و حتی ادعای اجماع شده است^۴. عده‌ای از فقها عقیده دارند که کسب و امرار معاش آرایشگران بلامانع است به شرطی که در کارشان شرط نکرده باشند که تغییرات اساسی در ظاهر زنی ایجاد کنند و مو به سر خانمی وصل نکنند و نسبت به این مورد اخیر تأکید فراوان شده است در فقه عام و خاص به کرات بیان شده است که وصل کردن موی انسان به موی سر زن جایز نیست.

در تدلیس ماشطه، ظاهر این است که دلیلی بر حرمت تدلیس و غش از حیث آنکه تدلیس و غش است وجود ندارد مگر در بیع و شراء یا تزویج و نکاح به جهت روایاتی که خاصه در این مورد بیان شده است و درباره حرمت غش مطرح است و حتی مطرح کردند که گاه مطلوب عقلاً نیز می‌باشد مانند تزئین کردن مغازه و لباس‌ها و کالاهای، برای این که بهتر به فروش برسد، اشکالی ندارد اما زینت کردن زن در حال ازدواج از آنجایی که مقدمه غش است حرام می‌باشد^۵.

در تدلیس ماشطه بیان گردیده است که دریافت عوض در مقابل چنین عملی نیز، مانند سایر محرمات (که دریافت عوض حرام است) در چنین حالتی حرام می‌باشد. صاحب‌جوهر اجماع فقها را برای حرمت این عمل حجت معرفی می‌کند و روایتی را از پیامبر نقل می‌کنند که به زنی آرایشگر که سؤال کرده بود این کار را ادامه دهم یا خیر؟ فرمودند که ایرادی ندارد ولی موی مصنوعی به سر شخصی از زنان وصل مکن.

۱ حلی، شرایع الاسلام، صص ۱۹۱-۱۹۲؛ شرح کتاب نکاح از شرایع الاسلام.

۲ طباطبایی، شرح کبیر بر مختصر النافع.

۳ شیخ محمدحسن، همان.

۴ خویی، فقه سیدخویی، ج ۳۱: ص ۱۹۸.

۵ خویی، همان‌جا.

فصل سوم

شرایط و ارکان تدلیس

مبحث اول: ارکان تدلیس

از آنجا که تدلیس به معنای فریب دادن و پنهان کردن واقع است پس هرگاه فروشنده مالی برای فریفتن خریدار، وصفی موهوم را به کالای خود نسبت دهد یا عیبی را که در آن بیوشاند، گویند در معامله تدلیس کرده است. بدین ترتیب، در هر تدلیس نوعی تقلب و ریا وجود دارد و نیرنگ بازی اعتنا به شرافت شغلی و دستکاری متعارف، از اعتماد طرف معامله برای گول زدن او استفاده می‌کند. و به همین جهت دلیس در قرارداد با کلاهبرداری قرابت دارد که در پایان همین کتاب بدان اشاره خواهد شد.

تدلیس دو رکن مهم دارد: ۱- عملیاتی که باید انجام شود. ۲- این اقدام موجب فریب طرف معامله شود. و در قانون مدنی هم در ماده ۴۳۸ بدان اشاره شده است: «تدلیس عبارت است از عملیاتی که موجب فریب طرف معامله شود.» درباره زمان تحقیق تدلیس نکته خاصی بیان نشده است که حتماً پس از معامله رخ دهد یا در مقام اجرای مفاد عقد هم امکان دارد ولی آنچه با توجه به تعریف تدلیس به ذهن متبادر می‌شود این است که چون تدلیس فریبی است که به کار می‌رود تا رغبت به آنجا معامله را ایجاد کند باید تدلیس پیش از معامله رخ دهد به طوری که مشوق اصلی طرف معامله باشد و گرنه صرف اینکه شخص تمایل داشته و با اعمال فریبکارانه، تمایل او را بیش‌تر نماییم تدلیس نیست.

مبحث دوم: اقسام تدلیس

گفتار اول: تدلیس اصلی و فرعی^۱

پاره‌ای از نویسندگان فرانسوی تدلیس را به اصلی و فرعی تقسیم کرده‌اند: بر مبنای این نظر، تدلیس در صورتی فرعی است که در اصل معامله مؤثر نباشد و تنها شرایط

۱ کاتوزیان، حقوق مدنی، ج ۵، ش ۱۰۳۱، صص ۳۴۴-۳۴۷.

فرعی نامتناسبی را بر طرف قرارداد تحمیل کند. این تقسیم که یادگاری از حقوق رومیان است، مورد انتقاد گروهی از نویسندگان دیگر قرار گرفته و اعتبار پیشین را از دست داده است، ولی در بلژیک هنوز هم رویه قضایی بر آن تکیه می‌کند. در حقوق سوئیس، تقسیم تدلیس به اصلی و فرعی مورد اعتنا نیست و تدلیس در هر مورد عقد را بی اعتبار می‌کند. باوجود این، رویه قضایی، گاه بر مبنای لزوم رعایت قواعد حسن نیت، ابطال قرارداد را به دلیل فرعی بودن تدلیس و زنده بودن انحلال نمی پذیرد. در این حقوق، بحث اصلی در این است که آیا تدلیس فرعی حق ابطال همه قرارداد را به فریب خورده دهد یا این حق محدود به بخشی است که در اثر تدلیس گزاف شده؟

در حقوق آلمان، رویه قضایی و اندیشه‌های حقوق این تقسیم را نمی‌پذیرد. انتقادهای این تقسیم را به دو گروه می‌توان تقسیم کرد:

۱- رضای به معامله تجزیه‌ناپذیر است و مقید به رعایت همه شرایط قرارداد. برای مثال، جایی که خریدار آپارتمانی، به این پندار که اجازه گزافی از آن می‌گیرد با بهای زیادتر معامله می‌کند اراده تملک را نمی‌توان از رضای به بهای آن جدا ساخت و ادعا کرد که تنها باید از ثمن کاست. کاستن از ثمن به عنوان جبران خسارت در واقع همانند انعقاد در قرارداد جدید به وسیله دادرس است و به همین جهت قابل پذیرفتن نیست.

۲- تدلیس فرعی را نباید به حيله‌ای تعبیر کرد که تنها به شرط ویژه‌ای از عقد مربوط است و بهای بیش‌تری را به خریدار تحمیل کرده است. تدلیس فرعی آن است که انگیزه غالب و اصلی رضا قرار نگیرد و اثر آن در تصمیم نهایی ناچیز باشد.

چنان که گفته شد، تدلیس در صورتی مؤثر در عقد است که انگیزه طرفین را منحرف کند، چرا که تنها در این صورت است که نیرنگ بر تصمیم و اقدام فریب خورده چیره می‌شود و ضرر ناروا را منسوب به طرف نیرنگ باز می‌سازد. اگر تدلیس مؤثر افتد و قربانی آن را به تراضی بکشاند، سبب خیار فسخ می‌شود، خواه مربوط به ارکان اصلی معامله باشد یا شرایط آن، بر عکس، هرگاه معلوم شود که فریب در تراضی اثر قاطع نداشته و رغبت و داعی به انجام معامله ناشی از سبب دیگری است، باید از آن چشم پوشید. هم چنین جایی که اثر فریب محدود به امور بی اهمیت و فرعی می‌شود: مانند اینکه خریدار کالای خود را ناتوان از راه رفتن وانمود کند و فروشنده

در نتیجه این نیرنگ به عهده گیرد که بیع را به مقصد برساند. در چنین فرضی است که تدلیس را باید فرعی؛ یعنی ناچیزتر از آن شمرد که التزام به عقد را از بین ببرد. شاید همین نگرانی ناگفته باعث شده گروهی از فقیهان تصریح کنند که تدلیس در صورتی خیار فسخ به وجود می آورد که در ثمن مؤثر باشد. این قید را باید ناظر به مورد غالب شمرد؛ زیرا تدلیس در شرایط و اوصافی که در برانگیختن اراده شخصی اثر قاطع دارد، بی گمان در عقد مؤثر است و به فریب خورده حق فسخ را می دهد، منتها، این نکته را نباید انکار کرد که فریب باید در امری باشد که حداقل از اهمیت را در انعقاد قرارداد داشته باشد.

در نتیجه، می توان گفت: تقسیم تدلیس به فرعی و اصلی، از جهت شناسایی فریب هایی که خیار فسخ به وجود می آورد، منطقی است و باید آن را تأیید کرد. ولی به گونه ای که در سنت رومیان و فرانسویان آمده است، در حقوق ما راه ندارد؛ زیرا نمی توان ادعا کرد فریبی که سبب می شود تا خریدار با بهای گزاف تر معامله کند (مانند تصریه در حیوان) تدلیس فرعی است و خیار فسخ به وجود نمی آورد.

گفتار دوم: مقایسه تدلیس جزایی و تدلیس مدنی

از نظر حقوقی، فریب و تدلیس، تظاهر به عملی برای اغفال دیگری است در قوانین کشورهای مختلف در موارد متعدد، برای حيله و فریب و تقلب ضمانت اجرای کیفری در نظر گرفته شده و مرتکب آن مستحق مجازات محسوب شده است که از آن جمله می توان به این موارد اشاره کرد^۱:

- ۱- حيله و تقلب و تدلیس به وسیله گفتار، مانند سوگند و شهادت دروغ.
- ۲- حيله و تقلب به وسیله رفتار مانند قلب سکه و تقلب در مواد خوراکی و کلاهبرداری و غصب عناوین.

- ۳- حيله و تقلب در اسناد و نوشته جات.

بنابراین، هر عملی که همراه حيله و تقلب و تدلیس است، جرم تلقی نمی شود. در بعضی موارد ممکن است توسل به حيله و تقلب موجب اغفال طرف معامله در انعقاد

عقد یا اجرای یک تعهد شود که ضمانت اجرایی آن ایجاد خیار برای طرفی است که از غفلت یا عدم توجه و یا حسن نیست او سوءاستفاده شده است. این موارد تحت عنوان تدلیس در باب مستقلی از حقوق مدنی مطرح است و اعم از تدلیس و غش در معاملات، و دسیسه و تقلب در کسب و تجارت است. درعین حال به دلیل تأثیری که این گونه تقلبات می‌تواند در ایجاد اختلال در نظم و امنیت عمومی داشته باشد، قوانین کیفری برای بعضی از آن‌ها مخالفت اجرایی پیش‌بینی کرده است.^۱ این ضمانت‌ها به شدت ضمانت اجرای کلاهبرداری (تدلیس جزایی) نیست، چنان‌چه اهمیت و درجه تأثیر آنها در ایجاد بی‌نظمی و سلب آسایش عمومی و اختلال در نظام اقتصادی نیز به پایه کلاهبرداری نمی‌رسد.

اما آن‌چه در تدلیس جزایی و کلاهبرداری، حيله و تقلب تلقی می‌شود، منجر به اختلالی عظیم در نظامات کشوری می‌شود. به نحوی که طی آن نه فقط از سادگی و غفلت افراد سوءاستفاده می‌شود، بلکه کلاه‌بردار با توسل به مانورهای متقلبانه حتی افراد هوشیار و آگاه را که به امور خود اهتمام می‌ورزند نیز اغفال می‌کند و باعث می‌شود که آنها اموالشان را به او تسلیم کنند. چنین عملی واجد جنبه عمومی است و موجب ایجاد ناامنی و اضطراب در جامعه و به هم خوردن سیستم اقتصادی، اجتماعی و در نتیجه سلب امنیت و اعتماد عمومی و ایجاد بی‌نظمی می‌شود. به این علت اقتضا دارد که قوای حاکم در مبارزه با چنین اعمال خطرناکی دخالت کنند و برای آن‌ها مجازات سختی پیش‌بینی کنند تا موجب ارعاب مرتکبان احتمالی گردد.

همان‌طور که شکل تدلیس جزایی با تدلیس مدنی متفاوت است آثارشان هم متفاوت است و از جمله آن که هرگاه تدلیس جنبه جزایی پیدا کند مستلزم مجازات شدیدتر می‌شود. حيله و تدلیس جزایی یا مانور؛ یعنی عملیاتی مادی و خارجی ملازمه دارد که در تدلیس مدنی وجود آنها لازم نیست.

در قوانین جزایی فرانسه نیز که راجع به تدلیس ماده ۱۱۱۶ را بیان داشته لفظ «مانور» را به کار برده که بدین ترتیب تدلیس را جرم دانسته و اثر جنبه کیفری

۱ مواد ۱۲۰ تا ۱۲۵ قانون تعزیرات مصوب سال ۱۳۶۲/۸/۱۴، ماده ۶۴۷ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵/۳/۶.

تدلیس هنوز هم در مقررات مدنی فرانسه به چشم می‌خورد. با جداسازی عناوین مذکور بر اثر تحول حقوق کیفری، رویه قضایی و دکترین، معنای وسیع‌تری برای تدلیس مدنی، مورد توجه قرار گرفت و به این علت، حیطه مانور و عملیات متقلبانه در تدلیس مدنی وسیع‌تر از حیطه جزایی آن در کلاهبرداری است.

در کلاهبرداری (تدلیس جزایی) مانور باید عمل مادی و مثبت باشد در حالی که در تدلیس مدنی صرف گفتار دروغ و حتی سکوت هم کافی است بنابراین می‌توان بیان داشت که: «تدلیس مشتمل بر ساختن عمدی کسی است نسبت به امری».

دسیسه و تقلب در کسب و تجارت فی‌نفسه امری مدنی است و از نظر حقوق مدنی در صورتی که منجر به اغفال طرف معامله شود می‌تواند موجب بطلان یا عدم نفوذ معامله یا موجد یکی از خيارات مذکور در ماده ۴۳۸ به بعد قانونی مدنی گردد، اما به دلیل عدم کفایت ضمانت اجرایی مدنی برای جلوگیری از این تقلبات، قانون‌گذار به ناچار در برخی موارد ضمانت اجرای کیفری نیز پیش‌بینی کرده است.^۱

فرق اساسی تدلیس جزایی و تدلیس مدنی در داشتن ضمانت اجرای کیفری برای نوع اول نیست؛ چراکه ممکن است مقنن با توجه به مصالح جامعه برای جلوگیری از مفاسد نوعی، برای تدلیس مدنی نیز ضمانت اجرای کیفری پیش‌بینی کند. چنان‌که در قانون تعزیرات سابق برای تدلیس و تطفیف (کم‌فروشی) و غش و رقابت مکارانه که همگی از مصادیق تدلیس مدنی بودند مجازات پیش‌بینی کرده بود.

بلکه آن‌چه واجد اهمیت است وجود حالت خطرناک در مرتکب تدلیس جزایی است که به واسطه آن، شکل و روش‌های مورد استفاده در این نوع حيله با روش‌های به‌کاررفته در تدلیس مدنی تفاوت می‌یابد، به نحوی که خطر آن را برای اجتماع و برهم زدن نظم عمومی مضاعف می‌کند. به همین دلیل، قانون‌گذاران کشورهای مختلف برای حفظ نظم عمومی مبارزه و مجازات‌های شدیدتری برای مرتکبان تدلیس جزایی در نظر گرفته و هرگونه عملیاتی را که برای فریب دیگران به‌کار می‌رود تدلیس و حيله جزایی تقلی نکرده است.^۲ در ماده یک قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشا و

۱ ماده ۶۴۷ ق.م.ا، مصوب ۱۳۷۵/۳/۶.

۲ حبیب‌زاده، همان، ص ۶۱.

اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۴/۶/۲۸ و تأیید ۱۳۶۷/۹/۱۵ تشخیص مصلحت نظام، با به کار بردن عباراتی مثل «از راه حيله و تقلب»، «فريب دهد»، «اميدوار نمايد» و «بترساند» تصوير کلی تدلیس جزایی تبیین شده است و برای تحقق آن ارتکاب عمل مثبت مادی خارجی لازم دانسته شده است و توسل به حيله و تقلب و بردن مال غیر به آن وسیله، اساس رکن مادی را تشکیل می‌دهد که هر دو نمایانگر فعل مثبت مادی خارجی است. بنابراین، سکوت و ترک فعل مرتکب هر چند واجد سوءنیت باشد و منجر به اغفال مال باخته و تحویل مال به کلاهبردار شود، و برای تحقق کلاهبرداری (تدلیس جزایی) کافی نیست؛ زیرا رفتار کلاهبردار، باید همراه با دسیسه و خدعه باشد که منظور از آن هر اقدامی است که به فریب، صورت مادی و ملموس می‌دهد تا به امور خلاف واقع و ادعاهای موهوم کلاهبرداری، ظاهری حقیقی و واقعی ببخشند و باعث توهم دیگران به حقیقی بودن آنها شود. به این علت اگر کسی به تصور اینکه بدهکار است، مبلغی را به دیگری بپردازد و گیرنده با سکوت فرد یا علم به اینکه طلبکار نیست، آن را اخذ کند، کلاهبرداری محقق نمی‌شود؛ زیرا هر چند پرداخت کننده متضرر شده، تحویل گیرنده هیچ گونه اقدام مثبتی که منجر به اغفال او شده باشد، انجام نداده و فریب مال باخته، ناشی از اعمال متقلبانه او نبوده است.^۱

به طور کلی ترک فعل هم نمی‌تواند تشکیل دهنده رکن مادی کلاهبرداری باشد. به این سبب شعبه دوم دیوان عالی کشور در رأی شماره ۱۹-۲۲/۵/۱-عدم ابزار قسمتی از اموال مورث را از طرف وراثت در موقع ارزیابی، کلاهبرداری ندانسته است.

پس به طور کلی می‌توان چنین جمع‌بندی نمود که در تدلیس مدنی باید اراده طرف تحت تأثیر قرار گرفته باشد، اما این تأثیر ناشی از غفلت اوست. در حالی که در تدلیس جزایی (کلاهبرداری)، اغفال شرط تحقق جرم است؛ یعنی باید رضایت مجنی علیه بر اثر به کار بردن تقلب و فریب و به طور غیر واقعی کسب شود. به همین دلیل گفته‌اند: «کلاه-برداری (تدلیس جزایی) از باب اغفال و تدلیس (مدنی) از باب غفلت است».^۲

۱ حبیب‌زاده، مصدر سابق، ص ۷۲.

۲ مجله کانون وکلا، طباطبایی، «قانون کیفر عمومی»، راجع به ماه ۲۳۸، س ۱۸، ش ۱۰۳، ص ۹۷.

به کار بردن حيله و تقلب برای مغرور ساختن دیگران عنصر مادی جرم است. و طبیعت کیفری کلاهبرداری و هدف از اعمال مجازات در چگونگی تلقی دادگاه‌ها از عنصر مادی تدلیس اثر می‌گذارد. در تدلیس کیفری، چون هدف مجازات کردن کاری نامشروع است، باید متهم، مرتکب آن شده باشد و تحقق عنصر مادی جرم بر دقت احراز گردد. ولی در تدلیس مدنی تکیه بر جبران خسارت مغرور و برداشتن التزام ناروا از دوش اوست و کیفر تدلیس کننده، چهره فرعی دارد^۱.

گفتار سوم: ارکان تشکیل دهنده تدلیس جزایی

تدلیس جزایی دارای سه رکن می باشد: ۱- رکن قانونی؛ ۲- رکن مادی؛ ۳- رکن معنوی که به توضیح مختصر هر یک می‌پردازیم:

* **رکن قانونی:** اصل قانونی بودن جرم و مجازات، اقتضا دارد که قانون‌گذار جرایم را مشخص و مجازات‌های آنها را اعلام کند. در حال حاضر ماده یک قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشای اختلال و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷ و تبصره‌های آن رکن قانونی جرم کلاهبرداری را تشکیل می‌دهد.

* **رکن مادی:** برای تحقق جرم کلاهبرداری وجود فعل مثبت مادی خارجی از جانب مرتکب ضروری است و ترک فعل حتی اگر توأم با سوءنیت بوده و موجب اغفال طرف شود به هیچ‌وجه نمی‌تواند عنصر مادی جرم کلاهبرداری را دربرگیرد. فعل مثبت مادی خارجی به تنهایی کافی نیست بلکه این افعال باید باعث اغفال و غرور شود. و این امر در عبارت «باید مغرور کند»، «اغفال کند» مؤید همین نکته است. پس اغفال طرف، جهت تحقق این جرم لازم است و باید توأم با وسایل تقلبی منجر به اغفال طرف شده باشد^۲.

غرور از مهم‌ترین موارد تدلیس است که عنصر تشکیل دهنده آن می باشد و هم در تدلیس کیفری و هم در تدلیس مدنی باید احراز گردد و در صورت محرز شدن غرور حتماً تدلیس واقع شده است. و این که در جرم کلاهبرداری (تدلیس کیفری)

۱ کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ص ۴۲۹.

۲ شامبیانی، همان، ص ۱۶۵.

مجرم می‌بایست اصل مال را به صاحبش برگرداند نتیجه جریان یافتن همین قاعده غرور است که در پهنه امور کیفری هم علت حکم بوده است.

نکته مهم در تحقق کلاهبرداری و وجود رکن مادی، توسل به وسایل متقلبانه است که با، اختیار اسم یا عنوان مجعول، مغرور کردن دیگری به وجود شرکت‌ها یا تجارت‌خانه‌ها و مغرور کردن دیگری به داشتن اموال یا اختیارات واهی، امیدوار ساختن به امور غیرواقع و توسل به وسایل تقلبی دیگر، تحقق می‌یابد که صرف ادعای وجود چنین مواردی به شرط اغفال طرف و به قصد اضرار او جهت تحقق کلاهبرداری کافی است.

* رکن معنوی: کلاهبرداری یک جرم عمدی است و اهمال و سهل‌انگاری ساده، کافی برای تحقق جرم بدون عمد و قصد نمی‌باشد و آن عمد و قصد باید هم از اضطرار طرف به منظور تصاحب مال یا وجه و غیره و هم در استعمال وسایل متقلبانه وجود داشته باشد، پس سوءنیت عام لازم است که عبارت است از به‌کارگیری ارادی و آگاهانه وسایل متقلبانه برای اغفال و مغرور کردن دیگری و تحقیق جرم منوط بر این است که شخص عالماً و عامداً وسایلی را به‌کار برد که آگاهی به متقلبانه بودن آنها داشته و هدف از استعمال آنها فریب دیگری باشد.^۱ و سوءنیت خاص نیز که همان (بردن مال) است داشته باشد و علم به تعلق مال به دیگری شرط اساسی آن است.

گفتار چهارم: اظهار خلاف واقع معصومانه، متقلبانه، و مسامحه‌آمیز

به‌طوری‌که قبلاً هم اشاره شد، مسأله تدلیس در قراردادهای در سیستم حقوقی انگلیس، جزئی از نظریه وسیع «اظهار خلاف واقع» است. قبل از شناسایی مسأله جبران خسارت برای اظهارات خلاف واقع مسامحه‌آمیز، تمامی اظهارات خلاف واقعی که در شکل و ساختمان عقد تأثیر داشتند به دو دسته تقسیم می‌شوند:

الف- اظهارات خلاف واقعی که متقلبانه بودند.

ب- اظهارات خلاف واقعی که در آن عنصر فریب وجود نداشت.

مورد اخیر به‌عنوان اظهار خلاف واقع معصومانه شناخته می‌شد، بنابه دلایل

تاریخی، راه‌های جبران موجود برای اظهار خلاف واقع معصومانه، کاملاً مجزای از آنچه که در زمینه تدلیس وجود داشت بودند. وجه تمایز مهم این بود که در اینگونه موارد، صرفاً فسخ قرارداد امکان‌پذیر بود و حکم به گرفتن خسارت داده نمی‌شد. پس از شناسایی مسئولیت خسارت مورد اظهارات خلاف واقع مسامحه‌آمیز به‌وسیله کامن لاء قانون اظهارات خلاف واقع مصوب ۳۶۷، اصطلاح اظهار خلاف واقع معصومانه عبارت است از اظهار خلاف واقعی که در آن هیچ عنصری از تدلیس یا مسامحه وجود ندارد.

بدین ترتیب ما با سه نوع اظهار خلاف واقع مواجهیم:

نوع اول که در آن هیچ عنصری از تدلیس و یا مسامحه وجود ندارد (اظهار خلاف واقع معصومانه)، نوع دوم که در آن عنصر تدلیس و تقلب وجود دارد (با آگاهی قبلی و به‌منظور اغوای طرف دیگر معامله) که در بحث تدلیس عمدتاً این نوع اظهار خلاف واقع موردنظر و توجه ماست (اظهار خلاف واقع متقلبانه) و بالاخره نوع سوم که به تازگی (پس از تصویب قانون اظهار واقع ۱۳۶۷) موردشناسایی واقع شده است و در آن اظهارات خلاف واقع، به‌واسطه غفلت و مسامحه شخص اظهارکننده مطرح شده‌اند و جبرانهای خاص خود را دارد (اظهار خلاف واقع مسامحه‌آمیز).

گفتار پنجم: تدلیس ثالث

منظور از تدلیس ثالث تدلیسی است که توسط کسی غیر از طرفین عقد نسبت به یکی از طرفین عقد صورت می‌گیرد. از این موضوع می‌توان هم ذیل عنصر مادی و هم در ذیل عنصر روانی (معنوی) گفتگو کرد. ولی از آنجایی که در عنصر مادی به نفس عمل تدلیس و جلوه‌های مختلف آن می‌پردازیم و در اینجا نه خود عمل بلکه به عامل و شرایط مربوط به عمل برای اثربخشی تدلیس توجه داریم، ترجیح دادیم که از آن در ذیل اقسام تدلیس گفتگو نماییم.

در این زمینه نیز روش نظام‌های حقوقی تحت‌بررسی متفاوت است. صرف‌نظر از روش، می‌توان مقدماً گفت که در حقوق فرانسه و انگلیس علی‌الاصول تدلیس ثالث

مؤثر نیست. در حقوق ایران مقررات قانون مدنی مجمل است و در فقه اسلامی اصلی ناظر بر این صورت وجود ندارد ولی می‌توان یکی دو مورد را در حیطه این بحث قرار داد. بنابه ماده ۱۱۱۶ قانون مدنی فرانسه، تدلیس هنگامی اثر حقوقی دارد که عملیات مدلسانه «توسط یکی از طرفین» عقد انجام شده باشد. بنابراین اصل در حقوق فرانسه این است که تدلیس کسی غیر از طرفین عقد لطمه‌ای به آن نمی‌زند مع‌هذا، «کافیست که طرف متعاقد در تدلیس شرکت کرده یا آن را ترتیب داده، یا با ثالث تبانی کرده یا اینکه از آن گاهی داشته و استفاده کرده باشد تا اینکه عقد قابل فسخ شود.» در توجیه عدم تأثیر تدلیس شخص ثالث می‌توان گفت که مدلس حقی برای مؤاخذه طرف مقابل عقد که بی‌گناه، بوده است ندارد و عمل شخص ثالث نباید از طریق متزلزل ساختن عقد سبب تحمیل بر طرف بی‌گناه شود. به‌رحال با توجه به این خصوصیت تدلیس (و بعضی خصوصیات دیگر نظریه اکراه) گفته می‌شود که بنابراین تدلیس مانند اکراه و بر خلاف اشتباه عیب صرف رضا نیست. مع‌هذا، اصل مزبور در مواردی چند تعدیل و تدلیس ثالث مانند تدلیس طرف عقد مؤثر در عقد می‌شود:

- ۱- هنگامی که تدلیس چنان باشد که اراده مدلس را از بین ببرد. در این مورد عقد نه به علت تدلیس ثالث بلکه به علت اشتباه ناشی از آن عمل فاقد شرایط قانونی است.
- ۲- هنگامی که ثالث نماینده یک طرف عقد باشد.
- ۳- در مورد هبه، تدلیس اگر چه از طرف ثالث باشد، روح نیکوکاری و محبت را از بین می‌برد و بنابراین مؤثر است.
- ۴- در مورد اعمال حقوق یک‌طرفه (ارتفاعات) مانند اقرار به نسبت فرزندان، قبول ارث، وصیت و نظایر آن، باز تدلیس کسی غیر از آنکه عمل مزبور مربوط به او می‌شود، عمل را قابل ابطال می‌سازد. در حقوق انگلیس تنها این مهم است که «سوءعرضه» باید توسط یکی از طرفین عقد در برابر طرف دیگر عقد انجام گیرد و «سوءعرضه» کسی در عقد دیگران، که خود «سوءعرضه کننده» طرف آن عقد نبوده است، اگر چه دیگران عقد را به اتکای این «سوءعرضه» بسته باشند، تأثیری ندارد و «سوءعرضه کننده» مسئول نیست.

در حقوق اسلامی نجش ممنوع است.^۱ در تعریف آن معمولاً گفته می‌شود: «عمل شخصی است که قیمت کالایی را بیافزاید بدون اینکه اراده خریدش را داشته باشد برای اینکه دیگری گفته او را بشنود و در اثر افزون‌گویی او بر قیمت بیافزاید».^۲ نیز گفته می‌شود که «عمل شخصی است که کالای کسی را ستایش می‌کند تا بازار آن گرم شود و رونق گیرد».^۳ مستند نجش حدیثی نبوی است که نجش‌کننده (ناجش) و بهره‌گیرنده از نجش (منجوش له، فروشنده) را لعن کرده است. نیز از امام نقل شده است که نجش نکنید (لاتناجشوا). ظاهراً این اخبار کافی برای اثبات ممنوعیت نیست و از این‌رو فقها آن را «منجر به اجماعی می‌دانند که در جامعة المقاصد نقل شده است».^۴ نجش را نیز فقها «غش و خدیعه» و «غش و تلبیس و اضرار» می‌دانند و حتی گاه اصطلاح «تدلیس» را نیز برای آن به کار می‌برند.^۵

بنابراین موردی از تدلیس ثالث در فقه اسلامی وجود دارد^۶ ولی اولاً مختص به صورت خاصی آن هم در عقد بیع است و نمی‌توان، با توجه به سخت‌گیری فقها در بسط دادن ممنوعیت مستنبط از اخبار (نه مصرح در آن) که ضمن گفتار فوق منعکس است، آن را به همه موارد تدلیس ثالث، خواه صور دیگرش در بیع و خواه در سایر عقود، تعمیم داد. ثانیاً ضمانات اجرای مادی در صحت یا نفوذ عقد و یا عدم آن بین طرفین به وجود نمی‌آورد و به جز حکم تکلیفی (حرمت یا کراهت) فاقد ضمانات اجراست. قانون مدنی ایران در این مورد صراحتی ندارد ولی از سیاق ماده ۴۳۹ برمی‌آید که تدلیس ثالث مؤثر نیست بنا به این ماده «اگر بایع تدلیس نموده باشد مشتری حق فسخ بیع را خواهد داشت و همچنین است بایع نسبت به ثمن شخصی در صورت تدلیس مشتری».

۱ نجش به فتح نون و سکون جیم است و در این تلفظ مصدر است و به فتح نون و جیم نیز خوانده می‌شود که در این تلفظ اسم مصدر است (شهیدی تبریزی، هدایة الطلاب الی اسرار المطالب، ج ۱، ص ۱۰۹ از شرح).

۲ انصاری، مکاسب: ج ۱، ص ۵۵ از متن.

۳ مصدر سابق مکاسب.

۴ شهیدثانی، مسالك الافهام، ج ۱، ص ۱۷۷.

۵ شهیدی تبریزی همان: ج ۱، ص ۱۰۹.

۶ در مورد تدلیس ماثبط هم چون از طرف آرایسگر انجام می‌شود، شاید بتوان گفت صورت دیگری از تدلیس ثالث است.

آقای دکتر امامی در این مورد می‌نویسند: ماده مزبور چنان که ملاحظه می‌شود حق فسخ را به مشتری در صورتی داده است که تدلیس به وسیله بایع به عمل آمده باشد و حال آن که خصوصیتی در فعل بایع نیست بلکه هر عملی در بیع انجام شود که مشتری گول بخورد و تصور خلاف واقع بنماید و در اثر آن معامله کند تدلیس است. بنابراین ممکن است عمل فریبنده به وسیله شخص ثالث انجام شود. همچنین است تدلیسی که در ثمن به عمل آمده باشد؛ یعنی بایع می‌تواند عقد را فسخ نماید اگر چه به وسیله غیر از مشتری به عمل آمده باشد. بنابراین انتساب انجام عمل فریبنده در ماده بالا به بایع یا مشتری از نظر آن است که تدلیس در اغلب موارد به وسیله آنها به عمل می‌آید و آلاً خصوصیتی در فعل بایع و مشتری نیست».

در عین حال ایشان به اشکال اطلاق این نظر توجه می‌کنند و می‌افزایند: «تعمیم ماده و جریان حکم آن در موردی که تدلیس به وسیله شخص ثالث به عمل آید، در روش قضایی که از عبارت ماده نمی‌نمایند و به تفسیرهای خشک اکتفا می‌کنند دشوار است ولی از نظر وحدت ملاک می‌توان حکم ماده مزبور را در مورد تدلیس به وسیله شخص ثالث جاری ساخت»^۱.

پس در پایان بحث از تدلیس ثالث می‌توان به اختصار بیان داشت که عملاً در هیچ یک از نظام‌های حقوقی، صرف تدلیس ثالث تا آن حد که فقط به رابطه ثالث و مدلس مربوط می‌شود، اصولاً به عقدی که ثالث حسب الفرض خارج از آن است لطمه‌ای نمی‌زند مگر آن که بتوان به علت دیگری، مانند تبانی، عمل ثالث را به بهره گیرنده از تدلیس ثالث مربوط ساخت که در آن صورت، در تحلیل نهایی، خود موضوع از تدلیس ثالث به تدلیس یکی از طرفین عقد تبدیل می‌گردد.

در عین حال از هم از حیث مبانی نظری و هم از حیث وسعت قلمرو و هم از حیث تأکید بر جنبه‌های مختلف تدلیس ثالث در روابطی که از آن ناشی می‌شود و هم از حیث ظرافت‌های حقوقی بین همه نظام‌های حقوقی که در این رساله بررسی می‌شود، تفاوت‌هایی وجود دارد.

۱ امامی، حقوق مدنی، ج ۱، صص ۱۷۸-۱۷۹ و ص ۱۸۰ به بعد.

مبحث سوم: عملیات فریبنده مدلس

گفتار اول: عنصر مادی تدلیس^۱

عنصر مادی تدلیس واقعیت خارجی آن است و ممکن است کردار باشد یا گفتار و گاه سکوت عمدی.

۱- کردار: (- عمل مثبت، تدلیس فعلی)

به موجب مواد قانونی مدنی، برای تحقق تدلیس، یکی از طرفین عقد باید «مانورهایی انجام دهد...» این مانورها یا عملیات در عین حال مجازاً به معنای نیرنگ، حيله یا خدعه نیز به کار می‌رود. بنابراین در موارد قانونی، این عملیات متقلبانه، حقه‌بازی و حيله گرانه و یا خدعه‌آمیز است که به طور کلی آن را عملیات مدلسانه می‌نامیم و اینگونه عملیات یکی از وجوه عنصر مادی تدلیس است.

در حقوق رم، تدلیس در اصل جرم شناخته می‌شد و اثر این جنبه کیفری تدلیس هنوز در بعضی از قواعد حقوق فرانسه منعکس است. هنگامی که تدلیس از اعمال مثبت؛ یعنی هرگونه تقلب فریب، نیرنگ، حيله یا حقه‌ای به وجود می‌آید، عمل ممکن است جزائاً نیز قابل تعقیب باشد ولی حیطه تدلیس مدنی از جزایی گاه وسعت بیشتری دارد؛ زیرا ممکن است به صرف گفتار دروغ یا حتی گاه حفظ سکوت تحقق یابد^۲. در حقوق انگلیس، بر خلاف حقوق فرانسه، تکیه بیش‌تر بر گفتار نادرست است ولی برای تحقق «سوءعرضه» لزومی ندارد که عرضه به صورت گفتار باشد؛ یعنی مهم نیست که عرضه از طریق کلمات صریح صورت گرفته باشد یا رفتار. آنچه اهمیت دارد این است که عرضه کننده، با گفتار یا رفتار خود، طوری اقدام کرده باشد که واقعیت در نظر طرف دیگر دگرگون شده باشد.

نکته جالب دیگر از نظر تطبیقی این است که در حقوق انگلیس در انجام اعمالی برای جلوگیری از کشف واقعیت، مانند پوشاندن عیبی در مبيع ممکن است دگرگون ساختن واقعیت به شمار آید و موجب تدلیس گردد. در حقوق فرانسه، معمولاً ساختن

۱ امامی، همان.

۲ رجوع شود به کتاب *dorit civil*، نوشته carbonnier، ص ۳۰۲، به نقل از کاتوزیان، تحولات حقوق خصوصی.

عیب در مبحث تدلیس ذکر نمی‌شود. شاید به این علت که قواعد دیگری در سایر مباحث حقوقی مانند «ضمان عیب مخفی» در بیع و اجاره، متضرر را از طریق دیگری حمایت می‌کند.

به اضافه، تدلیس عیب رضا تلقی می‌شود حال آن که در ضمان عیب مخفی، به تحلیل رضایی عقد بستگی ندارد. و ناشی از حکم مستقل قانون است که با توجه به وضع مالی مورد معامله در پرتو مقصودی که بایع و یا مستأجر برای استفاده از آن داشته است، بر رابطه طرفین عقد بار می‌شود. از این نظر ماهیت قاعده به مبانی قواعد ناظر بر تدلیس در حقوق انگلیس، یا در حقوق اسلامی و شاید در حقوق ایران، شباهت می‌یابد.^۱

حقوق دانان فرانسه در رابطه با تدلیس مثالی مطرح می‌کنند که: اسب فروشی، با استفاده از وسایل دروغین سن حیوان را پنهان می‌سازد. گرچه نمی‌توان سن حیوان را به طور مطلق عیب شمرد اما چنانچه این مثال می‌رساند، اگر فرض کنیم کسی حیوان را به تصور آن که جوان است خریده باشد و سپس معلوم شود که پیر بوده است در این صورت می‌توان پیری را عیب آن شمرد؛ چون عیب، مفهوم مطلق ندارد و باید آن را یا در متن عرف یا در متن توافق طرفین سنجید. این برداشت برای مقایسه با قواعد اسلامی در معامله حیوانات یا اخفای عیبی در مبیع نیز جالب است.^۲ در فقه اسلامی همان طور که در فصل گذشته بررسی شد موارد مصرح و معینی وجود دارد مانند تصریه غش الخفی، تدلیس الماشطه و تدلیس در ازدواج و... که تدلیس الفعلی صورت می‌پذیرد.

در حقوق ایران به جای جستجوی موارد پراکنده آن چنان که در فقه لازم می‌شود می‌توان یکسره به اصل کلی مندرج در ماده ۴۳۸ قانون مدنی مراجعه کرد که «عملیات» را سبب تدلیس می‌داند. این عملیات به گفته آقای دکتر امامی «ممکن است افعالی باشد که در مال به کار رفته چنان که مالک قریه‌ای برای آن که بنمایاند قنات آن دارای آب فراوان است جلوی قنات را از چندین حلقه چاه قبل از مظهر

۱ کاتوزیان، همان، ص ۳۱۶.

۲ همان، ص ۳۱۸.

می‌گیرد تا آب جمع شود و در موقع مشاهده مشتری باز نماید».

افعال مدلسانه ممکن است برای یکی از دو امر باشد: «تمایندن صفت کمالی که در مال نباشد» و یا «پنهان نمودن صفت نقصی که در مال وجود دارد»^۱. این تمایز از حیث تقسیم‌بندی عمل در ارتباط با عیب، بین وانمودن کمالی که در مال نیست و پنهان کردن نقصی که در مال هست، در فقه ریشه و در نظام‌های دیگر حقوقی نیز سابقه دارد^۲ ولی جالب در این بحث مربوط ساختن مفهوم تدلیس به عیب است که تحت تأثیر اختصاصات فقه اسلامی، در مقایسه با نظریه تدلیس در حقوق فرانسه، صورت گرفته است.

بنابه مستفاد از ماده ۴۳۹ قانون مدنی، تدلیس ممکن است از طرف بایع در مبیع باشد و یا از طرف مشتری «در ثمن شخصی» قانون مدنی، با توجه به این که ثمن در بیع بنابه ماده ۳۳۸ «عوض معلوم» و من جمله عین معین، متمایز از پول، باشد خواسته است که بایع را نیز همانند مشتری در صورت تدلیس حمایت کند. این تصریح قانون مدنی در مقایسه با احکام فقهی که تکیه بر تدلیس بایع دارد، برای رفع هرگونه شبهه‌ای نسبت به تساوی تدلیس بایع و مشتری از حیث حقوقی که تدلیس برای مدلس به وجود می‌آورد، بسیار به جا و لازم است. اما اگر تدلیس در حقوق ایران نیز فقط از اخفای عیب یا نمودن کمال حاصل می‌شود بر این متن ایرادی وارد نمی‌آید؛ درحالی که اولاً تدلیس اختصاص به بیع ندارد و در همه عقود لازم جاری است و موضوع در همه عقود لازم عین معین نیست؛ ثانیاً با توجه به ماده ۴۳۸ در خود بیع تدلیس ممکن است از عملی غیر از اخفای عیب یا نمودن کمال غیرموجود حاصل شود، ثالثاً در خود ماده ۴۳۹ برای تدلیس بایع تصریحی نشده که شرط تحقق تدلیس این است که مبیع عین معین باشد بنابراین قید ثمن شخص برای تحقق تدلیس مشتری در قانون مدنی ایران قابل انتقاد است و اصل باید شناختن حق هر یک از طرفین عقد، هنگام تحقق هرگونه تدلیس طرف از مقابل در برخورداری

۱ امامی، همان: ج ۱، ص ۵۱۴.

۲ شهیدثانی، مسالک الافهام: ج ۲، ص ۵۳۰.

مساوی از حمایت قانون باشد.^۱

۲- گفتار (تدلیس قولی)

گفتار نیز مانند کردار می‌تواند عنصر مادی تدلیس باشد. حقوق‌دانان معتقدند که در صرف گفتار دروغ، بدون هرگونه «مانور و عملیات» موجب تدلیس است، البته در صورتی که تحت ضوابط خاصی باشد و چنانچه بیان خواهد گردید بتوان اثر حقوق برای چنین گفتاری قایل شد.

در حقوق ایران، مانند حقوق فرانسه، قانون مدنی تدلیس را ناشی از «عملیات» می‌داند. در عرف زبان، «عمل» مقابل «حرف» قرار می‌گیرد. با توجه به اینکه در فقه شیعه تدلیس آن جامعیتی را ندارد که حتی به‌نظر بعضی فقها خیاری مستقل باشد، بعید نیست که قانون‌گذار ایران در تدوین ماده ۴۳۸ اگرچه آن را در مباحث اختیارات ذکر کرده ولی مثل قانون مدنی فرانسه کلمه مانور را به عملیات تعبیر نموده است.

قانون ایران تدلیس را از سویی همانند بعضی از فقهای شیعه در زمره اختیارات آورده و در این حد از حقوق فرانسه دوری جسته و از سوی دیگر همانند مدونین قانون مدنی فرانسه و برخلاف آن‌چه در فقه معمول بوده تعریف نسبتاً کلی، ولی ناقص، از آن کرده است.

مع‌هذا، راهی هست که بتوان این نقض را برطرف ساخت: اگر ماده ۴۳۸ ق.م.ا از ماده ۱۱۶ ق.م. فرانسه متأخر باشد، در آن صورت همان وسعتی را که مفسران فرانسوی به این کلمه «عملیات» داده‌اند، می‌دهیم و اگر قانون مدنی ایران در این زمینه متأثر از حقوق فرانسه نباشد، باز می‌توان گفت که منظور از اصطلاح «عملیات» در ماده ۴۳۸، با توجه به کلیت مفهومی کلمه عملیات «اعمال» در مقابل «اقوال» نیست و چون سخن گفتن نیز خود عمل است «اقوال» همانند «اعمال» مشمول اصطلاح «عملیات» مندرج در این ماده می‌شود شاید از همین رو باشد که آقای دکتر امامی در کتاب حقوق مدنی خود تصریح می‌کنند «عملیات ممکن است گفتار باشد» و سپس مثال می‌آورند: چنانچه فروشنده اوصاف کمالی را برای بیع بشمارد که در آن

نباشد، چنان که برای فروش کاردهای میوه‌خوری بگوید که آن‌ها در ترشی زنگ نمی‌زنند و سیاه نمی‌شوند و حال آنکه در حقیقت آن کاردها زنگ می‌زنند و سیاه می‌شوند»^۱.

آقای محمد عبده در کتاب حقوق مدنی خود، گرچه اشاره‌ای به تدلیس ناشی از گفتار نمی‌کنند و دو مثالی که برای تحقق تدلیس می‌آورند از امثله تدلیس فعلی است. مع‌هذا در پایان بحث بسیار کوتاه خود از تدلیس، حکمی کلی می‌دهند و می‌گویند: «... و بالجمله تدلیس به چیزی که به سبب آن ثمن مختلف شود من باب ضرری که ناشی از اشتباه کاری و توهم موجود بودن چیزی که وجود ندارد، موجب خیار فسخ است...»^۲.

در این متن، آنچه برای بحث کنونی درخور توجه است، به کار بردن کلمه «چیزی» در صدر جمله به جای «عملیات» است. استعمال این کلمه وسیع‌الشمول، با توجه به تکیه ضمنی ایشان بر ملاک حکم، که بنابه متن فوق اختلاف ثمن و حصول ضرر است، می‌رساند که گوینده «عملیات مذکور در ماده را با وسعتی در نظر داشته است که اقوال را نیز مانند افعال در برمی‌گیرد. بنابراین گفتار، علی‌رغم آن‌چه در ابتدا از کلمه «عملیات» ماده ۴۳۸ برمی‌آید در حقوق ایران نیز می‌تواند سبب تحقق عنصر مادی تدلیس شود. در حقوق انگلیس، برخلاف فرانسه یا ایران، بیش‌تر آرای قضایی که ناظر بر «سوءعرضه مدلسانه» است به گفتار مربوط می‌شود و اصطلاحی که در بحث از شرایط تحقق تدلیس کم به کار نمی‌رود «سوءبیان» است، ولی این اصطلاح یا اصطلاح «بیان»، «سوءعرضه» یا «عرضه» چنان که دیدیم بر رفتار نیز تعمیم می‌یابد.

در حقوق اسلامی، گفتار دروغ در موارد خاصه تدلیس به‌شمار می‌آید، اگر چه به احکام ناظر بر آن نمی‌توان کلیتی را بخشید که هر گفتار نادرست را در همه صور عقده شامل شود.^۳

موارد خاصی که در فقه چه سنت چه شیعه، وجود دارد و به این بحث ارتباط می‌یابد تحت‌عنوان کلی بیوع‌الامانات درمی‌آید. روشن است که هر فروشی مسبوق به

۱ امامی، همان، ص ۵۱۴.

۲ کاتوزیان، همان، ص ۳۲۷.

۳ همان.

خرید نیست و اگر باشد و فروشنده الزامی ندارد قیمتی را که خود برای تحصیل مبیع پرداخت است افشا کند ولی اگر چنین باشد و فروشنده بخواهد قیمت خود را به خریدار آتی بگوید موظف به بیان واقعیت است.

فقه‌ها بیع را به اعتبار افشا یا عدم افشای قیمت خرید بر سه گونه می‌دانند: اگر فروشنده قیمت خرید خود را افشا نکند، بیع‌المساومه است و اگر افشا کند در صورتی که نسبت به قیمت خرید خود از خریدار آتی قیمتی بالاتر بخواهد بیع‌المرابحه است و اگر قیمت پایین‌تری بخواهد بیع‌المواضعه (= بیع‌الوضیعه) و اگر قیمت مساوی بخواهد بیع‌التولیه است. سه نوع بیع اخیر همراه با عقدالشربه (با تشریک)؛ یعنی عقد بیعی که به موجب آن فروشنده فقط قسمتی از مالی را مشاعاً به دیگری بفروشد و در نتیجه خریدار و فروشنده در آن مال شریک شوند، اصطلاحاً بیوع‌الامانات خوانده می‌شود.

در این بیوع فروشنده باید چنان که از تسمیه برمی‌آید، امانت را در گفتار خود رعایت کند و فرضاً هنگامی که مال را به مرابحه می‌فروشد بر او واجب است که صادق باشد؛ چه دروغ او سبب «غرور» مشتری می‌شود و بایع مسئول آن است^۱ اگرچه در نوشته‌های فقهی معمولاً در این بحث اصطلاح تدلیس به کار نمی‌رود، ولی می‌توان از کلمات و اصطلاحات در گذشت و با توجه به نوع و نقش ضمان بایع، گفتار دروغ بایع را، هم‌چنان که در حقوق فرانسه یا ایران سبب تدلیس می‌شود، عنصر مادی تدلیس گرفت.

۳- حفظ سکوت^۲ (تدلیس سلبی)

حال این سؤال مطرح است که آیا می‌توان سکوت یکی از طرفین عقد را موجب تدلیس شمرد؟ به عبارت دیگر آیا هر یک از طرفین عقد وظیفه دارد که کلیه عوامل مؤثر در عقد را در برابر طرف دیگر افشا کند و اگر نکند مرتکب تدلیس شده است؟ در پاسخ می‌توان گفت که در همه نظام‌های حقوقی تحت‌بررسی، باید بین «سکوت

۱ شهیدثانی، شرح لمعه، ج ۲، صص ۲۷-۲۸ و برای فقه سنت سنه‌وری: مصادر الحق، ج ۲، صص ۱۶۶-۱۷۸.

۲ کاتوزیان، همان، ص ۳۲۷.

صرف» و «حفظ سکوت» یا «سکوت عمدی و اختیاری» تفاوت گذاشت «سکوت صرف» را نمی‌توان علی‌الاصول سبب تحقق تدلیس شمرد؛ چون هرگونه سکوتی نمی‌تواند همراه با عنصر روانی تدلیس باشد اما هر سکوتی را نمی‌توان «سکوت صرف» دانست و آن‌چه «سکوت» به‌نظر می‌آید ممکن است در اوضاع و احوال قرارداد جنبه‌ای یابد که درواقع حال عمل مثبتی را به خود گیرد. در این‌گونه موارد آن‌چه مطرح است دیگر سکوت نیست، بلکه حالتی است که شخصی ساکت به خود می‌گیرد تا واقعیتی را پنهان سازد و این حالت خود نوعی رفتار است و مانند هر رفتار دیگر همراه با عنصر روانی تدلیس باشد سبب تحقق تدلیس می‌شود.

در حقوق فرانسه، قانون مدنی حکمی، ناظر بر تأثیر یا عدم تأثیر سکوت در ایجاد تدلیس ندارد، دلیلی که برای توجیه اصل عدم کفایت سکوت آورده می‌شود مبتنی بر این است که نمی‌توان برای الزام هر یک از طرفین عقد به افشای هر چیزی که ممکن است در ارزش واقعی عوض یا معوض در نظر طرف دیگر عقد مؤثر باشد، ضابطه‌ای تعیین کرد و شرایط آن را بر شمرد. بنابراین هر یک از طرفین عقد باید خود درصدد حفظ منافع خویش باشد^۱ و آنچه را به نظرش در ارزش عوض یا معوض ارایه شده از طرف دیگر عقد مؤثر است از او بپرسد یا حتی شرط عقد قرار دهد. باضافه، سکوت در مقایسه با تدلیس فعلی اثباتش دشوار و خطرش کم‌تر است. البته بعضی از حقوق دانان معتقدند که سکوت، مانند رفتار یا گفتار، تدلیسی را موجب می‌شود که گاه اثر حقوقی دارد و گاه ندارد. سکوت با توجه به تشخیص عرف گاه تدلیسی را سبب می‌شود که مانند ستایش معمولی فاقد ضمانت اجرای قانونی است و گاه از آن فراتر می‌رود و چنان موجب فریب دیگر می‌شود که اگر موضوع سکوت افشا می‌شد طرف دیگر تن به عقد در نمی‌داد. درباره مفهوم «تدلیس نیک» یا «تدلیس مجاز» می‌توان ستایش‌های معمول هر فروشنده‌ای از کالای خود را مثال زد که در حقوق رم آن را *dolus bonus* می‌خوانند.

این دو مفهوم، تدلیس مجاز و سکوت مدلسانه را نباید با هم اشتباه گرفت و حکم

یکی را بر دیگری بار کرد. در صورت دوم، سکوت مدلسانه با اصل «حسن نیت» در عقود منافات دارد. به گفته دیگر سکوت در اینگونه موارد صرفاً امر منفی نیست و در ایجاد یا قبول که اعمال مثبت است تظاهر خارجی پیدا می‌کند. در حقوق انگلیس، برای تحقق «سوءعرضه» اصل اولیه این است که صرف سکوت کافی نیست و به گفته یکی از قضات، «نظر اخلاقیون هرچه باشد، تنها حفظ سکوت قانوناً تدلیس به‌شمار نمی‌آید»^۱. این قاعده انعکاسی از یک قاعده اصیل و قدیمی حقوق انگلیس است که به‌موجب آن فروشنده الزامی نداشت تا خریدار را از نقایص بیع مطلع سازد مگر آنکه خود خریدار درصدد پی‌بردن به آن برمی‌آمد و مع‌هذا اصل عدم کفایت سکوت در حقوق انگلیس نیز، صرف‌نظر از استثنائاتی که بر آن وارد می‌آید، فی‌نفسه بسیار مفید می‌شود. قیدی که به این اصل عدم کفایت سکوت وارد می‌آید، چنان آن را محدود می‌سازد که دشوار بتوان گفت سکوت چه زمانی سکوت صرف است و چه زمانی به علت همراهی فعلی، هرچند جزئی خود به‌صورت عملی مثبت درمی‌آید. در حقوق اسلامی، اصل اولیه این است که ساکت مسئولیتی ندارد مگر آنکه نیاز به بیان باشد که در آن صورت سکوت حمل بر گرفتار می‌شود. «لاینسب لساکت قول» و «السکوت فی معرض الحاجه بیان» این قاعده، که بیش‌تر ناظر بر انعقاد عقد است، عملاً در مورد تدلیس، تا آن حد که مربوط به عیب مبیع می‌شود، نیز قابل اعمال است. در فقه اسلامی، چه سنت و چه شیعه، متونی که ناظر بر بحث کنونی است، مربوط به پنهان ساختن عیب می‌شود و خارج از آن سکوت برای پیدایش تدلیس کافی به‌نظر می‌رسد.

بدیهی است اگر سکوت همراه با عملی برای پوشاندن عیب مبیع باشد، تدلیسی که به‌وجود می‌آید ناشی از سکوت نیست بلکه از فعل بایع است که سکوت او برای پوشاندن آن به‌کار می‌آید. اما اگر سکوت مجرد از فعل، ولی بایع بر عیب مبیع آگاه و مشتری از آن بی‌اطلاع باشد سکوت را ممکن است به‌منزله بیان، شمرده و حمل بر تدلیس کرد.^۲

نتیجه عملی این حکم، در مقایسه با حقوق انگلیس این است که فروشنده ملزم

۱ کاتوزیان، همان، ص ۳۲۸.

۲ بیان عیب در فقه شیعه به نظر بعضی از فقها متسحب (شرح لمعه، ج ۲، ۲۵۳) و به نظر بعضی دیگر واجب است

(مفتاح‌الکرامه، ج ۴، ص ۶۲۹) و برای فقه سنت رجوع شود به سنه‌وری (مصادرالحق، ج ۲، صص ۱۸۳-۱۸۶).

است خریدار را از عیوب مبیع آگاه سازد. به جز این، فروشنده وظیفه‌ای در برابر خریدار ندارد؛ زیرا صرف خود فریبی خریدار که ناشی از تصور غلط شخصی او نسبت به موضوع عقد باشد، حسب‌الفرض به فروشنده ارتباطی ندارد و به اصطلاح حقوق جدید، اشتباه در انگیزه شخصی و بی‌تأثیر در عقد است.

در بیوع‌الامانات نیز گذشته از آنکه در بیع‌المرابحه، بیع‌المواضعه و بیع‌التولیه فرض بر این است که بایع آغاز سخن گفتن از قیمت خرید خود می‌کند، ولی می‌توان مثال آورد که خریدار به سؤال بایع را مخاطب قرار دهد و بپرسد آیا مبیع را به فلان مقدار خریدی؟ در اینجا اگر فروشنده پاسخ دهد به این مضمون که هر چه را که خریدم قصد بازگرفتن قیمت خرید خود را ندارم، مال را به فلان قیمت می‌فروشم خواهی بستان خواهی بنه، عقد، بیع‌الامانه نمی‌گردد. اما اگر در برابر چنین پرسشی ظاهراً سکوت کند سکوتش چنان باشد که حالت تأیید به خود گیرد در آن صورت دشوار بتوان گفت که سکوتش بی‌اثر است: سکوت او در این مورد، نشان دادن قیمت خرید خود است که از طرف مشتری سؤال شد و اگر قیمت خرید خود است که از طرف مشتری سؤال شد و اگر قیمت خرید خود او واقعاً آن نباشد که مشتری در ضمن سؤال خود آورد، سکوت تأییدی بایع در حکم فعلی مدلسانه است.

پس در حقوق اسلامی نیز موارد خاصه‌ای برای تأثیر سکوت در ایجاد تدلیس وجود دارد، در حقوق ایران، قانونی مدنی در این باره کاملاً ساکت است و شارحین قانون نیز تعرضی به سکوت نکرده‌اند. با توجه به تحلیلی که در ابتدای این مبحث از ماهیت سکوت شده است، می‌توان گفت اگر سکوتی در اوضاع و احوال عقد موجب پنهان ساختن واقعیتی باشد که سبب خرید طرف دیگر عقد شود در آن صورت سکوت حالت عمل می‌یابد و مشمول ماده ۴۳۸ قانون مدنی می‌شود ولی اگر سکوتی صرفاً جنبه عدمی داشته باشد از حیث ایجاد تدلیس بی‌تفاوت است، مع‌هذا، اگر در موضوع عقد، عین معین باشد آنگاه ممکن است احکام خیار عیب جاری شود.^۱ البته

۱ بنابه ماده ۴۲۳ خیار عیب وقتی برای مشتری ثابت می‌شود که عیب مخفی و موجود در حین عقد باشد. طبق ماده ۴۲۴ «عیب وقتی مخفی محسوب است که مشتری در زمان بیع عالم به آن نبوده است اعم از اینکه عدم علم ناشی از این باشد که عیب واقعاً مستوره بوده است یا اینکه ظاهر بوده ولی مشتری غفلت ملتفت آن نشده است» پس خیار عیب صرفاً منوط به جهل یا حتی عدم

بعضی از انواع عقد یا وجود رابطه خاص بین طرفین عقد ایجاد می‌کند که یک طرف اطلاعات خود را در اختیار طرف دیگر بگذارد و به عبارت دیگر بعضی از واقعیات مربوط به موضوع عقد را نزد او افشا کند. در حقوق اسلامی نوع خاصی از بیع (عقد الشرکه یا بیوع الامانات) را متذکر شدیم در حقوق ایران^۱ و فرانسه و انگلیس بارزترین و رایج ترین مصداق «عقد اعتمادی» که یک طرف، به حکمت آگاهی انحصاری بر جوانب موضوع عقد و به حکم قانون موظف است کلیه اطلاعات مؤثر در عقد را افشا کند، عقد بیمه است که این وظیفه را بیمه‌گذار بر عهده دارد.

گفتار دوم: عنصر روانی تدلیس^۲

عنصر مادی؛ یعنی تظاهر خارجی عملی به صورت کردار یا گفتار یا حفظ سکوت معمولاً به تنهایی برای پیدایش تدلیس کافی نیست و باید همراه با عنصر روانی باشد. به بیان دیگر، پدید آورنده عنصر مادی باید قصدی از آن داشته باشد که با ویژگی‌های مقرر در هر یک از نظام‌های حقوقی تحت بررسی تطبیق کند و طرف عقد نیز باید تحت تأثیر آن تن به بستن عقد دهد. پس عنصر روانی را باید از دو دیدگاه نگریست؛ از نظر مدلس که چگونه قصدی داشت و از نظر مدلس که چه تأثیری از آن پذیرفت. روش نظام‌های حقوق فرانسه و انگلیس و ایران در کلیات به هم نزدیک ولی در ریزه کاری‌ها از هم متفاوت است، در همه این نظام‌ها، عنصر روانی در اکثر موارد برای تحقق تدلیس لازم است ولی مفهوم این عنصر و معیارهای حقوقی برای سنجش

التفات مشتری به عیب مخفی یا ظاهر است. نتیجه این حکم باری بر دوش فروشنده می‌گذارد که مشتری را متوجه عیوب پنهان و ظاهر کند. مع هذا سکوت بایع، اگر عاری از قصد فریب مشتری باشد، گرچه تدلیس به وجود نمی‌آورد مع هذا به مشتری بنابه ماده ۴۲۲ حق فسخ معامله یا اخذ ازش می‌دهد. این احکام با توجه به ماده ۴۲۷ و ۴۵۶ در همه عقود لازم و نسبت به هر یک از دو طرف عقد، مشروط به اینکه عوض یا معوض معیوب عین شخص باشد، جاری است و بنابراین وسعتی زیاد دارد.

۱ ماده ۱۲ قانون بیمه مصوب ۷ اردیبهشت ۱۳۱۶: «هرگاه بیمه‌گذار عمداً از اظهار مطالبی خودداری کند یا عمداً اظهارات کاذبانه بنماید و مطالب اظهار نشده یا اظهارات کاذبانه طوری باشد که موضوع خطر را تغییر داده یا از اهمیت آن در نظر بیمه‌گر بکاهد عقد بیمه باطل خواهد بود اگر مراتب مذکوره تأثیری در وقوع حادثه نداشته باشد...» در این ماده عمد، بیمه‌گذار علت بطلان عقد است و این رابطه علیت میان «عمد» مزبور و بطلان عقد از صدر ماده ۱۳ قانون به وضوح برمی‌آید: «اگر خودداری از اظهار مطالبی یا اظهارات خلاف واقع از روی عمد نباشد عقد باطل نمی‌شود...» پس خودداری از اظهار مطلب مانند اظهارات کذب عنصر مادی و عمد بیمه‌گذار از عنصر معنوی به شمار می‌آید.

اثربخشی آن در هر یک از این نظام‌های حقوقی چه برای مدلس و چه برای مدلس ظرافت‌های خاص خود را دارد. حقوق اسلام در این زمینه از نظام‌های دیگر تا اندازه‌ای دوری می‌گزیند.

۱- قصد مدلس

در حقوق فرانسه، برای تشخیص تدلیس مؤثر، در قواعد مربوط به عنصر روانی، اثراتی از حقوق رم را می‌توان دید و آنرا به «اراده سوق دادن کسی به اشتباه» تعریف کرده‌اند. پس اگر کسی عمد در ایجاد اشتباه طرف دیگر نداشته و با حسن‌نیت عملی کرده است که سبب اشتباه طرف دیگر شده باشد نمی‌توان او را قانوناً مدلس به‌شمار آورد.^۱ همچنین خطای غیرعمدی ناشی از صرف بی‌قیدی و یا سهل‌انگاری سبب تدلیس نمی‌شود.

در حقوق انگلستان، عامل قصد در انعقاد قراردادها و عقود نقشی کاملاً متفاوت از حقوق فرانسه یا ایران یا اسلام دارد و تأثیر آن در عقد بسیار محدود است و در اصل برای تمیز توافق‌های اخلاقی از توافق‌های لازم‌الاجرای قانونی به‌کار گرفته می‌شود. در این نظام حقوقی، برای تحقق تدلیس بین «قصد فریب»، «فقدان اعتماد صادقانه» و این «قصد که طرف مطابق آنچه عرضه شده است عمل کند» تمایزی ظریف می‌گذارند. ضابطه تمیز تدلیس مبتنی بر نظریه لرد هرشل، یکی از قضات عالی‌ترین دادگاه انگلیس، مجلس مردان، در ضمن رسیدگی به دعوای «دری علیه پیک است بنابه این ضابطه «تدلیس هنگامی ثابت می‌شود که معلوم گردد امر کاذبی: ۱- آگاهانه یا؛ ۲- بدون اعتقاد به صحت آن؛ ۳- از روی بی‌مبالاتی؛ یعنی بدون تقیه به صدق یا کذب آن عرضه شده باشد». این قاضی پس اضافه می‌کند که شق سوم درواقع مصداق از شق دوم است؛ «زیرا کسی که به این ترتیب امری را عرضه می‌کند نمی‌تواند اعتقاد صادقانه‌ای به صحت آنچه می‌گوید داشته باشد.» بنابراین عنصر اصلی روانی در حقوق انگلیس «فقدان اعتماد صادقانه» به صحت «عرضه» است و به

1 G.Ripert, j. Boulanger, *Ilraite dedroit civil*, n (195).

گفته همان قاضی «برای احتراز از اینکه گفتار کذبی مدلسانه گردد تصور می‌کنم همیشه باید اعتقاد صادقانه‌ای به صحت آن وجود داشته باشد».

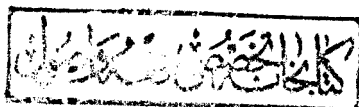
پس در حقوق انگلیس^۱ در عین حال که عامل روانی تحقق تدلیس به کار گرفته می‌شود، ماهیتی مستقل از انگیزه شخصی عامل برای فریب طرف دیگر دارد حال آنکه در حقوق فرانسه «عامل قصد» چنانچه بیان شد، در قالب اراده عامل برای سوق دادن طرف مقابل به اشتباه تحلیل می‌شود. لذا، از این دیدگاه مفهوم تدلیس در حقوق انگلیس وسیع‌تر از آن در حقوق فرانسه است. در حقوق اسلامی، ضابطه عامی برای لزوم عامل روانی وجود ندارد. به عبارت دیگر، به علت آنکه تدلیس به صورت نظریه‌ای کلی و هماهنگ نیست، نمی‌توان به طور عام گفت که برای تحقق تدلیس عامل روانی لازم است یا نیست؛ بلکه باید توجه به مصادیقی که وجود دارد و قایل به تفکیک شد. به عنوان مثال در بیوع الامانات به نظر می‌رسد که علی‌الاصول عامل روانی، مانند قصد خدعه، سبب فسخ عقد نیست و بلکه آنچه به مشتری این حق را می‌دهد طرف درست نبودن گفتار بایع است که در نفس خود موجب «غرور» مشتری می‌شود؛ چون اگر جز این می‌بود تنها دروغ آگاهانه بایع در بیان قیمت می‌بایست به مشتری حق فسخ دهد درحالی که نه تنها دروغ بلکه اشتباه بایع نیز در بیان قیمت و آنچه به قیمت مربوط می‌شود همین حق را برای مشتری پدید می‌آورد.^۲

در حقوق ایران بنابه ماده ۴۳۸ قانون مدنی، عملیات باید «موجب فریب طرف معامله شود» تا تدلیس تحقق یابد. در بررسی حکم کلی مزبور، این سؤال مطرح می‌شود که آیا عامل باید قصد فریب طرف معامله را داشته باشد یا صرف فریب خوردن طرف معامله در اثر عملیات طرف دیگر برای تحقق تدلیس کافی است، اگرچه عامل خود قصد فریب دادن او را نداشته باشد؟ در ضمن بحث از حقوق اسلامی ذکر کردیم که باید بین فریب دادن و فریب تفاوت گذاشت چون ممکن است عمل کسی موجب فریب خوردن دیگری شود بدون آنکه عامل خود قصد فریب دادن او را داشته باشد.^۳

1 Charles 7 Bing, *Foster v*, p. 105; GJ. At, *PerTindal*, p. 107.

۲ شهیدثانی، شرح لمعه، ج ۱، ص ۲۷۹ در مورد بیع مراجعه و ص ۲۸۰ درباره بیع مواضعه.

۳ برای مثال به متن زیر توجه شود: «ولو ظهر کذبہ او غلط، تخیر المشتري». (لمعه) «بین رده واخذہ با ثمن الذی وقع علیه العقد لغروره؛ شرح لمعه، ج ۱، ص ۲۷۹. در مورد بیع مراجعه در صفحه ۲۸۰ بیع مواضعه؛ یعنی: اگر روشن شود که بایع دروغ گفته یا اشتباه کرده است. مشتری اختیار دارد عقد را فسخ کند یا با همان قیمت قراردادی (بدون



با توجه به سیاق ماده مذکور، ظاهراً فریب خوردن یک طرف معامله در اثر عملیات طرف دیگر کافی است چون در ماده اشارهای به قصد عامل برای فریب دادن طرف دیگر نشده بلکه فریب ناشی از عملیات تصریح شده است. اگر این تفسیر درست باشد، ضابطه فریب در حقوق ایران تا آنجا که مربوط به عامل می شود، بیش تر جنبه موضوعی می یابد تا شخصی و از ضابطه روانی تدلیس در حقوق فرانسه، که بنابه تعریف حقوق دانان «اراده سوق دادن کسی به اشتباه است» تفاوت می یابد و به مفهوم «فقدان اعتماد صادقانه» حقوق انگلیس نزدیک می گردد. در این صورت ضابطه فریب اگر فریب خوردن یک طرف معامله باشد اگر چه طرف معامله باشد اگر چه طرف دیگر قصد فریب او را نداشته باشد، به مفهوم تدلیس در حقوق ایران و وسعتی بیش از مفهوم آن در حقوق فرانسه می بخشد. تفسیر آقای دکتر امامی، هنگامی که از تدلیس ناشی از عمل شخص ثالث سخن می گویند، نیز این نظر را چنان که خواهیم دید، تأیید می کند.^۱ حال آن که ظاهر شرح آقای بروجردی (عبده) در وهله اول لزوم وجود قصد فریب از طرف عامل را به ذهن متبادر می کند.^۲ نتیجه ای که تاکنون از مقایسه نظام های حقوقی می توان گرفت، این است که اولاً مفهوم به ظاهر ساده «قصد» در واقع مفهومی پیچیده است و جلوه های مختلف دارد، ثانیاً تدلیس در حقوق انگلیس با توجه به مفهوم آن در کامن لاء و هم در

مطالبه ارزش) عقد را ننگه دارد». گرچه غرور و غره ساختن، فریفتن و خدعه کردن نیز معنی می دهد ولی معنای در اصطلاح حقوق اسلامی محدودتر است. به اضافه در اینجا فریب در طرف مشتری مطرح است نه از طرف بایع؛ یعنی جهل و زیان دیدن مشتری به علت اظهار کذب بایع، نه فریب دادن بایع مشتری را، دلیل فسخ عقد است؛ زیرا اگر شرط می بود که بایع مشتری را فریب دهد تا تدلیس تحقق یابد، اشتباه بایع که حسب الفرض نافی وجود قصد فریب است، نمی بایست سبب حق فسخ مشتری شود و اگر مشتری در صورت اشتباه بایع نیز مانند مورد دروغ بایع حق فسخ عقد را دارد برای این است که از لحاظ او، که در جهل قرار می گیرد و «ضرر» می کند، تفاوتی ندارد که نادرستی گفتار بایع ناشی از دروغ یا اشتباه بوده است.

۱ امامی، حقوق مدنی، ج ۱ صص ۵۱۴-۵۱۵ و صص ۳۷۱-۳۷۲.

۲ در خیار تدلیس به این است که احد متعاملین حيله به کار برد که مورد معامله را موفق طبیعی متعارف یا موافق رغبت و خواهش طرف دیگر نمودار سازد و از آنچه هست بهتر جلوه دهد...» حال آنکه پس تدلیس را «به چیزی که سبب آن ثمن مختلف باشد از باب ضرری که ناشی از اشتباه کاری و توهم موجود بودن چیزی که وجود ندارد» مجب خیار فسخ می شمارد (حقوق مدنی، ص ۲۵۴). روشن است که اگر تدلیس به علت اختلاف ثمن و ضرر ناشی از اشتباه کاری حاصل شود، ضرورت ندارد که طرف دیگر حيله ای به کار برد تا تدلیس پدید آید: تدلیس در این صورت بدون حيله طرف دیگر هم پدید می آید.

اکوئیتی و نقش عامل روانی در تحقق آن وسیع‌تر از سایر نظام‌های حقوقی است پس حقوق ایران مصادیق بیش‌تری از حقوق فرانسه را دربرمی‌گیرد و حقوق اسلامی از حیث وسعت و شمول در آخر می‌آید.

۲- تفاوت تدلیس ممنوع و ترغیب مجاز (نقش عرف)^۱

در همه نظام‌های حقوقی بین عملیات مدلسانه و عملیاتی که عرفاً برای دیگران به معامله مجاز است تفاوت می‌گذارند. در همه جای دنیا چنین می‌نماید که هر معامله‌گری برای جلب دیگران به عقد ستایش‌هایی از کالای خود می‌کند که گاه شیرین و لطیف و گاه خشک و گزافه، اما در همه حال برای کشاندن دیگران به معامله است: قند و علسه خربوزه! باغت آبادشه باغبون! یک عمر پیاده‌روی با کفش‌های ساخت محلی! و نظایر آن، یا عملیاتی مانند، آراستن فروشگاه و جلوه بخشیدن به کالا، به قصد یافتن خریداران یا برانگیختن آنان به خرید فراوان یا گران است.

تشخیص مرز ستایش‌گویی یا گزافه‌کاری برای ترغیب مشتری در برابر آنچه تدلیس حقوقی است در همه نظام‌های موردبررسی، با عرف است و شاید گفتگو از این موضوع به آسانی در زیر بخش مربوط به عامل روانی نباید اما در عین حال با مفهوم عامل روانی، با توجه به نقش آن در تحقق تدلیس بیگانه نیست. در حقوق فرانسه، تدلیسی که اثر حقوقی به‌بار می‌آورد، تدلیسی است که اخلاق رایج اجتماع آن را محکوم سازد^۲. و در عرف «قابل سرزنش» باشد. بعضی از نویسندگان حقوقی یا عنوانی مستقل برای گفتار از این شرط تخصیص می‌دهند یا «عامل غیرعادلانه» را همراه سایر عوامل برای تحقق تدلیس لازم می‌شمارند. تمیز تدلیس «قابل سرزنش» از ستایش‌های معمولی در قانون مدنی فرانسه ذکر نشده اما رویه قضایی آن را پذیرفته است. در این نظام حقوقی تفاوت بین تدلیس حقوقی و ترغیب مجاز عرفی از حقوق رم مایه گرفته است که در بحث «تدلیس نیک» ذکر شد، در حقوق فرانسه، تمایز بین تدلیس ممنوع و ترغیب مجاز به دو گونه توجیه می‌شود. از یک سو معمولاً

۱ کاتوزیان، همان، ص ۳۵۸.

2 G. Ripert, J. Boulanger, *Traité de droit civil*, n 182.

«قابل سرزنش» بودن تدلیس یا «غیرعادلانه» بودن آن به عنوان شرط یا عنصر تدلیس مؤثر حقوقی انعکاسی از جرم تدلیس مبتنی بر ماهیت جزایی اولیه تلقی می‌شود.^۱ از سوی دیگر گاهی عدم تأثیر ستایش‌های معمولی برای تحقق تدلیس مورد توجه قرار می‌گیرد که توجیه آن لزوماً در قالب مفاهیم جزایی نیست و بلکه به عدم حمایت قانون‌گذار از صرف ساده‌لوحی برمی‌گردد.

اگر چه نقش تبلیغات در دنیای جدید در این توجیه جای تردید باقی می‌گذارد، در عین حال لزوم ثبات معاملی در حد متعارف و معقول را نیز می‌توان برای توجیه تفکیک تدلیس حقوقی و گفتار و اعمالی که فقط جنبه ترغیبی دارد مطرح کرد؛ زیرا اگر هر گونه تشویق فروشنده برای جلب مشتری تدلیس به شمار می‌آید بدیهی است که نظمی در استقرار معاملات نمی‌ماند.

در حقوق انگلستان از ستایش‌های معمولی تحت عنوان «سوءعرضه» بحث می‌کنند که چنان که پیش‌تر اشاره شد. «سوءعرضه» را به دو قسم «سوءعرضه معصومانه» و «سوءعرضه مدلسانه» تقسیم می‌کنند و ستایش‌های معصومانه خواه مدلسانه باشد، در حقوق انگلیس تمجیدهایی که فقط برای بازار گرمی و مشتری‌یابی است تأثیری در تمامیت عقد نمی‌گذارد.

در حقوق اسلامی، با توجه به این که توجه فقها معمولاً معطوف به عیب و اخفای آن است، مسأله به صورتی متفاوت از حقوق فرانسه و انگلیس مطرح می‌شود. مع هذا نظریه‌های صریحی در دست است که از حیث نتیجه عملی، اگر چه بر مبنای ضمانت اجرای صرفاً مذهبی، مشابه احکام حقوقی فرانسه یا انگلیس است.

شهید اول در ذیل «آداب المستحبه» از کتاب متاجر «عدم تزین‌المتاع» را ذکر می‌کند و شهید ثانی در شرح آن می‌گوید: نیاراستن کالا مستحب است «در صورتی که منظور از آراستن فقط ایجاد رغبت در اشخاص جاهل نسبت به کالا باشد ولی آراستن کالا برای منظور دیگر، مانند آن که عادتاً آراستن کالا مطلوب باشد، مانعی ندارد» از این متن و شرح دو نکته برمی‌آید:

^۱ Carbonnier, *Droit civil*, p. 302.

اول: آنکه اگر عرفا معمول است، آراستن کالا ایرادی ندارد و بنابراین فرق است بین آراستنی که در حد عرف است و آراستنی که برای اخفای عیب باشد.

دوم: آنکه عامل قصد به اضافه قبول عرف در این زمینه نقشی دارد: اگر قصد فقط ایجاد ترغیب در جاهل به کالا و بی اطلاع از وضع آن باشد ایراد دارد ولی اگر به این قصد نباشد (و قبول عرف تنها مثالی برای این صورت باشد که جنبه حصری ندارد) بلا ایراد است.^۱

همچنین سوگند نخوردن در خرید و فروش بنابه حدیث نبوی که «... ستایش کردن هنگام فروش باید گفتن هنگام خرید...» را نهی می کند، مستحب است اگر سوگند راست باشد، و اگر دروغ باشد مستوجب لعنت خداوندی و حرام است.^۲

بنابراین مدح از مال که ناظر بر گفتار، در مقابل رفتار، برای جلب مشتری است علی الاصول نهی می شود ولی عقد را متزلزل نمی سازد. در این موارد، اگر عمل موجب اخفای عیب موجود یا نمایاندن کمال غیر موجود گردد، در آن صورت ضمانت اجرای دنیوی از طریق ایجاد خیار عیب برای فسخ عقد یا خواستن ازش نیز طبق شرایط خیار مزبور حاصل می شود. در حقوق ایران، باز حکمی از این صورت در دست نیست.

آقای دکتر امامی در ذیل بحث از «آنچه موجب فریب گردد» ظاهر با توجه به مبانی فقهی به عملیاتی که «سبب گول خوردن مشتری شود و در اثر آن رغبت و میل برای او نسبت به مبیع پیدا گردد...» عطف و سپس تصریح می نمایند: «بنابر آنچه گفته شد هرگاه برای تزئین پشت مغازه چراغ های الوان برقی روشن نمایند که جلب توجه مشتریان کند و یا طوری اجناس را در پشت شیشه مغازه بچینند که از جهت رنگ آمیزی جلب مشتری می نماید، تدلیس اصطلاحی که موجب پیدایش فسخ بشود نیست».^۳

این بیان ایشان یادآور متنی است که در پیش از شهیدین نقل کرده ایم. البته باید توجه داشت که ذکر این موارد، اگرچه تمام ناظر بر عمل آراستن است، جنبه تمثیلی

۱ «الرابع عدم التزئین المتاع (لمعه) لیرغب فیه الجاهل مع عدم غایه اخری للزئنه اما تزئینه لغایه اخری کما لو کانت الزئنه مظلومه عاده فلا باس». شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۱، ص ۲۵۳.

۲ «لسادس ترک الحلف علی البیع و اشری ... الربا و الحلف و کتمان عیب و المدح اذا باع و الذم اذا اشتری». همان.

۳ امامی، حقوق مدنی، ج ۱، صص ۵۱۴-۵۱۵.

دارد نه حصری و بنابراین گفتار فروشنده، یا هر یک از طرفین در هر عقدی اعم از بیع یا غیر آن، مادام که موجب «فریب» طرف دیگر نشود تدلیس نیست و تشخیص فریب را با توجه به این که قانون در مورد ضابطه فریب ساکت است. طبیعتاً باید به عنوان امری موضوعی در اختیار قاضی گذاشت و قاضی قاعداً، به حکم ماده سه قانون آیین دادرسی مدنی، باید در مورد سکوت قانون به عرف توجه داشته باشد و عرف نیز بین تدلیس و بازار گرمی تفاوت می گذارد.

مبحث چهارم: فریب خوردن مدلس

اجتماع دو عنصر مادی و معنوی برای تحقق تدلیس کافی نیست. به عبارت دیگر اضافه بر آن چه خواه از حیث عمل و خواه از حیث قصد تدلیس کننده لازم است، باید در طرف مقابل؛ یعنی تدلیس شونده، نیز شرایطی برای تحقق تدلیس وجود داشته باشد، این شرایط درواقع بر دو گونه است؛ آن چه از حیث روانی در شخص مدلس تأثیر می گذارد و آنچه مؤثر در دارایی او می شود که به اختصار به آن ها اشاراتی خواهیم داشت.^۱

گفتار اول: تأثیر در وضع روانی مدلس

در حقوق مدنی فرانسه، بیان گردیده است که تدلیس باید چنان باشد که اگر واقع نمی شد طرف به انعقاد عقد تن در نمی داد. به عبارت دیگر، تدلیس باید در اراده مدلس تأثیر قطعی بگذارد و انگیزه اصلی او برای بستن عقد گردد تا به مدلس حق فسخ دهد تشخیص اهمیت تأثیر تدلیس در مدلس جنبه ماهوی دارد؛ یعنی در صلاحیت دادرس است و این تأثیر رکن دیگری برای تحقق تدلیس است. در حقوق اسلامی، علی الاصول، با توجه به پراکندگی موارد تدلیس و فقدان نظریه رضایی (که در حقوق فرانسه است) مسأله تأثیر تدلیس در مدلس مطرح نمی شود و ممنوعیت ناشی از نفس عمل مدلس است که گاه به اضافه حرمت یا کراهت اخروی، ضمانت اجرای دنیوی نیز به بار می آورد.

در حقوق انگلیس، برای تحقق «سوءعرضه» (خواه مدلسانه خواه معصومانه) لازم است که «عرضه» سبب «ترغیب» دیگری به انعقاد عقد گردد و لازم نیست «سوء عرضه» تنها دلیل ترغیب دیگری به انعقاد عقد گردد بلکه کافی است که دلیلی برای ترغیب او باشد.^۱

در حقوق ایران، قانون گذار در ماده ۴۳۸ قانون مدنی، مقرر می‌دارد که عملیات باید «موجب فریب طرف معامله شود» تا تدلیس پدید آید، بنابراین به نظر می‌رسد که همانند قانون مدنی فرانسه اثر تدلیس در مدلس موردنظر بوده است ولی آنچه که قانون گذار مسکوت باقی گذارده، این نکته است که ضابطه‌ای برای تشخیص این تأثیر عملیات متقلبانه برای فریب خوردن مدلس، بیان نداشته است که آیا اوضاع و احوال فردی مدنظر باشد یا قاضی می‌بایست اثر تدلیس در شخص متعارفی را ملاک عمل قرار دهد؟!

آنچه از بررسی‌های به عمل آمده، به دست می‌آید این است که ضابطه فریب در حقوق ایران، تا آنجا که مربوط به عامل می‌شود، بیش‌تر جنبه موضوعی دارد تا شخص، به این معنی که قصد خود تدلیس کننده برای فریب دادن طرف مقابل مطرح نیست و بلکه فریب خوردن طرف مقابل ملاک تشخیص تدلیس است. اما در طرف مقابل، ضابطه لزوماً همان نیست که برای تدلیس کننده به کار می‌آید.

بالعکس، سیاق ماده ۴۳۸ نشان می‌دهد که اگر عملیات مدلسانه موجب فریب طرف معامله نشود، تدلیس رخ نمی‌دهد: به گفته‌ای دیگر در این ماده توجه به شخصی «طرف معامله» شده است نه شخص مجرد و متعارفی که در موقعیت طرف معامله باشد.

بنابراین قاضی باید در سنجش تأثیر واقعیات خارجی از ضابطه شخصی استفاده کند و تجربیات، ساده لوحی و خام باوری با زیرکی و پختگی و سایر خصوصیات شخصی مدعی تدلیس را برای سنجش اثربخش عملیات مدلسانه در او مورد توجه قرار دهد.

با در نظر داشتن مقررات مدنی می‌توان افزود که اگر مدعی تدلیس از خود عملیات مدلسانه یا واقعیت در ورای آن پنهان است آگاهی داشت یا آنکه با وجود آگاهی از عملیات مدلسانه تحت تأثیر آن واقع نشد، نمی‌تواند به تدلیس برای فسخ

۱ Ytiyah, *Introduction to the law of contract*, p. 156.

عقد استناد کند؛ زیرا حسب الفرض در کلیه این موارد عملیات طرف دیگر نبود که «موجب فریب» او شد (لذا بر طبق قاعده اقدام، در واقع بر علیه خود اقدام کرده است به فرض آنکه متضرر هم شود).

گفتار دوم: تأثیر در وضع دارایی مدلس

حال این سؤال مطرح می‌شود که آیا زیان بردن در اثر تدلیس، نیز شرط تحقق تدلیس است یا صرف فریب‌خوردگی کافی است؟

قانون مدنی در فرانسه در این مورد ساکت است و در نوشته های حقوق نیز بدین نکته نمی‌پردازد ولی حقوق انگلیس بر عکس اصولاً ورود ضرر و زیان را شرط می‌داند ولی آن را تحت عنوان مستقلى مطرح نکرده است (در بین آرای قضایی و نوشته‌های حقوقی).

در حقوق اسلام، بین مواردی که حکم تکلیفی است و موردی که حکم وضعی است قایل به تفکیک شده است: به عنوان مثال در تعلق حکم تکلیفی (غش الخفی) به نظر اکثر فقها مستقل از تأثیری که در وضع عقدی طرف مقابل می‌گذارد، ممنوع است. اما در تعلق حکم وضعی، از آنجا که مبنای حکم غرر و ضرر است، ورود زیان شرط تحقق خیار (و یا ارش) است و حتی در مواردی این زیان باید به درجه غبن فاحش برسد تا حق فسخ پدید آید. مثلاً درباره تصریه و یا نجش، فقها لا ضرر را مبنای استدلال قرار می‌دهند. در قانون مدنی ایران، هیچ‌گونه حکمی حاکی از اینکه تحقق تدلیس منوط به تضرر مدلس است دیده نمی‌شود آقای دکتر امامی در جلد اول کتاب حقوق مدنی خود که متضمن بحث اصلی و تفصیلی ایشان در مورد تدلیس است نیز اشاره‌ای به ورود ضرر برای تحقق تدلیس نمی‌کنند و حتی از مجموع استدلالات ایشان که ناظر بر جنبه‌های مختلف است چنین برمی‌آید که ورود ضرر را لازم نمی‌شمارند. مع هذا در جلد چهارم که خلاصه‌ای از مقدمات حقوق مدنی را بیان می‌کنند، در سه قسمت مجزا توضیحاتی از تدلیس می‌دهند که: «حق فسخ در مورد خیارات به استناد قاعده لا ضرر به متضرر داده می‌شود». بنابراین، قانون مدنی در مورد مزبور کاملاً از حقوق اسلامی متابعت نموده است. به هر صورت با توجه به

تعریف کلی تدلیس در ماده ۴۳۸ می‌توان گفت که فریب‌خوردن مشتری کافی است و دلیلی در دست نیست که اضافه بر آن زیان دیدن را هم شرط بدانیم. به‌خصوص آن‌که ضمانت اجرای قواعد تدلیس، فسخ عقد است نه مطالبه خسارت تا حسب الفرض برای مطالبه خسارت، ورود ضرر و شرط باشد.

اهمیت تفاوت عملی شرط بودن یا نبودن ورود ضرر را باید از دو جهت نگریست: از لحاظ ماهوی و اصولی، چون لزوماً فریب‌خوردن کسی در اثر عمل مدلسانه دیگری همراه با ضرر مادی او نیست اگر صرف فریب‌خوردنش بدون ضرر و ورود ضرر کافی باشد، در این صورت تدلیس حیطة وسیع‌تری پیدا می‌کند و مدلس نیز احتیاج به اثبات ورود ضرر، نخواهد داشت.

بنابراین، تفاوت مزبور اهمیت می‌یابد. ولی از طرف دیگر چون ورود ضرر به‌عنوان یکی از طرق متصور اثبات فریب‌خوردگی، عملاً آسان‌تر از اثبات فریب‌خوردگی از طرق دیگر است و همچنین فریب‌خورده و در صورتی که به نحوی لااقل از دید خود، ضرری از فریب نادیده باشد نیازی به فسخ عقد احساس نخواهد کرد، اهمیت مزبور تعدیل می‌شود. خلاصه بحث این‌که اگر ضرر شرط تحقق تدلیس باشد، در مواردی که ضرر وارد نشده، فریب‌خورده حق فسخ عقد را نخواهد داشت و اگر ورود ضرر شرط نباشد (قانوناً) شخص فریب‌خورد، خواه به‌علت تضررش، خواه به‌علت فریب‌خوردگی، حق فسخ عقد را خواهد داشت.^۱

مبحث پنجم: عمل فریبنده

گفتار اول: زمان فریبکاری^۲

ظاهر تعریف ماده ۴۳۸ شامل هر عملی که طرف معامله را بفریبد و او را به اشتباه اندازد، می‌شود خواه پیش از معامله رخ دهد و انگیزه تراضی شود یا در مقام اجرای مفاد عقد باشد. ولی با اندکی تأمل معلوم می‌شود که باید از این ظهور دست کشید. تدلیس فریبی است که به‌کار می‌رود تا رغبت به انجام معامله را ایجاد کند و از همین

۱ نظریه دکتر پرویز اوصیا در باب شرط داشتن ضرر در تدلیس بدین‌صورت است که مصرح نظر خود را مطرح نداشتند ولی اینطور استنباط می‌گردد که شرر را شرط نمی‌دانند گرچه تاثیرگذار خواهد بود همان نظر اخیر را می‌پذیرند (کتاب تحولات حقوق خصوصی، ص ۳۸۸).

۲ کاتوزیان، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، ص ۳۲۶.

رواست که قانون‌گذار، برای جبران آثار ناروای آن، به فریب‌خورده اختیار فسخ معامله را می‌دهد. در حقوق که تدلیس از عیوب رضا به‌شمار می‌رود، این نکته بدیهی است که اشتباه باید در زمان تراضی تلقین شود تا در عقد مؤثر افتد. ولی در حقوق ما نیز که تدلیس در زمره خیارات آمده است، از مبانی تاریخی قانون مدنی و چگونگی ضمانت اجرای تدلیس (خیار فسخ) به‌خوبی برمی‌آید که فریب باید پیش از انجام دادن معامله صورت پذیرد و انگیزه تراضی قرار می‌گیرد بنابراین، اگر در جریان اجرای قرارداد حيله‌ای به‌کار رود و یکی از دو طرف دیگری را بفریبد، این اقدام سبب خیار تدلیس نمی‌شود؛ اصل معامله هم‌چنان الزام‌آور است و تنها احتمال دارد اعمال اجرایی به‌جای خود با گردد یا ضمانتی به‌بار آید.

فرض کنیم بازرگانی کالایی را بر طبق نمونه می‌خرد. فروشنده به حيله نمونه را با جنس پست‌تر عوض می‌کند، یا خریدار او را درباره اعتبار تجارتي خود یا وصول ثمن فریب می‌دهد و رسیدی نادرست می‌گیرد. هیچ‌یک از این نیرنگ‌ها برای فریب‌خورده ایجاد خیار فسخ نسبت به اصل معامله به‌جای خود باقی است که از نفوذ التزام مطلوب برخوردار، باید اثر تقلب و حيله را زدود و دو طرف را به اجرای کامل قرارداد مجبور کرد؛ چراکه برای جبران خسارت قربانی حيله نیازی به فسخ معامله نیست.

گفتار دوم: لزوم ارتکاب کار فریبنده^۱

از تعریف ماده ۴۳۷ به‌خوبی برمی‌آید که برای تحقق تدلیس باید دسیسه‌ای به‌کار رفته باشد. باید حيله‌ای سبب ایجاد اشتباه در مغرور شود و کاری ناشایسته انجام گردد، خواه به‌وسیله گفتار دروغ باید یا فعل فریبنده (مانند تصریه).

در کلاهبرداری به‌کار بردن «حيله و تقلب»، برای مغرور ساختن دیگران عنصر مادی جرم است. تدلیس نیز کاری ناشایسته و حرام است. نوعی جرم مدنی است که ریشه کیفری دارد و به‌دلیل همان حيله و نیرنگی که پایه آن است در عقد اثر می‌کند. منتها، طبیعت کیفری کلاهبرداری و هدف از اعمال مجازات در چگونگی تلقی دادگاه‌ها از عنصر مادی تدلیس اثر می‌گذارد: در تدلیس کیفری، چون هدف

مکافات، کاری نامشروع است، باید متهم مرتکب آن شده باشد و تحقق عنصر مادی جرم به دقت اجراز گردد ولی در تدلیس مدنی، تکیه جبران خسارت مغرور و برداشتن التزام ناروا از دوش او است و کیفر تدلیس کننده چهره فرعی دارد. به همین جهت، تمایل بر این است که نیرنگ در معامله، همین که مؤثر افتد بی پاسخ نماند.

بر این مبنا، گاه گفتن دروغ یا اظهاری نابجا سبب ایجاد حق فسخ می شود، بدون این که دسیسه یا حيله دیگری سبب فریفتن طرف قرارداد شده باشد؛ مانند این که جراحی بداند که عمل دشوار است به نتایج نامطلوب می انجامد و با وجود این آن را ساده و بی خطر وانمود کند؛ یا فروشنده اتومبیلی به دروغ ادعا کند که چرخ ها و لاستیک های آن برای سرعت زیاد و مسابقه طراحی شده است؛ یا کارشناسی به خریدار تابلوی نقاشی اعلام دارد که کار فلان استاد معروف است؛ یا در بیع مرابحه بهای خرید (رأس المال) زیادتر از واقع اظهار شود یا انتقال دهنده سرقفلی توقف در پرداخت دیون خود را انکار کند. بی گمان، هر دروغ و گزافه را نباید تدلیس شمرد. در تبلیغ های تجارتي گزافه های آشکار و پنهان زیاد دیده می شود و هر فروشنده می کوشد تا کالای خود را مرغوب جلوه دهد.

اخلاق هر دروغ و تصنع را مذموم می شمارد ولی حقوق نرمش بیشتر دارد و در پاره ای از گزافه های متعارف خطاپوش است و آن را لازمه مهارت در فروشندگی می بیند. باید وصفی موهوم به طور قاطع به کالا نسبت داده شود و خریدار او را بفربید، چندان که در عرف بتوان گفت تقصیری نابخشودنی رخ داده است؛ مانند لیوانی که به عنوان نشکن یا ظرفی به عنوان مصون از زنگ فروخته شود. ولی به هر حال تعبیر عادات و رسوم و عرف هر تجارت در ارزیابی اثر دروغ و گزافه نقش بسیار مؤثر دارد.

گفتار سوم: آیا سکوت به عمد از کارهای فریبنده است؟^۱

از یک سو، اگر کتمان عیب و خودداری از دادن اطلاعات به طرف معامله سبب خیار فسخ باشد، اعتبار قراردادها در بسیاری موارد روبه سستی می گراید و ناراضی

می‌تواند کاهلی و بی‌مبالاتی خود را سبب بر هم زدن پیمان با دیگران کند. از سوی دیگر، پرده‌پوشی و سکوت در مواردی که عیب پنهانی در کالای مورد معامله وجود دارد، به‌ویژه در حالتی که طرف قرارداد ناآگاه است و به صداقت و درستی طرف دیگر اعتماد می‌کند، بی‌گمان بهره‌برداری از جهل و نادانی او است.

جمع دو مصلحت بدین‌گونه است که سکوت فروشنده درباره عیب آشکار مبیع تدلیس نباشد؛ زیرا در قرارداد حفظ مصلحت هر طرف به عهده او است و از هیچ‌کس نمی‌توان انتظار داشت که تمام اطلاعات مربوط به مزایا و عیوب کالایی را در اختیار طرف خود قرار دهد. ولی، در حالتی که عیب پنهان است و با واریسی متعارف نمی‌توان به آن پی برد، این تکلیف اخلاقی وجود دارد که عیب پنهان بیان شود. سکوت آگاه از عیب، به‌ویژه در مواردی که طرف معامله به حسن نیست او اعتماد کرده است، نوعی نیرنگ و فریب است که حقوق نباید از آن بگذرد.

گفتار چهارم: فریب باید عمدی باشد^۱.

به‌نظر مشهور، کار فریبنده باید ارادی باشد و به‌عمد و با قصد فریب طرف انجام شود. پس اگر طرف قرارداد از کاری که ندانسته یا به‌منظور دیگر انجام شده است به اشتباه افتد، اثر آن را باید در عیوب اراده جستجو کرد نه تدلیس. فریب و حيله در صورتی که تحقق می‌پذیرد که کار فریبنده به عمد و با قصد نتیجه (فریب) صورت پذیرد.

گفتار پنجم: کار فریبنده باید منسوب به طرف قرارداد باشد^۲.

تدلیس در صورتی سبب خیار فسخ می‌شود که تقصیر عمدی یا فریب ناروایی باعث ضرر طرف قرارداد شود. و برای جبران این ضرر است که به فریب‌خورده حق فسخ داده می‌شود پس اگر شخص خارجی مرتکب تدلیس شود نمی‌توان خطای او را به پای طرف بی‌گناه عقد نوشت و التزام به عقد راست کرد. در ماده ۴۳۹ ق.م.هم بدان اشاره شده و بدین ترتیب نشانه‌ای برای بی‌اثر بودن تدلیس اشخاص ثالث است.

۱ همان، ص ۳۳۳.

۲ همان، ص ۳۳۸.

در صورتی که می‌توان تدلیس را مؤثر در عقد دانست که ورود ضرر به گونه‌ای منسوب به طرف قرارداد باشد. بنابراین:

- ۱- اگر طرف قرارداد با تدلیس‌کننده تبانی کند یا دانسته و به عمد از نیرنگ او بهره‌برداری نماید، فریب‌خورده، خیار فسخ پیدا می‌کند.
- ۲- تدلیس نماینده طرف معامله، خواه وکیل باشد یا ولی یا قیم و امین مانند تدلیس خود اوست و به فریب‌خورده حق فسخ می‌دهد.

گفتار ششم: کفایت فریب عمدی^۱

پاره‌ای از نویسندگان داشتن هدف نامشروع را نیز بر شرایط تدلیس افزوده‌اند. این شرط، اگر به معنی داشتن قصد فریب باشد، درست است. همچنین، اگر مقصود این باشد که تدلیس برای استیفای حق نباید موجب بازگرداندن ناروای حق به غاصب آن شود، منطقی است؛ زیرا در موردی که شخصی دین خود را می‌پردازد یا حقی را به صاحب آن بازمی‌گرداند، نمی‌تواند به این استناد که در جریان وصول حق فریب خورده است، آنچه را داده است پس بگیرد. ولی در تحقق تدلیس، قصد فریب طرف برای انجام دادن معامله کافی است و خیار فسخ به وجود می‌آورد و حق قابل احترام تدلیس‌کننده مانع از استرداد آن می‌شود.

همچنین، لزومی ندارد که قصد اضرار تدلیس‌کننده نیز ثابت شود. دو مفهوم «فریب عمدی» و «اضرار عمدی» مصداق‌هایی نزدیک به هم دارند؛ زیرا به طور معمول فریب انجام می‌شود تا به زیان فریب‌خورده سوءاستفاده صورت پذیرد. با وجود این، بین آن دو مفهوم ملازم دیده نمی‌شود.

احتمال دارد تدلیس‌کننده، بر این باور که به سود هر دو طرف قرارداد است، دست به نیرنگ زند و قربانی خود را به اشتباه اندازد تا به قرارداد راضی شود. در تدلیس، آنچه اهمیت دارد فریب عمدی است نه اضرار عمدی. از این هم باید پیش‌تر رفت. ضرورتی ندارد که ورود ضرر مادی به فریب‌خورد ثابت شود. قانون‌گذار نمی‌خواهد کسی را به التزامی اجبار کند که او به آزادی نمی‌خواسته است. پس، گره

را می‌گشاید و ریسمان را به فریب‌خورده می‌سپارد. او باید سود و زیان خویش را تمیز دهد و اگر عقد را خلاف مصالح مادی یا اغراض خود بیابد تصمیم به فسخ گیرد. این تصمیم اماره ورود ضرر نیست، حکم ماهوی است و تدلیس‌کننده نمی‌تواند، با اثبات این امر که ضرری به بار نیامده است، مانع از فسخ قرارداد شود.

گفتار هفتم: لزوم تأثیر فریب^۱

ارتکاب اعمال فریبنده در صورتی سبب ایجاد خیار فسخ می‌شود که در طرف قرارداد تأثیر کند؛ یعنی او را به معامله‌ای راضی کند که، در صورت آگاهی از واقع، به آن تن در نمی‌داد. برای تحقق تدلیس، باید رابطه سببیت میان حیل‌های انجام شده و فریب طرف عقد احراز شود. ترغیب خریدار به انجام معامله در شرایطی مناسب‌تر یا زمانی زودتر کافی برای ایجاد خیار فسخ نیست. بنابراین:

۱- در صورتی که کار فریبنده مؤثر نیفتد و معلوم باشد که طرف قرارداد با آگاهی از واقع معامله را انجام داده است، عقد الزام‌آور است، هرچند که نیرنگ‌ها عمدی و به قصد فریب او باشد. احکام تدلیس، از مفهوم رومی آن که چهره کيفری داشت، تأثیر پذیرفته است. ولی چنان که گفته شد، در حقوق ما خیار تدلیس وسیله جبران ضرر فریب‌خورده است. این ضرر زمانی تحقق می‌یابد که نیرنگ مؤثر افتد و او را به اشتباه اندازد. پس، اگر فروشنده تابلوی نقاشی، امضای هنرمند معروفی را جعل کند تا آنها را به بهایی گران بفروشد و خریدار بداند که تابلو اثر کدام هنرمند است و باوجود این به دلیل خاصی آن را بخرد، به استناد تدلیس نمی‌تواند عقد را فسخ کند یا از فروشنده خسارت بگیرد.

۲- در صورتی که ثابت شود فریب‌خورده در هر حال به معامله رضایت می‌داده است و نیرنگ فروشنده، در آن انگیزه غالب اثر قاطع نداشته و تنها به آن کمک کرده است، باز هم ضرر احتمالی را باید ناشی از اقدام خریدار شمرد. برای مثال، شخصی در جستجوی کتابی است تا برای هدیه به دست خود آن را بخرد، فروشنده وانمود می‌کند که تنها چند نسخه از کتاب باقی مانده است، آن شخص ترغیب می‌شود که

بی‌درنگ آن را بخرد و در نتیجه ناگزیر می‌شود که از آشنایی وام بگیرد. در این فرض، با اینکه فریب مؤثر افتاده است، در اقدام به خرید اثر قاطع ندارد و نباید آن را تدلیس اصطلاحی شمرد.

گفتار هشتم: معیار تمییز فریب شخصی است یا نوعی^۱؟

مقصود از شخصی بودن معیار فریب این است که دادرس باید در هر دعوی با ملاحظه شخصیت مدعی و ناتوانی‌های جسمی و روحی او، تمییز دهد که آیا گفتار یا رفتار خدمه‌آمیز طرف معامله به‌واقع او را فریفته و راغب به انجام دادن معامله ساخته است، یا در اراده او اثر نداشته و مدعی و هوشیار و آگاهانه معامله کرده است. برعکس، معیار تمیز فریب نوعی است، هرگاه دادگاه نوع معامله‌کنندگان را در آن شرایط در نظر بگیرد و به ویژگی‌های جسمی و روحی مدعی توجه نکند.

بر این مبنا، تدلیس به اعمالی انجام می‌شود که انسان متعارفی را در آن نوع معامله فریب دهد. پس، اگر شخصی در نتیجه خامی و سادگی بیش از اندازه خود فریب حيله‌ای را بخورد که نوع معامله‌کنندگان به نادرستی آن پی می‌برند، تدلیس تحقق نیافته است.

معیار شخصی مناسب با نظریه‌ای است که تدلیس را از عیوب اراده می‌داند و از این دیدگاه به آن می‌نگرد و معیار نوعی شایسته نظری که تدلیس را جرم می‌شمرد. حقوق ما در هیچ‌یک از این دو قالب نمی‌گنجد؛ زیرا مبنای خیار تدلیس جلوگیری از ضرر نارواست؛ برای این است که مغرور از التزام برهد و بتواند عقد را بر هم زند. ولی، در مقام مقیاس، با این که مثال‌های فقیهان توهم تکیه بر مجازات نیرنگ‌ها را به ذهن می‌آورد، نظام حقوقی ما از این جهت به نظریه نخست، که تدلیس را عیب اراده می‌شمرد، نزدیک‌تر است:

چنان که بارها گفته شد، در مسئولیت ناشی از تدلیس رنگی از کیفر نیرنگ باز دیده می‌شود. ولی تکیه بر جبران ضرر ناروایی است که در نتیجه کار فریبنده وارد می‌شود.

تحقق این ضرر و انتساب آن به مرتکب منوط بر این است که فریب مؤثر واقع شود تا جایی که بتوان گفت تراضی در نتیجه غرور انجام شده است. پس، منطقی است که اثر تدلیس وابسته به تأثیر فریب در طرف قرارداد باشد. نیرنگ باز به تناسب وضع روحی و جسمی طرف خود دسیسه می‌کند و هدف فریب او است نه انسان متعارف.

وانگهی ساده لوحان و سهل‌انگاران بیش‌تر طعمه نیرنگ‌بازان قرار می‌گیرند و نیاز به حمایت دارند. نگرانی از اینکه مبادا از کاری متعارف ساده لوحی فریفته شود و بیهوده خیار فسخ پیدا کند، در تدلیس وجود ندارد؛ زیرا دیدیم که کار فریبنده باید عمدی و نامتعارف باشد و تدلیس‌کننده به قصد فریفتن حيله کند.

با وجود این، در عمل معیار شخصی و نوعی به هم نزدیک می‌شود و آن اهمیت نظری را ندارد؛ زیرا:

۱- گفته شد که گرافه‌ها و حيله‌های متعارف برای مرغوب نشان دادن کالا مباح است (ش ۱۰۲۴) مرز میان تدلیس و مباح و ممنوع را درجه تأثیر آن در وجدان انسان متعارف رسم می‌کند. پس، حيله‌های شایعی که در انسان متعارف تأثیری نمی‌کند خود به خود از گردونه خارج می‌شود، مگر اینکه ثابت شود به‌ویژه برای فریفتن قربانی آن برگزیده شده است.

۲- برای احراز تأثیر فریب در دوران قربانی، علم حقوق ناچار از نمونه‌های نوعی استفاده می‌کند آنچه در انسانی متعارف مؤثر است، دادرس فریب می‌شمارد و ادعای گمراه شدن را بدون دلیل می‌پذیرد. ولی، در موردی که مدعی خلاف ظاهر عرفی سخنی می‌گوید از او دلیل می‌خواهد. در نتیجه دعوای تدلیس به‌طور معمول در فرضی اثبات می‌شود که موافق با ظاهر عرفی باشد.

۳- چنانکه پاره‌ای از فقیهان تصریح کرده‌اند، وضعی که وجود آن وانمود شده باید در نظر خردمندان بتواند انگیزه انجام معامله قرار گیرد؛ یعنی انسانی عاقل آن را مفید بداند؛ زیرا شرط لغوبی اثر است و حقوق از آن حمایت می‌کند (بند ۲ م ۳۳۲ ق.م).

فصل چهارم

تدلیس و نهادهای مشابه

مبحث اول: تدلیس و قاعده غرور

گفتار اول: مقایسه عناصر تدلیس و غرور^۱

از نظر عناصر به نظر می‌رسد که عناصری مانند خدعه‌آمیز، رابطه سببیت، فریب خوردگی و علم و قصد بنابر نظر برخی از فقها میان غرور و تدلیس موجب فسخ، مشترک می‌باشند. فقها علم تدلیس‌کننده را شرط تدلیس می‌دانند.^۲

امام خمینی^(ره) شرطیت علم را بنابه ظاهر عرف و لغت مستند می‌کنند و در پاسخ به مخالفان که میان غرور و تدلیس تفکیک قایل شده و غرور را شامل حالت‌های علم و جهل - هر دو - می‌دانند براساس استدلال مذکور، تفکیک را رد می‌کنند.^۳ ولی نکته قابل ذکر در این باره آن است که حتی کسانی که در غرور، علم غار را شرط نمی‌دانند، در تدلیس علم مدلس را شرط دانسته و در این باره اتفاق نظر وجود دارد.^۴

نکته مهم این است که خیار تدلیس، چه در باب نکاح و چه در باب معاملات، منوط به تحقق عنصر ضرر نمی‌باشد، به عبارت دیگر برای اعمال حق فسخ به دلیل تدلیس، لازم نیست که شخص فریب‌خورده متحمل خسارت گردیده باشد و عدم تحقق وصف مورد نظر کفایت می‌کند.^۵ همچنین در تدلیس، عمل و قصد لازم است و بدون قصد سوءنیت، تدلیس صدق نمی‌کند.^۶ در حالی که همان‌طور که درباره عناصر قاعده غرور گفته

۱ صفری، همان، ص ۱۱۴.

۲ نراقی، مستندالشیعة: ج ۲.

۳ امام خمینی، کتاب البیع، ج ۲، ص ۳۳۷.

۴ بجنوردی، قواعدالفقهیه: ج ۱، ص ۲۳۱.

۵ حلی، شرایع الاسلام، ج ۲، صص ۵۴۳-۵۴۵؛ شهیدثانی، شرح لمعه، ج ۲، ص ۵۰.

۶ صفایی و امامی، حقوق مدنی، خانواده، شماره ۱۸۸ تا ص ۲۴۷.

شد تعدادی از فقها تحقق غرور را منوط به قصد فریب ندانسته‌اند.^۱ با این حال در هر دو عنوان، عمل فریب‌دهنده می‌تواند عمل مثبت یا منفی باشد و در صورت اشتراک چند نفر در انجام عمل فریب‌دهنده نیز حکم هر دو جاری خواهد بود.^۲

در مجموع هر چند اختلاف‌هایی از نظر مفهوم و عناصر میان دو عنوان مورد نظر ذکر گردید، به نظر می‌رسد که مرزهای آن چنان باریک و ظریف است که مشکل بتوان مفاهیم بسیار نزدیک و یا حتی در پاره‌ای موارد یکسان آن دو را، از هم تشخیص داد و شاید امکان آن بتوان برای این دو عنوان تفکیکی قایل شد وجود نداشته باشد و با همه تفاوت‌های ظریف، باز هم به یکسان بودن حیطه دو واژه رأی دهیم.

گفتار دوم: اثر تدلیس و غرور^۳

شیخ طوسی درباره تخلف از شروط عقد نکاح، غرور را دلیل حق فسخ دانسته^۴ و در یکی از کتاب‌های خویش، غرور را دلیل رجوع مغرور به غار برای جبران غرامت‌ها - نه حق فسخ - قرار داده است.^۵ ایشان در هیچ‌یک از آنها به تدلیس اشاره نکرده ولی در مورد اخیر، حق فسخ را با اشاره به تخلف از شرط برای فریب‌خورده پذیرفته است. به نظر می‌رسد که در مورد اول مقصود شیخ از غرور، مفهوم لغوی آن است که به مفهوم تدلیس نزدیک می‌باشد و بدین ترتیب با آرای فقهای دیگر در تعارض نخواهد بود. ابن‌ادریس، تدلیس در شرط ضمن عقد را موجب ایجاد حق فسخ می‌داند^۶ و صاحب‌جوهر هم به صراحت درباره خیار و حق فسخ به عنوان اثر تدلیس سخن گفته و در یکی از مسایل بیع مدعای طرف مقابل را به دلیل آنکه در هیچ‌یک از نصوص برای آن حق فسخ مقرر نگردیده، مردود شمرده و مشمول خیار تدلیس نمی‌داند.^۷

۱ بجنوردی، قواعد الفقهیه، ص ۲۳۳.

۲ صفایی و دکتر امامی، حقوق خانواده، ج ۱، شماره ۱۸۹، ص ۲۴۸.

۳ صفری، همان، ص ۱۱۸.

۴ طوسی، الخلاف، ج ۲، ص ۳۷۳.

۵ همان، المبسوط، ج ۴، صص ۱۸۸ - ۱۹۱.

۶ حلی، شرایع الاسلام، ج ۲، صص ۵۴۳ - ۵۴۵.

۷ نجفی، همان: ج ۲۳، ص ۳۱۷.

گفتار سوم: تفاوت آثار تدلیس و غرور^۱

در مجموع باید گفت که آنچه به عنوان تدلیس غالباً در باب‌های بیع و نکاح مطرح می‌باشد و مبتنی بر تخلف خدعه‌آمیز از مقتضای قرارداد است موجب حق فسخ می‌گردد^۲ و آنچه موجب رجوع به تدلیس‌کننده و جبران خسارت‌های وارد شده می‌باشد امری جدا از تدلیس تلقی می‌گردد و همان‌گونه که شهیدثانی در مبحث بیع هنگام بحث خیار تدلیس، اصلاً درباره جبران خسارت صحبت نکرده است.^۳

اساساً این‌گونه است که استفاده از حق فسخ ارتباطی با مطالبه جبران خسارت ندارد^۴ و علت این امر واضح است؛ زیرا همان‌گونه که در پیش از این بیان گردید برای اجرای حکم تدلیس نیازی به ورود ضرر به فریب‌خورده نمی‌باشد و فقدان وصف کفایت می‌کند.^۵ به همین جهت، مجرد تدلیس به عنوان یکی از موجبات فسخ نکاح به طور صریح در فقه امامیه مطرح گردیده^۶ و در ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی به مفهوم آن اشاره شده است.

گفتار چهارم: شرایط مختص تدلیس

اگر تدلیس توسط شخص ثالث انجام شده باشد، به نظر برخی از صاحب‌نظران، حق فسخ وجود نخواهد داشت و نه تنها در صورتی که توسط یکی از طرف‌های قرارداد واقع گردیده باشد حق فسخ به وجود می‌آید.^۷

در حالی که در ضمان غرور معلوم گردید که از این نظر تفاوتی وجود ندارد؛ زیرا عمل خدعه‌آمیز و غرور چه توسط طرف قرارداد صورت گیرد و چه توسط شخص ثالث، شخص غار ضامن جبران خسارت‌ها محسوب می‌شود.

۱ صفری، همان، ص ۱۱۸.

۲ حلی، همان: ج ۲، صص ۵۴۳ - ۵۴۵.

۳ شهیدثانی، شرح لمعه، ج ۳، صص ۵۰۰ - ۵۰۴.

۴ صفایی و امامی، حقوق خانواده، ج ۱، شماره ۱۸۸، ص ۲۹۴.

۵ شهیدثانی، همان، ص ۵۰۰.

۶ حلی، همان؛ صفایی، همان، ص ۲۴۶.

۷ صفایی و امامی، حقوق خانواده، ج ۱، ش ۱۸۹، ص ۲۴۷؛ کاتوزیان، حقوق مدنی، ج ۱، ش ۲۴۴، ص ۴۶۷.

همچنین تدلیس در صورتی موجب حق فسخ است که مربوط به علت عمده عقد که مورد تراضی طرفین و رکن اساسی عقد است، نباشد و تنها با اوصاف فرعی مرتبط باشد. در غیراین صورت، به دلیل اشتباه در علت عمده، عقد باطل خواهد بود.^۱ درحالی که چنین قیدی در قاعده غرور وجود ندارد و در صورت تحقق غرور نسبت به هر امری، ورود خسارت و وجود تمام شرایط، موجبات ضمان فریب‌دهنده فراهم خواهد آمد و موضوع فریب در حکم مذکور تفاوتی ایجاد نخواهد کرد.^۲

مبحث دوم: تدلیس و اشتباه^۳

اشتباه مؤثر در اعتبار عقد باید در «علت عمده» آن یا، به بیانی دیگر، در وصف جوهری و اساسی یکی از ارکان عقد صورت پذیرد. این اشتباه از هر راه رخ دهد و سبب آن هرچه باشد از عیوب اراده است و عقد را باطل یا غیرنافذ می‌کند. پس، اگر طرف معامله نیرنگی بزند و دیگری را در وصفی که انگیزه اصلی تراضی را به وجود آورده است بفریبد (رامبراند تابلوی تقلیدی نوآموزی را کار اصیل معرفی می‌کند و بر این مبنا آن را به بهای گزاف بفروشد) این اشتباه از عیوب تراضی است و در قلمرو اختیارات، که ویژه فسخ معامله نافذ است، قرار نمی‌گیرد؛ زیرا منطقی نیست که ادعا شود، اشتباه مؤثر اگر نتیجه حیلۀ طرف قرارداد باشد و در تراضی اثر نمی‌کند و عقد همچنان معتبر و نافذ است.

بنابراین، تدلیس در انگیزه اصلی یا علت عمده عقد، که می‌توانیم آن را «تدلیس جوهری یا اصلی» بنامیم، سبب بطلان است نه خیار فسخ تدلیس اصطلاحی در وصفی انجام می‌شود که، هرچند در شمار انگیزه‌های تراضی آمده، علت عمده عقد نیست، این اشتباه اگر بدون دخالت طرف قرارداد حاصل می‌شد، جز در مورد غبن فاحش، هیچ اثری در التزام نداشت، ولی در فرض ما که نیرنگ او آن را القا کرده است، خیار فسخ ایجاد می‌کند.

۱ کاتوزیان، همان، ص ۴۶۶.

۲ همان.

۳ همان: ج ۵، شرح ۱۰۳۶، ص ۳۵۴.

تدلیس فرعی به دلیل اخلال در انگیزه معامله، باعث ورود ضرری ناروا می‌شود و «خیار تدلیس» وسیله جبران این ضرر و تامین منافع فریب‌خورده است. برای مثال، فروشنده اتومبیلی در کیلومتر شمار آن دستکاری می‌کند تا رقم ناچیزی را نشان دهد و خریدار را ترغیب به معامله یا دادن بهای بیش‌تری کند. در این فرض، اشتباهی در وصف جوهری اتومبیل رخ نداده و خریدار همان اتومبیل مقصود را به‌دست آورده است منتها، در انگیزه فرعی خود، که اتومبیل را مرغوب‌تر جلوه می‌دهد، به گمراهی کشیده شده است.

در نظر قانون مدنی، رضای معاملی وجود دارد و ضرری به قربانی تدلیس رسیده است که با ایجاد خیار جبران می‌شود.

این تحلیل نباید موجب شگفتی شود که چگونه ممکن است تدلیسی سبب بطلان عقد گردد، درحالی‌که قانون مدنی به‌طور مطلق اثر آن را محدود به خیار فسخ می‌کند؛ زیرا این اطلاق‌ها که ناظر به موضوع شایع عرفی حکم است مانع از اخراز احکام دیگر در موارد خاص نیست. چنان‌که، در قانون مدنی «اکراه موجب عدم نفوذ معامله است...» (ماده ۲۰۳ ق.م)، ولی همه پذیرفته‌اند که این حکم ویژه موردی است که قصد صدمه نبیند و امکان انتخاب را از مکره نگیرد. اکراه شدید، که قصد را از بین می‌برد و قربانی را به‌صورت ابزار اعلام اراده درمی‌آورد (مانند مستی و خواب مصنوعی)، سبب بطلان عقد است نه عدم نفوذ پس هرگاه وصفی که خریدار درباره آن به اشتباه افتاده است «اساسی یا ذاتی» باشد، عقد باطل است.

گفتار اول: مقایسه مفهوم و عناصر غرور و تدلیس با اشتباه

از آنجایی‌که بسیاری اوقات مفهوم و ماهیت تدلیس با ظرافت‌هایی به اشتباه تعبیر می‌شود به ذکر تفاوت آن می‌پردازیم، اشتباه، تصور نادرستی است که انسان از چیزی در ذهن دارد^۱ و در مبحث معاملات عبارت است از تصور نادرست معامله‌کننده درباره یکی از ارکان و عناصر عقد^۲. برای مثال، اشتباه در عد نکاح تصور نادرستی است که

۱ کاتوزیان، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، ش ۲۰۸، ص ۳۹۵.

۲ صفایی، دوره مقدماتی حقوق مدنی، تعهدات و قراردادها، ج ۲، ص ۹۹.

یکی از زوجین درباره هویت جسمی، اوصاف طرف دیگر یا مهر دارد.^۱ همچنین اگر کسی به اشتباه در ملک دیگری تصرف کند، یا کارگری به اشتباه مال دیگری را از بین ببرد، همگی مصادیقی از اشتباه است که به وقوع پیوسته است. از نظر تحلیل روانی در مثال‌های ذکرشده، پندار نادرستی از واقعیت در ذهن اشخاص ایجاد شده که براساس آن، قصد و رضای آن‌ها محقق می‌گردد. در این صورت باید گفت: «ماوقع لم یقصد و ما قصد لم یقع» که به‌طور مسلم چنین اراده‌ای معلول است و نمی‌تواند آثار قصد و رضای متعارف را داشته باشد؛^۲ زیرا مفهوم غرور، فریب‌دادن است و بنابراین محور جریان این قاعده، تحقق چنین عملی می‌باشد ولی در اشتباه این‌گونه نیست.

درواقع هر چند، در غرور همانند اشتباه تصور نادرستی در ذهن مغرور ایجاد می‌گردد که همان تصور، محرک اصلی در اقدام وی محسوب می‌شود ولی تصور مذکور الزاماً ناشی از عملکرد دیگری است درحالی‌که چنین ملازمه‌ای در اشتباه وجود ندارد گرچه در برخی از حالات ممکن است مسأله تحت‌عنوان اشتباه ناشی از فریب مورد بررسی قرار گیرد.^۳

* **اختلاف عناصر**^۴. از نظر ورود ضرر، ممکن است شخص بر اثر اشتباه متحمل خسارتی گردد و وجه نقدی را به ناروا ایفاء کند یا مال دیگری را تلف نماید. چنین نتیجه‌ای در غرور نیز وجود دارد و به‌تبع آن در تدلیس با این تفاوت که تحمل غرامت در قاعده غرور، از عناصر مؤثر برای اجرای حکم آن می‌باشد درحالی‌که در اشتباه، این امر به‌عنوان عنصر ثابت و مداخله‌گر در تحقق موضوع یا حکم محسوب نمی‌گردد؛ زیرا برای مثال، ممکن است اشتباه‌کننده درباره وصف شخصیت طرف قرارداد که علت عمده عقد به‌شمار می‌رود، اشتباه کرده و عقد نکاح را منعقد کند. در این حال بدون لزوم ورود ضرر، حکم اشتباه جاری شده و عقد باطل می‌گردد. از جهت رابطه

۱ صفایی و امامی، همان.

۲ کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، ش ۹۰، ص ۸۶.

۳ همان، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، ش ۲۴۴، ص ۴۶۶.

۴ صفری، همان، ص ۱۲۰.

سببیت، آنچه که درباره غرور گفته شد در مورد اشتباه به هیچ وجه صادق نیست؛ زیرا وجود عمل خدعه‌آمیز برای تحقق اشتباه، ضرورتی ندارد و لذا هیچ رابطه ثابت و الزامی میان تصور غلط و عمل دیگران، به عنوان سبب و مسبب، قابل تصور نمی‌باشد.^۱ به همین ترتیب عناصر علم و قصد اساساً در اشتباه جایگاه ندارند؛ زیرا با توجه به فقدان عمل خدعه‌آمیز، و نبود غار در اشتباه- در بسیاری از موارد- ذکر علم و قصد چنان شخصی موضوعیت نخواهد داشت. درباره اشتباه کننده نیز اگر علم نسبت به واقع یا قصد او را فرض کنیم در واقع از موضوع خارج خواهیم شد و اشتباه به عنوان پندار ناصحیح از واقعیت محقق نمی‌گردد.

گفتار دوم: مقایسه آثار غرور و تدلیس با اشتباه

اثر غرور چنانچه گفته شد ضمانی است که برعهده فریب‌دهنده قرار می‌گیرد. قاعده غرور با بطلان یا صحت قرارداد منعقد شده ارتباطی ندارد و در مواردی نیز که هیچ نوع قراردادی منعقد نشده است اجرا می‌گردد. ولی اشتباه بر حسب اهمیت و درجه تأثیر آن در اراده، دارای احکام متفاوتی است. گاهی به گونه‌ای به اراده لطمه می‌زند که آن را مفقود یا معیوب می‌کند و موجب بطلان یا عدم نفوذ عقد مانند نکاح می‌شود. برای مثال، هرگاه طرفین درباره ماهیت عقد دارای قصد مشترک نباشند عقد باطل است.^۲ گاهی اشتباه فقط حق فسخ برای اشتباه کننده ایجاد می‌کند مانند اشتباه در وصفی که به طور صریح یا ضمنی (با تبانی قبلی) وارد قلمرو قرارداد شده ولی علت عمده عقد نیست.^۳ گاهی نیز هیچ تأثیری در عقد ندارد مانند اشتباه در مهر که هیچ گونه تأثیری در عقد نکاح نداشته و تنها ممکن است بر طبق قواعد عمومی معاملات، در قرارداد مهریه مؤثر باشد.^۴ یا اشتباه در وصف طرف قرارداد به گونه‌ای که وصف موردنظر به طور صریح یا ضمنی در قلمرو عقد داخل نشده باشد.^۵

۱ کاتوزیان، همان.

۲ صفایی، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ماده ۱۹۴ قانون مدنی، ج ۲، ص ۱۰۱.

۳ صفایی، همان، ص ۱۱۳؛ صفایی و امامی، حقوق خانواده، ج ۱، ش ۳۳، ص ۴۹.

۴ صفایی و امامی، همان، ش ۳۱ و ۳۰، ص ۴۷.

۵ همان مرجع، ص ۵۰.

درباره مقایسه آثار این دو عنوان، مسأله قابل توجه صورتی است که اشتباه فرد مغرور بر اثر فریب درباره امری واقع گردد که علت عمده عقد محسوب می‌شود. در این حال عقد مذکور به دلیل اشتباه مؤثر، باطل خواهد بود و شخص فریب‌خورده نسبت به چیزی که قصد حقیقی او به آن تعلق نگرفته است متعهد نمی‌باشد ولی این امر مانع از آن نیست که وی به استناد به قاعده غرور برای جبران خسارت‌ها به فریب‌دهنده مراجعه کند. بنابراین از نظر آثار اشتباه و غرور، اختلاف آشکاری میان آن دو ملاحظه می‌گردد و از سوی دیگر ملازمه‌ای میان جریان آثار آنها وجود ندارد.^۱

مبحث سوم: تدلیس و عیب^۲

یکی از شایع‌ترین حیل‌ها که برای فریب دادن طرف معامله به کار می‌رود، پوشاندن عیب کالا و سالم جلوه دادن آن است؛ مانند اینکه فروشنده اتومبیلی، شاسی صدمه دیده را تعمیر کند و به وسیله رنگ از دید خریدار پنهان نگاه می‌دارد، یا فروشنده کاسه چینی، شکستگی آن را می‌پوشاند، یا فروشنده اسبی کهنسال، دندان آن را می‌ساید تا جوان جلوه کند.

ولی، تدلیس در کالا به کتمان عیب محدود نمی‌شود. گاه وجود وصی در آن وانمود می‌شود که بر رغبت طرف معامله می‌افزاید، بدون اینکه فقدان آن وصف نیز عیب باشد؛ مانند اینکه اسب از نژاد اصیل ترکمن است، یا قالی بافت کرمان است، یا تلویزیون از راه دوره کنترل می‌شود، یا تصویر اثر هنرمند ایتالیایی است.

این اوصاف، برخلاف وصف سلامت که چهره نوعی دارد و عرف ممیز آن است، بستگی به انگیزه‌های ویژه دو طرف معامله دارد؛ اعتبار آن وابسته به شروط صریح یا ضمنی عقد است و اطلاق عقد بر لزوم وجود آن دلالت نمی‌کند. برای مثال ترکمن نبودن اسب و کرمانی نبودن قالی در دید عرف عیب کالا نیست؛ وصفی است که بر مبنای تراضی دو طرف و هدف‌های آنان لازمه کمال مبیع است. برای تحقق تدلیس، کافی است نیرنگ یکی از دو طرف دیگری را بفریبید و مورد معامله را چنان بیاراید که

۱ صفری، همان، ص ۱۲۴.

۲ کاتوزیان، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، ش ۱۰۳۷، صص ۳۵۶-۳۵۸.

قربانی تدلیس آن را دارای وصف موردنظر پندارد، هرچندکه نبودن آن صفت عیب کالا نباشد.

وانگهی، با تعریفی که قانون مدنی از تدلیس کرده است، فریب دادن طرف معامله اختصاص به اوصاف موضوع آن ندارد و همچون عیب، ویژه وصف سلامت کالا نیست. گفته شد که قلمرو تدلیس گسترده‌تر از عیب است و می‌تواند نیرنگ‌های فریبنده گوناگونی را شامل گردد. برای مثال، صاحب‌خانه‌ای مایل است یکی از اطاق‌های محل سکونت خود را به خانواده‌ای کرایه دهد. زن بدکاره‌ای با کودک عاریتی و بدون عذر که شوهر او در سفر است به مالک رجوع می‌کند و او را درباره وضع خود می‌فریبد. در این اجاره تدلیس شده است، درحالی‌که موضوع فریب شخصیت مستأجر است نه عین مورداجاره. مثال دیگر: شرکتی وضع نابسامان و بدهی‌های خود را از طرف معامله پنهان می‌دارد و به نسبه کالای گرانبهایی را می‌خرد و فروشنده را درباره اعتبار خود می‌فریبد. در این فرض نیز، حيله‌ای به‌کار رفته و طرف را فریب داده است، بدون اینکه مربوط به کالای مورد معامله باشد.

مبحث چهارم: تدلیس و غبن^۱

برای روشن شدن ماهیت تدلیس، باید به این سؤال نیز پاسخ گفت که، آیا لازم است، در نتیجه فریب طرف قرارداد، دیگری مغبون شود و کالایی را گران‌تر بخرد یا ارزان‌تر بفروشد، یا کافی است آنچه انتقال می‌یابد با داعی خریدار مخالف باشد؟

ممکن است ادعا شود که خیار تدلیس وسیله جبران ضرر ناروایی است که التزام به عقد به‌بار می‌آورد. پس، در صورتی ایجاد می‌شود که از آن ضرری برخیزد و به قربانی فریب زیان برساند. ولی، این استدلال تمام نیست: ضرر ناشی از تدلیس ممکن است در نتیجه عقیم ماندن انگیزه‌های خریدار و از دست دادن منفعت معقولی در مصرف کالا و بهره‌برداری از آن باشد و در عین حال، در بهای کالا اثر نکند. کمال و نقص مورد معامله بر مبنای استفاده خریدار سنجیده می‌شود نه دید عرف و ارزش معاملاتی آن. همین اندازه کافی است که دلبستگی به وصف وانمود شده معقول باشد و لغو به

۱ کاتوزیان، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، شرح ۱۰۳۹، صص ۳۵۹-۳۶۰.

نظر نیاید، هرچند که این تعلق خاطر شایع نباشد.

برای مثال، می‌دانیم که بهای اتومبیل با دنده خودکار گران‌تر از دنده دستی است. ولی، این را نیز می‌دانیم که رانندگی با دنده‌های دستی نیز مزایایی دارد. پس، در فرضی که خریدار خواهان اینگونه دنده‌هاست و در اثر تدلیس فروشنده اتومبیل با دنده خودکار به او انتقال می‌یابد، با اینکه زیان مالی به او نمی‌خورد؛ چون نمی‌تواند استفاده دلخواه را از آن ببرد، بی‌گمان دچار خسران است؛ خسروانی ناروا که حقوق آن را نفی می‌کند، هرچند به بهای تزلزل عقد تمام شود.

با وجود این، باید اعتراف کرد که به‌طور معمول تدلیس برای وارد ساختن زیان مالی انجام می‌شود و ایجاد غبن می‌کند. منتها، غبن ناشی از تدلیس، هرچند که فاحش نباشد، سبب خیار فسخ می‌شود؛ چرا که زاده نیرنگ و فریب است.

مبحث پنجم: تدلیس و تخلف از شرط صفت^۱

خیار تدلیس را گروهی از محققان صورت ویژه‌ای از شرط صفت یا تخلف شمرده‌اند. بر همین مبنا است که اکثر فقیهان از خیار تدلیس به اصالت نام نبرده‌اند و بعضی از نویسندگان حقوق مدنی از مفاد ماده ۱۱۲۸ ق.م که مربوط است به خیار تخلف از شرط صفت در نکاح، خیار تدلیس را نیز استنباط کرده‌اند.

ارتباط این دو خیار را، به‌ویژه در مورد نکاح، نمی‌توان انکار کرد. با وجود این تأمل در شرایط تحقق آنها نشان می‌دهد که تدلیس قلمرو گسترده‌تری دارد که حیل و فریب طرف قرارداد آن را توجیه می‌کند. در خیار تخلف از شرط یا وصف، صفتی که فقدان آن سبب ایجاد خیار می‌شود، به‌گونه‌ای صریح یا ضمنی، متعلق قصد مشترک قرار می‌گیرد و درباره لزوم آن تراضی می‌شود. برای مثال، در فروش قالیچه شرط می‌شود که بافت کاشان باشد، یا در نکاح بر این مبنا تراضی می‌شود که دختر شوهر نکرده باشد. ولی، در تدلیس، تراضی نسبت به لزوم و اثر وصف وانمود شده ضروری نیست و کافی است که فریبکار از انگیزه طرف خود آگاه باشد و برای گمراه کردن او اقدام کند. فرض کنیم که قالی فروش می‌داند که خریدار در جستجوی قالیچه قدیمی

۱ کاتوزیان، همان مصدر سابق، شرح ۱۰۳۸، صص ۳۵۸-۳۵۹.

و بافت کاشان است و به همین دلیل قالیچه خود را قدیمی و بافت کاشان معرفی کند تا رغبت او را به معامله کردن برانگیزد. خریدار نیز، بدون اینکه مقصود خود را بیان کند، فریب می‌خورد و آن را می‌خرد. در این فرض، چیزی نزدیک به تراضی صورت می‌پذیرد؛ زیرا همین که فروشنده فرش را بافت کاشان معرفی می‌کند، تراضی بر پایه درستی گفته او واقع می‌شود. ولی، در بسیاری موارد، این وصف در تراضی نمی‌آید و در زمره انگیزه‌های پیش از آن باقی می‌ماند: خریدار اهمیت وصف را از فروشنده پوشیده می‌دارد تا او را ترغیب به تعیین بهای بیش‌تر نکند و فروشنده که از مقصود او آگاه است و در ضمن می‌داند که نیرنگ زده است سخنی در عقد نمی‌گوید و قالیچه مطلق را می‌فروشد. در نتیجه، شیوه بافت در شمار اطلاعات خریدار پیش از معامله درمی‌آید؛ انگیزه و داعی تراضی می‌شود، بدون اینکه در آن نقشی داشته باشد. شاید به همین دلیل است که نکته‌سنجی مانند شهیدثانی، پس از تصریح به این نکته که، تدلیس محقق نمی‌شود، مگر سبب اشتراط صفت کمالی که موجود نیست، می‌افزاید: «یا آنچه در معنی شرط است» او بدین ترتیب، بیان می‌کند که گاه تدلیس در وصفی صورت می‌گیرد که شرط کامل نیست.

نویسندگان قانون مدنی نیز از همین نظر الهام گرفته‌اند که «خیار تدلیس» را در کنار خیار تخلف از شرط و وصف وسیله دیگری برای رهایی از التزام دانسته‌اند، و گرنه، بایستی آن را از فروغ خیار عیب یا تخلف از شرط می‌شمرد.

مبحث ششم: موارد تدلیس در حقوق جزا

در حقوق موضوعه و حقوق اسلام، صدمات مختلف وارده به اموال دیگران تحت عنوان «ربودن» اطلاق می‌گردد. «ربودن متقلبانه» بنابر نحوه انجام عملیات مجرمانه، برای سه عنوان جزایی قابل تعمیم است و آن سه عنوان عبارتند از: سرقت، که عبارت است از ربودن شیء مادی متعلق به دیگری بدون رضایت مالک آن؛ کلاهبرداری، که عبارت است از ربودن مال دیگری با توسل به وسایل متقلبانه که بدون این توسل، جرم کلاهبرداری تحقق نخواهد یافت؛ و نهایتاً خیانت در امانت، ربودن مالی است که

به‌طور ارادی و با اختیار به‌موجب یک عقد یا قرارداد در اختیار مالک غیر واقعی آن قرار گرفته است.^۱

این سه مفهوم حقوقی از یکدیگر کاملاً منفک و متمایز می‌باشند، هرچند که نقاط اشتراک بین آنها وجود دارد و از آنجا که تدلیس نیز نوعی ربودن مال دیگری است با توسل به وسایل متقلبانه، و با این سه مفهوم به نوعی در ارتباط است لذا به‌طور مختصر نقاط افتراق و اشتراک این سه جرم را متذکر می‌شویم.

* نقاط افتراق. تفاوت بین این سه جرم اگر از نظر نقش هر یک که در قبال این جرایم ایفا می‌کنند، مورد توجه قرار گیرد مربوط به کلمه تسلیم و تصرف مال از مالک به طرف مقابل است. تسلیم مال و تصرف طرف مقابل عنصر اساسی و اصلی جرم کلاهبرداری و خیانت در امانت محسوب می‌شود. در حالی که در جرم سرقت تسلیم مال و یا سپردن مال از طرف مالک آن به دیگری، ربودن اطلاق نمی‌شود؛ چراکه در سرقت، مال از دست مالک بدون رضایت او ربوده می‌شود.

از طرف دیگر، تسلیم مال به دیگری، در جرم خیانت در امانت امر کاملاً طبیعی و برطبق قاعده است و در حقیقت یکی از شرایط مقدماتی و اولیه شکل جرم خیانت در امانت محسوب می‌شود. در حالی که در کلاهبرداری تسلیم مال به کلاهبردار از شرایط اولیه و مقدماتی تشکیل جرم نیست، بلکه از شرایط اصلی و الزامی ارتکاب جرم می‌باشد. نهایتاً در جرم سرقت، این سارق است که به سراغ صاحب مال می‌رود و بدون توجه و رضایت صاحب مال، آن را می‌رباید و در کلاهبرداری نیز کلاهبردار است که به سراغ صاحب مال می‌رود و او را اغفال می‌کند که در نتیجه صاحب مال شخصاً مال خود را تحویل کلاهبردار می‌دهد. در حالی که در جرم خیانت در امانت، صاحب مال است که به دنبال خائن و مالک غیر واقعی مال می‌دود تا به حق خود برسد.^۲

۱ شامبیاتی، حقوق کیفری/ اختصاصی، جرایم علیه اموال و مالکیت، ج ۲، ص ۲۲.

۲ همان مرجع سابق.

* نقاط اشتراک. با این وجود، بین جرایم سرقت، کلاهبرداری و خیانت در امانت وحدت وجود دارد و آن از نقطه نظر مفهوم مالکیت و قرارداد است، در جرم کلاهبرداری، عدم رضایت که ناشی از فریب و نیرنگ و خدعه و تدلیس و اغفال مال باخته است، وجود دارد درحالی که در جرم خیانت در امانت، ربودن مال ناشی از عدم اجرای قراردادی است که بین طرفین موجود است و خدعه و نیرنگ در واقع ناشی از خطای قراردادی است. قانون مجازات اسلامی مستقیماً خدعه و نیرنگ و توسل به وسایل متقلبانه را جرم شناخته و مجازاتی برای آن پیش‌بینی نکرده و در جرم خیانت در امانت، عدم اجرای متقلبانه قرارداد نیز قابل مجازات شناخته نشده است. آنچه که از نظر حقوق جزا، در جرایم سرقت، کلاهبرداری و خیانت در امانت قابل مجازات شناخته شده، تجاوز و تعدی غیرقانونی به مالکیت دیگری است که در جرم سرقت به صورت «ربودن» و در جرم کلاهبرداری «توسل به وسایل متقلبانه» و در جرم خیانت در امانت به وسیله «عدم استرداد مال به صورت متقلبانه و خدعه آمیز» است.

گفتار اول: آیا تدلیس مترادف با کلاهبرداری است؟

منظور از کلاهبرداری «بردن مال غیر با توسل به حيله و تقلب» است. بنابراین، کلاهبرداری و سرقت از نظر وسیله مورد استفاده با هم متفاوتند. در سرقت، حيله و نیرنگ وجود ندارد و ربودن مال بدون رضایت و اطلاع مالک صورت می‌گیرد. درحالی که در کلاهبرداری مال باخته علاوه بر اینکه بی اطلاع نیست، با اختیار و به طور آزادی مال را به کلاهبردار تسلیم می‌کند، هرچند رضا و رغبت او به تسلیم مال، به علت تحصیل آن بر اثر اغفال، معیوب است.

در کلاهبرداری تسلیم مال نتیجه خدعه و نیرنگ و مسبوق به سوءنیت عامل آن است این ویژگی، کلاهبرداری را از خیانت در امانت متمایز می‌کند؛ زیرا خیانت در امانت مسبوق و سوءنیت امین نیست. موضوع جرم کلاهبرداری اعم از مال منقول و غیرمنقول است درحالی که در جرم سرقت و خیانت در امانت اختصاص به اموال منقول دارد.

گفتار دوم: سابقه تاریخی کلاهبرداری^۱

از قوانین مدون ایران باستان در دوره‌های هخامنشی و ساسانی اسناد و مدارک در خور اعتمادی در دست نیست. اما با مطالعه تاریخ تحول حقوق کیفری می‌توان سابقه این جرم را در الواح دوازدهگانه و حقوق روم باستان به‌دست آورد. در حقوق روم، تدلیس جرم محسوب می‌شد لکن تا اواخر دوران اقتدار روم، تفکیکی بین تدلیس مدنی^۲ و جزایی^۳ وجود نداشت. با این حال در اواخر دوره جمهوری رومی‌ها دو نوع تدلیس مطرح بود: نوع اول که مجاز شمرده می‌شد، شامل بازارگرمی‌های یک تاجر در عرضه مال التجاره‌اش بود تا بهترین قیمت مناسب را دریافت کند و علاوه‌براین، فریب دادن دزد یا دشمن را نیز دربرمی‌گرفت.^۴

تدلیس مجاز که در زرنگی و هوشیاری و ستایش‌گری و گزافه‌گویی و چیره‌دستی برای کسب سود بیش‌تر خلاصه می‌شد، نه فقط ممنوع نبود، بلکه به‌کار نبستن آن دلیل بی‌تجربگی طرف معامله به‌شمار می‌رفت.^۵ اما تدلیس جزایی جرم محسوب می‌شد که البته این تمایز به‌تدریج از بین رفت و از آن پس، کلمه تدلیس مانند امروز فقط در معنای تدلیس جزایی به‌کار رفت.

در عصر سیسرون تدلیس عبارت از وانمود کردن و حقیقی نشان دادن چیزی بود که واقعیت خارجی نداشت. اما بعدها این نظر مطرح شد که: «بدون اینکه وانمود کردن هم در بین باشد، ممکن است تدلیس تحقق یابد» و از این طریق، تعریف قبلی توسعه یافت. طبق تعریف مزبور، تدلیس کلیه عملیاتی است که بارسوم مردم شرافتمند، مخالف است و برای فریب افراد به‌کار می‌رود و یا عملیات توأم با سوءنیتی است که، موجب ضرر دیگری می‌شود.

این موضوع در اوایل قانون‌گذاری فرانسه نیز موردتوجه قرار گرفت^۶ و برای مثال،

۱ حبیب‌زاده، کلام‌برداری در حقوق ایران، ص ۸

۲ dolus bonus

۳ dolus malus

۴ کیهانی، حقوق روم (تعهدات)، ج ۱، صص ۳۷-۳۸.

۵ پاد، حقوق جزای اختصاصی (جزوه درسی)، ص ۵۰.

۶ کیهان، همان. در آن دوره تشخیص تدلیس مجاز و غیرمجاز به‌عهده دادگاه بوده است تا اگر تدلیس را غیرمجاز تشخیص داد، تدلیس‌کننده را مجازات کند.

اصطلاح «مانور» تحت نفوذ حقوق روم در ماده ۱۱۱۶ ق.م فرانسه به کار برده شد. به نظر حقوق دانان فرانسه، تدلیس درعین اینکه ریشه‌های کهن جزایی دارد، در حقوق کنونی فرانسه جزئی از نظریه عیوب رضا است. درحالی که در حقوق روم، به دلیل اینکه این عنوان، جنبه جزایی داشت. برای تحققش عنصر روانی هم لازم بود ظهور خصیصه مزبور در قانون مدنی فرانسه باعث شده است که برای تحقق تدلیس مدنی، عمد در ارتکاب و یا اراده سوق دادن کسی به اشتباه لازم باشد.^۱

در حقوق روم سرقت اشیا که معادل اصطلاح سرقت در حقوق امروز است، سرقت اشیای منقول را در برمی گرفته و سرقت استعمال، معادل خیانت در امانت بوده است و حتی آنقدر لفظ سرقت دامنه وسیعی داشت که مواردی را هم که ربودن مطرح نبود دربرمی گرفت؛ یعنی سرقت تصرف معادل کلاهبرداری در حقوق امروز بود بنابراین اصطلاح *furtum* در حقوق روم اعم از سرقت، خیانت در امانت و کلاهبرداری بوده و حتی شامل جعل هم می شده است.^۲

در فرانسه با اصلاح قانون مجازات فرانسه در سال ۱۸۱۰ میلادی و تعیین مجازات برای کلاهبرداری و با وصف خاص، تحولات قانون گذاری به وجود آمد. تا این زمان به دلیل به کار بردن لفظ تدلیس در متون قانونی فرانسه بین تدلیس مدنی و کلاهبرداری فرقی وجود نداشت ولی بعدها با فرق گذاشتن بین حيله مدنی و حيله جزایی رسیدگی به حيله جزایی در صلاحیت محاکم کیفری قرار گرفت و اعلام گردید که تدلیس جزایی هنگامی محقق می گردد که اغفال شدن قربانی جرم، معلول توسل به وسایل و اموری باشد که رعایت احتیاط های عادی و متعارف نیز مانع تأثیر آنها نمی شود. و پس از مدتی عنوان مستقل کلاهبرداری را برای آن وضع کردند و به جای لفظ تدلیس از عبارت مانورهای متقلبانه استفاده شد.

در حقوق انگلیس، عنوانی معادل کلاهبرداری وجود ندارد و چنین جرمی تعریف نشده است ولی عناوین مجرمانه دیگری وجود دارد که درواقع همان مصادیق کلاهبرداری

۱ کاتوزیان تحولات حقوق خصوصی، همان، صص ۳۱۴-۳۱۵.

۲ حبیب زاده، همان، ص ۹.

هستند مانند: «تحصیل مال از طریق خدعه و فریب»^۱؛ «تحصیل منفعت از طریق فریب»^۲؛ «تحصیل خدمات به وسیله فریب»^۳؛ «فرار از مسئولیت به وسیله فریب»^۴ و... که مجازات آن به موجب کیفرخواست کم‌تر از ده سال حبس نخواهد بود.^۵

ویژگی مشترک همه این جرایم آن است که باید فریب یا تدلیس، موجب تحصیل مال خاصی توسط متهم شود و هنوز همچنین جرایمی ذیل عنوان «جرایم متضمن فریب» مطرح می‌شود.

در حقوق اسلامی نیز جرمی با عنوان «احتیال» در روایات و کلام فقها، پیش‌بینی شده است که با کلاهبرداری بسیار نزدیک است و برخی مصداق‌های آن را دربرمی‌گیرد. لازم به ذکر است که در منابع فقهی در تعریف سرقت تحقق آن را به‌طور مخفیانه و سری معرفی می‌کنند.

شهادتانی در فصل حد محاربه می‌فرماید: «ولا یقطع المختلس وهو الذی يأخذ المال خفیه من غیر الحرز ولا المستلب وهو الذی يأخذ جهراً ویهرب مع کونه غیر محارب ولا المحتال علی أخذ الأموال بالرسائل الکاذبة ونحوها بل یعزر کل واحد منهم بما یراه الحاکم».

با ملاحظه بیان مذکور معلوم می‌شود مرحوم شهادتانی با عنوان «استلاب» که ربودن مال از حرز به‌طور آشکار و اجبار و قهر است و «اختلاس» که ربودن مال به‌طور پنهانی ولی از غیر حرز می‌باشد. «احتیال» که بردن مال دیگری از طریق توسل به وسایل تقلبی است، آنها را صریحاً از عنوان سرقت و سارق جزا نموده است.

علامه حلی و صاحب جواهر با تأکید بر همین مبانی، مطالب شهادتانی را تصدیق و تأیید نموده‌اند، پس می‌بینیم که واژه فقهی در «احتیال» که بردن مال دیگری بود،

۱ Obtaining property by deception.

۲ Obtaining a pecuniary advantage by deception.

۳ Obtaining service by deception.

۴ Evading liability by deception.

۵ Cross, Jones and Card; *introduction to criminal law*; 336.

۶ شهادتانی، شرح لمعه، همان: ج ۹، ص ۳۰۴.

با توسل به وسایل متقلبانه از دامنه سرقت خارج می‌گردد و تقریباً معادل کلاهبرداری است و فرد محتال کسی است که مال مردم را به حيله ببرد مانند آنکه سند دروغی درست کند و بدین‌وسیله مال دیگران را ببرد و باید تعریض شود.^۱

صاحب شرایع درباره تعریف جرم احتیال می‌فرمایند: «آن کسی که مال مردم را به حیل، مکر و فریفتن و نامه‌های مزور نوشتن و گواهی باطل و پیغام‌های دروغ دادن و آنچه مانند اینهاست ببرد، بر امام واجب است به آنچه که صلاح باشد وی را تعریض کند و غرامت بگیرد و در شهر مجرم، وی را بگرداند تا دیگران عبرت بگیرند».^۲

گفتار سوم: بررسی ریشه کلاهبرداری

کلاهبرداری واژه‌ای فارسی و مرکب از دو جزء «کلاه» و «برداری» است که معادل فرانسوی آن «escroquerie» و معادل عربی آن «الاحتیال» یا «النصب»^۳ است و در حقوق کشورهای اروپایی^۴ به‌رغم اینکه واژه‌های «cheat»، «fraud» به این معنا به‌کار رفته است به‌طور دقیق با کلاهبرداری معادل نیستند و در نظام حقوقی اخیر بیش‌تر از اصطلاح «جرایم متضمن فریب» استفاده می‌شود. واژه فارسی کلاهبرداری به‌معنای بلندکردن و به‌دست‌گرفتن است و در معنای مجازی و شایع، دزدیدن عقل از شخصیب به‌کار می‌رود و به‌طور کل معنای فریب‌دادن فردی را می‌دهد.

واژه لاتین «fraud» به‌معنای حيله و تقلب و تدلیس، در مقابل تظاهر و نمایش متقلبانه‌ای که با رفتار و گفتار و به‌منظور تحصیل مال با منفعت مالی به‌عمل آید، به‌کار می‌رود. این کلمه حتماً در معنای فریب عمدی کاربرد دارد و در حقوق مدنی اکثر کشورها به آن شبه جرم فریب (تدلیس) گفته شده است.^۵

در زبان عربی هم واژه «احتیال» از باب افتعال به‌معنای چاره‌گری، کار ساختن و حيله آمده است و به‌عقیده بسیاری از لغت‌شناسان احتیال به‌عنوان کلاهبرداری و

۱ شامبیاتی، همان، ص ۱۶۱.

۲ علامه حلی شرایع الاسلام، همان: ج ۴، ص ۱۸۹۳.

۳ در حقوق سوریه و لبنان واژه «الاحتیال» و در کشورهای مصر و کویت «النصب» استعمال شده است.

۴ Common law.

۵ حبیب‌زاده، همان، ص ۱۹.

معادل آن شناخته شده است.^۱ در فقه امامیه برای تعریف کلاهبرداری چنین آمده است که: «من یدهب باموال الناس مکر او خداعاً و تزویراً و شاهدها بالزور و بالرساله الکاذبه ملزمه التادیب ...»^۲؛ یعنی هرکس به وسیله مکر، خدعه، فریب، شهادت دروغ و فرستاده‌های دروغی یا نامه‌های جعلی اموال مردم را ببرد، محتال است و باید تادیب شود و این تعریف عموماً توسط فقهای امامیه پذیرفته شده است و در این باره اتفاق عقیده وجود دارد.

با مقایسه جرم احتیال با کلاهبرداری می‌توان چنین نتیجه گرفت که محتال کسی است که با توسل به حيله و فریب و نیرنگ، موجب اغفال مجنی علیه شده و بالنتیجه مجنی علیه با طیب خاطر و به دست خویش، مال خود را در اختیار محتال قرار می‌دهد. به همین ترتیب کلاهبردار کسی است که با انجام اعمال متقلبانه جلب اعتماد دیگران را فراهم ساخته و برحسب اعتماد حاصله، موجب اغفال طرف شده و از این راه مال دیگری را تحصیل می‌کند. بنابراین در انجام اعمال متقلبانه مسأله جلب اعتماد، اغفال، اخذ مال و نهایتاً بردن مال باید تحقق یابد تا کلاهبرداری واقع شود و از این نظر کاملاً با احتیال مترادف می‌باشند^۳ و واژه احتیال نیز هم‌معنای تدلیس است.

پس ریشه کلاهبرداری از نظر شریعت اسلام به تدلیس و گاهی غبن و معاملات غرری مربوط می‌شود ولی باید توجه نمود که از نظر حقوق اسلام عناصر تشکیل دهنده تدلیس مدنی از تدلیس جزایی متفاوت بوده و در تدلیس جزایی شخص با وجود پیش‌بینی جوانب احتیاط و رعایت ضوابط و معیارها باز هم مغرور و عملیات متقلبانه طرف مقابل می‌شود.^۴ به عبارت دیگر، تدلیس جزایی از باب اغفال است که در واقع نوعی کلاهبرداری است. به نحوی که کلاهبردار با به کارگیری وسایل متقلبانه در اراده شخص مجنی علیه مستقیماً نفوذ کرده و او را مغرور و عملیات خود می‌سازد.

۱. البعلبکی، قاموس الموارد.

۲. ابن حمزه، الوسيلة الى نيل الفضيلة، ص ۴۲۳.

۳. شامبیاتی، همان، ص ۱۶۱.

۴. همان.

درحالی که در تدلیس مدنی بحث اغفال مطرح نیست بلکه از باب غفلت است؛ زیرا یکی از طرفین معامله نسبت به مورد معامله که عین خارجی است مرتکب عملیاتی می شود معامله فریب خورده و این فریب به صورت غیرمستقیم بوده و صرفاً معلول سهل انگاری و بی دقتی و بی توجهی طرفی است که فریب خوره است.^۱

گفتار چهارم: مبانی فقهی کلاهبرداری

ضمن بررسی مبانی فقهی علاوه بر اینکه به حرمت و عدم جواز چنین جرمی پی می بریم، پس از بررسی این نکته روشن می گردد که برای استخراج حکم کلاهبرداری تماماً از مواردی که تدلیس نهی شده است، استفاده می گردد و این موضوع یگانگی این دو عنوان را در عرصه حقوق کیفری روشن می سازد.

«قرآن (کتاب). مهم ترین آیاتی که ملاک حرمت کلاهبرداری (تدلیس) است عبارتند از: آیه ۲۹ سوره نساء «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ؛ یعنی ای ایمان آوردندگان، اموال یکدیگر را به ناحق نخورید، مگر اینکه بر تجارتی از روی رضایت و رغبت باشد».

درباره تفسیر این آیه در کتب تفاسیر به دقت مسأله را شکافته اند ولی آنچه در این مجال حایز اهمیت است اینکه مفسران معتقدند، عموم باطل که مورد نهی قرار گرفته است شامل کلیه اسباب باطل و نامشروع از جمله کلاهبرداری می شود و این معنا از اطلاق عبارت «لا تاکلوا» هم استنباط می شود. پس از آن، عبارت «بینکم» دلالت دارد که بطلان و در نتیجه ضرر ناشی از تصرف در اموال دیگران به جامعه بازمی گردد و اقتصاد کل جامعه را مختل می کند.^۲ نتیجه این می شود که عمل مزبور فقط جنبه خصوصی ندارد. بلکه با توجه به اختلالی که در نظام اجتماعی ایجاد می کند، جنبه عمومی نیز دارد و حکومت اسلامی می تواند مرتکبان چنین اعمالی را بدون مراجعه و شکایت مال باختگان، تعقیب و مجازات کند.

۱ سنگلجی، ضوابط معاملات، ص ۱۰.

۲ علامه طباطبائی، ترجمه تفسیر المیزان، ج ۴، ص ۳۱۷.

آیه ۱۸۸ سوره بقره نیز با آوردن همین عبارت و کلام در ابتدای آیه بار دیگر تأکید بر حرمت و ایراد چنین اعمالی کرده است و حکم «اکل به باطل» که حرمت است بر مصادیق این عنوان که همان تقلب و نیرنگ و تزویر در کسب درآمد و امور اقتصادی است، بار می‌شود. آیات دیگری نیز در قرآن کریم دلالت بر مذمت مکر و حيله و فریب دارد مانند آیات ۶۲ و ۶۳ سوره مائده و آیه ۱۲۲ سوره انعام که چون مسلمانان را برحذر داشته است، درخور توجه می‌باشد.

*سنت. درباره کلاهبرداری و تدلیس روایات متعددی وجود دارد که هر یک به‌نحوی بر حرمت آن دلالت دارد ولی به‌طور کلی روایات دو دسته‌اند:

۱- روایاتی که به‌موجب آنها تصرف نامشروع در مال غیر، به‌طورعام حرام شمرده شده است.

۲- روایاتی که مطابق آنها به‌کاربردن خدعه و تقلب و غش و تدلیس جایز نیست و مرتکب آنها گناهکار محسوب می‌شود و باید تعزیر گردد.

برای نوع اول روایتی از بخاری و مسلم که از پیامبر نقل کرده‌اند اشاره می‌کنیم: «کل المسلم علی المسلم حرام دم و عرضه و ماله^۱؛ یعنی خون، آبرو و مال هر مسلمانی بر مسلمان دیگر حرام است». اطلاق و عموم این روایت شامل حرمت حرام‌خوری از طریق مکر و حيله نیز می‌شود. مضمون این روایت به‌دلیل کثرت ورود و نیز استعمال آنها توسط علمای اسلام، منجر به اتفاق همه فرق اسلامی در قاعده: «لایحِل مال امری الا بطیب نفسه» شده است.

روایات دسته دوم که درباره حرمت غش و تدلیس است، بسیار زیاد می‌باشند و به‌طورعموم می‌توان از نتیجه فعل مرتکب غش و تدلیس، حرمت کلاهبرداری را که با آنها تقریباً مترادف است، استنباط کرد.

شیخ انصاری در مکاسب برای اثبات حرمت غش و تدلیس، حدیث مشهوری از پیامبر فرموده است که: «لیس من المسلمین من غشهم^۲؛ کسی که با مسلمانان غش به

۱ عوده، التشریع الجنایی الاسلامی: ج ۱، ص ۵۳۷.

۲ شیخ انصاری، المكاسب، ج ۱، صص ۱۳۶ و ۱۴۱.

کار برد، از آنها نیست». پس حرف غش و تدلیس حرام است و هرکس سبب آن گردد علاوه بر ضمان، عملش دارای اثر وضعی و مجازات است. غش و کلاهبرداری، تدلیس و غش، هر سه مبتنی بر دروغ هستند و به این علت، علاوه بر روایات ادله حرمت دروغ هم مؤید حرمت آن است. فقهای امامیه اتفاق عقیده دارند که غش و تدلیس از مکاسب محرم است و در این باره ادعای اجماع هم شده است و عقل نیز به قبح آن حکم می کند.

البته روایات بسیار دیگری وجود دارد که برای جلوگیری از اطاله کلام به ذکر همین مقدار بسنده می نماییم ولی آنچه که به طور قطع مشخص می شود این است که احتیال و کلاهبرداری با هم مترادف هستند و این نکته که احتیال در معنای تدلیس است و برای کلاهبرداری هم به روایاتی استناد شده است که تدلیس و غش را منهی دانسته، نتیجه می دهد که تدلیس جزایی به نوعی عام تر همان کلاهبرداری است.

***عقل.** در قانون گذاری اسلام، مصالح و مفاسد نوعی ملاک جعل احکام قرار گرفته است و شارع مقدس در جعل احکام- از جمله احکام کیفری- به مصالح و مفاسد واقعی توجه کرده است. بنابراین، اگر چیزی را حرام اعلام کند به طریق آنی کشف می شود که متعلق آن دارای مفسده قطعی بوده است و اگر از طریق عقل به این نتیجه برسیم که در متعلق چیزی مفسده قطعی وجود دارد، به طریق آنی به این نتیجه می رسیم که شارع مقدس در آنجا جعل حرمت کرده است؛ زیرا شارع بی حکمت حکمی نمی دهد و احکامش تابع مصالح و مفاسد است و بین حکم عقل و شرع ملازمه وجود دارد. هنگامی که عقل با درک این موضوع، به قبیح بودن عملی حکم کرد، شارع مقدس، که خود افضل عقل است- مطابق عقیده آنان قانون جعل می کند و با حکم عقلا به مخالفت نمی پردازد.

اگر عقل را حجیت ندانیم، هیچ مقوله ای حجیت نخواهد داشت؛ زیرا حجیت مبانی ادیان به حجیت عقل وابسته است. احکام شرعی راه رسیدن به مصلحت هایی است که رعایت آنها بنابر حکومت عقل واجب است. گاه حکم عقلی به نحوی است که عقل به طور مستقل و ابتدایی و بدون دخالت شرع به آن می رسد که این موارد را

«مستقلات عقيله» می‌گویند؛ مانند وجوب ادای دین، قبح ظلم و ستم غصب مال دیگری. اما گاهی در کشف حکم شرعی، عقل تنها مؤثر نیست. بلکه پس از دریافت حکمی از شرع به صدور حکم می‌پردازد مانند بحث مقدمه واجب این نوع احکام را «استلزامات عقليه» می‌گویند.^۱ به عقیده ما حکم عقل درباره قبیح بودن «اکل مال به باطل» و عدم تحصیل مال دیگران به طرق نامشروع و فریب و حيله دادن دیگران برای تصرف در دارایی آنها و تجاوزگری و فریبکاری و... از «مستقلات عقيله» است و مورد توافق همه عقلاست و شارع نمی‌تواند با این حکم مخالفت کند. این حکم عقل که مورد نظر است اختصاص به کشورهای اسلامی و فرد مسلمان و... ندارد، بلکه این یک وظیفه عقلی برای تمام بشریت است و برای مجازات جرم تدلیس جزایی (کلاهبرداری) هم، تصریح شارع لازم نیست و کاملاً امری طبیعی و مورد حکم عقل است.

* اجماع. با وجود دلایل متقن و متعدد در کتاب و سنت و حکم عقل به حرمت تصرف در اموال دیگران از طریق حيله و تقلب، نیازی به اقامه دلیل اجماع نیست. به‌ویژه آنکه اجماع منقول به عقیده فقهای امامیه حجیت ندارد و ادعای اجماع محصل نیز ممکن است مورد ایراد واقع شود، هر چند به دلیل حرمت فطری تصرف نامشروع در مال غیر، تحصیل اجماع، بعید به نظر نمی‌رسد و بعضی از فقها نیز به آن استناد کرده‌اند و در بررسی کتب فقهی قدیم و جدید نیز بودن استثنا مشاهده شده است که فقها حرام‌خواری را گناه و احتیال را مصداق آن محسوب کرده‌اند و قابل تعزیر دانسته‌اند. شیخ طوسی می‌گوید: «کسی که از طریق مکر و حيله و تقلب و نوشته‌ها و شهادت‌ها و نامه‌های دروغی و امثال آنها اموال مردم را تصاحب کند، باید تادیب شود و غرامت کلیه اموالی را که گرفته است، را بدهد»^۲. علامه حلی نیز می‌گوید: «فردی که از طریق شهادت دروغ و غیر آن حيله کند و مال غیر را به تصرف درآورد، تعزیر

۱ داماد، قواعد فقه، صص ۱۱۶-۱۱۷.

۲ طوسی، النهایة من مجرد الفقه و الفتاوی، ص ۷۲۱.

می شود»^۱. برای مثال اگر زید ادعا کند که از عمرو هزار دینار طلبکار است و دو شاهد دروغین هم اقامه کند که ادعای او را تصدیق کنند، حاکم هزار دینار را از عمرو پس می گیرد و به او می دهد، اما اگر معلوم شود که این اقدام حيله‌ای (فریبی) برای تحصیل هزار دینار بوده است، به او کلاه‌بردار از طریق شهادت دروغ گفته می شود (و این عمل همان تدلیس جزایی است) که باید به مقداری که سایر افراد عبرت بگیرند تعزیر شود و آنچه برده است را باز پس برگرداند^۲.

هرچند فقهای اهل سنت، احتیال را به طور مشخص در معنای تقلب نسبت به احکام شرع به کار برده‌اند، با توجه به اینکه فقها به کار بردن حيله منجر به حرام را کلاً حرام می دانند، از وحدت ملاک می توان استنباط کرد که ایشان نیز بردن مال غیر را از طریق حيله و فریب تقلب حرام به شمار می آورند^۳. *النهايه* با بررسی منابع فقهی (کتاب، سنت، عقل، اجماع) کاملاً مشخص می گردد که کلاه‌برداری همان احتیال و تدلیس جزایی می باشد که در پهنه حقوق جزا به عنوان جرم خاصی، به منصفه ظهور رسیده است و درواقع پیش‌بینی مجازات برای چنین عملی اختصاص به حقوق موضوعه نداشته و فقهای اسلام هم طی قرون متمادی به آن توجه داشته‌اند و ضمن بیان حکم کلی مجازات آن فقط به مصادیق شایعش اشاره کرده‌اند و همین بذل توجه آنان به حقوق موضوعه سرایت کرده و باعث شده است حتی اصل ۲۲ قانون اساسی در مقام بیان کلیات بدان اشاره‌ای داشته باشد، آنچنان که آمده است: «اموال اشخاص مصون از تعرض می باشد» و مقررات جزایی هم در موارد متعددی، تجاوز به اموال دیگران را واجد ضمانت اجرای کیفری دانسته است.

۱ حلی، *تبصرة المتعلمين*، ص ۴۳۲.

۲ حلی، همان مرجع.

۳ جزیری، *الفقه علی المذاهب الاربعة*، ج ۵، ص ۱۷۰.

فصل پنجم

آثار و ضمانت اجرا

مبحث اول: خسارات ناشی از تدلیس^۱

تدلیس، تقصیر عمدی است برای فریفتن که احتمال دارد دو نتیجه گوناگون به بار آورد:

۱- انعقاد قرارداد که فریب خورده در حال عادی و آگاه بودن از واقع به آن رضا نمی‌داد؛

۲- ورود ضرر ناشی از انجام دادن معامله و فسخ آن، مانند هزینه‌های تهیه اعتبار و رکود پول و از دست دادن منافع عوض در فاصله میان عقد و فسخ آن.

زیان نخست قطعی و مشخص است و زیان دوم احتمالی و مبهم. به همین جهت نویسندگان به طور معمول از اجرای قاعده لاضرر در باب حکومت آن بر قاعده «لزوم قرارداد» سخن گفته اند، در حالی که زیان ناشی از غرور در بوته اجمال مانده است. ولی، باید دانست که ضمان ناشی از غرور در این فرض نیز قهری است و از قرارداد ناشی نمی‌شود.

پس، هیچ مانعی ندارد که فریب خوره به استناد خيار تدلیس عقد را فسخ کند و بر مبنای مسئولیت ناشی از تقصیر، از مغرور کننده خسارت بگیرد، خواه طرف قرارداد باشد یا شخص ثالث.

قانون مدنی در این باره حکمی ندارد ولی از اصول کلی امکان جمع خسارت و فسخ به خوبی برمی‌آید و محققان نیز به طور پراکنده این نتیجه را پذیرفته‌اند. منتها، باید افزود که ورود این خسارت و میزان آن باید اثبات شود، چنانکه اشاره شد، مسئول آن کسی است که فریب خورده را مغرور کرده است، خواه این شخص طرف قرارداد باشد یا شخص خارجی. همچنین، لزومی ندارد که فریب عمدی باشد، ولی دیگر نباید آن را خسارت ناشی از تدلیس نام نهاد.

۱ کاتوزیان، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، ش ۱۰۴۲، ص ۳۶۴.

مبحث دوم: ضمانت اجرای تدلیس^۱

از آنچه گفته شد چنین نتیجه گرفته می‌شود که:

۱- تدلیس، اگر در وصف جوهری و اساسی صورت پذیرد، مانند اشتباه سبب بطلان عقد است و از عیوب اراده به‌شمار می‌آید.

۲- تدلیس اصطلاحی، که در اوصاف فرعی و مؤثر در تصمیم می‌باشد در هیچ‌صورت حق مطالبه «ارش» ندارد، مگر اینکه مورد از مصداق‌های مشترک عیب و تدلیس باشد و فریب‌خورده به عیب متوسل شود.

۳- تدلیس در وصف غیرمقصود مؤثر در عقد نیست، هرچند که سبب اختلاف در بهای کالا باشد. پس، اگر قانون‌گذار در مورد خاص ضمانت اجرای دیگری پیش‌بینی کند، باید آن را ویژه همان مورد شناخت و حکم را استثنای بر قواعد عمومی شمرد. برای مثال، در ماده ۱۷۹ قانون دریایی مصوب ۱۳۴۳ و زیر عنوان «امکان تغییر یا فسخ قرارداد کمک و نجات» می‌خوانیم: در هر قرارداد کمک و نجات که در حین خطر و تحت تأثیر آن منعقد شده و شرایط آن به تشخیص دادگاه غیرعادلانه باشد، ممکن است به تقاضای هر یک از طرفین به‌وسیله دادگاه باطل و یا تغییر داده شود.

در کلیه موارد، چنانکه ثابت شود رضایت یکی از طرفین قرارداد بر اثر حيله یا خدعه یا اغفال جلب شده است و یا اجرت مذکور در قرارداد ذکر شده به نسبت خدمت انجام یافته فوق‌العاده زیاد یا کم است دادگاه می‌تواند به تقاضای یکی از طرفین قرارداد را تغییر داده و یا بطلان آن را اعلام نماید.

استثنایی بودن حکم، در صورتی است که بند ۲ ماده ۱۹۷ مستقل از بند نخست آن تفسیر شود ولی، هرگاه بند ۲ توضیح بند نخست باشد، چنانکه از ظاهر حکم برمی‌آید، آنچه رخ داده تنها تدلیس در قرارداد نیست؛ سوءاستفاده از حالت اضطرار نیازمند به نجات نیز هست و احتمال فراوان دارد که امکان ابطال یا تغییر قرارداد به دلیل دخالت این عامل استثنایی باشد.

در این فرض نیز، ضمانت اجرای ماده ۱۹۷، به‌ویژه نسبت به تغییر قرارداد مغبون

کننده، استثنای بر قواعد عمومی است، لیکن به تدلیس ارتباط ندارد و مربوط به غبن آمیخته با حيله یا سوءاستفاده از اضطرار است.

مبحث سوم: ضمانت اجرای تدلیس در حقوق جزا

ضمانت اجرای تدلیس جزایی باید مصداق به مصداق، موردتوجه و بررسی قرار گیرد بدین بیان که؛ تدلیس‌های کیفری در غالب کلاهبرداری مشمول ماده ۱ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشا و اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷/۹/۱۵ قرار گرفته و برحسب مورد، به مجازات مندرج در موارد و تبصره‌های این قانون؛ یعنی رد اصل مال به صاحبش، حبس از ۱ تا ۷ سال و پرداخت جزای نقدی معادل مالی که اخذ کرده است، محکوم می‌شود.

جرم خاص «تدلیس در معاملات دولتی» با احراز شرایط مندرج در ماده ۵۹۹، مشمول مجازات شده و علاوه بر جبران خسارات وارده به حبس از ۶ ماه تا ۵ سال محکوم می‌گردد.

تدلیس مندرج در ماده ۶۴۷ با عنایت به همان شرایطی که برای آن ذکر گردید، مجازات حبس تعزیری از شش ماه تا دو سال را خواهد داشت.

جرم تقلب در مواد غذایی و امور آرایشی، بهداشتی، دارویی که از جرایم جنبی تدلیس جزایی است بر طبق ماده ۱۱ قانون مواد خوراکی و آشامیدنی و آرایشی، در صورتی که مصرف مواد خوراکی و آشامیدنی موجب بیماری مصرف کننده یا آسیبی گردد که معالجه آن کم‌تر از ۱ ماه باشد، مجازات مرتکب ۶ ماه تا ۲ سال حبس خواهد بود و هرگاه مدت معالجه بیش‌تر از ۱ ماه باشد، مجازات مرتکب ۱ تا ۳ سال حبس است و در هر دو مورد سازنده یا تهیه کننده یا مخلوط کننده مواد تقلبی به حبس از ۳ تا ۱۰ سال محکوم خواهد شد. در صورتی که مصرف مواد مذکور، موجب نقص یکی از اعضای مصرف کننده گردد مجازات مرتکب با توجه به میزان نقص ۳ تا ۱۰ سال حبس است.

اگر مصرف مواد خوردنی و آشامیدنی منجر به فوت مصرف کننده گردد، مجازات سازنده یا تهیه کننده یا مخلوط کننده اعدام است. و برای این جرم مواد ۸ و ۹ آیین‌نامه

اجرای مصوب ۱۳۷۲ نیز قابل اجرا می‌باشد. جرم معاونت در اثر دسیسه و حيله و فریب هم همان‌طور که در قسمت مزبور بیان گردید بستگی دارد که معاونت در چه جرمی انجام شده باشد و مجازات خاص همان جرم را خواهد داشت. جرم قلب سکه و جعل و تزویر نیز از مواد ۵۱۸ و ۵۲۲ و ۵۲۳ تا ۵۴۲ مستفاد می‌گردد و این مواد بر حسب مورد مجازات را ذکر کرده است.

لازم به توضیح است که برای ضمانت اجرای تدلیس جزایی با عناوین و مصادیق مختلف موادی که ذکر گردید، به‌عنوان مواد مادر و اصلی برای آن جرایم بوده است و در صورتی که جرم با اندک تغییراتی در شرایط، صور دیگری داشته باشد، باید به ماده یا مواد قانونی همان مورد، تمسک جست و بدین ترتیب اصل «قانونی بودن حقوق جزا» را رعایت نمود.

مبحث چهارم: خیار تدلیس فوری است.

نکته مهم این است که بسیاری از خیارها خیار رویت، تخلف از وصف، غبن بعد از علم به غبن، خیار عیب و خیار تدلیس فوری است.^۱ برگرفته از همین نکته در فقه اسلام، قانون مدنی نیز آن را منعکس نموده و در موارد ۴۳۵ و ۴۴۰ حکم به فوریت خیار عیب و تدلیس نموده است و خیارات ذکر شده در فوق نیز در مباحث مربوطه به فوریت آنها تأکید و حکم نشده است.

مقصود از واژه «فوری» مفهوم ریاضی و فیزیکی آن نیست و هر درنگی حق خیار را ساقط نمی‌کند. هدف این است که در نخستین فرصت ممکن و در مهلتی که انسانی متعارف در آن شرایط کاری را بی‌درنگ انجام می‌دهد از خیار استفاده شود. نکته شایان توجه این است که برای مهلت اجرای خیار، فوریت عرفی شرط است و در پایان ماده ۱۱۳۱ ق.م در مورد دسته‌ای از کارهای فوری (نکاح) آمده است که:

«تشخیص مدتی برای امکان استفاده از خیار، لازم بوده، به‌نظر عرف و عادت است».

آغاز این مهلت کوتاه از لحظه‌ای است که زیان دیده از وضع خود آگاه می‌شود و در می‌یابد که مغبون شده یا او را به تدلیس فریفته‌اند یا عیب پنهان کالا، آشکار

می‌شود و او را به‌خود می‌آورد؛ زیرا درنگ بی‌جا در چنین وضعی اماره اسقاط حق است، ولی دلالت درنگ مشروط بر این است که آگاهانه باشد، قانون مدنی در موردی خاص به ضرورت این آگاهی اشاره می‌کند و از مبانی حکم چنین برمی‌آید که درواقع قاعده کلی را در یک از مصداق خود به‌کار می‌بندد. ماده ۱۱۳۱ ق. مدنی فسخ نکاح مقرر می‌دارد: «خیار فسخ فوری است و اگر طرفی که حق فسخ دارد بعد از اطلاع به علت فسخ، نکاح را فسخ نکند، خیار او ساقط می‌شود، به شرط اینکه علم به حق و فسخ و فوریت آن داشته باشد».

مبحث پنجم: اثر حقوقی تدلیس

در حقوق ایران گرچه تدلیس در زمره خيارات ذکر شده است بنابراین ماده ۴۳۹ ضمانت اجرای حقوقی آن است که بیان می‌دارد: «اگر بايع تدلیس نموده باشد مشتری حق فسخ بیع را خواهد داشت و همچنین است بايع نسبت به ثمن شخصی در صورت تدلیس مشتری». با توجه به ماده ۴۳۸ در تعریف نسبتاً کلی تدلیس چنین برمی‌آید که قانون‌گذار ایران در ضمانت اجرا از فقه اسلامی تبعیت کرده است گرچه در بنیاد مفهومی اندک تفاوت‌هایی را داراست. و هر چند که در ماده ۴۴۰ همان‌طور که در مبحث قبل بیان کردیم چنین آمده که «خیار تدلیس بعد از علم به آن فوری است» ولی چون باعث تضییع حق می‌گردد و با مفهوم اشتباه نیز بستگی معنا دارد حق اعمال آن باقی می‌ماند.

فوریت خیار تدلیس حالت خاص دارد و بعد از اثبات تدلی است و منظور ماده ۴۴۰ علم اجمالی نسبت به تدلیس است که بیان کرده و در صورتی که علم اثباتی به تدلیس به‌وجود آمده، بعداً می‌توان ضرر و زیان ناشی از جرم را هم مطالبه کرد. (در دادگاه) و تاریخ تحقق حق نیز تاریخ مطالبه است و به تاریخ اثبات توجهی نمی‌شود. هرچند که در خيارات حق فسخ شرعاً به‌وجود می‌آید.

خلاصه کلام آن که اثر حقوقی تدلیس و ضمانت اجرای آن، عناصر ضمان و مسئولیت مدنی است و درباره مبانی مسئولیت باید اشاره کرد که دو نظریه پایه در این مورد وجود دارد: نظریه «تقصیر» یا «مسئولیت شخصی» و نظریه «خطر» یا

«مسئولیت مدنی» - نظریه تقصیر عبارت از این است که: هر شخص مسئول خساراتی است که در نتیجه تقصیر او به دیگری وارد آمده است. و ضابطه تشخیص آن رفتار شخص متعارف است. بنابراین به نظر دکتر امامی: «رفتار نمودن آن گونه که باید رفتار شود» و در انجام دادن کاری که باید ترک شود یا خودداری کردن از انجام فعلی که باید انجام پذیرد» تقصیر محسوب می گردد.

طبق نظریه «خطر»، هر کس مسئول جبران خساراتی است که بر دیگری وارد می کند، اعم از آنکه در ورود این ضرر، مرتکب تقصیر شده یا نشده باشد؛ زیرا آنچه که در ایجاد مسئولیت، نقش اساسی دارد رابطه علیت میان فعل شخص و متضرر شدن دیگری است و در حقوق اسلام نیز جبران خسارت زیاد دیده بیش از مکافات دادن به عامل آن مورد توجه است و قانون گذار هیچ ضرری را جبران نشده باقی نمی گذارد هرچند که عامل آن مقصر نباشد ولی در صورتی جبران می شود که ناروا باشد و چنین شرطی گاه بدون تقصیر محقق می گردد.

نتیجه گیری

براساس مطالب مطرح شده در قالب پنج فصل، می توان این گونه نتیجه گرفت که: تدلیس با توجه به قدمت آن (که اصل این کلمه از زبان یونانی وارد زبان عربی شده است) همواره مطرود و بی اعتبار بوده و کم تر کسی در مورد آن بحث و بررسی کرده است. همچنان که ملاحظه شد تمامی نظام های حقوقی مورد بحث (با اینکه از خانواده های حقوقی مختلف می باشند)، نسبت به حيله و نیرنگ در قراردادهای عکس العمل شدیدی نشان داده اند و به روش های گوناگون در پی حمایت از فریب خورده برآمده اند: یا تدلیس را سبب معیوب گشتن اراده فریب خورده و اختلال در تراضی تلقی کرده و از این حیث، قرارداد مترتب بر اعمال فریبنده را زیر سؤال برده و آن را قابل ابطال می دانند (مانند حقوق فرانسه) و گاه با اینکه فریب خوردگی در امور غیراساسی را باعث معیوب شدن اراده ندانسته، و عقد را صحیح تلقی می کنند، به فریب خورده حق فسخ چنین قراردادی را می دهند. (مانند حقوق ایران)

ازسوی دیگر با توجه به این امر که برهم زدن عقد نمی تواند همواره تمامی ضررهای

وارده بر فریب خورده را جبرا نماید، به وی اجازه می‌دهند که بر مبنای قواعد مسئولیت مدنی، تقاضای جبران خسارت نماید.

تدلیس در لغت به معنای خدعه و فریب و در اصطلاح پنهان کردن عیب کالا بر مشتری می‌باشد. تدلیس با واژه‌هایی همچون تقل، حيله، غش، غرور و غبن تقریباً مترادف می‌باشد تا جایی که بسیاری آن را تحت قاعده غرور مطرح کرده‌اند و با وجود این که واژه تدلیس با غرور بیش‌ترین قرابت معنا را دارد باید گفت که تدلیس یک قاعده مجزا و منفک می‌باشد؛ چون در تدلیس منوط به تحقق عنصر ضرر نمی‌باشد ولی در غرور عنصر ضرر باید حتماً محقق گردد. بسیاری از علما این اختلاف را قابل اغماض دانسته‌اند ولی واضح است که نمی‌توان از چنین اختلافی چشم پوشید رابطه تدلیس با حیل شرعیه و کلاهبرداری که در حقوق جزا مطرح می‌باشد عموم و خصوص مطلق می‌باشد چون هر حيله یا کلاهبرداری تدلیس می‌باشد ولی هر تدلیسی حيله یا کلاهبرداری نمی‌باشد.

حکم تدلیس از نظر فقهی، حرمت است و این حکم اجمالی و به اجماع فقها می‌باشد در هر معامله که تدلیس رخ دهد حق فسخ معامله را به مدلس می‌دهند و در صورت ضرر و خسارت می‌تواند از مدلس طلب خسارت کند و بعضی از موارد می‌باشد که تدلیس باعث ابطال معامله می‌گردد (البته تدلیس به معنای عام فریبکاری) مانند معامله فرار از دین.

تدلیس از خیاراتی است که مختص عقد بیع نیست و همان‌طور که در خلال مباحث مطرح شد در فرض، اجراه، مزارعه مساقات، جعاله، مضاربه و نکاح هم تدلیس ممکن است به وجود بیاید و در نکاح تدلیس بیش‌تر مطرح شده و مصداق بارز آن تدلیس ماشطه است. و خیار تدلیس فوری است؛ یعنی فرد فریب خورده به محض اطلاع از تدلیس باید اقدام کند و اگر ناراضی باشد باید معامله را فسخ کند وگرنه به منزله رضایت او به معامله است.

اگر در معامله‌ای سکوت عمدی صورت بگیرد و موجب پنهان کردن عیب شود این به منزله تدلیس می‌باشد.

اگر شخصی ثالثی تدلیس کند در صورتی که نماینده یا وکیل طرف معامله باشد تدلیس او مورد توجه قرار می‌گیرد در غیر این صورت تدلیس شخص ثالث غیر قابل قبول است.

تدلیس جزایی از باب اغفال است و تدلیس مدنی از باب غفلت طرف صورت می‌پذیرد و ضمانت اجرای تدلیس در حقوق جزا با توجه به جمیع شرایط به صورت مورد به مورد در مواد قانون مجازات اسلامی مطرح شده است.

فهرست منابع

منابع فارسی

- امامی، سیدحسن. (۱۳۶۹). *حقوق خانواده*. تهران: دانشگاه تهران.
- _____. (۱۳۷۴). *حقوق مدنی*. (دوره پنج جلدی). تهران: انتشارات اسلامیه. چاپ چهارم.
- امین‌پور، محمدتقی. (۱۳۳۰). *قانون کیفری همگانی*. تهران: شرکت سهامی چاپ.
- بروجردی، محمدعبده. (۱۳۳۹). *کلیات حقوق اسلامی*. تهران: دانشگاه تهران.
- پاد، ابراهیم. (بی‌تا). *حقوق جزای اختصاصی*. (جزوه درسی). تهران: دانشگاه تهران.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۶۸). *ترمیم‌ولوژی حقوق*. تهران: گنج دانش. چاپ چهارم.
- حبیب‌زاده، محمدجعفر. (۱۳۷۴). *کلاهبرداری در حقوق ایران*. تهران: انتشارات دانشگاه شاهد. چاپ اول.
- دهخدا، علی‌اکبر. (۱۳۳۵). *لغت نامه دهخدا*. تهران: انتشارات مجلس شورای ملی.
- ذوالمجد طباطبایی، احمد. (بی‌تا). «راجع به ماده ۲۳۸ قانون کیفر همگانی»، *مجله کانون وکلا*، بی‌جا: س ۱۸، ش ۱۰۳.
- سجادی، سیدجعفر. (۱۳۵۴). *فرهنگ لغات و اصطلاحات عرفانی*. تهران: انتشارات طهوری. چاپ دوم.
- سیاح، احمد. (۱۳۶۴). *لغت نامه سیاح*. تهران: انتشارات اسلامیه. چاپ هفتم.
- شامبیاتی، هوشنگ. (۱۳۵۷). *حقوق کیفری اختصاصی*. (ج ۱ و ۲). تهران: انتشارات ویستار.
- شهابی، محمود. (۱۳۴۱). *قواعد فقه*. تهران: فرید. چاپ پنجم.
- صبوری، خلیل. (بی‌تا). *روش دادرسی*. (بی‌جا): انتشارات کتابخانه وزارت دادگستری.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۵). *تحولات حقوق خصوصی*. تهران: دانشگاه تهران. چاپ سوم.
- _____. (۱۳۷۴). *حقوق مدنی، الزام‌های خارج از قرارداد*. تهران: دانشگاه تهران.
- _____. (۱۳۸۰). *حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها*. (ج ۵). بی‌جا: شرکت سهامی انتشار. چاپ سوم.
- کاشانی، سیدمحمود. (۱۳۵۴). *نظریه تقلب نسبت به قانون*. تهران: دانشگاه شهید بهشتی.
- کیهانی، منصور. (۱۳۴۲). *حقوق روم*. تهران: چاپ تابان.

منابع عربی

- ابن منظور، ابی فضل جمال الدین محمد بن مکرم. (بی تا). *لسان العرب*، بیروت: دار و صادر بیروت.
- انصاری، شیخ مرتضی. (۱۳۷۵). *المکاسب*. تبریز: مطبعة الاطلاعات.
- _____. (۱۳۶۶). *شرح ارشاد ضمیمه مکاسب*. قم: مطبوعات دینی، چاپ سنگی.
- انیس، ابراهیم. (بی تا). *المعجم الوسیط*. تهران: انتشارات ناصر خسرو.
- بجنوردی، میرزا حسن. (۱۳۸۹). *القواعد الفقهیه. (دوره هفت جلدی)*. نجف: مطبعة الاداب.
- بحرانی، شیخ یوسف. (۱۴۰۵ق). *حدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*. قم: موسسه النشر الاسلامی.
- تهانوی، محمد بن علی بن علی. (۱۹۶۷م). *کشاف اصطلاحات الفنون*. تهران: مکتبه خیام. چاپ دوم.
- جرجانی، علی بن محمد بن علی. (۱۳۵۷ق). *التعریفات*. مصر: مطبه المصطفی البابی الحلبی.
- جزیری، عبدالرحمن. (بی تا). *الثقة علی المذاهب الاربعة*. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- جوزیه، ابن قیم. (بی تا). *اعلام الموقعین عن رب العالمین*. قاهره: دارالکتب الحدیثه.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف بن مطهر. (۱۴۰۶ق). *تبصرة المتعلمین*. قم: دارالایمان.
- _____. (۱۴۰۸ق). *مختلف الشیعة فی احکام الشرعیة*. تهران: مکتبه نینوی. چاپ سنگی.
- ذهنی بک، عبدالسلام. (۱۴۰۵ق). *الحیل المحظور منها و المشروع*. بی جا. چاپ قاهره. چاپ پنجم.
- زبیدی، محمد مرتضی. (۱۳۶۸ق). *تاج العروس*. بیروت: دار صادر بیروت. چاپ سوم.
- سرخسی، شمس الدین ابوبکر. (۱۳۲۴ق). *المبسوط*. تهران: مطبعة السعادة.
- سنهوری، عبدالرزاق. (۱۳۶۹). *مصادر الحق فی فقه الاسلامی. (ج ۲)*. قاهره: انتشارات حقوقی اسلامی. چاپ دوم.
- شهید ثانی، زین الدین الجبعی العاملی. (۱۴۱۰ق). *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*. بیروت: دارالعلم الاسلامی.
- _____. (۱۴۰۳ق). *مسالك الافهام. (دوره ۲ جلدی)*. قم: دارالهدی للطباعة و النشر. چاپ سنگی.
- شیخ طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن. (بی تا). *النهاية من مجرد الفقه و الفتاوى*. بیروت: دارالکتب العربیة. چاپ سوم.
- صفی پور، عبدالرحیم. (۱۳۷۷ق). *منتهی الارب فی اللغة العرب. (ج ۲)*. تهران: انتشارات اسلامیة.
- طباطبائی، سید علی. (۱۳۶۷ق). *ریاض المسائل فی بیان احکام بالدلائل*. قم: دارالعلم.

- طباطبائی (علامه)، محمدحسین. (۱۳۷۰)، *تفسیر المیزان*. تهران: بنیاد علمی فکری علامه طباطبائی.
- طریحی، فخرالدین. (بی تا). *مجمع البحرین*. تهران: مکتبه المرتضویه.
- مراغه‌ای، میرفتاح. (۱۳۹۷ق). *عناوین*. بی جا. مکتبه بصیرتی. چاپ سنگی.
- نجفی، شیخ محمدحسن. (۱۳۹۲ق). *جواهر الکلام*. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- نراقی، ملا احمد، (۱۴۰۸ق). *عوائد الایام*. قم: مکتبه تصیرتی. چاپ سوم.
- یزدی، محمد کاظم. (۱۳۸۷ق)، *حاشیه المکاسب*. قم: اسماعیلیان. چاپ سنگی.



نشر نوشناخت منتشر کرده است:

- * خلق عظیم در آئینه عرفان: دکتر مصطفی گرجی - عفت نادری نژاد
- * درس نامه نهج البلاغه؛ جلد ۱ - بیرون شناخت: دکتر بخشعلی قنبری
- * معناشناسی به مثابه‌ی روش: دکتر بخشعلی قنبری
- * تبلیغ در نهج البلاغه در بستر نظرات: دکتر بخشعلی قنبری
- * عقل و ملازمه آن با شرع: دکتر رضا رنجبر
- * کارآفرینی و نوآوری: دکتر ناصر رحمدل
- * بررسی خیار تدلیس در فقه امامیه: مریم پوربابایی
- * روانشناسی شغلی کارکنان: علی اصغر فتح الهی - دکتر نجمه وکیلی

نشر نوشناخت منتشر خواهد کرد:

- * درآمدی به مسیحیت: دکتر بخشعلی قنبری
- * بحران‌های فرهنگی انسان معاصر و حل این بحران‌ها در کلام امام علی (ع): شهناز ناظریان
- * درآمدی به یهود: دکتر بخشعلی قنبری
- * درس نامه نهج البلاغه؛ جلد ۲ - حکمت شناخت: دکتر بخشعلی قنبری
- * درس نامه نهج البلاغه؛ جلد ۳ - نامه شناخت: دکتر بخشعلی قنبری
- * درس نامه نهج البلاغه؛ جلد ۴ - خطبه شناخت: دکتر بخشعلی قنبری
- * ماهیت و مبانی فقهی غنا در موسیقی: دکتر رضا رنجبر
- * نظام عرفانی شمس تبریزی: دکتر بخشعلی قنبری
- * نظام عرفانی عین القضاات همدانی: دکتر بخشعلی قنبری