

## تحلیل مبانی خیار غبن

سعید منصورى\*

دریافت مقاله: ۹۱/۲/۵ پذیرش مقاله: ۹۱/۸/۲۵

### چکیده

مقاله حاضر با تعریف لغوی و اصطلاحی «غبن» شروع و سپس مبانی نظری آن در قالب عیب اراده و قاعده لاضرر و شرط ضمنی بررسی شده و در بحث لاضرر شرح آن مفصل تر است و این تفصیل به جهت استناد فقها و بعضی حقوقدانان معاصر به قاعده لاضرر در توجیه مبنای خیار غبن است تا با روشن شدن زوایای مختلف آن، میزان توجیه پذیری قانون مدنی در بحث خیار غبن با این قاعده مشخص شود، چراکه با قاعده لاضرر، مسئولیت ناشی از خیار غبن قهری و با شرط ضمنی به عنوان مبنای خیار غبن، این مسئولیت قراردادی خواهد بود.

**کلید واژه‌ها:** غبن، شرط ضمنی، لاضرر، حکم ضرری.

## The Analysis of the Bases of the Option of Lesion

*S. Mansouri*

### Abstract

The present article deals with the analysis of the theoretical bases of the option of lesion. In this regard it will provide, at first, the definition of key terms, and then will deal with the discussion on the theoretical bases of the "defect intention" and "no injury rule" and their implied terms. The interpretation section of "no injury" will be more extensively dealt with, because reference to jurisprudence of some law experts to justify the basis of the "Option of Lesion" necessitates this prolongation. This will illuminate the different aspects of the degree of justification by the Civil Law in the "Option of Lesion" because with the rule of "No Injury" the liability arising from the "Option of Lesion" becomes compulsory and by the implied term as the basis of the "Option of Lesion", this liability gets contractual.

**Keywords:** implied term, no injury, prejudice, judgment.

## مقدمه

یکی از خيارات مطرح شده در قانون مدنی، خيار غبن است که مواد ۴۱۶ تا ۴۲۱ به بیان احکام آن اختصاص داده شده است. مبنای وجودی این خيار چیست؟ آیا لاضرر است یا عیب اداره و یا شرط ضمنی؟

تحليل خيار غبن با قاعده لاضرر، مفيد اين مطلب است که جبران خسارت زیان دیده علی القاعده رافع ضرر حاصله درجهت مغبون است که با جبران، ضرر مرتفع و بالطبع حق خيار نیز ساقط شود؛ حال آنکه در ماده ۴۲۱ قانون مدنی به رغم رفع ضرر، حق خيار کماکان برای مغبون محفوظ دانسته و مقرر شده است و اگر کسی که طرف خود را مغبون کرده است، تفاوت قیمت را بدهد، خيار فسخ ساقط نمی شود.

نکته شایان توجه این است که تحلیل مبنای خيار غبن با لاضرر و تفسیر آن با این تعبیر که قاعده مفید نفی ضرر غیرمتدارک است، پایه و اساس تحلیل بعضی از حقوقدانان معاصر نیز قرار گرفته است. فارغ از عدم توجیه پذیری این نظر با ماده ۴۲۱ قانون مدنی، این تحلیل مستلزم پذیرش تفسیری از مبنای خيار غبن با لاضرر است که براساس آن، ضرر در عبادیات، شخصی و حالی و در معاملات، کلی و نوعی قلمداد شده؛ تفاوتی که نه قابل دفاع است نه قابل توجیه.

اگر مبنای خيار غبن، عیب اراده باشد - چنان که بعضی از فقها به آن اشاره کرده اند - لازمه آن، بطلان عقد است نه اختیار فسخ معامله؛ چرا که اگر رکن اساسی معامله (اراده) معیوب باشد، موجب عدم تحقق عقد به عنوان سبب است، حال آنکه حصول غبن مستدعی حق خيار است نه بطلان، مطلبی که فقها به آن تصریح کرده اند و قانون مدنی مشعر به آن است.

از نگاه برخی دیگر از فقها و حقوقدانان، مبنای خيار غبن در شرط ضمنی جست و جو شده است با این دیدگاه که توافق ضمنی متعاقدين بر تعادل ارزش عوضین است و با فقدان این تعادل در فرض حصول غبن، مغبون از باب تخلف از شرط ضمنی، حق خيار می یابد.

در این مقاله سعی شده است بیان شود که تحلیل مبنای خيار غبن با شرط ضمنی علاوه بر منطقی ساختن احکام خيار

غبن از نظر تئوری حقوقی، عاری از معایب دیگر مبنای مطرح شده در این مبحث به عنوان مبنای خيار غبن است.

## الف - غبن در لغت و اصطلاح

## ۱. غبن در لغت

شیخ انصاری در مکاسب آورده است که غبن به سکون باء خدیعه است و منظور از خدیعه، اخفاء و اظهار غیرواقع و به عبارتی فریب و نیرنگ است و به تحریک باء به معنای فریب و اظهار غیرواقع در رأی و اندیشه است.

در نصاب آمده است که غبن در عقدها زیان است و غبن در رأیها به معنای نقض عهد هم به کار رفته است (فراهینی، ۱۴۰۲ ه.ق.؛ ۵۴)؛ ولی معنای اصلی آن نزد فقها همان فریب و نیرنگ است (انصاری، ۱۳۸۰؛ ج ۵، ۱۵۷).

## ۲. غبن در اصطلاح

شیخ انصاری در تعریف اصطلاحی غبن آورده است: «تملیک ماله بما یزید علی قیمه مع جهل الاخر» (همان) (غبن به ملکیت در آوردن مال است به قیمتی که از قیمت اصلی زیاد بوده و همراه جهل طرف دیگر معامله باشد). سنهوری آورده است: «انه عدم التعادل بین ما یعطیه العاقد و ما یأخذہ فقد یکون مغبونا اذا اعطی اکثر مما اخذ و قد یکون غابنا اذا اخذ اکثر مما اعطی.» (سنهوری، بی تا: ۴۶۶) (غبن عدم تعادل بین آن چیزی است که یک طرف عقد اعطا کرده است و در مقابل آن چیزی اخذ می کند؛ پس این شخص مغبون است اگر بیش از آنچه گرفته، اعطا کرده باشد و غابن است اگر آنچه اخذ کرده است، بیش از آن چیزی باشد که اعطا کرده است). بعضی از حقوقدانان گفته اند که غبن زبانی است که به هنگام دادوستد در نتیجه نابرابری فاحش بین ارزش آنچه باید پرداخته یا انجام شود و ارزشی که در برابر آن دریافت می شود، به طرف ناآگاه می رسد (کاتوزیان، ۱۳۷۶؛ ج ۵، ۲۰۸).

## ۳. تاریخچه غبن

صاحب جواهر گفته است که از محقق حلی حکایت شده که در درس خود خيار غبن را انکار کرده است؛ البته آنچه در کتاب وی است، خلاف این حکایت است (نجفی، ۱۹۸۱؛ ج ۲۳،

شیخ انصاری در این باره بعد از نقل عبارت علامه حلی در تذکره به جهت اثبات خیار غبن با حدیث تلقی رکبان نوشته است: «و یمكن ان یمنع صحه حکایه اثبات الخیار لعدم وجودها فی الکتب المعرفه بین الامامیه ليقبل ضعفه الانجبار بالعمل» (انصاری، ۱۳۸۰: ج ۵، ص ۱۶۰). (صحت این روایت که متضمن اثبات خیار به جهت غبن است، منع شده است؛ زیرا اصلاً در کتب معروف حدیث و فقه امامیه وجود ندارد تا اینکه بگوییم این حدیث ضعیف با عمل اصحاب منجر می‌شود). با این حال، شیخ طوسی در خلاف گفته است: «روی عنه انه نهی عن تلقی الرکبان فمن تلقاها فصاحبها بالخیار اذا دخل السوق و معلوم انه انما جعل له الخیار لاجل الغبن.» (شیخ طوسی، ۱۴۱۴ هـ.ق.: ۲۸). هرچند شیخ طوسی در دلیل خیار غبن به حدیث تلقی رکبان تمسک کرده، عبارت انتهایی استنباط شخصی او است که می‌گوید این خیار را پیامبر (ص) برای وی از باب غبن گذاشته است.

لذا از نظر اصول علم حدیث، اساساً وجود چنین حدیثی اولاً انکار شده، ثانیاً بر فرض پذیرش آن صرفاً متضمن نهی از تلقی رکبان است و خیار غبن در آن نیست بلکه استنباط فقها است، و ثالثاً این نهی هم حکمی تکلیفی است که اثبات خیار نمی‌کند. سید یزدی در حاشیه مکاسب بعد از ذکر حدیث مرسل «تلقى رکبان» می‌گوید: استدلال به این حدیث مرسل مبتنی بر دو امر است: یکی امکان جبران ضعف آن به شهرت که این امر ممکن نیست زیرا اصلاً در کتب اخبار ما نیست و مجرد عمل فقها برطبق آن هم کفایت از جبران ضعف نمی‌کند، دیگر اینکه این حدیث از جهت ثبوت خیار غبن هم با مشکل مواجه است و چه بسا مثبت خیار دیگری مانند خیار تلقی باشد که در نزد عامه آمده است (محقق یزدی، ۱۴۲۹ هـ.ق.: ج ۲، ص ۵۱۶). اما روایات منقوله مثل «غبن المسترسل سحت» (فریب دادن کسی که اعتماد می‌کند، حرام است) یا «غبن المؤمن سحت» و یا «لا یغبن المسترسل فان غبنه لا یحل» که در کتاب وسایل آمده است (حر عاملی، ۱۴۱۲ هـ.ق.: ج ۱۲، ص ۳۶۴) نیز بر مطلب مورد بحث دلالت ندارد زیرا روایت اول در حرمت خیانت به افراد در مقام مشورت است و منظور غبن

ص ۴۱). شهید اول در دروس نوشته است: «ربما قال المحقق فی الدرس بعدم خیار الغبن و یظهر من کلام ابن جنید.» (محقق حلی در درس خود خیار غبن را انکار کرده و این مطلب از کلام ابن جنید هم به دست می‌آید) (جمال الدین مکی، ۱۴۰۶ هـ.ق.: ج ۳، ۲۷۵). به هرحال، عده‌ای ریشه تاریخی غبن را در آن می‌دانند که پیامبر (ص) کسانی را که به استقبال کاروان‌ها می‌رفتند و پیش از ورود به شهر و آگاهی از بهای واقعی با آنان معامله می‌کردند، به عنوان غبن از این کار (تلقى رکبان) نهی فرمود و به کاروانیان که خود را به سختی مغبون می‌یافتند، اختیار فسخ داد، زیرا آنان را فریب خورده می‌دید. علامه حلی در این باره در قواعده آورده است: «تلقى الرکبان مکروه علی رأی و هو الخروج الی الراكب القاصد الی بلد للشراء منهم من غیر شعور هم بسعر البلد و ینقعد و مع الغبن الفاحش یتخیر المغبون علی رأی» (علامه حلی، ۱۳۸۹ هـ.ق.: ج ۱، ص ۴۰۸).

در حقوق نیز بعضی ریشه تاریخی غبن را تلقی رکبان با همان توجیه فوق می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ج ۵، ص ۲۰۷). صاحب شریع هم عبارتی به همین مضمون دارد: «تلقى الرکبان مکروه وحده اربعه فراسخ اذا قصد و لایکره ان اتفق و لایثبت للبايع الخیار الا ان یثبت البغی الفاحش» (محقق حلی، ۱۹۸۳: ج ۲، ص ۲۰). ولی نکته قابل تأمل آن است که: اولاً هرچند صاحب جواهر هم متعرض این مطلب شده، آن را تأیید نکرده و نوشته است: «خبر الرکبان لم ینقف علیه فی کتب الاصول بل فی الحدائق و لا فی کتب الفروع و ان کان فیه انه یکفی ارسالهم له بل لعله اقوی من ذکر المتن و فی الغنیه عن تلقی الرکبان و قال فان تلقی متلق فصاحب السلعه بالخیار اذا دخل السوق» (نجفی، ۱۹۸۱: ج ۲۳، ص ۴۲). شهید اول در کتاب دروس خود آورده است: «لم ینقف فیه علی روایه سوا خبر الضرار و تلقی الرکبان». پس خبر «تلقى رکبان» از نظر صاحب جواهر، خبری یافت شده در کتاب و مجامع اصیل حدیث و حتی در کتاب حقائق شیخ یوسف بحرانی نیست و صاحب غنیه هم که این حدیث را آورده، فقط به نهی پیامبر (ص) از تلقی رکبان اشاره و خود او به دنبال حدیث اضافه کرده است که صاحب کالا وقتی وارد بازار شد، حق خیار دارد، لذا در حدیث فقط نهی از تلقی رکبان است نه سخن از خیار آن هم به عنوان غبن.

بین حق بیمه پرداخت شده و پولی که سرانجام بیمه‌گر می‌پردازد، ادعای غبن کرد لذا اگر بیمه‌گر پس از تأدیه یک قسط بیمه، ناگزیر به پرداخت خسارت هنگفتی شود، نباید او را مغبون پنداشت و اگر در عقد احتمالی نیز بتوان ارزش تعهد هر یک از دو طرف را با ملاحظه درجه احتمالی فزونی و کاستی آن معین کرد - مانند نرخ بیمه اتومبیل یا آتش‌سوزی کارخانه و منازل مسکونی یا فروش مالی در برابر حق انتفاع عمری - هیچ مانعی در استناد به غبن وجود ندارد، زیرا دو طرف در این وجه از مبادله هیچ تسامحی ندارند. به این جهت است که عده‌ای تقسیم عقود معاوضی معین و احتمالی را از این حیث انکار کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ج ۵، ص ۲۱۱).

در ماده ۲۱۴ قانون مدنی لبنان، استناد به غبن در عقود احتمالی به‌روشنی به شرح زیر پیش بینی شده است:

۱. غبن در عقود معاوضی تملیکی مانند بیع محقق می‌شود. البته در عقد عهده‌ی نیز ارزش بین دو عوض باید متعادل باشد؛ پس اگر کارگری ملتزم شود که در برابر دستمزد معین، زمینی را بکند یا چاهی حفر کند، اگر دستمزد متناسب با میزان کار نباشد، می‌تواند ادعای غبن کند (همان، ص ۲۱۰).

۲. برای حصول غبن باید عدم تعادل دو عوض محقق شود. هرچند که در دادوستدها مبنا بر نفع بیشتر و نابرابری دو عوض اجتناب‌ناپذیر است و سود تجارت هم از همین راه حاصل می‌شود، گاه نابرابری ارزش‌های مبادله‌شده به قدری است که تعادل اقتصادی را برهم می‌زند و عدالت اجتماعی را خدشه‌دار می‌کند و عرف هم آن را تحمل نمی‌کند. به همین جهت در ماده ۴۱۶ ق.م. مقرر شده است: هر یک از متعاملین که در معامله غبن فاحش داشته باشد، بعد از علم به غبن می‌تواند معامله را فسخ کند که طبق این ماده، معیار تمیز نابرابری فاحش، عرف است. سنه‌وری می‌گوید: پرهیز از غبن در معاملات سخت است چرا که به‌ندرت در عقد معاوضی پیش می‌آید که آنچه یکی از متعاقدین می‌گیرد، معادل آنچه باشد که اعطا می‌کند؛ به همین جهت فقهای اسلامی غبن را به غبن قابل گذشت و غبن فاحش تقسیم کرده‌اند: غبن یسیر یا قابل گذشت غبنی است که در

(به فتح باء) است نه غبن (به سکون باء) و اگر هم به فرض درمورد مال باشد، احتمالاتی چند مطرح است که نمی‌تواند دلیل بر مدعا باشد مثلاً ممکن است منظور این باشد که غابن به‌خاطر عمل خدیعه و فریب در معامله مستحق عقاب است و از این جهت شبیه خورنده مال حرام است و یا منظور این باشد که مقدار زائد که اخذ شده، حرام است و بالأخره ممکن است همان طور که مشهور گفته‌اند، دلالت بر این باشد که وقتی مغبون عقد را فسخ کرد، تمامی ثمن بر غابن حرام می‌شود و باید به مغبون برگردانده شود. شیخ انصاری دو احتمال اول را ترجیح می‌دهد، زیرا آن را موافق اصاله‌الصحه می‌داند و در انتها تأکید دارد که این روایت دلالتی بر مقصد (خیار غبن) ندارد (انصاری، ۱۳۸۰: ج ۵، ص ۱۶۵).

## ب- احکام غبن

۱. غبن در عقود معاوضی است، زیرا در عقود رایگان یکی از متعاقدین صرفاً اعطا و دیگری اخذ می‌کند. در عقود معاوضی مسامحی نیز غبن ساقط است مثل ماده ۷۶۱ ق.م. که برطبق آن، صلحی که درمورد تنازع یا مبنی بر تسامح باشد، قاطع بین طرفین است و هیچ‌یک نمی‌تواند آن را فسخ کند، اگرچه به ادعای غبن باشد، مگر در صورت تخلف شرط یا اشتراط خیار.

۲. غبن در عقود احتمالی که میزان عوض آن به احتمال وقوع رویداد آینده بستگی دارد، جاری نیست، چراکه در این عقود تسامح در تعیین میزان دو عوض آشکارا دیده می‌شود. سنه‌وری در این باره می‌گوید: «ولایتصور فی عقودالمعاوضه الا فیالعقودالمحددهالبدل اماالعقودالاحتمالیه فان طبیعتها تقضی بوقوعالغبن علی احدالمتعاقدین و علی هذا تعاقدا فلا یوثرالغبن فی صحهالعقد.» (سنه‌وری، بی تا: ۴۶۶) (غبن در عقود معاوضی هم در جایی است که بدل و عوض آن مشخص باشد؛ اما در عقود احتمالی که ماهیت آنها اقتضای غبن بر یک طرف عقد را دارا است و بر همین اقتضا هم طرفین عقد را منعقد می‌کنند، غبن تأثیری در صحت عقد ندارد). برای مثال، در عقد بیمه نمی‌توان به دلیل عدم تناسب

شایان ذکر است که نظریه غبن حادث - که به نظریه حوادث پیش‌بینی نشده مشهور است - غیر از غبن موجود در زمان عقد است؛ زیرا در غبن حادث، شرایطی بیش از غبن موجود در زمان عقد لازم است، از این جهت که حادثه غیرمترقبه باید خارجی باشد و متعهد را دچار حرج کند و در واقع غبن حادث شاخه‌ای از اجرای قاعده عسر و حرج است (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ج ۵، ص ۲۱۷).

۳. جهل مغبون به قیمت واقعی: یکی از شرایط اساسی تحقق غبن، بنا بر تعریف مذکور، ناآگاهی مغبون از بهای واقعی کالا است. مطابق ماده ۴۱۸ قانون مدنی، «اگر مغبون در حین معامله عالم به قیمت عادلانه بوده است، خیار فسخ نخواهد داشت؛ و این نظر قانون مدنی است که به پیروی از مشهور فقها ذکر شده است (نجفی، ۱۹۸۱: ج ۲۳، ص ۴۲) و متأثر از نظر علامه حلی است که در تذکره آورده است: «و لقوله تعالی الا ان تکون تجاره عن تراض منکم و معلوم ان المغبون لو عرف الحال لم یرض» (موسی خوانساری، ۱۴۲۴: ج ۲، ص ۶۲). علامه حلی غبن را از عیوب تراضی تلقی کرده، بدین معنا که مغبون به جهت جهل به این نابرابری و اشتباه در ارزیابی کالای مورد معامله مغبون شده است. ولی باید توجه داشت که جهل به قیمت واقعی، مصداق شایع و متداول حصول غبن است نه مورد منحصر آن؛ چرا که غفلت از بهای واقعی و اعتقاد به برابری ارزش‌ها نیز همان اثر را دارد و مانع از تحقق غبن می‌شود. در منیه الطالب آمده است: «لا اشکال فی ثبوت الخیار ولو کان غافلاً عن القیمه بالمره لو کان ملتفتاً و لکن کان معتقداً لتساوی او مطمئناً به» (همان).

۴. در فرضی که مغبون درباره بهای واقعی یا برابری ارزش‌ها دچار تردید است و با وجود این به معامله اقدام می‌کند به این امید که سودی ببرد، از مفاد ماده ۴۱۸ ق.م. چنین برمی‌آید که غبن تحقق می‌یابد، زیرا آنچه مانع از غبن می‌شود، علم او است نه تردید و دودلی او.

۵. در اختلاف میان دو طرف معامله درباره علم مغبون به بهای واقعی، اصل عدم آگاهی است و آن که وجود علم به سود او است، مدعی به‌شمار می‌آید. البته استناد به این اصل در جایی است که ظاهر برخلاف آن نباشد زیرا ظهور از

معاملات به جهت کثرت وقوع آن قابل تسامح است و غبن فاحش غبن غیرقابل تسامح است (سنهوری، بی‌تا: ۴۴۷). صاحب شریع هم با عبارت «غبنی که عادتاً قابل تسامح نباشد»، گفته است: «من اشتری شیئاً و لم یکن من اهل الخبره و ظهر فیه غبن لم تجر العاده بالتغابن کان له فسخ العقد اذا شاء و لایسقط ذلک الخیار بالتصرف اذا لم یخرج عن الملك او یمنع مانع من رده کالاستیلاذ فی الامه والعق و لایثبت الارش (محقق حلی، ۱۹۸۳: ج ۲، ص ۲۲).

صاحب جوهر هم با عبارت «لایتسامح الناس بمثلها» به این مطلب اشاره کرده است: «الزیاده والنقصه التی لایتسامح الناس بمثلها عاده فالایقده التفاوت الیسیر والمرجع فی ذلک بعد ان لم یکن مقدر فی الشرع الی العرف و هو مختلف بالنسبه الی المكان والزمان و نحوها.» (نجفی، ۱۹۸۱: ج ۲۳، ص ۴۲).

#### نکات:

۱. آیا خدعه و فریب از ارکان ذاتی غبن است به نحوی که اگر غابن خود جاهل بود، دیگر غبن محقق نمی‌شود؟ پاسخ این است که خدعه و فریب غابن در غبن که در لسان فقها آمده، از باب غلبه صدور این معاوضه به نحو خدعه و فریب است نه شرط حصری حصول غبن؛ لذا اگر غابن جاهل هم باشد و اختلال در تعادل دو ارزش فاحش باشد، باز هم غبن محقق است. شیخ در مکاسب با این عبارت به این نکته اشاره کرده است: «و تسمیه المملک غابنا و الآخر مغبونا مع انه قد لایکون خدع اصلاً کما لو کانا جاهلین لاجل غلبه صدور هذه المعاوضه علی وجه الخدع» (انصاری، ۱۳۸۰: ج ۵، ص ۱۵۷).

۲. در حصول غبن، وجود عدم تعادل در زمان قرارداد ملاک است؛ یعنی لحظه تراضی است که ملاک حصول عدم حصول ضرر ناروا است، لذا غبن موجود در زمان عقود ملاک است. صاحب جوهر در این باره می‌گوید: «یشترط فیه امران اخذهما جهل المغبون القیمه وقت العقد بلاخلاف ضروره تسلط الناس علی اموالهم فله ان یقدم علی بیع ما یساوی مآه بواحد فمع العلم والاقدام لایخیر قطعاً کحدوث الزیاده والنقصه بعده» (نجفی، ۱۹۸۱: ج ۲۳، ص ۴۲).

نیست بلکه از قبیل داعی و انگیزه است که فقدان آن تأثیری ندارد بلکه گاهی حتی انگیزه هم محسوب نمی‌شود مثل جایی که همه غرض در معامله، به دست آوردن خود مبیع است نه ارزش و برابری قیمت مبیع با ثمن. شیخ انصاری در ادامه پیشنهاد کرده است که بهتر بود به جای استدلال به ذیل آیه، به صدر آن (لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ) استناد می‌شد، از این جهت که اکل مال با فریب و نیرنگ با عدم تسلط فریب‌خورده بر رد معامله بعد از اینکه فهمید فریب خورده است، اکل مال به باطل است. البته اگر مغبون به آن رضایت دهد، دیگر اکل مال به باطل محسوب نمی‌شود. اما اشکالی که بر این بیان وارد است، این است که این تحلیل از صدر آیه با تحلیلی که شیخ قبلاً از ذیل آیه داشت، در تعارض قرار می‌گیرد زیرا در ذیل آیه وی به نحوی توجیه مسئله کرد که اصل معامله صحیح باشد و نهایت مغبون حق فسخ پیدا کند، اما در استدلال به صدر آیه، معامله باطل جلوه می‌کند. شاید به همین جهت است که میرزای نائینی در منیه می‌گوید:

بهتر بود که شیخ به مجموع آیه استناد می‌کرد با این بیان: ولکن یمکن تقریب الاستدلال بالأیه الشریفه به مجموع المستثنی والمستثنی منه بناء علی کون المستثنی مفرغاً و تقریبه ان قوله عز اسمه «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» فی قوه ان یقال: لا تملكوا اموالکم بینکم بوجه من الوجوه فانه باطل الاعلی وجه التکسب عن رضا فالتملك بدون رضا للمغبون تملك بالباطل و مع رضا تملك صحیح. (خوانساری، ۱۴۲۴: ج ۳، ص ۱۰۹ - ۱۰۸)

البته شیخ انصاری در مقام تعارض صدر و ذیل آیه با تفسیری که از صدر و ذیل ارائه کرده است، می‌گوید با یکسانی ارزش ادله، اصله‌اللزوم بدون معارض است و معامله به لزوم خود باقی است (انصاری، ۱۳۸۰: ج ۵، ص ۱۶۰). در نتیجه استدلال از این طریق (عیب رضا) ره به جایی نمی‌برد و خیار غبن از این نظریه حادث نمی‌شود.

## ۲. قاعده لاضرر

در مورد قاعده لاضرر که از حدیث مشهور «لا ضرر و لا ضرار» یا «لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام» مستفاد است،

امارات است و بر اصل عملی حکومت دارد، برای مثال اگر درباره علم و جهل خبرهای اختلاف شود، نمی‌توان به استناد اصل عدم، به غبن حکم داد (سبزواری، ۱۳۸۲: ج ۲، ص ۹۲).

## ج- تحلیل مبانی نظری خیار غبن

در تحلیل مبانی نظری خیار غبن، سه نظریه مطرح است:

۱. عیب رضا، ۲. قاعده لاضرر، ۳. شرط ضمنی.

### ۱. عیب رضا

شیخ در مکاسب از قول علامه در تذکره آورده است که وی می‌گوید چون بنای متعاملین بر تساوی عوضین است، وقتی کاشف به عمل آید که مشتری بیش از آنچه گرفته، پرداخته است وی راضی به این معامله نیست و بنابر آیه شریفه «...إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ...» (نساء/۲۹) این معامله فاقد رضایت است (انصاری، ۱۳۸۰: ج ۵، ص ۱۵۸).

توضیح آنکه این آیه شریفه استثناً از آیه «...لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ...» (نساء/۲۹) است که نتیجه سخن علامه به آن بازمی‌گردد که چون رضایت نیست، معامله باطل است و این خلاف فرض در معامله غبنیه است که مثبت خیار غبن است؛ لذا شیخ انصاری در مقام توجیه برآمده و نوشته است: رضایت مغبون براساس وجود عنوانی (وصفی) در بیع است که اکنون در بیع غبنی وجود ندارد و آن عنوان این است که قیمت کالایی که گرفته است برابر با ارزش کالایی باشد که به طرف دیگر عقد تملیک کرده است و لذا وقتی که علم پیدا می‌کند، راضی نمی‌شود که کالایی را که گرفته است، عوض کالا و یا پولی باشد که به طرف مقابل داده و چون این عنوان مفقود، به منزله صفت مفقوده در کالا است، چنین معامله‌ای باطل نیست بلکه موجب تحقق خیار برای مغبون است. اما این نظر شیخ خالی از ایراد نیست؛ چرا که اگر رضای مغبون مبنی بر وجود وصف تساوی بین دو عوض بوده، با فقدان وصف نتیجه بطلان معامله است زیرا اراده، به وصف تساوی مقید شده است مضاف بر اینکه اگر غبن نتیجه تخلف از وصف باشد، به عین معین اختصاص می‌یابد و در کلی راه ندارد در حالی که اختصاص خیار غبن به عین معین وجهی ندارد.

شاید به جهت این ایرادات است که صاحب مکاسب بلافاصله آورده است که عنوان مذکور به منزله صفت هم

یا زیادتر از آن است، به دست آورد؛ بنابراین وقتی ضرر باشد ولی در کنار آن حکم شارع بر لزوم تدارک (جبران) باشد، وجود این ضرر به منزله عدم است و مثل این است که ضرری وجود ندارد، لذا اگر مالی از کسی تلف شود و جبرانی در برابر آن نباشد، این اتلاف مال ضرر است و چون این ضرر منفی است، باید تدارک و جبرانی داشته باشد، بنابراین وقتی کسی جاهل به غبن است و مال خود را با ثمن کمتر از ثمن واقعی به دیگری می‌دهد، در این صورت بر او ضرر وارد آمده و خیار فسخ که برای او در نظر گرفته شده، برای جبران ضرر وی است (میرفتاح، ۱۴۲۵هـ.ق.). وی در ادامه می‌گوید: به دلالت حکم عقل و حکم شرع و تبادل و صحیحه کنانی و روایت حلبی (من اخذ شیء من طریق المسلمین فهو ضامن - کل شیء یضر بطریق المسلمین فصاحبه ضامن لما یصیبه) که در آنها صراحتاً گفته شده است که اگر کسی به راه مسلمین ضرر برساند، باید آن را جبران کند، به وجوب تدارک - که تعبیر دیگری از ضمان است - حکم شده است. حتی روایت سمره نیز همین معنی را می‌رساند، زیرا پیامبر (ص) ضرر عرضی و حیثیتی را که بر مرد انصاری وارد می‌آمد، با کندن درخت رفع کرد. به عبارت دیگر، از نظر صاحب عناوین، با قاعده لا ضرر می‌توان برای رفع ضرر جعل حکم کرد.

#### نقد نظریه صاحب عناوین:

۱. شیخ انصاری در مکاسب، نظریه صاحب عناوین را بدترین تعبیر در قاعده لا ضرر می‌داند و می‌گوید: «ان اردء الاحتمالات هوالثانی و ان قال به بعض الفحول» (انصاری، ۱۳۸۰: ج ۲، ص ۲۷۷). منظور شیخ از نظر دوم، همان نظر صاحب عناوین است که قبل از این عبارت، درباره آن بحث کرده است و دلیل این حرف خود را این می‌داند که ضرر خارجی به مجرد حکم شارع به لزوم تدارک آن نازل به منزله عدم نمی‌شود و این امر در جایی محقق می‌شود که به طور فعلی و بلافاصله ضرر جبران شود درحالی که چنین نیست.

۲. اگر گفته شود تدارک ضرر بالفعل مدنظر نیست بلکه منظور این است که زمان وجود ضرر ذمه ضررزننده به جبران ضرر مشغول می‌شود، می‌توان در پاسخ گفت که اسباب اشتغال ذمه عبارت‌اند از غصب و اتلاف، و ضرر از

بحث بسیار است. در اینجا به لحاظ استناد بعضی فقها و حقوقدانان در مبنای خیار غبن به قاعده لا ضرر که مثبت مسئولیت مدنی قهری غابن در مقابل مغبون است، ابتدا دیدگاه‌های فقهی در خصوص این قاعده بیان و سپس ربط آن با مبنای خیار غبن بررسی می‌شود.

در خصوص این قاعده در بین فقها در کل دو نظریه عمده هست: ۱. «لا» حدیث لا ضرر، لای نهی است، ۲. «لا» حدیث لا ضرر، لای نفی است. از آنجا که در بحث مبنای خیار غبن، کسانی که به لا ضرر تمسک کرده‌اند، «لا» را به معنای نفی گرفته‌اند، بحث را با عنایت به همین معنا پی می‌گیریم:

در خصوص آنکه «لا» در لا ضرر نفی باشد، سه نظریه هست: نفی ضرر غیرمتدارک، نفی حکم ضرری، و نفی حکم به لسان نفی موضوع.

#### ۱-۲. نفی ضرر غیرمتدارک

طرفداران این نظر می‌گویند که در این ترکیب نفی به حال خود باقی است و معنای لا ضرر و لا ضرار این است که ضرر و ضرار در شرع اسلام تجویز نشده است، نه فقط به این معنی که حرام است بلکه به این معنا که ضرر غیرمتدارک یا ضرری که جبران نشده باشد، در اسلام تجویز نشده است. مرحوم عبدالفتاح - صاحب عناوین - چنین اعتقادی دارد (میرفتاح، ۱۴۲۵هـ.ق.: ج ۱، ص ۳۱۸)؛ و اینکه بعضی این نظریه را به مرحوم نراقی در عواید نسبت داده‌اند، صحیح نیست و دقت در این عبارت عواید مفید این مطلب است:

چون ضرر و ضرار نکره منفیه است و افاده عموم می‌کند، به موجب معنای اول، هر نوع ضرری تحریم شده و برحسب معنای دوم، تشریح هر ضرر غیرمتدارکی نفی شده و برطبق معنای سوم، همه اجزای ضرر در اسلام منتفی است به این معنی که هیچ ضرری - خواه مالی باشد یا بدنی یا عرضی و حیثیتی یا غیر اینها - در احکام شرع وجود ندارد، بنابراین نفی ضرر به این معنا است که هر حکمی که مستلزم ضرر باشد، از احکام شرع اسلام نیست. (نراقی، ۱۳۲۱هـ.ق.: ۴).

علی‌ایحال، صاحب عناوین معتقد است که ضرری که در برابر آن نفعی وجود دارد، ضرر محسوب نمی‌شود، مثل اینکه کسی مالی را بدهد و در برابر آن عوضی که مساوی و

۱. اینکه کلمه ضرر استعمال شود ولی از این استعمال تنها یکی از اسباب ضرر یعنی حکم مدنظر باشد، استعمال ناپسندی است. البته علاقه سبب و مسببی از راه نفی مسبب، نفی مطلق سبب را تصحیح می کند ولی اینکه تنها یک سبب خاص یعنی حکم شرعی نفی شود، باید علاقه ای دیگر وجود داشته باشد.

۲. نفی و رفع تابع اثبات و وضع است و عالم تکوین با عالم تشریح تفاوتی از این حیث ندارد. آنچه در عالم تشریح می تواند مورد دخل و تصرف شارع باشد، تنها احکام است نه چیز دیگر. شارع می تواند برای حکم خود موضوع بسازد یا آن را بردارد یا حکمی را برای موضوعی وضع کند، ولی اینکه موضوع خارجی را (با وصف خارجیت) در عالم تشریح نفی یا اثبات کند، امکان ندارد، لذا باید به طور مستقل حکم خود را بردارد و به طور حقیقی بگوید حکمی که منشأ ضرر باشد، وضع نکرده ام یا اگر حکمی است که علی الظاهر مشتمل بر ضرر است، در واقع شامل آن نیست و یا من از آن مورد ضررش را رفع کرده ام و یا آنکه چیزی را بردارد که در واقع در اختیار شارع است. به عبارت دیگر، در جمله «لاضرر و لا ضرار» چون شارع مستقیماً نگفته است حکم ضرری در اسلام نیست، پس اگر بگوییم منظور شارع نفی حکم ضرری است، این استعمال حقیقی نیست بلکه مجازی است، در حالی که شارع باید حکم خود را به طور حقیقی بردارد.

ایرادات آخوند خراسانی را، شیخ موسی خوانساری در رساله قاعده لاضرر- که تقریرات استاد خود میرزای نائینی را در آن به رشته تحریر درآورده- در ضمن چند مقدمه بیان و به همه آنها پاسخ داده است؛ که به جهت اختصار از ذکر آن خودداری می کنیم و علاقه مندان را به آن کتاب ارجاع می دهیم. (خوانساری، ۱۴۲۴ هـ.ق. ج ۲، ص ۲۰۱)

### ۲-۳. نفی حکم به لسان نفی موضوع

ایرادات آخوند بر نظریه استاد خود، شیخ انصاری همراه با نفی نظریه ضرر غیرمتدارک به جهت عدم وجود قرینه و نفی اراده نهی از نفی به دلیل آنکه «لا» برسر اسم آمده است، او را به ارائه نظریه دیگری وادار کرد موسوم به «نفی حکم به لسان نفی موضوع»، بدین مضمون که «لا» در «لاضرر» برای

اسباب ضمان نزد فقها نیست بلکه همواره ضررهای ضمان آور را درباب تسبیب بررسی کرده اند.

۳. با نظر صاحب عناوین، مجاز بعد از مجاز حاصل می شود که در طول هم است یعنی ساختن مجاز از مجاز که از نظر ادبی مخل به معنا است. مجاز اول آن است که بگوییم منظور از ضرر، ضرر غیرمتدارک است و مجاز دوم آن است که بگوییم منظور از ضرر غیرمتدارک، ضرر غیرمحکوم به تدارک است و این نحو مجازسازی، دورشدن از حقیقت معنا را در پی دارد.

۴. اضرار به نفس، از مصادیق ضررهایی است که با لاضرر نفی شده است؛ حال آنکه اگر منظور از لاضرر، ضرر غیرمتدارک باشد، درمورد اضرار به نفس حکمی از طرف شارع برای جبران ضرر نرسیده است.

۵. معنی ضرر غیرمتدارک، با حدیث سمره مناسبت ندارد؛ زیرا در آن قضیه، درخت سمره را کنده اند و این با نفی ضرر غیرمتدارک تناسب ندارد بلکه باید درخت باقی می ماند و پیامبر (ص) دستور می داد ضرر مرد انصاری جبران شود.

۶. نفی باید در عالم تشریح باشد و طبیعی ترین راه این است که نفی به خود حکم بازگردد یعنی مفاد حدیث نفی حکم ضرری باشد نه ضرر غیرمتدارک؛ و به عبارت دیگر، وقتی نفی حکم ضرری میسر باشد، نوبت به نفی ضرر غیرمتدارک نمی رسد.

### ۲-۲. نفی حکم ضرری

هرچند این نظریه در عبارات مرحوم نراقی هم آمده است، ابتکار این نظریه را عمدتاً به شیخ انصاری نسبت می دهند. شیخ بحث لاضرر را در دو کتاب خود مطرح کرده است: یکی در رسایل (انصاری، بی تا: ج ۲، ص ۵۳۳) و دیگری در ملحقات مکاسب (انصاری، ۱۳۸۰: ج ۳، ص ۲۷۳) که رساله ای در قاعده لاضرر در آنجا دارد و در هر دو می گوید: اراده معنای حقیقی از لاضرر متعذر است و منظور عدم تشریح ضرر است به این معنا که شارع حکمی را جعل نمی کند که در نتیجه آن بر کسی ضرر وارد شود، خواه حکم تکلیفی باشد یا وضعی؛ سپس ادامه می دهد: «فلزوم البیع حکم یلزم منه ضرر علی المغبون فینتفی بالخبر». آخوند خراسانی انتقاداتی بر این نظر وارد آورده که عمدتاً در کتاب کفایه ذکر شده است و در اینجا مختصری از آن با عباراتی ساده نقل می شود:



کاری که شارع درباره آنها کرده، این است که یا ترکیب آنها را معتبر شناخته (مثل امور تأسیسی) یا آنها را امضا و تأیید کرده است مثل عقود و ایقاعات. در این مورد، نفی آنها نفی ترکیبی است که در هر حال نتیجه نفی ترکیبی فساد است. این است ضابطه اینکه نفی به خود حکم برمی‌گردد. اما ضابطه نفی به موضوع و اثر این است که مورد از امور خارجی بوده و سه شرط داشته باشد: ۱. موضوع تحت قدرت و اختیار باشد، ۲. موضوع از قبل حکمی داشته باشد، ۳. حکمی که از قبل داشته است، جواز باشد نه حرمت مثل «لارهبنیه فی الاسلام».

همان‌طور که عنوان شد، نفی حکم به لسان نفی موضوع در صورتی است که با جمیع شرایط فوق نفی بسیط باشد ولی اگر نفی مرکب باشد در آن صورت نفی حکم به لسان نفی موضوع نیست بلکه تخصیص به لسان حکومت است. به عبارت دیگر، اثر نفی در این موارد این است که دایره موضوع را محدود می‌کند و اجرای حکم را به موردی غیر از آنچه نفی به آن تعلق گرفته است، اختصاص می‌دهد؛ برای مثال، در حدیث «لاطاعه لمخلوق فی معصیه الخالق»، تخصیص حاکم است و منظور این است که دستور خدا را در اطاعت بعضی از افراد مثل پدر و مادر و غیره به مواردی اختصاص دهد و محدود سازد که معصیب خالق نباشد.

با توجه به موارد فوق، مشخص می‌شود که مفاد «لاضرر و لاضرار» هرچند از عناوین و امور اختیاری است، حکم آن در شرایع و قوانین گذشته هرگز جواز نبوده است و حداقل می‌توان گفت که ضرر و ضرار از لحاظ عقلی همواره قبیح بوده است مضاف بر آنکه ضابطه نفی حکم به لسان نفی موضوع در بعضی موارد اثر معکوس می‌دهد. برای مثال اگر لاضرر در مورد ائتلاف مال غیر وارد شده باشد، به معنای آن است که این فرد از ضرر که در خارج واقع شده است حکم ندارد، و نتیجه این می‌شود که ضرر بدون جبران باقی بماند. بنابراین، نظر آخوند با توجه به اینکه باید با نفی بسیط منطبق شود و در واقع نمی‌شود، نظر درستی نیست و ایده صحیح همان نظر شیخ انصاری در خصوص مفاد قاعده لاضرر است و قاعده از این جهت که بر اطلاعات در جانب محمول و موضوع تضییق و مقید به موردی می‌شود که ضرری

نفی حقیقت یعنی نفی جنس است و همه انواع ضرر را شامل می‌شود و این نفی حقیقت امکان دارد به دو صورت باشد: یکی اینکه به‌طور حقیقی و واقعی باشد، دیگر اینکه نفی حقیقت به‌صورت ادعایی یعنی کنایه از نفی آثار باشد چراکه لازمه بلاغت این است که گوینده در کلام خود اگرچه به‌صورت ادعایی، نفی حقیقت را مدنظر داشته باشد، برای مثال در حدیث «لاصلوه لجار المسجد الا فی المسجد» نفی حقیقت شده ولی به‌صورت ادعایی و به نحو کنایه، نفی آثار شده است. (محقق سبزواری، ۱۳۸۲: ج ۲، ص ۷۲-۷۱).

### نقد نظریه آخوند خراسانی:

نظریه آخوند خراسانی در صورتی درست است که نفی در قاعده لاضرر بسیط باشد نه مرکب. حال باید دید آیا چنین است یا نه. برای توضیح این مطلب باید انواع نفی یا سلب را بررسی کرد. گاهی جعل بسیط است یعنی موضوع و محمول روی هم یک چیز است مثل «الانسان موجود» و گاهی دو چیز است مثل «زید قائم» که این جعل مرکب است. نفی و عدم نیز گاهی بسیط است مثل «لیس زید» و گاهی مرکب است مثل «زید لیس بقاءم». نفی ترکیبی هم بر دو نوع است: یا ماهیت مخترعه شارع است که از شیء سلب می‌شود مانند «لارهبن الا مقبوضا» که نفی در این حالت مفید جزئیت یا شرطیت است و یا اینکه شیء از ماهیت مخترعه شارع سلب می‌شود مثل «لارفت و لافسوق و لاجدال فی الحج» که در این موارد مفید مانعیت است و البته در هر دو مورد نتیجه فساد ماهیت است.

توضیح اینکه احکام شرع از امور اعتباری نفس الامری هستند یعنی وجود آنها بسته به تشریح و در دست قانونگذار است؛ و وقتی چنین است، هر وقت شارع بخواهد به‌وجود می‌آیند و هر وقت بخواهد از بین می‌روند و در این صورت، نفی احکام شرعی، سلب بسیط است نه سلب مرکب، و در این مورد، آنچه جعل و تشریح می‌شود، نفی خود آنها است چراکه در وجود ماهیت خود، به جعل شارع وابسته‌اند. ولی متعلقات تکلیف مثل معاملات اعم از عقود و ایقاعات چنین نیستند بلکه نفی آنها نفی ترکیبی است یعنی آنچه مورد جعل شارع قرار می‌گیرد، نفی حکم آنها است نه خود آنها؛ زیرا خودشان از امور خارجی هستند و وجود و عدمشان به‌دست شارع نیست.

آن بطلان خود عقد است زیرا اگر عقد غبنی حکم نداشته باشد، چرا باید لزوم آن برداشته شود، بلکه باید صحت آن برداشته شود، برعکس اگر عقیده ما این باشد که حکمی که از آن ضرر ناشی می شود منتفی است در این صورت لزوم برداشته می شود نه صحت، زیرا جزء اخیر علت تامه لزوم است (خوانساری، ۱۴۲۴ هـ.ق.؛ ج ۳، ص ۱۰۹).

**ب- میرزای نائینی** معتقد است که تمسک به لاضرر برای مبنای خیار غبن در صورتی ممکن است که اعتبار تساوی بین عوض و معوض از شرایط ضمنی عقد به حساب آید با این تعبیر: «ان التساوی بین المالیین لو کان من متقیضات المعاوذه التی یقوم علیها نظام الناس فی معاشهم لم یکن الطرف الآخر المغبون ملتزماً بالغبن والتفاوت الواقع بین المالیین فالزمامه بالمعامله مع انه لم یلتزم بها مع هذا التفاوت مرفوع بمقتضى لاضرر و لاضرار فی الاسلام و اذ لکم یکن ملزماً بالمعامله من هذه الحیثیه یكون مخیراً بین حل العقد و استرجاع ماله و بین المضى علی المعامله». اما اگر تساوی عوضین از شرط ضمنی عقد نباشد بلکه شرط بنایی باشد که طبیعت عقد مقتضی آن نیست یا از قبیل دواعی خارجی باشد که در نفس متعاقدين است، ضرری از ناحیه الزام مغبون به التزام ناشی نمی شود و این ضرر ناشی از اقدام خود او است و ارتباطی به لاضرر ندارد، زیرا مفاد حدیث لاضرر رفع حکم ضرری است در جایی که ضرر وارده از ناحیه این حکم باشد (خوانساری، ۱۴۲۴ هـ.ق.؛ ج ۳، ص ۱۱۱؛ خوانساری، ۱۳۶۴؛ ج ۳، ص ۱۵۸-۱۵۷).

ولی در نقد نظر میرزا گفته شده است: نهایت چیزی که با تعبیر وی تثبیت می شود، آن است که عقد متزلزل می شود و این تزلزل الزاماً مثبت خیار برای مغبون بین فسخ عقد و امضای آن به تمام ثمن نیست، زیرا غبن هم چنان که با فسخ عقد مرتفع می شود، با التزام به عقد و برگرداندن تفاوت توسط غابن یا فسخ عقد به مقدار زائد از ثمن مبیع هم ممکن است. (معروف الحسینی، ۱۹۹۶ م.؛ ص ۳۹۶)

**د- لاضرر و خیار غبن:** اینکه مبنای خیار غبن قاعده لاضرر باشد را فقهای چون شیخ طوسی در خلاف (۱۴۱۴ هـ.ق.؛ ج ۱، ص ۱۹)، صاحب جواهر (نجفی، ۱۹۸۱ م.؛

نباشد، حکومت واقعیه دارد و در نتیجه این قاعده، رفع حکم ضرری می کند یعنی رفع حکمی می کند که منشأی ضرر است، اعم از حکم تکلیفی یا وضعی. در حکم تکلیفی، ضرر از نفس حکم ناشی نمی شود بلکه ضرر در مرحله امتثال وقوع و مورد می یابد و در حکم وصفی مانند معامله غبنیه خود حکم موجب وقوع ضرر است بی آنکه مکلف، آن را اراده کرده باشد.

### آثار تفاوت نظر آخوند خراسانی و شیخ انصاری در معامله

#### غبنیه:

**الف- با مبنای شیخ در مکاسب، لاضرر مفید نفی حکم ضرری است که از این نفی اثبات حکمی لازم نمی آید** (انصاری، ۱۳۸۰؛ ج ۵، ص ۱۸۸). به عبارتی، نفی ضرر دلالتی بر ثبوت خیار برای مغبون نمی کند بلکه در نهایت لزوم عقد در معامله غبنیه که حکمی ضرری است نفی می شود نه اثبات خیار، و بنا به نظر آخوند معامله غبنیه حکم ندارد. در همین راستا آخوند خراسانی در حاشیه بر مکاسب آورده است: «لکن یمکن فی الخدشه ذلک هذا اذا کان المرفوع بحدیث لاضرر الحکم الناشی منه الضرر اما اذا کان المرفوع ما کان للضرر من الحکم مع قطع النظر عن هذا الحدیث .... کان المرفوع فی المعامله الغبنیه وجوب الوفاء بها و هو یستلزم جوازها کما لا یخفی نعم لا یستلزم ثبوت الخیار ضروره ان عدم وجوب الوفاء علیه یقتضی ثبوت حق له یسقطه و یصالح غیره.» (انصاری، ۱۳۵۲؛ ج ۲، ص ۳۷). آخوند پس از طرح نظر شیخ انصاری درباره خیار غبن اظهار کرده است که این تحول در صورتی درست است که آنچه با حدیث لاضرر رفع شده است، حکمی باشد که از آن ضرری ناشی می شود ولی اگر مراد از آن این باشد که حکمی که برای ضرر بوده برداشته شده، در معامله غبنیه آنچه برداشته شده، وجوب وفا به معامله غبن است و چنان که روشن است، رفع وجوب وفا به معامله مستلزم جواز معامله است و البته مستلزم ثبوت خیار نیست. میرزای نائینی در خصوص این عبارت آخوند، نکته مهمی را متذکر شده و آن اینکه آنچه وی (آخوند خراسانی) به عنوان نظر خود در زمینه خیار غبن ذکر کرده است نیز خالی از اشکال نیست، چراکه می توان گفت اگر طبق نظر محقق خراسانی عقد ضرری حکم ندارد، مقتضای

ثانیاً. بر فرض که مبانی خیار غبن قاعده لاضرر باشد، این قاعده اصل لزوم را از عقد برمی‌دارد ولی برای مغبون اثبات خیار نمی‌کند زیرا دفع ضرر از مغبون علاوه بر صورت جعل خیار به شکل دیگر نیز امکان‌پذیر است مثل اینکه مغبون حق داشته باشد در مازاد از قیمت، معامله را فسخ کند یا بتواند غابن را الزام به فسخ بیع یا رد مازاد کند اگر غابن بخواهد مقدار مازاد را برگرداند.

در اینکه ماهیت این مقدار چیست، سه احتمال وجود دارد:

۱. به‌عنوان جزئی از عوض است، ۲. دارای عنوان هبه مستقل از بیع غبنی است، ۳. به‌عنوان غرامت و جبران آنچه که از مغبون فوت شده، است.

شیخ در مکاسب، نظر اخیر را برگزیده است که در این صورت به تعبیر شیخ، دیگر جایی برای اعمال لاضرر نمی‌ماند چراکه لاضرر در جایی است که غرامت پرداخت نشود. عبارت شیخ چنین است: «و مرجعه الی ان للمغبون الفسخ اذا لم یبذل الغابن التفاوت فالمبذول غرامه لما فات علی المغبون علی تقدیر امضاء البیع». به تعبیر دیگر، اگر زیان جبران شود، دیگر جایی برای اعمال قاعده لاضرر نیست و به عبارتی، ثبوت خیار برای مغبون منوط بر امتناع غابن از جبران زیان با غرامت است.

ثالثاً. مطابق ماده ۴۱۸ قانون مدنی، اگر مغبون درحین معامله عالم به قیمت عادلانه بوده باشد، خیار فسخ نخواهد داشت. این ماده با قاعده لاضرر قابل توجیه نیست، زیرا قاعده لاضرر درمقام رفع حکم ضرری است که در عالم تشریح جعل شده است و این رفع تشریحی مقید به علم و جهل مکلف نیست و این از آن جهت است که الفاظ برای معانی واقعیه به‌طور مطلق وضع شده‌اند نه اینکه مقید به معلوم‌بودن وضع شده باشند، پس مراد از قاعده لاضرر، ضرر واقعی است خواه با علم باشد خواه با جهل (بجنوردی، ۱۳۸۹ هـ.ق: ج ۱، ص ۱۸۹ و ۱۹۹) و لذا اگر لاضرر مبانی خیار غبن باشد، ماده ۴۱۸ قانون مدنی توجیه‌پذیر نخواهد بود و این توجیه که مغبون به ضرر خود اقدام کرده باشد و قانونگذار از او حمایت نمی‌کند (همان، ص ۴۰)، ربطی به مبانی وضعی قاعده لاضرر ندارد و به تعبیر میرزای نائینی ضرر مستند به

ج ۲۳، ص ۴۲)، علامه حلی در تذکره (بی تا: ج ۱، خ غبن)، شهید ثانی در مسالك (جبعی عاملی، بی تا: ج ۱، ص ۱۷۹)، و شیخ در مکاسب (انصاری، ۱۳۸۰) مطرح کرده‌اند بدین مضمون که حکم به لزوم بیع غبنی و عدم خیار مغبون، حکم ضرری است؛ زیرا موجب وارد آمدن ضرر بر مغبون است. بنابراین می‌توان از این قاعده کلی استفاده کرد که هرگاه لزوم عقدی بر ضرر ممضی علیه باشد، چنین عقدی متزلزل خواهد بود و لزوم نخواهد داشت. کاتوزیان نیز در ضمان قهری و مسئولیت مدنی (کاتوزیان، ۱۳۷۰: ۷۸ - ۷۶) در این باره بحث کرده است و درمقام داوری بین قاعده لاضرر و شرط ضمنی به‌عنوان مبانی خیار غبن، لاضرر را ترجیح داده است و آن را با احکام قانون مدنی سازگارتر می‌یابد؛ و در بخش «مسئولیت مدنی» از کتاب خویش آورده است: آنان که مفاد قاعده را نفی ضرر جبران‌نشده یا نهی از اضرار به غیر می‌دانند، از این قاعده برای اثبات مسئولیت کسی که عامل ورود زیان بوده است استفاده می‌کنند، ولی کسانی که حکم ضرری را منفی می‌دانند قاعده لاضرر را حکم اثباتی نمی‌بینند و برای اثبات ضمان قهری کافی نمی‌شناسند (همان، ص ۷۶). هرچند ایشان در جای دیگر آورده است که از این چهار، نظر گفته شیخ انصاری که حکم ضرر را بدین وسیله نفی کرده است، طرفدار بیشتری دارد و فقها در موارد گوناگون از آن استفاده کرده‌اند (همان) و در نهایت تصریح کرده است: درمقام داوری میان شرط ضمنی و قاعده لاضرر و انتخاب یکی از آن دو به‌عنوان مبانی غبن، قاعده لاضرر ترجیح دارد و با احکام قانون مدنی سازگارتر است (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ج ۵، ص ۲۴۴) و لاضرر را هم به‌معنای جبران ضرر مغبون دانسته‌اند (همان).

با این بیان، مشخص می‌شود برای اینکه بتوان قاعده لاضرر را مبانی خیار غبن قرار داد، باید به‌معنای نفی ضرر غیرمتدارک یا نهی از ضرر باشد؛ حال آنکه:

اولاً. قبلاً عنوان شد که لاضرر نمی‌تواند به‌معنای نفی ضرر غیرمتدارک باشد (به‌جهت اشکالات عده‌ای که بر نظریه ضرر غیرمتدارک وارد است که ذکر آن گذشت)؛ همچنین عنوان شد که به‌جهت همین اشکالات، شیخ انصاری این تعبیر از لاضرر را بدترین احتمالات این قاعده می‌داند.

الموجب للخيار كون المعاملة ضرريه مع قطع النظر عن ملاحظه حال الاشخاص المتعاملين و لذا حدوه بما لا يتغابن به الناس او بالزائد عن الثلث» (انصاری، ۱۳۸۰: ج ۵، ص ۱۷۰-۱۷۱) و متقابلاً بیان کرده است که ظاهر حدیث نفی ضرر که در ابواب فقه (عبادات) به آن تمسک شده، به لحاظ ضرر شخصی بوده و به عبارتی، وزان نفی ضرر در معاملات، نوعی و در عبادیات، شخصی است؛ و در نهایت نظر داده است: «والاظهر اعتبار الضرر المالي (ضرر نوعی) لانه ضرر فی نفسه من غير مدخلیه حال الشخص (همان)، یعنی مناط ضرر مالی است نه ضرر شخصی. حال این نکته قابل توجه است که چرا باید یک قاعده در دو مبحث (عبادات و معاملات) دو وزان داشته باشد: در یکی شخصی و در دیگری نوعی؛ مضاف بر اینکه نوعی بودن آن در ابواب معاملات بدین معنا است که ملاک، تخلف از شرط ضمنی (تعادل عوض و معوض) است، خواه متعاملین هر دو یا یکی از آنها فقیر و یا غنی باشند که در نتیجه نوعیت با شرط ضمنی سازگارتر است تا با قاعده نفی ضرر.

### ۳. شرط ضمنی

این نظریه را که مبنای خیار غبن شرط ضمنی است، عده‌ای از شارحان مکاسب (شیخ موسی خوانساری و میرزای نائینی) بیان کرده‌اند، بدین مضمون که از آنجا که زندگی انسان‌ها متوقف بر تبدیل اموال است و بنای متعاقدين بر تساوی عوض و معوض در ارزش و مالیت است، تساوی مناط تبدیل است و از آنجا که این بنا نوعی و به حسب عرف و عادت است، نفس اجرای عقد بین عوض و معوض خودبه‌خود مستلزم اشتراط تساوی آن دو در مالیت است به نحوی که اگر مغبون می‌دانست تساوی نیست، به معامله راضی نمی‌شد، پس این بنا بر تساوی صغرای قیاس است و کبرای آن این است که تخلف از بنا موجب عدم رضایت به معامله است و از آنجا که در بیع فضولی و بیع مکره ثابت شده که رضای لاحق مانند رضای سابق است، تخلف از بنا موجب بطلان بیع نمی‌شود بلکه شخص می‌تواند عقد و نتیجه آن را بپذیرد و یا آن را رد کند (حق فسخ). شیخ انصاری، هم در صغری و هم در کبری مناقشه کرده بدین

اقدام مغبون است که علم به ضرر داشته و اقدام کرده است نه ناشی از حکم (خوانساری، ۱۴۲۴ هـ.ق.: ج ۲، ص ۱۱۲).

**رابعاً.** طبق ماده ۴۲۱ ق.م.م، اگر کسی که طرف خود را مغبون کرده است، تفاوت قیمت بدهد، خیار غبن ساقط نمی‌شود مگر اینکه مغبون به اخذ تفاوت قیمت راضی شود. باید پرسید با مینابودن لاضرر، چرا دادن تفاوت قیمت مانع از انحلال نمی‌شود، با توجه به اینکه ضرر منتفی شده است؛ و به قول صاحب ریاض (طباطبایی، ۱۴۱۹ هـ.ق.: ج ۲، ص ۳۰۳)، با پرداخت تفاوت، اگر مبنای خیار غبن نفی ضرر باشد، باید خیار از بین برود. کاتوزیان با اینکه نظریه لاضرر را در مبنای خیار غبن ترجیح داده است اذعان دارد که اگر جبران ضرر مغبون مبنای خیار غبن باشد، این سؤال منطقی به نظر می‌رسد که چرا دادن تفاوت قیمت نتواند از انحلال قرارداد جلوگیری کند. اگر طرف قرارداد ضرر مغبون را به کمال جبران کند، چرا باید به او حق داد که قرارداد را به هم بزند؟ از نظر فنی، باقی ماندن خیار ممکن است قابل دفاع باشد، ولی نتیجه‌ای است که به دل نمی‌نشیند و زیانبار به نظر می‌رسد، به‌ویژه در جایی که غابن نیز از حقیقت آگاه نبوده باشد و اکنون با دادن تفاوت قیمت حسن نیت خود را ثابت کند، دادن خیار فسخ به مغبون منصفانه به نظر نمی‌رسد (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ج ۵، ص ۲۴۴). شیخ انصاری نیز در مکاسب آورده است: «فالمیقن من ثبوت الخیار له صورته الامتناع الغابن من البذل و لعل هذا هو الوجه فی استشکال العلامه فی التذکره فی ثبوت الخیار مع البذل والظاهران تدارک ضرر المغبون باحتمالین المذكورین اولی من اثبات الخیار له لان الزام الغابن بالفسخ ضرر لتعلق غرض الناس بما ینتقل لهم من اعواض اموالهم خصوصاً النقود و نقض الغرض ضرر و ان لم یبلغ حد المعاوضه لضرر المغبون» (انصاری، ۱۳۸۰: ج ۵، ص ۱۶۳-۱۶۲). سیدمحمد کاظم طباطبایی هم در حاشیه بر مکاسب، جبران ضرر مغبون پیش از فسخ را سبب سقوط خیار می‌داند ( طباطبایی، ۱۴۲۹ هـ.ق.: ج ۲، ص ۵۲۰).

**خامساً.** معیار در قاعده نفی ضرر در معاملات، ضرر نوعی است (ضرر مالی)؛ چنان که شیخ انصاری در مکاسب آورده است: «ان ظاهر الاصحاب و غیرهم ان المناط الضرر

پرداخت تفاوت قیمت دیگر این حق را از بین نمی‌برد و حکم لزوم عقد باز نمی‌گردد، به عبارت دیگر حق خیار مقدم است و پرداخت تفاوت قیمت مؤخر، و امر مؤخر مزیل حق مقدم نمی‌شود، درحالی‌که اگر لاضرر مبنای خیار غبن باشد، پرداخت قیمت دلیل بر بقای خیار نیست و به همین جهت گفته شده است: مبنای ماده ۴۲۱، استصحاب بقای خیار است و مفاد حکم با نظری تناسب دارد که براساس آن، خیار غبن به تخلف از شرط ضمنی درباره تعادل بهای دو عوض تحلیل شود (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۳۲۸ و ۱۳۷۶: ج ۵، ص ۱۳۳).

از طرف دیگر، ماده ۴۱۸ ق. م. هم که به موجب آن اگر مغبون درحین معامله عالم به قیمت عادلانه بوده باشد خیار فسخ نخواهد داشت، کاملاً با شرط ضمنی قابل توجیه است؛ چراکه دیگر نمی‌توان ادا کرد که مبنای توافق بر تعادل ارزش دو عوض بوده است ولی اگر لاضرر مبنای خیار غبن باشد، این سؤال باقی است که چرا ضرری که از این رهگذر به مغبون وارد شده است، جبران نشده باقی می‌ماند. ممکن است گفته شود اگر مبنای خیار غبن شرط ضمنی باشد، لازم‌آش آن است که خیار غبن از مصادیق خیار تخلف از شرط باشد حال آنکه در قانون مدنی، این دو خیار از یکدیگر جدا شده است (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ج ۵، ص ۲۴۴).

این ایراد بر شرط ضمنی در حالی بیان می‌شود که در مباحث مربوط به خیار عیب با پذیرش شرط ضمنی به‌عنوان مبنای خیار عیب آمده است: تفاوت احکام خیار عیب و تخلف از شرط نیز مانع از آن نیست که حق فسخ بر مبنای شرط ضمنی تحلیل شود، زیرا شرط ضمنی مربوط به سالم‌بودن مورد معامله، نوعی ویژه از شرط است که احکام خاصی دارد و این احکام مخصص قواعد کلی خیار تخلف از شرط قرار می‌گیرد. عین همین توجیه را می‌توان برای خیار غبن نیز ارائه کرد؛ زیرا: «حکم الامثال فی مایجوز و مالایجوز واحد»؛ از طرف دیگر، اگر همین اشکال فرضاً بر نظریه شرط ضمنی وارد باشد، درمقابل ایرادات و اشکالات وارد بر نظریه لاضرر-که ذکر آن رفت - قابل مقایسه نیست و از نظر حقوقی، پذیرش نظریه شرط ضمنی که ایراد کمتری دارد، به‌مراتب از مبنای لاضرر با آن همه مشکلات،

مضمون که وصف مذکور یعنی تساوی عوضین در مالیت فقط داعی است نه بیشتر و لذا داخل در التزام نیست تا اگر از آن تخلف شود مستلزم حق خیار باشد و در کبری مناقشه کرده به اینکه مادامی که در متن عقد ذکر نشده است تخلف از آن بنا موجب خیار نمی‌شود.

میرزای نائینی، در پاسخ، درباب منازعه صغروی آورده که داعی درواقع باعث و انگیزه معامله است که تخلف از آن ضرری به معامله نمی‌زند اما اگر شرط تساوی و بنا بر این شرط نوعی باشد، قید اراده بوده و داخل در التزام است و درباب منازعه کبروی نوشته که اگر قید و شرط در متن عقد اصلاً ذکر نشود (نه به‌اجمال و نه به‌تفصیل)، تخلف از آن موجب خیار نیست اما اگر به‌اجمال و به دلالت التزام اخذ شود، به‌منزله اخذ صریح است و از آنجا که بنا بر تساوی بنایی شخصی نیست تا از قبیل داعی باشد بلکه بنایی متعارف و نوعی است، درواقع به‌مثابه انشا به‌طور صریح در متن عقد است (خوانساری، ۱۴۲۴ هـ.ق. ج ۳، ص ۱۰۷-۱۰۸؛ خوانساری، ۱۳۶۴: ج ۳، ص ۱۵۶). بنابراین، خیار غبن نتیجه حکومت اراده یعنی مسئولیت قراردادی است نه نتیجه عیب اراده که ثمره آن بطلان است نه لاضرر که در مسئولیت قهری ریشه دارد.

نظریه شرط ضمنی در تحلیل شیخ در مکاسب از تساوی عوضین ریشه دارد که کمال مالیت را وصفی از مورد معامله می‌شمارد و رضا مقید به آن شده است.

در نهایت، دو اشکال بر شیخ وارد است که بر نظریه شرط ضمنی وارد نیست: اول اینکه رضای مغبون مبنی بر وجود وصف تساوی بین دو عوض حاصل است که با فقدان وصف نتیجه بطلان معامله است، دیگر اینکه اگر غبن بر اثر تخلف از وصف باشد به عین اختصاص می‌یابد و در کلی راه ندارد درحالی‌که تخلف از شرط ضمنی هر دو را در بر می‌گیرد.

### نتیجه‌گیری

ماده ۴۲۱ ق. م.، با نظریه شرط ضمنی قابل توجیه است؛ زیرا بر مبنای شرط ضمنی و خیار تخلف از شرط،

خوانساری، موسی. ۱۴۲۱ هـ ق. منیه الطالب. قم: مؤسسه نشر اسلامی.

سنهوری، عبدالرزاق. بی تا. نظریه العقد. بیروت: دارالفکر. طباطبایی، سیدعلی. ۱۴۱۹ هـ ق. ریاض المسایل. قم: مؤسسه نشر اسلامی.

طباطبایی، سیدمحمدکاظم. ۱۴۲۹ هـ ق. حاشیه بر مکاسب. طلیعه نور.

طوسی، محمد (شیخ). ۱۴۱۴ هـ ق. خلاف. قم: جامعه مدرسین. عاملی، حر. ۱۴۱۲ هـ ق. وسایل الشیعه. قم: مؤسسه آل البیت. علامه حلی. ۱۳۸۹ هـ ق. قواعد الاحکام در متن ایضاح الفوائد. قم: بی تا.

علامه حلی. بی تا. تذکره الفقهاء. بی جا: مکتبه الرضویه. فراهینی، ابونصر. ۱۴۰۲ هـ ق. نصاب البیان. تهران: مجمع علمی اسلامی.

کاتوزیان، ناصر. ۱۳۷۰. ضمان قهری و مسئولیت مدنی. تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.

کاتوزیان، ناصر. ۱۳۷۶. قواعد عمومی قراردادها. ج ۵. تهران: شرکت سهامی انتشار.

کاتوزیان، ناصر. ۱۳۸۲. قانون مدنی در نظم حقوق کنونی. تهران: میزان.

محقق حلی، جعفر. ۱۹۸۳ م. شرایع الاسلام. بیروت: دارالاضواء. محقق سبزواری، محمدباقر. ۱۳۸۲. کفایه الاحکام. قم: مؤسسه نشر اسلامی.

مراغه‌ای، میرفتاح. ۱۴۲۵ هـ ق. عناوین. قم: مؤسسه نشر اسلامی.

نجفی، حسن. ۱۹۸۱ م. جواهر الکلام. بیروت: دارالاحیاء.

نراقی، محمد مهدی. ۱۳۲۱ هـ ق. عواید الایام. بی جا: بی تا.

منطقی تر و با مواد منصوص حقوق مدنی سازگارتر است. بنابراین اگر شرط ضمنی به عنوان مبنای خیار پذیرفته شود، دیگر جایی برای استناد به قاعده لاضرر باقی نمی ماند، و معامله‌ای که بر مبنای شرط ضمن آن مغبون توانایی فسخ عقد را دارد، ضرری نیست و نیازی به دخالت قانون در آن احساس نمی شود، چرا که وسیله رهایی را در درون خود دارد، مضاف بر اینکه پیروی از مفاد تراضی، حکم نخستین هر عقد است در حالی که لاضرر وسیله اجرای حکم ثانوی است و در جایی که حکم نخستین قابل اعمال است، دیگر نوبت به حکم ثانوی نمی رسد (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ج ۵، ص ۲۴۳).

حاصل کلام آنکه در شروط فرقی نیست بین آنکه ضمنی باشد یا صریح؛ در هر دو حال، تخلف از آن موجب خیار است همچنان که در منیه به آن اشاره شده است (خوانساری، ۱۴۲۴ هـ ق: ج ۳، ص ۱۰۸).

## کتابنامه

قرآن کریم.

قانون مدنی.

انصاری، مرتضی. ۱۳۸۰. مکاسب. قم: قدس.

انصاری، مرتضی. بی تا. رسایل. قم: مؤسسه نشر اسلامی.

بجنوردی، سیدحسن. ۱۳۸۹ هـ ق. القواعد الفقهیه. آداب نجف.

جبعی عاملی، زین الدین. بی تا. مسالک الافهام فی شرح شرایع الاسلام. قم: دارالهدی.

جمال الدین مکی، محمد. ۱۴۰۶ هـ ق. دروس. قم: انتشارات صادقی.

خوانساری، سیداحمد. ۱۳۶۴. جامع المدارک. قم: مؤسسه اسماعیلیان.