

ارزیابی عوامل مؤثر در

تشخیص غبن فاحش و افحش*

□ محمدرضا کیخا^۱

□ حمید مؤذنی بیستگانی^۲

چکیده

پژوهش‌های انجام‌شده نشان می‌دهد که اگر یکی از متعاقدين، نسبت به اسقاط خيار غبن خود اقدام نماید، در صورتی که منظور او غبن فاحش بوده، خيار غبن افحش از او ساقط نمی‌شود. علاوه بر اینکه غبن افحش در قانون نیز نیامده است. بنابراین تشخیص و تمییز غبن فاحش از افحش (در رسیدگی منصفانه به دعاوی مطروحه) حائز اهمیت خواهد بود. برای نیل به این مقصود، ارزیابی عوامل مشخص‌کننده ضرورت پیدا می‌کند. یافته‌های این پژوهش که به روش توصیفی - تحلیلی انجام شده نشان می‌دهد که معیار عرف به صورت مطلق (آن‌چنان که در قانون مدنی ماده ۴۱۷ آمده) نمی‌تواند دقیق و خالی از خدشه برای تشخیص غبن فاحش از افحش باشد؛ چرا که عرف در تبیین مصادیق ضرر،

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۱/۱ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۲/۱۷.

۱. دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه سیستان و بلوچستان (نویسنده مسئول)
(kaykha@hamoon.usb.ac.ir).

۲. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه سیستان و بلوچستان (moazzeni62@gmail.com).

تمکن مالی متعاملین، زمان و مکان، شرایط معامله و ارزش مبیع را در نظر می‌گیرد. بنابراین نمی‌توان ضرر عرفی را بدون در نظر گرفتن حال متعاملین منظور نمود. لذا با تبیین و تفکیک بین ضرر مالی و ضرر حالی، بهترین ملاک برای تشخیص عرف است، آن هم نه عرف با در نظر گرفتن صرف ضرر مالی، بلکه عرف با در نظر گرفتن ضرر حالی می‌باشد؛ همچنان که به نظر می‌رسد ماده ۴۱۹ ق.م. مؤید همین نظر است. لذا پیشنهاد می‌گردد قانون‌گذار نسبت به تفصیل ماده ۴۱۷ این قانون اقدام نماید.

واژگان کلیدی: ضرر حالی، ضرر مالی، عرف، غبن فاحش، غبن افحش.

۱. مقدمه

غبن، یکی از مواردی است که به مقتضای آن، می‌توان از زیر بار تعهد به الزام که به مقتضای عقدی از عقود لازم، متوجه متعاقدین گردیده، خارج شد. در ماده ۴۱۶ قانون مدنی آمده است:

«هر یک از متعاملین که در معامله، غبن فاحش داشته باشد، بعد از علم به غبن، می‌تواند معامله را فسخ کند».

بنابراین غبن، در صورتی حق خیار را ثابت می‌کند که حداقل فاحش باشد. البته صریحاً گفته شده که چنانچه شخص مغبون، رضایت به غبن دهد، حق خیار از او ساقط می‌شود. نکته‌ای که محط نظر و دقت فقها و حقوق‌دانان واقع شده، این است که چنانچه شخص مغبون، به غبن فاحش رضایت دهد، اما سپس افحش بودن غبن، کشف شود، حق خیار او نسبت به مرتبه افحش ساقط نمی‌شود. حال با این پرسش اساسی مواجه می‌شویم که ملاک و معیار تشخیص غبن فاحش از افحش چیست؟ و نیز عوامل مؤثر در تشخیص غبن فاحش از افحش کدام است؟ جهت تشخیص و سنجش غبن فاحش از افحش، سه نظریه عمده ارائه شده است. برخی کسر معینی مثل یک سوم و یک‌دهم را ملاک قرار داده‌اند. مشهور فقها، عرف را با در نظر گرفتن صرف ضرر مالی، ملاک سنجش قرار داده‌اند. برخی دیگر از فقها، ضرر حالی را ملاک قرار داده‌اند. قانون مدنی بدون تفکیک بین ضرر حالی و ضرر مالی، به طور مجمل، عرف را ملاک تمییز قرار داده است. با توجه به مباحث گسترده‌ای که فقها در

مقام تمییز بین این دو دیدگاه در بحث خیار غبن ارائه نموده‌اند و نیز از آنجایی که تمییز بین این دو دیدگاه - علی‌رغم آنکه هر دو ملاک عرفی نامیده می‌شوند - به روشنی در نتیجه حکم، تأثیرگذار خواهد بود، به نظر می‌رسد تقیید و تصریح به آن در قانون مدنی ضرورت داشته باشد.

نوآوری این پژوهش

با توجه به اینکه در هیچ دلیلی به چنین مطلبی تصریح نشده و حتی سخنی از غبن افحش نیز در قانون و ادله نیامده است، ما در این تحقیق کوشیده‌ایم ادله اثبات و اسقاط خیار غبن و نیز تشخیص غبن فاحش را مورد واکاوی قرار دهیم تا بتوانیم از لسان ادله، ملاک اثبات و اسقاط و تشخیص را در مورد فاحش بودن غبن استظهار نماییم و آنگاه پس از کشف ملاک و مناط، به تسری آن نسبت به غبن افحش پردازیم و از این رهگذر بتوانیم ملاک تمییز غبن فاحش از افحش را کشف نماییم.

۲. پیشینه موضوع

در بحث خیار غبن مقالاتی ارائه شده است؛ از جمله: «بازپژوهی مفهوم غبن فاحش در فقه و حقوق ایران» (طباطبایی و اسعدی، ۱۳۹۲). در این مقاله از عرف به عنوان ملاک عرضه‌شده در فقه و حقوق موضوعه یاد شده است. معمولاً تحقیقات و مقالاتی که در این موضوع به رشته تحریر درآمده‌اند، پیرامون شناسایی ملاک وجود غبن و نیز ملاک فاحش بودن می‌باشند. لکن آنچه این مقاله را متمایز می‌سازد این است که ما در این مقاله کوشیده‌ایم با بررسی ادله اثبات خیار غبن، به شناسایی معیار سنجش غبن فاحش از افحش پردازیم.

۳. مفهوم‌شناسی واژگان

«خیار» اسم مصدر اختیار است (ابن اثیر جزری، ۱۳۶۷: ۹۱/۲). اختیار در لغت به معنای طلب خیر و انجام آن می‌آید و در اصطلاح به معنای توانایی بر انجام کاری بدون اکراه می‌باشد (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۳۰۱).

«غبن» به معنای نقص است. در لغت آمده است:

«عَبْنَهُ» به معنای «نَقَصَهُ» می‌باشد و «مَعْبُون» به کسی گفته می‌شود که از جهت ثمن یا از جهات دیگر، مورد نقص واقع شده است» (فیومی مقری، ۱۴۱۲: ۴۴۲/۲).

از آنجایی که اگر کسی ناآگاهانه، متحمل نقصی شود، فریب‌خورده خواهد بود،

غبن به معنای خدعه و نیرنگ نیز آمده است. از این رو گفته می‌شود:

«عَبْنَتْهُ فِي الْبَيْعِ»، به معنای «خَدَعَتْهُ» [فریب دادم او را] می‌باشد» (جوهری، ۱۴۱۰: ۲۱۷۲/۶).

«فحش» به معنای قبح است. لذا در لغت آمده است:

«فُحِشَ الشَّيْءُ فُحْشًا»، هم به لحاظ وزن و هم به لحاظ معنا نظیر «قَبِحَ» است و فاحش به هر چیزی گفته می‌شود که از حد تجاوز نماید. غبن فاحش را هم فاحش نامیدند، زیرا از نظایر خود افزون‌تر گشته است» (فیومی مقری، ۱۴۱۲: ۴۶۳/۲).

«أفحش» اسم تفضیل فاحش است. بنابراین چیزی افحش نامیده می‌شود که مقدار

تجاوزش از حد، بیش از فاحش باشد. با توجه به تبیین معنای لغوی واژگان می‌گوییم خیار غبن فاحش به لحاظ لغوی به معنای اختیاری است که به واسطه فریبی افزون از حد حاصل شده است. اما به لحاظ اصطلاحی، خیار غبن آن است که کسی در حالی که آگاه به قیمت نبوده، شیئی را بفروشد یا بخرد و به گونه‌ای غیر متداول، مبیع یا ثمن را دارای ارزشی پایین‌تر بیابد. در اینجا است که گفته می‌شود اگر مغبون، علم به غبن پیدا کند، خیار دارد (طوسی، ۱۴۰۸: ۲۳۷)؛ یعنی حق بر هم زدن معامله را دارد. بنابراین دو شرط اساسی در ظهور خیار غبن وجود دارد؛ یکی آگاه نبودن به قیمت، و دیگری آنکه فاحش و غیر قابل مسامحه باشد. به این دو شرط در قانون مدنی نیز اشاره شده است. در ماده ۴۱۸ قانون مدنی آمده است:

«اگر مغبون در حین معامله، عالم به قیمت عادلانه بوده است، خیار فسخ نخواهد داشت.»

در ماده ۴۱۶ آمده است:

«هر یک از متعاملین که در معامله، غبن فاحش داشته باشد، بعد از علم به غبن

می تواند معامله را فسخ کند».

در ماده ۴۱۷ در تفسیر غبن فاحش چنین آورده شده است: «غبن در صورتی فاحش است که عرفاً قابل مسامحه نباشد».

۴. ثمره تمییز بین غبن فاحش و افحش

با توجه به اینکه خیار غبن قابل اسقاط است، در اینجا به بررسی تأثیر فاحش یا افحش بودن غبن در اسقاط حق خیار می پردازیم. برای دانستن ثمره تمییز بین غبن فاحش و افحش باید بدانیم که اسقاط خیار، سه صورت دارد (سبحانی تبریزی، ۱۴۲۳: ۴۵):
صورت اول: گاهی شخص مغبون علی رغم علم به میزان غبن، نسبت به اسقاط حق خیار خود اقدام می کند. در این صورت قطعاً اسقاط حق خیار صحیح است (انصاری دزفولی، ۱۴۱۱: ۳۸۴/۲).

صورت دوم: گاهی شخص، جاهل به میزان غبن است، لکن به نحو کلی، حق خیار را - در هر مرتبه ای اعم از غبن فاحش و افحش - از خود اسقاط می نماید. این اسقاط نیز صحیح است (همان). برخی دلیل صحت اسقاط را در این دو مورد، تمسک به عمومیت «الناس مسلطون علی أموالهم» می دانند. بنابراین همان طور که مردم بر اموال خود مسلط هستند، بر حقوق خود نیز مسلط هستند (مامقانی، ۱۳۵۰: ۷۹).

صورت سوم: مغبون، جاهل به میزان غبن باشد و حق خیار را نسبت به مرتبه ای از غبن، از خود سلب کند، اما بعداً کشف خلاف شود و مشخص گردد که میزان غبن، بیش از این مراتب بوده است. به عبارت دیگر، حق خیار غبن را نسبت به غبنی که فاحش است، ساقط کند، لکن مشخص شود غبنی که متوجه وی شده، غبن افحش بوده است؛ مثلاً گمان می کرده که تفاوت قیمت، به میزان ده دینار است و به حسب همین تصور، حق خیار غبن را از خود اسقاط نماید، سپس مشخص شود که تفاوت، صد دینار بوده است. در این موارد، سقوط خیار غبن نسبت به غبن افحش، محل بحث بین فقها و حقوق دانان است.

شیخ انصاری در این باره دو وجه را تبیین می کند. وجه عدم اسقاط حق خیار

نسبت به غبن افحش، این است که گفته شود شخص مغبون، راضی به سقوط حق خود نسبت به این مقدار نبوده است و به عبارت دیگر، نسبت به اسقاط این حق، طیب نفس ندارد؛ نظیر آنجایی که شخصی گمان کند مورد دشنام و ناسزا از ناحیه دیگری واقع شده و با این تصور، حق عرض را از خود اسقاط کند، لکن بعداً مشخص شود که آنچه از ناحیه دیگری صورت گرفته، دشنام نبوده، بلکه قذف بوده است. در این صورت، حق عرض نسبت به قذف ساقط نخواهد بود. اما وجه اسقاط حق خیار نسبت به غبن افحش، این است که خیار، امر واحدی است که تعددپذیر نیست. بنابراین مثل دشنام و قذف نیست؛ چرا که دشنام و قذف، دو مرتبه مختلف از حق عرض را ثابت می‌کنند که با اسقاط یک حق، حق دیگر ساقط نمی‌شود، اما خیار، امر واحدی است که مسبب از مطلق تفاوت غیر قابل مسامحه است که اگر اسقاط شد، حقی دیگر باقی نمی‌ماند (انصاری دزفولی، ۱۴۱۱: ۳۸۴/۲).

در تأیید وجه اول گفته شده همان طور که به حکم قاعده «لا یحل مال امرئ مسلم إلا عن طیب نفسه»، مال مسلمان، جز به طیب نفس او حلال نخواهد شد، همچنین است حق مسلمان؛ یعنی «لا یحل حق مسلم إلا عن طیب نفسه». بنابراین حقی که مغبون، نسبت به غبن افحش دارد، به صرف رضایت او به اسقاط غبن فاحش، ساقط نخواهد شد (مامقانی، ۱۳۵۰: ۷۹).

در تضعیف وجه دوم می‌توان گفت:

اولاً: این انکار بدیهیات است؛ زیرا بی‌شک همان طور که اموال تبعض پذیرند، اغلب بلکه جمیع حقوق مالی تبعض پذیر هستند؛ مثلاً حق شفعه که برای یک خانه ثابت شده، نسبت به اجزای آن هم ثابت است. لذا اگر نصف خانه و یا اتاقی از آن فروخته شود، نسبت به همان جزء یا اجزاء، حق شفعه ثابت می‌شود؛ در حالی که اگر واقعاً حقوق مالی تبعض پذیر نبودند، لازم بود که حق شفعه نسبت به تمام خانه ثابت گردد. همچنین اسقاط حق شفعه تبعض پذیر است؛ یعنی با اسقاط جزئی از حق شفعه، همان جزء ساقط می‌گردد (همان).

ثانیاً: گرچه خیار، حقیقت واحدی است، لکن دارای افراد متعددی است. خیاری که به سبب غبن فاحش ایجاد شده، فردی است غیر از فردی که به واسطه غبن افحش

به وجود آمده است (رشتی گیلانی نجفی، ۱۴۰۷: ۴۲۹).

۴۸۳

بنابراین ثمره تمییز بین غبن فاحش و افحش در جایی آشکار می‌شود که شخص مغبون به گمان اینکه غبن فاحش وجود دارد، حق خیار خود را اسقاط کند، سپس مشخص شود که غبن، افحش بوده است که می‌گوییم در مقام اسقاط حق خیار، به همان مرتبه‌ای از غبن اکتفا می‌شود که هنگام اشتراط، مقصود بوده است. بنابراین اگر سقوط مرتبه خاصی از غبن شرط شده باشد، حق خیار نسبت به مرتبه بالاتر ساقط نخواهد شد (اصفهانی، ۱۴۲۲: ۳۴۹). البته برخی در اینجا تفصیل قائل شده‌اند به این بیان که اگر اسقاط، لباً معلق بر فاحش بودن تفاوت باشد، سپس افحش بودن آن مشخص شود، حق خیار نسبت به افحش باطل نمی‌شود؛ لکن اگر معلق بر غبن فاحش نباشد، بلکه از قبیل داعی باشد، حق خیار نسبت به افحش هم باطل می‌شود (حسینی سیستانی، ۱۳۹۰: ۴۸/۲).

به نظر می‌رسد این تفصیل، نظری متفاوت از همان وجه اول - که تقویت شد- نباشد؛ زیرا در جایی که مغبون، اسقاط حق خیار خود را معلق بر فاحش بودن غبن کرده باشد، در واقع به همان میزان غبن، رضایت و طیب نفس دارد. لذا اسقاط، به همان میزان معتبر است. لکن اگر به نحو داعی باشد، بدین معناست که به هر مرتبه‌ای از غبن رضایت داده است. پس اسقاط حق خیار نسبت به تمام مراتب - اعم از فاحش و افحش - معتبر و نافذ خواهد بود.

۵. ملاک و مناط تمییز بین غبن فاحش و افحش

گفته شد که ثمره تمییز قائل شدن بین غبن فاحش و افحش در جایی ظاهر می‌شود که شخص مغبون، حق خیار غبن را از خود اسقاط نماید. در این صورت، اگر غبن افحش باشد، حق خیار نسبت به آن ساقط نمی‌شود. البته به این نکته نیز باید توجه داشت که حتی خود غبن فاحش هم می‌تواند مراتبی داشته باشد که با اسقاط حق خیار نسبت به مرتبه پایین‌تر، حق خیار نسبت به مرتبه شدیدتر ساقط نمی‌گردد.

در اینجا به شناسایی ملاک و معیاری می‌پردازیم که به مقتضای آن بتوان ادعا کرد که شخص مغبون حین اسقاط حق خود، صرفاً غبن فاحش را مدنظر داشته است. تنها

در این صورت است که ثمره بحث ظاهر می‌شود و می‌توان حکم به عدم اسقاط حق خیار نسبت به مرتبه افحش نمود. در تبیین و تحلیل همین نکته است که می‌گوییم قصد و آگاهی، دو عنصر مهم در حصول این ثمره هستند. بنابراین اگر شخص مغبون، آگاهی به میزان غبن خود نداشته باشد و اقدام به اسقاط حق خیار خود کند، سپس بفهمد که غبن او افحش بوده نه فاحش، حق خیار او نسبت به غبن افحش ساقط نخواهد شد (انصاری دزفولی، ۱۴۱۱: ۳۸۴/۲). از این رو فقها بر این باورند که اسقاط خیار به میزانی معتبر است که مقصود شخص مغبون بوده است و در سقوط خیار به درجه‌ای اکتفا می‌شود که مقصود مغبون بوده است (موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۳: ۳۶۸/۱). از این رو اگر غبن، بیش از متعارف و بیش از مقداری است که خریدار احتمال می‌داده، خیار باقی است (منتظری نجف‌آبادی، ۱۴۳۱: ۲۳۴/۳) و اساساً ادعای غبن از ناحیه کسی که اهل خبره و آگاه به قیمت می‌باشد، مسموع نیست (ابن براج طرابلسی، ۱۴۰۶: ۳۶۱/۱). بنابراین: «سقوط غبن، مولود قصد طرفین در حین اشتراط می‌باشد. بنابراین چنانچه شرط شود که مرتبه معینی از غبن ساقط گردد، مانند یک‌هشتم قیمت، و بعداً معلوم شود که غبن، بیش از آن است، مثلاً یک‌پنجم، خیار ساقط نمی‌گردد. همچنین هر گاه شرط شود که خیار غبن اگرچه فاحش باشد، ساقط شود، در صورتی خیار مزبور ساقط می‌گردد که در حین معامله، احتمال آن را می‌داده‌اند. بنابراین هر گاه غبن بیش از آن مقدار باشد، یعنی افحش، آن خیار ساقط نشده و مغبون می‌تواند معامله را فسخ نماید؛ مثلاً هر گاه مالی را کسی بخرد به ده هزار ریال، به تصور آنکه در چنین معامله‌ای هر گاه مغبون باشد، بیش از سه هزار ریال مغبون نخواهد بود، بدین جهت مشتری مزبور غبن فاحش خود را ضمن عقد ساقط می‌نماید و بعداً کشف می‌شود که چهار هزار ریال مغبون است، خیار غبن مشتری ساقط نشده و می‌تواند معامله را بر هم زند» (امامی، بی‌تا: ۵۰۰/۱).

۶. ادله شرعی اثبات خیار غبن

در اینجا به واکاوی ادله اثبات خیار غبن می‌پردازیم تا شمول آن‌ها را نسبت به مواردی که غبن فاحش اسقاط شده، لکن غبن افحش وجود دارد، استنتاج نماییم؛ بدین معنا که اگر مغبون، غبن فاحش را ساقط کرد، حق خیار او نسبت به غبن افحش

همچنان محفوظ است. به عبارت دیگر، دقیقاً به همان ادله‌ای که اصل خیار غبن در صورت وجود غبن فاحش ثابت می‌شود، می‌توانیم وجود خیار غبن را در موردی که غبن فاحش اسقاط شده، لکن غبن فاحش وجود دارد، اثبات نماییم.

۶-۱ بنای عقلا

هر خریدار و فروشنده یا موجر و مستأجری که اقدام به بیع، اجاره و امثال آن و توافق بر معامله‌ای می‌کنند، در ضمیر خود این نیت و قصد را دارند که ثمن، مساوی با ثمن و یا نزدیک به آن باشد؛ به گونه‌ای که اگر مطلع شوند تفاوت قابل توجهی بین ثمن و مثن وجود دارد، اقدام به معامله نخواهند کرد. این التزام طرفینی حتی اگر تلفظ نشود و یا در متن عقد نیاید، از قیود مفهومی و مدلول قرائن لفظیه و حالیه خواهد بود. چانه‌زنی‌ها و پرس‌وجوهای مختلفی که درباره قیمت صورت می‌گیرد، همگی به همین منظور و در همین راستا بوده و بهترین گواه بر این مدعاست که معامله با این پندار صورت گرفته که ثمن و مثن، برابر و مساوی هستند. از این رو حتی نیازی نیست که این قید صریحاً ذکر شود؛ دقیقاً نظیر قید وصفِ صحت که اصلاً نیازی به ذکر آن در متن عقد نیست و اگر کشف عیب شود، حکم به جواز ردّ می‌شود و کسی حق ندارد اعتراض کند که وصف صحت، قید نشده بود؛ زیرا بدیهی است که قید، زمانی در متن یا لفظ اخذ می‌شود که مفهوم نباشد، لکن در جایی که از قرائن و شواهد، وجود قیدی واضح باشد، نیازی به ذکر و تصریح به آن نیست (سبحانی تبریزی، ۱۴۲۳: ۳۶). این مطلب در قانون مدنی نیز مورد اشاره واقع شده است. در ماده ۲۲۵ آمده است:

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

در واقع، این بنای عرفی و عقلایی می‌تواند به عنوان شرط ضمنی در مسئله به شمار آید.

۶-۲ قاعده لاضرر

شیخ انصاری استدلال به قاعده لاضرر را از قوی‌ترین ادله در این مقام می‌داند و معتقد است:

«لزوم بیعی که در آن، غبن وجود دارد و نیز عدم تسلط مغبون بر فسخ، ضرر وارد کردن بر مغبون است؛ پس باید منتفی باشد. حاصل دلیل لاضرر این است که شارع، حکمی که در آن ضرر باشد، صادر نکرده و اجازه نداده که برخی مسلمانان به برخی دیگر، ضرر وارد آورند. لذا تصرفاتی را که موجب ضرر شود، امضا نکرده است. حتی می‌توان به این حدیث، جهت اثبات متزلزل بودن هر عقدی که لازم بودن آن، موجب ضرر بر ملزم علیه شود، تمسک کرد؛ خواه ضرر به جهت غبن باشد یا نباشد؛ خواه در بیع باشد یا نباشد» (۱۴۱۵: ۱۶۱/۵).

۳-۶. نهی از اکل مال به باطل

جهت اثبات خیار در عقود غبنی به آیه «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ» (نساء/ ۲۹) استدلال شده است. به حکم این آیه، چنانچه بایع فریبکاری نموده و مثلاً آنچه را که یک درهم می‌ارزد، به ده درهم بفروشد و از طرفی مشتری فریب خورده پس از آگاهی از غبن خود، مسلط بر رد معامله نباشد، مصداق اکل مال به باطل خواهد بود. بله، اگر پس از آگاهی از غبن، رضایت به غبن موجود دهد، اکل مال به باطل نخواهد بود (همان: ۱۵۹/۵).

۴-۶. استدلال به روایات

قبلاً گفتیم که نص خاصی درباره خیار غبن وارد نشده است. لکن اشاراتی نسبت به این مطلب در روایات شده است که در اینجا به ارائه برخی از آنها می‌پردازیم.

۱- روایتی از ابوهریره در منابع اهل سنت وارد شده که پیامبر ﷺ از رفتن به استقبال کاروان‌های تجاری که هنوز به شهر نرسیده‌اند، نهی کرد و اگر کسی چنین می‌کرد، برای صاحب متاع پس از آنکه وارد بازار می‌شد [و از قیمت مطلع می‌شد]، حق خیار قرار می‌داد (طوسی، ۱۴۰۷: ۱۷۳).

۲- اسحاق بن عمار از امام صادق علیه السلام نقل کرده که حضرت فرمود: «مغبون ساختن مسترسل، حرام است» (کلینی، ۱۴۰۷: ۱۵۳/۵) استرسال به معنای انس گرفتن و اعتماد کردن به سخن است و مسترسل به کسی گفته می‌شود که به سخن دیگری اعتماد کرده و با او انس گرفته است. بنابراین حاصل فرمایش امام، این است که فریب دادن و مغبون ساختن کسی که به سخن طرف مقابل اعتماد کرده، حرام است.

۳- امام صادق علیه السلام فرمود: «فریب دادن مؤمن حرام است» (همان).

در رد دلالت این دو خبر اخیر و اثبات غیر تام بودن استدلال به آن‌ها بر اثبات حق

خیار، گفته شده است:

«غبن، یا به معنای مصدری می‌آید یا به معنای همان مقدار زیادتی که از راه بیع غبنی حاصل شده است. به معنای اول دلالت بر حرمت خود عمل می‌کند و بر طبق معنای دوم، دلالت بر حرام بودن همان زیادی می‌کند. به هر حال دلالتی بر صحت معامله و جواز آن نمی‌کند» (سبحانی تبریزی، ۱۴۲۳: ۴۰).

حاصل تمامی ادله مذکور - اعم از بنای عقلا، قرآن و روایات - این است که در صورت وجود غبن، مال مغبون بدون رضایت و طیب نفس او به طرف مقابل تحویل شده و در یک کلام، شخص مغبون راضی به این انتقال نیست؛ پس لازم است که حقی برای او در راستای بر هم زدن معامله محفوظ باشد. دقیقاً همین ادله در موردی که شخص مغبون، حق خیار را نسبت به غبن فاحش اسقاط کرده، لکن کشف غبن افحش شود، جاری است؛ در نتیجه حق خیار نسبت به غبن افحش ساقط نخواهد شد.

۷. ادله شرعی اسقاط خیار غبن

قبلاً دانستیم که خیار غبن از حقوق قابل اسقاط است. اسقاط خیار غبن بر چهار قسم است: ۱- اسقاط در متن عقد، ۲- اسقاط بعد از عقد و قبل از ظهور غبن، ۳- اسقاط بعد از عقد و بعد از ظهور غبن، ۴- تصرف مغبون در مبیع بعد از علم به غبن (همان: ۴۴). ماده ۴۴۸ قانون مدنی صریحاً ابراز می‌دارد:

«سقوط تمام یا بعضی از اختیارات را می‌توان در ضمن عقد شرط نمود».

نیز در ماده ۴۱۶ آمده است:

«هر یک از متعاملین که در معامله، غبن فاحش داشته باشد، بعد از علم به غبن می‌تواند معامله را فسخ کند».

فقها درباره حکم صحت اسقاط خیار در موارد مذکور، مباحث مفصلی ارائه نموده‌اند که می‌توان ملاک صحت را در تمام مواردی که حکم به صحت می‌شود، در

رضایت آگاهانه و طیب نفس مغبون دانست. بنابراین در مواردی که اسقاط حق خیار، همراه با طیب نفس و آگاهی مغبون باشد، حکم به صحت اسقاط می‌شود؛ وگرنه اسقاط باطل خواهد بود. از همین روست که فقها حتی در آنجایی که ظهور غبن شده باشد، می‌گویند:

«در صورتی که مغبون، آگاه به میزان غبن باشد و یا اگر جاهل است، به طور کلی رضایت به اسقاط تمام مراتب غبن - اعم از فاحش و افحش - دهد، اسقاط صحیح است. اما اگر جاهل به میزان غبن باشد و رضایت به اسقاط حق خیار دهد، باید بینیم که مقصود او چه بوده و به عبارت دیگر، به چه چیزی رضایت داده است؟ چنانچه رضایت او به سقوط خیار غبن از مرتبه افحش نباشد، حکم به اسقاط خیار نمی‌شود» (همان).

به همین جهت است که در رأی شعبه یک دیوان عالی کشور به تاریخ ۱۳۹۲/۱۱/۲۰ و به شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۶۱۰۰۹۶۲، در جایی که خواهان، کافه خیارات و غبن فاحش ولو به هر درجه‌ای را ساقط کرده و سپس ادعای غبن افحش نموده است، به نفع خواهان رأی صادر شده است.

سیدحسن امامی در این باره معتقد است که در ضمن عقد می‌توان شرط نمود چنانچه یکی از طرفین مغبون باشد، خیار او ساقط گردد، و یا آنکه شرط شود که حق خیار ایجاد نشود. همچنین می‌توان ضمن عقد شرط نمود که به مبلغ معینی، حق خیار غبن ساقط گردد و یا به وجود نیاید؛ زیرا طبق ماده ۱۰ قانون مدنی: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است».

و سقوط غبن، مولود قصد طرفین در حین اشتراط می‌باشد. بنابراین چنانچه شرط شود که مرتبه معینی از غبن ساقط گردد، مانند یک هشتم قیمت، و بعداً معلوم شود که غبن بیش از آن است، مثلاً یک پنجم، خیار ساقط نمی‌گردد. همچنین هر گاه شرط شود که خیار غبن اگرچه فاحش باشد، ساقط شود، در صورتی خیار مزبور ساقط می‌گردد که در حین معامله احتمال آن را می‌داده‌اند. بنابراین هر گاه غبن بیش از آن مقدار باشد، یعنی افحش، آن خیار ساقط نشده و مغبون می‌تواند معامله را فسخ نماید؛ مثلاً هر گاه

کسی مالی را به ده هزار ریال بخرد، به تصور آنکه در چنین معامله‌ای هر گاه مغبون باشد، بیش از سه هزار ریال مغبون نخواهد بود، بدین جهت مشتری مزبور غبن فاحش خود را ضمن عقد ساقط می‌نماید و بعداً کشف می‌شود که چهار هزار ریال مغبون است، خیار غبن مشتری ساقط نشده و می‌تواند معامله را بر هم زند (امامی، بی‌تا: ۵۰۰/۱).

می‌بینیم که ملاک نافذ بودن اسقاط خیار از طرف مغبون، علم و قصد اوست؛ چراکه بدون علم و قصد نمی‌توان حکم به رضایت و طیب نفس نمود. باز در آنجایی که سخن از صلح نمودن حق خیار به میان می‌آید، می‌نویسد:

«خیار غبن پس از علم به مقدار غبن می‌تواند مورد صلح قرار گیرد؛ همچنانی که با جهل به مقدار آن صلح صحیح است. در صورتی که پس از صلح کشف شود که مقدار غبن بیش از آن است که تصور می‌شده، صلح باطل خواهد بود» (همان).

حتی برخی فقها درباره تصرف مغبون در مبیع نیز معتقدند:

«هر تصرفی به معنای اسقاط خیار نخواهد بود، بلکه قدر متیقن از آن صرفاً تصرفی است که کاشف از رضایت مغبون به بیع باشد. تنها در این صورت است که تصرف، موجب اسقاط خیار می‌شود. دلیل آن هم عموم تعلیل در صحیح‌ه علی بن رثاب است که امام فرمود اگر مشتری تصرفی در مبیع کند، خیار او از بین می‌رود؛ زیرا تصرف وی نشانه رضایت اوست» (کلینی، ۱۴۰۷: ۱۶۹/۵).

مراد از تصرف در این روایت، تصرفی است که کاشف از رضایت شخصی یا نوعی باشد. اما اگر بعد از علم به غبن تصرفی کند که کاشف از التزام شخصی یا نوعی به مبیع نباشد، ظاهراً همچنان حق خیار باقی است؛ زیرا مقتضی که ادله خیار باشد، باقی است و مقیدی نیز وجود ندارد، چون تعلیل در این روایت فقط اشاره به صورتی دارد که شخص مغبون، رضایت به اسقاط خیار داشته باشد (سبحانی تبریزی، ۱۴۲۳: ۴۷). مطابق ماده ۴۵۰ قانون مدنی نیز:

«تصرفاتی که نوعاً کاشف از رضای به معامله باشد، امضای فعلی است؛ مثل آنکه مشتری که خیار دارد، با علم به خیار، مبیع را بفروشد یا رهن بگذارد».

خلاصه اینکه اگر مغبون، رضایت به اسقاط خیار غبن داد، الزاماً سقوط تمام مراتب غبن بر آن مترتب نخواهد شد؛ بلکه صرفاً مرتبه‌ای از غبن ساقط می‌شود که مورد

رضایت و قصد آگاهانه شخص مغبون بوده است. رضایتی که از سر اشتباه باشد، نافذ نیست؛ همان طور که در ماده ۱۹۹ از فصل دوم قانون مدنی که پیرامون شرایط اساسی صحت معامله است، در تبیین رضایت معتبر در صحت معاملات آمده است: «رضای حاصل در نتیجه اشتباه یا اکراه، موجب نفوذ معامله نیست».

در وجه عدم نفوذ رضایت غیر آگاهانه مغبون می توان گفت: «همان طور که "لا یحل مال امرئ مسلم إلا بطیب نفسه"، همچنین باید بگوییم: "لا یحل حق امرئ مسلم إلا بطیب نفسه"» (مامقانی، ۱۳۵۰: ۷۹).

بنابراین خیار - که حقی به نفع شخص مغبون است - تنها در صورتی حلال می شود و به عبارت دیگر، به نفع دیگری قابل اسقاط می شود که همراه با طیب نفس مغبون باشد. اگر ملاک اسقاط حق خیار، رضایت آگاهانه و طیب نفس مغبون باشد، می توان حکم به تمیز و ظهور ثمره بین غبن فاحش و افحش نمود. بنابراین اگر مغبون، به اسقاط حق خیار غبن رضایت داده، ولی این رضایت او همراه با جهل بوده است، یعنی مغبون، عالم به میزان غبن نبوده و به اسقاط حق خیار خود رضایت داده است، سپس مشخص شود که با غبن افحش مواجه بوده است، دلیلی بر اسقاط حق خیار نسبت به غبن افحش وجود ندارد.

۸. تفاوت غبن فاحش و افحش و معیار سنجش آنها

غبن، حداقل دارای سه مرتبه است: مرتبه اول، مقدار غبنی است که عرفاً و عادتاً قابل تحمل است؛ مرتبه دوم، غبنی است که از حد تجاوز نماید که این مرتبه از غبن را غبن فاحش گویند؛ مرتبه سوم، مرتبه ای است که از حد غبن فاحش هم فزون تر گردد که این مرتبه را غبن افحش گویند. اما آنچه مهم است آن است که بینیم مرز بین غبن فاحش و افحش چیست؟ با چه ملاکی می توان به یک درجه از غبن، غبن فاحش و به درجه بالاتر آن، غبن افحش گفت؟ در راستای پاسخ به این سؤال، ابتدا نظریات مختلف را در این باب ارائه نموده، در نهایت، ضمن ارائه نظریه برگزیده، به طرح مباحثی پیرامون آن می پردازیم.

۹. نظریات فقها در باب تبیین معیار سنجش غبن فاحش و افحش

قبل از بیان دیدگاه فقها، ذکر این نکته لازم است که این بیانات، ناظر به تشخیص غبن فاحش است. لکن از آنجایی که قبلاً گفتیم عمدتاً مستندات تشخیص اصل غبن و تمیز بین غبن فاحش و افحش و مناط و ملاکات آنها واحد است، لذا همین مناطات به عنوان ملاک تمیز غبن فاحش از افحش نیز شناخته می‌شوند.

۹-۱. نظریه اول: معیار بودن عرف با در نظر گرفتن ضرر مالی

مقصود از ضرر مالی - در مقابل ضرر حالی - ضرری است که با قطع نظر از حال متبایعین در نظر گرفته شود. شیخ انصاری کلام فقهای شیعه را ظاهر در این نظریه می‌داند و خود نیز همین نظریه را برمی‌گزیند. نظر به اهمیت بحث، عین عبارات شیخ انصاری را در این باره نقل می‌کنیم. ایشان پس از بیان دو شرط خیار غبن تحت عنوان: «مسألة: یشرط فی هذا الخیار أمران: ... الأول: عدم علم المغبون بالقیمة... الشرط الثانی: کون التفاوت فاحشاً» (انصاری دزفولی، ۱۴۱۵: ۱۶۶/۵).

به بیان مطلبی با عنوان «بقی هنا شیء» می‌پردازد و در مقام پاسخ به این پرسش برمی‌آید که مناط ضرر، آیا ضرر مالی است یا ضرر حالی؟ وی در این باره می‌نویسد:

«أنّ ظاهر الأصحاب وغيرهم أنّ المنطقتین فی الضرر الموجب للخیار کون المعاملة ضرریةً مع قطع النظر عن ملاحظة حال أشخاص المتبایعین؛ ولذا حدّوه بما لا یتغابن به الناس أو بالزائد علی الثلث، كما عرفت عن بعض العامة»: ظاهر اصحاب و دیگران آن است که مناط در ضرری که موجب خیار می‌گردد، این است که معامله با قطع نظر از ملاحظه حال اشخاص متبایعین ضرری باشد و به همین جهت است که در مقام بیان حد ضرر گفته‌اند ضرر آن است که آدمیان به چنان خسارتی تن ندهند و یا می‌بینیم که برخی عامه، کسر ثلث را حد ضرر دانسته‌اند.

ایشان در ادامه، ظهور حدیث نفی ضرر را در این می‌داند که ضرر نسبت به شخص واقع، لحاظ گردد. دلیل این ظهور را هم استظهار فقها در مقام استناد به این حدیث می‌داند؛ چرا که فقها با استناد به این حدیث فتوا داده‌اند که خریدن آب وضو به مبلغ گزاف، بر مکلفی که در معرض ضرر قرار گیرد، واجب نیست، اما بر مکلف دیگر که

در معرض ضرر قرار نگیرد، واجب است؛ در حالی که بی‌شک خریدن آب به بهای بالاتر از ثمن‌المثل، در حق همگان معامله ضرری است.^۱ ایشان پس از بیان مطالب مذکور چنین جمع‌بندی می‌کند:

«والحاصل: أنّ العبرة إن كان بالضرر المالیّ لم يجب شراء ماء الوضوء بأضعاف قيمته، وإن كانت بالضرر الحالّیّ تعین التفصیل فی خيار الغبن بین ما یضرب بحال المغبون وغيره»؛ حاصل اینکه اگر ملاک را ضرر مالی بدانیم، خریدن آب برای وضو به قیمت بالاتر، مطلقاً واجب نیست؛ و اگر ملاک را ضرر حالی بدانیم، باید قائل به تفصیل بین افراد مختلف بشویم.

وی در نهایت اعتبار ضرر مالی را برگزیده، می‌نویسد:
«والأظهر اعتبار الضرر المالیّ؛ لأنّه ضررٌ فی نفسه من غیر مدخلیّة لحال الشخص»
(همان: ۵/۱۷۰-۱۷۱)؛ اظهر اعتبار ضرر مالی است؛ زیرا ضرری که ملاک است، ضرر بدون دخالت حال شخصی افراد است.

۲-۹. نظریه دوم: معیار بودن عرف با در نظر گرفتن ضرر حالی

برخی از فقها این نظریه را ارائه و تقویت نموده‌اند. آیه‌الله سبحانی از قائلان به این نظریه است (سبحانی تبریزی، ۱۴۲۳: ۴۳).

۱۰. دیدگاه مختار

دیدگاه مختار را پس از بیان دو مقدمه ارائه می‌کنیم. مقدمه اول به بیان جایگاه عرف، و مقدمه دوم به بیان پاره‌ای از عوامل مؤثر در تشخیص و ارزیابی‌های عرفی نسبت به تحقق غبن اختصاص دارد.

۱-۱۰. مقدمه اول

هر متکلمی که مطلبی را بیان می‌کند، چنانچه مقصود خود را از واژگان استعمال شده بیان کند، به همان تفسیری که وی ارائه کرده، مراجعه می‌شود، وگرنه میزان و معیار

۱. «وظاهر حدیث نفی الضرر ملاحظه الضرر بالنسبة إلى شخص الواقعة؛ ولذا استدلوا به علی عدم وجوب شراء ماء الوضوء بمبلغ كثير إذا أضرب بالمكلف ووجوب شرائه بذلك المبلغ علی من لا یضرب به ذلك، مع أنّ أصل شراء الماء بأضعاف قيمته معاملةً ضرریة فی حقّ الكل».

تفسیر موضوعات کلام وی، عرف خواهد بود. این مطلب در رابطه با خطابات شارع نیز صدق می‌کند. بنابراین مفاهیم و عناوینی که موضوع ادله قرار می‌گیرند، چنانچه توسط شارع تفسیر نشده باشند، به وسیله عرف تفسیر می‌شوند (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۸: ۴۰۹).
بنابراین:

«تنها میزان و معیار جهت شناخت موضوعاتی که در منطقه الفراغ قرار دارند و نصی به غرض تبیین آنها وارد نشده است، عرف می‌باشد» (سبحانی تبریزی، ۱۳۸۳: ۱۰۸).

از همین روست که «التعین بالعرف کالتعین بالنص» (همان) و نیز معروف است که «الثابت بالعرف کالثابت بالنص» (همان).

بنابراین در موردی که هیچ دلیلی بر تبیین حدود و ثغور نهاد غبن و معیار سنجش فاحش از افحش وجود ندارد، باید به عرف مراجعه کرد. از این رو در ماده ۴۱۷ قانون مدنی آمده است: «غبن در صورتی فاحش است که عرفاً قابل مسامحه نباشد». به عبارت دیگر، همان طور که مطابق ماده ۲۲۴ قانون مدنی که می‌گوید: «الفاظ عقود، محمول است بر معانی عرفیه»، و جهت تشخیص خود الفاظ معاملات به عرف مراجعه می‌کنیم و نیز همان طور که در تشخیص اصل غبن و مغبنیت نیز به عرف مراجعه می‌کنیم، آن‌چنان که در ماده ۴۱۷ قانون مدنی به آن اشاره شده است، دقیقاً به همان دلیل، میزان تمیز بین غبن فاحش و افحش را نیز مراجعه به عرف می‌دانیم.

۱۰-۲. مقدمه دوم

پس از آنکه دانستیم اولاً ملاک تشخیص غبن فاحش عرف است و ثانیاً با کشف و بیان ملاک و مناط غبن فاحش توانستیم مناط مذکور را به غبن افحش نیز تسری دهیم تا از آن در جهت تشخیص غبن فاحش نیز استمداد بجوئیم، لازم و ضروری است که به بیان برخی از مؤلفه‌ها و عوامل ارزیابی و تشخیص عرفی جهت شناسایی و تشخیص افحش بودن غبن پردازیم تا ببینیم آیا ضرر عرفی، ملاکات عمومی و نوعی - با قطع نظر از حال متبایعین- دارد یا اینکه عرف، جهت حکم کردن به تحقق عرفی موضوع، عوامل شخصیه را نیز ملاک قرار می‌دهد؟ جهت پاسخ به این پرسش، به بیان پاره‌ای از عوامل تشخیص و ارزیابی عرفی می‌پردازیم. برخی از عوامل ارزیابی عبارت‌اند از:

۱۰-۳. حال متعاقدين

گاه یکی از طرفین به لحاظ تمکن مالی و شرایط خاصی که دارد، به گونه‌ای است که کسری از ضرر برای او فاحش و یا افحش محسوب می‌شود؛ در حالی که ای بسا همان کسر برای شخص دیگر که به لحاظ موقعیت اجتماعی وضعیت بهتری دارد، ضرر و غبن فاحش یا افحش محسوب نگردد. بنابراین بر قاضی لازم است که در صدور حکم، حال متعاقدين را مورد واکاوی و بررسی قرار دهد.

۱۰-۴. زمان و مکان

گاه ضرر مالی در یک زمان خاص، غبن فاحش یا افحش شمرده می‌شود؛ اما ای بسا در زمانی دیگر چنین نباشد.

۱۰-۵. شرایط معامله

گاه معامله با شرایطی انجام شده که از دست دادن کسری از مبلغ، غبن فاحش یا افحش شمرده نمی‌شود؛ در حالی که ممکن است در شرایط متفاوت، همان کسر، غبن فاحش شمرده شود. همچنان که ماده ۴۱۹ قانون مدنی برای مشخص کردن مقدار غبن، شرایط معامله را ملاک قرار داده است.

۱۰-۶. قیمت مبيع

گاه از دست دادن مبلغ خاصی نسبت به یک مثنی، غبن فاحش شمرده می‌شود، مثلاً شخصی که تلفن همراه سه میلیون تومانی را یک میلیون تومان گران‌تر خریداری نموده، مغبون واقع شده است؛ اما همین مبلغ یک میلیون تومان در یک معامله یک میلیارد تومانی اصلاً مورد التفات واقع نمی‌شود.

خلاصه اینکه عرف در تبیین مصادیق ضرر، احوال اشخاص بلکه نوع مبيع و حتی زمان و مکان و شرایط مختلف آن را در نظر می‌گیرد. لذا نمی‌توان ضابطه کلی ارائه نمود؛ زیرا اختلاف مبيع از جهت کمیاب بودن و نبودن و نیز اختلاف زمان و مکان در نظر عرف تأثیر دارد؛ مثلاً چه بسا تفاوتی اندک در زمان فراوانی محصول، تفاوتی یسیر و غیر قابل توجه محسوب شود، اما همان تفاوت در سال قحطی و کمیابی، تفاوتی

چشمگیر و فاحش به شمار آید. همچنان که کمیابی یا فراوانی محصول می‌تواند در نظر عرف پیرامون فاحش یا غیر فاحش بودن تفاوت تأثیرگذار باشد. از این رو در تمام این موارد، بهتر است به نظر عرف مراجعه شود. در این باره به استظهاری استناد می‌کنیم که خود شیخ انصاری در ابتدا از حدیث لاضرر داشت. ایشان ظاهر حدیث لاضرر را ملاحظه ضرر نسبت به شخص واقعه می‌داند نه با قطع نظر از آن، و در این باره می‌نویسد نظر به اینکه این حدیث، ظاهر در ملاحظه ضرر نسبت به شخص واقعه است، با تمسک به این حدیث گفته شده که خریدن آب برای وضو به قیمت گزاف، برای مکلفی که خرید موجب اضرار به او می‌شود، واجب نیست، اما برای مکلفی که خرید، موجب اضرار به او نمی‌شود، واجب است؛ حال آنکه اصل خریدن آب به قیمت گزاف، در حق همگان معامله‌ای ضرری خواهد بود (انصاری دزفولی، ۱۴۱۵: ۱۷۰/۵). بنابراین در مقام قضاوت و صدور حکم مبنی بر مغبون بودن شخص، بررسی و واکاوی جهات مذکور ضروری است و نمی‌توان ضرر عرفی را بدون در نظر گرفتن حال متعاملین منظور نمود. حتی می‌توان ادعا کرد که هدف قانون‌گذار نیز با اصلاحیه ماده ۴۱۷ قانون مدنی مصوب ۱۳۶۱، رسیدن به همین منظور بوده است؛ چرا که در ماده ۴۱۷ سابق، تفاوت قیمت بیش از یک پنجم را ملاک غبن فاحش می‌دانست، در حالی که قانون بعدی، معیار را تشخیص عرف می‌داند که به زعم کاتوزیان، مزیت آن نسبت به قبل در این است که اگر در معامله‌ای، تفاوت قیمت بیش از یک پنجم هم باشد و عرف آن را غبن فاحش نداند، خیار فسخ در آن راه ندارد (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۲۱۳/۵) و این به معنای توجه کردن به عوامل گفته‌شده در بالا و توجه داشتن به حال متعاملین است. اگرچه این ماده تصریح به این شرایط و حال متعاملین ندارد.

نتیجه‌گیری

مسئله خیار غبن و نیز بحث از فاحش و افحش بودن، در هیچ دلیلی تصریح نشده است. اما به لحاظ اهمیت حقوقی و مورد ابتلا بودن آن در محاکم قضایی، ضرورت تنقیح پیدا می‌کند. ثمره تمییز بین غبن فاحش و افحش در جایی آشکار می‌شود که شخص مغبون به گمان اینکه غبن فاحش وجود دارد، حق خیار خود را اسقاط کند،

سپس مشخص شود که غبن، افحش بوده است. در این صورت می‌گوییم در مقام اسقاط حق خیار به همان مرتبه‌ای از غبن اکتفا می‌شود که هنگام اشتراف، مقصود بوده است. بنابراین اگر سقوط مرتبه خاصی از غبن، شرط شده باشد، حق خیار نسبت به مرتبه بالاتر ساقط نخواهد شد؛ چرا که قصد و آگاهی، دو عنصر مهم در حصول این ثمره هستند. ادله شرعی اثبات خیار غبن عبارت‌اند از: بنای عقلا، قاعده لاضرر، نهی از اکل مال به باطل؛ و دلیل شرعی اسقاط خیار غبن، رضایت آگاهانه و طیب نفس مغبون است. همان‌طور که «لا یحل مال امرئ مسلم إلا بطیب نفسه»، همچنین باید بگوییم که «لا یحل حق امرئ مسلم إلا بطیب نفسه». بنابراین باید گفت که عمدتاً مستندات تشخیص اصل غبن فاحش و نیز مستندات تمییز غبن فاحش از افحش و مناط و ملاکات آن‌ها واحدند. لذا همان مناطاتی که به عنوان ملاک تشخیص اصل غبن فاحش به کار می‌آیند، جهت تمییز غبن فاحش از افحش نیز شناخته می‌شوند. البته جهت تشخیص غبن فاحش از افحش، برخی کسر معینی مثل یک سوم و یک‌دهم را ملاک قرار داده‌اند که از نظر ما مردود است. اما مشهور فقها، عرف را با در نظر گرفتن صرف ضرر مالی، ملاک سنجش قرار داده و برخی فقها نظیر آیه‌الله سبحانی عرف را با در نظر گرفتن ضرر حالی ملاک دانسته‌اند. این در حالی است که قانون مدنی بدون تفکیک بین ضرر حالی و ضرر مالی، به طور مجمل، عرف را ملاک تمییز قرار داده است. آنچه به طور قطع می‌توان گفت این‌که عرف، میزان و معیار جهت شناخت موضوعاتی است که نصی به غرض تبیین آن‌ها وارد نشده است. بنابراین عرف در تبیین مصادیق ضرر، احوال اشخاص بلکه نوع مبیع و حتی زمان و مکان و شرایط مختلف آن را در نظر می‌گیرد. لذا نمی‌توان ضابطه کلی ارائه نمود؛ زیرا اختلاف مبیع از جهت کمیاب بودن و نبودن و نیز اختلاف زمان و مکان، در نظر عرف تأثیر دارد؛ مثلاً چه‌بسا تفاوتی اندک در زمان فراوانی محصول، تفاوتی یسیر و غیر قابل توجه محسوب شود، اما همان تفاوت در سال قحطی و کمیابی، تفاوتی چشمگیر و فاحش به شمار آید؛ همچنان که کمیابی یا فراوانی محصول می‌تواند در نظر عرف پیرامون فاحش یا غیر فاحش بودن تفاوت تأثیرگذار باشد. از این رو بهتر است که در تمام این موارد به نظر عرف مراجعه شود. بنابراین در مقام قضاوت و صدور حکم مبنی بر مغبون بودن

شخص، بررسی و واکاوی جهات مذکور ضروری است و نمی‌توان ضرر عرفی را بدون در نظر گرفتن حال متعاملین منظور نمود. در نتیجه با توجه به مباحث گسترده‌ای که فقها در مقام تمییز بین این دو دیدگاه در بحث خیار غبن ارائه نموده‌اند و نیز از آنجایی که تمییز بین این دو دیدگاه - علی‌رغم آنکه هر دو ملاک عرفی نامیده می‌شوند - به روشنی در نتیجه حکم تأثیرگذار خواهد بود، به نظر می‌رسد تقیید و تصریح به ضرر حالی در قانون مدنی ضرورت داشته باشد.

کتاب‌شناسی

۱. ابن اثیر جزری، مجدالدین ابوالسعادات مبارک بن محمد، *النهاية في غريب الحديث والاثر*، تحقیق محمود احمد طناحي و طاهر احمد زاوی، چاپ چهارم، قم، اسماعیلیان، ۱۳۶۷ ش.
۲. ابن بزاج طرابلسی، قاضی عبدالعزیز بن نحریر، *المهذب*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۳. ابن حمزه طوسی، محمد بن علی، *الوسيلة الى نيل الفضيلة*، قم، کتابخانه آیه‌الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۸ ق.
۴. اصفهانی، سید ابوالحسن، *وسيلة النجاة (مع حواشی الامام الخميني)*، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۲ ق.
۵. امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، تهران، اسلامی، بی تا.
۶. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمدامین، *کتاب المکاسب*، قم، دار الذخائر، ۱۴۱۱ ق.
۷. جوهری، اسماعیل بن حماد، *الصحاح، تاج اللغة و صحاح العربيه*، تحقیق احمد عبدالغفور عطار، بیروت، دار العلم للملایین، ۱۴۱۰ ق.
۸. حسینی سیستانی، سیدعلی، *منهاج الصالحین*، بی جا، بی تا.
۹. راغب اصفهانی، ابوالقاسم حسین بن محمد، *مفردات القاصد القرآن*، بیروت - دمشق، دار العلم - الدار الشامیه، ۱۴۱۲ ق.
۱۰. رشتی گیلانی نجفی، میرزا حبیب‌الله، *فقه الامامية، قسم الخيارات*، قم، کتاب فروشی داوری، ۱۴۰۷ ق.
۱۱. سبحانی تبریزی، جعفر، *دراسات موجزة في الخيارات والشروط*، قم، مرکز العالمی للدراسات الاسلامیه، ۱۴۲۳ ق.
۱۲. طباطبایی، سیدمحمدصادق، و سیدحسین اسعدی، «باز پژوهی مفهوم غبن فاحش در فقه و حقوق ایران»، *فصلنامه تخصصی فقه اهل بیت (علیهم السلام)*، شماره ۷۴، تابستان ۱۳۹۲ ش.
۱۳. طباطبایی حکیم، سیدمحمدتقی بن محمدسعید، *الاصول العامة في الفقه المقارن*، چاپ دوم، قم، بی تا، ۱۴۱۸ ق.
۱۴. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *الخلاف*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۱۵. فیومی مقری، احمد بن محمد بن علی، *المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی*، قم، دار الرضی، ۱۴۱۲ ق.
۱۶. *قانون مدنی*، تدوین سیدمهدی کمالان، چاپ ششم، تهران، کمالان، ۱۳۹۲ ش.
۱۷. کاتوزیان، ناصر، *دوره حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۴ ش.
۱۸. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، *الکافی*، تحقیق و تصحیح علی اکبر غفاری و محمد آخوندی، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۱۹. مامقانی، ملاعبدالله بن محمدحسن، *نهاية المقال في تکملة غاية الآمال*، قم، مجمع الذخائر الاسلامیه، ۱۳۵۰ ق.
۲۰. منتظری نجف آبادی، حسین علی، *رساله استفتائات*، قم، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۳۱ ق.
۲۱. موسوی گلپایگانی، سیدمحمدرضا، *هدایة العباد*، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۱۳ ق.