



دانشکده علوم انسانی و اجتماعی

گروه حقوق

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد در رشته‌ی حقوق خصوصی

عنوان فارسی

قواعد عمومی عقود مسامحه ای

استاد راهنما

دکتر رضا سکوتی نسیمی

استاد مشاور

دکتر غلامرضا حاجی نوری

پژوهشگر

نسرین رضائیان عمران

تیر 139

صلى الله عليه وسلم

## مقدمه ۷

### فصل اول: کلیات ۱۱

۱-۱-تعریف عقد ۱۱

۲-۱-اقسام عقد ۱۲

۳-۱-تعریف عقد مسامحه و مغاینه ۱۵

۴-۱-معیار تمیز عقود مسامحه از مغاینه ۲۰

۵-۱-ویژگی‌های عقود مسامحه ۲۲

۶-۱-انواع عقود مسامحه‌ای ۲۴

۱-۶-۱-عقود مسامحه‌ای از حیث لزوم و جواز ۲۴

۲-۶-۱-عقود مسامحه‌ای معوض و غیرمعوض ۲۸

۳-۶-۱-عقود مسامحه‌ای عهدی و تملیکی ۳۰

۴-۶-۱-عقود مسامحه‌ای اذنی ۳۱

### فصل دوم: قواعد عمومی حاکم بر تشکیل عقود مسامحه‌ای ۳۳

۱-۱-کفایت علم اجمالی در مورد معامله ۳۳

۲-۱-۱-تعریف مورد معامله و اقسام آن ۳۴

۲-۱-۲-ابهام در مورد معامله و لزوم رفع آن ۳۵

۲-۱-۳-طرق رفع ابهام از مورد معامله ۳۷

۲-۱-۴-لزوم رفع ابهام از مورد معامله در قانون مدنی و مبانی آن ۳۹

۲-۱-۵-اصل یا استثناء بودن حکم ذیل ماده ۲۱۶ق.م ۴۲

۲-۱-۶-جریان قاعده کفایت علم اجمالی در مورد معامله در عقود مختلف ۴۸

۲-۱-۶-۱-عقودی که در قانون به کفایت علم اجمالی تصریح شده است. ۴۹.

۲-۱-۶-۱-۱-ضمان ۴۹

۲-۱-۶-۱-۲-جعاله ۵۲

- ۲-۱-۶-۲-عقودی که در قانون به کفایت علم اجمالی تصریح نشده است ۵۴
- ۲-۱-۶-۱-۲-صلح ۵۴
- ۲-۱-۶-۲-۲-هبه ۵۸
- ۲-۱-۶-۳-۱-وکالت ۵۹
- ۲-۱-۶-۴-۲-کفالت ۶۰
- ۲-۱-۶-۵-۲-عاریه و ودیعه ۶۱
- ۲-۱-۶-۶-۲-رهن ۶۲
- ۲-۱-۶-۷-۲-حواله ۶۳
- ۲-۱-۶-۳-استثنائات قاعده کفایت علم اجمالی ۶۵
- ۲-۱-۶-۱-۳-مضاربه ۵۶
- ۲-۱-۶-۲-۳-قرض ۶۷
- ۲-۱-۷-نتیجه بحث ۶۷
- ۲-۲-اهمیت شخصیت طرف معامله در عقود مسامحه‌ای ۷۰
- ۲-۲-۱-مفاهیم ۷۰
- ۲-۲-۱-۱-مفهوم شخصیت ۷۰
- ۲-۲-۱-۲-مفهوم علت عمده بودن ۷۱
- ۲-۲-۱-۳-مفهوم اشتباه ۷۲
- ۲-۲-۲-اشتباه در شخص طرف معامله ۷۲
- ۲-۲-۱-اشتباه در شخص طرف معامله در حقوق غرب ۷۳
- ۲-۲-۲-اشتباه در شخص طرف معامله در حقوق اسلام ۷۴
- ۲-۲-۳-اشتباه در شخص طرف معامله در حقوق ایران ۷۵
- ۲-۳-انواع اشتباه در شخص طرف معامله ۷۶
- ۲-۴-قلمرو اشتباه در شخص طرف قرارداد در عقود مختلف ۷۹

- ۲-۲-۵- عقودی که شخصیت فرد علت عمده است ۸۱
- ۲-۲-۶- استثنائات قاعده ۹۲
- ۲-۲-۷- نتیجه بحث ۹۵
- فصل سوم: قواعد حاکم بر آثار عقود مسامحه‌ای ۹۶
- ۳-۱-۱- عدم جریان اختیارات در عقود مسامحه‌ای ۹۶
- ۳-۱-۱-۱- تعریف خیار و اقسام آن ۹۶
- ۳-۱-۱-۲- اختصاص اختیارات به عقود لازم ۹۷
- ۳-۱-۱-۳- توابع اصل لزوم در عقود ۹۸
- ۳-۱-۴- چگونگی عدم جریان خیار در عقود مسامحه‌ای ۹۹
- ۳-۱-۵- عدم جریان خیار غبن در عقود مسامحه‌ای و دلایل آن ۱۰۲
- ۳-۱-۵-۱- اختصاص غبن به تمام عقود ۱۰۲
- ۳-۱-۵-۲- قلمرو خیار غبن در عقود مسامحه ۱۰۳
- ۳-۱-۶- عدم جریان خیار عیب در عقود مسامحه‌ای و دلایل آن ۱۰۸
- ۳-۱-۷- عدم جریان خیار تبعض صفت در عقود مسامحه‌ای و دلیل آن 109
- ۳-۱-۸- عدم جریان خیار رویت و تخلف از وصف در عقود مسامحه‌ای و دلایل آن ۱۱۲
- ۳-۱-۹- استثنائات قاعده ۱۱۲
- ۳-۱-۹-۱- خیار تدلیس ۱۱۲
- ۳-۱-۹-۲- خیار شرط ۱۱۴
- ۳-۱-۹-۳- خیار تخلف از شرط ۱۲۱
- ۳-۱-۱۰- نتیجه بحث ۱۲۴
- ۳-۲-۱- عدم جریان غرر در عقود مسامحه‌ای ۱۲۶
- ۳-۲-۱- مفاهیم ۱۲۶
- ۳-۲-۱-۱- مفهوم لغوی غرر ۱۲۶

- ۳-۲-۱-۲-مفهوم اصطلاحی غرر ۱۲۶
- ۳-۲-۲-مبانی قاعده نفی غرر ۱۲۷
- ۳-۲-۳-مبانی عدم جریان قاعده غرر در عقود مسامحه‌ای ۱۲۸
- ۳-۲-۴-مصادیق غرر در معاملات ۱۲۹
- ۳-۲-۵-معیار تمیز غرر و چگونگی آن در عقود مسامحه‌ای ۱۳۰
- ۳-۲-۶-قلمرو غرر در عقود ۱۳۳
- ۳-۲-۷-عدم جریان غرر در عقود و قراردادهای مسامحه‌ای ۱۳۴
- ۳-۲-۸-نتیجه بحث ۱۳۸
- نتایج تحقیق ۱۴۱
- فهرست منابع و مآخذ ۱۴۴
- چکیده انگلیسی ۱۴۹

## مقدمه

از تقسیمات عقود که در فقه بیان شده، ولی در قانون از آن نامی برده نشده است، تقسیم بندی عقود بر اساس هدف طرفین از انعقاد عقد است که به عقود مسامحه ای و مغایبه ای تقسیم می شود. عقود دسته اول قواعد خاصی دارند که با قواعد عمومی قراردادها تا حدی متفاوت است.

از آنجایی که به قواعد مختص این عقود در هیچ جای قوانین مدون ما اختصاصاً پرداخته نشده است و حقوق دانان نیز در این زمینه وارد بحث تفصیلی نشده اند، در صدد بر آمدیم تا این قواعد را بررسی کرده و به طور منسجم ارائه کنیم.

عدم ذکر این تقسیم بندی و به تبع آن عدم ذکر قواعد عمومی این عقود نباید سبب این توهم شود که اهمیت آن کمتر از قواعد عمومی سایر قراردادهاست. بنابراین پرداختن به این مسئله و ارائه آن به صورت یک مجموعه منسجم خالی از فایده نخواهد بود.

### - بیان مسئله

از تقسیمات عقود که در فقه امامیه کاربرد فراوان دارد تقسیم آن به عقد مسامحه و مغایبه است، مبنای این تقسیم بندی هدف طرفین از انعقاد عقد است. در عقد مغایبه هدف طرفین به دست آوردن سود اقتصادی و منافع مادی است اما در عقد مسامحه هدف اصلی از انعقاد عقد، احسان به دیگری و نوع دوستی است. البته ذکر این نکته که هر قاعده ای ممکن است استثنایی هم داشته باشد را نباید فراموش کرد.

با کمی مطالعه در زمینه ی عقود مسامحه و مغایبه به این نتیجه می رسیم که، نه تنها قانون مدنی ما از این تقسیم بندی نامی نبرده است، در ادبیات حقوقی گذشته ما هم به همین دلیل، این تقسیم بندی چندان مورد توجه قرار نگرفته است. تنها ماده ۷۶۱ قانون مدنی زمینه اصلی بحث را به ما می دهد، این ماده بیان می کند: «صلحی که در مورد نزاع یا مبتنی بر تسامح باشد قاطع بین طرفین است و هیچ یک نمی توانند آن را فسخ کنند اگر چه به ادعای غبن باشد مگر در صورت شرط یا اشتراط خیار». ناگفته نماند که در سال های اخیر از نوشته های بعضی اساتید می توان مطالبی در خصوص موضوع استفاده کرد.

در زمینه قواعد عمومی عقود در فقه معاملات که قواعد و شرایط کلی عقد را به طور پراکنده و اکثراً در ضمن مباحث مربوط به بیع مطرح می‌سازند، خلاء مرجع جامعی که منحصر به قواعد عمومی عقود بالاخص عقود مسامحه‌ای بپردازد، نمایان است. مطالبی که در نوشته‌های حقوقدانان در زمینه قواعد عمومی مشاهده می‌شود، بیشتر مربوط به عقود مغایه‌ای است، به نظر می‌رسد نویسندگان به تصور اهمیت بیشتر عقود مغایه‌ای و نیز گسترش و کاربرد بیشتر آن در بین مردم به تمرکز بیشتر روی آن پرداخته و قواعد و احکام آن را بیشتر مورد بحث قرار دادند و تا حد زیادی از عقود مسامحه‌ای و تعیین حد و مرزهای آن غافل شده‌اند.

ولی باید گفت اهمیت این دسته هم کمتر از دسته اول نیست برای نمونه انعقاد عقودی مثل صلح و هبه که نمونه بارز این دسته از عقود هستند، نشانگر این است که در نظر عرف عقود مسامحه‌ای همانند عقود مغایه‌ای مهم و مورد نیازند و نبود قواعد ویژه این عقود به صورت متمرکز و منسجم می‌تواند برای مردم در انجام امور و روابط معاملاتی آن‌ها ایجاد مشکل کند.

در مورد موضوع مورد بحث، با جستجویی که در کتب و مطالب حقوقی انجام گرفته، باید گفت، مرجعی که به طور جامع بتواند به سوالات مورد نظر در عقود مسامحه‌ای پاسخگو باشد، یافت نشد. به ناچار ما سعی کردیم تا با روش استقراء در بین عقود مختلف و تا حد محدودی با استفاده از قیاس به پاسخ سوالها دست یافته و آن را به طور منسجم به جامعه حقوق هدیه کنیم.

در این راستا در صدد هستیم اثر موضوعاتی مثل کفایت علم اجمالی و تاثیر اشتباه در شخصیت طرف معامله و تاثیر غرر و امکان یا عدم امکان وجود خیارات را در این دسته از عقود بررسی کنیم.

#### -سوالات تحقیق

۱. قواعد عمومی حاکم بر عقود مسامحه‌ای همان قواعد حاکم بر عقود مغایه‌ای است ؟

۲. تعیین ضابطه‌ای برای تمییز عقود مسامحه‌ای و مغایه‌ای ممکن است ؟

۳. جریان خیارات در عقود مسامحه‌ای همچون عقود مغایه‌ای است ؟

۴. آثار تسامح در عقود مسامحه‌ای چیست ؟

۵. قاعده غرر در عقود مسامحه‌ای راه می‌یابد؟



- طرح تحقیق

فصل اول: کلیات

در این فصل بیان کلیاتی، شامل تعریف عقد و اقسام عقود، ویژگی‌ها و خصوصیات عقود مسامحه در مقابل عقود مغایه، ارائه یک معیار تمیز بین این دو دسته از عقود و سرانجام بیان مصادیق عقود مغایه و مسامحه، پرداخته شده است.

فصل دوم: قواعد عمومی حاکم بر تشکیل عقود مسامحه‌ای

در فصل مذکور، به قواعدی پرداخته شد که در تشکیل قرارداد مسامحه‌ای تاثیر گذار هستند، در این راستا دو قاعده‌ی کفایت علم اجمالی در مورد معامله و اهمیت شخصیت طرف معامله در انعقاد عقد مورد بررسی قرار گرفت. در ضمن هر قاعده‌ای ممکن است استثنائی داشته باشد لذا بنا به ضرورت به استثنائات قاعده نیز اشاره شد.

فصل سوم: قواعد عمومی حاکم بر آثار عقود مسامحه‌ای

در این فصل، دو قاعده، عدم جریان خیرات در عقود مسامحه‌ای و عدم جریان قاعده غرر در این دسته از عقود مورد تحقیق و بررسی قرار گرفت، البته این قواعد نیز استثناء می‌پذیرند. در خصوص قاعده‌ی عدم جریان خیرات در عقود مسامحه‌ای، خیار شرط و تخلف از شرط و تدلیس به عنوان استثنائات قاعده‌ی مذکور بررسی شدند.

سرانجام از جمله نتایج این تحقیق بایستی ارائه قواعد عمومی مختص عقود مسامحه باشد، به طوری که این قواعد یا در سایر عقود جریان ندارد و یا آن طور که در عقود مسامحه‌ای وجود دارند، جاری نیست.

لذا در این پژوهش به دنبال تشریح مطالب ذیل می‌باشیم:

الف) ضرورت تحقیق

اهمیت این تحقیق آن است که، قانون مدنی وقتی از قواعد عمومی بحث می‌کند، مواد را طوری انشاء کرده که فقط شامل عقود مغایه‌ای می‌شوند، از عقود مسامحه‌ای و تعیین قواعد و احکام آن تا حدی غافل

شده است، حقوق دانان نیز علی رغم اشاراتی که در لابلای مطالب خود می‌کنند از جمع‌آوری قواعد عقود مسامحه خودداری کرده‌اند. لذا با توجه به این خلاء، در عقود مسامحه‌ای جمع‌آوری قواعد عمومی این عقود و ارائه آن به طور منسجم ضروری به نظر می‌رسد.

#### ب) اهداف تحقیق

اکثر کارهای تحقیقاتی به دنبال رسیدن به دو نوع هدف می‌باشند:

#### -اهداف علمی

۱-یافتن مصادیق عقود مسامحه‌ای.

۲-ارائه ضابطه‌ای دقیق برای تشخیص معامله مسامحه‌ای از غیر مسامحه‌ای.

۳-بررسی آثار تسامح در عقود مسامحه‌ای.

۴-تشخیص و جمع‌آوری قواعد عمومی مختص عقود مسامحه‌ای.

#### -اهداف عملی

بدیهی است پس از هر تحقیقی پس از تشریح تئوریک موضوع، نتایج عملی آن خود را نمایان‌گر می‌سازد. به نظر می‌رسد نتایج این تحقیق بتواند برای عموم دادرسان، وکلا، دست‌اندرکاران امر قضا و نیز برای دانشجویان و دانشجویان رشته حقوق، مثمر‌ثمر باشد.

#### ج) روش تحقیق

پژوهش حاضر از نوع روش تحقیق توصیفی و از لحاظ جمع‌آوری اطلاعات از نوع کتابخانه‌ای و اسنادی و از طریق فیش برداری است که با مراجعه به کتب و مقالات موجود، اطلاعات لازم جمع‌آوری و بررسی دقیق صورت گرفت.

## فصل اول: کلیات

در این فصل بعد از تعریف عقد و ذکر اقسام آن، سعی شده تعریف جامعی از عقد مسامحه‌ای ارائه شود، در این راستا ویژگی‌ها و خصوصیات این عقود دسته بندی شد. با توجه به این که حقوق دانان نظرات مختلفی راجع به عقود مذکور ارائه داده‌اند، برای تبیین بهتر مسئله نظرات ایشان نیز گردآوری شد. معیاری برای تمیز عقود مسامحه از غیر آن ارائه شد که عبارت است از، هدف طرفین از انعقاد عقد، این که طرفین در انعقاد عقد به دنبال احسان و گذشت به طرف مقابل هستند یا خیر، در صورت اول عقد مسامحه‌ای و در غیر این صورت مغایره‌ای خواهد بود، ضمناً تشخیص عرف نیز می‌تواند در این زمینه راه‌گشا باشد. سرانجام به ذکر مصادیق عقود مسامحه در قالب انواع عقود مسامحه، اشاره شد، از این نظر عقود مسامحه در سه بخش مختلف به ترتیب اهمیت موضوع تقسیم و مورد بررسی قرار گرفت.

### ۱-۱- تعریف عقد

عقد کلمه‌ای عربی است به معنی مرتبط بودن، گره زدن، عقد در لغت به معنی عهد و پیمان آمده است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ش ۹۵۲۷) در اصطلاح حقوقی به معنی عمل حقوقی شخصی در مقابل دیگری است.

ماده ۱۸۳ ق.م.عقد را بدین عبارت تعریف می‌کند. «عقد عبارت است از این که یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آن‌ها باشد». از این تعریف دو نکته برداشت می‌شود. ۱. عقد توافق دو اراده است ۲. نتیجه توافق ایجاد تعهد است. این تعریف اشکالاتی دارد از جمله آن‌ها عبارت است از:

۱- شامل عقود تملیکی نمی‌شود و به جای واژه نفر باید از واژه شخص استفاده می‌شد. (شهیدی، ۱۳۸۴، ص ۹ و امامی، ۱۳۷۲ الف: ۱۵۹)

۲- قانون مدنی به تعهدی که یک یا چند نفر در مقابل دیگران کرده‌اند و مورد قبول آن‌هاست عقد گفته است، در حالی که تعهد اثر عقد است نه خود آن، این اشتباه ناشی از اختلاطی است که بین مفهوم عقد و تعهد در ذهن نویسندگان قانون وجود داشته و گاه آنان را به بی‌راهه کشیده است. (کاتوزیان، ۱۳۷۲: ۱۶)

۳- «جداکردن مفهوم عقد از تراضی الزام‌آور و اختصاص آن به گروهی که ایجاد تعهد می‌کند نه تنها در حقوق کنونی فایده عملی ندارد، نادرست هم است». (کاتوزیان، ۱۳۷۲: ۱۶)

۴- «تعریف مذکور در ماده ۱۸۳ قانون مدنی شامل عقود معوض نمی‌شود». (کاتوزیان، ۱۳۷۲: ۲۰)

نویسندگان مذکور بعد از بیان ایرادات هر کدام تعریفی را از عقد پیشنهاد کرده‌اند. دکتر شهیدی می‌فرماید: «عقد عبارت است از همکاری متقابل اراده دو یا چند شخص در ایجاد ماهیت حقوقی». (شهیدی، ۱۳۸۴: ۱۱)

دکتر کاتوزیان نیز تعریفی را مطرح کرده‌اند: «عقد عبارت است از توافق دو یا چند اراده که به منظور ایجاد اثر حقوقی انجام می‌شود». (کاتوزیان، ۱۳۷۲: ۲۱)

آنچه در هر دو تعریف برجسته است وجود توافق و تلفیق بین دو اراده است که یک اثر حقوقی را ایجاد می‌کند خواه این اثر تملیک مال باشد یا تعهد به فعل یا ترک فعل امری یا اذن و اباحه و غیره.

#### ۱-۲- اقسام عقد

ماده ۱۸۴ ق.م. «عقود معاملات را به اقسام ذیل منقسم می‌شوند؛ لازم، جایز، خیاری، منجز و معلق» دکتر امامی تقسیم‌بندی مذکور به اعتبار نحوه رابطه بین موضوع حق و متعلق آن می‌داند. (امامی، ۱۳۷۲ الف: ۱۶۱)

دکتر کاتوزیان معتقدند که این ماده نمی‌تواند به عنوان تقسیم منطقی و کاملی از عقود قرار گیرد، زیرا نه تنها شامل عقودی که در قرن اخیر معمول شده است، نیست، بسیاری از عنوان‌های قدیمی و سنتی را نیز دربر نمی‌گیرد. دسته‌بندی قراردادها امری نظری است بیش‌تر در قلمرو نویسندگان حقوقی است نه قانون‌گذار. (کاتوزیان، ۱۳۷۲: ۳۸)

تقسیم‌بندی عقود از جنبه‌های گوناگون امکان‌پذیر است نویسندگان حقوقی هر کدام مبنایی را برای تقسیم ارائه کرده‌اند. به نظر می‌رسد طرح زیر مبنای مناسبی برای تقسیم عقود باشد.

۱- «به اعتبار درجه اجباری که طرفین در حفظ پیمان خود دارند عقد ممکن است لازم، جایز و خیاری باشد». (کاتوزیان، ۱۳۷۲: ۳۸) برخی نیز همین تقسیم‌بندی را بر مبنای دوام عقد مطرح کرده‌اند که عملاً تفاوتی با گفته قبل ندارد. (شهیدی، ۱۳۸۴: ۱۱۲)

«عقد لازم عقدی است که هیچ یک از طرفین معامله نمی‌توانند آن را بهم بزنند مگر از دو طریق استثنایی که قانون پیش بینی می‌کند؛ اول این که توافق دو اراده که اقاله است. و دوم وجود علت قانونی که خیار است مثل بیع. عقد جایز نقطه مقابل عقد لازم است عقدی که هر دو طرف هر وقت اراده کنند می‌توانند آن را فسخ کنند. مثل وکالت». (شهیدی، ۱۳۸۴: ۱۲)

برخی نیز عقد لازم را عقدی می‌دانند که «هیچ یک از دو طرف از لحاظ قانونی قدرت بهم زدن پیمان خود را ندارند». (قنواتی و همکاران، ۱۳۷۹: ۱۱۱) به عنوان مثال قرض لازم است و ودیعه عقدی جایز است. عقد خیاری نیز این گونه تعریف شده که «هرگاه در عقد لازمی به حکم قانون و یا در نتیجه تراضی برای هر دو طرف یا یکی از آنها و یا شخص ثالث خیار فسخ وجود داشته باشد آن را عقد خیاری می‌نامند». (کاتوزیان، ۱۳۷۲: ۴۳)

دکتر امامی نیز در تعریف عقد خیاری آن را نوعی عقد لازم می‌داند که به وسیله برقراری شرط فسخ اثر عقد جایز به آن داده می‌شود. (امامی، ۱۳۷۲ الف: ۱۶۳)

۲- «از لحاظ این که ممکن است اثر عقد منوط به امر دیگری شود یا به طور منجز بوجود آید عقد را به معلق و منجز تقسیم می‌کنند». (کاتوزیان، ۱۳۷۲: ۳۸) دکتر شهیدی این تقسیم‌بندی را با عنوان تفاوت در کیفیت انشای عقد مطرح می‌کنند. (شهیدی، ۱۳۸۴: ۱۳)

«هرگاه طرفین عقد اثر ناشی از آن را بدون هیچ قید و شرطی به وجود آورند عقد را منجز گویند، در صورتی که اثر منظور را موکول به وقوع شرط دیگری کنند، معلق است». (کاتوزیان، ۱۳۷۲: ۵۱) «به عبارت دیگر عقد معلق، عقدی است که تشکیل آن به امر دیگری وابسته شده است و عقد منجز مقابل آن است». (شهیدی، ۱۳۸۴: ۱۴) «اگر عقد در انشای متعاقدين وابسته به تحقق امری دیگری باشد آن را معلق گویند، در مقابل انشای دو طرف در عقد منجز به هیچ چیز وابسته نیست». (قنواتی و همکاران، ۱۳۷۹: ۱۴۵)

۳- عقد از جهت مورد معامله به عقد معوض و غیر معوض تقسیم می‌شود؛ «عقد معوض، عقدی است که دارای دو مورد است که هر یک عوض دیگری به حساب می‌آیند و غیر معوض، عقدی است که یکی از دو طرف مالی را به دیگری می‌دهد یا تعهدی در مقابل او می‌نماید». (امامی، ۱۳۷۲ الف: ۱۷۲) عقد بیع و هبه مثالی برای عقود معوض و غیر معوض می‌باشند.

۴- از لحاظ منشاء یا نتیجه اصلی که مستقیماً از عقد ناشی می‌شود، عقد به تملیکی و عهدی قابل تقسیم است. «عقد تملیکی عهدی است که طبق آن مالکیت از یک طرف به طرف دیگر انتقال داده می‌شود، مثل اجاره. در مقابل عقد عهدی آن است که مالکیت مالی از هیچ یک از دو طرف در برابر دیگری انتقال داده نمی‌شود. فقط یکی از طرفین یا هر دو در مقابل دیگری انجام یا ترک عملی را به عهده می‌گیرند. مثل ضمان» (شهییدی، ۱۳۸۴: ۲۱)

۵- به اعتبار نفوذی که اراده دو طرف در انعقاد قرارداد دارد (کاتوزیان، ۱۳۷۲: ۸۷) به تعبیر دیگر به لحاظ چگونگی انعقاد عقد می‌توان عقد را به تشریفاتی و رضایی و عینی تقسیم کرد. (قنواتی و همکاران، ۱۳۷۹: ۱۰۶)

عقد رضایی، عهدی است که اراده دو طرف در انعقاد آن کافی است. به عبارت دیگر، قصد انشاء در آن مقرون به چیزی است که دلالت بر قصد نماید و احتیاج به الفاظ و عبارت مخصوص و یا تشریفات خارجی دیگری ندارد. (امامی، ۱۳۷۲ الف: ۱۷۵) در مقابل عقد تشریفاتی، عهدی است که توافق دو اراده که به شکل مخصوص و با تشریفات معین بیان شود. (کاتوزیان، ۱۳۷۲: ۸۸) به دیگر سخن عقد تشریفاتی، عهدی است که برای تشکیل آن باید تشریفات خاصی غیر از اراده طرفین رعایت شود. (شهییدی، ۱۳۸۴: ۲۱) عقد بیع و فروش اموال غیر منقول مثال‌های عقود رضایی و تشریفاتی هستند.

«عقد عینی آن است که وقوع آن منوط به تسلیم مال موضوع تعهد است که به اعتبار صورت خارجی آن عینی نام گرفت.» (کاتوزیان، ۱۳۷۲: ۸۹) قانون پاره‌ای از عقود را صریحاً عینی می‌نامد. مثل وقف (ماده ۵۹)، بیع صرف (ماده ۳۶۴)

۶- «به لحاظ انگیزه انعقاد قرارداد توسط طرفین می‌توان عقد را به عقد مسامحه و مغاینه تقسیم کرد چنان‌که می‌توان عقد را از نظر هدف اقتصادی که بر آن مترتب می‌شود به عقد معاوضی و غیرمعاوضی تقسیم کرد.» (قنواتی و همکاران، ۱۳۷۹: ۱۱۸)

دکتر کاتوزیان نیز این تقسیم‌بندی را بر مبنای هدف اقتصادی که دو طرف دنبال می‌کنند مطرح کرده است و معتقد است که: «در عقود معوض طرفین به طور معمول به دنبال سودجویی و داد و ستد هستند ولی در پاره-

ای از عقود پیمان‌گذاران چنین مادی نمی‌اندیشند و هدف اخلاقی آنان بر سودجویی متعارف غلبه دارد. صلح، ضمان و ودیعه از اقسام عقود مسامحه محسوب می‌شوند». (کاتوزیان، ۱۳۷۲: ۱۲۸)

در عقود مغاینه هدف به دست آوردن سود اقتصادی و منافع مادی است اما در عقد مسامحه هدف اصلی از انعقاد آنها احسان به دیگران و نوع دوستی است. (قنوتی و همکاران، ۱۳۷۹: ۱۸۲)

بیع و اجاره از مصادیق دسته اول و صلح و ضمان و جعاله از مصادیق بارز دسته دوم هستند که در آنها اختلافی نیست ولی باید گفت عقود مسامحه فقط به این چند عقد محدود نمی‌شود و ما سعی کردیم با جستجو و تحقیق مصادیق این عقود را کشف کنیم. هر چند ممکن است عقدی که ما آن را در زمره عقود مسامحه می‌آوریم به صورت بارز در یک تقسیم‌بندی دیگری قرار داشته باشد. ولی ما آن را از جنبه تسامحاتی که ممکن است در آن وجود داشته باشد، بررسی می‌کنیم و دسته‌بندی‌های دیگر را رد نمی‌کنیم.

### ۱-۳- تعریف عقد مسامحه و مغاینه

در هر عقدی از عقود در حقوق مدنی یکی از دو دید ذیل را در زیر بنای آن می‌توان مشاهده کرد:

«اولاً؛ دید تعادل متقابل با محاسبه تعادل نسبی بین دو تعهد، یعنی متعاقدين می‌کوشند که اولاً هر یک در برابر تعهدی که می‌کنند تعهدی به طرف متقابل تحمیل کنند مانند بیع و اجاره، زیرا بایع و مشتری هر دو در مقابل هم تعهداتی دارند بنابراین ودیعه، عاریه، وقف، هبه و امثال آنها که تعهد متقابل در آنها وجود ندارد در زمره این عقود محسوب نمی‌شوند. ثانیاً؛ علاوه بر تعهد متقابل طرفین سعی می‌کنند که تعادل نسبی بین دو تعهد برقرار کنند مانند تعهد بایع و مشتری که هر دو سعی می‌کنند که مغبون نشوند و تعادل نسبی بین ارزش ثمن و مبیع ایجاد کنند». (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰: ۲۲)

«بدیهی است که طبع عقد نیز باید این قابلیت را داشته باشد که طرفین در برابری تعهدات متقابل خود اقدام کنند. عقد نکاح و بیمه این استعداد را ندارد، پس صلح محاباتی حسابش از صلح غیر محاباتی جداست، چون در دومی طرفین در مقام برقرار کردن تعادل نسبی برمی‌آیند و در اولی این امکان نه در عقد وجود دارد و نه طرفین چنین تلاشی می‌کنند، چون هدف از عقد احسان و مساعدت به طرف مقابل است».

(جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰: ۲۲)

در ترمینولوژی حقوق عقد مغایه این‌گونه تعریف شده است؛ «عقد مغایه یا عقد مشاحه عقدی است که عاقدین در مورد عقد بنابر اعمال دقت و تحصیل حداکثر امتیازات ممکنه را دارند چنان‌که عقد بیع چنان است. گذشت و ارفاق و تسامح و تساهل در این قسم از عقود راه ندارد خواه از عقود مالی باشد خواه نباشد آن را عقد مغایه، ماکسه، عقد مکایسه هم گفته‌اند». (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۹۶۷۵)

«اصطلاح عقد مغایه بهترین نامی است که فقهای امامیه برای معاملاتتی که در آن طرفین به دنبال سود و زیان هستند انتخاب کرده‌اند. غبن در بیع و شراء مطابق آنچه در لسان‌العرب آمده به معنی چانه زدن است نه به معنی خدعه و نیرنگ تا به این نامگذاری اشکال شود». (قنوتی و همکاران، ۱۳۷۹: ۱۸۱)

شیخ انصاری در برابر عقد مسامحه، اصطلاح معاوضی را به کار برده است (مکاسب به نقل از قنوتی و همکاران، ۱۳۷۹: ۱۸۲) ولی باید گفت تمام عقود معاوضی جزو عقود مغایه نیستند هر چند مصادیق آنها در غالب موارد یکی است. «برخی با دقت نظری که داشتند از عقد مغایه تعبیر به عقد معاوضی مبتنی بر مغایه و مکایسه کرده‌اند و این نشان می‌دهد که در نظر آنان نیز برخی از عقود معاوضی، مسامحی تلقی شده است. مگر این‌که مقصود آنان قید توضیحی باشد نه قید احترازی». (جواهرالکلام به نقل از قنوتی و همکاران، ۱۳۷۹: ۱۸۲)

پس عقد مغایه‌ای آن است که در آن تلاش برای ایجاد تعهد متقابل برای طرفین با محاسبه تعادل نسبی بین عوضین وجود دارد و هر کدام از متعاملین در پی کسب سود بیشتر برای خود و تحمیل سود کمتر به طرف مقابل هستند. در این دسته از عقود قانون سعی می‌کند با تدوین قوانین و مقررات تعادل اقتصادی را حفظ کند و به طرف متضرر راهکارهایی را بدهد تا از حق خود دفاع کند. تدوین قواعد مربوط به اختیارات بخصوص خیار غبن می‌تواند مثال خوبی برای این راهکارها باشد.

هر عقدی که مغایه‌ای نباشد می‌تواند عقد مسامحه‌ای باشد عقد مسامحه در مقابل مغایه، «عقدی است که در آن بنا بر دقت متعارف در مورد عقد وجود ندارد به عکس عقد مغایه که بنابر دقت و سنجش جوانب کار است. پس بیع عقد مسامحه نیست تا اسقاط کافه اختیارات در آن درست باشد اما نکاح از عقود مسامحه است. بیع شرط و عقد رهن از عقود مسامحه هستند. عقد ضمان از عقود مسامحه است علم اجمالی به موضوع عقد مسامحه بلاشکال است. ورود خیار غبن در عقود مسامحه محل اختلاف است اما ورود آن در عقود



مغایبه اشکال ندارد اصل در عقود معوض این است که به صورت مغایبه باشد تسامح محتاج دلیل است». (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ش ۹۶۷۲) عقد مکارمه همان عقد احسان است. (جعفری لنگرودی ، ۱۳۸۱: ش ۹۶۹۰)

برای عقد مسامحه تعابیر دیگری نیز به کار رفته است یکی از حقوق دانان از اصطلاح مخاطره استفاده کرده است و معتقدند که: «در عقود مخاطره عاقدین عالمأ عامداً به استقبال خطر می روند و این استقبال مورد حاجت عمومی است در این دسته از عقود غبن و غرر راه ندارد». (جعفری لنگرودی ، ۱۳۸۴: ۸۵) یکی دیگر از حقوق دانان معتقد است که اصطلاح عقد ارفاقی و عقد سماح نیز همان تعبیر دیگر عقد مسامحه است. (قنوتی و همکاران، ۱۳۷۹: ۱۸۲)

« عقد احسانی آن است که یکی از دو طرف به دیگری ارفاق یا از حق خود صرف نظر نماید مثل هبه و ابراء و یا یکی از هر دو طرف از حق مورد ادعای خویش عدول کند و با یکدیگر سازش کنند». (وحدتی شبیری، ۱۳۷۹: ۱۷۹)

در عقد مسامحه ای بر عکس دسته اول تعهد متقابل وجود ندارد، هدف افراد سودجویی و کسب سود بیشتر و تحمیل سود کمتر به دیگری نیست، بلکه هدف احسان و نوع دوستی و کمک به هم نوع است، واضح است که در چنین اهداف والای اخلاقی تلاش برای ایجاد تعهد متقابل و حتی تعادل اقتصادی صحیح نخواهد بود.

کسی که به عقد مسامحه ای دست می زند با رضایت و طیب نفس به این کار اقدام می کند ضرورت و اجباری او را وادار نمی کند که احسان کند . پس از آن جایی که نفع و ضرر برای طرفین متصور نیست مقنن هم سعی کرده از برخی قواعد عمومی دست و پاگیر عقود که راه نیکوکاری را دشوار می کند چشم بپوشد و با دید اغماض بیشتری به این عقود نگاه کند. به طور مثال معلوم بودن مورد معامله به طور تفصیلی از شرایط عمومی عقود است ولی در عقود مسامحه مقنن علم اجمالی را کافی می داند .

«تقسیم عقد به مغایبه و مسامحه با تقسیم عقد به معاوضی و غیر معاوضی یکی نیست، هرچند در برخی از عبارات، یکسان انگاشته شده است. این دو تقسیم هم از لحاظ مبنای تقسیم و آثار وهم از لحاظ مصادیق با یکدیگر تفاوت دارند بدین ترتیب که:

۱. مبنای تقسیم به معاوضی و غیر معاوضی وجود داد و ستد و تعهدات مالی متقابل است که این دادوستد، آثاری چون حق حبس و ضمان معاوضی را در پی دارد؛ ولی مبنای تقسیم عقد به مسامحه و مغاینه علاوه بر دادوستد، اهمیتی است که دو طرف برای تعادل ارزش عوضین قایل هستند.

۲. از لحاظ مصداق نیز این گونه نیست که هر عقد معاوضی حتماً عقد مغاینه‌ای باشد، هر چند بیشتر عقود معاوضی، مغاینه‌اند. مثلاً در صلح مبتنی بر دعوا در صورتی که معوض باشد یک عقد مسامحه‌ای است در عین حال که یک عقد معاوضی محسوب می‌شود». (قنواتی و همکاران، ۱۳۷۹: ۱۸۲)

«از سوی دیگر تمام عقود غیر معاوضی مبتنی بر احسان نیستند مشارکت‌ها در زمره عقود غیر معاوضی‌اند و در عین حال می‌توان بعضی از آن‌ها را مغاینه‌ای دانست مثل مزارعه. پس میان معاوضی و مغاینه‌ای از نسب منطقی عموم و خصوص من وجه حاکم است. میان عقد معاوضی و عقد مغاینه‌ای از نسب منطقی، نسبت عموم و خصوص من وجه برقرار است. تقسیم مزبور (تقسیم عقد به مغاینه و مسامحه)، ویژه عقود معوض نیست<sup>۱</sup> و تمام عقود را تحت پوشش قرار می‌دهد». (قنواتی و همکاران، ۱۳۷۹: ۱۸۴)

بین عقد احسانی و عقد تبرع نیز باید قائل به تفاوت شد. در عقد تبرع شخص مالی را از دست می‌دهد بدون آن‌که در مقابل چیزی دریافت کند ولی گاهی عقد در بردارنده نوعی احسان است در عین این‌که تبرع محض نیست. مثلاً هبه معوضه یا ضمان معوض نتیجه عقد احسان است هر چند تبرع نیست. رابطه عقد مسامحه و عقد تبرع از نسب منطقی عموم و خصوص مطلق است، مسامحه اعم از تبرع است.

هر چند تعاریف و تعابیر مختلفی برای این دو دسته از عقود وجود دارد، ولی بهترین تعریفی که می‌توان برای عقود مسامحه و مغاینه ارائه داد این است که، عقد مسامحه عقدی است که در آن هدف طرفین از انعقاد عقد کسب سود و منفعت نیست بلکه آن‌ها در اندیشه ارفاق و احسان به دیگری مالی را به او تملیک یا تعهدی را به نفع او به عهده می‌گیرند. طرفین در فکر دستیابی به تعادل اقتصادی میان عوضین نیستند. در حالی که عقد مغاینه‌ای، عقدی است که هدف متعاملین کسب حداکثر و منفعت در عقد و تلاش برای رسیدن به تعادل اقتصادی است.

---

۱. دکتر کاتوزیان در توضیح عقد مسامحه و مغاینه معتقد است که این تقسیم بندی مخصوص عقود معوض است و در عقود غیر معوض را ندارد. برای مطالعه بیشتر در این خصوص به کتاب قواعد عمومی جلد اول صفحه ۱۲۹ به بعد رجوع شود.

بهترین تعبیر اصطلاح مسامحه در مقابل مغاینه است، چون هم سابقه فقهی آن را تایید می‌کند، هم این‌که غبن را به معنی خدعه و نیرنگ به کار نبرده‌ایم تا با حسن نیت مطرح شده در معاملات منافات داشته باشد. بلکه معنی چانه‌زدن را برای غبن و معنی احتمال خطر و ضرر را برای غرر ترجیح دادیم تا این نامگذاری خالی از ایراد باشد.

از لحاظ تطبیقی در قانون مدنی فرانسه مواد ۱۱۰۴ و ۱۱۰۵ عقود را نام برده که در قانون مدنی ایران انعکاسی از آن وجود ندارد. ولی از آنجا که قانون مدنی ما در برخی مواد اقتباسی از قانون مدنی فرانسه است آن‌ها را فهرست‌وار ذکر می‌کنیم:

براساس ماده ۱۱۰۴ ق.م.ف عقد محقق، عقدی است که هر یک از طرفین بتوانند در حین عقد مقدار چیزی را که می‌دهند یا تعهد می‌کنند و می‌گیرند به دقت عرفی معین کنند خواه بین عوض و معوض تعادل اقتصادی باشد خواه نباشد. مانند بیع.

عقد احتمالی و عقد شانس یا عقد غرری، عقدی است که طرفین آن تعهد متقابل دارند ولی وصول یک یا هر دو متعاقدین به اثر عقد بستگی به شانس و بخت دارد به نحوی که در حین عقد نمی‌توان اثر عقد و مقدار آن را معین نمود. گفته شده در عقد احتمالی غبن مخل و مضر عقد نیست.<sup>۱</sup>

براساس ماده ۱۱۰۵ ق.م.ف عقد احسانی، نوعی از عقد تبرع است که متبرع در آن عقد ابتدائاً چیزی از مال خود را صرف در تبرع نمی‌کند (مانند کفالت)، بلکه عمل نیکوکارانه‌ای انجام می‌دهد. به عکس عقد هبه که در آن متبرع مالی از خود را صرف در تبرع می‌کند.<sup>۲</sup> (قانون مدنی فرانسه برگرفته از سایت [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr))

قلمرو و تعریف این دسته از عقود در فرانسه کمی با حقوق اسلام متفاوت است. در قسمت اول ماده ۱۱۰۴ در تعریف عقد محقق، با عقد معوض و مغاینه در حقوق ما منطبق است که در آن طرفین هنگام عقد به جوانب کار آگاه هستند و برای رسیدن به عوض و معوض معلوم تلاش می‌کنند.

---

۱. ماده ۱۱۰۴ قانون مدنی فرانسه: «عقد محقق وقتی است که منظور طرفین در ایفای شی یا انجام عملی که به عهده می‌گیرد به منزله معادل آن

چیزی باشد که به او می‌دهند یا برای او انجام می‌دهند وقتی برای هر یک از طرفین عقد تعادل (ارزش اقتصادی) عبارت است از شانس سود و زیان ناشی از یک اتفاق نامعین عقد تصادفی (غرری) است».

۲. ماده ۱۱۰۵ قانون مدنی فرانسه: «عقد احسانی عقدی است که در آن یکی از طرفین برای طرف دیگر امتیازی صرفاً مجانی فراهم می‌کند».

در قسمت دوم ماده ۱۱۰۴ ق.م.ف. عقد غرری و احتمالی صحیح دانسته شده که اکثر فقها چنین عقدی را باطل می‌دانند، البته در قرن اخیر این ذهنیت با پذیرش بیمه به عنوان یک عقد احتمالی تا حدی از بین رفته است.

به موجب ماده ۱۱۰۵ ق.م.ف. که عقد احسانی را تعریف کرده، این تعریف فقط عقد تبرع در حقوق اسلام را در بر می‌گیرد درحالی که دامنه عقود مسامحه گسترده‌تر از عقود تبرعی است.

#### ۱-۴- معیار تمیز عقود مغاینه و مسامحه

عقد مسامحه، عقدی است که هدف از آن احسان و دستگیری و گشایش از کار طرف مقابل است و در مقابل عقد مغاینه عقدی است که طرفین به دنبال سود و زیاده طلبی هستند. حال در صدد پاسخ به این سوال هستیم که آیا معیار وملاکی وجود دارد که بتوان به واسطه آن به طور دقیق پاسخ داد که عقدی جزو عقود مغاینه‌ای یا جزو عقود مسامحه‌ای است؟ به تعبیر دیگر ضابطه تشخیص عقود مغاینه‌ای از مسامحه‌ای چیست؟ در پاسخ به این سوال باید با کمی احتیاط گام برداشت، زیرا نمی‌توان معیار دقیق و قاطع ارائه داد و تاکنون هیچ کدام از حقوق‌دانان به طور واضح در این خصوص سخن نگفته‌اند به نظر می‌رسد، برای این منظور باید به ویژگی‌های این دو دسته و ماهیت و هدف طرفین توجه کرد تا بتوان با استفاده از آن ضابطه‌ای اختیار کرد. باید توجه کرد که هدف متعاقدین یا حداقل یکی از آن دو نیکوکاری و کمک به هم نوع است یا نه آنها به دنبال سود و تلاش برای رسیدن به تعادل اقتصادی هستند و یا فراتر از آن، آنها در قالب نیکوکاری در صدد به دست آوردن سود هستند و این غالب ظاهری را صرفاً برای فرار از قواعد آمره قانونی انتخاب کرده‌اند.

شاید انتقاد شود که هدف طرفین قابل تشخیص نیست و یک امر درونی و مخفی است ولی باید گفت می‌توان از امارات و قرائن و دقیق شدن در جزئیات قرارداد به هدف طرفین پی‌برد مثلاً با توجه و دقت به خصوصیات طرفینی که عقد را منعقد می‌کنند، شروطی که ضمن عقد واقع می‌شود، خصوصیات مورد معامله و شرایطی که در آن عقد واقع می‌شود... به اهداف و انگیزه‌های طرفین عقد پی‌برد. برای مثال تاجری که در آستانه توقف و ورشکستگی است به ناگاه ساختمان چند طبقه خود را هبه می‌کند، واضح است هبه در این جا صرفاً یک قالب نیکوکاری میان تهی است. البته ذکر این نکته ضروری است که اهداف نامشروع و اهب