



Research Article

Misrepresentation in contracts; its foundations and issues in Imamiia jurisprudence and Iranian law

Eghbalali Mirzaei^{1*}

1. Assistant Professor in private Law, Department of Law, Faculty of humanity & Social Science, University of Kurdistan, Sanandaj, Iran

Article history:

Received: 13/09/2023

Accepted: 01/01/2024

Abstract

There is disagreement among scholars regarding the definition of misrepresentation. Some argue that misrepresentation occurs only through an act or omission. Others believe it encompasses any deceptive behavior, including lying and deliberate silence. This difference has blurred the boundaries between misrepresentation and the legal concepts of defect and breach of description.

While most jurists limit the application of misrepresentation to situations involving the concealment of defects or false descriptions, some writings consider misrepresentation to be synonymous with deception and fraud in transactions, encompassing any form of misleading behavior. The term "misrepresentation" literally translates to "darkening and covering the reality" and is synonymous with the Arabic term "ghash." In the view of jurists, misrepresentation is a deceptive practice employed to mislead the other party into a contract.

The concept of misrepresentation hinges on the occurrence of deceptive actions and the presence of a deliberate intent to deceive (the mental

Please cite this article as:

Mirzaei, E.A. (2025). Misrepresentation in contracts; its foundations and issues in Imamiia jurisprudence and Iranian law. *Journal of Legal Studies*, 16(4) 147-184.

<https://doi.org/10.22099/JLS.2024.48341.5005>

* Corresponding author:

E-mail address: e.alimirzaei@uok.ac.ir

element). Additionally, it requires a mistake on the part of the contracting party. However, there are differences in the understanding and examples of deceptive actions within Imamiyya jurisprudence and Iranian civil law. This article emphasizes the originality and independence of the concept of misrepresentation.

Methodology

This research employed a qualitative approach, utilizing library resources for data collection and concept analysis. It aims to compare the two prevailing views on the concept of deceptive actions and their correspondence with the legal foundations and civil law of Iran.

The article first explains the concept of misrepresentation and its elements based on the consensus of Imamiyya jurists and the prominent opinion among Iranian legal scholars. It then delves into cases of debate, such as silence or refraining from disclosing faults during transactions, and untrue statements. The analysis explores the roots of these disagreements and the reasoning behind the prominent jurists' view that considers these actions to be misrepresentation. Finally, it presents the minority opinion and the position of civil law, demonstrating their compatibility with the principles and foundations of Iranian law.

Research Questions

The present research, conducted descriptively using library resources, seeks to answer the following questions:

- What is the concept of misrepresentation in jurisprudence and law, and how does it relate to the jurisprudential term "fainting in transaction"?
- What are the pillars and conditions for realizing the option of misrepresentation?
- Does the concept of misrepresentation apply to deliberate silence and refraining from expressing faults?
- Can the title of misrepresentation be applied to false descriptions of the transaction?
- What are the indicators of the independence of the misrepresentation option from related concepts, particularly defect and breach of description?
- What are the reasons for the prevalence of the misrepresentation theory with silence and refraining from expressing defects?
- Is fraudulent operation only related to the product itself, or can it manipulate the price?

- What is the position of Iran's civil law regarding the material element of fraudulent representation?
- Finally, is the misrepresentation option independent, or is it considered an example of other options?

The article discusses and answers these questions in four sections.

Response to the Questions

This article argues against the view of prominent jurists, stating that the concept of fraud is characterized by two key features: through misrepresentation, the deceitful party leads the other party to enter a contract that they would not have agreed to if they had full knowledge. Therefore, realizing misrepresentation does not necessitate proof of loss. The legislator does not intend to force anyone into an obligation they did not freely choose. Furthermore, the conditions for misrepresentation differ from those for breach of condition of attribute. This applies when the characteristic description is part of the agreement. However, in cases of fraud, the deceived party consents to the transaction by trusting the fabricated appearance presented to them. Additionally, the concept of deception cannot be conceived without intention and will. However, in the case of silence, the mental element of misrepresentation is absent. While a silent person may not have good intentions, their malicious intent is not certain.

Similarly, in the case of false statements, although the mistake originates from the speech, the material element of misrepresentation is questionable.

Findings

Articles 438 and 1128 of Iran's Civil Code are consistent with the concept and nature of misrepresentation. However, the inclusion of deliberate silence and false statements as misrepresentation in Imamiyya jurisprudence has some justifications: within the fiqh system, customs and habits are not considered sources of Sharia rulings; therefore, customary conditions are not valid. Additionally, according to the consensus of Imamiyya jurists, implicit conditions are not considered valid and binding.

Thoughtful jurists have utilized the misrepresentation rule to provide proper protection to the victim, particularly in marriage contracts. There is an additional significant reason in marriage contracts that justifies a stronger emphasis on the theory of fraud: faults only cause the annulment of marriage only in limited and specific cases. Therefore, thoughtful jurists, citing misrepresentation, aimed to provide proper support to the injured party.

Furthermore, some legal scholars argue that if the scope of misrepresentation is limited to cases of fraudulent operations, certain defects

and diseases without outward signs would be excluded from its purview. This is because deceiving the other party regarding such defects requires only refraining from disclosing them.

However, this concern can be addressed by relying on Articles 1128 and 225 of the Civil Code. Based on contractual customs and habits, it can be argued that the health of the spouses is an essential and implicit condition in marriage. Therefore, if one party has defects or illnesses before the marriage, the other party has the right to terminate the marriage, even if these issues were not discussed during preliminary negotiations.

Keywords: Fraud in the Transaction, Fraudulent Operation, Option of Misrepresentation, Cancellation of Contract.

دوره شانزدهم، شماره چهارم، زمستان ۱۴۰۳

IJAS

مجله مطالعات حقوقی

Journal Homepage: <https://jls.shirazu.ac.ir/>
doi: <https://doi.org/10.22099/JLS.2024.48341.5005>

مقاله پژوهشی

تدلیس در قراردادها؛ مبانی و مسائل آن در فقه امامیه و حقوق ایران

اقبال علی میرزائی^{*۱}

۱. استادیار حقوق خصوصی، گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی و اجتماعی دانشگاه کردستان، سنندج، ایران

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۰/۱۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۶/۲۲

اطلاعات مقاله

چکیده

درباره مفهوم و مصادیق تدلیس در قراردادها، در فقه امامیه و حقوق ایران اختلاف است. به نظر گروهی از نویسندگان، تدلیس فقط با فعل یا ترک فعل واقع می‌شود، اما دیگران معتقدند عملیات تدلیس‌آمیز شامل هر گونه رفتار متقلبانه-اعم از فعل یا ترک فعل-، گفتار دروغ و سکوت عمدی از بیان عیب است. بر اثر این اختلاف، مرز بین خیار تدلیس و خیار عیب و تخلف از وصف آمیخته شده و حقیقت تدلیس پوشیده مانده است. از این رو، پژوهش حاضر کوششی برای واکاوی مفهوم خیار تدلیس و عناصر آن است. اگرچه مشهور فقیهان امامیه تدلیس را محدود به موارد پوشاندن عیب و نمایاندن وصف می‌دانند، اما در برخی نوشته‌های فقهی، تدلیس به معنای هر نوع فریب و نیرنگ در معاملات آمده است. نویسندگان قانون مدنی ایران از این عقیده پیروی کرده‌اند؛ به موجب ماده ۴۳۸ هر اقدام فریبکارانه که به منظور گمراه کردن طرف دیگر صورت گیرد و او را به انعقاد قرارداد بکشاند، تدلیس محسوب است، هر چند مربوط به عیوب و اوصاف مورد معامله نباشد. از این رو، معرفی ارکان سه‌گانه در تعریف تدلیس، دومین هدف اصلی این تحقیق است: وقوع عملیات فریبنده به عنوان رکن مادی تدلیس، وجود قصد فریب یا سوءنیت فریبکار در مقام عنصر روانی تدلیس و سرانجام، فریفته شدن طرف مقابل به واسطه عملیات فریبکارانه، ارکان و عناصر خیار تدلیس را تشکیل داده است. پژوهش حاضر به روش توصیفی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای انجام شده است. استخراج مفهوم تدلیس، تبیین مرزهای خیار تدلیس و استقلال آن از خيارات مرتبط، نوآوری تحقیق است.

واژگان کلیدی: غش در معامله، عملیات فریبکارانه، خیار تدلیس، فسخ قرارداد.

استناد به این مقاله:

میرزائی، اقبال علی (۱۴۰۳). تدلیس در قراردادها؛ مبانی و مسائل آن در فقه امامیه و حقوق ایران. *مجله مطالعات حقوقی*. ۱۶.

(۴). ۱۴۷-۱۸۴.

^{*}نویسنده مسئول:

سرآغاز

به طور کلی، تدلیس در قرارداد به معنای فریب دادن طرف عقد به منظور ترغیب او به انعقاد معامله است. بر این مبنا، در برخی نوشته‌های حقوقی در مقام تعریف تدلیس، به تأثیر آن در انعقاد قرارداد تأکید شده است (Senhoury, 1998: 146)؛ اما در پاره‌ای نوشته‌های فقهی، با تکیه بر اعمال فریبنده گفته شده است: تدلیس عبارت است از نمایاندن صفت کمال، علی‌رغم فقدان آن یا پوشاندن عیب، با علم به وجود آن (Ansari, n.d: 453). (Jabai Ameli, n.d: 139 n.d: 453).

با وجود این، چنان که خواهد آمد، موارد تدلیس منحصر به پوشاندن عیب و نمایاندن وصف نیست. به‌علاوه، وقوع فریب و گمراهی طرف معامله تنها یک رکن از ارکان تدلیس را می‌نمایاند. از این رو، تعریف‌های یادشده جامع نیست. لیکن، به موجب ماده ۴۳۸ قانون مدنی، «تدلیس عبارت است از عملیاتی که موجب فریب طرف معامله شود». مطابق با این تعریف، تدلیس هر گونه عملیات فریبکارانه را دربرمی‌گیرد و محدود به موارد عیب یا وصف نیست. به‌علاوه، وقوع فریب به علت عملیات فریبنده لازمه تحقق تدلیس است. با وجود این، تدلیس عنصر سومی هم دارد: عرفاً، فریبکاری و نیرنگ بدون قصد فریب محقق نمی‌شود. از این رو، وجود عمد و سوءنیت در مفهوم تدلیس مستتر و مفروض است. لیکن، قانون مدنی از عنصر روانی تدلیس یاد نکرده است. گویا، این شرط را به بدهت آن واگذارده است.

اهمیت و ضرورت مطالعه درباره مفهوم و ارکان خیار تدلیس از آن روست که این موضوع و به‌تبع، پاره‌ای مصادیق تدلیس در بین فقیهان و نویسندگان حقوقی مورد اختلاف است. به‌ویژه که فایده عملی این اختلاف و اهمیت تفکیک تدلیس از خیارات مرتبط چشم‌گیر است: حمایت‌های قانونی در مورد خیار تدلیس بیش از سایر خیارات است. چنان که گفته شده است: اسقاط کلیه خیارات ضمن عقد، نسبت به خیار تدلیس

اثری ندارد و شرط سقوط خیار تدلیس به علت مخالفت با نظم عمومی باطل است (Safaei, 2003: 306-307). همچنین، شرط تبری از عیبی که نسبت به آن تدلیس شده، اعتباری ندارد (Katouzian, 2022: 300-302). به علاوه، گذشته از جنبه کیفری تدلیس در نکاح، عیوب موجب فسخ عقد، منحصر به موارد محدود و معین است و به همین دلیل، استناد به تدلیس در نکاح اهمیت ویژه می‌یابد.

با وجود این، در نوشته‌های حقوقی، بحث از مفهوم و ارکان وقوع تدلیس، مفروغ‌عنه پنداشته شده و مقاله‌ای مستقل در این باره دیده نمی‌شود. همچنین، درباره استقلال خیار تدلیس از سایر خیارات، کمتر بحث شده است. در پاره‌ای نوشته‌ها، تنها عنصر روانی تدلیس مطالعه شده (Mortazi & Nejad salarie, 2015) و در برخی مقالات، مصادیق تدلیس در نکاح، در زمان‌های قدیم و عهد حاضر تبیین شده است (Safar khani et.al, 2019). همچنین، پاره‌ای نویسندگان به مطالعه آثار تدلیس در نکاح پرداخته‌اند (Sokouti Nasimi, 2014). سرانجام، در پاره‌ای مقالات حقوقی، تأثیر تدلیس منسوب به شخص ثالث بر وضعیت معامله در حقوق ایران و فقه امامیه مطالعه شده است (Hosseini Moghadam et.al, 2019).

تحقیق حاضر تلاش دارد به پرسش‌های زیر پاسخ دهد: مفهوم تدلیس در اصطلاح فقه و حقوق و ارتباط آن با اصطلاح فقهی «غش در معامله» چیست؟ ارکان و شرایط تحقق خیار تدلیس، کدام است؟ مفهوم تدلیس در مورد سکوت و خودداری از بیان عیب صادق است؟ امکان اطلاق عنوان تدلیس نسبت به توصیف دروغین مورد معامله وجود دارد؟ عملیات فریبکارانه تنها مربوط به خود کالاست یا اینکه وقوع تدلیس در قیمت نیز ممکن است؟ سرانجام، این مساله اساسی مطرح است که خیار تدلیس مستقل است یا مصداقی از خیارات دیگر محسوب می‌شود؟

پرسش‌های فوق‌الذکر به ترتیب طی چهار بخش مورد بحث قرار گرفته و پاسخ

داده شده است.

۱. مفهوم تدلیس و مقایسه آن با غش

به نظر برخی محققان، چنانچه حيله و فریب در قرارداد به منظور نمایاندن صفت کمالی که وجود ندارد صورت گیرد، در اصطلاح فقهی، تدلیس رخ داده است (Ansari, 1994, Vol.1: 95)؛ اما برخی فقیهان، مفهوم تدلیس را تا حدودی گسترش داده‌اند و معتقدند: تدلیس عبارت است از نمایاندن آنچه که وصف کمال محسوب است و پنهان کردن چیزی که عیب و نقص به شمار می‌آید^۱ (Jabai Ameli, n.d: 139).

این مفهوم اصطلاحی از معانی لغوی آن دور نیست: تدلیس از ریشه (دلس) به معنای ظلمت و تاریکی و نیز مترادف با خدعه و نیرنگ است (Johari, 1986: 390). بر این مبنا، در برخی نوشته‌ها آمده است: تدلیس‌کننده با پوشاندن عیب موجود و یا نمایاندن وصفی که وجود ندارد، واقعیت را پنهان کرده و بدین طریق، طرف مقابل را به تاریکی وهم انداخته است^۲ (Jabaei Ameli, 1989, vol3: 500). با وجود این، پاره‌ای فقیهان، مفهوم تدلیس را به موارد عیب یا وصف محدود نکرده‌اند و آن را مرادف با هر نوع فریب و نیرنگ در معاملات می‌دانند (Shahidi Tabrizi, n.d: 32). هم‌چنین، در برخی نوشته‌های فقهی، تدلیس مرادف با «غش در معامله» دانسته شده است (Tabrizi, 199: 2010)^۳. لیکن، در اصطلاح فقهی، تدلیس، نوعی غش و اخص از آن است (Ansari, 1994: 95).

چنان که برخی محققان دریافته‌اند، مفهوم غش دارای حقیقت شرعی یا متشرعه نیست بلکه، ریشه در عرف و لغت دارد (Khoei, 1998: 469-470). در زبان تازی، واژه غش (به فتح غ)، مصدر و (با کسر غ) اسم است و در زبان فارسی تلفظ آن با فتح غ رایج است. به هر حال غش در لغت، مشترک میان سه معنی است: نخست، به معنای

۱. التدلیس: اظهار ما یوجب الکمال و اخفاء ما یوجب النقص.

۲. التدلیس و هو ... من ... الظلمه کأن المدلس یظلم الامر و یبهمه حتی یوهم غیر الواقع.

۳. أن التدلیس محکوم بالحرمة باعتبار کونه غشاً فی المعاملة.

ناخالصی است که با آمیخته شدن دو چیز روی می‌دهد و محصول آن شیء مغشوش است (Tarihi, 1983: 312)؛ دومین معنای غش، خیانت و بدخواهی است و در این معنی غش در مقابل نصح (بر وزن صبح) و خیرخواهی قرار دارد (Ibn Manzoor, 1993: 323)؛ کسی که آنچه را می‌داند پنهان کند و یا خلاف آن را بنمایاند، غش کرده است^۱ (Tarihi, 1983: 312). سرانجام، غش معادل فریب و نیرنگ است (Dekhoda, 1956). با وجود این می‌توان گفت: معانی سه‌گانه فوق‌الذکر به حقیقتی واحد برمی‌گردد: شخص غاش (= فریبکار) با انجام کارهایی مانند ناخالص کردن مال، قصد و نیت خود را مبنی بر حيله و فریب عملی می‌کند و بدین طریق خیانت می‌ورزد.

تعریف اصطلاحی غش نیز با معنای لغوی آن پیوند دارد. چنان که برخی فقیهان گفته‌اند: غش عبارت است از آنچه که موجب اغراء و گمراهی طرف معامله می‌شود (Tabrizi, 2010: 322)؛ مانند عرضه کالای ناخالص که مشتری آن را خالص و ناب می‌پندارد و بر این اساس، مغرور و راضی به معامله می‌شود (Shahidi Tabrizi, n.d, vol.1: 60). بر این مبنا، در فقه اعتقاد بر این است که غش در معاملات، به صورت آمیختن جنس پست با کالای مرغوب یا مخلوط کردن کالا با چیزهای بی‌ارزش واقع می‌شود (Ansari, 1994, Vol.1: 95)، مانند آمیختن آب در شیر؛ مخلوط کردن فلز کم‌بها در طلا و درهم کردن برنج نامرغوب در نوع مرغوب آن. در تمام این موارد، کالای ناخالص پدید می‌آید که از بهای مال می‌کاهد و یا چیزی غیر از آنچه مورد قصد و اراده مشتری بوده به او تسلیم می‌شود.

با وجود این، غش در معامله منحصر به آمیختن مال نیست و با هر عملی که موجب فریب طرف قرارداد شود، واقع می‌شود. از این رو، در برخی نوشته‌ها آمده است: قرارداد ابریشم در محل سرد که باعث سنگین شدن وزن آن می‌شود، غش و حرام است (Ansari, 1994, Vol.1: 94). هم چنین، فروش روغن خوراکی نجس شده و

۱. غَشَّةٌ: لم يمحصه النصح و اظهر له خلاف ما اضمر.

بیع حیوان مسموم از مصادیق غش در معامله است (Khoei, 1998, Vol.7: 470). افزون بر این، عرضه مبیع در تاریکی شب یا محل‌های تاریک موجب پوشیده ماندن عیب آن و گمراهی خریدار می‌شود؛ به همین جهت، در روایات شرعی مورد نهی واقع شده است (Saafi Golpayegani, 1995, Vol. 1: 298).

بر اساس آنچه گذشت، غش در اصطلاح فقهی، به معنای فریبکاری و نیرنگ در معامله است که شامل تدلیس نیز می‌شود؛ اما در اصطلاح حقوق، عنوان تدلیس معادل غش است و این مفهوم، علاوه بر فریبکاری راجع به پوشاندن عیب یا نمایاندن وصف، سایر اعمال متقلبانه را نیز دربرمی‌گیرد. به همین جهت، به موجب ماده ۴۳۸ قانون مدنی، به طور کلی هر گونه عملیاتی که موجب فریب طرف معامله شود، تدلیس محسوب شده است. با وجود این، موافق با معانی لغوی غش و تدلیس، مظاهر حيله و فریب در قراردادها نزد عرف گسترده‌تر است. از این رو، برخی نوشته‌ها (Ghszzali, 1990, Vol.2: 140-146) بر اساس اخلاق اسلامی و مطابق با روایات شرعی، اقدام‌هایی مانند ستایش مال خود و نکوهش کالای دیگری، سوگند خوردن هنگام معامله، کتمان عیوب آشکار و پنهان، کم‌فروشی، عدم رعایت صداقت و یا فاش نکردن قیمت بازار و تلقی رُکبان^۱ مورد نهی واقع شده است. با وجود این، جمهور فقیهان و حقوقدانان، بر مبنای اصل لزوم در قراردادهای حيله‌های موثر در معامله را به موارد غش و تدلیس محدود کرده‌اند.

۱. در زمان‌های گذشته، برخی بازرگانان به منظور استقبال کاروان مال‌التجاره از شهر بیرون می‌رفتند و به‌دروغ قیمت بازار را کمتر از نرخ واقعی اعلام می‌کردند و بدین طریق، متاع کاروانیان را کمتر از بهای رایج می‌خریدند. این کار در سنت رسول اکرم (ص) مورد نهی قرار گرفته است (Ghszzali, 1990, Vol.2: 145). «نهی رسول الله (ص) عن تلقی الرُکبان». در فقه امامیه، تلقی رُکبان مکروه است و تنها در صورت غبن فاحش موجب خیار می‌شود (Ansari, 1994, Vol.1: 557-558).

۲. ارکان خیار تدلیس

تدلیس را مانند هر مفهوم دیگر باید از ارکان تشکیل دهنده آن شناخت. از این رو نویسندگان حقوق، ارکان و شرایط خیار تدلیس را برشمرده‌اند؛ اما در این باره اختلاف دارند: به نظر برخی نویسندگان، برای تحقق تدلیس دو شرط لازم است: ۱. عملیاتی انجام شود و ۲. موجب فریب طرف معامله شود (Emami, 2012, Vol.1: 585-586؛ Katouzian, 2022: 278-293؛ Shahidi, 2012: 66). دیگران، مفهوم تدلیس را با اجتماع سه رکن محقق می‌دانند: ۱. وقوع عملیات؛ ۲. فریب خوردن طرف معامله و ۳. وجود رابطه سببیت بین عملیات مزبور و فریفته شدن طرف قرارداد (Qasemzade, 2010: 275). لیکن، به نظر برخی نویسندگان، ارکان سه‌گانه تدلیس عبارت است از: ۱. عملیات مادی؛ ۲. عنصر روانی یا قصد فریب دادن و ۳. وقوع فریب و اشتباه به واسطه عملیات مزبور (Owsiya, 1992: 297-401). سرانجام، پاره‌ای نویسندگان، با تجزیه برخی ارکان تدلیس، چهار عنصر برای آن شمرده‌اند (Jafari Langeroudi, 2002: 312). لیکن، با جمع بین نظرها می‌توان گفت: خیار تدلیس با اجتماع سه رکن حاصل می‌شود: الف. انجام کارهای فریبنده پیش از عقد؛ ب. وجود قصد فریب یا علم فریبکار به موضوع؛ ج. جهل فریب‌خورده و انعقاد معامله بر اثر عملیات فریبنده.

۱-۲. رکن نخست: انجام کارهای فریبنده پیش از عقد

به موجب این شرط، برای تحقق تدلیس لازم است عملیات و اقداماتی فریبنده انجام شود، زیرا آنچه سبب گمراهی طرف معامله می‌شود، انجام عملیات فریبکارانه است. بی‌گمان، در حالت معمولی آنچه موجب رغبت طرف عقد و تمایل به انعقاد معامله می‌شود، وضعیت عادی و ظاهری مورد معامله است؛ نوعاً هر کس قصد دارد مالی سالم، اصیل و خالص بخرد. هم‌چنین، هر شخص به خاطر اوصافی که در مال می‌بیند حاضر به خرید آن می‌شود؛ اما فریبکار با اقدامات فریبنده از قبیل آمیختن مال با جنس

پست و یا ترمیم ظاهری آن، تلاش می‌کند این واقعیت را که مورد معامله را مغشوش و ناسالم است، از طرف دیگر پنهان کند و به این طریق رغبت و رضایت او را به معامله جلب کند. هم‌چنان که نمایاندن اوصافی که در واقع وجود ندارد، سبب اشتیاق افراد به معامله می‌شود. به گونه‌ای که اگر آن اقدام فریبنده نبود، کسی راضی به معامله نمی‌شد.

بر این مبنا، اقدامات فریب‌آمیز باید پیش از انجام معامله صورت گیرد (Shahidi Tabrizi, n.d, vol.1: 60) تا رغبت به معامله ایجاد کند و در صورت معلوم شدن واقعیت، در سرنوشت عقد مؤثر افتد. لیکن، چنانچه در جریان اجرای قرارداد حيله‌ای به کار رود، این اقدام سبب خیار تدلیس نمی‌شود و تنها احتمال دارد اقدامات اجرایی به جای خود برگردد یا موجب ضمان شود (Katouzian, 2022, Vol.5: 279). به‌علاوه، صرف انجام اقدامات فریبنده بدون اینکه منجر به وقوع عقد شود، تدلیس نیست (Sobhani, Shahidi Tabrizi, n.d, vol.1: 60; 1995, Vol.12: 510) بلکه، اقدامات مزبور باید موجب ترغیب به معامله شود و تراضی بر مبنای آن صورت گیرد. به دیگر سخن، ارتکاب عملیاتی که موجب فریب شود، عنصر مادی تدلیس است و برای تحقق این معنی، باید یکی از دو طرف به اقدامی فریبنده دست زده باشد و انگیزه حيله و فریب، نمود ظاهری و مظهر خارجی پیدا کند تا طرف مقابل به اتکای آن فریفته شود (Katouzian, 2022: 282). در غیر این صورت، وقوع اشتباه ارتباطی به تدلیس ندارد.

بر این مبنا، در ماده ۳۴۸ قانون مدنی در مقام بیان مفهوم تدلیس واژه «عملیات» به کار گرفته شده است. در آثار فقهی نیز این مفهوم با ذکر مثال‌هایی تبیین شده است که با فعل یا ترک فعل واقع می‌شود: «تدلیس ماشطه» و «تصریه» دو نمونه مشهور در این باره است: آرایشگران با انجام کارهایی مانند گذاشتن موی و کلاه‌گیس یا سرخ کردن روی زنان، زیبایی موهوم را در چهره آنان نمایش می‌دهند یا اینکه عیوب موجود را مخفی می‌نمایند. هم‌چنان که ندوشیدن شیر حیوان موجب می‌شود در زمان معامله پرشیر نشان داده شود. در حالی که در واقع چنین نیست (Jabaei Ameli, 2007, Vol.3: 500؛ 262-264; Najafi, 1983, Vol.23: 262-264). نویسندگان حقوقی نیز با آوردن مثال‌هایی تاکید

می‌کنند، انجام عملیات مادی لازمه تحقق تدلیس است؛ مانند اینکه بایع سقف خانه ای را که شکاف برداشته و در حال فرو ریختن است، تعمیر سطحی کند و یا میز و صندلی چوبی را با رنگ و روغن جلا دهد و آن را چوب گردو معرفی کند (Shahidi, 2012: 66) یا اینکه خانه ای را که با خشت ساخته شده با آجر نما ببوشاند تا به مشتری بنمایاند که بنای خانه آجری است (Emami, 2012: 586).

افزون بر این، کارهای فریبنده باید نامتعارف باشد. بر این مبنا، تشخیص عملیاتی که تدلیس به شمار می‌رود با عرف است و تغییر عادات و رسوم در چگونگی این عملیات موثر است. چنان که به کار بردن کلاه‌گیس یا سرخ کردن صورت در گذشته تدلیس به حساب می‌آمد اما امروزه امری متعارف است و نیرنگ به شمار نمی‌آید (Katouzian, 2006: 288). در مقابل، آرایش‌های نامتعارف که از آن با عنوان تغییر چهره (=گریم) یاد می‌شود و معمولاً اثر موقتی و حالت تصنعی دارد، در عرف امروز تدلیس محسوب می‌شود (Safarkhani et.al, 2019:198-199).

به علاوه، همان‌گونه که از مثال‌های تدلیس برمی‌آید، عملیات فریبنده ممکن است توسط شخص طرف عقد انجام شود یا به درخواست او و از سوی اشخاص ثالث صورت گیرد. هم‌چنین، برای تحقق تدلیس کافی است طرف عقد از وقوع اعمال تدلیس‌آمیز باخبر باشد. هرچند انجام آنها را درخواست نکرده باشد، زیرا علم و اطلاع از وقوع عملیات متقلبانه و استفاده از آن در معامله، به منزله تدلیس خود طرف معامله است و به همین جهت، موجب خیار تدلیس می‌شود (Hosseini Moqadam et.al, 2019:96). برخی فقیهان در این باره تصریح کرده‌اند: در مورد بیع مال مغشوش تفاوتی ندارد که آمیختن مبیع به فعل بایع باشد یا کسی دیگر اقدام به آن کرده باشد (Ansari, 1994: vol 1, 95).

۱. إنَّ غشَ المسلمِ أَمَا هو ببيعِ المغشوشِ... فلا فرق بين كونِ الاغتشاشِ بفعله أو بغيره.

لیکن، چنانچه عملیات فریبنده توسط ثالث بدون تبانی و اطلاع طرف معامله انجام شود، خیار تدلیس به وجود نمی آید (Safaei, 2003: 292-293؛ Katouzian, 2022: 289-288). مگر اینکه تدلیس موجب اشتباه اساسی و باعث بطلان عقد شود. در این صورت، حکم قضیه تابع نظریه اشتباه و عیب اراده است و تفاوتی ندارد که در نتیجه تدلیس طرف قرارداد باشد یا شخص ثالث (Katouzian, 2022: 288).

به دیگر سخن، جز در موارد استثنایی که عقد باطل است، آنچه سبب خیار تدلیس می شود، تقصیر عمدی طرف عقد و فریب ناروایی است که باعث ضرر طرف مقابل می شود، زیرا خیار تدلیس، تمهیدی برای جبران ضرر ناشی از فریب است و به موجب قواعد، کسی که باعث ضرر شده است باید آن را جبران کند. پس اگر شخص خارجی مرتکب تدلیس شود، نباید خطای او را به پای طرف بی گناه نوشت و التزام به پیمان را گسست. لیکن، زیان دیده می تواند خسارت خود را از بیگانه بخواهد^۱ (Katouzian, 2022: 288). به ویژه که مطابق اصل لزوم قراردادها وجود خیار فسخ امری استثنایی است و در موارد استثنایی باید به قدر متیقن اکتفا شود. از این رو، در موارد شک در ثبوت خیار، اصل بر عدم خیار فسخ است (Hosseini Moqadam et.al, 2019: 100-101). ظاهر ماده ۴۳۹ قانون مدنی این عقیده را تقویت می کند. به موجب ماده مزبور: «اگر بایع تدلیس نموده باشد مشتری حق فسخ بیع را خواهد داشت و همچنین است بایع نسبت به ثمن شخصی در صورت تدلیس مشتری». در تأیید این حکم می توان از رکن دوم تدلیس نیز یاری گرفت.

۱. برای دیدن استدلال مشابه در موضوع نجش ر.ک: (Sheykh tousi, 1967, Vol.2: 159). «فان كان النجش من غیر امر بائع و مؤاطاته فلا خيار لأنه لا يفسخ عليه البيع بفعل غيره».

۲-۲. رکن دوم: وجود قصد فریب یا علم فریبکار به موضوع

چنان که پیش‌تر گذشت، غش و فریب مفهوم عرفی دارد. به حکم عقل و عرف، فریبکاری در صورت وجود عمد و اطلاع فاعل از موضوع آن محقق می‌شود^۱ (Imam Khomeini, 2000, Vol.2: 452). از این رو، عرفاً به شخص جاهل، فریبکار گفته نمی‌شود (Khoei, 1998: 469-470). به علاوه، کسی که از امری آگاه نیست نمی‌تواند نسبت به آن قاصد باشد (Owsia, 1992: 327)؛ بنابراین، اگر طرف قرارداد از کاری که ندانسته یا به منظور دیگری انجام شده است به اشتباه افتد، اثر آن را باید در عیوب اراده جست و جو کرد نه تدلیس. به ویژه که اگر تدلیس حتی در صورت جهل و فقدان سوءنیت پذیرفته شود، نظریه تدلیس بیهوده می‌شود و باید آن را از فروع اشتباه و عیب شمرد (Katouzian, 2022: 284-285).

بر این مبنا، در صورت فقدان علم و اطلاع طرف عقد از عملیات انجام شده، قصد فریب وجود ندارد و به تبع، تدلیس منتفی است^۲ (Karaka, 1993, Vol.13: 284). به دیگر سخن، چنان که برخی فقیهان دریافته‌اند، تدلیس و فریب از عناوین قصديه است (Khoei, 1998: 471). پاره‌ای حقوقدانان نیز تصریح کرده‌اند: کار فریبنده باید ارادی و به عمد و با قصد فریب باشد (Katouzian, 2022: 284&292) و در مقام اثبات، کافی است بایع عالم به حال مبیع باشد و مشتری از آن بی‌خبر بماند (Khoei, 1998: 469)، زیرا آگاهی از واقعیت اماره بر وجود قصد فریب است (Katouzian, 2022: 287). از این رو، برخی محققان تصریح کرده‌اند: در صورت فروش مال مغشوش با علم به موضوع و عدم اعلام آن به مشتری، قصد فریب ثابت است؛ خواه آمیختن مال و اقدام متقابلانه توسط بایع صورت گرفته باشد یا به فعل شخص دیگری باشد (Irvani, 2005, vol.2: 29)^۳.

۱. اعتبار العلم فی ماده الخدیعه و التدلیس ظاهر من العرف و اللغه.

۲. التدلیس ینتفی بانتهاء العلم.

۳. فالعبره ... قصد تلبیس الامر علی مشتری ... عالمأ بالغش بلا إعلامه کان غش بفعله أم بفعل غیره.

با وجود این، لزومی ندارد فریبکار قصد اضرار هم داشته باشد. بر این مبنا، داشتن حسن نیت و انگیزه خیرخواهانه نیز تأثیری ندارد و تدلیس، حتی اگر از روی دلسوزی واقع شود، به علت خدشه در استقلال اراده و تصمیم‌گیری طرف عقد، در معامله مؤثر می‌افتد (Amiri Qaemmaqami, 1999: 315). به همین جهت، برخی فقیهان تصریح کرده‌اند: چنانچه بایع با هدف اصلاح مال یا به زعم اینکه اقدام او به مصلحت مشتری است، اقدام به مزج آن کند ولی این موضوع را هنگام عقد بیان نکند، مرتکب غش شده است (Khoei, 1998, vol.1: 469؛ Ansari, 1994, vol.1: 95).

لیکن، در مقام اثبات قصد حيله و فریب، بر مبنای اصل عدم، جهل فریبکار نسبت به موضوع و عدم سوء نیت او مفروض است. بر این مبنا، شخص فریب‌خورده باید علم و اطلاع او را ثابت کند. با وجود این، از اوضاع و احوال ویژه هر مورد نباید گذشت: کسی که شغل معمولی او عرضه کالایی معین است، ادعای جهل به تقلبی بودن اجناس عرضه شده عرفاً پذیرفته نمی‌شود. در مقابل، اگر کسی انگشتی طلا را که به او هدیه شده است بفروشد و سپس معلوم شود که عیار آن کمتر از چیزی است که بر رویش نقش بسته، جهل او نسبت به این موضوع، مقرون به واقع است. مگر اینکه خلاف آن ثابت شود.

۳-۲. رکن سوم: جهل فریب‌خورده و انجام معامله بر اثر عملیات فریبنده

چنان که گذشت، تدلیس عبارت است از عملیاتی که موجب فریب شود؛ یعنی معامله‌کننده بر اثر آن عملیات نسبت به انجام عقد راضی و مغرور شده باشد. به گونه‌ای که اگر عملیات مزبور نبود، مشتری حاضر به معامله نبود و یا برای خرید به میزان ثمن پرداخت شده اقدام نمی‌کرد (Shahidi, 2012: 66؛ Emami, 2012: 586). به دیگر سخن، لازم است بین عملیات واقع‌شده و اشتباه طرف معامله رابطه سببیت برقرار باشد (Qasemzade, 2010: 275). برخی فقیهان هم گفته‌اند: فریب زمانی محقق می‌شود که طرف قرارداد، به اعتبار عملیات واقع‌شده، وجود صفت وانمود شده یا فقدان عیب

مخفی شده را باور کند و بر این اساس اقدام به معامله کند^۱ (Tabrizi, 2010, vol.1: 199); یعنی، با وقوع تدلیس، مشتری بر اساس چیزی که دیده است حاضر به معامله می‌شود اما با معلوم شدن واقعیت، درمی‌یابد که به مقصود خود دست نیافته و در واقع، فریفته شده است (Jbaei Ameli, n.d, vol.8: 139).^۲

بی‌گمان، لازمه تحقق غش و فریب این است که شخصی که فریب داده شده از واقعیت آگاه نباشد (Ansari, 1994, vol.1: 95).^۳ در این صورت، عملیات صورت گرفته در اراده و رضای او موثر واقع شده و به اصطلاح فریفته شده است (Karaki, 1993, vol.13: 257).^۴ لیکن، در صورت اطلاع او از موضوع، غش و خیانت منتفی است (Khoei, 1998, vol.1: 469-470; Sobhani, 1995, vol.12: 508)، زیرا اگر معلوم باشد که طرف مقابل با آگاهی از واقع معامله کرده است، در واق، عملیات انجام شده موجب فریب او نشده است و به همین جهت خیار تدلیس ندارد. هر چند نیرنگ، عمدی و به قصد فریب او باشد (Shahidi, 2012: 66; Katouzian, 2022: 293).

با وجود این در مقام اثبات، اصل بر عدم علم و اطلاع است و معمولاً شخصی که فریب داده شده اظهار جهل و بی‌اطلاعی می‌کند. از این رو، برخی فقیهان تلاش کرده‌اند ضابطه‌ای به دست دهند تا صدق ادعای او معلوم و احکام تدلیس موجه شود. بر این مبنا در بیشتر نوشته‌های فقهی، تحقق غش تنها نسبت به امور پنهان پذیرفته شده و درباره آنچه که آشکار است ادعای وقوع فریب نفی شده است (Khoei, 1998, vol.1: 470-471; Hosseini Ameli, 1998, vol.12: 187-188; Ansari, 1994, vol.1: 95). به علاوه، به منظور تمهید معیاری برای تفکیک امور پنهان از موضوعات آشکار گفته شده است: نسبت به آنچه که اطلاع از آن با اختبار و بازرسی متعارف حاصل می‌شود ولی، طرف

۱. ان التدلیس ... يحصل مع اعتقاد الطرف بصفه کمال أو فقد عیب فی الشیء باعتبار فعل الغاش.

۲. فرّما رغب مشتری فیما شاهدہ اولاً و لم یسلم له.

۳. انّ غش المسلم أنّما هو بیع المغشوش علیه مع جهله.

۴. لأنّ التدلیس منوط بالباعثیه.

عقد در این باره کوتاهی کند، وقوع فریب صدق نمی‌کند؛ مانند اینکه گندم را با جو بیامیزند و مشتری ملتفت آن نشود (Khoei, 1998, vol.1: 470-471). در مقابل، نسبت به اموری که اطلاع از آنها موقوف به تلاشی فراتر از اختبار و آزمایش عرفی است، ادعای جهل مسموع است. چنان که شیر آمیخته با آب معمولاً توسط مشتری قابل تشخیص نیست. هم‌چنین، شناخت سکه‌های تقلبی تنها برای اهل خبره ممکن است و اطلاع از آن با دقت یا واریسی متعارف هنگام معامله به دست نمی‌آید (Sobhani, 1995, vol.12: 507).

۳. مقایسه خیار تدلیس با خیارات مشابه

چنان‌که پیش‌تر اشاره شد، در بیشتر نوشته‌های فقهی موارد تدلیس به پوشاندن عیب موجود یا نمایاندن وصف موهوم محدود شده است؛ بدین بیان که در نظر بسیاری نویسندگان، سکوت و بیان نکردن عیب کالایی که شخص قصد معامله آن را دارد، در صورت علم به عیب، تدلیس تلقی شده است. افزون بر این، برخی نویسندگان خیار تدلیس را جزئی از خیار تخلف از وصف دانسته‌اند. از این رو، لازم است ضمن تفکیک خیار تدلیس از خیارات عیب و تخلف از وصف، استقلال آنها از یکدیگر نمایان شود. به‌علاوه، در مواردی مرز بین خیار تدلیس و خیار غبن ناشناخته مانده است. تفکیک و تبیین این موارد نیز به اثبات اصالت خیار تدلیس می‌انجامد.

۳-۱. تفکیک خیار تدلیس از خیار عیب

یکی از شایع‌ترین حیل‌ها در مقام تدلیس در قراردادها پوشاندن عیب کالا و سالم جلوه دادن آن است. با وجود این، قلمروی خیار تدلیس و خیار عیب منطبق با یکدیگر نیست و تدلیس و عیب مستقل از یکدیگر نیز واقع می‌شوند؛ چنان‌که ممکن است عیب مبیع بر خود بایع نیز پنهان مانده باشد. در این صورت، تنها خیار عیب ثابت می‌شود.

هم‌چنین، ممکن است تدلیس به منظور نمایاندن وصف صورت گیرد (Najafi, 1983, vol.30: 365). در این فرض، خیار عیب موضوعاً منتفی است و تدلیس مربوط به تخلف از وصف است.

باوجوداین در صورت پوشاندن عیب با تدلیس، هر دو خیار عیب و تدلیس به‌وجود می‌آید و مانعی برای جمع و اجرای هر یک از آنها نیست. به‌ویژه که امکان جمع دو یا چند خیار در یک عقد جزو قواعد عمومی خیارات است: اگر یک تن دو حربه گوناگون برای گسیختن عقد داشته باشد، می‌تواند هر دو را به کار گیرد و اگر یکی را از دست دهد به دیگری متوسل شود (Katouzian, 2022: 70).

چنان‌که پیش‌تر گذشت، حمایت‌های خیار تدلیس بیش از خیار عیب است. گویا، همین امر باعث شده که در برخی نوشته‌ها عقیده به ایجاد خیار تدلیس در پاره‌ای موارد وجود عیب رایج شده است. باوجود این، درباره تحقق تدلیس با سکوت از بیان عیب بین فقیهان امامیه اختلاف است. مرحوم شیخ انصاری، پس از نقل نظرهای پیشینیان، میان عیب‌های پنهان و آشکار تفاوت گذاشته و این تفکیک را مبتنی بر مفهوم غش دانسته است. به عقیده او از سویی، نزد اهل عرف، خودداری از بیان عیب‌های آشکار، حيله و فریب محسوب نمی‌شود. از سوی دیگر، ظاهر روایت‌های نقل شده از معصومین (ع) مؤید این است که تنها اعلام نکردن عیب‌های پنهان که با دقت متعارف به هنگام معامله به چشم نمی‌آید، غش و حرام است (Ansari, 1994, vol.2: 129-130).

لیکن در کتاب مکاسب، میان دو صورت علم بایع به عیب مبیع و جهل او نسبت به آن تفکیک نشده است. با وجوداین به نظر مشهور فقیهان امامیه، سکوت از بیان عیب در صورت جهل به آن غش نیست بلکه فقط سکوت عمدی و خودداری از بیان عیب‌های پنهان تدلیس به شمار می‌رود (Najafi, 1983, Jabaei Ameli, 2007, vol.5: 380). برخی حقوقدانان نیز به همین راه رفته‌اند (Jafari Langeroudi, 2011, vol.30: 363). (vol.2: 1177-1179).

در جهت تأیید این دیدگاه کافی است اشاره کنیم: بی‌گمان، الزام فرد به اعلام موضوعی فرع بر علم و اطلاع او از آن است. از این رو، مکلف دانستن فرد جاهل نسبت به اعلام چیزی که از آن خبر ندارد، تکلیف بمالایطاق و ناپسند است. برخی نویسندگان از این هم پیش‌تر رفته‌اند و معتقدند: سکوت و اعلام نکردن عیب‌های مورد معامله حتی در صورت علم به آن، مصداق غش و تدلیس نیست. به نظر اینان، مخفی کردن یا پوشاندن واقعیت بر دیگران مستلزم انجام فعل یا ترک فعل است، زیرا غش و فریب امر وجودی است که به واسطه مبهم کردن چیزی یا مشتبه ساختن امر بر دیگری پدید می‌آید (Tabatabaei Yazdi, 1991, vol.2:90؛ Tabrizi, 2010, vol.1: 322). بر این مبناست که مفهوم پوشاندن عیب نزد عرف و در لغت با انجام اعمالی واقع می‌شود که مورد معامله را سالم و بی‌عیب نشان دهد^۱ (Khoei, 1998, vol.7: 190).

افزون بر این، سکوت و عدم بیان عیب، مصداق عدم خیرخواهی و ترک رفتار ناصحانه است، ولی مفهوم غش و فریب‌کاری درباره آن صدق نمی‌کند (Tabatabaei, 2010, vol.1:322; Yazdi, 1991, vol.2: 90)، زیرا به لحاظ مفهومی و عرفی، نسبت میان دو مفهوم غش و نصیح، رابطه دو امر متهاافت یا متضاد نیست بلکه، ارتباط آنها از قبیل ملکه و عدم است که در این میان وضعیتی بینابین نیز متصور است: ممکن است انسان نه خیرخواه دیگران باشد و نه بدخواه آنان. هم‌چنان که در حالت متعارف، وضعیت بیشتر افراد نسبت به یکدیگر چنین است (Khoei, 1998, vol.7: 189-190). بر این مبنای، در فرض سکوت و خودداری از بیان عیب، قصد فریب و عنصر روانی تدلیس مسلّم نیست، زیرا اظهار نکردن واقعیت، هر چند با علم به آن باشد، از نظر عرف و عقل، دلالت بر سوءنیت ندارد؛ یعنی، شخص ساکت اگرچه حسن نیت ندارد اما سوءنیت او نیز عرفاً مسلّم محرز نیست. در نتیجه، بایع حتی اگر آگاه به عیب مبیع

۱. انما یحرم ... الغش و اظهار السلعه علی نحو یتخیل المشتري أنه صحیح.

۲. [التحقیق] عدم صدق الغش علی ترک الاعلام حیث أن الغش ... ضد النصیحه لا ترک النصیحه مطلقاً.

باشد، مکلف به اعلام آن به مشتری نیست (Mohseni Ghandhari, 2005, vol.1: 270). عمل به اصل برائت از تکلیف شرعی ما را به این نتیجه رهنمون است؛ زیرا آنچه قدر متیقن از اعمالی که در روایات مربوط به غش و تدلیس مورد نهی واقع شده، اقدامات نیرنگ‌آمیز از قبیل آمیختن مورد معامله با چیزهای دیگر، تدلیس ماشطه، تصریه و مانند آن است.

ظاهر ماده ۴۳۸ قانون مدنی موافق با این دیدگاه است. به همین جهت، پاره‌ای نویسندگان حقوق در مقام تفسیر آن معتقدند: برای تحقق تدلیس باید عملیاتی انجام شده باشد (Shahidi, 2012: 66-67). برخی هم به صراحت، تحقق تدلیس را با سکوت و عدم اظهار عیب نفی کرده‌اند (Emami, 2010: 540). به علاوه، برخی نویسندگان با ارجاع به ماده ۴۳۸ قانون مدنی استدلال کرده‌اند: ارتکاب عملیاتی که موجب فریب طرف معامله شود عنصر مادی تدلیس است. باید یکی از دو طرف به کاری فریبنده دست زند و نیرنگ و ریا مظهر خارجی پیدا کند. قانونگذار لازم می‌بیند کار فریبنده‌ای رخ دهد و برای تحقق تدلیس صرف سکوت را کافی نمی‌داند. به‌ویژه که اگر کتمان عیب و خودداری از دادن اطلاعات به طرف معامله سبب خیار فسخ باشد، اعتبار قراردادها در بسیاری موارد سست می‌شود. پس، باید بین بهره‌برداری از جهل و فریب تفاوت گذارد و تنها قسم اخیر را تدلیس شمرد (Katouzian, 2022: 282).

در جهت تأیید این عقیده می‌توان افزود: در صورت سکوت از بیان عیب، در واقع، شخص ساکت طرف خود را نفریفته است بلکه فقط از اشتباه او جلوگیری نکرده است. این نکته از دید برخی فقیهان پنهان نمانده است. از این رو، تلاش کرده‌اند تا اشتباه طرف فریب‌خورده را به شخص ساکت منتسب کنند و در این باره گفته‌اند: بائع با سکوت خود موجب شده است عیوب مبیع برای مشتری پوشیده بماند؛ بنابراین، چنانچه کتمان عیوب را علت مُحدثه برای وقوع فریب ندانیم، دست کم، جزء اخیر علت تامه محسوب و در حقیقت علت مُبقیه است (Sobhani, 1995, vol.12: 509).

هم‌چنین، به نظر برخی نویسندگان حقوق، سکوت از عیب، نوعی عملیات منفی (=ترک فعل) تلقی شده است (Safaei & Emami, 2015: 211).

با وجود این، واقعیت این است که خاموشی و نگفتن عیب، ماهیتاً چیزی جز ترک قول نیست. وانگهی، چنانچه ماهیت سکوت منطبق بر مفهوم ترک فعل بود، این همه بحث و اختلاف بر سر آن پیش نمی‌آمد. به هر حال، به موجب مواد ۴۲۳ و ۴۲۴ قانون مدنی ایران، به پیروی از نظر مشهور فقهی (Allame Helli, 1999, vol.2: 368)، خیار عیب در صورت جهل مشتری به وجود عیب ثابت است و تفاوتی ندارد که بایع نسبت به عیب مال خود عالم باشد و یا جاهل به آن مانده باشد. از این رو، چنانچه در صورت علم بایع به عیب و عدم اعلام آن به مشتری، خیار تدلیس حاکم باشد، اطلاق مواد یادشده بدون نص قانونی، محدود شده و بی‌دلیل از قلمروی خیار عیب کاسته می‌شود.

۲-۳. استقلال خیار تدلیس از خیار تخلف از وصف

پاره‌ای فقیهان امامیه، خیار تدلیس را جزئی از خیار تخلف از وصف دانسته‌اند (Makki Ameli, 1994: 109; Jabaei Ameli, 2007, vol.3: 500) و در برخی نوشته‌ها تأکید شده است: خیار تدلیس به وجود نمی‌آید مگر در صورت شرط کردن صفت کمال و معلوم شدن فقدان آن و یا آنچه در حکم شرط است؛ مانند اینکه پیش از وقوع عقد خبر از اوصافی دهد که در واقع وجود ندارد^۱ (Jabaei Ameli, n.d, 139-141).

از این رو، برخی محققان (Hosseini Ameli, 1998, vol.11: 462-463) معتقدند: در فقه امامیه اجماع بر این است که با وقوع تدلیس در صفات مورد ترازی، خیار فسخ ثابت می‌شود. با وجود این، همان‌گونه که از سیاق کلام برخی فقیهان و آوردن مثال‌هایی مانند تدلیس مشاطه (Jabaei Ameli, 2007, vol.3: 500) برمی‌آید، خیار تدلیس

۱. ان التدلیس لایثبت الا بسبب اشتراط صفة کمال هی غیر موجوده او ما هو فی معنی الشرط و لولاه لم یثبت الخیار.

بدون شرط صفت نیز به وجود می‌آید. هم‌چنین، در برخی نوشته‌های فقهی به استقلال خیار تدلیس از خیار تخلف از وصف توجه شده است. چنان که در مورد تصریح آمده است: صرف انباشت شیر در پستان حیوان، تدلیس و موجب خیار است. هر چند شرط نشده باشد که پرشیر باشد (Karaki, 1993, vol.4: 347). پاره‌ای حقوقدانان نیز در این باره معتقدند: در صورت تخلف از وصف، صفتی که فقدان آن موجب خیار می‌شود، به گونه‌ای صریح یا ضمنی متعلق قصد مشترک قرار می‌گیرد و درباره آن تراضی می‌شود ولی، در تدلیس تراضی نسبت به وصف وانمود شده ضروری نیست و کافی است که فریبکار از انگیزه طرف خود آگاه باشد و برای گمراه کردن او اقدام کند (Katouzian, 2022: 306-307). هم‌چنان که وقوع تخلف از وصف بدون اینکه تدلیس صورت گرفته باشد متصور است؛ وجود وصفی در عقد شرط می‌شود و بعداً معلوم می‌شود که مورد معامله فاقد آن است ولی، مشروطاً علیه از فقدان یا سلب صفت یادشده پیش از عقد، بی‌خبر مانده است (Safaei & Emami, 2015:213).

با وجود این، به نظر برخی نویسندگان، توصیف غیرواقعی مورد معامله که مشتری را به اشتباه بیاندازد و او را به خرید وادار کند، جزو عملیات فریبنده و تدلیس تلقی شده است (Safaei, 2003:101). برخی هم تصریح کرده‌اند: گفتار دروغ نوعی عملیات تدلیس‌آمیز است (Qasemzade, 2010: 276). پس اگر فروشنده عمداً و به قصد فریب، اوصاف کمالی را برای مبیع بشمارد که در آن وجود ندارد، تدلیس کرده است؛ مانند اینکه فروشنده کاردهای میوه‌خوری بگوید که آن‌ها در ترشی زنگ نمی‌زنند و سیاه نمی‌شوند؛ حال آنکه در حقیقت این گونه نیستند (Emami, 2012: 585).

هم‌چنین، به عقیده برخی فقیهان امامیه، توصیف دروغ و خلاف واقع و نیز، اعلام سلامتی مبیع و عدم عیب آن، در صورت علم به وجود عیب و به طور کلی، هر گونه اخبار کذب، تدلیس محسوب می‌شود (Jabaei Ameli, 2007, vol.5: 380; Ansari, 1994:

95؛ vol.1: 270 (Mohseni Ghandhari, 2005, vol.1: 270).^۱ برخی نیز تصریح کرده‌اند: شرط سلامت مبیع در عقد یا خبر دادن از آن هنگام معامله، غش خبری محسوب است.^۲ به‌ویژه که مناط حرمت غش، فریب دادن و گمراه کردن مخاطب است. از آنجا که خبر دروغ نیز موجب اغراء و گمراهی می‌شود پس، مشمول حکم غش قرار می‌گیرد (Iravani, 2005, vol.1: 29-30).

اما پاره‌ای فقیهان ایراد کرده‌اند: بی‌گمان، تدلیس در صفات به اعتبار اینکه نوعی غش در معامله است در سنت و روایات معصومین (ع) محکوم به حرمت شده است (Tabrizi, 2010, vol.1: 111) و آنچه سبب شده موضوع غش مشمول حرمت شرعی قرار گیرد، انجام اعمالی است که موجب فریب می‌شود. به همین جهت، اعمال مزبور به طور صریح و مستقیم مورد نهی قرار گرفته است (Tabrizi, 2010, vol.1: 328)؛ بنابراین، توسعه مفهوم و احکام غش از طریق قیاس جایز نیست (Tabrizi, 2010, vol.1: 234). هر چند حرمت شرعی کذب مورد تردید نیست (Ansari, 1994, vol.1: 134). بر این مبنا، برخی فقیهان معتقدند: تدلیس فقط با اعمالی واقع می‌شود که نوعاً غش و فریب محسوب است (Sobhani, 1995, Vol.4: 507). هم‌چنین به نظر برخی حقوقدانان، تنها عملیات مادی اعم از فعل و ترک فعل، موجب خیار تدلیس است (Shahidi, 2012: 66). برخی نیز، با احتیاط گام برداشته‌اند و بیشتر مثال‌هایی که آورده‌اند ناظر به موارد خاص مانند بیع مباحه و نجش است (Katouzian, 2022: 280؛ Jafari Langeroudi, 2011, vol.2: 1179).

به هر حال، تنها دلیل شرعی و تصریح قانونی مبنی بر اینکه گفتار دروغ موجب تدلیس است، به اختلاف‌ها پایان خواهد داد. چنان که در پاره‌ای قوانین جدید از جمله ماده ۱۱۳۷ قانون مدنی فرانسه اصلاحی ۲۰۱۶، اقدام یکی از طرفین برای کسب

۱. التدلیس: ... الإخبار بصد الواقع.

۲. اشتراط السلامه ... إن كان بمجرد إخبار أو مجرد التزام كان غشاً خبرياً.

رضایت طرف دیگر با توسل به دروغ، تدلیس محسوب شده است (Pakbaz, 2022: 147). در حالی که به موجب ماده ۱۱۱۶ قانون مدنی مصوب ۱۸۰۴، وقوع تدلیس تنها با انجام عملیات متقلبانه^۱ ممکن بود (Owsiya, 1992: 301). به علاوه، اگر فرضی را که طرف عقد علی‌رغم اطلاع از فقدان وصفی به دروغ از وجود آن خبر می‌دهد، تدلیس بدانیم، قلمروی خیار تخلف از وصف محدود به مورد جهل نسبت به آن می‌شود و بدین سان، بدون دلیل و مستند قانونی، از اطلاق احکام و مقررات خیار تخلف از وصف کاسته می‌شود؛ به‌ویژه که دو مفهوم قول و فعل را نمی‌توان یکی گرفت.

سرانجام، همان گونه که برخی نویسندگان دریافته‌اند، دروغ و گزافه‌هایی که به منظور تبلیغ کالا رایج است و نیز ستایش مبیع لازمه مهارت در فروشندگی است (Katouzian, 2022: 281). اگرچه اخلاق هر گونه دروغ و تصنع را نکوهش می‌کند، اما حقوق این اندازه سخت‌گیری نمی‌کند. از این رو، فقیهان امامیه ادله ناظر به حرمت غش را منصرف از مورد ستایش کالا هنگام معامله می‌دانند (Hosseini Rouhani, 1991, vol.14: 464) و گمراه کردن طرف معامله با دروغ و گزافه‌گویی، تنها در بیع مرابحه موضوع حکم قرار گرفته است (Jafari Langeroudi, 2011, vol.2: 1179). اگر فروشنده قیمت خرید (=رأس المال) کالایی را که می‌فروشد اعلام کند و مبلغی را به عنوان سود خود بر ثمن بیفزاید، بیع مرابحه واقع شده است. در این صورت، چنانچه بعد از معامله معلوم شود بهای خرید زیادتر از واقع، اظهار شده است، خریدار حق فسخ دارد (Jafari Langeroudi, 2011, vol.2:1002). به نظر برخی فقیهان، (Karaki,1993, vol.4: 263)، علت و مبنای فسخ مرابحه، تدلیس و فریب دادن مشتری است؛ اما به نظر دیگران، خیار کذب در مرابحه حتی در صورتی که بایع ندانسته قیمت خرید را اشتباه اعلام کند، جاری می‌شود (Imam Khomeini, 2000, vol.1: 620). به هر حال، بیع غیر مرابحه

(=مساومه) معمولاً بدون توجه به قیمت خرید منعقد می‌شود. از این رو، بحث از اخبار کذب در مورد آن پیش نمی‌آید.

۳-۳. تدلیس نسبت به قیمت مورد معامله و تفکیک آن از خیار غبن

همان گونه که هنگام بحث از ارکان خیار تدلیس اشاره شد، برای تحقق تدلیس وجود قصد اضرار شرط نیست. بر این نکته باید افزود، وقوع ضرر نیز جزو شرایط خیار تدلیس نیست. بر این مبناست که برخی محققان گفته‌اند: تدلیس‌کننده نمی‌تواند با اثبات اینکه ضرری به بار نیامده است مانع از فسخ عقد شود؛ کافی است شخص فریب‌خورده ثابت کند به علت حيله و فریب راضی به معامله شده است، هر چند زیانی ندیده باشد، زیرا مبنای خیار تدلیس این است که قانونگذار نمی‌خواهد کسی را به التزامی اجبار کند که آگاهانه نخواست است (Katouzian, 2022: 292-293). این نکته از دید برخی فقیهان پنهان نمانده است: ضرر ناشی از تدلیس همان عقیم ماندن انگیزه‌های طرف معامله و از دست دادن منفعتی معقول است که ممکن است در بهای کالا اثر نکند (Shahid Saani, n.d, vol.8: 139). از این جا استقلال خیار تدلیس از خیار غبن ثابت می‌شود.

اگرچه غبن در لغت به معنای خدعه و فریب است (Johari, 1986, vol.6: 2172) اما، در اصطلاح فقه و حقوق از مفهوم تدلیس جدا شده است: خیار غبن در صورت جهل مغبون به تفاوت قیمت عادلانه با ثمن معامله و به واسطه فاحش بودن غبن ثابت می‌شود. لیکن، علم و جهل غابن تأثیری ندارد و حتی در فرضی که او با اطلاع از قیمت واقعی، حقیقت را کتمان کند، خیار تدلیس جایی ندارد. با وجود این در مواردی، تدلیس در قیمت واقع می‌شود. همان گونه که برخی محققان دریافته‌اند (Hosseini Moqadam et.al, 2019: 95)، مفهوم نجش (به فتح ن و سکون ج)، ناظر به نوعی تدلیس است که با مشارکت شخص ثالث نسبت به بهای مورد معامله صورت می‌گیرد. نجش، در لغت به معنای خیانت آمده (Tarihi, 1983, vol.4: 273: ناچش = خائن) و در اصطلاح حقوق، بدین معناست که شخصی با پیشنهاد قیمتی بیش از بهای واقعی کالا تظاهر به خرید

کند ولی در واقع، قصد معامله نداشته باشد و با این عمل بخواهد دیگران را به خرید آن با بهای بیشتر از متعارف ترغیب کند؛ بنابراین، نجش نوعی صحنه‌سازی است که بواسطه آن شخصی به انعقاد عقد ترغیب می‌شود؛ به گونه‌ای که اگر عملیات مزبور نبود، مشارالیه راضی به معامله نمی‌شد. این کار در روایات شرعی نهی شده^۱ و بنابر اجماع فقیهان اسلامی حرام است (Ansari, 1994, vol.1:150). به‌علاوه، چنانچه نجش با تبانی و درخواست فروشنده انجام شود، مشتری خیار فسخ دارد (Makki, 1996, vol.3: 178-179؛ 171؛ Sheikh Tousi, 1986, vol.3: 171). لیکن، وجود غبن فاحش در این مورد شرط نیست؛ چنان که برخی استادان حقوق گفته‌اند: غبن ناشی از تدلیس، هر چند که فاحش نباشد، سبب خیار می‌شود، زیرا زاده نیرنگ و فریب است (Katouzian, 2022: 308). بدیهی است، در فرضی که غبن ناشی از نجش، غبن فاحش باشد، هر دو خیار تدلیس و غبن پیدا می‌شود و این موضوع زمانی اهمیت می‌یابد که سقوط کلیه اختیارات از جمله خیار غبن ضمن عقد شرط شده باشد.

این نکته را نیز باید افزود: اگرچه بهای کالا به طور معمول به پول پرداخته می‌شود اما ممکن است ثمن نیز کالا باشد و یا معاوضه بین دو مال انجام شود. در این موارد معمولاً تدلیس به صورت پوشاندن عیب یا نمایاندن وصف واقع می‌شود (Katouzian, 2022: 298). از این رو، ماده ۴۳۹ قانون مدنی از جهت وقوع تدلیس تفاوتی بین ثمن و مبیع شخصی نمی‌شناسد. برخی استادان از این هم پیش‌تر رفته‌اند و معتقدند: وقوع تدلیس منحصر به مبیع یا ثمن شخصی نیست. بلکه، اگر فروشنده‌ای نسبت به اوصاف مشترک تمام اقسام و مصداق‌های مبیع کلی خریدار را گمراه کند، مانند اینکه آسپرین را داروی شفابخش سرطان معرفی کند، تدلیس کرده است (Katouzian, 2022: 299). در

۱. نهی رسول الله (ص) عن النجش.

۲. اذا نجش بأمر البائع و مؤاطاته ... للمشتري خيار.

حالی که خیار تخلف از وصف ویژه عین معین است. این عقیده بدان جهت که با نظریه عمومی خیار تدلیس و استقلال آن از سایر خیارات هماهنگی دارد، قابل تأیید است.

۴. اصالت خیار تدلیس و عمومیت تعریف آن در قانون مدنی

اگرچه درباره حکم تکلیفی (=حرمت) غش در معامله بین فقیهان امامیه اختلاف نیست^۱ اما در مورد حکم وضعی آن اتفاق نظر وجود ندارد. به علاوه، بحث‌ها در این باره ناتمام مانده است. برخی فقیهان نام‌آور مانند مرحوم شیخ انصاری هنگام بحث از خیارات اساساً از خیار تدلیس نامی نبرده‌اند و معتقدند: مواردی مانند آمیختن آب در شیر موجب خیار عیب است، زیرا عرفاً شیر ناخالص معیوب محسوب می‌شود و در مواردی مانند آمیختن گندم با خاک، خیار تبعض صفت به وجود می‌آید (Ansari, 1994, vol.1: 97). هم‌چنین برخی شارحان مکاسب معتقدند: خیار فسخ، حتی در صورت جهل غاش نسبت به موضوع ثابت می‌شود^۲ (Irvani, 2005, vol.1: 29).

هم‌چنین، پاره‌ای فقیهان بزرگ میان تدلیس و غرور تفکیک نکرده‌اند (Imam Khomeini, 2000, vol.2: 451).^۳ بر این مبنا، بعید نیست که عقیده به وجود خیار فسخ در صورت جهل فریبکار با الهام از قاعده غرور شکل گرفته باشد، به‌ویژه که از لحاظ مفهومی، تدلیس معادل تغیر عمدی و اخص از قاعده غرور است (Hosseini Maraghi, 1996, vol.2: 441). با وجود این، چنانکه هنگام بحث از ارکان تدلیس گذشت، قصد حیل و فریب یکی از شرایط خیار تدلیس است و همین ویژگی موجب تفکیک آن از قاعده

۱. در روایات متعددی از رسول گرامی اسلام (ص) نقل شده است: هر کس غش و خیانت ورزد، مسلمان نیست (Gazzali, 1990, vol.2: 142; Horre Ameli, 1982, vol.12: 210). من غشنا فلیس منا. بر این مبنا، به

عقیده جمهور فقیهان امامیه، غش در معامله حرام است (Ansari, 1994, vol.1: 93): الغش حرامٌ بلاخلاف).

۲. هذا ... فی [رفع] حکم تکلیفی حرمة الغش لا فی رفع الخیار فان الخیار یثبت حتی مع جهل البائع بالغش.

۳. إن عناوین الغرور ... و التدلیس بحسب اللغه و العرف ... ترجع الی شیء واحد.

غرور می‌شود (Katouzian, 2022: 309). به‌علاوه، آنچه در تدلیس دارد فریب عمدی است نه اضرار عمدی (Katouzian, 2022: 292).

از این‌جا مبنای خیار تدلیس و استقلال آن از اختیارات غبن، تبعض صفت و عیب بار دیگر تأیید می‌شود. همان‌گونه که برخی محققان دریافته‌اند (Hosseini Moqadam, 2019: 88)، در خیار تدلیس مورد معامله لزوماً نباید معیوب باشد و یا در مورد آن وصف بخصوصی بین متعاقدین شرط شده باشد بلکه، آنچه موضوعیت دارد اقدامات فریبکارانه یکی از طرفین و فریب خوردن طرف دیگر است. به دیگر سخن، قاعده ممنوعیت حيله و فریب در قراردادها مبنای حقوقی خیار تدلیس است. در حالی خیار عیب و خیار تبعض صفت نیز همچون غبن ریشه در اصل «لاضرر» دارند. به‌علاوه، مبنای خیار تخلف از وصف اصل «حکومت اراده» است. بر این مبنای، برخی صاحب‌نظران معتقدند: ممکن است عملیات فریبنده اساساً راجع به مورد معامله و بهای آن نباشد؛ مانند اینکه شرکتی وضع نابسامان و بدهی‌های خود را از طرف معامله پنهان کند و با صورت‌سازی، فروشنده را درباره اعتبار خود بفریبد و بدین واسطه کالاهایی را نسبه بخرد (Katouzian, 2022: 305).

این نکته نیز استقلال موضوعی خیار تدلیس را از همه اختیارات تأیید می‌کند. افزون بر این، چنان‌که برخی صاحب‌نظران (Katouzian, 2022: 248) دریافته‌اند، هدف از خیار عیب و خیار غبن جبران تعادل قراردادی از دست رفته است و به همین جهت، اختیارات یادشده ویژه عقود است که دو طرف به تعادل دو عوض می‌اندیشند؛ اما در عقود مسامحی مانند صلح محاباتی و قراردادهای رایگان چنان هدفی وجود ندارد و به تبع، خیار عیب یا غبن راه ندارد. از این رو، به حکم ماده ۷۶۱ قانون مدنی، صلح مبتنی بر مسامحه با ادعای غبن قابل فسخ نیست. در حالی که خیار تدلیس چنین محدودیتی ندارد و در عقود بلاعوض هم جاری است. به منظور برطرف کردن هر گونه تردید احتمالی در این باره ماده ۷۶۴ قانون مدنی به طور مطلق مقرر کرده است: «تدلیس در صلح موجب خیار فسخ است».

باوجود این، درباره عمومیت خیار تدلیس بحث و تردید باقی است: تعریف تدلیس به معنایی که در ماده ۴۳۸ قانون مدنی آمده (عملیاتی که موجب فریب طرف قرارداد می‌شود)، از سوی پاره‌ای نویسندگان، در مورد نکاح پذیرفته نشده است (Safaei & Emami, 2015:213). در حالی که همگان پذیرفته‌اند خیار تدلیس ویژه بیع نیست و در شمار اختیارات مشترک است. هم‌چنین به نظر برخی فقیهان، تدلیس در نکاح مفهوم خاص دارد و خیار تدلیس، تنها در صورت شرط شدن صفات مورد نظر در عقد ثابت می‌شود (Ansari, n.d, vol.1:460). به‌علاوه، سکوت از بیان عیب یا بیماری و بازگو نکردن آن هنگام عقد، تدلیس محسوب است (Khansari, 1984, vol.4: 363&375). مگر اینکه طرف عقد، خود نیز بی‌خبر باشد (Mohseni Ghandhari, 2005, vol.1: 270). لیکن برخی فقیهان نامدار، تحقق تدلیس را به مجرد اخبار غیرواقعی درباره سلامتی یا اوصاف کمالی زن یا مرد، محل اشکال دانسته‌اند. هم‌چنین به نظر ایشان تحقق تدلیس با سکوت زوجین و عدم بیان عیب و نقص، جای ایراد دارد (Allame Helli, 1998, vol.3: 69).

پیش از بحث و داوری در این باره گفتنی است: در فقه امامیه استناد به خیار تدلیس در موارد سکوت عمدی و اظهارات دروغ دلایل ویژه دارد: عرف و عادت جزو منابع و ادله احکام شرعی نیست و به همین جهت، شروط ضمنی عرفی در فقه اعتباری ندارد. به‌علاوه، مطابق با اجماع فقیهان امامیه شروط بنایی در شمار شروط معتبر و الزام آور قرار ندارد (Mohaqeq Damad, 2013: 278). از این رو، به نظر می‌رسد که فقیهان اندیشمند به منظور رفع خلاء قواعد یادشده و حمایت از زیان دیده، خیار تدلیس را به کار گرفته‌اند (Shahid Awal, 1979, vol.2:259).^۱

۱. قاعده ۲۵۲: «کُلُّ شَرْطٍ تَقَدَّمَ الْعَقْدَ أَوْ تَأَخَّرَ فَلَا اثر لَهُ». گفتنی است، مرحوم شهید در مقام شرح قاعده، تدلیس را یکی از فواید آن دانسته است.

افزون بر این، در مورد نکاح علت دیگری نیز در میان است که انحراف از مفهوم تدلیس را توجیه می‌کند: چنان که می‌دانیم، عیوب موجب فسخ منحصر به موارد محدود و معین است. بیشتر فقیهان به منظور رفع این محدودیت از خیار تدلیس یاری گرفته‌اند. چنان که برخی نویسندگان حقوق تصریح کرده‌اند: اگر قلمرو تدلیس به موارد انجام عملیات فریبکارانه منحصر شود، برخی از عیوب و بیماری‌ها که نشانه‌های ظاهری ندارند، از قلمرو آن خارج می‌شود، زیرا برای فریب دادن طرف مقابل در خصوص این دسته از عیب‌ها نیازی به انجام اعمال متقلبانه نیست و کافی است فرد از بیان آن‌ها خودداری کند (Sokouti Nasimi, 2014:217).

لیکن، این نگرانی در حقوق موضوعه ایران بدون استناد به خیار تدلیس قابل رفع است: به موجب ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی: «هرگاه در یکی از طرفین، صفت خاصی شرط شده و بعد از عقد معلوم شود که طرف مذکور فاقد وصف مقصود بوده، برای طرف مقابل، حق فسخ خواهد بود؛ خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده باشد یا عقد متبانیاً بر آن واقع شده باشد». مطابق با این ماده، علاوه بر اینکه تخلف از شروط صریح راجع به صفات زوجین، موجب خیار است، شروط بنایی و توافق راجع به صفاتی که در مذاکرات مقدماتی درباره آنها گفتگو شده است نیز اعتبار دارد. از این رو، چنانچه بعد از عقد فقدان صفات مزبور معلوم شود، به حکم ماده ۱۱۲۸ فوق‌الذکر مشروطه اختیار فسخ دارد و بنابر اطلاق ماده یادشده تفاوت نمی‌کند طرفی که فاقد وصف معهود است از این موضوع اطلاعی نداشته باشد و یا با علم به واقع، خلاف آن را اظهار کند. در هر صورت خیار تخلف از وصف ثابت است. افزون بر این، به موجب ماده ۲۲۵ قانون مدنی: «متعارف بودن امری در عرف و عادت، به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف [به] آن باشد، به منزله ذکر در عقد است». مطابق با این ماده، شروط ضمنی عرفی نیز مانند شرط‌های صریح و بنایی اعتبار دارند و به همین جهت، ماده ۲۲۵ یادشده مکمل ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی است. بر این مبنا، سلامتی زوجین و نداشتن عیوب و بیماری‌های مهم، به موجب عرف و عادت امروز، شرط ارتکازی و ضمنی در

نکاح است و در صورتی که وجود عارضه‌های مزبور حین عقد اثبات شود، حق فسخ ثابت می‌شود. هر چند درباره آن گفتگویی نشده باشد.

به‌هرحال، اگرچه حکم ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی راجع به خیار تخلف از وصف است اما قانون مدنی ما وقوع تدلیس در نکاح را نفی نکرده است. بر این مبنا، چنان که برخی نویسندگان دریافته‌اند (Katouzian, 2006: 285-286)، تدلیس در نکاح تابع تعریف عام مقرر در ماده ۴۳۸ قانون مدنی است و این مفهوم با انجام عملیاتی که باعث فریب شود محقق می‌شود. برخی استادان نیز تصریح کرده‌اند: اگر در یکی از نامزدها عیبی باشد که از عیوب موجب فسخ نکاح نیست و او آن عیب را اظهار نکند، به واسطه سکوت از بیان عیب، تدلیس محقق نمی‌شود (Emami, 2010: 540).

در راستای تأیید این نظرها می‌توان افزود: نویسندگان قانون مدنی با سکوت درباره تعریف تدلیس در نکاح، به طور ضمنی، از تعریف مذکور در ماده ۳۴۸ پیروی کرده‌اند. وگرنه چنانچه قصد تخصیص قواعد عمومی تدلیس را داشتند به این موضوع تصریح یا اشاره می‌کردند. به‌ویژه که با پذیرش اعتبار شروط بنایی و عرف و عادت، دلیلی برای انحراف از مفهوم عام تدلیس نداشته‌اند.

فرجام سخن

چنان که گذشت، به نظر مشهور فقیهان امامیه و برخی نویسندگان حقوق مدنی ایران، خیار تدلیس چهره‌ای از خیار تخلف از وصف است و در مواردی با خیار عیب آمیخته شده است؛ بدین بیان که توصیف مورد معامله یا طرف نکاح با اوصافی که فاقد آن است، چنانچه با علم به فقدان اوصاف ذکر شده باشد، تدلیس محسوب شده است. به‌علاوه، خودداری از بیان عیب مالی که شخص قصد معامله آن را دارد و نیز، سکوت عمدی یکی از زوجین نسبت به عیوبی که واجد است، در صورت علم به عیب، تدلیس تلقی شده است.

با وجود این، با دقت در مفهوم تدلیس و عناصر تشکیل دهنده آن باید گفت: خیار تدلیس مستقل از اختیارات یادشده است. در خیار تدلیس مورد معامله لزوماً نباید معیوب باشد و یا در مورد آن وصف بخصوصی بین متعاقدین شرط شده باشد بلکه، آنچه موضوعیت دارد اقدامات فریبکارانه یکی از طرفین و فریب خوردن طرف دیگر است. به علاوه، مفهوم فریب عرفاً مبتنی بر قصد نیرنگ و فریب است. لیکن، در مورد سکوت عمدی و خودداری از بیان عیب، به نظر عرف، وجود قصد فریب مورد تردید است؛ شخصی که سکوت اختیار کرده، اگرچه حسن نیت ندارد اما سوءنیت او نیز مسلم نیست. وانگهی، شمول عنوان عملیات فریبکارانه در موارد سکوت و اظهارات کذب، به موجب عرف و لغت دشوار است و به همین جهت، وقوع تدلیس در این موارد محل تردید است، زیرا ماهیت سکوت چیزی جز ترک قول نیست. به علاوه، در لغت و عرف قول و سخن را نمی‌توان یکی گرفت. وانگهی از نظر حقوقی، تخلف از وصف در فرضی است که وصف معهود و مورد نظر در قلمروی تراضی درآید. هر چند با توصیف دروغ و خلاف واقع باشد؛ اما در صورت تدلیس، طرف عقد فقط به اعتماد ظاهری که برایش آراسته شده راضی به معامله می‌شود و درباره آنچه بعداً خلاف آن معلوم شده است، توافق صریح یا ضمنی وجود ندارد.

به ویژه که موارد وقوع تدلیس محدود به پوشاندن عیب و نمایاندن وصف نیست و مواردی مانند آمیختن مورد معامله با چیزهای دیگر، فروش کالاهای تقلبی و فریب نسبت به قیمت مورد معامله جزو مصادیق تدلیس است. هم‌چنین، ممکن است تدلیس اساساً راجع به مورد معامله و بهای آن نباشد. از این رو، به موجب ماده ۴۳۸ قانون مدنی به طور کلی هر گونه عملیاتی که موجب فریب طرف معامله شود، تدلیس محسوب شده است. این تعریف در همه قراردادهای از جمله نکاح جاری است، زیرا خیار تدلیس مخصوص بیع نیست و جزو اختیارات مشترک است.

References

- Amiri Qaeim Maqaami, A. M. (1999). *Law of obligations*; Vol.2: Legal actions - contract formation, Tehran: Mizan publication. [in Persian]
- Ansari, known as Sheikh M. (n.d). *Kitab al-Nikah*, Vol. 1, Qom: Tarath al-Sheikh al-Azam.[in Arabic]
- Ansari, known as Sheikh M. (1994). *Kitab al-Makasib*, vol. 1 & 2, Beirut: Scientific Press Institute. [in Arabic]
- Dehkhoda, A. A. (1956). *Persian Dictionary*, Vol. 34, 2th ed, Tehran: Siroos Publishing House.
- Emami, S. H. (2012). *Civil Law*, Vol. 1, 34th ed, Tehran: Islamiia Publication. [In Persian]
- Emami, S. H. (2010). *Civil Law*, Vol. 4, 21th ed, Tehran: Islamiia Publication. [In Persian]
- Fazel Lankarani, M. (2000). *Tafsil al- Shari'ah: Al-Nikah*, Qom: Center for Jurisprudence of Imams of Athar. [in Arabic]
- Ghazzali, A. H. M (1990). *Ehia Al- Ulum Al-Din*, vol. 2, Beirut: Dar al-Khair for printing and publishing. [in Arabic]
- Helli, known as Allama, H. Y. (1993). *Tazkirat al-Foqaha*, Qom: Al-Bayt Institute, peace be upon him, Lahiya al-Trath. [in Arabic]
- Helli, known as Allama, H. Y. (1998). *Qawaeid Al-Ahkam fo maarifat al-Halal wa al- Haram*, Vol. 3, Qom: Islamic Publication Institute. [in Arabic]
- Helli, known as Allama, H. Y. (1999). *Tahrir al-Ahkam al-Shari'a*, Vol.2, Qom: Imam Sadiq Institute. [in Arabic]
- Horre Ameli, M. H. (1982). *Wasaeil al-Shia` ila Tahsil masaeil al-Sharia*, Vol. 12, Beirut: Darahiya al-Trath al-Arabi. [in Arabic]
- Hosseini Ameli, S. M. J. (1998). *Miftah al-Karamah fi Sharh al-Qavaid al-Allamah*, vol. 11 and 14, researched by Mohammad Baqer Khalsi, Qom: Islamic Publication Institute. [in Arabic]
- Hosseini Rouhani, S. M. S. (1991). *Fiqh al-Sadiq*, Vol. 14, 7th ed, Qom: Imam Sadiq School. [in Arabic]
- Hosseini Maraghi, A. F. (1996). *Al-Anaween al-Fiqhiyyah*, Vol. 2, 2th ed, Qom: Islamic Publishing Institute. [in Arabic]

- Hosseini Moqadam, S. H., Sadati Arabi, S. M. & Firoozi Rad, M. (2019). *The effect of Misrepresentation attributed to the third party on the transaction status in Iranian law and Imami jurisprudence*, Scientific Journal of Contemporary Legal Studies, Year 11, Number 20, spring and summer, 85-111. [In Persian]
- Ibn Manzoor, J. M. (1993). *Arab Language*, Vol. 6, Beirut: Dar Sadir. [in Arabic]
- Iravani, A. N. (2005). *Hashiat al-Makasib*, Vol. 1, Tehran: Kia Publication. [in Arabic]
- Jabai Ameli,Z. known as Shahid Thani, (n.d). *Masalik al-Afham ila Tanqih Shar'i al-Islam*, Vol.8, Ch.1, Tehran: Maarif al-Islamiya Institute. [in Arabic]
- Jabai Ameli,Z. known as shahid Thani, (2007).*Rowsate Al-Bahiyah fi sharhe al-Luma'a al-Damashqiyya*, research by Seyyed Mohammad Kalantar, vol.3 &5, Al-Najaf al-Diniyah community. [in Arabic]
- Jafari Langroudi, M. J. (2002). *The general philosophy of law; the theory of balance based on the originality of action*, Tehran: Ganj Danesh publication. [In Persian]
- Jafari Langroudi, Mohammad Jafar (2011). *Expanded on Legal Terminology*, Volume 2, 5th edn,Tehran: Ganj Danesh Library. [In Persian]
- Johari, A. N. I. (1986). *Sahaha Taaj al-Lugha and Sahaha al-Arabiyyah*, vol.3, 4th edn, researcher: Attar Ahmad, Beirut: Dar al-Ilam for the Muslims. [in Arabic]
- Karaki, known as mohaqeq N. A. H. (1993). *Jami al-Maqasid fi Sharhe al-Qawaid*, vol.4 & 13, 2th edn, Qom: Al-Bayt Institute. [in Arabic]
- Katouzian, N. (2022). *Civil Law course; General rules of contracts*, Volume 5; Termination of contract, 15th edn, Tehran: Ganj Danesh. [In Persian]
- Katouzian, N. (2006). *Civil Law; Family Law*, Vol. 1; Marriage and divorce, relations between husband and wife, 6th edn, Tehran: enteshar Publishing Company. [In Persian]

- Khansari, S. A. (1984). *Jame al-Madarik fi Sharh Mokhtasare al-Nafia*, Mohaghegh Ali Akbar Ghafari, vol.4, 2thedn, Tehran: Maktaba al-Sadooq publication. [in Arabic]
- Khoei, A. (1998). *Misbaho al-Fiqaha fi al-Moaamilat*, vol.1&7, written by: Mohammad Ali Towhidi, Qom: Davari Publication. [in Arabic]
- Khomeini (Imam), R. (2000). *Kitab al-Baia*, Vol.2, Tehran: Imam Khomeini Organization and Publishing Institute. [in Arabic]
- Khomeini, (Imam) R. (2006). *Tahrir al-Wasilah*, Vol. 1, translation: Institute for Editing and Publishing the Works of Imam Khomeini, Tehran: Institute for Editing and Publishing the Works of Imam Khomeini. [in Arabic]
- Mahmsani, S. (1972). *General Theory of Obligations and Contracts in Islamic Law*, Beirut: Darul Ilam for Millions. [in Arabic]
- Makki Ameli, known as shahid awal, M. (1996). *Dorruse al-Shariah fi fiqhe al-imamiyah jurisprudence*, vol. 3, 2thedn, Qom: Islamic Publication Institute. [in Arabic]
- Makki Ameli, known as shahid awal, M. (1994). *Lomeat al-Damishqiyah*, vol. 1, Qom: Dar al-Fikr Publication. [in Arabic]
- Makki Ameli, known as Shahid Awal, M. (1979). *Al-Qawaed and Al-Favaid*, Vol. 2, Qom: Mufid Bookstore (offset printing). [in Arabic]
- Mohaqeq Damad, S. M. (2013). *General Theory of Terms and Obligations in Islamic Law*, Tehran: Islamic Science Publishing Center. [In Persian]
- Mohseni ghndahari, M. A. (2005). *Jurisprudence and medical issues*, vol. 1, Qom, Bostan Kitab. [in Arabic]
- Mortazi, A. & Nejad Salarieh, M. (2015). *The effect of good intentions in proving the choice of misrepresentation in marriage, gender and family studies*, fourth year, second issue, autumn and winter, 35-65. [In Persian]
- Najafi, M. H. (1983). *Jawahar-al Kalam in the Shari'ah of Islam*, Vol.23 & 30, 7th ed, Qom: Al-Nashar al-Islamiya Institute. [in Arabic]
- Owsiya, P. (1992). *Misrepresentation; A comparative study of French, English, Islamic and Iranian law*, collection of articles: Developments of private law, under the supervision of Nasser Katoozian, Tehran University Press. [In Persian]

- Pakbaz, S. (2022). *Description of French civil law; Reforms 2016*, translation and research, Tehran: Mizan publishing house. [In Persian]
- Qasimzade, S. M. (2010). *Principles of contracts and obligations; Theoretical and practical*, 14th edn, Tehran: Judge's publication. [In Persian]
- Saafi Golpaygani, S. M. R. (1995). *Hidayat al-Abad*, vol. 1, Qom: Dar al-Qur'an al-Karim. [In Arabic]
- Safaei, S. H. (2003). *Civil Law; General Rules of Contracts*, Tehran: Mizan Publication. [In Persian]
- Safaei, S. H. and Emami, A. (2015). *Summary of family law*, 45th edn, Tehran: Mizan publication. [In Persian]
- Safarkhani, M., Salehi, S. M & Nikkhah, R. (2019). *misrepresentation in the marriage contract with an emphasis on its new examples in the light of scientific and medical advances*, studies of Islamic jurisprudence and law, year 12, number 23, autumn and winter, 181-210. [In Persian]
- Senhouri, A. R. (1998). *Masadiro Al-Haq fi Fiqh al-Islami*, a comparative course in Fiqh al-Gharbi, vol. 1, Beirut: Manshurat al-Halabi. [in Arabic]
- Shahidi, M. (2012). *Civil Law 6: Un-Named contracts 1; Sale, barter, rent, loan and peace*, 13th edn, Tehran: Majd Publication. [In Persian]
- Shahidi Tabrizi, M. F. (n.d). *Hadayat al- Talib fi Asrar al-Makasib*, Vol. 1, Qom: Darul Kitab. [in Arabic]
- Sobhani, J. (1995). *Al-Mawahib fi Tahrir Hakam al-Makasib*, Saifullah Yaqoubi Esfahani, Vol. 12, Qom; Imam Sadeq Institute. [in Arabic]
- Sokouti Nasimi, R. (2014). *The effect of Misrepresentation on Marriage*, Scientific-Research Journal of Islamic Jurisprudence and Law, Year 6, Number 11, Autumn and Winter, 213-247.
- Tabatabaei, S. A. (1998). *Riaz al-Masail fi Tahghigh al-Ahkam be al-Dalael*, vol. 10, Qom: Islamic Publishing Institute. [In Persian]
- Tabatabai Yazdi, S. M. K. (1991). *Hashiat al-Makasib*, Vol. 2, 4thed, Qom: Ismaelian Institute. [in Arabic]
- Tabrizi, M. J. (2010). *Ershad al-Taleb fi shrhe al-Makasib*, vol. 1, 6thed, Qom: Dar al-Sadiqah al-Shahida. [in Arabic]

- Tarihi, F. (1983). *Majma Al-Bahrain*, research by Seyyed Ahmad Hosseini, Vol.4, 2thed, Tehran: Mortazavi bookstore. [in Arabic]
- Tousi, known as Sheikh tousi, A. J. M. H. (1967). *Al-Mabsut fi fiqh al-Imamiyyah*, Vol.2, 3thed, Tehran: Al-Mortazawieh School of Antiquities, Al-Jafariyya. [in Arabic]
- Tousi, known as Sheikh tousi, A. J. M. H. (1986). *Al-Khalaf*, Vol. 3, Qom: Islamic Publication Institute. [in Arabic]