



The Role of Risk Assumption in the Legal Framework of Mistake Regarding the Subject Matter of a Contract

Iraj Babaei 

Faculty Member, Department of Private and
Economic Law, Faculty of Law and Political
Science, Allameh Tabataba'i University,
Tehran, Iran

Somayeh Abbasi* 

Ph.D Student, Private Law, Faculty of Law
and Political Science, Allameh Tabataba'i
University, Tehran, Iran

1. Introduction

Every contract is based on a set of assumptions and mental perceptions of the parties regarding reality; perceptions that serve as the motive and foundation for the decision to conclude an agreement. These beliefs, which can be mutual or unilateral, concern various dimensions of the contract, including the subject matter, the identity of the counterparty, the purpose, and the governing regulations. Occasionally, these perceptions do not align with reality, creating difficulties in contractual relations that have led to the formation of the complex topic of "mistake" in contract law. In the Iranian legal system, the rules governing mistake are primarily justified based on

* Corresponding Author: somaye.abasi65@yahoo.com

How to Cite: Babaei, I & Abbasi, S, "The Role of Risk Assumption in the Legal Framework of Mistake Regarding the Subject Matter of a Contract", Private Law Research, Vol. 15, No. 56, (2026), 43 -88. [10.22054/jplr.2026.91176.2994](https://doi.org/10.22054/jplr.2026.91176.2994)

the impairment of intention and consent. However, it appears that this foundation alone cannot adequately cover all dimensions and complexities of the issue, particularly in modern commercial relations. Managing uncertainty and allocating risk between the parties is an important function of a contract. Analyzing the doctrine of mistake without considering how the parties have allocated the risk of discrepancy between reality and their perceptions would be incomplete. When parties transact in an environment of uncertainty with awareness of their imperfect information, or when they expressly assume the potential consequences of an error, their perceptions are formed not on certainty but on the basis of probabilities. In such a scenario, the discovery that their perceptions were mistaken is the realization of a risk they had previously assumed.

2. Literature Review

Legal logic and the necessity of transactional stability dictate that if a party has assumed the risk of mistake, either expressly (e.g., through exemption clauses) or impliedly (by implication of custom, the nature of the transaction, or acting in a state of doubt), they cannot annul the contract by invoking the doctrine of mistake. This logic has led leading legal systems, such as those of the United States and France, as well as international documents like the UNIDROIT Principles and the Principles of European Contract Law (PECL), to recognize the "non-assumption of risk" as a fundamental condition for invoking mistake. In Iranian law, however, this condition has not been explicitly stated under its specific title in statutory texts and doctrine. Despite the fundamental importance of this topic, no comprehensive research has yet been conducted on the feasibility of applying the rule of risk assumption to contractual mistakes within the context of Iranian law. The innovative aspect of the present research lies in addressing these neglected considerations regarding risk assumption, which can reveal new and different dimensions of the debate on mistake in legal literature.

3. Materials and Methods

The present research employed a descriptive–analytical method. It also relied on library sources to collect the data and present the discussion.

4. Results and Discussion

The research findings indicate that, contrary to initial assumptions, the Iranian legal system is not alien to the concept of risk assumption in contractual mistakes. Rather, this concept is actively present through traditional and indigenous institutions such as the "waiver of options" (*isqāt-al-khiyārāt*) and the "rule of action/assumption of risk" (*qā'idah al-iqdām*). The primary challenge arises when the broad application of this theory sometimes requires entering into a transaction with a degree of ignorance and uncertainty regarding the subject matter, which initially appears to conflict with the rule of "prohibition of *gharar*." This conflict, particularly concerning mistakes about the fundamental conditions for the validity of a contract (such as economic value and deliverability), can lead to the invalidation of rational and efficient commercial contracts. For example, if a marine salvage expert purchases a stranded ship at a very low price, fully aware of the risk that refloating it might be impossible, and subsequently fails in the salvage operation, their invocation of the lack of deliverability and the subsequent nullity of the sale lacks economic justification. This is because the expert buyer assumed the risk of their perception being mistaken, and this risk was reflected in the contract price.

The research findings indicate that the widespread acceptance of aleatory and risk-based contracts in Islamic jurisprudence and statutory law (such as insurance, *ju'ālah*, and partnership contracts) indicates that *gharar* is a "customary" concept influenced by economic necessities. Not every risk or instance of ignorance constitutes *gharar*. Prohibited *gharar* is a risk that custom deems

intolerable and gambling-like (a zero-sum game). However, if entering a transaction with ignorance is based on skill, expertise, commercial calculations, and value creation, and uncertainty is considered an inherent part of the economic essence of the transaction, the nature of the act shifts to a "reasonable risky investment" (a positive-sum game) that the legal system must recognize as valid.

5. Conclusion

In conclusion, it can be stated that within the framework of the current regulations of the Iranian legal system, and relying on the rule of *iqdām*, the waiver of options, and most importantly, a precise and customary interpretation of the concept of *gharar*, the rule of "assumption of risk of mistake" can be applied and justified. To ensure the stability and security of transactional relations, it is recommended that, based on distinguishing "invalidating *gharar*" from "legitimate risk" in cases such as mistake in economic value or deliverability, if it is established that the parties consciously assumed uncertainty in a rational context and based on expertise, the matter should be excluded from the scope of invalidating *gharar* and the realm of mistake. Nevertheless, it is appropriate for the Iranian legislature, in alignment with leading legal systems, to explicitly stipulate the "non-assumption of risk" as a statutory condition for invoking mistake.

Keywords: Contract Law, Mistake in the Subject Matter of a Contract, Assumption of Risk, Rule of Prohibition of Gharar, Legitimate Risk, Waiver of Options (*isqāt-al-khiyārāt*), Rule of *iqdām*.

جایگاه پذیرش ریسک در نظام حقوقی حاکم بر اشتباه راجع به موضوع معامله

استاد گروه حقوق خصوصی و اقتصادی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی،
دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران

ایرج بابایی 

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه
علامه طباطبائی، تهران، ایران

سمیه عباسی * 

چکیده

ریسک اشتباه، احتمال عدم انطباق مفروضات طرفین با واقعیت است. در حقوق مدرن، عدم پذیرش ریسک، شرط استناد به اشتباه است؛ زیرا با پذیرش ریسک، احتمال مغایرت پندار با واقعیت، بخشی از تراضی طرفین است و لذا کشف مغایرت این دو، تحقق مفاد قرارداد محسوب می‌شود. بر این اساس اگر ریسک وقوع اشتباه، صریحاً یا ضمناً به طرف زیان‌دیده تخصیص یابد، وی حق ابطال نخواهد داشت. البته این قاعده مطلق نبوده و اعتبار آن تابع مؤلفه‌هایی نظیر نظم عمومی و قصد واقعی طرفین است. در حقوق ایران چنین شرطی به صراحت نیامده و اعمال آن در پاره‌ای موارد با شبهه غرر مواجه است. لذا پرسش اصلی آن است که آیا در حقوق ایران، عدم پذیرش ریسک از شروط استناد به اشتباه محسوب می‌شود؟ در صورت مثبت بودن پاسخ، چگونه می‌توان مرز میان پذیرش ریسک معتبر و غرر مبطل را ترسیم نمود؟ یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد رد پای نظریه پذیرش ریسک در نهادهای بومی قابل شناسایی و بر مبنای تفکیک غرر مبطل از مخاطرات معقول (که مبنای پذیرش طیف وسیعی از عقود مبتنی بر عدم قطعیت است)، شبهه غرری بودن آن در بحث اشتباه منتفی است. لذا می‌توان پذیرش ریسک را در نظام حقوقی ایران، مانع استناد به اشتباه دانست.

واژگان کلیدی: اشتباه در موضوع قرارداد، پذیرش ریسک، قاعده نفی غرر، مخاطرات معقول، جهل آگاهانه.

مقدمه

هر قراردادی مبتنی بر مجموعه‌ای از فروض و تصورات ذهنی طرفین نسبت به واقعیت است؛ تصوراتی که انگیزه و مبنای تصمیم به انعقاد عقد قرار می‌گیرند. این پندارها که می‌توانند مشترک یا مختص یکی از طرفین باشند، ناظر به ابعاد مختلف قرارداد اعم از موضوع، شخص طرف معامله، جهت و مقررات حاکم هستند.

گاه این تصورات انطباقی با واقعیت نداشته که منجر به طرح سرفصل پیچیده «اشتباه» در حقوق قراردادها می‌گردد. در حقوق ایران قواعد حاکم بر اشتباه عمدتاً بر مبنای نظریه اراده توجیه می‌شود، اما به نظر می‌رسد این مبنا به تنهایی قادر به پوشش تمامی ابعاد و پیچیدگی‌های موضوع به‌ویژه در روابط تجاری نوین نیست.

در کنار اراده، ملاحظات دیگری نیز وجود دارد که می‌بایست در تبیین احکام و آثار اشتباه مد نظر قرار گیرد. یکی از کلیدی‌ترین این ملاحظات که در رویکرد معمول مغفول مانده، بحث «پذیرش ریسک» است. مدیریت عدم قطعیت و تخصیص ریسک میان طرفین یکی از کارکردهای مهم قرارداد است و تحلیل نهاد اشتباه بدون در نظر گرفتن اینکه طرفین چگونه ریسک مغایرت واقعیت با تصورات خود را تقسیم کرده‌اند، ناقص خواهد بود.

در نظام‌های حقوقی پیشرو نظیر ایالات متحده^۱ و فرانسه^۲ و اسناد بین‌المللی مانند اصول

1. Restatement (Second) of Contract §154: A party bears the risk of a mistake when (a) the risk is allocated to him by agreement of the parties, or (b) he is aware, at the time the contract is made, that he has only limited knowledge with respect to the facts to which the mistake relates but treats his limited knowledge as sufficient, or

c) the risk is allocated to him by the court on the ground that it is reasonable in the circumstances to do so.

2. Article 1133: “... Acceptance of a risk as to a quality of the performance rules out mistake relating to that quality”.

یونیدروا^۱ و اصول اروپایی حقوق قرارداد^۲، عدم پذیرش ریسک یکی از شروط اساسی استناد به اشتباه محسوب می‌شود. در حقوق ایران شرط عدم پذیرش ریسک با این عنوان، صریح در نصوص قانونی و دکرین نیامده است؛ هرچند با واکاوی نهادهایی نظیر اسقاط اختیارات یا قاعده اقدام، می‌توان ردپای این مفهوم را در ممانعت از تأثیر اشتباه مشاهده کرد. با این حال، چالش اصلی در نظام حقوقی ایران آن است که اعمال گسترده این نظریه در برخی موارد مستلزم ورود به معامله با نوعی جهل و عدم قطعیت نسبت به موضوع عقد است که در بادی امر با قاعده نفی غرر در تعارض به نظر می‌رسد. این تعارض به‌ویژه در مواردی که پذیرش ریسک ناظر به اشتباه در مورد شرایط اساسی صحت معامله مثل مالیت و قابلیت تسلیم است آثار نامطلوبی بر جای گذاشته و می‌تواند منجر به صدور احکام بطلان در قراردادهایی شود که از منظر اقتصادی و تجاری، کاملاً عقلایی و کارآمد هستند. به عنوان مثال فرض کنید الف که متخصص در زمینه نجات دریایی است، کشتی به گل نشسته ب را به تصور اینکه قادر به تسلیم و خارج نمودن آن از زیر آب است به قیمتی بسیار پایین‌تر از ارزش واقعی خریداری می‌نماید. عملیات خارج‌سازی به نتیجه مطلوب منتهی نمی‌شود و الف موفق به نجات کشتی و محموله آن نمی‌گردد. آیا الف می‌تواند مدعی اشتباه در قابلیت تسلیم مبیع و در نتیجه بطلان بیع شود؟ طبق قواعد عمومی و بدون در نظر گرفتن ریسک پذیرفته شده، این قرارداد به دلیل فقدان یکی از شرایط اساسی صحت

1. Article 3.2.2 UNIDROIT Principles 2016: (1) A party may only avoid the contract for mistake if, when the contract was concluded, the mistake was of such importance that a reasonable person in the same situation as the party in error would only have concluded the contract on materially different terms or would not have concluded it at all if the true state of affairs had been known, and (a) the other party made the same mistake, or caused the mistake, or knew or ought to have known of the mistake and it was contrary to reasonable commercial standards of fair dealing to leave the mistaken party in error; or (b) the other party had not at the time of avoidance reasonably acted in reliance on the contract.

(2) However, a party may not avoid the contract if (a) it was grossly negligent in committing the mistake; or (b) the mistake relates to a matter in regard to which the risk of mistake was assumed or, having regard to the circumstances, should be borne by the mistaken party.

2. PECL Article 4:103: However, a party may not avoid the contract if: (d) the risk of the mistake was assumed, or in the circumstances should be borne, by that party.

معامله باطل است، حال اینکه در اینجا خریدار متخصص، خطر اشتباه بودن تصور خود مبنی بر قابلیت تسلیم مبیع را پذیرفته است و این پذیرش ریسک، به روشنی در قیمت مبیع نیز انعکاس یافته است.

با وجود اهمیت این بحث، تاکنون در حقوق ایران پژوهشی در خصوص امکان‌سنجی اعمال قاعده پذیرش ریسک در اشتباهات قراردادی و چگونگی سازگاری آن با قاعده نفی غرر صورت نگرفته است. این پژوهش با روش توصیفی - تحلیلی و با تمرکز بر اشتباه راجع به موضوع معامله، ظرفیت‌های نظام حقوقی ایران را برای پذیرش این قاعده بررسی می‌نماید. هدف اصلی، پاسخ به این پرسش است که آیا در حقوق ایران نیز همانند نظام‌های حقوقی مدرن، عدم پذیرش ریسک یکی از شروط استناد به اشتباه محسوب می‌شود؟ و در صورت مثبت بودن پاسخ، چگونه می‌توان مرز میان پذیرش ریسک معتبر و غرر باطل‌کننده را ترسیم نمود؟ جنبه جدید پژوهش، در پرداختن به ملاحظات مربوط به پذیرش ریسک است که در ادبیات حقوقی موجود به نحو شایسته‌ای دیده نشده است و توجه به آن می‌تواند زوایای جدید و متفاوتی از بحث اشتباه را نمایان سازد.

۱. مفهوم‌شناسی ریسک

۱-۱. ماهیت ریسک: از مفهوم عام تا ریسک قراردادی و ریسک اشتباه نسبت

به موضوع قرارداد

ریسک، مفهومی کیفی است و اجماع قطعی درباره تعریف آن وجود ندارد. درک ریسک در پاسخ به سه پرسش معنا می‌یابد: الف- چه ممکن است رخ دهد؟ ب- احتمال وقوع آن چقدر است؟ و پ- پیامدهای آن چیست؟^۱ ریسک زمانی مطرح است که یک رویداد بتواند نتایج ناخواسته یا زیان‌آوری برای اشخاص یا ذی‌نفعان ایجاد کند. از این‌رو ریسک

1. Marvin Rausand, *Risk Assessment: Theory, Methods, and Applications* (New Jersey: John Wiley & Sons, 2011) p. 5.

به طور معمول با احتمال وقوع یک حادثه و پیامدهای نامطلوب آن و انحراف از نتایج مورد انتظار مرتبط است.^۱

ریسک را می توان امکان وقوع یک واقعه همراه با عدم قطعیت نسبت به میزان آسیب یا زیان ناشی از آن دانست.^۲ در کاربرد عرفی نیز، این مفهوم غالباً معادل خطر، احتمال و عدم اطمینان به کار می رود.^۳ به طور کلی ریسک به معنای عدم قطعیت درباره نتایج آینده است و می توان آن را ترکیب احتمال وقوع یک رویداد و پیامدهای ناشی از آن دانست.^۴

با توجه به این مفهوم عام، ریسک در قرارداد به معنای احتمال وقوع رویداد یا شرایطی است که می تواند بر زمان اجرا، هزینه ها یا نتیجه قرارداد اثر (مثبت یا منفی) بگذارد و به طرفین قابل تخصیص می باشد.^۵ مهم ترین ویژگی های آن عبارتند از: وجود احتمالات شناخته شده، قابلیت برآورد پیامدها (عمدتاً مالی) و امکان تخصیص مسئولیت آن به یکی از طرفین. نمونه روشن آن، قرارداد حمل کالای فاسدشدنی توسط کشتی است که در آن ریسک تأخیر بر اثر طوفان، یک ریسک شناخته شده با پیامدهای قابل تخمین است و قرارداد می تواند مشخص کند مسئولیت این ریسک بر عهده کدام یک از طرفین قرار می گیرد.

در این راستا و برای فهم بهتر جایگاه ریسک در قراردادها، می توان ریسک های قراردادی را به سه دسته تقسیم نمود: ریسک های پیش از انعقاد قرارداد شامل هزینه های جستجو، بررسی وضعیت طرف مقابل و ...، ریسک های مرحله انعقاد قرارداد شامل ریسک هایی مانند ریسک مذاکره بر سر مفاد قرارداد و رسیدن به توافق و ریسک های

1. Thomas S Coleman, *Quantitative Risk Management: A Practical Guide to Financial Risk* (New Jersey: John Wiley & Sons, 2012) p. 15.

2. Sven Ove Hansson, "A Philosophical Perspectives on Risk", *Ambio*, Vol. 28, No. 6, (1999), p. 539.

3. John R. Krebs, "Risk, Uncertainty and Regulation, *Philosophical Transactions of the Royal Society*", Mathematical, Physical and Engineering Sciences, Vol. 369, No. 1956, (2011), p. 4842.

4. Tony Merna, Faisal F., Al-Thani, *Corporate Risk Management*, 2nd Edition (Chichester, England: John Wiley & Sons, 2008) pp. 7-9.

۵. عباس سرمدی و صبا حقیقت، «تحلیل حقوقی ریسک در نظام قراردادها با رویکردی بر نظر امام خمینی»، پژوهشنامه متین، سال هفدهم، شماره ۶۷، (۱۳۹۴)، ص ۱۰۷.

مرحله اجرای قرارداد که پس از انعقاد قرارداد و در طول اجرای آن تا زمان اجرای کامل مفاد قرارداد، طرفین را تهدید می‌کند.^۱ مانند تخلف از اجرای تعهد، تغییر شرایط یا حوادث غیرمترقبه.

ریسک اشتباه نسبت به موضوع معامله در دسته ریسک‌های مرحله انعقاد قرارداد قرار می‌گیرد که به نظر نگارندگان و با توجه به توضیحات مطروحه، به معنای «احتمال کشف عدم انطباق تصورات و مفروضات طرفین راجع به موضوع معامله در زمان انعقاد قرارداد با واقعیت و پیامدهای نامطلوب قابل تخمین ناشی از آن در آینده است، که ریشه در عدم قطعیت موجود در مورد موضوع معامله در زمان انعقاد قرارداد دارد و به طرفین قابل تخصیص می‌باشد».

۱-۲. مدیریت ریسک و الگوهای تخصیص آن در حقوق قراردادها

پس از تبیین ماهیت ریسک، مسأله کلیدی، چگونگی مواجهه با آن در بستر قرارداد است. اگرچه در دانش مدیریت ریسک، راهکارهایی نظیر «اجتناب از ریسک» (خودداری از هرگونه مواجهه با ریسک مثل نخریدن یک ملک یا کسب و کار برای اجتناب از مواجهه با ریسک‌های آن) «کاهش ریسک» (اتخاذ تدابیر احتیاطی برای کاهش احتمال وقوع ریسک مثل درخواست گواهی اصالت اثر) و «انتقال ریسک» (واگذاری مسئولیت و عواقب ناشی از یک ریسک به طرف مقابل یا بیمه) مطرح است^۲، اما در تحلیل حقوقی، مهم‌ترین سازوکار؛ تخصیص ریسک به یکی از طرفین قرارداد است که خود یکی از اشکال انتقال ریسک است. در این فرآیند، ریسک حذف نمی‌شود، بلکه بار مالی و مسئولیت ناشی از تحقق آن، با توافق طرفین یا حکم قانون یا دادگاه، بر دوش یکی از

۱. همان.

2. Linda S. Spedding & Adam Rose, *Business Risk Management Handbook: A Sustainable Approach*, 1st Edition (Oxford: Elsevier, 2008) pp. 13-14.

طرفین قرار می‌گیرد.^۱ تخصیص ریسک در نظام‌های حقوقی معمولاً از سه الگوی اصلی پیروی می‌کند:

تخصیص قراردادی: یعنی طرفین با توافق صریح یا ضمنی تعیین می‌کنند که کدام یک مسئول تحمل یک ریسک خاص باشد. این روش تجلی اصل حاکمیت اراده و قاعده نخست تخصیص ریسک در قراردادهاست.^۲ دادگاه‌ها معمولاً به این تخصیص احترام می‌گذارند، مگر در مواردی که شرط قراردادی ناعادلانه بوده یا در نتیجه تقلب یا سوءاستفاده درج شده باشد.^۳

تخصیص قانونی: به معنای تعیین مسئولیت ریسک‌های خاص توسط مقررات تکمیلی است که در صورت سکوت طرفین اعمال می‌شود. این قواعد غالباً با هدف حمایت از طرف ضعیف‌تر وضع می‌شوند.

قواعد مربوط به ضمانت ضمنی سلامت کالا و معاف شدن متعهد از اجرای تعهد در صورت وقوع حوادث غیرقابل پیش‌بینی و گزاف شدن هزینه اجرای تعهد در مقررات متحدالشکل

۱. در خصوص ارتباط سه مفهوم مدیریت، تخصیص و پذیرش ریسک در این پژوهش، ذکر این نکته ضروری است همان‌گونه که در متن تبیین شد، مدیریت ریسک مفهوم عامی است که راهکارهایی نظیر اجتناب، کاهش و انتقال را در بر می‌گیرد. تخصیص ریسک به یکی از طرفین قرارداد خود یکی از مصادیق انتقال ریسک است و در بحث اشتباه (چنانکه در قسمت‌های بعدی مقاله به تفصیل خواهد آمد)، هنگامی که ریسک اشتباه به طرف اشتباه کننده تخصیص می‌یابد، این امر از زاویه دید طرف اشتباه کننده، همان پذیرش ریسک است. خواه این تخصیص ریشه در توافق صریح قراردادی داشته باشد، خواه ناشی از اراده ضمنی طرفین و خواه مبتنی بر کارایی اقتصادی باشد. به عبارت دیگر، استفاده از عبارات تخصیص و پذیرش، از دو زاویه دید متفاوت به ریسک است؛ تخصیص ریسک، تبیین موضوع از زاویه دید بیرونی و سوم شخص (قرارداد، قانون‌گذار یا دادگاه) است، در حالی که پذیرش ریسک، توصیف همین وضعیت از زاویه دید شخص اشتباه کننده است؛ با این توضیح که در موارد فقدان توافق صریح، پذیرش ریسک لزوماً مبتنی بر قصد شخصی نیست، بلکه نظام حقوقی بر اساس یک معیار نوعی و عینی و با تکیه بر اوضاع و احوال، عرف و کارایی اقتصادی، پذیرش ریسک را از سوی شخص مدعی اشتباه مفروض می‌داند.

2. E. Allan Farnsworth, *Alleviating Mistakes: Reversal and Forgiveness for Flawed Perceptions* (New York: Oxford University Press, 2004) p.150.

3. Restatement (Second) of Contracts, § 208 - Unconscionable Contract or Term.

تجاری^۱ و ماده ۲۶۱ و ۲۶۵ شرح دوم حقوق قراردادهای آمریکا^۲، نمونه‌هایی از تخصیص قانونی هستند.

تخصیص قضایی (مبتنی بر تفسیر و تکمیل قرارداد): قرارداد وسیله اداره خطرات آینده توسط متعاملین است. گاهی در قرارداد چگونگی تخصیص ریسک به صراحت پیش‌بینی می‌شود؛ اما گاهی در صورت بالا بودن هزینه‌های معاملاتی، تخصیص خطر توسط دادگاه صورت می‌گیرد.^۳

۲. زوال قابلیت استناد به اشتباه در پرتو تخصیص ریسک؛ مبانی، الگوها و ضوابط

۲-۱. مبنای انتفای قابلیت استناد به اشتباه در پرتو تخصیص ریسک

پیش از بررسی شیوه‌های تخصیص ریسک، لازم است به این پرسش مهم پاسخ داده شود که چرا پذیرش ریسک مانع تحقق اشتباه مؤثر می‌شود؟ تحلیل رابطه میان این دو مفهوم نشان می‌دهد که تخصیص ریسک به طرف اشتباه‌کننده، بیش از آنکه مانع اعمال قواعد اشتباه باشد، عاملی است که موضوعیت استناد به اشتباه را زایل می‌کند. اشتباه در حقوق قراردادهای، عبارت است از تصور خلاف واقع درباره یکی از ارکان و عناصر عقد که مبنای تراضی قرار گرفته است. بنابراین جوهر اشتباه، عدم انطباق میان پندار و واقعیت است. اما زمانی که طرف اشتباه‌کننده با آگاهی از عدم قطعیت و احتمال مغایرت پندار با واقعیت، وارد معامله می‌شود (پذیرش ریسک)، ماهیت اراده او دگرگون می‌گردد. در این وضعیت، موضوع قصد انشاء، دیگر یک امر توأم با قطعیت نیست بلکه یک امر با تمام احتمالات و نوسانات آن است. به تعبیر دقیق‌تر با تخصیص ریسک، «احتمال» وارد قلمرو تراضی می‌شود و طرفین بر روی یک ریسک معامله می‌کنند، نه بر روی یک واقعیت مفروض.

1. Uniform Commercial Code (UCC), § 2-314 - Implied Warranty of Merchantability & § 615.

2. Restatement (Second) of Contracts.

۳. مهدی انصاری، تحلیل اقتصادی حقوق قراردادهای، چاپ اول (تهران: انتشارات جاودانه، ۱۳۹۰) ص ۱۴۴.

بر این اساس اگر بعداً مشخص شود که واقعیت با تصور اولیه متفاوت است، اشتباهی رخ نداده؛ زیرا طرف اشتباه کننده وقوع هر دو شق احتمال را پیش بینی و اراده نموده است. برای مثال وقتی خریدار کالایی را با شرط همان طور که هست یا با علم به تردید در اصالت آن می خرد، اراده او بر «خرید کالا چه اصل باشد و چه بدل» استقرار یافته است. در اینجا اگر کالا بدل از آب درآید، آنچه واقع شده دقیقاً همان چیزی است که خریدار احتمال آن را داده و اراده او بر آن تعلق یافته است. لذا مغایرتی میان قصد و واقع وجود ندارد تا نوبت به اعمال قواعد اشتباه برسد. به عبارت دیگر پذیرش ریسک باعث می شود که طرف معامله از وضعیت جهل مرکب (اعتقاد جازم به امر غیر واقع) به وضعیت آگاهی از احتمال مغایرت (جهل بسیط) منتقل گردد و بدین سان مبنای اشتباه (که جهل مرکب است) منتفی می گردد.

علاوه بر موارد فوق که بر پایه تردید یا جهل آگاهانه استوار است، این منطق در دیگر اشکال تخصیص ریسک اعم از شروط سلب مسئولیت، تضمین های قراردادی یا اسقاط ضمانت اجراهای اشتباه (نظیر اسقاط اختیارات) نیز حاکم است. توضیح آنکه اشتباه در جوهر خود به این معناست که: من اگر از واقعیت آگاه می بودم، هرگز قرارداد را منعقد نمی کردم؛ اما با پذیرش ریسک در قالب های یادشده، مفاد تراضی به این صورت تغییر می یابد که: «حتی اگر بدانم واقعیت با تصور من منطبق نیست، باز هم این قرارداد را منعقد می کنم». در حقیقت کسی که قراردادی را با چنین شروطی می پذیرد؛ از منظر نوعی، در حکم کسی است که ریسک (احتمال مغایرت تصور با واقعیت) را دیده و آگاهانه آن را بخشی از تراضی قرار داده است.

علاوه بر مبنای ارادی، «منطق اقتصادی قرارداد» نیز مانعی جدی برای استناد به اشتباه در صورت پذیرش ریسک است. در عرف معاملات، ریسک همواره دارای ارزش اقتصادی است و در قیمت معامله بازتاب می یابد؛ به طوری که طرف پذیرنده ریسک، مابه ازای آن را در قالب تعدیل ثمن یا امتیازات دیگر دریافت می کند. در این وضعیت، ریسک خود به بخشی از عوضین تبدیل شده است. اگر نظام حقوقی به اشتباه کننده ای که با پذیرش ریسک از مزیت تعدیل قیمت یا امتیازات دیگر بهره مند شده اجازه دهد که پس

از تحقق ریسک، قرارداد را به استناد اشتباه برهم زند، تعادل قراردادی را به نفع او و به ضرر طرف مقابل از میان برده است. چنین شخصی در واقع می‌خواهد هم از «مزیت پذیرش ریسک» استفاده و هم از «هزینه ریسک» فرار کند.

۲-۲. جلوه‌های تخصیص ریسک و انتفای قابلیت استناد به اشتباه

۲-۲-۱. تخصیص صریح ریسک اشتباه به طرف اشتباه‌کننده

یکی از موارد تخصیص ریسک، فرضی است که در خود قرارداد و با توافق طرفین، خطر اشتباه بودن مفروضات راجع به معامله، به طرف اشتباه‌کننده تخصیص می‌یابد. این تخصیص صریح ممکن است از طریق به‌کارگیری عبارات خاص که متضمن مفهوم تخصیص ریسک هستند، نمود یابد. گاهی اوقات مفاد قراردادها به گونه‌ای است که عملاً امکان طرح ادعای اشتباه را از میان می‌برد. به عنوان مثال اصطلاح «همان‌طور که هست»^۱ در معاملات به معنای پذیرش کالا با تمام عیوب و انتقال ریسک اشتباه در اوصاف به خریدار است؛ ریسکی که معمولاً در ازای کسر قیمت، مورد پذیرش خریدار قرار گرفته است.^۲ همچنین اصطلاح «از بین رفته یا نرفته»^۳ در بیمه دریایی، ریسک تلف کالا پیش از عقد را به بیمه‌گر منتقل کرده و مانع استناد او به اشتباه می‌شود. عبارت «بیشتر یا کمتر»^۴ در فروش زمین نیز کارکرد مشابهی داشته و ادعای اشتباه در مساحت را غیر قابل استماع می‌نماید.^۵ پرونده *Lenawee County v. Messerly*^۶ یک نمونه واقعی است که در آن دادگاه با استناد به شرط «همان‌طور که هست»، دعوای خریدار مبنی بر اشتباه در قابلیت

1. As Is.

2. Stephanie R. Hoffer, "Misrepresentation: The Restatement's Second Mistake", *University of Illinois Law Review*, No. 1, (2014), p.147, PP. 150 & 158.

3. Lost or Not Lost.

4. More or Less.

5. E. Allan Farnsworth, op. cit., p.151.

6. *Lenawee Bd. of Health v. Messerly*, 417 Mich. 17, 331 N.W.2d 203 (Mich. 1982).

سکونت ملک (به دلیل نقص سیستم فاضلاب) را رد کرد و حکم داد که این شرط، ریسک عیوب را صریحا به خریدار تخصیص داده است.^۱

در یک شکل دیگر، این تخصیص صریح می‌تواند در قالب شروط مربوط به تعیین حدود مسئولیت تجلی یابد که مسئولیت امری را برعهده یکی از طرفین قرار می‌دهد یا یکی از طرفین را از مسئولیت خاصی معاف می‌کند.^۲ عباراتی نظیر «خریدار مسئولیت بررسی اصالت کالا را برعهده دارد» یا «فروشنده مسئولیتی در قبال کاربری ملک ندارد»، از جمله مصادیق این شروط هستند.

علاوه بر موارد فوق، تعهدات قراردادی و تضمین‌ها نیز می‌توانند کارکرد تخصیص ریسک را ایفا کنند. وقتی یکی از طرفین وعده می‌دهد که کالا دارای کیفیت خاصی است یا او حق مالکیت دارد، در واقع ریسک عدم تحقق این وعده‌ها را برعهده گرفته است ... بنابراین شخصی که واقعیتهای را در قرارداد تضمین کرده است، در صورت کشف خلاف آن، نمی‌تواند حتی با اثبات اشتباه صادقانه خود، از مسئولیت شانه خالی کند؛ چراکه با دادن تضمین، ریسک عدم انطباق را پذیرفته است.^۳ در پرونده *Bentley v. Slavik*^۴، فروشنده که ویولنی را با تضمین اصالت فروخته بود، پس از کشف تقلبی بودن ویولن، سعی کرد به اشتباه متقابل استناد کند. اما دادگاه حکم داد که او با ارائه تضمین صریح، ریسک اشتباه را پذیرفته است.

۲-۲-۲. تخصیص ضمنی ریسک اشتباه به طرف اشتباه کننده

در تخصیص ضمنی، طرفین به‌طور صریح در مورد تخصیص ریسک توافق نمی‌کنند، بلکه تخصیص ریسک از طرقی چون رفتار طرفین، شرایط و اوضاع و احوال و عرف حاکم بر قرارداد قابل استنباط است.

1. Norman Otto Stockmeyer, "The Law of Confusion: An Examination of Misunderstanding, Mistake, and Ignorance in Contract Law", Michigan Academician, Vol. 45, No. 2, (2018), p.351.

2. E. Allan Farnsworth, op. cit., p.151

3. John Cartwright, *Misrepresentation, Mistake and Non-disclosure*, Fifth ed., (London: Sweet & Maxwell, 2019) p. 531.

4. Bentley v. Slavik, 663 F. Supp. 736 (S.D. Ill. 1987).

تخصیص ضمنی ریسک می‌تواند در قالب مفهوم «نادانی آگاهانه» بروز یابد. نادانی آگاهانه در حقوق قراردادهای، وضعیتی است که فرد با وجود آگاهی از یک ریسک یا عدم قطعیت و محدودیت دانش خود در مورد یک واقعیت مرتبط با قرارداد، تصمیم می‌گیرد که وارد قرارداد شود.^۱ چنین فردی با انتخاب آگاهانه بی‌خبری،^۲ به طور ضمنی ریسک اشتباه بودن مفروضات خود را می‌پذیرد. بند b بخش ۱۵۴ شرح حقوق قراردادهای آمریکا، یکی از مصادیق پذیرش خطر اشتباه را فرضی می‌داند که: «فرد هنگام انعقاد قرارداد آگاه بوده باشد که دانش او در مورد واقعیت‌هایی که اشتباه مربوط به آن‌ها است محدود است، اما دانش محدود خود را کافی تلقی کند».^۳ به عنوان مثال اگر خریداری بدون استخدام نقشه‌بردار و با علم به ابهام در حدود ملک، وارد معامله شود، عملاً ریسک مغایرت مساحت را پذیرفته است.^۴ البته الزام طرفین به انجام «جستجوی نامتعارف» برای رفع هرگونه ابهام، با واقعیت محدودیت منابع (زمان و هزینه) و اصل «عقلانیت محدود»^۵ سازگار نیست. بنابراین تنها زمانی می‌توان فرد را مسئول نادانی خود دانست که بابت احتیاطی آشکار نسبت به حقایقی که از نظر هر شخص متعارفی دال بر وجود خطر بوده، از انجام تحقیقات معقول (مانند بررسی مورخانه در منطقه آلوده) خودداری کرده باشد؛ نه در مواردی که کشف حقیقت نیازمند اقدامات نامتعارف و پرهزینه (مانند استخدام متخصص زلزله‌شناسی) بوده است.^۶

1. Lee B. Mc Turnan, "An Approach to Common Mistake in English Law", Canadian Bar Review, Vol. 41, No. 1, (1963), p. 3.

2. Bryan A. Garner, Black's Law Dictionary, Ninth Edition, (Minnesota: West, 2009), p. 1711

3. Restatement (Second) of Contracts): § 154. A party bears the risk of a mistake when: (a) the risk is allocated to him by agreement of the parties, or (b) he is aware, at the time the contract is made, that he has only limited knowledge with respect to the facts to which the mistake relates but treats his limited knowledge as sufficient, or (c) the risk is allocated to him by the court on the ground that it is reasonable in the circumstances to do so.

4. Stephanie R. Hoffer, op.cit., p.123.

5. Bounded Rationality.

6. Melvin A., Eisenberg, "Mistake in Contract Law", Calif. L. Rev, Vol. 91, No. 6, (2003), pp. 1630-1632.

گاهی پذیرش ضمنی ریسک در قالب «اقدام در وضعیت تردید» تجلی می‌یابد. مفهوم پذیرش ریسک در دعاوی اشتباه، ارتباط تنگاتنگی با آگاهی طرفین از ابهامات دارد؛ به طوری که تردید نسبت به یک واقعیت، می‌تواند قرینه‌ای بر پذیرش ریسک تلقی شده و مانع استناد به اشتباه گردد. با این حال، این استنتاج مطلق نیست و دادگاه‌ها با بررسی اوضاع و احوال، رفتار و نیت طرفین تصمیم‌گیری می‌کنند. ضابطه مهم در این خصوص، «رفتار معقولانه» فرد مردد است؛ اگر شخصی با وجود فرصت تحقیق، هیچ اقدامی برای رفع تردید خود نکند، این انفعال حاکی از پذیرش ضمنی ریسک است.^۱

افزون بر حالات ذهنی، «اظهارات صورت گرفته راجع به موضوع» نیز می‌تواند گونه‌ای از تخصیص ضمنی ریسک به شمار آید. هرگاه یکی از طرفین در خصوص موضوع قرارداد اظهار قطعی ارائه دهد، به طور ضمنی ریسک نادرستی آن اظهار را بر عهده می‌گیرد و در صورت خلاف واقع بودن، نمی‌تواند به اشتباه استناد کند. در پرونده مشهور *McRae v. Commonwealth*^۲ کمیسیون فروش دارایی‌های استرالیا با اظهار غرق شدن یک نفتکش در یک مکان مشخص، به طور ضمنی وجود آن را تضمین کرده بود و دادگاه با تلقی این اظهار به عنوان یک تضمین، ریسک عدم وجود کشتی را به آن طرف تخصیص داد و دفاع دولت مبنی بر اشتباه در وجود کشتی را نپذیرفت.^۳

همچنین تخصیص ضمنی ریسک می‌تواند ریشه در «شروط ضمنی» داشته باشد که در سه قالب کلی، بخشی از مفاد الزام‌آور عقد تلقی می‌شوند: نخست، شروط واقعی که برای تحقق هدف قرارداد ضروری بوده و بر پایه اراده مفروض طرفین استوارند؛ به گونه‌ای که عقد بدون آن‌ها بی‌فایده جلوه می‌کند.^۴ دوم، شروط قانونی که به حکم قانون‌گذار و برای حمایت از انتظارات معقول و جبران نقص اطلاعات به ماهیت عقد ضمیمه شده و ریسک

1. Cartwright John, op. cit., pp. 542, 543.

2. *McRae v Commonwealth Disposals Commission*, (1951), 84 CLR 377.

3. Edward H. Rabin, "Proposed Black-Letter Rule Concerning Mistaken Assumptions in Bargain Transactions", *Tex. L. Rev*, Vol. 45, No. 7, (1967), p.1297.

4. G. H. Treitel, *The Law of Contract*, 11th Edition (London: Sweet & Maxwell, 2003) pp. 201-203.

عدم انطباق را بر عهده متعهد قرار می‌دهند.^۱ سوم، شروط عرفی که برآمده از قواعد شناخته شده، معقول و الزام‌آور یک صنف یا بازار خاص می‌باشد.^۲ در بسیاری از موارد، دادگاه‌ها با استناد به شروط ضمنی، ریسک اشتباه را به یکی از طرفین تخصیص می‌دهند. یک نمونه واقعی در این زمینه، پرونده *City of Everett v. Estate of Sumstad*^۳ است. خریداران در حراجی، گاوصندوقی قفل شده را خریدند و داخل آن ۳۰ هزار دلار یافتند. دادگاه حکم داد که طرفین تحت تأثیر «ریسک مثبت» (پیدا کردن چیزی با ارزش) معامله کرده‌اند و حراج‌گذار نیز به طور ضمنی پذیرفته گاوصندوقی را بفروشد که ممکن است حاوی شیء ارزشمندی باشد. بنابراین ریسک پیدا شدن پول، طبق توافق ضمنی طرفین بر عهده فروشنده بود.^۴

«عرف و رویه تجاری» نیز نقشی تعیین‌کننده در تخصیص ریسک دارد. به عنوان مثال، عرف معاملات زمین حکم می‌کند که فروشنده ریسک وجود مواد معدنی ارزشمند در زیر زمین را پذیرفته است؛ لذا کشف نفت پس از فروش، حق ادعای اشتباه برای فروشنده ایجاد نمی‌کند.^۵ یا در معاملات محصولات کشاورزی و کالاهای دست‌دوم نیز، عرف به ترتیب ریسک آفات معمول و فرسودگی جزئی را بر عهده خریدار می‌گذارد. در نتیجه می‌توان گفت که در بسیاری از معاملات، تخصیص ریسک بین طرفین نه تنها به مفاد صریح قرارداد، بلکه به عرف تجاری حاکم بر آن بازار نیز بستگی دارد.

۲-۲-۳. تخصیص ریسک اشتباه با معیار تحلیل اقتصادی

در فقدان تخصیص صریح یا ضمنی ریسک، نظام‌های حقوقی مدرن از روش‌ها و ابزارهای تحلیل اقتصادی حقوق مبتنی بر اصل کارایی که از طریق منطق هزینه فایده قابل استنباط است، برای تخصیص ریسک اشتباه استفاده می‌کنند.

1. Jack Beatson, Andrew Burrows and John Cartwright, *Anson's Law of Contract*, 29th Edition (Oxford University Press, 2010) pp. 159-165.

2. Ibid. pp. 157-159.

3. *City of Everett v. Estate of Sumstad*, 95 Wash. 2d 853, 631 P.2d 366 (1981).

4. Melvin A Eisenberg, op.cit., p. 1635.

5. Edward H., Rabin, op.cit., p. 1295.

از نظر کارایی و تحلیل اقتصادی، ریسک اشتباه باید به طرفی تخصیص یابد که بتواند آن را به بهترین نحو و با صرف کمترین هزینه مدیریت کند.^۱ لازمه این امر تخصیص ریسک به طرفی است که اولاً: اطلاعات بیشتر و بهتری در مورد احتمال وقوع ریسک و پیامدهای آن دارد و لذا بهتر می‌تواند برای پیشگیری و مدیریت آن تصمیم بگیرد. ثانیاً: توانایی بیشتری در مدیریت ریسک دارد. طرفی که توانایی مالی و امکانات لازم برای کنترل و کاهش ریسک را در اختیار دارد، بهتر و با هزینه کمتر می‌تواند از وقوع ریسک جلوگیری نماید.^۲

در مواردی که یک طرف اطلاعات بهتر و بیشتری درباره ریسک اشتباه دارد، در فقدان توافق خلاف، ریسک بر عهده او خواهد بود. این اصل به عنوان محرکی برای افشای اطلاعات عمل می‌کند و طرف آگاه (مانند فروشندگان متخصص) را وادار به شفافیت می‌نماید. در مثال ۶ بخش ۱۵۴ شرح دوم حقوق قراردادهای آمریکا، پیمانکاری که بدون بررسی وضعیت خاک وارد قرارداد شده، مسئول شناخته می‌شود؛ زیرا انتظار متعارف از او به عنوان متخصص این است که هزینه کسب اطلاعات برای او کمتر بوده و نسبت به مالک زمین آگاهی بیشتری در مورد وضعیت زمین و خطر حدوث شرایط غیرمنتظره داشته باشد.^۳ همچنین در پرونده *McRae v. Commonwealth*، دادگاه ریسک نبود کشتی مورد مزایده را به کمیسیون دولت استرالیا تخصیص داد؛ زیرا به دلیل موقعیت برتر اطلاعاتی، می‌بایست از وجود یا عدم وجود کشتی مطلع می‌بود و برگزاری مزایده از سوی او، دلالت ضمنی بر وجود کشتی داشت.^۴

در تخصیص ریسک بر مبنای نظریه اجتناب‌کننده کم‌هزینه‌تر، ریسک باید به طرفی تخصیص یابد که با کمترین هزینه قادر به جلوگیری از وقوع اشتباه یا کنترل پیامدهای آن است؛ زیرا چنین امری موجب کاهش هزینه‌های اجتماعی اشتباه و تخصیص بهینه منابع

1. Robert Cooter & Thomas Ulen, *Law and Economics* (Harlow: Pearson: Sixth Edition, 2014) p. 342.

2. Farnsworth E. Allan, op.cit., p.155.

3. Melvin A Eisenberg, op.cit., p.1636.

4. David Capper, "Common Mistake in Contract Law", *Singapore Journal of Legal Studies*, Vol. 51, (2009), p. 459.

می‌شود. در معاملات، غالباً طرفی که دسترسی کم‌هزینه‌تر و موثرتری به اطلاعات دارد، با هزینه کمتری می‌تواند از اشتباه پیشگیری کند، لذا تخصیص ریسک به او توجیه اقتصادی دارد.^۱ الزام فروشنده به افشای عیوب پنهان نیز بر همین مبنا قابل دفاع است، زیرا فروشنده در مقایسه با خریدار، غالباً با هزینه و دشواری کمتر قادر به شناسایی و پیشگیری از اشتباه است.^۲ در پرونده Estate of Nelson v. Rice^۳، ادعای اشتباه وراثی که شاهکار هنری را به قیمت ناچیز فروختند، پذیرفته نشد زیرا آن‌ها ارزان‌ترین پیشگیری‌کننده محسوب می‌شدند و فرصت بهتر و منطقی‌تری برای تحقیق بیشتر، کشف ارزش واقعی اثر و استفاده از ارزیاب متخصص داشتند و از انجام این امور غفلت کردند.^۴

۳-۲. عوامل موثر در تشخیص قلمرو ریسک تخصیص یافته

شناسایی دقیق قلمرو ریسک‌های پذیرفته‌شده، پیش از هر چیز مستلزم توجه به «شرایط و اوضاع و احوال خاص هر معامله» است؛ چرا که تخصیص ریسک تابعی از متغیرهای عینی حاکم بر فضای تراضی از قبیل آگاهی طرفین و ماهیت کالا محسوب می‌شود. به عنوان مثال اگر فردی عادی سنگی ناشناخته را به قیمت ناچیز بفروشد و بعداً الماس از آب درآید، ادعای اشتباه او مسموع نیست؛ زیرا با علم به ناآگاهی خود، ریسک اشتباه در ارزش را پذیرفته است.^۵ در مقابل اگر تاجری حرفه‌ای اشتباهاً الماسی را در میان بدلیجات بفروشد، ادعای اشتباه او پذیرفتنی است؛ زیرا انتظار نمی‌رود یک متخصص، ریسک چنین اشتباه فاحشی را پذیرفته باشد. بنابراین، شغل و ماهیت کسب‌وکار فروشنده، قرینه‌ای است که نشان می‌دهد او قصد پذیرش ریسک را نداشته است.^۶ همچنین ماهیت کالا نقشی کلیدی

1. Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Ninth Edition (New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2012) pp. 90, 91.

2. Anthony T. Kronman, "Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts", *The Journal of Legal Studies*, Vol. 7, No.1, (1978), p. 25.

3. Estate of Nelson v. Rice, 198 Ariz. 563, 12 P.3d 238, 333 Ariz. Adv. Rep. 25 (Ariz. Ct. App. 2000).

4. Stephanie R. Hoffer, op.cit., p.123.

5. Nancy S. Kim, "Mistakes, Changed Circumstances and Intent", *U. Kansas Law Review*, Vol. 56, No. 3, (2007), p. 486.

6. Edward H. Rabin, op.cit., p. 1293.

دارد؛ در بازارهایی مانند عتیقه که عدم قطعیت جزء ذاتی کالا است، خریدار (به‌ویژه دلال متخصص) باید بداند که تشخیص اصالت همواره با درصدی خطا همراه است. در پرونده^۱ Leaf v. International Galleries، دادگاه دعوای خریداری را که تابلویی جعلی خریده بود رد کرد؛ با این استدلال که ورود به بازار هنر با علم به ابهامات آن، به منزله پذیرش ریسک اشتباه در اصالت است. بنابراین در صورت فقدان تضمین صریح یا فریب، اصل بر این است که طرفین با «نادانی آگاهانه» نسبت به منشأ اثر، معامله کرده و ریسک عدم انطباق را پذیرفته‌اند.^۲

همچنین ترسیم مرزهای دقیق پذیرش ریسک، نیازمند «تفکیک میان ریسک‌های پذیرفته‌شده و خطراتی است که اساساً مورد تراضی قرار نگرفته‌اند»؛ چرا که پذیرش یک ریسک خاص به معنای پذیرش تمام خطرات مرتبط با معامله نیست. در پرونده^۳ Wheadon v. Olds، خریدار ریسک تخمین کلی مقدار بار را پذیرفته بود، اما این تخمین بر اساس پیمانانه کردن بخشی از بار انجام شده بود. وقتی مشخص شد پیمانانه کردن اولیه اشتباه بوده، دادگاه به خریدار حق ابطال داد؛ با این استدلال که او ریسک اشتباه در تخمین کلی را پذیرفته، اما ریسک اشتباه در اندازه‌گیری مبنا را نپذیرفته است.^۴

عامل مهم دیگری که می‌تواند قلمرو تراضی و حدود واقعی ریسک پذیرفته شده را مشخص سازد، «مفروضات مبنایی طرفین» در انعقاد قرارداد است. در بسیاری از معاملات، طرفین با آگاهی از برخی ابهامات و با لحاظ کردن آن‌ها در شرایط قرارداد، وارد معامله می‌شوند. این ریسک‌های معلوم، معمولاً بخشی از توافق بوده و نمی‌توانند مستمسک ادعای اشتباه قرار گیرند. اما اگر اشتباه ناظر به امری باشد که کاملاً خارج از قلمرو پیش‌بینی و قصد طرفین است قابل استناد خواهد بود.^۵ یک مثال در این زمینه قراردادهای صلح خسارت بدنی است که حتی با شرط اسقاط کلیه ادعاها، اگر آسیب کشف شده در زمان عقد ناشناخته و خارج از موضوع مصالحه بوده باشد، صلح‌نامه شامل آن نمی‌شود. در

1. Leaf v. International Galleries, [1950] 2 KB 86.

2. Lee B. McTurnan, op.cit., pp. 17, 18, 19.

3. Wheadon v. Olds, 20 Wend. 174 (N.Y. Sup. Ct. 1838).

4. Edward H. Rabin, op.cit., pp. 1293, 1294; E. Allan Farnsworth, op.cit., p. 152.

5. Lee B. McTurnan, op.cit., p. 21.

پرونده^۱ Nevue v. Close، مصدوم تصادف با دریافت مبلغی اندک صلح‌نامه امضا کرد، اما بعداً آسیب پنهان کمر (که در زمان عقد ناشناخته بود) آشکار شد. دادگاه حکم داد که صلح‌نامه تنها ناظر به آسیب‌های شناخته شده است و چون آسیب کمر در چانه‌زنی طرفین لحاظ نشده، ریسک آن به عهده خواهان نیست.^۲

در نهایت، «ملاحظات نظم عمومی» استثنائاتی بر اعتبار حقوقی چنین پذیرش ریسکی وارد می‌کنند. بر این مبنا اگرچه افراد عموماً مسئول ریسک‌های پذیرفته شده هستند اما اگر برای مثال، مصدوم یک حادثه با تصور اینکه آسیبش جزئی است، در شرایط پریشانی و آسیب‌پذیری، قرارداد سلب مسئولیت کلی را امضا کند اما بعداً آسیب‌های جدی آشکار شود، دادگاه به دلیل حمایت از طرف آسیب‌پذیر، این توافق را خلاف نظم عمومی و باطل می‌داند.^۳ این مداخله قانونی معمولاً در سه حالت رخ می‌دهد: حمایت از افراد آسیب‌پذیر (که تحت فشار روانی یا عدم آگاهی کامل توافق کرده‌اند)، نابرابری قدرت چانه‌زنی (مانند قراردادهای استاندارد تحمیلی) و پذیرش ریسک در شرایط وجود فریب یا اکراه.

۳. امکان‌سنجی اعمال شرط عدم پذیرش ریسک در اشتباه راجع به موضوع

معامله: تحلیلی بر تقابل حاکمیت اراده و قاعده نفی غرر در حقوق ایران
پس از تبیین جایگاه پذیرش ریسک در حقوق قرارداد مدرن، پرسش اساسی این است: آیا می‌توان در نظام حقوقی ایران نیز استناد به اشتباه (با تمرکز بر اشتباه راجع به موضوع معامله) را مشروط به «عدم پذیرش ریسک» نمود؟ از آنجا که اعمال این شرط در برخی مصادیق با چالش قاعده «نفی غرر» روبروست، بررسی امکان اعمال آن مستلزم تحلیل دقیق نسبت میان پذیرش ریسک و منع غرر خواهد بود.

1. Nevue v. Close, 123 Wash. 2d 253, 867 P.2d 635

2. Stephanie R. Hoffer, op.cit., p. 161.

3. Edward H. Rabin, op.cit., p. 1294.

۳-۱. مفهوم‌شناسی غرر و تحول آن در پرتو عرف و نیازهای اجتماعی

غرر در لغت به معنای خطر^۱، در معرض خطر و نابودی قرار گرفتن^۲ و جهالت است^۳ و در اصطلاح فقهی، سه تفسیر دارد: ۱- جهل به وجود مبیع، قدرت بر تسلیم و یا صفات کمی و کیفی آن؛ ۲- جهل توأم با نزاع؛ ۳- جهل توأم با خطر^۴ (احتمال ضرر نامتعارف). با عنایت به مجموع دیدگاه‌های فقهی، معامله غرری معامله‌ای است که در آن جهل نسبت به ارکان عقد، توأم با خطر زیان غیرقابل مسامحه و احتمال نزاع باشد.

فقها سه مصداق اصلی برای غرر برشمرده‌اند: عدم اطمینان به اصل وجود مبیع، عدم قدرت بر تسلیم و مجهول بودن اوصاف (جنس، وصف و مقدار).^۵ در حقوق ایران اگرچه واژه غرر صریحاً نیامده، اما روح آن در موادی نظیر بند ۳ ماده ۱۹۰ (معین بودن موضوع)، ماده ۲۱۶ (مبهم نبودن)، و مواد ۴۶۷، ۳۴۲ و ۳۴۸ قانون مدنی منعکس شده است.

نظام حقوقی ایران با اتخاذ رویکردی عرفی، انعطاف قابل توجهی در اعمال قاعده نفی غرر نشان داده است. قانون‌گذار در ماده ۲۱۶ قانون مدنی، علم اجمالی به موضوع معامله را در «موارد خاصه» کافی دانسته است؛ حکمی که به منزله پذیرش عدم امکان یا عدم ضرورت

۱. احمد بن فارس زکریا، معجم مقاییس اللغة، جلد چهارم (قم: مرکز النشر: مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۰۴ ق) ص ۳۸۱؛ احمد بن محمد بن علی مغربی القیومی، المصباح المنیر، چاپ سوم (بیروت: شرکه ابناء شریف الانصاری، ۱۴۲۸ ق) ص ۲۳۰.

۲. سعید خوری الشرتونی البنانی، اقرب الموارد فی فصح العربیة و الشوارد، جلد ۴ (قم: منشورات مکتبه آیةالله العظمی المرعشی النجفی، ۱۴۰۳ ق) ص ۲۸.

۳. ابوالفضل جمال الدین محمد بن مکرم الافریقی المصری (ابن منظور)، لسان العرب، جلد ۵ (قم: نشر ادب الحوزه، ۱۴۰۵ ق) ص ۱۴؛ مرتضی بن محمد امین انصاری، کتاب المکاسب، ج ۴، چاپ هشتم (قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۸ ق) ص ۱۷۸.

۴. ابوجعفر محمد بن حسن طوسی، المبسوط فی الفقه الامامیه، جلد ۲، چاپ اول (تهران، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۲۵ ق) ص ۹۶؛ مرتضی بن محمد امین انصاری، کتاب المکاسب، ج ۴، پیشین، ص ۱۷۸.

۵. مرتضی بن محمد امین انصاری، کتاب المکاسب، ج ۴، پیشین، ص ۱۸۲.

۶. ملا محمد بن احمد نراقی، مشارق الاحکام، چاپ دوم (قم: کنگره نراقیین (ملا مهدی و ملا احمد)، ۱۴۲۲ ق) ص ۳۰۲؛ مرتضی بن محمد امین انصاری، کتاب المکاسب، ج ۴، پیشین، ص ۱۷۸.

۷. مرتضی بن محمد امین انصاری، کتاب المکاسب، ج ۴، پیشین، ص ۱۷۸؛ محمد حسین کاشف الغطاء، تحریر المجله، جلد اول (نجف: المکتبه المرتضویه، ۱۳۵۹ ق)، صص ۳۹۱ و ۳۹۲؛ ملا محمد بن احمد نراقی، پیشین، ۳۰۲.

علم تفصیلی به اوصاف مورد معامله در برخی موقعیت‌هاست. حقوقدانان معیار تشخیص این موارد را عرف می‌دانند؛ یعنی هر جا عرف وجود سطحی از جهل را لازمه معامله بداند، غرر منتفی است.^۱

همچنین پیش‌بینی عقود نظیر جعاله، صلح، ضمان و عقود مشارکتی که ذاتاً با ابهام و عدم قطعیت گره خورده‌اند، گواهی بر این انعطاف است. در عقد بیمه نیز که ماهیت آن بر پایه احتمال استوار است، قانون‌گذار ریسک را به عنوان موضوع اصلی عقد به رسمیت شناخته است. در فقه نیز جواز بیع سردرختی با وجود عدم اطمینان و جهل به حصول میوه در آینده، نشانگر پذیرش عرفی معاملاتی است که بنا به ضرورت اجتماعی، با سطحی از غرر همراه است.

علاوه بر مصادیق قانونی و فقهی، عرف تجاری امروز نیز پذیرای قراردادهایی است که ذاتاً با ریسک و عدم قطعیت همراهند. به عنوان مثال در قرارداد مشارکت در ساخت و پیش‌فروش خودرو، میزان نهایی عوضین و زمان دقیق تحویل و حتی حصول آنها، وابسته به متغیرهای نامعلوم است. پذیرش این قراردادها نشان می‌دهد که اگر عدم قطعیت لازمه و جزئی از ذات معامله باشد و عرف آن را ریسک متعارف (و نه جهل نزاع‌برانگیز) بداند، معامله صحیح است. لذا «به نظر می‌رسد این تصور که طرفین باید به چگونگی تعهدات خود اطلاع کامل داشته باشند و هیچ ابهامی در میان نباشد، با واقعیت نظام حقوقی سازگار نیست؛ زیرا در موارد بسیاری که طرفین به سرنوشت تعهدات خود اطمینان کامل ندارند، عقد نافذ شناخته شده است».^۲ لذا از نظر نگارندگان پذیرش ریسک اشتباه در موضوع معامله، در مصادیق مواجهه با شبهه غرر، می‌تواند با تکیه بر عرف و ضرورت‌های اقتصادی و اجتماعی، توجیه شود و از چالش شبهه غرری بودن عبور کند.

۱. حسین صفایی، قواعد عمومی قراردادها، چاپ پنجم (تهران: نشر میزان، ۱۳۸۶) صص ۱۳۴ و ۱۳۵.

۲. ناصر کاتوزیان، عقود معین، جلد ۱، چاپ دوازدهم (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۲) ص ۱۴۳.

۳-۲. تحلیل چالش غرر در پذیرش ریسک اشتباه راجع به موضوع معامله

در این قسمت امکان اعمال شرط عدم پذیرش ریسک در مصادیق مختلف اشتباه با تمرکز بر چالش غرر بررسی می‌شود.

۳-۲-۱. اشتباه نسبت به مالیت موضوع معامله

در فقه و حقوق ایران، مالیت داشتن موضوع معامله شرط اساسی صحت عقد است (مواد ۲۱۵ و ۳۴۸ ق.م). مالیت در نگاه سنتی مبتنی بر منفعت نوعی است،^۱ اما دکترین معاصر مفهوم مالیت را نسبی و شخصی تلقی کرده و وجود منفعت عقلایی برای حداقل یکی از طرفین را کافی می‌داند حتی اگر فاقد ارزش نوعی باشد. یادگار خانوادگی یا کالای خاص مورد نیاز یک شرکت، نمونه‌ای از مالیت نسبی است و رویه قضایی نیز این جهت‌گیری را تأیید کرده است.^۲

اگر شخص بر اثر اشتباه، شیئی را که منفعت عقلایی ندارد، بخرد (مثل تلخه به تصور خوراک دام)، عقد به دلیل فقدان مالیت باطل است.^۳ اما اگر شخصی آگاهانه کالایی فاقد مالیت عرفی را برای بهره‌گیری از منفعت احتمالی آینده خریداری کند (مانند خرید لجن فاضلاب توسط شرکت تولید کود)، به طور ضمنی ریسک عدم تحقق آن منفعت و اشتباه بودن تصور خود را پذیرفته است. در بادی امر، این وضعیت غرری به نظر می‌رسد زیرا ممکن است خریدار تمام بهای پرداختی را در برابر هیچ از دست بدهد و سرنوشت معامله نیز با عدم قطعیت همراه است.

برای رفع شبهه غرر، باید میان غرر و ریسک تجاری تفکیک کرد. غرر ممنوع، ناشی از ابهام در ارکان عقد است که عقلاً از آن اجتناب می‌کنند، اما در مثال خرید لجن

۱. حسین صفایی، پیشین، ص ۱۲۷؛ حسن امامی، حقوق مدنی، جلد ۱، چاپ ۲۷ (تهران: انتشارات اسلامی، ۱۳۸۶) ص ۲۱۶.

۲. حسین صفایی، پیشین، ص ۱۲۸ و ۱۲۹، حسن امامی، پیشین، ص ۲۱۷؛ ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۲، چاپ ۳ (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۲) ص ۱۷۷؛ مهدی شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، جلد ۲، چاپ ۱ (تهران: نشر حقوقدان، ۱۳۷۷) صص ۳۰۴، ۳۳۷ و ۳۳۸؛ ناصر کاتوزیان، عقود معین، جلد ۱، پیشین، ص ۱۰۸.

۳. حسین صفایی، پیشین، ص ۱۲۹.

فاضلاب، مبیع کاملاً مشخص و موجود است و عدم قطعیت صرفاً به نتیجه فعالیت آینده خریدار مربوط می‌شود که ذات هر سرمایه‌گذاری و فعالیت نوآورانه است و در فقه و حقوق مالی اسلامی به آن «مخاطره» می‌گویند. در این گونه معاملات، طرفین آگاهانه و عامدانه از خطر و ریسک استقبال می‌کنند تا به یک سود احتمالی دست یابند.^۱ استقبال طرف‌های قرارداد از ریسک موجود در عقود مخاطره به دلیل نیازهای عمومی و ضروری جامعه به وجود این عقود و آثار آنها در نظام معاملاتی است.^۲ در حقوق اسلامی هدف از منع غرر، حذف تمام عدم قطعیت‌ها از معاملات نیست، زیرا ریسک، نه تنها جزء جدایی‌ناپذیر تجارت و هر فعالیت اقتصادی است بلکه هدف، ممنوع کردن نوع خاصی از ریسک است که شبیه به «قمار» عمل می‌کند و وسیله کسب سود یک طرف به زیان طرف مقابل می‌باشد.^۳

برای تفکیک غرر از ریسک تجاری، می‌توان از معیار «نظریه بازی‌ها» بهره برد. بر این اساس، غرر ممنوع مشابه «بازی با حاصل جمع صفر»^۴ (مانند قمار) است که در آن، سود یک طرف الزاماً با زیان طرف دیگر حاصل می‌شود و ارزش افزوده‌ای ایجاد نمی‌شود. در مقابل، ریسک مشروع تجاری در قالب «بازی با حاصل جمع مثبت»^۵ رخ می‌دهد که امکان برد دو طرف و خلق ارزش جدید (تبدیل زباله به محصول) وجود دارد.^۶ در مثال مذکور، ساختار معامله امکان نتیجه برد-برد را دارد (شهرداری مال زائد را می‌فروشد و شرکت ارزش تولید می‌کند). حتی اگر پروژه خریدار شکست بخورد، این به معنای قمار یا معامله غرری نیست؛ زیرا ساختار بازی به گونه‌ای است که ایجاد منفعت برای طرفین ممکن است و بهترین نتیجه در صورت موفقیت طرفین محقق می‌گردد. علاوه بر این، این معامله بر خلاف معاملات قمارگونه، یک بازی مهارت است، نه بازی شانس. اگرچه هر دو شامل

۱. محمد جعفر جعفری لنگرودی، *وسیط در ترمینولوژی حقوق* (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۸) ص ۵۰۴.

۲. محمد جعفر جعفری لنگرودی، *اندیشه و ارتقاء* (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۷) صص ۴۰۶ و ۴۰۸.

3. Sami Al-Suwailem, "Towards an Objective Measure of Gharar in Exchange", *Journal of Islamic Business and Management*, Vol. 2, No. 1, (2012), p. 5

4. Zero-Sum Game.

5. Positive-Sum Game.

6. Sami Al-Suwailem, op. cit., pp. 2-6.

عدم قطعیت هستند، اما در اینجا خریدار با به کارگیری مهارت، دانش و فناوری، احتمال موفقیت را افزایش داده و به دنبال ایجاد ارزش است.^۱ نهایت اینکه عدم تحقق منفعت نهایی مورد انتظار خریدار (تولید کود)، به معنای فقدان مالیت مبیع نیست؛ زیرا مورد معامله موضوع یک فعالیت تحقیق و توسعه بوده و همین کارکرد، به معنای دارا بودن منفعت عقلایی است.

۲-۳. اشتباه نسبت به مقدورالتسلیم بودن موضوع معامله

قابلیت تسلیم یکی از شروط اساسی صحت معامله است و در حالت عادی، طرفین بر مبنای این فرض که موضوع معامله مقدورالتسلیم است، وارد قرارداد می‌شوند. حال اگر خریداری با آگاهی از وجود مانع در تسلیم و به اتکای توانایی خود برای رفع آن، وارد معامله شود (مانند خرید کشتی غرق شده توسط شرکت متخصص نجات دریایی)، آیا در صورت شکست عملیات، می‌تواند مدعی اشتباه و بطلان معامله شود؟ بر اساس قاعده پذیرش ریسک، در اینجا خریدار ریسک عدم تسلیم را پذیرفته است زیرا اقدام خریدار متعارف به معامله با وجود مانع آشکار، قرینه‌ای بر پذیرش ضمنی ریسک است و شکست بعدی در تسلیم، مصداق تحقق ریسک محسوب می‌شود.

وجود ریسک در قابلیت تسلیم و پذیرش آن، لزوماً به معنای تحقق غرر نیست. معیار تفکیک «غرر مبطل» از «مخاطره مشروع»، داوری عرف و میزان احتمال موفقیت است. در مواردی که دستیابی به مال، خارج از کنترل و وابسته به «شانس محض» باشد (مانند فروش ماهی در دریا و دیگر مثال‌های سنتی غرر)، معامله به دلیل غلبه عنصر تصادف بر مهارت، غرری و باطل است. اما در مواردی که به حکم عادت دسترسی به مبیع امکان دارد و درجه احتمال اجرای عقد به اندازه‌ای است که از مرحله تردید می‌گذرد مانند فروش پرنده بومی که در حال پرواز است یا میوه‌ای که بر درخت است، بیع درست است.^۲ (مانند نظر شیخ انصاری که معامله عبد فراری را که امید به دستیابی به آن باشد، غرری نمی‌داند).^۳ در این

1. Ibid. p. 39.

۲. ناصر کاتوزیان، عقود معین، جلد ۱، پیشین، ص ۱۴۳.

۳. مرتضی بن محمد امین انصاری (شیخ انصاری)، کتاب المکاسب، ج ۴، پیشین، ص ۱۸۲.

مثال، خریدار متخصص با تکیه بر مهارت خود، عدم قطعیت را مدیریت کرده، احتمال موفقیت را به سطحی معقول می‌رساند و معامله را از بازی شانس به بازی مهارت و یک سرمایه‌گذاری ریسکی معقول از نظر عرف تبدیل می‌کند.^۱

این توافق با قاعده آمره ماده ۳۴۸ تعارض ندارد. حکم بطلان در این ماده مبتنی بر قاعده نفی غرر و ناظر به فرضی است که تسلیم مال برای هیچ‌یک از طرفین مقدور نباشد و معامله بر پایه جهل یا شانس محض بنا شده باشد (غرر مهلك). در وضعیتی که بایع ناتوان از تسلیم است، اما خریدار متخصص با آگاهی کامل و تکیه بر مهارت خود، «قدرت بالقوه بر تسلیم» دارد و ریسک عدم موفقیت را در ازای امتیازاتی (مانند قیمت کمتر) می‌پذیرد، معامله به دلیل محوریت ریسک و آگاهی کامل به آن، استقبال عامدانه از ریسک و نیاز اجتماعی به چنین عقود، فاقد ماهیت غرری و در قلمرو عقود مبتنی بر مخاطره معقول تجاری قرار می‌گیرد که عرف تجاری آن را کاملاً معتبر و منطقی می‌داند.^۲

۳-۲-۳. اشتباه نسبت به وصف جوهری و اساسی

در مورد اوصاف اساسی مورد معامله، اگر تراضی طرفین نه بر مبنای وجود قطعی وصف اساسی (مثلاً اصالت یک عتیقه)، بلکه با آگاهی کامل از عدم قطعیت آن و با شرط عدم تضمین یا تبری از فقدان وصف واقع گردد، کشف فقدان وصف، موجب بطلان یا عدم نفوذ به استناد اشتباه در وصف جوهری نیست، زیرا در اینجا اساساً اشتباه رخ نداده و وجود وصف معهود از آغاز نیز جنبه احتمالی داشته است. وقتی خریدار با آگاهی از تردید در وجود وصف و با پذیرش ریسک آن وارد معامله می‌شود، اراده او مبتنی بر «وجود قطعی وصف» نیست، بلکه بر «احتمال وجود» آن استوار شده است. بنابراین اگر وصف موجود نباشد، آنچه واقع شده با آنچه مقصود بوده (خرید کالا با اوصاف احتمالی) مبادی نیستی ندارد.^۳

1. Sami Al-Suwailem, op. cit., p.39.

۲. محمد جعفر جعفری لنگرودی، الفارق: دایره المعارف عمومی حقوق، جلد ۴ (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۶) ص ۱۱۰؛ فلسفه اعلی در علم حقوق (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۲)، صص ۲۰۱ و ۲۰۶؛ وسیط در ترمینولوژی حقوق، پیشین، ص ۵۰۴؛ اندیشه و ارتقاء، پیشین، ص ۴۰۸.

۳. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۱، چاپ ۸ (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸) صص ۴۴۱ و ۴۴۲.

حال این شبهه مطرح می‌شود که معامله بر وصف جوهری غیرقطعی، به دلیل مبهم بودن سرنوشت معامله و وابستگی به شانس، غرری و باطل است. در پاسخ باید گفت غرر ممنوع، ناشی از جهل مدیریت نشده‌ای است که به نزاع بینجامد؛ اما در اینجا فروشنده با افشای عدم قطعیت، ابهام را به یک ریسک شفاف و قیمت گذاری شده تبدیل کرده است. در این حالت، قیمت نه بر اساس وجود قطعی وصف، بلکه بر اساس ارزش احتمال وجود آن تعیین شده؛ لذا خریدار فریب نخورده، بلکه آگاهانه ریسک را پذیرفته است. همچنین چنین معامله‌ای بازی شانس نیست، بلکه بازی مهارت است. خریدار عتیقه به عنوان یک کارشناس یا سرمایه‌گذار، با تکیه بر دانش خود و پرداخت قیمتی کمتر (که مابه‌ازای ریسک است)، وارد معامله شده است. بنابراین، موفقیت او بیش از آنکه تصادفی باشد، محصول درستی قضاوت تخصصی اوست و عرف تجاری این نوع ریسک‌پذیری را کاملاً عقلایی می‌داند.

با این حال اگر فروشنده با علم به تقلبی بودن و برای فریب، شرط عدم مسئولیت را درج کند، در این صورت علی‌رغم صحت قرارداد به دلیل پذیرش ریسک، حق فسخ به استناد تدلیس برای خریدار محفوظ خواهد بود.^۱

در مقابل چنانچه وصف اساسی صراحتاً در قرارداد قید شده و به‌عنوان یکی از شرایط مورد معامله به صورت قطعی مبنای تراضی قرار گیرد، دیگر مجالی برای استناد به «پذیرش ریسک» باقی نمی‌ماند. به عنوان مثال حتی اگر خریدار به واسطه تصرفات قبلی یا عرف، نوعاً می‌بایست از وضعیت ملک آگاه بوده باشد، تصریح به وصف در قرارداد، آن را به یک تعهد قطعی تبدیل می‌کند. یک نمونه واقعی در رویه قضایی دادنامه شماره 9409970011100937 مورخه ۱۳۹۴/۰۸/۲۴ صادره از شعبه ۱۰۴ دادگاه عمومی حقوقی تهران است. در این پرونده، خواهان از طریق مزایده، املاکی را از خواننده خریداری می‌کند. در آگهی مزایده، کاربری املاک صراحتاً «تجهیزات شهری با موقعیت مسکونی، تجاری و اداری» قید شده بود، اما پس از معامله مشخص می‌گردد که کاربری واقعی ملک، «فضای سبز عمومی و پارک شهری» است. خواهان دعوایی به خواسته صدور

۱. همان، صص ۴۴۲ و ۴۴۳.

حکم مبنی بر اعلام بطلان و بی اعتباری مزایده را مطرح می کند. خواننده در مقام دفاع، به نوعی به پذیرش ریسک استناد کرده و اظهار می دارد که خواهان پیش تر مستأجر و متصرف ملک بوده و از کم و کیف آن آگاهی کامل داشته است. با این وجود، دادگاه این دفاع را نمی پذیرد و استدلال می کند که چون در آگهی مزایده، کاربری ملک به صورت مشخص معرفی شده و این ویژگی، ماهیت عرفی و حقوقی مورد معامله را تشکیل می دهد، لذا اشتباه در آن موجب بطلان مزایده است. این رای نشان می دهد که هنگامی که وصف اساسی مورد معامله به صراحت در قرارداد قید و قطعیت آن مبنای تراضی است، دیگر نمی توان بر مبنای آگاهی نوعی خریدار به فقدان وصف، دعوای اشتباه را به استناد پذیرش ریسک مردود دانست.

۴-۲-۳. اشتباه نسبت به ارزش موضوع معامله

اشتباه راجع به ارزش، یکی از اشکال اشتباه راجع به موضوع معامله است که در ذیل اختیارات و به عنوان خيار غبن مطرح گردیده است.

پذیرش ریسک اشتباه در ارزش که عمدتاً در قالب «اسقاط خيار غبن» نمود می یابد، در فقه و حقوق محل بحث است. شیخ انصاری نقل می کند که برخی بزرگان نظیر شهید اول، شرط سقوط خيار غبن را به دلیل ایجاد جهل به قیمت، موجب غرری شدن و بطلان بیع دانسته اند؛ اما خود ایشان با رد این نظر، قول اقوی را صحت شرط می داند، چرا که در غیر این صورت، بطلان به اکثر معاملات عرفی که طرفین به قیمت واقعی کالا نزد اهل خبره بی اطلاع اند، سرایت می کند در حالی که در عمل اینگونه نیست.^۱ در حقوق کنونی نیز اگرچه برخی اسقاط این خيار را مغایر با مقتضای ذات عقد می دانند،^۲ اما دیدگاه غالب

۱. مرتضی بن محمد امین انصاری (شیخ انصاری)، کتاب المکاسب، جلد ۲، چاپ اول (قم: مطبعة الخيام، ۱۴۱۱ ق) ص ۳۸۶.

۲. محمد جعفر جعفری لنگرودی، اساس در قوانین مدنی: المدونه، چاپ اول (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۷) ص ۹۵.

با تکیه بر ماده ۴۴۸ قانون مدنی، بر امکان پذیرش ریسک نوسان قیمت تأکید دارد.^۱ این پذیرش ریسک به دو صورت محقق می‌شود:

پذیرش صریح (اسقاط خیار): چالش اصلی در اینجا، شمول اسقاط بر مراتب بالای غبن (افحش) است. برخی فقها^۲ و حقوقدانان^۳ با تفسیر اراده متعارف، اسقاط مطلق خیار را منصرف از غبن افحش دانسته‌اند؛ زیرا اراده طرفین بر تحمل ضرر غیرمتعارف قرار نگرفته است. این دیدگاه سرانجام در رأی وحدت رویه شماره ۸۲۱ مورخ ۱۴۰۱/۰۲/۲۰ تثبیت شد. دیوان عالی کشور مقرر داشت که شرط اسقاط غبن فاحش، منصرف از غبن افحش است. بنابراین در حال حاضر، چه اسقاط به صورت خاص باشد و چه در قالب شرط اسقاط کافه خیارات، شامل مراتب اعلای غبن نمی‌شود، مگر آنکه خلاف آن تصریح شده باشد. پذیرش ضمنی (اقدام آگاهانه در وضعیت جهل بسیط): خیار غبن برای حمایت از «جاهل مرکب» (کسی که تصور برابری ارزش دارد) وضع شده است. اما اگر شخص در وضعیت «جهل بسیط» باشد (یعنی بداند که قیمت واقعی را نمی‌داند)، به تعبیر فقها «اقدام به ضرر» کرده و در حکم عالم است. دکتر لنگرودی معتقد است شخصی که با علم به جهل خود نسبت به قیمت، دل به دریا می‌زند و وارد معامله می‌شود، اقدام به ضرر کرده و دیگران مسئول نمی‌باشند.^۴ فقهای مشهور^۵ نیز بر این باورند که در حالت شک یا ظن به عدم تعادل، خیار غبن ثابت نیست؛ زیرا شخص با اقدام در وضعیت تردید، بنا را بر مسامحه و تحمل ضرر گذاشته و در حکم عالم است. بنابراین اگر اوضاع و احوال نشان دهد که

۱. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۵، چاپ ۸ (تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳) ص ۲۱۶؛ حسین صفایی، پیشین، ص ۲۸۲؛ حسن امامی، پیشین، ص ۴۸۳.

۲. ابوالقاسم موسوی خویی، مصباح الفقاهه فی المعاملات، جلد ۶ (بیروت، دارالهادی، ۱۴۱۲ ق) ص ۳۴۰.

۳. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۵، پیشین، ص ۲۱۶؛ حسن امامی، پیشین، ص ۴۸۴.

۴. محمد جعفر جعفری لنگرودی، الفارق: دایره المعارف عمومی حقوق مدنی، ج ۲، چاپ اول (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۶) ص ۴۱۹؛ محمد جعفر جعفری لنگرودی، اساس در قوانین مدنی: المدونه، پیشین، صص ۳۷۵ و ۳۷۶.

۵. عبدالله مامقانی (محقق ثانی)، مناهج المتقین فی فقه ائمه الحق و الیقین (نجف: موسسه آل بیت لاحیاء التراث، ۱۳۴۴) ص ۲۲۵؛ مرتضی بن محمد امین انصاری (شیخ انصاری)، کتاب المکاسب، ج ۲، پیشین صص ۳۷۵ و ۳۷۶.

طرف معامله با علم به عدم قطعیت ارزش، ریسک را پذیرفته است، حق استناد به غبن را نخواهد داشت.

۵-۲-۳. اشتباه نسبت به وصف سلامت

خیار عیب، حمایتی قانونی برای جبران اشتباه در وصف سلامت کالا است. از آنجا که احکام خیار عیب آمره نیست، امکان تخصیص ریسک عیب به خریدار وجود دارد. در این صورت، خریدار ریسک معیوب بودن کالا را پذیرفته است، در صورت کشف عیب، دیگر حق استناد به اشتباه و فسخ معامله را نخواهد داشت. این پذیرش به دو صورت محقق می‌شود: صریح و ضمنی. پذیرش صریح در سه قالب نمود می‌یابد: ۱- شرط برائت از عیوب: چنانچه فروشنده با عباراتی نظیر «فروش با تمام عیوب» یا «سلب مسئولیت» از ضمان عیب تبری جوید، خریدار در حکم عالم به عیب تلقی شده و حق فسخ یا مطالبه ارزش نخواهد داشت.^۱ در این وضعیت، خریدار رضایت کامل خود را حتی در صورت معیوب بودن ابراز می‌دارد؛ لذا اراده وی سالم تلقی شده و مقتضی حق فسخ یا ارزش از اساس منتفی می‌گردد.^۲ مبنای فقهی این حکم به عقیده شیخ انصاری آن است که ثبوت خیار عیب مبتنی بر «مقتضای اطلاق عقد» (سلامت مبیع) است و تصریح بایع به عدم مسئولیت، این اطلاق را زایل کرده و زمینه پیدایش خیار را منتفی می‌سازد.^۳ از منظر تحلیلی نیز مبنای سقوط حق خیار، قاعده اقدام است؛ زیرا خریدار با آگاهی از سلب مسئولیت و پذیرش کالا با تمام عیوب، ریسک ضرر را پذیرفته و در حکم عالم به عیب است.^۴ اسقاط خاص خیار عیب: این شرط نیز به معنای پذیرش ریسک است و اگرچه برخی آن را تنها مسقط حق

۱. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۵، پیشین، ص ۲۵۱؛ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، جلد ۲۳ (تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۰ق) ص ۲۳۸.

۲. سعید محسنی، اشتباه در شخص طرف قرارداد (با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و فرانسه)، چاپ اول (تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق، ۱۳۹۰) ص ۱۱۹.

۳. مرتضی بن محمد امین انصاری (شیخ انصاری)، المکاسب، ج ۲، پیشین، ص ۴۶۲.

۴. یوسف بن احمد بحرانی (محقق بحرانی)، الحقائق الناضره، ج ۱۹ (قم: موسسه نشر اسلامی، بی تا) ص ۶۱؛ محمد حسن نجفی (صاحب جواهر)، پیشین، ص ۲۳۸.

فسخ می‌دانند،^۱ اما به نظر می‌رسد اراده طرفین بر سلب کامل مسئولیت (شامل فسخ و ارش) استوار است.^۲ ۳- اسقاط کافه خیارات: این شرط نیز شامل خیار عیب شده و به معنای خروج وصف سلامت از ارکان تراضی است.

پذیرش ضمنی ریسک نیز به دو شکل نمود می‌یابد: ۱- علم خریدار: اگر خریدار با علم به عیب معامله کند، به ضرر خود اقدام کرده و حق خیار نخواهد داشت.^۳ علم به عیب به معنای رضایت به آن است و بنای تراضی را که مبتنی بر سلامت کالا بود، از بین می‌برد.^۴ ۲- عرف کالای دست‌دوم: در خرید کالای مستعمل، عرف برخی عیوب ناشی از استهلاک را طبیعی و قابل اغماض می‌داند.^۵ در این حالت، عرف، معامله را مبتنی بر شرط ضمنی برائت از عیوب تلقی می‌کند و تنها عیوب نامتعارف و خارج از حد انتظار برای یک کالای دست‌دوم، می‌تواند موجب خیار شود.^۶

بنابراین پذیرش ریسک اشتباه نسبت به وصف سلامت معتبر است مگر آنکه فروشنده با علم به عیب و پنهان‌کاری (تدلیس)، از این شروط سوءاستفاده کند که در این صورت خیار تدلیس باقی است.

۶-۲-۳. اشتباه نسبت به مقدار

پذیرش ریسک اشتباه نسبت به مقدار، عمدتاً در قالب اسقاط حقوق ناشی از آن نمود می‌یابد و اعتبار آن بسته به نوع اشتباه متفاوت است. در حالتی که مقدار وصف اساسی برای یک کل یکپارچه است (ماده ۳۵۵ ق.م)، پذیرش ریسک با سلب حق فسخ ناشی از

۱. حسن امامی، پیشین، صص ۴۹۵ و ۴۹۶.

۲. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۵، پیشین، ص ۲۵۲؛ مرتضی بن محمد امین انصاری (شیخ انصاری)، المکاسب، ج ۲، پیشین، ص ۳۲۴.

۳. حسین صفایی، پیشین، ص ۲۸۵.

۴. زین الدین بن علی بن احمد عاملی (شهید ثانی)، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، جلد ۳ (قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه، ۱۴۱۳ ق) ص ۲۸۲؛ محمد باقر بن محمد مومن سبزواری (محقق سبزواری)، کفایه الاحکام، جلد ۱ (اصفهان: مدرسه صدر مهدوی، بی تا) ص ۴۷۴.

۵. سید حسین صفایی، پیشین، ص ۲۸۴.

۶. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۵، پیشین، صص ۲۴۸ و ۲۴۹.

عدم انطباق مقدار (اسقاط خیار تخلف از وصف) صورت می‌گیرد. برخی این شرط را غرری دانسته‌اند با این استدلال که با اسقاط خیار، ضمانت اجرای توصیف از بین رفته و معامله به دلیل جهل و زوال اطمینان به وجود اوصاف، غرری و باطل می‌شود.^۱ در مقابل، دیدگاه غالب این است که شرط اسقاط، اطمینان عرفی حاصل از توصیف را زایل نمی‌کند و خیار تنها ابزار جبران ضرر است، نه رافع غرر. علم به اوصاف با توصیف حاصل شده و اسقاط خیار، علم حاصل شده را زایل نمی‌کند.^۲ در خصوص شمول شرط اسقاط کافه اختیارات بر خیار تخلف از وصف (از جمله مقدار)، برخی از حقوقدانان^۳ و رویه قضایی، قائل به انصراف هستند. استدلال نخست مبتنی بر تفسیر اراده است؛ زیرا معقول نیست طرفین وصفی را به طور خاص شرط کنند و همزمان ضمانت اجرای آن را با یک شرط کلی ساقط نمایند؛ چنانکه دیوان عالی کشور نیز (رأی شماره ۱۵۹۱ مورخ ۱۳۱۹/۰۵/۲۸) اسقاط مطلق را مانع استناد به اوصاف مصرح ندانسته است. استدلال دوم بر قاعده «تقدم خاص بر عام» استوار است؛ تعهد به وجود وصف معین (شرط خاص)، به منزله تخصیص

۱. محمد جعفر جعفری لنگرودی، *فلسفه حقوق مدنی*، جلد ۱، عناصر عمومی عقود (تهران: گنج دانش، ۱۳۸۰) ص ۲۰۷؛ محمد بن محمد مکی (شهید اول)، *الدروس الشرعیة فی فقه الامیه*، ج ۳، چاپ دوم (قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۷ ق) ص ۲۷۶؛ حسن بن یوسف بن مطهر حلّی (علامه حلّی)، *تذکره الفقهاء*، ج ۱۰ (قم: مؤسسه آل بیت الاحیاء التراث، ۱۴۱۴ ق) ص ۵۹؛ زین الدین بن علی بن احمد عاملی (شهید ثانی)، *پیشین*، ص ۲۲۱؛ شیخ نورالدین علی بن الحسین الکرکی (محقق ثانی)، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، ج ۴، ۲ (قم: موسسه آل بیت، ۱۴۱۴ ق) ص ۳۰۳؛ یوسف بن احمد بحرانی (محقق بحرانی)، *پیشین*، ص ۵۹.

۲. شیخ محمدحسن نجفی (صاحب جواهر)، *پیشین*، ص ۹۶؛ سید محمد جواد حسینی عاملی، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، ج ۱۳ (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، ۱۴۱۹ ق) ص ۲۲۳؛ میرفتاح شهیدی تبریزی، *هدایه الطالب الی اسرار المکاسب*، ج ۳ (قم: دارالکتاب، بی تا)، ص ۴۹۷؛ سید محمدکاظم طباطبائی یزدی، *حاشیه المکاسب*، ج چهارم، ۲ (قم: نشر اسماعیلیان، ۱۳۷۰) صص ۶۰-۶۲؛ محمدحسین اصفهانی (شیخ کمپانی)، *حاشیه کتاب المکاسب*، ج ۴، تحقیق عباس محمد آل سباع (قم: دارالمصطفی لاحیاء التراث، ۱۴۱۹ ق) صص ۴۱۳-۴۱۲؛ میرزا علی نجفی ایروانی، *حاشیه المکاسب*، ج ۲ (تهران: کیا، ۱۳۸۴) ص ۴۹؛ آقا ضیاءالدین عراقی، *شرح تبصره المتکلمین*، تحقیق: محمد حسون، ج ۵ (قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۴ ق) ص ۱۷۲؛ ناصر کاتوزیان، *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۵، *پیشین*، صص ۱۷۲ و ۱۷۳.

۳. حسین صفایی، *پیشین*، ص ۳۰۷؛ محمد جعفر جعفری لنگرودی، *المدونه*، *پیشین*، ص ۱۴۵.

شرط کلی اسقاط خيارات است.^۱ بنابراین با این شرط عام، ریسک اشتباه در اوصاف و مقدار پذیرفته نشده است.

در حالتی که مقدار نماینده میزان تعهد است (ماده ۳۸۴ ق.م)، با «اسقاط هرگونه ادعا نسبت به زیاده یا نقیصه»، خيار تبعض صفقه یا حق تملک زیاده توسط بایع که جنبه خصوصی دارد ساقط می شود و اشتباه به دلیل پذیرش ریسک قابل استناد نیست. در فرض سوم که مقدار مبنای محاسبه ثمن در یک کل یکپارچه است (ماده ۱۴۹ قانون ثبت)، پذیرش ریسک به معنای اسقاط حق تعدیل ثمن است؛ امری که قانون گذار با عبارت «... بین مالک و خریدار نسبت به اضافه مذکور قراردادی نشده باشد...»، صریحاً آن را تأیید کرده است.

نتیجه گیری

۱- با پذیرش ریسک، اشتباه موضوعیت خود را از دست می دهد؛ زیرا اراده از ابتدا بر یک امر با تمام احتمالات آن مستقر شده و مفاد تراضی به این معناست که: «حتی اگر بدانم واقعیت با تصور من منطبق نیست، باز هم قرارداد منعقد می کنم». در نتیجه، هیچ عدم انطباقی میان قصد و واقعیت رخ نمی دهد؛ زیرا آنچه واقع شده، دقیقاً همان احتمالی است که در قلمرو اراده گنجانده شده است.

۲- نظام حقوقی ایران با مفهوم پذیرش ریسک در اشتباهات قراردادی بیگانه نیست؛ بلکه این مفهوم در قالب نهادهای بومی نظیر اسقاط خيارات و قاعده اقدام حضوری فعال دارد. اما بهره گیری از این مفهوم به عنوان یک قاعده عمومی و در تمام مصادیق اشتباه راجع به موضوع قرارداد، مستلزم رفع تعارض ظاهری آن با قاعده نفی غرر است.

۳- پذیرش گسترده عقود احتمالی و ریسکی در فقه و قانون نشان می دهد که غرر مفهومی عرفی و متأثر از ضرورت های اقتصادی است. هر خطر و جهلی غرر نیست و غرر ممنوع، خطری است که عرف آن را غیرقابل مسامحه و قمارگونه بداند.

۱. مهرزاد شیرازی، احمد باقری و محمدعلی خورسندیان، «تعارض در قرارداد و کارایی قواعد اصولی در تفسیر آن»، مطالعات فقه و حقوق اسلام، سال هفتم، شماره ۱۲، (۱۳۹۴)، صص ۱۶۲-۱۶۶.

۴- اگر ورود به معامله با جهل، نه از سر قمار و شانس محض، بلکه مبتنی بر مهارت، تخصص، محاسبات تجاری و خلق ارزش باشد و عدم قطعیت، جزئی از ذات اقتصادی معامله باشد، ماهیت عمل از قمار (بازی با حاصل جمع صفر) به سرمایه‌گذاری ریسکی معقول (بازی با حاصل جمع مثبت) تغییر می‌یابد. این اقدام غرری نیست؛ بلکه نوعی سرمایه‌گذاری مبتنی بر احتمالات است که نظام حقوقی باید به آن احترام بگذارد.

۵- با توجه به موارد پیش گفته و در راستای تامین ثبات و امنیت روابط معاملاتی، پیشنهاد می‌شود بر مبنای تفکیک غرر مبطل (خطر قمارگونه) و مخاطره مشروع (ریسک تجاری متعارف)، در مصادیقی نظیر اشتباه در مالیت یا قابلیت تسلیم که اعمال قاعده پذیرش ریسک در آنها با شبهه غرر مواجه است، چنانچه محرز شود که طرفین بر مبنای مهارت و تخصص، عدم قطعیت را پذیرفته‌اند، موضوع از شمول غرر و اشتباه خارج و از بی‌اعتباری قرارداد به استناد اشتباه اجتناب گردد.

۶- در یک نتیجه‌گیری کلی می‌توان گفت که در چهارچوب مقررات فعلی ایران و با اتکا به قاعده اقدام، اسقاط خيارات و از همه مهم‌تر، تفسیر دقیق مفهوم غرر و تفکیک غرر مبطل از مخاطره معقول، می‌توان قاعده پذیرش ریسک اشتباه را اعمال و توجیه نمود. با این حال، شایسته این بود که در مقررات قانونی ایران نیز همچون نظام‌های حقوقی پیشرو، عدم پذیرش ریسک به عنوان یکی از شروط استناد به اشتباه مورد تصریح قرار می‌گرفت.

تعارض منافع

تعارض منافع وجود ندارد.

ORCID

Iraj Babaei



<https://orcid.org/0000-0003-3514-3012>

Somayeh Abbasi



<https://orcid.org/0009-0009-1782-0412>

منابع

فارسی

کتاب‌ها

- امامی، حسن، حقوق مدنی، جلد ۱، چاپ ۲۷ (تهران: اسلامیه، ۱۳۸۶).
- انصاری، مهدی، تحلیل اقتصادی حقوق قراردادها، چاپ اول (تهران: جاودانه، ۱۳۹۰).
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، اساس در قوانین مدنی: المدونه، چاپ اول (تهران: گنج دانش، ۱۳۸۷).
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، الفارق: دایره المعارف عمومی حقوق مدنی، ج ۲، چاپ اول (تهران: گنج دانش، ۱۳۸۶).
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، الفارق: دایره المعارف عمومی حقوق، جلد ۴ (تهران: گنج دانش، ۱۳۸۶).
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، اندیشه و ارتقاء (تهران: گنج دانش، ۱۳۸۷).
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، فلسفه اعلی در علم حقوق (تهران: گنج دانش، ۱۳۸۲).
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، فلسفه حقوق مدنی، عناصر عمومی عقود، جلد ۱ (تهران: گنج دانش، ۱۳۸۰).
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، وسیط در ترمینولوژی حقوق (تهران: گنج دانش، ۱۳۸۸).
- شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، جلد ۲، چاپ ۱ (تهران: حقوقدان، ۱۳۷۷).
- صفایی، حسین، قواعد عمومی قراردادها، چاپ پنجم (تهران: میزان، ۱۳۸۶).
- کاتوزیان، ناصر، عقود معین، جلد ۱، چاپ دوازدهم (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۲).
- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۱، چاپ ۸ (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸).
- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۵، چاپ ۸ (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳).
- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۲، چاپ ۳ (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۲).

- محسنی، سعید، *اشتباه در شخص طرف قرارداد (با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و فرانسه)*، چاپ اول (تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق، ۱۳۹۰).

مقاله‌ها

- سرمدی، عباس و حقیقت، صبا، «تحلیل حقوقی ریسک در نظام قراردادهای با رویکردی بر نظر امام خمینی»، پژوهشنامه متین، سال هفدهم، شماره ۶۷، (۱۳۹۴).
- شیرینی، مهرزاد؛ باقری، احمد و خورسندیان، «محمدعلی»، تعارض در قرارداد و کارایی قواعد اصولی در تفسیر آن، مطالعات فقه و حقوق اسلام، سال هفتم، شماره ۱۲، (۱۳۹۴).

عربی

کتاب‌ها

- اصفهانی (شیخ کمپانی)، محمدحسین، *حاشیه کتاب المکاسب*، ج ۴، تحقیق عباس محمد آل سیب (قم: دارالمصطفی لایه التراث، ۱۴۱۹ ق).
- الافریقی المصری (ابن منظور)، ابوالفضل جمال الدین محمد بن مکرم، *لسان العرب*، جلد ۵ (قم: ادب الحوزه، ۱۴۰۵ ق).
- انصاری (شیخ انصاری)، مرتضی بن محمد امین، *کتاب المکاسب*، ج ۴، چاپ هشتم (قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۸ ق).
- انصاری (شیخ انصاری)، مرتضی بن محمد امین، *کتاب المکاسب*، جلد ۲، چاپ اول (قم: مطبعه الخیام، ۱۴۱۱ ق).
- بحرانی (محقق بحرانی)، یوسف بن احمد، *الحدائق الناضره*، ج ۱۹ (قم: موسسه نشر اسلامی، بی تا).
- حسینی عاملی، سید محمد جواد، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، ج ۱۳ (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، ۱۴۱۹ ق).
- حلی (علامه حلی)، حسن بن یوسف بن مطهر، *تذکره الفقهاء*، ج ۱۰ (قم: مؤسسه آل بیت الاحیاء التراث، ۱۴۱۴ ق).
- زکریا، احمد بن فارس، *معجم مقاییس اللغه*، جلد چهارم (قم: مرکز النشر: مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۰۴ ق).

- سبزواری (محقق سبزواری)، محمد باقر بن محمد مومن، کفایه الاحکام، جلد ۱ (اصفهان: مدرسه صدر مهدوی، بی تا).
- الشرتونی البنانی، سعید خوری، اقرب الموارد فی فصح العربیه و الشوارد، جلد ۴ (قم: منشورات مکتبه آیه الله العظمی المرعشی النجفی، ۱۴۰۳ ق).
- شهیدی تبریزی، میرفتاح، هدایه الطالب الی اسرار المکاسب، ج ۳ (قم: دارالکتاب، بی تا).
- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم، حاشیه المکاسب، چ چهارم، ج ۲ (قم: اسماعیلیان، ۱۳۷۰).
- طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، المسوط فی الفقه الامامیه، جلد ۲، چاپ سوم (تهران: المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ ق).
- عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی بن احمد، مسالک الأفهام الی تنقیح شرائع الإسلام، جلد ۳ (قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه، ۱۴۱۳ ق).
- عراقی، آقا ضیاء الدین، شرح تبصره المتعلمین، تحقیق: محمد حسون، ج ۵ (قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۴ ق).
- کاشف الغطاء، محمد حسین، تحریر المجله، جلد اول (نجف: المکتبه المرتضویه، ۱۳۵۹ ق).
- الکرکی (محقق ثانی)، شیخ نورالدین علی بن الحسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۴، چ ۲ (قم: موسسه آل بیت، ۱۴۱۴ ق).
- مامقانی (محقق ثانی)، عبدالله، مناهج المتقین فی فقه ائمه الحق و الیقین (نجف: موسسه آل بیت لاحیاء التراث، ۱۳۴۴).
- مغربی الفیومی، احمد بن محمد بن علی، المصباح المنیر، چاپ سوم (بیروت: شرکه ابناء شریف الانصاری، ۱۴۲۸ ق).
- مکی (شهید اول)، محمد بن محمد، الدروس الشرعیه فی فقه الامیه، ج ۳، چاپ دوم (قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۷ ق).
- موسوی خوئی، ابوالقاسم، مصباح الفقاهه فی المعاملات، جلد ۶ (بیروت: دارالهادی، ۱۴۱۲ ق).
- نجفی ایروانی، میرزا علی، حاشیه المکاسب، ج ۲ (تهران: کیا، ۱۳۸۴).
- نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، جلد ۲۳ (تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۰ ق).
- نراقی، ملا محمد بن احمد، مشارق الاحکام، چاپ دوم (قم: کنگره نراقیین، ۱۴۲۲ ق).

References

English

Books

- Cartwright, John, *Misrepresentation, Mistake and Non-disclosure*, Fifth ed., (London: Sweet & Maxwell, 2019).

Coleman, Thomas S., “Quantitative Risk Management: A practical Guide to Financial Risk”, (New Jersey: John Wiley & Sons, 2012)- Cooter, Robert & Ulen, Thomas, *Law and Economics*, Sixth Edition (Harlow: Pearson, 2014).

- Farnsworth, E. Allan, *Alleviating Mistakes: Reversal and Forgiveness for Flawed Perceptions* (New York: Oxford University Press, 2004).

- Garner, Bryan a., *Black’s Law Dictionary*, Ninth Edition, (Minnesota: West, 2009)- Posner, Richard A., *Economic analysis of law*, Ninth Edition (New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2012).

- Rausand, Marvin, *Risk Assessment: Theory, Methods, and Applications* (New Jersey: John Wiley & Sons, 2013).

- Spedding, Linda S & Rose, Adam, *Business Risk Management Handbook: A Sustainable Approach*, 1st Edition (Oxford: Elsevier, 2008).

-Tony, Merna & Al-Thani, Faisal F., *Corporate Risk Management*, 2nd Edition (Chichester, England: John Wiley & Sons, 2008).

Articles

- Al-Suwailem, Sami, “Towards an Objective Measure of Gharar in Exchange”, *Journal of Islamic Business and Management*, Vol. 2, No. 1, (2012).

- Capper, David, "Common Mistake in Contract Law", Singapore Journal of Legal Studies, Vol. 51, (2009).
- Eisenberg Melvin A, "Mistake in Contract Law", Calif. L. Rev, Vol. 91, No. 6, (2003).
- Hansson, Sven Ove, "Philosophical Perspectives on Risk", Techné: Research in Philosophy and Technology, Vol. 8, No. 1, (2004).
- Hoffer, Stephanie R., "Misrepresentation: The Restatement's Second Mistake", University of Illinois Law Review, No. 1, (2014).
- Kim, Nancy S., "Mistakes, Changed Circumstances and Intent", U. Kansas Law Review, Vol. 56, No. 3, (2007).
- Krebs, John R., "Risk, Uncertainty and Regulation", Philosophical Transactions of the Royal Society, Mathematical, Physical and Engineering Sciences, Vol. 369, No. 1956, (2011).
- Kronman, Anthony T, "Mistake, Disclosure, Information, and the law of Contracts", The Journal of Legal Studies, Vol. 7, No. 1, (1978).
- Mc Turnan, Lee B., "An Approach to Common Mistake in English Law", Canadian Bar Review, Vol. 41, No. 1, (1963).
- Otto Stockmeyer, Norman, "The Law of Confusion: An Examination of Misunderstanding, Mistake, and Ignorance in Contract Law", Michigan Academician, Vol. 45, No. 2, (2018).
- Rabin, Edward H., "Proposed Black-Letter Rule Concerning Mistaken Assumptions in Bargain Transactions", Tex. L. Rev, Vol. 45, No. 7, (1966).

In Persian

Books

- Emami, Hasan, *Civil Law*, Vol. 1, 27th ed., (Tehran: Eslamiyeh, 2007). [In Persian]
- Ansari, Mehdi, *Economic Analysis of Contract Law*, 1st ed., (Tehran: Javdaneh, 2011). [In Persian]
- Jafari Langroudi, Mohammad Jafar, *Basis in Civil Laws: Al-Mudawwanah*, 1st ed., (Tehran: Ganj-e Danesh, 2008). [In Persian]
- Jafari Langroudi, Mohammad Jafar, *Al-Fariq: General Encyclopedia of Civil Law*, Vol. 2, 1st ed., (Tehran: Ganj-e Danesh, 2007). [In Persian]
- Jafari Langroudi, Mohammad Jafar, *Al-Fariq: General Encyclopedia of Law*, Vol. 4 (Tehran: Ganj-e Danesh, 2007). [In Persian]
- Jafari Langroudi, Mohammad Jafar, *Thought and Elevation* (Tehran: Ganj-e Danesh, 2008). [In Persian]
- Jafari Langroudi, Mohammad Jafar, *Supreme Philosophy in the Science of Law* (Tehran: Ganj-e Danesh, 2003). [In Persian]
- Jafari Langroudi, Mohammad Jafar, *Philosophy of Civil Law, General Elements of Contracts*, Vol. 1 (Tehran: Ganj-e Danesh, 2001). [In Persian]
- Jafari Langroudi, Mohammad Jafar, *Vasit in Law Terminology* (Tehran: Ganj-e Danesh, 2009). [In Persian]
- Shahidi, Mehdi, *Formation of Contracts and Obligations*, Vol. 2, 1st ed., (Tehran: Hoghoughdan, 1998). [In Persian]

- Safaei, Hossein, *General Rules of Contracts*, 5th ed., (Tehran: Mizan, 2007). [In Persian]
- Katouzian, Nasser, *Specific Contracts*, Vol. 1, 12th ed., (Tehran: Enteshar Corp, 2013). [In Persian]
- Katouzian, Nasser, *General Rules of Contracts*, Vol. 1, 8th ed., (Tehran: Enteshar Corp, 2009). [In Persian]
- Katouzian, Nasser, *General Rules of Contracts*, Vol. 5, 8th ed., (Tehran: Enteshar Corp, 2014). [In Persian]
- Katouzian, Nasser, *General Rules of Contracts*, Vol. 2, 3rd ed., (Tehran: Enteshar Corp, 2013). [In Persian]
- Mohseni, Saeed, *Mistake in the Identity of the Contracting Party (With a Comparative Study in Iranian and French Law)*, 1st ed., (Tehran: Imam Sadiq University Press, 2011). [In Persian]

Articles

- Sarmadi, Abbas & Haghighat, Saba, "Legal Analysis of Risk in the Contracts System with an Approach to Imam Khomeini's View", *Matin Research Journal*, 17th Year, No. 67, (2015). [In Persian]
- Shiri, Mehrzad; Bagheri, Ahmad & Khorsandian, Mohammad Ali, "Conflict in Contract and the Efficiency of Jurisprudential Rules in its Interpretation", *Studies in Islamic Jurisprudence and Law*, 7th Year, No. 12, (2015). [In Persian]

In Arabic

- Al-Ifriqi Al-Masri (Ibn Manzur) & Abu al-Fadl Jamal al-Din Muhammad ibn Mukarram, *Lisan Al-arab*, Vol. 5, (Qom: Adab al-Hawzah, 1984). [In Arabic]

- Al-Karaki (Mohaghegh Thani), Sheikh Nur al-Din Ali bin Al-Husayn, *Jami' al-Maqasid fi Sharh al-Qawa'id*, Vol. 4, 2nd ed., (Qom: Aal al-Bayt Institute, 1993). [In Arabic]
- Al-Shartouni Al-Lubnani, Saeed Khoury, *Aqrab al-Mawarid fi Fusah al-Arabiyyah wa al-Shawarid*, Vol. 4 (Qom: Publications of Grand Ayatollah Mar'ashi Najafi Library, 1982). [In Arabic]
- Ameli (Shahid Thani), Zayn al-Din bin Ali bin Ahmad, *Masalik Al-afham Ila Tanqih Shara'i' al-Islam*, Vol. 3 (Qom: Mu'assasat al-Ma'arif al-Islamiyyah, 1992). [In Arabic]
- Ansari (Sheikh Ansari), Morteza bin Mohammad Amin, *Kitab al-Makasib*, Vol. 4, 8th ed., (Qom: Majma' al-Fikr al-Islami, 2007). [In Arabic]
- Ansari (Sheikh Ansari), Morteza bin Mohammad Amin, *Kitab al-Makasib*, Vol. 2, 1st ed., (Qom: Matba'ah al-Khayyam, 1990). [In Arabic]
- Araghi, Aqa Ziya al-Din, *Sharh Tabsirat al-Muta'allimin*, Researched by Mohammad Hassoun, Vol. 5 (Qom: Islamic Publishing Institute, 1993). [In Arabic]
- Bahrani (Mohaghegh Bahrani), Yousef bin Ahmad, *Al-Hada'iq al-Nadira*, Vol. 19 (Qom: Islamic Publishing Institute, N.d.). [In Arabic]
- Esfahani (Sheikh Kompani), Mohammad Hossein, *Hashiyah Kitab al-Makasib*, Vol. 4, researched by Abbas Mohammad Al Siba', (Qom: Dar al-Mustafa li-Ihya al-Turath, 1998). [In Arabic]
- Hilli (Allamah Hilli), Hasan bin Yousef bin Motahhar, *Tadhkirat Al-fuqaha*, Vol. 10 (Qom: Aal al-Bayt Institute for the Revival of Heritage, 1993). [In Arabic]

- Hosseini Ameli, Seyed Mohammad Javad, *Miftah Al-karamah fi Sharh Qawa'id al-Allamah*, Vol. 13 (Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Society of Seminary Teachers, 1998). [In Arabic]
- Kashif al-Ghita, Muhammad Husayn, *Tahrir al-Majallah*, Vol. 1 (Najaf: Al-Maktabah Al-Murtadawiyah, 1939). [In Arabic]
- Maghrebi Al-Fayyumi, Ahmad bin Mohammad bin Ali, *Al-Misbah al-Munir*, 3rd ed., (Beirut: Sharikat Abna' Sharif Al-Ansari, 2007). [In Arabic]
- Makki (Shahid Awwal), Muhammad bin Muhammad, *Al-Durus al-Shar'iyah fi Fiqh al-Imamiyyah*, Vol. 3, 2nd ed., (Qom: Islamic Publishing Institute, 1996). [In Arabic]
- Mamaqani (Mohaghegh Thani), Abdullah, *Manahij al-Muttaqin fi Fiqh A'immat al-Haqq wa al-Yaqin* (Najaf: Aal al-Bayt Institute for the Revival of Heritage, 1965). [In Arabic]
- Mousavi Khoei, Abolqasem, *Misbah al-Fiqahah fi al-Mu'amalat*, Vol. 6 (Beirut: Dar al-Hadi, 1991). [In Arabic]
- Najafi Iravani, Mirza Ali, *Hashiyah al-Makasib*, Vol. 2 (Tehran: Kiya, 2005). [In Arabic]
- Najafi, Muhammad Hasan, *Jawahir al-Kalam fi Sharh Shara'i' al-Islam*, Vol. 23 (Tehran: Dar al-Kutub al-Islamiyyah, 1979). [In Arabic]
- Naraqji, Mulla Muhammad bin Ahmad, *Mashariq al-Ahkam*, 2nd ed., (Qom: Naraqiyin Congress, 2001). [In Arabic]
- Sabzevari (Mohaghegh Sabzevari), Mohammad Bagher bin Mohammad Momen, *Kifayat al-Ahkam*, Vol. 1 (Isfahan: Sadr Mahdavi School, N.d.). [In Arabic]

- Shahidi Tabrizi, Mir Fattah, *Hidayat al-Talib ila Asrar al-Makasib*, Vol. 3 (Qom: Dar al-Kitab, N.d.). [In Arabic]
- Tabatabaei Yazdi, Seyed Mohammad Kazem, *Hashiyah al-Makasib*, 4th ed., Vol. 2 (Qom: Ismaeilian, 1991). [In Arabic]
- Tusi, Abu Jafar Muhammad bin Hassan, *Al-Mabsut fi Fiqh al-Imamiyyah*, Vol. 2, 3rd ed., (Tehran: Al-Maktabah Al-Murtadawiyyah li-Ihya al-Athar al-Ja'fariyyah, 1967). [In Arabic]
- Zakariya, Ahmad bin Faris, *Mu'jam Maqayis al-Lughah*, Vol. 4 (Qom: Publication Center: Islamic Information Office, 1983). [In Arabic]

استناد به این مقاله: ابرج و عباسی، سمیه، «جایگاه پذیرش ریسک در نظام حقوقی حاکم بر اشتباه راجع به موضوع معامله»، پژوهش حقوق خصوصی، دوره ۱۵، شماره ۵۶، (۱۴۰۵)، ۴۳-۸۸

doi: 10.22054/jplr.2026.91176.2994



Private Law Research is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.