

قابلیت تحقق غبن و اعمال خیار غبن در عقود احتمالی*

ابراهیم ناصرشادباد^۱، پروین اکبرینه^۲، حسن پاشازاده^۳، رضا رنجبر الوار علیا^۴

چکیده

عقد احتمالی از جمله عقود است که با توجه به مقتضیات زمان و نیازها و ضروریات زندگی اجتماعی در مصادیق مختلف رواج پیدا کرده و مورد پذیرش عرف عقلا واقع شده است. عقد احتمالی عقدی است که بر حسب مورد میزان عوض یا عوضین و حتی حصول عوض یا عوضین در زمان انعقاد عقد نامعین و احتمالی است و تعیین شدن میزان و قطعی شدن حصول آن به امر یا امور دیگری محول شده است. ماهیت و شرایط خاصی که این عقد دارد موجب شده تا برخی از قواعد عمومی قراردادها از جمله «لزوم تعیین قطعی مورد معامله در زمان انعقاد عقد» در آن رعایت نشود از جمله مسائل قابل طرح در این عقد «قابلیت اعمال خیار غبن» می باشد. که در این زمینه اختلاف نظر وجود دارد. برخی قائل به وجود خیار غبن و برخی به عدم وجود خیار غبن قائلند ولی قول سوم که یافته تحقیق و نظر نگارنده است این است که باید قائل به تفکیک شد و باید تأمل نمود که در چه مواقعی غبن وجود داشته و خیار غبن قابل اعمال است و در چه مواقعی چنین امکانی فراهم نمی باشد.

کلیدواژه ها: عقد احتمالی، خیار، خیار غبن، مورد معامله.

* تاریخ دریافت ۱۳۹۶/۶/۳۱، تاریخ پذیرش نهایی ۱۳۹۷/۹/۱۱

۱- دانشجوی دکتری گروه حقوق خصوصی، واحد تبریز، دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران ebrahimnaser5@gmail.com

۲- استادیار گروه حقوق، واحد اهر، دانشگاه آزاد اسلامی، اهر، ایران (نویسنده مسئول) p.akbarineh@iau-ahar.ac.ir

۳- استادیار گروه حقوق، واحد تبریز، دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران.

۴- استادیار گروه فقه و حقوق اسلامی، واحد تبریز، دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران.

تحولات روز افزون در روابط حقوقی موجب پیدایش قراردادهای خاص با ماهیت و شرایط خاص شده است. از جمله این قراردادها، عقد احتمالی می باشد که بر مبنای مقتضیات زمان و نیازها و ضروریات اجتماعی رواج پیدا کرده و مورد پذیرش عرف عقلا واقع شده است. این عقد دارای مصادیق فراوان و کاربردی مانند عقد بیمه، قرارداد ساخت و ساز (استصناع) قرارداد با عوض شناور و ... می باشد. ماهیت و شرایط خاص این عقد و مصادیق آن موجب شده تا برخی از قواعد عمومی قراردادها مانند «لزوم تعیین قطعی مورد معامله در زمان عقد» در آن رعایت نشود. علیرغم اهمیت و ضرورت به کارگیری این عقود در روابط حقوقی، قانونگذار تصریحی قاعده مند در حوزه این عقود نداشته و در نتیجه ماهیت، اوصاف و احکام و آثار این دسته از عقود در حقوق ایران در هاله ای از ابهام قرار دارند و نیازمند تحقیق و مطالعه است. از میان مسائل مختلف در این عقود که قابل تامل است. مسئله «قابلیت اعمال خیار غبن در عقود احتمالی است». در خصوص تحقق غبن و قابلیت اعمال خیار غبن در عقود احتمالی بین حقوقدانان و نویسندگان اختلاف نظر وجود دارد. از یک طرف اعتقاد بر این است که در عقود احتمالی میزان عوض یا عوضین نامعلوم بوده و حتی حصول عوض یا عوضین نیز غیر قطعی و احتمالی می باشد و میزان آن و حصول قطعی آن به امر یا اموری در آینده محول است که وقوع آن محتمل می باشد و بنای طرفین نیز مبتنی بر تسامح است. بنابراین غبن و اعمال خیار غبن در این عقود جایگاهی ندارد و از طرف دیگر، عقیده بر این است که هر چند میزان و حصول عوض یا عوضین در این عقود احتمالی است، ولی از آنجائیکه بر معیار ثابتی برای تعیین و حصول عوض یا عوضین توافق می شود، بر مبنای همین معیار ثابت ارزش عوضین نسبت به هم متعادل و متقابل بوده و در صورت بهم خوردن این تعادل، مغبون حق استناد به خیار غبن دارد. بنابراین، عدالت معاوضی و بر مبنای قاعده لا ضرر در این عقود غبن می تواند تحقق یافته و خیار غبن قابل اعمال باشد. بنابراین سوال اصلی این است که آیا در این دسته از عقود غبن تحقق پیدا می نماید؟ و آیا ادعای غبن قابل استماع است یا نه؟ به عبارتی قول کدام دسته از حقوقدانان موجه و مورد قبول می باشد. ضرورت و اهمیت و هدف تحقیق پاسخ گویی به این مسئله از آن جهت است که با توجه به ضروریات، مصادیق این عقد مانند عقد بیمه، عقد مضاربه، قرارداد با ثمن شناور، قراردادهای ساخت و ساز (استصناع و پیش فروش ساختمان) و غیره کاربردی بود و به طور وسیع و گسترده مورد استفاده قرار می گیرد. بنابراین، تعیین تکلیف در این خصوص و جلوگیری از اختلافات ناشی از این عقود و کاهش آن مستلزم پاسخ گویی به این سوال است. پس از بررسی و ذکر دیدگاه ها و نظرات

مختلف در این خصوص در این تحقیق که به روش تحلیل محتوایی، توضیحی (از نوع کیفی) است هدف بر این است که با پاسخگویی مناسب به سوال فوق بخشی از اختلافات و دعاوی ناشی از این عقود کاهش یافته و پاسخ و راه حل ارائه شده توسط متعاملین در انعقاد قرارداد و قضات در حل و فصل اختلافات در این زمینه مورد توجه و مورد استفاده قرار گیرد و گوشه ای از ابهامات موجود در این دسته از عقود روش و برطرف گردد.

۱- مفهوم عقد احتمالی

در حقوق ایران با اینکه با کثرت و ظهور انواع عقد احتمالی مواجه هستیم و برحسب نیازها و ضروریات زندگی اجتماعی این دسته از عقود مورد پذیرش عرف عقلا قرار گرفته مفهوم این عقد و اصول و قواعد حاکم بر این عقد به صورت دقیق و روشن و قاعده مند بیان نشده است. با اینکه قانونگذار تعریفی از عقد احتمالی ارائه نکرده است ولی در مقررات مصادیقی از عقود بکار رفته که قابل انطباق با عقد احتمالی است مانند بیمه، مضاربه، جعاله و غیره و برخی نیز در عرف رایج شده بدون اینکه قانونگذار نسبت به آن تعیین تکلیف نموده باشد مانند قرار داد با عوض (ثمن) شناور، قرارداد ساخت و ساز اموال منقول (در فقه بیع استصناع) و غیره .

در بین حقوقدانان پیرامون تعریف عقد احتمالی اختلاف نظر و آراء وجود دارد و تعریف یکسانی از این عقد ارائه نشده است و تعاریف ارائه شده نیز قابل نقد بوده و جامع و مانع نمی باشند. گروهی از حقوقدانان (شهیدی، ۱۳۸۲، ۹۴) ماهیت این عقد را مستقل نمی دانند و آن را همان عقد شانس و گروهی دیگر اعتقاد دارند که عقد احتمالی همان عقد معلق است (محقق داماد، ۱۳۸۸، ۱۶۰). ولی باید گفت که در عقد احتمالی منشاء برخلاف عقد معلق به طور منجز واقع می شود و تحقق اثر عقد معلق نمی باشد و تنها میزان عوض یا عوضین یا حصول عوض یا عوضین منوط به امر یا اموری در آینده است. به عبارتی التزام به تأدیه یا انجام تعهد به علت نامشخص و نامعین بودن میزان یا حصول تعهد یا تعهدات طرف یا طرفین وابسته به امر یا امور دیگری است. برای نمونه در عقد جعاله که عقدی است احتمالی با وقوع عقد اثر اصلی آن ایجاد می گردد و بر این اساس است که عامل اقدام به انجام آنچه بر عهده داشته است، می نماید (مواد ۵۶۴ و ۵۶۵ ق.م). درحالیکه چنانچه عقد مذکور معلق بود، اثر اصلی عقد تا وقوع معلق علیه حادث نمی شد و بر این اساس عامل متعهد به انجام آنچه به عهده گرفته نمی شد. از طرف دیگر میزان جعل نیز معلوم است و تعهد پرداخت آن به عهده جاعل واقع شده است ولی با توجه به ماهیت عقد احتمالی (جعاله) حصول عوضین معلق گردیده و با وقوع معلق علیه حصول عوضین برای طرفین ایجاد می گردد (جاعل مالک نتیجه کار عامل و عامل مالک جعل می شود) و یا در عقد بیمه با وقوع عقد اثر عقد و تعهدات طرفین به طور منجز

ایجاد می شود. به این جهت است که بیمه گذار متعهد به پرداخت وجه یا اقساط بیمه می باشد و سقف تعهدات بیمه گر نیز مشخص شده است ولی تعیین میزان و حصول آن منوط به وقوع حادثه محتمل است. از تفاوت‌های دیگر عقد معلق با عقد احتمالی این است که در عقد معلق عامل اساسی تعلیق خواست و اراده طرفین است. به عبارتی عقد ذاتاً معلق نیست بلکه اراده طرفین آن را تبدیل به عقد معلق کرده است. در حالیکه در عقد احتمالی تعلیق بر مبنای اراده طرفین نبوده بلکه مربوط به ذات آن است، به عنوان نمونه در عقد بیمه، انجام تعهد توسط بیمه گر بستگی به رخداد حادثه دارد که امری احتمالی است و مربوط به ماهیت ذاتی است. از طرف دیگر، عقد احتمالی با عقد شانس نیز متفاوت است. اول اینکه معامله شانس در تقابل معامله توأم با قصد و طرح و امر قابل پیش بینی قرار دارد و همان طوری که برخی از مؤلفان بیان داشته اند، تفاوت‌های عقد شانس مثل قمار با عقد احتمالی مانند بیمه، مزارعه، قرارداد مستمری و غیره در آن است که در عقد شانس مثل قمار نه تنها قصد انشاء انتقال مالی به طرف دیگر وجود ندارد بالعکس تا آخرین لحظه وقوع حادثه شانس مانند افتادن تاسی با شماره های خاص، هر دو طرف قصد تملک مال طرف مقابل و همچنین حفظ مالکیت خود را دارند (پیرهادی، ۱۳۸۸، ۱۷). دوم اینکه در حقوق ایران به نظر می رسد که با توجه به مقررات مواد ۶۵۴ و ۶۵۵ ق.م. اصل بر بطلان معاملات شانس می باشد مگر در موارد استثنایی که غرض عقلایی در آن وجود داشته باشد. برخی از حقوقدانان (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۱، ۱۲۴) در تعریف عقد احتمالی مقرر داشته اند «عقد احتمالی عقد معوضی است که در آن مقدار دو عوض وابسته به امر نامعلومی در آینده است.» در تعریف فوق عقد احتمالی تنها به عقود معوض اختصاص داده شده است و برای عدم اختصاص آن به عقد غیر معوض و تبرعی هیچ دلیل و استدلالی ذکر نشده است. در حالیکه هیچ مانعی ندارد که عقود غیر معوض و مجانی نیز به صورت احتمالی منعقد گردند. برای مثال، اگر محصول باغی که حاصل آن بد و اصلاح شده است یا نتاج آینده حیوان به طرف مقابل هبه گردد، در اینصورت برای موهوب له در زمان عقد امکان مشخص نمودن آنچه را که اخذ خواهد کرد وجود ندارد و در نتیجه عقد احتمالی است. ایراد دیگری که به طرف فوق وارد است در تعریف فوق به احتمالی بودن هر دو مورد عقد اشاره شده است در حالیکه در عقود احتمالی بر حسب مورد ممکن است یکی از دو مورد عقد یا هر دو مورد عقد احتمالی باشد. برای مثال، در قرارداد پیش فروش خودرو به جهت عوامل متعدد مانند نوسان بازار و متغیر بودن حقوق گمرکی و مالیات در واردات قطعات و به جهت اینکه قیمت روز تحویل را ملاک قرار می دهند. تعهدات فروشنده و سازنده خودرو و هم خریدار احتمالی است (طاهر خانی، ۱۳۹۱، ۹۰)، در حالیکه در قراردادهای بیمه تعهدات یکی از طرفین (بیمه گذار) معلوم و تعهدات طرف دیگر احتمالی است. به این صورت که در عقد بیمه، بیمه گذار مبلغ مشخص را می پردازد، اما

بیمه گر ممکن است تا پایان جریان عقد و وقوع حوادث مسئول پرداخت مبالغی کم یا مسئول پرداخت حداکثر تعهدات و یا با عدم وقوع حادثه در پایان عقد تعهدات او بدون دادن مالی یا انجام تعهدی از بین برود.

در فقه امامیه، عنوان عقد احتمالی همانند حقوق موضوع ایران بکار نرفته است ولی همانند حقوق موضوعه فقها به برخی از توافقات و معاملات اشاره کرده اند که قابل انطباق با عقد احتمالی می باشند، از جمله معامله مجهول با ضمیمه معلوم، فروش سردرختی (بیع ائمار)، بیع استصناع (پیش فروش مصنوعات) و غیره. یکی از فقها عقود معاوضی را به دو گروه عقد تقدیری و عقد تحقیقی تقسیم بندی نموده اند و در تعریف عقد تقدیری مقرر نموده اند «عقدی است که حصول اثر آن منوط به تقدیر خاص است، مثل مزارعه، مساقات، مضاربه، سبق و رمایه و جعاله که در همه عقود مذکور منشاء منجزاً واقع می شود» (نجفی (کاشف الغطاء)، ۱۴۲۲، ۱۱۴). مؤلفان واژه تقدیری را مترادف احتمالی گرفته اند (محقق داماد، ۱۳۸۸، ۱۶۰ و پیرهادی، ۱۳۸۸، ۱۱). این تقسیم بندی و تعریف متفاوت از روش سایر فقهاست و به تعریف عقد احتمالی اشاره دارد. ذکر مصادیقی از عقود که منطبق با عقد احتمالی می باشد در تائید این نظر می باشد. در مصادیق مختلف عقد احتمالی ممکن است حالتی زیر وجود داشته باشد: ۱. میزان یکی از عوضین احتمالی باشد ۲. میزان هر دو عوض احتمالی باشد ۳. حصول یکی از عوضین احتمالی باشد ۴. حصول هر دو عوضین احتمالی باشد ۵. میزان و حصول یکی از عوضین احتمالی باشد ۶. میزان و حصول هر دو عوض احتمالی باشند. با توجه به حالتی فوق می توان برای عقد احتمالی تعریف زیر را به عنوان پیشنهاد ارائه نمود «عقدی است که مورد معامله در آن از حیث میزان یا حصول یا هر دو، از عوض یا عوضین نامعین و احتمالی بوده و تعیین شدن میزان و قطعی شدن حصول آن به امر یا امور دیگری در آینده محول شده باشد».

۲- مفهوم غبن و خیار غبن

«غبن» در لغت به معنی خدعه، گول زدن و خلاف واقع نشان دادن است. در قاموس قرآن در ماده غبن آمده است «غبن به معنی گول زدن در معامله است، خواه در خرید باشد یا فروش و آن این که به قیمت کم بخرد یا به قیمت گران بفروشد (قریشی، ۱۴۱۲، ج ۵، ۸۸) در مجمع البحرین واژه غبن در معنای خدعه، نیرنگ، نقص عهد و ... بکار رفته است (طریحی، ۱۴۱۶، ج ۶، ۲۸۸).

تحقق «غبن» در معاملات موجب ثبوت خیار غبن می شود. مستنداتی که برای ثبوت خیار غبن به آنها استناد شده، اول آیه شریفه «یا ایها الذین آمنوا لا تاكلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تکون تجاره عن تراضی منکم» (سوره نساء، آیه ۲۶). بعضی از فقها در جهت اثبات خیار غبن به قسمت دوم این آیه استناد کرده و معتقدند آیه شریفه دلالت بر لزوم رضایت در تجارت

دارد و در بیع غبنی شخص مغبون رضایت ندارد (علامه حلی، بی تا، ج ۱۱، ۶۸). دوم قاعده لا ضرر است که مستند آن حدیث نبوی «لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام می باشد» یعنی در اسلام حکمی تشریح نشده است که عامل ضرر باشد و حکم به لزوم بیع غبنی و عدم خیار مغبون، حکمی ضرری است، زیرا موجب وارد شدن ضرر بر مغبون است.

بنابراین می توان گفت در صورتی که لزوم عقدی بر ضرر یکی از طرفین باشد، چنین عقدی متزلزل خواهد بود و لزوم نخواهد داشت (شیخ انصاری، ۱۴۱۱، ج ۲، ۳۷۲). سوم روایت مربوط به (تلقی رکبان) است. در زمان پیامبر (ص) تجار شهر به بیرون شهر و بر سر راه تجار خارج از شهر رفته و به واسطه عدم اطلاع تجار خارج از شهر، کالاهایی از آنها با قیمتی بسیار پایین تر از قیمت معمولی آنها در بازار شهر خریداری می کردند (محقق داماد، ۱۳۶۲، ۶۷). پیامبر (ص) از انجام چنین عملی نهی میفرمود و به مغبون اختیار فسخ معامله را می داد چون معاملاتی که در تلقی رکبان انجام می گرفت موجب غبن فروشنندگان کالا می شد.

۱-۲- شرایط تحقق خیار غبن

اولین شرط تحقق غبن وجود عقد معوض است و در جایی قابل تصور است که دو عوضی که با هم مبادله می شوند نابرابری وجود داشته باشند (این شرط از ماده ۴۱۶ ق.م قابل استنباط است) و در عقود که بنا بر احسان و مسامحه است نه سودجویی و داد و ستد، خیار غبن تحقق پیدا نمی کند. در نظر حقوقدانان (کاتوزیان، همان منبع، ۳۰۹) مبنای نظریه غبن جبران ضرر است و هر گاه یکی از دو طرف و یا هر دو طرفین بخواهند مالی را به دیگری ببخشند نه تنها متحمل ضرر نمی شوند بلکه به عین مطلوب دست می یابند و در این مورد حقوق نیز اراده را محترم می شمارد و عدم تعادل اقتصادی را با نظم عمومی و اخلاق مخالف نمی بیند.

شرط دوم جهل مغبون به قیمت واقعی است. این شرط اساسی را ماده ۴۱۸ ق.م به این شکل بیان می کند «اگر مغبون در حین معامله عالم به قیمت عادلانه بوده است، خیار فسخ نخواهد داشت.» فقها بیان داشته اند، دلیل اینکه غبن در صورت آگاهی محقق نمی شود این است که شخص مغبون عالماً و عامداً اقدام به بیع نموده است، سپس اقدام به ضرر کرده، فلذا گول زدنی در کار نبوده بلکه خودش با دست خود کلاه بر سر خود گذاشته است (شیخ انصاری، همان منبع، ۳۷۶).

شرط سوم عدم تعادل بین دو عوض و فاحش بودن غبن است (ماده ۴۱۶ ق.م). ماده ۴۱۷ ق.م سابق غبن به مقدار خمس قیمت یا بیشتر را در هر صورت فاحش می دانست و کمتر از این مقدار را در صورتی فاحش می دانست که عرفاً قابل مسامحه نباشد ولی در اصلاحات سال ۶۱ ماده ۴۱۷ به این صورت درآمد «غبن در صورتی فاحش است که عرفاً قابل

مسامحه نباشد». نظر مشهور فقها بر این است که ملاک برای غبن فاحش داوری عرف است (شیخ انصاری، همان منبع، ۳۷۸ و شهید ثانی، ج ۳، ۲۰۳) در اصلاح این ماده قانونگذار از نظر مشهور تبعیت کرده است.

۳- قابلیت اعمال خیار غبن در عقود احتمالی

در خصوص قابلیت اعمال خیار غبن در عقود احتمالی دو دیدگاه وجود دارد. دیدگاه اول، دیدگاهی است که خیار غبن را در این عقود قابل اعمال نمی داند و دیدگاه دیگر، دیدگاهی است که به قابلیت اعمال خیار غبن در این عقود نظر دارد. در این قسمت نظرات ارائه شده در هر دو دیدگاه مورد نقد و بررسی قرار گرفته و راه حل سوم به عنوان پیشنهاد ارائه خواهد شد.

۳-۱ دیدگاهی که خیار غبن را در عقود احتمالی قابل اعمال نمی داند

گروهی از حقوقدانان معتقدند در عقود احتمالی خیار غبن وجود ندارد. استدلال این گروه آن است که چون هنگام انعقاد عقد میزان عوض یا عوضین نامعلوم است و بنای طرفین در این عقود مبتنی بر تسامح است، بنابراین خیار غبن در این عقود وجود نداشته و خیار غبن قابل اعمال نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۹، ۲۱۱، ۲۱۲؛ کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۵، ش ۹۱۸، ص ۱۵۳). لازم به ذکر است که در عقود احتمالی بر خلاف عقود مسامحه ای، نامشخص بودن میزان عوض یا عوضین و همچنین نامعلوم بودن حصول عوض یا عوضین ناشی از اراده و بنای طرفین و تسامح آنها نیست بلکه مربوط به ذات عقد است. برای نمونه در عقد ضمان نامشخص بودن میزان دین مضمون عنه به جهت مسامحه ای بودن است (ماده ۶۹۴ ق.م) و ارتباطی به ذات عقد ندارد ولی در عقد بیمه، که یکی از اقسام عقد احتمالی است، نامشخص بودن تعهدات بیمه گر ناشی از تسامح طرفین نیست بلکه مربوط به ذات و ماهیت عقد بیمه است و یکی از امور تجاری بوده (بند ۸ ماده ۲ ق.ت) و به منظور کسب سود و منفعت انجام می گیرد و بنای طرفین سر مسامحه نیست. بنابراین به نظر می رسد اختلاف در وجود و عدم وجود غبن در این دسته از عقود به خاطر مسامحه ای بودن نیست بلکه با توجه به ماهیت این عقود است که در آن میزان و حصول عوض یا عوضین محتمل و احتمالی است.

در برخی از کشورهای اسلامی از جمله مصر چون مبنای صحت عقود احتمالی عدم تاثیر غبن است (سنهوری، ۱۹۹۸ م، جزء اول، صص ۴۴۶، ۴۵۲). به عبارت دیگر، یکی از شرایط تحقق غبن، معین بودن عوضین در هنگام انعقاد عقد است و چون در عقود احتمالی میزان عوضین هنگام عقد مشخص نیست، لذا غبن در عقود احتمالی قابل تصور نیست (الرشدان، ۲۰۱۰م، صص ۳۹ و ۴۰). برخی معتقدند که در عقودی که اثر آن بعد از عقد به مدت نسبتاً طولانی به وجود می آید (عقود احتمالی از این نوع می باشند) و در زمان انعقاد قرارداد به علت عدم وجود کامل مورد معامله، شرایط لازم برای اعمال خیار غبن وجود

ندارد (حسین آبادی، ۱۳۷۷، صص ۵۰ و ۵۱). برای نمونه در مزارعه و مساقات به علت اینکه عوض (محصول) در زمان انعقاد قرارداد به طور کامل وجود ندارد، شرایط لازم برای اعمال خیار غبن وجود نخواهد داشت.

با توجه به ماهیت عقد احتمالی که بر حسب ذات خود کمتر و زیادی عوض یا عوضین و همچنین حصول عوض و عوضین در آن محتمل است و طرفین با آگاهی از آن به استقبال این عقد می روند و از طرفی دیگر شرط تحقق خیار غبن جهل مغبون به عوض (قیمت) واقعی است و این خود دلیل بر آن است که طرفین آگاهی بر امکان عدم تعادل عوضین داشته اند و در نتیجه با این آگاهی خیار غبن ساقط شده است. بنابراین، گفته شده (کاتوزیان، همان منبع، ج ۶، ش ۹۶۲، ص ۲۱۶) اگر ثابت شود که مغبون چنان به معامله رغبت داشته که در هر حال آن را انجام می داده است، غبن اثر ندارد هر چند فاحش باشد. و در رأی شماره ۵۸۷-۷۲/۱۲/۱۵ شعبه ۸ دیوان عالی کشور آمده است خواهان در صورت جلسه مورخه ۷۱/۶/۲۳ دادگاه گفته به علت داشتن بدهی مجبور به فروش خانه شده و از مندرجات پرونده معلوم می شود که خواهان اهل محل و عالم به قیمت ملک بوده و کسی که به علت احتیاج به پول ملک خود را ارزاتر از قیمت واقعی بفروشد، طبق مستند از مواد ۴۱۸ و ۴۱۹ ق.م خیار فسخ نخواهد شد» (به نقل از حسینی، ۸۳، ۱۴۵).

در فقه برخی از فقها (نائینی، ۱۴۱۸ ق، ج ۳، صص ۱۶ و ۱۶۱) جریان خیار غبن در عقود را با استناد به دلیل شرط ضمنی اثبات نموده و شرط آن را در هر معاوضه ای مبتنی بودن آن عقد بر بنای نوعی و متعارف در دقت و عدم مغایره دانسته اند. لازم به ذکر است که بنای نوعی دوگونه است و آن مقابل بنای شخصی قرار می گیرد. بنابراین، از سه گونه بنای نام می برند که یکی از این بناهای نوعی اقتضای تساوی دوماً و عوض است و این نوع بنای نوعی در بیع و اجاره و نیز صلحی که قائم مقام آن است می باشد. دومی بنای نوعی است که عکس صورت قبلی را دارد به این معنی که اقتضای بنای نوعی آن، عدم تساوی دو عوض است. مانند صلحی که در مقام رفع خصومت واقع می شود و نیز مانند صلحی که در مقام ابراء ذمه مصالح له واقع می شود. بنای سوم آن است که نه اقتضای بنای نوعی اول را دارد و نه اقتضای بنای نوعی دوم را بلکه بین آن دو می باشد. این نوع بنا را می توان بنای شخصی نامید و آن در مقابل دو بنای نوعی قبلی قرار دارد. این بنا، بر اساس اشتراط شخص عاقد در شخص معامله، مانند عقد جعاله و نظیر آن است که دو طرف این اشتراط را در عقد تبعیت می کنند.

اگر معاوضه از قسم اول باشد، خیار غبن در آن جاری می شود، مگر اینکه یکی یا هر دو طرف عقد، غبن را از عقد ساقط نمایند. اگر معاوضه از قسم دوم باشد، خیار غبن در آن جاری نمی شود و چنانچه از قسم سوم (شخصی) باشد جریان غبن

در آن به اشتراط دو طرف عقد وابسته خواهد بود و تابع شرط آنها عمل خواهد شد. به این ترتیب، چون طرفین شرط تساوی را با بنای شخصی خود از بین برده اند، خیار غبن جاری نخواهد شد (نائینی، همان منبع).

اشترط این شرط به این معنی است که طرفین آگاهی بر امکان عدم تعادل عوضین دارند و در نتیجه به نوعی خیار غبن را ساقط نموده اند.

۲-۳ دیدگاهی که خیار غبن را در عقود احتمالی قابل اعمال می داند

پاره ای از مؤلفان معتقدند که عقود احتمالی از جمله عقود مسامحه ای است (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۹، ۲۱۱ و کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۱، ۱۲۶ و ۱۲۷) و استدلال شده است که در این عقود هنگام انعقاد عقد میزان عوض یا عوضین نامعلوم است، لذا بنای طرفین در این خصوص مبتنی بر تسامح است. نتیجه این استدلال عدم تحقق غبن و عدم امکان اعمال خیار غبن خواهد بود. در مقابل گفته شده است که عقد احتمالی جزء عقود مغایه ای است (رحیمی و محمودزاده، ۱۳۹۳، ۴۱۷) در این خصوص استدلال شده که «از یک سو با توجه به مصادیق عقود احتمالی از جمله بیمه و مضاربه، طرفین از انعقاد این عقود قصد سودجویی دارند. لذا اگر چه میزان عوض یا عوضین در عقد احتمالی هنگام انعقاد مشخص نیست، اما معیار ثابتی برای تعادل ارزش عوضین تعیین می شود. پس بر مبنای همین معیار ثابت، ارزش عوضین نسبت به هم متعادل و متقابل هستند... از سوی دیگر، نظر به اینکه معیار تسامح در عقود مطلق نیست و عقود ممکن است از جهتی مسامحه و از جهت دیگر مسامحه نباشد. اما به علت وجود معیار مشخصی برای تعادل، ارزش عوضین غیر مسامحه یعنی مغایه است. بنابراین، در عقود احتمالی اگرچه طرفین نسبت به تعیین نکردن قطعی عوضین در هنگام انعقاد قرارداد تسامح دارند، اما از لحاظ تعادل ارزش عوضین تسامحی ندارند...» (رحیمی و محمودزاده، همان منبع). نتیجه این استدلال تحقق غبن و حق اعمال خیار غبن خواهد بود.

به نظر می رسد که طرفین عقد احتمالی قصد مسامحه و تسامح در عقد ندارند و اینکه در عقود احتمالی میزان عوض یا عوضین و یا حصول عوض یا عوضین قطعی نبوده و احتمالی است با اراده و قصد طرفین نیست بلکه از خصوصیات و مربوط به جوهر و ذات عقد احتمالی است. و نیز با توجه به عرف معاملاتی هدف از گسترش و متنوع سازی اقسام عقد احتمالی، رفع نیازها و ضروریات مالی می باشد و به تبع آن هدف و انگیزه طرفین نیز کسب سود و سودجویی خواهد بود. برای نمونه، عملیات بیمه که در مقررات تجاری (بند ۹ ماده ۲ ق.ت) به عنوان یکی از امورات تجاری بکار رفته از مصادیق بارز عقد احتمالی بوده و به منظور کسب سود و منفعت انجام می گیرد.

برخی دیگر (حسین آبادی، همان منبع) با استناد به غبن حادث و بر مبنای قاعده لاضرر بیان داشته اند در عقودی که به علت عدم وجود کامل مورد معامله شرایط لازم برای اعمال خیار غبن وجود ندارد در صورت وجود کامل مورد معامله و تحقق غبن بعد از انعقاد عقد می توان عقد را فسخ کرد. در نظری دیگر استناد به غبن با امکان تعیین تعهدات هر یک از طرفین امکان پذیر اعلام شده است و در این راستا گفته شده «اگر در عقود احتمالی بتوان ارزش تعهد هر یک از دو طرف را با ملاحظه درجه احتمال فزونی و کاستی آن، معین کرد (مانند نرخ بیمه اتومبیل یا آتش سوزی کارخانه ها و منازل مسکونی یا فروش مالی در برابر حق انتفاع عمری) هیچ مانعی در استناد به غبن وجود ندارد زیرا دو طرف در این چهره مبادله هیچ تسامحی ندارند...» (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۵، ۲۱۱)

و یا در قرارداد شبانی و عقد راعی که از جمله عقود احتمالی عرفی هستند گفته شده «اگر به عنوان مثال تعهد و عمل شبان «الف» ریال ارزش داشته باشد و معوض آن، شیر و پشم یا نتاج حیوانات باشد، ممکن است عمل شبان در مقابل تمام شیر و پشم و نتاج باشد یا درصد بسیار کمی از آن به عنوان معوض تعیین گردد که ارزش آن بسیار کمتر از ارزش عمل شبان ناآگاه به ارزش عمل باشد و در نتیجه عرفاً قابل اغماض نبوده و غبن محسوب شده و ادعای غبن مسموع باشد...» (پیرهادی، ۱۳۸۸، ۳۸). در این مثال، اگر بین ارزش تعهد و عمل شبان با مقدار و درصدی از منافع که از شیر و پشم و نتایج حاصل خواهد شد تعادل وجود نداشته باشد، ادعای غبن در لحظه انعقاد عقد قابل طرح می باشد. ولی لازم به ذکر است که اگر این تعادل عرفاً برقرار شد چون عایدات احتمالی است و بر اثر عوامل مختلف احتمالی کاستی و فزونی در آن می رود. چنانچه کمتر از حد انتظار باشد شبان و چنانچه بیشتر از حد انتظار باشد، صاحب احشام حق استناد به غبن و اعمال خیار غبن نخواهد داشت.

در مقررات برخی از کشورهای اسلامی از جمله لبنان در ماده ۲۱۴ قانون مدنی این کشور به صراحت استناد به غبن در عقود احتمالی پیش بینی شده است (به نقل از کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج اول، ۱۲۷) و در ماده ۵۲۶ ق.م.کشورمان مقرر شده «هر یک از مالک، عامل و مزارع می تواند در صورت غبن، معامله را فسخ کند». این ماده در تمامی عقود مشارکتی (مانند مساقات و مضاربه) قابل اعمال است و همچنان که برخی از حقوقدانان (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ج ۲، ۲۰۶) بیان داشته اند، برای احراز غبن، میزان واقعی ثمره که احتمالی است معیار قرار نمی گیرد بلکه آنچه مهم است تناسب آورده هر یک از دو طرف با سهم مشاع از محصول است که باید دید آیا در آن رعایت عدالت و انصاف شده است یا غبن فاحش وجود دارد. بنابراین، لازم به ذکر

است که اگر در این دسته از عقود احتمالی مشارکتی عامل به نحو متعارف عمل نماید، میزان حاصل و عایدات هر چه باشد، هیچ یک از طرفین نمی تواند ادعای حقی یا ادعای غبن نسبت به طرف دیگر نماید.

۳-۳- دیدگاه بینابین (نظر پیشنهادی)

پس از بررسی نظرات و دیدگاه های عنوان شده در خصوص قابلیت تحقق غبن در عقود احتمالی به نظر می رسد به طور مطلق نه می توان دیدگاه اول را پذیرفت و نه دیدگاه دوم را، بلکه با توجه به ماهیت این عقود و با لحاظ قاعده لاضرر باید معتقد به راه حل بینابین شد. به این معنی که باید قائل به تفکیک شده و به تفصیل تشخیص داد که در چه مواردی غبن و قابلیت اعمال غبن وجود دارد در چه مواردی این امکان فراهم نیست. برای مثال، در عقد بیمه اگر بیمه گر به جهت وقوع حادثه خسارت هنگفتی بپردازد نباید او را مغبون پنداشت ولی اگر در زمان انعقاد عقد بیمه نرخ ثابتی وجود داشته باشد ولی بیمه گر نرخ زیادی را تعیین کند که عرفاً قابل اغماض نباشد، در اینصورت باید اعتقاد بر تحقق غبن و استماع ادعای غبن داشت. در مثال دیگر، اگر در بیع احتمالی محصول درختان باغ خاصی که حداقل در بخشی از آن بدو صلاح شده است و معمولاً به صورت ۳۰ تن محصول می دهد و ارزش آن در زمان معامله برای مثال ۶۰ میلیون تومان تخمین زده شود، اگر به ۸۰ میلیون تومان معامله شود، خریدار مغبون است و ادعای غبن او پذیرفته می شود. ولی بر فرض که معامله به همان ۶۰ میلیون تومان انجام گیرد و در نهایت حاصل کمتر از حد معمول باشد چون طبیعت بیع اثمار که جزء عقود احتمالی است توأم با ریسک و خطر است و طرفین آگاهانه به استقبال آن می روند ادعای غبن بر میزان محصول، مسموع نیست. بنابراین در این عقود اگر در میزان تعهدات و آورده طرفین تعادل وجود نداشته باشد غبن به استناد قاعده ی لاضرر تحقق یافته و ادعای غبن قابل استماع است ولی پس از انعقاد عقد و رعایت تعادل در میزان آورده و تعهدات طرفین، عوضی که هر یک از طرفین به دست می آورند به هر میزانی که باشد و یا حتی عوضی حاصل نگردد با توجه به ماهیت این عقود که در آن میزان عوض یا عوضین و حتی حصول عوض یا عوضین بر حسب مورد غیرقطعی و محتمل است و خارج از اراده ی طرفین می باشد و تعیین میزان آن و حتی حصول آن منوط به عوامل خارجی متعددی می باشد و طرفین با آگاهی از این امر و با پذیرش ریسک و خطر به استقبال آن می روند غبن قابل تصور نبوده و ادعای غبن نیز پذیرفته نیست، به عبارتی شرط ضمنی بنایی طرفین در قرارداد بر این است که با توجه به ماهیت عقد احتمالی در صورتی که میزان عوض یا عوضین کمتر از حد معمول باشد یا حتی حاصل نگردد طرفین حق استناد به خیار غبن نداشته باشند.

نتیجه گیری

با توجه به مطالب ارائه شده در خصوص تحقق غبن و قابل استماع بودن خیار غبن در عقود احتمالی با دو نظر متفاوت مواجه هستیم. نظری اعتقاد بر تحقق غبن و قابل استماع بودن خیار غبن در عقود احتمالی دارد، نظر دیگر بر خلاف این نظر بوده و اعتقاد به عدم تحقق غبن و غیرقابل استماع بودن خیار غبن در این دسته از عقود دارد. ولی با بررسی موضوع این نتیجه حاصل گردید که به طور مطلق نه می توان دیدگاه اول را پذیرفت و نه دیدگاه دوم را، بلکه باید قائل به تفکیک شد به این صورت که در جهت رعایت اصل لاضرر اگر در عقود احتمالی در میزان آورده، تعهدات طرفین اعم از سرمایه و نیروی کار و مخارج تعادل وجود نداشته باشد، غبن تحقق یافته و استناد به غبن و ادعای غبن قابل استماع است ولی از طرف دیگر با توجه به ماهیت عقود احتمالی که در آن میزان عوض یا عوضین و حتی حصول عوض یا عوضین بر حسب مورد در این عقود، غیرقطعی و محتمل است و خارج از اراده طرفین بوده و منوط به عوامل خارجی متعددی می باشد و طرفین بدون اینکه قصد فریب یکدیگر را داشته باشند با آگاهی از این امر و با پذیرش ریسک و خطر به استقبال این نوع عقود می روند، عوضی که به دست می آورند به هر میزانی که باشد و یا حتی عوضی حاصل نگردد، غبن قابل تصور نبوده و ادعای غبن نیز پذیرفته نیست. پذیرش آگاهانه ریسک و خطر نیز موید این است که شرط ضمنی بنایی طرفین بر این است که با توجه به ماهیت عقود احتمالی در صورتی که میزان عوض یا عوضین کمتر از حد معمول باشد یا حتی حاصل نگردد طرفین حق استناد به خیار غبن نداشته باشند؛ بنابراین غبن در تحقق این عقود از دو جهت قابل طرح هست، یکی از جهت ارزش و تعادل تعهدات و آورده طرفین که از این لحاظ غبن تحقق یافته و ادعای غبن نیز پذیرفته است و دیگری از جهت آثار عقد و میزان و حصول عوض یا عوضین است که غبن قابل تصور نبوده و ادعای غبن نیز قابل استناد نیست.

فهرست منابع

۱. قرآن کریم.
۲. پیر هادی، محمدرضا، ۱۳۸۸، عقد احتمالی با تاکید بر بیع احتمالی، تهران، فصلنامه دانشکده حقوق دانشگاه آزاد، شماره های ۵، ۶ و ۷.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۵۹ (عقد مغایبه- عقد مسامحه) مجله وزارت دادگستری، شماره اول.
۴. حسین آبادی، امید، تعادل اقتصادی در قراردادها، ۱۳۷۷، تهران، مجله تحقیقات حقوقی، شماره های ۲۱ و ۲۲.
۵. حسینی، سیدمحمدرضا، ۱۳۸۳، قانون مدنی در رویه قضایی، تهران، انتشارات مجد، چ سوم.
۶. رحیمی، حبیب الله و محمودزاده، خسرو، ۱۳۹۳، مطالعه تطبیقی تحلیل ماهیت عقد احتمالی در حقوق ایران و مصر، نشریه مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۵، مقاله ۸، شماره یک.
۷. الرشدان، محمود علی، ۲۰۱۰ م، الغبن فی القانون المدنی، عمان، الثقافه النشر و التوزیع، الطبعة الاول.
۸. سهنوری، عبدالرزاق احمد، ۱۹۹۸ م، نظریه العقد، جزء اول، بیروت، منشورات الحلبي الحقوقیه، الطبعة الثانيه.
۹. شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی، ۱۴۱۳، مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چ دوم.
۱۰. شهیدی، مهدی، ۱۳۸۲، تشکیل قراردادها و تعهدات، ج ۲، تهران، انتشارات مجد، چ سوم (چاپ دوم مجد).
۱۱. شیخ انصاری، مرتضی، ۱۴۱۱، المكاسب المحرمه و البیع و الخیارات، ج ۲، قم، منشورات دارالذخائر، چ اول.
۱۲. طاهر خانی، حسین، ۱۳۹۱، قرارداد با عوض شناور، تهران، انتشارات دادگستر، چاپ اول.
۱۳. طریحی، فخرالدین، ۱۴۱۶، مجمع البحرین، ج ۶، تهران، کتاب فروشی مرتضوی، چ ۳.
۱۴. علامه حلّی، حسن بن یوسف، ۱۴۱۱، تذکره الفقها، ج ۱۱، قم، مؤسسه آل البیت (ع)، چ اول.
۱۵. قرشی، سیدعلی اکبر، ۱۴۱۲، قاموس قرآن، ج ۵، تهران، دارالکتب الاسلامیه، چ ۴.
۱۶. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۳، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، تهران، شرکت سهامی انتشار، چ چهارم.
۱۷. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۵، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، تهران، شرکت سهامی انتشار، چ هفتم.
۱۸. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۵، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، تهران، شرکت سهامی انتشار، چ هفتم.
۱۹. محقق داماد، مصطفی، ۱۳۶۲، تحلیل و بررسی احتکار از نظرگاه فقه اسلام، اندیشه های نو در علوم اسلامی، چ دوم.

۲۰. محقق داماد، مصطفی، ۱۳۸۸، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، قم، مرکز نشر علوم اسلامی، چ

اول.

۲۱. نائینی، محمد حسین، مینه الطالب، تقریرات خوانساری، قم، النشر الاسلامی الطابعه المدرسین، الطبعه الاولى

۲۲. نجفی (کاشف الغطاء) محمد حسین، ۱۴۲۲ ق، تحریر المجله، ج اول و سوم، نجف، نشر المکتبه المرتضویه، الطبعه

الاول.