

جبران زیان مغبون از طریق پرداخت مابه التفاوت قیمت (تحلیل فقهی، حقوقی و اقتصادی)

محمد عابدی^۱

استادیار گروه حقوق دانشگاه فردوسی مشهد

عبدالله خدابخشی^۲

استادیار گروه حقوق دانشگاه فردوسی مشهد

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۰۷/۲۱

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۸/۱۶

چکیده

از منظر فقهی و قانون مدنی و براساس آنچه تاکنون استنباط شده و در رویه قضایی شاهد بوده‌ایم، در صورت تحقق غبن، مغبون به انتخاب یکی از دو گزینه «فسخ» یا «ابقای عقد» محدود شده است. وی نمی‌تواند بجای فسخ، تفاوت ارزش روز مورد معامله با ثمن را مطالبه کند تا در صورت عدم امکان آن، قادر به فسخ باشد یا این که غابن بتواند با پرداخت تفاوت قیمت، مانع از فسخ شود. در قانون مدنی فقط به جهل مغبون به قیمت عادلانه توجه شده و ناآگاهی غابن را لحاظ نکرده است. تحلیل اقتصادی و توجه به عدالت معاوضی اقتضاء دارد راهکار دیگری نیز اتخاذ شود و طرحی نو ارائه گردد: تدوین قاعده‌ای که مغبون و غابن بتوانند با مطالبه یا پرداخت تفاوت قیمت مانع از فسخ معامله شوند و همسو با اصول لزوم عقد و ابقای قرارداد حرکت کنند؛ اصولی که ریشه در عرف اقتصادی و تمایل جامعه به ثبات و امنیت قراردادها دارد. این راه را دادگاه تجدید نظر استان مرکزی در دادنامه شماره ۹۶۰۹۹۷۸۶۱۷۰۰۳۸۳ مورخ ۱۳۹۵/۹/۲ گشوده و دعوای مطالبه تفاوت قیمت را از مغبون شنیده است. نظر خردمندان ای که ظاهراً اجتهاد در برابر نص و خلاف مشهور است لیکن تحلیل اقتصادی و منصفانه مبانی رای و نیز برخی نگرش های فقهی و حقوقی موید آن است.

واژگان کلیدی: خیار غبن، دادگاه عمومی، دادگاه تجدیدنظر، تحلیل اقتصادی، ارش

نویسنده مسئول

1- dr.m.abedi@um.ac.ir.

2- dr_khodabakhshi@ferdowsi.um.ac.ir.

DOI: 10.22067/le.v26i15.68556

۱- مقدمه

وجود غبن در قراردادها، گذشته از برخی مسائل ثبوتی (مانند مفهوم و معیار تحقق) و اثباتی (مانند تعیین مدعی علم یا جهل به قیمت)، بحث از راهکارهای جبران کننده را نیز مطرح می کند. پرسش اصلی این است که زیان دیده (مغبون) چه اختیاراتی دارد؟ آیا صرفاً محدود به تحمل زیان (امضاء عقد) یا دفع زیان از راه فسخ عقد است یا راهکاری نسبی نیز در اختیار اوست تا هم استحکام معاملات و امنیت روابط تجاری حفظ شود و هم زبانی بدون جبران باقی نماند و در عین حال بتوان از تبعات اقامه دعوی فسخ و استرداد عوضین یا بدل آنها پرهیز کرد؟ که در این صورت، موضوع در قالب مطالبه ارش (از طرف مغبون) یا پرداخت مابه التفاوت (از طرف غابن) قابل تصور است. مشهور و نزدیک به اجماع فقهاء و نیز عبارات قانون مدنی، ظاهراً نظر نخست را تایید می کند. اما، به تازگی رأی از شعبه ۵ دادگاه تجدیدنظر استان مرکزی صادر شده که خرق عادت کرده و به جرأت می توان از آن به اولین رأی تاریخ قضایی ایران در زمینه پذیرش دعوی مطالبه‌ی ما به التفاوت توسط مغبون یاد کرد! این رأی، انگیزه بازخوانی و تحلیل تازه‌ای از قابلیت مطالبه ارش و یا پرداخت مابه التفاوت قیمت را به وجود آورد. به این منظور، تلاش می‌شود با توجه به عدالت اقتصادی و معاوضی و تقویت لزوم و ابقاء قراردادها و تحلیل اقتصادی خیار غبن، این موضوع را تقویت و در قالب عناوین زیر مورد بررسی قرار دهیم.

به واقع تحلیل‌های اقتصادی در کنار قواعد حقوقی، می‌توانند زمینه ساز تحقق عدالت باشند. اینکه صرفاً بر فسخ قرارداد غبنی، در هر شرایط، اصرار شود، نه با عدالت معاوضی سازگار است و نه تحلیل‌های اقتصادی روز آن را تجویز می‌کنند. به نظر می‌رسد در رأی مورد بحث، دادگاه به این نکات توجه داشته و هرچند این تحلیل‌ها در رویه قضایی هنوز به طور جدی مطرح نشده است اما نوید تحول می‌دهد. مقاله حاضر با رویکرد توصیفی تحلیلی، به تقویت مبنای رأی صادره از شعبه ۵ دادگاه تجدیدنظر استان مرکزی می‌پردازد تا ضمن تبدیل آن به یک قاعده عمومی، زمینه ساز تغییر منصفانه رویه قضایی و هدایت آن به سمت جبران خسارت از راهایی غیر از فسخ باشد.

۲- متن آرای دادگاه نخستین و تجدیدنظر

به موجب دادنامه شماره ۹۵۰۹۹۷۸۶۱۰۵۰۰۹۶۴ مورخ ۱۳۹۵/۹/۲ موضوع پرونده شماره

۹۵۰۹۹۸۸۶۱۰۵۰۰۰۲۰ شعبه ۵ دادگاه عمومی حقوقی اراک: «در خصوص دعوی ... به خواسته مطالبه مابه التفاوت قیمت ملک ... به این شرح که خواهان اظهار داشته که ملک را در سال ۱۳۹۳ از خواننده به قیمت ۳۳۵ میلیون تومان اکتیاع نموده است و پس از وقوع بیع، متوجه شده است که مبلغ ۸۹ میلیون تومان ثمن را مغبون شده است ... نظربه اینکه در خیار غبن، امکان و فرصتی برای مغبون برای مطالبه مابه التفاوت قیمت قراردادی و واقعی مبیع وجود ندارد و در حقیقت، لزوم پایبندی به مفاد قرارداد و عوضین آن، مقتضی این امر است که جز در موارد مصرح قانونی نظیر خیار عیب موضوع ماده ۴۲۲ قانون مدنی و خیار تبعض صنفه موضوع ماده ۴۴۲ قانون مدنی، امکانی برای مطالبه قیمت، در طول حق خیار برای دارنده حق فسخ، ممکن و متصور نیست؛ لذا ... حکم بر بی حقی خواهان صادر و اعلام می شود».

شعبه ۵ دادگاه تجدیدنظر استان مرکزی بموجب دادنامه ۹۶۰۹۹۷۸۶۱۷۰۰۰۳۸۳ مورخ ۱۳۹۶/۴/۲۸ موضوع پرونده شماره ۹۵۰۹۹۸۸۶۱۰۵۰۰۰۲۰ با نقض این رأی مقرر می دارد: «اولاً تأسیس حقوقی غبن در عقد بیع در جهت رعایت منافع و غبطه متعاملین می باشد و هر چند مصداق اعلامی حقوقی مغبون در عقد بیع منعقد، حق فسخ می باشد اما اختیار فسخ مغایرتی با التزام به عقد بیع و مطالبه تفاوت قیمت از غابن ندارد و چنین حقی هم از عبارت «می تواند» از ماده ۴۱۶ قانون مدنی که ظهور در حق انتخاب و تخییر دارد، مستفاد می گردد و هم از امکان پرداخت تفاوت قیمت که در ماده ۴۲۱ آن قانون به رسمیت شناخته شده است، برداشت می گردد؛ چرا که در جایی که امکان پرداخت مابه التفاوت قیمت توسط طرف معامله میسر است، به طریق اولی چنین حقی در مطالبه برای مشتری نیز وجود خواهد داشت و عدالت معاوضی و انصاف در قراردادهای نیز مؤید همین نظر است و از طرفی شرط چاپی بند ۶ ماده ۶ مبایعه نامه فی مابین طرفین در اسقاط خیار غبن مانع از مطالبه نمی باشد زیرا اولاً اسقاط حق خیار مستلزم علم و اطلاع شخص به موضوع خیار و سپس اسقاط آن است و بدیهی است که اگر تجدیدنظرخواه علم به غبن و قیمت واقعی مبیع حین العقد داشته، اقدام به معامله نمی نمود؛ ثانیاً جمله یادشده به صورت تیپ و از پیش تعیین شده در قراردادهای مشاورین املاک درج می گردد و هیچ دلیلی بر اطلاع تجدیدنظرخواه از اسقاط خیار و التزام به آن وجود ندارد ثالثاً در این مرحله از رسیدگی برای تعیین قیمت عادله مبیع در زمان بیع و مشخص شدن مغبون بودن و میزان آن، به کارشنای ارجاع شده که کارشناس رسمی میزان آن را در زمان عقد ۴۵۵/۰۰۰/۰۰۰ ریال تعیین نموده که دلالت بر

غبن فاحش دارد ... بنابراین دادگاه تجدیدنظرخواهی را وارد و موجه تشخیص و دادنامه تجدیدنظرخواسته را نقض و مستند به مواد ۴۱۷، ۴۱۶ و ۳۰۱ قانون مدنی ... حکم بر محکومیت تجدیدنظرخوانده به پرداخت مبلغ ۴۵۵/۰۰۰/۰۰۰ ریال صادر و اعلام می‌دارد».

۳- نقد رای دادگاه تجدیدنظر

با بررسی مبانی قانونی رای و استدلال‌های مندرج در آن، به سهولت می‌توان به پاره‌ای از ایرادات اشاره داشت: اولاً دادگاه محترم تجدیدنظر از واژه «می‌تواند» در ماده ۴۱۶ ق.م.، تخییر در فسخ یا مطالبه تفاوت قیمت را استنباط کرده است. در حالی که با توجه به مفاد ماده ۴۲۱ ق.م. و سوابق فقهی، مقصود، تخییر بین فسخ معامله یا ابقاء عقد، بدون دریافت تفاوت قیمت است. ثانیاً ماده ۴۲۱ ق.م. دلالتی بر حق غابن در دادن تفاوت قیمت و یا حق مغبون در مطالبه تفاوت قیمت ندارد مگر توافقی حاصل شده باشد. به بیان دیگر، منشاء امکان دادن تفاوت قیمت و جلوگیری از فسخ بیع، تراضی جدیدی غیر از بیع سابق و نهاد خیار غبن است. ثالثاً استناد به عدالت معاوضی و انصاف پر جاذبه است اما کافی نیست زیرا وقتی مقنن با علم به اختلاف نظر در فقه امامیه، در مورد حق مغبون در اخذ ما به التفاوت قیمت، سکوت می‌کند و یا در ماده ۴۲۱ ق.م. اختیار غابن در دادن تفاوت قیمت را رد می‌کند، استناد به عدالت معاوضی و انصاف، ممکن است اجتهاد در مقابل نص باشد؛ مضافاً این که گشودن راه اخذ تفاوت قیمت راه را برای مطالبه تفاوت قیمت در سایر خيارات مانند تخلف از شرط و تخلف از وصف باز می‌کند و بازنگری در نظام قانونی خيارات را به دنبال دارد. رابعاً در رای مورد نقد، مرجع عالی، اسقاط خیار غبن را نادیده گرفته است با این توجیه که اسقاط آن بدون علم به غبن بوده و مغبون در حین امضای قرارداد توجهی به اسقاط خیار نداشته است. این استدلال‌ها کامل نیست زیرا ادعای جهل به غبن مانع از سقوط حق فسخ نیست و این استدلال، حکمت امکان سقوط خيارات را، به عنوان یکی از حقوق خصوصی از بین می‌برد و ماده ۴۴۸ ق.م. را بیهوده می‌کند و عدم آگاهی از مفاد شرط مورد توافق نیز ادعایی است که بار اثبات آن به عهده مغبون است و امضای ذیل سند قرارداد اقرار به قبول آن محسوب می‌شود و بار اثبات کذب بودن اقرار را بر دوش مغبون می‌گذارد. خامساً نظریه کارشناس مبنی بر وجود غبن فاحش، بر فرض هم که اسقاط خیار را کافی ندانیم، فقط موید

امکان فسخ است و دلیل امکان مطالبه تفاوت قیمت نیست.

اینها دلایلی بود که با لحاظ عبارات قانون مدنی و سوابق فقهی موضوع، نقد رای دادگاه تجدید نظر را موجه می سازد؛ اما نمی تواند ذهن عدالت جو را قانع کند؛ زیرا درحقیقت، مبانی اقتصادی قراردادهای و عرف سوداگران بر رای مورد نقد، مهر تایید می زند. برآستی چرا مغبون نتواند با مطالبه ی مابه التفاوت قیمت و غابن با دادن تفاوت ثمن معامله و قیمت متعارف بازار، همسو با اصول لزوم قراردادهای و ابقاء عقود حرکت کند و مانع از مشکلات ناشی از اقامه دعوی فسخ و تشریفات اثباتی آن شود و از زیان های احتمالی در مرحله استرداد عوضین نیز پرهیز کند؟ اگر جبران ضرر و تامین عدالت معاوضی، مبنای خیار غبن است چرا ضمانت اجرای پرداخت و مطالبه ما به التفاوت قیمت، در کنار اختیار فسخ، در فرض امتناع غابن از دادن تفاوت قیمت، مورد قبول اندیشه های فقهی و قانون مدنی قرار نگرفته است؟ این دغدغه ها ما را به تامل وامی دارد و تحلیل حقوقی و اقتصادی و نگرش دوباره به مبانی فقهی را ضروری می سازد. انگیزه ای که بی گمان از رأی دادگاه تجدیدنظر به ارمغان داریم و اثر رویه قضایی در اندیشه های حقوقی را نشان می دهد و اینک نوبت این اندیشه هاست که مسیر حرکت رویه قضایی را هموار تر نماید. همانگونه که شیخ انصاری در تحلیل نهایی معاطات می فرماید: «فتقول و بالله التوفیق».

۴- مبنای خیار غبن

گفته می شود که خیار غبن، مظهر تعارض آزادی و عدالت است. آزادی قراردادی، مبنای پیمان های خصوصی است اما عدالت، تعادل نسبی میان دو ارزش مبادله شده را لازم می داند. قوانین مربوط به جلوگیری از غبن و جبران آن در واقع تمهیدهای گوناگونی است برای ایجاد تعادل میان آزادی و برابری در قرارداد (Katouzian, 1997: 205-206) پایه معامله به معنای خاص خود بر تنازع و غلبه و تفاوت ارزش میان دو عوض نهاده شده است. جامعه نابرابری متعارف بین دو عوض را مشروع می بیند و فرض می کند که عدالت در این گیر و دار رعایت می شود (همان، ص ۲۱۹) اما چرا مغبون می تواند در معاوضه ای که به نحو فاحش زیان دیده، عقدی را که محصول توافق است یکجانبه فسخ کند؟ پاسخ این پرسش برای توجیه راهکارهای متفاوت از قانون مدنی به کار می آید.

در خصوص مبنای خیار غبن نظریه های مختلفی بیان شده است: نظریه شخصی، غبن را بر مبنای حاکمیت اراده و حمایت از آزادی اشخاص بررسی می کند. بر طبق این نظر، عیب اراده، مبنای واقعی اثر غبن در قرارداد است (Ibid: 227) اما، در نظریه نوعی، غبن، عیب قرارداد است و وجود تعادل بین دو عوض، صرف نظر از اثری که در سلامت اراده دارد از شرایط درستی عقد است؛ خواه در توجیه آن گفته شود که موضوع تعهد در بخش اضافی فاقد سبب است یا بگوییم که عدالت معاوضی ایجاب می کند حداقلی از تعادل بین دو عوض وجود داشته باشد و اگر از حد متعارف نابرابری فراتر رود، قرارداد مخالف اخلاق و نظم عمومی است (Ibid: 228). در فقه اسلامی نیز تعدد نظرات و تحلیل ها را شاهدیم:

الف- عیب رضا: در این نظر، مغبون ناآگاه به آنچه واقع شده، راضی نیست و معامله او مشمول نهی خوردن مال دیگری به غیر تراضی است (Ansari, 1995: 158). در نقد این تحلیل گفته شده است که در این صورت، اثر غبن باید بطلان معامله باشد نه خیار فسخ (Katouzian, op.cit: 234).

ب- تخلف از شرط ضمنی: برابری دو عوض، قید تراضی نیست تا تخلف از آن موجب بطلان معامله شود. برابری دو عوض، چندان نوعی و عام است که نمی توان آن را در شمار انگیزه های شخصی آورد بلکه شرط ضمنی و معهود عرفی هر قرارداد معوض است. این نظر را نیز می توان نقد کرد زیرا در معاملات معوض مغابنه ای، هر طرف می کوشد در معامله سود بیشتری کند و تعادل قیمت را به نفع خود بر هم زند و انتساب برابری عوضین را نمی توان از شروط عرفی قراردادهای معوض به شمار آورد (Katouzian, op.cit: 237).

ج- بی عوض ماندن ارزش اضافی: مجموع هر عوض در برابر مجموع عوض مقابل قرار می گیرد و مبادله با انگیزه برابری ارزش آنها صورت می پذیرد؛ در نتیجه مغبون می تواند عقد را امضا کند یا مقدار اضافی را همانند مال بخشیده شده پس بگیرد. این اقدام با مقتضای معاوضه منافات ندارد زیرا در واقع مقدار اضافی داخل در معاوضه نبوده است. این تحلیل بدون این که از سبب نام ببرد بر آن تکیه می کند (Katoozian, Ibid: 238-239) و در نقد آن گفته شده است که امکان فسخ معامله در بخشی از آن و تبعیض در مفاد تراضی با مقتضای معاوضه مخالف است و به زیان طرف قرارداد منتهی می شود (Ibid: 239).

د- پرهیز از ضرر و جبران آن: در غبن فاحش و ناخواسته چون از حکم وفای به عقد ضرری ناروا به بار می آید، آن حکم نفی می شود و در نتیجه مغبون حق فسخ پیدا می کند. با این وصف،

خیار غبن برای جلوگیری از ورود زیان به مغبون است نه جبران عیب اراده او. این نظر که در فقه طرفداران بسیاری دارد (Najafi, 2015: 42)، خالی از انتقاد نیست و از جمله گفته شده است که نفی حکم لزوم عقد، ملازمه با ایجاد خیار برای مغبون ندارد چرا که احتمال دارد با دادن تفاوت قیمت، ضرر جبران شود و قدر متیقن آن است که مغبون وقتی حق فسخ می یابد که غابن نخواهد یا نتواند با دادن تفاوت قیمت، ضرر ناشی از عقد را جبران کند و تنها همین امر یقینی می تواند موضوع استصحاب قرار گیرد (Katouzian, op.cit: 241).

در مقام داوری میان شرط ضمنی و قاعده لاضرر به عنوان مبنای غبن، قاعده لاضرر ترجیح دارد و احکام قانون مدنی را بهتر توجیه می کند و به خیار غبن اصالت می بخشد. اما استاد مرحوم دکتر کاتوزیان به فراست، ناکارایی احکام قانون مدنی و نظر مشهور را در یافته و با پیش بینی آرای مانده آنچه مورد بحث ماست، نوشته اند: «باید دانست در آینده قاعده لاضرر تاب تفسیرهای گوناگون و توان جذب ضرورت‌های اجتماعی را دارد... برای مثال اگر جبران ضرر مغبون مبنای خیار غبن باشد،... چرا دادن تفاوت قیمت نتواند از انحلال قرارداد جلوگیری کند؟.. از نظر فنی، باقی ماندن خیار ممکن است قابل دفاع باشد، ولی نتیجه ای است که به دل نمی نشیند و زیانبار به نظر می رسد. به ویژه، در جایی که غابن نیز از حقیقت آگاه نبوده است و اکنون با دادن تفاوت قیمت حسن نیت خود را ثابت می کند، دادن خیار فسخ به مغبون منصفانه به نظر نمی رسد» (Ibid: 245). امری که قبل از آن مورد توجه فقیه هوشیار قرار گرفته است و صاحب ریاض استدلال می کند که اگر نفی ضرر، مستند خیار غبن باشد حکم قانون وابسته به وجود ضرر خواهد بود که با بذل قیمت از بین می رود (Haeri, 1997: 305; Katouzian, op.cit: 452).

اینک پرسشی مطرح می شود که آیا صرف وجود غبن نامتعارف در زمان معامله برای مغبون حق فسخ ایجاد می کند یا باید وجود ضرر فاحش در زمان استفاده از خیار غبن نیز موجود باشد؟ جبران ضرر مغبون پیش از اعمال خیار از دو راه بیشتر متصور می شود: یکی تغییر بهای کالاهای مبادله شده به گونه ای که تعادل مطلوب را برقرار سازد. دوم طرف قرارداد یا شخص ثالث تفاوت بها را می پردازد (Ibid: 250). در فرض اول کمتر مغبون به فسخ می اندیشد اما در فرض دوم احتمال فسخ بیشتر است زیرا ممکن است مغبون با دست یافتن به تفاوت قیمت نیز معامله را به صلاح خود نداند، مانند خرید سکه صد هزاری به صد و پنجاه هزار ریال و تنزل فاحش قیمت سکه و رسیدن قیمت آن به هشتاد هزار ریال. قانون مدنی در ماده ۴۲۱ به روش اخذ تفاوت قیمت

جواب منفی می دهد و با مبنای پذیرفته شده در ماده ۴۷۸ ق.م. در مورد عیب مخالف است. ماده اخیر: «با مفاد قاعده لاضرر سازگارتر است، چرا که مبنای واقعی خیار تنها ورود ضرر نیست، بقای ضرر جبران نشده است که فعلیت دارد و تعادل اقتصادی قرارداد را بر هم می زند. هدف از برقراری حق فسخ، دادن وسیله ای برای گریز از همین ضرر است. بنابراین شیوه جبران ضرر نباید موثر باشد و مغبون سابق را قادر بر فسخ قراردادی کند که بر او ضرری وارد نمی کند...ماده ۴۲۱ قانون مدنی جبران ضرر مغبون را موثر نمی داند ولی باید انصاف داد که پذیرفتن نظر مخالف منطقی تر و عادلانه تر است» (Ibid: 251-252). پس مغبون وقتی می تواند فسخ کند که اولاً ضرر در زمان عقد حادث شود و ثانیاً ضرر تا زمان فسخ موجود باشد (Ibid: 250).

۵- اثر غبن

۱-۵- فسخ عقد و مسأله مطالبه ارش توسط مغبون

بسیاری از فقها تصریح کرده اند که با ثبوت غبن، مغبون حق دارد قرارداد را فسخ یا امضاء نماید، بدون اینکه حق مطالبه ارش داشته باشد. انحصار اختیار مغبون به یکی از این دو راهکار، متکی به اجماع است؛ برخی، اجماع منقول را به نقل از علامه در تذکره (Asadi heli, 1994: 71) بیان کرده اند (Moghadas ardabilly, 1983: 403; Bahrani, 1985: 42; najafi, op.cit:9). برخی ادعای اجماع محصل دارند (Ibid: 50; Ameli, 1998: 241). برخی به «عدم خلاف» در این مسأله اشاره کرده (Bahrani, op.cit: 74) و بالاخره، برخی نیز اجماع محصل و منقول را به علامه نسبت داده اند (Najafi, kashaf al gheba, (n.d): 146).

برخی از استادان حقوق، با نقد رویکرد قانون مدنی و مطلق خیار، با استفاده از مبانی اصل ابقای عقود^۱ و نگرشی دیگر به قاعده لاضرر، مطالبه ارش را منطبق با یکی از اصول مهم «ترازی» می دانند. از منظر ایشان هر ترازی مشتمل بر اصول تملیک در برابر تملیک، تسلیم در برابر تسلیم

۱- ابقای عقود، یعنی عقودی که دچار اختلال می شوند ابقا می شوند تا به نحو شایسته تعمیر و مرمت شوند (ibid: 45) (همو، ص ۴۵) مانند بهم خوردن موازنه در ارزش عوضین. عناصر اصل ابقای عقود عبارتند از: ۱- انعقاد عقد با همه عناصرش ۲- وجود خلل در عقد اعم از خلل در ترازی یا اصول سه گانه موازنه از جمله ارزش عوضین ۳- امکان ابقا و اصلاح وجود داشته باشد (Ibid, B: 48).

و موازنه در ارزش عوضین است (Jafari langeroudi, 2008, A: 218-221; B: 419). ایشان یکی از عناصر خیار غبن را امتناع یا تعلل غابن در جبران زیان دانسته است. مغبون به صرف وقوع غبن حق ندارد عقد را فسخ کند زیرا مستندات اصل ابقاء عقود مانع از فسخ است. اگر غابن از دادن خسارت امتناع کند یا تاخیر و تعلل در جبران زیان کند زیان دیده حق فسخ عقد را دارد. نظر مخالف بر خلاف عرف معاملات است و شتابزده داده شده است (Ibid, B: 419). اگر غابن به موقع در رفع ضرر مغبون اقدام نکند مغبون حق فسخ می یابد البته مغبون می تواند عقد را فسخ نکند و غابن را ملزم به رعایت موازنه ارزشی کند که حین العقد مورد تعهدش بوده است. پس اگر مغبون فسخ را انتخاب کند به لاضرر عمل کرده است و اگر نکند و ارش بخواهد به اصل ابقاء عقود به اضافه لاضرر عمل کرده است. اختیار نقض و ابرام عقد با مغبون است. لاضرر برای خیار غبن کافی نیست بلکه شرط لازم است و حاجت به اصل ابقاء عقود هم هست (Ibid).

۲-۵- پرداخت مابه التفاوت قیمت توسط غابن

در این که آیا غابن می تواند با پرداخت مابه التفاوت ثمن، زیان مغبون را جبران کند و مانع از انحلال قرارداد شود، اختلاف نظر وجود دارد و نظر مشهور فقهی، عدم امکان است. موافقان معتقدند که مبنای خیار غبن، دفع ضرر مغبون به دلیل کسری ثمن است و بنابراین با پرداخت آن، خیار منتفی می شود (Bahrani, 1994: 445). مخالفان به استصحاب تکیه می کنند و اینکه با ثبوت حق فسخ، از بین رفتن آن نیازمند سبب دیگری است که صرف پرداخت کسری ثمن، شرعاً سبب زوال حق فسخ نیست (Asadi heli, 1994: 71; 1993: 67; Ameli, 1996: 275). برخی نیز با این استدلال که پرداخت کسری ثمن، در واقع، خارج از عقد اولیه و به منزله ی هبه ای تازه است که قبول آن بر مغبون الزامی نیست، معتقد به بقای خیار هستند (Asadi heli, 2008: 485). برخی (Bahrani, op.cit, 43; Ameli, 1998: 229). پاسخ را در گرو «مدرک» خیار غبن می دانند. به این صورت که اگر مدرک این خیار، ضرر مغبون باشد، ظاهر این است که با پرداخت مابه التفاوت ثمن، مبنای خیار منتفی می شود؛ بویژه اینکه خیار، خلاف اصل است و به جهت ضرورتی وضع شده که تنها باید در همان وضعیت باقی بماند و با تردید، منتفی شود. مضافاً می توان گفت با وجود اصل لزوم قراردادها، قابلیت بقای خیار فسخ به عنوان مستصحب، مورد تردید است و با

پرداخت ما به التفاوت قیمت نمی توان بقای خیار را استصحاب کرد. اما اگر مبنای خیار غبن، اجماع باشد، با پرداخت وجه، خیار منتفی نمی شود (Ibid, 1984: 43)، زیرا پرداخت مبلغ، در هر حال ربطی به عقد سابق که در حالت غبن واقع شده، ندارد و هبه ای تازه است. لذا موضوع خیار را که عقد همراه با غبن است، از بین نمی برد. همچنین دفع ضرر با فسخ نیز ممکن است و چرا باید پرداخت قیمت را مقدم بر فسخ تلقی نماییم؟ (Ameli, 1998: 229).

از منظر حقوقی با اینکه برخی از استادان، که به نظر می رسد در مقام نقد موضع قانون مدنی و پی ریزی تئوری تازه ای هستند، به منتفی شدن فسخ، در فرض جبران مابه التفاوت، تصریح کرده اند (Jafari langeroudi, 2001: 300)، اما با وضعی که قانون مدنی دارد، استدلال مخالف هنوز هم رخ می نمایاند و نیازمند تقویت است؛ هر چند ممکن است گفته شود که قانون مدنی در مقام بیان، تنها پرداخت مابه التفاوت از سوی غابن را مانع از فسخ ندانسته ولی مفهوماً به این معناست که مغبون حق مطالبه ارش دارد. به عبارت بهتر، منع قانون مدنی، یک سویه است و اختیار زوال یا بقای عقد تنها به دست مغبون داده شده است. او می تواند مطالبه ارش نماید یا در باب ابقا یا فسخ عقد تصمیم بگیرد و غابن تنها باید منتظر اقدام مغبون باشد بدون اینکه پیشنهاد جبران خسارت او (پرداخت مابه التفاوت ثمن)، به خودی خود مغبون را مأخوذ نماید. اثر عملی این تفکیک در جایی است که قیمت مبیع بعد از عقد، تفاوت فاحش داشته باشد. در این صورت فسخ قرارداد و اعاده مبیع، به سود مغبون است اما صرف آمادگی غابن برای پرداخت مابه التفاوت ثمن، نفع مغبون را در این شرایط تأمین نمی کند. برای مثال، قیمت مبیع ۱۰ واحد است و به ۶ واحد به فروش می رسد. متعاقباً مبیع افزایش قیمت داشته و به ۲۰ واحد می رسد. در این صورت، صرف پرداخت مابه التفاوت (۴ واحد)، قابل مقایسه با فسخ عقد و تحصیل دوباره مبیع ۲۰ واحدی نخواهد بود!

۶- ارش و رابطه آن با عموم خیارات

۶-۱- وضعیت عمومی ارش

فقه امامیه در این خصوص، نگاهی «منفی» و «متکثر» دارد. نظر غالب این است که ارش، قاعده عمومی نیست و تنها در برخی صور مانند خیار عیب، قابل مطالبه است (Tabatabaie hakim, 1995: 39). برخی نیز که ارش را موافق قاعده می دانند، به استفاده از آن در غیر بیع نظر دارند نه

اینکه در هر مورد، نقص مالیت یا شرط یا وصف را از طریق ارش قابل جبران بدانند (Sabzevari, 187: 1992). از نظر برخی، ارش، فاقد دلیل شرعی یا مبنای عقلایی برای همه موارد نقص در اوصاف میباید است و تنها از باب جبران خسارت، در خیار عیب ثابت است (Khoii, 2005: 270). دیدگاه فقها به ارش، منفی است زیرا با اعمال قواعد اصطیادی مانند «الشرط لا یقابل بالمال» (Ansari, 1995: 73)، «الشروط لا یوزع علیها الثمن» (Ameli, 1992: 216) و «الأوصاف لا تقابل بالاعراض» (Tabatabaie Yazdi, 1993: 7)، ارش را به عنوان وسیله جبران بخشی از نقص میباید، خلاف اصل می دانند و در عین حال، این دیدگاه متکثر است زیرا برای مثال، در مورد نقص میباید قبل از قبض یا در جایی که شرط، ممتنع می شود (Asadi heli, 1993: 492) یا شرط، عملی است که نفساً دارای ارزش است، و اجرای آن به هر جهت، ممتنع می شود، برخی، قائل به ثبوت ارش داده شده یا ثبوت ارش را خالی از وجه ندانسته اند. (Ansari, op.cit: 74). جالب است که برخی ضمن مخالفت با پرداخت ارش در مسأله غبن، ضمن بیان نظرات مخالفان و اشاره به اجماع و اینکه اصل براءت غبن از پرداخت ارش، برای عدم ثبوت آن کافی است، گفته اند که ارش تنها در جایی وجود دارد که نقص در «صفات میباید» باشد و غبن از این موارد نیست! (Mamaghani, 72:).

در اینکه چرا ارش ویژه خیار عیب یا موارد منصوص دیگر است، پاسخ ها قانع کننده نیست زیرا با وجود تلاش برای تمایز وصف صحت میباید از سایر اوصاف، مبنای استدلال به همان ارزش مالی میباید برمی گردد که تفاوتی با بسیاری از اوصاف میباید و دیگر خیارها نخواست داشت. برای مثال گفته است که ارش در عیب به دلیل فقدان وصف سلامت است زیرا هر چند اوصاف در مقابل بخشی از ثمن قرار نمی گیرند اما خریدار با ملاحظه ارزش مالی میباید سالم، معامله می کند. او ثمن را به اعتبار سلامت میباید که ارزش مالی خود را دارد، می پردازد! و اگر ثابت شود که میباید فاقد این وصف است، در واقع پرداخت بخش مازاد، غیرعقلایی و لغو است (Mousavi, 18: khomeyni, 2001). در پاسخ به این اشکال که مبنای مذکور در سایر موارد مانند خیار غبن نیز قابل اعمال است، گفته اند که مقتضای قاعده در خیار غبن نیز همین است و تنها به دلیل تصریح دیگر فقها (اجماع)، ارش منتفی است. این تحلیل به خوبی نشان می دهد که از نظر ایشان، ارش قاعده ای عمومی در معاملات است زیرا در تمام موارد، نوعاً و عرفاً افراد با ملاحظه اوصاف میباید که در قیمت گذاری دخالت دارد یا با لحاظ ارزش کلی میباید، وارد معامله می شوند و با شرایط

لازم، باید از طریق ارزش این انتظار را جبران کرد (Ibid: 336). یکی از استادان، با بیان اصول موازنه یعنی تملیک در برابر تملیک، تسلیم در برابر تسلیم و موازنه در ارزش عوضین که از آیه تراضی استخراج می شود، معتقدند وجود عیب، موازنه را بر هم می زند پس خیار عیب موافق قاعده است نه مخالف قاعده؛ و در واقع، باید دو اصل ابقاء عقود و قاعده لاضرر را با هم دید (Jafari langeroudi, A: 218-219). مشتری می تواند با تمسک به اصل ابقا، عقد را نگهدارد و بر مبنای لاضرر ارزش بگیرد؛ زیرا فسخ ممکن است برای وی ضرری به بار آورد و ابقاء عقد بدون اخذ ارزش هم مضر است زیرا ثمن را داده برای میبعی که معیوب نباشد یا مشمول غبن نباشد، لذا حال که معیوب است یا مغبون شده نباید طرف مقابل به زیان وی استفاده بلاجهت کند و اکل مال به باطل نماید. پس اخذ ارزش^۱ همه جا موافق قاعده است (Ibid: 220).

۲-۶- ارزش و خیار غبن

۲-۶-۱- کوره راهی به جبران خسارت

با نگرشی که گذشت، بر اساس رویکرد فقهی، انتظار چندانی برای جبران خسارت مغبون، باقی نمی ماند. با این حال، برخی فروع فقهی در این خصوص قابل توجه است. شهید اول در دروس به هنگام بحث از امکان اسقاط خیار غبن در حین عقد، به این نکته اشاره دارد که اسقاط این خیار و خیار رؤیت، برخلاف سایر اختیارات می تواند به غرر منتهی شود. ایشان سپس خیار غبن را با این استدلال از غرر دور می کند که غرر را در هنگام خیار غبن به آسانی می توان با پرداخت مابه التفاوت، دفع کرد (Ameli, 1996: 276). یکی از شارحان مکاسب صرفاً در توضیح تفاوت مذکور می گوید که در غبن، با پرداخت وجه، بخش کسر شده جبران می شود و این بخش، معادل و مقابل همان وجهی است که از باب ارزش پرداخت می شود (Mamaghani,: 195). برخی روایات صحیح (Koleyni, 11987: 195) نیز در خصوص حفظ تعادل اقتصادی عوضین و

۱- از نظر ایشان عناصر ارزش عبارتند از: ۱- عقد تملیکی معوض، ۲- بهم خوردن موازنه ارزش عوضین، ۳- بهم خوردن موازنه ارزش عوضین ناشی از تراضی طرفین نباشد، ۴- طرف به طوع و رغبت ضرر وی را جبران نکند مانند جبران غبن مغبون از طرف غابن و الا حق التغریم وی ساقط می شود و مورد برای مطالبه ارزش نمی ماند، ۵- زیان دیده ابقای عقد و مطالبه حق التغریم را بخواهد و انتخاب کند و ۶- مطالبه مابه التفاوت از طرف بر مبنای لاضرر (Ibid: 221).

لزوم تعلق وجه به شخصی که ذیحق اصلی آن است، وجود دارد که صاحب جواهر در بحث از تعلق ارش به مغبون یا پرداخت مابه التفاوت، از آن یاد کرده و با عبارت «فتأمل جیدا»، آن را بی ارتباط با بحث نمی داند (Najafi, 2015: 51). تحلیل های فقهی از این دست، می تواند کوره راهی به جبران خسارت در حقوق نیز بگشاید و به لزوم جبران خسارت با پرداخت تفاوت قیمت مبیع، اعتبار شرعی ببخشد؛ گو اینکه این امور و نظرات مخالف با ارش، استنباط فقهی و نه لزوماً مبین حکم شرع است!

۶-۲-۲- مزایای ارش در مسأله غبن

انکار جبران متعارف خسارت مغبون از طریق ارش، می تواند به تزلزل عقود و طرح دعاوی غبن، بویژه غبن افحش دامن زند. رویه قضایی در مسأله اسقاط غبن، در برخی آرا، آن را به غبن متعارف (فاحش) منصرف می کند و غبن غیرمتعارف (افحش) را نیازمند تصریح می داند. برخی نیز اساساً این اسقاط را نمی پذیرند و باطل می دانند. بموجب دادنامه شماره ۹۴۰۹۹۷۸۶۱۷۰۰۱۲۲۲ مورخ ۱۳۹۴/۱۲/۲۴ موضوع پرونده شماره ۹۴۰۹۹۸۸۶۱۰۲۰۰۲۶۲ شعبه ۵ دادگاه تجدیدنظر استان مرکزی: «اسقاط خیار غبن در حالتی است که عرفاً دلالت بر غبن افحش نداشته باشد و الا عرفاً و منطقیاً قابل پذیرش نیست که افراد به خرید مالی مبادرت کنند که بطور افحش در آن غبن به وجود آمده است، بدون اینکه در هنگام معامله به این امر آگاهی داشته باشند و علی القاعده، منظور متعاملین از اسقاط خیار غبن، در حالتی است که مبیع به طور قابل اغماض کمتر یا بیشتر از قیمت عادلانه روز معامله باشد و الا چنانچه از نظر منطق حقوقی و عرف معاملات، غبن افحش باشد، سقوط خیار غبن، منصرف از آن خواهد بود». شعبه اول دیوان عالی کشور نیز بموجب دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۶۱۰۰۹۶۲ مورخ ۱۳۹۲/۱۱/۲۰، رأی دادگاه نخستین را که اسقاط خیار غبن را از غبن افحش منصرف اعلام نموده بود، با این استدلال ابرام می کند که: «نظر به اینکه ملاک و مرجع تشخیص در مورد، عرف است، غبن افحش نیز متدرجاً در بحث اختیارات به عنوان خاص در عداد دیگر اختیارات ذکر می شود و ذکر آن در معیت غبن فاحش به معنا و مفهوم مرادف بودن دو عنوان نیست». از منظر اقتصادی نیز بی گمان بقای عقد و جبران خسارت، مقدم بر فسخ کلی آن است. تحلیلی که به زودی از خاطر خواهد گذشت.

۶-۲-۳- ماهیت و معیار مابه التفاوت قیمت مبیع

در دادنامه شعبه ۵ دادگاه تجدیدنظر استان مرکزی، دادگاه با ثابت دانستن حق جبران خسارت برای مغبون، حکم به پرداخت تفاوت قیمت مبیع در زمان عقد صادر نموده است. در این رأی از ارش نیز سخنی به میان نیامده است و لذا ممکن است ادعا شود که تفاوت قیمت مذکور، ماهیت ارش ندارد تا معیار مربوط در خیار عیب یا تبعض صفقه، در آن اعمال شود. از این رو، این ادعا نیز افزوده می شود که رأی مذکور با رویکرد غالب فقها که ادعای اجماع نیز در آن وجود دارد، مخالفی ندارد بلکه براساس قواعد عمومی مسئولیت مدنی که بنظر می رسد با کارایی اقتصادی نیز همسویی دارد، صادر شده است. با این بیان، رویکرد دادگاه، بر مبنای ارش بنا نشده است زیرا ارش با لحاظ تناسب بین قیمت واقعی و قیمت قراردادی سنجش می شود و حال آنکه دادگاه صرفاً به تفاوت قیمت این دو بدون لحاظ تناسب مذکور، حکم داده است. به عبارت دیگر، قضاوت عرفی را محور قرار داده و غابن را به تکمیل ثمن تا حد قیمت واقعی محکوم می کند. راهکاری که بر مبنای مسئولیت مدنی و قواعد فرعی آن مانند استفاده بلاجهت، قابل تأیید است.

۷- تحلیل اقتصادی اثر غبن

۷-۱- تحلیل اقتصادی قرارداد ناقص (غبنی)

حقوق در مفهوم سنتی به معنای شناخت قواعد رسمی حاکم بر روابط افراد و سازمان ها و تعیین حقوق و تکالیف افراد است که از این منظر، دانشی مستقل محسوب می شود. با این حال، امروزه، حقوق، ابزار مهندسی اجتماعی و درصدد تحقق اهداف خاص اجتماعی و اقتصادی و سیاسی هم تعلق می شود (Babaii, 2007: 14). بر خلاف حقوق سنتی که قواعد حقوقی را در چهارچوب و برای تامین عدالت و انصاف می دید، حقوق اقتصادی کارایی اقتصادی را به عنوان هدف اصلی قواعد حقوقی در نظر می گیرد (Ibid: 17). در رویکرد اقتصادی، کارایی مفهوم بنیادی است. کارایی یعنی از امکانات موجود با توجه به محدودیت ها و کمبودها، به نحوی استفاده شود که بالاترین مطلوب حاصل گردد. تحلیل اقتصادی حقوق استفاده از تکنیک ها، تحلیل ها و ارزش های اقتصادی است برای توضیح روابط حقوقی و شناخت عکس العمل افراد در مقابل قواعد حقوقی و همچنین شناخت و معرفی قواعد حقوقی مفید و کارآمد که می تواند در

تعیین و اعمال قواعد حقوقی برای قانونگذاری و قضات نقش راهنما را بازی کند (Ibid: 41). در تحلیل اقتصادی حقوق، درستی و اخلاقی بودن تمام قواعد حقوقی بر مبنای توانایی آنها در افزایش ثروت جامعه سنجیده می شود و عملی عادلانه محسوب می گردد که بهره وری اقتصادی داشته باشد (Badini, 2005: 386).

با وجود ابهامات در ملاک کارایی اقتصادی و اختلاف در تعیین ترجیحات و مطلوب‌های انسانی، در زمینه‌هایی از روابط حقوقی مانند حقوق قراردادها و مسئولیت مدنی و حقوق تجارت که هدف آنها جلب سود و گریز از زیان مالی است، اعمال ملاک کارایی اقتصادی و افزایش ثروت با مشکل کمتری مواجه است (Babaii, op.cit: 54). براساس یکی از معیارهای اقتصادی کارایی، عمل اقتصادی وقتی کارآمد است که دست کم شرایط یک نفر بهتر از قبل شود، بدون اینکه شرایط شخص دیگری بدتر شود (Ansari, 2011: 122). یکی از اهداف تحلیل اقتصادی قراردادها، اصلاح قرارداد ناقص است مانند فرضی که قرارداد غیر عقلانی است یا یکی از متعاقدین در زمان انعقاد قرارداد اطلاعات مطلوبی نداشته است (Ibid: 152). در واقع، نظریه‌ی انتخاب عقلانی، که می تواند آزادی قراردادی را توجیه کند، غیر واقعی به نظر می رسد زیرا مبتنی بر فرض اطلاعات است؛ در حالی که انسان اطلاعات کمی را برای توصیف و ارزش گذاری درست گزینه ها و پیامد آنها در اختیار دارد. در فرضی هم که اطلاعات کامل وجود دارد تصمیم گیرنده در زمان تصمیم گیری همه اطلاعات را در نظر نمی گیرد (Ibid: 3).

هر چند آزادی قراردادی پیش شرط جابجایی آزاد کالاها و خدمات در اقتصاد است؛ لیکن بر اساس تحلیل اقتصادی، ناکارایی مفاد و شروط قراردادی مبنایی است که اصل آزادی قراردادی را محدود می کند (Ibid: 247). در صورتی که هزینه معاملاتی بالا باشد و قراردادها به صورت ناقص منعقد شوند، دخالت دولت می تواند کارایی را افزایش دهد؛ چراکه هزینه معاملاتی ممکن است ناشی از انحصار یا شرایط یکی از طرفین باشد (Ibid: 258) همان، ص ۲۵۸). در علم اقتصاد از اقتصاد «هزینه مبادله» سخن گفته می شود. هزینه مبادله، از جمله، آن دسته از هزینه‌های پیش بینی نشده‌ای است که به علت عدم پایداری یکی از طرفین مبادله به تعهداتش، بر طرف دیگر مبادله تحمیل می شود (Renani, 2003). به عبارت دیگر هزینه مبادله، آن دسته از هزینه‌هایی است که افراد در فرآیند مبادله اقتصادی متحمل می شوند تا حقوق مالکیت خود را مشخص، تعریف و تضمین کنند. پس هزینه مبادله در برگیرنده هزینه‌های کسب اطلاعات درباره فروشنده، خریدار و

کیفیت کالا یا خدمتی که مبادله می‌شود، هزینه‌های عقد قرارداد و نظارت بر عملکرد طرف مقابل، و از همه مهمتر هزینه‌های مربوط به تعریف حقوق مالکیت و تضمین اعمال این حقوق می‌باشد (Renani, 1996: 327). بدین ترتیب هزینه مبادله هزینه‌ای است که به فرد، گروه و یا سازمان، برای کنترل رفتار و نظارت بر مبادله در زمانی که با دیگر افراد، کنش اقتصادی انجام می‌دهند، تحمیل می‌شود. به گونه‌ای که هزینه مبادله را می‌توان به دو بعد از رفتارهای انسانی (محدودیت موجود برای اطلاعات کامل و تمایل به نفع شخصی) نسبت داد. هزینه مبادله از لحاظ تعریف و نوع خود به هزینه مبادله بازاری، هزینه مبادله مدیریتی، هزینه مبادله سیاسی و هزینه مبادله طبیعی تقسیم می‌شود (Alavi, 2004: 40).

بحث از مفهوم هزینه مبادله، با دو انتقاد نسبت به فرض عقلانیت کامل آغاز می‌شود و دو فرض رفتاری دیگر را جایگزین آن می‌کند:

الف- کنشگران، عقلایی عمل می‌کنند ولی در بروز دادن رفتار عقلایی با دو محدودیت مواجه هستند: یکی این که اطلاعات آنها ناقص است. دوم- بر فرض دسترسی به همه اطلاعات، توان محاسباتی کنشگران به قدری نیست که بتوانند تمام اتفاق‌ها و احتمالات متناظر را به دقت محاسبه کنند و بر مبنای آن تصمیم درست بگیرند. پذیرش عقلانیت محدود، متضمن این معناست که به عنوان یک اصل در اقتصاد هزینه مبادله، قراردادها همواره ناقص هستند؛

ب- چون قراردادها ناقص هستند، برای افراد جویای نفع شخصی به طور بالقوه این امکان وجود دارد که از نقص‌های موجود در قرارداد به نفع خود و به زیان دیگری استفاده کنند. فرصت طلبی دومین فرض رفتاری است که جایگزین فرض عقلانیت کامل می‌شود (Nasiri Aghdam, 2006: 163-217). با پذیرش عقلانیت محدود و فرصت طلبی (Ansari, op.cit: ۲۱۳)، جای دو موضوع در تحلیل‌های اقتصادی باز می‌شود: اولاً- نقص قراردادها وقتی با امکان فرصت طلبی همراه می‌شود، زمینه‌ی نقض قراردادها را فراهم می‌آورد؛ یعنی در هر قرارداد، خطر نقض آن وجود دارد. ثانیاً در طراحی هر سازمان یا نهاد، سعی شود ساز و کاری برای سازماندهی آن انتخاب گردد که در آینده (پس از انعقاد قرارداد) کمترین هزینه را ایجاد کند. از این نظر، با توجه به خطرهای صریح فرصت طلبی در قراردادها می‌توان از حجم آنها کاست و هزینه‌های مبادله را کاهش داد (Ibid: 366-368).

یکی از دلایل نقص قراردادی، نابرابری اطلاعاتی است. از نظر اقتصادی، اطلاعات دارای

ارزش هستند و اگر عوامل اقتصادی از اطلاعات کامل و رایگان برخوردار نباشند، شرایط رقابت سالم و کامل فراهم نمی شود و تعادل کلی نیز به وجود نمی آید. نابرابری اطلاعاتی یکی از مبانی بی عدالتی قراردادی است. تعهد به ارائه اطلاعات ناشی از حسن نیت و رعایت انصاف است و حتی سکوت عمدی دارنده اطلاعات، سکوت تدلیسی است. در اسلام، نهی از نابرابری اطلاعاتی یکی از مبانی مهم «تلقی رکبان» است. خیار غبن نیز وسیله ای برای تضمین عدالت معاوضی و نابرابری اطلاعاتی است (Ibid: 181, 281). اهمیت اطلاعات تا بدانجا است که برخی نویسندگان یکی از اهداف نظریه اقتصادی حقوق قراردادها را تشویق به ارائه کارآمد اطلاعات در روابط قراردادی دانسته اند (Kouter and Youlen, 2010: 313).

تعادل قراردادی شرط ضمنی هر قرارداد است اما وقتی قرارداد از این حیث نقض شد، کدام ضمانت اجرا را باید اعمال کرد؟ و روش های جبران خسارت چه خواهد بود؟ یکی از روش های مرسوم، اعاده مال به صاحب اصلی است (فسخ) اما این یک روش حداقلی است و نفع مورد انتظار و فرصت های از دست رفته را جبران نمی کند (Ibid: 333). باید دید آیا راهکارهای دیگری نیز قابل تصور است؟

۷-۲- تحلیل اقتصادی دادن تفاوت قیمت

دیدیم که قانون مدنی برای مغبون، تصریحی به اختیار مطالبه‌ی تفاوت قیمت یا ارزش ندارد و ظاهر مقررات، صرفاً اختیار ابقا یا فسخ عقد را برای او تجویز نموده است. غابن نیز نمی تواند با دادن تفاوت قیمت مانع از فسخ معامله گردد مگر آن که متعاملین تراضی کنند که سبب مستقلاً از قرارداد سابق تلقی می شود. اما آیا این قواعد از منظر تحلیل اقتصادی موجه است؟ و آیا از نگاه عرف مردم عادی و سوداگران سودمند است و کارایی اقتصادی دارد؟ پاسخ دقیق و نهایی نیازمند بررسی آماری است. اما به نظر می رسد فسخ معامله غبنی نتواند همیشه قاعده ای کارا باشد زیرا ممکن است به دلیل بالا رفتن قیمت کالای مورد معامله، فسخ توجیه اقتصادی نداشته باشد و هر چند ممکن است ابقای عقد موجب شود که مغبون، ضرر فعلی متحمل نشود اما نمی توان ورود زیان در زمان وقوع عقد را انکار کرد. همچنین تجربه نشان داده است که امنیت حقوقی قراردادها و ثبات روابط حقوقی به پیشرفت اقتصادی و تامین امنیت روانی جامعه کمک می کند و چرا مغبون نتواند با مطالبه‌ی تفاوت بین قیمت بازار و ثمن معامله هم به حق خویش برسد و هم همسو با

اصل ابقای عقود و اصل لزوم قراردادهای حرکت کند؟ و چرا غابن نتواند با دادن تفاوت قیمت و زایل کردن مبنای خیار غبن از فسخ عقد جلوگیری کند؟ به ویژه که گاه خود غابن نیز از قیمت متعارف، ناآگاه و جهل، طرفینی بوده است؛ امری که در قانون مدنی مورد غفلت قرار گرفته است و بر جهل مغبون تکیه کرده است. واقعیت آن است که گاه متعاملین بعد از عقد و به استناد حق عینی مالکیت مورد تملک را به دیگری منتقل می کنند و حتا اگر معامله فسخ شود شاید مغبون نتواند به مثل یا قیمت مال خود برسد و چه بسا با اعسار یا ورشکستگی طرف عقد مواجه شود و اجبار مغبون به فسخ یا بقای عقد به معنای اجبار در دو راهی تحمل زیان یا خطر مواجهه با ورشکستگی طرف معامله است. تحلیل اقتصادی ایجاب می کند وقتی یک قاعده ی حقوقی کارایی اقتصادی نداشته باشد، حداقل در حوزه سوداگری و نه مطلق قواعد اعم از احوال شخصی و حقوق غیرمالی، آن را کنار گذاریم و با قاعده ای که به عدالت و کارایی کمک می کند جایجا کنیم. استفاده از تجربه های بشری در قراردادهای که مبتنی بر تجربه و عقلانیت است و توجه به تحولات اجتماعی و اقتصادی روزگار جدید لازمه ی رسیدن به درک بهتری از عدالت است و ضرورت دارد کارایی اقتصادی قواعد حقوقی به ویژه در مبحث قراردادهای را در احراز عدالت دخالت دهیم. کاری که به نظر می رسد دادگاه محترم تجدید نظر اراک در رای مورد بررسی انجام داده است، هر چند از حیث نگرش سنتی و مرسوم به دانش حقوق در ایران، کاری عجیب و شاید اجتهاد در برابر نص به شمار می آید و با وصف زیبایی باطنی رأی (انصاف قراردادی)، نقص در ویژگی های موجه و مستند بودن آن، نگران کننده است؛ چرا که دادگاه در رأی خود تحلیل هایی از این دست را دخالت نداده و تقریباً بدون مبانی عمیق فقهی و حقوقی و از جمله تحلیل اقتصادی یا مبانی مسئولیت مدنی، به مبارزه با شهرت عظیم و نزدیک به اجماع فقهی رفته است. بی گمان بخش استدلالی رأی، بیشترین حامی آن است و صرف نتیجه عادلانه، اثر اطمینان بخشی به منظور اقتباس از آن یا تغییر رویه قضایی ندارد.

۸- آثار غبن در پرتو استقلال مبانی مسئولیت مدنی

قواعد مسئولیت مدنی در کنار قواعد قراردادی مانند فسخ و ضمانت اجراهای مشابه، در حوزه های مختلف از جمله داد و ستد، متولی طراحی یک نظام حقوقی کامل برای تحقق عدالت

قراردادی و پرهیز از سوءاستفاده هستند. به نظرمی رسد تضمینات مسئولیت مدنی، مستقل از دیگر قواعد نیز قابل اعمال است. به این صورت که در سکوت ضمانت اجرای قراردادی یا در جایی که این ضمانت اجراها، عرفاً و با عنایت به نیازهای جامعه، کامل نیستند، راهکارهای خود را تجویز می کنند. برای مثال فسخ قرارداد، مانع از اقامه دعوی خسارت نیست و برای مثال، مطالبه خسارت ناشی از نقص مبیع یا تخلف از برخی شروط، همان طور که در فقه نیز تصریح شده است، منافاتی با امکان فسخ ندارد؛ زیرا در این موارد، اعاده وضع، سبب حرج ذینفع می شود و هدف قواعد مسئولیت مدنی، از جمله، تحقق کارایی اقتصادی و تأمین عدالت در این موارد است. فرض شود متعهد، احداث ساختمانی را عهده دار شده و بخشی از آن را مهمل نهاده است. الزام به ایفای تعهد زمان زیادی می طلبد و کار نیز به خوبی انجام نخواهد شد. در این جا، می توان خسارت ناشی از این نقص یا تخلف را مطالبه کرد (مبنای مسئولیت مدنی) و خود را در گیر مسیر دشوار الزام به ایفای تعهد و مانند آن نکرد. دقت بیشتر در قواعد مربوط به تخلف از شرط نشان می دهد که همین رویکرد مورد تأیید قانون مدنی قرار گرفته است؛ زیرا اولاً مطابق ماده ۲۳۸ این قانون، می توان شرط را اجرا کرد و هزینه آن را وصول نمود که به نوعی، خسارت ناشی از عدم ایفای قرارداد است، ثانیاً این قواعد تکمیلی هستند و عرف معاملاتی، بی گمان بر قواعد تکمیلی حاکم است؛ به این معنا که لازم نیست ابتدا الزام طرف را به ایفاء و یا انجام شرط به هزینه خود و سپس مطالبه آن از متعهد را دنبال نمود؛ بلکه می توان بطور مستقیم و از جمله با مساعی قواعد مسئولیت مدنی، دعوی مطالبه خسارت آن بخش را اقامه نمود. با این وصف، شاید راهکاری که دادگاه تجدیدنظر استان مرکزی اتخاذ نموده، بر مبنای همین قواعد و در کنار قواعد دیگر مانند فسخ قرارداد باشد. قدر متیقن، تحلیل مذکور در جایی که غابن با سوءاستفاده و اطلاع از تفاوت قیمت یا نابرابری اطلاعاتی وارد معامله می شود و به زیان مغبون اقدام می کند، منطقی است و در سایر موارد نیز مطالبه تفاوت قیمت، مصالح عالی‌ای دارد که نباید مورد غفلت رویه قضایی قرار گیرد.

۹- هماهنگی جبران خسارت با اراده طرفین

ممکن است ایراد شود که الزام غابن به پرداخت خسارت (تفاوت قیمت تا سقف قیمت واقعی)، برخلاف اراده طرفین یا حداقل، انطباق آن با این اراده مشکوک است. زیرا هیچ دلیلی

وجود ندارد که طرفین، خود را به قیمت واقعی مبیع مأخوذ نمایند و همیشه بخشی از قیمت در تعاملات و چانه زنی آنها کاسته می شود! بنابراین تحمیل تفاوت قیمت تا سقف قیمت واقعی براساس نظر کارشناس، برخلاف اراده مشترک آنها و عرف که مبین دیگری از این اراده است، خواهد بود. پاسخ این ایراد چندان دشوار نیست زیرا:

اولاً اگر مدلل شود که طرفین در هر مورد، ثمن را به کمتر از قیمت واقعی توافق نموده اند و در عین حال در همان مبلغ نیز غبن محقق شده است، بی گمان باید در جبران خسارت نیز به این توافق احترام نهاد و به همان اندازه از ثمن کاست؛

ثانیاً اینکه طرفین معمولاً تعاملاتی در تعیین قیمت دارند به این معنا نیست که آنچه توافق می کنند، غیر از قیمت واقعی است بلکه دقیقاً همان را باید قیمت واقعی دانست زیرا این قیمت، تنها براساس معیارهای نوعی بازار بدست نمی آید و شرایط یا عرف ویژه هر معامله یا صنف نیز در آن دخیل است. از این رو، در مزایده یا بیع حاکم، اگر شخصی در نوبت اول حاضر به خرید نباشد، در واقع باید قیمت را به لحاظ آن شرایط به نحو متعارف کاهش داد تا رغبت به معامله فراهم آید اما نه در حدی که تفاوت فاحش سبب تضييع حق مالک مال شود. ماده ۱۳۱ قانون اجرای احکام مدنی نیز وقتی از مزایده دوم و عبارت: «مال مورد مزایده به هر میزانی که خریدار پیدا کند، به فروش خواهد رفت»، سخن می گوید به تفاوت فاحش توجه ندارد اما به شرایط حادث نیز بی توجه نیست که یکی از آن موارد، کاهش متعارف قیمت به منظور رغبت خریدار بعدی است. برای این نظر می توان پایگاه فقهی نیز پیدا کرد. توضیح اینکه مرتهن می تواند مال مورد رهن را در صورت داشتن وکالت و در غیر این صورت با مراجعه به حاکم به فروش رساند. او باید بیع را با توجه به منافع رهن و برای مثال، معادل ثمن المثل منعقد نماید. در عین حال اگر مال را به کمتر از قیمت به فروش رساند، به نحوی که قابل تحمل نباشد، بیع باطل است اما اگر کاهش قیمت به نحوی باشد که نوعاً قابل تحمل است، مانند پنج درصد کمتر از قیمت، بیع صحیح می باشد و تنها سبب ضمان می شود (Ameli, 1996: 389, 390). قیمت مال با توجه به زمان و مکان و رغبت مردم تعیین می شود و ممکن است در دو زمان، متفاوت باشد (Ameli, 1992: 62; Ameli, 1993: 66). گاه یعی که به کمتر از ثمن المثل منعقد می شود، به سود مالک است زیرا سبب وفای به دین خواهد شد («لأنَّ بیعه بأقل من القیمه کان لأجل مصلحه الراهن فی وفاء دینه»؛ Ameli, 1998: 310; khodabakhshi, 2014: 414).

ثالثاً در صورتی که دلیلی بر شرایط ویژه طرفین یا کاستن از ثمن به جهت چانه زنی آنها وجود نداشته باشد، نمی توان به احتمال مذکور تکیه نمود و در اینصورت، مطابق قاعده، طرفین به قیمت واقعی که توسط کارشناس تعیین می شود، پایبند خواهند بود. از این روست که اگر در تحقق بیع اختلافی نباشد اما مصب دعوا، مبلغ ثمن باشد، باید قیمت واقعی را محور قرارداد (مانند بیع و کیل و اختلاف طرفین در ثمن قرارداد). بدین سان الزام غابن به پرداخت مابه التفاوت، دقیقاً همسو با اصل مذکور و مبتنی بر عرف داد و ستد است و نمی تواند مانعی برای نظر مختار باشد.

۱۰- یافته های پژوهش

به نظر می رسد این تحلیل که فسخ معامله غبنی، در عرض مطالبه ی تفاوت قیمت از سوی مغبون است نه در طول آن، از مجموع قواعد فقهی و حقوقی قابل استنباط است. این امر در حالت علم غابن، با وجود مبانی استواری مانند منع سوءاستفاده از حق، تردید کمتری دارد. لیکن در فرضی که غابن نیز به قیمت عادلانه جاهل بوده است، باید فسخ معامله از سوی مغبون منوط به عدم تأدیه تفاوت قیمت از طرف غابن گردد؛ یعنی فسخ در طول مطالبه تفاوت قیمت باشد؛ زیرا غابن نیز حقی بر بقای عقد دارد و با پرداخت تمه قیمت، دلیلی برای فسخ باقی نمی ماند. درواقع، نه تنها مغبون می تواند تفاوت قیمت را مطالبه کند، بلکه غابن نیز می تواند با پرداخت قیمت واقعی، مانع از فسخ معامله شود. احکام فوق همگی موافق اصل لزوم قراردادها و اصل ابقای عقود و زوال مبنای خیار(قاعده لاضرر) با دادن تفاوت قیمت است؛ زیرا با جبران خسارت و تردید در قابلیت بقای مستصحب(خیار)، امکان استناد به استصحاب متصور نیست یا بشدت مورد تردید است. تحلیل اقتصادی قراردادها به ویژه خیار غبن نشان می دهد که احکام بالا و رای دادگاه تجدیدنظر اراک در استماع دعوی مطالبه ی تفاوت قیمت، کارایی اقتصادی را فراهم می کند و عدالت معاوضی بهتر محقق می شود.

References:

- [1] Alavi, houman (2004), barrasi ravand tahavolat hazine mobadele dar eghtesad iran, doure 1380-1350, Esfahan university.
- [2] Ameli, javad,(1998), meftah al keramat fi sharhe ghavaed al alameh, entesharat eslami, vol. 14, first edition,Qom.
- [3] Ameli, mohamad (shahid aval),(1996), al dorous fi fegh al emamieh,

- vol.3, entesharat eslami, Qom.
- [4] Ameli, ali (mohaghegh sani),(1993), jame al maghased fi sharh al ghavaed, vol.5, moaseseh, alal beyt, second edition, ghom.
- [5] Ameli, zeyno al din(shahid sani),(1992), masalek al afham ela tanghah sharaye al eslam, vol. 4, moaseseh al maaref al eslamie, first edition, ghom.
- [6] Ansari, Mahdi, (2011), tahlile eghtesadi hoghogh e gharadadha, entesharat jaavedaneh, jangal, first edition.
- [7] **Ansari, morteza (sheykh),(1995), ketab al makaseb, vol. 6, kongereh, first edition, Qom.**
- [8] Asadi helli, allameh, tazkere al foghaha,(1994), vol. 11, moasese al beyt, first edition, Qom.
- [9] **Asadi helli, (allameh)hasan,(1993), ghavaed al ahkam fi marefat al halal va al haram,vol. 2, entesharat eslami, Qom.**
- [10] Asadi helli, mohamad(fakhr al mohagheghin),(2008), ezah al ghavaed fi sharhe moshkelat al ghavaed, vol.1, moaseseh esmaelian, Qom.
- [11] Babaii, iraj, (2007), mabani nazari rouykard eghtesadi hoghogh, majaleh pajooesh hoghogh va siyasat, issue. 9, n. 23, PP. 14-57.
- [12] Badini, hasan, (2005), phalsaphe masoolit madani, first edition, sherkat sahmi enteshar,
- [13] Bahrani, yousef,(1985), al hadaegh al nazere fi ahkam al etrat al tahereh, vo. 19, entesharat eslami, first edition, Qom,
- [14] Bahrani, hoseyn, (1984), al anvar al gavame fi sharhe mafatih al sharaye, vol. 11, majma al bohous al elmi, first edition, Qom,
- [15] Haeri, seyyed ali,(sahib riaz),(1997), riyaz al masael fi jahghigh al ahkam bedalael, vo. 8, moaseseh alolbeyt, Qom.
- [16] Jafari langeroudi,mohammad jafar, (2008), A: al faregh, dayerat al maaref omoumi hoghogh, vol.1, first edition, ganje danesh, Tehran.
- [17] Jafari langeroudi,mohammad jafar, (2008), B: al faregh, dayerat al maaref omoumi hoghogh, vol.1, first edition, ganje danesh, Tehran.
- [18] Jafari langeroudi,mohammad jafar, (2001), phalsaphe hoghogh madani, vol. 2, osoul ame ezn va ezniat, first edition, ganje danesh
- [19] Katouzian naser, (1997), ghavaede omoomi gharardadha, vol. 5, second edition, sherkat sahmi enteshar,
- [20] Khodabakhshi, abdollah, (2014), hoghoogh hakem bar ejrae arae madani, sherkat sahmi enteshar, first edition, tehran.
- [21] Khoii, seyyed abolghasem,(2005), mesbah al feghahe, vol. 7, moaseseh ehya asar emam Khoie,
- [22] Kouter, Rabert,. Youlen, Tams,(2010), translated bt: Dadgar, Yadollah and Akhavan, Hamedeh, hoghoogh va eghtesad, pajoueshkade eghtesad va noor, first edition, tehran.

- [23] Koleyni, aboujafar,(1987), al kafi, vol. 5, al kotob al eslamie, forth edition, Tehran.
- [24] Mansouri, saeed, (1997), tahlile mabani khiyare ghabn, pajuhashnameh hoghogh khosousi, n. 1, PP, 59-72.
- [25] Moghadas ardabili,(1983), majma al faede al borhan fi sharhe ershad al azhan,vo. 8, entesharat eslami, first edition, ghom.
- [26] Mousavi khomeyni, seyed rouh allah, (2001), Ketab al beey, vol. 5, moaseseh tanzim vw nashr, first edition, Tehran.
- [27] Najafi, kashef al gheeta, Mahdi,(n.d), Mored al enam fi sharhe sharaye al eslam, vo. 4, moasese kashef al gheeta, forth edition, najaf.
- [28] Najafi, mohamad hasan(sahib al javaher), (2015), javaher al kalam fi sharhe sharaye al eslam, dar ehya al joras al arabi, senenth edition, Beirut.
- [29] Nasiri Aghdam, Ali,(2006), Eghtesad Hazineh-Mobadeleh, Jastarhay Hoghooghi, ser. 3, vol. 5.
- [30] Sabzevari, seyed abdol al ala,(1992), mohazab al ahkam fi bayak al halal va al haram, vol. 17, forth edition, daftar ayat allah sabzevari, ghom.
- [31] Tabatabaee hakim, Seyed Mohsen, (1995), Mostamsek al orvat al vosghah, vol. 12, first edition, moaseseh dar al tafsir, ghom.
- [32] Vashed seymari, mofleh, (1999),ghayat al maral fi sharhe sharaye al eslam, vol. 2, dar al hadi, first edition, Beirut.
- [33] Tabatabaie Yazdi,(1993), seyed mohamad kazem, takmele al orvat al vosgha, vol. 1, davari, first edition, ghom.