

بررسی تطبیقی کفایت قابلیت تعیین مورد معامله در حقوق ایران، مصر و کامن لا

حامد صالحی علی آبادی*
محمدحسن صادقی مقدم**

تاریخ تأیید: ۱۳۹۸/۴/۲

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۱۲/۲۱

چکیده

بر مبنای تلقی مشهور از منابع فقهی و حتی حقوق موضوعه کشورمان، لزوم تعیین قطعی مورد معامله حین عقد به عنوان یک اصل به منظور صحت معاملات شناخته شده و به دنبال آن اعتبار بسیاری از قراردادهای مورد نیاز جامعه اقتصادی که در آن مورد معامله بر اساس روش مورد توافق طرفین، در آینده قابل تعیین محسوب می‌گشت، مستنداً به این اصل در هاله‌ای از ابهام قرار می‌گرفت؛ این در حالی است که قابلیت تعیین رهیافت لازم برای اقتصادی سازی و پیدایش ظرفیت حقوقی برای معاملات موصوف را فراهم می‌آورد. با استفاده از دستاوردهای این تحقیق باید اذعان نمود کفایت قابلیت تعیین، نه تنها در فقه اسلامی و حقوق موضوعه کشورمان دارای مستندات متقنی بوده بلکه امروزه در حقوق کشور مصر و نظام حقوقی کامن لا نیز به عنوان یک اصل پذیرفته شده است و در نظام قانونگذاری خود، به تصریح آن را منعکس نموده‌اند. در این نوشتار با گردآوری اطلاعات از منابع کتابخانه‌ای و با استفاده از روش تحلیلی و توصیفی نسبت به کشف حکم و تحلیل آن وارایه پیشنهادات اصلاحی اقدام شده است.

واژگان کلیدی: غرر، تعیین قطعی مورد معامله، ضابطه عینی و شخصی، قیمت روز، قابلیت تعیین.

۶۴

حقوق اسلامی / سال شانزدهم / شماره ۳۰ / بهار ۱۳۹۸

* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی و مدرس دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی / نویسنده مسئول (h.salehy@gmail.com).
** استاد گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران (mhsadeghy@ut.ac.ir).

مقدمه

بسیاری از فقها و حقوقدانان بر این باور بوده‌اند که برای آنکه قراردادها از حالت غرری خارج شوند می‌بایست مورد معامله حین عقد به‌طور قطعی تعیین گردد. لکن امروزه بسیاری از معاملات، که از ضرورت‌های زندگی اجتماعی و اقتصادی محسوب می‌شود شمول اصل مذکور را به حکم عرف و بر مبنای نیازهای عمومی جامعه، مورد نقض قرار داده است. از جمله قراردادهایی که اصل لزوم تعیین قطعی مورد معامله را با چالش مواجه ساخته، قراردادهای پیش‌فروش آپارتمان، قراردادهای سفارش ساخت (استصناع)، قراردادهای پیش‌فروش مصنوعات و مواد خام (نفت و گاز) و عقود احتمالی می‌باشد (طاهرخانی، ۱۳۹۱، ص ۷۸-۱۱۳ / حکیم‌زاده حسینی، ۱۳۹۰، ص ۶۷-۷۴). در این قراردادها میزان عوض یا عوضین، حسب اقتضای مورد معامله^۱ یا به‌منظور دفع هر گونه ضرر احتمالی^۲ در زمان انعقاد قرارداد مشخص نیست و تعیین آن بر مبنای معیاری ثابت به آینده موکول می‌گردد.

نقض اصل تعیین قطعی مورد معامله در قراردادهای مذکور موجب شده تا بر اساس قاعده غرر، اعتبار این قراردادها در هاله‌ای از ابهام قرار گرفته درحالی که کنار گذاشتن این قراردادها موجب چالش برای جامعه اقتصادی کشور می‌گردد.

این مهم درحالی است که به‌نظر می‌رسد این نیاز روز جامعه اقتصادی قابل پاسخ بوده و اساساً نیازی به تعیین قطعی مورد معامله حین عقد نیست، بلکه تعیین معیاری مورد توافق که عوض یا عوضین در آینده بر مبنای آن تعیین گردد، کافی است. بنابراین، قابلیت تعیین، ظرفیت بالقوه‌ای است که طرفین برای تعیین عوض یا عوضین در آینده بر مبنای معیاری ثابت توافق می‌نمایند (حکیم‌زاده حسینی، ۱۳۹۰، ص ۶۷). این دیدگاه اخیراً مورد توجه جامعه حقوقی قرار گرفته است (برای ملاحظه سوابق امر، ر.ک: امینی، ۱۳۸۰ / علوم‌ی یزدی، ۱۳۷۰، ص ۴۱ به بعد / قاسم‌زاده، ۱۳۸۳ / وحدتی شبیری، ۱۳۷۹، ص ۱۲۹

۱. نظیر آنچه که در عقود احتمالی می‌بینید که در آن یکی از عوضین حین عقد قابل تعیین نبوده و تعیین آن بر مبنای ضابطه‌ای مشخص به آینده موکول می‌شود. انواع عقود مشارکت، بیمه و... در زمره این دسته از عقود می‌باشند.

۲. نظیر آنچه که در انواع قرارداد پیش‌فروش مصنوعات با مدت زمان تحویل نسبتاً طولانی در شرایط اقتصادی تورمی دیده می‌شود.

به بعد / طاهرخانی، ۱۳۸۲، ص ۱۱۹ به بعد / حکیم زاده حسینی، ۱۳۹۰ / خیرمند، ۱۳۹۱). لکن تبیین عمیق مبانی فقهی و حقوقی آن و انجام مطالعه تطبیقی جامع با حقوق خارجی نیازمند انجام یک پژوهش مستقل را داشت. از این رو در این تحقیق بر آن شدیم ضمن تبیین مستندات و مبانی پذیرش کفایت قابلیت تعیین در فقه شیعه و حقوق موضوعه کشورمان اشاره به تجربیات کشورهای مصر^۱ و همچنین انگلیس و امریکا به عنوان نمایندگان نظام حقوقی کامن لا و نحوه انعکاس آن در نظام قانونگذاری کشورهای مزبور داشته و در نهایت پیشنهادهای به منظور اصلاح بعضی از مواد قانون مدنی به منظور پیاده سازی مقوله کفایت قابلیت تعیین مورد معامله در حقوق موضوعه کشورمان داشته باشیم. شایان ذکر است گر چه عمده مستندات و مصادیقی که در ادامه می آید مربوط به عوض یا به طور خاص ثمن در بیع می باشد لکن با عنایت به اینکه خصوصیتی در عوض (ثمن) معامله وجود ندارد نتیجه حاصل و حکم مربوط قابل تعمیم به معوض (مبیع) در معامله نیز می باشد.

۱. کفایت قابلیت تعیین مورد معامله در فقه امامیه و حقوق ایران

در این بند کفایت قابلیت تعیین مورد معامله به لحاظ منابع و مبانی مورد واکاوی قرار گرفته و نشان داده خواهد شد که این نظریه دارای مستندات متقنی در فقه و حقوق موضوعه کشورمان بوده و قابلیت بومی سازی در کشور ما را به خوبی داراست.

۱-۱. مستندات نظریه در فقه امامیه

ابن جنید اسکافی از فقهای متقدم امامیه، بر خلاف مشهور، به لزوم تعیین قطعی مورد معامله معتقد نیست. ایشان بدون ارائه مستند، دلیل و مبانی، قابلیت تعیین مورد معامله را در مورد ثمن پذیرفته است؛ بدین نحو که اگر طرفین عوض قراردادی را همان قیمتی قرار دهند که فروشنده همان نوع کالا را به دیگران فروخته است، بیع صحیح است، و در این صورت برای خریدار خیار وجود دارد (به نقل از: نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۲،

۱. مطالعه تطبیقی با کشور مصر از آن جهت انتخاب گردید که نظام حقوقی این کشور نیز متأثر از فقه اسلامی بوده و ثمرات آن قابل بهره برداری برای کشورمان که دارای نظام قانونگذاری اسلامی بوده، می باشد.

روایت مذکور در استدلالهای خود به مخالف بودن آن با اجماعی بودن لزوم تعیین قطعی مورد معامله و روایت نفی غرر استناد نموده‌اند. با وجود این، صاحب حدائق به علت مشهور و خالی از معارض بودن روایت رفاعه از لحاظ سندیت و انتساب آن به معصوم □ ضمن شناسایی اعتبار این روایت در حل تعارض روایت رفاعه با اجماع و روایت غرر معتقد است که روایت خاص رفاعه، اجماع و روایت عام نفی غرر را تخصیص می‌زند. به عبارت دیگر بیع با ثمن تعیین نشده مطابق اجماع و روایت نفی غرر صحیح نیست، مگر اینکه بنا بر آنچه در روایت خاص رفاعه نخاس ذکر گردیده است، تعیین قیمت بر عهده مشتری باشد (برای دیدن ایرادهای دیگر و پاسخ آنها، ر.ک: نوری، ۱۳۷۹، ص ۶۳ به بعد). همچنین برخی از فقهای معاصر (بهجت، ۱۴۲۶، ج ۲، ص ۵۳۴) در عقد بیع، ضمن تأیید لزوم تعیین ثمن در معامله، امکان تراضی و توافق طرفین بر قیمت بازار با لحاظ نظر حاکم را صحیح می‌دانند. بنابراین اگر خریدار و فروشنده‌ای در خصوص معامله بر کالایی توافق و تراضی کنند و تمامی ارکان معامله صحیح باشد و فقط در خصوص ثمن به نظر حاکم ارجاع دهند، صحت معامله خالی از وجه نیست.

در مقابل، طیف کثیری از فقها به‌طور عمده مستند به حدیث نبوی □ «نهی النبی عن الغرر» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۴۰۹، ص ۱۷) قائل به لزوم تعیین قطعی مورد معامله به‌منظور احتراز از غرر موضوع نهی روایت مزبور شده‌اند (انصاری، ۱۴۱۱، ج ۴، ص ۲۰۶ / مراغه‌ای، ۱۴۲۹، ج ۲، ص ۱۳۹۱ / نراقی، ۱۳۷۵، ص ۸۳). در ارزیابی دیدگاه ایشان باید گفت بنا بر آنچه که از منابع و متون فقهی و اذعان فقها برمی‌آید غرر مقوله‌ای کاملاً عرفی بوده و نه یک تأسیس شرعی و تشخیص آن به‌وسیله عرف محقق می‌گردد.

اگرچه سابقاً عرف و سیره عقلای جامعه برای روشن‌سازی هرچه بیشتر نتایج عقود و معاملات و احتراز از غرر، لزوم تعیین قطعی مورد معامله را لازم می‌دانست. با این وجود، امروزه در جامعه ما تحولاتی در سطح روابط اقتصادی - تجاری - اجتماعی رخ داده است و در این راستا معاملاتی از جمله قراردادهای مشارکت در احداث، قراردادهای نفتی، قراردادهای پیش فروش خودرو و... ظهور نموده است که تعیین مورد معامله هنگام انعقاد قرارداد یا ممکن نبوده یا تعیین قطعی آن مستلزم ضرر احتمالی

است. نظر به اینکه در حوزه خاص هر نوع از معاملات عرف خاص آن معامله لازم الاجراست و درمورد قراردادهایی از این دست مطابق عرف سلیم جامعه، مورد معامله در آینده بر مبنای معیاری ثابت تعیین می‌گردد؛ لذا می‌توان گفت به دلیل نیاز مبرم جامعه به این دسته از عقود و توسعه اقتصادی ناشی از گسترش آنها، از منظر عرف عقلائی امروزه عدم تعیین قطعی مورد معامله در قراردادهای پیش گفته، منجر به خطرناک و غرری شدن این دسته از معاملات نشده و به دیگر سخن غرر متصور در این گونه قراردادها از جنس غیر مؤثر (برای مطالعه تفصیلی در مفهوم، منابع و مبانی غرر مؤثر، ر.ک: صالحی علی آبادی، ۱۳۹۶، ص ۲۷-۴۷) در بطلان تلقی می‌گردد.

حضور مشتاقانه مردم در این گونه قراردادها بهترین گواه بوده که در معاملاتی که مورد معامله در آن با پیش بینی ضابطه‌ای قابل تعیین بوده مساله احتمال ضرر نادیده انگاشته شده و در نتیجه این معاملات خطرناک و غرری محسوب نشده و ای بسا روی گردانی از چنین معاملاتی را عرف جامعه موجب از دست دادن فرصتها و عملی سفهی تلقی نماید.

۱-۲. مستندات و مصادیق نظریه در حقوق موضوعه ایران

برای اثبات کفایت قابلیت تعیین، مستندات متعدد و البته پراکنده ای در میان قوانین و مقررات می‌توان یافت. در این مجال ما برای مطالعه نظام مند این بحث، قوانین و مقررات مزبور را در دو حوزه ی قواعد عمومی قراردادها و عقود معین تفکیک و ارایه می‌نماییم.

۱-۲-۱. مستندات نظریه در گستره قواعد عمومی قراردادها

قانون مدنی در بحث از قواعد عمومی قراردادها، نظریه قابلیت تعیین مورد معامله را مورد پذیرش قرار داده است. احکام و مقررات مذکور در این زمینه تمامی انواع قراردادهای معین و نامعین را در برمی‌گیرد. در ذیل به بررسی موارد مذکور می‌پردازیم:

۱-۱-۲-۱. موارد کفایت علم اجمالی

ماده ۲۱۶ قانون مدنی ذیل شرایط اساسی برای صحت عقود به‌طور کلی مقرر می‌دارد: «مورد معامله نباید مبهم باشد مگر در موارد خاصه که علم اجمالی کافی باشد» تردیدی که در اینجا وجود دارد آن است که آیا موارد خاصه که ماده فوق‌الذکر در آن علم اجمالی را کافی دانسته را می‌بایست صرفاً در قانون جست‌وجو نمود یا آنکه برای تعیین آنها می‌توان از عرف بهره جست و هر جا که عرف مقتضی بداند علم اجمالی کافی است؟ برخی نویسندگان (رفیعی، ۱۳۷۸، ص ۱۲۸/ وحدتی شبیری، ۱۳۷۹، ص ۱۳۲/ امامی، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۲۲۰) معتقدند موارد خاصه که علم اجمالی نسبت به مورد تعهد کفایت می‌نماید، می‌بایست در خود قانون جست‌وجو نمود. این نویسندگان در توجیه دیدگاه خویش چنین ذکر نموده‌اند که بر اساس صدر این ماده، اصل بر لزوم تعیین قطعی مورد معامله حین انعقاد عقد است مگر در موارد استثنایی که قابلیت تعیین مورد معامله که از آن به علم اجمالی تعبیر می‌شود، کافی باشد. پس با لحاظ ماهیت استثنایی کفایت علم اجمالی به مورد تعهد می‌بایست موارد آن را تفسیر محدود نمود و در شناسایی موارد آن نباید از موارد مصرح در قانون فراتر رفت.

استدلال اخیر الذکر به شرح ذیل قابل انتقاد است:

نخست، قسمت اخیر ماده ۲۱۶ قانون مدنی، در مقابل صدر آن استثناء در مقابل اصل نیست تا به دلیل استثناء بودن، کفایت قابلیت تعیین مورد معامله تفسیر محدود گردد. کافی است به مواردی که مورد تعهد حین انعقاد قرارداد نامعلوم است اما با وجود این، مورد پذیرش قانونگذار واقع شده است توجه نمود. همچنانکه در مبحث آینده خواهید دید شمار عقود معینی که قابلیت تعیین مورد تعهد در آنها مورد پذیرش واقع شده در مقایسه با عقود معینی که لزوم تعیین قطعی مورد تعهد را پذیرفته بیشتر است. به علاوه در حوزه عقود نامعین امروزه روند فزاینده افزایش تعداد قراردادهایی که مورد معامله حین انعقاد قرارداد مشخص نیست و تعیین آن به آینده موکول می‌شود چندان زیاد است که حتی دسته‌بندی آنها نیز ممکن نیست، از جمله قراردادهای مذکور قراردادهای پیش فروش آپارتمان، قراردادهای با ثمن شناور علی‌الخصوص در حوزه تجارت بین‌الملل، قراردادهای پیش فروش مصنوعات و مواد خام (گاز و نفت)

قراردادهای سفارش ساخت (استصناع) و غیره می‌باشند.

بنابراین طریقه رفع ابهام از مورد معامله با علم اجمالی به آن و قبول نظریه قابلیت تعیین در مقابل طریقه رفع ابهام از مورد معامله با علم تفصیلی و تمسک به نظریه لزوم تعیین قطعی مورد معامله، استثناء در مقابل اصل نبوده و هر کدام قلمرو خاص خود را دارد.

دوم، تأکید ماده ۲۱۶ قانون مدنی در خصوص رفع ابهام از مورد معامله به وسیله علم تفصیلی بر مبنای غلبه است و نه بعنوان یک اصل؛ چراکه طریقه رفع ابهام از مورد معامله بستگی به طبیعت مورد تعهد و معیار عرفی رفع ابهام از آن دارد و در بسیاری از موارد طریقه رفع ابهام از مورد معامله با علم تفصیلی صورت می‌گیرد. با وجود این امروزه به دلیل تحول صورت گرفته در روابط اقتصادی - تجاری عرفی جامعه، در بعضی معاملات تعیین قطعی مورد تعهد حین انعقاد قرارداد به حسب اقتضای مورد تعهد یا اجرای عدالت در روابط تجاری طرفین، ممکن نبوده و تعیین آن با تکیه بر معیاری ثابت به آینده موکول می‌گردد.

به این ترتیب به خوبی مشاهده می‌شود استدلال طرفداران نظریه انحصار موارد کفایت علم اجمالی به منصوصات قانونی مخدوش و غیر قابل استناد است اما در تقویت نظریه اینکه موارد کفایت علم اجمالی را منوط به نظر عرف نموده است و طرفداران آن (صفایی، ۱۳۹۱، ص ۵۲ / صفایی، ۱۳۸۴، ص ۱۳۳) باید گفت:

اولاً، در تفسیر قوانین به‌ویژه در مواضعی که بر اثر تحولات اجتماعی مسائل جدیدی مطرح می‌شود، نباید محدود به نصوص قانونی شد و دست کم می‌بایست از منبع عرف در تشخیص موضوعات - و نه احکام - که در فقه و حقوق ما قابل استناد است برای حل مسایل و نیازهای اجتماعی بهره جست.

ثانیاً، باتوجه به اینکه مبنای تنظیم ماده ۲۱۶ قانون مدنی قاعده غرر بوده است و مفهوم غرر و حدود و ثغور آن را می‌بایست در عرف جست‌وجو کرد، این گونه به‌نظر می‌رسد هر جا که عرف معامله‌ای را حسب نیازهای عمومی جامعه خطرناک شناسد و در نتیجه از آن احتراز نکند، علم اجمالی به مورد معامله کافی است. بنابراین توجیهی ندارد که موارد خاصه در ماده مذکور را محدود به موارد تصریح شده در قانون بدانیم.

در نتیجه بر اساس ماده ۲۱۶ قانون مدنی، حسب اقتضای مورد تعهد و یا هر جا که نیاز عمومی جامعه پیش بینی سازو کاری برای تعیین مورد معامله به منظور جلوگیری از تنازع احتمالی در معامله در آتیه را ایجاب نماید، علم اجمالی به مورد معامله و به تعبیر دیگر، قابل تعیین بودن آن برای رفع غرر مؤثر در بطلان معامله، کفایت می نماید (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۲، ص ۱۸۵).

۲-۱-۲-۱. معامله نسبت به مال خود و دیگری

هر گاه کسی مال خود و مال دیگری را بدون اجازه او ضمن یک قرارداد به فروش رساند یا بالعکس مالی را برای خود و دیگری بدون اخذ نیابت از وی، خریداری نماید، بر اساس ماده ۲۵۶ قانون مدنی قرارداد، نسبت به مال او و برای او صحیح و نسبت به دیگری غیر نافذ است.^۱

ممکن است در هر دو قرارداد پیش گفته این شبهه مطرح شود که چون مورد نهایی معامله در حین عقد معلوم نبوده است، پس چنین معامله ای حتی در بخشی که شخص مالکیت داشته، غرری و باطل است. لکن نظر به اینکه تفکیک مال و ملک دیگری از مال متعلق به فرد در هر یک از این دو قرارداد به راحتی و با یک ضابطه مشخص ممکن است، لذا با بطلان بخشی از قرارداد، قسمت صحیح آن قابل تعیین می باشد. این چنین شبهه غرری بودن مرتفع و قرارداد نسبت به مال شخص در هر یک از دو قرارداد فروش و خرید، از دید قانونگذار صحیح تلقی شده است (قاسم زاده، ۱۳۸۳، ص ۱۴۶).

۳-۱-۲-۱. تعیین مورد تعهد به وسیله یکی از طرفین یا شخص ثالث

قابلیت تعیین مورد تعهد به وسیله یکی از طرفین یا شخص ثالث، در قانون مدنی منعکس نگردیده است. با وجود این، قانون مدنی در موارد خاصی نظیر مواد ۱۰۸۹^۲ و ۱۰۹۰^۳ اندیشه تعیین مورد تعهد توسط یکی از طرفین یا شخص ثالث را به طور خاص

۱. ماده ۲۵۶ ق.م. هرگاه کسی مال خود و مال غیر را به یک عقدی منتقل کند یا انتقال مالی را برای خود و دیگری قبول کند معامله نسبت به خود او نافذ و نسبت به غیر، فضولی است.
 ۲. ماده ۱۰۸۹: «ممکن است اختیار تعیین مهر به شوهر یا شخص ثالثی داده شود در اینصورت شوهر یا شخص ثالث می تواند مهر را هر قدر بخواهد معین کند».
 ۳. ماده ۱۰۹۰: «اگر اختیار تعیین مهر به زن داده شود زن نمی تواند بیشتر از مهرالمثل معین نماید».

پذیرفته است. بدین ترتیب یکی از اشکال قابلیت تعیین در مورد معامله به قانون مدنی کشورمان به نوعی راه یافته و مورد پذیرش قرار گرفته است.

۲-۲-۱. مستندات و مصادیق نظریه در گستره عقود معین

در این مجال تنها به برخی از عقود معین اعم از تسامحی و غیر تسامحی که قابلیت تعیین مورد تعهد در آنها از جانب قانونگذار مورد پذیرش قرار گرفته ذیلاً مورد بررسی قرار می‌گیرد:

۱-۲-۲-۱. بیع مال کلی

در بیع مال کلی فی الذمه، مبیع مالی است که اشباه و نظایر آن شایع باشد. در چنین بیعی اگر چه مقدار، جنس، و وصف مبیع طبق مواد ۳۵۱ و ۳۵۴ قانون مدنی در زمان انعقاد قرارداد تعیین می‌گردد اما تعیین مصداق آن به آینده موکول می‌شود.

در بیع مذکور مورد معامله حین انعقاد قرارداد بین موارد مشابه مردد است، با این وجود طبق مواد ۲۷۹، ۴۸۲ و ۸۴۷ قانون مدنی بیع مزبور مورد پذیرش قانونگذار واقع شده است. در واقع مطابق با ماده ۳۵۱ قانون مدنی ذکر مقدار، جنس و وصف، معیاری است تا مورد معامله بر مبنای آن قابل تعیین باشد و شبهه غرر رفع گردد.^۱ بدین ترتیب، قابلیت تعیین مورد معامله در بیع مال کلی نیز مورد پذیرش واقع شده است (رفیعی، ۱۳۷۸، ص ۱۴۷/ وحدتی شبیری، ۱۳۷۹، ص ۱۳۰ به بعد/ قاسم‌زاده، ۱۳۸۳، ص ۱۵۴).

۲-۲-۲. عقد جعاله

در عقد جعاله مطابق قانون مدنی لازم نیست هر یک از عوضین در زمان انعقاد قرارداد به طور قطعی تعیین گردند. ماده ۵۶۳ قانون مدنی در زمینه چگونگی معلوم بودن جعل به عنوان یکی از عوضین عقد مذکور چنین مقرر می‌دارد: «در جعاله معلوم بودن اجرت من جمیع الجهات لازم نیست؛ بنابراین اگر کسی ملتزم شود که هر کس گمشده

۱. قانونگذار در ماده ۳۵۱ ق.م. بر خلاف سایر موارد که معلوم بودن مبیع را شرط دانسته است در بیع مال کلی لزوم ذکر جنس، وصف و مقدار را شرط صحت آن دانسته است؛ زیرا در این نوع بیع مورد معامله در زمان انعقاد قرارداد مردد بوده و این چنین با تعیین معیاری قابلیت تعیین مورد معامله را مورد پذیرش قرار داده است.

او را پیدا کند حصه مشاع معینی از آن، مال او خواهد بود جعاله صحیح است». بر اساس ماده فوق‌الذکر، قید «حصه مشاع معین» معیاری برای قابلیت تعیین مورد عقد در آینده است تا شبهه غرر منتفی گردد. ماده ۵۶۴ قانون مدنی نیز عدم لزوم تعیین قطعی تعهد جاعل را به صراحت مورد پذیرش قرار داده است. ماده اخیر الذکر در این زمینه چنین مقرر می‌دارد: «در جعاله گذشته از عدم لزوم تعیین عامل، ممکن است عمل هم مردّد و کیفیات آن نامعلوم باشد».^۱ مشاهده می‌گردد که در عقد جعاله نیز نظریه قابلیت تعیین مورد معامله نه تنها در مورد جعل، بلکه در مورد عمل مورد تعهد عامل نیز مورد پذیرش قانونگذار واقع شده است (قاسم‌زاده، ۱۳۸۳، ص ۱۴۹ / طاهرخانی، ۱۳۸۲، ص ۲۷۹).

۳-۲-۱. عقد بیمه

در عقد بیمه حوادث، میزان تعهد بیمه‌گر در زمان انعقاد قرارداد مشخص نیست و تعیین آن با وقوع حادثه صورت می‌گیرد (ماده ۱ قانون بیمه). در بیمه عمر، بر عکس بیمه حوادث، میزان تعهد بیمه‌گذار در زمان انعقاد قرارداد معلوم نیست و معلوم شدن آن در آینده با فوت بیمه‌گذار صورت می‌گیرد (ماده ۳۲ قانون بیمه). همان‌طور که مشاهده می‌شود در اقسام مختلف عقد بیمه در هر حال یکی از عوضین حین عقد نامعلوم بوده و تعیین آن در آینده و بر مبنای یک ضابطه مشخص صورت می‌پذیرد. براین اساس روشن است که قابلیت تعیین مورد تعهد که در عقد بیمه خودنمایی کرده و مورد پذیرش قانونگذار واقع شده است.

۴-۲-۱. عقود مشارکتی (مزارعه، مساقات و مضاربه)

قابلیت تعیین مورد تعهد در عقود مشارکتی از دو جهت مورد پذیرش واقع شده است. از یک سو می‌توان به قابلیت تعیین میزان سود در آینده، اشاره نمود که در زمان انعقاد قرارداد به جهت عدم موجودیت نامعلوم است و تعیین آن بر مبنای معیاری معین، مشخص می‌گردد^۲ و از سوی دیگر قابلیت تعیین نوع زرع (در عقد مزارعه) و نوع

۱. باید توجه داشت اینکه میزان عمل مورد تعهد در عقد مذکور معلوم نیست از اقتضای ماهیت ذاتی آن عقد ناشی می‌شود و نه تسامحی بودن آن.
 ۲. اگرچه سهم هریک از طرفین از قبیل یک دو یا یک سوم ... در عقود مشارکتی در زمان انعقاد قرارداد

تجارت (در عقد مضاربه) در مواضعی مورد تصریح قانونگذار واقع شده است. ماده ۵۲۴ قانون مدنی در زمینه قابلیت تعیین نوع زرع در مزارعه چنین مقرر می‌دارد: «نوع زرع باید در عقد مزارعه معین باشد مگر اینکه بر حسب عرف بلد معلوم و یا عقد برای مطلق زراعت بوده باشد...». ماده ۵۵۳ قانون مدنی نیز در باب مضاربه اینچنین مقرر می‌دارد: «در صورتی که مضاربه، مطلق باشد (یعنی تجارت خاصی شرط نشده باشد) عامل می‌تواند هر قسم تجارته را که صلاح بداند بنماید ولی در طرز تجارت باید متعارف را رعایت کند».

۵-۲-۱. عقد اجاره

یکی از راه‌های معلوم نمودن عوضین در عقد اجاره، مشخص نمودن مدت اجاره است اما در مواردی مستاجر نمی‌داند تا چه مدت در مورد اجاره تصرف خواهد داشت. در این صورت مدت اجاره عرفاً تعیین نمی‌شود اما مال الاجاره برای یک روز یا یک ماه یا یک سال تعیین می‌شود؛ به‌طور مثال مسافری که برای گردش به شهری وارد می‌شود اطاقی را در مهمانخانه اجاره می‌نماید و طرفین تنها اجاره بهای روزانه را مورد توافق قرار می‌دهند و عرفاً تعیین مدت اجاره به سکوت گذارده می‌شود.

در این جا در فقه اختلاف نظر وجود دارد؛ برخی به علت مجهول بودن عوضین نظر بر بطلان آن دارد (میرزای قمی، ۱۴۱۴، ص ۳۲۷). برخی دیگر اجاره را نسبت به قدر متیقن صحیح دانسته و برای بقیه مدت نظر بر بطلان آن دارد (رشتی، ۱۳۱۱، ص ۱۰۵). بعضی هم بر مبنای متداول بودن در عرف، عقیده بر صحت این نوع خاص از عقد اجاره دارند (یزدی، ۱۴۰۹، ص ۲۰۷). قانون مدنی ظاهراً نظر دوم را مورد پذیرش قرار داده است (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص ۳۸۷).

ماده ۵۰۱ قانون مدنی در این زمینه مقرر می‌دارد: «اگر در عقد اجاره مدت به‌طور صریح ذکر نشده و مال الاجاره هم از قرار روز یا ماه یا سال فلان مبلغ، معین شده باشد، اجاره برای یک روز یا یک ماه یا یک سال صحیح خواهد بود و اگر مستاجر، عین مستاجر را بیش از مدت‌های مزبور در تصرف خود نگاه دارد و موجر هم تخلیه

معین می‌گردد اما تعیین میزان آن در آینده بر مبنای معیار تعیین شده صورت می‌گیرد.

ید او را نخواهد، مؤجر به موجب مراضات حاصله برای بقیه مدت و به نسبت زمان تصرف، مستحق اجرت مقرر بین طرفین خواهد بود».

ماده ۵۱۵ قانون مدنی^۱ نیز در باب اجاره خدمه و کارگر همین مضمون را دارد.

نظر به اینکه از یک سو این نهاد حقوقی خاص، در عرف شایع و مورد پذیرش است و از سوی دیگر، قانونگذار در مواد فوق‌الذکر برای طرفین قرارداد نسبت به بقیه مدت، واژه موجر و مستأجر را استفاده نموده است؛ به نظر می‌رسد، اگر چه ماده ۴۶۸ قانون مدنی عدم تعیین مدت را در اجاره به دلیل مجهول ماندن عوضین موجب بطلان دانسته است اما مواد ۵۰۱ و ۵۱۵ قانون مدنی به طور خاص در مواردی که مدت اجاره تعیین نشده اما قرینه‌ای برای تعیین میزان عوضین در آینده وجود داشته باشد، آن را کافی برای صحت اجاره دانسته است. به این ترتیب باید گفت کفایت قابلیت تعیین میزان هر یک از عوضین در این نوع از اجاره نیز مورد پذیرش قانونگذار واقع شده است (وحدتی شبیری، ۱۳۷۹، ص ۱۴۵ / طاهرخانی، ۱۳۸۲، ص ۲۷۹).

۶-۲-۱. عقد ضمان

در عقد ضمان نیز قانونگذار، قابلیت تعیین دین مضمون عنه را پذیرفته است (قاسم‌زاده، ۱۳۸۳، ص ۱۴۹). ماده ۶۹۴ قانون مدنی در این زمینه مقرر می‌دارد: «علم ضامن به مقدار اوصاف و شرایط دینی که ضمانت آن را می‌نماید شرط نیست. بنابراین اگر کسی ضامن دین شخصی بشود بدون اینکه بداند آن دین چه مقدار است ضمان صحیح است لیکن ضمانت یکی از چند دین به نحو تردید باطل است» البته موضوع ضمان نمی‌تواند به کلی مجهول باشد بلکه ضامن می‌بایست علم اجمالی به موضوع ضمان داشته باشد تا بتواند آن را قصد کند ولی علم به مقدار و اوصاف دین ضمانت

۱. ماده ۵۱۵: «اگر کسی بدون تعیین انتهاء مدت اجیر شود مدت اجاره محدود خواهد بود به مدتی که مزد از قرار آن معین شده است بنابراین اگر مزد اجیر از قرار روز یا هفته یا ماه یا سالی فلان مبلغ معین شده باشد مدت اجاره محدود به یک روز یا یک هفته یا یک ماه یا یک سال خواهد بود و پس از انقضاء مدت مزبور اجاره بر طرف می‌شود ولی اگر پس از انقضاء مدت اجیر به خدمت خود دوام دهد و مؤجر او را نگاه دارد اجیر نظر به مراضات حاصله به همان طوری که در زمان اجاره بین او و مؤجر مقرر بود مستحق اجرت خواهد شد».

شده لازم نیست و صرفاً قابلیت تعیین دین آن هم برای ممکن شدن اجرای تعهد ضامن و مطالبه تعهد از او کافی است.

۲. مبانی و ریشه‌های نظریه کفایت قابلیت تعیین در فقه و حقوق موضوعه

قاعده نفی عسرو حرج، نظم عمومی اقتصادی و سیره عقلا به‌عنوان مبانی نظریه قابلیت تعیین مورد معامله و به دیگر سخن به‌عنوان فلسفه پذیرش این نظریه در فقه امامیه و حقوق موضوعه مطرح می‌گردد که هر یک به‌شرح ذیل مورد تبیین قرار می‌گیرد:

۲-۱. قاعده نفی عسرو حرج

از آنجایی که از یک سو بنا بر اقتضای مورد تعهد و از دیگر سو حسب ضرورت‌های اجتماعی - اقتصادی، و به جهت ایجاد زمینه موازنه در تبادل ارزش‌های اقتصادی، تعیین قطعی میزان عوض یا عوضین حین انعقاد قرارداد ممکن نیست و اشخاص ناچار شده تعیین مورد معامله بر مبنای ضابطه مشخصی به آینده موکول نمایند. به دلیل تحولاتی که در سطح روابط تجاری به وجود آمده است، نیاز امری جامعه به چنین قراردادهائی چنان در حال افزایش است که منع این قرارداد به جهت شبهه غرری بودن، جامعه را در رفع نیازهای خود دچار مشقت می‌نماید که به نظر مخالفت با قاعده نفی حکم حرجی محسوب گردد. بدین ترتیب، در بسیاری از معاملات بر مبنای قاعده فقهی نفی عسرو حرج و به‌منظور رفع نیازهای عمومی جامعه (نفی عسرو حرج) مورد معامله به‌طور قطعی حین انعقاد قرارداد تعیین نمی‌گردد و از سوی دیگر به‌منظور رعایت اصل رفع ابهام از مورد معامله (مستفاد از قاعده نفی غرر) معیاری برای تعیین آن در آینده، حین انعقاد قرارداد، مشخص می‌گردد، تا ضمن رعایت مفاد قاعده غرر، اجرای قرارداد با مشکلی مواجه نگردد. بنابراین مشاهده می‌شود کفایت قابلیت تعیین مورد معامله بر مبنای نیاز عمومی جامعه و بر اساس قاعده نفی عسرو حرج و در تعامل با قاعده نفی غرر پی ریزی شده است.

۲-۲. نظم عمومی اقتصادی

همچنانکه که گفته شد شمار قراردادهائی که میزان عوض یا عوضین در آنها هنگام انعقاد قرارداد معلوم نیست، بسیار است. این قراردادها نه تنها همگام با اصول معاملات تجاری بین الملل است (گروهی از دانشمندان حقوق، ۱۳۹۱، ج ۱، ص ۱۸۹/ شیروی، ۱۳۹۰، ص ۳۶۸ به بعد/ طاهرخانی، ۱۳۹۱، ص ۷۸ به بعد) بلکه در رونق اقتصاد جامعه و کشور و تنظیم روابط معاملات جامعه با سایر جوامع دیگر و جهان صنعتی تأثیر غیرقابل انکار دارد به نحوی که منع آنها نظم عمومی معاملاتی جامعه و اقتصاد آن را به طور جدی مختل می سازد. براین اساس نه تنها قابلیت تعیین مورد تعهد از آنجاکه اجرای تعهد را با مشکل و مشاجره مواجه نمی سازد بلکه خود از اقتضائات نظم عمومی معاملاتی است.

۲-۳. سیره عقلا

نحوه رفع ابهام از مورد معامله و اساساً چگونگی وقوع معاملات، مبتنی بر عرف معاملاتی است؛ به عبارت دیگر طریقه معلوم نمودن مورد معامله بستگی به ماهیت مورد معامله و مطابق با رویه عرفی در زمینه مربوط می باشد (امامی، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۴۳۱/ شهیدی، ۱۳۸۲، ص ۳۲۰).

در جامعه امروزی، معاملاتی که مورد معامله در زمان انعقاد قرارداد به طور قطعی تعیین نمی گردد و تعیین آن در آینده صورت می گیرد بر مبنای تأکید جامعه در رفع نیازهای ضروری خود، مورد پذیرش عرف است. قراردادهای بیمه، قراردادهای پیش فروش مصنوعات و... از جمله قراردادهایی هستند که با استفاده از نظریه قابلیت تعیین مورد معامله و بر مبنای عرف شکل گرفته اند. مثلاً در مورد پیش فروش خودرو خصوصاً زمانی که تحویل خودرو با فاصله زمانی قابل توجه در آینده صورت می پذیرد و در عین حال جامعه اقتصادی تورم شدیدی را به دوش می کشد، تولید کنندگان خودرو به منظور دفع ضرر و احتراز از ورشکستگی خود راهی جز اینکه محصولات خود را در این وضعیت به قیمت روز در موعد تسلیم به فروش برسانند، ندارند در مقابل خریداران نیز نسبت به این مهم توجه هستند. بدین ترتیب می توان گفت عرف عقلای جامعه (سیره عقلا) قابلیت تعیین مورد معامله را برای دفع غرر پذیرفته و برای صحت آن کافی می داند.

۳. قابلیت تعیین مورد معامله از منظر حقوق تطبیقی

امروزه در معاملات تجاری مورد معامله و به طور خاص ثمن در عقد بیع در بسیاری از قراردادها به طور قطعی ضمن قرارداد، قابل تعیین نیست و یا حتی تعیین قطعی آن ضمن قرارداد موجب تضرر طرفین می‌گردد. در این صورت طرفین بر مبنای معیارهایی که در آینده ثمن بر مبنای آن قابلیت تعیین داشته باشد اقدام به انعقاد قرارداد می‌نمایند. ذیلاً این معیارها را از منظر حقوق تطبیقی و به طور خاص روی ثمن معامله مورد بررسی قرار می‌دهیم و البته همان طور که در مقدمه نیز آمد باتوجه به اینکه خصوصیتی در ثمن (عوض) معامله وجود ندارد نتیجه حاصل و حکم مربوط قابل تعمیم به مبیع (معوض) در معامله نیز می‌باشد:

۳-۱. تعیین مورد معامله (به طور خاص عوض / ثمن) بر اساس ضابطه

عینی

نخستین معیار آن است که ثمن معامله بر مبنای یک عامل مادی (غیرانسانی) تعیین گردد. بعض از نویسندگان حقوقی از این معیار به ضابطه عینی تعبیر کرده‌اند (امینی، ۱۳۹۴، ص ۱۳۳) که خارج از دخالت و قابلیت تغییر توسط عوامل انسانی می‌باشد؛ به طور مثال وجود یک شاخص که توسط مرجع رسمی تعیین شده یا نرخ بازار در آینده می‌تواند مبنای تعیین ثمن معامله قرار گیرد. زیرا نه تنها این معیار خارج از دخالت اراده شخص خاص است، بلکه ثابت و غیر قابل تغییر توسط اطراف معامله است.

۳-۱-۱. حقوق ایران

در حقوق ایران، ارجاع به ضابطه عینی نظیر نرخ بازار حین عقد و یا به نرخ بازار آینده مشخص قابل پذیرش است؛ چراکه اولاً، در این فرض قابلیت تعیین در مورد معامله بر مبنای معیاری ثابت که مورد توافق طرفین قرار گرفته است وجود داشته و از این جهت ضمن آنکه معامله در مرحله اجرا با مشکلی رو به رو نیست در بخش قبلی مشاهده شد کفایت قابلیت تعیین در فقه و حقوق موضوعه ما دارای منابع و مبانی متقنی می‌باشد. ثالثاً، اعتبار این گونه معاملات عمدتاً با توجیه غری بودن محل تردید قرار می‌گیرد در حالی که باید توجه داشت غرر دارای مبانی عرفی بوده و جهالتی که

اجمالاً در این گونه معاملات وجود دارد را عرف خطرناک تلقی نکرده و از این رو این شیوه از تعیین موجب شده تا غرر متصور در آن، از جنس غیر مؤثر محسوب گردد و به دیگر سخن اساساً معامله غرری محسوب نگردد. گواه این ادعا اقبال عمومی جامعه بر استقبال بر این قراردادها مثل انواع قراردادهای بیع با ثمن شناور است (صالحی علی آبادی، ۱۳۹۶، ص ۵۶).

۲-۱-۳. حقوق مصر

در حقوق مصر وضعیت حقوقی معاملاتی که عوض آنها بر مبنای ضابطه عینی از جمله نرخ بازار تعیین می گردد مورد پذیرش واقع شده است. قانون مدنی مصر در ماده ۴۲۳ اشعار می دارد:

«جایز است که تقدیر ثمن براساس بیان مبنا و معیار مشخصی باشد که بعداً به مقتضای آن ثمن تعیین می شود»

بند دوم این ماده نیز چنین اشعار می دارد: «در صورتی که طرفین بر نرخ بازار توافق نمایند، در صورت تردید، نرخ بازار مکان و زمان تسلیم مبیع به خریدار ملاک خواهد بود. در صورتی که در محل تسلیم نرخ ثابتی نباشد رجوع به نرخ بازار در محلی که عرف مقتضی آن است می گردد». از قسمت دوم این ماده می توان حکم «خرید و فروش به نرخ روز» را استنباط نمود. البته قیمت بازار در قانون مدنی مصر شامل قیمت بازار هنگام انعقاد عقد بیع و نیز قیمت بازار که در آینده مشخص می شود، می باشد (نوری، ۱۳۹۲، ص ۱۲۶).

بنابراین، به موجب قسمت دوم ماده مزبور اگر طرفین معامله توافق کنند که مبنا و اساس قیمت، همان قیمت بازار و بهای متداول کالا در بازار باشد، در این صورت اگرچه توافق بر روی ثمن معلوم صورت نگرفته است، اما ثمن «قابل تعیین» محسوب می شود؛ زیرا با رجوع به قیمت بازار ثمن معامله مشخص و معلوم می گردد. پس اگر متعاقدان بر

۱. ماده ۴۲۳: يجوز أن يقتصر تقدير الثمن على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد أن يكون الثمن سعر السوق في وجب عند الشك، وإذا اتفق على أن الثمن هو سعر السوق، فإذا لم يكن في مكان التسليم سوق، المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع المشتري وجب الرجوع إلى سعر السوق في المكان الذي يقضى العرف أن تكون أسعاره هي السارية.

بازار خاصی در زمان معین و خاصی اتفاق نظر داشته باشند، قیمت آن بازار در حق طرفین معتبر است. اما اگر نسبت به بازار معینی اتفاق نظر نداشتند، ملاک در قیمت کالا، بازاری است که فروشنده باید مبیع را در آن جا به مشتری تسلیم نماید، در غیر این صورت باید مبنای تعیین قیمت، قیمت کالا در مکانی باشد که عرف حکم می‌کند (سنهوری، ۲۰۰۰، ص ۳۷۵).

براین اساس، همان‌طور که نرخ بازار در تعیین ثمن مورد پذیرش واقع شده به طریق اولی دیگر مصادیق معیار عینی که دور از دخالت اشخاص می‌باشد نظیر قانون یا آیین نامه یا شاخصی خاص در تعیین قیمت، مورد پذیرش قانونگذار مصر است.

۳-۱-۳. نظام حقوقی کامن لا با تأکید بر حقوق امریکا و انگلیس

در حقوق انگلیس بر اساس بند اول ماده ۸ بخش دوم قانون بیع کالا مصوب ۱۹۷۹^۱ مانند حقوق مصر، «قابل تعیین شدن» ثمن مبتنی بر ساز و کاری که طرفین بر آن توافق می‌کنند، را در صحت عقد کافی می‌داند و از این رو تعیین ثمن بر مبنای ضابطه عینی اعم از تعیین ثمن به نرخ روز را پذیرفته است (Atiyah, Adams, Macqueen, 2001, p.31).

البته مبنا و معیار تعیین قیمت می‌تواند نرخ روز موعده انعقاد قرارداد باشد، و یا نرخ روز و بهای متداول در موعده که کالا تحویل داده خواهد شد. در نتیجه تعیین بهای کالا به مبنای تغییرپذیر و غیرثابت، موکول شده است.

در حقوق امریکا، هرچند حکم صریحی در قانون متحد الشکل تجاری ایالات متحده در این خصوص وجود ندارد، اما بر پایه قیاس اولویت با ماده ۲-۳۰۵ قانون مذکور که ارجاع تعیین ثمن به شخص ثالث را می‌پذیرد به نظر می‌رسد که چنین عقده از دید آن قانون صحیح تلقی گردد.^۲ بر مبنای آرای صادره در محاکم این کشور هنگامی که قیمت عرفی بازار نامعلوم باشد قیمت معقول و متعارف، حاصل جمع هزینه‌های واقعی و یک سود متعارف خواهد بود (Perillo, 2009. p.48).

1. Sale of Goods Act (1979), Available at: <http://www.legislation.gov.uk>.

2. Uniform Commercial code, U.S.A (U.C.C), p.2-350; Available at: <http://www.law.cornell.edu>.

۳-۲. تعیین مورد معامله (به طور خاص عوض / ثمن) بر اساس ضابطه شخصی

معیار دیگر که بر مبنای آن ثمن تعیین می‌گردد، عوامل انسانی (غیرمادی) است. عوامل انسانی حسب مورد یا یکی از طرفین معامله یا شخص ثالث می‌باشد. از این معیار نیز در آثار نویسندگان حقوقی به ضابطه شخصی یاد شده است (امینی، ۱۳۹۴، ص ۱۴۷). در پاره‌ای از معاملات، طرفین قرارداد بنابه دلایلی از جمله عدم اطلاع از قیمت کالا و یا عدم وقت کافی هنگام عقد برای تعیین دقیق ثمن توسط کارشناس و یا به منظور جلوگیری از بروز اختلاف و هم چنین برخی از ضرورت‌ها و نیازها، از تعیین مقدار ثمن هنگام انعقاد عقد خودداری نموده، قیمت گذاری و تعیین بهای کالا را به عهده یکی از طرفین و یا شخص ثالثی واگذار می‌نمایند.

۳-۲-۱. حقوق ایران

در خصوص رویکرد حقوق ایران در قبال تعیین ثمن بر اساس اراده یکی از متعاملین یا ثالث باید گفت:

الف) در صورتیکه تعیین قیمت توسط یکی از اطراف معامله یا ثالث در صورتیکه مقید به تعیین قیمت بهای روز و یا محدود و محصور شده به قید خاص باشد، نظر به اینکه از یک سو مورد معامله قابل تعیین و ضابطه تعیین مورد توافق طرفین قرار گرفته است، موضع حقوق کشورمان با عنایت به غیر مؤثر تشخیص دادن غرر متصور در چنین معاملاتی و با در نظر گرفتن احادیثی چون روایت رفاعه النخاس که کفایت قابلیت تعیین را تایید می‌نماید، پذیرش و صحت آن است.

ب) اما اگر طرفین معامله یا ثالث در تعیین قیمت اختیار مطلق داشته و صریحاً یا ضمناً به ضابطه‌ای روشن نظیر بهای کارشناسی و امثال آن محدود نگردند، قطعاً معامله غرری و باطل خواهد بود. زیرا در اینجا نه تنها ثمن مشخص نگردیده است بلکه قابل تعیین (بر مبنای معیار مورد توافق طرفین) نیز محسوب نمی‌گردد.

۳-۲-۲. حقوق مصر

در قانون مدنی مصر، بیعی که تعیین ثمن بر اساس توافق طرفین معامله، به حکم

شخص یا اشخاص ثالثی که در هنگام عقد، معین شوند، صورت گیرد، صحیح شناخته شده است؛ در این صورت اگر چه مقدار ثمن معلوم نیست، ولی ثمن را بدین وسیله قابل تعیین ساخته‌اند. پس اگر شخص ثالث، ثمنی را برای معامله مشخص کرد، طرفین معامله ملزم به پذیرش آن می‌باشند چراکه ثالث به منزله وکیل متعاملین عمل کرده و نظر وی در حق متعاملین تسری پیدا می‌کند حتی اگر ناعادلانه باشد (سنه‌وری، ۲۰۰۰، ص ۳۸۱). لازم به یادآوری است که بیع از همان زمان که طرفین بر این شیوه توافق نموده‌اند، تام و تمام می‌باشد، نه از زمانی که مقدار ثمن معامله مشخص شود (باتوجه به مواد ۴۲۳ و ۴۲۴ قانون مدنی مصر)، اما اگر تعیین ثمن به حکم یکی از طرفین معامله واگذار شود، بیع صحیح نمی‌باشد و غرری محسوب می‌گردد (فرج‌الصدّه، ۱۹۷۴، ص ۳۱۸)؛ زیرا اولاً در این خصوص ارجحیتی نسبت به یک دیگر ندارند و با الهام از ماده ۴۲۲ قانون مدنی مصر باید تعیین ثمن و یا «مبانی وضابطه قابلیت تعیین» بین هر دو، مورد توافق قرار گیرد. به همین جهت کافی نیست بدون وجود قید مشخصی ارجاع تعیین ثمن به یکی از طرفین را منصرف به تعیین قیمت عادلانه از جانب وی دانست و به این ترتیب راه را برای صحت چنین عقدی گشود؛ زیرا لازم است هنگام معامله، قیمت و یا ضابطه تعیین آن مورد توافق طرفین قرار گیرد (سنه‌وری، ۱۹۹۷، ج ۳، ص ۶۶) البته در صورتیکه تفویض تعیین ثمن به اراده یکی از متعاملین، منصرف به تعیین بهای روز یا کارشناسی باشد می‌توان صحت چنین قراردادهایی را هم پذیرفت.

۳-۲-۳. نظام حقوقی کامن‌لا با تأکید بر حقوق انگلیس و امریکا

در حقوق انگلیس به موجب ماده ۹ از بخش دوم قانون بیع کالا^۱ اگر طرفین قرارداد بر تعیین ثمن با نظر شخص ثالث توافق نمایند، معامله صحیح و معتبر خواهد بود. البته در خصوص تعیین ثمن به حکم یکی از دو طرف قرارداد در قانون مزبور حکم صریحی وجود ندارد، ولی باتوجه به شیوه‌های تعیین ثمن معامله که در بخش هشتم از این قانون آمده است، می‌توان نتیجه گرفت که این روش مورد نظر حقوق انگلیس نبوده است؛ زیرا در واقع طرفین قرارداد باید حداقل یک مبنا و روش تعیین ثمن را در هنگام

1. sect. 9 of the sale of goods Act 1979, Available at: <http://www.legislation.gov.uk>.

معامله انتخاب نمایند و عدم اتفاق طرفین بر مبنای مشخص به منظور تعیین بهای کالای مورد معامله، دلیل روشنی است که فروشنده و خریدار به یک عقد قطعی نرسیده‌اند، در این صورت اساساً بیعی محقق و منعقد نشده است (رفیعی، ۱۳۷۸، ص ۲۰۲).

در نتیجه می‌توان گفت در حقوق انگلیس همانند حقوق مصر تعیین ثمن به حکم شخص ثالث پذیرفته شده است، ولی تعیین ثمن به حکم یکی از طرفین قرارداد مورد قبول حقوق انگلیس نیست (البته با توجه به قانون بیع کالای انگلیس) ولی ظاهراً در رویه قضایی این کشور عملاً تفویض تعیین ثمن به یکی از متعاقدین جایز شمرده شده است. که به نظر می‌رسد این اتفاق از این بابت باشد که عمدتاً ارجاع تعیین ثمن به یکی از متعاملین منصرف به قیمت خاصی مثل بهای روز صورت پذیرد.

در حقوق امریکا تفویض تعیین ثمن به اراده یکی از متعاقدین بر اساس بند سوم از ماده ۳۰۵ - ۲ قانون متحد الشکل تجاری امریکا جایز شمرده شده است؛ لکن این اختیار به حسن نیت تعیین‌کننده مشروط شده است^۱ (Atiyah, Adams, Macqueen, 2001, p.32).

۳-۳. عوض نامعلوم؛ سکوت طرفین نسبت به تعیین عوض / ثمن

در بعضی از مواضع نیز به رغم التزام طرفین به قرارداد، وضعیت عوض یا ثمن در معامله مسکوت گذاشته می‌شود؛ اعم از اینکه این سکوت آیا انصراف به قیمت خاصی دارد یا خیر؟ البته وضعیت حقوقی چنین قراردادهایی از منظر حقوق تطبیقی قابل توجه و بررسی است.

۳-۳-۱. حقوق ایران

عدم تعیین ثمن اگر انصراف به تعیین قیمت سوقیه داشته باشد و قرائن و شواهد به اراده ضمنی طرفین بر این معنا دلالت داشته باشند، با توجه به اینکه در این فرض، انصراف به تعیین قیمت سوقیه، ثمن را در حکم معین قرارداد است، می‌توان در حقوق ایران حکم به صحت چنین معاملاتی داد. لکن اگر عدم تعیین ثمن بدون وجود هیچ

1. ... (2) A price to be fixed by the seller or by the buyer means a price for him to fix in good faith.

گونه قرینه و انصرافی صورت گرفته باشد، نظر به آنکه در حقوق ما انعقاد عقد بیع منوط به توافق طرفین بر مبیع و ثمن و تعیین آن بوده (ماده ۳۳۹ قانون مدنی) و در این فرض ثمن نه تنها تعیین نشده بلکه قابل تعیین نیز محسوب نمی‌شود، باید قائل به بطلان چنین معاملاتی شد.

۲-۳-۳. حقوق مصر

قانونگذار مصر در خصوص کفایت قابلیت تعیین عوض تا آنجا پیش رفته که سکوت طرفین نسبت به عوض را موجب بطلان ندانسته است. ماده ۴۲۴ قانون مدنی مصر^۱ در این خصوص مقرر می‌دارد: «در صورتی که طرفین عوض را در بیع تعیین نکرده باشند، چنانچه از اوضاع و احوال چنین برآید که قصد طرفین به تعیین ثمن رایج در بازار باشد، بیع باطل نیست» بنابراین، تعیین ثمن بر اساس ارجاع به رویه متداول بین طرفین، نیز صحیح قلمداد می‌شود. علیرغم اینکه این ماده مسکوت ماندن ثمن را به‌طور مطلق، موجب فساد عقد تلقی ننموده است، اما متن ماده مزبور نسبت به قرارداد با ثمن نامعلوم و بدون وجود قرائن ساکت است. در نتیجه این قراردادها با توجه به اینکه مادتهای ۴۲۳ و ۴۲۴ قانون مدنی مصر معلوم بودن ثمن را شرط صحت معامله می‌داند، در زمره قراردادهای باطل محسوب می‌شود (سنهوری، ۲۰۰۰، ص ۳۲۸).

۳-۳-۳. نظام حقوقی کامن‌لا با تأکید بر حقوق انگلیس و امریکا

در حقوق انگلیس ماده ۸ قانون بیع کالا و دیگر قوانین مرتبط عدم تعیین عوض منتهی به عدم شناسایی و عدم قابلیت اجرای قرارداد نیست، بلکه یک معیار معقول و متعارف در قرارداد مفروض است که نهایتاً حکم به آن می‌شود. اصطلاح قیمت معقول «Reasonable Price» با کمی تسامح معادل آن چیزی است که در فقه و حقوق ما تحت عنوان «ثمن‌المثل» یا «قیمت روز» یاد شده است. البته این که قانونگذار انگلیسی در «قانون بیع کالا» تصریح نموده است که اگر ثمن در بیع معین نشده باشد، خریدار باید قیمت معقول را بپردازد؛ ظاهراً شامل فرضی نیز می‌شود که توافق بر تعیین ثمن

۱. ماده ۴۲۴ ق.م. مصر: «إذا لم یحدد المتعاقدان ثمناً للبیع، فلا یترتب علی ذلك بطلان البیع متى تبین من الظروف ان المتعاقدين قد نوبوا اعتماد السعر المتداول فی التجارة او السعر الذی جرى علیه التعامل بینهما».

نشده باشد و انصرافی نیز در این خصوص وجود نداشته باشد.

شایان ذکر است قیمت معقول یک شبهه موضوعیه به شمار می‌رود که تعدادی از محاکم انگلستان آن را با ارجاع به قیمت بازار یا تعیین توسط یک ارزیاب مستقل تعیین نموده‌اند (Stone, 2002, p.68).

همچنین در حقوق آمریکا و بر اساس قانون متحد الشکل تجاری، معلوم بودن ثمن به‌عنوان یکی از ارکان اساسی یا شرایط صحت معامله قلمداد نشده است. ماده ۳۰۵-۲ قانون مزبور می‌گوید: «۱. اگر طرفین قصد نموده باشند، می‌توانند قرارداد فروش را منعقد سازند حتی اگر ثمن تعیین نشده باشد. در این صورت ثمن قرارداد عبارتست از ثمن معقول در زمان تحویل، اگر: الف) هیچ توافقی راجع به ثمن وجود نداشته باشد...» این ماده در عمده ایالات آمریکا پذیرفته شده است. حقوق آمریکا همچون حقوق انگلیس، عقد بیع با ثمن نامعلوم را زمانی صحیح تلقی می‌نماید که قصد متعاقدين انعقاد بیع و التزام بدان بوده است، زیرا اصولاً سکوت متعاملین نسبت به تعیین ثمن به مفهوم عدم انعقاد عقد از سوی متعاملین است (Treitle, G. H., 1995, p.49/ Chitty, 1968, p.688).

در حقوق ایران و در فقه امامیه همان‌طور که گفته شد، در صورتی که طرفین به صراحت یا به‌طور ضمنی، بر قیمت بازار توافق کنند، ثمن‌المثل قیمت قراردادی محسوب خواهد شد. اما در حقوق انگلیس اگر بر ثمن توافق هم نشده باشد، باز هم ثمن‌المثل در قرارداد لحاظ شده و قرارداد باطل تلقی نمی‌گردد. از این حیث تفاوت بین دو نظام حقوقی آشکار است. در توجیه این فرض در نظام حقوقی کامن‌لا بیان شده است: قصد ملتزم شدن «To be legally» از جایگاه بالایی برخوردار است. به‌ویژه در قراردادهای تجاری، قصد طرفین حاکم بر روابط فیما بین است و عدم توافق حتی بر موضوعات نسبتاً مهم لزوماً آسیب زنده به اعتبار قراردادن نیست؛ به شرط آن که، قصد ملتزم بودن طرفین، محرز باشد و توافق به‌اندازه کافی کامل باشد تا به‌عنوان قرارداد قابلیت اجرا داشته باشد (Atiyah, Adams, Macqueen, 2001, p.33).

نتیجه و پیشنهاد

امروزه اقتضانات معاملات و ضرورت‌های بسیاری در جامعه اقتصادی وجود دارد که در عمل مانع از توافق متعاملین در خصوص مورد معامله در زمان انشا عقد می‌شود

و طرفین ناگزیرند بر مبنای ضابطه مشخص، عملیات تعیین مورد معامله را به آینده واگذار نمایند. از طرفی اگر طرفین نتوانند به دلیل برداشت‌های سنتی از قاعده غرر که به موجب آن تعیین قطعی مورد معامله را حین عقد لازم می‌داند، قراردادی الزام آور منعقد کنند فرصت گرویدن به قرارداد مورد نیاز خود را از دست داده و متحمل زیان می‌شوند.

بعد از مطالعه و بررسی‌های به عمل آمده در این تحقیق مشخص شد، کفایت قابلیت تعیین نه تنها دارای مستندات و مبانی متقن در فقه امامیه و حقوق موضوعه کشورمان بوده بلکه در حقوق کشور مصر و نظام حقوقی کامن‌لا خصوصاً کشورهای امریکا و انگلیس، به خوبی شناسایی شده و در حوزه قانونگذاری آن کشورها نیز منعکس و پیاده سازی گردیده است. ضمن آنکه بر اساس یافته‌های این تحقیق با اندکی تسامح باید اذعان نمود که نظام حقوقی مصر با نظام حقوقی کامن‌لا در خصوص نحوه مواجهه حقوقی با شیوه‌های تعیین مورد معامله در یک مسیر و به نحو مشابه گام برمی‌دارد.

نظر به آنکه پذیرش این نظریه می‌تواند به توسعه اقتصادی کشور و مبادلات تجاری کمک شایانی نماید و باتوجه به ظرفیت‌های موجود در فقه شیعه و حقوق کشورمان در این خصوص، امکان پذیرش نظریه مزبور در حوزه قانونگذاری کشورمان وجود داشته که در این راستا پیشنهاداتی به منظور اصلاح موادی چند از قانون مدنی به شرح ذیل ایفاد می‌گردد:

اصلاحیه پیشنهادی بند سوم از ماده ۱۹۰ ق.م: مورد معامله باید معین یا در حکم معین یعنی قابل تعیین باشد.

اصلاحیه پیشنهادی ماده ۲۱۶ ق.م: مورد معامله باید معلوم و معین باشد و در مواردی که عرف رایج مقتضی بداند قابلیت تعیین مورد معامله کفایت می‌کند.

اصلاحیه پیشنهادی ماده ۳۳۹ ق.م: پس از توافق بایع و مشتری در مبیع و قیمت آن، عقد بیع به ایجاب و قبول واقع می‌شود تعیین قیمت می‌تواند در صورتی که انصراف به بهای متعارف و روز کالا داشته باشد به یکی از متعاملین یا ثالث تفویض شود.

پیشنهاد الحاق تبصره به ماده فوق: در صورت سکوت طرفین در خصوص تعیین ثمن و وجود قرائن در اوضاع و احوال قضیه مبنی بر اراده طرفین به تعیین بهای روز کالا، ثمن‌المثل کالا جایگزین ثمن قراردادی می‌شود.

منابع

۱. امامی، سیدحسین؛ حقوق مدنی؛ ج ۲، چ ۳، تهران: انتشارات اسلامی، ۱۳۷۱.
۲. امینی، عیسی؛ مطالعه تطبیقی روش‌های تعیین ثمن؛ چ ۱، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۴.
۳. انصاری، مرتضی؛ مکاسب؛ ج ۲، قم: منشورات دارالذخائر، ۱۴۱۱ق.
۴. بحرانی، یوسف‌بن‌احمد؛ الحدائق الناظرة؛ ج ۱۸ و ۲۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۵ق.
۵. بهجت، محمدتقی؛ جامع المسائل؛ چ ۲، قم: مرکز تنظیم و نشر آثار آیت‌الله بهجت □، ۱۴۲۶ق.
۶. حکیم‌زاده حسینی، سیدمیثم؛ تحلیل قابلیت تعیین مورد معامله در حقوق ایران (پایان‌نامه کارشناسی ارشد)؛ تهران: دانشگاه شاهد، ۱۳۹۰.
۷. خیرمند، محسن؛ کفایت قابلیت تعیین مورد معامله در فقه و حقوق ایران (پایان‌نامه کارشناسی ارشد)؛ تهران: دانشکده علوم قضایی و خدمات اداری، ۱۳۹۱.
۸. داراب‌پور، مهرباب؛ «ثمن شناور»، مجله تحقیقات حقوقی؛ دوره ۱، شماره ۱۲۳، زمستان ۱۳۷۷، ص ۲۲۱-۲۸۳.
۹. داراب‌پور، مهرباب؛ تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی کالا؛ ج ۲، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۴.
۱۰. رشتی، میرزا حبیب‌الله؛ کتاب الإجارة؛ [بی‌جا]: [بی‌نا]، ۱۳۱۱ق.
۱۱. رفیعی، محمدتقی؛ مطالعه تطبیقی غرر در معامله؛ قم: مرکز مطالعات و تحقیقات اسلامی، ۱۳۷۸.
۱۲. سنهوری، عبدالرزاق احمد؛ الوسيط فی شرح القانون المدنی الجدید؛ ج ۳ و ۷، چ ۳، بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیه، ۲۰۰۰م.
۱۳. سنهوری، عبدالرزاق احمد؛ مصادر الحق فی فقه الإسلامی؛ ج ۳، بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۹۹۷م.
۱۴. شهیدی، مهدی؛ تشکیل قراردادها و تعهدات؛ چ ۳، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۲.
۱۵. شیروی، عبدالحسین؛ حقوق تجارت بین‌الملل؛ چ ۳، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۰.

۱۶. صالحی علی آبادی، حامد؛ مطالعه تطبیقی غرر مؤثر در معاملات در حقوق ایران، مصر و کامن‌لا (پایان‌نامه کارشناسی ارشد)؛ تهران: دانشگاه آزاد اسلامی، ۱۳۹۶.
۱۷. صفایی، سیدحسین؛ «نگاهی دیگر به ضابطه کفایت علم اجمالی در مورد معامله»، مجله تحقیقات حقوقی؛ ش ۵۹، پاییز ۱۳۹۱، ص ۶۱-۶۱.
۱۸. صفایی، سیدحسین؛ قواعد عمومی قراردادها؛ چ ۳، تهران: انتشارات میزان، ۱۳۸۴.
۱۹. ضریر، صدیق محمدامین؛ الغرر فی العقود و آثاره فی تطبیقات المعاصرة؛ جده: المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، ۱۹۹۳ م.
۲۰. طاهرخانی، حسین؛ «قرارداد با عوض شناور از دیدگاه اصول فقه»، نشریه حقوقی دادگستری؛ ش ۴۳، تابستان ۱۳۸۲، ص ۱۲۱-۱۴۶.
۲۱. طاهرخانی، حسین؛ قرارداد با عوض شناور؛ تهران: انتشارات دادگستر، ۱۳۹۱.
۲۲. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی؛ الروضة البهية فی شرح المعاة الدمشقية؛ ج ۴، قم: نشر کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.
۲۳. عاملی (حرّ عاملی)، محمد بن حسن؛ وسائل الشیعة؛ ج ۱۲، قم: مؤسسه آل‌البیت □، ۱۴۰۹ ق.
۲۴. فرج‌الصّده، عبدالمنعم؛ نظریة العقد فی قوانین البلاد العربیة؛ بیروت: المعهد الدراسات العربیة، ۱۹۷۴ م.
۲۵. قاسم‌زاده، سیدمرتضی؛ «نظریه جواز تعیین مورد تعهد و تملیک - شیوه‌های تعیین مورد تعهد و تملیک»، مجله پژوهش‌های حقوقی تطبیقی؛ ش ۳۷، زمستان ۱۳۸۳، ص ۱۳۳-۱۶۰.
۲۶. کاتوزیان، ناصر؛ دوره عقود معین؛ ج ۱، چ ۹، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴.
۲۷. کاتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها؛ ج ۲، چ ۶، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳.
۲۸. گروهی از دانشمندان حقوق؛ تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی کنوانسیون ۱۹۸۰ وین؛ ترجمه مهرباب داراب‌پور؛ ج ۱، چ ۲، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۱.
۲۹. گیلانی (میرزای قمی)، ابوالقاسم؛ جامع الشتات؛ ج ۱، تهران: مؤسسه کیهان، ۱۴۱۴ ق.
۳۰. مراغه‌ای، میرعبدالفتاح؛ عناوین الفقهیة؛ چ ۳، قم: نشر اسلامی، ۱۴۲۹ ق.

۳۱. نجفی، محمدحسن؛ جواهرالکلام فی شرح شرائع الإسلام؛ ج ۲۲. چ ۷، بیروت: انتشارات دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.
۳۲. نراقی، ملا احمد؛ عوائد الأيام؛ قم: مکتب الاعلام الإسلامی، ۱۳۷۵ق.
۳۳. نوری، سیدمسعود؛ «بیع با ثمن شناور از دیدگاه فقه»، نامه مفید؛ ش ۲۲، تابستان ۱۳۷۹، ص ۶۱-۸۵
۳۴. وحدتی شبیری، سیدحسن؛ مجهول بودن مورد معامله؛ قم: مرکز مطالعات و تحقیقات اسلامی، ۱۳۷۹.
۳۵. یزدی، سیدمحمدکاظم؛ العروة الوثقی؛ ج ۲، چ ۲، بیروت: مؤسسة الأعلمی للمطبوعات، ۱۴۰۹ق.
36. Atiyah, P. S, Adams, John. N, Macqueen, Hector, The Sale of Goods, 10th edition London, Pearson Education, London, 2001.
37. Chitty, Chitty on Contracts, Vol2 (specific Contract) , 13 Edition, sweet and MaxWell, London, 1968.
38. Perillo Joseph M , Colamari and perillo on contract, 6th, U S A West Pub, 2009.
39. Sale of Goods Act 1979. Available at: <http://www.legislation.gov.uk>.
40. Stone Richard, Modern Law of Contract, 5th ed,Cavendish pub,GB, 2002.
41. supply of Goods and Services Act 1982, Available at <http://www.legislation.gov.uk>.
42. Treitle, G. H, The law of contract, 5th ed, London, Sweet and Maxwell, 1995.
43. Uniform Commercial code, U. S. A (U. C. C) Available at <http://www.law.cornell.edu>.