

# ارتباط لزوم تعیین ثمن با نظم عمومی

محمد مهدی حاجیان

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی

دانشگاه تربیت مدرس

## چکیده:

در حقوق ایران بر اساس مواد ۲۱۶ و ۱۹۰ قانون مدنی، در قواعد عمومی قراردادهای و مواد همچون ۳۳۹ و ۳۴۲ قانون مدنی، در مقررات ویژه عقد بیع و بر مبنای نظر مشهور فقهای امامیه، معلوم و معین بودن مورد معامله و از جمله ثمن در عقد بیع، ضروری و از شرایط صحت معامله است و در واقع لزوم تعیین قطعی ثمن و علم تفصیلی به آن، به عنوان اصل پذیرفته شده است.

با این وجود، در برخی قراردادهای، ثمن در لحظه انعقاد بیع، به نحو قطعی و تفصیلی، معلوم و معین نیست و تعیین آن به ضابطه‌ای تغییرپذیر و یا تغییرناپذیر و عاملی شخصی (همچون توافق لاحق طرفین یا تعیین یکی از طرفین یا شخص ثالث) و یا عاملی نوعی (همچون نرخ روز یا رویه متداول طرفین) واگذار می‌شود. اینگونه قراردادهای که اصطلاحاً قراردادهای بیع با ثمن شناور نامیده می‌شود، در نگاه اول، بر اساس اصل آزادی قراردادی، مشروع و مجاز شمرده می‌شود. در این مقاله سعی شده است رابطه این نوع قراردادهای با اصل آزادی قراردادی و یکی از مهمترین عوامل محدودکننده آن یعنی نظم عمومی بررسی گردد.

## واژگان کلیدی:

اصل آزادی قراردادی - نظم عمومی - تعیین ثمن - ثمن شناور.

اصل آزادی قراردادی یکی از دلایل و مستندات است که می‌توان از آن جهت اثبات صحت قراردادهای بیع با ثمن شناور، بهره جست. در این زمینه ابتدا به تبیین اصل آزادی قراردادی به طور کلی می‌پردازیم. آنگاه به نحوه استناد به آن، به عنوان یکی از دلایل صحت قراردادهای بیع با ثمن شناور می‌پردازیم و در نهایت، ایرادات وارد بر این استدلال را از منظر نظم عمومی بیان می‌نماییم.

### مفهوم آزادی قراردادی

اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی، یک اصل مهم فلسفی است که از قرن‌ها پیش مورد توجه حقوق‌دانان بوده و مبنای نظریه تعهدات به شمار می‌آمده است. در حقوق رم تا قرن ۱۸، اصل تشریفاتی بودن عقود حاکم بود، اما رشد تمدن و نیاز به کثرت معاملات و ضرورت سرعت مبادلات باعث پذیرفته شدن سهمی فراتر از شکل عقد برای اراده، بویژه در عقود رضایی شد.

در قرون اخیر، تحولات اجتماعی و سیاسی و اقتصادی جوامع اروپایی و طرح نظریه‌های فلسفی و اقتصادی، راه را برای نفوذ اندیشه‌های فردگرایانه در عرصه حقوق هموار کرد و اصلی به نام «اصل حاکمیت اراده» در قلمرو حقوق، مطرح ساخت.

در واقع فردگرایان معتقد بودند: چون افراد مساوی و آزادند، قراردادهایی که آزادانه منعقد می‌کنند، ضرورتاً منصفانه و عادلانه است و هر مانعی که در راه اجرای اراده‌ی افراد به وسیله قانونگذار به وجود می‌آید، غیرعادلانه خواهد بود.

در زمینه اقتصاد نیز، دانشمندان، حاکمیت و تفوق اراده را معتبر می‌دانستند و می‌گفتند: بشر هنگامی می‌تواند ابتکار و کاردانی و شایستگی خود را در فعالیت‌های اقتصادی نشان دهد که آزادانه قرارداد ببندد و فعالیت‌های خویش را به دلخواه تنظیم کند و تجارت باید مبتنی بر آزادی کامل باشد.

با ظهور اندیشه‌های چپ، نظریات فردگرایان با انتقادات فراوان مواجه شد، طرفداران نظریه اجتماعی، معتقد بودند که اراده به تنهایی نمی‌تواند منشاء تعهد باشد، بلکه فقط جامعه دارای این اختیارات و اراده فرد، واسطه‌ای بیش نیست و هر قرارداد، الزاماً منصفانه و عادلانه نیست.

این انتقادات، هر چند تعدیل اصل حاکمیت اراده را به سمت مصالح اجتماعی، در پی داشت، اما این اصل، کماکان یکی از اصول مهم فلسفی و حقوقی به ویژه حوزه حقوق خصوصی و خصوصاً قراردادها است.<sup>۱</sup>

در حقوق اسلام نیز، اراده افراد در قلمرو عقود و ایقاعات نقش مهم و تعیین‌کننده‌ای دارد و اراده انشایی طرفین که به صورت ایجاب و قبول تحقق می‌یابد، علت اصلی تحقق عقد است و آثار حقوقی ناشی از عقد نیز، اصولاً مبتنی بر اراده طرفین و خواست آن‌هاست. به علاوه افراد می‌توانند هرگونه توافقی را تحت عنوان «صلح» لازم‌الاجرا سازند و ناچار به پذیرش قالب‌های عقود معین نیستند. مبانی اصل آزادی قراردادی در حقوق اسلام، آیه شریفه «لا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تکون تجاره عن تراض منکم» و نیز آیه شریفه «وفوا بالعقود» می‌باشد، هم‌چنین در سنت، حدیث مشهور نبوی «التاس مسلطون علی اموالهم» و «المومنون عند شروطهم» و قاعده «العقود تابعه للقصود» مستند این اصل می‌باشد.<sup>۲</sup>

در حقوق ایران، این اصل در ماده ۱۰ قانون مدنی تجلی یافته است، که مقرر می‌دارد: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است.»

از این اصل نتایج زیر بدست می‌آید:

- ۱- افراد در بستن قرارداد آزادند و کسی را نمی‌توان به بستن قرارداد یا خودداری از انعقاد آن، مجبور کرد.
- ۲- هر کس در انتخاب طرف قرارداد و تعیین مفاد آن، آزاد است.
- ۳- طرفین در انتخاب شکل قرارداد، آزادند و ضرورتی ندارد که قرارداد در قالب عقود معین باشد و در عقود معین، نیز در آنجا که قانون ساکت است، استناد به ماده ۱۰ میسر است.
- ۴- عقد با تراضی است و تشریفاتی ندارد.
- ۵- طرفین ملزم به رعایت مفاد قراردادند و حتی دادگاه حق تغییر مفاد آن را به استناد رعایت عدل و انصاف ندارد.

۶- اثر عقد محدود به کسانی است که آن را منعقد کرده‌اند و جز در موارد استثنایی، تحمیل اراده بر دیگری میسر نیست.<sup>۳</sup>

### آزادی قراردادی در بیع با ثمن شناور

بر اساس اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی، اشخاص می‌توانند قرارداد را زیر هر عنوان که مایل باشند منعقد سازند و نتایج و آثار آن را به دلخواه منعقد کنند و با توجه به اینکه «از اصل آزادی قراردادی در عقود معین نیز برای گسترش دادن به حکومت اراده می‌توان سود برد، چرا که هدف اصلی از وضع ماده ۱۰ قانون مدنی این است که اراده دو طرف عقد حاکم بر روابط ایشان باشد و از این لحاظ بین عقود معین و سایر قراردادها تفاوتی وجود ندارد»<sup>۴</sup> لذا با توجه به آنچه گفته شد، در بیع نیز، با توجه به اصل حاکمیت اراده که تراضی طرفین را امری

فراتر از شکل قرارداد، محسوب می‌دارد، طرفین می‌توانند بیع را به نحوی منعقد نمایند که ثمن در آن به انتخاب یکی از طرفین، به توافق بعدی طرفین، به رویه متداول طرفین، به قیمت بازار در زمان انعقاد و یا زمان تسلیم و ... واگذار شود. و آنچه در این میان اهمیت دارد، این است که بر سر این موضوع، توافق و تراضی شده است و در واقع ماده ۳۳۹ که از توافق مشتری و بایع بر ثمن و مبیع سخن می‌گوید را می‌توان بر این معنا تحلیل کرد که توافق بر شیوه تعیین ثمن صورت پذیرد. لذا چنین معاملاتی با توجه به اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی، نمی‌تواند با ایرادی مواجه گردد.

### ارتباط لزوم تعیین قطعی و معلوم بودن ثمن با نظم عمومی

اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی، امروز یک اصل مطلق و بی حد و مرز نیست و عواملی چون قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه، آن را محدود می‌سازند، در واقع باید گفت از آن جا که انسان موجودی اجتماعی و وابسته به جامعه است و مفهوم جامعه در عمل حقوقی، مستتر است پس منحصر اعمال حقوقی‌ای باید معتبر و نافذ شناخته شود که زبانی برای نظم و سلامت جامعه نداشته باشند.

در نتیجه، باید پذیرفت که اراده، اقتداری در شکستن نظم عمومی و انشای اعمال حقوقی که برای جامعه زیان‌آور است، ندارد و آنجا که پای تجاوز به حریم نظم جامعه به میان می‌آید، اراده فرد فلج و ناتوان است، یعنی قانون در این مورد، حاکمیت به اراده نمی‌دهد و به تعبیر دیگر آنچه اراده انشا کرده است، در عالم اعتبار و حقوق، به وجود نمی‌آید.<sup>۵</sup>

یکی از دلالتی که می‌تواند جهت اثبات لزوم و ضرورت تعیین قطعی و معلوم بودن ثمن و در نتیجه عدم صحت قراردادهای بیع با ثمن شناور مورد اسناد قرار گیرد ارتباط اصل لزوم تعیین قطعی و رفع ابهام از ثمن با نظم عمومی است. بر اساس این دیدگاه از آنجا که قواعد مربوط به مورد معامله بویژه در مورد معلوم بودن و معین بودن آن که موضوع بحث ماست، قواعدی آمره است که تراضی برخلاف آن ممکن نیست و از آنجا که با نظم عمومی، ارتباط دارد، لذا نمی‌توان قرارداد را به نحوی مقرر داشت که این قواعد زیر پا گذاشته شود، هر چند طرفین در این مورد توافق کرده باشند. در این زمینه، شایسته است ابتدا مفهوم نظم عمومی و قواعد آمره شناخته شود و سپس ارتباط شناوری ثمن با نظم عمومی بررسی گردد.

### مفهوم نظم عمومی

آن چنان که گفتیم یکی از اصول مهم در

اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی، امروز یک اصل مطلق و بی حد و مرز نیست و عواملی چون قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه، آن را محدود می‌سازند



قراردادها و شاید اولین اصل در این زمینه، اصل آزادی قراردادی است، این اصل در فقه امامیه، از جمله، از آیه «او فوا بالقعود» و روایت «المومنون عند شروطهم» در حقوق ایران از ماده ۱۰ قانون مدنی برداشت می‌شود. این اصل، فقط در زمینه عقود نامعین نیست و می‌توان از آن در عقود معین برای گسترش دادن به حکومت اراده سود برد.

با این وجود، این اصل، در حقوق اسلام و ایران محدود شده است و یکی از مهمترین محدودکننده‌های این اصل، نظم عمومی است. «در مورد لزوم عدم مخالفت قرارداد با نظم عمومی باید گفت که از نظر اسلام، حفظ نظام جامعه به طور کلی... اعم از نظام اقتصادی و معیشتی، نظام سیاسی و نظام حقوقی و دیگر نظاماتی که زندگی اجتماعی انسان وابسته به آن است، ضروری و از اهم واجبات است و فقیهان و صاحب نظران حقوق اسلامی بدان اهتمام ویژه‌ای دارند. از این رو عقود معین که مغایر با نظم و نظم عمومی جامعه اسلامی باشند، نمی‌توانند نافذ باشند.»<sup>۶</sup> در حقوق ایران نیز بر اساس ماده ۹۷۵ قانون مدنی قراردادهای خصوصی مخالف نظم عمومی، قابل اجرا نیست. «از مفهوم نظم عمومی، نمی‌توان تعریف دقیقی به دست داد و نیز نمی‌توان موارد آن را احصاء کرد. فقط می‌توان گفت که نظم عمومی مبتنی بر فکر کلی برتری اجتماع نسبت به فرد و تفوق منافع عمومی نسبت به منافع خصوصی است. نظم عمومی در حقوق داخلی، یک مکانیسم حقوقی است که دولت به وسیله آن قراردادهای خصوصی مغایر با منافع عمومی را مردود اعلام می‌کند.»<sup>۷</sup>

نظم عمومی با قوانین امری، رابطه تنگاتنگ دارد. «در حقوق اروپائی نویسندگان، دریافتن قاعده‌ای عام و روشن (برای شناسائی قوانین امری) ناتوان مانده‌اند و ناچار به مفهوم نظم عمومی روی آورده‌اند.

بدین ترتیب که هرگاه قانون با «نظم عمومی» ارتباط داشته باشد، امری است و در سایر موارد باید آن را تکمیلی شمرد.»<sup>۸</sup> برخی حقوقدانان بیان داشته‌اند: «قوانین امری را قوانین نظم عمومی یا مربوط به نظم عمومی نیز گویند»<sup>۹</sup> به عبارت دیگر «در حقوق مدنی، همه قوانین امری در زمره قواعد مربوط به نظم عمومی است.»<sup>۱۰</sup>

امروزه، در اثر دخالت روز افزون دولت در امور اقتصادی، مفهوم نظم عمومی بویژه نظم عمومی اقتصادی گسترش یافته و در نتیجه از آزادی دو طرف کاسته شده است. در نظم عمومی اقتصادی، به مفهومی که امروزه وجود دارد، دولت در پی آن است که اقتصاد را رهبری

کند و قراردادهای خصوصی را نیز به عنوان عامل توزیع ثروت، در نظارت خود بگیرد. پس نه تنها آثار این پیمان‌ها را به طور امری تعیین و بر دو طرف تحمیل می‌کند گاه آزادی پیمان بستن یا خودداری از آن را از اشخاص می‌گیرد.

دولت، برای رسیدن به هدفهای اقتصادی خویش، نظمی را برقرار می‌سازد که قراردادها باید پیرو آن باشند. در نظم عمومی اقتصادی، دولت تنها نهی نمی‌کند، بیشتر فرمان می‌دهد تا آنچه را می‌خواهد محقق سازد. دادرس حق دارد از اجرای قراردادهایی که «با نظم عمومی مخالف است جلوگیری کند، ولی نمی‌تواند قاعده‌ای را جانشین خواست‌های هم‌پیمانان سازد. بهمین جهت، نظم عمومی اقتصادی را قانونگذار برقرار می‌سازد و در راه اجبار اشخاص مانعی پیش رو نمی‌بیند.»<sup>۱۱</sup>

گفتیم که نظم عمومی با قوانین امری، ارتباط تنگاتنگ دارد، لذا یافتن ضابطه‌ای برای تشخیص قوانین امری، ما را به مفهوم نظم عمومی نزدیک می‌سازد. برای یافتن

چنین ضابطه‌ای، از راه استقراء در مواد قانونی یا یافتن اماره می‌توان اقدام نمود. در کنکاش از طریق استقراء این نتیجه بدست می‌آید که غالب احکامی که به منظور بیان شرایط وقوع و نفوذ عقد وضع شده، امری است. پس اگر بر مبنای غلبه در مقام تمهید اصلی باشیم، باید گفت اصل در این گونه موارد، امری بودن قوانین است. قواعد مربوط به موضوع معامله به طور معمول بر اصولی اتکا دارد که تخلف از آن نظم حقوقی مواد را بر هم می‌زند.

هم چنین اگر از طریق اماره‌های موجود، بخواهیم ضابطه را تشخیص دهیم، یکی از این نشانه‌ها، لحنی است که قانون‌گذار در بیان احکام خود به کار می‌برد. برای مثال، آوردن واژه‌هایی مانند «باید» و «مکلف است» یا «ممنوع است»، ظهور در امری بودن حکم دارد، در حالی که کلمه «می‌تواند» یا «اختیار دارد» بطور معمول برای قواعد تکمیلی به کار می‌رود.<sup>۱۲</sup>

غالب احکامی که به منظور بیان شرایط وقوع و نفوذ عقد وضع شده، امری است.



گواه

## نظم عمومی و شناوری ثمن

حال که مفهوم نظم عمومی و ضابطه آن شناخته شد، به بررسی این مطلب می‌پردازیم که آیا شناوری ثمن با نظم عمومی در ارتباط است یا خیر؟ و به عبارت دیگر آیا تعیین قطعی ثمن و معلوم بودن از قواعد آمره و مربوط به نظم عمومی است یا این که تراضی برخلاف آن جایز است؟ نتیجه این بحث این خواهد بود که اگر این قواعد را از نظم عمومی بدانیم، لاجرم پذیرش بیع با ثمن شناور، از این حیث با اشکال جدی مواجه خواهد بود.

در این زمینه ابتدا به سراغ ضابطه‌ای که برای نظم عمومی بدست آوردیم، رفته و شناوری ثمن را با آن می‌سنجیم و آنگاه به نظرات برخی حقوقدانان در این زمینه اشاره می‌نمائیم. ضابطه‌ای که از راه استقرار قوانین در زمینه نظم عمومی و قوانین امری بدست آمد، این بود که غالب احکامی که به منظور بیان شرایط وقوع و نفوذ عقد وضع شده امری است و قواعد

مربوط به موضوع معامله، بر اصولی اتکا دارد که تخلف از آن، نظم حقوقی مواد را به هم می‌زند. واضح است که اصول لزوم تعیین قطعی ثمن و ضرورت معلوم بودن آن از قواعد مربوط به موضوع معامله است و این اصول، یکی از همان اصولی است که مدعی هستیم تخلف از آن، نظم حقوقی مواد را به هم می‌ریزد، لذا با ضابطه استقرایی، شناوری ثمن با قواعد آمره و در نتیجه نظم عمومی، در ارتباط است. از منظر ضابطه‌ای که از طریق اماره نیز بدست آمد نیز، دیدیم که هرگاه لحن قانونگذار، امری است و واژه‌هایی به کار برده است که حکایت از امریت دارد، آن قواعد امری و لاجرم مربوط به نظم عمومی خواهند بود. در این زمینه باید گفت مهمترین مواد قانونی مورد استناد مواد ۲۱۶ و ۳۴۲ قانون مدنی هستند و در لحن هر دو ماده امریت مشاهده می‌شود و در هر دو ماده از واژه «باید» استفاده شده است که نشان از امری بودن و در نتیجه ارتباط آنها با نظم

لذا با ضابطه استقرایی، شناوری ثمن با قواعد آمره و در نتیجه نظم عمومی، در ارتباط است.

ضرورت تعیین قطعی ثمن، از آن حیث با نظم عمومی در ارتباط است که مانع نزاع و خصومت‌های آینده می‌گردد و از کثرت دعاوی جلوگیری می‌نماید.

عمومی دارد. در نظریات حقوقدانان نیز این مطلب مشاهده می‌شود. مرحوم دکتر مهدی شهیدی می‌فرماید: «لزوم علم تفصیلی به مورد معامله، به عنوان اصل، برخاسته از ضرورت نظم اجتماعی و قضائی است. امری که می‌تواند در مرحله سنجش معامله‌کننده وارد و در پیدایش رضای او به معامله مؤثر واقع شود. باید نزد معامله‌کننده معلوم باشد، تا رضای مذکور در فضای روشن تحقق یابد و ابهامی در عوامل پیدایش رضا باقی نماند که زمینه ایجاد اختلاف و دعوی بین طرفین را که سبب پیدایش فضای ناسالم در روابط اجتماعی و تراکم تشکیلات قضائی است، فراهم سازد.»<sup>۱۳</sup>

هم‌چنین دکتر ناصر کاتوزیان چنین بیان می‌دارند: «مفاد ماده ۳۴۲ قانون مدنی، از لحاظ جلوگیری از خصومت‌ها و نزاع‌های آینده، با نظم عمومی ارتباط دارد. پس اگر خرمی را نتوان تنها بر مبنای تسامح و تخمین فروخت، دو طرف معامله نمی‌توانند ادعا کنند که چون همین اندازه از معرفت، برای آنان کافی است، آزادند که به معامله بپردازند.»<sup>۱۴</sup>

و در جای دیگر بیان می‌دارند: «در مورد آگاهی داشتن به موضوع تعهد، تخلف از قواعد عمومی بطور معمول در مواردی امکان دارد که قانون به گونه‌ای اجازه داده باشد. زیرا تأمین سلامت اراده دو طرف و نظم اقتصادی در معاملات ایجاب می‌کند که دو طرف به تفصیل به موضوع مبادله و تعهدهای خود آگاه باشند. به همین جهت است که ماده ۲۱۶ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «مورد معامله باید مبهم نباشد، مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است.» پس بایستی در جستجوی این «موارد خاصه» بود و به تسامح دو طرف در هر قرارداد اعتماد نکرد.»<sup>۱۵</sup>

چنانکه مشاهده گردید، ضرورت تعیین قطعی ثمن، از آن حیث با نظم عمومی در ارتباط است که مانع نزاع و خصومت‌های آینده می‌گردد و از کثرت دعاوی جلوگیری می‌نماید، این امر که تحت عنوان دفع تجاذب، در فقه، مطرح گردیده است، مصلحت والایی است و از آنجا که یک مصلحت اجتماعی است و در اسلام، مصالح اجتماعی، بر مصالح فردی مقدم است، نمی‌توان با تراضی طرفین، از آن چشم پوشیده، لذا در صورتیکه معامله‌ای از حیث عدم تعیین قطعی ثمن، غرر محسوب شود، حتی با توافق و رضایت طرفین بر انعقاد آن، بسبب وجود مصلحت والایتر جمعی، نمی‌تواند صحیح شمرده شود. ملاحظه همین امر است که فقها در خصوص قاعده غرر، چنین حکمتی را در وضع آن از سوی شارع، بیان کرده‌اند و در این خصوص تصریح کرده‌اند که



گواه

«نهی شارع از انجام معامله غرری، جلوگیری و سد نمودن باب مخاطره است که منجر به بروز اختلاف در معاملات می‌گردد.» و بر مبنای همین امر است که فروش مبیعی که قابل کیل، وزن و عدد است را در صورتی که کیل، وزن و عدد متعارف رعایت نشود و در بین خود معیار دیگری را در این خصوص قرار دهند، را باطل اعلام کرده‌اند. زیرا که غرر نوعی است نه شخصی و حکمت آن را نیز «جلوگیری از بروز اختلاف و منازعه می‌دانند.»<sup>۱۶</sup>

این مطلب مورد اشاره دیگر فقها نیز قرار گرفته است که در این مورد بیان کرده‌اند که «از روش شارع استنباط می‌شود که بنای شارع بر از بین بردن اختلاف و منازعه و قطع تجاذب میان مردم است و بدون شک «غرر» از اموری است که موجب اختلاف و مشاجره می‌شود پس روش حکیمانه اقتضا می‌کند که ریشه این نزاع از بین برود.»<sup>۱۷</sup>

بر همین اساس است که قاعده غرر را، یک قاعده امری دانسته‌اند و حتی در صورت علم به عدم حصول مورد معامله، انجام چنین معامله‌ای را مخاطره‌آمیز شمرده و حکم به بطلان آن صادر کرده‌اند و تراضی طرفین را در این خصوص مؤثر در مقام، فرض ننموده و به دلیل تعارض با حکمت قاعده غرر، آن را فاقد اثر دانسته و شامل نهی شمرده‌اند.

برخی از فقها در این مورد فرموده‌اند «پوشیده نماند که علم و رضایت فروشنده و خریدار به این که مورد معامله در معرض خطر است، مؤثر در صحت معامله نیست. زیرا نهی شارع، عام است و صورت علم را نیز دربر می‌گیرد و این شگفت نیست که شارع از قرار دادن مال در معرض خطر با علم به آن نهی کرده است و خریدن چیزی که در شرف نابودی است حتی با علم خریدار ممنوع می‌سازد همچنان که در اسراف و اتلاف بیهوده مال، چنین وضعیتی حاکم است.»<sup>۱۸</sup>

### نتیجه گیری:

اصل آزادی قراردادی، یک اصل پذیرفته شده در حقوق ایران است و از ماده ۱۰ قانون مدنی به خوبی استنباط می‌شود. این اصل، جهت گسترش حاکمیت اراده در عقود معین نیز قابل اعمال است و بر این مبنای توافق طرفین قرارداد، می‌تواند جایگزین قواعد مصرح قانونی گردد و طرفین در انتخاب شیوه انعقاد قرارداد و تعیین مفاد آن آزادند. در نگاه اول، بر اساس این اصل، در عقد بیع، طرفین می‌توانند با عدم تعیین قطعی ثمن در زمان انعقاد عقد، تعیین ثمن را به ضابطه‌ای تغییر پذیر یا تغییرناپذیر و عاملی عینی (مثل نرخ روز) یا عاملی شخصی (مثل تعیین کارشناس) واگذار نمایند. آنگونه که در

قراردادهای موسوم به بیع با ثمن شناور، معمول است.

اما باید گفت که اصل آزادی قراردادی، مطلق و نامحدود نیست. یکی از مهمترین موانع این اصل، نظم عمومی است. اراده طرفین اقتداری در شکستن نظم عمومی جامعه و انشاء اعمال حقوقی مضر به حال جامعه ندارد. نظم عمومی در ارتباط با قوانین امری است و از استقرار در مواد قانونی و نیز از لحن موادی که در زمینه معلوم و معین بودن مورد معامله وجود دارد، دریافت می‌شود که لزوم تعیین قطعی ثمن و علم تفصیلی به آن، از لحاظ جلوگیری از خصومتها و نزاع‌های آینده، از قواعد امره و مربوط به نظم عمومی است؛ لذا توافق اراده‌ها، نمی‌تواند، آن را زیر پا گذارد.

### منابع:

۱. أنصاری، شیخ مرتضی: المکاسب، جلد ۱ و ۲ مؤسسه مطبوعات دینی، چاپ دوم، ۱۳۸۲.
۲. بهرامی احمدی، دکتر حمید: کلیات عقود و قراردادها (تهران، نشر میزان، ۱۳۸۳).
۳. الحسینی المرآعی، میرفتاح: العناوین، المجلد ۲ مؤسسه النشر الاسلامی، الطبعة الأولى، قم، ۱۴۱۸ هـ.
۴. شهیدی، دکتر مهدی: تشکیل قراردادها و تعهدات (تهران، نشر حقوقدان، ۱۳۷۲).
۵. صفائی، دکتر سیدحسین: دورة مقدماتی حقوق مدنی، جلد ۲ (نشر میزان، تهران، ۱۳۸۲).
۶. کاتوزیان، دکتر ناصر: حقوق مدنی، عقود معین (۱) (تهران، شرکت نشر انتشار، چاپ چهارم، ۱۳۷۷).
۷. کاتوزیان، دکتر ناصر: قواعد عمومی قراردادها، جلد ۲ (تهران، نشر انتشار، ۱۳۷۱).
۸. نراقی، ملا احمد: عواید الأيام (مرکز الأبحاث و الدراسات الاسلامیه، الطبعة الأولى، ۱۳۷۵ هـ).

### پی‌نوشت‌ها

- ۱- دکتر سیدحسین صفایی، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۲، (قواعد عمومی قراردادها)، ص ۴۵ و ۴۶ با تصرف.
- ۲- جلیل فتوای و دیگران، حقوق قراردادها در فقه امامیه، زیر نظر دکتر مصطفی محقق داماد، ص ۲۰۱ به بعد.
- ۳- دکتر حمید بهرامی احمدی، کلیات عقود و قراردادها، ص ۰۴.
- ۴- دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ص ۱۴۶ و عقود معین (۱)، ص ۵۳.
- ۵- دکتر مهدی شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، ص ۵۸.

۶- حقوق قراردادهای در فقه امامیه، صص ۲۱۴ و ۲۱۵.

- ۷- دکتر سید حسین صفائی، همان، ص ۵۱.
- ۸- دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، ص ۱۵۰.
- ۹- دکتر سیدحسین صفائی، همان، ص ۵۱.
- ۱۰- دکتر ناصر کاتوزیان، همان، ص ۱۶۰.
- ۱۱- دکتر ناصر کاتوزیان، همان، ص ۱۶۷-۱۶۵ با تصرف.
- ۱۲- دکتر ناصر کاتوزیان، همان، صص ۱۵۷-۱۵۰، با تصرف.
- ۱۳- دکتر مهدی شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، ص ۳۱۶.
- ۱۴- دکتر ناصر کاتوزیان، همان، ص ۱۸۲.
- ۱۵- همان، ص ۱۳۳.

۱۶- شیخ انصاری، مکاسب، ج ۲، ص ۱۳۲. «ان هذا النهی من الشارع سد باب المخاطره المفضیه الی التنازع فی المعاملات» و در صفحه ۱۴۷ نیز فرموده است «لکن تقدم ان ظاهر الاخبار الواردة فی هذا الباب اعتبار التقدير من غیر ملاحظه الغرر الشخصی لحکمه سد باب الغرر المؤدی الی التنازع.»

۱۷- میرفتاح مراغه‌ای، همان، ص ۳۱۳. «ان الظاهر من طریقه الشرع: ان بنائه علی قطع التشاجر و التجاذب بین الناس و لا ریب ان الغرر مما یوجب التشاجر، فطریقه الحکمه قاضیه بسد هذا الباب حسماً لماده النزاع و نظائر ذلك کثیره.»

۱۸- ملا احمد نراقی، عوائد الايام، ص ۹۷ «لا یخفی انه لا یؤثر علم البائع و المشتري بکونه فی محل الخطر و رضاه به، لان نهی الشارع عام شامل لصوره العلم و لا عجب ان ینهی الشارع عن الرضا بجعل المال فی معرض الخطر او سواهما فی معرض الخطر محل العلم به، کما فی الاسراف و اتلاف المال.»

