

بررسی ضرورت رفع ابهام از مفاد قرارداد

جلیل قنواتی*

عبداله رجبی**

تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۴/۱۲؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۷/۲۲

چکیده

در میان نظام های حقوقی اتفاق نظر وجود دارد که قرارداد مبهم امکان اجرایی ندارد و در نتیجه، باطل است؛ این اتفاق در جایی منجر به اختلاف می شود که بخواهیم حدود ابهام و مفاد قراردادی مشمول آن را تعیین کنیم؛ آنگاه هر نظام حقوقی نظر خاصی را در خصوص میزان ابهام سبب بطلان در مورد موضوع، عوض و سایر شرایط عقد دارد. در نظام حقوقی ایران، فقها ابهام سبب غرر را ملاک قرار می دهند و حقوق دانان میان معین بودن و معلوم بودن عقد تمایز قائل می شوند. با توجه به موضوعی بودن مسئله، می توان معین بودن را در قالب قاعده «امکان اجرای عقد» قرار داد و با این محک صحت و بطلان قرارداد را از نظر ابهام سنجید و معلوم بودن را با توجه به ابهام در حصول نتیجه سنجید؛ ملاکی که از سویی، مباحث راجع به ابهام قراردادی را از انتزاع خارج می سازد و چهره عملی برای ارزیابی آن به دست می دهد و از سوی دیگر، هماهنگ با قراردادهای متعارف موجود در سطح داخلی و بین المللی است.

کلیدواژه ها: امکان اجرای عقد، ثمن، غرر، معلوم بودن، معین بودن، مورد معامله.

مقدمه

گروهی بر این باور هستند که هر ابهامی در قرارداد، سبب بطلان آن است و گروهی بر آنند که حتی می‌توان عوض قرارداد را تعیین نکرد و به زمانی بعد وانهاد؛ اولی از اصول حقوق ایران و تاریخ آن بر می‌آید و دومی از عرف موجود؛ گروه نخست به احادیثی از قبیل «نهی النبی عن الغرر» استناد می‌کنند و گروه دوم، به نیازهای بازرگانی و توزیع کالا و خدمات.

نظام‌های حقوقی نیز بی‌تأثیر از استدلال‌های بالا نیست. حقوق ایران و فرانسه، با کمی انعطاف، متمایل به گروه نخست است و تعیین موضوع قرارداد را از شروط صحت آن می‌داند (ماده ۱۹۰ و ماده ۲۱۶ قانون مدنی ایران)؛ ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی فرانسه در زمینه کلیات قراردادهای اعلام می‌کند: «موضوع تعهدی که مال است، بایستی دست کم در خصوص نوع خویش، معین شود؛ مقدار مال، به شرطی که قابل تعیین باشد، می‌تواند نامعین باشد»؛ اما نظام‌های حقوقی دیگر، همانند نظام حقوق عرفی و نظام‌های قراردادی بین‌المللی، نظر گروه دوم را پسندیده و کمتر نامی از این شرط را در میان شرایط صحت قراردادهای می‌برند؛ اصول اروپایی قراردادهای نیز در ماده ۱:۰۳ و ذیل عنوان توافق کامل اعلام می‌کند: «الف. توافق کامل هنگامی حاصل می‌شود که: ۱- طرف‌ها آن را به‌طور کافی، به گونه‌ای که قرارداد بتواند اجرایی شود، تعیین کنند؛ ۲- برابر این اصول، بتواند تعیین شود...». ماده ۲:۲۰۴ قواعد یکنواخت تجاری ایالات متحده آمریکا هم مقرر می‌کند: «در صورتی که طرف‌ها قصد انعقاد قراردادی را داشته باشند و مبنای معین متعارفی برای جبران مناسب وجود داشته باشد، هر چند یک یا چند شرط قرارداد را وانهند، قرارداد بیع از نظر ابهام، عقیم نمی‌ماند».

قانونگذار ایرانی در فرض مذکور، در عمل و حتی در مقررات جدید، رویکرد متناقضی را اتخاذ کرده است. این رویکردها ناشی از نبود تعریف درست و دقیق از ضرورت و حدود و چگونگی آگاهی طرف‌ها و حتی اشخاص ثالث درگیر در قرارداد از مفاد آن است. چنان‌که از سویی، در برخی از قوانین جدید، اوراق و معاملات بورسی، مثل اسناد یا ابزارهای مشتقه را که خود بر پایه ریسک و غرر ایجاد شده،^۳ بپذیریم و از سوی دیگر،

در حقوق مدنی و فقه مبنای آن، بیشتر قراردادهای از این دست یا قراردادهای متعارف را به جهت وجود غرر و به دلیل عدم رعایت دو شرط «معین» و «معلوم» مشروع ندانیم.

بر اساس این، لازم است حقوق کنونی ایران را به گونه‌ای تفسیر کنیم که قراردادهای مورد عمل جامعه که عرفاً فاقد غرر و جهل است، مشروعیت یابد؛ اما بایستی از خود بپرسیم که هرگاه غرر در قرارداد پذیرفته شود، آیا حکم فقهی منع آن، زیر پا نهاده شده است؟ شاید بتوان به این پاسخ جواب رد داد و به این امر منطقی توسل جست و گفت اصولاً، قراردادی که حداقلی از غرر و ریسک را نداشته نباشد، قرارداد نیست؛ چرا که از سویی، باید به اراده آزاد طرفین احترام گذاشت و آن چیزی را اجرا کرد که ایشان خواسته‌اند و این نتیجه را نیز پذیرفت که ضمن توجه نداشتن به استمرار عقد و تفاوت شرایط آن، هر موضوع یا نتیجه‌ای که از دید ایشان پنهان ماند، به معنای جهل منجر به غرر خواهد بود؛ از سوی دیگر، عدالت قراردادی اقتضا می‌کند که طرف‌های عقد هر چه می‌دهند، به همان اندازه بستانند و این لزوماً به معنای رعایت دقیق آن چیزی نیست که طرفین خواسته‌اند (معاملات مصرف‌کننده و قراردادهای کار). از این گذشته، «معلوم» و «معین» دو اصطلاح جاف‌فاده حقوق ایران در زمینه رفع ابهام است که خود خالی از ابهام نیست؛ به عبارت دیگر، علی‌رغم توضیحاتی که مفسران مبتنی بر برخی مواد قانونی از این دو اصطلاح ارائه داده‌اند، دقیقاً مشخص نیست که از این دو اصطلاح چه اراده کرده‌اند و مهم این‌که، چگونه این دو را در یک عقد اعمال می‌کنند و وجود و فقدان و میزان آن را ارزیابی می‌نمایند.

در این مقاله، در وهله نخست، در پی کشف طریقی هستیم که نیازهای کنونی بازرگانی را در قالب سنت‌های حقوقی پاسخ گوید. اینکه رفع غرر و تعیین و علم به مفاد قرارداد، به معنای بیان همه چیز در زمان انعقاد قرارداد و در متن قراردادی نیست. در مرحله دوم نیز در پی آن هستیم که بدانیم آیا رفع ابهام از قرارداد، منحصر به دو روش «تعیین» و «معلوم» نمودن «موضوع قرارداد» است و آیا حکم مذکور را به سایر مفاد قرارداد، می‌توان سرایت داد؟

تعیین قلمروی بحث

هر چه مفاد قرارداد روشن‌تر باشد و بتوان هنگام اجرا، آسان‌تر به خواست طرف‌های آن دست یافت، آن

1. Espèce

2. Quotité

۳. لازم به ذکر است که کمیته فقهی سازمان بورس اوراق بهادار تفاسیری را از اوراق مشتقه ارائه داده و سعی در همگامی آن با احکام شرعی دارد؛ اما با عنایت به اینکه بیشتر مواقع این تفاسیر بدون در نظر گرفتن هدف

ایجاد سند مربوط و نیز مقاصد شارع بوده، نه توانسته کارکرد این اسناد را متحقق سازد و نه تفسیر فقهی او چندان خوشایند به نظر آید.

قرارداد کمتر مبهم است. علم کامل به مفاد قرارداد، کمال مطلوب، اما دست نیافتنی در شرایط جامعه انسانی است؛ پس ملاک، معلوم عرفی است. قراردادی که دادرس را آسان تر و دقیق تر، به اجرای منطبق با خواست متعاقدين راهنمایی کند، معلوم و معین تر است و در حالت عکس، مبهم تر است؛ بنابراین، معنای علم به مفاد قرارداد مشخص نمودن موضوعات قراردادی به گونه ای نیست که برابر هر ذره ای از عوض، معوض معین باشد. هرگاه چنین شود، قرارداد به قدر کافی مستحکم است؛ لیکن این جزم گرایی، در پاره ای از قراردادها و هنگامی که موضوع قرارداد تعهد به عمل و مستمر است، به دنبال حوادث پیش بینی نشده، مانند تغییر ارزش پول، سبب نابرابری عوضین و مانع انطباق قرارداد با خواست طرف های آن و در نتیجه، ابهام بیشتر می شود. پس معین و معلوم بودن مفاد قرارداد، یعنی روشن کردن تکلیف موارد اساسی قرارداد، مثل عوض، ثمن و کیفیت آن به گونه ای است که بتوان بدون اختلاف آن را اجرا نمود؛ هدف آن نیز، اجرای قرارداد برابر خواست طرف ها و امنیت قراردادی آنان است، به گونه ای که متعاقدين بتوانند چگونگی اجرای توافق خود را پیش بینی کنند. ابهام در مفاد قرارداد، منشأ عدم امنیت و بی اعتمادی است؛ این امر، از سویی سبب زوال عدالت قراردادی و آسیب به حقوق طرف قرارداد است و از سوی دیگر، باعث فرو ریختن پایه های نهاد وفای به عهد و تضرر جامعه، با ایجاد بی نظمی قراردادی است. برای همین، در نظام های حقوقی، به ویژه حقوق ایران، وجود شرط «تعیین»، یا غرری نبودن قرارداد، از شرایط صحت آن است.^۴

مفهوم غرر فقهی

برای درک بهتر علم به مفاد قرارداد و فهم معانی دقیق آن، در ابتدا می بایست به درک درستی از غرر دست یافت. فقها، جدای از سندیت حدیث مبنای قاعده غرر، در بیان معنای قاعده نیز اختلاف دارند (علی دوست، ۱۳۸۲: ۹۶)؛ برخی از ایشان غرر را به خطر معنا کرده اند (السید الخوانساری، ۱۴۰۵: ۱۰۸؛ نراقی، ۱۴۱۷: ۹۵)؛ یعنی، خطر در اجرای قرارداد به شیوه ای که طرف های آن خواسته اند؛ این خطر عبارت از احتمال زیانی است که عقلاً از آن دوری می کنند و فقدان وثوق در تحصیل از

جانب دو طرف یا یکی از ایشان است (مراغی، ۱۴۱۷: ۳۱۴)؛ همچنین، گفته اند که خطر به این دلیل مساوی غرر دانسته شده که سبب نامعلوم بودن نتیجه و فراهم کننده زمینه نزاع و درگیری است (محقق داماد و دیگران، ۱۳۹۳: ۴۲۶). ظاهراً شهید ثانی در قواعد، تعریفی متفاوت از غرر ارائه داده که مورد نقد فقها واقع شده است؛ به نظر او، غرر به معنای آن چیزی است که ظاهر جذاب و محبوب و باطن خراب و مکروه دارد (نراقی، ۱۴۱۷: ۹۵؛ شیخ الأنصاری، ۱۴۱۵: ۱۸۰). در هر حال، فروش ماهی در دریا و پرنده در هوا، از مثال های معمول فقهی، در کنار نمونه های فراوان دیگر موجود در کتب فقها است (نراقی، ۱۴۱۷: ۸۵).

به پیروی از تقسیم بندی شهید ثانی، برخی قائل بدان هستند که غرر به معنای جهل به حصول موضوع عقد است و گروه اندکی نیز جهل به وجود آن را نیز غرر می دانند؛ در میان ایشان، برخی بر آن هستند که جهل به عین غرر است و برخی دیگر جهل به صفت یا مقدار را سبب غرر در معامله می شمارند (نجفی کاشف الغطاء، ۱۳۵۹: ۹۱). چنان که می بینیم فقها راجع به اخذ جهل در معنای غرر متفق القولند (شیخ الأنصاری، ۱۴۱۵: ۱۷۸). در هر حال، غرر در فقه به معنای جهل در حصول مورد معامله است؛ پس هرگاه نسبت به آن جهلی وجود داشته باشد، اما معلوم الحصول باشد یا هرگاه جهل راجع به صفت باشد، غرر تحقق نیافته است (شیخ الأنصاری، ۱۴۱۵: ۱۸۰).^۵

فقها علت بطلان بیع غرری را در کنار منافع فرد، منافع اجتماع نیز دانسته اند. ایشان غرری را که منشأ آن جهالت مبیع باشد، بیع سفهی و باطل می دانند (المیرزا قمی، ۱۴۱۳: ۹۷)؛ همچنین، بر آنند که در عوضین مثلی نامعین شبهه ربا پیش می آید (الشیخ الجواهری، ۱۳۶۸: ۴۲۵) و نظم اقتصادی جامعه دچار خدشه می شود.

غرر در حقوق موضوعه و آثار آن

در حقوق موضوعه ایران، رفع غرر از قرارداد به شیوه «تعیین» و «معلوم» کردن موضوع آن صورت می گیرد؛ حقوق دانان نیز در معنای دو واژه «معین» و «معلوم» در قرارداد که در بند ۳ ماده ۱۹۰ و ماده ۲۱۶ (راجع به قواعد عمومی قرارداد) و ۳۴۲ (راجع به بیع) قانون مدنی آمده، مطالبی را مطرح کرده اند؛ برخی استادان حقوق، معلوم را ناظر به صفات درونی موضوع معامله و معین بودن را ناظر به جایگاه آن در میان سایر موضوعات

۵. مرحوم کمپانی در حاشیه مکاسب می نویسد: کون الغرر من حیث الحصول أعظم من الغرر من حیث الذات والصفة کما و کیفاً (أصفهانی، ۱۴۱۸: ۲۷۸).

۴. در این خصوص، در فقه (المیرزا قمی، ۱۴۱۳: ۹۷) صریحاً با استناد به اجماع اعلام می دارند که معلوم بودن مبیع از شرایط صحت عقد است؛ البته برخی دیگر، بر این باورند که اگر اجماعی در کار نبود، دشوار بود که غرر را سبب بطلان قرارداد بدانیم (السید الخوانساری، ۱۴۰۵: ۱۰۸).

مشتبه دانسته اند (امامی، ۱۳۷۹: ۲۲۰؛ کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۱۷۷). به نظر ایشان، در شرط معلوم بودن موضوع قرارداد، تنها به خود موضوع تعهد و شرایط داخلی آن می‌نگریم، ولی در شرط معین بودن، به شرایطی که آن را از دیگر مواردی که ممکن است موضوع معامله قرار گیرد، تفکیک نماید. برای یافتن مبنای قانونی این تفکیک، می‌توان به بطلان عقد ضمانی که به نحو تردید منعقد می‌شود، استناد کرد؛ ماده ۶۹۴ قانون مدنی چنین می‌گوید: «علم ضامن به مقدار و اوصاف و شرایط دینی که ضمانت آن را می‌نماید، شرط نیست؛ بنابراین، اگر کسی، ضامن دین شخص بشود، بدون اینکه بداند آن دین چه مقدار است، ضمان صحیح است؛ لیکن ضمانت یکی از چند دین به نحو تردید باطل است».

به نظر می‌رسد این تفکیک که اکنون واجد اوصاف پارادایم در حقوق قراردادهای ایران است، راه به جایی نمی‌برد. ایرادی که می‌توان بدان وارد ساخت، نبود اثر عملی در تقسیم بندی و نبود مرز دقیق بین معلوم و معین است. اگرچه در اکثر موارد می‌توان این دو مفهوم را به آسانی در عمل پیاده نمود، در مواردی، استادان معین نساخته‌اند که چگونه و با چه معیاری می‌توان فهمید که شروط دوگانه در قرارداد رعایت شده است؛ به عبارت دیگر، رویکرد متعارف مصادیق مربوط به مردد بودن موضوع قرارداد را در مفهوم عدم تعیین جای داده است که در واقع، از موارد عدم امکان اجرای قرارداد، همانند تلف عین معین در بیع است. با این حال، همچنان، می‌توان گفت که دو اصطلاح مذکور معنای متفاوتی دارد؛ برای همین و برای به کارگیری درست دو شرط در قراردادهای جدید حقوق ایران، باید این تفکیک را به شیوه دیگر برقرار ساخت:

الف. در متون قانونی و حتی حقوقی، چگونگی تعیین موضوع معامله مد نظر استادان حقوق مدنی ایران، مشخص نیست؛ به عبارت دیگر، نمی‌توان معین بودن معامله را ارزیابی کرد، مگر اینکه عنصر دیگری را مد نظر قرار دهیم و آن «امکان عرفی اجرای قرارداد» است؛ پس امکان اجرا، موضوعیت می‌یابد، نه معین بودن موضوع آن. با این ضابطه هم می‌توان اندکی از مباحث انتزاعی صرف فاصله گرفت و چهره عملی به معین بودن معامله بخشید و هم مشروعیت بسیاری از قراردادهای جاری در عرف را با یافتن مقصود فقها و قانون موضوعه، به رسمیت شناخت.

ب. می‌توان نامعلوم بودن را ناظر به ابهام در اثر معامله و عدم اطمینان به حصول نتیجه و نامعین بودن را ناظر به ابهام در موضوعات معامله دانست؛ در عرف نیز

با به کارگیری دو لفظ معلوم و معین، همین معنا اراده می‌شود: معلوم ناظر به آینده و معین ناظر به حال است (مثل معلوم نبودن عاقبت امر و معین نبودن امر)؛ بنابراین، طبق مفاهیم فقهی که غرر ناظر به حصول نتیجه مؤثر بر عقد است، معلوم بودن را می‌توان چنین دانست؛ اما جهل به موجود بودن یا وصف و...، آنگاه که سبب ناممکن شدن اجرای عقد شود، به معنای نامعین بودن است. بر اساس این، معین بودن موضوع معامله معمولاً مرتبط با امکان اجرای قرارداد است و معلوم بودن مرتبط با اثر قرارداد و امر متوقع طرفین از معامله است؛ پس هرگاه فاصله این پیش بینی با واقعیت زیاد باشد، به گونه‌ای که عرفاً تناسبی میان آن دو نباشد یا نتوان تصور چنین تناسبی را در هنگام قرارداد نمود، معامله غرری و به تبع آن، مبهم است و باطل.

ج. به نظر می‌رسد که در نوشته‌های فقهی، ابهام در مورد معامله و نیز معین نبودن آن در قالب مفهوم غرر تبیین می‌شود؛ اما باید دانست که مسئله غرر، در فرض معین نبودن موضوع قرارداد، به دلیل ناممکن بودن اجرای قرارداد و در فرض معلوم نبودن مورد معامله، به دلیل اطمینان نداشتن و نبود وثوق به حصول نتیجه مطرح می‌شود؛ به دیگر سخن، معلوم بودن قرارداد، بیشتر برای حمایت از منافع طرف قرارداد و استواری معاملات در نظام حقوقی، به دلیل ایجاد اطمینان است؛^۶ چنان که در فقه دلیل نفی غرر را پیشگیری از احتمال زیان و جلوگیری از زمینه نزاع و درگیری دانسته‌اند (مراغی، ۱۴۱۷: ۳۱۴؛ محقق داماد و دیگران، ۱۳۹۳: ۴۲۶)؛ اما معین بودن بیشتر مربوط به رسمیت ندادن بر معاملات غیرقابل اجرا و غیرمنطقی در نظام حقوقی است. برای همین، «قدرت بر تسلیم» را در کنار معلوم بودن عوضین، از جمله مصادیق نفی غرر می‌دانند (شیخ الأنصاری، ۱۴۱۵: ۱۷۹/۴؛ مراغی، ۱۴۱۷: ۳۱۱). ایشان قائل هستند که علامه در تذکره چنین نظری دارد.

به این دلیل تفسیر جدیدی از معلوم و معین بودن به دست می‌دهیم که آن دو امر موضوعی بوده و هیچ‌گاه حقوق دان نمی‌تواند ارزیابی درستی از آن داشته باشد؛ برای مثال، در قرارداد انتقال حق پخش تلویزیونی مسابقات ورزشی، تصور کنید که همه مسابقات یک دوره با قیمت ثابت انتقال یابد؛ حال، اگر بخواهیم از منظر انتقال گیرنده به موضوع قرارداد بنگریم، ابهام بسیاری را در آن می‌بینیم؛ به دلیل طالبان بسیار برخی

۶. البته اگر فلسفه حکم ربا را حمایت از نظام اقتصادی جامعه بدانیم، به یقین، معلوم بودن نیز جهت حمایت از نظام اجتماعی شرط گردیده است.

تعیین ضابطه برای تعیین موضوع معامله پیش می‌آید. چنان‌که می‌بینیم، معین بودن ناظر به قابلیت اجرای قرارداد و شرط اساسی است. برای همین بدهت است که در حقوق فرانسه، به رغم اشارات تلویحی، کمتر درباره معین بودن گفته‌اند و بیشتر به معلوم شدن پرداخته‌اند (شهیدی، ۱۳۸۲: ۳۰۷-۳۰۶).

نکته دیگری که باید در این زمینه متذکر شد، در حقوق غربی گاهی از قابلیت تعیین سخن گفته می‌شود و صرف قابلیت تعیین برای درستی قرارداد و رفع غرر از آن کافی دانسته شده است؛ برای نمونه، هرگاه خریدار جنس موجود در انبار را بدون اطلاع از ماهیت و ... بخرد، در حقوق ایران باطل است؛ اما در حقوق فرانسه، به این دلیل که بعداً می‌توان تعیین کرد، صحیح است (همان)؛ به نظر می‌رسد منظور از قابلیت تعیین، معلوم شدن قرارداد است.

از این گذشته، باید دانست که معلوم بودن، بیشتر ناظر به شرایط بیرونی و خارج از قرارداد است؛ چراکه حمایت از طرف قراردادی بر مبنای شرایط داخلی قرارداد به شیوه‌های دیگری غیر از بطلان صورت می‌گیرد؛ چنان‌که در عقد اجاره اشخاص، هرگاه سپس مشخص شود که اجیر ناتوان و ضعیف است، ممکن است به مستأجر حق فسخ بر مبنای خیار تخلف از شرط بنایی اعطا شود.

تفکیک از موارد مشابه

حال که تفاوت میان ناممکن شدن اجرای قرارداد (مردد بودن موضوع) را با نامعلوم بودن موضوع شناختیم، شایسته است که تفاوت این موارد را با موارد مشابه بیان کنیم تا از خلط با آن مفاهیم پیشگیری شود.

مسائل مربوط به توافق

ممکن است در قرارداد توافق اراده نباشد. پس هرگاه ایجاب نسبت به یک موضوع با قبول آن منطبق نباشد، اصولاً قراردادی منعقد نمی‌شود و نبود توافق میان اراده طرف‌های قرارداد، سبب ابهام در مفاد قرارداد آینده است. با این همه ممکن است که طرف‌ها قراردادی را منعقد نمایند و اراده‌ها منطبق؛ اما مفاد آن همچنان مبهم باشد.

ممکن است در قراردادی اشتباه رخ دهد. اشتباه، انحراف یکی از طرف‌های قرارداد یا هر دو، از واقعیت است. در عدم تعیین، هر دو از واقعیت خبر دارند، اما واقعیت مبهم است. در اشتباه، پندارها منطبق نیست و ممکن است آن چیزی را که طرف‌ها می‌پندارند، معین

مسابقات و نبود بیننده برای برخی دیگر، ممکن است که انتقال گیرنده، در نتیجه سود بسیاری کسب کند یا ضرر کند و اطمینان به حصول نتیجه لازم وجود نداشته باشد؛ اما چنین نیست؛ چرا خلأ قیوت، تلاش و بازاریابی او را نادیده انگاشته‌ایم و سود و زیان آینده او را متناسب به خود او نکرده‌ایم؛ امری که در ذات زندگی بشری وجود دارد و شبیه حیازت مباحثات است. پس باید به گونه دیگری این قرارداد را تفسیر کرد و گفت که انتقال گیرنده در واقع وجهی را برای امر بالقوه پرداخت می‌کند، نه اینکه امر مبهمی موضوع قرارداد او باشد. لازم به ذکر است که شرط ضرورت معلوم و معین بودن قرارداد مطلق نیست. گاهی قانونگذار مصادیق و شرایطی را که فاقد شرط مذکور است، برشمرده است. ماده ۷۶۶ قانون مدنی، بر مبنای نامعلوم بودن عقد و نامعین بودن موضوع آن، صلح دعاوی فرضیه را جایز دانسته است؛ همچنین، در عقود بورسی و بیمه، موضوع عقد، معین و مفاد قرارداد شفاف است و طرفین می‌دانند که چه می‌دهند و چه می‌ستانند؛ اما تردید ایشان درباره نتیجه عقد است؛ یعنی ممکن است حصول قرارداد و چگونگی آثار آن مبهم باشد؛ این مسئله ناظر به معلوم بودن قرارداد و وجود غرر در آن است. ماده ۶۹۵ قانون مدنی در مورد عقد ضمان نیز از جمله احکام شناسایی مشروعیت عدم تعیین موضوع در موارد خاص است؛ همچنین، «تعهد» فروش دو یا چند عین مردد، صحیح است؛ زیرا مورد معامله تعهد مشخص است و ضرورتی به تعیین آن عین‌ها نیست (شهیدی، ۱۳۸۲: ۳۰۶). در واقع، آنچه رهنمون ماست تا میان عقود مغاینه و مسامحه تفاوت گذاریم، ضرورت شرط معلوم بودن است، نه معین بودن است. معین بودن در هر دو عقد مغاینه و مسامحه لازم است؛ چرا که بدون آن، عقد اجرا شدنی نیست؛ اما معلوم بودن در عقود مسامحه لازم نیست؛ بنابراین، مفاد ماده ۶۹۴ قانون مدنی بیشتر همگام با تفسیر ماست تا تفسیر رایج. به بیان دیگر، در عقود مسامحه، غرر از جهت معلوم نبودن، قرارداد را مخدوش نمی‌سازد؛ ولی غرر ناشی از نامعین بودن همچنان موجب بطلان قرارداد می‌شود؛ این تمایز مبتنی بر همان افتراقی است که بین غرر ناشی از معلوم نبودن و غرر ناشی از عدم تعیین وجود دارد. بر مبنای این ضابطه، فروش یکی از چند میبوع صحیح نیست؛ چرا که قرارداد عملاً امکان اجرا ندارد؛ اما هرگاه بتوان اراده طرف‌ها را به این نحو تحلیل کرد که خواسته‌اند به فروشنده یا خریدار یا دیگری وکالت در تعیین دهند، آنگاه معامله اجرایی است و مباحث راجع به مشروعیت

که پیش از این آتش گرفته یا با سیل خراب شده، غیرقابل اجراست؛ البته در این موارد شاید بتوان قرارداد را اجرا کرد، ولی نه به آن صورتی که طرف‌های آن خواسته‌اند (McKeag, 1996, pp. 80-81)؛ بنابراین، عقد واقع می‌شود، ولی مقصود طرفین نیست و در واقع نتیجه مساوی با اجرایی نبودن قرارداد است.

توافق باید کامل، غیرمشروط و به طور کافی مشخص باشد تا امکان اجرا بیابد (McKeag, 1996, p. 235)؛ لذا در حقوق انگلیس می‌گویند، اگر طرف‌های قرارداد بخواهند به سرعت خود را متعهد سازند، درحالی که بر سر برخی قیود و شروط قراردادی هنوز توافق نشده، قرارداد صحیح است، مگر آن که عدم تحصیل توافق در خصوص آن قیود و شروط، قرارداد را کاملاً غیرعملی سازد یا به خاطر عدم تعیین باطل نماید (McKeag, 1996, p. 267).

مفاد قرارداد می‌تواند کامل نباشد و طرف‌ها هنگام انعقاد، برخی از شرایط آن را نادیده انگارند؛ بی‌تردید قراردادی که مفاد آن نامعین است، ناقص و فاقد بسیاری از شروط است، ولی نمی‌توان گفت که هر قرارداد ناقص، مهم است. برای همین احتیاج، در آمریکا از سال ۱۹۹۰ به بعد، مفهوم «قراردادهای ناتمام»^{۱۰} از جمله مباحث داغ اقتصادی شده است. در بسیاری موارد، قرارداد ناتمام، همان قرارداد مبهم و در همه موارد، قرارداد مبهم، ناتمام است. پس کمال قرارداد با تعیین موضوع مرتبط است؛ چنان که در نوشته‌های کامن‌لا، دو اصطلاح نامعین و ناتمام را ذیل یک عنوان و در کنار هم مطالعه می‌کنند (Oughton & Davis, 2000, p. 212)؛ Mulkahy, 2008, p. 74). توضیح اینکه، لزوماً قرارداد ناتمام به معنای مبهم بودن آن نیست؛ در اینجا، طرف‌ها عقده را منعقد نموده‌اند تا بعداً آن را کامل کنند و در حین تشکیل عقد، ابهامی در موضوع وجود ندارد.

تعهد تخییری

هرگاه مورد تعهدی معین شود و ضمن عقد، شرط شود که متعهد بتواند مال معین دیگری بدهد یا متعهدله مال دیگری را بخواهد، گفته‌اند این معامله صحیح است؛ زیرا در این جا تعهد نسبت به موضوع معین به عمل آمده و ضمن عقد شرط شده که بتوان آن را تسعیر نمود (مراغی، ۱۴۱۷: ۳۲۶؛ امامی، ۱۳۷۹: ۲۲۱)

به عبارت دیگر، می‌توان گفت که این تعهد تخییری است؛ تعهدی با چند موضوع گوناگون که تنها باید یکی از آن‌ها اجرا شود (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۱۵۷).

10. Incomplete Contracts

بوده و ابهامی نداشته باشد. اشتباه ممکن است در زمینه جنس^۷ یا وصف^۸ باشد؛ برای نمونه، وقتی کسی آرد دیگری را به جای آرد خود می‌فروشد، درباره هویت ماده فروخته شده، اشتباه وجود دارد، نه در خصوص کمیت آن (McKeag, 1996, p. 104). برخی اشتباهات مانند مقدار، سبب بطلان نیست و ممکن است مشمول مواد ۳۵۵، ۳۸۴ و ۳۸۵ قانون مدنی باشد؛ همچنین، هرگاه وصف اشتباه باشد، خیار تخلف وصف یا شرط وصف به وجود می‌آید. پس در حقوق ایران، جهل به هر یک از ماهیت و مقدار و وصف، سبب بطلان است؛ ولی اشتباه چنین نیست (شهیدی، ۱۳۸۲: ۳۲۵). هرگاه در زمان انعقاد قرارداد مربوط به عین معین، ماهیت و مقدار و اوصاف مهم بیان شده و طرف‌ها بر این مبنا عقد را منعقد نمایند، صحیح است، هرچند ماهیت یا مقدار یا اوصاف مهم بیان شده با واقعیت آن عین معین منطبق نباشد (شهیدی، ۱۳۸۲: ۳۲۵).

با این حال، نمی‌توان دو امر اشتباه و ابهام را خیلی بی‌ربط دانست؛ چنان که گفته‌اند اگر اشاره‌ای دقیق نباشد، می‌تواند منجر به اشتباه در موضوع قرارداد شود که خود مانع انعقاد قرارداد^۹ است (Terré, 2005, p. 278).

شروط انعقاد

ممکن است که ابهام یا نامعین بودن مفاد قرارداد با شروطی که سبب انعقاد می‌شود، خلط شده و اگرچه معلوم و معین بودن موضوع معامله از شروط صحت قرارداد است، از سایر شروط اعتبار قرارداد و نیز شروط مورد معامله تفکیک نشود.

هدف انعقاد قرارداد، اجرای آن است و ابهام‌زدایی از قرارداد نیز در این جهت قرار می‌گیرد. در حقوق ایران، در کنار ابهام‌زدایی از قرارداد، شرایطی را برای اجرای آن بر شمرده‌اند، مثلاً درباره مال موضوع قرارداد گفته‌اند که باید در زمان عقد موجود باشد، بتوان آن را نقل و انتقال نمود، معلوم و معین باشد، تسلیم آن مقدور باشد و سرانجام مدیون مالک آن باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۱۶۰) و درباره عمل نیز گفته‌اند که کار باید مقدور و مشروع باشد و در بردارنده نفع عقلانی باشد (همان: ۱۹۳). در فقه امامیه نیز میان جهل به مبیع و مقدورالتسلیم بودن آن شباهت‌هایی را بیان نموده‌اند (المیرزا قمی، ۱۴۱۳: ۱۰۳؛ علی دوست، ۱۳۸۲: ۱۰۰)، مثلاً، فروش خانه‌ای

7. Identity

8. Quality

9. Erreur Obstacle

قرارداد را تابع حکم واحد دانست؛ تنها می توان دسته دوم، یعنی موضوعات غیراساسی قرارداد را مبهم گذاشت و ترس از بطلان عقد نداشت. در نتیجه، ابهام و نامعین بودن موضوع اساسی، سبب بطلان و ناممکن شدن اجرای قرارداد است.

در حقوق انگلیس گفته اند تا طرف های قرارداد، بر سر شروط مهم آن توافق نکنند، تعهد الزام آوری ایجاد نمی شود (McMeel, 2007, p. 273). توافق نامه برای توافق آینده را قرارداد نمی نامند؛ اگر میان طرف ها، شروط مهم حل و فصل نشود و نتوان از طریق قانون آن را استنباط کرد یا نظامی برای تعیین نباشد، قراردادی وجود ندارد (See. Feloy v. Classique Ltd. [1934]). با این حال، ممکن است طرف ها درباره موضوعات اساسی توافق کنند؛ ولی تعیین کامل آن را منوط به انعقاد قرارداد^{۱۳} نمایند (McMeel, 2007, p. 268). چنان که در پرونده ای،^{۱۴} طرف برای جبران خسارات ناشی از نقض قرارداد، اقامه دعوا نمود؛ ولی با این دفاع روبرو شد که قرارداد در برگرفته وصف کافی کالا به گونه ای که آن را بشناساند، نیست و توافق بیشتری را بر سر شروط اساسی نیاز دارد. مجلس اعیان این استدلال را رد کرد و اعلام نمود که توافق معتبر و الزام آور است (McKendrich, 2005, p. 143). در واقع، در اینجا، بر سر شرایط اساسی توافق شده است و طرف ها می توانند موضوعات غیرمهم را در آینده مشخص کنند.

در حقوق ایران نیز برخی استادان، اعلام نموده اند: «علم به اوصاف اساسی و ذاتی مبیع شرط صحت عقد است، ولی علم به وصفی که چهره فرعی و تبعی دارد، ضروری نیست؛ خواه مربوط به مقدار باشد یا سایر اوصاف» (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۱۱۶)؛ در واقع در بیشتر مواقع، وصف اساسی مبیع، برای عقد نیز وصف اساسی است. در فقه امامیه نیز میان جهلی که منجر به غرر شود و جهلی که چنین غرری را به بار نیاورد، تفاوت نهاده و تنها دسته نخست را سبب بطلان قرارداد می دانند (المحقق النراقی، ۱۴۱۵: ۳۲۸)؛ بنابراین، می توان گفت که با عنایت به ماهیت هر قرارداد و خواست طرف های آن، موضوع قرارداد شامل موضوع اصلی و موضوع فرعی است که در خصوص اولی، علم و تعیین ضرورت داشته

این نوع تعهد، باید موضوعات انتخابی گوناگون باشد؛ موضوع ها باید در عرض هم باشد و ترتیبی بر آن ها فرض نشود (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۵۹-۱۵۸)؛ مثلاً فروشنده، طی یک قرارداد، همه اسب های خود را، هریک با بهایی معین معرفی نماید و خریدار را مخیر به انتخاب یکی از آنان نماید یا خیاطی تعهد نماید که پارچه ای را به شیوه خاصی به قیمتی و به شیوه خاص دیگر، به قیمت دیگر بدوزد (مراغی، ۱۴۱۷: ۳۲۶). تعهد تخییری مبهم نیست: تعهد بر دو یا چند مال با اوصاف و بهای معین است (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۶۰). در واقع، متعهد، هم زمان چند تعهد را می پذیرد و متعهدله مخیر است که اجرای هریک از تعهدات معلوم، معین و قابل اجرا را بخواهد. خلط مفهوم ناشی از طرح چند تعهد در قالب یک قرارداد است.

قلمروی رفع ابهام

حال این سؤال پیش می آید که چه عرصه هایی از قرارداد، مشمول احکام مقرر در این نوشته است؛ در اینجا، بخشی از مهم ترین آن ها را بررسی می کنیم:

تفکیک موضوعات قراردادی

به یک معنا، هر چیزی که در قلمروی عقد قرار گیرد، موضوع قرارداد است و در اینجا میان مورد قرارداد (ماده ۲۱۴ قانون مدنی) و سایر موضوعات قرارداد تفاوتی نیست. با این حال، برخی موضوعات، واجد وصف اساسی است و اثر عمده ای در اجرای قرارداد دارد؛ همانند جنس کالایی که موضوع عقد بیع است، یا شخصیت طرفین در عقودی همانند نکاح (بخش پایانی ماده ۲۰۱)؛ همچنین اگر طلبی انتقال یابد، تنها کافی است مشخصات بدهکار و منشأ طلب معلوم شود (Terré, 2005, p. 278). چنان که ملاحظه می کنیم، موضوع اساسی برخی عقود، در عقد دیگر اساسی نیست؛ بنابراین، موضوع قرارداد، شامل عوض قراردادی، طرف های قرارداد، مدت قرارداد و ... است که بنا بر اوضاع و احوال، برای طرف های قرارداد ممکن است دارای وصف اساسی باشد؛ در واقع، طرف های قرارداد، سازنده آن و تعهدات برخاسته از آن هستند و سرنوشت قرارداد را به وجود می آورند؛^{۱۱} ایشان می توانند موضوعات کم اهمیت را برای توافق آینده واگذارند (McMeel, 2007, p. 267).^{۱۲} پس همچنان که نباید رفع ابهام از مفاد قرارداد را آسان گرفت، نایستی همه مفاد

نظر نداشته باشد؛ به این دلیل که اصل در قراردادها، حاکمیت اراده است و طرف ها می توانند اهمیت موضوع را مشخص کنند، اساس را بر اختیار طرف ها نهادیم.

13. Subject to Contract

14. Hillas & Co. Ltd. v. Arcos [1932]

11. The Master of Their Contractual Fate

۱۲. ممکن است وصف اساسی مربوط به نظم عمومی باشد و به طرف ها

مانند سکنی، وقف و هبه و عاریه نیز جاری است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ۲۰۷). چنان که می بینیم، در برخی انواع عقود، معلوم بودن عاقبت عقد لازم نیست؛ اما تعیین موضوعات آن ضروری است؛ برای همین به عقود مذکور، مسامحه می گویند. فروض معین نبودن مورد معامله امکان ندارد؛ چرا که آنگاه عقد اجرایی نیست. پس باید گفت علم اجمالی عقد مسامحه که استثنایی است، ناظر به معلوم نبودن نتیجه است. در قراردادهای خدماتی، نحوه و کیفیت انجام کار آتی خادم مبهم است و با تعیین فرد یا مدت، این خدمت به طور کامل معین نمی شود؛ در قراردادهای خدماتی که تخصص خادم نقش عمده ای در تعیین ارزش موضوع قرارداد دارد، این ابهام برجسته تر است. این مسئله که راجع به عمل یا خدمت بوده، از طرف دیگر بر ثمن نیز صدق می کند؛ به عبارت دیگر، روشن شدن میزان ثمن وابسته به تعیین کیفیت و کمیت خدمت است؛ اما این میزان چهل قرارداد را غرری نمی سازد.

موضوع تعهد

ممکن است موضوع تعهد، تسلیم مال باشد. ابهام زدایی از مال موضوع تعهد، با مشخص کردن جنس و وصف و مقدار آن صورت می گیرد و در عین معین و کلی متفاوت است (ماده ۳۴۲ قانون مدنی؛ المحقق النراقی، ۱۴۱۵: ۳۳۲). این امر ممکن است از طریق مشاهده باشد یا احساس دیگر انسانی، به ویژه در قراردادهای عهدی، می تواند از طریق واژگانی باشد که در قرارداد می آید (السید الخوانساری، ۱۴۰۵: ۱۰۸).

وقتی موضوع قرارداد عین معین است، مشکلی نیست؛ زیرا اشاره به آن کافی است؛ همانند فروش اثر هنری یا دستگاه آپارتمان. البته این فرض در مواردی با اشکالاتی روبروست (Porchy-Simon, 2002, p. 87)؛ مثلاً هنگامی که کالا تخصصی و پیچیده است، تنها با مشاهده یا بیان افراد متخصص، مشخصات کالا برای خریدار روشن می شود (شهیدی، ۱۳۸۲: ۳۰۱).

در عین کلی نیز تعیین موضوع تعهد، باید با توجه به ماده ۳۵۱ قانون مدنی باشد.^{۱۵} پس باید نوع و مقدار عین کلی و اگر لازم باشد، وصف آن مشخص شود (Porchy-Simon, 2002, p. 87)؛ مثل موردی که وصف دارای ویژگی اساسی باشد؛ چراکه می توان با رعایت مفاد ماده ۲۷۹ قانون مدنی، مشکل وصف را حل نمود. در حقوق فرانسه نیز، درباره

و ابهام، منتج به جهل و ناممکن شدن اجرا و ابطال قرارداد می شود؛ اما در خصوص دومی، حکم به بطلان و حتی خدشه به عقد صحیح نیست.

مصادیق ارکان عقد

در بسیاری از معاملات، به ویژه قراردادهایی که در آینده اجرا می شود، طرف های آن نه قادرند و نه تمایل دارند که همه موضوعات را روشن سازند (Beatson, 1998, p. 62) و موضوعات را رها می کنند تا حین اجرای قرارداد روشن شود؛ چنان که در حقوق فرانسه برخی قراردادهای همانند نمایندگی، اجاره و شرکت، به طور سنتی، از دایره ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی و تعیین کامل بیرون است (Mazeaud, 1998, p. 243)؛ همچنین، در حقوق انگلیس، ثمن یا زمان تسلیم در بیع کالاها یا زمان بار نمودن یا خالی کردن بار در قرارداد حمل دریایی، از این جمله است (McKendrich, 2005, p. 148).

ارکان عقد ممکن است مورد معامله باشد یا تعهدات طرفین. در این میان ثمن نیز دارای احکام خاصی است؛ همچنین، شخصیت طرفین و حتی مدت قرارداد نیز گاهی جزو ارکان آن است. در زیر موارد مذکور را بررسی می کنیم:

مورد معامله

حکم ماده ۲۱۶ قانون مدنی ایران، راجع به ضرورت علم، بیانگر امر منطقی است و جدا از این که ماده قانونی و لازم الاجرا است، از نظر عقلی هم پسندیده است. به طور کلی، این ماده بیانگر اصل و استثناء درباره «مورد معامله» است که ممکن است به سایر مفاد قرارداد نیز سرایت کند.

اصل کلی و نخستین در حقوق قراردادهای، لزوم رفع ابهام و علم کافی طرف ها به مورد معامله و سودی است که در برابر آن می برند (محقق داماد و دیگران، ۱۳۹۳: ۴۲۴)؛ یعنی اصل علم تفصیلی طرف ها بر مورد معامله است (شهیدی، ۱۳۸۲: ۲۹۷)، البته این حکم شامل ایقاع نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ۲۰۷)؛ همین حکم را در ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی فرانسه درباره کلیات قراردادهای و ماده ۱۵۹۱ آن قانون درباره عقد بیع آورده اند (Cabrillac, 2002, p. 51).

با این همه در پاره ای از عقود، مثل عقود مسامحه، علم تفصیلی لازم نیست (شهیدی، ۱۳۸۲: ۲۹۷). در نتیجه، علم اجمالی به موضوع و طرف قرارداد کافی است؛ البته در عقدی همانند ضمان، حواله و کفالت، مثلاً ضامن نمی تواند «چیزی» را ضمانت کند (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۴۵۵). این حکم درباره عقود تبرعی (احسانی)،

۱۵. برخی از فقها، شرط صحت بیان اوصاف به دست فروشنده را وثوق خریدار می دانند؛ لذا اگر خریدار وثوق به فروشنده نداشته باشد، بیع باطل است (السید الخوانساری، ۱۴۰۵: ۱۰۹).

بهای قرارداد

تعیین ثمن یا عوض یا بهای قرارداد بسیار اهمیت دارد؛ چنان که در فقه امامیه ادعا شده که هرگاه در ضمن عقد ذکر از ثمن در میان نباشد، عقد به اجماع باطل است (محقق داماد و دیگران، ۱۳۹۳: ۴۲۵)؛ در حقوق خارجی نیز در دعویسی^{۲۰} یکی از قضات اعلام کرد که در قرارداد بیع، تعیین ثمن، از عمده ترین مسائلی است که بایستی حل می شود؛ لذا بدون آن قراردادی وجود ندارد (McKendrich, 2005, p. 142). در هر حال، این تعیین به شیوه های گوناگون صورت می گیرد، در برخی قراردادها، می تواند در قالب اسکناس یا در زمره اوراق بهادار، همانند چک بانکی باشد؛ همچنین ممکن است به صورت الکترونیکی باشد (Marty, 1989, p. 13). پرداخت وجه، می تواند به صورت اعتبار^{۲۱} یا پرداخت ساده^{۲۲} باشد (Marty, 1989, p. 13). به طور کلی، موضوع پولی قرارداد، اصولاً باید همانند دیگر موضوعات تعیین شود. «آن چیزی که تو می خواهی بپرداز» امر کلی نامحدود است، نه قرارداد (Carbonnier, 2000, p. 120)؛ بنابراین، تعیین ثمن شرط صحت قرارداد است و بایستی در زمان انعقاد آن معلوم باشد. در اینجا، تعادل قراردادی مهم نیست، بلکه عمل تثبیت ثمن با اراده آزاد طرف ها مهم است (Terré, 2005, p. 288). پس هدف، احترام به اراده است، نه رعایت عدالت و ضابطه ای مهم است که طرفین تعیین کنند. در فقه نیز نامعلوم نهادن میزان ثمن را سبب بطلان عقد دانسته اند (محقق داماد و دیگران، ۱۳۹۳: ۴۲۵) و گفته اند که اگر شخص متعهد شود تا بهای قرارداد را به پولی بپردازد، حتی اگر ارزش آن نوسان پیدا کند، باید آن میزان را بدهد و در صورتی که آن ارز نایاب شود، باید ارزش حین قرارداد را بدهد (المیرزا قمی، ۱۴۱۳: ۲۱۵). این حکم نشانگر حاکمیت الفاظ قرارداد بر طرف های آن و تأمین کننده نظم و به تبع آن، لزوم تعیین ثمن در زمان قرارداد است. با این حال، در خصوص قراردادهایی که اجرای آن وابسته به زمان طولانی و مستمر است، باید گفت، در این زمانه، ارزش پول، موج و در نوسان است؛ پس نمی توان با اعلام مبلغ ثابت، موضوع قرارداد را معین ساخت. هنگامی غرر از بین می رود که ثمن با روش و فن خاصی ارزیابی و در پس گذر زمان، تعدیل شود؛ بنابراین، نباید نفی غرر را همسان با ثبات مبلغ قرارداد

موضوع کلی^{۱۶} برابر بند ۱ ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی، تعیین نوع و جنس^{۱۷} کافی است؛ اما به نظر حقوق دانان، باید وصف و کمیت نیز تعیین شود (Carbonnier, 2000, p. 119). در خصوص عقد اجاره نیز باید گفت که اجاره کلی، نامعین نیست؛ زیرا تعیین مصداق خارجی عین مستأجره با موجر است؛ اما مقدار منفعت باید معلوم شود (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۳۴۸).

درباره موضوع معامله کلی در معین، از نظر منطقی و به روشنی، بیان مقدار از لوازم صحت قرارداد است؛ زیرا تسلیم مال و تعیین آن، مستلزم دانستن اندازه جزئی است که باید از کل تسلیم خریدار شود؛ اما در خصوص سایر موارد، بایستی با اشاره یا با تشخیص کارشناس، پی به جنس و کیفیت کالا بُرد. در فرانسه موضوع تعهد کلی در معین^{۱۸} یا چیز مثلی که می توان آن را با وزن، شمردن، یا اندازه فروخت، برابر ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی، باید در قالب نوع و از سهم معین شده^{۱۹} باشد؛ همانند برنج، نفت، خودروهای خط تولید واحد (Terré, 2005, p. 278). لازم به ذکر است که مال قیمی را نمی توان به صورت کلی یا کلی در معین فروخت؛ و این حکم ناظر به مال مثلی است.

در هر حال، در حقوق فرانسه، اگر بتوان موضوع تعهد را سپس تعیین نمود، برابر بند ۲ ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی صحیح است و می توان با ارجاع به عرف یا تفسیر بر اساس اوضاع و احوال آن را شناخت (Carbonnier, 2000, p. 119). پس موضوعاتی مثل فروش این خانه، این سرفقلی یا چند کیلو مس با همین کیفیت، باید معین باشد و موضوعاتی که می توانند سپس تعیین شوند؛ از جمله فروش کالایی که بهای آن با در نظر گرفتن روابط مشخص می شود یا بهای رسمی روز تسلیم و بیعی که بهای آن به دست اشخاص دیگر تعیین می شود، هستند (Cabrillic, 2002, p. 51). در حقوق ایران نیز حقوق دانان، دست کم در برخی از عقود، قائل به چنین حکمی هستند (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۳۲۲). هرچند از ظاهر مقررات قانون مدنی مانند ماده ۱۹۰ و ۲۱۶ این دیدگاه استنباط نمی شود؛ با وجود این، تحقیق در مفهوم غرر نشان می دهد در موارد بسیاری صرف قابلیت تعیین، غرر را که مفهومی عرفی است، از معامله مرتفع نمی کند.

20. May & Butcher Ltd v The King [1929]

21. Monnaie de Compte

22. Monnaie de Paiement

16. Objet en Nature

17. Genre-Espèce

18. Chose du Genre

19. Quotité

بتوان آن را تعیین نمود، رویه قضایی آن کشور اعلام نموده که بیشتر مواقع تعیین پیشاپیش بهای اعمال، در این گونه قراردادها دشوار است (Cabrillic, 2002, p. 51)؛ همچنین، به دلیل ویژگی خاص تعهد پولی، رویه قضایی در قراردادهای توزیع^{۲۵} معوض^{۲۶} با مشکل روبرو شده است (Porchy-Simon, 2002, p. 88). بر اساس نظر نویسندگان فرانسوی، قرارداد توزیع قراردادی میان تاجر و سازنده است؛ تاجر تعهد می کند، به بهای تعرفه ای که کارخانه تعیین می کند، سازنده را در طول مدت معینی تأمین نماید؛ همانند قرارداد فرانشیز (Porchy-Simon, 2002, p. 88).

به طور کلی، رویه قضایی فرانسه، همه قراردادهایی را که در آن تعیین ثمن، ارجاع به خواست تأمین کننده است، بر پایه ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی فرانسه، باطل می دانست و حقوق دانان به آن ایراد نمودند. دیوان عالی کشور فرانسه با چرخشی کامل، در رأی هیئت عمومی تاریخ ۱ دسامبر ۱۹۹۵ پذیرفت که «ماده ۱۱۲۹ بر تعیین ثمن اعمال نمی شود»؛ همچنین خاطرنشان ساخت که «عبارت قراردادی ... که ارجاع به بهای معمول در زمان سفارش کالا باشد، خللی بر صحت قرارداد وارد نمی کند؛ در عین حال، سوءاستفاده از تعیین ثمن، سبب فسخ یا الزام به جبران خسارت می شود» (Porchy-Simon, 2002, p. 88).

به طور خلاصه، دیوان کشور فرانسه، در تاریخ ۱ دسامبر ۱۹۹۵ برای تعیین ثمن یک اصل و یک استثنا ایجاد کرد (Terré, 2005, p. 290). به نظر دیوان، در قرارداد تعهد به انجام کار، اعلام ثمن ضروری نیست؛ این حکم در آرای بعدی آمد و اعلام کرد در قراردادی که تعهد به تسلیم^{۲۷} وجود ندارد، توافق اولیه در میزان پرداخت، عنصر ضروری انعقاد قرارداد نیست (Mazeaud, 1998, p. 244)؛ همچنین، دیوان کشور فرانسه به طور مستقیم پذیرفت که ارجاع به یک بهایی که وابسته به خواسته طلبکار است، اگر خالی از سوءاستفاده باشد، صحیح است (Carbonnier, 2000, p. 120).

در حقوق انگلیس، هرگاه بها معین نشود، بر اساس ماده ۸ قانون بیع کالا مصوب ۱۹۷۹^{۲۸} باید در قرارداد یا

دانست. به طور کلی، عملاً نمی توان گفت که واحد پول بیانگر ارزش ذاتی است؛^{۲۹} چراکه خود همیشه در برابر ارزش کالا و خدمات در نوسان است، مگر این که تغییر را وابسته به خواست طرف های قرارداد بدانیم و بگوییم آنان این خطرهای متعارف قراردادی را می پذیرند. تثبیت بهای قراردادی با موضوع اموال، خدمات و ...، به ویژه در زمان بین انعقاد تا اجرای آن، بسیار دشوار است؛ پس بایستی آن را به گونه ای در قرارداد اعلام کرد که بتوان سپس تعیین کرد، نه هنگام عقد معین نمود (Terré, 2005, p. 288)؛ همانند قرارداد شرکت، سفارش اثر یا نمایندگی (شهیدی، ۱۳۸۲: ۲۹۲).

در تعیین پسینی بهای قرارداد، می توان بهای گوناگونی را برای کیفیت های گوناگون تعیین کرد یا اینکه می توان گفت، در فروش کالای تجاری، سکوت راجع به بها، ارجاع ضمنی به بهای رایج کالاهای مشابه قلمداد می شود، همانند قیمت بازاری (Carbonnier, 2000, p. 120). چنان که در قراردادهای خدماتی، به ویژه پیمانکاری، این امر از عناصر دائمی قرارداد است و ضمن وجود شرط تعدیل در قیمت، شاخص هایی برای ارزیابی کالا و خدمت موجود در آن در زمان اجرا وجود دارد.^{۳۰} از این گذشته، می توان نظامی را مدنظر آورد که در آن قیمت، بعد از اجرای قرارداد به دست قاضی پرونده ای که در آن طرف ها به توافق دست نیافته اند، تعیین شود (Terré, 2005, p. 287)؛ و یا اینکه تعیین ثمن می تواند موکول به اجرای قرارداد شود (Carbonnier, 2000, p. 120)؛ همچنین، در بیع حراجی، تعیین به حد کفایت وجود دارد؛ به طوری که ثمن را سرانجام اراده خریدار با بالاترین قیمت تعیین می کند (Carbonnier, 2000, p. 120).

حقوق فرانسه، در قراردادهایی که موضوع آن عمل انسان است، همانند قرارداد کار یا خدمات، استثناهایی را شناخته است (Porchy-Simon, 2002, p. 88). قراردادهای نمایندگی، اجاره، شرکت و ... که دارای ماهیت مستمر است، به طور سنتی، از دایره ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی آن کشور بیرون است (Mazeaud, 1998, p. 243)؛ گرچه ماده ۱۷۱۰ قانون مدنی می گوید، بهای قرارداد شرکت باید تعیین شود یا به گونه ای باشد که

۲۳. برخلاف آنچه در بند ب ماده ۱ قانون پولی و بانکی کشور اعلام شده است: «یک ریال برابر یک صد و هشت هزار و پنجاه و پنج ده میلیونیم ۰۰۱۰۸۰۵۵ گرم طلای خالص است».

۲۴. دستورالعمل های دولتی برای تعدیل خدمات و کالاهای موضوع قراردادهای دولتی و انتشار فهرست شاخص کالا و خدمات بر اساس زمان از جمله تلاش هایی است که نهادهای قانونی کشور برای جلوگیری از زیان یکی از طرفین قرارداد انجام می دهند و سبب تغییر در قیمت بهای کارهای خدماتی، به ویژه قراردادهای تابع شرایط عمومی پیمان می شود.

25. Contrat Cadre

26. Titre Onéreux

27. Donner

۲۸. ماده ۸ قانون بیع کالاهای انگلیس ۱۹۷۹ مقرر می کند: الف- ممکن است ثمن قراردادی را در قرارداد تعیین کنند یا واگذارند تا با روش توافقی در قرارداد یا با جریان داد و ستد میان طرف ها تعیین شود؛ ب- هنگامی که ثمن را چنان که در بند ۱ بالا مقرر شده، تعیین نکنند، خریدار باید بهای

در فرایند معامله میان طرف‌ها معین شود؛ اگر ثمن برابر مقررات پیش‌گفته معین نشد، خریدار باید ثمن متعارف را بپردازد و ماده ۹ می‌گوید اگر توافق کنند که بهای کالا را شخص ثالث ارزیابی کند و آن شخص نتواند ارزیابی کند یا چنین نکند، توافق باطل است (McKendrich, 2005, p. 141)؛ همچنین، در ماده ۱۵ قانون تهیه کالا و خدمات ۱۹۸۲ نیز مقرر مشابهی وضع شده است.

ماده ۳۰۵-۲ مجموعه مقررات یکنواخت تجارתי ایالات متحده، با عنوان شرط باز ثمن مقرر می‌سازد که طرفین می‌توانند قرارداد بیع را بدون تعیین ثمن منعقد کنند که در این صورت، ثمن بنا بر شرایطی، ثمن متعارف خواهد بود؛ همچنین، می‌توان تعیین ثمن را به یکی از طرف‌های قرارداد سپرد که او بایستی با حسن آن را تعیین کند؛ در هر صورت، هر طرف اختیار دارد که قرارداد را بر مبنای الزام اولیه خود به تعیین دقیق ثمن، باطل نماید.

در حقوق ایران، به نظر می‌رسد در برخی مواقع، می‌توان تعیین ثمن را به عناصر عینی و انهاد تا از این راه، همانند شاخص بازار سهام یا بانک مرکزی تعیین شود؛ چنان‌که احکام قانون مدنی ایران، در مواد ۱۰۸۸، ۱۰۹۰، ۱۰۹۳ و به ویژه ماده ۱۱۰۰ قانون مدنی و نیز تبصره ماده ۱۰۸۲، درباره تعیین ارزش مهریه چنین است. همچنین در انعقاد قراردادهای طراحی، تأمین و ساخت،^{۲۹} به ویژه قراردادهایی که منطبق با شرایط عمومی پیمان صادره از سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور است؛ گرچه مبلغی برای بهای قرارداد، ذکر می‌شود، تعیین دقیق و نهایی ثمن وابسته به کیفیت طراحی، میزان کار و تأمین کالا است؛ عرفی که کاملاً جا افتاده و مقبول میان پیمانکاران است؛ بنابراین، مسئله دارای ماهیت موضوعی و اقتصادی است تا حکمی و حقوقی (مراغی، ۱۴۱۷: ۳۲۰)؛ چرا که دست کم در این بخش، برابری عوض و معوض شرط است، نه مشخص بودن آن برای طرف‌های قرارداد.

سایر موارد

در ابتدا، باید دانست که ضرورتی به آگاهی طرفین نسبت به نوع قرارداد وجود ندارد؛ ایشان تنها اراده خود را بیان می‌کنند و قانون شکل صحیح آن را بار می‌کند و وظیفه حقوق دان، یافتن عنوان مناسب قانونی است.

متعارف را بپردازد؛ ج- مسئله متعارف بودن ثمن، یک مسئله موضوعی است که وابسته به اوضاع و احوال هر مورد خاص است.

ممکن است موارد دیگری، از جمله شخصیت طرف‌های قرارداد یا مدت آن، مبهم باشد. با عنایت به مواد ۲۰۱، ۱۹۶ و ۱۹۷ قانون مدنی، در مشخص نبودن شخصیت طرف قرارداد، به شرطی که علت عمده عقد نباشد، مشکلی وجود ندارد؛ چنان‌که بیشتر معاملات دارای این ویژگی بوده و اصل بر عدم اهمیت شخصیت طرف‌های قرارداد، به ویژه در قراردادهای تجاری است و حتی در برخی قراردادهای بورسی، اصل بر عدم افشای شخصیت معامله‌کننده است (عبدی پور فرد، ۱۳۹۲: ۱۱۴). پس عدم تعیین شخصیت طرف قرارداد ایرادی ندارد، مگر اینکه شخصیت او علت عمده عقد باشد.

مدت قرارداد از ارکان عقد نیست و عدم تعیین مدت خللی به عقد نمی‌رساند؛ با این حال، گاهی، به واسطه دلایل منطقی و عقلی و گاهی به واسطه حکم قانون، مدت قرارداد از ارکان عقد محسوب می‌شود و بایستی تعیین شود. لذا تعیین زمان قرارداد، در برخی قراردادهای زمانی، مشمول حکم ضرورت تعیین موضوع قرارداد است، چنان‌که توافق برای مذاکره نکردن با شخص ثالث،^{۳۰} اگر در قالب مدت نباشد، نمی‌توان اجرا کرد (Beatson, 1998, p. 67)؛ به نظر برخی فقها، در بیع نسبه (المیرزا قمی، ۱۴۱۳: ۱۴۶) و قرارداد اجاره، تعیین مدت از عناصر عقد است (ماده ۴۶۸ قانون مدنی). با وجود این، ممکن است در مواردی از عقد اجاره، عدم تعیین مدت مشکلی را پیش نیاورد؛ چنان‌که بر اساس ماده ۵۰۱ و ۵۱۵ قانون مدنی می‌توان چنین حکم داد.

علم به شروط قراردادی نیز از جمله مسائلی است که میان فقهای شیعه بحث شده است؛ اما از آنجایی که شرط مجهول جزو مفاد قرارداد است، هرگاه با اراده طرفین، در قالب ارکان عقد قرار گیرد و سبب سرایت جهل به سایر ارکان و بطلان عقد شود، از شرایط مقرر در این نوشته پیروی می‌کند.

اثر و ضمانت اجرا

برای اینکه بتوانیم به بیان ضمانت اجرای ابهام در قرارداد بپردازیم، باید نخست، فلسفه وجودی آن را درک کنیم.

در توجیه نفی ابهام در قرارداد می‌توان گفت که تعهد با اراده شخص صورت می‌گیرد و تسلیم یا اجرای امری را در برابر چیز دیگر می‌پذیرد؛ پس باید بدانند به چه چیزی متعهد شده است (Porchy-Simon،

30. Lock out Agreement

29. EPC

می‌توانند حقوق قراردادی خود را مدنظر داشته و از آن حمایت نمایند، برای همین بهترین روش برای حفظ تعادل عوض قراردادی و تعیین موضوع قرارداد، احترام به اراده آزاد طرف‌ها و آزادی قراردادی است.

در حقوق ایران، اگر سخن بر سر حقوق شخص و نه عموم باشد، اصولاً با معین نکردن عقد، قرارداد غیر نافذ می‌شود، نه باطل؛ گرچه می‌توان مواردی را یافت که منافع فرد در میان است و قرارداد باطل، اصولاً ابطال مربوط به فرض منافع عام است.

حال، آیا از نظر عقلی، لازم است تعیین موضوع قرارداد به‌ویژه مبیع یکی از شروط صحت قرارداد باشد؟

برخی استادان حقوق، معلوم و معین بودن را از شرایط ارکان عقد می‌دانند (شهیدی، ۱۳۸۲: ۸۱). جدای از تعیین مرجع تشخیص رکن عقد که ممکن است قانون باشد یا طرفین عقد، به نظر می‌رسد که «معین بودن» از شرایط رکن عقد است. پس در اینجا باید میان موضوعات اساسی و غیر آن تفاوت نهاد؛ درباره شروط اساسی، نمی‌توان نام قرارداد را بر توافق کسانی که بخش‌های مهم موضوع قرارداد را نامعین رها می‌کنند، نهاد؛ آن‌ها می‌توانند هر سندی را امضا کنند، ولی نمی‌توانند موضوعاتی را که برای ترتیبات مزبور حیاتی است و معین نشده، برای توافق آتی باقی گذارند (McKendrich, 2005, p. 141)؛ اما در شروط غیراساسی، تعیین موضوع قرارداد، شرط صحت آن نیست؛ چون در تمام قراردادهای، به‌ویژه قراردادهای خدماتی، نوعی عدم تعیین وجود دارد. پس اوصافی که در قصد مشترک، از انگیزه‌های اصلی تراضی است، بایستی روشن شود و اگر پاره‌ای اوصاف، مثل مرغوبیت (ماده ۲۷۹ قانون مدنی) و توابع مبیع (ماده ۳۵۶-۳۵۹ قانون مدنی) نیامد، بیع صحیح است و قانون آن را کامل می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۱۱۵)؛ به عبارت دیگر، قانون تنها تعیین‌کننده شکل عقد است و طرفین محتوای آن را مشخص می‌سازند؛ لذا تعیین ارکان با اشخاص است؛ در واقع، قانونگذار الگوی ماهیات را مشخص نموده و اشخاص ایجادکننده ماهیات هستند (شهیدی، ۱۳۸۲: ۲۶). این امر بر شرایط ضمن عقد معین نیز حاکم است و اختیار برای افراد در عقد معین نیز محفوظ است که برخی شروط را که خلاف مقتضای عقد نباشد یا مجهول نباشد، تغییر دهند.

به‌طور کلی و برای سخن آخر، قاعده کلی حقوق قراردادهای بر این است که بایستی توافق پیشین وجود داشته باشد و در قرارداد قطعی، همه امور ضروری حل و فصل گردد و چیزی برای توافق آینده باقی

نماند (2002, p. 80)؛ همچنین، از طرف دیگر، فروش «یک چیز» بیع نیست؛ زیرا فروشنده در تسلیم «هر چیزی» آزاد است (Mazeud, 1998, p. 241)؛ بنابراین، منافع شخص طرف قرارداد ایجاب می‌نماید که آنچه تعهد می‌کند و حتی آنچه در برابر او تعهد می‌شود، روشن و شفاف باشد. همین امر سبب شده که حقوق دانان قائل باشند، با جهل مورد معامله حتی نزد یک طرف، معامله باطل است (شهیدی، ۱۳۸۲: ۲۹۵). از این گذشته، صرف منافع اشخاص طرف قرارداد مطرح نیست؛ جامعه نیز در این ثبات و آگاهی دارای نفع است؛ شاید برای همین، برخی حقوق دانان بر این باورند که اصل بر علم تفصیلی طرف‌ها بر مورد معامله است که برخاسته از ضرورت نظم اجتماعی و قضایی است (همان: ۲۹۷). حمایت از مصرف‌کننده نیز گاه اقتضا می‌کند که تعادل قراردادی از طریق تعیین موضوعات آن، حفظ شود؛ همچنین، چنان که پیش از این گفتیم، یکی از دلایل رفع ابهام جلوگیری از ایجاد زمینه نزاع است.

بحث این است که آیا شرط علم، از وصف امری در قرارداد برخوردار است یا طرف‌ها می‌توانند چنین شرطی را نادیده انگارند. فایده‌ای که در این بحث نهفته، توانایی طرف‌های قرارداد، در عدم تعیین موضوعات قراردادی است. در پاسخ باید گفت که هرچند دیدگاه فقه اسلامی و حقوق ایران، امری بودن این شرط را تأیید می‌کند، به نظر می‌رسد از نظر تحلیلی، هرگاه ابطال قرارداد، به خاطر حمایت از شخص باشد نه جامعه، اجرای قرارداد می‌تواند از این ابطال جلوگیری کند؛ چراکه ابطال قراردادی که بخشی یا همه آن، اجرا شده است، نتایج بسیار بدی را بر جای می‌گذارد؛ از نظر عملی نیز باید گفت که در برخی موارد ممکن است در بطلان قرارداد یکی از طرف‌ها به‌طور ناروا سود ببرد؛ لذا ضمن اینکه آن فرد می‌تواند از طریق استفاده بلاجهت نفع خویش را ببرد، قاضی بایستی به این مسئله دقت داشته باشد و تا حد ممکن، قرارداد را باطل نداند. از این گذشته، طرف‌ها، با اجرای قرارداد اثبات نموده‌اند که آن ابهامی نداشته و اگر داشته است، برطرف شده است.

بر این اساس، باید گفت سبب بطلان قرارداد مبهم، بیشتر نبود توان اجرایی در آن است، نه نظم عمومی، مگر در مواردی که حمایت از طرف مقابل مد نظر باشد؛ مثل قراردادهای مصرف‌کننده یا قرارداد کار. قرارداد نامعین، ناقص است و کامل نشده و نمی‌توان آن را در واقع، قرارداد نامید. پس در صورتی که بتوان قرارداد را اجرا کرد، مشکلی نیست، حتی اگر موضوع آن به دیده برخی معین نباشد. بی‌شک، افراد بهتر

نماند. می‌توان چیزی را برای آینده وانهاد، اما نباید به گونه‌ای باشد که صحت قرارداد وابسته به توافق آینده افراد شود (McKendrich, 2005, p. 142) و آن در صورتی است که توافق اولیه امکان اجرا نداشته باشد؛ پس با وجود چنین امکانی، عقدی وجود دارد که قانون آن را محترم می‌شمارد.

بحث و نتیجه گیری

در عمل جامعه، کم و بیش قراردادهایی را سراغ داریم که با تفسیر مضیق از قواعد حقوقی ایران، باطل است؛ بنابراین، بایستی در برخی از موارد، تفسیر مضیق تعیین مفاد قرارداد و ابهام زدایی از آن را به کنار نهاد و تفسیری موسع را در جهت رعایت عرف به دست داد؛ این امر در برخی قراردادها از نظر منطق حقوقی نیز ضروری است؛ چراکه رعایت دقیق قواعد تعیین، خود منجر به غرر خواهد شد. برای نمونه، اگر پیمانکار با کارفرما برای ساخت یک طرح عظیم، قراردادی منعقد کند، تعیین بهای قرارداد در زمان انعقاد، با عنایت به تورم موجود و تغییر موج بهای مواد لازم برای اجرای قرارداد، چیزی نیست جز غرر؛ در حالی که هدف اصلی مقررات راجع به قرارداد رفع غرر است؛ اینکه عدالت قراردادی رعایت شود و جامعه هم آسیبی نبیند.

بر اساس تفاسیر موجود حقوق مدنی، ممکن است موضوع عقد معین نباشد، ولی قرارداد اجرا شود؛ همچنین، ممکن است عقدی معین باشد، اما معلوم نباشد؛ عموماً قراردادهای خدماتی از این جمله است و سرنوشت آن به شرایط بیرونی نیز مرتبط است. معین بودن موضوع قرارداد، همچنین، می‌تواند منجر به معلوم شدن نتیجه و سرنوشت آن و ارزش یا عوضی شود که طرفین مایل به حصول آن هستند؛ اما گاهی معین بودن، خود سبب ابهام و نامعلوم شدن قرارداد است؛ این امر به ویژه در قراردادهای مستمر مشهود است؛ لذا بهتر است که ضابطه امر مشخص شود. باید با استفاده از تعاریف سنتی، تفسیری جدید از جهل طرفین و ابهام قراردادی ارائه داد؛ تفسیری که بتواند با اقناع طرفداران رعایت اصول، از روند قراردادی جامعه حمایت نماید. این احترام گذاردن به عرف در تعریف غرر، تنها با در نظر گرفتن این است که «هرگاه قراردادی بتواند بر اساس خواست مشترک طرف‌های آن اجرا شود، به اندازه کافی معین است».

بر این اساس، معین بودن ناظر به تعیین موضوع معامله و با محک قابلیت اجرا سنجدیده می‌شود و معلوم بودن ناظر به نتیجه و سرنوشت عقد است و سودی که طرفین انتظار دارند و بیشتر به اثر قرارداد کار دارد

و ناظر بر غرر قراردادی است. در واقع، هرچه درباره معین بودن موضوع عقد بحث کرده‌اند، منطقاً ناظر به قابلیت اجرای عقد بوده است و عقدی که امکان اجرا نداشته باشد، منطقاً باطل است؛ پس هرگاه میباید مردد باشد، شبیه موردی است که عین معین موضوع بیع تلف شده است. باری، معلوم بودن ناظر به سرنوشت عقد است و معین بودن به ارکان اساسی عقد نظر دارد.

اگر بخواهیم از دریچه حقوق مدنی ایران به قضیه بنگریم، آنچه در قالب تعیین موضوع عقد قرار می‌گیرد، با امکان اجرای قرارداد مرتبط است و آنچه در قالب معلوم بودن قرارداد جای می‌گیرد، در صورتی که منتج به عدم اجرا نشود، بایستی زین پس بخشی از آن را در قالب معین بودن موضوعات قرارداد دید و بخش دیگر را در چارچوب علم به نتیجه قرارداد مطالعه کرد؛ این مسئله اخیر، نکته مغفول حقوق ایران است که منطبق با غرر فقهی است. عقد ممکن است امکان اجرایی نیابد، نامعلوم باشد یا موضوعی نامعین داشته باشد. نامعلوم بودن ناظر به نتیجه و سرنوشت عقد است و بیشتر با شرایط بیرونی و اجتماعی مرتبط است؛ عقد بورسی و بیمه معین است، اما معلوم نیست و دارای حداقلی از جهل و غرر است. معین در برابر مردد قرار نمی‌گیرد؛ موضوع مردد غیرقابل اجراست.

هرگاه بگوییم توان اجرای قرارداد، ملاک ابهام زدایی از آن است، تنها در صورتی درست است که انطباق با قصد طرف‌های آن را نیز بر این بیفزاییم؛ متعاقباً ایجادکننده قرارداد هستند و تنها آنان می‌توانند درباره نوع و هدف آن تصمیم بگیرند و در دو حالت می‌توان دادگاه را مجاز در دخالت دانست: ۱. قانون پاسدار حق فردی است؛ کسی نمی‌تواند از طریق قرارداد از ناآگاهی دیگری سوءاستفاده نموده و به او زیان رساند؛ لذا ابهام موضوعات قراردادی اثری همانند غبن و عیب و ... دارد؛ ۲. قانون پاسدار منافع عمومی نیز هست و نظام حقوقی نباید اجازه دهد تا درون آن وسیله‌ای برای زیان زدن به نظم عمومی و منافع جامعه پرورش یابد. پس بایستی شرایط قرارداد را به دو نوع اساسی و غیر آن تقسیم نمود و با مضیق کردن دایره شرایط اساسی، بر اساس نیازهای جامعه و رعایت اصول، تنها حکم به بطلان قراردادهایی داد که این شرط را نداشته باشد؛ چنانچه در فقه نیز برخی از جهل‌ها منتج به غرر می‌شود، نه همه آن‌ها.

در نتیجه، باید خواست طرف‌ها در این چارچوب باشد و در صورتی که توازن قراردادی دلخواه طرف‌های قرارداد، برای آنان حاصل شد و آن قرارداد توان اجرایی یافت، دیگر نباید سخن از بطلان آن به خاطر غرر یا

شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا. ----- (۱۳۸۲). عقود معین، عقود اذنی - وثیقه‌های دین. جلد ۴. چاپ چهارم. تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا. ----- (۱۳۸۰). قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی. چاپ پنجم. تهران: نشر دادگستر. ----- (۱۳۷۹). قواعد عمومی قراردادها. جلد ۲. چاپ پنجم. تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا. ----- (۱۳۸۵). نظریه عمومی تعهدات. چاپ سوم. تهران: میزان.

مراغی، سید میر عبد الفتاح بن علی حسینی (۱۴۱۷). العناوین الفقهیة. جلد ۲. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم. محقق داماد، سید مصطفی؛ فتوایی، جلیل؛ وحدتی شبیری، سیدحسن؛ عبدی پور فرد، ابراهیم (۱۳۹۳). حقوق قراردادها در فقه امامیه. جلد ۲. چاپ سوم. تهران: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه با همکاری سمت. نجفی کاشف الغطاء، محمد حسین بن علی بن محمد رضا (۱۳۵۹). تحریر المجله. جلد ۱. نجف اشرف: المكتبة المرتضوية.

نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی (۱۴۱۷). عوائد الأیام فی بیان قواعد الأحكام. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.

Beatson, J., (1998), *Anson's Law of Contract*, 27th edition, Oxford.

McKeag, Edwin C., (1996), *Mistake in Contract (a Study in Comparative Jurisprudence)*, First Ed., New York: AMS.

McKendrich, Ewan, (2005), *Contract Law: Text, Cases and Materials*, 2nd Edition, Oxford University Press.

McMeel, Gerard, (2007), *the Construction of Contracts (Interpretation, Implication and Rectification)*, First Pub. London: Oxford.

Mulcahy, Linda, (2008), *Contract law in Perspective*, fifth ed., Routledge, London.

Oughton, David & Martin Davis, (2000), *Sourcebook on Contract Law*, Second ed., Cavendish, London.

Cabrillac, P., (2002), *Droit des Obligations*, 5e

ابهام گفت. ملاک ما انسان متعارف نظام حقوقی است؛ یعنی، هرگاه کسی جای طرفین قرار گیرد، وارد این قرارداد شود و نیز انسان متعارف بتواند آن را اجرا نماید؛ اما در خصوص غرور، ممکن است منافع جامعه نیز پا پیش نهد و غرر بیش از حد مجاز را که سبب اجحاف قراردادی به افراد است، نپذیرد. پس قرارداد قابل اجرا که حداقلی از اطمینان را در خود داشته باشد، شرعی است؛ این اطمینان بیشتر وابسته به شرایط خارجی است و قابلیت اجرا نیز وابسته به تعیین موضوع یا قابلیت تعیین آن است.

منابع

اصفهانى، محمد حسین کمپانی (۱۴۱۸). حاشیه کتاب المكاسب. جلد ۳. قم: أنوار الهدی. امامی، سید حسن (۱۳۷۹). حقوق مدنی. جلد ۱. چاپ بیست و یکم. تهران: نشر اسلامیة. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۰). فلسفه حقوق مدنی. تهران: گنج دانش. سید الخوانساری، حاج سید احمد (۱۴۰۵). جامع المدارک. تحقیق علی اکبر غفاری. جلد ۳. چاپ دوم. قم: انتشارات اسماعیلیان. شهیدی، مهدی (۱۳۸۲). حقوق مدنی (تشکیل قراردادها و تعهدات). جلد ۱. چاپ سوم. تهران: انتشارات مجد. شیخ انصاری (دزفولی)، مرتضی بن محمد امین انصاری (۱۴۱۵). کتاب المكاسب. جلد ۴. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری. شیخ الجواهری، محمدحسن نجفی (۱۳۶۸). جواهرالکلام. جلد ۲۲. تحقیق شیخ علی آخوندی. چاپ نهم. بی جا: دارالکتاب الاسلامیة. عبدی پور فرد، ابراهیم (۱۳۹۲). مباحثی تحلیلی از حقوق تجارت. چاپ دوم. قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه. علی دوست، ابوالقاسم (۱۳۸۲). «قاعده نفی غرر در معاملات». مجله اقتصاد اسلامی. شماره ۹. صص ۱۰۶-۹۸. قمی، المیرزا ابوالقاسم (۱۴۱۳). جامع الشتات. جلد ۲. تحقیق مرتضی رضوی. تهران: مؤسسه کیهان. المحقق النراقی، احمد بن محمد مهدی (۱۴۱۵). مستندالشیعة. جلد ۱۴. قم: ستاره. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۱). عقود معین، معاملات معوض - عقود تملیکی. جلد ۱. چاپ هشتم. تهران: انتشارات

de Droit Civil: Obligations, 9e édition par François Chabas, Montchrestien.

Porchy-Simon, Stéphanie, (2002), *Droit Civil: Les Obligations*, 2^e édition, Dalloz.

Terré, François, Philippe Simler & Yves Lequette, (2005), *Droit Civile: Les Obligations*, 9^e Édition, Paris: Dalloz.

éditions, Paris: Dalloz.

Carbonnier, Jean, (2000), *Droit Civil*, T. 4 (Les Obligations), éd. 22^e refondu, Paris: Thémis.

Marty, Gabriel, Pierre Raynaud et Philippe Jestaz, (1989), *Droit Civil: Les Obligations* (Tome 2: Le Régime), 2^e Édition, Paris: Sirey.

Mazeaud, Henri et Léon et Jean, (1998), *Leçons*

