

## ابعاد حقوقی قرارداد باز در نظام کنونی

(تاریخ دریافت ۱۳۹۸/۰۸/۱۵، تاریخ تصویب ۱۳۹۸/۱۲/۱۲)

دکتر فاطمه اندی

### چکیده

قرارداد باز که مقررات مربوط به آن در قانون متحدالشکل تجاری با عنوان «شروط تکمیل کننده» تدوین شده است، یک چهارچوب قراردادی است که به موجب آن برخی از موضوعات در زمان انعقاد به صورت باز طراحی می‌شوند و بر اساس شیوه‌های موجود در نظام‌های حقوقی تکمیل می‌شوند و می‌توان عقود معینی را در آن جای داد. بنابراین از نظر ماهیت حقوقی قرارداد است و تحلیل آن بر مبنای روابط حقوقی پیش از قرارداد یا توافقاتی و مقدماتی و قرارداد مستقل خصوصی وفق ماده ۱۰ ق.م. نادرست به نظر می‌رسد. این قراردادها برای طرفین الزام‌آور و نسبت به اشخاص دیگر قابل استناد هستند. اگرچه برخی از موضوعات آن در زمان عقد مسکوت گذاشته و با ابهام روبه‌رو است، نظریه کفایت علم اجمالی اصل لزوم علم تفصیلی را تعدیل می‌کند. در ادامه قواعد تکمیلی انعطاف‌پذیر و مقامات قضایی این خلأها را حسب شرایطی که پیش می‌آید تکمیل می‌کنند.

**واژگان کلیدی:** قرارداد باز، شروط باز، شروط تکمیل کننده، عقود و قرارداد



## بخش اول: ماهیت حقوقی قراردادهای باز

تا مدت‌ها ماهیت واقعی قراردادهای باز با ابهام روبه‌رو بود. در حقوق کشورهای مختلف از عبارات متفاوتی درباره قراردادهای باز استفاده می‌شد. برخی از واژه قرارداد، برخی دیگر از واژه قول و گروهی واژه توافق را برای آن برگزیدند. پرسش اصلی در این است که در جریان قراردادهای باز چه اتفاقی می‌افتد؟ فرض اول آن است که در قراردادهای باز که پس از توافق درباره برخی از موضوعات، دو طرف عقد را کامل اعلام کرده و درباره موضوعات دیگری سکوت می‌کنند، ظاهر آن است که سایر امور را تابع عرف و قواعد تکمیلی و شیوه‌های دیگری که در مواجهه با خلأهای قراردادی بدان اشاره شد قراردادده‌اند. بنابراین در همان مرحله قرارداد منعقد می‌شود. که خود با دو فرض روبه‌رو است:

۱- این قرارداد می‌تواند در زمره عقود معین قرار گیرد. بدین معنی که هرگاه در قالب قراردادی بیع ظاهر شود فروشنده کالایی را می‌فروشد و خریدار آن را خریداری می‌کند. اما اجرای قرارداد در آینده و با گذشت زمان صورت می‌گیرد.

۲- چنین قراردادی قابلیت اتصاف به عقود معین ندارد. با این حال قرارداد خصوصی است که نسبت به دو طرف اعتبار دارد.

فرض دوم آن است که قراردادهای باز به مرحله انعقاد نرسیده‌اند و دو طرف صرفاً تعهد خود را به انعقاد قرارداد نهایی در آینده اعلام کرده‌اند. بنابراین تا زمانی که دو طرف درباره ارکان عقد و موضوعات اصلی به توافق نرسیده‌اند، عقد واقع نمی‌شود و خواست دو طرف در این باره محترم شمرده نمی‌شود.

## بند اول: بررسی و شناخت قرارداد خصوصی

نظریه آزادی اراده اعلام می‌کند لازم نیست عقد شکل مخصوصی داشته باشد تا معتبر تلقی شود. بلکه توافقات همگی لازم الوفا هستند؛ منوط به این که از دایره عوامل محدود کننده آزادی پیمان‌ها خارج باشند. ممکن است گفته شود انعقاد عقود معین در قالب قرارداد باز میسر



نیست ولی می‌توان آن‌ها را نوعی پیمان خصوصی دانست تا ماهیت قراردادی آن همچنان حفظ شود. در واقع مفاد قرارداد باز چیزی جز وعده به انعقاد قرارداد نیست که به دلیل عدم مغایرت با قانون و موازین محدود کننده آزادی قراردادی لازم الوفا است. وعده به انعقاد قرارداد که وعده بیع به عنوان رایج‌ترین نمونه آن مورد توجه بیش‌تر واقع شده است، باید مورد ارزیابی قرار گیرد و ماهیت آن به درستی تبیین شود تا راستی آزمایشی این نظر در بوته آزمایش گذاشته شود. از آنجایی که صحت قرارداد باز در حقوق خارجی در عقود بیع و اجاره پذیرفته شده است، و تردید بیش‌تر در حقوق ما وجود دارد صرفاً این نظر در حقوق ایران بررسی می‌شود. در وعده دو طرفی بیع یک طرف تعهد به ایجاب و دیگری تعهد به قبولی می‌کند. ممکن است دو طرف درباره شرایط و موضوعات عقد مورد وعده با یکدیگر توافق کنند یا این که توافقی بر شرایط صورت نگیرد. در حالت نخست یک قرارداد کامل و صحیح و الزام‌آوری تشکیل می‌شود که به موجب آن می‌توان طرف ممتنع را الزام نمود. در این فرض هر یک از طرفین جداگانه ایجاب کاملی اظهار کرده و قصد انشا نسبت به عقد نهایی را ابراز کرده‌اند. با وجود این هیچ یک از آنان قصد انشای متقابل با اراده اظهار شده طرف دیگر را اظهار نمی‌کنند تا عقد نهایی منعقد شود. ظاهراً چنین قراردادی دال بر انعقاد عقد نهایی است ولی دو طرف قصد انعقاد قرارداد نهایی را ندارند و به دلیل برخی مشکلات یا نیاز به اتخاذ تصمیم قطعی صرفاً می‌خواهند در قالب وعده انعقاد قرارداد باهم روبه‌رو شوند. در حالت دوم قرارداد ملزومی ایجاد نشده است و صرفاً تعهدی است که با امتناع از آن و اثبات ورود زیان از سوی متضرر، خسارات وارده به عهده ممتنع قرار می‌گیرد. در این حالت واعد، تعهد به انعقاد عقد مورد وعده و انتقال مال می‌کند اما بدون قراین و امارات دیگر نمی‌توان تعهدی ضمنی مبنی بر اسقاط و سلب حق فروش مال مورد وعده به دیگری به او تحمیل کرد. این درحالی است که در حالت اول (زمانی که وعده متضمن ایجاب کامل بود) می‌توان ادعا کرد او به صورت ضمنی حق انتقال به غیر را از خود سلب کرده است. هرگاه مبانی موجهه قراردادهای باز ناموجه انگاشته شوند و عقود بیع و اجاره باز نامعتبر تلقی شوند، نمی‌توان به صحت قرارداد باز به عنوان یک قرارداد خصوصی لازم و مشمول ماده ۱۰ ق.م. حکم نمود و آن را



عقد مستقلی از عقود معین چون بیع و اجاره دانست. چه این که اعتبار قراردادهای در گرو عدم مخالفت با قانون است. زمانی که انحراف از اصل لزوم علم تفصیلی به مورد معامله پذیرفته نشود باید نظریه علم اجمالی را به موارد مصرحه قانون چون ضمان، محدود کرد. در نتیجه در قراردادهای خصوصی و از جمله وعده بیع نیز این اصل لازم‌الاتباع و مجری است و ماهیت قراردادی آن منتفی می‌شود. یکی از حقوق‌دانان فرانسه نیز در بحث از ماهیت وعده بیع مطالبی بیان می‌کند که این نظر را تأیید می‌کند. « وعده بیع ماهیت دوگانه دارد: یکی قرارداد وعده بیع و دیگری قرارداد پیش‌قرارداد بیع. وعده بیع، مرحله بین ایجاب صرف و مذاکرات مقدماتی تا وصول به بیع نهایی است ولی چیزی فرای ایجاب است و از طرفی بیع نهایی هم نیست... این تعهد برخلاف اسمش یک قرارداد واقعی، مستقل و مخصوص است و موضوع آن فقط آسان ساختن انعقاد یک عقد بیع معینی است». بر فرض که موضوع وعده بیع تعهد به خرید و فروش تلقی شود که در زمان انعقاد وعده برای دو طرف مشخص و ایجاب کامل است و نیازی به ذکر موضوعات دیگری نیست، باز هم این اشکال برجای خود باقی است که با الزام به ایفای تعهد و انعقاد بیع و انتقال ملکیت به دلیل معلوم نبودن مورد عقد نهایی به تفصیل ممکن است اختلافات زیادی در گیرد و هیچ‌گاه قرارداد نهایی منعقد نشود. از این رو چاره‌ای جز این نیست که قراردادهای باز فاقد وصف قراردادی شمرده شوند و صرفاً وعده به انعقاد عقد در حالت دوم (متضمن تعهد به انشای عقد نهایی) محسوب شوند.

### بند دوم: ماهیت پیش‌قراردادی

گفته شد با نفی قراردادهایی چون بیع و اجاره باز، ماهیت قراردادی آن‌ها حتی به عنوان پیمان خصوصی منتفی می‌شود. از این رو ماهیت قرارداد باز را باید در مراحل پیش از انعقاد عقد جست و جو کرد. هرگاه اصل لزوم علم تفصیلی به عنوان قاعده‌ی کلی در قراردادهای مورد پذیرش قرار گیرد و علم اجمالی برای تحقق معامله کافی نباشد، قرارداد باز از شمول روابط قراردادی خارج می‌شود و نمی‌توان نام عقد بر آن نهاد. نظریه پیش‌قرارداد از مبانی قراردادهای باز به شمار می‌آید که می‌توان براساس آن به تحلیل ماهیت قرارداد باز پرداخت.



پیش‌قرارداد توافقی اولیه و متضمن تعهد به مذاکره مجدد درباره شروط باز است. تعهد بر مذاکره مجدد ابتدا در قراردادهای بین‌المللی به منظور رفع مشکل الزام‌آوری قراردادهای بلندمدت به دنبال نظریه عدم پیش‌بینی و تغییر اوضاع واحوال مطرح و سپس در حقوق داخلی کشورها شایع شد. از این رو قراردادهای باز نوعی تعهد بر مذاکره مجدد برای تعیین مفاد آن تلقی می‌شوند. زمانی که قرارداد باز را تعهد بر مذاکره برای تعیین مفاد قرارداد بدانیم و آن را نوعی پیش‌قرارداد تلقی کنیم نه تنها به معنای رسیدن به نتیجه مطلوب نیست که به زوال توافق قراردادی می‌انجامد. با این حال باید ماهیت چنین تعهد به مذاکره‌ای تبیین شود تا وضعیت طرف‌ها در قرارداد باز مشخص شود. برخی آن را نوعی تعهد به وسیله می‌دانند. از نظر این دسته اجرای با حسن نیت تعهد به مذاکره مستلزم طرح پیشنهادات معقول است.<sup>۱</sup> در مقابل برخی دیگر آن را ترکیبی از تعهد به وسیله و نتیجه قلمداد می‌کنند. در نتیجه طرف‌ها مکلف هستند در صورت شکست مذاکرات دلیلی بر منطقی بودن پیشنهادات خود ارائه کنند.<sup>۲</sup> اجرای با حسن نیت تعهد که مستلزم مذاکرات جدی است، امری مسلم است که در حقوق ایران از روح بسیاری از مقررات استنباط می‌شود و مبتنی بر بنای عقلا است. با وجود این فقدان مقرر قانونی در این باره ایجاب می‌کند در زمان انعقاد، پیش‌بینی‌های لازم برای رسیدن به نتیجه مطلوب در اثر شرط مذاکره انجام شود. تعیین وسایل مذاکره، مدت خاص و ضمانت اجرای مناسب در صورت بی‌نتیجه ماندن مذاکرات، مانع از آن می‌شود تا ذینفع با اتلاف وقت و جدی نگرفتن مذاکرات، آن‌ها را ناکارآمد سازد.

## بخش دوم: تحلیل حقوقی شروط باز در حقوق ایران و خارجی

در قراردادها نسبت به برخی از موضوعات شروطی در راستای سازگاری قرارداد با وضعیت‌های احتمالی آینده گنجانده می‌شود. در مباحث پیشین سه گروه عمده از شروط باز معرفی

<sup>۱</sup> - گستن، رساله حقوق مدنی، تعهدات، ش. ۲۸۷، به نقل از بیگدلی، پیشین، ص ۳۱۱.

<sup>۲</sup> - Fontaine, M. Les Clause de hardship, aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats internationaux à long-term, p.34, Droit et pratique du commerce internationaux, 1979.



شدند. این نکته را نباید از نظر دور داشت که پیشینه فقهی و حقوق ایران تهی از چنین رویکردی نیست و نشانه‌هایی از پذیرش این شروط به چشم می‌خورد. به‌ویژه که شرط مکان باز به صراحت مورد پذیرش قرار گرفته است.

### بند اول: مقدار باز

مقدار مورد معامله از اموری است که در انگیزه‌ی دو طرف و تعیین ارزش کالا نقش عمده‌ای دارد و صرف اطلاع از اوصاف (کیفیت) از قراردادهای باز رفع ابهام نمی‌کند. مقدار مورد معامله در بیع که به طور معمول مبین میزان تعهدات فروشنده است، ممکن است به صورت باز مورد توافق قرار گیرد. به‌گونه‌ای که ارزش آن در هر واحد معین شود. در اجاره نیز ممکن است مدت مشخص نشود اما اجاره‌بها به طور روزانه، ماهانه یا سالانه تعیین شود. در این موارد قرارداد با شرط باز منعقد شده است. با این تفاوت که در مورد اول شرط مقدار باز در عقد بیع استفاده شده است که قرارداد تأمین یا بیع از قرار نامیده می‌شود و در مورد دوم شرط مقدار باز در عقد اجاره استفاده شده است که به اجاره مشاھر معروف است. از این رو به مطالعه شرط مقدار باز در قالب این قراردادها اقدام می‌کنیم.

### بند دوم: قرارداد تأمین

بسیاری از موارد اتفاق می‌افتد که در قرارداد نه تنها مقدار مبیع در حین انعقاد معین نیست، بعد از آن نیز فوراً قابل تعیین نمی‌باشد. بلکه با گذشت زمان و معلوم شدن میزان نیاز طرف دیگر معلوم می‌شود. این قراردادها در حقوق بازرگانی بین‌الملل مورد پذیرش قرار گرفته است که با عنوان قرارداد تأمین<sup>۱</sup> از آن یاد می‌شود. در حقوق فرانسه و آلمان قرارداد کادر، نمونه‌ای از این دست قراردادها است که در آن مورد معامله یا ثمن پیش‌بینی نمی‌شود و در آینده تعیین می‌شود.<sup>۲</sup> فقهای امامیه در بحث رفع ابهام از مورد معامله کلی در معین چنین فرضی را طرح

<sup>۱</sup>- Requirement contract

<sup>۲</sup>- Ghestin, J. La notion de contrat- cadre et les enjeux théoriques et pratiques quis y attachment, p.13, colloque du 11-12, Desembre 1, et suivi, at: <http://www.credaccipfr>.



کرده‌اند که به بیع از قرار مشهور است<sup>۱</sup>. در حقوق ایران برخی به این نوع قراردادها اشاره کرده‌اند بی‌آن که به مفهوم دقیق آن نظر داشته باشند<sup>۲</sup>. با این حال در جای دیگری به تحلیل این قراردادها پرداخته و اعتبار آن را ارزیابی کرده‌اند<sup>۳</sup>. نظرات مختلفی درباره قرارداد تأمین که مصداق معروفی از قرارداد با مقدار باز است، از سوی فقها و حقوق‌دانان ایرانی و خارجی بیان شده است و هر یک به تحلیل آن پرداخته‌اند. برخی از فقها حکم به بطلان آن داده‌اند. چه این که علم به مورد معامله شرط درستی قرارداد است، درحالی که در قرارداد با مقدار باز طرف‌ها از آن بی‌اطلاع هستند. برخی دیگر قراردادها را نسبت به مقداری که ارزش آن در هر واحد از وزن، پیمانه و... تعیین شده است صحیح دانسته و متمایل به صحت آن نسبت به همه مقدار موجود هستند. به نظر می‌رسد ارائه تحلیلی منسجم از این قرارداد در گرو فهم درستی از چرایی لزوم رفع ابهام از مقدار است. هرگاه رفع ابهام از مقدار مبتنی بر قاعده نفی غرر باشد، این قرارداد صحیح است. قیمت مبیع در هر واحد مشخص شده و غرر به معنای خطر یا فریب منتفی است و اگر مبتنی بر نهی از بیع جزاف باشد، مانع صحت معامله نمی‌شود. زیرا بیع از قرار جزاف نیست<sup>۴</sup>. وانگهی برخی از فقهای حنفی چنین قراردادی را در تمام مبیع صحیح می‌دانند<sup>۵</sup>. با وجود این ایراد مهمی که باقی است و ممکن است از آن غفلت شود، این است که آنان بیع از قرار را در مورد معامله کلی در معین طرح کرده‌اند. درحالی که در قرارداد تأمین مورد معامله کلی است. اشکال جایی است که تفاوت مهمی در بیع کلی و کلی در معین از این

۱ - شهید ثانی، الروضة البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه، ص ۸۶

۲ - کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، ص ۴۳.

۳ - کاتوزیان، عقود معین، ج ۱، ص ۱۱۷.

۴ - بهرامی، پیشین، ص ۲۹۵. وحدتی شیرازی، حسن، مجهول بودن مورد معامله، ص ۱۱۷، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۹.

۵ - هرگونه انتقال مال حتی در قالب بخشش بدون توزین و محاسبه دقیق، مجازفه و جزاف می‌گویند. ر.ک. بهرامی، پیشین، ص ۲۹۵-۲۹۶.



نظر وجود داشته باشد. پس می‌توان گفت در هردو بیع کلی و کلی در معین میزان مورد معامله مشخص نیست و صرفاً در اولی تمام مال در معرض مشاهده آنان قرار دارد. در حقوق فرانسه لزومی به معلوم بودن مقدار مورد معامله در زمان عقد نیست و این که بعد بتوان از آن رفع ابهام کرد کافی است.<sup>۱</sup> درباره‌ی واگذاری تعیین مقدار مبیع به اراده یکی از دو طرف، قانون مدنی فرانسه ساکت است. ولی دکتترین و رویه قضایی آن را پیش‌بینی کرده و ملاک نوعی را برای تعیین آن برگزیده‌اند. از این رو وجود ضابطه‌ای چون نیاز تولید کننده اجرای قرارداد را به سادگی ممکن می‌سازد.<sup>۲</sup> در حقوق امریکا و قانون متحدالشکل تجاری به شرط مقدار باز مورد معامله اشاره‌ای نشده است درحالی که درباره‌ی ثمن تصریح وجود دارد. در حقوق ایران در این باره اختلاف زیادی وجود دارد. برخی از حقوق‌دانان با تکیه بر مواد ۲۱۶، ۳۳۹ و ۳۴۲ ق.م. به ضرورت علم تفصیلی نسبت به مورد معامله نظر داده و معتقدند صحت این معاملات در گرو آن است که اثر آن ایجاد تعهد به انتقال مقدار لازم از کالای مورد توافق باشد و این توافق نوعی قرارداد مقدماتی تلقی شود.<sup>۳</sup> در مقابل برخی دیگر بر این باور هستند که با وجود علم اجمالی به مقدار مبیع، غرر از نظر عرف منتفی است و مانعی برای صحت این معامله وجود ندارد.<sup>۴</sup> ضابطه معلوم بودن مورد معامله قانونی نیست و تابع عرف است (ماده ۳۴۲ ق.م.). حال آیا عرف توافق درباره ارزش هر واحد از مورد معامله در واحد وزن، را به عنوان شیوه‌ای برای تعیین مقدار حسب نیاز طرف معامله به رسمیت نمی‌شناسد؟ وانگهی همچنان که حقوق‌دانان

<sup>۱</sup>- Code Civil, 1804, Art. 1129 : "Il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce. La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée".

<sup>۲</sup>- Carbonnier, J. Droit civil, t4, p.113, Paris, 1991.

<sup>۳</sup> - کاتوزیان، پیشین، ص ۱۱۸.

<sup>۴</sup> - صفایی، حسین و دیگران، حقوق بیع بین الملل، ص ۶۳، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۴.





معتقد به تعدیل حکم ماده ۳۳۹ ق.م. در مورد ثمن به موجب عرف تجاری شده‌اند<sup>۱</sup>، در مورد مبیع نیز چنین عرفی قابل ملاحظه است و دلیلی بر انحصار آن نسبت به ثمن وجود ندارد.

### بند سوم: اجاره با مدت نامعلوم

در عقد اجاره تعیین منفعت با توجه به مورد اجاره به یکی از سه شیوه انجام می‌شود: تعیین مدت، تعیین مسافت و انجام کار معین. ممکن است در زمان انعقاد، مقدار منفعت حسب مدت، معین شده باشد. در مواردی که مستأجر، نسبت به مدت استفاده از مورد اجاره تصمیم مشخص ندارد، مرسوم است که اجاره‌بها را برای مدتی که در عرف برای اجاره وجود دارد تعیین می‌کنند. بی‌آن‌که در باره‌ی تمام مدت اجاره حرفی به میان آورند. این نوع اجاره که در آن مدت تعیین نشده است، در نزد فقها به اجاره مشاھر معروف است و در حقوق فرانسه از آن با عنوان اجاره بدون نوشته<sup>۲</sup> یاد می‌شود. در حقوق ایران اجاره بدون مدت موضوع مواد ۵۰۱ درباره اجاره اشیا و ۵۱۵ قانون مدنی درباره اجاره اشخاص قرار گرفته است. پرسش اصلی در این است که اجاره‌ای که مقدار منفعت از حیث مدت در آن نامعلوم است چه وضعیتی دارد؟ فقها و حقوق‌دانان پاسخ یکسانی به این پرسش نداده‌اند. فقهای امامیه در این باره به چهار گروه تقسیم می‌شوند: گروهی اجاره را به طور مطلق صحیح می‌دانند<sup>۳</sup>. جمعی اجاره را به طور مطلق باطل می‌پندارند<sup>۴</sup>. گروه سوم اجاره را نسبت به مدتی که مبنای اجاره‌بها براساس آن تعیین شده صحیح و نسبت به سایر زمان‌ها باطل می‌دانند<sup>۵</sup>. گروه چهارم نیز چون گروه پیشین اجاره را

<sup>۱</sup> - کاتوزیان، عقود معین، ج ۱، ص ۱۵۲.

<sup>۲</sup> - Bail sans écrit

Code civil, 1804, Art.1736 : "Si le bail a été fait sans écrit, l'une des parties ne pourra donner congé à l'autre qu'en observant les délais fixés par l'usage des lieux."

<sup>۳</sup> - ابن حمزه، ابی جعفر محمد بن علی، الوسیله الی نیل الفضیله، ص ۶۰۰، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.

<sup>۴</sup> - طباطبایی یزدی، العروة الوثقی، کتاب اجاره، مسأله ۶.

<sup>۵</sup> - حسینی عاملی، سید جواد، مفتاح الکرامه، ج ۷، ص ۱۱۱، قم: مرسته آل البیت، در ده جلد.



نسبت به آن مدت نافذ می‌دانند. با این تفاوت که اجاره نسبت به بقیه ماه‌ها در اثر تراضی ضمنی برای آن مدت منعقد می‌شود.<sup>۱</sup> آنان که اجاره را صحیح می‌دانند به توجیهاتی چون جعله بودن اجاره با مدت نامعلوم، نبود خطر و نزاع احتمالی و تساوی در ارزش روی آورده- اند. تحلیل چنین اجاره‌ای بر مبنای جعله با اشکال مواجه است. در جعله همواره اجرت در برابر عمل قرار می‌گیرد. حال آن‌که در این اجاره عملی از سوی مستأجر انجام نمی‌شود. چنین اجاره‌ای با توجه به تعیین اجاره‌بهای مشخص به ازای مدت حداقلی خطر نزاع را به دنبال ندارد. با وجود این ممکن است این پرسش مطرح شود که آیا مجهول بودن مورد معامله به خودی خود موجب بطلان در عقد است اگر چه غرری در بین نباشد؟ هرگاه اصل لزوم رفع ابهام مبتنی بر قاعده نفی غرر باشد، در اجاره با مدت نامعلوم هیچ غرری ملاحظه نمی‌شود. سیره عقلا نیز چنین اجاره‌ای را نافذ و صحیح قلمداد می‌کند. افراد در انعقاد قراردادها همواره در تلاش هستند تا در ازای مالی که از دست می‌دهند، مالی با ارزش بیش‌تر یا لااقل مساوی با آن به دست آورند. تساوی در ارزش شرطی است معهود در ذهن دو طرف و نیازی به تصریح آن نیست و عقد مبتنی بر آن منعقد می‌شود. زمانی که مورد معامله مجهول است، تساوی در ارزش حفظ نشده و عقلاً به چنین قراردادهایی تمایل ندارند.<sup>۲</sup>

### بخش سوم: تحلیل و واکاوی ثمن باز

در بحث از شرط ثمن باز گفته شد که گروهی از فقها تعیین ثمن در قرارداد را با ارجاع به قیمت بازار و نظر یکی از دو طرف یا ثالث پذیرفته‌اند. این نظر همان شیوه مرسوم در حقوق کنونی است که خلأ ثمن در قرارداد توسط فروشنده یا مشتری پوشش داده می‌شود. بنابراین عدم ذکر ثمن یا عدم تسمیه ثمن در قرارداد به تعبیر فقها، فرض جدایی از تعیین قیمت توسط

<sup>۱</sup> - ابن زهره، ابوالمکارم، غنیة النزوع، ص ۶۰۰، انتشار در مجموعه الجوامع الفقهیه، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی

<sup>۲</sup> - خوئی، مستند العروة الوثقی، کتاب الاجاره، ص ۳۳، قم: مطبعة علمیه، ۱۴۰۸ ه.ق.



یکی از طرفین یا ثالث نیست بلکه در صورت سکوت نسبت به ثمن، این دو از روش‌های پذیرفته شده در نظام‌های حقوقی برای تکمیل قرارداد است. نتیجه آن می‌شود که گروهی از فقها شرط ثمن باز و تکمیل آن را با لحاظ قیمت متداول یا نرخ بازار صحیح می‌دانند. در مقررات حقوق خارجی به‌ویژه انگلیس و امریکا این گونه مقرر شده است که در فرض عدم ارجاع به نرخ بازار یا قیمت متداول، قیمت متعارف یا نرخ نوعی در زمان انعقاد قرارداد یا تحویل کالا ملاک قرار گیرد. در واقع در صورت سکوت یا خلأ قرارداد نسبت به ثمن، ارجاع به قیمت متعارف و نوعی مفروض است. به نظر می‌رسد تفاوت چندانی میان این فرض با فرض ارجاع صریح به قیمت بازار وجود ندارد و مقررات حقوق خارجی که مبتنی بر اراده مفروض دو طرف تدوین شده است با نظر این گروه از فقها همسان است؛ به‌ویژه آن که افراد به کلیه نتایج حاصل از عقد به موجب عرف و عادت یا قانون ملزم هستند (ماده ۲۲۰ ق.م.). آنچه باقی می‌ماند ارزیابی نظر عدم تسمیه ثمن و ادله اصلی آن و در ادامه یافتن محملی قانونی در حقوق ایران برای آن است.

### بند اول: عدم تسمیه ثمن

از برخی فقها نقل شده است که «اگر بیع بر مبیعی واقع شود که مقدار آن برای دو طرف معلوم است در حالی که ثمن برای یکی از آن دو مجهول باشد، جایز است. البته اگر آن را به صورت لازم منعقد نکرده باشند... اما اگر هنگام بیع، دو طرف به مقدار ثمن جاهل باشند جایز نیست»<sup>۱</sup>. براساس این نظر هرگاه یکی از دو طرف نسبت به ثمن آگاه باشد و تعیین ثمن به او واگذار شود، بیع صحیح است و جهل دو طرف به ثمن مانع صحت بیع نیست. برخی دیگر از فقها معتقدند «اگر مشتری بداند قیمت آنچه از فروشنده می‌خرد بیش از قیمت بازار نیست و قیمت در بازار دقیقاً مشخص است هر چند مشتری به نحو تفصیلی آن را نمی‌داند، هیچ دلیلی بر فساد این بیع وجود ندارد. زیرا این امر موجب عدم علم به طور مطلق نمی‌شود؛ به نحوی که موجب

<sup>۱</sup> - اشتهاوردی، شیخ علی پناه، مجموعه فتاوی ابن جنید، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۱۶ه.ق. صص ۱۸۳-۱۸۴.



غرر و خطر شود»<sup>۱</sup>. این نظر در پی ارائه راه حل در فرضی است که سخنی از ثمن در قرارداد به میان نیامده و تاحدی نیز موفق بوده است و با فرض عدم تسمیه ثمن منطبق است که ملاک قیمت بازار در زمان انعقاد عقد را برگزیده است. چنان‌که خود فقیه در ادامه می‌گوید «اگر منظور از جهالت فقط جهل به مقدار ثمن باشد، درحالی که به مالیت آن علم دارد و مقدار آن را نیز قیمت بازار قرار داده است، در این صورت شکی در صحت چنین معامله‌ای نیست. زیرا چنین جهلی به خطر و غرر منتهی نمی‌شود»<sup>۲</sup>. ممکن است استدلال شود از روایاتی که در باب جهل نسبت به مورد معامله در عقد بیع و اجاره وجود دارد، چنین بر می‌آید که مجهول بودن مورد معامله عقد را باطل می‌کند، هرچند قرارداد، غرری و باعث نزاع نباشد. چنان‌که معامله دو جنس مختلف با مقدار برابر و ارزش یکسان، به عنوان بیع، باطل ولی به عنوان صلح صحیح فرض شده است<sup>۳</sup>. ولی پذیرش آن با اشکال روبه‌رو است. آنچه به طور مسلم مانع نفوذ قرارداد است، عدم علم نسبت به ثمن در عقد است و وجود علم هرچند به طور اجمالی که عرف نیز آن را تأیید می‌کند بطلان قرارداد را در پی ندارد. پس در صورتی که ثمن در قرارداد ذکر نشده باشد، از نظر این گروه از فقها علم اجمالی نسبت به قیمت بازار وجود دارد و در حقوق ایران مواد ۲۱۶، ۳۳۹ و ۳۴۲ قانون مدنی مانع از نفوذ معامله با ثمن باز نیست.

### بند دوم: وضعیت عدم تعیین ثمن در حقوق داخلی و خارجی

در حقوق فرانسه در عقد بیع ثمن باید معین شود یا معیاری برای تعیین آن پیش‌بینی شود. بنابراین عدم تعیین قیمت یا معیاری برای آن بطلان قرارداد را در پی دارد. مفهوم ماده ۱۵۹۱ ق.م. و رویه قضایی فرانسه نیز این نظر را تأیید می‌کند. باوجود این دکترین قضایی در فرانسه از این فراتر رفته و بر این باورند که اگر در متن عقد مقرر شود طرفین بعداً بر روی میزان ثمن

<sup>۱</sup> - خوئی، مصباح الفقاهه، ج ۵، ص ۲۸۱، بیروت: دارالهادی، ۱۴۱۲ه.ق.

<sup>۲</sup> - خوئی، پیشین، ص ۲۷۹

<sup>۳</sup> - طباطبایی یزدی، سؤال و جواب، ص ۳۴۹، به اهتمام محقق داماد، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۷۶ه.ش.



توافق خواهند کرد، بیع صحیح است. نهایت آن که عدم حصول توافق به دلیل جهل به ثمن به بطلان بیع می‌انجامد و شخصی که در این باره تقصیر کرده است مسئولین مدنی دارد.<sup>۱</sup> در حقوق انگلیس علی‌رغم عدم تعیین قیمت، ضابطه برای تعیین آن و نبود رویه معمول بین طرف‌ها، قرارداد صحیح است و خریدار باید قیمت متعارف پردازد. اما مشخص نیست که قیمت متعارف در چه زمانی ملاک است. در حالی که در قانون متحدالشکل تجارت، قیمت متعارف در زمان اجرای عقد پذیرفته شده است و در کنوانسیون بیع بین‌الملل به قیمت متعارف در زمان انعقاد عقد تصریح شده است. با وجود این در کنوانسیون بیع بین‌الملل تعارضی آشکار میان دو ماده ۱۴ و ۵۵ مشاهده می‌شود که پذیرش قرارداد با ثمن باز را دشوار می‌کند. چه این - که مطابق بند ۲ ماده ۱۴ ایجاب باید از جهت ثمن مشخص باشد. برای حل تعارض، نظرات متعددی از سوی حقوق‌دانان مطرح شده است. راه حلی میانه و قابل قبول این است که ماده ۱۴ معیار تشخیص ایجاب کامل را از مذاکرات مقدماتی بیان می‌کند. در حالی که ماده ۵۵ اشاره می‌کند که صرف عدم تعیین ثمن علی‌رغم قصد طرف‌ها بر انعقاد بیع مانع از نفوذ آن نمی‌شود. بند ۲ ماده ۹ کنوانسیون نیز به این مطلب اشاره می‌کند.<sup>۲</sup> در حقوق ایران ممکن است گفته شد از مواد ۲۱۶، ۳۳۹ و ۳۴۲ ق.م. استنباط می‌شود که قابلیت تعیین کافی نیست. ولی با وجود انتقای غرر و علم اجمالی و معیار نوعی صحت معامله امری دور از واقع نیست. نخست این که منطوق ماده ۳۳۹ ق.م. آشکارا بر اصل لزوم تعیین قطعی مورد معامله دلالت دارد، توافق بر شیوه محاسبه در زمان عقد و یا اراده مفروض بر آن همان توافق بر ثمن پیش از انعقاد بیع است. دوم این که معلوم بودن مورد معامله از حیث جنس، وصف و مقدار، در قرارداد با ثمن باز با ارجاع به قیمت بازار و متعارف حاصل می‌شود. به خصوص آن که ضابطه علم اجمالی را عرف قرار دادیم و فقدان نص قانونی در مورد علم اجمالی به معنای لزوم علم تفصیلی نیست

<sup>۱</sup>-Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil Français, 2<sup>th</sup>ed, p. 250, Paris, 1952.

<sup>۲</sup> - پلاتنار، ژان، حقوق جدید متحدالشکل بیع بین‌المللی، ص ۲۸۵، ترجمه ایرج صدیقی، مجله دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره ۱۴ و ۱۵.



بلکه برای تشخیص کفایت علم اجمالی باید به عرف رجوع کرد. وانگهی برخی عرف تجارت را تعدیل کننده قاعده لزوم توافق درباره ثمن پیش از ایجاب و قبول دانسته‌اند.<sup>۱</sup>

### بخش چهارم: زمان باز تحویل

قراردادهای بدون مدت را می‌توان در سه دسته طبقه بندی کرد. در برخی از قراردادها هیچ سخنی از زمان به میان نمی‌آید و نسبت به زمان اجرا مطلق است. برخی از قراردادها عندالمطالبه‌اند. به گونه‌ای که زمان شروع ایفای تعهد مشخص است؛ بی‌آن‌که زمان پایان آن معلوم باشد. گاهی زمان ایفای تعهد در قرارداد مشخص شده است اما از سوی طرف قرارداد کارمضاعفی به عهده متعهد قرار می‌گیرد یا در مورد عدم همکاری متعهدله در اجرای به موقع آن، قرارداد بدون مدت محسوب می‌شود.<sup>۲</sup> در حقوق انگلیس از آن‌ها با عنوان قرارداد نامحدود یا طویل‌المدت<sup>۳</sup> یاد می‌شود. در ادامه وضعیت حقوقی قراردادی که زمان ایفای آن باز گزارده شده است از دیدگاه حقوق داخلی و خارجی و شیوه‌های تأمین حقوق متعهدله بیان می‌شود.

#### بند اول: تحلیل حقوق انگلیس و ایران در خصوص شرط زمان باز ایفای تعهد

فقها قراردادهای بدون مدت را مورد پذیرش قرار داده و معتقدند اصل بر فوریت عرفی در اجرای آن‌ها است. بی‌آن‌که سخنی در باب ویژگی‌های مدت عرفی و ضمانت عدم اجرای قرارداد در مدت عرفی به میان آورند. پاره‌ای مواد قانون مدنی، این نظر را القا می‌کنند که در حقوق ایران شرط زمان باز با مخالفت روبه‌رو شده است.<sup>۴</sup> در طرف مقابل جمع مواد ۲۲۵،

<sup>۱</sup> - کاتوزیان، عقود معین، ج ۱، ص ۱۵۱.

<sup>۲</sup> - امینی، منصور و زمانی، عباس، قراردادهای بدون مدت در حقوق انگلیس و ایران، ص ۴۹، نامه مفید، زمستان ۱۳۹۰، شماره ۸۸

<sup>۳</sup> - Time at large

<sup>۴</sup> - برای مثال مواد ۴۶۸ و ۵۰۱ ق.م.



۳۴۴ و ۳۵۶ ق.م. نشان‌گر آن است که عدم ذکر مدت در قرارداد با لحاظ مدت‌های عرفی همراه است. از این رو عقد به صحت خود باقی می‌ماند و اجرای تعهد در مدت عرفی صورت می‌گیرد. داوری در این باره مستلزم تحلیل این مواد است. در عقد بیع ارجاع به عرف برای تعیین مدت اجرای عقد فاقد هر نوع خصوصیتی است و باید آن را به سایر عقود تسری داد. ماده ۵۰۱ ق.م. سخت‌گیری در تعیین مدت و تصریح به آن در عقد اجاره را کاهش می‌دهد. بنابراین حکم ماده ۴۶۸ ق.م. برای تعیین مدت اجاره اعم از معین بودن در عقد یا عرف است. برخی دادگاه‌ها نیز از این نظر پیروی کرده و اجاره‌های بدون مدت را حمل بر قراردادهای یک‌ساله کرده‌اند.<sup>۱</sup> در حقوق انگلیس زمان جزء ارکان عقد محسوب نمی‌شود مگر در موردی که طرفین تصریح کنند زمان جزء ارکان اساسی باشد.<sup>۲</sup> حتی در صورت توافق بر این که زمان رکن باشد، اثری در بطلان عقد ندارد. چه این که تخلف از رکن قرارداد صرفاً موجب فسخ و اخذ خسارت است. پس تصریح بر این که زمان از ارکان عقد به شمار آید صرفاً حقوق بیش‌تری برای متعهدله در صورت تخلف متعهد در زمان اجرا به همراه دارد؛ بی‌آن که اثری بر صحت و بطلان قرارداد بگذارد.

### بند دوم: شیوه‌های تضمین حقوق متعهدله

در حقوق انگلیس در صورت عدم پیش‌بینی زمان معین برای انجام تعهد، باید در مدت معقول انجام شود و با تخلف از آن نقض تعهد اتفاق می‌افتد.<sup>۳</sup> چنان‌که بند ۱ ماده ۱۴ قانون تأمین کالا و خدمات مصوب ۱۹۸۲ مقرر می‌کند: «اگر تاریخی در جریان معامله بین دو طرف تعیین نشده باشد، این‌گونه استنباط می‌شود که تعهد پیمانکار مبنی بر تکمیل وظایف ظرف مدت معقول است.» مدت معقول برای اجرای تعهد براساس دو معیار شخصی<sup>۴</sup> و نوعی<sup>۱</sup> ارزیابی می‌شود.

<sup>۱</sup> - دادنامه شماره ۷۰/۸/۲۷۰۱۶۶ صادره از دادگاه حقوقی تهران، ر.ک. محمد رضا کامیار، گزیده آرای دادگاه‌های حقوقی، مجموعه چهارم، ص ۵۰، تهران: نشر حقوق دانان، ۱۳۷۷ چاپ اول.

<sup>۲</sup> - Stone, R. Contract law, p.223, 2ed, London, Cavendish publishing limited, 1925.

<sup>۳</sup> - Carter, J. Breach of contract, p.137, 2 ed, London, sweet & Maxwell, 1991

<sup>۴</sup> - Subjective measure



بر اساس معیار نوعی، مدتی که یک انسان متعارف برای اجرای تعهد با رعایت هر موقعیت لازم می‌داند، معقول است. در حالی که در تعیین مدت بر اساس ویژگی‌ها و روحیات شخصی متعهد، معیار شخصی لحاظ شده است. در حقوق انگلیس حسب نوع قرارداد از این دو معیار استفاده می‌شود. در قراردادی که با توجه به شخصیت متعهد، تعهدی بر دوش او قرار می‌گیرد، ضابطه شخصی استفاده می‌شود. بدین ترتیب مدتی که این شخص در قراردادهای مشابه تعهدات خود را ایفا کرده است با لحاظ تمامی شرایط قرارداد فعلی، مدت معقول را تعیین می‌کند و در قراردادهایی که شخصیت متعهد در تعهدات نقشی ندارد، معیار نوعی، مدت معقول را مشخص می‌کند. در این باره عرف در انتخاب معیار نوعی و شخصی مؤثر است که در قالب شروط ضمنی به اراده دو طرف نسبت داده می‌شود.<sup>۲</sup> در فقه تردیدی نسبت به اصل فوریت در اجرای تعهدات وجود ندارد. چنان‌که فقها معتقدند هرگاه در بیع مدتی برای تسلیم عوضین تعیین نشود، مانند آن است که حال بودن شرط شده باشد.<sup>۳</sup> همچنین اطلاق معاملات به دلیل نفی حرج معمول بر فوریت عرفی است.<sup>۴</sup> به محض انعقاد عقد، طرفین می‌توانند آنچه را مالک شده مطالبه کنند.<sup>۵</sup> قانون‌گذار ایران در مواد ۲۲۵، ۳۴۱، ۳۴۴، ۳۵۶، ۳۷۰ و ۴۹۰ ق.م. در ظاهر بر اصل فوریت (تعجیل) در اجرای تعهدات قراردادی تکیه دارد. ماده ۳۴۴ ق.م. مقرر می‌کند: «اگر در عقد بیع، شرطی ذکر نشده یا برای تسلیم مبیع یا قیمت، موعدی معین نگشته باشد بیع، قطعی و ثمن، حال محسوب است». برخی از حقوق‌دانان نیز معتقدند هرگاه زمان تأدیه تعیین نشود، تعهد حال است و طلبکار می‌تواند هر زمان درخواست پرداخت کند.<sup>۶</sup> با وجود این

<sup>۱</sup>-Objective measure

<sup>۲</sup>- Kendrick, E. Contract Law.p.5, 8ed, Palgrave Macmillan,2009.

<sup>۳</sup>- شیخ مفید، ابی عبدالله، المقننه فی الأصول و الفروع، به نقل از سلسله التبايع الفقيه، به اهتمام مروارید، علی اصغر، ج ۱۳، ص ۲۸۷، بیروت: مؤسسه فقه شیعه، ۱۴۱۰ه.ق.

<sup>۴</sup>- موسوی خمینی، سید روح الله، کتاب البیع، ج ۴، ص ۵۷، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۷ه.ق.

<sup>۵</sup>- خوئی، منہاج الصالحین، ج ۲، ص ۴۸، بیروت: دارالبلاغ، ۱۴۱۲ه.ق.

<sup>۶</sup>- کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، ص ۵۹.





پرسش اصلی در این است که قلمرو و محدوده اجرای اصل فوریت کجاست؟ در حقوق ایران اجرای تعهدات در مدت عرفی نفی نشده است. چنان که قسمت اخیر ماده ۳۴۴ ق.م و ظاهر دو ماده دیگر نشان می‌دهد عرف و عادت قراردادی، زمان ایفای تعهدات را در وهله اول تعیین می‌کند. بنابراین تعهد باید در مدت عرفی ایفا شود.<sup>۱</sup> اگر طرفین توافقی بر مدت اجرا نکرده باشند و عرف در این خصوص وجود نداشته باشد، اصل بر فوریت در اجرای تعهدات قراردادی است. بند ۳ ماده ۴۹۰ ق.م. نیز مؤید اصل فوریت است. در قراردادهای بدون مدت، اصل فوریت باید محدود به مواردی شود که عرف مدتی را تعیین نکند. قسمت اخیر ماده ۳۴۴ ق.م. نیز این مطلب را به روشنی تأیید می‌کند. شیوه نگارش ماده ۳۴۴ ق.م. به گونه‌ای است که عرف و عادت را بعد از فوریت به عنوان شیوه سوم مطرح می‌کند. از این رو نیازمند اصلاح است. بنابراین در حقوق ایران همچون حقوق انگلیس مدت معقول پذیرفته شده است و با مراجعه به عرف تعیین می‌شود. با این تفاوت که در صورت ناتوانی عرف از تعیین مدت و نبود عرفی در این باره، اصل بر فوریت ایفای تعهد است. از این رو نظری که مدت معقول برای اجرای تعهد در حقوق ایران را در فرض عدم تعیین زمان ایفای تعهد نفی می‌کند، مقرون به صحت نیست.<sup>۲</sup> عرف، مدت معقول را با ارجاع به یکی از ضابطه نوعی و شخصی تعیین می‌کند. با این حال محاکم ایران صرفاً معیار نوعی را مورد توجه قرار داده‌اند.<sup>۳</sup> در این میان ماده ۳۵۶ ق.م. در فرض جهل طرفین به عرف جاری زمان اجرای قرارداد، آن را از مفاد عقد تلقی می‌کند. در تفسیر این ماده اختلاف نظر گسترده‌ای میان حقوق‌دانان وجود دارد. برخی حکم اخیر ماده ۳۵۶ ق.م. را استثنایی می‌دانند و معتقدند تفسیر آن باید به صورت محدود صورت

<sup>۱</sup> - صفایی، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۲، ص ۲۴۷.

<sup>۲</sup> - امینی، پیشین، ص ۵۷.

<sup>۳</sup> - دادنامه‌های شماره ۸۵-۸۷۴۵۸-۸۹/۱۲۷۵ و ۸۹/۱۲۷۵ صادره از شعبه ۱۷ شیراز، دادنامه شماره ۸۹/۲۰۰۹۵۹ صادره از شعبه ۱۸ حقوقی شیراز.



گیرد. زیرا عرف کاشف از ارده ضمنی طرف‌های قرارداد است<sup>۱</sup> و تعیین مدت قرارداد با رجوع به عرف به معنای مراجعه به قصد مشترک و خواسته آنان است. برخی این ماده را مبین قاعده‌ای می‌دانند که براساس آن عرف حجیت ذاتی پیدا می‌کند و در فرض جهل طرفین و عدم تراضی بدان بر قرارداد حکومت می‌کند.<sup>۲</sup> گروه سوم اعتبار عرف را وابسته به خود عرف به عنوان یکی از منابع حقوقی می‌داند. در این معنا اعتبار عرف از استقلال آن از قانون و سایر منابع ناشی می‌شود. از این رو جهل به عرف مسموع نخواهد بود همچنان که جهل به قانون مسموع نیست.<sup>۳</sup>

### بخش پنجم: مکان باز تحویل

مطالعه نظام‌های حقوقی نشان می‌دهد در مورد تعیین مکان تسلیم مورد معامله اصل حاکمیت اراده مجری است. از این رو در ابتدا باید به قرارداد رجوع کرد. چنان که صدر ماده ۳۱ کنوانسیون بیع بین‌الملل محل تسلیم کالا را براساس قرارداد تعیین کرده است. در حقوق فرانسه مکان تسلیم با رجوع به قرارداد تعیین می‌شود (ماده ۱۶۰۴ ق.م.). در حقوق انگلیس تعیین مکان تسلیم مبتنی بر حاکمیت اراده دو طرف است.<sup>۴</sup> قانون متحدالشکل تجارت نیز اصل حاکمیت اراده در تعیین مکان تسلیم را مورد پذیرش قرار داده است (ماده ۳۰۸-۲). در فرض سکوت قرارداد نسبت به مکان تسلیم، به نظر می‌رسد عرف و عادت و رویه معمول بین طرف‌ها آن را معین می‌کند. ماده ۳-۸ کنوانسیون در این باره می‌گوید: «در مقام تشخیص قصد هر یک از دو طرف یا تعیین استنباطی که یک فرد متعارف از آن خواهد داشت، باید به اوضاع و احوال ذیربط از جمله به مذاکرات و رویه مقرر بین دو طرف، عرف و عادت و اعمال بعدی آنان

<sup>۱</sup> - صفایی، پیشین، ص ۲۴۶.

<sup>۲</sup> - کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، ص ۴۶.

<sup>۳</sup> - سلطان احمدی، جلال، تأثیر عرف در قرارداد، صص ۵۷-۵۸، تهران: جاودانه، ۱۳۸۹ چاپ اول.

<sup>۴</sup> - Benjamins Sale of Goods, p.386, 391, London, Sween & Maxwell, 1997.



توجه کافی داشت». در حقوق فرانسه مبیع عین معین باید در محلی که در زمان انعقاد عقد وجود داشته (ماده ۱۶۰۹ ق.م.) و مبیع کلی باید در اقامتگاه فروشنده به مشتری تسلیم شود.<sup>۱</sup> در حقوق انگلیس مبیع باید در محل تجارت فروشنده و در صورت نبود محلی برای آن در محل سکونت او تسلیم شود (ماده ۲-۲۹ بیع انگلیس). قانون متحدالشکل تجاری در این مورد مشابه کنوانسیون است. به موجب ماده ۳۰۹-۲ کالای عین معین که در حین انعقاد عقد در محل معین قرار داشته و دو طرف از آن آگاه هستند باید در همان محل تسلیم شود. در غیر این صورت باید در محل تجارت بایع و یا محل سکونت او و در صورت نبود محل تجارت در محل سکونت او تسلیم شود. در فقه نیز چنین رویه‌ای معمول است و فقها در فرض سکوت دو طرف نسبت به مکان تسلیم مورد معامله در بحث از بیع سلف اظهار نظر کرده‌اند. در واقع آنان نیز با انتخاب قاعده تکمیلی محل وقوع عقد، به تکمیل قرارداد اقدام کرده‌اند. قاعده‌ی تکمیلی که مبتنی بر رضای نوعی طرف‌ها است. نتیجه آن که پر کردن خلأ در قراردادها امری نیست که اختصاص به سیستم‌های حقوقی خارجی داشته باشد و در فقه نیز این رویه مرسوم است. چنان‌که در شرط مکان باز چنین شیوه‌ای را در پیش گرفته‌اند. در حقوق ایران اراده طرف‌ها در تعیین مکان تسلیم مورد معامله محور قرار می‌گیرد. ماده ۳۷۵ ق.م. مقرر می‌کند: «مبیع باید در محلی تسلیم شود که عقد بیع در آنجا واقع شده است مگر اینکه عرف و عادت، مقتضای تسلیم در محل دیگر باشد و یا در ضمن بیع محل مخصوصی برای تسلیم، معین شده باشد». ابتدا اراده دو طرف محل تسلیم را تعیین می‌کند که یا بدان تصریح کرده‌اند یا عرف و عادت اراده آنان را معین می‌کند. در فرض عدم توافق در این باره مبیع باید در محل انعقاد عقد تسلیم شود. بنابراین حقوق ایران در مقایسه با کنوانسیون از جهت رجوع به قاعده حاکمیت اراده با کنوانسیون شباهت دارد ولی از جهت قاعده تکمیلی در فرض سکوت دو طرف متفاوت است. کنوانسیون محل تسلیم را در مکان متعارف مقرر می‌کند. حال آن‌که حقوق ایران محل تسلیم را مکان

<sup>1</sup> - Ghestin, Traité des contrats, p.726, La vent.



انعقاد عقد می‌داند. در صورت عدم امکان تعیین مکان تسلیم کالا براساس قرارداد یا عرف و عادت بین طرف‌ها، ماده ۳۱ کنوانسیون راه‌حل‌هایی پیشنهاد می‌کند:

۱- در صورتی که قرارداد متضمن حمل کالا باشد، کالا باید به اولین مؤسسه حمل و نقل برای ارسال به مشتری تحویل داده شود. این مؤسسه شخصی غیر از خود فروشنده است. اولین مؤسسه حمل، مؤسسه‌ای است که دو طرف به طور صریح یا ضمنی بر آن توافق کرده‌اند<sup>۱</sup> یا بایع به هر مؤسسه‌ای که مناسب باشد در صورت عدم توافق، تحویل می‌دهد. در نتیجه هرگاه خود فروشنده یا نماینده او حمل کالا را به عهده داشته باشد، کالا باید به مشتری در مقصد تحویل داده شود (بند ۱ ماده ۳۱ ک.ک.).

۲- در صورتی که قرارداد متضمن حمل کالا نباشد و کالا معین یا کلی در معین یا کلی باشد که باید تولید شود و دو طرف در زمان انعقاد قرارداد از محل استقرار یا تولید کالا اطلاع داشته باشند، بایع مکلف به تحویل کالا در همان محل است.

۳- در سایر موارد کالا باید در محل تجارت بایع در زمان انعقاد تحویل داده شود. در فرض تعدد محل تجارت بایع، کالا باید در محلی تسلیم شود که نزدیک‌ترین ارتباط را با قرارداد و اجرای آن دارد و در صورت نبود هیچ محل تجارت، محل سکونت معمول بایع ملاک است (ماده ۱ ک.ک.).

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

### بخش ششم: رویکردهای تفسیر قرارداد باز انسانی

تفسیر قرارداد بر مدار نظم معاملات و قانون، انحرافی نسبی از تفسیر قرارداد حسب قصد مشترک طرف‌های قرارداد است که از آثار برخاسته از اصل پابندی به مفاد تعهدات به شمار می‌آید. به واقع الزام‌آوری قراردادهای باز مقتضی آن است که با تکمیل مفاد آن به اجرا منتهی شوند. تاکنون دو رویکرد در تکمیل قرارداد باز با عنوان قصد مفروض طرفین و تدوین قواعد

<sup>۱</sup> - صفایی، حقوق بیع بین‌الملل، ص ۱۲۷.



تکمیلی کیفری مرسوم بوده است. با این حال تعدیل این دو رویکرد و بازگشت به اثر اصلی اصل پابندی و اتکا بر تفسیر قرارداد، رویکرد سومی به دنبال خود داشت که با هدف احیای قصد مشترک در تفسیر و دوری از تکمیل، پی‌ریزی شد که از آن با عنوان تکمیل قرارداد به نفع خواننده یاد می‌شود.

### بند اول: تکمیل قرارداد به نفع خواننده

حقوق عرفی سنتی در برخورد با مشکل نامعلومی از شیوه‌ای مرسوم استفاده می‌کند: یا قرارداد کامل را می‌توان با کمک پرکننده شکاف‌ها فراهم کرد، یا هیچ قراردادی وجود ندارد. تنها دو گزینه وجود دارد.<sup>۱</sup> حال آن‌که براساس رویکرد جدید، توافقات ناتمام ممکن است قابلیت اجرای جزئی داشته باشند. اگر مفاد قرارداد با نقص همراه باشد و برخی از موضوعات نامعلوم باشند، قانون نباید به انتخاب راه‌حل‌های متضاد یعنی اجرای کامل در برابر عدم اجرا محدود شود؛ بلکه باید برای مسئول کردن طرفین تنها در برابر بخش‌های خاص، توافق دارای راه حل میانه باشد. هر چه توافق روشن‌تر باشد، مسئولیت قراردادی بیشتر است. در شرایطی که طرفین به طور عمدی توافق نامه خود را به صورت نامعلوم آماده کرده‌اند، مسائلی را که حل آن‌ها دشوار است، برای تکمیل بیش‌تر رها می‌کنند. در این شرایط نقص قراردادی نتیجه عجله یا غیر قابل پیش‌بینی بودن نیست، بلکه انتخاب عمدی برای مخالفت موقت در مورد برخی مسائل است. با وجود توافق نسبی، اجرای نسبی می‌تواند مطلوب باشد. از طرفی روش‌های مرسوم برای تکمیل خلاها-رضایت فرضی یا مقررات یک طرفه- در این نوع قراردادهای به عمد ناقص، مناسب نیستند. زیرا شرایط قراردادی معلوم و مشخصی را فراهم می‌کنند و مانع از آن می‌شود که طرفین ایده آل خود را از نظر حقوق الزام‌آور بگذارند. به عبارت دیگر، طبق این شیوه‌ها، اگر طرفین محتوای تکمیل‌کننده را بشناسند و آن را پیش‌بینی کنند، مجموعه تعهدات حقوقی حاکم بر معامله- خواه صریح یا تکمیلی- دیگر ناقص نیست. پس، با وجود

<sup>۱</sup> -Ben- Shahr, Op.cit, p.1.



شرایط قراردادی معلوم، هیچ رضایت اضافی لازم نیست و طرفین از اختیار تأیید یا رد شرایط ناپیدا که ممکن است به دنبال حفظ آن باشند، محروم می‌شوند. این درحالی است که بر اساس رویکر جدید، طرفی که به دنبال اجرای قرارداد به عمد ناقص است، اختیار اجرای معامله تحت شرایط مورد توافق همراه با شرایطی دارد که برای خواننده کاملاً مطلوب است. این اصل قاعده قراردادی «به نفع خواننده» نامیده می‌شود. چنان‌که اگر خریدار و فروشنده در بسیاری از مفاد توافق داشته باشند اما بقیه مفاد مانند شرایط پرداخت را رها کنند تا بعد درباره آن به توافق برسند، هر یک از طرفین باید بتوانند معامله تکمیلی با شرایط پرداخت به نفع طرف دیگر را اجرا کنند. خریدار باید قادر باشد معامله‌ای را به اجرا در بیاورد که در آن پرداخت به صورت نقدی، کامل و از قبل صورت می‌گیرد و فروشنده باید قادر باشد معامله‌ای را اجرا کند که در آن فروشنده دارای شرایط اعتبار مورد نظر خریدار است. قرارداد به عمد ناقص معادل حقوقی دو قرارداد کامل می‌شود که هر یک به نفع یکی از طرفین است و هر یک از طرفین دارای حق اجرای قرارداد تنها به نفع طرف دیگر است. برای درک تازگی این رویکرد، تجویز آن در قرارداد با قیمت نامعلوم با دیگر روش‌ها مقایسه می‌شود. موجر و مستأجر که در موضوع اجاره‌نامه و دیگر شرایط موافقت کردند، اما شرایط مربوط به قیمت را نامشخص رها کردند. هرگاه اجاره‌ی معمول ماهانه برای این ملک بین ۳۰۰۰ - ۵۰۰۰ دلار متغیر باشد، بر اساس رویکرد قصد مفروض، دادگاه باید قیمت عادلانه و منطقی را تعیین کند که منعکس کننده اجاره بها در اکثر اجاره‌های قابل مقایسه باشد. به عبارت دیگر، قیمتی بین ۳۰۰۰ و ۵۰۰۰ شاید ۴۰۰۰ دلار. بر اساس رویکرد قاعده تکمیلی کیفی، دادگاه احتمالاً به دنبال تعیین قیمت مغرضانه علیه طرفی است که پیش‌نویس توافق‌نامه را تهیه کرده است تا آن طرف را به طرح شرایط مربوط به قیمت به طور صریح تشویق کند. اگر صاحبخانه پیش‌نویس قرارداد مبهم را تهیه کرده باشد، قیمت مکمل ۳۰۰۰ دلار خواهد بود. در روش پر کردن شکاف به نفع خواننده که در این جا ایجاد می‌شود، شرایط مربوط به قیمت به طرف اجرا کننده قرارداد بستگی دارد. اگر مستأجر در تلاش برای اجرای قرارداد باشد، وی فقط می‌تواند با قیمت ۵۰۰۰ دلار این کار را انجام دهد که از نظر مالک مطلوب‌ترین قیمت است و اگر مالک به دنبال اجرای قرارداد



باشد، وی فقط می‌تواند قیمتی معادل ۳۰۰۰ دلار به دست آورد که از نظر مستأجر مطلوب‌ترین قیمت است. البته، انتخاب هر یک از شیوه‌های سه‌گانه، نباید خودسرانه باشد، بلکه باید بر دلیلی برای نقص وابسته باشد. بنابراین، روش اول زمانی باید اعمال شود که طرفین خواهان صرف نظر کردن از قیمت ذکر شده در شرایط صریح و اعمال قیمت متوسط یا قیمت بازار باشند. روش دوم باید هنگامی اعمال شود که یکی از طرفین، -در این جا مالک خانه- مسئول ابهام باشد و می‌تواند آن را به ارزانی با ایجاد شرط صریح و روشن حل و فصل کند و تکمیل به نفع خواننده باید زمانی اعمال شود که طرفین نتوانسته‌اند به توافق بر سر این موضوع دست یابند و عمداً آن را نامعلوم گذاشته‌اند. به طور خاص، باید در شرایط رایجی اعمال شود که در آن طرفین این قید یا شرط را رها کرده‌اند تا بعداً در مورد آن به توافق برسند، به عبارت دیگر زمانی که آن‌ها حق و تو متقابل<sup>۱</sup> را حفظ کرده‌اند.<sup>۲</sup> تکمیل خلاء به نفع خواننده صرفاً احتمالی نظری نیست، بلکه روش عملی است که توسط دادگاه‌ها در رسیدگی به قراردادهای ناقص به رسمیت شناخته شده و گاهی اعمال شده است. در پرونده انتاریو داونز علیه لاپه<sup>۳</sup> طرفین وارد توافق برای فروش ۱۶ هکتار زمین به قیمت ۵۰،۰۰۰ دلار شدند ولی مکان این ۱۶ هکتار در زمین ۴۵۰ هکتاری فروشنده را مشخص نکردند. خریدار ابراز کرد که هر قطعه زمین ۱۶ هکتاری که فروشنده انتخاب می‌کند را می‌پذیرد، ولی فروشنده آن را رد کرد. دادگاه این گونه حکم داد که طرفین توافق خود را الزام‌آور می‌دانند و این خلاء باید به گونه‌ای که به نفع فروشنده است، بر طرف گردد. دادگاه بدون آن که بداند کدام قطعه زمین ۱۶ هکتاری این معیار را برآورده می‌کند، دستور داد که اگر خریدار از حق انتخاب خود چشم‌پوشی کند و مایل به پذیرش هر گونه قطعه زمین باشد، فروشنده ملزم به انتخاب قطعه زمین مناسب می‌شود که خریدار باید آن را قبول کند. اگر فروشنده چنین انتخابی را انجام ندهد، آن‌گاه خود خریدار حق انتخاب یک قطعه زمین را دارد. مطابق این طرح، خریدار می‌تواند فروشنده را

<sup>1</sup> - Mutual veto power

<sup>2</sup> - Ibid, p.3.

<sup>3</sup> - the case of Ontario Downs v. Lauppe 192 Cal.App.2d 697, 13 Cal.Rptr. 782 (1961).



و اداری کند که قرارداد را با ماده‌ای دارای بیشترین نفع برای خریدار تکمیل کند و اطلاعاتی که نشان می‌دهد چه ماده‌ای بیشترین نفع برای خریدار را دارد، توسط خود خریدار استخراج می‌شود، با این تهدید که اگر در انتخاب مناسب آن ناکام باشد، باید ماده با زیان بیشتر تعیین شده توسط دادگاه را بپذیرد. تکمیل با این روش تضمین می‌کند معامله‌ای که قرار است اجرا شود، از آن چیزی که خواننده قصدش را در زمان ورود به توافق‌نامه‌ی ناقص داشت، بدتر نیست. این تنها معامله‌ای است که در مورد آن با اطمینان خاطر می‌توان گفت که خواننده نیت سازنده‌اش برای تعهد دادن را متجلی ساخت. طرفی که علیه شکایت شده است، چه شرایط معقولی دارد تا چنین معامله‌ی مساعدی را رد کند؟ تنها، انگیزه‌های خوش بینانه یا دست کشیدن از قصد بیان شده‌ی پیشین می‌توانند بر اهمیت خودداری از معامله تحت چنین شرایط مساعدی تأکید کنند. این رویکرد، سطحی میانی از مسئولیت‌پذیری به وجود می‌آورد که از رویکرد سنتی همه یا هیچ چیز مربوط به اصول رضایت دوطرفه اجتناب می‌کند و نیت طرفینی را بازتاب می‌کند که به عمد یک توافق را نا تمام می‌گذارند. با وجود این اغلب، دادگاه توجه خود را معطوف به راه حل‌های همه یا هیچ چیز می‌کند. این راه‌حل‌های میانی برای اجرای نسبی یک موافقت در عین تکمیل آن با مفادی که بیشتر به نفع طرفی هستند که علیه او این مفاد انجام می‌شود، استثنا هستند.

## نتیجه گیری

قرارداد باز زمانی منعقد می‌شود که برخی از موضوعات و تعهدات دو طرف در هر یک از وضعیت‌های احتمالی آتی نامعین باشد و دو طرف با توجه به هزینه‌های انعقاد و محدودیت در پیش‌بینی، آن‌ها را به حال خود رها کرده‌اند. در حقوق آمریکا و انگلستان تحت تأثیر رویکردهای اقتصادی به حقوق، نقص‌های قراردادی امری عادی تلقی شده، قرارداد باز مورد پذیرش قرار گرفته و برای اجرای کارآمد و مطلوب آن‌ها قواعدی پیش‌بینی شده است. به گونه‌ای که ماهیت قراردادی آن حفظ شده است و تمامی آثار قرارداد لازم‌الاجرا را به همراه می‌آورد. به واقع انعقاد قرارداد باید وضعیت طرف‌ها را نسبت به گذشته بهبود بخشد و قواعد





حقوقی الزام‌آوری چنین قراردادی را تضمین کنند. استفاده از شروط باز در قرارداد، شیوه‌ای برای حل و فصل اختلافات تجاری است. بدین گونه که قرارداد را منعطف و با شرایط جدید منطبق می‌کند. به علاوه ابزاری برای تعیین ریسک‌ها حسب اوضاع و احوال آینده به حساب می‌آیند. در حقوق ایران این پدیده با دو ایراد عمده مواجه است. قاعده نفی غرر که موجد اصل لزوم رفع ابهام است و نفی ابهام از مورد معامله که موجد اصل لزوم علم تفصیلی به مورد معامله است. با این همه به نظر نمی‌رسد این دو اصل مانع جدی برای رد قرارداد باز به حساب آیند. چه این که در این دسته از معاملات، غرر به موجب عرف منتفی است و از طرفی نظریه علم اجمالی، اصل لزوم علم تفصیلی به مورد معامله را تعدیل کرده که در عقودی چون بیع و اجاره نیز مجری است. وانگهی تنظیم قرارداد باز از قرارداد کامل ثبات بیش تری دارد؛ نتیجه آن می‌شود که انعقاد قرارداد باز در حقوق ما با مشکلی مواجه نیست. آنچه باقی می‌ماند رفع نقص‌ها و تعیین مفاد قرارداد است. در حقوق ما به موجب مواد ۳۷۵ و ۳۴۴ ق.م. عدم تعیین مکان و زمان ایفای تعهد تصریح و قواعد تکمیلی تدوین شده است. اما نسبت به مورد معامله و ثمن حرفی به میان نیامده و لازم است مقنن دست به تدوین قواعد تکمیلی زند. با این حال پر کردن خلأها با قواعد تکمیلی در تأمین اهداف اصلی قرارداد باز تا حدودی ناتوان است.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی



## منابع و مأخذ

## الف - فارسی

۱. اخلاقی، بهروز و فرهاد امام، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۷۹.
۲. اشمیتوف، کلايو ام، حقوق تجارت بین‌الملل، ج ۲، ترجمه بهروز اخلاقی و دیگران، تهران: سمت، ۱۳۹۱.
۳. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، ج ۱، تهران: کتاب‌فروشی اسلامیه، ۱۳۵۱.
۴. امینی منصور و زمانی، عباس، قراردادهای بدون مدت در حقوق انگلیس و ایران، نامه مفید، زمستان ۱۳۹۰، شماره ۸۸.
۵. اوپر، ژان-لوک و دوتیول، فرانسوا کولار، حقوق تعهدات، ترجمه و تحقیق ادیب، مجید، تهران: میزان، ۱۳۹۰.
۶. جعفری تبار، حسن، مبانی فلسفی تفسیر حقوقی، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳.
۷. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران: کتابخانه گنج دانش، زمستان ۱۳۸۱ چاپ چهارم.
۸. جناتی، ابراهیم، منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی، تهران: انتشارات کیهان، ۱۳۷۰.
۹. حاجی پور، مرتضی، بررسی تطبیقی اصل حسن نیت در حقوق قرارداد (رساله دکتری) به راهنمایی عزت‌الله عراقی، ص ۱۱، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۸.
۱۰. داراب پور، مهرباب، تفسیری بر حقوق بین‌المللی، ج ۲، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۴.



۱۱. درخشان، مسعود، مشتقات و مدیریت ریسک در بازارهای نفت، تهران: مؤسسه مطالعات بین‌المللی انرژی، ۱۳۸۳.
۱۲. دهخدا، علی اکبر، فرهنگ دهخدا، ج ۳۱، تهران: چاپخانه مجلس، ۱۳۲۵ ه.ش.
۱۳. دهخدا، علی اکبر، لغت‌نامه، ج ۴ و ۱۲، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۳.
۱۴. راعی رضا وسعیدی، علی، مبانی مهندسی مالی و مدیریت ریسک، تهران: سمت، ۱۳۹۲
۱۵. رفیعی، محمد تقی، مطالعه تطبیقی غرر در معامله، قم: مرکز انتشارات دفتر تبلیغات قم
۱۶. سلطان احمدی، جلال، تأثیر عرف در قرارداد، تهران: جاودانه، ۱۳۸۹ چاپ اول.
۱۷. علومی یزدی، حمیدرضا و بابا زاده، بابک، شیوه‌های تفسیر قرارداد در نظام حقوقی ایران و انگلستان، فصلنامه پژوهش حقوق، شماره ۲۹، ۱۳۸۹.
۱۸. عمید زنجانی، عباسعلی، قواعد فقه، ج ۱، تهران: سمت، ۱۳۸۶.

## ب- عربی

۱. ابن ادریس، سرائر، ج ۳، تهران: ۱۲۷۰ ه.ق.
۲. ابن المرتضی، احوذ بن یحیی، ابحر الزخائر الجامع لمذاهب علماء الامصار، صنعا: دارالحکمه الیمانیه، بی تا، افست قاهره، دار الکتبی الاسلامی، ج ۳.
۳. ابن تیمیه، قواعد النورانیة الفقهیه، قاهره: انتشارات السنه المحمدیه، بی تا.
۴. ابن حمزه، ابی جعفر محمد بن علی، الوسيله الی نیل الفضیله، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.



۵. راسلی، سیف الأظهر، مسایل اتقادی در بانکداری اسلامی وبازارهای مالی، ترجمه روحانی، سید محسن، تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق(ع)، ۱۳۹۰.
۶. سوار، محمد وحید الدین، شرح القانون المدنی، النظریه العامه الالتزام ، دمشق: ۱۳۹۸.ق.
۷. عاملی، ابو الحسن علی بن الحسین(محقق کرکی)، جامع المقاصد، بیروت: مؤسسه آل البيت، ۱۴۱۰.ق.
۸. محقق حلی، شرایع، بیروت: ۱۴۰۳.ق.، افست تهران.

#### ج- انگلیسی

- Al- suwailem, S., Decision- making under Uncertainty:An Islamic Perspective, in M.Ibal and D.Lte wellyn, eds. Islamic Banking and Finance, Edward Elgar.
- Attiyah,P., The Rise and Fall of Freedom of Contract, oxford university press,1979.
- Bebhuc,L. ,Ben-shahar,O., Precontractual Reliance, 30, legal stud,2001.
- Bell, A., Modern Law of Personal Property in England and Irland,p.230, Publin, Butterworth, 1989.
- Benjamins Sale of Goods, London, Sween & Maxwell,1997.
- Ben-shahar, O., Contract without Consent: Exploring a new basis for contractual liability, 152 UPENAL REV, 2004