

واکای فقهی - حقوقی قراردادهای باز (با تأکید بر حقوق ایران، انگلیس و آمریکا)

احسان علی اکبری بابوکانی* علی اکبر طبایی عقدا** فهیمه صادقی***

چکیده

نهاد قرارداد باز، نهادی است که با قابلیت انعطاف و سازگاری با شرایط و تحولات آتی بازار قادر است کارآمدی و مطلوبیتی را که امروزه در حقوق قراردادهای امری مهم تلقی می‌شود، تضمین کند. از این رو، قرارداد آینده را حسب شرایطی که ممکن است رخ دهد برای دو طرف تأمین می‌کند، بی‌آنکه به اختلاف در روابط آن‌ها بینجامد. اینکه این قراردادها چگونه تنظیم می‌شوند و چه شروطی در آن‌ها مسکوت گذاشته شده، سؤالی است که با توجه به تجربه سایر کشورها می‌توان به آن پاسخ داد؛ قرارداد باز که مقررات مربوط به آن در قانون متحدالشکل تجاری با عنوان «شروط تکمیل‌کننده» تدوین شده است، یک چهارچوب قراردادی است که به موجب آن برخی از موضوعات (ثمن، مکان و غیره) 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. نگارندگان در مقال حاضر با اتکا بر روش توصیفی-تحلیلی به دنبال بررسی این ادعا هستند که در نظام فقهی - حقوقی ایران قرارداد باز، از نظر ماهیت حقوقی قرارداد معین است و تحلیل آن بر مبنای روابط حقوقی پیش از قرارداد یا توافق‌های مقدماتی و قرارداد

* استادیار، رشته حقوق زن در اسلام، دانشکده الهیات، دانشگاه اصفهان، اصفهان (نویسنده مسئول)

e.aliakbari@ahl.ui.ac.ir

sa.tabaeie@yahoo.com

sadegifahime@gmail.com

** دکترای حقوق خصوصی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران

*** کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه شهید بهشتی، تهران

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۱۰/۱۱

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۲/۱۶

مستقل خصوصی وفق ماده ۱۰ ق.م نادرست به نظر می‌رسد. این قراردادها الزام آور و در برابر ثالث قابل استناداند گرچه برخی از موضوعات آن در زمان عقد مسکوت گذاشته و با ابهام روبه‌رو است اما نظریه کفایت علم اجمالی، اصل لزوم علم تفصیلی را تعدیل کرده و در ادامه قواعد تکمیلی انعطاف‌پذیر و مقامات قضایی این خلأها را حسب شرایطی که پیش می‌آید تکمیل می‌کنند.

واژگان کلیدی: شروط باز، شروط تکمیل کننده، ماهیت قرارداد باز، مبانی قرارداد باز.

مقدمه

بروز اختلاف در روابط تجاری بین‌المللی امری غیرعادی تلقی نمی‌شود و عوامل مختلفی به این اختلافات دامن می‌زنند؛ به ویژه در قراردادهای با مدت طولانی شرایط جدیدی به وجود می‌آید که ادامه قرارداد را دشوار و گاهی غیرممکن می‌سازد (مافی و دیگران، ۱۳۹۴: ۱۲۲). تزاید روز افزون تغییر و تحولات بازار و نگرانی معامله‌گران در بازارهای معاملات از بروز اختلافات در اجرای قراردادها به ویژه در قراردادهای بلندمدت، تدوین‌کنندگان قانون را برآن داشته تا با اتخاذ تدبیری امکان انعقاد قراردادهایی را برای طرف‌ها فراهم آورند که قابلیت سازگاری با هر یک از وضعیت‌های احتمالی در آینده را دارا باشد. در حقوق کامن‌لا از این مطلب با عنوان شروط تکمیل‌کننده یاد می‌شود و برخی از این شروط در قانون متحدالشکل تجاری آمریکا پیش‌بینی شده است. به این ترتیب در مقررات متحدالشکل تجارت آمریکا^۱ صحت قرارداد باز مورد پذیرش قرار گرفت. به گونه‌ای که بخش ۲-۲۰۴ این قانون به صراحت قراردادی که بر سر رکن مادی آنها توافقی صورت نگیرد صحیح اعلام می‌کند.^۲ در فقه نیز رگه‌هایی از پذیرش این قراردادها در مورد مکان ایفای تعهد وجود

1. Uniform Commercial Code (u.c.c)

2. Art.2-204, UCC

(2) An agreement sufficient to constitute a contract for sale may be found even though the moment of its making is undetermined.

(3) Even though one or more terms are left open a contract for sale does not fail for indefiniteness if the parties have intended to make a contract and there is a reasonably certain basis for giving an appropriate remedy.

دارد و برخی فقها به تدوین قاعده‌ای تکمیلی در این باره روی آورده‌اند (جبعی‌العاملی، ۱۴۱۲، ج ۳: ۴۱۸ و ۴۱۹؛ نجفی، ۱۹۸۱، ج ۲۴: ۳۱۷). در حقوق ایران نیز این مطلب منعکس شده است. یکی از مباحث جنجال برانگیزی که از بدو ظهور نظریه قرارداد ناقص و به تبع آن قراردادهای باز همواره اذهان حقوقدانان و گاه فقها را به خود مشغول کرده، بحث از مبنای حقوقی قرارداد باز است. نگاهی گذرا به سیر تحول تاریخی قراردادها و کنار گذاشتن برخی از سختگیری‌ها در انعقاد قرارداد، نشان می‌دهد که محققان از دیرباز در این اندیشه بوده‌اند که با تمسک به اصول و مبانی حقوقی اعتبار نظریه قرارداد ناقص و به تبع آن قرارداد باز را تضمین کنند. انحراف از قاعده لزوم علم تفصیلی و توجیه ماهیت قراردادی قراردادهای باز ضرورتی انکار ناپذیر است. قاعده اصلی لزوم علم تفصیلی نسبت به ارکان قرارداد مانعی بزرگ بر سر راه این قراردادها گذاشته است که زدودن آن مستلزم بررسی پایه‌های این اصل و روشن ساختن دایره اجرایی آن است. به نظر بحث‌هایی که تاکنون صورت گرفته کم و بیش در جهت توجیه ابهام و عدم تعیین برخی جزئیات در قراردادها بوده یا به منظور ارائه راه‌حلی هرچند موقت و غیرواقع که به کمک آن ماهیت حقوقی قرارداد باز شناسایی شود. با این همه، باید دانست پرسش اصلی بر سر آن است که سکوت، اجمال در قرارداد تا چه میزان جاری است و به ماهیت قراردادی خللی نمی‌رساند؟ بحث از مبانی حقوقی قرارداد باز مفهوم آن‌ها را به درستی روشن می‌کند و از این طریق ماهیت آن فهم می‌شود. هرگاه این مبانی تاب مقاومت در برابر نظریات مخالف قراردادی بودن این توافقات داشته باشند، ماهیت قراردادی برای آن اثبات و آثار قرارداد بر آن مترتب می‌شود. در غیر این صورت باید ماهیتی غیر قراردادی و پیش‌قراردادی برای آن لحاظ کرد. از این رو سعی می‌شود با ارائه مبانی حقوقی قرارداد باز، ماهیت قراردادی این توافقات تبیین شود. 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 قرار داده‌اند. بنابراین در همان مرحله قرارداد منعقد می‌شود. که خود با دو فرض روبه‌رو است: ۱. این قرارداد در زمره عقود معین قرار گیرد؛ یعنی 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. بر این اساس، در نوشتار پیش رو ابتدا به بررسی مفهوم قرارداد پرداخته و از اقسام شروطی که در قرارداد به صورت باز طراحی می‌شود سخن می‌گوییم و در ادامه مبانی قرارداد باز را مورد مذاقه قرار خواهیم داد تا بتوانیم به تحلیل صحیحی از ماهیت حقوقی این قراردادها دست یابیم.

۱. مفهوم قرارداد

واژه قرارداد در لغت به معنای قول و پیمان است و قرار بستن، یعنی عهد بستن (دهخدا، ۱۳۲۵: ذیل واژه قرارداد). اگرچه به نظر برخی از نویسندگان قرارداد شامل کلیه عقود با نام و بی نام است و عقد صرفاً ناظر بر عقود با نام است (امامی، ۱۳۵۱، ج ۱: ۱۵۹).

۱-۱. قرارداد در حقوق سنتی

قرارداد در حقوق سنتی عملی حقوقی مبتنی بر حداقل دو اراده انشایی و توافق آن‌ها با هم است که طی آن کالایی جابه‌جا، خدمتی عرضه و یا حقوقی از شخصی به شخص دیگر منتقل می‌شود (حیبی، ۱۳۸۹: ۱۴؛ کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۲۴). به عبارتی در حقوق سنتی، توافق دو اراده به منظور ایجاد اثر حقوقی که همانا می‌تواند تملیک عین، منفعت، تعهد به عمل و غیره باشد، عقد یا قرارداد نامیده می‌شود. به بیان دیگر، ربط دو قرار

معاملی یا ایجاب و قبول متقارن عقد یا قرارداد است که با اعتبار متعاقدين و عقلا محقق می‌شود (محقق داماد و دیگران، ۱۳۹۱، ج ۱: ۹۲ تا ۸۳).

۱-۱-۱. قرارداد ناقص از منظر حقوقی^۱

از دیدگاه حقوقی قرارداد زمانی ناقص است که از برخی شروط در زمان انعقاد تهی باشد. به عبارت دیگر، قراردادی که دارای خلأ^۲ باشد ناقص محسوب می‌شود (Scott & Triantis, 2004: 1443; Hart, 2017: 1732). این خلأ ناظر به تعهدات طرفین در وضعیت‌های احتمالی است. البته در سنت حقوق نوشته قرارداد ناقص به مفهوم دقیق خود وجود ندارد. این مطلب در قواعد حقوقی مرسوم در این حقوق ریشه دارد. چنان‌که در حقوق فرانسه تعیین ثمن در زمان انعقاد قرارداد ضروری است (ماده ۱۵۹۱ ق.م فرانسه)^۳ یا در حقوق ایران عقد بیع بعد از توافق بائع و مشتری در مورد مبیع و ثمن واقع می‌شود (ماده ۳۳۹ ق.م). با وجود این، ابزارهای حقوقی مشابهی وجود دارد که امکان انعقاد قراردادهای ناقص را فراهم می‌سازد. قرارداد «چهارچوب» یا «کادر»^۴ نمونه‌ای از آنها است. همچنین بسیاری از مباحثی که در حقوق عرفی در چند دهه اخیر مطرح شده، در کشورهای حقوق نوشته وجود داشته است. چه اینکه مجموعه مقررات در اثر رویه قضایی و بازخوردهای ناشی از اجرای آن تکمیل و تصحیح می‌شوند. در فرانسه برخی حقوق دانان نقش عمده‌ای در شکل‌گیری قرارداد ناقص داشتند. آنان روش تعیین یک‌طرفه قیمت را به دلیل کاهش هزینه مذاکره مجدد تأیید کردند (Brousseau, 2001: 8). در مقابل، در حقوق کامن‌لا نظریه قرارداد ناقص از سوی حقوق دانان طرح شده است. به طور سنتی حقوق عرفی، قراردادی را که با نقص‌های جدی روبه‌رو بود غیر قابل اجرا می‌دانست.

1. Incomplete contract

2. Gap

3. Code civil, 1804, Art. 1591: "Le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties".

4. Le contrat-cadre

نوعی قرارداد همکاری و وابستگی مانند همکاری صنعتی یا پیمانکاری در صنعت که شرایط مالی در آن انعطاف پذیر است.

۱-۱-۲. قرارداد کامل از منظر حقوقی

قراردادی که در آن تعهدات طرفین و شرایط موضوع قرارداد به طور کامل معین می‌شود قرارداد کامل است. برخی معتقدند کاملاً قرارداد بستگی زیادی به قواعد تکمیلی دارد (Schwartz, 1992: 271).

۱-۲-۲. قرارداد در حقوق اقتصادی

در تحلیل اقتصادی از حقوق قراردادها، از مفاهیم اقتصادی نظیر کارایی، حداکثر کردن منافع، بهره‌وری، رفاه اجتماعی، برآورده ساختن انتظارات رای تبیین حقوق قراردادی استفاده می‌شود و حقوق قراردادی منطبق اقتصادی دارد و از دید اقتصادی مورد بررسی قرار می‌گیرد (بابایی، ۱۳۸۶: ۱۶). در حقوق اقتصادی به قراردادها از دیدگاه تسهیل تولید و داد و ستد و رسیدن به کارایی اقتصادی نگریسته می‌شود (کاویانی، ۱۳۸۶: ۶۹). به عبارتی، قرارداد و معاملات به عنوان یک نهاد و ابزار حقوقی که ذاتاً دارای آثار اقتصادی است باید اهداف اقتصادی شامل اجرای معاملات کارآمد، جلوگیری از فرصت طلبی، کاهش هزینه‌های معاملاتی و بازداشتن طرفین از بی‌احتیاطی در فرایند معامله را دنبال کند (رضایی استخریویه و اسفندیاری مهنی، ۱۳۹۴: ۲۹۸-۲۹۶).

۱-۲-۱. قرارداد ناقص از نظر اقتصادی

از نظر اقتصادی قراردادی ناقص است که در زمان تشکیل آن تمامی احتمالاتی که ممکن است در هر یک از وضعیت‌های آینده رخ دهد پیش‌بینی نشده است (Scott & Triantis, 2005: 190). بنابراین، نقص اقتصادی قرارداد غیر از نقص حقوقی آن است. از دیدگاه اقتصادی کلیه قراردادهای ناقص تنظیم می‌شوند. چه قراردادی کامل است که در آن وضعیت هر واقعه احتمالی آینده به گونه‌ای که پیامد مطلوبی به دنبال داشته باشد پیش‌بینی شود (شاول، ۱۳۸۸: ۳۴۵). ناگفته نماند دغدغه حقوق اقتصادی بیش از آنکه به کامل بودن قراردادها محدود شود،

ناظر به ارائه پاسخ‌های مناسب از سوی نظام حقوقی به نقض‌های قراردادی است. چه این که کاستی و ضعف در این زمینه حتی اجرای قرارداد کامل را با دشواری روبه‌رو می‌کند (8: Craswell, 2005).

۱-۲-۲. قرارداد کامل از نظر اقتصادی

زمانی که توافق میان دو طرف متضمن منافع متقابلی برای آنان باشد و رفاه را افزایش دهد به گونه‌ای که تعهدات به طور مطلوب در هر یک از شرایط احتمالی نسبت به آینده پیش‌بینی شود، از نظر اقتصادی با قرارداد کامل روبه‌رو هستیم (1490-1491: Scott & Triantis, 2004). قراردادی کامل است که تعهدات ناشی از آن در مورد هر یک از وضعیت‌های احتمالی به طور کارآمد تعیین شود. بنابراین هرگاه توافق دو طرف وضعیت‌های احتمالی را به طور مطلوب پوشش دهد، کامل محسوب می‌شود (12: Eggleston, 2000).

۱-۳. نظریه پیشنهادی قرارداد

هرگاه افراد بتوانند خودشان را در آینده ملتزم کنند و قاعده حقوقی چنین توافقی را الزام‌آور بداند، قراردادی وجود دارد که علاوه بر اتصاف به نفوذ، الزام نیز به همراه دارد. از این رو قواعد حقوقی نقش مؤثری در الزام‌آوری توافقات و تشکیل قراردادهای الزام‌آور دارند که به تبع به افزایش رفاه منتهی می‌شوند. افراد به این جهت به توافق برای انعقاد قرارداد اقدام می‌کنند که تصور می‌کنند با انعقاد قرارداد وضعیت بهتری نسبت به قبل می‌یابند. اصل کارایی مطرح در حقوق اقتصادی نیز مؤید این مطلب است (292-385: Atiyah, 1979). در تحلیل اقتصادی حقوق، قراردادهایی که به طور صحیح و بر طبق قانون منعقد می‌شوند الزاماً الزام‌آور نیستند. به عبارت دیگر اجرای قرارداد مستلزم آن است که اولاً قراردادی صحیح منعقد شود و ثانیاً برای طرفین کارآمد باشد. از این رو حقوق قراردادی باید افراد را به انعقاد و اجرای قراردادهایی که اجرای آن‌ها

کارآمد است تشویق کند. از منظر شاول اندیشمند حقوق اقتصادی، قرارداد بهینه^۱ یا کارآمد و به عبارت دقیق‌تر، قرارداد دوسویه سودمند قراردادی است که نتوان آن را برای افزایش رفاه هر دو طرف قرارداد اصلاح کرد و اگر قرارداد را بتوان به گونه‌ای اصلاح یا تفسیر کرد که منجر به مطلوبیت مورد انتظار هر دو طرف شده و کارایی قرارداد را برای هر دو طرف افزایش دهد، باید این کار را انجام داد. برای مثال، در برخی قراردادها مثل قرارداد بیع، یک طرف نیازمند کالایی است و طرف دیگر می‌تواند آن کالا را در مقابل ثمن به وی تحویل دهد یا برای او تهیه کند و این امر موجب مطلوبیت و سودمندی دو جانبه است (شاول، ۱۳۸۸: ۳۴۶ - ۳۴۵؛ عیسایی تفرشی و ابدالی، ۱۳۹۱: ۱۵۳). بنابراین هدف محاکم در مراحل مختلف تضمین قراردادها - اعم از زمان تشکیل قرارداد، تفسیر قرارداد یا تکمیل ابهامات در مقام اجرا و جبران خسارت در مقام نقض قرارداد - حرکت در جهت افزایش رفاه طرفین به معنای اعم آن و کارایی قرارداد برای هر دو طرف است (شاول، ۱۳۸۸: ۳۴۷).

به این ترتیب، مطابق با نظریه پیشنهادی قرارداد، قرارداد کامل نه صرفاً قراردادی است که تعهدات طرفین و شرایط موضوع قرارداد کامل باشد، بلکه حتی با وجود خلأهای حقوقی نیز چنانچه قواعد حقوقی در الزام‌آوری و تکمیل کردن قراردادها نقش مؤثر خود را ایفا کنند، کارایی و رفاه مورد انتظار دیدگاه اقتصادی به عنوان مبنایی برای ارزیابی و اصلاح قرارداد محقق می‌شود (کاویانی، ۱۳۸۶: ۱۰۱).

۲. اقسام شروط باز

بنا بر توضیحات ارائه شده، چنان‌که پیش از این هم به آن اشاره شد، قرارداد باز قراردادی است که به موجب آن برخی از موضوعات در زمان انعقاد به صورت باز طراحی و بر اساس شیوه‌های موجود در نظام‌های حقوقی تکمیل می‌شوند. این موضوعات می‌توانند در رابطه با مورد معامله، مکان و زمان مطرح شوند به این صورت

۱. بهینه پارتو

که درباره هر یک که در زمان انعقاد امکان تکمیل آنها وجود ندارد شرطی به صورت باز طراحی می‌شود تا در آینده با توجه به وقایع احتمالی تکمیل شده و منتج به کارایی قرارداد شوند. بدین منظور به بررسی شروط باز در قراردادهای باز پرداخته می‌شود. قانون متحدالشکل تجاری، اقسام شروط باز را به طور کامل مورد توجه قرار داده است. از این رو این شروط را بر طبق مواد این قانون و مقررات کشورهای دیگر تبیین می‌کنیم.

۲-۱. شرط باز در مورد معامله

شروط باز اغلب در روابط تجاری و بلندمدت است. این روابط تجاری بیش‌تر در قالب قراردادهای فروش بروز می‌کند. از این رو، شرط مورد معامله باز را به دو دسته شرط «مبیع باز» و شرط «ثمن باز» تقسیم می‌کنیم.

۲-۱-۱. شرط باز نسبت به مبیع

در اصطلاح حقوقی، به استناد ماده ۳۵۰ قانون مدنی مبیع عین موجود در خارج یا عین کلی در معین و یا عین کلی در ذمه است که به عنوان معوض و به انتظار دریافت عوض معلوم به طرف تملیک می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۶۰۹). به‌طور خاص، در عقد بیع آن عوضی که متعلق قصد مشتری قرار گرفته مبیع نامیده می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج ۱: ۶۹ و ۷۵؛ کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۲۸۹). بحث از خود مبیع به صورت باز منتفی است. اجمال در بیع در اثر عدم توافق نسبت به مقدار یا اوصاف آن است. از این رو، در این قسمت دو شرط مقدار باز و اوصاف باز مورد معامله را تبیین می‌کنیم.

الف. مقدار باز

مقدار مورد معامله به طور معمول وسیله‌ای برای تعیین میزان تعهد است و بر اساس آن دو طرف تعهدات خود را معین می‌کنند. بهای مورد معامله از جمله تعهداتی است که به واسطه مقدار آن تعیین می‌شود. گاه شرط مقدار چهره دیگری نیز دارد و ناظر به مقدار معین از موضوع معامله است. به این گونه طرفین به مورد معامله به عنوان

کل تجزیه ناپذیر نظر دارند (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۳: ۱۳۶).

ممکن است خریدار از تعیین مقدار قطعی مورد نیاز خود در زمان انعقاد عقد ناتوان باشد و معیاری نیز تعیین نشده باشد. چنان‌که در قراردادهای تأمین^۱ مقدار مورد معامله تعیین نمی‌شود و در آینده در زمان اجرای قرارداد میزان آن مشخص می‌شود؛ قراردادهای تأمین قراردادهایی هستند که به موجب آن یک طرف تعهد می‌کند که نیاز طرف دیگر قرارداد را به یک کالا یا جنس خاصی تأمین کند بدون این‌که میزان آن مشخص باشد؛ به عبارتی میزان و مقدار مبیع مقداری است که خریدار لازم دارد. این قراردادهای طولانی مدت معمولاً برای تضمین تثبیت نوسانات قیمتی و تأمین عرضه منعقد می‌شوند (Roger & Jentz, 2011: 308; Gwyn, 1952: 180).

با حصول توافق میان دو طرف، قرارداد محقق است. این مطلب که ایجاب باید کامل و روشن باشد، از جهت آن است که نشان می‌دهد دو طرف به توافق نهایی رسیده‌اند. بنابراین هرگاه حصول توافق نهایی محرز شود به گونه‌ای که دو طرف قصد جدی بر انعقاد قرارداد داشته باشند، باز گذاشتن مقدار مورد معامله مانع از تشکیل قرارداد نمی‌شود. چه در این صورت از شرط مقدار باز با شیوه‌هایی رفع ابهام می‌شود.

مفاد بند ۳ ماده ۲۰۴-۲ قانون متحدالشکل تجاری و ماده ۵۵ کنوانسیون بیع بین‌المللی^۲ نشانه آن است که با باز گذاشتن یک یا چند شرط قرارداد فروش بر هم نمی‌خورد. به موجب ماده ۳۰۶-۲ در قرارداد تأمین شرطی وجود دارد که مقدار مورد معامله را حسب نیازهای خریدار تعیین می‌کند. به این معنا که نیازها با توجه به حسن نیت معین می‌شوند.^۳

در فقه امامیه نیز شرط مقدار باز چندان ناآشنا نیست. فقها در بحث رفع ابهام از مورد معامله کلی در معین فرضی را مطرح کرده‌اند که به موجب آن مقدار کل کالای

1. Requirement contract

2. Convention on Contracts for the International Sale of Goods.

3. Art.2-306, UCC

(a) A term which measures the quantity by the output of the seller or the requirements of the buyer means such actual output or requirements as may occur in good faith,

موجود معلوم ولی مقدار مورد معامله نامعلوم است یا حتی مقدار کل کالای موجود نیز نامعلوم است. چنان که برخی از آنان معتقدند هرگاه بهای هر قفیز از توده گندم بدون تعیین آنکه چه مقدار از آن را می‌خواهد، مورد معامله قرار دهد تعیین شود، معامله صحیح نیست (جبعی العالمی، ۱۴۱۲، ج ۱: ۲۸۶). برخی از حقوق دانان نیز به این مطلب اشاره کرده‌اند که در بسیاری از خرید و فروش‌ها مقدار مورد معامله معلوم نیست ولی دو طرف نسبت به ارزش آن در هر واحد جزئی توافق کرده‌اند. این موارد «بیع از قرار» نامیده می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج ۱: ۱۱۷).

ب. اوصاف باز

مورد معامله اوصافی دارد که در قصد مشترک طرف‌های قرارداد لحاظ می‌شود و از انگیزه‌های اصلی تراضی به شمار می‌آید. این اوصاف باید مشخص باشند تا مورد معامله معلوم شود.

ممکن است شرط صفت مختص به عین خارجی دانسته شود. چنان که برخی از حقوق دانان معتقدند اوصاف مورد معامله، کلیه اموری هستند که مورد معامله را از میان انواع دیگر آن متمایز می‌کنند (امامی، ۱۳۵۱، ج ۱: ۲۸۲). با پذیرش این نظر شرط صفت باز نسبت مورد معامله خود به خود منتفی می‌شود. زیرا عدم تعیین اوصاف عین خارجی در زمان انعقاد قرارداد و موکول کردن آن به آینده امری غیر متصور است.

مطابق با سطور فوق، شرط باز درباره اوصاف مورد معامله عین خارجی امکان ندارد، یعنی نمی‌توان درباره عین معینی معامله کرد اما اوصاف آن را ذکر نکرد و یا اگر معامله به مشاهده است اوصاف آن برای طرفین معین و مشخص نباشد بلکه در معامله عین معین که به صورت مشخص و معین معامله می‌شود و می‌تواند مورد اشاره واقع شود اوصاف متمایز کننده این عین از عین دیگر است و همین است که عینی را در معامله عین معین می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۳۷)؛ چنانچه طبق نظر برخی ماده ۲۳۵ ق.م. نیز که خیار را بیان کرده است صرفاً ناظر به عین خارجی است و نه کلی (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۳: ۱۱۳).

در مقابل، به نظر نمی‌رسد که این شرط درباره وصف افراد مورد معامله کلی اشکالی داشته باشد؛ لازم به ذکر است که در بیع کلی نیز مطابق با ماده ۳۵۱ ق.م. چنانچه مورد معامله کلی و مثلی باشد، اوصاف مبیع کلی مثلاً گندم و رامین باید مشخص باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۲۹۷)؛ اما بیش از این (از حیث اعلا یا پست آن) لازم نیست، زیرا غایت این معلوم بودن و تشخیص تا حد غرری نشدن معامله است (موسوی بجنوردی و شیرازی، ۱۳۸۷: ۱۴۸).

۲-۱-۲. شرط ثمن باز

نبود تعریف دقیقی از ثمن باز بیش‌تر ریشه در این دارد که در پیشینه فقهی- حقوقی ما همواره ثمن در قرارداد معین بوده و کم‌تر در آن ابهام وجود داشته است.

الف. ثمن شناور^۱

اصطلاح ثمن شناور اولین بار با کتاب تفسیری بر حقوق بین‌المللی وارد ادبیات حقوقی ایران شد. نگارنده این اثر در برابر ماده ۵۵ کنوانسیون بیع بین‌المللی عنوان ثمن شناور را برگزیده است (داراب پور، ۱۳۷۴: ۱۸۶). هرگاه ثمن به نحو قطعی معین نباشد اما ضابطه‌ای تغییرپذیر یا تغییرناپذیر برای تعیین آن وجود داشته و بر آن توافق شده باشد، ثمن شناور است.

ب. نت بک

نت بک^۲ روشی است که بر اساس آن نفت خام بر مبنای فرآورده‌های استحصال‌ی در بازار نقدی پس از کسر هزینه‌های بیمه، حمل و نقل و پالایش محاسبه می‌شود (فرهنگ، ۱۳۷۲). تعیین قیمت بر مبنای فروش فرآورده‌های نفتی در تاریخ معین به این شکل انجام می‌شود: ۱. دریافت نفت خام از فروشنده در تاریخ معین؛ ۲. تعیین تاریخ محاسبه قیمت یعنی تاریخی که خریدار حدس می‌زند فرآورده‌های نفتی به بازار عرضه شود و مخارج حمل، بیمه، پالایش و توزیع هر بشکه نفت خام از مجموع ارزش یک

1. Open price
2. Net back

بشکه نفت خام کم می شود (مریدی و نوروزی، ۱۳۷۳).

ج. ثمن باز

ثمن باز در کشورهای نظام کامن لا نظیر حقوق انگلیس و آمریکا معمول است. قانون متحدالشکل تجارت آمریکا در ماده ۲-۳۰۵ مقرر می کند: «اگر طرفین قصد تشکیل قرارداد بیع را داشته باشند، چنانچه قیمت کالا را تعیین نکرده باشند، قیمت متعارف در زمان تحویل کالا، ثمن معامله محسوب می شود.

در حقوق انگلیس ثمن قرارداد یا معین شده یا ضابطه‌ای برای تعیین آن پیش‌بینی شده و یا در این باره صحبتی نشده است. عدم تعیین ثمن در زمان انعقاد معامله خدشه‌ای به صحت قرارداد وارد نمی کند مشروط به اینکه شیوه‌ای برای تعیین آن وجود داشته باشد مثل نرخ روز. اگر ثمن به هیچ روشی تعیین نشده باشد، مشتری باید قیمت عادلانه بپردازد.^۱

همچنین، چنانچه تعیین ثمن به شخص ثالثی سپرده شده و او به هر دلیلی ثمن را تعیین نکند در صورت تحویل کالاها خریدار باید قیمت عادلانه یا متعارف را بپردازد.^۲ نظیر همین مقرر در قانون بیع کالای کانادا، استرالیا و مالزی نیز وجود دارد.^۳

در فقه، چنانچه سخنی از ثمن به میان نیاید، عقد بیع باطل است (علامه حلی، ج ۵، ۱۴۱۳: ۲۴۴). قانون مجله نیز در ماده ۲۳۷ مقرر می کند: «ذکر ثمن در زمان عقد بیع لازم

2. sale of goods Act, 1979, sec.8

- 1) The price in a contract of sale may be fixed by the Ascertainment contract, or may be left to be fixed in a manner agreed by the of price. Contract, or may be determined by the course of dealing between the parties.
- 2) Where the price is not determined as mentioned in sub- section (1) above the buyer must pay a reasonable price

3. Sale of goods Act., 1979, sec.9

- 1) Where there is an agreement to sell goods on the terms Agreement that the price is to be fixed by the valuation of a third party, to sell at and he cannot or does not make the valuation, the agreement is valuation. avoided; but if the goods or any part of them have been delivered to and appropriated by the buyer he must pay a reasonable price for them.

3. Canada: Sale of goods Act, 1994, sec 9 and 10

Australia: Sale of goods Act, 1954, sec 13 and 14

Malaysia: Sale of goods Act, 1957, sec 9 and 10

است و اگر بیع بدون ذکر ثمن صورت گیرد، باطل است.^۱ در مقابل، گروهی دیگر با نظر مشهور مخالفت کرده‌اند و تعیین ثمن در قرارداد را با ارجاع به قیمت سوبیه و نظر یکی از دو طرف یا کارشناس پذیرفته‌اند (موسوی خویی، ۱۳۷۷، ج ۵: ۳۱۹؛ البحرانی، بی‌تا: ۴۶۱-۴۶۰، حر عاملی ۱۳۸۹، ج ۱۲: ۲۷۱، حسینی عاملی، بی‌تا، ج ۴: ۲۷۹ و اردبیلی، بی‌تا، ج ۸: ۱۷۶).

شیوه مرسوم مواجهه با خلأ ثمن در قرارداد در حقوق کنونی نیز با نظر فقها هماهنگ است. چنان‌که در صورت عدم توافق نسبت به ثمن، فروشنده یا مشتری آن را تعیین می‌کنند. از این رو، نباید عدم ذکر ثمن و به بیان فقها عدم تسمیه آن را فرضی جدای از تعیین قیمت توسط یکی از طرفین یا شخص ثالث دانست. بلکه این دو از روش‌های تعیین قیمت در فرض عدم تعیین و سکوت نسبت به آن در قرارداد تلقی می‌شوند.

در حقوق ایران عدم تسمیه ثمن در عقد بیع پذیرفته نشده و به تبع از مشهور فقهای امامیه حکم به بطلان این قراردادها شده است (جعی عاملی، ۱۴۱۲، ج ۱: ۲۸۵؛ ۲۶۴؛ بحرانی، بی‌تا: ج ۱۸، ۴۶۰)، چنانچه در ماده ۳۳۸ قانون مدنی نیز آمده است: «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم».

۲-۲. شرط زمان باز

مرسوم است که برای ایفای تعهدات قراردادی زمانی معین می‌شود تا افراد از قبل مقدمات لازم را فراهم آورند. زمان تسلیم از امور مؤثر در ارزش مورد معامله است، زیرا از یک‌سو به هر میزان که تحویل مورد معامله از زمان مورد نیاز فاصله داشته باشد به کاهش ارزش و مطلوب مورد نظر متعهد می‌انجامد و از سوی دیگر ارزش کالا در طول زمان متغیر است و در میزان سود و زیان طرف معامله تأثیر زیادی دارد. با وجود این گاهی قرارداد را بدون مدت منعقد می‌کنند (م ۵۰۱ ق.م).

باز گذاردن زمان ایفای تعهد در قرارداد، حقوق متعهدله و منافع اجتماعی در اثر اجرای

۵. «تسمیه الثمن حين البيع الاذمه، فلو باع بدون تسمیه كان البيع فاسداً» ماده ۲۳۷ قانون المجله.

قرارداد را با تردید جدی روبه‌رو می‌کند. این تردید به حدی است که عدم تعیین مدت در حقوق برخی کشورها به بطلان قرارداد منتهی می‌شود. چنان‌که ماده ۴۶۸ ق.م. ایران مقرر می‌کند: «در اجاره اشیاء، مدت اجاره باید معین شود والا اجاره باطل است».

عامل زمان در اجرای قراردادها در حقوق ایران و انگلیس جایگاه یکسانی ندارند. در حقوق انگلیس زمان در هر دو دسته عقود عهدی و تملیکی نقش دارد. در حالی که در حقوق ایران صرفاً در عقود عهدی مؤثر است و در عقود تملیکی نسبت به آثار اجرای قرارداد از جمله تسلیم عوضین نقش دارد. در حقوق انگلیس در عقودی که هدف از آنها انتقال مال است، عقد بیع از انتقال مالکیت و تعهد به انتقال مالکیت تشکیل می‌شود (Bell, 1989: 230). بنابراین گاهی بیع موجب تعهد به انتقال مالکیت می‌شود بی آن‌که فوراً مالکیت به همراه داشته باشد. در حقوق ایران به محض انعقاد عقود تملیکی، مالکیت منتقل می‌شود و به مجرد وقوع بیع مشتری و بایع مالک مبیع و ثمن می‌شوند (بند ۱ ماده ۳۶۲ ق.م.).

اگرچه، شرط زمان باز اجرای قرارداد بیش‌تر در مقررات و معاهدات بین‌المللی مورد توجه قرار گرفته و بیان شده است؛ چنانچه، بند ۳ ماده ۱-۱-۶ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی به زمان متعارف اشاره می‌کند. با این وجود در مقررات کشورهای کاملاً نیز موادی به این مسئله اختصاص داده شده است.

ماده ۳۰۹-۲ قانون متحدالشکل تجارت آمریکا مقرر داشته که: «۱. هرگاه زمان حمل یا تحویل یا هر اقدام دیگری بر طبق قرارداد مقرر نشده یا بر روی آن توافق نشده باشد، زمان نوعی خواهد بود؛ ۲. عدم تعیین زمان در قراردادهایی که اجرای آنها به طور متوالی صورت می‌گیرد، قرارداد تا زمان نوعی (معقول) معتبر است مگر آنکه توافقی غیر از آن شده باشد که هر زمان توسط یکی از دو طرف خاتمه یابد»^۱.

1. Art.2-309, UCC.

(a) The time for shipment or delivery or any other action under a contract if not provided in this Article or agreed upon shall be a reasonable time. (b) Where the contract provides for successive performances but is indefinite in duration it is valid for a reasonable time but unless otherwise agreed may be terminated at any time by either party.

در بند سوم ماده ۲۹ قانون بیع کالای انگلستان نیز چنانچه زمان برای تحویل کالاها معین نشده باشد، فروشنده ملزم است که آن‌ها در زمان متعارف تحویل دهد.^۱ در قانون بیع کالا در سایر کشورهای کامن‌لا نظیر کانادا، استرالیا و مالزی هم درباره شرط زمان باز همین مفاد به چشم می‌خورد.^۲

تعیین زمان متعارف به عوامل گوناگونی از جمله وضعیت و ماهیت کالا، خدمات و اوضاع و احوال حاکم بستگی دارد (شعاریان و ترابی، ۱۳۸۹: ۲۶۵). مثلاً پیمانکار ساختمانی هنگام حفاری با دشواری نامعمول مواجه می‌شود به گونه‌ای که ادامه کار مستلزم به کارگیری وسایل خاصی است، اما وسایل را در اختیار ندارد. از این رو، بلافاصله با پیمانکار دیگری توافق می‌کند که وسایل مورد نیاز را در اختیار او قرار دهد بی آن‌که زمان تحویل آن‌ها معین شود. در این حالت با توجه به اوضاع و احوال، تعهد باید در زمان متعارف اجرا شود و از آن جایی که ادامه حفاری و رفع دشواری که عامل این توافق بوده، مقتضی دسترسی فوری به این وسایل است، زمان متعارف به معنای اجرای بلافاصله تعهد است (اخلاقی و امام، ۱۳۷۹: ۱۵۷).

از مفاد مقررات مذکور حاصل می‌شود که به طور کلی شرط زمان باز برای ایفای تعهد دو حالت دارد: ۱. عدم تعیین زمان ایفای تعهد در قرارداد که زمان نوعی بر آن حاکم می‌شود؛ ۲. اجرای قرارداد در مدت نامحدود که زمان متعارف بر آن حاکم می‌شود و با اقدام یک طرف به اخطار، انجام قرارداد خاتمه می‌یابد.

در فقه قراردادهایی که مدت ایفای تعهد در آن‌ها معین نشده، پذیرفته و فقها اصل فوریت عرفی را بر آن‌ها حاکم می‌دانند. در حقوق ایران نیز ممکن است زمان تسلیم مورد معامله مشخص نشده باشد (ماده ۳۴۴ ق.م).

2. Sale of goods Act, 1979, sec. 29

(3) Where under the contract of sale the seller is bound to send the goods to the buyer, but no time for sending them is fixed, the seller is bound to send them within a reasonable time.

2. Canada: Sale of goods Act, 1994, sec 28 (2)

Australia: Sale of goods Act, 1954, sec 33 (3)

Malaysia: Sale of goods Act, 1957, sec 36 (2)

۲-۳. شرط مکان باز

در قرارداد موضعی که کالا باید در آنجا تسلیم شود اهمیت دارد. به گونه‌ای که بهای قرارداد متأثر از آن است. نقش عامل مکان به طور خاص در قراردادهایی که فروشنده متعهد است، کالا را برای خریدار بفرستد قابل ملاحظه است و ارزش معامله را تا میزان قابل توجهی تغییر می‌دهد. همچنین در دعاوی بازرگانی و دعاوی راجع به اموال منقول ناشی از عقود، مدعی می‌تواند به دادگاه محل وقوع عقد یا محل ایفای تعهد رجوع کند (ماده ۱۳ ق. آ. د. م.). ایفای تعهدات در تجارت بین‌الملل با پول رایج در محل تأدیه صورت می‌گیرد یا گاهی تعیین محل پرداخت قرینه‌ای است که قصد دو طرف را در نوع پولی که تعهد باید با آن اجرا شود آشکار می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۴: ۶۲).

ماده ۳۰۸-۲ قانون متحدالشکل تجارت آمریکا مقرر می‌دارد: «۱. در مواردی که دو طرف توافقی نسبت به محل تسلیم نکرده‌اند و در صورتی که او هیچ اقامتگاهی نداشته باشد، محل تسلیم کالا محل کسب و کار فروشنده است؛ ۲. در قرارداد فروش کالای معین در حالی که دو طرف از وجود کالا در محل دیگری خبر دارند، محل تسلیم همان محل وقوع کالا است؛ ۳. اسناد مالکیت نیز از طریق شبکه‌های بانکی مرسوم دریافت می‌شوند»^۱.

در حقوق انگلیس ماده ۲۹ قانون مربوط به بیع نیز همین قاعده را جاری می‌داند و معتقد است که چنانچه هیچ شرط صریح یا ضمنی درباره تسلیم کالاها وجود نداشته باشد محل تجارت و کسب و کار فروشنده است و اگر وی یک محل کسب و کار داشته باشد در غیر این صورت اقامتگاه وی محل تحویل است. در مواردی که قرارداد برای فروش کالای خاصی است که در مکان دیگری هستند و طرفین در زمان انعقاد

1. Art.2-308, UCC

Unless otherwise agreed (1) the place for delivery of goods is the seller's place of business or if he has none his residence; but (2) in a contract for sale of identified goods which to the knowledge of the parties at the time of contracting are in some other place, that place is the place for their delivery; and (3) documents of title may be delivered through customary banking channels.

قرارداد از این امر آگاه‌اند، محل وقوع کالاها محل تسلیم است.^۱ نظیر همین مفاد در قوانین بیع کالای کانادا و استرالیا نیز وجود دارد.^۲ در قانون مالزی آمده است اگر در قرارداد به طور صریح یا ضمنی تحویل تعیین نشده باشد، کالاها باید در مکانی که در زمان بیع یا توافق بر بیع آنجا بودند تحویل داده شود.^۳

در حقوق ایران نیز در فرض عدم تراضی نسبت به محل تسلیم، تسلیم در محل وقوع عقد انجام می‌شود (ماده ۳۷۵ ق.م).

۳. مبانی قرارداد باز

با تبیین مبانی قراردادهای باز میزان سازگاری آن‌ها با مبانی حقوق داخلی کشورها به سادگی ممکن می‌شود و به دنبال آن از ماهیت آن‌ها به درستی پرده برداشته می‌شود. بررسی‌ها حکایت از وجود زمینه‌های قابل توجهی در توجیه قرارداد باز در فقه و حقوق ایران دارد. در فقه آنچه می‌تواند به عنوان مستمسکی برای توجیه نظریه قرارداد ناقص و باز استفاده شود، سکوت در قراردادها و نظریه شرط ضمنی است. بر این اساس در این قسمت از نظریه شروط ضمنی، سکوت، تعدیل قرارداد، انتفای غرر، پیش‌قرارداد و اصل حسن نیت سخن می‌گوییم.

۳-۱. شروط ضمنی

شرط ضمنی به معنای عام خود به موجب سه عامل «عرف»، «قانون» و «عقل» موجد التزام است.

به طور معمول حقوق‌دانان معتقدند شروط ضمنی بدون توجه به منشأ آن از اراده

2. Sale of goods Act, 1979, sec 29

2) Apart from any such contract, express or implied, the place of delivery is the seller's place of business if he has one, and if not, his residence; except that, if the contract is for the sale of specific goods, which to the knowledge of the parties when the contract is made are in some other place, then that place is the place of delivery.

3. Canada: Sale of goods Act, 1994, sec 28 (1)

Australia: Sale of goods Act, 1954, sec 33 (2)

3. Malaysia: Sale of goods Act, 1957, sec 36 (1)

طرف‌های قرارداد ناشی می‌شوند. آنان بر نتایج عقلایی، قانونی و عرفی توافق خود آگاه‌اند و با توجه به همین نتایج عقد منعقد کرده‌اند. نقش‌آفرینی عرف با وجود جهل افراد بر قراردادها، خلاف قاعده است. اعتبار شروط ضمنی وابسته به اراده طرفین است و در صورتی که نتوان منتسب به اراده آنان دانست، قابل اتکا نیست و فی‌الواقع این اراده طرفین است که به عرف اعتبار می‌بخشد.

این نظر صحیح نیست. اگرچه به عقیده برخی (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۲۸۵) شرط بنایی یکی از اقسام شروط ضمنی با طبیعت ویژه خود است اما با شرط ضمنی متفاوت است. آنچه شرط ضمنی را از شرط بنایی متمایز می‌کند، تعاهد عرفی و انس ذهنی متعارف به آن است نه توافق شخصی آنان (شهیدی، ۱۳۹۰: ۱۳۳). به عبارتی، می‌توان گفت دو نوع شرط ضمنی داریم: شرط ضمنی عرفی و شرط ضمنی بنایی که مقصود از به کار بردن شرط ضمنی به نحو مطلق، شرط ضمنی عرفی است. (محقق داماد، ۱۳۹۳: ۵۴). وانگهی حفظ نظم معاملاتی مقتضی آن است که عرف‌های معهود در قراردادها جاری شوند تا نظام یکسان قراردادی، روابط معاملاتی را تسهیل کند. به موجب ماده ۳۵۶ ق.م.ع.ا علی‌رغم ناآگاهی طرف‌های قراردادی از عرف، مفاد آن جزئی از قرارداد شمرده می‌شود. توافق خلاف عرف هرگاه با ارائه دلیل باشد، پذیرفته است؛ به گونه‌ای که ادعای ناآگاهی نسبت به عرف امری است که در اثبات دشوار و در اغلب موارد بدون نتیجه است. بنابراین، حکم مذکور در این ماده حتی در صورت عدم آگاهی نیز جاری است (شهیدی، ۱۳۷۹، ج ۲: ۳۶۰). با استناد به ماده فوق‌الذکر روشن می‌شود که مبنای شرط ضمنی اراده مشترک طرفین نیست، زیرا پیش‌فرض اراده علم است و با نبود آن اراده هم نخواهد بود (سیمایی صراف، ۱۳۷۷: ۸۷).

به این ترتیب، گروهی بر این باور هستند که مبنای نقش‌آفرینی عرف قصد مشترک نیست. از یک‌سو، افراد به سختی می‌توانند عدم رضایت خود را نسبت به عرف اثبات کنند و از سوی دیگر، هرگاه یکی از طرفین در زمان انعقاد راه‌حلی متفاوت با عرف برگزیند اما نتواند موافقت طرف دیگر را حاصل کند، باید عرف را حاکم دانست

(کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۳: ۴۶). در فقه نیز گروهی از فقها اعتبار شرط ضمنی را متناسب به اراده دو طرف نمی‌دانند و در فرض عدم توجه آنان به مدلول عرف آن را معتبر تلقی کرده‌اند (نایینی، ۱۴۱۸ ه.ق: ۱۲۴؛ موسوی بجنوردی، ۱۳۵۸ ه.ق: ۲۵۲).

به نظر می‌رسد تحلیل‌ها به اینجا ختم نمی‌شود. باید علت اصلی وضع این ماده را در مطلب دیگری پیدا کرد. در انعقاد قراردادها همواره دو عامل اراده مشترک و نظم معاملاتی نقش اساسی دارند. حکومت اراده ریشه در اصل آزادی قراردادها دارد و نظم معاملاتی ریشه در حفظ نظام معاملات. قراردادها که محصول اراده مشترک طرفین هستند گاهی به طور کامل منعقد می‌شوند و گاهی برخی شروط در آنها باز نگه داشته می‌شود و در هر دو حالت، نظام معاملاتی محدودیت‌هایی نسبت به آنها اعمال می‌کند. در حالت اول، حفظ نظم معاملاتی در گرو پیروی از قواعد آمره و قواعد عمومی قراردادها است و در حالت دوم در گرو عرف‌های معهود و مرسوم بر شروط بازی است که پیش از این درباره امکان باز گذاشتن آنها صحبت کردیم. در قراردادهای باز از نهاد تکمیل قرارداد استفاده می‌شود که دایر مدار حفظ نظم معاملاتی است و در برخی موارد اراده دو طرف نادیده انگاشته می‌شود تا هم نظم بازار برقرار شود و هم آنچه در شرایط دو طرف کارآمد تلقی می‌شود انتخاب شود. پس برخلاف نظر گروه اول ماده ۳۵۶ ق.م. به درستی و با ظرافت خاصی به مرحله تکمیل قرارداد اشاره دارد. در واقع جایگاه عرف حتی در فرض عدم اطلاع نشان از دیدگاه خاص مقنن برای حفظ نظم معاملات است.

۲-۳. سکوت (تکمیل قرارداد)

ابتدا به اثر سکوت نسبت به شروط قرارداد می‌پردازیم:

۱-۲-۳. اثر سکوت نسبت به شروط قرارداد

فقها و حقوق‌دانان آن‌گونه که دلالت سکوت بر رضای شخص را مورد توجه قرار داده‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۶: ۱۴۲، کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۳: ۲۶۳-۲۶۶)، در خصوص سکوت دو طرف نسبت به شروط قراردادی در زمان انعقاد قرارداد بحث مبسوطی ارائه نکرده-

اند. از نظر آنان و قانون مدنی سکوت درباره برخی شروط و نپرداختن به آن‌ها در قرارداد، مانع از اعتبار قرارداد است نظیر عدم تعیین ثمن و یا مورد معامله (م. ۳۴۲ ق.م) و در مواردی نظیر مکان و زمان ایفای تعهد سکوت به بطلان منتهی نخواهد شد و قواعدی برای موارد مسکوت تدوین شده است (م ۳۷۵ ق.م) (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۳: ۱۳۴).

۳-۲-۲. تکمیل قرارداد

با طرح نظریه قرارداد باز در نظام قراردادها این بحث مطرح می‌شود که آیا نقص و خلأ در قرار داد سکوت محض به حساب می‌آید یا سکوت محفوف به قرائن؟ پاسخ به آن مقدمه‌ای است برای پاسخ به این پرسش اصلی که آیا تکمیل آن‌ها با توجه به مسکوت‌عنه بودن برخی مفاد قرارداد میسر است؟

در پاسخ به این سؤال اختلاف شده است و دو نظر وجود دارد:

۱. خلأ و نقص‌های قراردادی در دایره سکوت محض قرار دارند. رویکرد اول آن است که نقص‌های قراردادی مصداقی از سکوت محض و مجردند. به گونه‌ای که هیچ قرینه‌ای دال بر اراده طرف‌های قراردادی وجود ندارد. برخی معتقدند اصولاً سکوت مجرد، مفید تفهیم و تفاهم نیست (سوار، ۱۳۹۸ ه.ق: ۶۶ و ۶۷) و هیچ قولی را نمی‌توان به شخص ساکت نسبت داد (سنهوری، ۱۹۴۶ م: ۴۸).^۱ نتیجه آن می‌شود که از سکوت محض چیزی که بیان‌گر اراده باشد فهم نمی‌شود و نمی‌توان قرارداد را در آینده تکمیل کرد. در نتیجه باید از انعقاد عقود باز خودداری و نقص‌های قراردادی در زمان انعقاد رفع شوند. استقرایی ناقص در مواد قانونی نشان می‌دهد که در تفسیر قرارداد گاهی سکوت، معنی‌دار است و برخلاف منافع شخصی که صاحب قدرت و اقتدار است، تفسیر می‌شود. چنان‌که سکوت ولی طفل علیه صاحب ولایت تفسیر می‌شود، علت آن است که صاحب اقتدار نمی‌تواند از سکوت منافی به دست آورد. از این‌رو، اصل نخست آن است که نقش سکوت در تفسیر قرارداد خنثی نیست. دو قاعده تفسیر سکوت علیه

۱. ماده ۶۷ المجله الاحکام العدلیه

صاحب قدرت و تفسیر شروط مبهم قراردادی به زیان مشروط له بر این اصل بنا شده که سکوت طرف قوی علیه خود او و سکوت طرف ضعیف که ناچار از اختیار سکوت شده، علیه طرف قدرتمند تفسیر می‌شود (جعفری تبار، ۱۳۸۳: ۱۸۲-۱۹۲). این پیشنهاد انعقاد قراردادهای باز و نقص‌های قراردادی را در نظام حقوقی ممکن می‌سازد. اما به دلیل قواعدی که در تکمیل و تفسیر نقص‌ها استفاده می‌شود و کفه ترازو را به سود طرف ضعیف و فاقد اطلاعات کافی سوق می‌دهد، در عمل انعقاد قرارداد باز را کاهش و افراد را به انعقاد قراردادهای کامل تشویق می‌کند حال آنکه چنین قراردادهایی مطلوب و کارآمد نیستند.

این ایراد قابل خدشه است. دو قاعده تفسیر سکوت و شروط مبهم قرارداد علیه صاحب قدرت و به زیان مشروط له^۱ موجب می‌شود افرادی که در زمان انعقاد قرارداد اطلاعات کافی دارند آن را در اختیار طرف دیگر بگذارند تا تقارن اطلاعات شکل گیرد و با رفع نابرابری اطلاعاتی به اجرای بهتر قراردادهای ناقص کمک می‌کند و از سوءگیری‌های آنان در اثر نقص قراردادی جلوگیری به عمل می‌آورد.

۲. خلأ و نقص‌های قراردادی در دایره سکوت محفوف به قرائن و امارات قرار دارند. نقص‌های قرارداد مصداقی از سکوت همراه با قرائن و امارات هستند به گونه‌ای که این قرائن و امارات حاکی از اراده دو طرف‌اند. خودداری از سخن گفتن سکوت تلقی می‌شود ولی هنگامی که شخص مکلف به سخن گفتن باشد و چیزی نگوید، سکوت او واجد معنی است. از این رو سکوت را بعد از لفظ، کتابت، اشاره و فعل ایجابی یکی از وسایل تعبیر اراده دانسته‌اند که اراده را آشکار می‌کند. استقرایی در نصوص شرعی کاشف این استنباط است که شارع سکوت همراه با قرینه را درباره نکاح دختر باکره دال بر اراده می‌داند (کاشف الغطاء، بی تا: ۴۵؛ نجفی، ۱۹۸۱ م، ج ۲۹: ۲۰۴).^۲ اوضاع و احوال و عرف نقش عمده‌ای در تعیین مفاد سکوت دارند. موارد متعددی

1. Contra proferentem

۲. چنان‌که سکوت باکره دلیل بر رضایت او در تزویج تلقی کرده‌اند. همچنین قاعده «لاینبس لساکت قول و لکن السکوت فی معرض الحاجه بیان» (ماده ۶۷ المجله).

وجود دارد که افراد در روابط حقوقی خود نسبت به پاره‌ای از امور سکوت می‌کنند و این سکوت برای طرفین تعبیر به مفهومی می‌شود. اصل آن است که نمی‌توان مطلبی را به شخص ساکت نسبت داد اما سکوت هنگام نیاز و ضرورت بیان است (الحکیم، ۱۳۸۳ ه.ق: ۷۲). به موجب بند ۲ ماده ۹ کنوانسیون بیع بین‌الملل کالا طرفین قرارداد به عرف هایی که از آن آگاهی دارند یا می‌بایستی بدان آگاه باشند و در تجارت بین‌الملل به‌طور گسترده برای طرفین قراردادهای مشابه در تجارت خاصی شناخته شده و رعایت می‌شود به‌طور ضمنی پایبندند. از این نظر، نقص‌های قراردادی به معنای پذیرش قانون و عرف در تنظیم روابط است (ماده ۳۵۶ ق.م). عرف و اوضاع و احوال همان قرائنی است که سکوت در برابر آن‌ها مبین اراده بر قبول آن است. در نتیجه، سکوت به عنوان یک امر عدمی ذاتاً نمی‌تواند مثبت واقع‌های که امری وجودی است باشد و نفس سکوت کارساز نیست، بلکه قرائن همراه با آنکه همان عرف، اوضاع و احوال و قواعد تکمیلی است حکایت از اراده دو طرف دارد (قاسم زاده، ۱۳۷۵: ۵).

۳-۳. اصل لزوم علم تفصیلی و نظریه کفایت علم اجمالی

برخی بر این استدلال تکیه کرده‌اند که گاه ضرورت‌های اجتماعی و اقتصادی مقتضی نفوذ معامله‌ای است که برخی ارکان آن با ابهام روبه‌رو است. چنان‌که در فقه فروش میوه بر سر درخت مشروط به اینکه دانه بسته یا رنگ انداخته باشد، مجاز است و احتمال از میان رفتن در اثر آفت، ریختن یا دزدیده شدن را لحاظ نکرده‌اند، علی‌رغم این‌که حصول میوه رسیده جنبه احتمالی دارد (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج ۱: ۱۰۵).

در این میان، غالب نظرات در حد فاصل دو اصل لزوم علم تفصیلی نسبت به مورد معامله و علم اجمالی سردرگم مانده‌اند. علم تفصیلی به معنای علم کامل به سه مورد ماهیت، مقدار و وصف از هر جهتی است که عرفاً در تحقق رضا به معامله مؤثر باشد (شهیدی، ۱۳۷۲، ج ۱: ۳۱۶). ماده ۳۳۹ ق.م. در این باره مقرر می‌کند: «پس از توافق بایع و مشتری در مبیع و قیمت آن، عقد بیع به ایجاب و قبول واقع می‌شود...». همچنین به موجب ماده ۳۴۲ ق.م. «مقدار، جنس و وصف مبیع باید معلوم باشد». معمولاً تمام

قواعدی که درباره علم به مبیع وجود دارد و از جمله علم به مقدار، جنس و وصف برای ثمن نیز هست. از این رو لازم است، مورد معامله به طور قطعی تعیین شود. مفاد چنین مقرراتی ارتباطی ناگسستنی با نظم عمومی دارد. بنابراین اصل لزوم معلوم بودن قطعی مورد معامله، انعقاد قراردادهای باز را منتفی می‌کند. زمانی که قانون‌گذار با طرح قاعده‌ای آزادی قراردادها را تحدید می‌کند منطق و قواعد حقوقی مقتضی است به عنوان حکمی فراگیر در قراردادها رعایت شود. به گونه‌ای که در موارد تردید به آن رجوع شود. همچنین استثنائات آن در نظر مقنن و با تفسیر مضیق جست و جو شود. این گفته تا زمانی صحیح است که موارد استثنایی محدود باشند. گاه این موارد بر مبنای مهمی استوار هستند و در اثر نیازهای اجتماعی آن قدر گسترده می‌شوند که خود موجب قاعده می‌شوند. در بحث از پذیرش ابهام در قراردادها نیز چنین وضعیتی مشاهده می‌شود. از بررسی جامع مقررات در حقوق ایران مشخص می‌شود که قاعده نفی غرر در قراردادها مورد پذیرش قرار گرفته اما در ادامه مواردی از شمول آن خارج شده است.

از یک سو ماده ۲۱۶ ق.م. مقرر می‌دارد: «مورد معامله باید مبهم نباشد». بند ۳ ماده ۱۹۰ ق.م. تعیین مورد معامله از سوی دو طرف را ضروری می‌داند. هرگاه مورد معامله کلی باشد باید جنس، وصف و مقدار آن برای متعاملین معلوم باشد (۳۴۲ ق.م.). از سوی دیگر، در پایان ماده ۲۱۶ ق.م آمده: «مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است». چنان‌که در عقد ضمان علم ضامن به مقدار، اوصاف و شرایط دینی که ضمانت می‌کند شرط نیست (۶۹۴ ق.م.). در جعاله تعیین اجرت به نحو تفصیل، عامل، عمل و کیفیت آن ضرورت ندارد (مواد ۵۶۳ و ۵۶۴ ق.م.). صلح دعوی احتمالی و فرضی نیز مجاز شمرده شده است (۷۵۲ و ۷۶۶ ق.م.).

اگرچه در ماده ۲۱۶ ق.م لزوم علم تفضیلی به عنوان اصل آمده و کفایت علم اجمالی به صورت استثنا بیان شده است اما آن موارد و مواردی از این دست که به اقتضای شرایط اقتصادی و اجتماعی ظهور می‌کنند، حوزه این استثنا را بسیار گسترش

داده به طوری که از حد استثنا فراتر رفته‌اند. به این ترتیب، می‌توانند مبین قاعده‌ای باشند که می‌توان از آن با عنوان علم اجمالی یاد کرد و مجوز ابهام در قراردادها است. بنابراین، جست و جوی موارد استثنا از قاعده نفی غرر در قانون نادرست است، زیرا بسیاری از قواعد حقوقی بیش از آنکه از منطق حقوق تبعیت کنند تابع عادات و نیازهای اجتماعی‌اند. نفی غرر و ابهام در قراردادها خود استثنایی بر اصل آزادی قراردادها است و در حدود خود قاعده‌ای به حساب می‌آید. پس مواردی که علم اجمالی در آن‌ها کفایت می‌کند نیز موجد قاعده‌ای هستند که با اصل آزادی قراردادی سازگاری دارد (کاتوزیان، ۱۳۷۳، ج ۲: ۱۹۹). علم اجمالی به معنای آگاهی محدودی است به درجه‌ای که امر معلوم را از امور دیگری در واقع متمایز می‌کند. بی‌آنکه همه خصوصیات آن در حوزه آگاهی قرار گیرد (شهیدی، ۱۳۷۲، ج ۱: ۳۱۶).

علم اجمالی خود مبتنی بر ضابطه عرفی و برای تحقق آن رجوع به عرف کافی است. چه این‌که دلیلی بر انحصار موارد علم اجمالی به مواد مذکور در قانون نیست و مصلحت تسهیل معاملات و ضرورت‌های اقتصادی پذیرش معیار عرف را ایجاب می‌کند.

وجود خطر در قرارداد ناشی از ابهام در ارکان که عرف از آن اجتناب می‌کند، به موجب قاعده نفی غرر بطلان معامله را در پی دارد. در این موارد معیار تشخیص عرف است (صفایی، ۱۳۸۷: ۱۳۴-۱۳۵).

لذا چنانچه درباره صلح و توجیه کفایت علم اجمالی در آن گفته می‌شود علم اجمالی منحصر در عقود مسامحی نیست. برخی از حقوق‌دانان به نیکی اشاره کرده‌اند که «ضابطه رفع ابهام از مورد معامله عرفی است. برای اینکه معامله صحیح باشد لازم نیست مورد معامله با دقت علمی معلوم باشد و معلوم بودن آن نزد عرف کافی خواهد بود» (شهیدی، ۱۳۷۲، ج ۱: ۳۲۰).

۴. ماهیت حقوقی قراردادهای باز

در حقوق کشورهای مختلف از عبارات متفاوتی (مانند قرارداد، توافق، قول)

درباره قراردادهای باز استفاده می‌شد. پرسش اصلی در این است که در جریان قراردادهای باز چه اتفاقی می‌افتد؟

۴-۱. ماهیت قراردادی

در این قسمت به ماهیت قراردادی قراردادهای باز می‌پردازیم:

۴-۱-۱. قرارداد معین (بیع و اجاره)

قراردادهای باز عبارت است از توافق همراه با شروطی که تمام قرارداد را بین دو طرف تشکیل نمی‌دهند و این شروط و مقررات می‌توانند، بدون تراضی تغییر یابند و کامل شوند.

در تبیین مبانی قرارداد باز گفته شد که در حقوق ما نظریه علم اجمالی تا حد زیادی اصل لزوم علم تفصیلی به مورد معامله را تعدیل کرده است؛ به گونه‌ای که زمینه اعتبار قراردادهای باز فراهم شده است و می‌توان از قرارداد باز با عنوان یکی از انحراف‌های قانونی اصل لزوم علم تفصیلی سخن گفت. از این رو، ثمن باز نیز مانع از انعقاد قرارداد نمی‌شود. مقدار باز مورد معامله نیز در بحث بیع از قرار مورد بررسی قرار گرفته و اعتبار آن شناسایی شده است. در حقوق کامن‌لا نیز با وجود مقررات فروش بین‌المللی و قانون متحدالشکل تجاری که خود پیشگام در این قراردادها بوده‌اند هیچ تردیدی در پذیرش این قراردادها روا نیست (ماده ۳۰۵-۲ قانون متحدالشکل تجارت آمریکا، ماده ۲ قانون بیع کالا انگلستان). با توجه به مطالبی که بیان شد، قراردادهای باز تابع قواعد عمومی قراردادها هستند.

۴-۱-۲. قرارداد نامعین

نظریه آزادی اراده اعلام می‌کند لازم نیست عقد شکل مخصوصی داشته باشد تا معتبر تلقی شود. بلکه توافرها همگی لازم الوفا هستند؛ منوط به اینکه 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 بیش‌تر مورد توجه قرار گرفته است، باید مورد ارزیابی قرار گیرد و ماهیت آن به درستی تبیین شود تا راستی آزمایی این نظر در بوته آزمایش گذاشته شود. از آنجایی که صحت قرارداد باز در حقوق خارجی در عقود چون 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 قبول می‌کند. ممکن است دو طرف درباره شرایط و موضوعات عقد مورد وعده با یک دیگر توافق کنند یا این‌که 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 کرد. 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 عقودی چون 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 کرد و آن را عقد مستقلی از عقود معین چون بیع و اجاره دانست. چه این‌که اعتبار این قراردادها 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 لازم الاتباع و مجری است و ماهیت قراردادی آن منتفی می‌شود. یکی از حقوق‌دانان فرانسه نیز در بحث از ماهیت وعده بیع مطلبی 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» (Ghestin, 1990: 423).

۲-۴. ماهیت پیش‌قراردادی

هرگاه اصل لزوم علم تفصیلی به عنوان قاعده کلی در قراردادها مورد پذیرش قرار گیرد و علم اجمالی برای تحقق معامله کافی نباشد، قرارداد باز از شمول روابط قراردادی چون بیع و اجاره و حتی پیمان خصوصی خارج می‌شود و نمی‌توان نام عقد بر آن نهاد. از این رو، ماهیت قرارداد باز را باید در مراحل پیش از انعقاد عقد جست و جو کرد.

نظریه پیش‌قرارداد از مبانی قراردادهای باز به شمار می‌آید که می‌توان بر اساس 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 و احوال 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. در تحلیل مذاکرات پیش قراردادی آمده است که اصل آزادی قراردادی به افراد اجازه می‌دهد تا هر وقت بخواهند وارد جریان مذاکرات شوند و هر وقت مایل بودند آن را رها کنند اما این اصل با محدودیتی نیز روبرو است که عبارت است از تعهد به رعایت حسن نیت. یعنی افراد در مذاکرات پیش قراردادی خود متعهد به رعایت حسن نیت هستند (terre, simler et lequette, 1996: 143 به نقل از قبولی درافشان و محسنی، ۱۳۹۳: ۱۳۴) حال برخی آن را تعهد به وسیله و برخی ترکیبی از تعهد به نتیجه و وسیله می‌دانند.

از نظر افرادی که معتقد به تعهد به وسیله‌اند، اجرای با حسن نیت تعهد به مذاکره مستلزم طرح پیشنهادها معقول است (terre, simler et lequette, 1996: 287 به نقل از قبولی درافشان و محسنی، ۱۳۹۳: ۱۳۴). 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 پیشنهادهای خود ارائه کنند (Fontaine, 1976: 34).

نتیجه‌گیری

قرارداد باز زمانی منعقد می‌شود که برخی از موضوعات و تعهدات دو طرف در هریک 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. استفاده از شروط باز در قرارداد، شیوه‌ای برای حل و فصل اختلافات تجاری است؛ به این گونه که قرارداد را منعطف و با شرایط جدید منطبق می‌کند. به علاوه، ابزاری برای تعیین خطرات حسب اوضاع و احوال آینده به حساب می‌آیند. در حقوق آمریکا و انگلستان که مبتنی بر نظام کامن‌لا هستند، 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 و تمامی آثار قرارداد لازم‌الاجرا را به همراه می‌آورد. به واقع نیز انعقاد قرارداد باید وضعیت طرف‌ها را نسبت به گذشته بهبود بخشد و قواعد حقوقی الزام‌آوری چنین قراردادی را تضمین کنند. ممکن است گفته شود 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 ردّ قرارداد باز به حساب آیند. چه اینکه 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 عقود چون بیع و اجاره نیز مجری است. وانگهی تنظیم قرارداد باز از قرارداد کامل ثبات بیش‌تری 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 و رویه‌ها به سمت تفسیر به نفع خواننده در حرکت‌اند. از این رو، شایسته است قانون‌گذار ما نیز از این حرکت باز نماند و همگام با سایر نظام‌های حقوقی گام‌های شایسته‌ای را در راستای کارآمدی قراردادی بردارد. در نهایت، همان‌گونه که پیش از این نیز از آن سخن رفت و با توجه به مبنای معلوم و معین بودن مورد معامله و نهی از معاملات غرری، نخست این که، توجه به برداشت عرفی از غرر و تجویز قراردادهایی که از نظر طرفین و نیز عقلا و عرف غرری در آن نیست و صرفاً مواردی در قرارداد بنا به خواست طرفین و شرایط باز گذاشته شده است، (نظیر آنچه درباره پیش‌فروش و یا بیع با ثمن شناور یا بیع به نظر کارشناس

وجود دارد) باید چراغ راه مقنن باشد. بر این اساس نظیر قواعدی که در باب شرط مکان و زمان باز در حقوق ایران وجود دارد، درباره ثمن باز و مبیع باز هم تدوین شود تا صحت معاملات منوط بر تعیین ثمن معلوم و مقدار و صف مشخصی از مبیع نباشد. دوم آنکه، برای تفسیر واقعی تر از قرارداد، تضمین نفع طرفین و نیل به قصد مشترک طرفین قرارداد، باید تا حد امکان راه را برای تفاسیر قانونی و قضایی (اغلب به نفع خواننده) منطبق با اوضاع و احوال و نوع معاملات هموار کرد تا این که خلأ موجود در قراردادها آن گونه که مطابق عرف و منطق با ضرورت های نظام حقوقی و اقتصادی است پر شود.

منابع

الف. فارسی

- اخلاقی، بهروز و فرهاد امام (۱۳۷۹) اصول قراردادهای تجاری بین المللی، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی شهر دانش.
- اشمیتوف، کلایو ام. (۱۳۹۱) حقوق تجارت بین الملل، ج ۲، ترجمه بهروز اخلاقی و دیگران، تهران: سمت.
- امامی، حسن (۱۳۵۱) حقوق مدنی، ج ۱، تهران: کتاب فروشی اسلامیه.
- بابایی، ایرج (۱۳۸۶) «مبانی نظری رویکرد تحلیل اقتصادی حقوق»، پژوهش حقوق و سیاست، ۲۳، صص ۶۰-۱۳.
- بیگدلی، سعید (۱۳۸۶) تعدیل قرارداد، تهران: میزان.
- جعفری تبار، حسن (۱۳۸۳) مبانی فلسفی تفسیر حقوقی، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۱) ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۷) فن استدلال - منطق حقوق اسلام، تهران: گنج دانش.
- حبیبی، بهنام (۱۳۸۹) تحلیل اقتصادی حقوق خصوصی، تهران: مجلد.

- داراب پور، مهرباب (۱۳۷۴) تفسیری بر حقوق بین‌المللی، ج ۲، تهران: گنج دانش.
- دهخدا، علی اکبر (۱۳۲۵) فرهنگ دهخدا، ج ۳۱، تهران: چاپخانه مجلس.
- رضایی استخروبی، مصطفی و اسفندیاری مهنی، افلاطون (۱۳۹۴) «تحلیل اقتصادی مورد معامله و آثار آن بر ضمانت اجراهای اجباری، فسخ و مسئولیت قراردادی»، مجلس و راهبرد، ۸۱، صص ۳۱۵-۲۸۳.
- سیمایی صراف، حسین (۱۳۷۷) «شرط ضمنی در حقوق ایران با مطالعه تطبیقی»، میراث جاویدان، ۲۲: ۸۹-۸۰.
- شاول، استیون (۱۳۸۸) مبانی تحلیل اقتصادی حقوق، ترجمه محسن اسماعیلی، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
- شعاریان، ابراهیم و ترابی، ابراهیم (۱۳۸۹) اصول حقوق قراردادهای اروپا و حقوق ایران (مطالعه تطبیقی)، تبریز: فروزش.
- شهیدی، مهدی (۱۳۷۹) حقوق مدنی، ج ۲ (اصول قراردادها و تعهدات)، تهران: عصر حقوق.
- شهیدی، مهدی (۱۳۷۲) حقوق مدنی، ج ۱ (تشکیل قراردادها و تعهدات)، تهران: نشر حقوق‌دان.
- شهیدی، مهدی (۱۳۹۰) حقوق مدنی ۳ (تعهدات)، تهران: مجد.
- شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۱) حقوق تجارت بین‌الملل، تهران: سمت.
- صفایی، سیدحسین (۱۳۸۷) دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۲، تهران: میزان.
- عیسایی تفرشی، محمد و ابدالی، مهرزاد (۱۳۹۱) «رویکردهای حمایت از قرارداد در تحلیل اقتصادی حقوق (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و فرانسه)»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ۷۶، صص ۱۷۳-۱۵۱.
- فرهنگ، منوچهر (۱۳۷۲) فرهنگ بزرگ علوم اقتصادی (مدخل نت بک)، تهران: البرز.
- قاسم زاده، سید مرتضی (۱۳۷۵) «نقش سکوت در بیان اراده»، دیدگاه‌های حقوقی، ۴، صص ۱۹-۱.

قبولی درافشان، مهدی و محسنی، سعید (۱۳۹۳) «مسئولیت ناشی از قطع مذاکرات پیش قراردادی»، پژوهش حقوق خصوصی، ۷، صص ۱۵۵-۱۳۱.

کاتوزیان، امیر ناصر (۱۳۹۱) دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی: قرارداد، ایقاع، تهران: شرکت سهامی انتشار.

کاتوزیان، امیر ناصر (۱۳۸۹) قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران: میزان.

کاتوزیان، امیر ناصر (۱۳۸۳) قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار.

کاتوزیان، امیر ناصر (۱۳۸۷) قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، تهران: شرکت سهامی انتشار.

کاتوزیان، امیر ناصر (۱۳۷۱) دوره مقدماتی حقوق مدنی؛ درس‌هایی از عقود معین، ج ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار.

کاتوزیان، امیر ناصر (۱۳۷۳) دوره مقدماتی حقوق مدنی؛ درس‌هایی از عقود معین، ج ۲، تهران: گنج دانش.

کاتوزیان، امیر ناصر (۱۳۸۸) دوره مقدماتی حقوق مدنی؛ اموال و مالکیت، تهران: میزان.

کاویانی، کوروش (۱۳۸۶) «درآمدی بر تحلیل اقتصادی حقوق»، پژوهش حقوق و سیاست، ۲۳، صص ۱۰۲-۶۱.

مافی، همایون و دیگران (۱۳۹۴) «تعسر اجرای تعهدات قراردادی در کنوانسیون بیع بین المللی کالا ۱۹۸۰»، پژوهش حقوق خصوصی، دوره ۳، ۱۰، صص ۱۴۰-۱۲۱.

محقق داماد، مصطفی (۱۳۹۳) قواعد فقه، ج ۲، تهران: سمت.

محقق داماد، مصطفی و دیگران (۱۳۹۱) حقوق قراردادها در فقه امامیه، ج ۱، تهران: سمت.

محقق داماد، مصطفی و دیگران (۱۳۸۹) حقوق قراردادها در فقه امامیه، ج ۲، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.

مریدی، سیاوش و نوروزی، علی رضا (۱۳۷۳) فرهنگ اقتصادی، تهران: انتشارات کتاب

پیش‌برد و نگاه.

موسوی بجنوردی، محمد و شیرازی، محمدرضا (۱۳۸۷) «ابهام و لزوم رفع آن از مورد معامله»، پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، ۱۳، صص ۱۶۱-۱۲۵.

ب. عربی

الحکیم، عبدالمجید (۱۳۸۳ ه.ق) *الموجز فی شرح القانون المدنی*، بغداد: بی‌نام.

العاملی، محمد بن الحسن الحر (۱۳۸۹ ه.ق) *وسائل الشیعه*، تهران: اسلامیة.

بحرانی، شیخ یوسف (بی‌تا) *الحدائق الناضره*، ج ۱۸، قم: مؤسسه نشر اسلامی.

جبعی العاملی، زین الدین (۱۴۱۲ ه.ق) *روضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه*، ج ۱، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.

جبعی العاملی، زین الدین (۱۴۱۲ ه.ق) *روضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه*، ج ۳، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه.

حسینی عاملی، محمد جواد (بی‌تا) *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، ج ۴، بیروت: دار إحياء التراث العربی.

حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ ه.ق) *قواعد الأحكام فی معرفه الحلال و الحرام*، ج ۲، قم: مؤسسه نشر اسلامی.

حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ ه.ق) *مختلف الشیعه فی أحكام الشریعه*، ج ۵، قم: مؤسسه نشر اسلامی.

سنهوری، عبدالرزاق احمد (۱۹۴۶ م) *الموجز فی نظریه العامه للالتزامات*، قاهره: بی‌نام.

سوار، محمد وحید الدین (۱۳۹۸ ه.ق) *شرح القانون المدنی*، النظریه العامه الاللتزام، دمشق: بی‌نام.

طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۳۷۶ ه.ش) *سؤال و جواب*، به اهتمام محقق داماد، تهران: نشر علوم اسلامی.

- کاشف الغطاء، شیخ محمد حسین (بی تا) **تحریر المجله**، ج ۱، قم: مؤسسه امام صادق.
- مقدس اردبیلی، احمد (بی تا) **مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان**، ج ۸، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- موسوی بجنوردی، حسن (۱۳۵۸ ه.ق) **القواعد الفقهیه**، ج ۳، قم: دارالکتب العلمیه.
- موسوی خویی، سید ابوالقاسم (۱۳۷۷ ه.ش) **مصباح الفقاهه**، ج ۵، قم: داوری.
- موسوی خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۲ ه.ق) **منهاج الصالحین**، ج ۲، بیروت: دارالبلاغه.
- نایینی، محمد حسین (۱۴۱۸ ه.ق) **منیة الطالب فی شرح المکاسب**، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- نجفی، محمد حسن (۱۹۸۱ م) **جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام**، ج ۲۹ و ۲۴، بیروت: دار إحياء التراث العربی.

ج. لاتین

- Atiyah, Patriks (1979) *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, U.K: Oxford University Press.
- Bell, Andrew (1989) **Modern Law of Personal Property in England and Ireland**, U.K: Butterworth
- Ben-shahar, Omir (2004) 'Contract without Consent: Exploring a New Basis for Contractual Liability', **U. PA. L. REV**, Vol. 152, No. 6, pp.1829-1872.
- Brousseau, Eric (2001) 'Did the Common Law Bias the Economics of Contract and May it Change?', **Law and Economics in Civil Law Countries**, Vol. 6, pp. 1-19.
- Craswell, Richard (2005) 'The Incomplete Contracts, Literature and Efficient Precautions', **Cas. W. Res. L. Rev**, Vol. 56, I. 1, pp.151-168
- Eggleston, Karen (2000) 'Simplicity and Complexity in Contracts', **Law & Economics Working Papers**, No. 93, pp.1-38
- Fontaine, Marcel (1976) **Les Clause de Hardship, aménagement**

conventionnel de l'imprévision dans les contrats internationaux à long-terme, Droit et pratique du commerce internationaux

Ghestin, Joubeaux (1990) **Traité des contractés**, La vent, Paris : L.G.D.J.

Gwyn, Julius (1952) "Requirement and Output Contract", **Duke Bar Journal**, Vol. 2, N. 2, pp.180-194.

Hart, Oliver (2017) 'Incomplete Contracts and Control', **American Economic Review**, Vol. 107, pp. 1731-1752

Roger LeRoy Miller & Gaylord A. Jentz (2011) **Business Law Today: The Essentials**, USA: South - Western Cengage Learning.

Schwartz, Alan (1992) 'Relational Contracts and the Courts: An Analysis of Incomplete Contract and Judicial Strategies', **Legal Studies**, Vol. 21, No. 2, pp.271-318

Scott, Robert & Triantis, George (2004) 'Embedded Options and The Case Against Compensation in Contract Law', **The John M.Olin Programe in Law and Economics, working paper series**, Vol. 104, No. 6, pp.1428-1491

Scott, Robert & Triantis, George (2005) 'Incomplete Contracts and the Theory of Contract Design', **Case Western Reserve Law Review**, Vol.56, I. 9, pp.187- 201