

« تعیین مورد معامله »

دکتر عیسی امینی¹

چکیده

مطابق بند 3 ماده 190 قانون مدنی، یکی از شرایط اساسی صحت معامله، معلوم و معین بودن مورد معامله است. در حقوق اسلامی نیز با قاعده‌ای مواجه می‌شویم که تخلف از شرایط مزبور را، موجب غرری شدن معامله و بطلان آن دانسته است. این مقاله در سه فصل تنظیم گردیده است. در فصل اول، مفهوم و آثار «معین بودن مورد معامله» تحت بررسی قرار می‌گیرد. خواهیم دید تردید در مرحله‌ی ایجاب، مانع انعقاد بیع نخواهد بود. ضمناً تردید در اشیای مثلی و قیمی، شروط مردد و ضمانت اجرای معین نبودن مورد معامله مورد بررسی قرار خواهد گرفت. در فصل دوم، که تحت عنوان «معلوم بودن مورد معامله» می‌باشد، مفهوم، مبانی و قلمرو معلوم بودن مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌گیرد. خواهیم دید که، «اشتباه در ماهیت یا مقدار یا اوصاف مورد معامله» با «معلوم نبودن» آن تفاوت دارد. ضمناً مبانی لزوم تعیین مورد معامله مورد بررسی قرار گرفته و نظم عمومی و بنای عقلا به عنوان مبانی آن معرفی می‌گردد. بالاخره در این فصل، به ملاک تشخیص عقود پرداخته خواهد شد که در آنها، علم تفصیلی شرط است.

واژگان کلیدی: غرر - عرف - معلوم و معین بودن - مورد معامله

* عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکز

مقدمه

قانون مدنی ایران بر پایه فقه امامیه استوار گردید. ادعای جدایی کامل قانون مدنی از فقه و بی‌نیازی از منابع اسلامی، ادعایی است بی‌اساس؛ با اینحال باید اذعان کرد که سازمان‌های حقوقی ما چنان است که آگاهی از قواعد و مبانی فقه اسلامی، در عین حال که کمال ضرورت را دارد، برای مطالعه و تحقیق پیرامون مسائل مدنی کافی نیست. نیازهای تازه موجب مسائل تازه است؛ لذا امروزه، باید نیازهای جدید را با اجتهاد نوین و قواعد تکامل یافته پاسخ داد. اصل لزوم تعیین مورد معامله از مهم‌ترین مسائل فقهی در باب «عقود» است. اصولاً فقها بحث مزبور را در بخش شرایط عوضین در متون مربوط به عقد بیع مورد بررسی قرار داده‌اند. البته برخی از کتابهای مربوط به قواعد فقه نیز قاعده‌ای را به بحث غرر اختصاص داده و در ضمن آن، به بحث راجع به تعیین مورد معامله نیز پرداخته‌اند.

¹- عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی

فصل اول: معین بودن ثمن

گفتار اول: مفهوم معین بودن

دانستیم در حقوق ایران، معین بودن مورد معامله یکی از شرایط اساسی صحت معامله است. (بااستناد به بند 3 ماده 190 و 472 قانون مدنی). در این گفتار، به بررسی مفهوم و قلمرو معین بودن مورد معامله می‌پردازیم.

الف) تعریف معین بودن

کلمه‌ی «معین» در لغت به معنی مشخص، معلوم، مخصوص، مقرر کرده شده و غیره است.

(عمید، 1374، 2279).

در قانون مدنی، این لفظ در معانی مختلفی استعمال شده است که به برخی از آن در ذیل اشاره می‌شود؛

1- گاه لفظ «معین» در مقابل لفظ مجهول و به مفهوم معلوم بودن استعمال می‌شود؛ بطوریکه ماده 342 قانون مدنی می‌دارد: «مقدار و جنس و وصف مبیع باید معلوم باشد و تعیین مقدار آن به وزن یا کیل یا عدد یا ذرع یا مساحت یا مشاهده تابع عرف بلد است.»

2- گاه لفظ «معین» در برابر مفهوم «مردد نبودن» به کار می‌رود؛ در این صورت معین بودن بدین مفهوم است که مورد معامله در میان اشیاء مختلف مشخص باشد و نباید به صورت یکی از دو چیز به طور نامعین باشد. (صفایی، 1382، 133). مثلاً شخصی تعهد کند به عنوان ثمن، یک تخته فرش یا یک میلیون ریال وجه نقد تحویل دهد.

3- گاه لفظ «معین» به مفهوم اعم از معلوم و معین بودن به کار می‌رود که بند 3 ماده 190 و ماده 472 مؤید این معنا است. چنانکه ماده 472 اشعار می‌دارد: «عین مستأجره باید معین باشد و اجاره‌ی عین مجهول یا مردد باطل است.»

مع الوصف، در بحث معین بودن مورد معامله، لفظ معین بودن در مقابل معلوم بودن استعمال می‌گردد. بدین مفهوم که مورد معامله در بین اشیاء مختلف مشخص باشد. پس چنانچه ثمن معامله مردد بین دو یا چند چیز مختلف باشد، ثمن معامله نامعین محسوب می‌شود. (صفایی، 1382، 133 - امامی، 1369، 214).

ب) قلمرو معین بودن

شرط مزبور این بحث را به دنبال دارد که آیا تردید نسبت به هر شیء موجب مردد بودن معامله و بطلان آن خواهد شد یا باید قائل به تفصیل شد و قلمرو تردید مؤثر در بطلان عقد را محدود ساخت؟ پاسخ به این پرسش مستلزم بررسی مصادیقی است که اجمالاً بدان می‌پردازیم.

1- تردید در اشیاء مثلی و قیمی

در مقدمه بحث باید گفت مال مورد معامله از حیث مفهوم می‌تواند به کلی، کلی در معین و عین معین تقسیم شود. «کلی» عبارت از مفهومی است که بر افراد عدیده صدق کند؛ مانند گندم، جو و اسکناس. مفهوم کلی وجود خارجی ندارد و آنچه در خارج از ذهن موجود است، مصداق و افراد کلی است.

«کلی در معین»، عبارت از مفهوم قابل انطباق بر افراد متعدد محصور و معین است؛ مثل یک دستگاه از اتومبیل‌های پیکان موجود در فلان نمایشگاه. منظور از «عین خارجی»، مالی است که در خارج در حین عقد موجود باشد و بتوان به آن اشاره نمود (امامی، 1369، 425 - شهیدی، 1377، 322)؛ مانند آن

میز یا

فلان اتومبیل.

از سوي ديگر، مال مورد معامله نيز از حيث اوصاف مهم آن به مال مثلي و قيمي تقسيم مي‌گردد. مطابق ماده 950 قانون مدني، مال مثلي مالي است که اشباه و نظاير آن نوعاً زياد باشد مثل شکر، پول. لذا از آنجا که دو آپارتمان يا دو اسب سواري نمي‌توان يافت که از هر حيث شبیه باشند مالي قيمي است. با در نظر گرفتن مطالب بالا به اين ضابطه‌ي کلي مي‌رسيم که مال مثلي مي‌تواند به صورت کلي في‌الذمه يا کلي در معين و يا عين معين، مورد معامله واقع شود، اما مال قيمي منحصرأ بايد به صورت معين معامله گردد، والا معامله باطل است (امامي، 1369، 425 - شهيدی، 1377، 324).

به عبارتي، اگر ثمن معامله مثلي باشد، ترديد در ثمن کلي و کلي در معين منجر به غرر و بطلان نخواهد شد. زيرا فرض بر اين است که تمام اموال مزبور از حيث اوصاف و قيمت مساوي هستند و اما اگر ثمن، مال قيمي باشد، بايد به صورت عين معامله شود و اگر چنانچه به صورت کلي في‌الذمه يا کلي در معين معامله شود ترديد در معامله بر آن صدق مي‌کند. چون فرض بر اينست اموال قيمي منحصر و متفاوت از ساير اموال مشابه مي‌باشند و صرفاً بايد بصورت عين معين معامله شوند. همين حکم موجب گرديده است قانونگذار تعيين مصداق مورد کلي را بعهده متعهد واکذار نمايد. چنانچه در ماده‌ي 279 قانون مدني آمده است: «اگر موضوع تعهد عين شخصي نبوده و کلي باشد متعهد مجبور نيست که از افراد اعلاي آن ايفاء کند ليکن از فردي هم که عرفاً معيوب محسوب است نمي‌تواند بدهد.»

2- تعهد تخيري² و تعهد بدلي (اختياري)³

پيش از تبیین و تعريف تعهدات مزبور، بايد مفاهيم تعدد تعهد و تعدد معامله را از هم جدا ساخت؛ زيرا موضوع تعدد معامله خارج از بحث اين مقاله است. در تعدد معامله، چند عقد ضمن يك سند و يا يك ايجاب و قبول واقع مي‌شود. براي مثال، اگر شخصی ضمن سندی اتومبيل خود را به بهاي معين بفروشد و در همان سند خانه ي خود را نيز اجاره دهد، تعدد معامله صدق ميکند و از لحاظ منطقي هر يك معامله‌ي مستقل محسوب مي‌شوند. البته معيار قاطعي براي تميز وحدت و تعدد قرارداد نمي‌توان به دست داد؛ ولي تعدد ثمن در برابر کالاهاي گوناگون مي‌تواند يکي از معيارهاي تميز تعدد عقد باشد (کاتوزيان، 1376، 371). بحث تبعض صفة و اجرائي قاعده‌ي انحلال عقد به چند عقد (عقود متعدده)، مختص تعدد تعهد است نه تعدد عقد (موسوي بجنوردي، بي تا، 137 - محمدي، 1373، 237).

تعدد تعهد در فروض مختلف متصور است:

الف) فرضي که انتقال چند مال يا اجرائي چند عمل بر عهده مديون در برابر طلبکار است مانند آنکه شخصي چند خروار گندم و آلات زراعتي را در برابر يك ثمن و ضمن يك عقد به ديگري مي‌فروشد يا اينکه کارخانه اتومبيل سازي متعهد به فروش چند دستگاه اتومبيل به شرکت حمل و نقل مي‌شود.

ب) تعهد تخيري به تعهدي اطلاق مي‌شود که تعهد يکي است با دو يا چند موضوع که اجرائي يکي از موضوعات براي وفاي به عهد کافي است و اين تعهد را به اعتبار اختيار متعهد در انتخاب يکي از موضوعات، «تخيري» مي‌نامند. براي مثال، شوهر مکلف به انفاق زن است. مي‌تواند غذا و مسکن و لباس را در اختيار همسر بگذارد يا هزينه‌ي آن را بپردازد. در اینجا، وجوبي که از تعهد حاصل مي‌شود «تخيري» است نه «تعيني».

ج) «تعهد بدلي» يا «اختياري» که يک موضوع بيشتري ندارد، ولي به متعهد اختيار داده مي‌شود که موضوع ديگري را به جاي موضوع اصلي وفا کند و بدل آن سازد. براي نمونه، در اجاره به شرط تملیک، مستأجر متعهد است عين مورد اجاره را به موجر باز گرداند و در صورتی که مایل باشد مي‌تواند به جاي رد عين، مبلغی بپردازد و آن را تملك کند. (کاتوزيان، 1374، 156).

² Obligation Alternative

³ Obligation Facultative

پس از ذکر این توضیح، این پرسش مطرح می‌شود که آیا تعهد تخییری، تعهد مردد محسوب می‌شود و احکام تردید در مورد معامله بر آن جاری می‌شود یا نه؟

برخی معتقدند التزام تخییری، تعهد به دو یا چند مال با اوصاف و بهای معین است. انتخاب کننده نیز معلوم است و هیچ ابهام و تردید نامتعارفی باقی نمی‌ماند. در واقع آنچه به نفع تعهد صدمه می‌زند، غرر ناشی از معاوضه است نه تعیین فرد موضوع تعهد که قابلیت تعیین برای اجرای آن کافی است. در فقه

اسلامی نیز، گذشته از اخذ به سؤم که خریدار احتمالی را به بازگرداندن اصل کالا یا بهای آن (به انتخاب خود) متعهد می‌کند و مصداق شایع تعهد تخییری در معاملات است، در اجاره نیز مطرح است؛ بدین بیان که در عقد بیاید: «هرگاه جامه را به شیوه‌ی فارسی (یک بخیه) دوختی یک درهم و اگر به شیوه‌ی رومی (با دو بخیه) دوختی دو درهم برای توست». در اینجا اختلاف وجود دارد که آیا اجاره مزبور درست است یا خیر؟

اکثریت حقوقدانان به درستی پاسخ داده‌اند که هر دو کار و اجرت آنها معلوم است و آنچه واقع می‌شود یکی از آن دو است و غرری ایجاد نمی‌شود (کاتوزیان، 1374، 161). این نظریه بر این استدلال استوار است که هر دو عمل یا هر دو اجرت برای طرفین معلوم است (شهیید ثانی، بی تا، 335- محقق حلی، 1412، ه. ق. 415). برخی از حقوقدانان بر این اعتقاد هستند که این مصادیق خلاف قاعده و استثنایی بوده و اینگونه تعهدات مردد می‌باشند. تردید در اعتبار تعهدات تخییری به شرط قانونی «معین بودن مورد معامله» باز می‌گردد. (بند 3 ماده 190 ق. م) زیرا این ابهام وجود دارد که مدیون کدامین را برمی‌گزیند و طلبکار نیز نمیداند موضوع تعهد چیست (امامی، 1369، 214).

اکنون این پرسش مطرح است که تعهد به پرداخت یکی از دو مبلغ پول یا به طور کلی وجه نقد، تعهد تخییری محسوب می‌شود یا تعهد بسیط و در هر صورت چه وضعیتی بر آن تعهد حاکم خواهد بود؟ مثلاً مبلغی معین به پول‌های مختلفی موضوع تعهد ثمن معامله‌ای واقع می‌شود (فرانک فرانسه یا معادل آن به دلار یا پوند). بسیاری از حقوقدانان معتقد هستند موضوع تعهد مبلغی پول است و انتخاب تنها در چگونگی محاسبه و شیوه تأدیه آن وجود دارد و تعهد را نباید تخییری گفت تا نزاع احتمالی مطرح شود. این نظر نه تنها با مفهوم پول در روابط بین‌المللی سازگارتر است (کاتوزیان، 1374، 158)، بلکه دیوانعالی کشور نیز با پذیرفتن امکان خسارت تأخیر تأدیه در مورد دیونی که موضوع آن پول خارجی است تمایل به اتحاد موضوع دارد.

در رأی وحدت رویه به شماره $\frac{90}{53/10/4}$ آمده است: «نظر به اینکه پرداخت وجه برات با پول خارجی

بنا به مدلول ماده (252) قانون تجارت تجویز شده است و مطابق قسمت آخر بند «ج» ماده (2) قانون پولی و بانکی کشور پرداخت تعهدات به ارز با رعایت مقررات ارزی مجاز می‌باشد و نظر به بند (1) ماده (87) قانون آئین دادرسی مدنی راجع به ارزیابی خواسته در مورد پول رایج ایران و پول خارجی تخصیص دادن ماده (719¹) قانون آئین دادرسی مدنی به دعاوی که خواسته آن پول رایج ایران است

1- ماده 719 ق. آ. د. م. مصوب 1318 مقرر می‌دارد: «در دعاوی که موضوع آن وجه نقد است...» در حالیکه ظاهر ماده 522 قانون آئین

دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب 1379، صرفاً خسارت تأخیر تأدیه نسبت به «وجه رایج» را پذیرفته است.

صحیح نیست و عبارت وجه نقد مذکور در این ماده اعم است از پول رایج ایران و پول خارجی و بنابراین مقررات فصل سوم قانون مزبور در باب خسارت تأخیر تأدیه شامل دعاوی نیز که خواسته آن پول خارجی است می‌شود و

رأی شعبه پنجم دیوانعالی کشور در این زمینه صحیح و مطابق با موازین قانونی است. این رأی به موجب ماده واحده قانون وحدت رویه قضایی مصوب سال 1382 در موارد مشابه لازم‌الاتباع است.» بنابراین پول اعم از ریال و ارز خارجی است.

3- ایجاب مردد

ممکن است فروشنده اشیاء متعدد را با قیمت‌های متفاوت یا یک شیء را با ثمن‌های مختلف ایجاب نماید. سؤالی که در این مورد مطرح می‌شود این است که چنانچه یکی از متعاملین بر روی کالاهای متفاوت با ثمن‌های متعددی قصد انشایی واحد نموده و اختیار انتخاب را به طرف دیگر عقد بسپارد که قبول هر یک از آن ایجاب‌ها توسط مخاطب، موجب انعقاد عقد مربوط به موضوع همان ایجاب گردد، آیا چنین ایجاب و قبولی صحیح و موجب انعقاد قرارداد است یا خیر؟

برای نمونه، چنانچه فروشنده بخواهد دستگاه خاصی را بفروشد و در ایجاب خود اظهار دارد که این دستگاه را به یک هزار دلار یا به ازاء یک تن گندم می‌فروشد و خریدار هم یک هزار دلار پیشنهادی را به وی بدهد، یعنی اینکه یکی از ایجاب‌های وی را بپذیرد، برخی معتقدند چون بائع در ایجاب خود جازم نمی‌باشد این معامله باطل است (نجفی، بی تا، 107 - ر. ک. اسلامی پناه، 1380، 357) اما به نظر می‌رسد ایجاب مزبور جازم و توافق مزبور، واجد آثار حقوقی باشد. زیرا در مثال فوق، فرض بر این است که دو ایجاب به مخاطب پیشنهاد شده است. ایجاب اول متضمن فروش آن دستگاه در ازاء یک هزار دلار است و ایجاب دوم، فروش همان دستگاه در عوض یک تن گندم است. وقتی مخاطب اعلام می‌کند که آن کالا را به یک هزار دلار خریداری می‌نماید به این معناست که مخاطب ایجاب اول را پذیرفته است. در این صورت بعید به نظر می‌رسد که ایجاب کننده در انعقاد معامله جازم نباشد. همین حکم در فرضی که ایجابی برای فروش کالا به قیمت نقد و نسیه پیشنهاد می‌شود نیز صادق است.

برخی از فقها همچون سید محمدکاظم طباطبایی یزدی و شهید ثانی این معامله را باطل دانسته و در توجیه آن به احادیثی در این زمینه استناد می‌نمایند. برخی دیگر همچون محقق اردبیلی این بیع را صحیح می‌دانند. بر پایه این نظر، تفاوتی میان بیع و اجاره نیست؛ یعنی همانگونه که در مورد اجاره تردید سبب بطلان نیست، بیع فرد مردد هم نباید باطل باشد (اسلامی پناه، 1380، 365).

4- شروط مردد

گاهی مورد معامله مردد نیست بلکه موضوع شرط مردد است. مثلاً شخصی یکصد تن گندم را به صد میلیون ریال می‌فروشد و در عقد بیع شرط می‌کند که خریدار اتومبیل خود را در ازای صد میلیون ریال یا یک دستگاه اتومبیل سمند نو بفروشد. پاسخ به این مسئله و ارائه راه حلی منطقی در این زمینه مستلزم آن است که قبلاً بدانیم آیا معلوم و معین بودن موضوع شرط نیز همچون مورد معامله شرط صحت عقد است یا خیر؟ می‌دانیم که رعایت شرایط اساسی مندرج در ماده 190 ق. م. در مورد تعهدات

چنانکه مقرر می‌دارد: «در دعاوی که موضوع آن دین از نوع وجه رایج بوده...» ولی آنچه مهم است تعریفی است که رأی وحدت رویه از»

وجه نقد» و اطلاق آن بر وجه رایج و پول خارجی ارائه نموده است.

اصلي عقد، ضروري است. ماده 190 ق. م. مقرر مي‌دارد: «براي صحت هر معامله شرايط ذيل اساسي است...» که از جمله‌ي آن شرايط، معلوم و مي‌عن بودن مورد معامله است. هرچند در ضرورت رعايت آن شرايط در خصوص شروط ضمن عقد اختلاف نظر وجود دارد. جمعي از حقوقدانان بر اين عقیده‌اند که شرط هرچند جنبه فرعي و تبعي دارد، همانند عقد بايد همهي شرايط قانوني صحت معامله را دارا باشد. در غير اين صورت شرط ضمن عقد باطل است. بر پايه‌ي اين نظر، شرط مجهول مانند عقد مجهول فاقد ارزش و اعتبار قانوني است و از اين جهت بين عقد و شرط تفاوتی وجود ندارد. (صفايي، 1382، 191). مضافاً مشمول حکم نهي از غرر مي‌باشد و اين شرط عقلايي هم نيست. (کاتوزيان، 1372، 165 – عابدیان، 1379، 48).

برخي از حقوقدانان با عنايت ماده 232 ق. م. که برگرفته از فقه اماميه است، بر اين عقیده‌اند که فقط شروطي باطل هستند که انجام آنها غيرمقدور باشد يا از جمله‌ي شروطي باشند که فاقد نفع عقلايي يا نامشروع هستند. همچنين شروطي باطل و مبطل هستند که يا خلاف مقتضاي ذات عقد باشند يا به گونه‌اي مجهول باشند که جهل نسبت به آنها موجب جهل متعاملين به يکي از عوضين شود. (به استناد به مواد 232¹ و 233² ق. م) بر اين اساس، ساير شروط هرچند مجهول يا مردد باشند، چون جنبه‌ي فرعي و تبعي دارند باطل نيستند و به عقد اصلي صدمه‌اي وارد نمي‌سازند (جعفري لنگرودي، 1380، 48). بنا بر اين، باتوجه به اصل صحت (ماده 223 ق. م)⁴ و اصل آزادي قراردادها (ماده 10 ق. م)⁵ و عدم وجود دليل بطلان شروط فاقد شرايط اساسي صحت معامله، شرط مزبور صحيح است. مفهوم مخالف ماده 233 نیز اين استنباط را تقويت مي‌کند: «... 2- شرط مجهولي که جهل به آن موجب جهل به عوضين شود.» مضافاً اينکه، روايت نبوي، نیز دلالت بر بطلان معامله‌ي غرري دارد نه شرط غرري؛ مگر آنکه غرر به اصل معامله سرايت کند. بايد دقت کرد مقصود از صحت شرط مجهول نزد فقها و حقوقدانان، شرط مجهول مطلق نيست؛ شرطي است که اجمالاً قابل عمل باشد. چرا که بديهي است شرط کاملاً مجهول قابليت اجرا ندارد و عدم اجراي آن نیز مبتني بر اصل اوليه‌ي عقلي است نه قاعده‌ي نفي غرر (امامي، 1369، 281 و 214 – شهيدی، 1382، 88 – علامه، 1379، 193). بنا بر اين هرگاه موضوع شرط مردد يا مجهول باشد، شرط مزبور صحيح است (شهيدی، 1382، 88- نجفی، 1408 هـ. ق، 202).

ج) ضمانت اجراي معين نبودن ثمن

پيش‌تر گفته شد بعضي از تعهدات مردد خللي به اعتبار عقد وارد نمي‌سازد؛ يعني وقتي همچنانکه انتخاب مصداق در مورد کلي في‌الذمه يا کلي در معين با متعهد است، انتخاب تعهدات مردد نیز به طريق اولي برعهده‌ي متعهد است. حال مي‌خواهيم بدانيم در مواردی که تعهد يکي از دو يا چند چيز باشد و بخشي از آن تلف يا متعذر شود تکليف چيست؟

به نظر مي‌رسد در اين حالت تعهد به اجراي موضوع باقي مانده، همچون تعهدي ساده و بسيط در مي‌آيد؛ مگر آنکه تعهد بدلي (اختياري) باشد که در اين صورت تعهد باقي مانده نیز ساقط مي‌شود. زيرا در تعهد بدلي، تعهد يک موضوع بيشتتر ندارد ولي به متعهد اختيار داده که موضوع ديگري را به جاي موضوع اصلي اجراء کند. پس با انتفاء تعهد اصلي، بقاء بدل موجبي ندارد. اما اگر مورد ثمن مردد

1- ماده 232 ق. م: «شروط مفصله ذيل باطل است ولي مفسد عقد نيست.»

2- ماده 233 ق. م: «شروط مفصله ذيل باطل است و موجب بطلان عقد است: 1- شرط خلاف مقتضاي عقد، 2- شرط مجهولي که جهل به آن موجب جهل به عوضين شود.»

3- ماده 223 ق. م. «هر معامله‌ای که واقع شده باشد محصول بر صحت است مگر اينکه فساد آن معلوم شود.»

4- ماده 10 ق. م. «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صريح قانون نباشد، نافذ است.»

باشد و مشمول نهي ماده 190 ق. م. باشد، معامله‌ي مزبور باطل است. زيرا قاعده‌ي مزبور آمره و تخلف‌ناپذير است (با استناد به مواد 190، 216 و 472 ق. م).

فصل دوم: معلوم بودن ثمن

گفتار اول: مفهوم معلوم بودن

الف) تعريف معلوم بودن

در فرهنگ لغت، لفظ «معلوم» به معنای دانسته، دانسته و دریافت شده، آشکار و خلاف مجهول استعمال شده است (عمید، 1374، 212). البته مفهوم حقوقی آن از معنای لغوی به دور نیفتاده است. در این مفهوم نیز معلوم در مقابل مجهول قرار می‌گیرد؛ یعنی طرفین به وسیله‌ی تعیین مقدار، اوصاف و جنس، از مورد معامله رفع ابهام می‌کنند. در واقع علم به مورد معامله را می‌توان چنین تعریف نمود: «علم به مورد معامله، تصویری از ویژگی‌های کمی یا کیفی مورد معامله است که از طریق احساس، مشاهده، اخبار، بیان و یا اشتراط و بنا گذاشتن در ذهن متعاقدین نقش می‌بندد؛ خواه این تصویر با واقع منطبق باشد یا نباشد. با ترسیم ویژگی‌ها و حدود و ثغور مورد معامله در ذهن طرفین، آنها به خوبی قادر خواهند بود آنچه را که داده‌اند و ستانده‌اند مورد سنجش و ارزیابی قرار دهند (شهیدی، 1377، 314- اسلامی پناه، 1380، 75). از تعریف فوق، نتایج زیر به دست می‌آید: نخست آنکه شرط معلوم بودن، مختص عین کلی نمی‌باشد و در مورد عین معین نیز صادق است. شاید ظاهر ماده 351 ق. م. این تصور را ایجاد کند که معلوم بودن مختص مورد کلی است نه عین معین. اما چنین نیست؛ زیرا ماده مزبور صرفاً «ذکر» مقدار و جنس و وصف را برای مورد عین معین ضروری نمی‌داند نه آنکه تعیین آن را شرط را نداند (شهیدی، 1382، 54).

دوم آنکه طرفین می‌توانند علیرغم عدم علم واقعی به مورد معامله، از آن رفع جهالت نمایند. چنانکه ماده 343 قانون مدنی اشتراط را رافع جهالت دانسته و مقرر می‌دارد: «اگر مبیع به شرط معین فروخته شود، بیع واقع می‌شود؛ اگرچه هنوز مبیع شمرده نشده یا کیل یا ذرع نشده باشد» از این رو، ضمانت اجرای تخلف از آن، حق فسخ است نه بطلان که در ماده 355 قانون مدنی منعکس گردیده است: «اگر ملکی به شرط داشتن مساحت معین فروخته شده باشد و بعد معلوم شود که کمتر از آن مقدار است مشتری حق فسخ معامله را خواهد داشت و اگر معلوم شود که بیشتر است بایع می‌تواند آن را فسخ کند، مگر اینکه در هر صورت طرفین به محاسبه زیاده یا نقیصه تراضی نمایند.»

همچنان‌که طرفین می‌توانند به صرف اخبار و اعلام بایع یا ارائه نمونه¹ یا حتی مشاهده قبلی، معامله را منعقد نمایند که تخلف از آن ممکن است موجب تحقق خیار فسخ شود (مواد 341، 354 ق. م). سوم آنکه آنچه عقد را از حالت غرر خارج می‌سازد، توافق طرفین راجع به اوصاف مورد معامله است نه تعیین دقیق و جامع اوصاف. زیرا با ترسیم ویژگی‌های مورد معامله در ذهن طرفین، آنها به خوبی قادر خواهند بود تا آنچه را که مبادله می‌شود مورد تصور و تصدیق قرار دهند (اسلامی پناه، 1380، 7). در مباحث آتی خواهیم گفت علم صوری برای معلوم شدن مورد معامله و رفع غرر کافی است.

چهارم آنکه معلوم و معین بودن ثمن در حین انعقاد عقد ملاک است. البته نشان خواهیم داد قابلیت تعیین در حین انعقاد نیز موجب معلوم شدن آن خواهد شد. ولی باید دقت شود مقصود از معلوم بودن

¹ - ماده 351 ق. م: «در صورتی که مبیع کلی یعنی صادق بر افراد عدیده باشد بیع وقتی صحیح است که مقدار و جنس و وصف مبیع ذکر بشود.»

¹ - این روش مورد تأیید کنوانسیون نیز قرار گرفته است. بند ج ماده 35 مقرر می‌دارد: «...ج- دارای اوصافی باشد که فروشنده به عنوان نمونه یا مدل به خریدار ارائه نموده است...».

ثمن، تبیین جنس و وصف و مقدار آن است و منصرف از بحث تعیین مصداق است. زیرا در مورد کلی و کلی در معین که صرفاً مفهوم هستند، تعیین مصداق در حین عقد ضروری نمی‌باشد. پنجم آنکه معلوم در مقابل مجهول و علم در مقابل جهل می‌آید. در کتب لغت، معانی مختلفی از لفظ «جهل» ارائه شده است. در لغت‌نامه دهخدا آمده است: «جهل به معنای نادان بودن، نادان شده و ضد علم است و به دو قسمت بسیط و مرکب تقسیم می‌شود. جهل بسیط یعنی عدم آگاهی از حقیقت شیء و جهل مرکب اعتقاد غلط به حقیقت شیء داشتن (دهخدا، بی‌تا، 180)». در اینجا مقصود از جهل، جهل بسیط است. یعنی آگاهی واقعی یا آگاهی ظاهری ناشی از عوامل ذکر شده مثل اشتراط، توصیف، رؤیت قبلی و امثال آن وجود ندارد.

ب) مقایسه اشتباه و معلوم نبودن

ممکن است در ابتدا تصور شود که اشتباه در ماهیت یا مقدار یا وصف مهم مورد معامله، همان جهل به مورد معامله است و هر جا اشتباهی وجود داشته باشد، اشتباه کننده جاهل به مورد معامله خواهد بود و در نتیجه، در صورت وقوع اشتباه در یکی از امور سه گانه‌ی مورد معامله، آن معامله به دلیل مجهول بودن باطل است. لکن این گمان صحیح نیست؛ زیرا:

1- مقصود از معلوم بودن مورد معامله که به عنوان شرط صحت عقد معرفی شده است، معلوم بودن ماهیت، مقدار و وصف موضوع توافق اراده‌ی طرفین است نه شیئی خارجی که به عنوان معامله معرفی شده است. طرفین به هنگام عقد باید بدانند که موضوع معامله در نظر ایشان چیست و نسبت به چه چیزی توافق می‌کنند. بنابراین هرگاه در زمان تشکیل عقد، ماهیت و مقدار و اوصاف مهم آن معرفی گردد و طرفین بر این اساس به انشایی عقد مبادرت کنند، مورد معامله نزد طرفین معلوم است؛ هر چند ماهیت یا مقدار یا اوصاف مهم بیان شده با واقعیت آن عین منطبق نباشد. تصریح ماده 343 قانون مدنی نیز از همین روست: «اگر میباید به شرط مقدار معین فروخته شود بیع واقع می‌شود اگر چه هنوز میباید شمرده نشده یا کیل یا ذرع نشده باشد.» (شهیدی، 1377، 345).

2- اشتباه، پندار نادرستی است که انسان از واقعیت پیدا می‌کند (کاتوزیان، 1372، 395). حال آنکه در جهل، پنداری وجود ندارد. به عنوان مثال، در معامله‌ای جنس و اوصاف مورد معامله بیان می‌گردد، اما ماهیتی که بدان نسبت داده شده، غیر از ماهیت واقعی و اساسی مورد معامله است. در این حالت جهل به مورد معامله وجود ندارد و معامله به علت اشتباه در ماهیت باطل است (ماده 200 قانون مدنی).¹

3- عدم تعیین جنس، وصف و مقدار مورد معامله، موجب بطلان معامله می‌گردد. اما در ضمانت اجرای وجود اشتباه و اقسام آن اختلاف نظر وجود دارد.

4- دلیل بطلان معامله با مورد غیر معلوم، تحقق غرر است. در حالی که مبنای بطلان معامله‌ی مبتنی بر اشتباه، تخلف از قصد است.

5- در تئوری اشتباه، بحث جهل مرکب قابل طرح است؛ یعنی کسی علیرغم اینکه به وجود حکم یا موضوعی یقین دارد، آنچه محقق می‌سازد خلاف واقع است. هر چند تصور او بر این است که عملش مطابق با واقع است.

6- یکی از حقوقدانان معاصر عرب، در توضیح کلمه جهل و تفاوت آن با اشتباه می‌نویسد: «گاهی اتفاق می‌افتد که حقیقت چیزی برای ما نامعلوم است، در این صورت، در برخی موارد، ناآگاهی ناشی از تصور غیر صحیحی است که ما از شیء داریم و در موارد دیگر به این خاطر است که اصلاً از آن چیز تصویری در ذهن به وجود نیامده است. صورت اول نمایانگر «اشتباه» است و در صورت دوم «جهل». جهل مساوی با فقدان است؛ به نحوی که به مرحله‌ی تصور اشتباه آلود نمی‌رسد، اما اشتباه

¹ - ماده 200 قانون مدنی ق. م. «اشتباه وقتی موجب عدم نفوذ معامله است که مربوط به خود موضوع معامله باشد.»

تصوري نادرست است که در ذهن عاقد به وجود مي‌آيد و همين اساس ايجاد يك اثر حقوقي مي‌شود.» (موسوي، 1382، 89).

ج) مباني لزوم تعيين ثمن

تاکنون با توسل به استنادات قانوني و استدلالات عقلي دانستيم که ثمن بايد معلوم و معين باشد. حال با اين پرسش مواجهيم که چرا قانونگذار تعيين ثمن را ضروري دانسته است؟ به عبارت ديگر، مباني ضرورت معلوم و معين بودن ثمن چيست؟ در توجیه این مسئله، مباني مختلفی مطرح شده است که به اختصار آنها را مورد بحث و بررسي قرار مي‌دهيم:

1- مباني عقلي

1-1- نظم عمومي

هدف قانونگذار، ايجاد نظم اجتماعي و امنيت اقتصادي است تا زمينه‌ي هرگونه نزاع و اختلاف بين افراد جامعه را از بين ببرد. معمولاً دو طرف قرارداد در هنگام عقد تمام سعي خويش را براي رسيدن به توافق به کار مي‌گيرند و از اموري که در آینده موجبات اختلاف را فراهم مي‌آورد، به آساني چشم‌پوشي مي‌کنند. درحالي که ممکن است تصور هريك از طرفين موضوع تعهد، مغاير با تصور طرف ديگر باشد. از اين رو است که قانونگذار براي جلوگیری از وقوع تنازع در روابط قراردادي، عقود مزبور را باطل قلمداد نموده، هيچ نوع اثر حقوقي براي اين قبيل معاملات قائل نشده است. بدین ترتیب، اصل لزوم رفع ابهام، قاعده‌اي است که با نظم عمومي مرتبط است. ولي اگر جهالت منجر به نزاع نشود، مانع از صحت قرارداد نيست (اسلامي پناه، 1380، 64).

البته مي‌توان به اصل استواري در عمل نیز اشاره کرد؛ يعني افراد بايد مطابق اصل عقلي، معاملات و عقود بين خود را محکم و استوار منعقد سازند و از سهل انگاري در کارها اجتناب نمايند. زيرا رعايت اين اصل از منازعات احتمالي جلوگیری مي‌کند (قنواتي و ساير نويسندگان، 1379، 27).

1-2- بني عقلا و سيره‌ي خردمندان

يکي از مباني مهم اصل لزوم تعيين ثمن، روش و سيره‌ي عقلاست. شارع در معاملات برخلاف عبادات، آنچه را که مردم در روابط اجتماعي خود رعايت مي‌کردند، تأييد و امضاء کرده است. وقتي که معامله برمعدوم و غير موجود باطل است، معامله‌ي اشياء نامعلوم نیز صحيح نيست. گاهي در فقه و اصول بجاي عرف و عادت يا عرف عام، به سيره‌ي عقلا استناد مي‌شود. در واقع، سيره يا بني عقلا عبارت است از رفتار معيني که همهي خردمندان در برخورد با يك واقعه از خود نشان مي‌دهند، بدون آنکه اختلاف زمان، مکان، فرهنگ، دين و مذهب آنها تأثيري در بروز اين رفتار داشته باشد. به تعبير ديگر، سيره‌ي عقلا عبارت است از گرايش عمومي خردمندان اعم از متدينين و غير آنها بدون آنکه دين تأثيري در پيدايش آنها داشته باشد (انصاري، 1374، 132). روش توده‌ي مردم يا عرف عام نیز در اعصار مختلف اين بوده که در معاملات و داد و ستدها کمال دقت را بنمايند تا از هرگونه ابهام درخصوص موضوع قرارداد اجتناب نمايند و بدین طريق از وقوع تنازع جلوگیری شود (مراغه‌اي، 1417 هـ. ق.، 313 - ميرزاي قمي، 1371، 168). البته اکثريت فقها به اين مبنا اشاره نموده و بر آن تأکيد ورزيده‌اند (محمدي، 1377، 73).

اما برخي ديگر، منع معاملات غرري را صرفاً به مبناي عقلي مربوط دانسته، بر اين عقیده‌اند که اين حکم، حکم عقلي است و بني عقلا، اجتناب از آن دسته از معاملات است که خطراتي را در پي دارند (خويي، 1414 هـ. ق.، 203). به هر حال، چه عقلاي جامعه و چه توده‌ي مردم، اين گونه معاملات را منع مي‌نمايند.

2- ساير مباني

2-1 اجماع

از نظر فقها اجماع، به عنوان یکی از مبانی بطلان معاملات مجهول، مطرح است. علامه حلی در کتب مختلف و تذکره، ابن ادریس در سرائر و شهید ثانی در شرح لمعه بطلان این عقود را اجماعی دانسته‌اند (فخارطوسی، 1374، 301). البته بر ادعای اجماع ایراداتی وارد است که اجمالاً بدانها اشاره می‌کنیم: اولاً، به تعبیر فقها انعقاد اجماع دقیقاً مشخص نیست. ثانیاً، اجماع در صورتی معتبر و کاشف است که ندانیم و احتمال ندهیم مدرک آن در مبحث علم به عوضین، حدیث نبوی «نهی از غرر» و یا احادیث مربوط به اعتبار کیل و وزن باشد. به تعبیر فقیه فقید، این اجماع، «محتمل المدرك» است (سید ابوالقاسم خویی، 1412 ه. ق.، 60). ثالثاً، اجماع دلیل لبی است که بر فرض قبول آن، تنها می‌تواند در محدوده‌ای که تحقق آن یقینی است دلیل باشد و چون فاقد ظهور لفظی است، قابل تسری به سایر موارد نیست و باید بر قدر متیقن حمل شود (اسلامی‌پناه، 1380، 58).

بر طبق نظر بسیاری از فقها، جهل در ثمن به بطلان بیع منجر می‌شود و بر این حکم میان فقها اجماع وجود دارد. نقل اجماع به عنوان دلیل بطلان چنین بیعی، هم تاحدی میان قداما رواج داشته است و هم در نوشته‌های معاصران به چشم می‌خورد. اما اعتبار اجماع مورد تأمل و مناقشه است. یادآور می‌شویم بنابر اعتقاد امامیه، اجماع، دلیلی ذاتی و موضوعی بر حکم شارع تلقی نمی‌گردد، بلکه صرفاً ابزاری برای کشف حکم شرعی است؛ مثلاً میرزای قمی می‌گوید: «اجماع، اتفاق جماعتی است که اتفاق آنها کاشف از رأی معصوم باشد.» (ولایی، 1374، 39).

نتیجه‌ی این دیدگاه شیعه درباره‌ی اجماع آن است که هرگاه در مسأله‌ای، دلیلی مستقل، مثلاً آیه یا روایتی موجود باشد، به اجماع توجه نمی‌شود و تنها آن دلیل مستقل مورد ارزیابی قرار می‌گیرد؛ اگر بر حکم دلالت داشت، حکم، به استناد آن دلیل مستقل، معتبر تلقی می‌شود. اگر در مسأله‌ای، هم دلیل لفظی وجود داشته باشد و هم اجماع محقق باشد، چنین اجماعی که به آن مستند یا مدرکی نیز گویند به عنوان دلیل مستقل مورد اعتماد نخواهد بود. در فرض اخیر، از گفته‌های ناقلان اجماع اطمینان حاصل می‌شود، دلیل وحدت نظر فقها، مدرک لفظی یعنی روایت مشهور نبوی است (موسوی بجنوردی، بی‌تا، 227- نوری، 1379، 43). بنابراین، اجماع نمی‌تواند دلیل مستقر این حکم باشد.

2-2 احادیث و روایات

احادیثی که در این باب وارد شده‌اند دو دسته‌اند: دسته اول، احادیثی است که از معاملات غرری نهی می‌کند و دسته دوم، احادیثی است که دال بر ضرورت علم و آگاهی به مورد معامله است. مهم‌ترین دلیل روایی آن، روایت مشهور نبوی «نهی النبي (ص) عن بیع الغرر» است. همچنین می‌توان به حدیث منتسب به امام صادق (ع) استناد نمود که می‌فرمایند: «کسی که طعامی می‌خرد نباید آن را بفروشد، مگر در صورتی که مکیل یا موزون باشد و آن را کیل یا وزن نماید». حضرت در ادامه می‌فرمایند: «طعامی که متعاملین آن را مکیل بدانند و معامله هم بر مقدار کیل و پیمانۀ واقع شود، بیع آن به صورت تخمین و جزاف صحیح نیست.» البته روایت متعددی وجود دارد که بعضاً از جهت سند یا دلالت با ایراد فقها مواجه گردیده است (حرعاملی، 1389 ه. ق.، 341 - موسوی خمینی، 1415 ه. ق.، 237). مع الوصف، اساس دلیل روایی، حدیث «نهی النبي عن بیع الغرر» است که توجه به آن ضروری است. منطبق بحث اقتضاء می‌کند نخست سند روایت بررسی گردد، آنگاه بر فرض تمامیت سند و اثبات درستی انتساب سخن به معصوم (ع) به بحث دلالت و بررسی مفاد روایت پرداخته شود:

2-2-1 بحث سندی

در مورد سند این روایت و روایات مشابه دو مبنای مشهور در بین فقها وجود دارد: يك مبنا آن است که باید با رعایت دقیق ضوابط علم رجال، سند روایت را بررسی کرد و تنها در صورت توثیق رجال سند در همه‌ی مراحل زمانی تا روزگار معصوم (ع) برای روایت حجیت قائل شد. آیت الله خویی و بیشتر علمای حوزه نجف طرفدار این مکتب هستند. مبنای دیگر آن است که معیار در حجیت خیر، وثوق به صدور آن از طرف معصوم (ع) است نه وثوق به سند و اطمینان به صدور روایت؛ همانگونه

که از عدالت راوی یا از وثاقت او حاصل می‌شود، از عمل اصحاب به مفاد آن نیز حاصل می‌گردد (خویی، 1412 ه. ق. 225 - موسوی بجنوردی، بی‌تا، 226 - نوری، 1379، 45). باتوجه به بحث حاضر، روایت موردنظر روایتی صرفاً موثوق الصدور است که مورد عمل اصحاب بوده است و از جهت اول، حجیت ندارد.

2-2-2 بحث دلالت

مهمترین نکته در این بحث، فهم دقیق واژه‌ی غرر و مراد فقها از این اصطلاح است. اهل لغت، این واژه را در معانی مختلف استعمال نموده‌اند. این لغت در متون فقهی نیز فراوان به کار رفته است؛ از این لغت هم در مورد جهل، هم در مورد خطر و هم در معنای خدعه استفاده شده است. اگر مقصود شارع به «خدعه» باشد، نهی در روایات، نهی تکلیفی محض است. یعنی پیامبر از فریبکاری منع نموده است و در این فرض، روایت هیچ ارتباطی با حکم وضعی صحت و بطلان بیع ندارد. اگر به معنای خطر باشد، ناظر به حکم وضعی است و از آنجا که تعیین یکی از این دو معنا معلوم نیست، استدلال به این مفید نیست؛ زیرا هر احتمال مانع اخذ به احتمال دیگر است و اجمال روایت میان دو معنا، باعث سقوط آن از دلالت است (خویی، 1412، 226). به عبارت دیگر بر طبق قاعده «اذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال» تمسک جستن به هر یک از دو احتمال فوق باطل است به جهت محتمل بودن احتمال دیگر و برای اثبات هر یک از آنها نیازمند به دلیلی از خارج می‌باشیم.

گفتار دوم: حدود معلوم بودن

می‌دانیم که معلوم و معین بودن مورد معامله از جمله ثمن، شرط صحت معامله است. ماده‌ی 342 ق. م در مبحث احکام بیع مقرر می‌دارد:

«مقدار و جنس و وصف مبیع باید معلوم باشد و تعیین مقدار آن به وزن یا کیل یا عدد یا ذرع یا مساحت یا مشاهده تابع عرف بلد است.»¹ ماده‌ی مزبور علاوه بر بیان ضرورت تعیین مقدار و جنس و وصف، متضمن استناد به عرف نیز می‌باشد. حال این ابهام به وجود می‌آید که آیا احاله به عرف صرفاً به میزان و نحوه‌ی سنجش «مقدار» مورد معامله است یا اینکه در حدود معلوم بودن آن نیز، به عرف محل رجوع می‌شود؟

اصولاً حقوقدانان این ماده را صرفاً در مقام تبیین نحوه‌ی تعیین وسیله‌ی سنجش مورد معامله به کار می‌برند (امامی، 1369، 436 - حائری، 1376، 335) در حالی که به نظر می‌رسد مقصود مقنن فراتر از ظاهر ماده و نظر فوق باشد و البته بحث مفصلی را می‌طلبد. ماده مزبور، پرسش دیگری نیز مطرح می‌سازد که اختلاف جدی را به دنبال دارد؛ آیا قراردادها، صرف‌نظر از شرائط و اوضاع و احوال حاکم بر آن، تابع احکام واحدی هستند یا حدود معلوم بودن آنها بر قاعده‌ی ثابتی مبتنی نیست؟

فرض کنیم در موردی که موضوع انتقال، عین معین است، گاه دو طرف چنان به اوصاف دیگر مورد معامله نظر دارند که مقدار در آن رابطه به حساب نمی‌آید و عرف داد و ستد نیز آن را لازمی معلوم بودن کالا نمی‌بیند. برای مثال، در فروش قالیچه‌ای نفیس، آنچه رغبت‌ها را به خود جلب می‌کند و در برابر آن پول پرداخت می‌شود، شیوه‌ی بافت و قدمت آن است و اندازه‌ی قالیچه هیچ نقشی در این میان ندارد. در این گونه موارد برخلاف مرسوم، اندازه و مقدار، نقش اساسی و جوهری ندارد و در زمره‌ی اوصاف بی‌اهمیت است. بدین ترتیب علم به اوصاف اساسی مال موضوع تعهد، شرط صحت عقد است. منتهی گاه این وصف جنس مورد معامله است و گاه در وصف یا مقدار آن جلوه‌گر می‌شود (کاتوزیان، 1372، 183).

1- قانون مدنی به پیروی از پیشینه‌ی فقهی خود، بسیاری از احکام و قواعد عمومی قراردادها را در باب بیع مقرر نموده است. ولی احکام مزبور، قواعد ویژه‌ی عقد بیع نبوده و اصولاً قابل تسری به سایر عقود می‌باشد. از سوی دیگر، احکامی که قانونگذار در باب «بیع» پیش‌بینی نموده، نسبت به «ثمن» نیز جاری است؛ چرا که می‌دانیم تعدد آنها اعتباری است نه ذاتی.

ماده 216 قانون مدنی در بیان حدود معلوم بودن مقرر می‌دارد: «مورد معامله باید مبهم نباشد مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است.» بنابراین معرفت تفصیلی در معاملات به عنوان اصل است. یعنی معاملاتی که معرفت اجمالی در آن کافی است، خلاف قاعده و استثنایی است. قانون مدنی در بعضی از عقود معین به کفایت علم اجمالی تصریح می‌نماید: «عقد جعاله (مواد¹ 563 - 564) ضمان (ماده² 694) کفالت (ماده³ 736) صلح (مواد⁴ 752 و⁵ 766) در پاسخ به این پرسش که در چه عقود علم تفصیلی شرط است و آیا موارد منصوص، حصری است یا تمثیلی، نظرات متفاوتی ارائه شده است:

1- ضابطه معوض یا غیرمعوض بودن معامله

در مقدمه باید گفت عقد معوض یا معاوضی، قراردادی است که به موجب آن یکی از طرفین مالی به

دیگری می‌دهد و در ازای آن مالی دریافت می‌کند. در عقد معوض، دو عوض وجود دارد که یکی در مقابل

دیگری قرار می‌گیرد. بیع و اجاره از عقود معوض هستند. (مواد¹ 338 و² 466 ق. م) اما عقد غیر معوض قراردادی است که به موجب آن یکی از طرفین مالی به دیگری می‌دهد بدون آنکه چیزی را در مقابل دریافت دارد. در این نوع عقد، مبادله ارزشها به چشم نمی‌خورد و چیزی که یکی از متعاقبین به طرف دیگر می‌دهد بلاعوض است. هبه و عاریه از عقود غیرمعوض محسوب می‌شوند (صفایی، 1382، 30). عقود غیر معوض می‌تواند جایز باشد مثل عقد هبه (ماده³ 803) یا لازم باشد مثل صلح بلاعوض (مواد⁴ 757 و⁵ 760 ق. م.).

-
- 1- ماده‌ی 563 ق. م.: «در جعاله معلوم بودن اجرت من جميع الجهات لازم نیست، بنابراین اگر کسی ملتزم شود...»
 - 2- ماده‌ی 564 ق. م.: «در جعاله گذشته از عدم لزوم تعیین عامل، ممکن است عمل هم مردد و کیفیات آن نامعلوم باشد.»
 - 3- ماده‌ی 694 ق. م.: «علم ضامن به مقدار و اوصاف و شرایط دینی که ضمانت آن را می‌نماید شرط نیست ...»
 - 4- ماده‌ی 736 ق. م.: «در صحت کفالت، علم کفیل به ثبوت حقی برعهده مکفول شرط نیست ...»
 - 5- ماده‌ی 752 ق. م.: «صلح ممکن است یا در مورد رفع تنازع موجود و یا جلوگیری از تنازع احتمالی در مورد معامله و غیر آن واقع شود.»
 - 6- ماده‌ی 766 ق. م.: «اگر طرفین به طور کلی تمام دعاوی واقعی و فرضیه خود را به صلح خاتمه داده باشند کلیه دعاوی داخل در صلح محسوب است ...»

- 1- ماده 338 ق. م.: «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم.»
- 2- ماده 466 ق. م.: «اجاره عقدی است که به موجب آن مستأجر مالک منافع عین مستأجره میشود، اجاره دهنده را موجر و اجاره کننده را مستأجر و مورد اجاره را عین مستأجره گویند.»
- 3- ماده‌ی 803 ق. م.: «بعد از قبض نیز واهب می‌تواند با بقاء عین موهوبه از هبه رجوع کند مگر در موارد ذیل: 1- در صورتی که متهب پدر یا مادر یا اولاد واهب باشد؛ 2- در صورتی که هبه معوض بوده و عوض هم داده شده باشد؛ 3- در صورتی که عین موهوبه از ملکیت متهب خارج شده یا متعلق حق غیرواقع شود خواه قهراً مثل اینکه متهب به واسطه فلس مجبور شود خواه اختیاراً مثل اینکه عین موهوبه به رهن داده شود. 4- در صورتی که در عین موهوبه تغییری حاصل شود.»
- 4- ماده‌ی 757 ق. م.: «صلح بلاعوض نیز جایز است.»
- 5- ماده‌ی 760 ق. م.: «صلح عقد لازم است اگرچه در مقام عقود جائزه واقع شده باشد و برهم نمی‌خورد مگر در موارد فسخ به خیار یا اقاله.»

اصولاً در پیمان‌های رایگان بنای دو طرف برگذشت و مسامحه در سودجویی است. اوج این تسامح در جایی است که شخصی مالی را به دیگری بدهد یا تعهدی در برابر او به گردن بگیرد و انتظار پاداشی هم نداشته باشد. بدین ترتیب، ضرورت رعایت شرط علم تفصیلی به مورد معامله در عقود معاوضی مطرح می‌شود. از این رو برخی از حقوقدانان تشخیص ضرورت یا عدم ضرورت علم تفصیلی را، در ارتباط با تشخیص عقود معوض از غیرمعوض می‌دانند. بدین استدلال که در عقود معاوضی غرر و آثار آن برصحت آن عقد تأثیر می‌گذارد، در حالیکه در عقود غیرمعاوضی غرر در آن راه نمی‌یابد، زیرا مبادله‌ای وجود ندارد (سنه‌وری، بی تا، 49). ناگفته نماند که این نظریه با بعضی از مواد قانونی مربوط به عقود مزبور

تعارض پیدا می‌کند. زیرا عقود جعاله، کفالت و صلح¹ علی‌رغم آنکه از عقود معوض می‌باشند، علم تفصیلی در آنها شرط نیست.

2 - ضابطه مغایه‌ای یا مسامحه‌ای بودن معامله

یکی از تقسیمات اساسی قراردادهای، تقسیم معاملات به عقود مغایه‌ای و مسامحه‌ای است. عقد مغایه را عقد ماکسه، مکایسه و مغایه هم می‌گویند. این تقسیم بر مبنای هدف اقتصادی است که دو طرف عقد دنبال می‌کنند. عقد مغایه‌ای عقده‌ای است که متعاقبین در مرحله انعقاد، با اعمال دقت و قصد تحصیل حداکثر امتیازات ممکن عقد را منعقد می‌سازند همچون عقد بیع، گذشت و ارفاق و تسامح و تساهل در این قسم از عقود راه ندارد (جعفری لنگرودی، 1378، 2595). در پاره‌ای از قراردادهای، متعاقبین چنین مادی نمی‌اندیشند و هدف‌های اخلاقی آن بر سودجویی متعارف غلبه دارد (کاتوزیان، 1372، 128). در این دسته از عقود، بنای طرفین بر دقت متعارف در مورد عقد نمی‌باشد، مثل عقد ضمان (جعفری لنگرودی، 1378، 2595). قانون مدنی از این تقسیم‌بندی نامی نبرده است. ولی ماده 761 ق. م. مبنای اصلی بحث مزبور را ارائه می‌دهد که مقرر می‌دارد: «صلحی که در مورد تنازع یا مبنی بر تسامح باشد قاطع بین دو طرف است و هیچ‌یک نمی‌تواند آن را فسخ کند، اگرچه بر ادعای غین باشد مگر در صورت شرط یا اشتراط خیار.» بنابر عقیده برخی از حقوقدانان، ذیل ماده 216 ق. م. ویژه عقود مسامحه است. بطوریکه در عقود مسامحه، علم تفصیلی ضرورت ندارد و حداقلی از علم (علم اجمالی) در معلوم ساختن عقد کافی است (کاتوزیان، 1372، 185 - شهیدی، 1377، 317 - جعفری لنگرودی، 1378، 2590). این دیدگاه ریشه در سابقه فقهی دارد که غالباً فقها به عنوان ضابطه‌ی تشخیص کفایت علم اجمالی، بدان استناد می‌کردند (شهید ثانی، بی تا، 30). از استقراء در مواد پراکنده‌ای که در این زمینه وجود دارد چنین بر می‌آید در هر کجا عقده‌ی بر پایه مسامحه و ارفاق و احسان پایه‌ریزی شده باشد یا نیاز عمده و اقتضای کار مورد نظر ایجاب کند که دو طرف درجه‌ای از احتمال را در روابط خود بپذیرند، علم اجمالی کافی است. چنانکه در عقود ضمان، جعاله، مشارکت‌ها، بیمه و عقود رایگان نیز همین قاعده حکمفرماست. طرفداران این عقیده، توجه به دو نکته را ضروری دانسته‌اند:

6- در تطابق مفهوم معاوضی و معوض بحث و اختلاف وجود دارد. به طوری که برخی معتقدند، عقود معوض اخص از عقود معاوضی است و عقود معاوضی مترادف با عقود تعاهدی است. در این پایه، عقد تعاهدی را اعم از عقود مالی همچون عقد بیع و عقود غیرمالی همچون عقد نکاح تلقی می‌نمایند. (جعفری لنگرودی، 2592، 1378، -)، از سوی دیگر، عده‌ای از حقوقدانان معتقدند، عقود معوض و معاوضی واجد ماهیت واحد هستند. بقیه صفحه بعد البته عقود معاوضی را از عقود تعاهدی متمایز ساخته‌اند (صفایی، 1382، 31 و 31 - شهیدی، 1377، 84)

1- در ماهیت صلح اختلاف نظر وجود دارد. اگر صلح در مفهوم اصلی و محدود خود باقی می‌ماند و به رفع تنازع اختصاص می‌یافت، بی‌گمان در شمار عقود معوض قرار می‌گرفت. ولی با مفهوم گسترده‌ای که قانون مدنی برای صلح برگزیده است، از این وسیله می‌توان در مقام معاملات معوض یا غیرمعوض استفاده کرد. (ناصر کاتوزیان، 1368، 308).

1- تسامحي که مستند اجرائي اين قاعده‌ي خاص قرار مي‌گيرد، بایستی نوعي و مربوط به ساختمان عقد و تأسيس قانونگذار باشد، نه خواست طرفین آن. براي مثال، عقد ضمان از این قبیل است، اما دو طرف عقد بیع یا اجاره نمی‌توانند اعلام کنند که چون به مسامحه تمایل دارند، به موضوع مبهم و احتمالي نیز تراضي مي‌کنند (کاتوزیان، 1372، 128). البته شیخ انصاري از برخي فقها نقل نموده‌اند که معیار همهي موارد شخصي است و باید اراده‌ي دو طرف معامله را جستجو کرد (قنواتي و سايرنویسندگان، 1379، 185).

2- در موردی که نیاز عمومي ایجاد مي‌کند که در فرضي خاص از معاملات مشمول قاعده‌ي لزوم علم به عوضین مسامحه شود، تمیز این نیاز با قانونگذار است و دادرسی نمی‌تواند در هر جا که مصلحت دید آن را از مواد خاص محسوب کند (کاتوزیان، 1372، 185) بر طبق این ضابطه، در عقد بیع که از عقود مغایبه‌اي است علم اجمالي کفایت نمی‌کند و عدم وجود علم تفصیلي، غرر معامله را به دنبال دارد.¹

همچون بیع ایجاد می‌نماید و بعضي از روش‌هاي تعیین ثمن را دچار اشکال می‌سازد. جالب اینجاست که در برخي عقود مغایبه‌اي همچون مضاربه، علم تفصیلي شرط دانسته نشده است (ماده 533 ق.م.).

3. ضابطه عرفي

به موجب این نظریه، ضابطه‌ي تشخیص ضرورت علم تفصیلي یا اجمالي در معاملات، ضابطه‌ي عرفي است. در واقع، مواردی که قانونگذار علم اجمالي را در آنها کافي دانسته است، مواردی است که عرفاً ضرورتی به علم تفصیلي نیست. پس در عقود مورد بحث، در صورت صدق ملاک عرفي، علم اجمالي کفایت می‌کند. طرفداران این نظر می‌گویند:

اولاً، دلیلي وجود ندارد که موارد علم اجمالي به موارد منصوص در قانون محدود شود. این نظر، نه تنها با فقه اسلامي مناسبتی ندارد، بلکه با عرف امروز و مصلحت اجتماعي که تسهیل در معاملات را ایجاب می‌کند، منافات دارد.

ثانیاً، ضابطه‌ي قراردادهای مبتنی بر تسامح، کفایتی در رفع نیازهاي جامعه‌ي امروز ندارد و از سویی همهي موارد تصریح شده در قانون را نمی‌شود با این معیار توجیه کرد. مثلاً بنا به مستفاد از ماده 533 ق.م.، در عملیات مورد مضاربه، علم تفصیلي و ذکر تجارت خاص لازم نیست و علم اجمالي کفایت می‌کند. حال آنکه مضاربه را نمی‌توان یک قرارداد مسامحه‌اي به شمار آورد.

ثالثاً، ضابطه‌ي عرفي با فقه اسلامي هم سازگار است؛ چرا که مبنای فقهی بطلان معامله مجهول، قاعده‌ي غرر است که معیار آن عرف می‌باشد. یعنی هر جا که به علت جهل به یکی از ارکان عقد، معامله عرفاً خطرناک یا مجهول (بنا بر نظری) محسوب شود، به گونه‌اي که عرف از آن اجتناب کند، بر طبق قاعده غرر، فقها آن را باطل می‌دانند. در اینجا مانند بسیاری از موارد دیگر معیار تشخیص، عرف است (محمدي، 1373، 69 و 67 - صفایي، 1382، 135). یکی از مصادیق کفایت علم اجمالي که بعضي از فقها ذکر کرده‌اند، موردی است که مالی به قیمت بازار فروخته شود. این معامله از آنجا که غرری محسوب نمی‌شود، صحیح تلقی شده است (خویی، 1412، 322). این ضابطه، از ملاک ماده 553 ق.م. هم قابل استنباط است؛ چه در این ماده، چنانچه اشاره شد، برای تشخیص تجارت مورد مضاربه به عرف مراجعه شده است و چنان است که رفع غرر و علم اجمالي باتوجه به عرف کافي

1- «وطبیعه‌ی بیع، لاحتمال الغرر و الجماله اصلاً بل هما تضادان ابداً. نعم، یحتمل الصلح و ذلك لانه مشروع لقطع الخصومه و التالم و الرضا بالواقع کیف كان خلاف البیع و الاجاره فانهما من العقود التغابن...» (کاشف الغطاء، 1359، 183)

2- ماده‌ی 533 ق.م. : «در صورتی که مضاربه مطلق باشد یعنی تجارت خاصی شرط نشده باشد عامل می‌تواند هر قسم تجارتي را که صلاح بداند بنماید ولی در طرز تجارت باید متعارف را رعایت کند.»

شناخته شده است؛ چون از این لحاظ خصوصیتی در مضاربه نیست، می‌توان این قاعده را به سایر قراردادهای گسترش داد (صفایی، 1382، 134). نکته‌ی شایان توجه آن است که برخی از حقوق‌دانان علیرغم آنکه ضابطه‌های قبلی را ارائه نموده‌اند، در مورد مشابه، بر دخالت عرف در مفهوم و حدود معلوم بودن اذعان دارند. چنانکه در مبحث تعدیل قرارداد می‌نویسند: «... تعیین عوض قرارداد به گونه بالا، سبب مبهم و مجهول شدن مورد قرارداد و بطلان آن نمی‌شود؛ زیرا ملاک معلوم بودن مورد قرارداد، تشخیص عرف است و عرف مشخص ساختن مورد قرارداد را به گونه مذکور، موجب مجهول شدن مورد قرارداد نمی‌داند.» (شهیدی، 1382، 39). وقتی که دخالت عرف پذیرفته شده باشد، تفاوتی بین آن دو صورت وجود ندارد. این ضابطه از آن جهت که عرف را به عنوان يك منبع انعطاف‌پذیر جهت تشخیص ضرورت علم اجمالی یا تفصیلی مؤثر دانسته است با واقعیت‌های نوین حقوق انطباق بیشتری دارد. البته در این موارد، بیان نکات زیر ضروری است:

اولاً، به نظر می‌رسد ضابطه‌ی عرفی می‌تواند با سایر ضوابط، خصوصاً ضابطه‌ی عقود مسامحه‌ای و مغاینه‌ای قابل جمع باشد؛ زیرا عرفاً در عقود مسامحه، تسامح وجود دارد. به عبارت دیگر، غالباً با ضابطه‌ی نوعی و قانونی مزبور تطابق دارد. ثانیاً، ضابطه‌ی عرفی، قلمرو وسیع‌تری برای موارد کفایت علم اجمالی ترسیم می‌کند. ثالثاً، نتیجه‌ی پذیرش ضابطه‌ی عرفی، قائل شدن به تأثیر آن بر مفهوم غرر است؛ بدین معنا که روش‌های عرفی تعیین قیمت، موجب رفع غرر می‌شوند، مثل ارجاع تعیین ثمن به نرخ بازار؛ هر چند آن عقد، از عقود مغاینه باشد.

حقوق کشورهای عربی نیز به این ضابطه تمایل دارد. در حقوق آن کشورها، جهالت بر دو قسم است: جهالت فاحش که منجر به منازعه می‌شود و جهالت اندک که منجر به منازعه نمی‌شود و انسانها عرفاً از آن تسامح می‌کنند. بر این اساس، در بیع، جهالت فاحش باید رفع شود؛ یعنی تاحدی علم حاصل شود که عرفاً نزاع منتهی شود (مواد 129 / 2 - 203 - 409 قانون معاملات مدنی امارات و ماده‌ی 161 قانون مدنی اردن) این ضابطه برگرفته از فقه عامه است (الزحیلی، 1407 هـ. ق. 26).

دیدیم که عرف در میزان معلوم بودن اعم از علم اجمالی یا تفصیلی تأثیر می‌گذارد. علم تفصیلی یعنی علم کامل به امور سه‌گانه ماهیت، مقدار و وصف از هر جهتی که عرفاً در تحقق رضا به معامله مؤثر باشد. درحالی‌که این کمال در علم اجمالی وجود ندارد (شهیدی، 1377، 316). علیرغم آنکه ماده 216 ق. م لزوم علم تفصیلی را بیان می‌دارد، اما به مفهوم معلوم بودن و ضابطه‌ی تعیین آن اشاره‌ای نمی‌کند. همین اجمالی موجب گردیده است تا در خصوص مفهوم و قلمرو هر یک از عناصر مزبور (جنس، وصف و مقدار)، تردیدهایی به وجود آید و اختلافاتی بروز کند. باتوجه به ضابطه‌ی عرفی، آنچه برای صحت معامله صحیح است دقت عرفی بجای دقت علمی است و معلوم بودن آن نزد عرف که معمولاً با مسامحه همراه است کافی خواهد بود. بنابراین دستمزد پیمانکار در قراردادهای پیمانکاری که امروزه منعقد می‌شود و در آن اقساط دستمزد براساس فرمول‌های خاصی تعیین می‌گردد و بستگی به میزان نوسانات ارزش پول و تورم اقتصادی آینده دارد، عرفاً معلوم تلقی می‌شود و تغییرات محدوده نرخ تورم پیش‌بینی شده، سبب مجهول شدن مورد معامله نبوده و عرفاً قابل گذشت می‌باشد. چگونگی رفع ابهام از مورد معامله در موضوعات مختلف متفاوت است و در هر حال یا از طریق مشاهده و درک وضعیت عینی و یا از راه توصیف انجام می‌شود. اگر مورد معامله عین معین یا کلی در معین باشد، ماهیت اوصاف و مقدار مورد معامله معمولاً با مشاهده مشخص می‌گردد؛ در عین حال که ممکن است رفع ابهام با توصیف نیز به عمل آید؛ مانند اینکه شخصی با ذکر همه‌ی اوصاف مهم اتومبیل معین خود، به هنگام فروش از مورد معامله رفع ابهام کند. در مواردی که مورد معامله کلی فی الذمه باشد، بدیهی است

که قرارداد با صرف مشاهده معلوم نمی‌شود و باید با معرفی و توصیف معلوم گردد (شهیدی، 1377، 320)، (ماده 351 ق.م.ا).

به نظر می‌رسد مورادی که مورد عقد در عرف معلوم است، نیازی به بیان یا مشاهده آن وجود ندارد و این وضعیت عرفی را می‌توان دلیل معلوم بودن مورد معامله نزد طرفین دانست (صفایی، 1382، 134- کاتوزیان، 1372، 341- شهیدی، 1377، 312). مثلاً با توجه به آنکه نرخ بسیاری از کالاها به علت دخالت دولت در کنترل بازار مشخص است، حتی اگر ثمن معامله هنگام عقد ذکر نشود، ثمن معامله عرفاً معلوم و معامله صحیح خواهد بود (کاتوزیان، 1372، 341). مشروط بر آنکه طرفین از میزان متعارف مطلع باشند.

بنابراین علم به مقدار عوضین از جمله ثمن، تاحدی لازم است که حدود و ابعاد اصلی آنها روشن گردد و همین که قرارداد، عوضین به نحوی تعیین شوند که عرف ایجاد اصلی آنها را بدانند باید حکم به کفایت داد. کمیت مورد معامله نیز با مشاهده و یا با ضابطه‌ی متعارف مانند وزن یا کیل یا عدد یا ذرع یا مساحت معلوم می‌گردد (حسینی عاملی، بی تا، 225). (ذیل ماده 342 ق.م.ا). بنابراین ضابطه‌ی متعارف باید وجود داشته باشد. قانون مدنی نیز، تعیین کمیت مورد معامله عین معین را، از راه توصیف و به صورت شرط و بدون نیاز به شمردن یا وزن کردن و نظایر آن پیش‌بینی نموده است (ماده 343 ق.م.ا).

در فقه، راه‌های مختلفی در مورد میزان توصیف ارائه شده است؛ از قبیل حد متوسط اوصاف، اوصاف مؤثر در ارزش، اوصاف مؤثر در رغبت نوعی یا شخصی که فهم دقیق هر یک مستلزم بحث طولانی است. اما از مفاد ماده 279² ق.م.ا چنین بر می‌آید که پاره‌ای از اوصاف فرعی از جمله آنچه به مرغوب بودن مبیع یا ثمن کلی مربوط است، می‌تواند ناگفته بماند و در اختیار فروشنده باشد. همچنین از سایر مواد قانونی، همچون مواد 356 تا 359³ نیز استفاده می‌شود که توابع مبیع ممکن است مجهول بماند

1- ماده‌ی 351 ق.م.ا: «در صورتی که مبیع کلی یعنی صادق بر افراد عدیده باشد بیع وقتی صحیح است که مقدار و جنس و وصف مبیع ذکر بشود.»

1- ماده‌ی 343 ق.م.ا: «اگر مبیع به شرط مقدار معین فروخته شود بیع واقع می‌شود اگرچه هنوز مبیع شمرده نشده یا کیل یا ذرع نشده باشد.»

2- ماده‌ی 279 ق.م.ا: «اگر موضوع تعهد عین شخصی نبوده و کلی باشد متعهد مجبور نیست که از فرد اعلا‌ی آن ایفاء کند لیکن از فردی هم که عرفاً معیوب محسوب است نمی‌تواند بدهد.»

3- ماده‌ی 356 ق.م.ا: «هر چیزی که بر حسب عرف و عادت جزء یا تابع مبیع شمرده شود یا قرائن دلالت بر دخول آن در مبیع نماید داخل در مبیع و متعلق به مشتری است. اگرچه در عقد صریحاً ذکر نشده باشد و اگرچه متعاملین جاهل بر عرف باشند.»
ماده‌ی 357 ق.م.ا: «هر چیزی که بر حسب عرف و عادت جزء یا از تابع مبیع شمرده نشود داخل در بیع نمی‌شود مگر اینکه صریحاً در عقد ذکر شده باشد.» بقیه در صفحه بعد

ماده‌ی 358 ق.م.ا: «نظر به دو ماده فوق در بیع باغ، اشجار و در بیع خانه ممر و هر چه که ملحق به بنا باشد به طوری که بتوان آن را بدون خرابی نقل نمود متعلق به مشتری می‌شود و برعکس زراعت در بیع زمین و میوه در بیع درخت و حمل در بیع حیوان متعلق به مشتری نمی‌شود مگر اینکه تصریح شده باشد یا بر حسب عرف از توابع شمرده شود. در هر حال طرفین عقد می‌توانند به عکس ترتیب فوق تراضی کنند.»

ماده‌ی 359 ق.م.ا: «هرگاه دخول شیئی در مبیع عرفاً مشکوک باشد آن شیء داخل در بیع نخواهد بود مگر آنکه تصریح شده باشد.»

و تعیین آن به عرف و اگذار گردد، اما اوصافی که مؤثر در رضاست باید تعیین شود. پس می‌توان گفت معلوم بودن مبیع یا ثمن کافی است و توابع آن می‌تواند معلوم یا مجهول باشد چون در نزد عرف، قابلیت تعیین وجود دارد (کاتوزیان، 1371، 115). ماده 220 ق. م. نیز مقرر می‌دارد: «عقود نه فقط متعاملین را به اجرای آن چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می‌نماید، بلکه متعاملین به کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می‌شود ملزم می‌باشند.» نکته حائز اهمیت آن است که هرچه طرفین در صنف خاصی از معاملات، مجرب‌تر باشند، به همان میزان، از سخت‌گیری نسبت به شرط مزبور کاسته می‌شود و طبعاً عرف نیز آسان‌تر از کنار آن می‌گذرد. در صورت، مفهوم عرفی معلوم بودن مورد معامله به مراتب انعطاف‌پذیرتر از مفهوم ریاضی و ادبی آن است.

باید توجه داشت انطباق بحث مزبور بر معامله مردد، محل تردید و اختلاف است. اصولاً این اعتقاد حاکم است که در مورد معامله مردد نمی‌توان از احکام مزبور استفاده کرد و قاعده‌ای انعطاف‌پذیر ساخت. ماده 564 ق. م. در مورد جعله اعلام می‌دارد: «در جعله گذشته از عدم لزوم تعیین عامل ممکن است عمل هم مردد و کیفیات آن نامعلوم باشد.» ظاهراً تنها استثناء قانونی، عقد جعله است. درحالی‌که در عقد ضمان که از عقود مسامحه می‌باشد و در آن علم اجمالی کفایت می‌کند، ضمانت مردد، باطل اعلام گردیده است. ماده 694 ق. م. مشعر بر این ادعا است: «علم ضامن به مقدار و اوصاف و شرایط دینی که ضمانت آن را می‌نماید شرط نیست، بنابراین اگر کسی ضامن دین مشخص بشود بدون اینکه بداند آن دین چه مقدار است ضمان صحیح است لیکن ضمانت یکی از چند دین به نحو تردید باطل است.» به علاوه، این اعتقاد در فقه و حقوق وجود دارد که هبه، وصیت و صلح مردد باطل است. بنابراین در بحث تردید، صرفاً تردیدهای احصاء شده در مباحث پیشین قابل پذیرش است.

نتیجه

دانستیم قانون مدنی ایران، به لحاظ انعطاف‌پذیری و قابلیت انطباق با کلیه قواعدی که ریشه عرفی دارد، قادر است خود را با اصول کلی حاکم بر بیع و نیازهای جدید هماهنگ و همراه سازد. از عبارات اصل 167 قانون اساسی به خوبی بر می‌آید که در مرحله‌ی نخست، رأی دادگاه باید متکی به متن و روح قانون باشد. این بدان معنا نیست که دادرس در بند الفاظ گرفتار آید، بلکه او حق دارد راه‌حل‌های عادلانه بیابد. در واقع با دو منبع انعطاف‌پذیر در صورت سکوت یا اجمال قانون مواجه هستیم: منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی. در اینجا مروری کوتاه خواهیم داشت به همه مطالبی که در این مقاله، با تلفیق این منابع، مطرح و مورد بررسی قرار گرفته است.

- 1- مورد معامله باید حائز شرایطی باشد که از جمله، معلوم و معین بودن آن است. مبنای لزوم تعیین آن، نظم عمومی و بنای عقلاست. لذا تخلف از آن، موجب بطلان عقد می‌شود.
- 2- در مبحث مربوط به «معین بودن معامله» گفتیم تردید در مرحله‌ی ایجاب، مانع انعقاد بیع نخواهد بود. به طوری که با قبول یکی از آن ایجاب‌ها، بیع واقع می‌شود. ضمناً تردید در نوع وجه نقد نیز، موجب بی‌اعتباری عقد نخواهد شد.
- 3- مفهوم «معلوم بودن» امریست موضوعی که بحث‌های فراوانی را به دنبال دارد. گفتیم، اشتباه در ماهیت یا مقدار یا اوصاف مهم مورد معامله با «معلوم نبودن» آن موارد تفاوت دارد.
- 4- علم به مورد معامله تاحدی ضرورت دارد که حدود و ابعاد اصلی آن روشن شود. در صورتی که عوضین طوری توصیف شوند که متعاملین یا عرف، ابعاد اصلی آن را بدانند، باید حکم به کفایت آن داد.
- 5- ضمن بررسی مفهوم ماده 216 ق. م. به این پرسش‌ها پاسخ داده شد که در چه عقود، علم تفصیلی شرط است و آیا موارد منصوص در قانون مدنی، حصری است یا تمثیلی؟

پاسخ به این پرسش‌ها و تحلیل نظرات مختلف نشان داد که ضابطه‌ی عرفی با مبانی حقوق ایران سازگارتر است. چنانکه پیشنهاد شد ماده مزبور به شرح ذیل اصلاح شود: «در نظر متعاملین یا عرف، مورد معامله نباید مبهم باشد، مگر در مواردی که عرف یا قانون، علم اجمالی به آن را کافی بداند.»

6- در رابطه با مفهوم غرر، تعریف‌های متفاوتی ارائه شد. اما تعریف غالب عبارت است از احتمال ضرر و خطر که با مبانی رفع غرر انطباق بیشتری دارد. لذا هر جهل و ابهامی نسبت به مورد معامله، سبب بطلان عقد نخواهد شد. بلکه آن مقدار از جهل که در عرف بازار و تجارت، غیرقابل گذشت بوده و سبب ایجاد نزاع بین متعاملین شود، موجب بطلان عقد خواهد شد.

7- معیار تشخیص وجود غرر در معامله، موضوعی و عرفی است. البته دخالت عرف در تشخیص موضوع غرر است، نه تغییر حکم؛ زیرا نه تنها از حیثه‌ی قدرت عرف خارج است، بلکه نفی غرر، قاعده امره و تخلف ناپذیر محسوب می‌شود.

فهرست منابع

- 1- اسلامی پناه، «رساله معلوم و معین بودن معامله در حقوق ایران وفقه اسلامی و بررسی تطبیقی آن در حقوق فرانسه و کامان لا»، دانشگاه تهران، 1380
- 2- آل کاشف الغطاء، تحریرة المجله، دو جلدی، تهران، مکتبه النجاح و مکتبه فیروز آبادی، 1359 هـ. ش.
- 3- امامی، حقوق مدنی، دوره شش جلدی، تهران، اسلامیة، 1369
- 4- جعفری لنگرودی، مقاله «عقود مغایبه»، مجله حقوقی وزارت دادگستری، سال بیستم، شماره 1، ص 210 الی 225
- 5- جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، شش جلدی، چاپ اول، تهران، گنج دانش، 1378
- 6- جیلانی (میرزای قمی)، جامع الشتات، سه جلدی، جلد اول، تهران، کیهان
- 7- حسینی عاملی، بی تا، مفتاح الکرامه، دوره 11 جلدی، جلد چهارم، بیروت، داراحیاء التراث العربی
- 8- الحر العاملی، وسائل الشیعه، جلد اول، تهران، اسلامیة، 1389 هـ. ق.
- 9- حائری شاهباغ، شرح قانون مدنی، دو جلدی، چاپ اول، تهران، اسلامیة، 1376
- 10- خویی، مصباح الفقاهه، چاپ اول، بیروت، نشر دارالهادی، 1412 هـ. ق.
- 11- خویی، الشروط و التزامات التبعية فی العقود، سه جلدی، چاپ اول، بیروت، دارالهادی، 1414 هـ. ق.
- 12- دهخدا، بی تا، لغت نامه دهخدا، دانشگاه تهران
- 13- شهید ثانی (زین الدین جبعی عاملی)، بی تا، الروضة البهیة (شرح لمعه دمشقیه)، ده جلدی، بیروت، دارالعالم اسلامی
- 14- شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، جلد اول، چاپ اول، تهران، حقوقدان، 1377
- 15- شهیدی، حقوق مدنی (اصول قراردادها و تعهدات)، جلد دوم، چاپ اول، تهران، حقوقدان، 1379
- 16- شهیدی، حقوق مدنی، جلد سوم، چاپ اول، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد، 1382
- 17- شهیدی، حقوق مدنی سه، چاپ سوم، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد، 1382
- 18- سنهوری، بی تا، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، ده جلدی، بیروت، داراحیاء التراث العربی

- 19- سنهوري، بي تا، مصادر الحق، جلد سوم، بيروت، داراحياء التراث العربي
- 20- صفائي، دوره مقدماتي حقوق مدني، جلد دوم، چاپ اول، تهران، ميزان، 1382
- 21- عابدیان، شروط باطل وتأثير آن در عقود، چاپ اول، تهران، ققنوس، 1379
- 22- علامه، شروط باطل وتأثير آن در عقود، چاپ دوم، تهران، هاني، 1379
- 23- محقق حلي، شرايع الاسلام، دو جلدی، چاپ اول، تهران، استقلال، 1412 هـ. ق.
- 24- موسوي خميني، البيع، شش جلدی، قم، موسسه النشر الاسلامي، 1415 هـ. ق.
- 25- موسوي بجنوردي، بي تا، القواعد الفقهيہ، هفت جلدی، قم، دارالکتب الاسلاميه
- 26- عميد، فرهنگ عميد، سه جلدی، چاپ چهارم، تهران، امير کبير، 1374
- 27- فخار طوسي، در محضر شيخ انصاري، چاپ دوم، تهران، منشورات دارالحکومه، 1374
- 28- فنوايي و ساير نويسندگان، حقوق قراردادها در فقه اماميه، ج اول، چاپ اول، تهران، سمت، 1379
- 29- کاتوزيان، قواعد عمومي قراردادها، ج اول (الف)، چاپ دوم، تهران، بهنشر، 1372
- 30- کاتوزيان، قواعد عمومي قراردادها، ج دوم (ب)، چاپ دوم، تهران، شرکت سهامي انتشار، 1372
- 31- کاتوزيان، عقود معين، ج اول، چاپ چهارم، تهران، شرکت سهامي انتشار، 1371
- 32- کاتوزيان، حقوق مدني (مشارکتها - صلح)، چاپ دوم، گنج دانش، 1368
- 33- کاتوزيان، قانون مدني در نظم کنوني، چاپ اول، تهران، دادگستر، 1377
- 34- کاتوزيان، نظريه عمومي تعهدات، چاپ اول، تهران، يلدا، 1374
- 35- موسوي، مباني نظري جهل و اشتباه و آثار آن بر اعمال حقوقي، چاپ اول، تهران، امير کبير، 1382
- 36- محمدي، قواعد فقه، چاپ اول، تهران، 1373
- 37- محمدي، مباني استنباط حقوق اسلامي، چاپ دهم، تهران، 1377
- 38- نجفي، جواهر كلام، 43 جلدی، بيروت، داراحياء التراث العربي، 1408 هـ. ق.
- 39- نوري، مقاله «ثمن شناور»، نامه مفيد، سال ششم، شماره دوم، شماره پيای 22، 1379، ص 40 الي 60
- 40- ولايي، فرهنگ تشريحي اصطلاحات اصول، چاپ اول، تهران، نشر ني، 1374