

## نگاهی به مشروعیت عقد بیع با ثمن شناور از منظر فقه و حقوق موضوعه ایران

آیلین دانشور

کارشناس ارشد رشته حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد اردبیل

### چکیده

بیع با ثمن شناور بیعی است که در آن ثمن در زمان انعقاد بیع به نحو قطعی و تفصیلی معین نشده است و تعیین آن به ضابطه تغییرپذیری و یا تغییرناپذیر و عاملی عینی یا شخصی موکول شده است. مسئله ای که در میان فقهاء مشهور است لزوم تعیین قطعی ثمن معامله و آگاهی طرفین به مورد معامله می باشد، به عبارت دیگر مبیع و ثمن معامله باید معلوم و معین باشد و در صورت جهل به آن، بیع غرری بوده که بطلان بیع را بدنبال خواهد داشت. اما درمقابل این نظریه، عده ای عقیده دارند که وجود نوعی جهل در ثمن نیز مصحح عقد بیع بوده و به بیان دیگر تعیین مکانیزم مقدار ثمن نیز یکی از مصادیق تعیین ثمن است. هر یک از این نظریه ها برای ادعای خود به دلایلی استناد نموده اند. در حقوق ایران مواد ۱۹۰ و ۲۱۶ مربوط به قواعد عمومی قراردادها می باشد و همچنین در قواعد مربوط به عقد بیع نیز باستناد موادی از قانون مدنی بر لزوم تعیین قطعی ثمن و علم تفصیلی به آن، از قواعد امره و از مصادیق مربوط به نظم عمومی به شمار می آید. با توجه به اینکه قانون مدنی ایران نقش ویژه ای به عرف داده و عرف از منابع حقوقی محسوب شده است بنابراین می توان قواعد حقوقی را در پرتو عادات و رسوم و نیازمندی های جامعه تفسیر کرد و با توجه به اینکه ضابطه معلوم و معین بودن و نهی از مردد بودن با عرف است که در قانون مدنی به کرات به عرف، استناد شده است و برتری آن در تعدادی از مواد اشاره گردیده است.

کلمات کلیدی: ثمن شناور، عقد، غرر، جهالت، عرف، اجماع

# دومین کنگره بین المللی تحقیقات بین رشته ای در علوم انسانی اسلامی، فقه، حقوق و روانشناسی

تهران - ۳۰ مرداد ۱۳۹۹

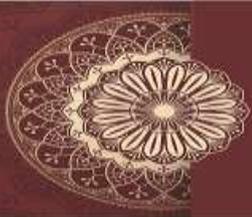
## مقدمه

عقد بیع یکی از مهمترین عقود معین و کامل ترین گونه از اقسام عقود معوض است، «از نظر تاریخ حقوق، بیع مولود معاوضه ساده ای است که احتیاجات بشر از دیرزمان، آن را به وجود آورده و بتدریج قیودی به آن افزوده شده تا به صورت کنونی در آمده است.» (امامی، ۱۳۸۸).

عقد بیع اعم از داخلی و خارجی از شاخص ترین اعمال تجاری از قدیم الایام تاکنون بوده و می باشد، بطوری که می توان ادعا کرد بیع مادر و سر منشاء اکثر معاملات تجاری نظیر حمل و نقل دریایی، زمینی، هوایی و یا ترکیبی از آنها، بیمه، اعتبارات اسنادی و معاملات عمده بانکها می باشد. با توسعه فعالیت های اقتصادی، هم در عرصه جهانی و هم در سیستم های داخلی، دستیابی به اصول و قواعدی که زمینه ساز ثبات، تسهیل و سرعت بخشیدن به معاملات تجاری و بازرگانی را امکان پذیر سازد بیشتر از زمان گذشته در شرایط فعلی احساس می شود. (داراب پور، ۱۳۹۲)

در شرایط فعلی متصدیان امر بر این نکته، نظر ویژه ای نمایند که اشتغالزایی، سرمایه گذاری، پیشرفت اقتصادی، تولید بهتر و با کیفیت، ایجاد فرصت های شغلی، جلب و هدایت سرمایه گذاری بسوی امور تولیدی و صنعتی... از جمله مسائلی نمی باشد که با توسل به اصول سنتی پاسخگویی احتیاجات و نیاز های فعلی جامعه باشد، تا بتوان در سایه ان به این نیازها جامعه عمل پوشانید. علت عمده این که فقهای اسلامی و به تبع آنها طراحان قانون مدنی ایران را بر آن داشته تا معامله ای که ثمن آن مجهول یا نامعین بوده را باطل اعلام نمایند غرری بودن معامله است. اما در صورتیکه معلوم شود که در برخی معاملات مجهول بودن ثمن موجب غرری نمی گردد، در این گونه موارد، اصرار بر معلوم و معین بودن ثمن، اقدامی غیر ضروری تلقی خواهد شد؛ به خصوص در مواردی که تعیین ثمن در بدو امر ناممکن و انعقاد قرارداد لازم باشد و عدم انعقاد آن موجب بروز ضرر و زیان گردد یا سود مطلوبی را ضایع نماید

پس به جرأت می توان عنوان نمود که برای صحت انعقاد عقد بیع نه تنها مبیع باید معلوم و معین باشد، بلکه این حکم در مورد ثمن نیز جاری است و عقد بیع واقع نمی شود مگر این که بایع و مشتری بدو در مبیع و ثمن آن توافق نموده باشند. به عبارت ماده ۳۳۹ قانون مدنی: «پس از توافق بایع و مشتری در مبیع و قیمت آن، عقد بیع به ایجاب و قبول واقع می شود». به عبارت دیگر اگر ثمن شناور باشد اعم از این که معلوم یا معین نباشد، بیع صحیحاً واقع نمی شود. این امر در مورد سایر معاملات معوض نیز ظاهراً صادق است و صحت هر معامله ای که ثمن آن شناور باشد محل تردید است. البته با توجه به بحث غرر در معاملات، لزوم معلوم و معین بودن مورد معامله در خصوص بیع با ثمن شناور، تجار برای حل مسائل خویش منتظر حقوقدانان محافظه کار ننشسته، بلکه خود در صدد تلاش برای حل مشکلات برآمده هستند و به حکم بطلان معاملات توسط قانونگذار ارزش قائل نشده اند، اما این امر مشکلات آنان را در راه با محاکم حل نخواهد کرد. پس باید راه حلی اندیشید که تجار، کارخانه دار و شرکتهای تجاری و در مجموع متعاملین از این سردرگمی اقتصادی و تجاری رهای یابند. با این حال امروزه به واسطه تحول نیازهای اجتماعی خصوصاً در زمینه امور تجاری، شاهد شیوع قراردادهایی هستیم که متعاملین در هنگام انعقاد قرارداد نمی توانند یا شاید نمی خواهند عوض (قیمت) قرارداد خود را دقیقاً معلوم سازند، بلکه تعیین آن را به شاخصهای کم و بیش متغیری در آینده محول می سازند و حتی بعضاً مسکوت می گذارند. نمونه این گونه قراردادها عمده در زمینه فروش مصنوعات و پیمانکاریهای ساختمانی و اجاره های بلند مدت و قراردادهای مستمر و خصوصاً قراردادهای نفتی به چشم می خورد، مع ذلک محدود به امور مذکور نمی گردد. تاملی کوتاه در قراردادهای تجاری، فیما بین تجار و شرکت های تجاری، این واقعیت را آشکار می سازد که در عمل ضرورتهای بسیاری وجود دارد که مانع توافق متعاملین بر یک قیمت مشخص می گردد و با چنین حجم قابل توجهی از این گونه قراردادها، اهمیت بررسی و آثار حقوقی آنها انکار ناپذیر است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳)



# دومین کنگره بین المللی تحقیقات بین رشته ای در علوم انسانی اسلامی، فقه، حقوق و روانشناسی

تهران - ۳۰ مرداد ۱۳۹۹

## معنا و مفهوم ثمن

عقد بیع یکی از عقود معوض است که دارای دو مورد می باشد یکی مبیع یا مثنی و دیگری ثمن نامیده می شود. فرق بین ثمن و مبیع مانند فرق بین عوض و معوض، اعتباری است و از الفاظی که متباین برای انعقاد بیع بکار میبرند و یا از اوضاع و احوال و قراین خارجی، میتوان دانست که کدامیک از دو مورد مبیع و یا ثمن است، زیرا هر مالی که بتواند مبیع باشد میتواند ثمن قرار گیرد و از حیث شرایط ماهوی فرقی ندارد، ولی اموالی هستند که می تواند ثمن قرار گیرند و نمی توانند مبیع واقع شوند، مانند منفعت عمل و حق. (امامی، ۱۳۸۸)

ثمن در لغت عبارت از مالی که عوض مبیع در عقد بیع قرار می گیرد، ثمن بایستی مال باشد این امر با ملاک قرارداد ماده ۳۴۸ قانون مدنی معلوم گردیده است و لازم نیست حتما پول باشد بلکه ممکن است عین یا کلی در ذمه باشد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳)

هر گاه در عقد بیع یکی از عوضین پول باشد عنوان ثمن را دارد و اگر هیچیک از عوضین پول نباشد آنکه سبقت به اظهار قصد کند صاحب مبیع و دیگری صاحب ثمن می باشد. وجود ثمن از ارکان ذات و جوهر بیع است، یعنی اگر تملیک عین در برابر ثمن نباشد نمی توان قرارداد را بیع نامید و اگر در بیع شرط شود که مال به رایگان انتقال یابد یا ثمن به ملکیت فروشنده در نیاید؛ چنین شرطی خلاف مقتضای ذات عقد بیع است. از نظر فقه جعفری تمایز بین ثمن و مبیع، تمایزی حقیقی و ماهوی نبوده، بلکه تفاوتی اعتباری است. به هر حال، برخلاف مبیع هر حق یا منفعتی می تواند ثمن واقع شود. بدیهی است که خریدار می تواند ثمن قرارداد را به صورت خدمات یا مشاوره ارائه دهد.

## معنا و مفهوم ثمن شناور

ثمن شناور به عنوان یکی از دو مورد معامله امروزه هم در عرصه داخلی و در عرصه جهانی مورد بحث و گفتگو می باشد و در عرصه خارجی در اکثر کشورها به خصوص در کنوانسیون بیع بین المللی کالای ۱۹۸۰ وین مورد پذیرش قرار گرفته است. منظور از "ثمن شناور" یا "ثمن نامعین" و یا "ثمن باز و مفتوح" ثمنی است که توسط متعاقدين در زمان انعقاد عقد معلوم و معین نشده یا به عللی قابل تعیین نبوده و متعاملین تعیین قطعی آن را به آینده موکول نموده اند، به عنوان مثال در حالتی این امکان وجود دارد که طرفین معامله، ثمن قرارداد را بطور کلی مسکوت گذارده و رفع ابهام از آن را به آینده موکول نمایند. در عین حال ممکن است یکی از طرفین در مورد ثمن معامله از طرف دیگر معامله آگاهی بیشتری داشته باشد و این اطلاع، یا از داشتن آگاهی جنبی بوده و یا ناشی از این است که یک طرف فاکتورهای تعیین ثمن را بهتر از طرف دیگر می داند. به هر حال نمی توان موارد معلوم و معین نمودن ثمن در قراردادها را احصاء نمود، زیرا مصادیق بیشماری را برای آن می توان مطرح ساخت. (داراب پور، ۱۳۹۲)

ثمن شناور آنگونه عوضی است که در زمان انعقاد قرارداد مقدار یا نوع و یا سایر مشخصات آن معلوم و مشخص نیست اعم از اینکه این ابهام و تردید ناشی از مسکوت گذاردن ثمن معامله به طور کلی باشد یا شیوه ای برای تعیین ثمن وضع شده یا شاخصی منظور گردیده یا شخص ثالثی مأمور به تعیین آن در آتیه باشد.

فروش کالا با ثمن شناور یعنی بهایی که هنگام تشکیل قرارداد بیع معلوم نیست، اما روش تعیین آن مورد توافق قرار گرفته است (بالفعل معلوم نیست اما قابلیت تعیین دارد) با توجه به موارد فوق ثمن شناور آن گونه عوضی است که در زمان انعقاد قرارداد مقدار یا نوع و یا سایر مشخصات آن معلوم و معین نیست؛ اعم از این که ابهام یا تردید ناشی از مسکوت گذاردن ثمن معامله به طور کلی باشد یا شیوه ای برای تعیین ثمن وضع شده یا شاخصی منظور گردیده یا شخص ثالثی مأمور به تعیین آن در آتیه باشد

# دومین کنگره بین المللی تحقیقات بین رشته‌ای در علوم انسانی اسلامی، فقه، حقوق و روانشناسی

تهران - ۳۰ مرداد ۱۳۹۹



در ماده ۳۳۹ قانون مدنی ایران مقرر شده است "پس از توافق بائع و مشتری در مبیع و قیمت آن، عقد بیع به ایجاب و قبول واقع می شود". از این ماده چنین برداشت می شود که قیمت (ثمن) باید همانند کالا (مبیع) با توافق قبلی فروشنده و خریدار تعیین گردد و بر پایه آن، عقد با ایجاب و قبول محقق می گردد. از این رو نمی توان بیعی را با ثمن مجهول، مبهم یا مورد اختلاف واقع ساخت. لیکن مرسوم است که در پاره ای از معاملات به ویژه در عرصه تجارت بین المللی بهای کالا به حکم یکی از طرفین واگذار می شود، که نظر این شخص را که غالباً فردی کارشناس و صاحب نظر است، در مورد کالا بپذیرند و بیع را بر این مبنا منعقد سازند. گاه نیز طرفین قرارداد، تعیین ثمن معامله را به عرف رایج و قیمت عادلانه بازار احاله می دهند. برخی از بزرگان مدعی اجماع بر عدم جواز بیع با ثمن قابل تعیین در آینده شده اند. (شهیدی، ۱۳۹۰)

## تبیین نظریه فقهای شیعه در مورد بیع با ثمن شناور

بیشتر فقیهان امامیه در بحث از عوضین و لزوم تعیین آن در قرارداد بیع، تصریح نموده اند که معلوم بودن عوضین (ثمن و مبیع) از شرایط درستی عقد بیع است و نمی توان سرنوشت ثمن بیع را به اختیار کسی واگذار کرد، آنان بر این مطلب به ادله ای استناد کرده اند، که تعدادی از نظرات گرد آوری شده بیان می گردد:

مرحوم ابن زهره حلبی در کتاب غنیه النزوع می گوید "شرط است که مورد عقد معلوم باشد، چون عقد بر مجهول باطل است. بلا خلاف، زیرا این نوع بیع، بیع غرری است..." "شاهد ثانی نیز در این باره، در شرح عبارت شهید اول که "بیع با حکم یکی از متعاقدین یا شخص بیگانه (اجنبی) صحیح نیست" ادعای اتفاق نموده است. (جلی عاملی، ۱۳۸۷)

در شرایع الاسلام محقق حلی می فرماید: شرط است که قدر و جنس و وصف ثمن معلوم باشد و اگر به حکم یکی از طرفین بیع شود - یعنی تعیین آن به یکی از طرفین سپرده شود - عقد منعقد نمی گردد. (حلی، ۱۳۷۹)

صاحب جواهر در شرح این سخن محقق حلی گفته است: اگر تعیین ثمن به یکی از طرفین عقد، یا شخص ثالثی، یا عرف و عادتی که در تعیین مقدار یا جنس یا وصف ثمن هست و اگذار گردد، عقد منعقد نمی شود و می افزاید: در اصل اعتبار علم طرفین به ثمن میان فقیهان ما اختلافی نیافته ام مگر اسکافی. وی پس از نقل سخن اسکافی - که در بخش بعدی خواهد آمد - در نقد و بررسی آن می گوید: این سخن متروک است بلکه هم پیش از اسکافی و هم پس از او، اجماع فقها بر خلاف این رای محقق است؛ ... این سخن با حدیث نبوی که متضمن نهی پیامبر صلی الله علیه و آله وسلم از بیع غرری است، مخالفت دارد. بنابراین صاحب جواهر با استناد به اجماع و حدیث نهی از بیع غرری، علم به ثمن را از شرایط صحت بیع می داند. (نجفی، ۱۳۹۰)

مرحوم علامه در کتاب قواعد، محقق ثانی در کتاب جامع المقاصد ضمن شرح کلام علامه، و شیخ انصاری در مکاسب از همین نظریه طرفداری کرده اند. شیخ انصاری در مسأله ای مستقل از کتاب مکاسب گوید: «معروف است که علم به میزان ثمن از شرایط درستی بیع است. پس اگر متاعی فروخته شود و تعیین بهای آن به یکی از طرفین سپرده شود عقد باطل است». سپس از مختلف و تذکره علامه، اجماع فقها، و از شرح لمعه و حاشیه سلطان العلماء، اتفاق علما و از سرائر، نفی خلاف میان مسلمانان نسبت به این حکم را نقل می کند.

شیخ انصاری، دلیل اصلی این حکم را روایت نفی غرر می داند و ضمن اشاره به روایات باب به عنوان جمع بندی مطلب می گوید: «در هر صورت این که حکم کنیم بیعی که تعیین ثمن آن به مشتری سپرده شده است، صحیح می باشد و ... ثمن را منصرف و محمول بر قیمت سوقیه بدانیم - چنانکه در بخش بعد خواهد آمد، ظاهر کلام حدائق این رای است - قولی ضعیف می باشد، و ضعیف تر از این نظر، کلامی است که از اسکافی نقل شده که گفته صحیح است بائع بگوید: این متاع را به تو فروختم به قیمتی که به دیگران فروخته ام». (انصاری، ۱۳۶۶)



## تبیین نظریه فقیهان اهل سنت و جماعت در مورد بیع با ثمن شناور

شروط بیع نزد حنفیان چهار گونه است: شرایط انعقاد، شرایط صحت، شرایط نفوذ و شرایط لزوم؛ (جمعا بیست و سه شرط) یکی از شرایط صحت بیع آن است که مبیع و ثمن معلوم باشند؛ علمی که مانع از بروز منازعه میان طرفین شود. پس بیع کالای مجهول - مثلاً گوسپندی از این بخش گله - صحیح نیست و نیز بیع با ثمن مجهول و نامعین مثل اینکه بگویند این کالا را به بهایش، یا به آنچه در دستان یا جیب اوست، خریداری کردم، صحیح نیست مالکین شرایط بیع را به شروط عاقد، صیغه و مورد عقد تقسیم کرده‌اند (جمعا یازده شرط). از این میان پنج شرط به ثمن و مثنی‌مربوط می‌شود که یکی از این شرایط، معلوم بودن عوضین برای طرفین است.

شافعیان برای اعتبار بیع سه دسته شرط را معتبر می‌دانند: شرایط عاقد، صیغه و موضوع عقد (جمعا بیست و دو شرط). شرایط موضوع عقد پنج امر است و یکی از آنها معلوم بودن عین، مقدار و صفت موضوع عقد - اعم از ثمن و مثنی - برای طرفین است. پس بیع یکی از این دو پیراهن و نظیر آن، باطل است به دلیل غرر یا جهالت.

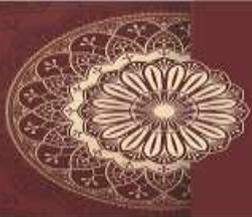
حنبلیان نیز شرایط بیع را در سه گروه بیان کرده‌اند: شرایط متعاقبین، صیغه و موضوع عقد (جمعا بیست و یک شرط) و بر آنند که شرایط موضوع عقد - ثمن باشد یا مثنی - شش چیز است و یکی از آنها این است که ثمن در حال عقد یا پیش از آن برای طرفین قرارداد مشخص باشد. بنابراین اگر بگویند بیع می‌کنم به مبلغی، یا به آن مبلغ که فلانی فروخته است، صحیح نیست مگر آنکه طرفین به آن مبلغ آگاهی داشته باشند. همچنین اگر بگویند می‌فروشم به همان مبلغ که مردم می‌فروشند، صحیح نیست. (همان)

## بیع با ثمن شناور در حقوق موضوعه ایران

بدیهی است که برای صحت هر معامله ای شروطی لازم بوده و یکی از این شرایط معین بودن موضوع معامله می‌باشد. به موجب بند سوم ماده ۱۹۰ قانون مدنی ایران معین بودن مورد معامله از جمله شرایط صحت معامله می‌باشد. همچنین مورد معامله نه تنها باید معین، بلکه معلوم نیز باشد. به موجب ماده ۲۱۶ قانون مدنی: «مورد معامله باید مبهم نباشد مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است». با توجه به این نکته که در معاملات معوض، مورد معامله اعم از عوض و معوض است، به حکم بند سه ماده ۱۹۰ قانون مدنی عوضین در معاملات معوض باید معلوم و معین باشند. این موضوع از تعریف عقد بیع نیز به دست می‌آید زیرا در تعریف این عقد در ماده ۳۳۸ قانون مدنی آمده است که: «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم». پس برای این که عقدی به عنوان بیع تلقی گردد ضروری است که عوض معامله (ثمن) معلوم باشد و به همین منوال، طبق ماده ۳۴۲ قانون مدنی، لازم است که مبیع معلوم باشد، البته معلوم بودن آن با توجه به معیارهای اندازه‌گیری به عرف بلد واگذار شده است. (محقق داماد، ۱۳۸۹)

پس به جرأت می‌توان عنوان نمود که برای صحت انعقاد عقد بیع نه تنها مبیع باید معلوم و معین باشد، بلکه این حکم در مورد ثمن نیز جاری است و عقد بیع واقع نمی‌شود مگر این که بائع و مشتری بدو در مبیع و ثمن آن توافق نموده باشند. به عبارت ماده ۳۳۹ قانون مدنی: «پس از توافق بائع و مشتری در مبیع و قیمت آن، عقد بیع به ایجاب و قبول واقع می‌شود». به عبارت دیگر اگر ثمن شناور باشد اعم از این که معلوم یا معین نباشد، بیع صحیحاً واقع نمی‌شود. این امر در مورد سایر معاملات معوض نیز ظاهراً صادق است و صحت هر معامله ای که ثمن آن شناور باشد محل تردید است.

در موارد فوق تفاوتی ندارد که راجع به ثمن توافقات ابتدایی صورت گرفته باشد و یا طرفین شیوه ای جهت تعیین آن در آینده مقرر داشته یا نداشته باشند و یا این که ثمن را به طور کلی مسکوت گذارده و در دایره ابهام رها کرده باشند.



# دومین کنگره بین المللی تحقیقات بین رشته ای در علوم انسانی اسلامی، فقه، حقوق و روانشناسی

تهران - ۳۰ مرداد ۱۳۹۹

ناگفته نماند که واژه ثمن شناور برای هر دو مورد فوق به کار می رود. در نتیجه، اگر پس از بحث و بررسی به این نتیجه برسیم که هنگامی که راجع به ثمن توافقات ابتدایی صورت گرفته معامله باطل است و این گونه توافقات برای صحت عقد بیع کافی نیست، به طریق اولی در فرضی که ثمن قرارداد مسکوت گذارده شده عدم صحت معامله محرز و بطلان آن مسلم می باشد. (شعبانی، ۱۳۶۹)

نکته دیگری که ذکر آن در اینجا جایز اهمیت بوده این است که چنانچه متعاملین، ثمن را در قرارداد مسکوت گذاشته باشند، چه ثمنی حاکم خواهد بود و این مطلب که چنانچه تعیین ثمن به شیوه ای که بدو طرفین در مورد آن به توافق رسیده اند ممتنع گردد تکلیف چه خواهد بود و بالاخره این که در سایر موارد ثمن شناور ضابطه تعیین ثمن چه می باشد، به طور جداگانه و گسترده بررسی نمی شود. (قنواتی، ۱۳۸۹)

در موارد خاصه که علم اجمالی به مورد معامله، از جمله ثمن، کفایت می کند، موارد مذکور به خوبی روشن نشده است. برخی این استثناء را به مواد مصرح در قانون، یعنی مواد ۶۹۴ و ۵۶۳ و ۵۶۴ و ۷۵۲ و ۷۶۶ قانون مدنی، محدود نموده اند.

اساتیدی که قانون را با توجه به عرف و نیازهای جامعه تفسیر کرده اند با توجه به این که عموم و خصوص مفهوم نسبی هستند فرموده اند که اشکالی ندارد خود این استثناءها بتواند بیانگر یک قاعده حقوقی باشد و قواعد حقوقی را نیز نباید تنها در چارچوب قانون مورد بررسی قرار داد، بلکه باید آنها را در پرتو رسوم و عادات و نیازمندیها تفسیر نمود. (صفایی، ۱۳۸۸)

## معلوم و معین بودن مورد معامله

عنوان گردید که معین بودن مورد معامله به موجب بند سه ماده ۱۹۰ قانون مدنی از جمله شرایط صحت معامله می باشد. ضرورت معلوم بودن مورد معامله نیز از ماده ۲۱۶ قانون فوق استنباط گردید. حال توضیحات بیشتری راجع به این مواد ضروری به نظر می رسد.

## معین بودن مورد معامله

هر چند که در قانون از معین بودن مورد معامله نام برده شده است اما از آن تعریفی به عمل نیامده ولی مستفاد از مواد ۵۶۴ و ۶۹۴ قانون مدنی این است که منظور قانونگذار از «معین بودن» مورد معامله نهی از مردد بودن آن می باشد. به عبارت دیگر مورد معامله نمی تواند یکی از چند چیز به نحو مردد باشد و ظاهراً غرض از لزوم معین بودن مورد معامله نیز رفع غرر است که بحث آن گذشت و منظور قانونگذار این بوده که طرفین قرارداد بر موضوع واحدی اراده نمایند تا قصد انشای معامله محقق گردد. به همین دلیل گفته شده چنانچه بر روی موضوع واحدی قصد انشای عقد متمرکز شود و در قرارداد شرط شود که احد از متعاملین بتواند در صورت تمایل ظرف مدت معینی یکی از عوضین را پس داده و شئی دیگری را در عوض آن اخذ نماید اشکالی بر صحت عقد وارد نیست. سوالی که در اینجا مطرح می باشد این است که آیا چنانچه یکی از متعاملین بر روی مبیع های متفاوت یا ثمن های متعددی قصد انشای واحد نموده و اختیار انتخاب را به طرف دیگر عقد بسپارد که قبول هریک از آن ایجابها توسط وی موجب انعقاد عقد مربوط به موضوع همان ایجاب گردد، چنین ایجاب و قبولی صحیح و موجب انعقاد قرارداد است؟ اگر چنین امری را بپذیریم، که پذیرش آن چندان بعید به نظر نمی رسد، موضوع ایجاب و قبول معین بوده و در صحت عقد نباید تردید روا داشت این موضوع یکی از موارد ثمن شناور است، به عبارت دیگر ثمن شناور به این شکل مورد پذیرش است. برای مثال چنانچه فروشنده بخواهد دستگاه



ویژه ای را بفروشد و در ایجاب خود اظهار دارد که این دستگاه را به یکصد هزار تومان یا دو بیست دلار یا صد و پنجاه پوند یا سیصد و هفتاد مارک می‌فروشم و خریدار هم دو بیست دلار را به وی بدهد یعنی یکی از ایجاب های وی را پذیرفته است و معامله به طور صحیحی واقع شده است. به عبارت ساده تر، چنانچه ثمن های نامعین را به عنوان ایجاب های منفرد جداگانه فرض نماییم که یکی از آنها مورد قبول خریدار قرار گیرد، مورد معامله معین بوده و معامله صحیح است و در این معامله بدون پذیرش ثمن شناور و فقط با یک استدلال حقوقی و رعایت اصول، صحیح بودن معامله حاصل می‌شود. هدف در اینجا صحیح بودن معامله است و تفاوتی نمی‌نماید که با چه استدلالی به این هدف می‌رسیم. در این که ثمن شناور مورد پذیرش باشد یا ثمن معین انتخاب شده از ایجاب های متعدد با قصد انشای واحد، از نظر تجار تفاوتی ندارد، زیرا حاصل هر دو صحت معاملات می‌باشد که بدان رسیده‌اند. این موضوع ساده ترین نوع ثمن شناوری که می‌تواند با یک استدلال حقوقی مورد پذیرش حقوق ایران قرار گیرد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳)

## معلوم بودن مورد معامله

علاوه بر معین بودن مورد معامله، به حکم ماده ۲۱۶ قانون مدنی، مورد معامله باید نزد متعاملین معلوم باشد و علم اجمالی نسبت به آن کافی نیست مگر در مواردی که قانون علم اجمالی را کافی بداند. مورد معامله در صورتی معلوم است که مقدار، جنس و اوصاف اساسی آن برای طرفین معامله معلوم باشد و داوری این امر به عهده عرف نهاده شده است. یعنی هم در مورد مقدار و هم در مورد جنس و اوصاف، ضابطه معلوم بودن همان داوری عرف است.

مثلاً چنانچه تکمیل یک پروژه انرژی اتمی که قسمتی از آن ساخته شده به عهده شرکت دیگری گذارده شود در حالی که حدود کلی مشخصات آن برای متخصصین امر روشن بوده و مورد نظر طرفین نیز باشد، معامله صحیح است؛ زیرا آنچه بر ذمه وی می‌باشد با توجه به طرحها و نقشه‌ها و آنچه که اکنون وجود دارد، مبهم نمی‌باشد. این داوری عرف است که می‌گوید با توجه به اطلاعات و مشخصات موجود مورد معامله معلوم است. صرف این که قصد انشای متعاملین به موضوع معلومی تعلق بگیرد، برای صحت عقد کفایت می‌کند. بنابراین، چنانچه جزئیات بسیار ریز دیگر مجهول بماند یا تعیین آن برعهده سازنده یا فروشنده گذارده شود، اهمیتی ندارد و برصحت عقد خللی وارد نمی‌نماید و موجبات اختلال در ارکان عقد و بطلان آن را به وجود نمی‌آورد. ناگفته نماند که برخی از فقها عقیده دارند که چون شرط جزء یکی از عوضین معامله می‌باشد لذا شرط مجهول همیشه ایجاد غرر می‌نماید و جهل به آن موجب جهل به عوضین خواهد بود، به همین علت شرط مجهول را مطلقاً مفسد عقد می‌دانند. اما قانون مدنی، با پذیرش عرف بلد بر ایده آنان صحه نگذارده است. به هر حال، تا آنجایی که مرتبط با مقدار ثمن می‌شود نیز اتفاق می‌افتد که ثمن نسبتاً مجهولی در عرف محسوب شود، لذا در این موارد هم می‌توان گفت که قانون مدنی تاب تفسیر موسعی را دارد.

در هر حال، نباید در این امر تردید نمود که معلوم و معین بودن مورد معامله از شرایط صحت عقد است و ثمن هم که یکی از موارد معامله است باید معلوم و معین باشد، اما ضابطه معلوم و معین بودن و به عبارت دیگر مبهم و مردد نبودن، را باید در عرف جستجو نمود. (داراب پور، ۱۳۹۲)

ناگفته نماند که «معلوم» و «معین» بودن دو واژه ای هستند که باهم نسبت عموم و خصوص من وجه دارند؛ آنها در واقع مترادف نبوده و هریک دارای معنای مستقلی می‌باشند. اما به هر حال وقتی که ثمن نامعین و یا نامعلوم باشد، در هر دو حالت با مسامحه، به آن ثمن شناور گفته می‌شود، و چنانچه از نظر عرف هم نامعلوم و نامعین تلقی شوند تردیدی در عدم صحت معامله نباید روا داشت. (صفایی، ۱۳۸۸)



## زمان اعتبار و حدود معلوم بودن ثمن در معاملات و نقش عرف در آن

همانطوری که می‌دانیم عرف به عنوان یکی از منابع مورد استناد فقها و حقوقدانها قرار گرفته بطوری که قانونگذار به آن اهمیت داده و در مواقعی از قانون مقدم می‌باشد چنانچه در قانون مدنی به آن اشاره شده است.

## زمان اعتبار معلوم و معین بودن مورد معامله

حال این سؤال مطرح می‌باشد که آیا در اعتبار و صحت قرارداد، معلوم و معین بودن مورد معامله در زمان انشای عقد ملاک و مناط می‌باشد یا در زمان اجرای آن؟ طبیعی است که در برخی موارد ثمن شناور، کاملاً نامعلوم یا نامعین نیست، بلکه در برهه‌ای از زمان قبل از پرداخت، ثمن معین و مشخص می‌شود. از ظاهر برخی مواد قانون مدنی نیز استنباط می‌گردد که مورد معامله باید در زمان انشای عقد معلوم و معین باشد به طوری که متعلق انشای متعاملین در آن زمان معلوم و معین باشد. پس اولاً، اگر متعلق انشای متعاملین در زمان انعقاد عقد معلوم و معین باشد، هر چند که بعداً خلاف آن ثابت گردد، عقد معتبر است. به همین دلیل اگر ملکی به شرط داشتن مساحت معین فروخته شده باشد و بعد معلوم شود که کمتر از آن مقدار بوده مشتری حق فسخ معامله را خواهد داشت و اگر معلوم شود که بیشتر است بایع می‌تواند آن را فسخ کند مگر این که در هر دو صورت طرفین به محاسبه زیاده یا نقیصه تراضی نمایند. این امر بی‌تردید مفید در صحت عقد است زیرا چنانچه عقد باطل می‌بود جایی برای فسخ باقی نمی‌ماند. (کاتوزیان، ۱۳۹۱)

موضوعی که در پاراگراف فوق عنوان گردید در مورد مواد ۳۸۴ و ۳۸۵ قانون مدنی نیز صادق است. پس هنگامی که موضوع معامله در زمان انعقاد عقد معلوم بوده ولی بعداً کمتر یا بیشتر از آنچه تصور می‌شده در آید عقد صحیح بوده و نباید در صحت آن تردید نمود. ولی از آنجا که این موضوع با ثمن شناور مرتبط نمی‌باشد لذا از بسط و بحث و بررسی آن خودداری می‌گردد. ثانیاً، چنانچه موضوع انشای متعاملین صرفاً نزد آنها نامعلوم بوده، در حالی که این موضوع نزد سایرین مبهم نباشد، معامله باز هم باطل محسوب می‌شود. لذا چنانچه بعداً موضوع معامله برای متعاملین معلوم گردد یا تردید برای آنها مرتفع شود این امر نمی‌تواند مهر تأییدی بر عقد باطل بگذارد و آن را صحیح نماید.

پس معلوم و معین بودن مورد معامله در زمان انشای عقد شرط صحت بوده و اگر در آن زمان مجهول یا مردد باشد، عقد باطل خواهد بود و تعیین لاحق نمی‌تواند موجب اعتبار بخشیدن به عقد باطل گردد.

با این وجود، برخی از مواد قانون مدنی به نحوی نگارش یافته که تردید در لزوم معلوم و معین بودن مورد معامله در هنگام انشای عقد را بوجود می‌آورند. مثلاً از ماده ۳۵۲ قانون مدنی می‌توان چنین استنباط نمود که در مواردی که مبیع کلی بوده، لازم نیست عین مورد معامله در زمان انشای عقد تعیین شود، بلکه کافی است که وصف و جنس و مقدار آن چنان معلوم باشد که در آینده بتوان آن را تعیین نمود. به عبارت دیگر در این گونه معاملات «قابلیت تعیین» در آینده جهت صحت عقد کافی است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸)

با توجه به مطالب فوق می‌توان چنین نتیجه گرفت که در تمام قراردادهایی که مورد تعهد کلی است این حکم می‌تواند حتی در مورد احکام ثمن نیز جاری باشد. با این دیدگاه، چنانچه در عقد بیع ثمن کلی باشد (همان طوری که در بیع بین المللی و در بیع داخلی، ثمن غالباً پول بوده که کلی می‌باشد) قابلیت تعیین آن در آینده کافی بوده و معین بودن آن در زمان انعقاد قرارداد شرط نیست. این امر از مفاد ماده ۳۵۰ قانون مدنی نیز استنباط می‌گردد. و بنا بر ماده قانونی مذکور نیز تعیین مبیع در عقود بیع کلی در معین یا کلی فی الذمه لازم نیست. در نتیجه از وحدت ملاک این دو ماده چنین استنباط می‌شود که قاعده موجود در ماده ۳۵۰ قانون مدنی در مورد ثمن کلی نیز جریان داشته باشد. یعنی به عبارت دیگر،

# دومین کنگره بین المللی تحقیقات بین رشته ای در علوم انسانی اسلامی، فقه، حقوق و روانشناسی

تهران - ۳۰ مرداد ۱۳۹۹

ضرورتی ندارد که ثمن در زمان انعقاد قرارداد معین باشد. چنانچه این ایده را بپذیریم، که پذیرش آن نیز منطقی جلوه می کند، هنوز برخی از مشکلات ثمن شناور به قوت خود باقی می ماند و تمام مسائل ثمن شناور حل نخواهد شد.

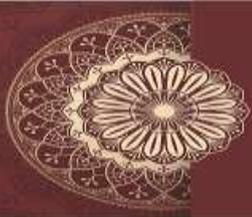
## نتیجه گیری

هر چند ثمن شناور در برخی از سیستم های حقوقی، مثل حقوق ایران، به رسمیت شناخته نشده، اما در سطح بین المللی و داخلی بسیاری از کشورها حتی توسط کشورهای مثل فرانسه که در حقوق داخلی خود بر آن مهر صحت نهاده اند، به نحو روز افزونی مورد پذیرش قرار گرفته است. رواج اینگونه قراردادها بیش از آن است که قوانین موضوعه کشورها بتوانند در صدد انکار آن برآیند.

همانطوری که می دانیم در عصر حاضر، با پیشرف علوم و تکنولوژی و تحول نیازها و روابط اجتماعی، خرید فروش کالا و خدمات، تنوع و توسعه فراوانی یافته و کالاهای گوناگونی در قالب های متفاوتی داد و ستدی مبادله می شوند، ضرورت وجود ثمن شناور در قراردادهایی که تولیدکنندگان باید برای مدت طولانی و سالهای متمادی قطعات یدکی که احتمالاً مورد نیاز خریدار می باشد را تدارک ببینند، غیر قابل انکار و اجتناب ناپذیر است. با توجه به مراتب فوق و همچنین نقش عرف در تبیین اصل معلوم و معین بودن مورد معامله و همچنین امروزه فراورده های صنعتی برابر اسناداردها و نقشه های کاملاً مشخص تولید شده و به بازار مصرف عرضه می شود، علاوه بر این کاتالوگ ها، مشخصات و حتی ویژگی های غیر اساسی کالاها را تعیین و معرفی می نمایند و مبیع را از هر گونه ابهام می رهانند، با توجه به نظر بعضی از حقوقدانان بایستی قانون را با توجه به عرف و نیازمندی های جامعه تفسیر کرد و با در نظر گرفتن اینکه عموم و خصوص مفهوم نسبی است، فرموده اند که اشکالی ندارد خود این استثناءها بتواند بیانگر یک قاعده حقوقی باشد و قواعد حقوقی را نیز نباید تنها در چارچوب قانون بررسی قرار داد، بلکه باید آنها را در پرتو رسوم و عادات و نیازمندیها تفسیر کرد.

با بررسی قانون مدنی ایران معلوم گردید که این قانون تاب تفسیر موسعی دارد و می تواند توسط فقها و علمای حقوق با توجه به نیازمندی جامعه و عرف تفسیر نمایند در همین زمینه اساتیدی که قانون را با توجه به عرف و نیازهای جامعه تفسیر کرده اند و با توجه به این که عموم خصوص مفهوم نسبی است، فرموده اند که اشکالی ندارد خود این استثناءها بتواند بیانگر یک قاعده حقوقی باشد و قواعد حقوقی را نیز نباید تنها در چارچوب قانون مورد بررسی قرار داد، بلکه باید آنها را در پرتو رسوم و عادات و نیازمندیها تفسیر کرد. با توجه به اینکه معلوم و معین بودن مورد معامله از شرایط صحت عقد است و ثمن هم یکی از موارد مورد معامله است باید معلوم و معین باشد، اما ضابطه معلوم و معین بودن و به عبارت دیگر مبهم و مردد بودن مورد معامله با عرف است و عرف عامل تعیین کننده ای است که خود قانون مدنی نیز به اهمیت آن در مواد مختلف اشاره نموده و در برخی مواقع برتری عرف را بر قانون بیان نموده است.

لذا با توجه روایات (صحیح رفاعه نخاس) وارده و احادیث و همچنین نظرات فقهاء و حقوقدانان در خصوص بیع با ثمن قابل تعیین (ثمن شناور) که روش تعیین آن مورد توافق قرار گرفته است (بالفعل معلوم نیست اما قابلیت تعیین دارد) اعم از تعیین آن توسط مشتری انجام گیرد یا به شخص کارشناس، شخص ثالث، قیمت بازار و عرف جامعه ارجاع شود حکایت از آن دارد معامله با ثمن قابل تعیین روا می باشد، البته این رویه تنها در میان علمای شیعه رواج ندارد، بلکه در میان علمای اهل سنت و جماعت با عنوان «بیع الاستجرار» با استناد به قاعده استحسان و متعارف بودن در میان مردم مجاز و معتبر شمرده اند. نتیجه این که نباید کسی مدعی بود که معامله با ثمن شناور ضرورتاً غرری است، به خصوص که ثمن



# دومین کنگره بین المللی تحقیقات بین رشته ای در علوم انسانی اسلامی، فقه، حقوق و روانشناسی

تهران - ۳۰ مرداد ۱۳۹۹

بعد از انعقاد قرارداد با معیارهای علمی و عملی تعیین می گردد و خوف نزاع و بیم ضرر هم در آن وجود نخواهد داشت و منافع بسیار زیادی برای جامعه و طرفین و رشد اقتصادی و برنامه ریزی و تولید با کیفیت بهتر و مناسب تر با نیاز جامعه در چنین معامله ای وجود خواهد داشت.

## منابع

- امامی، سید حسن. ۱۳۸۸. حقوق مدنی، جلد ۱، چاپ نهم، تهران: نشر اسلامیه
- انصاری مرتضی. ۱۳۶۶. مکاسب، جلد دو، قم: انتشارات مطبوعات دینی
- جبلی عاملی، زین الدین، ۱۳۸۷. الروضه البهیمة فی الشرح اللمعه الدمشقیه، چاپ اول، انتشارات مطبعه الاداب
- جعفری لنگرودی محمدجعفر. ۱۳۹۳. ترمینولوژی حقوق، چاپ ۲۲، تهران: انتشارات گنج دانش
- حلّی حسن بن یوسف. ۱۳۷۹. مختلف الشیعه فی احکام شرعیه، ج ۲ و ۵، قم: انتشارات مکتب الاعلام الاسلامی
- دازاب پور، مهدی. ۱۳۹۲. ترجمه تفسیری بر حقوق بیع بین المللی، جلد ۲، چاپ دوم، تهران: انتشارات گنج دانش
- شعبانی قاسم. ۱۳۶۹. معلوم بودن مورد معامله در بیع، پایان نامه فوق لیسانس مدرسه عالی شهید مطهری
- شهیدی مهدی. ۱۳۹۲. تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران: نشر حقوقدان
- صفایی سیدحسین و دیگران. ۱۳۸۸. حقوق بیع بین المللی با مطالعه تطبیقی، چاپ اول، تهران: انتشارات دانشگاه تهران
- قاسم زاده سید مرتضی. ۱۳۹۰. مختصر قراردادها و تعهدات، تهران: نشر دادگستر
- قنواتی، جواد و دیگران. ۱۳۸۹. حقوق قرارداد در فقه امامیه، چاپ اول، تهران: انتشارات سمت
- کاتوزیان ناصر، ۱۳۹۱، حقوق مدنی، عقود معین (۱)، چاپ چهارم، تهران: شرکت نشر انتشارات،
- محقق داماد، سید مصطفی، ۱۳۸۹، حقوق قراردادها در فقه امامیه، تهران: انتشارات سمت
- نجفی، محمدحسن. ۱۳۵۲. جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، تهران: انتشارات دارالکتب الاسلامی