





معاونت پژوهش و فناوری

به نام خدا

منشور اخلاق پژوهش

بیاباری از خداوند سبحان و اعتقاد به این که عالم محض خداست و بمواره ناظر بر افعال انسان و به منظور پاس داشت مقام بلند دانش و پژوهش و نظر به اهمیت جایگاه دانشگاه در اعتلای فرهنگ و تمدن بشری، مادنشجویان و اعضاء هیات علمی واحد های دانشگاه آزاد اسلامی متعهد می گردیم اصول زیر را در انجام فعالیت های پژوهشی مد نظر قرار داده و از آن تخطی نکنیم:

۱- اصل برائت: التزام به برائت جویی از هر گونه رفتار غیر حرفه ای و اعلام موضع نسبت به کسانی که حوزه علم و پژوهش را به شائبه های غیر علمی می آلاینند.

۲- اصل رعایت انصاف و امانت: تعهد به اجتناب از هر گونه جانب داری غیر علمی و حفاظت از اموال، تجهیزات و منابع در اختیار.

۳- اصل ترویج: تعهد به رواج دانش و اشاعه نتایج تحقیقات و انتقال آن به بکاران علمی و دانشجویان به غیر از مواردی که منع قانونی دارد.

۴- اصل احترام: تعهد به رعایت حریم ها و حرمت ها در انجام تحقیقات و رعایت جانب تقد و خودداری از هر گونه حرمت شکنی.

۵- اصل رعایت حقوق: التزام به رعایت کامل حقوق پژوهشگران و پژوهیدگان (انسان، حیوان و نبات) و سایر صاحبان حق.

۶- اصل رازداری: تعهد به صیانت از اسرار و اطلاعات محرمانه افراد، سازمان ها و کشورهای افراد و نهادهای مرتبط با تحقیق.

۷- اصل حقیق جویی: تلاش در راستای پی جویی حقیقت و وفاداری به آن و دوری از هر گونه پنهان سازی حقیقت.

۸- اصل مالکیت مادی و معنوی: تعهد به رعایت کامل حقوق مادی و معنوی دانشگاه و کلیه بکاران پژوهش.

۹- اصل منافع ملی: تعهد به رعایت مصالح ملی و در نظر داشتن پیشبرد و توسعه کشور در کلیه مراحل پژوهش.



دانشگاه آزاد اسلامی

واحد تهران مرکزی

دانشکده ادبیات و علوم انسانی ، گروه فقه و حقوق

پایان نامه جهت اخذ درجه کارشناسی ارشد (M.A)

گرایش : فقه و حقوق خصوصی

عنوان :

بررسی فقهی و حقوقی ثمن شناور

استاد رهنما :

دکتر علی بهرامی نژاد

پژوهشگر :

حبیب اوجانی

تابستان ۱۳۹۴

تقدیم به...

این تالیف حقیر را به سه بانوی کرامی، دلسوز، عزیز که همواره دعاها، تشویقها و صبور بی دریغشان بدرقه راهم بوده و باعث موفقیتم شده است تقدیم می‌نمایم. باشد که کوشه‌ای از آرزوهای سبزشان را شکوفا کنم.

(مادر، همسر، دخترم)

تقدیر و تشکر:

انسانها به سعادت واقعی نمی رسند مگر آنکه دوبار زایده شوند، یک بار از مادر و بار دیگر از خویش، تا حقیقت درونشان در زایش دوم هویدا گردد. این امر در تاریخ بار، نمودها و تلاش پیامبران و معلمان و الامقام به انسانهای مسرور گردیده است. لذا بر خود واجب می دانم از کلیه اساتید محترم که در دوران تحصیلی این حقیر سبب هویداشدن حقیقت دو نیم گردیده اند خصوصاً استاد راهنمای گرامی جناب حجت الاسلام والمسلمین آقای دکتر علی بهرامی نژاد و مشوق دانش پژوهی کلیه دانشجویان سرکار خانم دکتر معصومه رشاد و استاد و الامقام جناب آقای دکتر یوسف درویش هویدا نهایت قدردانی و امتنان را دارم و از خداوند متعال سلامتی و موفقیت روز افزون برای این عزیزان را خواستارم.

تعهد نامه اصالت پایان نامه کارشناسی ارشد

اینجانب حبیب اوجانی دانش آموخته مقطع کارشناسی ارشد ناپیوسته به شماره دانشجویی

۹۲۰۱۰۵۸۵۰ در رشته **فقه حقوق خصوصی** که در تاریخ ۱۳۹۴ / ۰۶ / ۲۵

از پایان نامه خود تحت عنوان: **بررسی فقهی و حقوقی ثمن شناور**

با کسب نمره **هیجده / ۱۸** و درجه **عالی** دفاع نموده ام بدینوسیله متعهد می شوم :

۱- این پایان نامه حاصل تحقیق و پژوهش انجام شده توسط اینجانب بوده و در مواردی که از دستاوردهای علمی و پژوهشی دیگران (اعم از پایان نامه ، کتاب ، مقاله و ...) استفاده نموده ام . مطابق ضوابط و رویه های موجود، نام منبع مورد استفاده و سایر مشخصات آن را در فهرست ذکر و درج کرده ام.

۲- این پایان نامه قبلاً برای دریافت هیچ مدرک تحصیلی (هم سطح، پایین تر یا بالاتر) در سایر دانشگاهها و موسسات آموزش عالی ارائه نشده است.

۳- چنانچه بعد از فراغت از تحصیل ، قصد استفاده و هرگونه بهره برداری اعم از چاپ کتاب ، ثبت اختراع و ... از این پایان نامه داشته باشم، از حوزه معاونت پژوهشی واحد مجوزهای مربوطه را اخذ نمایم.

۴- چنانچه در هر مقطع زمانی خلاف موارد فوق ثابت شود. عواقب ناشی از آن را بپذیرم و واحد دانشگاهی مجاز است با اینجانب مطابق ضوابط و مقررات رفتار نموده و در صورت ابطال مدرک تحصیلی ام هیچگونه ادعایی نخواهم داشت.

نام و نام خانوادگی : **حبیب اوجانی**

تاریخ و امضاء :

بسمه تعالی

در تاریخ ۱۳۹۴ / ۰۶ / ۲۵

دانشجوی کارشناسی ارشد **علی بهرامی نژاد** از پایان نامه خود دفاع نموده وبا نمره ۱۸ بحروف

هیجده و با درجه عالی مورد تصویب قرار گرفت.

امضاء استاد راهنما

بسمه تعالی
 دانشگاه آزاد اسلامی - واحد تهران مرکزی
 دانشکده ادبیات و علوم انسانی
 (این چکیده به منظور چاپ در پژوهش نامه دانشگاه تهیه شده است)

نام واحد دانشگاهی: تهران مرکزی	کد: ۱۰۱	کد شناسایی پایان نامه: ۱۰۱۲۰۴۰۷۹۳۲۰۰۲
عنوان پایان نامه: بررسی فقهی و حقوقی ثمن شناور		
نام و نام خانوادگی دانشجو: حبیب اوجانی	تاریخ شروع پایان نامه: ۹۳/۱۱/۴	تاریخ اتمام پایان نامه: ۱۳۹۴/۰۶/۲۵
شماره دانشجویی: ۹۲۰۱۰۵۸۵۰		
رشته تحصیلی: فقه حقوق خصوصی		
استاد / استادان راهنما: دکتر علی بهرامی نژاد		
چکیده پایان نامه (شامل خلاصه، اهداف، روش های اجرا و نتایج به دست آمده): در بسیاری از قراردادهای پیش فروش اموال، به علت طولانی بودن زمان تهیه و تولید، ثمن معامله تعیین نمی شود و محاسبه آن به زمان آینده موکول می گردد. در پیش فروش آپارتمانها و اتومبیل چنین شیوه ای رایج است و در برخی مواقع تعیین ثمن از سوی تولید کننده صورت می پذیرد و در عمل موجب نزاع می شود. علاوه بر آن طبق قاعده سستی پذیرفته شده در فقه و قانون مدنی ما میزان ثمن باید مقطوع و معین باشد و در غیر این صورت معامله باطل تلقی خواهد شد. با توجه به مشکلات ناشی از نامعین بودن ثمن از یک سو و موانع فقهی - حقوقی از سوی دیگر مقاله حاضر می کوشد تا با درک نیازهای روز و بررسی موضوع در فقه و حقوق ایران و نگاهی گذرا به حقوق خارجی و اسناد بین المللی، به راه حلی دست یابد که امکان تعیین ثمن را در آینده و پس از انعقاد قرارداد فراهم سازد، بدون آنکه اصول و مبانی موضوع مورد تردید قرار گیرد. واژه های کلیدی: ثمن - نامعین - قرارداد پیش فروش - روش تعیین ثمن - حقوق ایران - حقوق اسلام		

نظر استاد راهنما برای چاپ در پژوهش نامه دانشگاه ☐ مناسب است ☐ تاریخ و امضا:

☐ مناسب نیست

فهرست مطالب

عنوان	صفحه
فصل اول: کلیات	
بخش اول : طرح تحقیق.....	۲
مقدمه.....	۲
۱-۱-۱- تعریف موضوع.....	۳
۱-۱-۲- علت انتخاب موضوع.....	۳
۱-۱-۳- بیان پرسش های اصلی.....	۳
۱-۱-۴- پیشینه تحقیق.....	۴
۱-۱-۵- فرضیه های تحقیق.....	۴
۱-۱-۶- روش تحقیق.....	۴
۱-۱-۷- مشکلات تحقیق.....	۴
۱-۱-۸- بیان فصل بندی اجمالی تحقیق.....	۵
بخش دوم : مفهوم ماهیت و اعتبار قراردادهای پیش فروش اموال.....	۶
۲-۱- مفهوم قرارداد پیش فروش.....	۶
۲-۲- ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش.....	۷
۲-۳- اعتبار قرارداد پیش فروش اموال.....	۸
فصل دوم : ثمن نامعین	
ثمن نامعین.....	۱۰
۳-۱- لزوم معین بودن ثمن.....	۱۰
۳-۱-۱- مبنای فقهی بطلان قرارداد مبتنی بر ثمن مجهول.....	۱۲
۳-۱-۲- مبنای حقوقی بطلان قرارداد مبتنی بر ثمن مجهول.....	۱۲
۳-۲- علل عدم تعیین قیمت در قراردادهای پیش فروش.....	۱۳
۳-۳- ثمن شناور.....	۱۵
۳-۳-۱- ثمن شناور در فقه.....	۱۵
۳-۳-۲- ثمن شناور در حقوق موضوعه ایران.....	۱۸
۳-۳-۳- ثمن شناور در حقوق خارجی و اسناد بین المللی.....	۲۰

۳-۳-۴- ثمن شناور و تعیین قیمت در قراردادهای پیش فروش	۲۵
فصل سوم: شیوه های جایگزین تعیین ثمن در قراردادهای پیش فروش	
شیوه های جایگزین تعیین ثمن در قراردادهای پیش فروش	۲۷
۴-۱- پیش بینی تعدیل قرارداد	۲۷
۴-۲- شرط پرداخت به طلا	۲۹
۴-۳- تعیین ثمن به ارز	۲۹
۴-۴- شرط مذاکره برای تعیین ثمن	۳۱
۴-۵- محاسبه ثمن براساس قیمت بازار	۳۲
۴-۶- محاسبه ثمن براساس قیمت عرفی	۳۲
۴-۷- محاسبه ثمن براساس قیمت رقابتی	۳۳
۴-۸- شرط تعیین ثمن توسط شخص ثالث	۳۴
۴-۹- تعیین ثمن براساس هزینه تولید	۳۵
۴-۱۰- شرط مشارکت در تولید	۳۶
۴-۱۱- قلمرو قانون در مکان و زمان	۳۷
۴-۱۲- مفهوم ضمانت اجرا	۳۹
۴-۱۳- تعارض قوانین	۴۰
۴-۱۴- تفسیر قوانین	۴۱
۴-۱۵- شرایط صحت عقد	۴۲
۴-۱۶- مفهوم عقود معین	۴۵
۴-۱۷- اصل آزادی قراردادها(عقود نامعین)	۴۵
۴-۱۸- نسبی بودن قراردادها	۴۵
۴-۱۹- آثار قراردادها	۴۶
نتیجه گیری	۴۷
پیشنهادهات	۴۸
فهرست منابع	۴۹

فصل اول:

کلیات

بخش اول: طرح تحقیق

مقدمه

یکی از قراردادهایی که امروزه استفاده از آن به شدت گسترش یافته است، قراردادهای پیش فروش اموال می باشد. پایین بودن میزان عرضه برخی کالاها و عدم امکان پرداخت بهای کالای مورد نیاز توسط خریدار، از عوامل توسعه چنین قراردادهایی است. تولیدکنندگان نیز با پیش فروش کالای خود و دریافت مبالغی به صورت پیش پرداخت و تأمین بخشی از سرمایه از این طریق، مبادرت به تولید کالا می کنند. در طول سالهای گذشته پیش فروش آپارتمان و اتومبیل به نحو چشم گیری گسترش یافته است در بسیاری از این قراردادها ثمن معامله به شکل مشخص تعیین نمی شود و راهکاری برای تعیین آن در آینده در نظر گرفته می شود. در برخی دیگر تعیین ثمن در آینده به اختیار فروشنده محول می شود و در برخی موارد روش های خاص دیگری برای محاسبه مبلغ قرارداد مورد استفاده قرار می گیرد.

در خصوص پیش فروش ساختمان ها و آپارتمان های در دست احداث نیز مشکلات و مسائل یاد شده به نحو بارزی ملاحظه می شود. با توجه به طولانی بودن پروژه های ساختمانی و نوسانات قیمت مواد اولیه و دستمزد کارگران و تغییرات عوارض دولتی از جمله هزینه اخذ پروانه ساختمانی و همچنین تغییرات مکرر در میزان نرخ سود بانکی، نابسامانی های زیادی به وجود می آید و تولیدکنندگان به منظور رهایی از عواقب خسارات هنگفت ناشی از نوسانات یاد شده، تلاش می کنند با درج شرایطی به نفع خود میان مشکلات مزبور و سرمایه گذاری توازن ایجاد کنند. به عنوان مثال در قرارداد، شرط می نمایند که مبلغ پیش فروش آپارتمان قطعی نخواهد بود و با توجه به افزایش هزینه ها، تغییر خواهد یافت.

۱-۱-۱- تعریف موضوع :

موضوع پایان نامه بررسی فقهی و حقوقی ثمن شناور می باشد که در ابتدا علاوه بر مفهوم قرارداد های پیش فروش و ماهیت حقوقی و اعتبار قرارداد به بررسی ثمن نامعین و لزوم آن در کلیه عقود پرداخته می شود و از دیدگاه قرآن، سنت، اجماع و عقل مورد بررسی قرار می گیرد. و در بخشی نیز موارد فسخ و بطلان عقود موصوف بررسی می گردد. یکی از مسائلی که در حال حاضر آحاد جامعه مبتلا به آن بوده در نتیجه چنین عقودی می باشد که در این پایان نامه به موارد ضمان، فسخ و بطلان اشاره گردیده است.

۱-۱-۲- علت انتخاب موضوع :

در بسیاری از قراردادهای پیش فروش اموال، به علت طولانی بودن زمان تهیه و تولید، ثمن معامله تعیین نمی شود و محاسبه آن به زمان آینده موکول می گردد. در پیش فروش آپارتمانها و اتومبیل چنین شیوه ای رایج است و در برخی مواقع تعیین ثمن از سوی تولیدکننده صورت میپذیرد و در عمل موجب نزاع می شود. علاوه برآن طبق قاعده سستی پذیرفته شده در فقه و قانون مدنی ما میزان ثمن باید مقطوع و معین باشد و در غیر این صورت معامله باطل خواهد شد. با توجه به مشکلات ناشی از نامعین بودن ثمن از یک سو و موانع فقهی - حقوقی از سوی دیگر مقاله حاضر می کوشد تا با درک نیازهای روز و بررسی موضوع در فقه و حقوق ایران و نگاهی گذرا به حقوق خارجی و اسناد بین المللی، به راه حلی دست یابد که امکان تعیین ثمن در آینده و پس از انعقاد قرارداد فراهم سازد، بدون آنکه اصول و مبانی موضوع مورد تردید قرار گیرد.

۱-۱-۳- بیان پرسشهای اصلی :

اول : ماهیت ثمن شناور چیست ؟

دوم : ارکان عقود ثمن شناور کدام است؟

سوم : ضمان خریدار در عقود ثمن شناور شامل چه مواردی است ؟

چهارم : ضمان فروشنده در عقود ثمن شناور چیست؟

پنجم : تکالیف خریدار و فروشنده در عقود ثمن شناور چیست ؟

ششم : فسخ و بطلان در عقود ثمن شناور چگونه است ؟

۱-۱-۴- پیشینه تحقیق :

در روایتی از امام صادق (ع) نقل شده است شخصی که مقداری گندم به چند درهم خریده و قسمتی از آن را تحویل گرفته بود، بعد از مدتی برای اخذ بقیه مراجعه می کند در حالی که قیمت گندم افزایش یا کاهش یافته است، می فرماید: اگر روزی که آن را خریده ثمن را تعیین کرده باشد همان مبلغ را بپردازد؛ ولی اگر ثمن معین نشده است قیمت روز مبیع را باید بپردازد (به نقل از داراب پور، پیشین، ۲۸۵)، که این امر موید ثمن شناور است.

۱-۱-۵- فرضیه های تحقیق :

- ۱- اگر در بیع عین معین معلوم شود که مبیع وجود نداشته بیع باطل است (ماده ۳۶۱ ق م)
- ۲- قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است (ماده ۱۰ ق م)
- ۳- یکی از شروط اساسی برای صحت هر معامله (موضوع معین که مورد معامله باشد) (ماده ۱۹۰ ق م)
- ۴- شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود باطل و موجب بطلان عقل است(ماده ۲۳۳ ق م)
- ۱-۱-۶- روش تحقیق :

روش گردآوری اطلاعات در این تحقیق از روش توصیفی ، تحلیلی و کتابخانه ای می باشد و برای جمع آوری اطلاعات و مطالب مربوط به موضوع از روش کتابخانه ای استفاده شده است .

۱-۱-۷- مشکلات تحقیق :

در گردآوری مطالب یکی از مشکلات مربوط به دریافت کتاب از کتابخانه ها است که با محدودیت مواجه است و همچنین با مراجعه به سایتهای معتبر مطالب بیشتری از کتب فقهی و حقوقی یافت نشد و از جمله مشکلات نبودن چاپ جدید بعضی از کتب بوده است.

۱-۱-۸- بیان فصل بندی اجمالی تحقیق :

در فصل اول کلیات موضوع مطرح گردیده است که بخش اول شامل طرح تحقیق و بخش دوم واژه شناسی و بررسی حقوقی و فقهی ثمن شناور مورد بررسی قرار گرفته است . در فصل دوم موضوع ثمن معیین و لزوم معیین بودن و مبنای فقهی حقوقی بطلان قرارداد مبتنی بر ثمن مجهول مطرح گردیده است . در فصل سوم به پیش بینی تعدیل قراردادها و شرط پرداخت به طلا و تعیین ثمن به ارز و محاسبه ثمن بر اساس قیمت بازار ، عرفی ، رقابتی به شرط مشارکت در تولید مطرح شده است و قلمروی قانون در مکان و زمان و مفهوم ضمانت اجراء و تعارض قوانین و تفسیر قوانین و شرایط صحت عقد و مفهوم عقود معیین و اصل آزادی قراردادها و نسبی بودن و آثار قراردادها مورد بررسی قرار می گیرد . در فصل چهارم نتیجه گیری و پیشنهاداتی جهت رفع عقود با ثمن شناور مورد بررسی قرار می گیرد.

بخش دوم : مفهوم ماهیت و اعتبار قراردادهای پیش فروش اموال

۲-۱- مفهوم قرارداد پیش فروش

اصطلاح پیش فروش در لغت عبارت از " فروختن مال یا غله قبل از مهیا شدن، یا بها ستاندن پیش از تحویل مال می باشد و به عبارت دیگر فروختن کالایی است که هنوز موجود نیست و فروشنده پولی می گیرد که بعد آن را تحویل بدهد " (عمید، ۱۳۶۹، ۵۰۹).

در قوانین و مقررات ما، تعریفی کلی از قرارداد پیش فروش به ارائه شده است؛ اما در ماده ۱ قانون پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹، قرارداد پیش فروش ساختمان چنین تعریف شده است: "هر قراردادی با هر عنوان که به موجب آن، مالک رسمی زمین (پیش فروشنده) متعهد به احداث یا تکمیل واحد ساختمانی مشخص در آن زمین شود و واحد ساختمانی مذکور با هر نوع کاربری یا در حین احداث و تکمیل یا پس از اتمام عملیات ساختمانی به مالکیت طرف دیگر قرارداد (پیش خریدار) درآید از نظر مقررات این قانون "قرارداد پیش فروش ساختمان" محسوب می شود".

حقوقدانان نیز تعریفی از قرارداد پیش فروش اموال ارائه نکرده اند؛ ولی با وجود این، در تعریف قرارداد پیش فروش اموال می توان گفت: "قرارداد پیش فروش اموال، قراردادی است که، بر اساس آن فروشنده تعهد می نماید، مالی را طبق اوصاف و شرایط ذکر شده در قرارداد تدارک ببیند و در مقابل دریافت مبلغ معین در موعد مقرر به خریدار تحویل دهد".

در فقه امامیه در مورد پیش فروش اموال به "بیع میوه" اشاره می کنند و نظر مشهور آن است که فروش میوه پیش از ظهور آن باطل است و در این مورد استدلال کرده اند که چون، عنوان میوه، در زمان قبل از ظهور، عرفاً بر آن صدق نمی کند؛ و مبیع در زمان انعقاد موجود نیست، بیع باطل است (نجفی، بی تا، ۵۹).

بیش فروش اموال در حقوق انگلیس با عنوان *sale of future goods* و در حقوق فرانسه تحت عنوان *vente de la chose future* به کار می رود که برخی از حقوقدانان ایران آن را به "بیع آیدان" ترجمه نموده اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۷، ۵۰۸).

در حقوق کشورهای عربی، قرارداد پیش فروش اموال، تحت عنوان "بیع الاشیا،المستقبله" مورد بحث قرار می گیرد. ماده ۱۳۱ قانون مدنی مصر اعلام می دارد: "مورد تعهد می تواند شیئی در آینده باشد". در قوانین مدنی سوریه، لیبی، سودان و لبنان نیز چنین قراردادی صحیح اعلام شده است؛ اما در صورتی که مال مورد قرارداد در موعد مقرر به وجود نیاید، بیع باطل خواهد بود (فرج الصده، ۱۹۷۴، ۳۲۲).

۲-۲- ماهیت حقوقی قرارداد پیش فروش

نظر به اینکه قراردادهای پیش فروش متنوع هستند و طرفین بنابه نیازها و مقتضیات خاص، مفاد و آثار آن را در روابط میان خود تنظیم می کنند، لذا نمی توان ماهیت ویژه ای برای آن در نظر گرفت؛ لیکن در مجموع می توان به عقد استصناع، مقاطعه کاری، بیع سلم و سلف، بیع کلی فی الذمه و یا قراردادهای مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی اشاره نمود. به رغم آنکه تبیین ماهیت حقوقی اینگونه قراردادها از حوصله این مقال خارج است؛ اما صدق این قراردادها بر قرارداد موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی و عقد بیع (اعم از بیع کلی فی الذمه یا استصناع) بیشتر مورد نظر قرار گرفته است.

با در نظر گرفتن اینکه در اغلب قراردادهای پیش فروش، مبیع حین انعقاد عقد موجود نیست، ممکن است، استدلال شود که، عنوان بیع بران صادق نیست؛ اما باید گفت که لزومی ندارد مبیع هنگام عقد موجود باشد، و این محدودیت طبق ماده ۳۶۱ ق.م. منحصر به بیع عین معین است.

بنابراین لزومی به تحلیل قرارداد مذکور بر مبنای ماده ۱۰ ق.م. وجود ندارد؛ زیرا ضرورتی ندارد که حین تشکیل قرارداد، مبیع موجود باشد، بلکه می توان بین عقد بیع و اثر آن (یعنی؛ تملیک) فاصله انداخت و عقد بیع را به نحوی منعقد کرد، که تملیک مبیع بعد از به وجود آمدن مبیع تحقق یابد. بدین ترتیب بهتر است قرارداد پیش فروش اموال را در معاملات راجع به اموال منقول (مانند خودرو) بیع تلقی کنیم و آثار و احکام عقد بیع را در مورد آن جاری بدانیم. قابل ذکر است که، در برخی از آرای دادگاهها قرارداد پیش فروش، بیع محسوب شده است.

درخصوص پیش فروش اموال غیرمنقول قضیه متفاوت است؛ زیرا در خصوص ماهیت آنها اختلاف نظر وجود دارد و منشأ آن نیز مقررات آمره قانون ثبت در خصوص لزوم انجام معاملات غیرمنقول به

موجب سند رسمی است، لذا با در نظر گرفتن اینکه اکثر قریب به اتفاق قراردادهای پیش فروش آپارتمان به صورت عادی (قولنامه) منعقد می شود، عده ای آن را مشمول ماده ۱۰ ق.م می دانند و عده ای دیگر آن را بیع تلقی کرده اند.

۲-۳- اعتبار قرارداد پیش فروش اموال

صرف نظر از دیدگاههای متفاوتی که در خصوص ماهیت قراردادهای پیش فروش مطرح شده است، قدر مسلم نفوذ و اعتبار چنین قراردادهایی است. در بحث حاضر تعیین ماهیت حقوقی قراردادهای پیش فروش اموال، ثمره چندانی ندارد، زیرا فارغ از اینکه قرارداد چه ماهیتی دارد، بایستی در بردارنده شرایط اساسی صحت معاملات مذکور در مواد ۱۹۰ به بعد قانون مدنی باشد. تعیین ماهیت حقوقی چنین قراردادهایی در ترتب احکام و آثار اختصاصی عقد مورد نظر می توان موضوعیت داشته باشد، نه در خصوص ترتب آثار راجع به قواعد عمومی معاملات، و از آنجایی که موضوع مقاله حاضر بررسی وضعیت حقوقی ثمن نامعین در قراردادهای پیش فروش است، لذا تفاوت دیدگاه های راجع به ماهیت قراردادهای پیش فروش، تأثیری در بحث مقاله حاضر ندارد.

آنچه مهم است این است که، قراردادهای پیش فروش هنگامی معتبر و دارای اثر حقوقی خواهد بود که در آن شرایط عمومی صحت عقد(علاوه بر شرایط اختصاصی) رعایت شده باشد.

فصل دوم :

ثمن نامعین

ثمن نامعین

به نحوی که اشاره شد در بسیاری از قراردادهای پیش فروش ثمن معامله معین نمی شود و تعیین میزان آن به آینده موکول می گردد. این امر گاهی ناشی از تفوق یک طرف عقد برطرف دیگر است، (مانند عقود الحاقی) و در موارد دیگری ناشی از مخاطراتی است که تعیین ثمن در ابتدای عقد ممکن است برای متعهد به همراه داشته باشد، مانند موردی که نوسانات شدید و غیرقابل پیش بینی قیمت ها سبب اضرار شود. در برخی موارد نیز اساساً امکان تعیین مبلغ قرارداد وجود ندارد. در هر حال انگیزه چنین اقدامی هر چه باشد، تأثیری در قضیه ندارد و بایستی وضعیت ثمن نامعین در قراردادهای پیش فروش مورد تجزیه و تحلیل قرار گیرد.

۳-۱- لزوم معین بودن ثمن

متعاقدين در حدود قوانین و بسته به اوضاع و احوال خاص می توانند شرایطی را در قرارداد پیش بینی کنند، لیکن از آنجایی که برخی از شروط قراردادی به ارکان اساسی معاملات یا مقتضای عقد خلل وارد می نماید، قانونگذار در ماده ۲۳۲ به بعد قانون مدنی احکامی را مقرر داشته و برخی از شروط را باطل تلقی نموده است. بطلان شروط یاد شده نیز در مواردی آسیبی به عقد اصلی وارد نکرده است لیکن در مواردی که قانونگذار شرط مورد توافق طرفین را خلاف ارکان اساسی معاملات می باید، فساد شرط را به عقد سرایت می دهد و کل توافق را باطل می شمارد.

بند ۲ ماده ۲۳۳ یکی از این موارد است که مقرر می دارد: "شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود، باطل و موجب بطلان عقد است".

بنابراین سوالی که در اینجا مطرح می شود این است که، آیا شرط ناظر به تعیین ثمن در آینده، که موجب ایجاد ابهام در عوض قرارداد (ثمن) می شود از نظر فقهی - حقوقی بلاشکال است یا اینکه موجب جهالت به عوضین و بطلان عقد اصلی است؟

در پاسخ به این سوال باید گفت که، یکی از شرایط اساسی صحت هر قرارداد وجود موضوع و معلوم بودن آن است، منظور از معلوم بودن این است که در نزد متعاملین، ویژگی ها و حدود تعهدات هر یک از آنها معلوم و مشخص باشد به صورتی که پس از تشکیل قرارداد، صرف نظر از اراده هر یک از طرفین، بتوان اجرای تعهد را مشخصاً مطالبه کند. آگاهی از تعهدات گاه با حس و مشاهده، گاه با بیان و توصیف، گاه با اشتراط و التزام و گاه با ارائه ضوابطی برای تعیین موضوع در آینده امکان پذیر است (اسلام پناه ۱۳۸۰، ۴۰۲).

بنابراین ثمن معامله به عنوان یکی از دو مورد معامله باید معلوم و معین باشد و به موجب بند ۳ ماده ۱۹۰ و مواد ۲۱۶، ۳۱۲، ۳۱۵ ق.م ثمن معامله باید به طور مقطوع معلوم باشد، البته چگونگی تعیین ثمن در همه موارد یکسان نیست، در مواردی که ثمن عین معین باشد باید فرد آن در خارج معین باشد؛ ولی در صورتی که ثمن کلی فی الذمه باشد مطابق ماده ۳۵۱ ق.م باید مقدار، جنس و وصف آن معین شود و در قرارداد نیز ذکر شود. برخی از حقوقدانان با استناد به ماده ۳۳۹ ق.م اعلام می دارند که حتی قبل از تشکیل عقد، ثمن را طرفین باید معین کنند (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ۱۵۰).

بنابر آنچه که گفته شد، مجهول بودن ثمن موجب بطلان قرارداد خواهد شد و قرارداد پیش فروش اموال نیز از این امر مستثنی نیست و در این قرارداد نیز ثمن باید معلوم و مشخص باشد؛ همچنین علم اجمالی به ثمن نیز کافی نمی باشد؛ زیرا که قرارداد پیش فروش اموال در زمره عقود مغایه است و در این عقود برخلاف عقود مسامحه علم اجمالی برای صحت معامله کافی نیست.

البته به نظر برخی از حقوقدانان، همین که مورد عقد در نظر عرف معلوم باشد، نیازی به بیان یا مشاهده نیست و این وضعیت عرفی دلیل معلوم بودن مورد معامله نزد طرفین است. مثلاً وقتی تعیین قیمت در انحصار بازار خاص است، سکوت در تعیین قیمت به هنگام معامله منصرف به قیمت بازار مزبور (قیمت عرفی) است (شهیدی، ۱۳۸۳، ۲۰۱). با توجه به اینکه قیمت مورد معامله در قراردادهای پیش فروش چه در زمان انعقاد آن و چه در زمان تسلیم از نظر عرف معین نمی باشد؛ لذا نمی توان مشکل قانونی و شرعی ناشی از جهل به ثمن را فقط به استناد استدلال یاد شده مرتفع نمود.

۳-۱-۱- مبنای فقهی بطلان قرارداد مبتنی بر ثمن مجهول

بحث یاد شده در فقه تحت عنوان معامله غرری بیان شده است و عامه و خاصه آن را باطل تلقی می کنند و به حدیث نبوی "نهی النبی (ص) عن بیع الغرر" استناد می نمایند و معتقدند یکی از اقسام معامله غرری معامله ای است که، جهل به عوضین (ثمن یا مثنی) در آن وجود دارد و به عبارتی خریدار نمی داند، کالای مورد توافق را به کدامین قیمت تملک خواهد کرد (بحرانی، ۱۴۱۶، ۴۶۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۶، ۲۶۶).

به اعتقاد برخی فقها (شهید ثانی، ۱۳۶۵، ۲۸۵) ثمن باید قبل از عقد معین گردد و اگر بیعی واقع شود و بعداً تعیین قیمت به عهده متعاقدين یا ثالث باشد به علت وجود غرر صحیح نمی باشد و در بدایه المجتهد (رشد قرطبی، بی تا، ۱۴۷، ۱۷۰) چنین نقل شده که جهل به وصف و مقدار ثمن سبب غرر می باشد و معامله را باطل می سازد و در کتاب الفقه علی المذاهب الاربعه در معقود علیه که همان ثمن یا مثنی است، معلوم بودن شرط است و علم به ثمن که مانع از منازعه بعدی باشد، لازم تلقی شده است و مذاهب عامه و خاصه بر این امر متفقند. همچنین نمی توان در معامله تعیین ثمن را به اختیار یکی از متعاملین محول کرد به طوری که برخی از فقها و حقوقدانان تصریح به بطلان چنین معامله ای نموده اند (شهید ثانی، پیشین، ۲۸۵؛ محقق حلی، ۱۳۶۲، ۱۵۱؛ کاتوزیان، ۱۳۸۳، ۷۶).

۳-۱-۲- مبنای حقوقی بطلان قرارداد مبتنی بر ثمن مجهول

از نظر حقوقی صراحت بند ۲ ماده ۲۳۳ ق.م که از نظر فقهای متأخر امامیه اقتباس شده است در بطلان معامله ای که ثمن آن مجهول و موجب جهالت به عوضین است، شبهه ای باقی نمی گذارد و علمای حقوق نیز به تأسی از آن چنین معاملاتی را باطل دانسته اند (امامی، ۱۳۶۶، ۱، ۲۰۹ و ۲۸۱؛ کاتوزیان ۱۳۸۳، ۳، ۱۶۷ و ۱۸۸؛ عدل، ۱۳۷۳، ۱۴۰؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۶۳، ۱، ۱۳۸).

باید افزود حکم قانون مدنی در ماده ۲۳۳ از قواعد امری تلقی می شود و به دیگر سخن طرفین قرارداد نمی توانند ولو با تراضی اثر آن را خنثی سازند؛ نیز می دانیم در قراردادهای مباحوث عنه خریدار و فروشنده سود و زیان خود را می سنجند و تسامح و اغماض در توافق آنان راه ندارد تا علم اجمالی بر عوضین در صحت معامله کافی باشد.

با توجه به آنچه که گفته شد، لزوم معلوم و معین بودن ثمن در قراردادهای، یکی از شرایط اساسی صحت هر معامله می باشد؛ ولی در قراردادهای پیش فروش اموال، تعیین ثمن قطعی به راحتی امکان پذیر نیست، برای مثال، از جمله شرایط قرارداد پیش فروش خودرو در اطلاعیه شرکت ایران خودرو در سال ۱۳۷۳ مربوط به نحوه قیمت گذاری خودرو بود، به نحوی که در بند ۲ شرایط قرارداد مقرر گردیده بود که به هنگام تحویل، ثمن معامله یک میلیون ریال کمتر از قیمت روز بازار محاسبه خواهد شد. به طوری که ملاحظه می شود در قراردادهای موصوف بهای مورد معامله معین نیست و بستگی به شرایط زمان تحویل خواهد داشت. پس سوال اساسی این است که آیا از نظر شرعی و قانونی می توان چنین قراردادهایی را صحیح و نافذ تلقی کرد یا خیر؟ در پاسخ به این سوال آنچه که در ابتدا به ذهن می رسد بطلان چنین قراردادهایی است؛ چراکه معلوم و معین بودن مورد معامله از جمله شرایط صحت معامله است و چنانچه این شروط لحاظ نشده باشد، باعث غرر می شود و صحت معامله مورد تردید قرار خواهد گرفت.

اما چنین پاسخی، به معنی چشم پوشی از واقعیت های جامعه و نیازهای اقتصادی آن می باشد؛ زیرا قراردادهای مزبور رواج دارد و به صورت گسترده مورد استفاده قرار می گیرد، بنابراین لازم است برای رفع نیازهای جامعه و در مقابل تئوری بطلان اینگونه قراردادهای، راه حل هایی را پیشنهاد و مورد بررسی و ارزیابی قرار داد.

۳-۲- علل عدم تعیین قیمت در قراردادهای پیش فروش

با توجه به اینکه یکی از شرایط اساسی صحت معاملات، معلوم و معین بودن مورد معامله از جمله ثمن می باشد، این سوال مطرح می شود که، چرا در بیشتر قراردادهای پیش فروش اموال، ثمن در حین انعقاد قرارداد معین نمی شود و به عبارت دیگر چه عللی موجب نقض اصل لزوم معین بودن ثمن در این قراردادهاست؟

در پاسخ به سوال فوق باید گفت که، علاوه بر تفوق یک طرف عقد بر طرف دیگر و تحمیل معامله با ثمن نامعین به طرف مقابل، دلیل مهم دیگر عدم تعیین قیمت در حین معامله این است که، متعاملین واقعاً قیمت مورد معامله را در حین عقد نمی دانند و قدرت پیش بینی قیمت کالایی را که در آینده

ساخته خواهد شد، ندارند؛ چرا که نوسانات قیمت مواد اولیه، دستمزد دست اندر کاران ساخت و سایر هزینه های تولید اجازه تعیین قیمت تمام شده کالا قبل از تولید کننده نمی دهد. به طور مثال، وقتی که سازنده ساختمان، واحدهای در دست احداث خود را که دوسال دیگر تکمیل خواهد شد، پیش فروش می کند، نمی تواند نوسانات هزینه تولید را طی دوسال بعد از انعقاد عقد پیش بینی و بر اساس آن ثمن را تعیین نماید.

همچنین هنگامی که ثمن مشخص و معین نباشد، برای تولید کننده محدودیتی در به کارگیری وسایل پیشرفته روز و تولید کالای مطابق با سلیقه مشتریان با فناوری پیشرفته نیز وجود نخواهد داشت، چون تولیدکننده ای که کالا را می فروشد مجبور نخواهد شد با صرفه جویی و کاهش هزینه ها که ممکن است بر کیفیت کالا تأثیر بگذارد، خود را با قیمت قراردادی هماهنگ سازد. بنابراین ملاحظه می شود که اصل لزوم معلوم و معین بودن ثمن در تقابل با پیشرفتهای علمی و تولید کالاهای مطلوب است (داراب پور، ۱۳۷۷-۱۳۷۶، ۲۳۲).

باید افزود، اگر چه نوسانات قیمت ها اکثراً در مسیر رو به رشد است و به این جهت اغلب فروشندگان تمایلی به تعیین ثمن معین از خود نشان نمی دهند، لیکن در جهت کاهش قیمت ها نیز همین قضیه صادق است و در مواردی که چنین امکانی وجود دارد، تعیین ثمن معین به زیان خریدار خواهد بود.

بنابراین رعایت اصل لزوم معین بودن ثمن، در قراردادهای پیش فروش اموال، در همه موارد امکان پذیر است و مبتنی بر مصلحت نیست و باید به دنبال تعدیل این اصل و ارائه روش جایگزین برآمد؛ اما قبل از بررسی روش های مذکور مناسب است تا ثمن شناور که راهکاری برای حل معضل مذکور است، در فقه و حقوق ایران و به اختصار در حقوق خارجی و اسناد بین المللی راجع به قراردادها مورد اشاره قرار گیرد.

۳-۳- ثمن شناور

همانطور که گفته شد، اصل لزوماً معین بودن ثمن در حین تشکیل قرارداد، با نیازهای اقتصادی و تجاری جوامع امروزی همخوانی ندارد، بنابراین به تدریج اهمیت و قداست سابق خود را از دست داده است و با شیوه های مختلف این اصل تعدیل یافته است.

شیوه ها که در کنوانسیون بیع بین المللی کالا مقرر گردیده و در بیشتر کشورها نیز پذیرفته شده است، ثمن شناور می باشد. که عبارت است از: "عوض معامله معوض که مقدار آن در زمان انعقاد قرارداد مشخص نبوده است و میزان آن در آینده معلوم و معین می گردد" (داراب پور، همان، ۲۲۲). به عبارت دیگر در قرارداد با ثمن شناور، عوض مبیع به صورت دقیق تعیین نمی شود، بلکه تعیین آن با توجه به معیارهایی بعد از انعقاد قرارداد مشخص می شود.

۳-۳-۱- ثمن شناور در فقه

فقه های امامیه با استناد به اینکه معاملات با ثمن مجهول و نامعین، غرری می باشند، حکم به بطلان اینگونه معاملات داده اند و قانون مدنی ایران نیز با توجه به پیشینه فقهی، معلوم و معین بودن مورد معامله از جمله ثمن را شرط اساسی صحت قراردادها ذکر کرده است. بنابراین اگر احراز شود که مجهول و نامعین بودن ثمن در حین تشکیل قرارداد موجب غرر نمی شود، دلیلی بر بطلان چنین معاملاتی وجود نخواهد داشت.

همانطور که گفته شد، اکثر فقها، مجهول بودن ثمن را سبب بطلان عقد اعلام نموده اند و حتی تعیین ثمن به وسیله یکی از متعاقدين یا شخص ثالث را نپذیرفته اند. به عقیده شهید ثانی، اگر قراردادی منعقد شود و تعیین ثمن بعداً به عهده متعاملین یا ثالث باشد، چنین قراردادی به علت غرری بودن باطل است (شهید ثانی، پیشین، ۲۸۵). به نظر محقق حلی نیز معامله ای که ثمن آن به حکم خریدار یا بایع تعیین می شود، اساساً منعقد نشده و فاقد اثر است (محقق حلی، پیشین، ۲۷۱).

به نظر برخی از فقها ضرورتاً غرر با جهل برابر نیست، بلکه گاهی جهل وجود دارد، ولی غرری موجود نیست (مغنیه، ۳، ۱۲۸) و براین اساس عده ای معتقدند، میان غرر و جهل رابطه عموم و خصوص من وجه برقرار است و احتمال دارد، جهل وجود داشته باشد؛ اما غرری در بین نباشد

(نراقی، ۱۴۱۷، ۹۶)؛ همچنین برخی از علمای اهل سنت نیز معامله ای غرری را معامله ای می دانند که پایان آن مجهول باشد، بنابراین لزوماً جهل به ثمن موجب غرر نمی شود.

برای غرر معانی و مصادیق متعددی ذکر شده و یکی از آنها خطر و مهلكه است (خوبی، ۱۳۷۵، ۵، ۲۶۳) و در خصوص تعیین مصادیق بیع نمی توان به نتیجه واحدی دست یافت، زیرا شبهه حکیمیه در این خصوص وجود ندارد و آنچه محل تردید است، تعیین مصداق غرر یا همان شبهه موضوعیه است. پس اگر در نوع خاصی از معاملات، ثمن در حین انعقاد عقد معین نشده باشد، بایستی به این سوال پاسخ داده شود که چنین معاملی از مصداق غرر است یا خیر، و در صورت منفی بودن پاسخ، حکم به صحت آن داد.

درمورد غرر نقش عرف نباید نادیده گرفته شود، چراکه مفهوم غرر نه حقیقت شرعیه است و نه حقیقت متشرعه، بلکه حقیقت عرفیه است (حسینی مراغی، بی تا، ۲، ۳۲۰)؛ بنابراین اگر ثابت شود که مفهوم غرر در عرف تغییر یافته است، به دنبال آن حکم نیز تغییر خواهد یافت، بدون اینکه مستلزم حرمت حلال یا حلیت حرامی گردد.

البته برخی از فقها برای پاسخگویی به نیازهای جامعه سعی در حل مشکلات ثمن شناور در قالب های قدیمی داشته اند. فقیه معاصر آقای حکیم پس از این که اعلام می کند، عوضین حتماً باید معین باشند عنوان می نماید که چنانچه طرفین عقدی را بدون ثمن معین، منعقد نمایند و منتظر وصول لیست قیمت باقی بمانند باز هم مشکل را خواهد بود و برای رهایی از این مشکل دو راه حل ارائه می کنند:

انعقاد قرارداد به ثمن معلوم با اشتراط حق فسخ، برای یکی از متعاملین یا هر دوی آنان در صورتی که معلوم گردد ثمن متناسب با لیست خرید نبوده است.

انجام معامله ثمن معلوم، مشروط براینکه اگر آشکار گردد، ثمن متناسب با لیست خرید نیست فروشنده یا خریدار تفاوت قیمت را تأمین نماید (طباطبایی حکیم، بی تا، ۴۹).

همانطور که ملاحظه میشود راه حل دوم در واقع تأیید ثمن شناور می باشد که فقیه آگاه به مسائل جامعه، براب پاسخگویی به نیازهای جامعه ارائه داده است. همچنین صاحب حدائق، در صورت مجهول

بودن ثمن و عدم تعیین آن در حین انعقاد قرارداد، قیمت متداول در بازار را جانشین ثمن مجهول می داند (به نقل از کاتوزیان، ۱۳۸۴، ۱، ۱۵۲).

برخی از فقهاء (نوری، ۱۳۷۹، ۵۱). به نحو صریح، بیع با ثمن شناور را که در آن حق فسخ برای خریدار پیش بینی شده است مورد تأیید قرار داده اند و معتقدند با این خیار غرر برطرف می شود. البته اشکال این استدلال آن است که در حق فروشنده (که برای او نیز ثمن نامعلوم است) حق فسخی پیش بینی نشده و موضوع به صورت یکجانبه از طرف خریدار مورد نظر واقع شده است؛ اما در هر حال ثمن شناور مورد پذیرش قرار گرفته است.

همچنین می توان بر عدم بطلان قرارداد مبتنی بر ثمن مجهول به حدیث "رفاعه النخاس" استناد نمود. مبنای حدیث از این قرار است که، شخصی مالی را از فروشنده می خرد و توافق می کند که بعداً قیمت آن توسط خریدار تعیین گردد و خریدار بعد از مدتی قیمت را هزار درهم تعیین می کند و به فروشنده می دهد فروشنده قبول نمی کند و لذا اختلاف را پیش امام صادق می برند. امام می فرماید قیمت توسط خبره تعیین گردد. اگر بیش از هزار درهم تعیین شد، خریدار باید مابه التفاوت را بدهد؛ ولی اگر خبره کمتر از هزار درهم تعیین کرد، همان هزار درهم را بدهد (شیخ انصاری، ۱۳۷۲، ۲، ۱۴۲). گفتنی است که در سند روایت و صحت آن تردیدی نیست؛ اما در دلالت آن اختلاف نظر وجود دارد. برخی آن را شاذ دانسته اند و کنار گذاشته اند و عده ای آنرا غیرقابل پذیرش می دانند و برخی دیگر که شمارشان اندک است، مفاد روایت را پذیرفته و حکم مشهود را رد کرده اند. به اعتقاد برخی خبر صحیح می تواند مخصص اجماع باشد و لذا تعیین ثمن توسط مشتری را تأیید کرده اند (حسینی عاملی، بی تا، ۴، ۲۷۹).

همچنین در روایتی از امام صادق (ع) نقل شده است شخصی که مقداری گندم به چند درهم خریده و قسمتی از آن را تحویل گرفته بود، بعد از مدتی برای اخذ بقیه مراجعه می کند در حالی که قیمت گندم افزایش یا کاهش یافته است، می فرماید: اگر روزی که آن را خریده ثمن را تعیین کرده باشد همان مبلغ را بپردازد؛ ولی اگر ثمن معین نشده است قیمت روز مبیع را باید بپردازد (به نقل از داراب پور، پیشین، ۲۸۵)، که این امر موید ثمن شناور است.

همانطور که ملاحظه شد، اجماع محصلی در مورد غرری و باطل بودن قرارداد مبنی بر ثمن شناور وجود ندارد و برخی از روایات چنین قراردادهایی را صحیح اعلام کرده اند و برخی از فقهای معاصر نیز، صحت این قراردادها را تأیید نموده اند.

نکته مهمی که نباید فراموش کرد، این است که، وضع قاعده غرر و نهی از معاملات غرری برای امتناع از وقوع ضرر و حدوث نزاع است و به نظر می رسد در معاملات مدت دار مانند پیش فروش اموال آنچه باعث ضرر و احتمال حدوث نزاع می شود، تعیین قیمتی ثابت در زمان انعقاد عقد است نه تعیین قیمت شناوری که سبب حفظ ارزش معاملاتی مبیع در طولانی مدت می شود؛ چراکه تعیین قیمت ثابت در حین تشکیل عقد، باعث جهل به قیمت در زمان تسلیم می باشد و خطر ضرر را بیشتر می کند و به تبع آن احتمال وقوع نزاع و اختلاف نیز بیشتر می یابد؛ در حالی که، تعیین ثمن شناور، احتمال ضرر را کمتر می کند و در نتیجه احتمال وقوع اختلاف نیز کم می شود؛ لذا می توان گفت که، نه تنها تعیین ثمن شناور در معاملات مدت دار صحیح است و غرری نیست، بلکه می توان گفت که تعیین قیمت ثابت در چنین معاملاتی موجب غرر می شود و اگر قیمت به طور شناور معین نگردد، سبب غرر خواهد شد.

در مورد معاملات و تجارت مردم، اسلام قواعد خشک و غیرقابل تغییر وضع ننموده است و طرفین به هر صورتی که صلاح بدانند، می توانند تصمیم بگیرند. البته به شرط آنکه حرامی حلال نگردد و حلالی هم حرام نشود. آنچه به شدت مورد نکوهش اسلام است، کار نکردن و بهره بردن از ثمره پول و به عبارت دیگر رباست، علت این امر تأکید به این مطلب است که اکل مال به باطل صورت نپذیرد و شخص بدون جهت از مال دیگران ثروتمند نشود (داراب پور، پیشین، ۲۵).

۳-۲-۳- ثمن شناور در حقوق موضوعه ایران

همانطور که گفته شد، معلوم و معین بودن مورد معامله از جمله ثمن، از شرایط اساسی صحت قرارداد است.

مورد معامله در صورتی معلوم است که مقدار، جنس و اوصاف اساسی آن برای طرفین معامله معلوم باشد و به موجب ماده ۳۴۲ ق.م داورى این امر بر عهده عرف قرار داده شده است. بنابراین ضابطه

معلوم و معین بودن و به عبارت دیگر مبهم و مردد نبودن را باید در عرف جستجو کرد. در صورتی که در نظر عرف، ثمن، نامعلوم و نامعین باشد با توجه به آنچه که گفته شد، نباید تردیدی در بطلان قرارداد داشت.

تشخیص زمان اعتبار معلوم و معین بودن مورد معامله نیز اهمیت دارد. باید بررسی گردد که شرط معلوم و معین بودن مورد معامله در زمان انشای عقد، ملاک است یا در زمان ایفاء و اگر قائل به این شویم که، حکم قانون در مورد لزوم معلوم و معین بودن ثمن ناظر به زمان پرداخت ثمن است، قرارداد مبنی بر ثمن شناور صحیح خواهد بود.

از قانون مدنی چنین استنباط می شود که، معلوم و معین بودن در زمان تشکیل قرارداد ضروری است، مثلاً به موجب ماده ۳۵۵ ق.م.ا.گ. اگر ملکی به شرط داشتن مساحت معین فروخته شده باشد و بعد معلوم شود که کمتر از آن مقدار است، مشتری حق فسخ را خواهد داشت. بنابراین اگر بعداً معلوم شود که مساحت زمین فروخته شده کمتر مقدار معین شده در معامله است مشتری حق فسخ را خواهد داشت و این امر بدون شک مفید در صحت عقد است، بنابراین اگر مورد معامله در زمان انعقاد قرارداد هر چند که بعداً خلاف آن ثابت شود عقد صحیح است.

برخی معتقدند، (داراب پور، پیشین، ۲۶۷) در تمام قراردادهایی که مورد تعهد کلی است این حکم صادق است و می تواند در مورد ثمن نیز جاری باشد و چنانچه ثمن در قرارداد کلی باشد، قابلیت تعیین آن در آینده کافی است و معین بودن آن در حین انعقاد قرارداد شرط صحت قرارداد نیست و در این مورد به ماده ۳۵۰ ق.م.ا.گ. نیز استناد می کنند زیرا مطابق ماده مذکور نیز تعیین مبیع در بیع کلی در معین یا کلی فی الذمه لازم نیست.

در مقابل شاید بتوان استدلال نمود، هر چند در مبیع یا ثمن کلی مصداق تعیین و مشخص نیست، اما میزان و اندازه آن به نحوی که کاملاً رفع غرر کند، معلوم است.

برای تأیید صحت قرارداد مبتنی بر ثمن شناور، می توان به عرف نیز رجوع نمود، چون قانون مدنی معلوم بودن مورد معامله را لازم دانسته، اما تعریفی از معلوم بودن ارائه نداده و به عبارتی دیگر

معیاری برای معلوم و معین بودن مورد معامله اعلام نکرده است، بلکه صراحتاً در ماده ۳۴۲ ق.م معیار تشخیص معلوم بودن مورد معامله را عرف دانسته است.

بنابراین باید گفت که معلوم بودن مقدار، جنس و اوصاف مورد معامله از جمله ثمن تابع عرف می باشد. هر چند که ماده ۳۴۲ فقط از مقدار نام برده و بحثی از جنس و اوصاف ننموده است. هر چند که ماده ۳۴۲ در مورد مبیع می باشد؛ اما با وحدت ملاک این قاعده در مورد ثمن هم صادق است. البته در اکثر قراردادهای مطابق عرف، وسیله معلوم بودن ثمن ذکر ارقام است؛ اما در بعضی از قراردادهای ذکر رقم دقیق ثمن عرفاً ضروری نیست و عرف در تعیین قیمت اغماض می کند و مثال بارز آن نیز صحت بیع به تخمین می باشد و همچنین در برخی عقود مانند صرف غذا در رستوران معمولاً و عرفاً قیمت بعد از عقد تعیین می شود.

با توجه به آنچه که گفته شد در فقه و حقوق ایران نمی توان قاطعانه حکم به بطلان قرارداد مبتنی بر ثمن شناور داد. بنابراین مواردی که در قرارداد ثمن، به طور دقیق معلوم و معین نشده است؛ ولی استانداردهایی بر تعیین قیمت وجود دارد، به صورتی که طرفین عرفاً عالم به قیمت محسوب می شوند، در حکم علم به ثمن است و چنین قراردادی را باید صحیح تلقی کنیم. البته اگر ثمن به طور کامل مجهول باشد قرارداد صحیح نیست؛ چرا که با وجود مواد ۲۱۶ و ۳۴۲ و ۳۵۱ قانون مدنی چاره ای جز اعلام بطلان این نوع قراردادهای وجود ندارد. البته اگر در عرف، مورد قرارداد قیمت معین و مقطوعی داشته باشد، سکوت طرفین در مورد ثمن می تواند به منزله پذیرش قیمت عرفی باشد و چنین قراردادی صحیح تلقی خواهد شد.

۳-۳-۳- ثمن شناور در حقوق خارجی و اسناد بین المللی

در حقوق انگلیس، عدم تعیین ثمن تأثیری در اعتبار عقد ندارد و هنگامی که قصد خرید و فروش آشکار است، جزئیات چنین معامله ای به وسیله استانداردهای متعارف یا قواعد حقوقی در آینده قابل تعیین است. به موجب بند اول از بخش ۸ قانون بیع کالای انگلیس مبلغ عقد بیع ممکن است در قرارداد معین شود یا براساس یک روش مورد توافق در آینده محاسبه شود و یا ممکن است براساس مذاکره طرفین تعیین گردد و به موجب بند دوم همان مقرر، چنانچه نتوان مبلغ قرارداد را براساس

موارد مذکور تعیین نمود، خریدار بایستی قیمت متعارف را بپردازد (Beatson. ۱۹۹۵, ۶۳ & Treitel. ۱۹۹۸, ۴۹).

اصولاً در برخی از قراردادها، مانند قراردادهای خدماتی (تعمیر اتومبیل) امکان تعیین ثمن وجود ندارد و بنابراین لزومی به تعیین ثمن در حین عقد نیست. این موضوع در بخش ۱۵ قانون تهیه کالا و خدمات مصوب ۱۹۸۲ مورد نظر واقع و مقرر شده است که: "هنگامی که عوض خدمات ارائه شده در قرارداد تعیین نشده باشد، و به یک شیوه مورد توافق یا به مذاکره طرفین موکول شده باشد، یک شرط ضمنی وجود دارد که بر مبنای آن طرف قرارداد یک مبلغ معقولی را پرداخت خواهد کرد". در بند دوم از مقرر مزبور نیز بیان شده است که مبلغ معقول یک شبهه موضوعیه به شمار می رود. تعدادی از محاکم، ارجاع به قیمت بازار یا تعیین قیمت توسط یک ارزیاب مستقل را نیز پذیرفته اند (Stone. ۲۰۰۲, ۶۸). البته در برخی از دعاوی سابق، قراردادی که در آن نه ثمن تعیین شده و نه مکانیزی برای آن پیش بینی شده بود، از سوی دادگاه باطل اعلام گردید. در یکی از دعاوی اظهار عقیده شد که هر چند قرارداد حاوی شرط داوری است، لیکن چنین اختیاری محدود به موارد نزاع است و شامل اختیار تعیین ثمن نمی شود.

در حقوق ایالات متحده آمریکا به موجب ماده ۳۰۵-۲ قانون یکنواخت بازرگانی، طرفین می توانند بدون تعیین ثمن مبادرت به انعقاد بیع نمایند؛ در چنین حالتی قیمت متعارف زمان تحویل، ملاک عمل خواهد بود. همچنین طرفین می توانند ثمن را بر مبنای قیمت بازار یا استاندارد مشخصی قرار دهند. در بند ۲ مقرر مزبور رعایت اصل حسن نیت در موردی که تعیین ثمن به عهده فروشنده یا خریدار محول شده، الزامی تلقی گردیده است، بر مبنای آرای صادره در محاکم این کشور هنگامی که قیمت رفی بازار نامعلوم باشد، قیمت معقول و متعارف، حاصل جمع هزینه های واقعی و یک سود متعارف خواهد بود (Perillo. ۲۰۰۹, ۴۸). حکم ماده ۲-۳۰۵ قانون مذکور به عنوان پر کننده خلا، اراده طرفین تلقی می شود.

در حقوق فرانسه آزادی عمل در این مورد به اندازه حقوق انگلیس نیست. در حقوق این کشور به موجب ماده ۱۱۰۸ ق.م تعیین مبلغ قرارداد به عنوان قاعده ای کلی بیان شده و همین قاعده در اجرای

خدمات و یا اجاره آپارتمان صادق است. همچنین براساس ماده ۱۵۹۱ ق.م فرانسه ثمن در عقد بیع بایستی تعیین شود. به اعتقاد برخی (McQueen& ۲۱، ۲۰۰۶ Zimmermann) قانون مدنی فرانسه در این خصوص بدون تردید تحت تأثیر قاعده (مبلغ معلوم) حقوق روم قرار گرفته است. با این حال در ماده ۱۵۹۲ قانون مدنی فرانسه اختیار تعیین قیمت توسط ثالث به رسمیت شناخته شده و تصریح شده است که، اگر شخص ثالث نخواهد یا نتواند تعیین قیمت کند، بیعی وجود نخواهد داشت.

در سال ۱۹۹۴ شعبه یک مدنی دیوان عالی فرانسه استدلال نمود که، اعلام بطلان قرارداد به وسیله دادگاه استیناف، که در آن سوء استفاده تهیه کننده کالا در تعیین قیمت معامله در اعمال حق قراردادی خود مورد توجه قرار نگرفته بود، مبتنی بر اشتباه بوده است، به عبارت دیگر دیوان عالی ضمن تأیید اصل این موضوع که امکان تعیین ثمن توسط تهیه کننده کالا وجود دارد، بررسی نحوه اعمال چنین حقی را از سوی دادگاه لازم دانسته است. یک سال بعد در ۱۹۹۵ دیوان عالی مقرر نمود که موضوع سوء استفاده از اختیار تعیین قیمت بایستی با ارجاع قضیه به حکم کلی ماده ۱۱۳۴ ق.م یعنی؛ اصل حسن نیت مورد توجه قرارگیرد (Fauvargue-Cosson& Mazeaud. ۲۰۰۸، ۱۹۲). چنین تصمیمی انعطاف بیشتر رویه قضایی فرانسه را در مقابل قوانین نشان می دهد.

در حقوق آلمان قاعده کلی معلوم بودن مبلغ قرارداد در ماده ۴۳۳ قانون مدنی این کشور بیان گردیده، اما دو استثناء بر آن در نظر گرفته شده است.

مورد اول آن است که، اجازه داده شده است اختیار ثمن به یکی از طرفین یا ثالثی محول شود تا آزادانه و منصفانه نسبت به محاسبه مبلغ قرارداد اقدام کند (مواد ۳۱۵ و ۳۱۷ قانون مدنی آلمان) و دومین استثنای وارده، آن است که، اگر محاسبه قیمت به عهده یکی از طرفین یا ثالث محول نشده باشد، چنین قراردادی (برخلاف حقوق فرانسه) باطل تلقی نخواهد شد. در چنین موردی فرض می شود که طرفین تعرفه و دستمزد قانونی را در روابط قراردادی خود پذیرفته اند و در صورت فقدان تعرفه، قیمت عرفی ملاک عمل خواهد بود (Markesinis. ۲۰۰۶، ۵۹). این وضعیت در قراردادهای خدماتی (ماده ۶۱۲ ق.م آلمان) و قراردادهای کار (ماده ۶۳۲ ق.م آلمان) و قراردادهای دلالتی (ماده

۶۵۳ ق.م آلمان) وجود دارد. بنابراین ملاحظه می شود، سختگیری در این زمینه، مانند حقوق فرانسه وجود ندارد.

اصول حقوق قراردادهای اروپا در این خصوص از ماده ۳۱۵ ق.م آلمان که بیانگر سیستم آزادی محض در تعیین مبلغ قرارداد است، تبعیت نموده است (zimmermann.op.cit.۲۲McQueen&).

به موجب مواد ۴۲۳ و ۴۲۴ قانون مدنی مصر، ۳۹۱ و ۳۹۲ قانون مدنی سوریه و ۵۲۶ و ۵۲۹ قانون مدنی عراق همین که ثمن قابلیت تعیین را داشته باشد، معامله صحیح است، هر چند که بتوان آن را با مراجعه به قراردادهای قبلی طرفین یا نرخ تجارتی تعیین نمود؛ اما در هر حال تعیین ثمن نباید بر عهده یکی از متعاملین به دلیل ترس از غرور و اگذار شود (فرج الصده، پیشین، ۳۱۸).

به موجب مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ مجله الاحکام العدلیه، ثمن باید معین و معلوم باشد و در غیر این صورت بیع باطل است.

به موجب ماده ۵۵ کنوانسیون بیع بین المللی کالا، عدم تعیین ثمن تأثیری در اعتبار قرارداد بیع ندارد. در این ماده آمده است که: "هرگاه قرارداد به نحو صحیح منعقد شود؛ ولی ثمن به طور صریح یا ضمنی تعیین نشود، یا مقرراتی برای تعیین آن وضع نگردد، در صورت فقدان هر گونه دلیل مخالفت، چنین فرض می شود که طرفین بطور ضمنی بر روی ثمنی که عموماً در زمان انعقاد قرارداد برای چنان کالای فروخته شده ای که در اوضاع و احوال مشابه در تجارت مربوطه رایج است، توافق کرده اند". بنابراین، ملاحظه می شود که نه تنها عدم تعیین ثمن، بلکه عدم تعیین مکانیزمی برای محاسبه بعدی ثمن نیز موجب بی اعتباری قرارداد نخواهد شد. گفتنی است چنین حکمی مدت ها موجب تفرقه هیئت های نمایندگی شرکت کننده در کارهای مقدماتی بود، لیکن نهایتاً با ۴۰ رأی موافق و ۳ رأی مخالف و ۵ رأی ممتنع مورد تصویب قرار گرفت. البته ممکن است که عدم تعیین ثمن و یا عدم ذکر هر گونه مکانیزمی برای تعیین ثمن مشکل آفرین باشد، اما راه حل هایی نیز برای آن پیش بینی نمود اند (پلاندا. ۱۳۷۰ . ۳۴۴).

در اصول قراردادهای تجاری بین المللی، احکامی راجع به تعیین ثمن که ملهم از کنوانسیون بیع بین المللی کالا است، وضع گردیده است. در ماده ۷-۱-۵ اصول مورد بحث، عدم تعیین قیمت، خللی به اعتبار عقد وارد نمی سازد و چنین فرض شده است که طرفین به مبلغی ارجاع داده اند که، عموماً در زمان انعقاد قرارداد، در همان اوضاع و احوال به حساب گذاشته می شود و در صورت عدم دسترسی به این مبلغ، قیمت متعارف مد نظر بوده است؛ نیز اجازه داده شده است که، یکی از طرفین مبلغ قرارداد را تعیین کند، لیکن اگر مبلغ تعیین شده به طور آشکار غیر معقول و غیر متعارف باشد، قیمت متعارف و معقول جایگزین خواهد شد.

حتی در صورتی که عواملی برای تعیین ثمن پیش بینی شود و سپس قابل دسترس نباشد، نزدیکترین عامل معادل به عنوان جانشین، مبنای محاسبه ثمن خواهد بود. بدین ترتیب ملاحظه می شود که در هر حالت بر حفظ و اعتبار عقد و تعیین مبلغ به شیوه های گوناگون تأکید شده است (اخلاقی و امام، ۱۳۸۵، ۱۷۱).

در اصول حقوق قراردادهای اروپا که یکی دیگر از اسناد مهم بین المللی در زمینه قرارداهاست، قواعدی در این خصوص بیان شده است. در ماده ۱۰۴-۶ اصول یاد شده، مقرر شده است، "در صورتی که در قرارداد، مبلغ یا شیوه تعیین آن مشخص نباشد، چنین تلقی می شود که طرفین روی یک مبلغ متعارف توافق داشته اند." و به موجب ماده ۱۰۵-۶ نیز چنانچه تعیین قیمت به عهده یک طرف عقد باشد و تعیین وی به نحو فاحشی غیر معقول باشد، مبلغ متعارف دیگری جایگزین خواهد شد. هنگامی که تعیین قیمت به ثالثی محول شده باشد و او نخواهد یا نتواند این کار را انجام دهد، براساس ماده ۱۰۶-۶ اصول یاد شده، شخص دیگری از سوی دادگاه برای محاسبه ثمن، تعیین خواهد شد و چنانچه تعیین ثالث به نحو فاحشی غیر معقول باشد، مبلغ متعارف جایگزین آن خواهد گردید (Lando & Beale. ۲۰۰۶، ۳۰۷).

مرور کلی حقوق کشورهای مختلف و همچنین اسناد بین المللی حکایت از تمایل قانونگذاری ها و رویه های قضایی به شناسایی ثمن مشاور دارد و نیازهای جوامع مختلف تأثیر عمده ای در این خصوص داشته است.

۳-۳-۴- ثمن شناور و تعیین قیمت در قراردادهای پیش فروش

همانگونه که بیان شد، یکی از اشکالات قراردادهای پیش فروش اموال در کشور ما مجهول بودن ثمن در بیشتر این قراردادهاست. حال به فرض که ثمن شناور در حقوق ایران پذیرفته شود و قراردادهای مبتنی بر آن صحیح باشد، این سوال مطرح می شود که آیا با قبول ثمن شناور باز هم مجهول بودن ثمن در این قراردادها اشکال قانونی محسوب می شود یا نه؟

در پاسخ به این سوال باید گفت که، اولاً در ثمن شناور، ثمن به طور کلی مجهول نیست، بلکه طرفین به جای تعیین قطعی و نهایی ثمن در حین تشکیل عقد، به یک توافق ابتدایی در مورد ثمن می رسند و معیاری را برای تعیین ثمن در آینده ارائه می دهند. مثلاً یک قیمت پایه را تعیین می کنند و در ضمن آن شرط می کنند که، در صورت افزایش قیمت ها به میزان نرخ تورم برمقدار ثمن افزوده شود. ثانیاً گفته شد که در حقوق ما در صورت مجهول بودن کامل ثمن، قرارداد باطل است. با توجه به آنچه که گفته شد به نظر می رسد که، حتی پذیرش ثمن شناور نیز اشکالات قانونی وارد بر برخی از قراردادهای پیش فروش را رفع نخواهد کرد. چرا که در برخی از این قراردادها ثمن معامله کاملاً مجهول می باشد و معیار دقیقی نیز برای تعیین آن ارائه نشده است.

برای مثال شرکت پارس خودرو در اطلاعیه منتشره در شماره ۶۳۳ روزنامه همشهری مورخ ۷۳/۱۲/۸ ضمن اعلام پیش فروش محصولات خود، در مورد قیمت خودرو اعلام می دارد که قیمت خودرو مبلغی کمتر از قیمت روز در زمان تحویل خواهد بود و همانطور که ملاحظه می شود قیمت در اینجا مجهول بوده و معیار دقیقی نیز جهت تعیین آن مشخص نشده است و بنابراین علی رغم پذیرش ثمن شناور باید حکم به بطلان این نوع قراردادها داد.

فصل سوم :

شیوه های جایگزین تعیین ثمن

در قراردادهای پیش فروش

شیوه های جایگزین تعیین ثمن در قراردادهای پیش فروش

با در نظر گرفتن اینکه به هر حال ثمن شناور به نحو صریح در مقررات قانونی ما مورد اشاره قرار نگرفته است و اعتبار آن ممکن است مورد تردید قرار گیرد و از سوی دیگر احتمال دارد، دادگاهها نیز در پذیرش ثمن شناور مقاومت به خرج دهند، بایستی برای حل مشکل راه حل های دیگر ارائه داد که به چند مورد از این روش ها اشاره می شود. البته قابل ذکر است که به هر حال اصلاحات قانونی در این زمینه لازم و ضروری است.

۴-۱- پیش بینی تعدیل قرارداد

اصل حاکمیت اراده و ثبات قراردادها اقتضا می کند توافق متعاملین، محترم و الزام آور باشد و تغییری در آن صورت نگیرد و ماده ۲۱۹ قانون مدنی نیز در این راستا مقرر می دارد "عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم آنها لازم الاتباع است..." لیکن تحت شرایط خاصی عدالت و انصاف ایجاب می کند که قرارداد با شرایط جدید یا ضرورتهای اقتصادی و اجتماعی تطبیق و تعدیل یابد. متعاقدين می توانند شرطی در قرارداد خود پیش بینی نمایند که به موجب آن تحت شرایط معینی متن قرارداد و شرایط مندرج در آن مورد تعدیل واقع شود که این امر به تعدیل قراردادی مشهور است.

اگر چه عدم ذکر شرط تعدیل قرارداد، اصل تعدیل را منتفی نمی سازد؛ اما چون در حقوق ما تعدیل قضایی صریحاً مورد نظر قانونگذار قرار نگرفته است، جهت سهولت کار بهتر است تعدیل و شرایط و جزئیات آن در متن قرارداد اصلی بیان گردد. رجوع به نظر کارشناس یا داور ثالث می تواند از تدابیر مورد نظر باشد.

درخصوص محاسبه و تعیین ثمن نیز می توان از سیستم تعدیل قراردادی استفاده نمود، درست به همان شیوه ای که در قراردادهای پیمان و در اجرای برنامه های عمرانی دولتی مورد عمل قرار می گیرد؛ زیرا با آنکه ثمن در چنین مواردی به هنگام انعقاد قرارداد معلوم و معین شده است، لیکن به

منظور اجتناب از مخاطرات بعدی امکان تعدیل آن وجود خواهد داشت. برای تعدیل ثمن در آینده می توان به نظر کارشناس یا داور مرضی الطرفین رجوع نمود.

اگر در متن قرارداد چنین پیش بینی شود که، هنگام درخواست یکی از متعاملین کارشناس رسمی، نسبت تجزیه و تحلیل وقایع موجود اقدام نماید و نظریه کارشناسی وی برای متعاقدين لازم الاتباع باشد، تولید کننده خواهد توانست به استناد افزایش بی رویه مواد اولیه یا نرخ ارز و در نتیجه بالا رفتن هزینه تولید، از کارشناس رسمی تجدیدنظر در ثمن قرارداد را تقاضای نماید و نظر کارشناس که با بررسی اسناد و مدارک تولید کننده همراه است، می تواند رافع مشکل باشد.

همچنین متعاقدين می توانند در تعدیل قرارداد نظر داور مرضی الطرفین را بپذیرد و داور نیز به درخواست یکی از طرفین یا هر دوی آنها در صورت تحقق شرایط تعدیل نسبت به تغییر جزئیات توافق اقدام خواهد نمود. البته باید مبنای تعدیل داور (یا کارشناس رسمی) معین گردد؛ زیرا در غیر اینصورت باز هم مجهول ماندن شرط، موجب جهالت در عوضین و بطلان عقد اصلی خواهد بود (کاتوزیان.پیشین.۷۴). (بند ۲ ماده ۲۳۳ ق.م) در مانحن فیه فی المثل می توان سازمان حمایت از مصرف کنندگان و تولیدکنندگان یا هر شخص حقوقی منصفی را به عنوان داور تعدیل پذیرفت تا نظر وی ملاک عمل باشد. باید افزود تعدیل و احتمال تغییر ثمن معامله سبب بقای غرر نیست؛ زیرا در ابتدای قرارداد، ثمن معین و ثابت است و احتمال دارد هیچگاه به تعدیل نینجامد و حتی به فرض تعدیل، دارای مبنای موجه باشد.

تعدیل قرارداد می تواند توسط داور ثالث صورت گیرد و یا به یکی از طرفین محول شود و اصل حاکمیت اراده چنین اقتضایی دارد؛ اما اختیارات و محدوده عمل حسب قرارداد باید مشخص باشد و یا در حدود قانون انجام گیرد. یکی از این موارد به شرحی که در مطالعه حقوق خارجی بیان شد، اقدام براساس اصل حسن نیت است؛ زیرا احتمال هرگونه اعمال حق یک طرفه در چنین شرطی مشهود است.

۴-۲- شرط پرداخت به طلا

از آنجایی که کاهش ارزش پول رایج و افزایش نرخ ارز از یک سو و تعیین و تثبیت قیمت معامله که با فاصله زمانی نسبتاً طولانی بین انعقاد قرارداد و تحویل کالا همراه است، موجب تضرر احتمالی تولید کننده در پیش فروش کالا خواهد شد، لذا در قراردادهای می توان بهای معامله را با طلا سنجید. چون علیرغم کاهش ارزش پول، طلا منزلت خود را حفظ می کند، در نکاح نامه ها نیز مرسوم است که مقداری سکه طلا را به عنوان مهر در نظر می گیرند؛ زیرا معمولاً ادای مهریه مدتها به تأخیر می افتد و تعیین سکه به عنوان مهریه و کاهش بعدی ارزش پول لطمه ای به میزان واقعی مهر وارد نمی سازد.

در قراردادهای پیش فروش کالا نیز ثمن معامله می تواند، مقداری طلا معین شود؛ چرا که متعلق ثمن به حکم ماده ۳۳۸ ق.م می تواند غیر از وجه نقد نیز باشد.

لازم به ذکر است هر چند راه حل یاد شده، نفوذ حقوقی دارد، لیکن درج آن در قراردادهای به ویژه هنگامی که تولید کننده زیر مجموعه ای از دولت باشد، ممکن است نوعی اقرار به بی ارزش بودن پول ملی قلمداد شده و بی اعتمادی نسبت به پول رایج مملکتی را موجب شود و در سایر قراردادهای نیز گسترش بی رویه یابد.

۴-۳- تعیین ثمن به ارز

در قراردادهای داخلی معمولاً مبلغ معامله به پول رسمی کشور تعیین می شود و این احتمال وجود دارد که به علت کاهش ارزش برابری نرخ ارز، فروشنده متضرر شود. به عنوان مثال هرگاه کالایی به مبلغ یکصد میلیون تومان فروخته شود، و مقرر شود که مبلغ مذکور یک سال بعد و هنگام تحویل کالا پرداخت گردد، بیم آن می رود که با کاهش ارزش پول رسمی کشور، آنچه که فروشنده تحصیل می کند، نتواند هزینه تولید کالایی که مواد اولیه آن از خارج تهیه و به پول خارجی خریداری شده است، پوشش دهد.

بر این اساس ممکن است طرفین معامله به جای تعیین ثمن به پول رسمی کشور، ارز دیگری مانند دلار یا یورو که معمولاً ارزش اقتصادی خود را در برابر سایر ارزها حفظ می کنند، پیش بینی نمایند.

هر چند چنین شیوه ای در قراردادهای تجاری بین المللی شایع و رایج است، لیکن در قراردادهای داخلی کمتر مورد استفاده واقع می شود. سوالی که در این قسمت مطرح می شود، این است که، آیا چنین قراردادهایی اعتبار شرعی و قانونی دارد یا خیر؟

به موجب ماده ۳۳۸ ق.م.تردید در صحت چنین معامله ای وجود ندارد، زیرا کافی است که ثمن، معلوم و معین باشد و ثمن به پول خارجی نیز معلوم و معین است. در داوری عرف و تمیز بیع از معاوضه، همچنان که برخی از حقوقدانان بیان داشته اند، در عقد بیع معمولاً ثمن، پول است بی آنکه به نوع آن از حیث مسکوک یا کاغذی بودن و یا وجه رسمی کشور یا ارز بودن محدودیتی مقرر شود (کاتوزیان، پیشین، ش ۲۶۰).

در فقه امامیه نیز آنچه ضرورت دارد، تعیین ثمن است و می تواند با اوصاف گوناگون مورد توافق قرار گیرد و یکی از اوصاف ثمن نوع وجه رایج است (حسینی عاملی، بی تا، ۴، ۲۷۹) و بیان شده است که، اگر بایع مبیع را به ثمن مطلق بفروشد، منصرف به وجه رایج بلد است و اگر در محل انعقاد، چند نوع وجه رایج باشد، بیع منصرف به مورد غالب است (علامه حلی، ۱۴۲۰، ۲، ۳۶۱).

به موجب بند ۱ ماده ۶۲ آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹، خواسته دعوی می تواند پول خارجی و منشاء چنین استحقاقی می تواند قرارداد میان طرفین باشد. رأی وحدت رویه شماره ۹۰ مورخ ۱۳۵۳/۱۰/۴ هیئت عمومی دیوان عالی کشور نیز مطالبه خسارت تأخیر تأدیه را به پول خارجی تأیید نموده است (مجموعه قوانین سال ۱۳۵۳، ۲۵۷) و در ماده ۲۵۲ قانون تجارت نیز پرداخت وجه برات به هر نوع پولی تجویز شده است.

در نظریه ای که به اتفاق آرا از سوی قضات دادگاههای حقوقی ۲ تهران ارائه شده است، به هنگام اجرای حکم، عین پول خارجی باید تأدیه شود و اگر موجود نباشد، قیمت عادلانه آن به نرخ معمول در بازار آزاد بایستی پرداخت شود (نوبخت، ۱۳۷۰، ۸۷).

شیوه معامله با پول خارجی در تسهیلات بانکی نیز رایج است و در آیین نامه تأمین مالی صادرات (کالا و خدمات) مصوب ۱۳۸۴/۷/۴، شورای پول و اعتبار مورد نظر قرار گرفته است.

در جهت تعیین ثمن با نرخ ارز دو روش می توان در نظر گرفت. یک روش آن است که اساساً ثمن معامله به پول خارجی محاسبه شود و روش دوم آن اسن که ثمن به پول داخلی (ریال) در نظر گرفته شود و شرط شود که به هنگام پرداخت، ارزش برابری آن همانند روز عقد در نظر گرفته و محاسبه خواهد شد. مزیت نسبی روش اول این است که در آینده نیازی به محاسبه ندارد و ایراد نسبی روش مذکور گسترش بی اعتمادی به پول ملی است و از طرفی احتمال دارد به جهت محدودیتهای منابع ارزی در کشور پرداخت پول خارجی به سهولت امکان پذیر نباشد. برای حل این مشکل نیز می توان شرط نمود در صورت عدم امکان پرداخت پول خارجی مورد توافق، معادل ریالی آن به نرخ روز بازار قابل پرداخت خواهد بود.

۴-۴- شرط مذاکره برای تعیین ثمن

ممکن است ثمن در حین تشکیل قرارداد پیش فروش، معلوم و معین نشود و تعیین قیمت به مذاکره طرفین در آینده موکول شود در این شیوه اگر ثمن را به طور کلی مجهول بگذارند و تعیین آن را به طور کامل به مذاکرات طرفین واگذار کنند، موجب بطلان قرارداد خواهد بود؛ چرا که شرط صحت قرارداد این است که ثمن کاملاً مجهول نباشد و حداقل در زمان تشکیل قرارداد تعیین باشد.

بنابراین باید در شرط مذاکره، قدرت طرفین محدود شود و یک مرز حداقل و حداکثری معین شود که ثمن کالای مورد قرارداد در آن حدود مورد توافق قرار گیرد. مثلاً یک قیمت پایه تعیین نمایند و در ضمن آن شرط کنند که طرفین با مذاکره می توانند در حدود ۱۵ درصد مبلغ پایه را کاهش و یا افزایش دهند، البته در عمل ممکن است، اجرای این روش مشکل باشد؛ چرا که هر یک از طرفین به دنبال منافع خود هستند و تعیین قیمت از طریق مذاکره با مشکل مواجه خواهد شد.

همانگونه که قبلاً بیان شد، به موجب بند اول بخش ۸ قانون بیع کالای انگلیس یکی از طرق تعیین ثمن انجام مذاکره میان طرفین عقد است. البته شاید در عمل کارایی و تأثیر چنین روشی مورد تردید قرار گیرد؛ اما از انجایی که طرفین مکلف به رفتار با حسن نیت هستند، روش مذکور می تواند موثر تلقی شود.

۴-۵- محاسبه ثمن براساس قیمت بازار

همانگونه که قبلاً ملاحظه گردید، عده ای از حقوقدانان و فقها ثمنی را که میزان آن به قیمت بازار ارجاع گردیده باشد، معتبر می دانند و چنین معامله ای را صحیح تلقی می کنند. البته این روش همان سیستم ثمن شناور است که در حقوق خارجی و اسناد بین المللی پیش گفته شد و به آن اشاره گردید. سوالی که در این ورد مطرح می شود، این است که، قیمت روز بازار در کدامین زمان ملاک عمل خواهد بود. بدون تردید می توان چنین استدلال کرد که منظور، قیمت بازار در زمان تحویل کالا مدنظر است؛ چرا اگر منظور قیمت بازار در زمان انعقاد عقد بود، طرفین به راحتی می توانستند ثمن را حین عقد تعیین کنند و دیگر نیازی به ارجاع ثمن به قیمت بازار نبود.

این روش از محاسبه ثمن را نباید با روش تعیین ثمن با ارجاع به عرف اشتباه گرفت.

۴-۶- محاسبه ثمن براساس قیمت عرفی

در مواردی ممکن است طرفین به عمد یا سهواً از تعیین قیمت کالا خودداری نمایند. در این وضعیت استدلال شده است که، قیمت عرفی جانشین اراده طرفین می شود و این حکم در ماده ۵۵ کنوانسیون بیع بین المللی کالا، مورد نظر واقع و قیمت عرفی زمان انعقاد عقد، ملاک محاسبه ثمن در نظر گرفته شده است.

برخی از حقوقدانان (شهیدی، ۱۳۸۳، ۲۰۱) به رغم تأیید چنین شیوه ای و جانشینی قیمت عرفی به جای سکوت طرفین، اشاره ای به زمان محاسبه قیمت عرفی نکرده اند. به نظر می رسد بایستی میان قیمت عرفی که در مقام سکوت طرفین ملاک عمل قرار می گیرد و قیمت بازار که در حقیقت ملاک پیش بینی شده توسط طرفین است، قائل به تفکیک بود. در مورد اخیر فرض این است که طرفین به رغم توانایی بر تعیین ثمن، آن را به قیمت بازار ارجاع می دهند، پس منظور آنان قیمت بازار در زمان تحویل است، مگر آنکه قرینه و دلیلی وجود داشته باشد که نشانگر ارجاع آنان به قیمت بازار در زمان انعقاد عقد بوده است؛ اما در مقام سکوت طرفین، چنین در نظر گرفته می شود که قصد آنان ارجاع به قیمت عرفی زمان عقد بوده است، مگر آنکه دلیل یا قرینه مخالفی وجود داشته باشد، که موید ارجاع

آنان به قیمت عرفی زمان تحویل کالا باشد. همین دیدگاه در ماده ۷-۱-۵ اصول قراردادهای تجاری بین المللی نیز ملاحظه می گردد.

۴-۷- محاسبه ثمن براساس قیمت رقابتی

یکی از معیارهای تعیین قیمت، تعیین آن بر مبنای قیمت محصولات رقیب از همان نوعی که باید مطابق قرارداد تسلیم شود، می باشد؛ بدین معنی که طرفین در قرارداد می توانند شرط کنند، که میزان ثمن به اندازه قیمت محصول مشابه رقیب تولید کننده (پیش فروشنده)، در زمان تسلیم موضوع قرارداد باشد، البته در این صورت باید ملاک تعیین رقیب، معین گردد. مثلاً در قرارداد باید ناحیه جغرافیایی قیمت محصول رقیب ذکر شود، زیرا ممکن است رقیب فروشنده محصولات خود را در مناطق مختلف با قیمت های مختلف به فروش برساند. همچنین محصولات رقیب ممکن است از کیفیت بالاتری برخوردار باشد یا محصولات خود را به صورت قسطی بفروشد و در نتیجه قیمت بالایی را نشان دهد.

ممکن است هزینه های دیگری همچون هزینه های بیمه، حمل و نقل و یا مالیات نیز در قرارداد ذکر شده در قیمت رقیب، از آنچه که در کالاهای موضوع معامله است، بیشتر باشد و در نتیجه قیمت رقیب مبلغ بیشتری را نشنا دهد.

بنابراین، در شرط قیمت بهتر است، مقرر شود که، قیمت رقیب در مورد محصولاتی اعمال خواهد شد که به لحاظ کمی و کیفی و شرایط تسلیم و غیره قابل مقایسه باشد و آن قسمتی که به قیمت موضوع معامله اضافه یا از آن کم می شود با قیمت رقیب قابل مقایسه باشد.

شرط قیمت رقبا در کشورهایی می تواند اعمال شود که دارای اقتصاد مبتنی به بازار رقابتی هستند، ولی در کشورهایی مانند ایران، که اقتصاد رقابتی وجود ندارد، چنین شرطی نمی تواند معیار مناسبی تلقی شود؛ چون بیشتر اموالی که پیش فروش می شوند در یک بازار رقابتی عرضه نمی شوند به عبارت دیگر، فروشندگان چنین اموالی، رقیبی ندارند که بخواهند براساس قیمت محصولات رقیب، قیمت محصول خود را تعیین نمایند، برای مثال شرکت های خودروسازی داخلی با قیمت محصولات کدام

رقیب می توانند قیمت محصولاتی را که پیش فروش می کنند در زمان تحویل تعیین کنند. در نتیجه شرط قیمت رقیب، معیار مناسبی برای کشور ما نیست.

۴-۸- شرط تعیین ثمن توسط شخص ثالث

ممکن است، تعیین ثمن توسط متعاقدین به شخص ثالثی واگذار شود، این شیوه از تعیین قیمت نسبت به تعیین ثمن توسط یکی از طرفین، با سهولت بیشتری پذیرفته شده است. شخص ثالث می تواند یک کارشناس خبره و بی طرف داشته باشد و اصولاً نظر چنین شخصی باید بدون اعتراض پذیرفته شود، مگر در مواردی که اشتباهی رخ داده یا سوء نیتی در کار باشد.

واگذاری تعیین میزان ثمن به شخص ثالث در حقوق کشورهای مختلف پذیرفته شده است، ماده ۱۵۶ قانونی مدنی اتریش در این مورد مقرر می دارد که بایع و مشتری می توانند تعیین ثمن را به نظر شخصی ثالث واگذار نمایند.

همچنین به موجب بند یک ماده ۹ قانون بیع کالا انگلیس مصوب ۱۹۷۹ طرفین می توانند تعیین ثمن را به شخص ثالث واگذار نمایند که، در این صورت شخص مزبور قیمت را با توجه به اطلاعات شخصی یا با توجه به نظر کارشناسان معین خواهد نمود (داراب پور، پیشین، ۲۴۰). همچنین به موجب بخش دوم ماده ۱۷۴ قانون مدنی ایتالیا نیز تعیین ثمن توسط شخص ثالث پذیرفته شده است. در فقه امامیه، اکثر فقها تعیین ثمن توسط شخص ثالث را نپذیرفته اند؛ چرا که به نظر این عده از فقها واگذاری تعیین ثمن به شخص ثالث موجب غرر شدن معامله و بطلان آن می گردد. شهید ثانی در شرح لمعه در این خصوص مقرر می دارد که اگر بیعی واقع شود و بعداً تعیین ثمن به عهده متعاملین یا شخص ثالث باشد به علت وجود غرر، معامله صحیح نمی باشد (شهید ثانی، پیشین، ۲۸۵).

به عقیده برخی از حقوقدانان بیعی که ثمن آن را شخص ثالث باید معین کند، باطل نیست؛ ولی در صورتی واقع می شود که شخص ثالث، نماینده دو طرف باشد و بخواهد تراضی نیمه تمام را تکمیل کند. به بیان دیگر به نظر این حقوقدانان، تا زمانی که ثمن توسط شخص ثالث معین نشده باشد، بیع واقع نمی شود، بلکه پیش از این تعیین، آنچه واقع می شود، پیش قراردادی است که دو طرف، وعده بیع را منوط به تعیین ثمن نموده اند (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ۱، ۱۵۱).

با توجه به آنچه که قبلاً در مورد ثمن شناور گفته شد، در مورد تعیین ثمن توسط شخص ثالث باید گفت، اگر تعیین ثمن بدون هیچ محدودیتی به شخص ثالث واگذار شود و به بیان دیگر شخص ثالث در تعیین ثمن کاملاً آزاد باشد، معامله غرری و باطل خواهد شد؛ اما اگر حدود اختیار شخص ثالث در تعیین ثمن محدود باشد (اعم از اینکه قرارداد چنین محدودیتی را مقرر دارد یا آنکه به حکم قانون یا عرف، ثالث اختیار مطلق نداشته باشد، مانند لزوم تعیین قیمت براساس اصل حسن نیت)، باید گفت چنین قراردادی صحیح است؛ چرا که ثمن قابلیت تعیین را دارد. البته به نحوی که قبلاً بیان شد در برخی از سیستمهای حقوقی در صورتی که تعیین ثمن توسط ثالث بی اندازه فاحش باشد، معامله صحیح تلقی می شود؛ اما ثمن متعارف جایگزین مبلغ پیشنهادی ثالث خواهد شد.

بنابراین، در قراردادهای پیش فروش اموال، متعاملین می توانند، شخص ثالث را به عنوان مسئول تعیین ثمن با توجه به معیارهای مشخص انتخاب نمایند، مثلاً طرفین قرارداد پیش فروش آپارتمان می توانند شخص خبره ای را به عنوان داور انتخاب تا او هزینه ساخت را محاسبه و به اضافه ۵ درصد سود را به عنوان ثمن معین نماید.

شایان ذکر است که ماهیت شرط مزبور، تعهد به فعل ثالث بوده و مطابق اصل نسبی بودن قراردادها نمی تواند شخص منتخب را متعهد نماید، مگر اینکه شخص مزبور انجام کار مزبور یعنی تعیین ثمن را قبول کند، زیرا به موجب اصل نسبی بودن قراردادها (ماده ۳۳۱ ق.م) عقد تنها نسبت به متعاقدين و قائم مقام آنها موثر می باشد و نسبت به اشخاص ثالث اثری ندارد، مگر در مواردی که تعهد به نفع شخص ثالث باشد (ماده ۱۹۶ ق.م) (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ۱، ۳۱۴، و شهیدی، ۱۳۸۲، ۲۹۴).

۴-۹- تعیین ثمن براساس هزینه تولید

طرفین ممکن است توافق کنند که، قیمت براساس هزینه تولید به اضافه درصدی سود محاسبه شود. البته ممکن است در این شیوه خریدار با خطر پرداخت اضافی مواجه گردد به همین جهت طرفین باید کمیت مواد اولیه و کیفیت کالا را معین نمایند. همچنین بهتر است فروشنده متعهد شود سوابق مربوط به هزینه تولید را نگهداری کند و خریدار حق دسترسی به آن سوابق را داشته باشد.

البته این معیار در مورد کالاهایی که قیمت مواد اولیه، دستمزدها و سایر عوامل تولید آنها در بازار معلوم است، مناسب باشد؛ چرا که از دخالت زیاد افراد در تعیین ثمن می کاهد. در این معیار قیمت خود به خود با محاسبات ریاضی تعیین می شود (داراب پور، پیشین، ۲۴۵).

البته در مورد کالاهایی همچون خودرو که مواد اولیه و عوامل تولید آن زیاد و پیچیده می باشد و قیمت آنها نیز در بازار به وضوح مشخص نیست، معیار مناسبی تلقی نمی شود.

۴-۱۰- شرط مشارکت در تولید

یکی از مواردی که ممکن است به عنوان راه حلی برای گریز از تبعات نوسان قیمت ها به ذهن برسد، مشارکت فروشنده و خریدار در تولید کالاهایی است که مورد نیاز خریدار است. بدین منظور احتمال دارد هر یک از طرفین چنین پیشنهادی را به طرف مقابل مطرح و از او درخواست نماید که در تولید کالا مشارکت نماید. برای نیل به چنین هدفی ممکن است عقد مشارکت مدنی یا مضاربه مدنظر قرار گیرد. مثلاً طرفین توافق کنند که برای تولید کالای مورد نظر خریدار، وی در تولید مشارکت و سرمایه گذاری کند و سپس حصه خود را از کالای تولید شده مالک شود. با درنظر گرفتن اینکه در قانون مدنی ما شرایط و احکام مشارکت (نه شرکت) مورد تصریح قرار نگرفته است لذا در چنین حالتی ضرورت دارد طرفین، حدود و ثغور تعهدات خود را مشخص نمایند. در عقد مضاربه نیز چون اصولاً مضارب با سرمایه مالک به تجارت مشغول است و در سود حاصله به نحو مشاع شریک خواهند بود، لذا تصور چنین مشارکتی (از طریق مضاربه) به منظور تحصیل مالکیت کالا بعید به نظر می رسد، اما در خصوص عقد مستقل مشارکت مدنی چنین امکانی متصور است و خریدار نیازمند می تواند با تولید کننده کالا در تولید شرکت نماید و حصه ای از مال تولید شده را مالک شود. ایراد عمده چنین شیوه ای آن است که معمولاً طرفین شناخت کافی از یکدیگر ندارند و احتمال توافق آنان اندک است. از سویی دیگر مواقع برای خریدار امکان شراکت متصور نیست چراکه آورده او بایستی سرمایه و یا عمل و تخصص باشد و چنین امری به ندرت محقق است.

۴-۱۱- قلمرو قانون در مکان و زمان

در این قسمت به بررسی این موارد پرداخته می شود که قانون در سرزمین چه کشوری اجرا می شود و اشخاصی که تابع قانون محسوب می شوند و همچنین اموالی که قانون بر آنها حکومت می کند کدامند؟

علاوه بر این زمان اجرای قانون چه زمانی است و آیا قانون نسبت به گذشته نیز اثر دارد یا خیر؟

قلمرو قانون در مکان

مطابق ماده ۵ قانون مدنی: " کلیه سکنه ایران اعم از اتباع داخله و خارجه مطیع قوانین ایران خواهند بود مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد." مطابق این ماده قوانین ایران بر همه اشخاصی که در ایران سکونت دارند حکومت خواهند کرد به این قوانین، قوانین درون مرزی گفته می شود. قوانین درون مرزی عبارتند از قوانینی که در سرزمین یک کشور نسبت به تمام افرادی که در آن کشور سکونت دارند اعم از اینکه تبعه داخلی باشند یا خارجه و همچنین نسبت به تمام اموالی که در آن کشور واقع شده، اجرا می شود. در واقع چون قوانین درون مرزی با حاکمیت کشوری که در محدوده آن وضع شده است ارتباط دارد برای رعایت حق حاکمیت دولت باید در تمام خاک کشور لازم الاجرا باشد. نمونه کامل قوانین درون مرزی قوانین کیفری و قوانین راجع به مالیات و امثال آن هاست زیرا این قوانین بر تمام اموری که مشمول آن ها بوده و در قلمرو آن ها اتفاق می افتد حکومت می کنند و البته در خارج از قلمرو خود به هیچ وجه قوه اجرائی ندارد. در ماده ۸ قانون مدنی نیز مذکور است: "اموال غیرمنقول که اتباع خارج در ایران برطبق عهود تملک کرده یا می کنند از هر جهت تابع قوانین ایران خواهد بود". ماده ۹۶۶ همان قانون نیز مذکور داشته: "تصرف و مالکیت و سایر حقوق بر اشیاء منقول یا غیرمنقول تابع قانون مملکتی خواهد بود که آن اشیاء در آنجا واقع می باشند..."

البته منظور از قلمرو هر کشوری، قلمرو حاکمیت زمینی، دریائی و هوائی آن کشور می باشد. چنانکه در ماده ۳ قانون مجازات اسلامی آمده: "قوانین جزائی درباره ی کلیه کسانی که در قلمرو حاکمیت زمینی، دریائی و هوائی جمهوری اسلامی ایران مرتکب جرم شوند اعمالی گردد مگر آن که به

موجب قانون ترتیب دیگری مقرر شده باشد". به عنوان مثال مطابق ماده ۳۱ قرارداد وین مصوب ۱۳۴۳/۷/۲۱ که ایران به آن پیوسته، مأمور سیاسی در کشور پذیرنده از مصونیت تعقیب جزائی برخوردار است. اما مثلاً در دعوای راجع به مال غیرمنقول واقع در قلمرو کشور پذیرنده تابع قوانین کشور پذیرنده خواهد بود. این قواعد جزء قواعد امری محسوب شده و مطابق ماده ۹ قانون مدنی در حکم قانون مدنی در حکم قانون داخلی ایران محسوب می شوند.

استثنائات مربوط به این مورد در مواد ۷۰۶ قانون مدنی مذکور است. ماده ۶: "قوانین مربوط به احوال شخصیه از قبیل نکاح و طلاق و اهلیت اشخاص و ارث در مورد کلیه اتباع ایران ولو اینکه مقیم در خارج باشند مجری خواهد بود".

ماده ۷: "اتباع خارجه مقیم در خاک ایران از حیث مسائل مربوط به احوال شخصیه و اهلیت خود و همچنین از حیث حقوق ارثیه در حدود معاهدات مطیع قوانین و مقررات دولت متبوع خود خواهد بود".

بنابراین اتباع هر کشوری در خاک کشور دیگر از حیث رعایت احوال شخصیه و اهلیت (در جای خود راجع به این مفاهیم توضیح داده خواهد شد) تابع قانون دولت متبوع خود خواهند بود. البته اگر اجرای قانون خارجی مخالف نظم عمومی یا اخلاق حسنه ایران باشد از اجرای آن جلوگیری خواهد شد (ماده ۹۷۵ قانون مدنی). همچنین مطابق ماده ۹۶۸ قانون مدنی: "تعهدات ناشی از عقود تابع محل وقوع عقد است" و مطابق ماده ۹۶۹ همان قانون: "اسناد از حیث تنظیم تابع قانون محل تنظیم خود می باشند".

مطابق ماده ۴ قانون مدنی: "اثر قانون نسبت به آتیه است و قانون نسبت به ماقبل خود اثر ندارد مگر اینکه در خود قانون مقررات خاصی نسبت به این موضوع اتخاذ شده باشد". هنگامی که قانون وضع می شود بر موضوعاتی که پس از وضع آن به وجود می آید و حادث می شود حاکمیت خواهد داشت یعنی اثر قانون نسبت به آتیه (آینده) می باشد.

به عبارت دیگر قانون قدیم نسبت به وقایع آینده اثر ندارد و قانون جدید که جایگزین قانون قدیمی شده نسبت به وقایع گذشته اثر نخواهد داشت. از این موضوع تحت عبارت عطف به ماسبق نشدن

قانون یعنی عدم بازگشت قانون به گذشته یاد می شود. اثر نکردن قانون در گذشته با نظم عمومی و رعایت مصالح جامعه ارتباط دارد. زیرا در صورت عطف به ماسبق شدن قوانین ثبات قوانین و اعتماد مردم به نظم موجود از بین می رود و به استواری معاملات و گردش متعارف پول زیان می رسد. اما باید توجه داشت که این قاعده یعنی عطف به ماسبق نشدن قوانین نیز دارای استثنائاتی می باشد. مطابق ماده ۱۱ قانون مجازات اسلامی باید به موجب قانونی باشد که قبل از وقوع جرم مقرر شده است و هیچ فعل یا ترک فعلی را نمی توان به استناد قانون بعدی مجازات کرد مگر آنکه بعد از وقوع جرم قانونی وضع شود که مبنی بر تخفیف یا عدم مجازات باشد و یا از جهات دیگر مساعدتر به حال مرتکب جرم باشد نسبت به جرائم سابق بر وضع آن تا صدور حکم قطعی موثر خواهد بود. نکته دیگر اینکه همین که قانون قابل اجرا شود بر تمام وقایع حکومت می کند از این پس اعتبار قانون سابق از بین می رود و برای تنظیم روابط حقوقی، تنها مرجع حاکم قانون جدید است. این موضوع تحت عنوان اثر فوری قانون یاد می شود. اما همان طور که گفته شد استثنائاتی بر آن وارد است.

۴-۱۲- مفهوم ضمانت اجرا

در کتب لغت ذکری از عبارت ترکیبی ضمانت اجراء نشده و تنها از ضمان و ضمانت به معنای پابندانی کردن، پذیرفتاری و التزام نام برده شده است. برای دین ردپای ترکیب ضمانت اجرا باید به معنی کلمه *sanction* در زبان انگلیسی نگریست که به معنی فرمان، فتوی الزام آور، ضمانت اجرا و مجازات یا تشویقی برای انجام امری معین کردن یا مجازات امری را در قانون معین کردن و جریمه آمده است. در حقوق ضمانت اجرا به معنای مجازات برای جرم هم به کار می رود و علاوه بر این در مورد نقض معاهدات در حقوق بین الملل هم به کار برده می شود. در حقوق مدنی نیز به حمایت ها و ابزاری که به منظور به کار بستن تعهدات و حمایت از متعاملین به کار برده می شوند، اطلاق می شود. همان طور که قبلاً هم اشاره شد، ضمانت اجراء عبارت است از وسیله مستقیم یا غیرمستقیم برای انجام دادن الزامات قانونی اعم از امر و نهی و یا جبران زیان، زیان دیده. با توجه به آن چه گفته شده ضمانت اجرا در مورد قوانین عبارت است از حمایت قانونی قانون گذار از قواعد حقوقی. به

این معنی که تخلف از قواعد حقوقی با قید مجازات که همان ضمانت اجراست، از سوی قانون گذار منع شده و مورد واکنش قرار می گیرد. به این واکنش ضمانت اجرا گفته می شود.

۴-۱۳- تعارض قوانین

مفهوم تعارض قوانین به این معناست که یک رابطه حقوق خصوصی به واسطه دخالت یک یا چند عامل خارجی به دو یا چند کشور ارتباط پیدا می کند. در چنین مواردی باید دانست که قانون کدام کشور بر رابطه حقوقی مورد نظر حکومت خواهد کرد. مثلاً یک مرد اتریشی و یک زن آلمانی که در ایران اقامت دارند. از دادگاه ایران تقاضای طلاق می کنند. در این فرض یک مسأله تعارض قوانین مطرح است چون سوال این است که کدام قانون درباره این طلاق حاکم است؟ قانون ملی زوج یا زوجه یا قانون اقامت گاه ایشان؟ ماده ۹۶۳ قانون مدنی این تعارض را حل کرده زیرا مذکور داشته: "اگر زوجین تبعه یک دولت نباشند روابط شخصی و مالی بین آن ها تابع قوانین دولت متبوع شوهر خواهد بود". یعنی در این مسأله قضیه تابع قانون اتریش یعنی قانون دولت متبوع شوهر خواهد بود. البته باید توجه داشت که قضات مکلف به تلاش برای دستیابی به مفاد قانون خارجی در این موارد هستند ولی دستیابی الزامی به محتوای قانون خارجی و احاطه برآن برعهده محاکم داخلی نیست یعنی قضات داخلی در این موارد مأمور به وظیفه اند نه موظف به دستیابی به نتیجه. در واقع بدون همکاری اصحاب دعوی و یا استمداد از کارشناسان رسمی دادگستری یا مراجع ذی صلاح قضائی و سیاسی، دستیابی به محتوای قانون خارجی میسر نیست.

البته ممکن است تعارض قوانین در حقوق داخلی کشور پیش آید، یعنی بدون اینکه عاملی خارجی در این میان نقشی داشته باشد. بنابراین ممکن است دو قانون داخلی مخالف یکدیگر باشند. در این صورت است که قانون مقدم (قبلی) توسط قانون موخر (بعدی) نسخ (لغو) می شود. در این موارد در قسمت نسخ قوانین توضیح داده خواهد شد.

۴-۱۴- تفسیر قوانین

تفسیر در لغت به معنی واضح و آشکار ساختن معنی سخن، معنای کلامی را بیان کردن و شرح و بیان آمده است. در اصطلاح حقوقی تفسیر عبارت است از تلاش برای دستیابی به قصد پدیدآورندگان قانون. به عبارت دیگر در تفسیر یک قانون سعی می شود تا هرچه بیشتر مبنای قانون گذاری آن و دلیل تشریع آن روشن شود. تفسیر به سه دسته تقسیم می شود: تفسیر قانونی، تفسیر قضائی و تفسیر شخصی. در این قسمت به بررسی این سه نوع تقسیم پرداخته می شود. در واقع این تقسیم بندی به اعتبار مرجع تفسیر کننده صورت گرفته است. یعنی هر کدام از این تفسیرها توسط مرجع خاصی انجام می شود.

مطابق اصل ۷۳ قانون اساسی: "شرح و تفسیر قوانین عادی در صلاحیت مجلس شورای اسلامی است. مفاد این اصل مانع از تفسیری که دادرسان در مقام تمیز حق از قوانین می کنند نیست". گفته شده قانون گذار بیشتر از هر مقام دیگری به مقصودی که از وضع قانون داشته آگاه است و تنها اوست که می تواند معنی درست قانون را تعیین کند. بنابراین قوانین عادی نظیر قانون مدنی، قانون تجارت و قانون مجازات اسلامی توسط مجلس شورای اسلامی تفسیر می شوند.

از طرف دیگر مطابق اصل ۹۸ قانون اساسی: "تفسیر قانون اساسی به عهده شورای نگهبان است که با تصویب سه چهارم آن ها انجام می شود".

در واقع تفسیر اصول قانون اساسی با تصویب ۹ نفر از اعضای شورای نگهبان تصویب می شود زیرا مطابق اصل ۹۱ همان قانون شورای نگهبان از شش نفر فقیه و شش نفر حقوقدان تشکیل می شود.

ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ مذکور داشته: "قضات دادگاهها مکلفند موافق قوانین به دعاوی رسیدگی کرده، حکم مقتضی صادر و یا فصل خصومت نمایند. در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشند یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد؛ با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد، حکم قضیه را صادر نمایند و نمی توانند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزند و الا مستنکف از احقاق حق شناخته شده و به مجازات آن محکوم

خواهند شد". مطابق ماده ۵۹۷ قانون مجازات اسلامی در صورت استنکاف قاضی دفعه اول شش ماه تا یک سال و در صورت تکرار مجازات انفصال دائم از شغل قضائی را در پی خواهد داشت. اصل ۱۶۷ قانون اساسی نیز قاضی را مکلف کرده که کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد که از آن به عنوان اصل لزوم رسیدگی به شکایات و اتخاذ تصمیم مناسب درباره آن ها یاد می شود. مطابق آن چه گفته شد تفسیر قضات از قوانین مختلف در جهت حل و فصل دعوی را تفسیر قضائی می گوئیم.

تفسیر شخصی یا تفسیر خبرگان حقوقی عبارت است از تفسیری که علمای حقوق از قوانین مختلف به عمل می آورند. گفته شده این تفسیر جنبه رسمی ندارد و هیچ قاعده حقوقی ایجاد نمی کند ولی اثر آن در ایجاد قواعد حقوقی انکار ناپذیر است. مثلاً به موجب ماده ۲۶۶ قانون مدنی: "در مورد تعهداتی که برای متعهدله قانوناً حق مطالبه نمی باشد اگر متعهد به میل خود آن را ایفاء نماید دعوی استرداد از او مسموع نخواهد بود". این گونه تعهدات را تعهدات طبیعی می گویند. مطابق یک تفسیر تعهدات طبیعی تعهداتی هستند که ضعیف شده نه اینکه از حالت دارای ضمانت اجرا بودن خارج شود بلکه با پرداخت متعهد ضمانت اجرای کامل پیدا می کند. چنین تفسیری یک تفسیر شخصی از این ماده قانونی است.

۴-۱۵- شرایط صحت عقد

منظور از شرایط صحت عقد عبارت است از شرایطی که اگر وجود نداشته باشند قرارداد صحیح نخواهد بود. این شرایط در ماده ۱۹۰ قانون مدنی ذکر شده است. منتها باید توجه داشت چنین شرایطی علاوه بر عقد در مورد ایقاع نیز جاری خواهد بود.

الف - قصد طرفین و رضای آن ها

هنگامی که شخصی می تواند قراردادی را انجام دهد این مراحل را طی می کنند. اول کاری که می خواهد انجام دهد را تصور می کند مثلاً در ذهن خود می آورد که می خواهد اتومبیلی بخرد. بعد از آن به سنجش و سبک و سنگین کردن سود و زیان و سایر شرایط می پردازد و بعد از آن نیز تمایل به خریدن اتومبیل پیدا می کند که به آن رضا یا رضایت گفته می شود. در مرحله آخر نیز تصمیم به

اجرا و انجام آن کار یعنی خرید ماشین می گیرد که به این مرحله آخر قصد گفته می شود. مطابق ماده ۱۹۱ قانون مدنی: "عقد محقق می شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند". یعنی شخص باید به وسیله ای قصد خود را در انعقاد عقد را نشان دهد که عبارت است از گفتار (لفظ)، نوشتار (کتابت) یا اشاره. ماده ۱۹۲ قانون مدنی مذکور داشت: "در مواردی که برای طرفین یا یکی از آن ها تلفظ ممکن نباشد اشاره که مبین قصد و رضا باشد کافی خواهد بود". بنابراین چه گفته شد اگر شخص دارای قصد نباشد معامله ای که انجام می دهد باطل خواهد بود. مثلاً اگر کسی در حال مستی یا بیهوشی یا در خواب معامله نماید آن معامله به دلیل فقدان قصد باطل خواهد بود. (ماده ۱۹۵ قانون مدنی).

ب - اهلیت طرفین

اهلیت عبارت است از توانایی شخص برای انجام اعمال حقوقی یا دارا شدن حق. قبلاً گفته شد که همه مردم اهلیت تمتع دارند ولی همه اهلیت استیفاء ندارند. بنابراین برای اجرای حق نیاز به اهلیت قانونی (ماده ۹۵۸ قانون مدنی) که همان اهلیت استیفاء است، می باشد. مطابق ماده ۲۱۱ قانون مدنی: "برای اینکه متعاملین اهل محسوب شوند باید بالغ، عاقل و رشید باشند". مطابق تبصره یک ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی: "سن بلوغ در پسر پانزده سال تمام و در دختر نه سال تمام قمری است". کسی که بالغ نیست صغیر نامیده می شود که به دو دسته هستند:

۱- صغیر ممیز یعنی کودکانی که تا حدی خوب و بد را تشخیص می دهند و معمولاً کودکان بالاتر از هفت سال هستند. که در این صورت در صورت انجام معامله آن معامله غیر نافذ خواهد بود یعنی ولی (پدر یا جد پدری یا وصی از طرف آن ها) یا قیم می تواند در صورت مصلحت صغیر آن معامله را تنفیذ و تأیید نماید.

۲- صغیر غیر ممیز که هیچ گونه قصد و اراده ای ندارد و کلیه اعمال وی باطل خواهد بود. عاقل شخصی است که خوب و بد اشیاء و اعمال خود را در سطح متعارف می شناسد و در برابر آن مجنون قرار دارد که توانایی اندیشیدن را نداشته در نتیجه فاقد اراده است. مجنون به دو دسته مجنون اطباقی یا دائمی یعنی کسی که دائماً در حال جنون است و در نتیجه همه اعمال حقوقی او باطل است

و مجنون ادواری یا دوره ای یعنی کسی که گاهی جنون و گاهی در حال افاقه و صحت است و در نتیجه اعمال حقوقی وی در حالت افاقه، صحیح می باشد، تقسیم می شود. غیررشید نیز شخصی است که توانایی اداره امور مالی خود را ندارد و نمی تواند اموال خود را اداره کند. چنین شخصی سفیه نامیده می شود. البته اعمال حقوقی سفیه با اجازه ولی می تواند نافذ گردد. منتها باید توجه داشت در امور غیر مالی سفیه خود به تنهایی می تواند دخالت کند. بنابراین سفیه می تواند ازدواج کند (غیرمالی) ولی نمی تواند مهریه تعیین کند (مال).

ج - موضوع معین که مورد معامله باشد

موضوع تعهد باید معین و معلوم باشد. یعنی مردد بین چند چیز نباشد مثلاً یک خانه از چند خانه و همچنین مقدار و جنس و وصف آن معلوم باشد یعنی مجهول نباشد مثلاً هزار کیلو برنج طارم. بنابراین در صورتی که مورد معامله مجهول یا مردد باشد معامله باطل خواهد بود.

د - مشروعیت جهت معامله

جهت معامله عبارت است از مقصودی که اشخاص از انعقاد قرارداد دارند. مثلاً شخصی اسبی می خرد به جهت سواری، یا بارکشی. در این صورت مقصود وی همان جهت معامله را تشکیل می دهد. جهت در نزد افراد مختلف، متفاوت است. مثلاً اتومبیل خریده می شود برای مسافركشی یا استفاده شخصی یا چشم و هم چشمی. خانه خریده می شود برای سکونت یا اجاره یا دایر کردن قمارخانه یا مرکز فساد. در برابر جهت معامله علت قرارداد که در تمام انواع قراردادها مشترک است. مثلاً در تمام انواع اجاره علت وقوع عقد اجاره انتقال منافع مال مستأجر و انتقال اجاره بها به موجر علت است یا در تمام انواع عقد بیع، انتقال مبیع به مشتری و ثمن به بایع علت است. مطابق ماده ۲۱۷ قانون مدنی: "در معامله لازم نیست که جهت آن تصریح شود ولی اگر تصریح شده باشد باید مشروع باشد والا معامله باطل است". بنابراین اگر جهت نامشروع معامله به طور واضح بیان شود باعث بطلان معامله خواهد بود مثلاً خریدار خانه به صراحت بگوید آن را برای دایر کردن محل فساد خریداری می کند ولی اگر ذکری نشود معامله صحیح خواهد بود.

۴-۱۶- مفهوم عقود معین

عقود معین عبارتند از عقودی که احکام و شرایط آن‌ها در مجموعه قوانین مانند قانون مدنی ذکر شده است این عقود را عقود با نام هم می‌گویند. در برابر آن‌ها عقود غیرمعین یا بی نام قرار دارد. بنابراین عقودی مانند بیع، اجاره، معاوضه، شرکت، جعاله، مضاربه، ودیعه، عاریه و غیره که در قانون از آن‌ها نام برده شده است، عقود معین می‌باشند.

۴-۱۷- اصل آزادی قراردادهای (عقود نامعین)

ماده ۱۰ قانون مدنی بیان داشته: "قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است". مطابق این ماده که اصل آزادی انعقاد قراردادهای نامیده می‌شود، اشخاص می‌توانند در روابط خود به انعقاد قراردادهایی مبادرت کنند که قراردادهای خصوصی نامیده شده و در واقع همان عقود نامعین یا بی نام می‌باشند. یعنی اراده اشخاص می‌تواند آثار این عقود را تعیین کند. البته این قراردادهای نباید مخالف قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه باشند (ماده ۹۷۵ قانون مدنی).

۴-۱۸- نسبی بودن قراردادهای

ماده ۲۳۱ قانون مدنی مذکور داشته: "معاملات و عقود فقط درباره طرفین متعاملین و قائم مقام قانونی آن‌ها موثر است". به موجب اصل نسبی بودن قراردادهای، عقد موجب ایجاد رابطه بین اشخاصی می‌شود که آن را منعقد نموده اند و به همین دلیل اثر قرارداد نیز محدود به طرفین خواهد بود یعنی عقد نسبت به طرفین اثر خواهد داشت. البته ممکن است شروطی به نفع اشخاص ثالث در قرارداد وجود داشته باشد یا اشخاص ثالث ذی نفع واقع شوند (قسمت آخر ماده ۱۹۶ قانون مدنی). مثلاً طرفین با هم قرارداد بیعی منعقد نموده اند و ضمن آن عقد بیع شرط شده که بایع خانه ای را به برادر خریدار اجاره بدهد. در این حالت برادر خریدار شخص ثالثی است که شرطی ضمن عقدی که بین دو طرف دیگر بسته شده، به نفع او برقرار شده است.

۴-۱۹- آثار قراردادهای

اثر در لغت به معنی نشان، علامت و آن چه از کسی یا چیزی باقی و برجای بماند آمده است و آثار جمع آن است. آثار قرارداد عبارت است از نتایجی که عقد پس از اشیاء (به وجود آمدن) در عالم حقوق به وجود می آورد. منظور از آثار قرارداد در این جا آثاری است که بین دو طرف قرارداد وجود دارد و به آن اصل نسبی بودن قراردادهای گفته می شود. پس در هنگام بررسی آثار قرارداد تنها به روابط طرفین قرارداد توجه می کنیم و همین طرفین قرارداد هستند که مکلف به انجام تعهدات و دارای مسئولیت قراردادی بوده و ضمانت های اجرای مفاد قرارداد در مورد آن ها اجرا می شود.

نتیجه گیری :

مجهول بودن ثمن یکی از مهمترین ایرادات قانونی قراردادهای پیش فروش اموال است که موجب بطلان این نوع قراردادهاست. البته لازم نیست که ثمن بطور مقطوع در قرارداد معین شود، بلکه ثمن باید قابلیت تعیین در زمان تسلیم موضوع معامله را داشته باشد بنابراین برای جلوگیری از بطلان قرارداد، طرفین باید معیارهای دقیق و استناداری را برای تعیین قیمت، در حین انعقاد قرارداد پیش بینی نمایند تا هم ثمن قابلیت تعیین را داشته باشد و هم استحکام معاملات حفظ شود. حتی در مواردی عدم تعیین ضابطه برای تعیین ثمن نباید مانع اعتبار عقد شود، بعنوان مثال اغلب اشخاص در مراجعه به رستوران از قیمت غذای مورد سفارش اطلاعی ندارند ولیکن خود را موظف به پرداخت بهای عادله و متعارف بازار می دانند و اینگونه نیز عمل می کنند. همچنین اگر اتومبیلی برای تعمیر به متخصص امر سپرده شود، در ابتدا امکان برآورد قیمت به این جهت که قطعات مورد تعویض هنوز مشخص نگردیده است، وجود ندارد. مطالعه حاضر نشان می دهد، سخت گیری افراطی در تعیین ثمن، پشتوانه منطقی ندارد و می تواند رکود تجارت را به همراه داشته باشد و مخل نیازهای مردم شود، و به همین علت است که تعدادی از فقها بیع با ثمن شناور را مورد تأیید قرار داده اند. لیکن باتوجه به اینکه مقررات قانونی مدنی در این مورد ساکت است، نیاز به قانونگذاری احساس می شود تا حدود آزادی طرفین در تعیین مکانیزمی برای محاسبه ثمن در آینده مشخص گردد. مطالعه تطبیقی نیز موید این است که دراکثر کشورها قابلیت تعیین برای اعتبار عقد کفایت می کند.

آنچه هم که در فقه امامیه تحت عنوان معامله غرری نهی شده است، در حقیقت اشاره به حکم دارد نه موضوع حکم و بنابراین اگر نظر آن دسته از فقها را که غرر را امری عرفی می دانند بپذیریم، می توان براساس عرف زمان حاضر که قطعاً متفاوت از عرف سایر ازمه است، در مقام تشخیص غرر برآمد و حکم معامله را از حیث صحت و بطلان تعیین نمود البته در اصل اختلافی در معامله غرری وجود ندارد.

پیشنهادات :

قابل ذکر است که برای توجیه مشروعیت ثمن شناور می توان به مشروعیت تعدیل قرارداد نیز استناد نمود. زیرا در قراردادی که تعدیل قیمت در آن پیش بینی شده است. بازهم حدود تعهد خریدار در مورد میزان ثمن قطعیت نیافته است و روشن نیست. زیرا قرار است با توجه به نوسانات قیمت‌ها و تورم، میزان واقعی ثمن در آینده پیش بینی شود و در حقیقت میزان تعهد خریدار در آینده که متفاوت از ثمن المسمی است، مشخص خواهد شد. بنابراین اگر تعدیل ثمن قرارداد مشروعیت داشته باشد (که اینگونه نیز هست) دلیلی بر عدم مشروعیت ثمن شناوری که مکانیزم محاسبه آن مشخص گردیده است، وجود ندارد. گفتنی است اگر چنانچه تولیدکننده بطور یکجانبه و با استفاده از موقعیت برتر خود، بهای مورد معامله را حتی بسیار گرانتر از حد معمول و قیمت تمام شده معین سازد از نظر حقوقی چنین توافقی معتبر تلقی می شود و تنها شیوه مقابله با چنین توافق ناعادلانه ای استناد به خیار غبن است، لیکن چنانچه تولیدکننده بدون تعیین قیمت مبادرت به انعقاد قرارداد نماید و خود رأساً اختیار قیمت گذاری را بعهده گیرد و مصرف کننده نیازمند نیز تحت شرایط اضطراری به قبول آن تن در دهد، در چنین موردی تعیین مکانیزمی روشن و رفتار منصفانه برای تعیین قیمت عادلانه ضرورت دارد.

لذا پیشنهاد می گردد برای گزیر از مشکلاتی که تعیین ثمن در ابتدای عقد به همراه دارد، راه‌های ارائه شده، بویژه پیش بینی تعدیل قرارداد، محاسبه ثمن توسط داور ثالث یا ارجاع به قیمت روز زمان تحویل کالا به همراه سایر راهکارهای ارائه شده، می تواند موثر واقع شود.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

* قرآن مجید

۱- اخلاقی، بهروز و امام، فرهاد، (۱۳۸۵)، اصول قراردادهای تجاری بین المللی، چاپ دوم، تهران، شهر دانش.

۲- اسلام پناه، علی، رساله دکتری، (۱۳۸۰)، "معلوم و معین بودن مورد معامله در حقوق ایران با مطالعه تطبیقی آن در حقوق فرانسه و کامن لا"، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران.

۳- پلانتا، ژان پی، (۱۳۷۰)، حقوق جدید متحدالشکل بیع بین المللی، ترجمه دکتر ایرج صدیقی، مجله دفتر خدمات حقوقی بین المللی جمهوری اسلامی ایران، ش ۱۴ و ۱۵.

۴- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۵۷)، دائره المعارف حقوق مدنی و تجارت، ج ۱، تهران، انتشارات مشعل آزادی.

۵- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۶۳)، دائره المعارف علوم اسلامی و قضایی، ج ۱، تهران، کتابفروشی گنج دانش.

۶- جمعی از نویسندگان، (۱۳۷۴)، تفسیری بر حقوق بیع بین الملل، ترجمه دکتر مهربان داراب پور، ج ۲، چاپ اول، تهران، گنج دانش.

۷- داراب پور مهربان، (۱۳۷۶ و ۱۳۷۷)، ثمن شناور، مجله تحقیقات حقوقی، دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۲۱-۲۲.

۸- شعاریان، ابراهیم و ترابی، ابراهیم، (۱۳۸۹)، اصول حقوق قراردادهای اروپا و حقوق ایران (مطالعه تطبیقی)، چاپ اول، تبریز، نشر فروزش.

۹- شعاریان، ابراهیم، (۱۳۸۸)، انتقال قرارداد، نظریه عمومی-عقود معین، چاپ اول، تبریز، نشر فروزش.

۱۰- شهیدی، مهدی، (۱۳۸۲)، آثار قراردادهای و تعهدات، چاپ اول، تهران، انتشارات مجد.

۱۱- شهیدی، مهدی، (۱۳۸۳)، تشکیل قراردادهای و تعهدات، چاپ سوم، تهران، انتشارات مجد.

۱۲- عدل، مصطفی، (۱۳۷۳)، حقوق مدنی، به کوشش محمدرضا بندرچی، چاپ اول، قزوین، انتشارات بحر العلوم.

۱۳- علیزاده، حسن، (۱۳۸۳)، قراردادهای پیش فروش، چاپ اول، تهران، نشر میثاق، عدالت.

۱۴- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۳)، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، چاپ سوم، تهران، شرکت سهامی انتشار.

۱۵- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۴)، عقود معین، معاملات معوض-تملیکی، ج ۱، تهران، شرکت سهامی انتشار.

۱۶- نوبخت، یوسف، (۱۳۷۰)، اندیشه های قضایی، چاپ سوم، تهران، نشر کیهان.

۱۷- نوری، سیدمسعود، (۱۳۷۹)، ثمن شناور در فقه، نامه مفید، ش ۲۲، تابستان.

ب) فهرست منابع عربی

۱۵- الجزیری، عبدالرحمن، (۱۳۹۲)، الفقه علی المذاهب الاربعه، بیروت، دار احیاء التراث العربی.

۱۶- انصاری، شیخ مرتضی، (۱۳۷۲)، مکاسب، ج ۲، چاپ اول، قم، انتشارات دهقانی.

۱۷- بحرانی، یوسف، (بی تا)، حدائق الناضره، ج ۱۸، قم، موسسه نشر اسلامی.

۱۸- حسینی عاملی، محمد جواد، (بی تا)، مفتاح الکرامه، ج ۴، دار احیاء التراث العربی.

۱۹- حسینی مراغی، میرعبدالفتاح، (بی تا)، العناوین، ج ۲، قم، موسسه نشر اسلامی.

۲۰- خویی، ابوالقاسم، (۱۳۷۵)، مصباح الفقاهه، ج ۵، قم، موسسه انصاریان.

۲۲- شهید ثانی، (۱۳۶۵)، شرح لعمه، ج ۱، چاپ دوم، مکتب اعلام الاسلامی، قم، مرکز انتشارات حوزه علمیه قم.

۲۳- طباطبایی حکیم، سید محمد سعید، (بی تا)، منهاج الصالحین، المعاملات القسم الاول، بیروت، دارالصفور.

۲۴- علامه حلی، (۱۴۱۶)، مختلف الشیعه، ج ۵، چاپ اول، قم، مکتب الاعلام الاسلامی.

۲۵- علامه حلی، (۱۴۲۰)، تحریر الاحکام، ج ۲، چاپ اول، ط.ج، قم، نشر موسسه امام صادق.

۲۶- علامه حلی، (بی تا)، تبصره المتعلمین، تهران، چاپ اسلامی.

- ۲۷- فرج الصده، عبدالمنعم، (۱۹۷۴)، نظریه العقد فی قوانین البلاد العربیه، بیروت.
- ۲۸- قرطبی، احمد بن رشد، (بی تا)، بدایه المجتهد و نهایه المقتصد، جزء دوم، قاهره.
- ۲۹- محقق حلی، (۱۳۶۲)، مختصر نافع، به اهتمام محمدتقی دانش پژوه، چاپ دوم، قم، مرکز انتشارات علمی فرهنگی.
- ۳۰- مغنیه، محمد جواد، (بی تا)، فقه الامام جعفر الصادق، ج ۳، قم، انتشارات قدس محمد.
- ۳۱- موسوی بجنوردی، سیدمحمد، (۱۳۷۲)، قواعد فقهیه، ج ۲، تهران، نشر میعاد.
- ۳۲- نجفی، شیخ محمدحسن، (بی تا)، جواهر الکلام، ج ۲۴، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
- ۳۳- نراقی، احمد، (۱۴۱۷)، عوائد الایام، چاپ اول، قم، مکتب الاعلام الاسلامی.

Abstract

In many pre-sale contracts of property, the open price is not determined because of long production time and its calculation is postponed to the future. This method is prevalent in pre-sale of apartments and cars. In some case, manufactures determine the open price which ignites a conflict. . In addition to the accepted traditional rule of law and civil law, open price must be settled definite, otherwise, the transaction will be considered cancelled. Due to the issues arising from indefinite open price and judiciary-legal barriers, the current paper intends to understand the daily needs, also study this subject in Law and Jurisprudence and take a brief look at foreign laws and international documents to achieve a solution that allows you to settle the price in the future and after the conclusion of the contract, without doubt in the fundamentals of the subject.

Key words: the price, indefinite, pre-sales contracts, the method of determining the price, Iranian law, Islamic law



Islamic Azad University
Central Tehran Branch
Faculty of Literature and Humanities
Department of Jurisprudence and Law
Thesis (M.A)
On: Law and Private Law

Subject:
A jurisprudence and legal study of open price

Advisor:
Dr. Ali Bahrami Nejad

By:
Habib Ojani

Summer 2015