

« تعیین مورد معامله »

دکتر عیسی امینی^۱

چکیده

مطابق بند 3 ماده 190 قانون مدنی، یکی از شرایط اساسی صحت معامله، معلوم و معین بودن مورد معامله است. در حقوق اسلامی نیز با قاعده‌ای مواجه می‌شویم که تخلف از شرایط مزبور را، موجب غرری شدن معامله و بطلان آن دانسته است. این مقاله در سه فصل تنظیم گردیده است.

در فصل اول، مفهوم و آثار «معین بودن مورد معامله» تحت بررسی قرار می‌گیرد. خواهیم دید تردید در مرحله‌ی ایجاب، مانع انعقاد بیع نخواهد بود. ضمناً تردید در اشیای مثلی و قیمی، شروط مردد و ضمانت اجرای معین نبودن مورد معامله مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

در فصل دوم، که تحت عنوان «معلوم بودن مورد معامله» می‌باشد، مفهوم، مبانی و قلمرو معلوم بودن مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌گیرد. خواهیم دید که، «اشتباه در ماهیت یا مقدار یا اوصاف مورد معامله» با «معلوم نبودن» آن تفاوت دارد. ضمناً مبنا‌ی لزوم تعیین مورد معامله مورد بررسی قرار گرفته و نظم عمومی و بنای عقلا به عنوان مبانی آن معرفی می‌گردد. بالاخره در این فصل، به ملاک تشخیص عقود پرداخته خواهد شد که در آنها، علم تفصیلی شرط است.

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

***عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکز**

مقدمه

قانون مدنی ایران بر پایه فقه امامیه استوار گردید. ادعای جدایی کامل قانون مدنی از فقه و بی‌نیازی از منابع اسلامی، ادعایی است بی‌اساس؛ با اینحال باید اذعان کرد که سازمان‌های حقوقی ما چنان است که آگاهی از قواعد و مبانی فقه اسلامی، در عین حال که کمال ضرورت را دارد، برای مطالعه و تحقیق پیرامون مسائل مدنی

^۱-عضو هیئت علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی

کافی نیست. نیازهای تازه موجب مسائل تازه است؛ لذا امروزه، باید نیازهای جدید را با اجتهاد نوین و قواعد تکامل یافته پاسخ داد.

اصل لزوم تعیین مورد معامله از مهم‌ترین مسائل فقهی در باب «عقود» است. اصولاً فقها بحث مزبور را در بخش شرایط عوضین در متون مربوط به عقد بیع مورد بررسی قرار داده‌اند. البته برخی از کتابهای مربوط به قواعد فقه نیز قاعده‌ای را به بحث غرر اختصاص داده و در ضمن آن، به بحث راجع به تعیین مورد معامله نیز پرداخته‌اند.

فصل اول: معین بودن ثمن

گفتار اول: مفهوم معین بودن

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

الف) تعریف معین بودن

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

(عمید، 1374، 2279).

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

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

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

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

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

ب) قلمرو معین بودن

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

1- تردید در اشیاء مثلی و قیمی

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

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

از سوی دیگر، مال مورد معامله نیز از حیث اوصاف مهم آن به مال مثلی و قیمی تقسیم می‌گردد. مطابق ماده 950 قانون مدنی، مال مثلی مالی است که اشباه و نظایر آن نوعاً زیاد باشد مثل شکر، پول. لذا از آنجا که دو آپارتمان یا دو اسب سواری نمی‌توان یافت که از هر حیث شبیه باشند مالی قیمی است. با در نظر گرفتن مطالب بالا به این ضابطه‌ی کلی می‌رسیم که مال مثلی می‌تواند به صورت کلی فی‌الذمه یا کلی در معین و یا عین معین، مورد معامله واقع شود، اما مال قیمی منحصرأ باید به صورت معین معامله گردد، والا معامله باطل است (امامی، 1369، 425 - شهیدی، 1377، 324).

به عبارتی، اگر ثمن معامله مثلی باشد، تردید در ثمن کلی و کلی در معین منجر به غرر و بطلان نخواهد شد. زیرا فرض بر این است که تمام اموال مزبور از حیث اوصاف و قیمت مساوی هستند و اما اگر ثمن، مال قیمی باشد، باید به صورت عین معامله شود و اگر چنانچه به صورت کلی فی‌الذمه یا کلی در معین معامله شود تردید در معامله بر آن صدق می‌کند. چون فرض بر اینست اموال قیمی منحصر و متفاوت از سایر اموال مشابه می‌باشند و صرفاً باید بصورت عین معین معامله شوند. همین حکم موجب گردیده است قانونگذار تعیین مصداق مورد کلی

را بعهده متعهد واگذار نماید. چنانچه در ماده‌ی 279 قانون مدنی آمده است: «اگر موضوع تعهد عین شخصی نبوده و کلی باشد متعهد مجبور نیست که از افراد اعلای آن ایفاء کند لیکن از فردی هم که عرفاً معیوب محسوب است نمی‌تواند بدهد.»

2- تعهد تخییری^۲ و تعهد بدلی (اختیاری)^۳

پیش از تبیین و تعریف تعهدات مزبور، باید مفاهیم تعدّد تعهد و تعدّد معامله را از هم جدا ساخت؛ زیرا موضوع تعدّد معامله خارج از بحث این مقاله است. در تعدّد معامله، چند عقد ضمن یک سند و یا یک ایجاب و قبول واقع می‌شود. برای مثال، اگر شخصی ضمن سندی اتومبیل خود را به بهای معین بفروشد و در همان سند خانه‌ی خود را نیز اجاره دهد، تعدّد معامله صدق میکند و از لحاظ منطقی هر یک معامله‌ی مستقل محسوب می‌شوند. البته معیار قاطعی برای تمیز وحدت و تعدّد قرارداد نمی‌توان به دست داد؛ ولی تعدّد ثمن در برابر کالاهای گوناگون می‌تواند یکی از معیارهای تمیز تعدّد عقد باشد (کاتوزیان، 1376، 371). بحث تبعض صفت و اجرای قاعده‌ی انحلال عقد به چند عقد (عقود متعدده)، مختص تعدّد تعهد است نه تعدّد عقد (موسوی بجنوردی، بی تا، 137 - محمدی، 1373، 237).

تعدد تعهد در فروض مختلف متصور است:

الف) فرضی که انتقال چند مال یا اجرای چند عمل برعهده مدیون در برابر طلبکار است مانند آنکه شخصی چند خروار گندم و آلات زراعتی را در برابر یک ثمن و ضمن یک عقد به دیگری می‌فروشد یا اینکه کارخانه اتومبیل سازی متعهد به فروش چند دستگاه اتومبیل به شرکت حمل و نقل می‌شود.

ب) تعهد تخییری به تعهدی اطلاق می‌شود که تعهد یکی است با دو یا چند موضوع که اجرای یکی از موضوعات برای وفای به عهد کافی است و این تعهد را به اعتبار اختیار متعهد در انتخاب یکی از موضوعات، «تخییری» می‌نامند. برای مثال، شوهر مکلف به انفاق زن است. می‌تواند غذا و مسکن و لباس را در اختیار همسر بگذارد یا هزینه‌ی آن را پردازد. در اینجا، وجوبی که از تعهد حاصل می‌شود «تخییری» است نه «تعیینی».

ج) «تعهد بدلی» یا «اختیاری» که یک موضوع بیشتر ندارد، ولی به متعهد اختیار داده می‌شود که موضوع دیگری را به جای موضوع اصلی وفا کند و بدل آن سازد. برای نمونه، در اجاره به شرط تملیک، مستأجر متعهد است عین مورد اجاره را به موجر باز گرداند و در صورتی که مایل باشد می‌تواند به جای رد عین، مبلغی پردازد و آن را تملک کند. (کاتوزیان، 1374، 156).

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

² Obligation Alternative

³ Obligation Facultative

برخی معتقدند التزام تخییری، تعهد به دو یا چند مال با اوصاف و بهای معین است. انتخاب کننده نیز معلوم است و هیچ ابهام و تردید نامتعرفی باقی نمی‌ماند. در واقع آنچه به نفوذ تعهد صدمه می‌زند، غرر ناشی از معاوضه است نه تعیین فرد موضوع تعهد که قابلیت تعیین برای اجرای آن کافی است. در فقه اسلامی نیز، گذشته از اخذ به سؤم که خریدار احتمالی را به بازگرداندن اصل کالا یا بهای آن (به انتخاب خود) متعهد می‌کند و مصداق شایع تعهد تخییری در معاملات است، در اجاره نیز مطرح است؛ بدین بیان که در عقد بیاید: «هرگاه جامه را به شیوه‌ی فارسی (یک بخیه) دوختی یک درهم و اگر به شیوه‌ی رومی (با دو بخیه) دوختی دو درهم برای توست». در اینجا اختلاف وجود دارد که آیا اجاره مزبور درست است یا خیر؟

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

اکنون این پرسش مطرح است که تعهد به پرداخت یکی از دو مبلغ پول یا به طور کلی وجه نقد، تعهد تخییری محسوب می‌شود یا تعهد بسیط و در هر صورت چه وضعیتی بر آن تعهد حاکم خواهد بود؟

مثلاً مبلغی معین به پول‌های مختلفی موضوع تعهد ثمن معامله‌ای واقع می‌شود (فرانک فرانسه یا معادل آن به دلار یا پوند). بسیاری از حقوقدانان معتقد هستند موضوع تعهد مبلغی پول است و انتخاب تنها در چگونگی محاسبه و شیوه تأدیه آن وجود دارد و تعهد را نباید تخییری گفت تا نزاع احتمالی مطرح شود. این نظر نه تنها با مفهوم پول در روابط بین‌المللی سازگارتر است (کاتوزیان، 1374، 158)، بلکه دیوانعالی کشور نیز با پذیرفتن امکان خسارت تأخیر تأدیه در مورد دیونی که موضوع آن پول خارجی است تمایل به اتحاد موضوع دارد.

در رأی وحدت رویه به شماره $\frac{90}{53/10/4}$ آمده است: «نظر به اینکه پرداخت وجه برات با پول خارجی بنا به مدلول ماده (252) قانون تجارت تجویز شده است و مطابق قسمت آخر بند «ج» ماده (2) قانون پولی و بانکی کشور پرداخت تعهدات به ارز با رعایت مقررات ارزی مجاز می‌باشد و نظر به بند (1) ماده (87) قانون آئین

دادرسی مدنی راجع به ارزیابی خواسته در مورد پول رایج ایران و پول خارجی تخصیص دادن ماده (719) قانون آئین دادرسی مدنی به دعاوی که خواسته آن پول رایج ایران است صحیح نیست و عبارت وجه نقد مذکور در این ماده اعم است از پول رایج ایران و پول خارجی و بنابراین مقررات فصل سوم قانون مزبور در باب خسارت تأخیر تأدیه شامل دعاوی نیز که خواسته آن پول خارجی است می شود و رأی شعبه پنجم دیوانعالی کشور در این زمینه صحیح و مطابق با موازین قانونی است. این رأی به موجب ماده واحدهی قانون وحدت رویه قضایی مصوب سال 1382 در موارد مشابه لازم الاتباع است.» بنابراین پول اعم از ریال و ارز خارجی است.

3- ایجاب مردد

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

برای نمونه، چنانچه فروشنده بخواهد دستگاه خاصی را بفروشد و در ایجاب خود اظهار دارد که این دستگاه را به یک هزار دلار یا به ازاء یک تن گندم می فروشد و خریدار هم یک هزار دلار پیشنهادی را به وی بدهد، یعنی اینکه یکی از ایجاب های وی را بپذیرد، برخی معتقدند چون بایع در ایجاب خود جازم نمی باشد این معامله باطل است (نجفی، بی تا، 107 - ر. ک. اسلامی پناه، 1380، 357) اما به نظر می رسد ایجاب مزبور جازم و توافق مزبور، واجد آثار حقوقی باشد. زیرا در مثال فوق، فرض بر این است که دو ایجاب به مخاطب پیشنهاد شده است. ایجاب اول متضمن فروش آن دستگاه در ازاء یک هزار دلار است و ایجاب دوم، فروش همان دستگاه در عوض

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

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

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

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

یک تن گندم است. وقتی مخاطب اعلام می کند که آن کالا را به یک هزار دلار خریداری می نماید به این معناست که مخاطب ایجاب اول را پذیرفته است. در این صورت بعید به نظر می رسد که ایجاب کننده در انعقاد معامله جازم نباشد. همین حکم در فرضی که ایجابی برای فروش کالا به قیمت نقد و نسیه پیشنهاد می شود نیز صادق است.

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

4- شروط مردد

گاهی مورد معامله مردد نیست بلکه موضوع شرط مردد است. مثلاً شخصی یکصد تن گندم را به صد میلیون ریال می فروشد و در عقد بیع شرط می کند که خریدار اتومبیل خود را در ازای صد میلیون ریال یا یک دستگاه اتومبیل سمند نو بفروشد. پاسخ به این مسئله و ارائه راه حلی منطقی در این زمینه مستلزم آن است که قبلاً بدانیم آیا معلوم و معین بودن موضوع شرط نیز همچون مورد معامله شرط صحت عقد است یا خیر؟ می دانیم که رعایت شرایط اساسی مندرج در ماده 190 ق. م. در مورد تعهدات اصلی عقد، ضروری است. ماده 190 ق. م. مقرر می دارد: «برای صحت هر معامله شرایط ذیل اساسی است...» که از جمله‌ی آن شرایط، معلوم و معین بودن مورد معامله است. هرچند در ضرورت رعایت آن شرایط در خصوص شروط ضمن عقد اختلاف نظر وجود دارد. جمعی از حقوقدانان بر این عقیده اند که شرط هرچند جنبه فرعی و تبعی دارد، همانند عقد باید همه‌ی شرایط قانونی صحت معامله را دارا باشد. در غیر این صورت شرط ضمن عقد باطل است. بر پایه‌ی این نظر، شرط مجهول مانند عقد مجهول فاقد ارزش و اعتبار قانونی است و از این جهت بین عقد و شرط تفاوتی وجود ندارد. (صفایی، 1382، 191). مضافاً مشمول حکم نهی از غرر می باشد و این شرط عقلایی هم نیست. (کاتوزیان، 1372، 165 - عابدیان، 1379، 48).

برخی از حقوقدانان با عنایت ماده 232 ق. م. که برگرفته از فقه امامیه است، بر این عقیده اند که فقط شروطی باطل هستند که انجام آنها غیرمقدور باشد یا از جمله‌ی شروطی باشند که فاقد نفع عقلایی یا نامشروع هستند. همچنین شروطی باطل و مبطل هستند که یا خلاف مقتضای ذات عقد باشند یا به گونه‌ای مجهول باشند که جهل نسبت به آنها موجب جهل متعاملین به یکی از عوضین شود. (به استناد به مواد¹ 232 و² 233 ق. م.) براین اساس،

1- ماده 232 ق. م.: «شروط مفصله ذیل باطل است ولی مفسد عقد نیست.»

2- ماده 233 ق. م.: «شروط مفصله ذیل باطل است و موجب بطلان عقد است: 1- شرط خلاف مقتضای عقد، 2- شرط مجهول که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود.»

سایر شروط هرچند مجهول یا مردد باشند، چون جنبه‌ی فرعی و تبعی دارند باطل نیستند و به عقد اصلی صدمه‌ای وارد نمی‌سازند (جعفری لنگرودی، 1380، 48). بنابراین، باتوجه به اصل صحت (ماده 223 ق.م) و اصل آزادی قراردادها (ماده 10 ق.م) و عدم وجود دلیل بطلان شروط فاقد شرایط اساسی صحت معامله، شرط مزبور صحیح است. مفهوم مخالف ماده 233 نیز این استنباط را تقویت می‌کند: «... 2- شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود.» مضافاً اینکه، روایت نبوی، نیز دلالت بر بطلان معامله‌ی غرری دارد نه شرط غرری؛ مگر آنکه غرر به اصل معامله سرایت کند. باید دقت کرد مقصود از صحت شرط مجهول نزد فقها و حقوقدانان، شرط مجهول مطلق نیست؛ شرطی است که اجمالاً قابل عمل باشد. چرا که بدیهی است شرط کاملاً مجهول قابلیت اجرا ندارد و عدم اجرای آن نیز مبتنی بر اصل اولیه‌ی عقلی است نه قاعده‌ی نفی غرر (امامی، 1369، 281 و 214 - شهیدی، 1382، 88 - علامه، 1379، 193). بنابراین هرگاه موضوع شرط مردد یا مجهول باشد، شرط مزبور صحیح است (شهیدی، 1382، 88 - نجفی، 1408 هـ ق، 202).

ج) ضمانت اجرای معین نبودن ثمن

پیش‌تر گفته شد بعضی از تعهدات مردد خللی به اعتبار عقد وارد نمی‌سازد؛ یعنی وقتی همچنانکه انتخاب مصداق در مورد کلی فی‌الذمه یا کلی در معین با متعهد است، انتخاب تعهدات مردد نیز به طریق اولی برعهده‌ی متعهد است. حال می‌خواهیم بدانیم در مواردی که تعهد یکی از دو یا چند چیز باشد و بخشی از آن تلف یا متعذر شود تکلیف چیست؟

به نظر می‌رسد در این حالت تعهد به اجرای موضوع باقی مانده، همچون تعهدی ساده و بسیط در می‌آید؛ مگر آنکه تعهد بدلی (اختیاری) باشد که در این صورت تعهد باقی مانده نیز ساقط می‌شود. زیرا در تعهد بدلی، تعهد یک موضوع بیشتر ندارد ولی به متعهد اختیار داده که موضوع دیگری را به جای موضوع اصلی اجراء کند. پس با انتفاء تعهد اصلی، بقاء بدل موجبی ندارد. اما اگر مورد ثمن مردد باشد و مشمول نهی ماده 190 ق.م باشد، معامله‌ی مزبور باطل است. زیرا قاعده‌ی مزبور آمره و تخلف‌ناپذیر است (با استناد به مواد 190، 216 و 472 ق.م).

فصل دوم: معلوم بودن ثمن

گفتار اول: مفهوم معلوم بودن

الف) تعریف معلوم بودن

3- ماده 223 ق.م. «هر معامله‌ای که واقع شده باشد محصول بر صحت است مگر اینکه فساد آن معلوم شود.»
4- ماده 10 ق.م. «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است.»

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

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

مگر اینکه در هر صورت طرفین به محاسبه زیاده یا نقیصه تراضی نمایند.»

همچنان که طرفین می‌توانند به صرف اخبار و اعلام بایع یا ارائه‌ی نمونه¹ یا حتی مشاهده قبلی، معامله را منعقد نمایند که تخلف از آن ممکن است موجب تحقق خیار فسخ شود (مواد 341، 354 ق.م).

سوم آنکه آنچه عقد را از حالت غرر خارج می‌سازد، توافق طرفین راجع به اوصاف مورد معامله است نه تعیین دقیق و جامع اوصاف. زیرا با ترسیم ویژگی‌های مورد معامله در ذهن طرفین، آنها به خوبی قادر خواهند بود تا

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

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

آنچه را که مبادله می‌شود مورد تصور و تصدیق قرار دهند (اسلامی پناه، 1380، 7). در مباحث آتی خواهیم گفت علم صوری برای معلوم شدن مورد معامله و رفع غرر کافی است.

چهارم آنکه معلوم و معین بودن ثمن در حین انعقاد عقد ملاک است. البته نشان خواهیم داد قابلیت تعیین در حین انعقاد نیز موجب معلوم شدن آن خواهد شد. ولی باید دقت شود مقصود از معلوم بودن ثمن، تبیین جنس و وصف و مقدار آن است و منصرف از بحث تعیین مصداق است. زیرا در مورد کلی و کلی در معین که صرفاً مفهوم هستند، تعیین مصداق در حین عقد ضروری نمی‌باشد.

پنجم آنکه معلوم در مقابل مجهول و علم در مقابل جهل می‌آید. در کتب لغت، معانی مختلفی از لفظ «جهل» ارائه شده است. در لغت‌نامه دهخدا آمده است: «جهل به معنای نادان بودن، نادان شده و ضد علم است و به دو قسمت بسیط و مرکب تقسیم می‌شود. جهل بسیط یعنی عدم آگاهی از حقیقت شیء و جهل مرکب اعتقاد غلط به حقیقت شیء داشتن (دهخدا، بی‌تا، 180)». در اینجا مقصود از جهل، جهل بسیط است. یعنی آگاهی واقعی یا آگاهی ظاهری ناشی از عوامل ذکر شده مثل اشتراط، توصیف، رؤیت قبلی و امثال آن وجود ندارد.

ب) مقایسه اشتباه و معلوم نبودن

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

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

2- اشتباه، پندار نادرستی است که انسان از واقعیت پیدا می‌کند (کاتوزیان، 1372، 395). حال آنکه در جهل، پنداری وجود ندارد. به عنوان مثال، در معامله‌ای جنس و اوصاف مورد معامله بیان می‌گردد، اما ماهیتی که

بدان نسبت داده شده، غیر از ماهیت واقعی و اساسی مورد معامله است. در این حالت جهل به مورد معامله وجود ندارد و معامله به علت اشتباه در ماهیت باطل است (ماده 200 قانون مدنی).¹

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

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

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

6- یکی از حقوقدانان معاصر عرب، در توضیح کلمه جهل و تفاوت آن با اشتباه می‌نویسد: «گاهی اتفاق می‌افتد که حقیقت چیزی برای ما نامعلوم است، در این صورت، در برخی موارد، ناآگاهی ناشی از تصور غیر صحیحی است که ما از شیء داریم و در موارد دیگر به این خاطر است که اصلاً از آن چیز تصویری در ذهن به وجود نیامده است. صورت اول نمایانگر «اشتباه» است و در صورت دوم «جهل». جهل مساوی با فقدان است؛ به نحوی که به مرحله‌ی تصور اشتباه آلود نمی‌رسد، اما اشتباه تصویری نادرست است که در ذهن عاقد به وجود می‌آید و همین اساس ایجاد یک اثر حقوقی می‌شود.» (موسوی، 1382، 89).

ج) مبانی لزوم تعیین ثمن

تاکنون با توسل به استنادات قانونی و استدلال‌ات عقلی دانستیم که ثمن باید معلوم و معین باشد. حال با این پرسش مواجهیم که چرا قانونگذار تعیین ثمن را ضروری دانسته است؟ به عبارت دیگر، مبانی ضرورت معلوم و معین بودن ثمن چیست؟ در توجیه این مسئله، مبانی مختلفی مطرح شده است که به اختصار آنها را مورد بحث و بررسی قرار می‌دهیم:

1- مبانی عقلی

1-1- نظم عمومی

هدف قانونگذار، ایجاد نظم اجتماعی و امنیت اقتصادی است تا زمینه‌ی هرگونه نزاع و اختلاف بین افراد جامعه را از بین ببرد. معمولاً دو طرف قرارداد در هنگام عقد تمام سعی خویش را برای رسیدن به توافق به کار می‌گیرند و از اموری که در آینده موجبات اختلاف را فراهم می‌آورد، به آسانی چشم‌پوشی می‌کنند. در حالی که ممکن است تصور هریک از طرفین موضوع تعهد، مغایر با تصور طرف دیگر باشد. از این رو است که قانونگذار برای جلوگیری از وقوع تنازع در روابط قراردادی، عقود مزبور را باطل قلمداد نموده، هیچ نوع اثر

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

حقوقی برای این قبیل معاملات قائل نشده است. بدین ترتیب، اصل لزوم رفع ابهام، قاعده‌ای است که با نظم عمومی مرتبط است. ولی اگر جهالت منجر به نزاع نشود، مانع از صحت قرارداد نیست (اسلامی پناه، 1380، 64).

البته می‌توان به اصل استواری در عمل نیز اشاره کرد؛ یعنی افراد باید مطابق اصل عقلی، معاملات و عقود بین خود را محکم و استوار منعقد سازند و از سهل انگاری در کارها اجتناب نمایند. زیرا رعایت این اصل از منازعات احتمالی جلوگیری می‌کند (قنوتی و سایر نویسندگان، 1379، 27).

2-1 - بنای عقلا و سیره‌ی خردمندان

یکی از مبانی مهم اصل لزوم تعیین ثمن، روش و سیره‌ی عقلاست. شارع در معاملات برخلاف عبادات، آنچه را که مردم در روابط اجتماعی خود رعایت می‌کردند، تأیید و امضاء کرده است. وقتی که معامله برمعدوم و غیر موجود باطل است، معامله‌ی اشیاء نامعلوم نیز صحیح نیست. گاهی در فقه و اصول بجای عرف و عادت یا عرف عام، به سیره‌ی عقلا استناد می‌شود. در واقع، سیره یا بنای عقلا عبارت است از رفتار معینی که همه‌ی خردمندان در برخورد با یک واقعه از خود نشان می‌دهند، بدون آنکه اختلاف زمان، مکان، فرهنگ، دین و مذهب آنها تأثیری در بروز این رفتار داشته باشد. به تعبیر دیگر، سیره‌ی عقلا عبارت است از گرایش عمومی خردمندان اعم از متدینین و غیر آنها بدون آنکه دین تأثیری در پیدایش آنها داشته باشد (انصاری، 1374، 132). روش توده‌ی مردم یا عرف عام نیز در اعصار مختلف این بوده که در معاملات و داد و ستدها کمال دقت را بنمایند تا از هرگونه ابهام درخصوص موضوع قرارداد اجتناب نمایند و بدین طریق از وقوع تنازع جلوگیری شود (مراغه‌ای، 1417 هـ. ق، 313 - میرزای قمی، 1371، 168). البته اکثریت فقها به این مبنا اشاره نموده و بر آن تأکید ورزیده‌اند (محمدی، 1377، 73).

اما برخی دیگر، منع معاملات غرری را صرفاً به مبنا‌ی عقلی مربوط دانسته، براین عقیده‌اند که این حکم، حکم عقلی است و بنای عقلا، اجتناب از آن دسته از معاملات است که خطراتی را در پی دارند (خویی، 1414 هـ. ق، 203). به هر حال، چه عقلای جامعه و چه توده‌ی مردم، این گونه معاملات را منع می‌نمایند.

2- سایر مبانی

2-1 اجماع

از نظر فقها اجماع، به عنوان یکی از مبانی بطلان معاملات مجهول، مطرح است. علامه حلی در کتب مختلف و تذکره، ابن ادریس در سرائر و شهید ثانی در شرح لمعه بطلان این عقود را اجماعی دانسته‌اند (فخارطوسی، 1374، 301). البته بر ادعای اجماع ایراداتی وارد است که اجمالاً بدانها اشاره می‌کنیم: اولاً، به تعبیر فقها انعقاد اجماع دقیقاً مشخص نیست. ثانیاً، اجماع در صورتی معتبر و کاشف است که ندانیم و احتمال ندهیم مدرک آن در مبحث علم به عوضین، حدیث نبوی «نهی از غرر» و یا احادیث مربوط به اعتبار کیل و وزن باشد. به تعبیر

فقیه فقید، این اجماع، «محتمل المدرك» است (سید ابوالقاسم خویی، 1412 هـ ق.، 60). ثالثاً، اجماع دلیل لبی است که بر فرض قبول آن، تنها می‌تواند در محدوده‌ای که تحقق آن یقینی است دلیل باشد و چون فاقد ظهور لفظی است، قابل تسری به سایر موارد نیست و باید بر قدر متیقن حمل شود (اسلامی‌پناه، 1380، 58).

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

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

2-2 احادیث و روایات

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

منطق بحث اقتضاء می‌کند نخست سند روایت بررسی گردد، آنگاه بر فرض تمامیت سند و اثبات درستی انتساب سخن به معصوم (ع) به بحث دلالت و بررسی مفاد روایت پرداخته شود:

1-2-2 بحث سندی

در مورد سند این روایت و روایات مشابه دو مبنای مشهور در بین فقها وجود دارد: یک مبنای آن است که باید با رعایت دقیق ضوابط علم رجال، سند روایت را بررسی کرد و تنها در صورت توثیق رجال سند در همی مراحل زمانی تا روزگار معصوم (ع) برای روایت حجیت قائل شد. آیت الله خویی و بیشتر علمای حوزه نجف طرفدار این مکتب هستند. مبنای دیگر آن است که معیار در حجیت خبر، وثوق به صدور آن از طرف معصوم (ع) است نه وثوق به سند و اطمینان به صدور روایت؛ همانگونه که از عدالت راوی یا از وثاقت او حاصل می‌شود، از عمل اصحاب به مفاد آن نیز حاصل می‌گردد (خویی، 1412 ه. ق.، 225 - موسوی بجنوردی، بی‌تا، 226- نوری، 45، 1379). با توجه به بحث حاضر، روایت مورد نظر روایتی صرفاً موثق الصدور است که مورد عمل اصحاب بوده است و از جهت اول، حجیت ندارد.

2-2-2 بحث دلالت

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

گفتار دوم: حدود معلوم بودن

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

«مقدار و جنس وصف مبیع باید معلوم باشد و تعیین مقدار آن به وزن یا کیل یا عدد یا ذرع یا مساحت یا مشاهده تابع عرف بلد است.»^۱ ماده‌ی مزبور علاوه بر بیان ضرورت تعیین مقدار و جنس و وصف، متضمن استناد به عرف نیز می‌باشد. حال این ابهام به وجود می‌آید که آیا احاله به عرف صرفاً به میزان و نحوه‌ی سنجش «مقدار» مورد معامله است یا اینکه در حدود معلوم بودن آن نیز، به عرف محل رجوع می‌شود؟

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

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

ماده 216 قانون مدنی در بیان حدود معلوم بودن مقرر می‌دارد: «مورد معامله باید مبهم نباشد مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است.» بنابراین معرفت تفصیلی در معاملات به عنوان اصل است. یعنی معاملاتی که معرفت اجمالی در آن کافی است، خلاف قاعده و استثنایی است.

قانون مدنی در بعضی از عقود معین به کفایت علم اجمالی تصریح می‌نماید: «عقد جعاله (مواد 563^۱ - 564^۲) ضمان (ماده 694^۳) کفالت (ماده 736^۴) صلح (مواد 752^۶ و 766^۷) در پاسخ به این پرسش که در چه عقود علم تفصیلی شرط است و آیا موارد منصوص، حصری است یا تمثیلی، نظرات متفاوتی ارائه شده است:

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

1- ماده‌ی 563 ق. م. : «در جعاله معلوم بودن اجرت من جمیع الجهات لازم نیست، بنابراین اگر کسی ملتزم شود...»

2- ماده‌ی 564 ق. م. : «در جعاله گذشته از عدم لزوم تعیین عامل، ممکن است عمل هم مردد و کیفیات آن نامعلوم باشد.»

3- ماده‌ی 694 ق. م. : «علم ضامن به مقدار و اوصاف و شرایط دینی که ضمانت آن را می‌نماید شرط نیست ...»

4- ماده‌ی 736 ق. م. : «در صحت کفالت، علم کفیل به ثبوت حقی برعهده مکفول شرط نیست ...»

1- ضابطه معوض یا غیر معوض بودن معامله

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

دیگری می‌دهد و در ازای آن مالی دریافت می‌کند. در عقد معوض، دو عوض وجود دارد که یکی در مقابل دیگری قرار می‌گیرد. بیع و اجاره از عقود معوض هستند. (مواد 338¹ و 466² ق. م) اما عقد غیر معوض قراردادی است که به موجب آن یکی از طرفین مالی به دیگری می‌دهد بدون آنکه چیزی را در مقابل دریافت دارد. در این نوع عقد، مبادله ارزشها به چشم نمی‌خورد و چیزی که یکی از متعاقدين به طرف دیگر می‌دهد بلاعوض است. هبه و عاریه از عقود غیر معوض محسوب می‌شوند (صفایی، 1382، 30). عقود غیر معوض می‌تواند جایز باشد مثل عقد هبه (ماده 803³) یا لازم باشد مثل صلح بلاعوض (مواد 757⁴ و 760⁵ ق. م.).

اصولاً در پیمان‌های رایگان بنای دو طرف بر گذشت و مسامحه در سودجویی است. اوج این تسامح در جایی است که شخصی مالی را به دیگری بدهد یا تعهدی در برابر او به گردن بگیرد و انتظار پاداشی هم نداشته باشد. بدین ترتیب، ضرورت رعایت شرط علم تفصیلی به مورد معامله در عقود معاوضی مطرح می‌شود. از این رو برخی از حقوقدانان تشخیص ضرورت یا عدم ضرورت علم تفصیلی را، در ارتباط با تشخیص عقود معوض از

5- ماده‌ی 752 ق. م. : «صلح ممکن است یا در مورد رفع تنازع موجود و یا جلوگیری از تنازع احتمالی در مورد معامله و غیر آن واقع شود.»

6- ماده‌ی 766 ق. م. : «اگر طرفین به طور کلی تمام دعاوی واقعی و فرضیه خود را به صلح خاتمه داده باشند کلیه دعاوی داخل در صلح محسوب است ...»

1- ماده 338 ق.م.: «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم.»

2- ماده 466 ق. م.: «اجاره عقدی است که به موجب آن مستأجر مالک منافع عین مستأجره میشود، اجاره دهنده را موجر و اجاره کننده را مستأجر و مورد اجاره را عین مستأجره گویند.»

3- ماده‌ی 803 ق. م. : «بعد از قبض نیز واهب می‌تواند با بقاء عین موهوبه از هبه رجوع کند مگر در موارد ذیل: 1- در صورتی که متهب پدر یا مادر یا اولاد واهب باشد؛ 2- در صورتی که هبه معوض بوده و عوض هم داده شده باشد؛ 3- در صورتی که عین موهوبه از ملکیت متهب خارج شده یا متعلق حق غیر واقع شود خواه قهراً مثل اینکه متهب به واسطه فلس محجور شود خواه اختیاراً مثل اینکه عین موهوبه به رهن داده شود. 4- در صورتی که در عین موهوبه تغییری حاصل شود. »

4- ماده‌ی 757 ق. م. : «صلح بلاعوض نیز جایز است.»

5- ماده‌ی 760 ق. م. : «صلح عقد لازم است اگرچه در مقام عقود جائزه واقع شده باشد و برهم نمی‌خورد مگر در موارد فسخ به خیار یا اقاله.»

غیرمعوّض می‌دانند. بدین استدلال که در عقود معاوضی غرر و آثار آن بر صحت آن عقد تأثیر می‌گذارد، در حالیکه در عقود غیرمعاوضی غرر در آن راه نمی‌یابد، زیرا مبادله ای وجود ندارد (سنهوری، بی تا، 49). ناگفته نماند که این نظریه با بعضی از مواد قانونی مربوط به عقود مزبور تعارض پیدا می‌کند. زیرا عقود جعاله، کفالت و صلح¹ علیرغم آنکه از عقود معوض می‌باشند، علم تفصیلی در آنها شرط نیست.

2 - ضابطه مغابنه‌ای یا مسامحه‌ای بودن معامله

یکی از تقسیمات اساسی قراردادها، تقسیم معاملات به عقود مغابنه‌ای و مسامحه‌ای است. عقد مغابنه را عقد ممانده، مکایسه و مغالبه هم می‌گویند. این تقسیم بر مبنای هدف اقتصادی است که دو طرف عقد دنبال می‌کنند. عقد مغابنه‌ای عقدی است که متعاقدين در مرحله انعقاد، با اعمال دقت و قصد تحصیل حداکثر امتیازات ممکن عقد را منعقد می‌سازند همچون عقد بیع، گذشت و ارفاق و تسامح و تساهل در این قسم از عقود راه ندارد (جعفری لنگرودی، 1378، 2595). در پاره‌ای از قراردادها، متعاقدين چنین مادی نمی‌اندیشند و هدف‌های اخلاقی آن بر سود جویی متعارف غلبه دارد (کاتوزیان، 1372، 128). در این دسته از عقود، بنای طرفین بر دقت متعارف در مورد عقد نمی‌باشد، مثل عقد ضمان (جعفری لنگرودی، 1378، 2595). قانون مدنی از این تقسیم‌بندی نامی نبرده است. ولی ماده 761 ق.م. مبنای اصلی بحث مزبور را ارائه می‌دهد که مقرر می‌دارد: «صلحی که در مورد تنازع یا مبنی بر تسامح باشد قاطع بین دو طرف است و هیچیک نمی‌تواند آن را فسخ کند، اگرچه بر ادعای غبن باشد مگر در صورت شرط یا اشتراط خیار.» بنابر عقیده برخی از حقوقدانان، ذیل ماده 216 ق.م. ویژه عقود مسامحه است. بطوریکه در عقود مسامحه، علم تفصیلی ضرورت ندارد و حداقلی از علم (علم اجمالی) در معلوم ساختن عقد کافی است (کاتوزیان، 1372، 185 - شهیدی، 1377، 317 - جعفری لنگرودی، 1378، 2590). این دیدگاه ریشه در سابقه فقهی دارد که غالباً فقها به عنوان ضابطه‌ی تشخیص کفایت علم اجمالی، بدان استناد می‌کردند (شهید ثانی، بی تا، 30). از استقراء در مواد پراکنده‌ای که در این زمینه وجود دارد چنین بر می‌آید در هر کجا عقدی بر پایه مسامحه و ارفاق و احسان پایه‌ریزی شده باشد یا

6- در تطابق مفهوم معاوضی و معوض بحث و اختلاف وجود دارد. به طوری که برخی معتقدند، عقود معوض اخص از عقود معاوضی است و عقود معاوضی مترادف با عقود تعاهدی است. در این پایه، عقد تعاهدی را اعم از عقود مالی همچون عقد بیع و عقود غیرمالی همچون عقد نکاح تلقی می‌نمایند. (جعفری لنگرودی، 2592، 1378، -) از سوی دیگر، عده‌ای از حقوقدانان معتقدند، عقود معوض و معاوضی واجد ماهیت واحد هستند. بقیه صفحه بعد التبه عقود معاوضی را از عقود تعاهدی متمایز ساخته‌اند (صفایی، 1382، 35 و 31 - شهیدی، 1377، 84)

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

نیاز عمده و اقتضای کار مورد نظر ایجاب کند که دو طرف درجه‌ای از احتمال را در روابط خود بپذیرند، علم اجمالی کافی است. چنانکه در عقود ضمان، جعاله، مشارکت‌ها، بیمه و عقود رایگان نیز همین قاعده حکمفرماست. طرفداران این عقیده، توجه به دو نکته را ضروری دانسته‌اند:

1- تسامحی که مستند اجرای این قاعده‌ی خاص قرار می‌گیرد، بایستی نوعی و مربوط به ساختمان عقد و تأسیس قانونگذار باشد، نه خواست طرفین آن. برای مثال، عقد ضمان از این قبیل است، اما دو طرف عقد بیع یا اجاره نمی‌توانند اعلام کنند که چون به مسامحه تمایل دارند، به موضوع مبهم و احتمالی نیز تراضی می‌کنند (کاتوزیان، 1372، 128). البته شیخ انصاری از برخی فقها نقل نموده‌اند که معیار همه‌ی موارد شخصی است و باید اراده‌ی دو طرف معامله را جستجو کرد (قنوتی و سایر نویسندگان، 1379، 185).

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

همچون بیع ایجاد می‌نماید و بعضی از روش‌های تعیین ثمن را دچار اشکال می‌سازد. جالب اینجاست که در برخی عقود مغایه‌ای همچون مضاربه، علم تفصیلی شرط دانسته نشده است (ماده 533 ق.م.).

3- ضابطه عرفی

به موجب این نظریه، ضابطه‌ی تشخیص ضرورت علم تفصیلی یا اجمالی در معاملات، ضابطه‌ی عرفی است. در واقع، مواردی که قانونگذار علم اجمالی را در آنها کافی دانسته است، مواردی است که عرفاً ضرورتی به علم تفصیلی نیست. پس در عقود مورد بحث، در صورت صدق ملاک عرفی، علم اجمالی کفایت می‌کند. طرفداران این نظر می‌گویند:

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

ثانیاً، ضابطه‌ی قراردادهای مبتنی بر تسامح، کفایتی در رفع نیازهای جامعه‌ی امروز ندارد و از سویی همه‌ی موارد تصریح شده در قانون را نمی‌شود با این معیار توجیه کرد. مثلاً بنا به مستفاد از ماده 533² ق.م.، در عملیات

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

مورد مضاربه، علم تفصیلی و ذکر تجارت خاص لازم نیست و علم اجمالی کافیت . حال آنکه مضاربه را نمی‌توان یک قرارداد مسامحه‌ای به شمار آورد.

ثالثاً، ضابطه‌ی عرفی با فقه اسلامی هم سازگار است؛ چرا که مبنای فقهی بطلان معامله مجهول، قاعده‌ی غرر است که معیار آن عرف می‌باشد. یعنی هر جا که به علت جهل به یکی از ارکان عقد، معامله عرفاً خطرناک یا مجهول (بنا بر نظری) محسوب شود، به گونه‌ای که عرف از آن اجتناب کند، بر طبق قاعده غرر، فقها آن را باطل می‌دانند. در اینجا مانند بسیاری از موارد دیگر معیار تشخیص، عرف است (محمدی، 1373، 69 و 67 - صفایی، 1382، 135). یکی از مصادیق کفایت علم اجمالی که بعضی از فقها ذکر کرده‌اند، موردی است که مالی به قیمت بازار فروخته شود. این معامله از آنجا که غرری محسوب نمی‌شود، صحیح تلقی شده است (خویی، 1412، 322). این ضابطه، از ملاک ماده 553 ق.م.هم قابل استنباط است؛ چه در این ماده، چنانچه اشاره شد، برای تشخیص تجارت مورد مضاربه به عرف مراجعه شده است و چنان است که رفع غرر و علم اجمالی با توجه به عرف کافی شناخته شده است؛ چون از این لحاظ خصوصیتی در مضاربه نیست، می‌توان این قاعده را به سایر قراردادها گسترش داد (صفایی، 1382، 134). نکته‌ی شایان توجه آن است که برخی از حقوقدانان علیرغم آنکه ضابطه‌های قبلی را ارائه نموده‌اند، در مورد مشابه، بر دخالت عرف در مفهوم و حدود معلوم بودن اذعان دارند. چنانکه در مبحث تعدیل قرارداد می‌نویسند: «... تعیین عوض قرارداد به گونه بالا، سبب مبهم و مجهول شدن مورد قرارداد و بطلان آن نمی‌شود؛ زیرا ملاک معلوم بودن مورد قرارداد، تشخیص عرف است و عرف مشخص ساختن مورد قرارداد را به گونه مذکور، موجب مجهول شدن مورد قرارداد نمی‌داند.» (شهیدی، 1382، 39). وقتی که دخالت عرف پذیرفته شده باشد، تفاوتی بین آن دو صورت وجود ندارد. این ضابطه از آن جهت که عرف را به عنوان یک منبع انعطاف‌پذیر جهت تشخیص ضرورت علم اجمالی یا تفصیلی مؤثر دانسته است با واقعیت‌های نوین حقوق انطباق بیشتری دارد. البته در این موارد، بیان نکات زیر ضروری است:

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

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

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

دیدیم که عرف در میزان معلوم بودن اعم از علم اجمالی یا تفصیلی تأثیر می‌گذارد. علم تفصیلی یعنی علم کامل به امور سه گانه ماهیت، مقدار و وصف از هر جهتی که عرفاً در تحقق رضا به معامله مؤثر باشد. درحالیکه این کمال در علم اجمالی وجود ندارد (شهیدی، 1377، 316). علیرغم آنکه ماده 216 ق. م لزوم علم تفصیلی را بیان می‌دارد، اما به مفهوم معلوم بودن و ضابطه‌ی تعیین آن اشاره‌ای نمی‌کند. همین اجمالی موجب گردیده است تا در خصوص مفهوم و قلمرو هر یک از عناصر مزبور (جنس، وصف و مقدار)، تردیدهایی به وجود آید و اختلافاتی بروز کند. باتوجه به ضابطه‌ی عرفی، آنچه برای صحت معامله صحیح است دقت عرفی بجای دقت علمی است و معلوم بودن آن نزد عرف که معمولاً با مسامحه همراه است کافی خواهد بود. بنابراین دستمزد پیمانکار در قراردادهای پیمانکاری که امروزه منعقد می‌شود و در آن اقساط دستمزد براساس فرمول‌های خاصی تعیین می‌گردد و بستگی به میزان نوسانات ارزش پول و تورم اقتصادی آینده دارد، عرفاً معلوم تلقی می‌شود و تغییرات محدوده نرخ تورم پیش‌بینی شده، سبب مجهول شدن مورد معامله نبوده و عرفاً قابل گذشت می‌باشد. چگونگی رفع ابهام از مورد معامله در موضوعات مختلف متفاوت است و در هر حال یا از طریق مشاهده و درک وضعیت عینی و یا از راه توصیف انجام می‌شود. اگر مورد معامله عین معین یا کلی در معین باشد، ماهیت اوصاف و مقدار مورد معامله معمولاً با مشاهده مشخص می‌گردد؛ در عین حال که ممکن است رفع ابهام با توصیف نیز به عمل آید؛ مانند اینکه شخصی با ذکر همه‌ی اوصاف مهم اتومبیل معین خود، به هنگام فروش از مورد معامله رفع ابهام کند. در مواردی که مورد معامله کلی فی الذمه باشد، بدیهی است که قرارداد با صرف مشاهده معلوم نمی‌شود و باید با معرفی و توصیف معلوم گردد (شهیدی، 1377، 320)، (ماده 351 ق. م. 1).

به نظر می‌رسد مواردی که مورد عقد در عرف معلوم است، نیازی به بیان یا مشاهده آن وجود ندارد و این وضعیت عرفی را می‌توان دلیل معلوم بودن مورد معامله نزد طرفین دانست (صفایی، 1382، 134 - کاتوزیان، 1372، 341 - شهیدی، 1377، 312). مثلاً با توجه به آنکه نرخ بسیاری از کالاها به علت دخالت دولت در

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

کنترل بازار مشخص است، حتی اگر ثمن معامله هنگام عقد ذکر نشود، ثمن معامله عرفاً معلوم و معامله صحیح خواهد بود (کاتوزیان، 1372، 341). مشروط بر آنکه طرفین از میزان متعارف مطلع باشند.

بنابراین علم به مقدار عوضین از جمله ثمن، تاحدی لازم است که حدود و ابعاد اصلی آنها روشن گردد و همین که قرارداد، عوضین به نحوی تعیین شوند که عرف ایجاد اصلی آنها را بدانند باید حکم به کفایت داد. کمیت مورد معامله نیز با مشاهده و یا با ضابطه‌ی متعارف مانند وزن یا کیل یا عدد یا ذرع یا مساحت معلوم می‌گردد (حسینی عاملی، بی تا، 225). (ذیل ماده 342 ق. م.) بنابراین ضابطه‌ی متعارف باید وجود داشته باشد. قانون مدنی نیز، تعیین کمیت مورد معامله عین معین را، از راه توصیف و به صورت شرط و بدون نیاز به شمردن یا وزن کردن و نظایر آن پیش‌بینی نموده است (ماده 343 ق. م.)¹.

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

و تعیین آن به عرف واگذار گردد، اما اوصافی که مؤثر در رضاست باید تعیین شود. پس می‌توان گفت معلوم بودن مبیع یا ثمن کافی است و توابع آن می‌تواند معلوم یا مجهول باشد چون در نزد عرف، قابلیت تعیین وجود

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

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

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

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

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

دارد (کاتوزیان، 1371، 115). ماده 220 ق. م. نیز مقرر می‌دارد: «عقود نه فقط متعاملین را به اجرای آن چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می‌نماید، بلکه متعاملین به کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می‌شود ملزم می‌باشند.» نکته حائز اهمیت آن است که هرچه طرفین در صنف خاصی از معاملات، مجرب‌تر باشند، به همان میزان، از سخت‌گیری نسبت به شرط مزبور کاسته می‌شود و طبعاً عرف نیز آسان‌تر از کنار آن می‌گذرد. در صورت، مفهوم عرفی معلوم بودن مورد معامله به مراتب انعطاف‌پذیرتر از مفهوم ریاضی و ادبی آن است.

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

نتیجه

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

1- مورد معامله باید حائز شرایطی باشد که از جمله، معلوم و معین بودن آن است. مبنای لزوم تعیین آن، نظم عمومی و بنای عقلاست. لذا تخلف از آن، موجب بطلان عقد می‌شود.

2- در مبحث مربوط به «معین بودن معامله» گفتیم تردید در مرحله‌ی ایجاب، مانع انعقاد بیع نخواهد بود. به طوری که با قبول یکی از آن ایجاب‌ها، بیع واقع می‌شود. ضمناً تردید در نوع وجه نقد نیز، موجب بی‌اعتباری عقد نخواهد شد.

3- مفهوم «معلوم بودن» امریست موضوعی که بحث‌های فراوانی را به دنبال دارد. گفتیم، اشتباه در ماهیت یا مقدار یا اوصاف مهم مورد معامله با «معلوم نبودن» آن موارد تفاوت دارد.

4- علم به مورد معامله تاحدی ضرورت دارد که حدود و ابعاد اصلی آن روشن شود. در صورتی که عوضین طوری توصیف شوند که متعاملین یا عرف، ابعاد اصلی آن را بدانند، باید حکم به کفایت آن داد.

5- ضمن بررسی مفهوم ماده 216 ق.م. به این پرسش‌ها پاسخ داده شد که در چه عقود، علم تفصیلی شرط است و آیا موارد منصوص در قانون مدنی، حصری است یا تمثیلی؟

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

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

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

فهرست منابع

- 1- اسلامی پناه، «رساله معلوم و معین بودن معامله در حقوق ایران وفقه اسلامی و بررسی تطبیقی آن در حقوق فرانسه و کامان لا»، دانشگاه تهران، 1380
- 2- آل کاشف الغطاء، تحریرة المجله، دو جلدی، تهران، مکتبه النجاح و مکتبه فیروز آبادی، 1359 ه. ش.
- 3- امامی، حقوق مدنی، دوره شش جلدی، تهران، اسلامیه، 1369

- 4- جعفری لنگرودی ، مقاله « عقود مغابنه»، مجله حقوقی وزارت دادگستری، سال بیستم، شماره 1، ص 210 الی 225
- 5- جعفری لنگرودی ، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، شش جلدی ، چاپ اول، تهران، گنج دانش ، 1378
- 6- جیلانی (میرزای قمی)، جامع الشتات، سه جلدی ، جلد اول، تهران، کیهان
- 7- حسینی عاملی، بی تا، مفتاح الكرامه، دوره 11 جلدی، جلد چهارم، بیروت ، دار احیاء التراث العربی
- 8- الحر العاملی، وسائل الشیعه، جلد اول، تهران ، اسلامیة ، 1389 هـ. ق.
- 9- حائری شاهباغ ، شرح قانون مدنی، دو جلدی، چاپ اول، تهران، اسلامیة، 1376
- 10- خویی، مصباح الفقاهه، چاپ اول، بیروت، نشر دارالهادی ، 1412، هـ. ق.
- 11- خویی، الشروط و التزامات التبعية فی العقود، سه جلدی، چاپ اول، بیروت، دارالهادی ، 1414، هـ. ق.
- 12- دهخدا، بی تا، لغت نامه دهخدا، دانشگاه تهران
- 13- شهید ثانی (زین الدین جبعی عاملی)، بی تا، الروضة البهیة (شرح لمعة الدمشقیة) ، ده جلدی ، بیروت، دارالعالم اسلامی
- 14- شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات ، جلد اول، چاپ اول، تهران ، حقوقدان، 1377
- 15- شهیدی، حقوق مدنی (اصول قراردادها و تعهدات) ، جلد دوم ، چاپ اول، تهران ، حقوقدان، 1379
- 16- شهیدی، حقوق مدنی ، جلد سوم ، چاپ اول ، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد، 1382
- 17- شهیدی ، حقوق مدنی سه ، چاپ سوم، تهران ، مجمع علمی و فرهنگی مجد ، 1382
- 18- سنهوری، بی تا، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، ده جلدی، بیروت، دار احیاء التراث العربی
- 19- سنهوری، بی تا، مصادر الحق، جلد سوم ، بیروت، دار احیاء التراث العربی
- 20- صفایی ، دوره مقدماتی حقوق مدنی، جلد دوم ، چاپ اول ، تهران، میزان، 1382
- 21- عابدیان ، شروط باطل و تأثیر آن در عقود ، چاپ اول ، تهران، ققنوس، 1379
- 22- علامه، شروط باطل و تأثیر آن در عقود ، چاپ دوم، تهران، هانی ، 1379
- 23- محقق حلی ، شرایع الاسلام ، دو جلدی، چاپ اول ، تهران، استقلال، 1412 هـ. ق.
- 24- موسوی خمینی، البیع ، شش جلدی ، قم، موسسه النشر الاسلامی ، 1415 هـ. ق.
- 25- موسوی بجنوردی ، بی تا، القواعد الفقهیة ، هفت جلدی، قم ، دارالکتب الاسلامیة
- 26- عمید، فرهنگ عمید ، سه جلدی ، چاپ چهارم، تهران، امیر کبیر، 1374
- 27- فخار طوسی ، در محضر شیخ انصاری، چاپ دوم، تهران، منشورات دارالحکومه، 1374
- 28- قنواتی و سایر نویسندگان ، حقوق قراردادها در فقه امامیه، ج اول ، چاپ اول، تهران، سمت، 1379

- 29- کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج اول(الف)، چاپ دوم، تهران، بهنشر، 1372
- 30- کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج دوم(ب)، چاپ دوم، تهران، شرکت سهامی انتشار، 1372
- 31- کاتوزیان، عقود معین، ج اول، چاپ چهارم، تهران، شرکت سهامی انتشار، 1371
- 32- کاتوزیان، حقوق مدنی (مشارکتها - صلح) ، چاپ دوم ، گنج دانش ، 1368
- 33- کاتوزیان، قانون مدنی در نظم کنونی ، چاپ اول، تهران، دادگستر، 1377
- 34- کاتوزیان، نظریه عمومی تعهدات، چاپ اول، تهران، یلدا، 1374
- 35- موسوی، مبانی نظری جهل و اشتباه و آثار آن بر اعمال حقوقی ، چاپ اول، تهران، امیر کبیر، 1382
- 36- محمدی، قواعد فقه ، چاپ اول، تهران، 1373
- 37- محمدی ، مبانی استنباط حقوق اسلامی ، چاپ دهم ، تهران، 1377
- 38- نجفی ، جواهر کلام ، 43 جلدی ، بیروت، دار احیاء التراث العربی، 1408 هـ. ق.
- 39- نوری، مقاله « ثمن شناور»، نامه مفید، سال ششم، شماره دوم ، شماره پیاپی 22، 1379، ص 40 الی 60
- 40- ولایی، فرهنگ تشریحی اصطلاحات اصول ، چاپ اول ، تهران ، نشر نی، 1374