

# مطالعه‌ای بر ایفای شناور در نظام حقوق تعهدات قراردادی ایران

امیر کریمی<sup>۱</sup>

طاهر حبیب‌زاده<sup>۲</sup>

## نکات برجسته

- ایفای شناور تعهدات، ابزاری در راستای کاهش ریسک نوسانات بازار در طول اجرای قرارداد است.
- تعیین بازه حداقل و حداکثر و ایجاد ضابطه محاسبه، مانع از ابهام در پرداخت است.
- استفاده از ابزارهای نوین مالی در نظام حقوقی، لازمه تعاملات جدید است.

## چکیده

نظام حقوق تعهدات قلب تپنده نظام حقوقی است که باید همواره در حفظ و حراست آن کوشید. یکی از اقدامات موردنیاز در این زمینه، به‌روز نگهداری این بخش از نظام حقوقی در مواجهه با نیازهای روز جامعه هدف است. از اقتضات جامعه امروز فراهم نمودن شرایطی است که بتواند ایفای تعهدات بسیط و مرکب بلندمدت را تسهیل کند. ایفای تعهدات بلندمدت به‌صورت شناور از جمله ابزارهایی است که زمینه را برای ایفای به تعهدات بلندمدت در وضعیت اقتصادی امروز جامعه مهیا می‌کند و نیز این امکان را به بازی‌کنندگان بازار می‌دهد تا سرمایه‌گذاری‌های خود را با ریسک محدودتری انجام دهند که خود جذابیتی دوچندان برای بازارهای ایران است. بازارهایی که گاهی تغییرات در آنها در ساعات مختلف یک روز بسیار چشمگیر است و شایسته است ایفای تعهدات به‌سمتی رود که کشش این حجم از تغییرات را به‌صورت شناور در یک بازه داشته باشد. در این نوشته تلاش شده است ضمن تعریف این مدل از ایفای تعهدات به این سؤال پاسخ داده شود که آیا چنین روشی می‌تواند وارد نظام حقوقی ما شود؟ به نظر نویسندگان پاسخ به این سؤال مثبت است و حتی مشابه این روش در عمل مورد استفاده اهالی بازار قرار گرفته است و نیاز به شناسایی رسمی حقوقی و حمایت قانونگذار را دارد.

## کلیدواژگان:

ایفای شناور، معادل ارزش تعهد، ضابطه محاسبه، نوسان قیمت، ریسک.

<sup>۱</sup> دانشجوی کارشناسی‌ارشد، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق(ع)، تهران ایران (نویسنده مسئول)  
amirkarimi8090@gmail.com

<sup>۲</sup> استادیار، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق(ع)، تهران، ایران

# Study on Floating Performance in Irans' Contractual Obligations System

Amir Karimi<sup>1</sup>

Taher Habibzade<sup>2</sup>

## Highlights

- Floating performance of obligations is a tool to reduce the risk of market fluctuations during the execution of the contract.
- Determining the minimum and maximum range and establishing a calculation criterion prevents ambiguity in payment.
- The use of modern financial instruments in the legal system is a necessity for new interactions

## Abstract

### Introduction

If we look at the flow of markets through the lens of behavioral economics, we find that reducing risk and fostering psychological assurance in the complex and volatile interactions of the contemporary era are of particular importance. The dynamic nature of economic variables such as inflation rates and global prices has created a turbulent environment for trade, redoubling the necessity for developing novel legal tools to manage these uncertainties. On the other hand, experience has shown that imposing restrictions does not necessarily steer commerce towards being productive. Instead, by providing diverse tools tailored to the complex needs of market participants, one can expect better efficiency and flexibility from the flow of economic exchanges. In this regard, "Floating Performance of Contractual Obligations, "as a novel and efficient tool, enables the adaptation of the performance of obligations to unforeseen economic fluctuations and significantly reduces the negative risk of non-performance of obligations in volatile markets like Iran. This research aims to investigate the feasibility of accepting "Floating Performance" in Iran's legal system and to elucidate its conditions, frameworks, and legal requirements. The main research questions are: Is this flexible mechanism compatible with Iran's legal principles? How can it be recognized and implemented within the framework of the existing legal system? The ultimate goal is to provide an operational model for using this tool in domestic and international long-term contracts.

### Method

This research has been conducted using an analytical-descriptive method and relying on extensive library resources, including legal texts, specialized books and articles, domestic laws—especially the Civil Code and the Commerce Code—and important international documents such as the (CISG) and the

---

<sup>1</sup>. L.L.M. Student, Faculty of Islamic Studies & Law, Imam Sadeq University (AS), Tehran, Iran  
Corresponding Author Email: amirkarimi80903@gmail.com

<sup>2</sup>. Assistant Professor, Faculty of Islamic Studies & Law, Imam Sadeq University(AS), Tehran, Iran.

UNIDROIT (PICC). The working method is structured as follows: Initially, to establish a common conceptual foundation and prevent misunderstanding, fundamental and key concepts of the research topic, such as "obligation, " "performance, " and "floating, " were scrutinized and carefully considered. Then, this novel mechanism and its methods of operationalization in contracts were introduced. In the next step, to enrich the analysis, an overview of international documents and judicial and arbitral precedents in foreign legal systems was provided to offer a brief perspective on globally accepted findings and solutions. Finally, the fundamental challenges and key legal questions related to the implementation of the floating performance mechanism, especially from the perspective of Iran's legal system with an emphasis on the concept of *gharar* (prohibited uncertainty) and the rules concerning the determinability of the subject matter, were discussed.

### **Results and discussions**

The obligation, as a central concept in contract law, has not received the in-depth analytical and practical attention it deserves in Iran's legal literature. This is despite the fact that this term is used extensively and frequently in the Iranian Civil Code, and its pivotal role in creating legal relations is undeniable. A fundamental characteristic of an obligation, from the authors' perspective, is its possession of a financial equivalent or economic value; this characteristic is the key to solving the puzzle of accepting floating performance. Floating performance enables the value of the obligation over the long term not as a fixed figure, but based on a "calculable and transparent criterion" that specifies the value at any moment of performance. For example, determining the price based on a computational formula combining costs and fees according to officially announced rates or expert-determined rates are instances of such criteria. By establishing a "defined and calculable range, " floating performance of obligations not only does not lead to destructive ignorance or ambiguity according to common customary standards at the time of forming the obligation, but as a self-regulating mechanism, it also effectively prevents post-contractual ignorance and loss resulting from unforeseen fluctuations and is entirely consistent with the principle of freedom of will in contract law. This method is specific to time-bound contracts and can be implemented with enforcement guarantees such as automatic adjustment or dissolution of the contract in case of a breach of the defined range. The main challenge in accepting this institution is the perception of it falling within the bounds of uncertainties and *gharar*. Divergent views in the Iranian legal doctrine, attributed to the opinions of Shia jurists, have sometimes led to an inflexible perspective on the category of ignorance and ambiguity in contractual matters, which, although suitable for regulating relations in traditional societies and simple markets of the past, lacks the necessary efficacy for addressing the complexities of modern commercial interactions. If we distance ourselves from this inflexible view and analyze the customary and functional meaning of ignorance, *gharar*, and ambiguity according to the needs and practices of each market, this challenge will naturally appear solvable; as evidenced by its successful implementation in similar contracts like large-scale construction

projects and in contracts of the securities market and futures contracts. Furthermore, contrary to the prevalent perspective in our legal doctrine, which primarily views matter from an ex-ante standpoint at the time of contract formation, one of the most important types of ignorance in today's commercial relations is "post-contractual ignorance" arising from unexpected fluctuations and the inherent complexity of economic affairs. The floating performance mechanism can provide fundamental assistance for the voluntary and automatic adaptation of the parties to these fluctuations in changing conditions, regardless of whether the possibility of such fluctuations had occurred to the parties at the time of conclusion. This institution is a clear manifestation of the sovereignty of will and modern rationality in risk management.

### **Conclusion**

In conclusion, the floating performance of obligations is not only compatible with Iran's legal principles, particularly the principle of party autonomy and the rules of contract interpretation, but it also seems an undeniable necessity for Iran's legal system due to its ability to reduce contractual risk, increase flexibility and efficiency in contracts, and strengthen confidence in volatile markets. Understanding this compatibility and leveraging its benefits requires an updated, application-oriented, and custom-based approach to the contemporary needs of the economy and trade. It is suggested that the legislature, by enacting specific regulations or adding articles to the Civil and Commerce Codes, establish a transparent and precise framework for using this method to prevent future disputes. Furthermore, educating judges, legal practitioners, and economic actors to understand, accept, and correctly apply this novel mechanism is the next essential step towards its successful implementation and institutionalization within Iran's legal and commercial system.

### **Keywords**

Floating Performance, Equivalent Commitment Value, Calculation Criteria, Price Volatility, Risk.

## مقدمه

ایفای تعهدات قراردادی بخشی از نظام حقوق تعهدات است که همواره باید در عین حفظ چارچوب و مبانی، مطابق با نیاز روز جامعه حرکت کند. منطقاً سبک جدید تعاملات حقوقی در حوزه تعهدات، ممکن است سبک جدیدی از ایفای تعهدات را نیز طلب کند. اگر خلاف این باشد نه فقط به استحکام تعاملات میان افراد ضربه وارد می‌آید، بلکه مانعی میان نظام حقوق تعهدات و پویایی لازم در ورطه عمل ایجاد می‌شود و چنین نظامی در بنیان خود دچار سستی خواهد شد؛ چراکه مردمان آن را کارا نیافته، در روابط فی‌مابین جریانی را برای دور زدن مقررات پیش می‌گیرند. این ایده‌پردازان و واضعان قانون‌اند که باید ورودی‌های جدید به گستره تعاملات را بررسی و پیش‌بینی کنند، مطابق با مصالح و مفاسد، آنها را بومی‌سازی کنند یا ممنوع سازند تا نقش حمایتی قانون را برقرار گردانند.

موضوع ایفای شناور تعهدات که با عناوینی همچو «پرداخت شناور»،<sup>۱</sup> «دین شناور»<sup>۲</sup> و «ثمن شناور»<sup>۳</sup> نیز نزدیک است، سبکی نسبتاً جدیدی در ایفای تعهدات قراردادی زمان‌بر است که تلاش می‌کند تا ریسک قراردادهای جدید را در فضای پر نوسان کنونی بازارها کاهش دهد و سبب ایجاد امکانی برای انعقاد مستحکم‌تر قراردادهای مدت‌دار شود. در این پژوهش کوشش شده است به این سؤال پاسخ داده شود که آیا استفاده از چنین شیوه‌ای در نظام حقوقی ایران ممکن است و با چه شرایطی؟

صرف انعقاد عقد در زمان حاضر نیست که رضا را در اراده شخص شکل می‌دهد. غالباً افراد در پیش از انعقاد، مشغول به تصور وقایعی‌اند که در آینده ممکن است رخ دهد و آثار عقد و شرایط خود را درباره آنها بررسی می‌کنند. مفهوم ریسک نیز در چنین نقطه‌ای برجسته می‌گردد. هر واقعه‌ای که ممکن است در جریان اجرای قرارداد و اثربخشی آن رخ دهد در مفهوم ریسک به معنای عام قابل‌تصور است.<sup>۴</sup> به‌طور مثال، ریسک مثبت کسب سود ناشی از افزایش قیمت کالایی که خرید آن در ذهن پرورنده می‌شود و ریسک منفی عدم ایفای تعهد فروشنده خاص در تحویل کالا در موعد مشخص.

اگر تعهدات را رابطه حقوقی مالی پنداشته شود که براساس آن یک طرف می‌تواند طرف دیگر را وادار به انجام کار یا ترک عملی نماید،<sup>۵</sup> در این صورت یکی از ریسک‌های قراردادی ایفای تعهدات است. تورم قیمت‌ها، ممنوعیت‌های مختلف، جنگ، قوه قاهره، و مواردی از این قبیل موضوعاتی‌اند که ممکن است به سرانجام رسیدن ایفای یک تعهد را تهدید کنند. از میان آنها یکی از مهم‌ترین ریسک‌ها، تغییر در معادل تمام شده ایفای تعهد است که در طول زمان رخ می‌دهد. ایفای شناور این امکان را برای متعهدین فراهم می‌کند که تعهدات خود را منطبق با شرایط متوقع یا غیر متوقع آینده انجام دهند، منطبق و متناسب با افزایش یا کاهش هزینه ایفای تعهد؛ لذا ایفای شناور، از این نظر اهمیت دارد که ضمن استحکام بخشی و به روابط میان اشخاص و کاهش ریسک منفی تعهدات قراردادی، زمینه‌ساز توسعه تعهدات تجاری و صنعتی جدید است و به

<sup>۱</sup>Floating payment

<sup>۲</sup>Floating debt

<sup>۳</sup>Floating price

۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *فلسفه حقوق مدنی*، جلد ۱، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۸، ص ۵۶.

۵-۷. Olsson, Carl. *Risk Management in Emerging Markets*, London: Pearson Education Ltd, ۲۰۰۲, PP ۵-۷.

۶. یزدانیان، علیرضا، *درس‌هایی از حقوق مدنی تطبیقی مطالعات تطبیقی در حقوق تعهدات*، جلد ۱، تهران: میزان، ۱۳۹۶، ص ۷۰.

پویایی اقتصاد کشور کمک می‌کند. این سبک، در عین حال که دارای پیشینه در معاملات نظام‌های حقوقی مختلف و نظام تجارت بین‌الملل است، نیازمند تغییراتی است تا با چارچوب‌های حقوق تعهدات ایران قابل انطباق باشد.

در این تحقیق، با روش تحلیل کیفی کتابخانه‌ای تلاش شده است، ضمن بررسی مفاهیم مبنا در این پژوهشی در بخش اول، به معرفی از این سبک از ایفای تعهدات پرداخته شود؛ سپس شرایط و ظرایف استفاده از این روش در بخش دوم تبیین گردد؛ گریزی بر پیشینه خارجی این سبک در بخش سوم صورت پذیرد و نهایتاً در بخش آخر چالش‌های اساسی استفاده از این سبک ایفای تعهد در نظام حقوقی ایران بررسی شود.

## ۱. مفهوم‌شناسی

در راستای ارائه پاسخ صحیح به سؤال پژوهش و برای درک دقیق‌تر از فضای بحث، لازم است مروری بر اجزای اصلی عنوان مورد بحث انجام گیرد.

### ۱.۱. تعهد

رابطه‌ای شخصی - حقوقی است از نوع مالی که براساس آن یک نفر دیگری را وادار به انجام امر یا ترک آن می‌نماید. «حقوقی» قیدی است برای خارج کردن روابطی که ضمانت اجرای حقوقی نداشته یا در عبارت کلی قابل مطالبه نیستند؛ لذا تعهدات اخلاقی محض از دایره شمول تعریف خارج‌اند. قید مالی نیز به معنای دارای ارزش اقتصادی یا معادل مالی است. از دیدگاه عرف، تصور معادل وجه نقد برای آن ممکن است. این قید تکالیف را از محل بحث ما خارج می‌کند. تعهدات و تکالیف دو روی سکه از روابط حقوقی‌اند که از وجوه تمیز آنها همان وجود یا عدم وجود قید ارزش مالی است. روابط حقوقی زوجین در کلیت خود، روابطی دارای ارزش مالی نیستند. کما اینکه قانونگذار از باب غلبه در کتاب هفتم قانون مدنی باب هشتم: «از عبارت در حقوق و تکالیف زوجین نسبت به یکدیگر» استفاده نموده است. عمده موارد در این فصل روابط غیرمالی است. حال آنکه در عقدی مثل وکالت به دلیل فرض اجرت از تعهدات وکیل و موکل نسبت به یکدیگر سخن گفته است. فرض ما نیز بر حکمت قانونگذار در استفاده از لغات است.<sup>۱</sup>

شهیدی در خصوص معنای تعهد چنین می‌فرماید: «در معنی مصدری تعهد عبارت است از به‌عهده گرفتن انجام یا ترک عملی در برابر دیگری، خواه در برابر عوض باشد یا نباشد... در معنی اسم‌مفعولی تعهد عبارت است از وظیفه حقوقی که قانوناً برعهده شخص متعهد ثابت می‌شود که در صورت خودداری از انجام آن، به تقاضای متعهدله و به‌وسیله مرجع قضایی، ملزم به انجام آن خواهد شد». کاتوزیان در خصوص تعهد تأکید می‌کند: «...نباید چنین پنداشت که تعهد اختصاص به امور مالی دارد. زیرا تعهدی که انجمن خیریه یا علمی برای رسیدن به هدف‌های آن دارند با تعهداتی که زن و شوهر در برابر هم پیدا می‌کنند ممکن است جنبه مالی نداشته باشد».<sup>۲</sup>

۱. همان، صص ۶۸ - ۷۵.

۲. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی اعمال حقوقی قرارداد - ایقاع، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۱، ص ۱۷.

با وجود این، تعریف یزدانیان در صدر این دو تعریف دقیق‌تر به نظر می‌رسد؛ چراکه برای تکلیف جایگاهی مشخص و معین قائل می‌شود و تقسیم‌بندی دوگانه دقیقی ارائه می‌دهد. اگر حقوقی وجود داشته باشد پس در مقابل آن تعهدات و تکالیفی نیز وجود دارد. تعهدات جنبه‌های مالی را پوشش می‌دهند و تکالیف جنبه‌های غیرمالی را. کاتوزیان بدون تعرض به مفهوم تکلیف، تعهدات را شامل مطلق موارد دانسته‌اند. حال آنکه باید معین داشت رابطه تعهد و تکلیف چیست؟ اگر همانی‌اند که پس دلیلی بر وجود عبارت مضاعفی با عنوان تکلیف نیست، اگر رابطه عموم خصوص مطلق دارند، پس چه تکالیفی تعهد نیستند و بالعکس؟<sup>۱</sup> به هر تقدیر این سبک از بحث حاصل رسوخ محتوای نظام حقوقی فرانسه به دکتربین حقوقی ماست.<sup>۲</sup> روشن گردید که قلمرو بحث ما تعهداتی است که منبع ایجاد آنها وقوع یک عقد است.

## ۱,۲. وفای به عهد

موضوع بند «۱» ماده (۲۶۴) قانون مدنی وفای به عهد است.<sup>۳</sup> بنا به عنوان این قسمت از قانون مدنی «وفای به عهد» یا همان «ایفای تعهد» از اسباب سقوط تعهدات است. «ماهیت وفای به عهد در صورتی که مستلزم انتقال مالکیت یا حقی به متعهدله باشد، عمل حقوقی یک‌طرفه یعنی ایقاع است و اگر مستلزم انتقال مالکیت یا حقی نباشد صرفاً یک عمل فضایی است.»<sup>۴</sup> این تعریف به نظر دقیق نیست. انعقاد عقد ناشی از تعهد قولنامه/ توافق‌نامه پیشینی، آیا ایقاع است یا عمل فضایی؟ ایجاب متعهد به بیع موضوع تعهد ناشی از قولنامه، یک ابراز اراده یک‌طرفه است؛ اما آیا صرف ایجاب موجب وفای به عهد است؟ آیا صرف ایجاب آثار حقوقی عمل حقوقی را به بار می‌آورد؟ ظاهر در آن است که تعهد موضوع قولنامه تا زمانی که عقد بیع تماماً محقق نشود، وفا نشده است. در نتیجه با ماهیت ایفای تعهدی از جنس عقد مواجهیم. «ایرادی که بر این نظر وارد شده است آن است که قرارداد با آزادی طرفین منعقد می‌شود و در اینجا آزادی قراردادی نیست.»<sup>۵</sup> در پاسخ به این اشکال نیز می‌توان چنین بیان کرد: اراده طرف عقد بر انعقاد عقد ثانوی برآمده از اراده او در برعهده گرفتن تعهد است و تعهد من دون اکراه و اجبار ایجاد شده است. وفای به عهد ممکن است ماهیتی بسیط یا مرکب داشته باشد. همچنین این ماهیت ممکن است مستمراً در جریان باشد یا در بازه‌ای یا به‌طور آنی. تماماً و یکجا تسلیم شود و یا به‌صورت اقساطی. موضوع آن نیز ممکن است عمل حقوقی یا عملی قضایی باشد.

۱. در این خصوص با سه فرض مواجهیم: اگر تعهدات شامل تکالیف باشند. پس چرا قانون‌گذار حکیم از عبارتی همچو «در حقوق و تکالیف زوجین» استفاده نموده است؟ حال آنکه در عناوین مشابه از «حقوق و تعهدات» طرفین استفاده شده است؟ همین ایراد وارد است اگر تکالیف شامل تعهدات باشند. اگر تصور کنیم که این دو مفهوم رابطه تساوی دارند پس با مسامحه در حکمت قانونگذار، لازم می‌آید که این مفهوم به‌طور موسع‌تری در ادبیات حقوقی ما به کار گرفته می‌شد. اگر به آبخورهای قانون مدنی مراجعه کنیم درخواهیم یافت که عناوین و فصل‌بندی قانون مدنی ما، شباهت بسیار زیادی به نسخه قبلی قانون مدنی فرانسه (Code Napoléon) دارد و در پیروی از همین فصل‌بندی و تفکیکی که در آن نظام حقوقی میان تعهدات و تکالیف موجود بوده، برای روابط میان زوجین که غلبه غیرمالی دارد، عنوان تکالیف زوجین در قانون مدنی ایران انتخاب گردیده است. به‌علاوه چه دلیلی وجود دارد که ما معنای دو مفهوم تکلیف و تعهد را از لحاظ منطقی همانی بدانیم؟

۲. همان، ص ۱۵.

۳. ماده ۲۶۴ قانون مدنی: تعهدات به یکی از طرق ذیل ساقط می‌شود:

به وسیله وفای به عهد/ به وسیله اقاله/ به وسیله ابراء/ به وسیله تبدیل تعهد/ به وسیله تهاتر/ به وسیله مالکیت مافی‌الذمه.

۴. شهیدی، مهدی، *حقوق مدنی تشکیل قراردادهای و تعهدات*، جلد ۱، تهران: مجد، ۱۴۰۱، ص ۱۶۷.

۵. صفایی، حسین، *دوره مقدماتی حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادهای*، تهران: میزان، ۱۳۹۹، ص ۲۵۹.

### ۱,۳. ایفای شناور

شناور از لحاظ لغت به معنای غوطه‌ور در آب و دارای نوسان تعبیر گردیده<sup>۱</sup> و در اصطلاح عرفی صفتی است بیان‌کننده وضعیت معلق یک امر در مجموعه‌ای. در زمینه ایفای شناور تعهدات قراردادی، وفای به عهد از جنس فعل است. این فعل ممکن است به صورت یکجا یا تقسیط شده باشد. برای مثال، ممکن است کارفرمای یک پروژه تمام اجرت پیمانکار را در هنگام تحویل نهایی محاسبه و پرداخت کند یا ممکن است مناسب با پیشرفت پروژه، در مواعد مشخصی بخشی از اجرت را بپردازد. مبرهن است که نباید ظاهر ماده ۲۷۷ ق.م را معارض با تقسیط دانست. حکم ماده ناظر به حالتی است که متعهد بخواهد رأساً موضوع تعهد را جزئاً وفا کند نه ناظر به حالتی که توافق پیشینی طرفین بر وفای به صورت جزء به جزء است.

در استفاده از ایفای شناور، طرفین قرارداد، وضعیت دقیق قراردادی را که در شرف آن‌اند سنجیده و باتوجه به اقتضائات و پیش‌بینی‌هایی که انجام می‌دهند، برای تعهد یا تعهدات موضوع قرارداد بازه زمانی و یا بازه ایفای تعهد تعیین می‌کنند. متعهد، تعهد خود را به شرط آنکه معادل هزینه ایفای تعهد در موعد انجام یا حدود بازه مشخصی باشد می‌پذیرد. نحوه تعیین این معادل نیز براساس نحوه محاسبه توافقی است که در حین ایجاد تعهد به آن نائل شدند. ممکن است عقد مذکور به صورت تعهدات متقابل یا تعهدات معوض باشد یا به صورت تک‌تعهدی یا غیرمعوض. در انعقاد تعهداتی ناظر بر عقود مبتنی بر مسامحه نظیر تعهد به هبه یک مال یا انجام امری به صورت مجانی، متعهد این تعهد را با تصور ریسک معقولی پذیرفته است. ممکن است در صورت تغییر غیرقابل پیش‌بینی شرایط، امکان یا تمایلی به انجام تعهد نداشته باشد. منصفانه است که شرایطی فراهم شود تا به او این امکان داده شود که تعهد خود را در بازه‌ای که مایل است، به صورت مجانی ایفا کند. همچنین متعهدله تعهد اصلی ممکن است در مقابل متعهد خود نیز عهده‌دار پرداخت اجرت و امثال آن باشد. در غالب یک مثال، کارفرما در یک تعهد پیمانکاری B.O.T،<sup>۲</sup> پروژه‌ای را به پیمانکار واگذار کرده؛ اما آیا این واگذاری به معنای انجام با هر هزینه‌ای است؟ ثمن شناور این امکان را به کارفرما می‌دهد که هزینه خود را کنترل کند و به پیمانکار اعلام کند که سقف توان پرداختی او نقطه مشخصی است و به محض عبور از آن نقطه، قرارداد منعقد منفسخ است یا حق فسخی پیش‌بینی یا اجرای پروژه باید متوقف شود تا وضعیت اجرای تعهد موصوف طی مذاکرات آتی تعیین تکلیف گردد.

در معاملات تعهدی سهام، در حقیقت خریدار یا فروشنده مبتنی بر پیش‌بینی خود معامله‌ای را باز و تعهد خریدی را در موعد مشخصی قرار داده که باید در آن موعد براساس نرخ لحظه‌ای پرداخت را انجام دهد. از مفاهیم نزدیک در ادبیات حقوقی انگلیسی<sup>۳</sup> است که به پرداخت‌های شناور در عالم تجارت اشاره دارد. در قراردادهای پیمان نیز در خصوص شرایط پرداخت، استفاده از عباراتی همچو برآورد اولیه هزینه‌ها، مبلغ پیمان و مبلغ نهایی پیمان با احتساب تغییرات، دال بر استفاده از روشی بسیار نزدیک به ایفای شناور است.<sup>۴</sup>

۱. دهخدا، علی اکبر، لغت نامه، جلد ۹، تهران: روزنه، ۱۳۷۳، ص ۱۲۸۴۵.

۲. مخفف عبارت: ساخت، راه‌اندازی و انتقال: «Build, operate, transfer»

۳. Floting Payment

۴. اسماعیلی هریسی، ابراهیم، مبانی حقوق پیمان، تهران: جنگل، ۱۳۹۵، صص ۹۱-۹۳.

در این سبک، برای پرهیز از ربوی شدن معاملات و داخل شدن غرر و جهل، و در ادامه غبن، ابتدا طرفین تعهد بازه هزینه معادل ایفای تعهد را مشخص، سپس روشی را برای تعیین قیمت نهایی در این بازه مشخص می‌سازند. روش محاسبه می‌تواند ترکیبی از نظام‌های مختلف باشد یا به‌طور بسیط معین گردد؛ مثلاً ارجاع به کارشناس رسمی یا جمع هزینه‌های انجام شده مندرج در فاکتورهای تأیید شده یا ارجاع به یک داور. مهم آن است که قیمت نهایی براساس یک ضابطه توافقی تعیین می‌گردد. در همان مثال عقد پیمان، کارفرما حاضر است در بازه مشخصی به پیمانکار پرداخت داشته باشد. این پرداخت‌ها متناسب با روند پیشرفت پروژه و به‌صورت اقساطی و براساس مجموع هزینه‌کردهای پیمانکار به‌علاوه اجرت ازبیش تعیین‌شده پیمانکار در هر موعد یا در نهایت اتمام پروژه خواهد بود.<sup>۱</sup> معادل تعیین‌شده ممکن است گاه به‌عنوان عوض یا جزئی از عوض قرارداد و برعهده طرف مقابل باشد و گاه صرفاً معیاری است برای سنجش وضعیت تعهدی که در موعد ایفاست. ضمانت اجرای این بازه هم می‌تواند به توافق طرفین و به اقتضای ذات عقد موارد مختلفی باشد. نظیر شرط تعلیقی انفساخ، توقف اجرای تعهد، تمدید قرارداد یا برقراری تعهد جدید.

## ۲. نحوه به‌کارگیری ایفای شناور

### ۲.۱. تعیین بازه

تعیین بازه ایفای تعهد امری است وابسته به میزان ریسک اجرای تعهد یا اجرت و عوض آن در نظر متعهد و متعهدله. در مراحل تصمیم‌گیری، پس از خطور، متناسب با بازه زمانی که تعهد قرار است در گستره آن ایفا شود، متعهد پیش‌بینی می‌کند که ایفای تعهد ممکن است چه هزینه یا هزینه‌هایی برای او داشته باشد. سپس براساس توان و امکان مالی خود بازه‌ای را که می‌تواند برای ایفای تعهد هزینه کند معین می‌سازد. بدین شکل، او معین می‌دارد که راضی است تعهد را تا چه میزان و به چه شکل قبول کند. رضای حاصل شده در او متعلق به تک‌تک اجزای این مجموعه است. قبول متعهدله نیز لازم است تا ایراد ماده ۲۷۷ ق. م واقع نشود. همان‌طور که پیش‌تر بیان شد، لازم نیست ایفای تعهد به‌صورت معوض باشد. در ایفای تعهدات به‌صورت مجانی نیز اجرای این امر بلاشکال است. متعهد به انعقاد هبه در موعدی در آینده، بی‌آنکه تعهد او عوض داشته باشد، می‌تواند معین سازد که حاضر است نهایتاً تا چه سقف تغییر قیمت، مالی را هبه کند.

این سبک از ایفای قابل‌اجرا برای تعهدات بدون موعد و حال نیست. این روش از وفای به عهد مختص تعهداتی است که اجرای آنها در بستر یک بازه زمانی یا در موعدی در آینده رخ می‌دهد و همین بستر زمانی موجب تغییراتی در شرایط ایفای تعهد می‌شود. به دیگر سخن، عنصر زمان است که منجر می‌شود تغییرات در جریان ایفای تعهد برجسته گردند. تعهدی که حال باشد باید فی‌الفور محقق شود و لذا تغییر در هزینه ایفای تعهدات منطقی‌سالبه به انتفاع موضوع آن است. در نتیجه اگر متعهد، تعهد را به علتی منتسب به خودش ایفا نکند یا مانعی واقع سازد که ایفای تعهد موقتاً ممکن نباشد، علیه خویش اقدام کرده و با همان ملاک ماده ۲۷۸ ق.م افزایش هزینه برعهده خود اوست. بدیهی است اگر اجرای تعهدی حال، به علتی خارج از اراده متعهد و به‌محض انعقاد غیرمقدور شد، مسئولیت آن به‌دلیل فقدان رابطه سببیت ممکن نبوده و می‌تواند سبب انفساخ

۱. همان، ص ۲۶۸.

عمل حقوقی منبع تعهد شود.<sup>۱</sup> اگر تعهد از ابتدای شکل‌گیری غیرقابل اجرا باشد، موضوع تعهد محال است و تعهدی شکل نپذیرفته است. همچنین اگر مورد تعهد ذاتاً یا به‌طور توافقی پس از طی مدتی قابل اجرا باشد، و تعهد عمداً بدون تصریح به آن موعده شکل پذیرد، بدین معناست که طرفین به ترتیب یا علم به موضوع نداشته یا از اراده‌ای واقعی برای شکل‌گیری آن برخوردار نبوده‌اند که در هر دو صورت در تشکیل تعهد ایراد است.

نکته‌ای که باید در این مقال متذکر آن شد، بحث از حالت معکوس ریسک، یعنی کاهش هزینه ایفای تعهد در گذر زمان و به نفع متعهد است. همین موضوع است که توافقی بودن و تعیین حداقل بازه را نیز در برخی از تعهدات بسیار پررنگ می‌نماید. به‌طور مثال، ممکن است در تعهدات خاصی، هزینه اجرای تعهد برای متعهدله اهمیت داشته باشد. در تعهد به هبه فرضی، متعهدله در صورتی که مال موضوع آن از مقداری خاصی، ارزش کمتری داشته باشد، راضی به قبول هبه نباشد. شبیه به این موضوع در معاملات تعهدی رمز ارزها در جریان است. معامله‌گری که تعهد به فروش را به‌صورت موعده دار گشوده است،<sup>۲</sup> حد یقینی (حد ضرر) برای کاهش قیمت تصور کرده است و حاضر نیست قیمتی پایین‌تر از آن را متحمل شود و سیستم به‌طور خودکار تعهد گشوده شده را در آن نقطه به اصطلاح «پُر کرده»<sup>۳</sup> و بدین طریق تعهد را ایفا نموده و تراکنش انجام شده وارد «استخر تراکنش‌ها»<sup>۴</sup> می‌گردد. به‌هرحال ایجاد امکان تعیین حداقل بازه در یک توافق طرفین موافق اصل آزادی اراده و موجب استحکام توافقات می‌گردد.

بازه توافق شده باید براساس وجه نقد توافق گردد تا امکان سنجش دقیق و با کمترین خطا وجود داشته باشد. در تعهد به تسلیم گندم در موعده مشخصی، متعهدله می‌تواند بازه را ابتدا براساس مقدار گندم سنجیده و نهایتاً معادل ریالی آن را به‌عنوان ملاک بازه قرار دهد. بازه باید به‌صورت منجز و قطعی و با اوصاف مشخص از جنس موضوع بازه باشد. ممکن است بازه را براساس تعیین هزینه‌کرد ایفای تعهد بدانند، یا ممکن است موضوع تعهد ساخت شیء باشد و قیمت تمام شده یا روز آن مدنظر طرفین برای درج بازه باشد یا امثال این موارد و نیز ترکیب آنها. باوجود این، شرط لازم برای تعیین بازه نحوه‌ای از تعیین است که عرف پذیرای آن باشد، چراکه حصول علم از دید عرف برای تشکیل صحیح تعهد قراردادی لازم است. البته علاوه بر این، نیاز است قانونگذار در راستای رسالت حمایتی خود، بنا به صلاحدید، چارچوب‌هایی را برای تعیین بازه مقرر کند.

## ۲.۲. تعیین نحوه محاسبه (ضابطه محاسبه)

پس از تعیین بازه، شرط لازم دیگر برای استفاده از این روش، تعیین نحوه محاسبه قیمت در هر نقطه از زمان است. شیوه محاسبه توافقی میان طرفین برای تعیین تکلیف وضعیت اجرای تعهد است. این سازوکار معادل اقتصادی ایفای تعهد قراردادی را در هر نقطه از زمان تا لحظه ایفای تام تعهد و اتمام فرایند معین می‌سازد. نحوه محاسبه باید منجز و معلوم باشد و طبعاً لازم می‌گردد طرفین مشرف به آن باشند؛ چون جزئی از علم به موضوع و مورد تعهد است. حتی اگر در برخی حالات، بازه تعیین شده را جزئی از تعهد اصلی ندانیم،

۱. یزدانیان، علیرضا، *حقوق مدنی حقوق تعهدات قواعد عمومی مسئولیت مدنی با مطالعه تطبیقی در حقوق فرائسه*، جلد ۲، تهران: میزان، ۱۳۹۹، صص ۵۴-۵۵.

۲Open Long or Short  
۳Filling and Closing  
۴Transaction Pool

ایفای شناور و توافقات آن، خود شروطی فرعی ضمن تعهد اصلی محسوب می‌شود که جهل به آنها به دلیل ماهیت توافقی، موجب سرایت جهل به اصل موضوع و مورد تعهد اصلی است.

شیوه‌های محاسبه ممکن است انواع مختلفی داشته باشند. مادام که شرایط ماده ۱۰ قانون مدنی و ماده ۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی را رعایت کنند<sup>۱</sup> با تعیین این ضوابط، اعم از سازوکارهای محاسباتی صرف یا ارجاع به کارشناسی، معادل ایفای تعهد در هر لحظه معلوم است، اما آیا این معادل به‌طور بالقوه معلوم است یا بالفعل؟ به عبارت دیگر آیا امکان تعیین معادل وجود دارد یا معادل ایفای تعهد معین است؟

قاعدتاً در هر مورد باید تحلیل متناسب با نحوه محاسبه را ارائه داد، باوجود این، باید توجه داشت که مشخص بودن معادل ایفای تعهد در هر بازه دایره مدار اعلام شدن آن نیست، بلکه به ماهیت و ترکیب‌بندی نحوه محاسبه مربوط است. در فرض مثال، در تعهد به ساخت یک مجموعه مسکونی، مبلغ لازم به پرداخت توسط کارفرما مساوی است با حاصل جمع تمام هزینه‌های پیمانکار برای مواد اولیه و اجرت خدمه، به‌علاوه ۱۰ درصد کل مبالغ پرداخت شده مذکور به‌عنوان حق‌الزحمه پیمانکار. تمام ارقام این هزینه‌ها در حقیقت مشخص‌اند و اینکه اعلام یا شخصاً محاسبه نشده‌اند موجب بالقوه بودن آنها نمی‌گردد. آنچه می‌تواند موجب بالقوه بودن معادل ایفای تعهد شود، اتکای صرف مقدار معادل، به نظر فرد یا افراد خاصی است. مثلاً تعیین مقدار براساس نظر کارشناس امری است که بسته به ارزیابی هر کارشناس ممکن است در جزئیات یا در کلیات متفاوت باشد و همین مقدار کم در هر حال وضعیت تعیین را از بالفعل به بالقوه تغییر می‌دهد.

طبیعتاً صرف درج عبارت «ارجاع به کارشناس» یا «ارجاع به داور» برای ضابطه تعیین معادل کفایت نمی‌کند و باید شخص یا مجموعه و چگونگی انجام وظایف آنها مشخص باشد. ممکن است این اشکال مطرح شود که در حالتی که ضابطه مشخص شده مبنای محاسبه است، قیمت‌هایی که وارد این تابع می‌شوند، بسته به نظر افراد یا محل‌های مختلف، ممکن است مختلف باشند. این امر سبب جهل است. این ایراد تنها مخصوص موضوع بحث ما نیست؛ بلکه در تمام قیمت‌گذاری‌ها مطرح است. لکن محدوده‌های قیمتی مشخصی بر بازارها حاکم است. از طرفی طرفین تعهد با علم به مکان ایفای تعهد و عرف قیمت‌گذاری حاکم، تعهد را شکل داده‌اند. نهایتاً برای حل این مشکل می‌توان از راه‌حل‌های مختلفی بهره جست. به‌طور مثال، طرفین می‌توانند هزینه‌کردها را ملاک قرار دهند نه قیمت را. هزینه انجام شده واقعی همواره یک عدد مشخص است و نیز می‌توانند از سازوکارهای تأیید قیمت همانند برخی از قراردادهای استفاده کنند.

### ۲,۳. تعیین شرایط حاکم پس از نقض بازه

سومین موردی که طرفین باید در استفاده از این روش معین نمایند، توافق برای حالتی است که معادل ایفای تعهد از بازه تعیین‌شده خارج می‌گردد. بدو توافق طرفین در این نقطه تعیین‌کننده وضعیت است؛ همچنین انواع مختلفی از توافقات امکان‌پذیر است. این موارد را در سه دسته کلی می‌توان طبقه‌بندی کرد:

۱. ماده ۱۰ قانون مدنی: قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است.

ماده ۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی: عقود و قراردادهایی که مخل نظم عمومی یا برخلاف اخلاق حسنه که مغایر با موازین شرع باشد در دادگاه قابل ترتیب اثر نیست.

طرفین برای بعد از خروج پایان قرارداد را پیش‌بینی کرده باشند، تعدیل قرارداد را پیش‌بینی کرده باشند یا توقف اجرای قرارداد را برای مذاکرات آتی درخصوص ادامه قرارداد تصور کرده باشند. پیش‌فرض در حالت خروج از بازه، انفساخ عقد است. به این علت که طرفین رضای خود را نسبت به حداقل تا حداکثر این بازه تعلق داده‌اند. پس طبعاً در حالت خروج از بازه و عدم تعیین ضمانت اجرا یا تحقق شک، بنا بر انفساخ عقد است. استفاده از مفهوم بطلان به نظر صحیح نمی‌رسد؛ چراکه تا زمانی که معادل ایفای تعهد در بازه مذکور جای داشته است، رضای طرفین به اجرای آن نیز برقرار بوده و عقد صحیحاً جریان داشته است پس نمی‌توان تصور بطلان بر آن نمود.

در دسته اول طرفین ممکن است بر انفساخ عقد توافق کنند یا بر وجود حق فسخ برای یکی از طرفین یا هر دو طرف. در صورتی که حق فسخ در نظر گرفته شود، اعمال این حق فوری است و اجرای قرارداد متوقف می‌گردد تا وضعیت آن معلوم گردد. در این حالت یا شخص از حق فسخ خویش استفاده می‌کند یا بالعکس؛ در حالت دوم باید پیش‌تر معین گردد که اگر فسخ محقق نشود، چه شرایطی بر قرارداد حاکم خواهد بود. در دسته دوم ضمانت اجراها از سازوکارهای تعدیل خودکار استفاده می‌گردد؛ بدین نحو که به محض خروج از بازه معین شده، شرایط قرارداد به روش‌های مشخصی تغییر کرده، متناسب با این تغییرات بازه و ضابطه تعیین معادل دستخوش تغییرات شود. در دسته سوم، طرفین توافق می‌نمایند به محض خروج از بازه، اجرای تعهدات قراردادی متوقف شود، سپس طرفین ظرف مدت مشخصی مذاکرات جدیدی انجام داده و یا قرارداد را اقاله نموده یا با شرایط جدیدی آن را ادامه دهند یا به تعهدات دیگری تبدیل نمایند.

همچنین طرفین باید درخصوص شرایط بعد از خروج از بازه تعیین شده نیز متناسباً تعیین تکلیف کنند. مثلاً در پروژه پیمانی یا صنعتی ممکن است تعهدی تا نیمه اجرا شود و به دلیل تورم هزینه اجرا از محدوده تعیین شده بیشتر گردد. در این صورت باید در قرارداد، مالکیت محصول فرضی تولید شده و پرداخت اجرت متعهد تا لحظه انفساخ پیشاپیش تعیین تکلیف گردد.

بحث آخر نیز مربوط به عنصر زمان است. استفاده از ایفای شناور تعهدات قراردادی کاملاً تابع زمان اصلی قرارداد و ایفای تعهد است. مادامی که تعهد در حال اجراست، توافق طرفین بر شناوری نیز باقی است و با سقوط قرارداد یا تعهد متعلق به، یا اجرای تعهد و اتمام آن این توافقات نیز به همراه آن به پایان می‌رسند. تا زمانی که این تعهد موضوع ایفای شناور پابرجاست، توافقات درخصوص ایفای آن و ضمانت نقض بازه پابرجاست.

### ۳. گریزی بر مقررات اسناد بین‌المللی و آرا محاکم خارجی

نمونه‌های اولیه این سبک از ایفای تعهدات در فضای حقوق تجارت بین‌الملل، اولین بار در قرن بیستم وارد تعاملات طرفین گردید.<sup>۱</sup> در نظام‌های حقوقی نیز پرونده‌های در این خصوص موجود است. نمونه دعوی «فولی در مقابل کلسیک کوچز با مسئولیت محدود»<sup>۲</sup> از جمله آنهاست. به موجب توافق میان دو طرف، شرکت کوچز تمام نیاز خود را به سوخت از جایگاه سوخت فولی واقع در ملک او تأمین می‌کند و فولی متعهد به تأمین

۱. اشمیتوف، کلابوم، *حقوق تجارت بین‌الملل*، جلد ۲، ترجمه بهروز اخلاقی، تهران: سمت، صص ۱۱۳۴-۱۱۳۶.

۲. *Foley v Classique Coaches Ltd*

سوخت است. باوجود این، قیمتی به‌طور صریح و معین برای این قرارداد مشخص نگردیده و تعیین آن به توافق بعدی طرفین منوط شده است. این توافق به‌مدت سه سال ادامه پیدا می‌کند تا آنکه یکی از وکلای شرکت کوچز اعلام می‌کند که این قرارداد الزام‌آوری ندارد و در نتیجه، شرکت تأمین سوخت از جایگاه فولی را متوقف می‌کند. نهایتاً دادگاه تجدیدنظر این قرارداد را الزام‌آور دانست و عدم تعیین ثمن را در لحظه انعقاد مانع تشکیل و لزوم تلقی نمود. به عقیده قضاوت دادگاه، این نکته که قراردادی در حین انعقاد قیمت مشخصی ندارد، دلیلی بر عدم الزام‌آوری آن نیست. مهم آن است که ضابطه‌ای برای تعیین قیمت معین شده باشد.<sup>۱</sup>

بعدها چنین نظراتی در کنوانسیون بیع بین‌المللی وارد گردید که اینک در ماده ۵۵ CISG بدان اشاره گردیده است.<sup>۲</sup> این ماده مقرر می‌دارد که اگر مقدار ثمن بیع معین نبود، و حتی طرفین به‌طور ضمنی نیز پیش‌بینی‌هایی برای تعیین آن مقرر نکرده بودند، چنین تصور می‌شود که قیمت عرف بازار در شرایط مشابه مورد توافق آنها بوده است. ماده ۷-۱-۵ PICC نیز در بندهای ۳ و ۴ خود صراحتاً به موضوع پرداخت با تعیین ثالث و یا براساس عوامل از پیش تعیین‌شده پرداخته است.<sup>۳</sup> این ماده درحال بیان حالات ویژه‌ای است که در آنها قیمت تعیین نشود یا باید بر مبنای ضابطه توسط یک طرف یا ثالث تعیین گردد. در حالت نخست، حکم بر ارجاع به قیمتی است که در یک شرایط مشابه تعیین می‌گردید. در حالات بعدی نیز بیان می‌دارد که اگر ضابطه تعیین قیمت، مشخص نمودن توسط ثالث یا یکی از طرفین باشد، ارزش تعیینی باید با منطق بازار در آن زمینه مطابقت کند. همچنین اگر ضابطه تعیین ارزش، بر مبنای عواملی بود که از دسترس خارج گردید، براساس نزدیک‌ترین عامل مشابه تعیین صورت می‌پذیرد. زمانی که یک مقرر به بیان حالات خاص موضوعی می‌پردازد، قاعدتاً اصل موضوع را در فرض مورد پذیرش قرار داده است.

نهایتاً آنکه «بسیاری از کشورها در قانون خود ثمن شناور را قبول کرده‌اند، دیگر کشورها نیز کم یا زیاد، تمایل خود را به صحت چنین قراردادهایی نشان داده‌اند».<sup>۴</sup> در همین راستاست که مجلس اعیان انگلیس در سال ۲۰۰۵ و در خصوص شرکت «ری اسپکتروم پلاس با مسئولیت محدود»<sup>۵</sup> تصمیم بر پذیرش سیستم تضمینات

<sup>۱</sup> *Foley v Classique Coaches Ltd*, [1994] 2 KB 1.

<sup>۲</sup> **Article ۵۵ of CISG:** Where a contract has been validly concluded but does not expressly or implicitly fix or make provision for determining the price, the parties are considered, in the absence of any indication to the contrary, to have impliedly made reference to the price generally charged at the time of the conclusion of the contract for such goods sold under comparable circumstances in the trade concerned.

<sup>۳</sup> ARTICLE ۵, ۱, ۷.

(Price determination)

(1) Where a contract does not fix or make provision for determining the price, the parties are considered, in the absence of any indication to the contrary, to have made

reference to the price generally charged at the time of the conclusion of the contract for such performance in comparable circumstances in the trade concerned or, if no such price is available, to a reasonable price.

(2) Where the price is to be determined by one party and that determination is manifestly unreasonable, a reasonable price shall be substituted notwithstanding any contract term to the contrary.

(3) Where the price is to be fixed by one party or a third person, and that party or third person does not do so, the price shall be a reasonable price.

(4) Where the price is to be fixed by reference to factors which do not exist or have ceased to exist or to be accessible, the nearest equivalent factor shall be treated as a substitute.

<sup>۴</sup> داراب پور مهرباب، *اصول و مبانی حقوق تجارت بین‌الملل، حقوق بیع و حمل و نقل بین‌المللی*، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۸، صص ۲۰ و ۲۱.

<sup>۵</sup> *Re Spectrum Plus Ltd*

و وثایق شناور نمود که خود نوعی از وثیقه به معنای اعم یا تعهدات تأمینی معلق به عدم ایفای سایر تعهدات است.

#### ۴. نظام حقوقی ایران: چالش‌ها و راهکارها

##### ۴.۱. علم و جهل به مورد تعهد و تحقق یا رفع غرر

در قانون مدنی ما بآنکه از واژه تعهد در عناوین مقررات استفاده شده، اما در ادبیات حقوقی ما از حیث عنوانی بیشتر از عبارات «عقد» «معامله» به کار رفته است. همین امر خود موجب بحثی است که شرایط و قواعد عمومی مذکور در قانون مدنی آیا درخصوص تعهدات صادق‌اند یا خیر؟ مجال این بحث در این پژوهش نیست؛ اما بنایی که این نوشته بر آن استقرار یافته است بدین شرح می‌باشد که شرایط اساسی ماده ۱۹۰ ق. م<sup>۱</sup> برای جریان یک تعهد و شکل‌گیری صحیح آن لازم است. چه آنکه اعمال حقوقی یکی از منابع ایجاد تعهدات‌اند و موضوع بحث ما نیز تعهداتی است که حاصل اراده و توافق قراردادی‌اند.<sup>۲</sup> اگر علم به چستی تعهد و موضوع آن وجود نداشته باشد؛ بخشی از قرارداد نیز مجهول مانده و لااقل آن قسمت از قرارداد به دلیل فقدان شرایط ماده ۱۹۰ ق. م باطل است. «پس شرایط مندرج در ماده ۱۹۰ ق. م ناظر بر همه قراردادها و تعهدات است».<sup>۳</sup>

بند ۳ ماده ۱۹۰ ق. م در شرایط اساسی صحت معامله بیان می‌دارد: «موضوع معین که مورد معامله باشد». ذیل مبحث سوم، در مورد معامله از فصل دوم همان کتاب، در ماده ۲۱۶ مقرر می‌دارد: «مورد معامله باید مبهم نباشد مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است». چالشی که در اینجا رخ می‌دهد: آیا این سبک از ایفای تعهد مانعی برای علم طرفین به مورد تعهد یا قرارداد ایجاد می‌کند؟ آیا این سبک از ایفای تعهد، نامعین است؟

«معین در این ماده به معنی مشخص است که هم شامل معین به معنی خاص، یعنی غیرمردد بین دو یا چند چیز، و هم دربرگیرنده مفهوم معلوم، یعنی مشخص و نامبهم از لحاظ جنس و وصف و مقدار است».<sup>۴</sup> در کمترین حالات، قابلیت تعیین در هر نقطه بازه زمانی اجرای تعهد وجود دارد و همین امر کافی است. نفس قابلیت تعیین و تشخیص در حقوق ما برای امکان معامله کافی است؛ همان‌گونه که معامله کلی فی‌الذمه نیز در حقوق ما پذیرفتنی است. اوصاف این نوع ایفای تعهد نیز متناسباً در قالب تعیین بازه و نحوه محاسبه معین گردیده است.

آیا چنین روشی به ایجاد ابهام برای طرفین تعهد منجر شده است؟ آیا به‌کارگیری این روش در یک معامله برای طرفین قرارداد ایجاد غرر می‌نماید؟ در لغت‌نامه *العین* امر مبهم به معنای امری است که وجه آن

۱. ماده ۱۹۰ قانون مدنی: برای صحت هر معامله شرایط ذیل اساسی است: (۱) قصد طرفین و رضای آنها (۲) اهلیت طرفین (۳) موضوع معین که مورد معامله باشد (۴) مشروعیت جهت معامله.

۲. برای مطالعه بیشتر ر.ک به: شهیدی، مهدی، پیشین، صص ۲۷۵ به بعد؛ یزدانیان، علیرضا، *مطالعات تطبیقی در حقوق تعهدات*، پیشین، صص ۱۰۳ و ۱۴۴.

۳. بیگدلی، سعید، *تعدیل قرارداد*، تهران: میزان، ۱۳۹۲، ص ۳۰۱.

۴. صفایی، پیشین، ص ۱۴۸.

شناخته شده نیست.<sup>۱</sup> همچنین در لغت‌نامه فارسی نیز مبهم به معنای پوشیده و مجهول است.<sup>۲</sup> در اصطلاح حقوقی در مقابل معین بودن به کار می‌رود.<sup>۳</sup> «رضای مبتنی بر عوامل مبهم مذکور، همان است که در فقه از آن به کلمه «غرر» یاد می‌شود که بطلان معامله غرری را به همراه می‌آورد و در حدیث مشهور نبوی «نَهَى الن بی عن بیع الغرر» یا «نهی الن بی عن الغرر» وارد شده است.<sup>۴</sup> وجود علم به مورد تعهد چیزی است که ابهام را از آن می‌زداید و شرط لازم برای معتبر بودن و ایجاد یک تعهد است. اما ضابطه و مرز بین وجود و عدم وجود علم چیست؟ قانونگذار اساساً ملاک مشخصی ارائه نکرده است. میان دکترین حقوقی نیز اختلاف نظر است.

در خصوص غرر، با نگاهی به اختلاف نظر فقها در زمینه معنای فقهی و سیر تغییرات نظرات، نمایان می‌گردد که فهم ایشان از موضوع غرر یک فهم در حال توسعه است. به طور مثال شیخ انصاری در مکاسب نسبت به غرر ادعای اجماع بر معنای جهل می‌کند،<sup>۵</sup> لکن امام خمینی (ره) ضمن ایراد به این نظر معنی خدعه را برای غرر می‌پذیرند که به فهم عرفی نزدیک‌تر بوده و مطلق جهل را شامل نیست.<sup>۶</sup> به نقل از شارحین، نظرهایی هم هستند که معنای خطر را در تقدیر حدیث نبوی و برای مفهوم غرر در نظر می‌گیرند. تقسیم‌بندی غرر شرعی و غرر عرفی نیز از باب همین اختلاف نظر فقهاست.<sup>۷</sup>

از سوی دیگر، فهم اساتید از محل بحث از دیدگاه معکوس جهل یعنی وجود علم و حدود و ثغور آن است. برخی از اساتید به استناد ظاهر ماده ۲۱۶ ق. م و برخی از مواد دیگر در باب جعاله و یا مضاربه قائل به این مهم‌اند که اصل بر لزوم تحقق علم تفضیلی است و علم اجمالی استثنائاً در عقود مبتنی بر مسامحه پذیرفته شده است.<sup>۸</sup> برخی دیگر در راستای نظر قبل قائل‌اند که علم اجمالی در عقودی راه دارند که قانونگذار به صراحت بیان نموده باشد.<sup>۹</sup> برخی نیز قاعده فوق را بدون دلیل دانسته و گستره حکومت عرف را در این موضوع موسع می‌دانند: «به نظر می‌رسد که بهترین ضابطه‌ای که در این زمینه می‌توان پذیرفت عرف ضابطه عرفی است. برای تشخیص اینکه علم اجمالی کفایت می‌کند یا نه، باید به عرف رجوع کرد... ضابطه عرفی با فقه اسلامی هم سازگار است، چه مبنای فقهی بطلان معامله مجهول، قاعده غرر است که معیار آن عرف

۱. ابن احمد، عبدالرحمن خلیل، محسن آل‌عصفور، مهدی مخزومی و ابراهیم سامرای، *العین*، جلد ۴، قم: هجرت، ۱۳۶۷، ص ۶۷

۲. صدری افشار، غلامحسین، نسرتن حکمی و نسترن حکمی، *فرهنگ معاصر فارسی کوچک*، تهران: فرهنگ معاصر، ۱۳۸۸، ص ۴۳.

۳. شهیدی، پیشین، ص ۲۹۵.

۴. همان، ص ۲۹۷.

۵. انصاری، مرتضی، *المکاسب*، جلد ۱۱، شارح: محمد کلانتر، قم: دارالکتاب، ۱۴۱۰ ه. ق، ص ۶۹.

۶. خمینی روح‌الله، *کتاب البیع*، جلد ۳، قم: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۹۲، صص ۳۰۵-۳۰۷.

۷. برای نمونه بحث ر. ک به: جزایری، محمد جعفر، *هدی الطالب الی شرح المکاسب*، جلد ۸، انتشارات طلایه نور، ص ۲۶۴. شیخ انصاری ضمن بررسی نظرات سایر فقها در باب معانی غرر نظر خویش را با استناد به اجماع بیان نموده، لکن شارح نظرات بیشتری در حاشیه بیان کرده است.

۸. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، جلد ۲، تهران: گنج دانش، ۱۴۰۰، ص ۱۸۵، شماره ۳۹۸.

۹. دینانی، عبدالرسول، *قواعد عمومی قراردادها*، تهران: میزان، ۱۳۹۵، ص ۱۳۸.

می‌باشد، یعنی هر جا که به علت جهل به یکی از ارکان عقد، معامله عرفاً خطرناک محسوب می‌شود، به گونه‌ای که عرف از آن اجتناب کند، بر طبق قاعده غرر فقها آن را باطل می‌دانند.<sup>۱</sup>

نظر اخیر دقیق‌تر به نظر می‌رسد: «ضابطه رفع ابهام عرفی از مورد معامله عرفی است. برای اینکه معامله صحیح باشد، لازم نیست که مورد معامله با دقت علمی معلوم باشد و معلوم بودن آن نزد عرف که معمولاً با مسامحه همراه است، کافی خواهد بود... مثلاً دستمزد پیمانکاری که امروزه منعقد و در آنها اقساط دستمزد براساس فرمول‌های خاصی تعیین می‌شود که بستگی به میزان نوسانات ارزش اسکناس و تورم اقتصادی آینده دارد، عرفاً معلوم تلقی می‌شود».<sup>۲</sup> همین ضابطه در خصوص وضعیت علم به مورد تعهد نیز اصولاً صادق است. «مراد مقنن از لزوم معلومیت مورد معامله این است که هریک از متعاملین بدانند در مقابل آنچه در نتیجه قرارداد از دست می‌دهند، چه چیزی با چه اوصافی و به چه مقدار به دست می‌آورند تا بتوانند با تصور آن به بررسی تعادل نسبی و ارزش بین عوضین بپردازند».<sup>۳</sup>

باتوجه به تمام مطالب فوق، به نظر نمی‌رسد ایفای تعهد به صورت شناور خللی به اعتبار تعهد داشته باشد. نحوه ایفای تعهد بخشی از موضوع تعهد است و علم به آن برای تشکیل تعهد لازم. اما علمی که عرفاً لازم است و با مبانی حقوقی و فقهی نیز سازگار است.<sup>۴</sup> اصطلاح علم تفضیلی و علم اجمالی از مصطلحات اصول فقه است و نباید در زمینه تعهدات آنها را به یکسان به کار برد. در معاملات لازم نیست شخص به تمام اطراف موضوع علم داشته باشد تا امکان معامله باشد. بلکه اگر جهل شخص همراه با غرر شود، موجب بطلان معامله است. جعلی برای بطلان معامله ملاک است که ضرر غیرمتعارف را به همراه آورد.<sup>۵</sup> اما در مانحن‌فیه، مورد تعهد مجهول نیست. طرفین به اراده خود و با علم جوانب و اوصاف آن را ملاک اجرای تعهد و بخشی از مورد تعهد قرارداده‌اند. بله، اگر نحوه تعیین بازه منجز نباشد یا شیوه محاسبه معادل ایفای تعهد در هر نقطه به روشنی مشخص نگردیده باشد، چنین تعهدی می‌تواند غرری باشد.

## ۴.۲. ماهیت ایفای شناور تعهدات و ضمانت اجرای خروج از بازه

ایفای تعهد به صورت شناور ممکن است به صورت یک معیار و ملاک برای تعیین تکلیف وضعیت تعهد به صورت شرط ضمن تعهد یا به صورت جزئی از موضوع تعهد وارد عقد گردد. برای مثال، در حالت اول تعهد به انجام خدمتی به صورت رایگان به عهده گرفته می‌شود که شناور بودن به عنوان شرطی قرار داده شده تا در صورتی که ایفای تعهد بیش از مقدار معینی هزینه‌بردار بود تعهد ساقط گردد. در چنین حالتی، موضوع تعهد اجرای خدمتی به نحو رایگان است. به عنوان شرط ضمن تعهد، طرفین اجرا را محدود به بازه‌ای مشخصی از هزینه کرد می‌نمایند. برای حالت دوم، تعهدی با منبع یک قرارداد برعهده گرفته شده است. در مقابل این تعهد نیز اجرتی معین گردیده است. پس دو تعهد متقابل ایجاد شده، بازه‌ای قرار داده شده برای حداقل و حداکثر

۱. صفایی، پیشین، صص ۱۵۰-۱۵۱.

۲. شهیدی، پیشین، ص ۳۰۰.

۳. طاهرخانی، حسین، *قرارداد با عوض شناور*، تهران: دادگستر، ۱۳۹۲، ص ۵۷.

۴. برای مطالعه معنای غرر و ملاک آن ر.ک به: انصاری مرتضی، *مکاسب محرمة*، جلد ۱، فصل شرایط عوضین، ص ۱۸۵.

۵. دیانی، پیشین.

اجرت، این بازه در حقیقت قیدی است بر موضوع پرداخت اجرت بیش از آنکه شرط باشد. هرچند در نظر گرفتن آن به عنوان شرط نیز در نتیجه نهایی تأثیر بسزایی نخواهد داشت.

به هر تقدیر، آنچه به نظر می‌رسد ایفای شناور در قالب یک قید به موضوع تعهد یا شرط به تعهد اصلی اضافه می‌گردد. ماهیت این قید با شرط ترکیبی است از تعلیق به علاوه ضمانت اجرای آنکه نفس این ضمانت اجرا طبق مطالب پیشین ممکن است ماهیت‌های متفاوتی داشته باشد. از ایجاد حق فسخ تا انفساخ تا سازوکارهای تعدیل، مذاکرات پسینی که خود به تبدیل یا تعدیل غیر خودکار یا اقاله منجر می‌گردند.

موضوع ما ایفای شناور تعهدات است نه از لحاظ اجرای قرارداد و امری که بدان توافق شده، بلکه از نظر گرفتن هزینه و معادل اجرای تعهد قراردادی در هر نقطه و معلق نمودن توقف اجرای آن به خروج از بازه تعیین شده. در کمینه حالات، می‌توان ایفای شناور تعهد را نوعی صلح دانست که طرفین تعهد در خصوص معادل هزینه یا اجرت ایفای آن منعقد نموده‌اند و در صلح که عقد مبتنی بر مسامحه است، نیاز به علم تفصیلی کم‌رنگ است. پس بدین وجه، ممکن است قراردادی با موضوع معین و معلوم منعقد شود، مقادیر مشخص باشند، اما طرفین در خصوص ایفای تعهدات آن قرارداد با یکدیگر توافق نمایند که اگر تغییراتی در شرایط حاکم بر قرارداد رخ داد، مادامی قرارداد پابرجاست که هزینه کرد معادل آن خارج از بازه مشخصی نباشد. باید دقت نمود که این بازه می‌تواند بدون حداقل باشد؛ اما حتماً نیازمند سقف حداکثری است. لزوم تعیین حداقل بازه در حالات معوض برجسته می‌گردد؛ نظیر آنکه متعهد در قبال انجام تعهد مستحق اجرت معینی است و دریافت اجرت کمتر از مقدار مشخص مطلوب وی نیست.

### نتیجه‌گیری

ایفای شناور تعهدات امکان و ابزار مفیدی در دست اهالی صنعت و تجارت است تا به وسیله آن ریسک نوسانات بازار را در موعد ایفای تعهدات موعده‌دار ایشان تا حد مطلوبی کاهش دهند. همچنین عموم افراد نیز می‌توانند از این ابزار به منظور جلوگیری از ضررهای مالی در بلندمدت بهره ببرند. استفاده از این ابزار نه فقط خلاف قاعده نیست، بلکه مطابق با آزادی اراده و استحکام اجرای قراردادهاست و از ورود ضرر و ایجاد مشقت مضاعف بر طرفین تعهدات پیشگیری می‌نماید.

نمی‌توان با پایبندی افراطی به آنچه از پیش باقی مانده است پاسخ‌گوی نیازها و اقتضائات تعاملات قراردادی بود. نیاز بازارهای سریع و مرکب امروز را نمی‌توان براساس دیدگاه عرفی سنجید که در بعیدترین تصوراتش معاملات پیچیده پیمانی یا سهامی راهی نداشته است. عرف امروز استفاده از این روش را نه فقط موجب ضرر و غرر به معنای جهل مخاطره‌آمیز نمی‌داند؛ بلکه آن را روشی برای دوری از مخاطرات قراردادی و موافق با عقل می‌پندارد. شایسته است قانونگذار در قالب ماده واحده یا اصلاح برخی مواد در قانون مدنی، امکان استفاده از این روش را با چارچوب‌های روشن و کاربردی به مخاطبان خود عرضه دارد.

### منابع

### فارسی

### کتاب

۱. اسماعیلی هریسی، ابراهیم، **مبانی حقوق بیمان**، تهران: جنگل، ۱۳۹۵.

۲. اشمیتوف، کالیوم، *حقوق تجارت بین الملل*، جلد ۲، ترجمه بهروز اخلاقی، تهران: سمت، ۱۳۸۱.
۳. بیگدلی، سعید، *تعدیل قرارداد*، تهران: میزان، ۱۳۹۲.
۴. جعفری لنگرودی، محمد، *فلسفه حقوق مدنی*، جلد ۱، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۸.
۵. داراب پور مهربان، *اصول و مبانی حقوق تجارت بین الملل، حقوق بیع و حمل و نقل بین المللی*، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۸.
۶. دهخدا، علی اکبر، *لغت نامه*، جلد ۹، تهران: روزنه، ۱۳۷۳.
۷. دیانی، عبدالرسول، *قواعد عمومی قراردادها*، تهران: میزان، ۱۳۹۵.
۸. شهیدی، مهدی، *حقوق مدنی تشکیل قراردادها و تعهدات*، تهران: مجد، ۱۴۰۱.
۹. صدری افشار، غلامحسین، نسرین حکمی و نسترن حکمی، *فرهنگ معاصر فارسی کوچک*، تهران: فرهنگ معاصر، ۱۳۸۸.
۱۰. صفایی، حسین، *دوره مقدماتی حقوق مدنی؛ قواعد عمومی قراردادها*، تهران: میزان، ۱۳۹۹.
۱۱. طاهرخانی، حسین، *قرارداد با عوض شناور*، تهران: دادگستر، ۱۳۹۲.
۱۲. کاتوزیان ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، جلد ۲، تهران: گنج دانش، ۱۴۰۰.
۱۳. کاتوزیان، ناصر، *دوره مقدماتی حقوق مدنی اعمال حقوقی قرارداد - ایقاع*، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۱.
۱۴. یزدانیان، علیرضا، *حقوق مدنی حقوق تعهدات قواعد عمومی مسئولیت مدنی با مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه*، جلد ۲، تهران: میزان، ۱۳۹۹.
۱۵. یزدانیان، علیرضا، *درس‌هایی از حقوق مدنی تطبیقی مطالعات تطبیقی در حقوق تعهدات*، جلد ۱، تهران: میزان، ۱۳۹۶.

عربی

کتاب

۱۶. ابن احمد، عبدالرحمن خلیل، محسن آل عصفور، مهدی مخزومی و ابراهیم سامرای، *العین*، جلد ۴، قم: هجرت، ۱۳۶۷.
۱۷. انصاری، مرتضی، *المکاسب*، جلد ۱۱، شارح: محمد کلانتر، قم: دارالکتاب، ۱۴۱۰ ه. ق.
۱۸. خمینی، روح‌الله، *کتاب البیع*، جلد ۳، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۹۲.

## References

### Books

۱. Ansari, Morteza, *Al-Makasib*, Volume 11, Commentator: Mohammad Kalantar, Qom: Book House, 1989. (In Arabic)
۲. Bigdeli, Saeid, *Contract Adjustment*, Tehran: Mizan, 2013. (In Persian)
۳. Darab-Pour, Mehrab, *Principles of International Trade Law: International Sale and Transport Law*, Tehran: Ganj-e-Danesh, 2019. (In Persian)
۴. Dayani, Abdolrasoul, *General Rules of Contracts*, Tehran: Mizan, 2016. (In Persian)
۵. Dehkhoda, Ali AKbar, *Dictionary*, Tehran: Rowzaneh, ۱۹۹۴. (In Persian)

۶. Ebn Ahmad, Abdolrahman Khalil, Mohsen Al-Asfour, Mahdi Makhzoumi and Ibrahim Samarraï, *Al-Ein*, Volume ۳, Qom: Emigration, ۱۹۸۸. (In Arabic)
۷. Esmae'ili Harisi, Ebrahim. *Foundations of Constructing Law*, Tehran: Jungle, ۲۰۱۶. (In Persian)
۸. Ja'fari Langroudi, Mohammad Ja'far, *Philosophy of Civil Law*, Volume ۱, Tehran: Ganj-e-Danesh, 2009. (In Persian)
۹. Katouzian, Nasser, *General Rules of Contracts*, Volume 2, Tehran: Ganj-e-Danesh, ۲۰۲۱. (□□ □□□□□□)
۱۰. Katouzian, Nasser, *Introductory Course on Civil Law: Legal Acts – Contracts and Unilateral Acts*, Tehran: Sahami Publishing Company, 2012. (In Persian)
۱۱. Khomeini, Ruhollah, *Book of Sale*, Volume ۳, Qom: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works, ۲۰۱۲. (In Arabic)
۱۲. Olsson, Carl. *Risk Management in Emerging Markets*, London: Pearson Education Ltd, 2002.
۱۳. Sadri Afshar, Gholam-Hossein, Nasrin Hakami and Nastaran Hakami, *Contemporary Concise Persian Dictionary*, Tehran: Contemporary Culture, 2009. (In Persian)
۱۴. Safa'ei, Hossein, *Introductory Course on Civil Law; General Rules of Contracts*, Tehran: Mizan, 2020. (In Persian)
۱۵. Schmitthoff, Clive M, *International Trade Law*, Volume 2, Translated by: Behrouz Akhlaghi, Tehran: Samt, 2002. (In Persian)
۱۶. Shahidi, Mehdi, *Civil Law: Formation of Contracts and Obligations*, Tehran: Majd, 2022. (In Persian)
۱۷. Taher-Khani, Hossein, *Contracts with Floating Consideration*, Tehran: Dadgostar, ۲۰۱۳. (□□ □□□□□□)
۱۸. Yazdanian, Alireza, *Civil Law: Law of Obligations – General Rules of Tort Liability with Comparative Study in French Law*, Volume 2, Tehran: Mizan, 2020 (In Persian)
۱۹. Yazdanian, Alireza, *Lessons in Comparative Civil Law: Comparative Studies in Obligations Law*, Volume 1, Tehran: Mizan, 2017. (In Persian)