

## ثمن شناور

دکتر مهرباب داراب پور

### مقدمه

با گسترش زمینه‌های اقتصادی، چه در عرصه‌های بین‌الملل و چه در نظام‌های داخلی، لزوم دستیابی به قواعد و اصولی که موجبات ثبات، تسهیل و تسریع مبادلات تجاری را فراهم نماید، بیش از گذشته احساس می‌گردد.

در عصر حاضر قانونگذار ملی، باید به این امر توجه خاص نماید که مسائلی همچون توسعه اقتصادی، افزایش تولید ملی، تشویق به سرمایه‌گذاری، جلب سرمایه‌گذاران به امور تولیدی، ایجاد فرصت‌های شغلی، پیشرفت تکنولوژی و تولید با کیفیت بهتر و کمیت بالاتر و ... مسائلی نمی‌باشند که بتوان با توسل به اصولی که جوابگوی نیازمندیهای حال حاضر نیستند، بدانها جامه عمل پوشاند.

یکی از اصولی که امروزه در جهت رسیدن به آمال فوق باید مورد تجدید نظر قرار گیرد «لزوم معلوم و معین بودن عوض (ثمن) در قراردادها» است، هرچند در حقوق قدیم، معلوم و معین بودن ثمن همچون ستاره‌ای بر تارک آسمان حقوق می‌درخشید و ظاهراً با توجه به اوضاع و احوال آن زمان، این امر مانع از ورود غرر بر خریدار یا فروشنده می‌گردید، لیکن آن روزگار سپری شده و جهان پا به عرصه جدیدی گذاشته و دیگر از سرمایه‌های کوچک کاری ساخته نیست و تنها با اجتماع سرمایه‌ها می‌توان وارد چنین عرصه‌ای شد؛ امروزه بخش اعظم چنین سرمایه‌ها، از طریق پیش‌فروش کالاهایی که قبلاً ثمن قطعی آنها معلوم و معین نیست، جلب امور صنعتی و تولیدی می‌گردند. لذا به تدریج اصل معلوم و

معین بودن ثمن در قراردادهای جایگاه و قداست قبلی خود را از دست داده و حداقل در برخی موارد، به صورت امری مغایر با منافع اقتصادی و اجتماعی درآمده است. با این وجود، هنوز برخی از قوانین، دست از سنت دیرینه خود برداشته و اهمیت چندانی به عنصر «اطمینان» از وجود و حدود مشتریان در قراردادهای و کلاً پیشرفت اقتصادی نمی‌دهند؛ تردیدی نیست که معلوم و معین بودن ثمن باید عنصر اساسی در قراردادهای با عین معین که تعیین ثمن آنها با مشکل مواجه نیست، محسوب شود. اما این که در همه موارد، این قاعده حاکم بر قرارداد باشد، بنا به دلایلی که در نهایت به آنها اشاره خواهد شد، مطلوب نمی‌باشد.

در این مقاله سعی خواهد شد تا خواننده را با شیوه‌ای که امروزه در بسیاری از نظامهای داخلی پذیرفته شده و اینک در کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به بیع بین‌المللی کالا، تدوین گردیده است، آشنا نماییم. شیوه مزبور که ما آن را انعقاد قرارداد با «ثمن شناور» (Open Price) می‌نامیم، عبارت است از: عوض معامله معوضی که مقدار آن در زمان انعقاد قرارداد مشخص نبوده و میزان آن در آینده معلوم و معین می‌گردد.

البته، با توجه به بحث غرر در معاملات، و ضرورت معلوم و معین بودن معامله نویسندگان حقوقی ایران اجازه بحث حول ثمن شناور و نحوه حل مشکلات و مسائل مربوط به آن را به خود نداده‌اند. تجار برای حل مسائل خویش منتظر حقوقدانان محافظه کار ننشسته، بلکه خود در صدد تلاش برای رفع مشکلات برآمده و وقعی به حکم بطلان معاملات توسط قانونگذاران نگذاشته‌اند، اما این امر مشکل آنها را در رابطه با محاکم از بین نخواهد برد. پس باید چاره‌ای اندیشید که تجار و شرکتهای تجاری به طور کلی متعاملین در ورطه سردرگمی اقتصادی رها نشوند.

امید است که با عنایت به مطالب این مقاله، نگرش جدیدی در مورد معلوم و معین بودن ثمن در معاملات معوض مشمول قانون ما پدید آمده و آن را به نحو مطلوب و صحیحی، دگرگون و متحول سازد.

## مبحث اول

### انواع ثمن شناور و علل پذیرش آن

قبل از هرگونه بحثی حول ثمن شناور، لازم است بر این نکات تأکید شود که منظور نویسنده از ثمن عوضی است که در قراردادها معمولاً به صورت پول به فروشنده تقدیم می‌گردد. پس واژه ثمن، که غالباً در مورد بیع به کار برده می‌شود، اعم از عوض در بیع یا هر قرارداد دیگری می‌باشد؛ امید که این مسامحه مورد اغماض قرار گیرد. منظور از ثمن شناور نیز آن گونه عوضی است که در زمان انعقاد قرارداد مقدار یا نوع و یا سایر مشخصات آن معلوم و معین نیست؛ اعم از این که ابهام یا تردید ناشی از مسکوت گذاردن ثمن معامله به طور کلی باشد یا شیوه‌ای برای تعیین ثمن وضع شده یا شاخصی منظور گردیده یا شخص ثالثی مأمور به تعیین آن در آتی باشد. برای روشن شدن موارد فوق بدو بررسی حالات مختلف ثمن شناور ضروری می‌نماید.

#### ۱. حالات مختلف وجود ثمن شناور

در فرهنگ حقوق تجارت و تجار بین‌المللی، واژه‌های «وجدان»، «انصاف»، «عدالت» و «رعایت حال طرف دیگر معامله» جایگاه رفیعی ندارند، و رعایت چنین ملاحظاتی آن هم به دلیل برخی ضرورتها، از موارد کاملاً استثنایی می‌باشد. چون تجار اصولاً برای کسب سود بیشتر تلاش می‌نمایند، نه برای دلسوزی و شفقت بر حال دیگران.

ثمن معمولاً در معاملات منعقد شده در سطح بین‌المللی نوعی پول رایج یک کشور است که در غالب موارد، تجار پس از مذاکرات فراوان و بحث حول مبیع و

۱. صرف نظر از این که در برخی سیستم‌های حقوقی ثمن به صورت کالایی ظهور می‌نماید، ثمن معمولاً به شیوه پولی محاسبه می‌گردد. لذا در معاملات داخلی دیگر ضرورتی برای ذکر جنس و وصف آن وجود ندارد و بیان مقدار کفایت می‌کند (رک. امام خمینی (ره)، کتاب البیع، جلد ۳، ص ۲۵۲). اما در معاملات بین‌المللی نوع پول پرداختی واجد اهمیت خاصی است که به موقع بدان پرداخته خواهد شد.

ثمن معامله، مقدار و نوع آن را مشخص می نمایند و عقد با توجه به قصد انشای طرفین که از دیدگاه نوعی و برون ذاتی بر آورد می شود، منعقد می گردد.

هدف از عقد بیع انتقال مالکیت مبیع است به خریدار و مالکیت ثمن به فروشنده. چنان که خواهیم دید در حقوق انگلیس و فقه شیعه ثمن هم می تواند پول باشد و هم شیئی یا خدمات دیگری. هرچند در حقوق انگلیس گفته شده که عقد بیع قراردادی است که فروشنده مالکیت کالا را به خریدار منتقل نموده یا تعهد بر انتقال آن را به وی به ازاء یک عوض پولی می نماید،<sup>۱</sup> ولی رویه قضایی آن کشور معاملات را که با عنوان بیع با مبادله دو کالا صورت می پذیرد نیز دو بیع متقابل محسوب نموده اند به طوری که در عمل بیع کالا به کالا را ممکن می نماید.

از نظر فقه جعفری تمایز بین ثمن و مبیع، تمایزی حقیقی و ماهوی نبوده، بلکه تفاوتی اعتباری است.<sup>۲</sup> به هر حال، برخلاف مبیع هر حق یا منفعتی می تواند ثمن واقع شود.<sup>۳</sup> بدیهی است که خریدار می تواند ثمن قرارداد را به صورت خدمات یا مشاوره ارائه دهد. ملاحظه می شود که در این سیستم فقهی تفاوت ثمن و مبیع بر حسب انشای عقد بیع و اعتباری است نه حقیقی و از نظر ماهوی تفاوتی بین این دو نمی باشد. در قانون متحدالشکل تجاری ایالات متحده امریکا ثمن می تواند، مانند حقوق ایران و فقه شیعه، وجه نقد باشد یا کالایی دیگر. به هر حال چنانچه ثمن کلاً یا جزئاً کالا باشد هریک از طرفین، فروشنده کالاهایی است که انتقال می دهد.<sup>۴</sup>

سیستم حقوقی برخی از کشورها و فقه اهل سنت، تفاوتی حقیقی و ماهوی بین مبیع و ثمن قائل شده و ثمن را همواره وجه نقد تلقی کرده اند. ضابطه تعیین

۲. بند یک ماده ۲ قانون انگلیس در مورد بیع کالا، مصوب ۱۹۷۹.

۳. شهید اول، شرح لمعه، جلد چهارم، ص ۲۲۱؛ انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، ص ۷۹، امام خمینی (ره)، کتاب البیع، جلد ۱، ص ۱۳.

۴. رک. امامی سید حسن، حقوق مدنی، جلد ۱، ص ۴۲۴؛ جعفری لنگرودی، محمد، بیع، نشریه دانشکده حقوق دانشگاه ملی، شماره ۲، ص ۵۵.

۵. بند یک و دو ماده ۳۰۴ - ۲ قانون مذکور را ملاحظه فرمایید.

ثمن در این سیستم‌ها، ضابطه‌ای عینی، خارجی و محسوس است. ثمن و مبیع در دو معنای متفاوت به کار برده شده‌اند و ثمن همیشه پول رایج می‌باشد. با این توصیف عنصر اصلی و تعیین کننده قرارداد پس از مبیع که ثمن است در معاملات تابع سیستم‌های حقوقی معلوم و معین می‌شود.

گاهی نیز طرفین در تعیین چنین ثمنی به توافق نمی‌رسند و ثمن در زمان انعقاد قرارداد به طور غیر مشخص باقی می‌ماند. در این حالت است که بحث از ثمن شناور مطرح می‌گردد.

همان‌گونه که در مقدمه هم عنوان گردید، منظور از «ثمن شناور» یا «ثمن نامعین» و یا «ثمن باز و مفتوح» ثمنی است که توسط متعاقدين در زمان انعقاد عقد معلوم و معین نشده یا به عللی قابل تعیین نبوده و متعاملین تعیین قطعی آن را به آینده موکول نموده‌اند. به عنوان مثال در حالتی این امکان وجود دارد که طرفین معامله، ثمن قرارداد را به طور کلی مسکوت گذارده و رفع ابهام از آن را به آینده موکول نمایند. در عین حال ممکن است یکی از طرفین در مورد حدود ثمن معامله از طرف دیگر قرارداد آگاهی بیشتری داشته باشد و این اطلاع، یا از داشتن آگاهی جنبی بیشتر بوده و یا ناشی از این است که یک طرف فاکتورهای تعیین ثمن را بهتر از طرف دیگر می‌داند. به هر حال نمی‌توان موارد معلوم و معین نبودن ثمن در قراردادها را احصا نمود، زیرا مصادیق بی‌شماری را ممکن است برای آن مطرح ساخت. مثلاً هنگامی که کشتی‌های تجاری در دریا خراب می‌شوند و برای تعمیر آنها به قطعات یدکی نیاز می‌افتد و چه بسا دیر رسیدن آن قطعات موجب فساد محموله یا ورود صدمه به کشتی گردد، در چنین اوضاع و احوالی، کاپیتان کشتی ترجیح می‌دهد که قطعات یدکی را به هر ثمنی خریداری نماید و اصولاً بحث ثمن برای وی مطرح نیست، بلکه خرید قطعات و راه اندازی مجدد کشتی است که در درجه اول اهمیت قرار دارد، و گاهی نیز اتفاق می‌افتد که متعاملین خود را به علت

۶. الکاسانی الحنفی، الامام علاء الدین ابی بکر بن مسعود، بدایع الصنائع، جلد ۵، چاپ اول، ۱۳۲۸ هـ. ق. ص ۲۳۳؛ امام فخرالدین حسین بن منصور الاوزجندی الفرغانی الحنفی، الفتاوی الهندیه، جلد ۳، ص ۱۳؛ کمال الدین محمد بن عبد الوهاب، شرح الغدیر، ج ۵، ص ۸۳.

وجود فاکتورهای خاصی، از ذکر ثمن مستغنی می‌بینند، و گاهی نیز امکان تعیین ثمن وجود ندارد. همچون مواردی که خریدار سفارش خرید کالایی را می‌دهد که قرار است برای اولین بار تولید گردد، یا اصولاً قیمت تمام شده مواد اولیه و دستمزد کارگران و دست اندرکاران ساخت و مخارج جنبی آن مشخص نیست، تا بتوان ثمنی را برای معامله در نظر گرفت، به این دلیل که قیمت کالای تولید شده در آینده مشخص می‌شود و با افزودن درصدی سود به هزینه‌ها، ثمن نهایی معامله مورد نظر تعیین می‌گردد.

گاهی نیز متعاملین در خصوص تعیین ثمن، که در زمان وقوع عقد قطعی و نهایی نیست، به یک توافق ابتدایی دست می‌یابند، که صور مختلفی به شرح ذیل برای آن قابل تصور است:

### حالت اول

گاهی تعیین ثمن برعهده یکی از طرفین یا اشخاص یا ارگان ثالثی گذارده می‌شود تا پس از تحقیق و تفحص، نسبت به مشخص نمودن آن اقدام نماید. اتفاق می‌افتد که احد از متعاملین مقدار ثمن را مشخص می‌نماید، همان طوری که در مورد مناقصه یا مزایده صورت می‌گیرد، که در آن خریداران بالاترین قیمت خرید را اعلام می‌نمایند، یا فروشندگان با کمترین قیمت پیشنهادی، مبيع را خریداری می‌کنند.<sup>۷</sup> در اینجا متعلق ایجاب خریدار یا فروشنده حسب مورد، ثمن نامعلومی است که نسبت به یکی از متعاملین مجهول است و بعداً مشخص خواهد شد.

### حالت دوم

زمانی متعاملین ضابطه دیگری را برای تعیین ثمن قرار می‌دهند که این ضابطه ممکن است خود به خود منجر به مشخص شدن ثمن گردد. مثلاً در مواقعی ۷. البته در مزایده‌ها و مناقصه‌ها در صورتی ثمن شناور صدق پیدا می‌کند که با پست کردن نامه یا تحویل آن قرارداد را منعقد شده بدانیم والا اگر زمان انعقاد قرارداد در هنگام پذیرش بالاترین یا کمترین قیمت پیشنهادی باشد، اصولاً بحث ثمن شناور مطرح نمی‌شود.

که تعیین ثمن براساس وزن، لیتر یا سایر اوزان صورت می‌پذیرد و یا مقدار مبیع خریداری یا فروخته شده قبل از اندازه‌گیری و وزن مبیع مشخص نیست. مثلاً موقعی که خریداری، همه تولیدات آلومینیوم یک کارخانه را از قرار کیلویی ۵۰۰ تومان می‌خرد در اینجا متعلق انشای متعاملین ثمن خاصی نمی‌باشد، اما ثمن با یک سلسله عملیات ریاضی ساده یا پیچیده مشخص می‌شود.

### حالت سوم

در برخی موارد اتفاق می‌افتد که مبنای تعیین ثمن معیار متغیری است، به عبارت دیگر ضابطه تعیین ثمن به معیارهای تغییر پذیر محول شده است. و اصولاً اعمال این نوع ضابطه‌ها در قراردادهای دراز مدت و قراردادهایی که مواد اولیه تولید آنها قیمت‌های متغیری را در زمانهای مختلف دارند یا دستمزد و حقوق کارگران براساس معیاری افزایش می‌یابد، مطرح می‌شوند و قابل احصا هم نمی‌باشند. در این گونه موارد ثمن مورد نظر طرفین براساس شاخصهای ارگانهای خصوصی یا دولتی، قیمت روز قرارداد، یا زمان ساخت یا تحویل مبیع و با احتساب و لحاظ ثمن مورد توافق ابتدایی محاسبه و تعیین می‌گردد.

این گونه ثمن‌ها غالباً در مواردی مطرح می‌شود که فروشنده تعهد می‌نماید قطعات یدکی مورد نیاز را برای مدت طولانی، مثلاً ۱۵ سال، تدارک ببیند. در این گونه موارد اصلاً ممکن نیست قیمت ده یا پانزده سال بعد را از هم اکنون تعیین نمود. از طرف دیگر نمی‌توان ثمن را به توافق بعدی طرفین واگذار کرد، چون معمولاً تولید کننده قطعات یدکی یک کارخانه خاصی است و موکول نمودن تعیین ثمن قرارداد برای خرید قطعات یدکی به توافق طرفین، یعنی اجبار خریدار به پرداخت هر مبلغی که فروشنده پیشنهاد می‌کند به هیچ وجه مطلوب نیست. چنین شیوه‌ای را هیچ عقل سلیمی نمی‌پذیرد. از یک طرف اگر انعقاد قرارداد برای خرید قطعات یدکی را به آینده موکول نماییم نمی‌توان از انعقاد آن اطمینان داشت چون تعهدی برای چنین امری وجود ندارد؛ از طرف دیگر خریدار مجبور خواهد شد که

قطعات یدکی را به هر قیمت گزافی بخرد یا در صورت عدم امکان همه سرمایه خود را به علت عدم دسترسی به آن قطعات از دست بدهد. به عنوان نمونه فرمولی که در قراردادهای اشخاص ایرانی با شرکتهای خصوصی ژاپنی به کار رفته می تواند ما را به تجسم مطالب فوق یاری دهد. این فرمول به شرح ذیل است:

$$\frac{\text{متوسط شاخص درآمدهای ۶ ماه قبل از سفارش جدید}}{\text{متوسط شاخص درآمد (بانک مرکزی) در زمان انعقاد قرارداد}} \times ۳۰\% + ۴۰\% \text{ ثمن قراردادی فعلی} = \text{ثمن شناور}$$

$$\left( \frac{\text{متوسط شاخص قیمت کلی و فروش کالاها منتشرشده ۶ ماه قبل از سفارش جدید}}{\text{متوسط شاخص قیمت کلی فروش کالاها (توسط بانک مرکزی) در زمان انعقاد قرارداد}} \right) + ۳۰\%$$

البته در قرارداد شاخص قیمتها برای زمان خاصی منظور شده و شاخص بانک یک کشور خاصی هم در نظر گرفته می شود. این گونه فرمولها، به طرفین اجازه می دهد تا بدون نگرانی از قبل ثمن نامعین فعلی و معین آتی (ثمن شناور) توافق نمایند و خود را از نگرانی برهانند.

### حالت چهارم

در برخی موارد طرفین عقد از این توافق های اولیه فراتر می روند و ثمن پایه قرارداد را به طور معلوم و معین، مشخص و در مورد آن توافق می نمایند با این شرط که ثمن قابلیت نوسان یعنی تعدیل و تغییر داشته باشد. لذا هنگامی که شرایط حاصل شود و حوادث مورد نظر متعاملین تحقق یابد ثمن پایه تغییر می کند و جای خود را به ثمن ثانوی می دهد.

گاهی هم چند ثمن به طور مردد مطرح می شوند و فروشنده عنوان می نماید که اگر دستمزد کارگران یا قیمت مواد اولیه تا سقف الف بود مقدار ثمن ۱۰۰ واحد پول باشد و چنانچه دستمزد آنها یا قیمت آن مواد تا حدود ب یا ج بود به ترتیب ۹۰ یا ۱۱۰ واحد پول گردد. لذا در این حالت ضابطه تعیین ثمن براساس مبنای متغیر اما مردد بنا گردیده و در زمان انشای عقد معین نیست.



## ۲. علل پذیرش ثمن شناور در سیستم های مختلف حقوقی جهان و منافع و مضار آن

شاید در بدو امر بی مورد نباشد که علت پذیرش یا عدم پذیرش ثمن شناور در سیستم های حقوقی را اجمالاً بررسی نماییم.

در برخی از سیستم های حقوقی معلوم و معین بودن مورد معامله، از جمله ثمن، از شروط صحت عقد قرار داده شده است. یعنی عقد بدون معلوم و معین بودن ثمن در موقع انشای قرارداد محقق نمی شود. علت این امر هم ظاهراً این بوده که این گونه معاملات منجر به غرر می شوند و معامله غرری هم در آن نظامها باطل است.<sup>۸</sup>

شاید این قاعده در معامله بین افراد عادی که به شغل تجارت اشتغال ندارند پسندیده و مستحسن باشد؛ چون باید مورد معامله مشخص بوده و ثمن آن معلوم و معین باشد والا در یک معامله امکان دارد معلوم و معین نبودن ثمن موجب ورود ضررهای فراوان به احد از متعاملین شود که جبران آن به سهولت ممکن نباشد.

آنچه در بالا گفته شد، با توجه به اقتضای سرعت در معاملات تجاری و عدم توجه غرر به تجار به خاطر اطلاع از فاکتورهای تعیین ثمن یا قیمت رایج و غیره صادق نمی باشد؛ چون پاره ای از اوقات طرفین قرارداد ترجیح می دهند که اصولاً بحث ثمن را مسکوت بگذارند، زیرا واقعاً قیمت موضوع معامله را نمی دانند، مثلاً در حالتی که یکی از طرفین معامله فروشنده یک تابلوی نفیس نقاشی است و دیگری خریدار آن، طبیعی است که خریدار تلاش می کند تا آن را به هر قیمت مناسبی بخرد و فروشنده هم سعی می کند آن را به هر قیمت مقبولی بفروشد. اما هیچ کدام قیمت را تا انجام مراحل کارشناسی و حضور کارشناس که ممکن است ماهها طول بکشد نمی دانند، در این صورت چه اشکال دارد که طرفین ثمن را در زمان انعقاد بیع مشخص نمایند و آن را به داوری شخص ثالثی واگذار نمایند. خریداران و فروشندگان محتاط حاضر نیستند که خطر افزایش یا کاهش

۸. بحث غرر را به صورت مفصل در مبحث حقوق ایران با بررسی نظرات فقها پی گیری خواهیم نمود.

قیمت کالا در اثنای زمان انعقاد قرارداد و تحویل آن را متحمل شوند. خریداری که کالای مورد نظر خود را از قبل خریداری می کند در معرض کاهش قیمت کالا می باشد. این گونه موارد ممکن است در مواقعی رخ دهد که کالای صنعتی یا الکترونیکی جدیدی به بازار بیاید و ارزش کالای قدیمی را تقلیل دهد یا به صفر برساند. همچنین فروشنده ای که کالای خویش را به ثمن زمان انعقاد قرارداد می فروشد امکان دارد با افزایش قیمت مواد اولیه کالا مواجه شود و با ثمن دریافتی قادر نباشد حتی بخشی از کالای فروخته شده را تولید یا مواد اولیه آن را خریداری نماید. چنین خریداران یا فروشندگان دور اندیشی، ثمن شناور را بر ثمن معلوم و معین ترجیح می دهند.<sup>۹</sup>

گاهی نیز ضرورتها ایجاب می نماید تا مبیعی که ثمن آن با توجه به اوضاع و احوال حاکم بر قضیه چندان مورد توجه مشتری نیست خریداری شود مثلاً موقعی که مردم منطقه ای احتیاج به برنج دارند و برنج از منطقه یا کشور دیگری وارد می شود و نوسان قیمتها بین دو تا پنج درصد است. تاجری که حداقل ۲۰٪ سود می برد نگران نوسان بین ۲ تا ۵٪ ثمن نمی باشد. برخی مواقع بعضی کالاها، قیمت استاندارد دولتی دارند و در هر برهه ای از زمان برای جامعه مشخص است، لذا طرفین خود را بی نیاز از ذکر ثمن در معامله می دانند، ولو این که در موقع انعقاد قرارداد برای متعاملین مقدار ثمن مشخص نباشد. در اینجا هم با توجه به عرف موجود تجاری و قیمت مشخص برای کالا، هرچند که ثمن در لحظه انعقاد قرارداد معین نباشد، احدی از طرفین مغرور نمی شود و سرمایه ای از بین نمی رود، و سود ناروایی حاصل نمی گردد، پس چرا معلوم و معین نبودن ثمن در موقع انشای عقد را موجب بطلان بدانیم و تجار را از وجود قراردادهایی که روند عادی خود را در جامعه طی می کنند محروم کنیم؟ و توافقهها را در قالبهای خشک و منجمدی محصور نموده و راه پیشرفتهای اقتصادی را محدود نماییم؟

9. See also, James J. White and Robert S. Summers "Hand Book of the Law Under the Uniform Commercial Code, 1980, page 115.

در قدیم الایام عمده معاملات را خرید و فروش محصولات کشاورزی یا لبنی یا حداکثر گوسفند و اسب و استر تشکیل می دادند و بحث از ثمن شناور امری زاید و غیر طبیعی جلوه می نمود. موضوع تولیداتی که سرمایه کلان لازم داشته باشد مطرح نبود و برای تولید مواد مورد نیاز آنها هم نیازی به تراکم سرمایه احساس نمی شد. فروشندگان نیز این نیاز را احساس نمی کردند که حتماً برای تولیدات خود خریداران قطعی داشته باشند. اما امروزه تولیدکنندگان که فروشندگان ماشین آلات صنعتی هستند، قبل از تأسیس کارخانه، برآوردهای لازم اقتصادی را می نمایند و با انعقاد قرارداد با مشتریان از وجود خریداران در آینده مطمئن می شوند. آنها حتی تلاش می نمایند که از تعداد مشتریان نیز آگاهی پیدا نموده و قراردادهای لازم را به همان میزان و نسبت، قبل از شروع کار منعقد نمایند تا محصول خود را بیشتر از تعداد و یا مقدار مورد نیاز تولید نمایند. در غیر این صورت آنها قادر به فروش محصولات خویش نبوده و در نتیجه تولید مازاد متضرر می گردند.

دولتها نیز مانند فروشندگان خصوصی برای مصون ماندن از تحریم های اقتصادی، سیاسی و سایر پیشامدهای غیر مترقبه، قرارداد بیع کالاهای خود، مثلاً نفت را، از قبل منعقد می نمایند و ثمن آن را مفتوح می گذارند تا با توجه به قیمت روز سقف آن معین شود. آنها قسمتی از ثمن کالا را از قبل وصول می نمایند، زیرا وصول این قسمت از ثمن از نقض قرارداد توسط مشتری جلوگیری می کند و در صورت تحریم اقتصادی، شرکتها و ارگانهای دولتی کشورها و به طور کلی خود دولتها غالباً مایل نیستند به خاطر تحمل خساراتی که خواهند نمود از پیش پرداخت صرف نظر کرده و قرارداد را نقض نمایند. پس دولتهای مربوطه مطمئن خواهند بود که در آینده خریداران خود را از دست نخواهند داد و با اطمینان بیشتری می توانند اقتصاد کلان و خرد خویش را برنامه ریزی نمایند. لذا حمل بر صحت قرارداد در هنگامی که ثمن شناور است به انعقاد این گونه قراردادهای خرید و فروش کمک شایانی می نماید.

گردش پول و سرمایه نیز نشانه ثبات اقتصادی یک کشور است و هنگامی که همه چیز را کد باشد رشد اقتصادی هم به خطر می افتد. به هر حال، باید به نحوی از انحا سطح معاملات را افزایش داد. یکی از شیوه‌هایی که موجب ارتقای سطح معاملات می شود امکان درج ثمن شناور در آنها است و این امر می تواند موجب گسترش معاملات گردد.

به رسمیت شناختن قراردادهای با ثمن شناور و عدم بطلان آنها باعث صحت گذاشتن بر بسیاری از معاملات تجاری خواهد گردید، و گردش پول و سرمایه که حکم گردش خون در بدن را دارد را سرعت می بخشد. مضافاً این که قراردادهای با ثمن شناور می تواند به هر دو طرف قرارداد سود برساند. فرض کنید کارخانه ایران خودرو قصد تولید ماشین خاصی را دارد و در صدد است تا ماشین‌هایی را که در آینده تولید می شود به قیمت ۱۰٪ زیر قیمت بازار به افرادی که آنها را پیش خرید می کنند بفروشد. در این حالت کارخانه با اخذ مقداری از ثمن به تولید می پردازد و ضمن تولید کار و توسعه اقتصادی کشور و افزایش فرصت‌های شغلی همگام با پیشرفت علمی به تولید برتر و بهتری رسیده و سودی را کسب می نماید. خریدار هم ضمن احتساب سود پول خویش، ماشین تولید شده را به ۱۰٪ زیر قیمت بازار می خرد و از این بابت بهره مند می گردد.

هنگامی که ثمن از قبل مشخص و معین نباشد، محدودیت برای تولیدکننده در به کارگیری وسایل پیشرفته روز و تولید کالا مطابق با سلیقه مشتریان یا تکنولوژی پیشرفته نیز وجود نخواهد داشت. چون تولیدکننده ای که کالا را می فروشد مجبور نخواهد شد با صرفه جویی خود را با قیمت قراردادی هماهنگ سازد. او با به کارگیری بهترین مواد، تولیدات خود را با کیفیت برتری ارائه می نماید و ثمن را هم به همان نسبت افزایش می دهد. نتیجتاً ملاحظه می شود که با درج ثمن شناور رکودی در پیشرفتهای علمی و تولیدات مطلوب تر به وجود نمی آید. در عین حال که تولیدات به قیمت عادلانه به فروش می رسد، و از ورود خسارت به خریدار و فروشنده جلوگیری به عمل می آید و کالای زایدی هم تولید نمی شود. و بالاخره

سرمایه گذاری ناشی از انعقاد قراردادهای با ثمن شناور، تولیدات را افزایش داده و به توسعه تولید ملی کمک می نماید.

صرف نظر از قوائد کثیری که برای ثمن شناور احصاء گردید، باید اذعان کرد که طبیعی است گل بی خار نباشد، گنج بی مار و ثمن شناور بی ضرار، لذا مواردی که در مورد منافع ثمن شناور گفته شد غالباً در مورد بیع های داخلی صادق است ولی تا آنجایی که به بیع های بین المللی مرتبط می شود موضوع را باید با احتیاط بیشتری مورد ملاحظه قرار داد. چرا که در برخی مواقع، اعم از بیع های داخلی یا خارجی، ممکن است قید ثمن شناور در قرارداد موجب بروز اختلافات و عدم اجرای قرارداد گردد و عوارض تبعی دیگری داشته باشد. اما این گونه تبعات در مقابل فوائدی که برای ثمن شناور ذکر شد قابل اغماض است.

گاهی نیز در تعیین ثمن مشکلاتی حادث می شود. در مورد این مشکلات و این که چه ثمنی بالاخره باید حاکم باشد بعداً بحث خواهیم نمود. این موضوع را تحت عنوان نحوه تعیین ثمن در هنگامی که به طور شناور مورد توافق قرار گرفته باشد، در پایان مبحث دوم خواهیم آورد.

### مبحث دوم

#### بررسی سیستمهای فاقد ثمن شناور و یا واجد آن

در این مبحث سیستم های واجد و فاقد ثمن شناور را به طور اجمالی مورد بررسی قرار می دهیم. در سیستم های حقوقی کنونی جهان کمتر می توان به نظامی برخورد نمود که، به هر درجه ای، ثمن شناور را نپذیرفته باشد. سیستم های حقوقی کمابیش اصل معلوم و معین بودن ثمن را پذیرفته اند اما نسبت به آن تعدیل هایی نیز معمول داشته اند. برخی از سیستم ها نیز به طور کلی از اصل معلوم و معین بودن ثمن عدول کرده و اهمیت چندانی برای آن قائل نشده اند. تعداد زیادی از این سیستم ها ذیلاً مورد بررسی قرار گرفته است.

### ۱. سیستم‌های حقوقی فاقد ثمن شناور

برخی از قوانین خارجی لازم می‌دانند که موضوعات معامله (عوض و معوض) کاملاً معلوم و معین باشند. با این وضع چنانچه ثمن معلوم و معین نباشد وجود قراردادی متصور نیست. بارزترین نمونه این قوانین، حقوق داخلی فرانسه و سیستم‌های متأثر از آن است. در این قسمت صرفاً به بررسی اجمالی ثمن شناور در حقوق داخلی فرانسه پرداخته و حقوق ایران را در مبحثی جداگانه طرح خواهیم کرد. در حقوق فرانسه<sup>۱۰</sup> توافق در مورد قیمت و ثمن برای اعتبار قرارداد فروش ضروری است.<sup>۱۱</sup> به موجب ماده ۱۵۹۱ قانون مدنی فرانسه: «ثمن قرارداد باید به وسیله طرفین معلوم و معین گردد» علاوه بر این براساس ماده ۱۱۵۸ آن قانون تعهد طرفهای قرارداد، مثلاً ثمن، که موضوع توافق آنها را تشکیل می‌دهد باید مشخص باشد. ممکن است تعیین ثمن را به حکمیت و داوری شخص ثالث واگذار نمود. چنانچه شخص ثالث مایل به انجام چنین امری نباشد یا اصولاً نتواند چنین اقدامی را انجام دهد معامله ای وجود نخواهد داشت. البته به نظر می‌رسد که این امر در معاملات خارجی که اتباع فرانسه درگیر آن باشند صادق نیست. چون فرانسه به کنوانسیون بین المللی بیع کالا ۱۹۸۰ پیوسته و هرچه راجع به ثمن شناور در کنوانسیون مطرح می‌نماییم بالطبع در مورد معاملات فوق نیز صادق است و از جمود قوانین داخلی می‌کاهد. بدیهی است که آن روش داخلی انعطاف ناپذیر که به متعاهدین اجازه نمی‌دهد ثمن را در آینده معلوم و معین نمایند و اختیار و آزادی این امر را از آنها می‌گیرد توسط بسیاری از سیستمهای حقوقی و کنوانسیونهای بین المللی مردود شمرده شده است.

۱۰. برای توضیح بیشتر در حقوق فرانسه، علاوه بر ماده ۱۵۸۳، به منبع ذیل مراجعه شود:

La détermination du prix dans les contrats (étude de droit comparé) sou la direction de Denis TALLON - Institut de droit comparé de l'universite de paris II- Ouvrage publié avec le concours du centre national de la recherche scientifique - 1989 - Edition A. pedone.

۱۱. در این که آیا معین بودن مورد معامله (ثمن) مختص بیع بوده یا به معاملات دیگر نیز تسری دارد اختلاف است. اکثر نویسندگان آن را مصداقی از اصل عمومی مذکور در ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی فرانسه می‌دانند.

## ۲. سیستم های حقوقی واجد ثمن شناور

در بسیاری از سیستم های حقوقی به ویژه آنهایی که متأثر از حقوق کامن لو می باشند ثمن شناور با درجات مختلف پذیرفته شده است، در این میان به قانون چند کشور نظری اجمالی خواهیم نمود.

### الف - بررسی ثمن شناور در قانون متحدالشکل تجاری امریکا (UCC)

عقد بیع در قانون متحدالشکل تجاری امریکا نیز عبارت است از انتقال مالکیت کالا از فروشنده به خریدار در ازاء پرداخت ثمن.<sup>۱۲</sup> ثمن می تواند به صورت وجه نقد یا به طریق دیگری پرداخت شود. چنانچه ثمن کلاً یا جزئاً کالا باشد هریک از طرفین فروشنده کالاهایی است که انتقال می دهد.<sup>۱۳</sup> به عبارت دیگر ثمن اعم است از وجه نقد یا کالای دیگری. ثمن مذکور باید به هر حال چه در زمان انعقاد قرارداد، چه مواقعی که تعیین آن به توافق بعدی طرفین یا شخص ثالث واگذار شده یا حسن نیت تعیین گردد.<sup>۱۴</sup> چنانچه به علت تخلف احد از متعاملین، امکان تعیین ثمن نباشد، طرف دیگر می تواند قرارداد را فسخ شده تلقی نماید یا شخصاً به تعیین ثمن متعارف مبادرت نماید.<sup>۱۵</sup> از ماده ۳۰۵ - ۲ چنین بر می آید که تعیین ثمن، با صراحتی بیش از آنچه در حقوق انگلیس آمده، می تواند به توافق بعدی متعاقدین موکول شود. چنانچه قراردادی منعقد شده و مبنای متعارف ضمانت اجرایی هم برای آن منظور گردیده باشد، حتی چنانچه برخی از شروط قرارداد نظیر مقدار ثمن مبهم باشند، در صحت آن نباید تردید نمود.<sup>۱۶</sup>

این امر به صراحت در بند یک ماده ۳۰۵ - ۲ به این عبارت آمده است:

۱۲. رک. ماده ۱۰۶ - ۲ قانون متحدالشکل تجاری ایالات متحده امریکا مشهور به UCC.

۱۳. بند یک ماده ۳۰۴ - ۲ قانون متحدالشکل فوق.

۱۴. بند دو ماده ۳۰۵ - ۲ قانون متحدالشکل فوق.

۱۵. بند ۳ ماده ۳۰۵ - ۲ قانون متحدالشکل فوق.

۱۶. رک. بند ۳ ماده ۲۰۴ - ۲ قانون متحدالشکل فوق.

«طرفین می توانند حتی در مواردی که ثمن قرارداد مسلم نگردیده اقدام به انعقاد قرارداد نمایند». این بند از ماده مذکور مثل بسیاری مواد دیگر قانون متحدالشکل تجاری ایالات متحده امریکا، حقایق زندگی اقتصادی را مد نظر قرار داده و مقرراتی را برای تعیین ثمن در هنگامی که به طور شناور رها شده وضع می نماید. ماده مذکور خلأ جزئی و کلی را با ثمن معقول و متعارف پر می سازد، مگر در مواردی که طرفین قصد عدم التزام به قرارداد در صورت عدم تعیین ثمن یا توافق بر آن نموده باشند، که در این صورت هیچ گونه قراردادی وجود نخواهد داشت. چنانچه به هر حال، کالایی مصرف شده باشد و استرداد آن ممکن نباشد، پرداخت ارزش معقول و متعارف کالا در زمان تحویل بر عهده خریدار است.<sup>۱۷</sup>

پس قانون متحدالشکل تجاری فوق در موردی نیز که توافق برای فروش مبیع با ارزش کارشناسی تعیین شده و کارشناس (شخص ثالث) نمی تواند ارزیابی از کالا داشته باشد یا اصولاً موفق به انجام چنین امری نمی شود، معیار را ثمن متعارف زمان تحویل، قرار می دهد. این موضوع که در ماده ۳۰۵-۲ قانون متحدالشکل فوق آمده، بر خلاف موردی است که در حقوق انگلیس مطرح می باشد و بجای بطلان قرارداد از آن روش استفاده می شود. بنابراین، اگر مکانیزم تعیین ثمن با مشکل مواجه شود، بهانه ای برای عدم اجرای قرارداد وجود ندارد. به عبارت دیگر این نظام حقوقی کوشش می نماید تا قرارداد را به وسیله آوردن یک شرط ضمنی دیگر معتبر نگاه دارد و از بطلان آن جلوگیری کند. به هر حال، دادگاه می تواند ثمن متعارفی که با توجه به شرایط و اوضاع و احوال مورد نظر طرفین قرارداد بوده، را تعیین نماید. و به موجب همان ماده ۳۰۵-۲ قانون متحدالشکل تجاری ایالات متحده امریکا ثمن در صورتی معقول و متعارف می باشد که در زمان تحویل معقول و متعارف محسوب شود. در این ماده هیچ ذکری از مکان تحویل نمی نماید و در تفسیر رسمی ضمیمه آن هم مطلبی بیان نشده است. البته امکان دارد دادگاه مکان تسلیم را از فراین و اوضاع و احوال تشخیص داده و آن را

۱۷. رک. بند ۴ ماده ۳۰۵ - ۲ قانون مذکور.



براساس مواد ۷۰۸-۲ و (۲) ۷۱۳-۷ تعیین نماید.

شیوه‌ای که قانون متحدالشکل امریکا در نظر گرفته به مراتب انعطاف پذیرتر از ماده (۲) ۹ قانون بیع انگلستان مصوب ۱۹۷۹ می‌باشد. زیرا قانون متحدالشکل فوق به طرف مغبون اجازه می‌دهد هنگامی که ثمن نامعلوم یا نامعین است و باید به طریقی غیر از توافق طرفین معلوم و معین شود، قرارداد را فسخ نموده یا خودش ثمن متعارفی را برای مبیع وضع کند. بنابراین همان‌طوری که آقای موری<sup>۱۸</sup> اشاره می‌نماید، قانون امریکا نسبت به قانون انگلیس توان بیشتری دارد تا به شخص مغبون، امکان بهره‌وری از منافع قرارداد منعقد را اعطا نماید.

#### ب- بررسی ثمن شناور در قانون مدنی ایتالیا

در حقوق ایتالیا نیز ثمن شناور به رسمیت شناخته شده است. چنانچه ثمن تعیین نشده باشد، به وسایل مختلف تعیین می‌گردد مثلاً با عناصر مذکور در قرارداد یا خارج قرارداد، تخمین و ارزیابی قاضی یا مقامات دولتی یا ارزیابی شخص ثالث. به هر حال، براساس قانون مدنی ایتالیا اگر شخص ثالث تمایل نداشته یا قادر نباشد تا اقدام به تعیین ثمن نماید یا طرفین بر نصب شخص ثالث برای تعیین ثمن توافق نمایند، به تقاضای طرفین شخص ثالث توسط دادگاه محلی که قرارداد در آن منعقد شده منصوب می‌شود.<sup>۱۹</sup> به هر حال، قانون ایتالیا به جای ارجاع به ثمن متعارف و معقول به ثمنی رجوع می‌دهد که به طور معمول توسط فروشنده تعیین شده مگر این که توسط مقامات دولتی، ثمن مذکور تثبیت شده باشد.

برخورد قانون مدنی ایتالیا، در صورتی که تعیین ثمن توسط شخص ثالث ممکن نباشد، مثل قانون متحدالشکل تجاری ایالات متحده امریکا (UCC) است، یعنی این که قرارداد، فسخ شده محسوب نمی‌گردد. اما در این امر که خریدار متعهد

18. Murry D. E. , "The open price, sale of Goods Contract in worldwide setting" Commercial law Journal, Nov. 1984, page 491 at 496.

۱۹. قسمت دوم ماده ۱۴۷۴ قانون مدنی ایتالیا.

به پرداخت ثمنی است که به طور کلی در قراردادهای مشابه توسط فروشنده مطالبه شده با قانون متحدالشکل مذکور متفاوت است. زیرا به موجب این قانون دیگر ثمن متعارف و معقول ملاک قرار داده نخواهد شد. اما در مواردی که مبیع، ثمن معاملاتی بازار داشته باشد، بند ۲ ماده ۱۴۷۴ قانون مدنی ایتالیا شبیه ماده (ج) (۱) ۳۰۵-۲ قانون متحدالشکل فوق می باشد. چون ثمن از قیمت یا نرخهای روز یا معیارهای قیمت مکانی را که در آن تحویل باید صورت بگیرد یا نرخهای موجود در نزدیک ترین بازار، گرفته خواهد شد.

### ج- بررسی ثمن شناور در قانون مدنی آلمان

در حقوق آلمان نیز روابط معاملاتی باید روشن و بدون ابهام باشد<sup>۲۰</sup> به هر حال طبق رویه قضایی چنانچه طرفین به قراردادی ملحق شوند معلوم نبودن معوض، خللی در ارکان معامله به وجود نمی آورد. در ماده ۳۱۶ قانون مدنی آلمان آمده: «هنگامی که مدت انجام تعهدات در قبال تعهدات مفروض دیگر غیر مشخص باشد، تعیین قیمت به طرفی از قرارداد تعلق دارد که حق مطالبه آن تعهدات را داشته باشد». پس اگر در قراردادی قیمت مشخص نشده باشد قابل تعیین قلمداد می شود و آن قرارداد معتبر تلقی می گردد. به هر حال، در قانون مدنی آلمان پیش بینی صریحی در مورد ثمن شناور وجود ندارد. اما در ماده ۴۵۳ قانون مدنی آن کشور عنوان شده: «اگر قیمت بازار به عنوان قیمت خرید تعیین شود در صورت تردید، قیمت متوسط بازار در زمان و مکان اجرای قرارداد ملاک خواهد بود و فرض می شود که بر روی آن قیمت توافق شده است». بنابراین، از راه قیاس می توان گفت که ایده ثمن شناور در این حقوق نیز پذیرفته شده است و چنانچه ثمن مشخص نشده باشد فرض می شود که ثمن بازار در زمان تسلیم مبیع یا ایفای تعهد ملاک عمل قرار خواهد گرفت.

۲۰. ماده ۲۴۱ و ۱۵۴ قانون مدنی آلمان را ملاحظه فرمایید.

**د. بررسی ثمن شناور در حقوق انگلیس**

در مورد موضع حقوق انگلیس در خصوص ثمن شناور سخن بسیار است. اما در اینجا کفایت می‌نماید که به طور مختصر برخی از مباحث آن عنوان گردد. به هر حال، حقوق انگلیس با دید بازتری در مقایسه با حقوق ایران به ثمن شناور می‌نگرد. زیرا به موجب ماده ۸ قانون بیع کالا مصوب ۱۹۷۹، امکان دارد ثمن قرارداد مفتوح بماند تا با شیوه مذکور در قرارداد، ثمن قطعی تعیین شود یا ثمن با ارزیابی شخص ثالثی معین گردد یا بالاخره از راه قیاس با سایر معاملات جاری بین طرفین مشخص شود.<sup>۲۱</sup>

قانون ۱۹۷۹ بیع کالای انگلیس که جانشین قانون ۱۸۹۸ شده و متحد الشکل سازنده رویه‌های قضایی است، پرداخت ثمن را مانند هر سیستم دیگری بر عهده خریدار می‌گذارد. این تعهد معمولاً وجه نقد می‌باشد.<sup>۲۲</sup> ثمن ممکن است در ضمن عقد بیع تعیین شود، یا تعیین آن به روش مذکور در قرارداد موکول گردد یا اصولاً با توجه به معاملات قبلی آنها مشخص شود.<sup>۲۳</sup>

طبیعی است که هر سه مورد فوق بستگی به انعقاد قرارداد دارد و چنانچه انعقاد آن مسلم نباشد بحث از ثمن و شیوه تعیین آن هم بی‌فایده خواهد بود. هنگامی که وجود قرارداد با توجه به اوضاع و احوال محرز شود، دیگر نباید تردیدی نمود که ثمن بایستی در آینده تعیین شود. این امر بویژه در مورد قراردادهایی که اجرا شده با اطمینان بیشتری عمل می‌شود، به هر حال اگر ثمن در قرارداد مشخص نشده باشد، به طرق مختلفی معلوم و معین می‌گردد. چنانچه رویه معاملاتی متعارفی بین طرفین وجود داشته باشد، و در معاملات بعدی طرفین از ذکر ثمن خودداری نمایند، ثمن شناور به طور تلویحی همان ثمن متداول بین طرفین محسوب خواهد

۲۱. برای اطلاع بیشتر از ثمن شناور در حقوق انگلیس مراجعه شود به: داراب بور، مهرباب، «جنبه‌هایی از حقوق بازرگانی بین‌المللی» قسمت انگلیسی، صفحات ۸۹ و ۱۰۰ به بعد.

۲۲. بند یک ماده ۲ قانون بیع کالا مصوب ۱۹۷۹ این کشور را ملاحظه فرمایید.

۲۳. رک. ماده (۱) ۸ قانون بیع فوق.

شد. این یکی از شیوه‌های تعیین و قطعی نموده ثمن شناور است. شاید عنوان گردد که در اینجا ثمن از اول مشخص شده و ابهام و تردیدی در آن نیست. اما همان گونه که عنوان نمودیم هرگاه در زمان انعقاد قرارداد ثمن معلوم و معین نباشد آن را ثمن شناور تلقی می‌نماییم که با روش‌های خاص نحوه آن را تعیین می‌کنیم. ثمنی که بدو معلوم نبوده، با توجه به رویه معاملاتی سابق طرفین معلوم و مشخص می‌گردد.<sup>۲۴</sup>

به هر حال چنانچه اختلافی حاصل شود و رویه معاملاتی مورد اختلاف بوده و ثمن بر اساس آن تعیین نشود باید ثمن متعارفی پرداخت شود.<sup>۲۵</sup> گاهی ممکن است تعیین ثمن به توافق بعدی طرفین یا یکی از آنها واگذار شود، در این صورت نیز، پس از احراز انعقاد معامله، و با توجه به اصل صحت معاملات، به ویژه در مواردی که تمام یا پاره‌ای از آن اجرا شده، ثمن متعارف، ثمن معامله تلقی خواهد شد.<sup>۲۶</sup>

طرفین می‌توانند تعیین ثمن را به ارزیابی شخص ثالثی واگذار نمایند، در این صورت شخص ثالث (اعم از متخصص یا غیر متخصص) ثمن را با توجه به اطلاعات شخص یا با نظرخواهی از کارشناسان تعیین خواهد کرد. اگر توافق برای فروش کالا، به شرط این که ثمن با ارزیابی شخص ثالثی معین گردد، منعقد شود، ولی شخص ثالث نتواند یا نخواهد ثمن را تعیین نماید، قرارداد کان‌لم‌یکن تلقی می‌شود؛ اما چنانچه کل مبیع یا بخشی از آن تحویل شده و توسط خریدار مورد بهره‌برداری قرار گرفته باشد، خریدار باید ثمن متعارف را بپردازد.<sup>۲۷</sup> این که ثمن متعارف چیست، موضوعی می‌باشد که بستگی به شرایط و

۲۴. قسمت آخر ماده (۱) ۸ قانون بیع انگلیس ۱۹۷۹.

۲۵. ماده (۲) ۸ قانون بیع انگلیس ۱۹۷۹.

26. Atyah P. S., "Sale of Goods", 8 th ed, Benjamine, Benjamine's Sale of Goods.

۲۷. بند یک ماده ۹ قانون بیع انگلیس مصوب ۱۹۷۹.

اوضاع و احوال خاص هر مورد دارد.<sup>۲۸</sup> اصل ثمن متعارف در موقعی اعمال می شود که شرط ضمنی یا صریحی در قرارداد طرفین یا رویه متداول آنها وجود نداشته باشد.

### هـ- ثمن شناور در برخی دیگر از کشورهای اروپایی

ماده ۱۰۵۶ قانون اتریش در مورد واگذاری تعیین ثمن به شخص ثالث اشعار می دارد: «خریدار و فروشنده می توانند تعیین ثمن را به نظر شخص ثالثی واگذار نموده، چنانچه ثمن توسط شخص ثالث در ظرف مدت معینی تعیین نشده، یا در مواردی که زمانی برای تعیین ثمن پیش بینی نشده و یکی از طرفین بخواهد قرارداد را قبل از تعیین ثمن فسخ کند قرارداد بیع منعقد نشده تلقی می گردد». به عبارت ساده تر، ضرورت ندارد که ثمن در زمان انعقاد قرارداد معین باشد،<sup>۲۹</sup> همین اندازه که در آینده قابل تعیین باشد کفایت می نماید.

در کشورهای فنلاند، ایسلند، نروژ، سوئد مانند کشور دانمارک، ثمن شناور به نحو وسیعی به رسمیت شناخته شده است. ماده ۵ قانون شماره ۱۰۲ مورخ ۲ آوریل ۱۹۰۶ دانمارک که در کشورهای دیگر نیز پذیرفته شده، تصریح دارد که قرارداد بیع می تواند بدون ذکر قیمت هم منعقد شود. به موجب این ماده ثمنی را که فروشنده با حسن نیت تعیین می نماید ملاک خواهد بود. ماده ۷۲ قانون حمایت از مصرف کنندگان دانمارک مصوب ۱۹۷۶ مقرر می دارد که در صورت عدم ذکر قیمت، مصرف کننده (خریدار) باید قیمت معقول و متعارف زمان عقد قرارداد را با توجه به احوال و شرایط و مقتضیات زمان پرداخت نماید، قیمت جاری و متعارف در واقع همان قیمت بازار است نه قیمتی که فروشنده تعیین می نماید.

مطابق ماده ۲-۱-۷-۷ قانون مدنی هلند در صورت عدم تعیین ثمن، خریدار باید قیمت معقول و متعارف زمان انعقاد قرارداد را پرداخت نماید. برای

۲۸. بند ۳ ماده ۸ قانون بیع کالا مصوب ۱۹۷۹.

۲۹. ماده ۲۱۲ قانون تعهدات سویس را نیز ملاحظه فرمایید.

یافتن قیمت متعارف به قیمت‌هایی که فروشنده کالاهای خود را می‌فروشد توجه خاص می‌شود، توجه به این قیمت، قانون هلند را اندکی از قانون دانمارک متمایز می‌سازد و به هر حال قیمت مناسب و متعارف باید مطلوب و مقبول فروشنده نیز باشد، همین روند قیمت‌گذاری در تعیین معوض در قراردادهای دیگر نظیر قرارداد خدمات نیز وجود دارد. به موجب ماده ۱-۶-۱-۷-۷ همان قانون در صورتی که اجرت خدمات مشخص نباشد بر مبنای عدالت و روال معمول تعیین خواهد شد.

### و- ثمن شناور در کشورهای امریکای لاتین

ثمن شناور کمابیش با اختلافاتی در سیستم‌های حقوق کشورهای امریکای لاتین نیز پذیرفته شده است. به موجب برخی از این سیستم‌ها ثمن باید تعیین شود یا حداقل قابل تعیین باشد. ماده ۱۳۹ مجموعه قوانین تجاری شیلی (۱۹۷۷) را می‌توان به عنوان نمونه ذکر نمود. مواد ۷۴۹ و ۷۵۰ قانون تجارت پاناما (۱۹۷۲) و مواد ۱۸۴ تا ۱۸۶ آکوادور و ماده ۱۳۴ قانون تجارت ونزوئلا و ماده ۱۷۹۸ قانون تجارت گواتمالا نیز همین رویه را در پیش گرفته‌اند. به هر حال در حقوق ونزوئلا چنانچه قرارداد بیع به قیمت عادلانه و یا قیمت جاری منعقد شده باشد قرارداد معتبر است و ثمن باید از طریق مراجعه به نرخ دلالت‌های معاملاتی یا نرخ بازار در زمان و مکان انعقاد عقد بیع مشخص شود، در این قانون چنانچه داور انتخابی قادر به تعیین ثمن نباشد باید داور دیگری را منصوب نمود (ماده ۱۲۶).<sup>۲۰</sup> به موجب ماده ۴۵۸ قانون تجارت کشورهای آرژانتین و پاراگوئه چنانچه قرارداد با ثمن شناور منعقد و کالا تحویل گردیده باشد ثمن جاری مکان و زمان تحویل ملاک عمل خواهد بود.<sup>۲۱</sup> قواعد مشابهی را می‌توان در مواد ۳۸۱-۳۷۱ قانون تجارت و ماده ۲۲۴۵ قانون مدنی مکزیک؛ ماده ۵۲۳ قانون تجارت اروگوئه<sup>۲۰</sup> در مورد قانون السالوادور و کاستاریکا به ترتیب به مواد ۱۰۱۴ و ۴۴۶ قانون تجارت آن کشورها مراجعه شود.

۳۱. در مورد تعیین ثمن توسط شخص ثالث به ماده ۴۵۹ قانون تجارت کشورهای آرژانتین و پاراگوئه مراجعه شود.

مواد ۹۲۱-۹۲۰ قانون تجارت کلمبیا و بندهای ۳ و ۵ ماده ۸۳۸ قانون تجارت و ماده ۱۰۱۲ قانون مدنی بولیوی و مواد ۱۲۲-۱ و ۲۵-۱ قانون مدنی و مواد ۱۹۳-۱۹۴ قانون تجارت برزیل و ماده ۷۶۶ قانون تجارت هندوراس ملاحظه نمود.<sup>۳۲</sup> به موجب مواد ۲۷۶ و ۴۳۰ قانون تجارت بین‌المللی کشور چک مصوب ۱۹۶۳، طرفین می‌توانند در صورت تمایل قرارداد با ثمن شناور را منعقد نمایند.

### ز. ثمن شناور در حقوق مصر

ماده ۴۲۳ قانون مدنی مصر در مورد ثمن مقرر می‌دارد:

«۱. تعیین ثمن باید با بیان شیوه‌ای باشد که به مقتضای آن ثمن تعیین می‌گردد.

۲. هنگامی که طرفین توافق نموده‌اند ثمن بر طبق نرخ بازار تعیین شود، در هنگام تردید نرخ بازار در مکان و زمانی تسلیم مبیع به مشتری ملاک خواهد بود. چنانچه در مکان تسلیم بازاری وجود نداشته باشد باید به نرخ بازاری رجوع نمود که بر حسب عرف قیمت‌هایش به محل تسلیم هم سرایت می‌نماید».

در ماده ۴۲۴ قانون مدنی فوق به صراحت آمده است: «هنگامی که متعاقدين ثمنی را برای مبيع معين نمی‌نمایند بیع باطل نمی‌باشد، چنانچه از اوضاع و احوال استنباط شود که آنها می‌خواسته‌اند نرخ متداول در تجارت یا نرخ معاملات قبلی آنها حاکم باشد».

همین که ثمن قابل تعیین باشد معامله صحیح است هر چند بتوان آن را با مراجعه به معاملات قبلی طرفین یا نرخ تجارتي تعیین نمود.<sup>۳۳</sup> به هر حال نباید تعیین

۳۲. برای بحث بیشتر حول ثمن شناور در سیستم‌های حقوق امریکای لاتین به منبع ذیل مراجعه شود:  
Murray D. E., "The open price, Sale of Goods Contract, in Worldwide Setting" Commercial Law Journal Nov. 1984, p. 491.

۳۳. در مورد قانون مدنی سوریه به مواد ۳۹۱ و ۳۹۲؛ قانون مدنی لیبی به مواد ۴۱۲ و ۴۱۳ و قانون مدنی عراق به مواد ۵۲۶ و ۵۲۹ مراجعه شود.

ثمن را به احدی از طرفین، به علت خوف از غرر، واگذار نمود. همان گونه که از مواد فوق بر می آید<sup>۳۳</sup> ثمن می تواند با معیار قیمت خریداری شده توسط فروشنده در معامله قبلی باشد یا نرخ بازار، یا نرخ متداول در تجارت یا معاملات قبلی طرفین یا نرخیه که توسط شخص ثالثی معین می گردد.

چنانچه تعیین ثمن به ثالث واگذار شده باشد و او نخواهد یا نتواند آن را تعیین نماید قاضی نمی تواند وی را مجبور به تعیین ثمن نماید و یا خود شخص ثالثی را بر این کار گمارد. در این صورت، مانند حقوق انگلیس و برخلاف حقوق امریکا، گویا معامله ای واقع نشده است. اما طرفین می توانند به انتصاب شخص ثالثی در بیع جدید توافق نمایند. به هر حال مادامی که شخص ثالث تعیین نشده باشد بیع کامل نشده است.

با توجه به مطالب فوق، در حقوق مصر ثمن رایج در معاملات تجاری یا معاملات سابق متعاقبین همیشه به طور ضمنی جانشین ثمن شناور می شود و معامله صحیح تلقی می گردد.

### ۳. روشهای تعیین ثمن در مواقعی که ثمن شناور است

از لابلای بحث های گذشته ملاحظه گردید که در غالب قراردادهای ثمن در زمان انعقاد قرارداد معلوم و معین است. در مواقعی که ثمن به صراحت در قرارداد نیامده، ممکن است بر روی ثمن به طور ضمنی توسط طرفین توافق شده باشد. در پاره ای موارد به ویژه در قراردادهای دراز مدت، تعیین قیمت یا ممکن نیست یا اصولاً به صلاح طرفین نمی باشد. در این صورت طرفین به ناچار تعیین ثمن را به عناصر خارج از قرارداد واگذار می نمایند. این عناصر می تواند وجود خارجی داشته و خارج از اراده انسانی ثمن را معین نماید یا اصولاً با توجه به اراده انسان بدین اقدام مبادرت گردد.

۳۴. برای مطالعه بیشتر در حقوق مصر مراجعه شود به: سهنوری دکتر عبدالرزاق احمد، الوسیط فی شرح القانون المدنی، صفحات ۳۶۷ تا ۳۸۳.



مورد اول که در آن تعیین ثمن با ارجاع به عوامل عینی و مادی صورت می‌پذیرد، از دخالت خودسرانه انسان جلوگیری می‌شود. اما باید توجه داشت که در شیوه مورد نظر به عوامل پایدار و قطعی ارجاع داده شود. مرجع مورد نظر برای تعیین ثمن نباید مبهم باشد یا به سهولت قابلیت اضمحلال داشته باشد؛ مثل یک آیین نامه یا قانون یا شاخص سالانه‌ای که به طور متوالی توسط مراجع رسمی تعیین می‌گردد. ارجاع به نرخ بازار نیز از مواردی است که عموماً خارج از اراده متعاقدين تعیین می‌شود. رقابت آزاد معمولاً باعث به وجود آمدن چنین نرخ می‌گردد. صرف نظر از مواقعی که تعدادی از تجار بزرگ می‌توانند نوساناتی در بازار ایجاد نموده و نرخ‌های تصنعی به وجود آورند، مراجعه به نرخ بازار معمولاً به عنوان مراجعه به مرجعی حقیقی و معتبر تلقی می‌گردد. نرخ رایج بازار معمولاً میانگین نرخ‌های متفاوت است. این نرخ‌ها امکان دارد به طور خودکار به وجود آیند یا دستگاه‌های رسمی یا اختصاصی و بورس‌های تجاری در حدود آنها تأثیر داشته باشند. در مواقع نوسانات تصنعی بازار، نرخ بازار بدون در نظر گرفتن آن نوسانات ملحوظ نظر قرار می‌گیرد. در بازار باید امکان رقابت آزاد موجود باشد و در انحصار گروه خاصی نباشد. ممکن است طرفین به بالاترین یا نازلترین قیمت بازار ارجاع دهند یا ملاک بهترین پیشنهاد یا بهترین مشتری یا بهترین فروشنده را در نظر گیرند، که در این صورت نیز معیارها عینی و مادی هستند و به اراده متعاقدين بستگی ندارند. به عبارت دیگر یکی از طرفین قرارداد تعهد می‌نماید که طرف دیگر را در مطلوبترین و بهترین شرایط و موضعی قرار دهد که می‌تواند در معامله با دیگران داشته باشد. مثلاً فروشنده کالا را با نازلترین قیمت می‌فروشد یا خریدار تعهد می‌کند به بالاترین قیمت خریداری نماید.

طرفین ممکن است به قیمت تولید شده کالا به اضافه درصدی سود توافق نمایند که این هم با توجه به معلوم بودن قیمت خرید مواد اولیه، دستمزدها، حق مدیریت و سایر فاکتورها به عنوان معیاری مادی و نوعی محسوب گردیده و از دخالت زیاد افراد در تعیین ثمن می‌کاهد. در این روش قیمت خود به خود با

محاسبات ریاضی تعیین می شود.

در مورد دوم، که در آن تعیین ثمن با ارجاع به عوامل غیر مادی یعنی شخصی صورت می پذیرد، معمولاً یکی از طرفین یا شخص ثالثی ثمن را تعیین می نماید. گاهی ممکن است طرفین توافق نمایند که بعداً ثمن را با توافق معین نمایند. برخی از قوانین چنین قراردادی را ناقص می دانند که توافق طرفین آن را تکمیل خواهد نمود. مشکلی که امکان دارد حادث شود این است که اگر طرفین نتوانند بر روی ثمن توافق نمایند، برخی این گونه قراردادها را باطل می دانند؛ دیگران به ثمن متعارف ارجاع می دهند. در برخی سیستم های حقوقی می توان به یکی از طرفین اجازه داد تا شخصاً ثمن را با حسن نیت به نحو منصفانه ای تعیین نماید. یکی از طرفین قرارداد به ندرت راضی می شود که تعیین ثمن را به عهده طرف دیگر واگذار نماید مگر این که در قرارداد دیگری که همزمان انجام می شود تعیین ثمن به عهده وی باشد، یا به نحوی از انجا امکان کنترل طرف مقابل را داشته باشد تا از جاده انصاف خارج نشود، یا چنانچه از آن حدود خارج شد قانون راه حلی برای ممانعت وی از وضع ثمن نامتعارف مقرر داشته باشد؛ یا در معاملات، رویه ای بین طرفین موجود باشد که فروشنده یا خریدار ثمن معامله موجود را بدانند؛ مثلاً مواردی که یکی از طرفین قیمت معمول زمان تحویل را می پرداخته یا مطالبه می نموده است.

به موجب ماده ۲-۱-۷ قانون مدنی هلند در مواقعی که خریدار باید قیمت را معین نماید وی باید قیمت مناسبی را با توجه به قیمتی که به طور معمول در موقع انعقاد قرارداد، از طرف فروشنده اعمال می شده است را بپردازد.

تعیین ثمن ممکن است توسط متعاقدین به شخص ثالثی واگذار شود یا قانون یا دستگاه قضایی شخص ثالثی را جهت این امر مأمور نماید. این شیوه از تعیین ثمن، در مقایسه با تعیین ثمن توسط احدی از طرفین، با سهولت بیشتری پذیرفته شده است. شخص ثالث می تواند یک کارشناس خبره و بی طرف و صاحب نظر باشد. قاعداً نظر چنین کارشناسی باید بدون اعتراض پذیرفته شود

مگر در مواردی که اشتباهی رخ داده یا سوء نیتی در کار باشد. اگر مشکلاتی در تعیین شخص ثالث یا داور ایجاد شود قوانین مختلف راه‌حلهایی بین بطلان قرارداد و صحت آن با تعیین ثمن متعارف پیموده‌اند. مشکل دیگر موقعی رخ می‌دهد که احد از متعاملین باید شخص ثالثی را معین نماید و وی از تعیین وی امتناع می‌ورزد؛ یا هریک از طرفین باید شخصی را معرفی نمایند و اشخاص تعیین شده توسط طرفین قادر به اتخاذ تصمیم مشترک نباشند. این مشکلات می‌تواند با تعیین شخص ثالث یا داور توسط دادگاه، و یا تعیین شخص سوم توسط داورها یا کارشنان طرفین مرتفع گردد.

در مورد تعیین ثمن شناور نباید زیاد نگران بود زیرا غالب موارد آن، از نمونه‌هایی هستند که بالاخره قابل تقویم می‌باشند. مثل مواقعی که طرفین ضابطه‌ای برای تعیین ثمن مقرر می‌نمایند؛ یا بر نرخ روز تحویل یا بازار خاصی یا درصدی کمتر یا بیشتر از آنها، توافق می‌شود؛ یا در مواردی که کل مایحتاج یا تولیدات به قیمت مشخصی برای هر واحد خریداری می‌شود؛ یا هنگامی که تعیین ثمن به توافق بعدی طرفین یا احد آنها یا شخص ثالثی واگذار می‌شود تا با حسن نیت مشخص شود؛ یا بالاخره ثمن به قیمت تولید به اضافه درصدی از سود معین می‌گردد.

گاهی مکانیزم‌های فوق از کار می‌افتند و لازم است معیاری برای حل اختلاف در نظر گرفته شود و زمانی نیز به طور کلی ثمن مسکوت گذارده می‌شود که برای این حالات باید تدبیری اندیشیده شود. ممکن است قیمت‌ها در زمانهای متمایز (زمان عقد، زمان تحویل کالا، زمان قبض و اقباض ثمن، زمان تولید کالا) یا در مکانهای مختلف (مکان تولید، مکان انعقاد عقد، مکان تحویل) با یکدیگر متفاوت باشند. شروط قراردادی نظیر اقساطی بودن ثمن، زمان پرداخت، نوع پول پرداخت، نحوه پرداخت، نحوه تسلیم مبیع، مکان تسلیم آن یا نسیه بودن ثمن، یقیناً در تعیین آتی ثمن شناور تأثیر خواهد داشت. معمولاً متعاقدین ثمن را معین می‌نمایند اما چنانچه موفق به چنین اقدامی نشوند، به نظر می‌رسد برای قطع

اختلافات احتمالی باید قیمت رایج آن کالا در زمان انعقاد با توجه به فاکتورهای فوق، به عنوان ثمن قرارداد شناخته شود مگر این که طرفین ضمناً یا صریحاً ثمن دیگری را ملحوظ نظر قرارداد کرده باشند. چنانچه ثمن رایجی نیز موجود نباشد بهتر است ثمن معقول و متعارف ملاک حل اختلافات باشد.

### مبحث سوم ثمن شناور در حقوق ایران

ثمن شناور اصطلاحی نامأنوس و در عین حال شناخته شده در حقوق ایران می باشد؛ ولی به طور کلی می توان گفت که ثمن شناور ظاهراً در حقوق ایران پذیرفته نشده است. اما با دقت بیشتر در عرف جامعه و برخورد دست اندرکاران امور کشور می توان پذیرش آن را امری تقریباً طبیعی محسوب نمود. چرا که پاره ای از قواعد و مقررات عرفی که لازمه زندگی اجتماعی هستند، سبب می شوند تا خواه ناخواه دست اندرکاران قضایی و قانونگذاری مجبور به پذیرش آنها گردند. برخی از فقهای بزرگ و مورد احترام هم بیع معاطات را باطل می دانستند ولی عرف و جامعه ایده آنها را نپذیرفت و از آن پس این حرف توسط فقهای دیگر تکرار نشد.<sup>۳۵</sup>

ثمن شناور نیز همین وضع را خواهد داشت. عرف و عادت مردم، آن را در قراردادهای خویش می گنجانند و جامعه هم آن را به رسمیت می شناسد. برای مثال، در مورد خرید و فروش ماشینهای کارخانجات که تحویل آنها پس از مدتی صورت می گیرد چنین شیوه ای مرسوم است. کارخانه دار، اتومبیلهای خود را که هنوز تولید ننموده به قیمت زمان تحویل (با درصدی تخفیف) می فروشد و این در حالی است

۳۵. محمدبن جمال الدین مکللی العاملی (شهید اول)، المنة الدمشقیة، جلد سوم، کتاب البیع، دارالعالم الاسلامی، بیروت، ص ۲۲۲. در آنجا آمده است: فلا یکفی المعاطاة، نعم بیاح التصرف و یجوز الرجوع مع بقاء العین. شهید ثانی در تأیید اینکه بیع معاطاتی اصولاً، بیع نیست اضافه می فرماید که این موضوع نظر مشهور علمای ماست و تقریباً اجماعی است.

که ثمن قطعی آنها در آینده مشخص خواهد شد به عبارت دیگر ثمن آنها در زمان انعقاد قرارداد معلوم نیست.<sup>۳۶</sup> لذا اگر با دید غیرقابل انعطاف حقوقی و به عنوان بیع خالص در حقوق ایران به این قرارداد نگاه کنیم راهی جز اعلام بطلان آن وجود نخواهد داشت؛ چون معلوم و معین بودن مورد معامله از جمله شرایط صحت معامله می باشد و چنانچه این شروط وجود نداشته باشند و باعث غرر شده، صحت معامله مورد تردید قرار خواهد گرفت. اینجاست که ضرورت دارد موضوع غرر مورد بحث و بررسی بیشتری قرار گیرد.

#### ۱. ثمن شناور و غرر در معامله

علت عمده این که فقهای اسلامی و به تبع آنها طراحان قانون مدنی ایران را بر آن داشته تا معامله ای که ثمن آن مجهول یا نامعین بوده را باطل اعلام نمایند غرری بودن معامله است. پس اگر معلوم شود که در برخی معاملات مجهول بودن ثمن موجب غرر نمی گردد، در آن گونه موارد، اصرار بر معلوم و معین بودن ثمن، اقدامی غیر ضروری تلقی خواهد شد؛ به خصوص در مواردی که تعیین ثمن در بدو امر ناممکن و انعقاد قرارداد لازم باشد و عدم انعقاد آن موجب بروز ضرر و زیان گردد یا سود مطلوبی را ضایع نماید. جهت توضیح این امر لازم است اولاً، معانی غرر را مورد بررسی قرار دهیم و ثانیاً، نظریات فقها را بررسی نماییم و بالاخره به این مسأله بپردازیم که آیا ثمن شناور در معاملات مورد نظر امروزی غرری است یا خیر.

۳۶. طرح این مسأله که چنین قراردادی در واقع قرارداد و تعهد به فروش در آینده است نیز مشکلی را حل نمی کند چون موضوع همین تعهد هم با ابهام روبروست.

## ۱. ۱. شناخت معاملات غرری

غرر در لغت به معنای در معرض خطر<sup>۳۷</sup> و ضرر یا هلاکت قرار گرفتن<sup>۳۸</sup> خدیعه و غفلت<sup>۳۹</sup> دارای ظاهر پسندیده و باطنی ناصواب<sup>۴۰</sup> آمده است. در فرهنگ لغات، برخی هم غرر را در معنای فریب و نیرنگ به کار برده و هم بیع غرری را بیع مشتمل بر مخاطره معنی کرده اند.<sup>۴۱</sup> پس معامله ای که نیرنگ و خدعه و فریب در آن نباشد و عرفاً احتمال ضرر در آن نرود یا احتمال ضررش چندان قابل توجه نباشد را نباید غرری محسوب نمود. همانطور که صاحب فقه الامام جعفر صادق که از دانشمندان معاصر است می فرماید: «جهل به موضوع معامله ضرورتاً موجب غرر نمی گردد و ملازم آن نیست هرچند گاه گاهی این جهل موجب غرر گردد».<sup>۴۲</sup> برخی علمای اهل سنت نیز معامله غرری را معامله ای می دانند که پایان آن مجهول و نامعلوم باشد؛<sup>۴۳</sup> و دیگران غرر را امری که وجود و عدم وجود آن برابر است تلقی کرده اند.<sup>۴۴</sup> در سایه معانی فوق است که استاد مصطفی احمد زرقاء، همانند استاد محمد جواد مغنیه، معتقد است که مجهول بودن مورد معامله با غرر تفاوت دارد؛<sup>۴۵</sup> ایشان غرر را

۳۷. جوهری، اسماعیل بن حماد، صماح، دارالکتاب مصر، ج ۲، ص ۷۶۸.

۳۸. منتهی الادب فی لغة العرب، چاپ سنگی، ص ۹۱۲، تاج العروس من جواهر القاموس، ج ۳، ص ۴۴۳.

۳۹. سعدی ابوجیب، القاموس الفقهی، انتشارات دارالفکر، سال ۱۴۰۲، ص ۲۷۲؛ همچنین جوهری، منبع فوق، ص ۷۶۸.

۴۰. شهید اول، قواعد، چاپ سنگی، سال ۱۳۰۸، ص ۲۵۳.

۴۱. ابن منظور، لسان العرب، ج ۵، ص ۱۳.

۴۲. مراجعه شود به: محمد جواد مغنیه، فقه الامام جعفر الصادق، جلد سوم، انتشارات قدس محمدی، ص ۱۲۸؛ شهید ثانی در قواعد، چاپ سنگی، چاپ ۱۳۰۸، ص ۲۵۳ مانند استاد مغنیه غرر را مترادف جهل نمی داند و رابطه عموم و خصوص من وجه برای آن دو قائل است؛ همچنین مراجعه شود به: ملا احمد نراقی، عوائد الایام، ص ۳۳. مقایسه فرمایید با میرفتاح مراغه ای، عناوین، ص ۲۶۹.

۴۳. سرخسی، المسوط، ج ۱۳، ص ۱۹۴؛ ابن تیمیّه، القواعد النورانیه، ص ۱۲۱.

۴۴. کاسانی، البدائع، ج ۵، ص ۲۶۳.

۴۵. مصطفی احمد زرقاء، نظام التأمین، ص ۱۳۳.

به چیزی که وجود یا امکان حصول آن محل تردید است تفسیر می نمایند. در تفسیر مفهوم غرر از حضرت علی (ع) نقل شده است که فرمود: «ان الغرر عمل لایومن معه الضرر» صاحب جواهر در این مورد اظهار می دارد: «و هذا المعنی جامع لجميع ما قاله اهل اللغة و الفقه و علیه ای معامله ینطبق علیها، انها عمل لایومن معه من الضرر تكون باطلة لمكان الضرر». شیخ انصاری نیز عقیده دارد که معنای غرر عبارتست از: «المخاطرة التي قد تقضى الى التنازع والمشاجرة بسبب المعاملات». باید تأکید نمود که صاحب کتاب فقه الامام جعفر الصادق (ع) در این زمینه عنوان می کند که: «ضرورتاً غرر با جهل برابر نیست، بلکه گاهی نیز جهل وجود دارد اما غرر موجود نیست».<sup>۴۶</sup>

جهل ممکن است در وجود شیئی یا امکان حصول آن، یا قابلیت بقا یا جنس و وصف و مقدارش یا تردید در بین دو یا چند چیز باشد.

در معاملات غرری یا تردید در عدم وجود نفس معامله است یا عدم وجود موضوع معامله یا عدم امکان دسترسی به موضوع معامله. اگر تردید در معاملات غرری منحصر به این سه مورد باشد با علم به معامله و موضوع آن و این که بالآخره موضوع معامله قابل حصول است امکان غرر بر طرف می شود و معامله غرری نیست. اما به نظر می رسد که تردید نباید منحصر به این سه مورد باشد. امکان دارد تردید راجع به جنس موضوع معامله یا وصف و مقدارش باشد که در این صورت نیز چنانچه بیم غرر برود معامله غرری محسوب می شود. در بحث های آتی خواهیم دید که ممکن است برخی تردیدها برای بعضی اشخاص موجب غرر باشد و برای اشخاص دیگر ایجاد غرر ننماید. پس به طور کلی نمی توان گفت که اگر در زمان انعقاد قرارداد همه جوانب معامله برای عموم روشن نباشد آن معامله غرری است. نقش عرف را نباید در این گونه موارد نادیده انگاشت. وانگهی امکان دارد این مسأله مطرح شود که آیا علم به مقدار و نوع و اوصاف ثمن باید در زمان انعقاد

۴۶. محمد جواد مغنیه، فقه الامام جعفر الصادق، جلد سوم، انتشارات قدس محمدی، ص ۱۲۸؛ همچنین مراجعه شود به: جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، شماره ۳۹۰۸.

معامله باشد یا پس از آن، یعنی در زمان تسلیم، نیز کفایت می‌کند. اینها سؤالاتی است که در حین بحث باید بدان پاسخ داد.

## ۱.۲. بررسی نظریات فقها در مورد ثمن شناور

مشهور فقهای امامیه علم به مقدار ثمن در زمان انعقاد قرارداد را شرط صحت معامله تلقی نموده‌اند.<sup>۴۷</sup> حتی برخی تعیین بعدی ثمن توسط ثالث یا متعاقدين یا احدی از آنها را نیز نپذیرفته‌اند.<sup>۴۸</sup> از این مهمتر شیخ اجل انصاری فرموده است که علم به مقدار ثمن مشخص با اجماع علما شرط صحت عقد بیع است.<sup>۴۹</sup> نقل شده است<sup>۵۰</sup> این امر مورد پذیرش برخی از فقهای اهل سنت نیز قرار گرفته و علم به صفت ثمن همانند علم به صفت مثن شرط شده زیرا معامله‌ای که در آن ثمن از حیث صفت مجهول باشد غرری محسوب می‌شود.

تحریم بیع غرری، یک حکم تکلیفی صرف نیست، بلکه به صحت معامله باز می‌گردد. در اینجا نهی متوجه رکن اصلی معامله بوده و نشان دهنده بطلان عقد می‌باشد.<sup>۵۱</sup> چنانچه نهی از معاملات سفیه و مجهول نیز دلیل بطلان آنها است.<sup>۵۲</sup> به هر حال، مشکل در اینجا بطلان بیع غرری نیست، بلکه مفهوم غرر است که آن هم مفهومی عرفی می‌باشد. عرف در مورد غرری بودن معاملات انعطاف بیشتری نشان

۴۷. السبزواری سید عبدالاعلی، مهذب الاحکام، نشر منار، جلد ۱۷، ص ۱۷؛ خمینی، امام روح الله، تحریر الوسیله، جلد اول، چاپ نجف، ص ۵۱۵؛ سبزواری سید عبدالاعلی، جامع الاحکام الشرعیه، ص ۲۷۳؛ خویی، آیت الله سید ابوالقاسم، جلد دوم، ص ۲۶.

۴۸. شهید ثانی، شرح لمعه، جلد سوم، ص ۲۶۴. شهید در منبع فوق می‌فرماید: «بشترط علم الثمن قدرأ و جنساً و وصفاً قبل ایقاع عقد البیع».

۴۹. محقق حلّی، شرائع الاسلام، جلد اول، ص ۲۷۱.

۵۰. شیخ انصاری، مکاسب، ص ۱۹۰-۱۸۹. شیخ تأکید می‌فرماید: کل مبیع لم یدکر فیه الثمن، فانه باطل بلاخلاف بین المسلمین والاصل فی ذالک حدیث نفی الغرر.

۵۱. الشیرازی، المهذب، جلد اول، ص ۳۸۵.

۵۲. محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، جلد ۲۲، ص ۳۸۷ و صفحات ۴۱۹-۴۰۵.



می دهد چون زمان متحول شده و دیدگاههای جدیدی را می طلبد.<sup>۵۳</sup>

گفتیم که غالب فقها تعیین ثمن به حکم یکی از متعاقدین یا شخص ثالث را پذیرفته اند. صاحب شرائع، مانند بسیاری از فقها قائل است: معامله ای که ثمن آن به حکم مشتری یا فروشنده تعیین می شود اساساً منعقد نشده و فاقد اثر می باشد. همین امر نیز مورد تأیید شهید ثانی قرار گرفته است.<sup>۵۴</sup> ایشان فرموده اند: انعقاد بیع با نظر یکی از طرفین معامله یا شخص ثالث صحیح نمی باشد.<sup>۵۵</sup>

صاحب ریاض المسائل معتقدند چون تعیین ثمن به حکم یکی از متعاملین یا شخص ثالث مستلزم غرر و جهالت است، به اجماع علمای امامیه، معامله باطل و بلااثر می باشد.<sup>۵۶</sup> برخی از اساتید متأخر حقوق تردید فرموده اند که واگذاری تعیین ثمن به داوری شخص ثالث که نماینده طرفین محسوب می شود از نظر و دیدگاه عرفی جایز نباشد و بتوان از نظر عرف چنین معامله ای را باطل قلمداد نمود.<sup>۵۷</sup>

این موضوع نیز قابل توجه است که بطلان معاملات غرری مخصوص بیع نیست و در سایر معاملات نیز جاری می باشد. شیخ مرتضی انصاری در مکاسب نقل می کند که فقیهان غرر را بدون آن که مخصوص عقد بیع بدانند در سایر معاملات نیز نفی می نمایند اعم از این که آن معاملات معاوضه ای باشند یا خیر.<sup>۵۸</sup>

۵۳. آخوند خراسانی، کفایة الاصول، جلد اول، ص ۲۹۶؛ رک. سهنوری، مصادر الحق، جزء ۳، ص ۵۱؛ دکتر کاتوزیان، ناصر، عقود معین، جلد اول، ص ۹۴؛ آیت الله ابوالقاسم خویی، مصباح الفقاهه، جلد ۵، ص ۳۲۲.

۵۴. محقق حلی، شرائع الاسلام، ج ۱، ص ۲۷۱.

۵۵. شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۳، ص ۲۶۴.

۵۶. ریاض المسائل، شرح بر مختصر النافع محقق، چاپ سنگی، غدیرخم، کتاب التجار، ص.

۵۷. و همچنین مراب... شود به: کاتوزیان، دکتر ناصر، معاملات معوض، عقود تملیکی، ص ۱۵۱، استاد چنین معامله ای را توافق برای انعقاد عقد بیع می داند.

۵۸. شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، چاپ دوم، قم، انتشارات تقی علامه، سال ۱۳۶۷، ص ۱۸۸.

## ۱.۳. توافق برای صحت معاملات غرری

آیا طرفین می‌توانند با توافق خویش غرری بودن معامله را نادیده بگیرند؟ برای پاسخ به این سؤال دو نظریه «شخصی» و «عرفی» ارائه گردیده است. برطبق نظر شخصی همین که غرر برای طرفین قابل اغماض باشد معامله صحیح می‌باشد، اما برطبق نظر نوعی که مشهور آن را پذیرفته، همین که عرف معامله‌ای را غرری بدانند آن معامله باطل خواهد بود و به تمایلات متعاقدين وقعی گذارده نمی‌شود. برخی فقها عنوان نموده‌اند که علم و رضایت فروشنده یا خریدار به در معرض خطر بودن مورد معامله مؤثر در صحت معامله نیست زیرا نهی شارع مقدس عام است<sup>۵۹</sup> و نمی‌توان با تراضی، معامله باطل را تصحیح نمود و به هر حال، ملاک رفع غرر، عرفی است که در میان مردم رایج بوده و معیار غرری بودن معامله نظر نوعی و متعارف می‌باشد.<sup>۶۰</sup> فقها در توجیه معامله‌ای که یک طرف در آن با علم و اطلاع مغبون واقع می‌شود به قاعده اقدام و هبه مازاد توسل جسته‌اند<sup>۶۱</sup> و معامله غرری را بدان علت باطل شناخته‌اند که جهل یا عدم اطمینان به وجود یا قبض مورد معامله وجود دارد. شخص مغرور با فرض عدم وجود یا عدم قبض اقدامی ننموده، بلکه به احتمال قبض معامله را متعقد نموده است.

نکته‌ای که در اینجا حائز اهمیت بوده این است که وضع قاعده غرور و نهی از معاملات غرری برای امتناع از وقوع ضرر و حدوث نزاع است. هرچند علم به احتمال وقوع ضرر کفایت در دفع نزاع نمی‌کند، اما اگر متعاقدين توافق نمایند (نظریه شخصی) که علی‌رغم علم به وجود غرر نتیجه معامله را بپذیرند، احتمال حدوث نزاع، حداقل در موردی که فقط حدود ثمن معامله مطرح است، منتفی می‌شود. بعید است چنین توافقی با قواعد آمره و نظم عمومی نیز تعارضی داشته

۵۹. ملا احمد نراقی، عوائد الایام، ص ۳۳.

۶۰. میرعبدالفتاح مراغه‌ای، عناوین، ص ۲۷۰؛ همچنین مراجعه شود به: میرزای نائینی، منیه الطالب (شیخ موسی خیابانی)، شرح بر مکاسب، چاپ سنگی، تهران، چاپخانه حیدری، ج ۱، ص ۲۹۰ و محقق حلّی، شرائع الاسلام، کتاب شفعه مسأله دوم.

۶۱. میرعبدالفتاح مراغه‌ای، عناوین، ص ۲۶۸.

باشد. وانگهی در معاملات مختلف درجه احتمال ضرر هم امکان دارد قوی یا متوسط یا ضعیف بوده، که در موارد اخیر قابل اغماض می باشد و خوف از ضرر، واهی تلقی می شود. عدم اقدام به چنان معامله ای ممکن است موجب سرزنش و نکوهش گردد.

تغییر عرف، مکان و زمان در تشخیص معاملات غرری نیز تأثیر بسزایی دارد. البته نمی تواند معاملات غرری را صحیح قلمداد کند اما می تواند احتمال وقوع ضرر یا حدوث نزاع را از بین ببرد که در این صورت معامله انجام شده غرری محسوب نمی گردد.

باید توجه نمود که در معاملات امروزی، که ثمن شناور در آنها مطرح است، نه خوف از ضرر وجود دارد نه بیم از نزاع، بلکه معیارهای عملی است که ثمن را بعد از انعقاد قرارداد تعیین می کند و معمولاً ضرورتی ندارد به معیارهای شخصی یا معیارهای نوعی و عرفی استناد شود.

#### ۴.۱. ثمن شناور در معاملات امروزی غرری نیست

معلوم و معین بودن ثمن زمینه مشاجرات طرفین عقد را می کاهد و مورد پسند عقلای عالم است. معامله ای که احتمال جدی غرر در آن وجود داشته باشد، هرچند در حدیثی ممنوع نشده باشد، مطلوب اندیشمندان عالم نیست. طرفین نباید در معاملات خویش سهل انگاری و مسامحه نموده زیرا چنین امری ممکن است موجب غرر گردد.

تا آنجا که به معاملات مردم بر می گردد اسلام قواعد خشک و غیرقابل تغییری را وضع ننموده است. طرفین می توانند به هر نحو که صلاح می دانند اتخاذ تصمیم نمایند، به شرط این که حرامی حلال نگردد و حلالی حرام نشود. آنچه به شدت مورد نکوهش اسلام بوده، کار نکردن و بهره بردن از ثمره پول و به اعتبار دیگر ریاست. علت این امر تأکید به این مطلب است که کل مال به باطل صورت

نپذیرد" و شخصی بلاجهت از فقر دیگران ثروتمند نگردد و دسترنج دیگران مورد سوء استفاده مفت خوران قرار نگیرد.

در روایات هم همین مضامین آمده، و پیامبر گرامی اسلام (ص) از بیع غری منع فرموده است. از حضرت علی (ع) نیز حدیثی به همین مضمون رسیده است. امکان دارد ایراد شود که حدیث نهی النبی عن بیع الغرر " حدیث ضعیفی بوده اما در پاسخ گفته شده که شهرت فتوایی و عملی این ضعف را جبران نموده است.<sup>۶۲</sup> در حدیث، عبارت نهی النبی عن بیع الغرر آمده است،<sup>۶۳</sup> در رابطه با حدیث نهی النبی عن الغرر در وسائل الشیعه نص صریحی نیامده اما به طور کلی چنین مفهومی وجود دارد.<sup>۶۴</sup> همان گونه که مطرح گردید غرر ضرورتاً با جهل همراه نیست. زیرا که به گفته صاحب فقه الامام جعفر الصادق بسیاری از عقلا اقدام به خرید اشیایی می نمایند که به حقیقت آن جاهلند، و چنین اقدامی ضرر و خطر محسوب نمی گردد، بلکه اجتناب از آن سفاهت یا شبه سفاهت تلقی می گردد.<sup>۶۵</sup> صاحب جواهر<sup>۶۶</sup> (ره)، نیز پس از بیان این که مقدار و جنس و وصف ثمن باید معین باشد عنوان می نماید که اگر معامله به شرط این که احدی از متعاملین یا شخص ثالث یا عرف مقدار یا وصف یا جنس ثمن را معین نماید مطرح گردد اصولاً

۶۲. رک. قرآن کریم، آیه ۱۸۸ و ۱۶۱، سوره نساء و آیه ۳۴ سوره توبه.

۶۳. مستدرک الوسائل، ج ۱۳، باب ۸، از ابواب عقد البیع و شروط، ص ۲۳۵.

۶۴. همچنین ملاحظه فرمایید: محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۲، ص ۳۸۶.

۶۵. وسائل الشیعه، باب ۴۰ از ابواب آداب التجاره، حدیث سوم.

۶۶. وسائل الشیعه، ابواب ۱۰ و ۱۲ از عقد البیع، احادیث دوم و سیزدهم.

۶۷. فان كثيراً من العقلاء يقدمون على شراء اشیاء یجهلون حقیقتها، ولا یعدون الاقدام علیها ضرراً و خطراً، بل یدیرون الاحجام عنها سفهاً أو شبهه بالسفه. او جمله شیخ انصاری را در تأیید گفتار خویش می آورد که فرموده است: «ان العقلاء يقدمون على الضرر القلیل رجاء النفع الكثير و یشترون الشئ المجهول بثمن لا یتضررون به كالمردد بین النحاس والذهب فان ذالك مرغوب فيه عند العقلاء، بل یوبخون من عدل عنه، ولا یقبلون منه الاعتذار بانه مخاطره» محمد جواد مغنیه، منبع فوق، ص ۱۲۸.

۶۸. شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، جلد ۲۲، صفحات ۴۰۵ الی ۴۱۹.

منعقد نمی‌شود و کسی هم به اعتبار علم متبایعین به ثمن تردید ننموده مگر اسکافی که عنوان نموده: لو وقع البيع علی مقدار معلوم بینهما، والثمن مجهول لاحدهما جاز اذا لم یکن یواجهه کان للمشتري الخيار. مثل این که بگوید این متاع را به قیمتی که فروشنده به دیگران می‌فروشد خریداری نموده چنین معامله‌ای جایز است. و هم او از اسکافی نقل می‌نماید: اما اگر هر دو به مقدار ثمن در زمان انعقاد عقد بیع جاهل باشند جایز نیست و بیع منفسخ می‌شود. آنگاه صاحب جواهر در رد نظرات اسکافی اظهار می‌دارد که این ایده متروک بوده به خصوص که اجماع قبل از آن وجود دارد و مخالف با حدیث نهی النبی عن الغرر است. خلاصه آنچه از بحث فوق فهمیده می‌شود این است که در بین فقها اجماع محصلی در مورد معلوم بودن ثمن وجود ندارد و در بعضی مواقع به خاطر نفع قابل توجه جهل به مورد معامله را باید نادیده گرفت و کسی که چنین اقدامی را انجام نمی‌دهد قابل ملامت است.

برخی فقها برای پاسخگویی به نیازهای جامعه سعی در حل مشکلات در قالب‌های قدیمی داشته‌اند. برای مثال آقای حکیم<sup>۶۹</sup> پس از این که عنوان می‌کند که عوضین باید ضرورتاً معین بوده و مردّد نباشند (مسأله ۱۳) عنوان می‌نماید که چنانچه متعاقدین عقدی را بدون ثمن منعقد نمایند و منتظر وصول لیست قیمت باقی بمانند باز هم مشکل‌زا خواهد بود. آنگاه اضافه می‌نماید که می‌توان از اشکالات فوق به یکی از دو صورت ذیل رهایی یافت.

اول: انجام معامله به ثمنی معلوم با اشتراط حق فسخ برای احدی از طرفین یا هر دو آنان، در صورتی که آشکار شود ثمن متناسب با لیست خرید نبوده است.  
دوم: انجام معامله به ثمن معلوم همراه با این شرط که در صورتی که آشکار گردد ثمن متناسب با لیست خرید نبوده، فروشنده یا خریدار تفاوت قیمت را تأمین نماید.

راه حل دوم، برای پاسخگویی به نیاز جامعه تدوین شده است و در عمل با

۶۹. السيد محمد سعيد الطباطبائي الحكيم، منهاج الصالحين: المعاملات القسم الاول، دارالصفور بيروت لبنان، ص ۴۹ - ۴۸.

ثمن شناور هیچ تفاوتی ندارد.

به هر حال، ملاک وجود یا عدم وجود غرر، عرف و عادت جاری مردم است.<sup>۷۰</sup> معیار خشک و غیر قابل انعطاف برای تشخیص غرر در شرع نیامده است.<sup>۷۱</sup> ضابطه غرر همان احتمال عقلایی ضرر و زیان است و عرف آن را نمی پذیرد و به دیده تسامح به آن نگاه نمی کند و دخول در معامله ای با چنان خصوصیتی از سوی عرف و عقلا به خاطر تضییع مال مورد نکوهش قرار می گیرد. هرگاه عرف معامله ای را غرری نداند، آن معامله غرری نخواهد بود. تشخیص این که چه معامله ای غرری است برحسب زمان و مکان و اوضاع و احوال هر قضیه از جمله شغل متعاقبین فرق می کند. داوری عرف در ازمنه و امکانه مختلف متفاوت بوده، ممکن است معامله ای خاص به علت عدم کنترل دولت غرری تلقی شود در حالی که همان معامله در محل دیگری غرری محسوب نگردد.

برای توجیه ثمن شناور، صرف نظر از عرفی بودن معنای غرر، و صرفاً از نظر روانی می توان به احادیث متعددی تمسک جست که از آن بین دو حدیث را برگزیده ایم.

در حدیثی از امام صادق (ع) نقل شده در مورد شخصی که از مردی مقداری گندم به چند درهم خریده و بخشی از آن را تحویل گرفته است، بعد از مدتی برای اخذ بقیه مراجعه می کند در حالی که قیمت گندم ترقی یا تنزل نموده است فرمود: اگر روزی که آن را خریده ثمن را تعیین کرده باشد همان مبلغ را بپردازد ولی اگر ثمن معین نشده باشد فائماً له سعر یومه.<sup>۷۲</sup> به عبارت دیگر با وقوع معامله یا ثمن مشخص می شود یا خیر، در صورت اول مشتری ملزم به پرداخت ثمن معین است و

۷۰. میرفتاح مراغه ای، عناوین، ص ۲۷۰-۲۶۸؛ حکیم آیت الله سید محمد سعید، المعاملات، ص ۴۸ و ۴۹.

۷۱. شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۶، ص ۴۰۷؛ میرزای نائینی، منیة الطالب، ج اول، ص ۲۹۰.

۷۲. حدیث. شیخ صدوق، من لایحضره الفقیه، نشر صدوق، تابستان ۱۳۶۸، حدیث شماره ۳۷۷۴، صفحه ۲۸۱.

در صورت دوم (یعنی موقعی که ثمن شناور است) باید قیمت روز مبیع را بپردازد.

در حدیث صحیح دیگری از رفاعه نحاس نقل شده<sup>۳۳</sup> که امام صادق در مورد فروش جاریه ای که قبلاً ثمن آن معین نشده و تعیین آن بر عهده خریدار گذارده شده و مالک قبلی از دریافت هزار درهم ارسالی به وی خودداری نموده بود فرموده است: برای جاریه قیمت عادله ای وجود دارد اگر قیمت وی بیش از هزار درهمی باشد که برای وی ارسال نموده باید بقیه را به وی بپردازد و اگر ثمن آن کمتر است اضافه ارسالی مال مالک قبلی می باشد. این حدیث به خوبی صحت معامله با ثمن مجهول را نشان می دهد. اگر چنین معامله ای باطل بود هرگز امام (ع) حکم به پرداخت ثمن عادله نمی فرمود.

دیگران نیز با توجه به این که نرخ روز عقد مشخص و ثابت است، عدم ذکر ثمن را مستلزم جهل و غرر ندانسته و عقد را صحیح تلقی نموده اند.<sup>۳۴</sup>

برخی از فقهای معاصر هم در صورتی که مشتری ثمن را به قیمت بازار یا بالاتر از آن تعیین نماید، قابل اتکا دانسته اند.<sup>۳۵</sup>

صاحب حدائق<sup>۳۶</sup> نیز با استناد به حدیث رفاعه نحاس در مورد فروش جاریه در وسائل الشیعه<sup>۳۷</sup> بهای متداول در بازار را جانشین ثمن مجهول می داند و حکم به بطلان معامله نمی دهد.

۷۳. الحرالعاملی، شیخ محمد بن حسن، وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، جلد ۱۲، ص ۲۷۱، (باب الشرط تقدیر الثمن و حکم من اشتری جاریه لحکمہ فوطیها) حدیث ۱. همین حدیث در شماره ۳۸۵۱ کتاب من لایحضره الفقیه، نشر صدوق، سال ۱۳۶۸، ص ۳۱۱ نیز آمده است. البته شیخ مرتضی انصاری این حدیث را ضعیف تلقی فرموده اند (مکاسب، ص ۱۹۰).

۷۴. علی محمدی، شرح تبصره، علامه حلی، ج ۱، انتشارات دارالفکر، ۱۳۷۱، ص ۳۹۲.

۷۵. خوبی، آیت الله ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، چاپ نجف، حیدری، ج ۵، ص ۳۱۷.

۷۶. شیخ یوسف بحرانی، حدائق الناصره فی احکام العترة الطاهره، با تعلیقات شیخ علی آخوندی، قم، ج ۸، ص ۴۶۰ - ۴۶۱.

۷۷. جلد ۱۲، ص ۲۷۱، حدیث اول.

مقدس اردبیلی در مجمع الفایده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان<sup>۷۸</sup> نیز روایت رفاعه نحاس را صحیح دانسته و آن را دال بر عدم نیاز به علم بر ثمن تلقی نموده و فرموده است که این حدیث دلالت دارد بر جواز جهل به ثمن، و معامله ای که در آن ثمن مجهول باشد به صورت صحیح واقع می شود. و باید قیمت بازار مبیع برای آن پرداخته شود.

نتیجه این که نباید کسی مدعی شود که معامله با ثمن شناور ضرورتاً غرری است به خصوص که ثمن بعد از انعقاد قرارداد با معیارهای علمی و عملی تعیین می گردد و خوف نزاع و بیم ضرر هم در آن وجود نخواهد داشت و منافع بسیار زیادی نیز برای جامعه و طرفین و رشد اقتصادی و برنامه ریزی و تولید با کیفیت بهتر و متناسب با نیاز جامعه نیز در چنان معامله ای وجود دارد.

## ۲. بررسی ثمن شناور در قانون مدنی ایران

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

۷۸. مقدس اردبیلی، مجمع الفایده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان، قم، جامعه مدرسین حوزه علمیه، چاپ سنگی در یک مجلد، ص ۴۶۱.



۳۴۲ قانون مدنی، لازم است که مبیع معلوم باشد، البته معلوم بودن آن با توجه به معیارهای اندازه‌گیری به عرف بلد واگذار شده است.

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

در موارد فوق تفاوتی ندارد که راجع به ثمن توافقات ابتدایی صورت گرفته باشد و یا طرفین شیوه‌ای جهت تعیین آن در آینده مقرر داشته یا نداشته باشند و یا این که ثمن را به طور کلی مسکوت گذارده و در دایره ابهام رها کرده باشند. ناگفته نماند که واژه ثمن شناور برای هر دو مورد فوق به کار می‌رود. در نتیجه، اگر پس از بحث و بررسی به این نتیجه برسیم که هنگامی که راجع به ثمن توافقات ابتدایی صورت گرفته معامله باطل است و این گونه توافقات برای صحت عقد بیع کافی نیست، به طریق اولی در فرضی که ثمن قرارداد مسکوت گذارده شده عدم صحت معامله محرز و بطلان آن مسلم می‌باشد.

نکته دیگری که ذکر آن در اینجا حایز اهمیت بوده این است که در بحث حقوق ایران، صرفاً به اعتبار یا عدم اعتبار قراردادهای با ثمن شناور اکتفا نموده و راجع به آثار ناشی از ثمن شناور بحثی نخواهیم نمود. لذا این بحث را که چنانچه متعاملین، ثمن را در قرارداد مسکوت گذاشته باشند، چه ثمنی حاکم خواهد بود و این مطلب که چنانچه تعیین ثمن به شیوه‌ای که بدواً طرفین در مورد آن به توافق رسیده‌اند ممتنع گردد تکلیف چه خواهد بود و بالاخره این که در سایر موارد ثمن شناور ضابطه تعیین ثمن چه می‌باشد، به طور جداگانه و گسترده

بررسی نمی شود.

در موارد خاصه که علم اجمالی به مورد معامله، از جمله ثمن، کفایت می کند، موارد مذکور به خوبی روشن نشده است. برخی این استثناء را به مواد مصرّح در قانون، یعنی مواد ۶۹۴ و ۵۶۳ و ۵۶۴ و ۷۵۲ و ۷۶۶ قانون مدنی، محدود نموده اند.<sup>۷۹</sup>

اساتیدی که قانون را با توجه به عرف و نیازهای جامعه تفسیر کرده اند با توجه به این که عموم و خصوص مفهومی نسبی هستند فرموده اند که اشکالی ندارد خود این استثناءها بتواند بیانگر یک قاعده حقوقی باشد و قواعد حقوقی را نیز نباید تنها در چارچوب قانون مورد بررسی قرار داد، بلکه باید آنها را در پرتو رسوم و عادات و نیازمندها تفسیر نمود.<sup>۸۰</sup>

#### ۲.۱. معلوم و معین بودن مورد معامله

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

#### الف - معین بودن مورد معامله

هرچند که در قانون از معین بودن مورد معامله نام برده شده است اما از آن تعریفی به عمل نیامده ولی مستفاد از مواد ۵۶۴ و ۶۹۴ قانون مدنی این است که منظور قانونگذار از «معین بودن» مورد معامله نهی از مردد بودن آن می باشد. به عبارت دیگر مورد معامله نمی تواند یکی از چند چیز به نحو مردد باشد و ظاهراً

۷۹. امامی، دکتر سیدحسن، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۲۱۳.

۸۰. رک. کاتوزیان، دکتر ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ سوم، خرداد ۱۳۷۱، ص ۱۸۵؛ جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، حقوق تعهدات، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، فروردین ۱۳۷۲، ص ۱۹۵.

غرض از لزوم معین بودن مورد معامله نیز رفع غرر است که بحث آن گذشت<sup>۸۱</sup> و منظور قانونگذار این بوده که طرفین قرارداد بر موضوع واحدی اراده نمایند تا قصد انشای معامله محقق گردد. به همین دلیل گفته شده چنانچه بر روی موضوع واحدی قصد انشای عقد متمرکز شود و در قرارداد شرط شود که احد از متعاملین بتواند در صورت تمایل ظرف مدت معینی یکی از عوضین را پس داده و شیئی دیگری را در عوض آن اخذ نماید اشکالی بر صحت عقد وارد نیست. سؤالی که در اینجا مطرح می باشد این است که آیا چنانچه یکی از متعاملین بر روی مبیع های متفاوت یا ثمن های متعددی قصد انشای واحد نموده و اختیار انتخاب را به طرف دیگر عقد بسپارد که قبول هریک از آن ایجابها توسط وی موجب انعقاد عقد مربوط به موضوع همان ایجاب گردد، چنین ایجاب و قبولی صحیح و موجب انعقاد قرارداد است؟ اگر چنین امری را بپذیریم، که پذیرش آن چندان بعید به نظر نمی رسد، موضوع ایجاب و قبول معین بوده و در صحت عقد نباید تردید روا داشت این موضوع یکی از موارد ثمن شناور است، بهشمن شناور عبارت دیگر ثمن شناور به این شکل مورد پذیرش است. برای مثال چنانچه فروشنده بخواهد دستگاه ویژه ای را بفروشد و در ایجاب خود اظهار دارد که این دستگاه را به یکصد هزار تومان یا دو بیست دلار یا صد و پنجاه پوند یا سیصد و هفتاد مارک می فروشم و خریدار هم دو بیست دلار را به وی بدهد یعنی یکی از ایجاب های وی را پذیرفته است و معامله به طور صحیحی واقع شده است. به عبارت ساده تر، چنانچه ثمن های نامعین را به عنوان ایجاب های منفرد جداگانه فرض نماییم که یکی از آنها مورد قبول خریدار قرار گیرد، مورد معامله معین بوده و معامله صحیح است و در این معامله بدون پذیرش ثمن شناور و فقط با یک استدلال حقوقی و رعایت اصول، صحیح بودن معامله حاصل می شود. هدف در اینجا صحیح بودن معامله است و تفاوتی نمی نماید که با چه استدلالی به این هدف می رسیم. در این که ثمن شناور مورد پذیرش باشد

۸۱. رک. امامی، دکتر سید حسن، حقوق مدنی، جلد اول، ص ۲۱۴؛ بند ۱-۳ همین مقاله را نیز

ملاحظه فرمایند.

یا ثمن معین انتخاب شده از ایجاب های متعدد با قصد انشای واحد، از نظر تجار تفاوتی ندارد، زیرا حاصل هر دو صحت معاملات می باشد که بدان رسیده اند. این موضوع ساده ترین نوع ثمن شناوری بوده که می تواند با یک استدلال حقوقی مورد پذیرش حقوق ایران قرار گیرد.

#### ب. معلوم بودن مورد معامله

همان گونه که عنوان گردید، علاوه بر معین بودن مورد معامله، به حکم ماده ۲۱۶ قانون مدنی، مورد معامله باید نزد متعاملین معلوم باشد و علم اجمالی نسبت به آن کافی نیست مگر در مواردی که قانون علم اجمالی را کافی بداند. مورد معامله در صورتی معلوم است که مقدار، جنس و اوصاف اساسی آن برای طرفین معامله معلوم باشد و داوری این امر به عهده عرف نهاده شده است.<sup>۸۲</sup> یعنی هم در مورد مقدار و هم در مورد جنس و اوصاف، ضابطه معلوم بودن همان داوری عرف است. مثلاً چنانچه تکمیل یک پروژه انرژی اتمی که قسمتی از آن ساخته شده به عهده شرکت دیگری گذارده شود در حالی که حدود کلی مشخصات آن برای متخصصین امر روشن بوده و مورد نظر طرفین نیز باشد، معامله صحیح است؛ زیرا آنچه بر ذمه وی می باشد با توجه به طرحها و نقشه ها و آنچه که اکنون وجود دارد، مبهم نمی باشد. این داوری عرف است که می گوید با توجه به اطلاعات و مشخصات موجود مورد معامله معلوم است.<sup>۸۳</sup> صرف این که قصد انشای متعاملین به موضوع معلومی تعلق بگیرد، برای صحت عقد کفایت می کند. بنابراین، چنانچه جزئیات بسیار ریز دیگر مجهول بماند یا تعیین آن بر عهده سازنده یا فروشنده گذارده شود، اهمیتی ندارد و بر صحت عقد خللی وارد نمی نماید و موجبات اختلال در ارکان عقد و بطلان آن را به وجود نمی آورد. ناگفته نماند که برخی از فقها عقیده دارند که چون شرط جزء یکی از عوضین معامله می باشد لذا شرط

۸۲. ماده ۴۳۲ قانون مدنی.

۸۳. رک. امامی، دکتر سیدحسن، منبع فوق، ص ۲۸۳.

مجهول همیشه ایجاد غرر می نماید و جهل به آن موجب جهل به عوضین خواهد بود، به همین علت شرط مجهول را مطلقاً مفسد عقد می دانند.<sup>۸۴</sup> اما قانون مدنی، با پذیرش عرف بلد بر ایده آنان صحه نگذاشته است. به هر حال، تا آنجایی که مرتبط با مقدار ثمن می شود نیز اتفاق می افتد که ثمن نسبتاً مجهولی در عرف معلوم محسوب شود، لذا در این موارد هم می توان گفت که قانون مدنی تاب تفسیر موسعی را دارد.

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

ناگفته نماند که «معلوم» و «معین» بودن دو واژه ای هستند که با هم نسبت عموم و خصوص من وجه دارند؛ آنها در واقع مترادف نبوده و هریک دارای معنای مستقلی می باشند. اما به هر حال وقتی که ثمن نامعین و یا نامعلوم باشد، در هر دو حالت با مسامحه، به آن ثمن شناور گفته می شود، و چنانچه از نظر عرف هم نامعلوم و نامعین تلقی شوند تردیدی در عدم صحت معامله نباید روا داشت. اما به فرض صحت آنچه گفته شد، آیا باید بحث ثمن شناور را به طور کلی کنار گذاشت؟ یا باید در جستجوی راه حلهای دیگری بود تا در حد امکان به نیازهای روز جامعه پاسخ داده شود؟ در پاسخ می توان این موضوع را مطرح نمود که زمان معلوم و معین بودن از نظر نیازهای جامعه چه زمانی است، زمان انعقاد عقد یا زمان اجرای قرارداد و پرداخت ثمن؟ نیاز به اطلاع از این مطلب ما را به بررسی زمان اعتبار معلوم و معین بودن مورد معامله به شرح آتی سوق می دهد.

۸۴. بند ۱-۳ همین مقاله را ملاحظه فرمایند.

## ۲.۲. زمان اعتبار معلوم و معین بودن مورد معامله

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

موضوعی که در پاراگراف فوق عنوان گردید در مورد مواد ۳۸۴ و ۳۸۵ قانون مدنی نیز صادق است. پس هنگامی که موضوع معامله در زمان انعقاد عقد معلوم بوده ولی بعداً کمتر یا بیشتر از آنچه تصور می‌شده درآید عقد صحیح بوده و نباید در صحت آن تردید نمود. ولی از آنجا که این موضوع با ثمن شناور مرتبط نمی‌باشد لذا از بسط و بحث و بررسی آن خودداری می‌گردد. ثانیاً، چنانچه موضوع انشای متعاملین صرفاً نزد آنها نامعلوم بوده، در حالی که این موضوع نزد سایرین مبهم نباشد، معامله باز هم باطل محسوب می‌شود.<sup>۸۵</sup> لذا چنانچه بعداً موضوع معامله برای متعاملین معلوم گردد یا تردید برای آنها مرتفع شود این امر نمی‌تواند مهر تأییدی بر عقد باطل بگذارد و آن را صحیح نماید.

پس معلوم و معین بودن مورد معامله در زمان انشای عقد شرط صحت بوده و

۸۵. امامی، دکتر سیدحسن، (منبع فوق)، ص ۲۱۸.

اگر در آن زمان مجهول یا مردد باشد، عقد باطل خواهد بود و تعیین لاحق نمی‌تواند موجب اعتبار بخشیدن به عقد باطل گردد.<sup>۸۶</sup>

با این وجود، برخی از مواد قانون مدنی به نحوی نگارش یافته که تردید در لزوم معلوم و معین بودن مورد معامله در هنگام انشای عقد را به وجود می‌آورند. مثلاً از ماده ۳۵۲ قانون مدنی می‌توان چنین استنباط نمود که در مواردی که مبیع کلی بوده، لازم نیست عین مورد معامله در زمان انشای عقد تعیین شود، بلکه کافی است که وصف و جنس و مقدار آن چنان معلوم باشد که در آینده بتوان آن را تعیین نمود. به عبارت دیگر در این گونه معاملات «قابلیت تعیین» در آینده جهت صحت عقد کافی است.<sup>۸۷</sup>

با توجه به مطالب فوق می‌توان چنین نتیجه گرفت که در تمام قراردادهایی که مورد تعهد کلی است این حکم می‌تواند حتی در مورد احکام ثمن نیز جاری باشد. با این دیدگاه، چنانچه در عقد بیع ثمن کلی باشد (همان طوری که در بیع بین المللی و در بیع داخلی، ثمن غالباً پول بوده که کلی می‌باشد) قابلیت تعیین آن در آینده کافی بوده و معین بودن آن در زمان انعقاد قرارداد شرط نیست. این امر از مفاد ماده ۳۵۰ قانون مدنی نیز استنباط می‌گردد. و بنا بر ماده قانونی مذکور نیز تعیین مبیع در عقود بیع کلی در معین یا کلی فی الذمه لازم نیست. در نتیجه از وحدت ملاک این دو ماده چنین استنباط می‌شود که قاعده موجود در ماده ۳۵۰ قانون مدنی در مورد ثمن کلی نیز جریان داشته باشد. یعنی به عبارت دیگر، ضرورتی ندارد که ثمن در زمان انعقاد قرارداد معین باشد. چنانچه این ایده را بپذیریم، که پذیرش آن نیز منطقی جلوه می‌کند، هنوز برخی از مشکلات ثمن شناور به قوت خود باقی می‌ماند و تمام مسائل ثمن شناور حل نخواهد شد. چرا که مشکل عمده در ثمن شناور، هنگامی مطرح می‌گردد که متعاملین ثمن را به طور

۸۶. امامی، دکتر سید حسن، (منبع فوق) ص ۱۷۶؛ همچنین مراجعه شود به: کاتوزیان، دکتر ناصر، حقوق مدنی عقود معین، جلد اول، ص ۱۵۰.

۸۷. کاتوزیان، دکتر ناصر، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، ص ۱۸۶، شماره ۳۳۹.

کلی مسکوت می‌گذارند و لذا باید دید که آیا در مورد ثمن کلی عدم لزوم «معلوم بودن ثمن» در زمان انعقاد عقد هم قابل پذیرش است یا خیر؟

از ظاهر ماده ۳۵۱ چنین بر می‌آید که اگر در مبیع کلی مقدار و جنس و وصف معلوم باشد بیع صحیح خواهد بود و الا چنانچه مبیع کلی باشد ولی مقدار و جنس و اوصاف آن معلوم نباشد بیع صحیح نمی‌باشد. البته این موضوع از مفهوم مخالف ماده فوق استنباط می‌گردد و اگر بخواهیم با وحدت ملاک آن را به ثمن نیز تعمیم دهیم، گفته خواهد شد که در معاملاتی که در آنها ثمن کلی است، مقدار و نوع آن باید در زمان انشای عقد معلوم باشد و در غیر این صورت معامله باطل خواهد بود. پس با فرض این که در ثمن شناور، مورد معامله مجهول است، دیگر جایی برای بحث باقی نخواهد ماند و لاجرم باید چنین معامله‌ای را طبق قانون مدنی باطل اعلام نمود. بنابراین، با این پیش فرض که هرگاه ثمن مجهول باشد، معامله نیز به تبع آن باطل خواهد بود، آیا باید قبول نمود که دیگر جایی برای اثبات آنچه در عرف بر آن صحه گذارده شده است، وجود ندارد؟ آیا باید هر کجا که ثمن معلوم نبود، صرف نظر از «حدود نامعلوم بودن ثمن»، قراردادهای موضوع آن را باطل بشماریم؟ پاسخ به این سؤالات و این که اصولاً ثمن تا چه حدودی باید معلوم باشد و نقش عرف در تعیین آن چگونه است، موضوع بحث آتی خواهد بود که متعاقباً به آن خواهیم پرداخت.

### ۳. حدود معلوم بودن ثمن در معاملات و نقش عرف

در قانون مدنی اشاره‌ای به تعریف معلوم بودن ندارد و ضابطه‌ای را جهت تشخیص آن ارائه نمی‌دهد. از قسمت اول ماده ۳۴۲ قانون مدنی که نه تنها در مورد بیع، بلکه در سایر قراردادها نیز جاری است، روشن می‌شود که منظور از معلوم بودن این است که «مقدار»، «جنس» و «اوصاف» مورد معامله باید معلوم باشد. اگر دیگر مشخصات مبیع معلوم نباشد موجبی برای بطلان به وجود نمی‌آید. برای مثال چنانچه خریدار از قسمتهای داخل یک دستگاه فاکس یا رادیو و یا



تلویزیون آگاهی نداشته و این گونه موارد بر وی نامعلوم باشد، نمی توان مورد معامله را مجهول دانست. باید عنوان نمود که معلوم بودن مقدار و جنس و اوصاف نیز تابع عرف بلد است هرچند که قسمت اخیر ماده ۳۴۲ فقط از مقدار نام برده و بحثی از جنس و اوصاف ننموده است.

احاله قضیه به عرف، صرفاً محدود به نوع، میزان و وسیله سنجش «مقدار» نیست، بلکه اصولاً حدود معلوم بودن آن به عرف واگذار شده است. پس همین که کامپیوتر ۴۸۶ ساخت شرکت خاصی با مشخصات کلی آن مطرح شود مورد معامله معلوم تلقی می شود، هرچند برخی از مشخصات آن برای خریدار مبهم بماند، زیرا ضابطه معلوم بودن کمیت و کیفیت مورد معامله نیز تلویحاً به عرف بلد واگذار شده است. قانونگذار عملاً نمی تواند خلاف این امر را مقرر نماید. اگر به فرض محال چنین وضعیتی هم پیش می آمد که باید مختصات و اوصاف کامل مبیع برای متعاملین مشخص باشد، هیچ معامله ای به جز در موارد بسیار ساده آن، به طور صحیح واقع نمی شد. چون، فقط متخصصین سازنده مورد معامله هستند که به غالب مختصات مبیع آگاهی دارند و همین متخصصین هم راجع به کالاها یا اشیای دیگر مثل افراد عامی محسوب می شوند و علم آنها به تمامی مختصات سایر کالاها نیز ناقص می باشد و به معنای علمی آن موضوع معامله برای آنها نیز مجهول است. پس هنگامی که عنوان می شود مورد معامله باید برای طرفین معلوم باشد، همین اندازه که طرفین مقدار و جنس و کلیات وصف آن را بدانند کفایت می کند. به علاوه این امر هم، مربوط به تولیدات گیاهی است و همین اندازه هم علم به کالاهای صنعتی و اوصاف آنها برای صحت معامله ضرورت ندارد. مثلاً گاهی دستگاهی فروخته می شود و پس از فروش، بایع نحوه عملکرد آن را به مشتری یاد می دهد یعنی حتی پس از تحویل کالا، خریدار نحوه عمل با آن دستگاه را نیز نمی داند تا چه رسد به سایر اوصاف آن، لذا همین اندازه که خریدار بداند دستگاه فروخته شده چه کاری و با چه کیفیتی انجام می دهد، برای معلوم بودن مورد معامله در عرف کافی است.

آنچه گفته شد راجع به مبیع بود، اما با وحدت ملاک، این موارد در مورد ثمن نیز صادق است. درست است که مطابق عرف عامه مردم، وسیله معلوم نمودن ثمن به ارقام است، مثلاً هزار تومان یا یکصد دلار یا دویست پوند یا دو هزار مارک، اما بعضی مواقع در صنف خاصی، برخلاف ذهن عموم مردم، همین که مثلاً گفته شود فروش یک دستگاه بافنده لباس با قیمت تولیدی سال بعد، حدود ثمن معامله برای طرفین معلوم بوده و آنها ابهامی را احساس نمی نمایند؛ چرا که آن صنف خاص می داند تورم چقدر است، حقوق کارگران برای تولید دستگاه چند درصد بالا خواهد رفت و مواد اولیه چقدر گران خواهد شد. پس ثمن برای آن صنف خاص معلوم است هرچند برای دیگران در دایره ابهام قرار گرفته باشد.

با توجه به آنچه عنوان گردید، لزوماً باید گفت که چنانچه مقدار ثمن معامله برای خریدار معلوم نباشد، همین مقدار برای شمول مفهوم جهل به مورد معامله و بطلان آن کافی می نماید، اما اگر خریدار از همان صنف باشد و فاکتورهای مختلف تعیین ثمن بعدی را بداند، آیا باز هم وضع معلوم و مجهول بودن ثمن معامله، مثل مورد اول است؟ آیا در اینجا نیز ثمن معامله در نزد متعاملین نامعلوم می باشد؟ طبیعی است که آن دو مورد مثل هم نیستند، در مورد اول ثمن مجهول است، در حالی که در مورد دوم ثمن برای صنف خاصی عرفاً معلوم است. لذا هر کجا که بحث از علم به مورد معامله و ثمن مطرح است، مقصود آگاهی عرفی بوده و معیارهای تجربی و علمی محض مورد نظر نمی باشد. در نتیجه، در این گونه موارد، متعلق انشای متعاملین در هنگام عقد معلوم است و همین مقدار معلوم بودن عرفی برای صحت عقد کفایت می نماید. حال اگر بعداً واقع امر خلاف متعلق انشای متعاملین باشد، در عقدی که صحیحاً واقع شده، تأثیری نمی گذارد. علیهذا، این که گفته شود برای رفع غرر به مغبون باید به وی حق فسخ قرارداد را داد تلویحاً مفید صحت وقوع عقد مورد نظر است.

شرکتهای تولیدی که سهامداران آنها را سرمایه داران کوچک تشکیل می دهند به شدت به صحت چنین قراردادهایی نیازمندند. رواج قراردادهای مربوط

به فروش ماشین آلات و غیره در جامعه امروزی، حقوقدانان را که هنوز سنتی فکر می‌کنند بیدار خواهد نمود تا چاره‌ای برای مسأله ثمن شناور بیابند.

هرچند صحت این معاملات از تفسیر مواد قانونی و نه از مصالح اجتماعی استنباط می‌گردد ولی قبولاندن آن به قضات فعلی دادگاهها بسیار مشکل است و اصل صحت قراردادها هم جرأت کافی به قضات نمی‌دهد تا تصمیم قاطعی اتخاذ نمایند و فقهایی هم که به استناد اخبار رسیده از معصوم، قیمت متداول در بازار را جانشین ثمن مجهول می‌دانند<sup>۸۸</sup> اندک می‌باشند و نظر آنها شاذ و غیر مفتی به تلقی می‌شود، که بر مشکل معاملات مردم و تجار می‌افزاید.

در زمان گذشته که عقود را منحصر به عقود معین می‌دانستند، می‌توانستند عقود معاوضی را که عوض آن مجهول بود در قالب موسع عقد صلح تجزیه و تحلیل نموده و آن را مورد پذیرش قرار دهند ولی امروزه نباید به این گونه توجیهات متروک متوسل شد و اصولاً نیازی به آنها نیست.

به هر حال، ضرورت‌های اجتماعی و مصالح مردم و عدم امکان غرر در معاملات صنفی که به ثمن معامله یا حدود آن آگاهی دارند و سرعت در معاملات و اطمینان از انعقاد معامله که برای حیات تجاری بازرگانان و ادامه کار کارخانه داران ضروری است، ایجاب می‌نماید که ایده ثمن شناور، به تبعیت از عرف جامعه، مورد شناسایی صریح قانونگذار نیز قرار گیرد و این امر باعث افزایش سطح معاملات، افزایش موارد صحت معامله، سود تجاری برای متعاملین و جلوگیری از ورود ضرر به خریدار و فروشنده از جهت قیمت عادلانه و به فروش رفتن تولیدات و اطمینان از در دسترس بودن قطعات یدکی برای ادامه کار و وجود و حدود مشتریان می‌شود.

قبول ثمن شناور همچنین باعث سرمایه‌گذاری و تولید بیشتر شده و تولید ملی را بالا می‌برد. در عین حال به کارگیری وسایل مطلوب علم روز و وسایل پیشرفته‌تر برای تولید بهتر را تسهیل می‌نماید و باعث تولید کار و توسعه اقتصادی و افزایش فرصتهای شغلی می‌شود.

پس عقل سلیم و ضرورت‌های اجتماعی و اقتصادی ایجاب می‌نماید تا در موارد خاصی که ثمن شناور موجب غرر نمی‌شود آن را صریحاً در قانون ایران به رسمیت بشناسیم.

### مبحث چهارم ثمن شناور در کنوانسیون‌های بین‌المللی

ثمن شناور از دیر باز مورد بحث و گفتگوی کشورها و مجامع و کنفرانس‌های بین‌المللی راجع به بیع کالا بوده است. این موضوع در ماده ۶۷ پیش‌نویس ۱۹۵۶ UNIDROIT و ماده ۵۷ کنوانسیون متحدالشکل بیع بین‌الملل لاهه (مصوب ۱۹۶۴) و ماده ۳۶ پیش‌نویس ۱۹۷۶ و ماده ۳۷ پیش‌نویس بیع آنسیترال و ماده ۵۱ پیش‌نویس ۱۹۷۸ کنوانسیون بیع کالا که بالاخره پایه کنوانسیون بیع بین‌الملل ۱۹۸۰ وین گردید، آمده است. نظر به این که پیش‌نویس‌ها و قوانین فوق از نظر اجرایی منتفی هستند لذا در این مبحث، منحصرأ به بررسی کنوانسیون ۱۹۸۰ وین خواهیم پرداخت.

#### ۱. ثمن شناور در کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به قراردادهای بیع

##### بین‌المللی کالا مصوب ۱۹۸۰ وین

همان‌گونه که قبلاً مطرح گردید در برخی از سیستم‌های حقوقی، قرارداد بدون ثمن معین و یا قابل تعیین منعقد نمی‌شود، چون معلوم و معین بودن ثمن را رکن اساسی معامله محسوب می‌نمایند. به همین دلیل بود که تصویب اصل ۵۵ در رابطه با ثمن قرارداد، در بیش از ۵۰ مورد با مخالفت و تعرض کشورها مواجه گردید و ۳۲ سخنرانی له و علیه آن صورت گرفت و بالاخره پس از این همه بحث و گفتگو با ۴۰ رأی موافق و سه رأی مخالف و پنج رأی ممتنع به تصویب رسید.

در سال ۱۹۵۶ که در پیش‌نویس کنوانسیون بیع، بحث از ثمن شناور پیش

آمده بود، چنین مقرر گردید که در صورت عدم تعیین ثمن یا مسکوت گذاردن آن خریدار باید ثمن متعارف تعیین شده از طرف فروشنده در زمان انعقاد قرارداد را بپردازد و در صورت عدم وجود چنان ثمن متعارفی، خریدار باید براساس نرخ رایج بازار ثمن را پرداخت نماید. به موجب پیش نویس کنوانسیون مذکور متعاملین نمی توانستند به قانون ملی برای احراز بطلان معامله استناد نمایند و همین شیوه در ماده ۶۷ پیش نویس سال ۱۹۶۳ نیز مورد پذیرش قرار گرفت.

در آنسترال (UNCITRAL) بحث‌های طولانی و زیادی حول ثمن شناور صورت گرفت، عده‌ای معتقد بودند که تعیین ثمن از جمله موارد مقتضای ذات عقد است، لذا چنانچه ثمن مشخصی وجود نداشته باشد، عقدی واقع نمی‌گردد. در حمایت از این عده، گروهی عنوان می‌نمودند بحث از ثمن شناور، با صحت قرارداد مرتبط بوده و در حیطه کنوانسیون نمی‌باشد و پاره‌ای از کشورهای جهان سوم و کشورهای سوسیالیست نیز به خاطر برخی مصالح، از درج چنین ماده‌ای در کنوانسیون وین حمایت نمی‌کردند.<sup>۸۹</sup> این گروه از کشورها عقیده جدی داشتند که نمی‌توان قراردادی را منعقد شده فرض نمود در حالی که نه ثمنی برای آن معین شده و نه قابل تعیین باشد.<sup>۹۰</sup> حتی پیشنهاد شد که قرارداد فاقد ثمن مشخص باید غیرقابل اجرا باشد، چون باعث بروز مشکلات زیادی می‌شود. به هر حال، دیگران تلاش در رفع ابهامات و پذیرش ثمن شناور داشتند.<sup>۹۱</sup> عمده اعتراض معترضین حول این محور دور می‌زد که نمی‌توان ثمنی که معمولاً توسط فروشنده معین می‌شود را تشخیص داد به ویژه که قراردادهای منعقد از نظر شروط تولید کالا، مواد اولیه استفاده شده، نوع، زمان و مکان پرداخت و روابط تجاری طرفین و سایر

۸۹. بحث مربوط به اینکه بالاخره چه ثمنی باید تعیین شود همیشه یک بحث مشاجره انگیز بوده و حول موارد ذیل نوسان داشته است:

الف - ثمنی که عموماً وضع شده است. ب - ثمنی که معمولاً فروشنده وضع می‌نموده است. ج - ثمنی که معمولاً در تجارت وضع می‌شود و در همه موارد فوق بحث بر سر این است که آیا اثمان فوق در زمان انعقاد قرارداد ملحوظ نظر قرار گیرد یا زمان تحویل مبیع.

90. Yearbook, I (1968 - 1970), 173 - 174.

91. Yearbook, IV, (1973), 32 - 33, 73 - 74.

فاکتورها با هم برابر و مساوی نیستند. برخی دیگر معتقد بودند که پایه و مبنای تعیین ثمن برای این گونه موارد به طور واضح معین شود در حالی که بعضی دیگر هم به طور کلی با وضع چنین ماده‌ای مخالفت می نمودند. اما دیگران چنین امری را به صلاح نمی دانستند چون در صورت فقدان چنین ماده‌ای قانون ملی کشورها، که طیف وسیعی از تئوریهای متضاد را تشکیل می دهند، حاکم بر قضیه می شدند و در نتیجه متعاهدین و قضات و داوران با مشکلات نحوه انتخاب قانون حاکم مواجه می گردیدند. به هر حال ماده ۵۵ کنوانسیون پس از جرح و اصلاحات متعدد و تغییر کلمات و عبارات به تصویب رسید که با ماده ۱۴ همین کنوانسیون ناهماهنگ است.

## ۲. چگونگی حل تعارض مادتين ۵۵ و ۱۴ کنوانسیون ۱۹۸۰ وین

بند یک ماده ۱۴ کنوانسیون به شرح ذیل است:

«پیشنهاد انعقاد قرارداد به یک یا چند نفر شخص معین در صورتی ایجاب محسوب می شود که به اندازه کافی مشخص بوده و دال بر قصد التزام پیشنهاد دهنده در صورت قبول طرف مقابل باشد. پیشنهاد در صورتی به اندازه کافی مشخص است که کالا را مشخص نموده و به نحو صریح یا ضمنی مقدار ثمن را معین یا ضوابطی را برای تعیین آن دو مقرر دارد».

آنچه از ماده فوق مستفاد می شود این است که در صورتی یک پیشنهاد به عنوان یک ایجاب تلقی می شود که به اندازه کافی مشخص باشد و ایجاب وقتی مشخص خواهد بود که علاوه بر تعیین کالا، به طور صریح یا ضمنی ثمنی برای معامله وضع شده باشد. پس هرگاه در قراردادی ثمن مشخص نباشد و شیوه‌ای نیز برای آن معین نشده باشد، اصولاً قراردادی منعقد نشده است.<sup>۹۲</sup>

۹۲. برای توضیح بیشتر حول این ماده مراجعه شود به: تفسیری بر حقوق بیع بین المللی، ترجمه داراب پور، مهاباد، جلد اول، کتابخانه گنج دانش، سال ۱۳۷۴، صفحات ۱۸۶ الی ۲۰۷.

از طرف دیگر ماده ۵۵ کنوانسیون فوق مقرر می‌دارد:

«هرگاه قرارداد به نحو صحیحی منعقد شده باشد، ولی ثمن به طور صریح یا ضمنی تعیین نشده یا مقرراتی برای تعیین آن وضع نگردیده باشد، در صورت فقدان هرگونه دلیل مخالف، چنین فرض می‌شود که طرفین به طور ضمنی بر روی ثمنی که عموماً در زمان انعقاد قرارداد برای چنان کالای فروخته شده‌ای که در اوضاع و احوال مشابه در تجارت مربوطه رایج است توافق کرده‌اند».

پس کنوانسیون در ماده ۵۵ خود برای مواردی که ثمن به نحو صریح یا ضمنی معین نشده یا ضوابطی برای تعیین آن مقرر نگردیده است، راه‌حلی ارائه داده است. یعنی هرگاه قرارداد بدون ذکر صریح یا ضمنی ثمن منعقد شده باشد، ثمن رایج در بازار خلأ موجود را پر خواهد کرد.<sup>۹۳</sup>

تردیدی وجود ندارد که مواد ۱۴ و ۵۵ با یکدیگر متعارضند، زیرا استفاد از ماده ۱۴ این است که تعیین مقدار ثمن یا لاقلاً توافق در خصوص شیوه آتی تعیین آن، شرط لازم برای انعقاد قرارداد است. در حالی که طبق ماده ۵۵ چنین استنباط می‌شود که قرارداد بدون ذکر ثمن یا توافق بر روی ضابطه‌ای جهت تعیین آن در آینده نیز می‌تواند صحیحاً منعقد گردد و حتی چنانچه ثمن به طور کلی هم مسکوت گذارده شده باشد، باز هم امکان این که قرارداد معتبری منعقد شده باشد وجود دارد.

در راستای جمع این دو ماده، صاحب نظران و تدوین کنندگان و نویسندگان نظریاتی را ابراز نموده‌اند<sup>۹۴</sup> که به شرح ذیل مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۹۳. برای ملاحظه سابقه تاریخی این ماده و تفسیر و مشکلات آن مراجعه شود به: تفسیری بر بیع بین‌المللی، ترجمه داراب پور، مهراب، جلد دوم، کتابخانه گنج دانش، سال ۱۳۷۴، صفحات ۲۶۸ - ۲۵۷.

۹۴. برای مثال منبع ذیل را ملاحظه فرمایید: ژان پیر پلانتر، حقوق جدید متحدالشکل بیع بین‌المللی، ترجمه ایرج صدیقی، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره ۱۴ و ۱۵، بهار - تابستان ۷۰، ص ۳۲۵ - ۳۲۴.

Eörsi (Gyula), Problems of Unifying Law on the Formation of Contract for the International Sale of Goods, The American Journal of Comparative Law, vol 27, page xx.

### الف - لزوم اعمال ماده ۵۵ در مواردی که يك يا چند کشور عضو قسمت دوم کنوانسیون نیستند

عنوان شده که ماده ۵۵ فقط در مواردی حاکم است که مرکز تجاری یکی از طرفین قرارداد در یکی از کشورهای تصویب کننده یا قبول کننده قسمت سوم کنوانسیون باشد. در این صورت قسمت دوم کنوانسیون که مرتبط با انعقاد قرارداد بوده در مورد آن طرف اعمال نخواهد شد و تعارضی هم وجود نخواهد داشت. لذا در صورت تحقق چنین واقعیتی، تردیدی وجود ندارد که تعارضی مطرح نخواهد شد. زیرا بند اول ماده ۹۲ این کنوانسیون مقرر می‌دارد: «هریک از کشورهای متعاقد می‌توانند در زمان امضا، تصویب، قبول، تأیید و یا الحاق اعلام نمایند که ملزم به رعایت قسمت دوم این کنوانسیون نخواهند بود یا التزامی به مراعات قسمت سوم این کنوانسیون نخواهند داشت» بنابراین مطابق مقررات کشوری که صرفاً عضو قسمت دوم کنوانسیون است نه سوم، قرارداد بدون تعیین ثمن یا مشخص نمودن ضابطه‌ای برای آن منعقد نمی‌شود و ثمن شناور هم مقبول نخواهد بود. در حالی که، چنانچه کشوری عضو قسمت سوم کنوانسیون بوده ولی عضو قسمت دوم آن نباشد در این صورت ثمن شناور در آنجا معتبر خواهد بود و بر طبق ماده ۵۵ تعیین خواهد شد.<sup>۹۵</sup> البته تاکنون هیچ کدام از کشورهایی که کنوانسیون را تصویب نموده‌اند یا بدان ملحق شده‌اند استثنایی برای اعمال آن قائل نشده‌اند.<sup>۹۶</sup>

### ب - پذیرش حکومت ماده ۵۵ بر ماده ۱۴

عنوان گردیده که اصل ۱۴ مربوط به انعقاد قرارداد است و اصل ۵۵ مرتبط با اجرای قرارداد می‌باشد، لذا هنگامی که یک قرارداد منعقد می‌گردد دیگر بحث از این که ایجاب آن به اندازه کافی مشخص بوده یا خیر، بی‌مورد است؛ چرا که

۹۵. برای اطلاع بیشتر از علت این تفکیک و اجازه پذیرش قسمت دوم یا سوم کنوانسیون مراجعه شود به: نفسیری بر حقوق بیع بین الملل، منبع فوق، جلد سوم، صفحات ۲۱۰ - ۲۰۸.

96. See Honnold, John. Uniform law for International Sales, under the 1980 United Nations Convention, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991, pages: 409 - 411, and 194 - 203.



به مجرد انعقاد قرارداد، صرف نظر از این که مقرراتی برای تعیین ثمن وضع شده باشد یا خیر، دال بر این می باشد که پیشنهاد به اندازه کافی معین بوده است. لذا شیوه ای که تکیه بر صحت و عدم صحت پیشنهاد بعد از انعقاد قرارداد می نماید، برای تفسیر مناسب نمی باشد.

نتیجه ای که از این روش تفسیر حاصل شده این است که اصل ۵۵ حاکم بر اصل ۱۴ می باشد.<sup>۳۷</sup> البته نباید ایراد وارد نمود که مسائل مربوط به اعتبار قرارداد از شمول کنوانسیون خارج می باشد و تفسیر فوق متضمن این مطلب است که باید یکی از مصادیق و مسائل راجع به اعتبار قرارداد را مشمول کنوانسیون قرار دهیم، (از تفسیر فوق چنین مطلبی استنباط نمی شود) و لذا چنانچه به هر علتی، ولو اقرار، ثابت شود که معامله ای صورت گرفته و ثمن در آن مشخص نباشد می توان این ماده را اعمال نمود. مثلاً اگر خریدار و فروشنده به طور کتبی اقرار نموده باشند که قراردادی بین آنها منعقد شده، حال چنانچه این قرارداد به هر وضعی منعقد شده باشد، مقررات ثمن شناور بر آن حاکم خواهد بود.

در اینجا لازم است تأکید گردد که حکم ماده فوق متکی بر فرضی است که قرارداد صحیحاً واقع شده باشد و بنابراین در صورتی مقررات ثمن شناور قابلیت اجرا دارد که قرارداد معتبر باشد. کنوانسیون در مورد این که آیا قرارداد مورد نظر معتبر بوده یا خیر، بحثی نمی نماید، چون از حیطة شمول آن خارج است.

### ج- پذیرش ثمن شناور با توجه به قصد مشترك طرفین

مقررات کنوانسیون جنبه آمرانه ندارد و متعاملین می توانند براساس ماده ۶ کنوانسیون شمول آن را استثنا نموده یا آثار هر یک از مقررات آن را تغییر دهند و یا از آنها عدول نمایند. بنابراین، با پذیرش صحت و اعتبار قرارداد عملاً حکم ماده ۱۴ استثنا شده و دادرس باید با توجه به اوضاع و احوال قضیه اعتبار یا عدم صحت قرارداد را در قصد نوعی و برون ذاتی طرفین جستجو نماید، چنانچه از دیدگاه

97. See also DARABPOUR, M. Some Aspects of business law, Dana Publisher, 1996, p. 103.

نوعی، طرفین قطع و جزم در انعقاد قرارداد داشته باشند، دیگر ضرورتی برای معلوم و معین بودن ایجاب وجود ندارد. مثلاً هنگامی که یک کشتی باری به علت جلوگیری از فساد محموله خود یا غرق شدن، قطعات یدکی را بدون ذکر ثمن می‌پذیرد و آن را بر روی کشتی سوار می‌نماید، تردیدی وجود نخواهد داشت که طرفین قصد انشای معامله و تعهد به اجرای آن را داشته‌اند و خریدار ترجیح داده بجای صرف وقت برای چانه زدن بر روی قیمت، ثمن متعارف و معقول در بازار را بپردازد.<sup>۸۸</sup>

به هر حال هنگامی که اعتبار قرارداد با معیارهای برون ذاتی و نوعی روشن شد، یعنی مشخص گردید که از دیدگاه افراد همسان و هم‌تراز با آنها، متعاملین علی‌رغم مسکوت ماندن ثمن در قرارداد قطعی، قصد انعقاد آن را داشته‌اند، آنگاه نوبت به اعمال مقررات موجود در اصل ۵۵ می‌رسد و دادرس شخصاً یا با مراجعه به کارشناس ثمن معامله را با آن ضابطه تعیین می‌نماید.

ناگفته نماند در صورتی قصد مشترک طرفین، که با ضابطه نوعی تعیین می‌گردد، منعقد کننده قرارداد محسوب می‌شود که سایر شروط صحت قراردادها نیز موجود باشد و تنها در این صورت است که دادرس بر اساس مقررات موجود برای تعیین مقدار ثمن اتخاذ تصمیم می‌نماید و الا اگر اعتبار و صحت قرارداد محرز نگردد، ضابطه تعیین ثمن حاکم نخواهد شد.

#### د- پذیرش ثمن شناور در صورت احراز صحت قرارداد در قانون حاکم

گروهی دیگر برای سازش بین مادتين ۱۴ و ۵۵ معتقدند که با بهره‌گیری از عبارت «به نحو صحیحی منعقد شده باشد» چنین استنباط می‌شود که حکم مذکور در ماده ۵۵ راجع به ثمن شناور، در مواقعی به مرحله اجرا در می‌آید که به موجب قانون حاکم بر اعتبار قرارداد، قرارداد معتبری وجود داشته باشد. البته قانون حاکم بر قرارداد بر اساس قواعد حل تعارض قوانین (حقوق بین الملل خصوصی) مشخص

98. Honnold John, Uniform Law for International Sale, (supra), page 409 - 413.

خواهد شد. به عبارت دیگر، چنانچه قرارداد به موجب قانون حاکم به هر علتی باطل باشد ولو این که ثمن شناور در آن قانون هم به رسمیت شناخته شده باشد، باز هم قواعد مربوط به ثمن شناور اعمال نخواهد شد. به عبارت دیگر چنانچه مطابق قانون حاکم، طرفین مختار در مسکوت گذاردن یا عدم تعیین ثمن باشند، اما معامله آنها از جهت دیگری باطل و یا سایر شرایط صحت قرارداد موجود نباشد، دیگر نوبت به اجرای ماده ۵۵ نخواهد رسید.

از همه مواردی که در بالا ذکر شد می توان چنین نتیجه گیری نمود:

مورد الف یکی از مواردی است که نشان می دهد تعارضی وجود ندارد. در تئوری نیز می توان فرض نمود که طرفین براساس ماده ۶ کنوانسیون به طور ضمنی اجرای ماده ۱۴ را رد کرده اند و قرارداد علی رغم ماده مذکور به نحو معتبری واقع شده است.

هنگامی که طرفین شیوه ها و عرف و عادات مورد توافقی داشته باشند و رویه هایی را بین خود تأسیس یا تصدیق نموده باشند، ملزم به آن عرف و عادات و رویه ها خواهند بود. از جمله این که طرفین باید به عرف و عاداتی که بر آن وقوف دارند و یا باید وقوف می داشتند و آن عرف و عادات در تجارت بین الملل به نحو گسترده ای برای طرفین در قراردادهای مشابه در تجارت خاصی، شناخته شده و به طور منظم مراعات گردیده نیز متعهد و پایبند باشند. پس قرارداد می تواند به نحو معتبری بدون رعایت ماده ۱۴ و صرفاً در اجرای ماده ۹ همین کنوانسیون منعقد شده باشد. اعمال ماده ۹ در عمل امکان اجرای ماده ۵۵ راجع به ثمن شناور را در بسیاری از موارد به وجود می آورد. به هر حال، تا زمانی که کنوانسیون راجع به اعتبار و صحت قراردادها تصویب نشده باشد، ملاک تعیین این که آیا ماده ۵۵ قابلیت اجرا دارد یا خیر، معتبر واقع شدن قرارداد به موجب قانون حاکم است. با این وجود، تناقض بین ماده ۱۴ و ۵۵ کنوانسیون قابل رفع بوده و نمی تواند در عمل مشکلات زیادی به وجود آورد. در مواقعی که بالاخره قرارداد با ثمن شناور منعقد می شود برای معین نمودن ثمن باید به معیار موجود در ماده ۵۵ کنوانسیون

متوسل شد.

### نتیجه

## ضرورت پذیرش و هماهنگی با شیوه جهان شمول

### ثمن شناور

هرچند ثمن شناور در برخی از سیستم های حقوقی، مثل حقوق ایران، به رسمیت شناخته نشده، اما در سطح بین المللی و داخلی بسیاری از کشورها و حتی توسط کشورهای مثل فرانسه که در حقوق داخلی خود بر آن مهر صحت نهاده اند، به نحو روز افزونی مورد پذیرش قرار گرفته است. رواج چنین قراردادهایی بیشتر از آن است که قوانین موضوعه یا دستگاه قضایی کشورها بتوانند در صدد انکار آن برآیند. نیاز جامعه کنونی و مراودات بازرگانی، احتیاج به افزایش تولید بهینه و بالاتر ملی، افزایش فرصت های شغلی، افزایش سطح معاملات، گسترش موارد صحت قرارداد، امکان سود بیشتر تجاری برای متعاهدین، تقلیل احتمال ضرر به متعاملین، اطمینان از وجود و تعداد خریداران برای تولید متناسب با نیازهای جامعه و جلوگیری از ضایع شدن تولیدات و دهها عامل دیگر مقبولیت ثمن شناور را اجتناب ناپذیر نموده است. ضرورت وجود ثمن شناور در قراردادهایی که تولیدکنندگان باید برای مدت طولانی و سالهای متمادی قطعات یدکی که احتمالاً مورد نیاز خریدار می باشد را تدارک ببینند، غیر قابل انکار و اجتناب است.

برای حل مشکلات ثمن شناور در برخی مواقع قوانین مختلف یا نویسندگان حقوقی به تشکیل مرحله ای قرارداد متوسل شده اند. قرارداد با آخرین توافق، مثلاً بر روی ثمن، تکمیل می شود. مراحل قبلی مذاکرات طرفین، قراردادی را به وجود نمی آورد و چنانچه آخرین توافق به عمل نیاید قراردادی منعقد نمی شود. این شیوه در مواقعی که بالاخره توافق نهایی صورت می گیرد یا به طور ضمنی از اجرای قرارداد توافق نهایی استنباط می گردد کارساز است. اما برای سازندگان کالاهای

صنعتی که در تدارک تهیه مقدمات و مراحل تولید می باشند می تواند چنانچه بالاخره توافق نهایی صورت نپذیرد مشکل ساز باشد.

مقرراتی که تکمیل کننده اراده طرفین هستند نیز برای رفع مشکلات ثمن شناور و تعیین آن می تواند کارساز باشد. قاضی با در نظر گرفتن خواسته های طرفین و مقررات قانونی پرکننده خلأ ثمن را تعیین خواهد نمود. این شیوه در مواد ۳۱۶ قانون مدنی آلمان ۱۴۷۴ قانون مدنی ایتالیا بند ۳ ماده ۴۰۳ - ۲ و ماده ۳۰۵ - ۲ قانون متحدالشکل تجاری ایالات متحده آمریکا، بند یک ماده ۱۵ قانون تدارک کالا و خدمات انگلیس مصوب ۱۸۹۲ و بند ۲ ماده ۸ قانون بیع کالا مصوب ۱۹۷۹ کشور مذکور به کار گرفته شده است.

گاهی به قاضی اجازه داده شده تا نواقص قرارداد را بر طرف کند (مثلاً ماده ۱۵۷ قانون مدنی آلمان) یا در صورتی که شخص ثالث یا طرفین در تعیین قیمت اشتباه کرده باشند آن را رفع نماید. اعمال نظر قاضی، همان گونه که قبلاً هم شرح آن گذشت، در صورتی مجاز است که در قانون به طور ضمنی یا صریح آمده باشد یا در قرارداد مقرراتی برای این گونه دخالت ها وضع شده باشد و الا قاضی نمی تواند برای طرفین، قرارداد جدیدی را منعقد نماید.

پس همان گونه که مطرح شد قوانین مختلف برای تعیین ثمن در معاملاتی که ثمن شناور آن به طور ابتدایی مشخص است یا امکان تعیین آن با شیوه خاصی وجود دارد یا توسط فرد ثالثی باید تعیین شود ولی شخص ثالث قادر به تعیین ثمن نمی باشد یا اصولاً حاضر به مشخص نمودن ثمن نمی گردد یا شاخص خاص مورد نظر دیگر انتشار نمی یابد یا شیوه مورد نظر نمی تواند تعیین کننده ثمن باشد، تدابیر تکمیل کننده متفاوتی اندیشیده اند. در مواردی که ثمن مشخص نشده است، برخی از سیستم ها ثمن رایج در بازار را ملاک قرار داده و دیگران بر ثمن که فروشنده معمولاً وضع می نموده اتکا نموده اند. کنوانسیون ۱۹۸۰ وین که طیف وسیعی از کشورها با سیستم های حقوقی و سیاسی و اجتماعی متفاوت آن را پذیرفته فرض را بر این قرار داده که طرفین به طور ضمنی بر روی ثمنی که عموماً

در زمان انعقاد قرارداد با توجه به اوضاع و احوال مشابه تجارت مربوطه برای چنان مبیعی رایج بوده، توافق نموده اند. برخلاف کنوانسیون، برخی سیستم های حقوقی برای تعیین ثمن شناور زمان تحویل کالا را ملاک قرار داده اند. به هر حال، به علت متفاوت بودن شرایط معاملات نمی توان بر ترجیح یکی بر دیگری استدلال کرد؛ ولی مشخص بودن این زمان، اعم از زمان انعقاد قرارداد یا زمان تحویل کالا، کار را برای متعاملین و نهایتاً قضات و داوران آسان تر خواهد نمود. با توجه به پذیرش ملاک زمان انعقاد قرارداد توسط تعداد کثیری از کشورها، دلیلی وجود ندارد که از شیوه متخذه در کنوانسیون بیع بین الملل وین عدول نماییم.

به جز در موارد خاصی که تدابیر اصولی اجازه چنین اقدامی را می دهد، مشکل می توان ثمن شناور را از مواد قانون مدنی ایران استنباط نمود چون این امر مطمح نظر قانونگذاران نبوده و قضات ایرانی نیز به سختی می توانند آن را هضم نمایند، هرچند چنین ثمنی عملاً در جامعه پذیرفته شده و تجار و متعاملین بدون در نظر گرفتن شیوه های خشک مواد قانونی بدان پایبند بوده و عمل می نمایند. لذا شایسته است در پاره ای موارد استفاده از ثمن شناور تجویز شده یا تدبیری برای پذیرش آن در محاکم اندیشیده شود تا ثمره اقتصادی بیشتری از درخت تنومند و پر شکوفه حقوق چیده شود. آن وقت است که حقوق از حیطة تنوری های غیر قابل انعطاف و خشک و غیر مفید و احیاناً مضر، خارج و در جهت بارور کردن برنامه های اقتصادی مؤثر واقع می شود. ناگفته نماند که هیچ قاعده ای نمی تواند به طور کامل بی ضرر باشد که گفتیم: گل بی خار نباشد و گنج بی مار و ثمن شناور بی ضرر. به هر حال باید طرحی اندیشیده شود تا ضمن بهره برداری از منافع به کارگیری ثمن شناور از عواقب سوء احتمالی یا اضرار آن کاسته شود. بدیهی است که منافع ثمن شناور با نفی آن در قراردادها حاصل نخواهد شد و بالاخره قانونگذار راهی جز پذیرش آن نخواهد داشت. برای پاسخگویی به نیازهای جامعه و همگامی با پیشرفتهای اقتصادی و علمی و سرمایه گذارهای کلان و عدم ایجاد مانع در این راه چاره ای جز تعدیل اصل معلوم و معین بودن ثمن، که پیام مقاله حاضر است،

در حقوق ایران نداریم. بدیهی است که تعدیل این اصل موجب صحت معاملات غرری نمی‌شود و این‌گونه معاملات کماکان باطل خواهد بود. عقلای جهان معامله‌ای که موجب غرر باشد و باعث نزاع و کشمکش گردد را نمی‌پذیرند؛ اما پذیرش ثمن شناور با توجه به معیارهای دقیق تعیین شده برای تعیین ثمن یا معیارهایی که طرفین برای آن وضع می‌نمایند نه تنها موجبات بروز نزاع، ضرر و غرر نشده، بلکه فواید زیادی را به ارمغان می‌آورد که صرف نظر نمودن از آن مورد نکوهش و ملامت عقلای عالم می‌گردد. در موارد خاص و برای پیشبرد مقاصد اقتصادی علمی، گذاردن مهر صحت بر معاملات با ثمن شناور بیشتر به عرف و شیوه خردمندان عالم نزدیک‌تر است و قانونگذاران نباید از آن غفلت نمایند. تأخیر در پذیرش چنین ایده جهان‌شمولی جز ایجاد مشکل برای مردم و ورود ضرر و احتمالاً رکود اقتصادی و عقب افتادگی قانونگذار از عرفهای مستحسن و نکوهش خردمندان چیزی به ارمغان نخواهد آورد. باید همراه عرف پسندیده مردم گام برداشت و مطابق نیاز جامعه به وضع قانون جدید مبادرت ورزید که این امر موجب تمجید متفکران عالم است.