

نگاهی دیگر به ضابطه کفایت علم اجمالی در «مورد معامله»:

تفسیر ماده ۲۱۶ قانون مدنی بر مبنای قاعده غرر

دکتر سیدحسین صفایی*

چکیده

برابر ماده ۲۱۶ قانون مدنی، مورد معامله نباید مبهم باشد؛ یعنی از لحاظ جسم و وصف و مقدار باید معلوم و مشخص باشد، مگر «در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است». در این که در چه مواردی علم اجمالی کافی است و ضابطه آن چیست، علمای حقوق اختلاف نظر دارند. بعضی از استادان حقوق «موارد خاصه» را مواردی می‌دانند که در قانون تصریح شده است، مانند دین مورد ضمان یا نوع تجارتی که عامل (مضارب) در مضاربه باید انجام دهد. برخی دیگر از حقوق‌دانان با استفاده از پاره‌ای موارد قانونی بر آنند که فقط در عقود مسامحه (عقود مبتنی بر تسامح و احسان) علم اجمالی کافی است. برخی دیگر از استادان حقوق نظریه مختلطی را پذیرفته و گفته‌اند: «هم در عقود مسامحه و هم در عقود دیگری که نیازهای اجتماعی ایجاد کند علم اجمالی به موضوع معامله کفایت می‌کند» و در ضمن اشاره کرده‌اند که نیازهای اجتماعی را قانون‌گذار باید تشخیص دهد و نباید تشخیص آن را به قاضی واگذار کرد.

نظر ما این است که هیچ یک از نظریه‌های فوق برای رفع نیازهای اجتماعی و اقتصادی امروز کافی نیست. به نظر ما می‌توان عرف را به عنوان ضابطه علم اجمالی پذیرفت؛ به این معنی که در هر موردی که بدون علم تفصیلی، معامله از نظر عرف غرری و

* استاد بازنشسته دانشکده حقوق دانشگاه تهران، استاد دانشگاه آزاد اسلامی (واحد علوم و تحقیقات).

خطرناک نباشد، علم اجمالی کفایت می‌کند. در این زمینه به‌ویژه می‌توان به «قاعده غرر» که از قواعد مهم فقهی و مستند به روایات و اجماع است استناد کرد. فقها بیشتر غرر را به معنی خطر و معامله غرری را معامله عرفاً خطرناک دانسته‌اند و تشخیص مصادیق غرر را به عرف واگذار کرده‌اند. از مصادیق معامله‌ای که علم اجمالی به آن کافی به نظر می‌رسد بیعی است که ثمن آن قابل تعیین با یک ضابطه نوعی (عینی) باشد، چنان‌که تعیین ثمن را به قیمت بازار واگذار کنند. این نوع معامله در حقوق تطبیقی و اسناد بین‌المللی هم معتبر شناخته است.

کلید واژگان

مورد معامله، علم تفصیلی، علم اجمالی، قرارداد مسامحه‌ای، قاعده غرر، ضابطه عرفی، ثمن قابل تعیین.

مقدمه

ماده ۲۱۶ قانون مدنی، با بهره‌گیری از فقه امامیه و با توجه به نظم قراردادی و مصلحت اجتماعی، اصولاً علم تفصیلی به مورد معامله را شرط صحت قرارداد دانسته، چنانکه در بیع، جنس و وصف و مقدار میباید معلوم باشد و الا معامله باطل است (ماده ۳۴۲ ق.م.)؛ ولی ماده ۲۱۶ به عنوان استثنا «در موارد خاصه» علم اجمالی به مورد معامله را کافی شناخته است. اینک این سؤال مطرح می‌شود که ضابطه کفایت علم اجمالی چیست و در چه مواردی علم اجمالی به مورد معامله کفایت می‌کند؟ آیا موارد خاصه را قانون باید مشخص کند؟ آیا به‌طور کلی می‌توان گفت در عقود مبتنی بر تسامح یا احسان علم اجمالی کافی است، حتی اگر قانون به آن تصریح نکرده باشد؟ آیا می‌توان قلمرو علم اجمالی را گسترده‌تر دانست و بر آن بود که تشخیص کفایت علم اجمالی با عرف است و هر جا عرف علم اجمالی به مورد معامله را کافی بداند معامله صحیح است؟ آیا رابطه‌ای بین غرر و علم اجمالی وجود دارد و به عبارت روشن‌تر آیا می‌توان گفت تا جایی که معامله غرری به شمار نیاید، علم اجمالی کفایت می‌کند؟ این سؤال نیز به‌طور فرعی مطرح می‌شود که معنی غرر و ضابطه آن چیست؟ این‌ها مسائلی است که در ارتباط با علم اجمالی، در تفسیر ماده ۲۱۶ قانون مدنی مطرح می‌شود و نظر علمای حقوق درباره آنها متفاوت است. ما در این مقاله برآنیم که با بررسی و نقد نظریات مختلف و با استفاده از قاعده غرر که از قواعد مهم فقهی است نگاهی نو در تفسیر ماده ۲۱۶ و ضابطه علم اجمالی داشته باشیم. در بخش نخست مقاله به بررسی نظریه‌های مختلف می‌پردازیم و در بخش دوم از نظریه برگزیده خود بحث می‌کنیم و در ضمن با توجه به کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مصوب ۱۹۸۰ و اصول اروپایی حقوق قراردادها و حقوق فرانسه از حقوق تطبیقی بهره می‌گیریم.

بخش نخست: نظریه‌های مختلف در تفسیر ماده ۲۱۶ قانون مدنی

ماده ۲۱۶ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «مورد معامله باید مبهم نباشد، مگر در موارد

خاصه که علم اجمالی به آن کافی است.» این ماده در واقع توضیحی بر بند ۳ ماده ۱۹۰ قانون مدنی است که «موضوع معین که مورد معامله باشد» را از شرایط اساسی صحت معامله قرار داده است و از آن برمی آید که اصولاً علم تفصیلی به مورد معامله شرط صحت قرارداد است؛ یعنی مورد معامله باید از لحاظ جنس و وصف و مقدار مشخص و معلوم برای طرفین باشد، چنانکه ماده ۳۴۲ ق.م. با صراحت بیشتر می گوید: «مقدار و جنس و وصف میع باید معلوم باشد و تعیین مقدار آن به وزن یا کیل یا عدد یا ذرع یا مساحت یا مشاهده تابع عرف بلد است.» بدیهی است که این قاعده اختصاص به میع و بیع ندارد و درباره ثمن و دیگر موضوع معامله در عقود معاوضی لازم الرعایه است. فقهای امامیه نیز به لزوم علم تفصیلی به میع و ثمن تصریح کرده اند که چون خصوصیتی در بیع نیست، می توان آن را به مورد معامله در کلیه عقود معاوضی تعمیم داد. صاحب جواهر می گوید: همان گونه که علم به مقدار، جنس و وصف ثمن لازم است، علم به میع هم شرط است. بنابراین فروش مالی که مقدار آن باید با پیمانه یا وزن یا عدد معلوم شود به طور نامشخص یا با ترازوی مجهول، حتی اگر مشاهده شود، باطل است و سپس می گوید: «من در این خصوص اختلافی نیافته ام بلکه هر دو قسم اجماع (محصل و منقول) در این خصوص وجود دارد و افزون بر آن از غرر نهی شده است» (نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۲، ص ۴۱۷).^۱

با وجود این، در ماده ۲۱۶ ق.م. به تبعیت از فقه در موارد خاصه، به طور استثنایی، علم اجمالی کافی شناخته شده است. در اینکه «موارد خاصه» چگونه باید تعیین شود و ضابطه کفایت علم اجمالی چیست بین استادان حقوق اختلاف است و به ویژه سه نظریه در این خصوص مطرح شده است:

۱. كما يشترط العلم بالثمن على الوجه المزبور كذلك يشترط ان يكون المبيع معلوماً على الوجه الذي سبق وحينئذ فلا يجوز بيع مايكال او يوزن او يبعد جزافاً ولو كالا مشاهدأ كالصبره و لابل مكيال مجهول ... بالاخلاف اجده فيه بل الاجماع بقسميه عليه، مضافاً الى النهي عن الغرر ...

الف) نظریه تصریح قانون‌گذار: برخی از استادان حقوق تعیین موارد خاصه را به عهده قانون و گذارده و به دیگر سخن، وجود نص قانونی را در این زمینه لازم دانسته‌اند؛ چنانکه استاد دکتر سیدحسن امامی گفته‌اند: «قاعده مزبور راجع به کلیه معاملات است، مگر آنکه قانون به جهتی از جهات علم اجمالی را کافی و معلوم بودن مورد معامله را لازم نداند، چنانکه در ضمان علم ضامن به مقدار و اوصاف و شرایط دینی که ضمانت می‌نماید شرط نمی‌باشد (ماده ۶۹۴ قانون مدنی) و همچنین است عمل و اجرت در عقد جعاله (ماده ۵۶۳ و ۵۶۴ قانون مدنی) (سیدحسن امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۲۲۰).

برخی دیگر از استادان حقوق با اشاره به اینکه موارد استثنایی را قانون معین کرده است و اینکه علم تفصیلی به مورد معامله به عنوان اصل برخاسته از ضرورت نظم اجتماعی و قضائی است و اشاره به اینکه منظور از علم اجمالی آگاهی محدودی است «به درجه‌ای که امر معلوم را از امور دیگر در واقع متمایز و مشخص می‌کند، بدون اینکه همه خصوصیات آن در حوزه آگاهی قرار گیرد» مصداق دیگری به استناد ماده ۷۶۶ ق.م. ذکر کرده‌اند که مورد صلح است، مانند اینکه طلبکاری که نمی‌داند چه مبلغ از دیگری طلبکار است، طلب خود را در برابر یک میلیون ریال به بدهکار صلح می‌کند (شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، ص ۳۱۶ و ۳۱۷). باید یادآور شد که طرف‌داران این نظر سعی کرده‌اند مبنایی برای موارد مذکور در قانون پیدا کنند و از این راه آنها را توجیه نمایند؛ چنانکه گفته‌اند: «عقودی که قانون علم اجمالی را نسبت به مورد آن کافی دانسته است، معاملاتی است که معمولاً در روابط متعارف اجتماعی با گذشت و تسامح نگریسته می‌شود» (همان، ص ۳۱۷).

اشکال نظریه مذکور که موارد علم اجمالی را به موارد مصرح شده در قانون محدود می‌کند آن است که اولاً: همه چیز را نباید از قانون و قانون‌گذار خواست و نباید در تفسیر قانون به نصوص قانونی بسنده کرد. چه بسا مسائلی از نظر قانون‌گذار دور می‌ماند، یا بر اثر تحولات اجتماعی، مسائل جدیدی مطرح می‌شود که مد نظر قانون‌گذار نبوده است؛ ثانیاً:

در قراردادها اغلب شارع و قانون‌گذار از عرف بهره می‌گیرد و بر مبنای عرف قواعدی وضع می‌کند و در موارد سکوت قانون چه بسا برای رفع خلأهای قانونی و پاسخگویی به نیازهای اجتماعی باید به عرف رجوع کرد (محمد بروجرودی عبده، حقوق مدنی، ص ۱۲۹)؛ ثالثاً: نصوص قانونی درخصوص علم اجمالی برای رفع نیازهای اجتماعی امروز کافی نیست. امروزه معاملاتی وجود دارد که مبتنی بر تسامح و گذشت نیست و در عین حال عرف در آنها علم اجمالی را کافی می‌داند مانند بیع با ثمن شناور از جمله بیع به قیمت بازار که طرفین قرارداد علم تفصیلی به آن ندارند و از این رو، آن را در قرارداد مشخص نمی‌کنند.

ب) نظریه عقود مسامحی: نظریه دیگری که برخی از استادان حقوق عنوان کرده‌اند کفایت علم اجمالی در قراردادهای مسامحه یا مبتنی بر احسان است، حتی اگر قانون به آن تصریح نکرده باشد، مانند وقف، عمری، سکنی، هبه و صلح بلاعوض یا محاباتی (جعفری لنگرودی، مجموعه محشی قانون مدنی، ذیل ماده ۲۱۶، ص ۱۷۸).

نکته قابل توجه این است که در این نظریه، در زمینه صلح و کفایت علم اجمالی در آن، به صلح بلاعوض و صلح محاباتی اشاره شده است و نه صلح به‌طور مطلق که در نظریه پاره‌ای از استادان دیده می‌شود؛ زیرا، هر صلحی مبتنی بر مسامحه نیست و به این جهت برخی آن را به صلح مغاینه و صلح مسامحه تقسیم کرده‌اند (جعفری لنگرودی، پهن و صلح، ش ۲۶ ص ۱۵۱ به بعد). در صلح مغاینه که یک قرارداد معاوضی است تعادل عوضین مورد نظر طرفین است و تسامح و ارفاق و احسانی در کار نیست و ادعای غبن در آن شنیده می‌شود، مانند صلحی که در مقام بیع به کار می‌رود. پس اگر بگوییم هر صلحی مبتنی بر احسان است و از این رو، علم اجمالی به مورد آن کفایت می‌کند، قابل ایراد است.

ج) نظریه مختلط: یکی از استادان حقوق، در نظریه‌ای مشابه، نمونه‌هایی از مواردی که قانون علم اجمالی را کافی دانسته ذکر می‌نماید. مانند ضمان و جعاله و صلح؛ سپس با اینکه معتقد است منطق حکم می‌کند که بگوییم موارد خاص را باید قانون به‌طور

صریح معین کند، زیرا، احکام استثنایی را باید تفسیر محدود کرد، با اعلام اینکه حقوق تنها زندگی منطقی ندارد و بسیاری از قواعد آن تابع رسوم و عادات و نیازها است، در نهایت کفایت علم اجمالی را در کلیه عقود مبتنی بر مسامحه و ارفاق و احسان می‌پذیرد و چنین می‌گوید: «از استقراء در مواد پراکنده‌ای که در این زمینه وجود دارد چنین برمی‌آید که در هر جا که عقد بر مبنای مسامحه و ارفاق و احسان پایه‌ریزی شده است یا نیاز عمده و اقتضای کار مورد نظر ایجاب می‌کند که دو طرف درجه‌ای از احتمال را در روابط خود بپذیرند علم اجمالی کافی است ...» (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ش ۳۹۸، ص ۱۸۵).

تفاوت این نظریه با نظریه پیشین این است که مؤلف به عقود مبتنی بر مسامحه و ارفاق و احسان اکتفا نکرده بلکه نیاز عمده و اقتضای کار را که ظاهراً متفاوت از فرض اول است یکی از موارد کفایت علم اجمالی دانسته است.

لیکن در توضیح آن به نظریه اول، یعنی نظریه تعیین موارد خاص به موجب قانون، بازگشته، اعلام می‌دارد: «در موردی که نیاز عمومی ایجاب می‌کند که در فرضی خاص از معاملات مشمول قاعده (لزوم علم به موضوع) تسامح شود تمیز این نیاز با قانون‌گذار است و دادرس نمی‌تواند در هر جا که مصلحت دید آن را از موارد خاص شمرده» (همان، ش ۳۹۸، ص ۱۸۵).

این بحث مربوط به مواردی است که موضوع تعهد انتقال مال باشد. اما در مورد تعهد به کار، مؤلف بر آن است که قانون‌گذار سخت‌گیری نکرده است. از این رو، جز در اجاره اشخاص که در آن شائبه تملیکی بودن عقد می‌رود در غالب موارد علم اجمالی به کار مورد تعهد کافی است، چنانکه وکالت ممکن است برای تمام امور موکل باشد؛ در جعالة ممکن است عمل مردد بوده و کیفیات آن نامعلوم باشد (ماده ۵۶۴ ق.م.) در مضاربه ممکن است تجارت خاصی شرط نشده باشد که در این صورت «عامل می‌تواند هر قسم تجارتي را که صلاح بداند بنماید ولی در طرز تجارت باید متعارف را رعایت کند» (ماده ۵۵۳

ق.م.)؛ در ودیعه نیز تعیین چگونگی کارهایی که امین برای حفظ مال انجام می‌دهد لازم نیست؛ ولی اگر ترتیبی تعیین نشده باشد، امین باید مورد ودیعه را به‌طور متعارف حفظ کند والا ضامن خواهد بود (ماده ۶۱۲ ق.م.) (همان، ش ۴۰۷، ص ۱۹۴). سپس مؤلف نتیجه می‌گیرد: «از استقراء در این گونه مواد چنین برمی‌آید که قانون‌گذار، برخلاف آنچه در مورد انتقال مال گفته شد، قابلیت تعیین و امکان رفع ابهام از کار مورد تعهد را کافی می‌داند و سعی دارد که با تدوین قواعد تکمیلی یا تفسیری یا ارجاع به عرف قلمرو و حدود موضوع را معلوم کند (همان، ص ۱۹۵).

اشکال این نظریه آن است که اولاً: نوعی ناهماهنگی در آن دیده می‌شود؛ زیرا، نظریه نخست را به عنوان اینکه حقوق تنها زندگی منطقی ندارد و بسیاری از قواعد آن تابع رسوم و عادات و نیازها است نمی‌پذیرد ولی در تشخیص نیازها به همان نظریه باز می‌گردد و تمیز نیازها را با قانون‌گذار می‌داند؛ ثانیاً: این نظر نیز مانند نظریه پیشین برای رفع نیازهای جامعه کافی نیست؛ زیرا، امروزه چه بسا عرف علم اجمالی را در عقود معاوضی و غیر مسامحی که خارج از مصادیق مصرح در قانون است کافی می‌داند؛ ثالثاً: با اینکه مؤلف محترم بسیاری از قواعد را تابع رسوم و عادات می‌داند، مبنای عرف را به عنوان ضابطه یا لااقل یکی از ضوابط کفایت علم اجمالی نمی‌پذیرد. اینک پس از بحث از نظریه‌های مختلف که خالی از اشکال نیستند نظر برگزیده خود را که با فقه نیز هماهنگی دارد مطرح می‌نماییم.

بخش دوم: نظریه برگزیده بر مبنای قاعده غرر

برای اینکه نظریه برگزیده ما روشن شود نخست به بحثی کوتاه از قاعده غرر می‌پردازیم.

الف) قاعده غرر: این قاعده از قواعد مهم فقهی است که در کتب قواعد فقه به تفصیل مورد بحث واقع شده است.^۲ بعضی از فقها غرر را به معنی جهل گرفته‌اند؛ ولی بیشتر فقهای امامیه غرر را به معنی خطر می‌دانند و در سه مورد، معامله را غرری و باطل تلقی می‌کنند: اول، موردی که وجود یا عدم چیزی که مورد معامله واقع می‌شود معلوم نیست، مانند فروش حمل حیوان قبل از اینکه وجودش مسلم باشد یا فروش میوه سردرختی پیش از آنکه از شکوفه درآید (بدوصلاح)؛ دوم، موردی که وجود چیزی معلوم است ولی اطمینان به تسلیم آن وجود ندارد، مانند فروش اسب فراری یا ماهی در دریا؛ سوم، موردی که مقدار یا جنس یا وصف مورد معامله معلوم نیست، چنانکه مقداری گندم می‌فروشیم، بی‌آنکه وزن آن را بدانیم یا مقدار معینی برنج فروخته می‌شود، بدون اینکه نوع آن معلوم باشد (مراغی، عناوین، ج ۲، ص ۳۱۱). نراقی بعد از بحث مفصل از معنی غرر در لغت و حدیث می‌گوید: «همه این تعاریف مطابقت دارند در اینکه غرر اسم از تفریر است که معنی آن در معرض نابودی قرارداد است و معنی غرر خطر است و خطر به معنی مصدري نزدیک شدن به نابودی است و مخاطره ارتکاب چیزی است که در آن (احتمال) خطر و نابودی است ... پس بیع غرری آن است که در آن یکی از عوضین در خطر یعنی در شرف نابودی و معرض تلف باشد»^۳ (عوائد الایام، ص ۳۰).

در جای دیگر می‌گوید: «غرر احتمالی (احتمال خطری) است که عرف از آن اجتناب می‌کند به گونه‌ای که اگر شخص از آن اجتناب نکند مورد سرزنش واقع می‌شود

۲. برای مطالعه بیشتر در این زمینه نگاه کنید به: احمد بن محمد نراقی؛ عوائد الایام، چاپ سنگی، عائده هشتم، ص ۲۸ به بعد؛ عبد الفتاح الحسینی المراغی؛ العناوین، چاپ مؤسسه النشر الاسلامی، قم ۱۴۱۸ ه.ق، ج ۲، عنوان ۴۷، ص ۳۱۰ به بعد؛ ابوالحسن محمدی؛ قواعد فقه، نشر یلدا، ۱۳۷۳، ص ۶۷ به بعد.

۳. ... ولکن کلها مطابقه علی ان الغرر هو الاسم من التفریر الذی معناه التعریض للتهلکة و ان معنی الغرر هو الخطر و الخطر المصدري اشراف علی الهلاک و المخاطره ارتکاب ما فیہ خطر و هلاک ... ثم معنی بیع الغرر بیع یکون احدا لعوضین فیہ فی الخطرای فی شرف الهلاک و معرض التلف».

...^۴ (همان، ص ۳۱).

مراغی در عناوین بعد از ذکر تعاریفی از کتب معتبر لغت می‌گوید: «آنچه از این عبارت‌ها حاصل می‌شود آن است که معامله غرری چیزی است که در آن خطر باشد و خطر عبارت از احتمال ضرری است که عقلاً از آن اجتناب می‌کنند نه احتمال ضعیفی که مردم به آن اهمیت نمی‌دهند و این احتمال یا ناشی از عدم اعتماد و اطمینان به وجود مال و مانند آن است یا ناشی از عدم وثوق به امکان تسلیم و تسلیم و قبض و اقباض اگرچه وجود مال معلوم باشد، یا ناشی از عدم اعتماد به قابلیت مال برای معاوضه در برابر عوض معین به علت جهل به مقدار یا جنس یا وصف آن و مانند آن»^۵ (عناوین، ج ۲، ص ۳۱۴).

همان مؤلف درباره ضابطه غرر و خطر به عرف اشاره کرده، می‌گوید: «غرر و خطر، پس از آنکه معنای آن را شناختی، امری عرفی است که بر حسب موارد تفاوت می‌کند و از این رو، فقها در معلومیت مبیع گاهی به مشاهده و گاهی به پیمانه و وزن اکتفا کرده‌اند»^۶ (همان، ص ۳۲۰) و سپس اضافه می‌کند: «آنچه بر حسب عادت و وثوق به وجود و امکان تسلیم آن هست غرر در آن نیست و میزان در این خصوص عرف و عادت است و ضابطه شرعی جز آن وجود ندارد»^۷ (همان) و چند سطر بعد، از آنچه گفته است چنین نتیجه می‌-

۴. «فان الغرر احتمال یجتنب عنه فی العرف بحیث لو ترک و نفع علیه».

۵. «والمحصل من هذه العبارة ان ما فيه الخطر داخل في معامله الغرر و الخطر عبارة عن احتمال الغرر المجتنب عنه عند العقلاء لا الاحتمال الضعيف الذي لا يبالى به الناس. و هذا الاحتمال اما ينشأ من عدم الاعتماد و الاطمئنان بوجود المال و نحوه و اما ينشأ من عدم الوثوق با مكان التسليم و التسلم و القبض و الاقباض و ان كان معلوم الوجود و اما ينشأ من عدم الاعتماد بقابليته للمعاوضه بهذا العوض لجهالة قدره او جنسه او وصفه و نحو ذلك».

۶. «ان الغرر و الخطر، بعد ما عرفت معناه، امر عرفي يختلف بحسب الموارد و لذلك اكتفى الفقهاء في المعلومات بالمشاهدة مره و بالكيل و الوزن اخرى ...».

۷. «فما وثق في العادة بوجوده و بإمكان تسليمه لا غرر فيه و الميزان في ذلك مجاری العادات و لاضابط له في الشرع الا ذلك ...».

گیرد «خلاصه، ضابطه قدرت بر تسلیم و علم به وجود و مقدار، عرف است و شرع در این خصوص دخالتی ندارد و هرگاه این امر عرفاً تحقق پیدا کند غرر و خطر منتفی است و حکم به بطلان وجهی ندارد»^۸ (همان، ص ۳۲۱).

قابل ذکر است که مستند قاعده غرر و بطلان معامله غرری در فقه اجماع و حدیث نبوی «نهی النبی (ص) عن بیع الغرر» است. که از طرق مختلف نقل شده است (همان، ص ۳۱۱ و ۳۱۲).

از آنچه گفتیم به وضوح برمی آید که:

اولاً، غرر در فقه به معنی خطر است و معامله غرری معامله‌ای است خطرناک که عرف از آن اجتناب می‌کند و اگر کسی آن را انجام دهد مردم او را سرزنش می‌کنند، مانند خرید اسب فراری یا کالایی که روی کشتی در یک منطقه جنگی است یا کالایی که مقدار یا جنس یا وصف آن به هیچ وجه معلوم نیست. از مصادیق معامله غرری معامله قماری است که در بطلان آن تردید نیست (ماده ۶۵۴ ق.م.).

ثانیاً، ضابطه غرر و معامله غرری عرف است و هرگاه عرف معامله‌ای را غرری و خطرناک بداند و از آن اجتناب کند آن معامله باطل است و هرگاه قراردادی در عرف رایج باشد و مردم آن را خطرناک ندانند غرری به شمار نمی‌آید و نباید آن را باطل دانست.

ثالثاً، بطلان معامله غرری مورد اتفاق فقهای امامیه است.

ب) ضابطه علم اجمالی بر مبنای قاعده غرر: بعد از روشن شدن مفهوم غرر و ضابطه معاملات غرری در فقه، حال ببینیم چگونه می‌توان استثنای مندرج در ماده ۲۱۶ قانون مدنی را در پرتو این قاعده تفسیر کرد. به نظر ما علم اجمالی منحصر به موارد

۸. «و بالجملة: الضابط في القدرة على التسليم و العلم بالوجود و بالمقدار هو العرف و لا مدخل للشرع في ذلك. و متى ما تحقق ذلك عرفاً فقد ارتفع الغرر و الخطر فالحكم بالبطلان لا وجه له».

مخصوص در قانون نیست و نیز نباید آن را ویژه عقود مبتنی بر مسامحه و احسان دانست، بلکه می‌توان قلمرو گسترده‌تری برای آن قائل شد؛ در معاملات معاوضی و مغایبه‌ای نیز هر جا که غرر نباشد، یعنی معامله در عرف خطرناک و قابل سرزنش به شمار نیاید، علم اجمالی به مورد معامله کافی است. نمونه بارز آن بیع با ثمن شناور است که در حقوق تطبیقی و اسناد بین‌المللی پذیرفته شده، هر چند که از نظر فقه و حقوق ایران قابل بحث و تردید است.

در مورد ثمن شناور یا قابل تعیین سه فرض قابل تصور است:

فرض اول این است که ثمن معامله به‌طور دقیق تعیین نشده ولی یک ضابطه عینی برای آن در نظر گرفته شده است که با توجه به آن ضابطه می‌توان بعد از عقد قرارداد مقدار ثمن را مشخص کرد، مانند موردی که طرفین علم اجمالی به قیمت دارند ولی چون علم تفصیلی ندارند مبلغ آن را در قرارداد ذکر نمی‌کنند و آن را به قیمت بازار محول می‌نمایند؛ البته در موردی که قیمت بازار مشخص است مانند قیمت روز طلا یا برنج و امثال آن. این گونه معامله را باید درست دانست؛ زیرا، هیچ‌گونه غرر و خطری در آن وجود ندارد و به دیگر سخن در این جا علم اجمالی در زمان انعقاد قرارداد کفایت می‌کند. برخی از فقهای بزرگ نیز همین نظر را پذیرفته‌اند؛ چنانکه خویی در مصباح الفقاهه بیع به «قیمت سوقیه» را، هر چند مشتری علم تفصیلی به قیمت نداشته باشد با این استدلال که در این معامله خطری وجود ندارد و دلیلی بر فساد آن به سبب جهل نیست صحیح دانسته‌اند (مصباح الفقاهه، ج ۵، ص ۳۲۲).^۹ ایشان در مورد مقدار میع نیز گفته‌اند: اگر جهل به مقدار به نحوی باشد که مضر نیست، چنانکه بایع عالم به میع باشد و بداند که آن را به

۹. فلو قال البایع بعتك بسعر مایعته او علم المشتري بان ما اشتراه من البایع فلیس ثمنه ازید من القیمه السوقیه فهی مضبوطه فی السوق و ان لم یعلم هو بالقیمه تفصیلا فلا دلیل علی فساد هذا البیع للجهاله فانها لیست علی نحو تکنون موجه لعدم العلم بان الثمن او المثل مال اولیس بمال اقل او اکثر علی نحو یوجب الخطر.

قیمت بازار می‌فروشد؛ مشتری نیز بداند که آنچه می‌خرد به شیوه متعارف در بازار است، دلیلی بر بطلان در این فرض نیست.^{۱۰} در عبارات بعدی مؤلف ضمن توضیح مطلب، کلمه غرر به کار رفته و از آن بوضوح برمی‌آید که ایشان این گونه معاملات را غرری نمی‌دانند و علم اجمالی را در آنها کافی می‌شناسند.

قابل ذکر است که در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مورخ ۱۹۸۰ (ماده ۱۴)، در اصول قراردادهای بازرگانی بین‌المللی (ماده ۷-۵) و در اصول اروپایی قراردادهای (ماده ۱۰۴-۶) این گونه معاملات صحیح و معتبر شناخته شده است. در حقوق داخلی کشورهای پیشرفته نیز این گونه قرارداد معتبر تلقی می‌شود.

فرض دوم این است که ثمن در قرارداد به‌طور دقیق مشخص نشده و تعیین آن به شخص ثالثی واگذار شده است، چنانکه طرفین تعیین قیمت را به کارشناس واگذار می‌نمایند. البته فرض این است که هنگام انعقاد قرارداد طرفین علم اجمالی به ثمن دارند ولی تعیین دقیق آن را به کارشناس محول کرده‌اند، اعم از اینکه طرفین کارشناس را با توافق تعیین کرده یا تعیین آن را به شخص مورد اعتمادی سپرده باشند. به نظر می‌رسد این نوع قرارداد نیز درست است زیرا، غرری در آن وجود ندارد و عرف علم اجمالی را کافی می‌داند.

اما فرض سوم مربوط به موردی است که تعیین ثمن به یکی از طرفین واگذار می‌شود. در برخی از کشورها و اسناد بین‌المللی این گونه قرارداد را با شرایطی معتبر می‌دانند (نگاه کنید به بعد: بررسی تطبیقی) ولی پذیرش آن در حقوق ایران دشوار است؛ زیرا، به تعبیر فرانسویان در این فرض قرارداد امری دلخواهانه خواهد بود و در حقیقت اراده جدی

۱۰. فلو باع ما لا یعلم أنه ای مقدار فلا یحوز الا اذا کان الجهل علی نحو لا یضر کما اذا علم البایع بالمبیع و بیعه علی القیمه السوquیه و یعلم المشتري ایضا أنه ما یشتريه علی النحو المتعارف فی السوق فانه لا وجه هنا للبطلان.

بر عقد قرارداد وجود نخواهد داشت و به تعبیر فقهی این مورد از مصادیق معامله غرری است؛ زیرا، عقد قرارداد خطرناک است و احتمال زبانی می‌رود که عرف از آن اجتناب می‌نماید. در فقه هم اعتبار معامله در این فرض پذیرفته نشده است. ممکن است برای اعتبار قرارداد در فرض دوم و سوم به دو ماده ۱۰۸۹ و ۱۰۹۰ قانون مدنی استناد شود که اولی واگذاری مهر به شخص ثالث یا شوهر را پیش‌بینی کرده و مقرر داشته که وی «می‌تواند مهر را هر قدر بخواهد تعیین کند» و ماده دوم دادن اختیار تعیین مهریه به زن را پذیرفته که در این صورت «زن نمی‌تواند بیش از مهر المثل معین نماید». لیکن به نظر می‌رسد که این مواد که مبتنی بر برخی از روایات است و بین زن و شوهر تفاوت قائل شده ویژه مهر است و نمی‌توان آنها را به عقود معاوضی مغایه تعمیم داد.

در تأیید نظر برگزیده که عرف را ضابطه کفایت علم اجمالی می‌داند می‌توان به ماده ۳۴۲ قانون مدنی که تعیین مقدار میع را تابع عرف بلد دانسته و حتی بر اساس عرف، مشاهده را برای تعیین مقدار کافی شناخته است و نیز به ماده ۵۵۳ قانون مدنی که در موضوع مضاربه مطلق، عامل را مکلف به رعایت متعارف در طرز تجارت دانسته است استناد کرد.

ج) بررسی تطبیقی: اینک به جا است در مورد ثمن شناور به حقوق برخی از کشورها و پاره‌ای اسناد بین‌المللی اشاره کنیم و حقوق ایران را به اختصار با آنها مقایسه نماییم. گرایش کلی در حقوق تطبیقی این است که در تعیین ثمن زیاد سخت‌گیری نمی‌کنند و در تسهیل معاملات مردم می‌کوشند. در کنوانسیون بیع بین‌المللی ۱۹۸۰ (ماده ۱۴) مقرر شده است که طرفین می‌توانند ثمن معامله را مشخص کنند یا ضوابطی برای تعیین آن در نظر بگیرند. گرچه در این ماده از تعیین ثمن به وسیله شخص ثالث یا یکی از طرفین سخن به میان نیامده است، لیکن مفسران کنوانسیون، با توجه به اطلاق عبارت، تعیین ثمن به وسیله شخص ثالث یا حتی یکی از طرفین را مجاز می‌دانند (اودی، بیع بین‌المللی کالا، ص ۵۹). در اصول قراردادهای بازرگانی بین‌المللی (اصول اونیدروا unidroit) که مبتنی بر

مطالعات تطبیقی است واگذاری تعیین قیمت به شخص ثالث یا یکی از طرفین صریحاً پذیرفته شده است. در بند ۲ ماده ۵-۷ اصول چنین آمده است: «هرگاه تعیین قیمت به یکی از طرفین واگذار شود و او قیمتی را که آشکارا غیر معقول (غیر متعارف) است تعیین نماید، به رغم هر شرط مخالف قراردادی، قیمت معقول (متعارف) جایگزین آن می‌شود.» بند ۳ ماده مزبور می‌گوید: «چنانچه تعیین قیمت به شخص ثالث واگذار شده باشد و آن شخص نتواند یا نخواهد این کار را انجام دهد، قیمت باید معقول (متعارف) باشد.»

چنانکه ملاحظه می‌شود، در اصول اونیدروا تعیین قیمت به وسیله یکی از طرفین یا شخص ثالث معتبر است؛ لیکن تدبیری برای حفظ حقوق طرفین اندیشیده شده و آن جایگزینی قیمت متعارف در فرض تعیین قیمت نامتعارف به وسیله یکی از طرفین یا رجوع به قیمت متعارف در صورت ناتوانی یا استتکاف شخص ثالث در تعیین قیمت است. تعیین قیمت جایگزین، چنانکه در توضیح ذیل ماده ۵-۷ آمده است، بر عهده قاضی یا داور است. در حقوق ایران، بر فرض اینکه واگذاری قیمت به شخص ثالث را بپذیریم، معلوم نیست در صورت ناتوانی آن شخص یا استتکاف او چه باید کرد. با وجود این، می‌توان راه کار مندرج در اصول را با استناد به اراده ضمنی طرفین پذیرفت.

در مواد ۶-۱۰۵ و ۶-۱۰۶ اصول اروپایی قراردادهای مقدرات مشابهی درباره تعیین قیمت به وسیله یکی از طرفین یا شخص ثالث دیده می‌شود، با این تفاوت که در آن تصریح شده است که اگر قیمتی که شخص ثالث تعیین می‌کند آشکارا غیر معقول باشد، قیمت معقول جایگزین آن خواهد شد (بند ۲ ماده ۶-۱۰۶) بنابراین اصول اروپایی که بعد از اصول اونیدروا تدوین و تصویب شده است کامل‌تر از اصول اونیدروا می‌باشد، چه در این اصول به فرض اخیر تصریح نشده است هر چند که از ملاک بندهای ۲ و ۳ ماده ۵-۷ می‌توان آن را استنباط کرد.

در قانون یکنواخت تجارت ایالات متحده آمریکا (UCC) نیز تعیین قیمت به وسیله شخص ثالث یا یکی از طرفین تجویز شده؛ ولی مقرر گردیده است که این کار باید با

حسن نیت انجام گیرد (ماده ۳۰۵-۲).

در حقوق فرانسه، ماده ۱۵۹۱ قانون مدنی مقرر می‌دارد که در بیع ثمن معامله باید معین باشد؛ لیکن رویه قضایی فرانسه بر آن است که ثمن می‌تواند «قابل تعیین»^{۱۱} با یک ضابطه عینی (نوعی) باشد. نظریه سنتی آن است که تعیین ثمن را نمی‌توان به اراده یکی از طرفین قرارداد واگذار کرد؛ زیرا، در این صورت قرارداد امری دلخواهانه است و جدی تلقی نمی‌شود (صفائی و دیگران، حقوق بیع بین‌المللی، ص ۶۷).

با وجود این از برخی آراء جدید صادر از دیوان تمیز فرانسه برمی‌آید که حقوق فرانسه در این زمینه تحول پیدا کرده یا در حال تحول جهت نزدیک شدن به معیارهای بین‌المللی است: این دیوان عالی در دو رأی مورخ ۲۸ نوامبر ۱۹۹۴ اعلام کرده است که تعیین قیمت ممکن است به تعرفه‌ای که به اراده متعهدله بستگی دارد واگذار شود و در این صورت، او باید از سوءنیت، سوءاستفاده از انحصار و سود نامشروع اجتناب کند (کاربنیه، ش ۵۷، ص ۱۱۷).

درباره تعیین قیمت به وسیله شخص ثالث، ماده ۱۵۹۲ قانون مدنی فرانسه تصریح کرده است که «ممکن است تعیین قیمت به داوری شخص ثالث واگذار گردد؛ اگر شخص ثالث نخواهد یا نتواند قیمت را تعیین کند، یعنی در میان نخواهد بود». تفاوت این ماده با اصول اونیدروا و اصول اروپایی قراردادها آن است که برابر این اصول در فرض مذکور به قیمت معقول (متعارف) رجوع و با جایگزینی مزبور خلأ قرارداد پر می‌شود، حال آنکه، برابر قانون مدنی فرانسه، در این فرض حکم به عدم تحقق بیع خواهد شد.

به هر حال، چنانکه ملاحظه می‌شود هم اسناد بین‌المللی و هم حقوق فرانسه در زمینه ثمن شناور یا قابل تعیین از حقوق ایران کامل‌تر است؛ زیرا، در حقوق ایران به این گونه

ثمن و تأثیر آن در قرارداد تصریح نشده است، هر چند که به استناد قاعده غرر و وجود علم اجمالی می‌توان اعتبار قرارداد را در فرض قابل تعیین بودن ثمن با یک ضابطه نوعی یا عینی مستقل از اراده طرفین پذیرفت.

نتیجه گیری

در تفسیر ماده ۲۱۶ قانون مدنی و ضابطه کفایت علم اجمالی نظرهای مختلف ابراز شده است: برخی گفته‌اند: تعیین «موارد خاصه» که علم اجمالی در آنها کافی است بر عهده قانون‌گذار است و باید در این خصوص به مواردی اکتفا کرد که قانون مقرر داشته است، مانند ضمان و جعاله.

پاره‌ای از استادان حقوق موارد علم اجمالی را به عقود مبتنی بر مسامحه و احسان منحصر کرده‌اند. بعضی دیگر از استادان حقوق نظریه مختلط و دوگانه‌ای را پذیرفته و گفته‌اند: از مجموع مقررات قانونی می‌توان استنتاج کرد که در عقود مبتنی بر تسامح و احسان علم اجمالی کافی است ولی کفایت علم اجمالی منحصر به آنها نیست و موارد دیگری وجود دارد که قانون با توجه به نیازهای اجتماعی علم اجمالی را کافی می‌شناسد و برای تشخیص این موارد باید به قانون رجوع کرد و قاضی نمی‌تواند هر جا که مصلحت دید علم اجمالی را کافی بشمارد.

هیچ یک از این نظریه‌ها برای رفع مشکلات و نیازهای اجتماعی و تسهیل معاملات مردم کافی به نظر نمی‌رسد. از این رو، ما نظریه دیگری را برگزیدیم که مبتنی بر قاعده فقهی غرر است. غرر در فقه بیشتر به معنی خطر به کار رفته و معامله غرری قراردادی است که عرف آن را خطرناک می‌داند و از آن اجتناب می‌کند و اگر کسی آن را انجام دهد مورد سرزنش واقع می‌شود، مانند خرید مال مجهول مطلق یا مالی که وثوق و اطمینان به تسلیم آن وجود ندارد، مانند اسب فراری. معیار و میزان غرر، چنانکه فقهای امامیه گفته‌اند، عرف است و هر معامله‌ای که برحسب عرف غرری باشد و به دیگر سخن به گونه‌ای مجهول باشد که عرف آن را خطرناک بداند باطل است.

بنابراین می‌توان گفت ضابطه کفایت یا عدم کفایت علم اجمالی هم عرف است، یعنی هر جا عرف معامله را غرری و خطرناک تشخیص دهد علم اجمالی کفایت نمی‌کند و علم تفصیلی به مورد معامله لازم است؛ ولی آنجا که با علم اجمالی غرر رفع می‌شود و

عرف معامله را خطرناک تشخیص نمی‌دهد علم اجمالی کافی است.

بر اساس این نظریه، برخی از معاملات رایج در بین مردم، به‌ویژه بعضی از قراردادهای بین‌المللی را که نصی در قانون راجع به آنها دیده نمی‌شود می‌توان توجیه کرد و به صحت آنها نظر داد. نمونه بارز این معاملات بیع با ثمن شناور است که در حقوق تطبیقی و اسناد بین‌المللی پذیرفته شده و در حقوق ایران هم دست کم بعضی از فروض آن قابل قبول است.

در فرضی که تعیین ثمن به قیمت بازار واگذار شده باشد، هر چند طرفین علم تفصیلی به آن نداشته و به این جهت آن را در قرارداد ذکر نکرده باشند، معامله صحیح و معتبر است، چنانکه برخی از فقهای معاصر مانند خویی به استناد اینکه در این مورد غرر و خطری وجود ندارد چنین فتوا داده‌اند.

همچنین در فرض واگذاری تعیین قیمت به کارشناس می‌توان صحت قرارداد را پذیرفته و آن را از مصادیق کفایت علم اجمالی دانست.

اما در فرضی که تعیین قیمت به یکی از طرفین معامله واگذار شده باشد، با اینکه در اسناد بین‌المللی و برخی از قوانین داخلی صحت معامله پذیرفته شده است قبول آن در حقوق ایران دشوار است؛ زیرا، تعیین یکی از عناصر اصلی عقد به اراده یک طرف وابسته شده و قرارداد از مصادیق معامله غرری به شمار می‌آید.

به هر حال چون در این مسائل اختلاف نظر وجود دارد، شایسته است قانون‌گذار با بهره‌گیری از حقوق تطبیقی و اسناد بین‌المللی و فتاوی برخی از فقهای امامیه به صحت معامله با ثمن شناور لاقفل در دو فرض اول تصریح کند و مهم‌تر از آن، ضابطه‌ای برای کفایت علم اجمالی بر اساس فتاوی جدید فقهی و اندیشه‌های حقوقی و مصالح اجتماعی تعیین نماید.

منابع

الف) فارسی

۱. امامی، سیدحسن؛ حقوق مدنی، ج ۱، کتاب فروشی اسلامیة، تهران، چاپ نوزدهم ۱۳۷۷.
۲. بروجردی عبده، محمد؛ حقوق مدنی، کتابفروشی علمی، تهران ۱۳۲۹.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ رهن و صلح، انتشارات ابن سینا، تهران ۱۳۴۹.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ مجموعه محشی قانون مدنی، کتابخانه گنج دانش، تهران ۱۳۷۹.
۵. شهیدی، مهدی؛ تشکیل قراردادها و تعهدات، نشر حقوق دان، تهران ۱۳۷۷.
۶. صفائی، سیدحسین و دیگران؛ حقوق بیع بین المللی، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوم ۱۳۸۷.
۷. کاتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها، جلد ۲، انتشارات بهنشر، چاپ اول، تهران ۱۳۶۶.
۸. محمدی، ابوالحسن؛ قواعد فقه، نشر یلدا، چاپ اول، تهران ۱۳۷۳.

ب) عربی

۱. الخوئی، السید ابوالقاسم؛ مصباح الفقاهه فی المعاملات، انتشارات وجدانی، جلد ۵، چاپ اول ۱۳۶۸.
۲. المراغی، عبدالفتاح الحسینی؛ العناوین، جلد ۲، مؤسسه النشر الاسلامی، قم ۱۴۱۸ ه.ق.
۳. النجفی، محمدحسن؛ جواهر الکلام، جلد ۲۲، دارالکتب الاسلامیه، چاپ هفتم، تهران ۱۴۰۰ ه.ق.
۴. نراقی، احمدبن محمد مهدی؛ عوائد الایام، چاپ سنگی، بی تا.

ج) لاتین

1. CARBONNIER, Jean, Droit civil, t. 4, Les Obligations. 20e ed. Themis 1996.
2. Code Civil, 108e ed. Dalloz 2009.