



10.30497/sj.2024.246698.1407

*Bi-quarterly Scientific Journal of "Research Letter of Social Jurisprudence",
Vol. 12, No.2 (Serial 24), Spring & Summer 2024*

Research Paper

The Role of the General Requirements of Contracts in Determining the Specificity of the Subject Matter of a Transaction

Abbas Karimi*
Mohsen Mahdian**

Received: 18/04/2024

Accepted: 05/07/2024

Abstract

The analysis of contractual intent and the precise stages at which each contractual element manifests itself has long been a battleground of opinions among jurists and, consequently, legal scholars. Among these elements, the specificity of the subject matter of the transaction stands out as a cornerstone of contract law. This issue becomes particularly pertinent in the modern world, where individuals often enter into contracts in a somewhat general manner to accommodate social and commercial exigencies. The central question arises: how can the validity of such contracts be justified?

According to the theory of the general requirements of contracts, every contract, at the time of its formation, must possess the requisite of agreement. This agreement, based on formal logic, encompasses the concept of offer and acceptance, along with the subject matter of the transaction, all occurring simultaneously. This logical understanding is further supported by commercial needs, the principle of the stability of transactions, and the economic conditions of society.

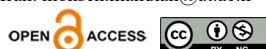
Therefore, if an agreement can be ascertained in a reliable manner within the context of a contract, the validity and continued existence of the contract should be upheld, preventing its dissolution. In this article, the authors first delve into a thorough examination of the condition of specificity of the subject matter of the transaction (Section I). Subsequently, they explore the feasibility of applying the theory of the general requisite of contracts to the identification of the subject matter (Section II), employing a descriptive-analytical approach.

Keywords

Agreement, Indeterminacy, Requirement of Contract, Transaction, Will

* Professor, Department of Private and Islamic Law, Faculty of Law and Political Sciences, University of Tehran, Tehran, Iran. abkarimi@ut.ac.ir

** Ph.D. Student in Private Law, Faculty of Law and Political Sciences, University of Tehran, Tehran, Iran. mohsen.mahdian@ut.ac.ir





10.30497/sj.2024.246698.1407

دوفصلنامه علمی «پژوهش‌نامه فقه اجتماعی»، سال دوازدهم، شماره دوم (پیاپی ۲۴)، بهار و تابستان ۱۴۰۳، صص. ۳۱۵-۳۵۰

جایگاه مقتضای عمومی عقود در معین بودن مورد معامله^۱

عباس کریمی*

محسن مهدیان**

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۱/۳۰

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۴/۱۵

نوع مقاله: پژوهشی

چکیده

از دیرباز تحلیل اراده طرفین قراردادها و اینکه هرکدام از اجزای عقود در چه مرحله‌ای ظهور و بروز می‌یابد، معرکه آرای فقیهان و به تبع ایشان، حقوق‌دانان بوده است. یکی از مهم‌ترین این موارد، معلوم و معین بودن مورد معامله است؛ به‌ویژه در جهان نوین که افراد، بسیاری از قراردادها را بنا بر مقتضیات اجتماعی و تجاری، به‌اجمال منعقد می‌کنند، این ابهام ایجاد می‌شود که چگونه می‌توان صحت چنین عقود را با وجود نظرات فقها توجیه کرد. مطابق نظریه مقتضای عمومی عقود، هر عقدی در زمان انعقاد واجد مقتضای توافق است. این توافق بر مبنای منطق صوری شامل تصور ایجاب و قبول و مورد معامله به‌صورت هم‌زمان است. این برداشت منطقی را نیازهای تجاری و اصل استحکام معاملات و شرایط اقتصادی جامعه نیز تأیید می‌کند. بر مبنای پژوهش حاضر اگر در قراردادی بتوان به طریق اطمینان‌آور این توافق را احراز کرد مشروط بر اینکه مورد معامله مجهول نباشد، باید حکم به صحت و ادامه حیات قرارداد کرد و از انحلال قرارداد از طریق کشف اراده طرفین و تعیین مورد معامله جلوگیری کرد؛ همان‌گونه که در موضوع قرارداد آتی در بازار سرمایه چنین است. در این راهکار تفاوتی میان مورد معامله معین و کلی وجود ندارد. در این مقاله، نگارندگان با روش توصیفی-تحلیلی، ابتدا به بررسی دقیق شرط معلوم و معین بودن مورد معامله (مبحث ۱) و سپس به امکان‌سنجی اعمال نظریه مقتضای عمومی عقود در شناسایی مورد معامله (مبحث ۲) پرداخته‌اند.

واژگان کلیدی

مقتضای عقد، توافق، مورد معامله، اراده، غرر.

* استاد گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول).

abkarimi@ut.ac.ir

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

mohsen.mahdian@ut.ac.ir

مقدمه

یکی از شروط صحت قراردادها، معلوم و معین بودن مورد معامله است. بند ۳ ماده ۱۹۰ قانون مدنی نیز موضوع معین را که مورد معامله باشد، ازجمله ارکان اساسی درست بودن معامله در نظر گرفته است. فقیهان از مورد معامله با عنوان معقود علیه (العاملی، بی تا، ج ۴، ص. ۲۱۹)، عوض و معوض نام برده‌اند (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۴، ص. ۷)؛ البته این اصطلاح در عقود مختلف تغییر نیز می‌یابد. برای مثال، در هبه، عین موهوبه (ماده ۷۹۵ قانون مدنی)، در اجاره، عین مستأجره (ماده ۴۶۶ قانون مدنی) و در بیع، مبیع و ثمن (مواد ۳۳۹ و ۳۴۴ قانون مدنی) نامیده می‌شود.

قانون مدنی در ماده ۲۱۴، مورد معامله را به مال یا عمل تعریف کرده است؛ البته فقها و حقوق‌دانان مورد معامله را بر مبنای معیارهای گوناگون به انواع مختلفی تقسیم کرده‌اند (نایینی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص. ۱۰۲؛ کاتوزیان، ۱۳۷۴، صص. ۱۳ و ۱۴).

با وجود اهمیت بالای تعیین مورد معامله به‌ویژه از حیث اجرای قرارداد، گاه پیش می‌آید که طرفین مورد معامله را به‌صورت کامل و جزئی معین نمی‌کنند. این کوتاهی می‌تواند ناشی از مسامحه طرفین عقد یا اطمینان و علم و آگاهی ایشان از مورد معامله باشد. در مواردی، پرسش مطرح این است که آیا باید به صرف معلوم و معین نبودن ظاهری مورد معامله حکم به بطلان عقد کرد یا آنکه به کاوش اراده طرفین پرداخت و راهی برای بقای عقد یافت؟ غالب فقیهان در چنین موردی حکم به بطلان قرارداد کرده‌اند (اشرفی، ۱۳۹۵، ج ۱، ص. ۱۱۲؛ آملی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص. ۴۹۸). جالب اینکه، در برخی موارد این منع را تنها متوجه عنوان عقد کرده‌اند. برای مثال، عنایت به پاسخ صاحب شعائر الاسلام به این پرسش قابل شایان توجه است که اگر شیر یا ماست را توی کوزه بریزند و مقابل آن برنج بریزند بدون وزن، صحیح است یا نه؟ ایشان بیان داشته است اگر چنین معامله‌ای به‌عنوان بیع و مبیعه باشد، باطل و اگر به‌عنوان صلح باشد، عیب ندارد والله العالم (اشرفی، ۱۳۹۵، ج ۱، ص. ۱۱۲).

پرسش اینجاست که چه مبنایی موجب این نتیجه‌گیری متفاوت شده است؟ آیا منطقی است صرف اینکه طرفین عنوان عقد، صلح یا بیع را برای رابطه حقوقی خود برگزیده باشند، موجب چنین تفاوت آشکاری شود؛ به‌ویژه در روزگار کنونی که به‌واسطه پیشرفت‌های فناوری و سرعت در مبادلات زندگی انسان‌ها، افراد اغلب برای

قراردادهای خویش اصلاً عنوان و چهارچوب حقوقی خاصی از عقود معین را برنمی‌گزینند و آن را ذیل عنوان کلی قرارداد منعقد می‌کنند.

به نظر می‌رسد که علت را باید در جای دیگری یافت. آنچه موجب چنین تفاوتی در استنتاج شده بیش از عنوان، تحلیل اراده طرفین و کشف این موضوع بوده است که آیا طرفین در مقام مسامحه بوده‌اند یا خیر؟

رویه قضایی این پاسخ را تأیید می‌کند. برای مثال، دادنامه شماره ۱۸۷۶۶۱۰۵۶۳۹۰۰۰۰ مورخ ۱۴۰۱/۰۶/۲۴ شعبه ۵ دادگاه تجدیدنظر استان گلستان در پرونده ۱۴۰۰۳۹۲۰۰۰۸۲۰۲۲۳ که در تأیید دادنامه الصداری از دادگاه بدوی شهرستان گرگان صادر شده، شایان توجه است. در این پرونده خواهان به استناد اینکه در قرارداد اجاره‌ای، منافع پنج‌ساله یک باب ملک تجاری به خواننده منتقل شده و در مقابل خواننده موظف بوده است به‌عنوان مستأجر، ماهانه پنج درصد از سود خالص فروشگاه را به موجر به‌عنوان اجاره‌بها بپردازد، ابطال قرارداد را تقاضا کرده است؛ با این استدلال که در عقد اجاره باید اجاره‌بها به‌طور دقیق معین باشد، اما در قرارداد موصوف این شرط وجود نداشته و مال‌الاجاره مجهول بوده است. دادگاه در مقام اتخاذ تصمیم با طرح قاعده استاپل^۲ مبتنی بر انصاف و با تحلیل اراده طرفین و چگونگی اقدامات آن‌ها، عقد را شرکت توصیف و حکم به صحت قرارداد کرده است. صرف‌نظر از اینکه آیا تصمیم دادگاه به تفسیر اراده طرفین به عقد شرکت صحیح بوده یا خیر، چنین برداشتی از تلاش رویه قضایی در راستای ادامه حیات قراردادها که نظریه مقتضای عمومی عقود نیز در پی آن است، حکایت دارد.

از دیگر سو، نظریه مقتضای عمومی عقود اثبات می‌کند که هر عقد افزون‌بر مقتضای اختصاصی، واجد دو مقتضای عمومی نیز هست که عبارت‌اند از توافق و تعامل. در توافق با اثبات تلاقی اراده طرفین در قالب ایجاب و قبول باید عقد را محقق دانست و با موشکافی در روابط طرفین در خصوص انعقاد عقد، سعی در برطرف کردن ابهامات احتمالی عقد کرد. همچنین، تفسیر منطقی از قرارداد بر مبنای بحث کلیات خمس در منطق صوری اثبات می‌کند که طرفین عقد در زمان تصور آن، ایجاب و قبول و مورد معامله را به‌صورت هم‌زمان تصور می‌کنند.

۱. پیشینه پژوهش

پژوهش حاضر بر این فرضیه استوار است که با توجه به نظریه مقتضای عمومی عقود می‌توان در موارد بسیاری اجمال در مورد معامله را پذیرفت و برطرف کرد. درباره پیشینه تحقیق نیز باید گفت که چنین بحثی با این دامنه وسیع و گستره شمول به عقود مغابنی و مسامحی در ادبیات حقوق بی‌سابقه است و تنها در مواردی به بررسی رابطه بحث با قاعده غرر پرداخته و سعی در توجیه موضوع از طریق تسالم برقرار کردن با قاعده غرر کرده‌اند، اما در هیچ‌یک به ارائه راه‌حلی جامع دست نیافته‌اند. هدف پژوهش حاضر این است که با بررسی دیدگاه‌های موجود و تحلیل آن‌ها، به بررسی امکان اعمال توافق در معلوم و معین بودن مورد معامله بپردازد.

۲. مقتضای عمومی عقود در اصل معلوم و معین بودن مورد معامله

برای بررسی نقش و جایگاه مقتضای عمومی عقود در اصل معلوم و معین بودن مورد معامله، ابتدا باید به بررسی دقیق این اصل در فقه و حقوق پرداخت و سپس رابطه توافق به‌عنوان یکی از مصادیق مقتضای عمومی عقود با تعیین مورد معامله را مورد واکاوی قرار داد.

۲-۱. لزوم تعیین مورد معامله

اصطلاح تعیین مورد معامله به دو معنا به کار می‌رود. گاه معنای عام آن مدنظر است که عبارت است از معلوم و معین کردن مورد معامله و گاه نیز به معنای خاص آن استعمال می‌شود. در حالت دوم منظور از تعیین، امری در مقابل معلوم بودن مورد معامله است. به عبارت دیگر، تعیین به معنای معین بودن مورد معامله و مردد نبودن آن میان دو یا چند چیز به کار رفته و معلوم بودن به معنای مجهول نبودن مورد معامله از طریق تشریح مقدار و جنس و وصف مورد معامله است.

قانون مدنی نیز در برخی مواد مانند انتهای ماده ۳۴۲، تعیین را به معنای عام آن به کار برده و هدف معلوم بودن مورد معامله را داشته است، اما به نظر می‌رسد غالباً شیوه استعمال دوم را برگزیده است. بنابراین، معین بودن در بند ۳ ماده ۱۹۰ قانون مدنی، به معنای مردد نبودن میان چند چیز و معلوم بودن در ماده ۳۴۲، به معنای رفع جهل از

طریق بیان مقدار و جنس و وصف مورد معامله است. تفاوت این دو معنا با دقت در ماده ۶۹۴ قانون مدنی که مقرر می‌دارد «علم ضامن به مقدار و اوصاف و شرایط دینی که ضمانت آن را می‌کند شرط نیست. بنابراین، اگر کسی ضامن دین شخص بشود بدون اینکه بداند آن دین چه مقدار است، ضامن صحیح است، اما ضمانت یکی از چند دین به نحو تردید باطل است»، واضح و آشکار است.

باوجوداین، هرکدام از این دو مفهوم نیازمند تشریح و تبیین به صورت جداگانه است. بنابراین، ابتدا لزوم معلوم بودن مورد معامله و سپس لزوم معین بودن مورد معامله مورد دقت نظر قرار خواهد گرفت.

۲-۱-۱. لزوم معلوم بودن مورد معامله

یکی از شروطی که فقیهان در مقام بیان شرایط مورد معامله لازم می‌دانند، معلوم بودن مورد معامله است. طرفین قرارداد در زمان انشای ایجاب و قبول باید از دامنه تکالیف و تعهدات خویش اطلاع داشته و آگاه باشند که چه چیزی را به طرف مقابل منتقل می‌کنند یا چه تکلیفی را بر عهده می‌گیرند. همچنین بدانند که در مقابل این تعهد خویش به چه چیز دست می‌یابند. در قوانین کشورهای مختلف این شرط یکی از شروط مهم و اساسی در زمان انعقاد قرارداد است. برای مثال، ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی فرانسه^۴ در خصوص بیان شروطی که برای انعقاد قرارداد ضروری است، تنها معین بودن محتوای قرارداد را شرط دانسته و نامی از معلوم بودن مورد معامله نبرده است، اما بررسی تاریخچه قانون مدنی فرانسه نشان می‌دهد که قانون‌گذار فرانسوی با این شرط، معلوم بودن مورد معامله را نیز در نظر داشته است؛ برداشتی که مواد ۱۱۳۲ و ۱۱۳۳ قانون مدنی فرانسه^۵ در خصوص اشتباه آن را تأیید می‌کند؛ با این توضیح که ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی قدیم فرانسه نیز چهار شرط اراده طرفین، اهلیت آن‌ها، موضوع معین و علت مشروع معامله را برای اعتبار قراردادها در نظر گرفته بود، اما در اصلاحات سال ۲۰۱۶، شرط کلی‌تری با عنوان مشروع و معین جایگزین دو شرط اخیر شده است.

همچنین، ماده ۱۳۳ قانون مدنی مصر مقرر می‌دارد «هرگاه موضوع تعهد از حیث ذاتی معین نباشد، باید دست‌کم از حیث نوع و مقدار معین باشد وگرنه عقد باطل است. باین حال، اگر عقد، نحوه تعیین مقدار را معین کرده [باشد]، موضوع تعهد می‌تواند

صرفاً از حیث نوع معین باشد. چنانچه توافقی در مورد درجه کیفیت نباشد و کیفیت را از طریق عرف، عادت یا از اوضاع و احوال نتوان احراز کرد، متعهد باید مورد تعهد با کیفیت متوسط را تأدیه کند». بر مبنای توضیحاتی که پیش از این در مقام تبیین معلوم و معین بودن مورد معامله از نظر گذشت، روشن می‌شود که منظور قانون‌گذار مصری در ماده مزبور از تعیین، همانا معنای اعم آن یعنی معلوم بودن و معین بودن مورد معامله است.

در فقه امامیه، لزوم معلوم بودن مورد معامله اصل اولی در عقود و عدول از این اصل تنها در موارد استثنا امکان‌پذیر است؛ هرچند اهمیت این شرط هم در مقام انعقاد و هم در مقام اجرای قرارداد تا اندازه‌ای است که در همان موارد استثنایی نیز جواز چشم‌پوشی کلی از آن صادر نشده است. شهید ثانی و بعضی دیگر از فقیهان در بیع به حکم مشتری یعنی جایی که میزان ثمن در حین عقد نامعلوم و تعیین آن به دلخواه طرف معامله گذاشته شده است، ادعای اجماع بر بطلان عقد کرده‌اند (عاملی جبعی (شهید ثانی)، ۱۳۶۵، ج ۳، ص. ۲۶۴؛ حلی (علامه)، بی‌تا، ج ۱، ص. ۴۷۲؛ حلی (علامه)، ۱۴۱۶ق، ج ۵، ص. ۲۴۳؛ العاملی، بی‌تا، ج ۴، ص. ۲۷۸).

برای اثبات لزوم معلوم بودن مورد معامله به ادله گوناگون عقلی و نقلی از جمله اجماع، حدیث غرر، روایات خاص و سیره عقلا استناد شده است.

به نظر می‌رسد که مهم‌ترین دلیل این حکم، روایتی از پیامبر اکرم (صلی‌الله علیه و آله) است که از بیع غرری نهی کرده‌اند (نهی‌النبی (صلی‌الله علیه و آله) عن بیع الغرر). بر اساس این روایت، فروش چیزی که طرفین یا یکی از آنها به خصوصیات مورد معامله علم کامل ندارند، مشمول نهی خواهد بود؛ با این توضیح که مراد از بیع در حدیث فوق بیع به معنای مصدري یعنی عقد مشتمل بر غرر است. پس در واقع این حدیث حاکی از فساد معامله و بطلان عقد است. بر همین مبنا، فقیهان با الغای خصوصیت از بیع، معلوم بودن مورد معامله را به‌عنوان قاعده عمومی در معاملات مطرح کرده و از شرایط صحت عقود دانسته‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۶، ص. ۱۴۵؛ حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۲۹۰؛ خمینی، ۱۳۶۳، ج ۳، ص. ۳۰۵؛ نجفی ۱۴۰۰ق، ج ۵، ص. ۲۴۳). فقهای عامه نیز بر مبنای این روایت قائل به لزوم معلوم بودن مورد معامله هستند (قاضی، ۱۴۳۱ق، ص. ۱۰۰).

۲-۱-۲. چگونگی معلوم کردن مورد معامله

قانون مدنی در ماده ۳۴۲، رفع جهل از مورد معامله را منوط به معلوم بودن جنس، وصف و مقدار کرده است. بنابراین، برای رفع ابهام از مورد معامله باید جنس، وصف و مقدار آن برای اطراف عقد معلوم شود؛ البته نیک پیداست که چگونگی رفع ابهام در انواع مختلف مورد معامله متفاوت است.

الف. معلوم کردن جنس

برخلاف تصور اولیه که ممکن است از کلمه جنس به ذهن متبادر شود، در عقود، مقصود از جنس، ماهیت عرفی مورد معامله است؛ چیزی که در کلام فقیهان از آن به عنوان صورت نوعی یاد شده است (نایینی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص. ۳۷۴). بنابراین، در معامله برنج همین که به ماهیت عرفی آن یعنی برنج بودن اشاره شود وافی به مقصود خواهد بود و نیازی نیست که عنصر تشکیل دهنده آن نیز مورد تصریح قرار بگیرد.

ب. معلوم کردن وصف

با عنایت به این نکته که هر کالا می‌تواند اقسام مختلفی داشته و هر تعهد می‌تواند درجات متفاوتی داشته و واجد یا فاقد اوصاف گوناگون باشد، در غالب موارد، تعیین جنس مورد معامله کافی نخواهد بود. برای مثال، اگر مورد معامله برنج باشد، صرف اعلام این موضوع نمی‌تواند موجب تشکیل قرارداد شود و از تعارضات بعدی طرفین معامله جلوگیری کند. بنابراین، لازم است که اطراف عقد، اوصاف مورد معامله را نیز بیان کنند. برای مثال، اینکه برنج هاشمی یا صدری است یا اینکه کشت اول یا دوم است یا هر وصف دیگری که در رفع جهل مورد معامله لازم و ضروری است.

تعیین اوصاف در خصوص مورد معامله حاضر از طریق مشاهده (طوسی، ۱۳۵۱، ج ۳، ص. ۲۲۳) و در خصوص مورد معامله غایب از طریق وصف (ماده ۴۱۰ قانون مدنی) یا اعتماد به رؤیت سابق (ماده ۴۱۳ قانون مدنی) یا از روی نمونه (ماده ۴۱۲ قانون مدنی) صورت می‌پذیرد (ابن زهره، ۱۳۷۵، ج ۱، ص. ۲۱۱؛ مفید، ۱۴۱۳ق، ص. ۵۹۴).

ج. معلوم کردن مقدار

مقدار مورد معامله که مشخص کننده میزان تکلیف و تعهد اطراف عقد است نیز باید

معین باشد تا مورد معامله از جهل خارج شود. برای مثال، اگر در معامله برنج تمام اوصاف آن به وضوح و به طور جزئی مشخص باشد، اما مقدار مورد معامله تعیین نشود، نمی توان مورد معامله را معلوم دانست. چنین قراردادی هم در مقام انعقاد و هم در مقام اجرا با مشکل مواجه خواهد شد. به همین دلیل، فقیهان (نایینی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص. ۳۶۵؛ حر عاملی، ۱۳۸۹ق، ج ۱۲، ص. ۲۵۹؛ انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص. ۱۹۱) و قانون گذاران از حیات آن احتراز می کنند.

تعیین مقدار مورد معامله به دلالت ماده ۳۴۲ قانون مدنی، تابع عرف بلد قرار داده شده است. مقصود از عرف بلد در این ماده، «عرف محل وقوع عقد» است مگر اینکه خلاف آن تصریح شود یا از قرائن برآید که عرف شهر معینی، مقصود طرفین بوده است (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص. ۲۳۶).

برخی پا را از این فراتر گذاشته و آشنایی طرفین معامله با عرف بلد را نیز شرط دانسته و گفته اند «...چنان که هرگاه کسی از مقدار یارد در انگلستان بی اطلاع باشد و پارچه را به یارد بخرد، معامله از حیث معلوم نبودن مبیع باطل است ولو آنکه یارد عرف محل معامله است» (امامی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص. ۴۳۱).

جالب اینکه، برخی فقیهان در اینکه مقدار مورد معامله با چه معیاری باید تعیین شود، چنین حکم کرده اند اگر عرف زمان رسول خدا (صلی الله علیه و آله) مشخص باشد، حتی اگر آن عرف در زمان ما تغییر کرده باشد، همان عرف ملاک خواهد بود (حلی (علامه)، بی تا، ج ۱، ص. ۴۸۳؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۱۲ق، ج ۸، ص. ۱۷۷). برای مثال، اگر در روایات، برنج در آن زمان مکیل دانسته شده است در عصر حاضر نیز باید با کیل از آن رفع جهل کرد، اما چنین برداشتی صحیح به نظر نمی رسد؛ زیرا برای تعیین مصادیق، عرف زمان صدور ملاک نیست. به عبارت دیگر تشخیص مصادیق با عرف هر زمان است (خمینی، ۱۳۶۳، ج ۳، ص. ۳۷۱).

۲-۳. لزوم معین بودن مورد معامله

همان گونه که بیان شد، مقصود از معین بودن مورد معامله در معنای خاص آن، مردد نبودن مورد معامله است. به عبارت دیگر، مورد معامله نباید میان چند چیز مردد باشد حتی اگر تمام خصوصیات آن ها برای طرفین قرارداد معلوم باشد.

در اینجا چند قسم متصور است؛ یا جنس و وصف همگی مساوی است یا در جنس مشابه و در وصف متفاوت هستند یا اینکه هم در جنس و هم در وصف تفاوت دارند. قسم نخست مانند زمانی که یکی از چند کیسه برنج طارم هاشمی موجود به فروش می‌رسد. قسم دوم مانند وقتی که دو کیسه برنج وجود دارد، اما از حیث وصف متفاوت‌اند؛ یکی صدری و دیگری هاشمی است. قسم سوم مانند وقتی که یکی از دو کیسه به فروش برسد درحالی‌که در یکی گندم و در دیگری برنج بوده است. در درستی قسم نخست تردیدی نیست؛ زیرا مورد معامله به‌صورت کلی در معین تعیین شده است، اما در دو حالت بعدی فقیهان بر بطلان معامله اتفاق‌نظر دارند (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۳۲۱؛ نجفی، ۱۴۰۰ق، ج ۲، ص. ۴۲۰؛ نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص. ۳۷۵؛ طباطبایی، ۱۴۰۴ق، ج ۱، ص. ۵۱۵). بنابراین، در معین بودن مورد معامله باید بین جایی که مورد معامله کلی است با جایی که مورد معامله عین معین است، تفاوت قائل شد و چنین مقرر داشت که در مورد کلی، قابلیت تعیین مورد معامله کافی است، اما در جایی که عین معین مورد معامله است باید تعهد یا فرد مورد معامله به‌صورت دقیق معین شود (کاتوزیان، ۱۳۹۷، ج ۲، ص. ۲۰۰).

۲-۲. رابطه توافق و تعیین مورد معامله

عقد، عمل حقوقی دوطرفی است که با قصد انشای طرفین و ابراز قصد ایجاد می‌شود. این ساختمان وقتی به‌درستی بنا می‌شود که اراده و انشای دو طرف یکسان و موافق یکدیگر باشد. به همین دلیل، آنچه متعاملان انشای آن را قصد می‌کنند، باید موضوع یکسانی باشد. در غیر این صورت توافق واقع نشده است و عقدی ایجاد نمی‌شود. صاحب کفایه در این خصوص بیان داشته است که «ضرورة انه لولا التطابق لما قصد امرا واحدا بل لكل هم و قصد فلا یكون بينهما عقد» (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶ق، ص. ۲۹). شرط تأثیر این توافق هماهنگی دو عنصر قصد و رضای متعاملان برای ایجاد اثر حقوقی است و این قصد و رضا با ابراز و اظهار طرفین معامله آشکار می‌شود. بنابراین، اگر قصد و رضا آشکار نشود، هیچ اثر حقوقی ندارد. اهمیت این اظهار به این دلیل است که تنها راه کشف توافق، ابراز و اظهار این قصد و رضای باطنی است. همچنین، پیش‌تر بیان شد که تعیین مورد معامله یا به‌عبارت دیگر، معلوم و معین بودن مورد

معامله از شرایط صحت قراردادهاست که قانون مدنی در مواد مختلف به‌ویژه بند ۳ ماده ۱۹۰ و ماده ۴۷۲ بر آن تأکید کرده است.

در این خصوص که توافق و تعیین مورد معامله به معنای عام آن، چه ارتباطی با یکدیگر دارند، دو دیدگاه گوناگون شایان گفتن است. برخی تعیین مورد معامله را در کنار توافق به‌عنوان یکی از عناصر عمومی عقود برشمرده و گروهی دیگر، تعیین مورد معامله را یکی از ارکان توافق دانسته‌اند که هر دو نظریه به‌صورت جداگانه مورد بررسی و تحلیل قرار خواهد گرفت.

۲-۱. تعیین مورد معامله به‌عنوان یکی از عناصر عمومی عقد

یکی از اندیشمندان حقوق مدنی با طرح این ادعا که در فقه هیچ‌گاه عناصر عقود به‌صورت جزئی مورد واکاوی قرار نگرفته است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۸، ص. ۷)، چنین استدلال می‌کند که «هر چیزی که در ساختار ماهیت حقوقی نقشی داشته باشد؛ به‌طوری که آن ماهیت حقوقی بدون آن صورت خارجی پیدا نکند، آن چیز، عنصر آن ماهیت حقوقی است. برای مثال، عقد بدون تراضی وجود پیدا نمی‌کند. پس تراضی عنصر عقد است؛ بدون موالات عرفی بین ایجاب و قبول، عقد وجود پیدا نمی‌کند. پس موالات عنصر عمومی عقد است. اثر ایجاب پس از قبول پدید می‌آید، پس این هم از عناصر عقود است؛ کاشف از رضای عاقدان هم عنصری از عناصر عقود است...» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۸، ج ۱، ص. ۱۵). ایشان در مقام پاسخ به این پرسش که عنصر عقد چیست، این‌گونه بیان داشته است «عنصر عقد (و هر چیز دیگر مانند ایقاع و...) عبارت است از عاملی که وجود خارجی عقد موقوف بر حصول و پیدایی آن عامل باشد. در این تعریف هیچ‌گونه وابستگی به ذاتی و عرض لازم یا افتراق ذاتی و عرضی مشاهده نمی‌شود. عناصر شماری در فکر این نیست که مدلول لغت عقد را (مثلاً) نشان دهد؛ یعنی موضوع لفظ یا موارد استعمال لفظ را نشان دهد. پس مطلقاً کار لفظی نمی‌کند. وقتی که می‌بینید عقد بدون تراضی یا بدون ایجاب و قبول پدید نمی‌آید، یقین می‌کنید که تراضی و نیز ایجاب و قبول عنصر عقد است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۸، ج ۱، ص. ۱۹). سپس در مقام شمارش عناصر عقود، تراضی، توافق و معلوم بودن موضوع عقد را به‌صورت عناصری جداگانه بیان می‌کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۸، ج ۱، ص. ۴۶).

در پاسخ به این طرز برداشت باید گفت در منطق صوری در دو جایگاه سخن از ذات و ذاتی به میان می‌آید؛ کلیات خمس و صناعات خمس. کلیات خمس عبارت‌اند از نوع، جنس، فصل، عرض عام و عرض خاص. سه تای اول کلی ذاتی^۶ و دو تای بعدی کلی عرضی^۷ نامیده می‌شوند (خوانساری، ۱۳۶۴، ص. ۶۱). کلی ذاتی، کلی‌ای است که ماهیت افراد کلی بدان قائم و وابسته باشد (الذاتی هو الذی یفتقر الیه الشیء فی ذاته و ماهیته) درحالی‌که کلی عرضی خارج از حقیقت افراد است (مظفر، ۱۴۲۸ق، ص. ۹۳).

برای استفاده از مبحث کلیات خمس در عقود باید نخست ملاک تشخیص ذاتی از عرضی را بازشناخت. برای تمیز این دو باید گفت هر چیزی که در تعقل و تصور ماهیت یک چیز در ذهن بر تصور خود آن چیز مقدم شود، ذاتی است و هر آنچه پس از تصور آن چیز، در ذهن قابل تصور است، عرضی است (نراقی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۱۵۱؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۲۴۸). ذهن تا سه ضلع را تصور نکند، نمی‌تواند مثلث را تصور کند درحالی‌که تصور مثلث است که سه زاویه داشتن را قابل تصور می‌کند و این‌گونه نتیجه گرفته می‌شود که سه ضلع داشتن ذاتی مثلث و سه زاویه داشتن عرضی آن است. باین‌حال، سه زاویه داشتن نیز مانند سه ضلع داشتن، از مثلث قابل انفکاک نیست و نیاز به تعلیل ندارد.

حال در خصوص جایگاه تعیین مورد معامله در عقد نیز باید گفت چگونه امکان دارد ایجاب و قبولی را تصور کنیم بدون اینکه مورد معامله‌ای را در نظر داشته باشیم؟ برای مثال، آیا به صرف دو عبارت بعت و اشتریت می‌توان عقد بیع را تصور کرد؟ آیا تصور عقد بیع بدون تصور ایجاب و قبول و مورد معامله امکان‌پذیر است؟ ازقضا، در تصور عقد بیع آنچه پیش از همه ذهن تصور می‌کند، مورد معامله است و اگر آن را مقدم بر ایجاب و قبول ندانیم، یقیناً نمی‌توان آن را جدا و متأخر از ایجاب و قبول تصور کرد. اتفاقاً تصور ایجاب و قبول بدون مورد معامله محال و ناممکن می‌نماید. بنابراین، باید از این نظر گذشت و تصور ایجاب و قبول (توافق) و مورد معامله را به‌عنوان دو عنصر جداگانه مردود اعلام کرد. جالب اینکه، جعفری لنگرودی در جای دیگر و در مقام تفکیک بین غرض و قصد انشا با نقل عبارتی از نایینی در منیة الطالب که بیان داشته است «لا ینبغی الاشکال فی ان مجرد النیة فی باب العقود و الایقاعات لا اثر

لها، بل لابد ان ینشا المقصود بماهو آیه الایجاد...»، قائل به وحدت توافق و مورد معامله شده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۸، ج ۱، ص. ۶۶).

۲-۲-۲. تعیین مورد معامله به عنوان یکی از ارکان توافق

وقتی که اثبات شد منطق صوری و به ویژه بحث کلیات خمس امکان اعمال در خصوص عقود و تعیین عناصر و ارکان آن را دارد، باید گفت در مقام تصور عقد آن چیزی که پیش از همه امور در ذهن تصور می شود، توافق است. این برداشت افزون بر اینکه با تعریف عقد نزد فقیهان هماهنگی دارد (الزحیلی، ۱۴۰۷ق، ج ۴، ص. ۱۸۸؛ آل کاشف الغطا، ۱۳۵۹ق، ج ۱، ص. ۱۱۸؛ مؤمن، ۱۴۱۵ق، ص. ۲۰۵)، در میان حقوق دانان اسلامی نیز طرف دارانی دارد (السنهوری، بی تا، ج ۱، ص. ۱۷۰). این توافق منظمه ای است که هم طرفین معامله، هم ایجاب و قبول و هم مورد معامله به صورت هم زمان در آن وجود دارد. برای مثال، برای تصور عقد بیع، ذهن هم زمان عقد یعنی رابطه حقوقی دارای دو طرف (جنس)، انتقال مالکیت معوض (فصل) و بیع (نوع) را به صورت یکجا تصور می کند نه اینکه ابتدا عقد را تصور و سپس طرفین معامله و مورد معامله را به صورت جداگانه تصور کند. در مثال دیگر، برای تصور نکاح، عقد (جنس)، زوجیت (فصل) و نکاح (نوع) به یکباره در ذهن تصور می شود. به عبارت دیگر، ذهن مصادیقی را که حقوق دانان به عنوان ارکان عقد برمی شمردند، به صورت یکجا و پیوسته تصور می کند؛ هرچند هیچ آشنایی ای با علم حقوق نداشته باشد. بنابراین، در توافق، هم شرط ناگسستگی آن یعنی وجود دو طرف اعتباری و هم مورد معامله به صورت هم زمان تصور می شود. ثمره این توصیف در جایی ظاهر می شود که «الف» مدعی توافق با «ب» است، اما وقتی از وی درباره مورد توافق پرسیده شود، از پاسخ ناتوان باشد. برای مثال، مدعی باشد که با «ب»، عقد بیع منعقد کرده است، اما مورد معامله مشخص نباشد. در اینجا نه قانون و نه عرف، توافق را حاصل شده نمی پندارد. ماده ۱۹۴ قانون مدنی که توافق ایجاب و قبول را شرط صحت معامله می داند نیز گواه این مدعاست که تعیین مورد معامله دقیقاً هم سنگ ایجاب و قبول است؛ تا جایی که می توان بر آن ادعای این همانی و هویت کرد. در میان فقهای عامه نیز می توان برای این مدعا طرف دارانی یافت. برای مثال، نویسنده کتاب الفقه الاسلامی و ادلته، عقد به معنای خاص را چنین

تعریف می‌کند که «معنای خاص عقد عبارت است از ارتباط ایجاب با قبول به‌نحو مشروعی که اثر آن در مورد معامله ظاهر شود. به عبارت دیگر، وابستگی کلام یکی از متعاقدان به کلام دیگری به‌نحو مشروعی که اثر آن در مورد معامله ظاهر شود» (الزحیلی، ۱۴۰۷ق، ج ۴، ص. ۸۱).

جالب اینکه، ماده ۱۵۰ قانون مدنی آلمان که قبول با اضافات، محدودیت‌ها یا دیگر تغییرات را در حکم رد ایجاب و ایجاب جدید (ایجاب متقابل)^۸ می‌داند نیز گواه این مطلب است (همین مقرر در ماده ۵۲۸ قانون مدنی ژاپن و ماده ۱۱۱۸ قانون مدنی فرانسه نیز دیده می‌شود)؛ موضوعی که با این برداشت از فقه امامیه هماهنگی و مطابقت دارد. اگر غیر از این بود، باید گفته می‌شد در ایجاب متقابل توافق حاصل شده است، اما عقد زمانی منعقد می‌شود که طرفین در خصوص مورد معامله و تعهد به توافق دست یابند. برداشتی که در هیچ نظام حقوقی مشابه آن دیده نمی‌شود. ماده ۱۱۱۴ قانون مدنی فرانسه که مقرر می‌دارد ایجاب اعم از اینکه به یک شخص معین یا نامعین ارائه شود، حاوی عناصر اساسی عقد و بیان‌کننده اراده ایجاب‌کننده به التزام عقد در صورت قبول طرف مقابل است نیز دلیل دیگری در اثبات شمول توافق بر موضوع تعیین مورد معامله است.^۹

۳. مقتضای عمومی عقود در آثار معلوم و معین بودن مورد معامله

پس از بررسی لزوم تعیین مورد معامله و ارتباط آن با توافق به‌عنوان یکی از مصادیق مقتضای عمومی عقود، برای احراز ثمره اعمال نظریه مقتضای عمومی عقود در معلوم و معین بودن مورد معامله، لازم است ابتدا حکم عدم تعیین مورد معامله و سپس نقش توافق در تعیین مورد معامله مورد بررسی قرار گیرد.

۳-۱. حکم عدم تعیین مورد معامله

همان‌گونه که در بحث نخست تبیین شد، معلوم بودن و معین بودن مورد معامله در معنای خاص خود دو مفهوم متفاوت از یکدیگرند. به همین دلیل، ذیل دو عنوان اختصاصی ابتدا به حکم معلوم نبودن مورد معامله و سپس به حکم معین نبودن مورد معامله پرداخته خواهد شد.

۳-۱-۱. حکم معلوم نبودن مورد معامله

فقیهان امامیه درباره حکم قراردادی که مورد معامله در آن مجهول باشد، به‌رغم اختلافاتی که در خصوص چگونگی کشف حکم با یکدیگر دارند، همگی بر بطلان معامله‌ای که مورد معامله در آن میان طرفین معلوم نیست، متفق‌اند. برای مثال، برخی بیعی را که در آن ذکری از ثمن نشده، باطل دانسته و دراین‌خصوص ادعای اجماع کرده‌اند (حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۲۸۶). بعضی نیز با استناد به حدیث نبوی «نهی‌النبی (صلی‌الله علیه و آله) عن بیع‌الغرر»، چنین استدلال کرده‌اند که بیع چیزی که طرفین قرارداد یا یکی از ایشان به اوصاف و ویژگی‌های آن علم کامل ندارد، از مصادیق «بیع غرری» است و نهی موجود در حدیث شامل آن خواهد بود. همچنین، با الغای خصوصیت و به‌عنوان قاعده‌ای عمومی در معاملات باید گفت که معلوم بودن مورد معامله در هر عقدی از شرایط صحت است (نجفی، ۱۳۶۷، ج ۲۷، ص ۲۱۶). بعضی دیگر با نقل روایتی از امام‌صادق (علیه‌السلام) گفته‌اند که هرکس در بیع اجلی نامعلوم قرار دهد یا ثمن مجهول در نظر بگیرد، بیع او بیع نیست (تمیمی مغربی، ۱۳۸۳ق، ج ۲، ص ۵۰)؛ البته در این باره، فقیهان به روایت‌های متعددی استناد جسته‌اند که برای جلوگیری از تطویل کلام از اشاره به همه موارد خودداری می‌شود.

افزون‌بر ادله فوق، برخی فقیهان نیز با اشکال در سند و دلالت حدیث غرر و دیگر روایات مورد استناد، شرط معلوم بودن مورد معامله را حکم عقلی و کلام شارع در خصوص آن را تأیید عرف و امضای سیره عقلاً^۱ دانسته‌اند (خویی، ۱۴۰۸ق، ص ۳۲). شارحان قانون مدنی نیز به‌تبع فقیهان بیان داشته‌اند که شرط درستی هر قرارداد این است که موضوع تعهدهای ناشی از آن معلوم باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۷، ج ۲، ص ۱۹۲) و رفع جهالت از مال موضوع انتقال با معلوم شدن سه عامل جنس، وصف و مقدار انجام می‌پذیرد که مشترک میان عین معین و کلی است. باین‌حال، جایی که عین معین موضوع معامله قرار می‌گیرد، کافی است که دو طرف از جنس، وصف و مقدار آن آگاه باشند؛ هرچند در عقد بیان نشود (کاتوزیان، ۱۳۹۷، ج ۲، ص ۱۹۲)، اما در صورتی که مورد معامله کلی باشد، باید مقدار، جنس و وصف بیان شود (ماده ۳۵۱ قانون مدنی) که تفاوت این دو در الزام به ذکر موارد سه‌گانه در عقد است؛ توضیح اینکه در صورت

کلی بودن مورد معامله، مقدار، جنس و وصف باید به گونه‌ای بیان شود که پس از انعقاد قرارداد و در مقام اجرای تعهد قابلیت تعیین داشته باشد. ملاک این معلوم بودن نیز هر دو طرف معامله هستند. به عبارت دیگر، مورد معامله باید نزد طرفین معلوم باشد و کافی نیست که یکی از متعاملان آن را بداند و دیگری به آن جاهل باشد؛ زیرا معامله مزبور غرری و معامله غرری باطل است (امامی، بی تا، ج ۱، ص. ۲۱۹).

لحن قانون‌گذار در ماده ۳۵۱ و نیز تصریح به معلوم بودن مورد معامله در ماده ۲۱۶ قانون مدنی، گواه این تلقی است که در صورت جهل به مورد معامله، قرارداد باطل و بلااثر است.

۳-۱-۲. حکم معین نبودن مورد معامله

همان‌گونه که پیش از این از نظر گذشت، فقیهان امامیه در باطل بودن معامله‌ای که موضوع آن مردد باشد، اتفاق نظر دارند، اما در اینکه مبنای این بطلان چیست، اختلافاتی در نظرات ایشان به چشم می‌خورد که به‌طور مختصر به آن‌ها اشاره می‌شود.

برخی صعوبت در اجرای عقد و امکان وقوع اختلاف در مرحله اجرا را به‌عنوان دلیل بیان کرده‌اند (فخرالمحققین، ۱۳۶۳، ج ۱، ص. ۴۳۰؛ کرکی (محقق ثانی)، ۱۲۷۲ق، ج ۴، ص. ۱۰۳). بعضی نیز دلیل آن را جهل و غرر دانسته‌اند (مقدس اردبیلی، ۱۴۱۲ق، ج ۸، صص. ۱۸۰ و ۱۸۱؛ طوسی، ۱۳۷۰، ج ۳، ص. ۲۱۷). در پاسخ به این دو نظر، گروهی چنین استدلال کرده‌اند که وقتی تمام اوصاف دو یا چند چیز میان طرفین معامله معلوم است و ایشان پذیرفته‌اند که مثلاً خریدار بتواند هرکدام از چند چیز را که خواست به‌عنوان مورد معامله قبول کند، دیگر نه غرری وجود دارد و نه در مقام اجرای عقد اختلافی پدید خواهد آمد (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۳۲۴).

گروهی از فقها نیز با بیان این نکته که در مواردی که مورد معامله مردد است، فرد مردد اصالتی ندارد و در واقع نمی‌توان برای فرد مردد وجود را تصور کرد، حکم به لزوم معین بودن مورد معامله کرده‌اند (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۳۲۷؛ نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص. ۳۷۵). در مقام رد این نظر نیز گفته شده است که ملکیت موضوعی اعتباری است و همین که عرف یا شرع آن را برای چیزی در نظر بگیرند، آن چیز قابل معامله خواهد بود. بنابراین، اصالت نداشتن مورد معامله مردد نیز موضوع پذیرفته‌ای نیست

(عاملی (شهید اول)، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص. ۳۰۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص. ۲۹۵).
با وجود این اختلافات، قانون‌گذار در بند ۳ ماده ۱۹۰ قانون مدنی، معین بودن مورد معامله را شرط صحت قرارداد دانسته و در ماده ۴۷۲ همین قانون، در بیان قواعد حاکم بر عقد اجاره دوباره منظور خویش را از معین بودن آشکار و بر لزوم مجهول و مردد نبودن مورد اجاره تأکید کرده است. با عنایت به اینکه عین مستأجره خصوصی نیست، ندارد، باید با الغای خصوصیت، آن را در تمام عقود شرط دانست.
قانون مدنی فرانسه نیز در ماده ۱۱۶۳^{۱۱} مقرر کرده که موضوع تعهد باید معین یا قابل تعیین باشد و توضیح داده است که قابل تعیین بودن موضوع تعهد را می‌توان از خود قرارداد یا به واسطه رجوع به عرف یا روابط قبلی طرفین نیز استنباط کرد بدون آنکه توافق جدید ضروری باشد.

۳-۲. نقش توافق در تعیین مورد معامله

پس از واریسی دقیق لزوم معلوم و معین بودن مورد معامله و حکم آن باید به این پرسش پاسخ داد که مقتضای عمومی عقود و به‌ویژه توافق چه نقشی در جلوگیری از اعمال ضمانت اجرای بطلان در قراردادها ایفا خواهد کرد؟
یکی از اهداف مهم حقوق قراردادها در نظر گرفتن و تمهید مقدماتی است که مانع بطلان بی‌رویه عقود و برهم خوردن نظم معاملاتی حاکم بر توافقات میان افراد شود.^{۱۲}
در حقوق فرانسه دو نهاد تنظیم عقد^{۱۳} و تنفیذ عقد^{۱۴} برای جبران نواقص ظاهری موجود در زمان انعقاد قرارداد و ممانعت از ابطال عقود مورد استفاده قرار می‌گیرد (Noslacan, no date, p.645)^{۱۵}؛ با این توضیح که نهاد تنظیم عقد در زمانی که رکن مادی لازم در قرارداد مفقود است، منشأ اثر شده و تنفیذ عقد در حالتی که رکن معنوی (فاعلی) مفقود باشد، واجد اثر می‌شود. برای مثال، اگر در قراردادهای دولتی امضای بالاترین مقام وزارتی شرط صحت قرارداد باشد و مدت‌ها پس از عقد قرارداد، کاشف به عمل آید که قرارداد نه در مهلت مقرر، بلکه مدتی بعد به امضای مقام دولتی رسیده است، با اعمال نهاد تنظیم، از ابطال عقد جلوگیری به عمل می‌آید یا مثلاً اگر در قراردادی سن خاصی شرط اهلیت متعقدان باشد و تردید شود که آیا خریدار که اتفاقاً از محل قرارداد سود سرشاری نیز برده، در زمان انعقاد به سن قانونی رسیده بوده است

یا خیر، با اعمال نهاد تنفیذ، خریدار را دارای سن قانونی فرض می‌کنند و مانع از بین رفتن قرارداد می‌شوند.

در حقوق داخلی نیز در این باب پیش از این نظریه، ظهور مصحح اعمال حقوقی^{۱۶} ارائه و تشریح شده است، اما در خصوص تعیین مورد معامله به معنای عام آن که شامل معلوم و معین بودن است، تاکنون تحقیق مشابهی درباره امکان اعمال توافق به عنوان یکی از مقتضاهای عمومی عقود و کشف و احراز قصد طرفین و در نتیجه، جلوگیری از انحلال قراردادها انجام نشده است.

برای بررسی و امکان‌سنجی این موضوع ابتدا باید به بررسی توافق و نظرات مختلف در خصوص آن پرداخت و سپس امکان اعمال آن را در عقود مغایبی و عقود مسامحی مورد تحلیل قرار داد.

۳-۲-۱. توافق به عنوان مقتضای عمومی عقود

فقیهان امامیه در علم تفصیلی طرفین عقد، بر ثمن و مثن تصریح و تأکید کرده‌اند. برای مثال، صاحب جواهر برای این موضوع ادعای هر دو نوع اجماع (هم محصل و هم منقول) را کرده و معامله مال مکیل یا موزون یا معدود به نحو مبهم و با ترازوی مجهول را باطل دانسته است (نجفی، ۱۴۰۰ق، ج ۲۲، ص. ۴۱۷). نایینی نیز چنین معامله‌ای را غرری تلقی کرده و مجهول بودن مورد معامله را به تنهایی سبب بطلان عقد دانسته است (نایینی، ۱۴۱۸ق، ص. ۳۶۲). مرحوم خویی هم در مصباح/الفتاویه بر این موضوع ادعای اجماع کرده و چنین معامله‌ای را باطل دانسته (خویی، ۱۴۱۷ق، ج ۵، ص. ۳۱) و این موضوع مورد تأیید دیگر فقیهان امامیه نیز قرار گرفته است (انصاری، ۱۴۳۰ق، ج ۴، ص. ۲۰۶؛ اشرفی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص. ۱۱).

با الغای خصوصیت، همین حکم در فقه در خصوص ثمن نیز جاری است. بنابراین، فقیهان معامله مبتنی بر ثمن نامعلوم را نیز باطل دانسته‌اند (بحرانی، بی تا، ج ۱۸، ص. ۴۶۱؛ حلی (علامه)، ۱۴۱۶ق، ج ۵، ص. ۲۶۶؛ عاملی جبعی (شهید ثانی)، ۱۳۶۵، ج ۱، ص. ۲۸۵؛ حلی (محقق)، ۱۳۶۲، ص. ۱۵۱).

حقوق دانان نیز به تبع فقها، حکم بر بطلان عقدی کرده‌اند که در آن ثمن یا مثن مجهول باشد (امامی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص. ۲۲۰؛ کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۳، صص. ۱۶۷ و ۱۸۸؛

عدل، ۱۳۷۳، ص. ۱۴۰؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۶۳، ج ۱، ص. ۱۳۸؛ صفایی و همکاران، ۱۳۸۴، ص. ۱۶۰؛ امامی، ۱۳۹۸، ص. ۱۵۶؛ افتخاری، ۱۳۹۵، ص. ۱۴۰؛ شیروی، ۱۳۹۸، ص. ۸۵؛ نوین و خواجه‌پیری، ۱۳۹۱، ص. ۶۳. عمده دلیلی که فقیهان در توجیه حکم بر بطلان چنین عقدی بیان کرده‌اند عبارت است از غرری بودن معامله (حر عاملی، ۱۳۸۹، ج ۱، ص. ۳۴۱). ممنوعیت قرارداد غرری افزون‌بر روایت مشهور نبی اکرم (صلی‌الله علیه و آله)، «نهی‌النبی (صلی‌الله علیه و آله) عن بیع‌الغرر»، به اجماع (فخار طوسی، ۱۳۷۴، ص. ۳۰۱) و بنای عقلا (جیلانی، ۱۳۷۱، ج ۱، ص. ۱۶۸) نیز مستند شده است.

افزون‌براین، برخی اساتید حقوق مدنی با استناد به تصریح مقنن در ماده ۲۱۶ قانون مدنی، تخطی از حکم مقرر در ماده مزبور را نیازمند نص صریح قانونی دانسته‌اند (امامی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص. ۲۲۰).

بنابراین، باید به این پرسش پاسخ داد که چگونه می‌توان از بطلان معامله‌ای که مورد معامله در آن مجهول یا مردد است، جلوگیری کرد؟ برای نیل به این مقصود، ابتدا معامله غرری مورد بررسی و تبیین قرار می‌گیرد و سپس به تحلیل ماده ۲۱۶ قانون مدنی پرداخته خواهد شد. درنهایت، نظریه مختار در خصوص توافق تشریح خواهد شد.

الف. تبیین معامله غرری

فقیهان (چه فقهای امامیه و چه فقهای عامه) با استناد به حدیث نبوی، معامله‌ای را که در آن ثمن یا مثن مجهول باشد، غرری دانسته و حکم به بطلان آن کرده‌اند. این تلقی به‌اندازه‌ای محکم و خدشه‌ناپذیر می‌نماید که حتی بعضی فقیهان، موردی را که تعیین ثمن بعد از عقد بر عهده طرفین قرارداد یا شخص ثالثی باشد نیز مصداق غرر شمرده و قرارداد را محکوم به بطلان دانسته‌اند (عاملی جبعی (شهید ثانی)، ۱۳۶۵، ج ۱، ص. ۲۸۵). بر این عقیده در میان مذاهب چهارگانه اهل سنت نیز ادعای اجماع شده است (الجزیری، بی‌تا، صص. ۱۶۵-۱۶۹) و در میان حقوق‌دانان نیز طرفداران نام‌آشنایی دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۳، ص. ۷۶).

به عبارت دیگر، همین که در قراردادی ثمن یا مثن با توجه به ایجاب و قبول ردوبدل شده وجود داشته باشد و در زمان انعقاد عقد معین نباشد، عقد باطل است؛

هرچند یکی از طرفین یا شخص ثالث به خواسته متعاقدان اختیار تعیین مورد معامله را داشته باشد. بنابراین، وقتی نمی‌توان پس از عقد حتی با توافق طرفین رفع جهل کرد، به طریق اولی نمی‌توان از رفتار گذشته متعاقدان یا عرف حاکم بر معاملات یا دیگر قرائن برای تعیین ثمن یا مثن بهره جست.

در مقابل این نظر، به عقیده عده‌ای از فقیهان، موضوع عقدی که معلوم نبودن ثمن یا مبیع را سبب بطلان عقد می‌انگارند، عقدی است که در آن مورد معامله یا ثمن با گمان و شانس تعیین شده باشد یا متعاقدان هیچ شناختی از مورد معامله نداشته باشند (نوری طبرسی، ۱۴۰۸ق، ص. ۲۳۱). جالب اینکه، برخی بزرگان فقها معامله به قیمت بازاری (قیمت سوبیه) یا به تعیین و ارزیابی مشتری را صحیح پنداشته‌اند (عاملی، ۱۴۰۳ق، ص. ۲۷۱). حتی برخی منظور از غرر منهی^۱ عنه در معامله را غرری می‌دانند که موجب خطر درگیری و بروز اختلاف میان طرفین قرارداد باشد. بنابراین، در عقد بیعی که در آن ثمن تعیین نشده است، اما مشتری علم دارد که ثمن بالاتر از قیمت بازاری نیست (به عبارت دیگر، از حداکثر قیمت باخبر است) حکم بر صحت بیع کرده‌اند (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۱۸، ص. ۶۶۳). نتیجه اینکه، در تفسیر و مصداق‌یابی غرر در معاملات میان فقیهان اختلاف عمده‌ای به چشم می‌خورد. عده‌ای صرف نبودن علم تفصیلی را در هنگام انعقاد عقد مصداق غرر و موجب بطلان عقد پنداشته و در مقابل، برخی با تفسیر غرر به خطر و منازعه و درگیری سعی در تضییق دایره آن کرده‌اند و به تبع قراردادهایی که بتوان به کمک قرائن مورد معامله را مشخص یا قدر متیقنی را برای آن ثمن یا مثن تعیین کرد، از ذیل عقود باطل خارج کرده‌اند.

داوری میان این دو اعتقاد متفاوت به نظر می‌رسد که باید رأی به صحت نظریه دوم داد؛ زیرا هم با اصل صحت قراردادها و اصل استحکام معاملات هماهنگی بیشتری دارد و هم با نیازهای روز و مقتضیات دنیای مدرن که در موارد زیادی ثمن یا مثن در زمان انعقاد عقد میان طرفین معین نیست، همخوانی بیشتری دارد. ای بسا که از نگاه بعضی پژوهشگران وجود علم تفصیلی به ثمن یا مثن در زمان انعقاد عقد نه از روایات خاص نه از اجماع و نه از حدیث نفی غرر با این دامنه گسترده برداشت نمی‌شود (علیدوست، ۱۳۹۵، ص. ۱۷۲). این تلقی افزون‌براینکه با قاعده اصولی جمع (الجمع) مهما امکن اولی من الطرح^۲ هماهنگ است، در میان فقیهان نیز طرف‌داران نامداری دارد.

برای مثال، برخی فقیهان در تعریف غرر آن را به عرف و بنای عقلا مربوط دانسته و بیان داشته‌اند «غرر احتمالی خطری است که عرف از آن اجتناب می‌کند» (نراقی، ۱۴۱۷، ص. ۳۱). در نتیجه، در تشخیص غرر باید عرف را ملاک قرار داد.

ب. تحلیل مختصر 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».

در این ماده، مبهم در مقابل معین یا مردد و علم اجمالی در برابر علم تفصیلی به کار رفته است. بنابراین، مفهوم این ماده چنین است که در معاملات، مورد معامله (و با الغای خصوصیت از مثنی، ثمن نیز) باید معین باشد و طرفین قرارداد بر آن علم تفصیلی داشته باشند. بر همین مبنا، برخی حقوق‌دانان بیان داشته‌اند که مورد معامله باید نزد طرفین معلوم باشد و کافی نیست که یکی از متعاملان آن را بداند و دیگری به آن جاهل باشد؛ زیرا معامله مزبور غرری و معامله غرری باطل است (امامی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص. ۲۱۹). به عبارت دیگر، اصل بر علم تفصیلی است مگر مواردی که قانون‌گذار به صراحت از دامنه حکم علم تفصیلی خارج کرده باشد و علم اجمالی را در آن کافی بداند (شهیدی، ۱۳۷۷، صص. ۳۱۶ و ۳۱۷).

با وجود این، به نظر می‌رسد که چنین تفسیری از ماده ۲۱۶، نتیجه‌ای جز بطلان بی‌رویه معاملات به‌ویژه در عصر حاضر نداشته باشد. حتی اگر آن‌چنان‌که برخی اساتید گفته‌اند، حکم علم اجمالی را به تمام عقود مسامحه توسعه دهیم (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹، ص. ۱۷۸)، باز هم به این دلیل که برای رفع نیازهای جامعه امروزی کافی نیست، پذیرفتنی نیست.

بنابراین، برای حل مشکل باید ماده ۲۱۶ قانون مدنی را در پرتوی قاعده غرر تفسیر کرد (صفایی، ۱۳۹۱، ص. ۴۹).

براین اساس و بر مبنای آنچه در بند قبلی در مقام داوری میان نظرات فقیهان گفته شد، باید چنین گفت که موارد علم اجمالی نه محدود به مصادیقی مانند جعاله (مواد ۵۶۴ و ۵۶۳ قانون مدنی) و ضمان (مواد ۶۹۴ و ۶۹۵ قانون مدنی) که مصرحات قانون هستند، است و نه محدود به عقود مسامحه آن‌چنان‌که برخی نویسندگان حقوقی بیان

داشته‌اند، بلکه در مقام داوری در خصوص این موضوع که کجا علم تفصیلی لازم است و کجا علم اجمالی، باید به تحلیل رابطه متعاقدان پرداخت؛ آنجا که خطر درگیری و منازعه وجود دارد و این اجمال به‌اندازه‌ای است که به‌هیچ‌وجه قابل تعیین نیست و مورد معامله مجهول است، باید بنا بر قاعده غرر حکم به بطلان قرارداد کرد، اما در مقامی که بر اساس عرف یا سوابق معاملات طرفین یا دیگر قرائن و امارات (مانند وجود قیمت بورسی) بتوان ثمن یا مثن را تعیین کرد، باید از این تفسیر دست کشید و با انتقای غرر، حکم به ابقا و اجرای قرارداد کرد.

ج. توافق در معلوم و معین بودن مورد معامله

همان‌گونه که در مبحث نخست از نظر گذشت، توافق مقتضای هر عقدی است. بنابراین، در قرارداد باید توافق وجود داشته باشد. همچنین، با استعانت از بحث کلیات خمس در منطق صوری این نتیجه حاصل می‌شود که تصور هر عقد با تصور ایجاب و قبول و مورد معامله اقتران زمانی دارد. بنابراین، وقتی بایع و فروشنده اقدام به انشای ایجاب و قبول می‌کنند، هم‌زمان نیز مورد معامله را تصور کرده‌اند.

وقتی که از معلوم و معین بودن مورد معامله سخن به میان می‌آید، منظور علم طرفین معامله به مورد معامله است و علم و جهل اشخاص ثالث در این خصوص تأثیری ندارد. در نتیجه، وقتی ایجاب و قبول حتی به‌صورت ظاهری انشا شده باشد، باید مورد معامله را نیز نزد اطراف معامله معلوم و معین دانست. ثمره عملی چنین برداشتی در جایی است که یکی از طرفین قرارداد به‌رغم انعقاد ظاهری عقد، ادعای مجهول یا مردد بودن مورد معامله را می‌کند. با استناد به اینکه در توافق به‌عنوان یکی از مصادیق مقتضای عمومی عقود، ایجاب و قبول و تعیین مورد معامله به‌صورت هم‌زمان حاصل شده است، این شخص در مقام مدعی قرار می‌گیرد و نمی‌تواند به اصل عدم استناد کند. چنین برداشتی موافق اصل صحت و اصل لزوم قراردادها نیز هست.

در مقام تعیین مورد معامله نیز باید به جست‌وجو پرداخت و تنها در مواردی که هیچ مورد معینی برای معامله میان طرفین وجود ندارد، حکم به بطلان قرارداد کرد، اما در این راه باید میان مورد معامله مجهول و مورد معامله نامعین قائل به تفکیک شد؛ با این توضیح که اگر مورد معامله مجهول باشد، چنانچه پیش از این بیان شد، باید بر

مبنای قاعده غرر آن معامله را محکوم به بطلان دانست. به عبارت دیگر، فارغ از اینکه مبنای قاعده غرر روایات باشد یا دلیل عقلی، در صورتی که نتوان با ادله یقینی از مورد معامله رفع جهل کرد، باید حکم به بطلان قرارداد کرد؛ زیرا نمی‌توان به اشخاص، تعهدات و تکالیفی را بدون رضایت تحمیل کرد و هرگونه تأویل و تفسیر دادگاه در این خصوص به منزله دخالت در رابطه قراردادی طرفین است.

اما در صورتی که مورد معامله معلوم بوده باشد، اما معین نباشد، باید به مقتضای عمومی عقود مراجعه و چنین بیان کرد که بنا بر نظریه مقتضای عمومی عقود، لازمه هر عقدی توافق است. بنابراین، اگر در عقدی صدور ایجاب و قبول از ناحیه طرفین مسلم باشد و بتوان توافق را حاصل شده دانست، معین نبودن مورد معامله تنها در حالتی موجب بطلان قرارداد خواهد شد که نتوان به طریق اطمینان‌آوری این نقص را برطرف کرد؛ زیرا در این فرض مورد معامله از حیث مقدار، جنس و وصف قابلیت تعیین را دارد و تنها صورت خارجی مورد معامله با ابهام روبه‌روست. در این راه می‌توان از امارات، قرائن، عرف، سوابق معاملات، رویه حاکم بر قراردادهای مشابه، جلب نظر کارشناس و مراجعه به قیمت‌های رسمی نیز یاری جست.

ایرادی که شاید بتوان بر این بحث وارد کرد، این است که تفاوت آن در حالتی که معامله کلی در معین یا کلی فی‌الذمه است، چیست؟ در پاسخ باید گفت راه‌حل بیان‌شده هم در معامله عین معین و هم در معامله کلی قابلیت اعمال را دارد؛ زیرا در حالت نبود اختلاف در مورد معامله معین و کلی در معین به واسطه ابزارهایی مانند رؤیت، مورد معامله اصلاً با تردیدی روبه‌رو نیست. در کلی فی‌الذمه هم به واسطه بیان مقدار، جنس و وصف، نکته مبهم یا مجهولی وجود ندارد و طرف متعهد باید بر مبنای موارد سه‌گانه یادشده در معامله، اقدام به انجام دادن تعهد کند، اما در معاملات مدنظر این راه‌حل، نه مورد معامله به‌صراحت یا به‌واسطه بیان اوصاف در عقد معین شده است که عقد را خالی از ابهام بدانیم و نه ابهام و جهل به‌اندازه‌ای است که تلاش قاضی برای تعیین مورد معامله را دخالت در قرارداد طرفین و تحمیل اراده دادگاه بر ایشان به شمار آوریم (بیگل‌دی، ۱۳۹۴، ص. ۲۵)، بلکه به‌واسطه احراز توافق یعنی صدور ایجاب و قبول و در نظر گرفتن این موضوع که در زمان انشای معامله طرفین مورد معامله را تصور کرده‌اند، قاضی مجاز و موظف به جست‌وجو برای کشف مورد معامله دانسته شده است.

همچنین، فقیهان در عقد اجاره در فرضی که منجر به عسر و حرج برای مستأجر شود، برای مثال، آب زمین مورد اجاره به اندازه‌ای کم شود که باعث ضرر مستأجر شود، برای وی حق فسخ در نظر گرفته‌اند (قمی، ۱۳۷۱، ج ۳، ص. ۵۱۲؛ نجفی، ۱۴۰۰، ج ۲۷، ص. ۲۹۱؛ بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲۱، ص. ۶۰۲). درحالی‌که چنین موضوعی به‌هیچ وجه در زمان عقد مورد نظر طرفین نبوده است، به طریق اولی می‌توان قائل به این دیدگاه شد که دادگاه بتواند با تحلیل اراده طرفین، مورد معامله مدنظر ایشان را کشف کند. باوجوداین، شاید ابهام دیگری مطرح شود که چطور می‌توان طرفین را به قراردادی ملزم کرد که مورد معامله آن معین نباشد؟ در پاسخ باید گفت اولاً، اعمال توافق در تعیین مورد معامله شامل مواردی که جهل مطلق است و هیچ دلیل و قرینه‌ای برای تعیین موضوع قرارداد طرفین وجود ندارد، نمی‌شود. ثانیاً، همان‌گونه که اثبات شد، طرفین قرارداد هم‌زمان با انشای ایجاب و قبول، مورد معامله را نیز در نظر داشته‌اند و هرچند از بیان جزئیات در ایجاب و قبول امتناع کرده باشند، می‌توان با یاری دیگر ادله و قرائن و امارات پرده از مورد معامله برداشت. با این تحلیل بررسی اراده‌ها برای دادگاه نیز ساده‌تر خواهد بود.

بالین حال، چگونگی اعمال این نظر در عقود مغابنی و عقود مسامحی تفاوت‌هایی دارد که با بیان مصادیقی به‌اختصار مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۲-۲-۳. نقش توافق در تعیین مورد معامله در عقود مغابنی

پذیرش علم اجمالی در خصوص مورد معامله برخلاف آنچه برخی اساتید حقوق مدنی گفته‌اند، منحصر به عقود مسامحی نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹، ص. ۱۷۸). در واقع، عقود خاستگاه استواری و ثبات است و نباید برخلاف خواسته طرفین تزلزلی را بر پیکره پیمان وارد کرد؛ هرچند فقیهان تصریح کرده‌اند که «بیع موقوف است به اینکه مبیع قیمت کرده شود و قیمت معین و معلوم شود» و بیان داشته‌اند که تا تعیین دقیق ثمن و به طریق اولی مبیع، بیعی اتفاق نمی‌افتد (اشرفی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص. ۹۳)، اما امروزه موارد متعددی را می‌توان یافت که در زمان انعقاد عقد، مبیع یا ثمن یا هر دو به‌اجمال تعرفه و کیفیات و جزئیات آن‌ها پس از انعقاد عقد مشخص می‌شوند. به‌عبارت دیگر، با توجه به مقتضیات روز و سرعت در معاملات، این موضوع به‌مرور

پذیرفته شده است که از الزام معین بودن مورد معامله یا ثمن تا اندازه‌ای عقب‌نشینی شود. مثال این موضوع را می‌توان در معاملات نوظهور مانند عقد با ثمن شناور ملاحظه کرد. به‌رغم دیدگاه غالب فقیهان که معامله‌ای را که در آن ثمن معین نباشد، بلااثر و حیات‌نیافته تلقی می‌کنند (حلی (محقق)، ۱۳۶۲، ص. ۲۷۱)، در میان متأخران ایشان، نظرات مخالفی نیز یافت می‌شود. برای مثال، بعضی فقیهان در مقام تعیین تکلیف معامله‌ای که قطعیت ثمن آن منوط به مشخص شدن قیمت بازاری شده است، بیان می‌دارند که در چنین حالتی می‌توان الزام فروشنده یا خریدار را به تأدیه تفاوت قیمت شرط کرد (طباطبایی حکیم، بی‌تا، ص. ۴۹) که مثال بارزی از پذیرش ثمن شناور در فقه است. در حقوق نیز می‌توان به تفکیک مبلغ به مبلغ پیمان و مبلغ نهایی پیمان در شرایط عمومی اشاره کرد که به‌خوبی پذیرش شناور بودن ثمن در معاملات روزمره را تأیید می‌کند.

مراجعه به رویه قضایی نیز گواه این برداشت است. برای مثال، دادنامه شماره ۱۴۰۲۰۳۳۹۰۰۰۲۵۸۱۳۵۶ مورخ ۱۴۰۲/۶/۱۹ صادره از شعبه ۹ دادگاه عمومی حقوقی گرگان که عیناً در پرونده شماره ۱۴۰۱۰۳۹۲۰۰۰۱۲۵۳۰۰۱ از سوی شعبه ۷ دادگاه تجدیدنظر استان گلستان مورد تأیید قرار گرفته، قابل توجه است. در پرونده موصوف، خواهان با این استدلال که موضوع قرارداد، فروش ۱۹۶۰۰ سهم از سهام شرکتی است که ثمن معامله به‌صورت تعاملی تعیین شده و به استناد مجهول بودن عوض، تقاضای اعلام بطلان قرارداد را کرده است، اما دادگاه با این استدلال که طرفین با امضای قرارداد هم قصد خویش را بر متعهد شدن به مفاد آن اعلام داشته و هم بر چگونگی پرداخت ثمن عالم بوده‌اند، با توجه به دیگر بندهای قرارداد و سوابق معاملاتی ایشان، حکم به تأیید قرارداد صادر و از بطلان بی‌دلیل آن جلوگیری کرده و تنها نقص معین نبودن را با استفاده از ادله متقن برطرف کرده است. در واقع، در این دادنامه دادگاه با احراز معلوم بودن ثمن و غرری نبودن معامله، توافق را حاصل‌شده تلقی و با استفاده از دیگر دلایل، اقدام به تعیین تعهد خریدار و فروشنده کرده است. با وجود قابل نقد بودن علل موجهه دادگاه در حکم یادشده، می‌توان آن را نشانه‌ای از تلاش رویه قضایی در راستای نجات قراردادهای بر مبنای نظریه مقتضای عمومی عقود پس از احراز مجهول و غرری نبودن عقد دانست.

در مقام تأیید استدلالات فوق می‌توان به ماده ۵۵ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا اشاره کرد. ماده اخیر مقرر می‌دارد هرگاه قراردادی درست منعقد شده باشد، اما ثمن به‌طور صریح یا ضمنی تعیین نشده یا ضوابطی برای تعیین ثمن پیش‌بینی نشده باشد، در صورت فقدان دلیل مخالف چنین فرض می‌شود که متعاملان به‌طور ضمنی ثمنی را که در زمان انعقاد قرارداد برای فروش این قبیل کالا در اوضاع و احوال مشابه در نوع تجارت مربوط رایج بوده است، در نظر داشته‌اند.

از دقت در ماده موصوف مشخص می‌شود که در کنوانسیون مزبور حتی قابل تعیین بودن ثمن الزامی نیست و می‌توان با وجود قرائن و امارات و به یاری عرف نسبت به تعیین ثمن در چنین قراردادهایی اتخاذ تصمیم کرد و تنها همین که ثمن مجهول نباشد، وافی به مقصود دانسته شده است.

مصادق دیگری که در اثبات عدم الزام به وجود علم تفصیلی در مورد معامله و امکان تعیین مورد معامله با رجوع به توافق طرفین می‌توان به آن اشاره کرد، قراردادهای باز است. در چنین قراردادهایی، متعاملان در زمان انعقاد عقد تعمداً به دلایل مختلف، توافقی در خصوص مورد معامله یا ثمن نمی‌کنند. این قراردادها که اعم از قراردادهای با ثمن شناور هستند (عبدی‌پور فرد و استادی، ۱۳۹۷، ص. ۱۳۳)، در نظام حقوقی کاملاً پذیرفته شده و رایج هستند.

در اثبات این موضوع باید به ماده ۱-۲-۱۴ اصول قراردادهای بازرگانی اشاره کرد که مقرر می‌دارد منوط کردن تعیین شرط به مذاکرات بعدی یا اظهارنظر شخص ثالث نمی‌تواند مانع تحقق عقد شود^{۱۷} (Unidroit-Principles, 2016).

بنابراین، در عقود مغابنی دادگاه باید به شرط مجهول نبودن مورد معامله، برای تعیین مورد معامله در سیری عالمانه به تتبع و تحلیل رابطه متعاملان از زمان مذاکرات مقدماتی تا اجرای عقد پردازد و اگر ایجاب و قبول را انشاشده یافت، به جست‌وجوی اراده ایشان بر مبنای اظهارات در زمان انعقاد عقد، عرف، سوابق معاملات ایشان و دیگر قرائن و امارات پردازد و مورد معامله (اعم از مبیع یا ثمن) را تعیین کند که در نتیجه، تا جایی که ممکن است از بطلان عقد جلوگیری شود، اما اگر در این سیر، حتی در صورت معلوم بودن نتوان به قدر متیقنی دست یافت و مورد معامله را تعیین کرد، باید از تحمیل قرارداد ناخواسته به طرفین معامله احتراز کرد.

ثمره چنین تحلیلی از توافق طرفین، جلوگیری از ابطال بی‌رویه عقود و در نتیجه، استواری معاملات است که از پایه‌های تجارت و امنیت در قراردادهاست.

۳-۲-۳. نقش توافق در تعیین مورد معامله در عقود مسامحی

اعمال توافق در عقود مسامحی برخلاف آنچه در عقود مغابنی از نظر گذشت، با مقاومت و مخالفت کمتری همراه است؛ زیرا اولاً، حقوق‌دانان علم اجمالی به مورد معامله را در عقود مسامحی مورد پذیرش قرار داده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹، ص. ۱۷۸؛ کاتوزیان، ۱۳۶۶، ج ۲، ص. ۱۸۵). ثانیاً، افزون‌بر وجود توافق طرفین در زمان عقد، این فرض که طرفین تعیین مورد معامله را به بعد از عقد یا شخص ثالث واگذار کرده‌اند نیز در موارد بسیاری وجود دارد. برای مثال، در عقدی مانند بیمه، برخی از فقیهان برای توجیه معلوم بودن مورد عقد و معوض آن به نهادهایی مانند ضمان (مطهری، ۱۳۶۱، صص. ۲۶-۲۲؛ روحانی، بی‌تا، صص. ۶۶ و ۷۷؛ حلی، بی‌تا، ص ۱۶) و صلح (گلپایگانی، ۱۳۶۸، ص. ۴۸۸؛ سبزواری، ۱۳۹۰، ص. ۵۱۸؛ مرعشی، بی‌تا، ص. ۵۰۲) تمسک جسته‌اند.

باین‌حال، در عقود مسامحی هم آنچه مدنظر ماست، عنایت طرفین عقد به مورد معامله است؛ توجهی که نه به‌عنوان موضوعی عارضی و ثانوی، بلکه به‌عنوان مقوم تصور ایشان از عقد و هم‌زمان با انشای ایجاب و قبول وجود داشته است. بنابراین، در عقود مسامحی نیز به صرف انشای ایجاب و قبول دیگر نیازی به اثبات معین بودن مورد معامله وجود ندارد و توافق طرفین قرارداد، موضوعی است که هرکس که مخالف آن ادعایی دارد، باید اثبات کند. بنابراین، دادگاه باید با استفاده از ظرفیت‌های قانونی نسبت به کشف و احراز و تعیین مورد معامله اقدام کند. به عبارت دیگر، به شرط مجهول نبودن مورد معامله و انتفای غرر باید تا جایی که منجر به دخالت دادگاه در رابطه معاملی طرفین نشود، با استفاده از ادله اطمینان‌آور برای تعیین مورد معامله تلاش کرد. برای مثال، اگر پدری در یک عقد صلح، حقوق خویش نسبت به یک قطعه زمین کشاورزی را به فرزندش صلح کند، اما مشخص نکند که دقیقاً منظور کدام حقوق است، می‌توان با یاری ادله‌ای مانند تحقیقات محلی یا استعلام از مراجع رسمی یا ارجاع موضوع به کارشناس، این حقوق را تعیین کرد، اما اگر به هیچ طریقی امکان



کشف مورد معامله نباشد، این موضوع موجب بطلان عقد است.

نتیجه‌گیری

اغلب نظام‌های حقوقی و نیز فقها و حقوق‌دانان بر رفع جهل از مورد معامله که از ارکان اساسی عقد است، تأکید دارند. فقیهان متقدم با استناد به قاعده غرر حکم به بطلان قراردادی کرده‌اند که در آن مورد معامله به تفصیل معین نشده است و در این بین، تفکیکی میان معلوم نبودن و معین نبودن مورد معامله از حیث اعمال قاعده غرر قائل نشده‌اند. برخی متأخران از فقها و نیز حقوق‌دانان، تلاش‌هایی برای تضییق دایره ابطال عقود کرده‌اند. با این حال، با عنایت به مقتضیات اجتماعی موجود و اصل سرعت در روابط اجتماعی و اقتصادی بشر کنونی، این تلاش‌ها کافی نبوده است.

با تحلیل منطقی و شناخت مقتضای عمومی عقود از طریق بحث کلیات خمس، آنچه پیش از همه امور در ذهن تصور می‌شود، ایجاب و قبول و مورد معامله است؛ اموری که مقوم توافق هستند. به عبارت ساده‌تر، متعاملان هم ایجاب و قبول و هم مورد معامله را به صورت هم‌زمان تصور می‌کنند. بنابراین، با انشای ایجاب و قبول از سوی طرفین قرارداد، باید آن را منعقدشده دانست و در صورت وجود هرگونه ابهام و اجمال در مورد معامله، آن را با مراجعه به امارات، قرائن، مذاکرات مقدماتی، سوابق معاملاتی طرفین قرارداد، عرف، جلب نظر کارشناس و ملاحظه قیمت‌های بورسی یا فهرست قیمت‌های رسمی برطرف کرد. با این تحلیل، تنها عقود به دلیل معین نبودن مورد معامله باطل می‌شوند که از این حیث دچار جهل محض باشند و نتوان از هیچ طریقی این جهل را برطرف کرد.

نکته مهم اینکه، در مواردی که مورد معامله از حیث مقدار یا جنس یا وصف مجهول است، می‌توان با استفاده از قاعده غرر در خصوص صحت یا بطلان عقد تصمیم گرفت؛ حکمی که در نظرات فقها اختلافی در آن دیده نمی‌شود، اما در مواردی که مورد معامله از حیث معلوم بودن با منقصتی مواجه نیست، ولی از جنبه تعیین مورد تردید قرار می‌گیرد، قاعده غرر قابل اعمال نیست؛ همچنان‌که در میان فقیهان نیز در این خصوص مخالفان سرشناسی به چشم می‌خورد. در این حالت باید با اعمال توافق به عنوان مقتضای عمومی عقود و با یاری قرائن و امارات قطعی موجود و دیگر ادله

از قبیل نظر کارشناس، دفاتر شرکت‌ها و داده‌های رسمی از بطلان جلوگیری کرد؛ با این توضیح که مقتضای هر عقدی توافق است و در قرارداد باید توافق وجود داشته باشد. وقتی به انعقاد ظاهری قرارداد یقین داریم، منطق صوری اثبات می‌کند که طرفین هم‌زمان با انشای ایجاب و قبول، مورد معامله را نیز در نظر داشته‌اند (حتی می‌توان ادعا کرد که تصور مورد معامله مقدم بر تصور ایجاب و قبول شکل گرفته است). بنابراین، در مقام معین نبودن مورد معامله از حیث ظاهر باید تا حد ممکن به یاری ادله، مورد معامله را تعیین و توافق حاصل در زمان انعقاد عقد را کشف کرد.

بر مبنای یافته‌های این پژوهش، پیشنهاد اصلاح ماده ۲۱۶ قانون مدنی و الحاق یک تبصره به آن، بدین شرح اعلام می‌شود که مورد معامله باید مبهم نباشد. در موارد ابهام دادگاه با استفاده از ادله، قرائن و امارات موظف به کشف اراده مشترک طرفین است. تبصره: فرضی که مورد معامله مجهول است، از این قاعده مستثناست.

یادداشت‌ها

۱. این مقاله مستخرج از رساله دکتری با عنوان *مقتضای عمومی عقود با راهنمایی دکتر عباس کریمی و مشاوره دکتر حسن جعفری‌تبار و دکتر محسن اسماعیلی* است.

2. Stoppel Rule

۳. ر.ک به: عبدی‌پور فرد و استادی، ۱۳۹۷ و صفایی، ۱۳۹۱.

4. Article 1128 Sont nécessaires à la validité d'un contrat: 1. Le consentement des parties; 2. Leur capacité de contracter; 3. Un contenu licite et certain.

5. Article 1132 L'erreur de droit ou de fait, à moins qu'elle ne soit inexcusable, est une cause de nullité du contrat lorsqu'elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant.

Article 1133 Les qualités essentielles de la prestation sont celles qui ont été expressément ou tacitement convenues et en considération desquelles les parties ont contracté. L'erreur est une cause de nullité qu'elle porte sur la prestation de l'une ou de l'autre partie. L'acceptation d'un aléa sur une qualité de la prestation exclut l'erreur relative à cette qualité.

6. Universel Essential

7. Universel Accidental

8. Counter Offer

9. Article 1114 L'offre, faite à personne déterminée ou indéterminée, comprend les éléments essentiels du contrat envisagé et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. A défaut, il y a seulement invitation à entrer en négociation.

10. The Practice of Reasonable Persons

11. Article 1163L'obligation a pour objet une prestation présente ou future. Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable. La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire.

12. sautrage du contrat

13. Regularisation

14. Confirmation

۱۵. برای مطالعه بیشتر دراین خصوص ر.ک به: کریمی، عباس، جزوه درسی دوره دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.

۱۶. ر.ک به: کریمی و علا، ۱۳۹۶.

17. If the parties intend to conclude a contract, the fact that they intentionally leave a term to be agreed upon in further negotiations or to be determined by one of the parties or by a third person does not prevent a contract from coming into existence.

کتابنامه

قرآن کریم.

The Holy Quran

آخوند خراسانی، محمدکاظم (۱۴۰۶ق). حاشیه المکاسب، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.

Akhund Khorasani, Mohammad Kazim (1986). Hashiyeh al-Makasib. Tehran: Ministry of Islamic Guidance.

آل کاشف الغطاء، محمدحسین (۱۳۵۹ق). تحریرالمجله (جلد ۱). نجف: مطبعة الحیدری.

Al-Kashif al-Ghata, Muhammad Husayn (1940). Tahrir al-Majalla, Vol. 1. Najaf: Al-Hadiryeh Press.

آملی، محمدتقی (۱۴۱۳ق). المکاسب والبیع (محمدحسین میرزای نایینی، تقریرات) (جلد ۲). چاپ ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

Amuli, Muhammad Taqi (1993). Al-Makasib wa al-Bay', Taqirrat-e Mirza-ye Nayini, Vol. 2, 2nd ed. Qom: Al-Nashr al-Islami Institute.

ابن زهره، همزة بن علی (۱۳۷۵). غنیة النزوع الی علمی الاصول والفروع (جلد ۱). قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).

Ibn Zuhra, Hamza ibn Ali (1955). Ghaniyeh al-Naz'u ila 'Ilm al-Usul wa al-Furu'. Qom: Imam Sadiq Institute.

اشرفی، حاج ملا محمد (۱۳۸۵). شعائر الاسلام (احمد باقری، تصحیح و تعلیق) (جلد ۱). چاپ ۱، تهران: دانشگاه تهران.

Ashrafi, Hajj Mulla Muhammad (1965). Sha'ayer al-Islam, edited by Ahmad Baqeri, Vol. 1, 1st ed. Tehran: University of Tehran Press.

- افتخاری، جواد (۱۳۹۵). کلیات عقود و تعهدات. چاپ ۱، تهران: میزان.
- Eftekhari, Javad (2017). General Principles of Contracts and Obligations, 1st ed., Tehran: Mizan Publication.
- الجزیری، عبدالرحمان (بی تا). الفقه علی المذاهب الاربعه. بیروت: دارالکتب العلمیه.
- Al-Jaziri, Abd al-Rahman (n.d.). Al-Fiqh 'ala al-Madhahib al-Arba'ah, Beirut: Dar al-Kutub al-Ilmiyah
- الزحیلی، وهبة (۱۴۰۷ق). الفقه الاسلامی و ادلته (جلد ۴). چاپ ۳، دمشق: دارالفکر.
- Al-Zuhayli, Wahbah (1987), Al-Fiqh al-Islami wa Adillatuh, Vol. 4, 3rd ed., Damascus: Dar al-Fikr.
- السنهوری، عبدالرزاق احمد (بی تا). الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید (جلد ۱). بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- Al-Sanhuri, 'Abd al-Razzaq Ahmad (n.d.), Al-Wasit fi Sharh al-Qanun al-Madani al-Jadid, Vol. 1, Beirut: Dar Ihya' al-Turath al-'Arabi
- العاملی، سید محمد جواد الحسینی (بی تا). مفتاح الکرامه (جلدهای ۴ تا ۷). چاپ ۱، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- Al-'Ameli, Sayyid Muhammad Jawad al-Husayni (n.d.), Miftah al-Karamat, Vols. 4-7, 1st ed., Beirut: Dar Ihya' al-Turath al-'Arabi.
- امامی، اسدالله (۱۳۹۸). کلیات حقوق تعهدات. چاپ ۱، تهران: میزان.
- Imami, Asadollah (2019). General Principles of Law of Obligations, 1st ed., Tehran: Mizan Publication.
- امامی، سید حسن (۱۳۷۷). حقوق مدنی (جلد ۱). چاپ ۱۹، تهران: اسلامیه.
- Imami, Seyyed Hassan (1958). Civil Law, Vol. 1, 19th ed., Tehran: Islamiyeh Bookstore.
- انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۱۵ق). المكاسب المحرمه والبیع والخیارات (جلدهای ۳-۶). چاپ ۱، قم: کنگره شیخ انصاری.
- Ansari, Sheikh Morteza (1995). Kitab al-Makasib al-Mahrammah wa al-Bay' wa al-Khiyarat, Vols. 3-6, 1st ed., Qom: Sheikh Ansari Congress.
- بحرانی، یوسف (۱۴۰۵ق). الحدائق الناضرة (جلد ۱۸). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- Bahrani, Yusuf (1985). Al-Hadiq al-Nadhira, Vol. 18, Qom: Islamic Publications Office.
- تمیمی مغربی، ابوحنیفه نعمان بن محمد (۱۳۸۳ق). دعائم الاسلام (جلد ۲). بی جا: دارالمعارف.
- Tamimi Maghribi, Abu Hanifa Nu'man ibn Muhammad (1963). Da'al'im al-Islam, Place of publication unknown: Dar al-Ma'arif.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۸). تأثیر اراده در حقوق مدنی. تهران: گنج دانش.
- Jafari Langroudi, Muhammad Jafar (2019), The Impact of Will in Civil Law, Tehran, Ganj-e Danesh Library.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۸). فلسفه حقوق مدنی عناصر عمومی عقود (جلد ۱). تهران: گنج دانش.

Jafari Langroudi, Muhammad Jafar (2019), Philosophy of Civil Law: General Elements of Contracts, Vol. 1, Tehran: Ganj-e Danesh Publications.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۶۳). دائرةالمعارف علوم اسلامی و قضایی (جلد ۱). تهران: گنج دانش.

Jafari Langroudi, Muhammad Jafar (1944), Encyclopedia of Islamic and Judicial Sciences, Vol. 1, Tehran: Ganj-e Danesh Bookstore.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۹). محشای قانون مدنی. تهران: گنج دانش.

Jafari Langroudi, Muhammad Jafar (1960), Commentary on the Civil Code, Tehran: Ganj-e Danesh Library.

جیلانی، میرزاابوالقاسم (میرزای قمی) (۱۳۷۱). جامع‌الشتات (جلد ۱). تهران: کیهان.

Jilani, Mirza Abu al-Qasim (Mirza-ye Qomi) (1952), Jame' al-Shatat, Vol. 1, Tehran: Kayhan.

حر عاملی، محمدبن حسن (۱۳۸۹ق). وسائل‌الشیعه (جلد ۱). تهران: اسلامیه.

Hurr Amali, Muhammad ibn Hasan (1970), Wasa'il al-Shi'a, Vol. 1, Tehran: Islamiyeh.

حسینی مراغی، میرفتاح (۱۴۱۷ق). العناوین (جلد ۲). قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

Husayni Maraghi, Mir Fattah (1997), Al-Anawin, Qom: Al-Nashr al-Islami Institute.

حلی، محمدبن‌ادریس (۱۴۱۰ق). السرائرالحاوی لتحریرالفتاوی (جلد ۲). قم: جامعه مدرسین.

Hilli, Muhammad ibn Idris (1991), Al-Sara'ir al-Hawiy li-Tahrir al-Fatawa, Qom: Publications of the Society of Scholars.

حلی، شیخ حسین (بی‌تا). بحوث فقهیه. بیروت: دارالزهراء للطباعة والنشر.

Hilli, Sheikh Husayn (n.d.), Buhuth Fiqhiyya, Beirut: Dar al-Zahra' for Printing and Publishing.

حلی (علامه)، حسن‌بن‌یوسف (بی‌تا). تذکرةالفقهاء (جلد ۱). بی‌جا: مکتبةالرضویة لاحیاء آثارالجفریة.

Allama Hilli, Hasan ibn Yusuf (n.d.), Tadhkirat al-Fuqaha', Place of publication unknown: Maktabat al-Ridawiyah li-Ihya' Athar al-Ja'fariyyah.

حلی (علامه)، حسن‌بن‌یوسف (۱۴۱۳ق). قواعدالاحکام (جلد ۱). ۳ج، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

Allama Hilli, Hasan ibn Yusuf (1993), Qawa'id al-Ahkam (3 volumes), Qom: Al-Nashr al-Islami 'Allama Institute.

حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۶ق). *مختلف الشیعة* (جلد ۵). چاپ ۱، بی‌جا: مکتبه الاعلام الاسلامی.

Allama Hilli, Hasan ibn Yusuf (1996), *Mukhtalif al-Shi'ah*, Vol. 5, 1st ed., Place of publication unknown: Maktabat al-'Ilm al-Islami.

حلی (محقق)، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن حسن (۱۳۶۲). *مختصر النافع*. چاپ ۲، قم: مرکز انتشارات علمی و فرهنگی.

Muhaqqiq Hilli (Abu al-Qasim Najm al-Din Ja'far ibn Hasan) (1943), *Mukhtasar al-Nafi'*, 2nd ed., Qom: Center for Scientific and Cultural Publications.

خمینی، سیدروح‌الله (۱۳۶۳). *البیع* (جلد ۳). قم: اسماعیلیان.

Khomeini, Ruhollah (1944), *Al-Bay'*, Qom: Isma'iliyan.

خوانساری، محمد (۱۳۶۴). *دوره مختصر منطق صوری*. تهران: دانشگاه تهران.

Khansari, Muhammad (1945), *A Brief Course in Formal Logic*, Tehran: University of Tehran.

خویی، ابوالقاسم (۱۴۰۸ق). *مستند العروة الوثقی؛ کتاب اجاره*. قم: مطبعة العلمية.

Khu'i, Abu al-Qasim (1989), *Mustanad al-'Uruwah al-Wuthqa*, Book of Rental, Qom: AL-'Ilmiyah Press.

خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۷ق). *مصباح الفقاهة* (جلد ۵). بی‌جا: مؤسسه انصاریان.

Khu'i, Sayyid Abu al-Qasim (1997), *Masba' al-Fuqaha'*, Vol. 5, Place of publication unknown: Ansariyan Institute.

روحانی، سیدصادق (بی‌تا)، *المسائل المستحدثة*. قم: دارالفکر.

Ruhani, Sayyid Sadiq (n.d.), *Al-Masa'il al-Mustahdathah*, Qom: Dar al-Fikr.

سبزواری، عبدالله علی (۱۳۹۰ق). *توضیح المسائل*. نجف.

Sabzvari, 'Abd Allah 'Ali (1971), *Tawshih al-Masa'il*, Question 2494, Najaf.

شهیدی، مهدی (۱۳۷۷). *تشکیل قراردادها و تعهدات*. تهران: حقوق‌دان.

Shahidi, Mehdi (1958), *Formation of Contracts and Obligations*, Tehran: Hoquqdan Publications.

شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۸). *حقوق قراردادها؛ انعقاد آثار و انحلال*. چاپ ۳، تهران: سمت.

Shirawi, Abd al-Husayn (2019), *Law of Contracts: Conclusion, Effects, and Termination*, 3rd ed., Tehran: Samt Publications.

صفایی، سیدحسین (۱۳۹۱). «نگاهی دیگر به ضابطه کفایت علم اجمالی در مورد معامله تفسیر

ماده ۲۱۶ قانون مدنی بر مبنای قاعده غرر». *نشریه تحقیقات حقوقی*، شماره ۵۹، ص. ۴۹.

Safa'i, Sayyid Husayn (2012), *A Different Look at the Criterion of Sufficiency of General Knowledge Regarding the Transaction of Interpretation of Article*

216 of the Civil Code Based on the Gharar Rule, Legal Research Journal, No. 59, p. 49.

صفایی، سیدحسین و همکاران (۱۳۸۴). حقوق بیع بین‌المللی. تهران: دانشگاه تهران.
Safa'i, Husayn, et al. (2005), International Sales Law, Tehran: University of Tehran.

طباطبایی، سیدعلی (۱۴۰۴). ریاض‌المسائل (جلد ۱). قم: مؤسسه آل‌البیت.
Tabataba'i, Sayyid 'Ali (1985), Riyad al-Masa'il, Vol. 1, Qom: Al al-Bayt Institute
طباطبایی حکیم، سیدمحمدسعید (بی‌تا). منهاج‌الصالحین؛ المعاملات القسم الاول. بیروت: دارالصفور.

Tabataba'i Hakim, Sayyid Muhammad Sa'id (n.d.), Minhaj al-Salihin, al-Mu'amalat al-Qism al-Awwal, Beirut: Dar al-Safur Tabataba'i.

طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۳۷۶). سؤال و جواب. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
Tabataba'i Yazdi, Sayyid Muhammad Kazim (Sahib al-'Uruwah) (1957), Su'al wa Jawab, Tehran: Center for Islamic Sciences Publications.

طوسی، ابوجعفر محمدبن حسن (۱۳۷۰). الخلاف (جلد ۳). قم: مکتبه الکتب‌المتنوعة.
Tusi, Abu Ja'far Muhammad ibn Hasan (1951), Al-Khilaf, Qom: Maktabat al-Kutub al-Muta'anatifah.

عاملی (شهید اول)، شمس‌الدین محمد (۱۴۱۴ق). الدروس الشرعیة فی فقه‌الامامیة (جلد ۲). قم: اسلامی.

Shahid al-Awwal (Amali, Shams al-Din Muhammad) (1994), Al-Durus al-Shar'iyya fi Figh al-Imamiyyah, Qom: Islamic Publications.

عاملی جُبعی (شهید ثانی) زین‌الدین بن علی بن احمد (۱۳۶۵). شرح‌لمعه (جلد ۱). چاپ ۲، قم: مرکز انتشارات حوزه علمیه قم.

Shahid al-Thani (Amali Jubbayi, Zayn al-Din ibn Ali ibn Ahmad) (1946), Sharh al-Luma', Vol. 1, 2nd ed., Qom: Qom Islamic Seminary Publications Center.

عبدی‌پور فرد، ابراهیم؛ و استاد، مونا (۱۳۹۷). «مطالعه تطبیقی اعتبار قرارداد باز در نظام‌های ملی و تجارت بین‌الملل». نشریه حقوق تطبیقی، شماره ۱۰۹، ص. ۱۳۳.

Abdipour Fard, E., & Ostadi, M. (2018). A Comparative Study of the Validity of Open Contract in National Legal Systems and International Trade law. *Journal of Comparative Law*, 5(1), 131-154. doi: 10.22096/law.2018.31935

عدل، مصطفی (۱۳۷۳). حقوق ملانی (محمدرضا بندرچی، به کوشش). چاپ ۱، قزوین: بحرالعلوم.

Adl, Mustafa (1954), Civil Law, edited by Mohammad Reza Bandarchi, 1st ed., Qazvin: Bahral'ulum Publications.

علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۹۵). *ادله عام روایی فقه و حقوق قراردادها*. قم: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

Alidu'st, Abu al-Qasim (2017), General Evidential Narrations in Islamic Jurisprudence and Contract Law, Qom: Research Institute for Islamic Culture and Thought Publications.

فخار طوسی (۱۳۷۴). *در محضر شیخ انصاری*. چاپ ۲، تهران: منشورات دارالحکومه.

Fakhar Tusi (1955), In the Presence of Shaykh Ansari, 2nd ed., Tehran: Dar al-Hukumah Publications.

فخرالمحققین، محمدبن حسن (۱۳۶۳). *ایضاح الفوائد* (جلد ۱). قم: اسماعیلیان.

Fakhr al-Muhaqqiqin, Muhammad ibn al-Hasan (Hilli) (1944), I'dah al-Fawa'id, Qom: Isma'iliyan.

قاضی، ابویوسف (۱۴۳۱ق). *الخراج لابی یوسف*. بی جا: المكتبة الازهرية للتراث.

Qazi, Abu Yusuf (1911), Al-Kharaj li-Abi Yusuf, Place of publication unknown: Al-Azhariyyah Library for Heritage.

قمی، میرزا ابوالقاسم (۱۳۷۱). *جامع الشتات* (جلد ۳). تهران: مؤسسه کیهان.

Qomi, Mirza Abu al-Qasim (1952), Jame' al-Shatat, Vol. 3, Tehran: Kayhan Institute.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴). *اموال و مالکیت*. چاپ ۱، تهران: یلدا.

Katozian, Naser (1955), Property and Ownership, 1st ed., Tehran: Yalda Publications.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳). *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی* (جلد ۳). چاپ ۱، تهران: میزان.

Katozian, Naser (1964), Civil Law in the Current Legal System, 1st ed., Tehran: Mizan Publications.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۷). *قواعد عمومی* (جلدهای ۱-۳). چاپ ۱، تهران: گنج دانش.

Katozian, Naser (2019), General Rules, Vols. 1-3, 1st ed., Tehran: Ganj-e Danesh Publications.

کرکی (محقق ثانی). *علی بن حسین (۱۲۷۲ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد* (جلد ۴). چاپ سنگی، تهران: بی نا.

Karaki, 'Ali ibn Husayn (Muhaqqiq Thani) (1854), Jame' al-Maqasid fi Sharh al-Qawa'id, lithographic print, Tehran, (no publisher).

- کریمی، عباس؛ و علا، مهدی (۱۳۹۶). «نظریه ظهور در تصحیح اعمال حقوقی». دوفصلنامه پژوهش‌نامه حقوق خصوصی عدالت، سال ۴، شماره ۸.
- Karimi, 'Abbas; 'Ala', Mehdi (2017), The Theory of Emergence in Correcting Legal Acts, Adalat Private Law Research Journal, Vol. 4, No. 8.
- گلپایگانی، محمدرضا (۱۳۶۸). توضیح المسائل. قم: دارالقرآن.
- Gulpaygani, Muhammad Reza (1949), Tawsil al-Masa'il, Question 2855, Qom: Dar al-Qur'an.
- مفید، ابوعبدالله محمد (۱۴۱۳ق). المقنعه. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- Shaykh Mufid, Abu 'Abd Allah Muhammad (1993), Al-Muqni'ah, Qom: Al-Nashr al-Islami Institute.
- مقدس اردبیلی، احمد (۱۴۱۲ق). مجمع الفائدة والبرهان فی شرح الازدهان (جلد ۸). قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- Muqaddas Ardabili, Ahmad (1992), Majma' al-Fawa'id wa al-Burhan fi Sharh al-Adhan, Qom: Al-Nashr al-Islami Institute.
- مرعشی، سیدشهاب‌الدین (بی‌تا). توضیح المسائل. بی‌جا: فراهانی.
- Mar'ashi, Sayyid Shahab al-Din (n.d.), Tawsil al-Masa'il, Question 22, Place of publication unknown: Farahani Publications.
- مطهری، مرتضی (۱۳۶۱). بررسی فقهی مسئله بیمه. بی‌جا: میقات.
- Mutahari, Murtaza (1942), Fiqh Examination of Insurance, Place of publication unknown: Miqat Publications
- مظفر، محمدرضا (۱۴۲۸ق). المنطق. قم: مؤسسه نشر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- Muzafar, Muhammad Reza (2009), Al-Mantiq, Qom: Islamic Publications Institute affiliated with the Society of Scholars of Qom Seminary.
- مؤمن، محمد (۱۴۱۵ق). کلمات سدیدیه. چاپ اول. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- Mumin, Muhammad (1995), Kalimat al-Sadidah, 1st ed., Qom: Islamic Publications Institute.
- نایینی، میرزا محمدحسین (۱۴۱۸ق). منیه الطالب (شیخ موسی نجفی خوانساری، مقرر) (جلدهای ۱ و ۲). چاپ ۱، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- Nayini, Mirza Muhammad Husayn (1999), Maniyyat al-Talib, dictated by Shaykh Musa Najfi Khvansari, Vol. 1, 1st ed., Qom: Islamic Publications Institute.
- نجفی، محمدحسن (۱۴۰۰ق). جواهر الکلام (جلد ۲۲). چاپ ۱۷، تهران: دارالکتب الاسلامیه.

- Najfi, Muhammad Hasan (1980), *Jawahir al-Kalām*, Vol. 22, 17th ed., Tehran: Dar al-Kutub al-Islamiyyah
- نراقی، احمد بن محمد مهدی (۱۴۱۷ق). *عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام*. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
- Naraqī, Ahmad ibn Muhammad Mahdi (1997), 'Awamid al-Ayyam fi Bayan Qawa'id al-Ahkam, Qom: Publications of the Office of Islamic Propaganda.
- نراقی، ملا احمد (۱۴۱۵ق). *مستند الشیعه* (جلد ۲). قم: مؤسسه آل البیت.
- Naraqī, Mulla Ahmad (1995), *Mustanad al-Shi'ah*, Qom: Al al-Bayt Institute.
- نوری طبرسی، میرزا حسین (۱۴۰۸ق). *مستدرک الوسائل*. قم: مؤسسه آل البیت.
- Nuri Tabarsi, Mirza Husayn (1989), *Mustadrak al-Wasa'il*, Qom: Al al-Bayt Institute
- نوبین، پرویز؛ و خواجه پیری، عباس (۱۳۹۱). *حقوق مدنی* ۷. چاپ ۳، تهران: گنج دانش.
- Novin, Parviz and 'Abbas Khajehpiri (2012), *Civil Law* 6, 3rd ed., Tehran: Ganj-e Danesh Publications.
- Noslacan, Mircea (no date), *The Good Faith and the Theory of the Appearance in the Law*, Retrieved from: http://www.uab.ro/reviste_recunoscute/reviste_drept/annales_10_2007/noslacan_en.pdf.
- <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-English-bl.pdf>.