

مطالعه تطبیقی اعتبار قرارداد باز در نظام‌های ملی و تجارت بین‌الملل

ابراهیم عبدی‌پور فرد^۱

دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه قم

مونا استادی^۲

دانش‌آموخته دکتری حقوق خصوصی دانشگاه قم

تاریخ دریافت: ۹۵/۰۳/۱۷

تاریخ تأیید: ۹۵/۱۲/۰۲

چکیده

گاه طرفین قرارداد به هر دلیل در زمان انعقاد عقد نمی‌خواهند یا نمی‌توانند پیرامون برخی از شروط قرارداد نظیر مقدار یا کیفیت مورد معامله، قیمت، نحوه پرداخت و مدت قرارداد و ... توافق نمایند. از این رو ضمن انعقاد قرارداد، تعیین شروط مورد نظر را به آینده موکول کرده یا صرفاً به تعیین معیاری جهت تعیین آن اکتفا می‌کنند. درباره اعتبار این نوع قراردادها که اصطلاحاً قرارداد باز نامیده می‌شود، اختلاف نظر وجود دارد. مطابق دیدگاه سنتی، لزوم رفع ابهام از قرارداد یکی از اصول اساسی صحت قراردادهاست و چنانچه قراردادی دارای شروط مبهم و مفتوح باشد، به دلایلی نظیر عدم وجود توافق کافی، فقدان قصد انشا، عدم امکان تکمیل قرارداد، غرری بودن معامله و مغایرت با سیره عقلا و نظم عمومی باطل است اما نه تنها بررسی ادله مزبور نشان می‌دهد که هیچ یک، دلیل کامل و محکمی بر بطلان این نوع قرارداد نیست و پاسخ‌های منطقی برای آن‌ها وجود دارد بلکه مصلحت عمومی، لزوم حفظ ثبات روابط حقوقی و همچنین نیازها و مقتضیات تجاری و شرایط اقتصادی ایجاب می‌کند که اگر ابهام قرارداد به گونه‌ای نباشد که منجر به وقوع اختلاف و منازعه شود، صرف مفتوح بودن برخی از عناصر و شروط قرارداد را نباید سبب بطلان آن دانست.

واژگان کلیدی: اعتبار، قرارداد باز، شرط، توافق، قصد

مقدمه

توافق، شرط لازم برای انعقاد قرارداد است و معمولاً طرفین پیرامون شروط^۳ و امور مهم قرارداد نظیر نوع عقد، جنس، وصف و مقدار مورد معامله و سایر شروطی که از نظر طرفین یا یکی از آن‌ها اساسی قلمداد می‌شود به توافق می‌رسند. با این وجود، طرفین ممکن است در

1. Email: e.abdipour@qom.ac.ir

«نویسنده مسئول»

2. Email: ostadi.mona@gmail.com

۳. منظور از شرط در این مقاله، مفهوم رایج در نظام‌های غربی یعنی بندها و مفاد قرارداد (clause) است.

زمان انعقاد قرارداد برخی از عناصر یا شروط عقد را مفتوح گذاشته باشند. در مواردی که شرط مفتوح قرارداد، یک شرط فرعی و غیر اساسی است، در اکثریت نظام‌های حقوقی، این امر به صحت عقد خدشه‌ای وارد نمی‌کند. در این موارد نقص قرارداد بر اساس عرف یا قواعد تکمیلی، مرتفع و قرارداد اجرا خواهد شد. (کاتوزیان، ۱۳۶۸: ۴۶) اما اگر شرط مفتوح، یکی از عناصر و شروط اساسی قرارداد باشد، باید بین فرضی که عدم تعیین شرط مورد نظر در نتیجه غفلت و مسامحه طرفین بوده و موردی که طرفین عمداً شرط مزبور را مفتوح گذاشته‌اند، قائل به تفکیک شد.

چنانچه عدم تصمیم درباره یکی از عناصر اساسی عقد ناشی از غفلت و سهل‌انگاری متعاملین باشد، اصولاً قرارداد باطل خواهد بود، مگر اینکه امکان تکمیل قرارداد و رفع نقص بر اساس قصد ضمنی طرفین، رویه معاملاتی بین آن‌ها، عرف موجود یا قوانین تکمیلی ممکن باشد؛ زیرا عدم تعیین یکی از شروط و عناصر اساسی قرارداد به دلیل غفلت و مسامحه نشان می‌دهد که شرط مزبور اصلاً در قلمرو توافق طرفین واقع نشده و در نتیجه توافق کافی برای انعقاد یک قرارداد الزام‌آور، فراهم نشده است.

اما این وضعیت که طرفین عمداً نخواسته یا نتوانسته باشند، درباره برخی از عناصر مهم قرارداد به توافق برسند، در دو فرض قابل بررسی است: فرض اول آن است که از دید طرفین هم هنوز قراردادی منعقد نشده و انعقاد عقد منوط به توافق پیرامون شروط باقیمانده است. در این صورت، باید گفت طرفین همچنان در مرحله مذاکرات مقدماتی به سر می‌برند تا پس از توافق پیرامون مسائل و شروط باقیمانده، عقد را منعقد کنند. (International Institute for the Unification of Private Law, 2010: 54) فرض دوم آن است که به رغم مفتوح بودن برخی از شروط و بندهای قرارداد، از دید طرفین، قرارداد منعقد و رابطه حقوقی الزام‌آوری میان آنها ایجاد شده و طرفین توافق کرده‌اند که پیرامون شروط مفتوح در آینده توافق کنند یا ممکن است به تعیین ضابطه یا روشی جهت تعیین شروط مفتوح بسنده کرده باشند. (Ibid, 56)

به عنوان مثال، تولیدکننده‌ای به موجب قرارداد متعهد شده است که ملزومات کارخانه‌ای را به مدت یک سال تهیه کند، بدون اینکه مقدار دقیق مورد معامله (ملزومات) در قرارداد مشخص شده باشد یا به رغم تعیین مبیع تعیین ثمن قراردادی به توافق طرفین در زمان اجرا موکول شده باشد. مثال دیگر آن است که در یک عقد بیع، طرفین توافق کنند که قیمت مبیع معادل قیمت بورسی آن در زمان تحویل باشد یا تعیین ثمن را به نظر شخص

ثالث (کارشناس) واگذار کنند. بنابراین، «شرط باز»^۱، بخشی از مفاد یک قرارداد است که طرفین در زمان انعقاد قرارداد درباره آن توافق نکرده و آن را به صورت مفتوح رها کرده‌اند. (Gergen, 1992: 998) با این همه، شرط باز با شرط مغفول یا شرطی که در نتیجه غفلت و مسامحه طرفین مسکوت مانده^۲، متفاوت است. گرچه در هر دو، بخشی از مفاد و شروط قرارداد مسکوت می‌ماند اما یکی نتیجه خواست و اراده طرفین و دیگری نتیجه بی‌دقتی و غفلت است که همین تفاوت می‌تواند در اعتبار قرارداد مؤثر باشد.

برخی از اقسام قرارداد باز نظیر قرارداد با ثمن شناور^۳ (L. Prosser, 1932:733) قرارداد با مقدار باز^۴ (Smith, 2009:871-988)، قراردادی که در آن کیفیت مورد معامله دقیقاً مشخص نشده^۵ و قرارداد با زمان نامحدود (Howard, 1973:224) از مصادیق شناخته شده این نوع قرارداد هستند اما قراردادهای باز منحصر به این موارد نیست بلکه ممکن است بنابه توافق طرفین، سایر شروط و ارکان قرارداد نظیر زمان و مکان تسلیم مبیع^۶، زمان یا نحوه پرداخت ثمن^۷ و ... نیز مفتوح باشد.

در خصوص قرارداد باز، این سؤال مطرح می‌شود که آیا چنین قراردادی می‌تواند صحیح و الزام‌آور باشد؟ نظام‌های حقوقی مختلف در این باره چه رویکردی اتخاذ کرده‌اند؟ رویه حقوق تجارت بین‌الملل در این زمینه چیست؟ پاسخ مسئله در حقوق موضوعه ایران باتوجه به مبانی فقهی آن چیست؟

پژوهش ما بر این فرضیه استوار است که با توجه به برخی دیدگاه‌های فقهی و برخی روایات خاص، راه حل‌های موجود در برخی نظام‌های حقوقی و اسناد بین‌المللی در حقوق ما نیز می‌تواند قابل پذیرش باشد.

درباره پیشینه تحقیق هم باید گفت، در مورد اعتبار قرارداد با ثمن شناور که یکی از اقسام قرارداد باز محسوب می‌شود، در ادبیات حقوقی فارسی مباحثی مطرح شده و

1. open term
2. missing term
3. open price contract
4. open quantity contract
5. open- end contract

۶. مواد ۳۰۸-۲، ۳۰۹-۲ و ۳۱۰-۲ قانون متحدالشکل تجاری آمریکا (UCC)، ماده ۶-۱-۶ اصول قراردادهای بازرگانی بین‌المللی، ماده ۱۱۱-۷ اصول حقوق قرارداد اروپا.

۷. ماده ۶-۱-۶ اصول قراردادهای بازرگانی بین‌المللی، ماده ۱۰۴-۶ اصول حقوق قرارداد اروپا.

در همه نوشته‌های موجود، قاعده غرر به عنوان تنها مانع پذیرش اعتبار این نوع قرارداد مورد استناد واقع شده است.^۱ حال آنکه از یک سو، ثمن شناور تنها یکی از اقسام قرارداد باز است و از سوی دیگر علاوه بر قاعده غرر، دلایل دیگری همانند فقدان توافق کافی، عدم وجود قصد التزام از سوی طرفین، عدم امکان تکمیل قرارداد، مغایرت با سیره عقلا و نظم عمومی نیز برای بطلان این نوع قرارداد مطرح شده یا قابل طرح است. هدف این پژوهش آن است که با استفاده از مطالعات تطبیقی دیدگاه‌های موجود در زمینه اعتبار قراردادهای باز به نحو جامع ارزیابی و رویکرد نظام‌های حقوقی مختلف درباره این قضیه بررسی و بهره‌گیری از راه حل‌های موجود در حقوق ایران امکان‌سنجی شود. از این رو، در مبحث اول، نظریه بطلان قرارداد باز و دلایل طرفداران این دیدگاه را مورد نقد و بررسی قرار می‌دهیم و در مبحث بعدی با طرح نظریه صحت، به بررسی دلایل طرفداران آن می‌پردازیم.

۱. نظریه بطلان قرارداد باز

از دیدگاه سنتی حقوق قراردادهای باز به دلایل متعدد می‌توان قرارداد باز را باطل تلقی کرد. مجهول بودن موضوع، فقدان توافق کافی، فقدان قصد التزام از جمله این دلایل است. این نظریه سنتی هنوز هم در برخی از سیستم‌های حقوقی به ویژه کشورهای دارای حقوق نوشته، تبعیت می‌شود. (S.Geis, 2006:1686) علاوه بر آن، در کشورهایی که نظام حقوقی آن‌ها متأثر از حقوق اسلامی است، دلایل دیگری نیز برای بطلان قرارداد باز قابل استناد است. در فرضی که مفاد و شروط مهم قرارداد به روشنی معلوم نباشد، این ابهام موجب غرری شدن معامله و بطلان آن می‌شود یا بر مبنای قاعده لزوم رفع ابهام در عقود مغایره‌ای، صرف مجهول بودن مورد معامله موجب بطلان قرارداد تلقی شده است. (نایینی، ۱۴۱۸: ۳۶۲) مغایرت با سیره عقلا و نظم عمومی نیز دلایل دیگری است که در جهت اثبات بطلان قرارداد باز ممکن است به آن‌ها استناد شود. در ادامه به بررسی هر یک از این دلایل می‌پردازیم.

۱. ر.ک به: سید مسعود نوری، بیع با ثمن شناور از دیدگاه فقه، نامه مفید، فصلنامه دانشگاه مفید، ش ۲۲، تابستان ۱۳۷۹، ص ۴۵؛ حسین طاهرخانی، قرارداد با عوض شناور از دیدگاه اصول حقوقی، مجله حقوقی دادگستری، ش ۴۳، ص ۱۲۱؛ سید حسین صفایی، نگاهی دیگر به ضابطه کفایت علم اجمالی در «مورد معامله»: تفسیر ماده ۲۱۶ قانون مدنی بر مبنای قاعده غرر، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۵۹، ص ۴۱.

۱-۱. مجهول بودن موضوع قرارداد

در بسیاری از نظام‌های حقوقی، موضوع عقد^۱ عنصر مؤلفه و از شرایط اساسی آن است. در نظام‌های رومی ژرمنی، «تعهد»^۲ موضوع عقد و موضوع تعهد دادن مال یا انجام عمل یا خودداری از انجام عمل است. براساس ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی فرانسه «مورد تعهد» که برحسب مورد باید مال یا عمل باشد، باید در حین توافق معلوم بوده یا قابلیت تعیین داشته باشد. (Malaurie et al, 2003:278) همین قاعده در سایر نظام‌های رومی ژرمنی همانند بلژیک، لوگزامبورگ، ایتالیا، اسپانیا و پرتغال نیز وجود دارد. (Bar & Clive, 2009:280) براساس ماده ۶-۲۲۷ قانون مدنی هلند، از شرایط اساسی تحقق عقد آن است تمهیداتی که طرفین برعهده می‌گیرند، باید قابل تعیین باشند. بنابر این، برحسب رویکرد سنتی رومی ژرمنی، اگر قرارداد باز به گونه‌ای باشد که تعهد موضوع قرارداد یا مورد تعهد معلوم نباشد و طرفین در هنگام عقد سازوکاری برای تعیین آن در قرارداد پیش بینی نکرده باشند، چنین قراردادی فاقد اعتبار است.

در نظام‌های کامن‌لایمی همانند انگلیس و آمریکا انعطاف بیش‌تری در این باره وجود دارد و دادگاه می‌تواند براساس اراده ضمنی طرفین، مورد تعهد را معلوم نماید؛ به عبارت دیگر، قابلیت تعیین مورد تعهد توسط دادگاه برای نفوذ قرارداد کافی است. اما اگر یکی از شروط اساسی قرارداد به گونه‌ای مسکوت یا مبهم باشد که دادگاه هم طریقی برای تعیین مقصود طرفین نیابد، قرارداد باطل است (Scammel & Nephew Ltd v. Quston [1941] A. C. 251, H.L).

در حقوق ایران، مورد معامله از عناصر اصلی عقد است و مطابق ماده ۲۱۶ ق.م.م، مورد معامله باید مبهم نباشد، مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است. از دیدگاه مفسران قانون مدنی، مورد معامله در صورتی معلوم است که مقدار و جنس و وصف آن معین باشد. (کاتوزیان، ۱۳۶۶: ۱۷۸) در فقه امامیه که مبنای حقوق موضوعه ایران است، دیدگاه غالب فقهی آن است که در عقود معاوضی همانند بیع، عوضین باید معلوم و معین باشند و علم و آگاهی طرفین به جنس، مقدار و اوصاف هر یک از معوض و عوض از شرایط صحت عقد و مجهول بودن مورد معامله موجب بطلان عقد است و در این خصوص به اجماع فقها، قاعده نفی غرر و برخی روایات خاص استناد شده است. (نجفی، ۱۳۶۷: ۲۸۶؛ خوبی، ۱۳۱۷: ۳۱۷) بنابراین،

1. An object which forms the subject matter of agreement

2. Obligation

با ملاحظه مبانی فقهی قانون مدنی، اگر قرارداد باز به گونه‌ای باشد که جنس، وصف یا مقدار یکی از عوضین معلوم نباشد، چنین توافقی باطل است.

با این همه، مقتضیات تجارت امروز موجب شده است که نظام‌های حقوقی حداقل درباره برخی مصادیق قرارداد باز انعطاف به خرج دهند. همان‌گونه که گفته شد، در نظام‌های حقوقی رومی ژرمنی قابلیت تعیین و پیش بینی ضابطه‌ای برای معلوم نمودن مورد تعهد کفایت می‌نماید. (Lando & Beale, 2000: 148) اگرچه در رویکرد رومی، ضابطه مزبور باید نوعی باشد اما در رویکرد ژرمنی، پیش بینی ضابطه شخصی نیز کافی است. (Marsh, 1994: 53) در نظام‌های کامن لایی قابلیت تعیین توسط دادگاه هم کفایت می‌کند و دادگاه می‌تواند بر مبنای اراده ضمنی یا فرضی طرفین، قرارداد را تکمیل و حدود تعهدات طرفین را معلوم کند. (Treitl, 2003: 51) راه حلی که در ماده ۵۵ کنوانسیون بیع بین‌المللی هم پذیرفته شده است. بنابراین، می‌توان گفت در نظام‌های حقوقی غربی و حقوق تجارت بین‌الملل، علم به عوضین در هنگام عقد شرط نیست و اگر قرارداد باز به گونه‌ای باشد که تکمیل آن بر مبنای اراده ضمنی طرفین امکان‌پذیر باشد، منطبق حقوقی اعتبار و نفوذ آن را تأیید می‌کند.

در حقوق ایران، شرط معلوم بودن مورد معامله را باید براساس مبانی فقهی قضیه تجزیه و تحلیل نمود. باتوجه به مدرکی بودن اجماع مورد استناد در این قضیه و عدم حجیت آن، مهم‌ترین ادله فقهی در این خصوص، حدیث نفی غرر و برخی روایات خاص است. (خوبی، همان) موضوع روایاتی که مجهول بودن ثمن یا مثن را موجب بطلان عقد می‌دانند، معامله‌ای است که مبیع از روی حدس و تخمین سنجیده می‌شود و یا طرفین بر اساس ثمن کاملاً ناشناخته معامله می‌کنند. (نوری، ۱۴۰۸: ۲۳۱) اما صحت معامله‌ای که در آن طریقی برای علم یا اطمینان طرفین وجود داشته باشد، نفی نشده است و برعکس، روایات معتبر دیگری وجود دارد که بیع به قیمت سوقیه و یا بیع به حکم مشتری یعنی به ثمنی که مشتری ارزیابی می‌کند، صحیح می‌دانند. (حراعلی، ۱۴۰۳: ۲۷۱)

برخی فقیهان معامله‌ای را غرری می‌دانند که بر احتمال صرف بنا نهاده شده و خطر منازعه و اختلاف میان طرفین آن مشهود است و بر این مبنا که صرفاً جهل موجب غرر سبب بطلان عقد است، خرید و فروش کالا بدون تعیین ثمن را در فرضی که مشتری بداند ثمن آنچه را که می‌خرد، زاید بر قیمت سوقیه نیست؛ صحیح می‌دانند و معتقدند دلیلی بر فساد این نوع بیع به صرف مجهول بودن ثمن در هنگام انعقاد عقد، وجود ندارد. (خوبی، ۱۴۱۷: ۳۲۲؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۴۶۳)

به هر حال، به اعتقاد برخی محققان، به صرف نبود علم تفصیلی نمی‌توان به بطلان معامله حکم کرد؛ زیرا اشتراط چنین شرطی، نه به حدیث نفی غرر تمام است و نه به اجماع و نه به احادیث خاص. (علیدوست، ۱۳۹۵: ۱۷۲)

۲-۱. فقدان توافق کافی

به موجب نظریه سنتی، «قراردادها باید توسط طرفین منعقد شوند نه دادگاه‌ها». متعاملین باید در زمان انعقاد عقد، محتوای توافق خود را به دقت تعیین کنند؛ زیرا در صورت وجود نقص در قرارداد و عدم تعیین برخی از شروط و مفاد آن، دادگاه‌ها نه تکلیفی برای تکمیل قرارداد دارند و نه می‌توانند قرارداد را برای طرفین تکمیل و منعقد کنند. (S. Geis, 2006: 1665) از این رو یکی از شرایط لازم برای انعقاد هر قرارداد، رسیدن به توافق کافی است. یک توافق کلی و مبهم مانند توافق بر معامله یک کامیون به صورت اجاره به شرط تملیک بدون اینکه توضیح بیشتری داده شود، قرارداد نیست؛ زیرا این توافق در بردارنده محتوایی کافی و دقیق نیست. (Lando&Beale, ibid: 148) بنابراین، برای تشکیل قرارداد صرف توافق کافی نیست بلکه این توافق باید کافی^۱ باشد تا منشاء اثر گردد.

در بسیاری موارد، کافی یا مشخص بودن به عنوان ویژگی ایجاب مطرح شده است؛ به عنوان مثال در حقوق فرانسه تصریح شده است که پیشنهادی ایجاب محسوب می‌شود که دقیق و کامل باشد. در غیر این صورت صرفاً دعوت به ایجاب یا دعوت به انعقاد قرارداد تلقی می‌شود. (Ghestin, 1990:110) در حقوق آمریکا ایجاب باید علاوه بر قصد التزام، متضمن مفاد و محتوای کافی جهت انعقاد قرارداد باشد. (Dunfee, 1989:247) در ادبیات حقوقی ایران هم گفته می‌شود، کافی یا کامل بودن به عنوان یکی از شرایط ایجاب ذکر شده است و اراده طرفین باید در امور اساسی عقد که متعلق قصد قرار می‌گیرد، موافق باشد و الا عقدی به وجود نخواهد آمد. (قنوتی، ۱۳۸۹: ۱۱) شایان ذکر است که تحلیل توافق به ایجاب و قبول و اوصافی که برای ایجاب ذکر می‌شود در واقع نوعی تجزیه عقلی از توافق است که حقوقدانان برای آسان‌تر کردن بررسی اراده‌ها انجام می‌دهند. (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ش ۱۵۳)

شرط توافق کافی علاوه بر حقوق داخلی کشورها در اسناد بین‌المللی نیز به عنوان یکی از شرایط انعقاد عقد مورد تصریح واقع شده است. مطابق بند ۱ ماده ۱۴ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، پیشنهاد انعقاد قرارداد چنانچه به اندازه کافی مشخص و دال بر قصد التزام

1. Sufficient Agreement

ایجاب کننده در صورت قبول طرف مقابل باشد، ایجاب محسوب است. به موجب ماده ۴-۱۰۱ قانون نمونه حقوق خصوصی اروپا، قرارداد تنها زمانی منعقد می‌شود که طرفین قصد ایجاد یک رابطه الزام آور یا آثار حقوقی دیگری را داشته باشند و به یک توافق کافی دست پیدا کنند. ماده ۲-۱۰۱ اصول حقوق قراردادهای اروپایی، رسیدن به توافق کافی را در کنار قصد طرفین مبنی بر ایجاد یک رابطه الزام آور، شرط انعقاد قرارداد می‌داند. همین طور ماده ۲-۱-۲ اصول قراردادهای بازرگانی بین‌المللی، پیشنهاد انعقاد قرارداد را در صورتی که به اندازه کافی مشخص و دال بر قصد التزام ایجاب کننده در صورت قبول طرف مقابل باشد، ایجاب محسوب می‌کند.

بنابراین، از دلایلی که طرفداران نظریه بطلان به آن استناد می‌کنند، این است که این قراردادها، فاقد توافق کافی برای ایجاد ماهیت حقوقی مورد نظر هستند؛ زیرا مفتوح گذاشتن برخی از عناصر و مفاد قرارداد و موکول کردن تعیین آن‌ها به آینده بدین معناست که طرفین نتوانسته‌اند در این موارد به توافق برسند و توافق و همکاری اراده‌ها که رکن انعقاد عقد است، حاصل نشده است؛ در نتیجه قراردادی تشکیل نمی‌شود. (S. Gase, 2006:1672)

در نقد این دلیل باید گفت، کامل بودن توافق بدین معنا نیست که طرفین درباره همه عناصر مهم یا غیر مهم قرارداد توافق کنند. در اکثر سیستم‌های حقوقی شروط غیر اساسی قرارداد می‌تواند به عرف یا قانون تکمیلی محول شود. گذشته از آن، حتی شروط یا عناصر اساسی هم لازم نیست که در مفاد توافق طرفین کاملاً معلوم باشند. آنچه ضرورت دارد، آن است که عناصر اصلی قرارداد مورد توافق قابل تعیین باشند؛ به عبارت دیگر، برای این که قرارداد منعقد شود، به عنوان یک قاعده کلی ضرورت دارد که شروط مهم قرارداد معلوم شوند یا قابل تعیین باشند؛ به گونه‌ای که اجرای تعهدات قراردادی در دادگاه قابل اجرا و قابل الزام باشند؛ به عبارت دیگر، توافق طرفین باید برای دادگاهی که اجرای توافق از او درخواست می‌شود، این امکان را فراهم نماید که خواسته خواهان را اجرا نماید. (United States Restatement 2d, 33)

گفتنی است، در رویکرد رومی ژرمنی لازم است که طرفین در توافق خود سازوکاری برای تعیین آن پیش بینی کرده باشند اما در رویکرد کامن لایی، دادگاه هم می‌تواند راه حلی برای تعیین شروط باز قرارداد ارائه و اجرا نماید؛ به عبارت دیگر، در این نظام‌ها حداقلی برای توافق وجود ندارد اما توافق طرفین نباید به گونه‌ای مبهم و کلی باشد که دادگاه هم نتواند آن را اجرا نماید. (Bar&Clive, ibid: 280)

گذشته از آن، در برخی نظام‌های حقوقی این امر به اراده و توافق طرفین واگذار شده که تصمیم بگیرند آیا توافق آن‌ها به‌رغم باز ماندن برخی شروط یک رابطه حقوقی الزام‌آور میان آن‌ها ایجاد کرده است یا تازمان حصول توافق در خصوص شرط یا شروط باقی مانده قرارداد منعقد نمی‌شود. (op.cit,282) در نتیجه، می‌توان گفت حتی شروط یا عناصر مفتوح قراردادهای باز نیز، به نوعی مورد توافق واقع می‌شوند. این واقعیت که طرفین تعیین شرط مورد نظر را به توافق بعدی موکول کرده یا ضابطه‌ای برای تعیین آن، مشخص می‌کنند، به معنای آن است که شرط مفتوح نیز به نوعی مورد توافق واقع شده است. بنابراین شروط مفتوح قرارداد باز، فاقد توافق طرفین نبوده و موضوع قصد و تراضی واقع می‌شوند.

پس، در فرضی که طرفین توافق کرده باشند که عدم توافقشان درباره برخی عناصر مهم قرارداد مانع از تشکیل قرارداد نخواهد بود، باید به اراده طرفین احترام گذاشت و قرارداد را نافذ دانست. چنانچه ماده ۱۴-۱-۲ از اصول قراردادهای بازرگانی بین‌المللی مقرر می‌دارد: هرگاه طرفین قصد انعقاد قرارداد داشته باشند، این امر که آنان عمداً شرطی را موکول به توافق در مذاکرات بعدی یا مفاد آن را منوط به نظر شخص ثالثی نمایند، مانع تحقق قرارداد نمی‌شود. (International Institute for the Unification of Private Law.2010: 56)

۳-۱. عدم وجود قصد التزام

یکی دیگر از دلایلی که برای بطلان قرارداد باز مطرح شده این است که قرارداد فاقد قصد طرفین مبنی بر الزام‌آور بودن توافق است. هنگامی که قراردادی عمداً به صورت ناقص منعقد می‌شود، در واقع بیانگر آن است که هر یک از طرفین، شروطی متفاوت از دیگری در ذهن داشته لذا ترجیح داده‌اند مجموعه‌ای از تعهدات ناقص داشته باشند و انعقاد قرارداد را برای مدتی به تأخیر اندازند؛ به عبارت دیگر ابهام و عدم قطعیت قرارداد بدین معناست که طرفین، قصد التزام به قرارداد را نداشته‌اند. پس هر چه موضوعات و مسائل مفتوح و حل نشده قرارداد بیشتر باشد، این نتیجه قوی‌تر خواهد بود که طرفین چنین قصدی نداشته‌اند. بر این اساس اگر شروطی که بدون توافق رها شده‌اند، اساسی و مهم باشند، توافق لازم الاجرا نیست. (Scott & Stuntz, 1992:1909)

در مقام نقد این دلیل باید گفت اولاً؛ مطابق این دلیل در مواردی که طرفین صریحاً یا ضمناً قصد خود را مبنی بر ایجاد یک قرارداد الزام‌آور قانونی، بیان می‌کنند، دیگر دلیلی برای عدم نفوذ قرارداد وجود ندارد؛ هر چند برخی از ارکان و شرایط آن مفتوح مانده باشد. چون با وجود اعلام

قصد التزام از سوی طرفین، فرض خلاف آن امکان پذیر نیست. پس این دلیل تنها ناظر به آن دسته از قراردادهای باز است که طرفین قصد خود مبنی بر التزام به قرارداد را صریحاً بیان نکرده و این قصد به طور ضمنی هم قابل استنباط نیست.

ثانیاً: نقص قرارداد و عدم تعیین برخی از مفاد آن فی نفسه دلالت بر قصد ضمنی طرفین مبنی بر لازم الاجرا نبودن قانونی قرارداد ندارد. نقص قرارداد ممکن است، ناشی از عوامل زیادی باشد؛ نظیر تمایل طرفین به انعطاف پذیری بیشتر قرارداد یا عدم تمایل آن‌ها به توافق پیرامون شروط و عناصری که با توجه به روند سریع تحولات اقتصادی ممکن است، در زمان اجرای قرارداد، غیر منطقی باشند. (Klein & B. Leffler, 1981: 629 - 630) کما اینکه ممکن است رفتار طرفین بیانگر این امر باشد که آن‌ها قصد انعقاد قرارداد را داشته‌اند، حتی اگر یک یا چند شرط قرارداد موجود نبوده یا تعیین آن‌ها منوط به توافق در آینده شده باشد. بر همین اساس قانون متحدالشکل تجاری آمریکا بر مبنای احترام به قصد طرفین، صریحاً قاعده قابل بسطی را برای دادگاه‌ها برای معتبر دانستن و تکمیل مفاد و شروط باز قراردادهای ناقص پیش بینی کرده است. به موجب بند ۳ ماده ۲-۲۰۴ UCC «حتی اگر یک یا چند شرط قرارداد بیع مفتوح باشد، قرارداد به دلیل ابهام و عدم قطعیت باطل نخواهد بود، مشروط بر اینکه طرفین قصد انعقاد قرارداد را داشته و معیار مشخص و معقولی برای جبران خسارت مناسب پیش بینی کرده باشند». بنابراین، در هدف تفاوتی وجود ندارد. مبنای هر دو دیدگاه (عدم نفوذ و اعتبار قرارداد باز) احترام به قصد طرفین است. تفاوت در استنباطی است که از قراردادهای حاوی شروط باز می‌شود. طرفداران نظریه صحت، از دادگاه می‌خواهند بدون مفروض دانستن عدم قصد التزام در قراردادهای باز، مستقیماً بر این سؤال اصلی تمرکز کند که آیا طرفین قصد التزام به قرارداد را داشته‌اند یا خیر؟ اگر مشخص شود که طرفین قصد ایجاد یک رابطه حقوقی الزام‌آور را داشته‌اند، قرارداد علی‌رغم مفتوح بودن شروط آن، صحیح است و در غیر این صورت قرارداد به دلیل فقدان قصد التزام، باطل تلقی می‌شود. (Corbin, 1982:95)

۴-۱. عدم امکان تکمیل قرارداد

صحت قرارداد تنها در صورتی سودمند است که قرارداد اجرا شود. قصد طرفین ایجاد یک ماهیت اعتباری صرف نیست. هدف از انعقاد قرارداد دستیابی به آثار آن و اجرای قرارداد است. در حالی که تعهدات مبهم و نامعلوم، قابل اجرا نیستند؛ لذا چنانچه قرارداد باز را معتبر و الزام‌آور

بدانیم اما طرفین نتوانند دربارهٔ شروط مبهم به توافق برسند، باید ببینیم آیا دادگاه‌ها قادرند، قرارداد را تکمیل و سپس اجرا کنند؟

دادگاه‌ها در مواجهه با قراردادهای باز، با دو انتخاب روبه‌رو هستند: ۱. تکمیل شروط باز قرارداد و اجرای آن چنان که گویی قرارداد از ابتدا به صورت کامل منعقد شده است (نظریهٔ همه)؛ ۲. عدم تکمیل و فرض قرارداد به عنوان یک توافق مقدماتی و معامله غیر الزام‌آور (نظریهٔ هیچ). دادگاه‌هایی که از دکتترین سنتی حمایت می‌کنند، با مقولهٔ تکمیل قرارداد مخالف بوده و اغلب به سیاست‌های کلی استناد می‌کنند که هدف آن‌ها جلوگیری از افتادن طرفین قرارداد به دام تعهداتی است که قصد متعهد شدن به آن‌ها را نداشته‌اند. آن‌ها معتقدند، از یک سو تعیین محتوای شروط باز قرارداد از سوی دادگاه، امری غیر ممکن است؛ زیرا همواره این احتمال وجود دارد که تعیین شروط اساسی که در قرارداد مشخص نشده‌اند، خارج از حیطهٔ تخصص دادگاه باشد. کار دادگاه‌ها در تکمیل قرارداد، امر دشواری است؛ زیرا دادگاه‌ها برای تکمیل قرارداد باید همهٔ عوامل حاشیه‌ای و متن قرارداد را مد نظر قرار دهند تا به نتیجهٔ درستی برسند. (Scott, 2000:847) پس، با توجه به اینکه دادگاه‌ها در تکمیل مفاد قرارداد بر مبنای اطلاعاتی که برای یک طرف یا هر دو طرف غیر قابل پیش بینی بوده یا برای دادگاه غیر قابل اثبات است با مشکلاتی تقریباً حل‌ناشدنی مواجه هستند، باید از کاهش نقش دادگاه‌ها در تکمیل مفاد قرارداد حمایت نمود که این امر نهایتاً منجر به مبهم ماندن قراردادهای باز و بطلان آن می‌شود.

از سوی دیگر، حتی اگر دادگاه قادر به تکمیل نواقص قرارداد باشد، نمی‌توان طرفین را به شروط و تعهداتی ملزم نمود که در زمان انشای قرارداد، قصد متعهد شدن به آن را نداشته‌اند. طرفداران این دیدگاه مخالف اجرای قراردادهای باز و معتقد به بطلان آن‌ها هستند، به ویژه هنگامی که اجرای قرارداد بر اساس قواعد و ضوابطی باشد که از سوی دادگاه تعیین شده است؛ زیرا ممکن است مفاد شروط تکمیلی منطبق با تعهدات قراردادی که طرفین قصد متعهد شدن به آن را داشته‌اند، نباشد. (Coleman, 1989:639-640) مبنای این استدلال، اصل حاکمیت ارادهٔ طرفین و اصل آزادی قراردادهاست. به موجب این اصول، طرفین قرارداد «آزادند» یا «حق دارند» دربارهٔ مفاد و شرایط قرارداد توافق نموده و هر شرط قانونی را در قرارداد بگنجانند. به علاوه اصل آزادی قراردادی به طور ضمنی دلالت دارد بر اینکه تعهدات قراردادی نهایتاً مبتنی بر خواست طرفین هستند. (Atiyah, 1985: 660) بنابراین شرط لزوم معلوم بودن مفاد

قرارداد و رفع ابهام از آن در زمان انعقاد، تضمین کننده این اصل است که طرفین به تعهداتی که قصد ایجاد آن را نداشته‌اند، متعهد نخواهند شد. بر این اساس اگر دادگاه‌ها حق تکمیل قراردادهای باز را نداشته باشند، گزینه باقیمانده این است که گفته شود، قرارداد مبهم تر از آن است که اجرا شود.

با این حال، می‌توان گفت در قراردادهای تجاری تعهدات و التزامات از قرارهای^۱ طرفین ناشی می‌شوند (Markesinis et al, 2006:87) و نقش دادگاه در تکمیل قرارداد را باید این گونه توجیه کرد که اگر طرفین قصد ایجاد یک رابطه حقوقی الزام‌آور را داشته باشند، قرارداد باید حفظ شود. پس در مواردی که قرارداد مشتمل بر شروط باز یا مفقود است، اگر رسیدن به یک نتیجه منصفانه و عادلانه ممکن باشد، باید اجرای قرارداد را تسهیل کرد، حتی اگر این امر مستلزم تکمیل مفاد قرارداد با شروطی باشد که طرفین در مورد آن تصمیم‌گیری و توافق نکرده‌اند؛ البته مشروط بر اینکه قصد طرفین مبنی بر انعقاد قرارداد و ایجاد یک رابطه الزام‌آور، محرز و قطعی باشد. به علاوه چنانچه مکمل‌های قرارداد، معقول و متعارف باشند، می‌توان فرض کرد که طرفین قرارداد به آن رضایت داشته‌اند. پس، تکمیل قرارداد لزوماً مغایرتی با قصد طرفین ندارد و از استقلال و آزادی آن‌ها نمی‌کاهد؛ زیرا طرفین می‌توانند با انعقاد قرارداد به شکل مناسب و مقتضی، مانع تکمیل آن از سوی دادگاه شوند. توجه به آرمان‌های اجتماعی و انصاف نیز مهم است و قانون باید بین استقلال و آزادی طرفین در انعقاد قرارداد و رفاه اجتماعی تعادل برقرار کند. (Craswel, 1989:489)

۵-۱. غرری بودن قرارداد باز

حدیث مشهور «نهی النبى عن بیع الغرر» (نراقی، ۱۴۱۲: ۳۱۳) یا «نهی النبى (ص) عن الغرر» (شیخ طوسی، ۱۳۷۹: ۳۳۱، ۳۱۹؛ علامه حلی، ۱۴۱۲: ۲۲۴۵) معروف‌ترین دلیل برای اثبات قاعده نفي غرر و بطلان معامله غرری در نظام‌های حقوقی مبتنی بر فقه یا شریعت اسلامی است. فقها با استناد به این حدیث، علم به مقدار ثمن و مثن در زمان انشای عقد را از شرایط صحت بیع دانسته و بر این امر ادعای اجماع کرده‌اند. (انصاری، ۱۴۳۰: ۲۰۶) صرف نظر از اختلاف نظر فقیهان درباره حجیت روایت و سند آن (خویی، ۱۳۷۷: ۲۲۶-۲۲۵؛ بجنوردی، ۱۳۸۹: ۲۲۶؛ حلی، ۱۴۱۰: ۲۹۰) و با این فرض که روایت مزبور را حجت بدانیم، صدق غرری بودن قرارداد باز را ذیلاً بررسی می‌کنیم:

۱-۵-۱. مفهوم غرر

غَرَر واژه‌ای عربی و در متون فقهی به معنای خدیعه، غفلت و خطر یا ریسک آمده است. (انصاری، همان، ۱۷۶؛ امام خمینی، ۱۳۶۳: ۲۰۴) منظور از خطر، احتمال ورود زیان است. چنانکه در روایتی از امام علی(ع) نقل شده است که ایشان درباره معنای غرر فرمودند: «انه عمل ما لا یومن معه الضرر». (خویی، همان، ص ۲۲۶) اما برخی از فقها صرف جهالت را برای تحقق غرر کافی دانسته و معتقدند هر کجا که جهل موجود باشد ولو ضرری هم نباشد، معامله غرری و باطل خواهد بود. (آملی، ۱۴۱۳: ۴۹۸) بر همین اساس برخی نویسندگان حقوقی برای تحقق غرر، صرف جهل به مورد معامله را کافی می‌دانند ولو اینکه منجر به ضرر نشود و همین امر را مناط تفکیک قاعده لاغرر و لاضرر دانسته‌اند. (اعتضاد، ۱۳۲۹: ۵۱) در مقابل برخی دیگر برای تحقق غرر علاوه بر جهل، خطر و ضرر را نیز لازم دانسته و بر این اساس، رابطه غرر و جهل را عموم و خصوص من وجه می‌دانند. (انصاری، همان، ۱۸۰) مطابق این دیدگاه، جهل ملازمه‌ای با غرر ندارد. پس چنانچه جهل، مستلزم ضرری برای متعاملین نباشد، یا خطر نزاع و اختلاف میان آن‌ها را در پی نداشته باشد، نمی‌توان قرارداد را به واسطه غرری بودن باطل دانست. پس، آنچه از این حدیث مستفاد است، معاملات خطری و مبتنی بر احتمال غیر قابل اعتماد است. (علیدوست، ۱۳۹۵: ۱۵۱)

۲-۵-۱. نقش عرف در تعیین غرر

بر اساس آنچه گفته شد مناسب‌ترین معنا برای غرر، ریسک و خطر ضرر یا خطر منازعه و اختلاف است. حال سؤال این است که معیار تشخیص این خطر چیست؟ آنچه از نظر اکثر فقها استنباط می‌شود این است که هرگاه میزان خطر در معامله عرفاً قابل توجه نباشد، غرر منتفی و معامله صحیح است. چنانکه مرحوم مراغی احتمال ضرری را موجب غرری شدن معامله می‌داند که عقلاً از آن اجتناب می‌کنند نه احتمال ضعیفی که افراد به آن توجهی نمی‌کنند. (مراغی، ۱۴۲۵: ۳۱۴) از نظر ایشان غرر و خطر امری است عرفی که بر حسب مورد تفاوت می‌کند. به همین دلیل فقها برای معلوم شدن مبیع غیر مکمل و موزون، گاه به مشاهده اکتفا کرده‌اند؛ لذا معیار و میزان تشخیص غرر، عرف و عادت است و سپس نتیجه می‌گیرند: «معیار علم به وجود و مقدار مبیع، عرف است و شرع در این باره دخالتی ندارد و هر گاه این امر عرفاً تحقق پیدا کند، غرر و خطر منتفی است و حکم به بطلان وجهی ندارد». (همان: ۳۲۰)

میرزای قمی در پاسخ به این سؤال که آیا معامله به پول‌هایی که مخلوط به مس است و مقدار مس آن معلوم نیست، جایز است یا نه؟ پاسخ می‌دهند: «بلی هرگاه طرفین علم به غش و خلط دارند و رواج باشد در معامله، جایز است، هر چند مقدار غش معلوم نباشد». (میرزای قمی، ۱۳۷۱: ۴) و در جای دیگر تصریح می‌کند که «مناطق در بطلان بیع مجهول، غرر و سفاهت است در عرف و عادت». (همان: ۱۷۰) آیت الله خویی نیز با مبنا قراردادن عرف برای تشخیص جهلی که منجر به غرری شدن معامله و بطلان آن می‌شود، می‌فرماید: «حسب ظاهر بلکه واقع این است که آنچه در کیل و وزنی که در روایات معتبر و لازم شمرده شده، علم اجمالی به میزان آن‌هاست، به نحوی که کلیت آن مجهول نباشد؛ مانند بیع شیء مکیل و موزون به صخره‌ای مجهول. چنین بیعی به حکم روایات باطل است؛ زیرا مجهول محض است و علم اجمالی به وزن و کیل به نحوی که معامله در نظر عرف مجهول عوضین نباشد، برای صحت معامله کفایت می‌کند». (خویی، همان: ۳۳۰)

۱-۵-۳. نقد دلیل

وضع قاعده غرر و نهی از معاملات غرری برای جلوگیری از معاملات کاملاً احتمالی و اجتناب از نزاع و اختلاف بوده و ملاک وجود یا عدم وجود غرر، عرف است. بر این اساس ابهام مورد معامله در صورتی موجب غرر می‌شود که عرفاً ضرر غیر قابل اغماضی از معامله حاصل شود یا لزوماً منجر به نزاع شود. به بیان دیگر برای تحقق غرر، خطر ناشی از ابهام باید به اندازه‌ای باشد که مردم به آن اقدام نکنند. تنها در چنین فرضی است که چهل به مورد معامله موجب بطلان آن خواهد بود. این در حالی است که امروزه به واسطه تحول نیازهای اجتماعی به ویژه در زمینه مسائل تجاری، شاهد گسترش روزافزون قراردادهایی هستیم که طرفین در زمان انعقاد عقد نمی‌خواهند یا نمی‌توانند به طور کامل از عوضین رفع ابهام نمایند و به همین دلیل تعیین آن را به معیارها و روش‌های کم و بیش متغیر در آینده واگذار نموده یا به طور کلی مسکوت می‌گذارند تا بدین وسیله از احتمال تضرر خود در آینده بکاهند. در این موارد اگر طرفین مجبور باشند در زمان انشای عقد، به دقت عوضین را تعیین و از آن‌ها به طور کامل رفع ابهام نمایند، چه بسا به واسطه نوسانات بازار و عدم امکان پیش‌بینی تحولات آینده، یکی از آن‌ها متضرر شود؛ به عنوان مثال در قراردادهای مدت دار نظیر قراردادهای پیش فروش ساختمان، آنچه باعث ضرر و به وجود آمدن احتمال حدوث نزاع می‌شود، تعیین قیمتی ثابت در زمان انعقاد عقد است نه تعیین ثمن مدت داری که

موجب حفظ ارزش معاملاتی مبیع در طولانی مدت شود. در این قراردادها تعیین قیمتی ثابت و مشخص در زمان انعقاد عقد، موجب می‌شود، طرفین نتوانند عوض قراردادی را بر اساس قیمت واقعی مبیع در زمان تسلیم تعیین نمایند. (شعاریان، ۱۳۹۱: ۹۷) همین امر، خطر ضرر و به تبع آن احتمال وقوع نزاع و اختلاف را افزایش می‌دهد. در حالی که مفتوح گذاشتن شرط ثمن، احتمال ضرر و در نتیجه وقوع منازعه و اختلاف را کم می‌کند. لذا مفتوح گذاشتن برخی از قراردادها نه تنها موجب غرری شدن آن‌ها نمی‌شود بلکه در این موارد انعقاد دقیق و قطعی قرارداد است که موجب غرر می‌شود. به عقیده برخی نویسندگان، حقوق اسلامی در مورد معاملات و تجارت مردم، قواعد خشک و غیر قابل انعطافی را وضع ننموده و به طرفین اجازه داده هرطور که صلاح می‌دانند، عمل کنند؛ مشروط بر اینکه حرامی، حلال یا حلالی، حرام نگردد. (داراب پور، ۱۳۷۷: ۲۵)

از دیدگاه محقق خویی، در عرف معاملی به ویژه در روزگار ما، کارگران (باربران) در مقام معامله درباره ثمن و اجرت سخنی نمی‌گویند و امر را به مشتری و مستأجر واگذار می‌کنند اما قرائن نشان می‌دهد که منظورشان هر حکم و نظری از سوی مشتری و مستأجر نیست؛ لذا اگر آنان به ثمن و اجرتی کمتر از قیمت متعارف حکم کنند، کارگران قیمت سوقیه را مطالبه می‌کنند و به کمتر از آن رضایت نمی‌دهند اما اگر به قیمت سوقیه یا بیش از آن نظر دهند، همان مبلغ ثمن و اجرت خواهد بود. در حقیقت در چنین معاملاتی ثمن، امری کلی است و آن عبارت است از قیمت سوقیه و مازاد». (همان: ۳۲۱) پس، در قرارداد باز که خود متعاملین سازوکاری برای تکمیل شرط مفتوح پیش بینی نموده یا دادگاه بر اساس معیاری قانونی یا ضابطه‌ای معقول خلاء قراردادی را تکمیل می‌کند، غرری وجود ندارد؛ زیرا همان‌گونه که گفته می‌شود: «هرگاه وضعیت قراردادی روشن باشد، هرچند اصل اقدام به آن مصداق ریسک و ابهام باشد؛ چنین معامله‌ای قطعاً صحیح است و به بهانه غرر در آن نمی‌توان معامله را باطل دانست». (علیدوست، همان، ۱۸۹)

۶-۱. مغایرت با سیره عقلا

گفته می‌شود، درباره لزوم رفع ابهام از مورد معامله، عرف و روش عامه مردم در اعصار مختلف این بوده که در معاملات و داد و ستدها، کمال دقت را بنمایند تا از هر گونه ابهام و مسامحه درباره موضوع قرارداد اجتناب کرده و بدین طریق از وقوع منازعه و اختلاف در روابط قراردادی جلوگیری نمایند. از این رو، قاعده لزوم رفع ابهام از مورد معامله سابقه‌ای دیرین در

نظام‌های حقوقی دارد و تأکید شارع مقدس بر رفع ابهام از مورد معامله در واقع تأیید سیره عقلا است. (قنواتی و همکاران، همان: ۴۲۹)

در نقد این استدلال باید گفت، اولاً: حجیت سیره عقلا منوط به احراز موافقت شارع با آن است و تحقق این شرط منوط به هم زمانی سیره با زمان تشریح است. بنابراین بناات مستحدثه فاقد حجیت هستند. (همان: ۵۳-۴۶) اما اگر پیروی از سیره عقلا بما هم عقلا مد نظر باشد، محدود به سیره عقلای قدیم نخواهیم بود و با توجه به افزایش توانایی‌های فکری، اجتماعی و حقوقی، امکان استناد به سیره عقلای جدید که روبه پیشرفت و پختگی است، نیز وجود خواهد داشت (صدر، بی تا: ۲۶۴) با توجه به اینکه امروزه نیازها و اقتضات تجاری موجب شده اصول و قواعد حقوقی رنگ تازه‌ای به خود گرفته و انعقاد قراردادهایی که موضوع آن به دقت تعیین نشده و مفتوح گذارده شده در میان مردم رایج شود، پس می‌توان گفت عرف و روش عقلاً چنین معاملاتی را صحیح می‌داند.

ثانیاً، سیره عقلا یک دلیل لئی است و این دلیل اطلاق لفظی ندارد تا در موارد تردید بتوان به آن استناد کرد و هر نوع جهل به مورد معامله را موجب بطلان عقد دانست. امروزه قراردادهای باز در میان مردم و میان تجار رایج است که در آن‌ها میزان دقیق یکی از عوضین هنگام انعقاد عقد معلوم نیست و هنگام اجرای آن معلوم می‌شود، اما عرف آن‌ها را صحیح می‌شمارد و برفرض تردید درباره صحت این دسته از قراردادها از منظر فقهی، نمی‌توان برای بطلان آن به سیره عقلا استناد کرد. (قنواتی و همکاران، همان)

۱-۷. مخالفت قرارداد با نظم عمومی

بر این اساس لزوم علم تفصیلی به مورد معامله به عنوان یک اصل، برخاسته از ضرورت نظم اجتماعی و قضایی است. امری که می‌تواند در مرحله سنجش معامله کننده وارد و در پیدایش رضای او به معامله مؤثر واقع شود. مورد معامله باید نزد معامله کننده معلوم باشد (مواد ۲۱۶ و ۳۴۲ ق.م) تا رضای وی در فضایی روشن تحقق یابد و ابهامی در عوامل مؤثر در ایجاد رضا باقی نماند که زمینه ایجاد اختلاف و دعوی بین طرفین را که سبب پیدایش فضای ناسالم در روابط اجتماعی و تراکم کار تشکیلات قضایی است، فراهم کند. (کاتوزیان، ۱۳۶۶: ۱۸۲)

هر یک از طرفین قرارداد باید بدانند خود را به چه چیزی ملزم و در ازای التزام خویش، چه عوضی دریافت می‌کند. لزوم معلوم بودن مورد معامله در زمان انشای عقد از این حیث با نظم عمومی در ارتباط است که مانع نزاع و خصومت‌های آینده شده و از کثرت دعاوی جلوگیری

می‌کند. در واقع مصلحتی که مبنای وضع این قاعده بوده، مصلحتی اجتماعی است که بر مصالح فردی مقدم است و افراد نمی‌توانند با تراضی، آن را نادیده بگیرند.

با این همه، باید توجه داشت که نظم عمومی، مفهومی نسبی و متغیر است که با گذشت زمان تغییر کرده و ثابت نمی‌ماند؛ زیرا قواعد حافظ نظام اجتماعی، دائماً در حال تغییر و تحول هستند. (کاتوزیان، ۱۳۷۲: ۱۶۴) گرچه هنوز هم لزوم معلوم بودن مورد معامله در زمان انعقاد عقد برای جلوگیری از وقوع اختلاف و منازعه، اصلی تأثیرگذار و قابل توجه است اما از اهمیت و اطلاق آن کاسته شده به طوری که امروزه در برخی قراردادها، رعایت این اصل ممکن است منجر به حدوث اختلاف در آینده و در نتیجه بر هم خوردن نظم عمومی شود؛ به بیان دیگر برخی از قراردادها با هدف دفع تجاذب و پیشگیری از وقوع نزاع و خصومت‌های آینده به صورت مفتوح منعقد می‌شوند.

از سوی دیگر، یک بعد نظم عمومی، نظم عمومی اقتصادی است و ثبات و استحکام معاملات و امنیت روابط معاملاتی ایجاب می‌کند که قانونگذاران شرایط اساسی صحت عقد را به گونه‌ای اعمال کنند که حتی المقدور از تزلزل روابط معاملاتی جلوگیری و به امنیت آن کمک کند. از این رو، امروزه رویکرد بسیاری از نظام‌های حقوقی در جهت پذیرش اعتبار قراردادهای باز است.

۲. نظریه صحت قرارداد باز

در مقابل دیدگاه پیش گفته، برخی صاحب‌نظران با استناد به قصد طرفین، قرارداد باز را صحیح و منطبق با نیازها و مقتضیات تجاری و اقتصادی می‌دانند. براساس این نظریه، طرفینی که قصد انعقاد قرارداد دارند می‌توانند بدون تعیین همه عناصر و شروط قرارداد در زمان انشای عقد، تعهدات الزام‌آوری را ایجاد کنند. (Bruckel, 1983: 119) به موجب این دیدگاه، فرض بر این است که طرفین قصد داشته‌اند، قرارداد الزام‌آور باشد حتی اگر برخی از شروط و ارکان آن را مفتوح گذاشته باشند، کما اینکه امروزه اغلب افراد این گونه عمل می‌کنند و به دلایل مختلف اقدام به انعقاد قراردادهای حاوی شروط مفتوح می‌کنند. ممکن است طرفین به دلیل نامعلوم بودن شرایط، تنظیم مخاطرات و ریسک‌گریزی، نیاز فوری به انعقاد قرارداد و ... اقدام به انعقاد قرارداد حاوی شروط باز نمایند. (Gergen, 1992: 1006) بر اساس نظریه صحت، دادگاه‌ها موظف‌اند ابتدا تلاش خود را بر تکمیل و اجرای قرارداد متمرکز

کنند و در نهایت به این امر بپردازند که آیا طرفین قصد انعقاد قرارداد داشته‌اند یا خیر؟ طرفداران این دیدگاه معتقدند:

اولاً، گرچه دیدگاه سنتی، طرفین قرارداد را تشویق می‌کند تا در تنظیم قراردادشان دقیق باشند و بدین وسیله مانع طرح دعوی شوند اما محدودیت‌های موجود در زمان انعقاد قرارداد را باید در نظر داشت. تأکید دیدگاه سنتی به انعقاد قراردادهایی که فاقد شروط بازند، مبتنی بر این فرض است که در هر قرارداد معتبر، امکان تعیین دقیق و کامل همه ارکان و شروط در زمان انعقاد قرارداد وجود دارد در حالی که در واقع این طور نیست.

ثانیاً، اتلاف زمان به واسطه چانه‌زنی درباره همه جزئیات قرارداد و پیش بینی همه شرایطی که حتی ممکن است اتفاق نیفتد در همان زمان انعقاد عقد، مانع جدی در راه انعقاد قرارداد و فعالیت‌های تجاری تجار است؛ زیرا هر گونه تأخیر در انعقاد قرارداد در شرایط فعلی بازار، ممکن است به معنای خروج تاجر از فعالیت‌های تجاری یا حداقل عقب افتادن از جریان رقابت باشد. به طوری که می‌توان گفت، قواعد سنتی حقوق قراردادهای مبنی بر لزوم انعقاد کامل و بدون ابهام قرارداد، درباره قراردادهای تجاری پیشرفته زمان حاضر، قابل اعمال نیست. (Salbu, 1995:1295)

ثالثاً، مفهوم جدید روابط تجاری منجر به طرح واقعیات جدیدی در زمینه تشکیل قراردادهای گردید به طوری که طرفین اغلب در زمان انعقاد قرارداد نمی‌توانند همه جزئیات و شروط قرارداد را پیش‌بینی کنند. در دوران پیشا مدرن، قراردادهای تجاری بیشتر جنبه رقابتی داشتند؛ بدین ترتیب که هر یک از متعاملین در تلاش بود تا با تحمیل هزینه‌های قرارداد به طرف مقابل، حداکثر سود ممکن را عاید خود نماید. در نتیجه هدف حقوق قراردادهای، حفظ ثبات قرارداد و اجرای تعهدات ناشی از مذاکرات بین رقبا بود. اما تغییرات عملی در زمینه قراردادهای منجر به تحول دکترین قراردادی شد؛ زیرا قواعد حقوقی موجود امکان تنظیم جریان پیچیده‌ای را که امروزه منجر به انعقاد قراردادهای عمده و کلان می‌شود نداشتند (Fransworth, 1987:217)؛ برای مثال در حالی که قراردادهای سنتی دارای موضوع واحد، رقابتی و در قالب بده - بستان بودند، قراردادهای جدید دارای موضوعات متعدد و راهکارهای حل مسائل و مشکلات، برای به دست آوردن حداکثر سود ممکن برای طرفین هستند.

رابعاً، گرچه طرفداران دیدگاه سنتی معتقدند که صحیح دانستن و تکمیل قراردادهای باز، از استقلال فردی طرفین می‌کاهد اما منافع اجتماعی هم باید مدنظر قرار گیرند. با توجه به اینکه

هدف جامعه و سیستم حقوقی، برقراری تعادل میان استقلال فردی و اهداف اجتماعی است، بحث استقلال فردی به تنهایی نمی‌تواند نقدی بر نظریه صحت قرارداد باز باشد. (Mangaberia, 1986:44-56)

خامساً، مصادیق قرارداد باز فقط قراردادهای مبادلاتی نیستند. گاهی قرارداد باز قرارداد چارچوب^۱ است که براساس آن طرفین درباره برخی عناصر مهم قرارداد یا قراردادهای اصلی توافق می‌کنند و متعهد می‌شوند، مبادلات آتی خود را یا قرارداد اصلی مورد نظر خود را در همین چارچوب و بر پایه شروطی که در اینجا توافق کرده‌اند، منعقد کنند، اگرچه هنوز درباره برخی شروط مهم دیگر به توافق نرسیده‌اند. در این صورت، یک رابطه حقوقی الزام‌آور میان طرفین ایجاد شده که باید به آن ملتزم و پایبند باشند.

درباره قراردادهای مبادلاتی همانند بیع نیز امروزه گرایش بسیاری از سیستم‌های حقوقی به پذیرش اعتبار آن‌هاست. اگرچه، درباره این مسئله که چه بخشی از قرارداد یا کدام یک از عناصر مهم آن می‌تواند مفتوح بماند، انعطاف سیستم‌های حقوقی متفاوت است. با این همه، این گرایش عمومی وجود دارد که در قراردادی بیع توافق بر روی برخی شروط اساسی همانند نوع و مقدار کالا برای انعقاد عقد کفایت می‌کند و طرفین می‌توانند سایر شروط قرارداد بیع همانند ثمن، کیفیت کالا و زمان و نحوه تحویل را مسکوت یا مفتوح بگذارند. (Bar&Clive, ibid:278)

نتیجه‌گیری

غالب سیستم‌های حقوقی در بدو تأسیس با تفسیر مضیق قواعد حقوقی، بر لزوم رفع ابهام از قرارداد به ویژه عناصر و ارکان اساسی آن تأکید داشته و در هر موردی که معامله به جهتی از جهات مبهم بود، حکم به بی‌اعتباری قرارداد می‌دادند. گرچه این دیدگاه با مقتضیات دوران پیشامدرن که در آن قراردادهای تجاری بیشتر جنبه رقابتی داشتند و هر یک از متعاملین در تلاش بود تا با تحمیل هزینه‌های قرارداد به طرف مقابل، حداکثر سود ممکن را عاید خود نماید، انطباق زیادی داشت و در واقع هدف حقوق قراردادهای را که حفظ ثبات قرارداد و اجرای تعهدات ناشی از مذاکرات بین رقبا بود به بهترین شکل ممکن تأمین می‌کرد اما تحولات اقتصادی و اجتماعی به قواعد حقوقی رنگ تازه می‌دهند. به طوری که

با گسترش زمینه‌های اقتصادی چه در عرصه بین‌الملل و چه در نظام‌های داخلی، لزوم دستیابی به قواعد و اصولی که موجبات تسهیل و تسریع مبادلات تجاری را فراهم نمایند، بیش از گذشته احساس می‌شود. بر همین اساس نظریه کلاسیک نیز به تدریج دچار تحول شد؛ به طوری که امروزه درباره اعتبار و صحت قراردادهای باز برخی نظام‌های حقوقی رویکرد منعطفی دارند. دیدگاهی که با تفسیری نو از اصول سنتی حقوق قراردادهای و بر مبنای ضرورت‌های اجتماعی و مصالح جامعه و در راستای ایجاد سرعت در معاملات و اطمینان از انعقاد قرارداد که برای حیات تجاری بازرگانان امری ضروری است، معتقد به صحت و اعتبار آن است.

هر چند طرفداران دیدگاه سنتی دلایل متعددی بر بطلان قرارداد باز ارائه کرده‌اند اما نه تنها هیچ یک، دلیل محکمی بر بطلان این نوع قرارداد نیست بلکه تأملی کوتاه در قراردادهای تجاری این واقعیت را آشکار می‌سازد که امروزه ضرورت‌های بسیاری وجود دارد که در عمل مانع توافق متعاملین پیرامون کلیه ارکان و شرایط قرارداد در زمان انشا می‌گردد، به طوری که طرفین در بسیاری از قراردادهای به ویژه قراردادهای بلند مدت ناگزیرند، برخی از شروط قراردادی نظیر ثمن، مقدار مبیع، مدت قرارداد و ... را مفتوح گذارند. پس اگر طرفین به این دلیل نتوانند قراردادی الزام‌آور منعقد کنند و ناچار باشند، انشای عقد را به آینده و پس از توافق پیرامون شرط مورد نظر موکول کنند، ممکن است، فرصت انعقاد قرارداد را از دست داده و متحمل زیان شوند؛ به بیان دیگر تجار اغلب قصد دارند، قراردادهای الزام‌آور باشد، بدون اینکه مجبور باشند، در زمان انعقاد، همه جزئیات آن را مشخص کنند.

با درک این نیاز و به دنبال شیوع استفاده از قراردادهای باز در داخل کشورها و صحنه بین‌الملل، سیستم‌های حقوقی مختلف درصدد اثبات عدم مغایرت مفتوح بودن قرارداد با اصل لزوم رفع ابهام از معامله برآمدند و این نوع قرارداد نه تنها در سیستم حقوق داخلی کشورها بلکه در اسناد بین‌المللی نیز مورد پذیرش واقع شد. مطابق نظریه صحت، دادگاه‌ها در مواجهه با قراردادهای باز باید مستقیماً بر این سؤال اصلی تمرکز کند که آیا طرفین قصد التزام به قرارداد را داشته‌اند یا خیر؟ اگر مشخص شود که طرفین قصد ایجاد یک رابطه حقوقی الزام‌آور را داشته‌اند، قرارداد علی‌رغم مفتوح بودن برخی از شروط آن، صحیح است و دادگاه باید خلاءهای آن را براساس اراده ضمنی طرفین و رویه فی‌مابین یا قاعده معقولیت یا قواعد تکمیلی دیگر تکمیل و قرارداد را اجرا نماید.

در حقوق ایران نیز گرچه به موجب بند ۳ ماده ۱۹۰ قانون مدنی، معلوم و معین بودن مورد معامله از شرایط اساسی صحت قرارداد است و ماده ۲۱۶ همین قانون مقرر می‌دارد: «مورد معامله باید مبهم نباشد، مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است.» اما باید توجه داشت که از یک سو معیار تشخیص ابهام، یک معیار شخصی است. بر این اساس اگر مورد معامله از دید طرفین معلوم اما عرفاً مجهول باشد، مجهول بودن عرفی موجب بطلان قرارداد نخواهد شد. از سوی دیگر حتی با فرض مجهول بودن مورد معامله، جهلی موجب بطلان قرارداد است که عرفاً معامله را غرری و خطری سازد مانند بیع مال مجهول مطلق. بنابراین اگر از دید عرف، معامله‌ای غرری نبوده و با احتمال بروز منازعه و اختلاف و ورود ضرر همراه نباشد، قرارداد صحیح خواهد بود ولو اینکه یکی از عناصر اصلی آن در زمان انشاء، مفتوح باشد.

منابع

الف - فارسی

۱. داراب پور، مهرباب، ثمن شناور، مجله تحقیقات حقوقی، ۱۳۷۷، شماره ۲۲-۲۱.
۲. دهخدا، علی اکبر، لغت نامه، تهران: مؤسسه لغت نامه دهخدا، ۱۳۳۰.
۳. شعاریان، ابراهیم، ثمن نامعین در قراردادهای پیش فروش، نشریه فقه و حقوق اسلامی، سال سوم، زمستان ۹۱، شماره پنجم.
۴. شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادهای و تعهدات، تهران: نشر حقوقدان، چاپ اول، ۱۳۷۷.
۵. علیدوست، ابوالقاسم، ادله عام روایی فقه و حقوق قراردادهای، قم: انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۹۵.
۶. قنواتی، جلیل، محقق داماد، سید مصطفی، عبدی پور فرد، ابراهیم و شبیری، سید حسن وحدتی، حقوق قراردادهای در فقه امامیه، جلد دوم، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، چاپ اول، ۱۳۸۹.
۷. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادهای، جلد اول، تهران: انتشارات بهنشر، چاپ دوم، ۱۳۷۲.
۸. _____، قواعد عمومی قراردادهای، جلد دوم، تهران: انتشارات بهنشر، ۱۳۶۶.
۹. _____، قواعد عمومی قراردادهای، جلد سوم، تهران: انتشارات بهنشر، ۱۳۶۸.
۱۰. محقق داماد، سید مصطفی، مباحثی از اصول فقه، دفتر دوم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ هشتم، ۱۳۷۷.
۱۱. معین، محمد، فرهنگ فارسی معین، تهران: انتشارات امیرکبیر، ج ۲، چاپ چهارم، ۱۳۶۰.

ب - عربی

۱۲. الجیلانی القمی، میرزا ابی القاسم بن الحسن، **جامع الشتات**، چاپ اول، تهران: مؤسسه کیهان، ۱۳۷۱.
۱۳. آملی، محمد تقی، **المکاسب و البیع (تقریرات میرزای نائینی)**، جلد ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۳ ه.ق.
۱۴. انصاری، مرتضی، **کتاب المکاسب**، جلد ۴، چاپ دهم، قم: مجمع الفكر الاسلامی، ۱۴۳۰.
۱۵. بحرانی، یوسف، **الحدائق الناضره**، جلد ۱۸، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ه.ق.
۱۶. حرّعاملی، محمد بن حسن، **وسائل الشیعه**، تهران: انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ه.ق.
۱۷. حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح، **العناوین**، جلد دوم، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۵ ه.ق.
۱۸. حلی، علامه، **مختلف الشیعه**، جلد ۵، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۲ ه.ق.
۱۹. حلی، محمد ابن ادريس، **السرائر الحاوی لتحرير الفتاوی**، جلد ۲، قم: جامعه مدرسین، ۱۴۱۰ ه.ق.
۲۰. خمینی، سید روح الله، **البیع**، جلد ۳، قم: انتشارات اسماعیلیان، ۱۳۶۳.
۲۱. خوبی، سید ابوالقاسم، **مصباح الفقاهه**، چاپ اول، جلد ۵، قم: انتشارات داوری، ۱۳۷۷.
۲۲. _____، **مصباح الفقاهه**، جلد ۵، مؤسسه انصاریان، ۱۴۱۷ ه.ق.
۲۳. سنهوری، عبد الرزاق احمد، **مصادر الحق فی الفقه الاسلامی**، جلد ۱، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۹۵۴ م.
۲۴. صدر، سید محمد باقر، **بحوث فی علم الاصول**، جلد ۲، قم: مکتبه الاعلام الاسلامی، بی تا.
۲۵. _____، **دروس فی علم الاصول**، جلد ۱، بیروت: دارالمنتظر، بی تا.
۲۶. طوسی، **الخلاص**، قم: مکتبه الكتب المتنوعه، ۱۳۷۹۰.
۲۷. موسوی بجنوردی، سید حسن، **القواعد الفقهیه**، نجف: مطبعة الآداب، ۱۳۸۹ ه.ق.
۲۸. نایینی، محمد حسین، **منیة الطالب**، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸ ه.ق.
۲۹. نجفی، محمدحسن، **جواهر الکلام**، جلد ۲۷، تهران: اسلامی، ۱۳۶۷.
۳۰. نراقی، ملا احمد، **عوائد الايام**، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۲ ه.ق.
۳۱. نوری طبرسی، میرزا حسین، **مستدرک الوسائل**، قم: مؤسسه آل البيت، ۱۴۰۸ ه.ق.

ج - لاتین

32. Atiyah, P.S., *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, (Clarendon Press, 1985).
33. Bar, Cristian & Clive, Eric, *Principles, Difications and Model Rules of European Private Law*, Sellier, 2009.
34. Bruckel, Carolin N., "Consideration in Exclusive and Nonexclusive Open Quantity Contracts under the U.C.C.: A Proposal for a New System of Validation", *Minnesota Law Review*, October/1983, Vol. 68.

35. Chitty on Contracts, 26 edition, Vol. 1, London: Sweet & Haxwell, 1989.
36. Coleman, Jules L., "A Bargaining Theory Approach to Default and Disclosure Provisions in Contract Law", Harv. J. L. & Pub. Pol'y, 1989, Vol. 12.
37. Corbin, Arthur L., Corbin on Contracts, One Volume Edition, West Group, January/ 1982.
38. Craswell, Richard, "Contract Law, Default Rules and the Philosophy of Promising", Michigan Law Review, Dec/ 1989, Vol. 88, No. 3.
39. Dunfee, Thomas W. & others, Modern Business Law, Second edition, New York: Random House Business Division, 1989.
40. Farnsworth, Alan, "Pre contractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations", Columbia Law Review, 1987, Vol. 87.
41. Gergen, Mark, P, "The Use of Open Terms in Contract", Columbia Law Review, 92 Colum, 1992, Vol. 92.
42. Ghestin, Jacques, Traite des contrats: la vente, Paris: L.G. J, 1990.
43. Howard, Michael, "Open Terms Relating to Time in Contracts for the Sale of Goods", MCGILL LAW JOURNAL, 1973, Vol.19, No. 2.
44. Klein, Benjamin & Keith B. Leffler, "The Role of Market Forces in Assuring Contractual Performance", The Journal of Political Economy, Agu/1981, Vol. 89, No. 4.
45. L. Prosser, William, "Open Price in Contracts for the Sale of Goods", MINNESOTA LAW REVIEW, 1932, Vol. 16, No. 7.
46. Lando, Ole & Beale, Hugh, Principles European Contract Law, Part 1,2, Kluwer Law, 2000.
47. Malaurie, Philippe, et al, Les Obligations, Defrenois, 2003.
48. Mangaberia Unger, Robert, The Critical Legal Studies Movement, Harvard University Press, 1986.
49. Markesinis, Sir Basil, et al, The German Law of Contract, Hart Publishing, 2006.
50. Marsh.P.D.V, Comparative Contract Law, Gower, 1994.
51. S. Geis, George, "An Embedded Options Theory of Indefinite Contracts", Minnesota Law Review, 2006.
52. Salbu, Steven R., "The Decline of Contract as a Relationship Management Form", Rutgers Law Review, 1995, Vol. 47.
53. Scott Robert E. & Jody S. Kraus, Contract Law and Theory, Fourth Edition, LEXISNEXIS, 2007.
54. Scott, Robert E., & J. Stuntz, William, "Plea Bargaining as Contract", Yale Law Journal, 1992, vol. 101.

55. Scott, Robert E., "The Case for Formalism in Relational Contract", Northwestern University Law Review, February/ 2000, Vol. 94.
56. Smith, Shelly, "A New Approach to the Identification and Enforcement of Open Quantity Contracts: Reforming the Law of Exclusivity and Good Faith", Valparaiso University Law Review, 2009, Vol. 43, No. 3.
57. Treitel, Sir Guenter, The Law Of Contract, 11^{ed}, Sweet & Maxwell, 2003