



## A Comparative Study of the Concept of Tadleis in Open Contracts in Jurisprudence, Iranian and British Law

Seyed Hamed Borghei<sup>1</sup>, Seyed Mohammad Hosseini<sup>2\*</sup>, Ahma Shams<sup>3</sup>, Ahad Abagherzadeh<sup>4</sup>

1. PhD student in Private Law, Department of Law, Kish International Branch, Islamic Azad University, Kish Island, Iran.

2. Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Human Sciences, South Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

3. Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Human Sciences, South Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

4. Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Human Sciences, South Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

### ARTICLE INFORMATION

**Article Type:** Original Research

**Pages:** 731-746

**Article history:**

**Received:** 6 Feb 2024

**Edition:** 2 Apr 2024

**Accepted:** 5 May 2024

**Published online:** 31 Jan 2025

### Keywords:

Tadleis, open contracts, jurisprudence, Iranian law, English law.

### Corresponding Author:

Seyed Mohammad Hosseini

### Address:

Iran, Tehran, Islamic Azad University, South Tehran Branch, Faculty of Human Sciences, Department of Private Law.

### Orchid Code:

**Tel:**

**Email:**

[smh\\_hosseini@azad.ac.ir](mailto:smh_hosseini@azad.ac.ir)

### ABSTRACT

**Background and Aim:** Tadleis in open contracts is one of the important issues that needs to be discussed. Based on this, the purpose of this article is a comparative study of the concept of tadleis in open contracts in jurisprudence, Iranian and English law.

**Materials and Methods:** This article is descriptive and analytical. Materials and data are also qualitative and data collection was used in collecting materials and data.

**Ethical Considerations:** In this article, the originality of the texts, honesty and trustworthiness are respected.

**Findings:** The findings showed that due to the nature of these types of contracts, drafting in open contracts may lead to many problems that are not as complicated as in other contracts. In Iranian law, a general definition of tadleis is provided. Based on this, forgery is an operation that causes deception of the transaction party. In English law, falsification is considered as part of the broad theory of "false statements."

**Conclusion:** In the English law, manipulation affects open contracts in the form of an unrealistic description and at the same time major. This is despite the fact that in Iranian law, while the description must be untrue and effective, it must also be presented with the intention of deception, so that open contracts can be terminated based on falsification.

**Cite this article as:**

Borghei SH, Hosseini SM, Shams A, Abagherzadeh A. A Comparative Study of the Concept of Tadleis in Open Contracts in Jurisprudence, Iranian and British Law. *Economic Jurisprudence Studies*. 2024.



### بررسی تطبیقی مفهوم تدلیس در قراردادهای باز در فقه، حقوق ایران و انگلیس

سید حامد برقی<sup>۱</sup>، سید محمد حسینی<sup>۲\*</sup>، احمد شمس<sup>۳</sup>، احد باقرزاده<sup>۴</sup>

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق، واحد بین‌الملل کیش، دانشگاه آزاد اسلامی، جزیره کیش، ایران.
۲. استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده علوم انسانی، واحد تهران جنوب، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.
۳. استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده علوم انسانی، واحد تهران جنوب، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.
۴. استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده علوم انسانی، واحد تهران جنوب، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

#### چکیده

**زمینه و هدف:** تدلیس در قراردادهای باز از موضوعات مهمی است که نیازمند بحث و بررسی است. بر همین اساس هدف مقاله حاضر بررسی تطبیقی مفهوم تدلیس در قراردادهای باز در فقه، حقوق ایران و انگلیس است.

**مواد و روش‌ها:** مقاله حاضر توصیفی تحلیلی است. مواد و داده‌ها نیز کیفی است و از فیش‌برداری در گردآوری مطالب و داده‌ها استفاده شده است.

**ملاحظات اخلاقی:** در این مقاله، اصالت متون، صداقت و امانت‌داری رعایت شده است.

**یافته‌ها:** یافته‌ها نشان داد تدلیس در قراردادهای باز به سبب ماهیت این نوع قراردادها، ممکن است مشکلات عدیده‌ای را به دنبال داشته باشد که در سایر قراردادها، پیچیدگی آن را نداشته باشد. در حقوق ایران تعریف کلی از تدلیس ارائه شده است. بر این اساس، تدلیس عبارت است از عملیاتی که موجب فریب طرف معامله می‌شود. در حقوق انگلیس، تدلیس به صورت جزئی از نظریه وسیع «اظهار خلاف واقع» مطرح می‌شود.

**نتیجه:** در حقوق انگلیس تدلیس در شرایطی که به صورت توصیف غیرواقعی و در عین حال عمده باشد قراردادهای باز را تحت تاثیر قرار می‌دهد. این در حالی است که در حقوق ایران ضمن اینکه توصیف، باید خلاف واقع و تاثیرگذار باشد لازم است به قصد فریب نیز مطرح شود تا قراردادهای باز با استناد به تدلیس قابل فسخ باشد.

#### اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

صفحات: ۷۳۱-۷۴۶

سابقه مقاله:

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۱/۱۷

تاریخ اصلاح: ۱۴۰۳/۰۱/۱۴

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۲/۱۶

تاریخ انتشار: ۱۴۰۳/۱۱/۱۲

#### واژگان کلیدی:

تدلیس، قراردادهای باز، فقه، حقوق ایران، حقوق انگلیس.

#### نویسنده مسئول:

سید محمد حسینی

آدرس پستی:

ایران، تهران، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران جنوب، دانشکده علوم انسانی، گروه حقوق خصوصی.  
کد ارکید:

تلفن:

پست الکترونیک:

[smh\\_hosseini@azad.ac.ir](mailto:smh_hosseini@azad.ac.ir)

## ۱. مقدمه

انعقاد قرارداد می‌شود مطرح شده است که ممکن است به صورت شرطی از قرارداد باشد یا به صورت شرطی فرعی در آن مطرح شود، مشروط به این که طرفی که آن اظهارات را بیان می‌کند، صحت آن را تضمین کند و اظهارات مذکور در تمایل طرف مقابل نسبت به انعقاد قرارداد تأثیر بگذارد، هرچند که ممکن است هیچ‌یک از طرفین معامله چنین قصدی را نداشته باشند که اظهارات مذکور اثر قراردادی داشته باشد» (گوئست، ۱۹۸۴، ۲۰۹). اکوئیتی بنا به رابطه خاص خود با کامن‌لا و قواعد آن را تکمیل می‌کند بنا به ریشه‌های انصافی خود مواردی را چنانکه خواهیم دید در حکم تدلیس بشمار می‌آورد که در کامن‌لا و تدلیس نیست. این‌گونه موارد در حقوق انگلیس تحت عنوان تدلیس حکمی درمی‌آید. بنابراین روشن است که در داخل خود مبحث تدلیس نیز حقوق انگلیس مفاهیم و تقسیم‌بندی خاص خود دارد که جز با تجدید ساختمان آن نمی‌توان از روی دقت دست به مقایسه با نظام حقوقی دیگر برد. همان‌طور که پیش‌تر گفته شد چنانکه ملاحظه می‌شود، نظام‌های حقوقی مختلف، دیدگاه‌های مختلفی در خصوص تدلیس داشته و این موضوع آن‌طور که لازم است، این موضوع در حوزه قراردادهای باز آن‌طور که باید و شاید موشکافانه مورد بررسی قرار نگرفته است. پژوهش‌های محدودی در زمینه قراردادهای باز انجام شده است: احسان علی‌اکبری بابوکانی، علی‌اکبر طبایی عقدا و فهیمه صادقی، در مقاله‌ای به بررسی «واکاوی فقهی-حقوقی قراردادهای باز (با تأکید بر حقوق ایران، انگلیس و آمریکا) پرداخته‌اند (علی‌اکبری بابوکانی، طبایی عقدا و صادقی، ۱۳۹۸) همچنین سید امیر

از موضوعاتی که در نظام‌های مختلف حقوقی، قواعد سنتی متفاوتی نسبت به آن اعمال می‌شود، تدلیس است. این موضوع در قراردادهای باز به سبب ماهیت این نوع قراردادهای، ممکن است مشکلات عدیده‌ای را به دنبال داشته باشد که در سایر قراردادهای پیچیدگی آن را نداشته باشد. مفهوم تدلیس به اظهارات و بیانات قبل از قرارداد اطلاق می‌شود که باعث ترغیب به تشکیل قرارداد می‌شوند اما بعداً معلوم می‌شود که دروغین و خلاف واقع بوده‌اند (امین، ۱۳۹۰، ۱۱). در حقوق ایران تعریفی کلی از تدلیس ارائه شده است. بنا به ماده ۴۳۸ قانون مدنی: «تدلیس عبارت است از عملیاتی که موجب فریب طرف معامله می‌شود». «تدلیس نوعی تقصیر عمد محسوب و عبارت است از به‌اشتباه انداختن دیگری به‌منظور مصمم کردن او به صدور اعلام اراده موجد عمل حقوقی و قبول الزام یا برعکس، به‌منظور این که شخص از قبول الزام و انعقاد معامله‌ای صرف‌نظر کند» (امیری قائم‌مقامی، ۱۳۷۸، ج ۲، ۳۱۴). و بعضی دیگر این‌چنین گفته‌اند: «اظهار دروغین واقعیت به وسیله لفظ یا فعل یا جلوگیری از افشای عیب موجود در موضوع قرارداد که به موجب آن، طرف دیگر به انعقاد قرارداد ترغیب شود» (بهروم، ۱۳۸۰، ۱۹). اما به نظر می‌رسد که بعضی از اساتید حقوق، تدلیس را به صورت کامل‌تری بیان کرده‌اند: «نیرنگی است نامتعارف که از سوی یکی از دو طرف معامله یا با آگاهی و دستکاری او به‌منظور گمراه ساختن طرف دیگر به کار می‌رود و او را به معامله‌ای برمی‌انگیزد که در صورت آگاه بودن از واقع به آن رضایت نمی‌داد» (کاتوزیان، ۱۳۶۹، ج ۵، ۳۵۴) در تعریف «اظهار خلاف واقع» گفته‌اند: «اظهار فریبنده‌ای است که در خلال مذاکراتی که منجر به

یافته‌ها نشان داد تدلیس در قراردادهای باز به سبب ماهیت این نوع قراردادها، ممکن است مشکلات عدیده‌ای را به دنبال داشته باشد که در سایر قراردادها، پیچیدگی آن را نداشته باشد. در حقوق ایران تعریفی کلی از تدلیس ارائه شده است. بر این اساس، تدلیس عبارت است از عملیاتی که موجب فریب طرف معامله می‌شود. در حقوق انگلیس، تدلیس به صورت جزئی از نظریه وسیع «اظهار خلاف واقع» مطرح می‌شود.

## ۵. بحث

«نهاد قرارداد باز، نهادی است که باقابلیت انعطاف و سازگاری با شرایط و تحولات آتی بازار قادر است کارآمدی و مطلوبیتی را که امروزه در حقوق قراردادها امری مهم تلقی می‌شود، تضمین کند. از این رو، قرارداد آینده را حسب شرایطی که ممکن است رخ دهد برای دو طرف تأمین می‌کند، بی‌آنکه به اختلاف در روابط آن‌ها بینجامد» (علی‌اکبری بابوکانی و همکاران، ۱۳۹۸، ۱۵۷).

به منظور عدم ایجاد اختلاف بین طرفین در قراردادهای باز، به کاربردن شروط در این سبک از قراردادها کمک شایانی به جلوگیری از اختلافات مخصوصاً در روابط تجاری بین‌المللی می‌نماید و با انعطافی که در قراردادهای باز ایجاد می‌شود شرایط بدون نیاز به گفتگوی مجدد، با اوضاع جدید تطبیق می‌یابد (تام، ۱۳۹۸، ۸). در کشورهایی که دارای نظام حقوقی کاملاً لا شروط باز کاملاً مورد توجه قرار می‌گیرد اما در کشورهای با نظام حقوقی مدون، برخی از شروط پذیرفته شده است به عنوان مثال در قانون مدنی ایران، حکم صریحی دارد یا نقد و نسیه بودن ثمن و ضمان معاوضی، را خود تعیین می‌کند

مهدی امین، در مقاله‌ای، مفهوم تدلیس و جایگاه آن در حقوق ایران، انگلیس و فقه امامیه را بررسی کرده است (امین، ۱۳۹۰) تمایز و نوآوری مقاله حاضر نسبت به سایر پژوهش‌های انجام شده این است که هدف این مقاله، بررسی مفهوم تدلیس در قراردادهای باز در فقه، حقوق ایران و انگلیس به صورت تطبیقی است. سوتال مقاله بدین شکل قابل طرح است که رویکرد فقه، حقوق ایران نسبت به مفهوم تدلیس در قراردادهای باز در مقایسه با حقوق انگلیس چگونه است؟ فرضیه مقاله نیز بدین شکل قابل طرح است که «در فقه و حقوق ایران تدلیس هم باید تاثیرگذار باشد و هم به قصد فریب باشد این در حالی است که در حقوق انگلیس، وقتی توصیف غیرواقعی و در عین حال عمده باشد قراردادهای باز را تحت تاثیر قرار می‌دهد». به منظور بررسی سوال و فرضیه خمورد اشاره ابتدا اعتبار قرارداد باز در فقه و حقوق ایران و حقوق انگلیس بررسی شده و در ادامه از مفهوم تدلیس در قراردادهای باز در فقه، حقوق ایران و انگلیس به صورت تطبیقی بحث شده است.

## ۲. مواد و روش‌ها

مقاله حاضر توصیفی تحلیلی است. مواد و داده‌ها نیز کیفی است و از فیش‌برداری در گردآوری مطالب و داده‌ها استفاده شده است.

## ۳. ملاحظات اخلاقی

در این مقاله، اصالت متون، صداقت و امانت‌داری رعایت شده است.

## ۴. یافته‌ها

۱) قرارداد با مورد معامله باز: اغلب در روابط تجاری و بلندمدت مورد استفاده بوده که روابط تجاری غالباً در قالب بیع ظهور و بروز دارد ریال از این جهت می‌توان آن را به «شرط مبیع باز» و «شرط ثمن باز» تقسیم نمود (تام، ۱۳۹۸، ۹).

۲) قرارداد با شرط زمان باز: زمان آغاز، اجرا و خاتمه قراردادها عیناً و یا ماهیتاً و یا ضمناً مشخص می‌گردد اما گاهی طرفین در یک قرارداد در خصوص زمان انجام و یا زمان ایجاد تعهدات سکوت اختیار کرده و حتی از ماهیت موضوع هم نمی‌توان به زمان قرارداد پی برد، در این شرایط، شرط زمان باز است. از منظر حقوقدانان زمان ایفای تعهدات یا باز است و یا مدت اجرای قرارداد نامحدود می‌باشد (شعاریان، ۱۳۹۱، ۲۶۵). زمان ایفای تعهد از دو جهت در ارزش معامله مؤثر است: اول این که هرچه زمان تحویل مورد معامله از وقت مورد نیاز فاصله داشته باشد این موضوع به کاهش قیمت انجامیده و باعث دور شدن از مطلوب متعهد له می‌شود. دوم این که ارزش کالا در طول زمان تغییر می‌کند و میزان نفع و ضرر طرف معامله تأثیر زیادی دارد. حتی ممکن است باز گذاشتن زمان ایفای تعهدات، حقوق متعهد له را با تهدید جدی روبه‌رو کند. در این موارد، عدم تعیین مدت قرارداد را باطل می‌کند (تام، ۱۳۹۸، ۱۴). گاهی اوقات قراردادهایی مانند قراردادهای استخدامی مانند سایر قراردادها دارای مدت معینی نیستند و ممکن است به صورت نامحدود بسته شوند، نامعلوم بودن زمان پایان یا مدت قرارداد در سه فرض قابل تصور است (لاندو و بیل، ۲۰۰۰، ۳۱۶). جایی که قرارداد برای مدت نامعلوم منعقد شده است و معمولاً در این قراردادها زمان خاتمه مشخص نمی‌شود مانند بعضی

(کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۴، ۷۴). بر این اساس قراردادهای باز را بر اساس اهمیت، موضوع و روش تکمیلی قرارداد تقسیم‌بندی می‌نمایند.

بر این اساس قراردادهای باز را بر اساس اهمیت، موضوع و روش تکمیلی قرارداد تقسیم‌بندی می‌نمایند.

الف) قرارداد باز بر اساس اهمیت شرط باز: شروط در قراردادها جز ارکان هستند که گاهی جنبه اصلی و گاهی جنبه فرعی دارند، که توافق در مورد همه شروط امری بسیار دشوار است، از این جهت است که سکوت طرفین در خصوص برخی از شروط نشان از بی‌اهمیتی موضوع برای یک طرف قرارداد یا طلبکار داشته و طرف دوم یا بدهکار اختیار و آزادی عمل بیشتری دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۱، ۸۰). از نظر حقوقدانان قبول اعتبار با شروط فرعی باز، حتی در نظام‌های حقوقی که اصل بر معلوم بودن مورد معامله در زمان ایجاد قرارداد دارند بلاشکال است، در حقوق ایران برابر ماده ۳۵۶، ۲۷۹ تا ۳۵۹ ق.م نواقص قرارداد را رفع و اجرای قرارداد با مشکل مواجه نمی‌شود. در حالیکه در نظام‌های حقوقی ایران قید نمودن ارکان ضروری لازم و اجرا مورد قرارداد را با مشکل مواجه می‌کند. در نظام‌های حقوقی عرفی قراردادهایی که در شروط اساسی هم توافق نشده باشد، رسمیت دارند و کشورهای دیگر نظام حقوقی مدون، اعتبار قراردادهای مذکور را محدود و به‌طور استثنایی قبول نموده‌اند (تام، ۱۳۹۸، ۹).

ب) قرارداد باز بر اساس موضوع شرط باز: قرارداد باز بر اساس موضوع شرط باز، به سه دسته قرارداد با مورد معامله باز، قرارداد با شرط زمان باز، قرارداد با شرط مکان باز تقسیم‌بندی می‌شوند.

و دعاوی راجع به اموال منقول ناشی از عقود، مدعی می‌تواند به دادگاه محل وقوع عقد یا محل ایفای تعهد رجوع کند (ماده ۱۳ ق.آ.د.م). ایفای تعهدات در تجارت بین الملل با پول رایج در محل تأدیه صورت می‌گیرد یا گاهی تعیین محل پرداخت قرینه‌ای است که قصد دو طرف را در نوع پولی که تعهد باید با آن اجرا شود آشکار می‌کند.

#### ۵-۱. اعتبار قرارداد باز در فقه و حقوق ایران

در حقوق ایران، کلمه قرارداد باز تا حدودی شناخته شده اما نامأنوس است، اما با کنکاش در نحوه انعقاد قراردادها می‌توان به پذیرش آن از سوی جامعه رسید چراکه عرف و عادت مردم ایران شروط باز در قراردادها را در خود می‌گنجانند. به‌عنوان مثال از نمونه قراردادهایی که می‌توان به آن اشاره نمود، قراردادهای پیش‌فروش اموال است در طی سال‌های اخیر در خصوص اموال منقول و غیرمنقول افزایش چشمگیری داشته است. در این نمونه قراردادهای ثمن معامله مشخصاً تعیین نشده و صرفاً راهکاری برای تعیین آن در آینده در نظر گرفته می‌شود. در قرارداد پیش‌فروش آپارتمان نیز به دلیل طولانی بودن مدت پروژه، نوسان قیمت مواد اولیه و دستمزد کارگران، تغییرات مکرر در نرخ سودهای بانکی و... نا به سامانی‌های زیادی وجود دارد که تولیدکنندگان و پیمانکاران به‌منظور رهایی از عواقب خسارات ناشی از موارد ذکر شده، سعی در درج شروطی به نفع خود می‌نمایند و به‌جای تعیین قطعی مبلغ پیش‌فروش آپارتمان، از ثمن شناور استفاده می‌کنند (شعاریان، ۱۳۹۱، ۸۱). معلوم بودن و معین بودن مورد معامله در زمان انعقاد قرارداد از شروط صحت قرارداد می‌باشد که اگر این شروط محقق

قراردادهای نمایندگی، مشارکت و... قراردادهایی که هدف غایی انعقاد آن‌ها دائمی بودنشان است. این نوع قراردادها بیشتر در موارد ترک فعل (تعهدات منفی) رخ می‌دهد مانند عدم تصرف که هدف این است که تعهدات به شکل دائم اجرایی شوند. قراردادهایی که در بدو امر برای زمان معینی تنظیم می‌شوند اما بعد از گذشت مدت آن، طرفین همچنان مطابق قرارداد مذکور خود را متعهد می‌دانند و بدان عمل می‌کنند بدون آنکه صراحتاً در مورد تمدید توافقی نموده باشند.

۳) قرارداد با شرط مکان باز: نقش محل اجرای قرارداد به‌خصوص در قراردادهایی که فروشنده متعهد می‌شود کالا را برای خریدار بفرستد قابل توجه است و ارزش قرارداد را تا مقدار قابل توجهی متأثر از آن است. مشخص بودن مکان در انجام قرارداد از چند منظر داری اهمیت است، چراکه برابر ماده ۱۳ قانون آئین دادرسی مدنی، مدعی می‌تواند در محل ایفای تعهد به دادگاه و مراجع قضائی مراجعه نماید، از طرفی در تجارت بین‌الملل نیز، نقش محل در تعیین وجه پرداختی مشتری اهمیت داشته، چراکه اصولاً پرداخت با وجه رایج محل ایفای تعهد صورت می‌پذیرد، بنابراین مشخص بودن محل پرداخت، قرینه‌ای در قصد طرفین نسبت به پرداخت نوع پول خواهد بود (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۴، ۶۱۲). در قرارداد موضعی که کالا باید در آنجا تسلیم شود اهمیت دارد. به‌گونه‌ای که بهای قرارداد متأثر از آن است. نقش عامل مکان به‌طور خاص در قراردادهایی که فروشنده متعهد است، کالا را برای خریدار بفرستد قابل ملاحظه است و ارزش معامله را تا میزان قابل توجهی تغییر می‌دهد. همچنین در دعاوی بازرگانی

نشود قرارداد غرری و باطل خواهد بود. در ادامه این مبحث سعی بر آن داریم تا با بررسی اجمالی، نحوه پذیرش قراردادهای باز مورد مطالعه قرار دهیم.

### ۵-۱-۱. غرر

تحریم بیع غرری، صرفاً یک حکم تکلیفی نیست بلکه به صحت معامله برمی‌گردد و نشان‌دهنده بطلان عقد است (نجفی، ۱۳۶۷، ج ۲۲، ۳۷۸). غرر در معاملات به معنای خطر در معامله است و برخلاف ذهنیت مرسوم به معنای جهل نیست (استادی و همکاران، ۱۳۹۶، ۱۹۷). با این اوصاف اگر به مفهوم غرر توجه گردد معلوم می‌شود که در برخی از معاملات، مجهول بودن بخشی از قرارداد موجب غرر نبوده و اصرار بر معلوم و معین بودن، اقدامی غیرضروری و چه بسا غرری خواهد بود. از میان معانی مختلفی که برای غرر بیان شده، دو مفهوم ضرر و خطر منازعه و اختلاف بیشتر مورد تأکید قرار گرفته است بطوریکه وضع قاعده غرر و نهی از معاملات غرری برای امتناع از وقوع ضرر و حدوث نزاع است. چنانکه حضرت علی (ع) در تفسیر مفهوم غرر فرموده‌اند: «ان الغرر عمل لایومن معه الضرر» غرر کاری است که از زیان ایمن نباشد (مغنیه، ۱۳۸۵، ج ۳، ۱۲۷). از سویی از منظر بسیاری از فقها، غرر مفهومی عرفی است و هرگاه میزان ضرر و یا خطر منازعه، عرفاً قابل توجه نباشد، غرر منتفی و معامله صحیح است (مراغی، ۱۴۲۱، ج ۶، ۳۱۴). در پاسخ نیز برخی اندیشمندان بیان داشته‌اند، «اولاً جهل به مورد معامله ضرورتاً موجب غرر نبوده و ملازم آن نیست بلکه جهلی موجب غرر است که موجب ضرر یا حدوث منازعه و اختلاف شود. پس گاهی جهل وجود دارد اما غرر موجود نیست، ثانیاً رأی تشخیص غرر در شرع، معیار خشک و غیرقابل

انعطافی تعیین نشده است بلکه ملاک وجود یا عدم وجود غرر، عرف و عادت جاری مردم است» (مراغی، ۱۴۲۱، ج ۶، ۲۶۸) معیار تشخیص غرر، همان احتمال عقلایی ضرر و زیان است، ثالثاً به نظر می‌رسد منظور از خطر وقوع منازعه و اختلافی که بیع غرری منجر به آن می‌شود و باید از آن اجتناب نمود، صرف احتمال به وجود آمدن اختلاف و طرح دعوی نیست. زیرا در قراردادهایی نیز که کلیه شروط آن در زمان انعقاد به‌دقت تعیین شده است، احتمال بروز اختلاف و منازعه وجود دارد (استادی، ۱۳۹۶، ۲۰۰).

### ۵-۱-۲. کفایت علم اجمالی

هرگاه در چیزی قطع و یقین آمیخته با تردید پیدا شود، علم اجمالی می‌گویند. به بیان دیگر؛ در آن، دو جهت متمایز دیده می‌شود، جهت علمی و جهت تردیدی، یعنی از یک طرف، علم وجود دارد و از جهت دیگر، تردید (ولایی، ۱۳۷۴، ۲۵۴). به عنوان مثال؛ شیء ای موجود است که از یک طرف آگاه هستیم که این شیء از آن فردی به نام علی یا حسین است، اما نمی‌دانیم مشخصاً از آن کدامشان است، پس علم به مالکیت شیء توسط علی یا حسین در کنار تردید و شک به مالکیت یک نفرشان، جمع شده است. اما در مقابل علم اجمالی، علم تفصیلی داریم که معنای آن عدم تردید و وجود یقین است، مثلاً قطع و یقین داریم که در حال حاضر روز است (ولایی، ۱۳۷۴، ۲۵۵). حال با توجه به مقدمه مذکور و تعاریف بیان شده با استناد به روایات وارده، سیره عقلا، اجماع و لزوم رعایت نظم عمومی، بایستی اصل را بر این دانست که طرفین باید نسبت به مورد معامله علم تفصیلی داشته باشند. ولی این اصل در ماده ۲۱۶

## ۵-۲. اعتبار قرارداد باز در حقوق انگلستان

از منظر بسیاری از اندیشمندان، اعتبار قراردادهای باز در حقوق انگلستان را به دو دوره پیش از تصویب قانون بیع کالا در سال ۱۹۷۹ و پس از آن تقسیم‌بندی نموده‌اند (استادی، ۱۳۹۶، ۱۵۷). پیش از تصویب قانون بیع کالا در حقوق انگلستان اختلاف‌نظرهایی بر سر ملزم بودن یا نبودن قراردادهای باز وجود داشت. دادگاه‌ها در آن دوران بر این امر که نباید قراردادها را برای طرفین منعقد کنند، به‌عنوان یک اصل اساسی حقوقی معتقد بودند (ساتن، ۱۹۸۱: ۱۱). چنانکه مجلس اعیان در جریان *May & Butcher v. R.* مورخ ۱۹۳۴ رأی داد، قراردادی که در آن طرفین توافق کرده‌اند تعیین ثمن به آینده موکول شود بدون اینکه روشی برای تعیین ثمن پیش‌بینی شود، یک قرارداد الزام‌آور نیست. در حالیکه در قضیه *Hillas & Co. Ltd. v. Arcos Ltd* در سال ۱۹۳۲ که دو سال زودتر روی داد، دادگاه با توجه به روابط تجاری قبلی بین طرفین قرارداد، رأی بر اطلاع طرفین قرارداد از قصد یکدیگر داد و بیان داشت که هیچ عنصر مبهمی در قرارداد وجود ندارد. رأی دادگاه عبارت بود از: «قضات می‌توانند بجای اینکه حکم به بطلان قرارداد دهند، شروط و مفاد قرارداد را از معاملات سابق طرفین استنباط کنند. در این قضیه طرفین قصد داشته‌اند که به‌موجب قرارداد متعهد شوند لذا دادگاه باید به توافق طرفین، ترتیب اثر دهد» (فریدمن، ۱۹۶۰: ۵۳۶). در حقیقت در دعوی که طرفین قصد انشا تعهدات الزام‌آور داشتند، و اگر دادگاه به‌منظور تکمیل قرارداد ورود کند، نمی‌توان بیان داشت که دادگاه قرارداد را منعقد نموده بلکه دادگاه تنها متعاملین را قادر می‌سازد تا قصدشان را

قانون مدنی که در موارد خاصه‌ای صرف وجود علم اجمالی به مورد معامله را کافی دانسته، تخصیص خورده است. ماده ۳۴۲ قانون مدنی اشاره شده «مقدار و جنس و وصف و مبیع باید معلوم باشد و تعیین مقدار آن به وزن یا کیل یا عدد یا ذرع یا مساحت یا مشاهده تابع عرف بلد است». اکثر قواعدی که در خصوص آگاهی نسبت به مبیع موجود است من جمله علم به مقدار، جنس و وصف، بر ثمن نیز حاکم است. بنابراین لزوم تعیین مورد معامله قطعی است. لذا انعقاد قراردادهای باز را منتفی به نظر می‌رسد اما این نکته را برخی از حقوقدانان مطرح نموده‌اند را باید مدنظر قرارداد که در برخی شرایط ضرورت‌های اجتماعی و اقتصادی اقتضا در نفوذ معاملاتی دارد که ارکان آن با ابهام روبروست. «چنانکه در فقه فروش میوه بر سردرخت مشروط به این‌که دانه بسته یا رنگ انداخته باشد، مجاز است و علی‌رغم این‌که حصول میوه رسیده جنبه احتمالی دارد، احتمال از میان رفتن در اثر آفت، ریختن یا دزدیده شدن را لحاظ نکرده‌اند» (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۸، ۱۰۵). بررسی جامع مقررات در حقوق ایران نیز نشان می‌دهد که گرچه قاعده لزوم وجود علم تفصیلی در قراردادها مورد پذیرش قرار گرفته اما در ادامه و به استناد قسمت پایانی ماده ۱۲۶ ق.م. که مقرر می‌دارد: «مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است»، مواردی از شمول آن خارج شده است (استادی، ۱۳۹۶، ۲۰۲). به نظر می‌توان عرف را به عنوان ضابطه علم اجمالی پذیرفت؛ به این معنی که در هر موردی که بدون علم تفصیلی، معامله از نظر عرف غرری و خطرناک نباشد، علم اجمالی کفایت می‌کند.

عملی سازند (تارانت، ۲۰۰۶: ۱۵۳). پس از تصویب قانون بیع کالا اختلاف نظرهای موجود در حقوق انگلستان پیرامون قراردادهای حاوی شرط باز، خاتمه یافت. ماده ۸ این قانون مقرر می‌دارد: (۱) ثمن قرارداد فروش ممکن است در قرارداد تعیین شود یا رها شود تا به روش مورد توافق در قرارداد یا بر اساس جریان معاملاتی بین طرفین، تعیین شود. (۲) در مواردی که ثمن به روش‌های تعیین شده در بند ۱ تعیین نشود، خریدار باید ثمن معقول را بپردازد....

به هر تقدیر باید بیان داشت پیش‌بینی ماده‌ای در ارتباط با شرط ثمن باز در قانون بیع کالا (۱۹۷۹) نشانه‌ای کامل از یک تحول و انتقال از قواعد سنتی به مقررات انعطاف پذیرتر می‌باشد. اندیشمندان بر این باورند که مفهوم ثمن شناور در معاملات جدید نشان از جدایی از قواعد سنتی کامن‌لا است چراکه مطابق قواعد کامن‌لا، ثمن یکی از عناصر اساسی قراردادهای بیع است لذا بر اساس قواعد سنتی قراردادهای حاوی شرط ثمن باز، صرفاً توافق برای انعقاد قرارداد تلقی شده و قانوناً الزام‌آور نبودند (بری و همکاران، ۲۰۰۷، ۴۵). در حقیقت ممکن است طرفین قرارداد تمایل نداشته باشند که خود را به یک قرارداد بلندمدت غیرقابل انعطاف متعهد کنند مخصوصاً هنگامی که احتمال نوسان قیمت‌ها و سایر شرایط اقتصادی وجود دارد. در این موارد طرفین تلاش می‌کنند تا با پیش‌بینی شروطی که باید بعداً در خصوص آن‌ها تصمیم‌گیری شود، مقداری انعطاف در قرارداد ایجاد کنند. پس از این قانون در سال ۱۹۸۲، قانون تهیه کالا و خدمات تصویب شد. ماده ۱۵ این قانون بیان می‌دارد: «چنانچه در قرارداد ارائه خدمات، عوض تعیین نشده و تعیین آن به روش

مورد توافق در قرارداد یا بر اساس جریان معاملاتی بین طرفین موکول شده باشد، طرف قرارداد باید هزینه معقول و متعارف را پرداخت کند». ماده ۵۱ قانون حقوق مصرف‌کننده که در سال ۲۰۱۵ تصویب شد مقرر گردید در قراردادهای ارائه خدمات چنانچه صریحاً ثمن یا عوضی تعیین نشده باشد و بر اساس مفاد قرارداد نیز نتوان گفت که عوض چگونه باید تعیین شود، فرض می‌شود که طرفین به‌طور ضمنی شرط کرده‌اند که عوض معقول و متعارف باید پرداخته شود. در حقوق انگلستان که مبتنی بر نظام کامن‌لا هستند، تحت تأثیر رویکردهای اقتصادی به حقوق، نقص‌های قراردادی امری عادی تلقی شده، قرارداد باز مورد پذیرش قرار گرفته و برای اجرای کارآمد و مطلوب آنها قواعدی پیش‌بینی شده است. به گونه‌ای که ماهیت قراردادی آن حفظ شده و تمامی آثار قرارداد لازم‌الاجرا را به همراه می‌آورد. به واقع نیز انعقاد قرارداد باید وضعیت طرف‌ها را نسبت به گذشته بهبود بخشد و قواعد حقوقی الزام‌آوری چنین قراردادی را تضمین کنند.

### ۵-۳. تدلیس در قراردادهای باز در فقه و حقوق

#### ایران

واژه تدلیس به معنای فریبکاری کردن، فریب دادن، پنهان کردن عیب چیزی را و در کل فریبکاری و عوام‌فریبی آمده است (معین، ۱۳۸۱، ج ۱، ۴۴۰). در حقیقت واژه تدلیس از زبان عربی وارد زبان حقوقی فارسی گردیده و در عربی به معنای پنهان ساختن عیوب و پوشاندن است که ریشه آن «دلسه» به معنای تاریکی و ظلمت می‌باشد (ابن منظور، ۱۴۰۵، ج ۶، ۸۶). و در بیع معنای تدلیس،

گفتار باشد. ماند اینکه در قراردادهای باز فروشنده اوصاف کمالی را برای مبیع بشمارد که در آن نباشد. سکوت صرف را بدون آنکه توأم با پنهان ساختن واقعیتی باشد نمی‌توان سبب تحقق تدلیس دانست. چون هرگونه سکوتی نمی‌تواند همراه با عنصر روانی تدلیس باشد البته هر سکوتی را نمی‌توان سکوت صرف دانست. آنچه ظاهراً سکوت به نظر می‌رسد ممکن است در اوضاع و احوال قرارداد جنبه‌ای یابد که توأم با پنهان ساختن واقعیتی یا مخفی کردن عیبی باشد حالتی که شخص ساکت در اینجا به خود می‌گیرد، خود نوعی رفتار است و مانند هر رفتار دیگر اگر توأم با عنصر روانی تدلیس (قصد فریب) باشد سبب تحقق تدلیس می‌شود» (صفایی؛ امامی، ۱۳۹۳، ۱۹۶). وظیفه افشاء بعضی از واقعیات در موارد خاص در بعضی از انواع عقود مانند قراردادهای باز فروشنده باید اطلاعات مبیع را در اختیار دیگری بگذارد در اینگونه موارد شخص نمی‌تواند سکوت کند بلکه باید حقایق را آنگونه که هست بیان کند در حقیقت در این گونه موارد مشخص به واسطه اوضاع و احوال خاص یا بر اساس عرف و عادت مکلف به بیان واقع می‌باشد (خداداد پور، ۱۳۸۸، ۲۷۲).

در حقوق ایران بنا به ماده ۴۳۸ قانون مدنی عملیات باید موجب فریب طرف معامله شود تا تدلیس تحقق یابد در بررسی حکم کلی مزبور این سؤال مطرح می‌شود که آیا عامل باید قصد فریب طرف معامله را داشته باشد یا صرف فریب خوردن طرف معامله در اثر عملیات طرف دیگر کافی برای تحقق تدلیس است اگرچه عامل خود قصد فریب دادن او را نداشته باشد؟ باید بین فریب دادن و فریب خوردن تفاوت گذاشت چون ممکن است عمل کسی موجب فریب خوردن

کتمان و پوشاندن عیوب مبیع می‌باشد (ابن منظور، ۱۴۰۵، ج ۶، ۸۶).

«تدلیس در فقه اسلامی، بیشتر در ضمن عقود معینی مثل تدلیس ماشطه در نکاح و تصریه در بیع حیوان بحث شده و بسیاری از علمای فقه مستقلاً به بحث تدلیس نمی‌پردازند. حتی در مباحث خیارات، خیار تدلیس را از فروع خیار غبن یا خیار عیب می‌دانند» (امین، ۱۳۹۰، ۱۴). «تدلیس از منظر لغوی مشتبه ساختن حقیقت امر بر دیگری یا مستتر نمودن عیب متاع از مشتری و اخفا آن با اظهار نمودن کلماتی که در کالا نمی‌باشد که از لحاظ فقهی نیز همین معنا دارد و نتیجه این چنین گرفته است که صرف ایجاد ترغیب و انگیزه خرید در مشتری تدلیس نبوده و الا هر نوع تزئین کالایی حرام است چراکه تزئین کالا سبب تمایل مستری به خرید می‌شود و هیچ فقیهی ملتزم به آن نمی‌شود» (موسوی خویی، ۱۳۷۴، ج ۱، ۲۰۵). در کتاب ترمینولوژی حقوق تدلیس این‌گونه تعریف شده است: اعمالی که موجب فریب طرف معامله می‌شود (ماده ۴۳۸ قانون مدنی)، غش در مقام عمل مانند ضرب مسکوکات تقلبی (ماده ۱۵۳ قانون مجازات اسلامی) (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ۱۴۵ - ۱۴۴). بر اساس ماده ۴۳۸ قانون مدنی، «تدلیس عبارت است از عملیاتی که موجب فریب طرف معامله شود» و در ماده ۷۶۴ قانون مدنی آن را جزو خیارات برشمرده و مقرر داشته تدلیس در صلح موجب خیار فسخ است.

برای تحقق تدلیس لازم است نوعی عملیات رخ دهد. «در حقوق ایران قانون مدنی تدلیس را ناشی از عملیات می‌داند» (امامی، ۱۳۷۳، ۴۰). «در عرف زبان عمل مقابل حرف قرار می‌گیرد. عملیات ممکن است

اهمیت دارد این است که یکی از دو طرف عقد کارهای فریبنده انجام دهد یا این کارها با آگاهی او صورت گیرد و به سبب این کارها کالای مورد معامله یا شخص طرف عقد فاقد عیب و نقص موجود یا واجد کمال غیرواقع معرفی شود و با اغوای طرف دیگر عقد وی به انعقاد آن برانگیخته شود. تدلیس شامل تدلیس قولی و فعلی می‌شود.

#### ۴-۵. تدلیس در قراردادهای باز در حقوق انگلیس

اظهار خلاف واقع می‌توان، اظهار فریبنده‌ای که در خلال مذاکرات منجر به انعقاد قرارداد بیان می‌شود مطرح کرد که ممکن است به صورت شرط اعم از اصلی و فرعی مطرح شود، در شرایطی که طرف اظهارکننده شرط صحت آن را تضمین و این اظهارات در انعقاد قرارداد مؤثر باشد، هر چند ممکن است هیچ‌کدام از طرفین قرارداد قصدی در مؤثر بودن این شرط در قرارداد نداشته باشند (گوئست، ۱۹۸۴، ۲۰۹). در حقوق انگلیس برخلاف سایر کشورهای مورد بحث، تکیه بیشتر بر گفتار نادرست است، و لکن برای تحقق اظهار خلاف واقع لزومی ندارد که اظهار (عرضه) انجام شده بصورت گفتار باشد: «مهم نیست که اظهار (عرضه) از طریق کلمات صریح صورت گرفته باشد یا رفتار...» (دیویس، ۱۸۷۸، ۴۷۳).

مهمترین شرط تدلیس در قراردادهای باز در حقوق انگلیس توصیف خلاف واقع متقابلانه است. توصیف خلاف واقع متقابلانه در حقوق انگلیس به دو صورت واقع می‌شود. نخست، اظهارکننده آگاهانه اظهاری عمدی داشته باشد در حالیکه می‌داند خلاف واقع است و یا با قصد ترغیب مخاطب اظهار، که قرارداد را

دیگری شود بدون آنکه عامل خود قصد فریب دادن او را داشته باشد. با توجه به سیاق ماده مذکور ظاهراً فریب خوردن یک طرف معامله در اثر عملیات طرف دیگر کافی است چون در ماده اشاره‌ای به قصد عامل برای فریب دادن طرف دیگر نشده بلکه فریب ناشی از عملیات تصریح شده است اگر این تفسیر درست باشد ضابطه فریب در حقوق ایران تا آنجا که مربوط به عامل می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ۲۲۰). به نظر یکی از حقوق دانان اگر تدلیس با عیب همراه باشد و آن عیب از عیوب موجب حق فسخ در نص قانون مواد ۱۱۲۱ تا ۱۱۲۵ ق.م. باشد حق فسخ به سبب عیب نه به سبب تدلیس) پدید می‌آید.

«دلیلی بر اختصاص تدلیس به عیوب موجب فسخ وجود ندارد، به خصوص که حقوقدانان وجود ماده ۱۱۲۸ ق.م. را دلیل ورود نکردن قانون گذار به بحث خیار تدلیس دانسته‌اند. این ماده مقرر می‌دارد: هرگاه در یکی از طرفین صفت خاصی صرف شده و بعد از عقد معلوم شود که طرف مذکور فاقد وصف مقصود بوده برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده یا عقد متبانیاً بر آن واقع شده باشد و مستند قانونی خیار تدلیس و خیار تخلف از شرط صفت را ماده ۱۱۲۸ ق.م. دانسته‌اند؛ زیرا در ماده یاد شده شرط صفت اطلاق دارد و هرگونه شرطی را در بر می‌گیرد» (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ۲۰۷) «البته با وجود ماده ۱۱۲۸ ق.م. اساساً ضرورتی وجود ندارد که شخص ثابت کند آنچه وجود دارد و فقدان آن مورد شرط بوده است، عیب شمرده می‌شود، بلکه صرف تخلف از شرط موجب ایجاد حق فسخ برای مشروط له خواهد بود» (صفایی؛ امامی، ۱۳۹۳، ۱۹۳). آنچه

تلقی نمود رأی بر بی حقی خواهان در دعوی خسارت صادر نمود (کریس، ۲۰۱۳، ۴۷۸).

اثبات خلاف واقع بودن به این معنی نیست که مخاطب اظهار ثابت نماید که اظهار کننده علم به خلاف واقع بودن اظهار داشته است بلکه او باید نادرستی اظهار یا تسامح و اهمال اظهار کننده را در بیان مواردی که از درستی یا نادرستی آن ناآگاه بوده اثبات نماید در این صورت اظهار کننده مسئول شناخته می‌شود. انگیزه اظهار کننده تأثیری در شدت مسئولیت وی ندارد به عبارت دیگر اگر شرایط توصیف خلاف واقع متقلبانه ثابت باشد انگیزه جزء شرایط آن نیست راه کارهای جبران خسارت در این توصیف خلاف واقع در سه امر خلاصه می‌شود نخست فسخ قرارداد بدون دریافت خسارت از طریق شبه جرم فریب دوم: امضای قرارداد و درخواست خسارت ناشی از تقلب و فریب (Deceit) و سوم اقامه دعوی فسخ و مطالبه خسارت قانون ۱۹۶۷ راه کار دیگری نیز بعنوان آثار توصیف خلاف واقع از جمله حق مطالبه خسارت توسط زیان‌دیده را به رسمیت شناخته که این حق در شبه جرم فریب نیز وجود دارد (آنگوس، ۲۰۱۳، ۴۶۸). در بند ۱ از ماده ۲ راهکار مطالبه خسارت به صورت صریح اعلام و تنها تفاوت آن با توصیف ناشی از تسامح در این است که در توصیف خلاف واقع متقلبانه بار اثبات بر عهده مخاطب اظهار است در حالیکه توصیف ناشی از تسامح، اظهار کننده باید اهمال و تسامح را رد بکند (آنگوس، ۲۰۱۳، ۴۶۷).

در توصیف خلاف واقع توأم با بی گناهی جبران خسارت به صلاح‌دید دادگاه گذاشته شده است. در کامن لا در مورد توصیف خلاف واقع جبران خسارت

بر اساس آن، اظهار منعقد کند صورت می‌گیرد، دوم اظهار در حالی انجام گیرد که اظهار کننده دلیل معقولی برای اعتقاد به صحت و درستی آن نداشته باشد و بطور متقلبانه و با سوء نیت صادر شود. عناصر سه گانه زیر در توصیف خلاف واقع متقلبانه وجود دارد (کریس، ۲۰۱۳، ۳۴۶). ۱- وسایل به کار گرفته شده از قبیل: لفظ، عمل، اشاره و غیره باید در ترغیب طرف مؤثر باشد. ۲- اظهار کننده باید قصد ترغیب مخاطب اظهار را داشته باشد توصیف خلاف واقع معصومانه و همراه با بی احتیاطی عمدی نیست و اظهار بر اساس صداقت صورت می‌گیرد. ۳- در نهایت اظهار متقلبانه باید منجر به اعتماد مخاطب شده باشد تا وضعیتش را بر اساس آن تغییر بدهد (بوور، ۲۰۱۳، ۲۹۲).

دعوی پس لی علیه فریمن اولین دعوی شبه جرمی است که در آن به شبه جرم «فریب» بعنوان یک منبع مسئولیت مدنی رسیدگی شد (کریس، ۲۰۱۳، ۳۴۲). در این نوع از توصیف خلاف واقع مخاطب اظهار یا زیان‌دیده در دادگاه باید ثابت بکند که اظهار خلاف واقع بوده و اظهار کننده با اعتقاد به خلاف واقع بودن آن این اظهار را نموده است در غیر اینصورت مخاطب توفیقی در دعوی خسارت بر مبنای شبه جرم فریب نخواهد داشت. در پرونده دری «علیه پیک شرکت تراموا سهامداران صادقانه اعتقاد داشتند که نظر هیئت تجار را در استفاده از نیروی بخار کسب خواهند کرد ولی به علت عدم موافقت آن، هیئت مخاطب اظهار دعوی شبه جرم فریب مطرح کرد ولی مجلس اعیان انگلیس به جهت اینکه اظهار صورت گرفته را اظهار عقیده شخصی

بعنوان یکی از عناصر مادی طرح شده این است که آیا در مسئله توصیف خلاف واقع لزوماً باید توصیف خلاف واقع، با تمام شرایط از سوی اظهار کننده صورت گیرد یا اگر شخص ثالث نیز موجب این امر باشد مسئولیت اظهار کننده محقق خواهد شد. البته این مقوله به استثنای نمایندگی است در حقوق اسلام چنانچه شخص ثالث موجب فریب را فراهم نموده و مخاطب اظهار نیز در شخصیت طرف دچار اشتباه شود در صورتیکه طرف قرارداد یا متعهد نتواند از عهده قرارداد برآید ثالث مسئول خواهد بود (محمدی، ۱۳۷۴، ۸۰).

ملاک غیر واقعی بودن اظهار زمانی است. مخاطب بر اساس آن عمل نموده و موقعیت خویش را تغییر می‌دهد زیرا ممکن است که در حین ارائه واقعی و بدون قصد فریب، ولی در موقع عمل غیر واقعی درآید. سئوالی که مطرح می‌شود این است که آیا اظهارات حتماً باید مکتوب باشد یا در صورتیکه بصورت شفاهی نیز بعمل آید موجب مسئولیت خواهد بود؟ بنظر می‌رسد که در حقوق انگلیس به کتبی بودن اظهارات خصوصاً در مورد قراردادهای که شخصیت، مدیریت و اعتبار موضوع قرارداد است لزوماً باید اظهارات بصورت مکتوب درآید در غیر موارد مذکور ممکن است که اظهارات بر اساس نوشته نباشد مثل اینکه شخصی دانشجوی دانشگاه آکسفورد نباشد ولی خود را دانشجوی معرفی و از خدمات کافی شاپ دانشگاه و واحد تحریر استفاده نماید این شخص نیز مرتکب اعمال فریبکارانه شده است (آنگوس، ۲۰۱۳، ۴۶۷). این مسئله در حقوق ایران با عنوان عمل خدعه آمیز مادی شهرت یافته و در زمانی مسئله اظهار بصورت عمل حقوقی مطرح

از طریق فسخ قرارداد حق زیان دیده است اما به موجب بند ۲ ماده ۱۹۶۷ طریق مطالبه خسارت در مورد توصیف خلاف واقع تسامح و معصومانه به صلاحدید دادگاه واگذار شده است. زمان در توصیف خلاف واقع متقلبانه مورد توجه قرار گرفته به این صورت که اگر اظهار فوراً موجب انعقاد قرارداد یا زیان در مسئولیت مدنی بشود زمان (اظهار با انعقاد قرارداد) یکی بوده ولی چنانچه فاصله‌ی بین این دو زمان اظهار و انعقاد قرارداد باشد چنانچه از ابتدا اظهار بدون تقلب یا با حسن نیت بوده ولی در نهایت خلاف واقع بودن اظهار ثابت شود زمان اظهار با انعقاد قرارداد قرین خواهد شد.

این مسئله در حقوق انگلیس مورد بررسی قرار گرفته که اظهار چه میزان اهمیت دارد؟ در حقوق این کشور اظهاری موجب مسئولیت خواهد بود که عمده باشد. عمده بودن به این معنی است که تمایل اظهار کننده را به تغییر دیدگاه مخاطب به سوی آنچه اظهار شده را نشان دهد به عبارت روشن‌تر باید اظهاری باشد که در طرف مقابل مؤثر باشد. در حقوق انگلیس برای این موضوع از معیار درونی و شخصی استفاده می‌شود و توصیفی که موجب ترغیب خواهد شد باید بر شخص متعارف نیز مؤثر باشد با اثبات عمده بودن اظهاری که موجب ترغیب شده عمدتاً بر عهده مخاطب است تا ثابت نماید که اظهار بعنوان عامل واقعی در اراده او مؤثر افتاده و قرارداد یا واقعه حقوقی را موجب شده است. این سؤال مطرح می‌شود که آیا واقعاً عمده بودن اظهار باید درونی و شخصی تفسیر شود یعنی باید ثابت نماید که بر اراده او مؤثر افتاده یا بر اراده هر شخص متعارفی مؤثر خواهد بود. بحث دیگری که در مورد اظهار کننده در بحث اظهار

خاص خود پیموده و سبب شده است که مباحث عقدی بگونه ای که کاملاً متمایز از نظامهای حقوقی مدون تقسیم شود تدلیس عیب رضا بشمار نمی آید. اگر چه عیبی در عقد است، تدلیس در حقوق انگلیس عامل معیوب کننده عقد است نه به این دلیل که عیبی در رضای طرف دیگر پدید می آورد بلکه از این رو که حکم قانون را بیرون از حیطه توافق عقدی نقض می کند به عبارت دیگر عیب قرارداد ناشی از نقص در توافق طرفین نیست بلکه مستند به حکم مستقل قانون است. تدلیس در حقوق انگلیس هنگامی تحقق می پذیرد که یکی از طرفین عقد قبل از انعقاد آن ضمن عرضه موضوع عقد خصوصیات برای آن بنمایاند که با واقعیت تطبیق نکند و در عین حال که طرف دیگر را به انعقاد عقد می کشاند بصورت شرط صریح یا ضمنی عقد در نیاید سو عرضه ممکن است مدلسانه باشد یا معصومانه با توجه به احکام خاصه تدلیس و تخلف از شرط در حقوق انگلیس و در مطالعه تطبیقی با فقه اسلامی یا حقوق ایران مفهومی نزدیک مشاهده نمی شود.

#### ۷. سهم نویسندگان

همه نویسندگان مشارکت برابر داشته اند.

#### ۸. تضاد منافع

در این پژوهش تضاد منافع وجود ندارد.

نباشد بصورت مادی ممکن است عمل فریبکارانه یا خدعه آمیز رخ بدهد مانند اینکه به منظور انتفاع شخصی فریبنده درخواست اتلاف مال توسط مالکش را بنماید و به دروغ ضمان آن را بر عهده بگیرد. هر آنچه در بالا توضیح داده شد راجع به عمل حقوقی در حقوق ایران و انگلیس بعنوان عمل خدعه آمیز حقوقی مطرح است.

#### ۶. نتیجه

در فقه تدلیس به هر شکلی که باشد چه تدلیس رفتاری و عملی و چه تدلیس قولی و گفتاری حرام بوده و از آن نهی شده است. در فقه اسلامی، تدلیس عیب رضا تلقی نمی گردد اما ایرادات عقدی که در اثر تدلیس وارد می شود گاه مبتنی بر نقض برخی از قواعد فقهی مانند قاعده غرور یا قاعده لا ضرر است که در برخی موارد نظرات اختلافی نیز وجود دارد. در نگاه کلی نظریه جامعی از تدلیس نمی توان یافت و غالباً بررسی مصادیق در مباحث فقهی اکتفا شده و اکثر این مصادیق مربوط به اوصاف فرعی که در عقد شرط شده و کمتر مصادیق در اوصاف ذاتی یا جوهری است.

در حقوق ایران در فصل بیع حقوق مدنی، تدلیس را در زمره خیرات اشاره نموده (ماده ۳۹۶ قانون مدنی) و مواد ۴۳۸ تا ۴۴۰ قانون مدنی به معانی تدلیس اشاره نموده اند. البته در ماده ۷۶۴ قانون مدنی نیز به صراحت بیان داشته که تدلیس در صلح موجب خیار فسخ است، اما تحلیلی که حقوق اروپا از رضا می نماید و عیب و تدلیس را موجب معلول نمودن آن می داند. در حقوق انگلیس چون عقد بر خلاف، ایران جنبه رضایی ندارد همچنین بعلت سابقه تاریخی حقوق انگلیس که حتی در زمینه قراردادهای

## منابع

### فارسی

- خدادادپور، منیره، مسئولیت مدنی در روابط زوجین، چاپ اول، تهران، انتشارات مرکز امور زنان و خانواده نهاد ریاست جمهوری، ۱۳۸۸.
- شعاریان، ابراهیم، «ثمن نامعین در قراردادهای پیش‌فروش»، نشریه فقه و حقوق اسلامی، شماره پنجم، ۱۳۹۱.
- صفایی، سید حسن؛ امامی، اسدالله، مختصر حقوق خانواده، چاپ ششم، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۳.
- علی‌اکبری بابوکانی، احسان؛ طبایی عقدا، علی‌اکبر؛ صادقی، فهیمه؛ «واکاوی فقهی-حقوقی قراردادهای باز (با تأکید بر حقوق ایران، انگلیس و آمریکا)» مجله مطالعات حقوقی، دوره یازدهم، شماره دوم، تابستان ۱۳۹۸.
- علی‌اکبری بابوکانی، احسان؛ طبایی عقدا؛ علی‌اکبر، صادقی؛ فهیمه، «واکاوی فقهی-حقوقی قراردادهای باز (با تأکید بر حقوق ایران- انگلیس و آمریکا)»، فصلنامه مطالعات حقوقی، شماره دوم، ۱۳۹۸.
- کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی (خانواده)، چاپ اول، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۹.
- کاتوزیان، ناصر، عقود معین، جلد هشتم، چاپ نهم، تهران، انتشارات کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۳.
- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (عقود معین)، جلد اول، چاپ اول، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، جلد ششم، چاپ نهم، قم، نشر ادب الحوزه، ۱۴۰۵.
- استادی، مونا، «وضعیت حقوقی و آثار قرارداد باز»، رساله دکتری، به راهنمایی استاد ابراهیم عبدی پور فرد، قم، دانشگاه حقوق قم، ۱۳۹۶.
- امامی، سید حسن، حقوق مدنی خانواده، چاپ چهاردهم، تهران، انتشارات اسلامیه، ۱۳۷۳.
- امیری قائم مقامی، عبدالمجید، حقوق تعهدات، جلد دوم، چاپ اول، تهران، نشر میزان، ۱۳۷۸.
- امین، سید امیر مهدی؛ «مفهوم «تدلیس و جایگاه آن در حقوق ایران، انگلیس و فقه امامیه، مجله دادرسی، شماره هشتاد و ششم، خرداد و تیر ۱۳۹۰.
- بهروم، مهدعلی، سوء عرضه در حقوق انگلیس و تدلیس در حقوق اسلام، چاپ اول، قم، نشر بوستان کتاب، ۱۳۸۸.
- تام، علی، بررسی تطبیقی صحت قراردادهای باز در حقوق ایران و انگلیس»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، به راهنمایی استاد ایمان پورعلی، تهران، دانشگاه علامه محدث نوری (دانشکده اقتصاد و علوم اداری)، ۱۳۹۸.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق خانواده، چاپ چهارم، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۶.

- Berry, Douglas C., David, M., Byers & Daniel, J. Oates, "Open Price Agreements Good Faith Pricing in the Franchise Relationships", *Franchise Law Journal*, No.147, 2007.
- Bower, George Spencer, *The Law of Actionable Misrepresentation (Stated in the Form of a Code Followed By a Commentary and Appendices)*, First Edition, London, (Forgotten Books) Original work published, 2013.
- Chris, Turner, *UNLOCKING TORTS*. 3rd edition, London and New York, Publishers ROUTLEDGE, 2013.
- Davies V, London and provincial marine insurance co, 8 Edition, London, Publishers 'Equity', 1878.
- Guest AG, (Editor), *Anson's Law of Contract*, Twenty sixth edition. Oxford: Clarendon Press, 1984.
- Lando, O & Beale, H, *Principles of European contract Law (Parts I and II)*, 3 Edition, London, Publishers Kluwer Law International, 2000.
- Sutton, Kenneth, "The Uncertainty of Certainty of Contract", *Journal Otego Law Review*, No.5, 1981.
- Tarrant, John, 2006, "Preliminary Agreements", *University of New England Law Journal*, No.3, 2006.
- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادهای، جلد چهارم، چاپ هشتم، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷.
- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادهای، جلد پنجم، چاپ سوم، تهران، انتشارات بهشهر، ۱۳۶۹.
- محمدی، دکتر ابوالحسن، قواعد فقه، چاپ دوم، تهران، نشر یلدا، ۱۳۷۴.
- مراغی، سید میر عبدالفتاح، العناوین، جلد ششم، چاپ نهم، قم، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۱.
- معین، محمد، فرهنگ معین، جلد اول، چاپ سیزدهم، تهران، انتشارات کتاب راه نو، ۱۳۸۱.
- مغنیه، محمد جواد، فی ظلال نهج البلاغه، جلد سوم، چاپ ششم، قم، نشر کلمه الحق، ۱۳۸۵.
- موسوی خوئی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهه فی المعاملات، جلد اول، چاپ دهم، قم، انتشارات وجدانی، ۱۳۷۴.
- نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، جلد بیست و دوم، چاپ هفتم، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۷.
- ولایی، عیسی، فرهنگ تشریحی اصطلاحات اصول، چاپ دوم، تهران، نشر نی، ۱۳۷۴.
- Angus, Johnston, Basil, Markesinis and Simon, Deakins, *TORT LAW*, Seventh Edition, oxford, Clarendon press, 2013.

لاتین