

مطالعه‌ی تطبیقی قابلیت تعیین ثمن در نظام‌های حقوقی ایران و انگلیس^۱

جمشید یحیی پور^۲

مهدی الهویی نظری^۳

چکیده

طبق قانون مدنی و مبانی فقهی، یکی از شرایط اساسی تحقق عقد بیع، لزوم معین بودن ثمن است. در قوانین سایر کشورها نیز این موضوع مورد توجه قرار گرفته است. در کشورهای چون انگلیس، قواعد پیشرفته‌ای در این زمینه وضع شده که به موجب آن‌ها، قابلیت تعیین ثمن و حتی عدم تعیین آن خللی به عقد وارد نمی‌سازد و ثمن می‌تواند توسط طرف مقابل یا ثالث تعیین شود، حال آن‌که در نظام حقوقی ایران، طبق نظر مشهور فقها، از ضرورت تعیین ثمن در لحظه‌ی عقد و عدم امکان احاله‌ی آن به دیگری بحث شده است. نظرات غیرمشهوری هم در میان حقوق‌دانان و فقهای امامیه یافت می‌شود که با توجه به نیازهای اجتماعی و اقتصادی امروز کاربرد بیشتری دارد و بر طبق آن‌ها، در مواردی عدم تعیین ثمن در لحظه‌ی عقد و یا واگذاری تعیین آن به دیگری، به صحت عقد و قرارداد خدشه‌ای وارد نمی‌کند.

واژگان کلیدی: بیع، ثمن، قابلیت تعیین، غرر، قیمت روز.

۱. تاریخ دریافت مقاله ۱۳۹۰/۶/۱۳؛ تاریخ پذیرش نهایی مقاله ۱۳۹۰/۱۰/۲۰.

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه مازندران، عضو هیات علمی موسسه آموزشی علامه محدث نوری.

۳. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه مفید قم؛ نویسنده‌ی مسؤول:

mehdi.a.nazari@gmail.com

درآمد

مبیع و ثمن دو رکن اساسی عقد بیع هستند که طرفین ضمن عقد ملتزم به تسلیم آن می‌شوند و مقدمه‌ی انعقاد و متعاقب آن تسلیم هر یک از دو رکن عقد بیع، مشخص و معین بودن آن‌ها است. مواد ۳۳۸^۱ و ۳۳۹ قانون مدنی و بند ۳ ماده‌ی ۱۹۰ همین قانون تصریح دارند که طرفین باید بر ثمن توافق کنند.^۲ اما این سؤال مطرح است که آیا این توافق باید در عقد ذکر شود. به طور کلی هر الزام قانونی باید بر موضوع معین واقع شود (قاسم‌زاده، ۱۳۸۳: ۱۳۴)، پس اگر در قراردادی توافق بر ثمن محقق نشده باشد، آن عقد واقع شده محسوب نمی‌شود؛ زیرا ارکان تراضی جمع نیست و با فقدان قصد طرفین به لحاظ عدم توافق بر بهای مورد معامله، عقد صحیحی واقع نشده است یا اصلاً عقدی واقع نشده است.

موضوع این تحقیق در جایی است که در قرارداد روشی برای تعیین ثمن لحاظ شده باشد؛ مانند آن که، تعیین ثمن به طرف قرارداد یا ثالث یا کارشناس محول شود یا توافق بر قیمت روز صورت پذیرد. به نظر می‌رسد در این موارد که طریقه‌ای جهت تعیین ثمن در عقد پیش‌بینی شده است، جهل و خطری وجود ندارد و به عبارتی، ثمن معین یا در حکم معین است. این شیوه‌ی تعیین ثمن در معاملات بین‌المللی که امروزه اشخاص حقیقی یا حقوقی و دولت‌ها انجام می‌دهند، بسیار متداول و رایج است و عملاً نیز در بازار داخلی کشورمان در سطح وسیعی انجام می‌پذیرد. اگر بخواهیم با قواعد سنتی موجود در حقوق و نظرات مشهور اعتبار این قراردادها را بسنجیم، برخلاف اراده‌ی طرفین قراردادی و اصل صحت و لزوم قراردادها، حکم به بطلان اعمال خواهد شد، لیکن با استفاده از مبانی فقهی موجود، رویه‌ی قضایی، عرف حاکم و دکترین حقوقی می‌توان به راه‌حلی که به واقعیت نزدیک‌تر باشد، دست یافت. در همین راستا ابتدا به مباحث مبنایی و لزوم درج ثمن در عقد و کیفیت آن می‌پردازیم، سپس شیوه‌های متداول تعیین ثمن را با دیدگاه برگزیده‌ی خود ارائه داده و در این مسیر از مطالعه‌ی تطبیقی نیز بهره می‌بریم. در انتها ضمن نتیجه‌گیری، راهکارهایی

۱. ماده‌ی ۳۳۸ قانون مدنی: «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم».

۲. بند ۳ ماده‌ی ۱۹۰ قانون مدنی: برای صحت هر معامله شرایط ذیل اساسی است: ... ۳. موضوع معین که مورد معامله باشد ... و ماده‌ی ۳۳۹ قانون مدنی: «پس از توافق بایع و مشتری در مبیع و قسمت آن عقد بیع به ایجاب و قبول واقع می‌شود...».

نیز پیشنهاد می‌شود.

۱. تعیین ثمن در عقد

به نظر می‌رسد ذکر ثمن در عقد تنها راه تعیین ثمن نمی‌باشد؛ هرچند روش متداول و مرسوم آن است. گاه ثمن معین نیست، اما قابلیت تعیین دارد. بنابراین باید در جست و جوی راه‌های دیگر تعیین ثمن در عقد بود تا اعمال این قاعده را به طور جامع و کامل به دست آوریم.

۱-۱. قابلیت تعیین ثمن در فقه امامیه^۱

در این قسمت ابتدا به بیان نظرات فقها در موضوع و سپس تحلیل هر یک و انتخاب نظر ارجح می‌پردازیم.

۱-۱-۱. بیان نظرات

از عبارات اکثر فقها در باب علم به ثمن، استنباط می‌شود که مشهور قابلیت تعیین ثمن را در رفع ابهام معتبر نمی‌دانند و معامله به این کیفیت را غرری به شمار می‌آورند. بر این موضوع ادعای اجماع نیز شده است (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۴: ۲۰۶؛ مراغه‌ای، ۱۴۲۹، ج ۲: ۱۳۹۱؛ نراقی، ۱۳۷۵: ۸۳؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۴، ج ۳: ۱۷۴؛ اراکی، ۱۴۱۵، ج ۲: ۲۵۳؛ شهید تبریزی، ۱۴۲۸، ج ۲: ۴۳۹).

هم‌چنین فروش به حکم یکی از طرفین، به طوری که مثلاً خریدار ثمن را تعیین کند، باطل می‌دانند (حلی، ۱۴۲۹، ج ۵: ۲۶۵؛ نجفی، ۱۳۷۴، ج ۲۲: ۴۰۵؛ حسینی عاملی، ج ۵: ۲۷۸).

در مقابل نظر فوق که متعلق به مشهور فقهای امامیه است؛ برخی از فقها ایراد کرده و نظرات متفاوتی ارائه نموده‌اند. طبق یک نظر (اسکافی، ۱۴۱۶: ۱۸۳) بیعی که در آن مشتری به بایع بگوید «کالا را به من بفروش به همان قیمتی که به دیگران می‌فروشی»، صحیح است، لیکن برای مشتری خیار ثابت است. نظر دیگر (مقدس اردبیلی، ۱۴۱۸، ج ۸: ۱۷۶). با استناد به روایتی که در آن امام

۱. برای مطالعه‌ی بیشتر در این زمینه، بنگرید به: وحدتی شبیری، ۱۳۷۹؛ رفیعی، ۱۳۷۸؛ الهویی نظری، ۱۳۸۹.

صادق علیه السلام حکم بیعی را که تعیین ثمن آن به مشتری واگذار شده، صحیح دانسته و خریدار را ملزم به تأدیه‌ی ثمن نموده، اعتقاد دارد که در فرض عدم ذکر ثمن در صورت تراضی طرفین، این عدم علم موجب بطلان بیع نیست و قیمت بازار یا ثمن‌المثل به عنوان ثمن قراردادی قابل تعیین است. ایشان به بررسی سند روایت پرداخته و روایت را از نوع صحیح می‌شناسد؛^۱ هرچند در نهایت به دلیل الزام ناشی از نظر مشهور فقهای امامیه و اجماعی که از علامه در خصوص لزوم تعیین ثمن در عقد نقل شده، از نظر شخصی خود عدول می‌کند و روایت را به یک مورد خاص حمل می‌نماید.^۲

روایت مذکور که به روایت رفاعه نخاس مشهور است، مورد توجه و استناد فقهای دیگر نیز بوده است. برخی از فقها ضمن شناسایی اعتبار این روایت و نقل اجماع از ناحیه‌ی صاحب تذکره که در زمان عقد ثمن باید معین باشد، در حل تعارض بین روایت با آن می‌گویند همان‌طور که در بسیاری از موارد، آیات قرآن و روایات تخصیص خورده‌اند، اجماع نیز در اینجا تخصیص می‌خورد و چون روایت صحیح^۳ و سند آن خالی از تعرض است، لذا وظیفه‌ی فقیه عمل به آن است.^۴ در نتیجه بیعی که ثمن آن مشخص نشده باشد و به حکم مشتری ارجاع شده باشد، صحیح است و در این موارد قیمت سوقیه، ثمن در عقد می‌باشد.^۵

۱. در این روایت چنین آمده است: «قلت لابی عبدالله (ع) ساومت رجلا بجاره فباعنیها بحکمى فقبضتها منه على ذلك ثمن بعثت الیه بالف درهم فقلت هذه الف درهم حکمی عليك ان تقبلها فابی ان یقبلها منى و قد كنت مسستها قبل ان ابعث الیه بالثمن فقال اری ان تقوم الجاربه قیمه عادلہ فان كان قیمتها اکثر ما بعثت الیه كان عليك ان ترد علیه ما نقص من القیمه و ان كان ثمنها اقل ما بعثت الیه فهو له...». رفاعه نخاس خطاب به امام صادق علیه السلام می‌گوید: « برای خرید کنیزی با فروشنده صحبت کردم. او کنیز را به هر قیمتی که من حکم کنم فروخت. من کنیز را گرفتم و برای او هزار درهم فرستادم و گفتم این هزار درهم را باید بپذیری. او امتناع کرد و من پیش از ارسال کنیز با او آمیزش کرده بودم». امام علیه السلام فرمود: به نظر من کنیز با قیمت عادلانه باید ارزیابی شود. اگر قیمت آن بیش از قیمتی که ارسال کردی بود، باید مقدار زیادی را برای او بفرستی و اگر کمتر بود، بقیه مال او باشد» (حرعاملی، ۱۴۰۶، ج ۱۷، ۳۶۴ و ۳۶۵).

۲. «و هی تعدل علی جواز الجهل فی الثمن و انه یقع البیع صحیحاً و ینصرف الی القیمه السوقیه اذا بیع بحکم المشتري و لكن نقل الاجماع فی التذکره علی اشتراط العلم مع عدم ظهور خلافه، یمنع القول بها، و لكن تأویلها مشکل و کذا ردها، فیمكن ان یکون حکماً فی قضیه و لا یتعدی» (مقدس اردبیلی، ۱۴۱۸، ج ۸، ۱۷۶).

۳. خبر صحیح از اقسام خبر واحد است و منظور خبری است که سلسله‌ی روایات آن به معصوم علیه السلام برسد و همه‌ی آن در جمیع طبقات، عادل و ضابط باشند (فیض، ۱۳۸۷، ۳۰).

۴. «فالروایه من جهه السند لا یتطرق الیها طعن» (بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۱۸، ۴۶۰).

۵. «و تعدل علی جواز الجهل فی الثمن و انه یقع البیع صحیحاً و ینصرف الی القیمه السوقیه اذا بیع بحکم المشتري» (همان: ۴۶۱ و ۴۶۲).

نظر دیگر در رد مشهور این است که ادعای اجماع در این خصوص پذیرفته نیست؛ چراکه اجماع در اینجا مدرکی است نه تعبدی؛ ضمن این که احکام فقها در واقع به حدیث نبوی برمی‌گردد و اجماع در این جا دلیل مستقلی نیست؛ هم‌چنین حدیث نبوی نهی از غرر، چه به لحاظ دلیلیت و چه به لحاظ دلالت ضعیف است؛ و نهایتاً این که هیچ دلیل خاصی بر اعتبار علم به مقدار ثمن در بیع وجود ندارد (خویی، ۱۳۷۴، ج ۵: ۳۱۸). این فقیه ضمن رد دلایل عدم اعتبار بیع، معتقدند در فرضی که تعیین ثمن به مشتری واگذار شده است، ثمن معامله امر کلی است که همان قیمت بازار و مازاد بر آن است؛ بنابراین اگر قیمت بازار حکم شود و یا بیشتر از آن، داخل در عنوان کلی است و اگر کمتر از آن باشد، مقدار ناقص باید رد گردد. ایشان نظری را که قائل بر وجود خیار است،^۱ رد می‌کند؛ با این بیان که در این حالت، بیع یا غرری است و یا صحیح؛ اگر صحیح باشد، نیازی به وجود خیار نیست و اگر غرری باشد، بیع باطل است و درج خیار نمی‌تواند از بطلان عقد جلوگیری کند (همان: ۳۲۲-۳۱۹).

برخی از فقهای معاصر (بهجت، ۱۴۲۶، ج ۲: ۵۳۴) در خصوص شروط عوضین در عقد بیع، ضمن تأیید لزوم تعیین ثمن در معامله، امکان تراضی و توافق طرفین بر قیمت بازار با لحاظ نظر حاکم را صحیح می‌دانند. بنابراین اگر خریدار و فروشنده‌ای در خصوص معامله بر کالایی توافق و تراضی کنند و تمامی ارکان معامله صحیح باشد و فقط در خصوص ثمن به نظر حاکم ارجاع دهند، صحت معامله خالی از وجه نیست.^۲ به هر حال با آن که روایت رفاعه نخاس از نوع خبر صحیح بوده و از بالاترین درجه‌ی حجیت خبر واحد برخوردار است، اما مشهور فقهای امامیه، به رغم پذیرش سند این روایت و اعتراف بر صحت آن، صرفاً به رد و مخالفت با آن پرداخته؛ آن را روایت شاذ و نادر خوانده‌اند و با این استدلال که پذیرش صحت عقد در فرض تعیین ثمن از سوی خریدار ضعیف است و به طور کلی روایت مزبور مخالف مسلمات و قواعد فقه است، بی‌اعتنا از کنار آن گذشته و آن را تأویل کرده‌اند؛ حال آن که طبق نظر غیر مشهور، مسلمات و قواعد مزبور در این مورد محرز نیست و واقعاً دلیلی بر اعتبار

۱. منظور نظر ابن جنید اسکافی است (بنگرید به: اسکافی، ۱۴۱۶: ۱۸۳).

۲. «و لو اراد ثمن المثل بطریقہ نظر الحاکم الیه فلا تخلو الصّحہ عن وجه».

شرطی که ثمن حتماً باید در عقد ذکر شود، وجود ندارد.^۱

۲-۱-۱. تحلیل موضوع

نظر مشهور که ثمن قابل تعیین را در عقد کافی نمی‌داند و تأکید دارد که ثمن باید در عقد ذکر شود، در استدلال‌های خود به اجماع و حدیث نبوی «نهی غرر» استناد کرده است.

الف) حدیث نهی غرر

مراجعه به سوابق فقهی، این نتیجه را به دست می‌دهد که در اکثر موارد، در اعتبار لزوم تعیین ثمن در عقد، به حدیث مشهور نبوی «نهی النبی عن بیع الغرر» (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۷: ۴۴۷) استناد شده است (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۴: ۲۰۶؛ مراغه‌ای، ۱۴۲۹، ج ۲: ۳۱۱؛ نراقی، ۱۳۷۵: ۸۳؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۴، ج ۳: ۱۷۴). به عبارتی مهم‌ترین دلیل روایی دال بر ضرورت علم به مورد معامله (ثمن)، روایت مذکور است (امینی، ۱۳۸۶: ۲۰). اما گفته شده است که این حدیث به لحاظ دلالت و دلالت ضعیف است (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۴: ۱۷۵؛ خوبی، ۱۳۷۴، ج ۵: ۲۵۷). به لحاظ دلالت مشکل دارد؛ چون تمامی سلسله روایان آن معلوم نیست (خوبی، ۱۳۷۴، ج ۵: ۲۵۷). برخی از فقها اعتقاد دارند که اشتهار خبر بین خاص و عام، جبران‌کننده‌ی ضعف آن می‌باشد. اما همان‌طور که به درستی گفته شده است،^۲ عمل مشهور به روایت ضعیف موجب اعتبار آن نمی‌شود، هم‌چنان‌که ترک عمل به روایت صحیح موجب وهن به آن نمی‌گردد، شهرت فی‌نفسه حجت نیست، بنابراین موجب حجیت خبر نیز نمی‌گردد (خوبی، ۱۳۷۴، ج ۳: ۸۹).

به لحاظ دلالت نیز ایراداتی بر حدیث مذکور وارد است (بنگرید به: وحدتی شبیری، ۱۳۷۹: ۵۵). با این توضیح که معنای «غرر» در آن مجمل است، برخی معتقدند غرر عبارت است از هر چیزی که مربوط به غفلت، خدعه و خطر است یا

۱. مرحوم خوبی این شیوه‌ی تأویل را نمی‌پذیرند؛ چراکه منتهی به اسقاط روایت شده است. (خونی، ۱۳۷۴، ج ۵: ۳۱۸).

۲. مرحوم مراغه‌ای در این خصوص گفته است: «شهره الخیر فی السنه الفقهی تغنی عن تتبع سنده» (نراقی، ۱۳۷۵: ۳۱۲؛ انصاری، ۱۴۱۵، ج ۴: ۲۰۶).

آن‌چه ظاهر محبوب و باطن مکروه دارد، ولی معنای نزدیک آن خدعه است (اصفهانی کمپانی، ۱۴۱۸، ج ۳: ۲۷۷؛ شهیدی تبریزی، ۱۴۲۸، ج ۲: ۴۰۹). برخی با اشاره به معنای غرر در کتب اهل لغت و فقها، نتیجه می‌گیرند که در معنای غرر با توجه به استعمال فقها و اهل لغت، عنوان جهل اخذ شده است (انصاری، ۴۱۵، ج ۴: ۱۷۸). شهید اول اعتقاد دارند که غرر هر آن چیزی است که ظاهری محبوب و باطنی مکروه دارد و در شرع عبارت است از جهل در خصوص حصول و به دست آوردن شیء. بنابراین حصول شیء مجهول، اگر معلوم باشد، غرری وجود ندارد (مکی عاملی، بی‌تا، ج ۲: ۱۳۷).

صاحب جواهر برخلاف شهید اول، غرر را ناشی از جهل به مقدار یا اوصاف مورد معامله می‌داند، نه جهل ناشی از حصول؛ و معتقد است که جهل ناشی از عدم تعیین مورد معامله، منجر به خطر و مشمول عنوان غرر و نهی از مبادرت به آن است (نجفی، ۱۳۷۴، ج ۲۲: ۳۸۸-۳۸۷). برخی دیگر معتقدند که غرر را نباید با جهل یکی دانست؛ چراکه ممکن است جهل به مبيع وجود داشته باشد، اما غرر در میان نباشد. مانند فروش دو کالا که از لحاظ قیمت و اوصاف برابر و مساوی هستند (نراقی، ۱۴۲۲: ۳۰۲). آن‌چه از مفهوم غرر به دست می‌آید، خطر است و ببيع غرری، ببعی است که یکی از عوضین آن در خطر باشد و این خطر می‌تواند ناشی از جهل به صفات عوضین باشد (نراقی، ۱۳۷۵: ۸۹؛ مظفر، بی‌تا، ج ۱: ۲۱۵).

نزد اهل لغت نیز در استنباط از معنای غرر این دوگانگی وجود دارد. جایی گفته شده غرر اسم است از ریشه «عَرَّر» به معنای به خطر انداختن، فریب‌دادن و گول زدن (قیم، ۱۳۸۱: ۷۵۸؛ راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۶۰۴)؛ و در جای دیگر آن را به معنی خدعه در نظر گرفته‌اند (ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۵: ۱۱).

از آن‌چه ذکر شد این نتیجه به دست می‌آید که معنای غرر مجمل است و اجمال آن به روایت سرایت کرده و آن را از دلالت انداخته است (خویی، ۱۳۷۴، ج ۵: ۲۵۷). به بیان دیگر، مستند به قاعده‌ی «إذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال»، دلیل فوق از حجیت خارج شده و باید در جست و جوی مبنای دیگری بود (امینی، ۱۳۸۶: ۲۲).

ب) اجماع

در خصوص بطلان بیعی که در آن علم به مبیع و ثمن وجود نداشته باشد، یا آن که مبیع و ثمن مردد باشد، ادعای اجماع شده است (نجفی، ۱۳۷۴، ج ۲۲: ۴۰۲ به نقل از خویی، ۱۳۷۴، ج ۵: ۳۱۷؛ انصاری، ۱۴۱۵، ج ۴: ۲۰۶ و ۲۱۰؛ مکی عاملی، ۱۳۸۰، ج ۲: ۲۳۹). صرف نظر از این که اجماع به عنوان منبع مستقل جهت استنباط احکام حقوق اسلامی محل تأمل است (بنگرید به: کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج ۲: ۴۴۶؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۱۰۲-۱۰۱؛ فیض، ۱۳۸۲: ۳۹-۳۸). همان طور که ذکر گردیده، اجماع در اینجا به حدیث نبوی مشهور برمی‌گردد، یعنی اجماع به معنای حقیقی اصولی که اجماع تعبّدی است، محقق نشده، بلکه اجماع مدرکی است که به طور مستقل دلیل اثبات حکم شرعی نمی‌باشد. در واقع آن چه فقها به استناد آن حکم داده‌اند، همان حدیث نبوی مشهور است، نه وجود اجماع به عنوان دلیل مستقل (خویی، ۳۷۴، ج ۵: ۲۵۷؛ عمید زنجانی، ۱۳۸۶: ۳۸۹). همان طور که می‌دانیم، اجماع از نظر امامیه ارزش علمی ندارد، مگر کاشف از قول معصوم باشد.^۱ بنابراین چون مرجع اجماع، حدیث نبوی است و با توجه به مرسله بودن آن، کاشفیت اجماع از رای معصوم هم محل تردید است، لذا استناد به آن در حجّیت حدیث قابل تأیید نمی‌باشد (خویی، ۱۳۷۴، ج ۵: ۲۵۷). از سوی دیگر اجماع به عنوان دلیل لّتی فاقد ظهور لفظی بوده و عموم و اطلاق از آن به دست نمی‌آید تا قابل تسری به موارد دیگر باشد. (اسلامی پناه، ۱۳۸۰: ۵۸ به نقل از امینی، ۱۳۸۶: ۱۹)

شاید بتوان بنای عقلاء را بهترین مبنا در لزوم تعیین ثمن در عقود و قراردادها معرفی نمود^۲ (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۱۹: ۱۲؛ خویی، ۱۴۲۸، ج ۳۰: ۲۷). رفتار عملی و عرف خردمندان جامعه و توده‌ی مردم (امینی، ۱۳۸۶: ۱۸). که در به دست آوردن آن چه می‌خواهند، عاقلانه و عالمانه اقدام می‌نمایند. این بنای عملی مورد تأیید شارع بوده و حجت است (عمید زنجانی، ۱۳۸۶: ۳۸۹؛ وحدتی شبیری، ۱۳۷۹: ۵۱؛ رفیعی، ۱۳۷۷: ۹۰). از ابتدای غرر بر بنای عملی عقلاء و عرف اجتماع باید نتیجه گرفت که

۱. «ان الاجماع بما هواجماع لاقیمه علمیه له عند الامامیه ما لم یکشف عن قول المعصوم» (مظفر، ۱۳۸۷: ۲۰۲؛ ولایی، عیسی، ۱۳۸۷: ۱۰۰).

۲. میرفتاح مراغه‌ای بنای عقلاء را در اثبات نفی غرر کافی دانسته و استناد به نص و اجماع را برای اثبات قاعده‌ی غرر لازم نمی‌داند (مراغه‌ای، ۱۴۲۹، ج ۲: ۳۱۳ به نقل از: عمید زنجانی، ۱۳۸۶: ۳۹۰؛ وحدتی شبیری، ۱۳۷۹: ۵۱).

ضابطه و معیار در تشخیص غرر، عرف است و چگونگی رفع جهل از ثمن و حصول علم را باید نزد عرف جست و جو کرد (خویی، ۱۳۷۴، ج ۵: ۳۲۱؛ امینی، ۱۳۸۶: ۲۹)، بنابراین اگر طرفین در زمان انعقاد عقد بیع، تعیین ثمن را به طرف مقابل یا ثالث (کارشناس یا غیر کارشناس) یا حاکم واگذارند، یا بر قیمت بازار توافق نمایند، در تمامی این موارد عقد صحیح است؛ با این توضیح که در این موارد، در تعیین ثمن اختیار مطلقى واگذار نشده است، بلکه طرفین به طور ضمنی همان قیمت متعارف یا قیمت روز را نیت کرده‌اند، نه سلیقه‌ی شخصی طرف دیگر یا ثالث یا کارشناس (قاسم‌زاده، ۱۳۸۳: ۱۴۷؛ خویی، ۱۳۷۴، ج ۵: ۳۲۲-۳۱۹). لذا ثمن قابل تعیین است و غرری وجود ندارد، هر چند این رفع غرر از راه متعارف نیست.

این روش‌ها، امروزه تبدیل به روش‌های متعارف شده‌اند. در واقع با توجه به انواع کالاها و تنوع زیاد اجناس و سرعت بالای مبادلات، چه بسا طرفین قرارداد علم دقیقی نسبت به بهای مبیع نداشته باشند و به عکس به نظر می‌رسد رفع غرر ایجاب می‌نماید تا طرفین با احاله‌ی قیمت به آن چه در بازار مقرر است، ریسک کمتری را متحمل شوند و از خطر مضاعف ناشی از جهل خویش بگریزند (قاسم‌زاده ۱۳۸۳، ج ۱: ۱۳۵-۱۳۴)؛ با این استدلال که قیمت بازار مشخص و ثابت است و طرفین احتمال زیادت و نقصانی را که اندک است، نادیده می‌انگارند و تفاوت اختلاف در قیمت، در ذهن هر یک از ایشان قلیل است، لذا غرر منتفی و حکم به صحت معامله نزدیک به صواب است (بهبهانی، ۱۴۱۷: ۱۱۷). به عبارت دیگر، جهالت منجر به نزاعی نمی‌شود که مانع صحت قرارداد باشد (اسلامی‌پناه، ۱۳۸۰: ۱۷ به نقل از امینی، ۱۳۸۶: ۱۷).

۲-۱. قابلیت تعیین ثمن در قانون مدنی

ثمن در عقد بیع یکی از دو رکن تراضی است و همان‌طور که علم به مبیع شرط صحت بیع است، با توجه به لزوم رفع غرر، ثمن پرداختی نیز نباید مجهول باشد. گاهی طرفین به طور مشخص و قطعی ثمن را در قرارداد ذکر می‌کنند و قرارداد با جمع دیگر شرایط به وجود می‌آید، اما گاهی نوع قرارداد به گونه‌ای است که در زمان انعقاد آن، امکان تصریح رقم قطعی وجود ندارد. مثلاً در معاملات خودرو، کارخانه‌ها قیمت را تعیین می‌کنند یا در فروش نفت قیمت روز در معامله اعمال می‌گردد. در

معاملات بین افراد نیز گاه تعیین قیمت یا اجرت به مشتری واگذار می‌شود. در تمام این موارد، بنای طرفین این است که طرف مقابل آن چه را متعارف و معقول جامعه است حکم کند. (خوبی، ۱۳۷۴، ج ۵: ۳۲۱). حال این سوال پیش می‌آید که آیا شرط معین بودن معامله و در این جا ثمن، حسب قانون مدنی رعایت شده است؟

در ابتدا به نظر می‌رسد با عنایت به ماده‌ی ۳۳۹ قانون مدنی، حکم این نوع معاملات با توجه به عدم تعیین ثمن بطلان می‌باشد، اما از این ظهور باید دست کشید. در واقع، تدقیق در موضوع پاسخ دیگری به دست می‌دهد. توضیح مطلب آن که، ظاهراً عرف امروز در چگونگی اعمال رفع ابهام از مورد معامله تغییراتی را به وجود آورده است (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۱: ۱۵۰). یکی از حقوق دانان در این خصوص اعتقاد دارد هر گاه مورد عقد در عرف معلوم باشد، بیان یا مشاهده‌ی آن لازم نیست و این وضعیت عرفی را می‌توان دلیل معلوم بودن مورد معامله نزد طرفین دانست، مثلاً با توجه به این که نرخ بسیاری از کالاها به علت دخالت دولت در کنترل بازار مشخص است، اگر حتی ثمن معامله هنگام عقد ذکر نشود، باید گفت که ثمن معامله عرفاً معلوم و معامله صحیح است (شهیدی، ۱۳۷۷، ج ۱: ۳۲۱). در تأیید این نظر گفته شده است وقتی درباره‌ی معیار تعیین مورد معامله تراضی می‌شود، چنان که هر گاه در قراردادی به نرخ روز با تعیین کارشناس توافق شود، غرر منتفی است و برای دو طرف درباره‌ی آثار قرارداد و نتایج حاصل از آن اطمینان حاصل می‌شود (قاسم‌زاده، ۱۳۸۳، ج ۲: ۱۲۱-۱۲۰).

نظر فوق قابل تأیید است. اما باید توجه داشت که حکم به صحت قرارداد در فرض فقدان ثمن در آن، ناظر به موردی است که جمع بین قصد و رضا یعنی تحقق تراضی در این خصوص صورت گرفته باشد. گاهی طرفین درباره‌ی تمام موضوعات توافق می‌کنند، اما در جریان مذاکرات درباره‌ی کیفیت ضابطه‌ی تعیین ثمن به توافق نمی‌رسند یا اصلاً جریان مزبور به این مرحله نمی‌رسد. این موضوع از محل بحث ما خارج است و در بطلان چنین معاملاتی تردید نیست (خوبی، ۱۳۷۴، ج ۵: ۳۱۹). در چنین حالتی نمی‌توان به صحت معامله با قیمت روز حکم کرد؛ چرا که هنوز رکن توافق و تراضی طرفین ناقص است و اعمال قیمت روز به جای ثمن مفقود در قرارداد باطل، تحمیل چیزی است که مقصود طرفین نبوده و به منزله‌ی حرکت بر خلاف

اصل آزادی قراردادی است. بنابراین محل بحث جایی است که ثمن در قرارداد ذکر نشده است، اما طرفین توافق کرده‌اند که مثلاً به نظر مشتری، کارشناس یا عرف روز رجوع شود و یا معیار و ضابطه‌ای جهت تعیین ثمن مشخص شده باشد. در اینجا چون ثمن، معین و یا در حکم آن است، مستند به بند ۳ ماده ۱۹۰ و ماده ۳۳۹ قانون مدنی، حکم به صحت معامله ترجیح دارد.

همین موضوع در قانون تجارت مدنظر قانون‌گذار قرار گرفته و ماده ۳۷۳ به حق‌العمل‌کار اجازه داده مال‌التجاره، اسناد تجاری یا سایر اوراق بهاداری را که مظنه‌ی بورسی یا بازاری دارد، چنان‌چه مامور به خرید آن بوده، خود شخصاً به عنوان فروشنده تسلیم بکند یا چیزی را که مامور به فروش آن بوده، شخصاً به عنوان خریدار نگاه دارد.^۱ مفهوم مخالف این ماده آن است که اگر مال‌التجاره مظنه‌ی بورسی یا بازاری نداشته باشد، حق‌العمل‌کار حق ندارد شخصاً طرف معامله با امر شود؛ چرا که در این حالت ثمن مشخص نیست و غرر محرز است، لذا جهت جلوگیری از سوءاستفاده‌ی حق‌العمل‌کار، این حق را از وی سلب کرده است. بنابراین قانون‌گذار وجود مظنه‌ی بورسی یا بازاری را دلیل رفع جهل و غرر دانسته و آن را طریقی در رفع ابهام از ثمن قراردادی معرفی کرده است؛ به طوری که عدم ذکر آن خللی به صحت معامله‌ی واقع شده وارد نمی‌سازد و حق‌العمل‌کار حسب حکم مقرر در ماده‌ی ۳۷۴ قانون مذکور باید قیمت روز معامله را منظور داشته و افزون بر آن، حق‌العمل و مخارج عادی حق‌العمل‌کاری را برداشت خواهد کرد.^۲ با توجه به احکام مندرج در مواد ۳۷۳ و ۳۷۴ قانون تجارت، این نتیجه به دست می‌آید که قانون‌گذار توافق و ذکر ثمن معامله را در صورتی که مظنه‌ی بورسی یا بازاری وجود داشته باشد، ضروری ندانسته است؛ به صحت معامله بین امر و حق‌العمل‌کار در فرض عدم ذکر ثمن حکم داده و آثار معامله‌ی صحیح را بر آن مترتب ساخته است.

۱. ماده‌ی ۳۷۳ قانون تجارت: «اگر حق‌العمل‌کار مامور به خرید یا فروش مال‌التجاره یا اسناد تجاری یا سایر اوراق بهاداری باشد که مظنه‌ی بورسی یا بازاری دارد، می‌تواند چیزی را که مأمور به خرید آن بوده، خود شخصاً به عنوان فروشنده تسلیم بکند و یا چیزی را که مامور به فروش آن بوده، شخصاً به عنوان خریدار نگاه دارد مگر این که امر دستور مخالفی داده باشد».

۲. ماده‌ی ۳۷۴ قانون تجارت: «در مورد ماده فوق حق‌العمل‌کار باید قیمت را بر طبق مظنه بورسی یا نرخ بازار در روزی که وکالت خود را انجام می‌دهد منظور دارد و حق خواهد داشت که هم حق‌العمل و هم مخارج عادیه حق‌العمل‌کاری را برداشت کند».

۳-۱. قابلیت تعیین ثمن در حقوق انگلیس

در بند نخست از بخش هشتم از قسمت دوم «قانون بیع کالا» مصوب ۱۹۷۹^۱ قابلیت تعیین ثمن مورد تقنین قرار گرفته است که به موجب آن: «ثمن ممکن است در قرارداد معین شود، یا به طریقی که توسط طرفین توافق می‌شود، تعیین گردد و یا بر مبنای مناسبات قبلی میان طرفین معامله تعیین شود»^۲. در بند دوم همین بخش آمده است: «در صورت عدم تعیین ثمن به کیفیت فوق، خریدار باید ثمن معقول را بپردازد»^۳. بخش پانزدهم «قانون تهیه کالا و خدمات» مصوب ۱۹۸۲^۴ مقرر می‌دارد: «در جایی که به موجب قرارداد عوض خدمات معین نشده است، یا به طریقی که توسط طرفین توافق شود، یا بر مبنای مناسبات قبلی میان طرفین معامله معین شود، یک شرط ضمنی مبنی بر این که طرفین قرارداد نرخ معقولی را پرداخت خواهند کرد، مفروض است»^۵.

با توجه به مقررات فوق:

اولاً، در حقوق انگلیس عوض می‌تواند معین شود یا قابل تعیین باشد، یعنی طرفین طریقه‌ای جهت تعیین آن پیش‌بینی کنند، یا بر اساس آنچه بین طرفین مرسوم و متداول بوده است، معین گردد؛

ثانیاً، عدم تعیین عوض منتهی به عدم شناسایی و عدم قابلیت اجرای قرارداد نیست، بلکه یک معیار معقول و متعارف در قرارداد مفروض است که نهایتاً به آن حکم می‌شود.

اصطلاح «قیمت معقول»^۶ معادل آن چیزی است که در فقه و حقوق ما تحت

1. Sale of Goods Act (1979)

2. The price in a contract of sale may be fixed by the contract, or may be left to be fixed in a manner agreed by the contract, or may be determined by the course of dealing between the parties.. Available at: <http://www.legislation.gov.uk>.

3. Where the price is not determined as mentioned in subsection (1) above the buyer must pay a reasonable price.

4. Supply of Goods and Services Act (1982).

5. Where ...the consideration for a service is not determined by the contract, left to be determined in a manner agreed by the contract or determined by the course of dealing between the parties, there is an implied term that the party contracting will pay a reasonable charge., Available at <http://www.legislation.gov.uk>.

6. Reasonable Price

عنوان «ثمن المثل» یا «قیمت روز» یا «قیمت سوقیه و بازار» یاد شده است. البته این که قانون‌گذار انگلیسی در «قانون بیع کالای» تصریح نموده است که اگر ثمن در بیع معین نشده باشد، خریدار باید قیمت معقول را بپردازد؛ ظاهراً شامل فرضی نیز می‌شود که توافق بر تعیین ثمن نشده باشد. دانستیم که در حقوق ایران و در فقه، حداقل طبق نظر غیرمشهور، چنان چه طرفین بر قیمت بازار توافق کنند، ثمن المثل قیمت قراردادی خواهد بود، اما در حقوق انگلیس اگر بر ثمن توافق هم نشده باشد، باز هم ثمن المثل در قرارداد فرض می‌شود، از این حیث تفاوت بین دو نظام حقوقی آشکار است. در توجیه این فرض در حقوق انگلیس باید گفت در نظام حقوقی کامن‌لا، قصد ملتزم شدن از جایگاه بالایی برخوردار است. به ویژه در قراردادهای تجاری، قصد طرفین حاکم بر روابط فیما بین است و عدم توافق حتی بر موضوعات نسبتاً مهم، لزوماً آسیب‌زننده نیست؛ به شرط آن که، قصد ملتزم بودن طرفین محرز باشد؛ توافق به اندازه‌ی کافی کامل باشد تا به عنوان قرارداد قابلیت اجرا داشته باشد. پس عدم توافق در موضوعات حتی «اساسی»^۲ جزئی و بی‌اهمیت است (Atiyah and Macqueen, 2001: 33).

پذیرش این نظر در حقوق ما دشوار است. به عبارت دیگر در حقوق ایران قصد قانونی بر ملتزم شدن شناخته شده نیست. جهت اعتبار بیع طبق ماده ۳۳۹ قانون مدنی، برای اعتبار داشتن بیع، توافق طرفین در مبیع و ثمن ضروری است. اگر طرفین توافق کنند که ثمن بازار قیمت معامله باشد، موضوع منطبق با حکم مذکور است، اما اگر طرفین قیمت را تعیین نکنند، تحمیل ثمن بازار در توافق ناتمام طرفین به منزله‌ی مداخله در مفاد قرارداد و مخالف با اصل آزادی قراردادی است؛ به عبارت دیگر با اعمال حکم مذکور، دادگاه به جای تفسیر قرارداد، در تشکیل و تنظیم آن مداخله کرده است؛ امری که قطعاً در حقوق ایران شناخته شده نیست.

۲. شیوه‌های تعیین ثمن

چنان که گذشت، مطلوبیت و ضرورت تعیین ثمن در عقد بیع امری اجتناب‌ناپذیر است. حال با توجه به مطالب گفته شده، می‌خواهیم شیوه‌های تعیین

1. To be legally bound
2. Essential

ثمن در عقد بیع را تعیین کنیم؛ به گونه‌ای که اعمال شرط به نحو درست حاصل شود. شیوه‌های تعیین ثمن را به اشکال ذیل برشمرده‌اند (علمی یزدی، ۱۳۷۰: ۲۲ به بعد؛ قاسم‌زاده، ۱۳۸۳، ج ۱: ۴۱۴):

- ۱- تعیین در متن عقد؛
- ۲- تعیین ضابطه و معیار؛
- ۳- تفویض اختیار تعیین؛
- ۴- بر مبنای مناسبات پیشین میان طرفین معامله.

۲-۱- تعیین در متن عقد

ثمن معین شده در عقد، گاه ثابت است و گاه متغیر. ریشه‌ی قابلیت تغییر را باید در نیازها و منطق عرفی جست و جو کرد. در این قسمت به بررسی این روش متداول در عقود و معاملات می‌پردازیم.

۲-۱-۱. ثمن مقطوع و مشخص

سنتی‌ترین روش در تعیین ثمن، تعیین به صورت مقطوع طرفین و در زمان انعقاد قرارداد است. این شیوه مورد تأکید و تأیید فقهای امامیه بوده و در قانون مدنی نیز مورد توجه قانون‌گذار قرار گرفته است. از آنجاکه امروزه ثمن معمولاً وجه نقد است و در معاملات داخلی هرگونه تعهد پرداخت، به پول رایج کشور انجام می‌شود،^۱ لذا معلوم ساختن مقدار کافی است و در صورت عدم تعیین نوع پول، واحد ریال ملاک پرداخت خواهد بود. در معاملات بین‌المللی با توجه به اختلاف ارزش پول کشورها با یکدیگر، نوع پول نیز باید مشخص شود (علمی یزدی، ۱۳۷۰: ۲۵-۲۴).

۲-۱-۲. ثمن دوگانه یا متغیر

گاه نحوه‌ی انجام معاملات اقتضاء دارد تا ثمن بیش از یک مورد باشد یا قابل تغییر باشد. مثلاً کالایی نقداً یک‌صد هزار ریال و به طور نسبی به یک‌صد و بیست هزار ریال فروخته می‌شود. در این موارد، انتخاب خریدار است که در نهایت به انجام

۱. بند «ج» ماده‌ی ۲ قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱. همچنین بنگرید به: علمی یزدی، ۱۳۷۰: ۲۴.

معامله بر موضوع مشخص می‌انجامد؛ گویی فروشنده این اختیار را به خریدار داده تا از میان شرایط موجود، دست به انتخاب زده و عقد را با قبول خویش واقع سازد. هر چند این ضابطه در زمان انعقاد قرارداد مشخص نیست (همان: ۳۵)، اما اعتقاد بر آن است که خللی به عقد وارد نمی‌سازد و احترام به حکومت اراده و تراضی طرفین، منافاتی با ادله‌ی تشکیل عقود و لزوم پای‌بندی به مفاد قرارداد ندارد (مقدس اردبیلی، ۱۴۱۸، ج ۸: ۱۸۲).

در حقوق انگلیسی نیز از ثمن متغیر در قراردادهای طولانی مدت بحث شده است. مثلاً تعیین ثمن ممکن است با فهرستی که توسط فروشنده ارائه می‌شود، اعمال گردد و این فهرست در طول مدت اجرای قرارداد می‌تواند متغیر باشد. در پرونده‌ای^۱ در مورد ثمن شرط شده بود که هر چند وقت یک‌بار نسبت به تعیین قیمت جدید توافق صورت گیرد. بنابراین در یک مرحله از قرارداد، ثمن یک رقم و در وقت دیگر، ثمن جدید تعیین و در قرارداد اعمال می‌گردید. دادگاه تجدیدنظر در مقام رسیدگی به موضوع قرارداد مقرر داشت که چون قرارداد مهر^۲ شده بود و طرفین بر التزام به آن قصد کرده بودند، عبارت مذکور معتبر تلقی می‌شود و با توجه به عدم تعیین ثمن، قیمت جدید براساس ثمن معقول مشخص می‌گردد».

۲-۲. پیش‌بینی ضابطه و معیار جهت تعیین ثمن

گاهی طرفین به جای تعیین کل ثمن، از معیارها و ضوابطی استفاده می‌کنند که در نهایت به تعیین نهایی ثمن می‌انجامد. این روش از شیوه‌های سنتی مناسب‌تر است و خواسته‌ی واقعی طرفین را بهتر برآورده می‌کند؛ مانند فروش زمینی محصور به بهای متری یک‌صد هزار ریال. در این جا با مشخص بودن مقدار مبيع و قیمت واحد آن، هر چند ثمن بدو معین نیست، اما قابلیت محاسبه و تعیین را دارد و فرض غرر منتفی است (علوم‌ی یزدی، ۱۳۷۰: ۳۲؛ قاسم‌زاده، ۱۳۸۳، ج ۱: ۱۴۴-۱۴۳؛ کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۱: ۱۵۰). افزون بر آن، اگر مورد معامله نزد طرفین مشخص باشد، هر چند دیگران نسبت به مقدار آن علم نداشته باشند، عوض قراردادی معین است و در مواردی، معیار شخصی جایگزین معیار نوعی و عرفی می‌شود (آخوند

1. Foley. v Classique Coaches Ltd [1934] 2K.B.1.

2. Seal

خراسانی، ۱۴۰۶: ۱۲۵؛ اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۵: ۳۱۷). لذا وقتی طرفین جهت علم به مقدار ثمن، از ضابطه و معیار استفاده می‌کنند، دیگر نمی‌توان مورد معامله را مجهول دانست. در توجیه این حکم گفته‌اند: هدف قانون‌گذار از وضع این شرط، حمایت از طرفین قرارداد است و با انتفاء غرر، حکم به بطلان معامله بی‌معنا است (قاسم‌زاده، ۱۳۸۳، ج ۱: ۱۴۵).

در حقوق انگلیس به کاربردن معیار^۱ یا ضابطه^۲ در قرارداد به عنوان ابزاری جهت تعیین قسمت‌های ناتمام مرسوم است و به دادگاه اجازه داده می‌شود. تا قرارداد را معتبر بشناسد. مثلاً اگر ثمن در قرارداد تعیین نشده باشد، اما روشی جهت محاسبه‌ی آن در نظر گرفته شده باشد، قرارداد ناقص نبوده و با مشخص کردن قسمت نامعین، اجرای آن ممکن می‌گردد (O'Sullivan and Hilliard, 2006: 72; Stone, 2007: 93).

۳-۲. تفویض اختیار تعیین ثمن

اختیار تعیین ثمن ممکن است به فروشنده، خریدار یا به ثالث محول شود. اشاره شد که بر خلاف مشهور فقهای امامیه، می‌توان صحت این معاملات را پذیرفت. در این فرض، طرفین پذیرفته‌اند که شخص مقابل یا ثالث داور بر مبنای نرخ روز و قیمت متداول و متعارف حکم کند، لذا سلیقه‌ی شخصی خود را دخالت نداده‌اند؛ و از این جهت، این طریقه راه مناسب‌تری برای جلوگیری از غرر و ضرر در معامله است. اگر شخصی اتومبیل خود را به دیگری بفروشد و تمامی شرایط اساسی صحت معامله وجود داشته باشد و طرفین فقط قیمت معامله را به نظر کارشناس و یا یکی از طرفین معامله واگذارند، معامله صحیح خواهد بود (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۱: ۱۵۱؛ قاسم‌زاده، ۱۳۸۳: ۱۲۱-۱۲۰).

بنا بر بند نخست بخش نهم از قسمت دوم قانون بیع کالای انگلیس، تعیین ثمن قرارداد می‌تواند توسط ثالث صورت گیرد و چنان‌چه وی یا نتواند نخواهد ثمن

1. Criteria

2. Machinery

۳. مرحوم خوبی مرقوم می‌دارند که امروزه چنین متعارف است که مردم در معاملات خود قیمت ثمن را به طور مقطوع معین نمی‌کنند، بلکه این امر را به خریدار محول می‌کنند (خوبی، ۱۳۷۶، ج ۳: ۳۲۱).

را تعیین کند، قرارداد باطل می‌شود، مگر این‌که تمام یا قسمتی از کالا به خریدار تحویل داده شده باشد و در تصرف خریدار باشد، که در این صورت نامبرده باید ثمن معقول را بپردازد.^۱ در صورت تخلف یکی از طرفین در عدم تعیین ثمن از سوی ثالث، مانند آن‌که فروشنده از دسترسی ثالث به کالا جهت ارزیابی ممانعت به عمل آورد (34: 2001, Atiyah, Macqueen)، طرف دیگر حق دارد از این بابت مطالبه‌ی خسارت کند.^۲

۴-۲. تعیین ثمن بر مبنای مناسبات پیشین میان طرفین معامله

در منابع فقهی، قاعده‌ای تحت عنوان «المعروف بین التجار کالمشروط بینهم» یا «المعروف بین التجار کالمعروف بالتص»^۳ وجود دارد. هرچند در منابع فقهی به این قاعده به تفصیل پرداخته نشده است اما کاربرد این قاعده در عصر حاضر بسیار مفید و لازم است. از این قاعده بر می‌آید که آن‌چه میان بازرگانان شناخته شده و معهود است، اعتباری هم‌چون شرط یا تصریح میان ایشان دارد. یعنی آن‌چه بین طرفین متداول و جاری شناخته شده است، به منزله‌ی ذکر در عقد است. این حکم از مواد ۲۲۵ و ۱۱۲۸ قانون مدنی نیز به دست می‌آید.^۴

امروزه بسیار متداول است که ثمن معامله بر مبنای رویه‌ی جاری و مناسبات قبلی میان طرفین معامله معین شود. مثلاً دو تاجر که مدت‌ها با یکدیگر مشغول مراوده هستند و اجناس مختلف را رد و بدل می‌کنند، در معاملات بعدی ثمن را ذکر

1. Where there is an agreement to sell goods on the terms that the price is to be fixed by the valuation of a third party, and he cannot or does not make the valuation, the agreement is avoided; but if the goods or any part of them have been delivered to and appropriated by the buyer he must pay a reasonable price for them.

2. Where the third party is prevented from making the valuation by the fault of the seller or buyer, the party not at fault may maintain an action for damages against the party at fault.

۳. جهت ملاحظه قاعده مزبور رجوع شود به: شاهرودی، بی‌تا: ۴۰۵؛ کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ج ۱: ۳۳ و ۴۵۴؛ فیض، ۱۳۸۷: ۷۵).

۴. ماده‌ی ۲۲۵ قانون مدنی: «متعارف بودن امری در عرف و عادت به طوری‌که عقد بدون تصریح هم منصرف آن باشد به منزله ذکر در عقد است». ماده‌ی ۱۱۲۸ قانون مدنی: «هر گاه در یکی از طرفین صفت خاصی شرط 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 متبایناً بر آن واقع شده باشد».

نمی‌کنند و با درخواست کالا توسط متقاضی، پس از ارسال کالا و تعیین ثمن توسط فرستنده، مبلغ مندرج در فاکتور یا اسناد مشابه به وسیله‌ی خریدار پرداخت می‌شود. به نظر می‌رسد در اینجا هم توافق طرفین به نوعی بر ثمن رایج و متداول در بازار استوار شده است (علوم‌ی یزدی، ۱۳۷۰: ۵۷).

در حقوق انگلیس از جمله روش‌های تکمیل خلاءهای قراردادی که با استفاده از آن موضوع مجهول در جهت امکان اجرای قرارداد تفسیر می‌شود (O'Sullivan and Hilliard, 2006: 71)، مناسبات پیشین میان طرفین معامله^۱ است. به این موضوع در بند نخست بخش هشتم از قسمت دوم قانون بیع کالای این کشور تصریح شده است.^۲ بنابراین اگر ثمن معین نباشد، بر اساس آن چه قبلاً میان طرفین معامله مستقر و متعارف شده است، تعیین خواهد شد.

1. Course of dealing

۲. در خصوص این مقرر به صفحه‌ی ۱۳۰ رجوع شود.

برآمد

اگر روزگاری تعیین دقیق ثمن در عقد شیوهی متداول و متعارف و منحصر رفع ابهام از مورد معامله بود، امروزه تنوع کالاها و نیاز به سرعت در انجام معاملات ایجاب می‌کند تا از معیارهای متعارف و نظر طرفین قراردادی یا کارشناس در تعیین ثمن مدد بجوییم. این موضوع به قدری در جوامع بین‌الملل و جامعه‌ی ما متداول شده است که مردم خطری در این معاملات نمی‌بینند.

قابلیت تعیین ثمن از مبانی فقهی نیز قابل تحصیل است و تعارضی میان آن و دلایل نهی غرر وجود ندارد. برخی فقها به رغم نظر مشهور، صحت این معاملات را پذیرفته‌اند. لذا حکم به صحت بیع با فرض تعیین ثمن با ارجاع به عرف یا قیمت روز یا تعیین ثمن از سوی دیگری (طرف قرارداد، ثالث، کارشناس) مخالف شرع نیست، از آنجا که رشد معاملات در سده‌های اخیر بسیار چشم‌گیر بوده و سرعت نقش اساسی در تجارت ایفاء می‌کند، لذا این مطلوبیت و بلکه ضرورت احساس می‌شود که جهت تنظیم روابط اقتصادی و تجاری در داخل کشور و یا در عرصه‌ی بین‌المللی، از قواعد مذکور به کیفیتی که بازار مسلمین حفظ شود و از تزلزل در معاملات و عسر و حرج جلوگیری به عمل آید، استفاده شود.

معاملات با ثمن شناور هم‌چون فروش نفت، فروش خودرو توسط شرکت‌های تولید کننده‌ی خودرو و بسیاری از معاملاتی که در بازار میان شرکت‌ها انجام می‌شود، جملگی از قاعده‌ی قابلیت تعیین ثمن در عقد پیروی می‌کنند و در فقه امامیه، نظر غیرمشهور بر شناسایی اعتبار این نوع معاملات استوار است.

به هر حال ضرورت دارد بند ۳ ماده‌ی ۱۹۰ قانون مدنی به این شکل اصلاح شود: «مورد معامله معین باشد، یا قابلیت تعیین داشته باشد». می‌توان چنین مقرر کرد: «مورد معامله می‌تواند نامشخص باشد، به شرط آن که بتوان بعداً آن را به صورت نوعی تعیین نمود». هم‌چنین ماده‌ی ۳۳۹ قانون مدنی چنین تکمیل شود: «پس از توافق بایع و مشتری در مبیع و قیمت آن، عقد بیع به ایجاب و قبول واقع می‌شود. تعیین قیمت می‌تواند بر عهده‌ی یکی از طرفین یا ثالث باشد. در این حالت در صورت عدم تعیین، «قیمت روز» یا «قیمت عادلانه» در عقد اعمال می‌شود».

فهرست منابع

- اراکي، شيخ محمدعلي، *كتاب البيع*، مؤسسه‌ی در راه حق، چاپ نخست، ۱۴۱۵هـ.ق.
- اسكافي، ابن جنيد، *مجموعه فتاوی ابن جنيد*، تحقيق: علی پناه‌اشتهاردی، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه‌ی مدرسین حوزه‌ی علمیه‌ی قم، چاپ نخست، ۱۴۱۶هـ.ق.
- اصفهانى كمپانى، شيخ محمدحسين، *حاشیه كتاب المكاسب*، جلد پنجم، قم: محقق، چاپ نخست، ۱۴۱۸هـ.ق.
- الهویی نظری، مهدی، *شرط معین بودن مورد معامله در حقوق ایران و مطالعه تطبیقی با حقوق انگلیس*، پایان‌نامه‌ی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، تهران: دانشگاه علامه طباطبایی، ۱۳۸۹.
- امینی، عیسی، «*تعیین مورد معامله*»، مجله‌ی تحقیقات حقوقی آزاد، تهران: دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکز، پیش شماره‌ی اول، تابستان ۱۳۸۶.
- انصاری، مرتضی، *مکاسب*، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ مرتضی انصاری، چاپ نخست، ۱۴۱۵هـ.ق.
- بحرانی، شیخ یوسف، *حدائق الناضره فی احکام العترة الطاهره*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه‌ی مدرسین حوزه‌ی علمیه‌ی قم، چاپ نخست، ۱۴۰۵هـ.ق.
- بهبهانی، محمدباقر، *حاشیه مجمع الفائدة والبرهان*، قم: مؤسسه‌ی علامه‌ی المجدد الوحيد بهبهانی، چاپ نخست، ۱۴۱۷هـ.ق.
- بهجت، محمدتقی، *جامع المسائل*، قم: دفتر آیت‌الله بهجت، چاپ دوم، ۱۴۲۶هـ.ق.
- جبعی عاملی، زین‌الدین محمد (شهید ثانی)، *مسالك الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام*، قم: مؤسسه‌ی معارف اسلامی، چاپ نخست، ۱۴۱۴هـ.ق.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ملیت‌های حقوقی در حقوق اسلام*، تهران: گنج دانش، چاپ سوم، ۱۳۸۲.
- حراعلی، *وسائل الشیعه*، قم: مؤسسه‌ی آل‌البیت، چاپ نخست، ۱۴۰۶هـ.ق.
- حسینی عاملی، سیدمحمدجواد، *مفتاح الکرامه*، جلد یازدهم، بیروت: دار احیاء التراث العربی، چاپ نخست، بی‌تا.
- خویی، سیدابوالقاسم، *المستند فی شرح العروه الوثقی*، بی‌جا: جلد سی‌ام، بی‌تا.

خوئی، سیدابوالقاسم، *مصباح الفقاهه*، جلد پنجم، بی جا: چاپ حیدریه، ۱۳۷۴ هـ.ق.
رفیعی، محمدتقی، *مطالعه تطبیقی غرر در معامله*، قم: دفتر تبلیغات اسلامی،
چاپ نخست، ۱۳۷۸.

سبزواری، سید عبدالاعلی، *الاحکام فی بیان الحلال و الحرام*، قم: جلد نوزدهم،
چاپ چهارم، ۱۴۱۳ هـ.ق.

شاهرودی، محمدابراهیم، *منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی*، بی جا، بی تا.
شهیدی تبریزی، میرزا فتاح، *هدایه الطالب الی اسرار المکاسب*، تبریز: دارالفقه
للطباعه و النشر، چاپ دوم، ۱۴۲۸ هـ.ق.

شهیدی، مهدی، *تشکیل قراردادها و تعهدات*، تهران: حقوق دان، چاپ نخست،
۱۳۷۷.

صفی پور، عبدالرحیم ابن عبدالکریم، *فرهنگ عربی به فارسی منتهی الارب فی
لغه العرب*، جلد های ۳ و ۴.

علامه حلی، *مختلف الشیعه فی احکام الشریعه*، قم: مؤسسه ی بوستان قم، چاپ
دوم، ۱۴۲۳ هـ.ق.

علوم یزدی، حمیدرضا، *روش های تعیین ثمن در عقد بیع*، پایان نامه ی کارشناسی
ارشد حقوق خصوصی، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۰.

عمید زنجانی، عباس علی، *قواعد فقه - بخش حقوق خصوصی*، تهران: سمت، چاپ
نخست، ۱۳۸۶.

فیض، علیرضا، *مبادی فقه و اصول*، تهران: مجد، چاپ نخست، ۱۳۸۷.

قاسم زاده، سید قاسم، *اصول قراردادها و تعهدات*، تهران: دادگستر، چاپ نخست،
۱۳۸۳.

قاسم زاده، سید قاسم، *نظریه جواز تعیین ضابطه مورد تعهد و تملیک*، فصل نامه ی
مدرس، تهران: دانشکده ی علوم انسانی دانشگاه تربیت مدرس، زمستان ۱۳۸۳.

قیم، عبدالنبی، *فرهنگ معاصر عربی - فارسی*، فرهنگ معاصر، ۱۳۸۱.

کاتوزیان، ناصر، *عقود معین*، جلد نخست، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم،
۱۳۸۵.

کاتوزیان، ناصر، *فلسفه حقوق*، تهران: سهامی انتشار، چاپ نخست، ۱۳۷۷.

کاشف الغطاء، محمدحسین، *تحریرالمجله*، نجف: المكتبه المرتضویه، چاپ نخست، ۱۳۵۹ هـ.ق.

محقق حلی، *شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*، قم: استقلال، چاپ سوم، ۱۴۲۲ هـ.ق.

مراغه‌ای، میرفتاح، *عناوین*، قم: نشر اسلامی، چاپ سوم، ۱۴۲۹ هـ.ق.
مظفر، محمدرضا، *الحاشییه علی البیع و الخیارات*، جلد نخست، برگردان: عباس زراعت و حمید مسجدسرائی، بی‌جا، بی‌تا.

مقدس اردبیلی، *مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان*، قم: جلد هشتم، مؤسسه نشر اسلامی، چاپ سوم، ۱۴۱۸ هـ.ق.

نجفی، شیخ محمدحسن، *جواهرالکلام*، بیروت: دارالکتب الاسلامیه، چاپ دهم، ۱۳۷۴.

نراقی، ملاحمد، *عوایدالایام*، قم: مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۳۷۵ هـ.ق.
نراقی، ملاحمد، *مشارق الاحکام*، قم: کنگره نراقین، چاپ دوم، ۱۴۲۲ هـ.ق.
وحدتی شبیری، سیدحسن، *مجهول بودن مورد معامله*، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ نخست، ۱۳۷۹.

ولایی، عیسی، *اصول فقه*، تهران: دارالفکر، چاپ ششم، ۱۳۸۷.
Atiyah, P.S, Adams, John N, Macqueen, Hector, *The Sale Of Goods*, Pearson Education, 10th edition, 2001.

O'Sullivan, Janet & Hilliard, Jonathan, *The Law Of Contract*, Oxford University Press, 2nd Edition, 2006.

Stone, Richard, *The Modern Law Of Contract*, Published By Routledge, Cavendish, 7th Edition, 2007.

Leigh Ellis, Varying Prices In Business Contract, available at <http://www.goarticles.com>.

Sale Of Goods Act 1979. Available at: <http://www.legislation.gov.uk>.

Supply of Goods and Services Act 1982, Available at <http://www.legislation.gov.uk>.