

## تعیین ثمن و تأثیر آن بر بیع در حقوق ایران و کنوانسیون بیع بین‌المللی ۱۹۸۰ وین<sup>۱</sup>

دکتر مجید عباس آبادی\*

### چکیده

در این تحقیق این نظریه مطرح شده است که تعیین ثمن آن گونه که مقررات قانون مدنی پیش بینی نموده، امروزه در تجارت بین‌الملل خصوصاً و در بعضی داد و ستدهای داخلی عموماً می‌تواند موجب بروز مشکلات حقوقی متعددی گردد که مقررات موجود پاسخ‌گوی آن نمی‌باشد. به همین دلیل در صدد ارائه راهکارهایی در تفسیری متفاوت از این مقررات بر آمده ایم، از جمله اثبات این نکته که نمی‌توان عدم تعیین ثمن به نحو مقطوع را همیشه سبب غرری بودن معامله و بطلان آن دانست، زیرا عرف چنین معاملاتی را غرری ندانسته و عملاً نیز در جامعه رواج دارد و پس از مطالعه تطبیقی حقوق سایر کشورها و مقررات کنوانسیون، با طرح دو مقدمه به این نتیجه دست یافته ایم که چنانچه معامله ای از نظر عرف غرری نباشد باطل نیست و معاملاتی که امروزه در عرف رایج بوده و بعضاً تعیین ثمن در آن به آینده موکول گردیده است، بیانگر چنین موضوعی است.

واژه‌های کلیدی: معلوم، تعیین، غرر، ثمن شناور.

---

\*استادیار دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکز.

## مقدمه

لزوم معلوم و معین بودن عوض در قراردادهای (و ثمن در عقد بیع) اصلی پذیرفته شده در فقه و حقوق بوده است به نحوی که از دیدگاه فقها و حقوق دانان تردیدی در بطلان عقد در صورت عدم تعیین ثمن وجود ندارد. ولی امروزه پیش فروش کالاهای پیچیده صنعتی و تولیدی و فروش مستمر برخی کالاها و اقلام بر پایه بهای تمام شده یا قیمت روز (که هم اکنون در قراردادهای نفتی رایج است) به تدریج اصل لزوم معلوم و معین بودن من در این قراردادها را تحت الشعاع قراردادهاست، به نحوی که مصالح اقتصادی و تجاری و حتی سیاسی کشور اقتضا می نماید، مقررات قانونی و دیدگاههای فقهی در این زمینه تعدیل و یا حتی متحول گردد. زیرا در عمل چنین قراردادهایی در سطح داخلی و بین المللی رواج یافته و معتبر شناخته می شود و نمی توان این واقعیت تجاری و اقتصادی را نادیده گرفت. بررسی شیوه و راهکار سایر کشورها به ویژه آنچه در کنوانسیون بیع بین المللی کالا در این زمینه تدوین و پیش بینی شده است می تواند راهگشا باشد و تا حد امکان تطبیق این مقررات با فقه و حقوق داخلی برای حل این مشکل مورد استفاده قرار گیرد. زیرا در حقوق برخی کشورها و حتی کشورهای اسلامی، قابلیت تعیین ثمن و یا ارجاع قیمت به نظر شخص ثالث یا ارایه ضابطه ای جهت تعیین آن، برای صحت عقد کافی دانسته شده است. در حقوق داخلی نیز علم به ثمن از جمله احکام فقهی و قانونی است که تاب تفسیر فراوان داشته، به طوری که ارایه نظر برخلاف قول مشهور یا آنچه از ظاهر مواد قانونی بر می آید مغایرت مسلم با شرع نخواهد داشت. زیرا اولاً در بین فقهای امامیه و عامه، عده ای تعیین ثمن به نحو مقطوع در هنگام انعقاد بیع را شرط صحت نمی دانند و احاله به قیمت روز بازار (سوقیه) و یا ارجاع تعیین ثمن به شخص ثالث را برای صحت عقد کافی می دانند. ثانیاً نظر به این که ضرورت معلوم بودن ثمن برای رفع غرر و ضرر است و از طرفی حصول علم و رفع غرر نیز مفهومی عرفی دارد، چنانچه با توجه به عرف تجاری متعاملین، شیوه تعیین ثمن رافع جهل آنها باشد علم مورد انتظار حاصل است و بیع صحیح خواهد بود.

در این مقاله سعی در بررسی تأثیر تعیین ثمن در عقد بیع و ارایه راه حلی برای توجیه صحت معامله با عوض شناور شده است.

## ۱- مفهوم ثمن

### ۱-۱- مفهوم ثمن در فقه و حقوق ایران

ثمن معمولاً پول رایج یک کشور است که طرفین میزان آن را معین می کنند و در سطح بین المللی نوع پول با توجه به تنوع ارزهای متداول مشخص می شود. در حقوق ایران و برخی کشورها از جمله حقوق انگلیس و آمریکا ثمن می تواند پول، شیء یا خدمات یا حق باشد. (بند ۱ ماده ۲ قانون بیع کالای انگلیس، م ۳۳۸ قانون مدنی ایران، بند یک و دو ماده ۳۰۴-۲ قانون متحد الشکل تجاری ایالات متحده آمریکا)

در لغت از بیع به مبادله مال به مال تعبیر شده در نتیجه ثمن لزوماً باید مال باشد، ولی مال در فقه امامیه اعم از عین، منفعت، دین، حق و عمل است. سؤال این است که آیا هر کدام از این اقسام ذکر شده می تواند ثمن قرار گیرد. در مورد عین، فقهای امامیه به این سؤال جواب مثبت داده اند از جمله شیخ انصاری، قدرمتیقن و مصداق اکمل و فرد

متعارف از عوض (ثمن) را نزد عرف و بازار همین قسم « عین » می دانند و فرق ندارد که نقد رایج باشد یا عین شخصی یا کل در معین یا کلی فی الذمه. (علی محمدی، ۱۳۷۶، ص ۷۵)

لیکن امروزه گروهی از فقها و حقوق دانان معیار تمییز بیع از معاوضه را، نوع عوض قرارداده‌اند، بر مبنای این ضابطه چنانچه عوض در قرارداد عین باشد عقد معاوضه و اگر عوض وجه نقد باشد عقد بیع خواهد بود، این ضابطه مبتنی بر عرف است. (سید ابوالقاسم خوئی، بی تا، ص ۸- دکتر ناصر کاتوزیان، ۱۳۷۱، ص ۱۳ - دکتر سید حسن امامی، ۱۳۷۷، ص ۴۱۷)

در حقوق برخی کشورهای اسلامی، این ضابطه در مقررات قانونی نیز آمده است بدین بیان که ضابطه ی تمییز بیع از معاوضه، نوع عوض است. زیرا در بیع، ثمن ضرورتاً باید وجه نقد باشد، ماده ی ۴۱۸ قانون مدنی مصر به این موضوع تصریح کرده است و نویسندگان نیز یکی از شرایط ثمن را وجه نقد بودن آن دانسته‌اند. (عبدالرزاق السنهوری، ۱۴۱۷، صص ۳۶۳ و ۳۶۴)

با توجه به این که منفعت نیز مال محسوب می‌شود، نظر اکثریت فقهای امامیه بر این است که منفعت می‌تواند ثمن قرار گیرد. (محقق ثانی، ۱۴۱۰، ص ۷ - علامه حلی، ۱۲۷۲، صص ۳۶۴-۳۶۳) هر چند نظر مخالف نیز وجود دارد برخی فقها مدعی اند که در عقد بیع، عوض و معوض هر دو باید عین باشد و منفعت همان گونه که نمی‌تواند مبیع واقع شود نمی‌تواند عوض قرار گیرد. ولی باید گفت که عبارت نقل اعیان در تعاریف فقها به این معنی نیست که مبیع و ثمن هر دو باید عین باشد و منفعت همان گونه که مبیع (معوض) واقع نمی‌شود، عوض هم قرار نمی‌گیرد. (علی محمدی، ۱۳۷۶، ص ۷۵)

به نظر عبارت نقل اعیان در تعاریف فقها به این معنی نیست که مبیع و ثمن هر دو باید عین باشد در نتیجه منفعت نمی‌تواند ثمن قرار گیرد بلکه مقصود ذکر وجه غالب بوده که مبیع باید عین باشد و این ربطی به ثمن ندارد. (علی محمدی، ۱۳۷۶، ص ۷۶)

در مورد این که آیا حق می‌تواند ثمن قرار گیرد، نظرات مختلف است. برخی حقوق دانان با این استدلال که قانون مدنی در مورد ثمن حکمی ندارد، معتقدند هر چه مال باشد، اعم از عین و منفعت و حق، می‌تواند عوض بیع در قرار گیرد. (دکتر ناصر کاتوزیان، ۱۳۷۱، ص ۴۳)

ولی عده ای از فقها بین اقسام مختلف حق، تفاوت قایل شده و بیان می‌دارند حقوقی که اساساً قابل معاوضه نیست مانند حق حضانت و حق ولایت نمی‌تواند مبیع یا ثمن قرار گیرد. ولی حقوقی که آزادانه قابل نقل و انتقال به دیگری هست می‌تواند در عقود عوض قرار گرفته و در بیع ثمن واقع شود مانند حق تحجیر. (علی محمدی، ۱۲۷۶، ص ۸۷)

در بیان مفهوم ثمن و تمییز آن از مبیع دو دیدگاه در فقه اسلام وجود دارد:

در فقه امامیه تفاوت بین مبیع و ثمن ماهوی نبوده و جنبه اعتباری دارد زیرا شرایط عوض و معوض یکی است و مالی که در یک معامله ثمن قرار گرفته ممکن است در معامله ای دیگر مبیع واقع شود. (شهید ثانی، الف، ۱۴۱۰، ص ۲۲۱)

فقهای عامه بین ثمن و مبیع تفاوت واقعی و ماهوی قایل بوده و ثمن را همواره کلی و وجه نقد تلقی می‌کنند. یعنی ضابطه ای عینی و خارجی برای تشخیص مبیع و ثمن وجود دارد که به موجب آن ثمن همواره پول رایج است و آنچه

در مقابل قرار می‌گیرد مبیع می‌باشد مبیع همواره برای چیزی به کار می‌رود که در ضمن عقد و با تعیین طرفین مشخص شده، اما ثمن برای چیزی که عین معین نبوده و کلی است به کار می‌رود. (امام علا الدین الکاسانی، ابی بکر مسعود الحنفی، ۱۳۹۴، ص ۱۵۸)

البته برخی از فقهای مالکی، انواع بیع را با توجه به اقسام عوض، تقسیم بندی نموده‌اند و بیعی را که در آن عین یا منفعت عوض قرار گرفته معتبر شناخته‌اند. به نظر می‌رسد از این حیث بین فقه مالکی و حنفی تفاوت وجود دارد. (محمد سکحال المجاجی، ۲۰۰۱، صص ۴۸ - ۴۹ - ۵۰)

از متن ماده‌ی ۳۳۸ ق. م که مقرر می‌دارد ((بیع)) عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم، روشن می‌شود که در حقوق ایران برخلاف بسیاری از نظام های حقوقی، عوض در عقد بیع، محدود و منحصر به وجه نقد نیست. (دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، ب، ۷۹، ص ۴۷۹ - دکتر سید حسن امامی، ۱۳۷۷، ص ۴۱۷ و ۴۱۸)

از ماده‌ی ۳۳۹ ق. م که ناظر به تعریف عقد بیع است چنین فهمیده می‌شود که مبیع باید عین باشد و منافع و حقوق مالی نمی‌تواند مبیع قرار گیرد، لیکن عوض در قرارداد بیع محدود و وسیع تری دارد، به طوری که محدود به عین یا منفعت یا وجه نقد نیست، لذا به استناد مواد ۲۱۴ و ۲۱۵ قانون مدنی هر مال یا عمل مشروعی که متضمن منفعت عقلایی باشد، می‌تواند در عقود معوض به عنوان عوض قرار گیرد. عوض در بیع ممکن است عین یا منافع یا خدمات و یا ابرای دین و یا اوراق بهادار و اوراق قرضه یا حق الامتیاز باشد. (دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، ب، ۱۳۷۹، ص ۲۶۵)

بنابراین علاوه بر عین خارجی و کلی؛ منفعت، عمل و حق قابل نقل و انتقال می‌تواند ثمن قرار گیرد. (سید ابوالقاسم خوئی، بی تا، ص ۱۲۱) و حتی به عقیده ی برخی از قوق دانان، حقوق غیر قابل نقل و انتقال، مشروط به این که قابل اسقاط باشد مانند حق خیار و حق شفعه می‌تواند در مقابل بیع مال از طرف من علیه الحق ثمن قرار گیرد. (دکتر سید حسن امامی، ۱۳۷۷، ص ۴۲۶)

برخی از استادان نیز در تمییز بیع از معاوضه اراده و قصد طرفین را ملاک قرار داده‌اند نه پول بودن ثمن را، ولی عرف مسلم این است که در فرض مبادله کالا با پول عقد مورد نظر طرفین بیع بوده است زیرا در فرض عدم امکان احراز قصد طرفین این عرف حاکم خواهد بود. (دکتر ناصر کاتوزیان، ۱۳۷۱، ص ۱۳ و ۱۴)

ولی برخی از نویسندگان معتقدند، امروزه وضعیت عقد بیع با آنچه که در گذشته رایج بوده متفاوت است زیرا در گذشته از عقد بیع، بیشتر مبادله کالا مد نظر بوده است در حالی که امروزه، این گونه نیست و از مفهوم بیع مبادله کالا در مقابل پول به ذهن متبادر می‌شود. (مصطفی عدل (منصور السلطنه)، ۱۳۷۳، ص ۲۷۰)

## ۲-۱. مفهوم ثمن در حقوق سایر کشورها

برای روشن شدن مفهوم ثمن در حقوق خارجی، بهتر است مفهوم عوض را بررسی کنیم. در حقوق انگلیس، تعاریف گوناگونی از عوض به عمل آمده است. عده ای عوض را معادل تعهد متقابل دانسته‌اند، یا این که عوض قیمتی است که یک طرف در قبال تعهد طرف مقابل می‌پردازد یا عوض چیزی است که از لحاظ حقوقی واجد ارزش است. با توجه به این تعاریف معلوم می‌شود که عوض محدود به پول نیست. بلکه سایر اموال مفید و دارای نفع مشروع نیز

ممکن است عوض واقع شوند.

ولی نه تنها در حقوق انگلیس بلکه در فرهنگهای حقوقی و قوانین کشورهای تابع نظام کامن لا و حقوق نوشته، ثمن همواره وجه نقد تلقی شده است. (رابرت داکسبری، ترجمه دکتر حسین میر محمد صادقی، ۱۳۷۷، ص ۴۷ به بعد)

یکی از فرهنگ های حقوقی ثمن را این گونه تعریف کرده است. « عوضی است به پول که در ازای انتقال مالکیت در

عقد بیع پرداخت شود» (the concise dictionary of law, 1970, P.277)

ماده ۱۰۵۳ قانون مدنی اتریش در تعریف بیع مقرر می دارد :

«بیع قراردادی است که به موجب آن فروشنده، مالکیت کالا را در ازای مقدار مشخصی پول منتقل می کند و ماده ۱۰۵۵ آن قانون مجدداً تأکید می کند که در بیع، ثمن باید وجه نقد باشد ماده ۱۴۷۲ قانون مدنی ایالت کبک کانادا در تعریف بیع مقرر می دارد « بیع قراردادی است که به موجب آن فروشنده، مالکیت کالا را در ازای پولی که ثمن نامیده می شود منتقل یا تعهد به انتقال می نماید. (Benjamin., 1992, P.68)

قانون فروش کالاهای انگلستان مصوب ۱۹۳۰ در مورد عوض متضمن حکم خاصی می باشد، به این معنی که عوض در قرارداد فروش کالا لزوماً باید وجه نقد باشد. (V.K.Barta and NK.Karla. 1998, P.233-234)

در حقوق انگلیس عوض معتبر عوضی است که موجود و واجد ارزش باشد. چنانچه واجد این شرایط نباشد نه تنها عوض تلقی نمی گردد بلکه قرارداد معتبری نیز منعقد نخواهد شد. به عنوان نمونه عوض گذشته { Past Consideration } یعنی موضوعی که خاتمه یافته است معتبر تلقی نمی شود. حتی وعده های شخص ثالث یا وعده ای مبهم - که قابل ارزیابی به پول نمی باشد - نمی توان عوض تلقی کرد. مثل وعده انجام یک کار خوب و وعده به این که طرف آدم خوبی باشد. (Marsh and Soulsby, 1989 p.110)

در قرارداد بیع، عوضی که وجه نقد است ثمن نامیده می شود و چنانچه عوض، وجه نقد نباشد، قرارداد را نمی توان قرارداد فروش محسوب نمود، اگر کالا با کالا معاوضه شود عقد معاوضه محسوب خواهد شد و بیع تلقی نمی شود، اما اگر عوض مرکب از کالا و پول باشد قرارداد مزبور بیع خواهد بود و چنانچه کالا بدون عوض به دیگری منتقل گردد، قرارداد مزبور هبه است نه فروش. (V.K, Barta and N.K Karla, 1988 P.234)

از تعریف ارایه شده برای عقد بیع در قانون فروش کالای انگلستان آشکار می شود که عوض قرارداد، باید وجه نقد باشد تا مشمول قانون مزبور شود و چنانچه عوض نیز کالا باشد، عقد معاوضه بوده و مشمول قانون مزبور نمی گردد. مع الوصف اگر قسمتی از عوض وجه نقد باشد به نظر می رسد که قرارداد، بیع کالا خواهد بود.

(Sir Gordon – Borrier 1988, P.147)

در حقوق آمریکا، عوض چیزی است که متعهد له به عنوان قیمت تعهد پرداخت می کند به شرط آن که ارزش اقتصادی داشته باشد، تعهداتی که صرفاً جنبه عاطفی و اخلاقی دارند معتبر نمی باشند (Ronald, Anderson 147, 1973 P

### ۱-۳. مفهوم ثمن در کنوانسیون

قرارداد بیع بین المللی با توجه به ارکان و عناصر آن ماهیتاً با بیع داخلی تفاوتی ندارد و عقدی است که هدف اصلی از انعقاد آن چیزی جز مبادله مبیع و ثمن نمی باشد. بدین لحاظ است که عرف و حقوق بازرگانی تأدیبه ثمن را به عنوان

اساسی ترین تعهد خریدار تلقی کرده است. کنوانسیون بیع بین المللی ۱۹۸۰ وین نیز در برخورد با مسأله مزبور به تبعیت از واقعیت های تجارت بین المللی، ضمن مقدم دانستن پرداخت ثمن بر سایر تعهدات مشتری، در مواد ۵۳ الی ۵۹ به این موضوع پرداخته است. ماده ۵۳ کنوانسیون به تعهد خریدار به پرداخت ثمن اشاره کرده و ماده ۵۴ از اقدامات و تشریفات مقدماتی برای تأدیه ثمن سخن گفته است. اقدامات و تشریفات مذکور که بنا به مورد متغیر بوده می تواند شامل گشایش اعتبار اسنادی و یا تبدیل ارز و... باشد که خود جزیی از تعهد مشتری به پرداخت ثمن را تشکیل می دهد. علت الزام خریدار به انجام تشریفات مذکور طبع خاص معاملات بین المللی است. زیرا همان گونه که گفته شد در قرارداد بیع بین المللی مرکز تجاری طرفین در دو کشور مختلف قرارداد و طبعاً تعهدات طرفین به ویژه تعهد خریدار به تأدیه ثمن مستقیماً و بی واسطه انجام پذیر نیست و لازم است خریداریک رشته اقدامات برای تأدیه ثمن انجام دهد از جمله مهمترین این اقدامات گشایش اعتبار اسنادی توسط خریدار می باشد.

اما نکته ی اساسی این است که آیا ثمن به عنوان تعهد مشتری به شرحی که در مقررات کنوانسیون آمده، لزوماً به معنای وجه نقد است؟ و یا این که مانند آنچه که در برخی کشورها گفته شد، شمول قانون فروش یا تحقق عقد بیع ناظر به زمانی است که ثمن مقداری وجه نقد است؟ گرچه ظاهر این مقررات آن گونه که بعضی از مفسرین گفته اند تداعی پرداخت از طریق اعطای پول را می نماید، ولی از آنجا که اجرای کنوانسیون در مورد معاملات جبرانی و خرید متقابل نیز ممکن است، در نتیجه می توان پذیرفت که قیمت کالا به وسیله تحویل متقابل کالا که در قرارداد جداگانه ای مورد توافق قرار می گیرد، تهاتر شود. در قراردادهایی که ثمن بر اساس پول تعیین شده، لیکن بازپرداخت آن به صورت جزیی یا کلی از طریق تحویل کالا صورت می گیرد، هیچ تردیدی در شمول کنوانسیون نیست. اما در معاوضه خالص با آن که کنوانسیون آن را استثنا نکرده، هم از لحاظ ثوری و هم عملی به لحاظ ماهیت این دو قرارداد، مصلحت بر توافق طرفین در مورد شمول یا عدم شمول کنوانسیون است (دکتر مهاب داراب پور، ۱۳۷۴، ص ص ۲۳۸ و ۲۳۹) در حقوق داخلی، از این جهت که ضابطه دقیق برای تمایز بیع از معاوضه وجود ندارد، مقررات قانون مدنی ناقص به نظر می رسد. گرچه بعضی از نویسندگان عرف و یا احراز اراده طرفین را ملاک قرار داده اند. (دکتر ناصر کاتوزیان، ۱۳۷۱، ص ۱۴)

## ۲. معلوم و معین بودن ثمن

وفق مواد ۱۹۰ و ۲۱۶ قانون مدنی، مورد معامله باید معلوم و معین باشد و در بیع به عنوان یک عقد معوض، مورد معامله و شرط مزبور شامل مبیع و ثمن، هر دو می شود. قبل از بررسی این شرط ابتدا باید مفهوم معلوم و معین و تفاوت آن دو را بیان نمود.

### ۲-۱. مفهوم معلوم و معین بودن

#### الف) معلوم بودن

گرچه در ماده ۱۹۰ قانون مدنی، که در بیان شرایط اساسی مورد معامله آمده است، اشاره ای به عبارت معلوم بودن مورد معامله نشده است، لیکن کلمه « معین » در این ماده معنایی عام داشته و شامل معلوم بودن نیز هست. همان گونه که در فقه نیز بین دو کلمه معین و معلوم تفکیک قایل نشده اند. موید این نظر ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی فرانسه است، که

ظاهراً مأخذ ماده‌ی ۱۹۰ به شمار می‌آید. لذا با توجه به این سابقه و هم چنین با در نظر گرفتن ماده‌ی ۲۱۶ ق.م که ناظر به بیان و تشریح شرایط اساسی است، این‌گونه استنباط می‌شود که لفظ «معین» در ماده‌ی ۱۹۰ ق.م ناظر به هر دو مفهوم «معلوم» و «معین بودن» مورد معامله است و نه تنها در عرف عمومی بلکه حتی در عبارات حقوقی نیز به عنوان دو لفظ مترادف به کار می‌روند. البته بعضی از نویسندگان معتقدند که در حقوق فرانسه به لفظ معلوم بودن مورد معامله اشاره شده و تصریحی در زمینه لزوم معین بودن مورد عقد دیده نمی‌شود. هر چند از برخی از عبارات قانونی می‌توان لزوم «معین بودن» را به طور تلویحی استنباط کرد. (دکتر مهدی شهیدی، ۱۳۷۹، صص ۳۲۶ و ۳۲۷)

از تعبیر گوناگون نویسندگان و آرا و نظرات فقها و حقوق دانان استنباط می‌شود که معلوم بودن ویژگی‌هایی دارد که فقدان آن و عدم علم به این ویژگی‌ها، موجب جهالت و در نتیجه غرری بودن معامله می‌شود. به لحاظ منطقی، می‌توان مدعی شد که این ویژگی‌ها همه مواردی را در بر می‌گیرد که ارزش مورد معامله به واسطه وجود یا فقدان آنها، به نحو قابل توجهی که موثر در رغبت متعاملین است تغییر می‌یابد. (محقق ثانی، ۱۴۱۰، صص ۱۱۴)

حتی اگر ویژگی اوصاف نیز طوری باشد که اختلاف در آن موثر در بهای کالا به طور فاحشی گردد، به نحوی که قابل تسامح نباشد عدم ذکر اوصاف نیز سبب جهالت و غرر خواهد شد. (شهید ثانی، ۱۴۱۴، صص ۲۱۹۹)

نقطه‌ی مقابل علم، جهل است، و جهالت نسبت به مورد معامله، ممکن است به واسطه جهل به وجود و حصول و یا جهل به اوصاف کمی و کیفی پدید آید. چنانچه متعاملین در وجود و حصول مورد معامله، خصوصاً هنگامی که عین معین است، در هنگام عقد تردید داشته باشند، به اتفاق آن معامله باطل و کان لم یکن است. (ملا احمد نراقی، ۱۴۰۸، صص ۹۷)

همین طور اگر حصول مورد معامله احتمالی باشد، غرری بودن بر آن صادق است. به عقیده برخی از فقها کلیه اقسام جهالت در مورد معامله، اعم از این که جهل به وجود و یا حصول و یا جهل به اوصاف باشد، به استناد قاعده غرر، موجب بطلان می‌شود. به همین دلیل تبعیض بین اقسام سه گانه جهالت را نادرست و غیر موجه دانسته‌اند و در هر سه مورد حکم به بطلان عقد داده‌اند. (ملا احمد نراقی، ۱۴۰۸، صص ۹۷)

ماده‌ی ۳۴۲ ق.م، معیار معلوم بودن را معلومیت از حیث جنس و وصف و مقدار دانسته است. (دکتر مهدی شهیدی، ۱۳۷۹، صص ۳۱۴) و در پاسخ به این سوال که آیا علم مزبور چنانچه برای طرفین حاصل شود، کافی است یا این که باید در عالم واقع نیز روشن باشد گفته شده، مقصود از معلوم بودن مورد معامله که به عنوان شرط صحت عقد در قانون مدنی معرفی شده است، معلوم بودن ماهیت و مقدار و وصف موضوع از حیث توافق اراده طرفین است، نه شیئی خارجی که به عنوان مورد معامله معرفی شده است. طرفین باید به هنگام توافق بدانند که موضوع معامله در اراده ایشان چیست و ایشان نسبت به چه چیزی توافق می‌کنند. بنابراین هرگاه در زمان تشکیل معامله مربوط به عین معین، ماهیت و مقدار و اوصاف مهم آن معرفی گردد و طرفین بر این مبنا مبادرت به انشای عقد نسبت به آن کنند مورد معامله نزد طرفین معلوم است، هر چند ماهیت یا مقدار یا اوصاف مهم بیان شده با واقعیت آن عین، منطبق نباشد. (دکتر مهدی شهیدی، ۱۳۷۹، صص ۳۶۶) مع الوصف این علم باید برای طرفین حاصل شود و کافی نیست که یکی از متعاملین آن را بداند و دیگری به آن جاهل باشد، زیرا معامله مزبور غرری و باطل است. (دکتر سید حسن امامی، ج ۱، ۱۳۷۷، صص ۲۱۹)

ب) معین بودن

باین که ماده‌ی ۱۹۰ ق.م، معین بودن مورد معامله را از شرایط صحت عقد دانسته، اما تعریفی از آن به عمل نیاورده است. ولی از مواد ۵۶۴ و ۶۹۴ قانون مدنی مستفاد می‌شود که مقصود از معین بودن، مردد نبودن مورد معامله بین دو یا چند شیء یا دین است. مبنای این شرط نیز رفع غرر است. بدین معنی که متعاملین باید بدانند در مقابل آنچه از دست می‌دهند، چه چیزی به دست می‌آورند: مورد معامله نمی‌تواند یکی از دو یا چند شیء معین قرارگیرد. مثلاً چنانچه کسی تعهد نماید که پس از دو ماه خانه یا باغ خود را به دیگری انتقال بدهد و یا تعهد کند که هر یک از آن دو را که متعهد له بخواهد به او انتقال خواهد داد، آن تعهد باطل است. در بسیاری از قوانین ملل دیگر این‌گونه تعهد اشکالی ندارد زیرا معامله مزبور غرری که موجب اخلال آن گردد در بر نخواهد داشت (دکتر سید حسن امامی، ج ۱، ۱۳۷۷، ص ۲۲۰) عده ای از حقوق‌دانان معتقدند چنانچه فروشنده ای پیشنهاد فروش یکی از دو چیزی را که ارزش برابر ندارند بکند و بهای هر یک را معین سازد و به مشتری اختیار دهد تا هر کدام را که می‌خواهد انتخاب کند، تردید در درستی بیع روا نیست. چرا که می‌توان بر آن بود که وی چند ایجاب را در یک عبارت اراده کرده است و با قبول هر کدام از آنها عقدی بر اساس ایجاب و قبول خاص خود واقع می‌گردد. هم چنین هرگاه اشیا یکی از آنها مورد بیع قرار گرفته است، از حیث ارزش و اوصاف یکسان باشد، بیع درست خواهد بود. زیرا در چنین حالتی فرض غرر وجود ندارد. (دکتر ناصر کاتوزیان، ۱۳۷۱، ص ۱۱۱ و ۱۱۲) به علاوه می‌توان گفت در این مورد مبیع کلی است که مصادیق متعدد دارد. اطلاق ماده‌ی ۲۱۶ قانون مدنی مبنی بر لزوم معلوم بودن مورد معامله، هم ناظر به اموال مثلی و هم قیمی است ولی نظر به این که اموال مثلی وضعیت یکسانی دارند، تردید در دو یا چند مال مثلی غرر ایجاد نمی‌کند. بر خلاف اموال قیمی که مصادیق آن از حیث اوصاف و مشخصات متفاوتند.

## ۲-۲. معلوم و معین بودن ثمن در فقه اسلام به عنوان منبع اصلی حقوق ایران

آنچه رکن اساسی عقد بوده و هدف نهایی طرفین قرارداد می‌باشد موضوع آن است. علم به عوضین به عنوان دو رکن عقد به همین جهت اهمیت دارد. تحصیل این علم ممکن است قبل از عقد یا هم زمان با انعقاد عقد صورت پذیرد. بعضی از فقها علم به عوضین را قبل از انعقاد عقد ضروری دانسته‌اند. (شهید ثانی، ج ۳، ۱۴۱۴، ص ۲۶۴) ولی به نظر می‌رسد اگر هم زمان با انعقاد عقد، علم طرفین کامل گردد، به نحوی که در لحظه انشای عقد متعاملین با علم و آگاهی کافی نسبت به عوضین، عقد را منعقد نمایند، برای صحت عقد کافی است. نکته‌ی مهم آن است که اگر تا زمان انعقاد عقد، علم حاصل نشود، عقد باطل بوده و کسب آگاهی از ویژگیهای مورد معامله پس از انعقاد عقد، فاقد ارزش و اعتبار است و عقد باطل شده را حیات نمی‌بخشد. در فقه امامیه در ضرورت معلوم بودن مورد معامله، هیچ تردیدی نیست و این امر مسلم به شمار می‌رود و ادعای اجماع بر لزوم علم به مورد معامله نیز شده است. (شیخ مرتضی انصاری، ۱۴۱۱، ص ۲۱۵)

گرچه بعضی از فقها اجماع مطرح شده را محل تردید قرارداده و معتقدند اگر اجماع هم هست مستند به حدیث نبوی نفی غرر است و نه در زمینه معلوم بودن ثمن، لیکن شرط علم به مقدار ثمن (ابوالقاسم خوئی، بی تا، ص ۳۱۸) قول مشهور فقهای امامیه است، به طوری که بسیاری از فقهای امامیه مدعی اجماع به لزوم علم به مورد معامله شده‌اند و چنانچه تعیین ثمن به یکی از متعاملین احاله شود، بیع باطل است، همان گونه که در کتابهای فقهی مختلف

از جمله، تذکره و سرائر، چنین حکمی بیان شده است و جملگی نیز در این مورد به حدیث نفی غرر استناد کرده‌اند. (شیخ مرتضی انصاری، ۱۴۱۱، ص ۲۱۳)

در فقه عامه نیز چنین دیدگاهی وجود دارد (عبدالرحمن الجزیری، ۱۴۲۰، ص ۱۹۳) در ابتدا در مورد شرط معلوم بودن مورد معامله سخت گیری زیادی وجود داشت و نه تنها در بیع بلکه در سایر معاملات حتی عقود مجانی، مثل هبه نیز رفع ابهام را لازم می دانستند. اما فقهای متأخر، به تدریج شیوه مزبور را تعدیل کردند، به طوری که ابن تیمیه از فقهای عامه معتقد است که قاعده غرر به منظور پیش گیری از خصومت ها وضع شده و اگر با مصلحت مهم تری در تضاد باشد، باید بر طبق مصلحت و بر اساس نیازها غرر را تجویز کرد. (سید حسن وحدتی، ۱۳۷۹، ص ۴۳)

بنابراین در هر کدام از مکاتب اهل سنت، نوعی تفسیر و تعبیر جدید از غرر ارایه شده است، در مکتب حنفی جهالت فاحش یا جهالت موجب نزاع در هر یک از عوضین، باعث فساد بیع می گردد. در فقه شافعی چنانچه ضرورتی در بین نباشد، غرر موجب بطلان عقد است. هم چنین پیشنهاد گردیده که در عصر حاضر لازم است دیدگاه ما نسبت به غرر، با مقداری تسامح همراه باشد، چراکه آنچه در عصرهای پیشین، غرر، و غیر قابل چشم پوشی بود، هم اکنون با تحولی که در نظام اقتصادی جهان پدید آمده، غرر کم و قابل چشم پوشی قلمداد می شود. به همین دلیل گفته شده با توجه به تأثیر زمان و مکان و نظریه این که در حال حاضر در بیشتر معاملات بین المللی، رقم ثمن از قبل مشخص نیست، بلکه طبق فرمول و در آینده تعیین می گردد، لذا قابل تعیین بودن مورد معامله برای رفع جهل و غرر کافی است. (سید حسن وحدتی، ۱۳۷۷، ص ۴۴)

فقهای امامیه جهل به ثمن را به جهت غرری بودن معامله موجب بطلان عقد می دانند. ایشان تا جایی پیش رفته اند که حتی علم به ثمن قبل از انعقاد عقد بیع را شرط صحت آن تلقی کرده اند، ذکر عبارات تعدادی از فقهایانگر صراحت ایشان در چنین مسأله ای است از جمله: « یشرط علم الثمن قدرأ و جنساً و وصفاً قبل ایقاع عقد البیع » (شهید ثانی، ۱۴۱۴، ۱۴۱۴، ص ۲۶۴) و « العلم بقدر الثمن کالمثمن شرط باجماع علمائنا و... » (شیخ مرتضی انصاری، ۱۴۱۱، ص ۲۱۵) و « یشرط العلم بالثمن قدرأ و وصفاً و جنساً قبل ایقاع البیع فلا یصح البیع بحکم احد المتبایعین او اجنبی اجماعاً و بالثمن المجهول القدر » (یوسف بحرانی، بی تا، ص ۴۶۰)

نتیجه آن که معامله ای که در آن ثمن تعیین و یا ذکر نشود از نظر فقهای امامیه و اکثر فقهای اهل سنت به دلیل وجود غرر، صحیح و معتبر نمی باشد. (محمد تقی رفیعی، ۱۳۷۸، ص ۱۸۷)

غرر نیز در اصطلاح، آن است که مبیع یا ثمن در بیع و عوض یا معوض در هر معامله معاوضی در معرض خطر باشد. بعضی از نویسندگان، جهل به مقدار یا جنس یا وصف ثمن را از موارد غرر دانسته اند و لزوم علم به مقدار و جنس و وصف عوضین را شرط صحت معامله می دانند، که از قواعد فرعی قاعده غرر به شمار می آید. (دکتر ابوالحسن محمدی، ۱۳۷۹، ص ۷۰)

عده ای از فقهای متأخر عامه نیز معلوم بودن مبیع و ثمن را هنگام عقد، شرط دانسته اند و جهل به ثمن یا مثن، چه به نحو اجمالی و یا تفصیلی از نظر ایشان، موجب بطلان بیع خواهد بود (محمد سکحال المجاجی، ۲۰۰۱، ص ۱۱۲) لیکن در بین فقهای امامیه نوآوری هایی در این زمینه مشاهده می شود. مرحوم خوئی، ضمن بیان ایراداتی که در خصوص سند و دلالت حدیث نفی غرر بیان می دارند، این گونه استدلال می نمایند که آنچه از این روایات استنباط می گردد،

نهایت آن است که معامله مورد بحث مکروه است و در این حالت دلالت بر فساد بیع نمی نماید. در نتیجه دلیل خاصی که لزوم علم به مقدار ثمن در بیع را افاده کند وجود ندارد لذا از دو حیث موضوع باید بررسی شود. اگر منظور از جهالت به مقدار ثمن، جهل به مالیت داشتن یا نداشتن ثمن باشد، به طوری که با بیع نمی داند آنچه دریافت می کند مال است یا خیر، بدون شک بیع باطل است. لیکن اگر منظور از جهل به مقدار ثمن این باشد که علم به مالیت ثمن وجود دارد ولی مقدار ثمن در بازار معلوم نیست، شکی در صحت بیع وجود ندارد. زیرا این جهل موجب غرر و خطر نمی باشد و در نهایت ایشان ارجاع ثمن به قیمت روز بازار (سوقیه) را می پذیرند (ابوالقاسم خوئی، بی تا، ص ۳۱۸، و ۳۱۹) هم چنین صاحب حدائق به استناد برخی از اخبار، قیمت سوقیه را در فرض جهل به ثمن معتبر و بیع را صحیح می دانند. (شیخ یوسف بحرانی، بی تا، ص ۳۱۸ و ۳۱۹) با توجه به مباحثی که در فقه مطرح گردیده، می توان نتیجه گرفت، چنانچه متعاملین تعیین ثمن را ارجاع به قیمت متداول در بازار موقوف نمایند در صورتی که قیمت روز عقد، در بازار ثابت و معلوم باشد، حتی چنانچه طرفین مقدار دقیق آن را نیز ندانند و بدان جاهل باشند این مقدار جهل قابل گذشت است و مستلزم غرر نیست. به عبارت دیگر قابل تعیین بودن ثمن برای صحت عقد کافی می باشد، هر چند مشهور فقهای امامیه قابل تعیین بودن مورد معامله را در رفع ابهام کافی نمی دانند و در بیشتر کتب فقهی، خرید به حکم یکی از دو طرف و یا شخص ثالث غرری دانسته شده است و بر بطلان عقد ادعای اجماع نیز شده است. (سید حسن وحدتی شبیری، ۱۳۷۹، ص ۱۳۳) لیکن نظر غیر مشهور در این زمینه قابل اعتنا و راه گشا است ابن جنید بیعی را صحیح می داند که در آن توافق شده ثمن همان مقداری باشد که فروشنده به دیگران می فروشد. محقق اردبیلی نیز خرید به هر قیمتی که طرف عقد تعیین کند را مجاز دانسته و به طور کلی قابل تعیین بودن مورد معامله را کافی می داند. (حسن وحدتی شبیری، ۱۳۷۹، ص ۱۳۴)

نظر مرحوم خوئی نیز که قبلاً ذکر گردید بیانگر کفایت قابل تعیین بودن ثمن برای صحت بیع می باشد. ماده ۲۱۶ ق.م ایران، در شرایط مورد معامله، مقرر می دارد که مورد معامله نباید مبهم باشد. این حکم ثمن را نیز به عنوان عوض در بر می گیرد و چنانچه ثمن پول باشد - امری که امروزه رایج است، با تعیین مقدار معلوم می گردد لذا در این صورت ذکر جنس و وصف آن، آن گونه که در ماده ۳۴۲ بیان شده ضرورت نخواهد داشت. وفق قانون در معاملات داخلی، تعهد به پرداخت دین و یا بدهی فقط به پول رایج کشور انجام می پذیرد که در این صورت به عقیده صاحب نظران معاصر حقوق ما، در این گونه موارد عرفاً جنس و وصف معلوم است نه مجهول. هر چند که ذکری از این معنا در عقد نمی شود. البته در بیع بین المللی باید نوع پول مشخص گردد.

به علاوه ماده ۳۳۸ ق.م نیز به معلوم بودن ثمن تصریح می نماید. از ماده ۳۳۹ این قانون نیز که مقرر می دارد: «پس از توافق با بیع و مشتری در مبیع و قیمت آن، عقد بیع به ایجاب و قبول واقع می شود.» مشخص می گردد که باید قبل از انعقاد عقد درباره ثمن توافق شود و بیع با ثمن مجهول به طور صحیح منعقد نمی شود.

حاصل آن که در حقوق ایران بیشتر نویسندگان، معلوم بودن ثمن را شرط صحت بیع دانسته اند و گفته شده جهالت در عقود لازم مثل بیع و اجاره و... مبطل عقد است. یعنی با جهالت احد متعاملین به عوضین، چنان که جهل واقعی باشد نه آن که بر حسب عرف حمل به علم گردد، معامله صحیح نیست. (دکترسید حسن امامی، ۱۳۷۷، ص ۴۱۷ - مصطفی عدل، ۱۳۷۳، ص ۲۷۰ - سید علی حائری، ۱۳۷۶، ص ۳۲۶ - محمد عبده بروجردی، ۱۳۸۰، ص ۳۹ و ۵۷)

در رویه ی قضایی نیز مطابق نظریه فوق، عدم تعیین ثمن موجب بطلان بیع دانسته شده است. شعبه سوم دیوان عالی کشور به موجب دادنامه شماره ۳/۱ مورخ ۷۳/۱/۱۵، استدلال نموده است با توجه به لوایح خواهان، در زمینه میزان ثمن معامله و کیفیت پرداخت آن و انکار خواندگان، میزان ثمن معامله، مقطوعاً احراز نمی‌شود. چنین معامله ای به فرض وقوع از جهت معلوم نبودن ثمن معامله، باطل و فاسد است. (یدالله بازگیر، ۱۳۷۹، ص ۲۴)

همین شعبه وفق دادنامه شماره ۳/۶۶۷ مورخ ۷۱/۱۰/۲۱، بیان داشته سند مربوطه مثبت وقوع عقد نیست. زیرا به موجب ماده ۳۳۸ ق.م.بیع، عبارتست از تملیک عین به عوض معلوم، در صورتی که در سند عادی عوض و ثمن معلوم نیست.

مجدداً شعبه سوم دیوان عالی کشور به موجب دادنامه شماره ۳/۲۰۷ مورخ ۷۶/۶/۲۴، به این جهت که ثمن معامله به نحو منجز و مقطوع معین نمی‌باشد، حکم به بطلان بیع داده است. (یدالله بازگیر، ۱۳۷۹، ص ۴۳) آنچه مسلم است این که مجهول بودن کامل مورد معامله، در هیچ عقدی، حتی احسانی و تبرعی پذیرفته نشده است، بنابراین اگر مورد معامله آن چنان مجهول باشد که حتی علم اجمالی هم در مورد آن منتفی باشد، چنین معامله ای قطعاً باطل است (دکتر ناصر کاتوزیان، ۱۳۷۱، ص ۵۲۷) در مورد ثمن نیز همین قاعده حاکم است. ایرادات ناشی از این وضعیت و مشکلات عملی و چگونگی صحت عقد در فرض قابلیت تعیین ثمن جداگانه بررسی خواهد شد.

### ۳. تعیین ثمن در کنوانسیون بیع بین المللی

مذاکرات مقدماتی کنوانسیون، بیانگر اختلاف نظرهای فراوانی در این زمینه است. ماده ۱۴ و ۵۵ کنوانسیون که به ظاهر، متعارض به نظر می‌رسند، در مورد تعیین ثمن احکامی را بیان داشته‌اند، که بررسی و تفسیر آنها بیانگر راه حل کنوانسیون در این زمینه است. این اختلاف و تعارض، ناشی از حاکمیت دو تفکر در نظامهای حقوقی مختلف است، در حقوق برخی کشورها، تعیین ثمن برای صحت قرارداد ضروری است و هرگاه ثمن به طور قطعی معین نباشد، مانند آنچه در فقه اسلام در گفتار قبل بررسی شد، بیع باطل است. در حالی که در بعضی از نظامها از جمله حقوق کامن لا، در صورت عدم تعیین ثمن، خریدار باید ثمن متعارف را بپردازد.

بعضی از نویسندگان، صرف نظر از تعارض مطرح شده، بین مواد ۱۴ و ۵۵، ایده تصویب کنندگان کنوانسیون را مبین صحت عقد بیع، بر فرض عدم تعیین ثمن می‌دانند و ماده ۵۵ را ناظر بر چگونگی تعیین ثمن تلقی کرده‌اند. (دکتر عبدالله کیائی، ۱۳۷۶، ص ۳۷۷ - دکتر مهربان داراب پور، ۱۳۷۴، ص ۲۶۳)

حال ابتدا باید تعارض را بررسی کرده و با توجه به تفاسیر حقوق دانان نحوه رفع تعارض و راه حل نهایی کنوانسیون را جستجو نمود.

به موجب ماده ۵۵ « هرگاه در ضمن قراردادی، که به صورت صحیح منعقد شده، ثمن به طور صریح یا ضمنی قید نگردد، چنین فرض می‌شود که متعاملین به طور ضمنی، ثمنی را که در زمان انعقاد قرارداد برای فروش این قبیل کالا، در اوضاع و احوال مشابه در نوع تجارت مربوطه رایج بوده، در نظر داشته‌اند.»

قانون متحد الشکل بیع بین المللی ۱۹۶۴ لاهه بر خلاف کنوانسیون ۱۹۸۰ وین معیار مشخصی را برای تعیین ثمن مقرر می‌داشت، بدین بیان که برای تعیین ثمن باید قیمتی را که فروشنده در حین انعقاد عقد اعلام می‌نماید، ملاک

عمل قرارداد. با توجه به مادهی ۵۵، می توان تصور نمود که حداقل در بعضی از موارد بدون این که ثمن توسط طرفین تعیین شده باشد، قرارداد بیع منعقد گردد. ولی پذیرش آن به عنوان یک قاعده، منوط به رفع تعارض آن با مادهی ۱۴ می باشد.

در همین راستا تفاسیر گوناگونی به عمل آمده که به موجب آنها راه حلهایی ارایه می شود:

### ۳-۱. امکان اعمال مادهی ۵۵ بر فرض صحت قرارداد

اولین راه حل آن است که با توجه به عبارت « به نحو صحیح منعقد شده باشد». مندرج در ابتدای مادهی ۵۵ گفته شود، در آن قسمت که مسأله اعتبار قرارداد مطرح است، به موجب قسمت الف مادهی ۴ کنوانسیون، صریحاً خارج از قلمرو شمول کنوانسیون قرارداد و تابع قانون ملی حاکم است.

بدین ترتیب، با توجه به توضیح فوق، ابتدا با در نظر گرفتن قانون ملی که بر اساس قواعد حل تعارض تعیین می شود، باید وضعیت عقد بیع را از این حیث که آیا صحیحاً منعقد شده یا خیر، بررسی کرد و سپس امکان اعمال مادهی ۵۵ را با توجه به نتیجه این بررسی، مشخص ساخت.

به این تفسیر ایراد وارد گردیده، زیرا که مسأله ضرورت تعیین قبلی ثمن را از شمول کنوانسیون خارج ساخته و به اعتبار قرارداد ارتباط می دهد و این امر با مادهی ۱۴ کنوانسیون سازگار نیست، زیرا مادهی ۱۴ در جایی که بیان می دارد ایجاب باید به اندازه کافی مشخص باشد، تکلیف این موضوع را روشن ساخته و کنوانسیون در این زمینه دارای حکم بوده و ساکت نیست. و با مادهی ۴ به این دلیل سازگار نیست که مادهی ۴ فوق الذکر، مقررات کنوانسیون را دقیقاً ناظر به انعقاد قرارداد می داند که یکی از آن مقررات مادهی ۱۴ مورد بحث است. (ژان پیر پلانتر، ترجمه دکتر ایرج صدیقی، ۱۳۷۰، ص ۳۴۴)

به همین دلیل بعضی از نویسندگان، با توجه به این تفسیر، معتقدند که مادهی ۵۵ در مورد قراردادهای نادری اعمال می شود که طرفین صریحاً قصد خود مبنی بر انعقاد قرارداد را اعلام و توافق نموده اند که تعیین قیمت نهایی را از آن متمایز نمایند. (James M. West. John 1980, P44)

به عبارت دیگر محدوده اعمال مادهی ۵۵ به طرز قابل توجهی کاهش یافته است. لیکن مادهی ۵۵ فاقد آثار عملی نیست و مواردی برای اعمال مادهی ۵۵ یافت می شود مثلاً ممکن است طرفین قرارداد به واسطه عرف و رویه تجاری، صریحاً یا ضمناً از مادهی ۱۴ عدول نمایند، به علاوه اگر مطابق مادهی ۹۲ بخش دوم کنوانسیون پذیرفته نشده باشد، مادهی ۱۴ به هیچ عنوان قابل اعمال نخواهد بود. (Peter Schlechtriem. 1986 , P461)

بنا بر مقررات مادهی ۹۲ « هر یک از کشورهای متعاقد، می توانند در زمان امضا، تصویب، قبول، تأیید و یا الحاق، اعلام نمایند که ملزم به رعایت قسمت دوم این کنوانسیون نخواهند بود...» بنابراین مقرر، در کشوری که صرفاً عضو قسمت دوم کنوانسیون است، قرارداد بدون تعیین ثمن یا با تعیین ثمن شناور معتبر نخواهد بود، ولی اگر کشوری عضو قسمت سوم کنوانسیون باشد، ولی عضو قسمت دوم آن نباشد، در این صورت قرارداد با ثمن شناور معتبر خواهد بود و بر طبق مادهی ۵۵ تعیین می شود. (دکتر مهرباب داراب پور، ۱۳۷۴، ص ۲۷۶)

الف) تخصیص مادهی ۱۴ توسط مادهی ۵۵ کنوانسیون

چنان‌که اشاره شد، ماده‌ی ۴ کنوانسیون، به صراحت، امور مربوط به اعتبار قرارداد یا هر یک از شرایط آن را از شمول کنوانسیون خارج ساخته است. هم‌چنین ماده‌ی ۱۴ کنوانسیون، در مقام بیان احکام مربوط به انعقاد قرارداد، آن پیشنهادی را که خطاب به یک یا چند فرد معین شود، به شرط آن که به اندازه کافی مشخص باشد، ایجاب دانسته است و در انتهای ماده مشخص بودن کالا، مقدار آن و تعیین ثمن یا ذکر ضوابط تعیین ثمن و مثن را، به عنوان مشخص بودن پیشنهاد، ذکر نموده است و ماده‌ی ۵۵ حکم خاصی را وضع کرده و اعلام داشته است که هرگاه قراردادی به نحو صحیح منعقد شده باشد ولی ثمن در آن قرارداد به طور صریح یا ضمنی تعیین نشده و نیز ضوابطی هم برای تعیین آن در قرارداد نیامده باشد، در صورت فقدان دلیلی مخالف این حکم، چنین فرض می‌شود که متعاملین، به طور ضمنی، ثمنی را که در مورد آن کالا در اوضاع و احوال مشابه و در آن تجارت رایج بوده، پذیرفته و بنابر آن نهاده‌اند.

قرائتی گذرا در احکام هر سه ماده، در نگاه اول چنین به ذهن می‌آورد که ماده‌ی ۵۵، اصولاً موردی برای اجرا و اعمال نمی‌یابد. زیرا که بر حسب ماده‌ی ۱۴، پیشنهادی که در آن ثمن مشخص نشده و یا دست کم ضوابط تشخیص و تعیین آن ذکر نشده، اصولاً ایجاب نیست و بنابراین هرگاه این‌گونه نباشد قراردادی منعقد نمی‌گردد و لذا اصولاً قرارداد ناقصی - از حیث فقدان ذکر ثمن و تعیین آن - در دایره شمول کنوانسیون پدید نمی‌آید که بتواند موضوع حکم ماده‌ی ۵۵ قرار بگیرد. اما این حکم ناشی از نگاه اول، نادرست است. به سخن دیگر و به زبان حقوقی ما، می‌توان بر آن بود که:

اولاً - حکم ماده‌ی ۱۴، عام است. ثانیاً - حکم موضوع ماده‌ی ۵۵ در قبال عام یاد شده، مخصص محسوب می‌گردد و ثالثاً - نظر به تخصیص یافتن حکم عمومی ماده‌ی ۱۴، حکم ماده‌ی ۵۵، به عنوان مخصص قابل اعمال است.

در واقع هر گونه پیشنهادی که در آن ثمن و مثن مشخص باشد، یا ضوابط تشخیص آنها در قرارداد آمده باشد، یا حتی ظاهر قرارداد گویای این باشد که بنای متعاملین در آن بر تعیین ثمن بر حسب بهای رایج آن کالا در آن تجارت و در آن شرایط بوده، آن پیشنهاد نیز ایجاب محسوب است و موجب انعقاد قرارداد شده است.

#### ب) اعمال ماده‌ی ۵۵ با توجه به اعتبار اراده طرفین

می‌دانیم که مقررات کنوانسیون، تکمیلی و مکمل اراده طرفین قرارداد است و وفق ماده‌ی ۷ کنوانسیون، طرفین می‌توانند مواردی از امور مورد نظر خود را نیز از شمول مقررات کنوانسیون خارج و استثنا نمایند و می‌توان بر آن بود که، استثنای موردی از موضوع قرارداد از شمول مقررات کنوانسیون، می‌تواند صریح باشد یا ضمنی، لذا هرگاه قراردادی در محدوده مقررات کنوانسیون منعقد گردد و طرفین از تعیین و مشخص ساختن ثمن در آن عدول نموده باشند و نیز ضوابط تشخیص و تعیین آن را نیز ذکر نکرده باشند، می‌توان بر آن بود که طرفین به طور ضمنی از شمول حکم کنوانسیون در این زمینه خاص، عدول کرده و آن را از حکم کنوانسیون استثنا نموده‌اند و از سوی دیگر با توجه به مذاکرات و شیوه تنظیم کنوانسیون، همان‌گونه که برخی از نویسندگان اشاره کرده‌اند، می‌توان این راه حل را نیز بیان داشت که گفته شود ماده‌ی ۱۴، در مقام بیان حصری موارد ایجاب صحیح نبوده بلکه برخی از معیارهای آن را بر شمرده و نظر به ماده‌ی ۵۵ هرگاه قصد انشا متقابل طرفین محرز باشد، قرارداد منعقد گردیده و عدم تعیین ثمن، مانع صحت بیع نیست و از چنان قراردادی این‌گونه مستفاد می‌شود که طرفین عرف و عادت مورد توافق یا عرف تجارت بین‌المللی را در زمینه آن امر پذیرفته و در نتیجه حاکم بر تعیین ثمن در قرارداد خود نهاده‌اند. (John Honnold, 1989 No. 8)

همین جا بایستی متذکر شد که در هر حال برای اعمال ماده‌ی ۵۵ دو شرط ضروری به نظر می‌رسد:

اول این که قرارداد صحیحاً واقع شده باشد و این در صورتی است که صفت صحیحاً مذکور در ماده را ناظر به تعیین ثمن ندانیم. دوم این که در آن قرارداد که در محدوده کنوانسیون صحیحاً واقع شده، ثمن تعیین نشده باشد و ضوابطی هم برای تشخیص، ذکر نگردیده باشد. در این صورت می‌توان بر آن بود که با فرض قبول عرف مذکور از سوی متعاملین، قرارداد واقع شده، تابع حکم ماده‌ی ۵۵ است.

با توجه به مذاکرات و شیوه تنظیم کنوانسیون همان گونه که بعضی از نویسندگان بیان داشته‌اند، به نظر می‌رسد بهترین راه حل این است که بگوییم ماده‌ی ۱۴ صرفاً معیارهایی را جهت تشخیص ایجاب کامل از مذاکرات مقدماتی ارایه می‌دهد، لذا مقصود از ماده‌ی ۵۵ این است که اگر قصد انشای دو طرف محقق باشد، قرارداد واقع شده و صرف عدم تعیین ثمن مانع صحت بیع نیست. زیرا فرض بر این است که طرفین، عرف و عادت را مورد توافق قرار داده و شیوه پذیرفته شده در تجارت بین المللی را حاکم بر تجارت خویش ساخته‌اند. (سید حسن وحدتی بشیری، ۱۳۷۹، ص ۱۴۴)

### ۲-۳. معیارهای تعیین ثمن

چنانچه نوبت به اجرای ماده‌ی ۵۵ کنوانسیون برسد، با قراردادی روبرو هستیم که نه به طور صریح و نه به طور ضمنی، ثمن در آن تعیین نشده و شیوه ای را برای تعیین ثمن ارایه نمی‌دهد. برای تعیین ثمن در قراردادهای مشمول ماده‌ی ۵۵، این ماده معیارهایی را به شرح ذیل ارایه می‌دهد:

الف) ثمنی که عموماً رایج بوده. ب) در زمان انعقاد قرارداد رواج داشته باشد. ج) برای چنان کالایی رایج باشد. د) اوضاع و احوال انعقاد قرارداد مشابه در این مورد نیز مد نظر قرار گیرد.

منظور از ثمن عموماً رایج، این است که برای تعیین ثمن باید ضابطه نوعی ملاک قرار گیرد، نه ثمنی که در یک قرارداد وجود داشته و یا مد نظر یکی از طرفین باشد. بنابراین هنگام حدوث اختلاف در مورد قراردادی از قراردادهای مشمول ماده‌ی ۵۵، مقام رسیدگی کننده ثمنی را که نوعاً در قراردادهای رایج آن تجارت کالا تعیین می‌شود، معیار و ملاک قرار می‌دهد.

دومین معیار تعیین کننده، عنصر زمان است. زمانها ی گوناگونی در یک قرارداد مد نظر قرار می‌گیرد، از قبیل زمان انعقاد قرارداد، زمان تسلیم مبیع، زمان تأدیه ثمن، و... لیکن ماده‌ی ۵۵، زمان انعقاد قرارداد را معیار شناسایی میزان ثمن قرارداد است و لذا قیمت بازار، در روزی که قرارداد منعقد شده است ملاک تعیین و تشخیص ثمن در چنان قراردادی است.

اوضاع و احوال کلی قراردادهای فروش کالای مشابه نیز در تعیین قیمت، باید مد نظر قرار گیرد. زیرا نحوه‌ی پرداخت، نحوه تسلیم، زمان و مکان تسلیم و پرداخت، نسبه و نقد بودن بیع و... از عواملی هستند که در میزان ثمن، مؤثر واقع می‌شوند. (دکتر مهربان داراب پور ۱۳۷۴، ص ۲۶۲ و دکتر عبدالله کیانی، ۱۳۷۶، ص ۳۷۹)

این معانی و تأثیر نسبی هر یک از آنها در مقدار و میزان ثمن نیز در امور تجاری از بدیهیات است. مثلاً همه می‌پذیرند که نقد امروز بیش از نسبه یک ماه دیگر به کار تاجر می‌آید و از این رو مثلاً نقد یا نسبه بودن در میزان تعیین ثمن اثر می‌گذارد. ظاهراً کنوانسیون امکان تعیین ثمن توسط شخص ثالث را پیش بینی ننموده است. در حالی که این موضوع در حقوق آن دسته از کشورهایی که ثمن شناور را پذیرفته‌اند، مورد بحث و قبول قرار گرفته است. (( Daniel

مفسرین در بیان مصادیق شیوه‌ی تعیین ثمن، در کنار معیارهای فوق، ضابطه‌ی توافق بر تعیین ثمن توسط شخص ثالث را نیز ذکر نموده‌اند. (دکتر مهربان داراب پور، ۱۳۷۴، ص ۱۹۸)

#### ۴. فروض مختلف تعیین ثمن

##### ۴-۱. قابلیت تعیین

در این شیوه، تعیین ثمن به معیارهایی در آینده واگذار می‌گردد. حال ممکن است این معیارها، معیارهایی ثابت و بدون ارتباط با اراده متعاملین یا شخص ثالث باشد و یا ممکن است به اراده یکی از طرفین یا شخص ثالث وابسته باشد. در حقوق ایران نصی دایر بر اعتبار این نوع قراردادها وجود ندارد اما در گفتارهای قبلی ملاحظه شد که ضرورت معلوم بودن مورد معامله از باب رفع غرر و ضرر است. لذا مسأله را باید در میزان معلوم بودن مورد معامله و رابطه آن با غرر جستجو نمود. در بحث حاضر فرض بر این است که متعاملین ضابطه تعیین ثمن را مشخص کرده‌اند و از این حیث آن را قابل تعیین نموده‌اند. چه بسا بر اساس تجربه به معلوم بودن عوض دست یافته‌اند. حال می‌توان پرسید، آیا این میزان علم برای رفع غرر کافی است؟ مطلب دیگر آن‌که جهت احراز غرر، باید اراده‌ی شخص متعاملین را مناط اعتبار دانست یا ضابطه نوعی و اراده‌ی عموم راملاک قرار داد؟ زیرا معاملات تخصصی و ناظر به بسیاری کالاها که اصولاً فنی و پیچیده هستند، برای عموم مردم درک مسایل آن حرفه و کالا پیچیده و مشکل است ولی بر اهل آن حرفه و معامله روشن و آشکار است و از این رو اگر اراده‌ی شخص متعاملین ملاک احراز غرر باشد، معامله یاد شده غرری محسوب نخواهد گردید. لیکن اگر ملاک علم و اطلاع عموم مردم باشد، غرر محقق است. (حسین طاهر خانی، ۱۳۸۰، ص ۹۳)

به نظر می‌رسد که برای احراز غرر باید ضابطه‌ی شخصی را ملاک قرارداد. زیرا کافی است برای متعاملین جنبه‌ی ضرری و غرری معامله منتفی گردد. همان گونه که در گفتار اول ذکر شد بعضی از فقهای امامیه نوآوری‌هایی در این زمینه داشته‌اند، به عنوان مثال گفته شده که اگر بائع به مشتری بگوید فروختم به قیمتی که خود خریده ام و یا مشتری بداند ثمن آنچه از بائع خریده است بیش از قیمت بازار نیست و این قیمت در بازار معین است، حتی اگر مشتری از آن بی اطلاع باشد دلیلی بر فساد چنین بیعی به واسطه‌ی جهالت نداریم. (سید ابوالقاسم خوئی، ج ۵، بی تا، ص ۳۱۹)

مورد دیگری که در منافع فقهی مورد بحث قرار گرفته، فروش کالا بر اساس قیمت بازار است. گاهی منظور از این قیمت، قیمت هنگام انعقاد قرارداد بوده و گاهی مقصود قیمت زمان تحویل کالا در بازار خاص، مد نظر می‌باشد. در آرای تعدادی از فقهای علم به ثمن در هنگام انعقاد قرارداد شرط است و علم به ثمن بعد از انعقاد عقد بیع از جمله معلوم شدن به نرخ روز و بهای متداول در بازار جایز و معتبر نیست.

اما برخی از فقهای عامه و امامیه، بیع بر اساس ثمن متداول در بازار را جایز دانسته و اعتقاد دارند که جهل مشتری به قیمت مزبور موجب غرر و ضرر نیست و دلیلی بر بطلان معامله وجود ندارد. (حسین طاهر خانی، ۱۳۸۰، ص ۹۶)

بعضی از نویسندگان نیز با اشاره به دو وضعیت فوق یعنی علم به ثمن در هنگام عقد و هنگام تحویل کالا معتقدند آنچه از ماده‌ی ۳۳۹ ق.م. استنباط می‌شود لزوم توافق بائع و مشتری قبل از انعقاد عقد است و بهای متداول در بازار وقتی برای حصول علم کفایت می‌کند که قیمت ثابت بوده و در این صورت در حکم ذکر ثمن می‌باشد،

ولی چنانچه قیمت بازار ناپدیدار باشد با معلوم بودن مورد معامله منافات دارد (محمد تقی رفیعی، ۱۳۷۸، ص ۱۹۴) در این مورد نیز بایستی قایل به تفصیل شد و بر آن بود که علی‌رغم تزلزل قیمت، هرگاه در زمان انعقاد بیع در بازار قدر متقینی برای بهای آن کالا وجود داشته باشد، می‌توان معامله را مبتنی بر آن و صحیح دانست.

#### ۴-۲. تعیین ثمن بر اساس اراده متعاملین و یا شخص ثالث

گفته شده چنانچه تعیین قیمت به کارشناس، اعم از متعاملین یا شخص ثالث محول شود مانعی در صحت قرارداد وجود ندارد. (دکتر علی اسلام پناه، ۱۳۸۰، ص ۲۳۵)

لیکن در متون قانونی جز آن‌که در خصوص تعیین مهر توسط شخص ثالث، این شیوه پذیرفته شده است، مورد دیگری یافت نمی‌شود و در عقد بیع، اگر تعیین ثمن به شخص ثالث، یا متعاملین محول شده، معتبر تلقی نمی‌شود (محمد تقی رفیعی، غرر در معامله، ص ۱۹۵) بیشتر فقها نیز ارجاع قیمت به شخص ثالث یا متعاملین را برای صحت عقد کافی نمی‌دانند. (شهید ثانی، ۱۴۱۴، ص ۲۸۵ - محقق حلی، ۱۳۷۴، ص ۱۷ - شیخ مرتضی انصاری، ۱۴۱۱، ص ۲۱۳ - امام خمینی، ۱۳۶۳، ص ۲۴)

علت این حکم را حدیث نبوی نفی غرر، عنوان نموده‌اند.

ولی آن گونه که در گفتار اول این فصل مطرح شده بعضی از فقها ضمن ایراد به سند حدیث نفی غرر به استناد روایتی که بر مبنای آن بیع به حکم مشتری درست و نافذ شناخته شده عقد را معتبر دانسته و مفاد حدیث را ناظر به این می‌دانند که اگر اختیار تعیین ثمن به مشتری واگذار شده باشد، مکلف است به قیمت عادلانه تقویم نماید و الا در صورت اعتراض خریدار، فروشنده باید تفاوت قیمت اعلامی با قیمت عادلانه را بپردازد. (سید ابوالقاسم خوئی، بی تا، ص ۳۱۷ به بعد)

امروزه در حقوق ما می‌توان مصادیقی از این نوع بیع را ملاحظه نمود. وکالت راهن به مرتهن جهت فروش عین مرهونه و استیفای طلب، یکی از آن موارد است گرچه فقها فروش را تنها به قیمت عادلانه در این فرض معتبر دانسته‌اند. به علاوه امروزه ثمن بسیاری از کالاها و خدمات انحصاری که توسط دولت یا بعضی از اشخاص ارایه می‌شود، توسط فروشنده تعیین می‌گردد. در مورد اول علاوه بر فتوای فقها، عقل نیز معامله چنان و کیلی را در جهت حفظ حقوقش مشروط به رعایت حقوق راهن می‌داند و گویی که فروش به قیمت عادلانه جزو مبانی پذیرفته شده‌ی دو طرف است. و در مورد دوم، با توجه به کثرت روز افزون این گونه معاملات و عمومیت آن، خواه در زمینه خدمات برق، آب، گاز و تلفن باشد یا نرخ بهره‌های بانکی و یا بلیط‌های ترن و هواپیما و دهها نوع معامله مشابه خصوصاً معاملات با فروشندگان انحصاری می‌توان بر آن بود که در حقوق ما نیز سیر و حرکتی به سوی پذیرش صحت معاملاتی که در آنها تعیین ثمن با یکی از طرفین است وجود دارد و چنین معاملاتی هم اکنون هم محکوم به صحت است.

#### ۴-۳. فقدان علم و ضابطه جهت تعیین ثمن

مسکوت گذاردن ثمن گاهی مبتنی بر مصالح خاص می‌باشد، مثلاً وجود قیمت عرفی، طرفین را بی‌نیاز از هرگونه مذاکره‌ای در این زمینه می‌نماید، یا این‌که وصول مبیع به قدری حایز اهمیت است که ثمن چندان در مقابل آن اهمیت ندارد. (دکتر عبدالله کیانی، ۱۳۷۶، ص ۳۷۷)

در حقوق ما معلوم بودن مورد معامله شرط صحت است. لذا مجهول گذاردن ثمن موجب بطلان خواهد بود، در فرض سکوت طرفین، اگر این سکوت بیانگر جهل طرفین نسبت به ثمن باشد و گفته شود که چون متعاملین نسبت به آن هیچ‌گونه مذاکره ای نداشته و در خصوص آن توافق ننموده‌اند مسلماً نزد آنها مجهول بوده، معامله صحیحاً واقع نخواهد شد، مگر این‌که سکوت طرفین همراه با قرینه ای باشد که بیانگر علم طرفین به ثمن محسوب شود. چنان‌که در بسیاری از مواقع که بیع قیمت مشخصی در بازار دارد، طرفین خود را بی نیاز از مذاکره و توافق در خصوص آن می‌بینند. حتی در مواردی ذکر قیمت در آنها غیر عادی است و سکوت در مورد آن و پذیرش آنچه معهود و رایج بوده موافق اصل است.

مثلاً در خریدهای روزمره و اشیای دارای قیمت مشخص و یا در استفاده از خدمات با نرخهای معلوم، نیازی به توافق صریح طرفین در زمینه قیمت نیست.

با توجه به همین قاعده و در پاسخ به نیاز مردم، بعضی از حقوق‌دانان، قایل به صحت معاملاتی گردیده‌اند، که متعاملین نرخ روز معامله را ملاک و معیار قراردهند، چون این نرخ ثابت و مشخص است. (دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹، الف، ص ۵۲۹)

لذا اگر سکوت متعاملین، ناظر به ارجاع موضوع به قیمت موجود در بازار یا قیمت موجود در روابط فی ما بین متعاملین باشد، تفاوتی با ارجاع صریح این موضوع به قیمت متداول یا به شخص ثالث ندارد. زیرا سکوت نیز بیانگر اراده ضمنی طرفین در این زمینه است. در صورت سکوت متعاملین نسبت به ثمن دو فرض قابل تصور است. الف) سکوت با توجه به اوضاع و احوال و عرف و عادت و رویه های فی ما بین طرفین حاکی از اراده‌ی متعاملین به تعیین قیمت با توجه به بهای متداول در بازار می‌باشد.

ب) سکوت متعاملین، متضمن چنین اراده ضمنی نیست و اراده آنها نیز واضح و آشکار نمی‌باشد. چنانچه ارجاع تعیین قیمت به بهای متداول در بازار یا تعیین آن توسط شخص ثالث را معتبر بدانیم در فرض اول بیع معتبر خواهد بود و در فرض دوم غیر معتبر است.

با استناد به ماده‌ی ۲۲۵ و ماده‌ی ۶۷۶ قانون مدنی می‌توان مدعی شد که تعیین ثمن با توجه به عرف و عادت و قیمت متداول ممکن است. بعضی از فقها نیز ارجاع قیمت به عرف و عادت را پذیرفته و چنانچه اراده متعاملین دایر بر پذیرش چنین قیمتی قابل احراز باشد ثمن مجهول نبوده و بیع باطل نیست. (سید ابوالقاسم خوئی، بی تا، ص ۲۷۹ - محقق ثانی، ۱۴۱۰، ص ۳۵۵)

با توجه به مطالبی که گفتیم مشخص است که قوانین و مقررات ما در مقایسه با حقوق سایر کشورها در زمینه تعیین ثمن ناقص و با عرف موجود در روابط حاکم بر تجارت بین الملل و ضرورت‌های مربوط به آن سازگار نیست. امروزه قراردادهای بسیاری منعقد می‌گردد که ثمن در آنها هنگام انعقاد عقد به نحو قطعی تعیین نمی‌شود و طرفین تعیین آن را به آینده موکول می‌نمایند.

چنانچه با توجه به ظاهر مواد قانونی، قایل به بطلان چنین معاملاتی به دلیل مجهول بودن ثمن شویم، دچار مشکلات جدی در تنظیم روابط حقوقی داخلی و بین المللی خواهیم شد.

به نظر می‌رسد بهترین راه حل این است که برای احراز علم و جهل به مورد معامله، عرف و عادت را ملاک قرار

دهیم، در بعضی قراردادها با آن که رقم مقطوع ثمن در قرارداد ذکر نمی‌شود، لیکن طرفین شیوه و ملاکی را برای تعیین آن انتخاب نموده‌اند که ایجاد علم نموده و جهالت را بر طرف می‌کند. زیرا با توجه به تخصص طرفین یا به موجب ضابطه مورد نظر آنان ثمن برای آنها روشن است و یا چنانچه تعیین ثمن را به شخص ثالث به عنوان کارشناس و حکم ارجاع دهند، فرض بر این است که شخص ثالث و حکم قیمت متعارف را تعیین و اعلام خواهد نمود. چنانچه طرفین، ضابطه ای برای تعیین ثمن ارایه نمایند یا تعیین آن را به کارشناس و ارزیاب محول کنند و یا این که مسکوت گذاردن ثمن حاکی از اراده ضمنی آنها در تعیین قیمت متداول در بازار باشد، در همه این فرض، عرف، ثمن را معلوم می‌داند و جهلی که موجب بطلان گردد، منتفی است، لیکن در فرض سکوت طرفین و عدم احراز اراده ضمنی آنها در پذیرش ثمن روز در بازار، معامله به واسطه مجهول بودن ثمن باطل است.

### نتیجه

ثمن اصطلاحی حقوقی بوده و مفهوم آن ما به ازای مبیع در عقد بیع است. یکی از شرایط ثمن که شرط صحت عقد بیع نیز می‌باشد معلوم و معین بودن است آنچه در فقه اسلام و حقوق ایران به عنوان شرایط ثمن در این زمینه بیان شده است امروزه به لحاظ بارزگانی و اقتصادی در سطح داخلی و بین المللی با چالش روبرو است. طبق نظر مشهور فقهای امامیه انعقاد معامله ای که عوضین آن مجهول باشد غرری و ممنوع است و مجهول بودن ثمن به جهت غرری بودن معامله، منع شرعی دارد.

در حقوق مدنی نیز مقررات راجع به معلوم بودن مورد معامله و در نتیجه تعیین ثمن جزو قواعد امری است که طرفین نمی‌توانند بر خلاف آن توافق نمایند و معامله ای که بدون رعایت آن واقع شده باشد محکوم به بطلان است. لزوم معلوم بودن مورد معامله در ماده ۲۱۶ ق.م. به عنوان قاعده ای کلی مطرح گردید ولی قانون گذار در زمینه معلوم بودن مورد معامله یا چگونگی آن ضوابطی را ارایه ننموده است و هم چنین معامله غرری و یا ضابطه تشخیص غرری بودن معامله بیان نشده است.

امروزه قراردادهایی یافت می‌شوند که در هنگام انعقاد، ثمن به نحو مقطوع توسط متعاملین تعیین نشده است، اگر تنها به تفسیر لفظی از قانون بسنده کنیم چنین معاملاتی را باید باطل شناخت که البته راه حلی منطقی نیست زیرا نادیده گرفتن نیازهای جامعه علی رغم رواج عرفی این قراردادها خلاف مصلحت و عقل است.

و به نظر ارایه‌ی مفهوم جدید از علم و جهل و تعیین ثمن و مفهوم غرر در حل مشکل راه‌گشا خواهد بود، زیرا معامله غرری قراردادی است که عرف آن را خطرناک می‌داند و به آن اقدام نمی‌کند، بنابراین غرر در فقه موضوعی عرفی است به همین دلیل در بعضی از موارد به لحاظ ضرورت و هم چنین منتفی بودن خطر، علم اجمالی پذیرفته شده است، در قانون مدنی نیز مواردی را می‌توان یافت که علم اجمالی کافی است مانند جعاله که معلوم بودن اجرت از جمیع جهات لازم نیست و علت این که جهل در این مورد موجب غرری بودن معامله نیست منتفی بودن خطر است. لذا می‌توان از وحدت ملاک همین مقررات در سایر مواردی هم که جهل مستوجب خطر و غرر نیست استفاده نمود و قایل به صحت معامله شد.

به عبارت دیگر در این زمینه با تصور دو مقدمه می‌توان به یک نتیجه رسید:

الف) معامله ای که عرف آن را خطرناک نداند، غرری و باطل نیست.  
ب) در برخی معاملات، علی‌رغم معین نبودن ثمن هنگام انعقاد عقد، معامله از لحاظ عرف خطری و غرری نیست.  
نتیجه آن‌که چنین معامله ای باطل نخواهد بود.

## فهرست منابع

### الف) به زبان فارسی

#### ۱- کتاب ها

- ۱- امام خمینی، روح الله- کتاب البیع- جلد ۲- انتشارات اسماعیلیان قم- ۱۳۶۳.
- ۲- امامی، سید حسن: حقوق مدنی، (ج ۱)، تهران کتاب فروشی اسلامیه، سال ۱۳۷۷.
- ۳- بازگیر، یدالله - قانون مدنی درآینه آرای دیوان عالی کشور، خیارات و احکام راجع به آن، تهران، فردوسی، ۱۳۷۹.
- ۴- بروجردی عبده، محمد- حقوق مدنی، گنج دانش - ۱۳۸۰.
- ۵- بیانکا، سی ام و هفده نفر از دانشمندان حقوق دانشگاههای معتبر جهان - تفسیری بر حقوق بیع بین المللی، ترجمه مهرباب داراب پور، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۴.
- ۶- جعفری لنگرودی، محمد جعفر: مجموعه محشی قانون مدنی (علم - تطبیقی - تاریخی) تهران، گنج دانش، ۱۳۷۹.
- ۷- حائری شاه باغ، سیدعلی - شرح قانون مدنی - جلد ۱- گنج دانش - چاپ ۱۳۷۶.
- ۸- رفیعی، محمد تقی: مطالعه تطبیقی غرر در معامله، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۸.
- ۹- رابرت داگسری، مروری بر حقوق قراردادها در انگلستان، ترجمه‌ی حسین میرمحمد صادقی، تهران، حقوقدان، ۱۳۷۷.
- ۱۰- شهیدی، مهدی: تشکیل قراردادها و تعهدات، - انتشارات عصرحقوق - ۱۳۷۹.
- ۱۱- عدل، مصطفی (منصور السطنه): حقوق مدنی، قزوین بحرالعلوم، ۱۳۷۳.
- ۱۲- کاتوزیان، ناصر: حقوق مدنی، عقود معین (۱)-معاملات معوض عقود تملیکی، تهران، انتشار ۱۳۷۱.
- ۱۳- کیائی، دکتر عبدالله - التزامات بایع و مشتری قبل و بعد از تسلیم مورد معامله، تهران ققنوس، ۱۳۷۶.
- ۱۴- محمدی، علی - شرح مکاسب، جلد چهارم، دارالفکر، ۱۳۷۶.
- ۱۵- محمدی، دکتر ابوالحسن - قواعد فقه، چ دوم، تهران نشر دادگستر، ۱۳۷۹.
- ۱۶- وحدتی شبیری، سید حسن - مجهول بودن مورد معامله، قم دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۳۷۹.

#### ۲- پایان نامه ها و مقاله ها

- ۱- اسلامی پناه، علی - معلوم بودن مورد معامله در حقوق ایران و فقه اسلامی و بررسی تطبیقی آن در حقوق فرانسه و کامن لا، پایان نامه دوره دکتری دانشگاه تهران - ۱۳۸۰.
- ۲- داراب پور، مهرباب - ثمن شناور، مجله تحقیقات حقوقی ش ۲۲-۲۱، انتشارات شهید بهشتی ۷۷-۱۳۷۶.
- ۳- صدیقی، ایرج - حقوق جدید متحدالشکل بیع بین المللی، مجله تحقیقات حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره ۱۴ و ۱۵، سال ۱۳۷۰.

٤- طاهرخانی، حسین - قرارداد با عوض شناور، پایان نامه دوره دکتری، دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات، ١٣٨٠.

### ٣- فرهنگ ها

١- جعفری لنگرودی، محمد جعفر- ترمینولوژی حقوق، کتابخانه گنج دانش، چاپ نهم-١٣٧٧.

### ب) منابع به زبان عربی

- ١- انصاری، شیخ مرتضی - مکاسب، انتشارات دارالذخائر، قم، چاپ اول، ١٤١١.
- ٢- بحرانی یوسف، الحدائق الناظره، فی احکام العترة الطاهره، ج ١٨، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، بدون سال چاپ.
- ٣- الجزیری، عبدالرحمن - کتاب الفقه علی المذهب الاربعه، بیروت، لبنان، ١٤٢٠.
- ٤- خوئی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهه فی المعاملات، ج(٥)، مؤسسه انصاریان، بدون سال چاپ.
- ٥- سکحال المجاجی، محمد- احکام عقد البیع، دار ابن خرم، بیروت، لبنان، ٢٠٠١.
- ٦- السنهوری، عبدالرزاق - الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، ج ٤ (البیع و المضایقه)، منشورات الحلبي الحقوقیه، بیروت، لبنان، چاپ اول، سال ١٤١٧.
- ٧- شهید ثانی، زین الدین علی ابن علی العاملی، الروضه البهیة الدمشقیه، ج ٣ و ٤ مرکز نشر مکتب الاعلام السلامی ١٤١٠.
- ٨- شهید ثانی، زین الدین علی ابن علی العاملی، مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، چاپ اول - مؤسسه المعارف الاسلامیه- ١٤١٤.
- ٩- کاسانی، ابی بکر بن مسعود بدایع الصنایع، ج ٥، چ اول، دار الكتاب، بیروت، ١٣٩٤ ه.ق.
- ١٠- محقق ثانی، شیخ علی ابن الحسین الکرکی - جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ٧ و ٨، انتشارات مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث، قم، ١٤١٠.
- ١١- محقق حلّی، ابوالقاسم نجم الدین، جعفر بن الحسن، تذکره الفقهاء - جلد ١- چاپ سنگی - ١٢٧٢.
- ١٢- نراقی، ملا احمد - عواید الایام، چاپ سنگی، انتشارات مکتبه بصیرتی قم، چاپ سوم، سال ١٤٠٨.

### ج) منابع به زبان انگلیسی

- 1-Anderson,Ronald,A,Business Law,South-Western Publishing Co.,1973.
- 2-Barta,V.K.and Klara,N.K-Mercantile Law,Mc Craw-Hill Publishing Co.,1988.
- 3-Benjamin,Benjamin's Sale of Goods,Sweet and Maxwell,London 1992.
- 4-Borrier,Sir Gordon,Commercial Law,Sixth Edition, Botton Worths, London,1988
- 5- Murry, Daniel, E, open price contracts , commercial law journal November 1984.
- 6- Honnold,John,Uniform Law for International Sales,Kluwer Publisher,1989.
- 7- Marsh and Soulsby,Business Law, MCG Raw – Hill Book Co.,1989.
- 8- Schlechtriem,Peter,Commentary on the Un on International Sale of Goods,Second Edition, London,1986.
- 9- West, James. M, Ohnesorg, John K.M,the1980, Un Convention On Contracts for the International Sale of Goods,A Comparcative Analysis of Consequences of Accession

By the Republic of Korea, Mc George School of Law, 1990.