

فهرست

صفحه	عنوان
۱۱	مقدمه‌ای از دکتر سیدحسین صفایی
۱۵	سرآغاز
۲۱	فهرست اختصارات

بخش اول: ماهیت ثمن و اقسام آن

۲۵	فصل اول - ماهیت ثمن
۲۶	گفتار اول: تعریف ثمن
۲۶	الف) حقوق ایران
۲۸	ب) حقوق خارجی
۳۳	گفتار دوم: نقش ثمن
۳۳	الف) حقوق ایران
۳۵	ب) حقوق خارجی
۳۶	گفتار سوم: شرایط اعتبار ثمن
۴۱	فصل دوم - اقسام ثمن از حیث معلوم بودن
۴۱	گفتار اول: ثمن مشخص
۴۱	الف) تعیین صریح ثمن
۴۲	ب) تعیین ضمنی ثمن
۴۴	۱- اراده ضمنی واقعی
۴۶	۲- اراده ضمنی عرفی
۴۹	۳- اراده ضمنی قانونی
۵۰	ج) مصادیق خاص
۵۰	۱- نرخ‌گذاری توسط مقامات دولتی
۵۱	۲- تعیین ثمن در مزایده یا حراج
۵۳	۳- تعیین ثمن بر مبنای اعلام بهای خرید
۵۳	گفتار دوم: ثمن قابل تعیین
۵۴	الف) تعیین ثمن با ارجاع به ضوابط شخصی
۵۴	۱- تعیین ثمن با توافق آتی طرفین
۵۴	۲- تعیین ثمن با توافق آتی طرفین

- ۳- تعیین ثمن توسط شخص ثالث ۵۵
- ب) تعیین ثمن با ارجاع به ضوابط عینی (نوعی) ۵۶
- گفتار سوم: ثمن تعیین نشده ۵۷
- الف) سکوت مطلق در تعیین ثمن ۵۸
- ب) سکوت همراه با قریبه ۵۸
- ج) ثمن باز یا تعیین نشده و اهمیت آن ۵۹
- ۱- تعریف ۵۹
- ۲- علل اقتصادی کاربرد آن ۶۱
- ۳- مصادیق رایج ۶۳
- ۳-۱- پیش‌فروش مصنوعات و تولیدات ۶۳
- ۳-۲- پیش‌فروش آپارتمان ۶۴
- گفتار چهارم: تقسیم‌بندی نظام‌های حقوقی ۶۵
- الف) قوانین کشورهای پذیرنده اصل ضرورت تعیین ثمن ۶۵
- ب) قوانین کشورهای پذیرنده ثمن باز ۶۶
- ج) مقررات فراملی ۶۷

بخش دوم: تعیین ثمن و رفع غرر

- فصل اول - معین بودن ثمن ۷۱
- گفتار اول: مفهوم معین بودن ۷۱
- الف) تعریف معین بودن ۷۱
- ب) قلمرو معین بودن ۷۲
- ۱- تردید در اشیای مثلی و قیمی ۷۲
- ۲- تمهد تخییری و تمهد بدلی ۷۳
- ۳- ایجاب مردد ۷۶
- ۴- شروط مردد ۷۷
- ج) ضمانت اجرای معین نبودن ثمن ۷۹
- فصل دوم - معلوم بودن ثمن ۸۱
- گفتار اول: مفهوم معلوم بودن ۸۱
- الف) تعریف معلوم بودن ۸۱
- ب) مقایسه معلوم نبودن و اشتباه ۸۴
- ج) مقایسه ۸۵

فهرست □ ۷

۸۶ (د) مبانی لزوم تعیین ثمن
۸۷ ۱- مبانی عقلی
۸۷ ۱-۱- نظم عمومی
۸۷ ۱-۲- بنای عقلاء و سیره حردمتندان
۸۸ ۲- سایر مبانی
۸۸ ۲-۱- اجماع
۹۰ ۲-۲- احادیث
۹۰ ۲-۲-۱- بحث سندی
۹۱ ۲-۲-۲- بحث دلالت
۹۱ گفتار دوم: حدود معلوم بودن
۹۳ ۱- ضابطه معوض یا غیر معوض بودن معامله
۹۴ ۲- ضابطه مغایه‌ای یا مسامحه‌ای بودن معامله
۹۶ ۳- ضابطه عرفی
۱۰۳ فصل سوم - رفع غرر
۱۰۳ گفتار اول: تحلیل غرر
۱۰۳ الف) تعریف غرر
۱۰۳ ۱- تردید در وجود یا حصول
۱۰۴ ۲- تردید در اوصاف کمی یا کیفی
۱۰۵ ب) موارد غرر
۱۰۵ ۱- عدم اطمینان به وجود مورد معامله
۱۰۵ ۲- عدم اطمینان به قدرت تسلیم مورد معامله
۱۰۷ ۳- عدم اطمینان به کمیت و کیفیت
۱۰۸ ج) ضابطه رفع غرر
۱۰۸ ۱) ضابطه نوعی
۱۰۹ ۲) ضابطه شخصی
۱۱۲ (د) تردید در معلوم یا معین بودن
۱۱۳ گفتار دوم: نقش عرف در رفع غرر
۱۱۶ الف) دخالت عرف در تشخیص غرر
۱۱۸ ب) تعارض عرف و قانون
۱۲۱ ج) نقش عرف در اجزاء و توابع مجهول
۱۲۲ (د) شرط مجهول

□ ۸ روش‌های تعیین ثمن

- گفتار سوم: توافق بر معامله غرری ۱۲۵
الف) اثر تراضی بر معامله غرری ۱۲۵
ب) معامله مجهول با ضمیمه معلوم ۱۲۸

بخش سوم: اعتبار روش‌های تعیین ثمن

- فصل اول - ثمن قابل تعیین ۱۳۳
گفتار اول: تعیین ثمن بر اساس ضوابط عینی ۱۳۳
۱- حقوق کشورهای طرف دار حقوق نوشته ۱۳۴
الف) حقوق فرانسه ۱۳۴
ب) سایر کشورها ۱۳۶
۲- حقوق کشورهای کامن‌لا ۱۳۶
۳- حقوق کشورهای عربی ۱۳۷
۴- مقررات فراملی ۱۳۸
۵- حقوق ایران ۱۳۹
گفتار دوم: تعیین ثمن بر اساس ضوابط شخصی ۱۴۷
الف) تعیین ثمن با توافق بعدی طرفین ۱۴۸
ب) ارجاع تعیین ثمن به اراده یکی از متعاملین ۱۵۰
۱- حقوق تطبیقی ۱۵۰
۱-۱- حقوق فرانسه ۱۵۰
۱-۲- حقوق سایر کشورها ۱۵۳
۲- دیدگاه حقوق ایران ۱۵۵
۳- دیدگاه کنوانسیون ۱۶۰
ج) ارجاع تعیین ثمن به شخص ثالث ۱۶۲
۱- وضعیت حقوقی شخص ثالث ۱۶۶
۱-۱- شخص ثالث به عنوان وکیل متعاملین ۱۶۶
۱-۲- شخص ثالث به عنوان حکم منصوب متعاملین ۱۶۸
۲- تعیین نشدن ثمن توسط شخص ثالث ۱۷۲
۲-۱- راه‌حل اول یا شیوه جانشینی دادگاه ۱۷۳
۲-۲- راه‌حل دوم یا عدم امکان روش جانشینی ۱۷۵
۲-۳- راه‌حل سوم یا فسخ قرارداد با تعیین قیمت معقول ۱۷۸
۲-۴ ۱۷۸

فهرست □ ۹

۱۸۲.....	۳- تعیین ثمن ناعادلانه.....
۱۸۳.....	۳-۱. بطلان نظر شخص ثالث و جانشینی دادگاه.....
۱۸۴.....	۳-۲. عدم جانشینی دادگاه.....
۱۸۵.....	۳-۳. حقوق ایران.....
۱۸۸.....	گفتار سوم: تعدیل قراردادی.....
۱۸۹.....	الف) قرارداد اصلاحی یا الحاقیه.....
۱۸۹.....	ب) شروط تعدیل.....
۱۹۵.....	فصل دوم - ثمن تعیین نشده.....
۱۹۶.....	گفتار اول: اعتبار ثمن تعیین نشده در حقوق تطبیقی.....
۱۹۶.....	۱- بنای طرفین بر قیمت معلوم.....
۱۹۷.....	۲- بنای طرفین بر ثمن قابل تعیین.....
۱۹۸.....	الف) کشورهای طرف دار حقوق نوشته.....
۱۹۸.....	ب) کشورهای طرف دار حقوق کامن لا.....
۲۰۰.....	ج) حقوق کشورهای عربی.....
۲۰۱.....	د) قوانین فراملی.....
۲۰۱.....	گفتار دوم: اعتبار ثمن تعیین نشده در کنوانسیون و حقوق ایران.....
۲۰۱.....	الف) دیدگاه کنوانسیون.....
۲۰۲.....	۱- تفسیر مواد ۱۴ و ۵۵.....
۲۰۲.....	۱-۱- تفسیر ماده ۱۴.....
۲۰۴.....	۱-۲- تفسیر ماده ۵۵.....
۲۰۶.....	۲- نحوه حل تعارض مواد ۱۴ و ۵۵.....
۲۰۶.....	۲-۱- احراز صحت قرارداد بانوجه به قانون حاکم بر قرارداد.....
۲۰۷.....	۲-۲- اجمال کنوانسیون و رعایت ماده ۷ کنوانسیون.....
۲۰۷.....	۲-۳- حکومت ماده ۵۵ بر ماده ۱۴ کنوانسیون.....
۲۱۰.....	۲-۴- لزوم اجرای ماده ۵۵ در صورت عدم پذیرش بخش دوم کنوانسیون.....
۲۱۰.....	۲-۵- احراز صحت قرارداد بانوجه به مفاد تراضی.....
۲۱۱.....	۲-۶- نتیجه.....
۲۱۳.....	۳- نحوه حل تعارض در رویه قضائی.....
۲۱۳.....	۳-۱- رأی دیوان عالی اتریش.....
۲۱۴.....	۳-۲- رأی بوداپست (۲۴ مارس ۱۹۹۲).....
۲۱۵.....	۳-۳- رأی.....

- ۲۱۶..... ۳-۴. رأی دادگاه سوئیس (۱۹۹۷).....
- ۲۱۷..... ۳-۵. رأی دیوان عالی مجارستان (۲۵ سپتامبر ۱۹۹۲).....
- ۲۱۹..... ب) موضع حقوق ایران در مورد ثمن باز.....
- ۲۲۱..... گفتار سوم: ضوابط تعیین ثمن در فرض ثمن تعیین نشده.....
- ۲۲۱..... بند اول: تعیین ضوابط بر اساس قیمت موجود.....
- ۲۲۱..... الف) قیمت موجود در بازار.....
- ۲۲۲..... ۱- ضابطه محل انعقاد.....
- ۲۲۴..... ۲- ضابطه محل اجراء.....
- ۲۲۵..... ب) فرض قیمت مورد مطالبه فروشنده.....
- ۲۲۶..... بند دوم: ضوابط تعیین ثمن بر اساس قیمت معقول.....
- ۲۲۶..... الف) حقوق تطبیقی.....
- ۲۲۷..... ب) مفهوم قیمت معقول.....
- ۲۲۸..... بند سوم: ضابطه مدنظر کتونیون.....
- ۲۳۱..... سخن پایانی: جمع‌بندی و پیشنهادها.....
- ۲۳۵..... فهرست منابع.....
- ۲۴۵..... الف) منابع فارسی.....
- ۲۴۵..... ۱- کتب.....
- ۲۴۹..... ۲- مقالات.....
- ۲۴۹..... ۳- رساله‌ها.....
- ۲۵۰..... ۴- جزوات و تقریرات.....
- ۲۵۰..... ب) منابع عربی.....
- ۲۵۲..... ج) منابع انگلیسی.....
- ۲۵۲..... ۱- کتب.....
- ۲۵۴..... ۲- قوانین و مقالات.....
- ۲۵۵..... د) منابع فرانسه.....
- ۲۵۵..... هـ) سایت‌های اینترنتی.....

فصل اول

ماهیت ثمن



تعریف و تبیین ماهیت «ثمن» مستلزم تعریف «عقد بیع» و بررسی جایگاه «واژه «ثمن» در متن این تعریف است. ماده ۳۳۸ قانون مدنی عقد بیع را این گونه تعریف می کند: «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم». این تعریف از بیع ریشه در فقه امامیه دارد. ولی در تعریف بیع، همواره در ادوار مختلف فقه اختلاف زیادی وجود داشته و تعریف های متعددی از آن ارائه شده است.^۱

صاحب جواهر، تعریف بیع را نتیجه استعمال الفاظی می داند که بر نقل ملک از مالک به دیگری به عوض معلوم دلالت دارد^۲ و صاحب مفتاح الکرامه بر این تعریف، عبارت «بر وجه تراضی» را اضافه می کند: «بیع انتقال عین مملوک از شخصی به دیگری به عوض معلوم بر وجه تراضی است».^۳ ماده ۴۱۸ قانون مدنی مصر نیز بیع را چنین تعریف می کند: «عقدی است که به موجب آن بایع ملترم می شود که مالکیت خود را بر شییی یا حق مالی در برابر وجه نقد به مشتری منتقل کند».^۴ ماده ۵۰۶ قانون مدنی عراق مصوب ۱۹۵۱ میلادی عقد بیع را به طور کلی و با عبارت کوتاه «مبادله مال در مقابل مال» تعریف کرده است.

قانون تعهدات سوئیس مصوب ۱۹۰۷ میلادی نیز در تعریف بیع مقرر می کند: «بیع عقدی است که به موجب آن، بایع به تسلیم مبیع به مشتری و نقل مالکیت آن به وی، در

۱. سیدعلی حائری شامغان، شرح قانون مدنی، ج ۱، انتشارات کتابخانه گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۶، ص ۴۲۶.
۲. محمدحسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۲، موسسه داراحیاء التراث العربی، بیروت، ص ۲۰۳.
۳. سیدمحمد حسینی هاشمی، مفتاح الکرامة، ج ۴، ص ۱۴۴. احمد امیر معزی، مقاله «مطالعه تطبیقی ماده ۳۳۸ قانون مدنی»، مجله کانون وکلای دادگستری مرکز، دوره جدید، شماره ۴، تیر ماه ۱۳۸۰، ص ۴۰.
۴. عبدالرزاق سنهوری، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ۴، موسسه داراحیاء التراث العربی، بیروت لبنان، ص ۲۰.

مقابل قیمتی که خریدار متعهد به پرداخت آن می‌شود، ملزم می‌گردد.^۱ چنان‌که ماده ۱۵۸۲ قانون مدنی فرانسه نیز مقرر می‌کند، بیع عقدی است که به موجب آن یک طرف خود را متعهد می‌کند که چیزی را تسلیم کند و طرف دیگر در مقابل، به پرداخت ثمن ملزم می‌شود. در قانون فروش کالای انگلستان مصوب ۱۹۷۹، برای «معامله» تعریف مستقلی ارائه نشده، اما برای قرارداد بیع تعریف جداگانه‌ای در ماده ۲ ارائه شده است؛ در این تعریف، بیع عبارت است از انتقال مالکیت کالایی از بایع به مشتری در برابر ثمن.^۲ گفتنی است که کنوانسیون و اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی مؤسسه بین‌المللی یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی^۳ هیچ تعریفی از بیع ارائه نمی‌دهند. در این فصل به بررسی ماهیت، شرایط و اقسام ثمن خواهیم پرداخت.

گفتار اول: تعریف ثمن

الف) حقوق ایران

قانون مدنی، تعریفی از ثمن ارائه نمی‌دهد، اما از ثمن به عنوان عوض نام می‌برد. وقتی ماده ۳۳۸ قانون مدنی مقرر می‌کند: «...تملیک عین به عوض معلوم»، این ابهام باقی می‌ماند که آیا ثمن، صرفاً بر وجه نقد اطلاق می‌شود یا مانند آن را نیز دربر می‌گیرد؟

۱. قانون تعهدات سوئیس، ترجمه جواد واحدی، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۷۸، ص ۶۳.

2. 2: "Contract of sale

- (1) A contract of sale of goods is a contract by which the seller transfers or agrees to transfer the property in goods to the buyer for a money consideration, called the price.
- (2) There may be a contract of sale between one part owner and another.
- (3) A contract of sale may be absolute or conditional.
- (4) Where under a contract of sale the property in the goods is transferred from the seller to the buyer the contract is called a sale.
- (5) Where under a contract of sale the transfer of the property in the goods is to take place at a future time or subject to some condition later to be fulfilled the contract is called an agreement to sell.
- (6) An agreement to sell becomes a sale when the time elapses or the conditions are fulfilled subject to which the property in the goods is to be transferred."

3. Chitty, Chitty on Contracts (Specific Contracts) Vol II, Sweet and Maxwell, Third Edition, London, 1994, P: 1103.

۴. مؤسسه بین‌المللی یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی (UNIDROIT) طرحی جامع از مقررات تجاری بین‌المللی را در سال ۱۹۹۴ میلادی منتشر ساخته که در آن اصول قراردادهای تجاری گردآوری شده و با آخرین اصلاحات این مقررات متحدالشکل، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی ۲۰۱۶ تدوین و منتشر شده است. دولت ایران نیز به موجب لایحه قانونی الحاق دولت ایران به مؤسسه یکنواخت‌کردن حقوق خصوصی مصوب ۱۳۳۳ به این مؤسسه پیوسته. این مؤسسه در ابتداء به وسیله حکومت سوئیس تأسیس شد.

بخش اول - ماهیت ثمن و اقسام آن □ ۲۷

اصولاً حقوق دانان اعتقاد دارند مقصود مقض از ثمن که به نام عوض قید شده اعم از عین، دین، طلب، منفعت و غیره است.^۱ به طوری که ماده ۳۳۸ قانون مدنی به داوری عرف در تمایز بین معاوضه و بیع اعتنا نکرده و به تقلید از اکثریت فقهای امامیه عنوان «عوض» را به طور کلی به کار برده است.^۲ همان طور که علامه در کتاب القواعد، بیع را چنین تعریف می کند: «انتقال عین مملوکه من شخص الی غیره بعوض مقدر علی وجه التراضی»^۳ و مرتضی انصاری در مورد شمول عوض بر وجه نقد و جز آن مدعی نبود اختلاف می شود.^۴ در حالی که در ماده ۵۲۶ قانون مدنی عراق ثمن هر چیزی است که در مقابل مبیع باشد و به ذمه تعلق گیرد.^۵

قوانین کشورهای عربی به تبعیت از بعضی از نظریات فقهای عامه، ثمن را به وجه نقد محدود ساخته اند. به طوری که در قانون مدنی اردن و قانون معاملات مدنی امارات متحده عربی، بیع به عنوان مبادله مال غیر نقدی به وجه نقد تعبیر شده است.^۶

چنان که ماده ۴۱۸ قانون مدنی مصر نیز مقرر می کند: «بیع عقدی است که به موجب آن بایع ملتزم می شود که مالکیت خود بر شینی یا حق مالی را در مقابل ثمن به وجه نقد به مشتری منتقل کند.»

ثمن در ایران بر هر مالی اعم از وجه نقد، طلب، منفعت، حقوق مالی و غیره اطلاق می شود. بنابراین، به رغم آنکه پول تدریجاً جای ثمن را گرفته است، قانوناً تسلیم کالا یا

۱. ناصر کاتوزیان، عقود معین، ج ۱، شرکت سهامی انتشار با همکاری همسن برنا، چاپ چهارم، زمستان ۱۳۷۱، ص ۱۴ - سیدحسن امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۴۲۶ - محمد بروجردی همد، حقوق مدنی، انتشارات کتابفروشی محمدعلی علی، چاپ اول، ۱۳۲۹، ص ۱۸۳.

۲. محمدحسن نجفی، حواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۲۲، ص ۲۰۳. سیدمحمدجواد حسینی عاملی، مفتاح-الکرامه، ج ۴، مؤسسه داراحیاء التراث العربی، بیروت، ۱۴۴ - سیدروح الله موسوی خمینی، البیوع، ج ۱، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۵ هـ، ص ۱۹ و نیز ناصر کاتوزیان، همان منبع، ص ۱۴.

۳. سیدمحمدجواد حسینی عاملی، همان منبع، ص ۱۴۴.

۴. مرتضی انصاری، المکاسب، الجزء الاول، انتشارات دهقانی، اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۳۷۴، قم، ص ۲۳۶.

۵. الثمن ما یكون بدلا للمبیع و يتعلق بالذمة.

۶. وهبة الزحیلی. العقود المسماة فی قانون المعاملات المدنیة الإماراتیة والقانون المدنی الأردنی، انتشارات دارالفکر، چاپ اول، ۱۴۰۷ هـ، دمشق، ص ۱۳.