**چكيده**

**از مشهورات در فقه، لزوم تعيين قطعى ثمن و علم طرفين به آن در هنگام انعقاد قرارداد بيع است; بطورى كه اگر چنين امرى محقق نباشد، بيع باطل است. در مقابل اين راى، گروهى بر آنند كه دست كم در پاره‏اى از موارد وجود نوعى جهل در ثمن، مبطل بيع نيست. در مقاله حاضر اين سخن مطرح و مستدل شده است كه افزون بر تعيين قطعى و نهايى ثمن، توافق بر روش تعيين ثمن نيز مصحح بيع است. به عبارت ديگر «تعيين مكانيزم تعيين ثمن، نيز از مصاديق تعيين ثمن است.»**

**مقاله، نخست دلايل نظريه لزوم قطعى ثمن - به عنوان شرط صحت‏بيع - را تقرير و نقد مى‏كند و سپس دلايل نظريه كفايت قابليت تعيين ثمن را ارايه و تثبيت مى‏نمايد.**

**طرح موضوع**

**از گفته‏هاى مشهور كه افزون بر شهرت، ظاهرى خدشه‏ناپذير و مسلم نيز دارد، آن است كه در همان لحظه‏هاى تشكيل قرارداد بيع، بها و كالا بايد براى طرفين كاملا مشخص باشد و جهل و ابهام در ثمن يا مثمن به بطلان قرارداد مى‏انجامد. از سوى ديگر امروزه در بسيارى از موارد طرفين آگاهى كاملى از عوضين ندارند يا دست كم در يكى از عوضين براى آنان يا يكى از آنان ابهام وجود دارد. موضوع اين مقاله آن است كه «لزوم تعيين قطعى ثمن به عنوان شرط صحت عقد بيع‏» از چه اعتبار و ارزشى برخوردار است؟ آيا در شمار آن امور مسلم و حتمى است كه نمى‏توان دست از آن كشيد، هرچند به بطلان بسيارى از قراردادها منجر شود؟ يا مى‏توان با ارايه تفسيرى نو - البته سازگار با مبانى اساسى فقه معاملى - راهى فراخ‏تر از مسير سنتى در پيش گرفت و با صحيح شمردن قراردادهايى كه ثمن در آنها به صورت قطعى تعيين نشده است، طرفين قرارداد و نيز اشخاص ثالث ذى‏حق در چنين معاملاتى را از سرگردانى رهانيد؟**

**بجاست در همين آغاز، درباره گستره سخن، توضيحى ارايه شود. لزوم تعيين هم در ثمن شرط درستى قرارداد بيع شمرده شده است، هم در مثمن. طرفداران اين نظريه، چه مبيع دچار ابهام باشد چه ثمن، به بطلان بيع حكم كرده‏اند; اما اين نگاشته صرفا به بررسى وضعيت ثمن شناور و نامعين مى‏پردازد. زيرا در روزگار ما - چنانچه زير عنوان تاريخچه موضوع خواهد آمد - مشكل، بيشتر در ثمن شناور است. امروزه معمولا فراورده‏هاى صنعتى برابر استانداردها و نقشه‏هاى كاملا مشخص توليد شده، و به بازار مصرف ارايه مى‏شود. و كاتالوگ‏ها، مشخصات و حتى ويژگيهاى غير اساسى كالاها را تعيين و معرفى مى‏كند. و مبيع را تقريبا از هرگونه ابهام مى‏رهاند. از اين روى تاكيد اين نوشته بر ثمن شناور است.**

**تاريخچه موضوع**

**بيع، رايج‏ترين و كهن‏ترين قراردادها و كامل‏ترين گونه از اقسام عقود معوض (3) است; «از نظر تاريخ حقوق، بيع مولود معاوضه ساده‏اى است كه احتياجات بشر از ديرزمان، آن را به وجود آورده و بتدريج قيودى به آن افزوده شده تا به صورت كنونى در آمده است.» (4)**

**ساده‏ترين شكل بيع آن است كه دارنده كالا آن را به خواستار آن عرضه مى‏كند و در برابر كالايش، بهايى را كه مورد توافق واقع شده، دريافت مى‏دارد. نه در كالا ابهامى است و نه در بها تاريكى و جهالتى; اما تحولات اقتصادى كه در پى صنعتى شدن توليد از سده هجدهم ميلادى بدين‏سو با سرعت و شتاب وصف ناشدنى در همه شؤون جامعه بشرى تاثيرات شگرف گذارد، نهاد بيع را نيز از مرحله سنتى و حالت‏ساده تاريخى خود به مرحله جديدى وارد كرد. با حركت كشتيهاى بخار كه توليدات صنعتى را از اين سوى زمين به آن سوى مى‏برد، و با همگانى شدن تلگراف، تلفن، تلكس و تازه‏تر از همه رايانه و اينترنت، حجم تجارت جهانى ده‏ها برابر افزايش يافته، مسايل نوپيدايى در حوزه قرارداد بيع مطرح شده است: عقد مكاتبه‏اى، نهاد بيمه در بيع، بيع اسنادى و ده‏ها مساله ديگر. يكى از اين مسايل، بيع با ثمن شناور است كه موضوع سخن ماست.**

**عوامل و انگيزه‏هاى متعددى مديران اقتصادى را بر آن داشته است تا كالاهاى توليدى را پيش فروش كنند و براى پيشگيرى از ضرر و زيان، تعيين قطعى ثمن را به آينده مثلا زمان تحويل كالا واگذارند; يعنى بر خلاف بيع سنتى، خريدار هنگام امضاى قرارداد بيع، نداند ملزم به پرداخت چه مبلغى به عنوان ثمن است و فروشنده نيز نداند چه بهايى را دريافت‏خواهد نمود. برخى از عوامل روى آوردن به چنين بيعى، اين امور است: كاهش نقدينگى در دست مردم كه به كاهش تورم مى‏انجامد، جهت دادن به انتظارات مصرف كنندگان، تامين منابع مالى توليد كنندگان، و اطمينان آنان نسبت‏به فروش توليدات كه مديران توليد را در برنامه‏ريزى و تعيين موجودى (خواسته و ناخواسته) انبار يارى مى‏دهد.**

**تاريخچه چنين موضوعى در بيع داخلى كشور ما، به ده سال نمى‏رسد. در 19 مرداد سال 1373 شركت ايران خودرو در اطلاعيه‏اى خبر داد كه متقاضيان خريد پيكان 1600 مى‏توانند با واريز مبلغ 000/500/14 ريال با شركت قرارداد ببندند. در بند دوم شرايط قرارداد مقرر شده بود كه ثمن معامله، به هنگام تحويل و حدود يك ميليون ريال كم‏تر از قيمت روز بازار محاسبه خواهد شد. شركت پارس خودرو 8/12/73 اعلام كرد محصولات خود را پيش فروش مى‏كند; با اين تفاوت كه نه تنها بهاى نيسان پاترول و جيپ صحرا مجهول است، بلكه ميزان مبلغ قابل كسر از قيمت‏بازار نيز غيرمعين است. در اطلاعيه مذكور آمده است: «ضمنا در زمان تحويل خودرو، تسويه حساب، متناسب با طول زمان تحويل سالانه 20 درصد تخفيف به آن تعلق گرفته و از بهاى فروش مصوب [كه فعلا مجهول است] كسر خواهد شد. بهاى فروش زمان تحويل نيز مبلغى كمتر از قيمت روز [كه آن نيز مجهول است] در زمان تحويل خواهد بود.» ديگر توليد كنندگان خودرو از جمله شركت‏سايپا، پارس خودرو، زامياد و ايران كاوه نيز براى پيش‏فروش محصولات خود به نظير چنين روشى روى آورده‏اند.**

**افزون بر بيع داخلى، در بيع بين‏المللى نيز با اين مساله مواجه هستيم. كافى است‏يادآورى شود مهمترين محصول كشور ما، نفت، معمولا با ثمن شناور پيش فروش مى‏گردد.**

**اين تاريخچه نشان مى‏دهد مساله فروش كالا با ثمن شناور يعنى بهايى كه هنگام تشكيل قرارداد بيع معلوم نيست، اما روش تعيين آن مورد توافق قرار گرفته است (بالفعل معلوم نيست اما قابليت تعيين دارد) يكى از مسايل امروز ماست. در اين مساله دو نظريه مهم مطرح است. يكى همان راى مشهور كه فعليت تعيين ثمن شرط صحت‏بيع است و ديگر، نظريه‏اى كه قابليت تعيين را كافى مى‏داند و تعيين روش تعيين را نوعى تعيين ثمن مى‏شمارد. هر يك از اين دو نظريه با اصطلاحات و روشهاى فقهى و حقوقى - كه بيگانه از هم نيز نيست - قابل بررسى است. نوشته حاضر به اين بررسى به شيوه فقهى مى‏پردازد.**

**گفتار نخست**

**نظريه لزوم قطعى بودن ثمن به عنوان شرط صحت‏بيع**

**بسيارى از فقيهان هم در كتابهاى استدلالى و نيمه استدلالى و هم در كتابهاى فتوايى خود تصريح كرده‏اند كه يكى از شروط درستى عقد بيع معلوم بودن عوضين براى طرفين است. نخست نمونه‏هايى از گفته‏ها و نوشته‏هاى اين گروه از فقيهان آورده مى‏شود، پس از آن دلايل اين نظريه تقرير مى‏گردد. و سرانجام زير عنوان جداگانه‏اى اين ادله نقد و بررسى مى‏شود.**

**دلايل اين نظريه**

**1 - نقل اقوال**

**بند اول - فقهاى شيعه**

**محقق حلى در شرايع الاسلام مى‏فرمايد: شرط است كه قدر و جنس و وصف ثمن معلوم باشد و اگر به حكم يكى از طرفين بيع شود- يعنى تعيين آن به يكى از طرفين سپرده شود- عقد منعقد نمى‏گردد. (5)**

**صاحب جواهر در شرح اين سخن محقق گفته است: اگر تعيين ثمن به يكى از طرفين عقد، يا شخص ثالثى، يا عرف و عادتى كه در تعيين مقدار يا جنس يا وصف ثمن هست واگذار گردد، عقد منعقد نمى‏شود و مى‏افزايد: در اصل اعتبار علم طرفين به ثمن ميان فقيهان ما اختلافى نيافته‏ام مگر اسكافى. وى پس از نقل سخن اسكافى - كه در بخش بعدى خواهد آمد- در نقد و بررسى آن مى‏گويد: اين سخن متروك است‏بلكه هم پيش از اسكافى و هم پس از او، اجماع فقها بر خلاف اين راى محقق است; ... اين سخن با حديث نبوى كه متضمن نهى پيامبر صلى الله عليه وآله وسلم از بيع غررى است، مخالفت دارد. (6) بنابراين صاحب جواهر با استناد به اجماع و حديث نهى از بيع غررى، علم به ثمن را از شرايط صحت‏بيع مى‏داند.**

**مرحوم علامه در كتاب قواعد، محقق ثانى در كتاب جامع المقاصد ضمن شرح كلام علامه، (8) و شيخ انصارى در مكاسب از همين نظريه طرفدارى كرده‏اند. شيخ در مساله‏اى مستقل از كتاب مكاسب گويد: «معروف است كه علم به ميزان ثمن از شرايط درستى بيع است. پس اگر متاعى فروخته شود و تعيين بهاى آن به يكى از طرفين سپرده شود عقد باطل است‏». سپس از مختلف و تذكره علامه، اجماع فقها، و از شرح لمعه و حاشيه سلطان العلما، اتفاق علما و از سرائر، نفى خلاف ميان مسلمانان نسبت‏به اين حكم را نقل مى‏كند.**

**شيخ، دليل اصلى اين حكم را روايت نفى غرر مى‏داند و ضمن اشاره به روايات باب به عنوان جمع بندى مطلب مى‏گويد: «در هر صورت اين كه حكم كنيم بيعى كه تعيين ثمن آن به مشترى سپرده شده است، صحيح مى‏باشد و ... ثمن را منصرف و محمول بر قيمت‏سوقيه بدانيم - چنانكه نقل شده است ظاهر كلام حدائق اين راى است - قولى ضعيف مى‏باشد، و ضعيف‏تر از اين نظر، كلامى است كه از اسكافى نقل شده كه گفته صحيح است‏بايع بگويد: اين متاع را به تو فروختم به قيمتى كه به ديگران فروخته‏ام‏». (9)**

**و شيخ بهايى در جامع عباسى (11) نيز نظير همين مطالب نقل شده است. در رساله‏هاى عمليه مراجع تقليد معاصر نيز همين نظر يافت مى‏شود. (12)**

**بند دوم - فقيهان اهل سنت و جماعت**

**اين مساله در فقه اهل سنت و جماعت نيز عنوان شده است.**

**شروط بيع نزد حنفيان چهار گونه است: شرايط انعقاد، شرايط صحت، شرايط نفوذ و شرايط لزوم; (جمعا بيست و سه شرط) (13) يكى از شرايط صحت‏بيع آن است كه مبيع و ثمن معلوم باشند; علمى كه مانع از بروز منازعه ميان طرفين شود. پس بيع كالاى مجهول - مثلا گوسپندى از اين بخش گله - صحيح نيست و نيز بيع با ثمن مجهول و نامعين مثل اينكه بگويد اين كالا را به بهايش، يا به آنچه در دستان يا جيب اوست، خريدارى كردم، صحيح نيست. (14)**

**مالكيان شرايط بيع را به شروط عاقد، صيغه و مورد عقد تقسيم كرده‏اند (جمعا يازده شرط) (15) از اين ميان پنج‏شرط به ثمن و مثمن مربوط مى‏شود كه يكى از اين شرايط، معلوم بودن عوضين براى طرفين است.**

**شافعيان براى اعتبار بيع سه دسته شرط را معتبر مى‏دانند: شرايط عاقد، صيغه و موضوع عقد (جمعا بيست ودو شرط). (16) شرايط موضوع عقد پنج امر است و يكى از آنها معلوم بودن عين، مقدار و صفت موضوع عقد - اعم از ثمن و مثمن- براى طرفين است. پس بيع يكى از اين دو پيراهن و نظير آن، باطل است‏به دليل غرر يا جهالت. (17)**

**حنبليان نيز شرايط بيع را در سه گروه بيان كرده‏اند: شرايط متعاقدين، صيغه و موضوع عقد (جمعا بيست و يك شرط) (18) و بر آنند كه شرايط موضوع عقد- ثمن باشد يا مثمن- شش چيز است و يكى از آنها اين است كه ثمن در حال عقد يا پيش از آن براى طرفين قرارداد مشخص باشد. بنابراين اگر بگويد بيع مى‏كنم به مبلغى، يا به آن مبلغ كه فلانى فروخته است، صحيح نيست مگر آنكه طرفين به آن مبلغ آگاهى داشته باشند. همچنين اگر بگويد مى‏فروشم به همان مبلغ كه مردم مى‏فروشند، صحيح نيست. (19)**

**2 - تقرير ادله اين نظريه**

**الف - اجماع فقها**

**اين مساله كه جهل در ثمن به بطلان بيع منجر مى‏شود مورد اجماع فقها است. علامه در مختلف به اين اجماع تصريح كرده است. (20) شهيد ثانى در شرح لمعه از اين همداستانى فقها با عنوان «اتفاق‏» ياد كرده است. (21) در سرائر نقل شده است: در بطلان بيعى كه ثمن در آن ذكر نشده، ميان مسلمين خلافى نيست. (22) يعنى مساله فراتر از يك عقيده مذهبى بوده، مورد توافق همه مذاهب اسلامى است. اجماعى بودن اين امر تنها گفته قدما نيست، بلكه امروزه هم به وسيله فقها مطرح مى‏شود. يكى از استادان حوزه علميه قم كه فتاوى ابن جنيد، از فقهاى متقدم اماميه را از لابلاى متون مختلف گرد آورى، تنظيم و منتشر ساخته است، به مساله مورد گفت و گو كه مى‏رسد و فتواى ابن جنيد را خلاف مشهور مى‏يابد، به عنوان مقدمه‏اى بر آن مى‏نويسد: «ميان ما اختلافى نيست كه هر گاه ثمن مجهول باشد بيع باطل است، مگر [مخالفتى كه] ازابن جنيد [سرزده] كه مى‏گويد...» (23)**

**ب - روايت نبوى مشهور «نهى النبى عن بيع الغرر»**

**اين روايت‏بارها در متون روايى و فقهى و حتى كتب لغت، به وسيله شيعيان و سنيان نقل شده و مورد استناد قرار گرفته است. از جمله در خلاف، (24) انتصار، (25) سرائر، (26) وسايل الشيعه (27) و نيل الاوطار. (28) كتاب هايى كه اين روايت را نقل كرده‏اند، چنان پرشمارند كه ذكر نام جملگى آنها فهرستى بلند مى‏شود (29) .نقل ديگرى از اين روايت، چنين است: «نهى النبى عن الغرر» (30) بعضى احتمال داده‏اند كه اين دو، در حقيقت‏يك سخن بوده باشد كه برخى راويان و نويسندگان واژه «بيع‏» را حذف كرده، سبب شده‏اند تصور رود كه «نهى النبى عن الغرر» روايتى مستقل است، (31) اما شمارى با اين سخن مخالفت كرده و بر آنند كه دو روايت وجود دارد: يكى بيع غررى و ديگرى به صورت عام هرگونه عمل غررى را نهى مى‏كند. (32)**

**مرسوم و صحيح آن است كه در هر مبحث روايى، نخست‏سند روايت رسيدگى مى‏شود و در صورت اثبات اعتبار روايت و صحت انتساب آن به معصوم عليه السلام درباره مدلول و محتواى آن گفت و گو مى‏شود; اما بيشتر كسانى كه به اين روايت استناد كرده‏اند، خود را از بحث‏سندى بى نياز يافته‏اند. مثلا فاضل نراقى از صاحب رياض نقل مى‏كند اين روايت نزد همه علما متفق‏عليه است و سپس نتيجه مى‏گيرد: «بنابراين [ضعف سندى آن] با شهرت عظيمى كه نسبت‏به آن محقق است، جبران مى‏شود، بلكه در مورد آن اجماع قطعى، و بالاتر از آن ضرورت محقق است; پس اين روايت در شمار رواياتى است كه در حجيتشان ترديدى نيست و مانند روايت صحيح، بلكه قوى‏تر از آن است.» (33) در عناوين نيز چنين قضاوتى درباره اعتبار اين روايت‏به چشم مى‏خورد. (34)**

**بسيارى از فقيهان، روايت نبوى را دليل بر بطلان بيعى كه در يك عوض آن نوعى جهل وجود دارد، گرفته‏اند. مثلا علامه مى‏فرمايد: «علم به مقدار عوض لازم است‏بنابراين جهل به آنچه بر عهده گرفته است، خواه جهل در ثمن باشد يا در مثمن مبطل عقد است تا آنكه مى‏گويد شافعى و ابوحنيفه نيز بر همين عقيده‏اند، به دليل غرر» (35) و نيز گويد «از موارد غرر، جهل در ثمن است.» (36)**

**كوتاه سخن آنكه فقهاى شيعه و سنى به اين روايت استدلال كرده، بيع غررى را باطل دانسته‏اند و از آنجا كه جهل در مقدار ثمن موجب غرر است، به بطلان بيع منجر مى‏شود. (37)**

**ج - روايات خاصه**

**در كتاب وسائل الشيعه زير عنوان «باب عدم جواز البيع بدينار غير درهم او درهمين...» (38) چهار روايت ذكر شده است كه دلالت مى‏نمايد معامله با ثمن مجهول مورد تاييد شارع مقدس نيست. به عنوان نمونه يكى از اين روايتها نقل مى‏شود: «عن ابى عبدالله‏عليه السلام قال: يكره ان يشترى الثوب بدينار غير درهم، لانه لايدرى كم الدينار من الدرهم.» (39) مثلا اگر گفته شود بهاى اين كالا ده هزار تومان است‏باستثناى يك دلار، اين معامله مورد كراهت است، امام عليه السلام تعليل فرموده‏اند: زيرا دانسته نمى‏شود نسبت ميان دينار ودرهم چيست; و در مثال ما يك دلار چه نسبتى با ثمن دارد. از اين تعليل استفاده شده كه معامله با ثمن مجهول غير نافذ و نامعتبر مى‏باشد. برخى از فقيهان با استناد به تعليل مذكور در اين روايت گفته‏اند: «هرگاه استثناى درهم از دينار، به دليل معلوم نبودن نسبت دينار به درهم موجب جهل به ثمن باشد، بيع به حكم يكى از طرفين - يعنى تعيين ثمن به يكى از طرفين واگذار شود- به طريق اولى باطل است، زيرا در اين فرض، ثمن راسا و كلا مجهول است.» (40)**

**3 - نقد و بررسى ادله اين نظريه**

**الف - بررسى اجماع فقها**

**بيان شد كه بسيارى از فقها گفته‏اند جهل در ثمن به بطلان بيع منجر مى‏شود و بر اين حكم ميان فقها اجماع - دست‏كم بر مبنايى كه مشهور فقها در مساله اجماع دارند- محقق است. همچنين مشخص شد نقل اجماع به عنوان دليل بطلان چنين بيعى هم ميان قدما رواج داشته است و هم در نوشته‏هاى معاصران به چشم مى‏خورد. تحقق اين اجماع انكارناپذير است، اما اعتبار آن مورد تامل و مناقشه مى‏باشد.**

**يادآور مى‏شود بنا بر اعتقاد اماميه، اجماع دليلى ذاتى و موضوعى بر حكم شارع تلقى نمى‏گردد، بلكه صرفا ابزارى براى كشف حكم شرعى است; مثلا ميرزاى قمى مى‏گويد: «اجماع، اتفاق جماعتى است كه اتفاق آنها كاشف از راى معصوم باشد» (41) و صاحب معالم تصريح مى‏كند: «در حقيقت‏حجيت اجماع صرفا از آن جهت است كه كاشف از حجت‏يعنى قول معصوم است.» (42)**

**نتيجه اين ديدگاه شيعه درباره اجماع آن است كه هرگاه در مساله دليلى مستقل، مثلا آيه يا روايتى موجود باشد، به اجماع ارزشى داده نمى‏شود، بلكه آن دليل مستقل مورد ارزيابى و بررسى قرار مى‏گيرد.در صورتى كه بر حكم دلالت داشت، حكم به استناد آن دليل مستقل، معتبر تلقى مى‏شود و چنانچه دلالت نداشت، ديگر به اجماع نيز توجه نمى‏گردد. در صورتى كه در مساله‏اى هم دليل لفظى وجود داشته باشد و هم اجماع محقق باشد، چنين اجماعى را مستند و نيز مدركى مى‏گويند، حتى اجماعى كه احتمالا مستند به مدركى لفظى و يا غير لفظى باشد، به عنوان دليلى مستقل مورد اعتماد نيست. (43)**

**در مساله مورد بررسى، از گفته‏هاى ناقلان اجماع اطمينان حاصل مى‏شود دليل وحدت نظر فقها، مدرك لفظى يعنى روايت نبوى مشهور است. مثلا به اين گفته توجه نماييد:**

**«[قال] الاسكافى... لو وقع البيع على مقدار معلوم بينهما و الثمن مجهول لاحدهما جاز... و هو متروك بل مسبوق بالا جماع، ملحوق به، و مخالف لحديث نهى النبى صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع الغرر.» (44) فاضل نراقى نيز ماخذ فساد بيع غررى را دو امر مى‏داند: نخست اجماع، و ديگر روايت مروى از پيامبر صلى الله عليه وآله وسلم. (45)**

**به عنوان جمع بندى اين دليل مى‏توان گفت: اجماع مدركى (مستند) و حتى محتمل المدركيه، دليل مستقل محسوب نمى‏شود (كبرى). اجماع بر بطلان بيع غررى، از جمله بيعى كه در ثمن آن نوعى جهل محقق است، مستند به روايت مشهور نبوى است (صغرى). نتيجه قياس آن مى‏شود كه اجماع در اين مساله به عنوان دليل مستقل، فاقد ارزش است; البته اين كه عنوان «غرر» بر بيعى كه در ثمن آن نوعى جهل هست، اما روش برطرف شدن آن جهل در عقد پيش بينى شده است، صدق مى‏كند يا نه، خود بحثى است كه در نقد و بررسى دليل دوم روشن خواهد شد.**

**ب - بررسى روايت «نهى النبى عن بيع الغرر»**

**همان گونه كه بيان شد، منطق بحث اقتضا مى‏كند نخست‏سند روايت‏بررسى گردد و بر فرض تماميت‏سند و اثبات درستى انتساب سخن به معصوم عليه السلام نوبت‏به بحث دلالى و بررسى مفاد روايت مى‏رسد.**

**بحث‏سندى**

**در مورد سند اين روايت و روايات مشابه دو مسلك مشهور وجود دارد:**

**يك مبنا آن است كه بايد با رعايت دقيق ضوابط علم رجال سند روايت را بررسى كرد، و تنها در صورت توثيق رجال سند در همه مراحل زمانى تا روزگار معصوم عليه السلام روايت‏حجيت دارد. مرحوم آيت الله العظمى خويى كه همچون بيشتر علماى حوزه نجف جانبدار اين مكتب مى‏باشد، در باره سند همين روايت گفته است: «ترديدى در ضعف سند اين روايت نمى‏باشد زيرا روايت نبوى است، البته استدلال به آن در مساله قدرت بر تسليم عوضين به عنوان يكى از شروط عوضين، مشهور است‏بنابراين اگر شهرت مستند به حديث‏باشد (نه مثلا اجماع) و معتقد باشيم كه شهرت ضعف سند را جبران مى‏كند، مشكل حل مى‏شود و در غير اين صورت استدلال به اين روايت ممكن نيست; لكن هم اثبات صغرى (استناد شهرت به اين روايت) و هم اثبات كبرى (جبران ضعف سند به وسيله شهرت) جدا مشكل است.» (46)**

**مبناى ديگر آن است كه معيار در حجيت‏خبر، وثوق به صدور آن از طرف معصوم‏عليه السلام است، نه وثوق به سند. و اطمينان به صدور روايت همان گونه كه از عدالت راوى يا از وثاقت او - گرچه عادل نباشد، و حتى اگرچه از مذهب حق منحرف باشد- حاصل مى‏شود، از عمل اصحاب به مفاد آن نيز حاصل مى‏گردد; بلكه فتواى مشهور ميان قدماى فقها بر طبق آن خبر، هر چند فتواى خود را به آن مستند نكرده باشند، موجب وثوق به صدور روايت است; البته ناگفته نماند لازم است آن عبارت به عنوان حديث و روايت نقل شده باشد تا در نتيجه عمل اصحاب بر طبق مضمون و مفاد آن، وثوق به صدورش ايجاد شود. (47) بنا براين مبنا مى‏توان گفت روايت «نهى النبى عن بيع الغرر» و نيز «نهى النبى عن الغرر» موثوق الصدور و حجت هستند.**

**منظور از ذكر اين اختلاف نظر ياد آورى اين نكته است كه حجيت اين روايت نبوى، مسلم و قطعى نيست و دست كم دو نظر كه هر يك جانبدارانى دارد، مطرح است. حال اگر نظريه دوم مقبول افتد و انتساب روايت‏به معصوم عليه السلام تاييد گردد، بايد از مفاد و مدلول آن سخن گفت.**

**بحث دلالى**

**مهمترين نكته در اين بحث، شكافتن معناى واژه «غرر» و مراد فقها از اين اصطلاح مى‏باشد. اين مطالعه زير عنوانهاى چندى انجام مى‏شود:**

**اول - معناى لغوى «غرر»**

**نظر به اهميت مساله، گفته‏هاى اهل لغت در اين‏باره گردآورى شده است (48) كه به ذكر چند نمونه بسنده مى‏شود: «جوهرى در صحاح گويد: الغرر: الخطر، و نهى رسول الله‏صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع الغرر، و هو مثل بيع السمك فى الماء و الطير فى الهواء.» (49) ابن اثير در نهايه مى‏گويد: «انه نهى عن بيع الغرر و هو ما كان له ظاهر يغر المشترى و باطن مجهول.» (50) و از ازهرى نقل شده است: «بيع الغرر ما كان على غير عهدة و لا ثقة، و تدخل فيه البيوع التى لايحيط بكنهها المتبايعان، من كل مجهول.» (51) به ديگر سخن «غرر در لغت‏به معناى خطر است و تغرير به معناى در معرض هلاكت افكندن. ريشه غرر در لغت عبارت است از امرى كه ظاهرى محبوب و دلخواه دارد و باطنى مكروه و ناپسند; از همين روى دنيا را - متاع الغرور - ناميده‏اند. بنابراين غرر به معناى آن است كه آدمى ندانسته جان يا مالش را در معرض هلاكت قرار دهد.» (52) در لسان العرب روايتى از امام على عليه السلام نقل شده است كه حضرت در معناى غرر فرموده است: «انه عمل ما لايؤمن معه من الضرر.» (53)**

**افزون بر جهل و خطر، خدعه نيز به عنوان معناى غرر ذكر شده است. در قاموس المحيط مى‏خوانيم: «غره غرا و غرورا... خدعه و اطمعه بالباطل‏» (54) و در مجمع البحرين: «غره... [اى] خدعه و اطمعه بالباطل، فاغتر هو.» (55) اين معناى ماده غرور، در قاعده معروف غرور كه با عبارت معروف «المغرور يرجع الى من غره‏» ياد مى‏شود، نيز مورد توجه است. (56) افزون بر پيشينيان، لغويين معاصر نيز خدعه را به عنوان يكى از معانى غرر ذكر مى‏كنند، چنانكه در المنجد آمده است: «غر يغر غرا: خدعه و اطمعه بالباطل... يقال انا غرر منك، اى مغرور.» (57)**

**نتيجه اين كه واژه غرر دست كم به سه معنا به‏كار مى‏رود: خطر، جهل و خدعه. ناگفته نماند منظور از خطر به عنوان يكى از معانى غرر، احتمال ضررى است كه عقلا از آن اجتناب مى‏كنند، نه احتمال ضعيفى كه مردم بدان التفاتى ندارند. (58)**

**دوم - «غرر» در متون فقهى و اصطلاح فقيهان**

**از اين واژه در متون فقهى، فراوان استفاده شده است، مثلا علامه حلى، قدرت بر تسليم را يكى از شرايط صحت‏بيع مى‏داند و مى‏گويد اشتراط اين امر در بيع اجماعى است ودر بيان توجيه اين شرط مى‏نويسد: «ليخرج البيع عن ان يكون بيع غرر» (59) و نيز مى‏گويد: «بيع پرنده‏اى كه در هواست، خواه مملوك شخص باشد و خواه نباشد، اجماعا صحيح نيست; زيرا در هر دو صورت غرر است و پيامبر صلى الله عليه وآله وسلم از غرر نهى فرموده است.» (60) شهيد در قواعد بر آن است كه «از شرايط مبيع، معلوم بودن عين و مقدار و صفت آن است. بنابراين اگر بگويد يكى از دو بنده‏ام را به تو فروختم، باطل است زيرا اين بيع، غررى است.» (61) صاحب التنقيح بعد از آن كه از ابى الصلاح حلبى و قاضى [ابن البراج] و سلار نقل مى‏كند بيع متاعى كه براى طعم يا رايحه آن خريدارى مى‏شود، بدون آزمودن آن كالا صحيح نيست، دليل اينان را چنين بيان مى‏كند: «لانه مجهول، فهو بيع غرر و قد نهى النبى‏صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع الغرر» البته سپس از محقق و علامه و جمعى ديگر صحت معامله را نقل مى‏كند. (62)**

**از آنچه كه ذكر شد دانسته مى‏شود، غرر در كلام فقيهان، هم در مورد جهل به كار مى‏رود، چنانكه شهيد در قواعد به عنوان دليل لزوم معلوم بودن عين و مقدار و صفت مبيع، به بطلان بيع غررى استناد نمود; (63) و هم در مورد خطر استعمال مى‏شود، مثلا با توجه به منهى بودن معامله غررى، بيع پرنده در هوا را باطل دانسته‏اند. (64) همچنين اشاره شد غرر به معناى خدعه نيز در متون فقهى استعمال شده است. (65)**

**از نوشته‏هاى علماى مذاهب اهل سنت نيز دانسته مى‏شود معانى كه مختلف غرر مورد توجه و كاربرد آنان نيز بوده است. مثلا شمس الدين سرخسى حنفى در تعريف غرر مى‏گويد: «الغرر ما يكون مستور العاقبة‏» (66) به نظر مى‏آيد در اين تعريف هم جهل مورد توجه است و هم خطر. قرافى مالكى نوشته است: «اصل الغرر هو الذى لايدرى هل يحصل ام لا، كالطير فى الهواء و السمك فى الماء» (67) و اسنوى شافعى گفته «الغرر هو ما تردد بين شيئين اغلبهما اخوفهما» (68) و ابن حزم بر آن است كه «ما لايدرى المشترى ما اشترى، او البائع ما باع.» (69) و در تعريف غرر و نيز بيع غررى گفته‏اند: «غرر، همان خطر است‏يعنى امرى كه تحقق آن قطعى نيست و بيع غررى بيع متاعى است كه وجود و عدمش معلوم نيست، يا قلت و كثرت آن معلوم نيست و يا توان بر تسليمش محقق نمى‏باشد.» (70)**

**از مجموع آنچه بيان شد دانسته مى‏شود «غرر» دست كم در سه معنا به كار رفته است كه دو معنا از آنها بيشتر مورد توجه بوده است: يكى جهل و ديگرى خطر. براى آن كه روشن شود ميان غرر و جهل چه نسبتى وجود دارد، رابطه اين دو مفهوم را مى‏سنجيم.**

**سوم - رابطه «غرر» و «جهل‏»**

**شهيد در قواعد، نخست معناى لغوى و سپس معناى شرعى غرر را بيان مى‏كند: «الغرر لغة: ما له ظاهر محبوب و باطن مكروه... و شرعا: هو جهل الحصول‏» ودر معناى «مجهول‏» مى‏گويد «معلوم الحصول مجهول الصفه‏» و تصريح مى‏كند رابطه اين دو، عموم و خصوص من وجه است زيرا گاه غرر محقق است اما جهلى در كار نيست; مثلا درباره عبدى فرارى كه مشترى اوصاف او را مى‏داند يا در حال معامله براى او توصيف مى‏شود. و گاه جهل هست اما غرر محقق نيست مثلا اگر كالايى موزون باشد اما نه با وزن بلكه با معيار ديگرى مثلا عدد محاسبه شود، در اين صورت نسبت‏به وزن كالا جهل هست اما در معامله غرر نيست. و گاه مورد كاملا مجهول است مثلا شمشى كه معلوم نيست طلا است‏يا نقره يا مس. (71)**

**برخى از فقها در اين مساله با شهيد اول موافق نيستند و برآنند كه نسبت اين دو مفهوم عموم و خصوص من وجه نيست. مثلا مراغى پس از نقل كلام شهيد، در رد آن نوشته است: «ظاهر از عرف و لغت آن است كه غرر شامل همه آن موارد مى‏شود، و در هر موردى كه جهل محقق باشد، على الظاهر در آن مورد غرر و خطر نيز محقق است.» (72) فاضل نراقى، اصل سخن شهيد را كه گفته است رابطه غرر و جهل عموم و خصوص من وجه است، مى‏پذيرد اما اين كه معناى شرعى غرر، جهل به حصول است، از طرف ايشان نفى مى‏شود، زيرا اثبات نشده كه غرر، از معناى لغوى نقل پيدا كرده و حقيقت‏شرعيه شده باشد. (73)**

**شهاب الدين الصنهاجى، مشهور به قرافى نيز اين مساله را مورد گفت و گو قرار داده است: «علما در استعمال اين دو واژه گاه مسامحه مى‏كنند و آنها را به جاى يكديگر به كار مى‏برند. اصل غرر، امرى است كه حصول آن معلوم نيست مانند پرنده در آسمان و ماهى دريا; اما چيزى كه حصول آن معلوم و صفتش نامعلوم است، مجهول گفته مى‏شود. مثلا اگر بگويد آنچه در جيبم است فروختم، مبيع قطعا قابل حصول است اما نمى‏دانيم چيست. پس غرور و مجهول، هر يك از نظرى اعم از ديگرى است و از جنبه‏اى اخص از ديگرى.» (74)**

**حتى اگر بگوييم رابطه غرر و جهل عموم و خصوص مطلق است، اين به معناى مترادف بودن اين دو اصطلاح و وحدت معناى آنها نيست. به عبارت ديگر معناى اين دو واژه متباين است: غرر اقدام به كارى است كه از حصول نتيجه مطلوبش اطمينان نداريم و مجهول امرى است كه كميت‏يا كيفيت‏يا هر دو جنبه آن نامعلوم است. پس مجهول بودن مطلبى است و غررى بودن مطلبى ديگر; هر چند بين مطاديق اين دو مفهوم ممكن است عموم و خصوص من وجه يا رابطه ديگرى برقرار باشد. (75)**

**چهارم - نتيجه بحث دلالى**

**دانسته شد «غرر» گاه به معناى خدعه است و گاه به معناى خطر استمال شده است. در صورت نخست نهى در روايت، نهى تكليفى محض است‏يعنى پيامبرصلى الله عليه وآله از فريبكارى در بيع منع نموده است و در اين فرض، روايت هيچ ارتباطى با حكم وضعى و صحت و بطلان بيع ندارد. و اگر به معناى خطر باشد، ناظر به حكم وضعى است و از آنجا كه تعيين يكى از اين دو معنا معلوم نيست، استدلال به آن نتيجه بخش نيست. زيرا هر احتمال مانع اخذ به احتمال ديگر است و اين اجمال روايت ميان دو معنا، اعث‏سقوط آن از دليليت است. (76)**

**پنجم - عدم تحقق هيچ يك از معانى سه گانه غرر در موضوع مورد بررسى**

**همانطور كه بيان گرديد به دليل اجمالى كه در واژه «غرر» وجود دارد نمى‏توان به استناد روايت «نهى النبى عن بيع الغرر» به حكمى دست‏يافت. اينك با چشم پوشى از اين اجمال، درستى استناد به روايت مذكور در مساله مورد گفت و گو را بررسى مى‏كنيم. مساله آن است كه در قرارداد بيع طرفين صرفا حدود ثمن را مى‏دانند ولى نسبت‏به تعيين قطعى آن نيز سكوت نكرده، بى تفاوت نمانده‏اند; بلكه بر روش تعيين قطعى ثمن در آينده - مثلا روز تحويل كالا- توافق كرده‏اند. آيا چنين معامله‏اى غررى و مورد نهى شارع است؟**

**در تحليل غرر دانستيم اين اصطلاح به سه معنا به كار رفته است: خدعه، خطر و جهل. اين معانى گرچه مصداقا عموم و خصوص من وجه يا به قولى عموم و خصوص مطلق هستند، مفهوما متباين مى‏باشند. بنابراين بايد اين سه معنا را جداگانه بررسى كرد:**

**1 - غرر به معناى خدعه و فريب: فرض مساله آن است كه در چنين معامله‏اى جز عدم علم قطعى و فعلى به ثمن هيچ مشكلى وجود ندارد. آرى، اگر يكى از طرفين ديگرى را فريفته است‏با استناد به دلايل متعدد مانند آية كريمه «لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم‏» (77) و روايت «لا يحل دم امرء مسلم و لا ماله الابطيبة نفس منه‏» (78) و قاعده «المغرور يرجع الى من غره‏» (79) و با توجه به اين كه به دليل فريبكارى رضايت واقعى محقق نيست‏حكم مساله تعيين مى‏گردد و عموما گفته مى‏شود فريب خورده خيار غبن دارد; اما اين فرض خروج از موضوع نزاع است; زيرا مثلا در قراردادى كه ميان مشترى سكه بهار آزادى و بانك فروشنده سكه بسته مى‏شود، عنصر خدعه، فريب و سوء نيت وجود ندارد.**

**2- غرر به معناى خطر: در اين معاملات غرر به معناى احتمال عقلايى ضرر و بيم ازخسارت محقق نيست. فراموش نشود در اين گونه مسايل داورى عرف بسيار تعيين كننده است و عرف چنين احتمالى را ناديده مى‏انگارد. مثلا با اين كه مشترى نمى‏داند ثمنى كه به شركت توليد كننده خودرو مى‏پردازد، چه مقدار است اما مردم- كه رفتارشان تجلى عرف جامعه است- كسى را كه وارد چنين معامله شده است‏سرزنش نمى‏كنند و بستن چنين قراردادى را خطرناك، بى سرانجام و غير عقلايى نمى‏شمرند. چه بسيار اتفاق مى‏افتد كه عقلا بر خريد متاعى كه به حقيقت آن علم ندارند، اقدام مى‏كنند و چنين رفتارى خطر و ضرر محسوب نمى‏شود; بلكه گاه روى گردانى از چنين معاملاتى را از دست دادن فرصتها و عملى سفهى يا شبيه به سفه مى‏دانند. (80) شيخ انصارى مى‏گويد: «خردمندان به اميد سود فراوان به عملى كه زيان اندك دارد دست مى‏يازند. مثلا متاعى را كه ماهيتش بر آنها پوشيده است، با بهايى كه به ضرر نمى‏انجامد، خريدارى مى‏كنند. خريد كالايى كه نمى‏دانند مس است‏يا طلا، به قيمت مس، عملى عقلايى تلقى مى‏شود و كسى را كه از آن صرف نظر كند ملامت مى‏كنند و اين عذر را كه چنين معامله‏اى خطرناك بوده است، از وى نمى‏پذيرند.» حضور مشتاقانه مردم در اين گونه قراردادها بهترين گواه آن است كه در معاملات مورد گفت و گوى اين رساله، احتمال ضرر و خطر ناديده انگاشته مى‏شود.**

**3 - غرر به معناى جهل: در فرض مساله جهل مطلق محقق نيست. زيرا اولا: حدود ثمن معلوم است. ثانيا: روش تعيين قطعى ونحوه رفع ابهام موجود، مورد توافق قرار گرفته است. اين معامله با قراردادى كه ثمن آن كاملا مجهول مى‏باشد، مثلا بنا شده مالى، مبلغى، متاعى به عنوان ثمن پرداخت‏شود و نيز با قراردادى كه اساسا از ثمن در آن سخن نرفته است، تفاوت دارد. اگر پذيرفته شود غرر به معناى جهل است، روايت مى‏تواند دليل بى اعتبارى دو نوع معامله‏اى كه مثال زديم باشد، اما در معامله‏اى كه در ثمن صرفا نوعى جهل قابل تبديل به علم وجود دارد، عنوان غرر محقق نيست; دست كم در صدق غرر ترديد مى‏شود و در اين صورت مرجع، اصل صحت عقود است.**

**بنابراين با صرف نظر از اجمال روايت، غرر به هيچ از يك سه معنا، موضوع مورد بررسى ما را در بر نمى‏گيرد.**

**ششم - اثر پيش بينى حق فسخ در بيع با ثمن قابل تعيين**

**معامله با ثمن قابل تعيين را مى‏توان به گونه‏اى محقق ساخت كه به بطلان نينجامد و آن، پيش بينى حق فسخ در قرارداد است. به عبارت روشن‏تر با جعل خيار در معامله ديگر عرفا غرر (به معناى خطر) محقق نيست تا به بطلان قرارداد حكم شود. در اين مورد كلام فاضل نراقى در مستند الشيعه را مى‏خوانيم: «اعلم ان كل ما حكم فيه ببطلان البيع لاجل الغرر، فانما هو فى البيع اللازم، اما لو باع بشرط الخيار لو لا على النحو المقصود الرافع الضرر فلا يبطل من هذه الجهة; لعدم الغرر عرفا.» (81) از اسكافى نيز سخنى نقل شده است كه بر درستى اين بيع و خيارى بودن آن دلالت دارد. «اگر ثمن را معين نكنند و بايع بگويد اين متاع را به همان قيمتى كه به ديگران فروخته‏ام، به تو مى‏فروشم بيع درست است و مشترى خيار فسخ خواهد داشت و به اين خيار، غرر بر طرف مى‏شود.» (82) در معامله‏هاى رايج ميان مردم و شركتهاى بزرگ صنعتى و موسسه‏هاى رسمى مثلا بانك مركزى، دست كم مشتريان حق فسخ دارند و فروشندگان متعهد مى‏شوند در صورت انصرف خريداران مثلا ظرف مدت 15 روز، آن بخش از ثمن را كه دريافت كرده‏اند، باز پرداخت نمايند. (83)**

**ج - بررسى روايات خاصه**

**مرحوم شيخ انصارى بر آن است كه علم به مقدار ثمن شرط صحت‏بيع است و پس از ذكر معروف و اجماعى بودن اين حكم ميان مسلمين و بيان اين كه ريشه اين حكم حديث نفى غرر است مى‏گويد: «و تعليل مذكور در روايت‏حماد بن ميسره از امام صادق از امام محمد باقر - عليهما السلام، مؤيد اين حكم است.» از اين شيوه بيان دانسته مى‏شود شيخ اين روايت را دليلى متقن و استوار بر حكم مورد بحث نمى‏داند و اعتبار آن را در حد يك مؤيد تعيين مى‏نمايد. شايداين برخورد شيخ، به آن دليل باشد كه «كراهت‏» ظهورى در بطلان بيع ندارد. (84)**

**به عبارت دقيقتر اولا: نهايت‏سخنى كه اين روايت دارد آن است كه چنين معامله‏اى (يعنى معامله‏اى كه مقدار مجهولى از ثمن تعيين شده در آن كسر شود و در نتيجه ثمن مجهول شود) مكروه است. واين، نمى‏تواند دليل بر حرمت‏باشد.**

**ثانيا: بر فرض كه روايت دلالت‏بر حرمت معامله نمايد، دلالت‏بر بطلان ندارد; زيرا ميان حكم تكليفى مثلا حرمت معامله و حكم وضعى مثلا بطلان يا صحت معامله ملازمه‏اى نيست. (85)**

**در ميان روايات خاصه، روايت‏سكونى از امام جعفر صادق، از امام محمد باقر، از امير المؤمنين عليهم السلام بيانگر فساد چنين معامله‏اى است; «فى رجل يشترى السلعة بدينار غير درهم الى اجل، قال عليه السلام فاسد فلعل الدينار يصير بدرهم.» (86)**

**در توضيح اين روايت گفته شده است‏سؤال در موردى است كه اصل وجود ثمن مورد ترديد است واحراز نشده، نه آن كه اصل ثمن محرز باشد و قدر آن مجهول. افزون بر آن، اين روايت توان معارضه با صحيحه رفاعة النخاس را ندارد. (87)**

**چكيده گفتار يكم**

**1- هيچ يك از امور سه گانه‏اى كه به عنوان دليل لزوم تعيين قطعى ثمن در زمان تشكيل قرار داد مطرح شده است، قابل اعتماد نيست:**

**الف- اجماع مورد استناد: به دليل مدركى بودن يا دست كم محتمل المدركيه بودن، اعتبار لازم را براى اين كه به عنوان دليلى مستقل و قاطع مورد استناد قرارگيرد ندارد. گذشته از آن، وجود آراى مخالف ميان قدما و معاصران تحقق اجماع بر برخى از مبانى را، مورد ترديد قرار مى‏دهد; زيرا بر مبناى اجماع لطفى، وجود يك مخالف نيز مانع تحقق اجماع است. (88)**

**ب- روايت نهى از غرر نيز گذشته از آن كه بنا بر بعضى از آرا، فاقد اعتبار سندى است، در ناحيه دلالت اجمال دارد; زيرا دانسته نمى‏شود غرر به معناى خدعه به كار رفته و مورد نهى واقع شده، يا به معناى جهل يا به معناى خطر. افزون بر آن، غرر به هيچ كدام از اين معانى در معامله با ثمن قابل تعيين محقق نيست.**

**ج- روايات خاصه نيز چنانكه بررسى شد بر اشتراط علم قطعى به ثمن در لحظه انعقاد قرارداد، دلالتى ندارد.**

**2- با فقدان دليل خاص بر اشتراط علم قطعى به ثمن در لحظه تشكيل قرارداد، صحت‏يا بطلان قرارداد بيع با ثمن قابل تعيين را بايد بر قواعد فقه معاملى سنجيد.**

**گفتار دوم**

**نظريه كفايت قابليت تعيين ثمن**

**اين نظريه را با نام و عنوانى معرفى مى‏كنيم كه از همين ابتداى كار و آغاز راه آشكار باشد در بر دارنده بيعى كه طرفين درباره ثمن هيچ سخنى نگفته‏اند، نيست. توضيح مطلب آن است كه گاه در گفت و گوهاى معاملى اساسا از ثمن بحثى به ميان نمى‏آيد و انجام نمى‏گيرد. فقه (91) ما چنين بيعى را باطل مى‏داند و بعيد مى‏نمايد بتوان فقيهى يافت كه به صحت چنين بيعى حكم كرده باشد. مساله ما بيعى است كه در مورد ثمن بحث‏شده و مكانيزم تعيين آن مورد توافق طرفين قرار گرفته است.**

**اين گفتار به تقرير دلايل نظريه كفايت قابليت تعيين ثمن و نقد و بررسى آنها مى‏پردازد.**

**دلايل اين نظريه**

**1 - نقل اقوال و تقرير ادله**

**بند اول: فقيهان شيعه**

**1- ابن جنيد اسكافى (92)**

**از اسكافى چنين نقل شده است: «اگر بيع بر مبيعى كه براى طرفين معلوم است واقع شود، در حالى كه ثمن براى يكى از آنان مجهول است، جايز و ممضى مى‏باشد، البته اگر آن را به صورت لازم (غير خيارى) منعقد نكنند و براى مشترى وقتى به ثمن عالم شد خيار باشد; مانند اين كه به بايع گفته شود يك كر طعام به من بفروش به همان قيمتى كه به ديگران مى‏فروشى; اما اگر هنگام بيع، طرفين به مقدار ثمن جاهل باشند، بيع ممضى نيست و منفسخ است.» (93) در متون مختلفى كه اين نظر ابن جنيد نقل شده، هيچ مطلب ديگرى در توضيح و توجيه آن از طرف وى يا نويسندگان آن متون بدان افزوده نشده است; (94) بلكه بيشتر به رد و نفى آن پرداخته‏اند كه اشاره خواهد شد.**

**2- شيخ يوسف بحرانى (95)**

**وى نخست نظر مشهور فقها را به اين صورت نقل مى‏كند: «تصريح كرده‏اند كه علم به مقدار، وصف و جنس ثمن پيش از واقع ساختن عقد بيع، شرط است. بنابراين بيع به حكم يكى از طرفين يا شخص ثالث اجماعا صحيح نيست و نيز بيع با ثمن مجهول القدر صحيح نيست، گر چه ثمن قابل مشاهده باشد; زيرا [در صورت مشاهده ثمن نيز] جهالت‏باقى است و غررى كه مورد نفى واقع شده، در اين فرض نيز محقق است...» (96)**

**در برابر اين سخن مشهور، وى با استناد به روايتى صحيحة السند، نظرى ديگر ارايه مى‏كند: «آنچه كه ذكر كرده‏اند مبنى بر عدم صحت‏به حكم يكى از طرفين، گر چه در تذكره ادعاى اجماع بر اين مساله شده، اما صدوق در من لايحضره الفقيه و شيخ طوسى در تهذيب از حسن بن محبوب از رفاعه نقل كرده‏اند...» (97) سپس متن روايت را ذكر مى‏نمايد، كه اندكى بعد بيان خواهد شد. وى درباره سند روايت توضيح مى‏دهد «نظير اين روايت را ثقة الاسلام كلينى از گروهى، از سهل و احمد بن محمد، از حسن بن محبوب، نقل كرده است... و صحت طريق [روايى] كلينى آشكار است... پس به روايت از ناحيه سند هيچ اشكال و خللى وارد نيست.» (98)**

**در تاييد آنچه مرحوم بحرانى درباره سند روايت گفته است، ياد آورى مى‏كنيم فقيهانى كه بر خلاف مفاد روايت نيز حكم داده‏اند، به سند آن اشكالى نگرفته‏اند; آن را روايتى صحيح و معتبر و يا حسن كالصحيح دانسته‏اند، (99) اما در دلالت آن خدشه كرده‏اند. مثلا شيخ انصارى از اين روايت‏با عنوان «صحيحة رفاعة النخاس‏» ياد كرده، ولى گفته است: «لكن التاويل فيها متعين... فلايتوهم جواز التمسك بها لصحة هذا البيع...» (100) يكى از فقهاى معاصر نيز از روايت‏با عنوان «صحيحه‏» ياد كرده است، اما حكم ظاهر از روايت را نپذيرفته است; از جمله به اين دليل كه اگر اين حكم ثابت و مسلم بود، با توجه به اين كه مورد ابتلا و نياز نيز هست، نزد اصحاب جزو امور واضح و آشكار بود، ما چگونه به ظهور اين روايت ظن پيدا كنيم، در حالى كه احدى با اتكاى به آن فتوى نداده است؟! (101)**

**ظاهرا، همان گونه كه صاحب حدائق گفته است در سند روايت و صحت انتساب آن به امام عليه السلام ترديدى وجود ندارد. اينك به ذكر متن خبر و سپس نتيجه آن مى‏پردازيم:**

**«عن رفاعة النخاس قال: قلت لابى عبدالله عليه السلام: ساومت رجلا بجارية فباعنيها بحكمى فقبضتها منه على ذلك، ثم بعثت اليه بالف درهم، فقلت: هذه الف درهم حكمى، عليك ان تقبلها، فابى ان يقبلها منى، و قد مسستها قبل ان ابعث اليه بالثمن. فقال: ارى ان تقوم الجارية قيمة عادلة، فان كان قيمتها اكثر مما بعثت اليه كان عليك ان ترد عليه [ن خ: اليه] ما نقص من القيمة، و ان كان ثمنها اقل مما بعثت اليه فهوله. قلت: جعلت فداك، ان وجدت بها عيبا بعد ما مسستها؟ قال: ليس لك ان تردها و لك ان تاخذ قيمة ما بين الصحة و العيب منه.» (102)**

**مفاد روايت آن است كه فروشنده و خريدار توافق مى‏كنند بيع انجام شود اما قيمت مبيع را مشترى، بعدا تعيين نمايد. به عبارت ديگر پيش از تشكيل قرارداد بيع و يا همزمان با آن، ثمن معين نيست و تعيين آن به آينده سپرده شده، و انجام آن به مشترى واگذار شده است. بر اساس همين توافق، مشترى متاع را تحويل مى‏گيرد و در آن تصرفات مالكانه مى‏كند. سپس مبلغى را به عنوان قيمت‏براى فروشنده ارسال مى‏دارد; اما فروشنده از پذيرش آن خوددارى مى‏كند. امام عليه السلام چنين حكم مى‏فرمايد: قيمت عادلانه (متعارف) متاع معلوم شود. اگر قيمت عادله، از آنچه كه خريدار براى مشترى فرستاده، بيشتر است، بر خريدار لازم است مابه‏التفاوت را بپردازد و اگر قيمت عادله، كمتر از قيمت ارسالى است، مابه‏التفاوت از آن فروشنده است و خريدار حق مطالبه آن را ندارد. و اگر بعد از تصرف در متاع، معلوم شد معيوب بوده است، نمى‏تواند به استناد عيب، متاع را به فروشنده رد كند، بلكه تنها راه او، اخذ ارش است.**

**ظاهر اين روايت، آشكارا با مدعاى مشهور ناسازگار است; زيرا همان گونه كه بارها نقل شد مشهور فقها مى‏گويند «علم به مقدار، جنس و وصف ثمن، پيش از وقوع عقد بيع، لازم است و بر اين حكم اتفاق نظر محقق است.» (103) برخورد فقها با اين روايت مختلف است: برخى گفته‏اند اين روايت‏شاذ و نادر مى‏باشد، و با اين سخن، آن را گذاشته و گذشته‏اند. (104) و شمارى از آنان با تحليل مفادش، بر غير قابل پذيرش بودن آن تاكيد كرده‏اند; (105) و گروهى كه البته كم شمارترند، مفاد روايت را پذيرفته و حكم مشهور ميان فقها را رد كرده‏اند.**

**در اين بند كه به نقل و تقرير ادله قائلين به كفايت قابليت تعيين ثمن، اختصاص دارد و در اين قسمت كه مقصود، تشريح راى صاحب حدائق است، نظر او را در شرح روايت مى‏آوريم. گفته‏هاى مخالفان، زير عنوان «نقد و بررسى اين ادله‏» مطالعه مى‏شود.**

**صاحب حدائق پس از ذكر روايت و اين كه ظاهر در خلاف گفته مشهور فقها است، سخنى از محقق اردبيلى در شرح ارشادعلامه و نيز كلامى از سيد حسين، مشهور به خليفه سلطان در حاشيه‏اش بر كتاب من لا يحضره الفقيه شيخ صدوق مى‏آورد كه گفته‏اند به دليل اجماع بر بطلان چنين بيعى، بايد اين روايت را تاويل كرد و از ظاهر آن دست كشيد. سپس در اعتراض به اين سلوك علمى مى‏گويد: «پوشيده نيست محور سخن فقها در رد اين روايت، اجماعى است كه در تذكره بر اين مساله ادعا شده است، و هيچ معارض ديگرى جز اين اجماع با آن روايت وجود ندارد... و نزد هر آن كس كه به چنين اجماعاتى - كه فراوان در كلام آنان يافت مى‏شود- هيچ اعتمادى نمى‏تواند كرد... (106) روايت ذكر شده، از هر معارض رها و سالم است واز عمل به آن، گريزى نيست; بويژه آن كه سند روايت صحيح است و نيز گفته صاحب من لا يحضره الفقيه آن را تقويت مى‏كند، زيرا مضمونش را ذكر كرده و بنابر قاعده‏اى كه در آغاز آن كتاب آورده، هر روايت مذكور در آن كتاب، مورد عمل صدوق است.» (107)**

**بحرانى توجه دارد كه مشهور افزون بر اجماع، به روايت نفى غرر نيز استناد كرده‏اند. در پاسخ به اين استدلال مى‏گويد: «غير از اجماع مذكور دليلى نيست، جز عموماتى كه مشهور بدان اشاره كرده‏اند يعنى حصول غرر و بروز منازعه [كه در صورت صحيح شمردن چنين معاملاتى پيش مى‏آيد]. و اين عمومات - بر فرض اثبات سند و دلالتشان به روايت مذكور، تخصيص زده مى‏شود; بلكه ممكن است‏بگوييم اجماع مذكور نيز بر فرض ثبوتش، به اين روايت صحيح تخصيص زده مى‏شود; زيرا اين اجماع قوى‏تر از آيه و روايت نيست- اگر نگوييم ضعيف‏تر است - و مى‏دانيم خبر صحيح مى‏تواند مخصص عمومات آيات و روايت‏باشد: پس به طريق اولى مى‏تواند مخصص اجماع نيز باشد، پس مى‏گوييم بيع با ثمن تعيين نشده صحيح نيست (برابر اجماع) مگر آنكه تعيين ثمن به مشترى واگذار شده باشد (برابر روايت‏خاص) و اين حكم چه مانعى دارد؟» (108)**

**3- مرحوم آيت الله العظمى خويى**

**ايشان پس از ذكر ادله قول مشهور يعنى اجماع، روايت نفى غرر و نيز روايت‏حماد بن ميسره، و رد آنها و تاكيد بر اين كه در مساله با توجه به روايت نبوى، اجماع تعبدى محقق نيست مى‏فرمايد: «بنابراين دليل خاصى بر اعتبار علم به ميزان ثمن در بيع، وجود ندارد. و بايد در مساله از دو جهت‏سخن گفت: يكى از جهت قواعد و دوم بر حسب روايت وارده در مقام.**

**بررسى مساله بر حسب قواعد: اگر مراد از جهل به مقدار ثمن، جهل نسبت اصل ماليت عوض باشد، يعنى بايع نداند ثمن چه مقدار است و حتى نداند آنچه به عنوان ثمن در بيع مطرح است ماليت دارد يا ندارد، در اين صورت شبهه‏اى نيست كه چنين بيعى باطل است; زيرا بيع مبادله مال در برابر مال است و مقصود متعاملين آن است كه هر يك در برابر عوضى كه به طرف مقابل مى‏دهد، مالى را كه پيش از اين معامله مملوك او نبوده، تملك نمايد. بنابراين اگر نداند در اثر اين بيع و در مقابل مالى كه مى‏دهد، مالى براى او حاصل مى‏شود يا خير، و در صورت حصول، چه مقدار است، غرض او نقض شده است; پس گويى اساسا بيع واقع نشده، و چه بسا بتوان گفت عقلا برابر ارتكاز خود چنين صورتى را بيع به شمار نمى‏آورند...» (109)**

**بررسى مساله بر حسب دليل خاص: ايشان در اين بحث صحيحة رفاعة النخاس را مى‏آورد و ياد آورى مى‏كند، مرحوم صاحب حدائق به استناد همين روايت ملتزم شده است‏بيع به حكم مشترى - يعنى بيعى كه قيمت متاع در هنگام عقد معلوم نيست و تعيين آن به مشترى سپرده شده - صحيح است و ثمن در اين معامله، قيمت‏سوقيه خواهد بود. (110) ناگفته نماند گر چه ايشان در پذيرش روايت و اتكا نكردن به اجماع در مساله، همانند صاحب حدائق است، اما در تفسير روايت‏با وى اختلاف نظر دارد. چنانكه سخن صاحب حدائق را نقل كرديم و اخيرا نيز مرحوم آيت الله العظمى خويى آن را بازگو نمود، به گفته وى قيمت در چنين معامله‏اى، قيمت‏سوقيه است. آيت الله العظمى خويى بر اين سخن ايراد گرفته مى‏فرمايد: «تعيين قيمت در چنين معامله‏اى به امرى عرفى و متعارف ميان مردمان باز مى‏گردد. در عرف معاملى بويژه در روزگار ما، كارگران (مثلا باربران) در مقام معامله درباره ثمن و اجرت سخنى قطعى نمى‏گويند و امر را به مشترى و مستاجر وامى‏گذارند; اما قراين نشان مى‏دهد منظورشان هر حكم و نظر مشترى و مستاجر نيست; لذا اگر آنان به ثمن و اجرتى كمتر از قيمت متعارف حكم كنند، كارگران، قيمت‏سوقيه را مطالبه مى‏كنند و به كمتر از آن رضايت نمى‏دهند، اما اگر مشترى و مستاجر به قيمت‏سوقيه يا بيش از آن نظر دهند، همان مبلغ، ثمن و اجرت خواهد بود. در حقيقت، در چنين معاملاتى ثمن، امرى كلى است و آن عبارت است از قيمت‏سوقيه و مازاد». (111)**

**ايشان درصدد آن است كه حكم مذكور در روايت را تبيين نمايد. امام عليه السلام فرمود: «ارى ان تقوم الجارية بقيمة عادلة فان كان قيمتها اكثر مما بعثت اليه فهوله...» پرسش اين است كه اگر مشترى قيمتى بيش از بهاى عادله و سوقيه مبيع پرداخته، چرا حق مطالبه مازاد را ندارد و آن مازاد از آن بايع مى‏شود؟ اين پرسش در توجيه و توضيحى كه صاحب حدائق براى روايت ارايه نمود، بى پاسخ است; زيرا ايشان گفت: قيمت در اين معامله همان قيمت‏سوقيه است; (112) اما از توضيح مرحوم خويى دانسته شد قيمت اين معامله عبارت است از قيمت‏سوقيه و مازاد آن. بنابراين، حكم امام عليه السلام كه اگر مبلغى بيش از قيمت‏سوقيه به بايع تحويل داد، مازاد قابل مطالبه نمى‏باشد، طبق قواعد و اصول است.**

**به هر روى در جمع بندى نظر مرحوم آيت الله العظمى خويى مى‏خوانيم: «اگر بايع بگويد متاع را فروختم به قيمتى كه به ديگران فرخته‏ام يا مشترى بداند كه آنچه از بايع خريدارى كرده، بهايش از قيمت‏سوقيه - كه در بازار مضبوط است، گر چه مشترى هم اينك آن را نمى‏داند - بيشتر نيست، دليلى بر فساد اين معامله از جهت جهالت نداريم. اين نحوه معامله چنان نيست كه موجب شود ندانيم ثمن يا مثمن ماليت دارد يا فاقد ارزش مالى است، و نيز چنان نيست كه در ميزان ثمن به حدى جهل محقق باشد كه موجب شود خطر [و احتمال قوى ضرر] تحقق يابد، به گونه‏اى كه عقلا در اعتبار اين رابطه به عنوان بيع درنگ و توقف كنند.» (113)**

**بند دوم: فقهاى اهل سنت و جماعت**

**جمهور فقهاى مذاهب سنت و جماعت‏بيع با ثمن مجهول - هر چند قابل تعيين - را ناروا مى‏دانند; در عين حال ميان آنان قول مخالف نيز وجود دارد. مثلا اگر بايع به مشترى بگويد اين متاع را به همان قيمتى كه خريده يا در دفتر قيمتها ثبت كرده، مى‏فروشد اما مشترى مبلغ آن را نداند، بيع فاسد است. حال اگر مشترى در مجلس بيع به اين مبلغ آگاهى يافت، بيع از حالت فساد به حالت جواز و روايى منقلب مى‏شود; علت اين انقلاب حكم را استحسان ذكر كرده‏اند. به اين بيان كه مانع از صحت عقد، جهالت‏به ثمن در لحظه عقد بود، اينك اين مانع در مجلس عقد بر طرف شده است و چون مجلس عقد، حكم حالت عقد را دارد گويى هنگام عقد، ثمن معلوم بوده است; اما اگر مشترى، ناآگاه به ثمن بماند و ميان طرفين جدايى افتد، حكم فساد معامله مستقر مى‏گردد.**

**و از احمد بن حنبل نقل شده است‏بيع به اين صورت كه بگويند ثمن مبلغى خواهد بود كه در تاريخ معينى از زمان آينده معلوم و معين مى‏شود، و هنگام عقد مبلغى را مشخص نكنند (البيع بماينقطع عليه السعر فى المستقبل) صحيح است. وى دليل اين نظر را چنين بيان كرده است: چنين بيعى ميان مردم مرسوم و شناخته شده است و در هر زمان و مكانى به اين گونه معامله اقدام كرده‏اند و مى‏كنند. ابن تيميه و ابن القيم نيز جواز و روايى چنين بيعى را ترجيح داده‏اند و برآنند كه منظور از قيمت‏سوقيه، بهاى كالا دربازار، هنگام بيع است، نه هر قيمتى در زمان آينده. (114)**

**متاخرين حنفيان نيز از نحوه ديگر خريد با ثمن غير معين با عنوان «بيع الاستجرار» نام برده و آن را درست‏شمرده‏اند در اين بيع خريدار كالاهاى مورد نياز در زندگى روزانه را از فروشنده مى‏خرد بدون آن كه از قيمت آن پرسش نمايد و در پايان يك دوره زمانى مثلا يك ماه، مجموع قيمت كالاها را مى‏پردازد، بر اين فرض و شرط ضمنى كه بهاى اعلام شده به وى، همان قيمت‏سوقيه كالا هنگام بيع مى‏باشد. چنين بيعى امروزه در خريد خانواده‏ها از فروشگاههاى محلى بسيار رواج دارد. (115)**

**دقت در اين نوع معامله كه از ديرباز ميان خانواده‏ها و فروشندگان معمول بوده است، نشان مى‏دهد خريدار، فروشنده را وكيل در بيع نكرده است‏بلكه خود اصالتا خريد مى‏كند و فروشنده را در تعيين ثمن وكيل مى‏نمايد البته با شرط ضمنى و ارتكازى كه فروشنده در تعيين ثمن، قيمت رايج كالا را لحاظ كند. در چنين بيعى ثمن، هنگام تشكيل عقد بيع بر مشترى نامعلوم است، اما روش تعيين آن به شرحى كه گذشت، مشخص شده است.**

**2 - نقد و بررسى ادله**

**1- بررسى سخن ابن جنيد اسكافى**

**شيخ انصارى در كلامى كوتاه سخن اسكافى را نقل و نفى مى‏كند: «از اسكافى نقل شده، اين سخن بايع كه بگويد اين متاع را فروختم به همان قيمتى كه به ديگران فروخته‏ام [و مشترى قبول كند] جايز و ممضى است. [بيع واقع مى‏شود] و براى مشترى خيار خواهد بود; اما اين راى مردود است، زيرا وقتى بيع فى نفسه غررى باشد، باطل است و جعل خيار، بطلان را منتفى نمى‏كند. » (116)**

**آيت الله العظمى خويى با نظر اسكافى كه چنين بيعى صحيح است، موافق مى‏باشد (117) اما مانند شيخ انصارى، خيارى بودن آن را نپذيرفته است. وى در نقد آن قسمت از نظر اسكافى كه گفته است مشترى خيار دارد، مى‏فرمايد: «ان كان البيع غرريا فيكون باطلا فليس له خيار و ان لم يكن غرريا فيصح و ايضا ليس له.» (118) يكى ديگر از علما، ضمن مخالفت‏با اصل سخن اسكافى، در مورد خيارى بودن بيع نيز نظر او را ناصواب شمرده است. (119)**

**به نظر مى‏رسد در دفاع از اسكافى بتوان گفت: وى نمى‏گويد اين بيع غررى و باطل است، آنگاه با جعل خيار حكم بطلان را مرتفع سازد; بلكه بر آن است كه اين خيار جزو موضوع است و در بيع خيارى اساسا غرر محقق نمى‏شود. به عبارت ديگر خيار، مانع تحقق عنوان غرر، و در نتيجه مانع تحقق حكم معامله غررى يعنى بطلان است. مرحوم نراقى، نه در مقام داورى ميان اسكافى و مخالفانش، بلكه به عنوان نكته‏اى مستقل، تصريح مى‏كند: «هر جا كه به استناد غرر به بطلان بيع حكم شده است، منحصرا بيع لازم مقصود مى‏باشد; اما اگر بيع به شرط خيار باشد، باطل نيست زيرا ديگر عرفا غرر محقق نمى‏شود.» (120)**

**2- بررسى سخن شيخ يوسف بحرانى**

**بيشترين اشكال و ايراد بر نظر صاحب حدائق، دركتاب جواهر يافت مى‏شود: صاحب جواهر در آغاز و پايان سخن خود، (121) بياناتى دارد كه به نظر مى‏رسد از مسير نقد علمى فاصله گرفته و در اثنا، شش (122) نكته و احتمال مطرح كرده است تا برداشت صاحب حدائق از روايت را نفى كند; اما آن شش مطلب:**

**الف- «ان الخبر... لم يحكم بصحة البيع فيه على نحو ما وقع فيه، بل بثمن المثل الذى لم يكن مقصودا لهما.» مى‏فرمايد: مدعاى صاحب حدائق آن است كه بيع به حكم مشترى، صحيح است و به عنوان دليل به صحيحه رفاعه تمسك نموده است; در حالى كه در روايت نفرموده بيع به همان صورتى كه واقع شده، صحيح مى‏باشد بلكه امام عليه السلام حكم نموده بايد ثمن المثل را بدهد، كه مقصود طرفين نبوده است; پس دليل صاحب حدائق با مدعايش هماهنگى ندارد.**

**در رد اين اعتراض صاحب جواهر مى‏توان گفت: بر عكس، با توجه به اين كه تعيين قيمت مبيع (جاريه) به طرفى واگذار شده كه نخاس (برده فروش) بوده است، ظاهر امر نشان مى‏دهد، منظور آنان معامله با قيمتى بوده كه يك كارشناس تعيين مى‏كند و به عبارت ديگر قيمت‏سوقيه و ثمن المثل متاع. به هر صورت اين كه صاحب جواهر فرمود: «ثمن المثل الذى لم يكن مقصودا لهما»، مقصود نبودن ثمن المثل ادعايى است‏بى دليل، بلكه قراين و ظواهر بر خلاف آن است.**

**ب- «مع اتحاده و هجره بين الطائفة‏» مى‏فرمايد: مستند صاحب حدائق اولا يك روايت وحيد است، ثانيا اين روايت متروك است و مورد توجه اماميه قرار نگرفته است.**

**در رد اين اشكال مى‏توان گفت:**

**اولا، اين كه روايتى، نظير و مشابهى نداشته باشد، موجب وهن آن نيست. در تعريف خبر واحد، كه جمهور فقها از جمله صاحب جواهر به حجيت آن نظرا و عملا پايبند هستند، گفته شده است: «هو ما لم يبلغ حد التواتر، سواء كثرت رواته ام قلت [قلوا].» (123) تعدد سلسله راويان يا حتى نخستين راوى از امام، از شرايط اعتبار و حجيت‏خبر واحد نيست; چه بسيارند عمومات و اطلاقاتى از كتاب و سنت كه با يگانه خبر صحيحى كه در دست است، تخصيص و تقييد زده مى‏شوند. نمى‏توان تك بودن روايت را به عنوان اشكالى بر استناد كننده به آن، مطرح ساخت.**

**ثانيا، اگر روايتى متروك و مهجور واقع شده ولى فقيه از دليل اين برخورد فقها آگاه است‏خود، به بررسى آن دليل و انگيزه ترك آن روايت مى‏پردازد. پيدا است اگر آن دليل را ناكافى يافت، نمى‏تواند از روايت مذكور رفع يد نمايد. مثلا اگر روايتى صحيحة السند در دست است و فقها گفته‏اند ما به دليل فلان روايت معارض از اين روايت صرف نظر كرده‏ايم، منطق علمى حكم مى‏كند به بررسى روايت دوم پرداخت و معلوم ساخت آيا حقيقتا مى‏تواند دليل طرد و طرح آن روايت اول باشد يا خير. اتفاقا در مورد ما، دقيقا مساله چنين است. عموم فقها برصحيحة السند بودن روايت تصريح كرده‏اند و گفته‏اند ما تنها به دليل وجود اجماع بر خلاف حكم آن، از روايت مزبور دست مى‏كشيم. (124) حال هنگامى كه ما دانستيم اين اجماع مدركى يا محتمل المدركيه است و از اعتبار به عنوان دليل مستقلى بر حكم، ساقط، چرا نتوانيم برابر روايت‏حكم كنيم; بلكه به چه مجوزى خلاف اين روايت صحيحة السند و واضحة الدلاله حكم نماييم؟!**

**ج- «و احتماله قضية فى واقعة‏» اشكال سوم صاحب جواهر آن است كه اين روايت قابل استناد نيست، زيرا ممكن است در يك مورد مشخص صادر شده باشد و بيان حكمى فراگير مخصص منظور نباشد.**

**در پاسخ بايد گفت اگر روايتى با حكمى قطعى از نصوص كتاب يا سنت متواتره مخالفت كرده باشد و سندا ضعفى نداشته باشد تا بتوان آن را به دليل مشكل سندى ساقط كرد، گفته مى‏شود حكمى كلى را بيان نمى‏كند. مثلا در روايات نقل شده درباره قضاوتهاى حضرت امير عليه السلام چنين مواردى وجود دارد; ولى نمى‏توان در استفاده از اين امر زياده‏روى كرد و هر روايت را به اين احتمال، كنارى نهاد. به عبارت ديگر احتمال اين كه حكم «قضية فى واقعة‏» بوده، براى يكسو نهادن آن كافى نيست; دليلى بسيار استوارتر لازم است. محقق اردبيلى در ادامه همان سخنى كه از وى نقل شد مى‏گويد: «ولكن تاويلها مشكل، و كذا ردها، فيمكن ان يكون حكما فى قضية و لاتتعدى‏» (125) تاويل روايت مشكل است چون ظهور در مخالفت‏با راى مشهور دارد و اجمالى در آن نيست كه بيع به حكم مشترى را صحيح دانسته، رد آن مشكل است چون سندا، صحيحه است، با وجود اين دو مساله، محقق اردبيلى احتمال اين كه حكمى در موردى خاص و غير قابل استفاده در ساير موارد باشد را مطرح مى‏كند; اما اگر اجماع را كنارى نهاديم به روايت عمل مى‏شود و احتمال «قضية فى واقعة‏» قابل اعتماد و اعتنا نيست.**

**د- «و الموافقة للعامة‏» تقرير اشكال آن است كه اين روايت‏با فتواى اهل سنت و جماعت موافق است. بنابراين احتمال مى‏رود به دليل تقية صادر شده باشد و همان طور كه در علم اصول فقه مقرر و مضبوط است‏يكى از شرايط حجيت روايت آن است كه براى بيان حكم الله صادر شده باشد، نه از روى تقيه يا جهت ديگر. پس اين روايت‏حجت نيست.**

**در پاسخ بايد گفت: برابر قاعده‏اى كه همگان در مقام تخاطب و تفهيم و تفاهم بدان استناد مى‏كنند، سخن هر متكلمى بدان حمل مى‏شود كه براى بيان مطلوب واقعى او صادر شده است، نه براى بيان خلاف مقصودش به دليل تقيه يا ترس. در علم اصول از اين امر با عنوان «اصل صدور روايت‏براى بيان حكم واقعى‏» ياد مى‏شود. به عبارت ديگر كسى كه مى‏خواهد از ظاهر كلام به استناد اين كه گوينده در مقام تقيه بوده رفع يد كند بايد براى ثبوت تقيه و عدم حجيت ظاهر كلام گوينده، دليل اقامه كند. (126) از اين گذشته اساسا راى مشهور ميان اهل سنت و جماعت نيز مانند مشهور ميان اماميه بطلان چنين بيعى است و تنها از احمد بن حنبل جواز بيعى كه ثمن در آينده معلوم مى‏شود، نقل شده است; البته ابن تيميه و ابن القيم جواز اين بيع را ترجيح داده‏اند، (127) اما اينان در عصر ائمه (عليهم السلام) نمى‏زيسته و از اين بحث، موضوعا خارج هستند. احتمال صدور روايت‏به جهت تقيه، وقتى مطرح مى‏شود كه جمهور اهل سنت و جماعت در عصر امامان (عليهم السلام) بر يك عقيده باشند و روايت همان نظر را تاييد كند; اما اگر روايت‏بر خلاف راى جمهور باشد، يا اگر اساسا ميان آنان دو عقيده رايج‏باشد و روايت از يكى جانبدارى كند، احتمال تقيه مطرح نمى‏شود. به هر روى صدور روايت‏با جهت تقيه‏اى، امرى خلاف اصل است و نيازمند اثبات.**

**ه - «و التوكيل فى البيع الذى ينبغى فيه مراعات ثمن المثل‏» تقرير اشكال آن است كه فروشنده، خريدار را وكيل خود كرده كه ثمن را تعيين نموده، بيع نمايد، بنابراين بيع با ثمن مجهول انجام نشده است.**

**پاسخ آن است كه اولا: بر فرض كه قصد طرفين ايجاد رابطه وكالت‏باشد، از متن روايت دانسته مى‏شود وكالت در بيع نبوده، وكالت در تعيين ثمن بوده است. رفاعه به امام‏عليه السلام عرض مى‏كند. «فباعنيها بحكمى‏» او خود، متاع را به من فروخت، اما ثمن را تعيين نكرد، بلكه پيشاپيش حكم مرا در اين باره پذيرفت. بالاخره ثمن در حال عقد، دست كم براى بايع مجهول بوده است.**

**ثانيا: اگر مساله وكالت‏بود، با توجه به اين كه وكيل امين است‏بايد معادل قيمت عادله ارزيابى كند و اگر كمتر يا بيشتر از آن قيمت گذارى نمايد، بايد راه بازگشت‏به قيمت عادله باز باشد; اما امام عليه السلام به رفاعه - كه طبق اين احتمال وكيل بايع در تعيين قيمت است - فرمود اگر بيش از قيمت عادلانه ارزيابى كرده و براى بايع فرستاده‏اى، حق مطالبه مازاد را ندارى.**

**و- «و تلف الجارية و الشراء جديدا بثمن المثل‏» اساسا امام عليه السلام معامله آنان را تاييد نفرموده است، اما از آنجا كه در متاع تصرفات مالكانه شده، حكم كرده است‏بيع جديد و صحيحى بر آن انجام شود كه قاعدتا ثمن اين متاع، همان ثمن المثل و يمت‏سوقيه است.**

**پاسخ آن است كه اگر بيع باطل بوده، متاع در اختيار مشترى مانند كالايى است در دست غاصب; يعنى عمل مشترى در حكم غصب است. در اين صورت متاع بايد به مالك عودت داده شود و به اندازه‏اى كه از ارزش متاع در اثر تصرفات مشترى كاسته شده نيز به مالكش پرداخته شود. چنين نيست كه اگر كسى به تصور جواز تصرف در متاعى تصرف كرد، او و مالك مجبور به معامله بيع شوند. و اساسا همان گونه كه بارها گفته شد با توجه به اين كه امام فرموده است: «و ان كان قيمتها اقل مما بعثث اليه، فهوله‏» قيمت، ثمن المثل و مافوق آن مى‏باشد.**

**3- بررسى سخن آيت الله العظمى خويى**

**ايشان با ارايه تحليلى علمى كه نمونه‏اى از يك بحث‏بر پايه اصول و قواعد است، نخست ادله سه گانه قول مشهور را بيان و رد نموده و سپس در دو مقام، مساله را بر اساس قواعد اوليه و نيز ادله خاصه بررسى نموده است. ضمن بحث در مقام دوم يعنى تحقيق در روايت رفاعه، به شيخ انصارى و نيز مرحوم ايروانى كه نخواسته‏اند به ظاهر روايت‏حكم كنند و با مشهور مخالفت كنند، اشكال مى‏نمايد كه چرا روايت را به گونه‏اى تاويل مى‏كنيد كه معنايى جز اسقاط روايت ندارد; (128) البته با اسكافى و صاحب حدائق نيز در همه مراحل استدلال، همراهى نمى‏كند. بر صاحب حدائق اين اشكال را وارد مى‏داند كه در صورت بيع به حكم مشترى، ثمن صرفا ثمن سوقيه نيست، بلكه ثمن سوقيه است و مازاد. (129) بنابراين كلام امام كه به رفاعه فرمود: «اگر قيمت متاع بيش از آن است كه براى بايع فرستاده‏اى بر توست كه كمبود آن را بفرستى اما اگر قيمت، كمتر از آن مقدارى است كه فرستاده‏اى، مازاد از آن اوست‏» سخنى است، طبق قاعده. و اين نكته سنجى ايشان باعث مى‏شود نتوان گفت چون در روايت‏حكم خلاف قواعد است قضية فى واقعة مى‏باشد. به سخن اسكافى نيز ضمن پذيرش بخشى از كلامش، اشكالى كرده: «آنچه كه از اسكافى نقل شده كه هرگاه بايع بگويد اين متاع را مى‏فروشم به همان قيمتى كه به ديگرى فروخته‏ام، بيع صحيح است، در غايت متانت مى‏باشد; اما اين سخن وى كه گفته است مشترى خيار دارد، وجهى ندارد; زيرا اگر بيع غررى است‏باطل خواهد بود و خيارى در كار نيست (زيرا بيع خيارى از اقسام بيع صحيح است نه بيع فاسد) و اگر غررى نيست، صحيح است و باز براى مشترى خيارى نيست‏» (130)**

**پيشتر در پاسخ اين اشكال گفته شد مرحوم اسكافى خيار را در موضوع اخذ كرده، نه در حكم. يعنى بيعى كه تعيين ثمن به بايع واگذار شده، و براى مشترى خيار فسخ هست، صحيح است. نه اين كه قايل به يكى از دو فرض مطرح شده در كلام مرحوم آيت الله خويى باشد.**

**4- بررسى سخن ذكر شده از اهل سنت و جماعت**

**نقل شد فقهاى مذاهب عامه گاه بيع با ثمن مجهول را صحيح دانسته‏اند; مثلا بيعى كه متاع با ثمنى فروخته مى‏شود اما مشترى بر آن جاهل است در عين حال در مجلس عقد و پيش از تفرق متعاقدين از ثمن مطلع مى‏گردد. علت اين كه حكم اين بيع از فساد به صحت تبديل مى‏شود در كلام خود فقهاى عامه، «استحسان‏» بيان شده است; (131) شرح مختصر اين استدلال در بند دوم مبحث قبل گذشت. ما را با اين استدلال و نيز نتيجه آن، كارى نيست; زيرا مبناى آن يعنى استحسان، استوار و متين نيست. با صرف نظر از اختلاف عقيده علماى مذاهب حنفى، مالكى و حنبلى كه به استحسان عمل مى‏كنند، (132) مى‏توان گفت منظور از اين اصطلاح «خارج شدن از مدلول يك دليل كلى به واسطه وجود مصالح موردى و جزيى است. البته منظور از اين دليل كلى، ادله عقليه و استنباطات حاصل از قياس است.» (133) نزد شيعيان و نيز شافعيان اتكا بر استحسان روا نيست. ميرزاى قمى در قوانين چهار دليل بر بطلان استحسان آورده است: «عدم دليل بر حجيت، عدم افاده ظن به حكم شرعى، اجماع بر بطلان، اخبار دال بر بطلان آن.» (134) بنابراين گرچه نتيجه پيمودن اين راه گاه ممكن است همان حكمى باشد كه از طريق اجتهاد شيعى حاصل مى‏شود، اما بايد به خاطر داشت در اين وادى هم مقصد مهم است، هم راه رسيدن به آن.**

**5- بهره‏اى ديگر از صحيحه رفاعه**

**از آخرين پرسش و پاسخ آمده در روايت رفاعه نيز مى‏توان به نتيجه‏اى قابل توجه رسيد; هر چند در كتابهاى بررسى شده، اصلا به اين نكته توجهى نشده است.**

**به عنوان مقدمه متذكر مى‏گردد قسمت پايانى روايت در كتاب جواهر، درست نقل نشده است. در اين كتاب مى‏خوانيم: «... قال: قلت له: ا رايت ان اصبت‏بها عيبا بعد ما مسستها. قال: ليس عليك ان تاخذ قيمة ما بين الصحة و العيب.» (135) اما در مرجع اين روايت آمده است: «قلت: جعلت فداك ان وجدت بها عيبا بعد ما مسستها، قال: ليس لك ان تردها و لك ان تاخذ قيمة ما بين الصحة و العيب منه.» (136) بر اساس آنچه كه در وسائل الشيعه آمده، مشترى كه متاع به قيمت تعيين شده به وسيله او، فروخته شده و به تصرف او در آمده، از امام مى‏پرسد اگر پس از تصرف در آن، دريافتم كه معيوب است چاره چيست؟ امام مى‏فرمايد: ديگر حق ندارى آن را به مالك قبلى رد كنى، بلكه فقط حق دارى ارش از او مطالبه كنى، و مابه‏التفاوت متاع صحيح و معيوب را از بايع مطالبه كنى. اين حكم امام عليه السلام دقيقا بر خيار عيب منطبق است. در آن مساله گفته مى‏شود مشترى پس از تصرف در كالاى معيوب ديگر حق رد ندارد و تنها مى‏تواند ارش مطالبه كند. (137) از طرف ديگر مى‏دانيم خيار، فرع بر صحت‏بيع است، بنابراين مى‏توان گفت امام بيع را صحيح تلقى فرموده به مشترى يادآورى مى‏نمايد چون در مبيع تصرف كرده است‏حق رد ندارد، بلكه فقط مى‏تواند ارش مطالبه نمايد.**

**چكيده گفتار دوم**

**1- از ميان فقيهان شيعه، ابن جنيد اسكافى، شيخ يوسف بحرانى مؤلف الحدائق الناضره و نيز آيت الله العظمى خويى (ره) بيع با ثمن قابل تعيين را روا دانسته‏اند. از علماى اهل سنت و جماعت‏حنبليان نوعى بيع با ثمن قابل تعيين را كه «البيع بما ينقطع عليه السعر فى المستقبل‏» ناميده‏اند و برخى از حنفيان نوعى بيع را كه «بيع الاستجرار» خوانده‏اند مجاز و معتبر مى‏شمرند.**

**2- دلايل فقهاى شيعه بر درستى بيع با ثمن قابل تعيين عبارتند: از قواعد و عموم ادله صحت، و عدم مانع از اجراى اين قواعد; اينان اجماع ادعا شده بر بطلان چنين بيعى را فاقد ارزش به عنوان دليل بر حكم شرعى مى‏دانند. دليل دوم، صحيحه رفاعه نخاس. و دليل فقهاى اهل سنت‏بر جواز، استحسان و متعارف بودن چنين معامله هايى ميان مردم است.**

**3- در نقد و بررسى ادله معلوم شد روايت صحيحه رفاعه بر درستى بيع با ثمن قابل تعيين دلالت مى‏كند و شش اشكالى كه صاحب جواهر بر اين استدلال مطرح كرده است، قابل پاسخگويى مى‏باشد.**

**پى‏نوشت‏ها:**

**1) مقاله حاضر خلاصه بخشى از رساله نگارنده است كه با راهنمايى دكتر سيد مصطفى محقق داماد در دانشگاه مفيد نگارش و دفاع شده است.**

**2) دانش آموخته، دانشگاه مفيد در رشته كارشناسى ارشد حقوق خصوصى**

**3) Contrat a titre onereux**

**4) سيد حسن امامى. حقوق مدنى، ج 1. ص 416. با اندكى تصرف.**

**5) محقق حلى. شرائع الاسلام، ج 2. صص 7 - 13.**

**6) شيخ محمد حسن نجفى. جواهر الكلام، ج 22. صص 405-406.**

**7) شرح لمعه، ج 3، صص 264-265.**

**8) جامع المقاصد فى شرح القواعد، ج 4. ص 93.**

**9) شيخ مرتضى انصارى. مكاسب، ج 2. صص 138-139.**

**10) ميرزاى قمى. جامع الشتات، ج 2. صص 215-216.**

**11) همان، صص 206 - 207.**

**12) امام خمينى، توضيح المسائل با حواشى آية الله سيدعبدالكريم موسوى اردبيلى، مساله 2090 و 2093. از اين كه محشى معظم نيز حاشيه‏اى در اين دو مورد ننگاشته است مى‏توان موافقت ايشان با اين فتوى را استفاده كرد. همچنين ر.ك: توضيح المسائل آية‏الله حاج سيدعلى حسينى سيستانى. مسايل 2098 و 2101. توضيح المسائل آية‏الله سيدعبدالاعلى موسوى سبزوارى. مسايل 2262 و 2265.**

**13) وهبة الزحيلى. الفقه الاسلامى و ادلته، ج 4، ص 383، به نقل از: البدائع، ج 5، ص 135-48 و 155.**

**14) همان. صص 385 و 386.**

**15) همان، ص 387، به نقل از: القوانين الفقهية، ص 245 به بعد. بداية المجتهد، ج 2. صص 125-127 و 168-171.**

**16) همان، ص 389، به نقل از: مغنى المحتاج، ج 2، صص 5-16 و تحفة الطلاب، صص 141-145.**

**17) همان، ص 393.**

**18) همان، به نقل از: غاية المنتهى، ج 2، ص 5-14 و كشاف القناع، ج 3، صص 139-166.**

**19) همان، ص 397.**

**20) مختلف الشيعة، ج 5. ص‏244.**

**21) شرح لمعه، ج 3، ص 264.**

**22) كتاب السرائر، ج 2، ص 286.**

**23) الشيخ على پناه الاشتهاردى. مجموعة فتاوى ابن الجنيد. صص 182 و 183.**

**24) شيخ طوسى، كتاب الخلاف، ج 3، صص 55 و 155 و 331.**

**25) الشريف المرتضى علم الهدى، الانتصار، ص 436.**

**26) ابن ادريس الحلى، كتاب السرائر، ج 2، ص 322.**

**27) الحر العاملى، وسائل الشيعة، ج 18، ص‏448 (باب 40 از ابواب آداب التجارة، حديث 3) به نقل از شيخ صدوق در عيون الاخبار.**

**28) محمد بن على ابن محمد الشوكانى، نيل الاوطار، ج 5. ص 243 (باب النهى عن بيوع الغرر، حديث 1).**

**29) مدارك فوق الذكر مستقيما مورد مراجعه بوده است. در متونى كه ذيلا ذكر مى‏شود نشانى اين روايت در بيش از بيست كتاب ديگر ذكر شده است: عناوين، ج 2. ص 312 (عنوان 47); عوائد الايام. ص 84 (عائده 8). كتاب الخلاف، ج 3. پاورقى ص 155.**

**30) شيخ طوسى. كتاب الخلاف، ج 3. ص 319 و 331; علامه حلى. مختلف الشيعة، ج 5. ص 245; شهيد اول. القواعد و الفوائد، ج 2ص 61 (قاعده 164).**

**31) كتاب الخلاف، ج 3. پاورقى ص 319.**

**32) سيد مير عبدالفتاح حسينى مراغى. العناوين، ج 2. ص 313.**

**33) نراقى، عوائد الايام، صص 83-85.**

**34) و بالجملة شهرة الخبر فى السنة الفقهاء تغنى عن تتبع سنده. عناوين، ج 2، ص 312.**

**35) نراقى عوائد الايام، ص 91 به نقل از: علامه حلى، تذكره، ج 1 ص 468.**

**36) همان.**

**37) الميرزا محمد على التوحيدى. مصباح الفقاهه، (تقرير دروس آيت الله العظمى خويى) ج 5، ص 278.**

**38) الشيخ الحر العاملى. وسائل الشيعة، ج 18. ص 80 و 81 (باب 23 از ابواب احكام العقود).**

**39) همان. ص 80.**

**40) الشيخ محمد تقى الآملى. المكاسب و البيع. (تقرير دروس ميرزاى نائينى) ج 2، صص 495-496.**

**41) عيسى ولايى. فرهنگ تشريحى اصطلاحات اصول. صص 39 و40 به نقل از: قوانين الاصول، ج 1. ص 349.**

**42) جمال الدين الحسن بن زين الدين. معالم الدين و ملاذ المجتهدين. ص 173.**

**43) نظير اين مطلب در كلام فقها در باره قاعده غرور نيز آمده است مثلا يكى از آنان نخست از اجماع به عنوان يكى از دلايل اعتبار قاعده غرور ياد كرده است، سپس در مقام ارزشگذارى اين دليل مى‏فرمايد: لكن حيث انه من المحتمل القريب ان يكون المتفقون معتمدين على تلك الرواية المشهورة (اى: المغرور يرجع الى من غره) و ان كان مدركهم غير صحيح عند جماعة اخرى... او كانوا معتمدين على مدرك آخر و على هذه الاحتمالات فلايكون من الاجماع المصطلح فى الاصول الذى بنينا على حجيته. السيد ميرزا حسن الموسوى البجنوردى، القواعد الفقهية، ج 1، صص 227-228.**

**44) الشيخ محمد حسن النجفى. جواهر الكلام، ج 22. ص 406.**

**45) النراقى. عوائد الايام. صص 83 و 84.**

**46) الميرزا محمد على التوحيدى. مصباح الفقاهة، ج 5، صص 225-226.**

**47) ر. ك: السيد ميرزا حسن الموسوى البجنورى. القواعد الفقهية، ج 1. ص‏226.**

**48) به عنوان نمونه ر. ك: عوائد الايام. صص 85-89 (گفته‏هاى نه نفر از علماى لغت و ادب نقل شده) عناوين، ج 2. صص 313-314 (گفته‏هاى پنج نفر از لغويين و ادبا ذكر شده) همچنين: الفقه الاسلامى و ادلته، ج 4. صص 435-436 و مصباح الفقاهه، ج 5. ص 226.**

**49) عوائد الايام. ص 85.**

**50) همان. صص 86-87.**

**51) همان. ص 87.**

**52) وهبة الزحيلى. الفقه الاسلامى و ادلته، ج 4، صص 435 و 436.**

**53) الميرزا محمد على التوحيدى. مصباح الفقاهة، ج 5. ص 226.**

**54) النراقى. عوائد الايام. ص 86 به نقل از: القاموس المحيط، ج 2. ص 104.**

**55) همان. به نقل از: مجمع البحرين، ج 3. ص 422.**

**56) قاعدة الغرور و هى عبارة عند الفقهاء عن صدور فعل عنه اوجب الضرر عليه بواسطة انخداعه عن الآخر و لو لم يكن ذلك الآخر قاصدا لانخداعه... فحكموا برجوع المغرور... الى من غره و خدعه. ر. ك: السيد ميرزا حسن الموسوى البجنوردى. القواعد الفقهية، ج 1. ص 225.**

**57) المنجد فى اللغة. مدخل «غر».**

**58) السيد مير عبدالفتاح الحسينى المراغى. العناوين، ج 2. ص 314.**

**59) عوائد الايام. ص 90 به نقل از: تذكره، ج 1. ص 466.**

**60) همان.**

**61) همان. به نقل از: القواعد و الفوائد، ج 2. قاعده 238.**

**62) مقداد بن عبد الله السيورى الحلى. التنقيح الرائع لمختصر الشرائع، ج 2. ص 28.**

**63) النراقى. عوائد الايام. ص 90 به نقل از: القواعد و الفوائد، ج 2. قاعده 238.**

**64) همان. به نقل از تذكره، ج 1. ص 466.**

**65) السيد ميرزا حسن الموسوى البجنوردى. القواعد الفقهية، ج 1. ص 225.**

**66) كتاب المبسوط، ج 12 (چاپ شده در مجلد ششم) ص 194.**

**67) الفروق، ج 3. ص 265.**

**68) وهبة الزحيلى. الفقه‏الاسلامى و ادلته، ج 4. ص 437 به نقل از: نهاية السول شرح منهاج الاصول، ج 2. ص 89.**

**69) همان. به نقل از: ابن حزم. المحلى، ج 8. ص 3968 و نظير آن عبارتى است كه ابن حزم در جاى ديگر همان كتاب گفته است: «لا غرر اكثر من ان لا يدرى البائع اى شى‏ء هو باع و لايدرى المشترى اى شى‏ء اشترى‏» ج 8. ص 430.**

**70) وهبة الزحيلى. الفقه الاسلامى و ادلته، ج 4. ص 437.**

**71) محمد بن مكى العاملى (شهيد اول). القواعد و الفوائد، ج 2. ص 137 (قاعده 199).**

**72) السيد مير عبد الفتاح المراغى. العناوين، ج 2. ص 317.**

**73) النراقى. عوائد الايام. ص 96. همچنين محمد جواد مغنيه در كتاب فقه الامام جعفر الصادق، ضمن توضيح درباره «غرر» به تفاوت معنايى غرر و جهل تصريح كرده است: «انه ليس من الضرورى ان يكون الغرر مساوقا للجهل، بل قد يوجد الجهل حيث لاغرر. » ج 3 و 4، صص 127-129.**

**74) القرافى. الفروق، ج 3، ص 265.**

**75) ر. ك: السيد مير عبدالفتاح الحسينى المراغى. العناوين، ج 2. ص 318.**

**76) ر. ك: الميرزا محمد على التوحيدى. مصباح الفتاهة، ج 5. صص 226 و 228.**

**77) سوره نساء، آيه 28.**

**78) الشيخ الحر العاملى. وسائل الشيعة، ج 5. ص 120. باب 3 از ابواب مكان المصلى. حديث 1.**

**79) قاعده مشهور فقهى كه در عموم كتابهاى قواعد فقه درباره آن بحث‏شده است از جمله ر. ك: السيد ميرزا حسن الموسوى البجنوردى. القواعد الفقهية، ج 1، صص 225 - 238.**

**80) ر. ك: محمد جواد مغنيه. فقه الامام جعفر الصادق (ع) ج 4-3، صص 127 - 130.**

**81) فاضل النراقى. مستند الشيعة فى احكام الشريعة، ج 14. ص 362.**

**82) ر. ك: شيخ مرتضى انصارى. مكاسب، ج 2. ص 139 و الميرزا محمد على التوحيدى. مصباح الفقاهة، ج 5. ص 277 و آية‏الله شيخ جواد تبريزى. ارشاد الطالب، ج 3. ص 193 و 194.**

**83) به عنوان نمونه ر. ك: آگهى پيش فرش كاميون، كاميونت و مينى‏بوسهاى توليدى شركت زامياد، مندرج در روزنامه همشهرى (21/7/1377) ص 7.**

**84) آية‏الله الشيخ جواد التبريزى. همان. ص 192.**

**85) الميرزا محمد على التوحيدى. مصباح الفقاهة، ج 5. ص 278.**

**86) الشيخ الحر العاملى. وسائل الشيعة، ج 18. ص 80، حديث 2.**

**87) آية‏الله الشيخ جواد التبريزى. ارشاد الطالب، ج 3. ص 192. از اين روايت‏باز سخن خواهد آمد.**

**88) مفاد بيان شيخ طوسى در تقرير اجماع بر مبناى قاعده لطف چنين است: «اگر همه علما به حكمى درباره امور شرعى برسند، چنانچه آن حكم ناصواب باشد، بر امام عليه السلام كه حافظ شريعت است، واجب مى‏شود آنان را هدايت نمايد، هر چند از طريق القاى خلاف، يعنى به بعضى از علما غلط بودن آن حكم مورد توافق علما را تفهيم فرمايد. طبق اين مبنا اگر يك عالم هم با آن راى مخالفت نمايد، امام به وظيفه خود عمل كرده است و آن اجماع ارزشمند نخواهد بود، چون ممكن است راى امام، همان راى مخالف مشهور باشد.» ر. ك: العدة فى اصول الفقه، ج 2. ص 628-631. همچنين: دكتر سيد مصطفى محقق داماد. مباحثى از اصول فقه - دفتر دوم: منابع فقه. ص 98-99.**

**89) قال سلار: «من لم يسم ثمنا بطل بيعه و شراؤه.» ر. ك: علامه حلى. مختلف الشيعة، ج 5. ص‏244.**

**90) ماده 237 مجلة الاحكام: «تسمية الثمن حين البيع لازمة. فلو باع بدون تسمية كان البيع فاسدا.» دكتر محمود عبدالمجيد المغربى. احكام العقد فى الشريعة الاسلامية. ص 121.**

**91) به عنوان نمونه: قال الشيخ فى النهاية: «من اشترى شيئابحكم نفسه و لم يذكر الثمن بعينه كان البيع باطلا.» علامه حلى. مختلف الشيعة، ج 5. ص 242.**

**92) محمد بن احمد بن جنيد بغدادى، مشهور به ابن جنيد اسكافى (متوفاى 381 ق) از بزرگان فقهاى اماميه و از استادان شيخ مفيد مى‏باشد. او و ابن ابى عقيل عمانى كه از معاصران شيخ كلينى بوده، «قديمين‏» خوانده مى‏شوند. اين دو تن نخستين كسانى هستند كه فقه شيعه را بر پايه اجتهاد بنياد گذاشته‏اند. دكتر عليرضا فيض. مبادى فقه و اصول. ص 388، با تلخيص.**

**93) الشيخ على پناه الاشتهاردى. مجموعة فتاوى ابن الجنيد. ص 182 و 183.**

**94) ر. ك: علامه حلى. مختلف الشيعة، ج 5. ص 244 و شيخ محمد حسن نجفى. جواهر الكلام، ج 22. ص 406 و شيخ مرتضى انصارى. مكاسب، ج 1. ص 139 و آيت الله العظمى الشيخ جواد التبريزى. ارشاد الطالب، ج 3. ص 193.**

**95) اين فقيه و محدث نامى (1107-1186) استاد شمارى از عالمان شيعه چون محقق قمى صاحب قوانين، محقق نراقى و آيت الله سيد مهدى بحرالعلوم بوده است و به‏رغم زندگانى پر فراز و نشيب، و آكنده از حوادث، دمى از تحقيق و تدريس و تاليف فارغ نبوده است. از وى بيش از 40 كتاب و رساله و حاشيه برجاى مانده كه بى ترديد مهمترين آنها در فقه، كتاب الحدائق الناضره است. اين كتاب در بيروت و قم چاپ شده است.**

**96) شيخ يوسف البحرانى، حدائق الناضره، ج 18. ص 460.**

**97) همان.**

**98) همان. با تلخيص.**

**99) الشيخ محمد حسن النجفى. جواهر الكلام، ج 22. ص 412.**

**100) مكاسب، ج 1. ص 138.**

**101) ر. ك: جواد التبريزى. ارشاد الطالب، ج 3، صص 192 و 194.**

**102) الشيخ الحر العاملى. وسائل الشيعة، ج 17. ص 364 و 365 (باب 18 از ابواب عقدالبيع و شروطه. حديث 1).**

**103) از جمله ر. ك: شرح لمعه، ج 4. ص 264.**

**104) همان: «و ان ورد فى رواية شاذة جواز تحكيم المشترى، فيلزمه الحكم بالقيمة فمازاد.»**

**105) از جمله ر. ك: الشيخ محمد حسن النجفى. جواهر الكلام، ج 22، صص 412 و 413 و شيخ مرتضى انصارى. مكاسب،ج 1، صص 138 و 139.**

**106) اين كلام مى‏تواند اشاره باشد به عدم اعتبار اجماع مدرك يا محتمل المدركية و نيز مى‏توان تنبهى باشد به اينكه گاه در استناد به اجماع زياده روى مى‏شود و در جايى كه اجماع - حتى بر فرض تحقق- حجت نيست، اعتماد مى‏كنند. در اين باره سخنى كه در جواهر الكلام از مسالك نقل شده، خواندنى است: «و ينبغى ان يراد بالاجماع الذى تقدح مخالفته فيها، اجماع المسلمين قاطبة او اجماع الامامية مع العلم بدخول المعصوم‏عليه السلام فى جملة قولهم... و ما لم‏يعلم دخول قوله فى قولهم فلا عبرة بقولهم و ان كثر القائل... فتنبه... لئلا تقع فى الغلط اغترارا بظاهر الاصطلاح و اعتمادا على الدعوى‏» ج 41. ص 35-36.**

**107) شيخ يوسف البحرانى. الحدائق الناضرة، ج 18. ص 461-462.**

**108) همان. ص 462، با تلخيص و تغيير جزيى.**

**109) الميرزا محمد على التوحيدى. مصباح الفقاهة، ج 5. ص 278.**

**110) ر. ك: همان. ص 279.**

**111) همان. ص 279.**

**112) از مطالعه بحث در صص 460 تا 462 حدائق دانسته مى‏شود صاحب حدائق صرفا درصدد رد اجماع و تثبيت روايت است; اما بر اين كه ثمن، قيمت‏سوقيه است‏يا امر ديگر، تصريحى ندارد. با وجود اين، در دو موضع مصباح الفقاهه (ج 5. ص 279 و 281) به صاحب حدائق نسبت داده شده است كه ايشان ثمن را به قيمت‏سوقيه حمل كرده. به هر صورت، اشكال بر صاحب حدائق وارد باشد يا نباشد، توضيح مرحوم خويى در فهم روايت راهگشا است و اين، مهم است و غنيمت.**

**113) الميرزا محمد على التوحيدى. مصباح الفقاهه، ج 5. ص 281.**

**114) ر. ك: دكتر وهبة الزحيلى. الفقه الاسلامى و ادلته، ج 4، صص 458-459.**

**115) همو. العقود المسماة فى القانون المعاملات المدنية الاماراتى و القانون المدنى الاردنى. ص 46 به نقل از حاشيه ابن عابدين، ج 4. ص 516.**

**116) مكاسب، ج 1. ص 139.**

**117) الميرزا محمد على التوحيدى. مصباح الفقاهة، ج 5. ص 281.**

**118) همان.**

**119) جواد التبريزى. ارشاد الطالب، ج 3. ص 193 «فان الخيار حكم شرعى يترتب على البيع الصحيح.»**

**120) مستند الشيعة فى احكام الشريعة، ج 14. ص 362.**

**121) در آغاز گويد: «و من الغريب بعد ذلك كله ما فى الحدائق...» و در انتها نوشته است: «... و غير ذلك مما لا يليق بالفقيه الجراة به على مخالفة قواعد المذهب التى صارت من ضرورياته و يعرفه المخالف لنا فضلا عن الموافق!» ر. ك: جواهر الكلام، ج 22، صص 411-413.**

**122) همان. ص 412.**

**123) جمال الدين حسن بن الشهيد الثانى. معالم الدين. ص 187.**

**124) مثلا اين نمونه را بنگريد: «قال المحقق الاردبيلى فى شرح الارشاد- بعد ذكر الرواية و بيان صحة سندها - ما صورته: و هى تدل على جواز الجهل فى الثمن و انه يقع البيع صحيحا و ينصرف الى القيمة السوقية اذا بيع بحكم المشترى. لكن نقل العلامة فى التذكرة الاجماع على اشتراط العلم مع عدم ظهور خلافه، يمنع القول بها.»(شيخ يوسف البحرانى. الحدائق الناضرة، ج 18. ص 461.) صريحا مى‏فرمايد تنها مانع از حكم بر طبق روايت، اجماع مذكور در تذكره است.**

**125) همان.**

**126) شيخ مرتضى انصارى. فوائد الاصول، ج 1. ص 108.**

**127) وهبة الزحيلى. الفقه الاسلامى و ادلته، ج 4. ص 459.**

**128) ر. ك: مصباح الفقاهة، ج 5. ص 279 و 280.**

**129) همان.**

**130) همان. ص 281.**

**131) ر. ك: وهبة الزحيلى. الفقه الاسلامى و ادلته، ج 4. ص 458-459.**

**132) براى مطالعه بحثى كوتاه درباره استحسان و تعريف آن در مذاهب حنفى، مالكى و حنبلى و نيز اقسام و مثالهاى كاربرد آن، ر. ك: سيد مصطفى محقق داماد. مباحثى از اصول فقه- دفتر دوم: منابع فقه. صص‏180-182.**

**133) همان. ص 174. با اندكى تغيير.**

**134) ميرزاى قمى. قوانين الاصول، ج 2. مقصد چهارم; به نقل از منبع پيشين، ص 180.**

**135) شيخ محمد حسن نجفى. جواهر الكلام، ج 22. ص 412.**

**136) الشيخ الحر العاملى. وسائل الشيعة، ج 18. ص 365. (باب 18 از ابواب عقد البيع و شروطه. حديث 1). جالب توجه است كه در پاورقى ص 412 جواهر، همين نشانى به عنوان ماخذ روايت ذكر شده است.**

**137) اين حكم در بندهاى اول و دوم ماده 429 ق.م نيز منعكس است.**