

# واکاوی غرر مؤثر در فقه امامیه و حقوق ایران و مقایسه ی آن با حقوق مصر

حامد صالحی علی آبادی\*  
علیرضا شمشیری\*\*  
عباس کریمی\*\*\*

تاریخ تألیف: ۱۴۰۱/۱۱/۲۶

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۵/۶

## چکیده

امروزه برداشت‌های سنتی از فقه امامیه و قوانین موضوعه مبنی بر مشخص شدن همه ابعاد معامله در لحظه انعقاد، امری دشوار و در مواردی ممتنع شده است. ازسویی واکاوی در منابع فقهی در باب قاعده غرر و مجموع مقررات موضوعه نشان می‌دهد هر جهلی که در آن احتمال ضرر می‌رود مؤثر در بطلان قرارداد نیست و ازاین جهت ابهامات معاملی به دو شق مؤثر و غیر مؤثر در ایجاد غرر و بطلان عقد قابل تقسیم می‌باشد. مشابه این تقسیم‌بندی در حقوق مصر دیده می‌شود و غرر به «مؤثر» و «غیر مؤثر» تفکیک و دراین راستا غرری که مقتضای معاملات روز باشد و مورد اعتنای عرف عقلا نباشد، غیر مؤثر در بطلان محسوب می‌گردد. این تقسیم‌بندی در فقه امامیه نیز با لندکی تسامح قابل توجیه است؛ چراکه در فقه، غرر به معنای خطر بوده و خطر نیز احتمال ضرری است که عرف عقلا از آن اجتناب می‌کنند؛ بنابراین اگر عرف به جهت نیازهای اجتماعی و در عین حال قابل اغماض بودن ابهام از آن روی‌گردان نبوده، بلکه بدان اقبال کند، چنین جهلی اساساً غرر محسوب نشده و یا به تعبیر مشتمل بر مسامحه حقوق دانان مصر، متضمن غرر غیر مؤثر در صحت یا بطلان قرارداد می‌باشد. در تحقیق حاضر با گردآوری اطلاعات از منابع کتابخانه‌ای و دیجیتالی و با استفاده از روش تحلیلی نسبت به کشف حکم و تحلیل آن و ارائه راهکارها اقدام شده است.

**واژگان کلیدی:** غرر مؤثر، خطر، جهل توأم با ضرر، ریسک، عرف.

\* گروه حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی (h.salehyy@gmail.com).

\*\* گروه حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی / نویسنده مسئول (shamshiri.f@gmail.com).

\*\*\* گروه حقوق خصوصی و اسلامی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران (abkarimi@ut.ac.ir).

## مقدمه

یکی از قواعدی که در فقه ذیل شرایط عوضین در عقود معاوضی به خصوص عقد بیع مورد بحث قرار می‌گیرد قاعد غرر است. در قانون مدنی نیز گرچه به صراحت به این قاعده اشاره‌ای نشده است، لیکن برخی از مقرره‌های آن نظیر بند سوم از ماده ۱۹۰ و ماده ۲۱۶ بر اساس این قاعده تنظیم شده است.

حقوقدانان نیز حسب مورد و بیشتر ذیل مبحث شرایط اساسی صحت معامله این قاعده را مورد توجه و بررسی قرار داده‌اند، لیکن تاکنون به درستی مبانی و عناصر سازنده غرر در جهت تبیین ماهیت و کارکرد آن در معاملات به صورت نظام‌مند و منقح شده به کار گرفته نشده و عدم تنقیح لازم در ضابطه ارائه شده برای ایجاد غرر و همچنین انحراف از ضابطه در تطبیق غرر با مصادیق کنونی خود موجب شده تا حدود و ثغور ریسک‌های قراردادی منتج به غرر مشتمل بر تشتت و نوعی سردرگمی گردد.

در نتیجه با تکیه بر برداشت‌های سنتی از این قاعده، اعتبار بسیاری از قراردادهای مورد نیاز و مبتلا به جامعه اقتصادی نظیر قراردادهای نفتی، انواع قرارداد مشارکت، پیش‌فروش‌ها و... با توجیه غرری بودن در هاله‌ای از ابهام قرار گرفته است. حقوق‌دانان نیز در این میان تلاش می‌کنند به منظور خروج از این بن بست، با ارائه استدلال‌هایی این قراردادها را استثنایی بر قاعده غرر نشان داده و بدین ترتیب راه را به منظور معتبر شناختن این قراردادها بگشایند.

این در حالی است که در حقوق برخی از کشورهای اسلامی نظیر مصر با اقدام به فاصله‌گیری از قواعد سنتی سابق و لحاظ تحولات عرفی کنونی در حوزه معاملات، تفسیری توأم با دقت بیشتر و منطبق با نیازهای روز جامعه از قاعده نفی غرر ارائه شده و ضمن تقسیم غرر به مؤثر و غیر مؤثر (در صحت یا بطلان عقد)، ابهامات معاملی معتنا به عرفی را واجد غرر مؤثر و ابهامات معاملی قابل اغماض از منظر عرف را متضمن غرر غیر مؤثر تلقی نموده و همین نگاه موجب به رسمیت شناساندن قراردادهای صدرالاشاره به لحاظ حقوقی شده و زمینه را برای رشد و گسترش فعالیت‌های اقتصادی در جوامع خود را فراهم نموده است.

سوال اصلی که در این میان مطرح می‌شود آن است که آیا اساساً هر ابهام یا جهلی در معامله را می‌توان مبطل قراردادهای دانست یا اینکه باید در این مقوله قائل به تفصیل شده و آن را منطبق با نیازهای اجتماعی، تحولات عرفی و پیشرفت تکنولوژی به مؤثر و غیر مؤثر در ایجاد غرر

تقسیم‌بندی نمود؟ همچنین در ذیل سوال مزبور سوال مهم دیگری که مطمح نظر است چگونگی نقش تحولات عرفی در تعیین مصادیق کنونی غرر می باشد.

در تحقیق حاضر با واکاوی در فقه شیعه و مقررات موضوعه ایران از یک سو و استفاده از دستاوردهای نظام حقوقی مصر از دیگر سو، تبیینی دقیق و درعین حال منطبق با تحولات عرفی جامعه و نیازهای روز از غرر و عناصر سازنده آن ارائه خواهد شد و به دنبال ساماندهی و بومی سازی نظریه غرر مؤثر مصری ها<sup>۱</sup> در حقوق ایران، نشان خواهیم داد برای صحت قراردادهای اخیرالذکر نیازی به استثنا شمردن آنها نسبت به قاعده غرر، نبوده چراکه اساساً این قرار دادها فاقد وصف غرری بودن می باشند.

## ۱. مفهوم و ماهیت غرر

در اینجا بدو با بررسی تعریف لغوی غرر از منظر لغت شناسان و در ادامه با تتبع در مفهوم اصطلاحی آن، از نگاه فقها و حقوقدانان ایرانی و مصری سعی در بازشناسی دقیق مفهوم و ماهیت غرر در فضای فقه و حقوق موضوعه و شناسایی عناصر مشکله آن خواهیم داشت.

### ۱-۱. تعریف لغوی غرر

غرر واژه‌ای است عربی و برابر بررسی صورت گرفته لغت شناسان، عمدتاً این واژه را به دو معنای مختلف به شرح ذیل تعبیر نموده اند:

«منتهی الارب» (صنّفی پوری شیرازی، ۱۳۹۳، ص ۹۱۲)، کتاب العین «(فراهیدی، ۱۴۱۰، ص ۳۶۴)، «تاج العروس» (زییدی، ۱۴۱۴، ج ۳، ص ۴۴۳) و «المصباح» (مقری فیومی، ۱۴۰۵، ص ۴۴۵) آن را به معنای خطر آورده اند. در «اقرّب الموارد» (شرتونی، ۱۳۹۲، ج ۲، ص ۸۶۷) به معنای در معرض هلاک افتادن آمده است. جوهری نیز در صحاح اللغه (جوهری، ۱۹۹۰، واژه غرر) غرر را در معنای خطر آورده و همو اذعان می کند که گرچه برخی غرر را در معنای خدعه، فریب و یا نیرنگ آورده اند لکن در نظر من الغرر به معنای خطر می باشد... در برخی از فرهنگ‌های لغت فارسی، غرر به معنای هلاکت (دهخدا، ۱۳۷۰، ج ۳۱، ص ۱۴۸) و در بعضی دیگر به معنای خطر (معین، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۲۴۰) آمده است.

۱- از نظریه پردازی حقوق دانان مصری مبنی بر تقسیم بندی غرر به موثر و غیر موثر در بطلان عقد، تحت عنوان نظریه ی غرر موثر یاد نمودیم.

آمده است.

در عین حال در بعضی قاموس‌ها نیز غرر را از مصدر غراره به معنای خدیعه و غفلت دانسته‌اند (ابوجیب، ۱۴۰۲، ص ۲۷۲).

ابن منظور (ابن منظور، ۱۴۰۵، ص ۵۴۶) نیز، ابتدا معنای فریب و نیرنگ را برای واژه غرر ذکر کرده ولی در عین حال بیع غرری را به معنای بیع مشتمل بر مخاطره تفسیر می‌نماید.

در جمع‌بندی تعاریفی که از منظر لغوی در خصوص غرر ارائه شده است، باید گفت:

الف) غرر اسم است که از ماده تغریر اخذ شده و تغریر یعنی در معرض هلاکت و نابودی قرار گرفتن و غرر خود به معنای خطر است و خطر واژه‌ای عربی است که به چندین معنا آمده است از جمله احتمال ضرر، نزدیک به هلاکت، «اقدام بر عملی که ایمن از ضرر نیست» (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۳، ص ۲۰۴) یا «آنچه مایه تلف شدن کسی یا چیزی باشد» (عمید، ۱۳۸۷، ص ۵۳۷). و اگر این واژه بر چیزی که مورد تعهد بوده لکن معلوم الوجود یا معلوم الحصول یا معلوم الوصف نیست و یا بر چیزی که ظاهری زیبا و فریبکارانه و باطنی مجهول اطلاق می‌شود به دلیل خطری بودن و ریسک پذیر بودن آن می‌باشد.

ب) لغت شناسان بیشتر واژه غرر را به خطر تعبیر نموده‌اند و تعبیر گروه اندکی از واژه غرر به خدعه و نیرنگ به نظر می‌رسد از این منشا حاصل شده که دو واژه غرر و غرور در بن و ریشه با هم مشترک بوده، و این اشتراک موجب انحراف در معناشناسی واژه غرر و تحمیل ویژگی‌های معنایی غرور به غرر، و در نتیجه انتساب معنای خدعه به غرر گردیده است. این در حالیست که اهل فن می‌دانند عروض هیات مختلف به یک ریشه و بن، گاه معنای جدیدی به آن ماده می‌بخشد و لزوماً نمی‌بایست از واژه غرر معنای واژه غرور را انتظار داشت. (برای تأیید این نظر، ر.ک: علیدوست، ۱۳۹۸، ص ۱۳۹).

ج) در هیچ‌یک از کتاب‌های لغت، غرر به معنای جهل نیامده است؛ بنابراین بر خلاف آنچه به اشتباه رایج است، غرر به معنای جهل نمی‌باشد، هرچند در عمده موارد خطر و غرر ناشی از جهل و ابهام در یکی از ابعاد اساسی معامله می‌باشد (انصاری، ۱۴۲۷، ج ۴، ص ۱۷۸).

در نهایت به نظر ما غرر در لغت، اجمالاً به معنای خطر مالی در معامله می‌باشد.

## ۱-۲. تعریف اصطلاحی غرر

اصطلاح غرر از فقه اسلامی وارد حقوق موضوعه شده است از این رو نخست این اصطلاح و ارکان مقوم آن را در کلام فقها و سپس در کلام حقوقدانان ایران و مصر مورد توجه و واکاوی قرار می‌دهیم.

### ۱-۲-۱. غرر در لسان فقها

برخی از فقهاء (عاملی، ۱۳۱۴، ص ۲۵۳) بیان داشته‌اند که غرر از نظر شرع، جهل در خصوص امکان رسیدن مورد معامله به دست منتقل الیه است. از این روی، اگر حصول مورد معامله قطعی باشد و فقط صفت آن مجهول باشد، معامله بر آن غرری نخواهد بود. اما صاحب عناوین (مراغه‌ای، ۱۴۱۷، ص ۳۱۷) ضمن مفروض دانستن معنای خطر برای واژه غرر و اشکال به نظریه فقیه مذکور در تعریف غرر چنین می‌نویسد: «غرر شامل و ناشی از همه صورتهای جهل به ارکان عقد می‌گردد و هر چیزی که در آن جهل وجود داشته باشد ظاهراً در آن غرر و خطر نیز وجود دارد...»

گروهی دیگر همچون مرحوم صاحب جواهر (نجفی، ۱۴۰۴، ص ۳۸۸) غرر را به معنای خطر گرفته و در توضیح آن چنین می‌نویسد: غرری که از آن نهی شده است، یعنی خطر ناشی از جهل به صفات و مقدار مبیع، و نه مطلق خطر؛ زیرا در بیع کالای غایب نیز ضرورتاً خطر حاصل می‌شود، حال آنکه بیع کالای غایب جایز است و یا در بیع سردرختی و محصولات زراعی مادامی که چیده یا درو نشده باشد، غالباً خطر وجود دارد، اما بیع آنها صحیح و معتبر است؛ بنابراین مراد از غرر، مطلق خطر نیست.

اما شیخ انصاری (انصاری، ۱۴۲۷، ج ۴، ص ۱۷۸) در رد کلام صاحب جواهر می‌نویسد: خطر ناشی از جهل به حصول مبیع به دست منتقل الیه، به مراتب مهم‌تر از جهل به صفات مبیع است؛ لذا وجهی ندارد که کلام اهل لغت را به خطر ناشی از جهل به صفات و مقدار مبیع برگردانیم. همچنین مشهور است که فقهای امامیه از باب تمثیل برای غرر دو مثال معروف «ماهی در آب» و «پرند در هوا» را برای مورد عجز از تسلیم مبیع، مطرح کرده‌اند نه جایی که صفات و مقدار مبیع مجهول باشد.

مواجهه دسته سوم از فقها در خصوص غرر نیز، که قلیل تفکیک به گروه متقدمین و گروه متاخرین است بدین شرح است: فقهای متقدم همچون شیخ طوسی (طوسی، ۱۳۸۷، ص ۱۵۶-۱۵۸) و

علامه حلی (حلی، ۱۴۱۴، ص ۴۶۶—۴۶۸) با ذکر مثال هایی مبنی بر بطلان بیع پرنده در هوا، بچه حیوان در شکم مادر و پشم بر پشت گوسفندان، صرف وقوع جهل و تردید در ارکان قرارداد اعم از وجود مورد معامله، قابلیت تسلیم و تسلیم مورد معامله و اوصاف اساسی مورد معامله را ملاک و ضابطه حدوث غرر در معاملات قلمداد نموده اند.

شهید ثانی (عاملی، ۱۴۱۳، ص ۱۷۸—۱۷۹) نیز به تبعیت از فقهای متقدم یاد شده وجود جهالت نسبت به عوضین و ابعاد مختلف ناظر بر آن را که ممکن است در آینده منجر به ایجاد نزاع بین طرفین معامله گردد را ضابطه ایجاد غرر در معامله دانسته است.

اما فقهای متأخر ضمن تعبیر غرر به خطر مالی در معامله، در معرض خطر قرار گرفتن یکی از عوضین ناشی از ابهام و جهل در یکی از ابعاد معاملی را، ملاک و ضابطه حدوث غرر لحاظ نموده اند. یکی از این دسته از فقیهان (مراغه‌ای، ۱۴۱۷، ص ۲۶۸) درباره معاملات غرری چنین بیان داشته است: معامله‌ای که در آن خطر باشد، غرری محسوب می‌شود و خطر هم عبارت است از احتمال ضرری که از نظر عرف عقلاً قابل اجتناب نباشد نه احتمال ضعیفی که عرف بدان توجهی ندارد. احتمال مؤثر در تحقق ضرر در نتیجه بیع غرری، یا ناشی از عدم اطمینان به وجود مورد معامله و یا ناشی از عدم وثوق به امکان تسلیم و تسلیم آن به وجود می‌آید، اگرچه مورد معامله، معلوم الوجود است و یا همچنین منبث از عدم اعتماد و اطمینان به موازنه اقتصادی مورد معامله در مقابل عوضش بوده که در نتیجه جهل نسبت به مقدار یا جنس یا وصف آن به وجود می‌آید.

ملا احمد نراقی (نراقی، ۱۴۱۶، ص ۹۳) فقیه هم عصر صاحب عناوین نیز معتقد است که بیع غرری عبارتست از این که یکی از عوضین در خطر باشد، یعنی در شرف تباهی و نابودی باشد. در ادامه ایشان جهالتی را مانع از صحت عقد دانسته که منتج به غرر شود. آن گاه غرر را احتمال خطری قلمداد نموده که عرف از آن اجتناب کرده به گونه‌ای که اگر شخصی از آن اجتناب نکند مورد سرزنش عقلای قوم قرار می‌گیرد. (همان، ص ۱۹).

مرحوم شیخ انصاری (انصاری، ۱۴۲۷، ج ۴، ص ۱۷۸) نیز ضمن پذیرش معنای خطر برای غرر در نتیجه گیری از بحث منشا تحقق غرر و عقد غرری می‌فرماید:

کلیه علما و فقها متفق اند که در معنای غرر، جهالت اخذ شده است و جهالت قدر جامع بین تفاسیر وارده در معنای غرراست، خواه جهل در اصل وجود مبیع باشد و خواه در حصول آن و خواه در صفات مبیع از حیث کمیت و کیفیت.

در ادامه شیخ انصاری ادامه می دهد در حدیث شریف نبوی در واقع از آن مخاطره ای که منجر به نزاع و تشاجر می شود نهی شده است. (همان، ص ۱۸۲).

از طرفی امام خمینی (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۳، ص ۲۰۴) در کتاب البیع خویش ضمن نقل برخی کلمات شیخ انصاری درباره غرر آن را مورد نقد قرار داده و چنین می نویسد:

کلمات شیخ و غیر او درباره غرر مضطرب است، بعضاً جازم اند بر این که غرر به معنای جهالت است و در جای دیگر غرر را به معنای خطر یا اقدام بر عملی که ایمن از ضرر نیست آورده اند و حال آنکه در هیچ یک از کتب لغوی، غرر را به معنای جهالت تعریف و تفسیر نکرده اند؛ زیرا عناوین ذکر شده و تعاریف آورده شده در کتب لغت - حتی غفلت - نیز غیر از عنوان جهالت است و شگفتا از شیخ انصاری که بیان داشته است: «و بالجمله، فالکل متفقون علی اخذ الجهاله فی معنی الغرر ..» به معنا آنکه همه علما متفق اند که در معنای غرر جهالت نهفته است.

۱۵۱

لکن به نظر ما مستفاد از عبارات به کار گرفته شده در قبل و خصوصاً بعد از عبارت مد نظر، شیخ معنای خطر را برای غرر پذیرفته لکن مسامحتاً با آوردن عبارت اخیر، قصد در بیان این معنا داشته که صرف نظر از توجه یا عدم توجه فقها به معنای خطر برای غرر، در هر حال همه ی ایشان بر وجود عنصر ابهام و جهل در ارکان قرارداد در شکل گیری غرر اتفاق نظر دارند و نه اینکه شیخ بخواهد متعرض این معنا شود که کلیه ی فقها غرر را مترادف و مساوی تک عنصر جهل در معاملات قرار داده اند.

البته لازم به بیان است امام خمینی (همان، ص ۲۹۵-۲۹۸) خود، مناسب ترین معنای برای غرر را خدعه دانسته و معتقد است سایر معانی همچون خطر به خدعه برگشته و نتیجه آن است. هر چند که ایشان این معنا را غیر اجماعی دانسته و اتفاقاً معنای خطر را مورد اجماع می دانند و تخطئه همه افراد را امری مشکل عنوان می کنند. محقق اصفهانی (اصفهانی، ۱۴۰۹، ج ۱، ص ۳۰۰) نیز تقریباً همین مسیر را پیموده و درباره غرر چنین می نویسد: «اهل لغت برای غرر معانی متعددی ذکر کرده اند. به احتمال قوی همه این ها، معنای حقیقی غرر نیستند. بلکه برخی لوازم دائمی، برخی لازم غالبی و برخی مصداق معنای حقیقی آن هستند. با توجه به موارد استعمال واژه غرر، معنای نزدیک خدعه است که لازم دائمی آن خطر و مصداق آن چیزی است که ظاهری پسندیده و باطنی ناپسند دارد»

این عدم هماهنگی در کلمات دو فقیه یاد شده در تعبیر از غرر، از اختلاف نظر در برداشت از معنای لغوی غرر ناشی شده است (نابینی، ۱۴۱۸، ص ۳۷۹) که تحلیل آن ذیل گفتار تعریف لغوی

غرر از نظر گذشت.

محقق خوبی (خویی، ۱۴۱۲، صص ۲۲۶ و ۲۲۸) نیز بر این باور است که اگر غرر را همچون بعضی از اهل لغت به معنا خدعه در نظر بگیریم معنای نهی در حدیث شریف نبوی معادل نهی تکلیفی (حرمت یا کراهت بیع غرری) خواهد بود که منجر به فساد معامله نخواهد شد. اما تعبیر غرر به خطر مطابق نظر برخی دیگر از لغویون، ناظر به حکم وضعی بطلان که مورد نظر اکثر فقهای اسلامی بوده، می‌گردد. آن‌گاه ایشان اضافه می‌نمایند که مشهور فریقین برای غرر، معنای خطر را در نظر گرفته‌اند و تفاوتی ندارد که این خطر ناشی از ناحیه جهالت نسبت به قدرت بر تسلیم و تسلیم و یا جهالت نسبت به اوصاف کمی یا کیفی مورد معامله باشد. در نهایت ایشان جهل به حصول را نسبت به جهل به صفات دارای غرر اعظم و بیشتر دانسته‌اند لکن فساد معامله مشتمل بر جهل به وجود را، ناشی از معامله به چیزی که خارج از مالکیت انسان بوده قلمداد نموده‌اند فلذا آن را خارج از مقام و بحث غرر محسوب می‌نمایند.

آراء و نظریات فقها در خصوص غرر از دو حیث قابل طبقه‌بندی است:

از حیث اول ایشان به سه دسته تقسیم شده و برخی غرر را ناشی از ابهام در حصول مورد معامله و برخی آن را ناشی از ابهام در اوصاف مورد معامله و برخی دیگر ابهام و جهل در وجود یا حصول (قدرت بر تسلیم یا تسلیم) یا اوصاف مورد معامله را منشاء ایجاد غرر در معاملات تلقی نموده‌اند. از حیث دوم نیز ایشان به سه دسته تقسیم شده و دسته اول که عمدتاً از متقدمین فقهای امامیه بوده غرر را مساوی جهل در سه محور مهم معاملی یعنی ابهام در وجود یا حصول یا اوصاف مورد معامله گرفته‌اند.

دسته دوم که بیشتر از متأخرین و رای غالب را در بین فقهای امامیه دارا می‌باشند غرر را مترادف خطری گرفته‌اند که ناشی از ابهام در وجود یا حصول یا اوصاف مورد معامله می‌باشد.

دسته سوم نیز غرر را به معنا خدعه گرفته و حدیث شریف نبوی را فاقد حکم وضعی همچون بطلان عقد دانسته و آن را ناظر بر صرف حکم تکلیفی اعم از حرمت یا کراهت گرفته‌اند.

به نظر ما از آراء فقها و با استمداد از معنای لغوی غرر چنین نتیجه‌گیری می‌شود که در اصطلاح فقهی عقد غرری به عقدی گفته می‌شود که ابهام موجود در ارکان قراردادی آن موجب شود یکی از عوضین در معرض خطر قرار گرفته و آن خطر بر صاحب آن عوض در موقع انعقاد قرارداد تحمیل گردد. البته این خطر می‌تواند ناشی از ابهام در زوایای مختلف معامله اعم از تردید در



اصل وجود مورد معامله و یا ناشی از تردید در قدرت تسلیم یا تسلیم مورد معامله و یا ناشی از جهل به صفات و چه ناشی از از شک و تردید نسبت به حصول مورد معامله باشد. بنابراین با اتکا به این تعریف و مقیاس مندرج در آن، ریسک ناشی از ابهام ناظر بر چگونگی وضعیت اقتصادی و مبادلاتی مورد معامله در آینده هیچ گونه تاثیری در شکل گیری غرر ندارد.

## ۱-۲-۱. تبیین مفهوم خطر ناظر بر غرر در بیان فقها

همانطور که ملاحظه شد چه از منظر لغت و چه از دیدگاه فقها جهالت به تنهایی مبنای مناسبی برای تحقق غرر نیست بلکه ماهیت آن با ابهام متضمن خطر جدی که به تعبیر برخی از فقها (مراغه‌ای، ۱۴۱۷، ص ۳۱۶/ نراقی، ۱۴۱۶، ص ۹۱) عبارت باشد از احتمال ضرر غیر قابل تسامح از منظر عرف، که معمولاً منجر به اختلاف و نزاع می‌گردد، قوام می‌یابد.

بنابراین موضوع نهی در حدیث نبوی، هر گونه معامله‌ی مبهم توأم با خطر نمی‌باشد، چه آنکه در غیر این صورت بسیاری از قراردادهای معمول در میان مردم به دلیل این که در بردارنده مخاطره اند، باید باطل قلمداد شوند، مثل معامله تاجری که، محموله کشتی را که هنوز به مقصد نرسیده و هر لحظه احتمال غرق شدن آن می‌رود، خریداری می‌کند یا کالایی را که احتمال سقوط قیمت آن در بازار می‌رود، به قیمت گزاف، خریداری می‌کند، بلکه برای تحقق غرر، اولاً خطر باید ناشی از ابهام در اطلاعات ناظر بر ارکان قرارداد حین انعقاد عقد باشد. ثانیاً خطر به اندازه‌ای باشد که عرف بدان اقدام نمی‌کند.

نمودهایی از شریعت نیز گویاست که شارع مقدس، باب ریسک و خطر را در معاملات را صد در صد نبسته و تا حدودی آن را پذیرفته و اصالت را در مواردی به اراده دو طرف قرارداد داده است. پذیرش سهم محسوسه از جهالت در عقودی مثل مزارعه، ضمان از دینی که مقدار آن معلوم نیست، جواز خرید فروش میوه نارس روی درخت، بیمه و... نمونه‌هایی بارز از پذیرش قراردادهای احتمالی با سهم مشخصی از ریسک، در شریعت هستند. گویا عامل نیاز جامعه و کم توجهی عرف به احتمال ضرر در قراردادهای مزبور، سبب شده که قانونگذار از مشی عرف تبعیت نموده و مصلحت نفوذ معامله احتمالی را بر زیان‌های آن ترجیح داده و مهر تأیید بر آن زند. این وضعیت را به نوعی می‌توان متأثر از رویه رایج در میان خردمندان دانست که این‌گونه نیست که ایشان در معاملات خود هر نوع ریسکی را برنتابند. (برای مطالعه بیشتر، ر.ک: علیدوست، ۱۳۹۸، ص ۱۴۳-۱۴۶).

### ۱-۲-۳. غرر در لسان حقوقدانان

غرر در حقوق ایران و مصر دارای مبانی مشترک و متأثر از فقه اسلامی است. بنابراین مطالعه تطبیقی غرر با حقوق مصر می‌تواند دستاوردهای مناسب با قابلیت بومی سازی در نظام حقوقی کشورمان داشته باشد از این رو در اینجا غرر ابتدا در حقوق ایران و سپس در حقوق مصر مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

#### الف) حقوق ایران

اگرچه غرر در قوانین موضوعه ایران به صورت مستقیم تعریف نشده است و به تبع آن حقوقدانان نیز در آثار خود کمتر به این مقوله پرداخته‌اند لیکن در هر حال می‌توان با بهره‌گیری از پرداخت مختصری که حقوقدانان در این خصوص داشته‌اند و با استفاده از مواد مختلف قانون مدنی به تعریف اصطلاحی حقوقی غرر در فضای حقوق ایران دست یافت؛ چنان‌که در ترمینولوژی حقوق درباره غرر و عناصر متشکله آن، آمده است که عناصر غرر عبارت‌اند از:

الف) جهل؛

ب) احتمال حصول ضرر از ناحیه جهل.

بنابراین اگر کسی عقدی منعقد نماید و به یکی از جهات معامله، جاهل باشد و از ناحیه جهل برای او احتمال حصول ضرری در بین باشد، عقد، غرری و باطل است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۵، ص ۴۸۹).

یکی از حقوقدانان نیز بعد از نقد و بررسی کلمات فقها در تعریف غرر و معامله غرری چنین جمع‌بندی کرده و می‌نویسد:

معامله غرری هرگونه قراردادی است که مشتمل بر نوعی فریب یا مخاطره است خواه این فریب یا خطر به دلیل مجهول بودن مورد معامله و یا چیز دیگری مانند عدم قدرت بر تسلیم مورد معامله باشد. (وحدتی شبیری، ۱۳۷۹، ص ۶۰).

برخی دیگر از نویسندگان (رفیعی، ۱۳۷۸، ص ۲۸) نیز غرر را این چنین تعریف نموده است: «غرر مترادف جهل نیست، بلکه غرر ناشی از جهل و به تعبیری مستلزم آن است و نتیجه آن، خطر و احتمال ضرر و زیان می‌باشد.» به نظر می‌رسد این تعریف به آنچه در تعریف از غرر در ترمینولوژی حقوق آمده است، نزدیک باشد و به نوعی آن تعریف را دقیق‌تر نموده است.

اما عمده حالت‌های حدوث غرر با استفاده از قانون مدنی ایران از جمله مواد ۳۴۸، ۲۱۶، ۱۹۰

و... که منبعث از منابع فقهی بوده، و در آثار حقوقی منعکس شده است به شرح ذیل است:

— موردی که نسبت به اصل وجود مبیع جهل و تردید وجود دارد مانند بیع حمل حیوان و یا میوه درختان قبل از رسیدن و بدو صلاح.

— موردی که امکان تسلیم و تسلیم مورد معامله قطعی نباشد هر چند به وجود مبیع علم داشته باشیم؛ مثل فروش پرندۀ در هوا

— موردی که مورد معامله معلوم و معین نباشد اگرچه موجود و قدرت بر تسلیم و تسلیم آن وجود دارد. مانند خرید و فروش محموله‌ای بدون تعیین جنس، وصف و یا کمیت آن.

### ب) حقوق مصر

بخش چهارم از کتاب دوم قانون مدنی مصر به عقود غرری اختصاص یافته و تحت عنوان "عقود الغرر" و عقود چون قمار، گرو بندی، مستمری تا پایان عمر و بیمه ذیل آن مطرح شده است، اما واژه غرر در قانون مدنی مصر تعریف نشده است.

۱۵۵

با وجود این حقوقدانان مصری عملتاً عقد غرری را معادل عقد احتمالی گرفته و آن را چنین تعبیر نموده‌اند: عقدی که در آن متعاقدین نمی‌توانند که در حین عقد مشخص کنند که دقیقاً چه چیزی را می‌دهند و چه چیزی را می‌گیرند. به عبارتی ایشان از این تعبیر استمداد جستجو کرده در عقود غرری یا به دیگر سخن احتمالی شفافیت در تقابل و تعادل عوضین در حین عقد وجود ندارد (الضریر، ۱۹۹۰، ص ۶۹-۷۰).

هر چند که همانطور که یکی حقوقدانان عرب به خوبی اشاره نموده است این تعریف اخص از تعریف فقهی از غرر بوده و صرفاً ناظر به آن محور از غرر بوده که از جهل نسبت به مقدار مورد معامله می‌تواند نشئت بگیرد. (همان، ص ۷۱).

چه آنکه در فقه اهل سنت که حقوق مصر و قانون مدنی آن کشور متأثر از آن می‌باشد بعد از آنکه غرر مترادف خطر در معامله تعبیر می‌شود در باب منشاء غرر سه نظریه ارائه شده و بر اساس آن بعضی از فقها غرر را خطر ناشی از جهل به حصول و وجود مورد معامله تلقی نموده و بعضی دیگر غرر را به خطر ناشی از جهل به میزان و مقدار مورد معامله منصرف دانسته و گروه سوم بین دو وجه قبلی جمع نموده و غرر را ناشی از خطر هر دو وجه تلقی نموده‌اند که این نظریه در فقه اهل سنت اقلیت دارد. (الضریر، ۱۹۹۳، ص ۱۱).

مبتنی بر نظریه گروه سوم، سنهوری حقوقدان مشهور مصری (سنهوری، ۱۹۹۷، ص ۴۶) نیز با

نگاهی جامع نسبت به موضوع، چنین می نویسد که غرر در معاملات را از جهت جهل نسبت به ابعاد معامله، در محورهای ذیل به وجود می آید (همان):

۱. جهل به وجود یا حصول مورد معامله
۲. جهل به جنس، صفت و مقدار مورد معامله
۳. جهل نسبت به تعیین مورد معامله (مردد بودن)
۴. جهل به مدت زمانهایی که ناظر به تسلیم عوضین در معاملات است.

از سویی در حقوق مصر غرر به دو نوع غرر مؤثر و غیر مؤثر در صحت و بطلان عقد تقسیم شده است.<sup>۱</sup> (همان، ص ۴۹) و غرر مؤثر غرری است که موجب فساد و بطلان در عقد می شود در حالی که غرر غیر مؤثر در صحت و بطلان عقد تاثیری ندارد. هر چند که این تقسیم بندی قابل انتقاد به نظر رسیده و به نظر می رسد در صورت احراز غرر در معامله حکم وضعی ناظر بر غرر مستفاد از نهی صورت گرفته در حدیث شریف نبوی شامل حال عقد خواهد شد و از این رو تصور غرر غیر مؤثر در عقد با مشکل رو به رو بوده که به تحلیل بیشتر این موضوع در ادامه خواهیم پرداخت.

در حقوق کشور یاد شده غرر در صورتی مؤثر در بطلان عقد خواهد بود که:

اولاً ناظر بر یکی از عقود معاوضی باشد. ثانیاً کثیر و غیر قابل اغماض باشد ثالثاً انعقاد عقد مشتمل بر چنین غرری اساساً در جامعه ضروری احساس نشود؛ بنابراین در عقودی که توأم با غرر بوده لکن غرر موجود در آن اصطلاحاً سبب و قابل اغماض بوده یا اینکه به رغم کثیر بودن، مورد نیاز واقعی جامعه بوده باشد، غرر از نوع غیر مؤثر خواهد بود. ضمن آنکه در عقود مجانی و مسامحی غرر از نوع غیر مؤثر خواهد بود.

مشابه با همین نگاه، آقای سوابلم از اقتصاددانان اسلامی در باب انواع ریسک در معاملات آن را به ریسک قابل تحمل و غیر قابل تحمل تقسیم نموده است و سپس شرایط ریسک قابل تحمل را غیر قابل اجتناب بودن، غیر مهم بودن و غیر عمدی بودن ذکر کرده است که به نظر می رسد ریسک قابل تحمل قابل انطباق یا غرر غیر مؤثر باشد. (به نقل از: بهاروندی، ۱۳۸۸، ص ۲۸۸).

همراستا با نظریات ابراز شده از سوی حقوقدانان مصری نظریه غرر مؤثر و کارکردهای آن در

۱. «ثم ان الغرر ينقسم من حيث تأثير في صحة العقد، بل يبقی العقد الى قسمين: غرر مؤثر و غرر غیر مؤثر. فالغرر المؤثر هو ما يفسد العقد و العقد الغرر غیر المؤثر هو ما لا يوتر في صحة العقد بل يبقی العقد معه صحيحاً... اما اذا كان الغرر يسيراً، أو كان كثيراً و لكن تدعوله الضرورة، فلا تأثير له في صحة العقد...» (سنهوری، ۱۹۹۷، ج ۳، ص ۴۹).

عالم حقوق به نظام قانونگذاری مصر نیز راه پیدا کرده است و قراردادهایی که یا به جهت اقتضا آن و یا به منظور دفع ضرر احتمالی، یکی از عوضین آن حین عقد معلوم نبوده و تعیین آن بر مبنای ضابطه مشخص به آینده موکول می‌شود، به جهت نیاز کنونی جامعه به چنین معاملاتی و ابتلا جامعه به عسرو حرج در صورت کنار گذاشتن آن دسته از معاملات به رسمیت شناخته شده و به دیگر سخن غرر متصور در چنین معاملاتی از جنس غیر مؤثر در بطلان شناخته شده است؛ از این رو در ماده ۴۲۳ قانون مدنی مصر (نوری، ۱۳۹۲، ص ۱۲۶) قابلیت تعیین عوض در معاملات را در حکم تعیین قطعی عوض گرفته و به چنین معامله‌ای رسمیت بخشیده شده است.

## ۲. بررسی منابع غرر در فقه و حقوق

در این فصل منابع قاعده نفی غرر در فقه امامیه و حقوق موضوعه و ضمانت اجرای آن در صورت حدوث در معاملات، مورد بررسی قرار گرفته تا بدین ترتیب با شناسایی منابع قاعده مزبور و مذاقه در آن، تحلیل دقیق تری از این قاعده ارائه گردد.

### ۲-۱. منابع فقهی

بررسی‌ها در میان منابع فقهی معرفی شده برای قاعده غرر حکایت از آن داشته اساسی‌ترین منبع برای اثبات قاعده نفی غرر حدیث منقول از نبی اکرم صلی الله علیه و آله در این خصوص و سیره عقلا می‌باشد؛ از این رو در این مقاله با توجه به محدودیت‌ها، صرفاً به معرفی و تتبع در این دو منبع می‌پردازیم.

#### ۲-۱-۱. غرر و معاملات غرری در روایات

حدیث شریف نبوی با مضمون «ان رسول الله صلی الله علیه و آله نهی عن بیع الغرر» که از طریق امام رضا علیه السلام نقل شده است (تمیمی مغربی، ۱۳۸۳، ص ۲۱/عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۷، ص ۴۴۷/ابن بابویه، ۱۴۳۱، ج ۲، ص ۵۰، ح ۱۶۸) مهم‌ترین روایتی است که در کتب فقهی و روایی شیعه بدان استناد شده و بر اساس آن معامله غرری مورد نهی و ممنوع اعلام شده و البته فقهای همه مذاهب اسلامی نیز آن را معتبر دانسته‌اند (الضریر، ۱۹۹۰، ص ۵۸-۵۹) و به تبع آن در قوانین مدنی کشورهای اسلامی از جمله قانون مدنی ایران و مصر، موادی مرتبط با آن درج گردیده است.

### الف) ضمانت اجرای غرر در معاملات بر اساس روایات

در علم اصول یکی از مباحث مورد توجه و مطرح، آن است که در نصوص شرعی آیا صیغه نهی در معاملات بر فساد دلالت می‌کند؟ (مظفر، ۱۴۰۵، ص ۳۰۶ به بعد) لازم به توضیح است که فساد کلمه‌ای است که در مقابل صحت به کار می‌رود. صحت معامله، یعنی عقد مطابق شرایط معتبر در شرع به وجود آمده است و فساد در معامله یعنی معامله مطابق شرایط لازم و معتبر محقق نشده است که این عدم مطابقت سبب می‌شود اثر مطلوب در معامله مانند نقل و انتقال مالکیت و امثال آن پدید نیاید.<sup>۱</sup>

از منظر اصولیون گاهی عقد دارای شرایط لازم، از جمله شرایط مربوط به متعاقدين و شرایط راجع به عوضین می‌باشد. در این صورت، نهی با صحت معامله منافات ندارد و صرف کراهت شارع، از وقوع عقد در وضعیتی که به همراه صیغه نهی آمده است را نشان می‌دهد (همان، ص ۳۱۴)؛ مثل موردی که شارع بیع را هنگام اقامه نماز جمعه نهی می‌نماید، اما اگر معامله‌گران در این وقت به معامله بپردازند با اینکه مورد رضایت شارع نیست، اما معامله (با وجود شرایط اعتبار) اثر خود را دارد و در نتیجه نهی در معامله موجب فساد نمی‌شود.

اما گاهی نهی، بر اعتبار امری در زمره شرایط متعاقدين و یا عوضین دلالت می‌کند مانند نهی از معامله سفیه یا مجنون که بر اعتبار عقل و بلوغ در معاملات دلالت می‌کند یا مانند نهی از معامله غرری در حدیث شریف نبوی که فهم عرفی از آن حدیث، بر اعتبار اشتراط قدرت بر تسلیم و یا علم به اوصاف کمی یا کیفی مورد معامله حکایت دارد؛ در این گونه موارد بدون شک نهی بر فساد معامله دلالت می‌کند (همان/ وحدتی شبیری، ۱۳۷۹، ص ۶۹).

بنابراین نهی وارد شده در خصوص معاملات غرری از منظر فقها به نحو اجماع بیانگر فساد در معامله است (انصاری، ۱۴۱۱، ص ۱۸۵/ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۲، ص ۳۸۷/ نراقی، ۱۴۱۷، ص ۲۸/ مراغه‌ای، ۱۴۱۷، ص ۲۶۷/ نایینی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۳۷۹) چراکه این نهی ناظر به عدم رعایت یکی از شرایط اساسی صحت عقد در نظر شارع است.

۱. در همین راستا ماده ۳۶۵ ق. م در خصوصی بیعی که شرایط اساسی صحت معامله را نداشته باشد مقرر می‌دارد: «بیع فاسد اثری در ثملک ندارد».

۲. «یا ایها الذین آمنوا اذا نودی للصلوة من یوم الجمعة فاسعوا الی ذکرالله و ذرو البیع...» (جمعه: ۹).

## ب) سیر تاریخی طی شده در استناد به حدیث نبوی برای اثبات قاعده غرر

نحوه استناد به حدیث نبوی به منظور اثبات قاعده غرر در طول تاریخ فقه امامیه فراز و نشیب زیادی پیدا کرده است؛ بدین سان که گروهی از فقهای پیشین، عمدتاً به دلیل آنکه شهرت حدیث را جبران کننده ضعف سند می دانستند، حدیث مزبور را به صورت یک روایت قطعی پذیرفته بودند و اتفاقاً در اجرای قاعده غرر سخت گیر بوده و حتی ابن ادریس حلی با آنکه به اخبار آحاد عمل نمی کرد، اما بسیاری از روایات را به دلیل مخالف بودن مضمون آنها با حدیث نبوی پیش گفته، کنار می گذاشت. (حلی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۳۲۲-۳۲۴) گروهی دیگر از فقهای متاخر ضمن انکار ارسال روایت مزبور معتقدند روایت از اسناد متعدد برخوردار است (خمینی، ۱۴۲۱، ص ۲۹۵) البته صاحب این رای به ضعف یا عدم ضعف این اسناد هیچ گونه اشاره ای نمی کند. در مرحله سوم برخی از فقهای معاصر (خویی، ۱۴۱۲، ج ۵، ص ۲۵۶-۳۱۸) با این استدلال که شهرت حدیث، جبران کننده ضعف سند نیست، در اعتبار حدیث نبوی تردید کرده و قاعده غرر را به دلیل سیره عقلا پذیرفته اند. به نظر ما هر چند اگر بپذیریم شهرت ضعف سند را جبران نمی کند به ویژه آنجا که علت ضعف، مرسله بودن روایت باشد و از سویی استناد مشهور هم ثابت نباشد، در اینجا نکته بالاتری وجود دارد و آن اینکه تأمل در سخنان بزرگان فقاها نشان می دهد در استناد به این روایت اتفاق نظر وجود دارد و اتفاق از شهرت بالاتر است؛ چراکه بر فرض اینکه شهرت جبران کننده سند نباشد، اتفاق جابر است. از سویی روایت نفی غرر منسوب به نبی اکرم صلی الله علیه و آله جزء شعارهای شناخته شده در مکتب اسلام، متون فقهی، حدیثی و حتی لغوی محسوب شده که هیچ کس در اعتبار آن تردید نمی کند (برای تأیید این نظر، ر.ک: علیدوست، ۱۳۹۸، ص ۱۱۳). رسوخ حدیث نهی از بیع غرر در متون و اذهان تا جایی است که جدا از متون حدیثی و فقهی بسیاری از ویژه دانان لغت که عهده دار توضیح لغات عرب بوده اند، در توضیح واژه غرر به این حدیث اشاره کرده و صدور آن را از پیامبر عظیم الشان مسلم گرفته اند.<sup>۱</sup>

بنابراین به هیچ وجه از این حدیث برای اثبات قاعده فقهی نفی غرر نمی توان گذشت و تحلیل مدلول حدیث در تعیین مفاد قاعده مزبور و تحلیل آن کار ساز است.

۱۵۹

۱. برای نمونه ر. ک: ابن حماد جوهری، الصحاح و ابن منظور، لسان العرب؛ هردو ذیل واژه «غرر».

## ۲-۱-۲. سیره عقلا

سیره عقلا، عرف و رویه معمول بین مردم در معاملات و غیر آن است. البته منظور از رویه معمول همان بنای عقلای جامعه در موضوع یا مورد خاص است. در خصوص حجیت سیره عقلا همان طور که از بیانات امام خمینی<sup>ع</sup> و بعضی دیگر فقها نتیجه گرفته شده است که: «هر سیره عقلانی که عقلای جامعه، در میان خود، رایج کرده‌اند، درباره هر موضوعی از موضوعات و هر پدیده‌ای از پدیده‌های اجتماعی که باشد، چه به زمان معصوم متصل گردد یا منفصل از آن باشد، همه آن سیره‌ها، حجت هستند و ما می‌توانیم در پناه آن، بسیاری از مسائل اجتماعی خود را حل و فصل کنیم» (فیض، ۱۳۸۵، ص ۲۱۴-۲۲۱).

با مراجعه به زندگی خردمندان آشکار می‌شود قاعده نفی غرر منطبق با بنای عملی ایشان از گذشته تاکنون بوده است با این توضیح که آنان در معاملات معوض، معمولاً از معاملاتی که با خطر قابل توجه همراه باشد، اجتناب می‌نمایند و به تعبیر دیگر، روش عقلا در معاملات وداد و ستدها این است که اطمینان داشته باشند در برابر چیزی که از دست می‌دهند، چیزی به دست می‌آورند و چون این بنای عملی مورد تأیید شارع هم می‌باشد و دست کم مخالفتی با آن نشده است، حجیت دارد (محمدی، ۱۳۸۲، ص ۷۵)؛ بنابراین غرر را نباید یک تأسیس شرعی جدید پنداشت بلکه قاعده‌ای است منطبق با عرف عقلا که البته به تأیید شارع رسیده است. پس در تعیین مصادیق غرر آن قطعاً بنای عرف عقلا می‌بایست ملحوظ نظر قرار گیرد. در واقع اعمال تفکیک نسبت به ابهامات در معاملات که در بعض موارد منجر به غرر شده و یا نمی‌شوند و یا تقسیم بندی غرر به مؤثر و غیر مؤثر در حقوق مصر متأثر از همین بنای عرفی عقلاء می‌باشد.

## ۲-۲. منابع قانونی

قانونگذار برای صحت معاملات شرایطی را مقرر داشته است از جمله شرایط مذکور، مشخص بودن مورد معامله است. مقصود از این شرط معلوم و معین بودن مورد معامله است. این مهم در موادی چند از قانون مدنی همچون بند سوم ماده ۱۹۰، ماده ۲۱۶ و ماده ۳۴۲ مورد تصریح قانونگذار قرار گرفته است و به نظر می‌رسد تدوین مواد مزبور منبعث از قاعده فقهی نفی غرر باشد. در عین حال اندیشه ضابطه‌مند نمودن مقوله غرر از طریق تفکیک میان انواع ابهامات، به مؤثر و غیر مؤثر در ایجاد غرر در حوزه قواعد عمومی قراردادها و حتی بسیاری از عقود معین توسط



قانونگذار قابل مشاهده می‌باشد. برای مثال در حوزه نصوص قانونی موجود در حوزه قواعد عمومی قراردادهای تفاسیری که بعضی از حقوقدانان (صفایی، ۱۳۹۱، ص ۵۲/ همو، ۱۳۸۴، ص ۱۳۳-۱۳۴) از ماده ۲۱۶ قانون مدنی ارائه کرده و معطوف نمودن موارد خاصه کفایت علم اجمالی که اجمالاً که در ماده قانونی مزبور مورد اشاره رفته به ابهاماتی که عرف نسبت به آن اغماض نموده و از آن احترازی ندارد، حکایت از رسوخ این لندیشه داشته که هر ابهامی منجر به غرر در معاملات نمی‌گردد. همچنین بسیاری از عقود معین اعم از تسامحی و غیر تسامحی نظیر بیع مال کلی، انواع عقود مشارکت نظیر مضاربه، بیمه و... گرچه در آن به نوعی جهل و ابهام در تعیین مورد معامله و یا نتیجه آن حین عقد وجود داشته باوجود این، از آنجاکه ساز و کار موسوم به قابلیت تعیین که در این‌گونه معاملات وجود دارد موجب شده تا عرف این‌گونه معاملات را خطرناک نشناسد از این‌رو به‌صراحت اعتبار قراردادهای موصوف مورد پذیرش قانونگذار قرار گرفته است.

۱۶۱

### ۳. بررسی تحولات عرفی در مصادیق کنونی غرر

آنچه از کلام فقهای امامیه و حقوقدانان ایرانی و مصری از نظر گذشت، به‌خوبی نشان داد که نظر عرف در انعقاد یا عدم انعقاد غرر ناشی از ابهامات معاملی، مؤثر بوده و ملاک عمل واقع می‌شود. در فصل سوم از این مقاله ضمن تبیین نقش و جایگاه عرف در در فقه شیعه و حقوق موضوعه خصوصاً در مقام احراز و تشخیص غرر، به تحولات عرفی که تاکنون در نگاه به شکل‌گیری غرر در معاملات طی شده است پرداخته شده و در نهایت تعریفی از غرر منطبق با تحولات مزبور ارائه می‌نماییم.

#### ۳-۱. نقش عرف در احراز و تشخیص غرر

سؤال مهمی که در تشخیص غرر مطرح است آن است که مرجع تشخیص و احراز غرر در معاملات کدام است؟ آیا اساساً این امر بر عهده عرف است یا اینکه بر اساس ضابطه‌ای که شرع یا قانون در خصوص آن پیش‌بینی می‌کند تعیین می‌شود؟ برای پاسخ به این سؤال ضروری است ابتداء به‌طور اجمال، جایگاه عرف را در فقه و حقوق و نیز ملاک اعتبار آن را از دیدگاه حقوق اسلامی تبیین نماییم. آن‌گاه به این مسئله بپردازیم که به‌طور مشخص مرجع تشخیص غرر در معاملات، داوری عرف است یا شرع و قانون.

### ۳-۱-۱. جایگاه عرف در فقه و حقوق موضوعه

بحث «جایگاه عرف در فقه و حقوق» از دو جنبه متفاوت قابل بررسی است:

الف) یکی اینکه عرف و عادت به‌عنوان یکی از منابع قواعد حقوقی مطرح می‌شود، چنان‌که «در حکومت‌های آزاد از نظر مذهب، مکتب و ایدئولوژی منبع اصلی تمام قواعد حقوقی، اراده عموم است که گاه به‌طور مستقیم و به‌صورت عرف و عادت منشأ حقوق و قواعد ناشی از آن می‌شود.

ب) جنبه دیگر اینکه در برخی موارد و از جمله در «تشخیص موضوعات» و «تفسیر اراده متعاملین» در موقع انعقاد عقد، داوری عرف پذیرفته شود.

در مورد جنبه اول باید گفت: مشهور اندیشمندان اصولی و فقهای شیعه، در خصوص شناسایی عرف و عادت به‌عنوان منبع و پایه شناخت احکام شرعی معتقداند حجیت و اعتبار حکم عرف تنها در صورت موافقت و امضای شارع قابل پذیرش است.

از منظر ایشان اساساً حجیت و اعتبار عرف و عادت و سیره عملی چه در قالب سیره عقلا (عرف و عادت عام) و چه در شکل سیره متشرعه (عرف خاص) در صورتی مقبول است که به‌طور یقین احراز گردد که شارع مقدس هم همین راه و شیوه را پذیرفته باشد به این ترتیب که اولاً، موافقت شارع در این خصوص کشف شود و ثانیاً نصی از شارع، یا قاعده قطعی در شرع بر خلاف آن وجود نداشته باشد. در این صورت سیره عقلا (عرف و عادت عام) یکی از منابع ایجاد قاعده فقهی و در شمار ادله استنباط احکام محسوب می‌شود (جناتی، ۱۳۷۰، ص ۴۰۰/ ایزدی‌فرد، ۱۳۸۸، ص ۵۶-۶۱) البته بسیاری از دانشمندان جامعه اهل سنت عرف را به‌عنوان منبع مستقل شناخت احکام پذیرفته‌اند تا جایی که در صورت تعارض بین عرف و قیاس، عرف را بر آن مقدم دانسته‌اند.<sup>۱</sup>

اما در مورد جنبه دوم داوری عرف در تشخیص و احراز موضوعات عرفی که شارع در تبیین آن اساساً دخالتی ندارد و همچنین تفسیر اراده متعاملین، همگی متفق القول معتقدند شارع آن را

۱. علامه مصطفی احمد الزقاء در کتاب مدخل الفقهي العام، ج ۱، ص ۱۴۷ می‌گوید: «... فقهای اسلامی به‌خصوص اندیشمندان حنفی در اثبات حقوق و در ارتباط معاملات و تصرفات مردم برای عرف ارزش بسیاری قائل‌اند و آن را به‌عنوان یک منبع بزرگ در اثبات احکام حقوقی معتبر دانسته‌اند و طبق آن عمل می‌کنند، مگر آنکه نص صحیح شرعی بر خلاف باشد (به‌نقل از: جناتی، ۱۳۷۰، ص ۴۰۰).

۲. حکم شرعی موضوع و متعلق خاص خود را دارد. در مواردی همچون باب معاملات، شارع صرفاً نسبت به تشریح حکم پرداخته و تعریفی از موضوع و متعلق آن حکم ارائه نکرده است. به عقیده فقیهان در چنین مواردی شارع

پذیرفته و معتبر و حجت دانسته است (رفیعی، ۱۳۷۸، ص ۱۱۸/ ایزدی فرد، ۱۳۸۸، ص ۶۱-۶۴).

## ۳-۱-۲. اعتبار ارجاع به عرف در احراز غرر

همان گونه که گذشت شارع و قانونگذار، دآوری عرف را در تعیین و تشخیص موضوعات احکام و قواعد فقهی — حقوقی که بر موضوعات عرفی وارد شده است می‌پذیرد؛ بدین معنا که مفاهیم و موضوعاتی که در ادله شرعی به کار رفته است، به جز مصطلحات خاص که برگرفته از شرع است، حدود و ثغور آن از عرف گرفته می‌شود؛ در مورد غرر نیز که یک موضوع عرفی است نیز چنین بوده و تشخیص موضوع بر عهده عرف است؛ یعنی اگر در معامله‌ای عرف، غرر را منتفی دانست، حکم معامله غرری (بطلان) بر آن بار نمی‌شود، و چنان چه عرف غرر را محقق دانست، حکم معامله غرری خود به خود مؤثر واقع می‌گردد.

برای تأیید این نظر نمونه‌هایی از تعابیر فقهای عظام و بعضی از حقوقدانان را مرور می‌کنیم:

صاحب‌عناوین (مراغه‌ای، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۳۲۱) در مورد لزوم علم به اصل وجود مورد معامله، معتقد است که اگر بر حسب عرف و عادت، به وجود یافتن چیزی اطمینان باشد، این شرط، محقق تلقی می‌شود و لو اینکه در حال حاضر موضوع معامله موجود نباشد. ایشان هم چنین در بحث شرط بر قدرت تسلیم معتقد است امکان دسترسی به مورد معامله می‌بایست بر حسب عادت وجود داشته باشد. در جای دیگر برای عدم قدرت بر تسلیم مورد معامله، مثال پرنده در هوا را ذکر می‌کنند که عادتاً امکان دسترسی به آن نمی‌باشد. در اینجا هم ملاک عدم قدرت بر تسلیم را عرف ذکر می‌کنند که فرموده اند عادتاً امکان دسترسی به آن نمی‌باشد. وی نهایتاً ضابطه در تشخیص غرر در دو مورد اخیر را به دست عرف دانسته و وجود ضابطه‌ای در این خصوص را از ناحیه شرع را منتفی دانسته اند.

ایشان (همان، ص ۳۲۰) در خصوص میزان در مورد معلوم بودن اشیا نیز می‌گوید: «چون غرر و خطر یک امر عرفی است لذا بر حسب موارد و عرف مختلف و فرق می‌کند و به همین دلیل است که شیوه‌ها و ابزارهای گوناگونی برای معلوم نمودن مورد معامله وجود خواهد داشت»

---

تعیین قلمرو حکم شرعی را از طریق به عرف واگذار نموده و عرف تنها مرجع شایسته این‌گونه دریافت هاست؛ مثلاً محقق اردبیلی در بحث خیار غبن اینچنین می‌نویسد: «الحمد فی ذالک العرف لما تقرر فی الشرع لن ما لم یشب له الوضع الشرعی یحال الی العرف جریاً علی العاده المعهود الی ردالناس الی عرفهم» (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۴، ص ۴۰۳).

از کلام صاحب عناوین به خوبی بر می آید که تشخیص و تحقق هر کدام از مواردی که موجب غرر می شود، بر عهده عرف گذاشته شده و ضابطه کلی که در مورد احراز غرر وجود دارد یک ضابطه و معیار عرفی است، نه شرعی.

در شرح ارشاد اثر مرحوم مقدس اردبیلی نیز آمده است که ضابطه غرر عبارتست از احتمال ضرر و زیانی که عرف از آن اجتناب می کند، به نحوی که اگر آن را مورد توجه قرار ندهد، از سوی عرف عقلاً به خاطر تضییع مال مورد توییح و سرزنش قرار گیرد.<sup>۱</sup> در واقع مرحوم مقدس اردبیلی نیز داوری عرف و حکم عقلاً را در تحقق و عدم تحقق غرر پذیرفته و معتبر می داند.

ملا احمد نراقی (نراقی، ۱۴۱۶، ص ۹۴) نیز در عولند الایام چنین می نویسد: «احتمال مورد نظر (زیان ناشی از جهل)، احتمالی است که در عرف مورد توجه قرار می گیرد این احتمال باید به حدی باشد که عرف در آن قائل به تسامح نشده و در نظر عرف و عقلاً مورد توجه قرار گیرد»

نظیر چنین عقایدی در کتب فقهی سایر فقها دیده می شود، به طور مثال سید محمد کاظم طباطبایی یزدی (طباطبایی یزدی، ۱۳۹۱، ص ۳۲۱) در پاسخ به این سوال که اگر مغازه ای به مدت معین با اجاره بهای مشخص اجاره گردد با این شرط که پرداخت خراج حکومتی و هزینه تعمیرات بر عهده مستاجر و جزء اجاره بها باشد چه حکمی دارد؟ می فرمایند: مانعی جهت صحت عقد وجود ندارد، گرچه میزان خراج و هزینه تعمیرات مجهول است اما از آن جا که می توان میزان تقریبی آن را به تخمین مشخص نمود، لذا فرض ضرر (عرفاً) منتفی است و سپس تصریح می نماید که «ولا تعد المعامله بهذه الجهاله غرریه، فالاقوی صحتها»

دکتر امیر ناصر کاتوزیان (کاتوزیان، ۱۳۹۴، ج ۲، ص ۱۸۴) نیز در این راستا می نویسد: «در باره رفع احتمال و غرر نباید مبالغه کرد و وجود قطعی موضوع معامله را از شرایط درستی آن شمرد. همین اندازه که در دید عرف معامله از صورت گروبنندی و بازی با احتمال خارج شود، کافی است. به ویژه که گاه نیازهای عمومی و عادات و رسوم نیز نفوذ قرار داد را می طلبد...»

یکی دیگر از اساتید حقوق نیز (صفایی، ۱۳۹۱، ص ۴۱) موارد خاصه که در آن علم اجمالی کفایت نموده و مورد اشاره تلویحی قانونگذار در ماده ۲۱۶ قانون مدنی قرار گرفته است را منصرف به مواردی دانسته است که معامله از منظر عرف خطرناک و غرری نباشد.

۱- مقدس اردبیلی، شرح ارشاد، چاپ سنگی (غیر مرقم)، کتاب متاجر (به نقل از رفیعی، محمد تقی، منبع پیشین، ص ۱۲۲)

بنابراین آنچه از نظر اکثر فقها و حقوقدانان استنباط می‌گردد، این است که هر گاه میزان خطر در معامله به مقداری باشد که عرف با توجه به مصالح و ضرورت‌های اجتماعی بدان توجهی نکنند، غرر منتفی و معامله صحیح است.

اینها همه در حالیست که شیخ انصاری (انصاری، ۱۴۲۷، ج ۴، ص ۱۸۲) از شهید اول و کتاب قواعدش نقل می‌کند که فقیه یاد شده معتقد است: «اگر کسی عبد فراری یا گم شده‌ای را که امید به دستیابی به آن باشد، با بهای کمی بخرد، غرر شامل معامله اش نشده است؛ زیرا عقلا به امید سود زیاد اقدام به اموری می‌کنند که احتمال ضرر اندکی داشته باشد. همچنین کالای مجهولی که مردد بین طلا و مس است به قیمت مس بخرد، مشتمل بر غرر نمی‌دانند، هر چند معروف آن است که جهل به صفات موجب غرر است. و همچنین است که اگر فردی کالایی که مقدارش مجهول است را به حداقل قیمت بخرد، همه این کارها نزد عقلا پسندیده است، وای بسا کسانی را که به بهانه خطر از این نوع معاملات دوری می‌کنند، مورد سرزنش عقلا قرار گیرند» در ادامه شیخ انصاری متعرض کلام شهید شده و تسامحی که عرف نسبت به خطر ناشی از ابهامات معاملی را روا می‌دارد خصوصا در مثال‌هایی که شهید می‌زند را برای دفع غرر کافی ندانسته و ضمن توسعه دایره غرر علاوه بر تسامح عرف، امکان سد باب نزاع و اختلاف برای دفع غرر در خصوص ابهامات معاملی لازم می‌داند. چه آنکه وی معتقد است عرف بعضی مخاطرات را در معاملات به امید سودهای بیشتر نادیده گرفته هر چند که در چنین مواردی امکان نزاع وجود دارد.

ایشان در جای دیگر (انصاری، ۱۴۲۷، ج ۵، ص ۱۱۴) با سیاق تاکید و ابرام از شیخ جعفر کاشف الغطاء این تعبیر را نقل می‌کند: «لعل الدائره فی الشرع اضیق و ان کان بین المصطلحین عموم و خصوص من وجهین»

منظور ایشان از این عبارت آن است که در ارتباط با غرر نگاری، رفتار شارع سخت‌گیرانه تر است. به همین دلیل بهتر بود بفرماید: «لعل دائره الغرر فی الشرع اوسع و ان ..» و لذا خود شیخ انصاری در مجالی دیگر این تعبیر را به کار می‌برد: «ان علمنا ان الغرر العرفی اخص من الشرعی» این بیان شیخ تداعی‌کننده این معنا بوده که وی برای غرر حقیقت شرعیه قائل شده و از ماهیت عرفیه آن عدول نموده است. به عقیده نگارندگان با توجه به تحلیلی که از فقهای عظام از ماهیت غرر گذشت، غرر ماهیت کاملا عرفی داشته و نظر شارع در آن دخالتی ندارد و به تعبیر برخی از

فقها (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ص ۵۸)<sup>۱</sup>، خبر نفی غرر نیز دلالت بر نفی همین موضوع عرفی می‌کند.

ضمن آنکه معاملاتی که به عنوان مثال از قول شهید اول آورده شد که عرف نسبت به ابهام موجود در آن مسامحه داشته لکن شرع به جهت عدم امکان سد باب نزاع آن را غرری محسوب می‌نماید مخدوش و از قضا در مثالهای مزبور عرف نسبت به یکی از طرفین معامله، عقد را خطرناک تشخیص داده شده و در نتیجه آن را محل اجتناب و احتراز لحاظ می‌کند هر چند که طرف دیگر معامله نوعاً به امید دستیابی به سود بیشتر به انجام چنین معاملاتی متمایل باشد. از همین روست که شیخ انصاری در پایان کلام خود و بعد از نقل قول از مرجوم شیخ جعفر کاشف الغطاء و مباحث حول آن بار دیگر ادعان نموده که برای درک مفهوم و ماهیت غرر و مصادیق آن چاره ای جز رجوع به عرف وجود ندارد (انصاری، ۱۴۲۷، ج ۵، ص ۱۱۵).

بنابراین علی‌رغم تصور برخی از فقها همچون شیخ جعفر کاشف الغطاء، غرر حقیقت شرعی ندارد بلکه یک نهاد عرفی است و لذا برای درک مفهوم آن بایده به عرف رجوع کرد. (خویی، ۱۴۱۲، ج ۷، ص ۶۰)

### ۳-۱-۳. سازو کار عمل عرف در شناسایی غرر

گاه عرف نسبت به انجام برخی از معاملات به رغم وجود مقداری جهالت در آن، از خود اقبال نشان می‌دهد. این مقدار از جهالت در نظر عرف خطرناک تشخیص داده نشده و از این رو غرر در چنین معاملاتی اساساً شکل نگرفته و احراز نمی‌شود و در چنین وضعیتی کاملاً روشن است چنین معاملاتی ذیل حکم دلیل غرر یعنی فساد و بطلان معامله قرار نگیرد. متقابلاً جایی که عرف ابهام ناظر بر قرار داد را غیر قابل تسامح و خطرناک تشخیص داده و احتراز از اقدام به چنین معامله ای را ضروری بدانند، معامله موصوف غرری و در صورت اقدام نسبت به آن، باطل خواهد بود. بنابراین قابلیت اغماض و تسامح عرف نسبت ابهامات معاملی سازو کاری برای شناسایی غرر و تفکیک ابهامات معاملی به مؤثر و غیر مؤثر در ایجاد غرر محسوب می‌شود.

<sup>۱</sup> - طباطبایی یزدی سید محمد کاظم، حاشیه بر مکاسب، ج ۲، انتشارات مؤسس دارالعلم، قم، ۱۳۷۸، ص ۵۸ (به نقل از: طاهرخانی، حسین، قرارداد با عوض شناور از دیدگاه اصول فقه، نشریه حقوقی دادگستری، شماره ۴۳، تهران، ۱۳۸۲)

از طرفی در فقه اهل سنت و حقوق مصر (سنه‌وری، ۱۹۹۷، ج ۳، ص ۴۹) همانطور که قبلاً بدان اشاره رفت از ابهات قابل اغماض در معاملات از منظر عرف تعبیر به غرر غیر مؤثر می‌شود. و در مقابل از ابهامات معاملی که موجب خطرناک تلقی شدن معامله و احتراز عرف از اقدام به چنین معاملاتی می‌شود به غرر مؤثر تعبیر می‌شود. ضریر فقیه و حقوقدان عرب (الضریر، ۱۹۹۰، ص ۵۸۳) در کتاب خود موسوم به الغرر و اثره فی العقود، غرر غیر مؤثر را غرری می‌داند که به رغم وجود آن در عقد تاثیر در صحت و بطلان عقد نداشته و این نظریه را چنین توجیه می‌کند که نفی هر غرری از معاملات ممکن نبوده چرا که این نفی، ابواب معاملات را دچار مضیق و محدودیت نموده و لهذا طیفی از غرر مورد عفو چشم پوشی شارع قرار گرفته است. به نظر ما این تقسیم بندی ناقص یا به دیگر سخن مشتمل بر تسامح می‌باشد. چرا که اساساً غرر در صورت حدوث در هر حال ذیل حکم مندرج در حدیث نبوی ﷺ قرار گرفته و مؤثر در بطلان معامله خواهد شد و از این رو تصور غرر غیر مؤثر با مشکل روبه روست. لکن نظریه غرر مؤثر یا همان اعمال تفکیک در مقوله غرر به مؤثر و غیر مؤثر در عین نقصان می‌تواند الهام بخش این ایده ارزنده بوده که به تعبیر دقیق تر، ابهامات معاملی قابل تفکیک و تقسیم به مؤثر و غیر مؤثر در ایجاد غرر و بالتبع بطلان معامله با لحاظ ضابطه عرفی توصیف شده اخیرالذکر می‌باشد و این ایده را می‌تواند تقریب به ذهن ساخته و تقویت نماید. لذا پرداخت به آن و بومی سازی و ساماندهی آن در حقوق کشورمان از مقاصد نگارش این تحقیق می‌باشد.

## ۳-۲. تحولات عرفی در مصادیق کنونی غرر

در این مبحث از طریق طبقه بندی انواع ابهامات معاملی و تحلیل آن و ضمن نقد و بررسی نهاد اصطلاحی غرر مؤثر در حقوق مصر و روشن نمودن نسبت آن با انواع ابهامات معاملی، ابهامات معاملی مؤثر در غرر را شناسایی نموده و آنگاه تحولات عرفی نسبت به احراز ابهامات معاملی مؤثر در ایجاد غرر را مورد تعقیب قرار می‌دهیم.

### ۳-۲-۱. تحلیل ابهامات معاملی

ریسک‌های ناشی از ابهام در معاملات در محورهای سه گانه ای که فقها در باب غرر مفروض دانسته اند یعنی ابهام در وجود، قابلیت تسلیم یا تسلیم و اوصاف اساسی مورد معامله بر سه نوع

هستند:

الف) گاه از حیث ذاتی و حسب اقتضا مورد تعهد در معاملات که از منظر عرف وجودشان برای جامعه ضروری محسوب می‌شوند، معامله مبتنی بر ابهام و ریسک می‌باشد. ب) گاه ابهام امری غیر ذاتی و عرضی بوده لکن عرف جامعه و عقلا از این نوع ابهامات به جهت نیازهای اجتماعی احتراز نکرده، بلکه استقبال می‌نمایند. ج) گاه ابهامات امری عرضی و غیر ذاتی بوده و در عین حال عرف نیز ریسک ناشی از آن را قابل اغماض ندانسته و از آن دوری می‌جوید. بر مبنای آنچه گذشت در هر حال در صورت وجود ابهام در قرارداد، این ابهام یا از نوع ذاتی و یا از نوع عرضی است.<sup>۱</sup>

آن ابهامی که از اجزای ماهیت عقد باشد از نوع ابهام ذاتی است مثل قرارداد بیمه، عقد مضاربه، تراز<sup>۲</sup> و... (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص ۴۰۲ به بعد) به عبارت دیگر این دسته از عقود که منطبق با نیازهای اجتماعی ایجاد شده اند، بدون وجود نوعی از ابهام اساساً واقع نمی‌شوند؛ زیرا باتوجه به طبیعت عقود مزبور قابلیت روشن نمودن تمام ابعاد معامله در زمان انعقاد آن به جهت اقتضای عقد و موضوع آن، از حیث میزان و مقدار و یا حتی حصول آن برای طرفین وجود ندارد؛ مع الوصف با توجه به نیازهای اجتماعی به این گونه از عقود و وجود سازو کار قابلیت تعیین در آن که منجر به رفع ابهام از معامله در نهایت می‌شود، ابهام ذاتی عرفاً قابل اغماض محسوب شده و مؤثر در ایجاد خطر و غرر در معامله نخواهد بود.

برای نمونه در زمان انعقاد قرارداد بیمه حوادث، طرفین نمی‌توانند حصول یا میزان تعهد بیمه‌گر را بطور قطعی تعیین نمایند و ماهیت ذاتی تعهد بیمه‌گر خود مقتضی این نوع از ابهام است؛ (پیرهادی، ۱۳۸۸، ص ۳) زیرا از یک سو میزان تعهد بیمه‌گر و حتی حصول آن منوط به وقوع تصادف و

۱. در حقوق ایران آقای دکتر لنگرودی برای اولین بار اقدام به تقسیم‌بندی غرر به ذاتی و عرضی در حقوق ایران نموده که به عقیده ما با قدری تسامح همراه است چراکه غرر ذاتی با مختصات که استاد از آن معرفی می‌نمایند در فقه اسلامی ذیل عنوان غرر قرار نمی‌گیرد تا اینکه متصف به قید ذاتی بتواند گردد و اصلح آن بود که به جای غرر، ابهامات معاملی به ذاتی و عرضی تقسیم شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص ۳۹۸ به بعد/ همو، ۱۳۸۷، ص ۲۱۴ به بعد). این تقسیم‌بندی از آن جهت توسط ایشان ارائه گردید که اعتبار عقود احتمالی نظیر مضاربه، بیمه و... (که ایشان از آنها تعبیر به عقود مخاطره می‌نمایند) و عدم تعارض آن با قاعده نفی غرر را اثبات نمایند.

۲. تراز، عقدی رایج بین دامداران و عشایر بوده که بر اساس آن یک طرف تعداد معین و معلوم دام می‌دهد و طرف مقابل تعهد به تعلیف و حفظ و نگهداری آنها می‌کند و منافع و نتاج دام‌ها بنا به عرف محل، بین ایشان تقسیم می‌گردد (محمودزاده، ۱۳۹۲، ص ۵۲).



حادثه در آینده است و ازسوی دیگر اصل وقوع یا عدم وقوع حادثه و میزان خسارت، در صورت وقوع حادثه خود امری محتمل و اتفاقی است که تعیین آنها در زمان انعقاد عقد غیر ممکن است. مع الوصف علاوه بر قابلیت تعیین تعهد بیمه گر و امکان رفع ابهام، پیشرفت در علم آمار و احتمال امروزه به خوبی نشان می دهد که نه تنها انعقاد قراردادهای بیمه، برای شرکت های بیمه خطرناک نبوده بلکه غالباً توأم با سودهای قابل قبول می باشد. لذا با استفاده از ابزار علم و تکتولوژی باید ادعان نمود قراردادهای بیمه حوادث امروزه به لحاظ اقتصادی خطرناک و غرری نبوده و یا به تعبیر حقوقدانان مصری غرر آن از نوع غیر مؤثر است.

در مقابل گاهی ابهام از اجزای ماهیت و طبیعت عقد نیست و تحت تأثیر عواملی بر آن عارض می گردد، این نوع ابهام عرضی است؛ برای مثال در قرارداد بیع به طور عمدۀ متعاقدین نه تنها از خطر و ریسک ناشی از ابهام در عقد، استقبال نمی کردند بلکه سعی وافر داشته اند که از آن حذر کنند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص ۴۰۲) لذا در این قرارداد مورد معامله (مبیع و ثمن) در زمان انعقاد عقد می بایست معلوم و معین باشد و تعریف ضابطه برای تعیین مورد معامله در آینده اصولاً به جهت اعتبار بخشیدن به چنین عقدی مورد قبول نیست. مگر عرف خاصی به جهت وجود نیاز ضروری، پذیرش چنین ضابطه ای را که البته ریسک ناشی از ابهام در مورد معامله را می تواند مدیریت کند را توجیه نماید. نظیر آنکه امروزه عرف اقتصادی جامعه در بعضی از اقسام بیع مثل قراردادهای پیش فروش با توجه به نوسانات قیمت ها در بازار و تورم نه تنها عدم تعیین قطعی ثمن را حین عقد خطرناک تشخیص نداده بلکه اتفاقاً بالعکس تعیین آن بر مبنای معیاری مشخص در آینده (مثلاً) موعده تسلیم و تحویل مبیع) را به منظور دفع ضرر احتمالی ضروری دانسته است. بر این مبنا استقبال عرضه کنندگان کالا و خریداران از قراردادهای بیع با ثمن شناور که تعیین ثمن در آن با ساز و کار اخیر الذکر پیش بینی شده است گواه بر این معناست که عرف امروزی جامعه اساساً چنین معامله ای به رغم ابهام در تعیین ثمن با تکیه بر نیازهای موجود و اقتضائات نوسانی بازار اصولاً خطرناک تشخیص نداده است.

بنابراین در میان انواع ابهامات معاملی، ابهام ذاتی و همچنین ابهام عارضی که عرف عقلاً حسب نیازها و ضرورت های اجتماعی روز و با عنایت به امکان دفع یا مدیریت ریسک ناشی از آن مورد اغماض قرار داده و خطرناک نمی شمارند (مثل قرارداد بیع با ثمن شناور که توضیح آن نیز از نظر گذشت) نباید مؤثر در ایجاد غرر تلقی نمود یا اینکه با قدری تسامح به سان حقوقدانان مصری

این گونه معاملات را واجد غرر غیر مؤثر دانست و متقابلاً ابهامات عارضی که از منظر عرف غیر قابل اغماض، خطرناک و لازم الاحتراز جلوه نمایند را موجد غرر و مؤثر در بطلان عقد محسوب نمود و یا همچون حقوقدانان مصری چنین ابهامی را منتج به غرر مؤثر در معامله دانست.

## ۲-۳-۲. چرخش عرف در تعیین مصادیق کنونی غرر

همانطور که سنه‌وری حقوقدان مصری (سنه‌وری، ۱۹۹۷، ج ۳، ص ۵۱) اذعان دارد، عرف نیز حسب زمان و مکان دچار تحول می‌شود و حسب آن مصادیق غرر که دارای مبانی عرفی بوده در هر دوره ای تغییر می‌یابند. فی‌المثل در یک دوره زمانی ابهام در معامله تا حد تفاوت یک ریال می‌توانست معامله را دچار غرر نماید. لکن امروزه ابهام در بسیاری از معاملات تا حد صدها بلکه هزارها ریال نیز از نظر عرف کنونی معتنا به، خطرناک و در نتیجه منجر به حدوث غرر نمی‌تواند قرار گیرد.

از طرفی بررسی در متون فقهی شیعه گویای آن است که در گذشته فقهای امامیه لزوم علم تفصیلی و تعیین قطعی مورد معامله را برای احتراز از غرر و خطر مالی برای طرفین عقد، متأثر از عرف عصر خود همواره لازم دانسته و علم اجمالی را نیز رافع غرر محسوب نکرده و حتی بر این نظر ادعای اجماع شده است (انصاری، ۱۴۱۱، ج ۴، ص ۲۰۶ / مراغه‌ای، ۱۴۲۹، ج ۲، ص ۱۳۹۱ / نراقی، ۱۳۷۵، ص ۸۳) لکن تحولات عرفی در مقوله غرر موجب شده تا امروزه علم تفصیلی و تعیین قطعی مورد معامله در همه معاملات ابزار مناسبی برای دفع خطر مالی از طرفین معامله تلقی نشود و صرف قابلیت تعیین مورد معامله برای دفع غرر کفایت امر را نماید.

تحولی که در سطح روابط تجاری و نحوه رفع نیازها در جامعه و همچنین پیشرفت علم و تکنولوژی پدیده آمده است، مصادیق غرر نیز به تبعیت از عرف متحول شده است؛ امروزه تعداد و انواع قرارداد با عوض شناور، قرارداد مشارکت در احداث، قرارداد پیش‌فروش مصنوعات و دیگر قراردادهای مشابه که تعیین عوض در آن عمدتاً بر مبنای ساز و کار قابلیت تعیین استوار شده است، باتوجه به نیازهای اجتماعی و نظر به قابل اغماض بودن ریسک متصور در این معاملات ناشی از عدم تعیین قطعی عوض، آنچنان روبه افزایش و مورد اقبال قرار گرفته است که دیگر این دسته از قراردادها نه تنها خطرناک تلقی نشده بلکه به یکی از ضرورت‌های زندگی امروزی مبدل گردیده است؛ تا آنجا که جلوگیری از وقوع این نوع عقود جامعه را دچار عسر و حرج نیز می‌نماید. باتوجه به

اینکه غرر مفهومی عرفی دارد که بر حسب زمان و مکان و نیازهای اجتماعی مصادیق آن می‌تواند دچار تحول گردد، و از طرفی اقبال موصوف نشان می‌دهد امروزه قراردادهای اخیر للذکر نه تنها خطرناک تلقی نشده بلکه مبدل به جزئی از ملزومات زندگی امروزی شده‌اند فلذا قابلیت اتصاف به غرر را نداشته و یا به تعبیر حوقدانان مصر، غرر متصور در این گونه قراردادها از نوع غیر مؤثر است (مراغه‌ای، ۱۴۱۷، ص ۳۲۰/ آخوند خراسانی، ۱۴۰۶، ج ۱، ص ۱۳۲/ گیلانی، ۱۴۱۴، ص ۲۹۶/ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۲، ص ۴۴۹/ اعتضاد، ۱۳۲۹، ص ۴۸/ اسلامی پناه، ۱۳۸۰، ص ۵۹۱/ داراب‌پور، ۱۳۷۶، ص ۲۵۳/ طاهرخانی، ۱۳۸۲، ص ۱۳۳ به بعد).

اما نکته بالاتر و بسیار مهم در این باب آنکه به اعتقاد ما در عصر کنونی و در جوامعی که دچار نوسانات شدید اقتصادی در بازه‌های زمانی کوتاه مدت و بلند مدت بوده، ای بسا تعیین قطعی مورد معامله (عوض) در حین انعقاد عقد جایگزین عوض به صورت موجد و در قالب پول در قراردادهایی چون پیش‌فروش‌ها، استصناع و... در نظر گرفته می‌شود، نه تنها کمکی برای دفع غرر از معامله نمی‌کند بلکه از قضا موجب بروز غرر و خطر مالی در معامله و نهایتاً تنازع و تشاجر در اجرای عقد می‌باشد و همانطور که اشاره شد برای برون رفت از غرر در این وضعیت، سازو کارهای مربوط به قابلیت تعیین مورد معامله ابزار مناسبی به نظر می‌رسد؛ چراکه در دورانی که جامعه تکلیف‌های شدید اقتصادی را تحمل می‌کند میزان تورم و کاهش ارزش پول در موعدهای که برای پرداخت عوض در قرار داد پیش‌بینی شده برای طرفین مجهول است و بدین ترتیب در موقع انعقاد عقد ارزش اعتباری - اقتصادی واقعی پولی که به صورت مقطوع و موجد به‌عنوان عوض حین عقد تعیین شده روشن نمی‌باشد. این در حالی است که در شرایط عادی دست کم حدود میزان تورم در مدت زمان پیش‌رو معلوم بوده و لذا طرفین عقد متوجه حدود میزان ارزش واقعی مبلغی که در آینده به‌عنوان عوض پرداخت می‌شود هستند.

لازم به بیان است در صورتیکه طرفین در شرایط دوره نوسانات اقتصادی با وجود تعیین قطعی عوض به صورت موجد و در قالب پول در قراردادهای مدت دار شیوه‌هایی را در قرارداد برای تعدیل

۱. «ان الغرر و الخطر بعد ما عرفت معناه امره عرفی یختلف حسب موارد...».

۲. در این راستا و برای مطالعه بیشتر در مبانی کفایت قابلیت تعیین مورد معامله برای صحت عقد و سازو کارهای اعمال آن در معاملات ر.ک: صالحی علی‌آبادی، حامد، صادقی مقدم، محمد حسن، کفایت قابلیت تعیین مورد معامله در حقوق ایران، مصر و کامن‌لا، فصلنامه حقوق اسلامی، سال شانزدهم، شماره ۶۰، بهار ۱۳۹۸،

عوض متناسب با تغییرات قابل توجه تورمی و کاهش ارزش پول در کشور مورد توافق قرار دهند قرارداد از حالت خطرناک و غرری از منظر عرف خارج خللی به صحت عقد وارد نخواهد آمد.

البته مناسب است خصوصاً برای کاهش تبعات ناشی از بطلان معاملات جایبکه در فرض بحث، عوض به صورت مقطوع، موجل و در قالب پول تعیین می شود و در عین حال امکان تعدیل قرارداد نیز صریحاً در قرار داد ذکر نمی شود، مستفاد از یک شرط ضمنی که از اراده طرفین بر ادامه تعادل نسبی اقتصادی عوضین مطابق با شرائط انعقاد عقد، حکایت دارد (رفیعی، ۱۳۹۳، ص ۱۳۲)

عوض در معامله را متناسب با دگرگونی های اقتصادی و شاخص های اعلامی تورم از سوی بانک مرکزی قابل تعدیل تلقی نمود. مگر اینکه امکان هر گونه تعدیل در قرار داد صریحاً نفی شده باشد. مثل قرارداد اجاره دو ساله ای که در دوران تکانه های اقتصادی که میزان تورم در آن در آینده قابل پیش بینی نیست منعقد شده، در عین حال از سال دوم دگرگونی اقتصادی متوجه جامعه و بالتبع قرارداد می شود. همچنین مال الاجاره از قرار ماه یا سال به مبلغ مشخصی تعیین شده باشد قرارداد نسبت به سال دوم متناسب با دگرگونی اقتصادی و شاخص های تورم قابل تعدیل شناخته شود.

مطالعه تطبیقی در حقوق مصر و مذاقه در ماده ۱۳۴ قانون مدنی آن کشور، حکایت از آن دارد (سنهوری، [بی تا]، ص ۳۵۸) که در قرار دادهایی که عوض آن موجل و از جنس پول می باشد، کاهش ارزش پول مطلقاً تاثیری در تعهد طرف مربوطه نداشته و وی صرفاً مکلف به پرداخت مبلغ مصرح در قرار داد به عنوان عوض می باشد. از طرفی قانون مدنی کشورمان در خصوص این موضوع به طور خاص مقرر ای ندارد. لکن اصلح آنست که در اینجا با توجه به مبانی که از نظر گذشت قائل به تفصیل شد و در صورتیکه طرفین در زمان تکانه های اقتصادی که میزان تورم قابل پیش بینی نبوده اقدام به انعقاد قرار داد با عوض موجل، مقطوع و در قالب پول نموده باشند در صورت وجود شرط تعدیل قرار دادشان صحیح و قابل تعدیل تعدیل شناخته شده و در غیر این صورت باطل محسوب شود. در صورتی هم که حین انعقاد عقد شرایط عادی به لحاظ اقتصادی بر جامعه حکمفرما بوده و میزان تورم و کاهش ارزش پول و لوبه صورت حدودی قابل پیش بینی باشد و متعاقباً به صورت غیر منتظره دگرگونی های اقتصادی بر جامعه عارض شود قرارداد کما کان صحیح تلقی شده و چنانچه در نتیجه تکانه های اقتصادی اجرای قرار داد برای متعهد مربوط موجب عسر و حرج باشد، مطابق با مبانی فقهی موجود، قرارداد غیر قابل تعدیل و نهایتاً چنین فردی را دارای حق فسخ قرار داد بدانیم. (صفایی، ۱۳۸۴، ص ۱۷۷).

### ۳-۲-۳. ضابطه شناسایی ابهامات معاملی مؤثر در ایجاد غرر

شناسایی ابهامات معاملی مؤثر از غیر مؤثر در ایجاد غرر با استفاده از منابع فقه شیعه و حقوق ایران از یک سو و منابع فقه اهل سنت و حقوق مصر با لحاظ چهار ضابطه ذیل صورت می گیرد. البته به نظر ما ضابطه های دوم تا چهارم در واقع ریشه در ضابطه اول داشته و از خود استقلالی ندارند که توضیح این مهم ذیل تبیین ضوابط دوم تا چهارم از نظر خواهد گذشت:

نخست، ابهام در معامله می بایست کثیر بوده و قابل چشم پوشی نباشد تا منجر به ایجاد غرر گردد (حسینی عاملی، ۱۴۱۸، ج ۸، ص ۴۹۴/ محمدی، ۱۳۸۲، ص ۷۱/ مراغه ای، ۱۴۱۷، ص ۳۱۶/ زراقی، ۱۴۱۶، ص ۹۴/ الضریر، ۱۹۹۳، ص ۳۹ به بعد/ سنهوری، ۱۹۹۷، ج ۳، ص ۴۵) به دیگر سخن احتمال ضرر ناشی از جهل و تردید در معامله باید آنچنان قابل توجه و اصطلاحاً کثیر جلوه نموده که موجب اتصاف و غلبه آن ابهام بر معامله می گردد و عرف با ملاحظه آن ابهام، معامله را خطرناک و لازم الاحتراز تلقی می کند. یکی دیگر از نویسندگان (صمدانی، ۱۳۹۹، ص ۶۱) نیز در توضیح غرر کثیر یا به تعبیر ما ابهام کثیر، آن را ابهامی در معامله دانسته که معمولاً باعث تنش و درگیری میان طرفین عقد در مرحله اجرای آن می شود. برای شناسایی این شاخص در معامله معمولاً مثال فروش پرنده ای در هوا زده می شود که عادتاً بازگشت و بالتبع قابلیت تسلیم و تسلیم آن مشخص نباشد، زده می شود.

متقابلاً احتمال ضرر ناشی از جهل در معامله گاهی آنچنان ناچیز و اصطلاحاً سیر است که اساساً مورد توجه و اعتنای طرفین و عرف جامعه قرار نمی گیرد و از این حیث معامله متصف به آن محسوب نمی گردد. چنین ابهامی از نوع غیر مؤثر در غرر و بطلان عقد محسوب می گردد. مثلاً در عقد اجاره ای که به مدت یک ماه قمری و به مال الاجاره مشخص منعقد می شود ولی معلوم نباشد ماه ۲۹ روزه یا سی روزه است این میزان از ابهام را هیچکس مؤثر در ایجاد غرر تلقی نمی کند.

فقها در لزوم ملاک عمل قرار دادن این ضابطه برای شناسایی ابهام مؤثر در ایجاد غرر اتفاق نظر دارند. لکن در مقام احراز این ضابطه گاه با اختلاف نظر مواجه می شوند. بدین ترتیب که ممکن است فقهی ابهامی در معامله ای خاص را کثیر و در نتیجه مؤثر در ایجاد غرر تلقی کند و فقیه دیگر آن را سیر و غیر مؤثر در حدوث غرر محسوب بدارد. مثلاً در خصوص شرکت ابدان موضوع چنین بوده و گروهی از فقها با توجه به اینکه نوع عمل هر یک از شرکا و ارزش اقتصادی ناظر بر آن دقیقاً مشخص نمی باشد، چنین ابهامی را قابل توجه تلقی کرده آن را غرری و باطل محسوب داشته و گروهی دیگر با این نظر مخالف کرده و ابهام موجود در این عقد را خصوصاً با توجه به اینکه نوع

فعالیت هر شریک مشخص و نحوه تقسیم سود ناشی از شراکت نیز از قبل تعیین شده ابهام مد نظر قائلین به غرری بودن شرکت ابدان را ناچیز و قابل تسامح از منظر عرف دانسته و در نتیجه با غرری بودن و بطلان آن مخالفت ورزیده و قائل به صحت آن شده اند.<sup>۱</sup>

در عین حال قلت و کثرت در ابهامات منتج به غرر، امری نسبی و تابع زمان و مکان بوده و می تواند حسب دو عنصر مذکور دچار تحول گردد. در هر صورت ضابطه در این امر، عرف محل خواهد بود (حسینی عاملی، ۱۴۱۸، ج ۸، ص ۴۹۴/سنهوری، ۱۹۹۷، ج ۳، ص ۵۱/الضریر، ۱۹۹۰، ص ۵۹۲).

دوم، ابهام در صورتیکه ناظر به اصل مورد معامله باشد مؤثر در ایجاد غرر قرار می گیرد و ابهام در توابع و لوازم آن منجر به غرر نمی گردد (انصاری، ۱۴۱۱، ج ۴، ص ۳۰۸/خویی، ۱۴۱۲، ص ۳۹۴/الضریر، ۱۹۹۰، ص ۵۹۲) چراکه آنچه مستقیماً مورد اراده طرفین قرار گرفته است، عوضین بوده و نه لوازم و توابع آن. لذا توجهات و حساسیت ها در معاملات ناظر بر اصل مورد معامله بوده و عرف از ابهامی که در توابع مورد معامله متصور باشد به جهت ناچیز بودن ارزش اقتصادی آن نسبت به اصل مورد معامله، مسامحتاً گذر کرده و آن را مؤثر در ایجاد غرر محسوب نمی دارد.<sup>۲</sup> به همین دلیل است که در کتب فقهی شیعه و سنی کراً با عبارت «یغتفر فی التوابع مالا یغتفر فی غیرها» به معنا چشم پوشی و اغماضی که نسبت به توابع روا داشته می شود در غیر توابع روا نیست، روبه رو می شویم (عراقی، ۱۴۱۴، ص ۱۳۳/سیوطی، ۱۴۱۵، ص ۱۳۳) مثلاً در فروش یک دستگاه خودرو عدم آگاهی از برند و مشخصات آچارچرخ خودرو که نقش تابع را نسبت به آن ایفا می کند خللی مؤثر در ایجاد غرر در معامله نخواهد بود. بر همین اساس ماده ۳۵۶ قانون مدنی نیز تلویحاً جهل به توابع مورد معامله را بلا اشکال تلقی نموده و آن را مانعی برای صحت معامله فرض نکرده است.

سوم-اصولاً ابهام در عقود معاوضی و مغابنی این قابلیت را داشته تا مؤثر در ایجاد غرر و بطلان معامله گردد و عمدتاً ابهامات معاملی در عقود مجانی و احسانی غیر مؤثر در ایجاد غرر محسوب می شوند. چراکه در عقود معاوضی و مغابنی تمام تلاش طرفین صرف آن می شود که هر چه بیشتر

<sup>۱</sup> - برای ملاحظه قیل و قال فقها در این خصوص و توضیح بیشتر ر.ک: جلیلی، مهدی، تحلیل فقهی شرکت ابدان از منظر فقه مذاهب اسلامی، فصلنامه حقوق اسلامی، سال پانزدهم، شماره ۵۹، زمستان ۱۳۹۷، صص ۴۸-۵۰

<sup>۲</sup> - بر اساس همین ملاک و با توجه به همین مبنای عرفی است که غرر در توابع مورد معامله و شروط ضمن عقد اصولاً راه ندارد مگر اینکه غرر به گونه ای در موارد مزبور وجود داشته که به مورد معامله نیز سرایت نماید. در این صورت معامله مبتلا به غرر مؤثر و باطل خواهد بود.

از طرف خود امتیاز بگیرند و در برابر هر چه کمتر امتیاز بدهند. و به همین جهت به تعبیر برخی از نویسندگان (الضریر، ۱۹۹۰، ص ۵۸۵) این عقود در معرض تعارض منافع، عداوت و درگیری و همچنین اکل مال به باطل هستند. از این رو شارع و قانونگذار نیز به تبعیت از عرف عقلا در فقه و حقوق قراردادهای نهادهایی را مثل خیار غبن، قاعده نفی غرر و... در نظر گرفته تا از برهم خوردن تعادل اقتصادی عوضین در این دسته از معاملات حتی المقدور جلوگیری نموده تا زمینه درگیری و نزاع برچیده شود ولی در عقودی که بنای طرفین از ورود به آن احسان و اهداف خیرخواهانه بوده و نه سوداگری، شارع و قانونگذار سعی بر سهل گیری و احترام به اراده طرفین را پیشه خود قرار داده و در رعایت ضوابط ناظر بر معاملات سخت گیری نمی کند (محقق داماد، ۱۳۸۹، ج ۲، ص ۴۳۷).

در خصوص رعایت ضابطه مستفاد از ضابطه نفی غرر به طور مشخص، با توجه به اینکه احتمال تضرر برای طرفین در عقودی که به تعبیر یکی از نویسندگان<sup>۱</sup> احسان خالص هستند اساساً وجود ندارد بنابراین در صورت وجود ابهام در معاملات موصوف امکان ایجاد خطر و غرر و بالتبع ایجاد خلل در صحت عقد وجود ندارد. پس به طور مثال می توان حمل سالهای آینده گوسفندان به رگم آنکه وجود آنها و همچنین اوصافشان محل ابهام و تردید می باشد هبه، وصیت یا وقف نمود. (محمدی، ۱۳۸۲، ص ۷۵).

متقابلاً حکمت شارع و قانونگذار ایجاب می کند که از ابهامات معاملی در عقود اصطلاحاً مغابنی و معاوضی که هدف از آن سوداگری و توسعه اموال است مثل بیع و اجاره احتراز دهد چرا که ابهام در موضوع معامله می تواند زمینه ی عدم موازنه اقتصادی عوضین را به وجود آورده و از این رو مالی را که به عنوان مایه ازاء آن پرداخت می شود را در معرض تضییع قرار دهد (سنهوری، ۱۹۹۷، ج ۳، ص ۵۱).

البته باید دانست که سهل گیری شارع و قانونگذار در خصوص اجرای قاعده نفی نسبت به عقود مسامحی محدوده خاصی دارد و این گونه نیست که چیزی که از هر لحاظ مجهول باشد بتواند موضوع عقد مسامحه قرار گیرد. (محقق داماد، ۱۳۸۹، ج ۱، ص ۱۸۸) چرا که جهل مطلق معامله

۱ - معروف الحسنی، هاشم، نظریه العقد فی فقه الجعفری، دارالتعارف للمطبوعات، بیروت، ۱۴۱۶ ه ق، ص ۳۴۵: نویسنده کتاب از مالک چنین نقل می کند: «و فصل مالک بین ما کان معاوضه خالصه، و بین ما هو احسان خالص کالهبه و الصدقه و الایراء فالنوع الاول لا بد فیه من العلم بالعوضین، والثانی لا یشرط قیه ذالک لانه احسان لا ضرر من الجهاله فیه...»

را در مرحله اجرا با مشکل روبه رو می سازد. به همین دلیل گفته شده است که صلح یا هبه با موضوع مجهول مطلق باطل است (همو، ۱۳۹۹، ص ۲۴۸/ وحدتی شبیری، ۱۳۷۹، صص ۱۹۶ و ۱۹۸).<sup>۱</sup>

چهارم- نیازها و ضرورت های اجتماعی ممکن است که بعضی از ابهامات را که حتی شاید در گذشته قابل توجه نموده را از منظر عرف و شرع به مقوله ای قابل تسامح و اغماض تبدیل نموده و بدین ترتیب معامله از حالت خطری و غرری خارج شود. این ضابطه چنین تبیین می شود که از مبادی شریعت که بر آن اجماع وجود دارد رفع حکم حرجی مستنداً به آیه شریفه «و ما جعل علیکم فی الدین من حرج»<sup>۲</sup> است. در این راستا جاییکه در بعضی از ابعاد عقدی ابهام وجود داشته و در عین حال منع از آن موجب به حرج افتادن اشخاص در جامعه شده و در عین حال ضرورت های اجتماعی به گونه ای ترتیب یافته که ابهام متصور در عقود مزبور از منظر عرف قابل گذشت تلقی شود شارع و قانونگذار نیز به اراده اشخاص احترام گذاشته و ابهام موجود در این دسته از عقود را غیر مؤثر در ایجاد غرر محسوب می دارد.

بطور مثال در عقد صلح در مقام معامله گفته شده است آن میزان از علمی که نسبت به مورد معامله در عقود معاوضی و مغابنی لازم است در آن عقد مورد نیاز نیست.<sup>۳</sup> در تبیین این قاعده آمده است که چنانچه در عقد صلح، دارای مبنای تسالم و تصالح گونه است، جهل نسبت به موضوع نادیده گرفته نشده باشد، عسر و حرج برای مکلفین و ضیق در احکام پدید خواهد آمد. چون در بسیاری از مواقع، دست یابی به علم تفصیلی برای طرفین، نسبت به موضوع معاملات ممکن نیست و چنانچه قرار باشد صحت صلح نیز مانند دیگر عقود معاوضی و مغابنی وابسته به علم تفصیلی باشد، اختلال در جریان داد و ستدها منجر به هم ریختگی بنای زندگی و معیشت اشخاص را به دنبال داشته و بالتبع عسر و حرج به وجود خواهد آمد و همانطور که در آیه شریفه ذکر شده است در دین حکم حرجی وضع و جعل نشده است.

۱- وحدتی شبیری، سید حسن، منبع پیشین، صص ۱۹۶ و ۱۹۸

۲- سوره حج، آیه ۷۸

۳- برای مطالعه بیشتر و ملاحظه آرای فقها در این خصوص ر.ک: بصیری، حمید رضا، معلوم بودن عوضین در عقد صلح در مقام معامله، فصلنامه علوم انسانی و اسلامی رهنمون، سال هشتم، زمستان و بهار ۸۹-۱۳۸۸، صص ۸۵ و ۱۰۰



## ۳-۲-۴. ارائه تعریفی از غرر مبتنی بر تحولات عرفی کنونی

با عنایت به تحولات عرفی کنونی در کیفیت دفع غرر به شرحی که از نظر گذشت امروزه غرر را می‌توان این‌گونه تعریف کرد:

«غرر عبارت است از خطر مالی منبعث از احتمال معتنا به عرفی حصول ضرر در معامله ناشی از ابهام در ارکان قرارداد که گاه ناشی از عدم تعیین مورد معامله و گاه ناشی از تعیین قطعی مورد معامله حین عقد می‌باشد»

## نتیجه و پیشنهاد

۱. با دقت نظر در متون فقهی و آراء فقها به‌خوبی فهمیده می‌شود که غرر به مفهوم خطر یک تأسیس شرعی نبوده بلکه یک نهاد عرفی است که برای درک مفهوم و حدود آن می‌بایست به عرف مراجعه کرد. امروزه عرف هرگونه جهل را که توأم با قدری از احتمال ضرر باشد را خطرناک و بالتبع غرری محسوب نداشته بلکه جایی که ابهام در معامله توأم با احتمال ضرر معتنا به عرفی و غیر قابل اغماض باشد را می‌بایست مؤثر در ایجاد غرر محسوب نمود.

۲. در حقوق مصر غرر به دو نوع مؤثر و غیر مؤثر تقسیم و از جهالتی که در آن احتمال ضرر وجود داشته ولی عرف با عنایت به یسیر بودن و قابل اغماض بودن آن و یا به جهت نیازها و ضرورت‌های اجتماعی بدان اعتنا نمی‌کند تعبیر به غرر غیر مؤثر در بطلان عقد می‌نماید و متقابلاً از جهالتی که قابل توجه و غیر قابل رفع ولو در مرحله اجرای عقد باشد به غرر مؤثر در بطلان عقد، تعبیر شده است. این تقسیم‌بندی محل خدشه و دارای نقصان می‌باشد چراکه غرر در صورت حدوث در معامله در هر حال ذیل حکم مندرج در حدیث شریف نبوی قرار گرفته و مؤثر در بطلان عقد خواهد بود لکن می‌توانند در نهادینه نمودن و تقویت این ایده در اذهان مبنی بر آنکه ابهامات معاملی قلیل تفکیک به مؤثر و غیر مؤثر در ایجاد غرر در معامله و بالتبع بطلان هستند مورد بهره برداری قرار گیرد.

۳. امروزه مصادیق غرر با توجه به تحولات عرفی کنونی بعضاً تغییر پیدا کرده و براین اساس تعیین قطعی مورد معامله همواره ابزار مناسبی برای دفع غرر نبوده وای بسا در جوامع دارای اقتصاد تورمی، در دورانی که تکانه‌های شدید اقتصادی متوجه جوامع مزبور بوده و میزان تورم و کاهش ارزش پول حین انجام معاملات با پرداخت عوض موجب، حدوداً نیز قابل پیش بینی نباشد، تعیین

قطعی عوض معاملات در قالب پول و به صورت موجل، موجب غرری شدن معامله گردد و از همین جهت استفاده از ساز و کارهای قابلیت تعیین مورد معامله وسیله ای مناسب برای دفع غرر در معامله محسوب می شود. ضمن آنکه در صورت اصرار بر تعیین قطعی عوض در قرار داد در چنین شرایطی پیش بینی شیوه هایی در جهت تعدیل ثمن به صورت صریح یا ضمنی در قرار داد راهکار دیگری برای برون رفت از وضعیت غرر و بطلان در معاملات است.

۴. نظر به آنکه برداشت های عرفی از قواعد حقوقی و موضوعات آن بدون تصریح قانونگذار می تواند متشتت و بعضاً متعارض انجام شده و زمینه را برای سوءاستفاده فراهم سازد از این رو پیشنهاد می شود به منظور انعکاس تحولات عرفی کنونی از مصادیق مقوله غرر در متن قانون، علاوه بر اینکه ماده ۲۱۶ و بند سوم از ماده ۱۹۰ به شرح ذیل اصلاح، یک تبصره نیز به ماده ۲۱۶ افزوده گردد:

— اصلاحیه پیشنهادی بند سوم از ماده ۱۹۰ ق.م: مورد معامله باید معین یا در حکم معین یعنی قابل تعیین باشد.

— اصلاحیه پیشنهادی ماده ۲۱۶ ق.م: مورد معامله باید معلوم و معین باشد و در مواردی که عرف رایج مقتضی بداند علم اجمالی به مورد معامله همچون اعمال ساز و کارهای مربوط به قابلیت تعیین مورد معامله برای دفع غرر کفایت می کند.

— الحاق دو تبصره به ماده ۲۱۶:

تبصره ۱: تعیین عوض به صورت موجل و در قالب پول در قراردادها در دوره نوسانات فاحش اقتصادی که میزان تورم و کاهش ارزش پول نسبت به مدت پیش روی عقد مجهول و غیر قابل پیش بینی حین انعقاد آن باشد، موجب ایجاد غرر و بطلان معامله خواهد بود. مگر اینکه در چنین قرار دادهایی، طرفین روشی را برای تعدیل ثمن متناسب با تغییرات غیر قابل پیش بینی نرخ تورم و کاهش ارزش پول پیش بینی نمایند.

تبصره ۲: عوض در قراردادهایی که در آن در قالب پول و به صورت موجل و مقطوع تعیین می شود در دورانی که میزان نوسانات اقتصادی و میزان کاهش ارزش پول موقع انعقاد عقد قابل پیش بینی نیست، متناسب با شاخص های تورم بانک مرکزی اصولاً قابل تعدیل محسوب شده مگر اینکه در قرارداد صریحاً خلاف آن ذکر شده باشد.

## منابع

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم؛ حاشیه بر مکاسب؛ ج ۱، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ق.
۲. ابن بابویه (صدوق)، محمدبن علی؛ عیون أخبارالرضاؑ؛ ج ۲، چ ۳، قم: مکتبه الحیدریه، ۱۴۳۱ق.
۳. ابوجیب، سعدی؛ القاموس الفقہی؛ دمشق: انتشارات دارالفکر، ۱۴۰۲ق.
۴. اسلامی پناه، علی؛ معلوم بودن مورد معامله در حقوق ایران و فقه اسلامی و بررسی تطبیقی آن در حقوق فرانسه و کامن لا (رساله دکتری)؛ تهران: دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۰.
۵. اصفهانی، محمدحسین؛ الاجاره؛ ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به حوزه علمیه قم، ۱۴۰۹.
۶. اعتضاد، محمد؛ «در غرر و دلیل آن»، مجله کانون وکلا؛ ش ۱۱، فروردین ۱۳۲۹، ص ۴۸-۵۱.
۷. امامی، سیدحسن؛ حقوق مدنی؛ ج ۲، چ ۳، تهران: انتشارات اسلامی، ۱۳۷۱.
۸. انصاری، مرتضی؛ مکاسب؛ ج ۴، ۵ و ۶، چ ۷، قم: مجمع الفکر الإسلامی (کنگره)، ۱۴۲۷ق.
۹. ایزدی فرد، علی اکبر؛ «عرف و جایگاه آن در استنباط احکام شرعی»، فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی؛ ش ۱، زمستان ۱۳۸۸، ص ۴۵-۷۳.
۱۰. بروجردی عبده، محمد؛ کلیات حقوق اسلامی؛ چ ۳، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۰.
۱۱. بصیری، حمیدرضا؛ «معلوم بودن عوضین در عقد صلح در مقام معامله»، فصلنامه علوم انسانی و اسلامی رهنمون؛ ش ۲۹ و ۳۰، زمستان و بهار ۱۳۸۸-۱۳۸۹، ص ۸۱-۱۰۴.
۱۲. بعلبکی، روحی؛ المورد، قاموس عربی - انگریزی؛ بیروت: دارالعلم للملایین، ۱۹۹۸م.
۱۳. بهاروندی، احمد؛ «بیان و اثبات تفاوت ماهوی معاملات مبتنی بر غرر و قراردادهای پوشش ریسک از نظر فقه امامیه»، مجله راهبردی یاس؛ ش ۱۸، تابستان ۱۳۸۸، ص ۲۲۴-۲۴۳.
۱۴. پیرهادی، محمدرضا؛ «عقد احتمالی با تأکید بر بیع احتمالی»، فصلنامه دانشکده حقوق دانشگاه آزاد واحد تهران مرکزی؛ ش ۷-۵، خرداد ۱۳۸۹، ص ۱-۳۳.
۱۵. تمیمی مغربی، ابوحنیفه نعمان بن محمد؛ دعائم الإسلام؛ ج ۲، قاهره: دارالمعارف، ۱۳۸۳ق.

۱۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ اندیشه و ارتقا؛ تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۷.
۱۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ ترمینولوژی در حقوق؛ ج ۱۶، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۵.
۱۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ فلسفه اعلی در علم حقوق؛ تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۷.
۱۹. جناتی، محمدابراهیم؛ منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی؛ تهران: انتشارات کیهان، ۱۳۷۰.
۲۰. حسینی عاملی، سیدمحمدجواد؛ مفتاح الكرامة فی شرح قواعدالعلامة؛ بیروت: دارالتراث، ۱۴۱۸ق.
۲۱. حلّی، جعفر بن حسن؛ مختلف الشیعة فی الأحكام الشریعة؛ ج ۵، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۸۳ق.
۲۲. حلّی، محمد بن ادریس؛ السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی؛ ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ق.
۲۳. خمینی، سیدروح الله؛ کتاب البیع؛ ج ۳، تهران: مؤسسه نشر و تنظیم آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ق.
۲۴. خویی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهة؛ ج ۵، بیروت: دارالهادی، ۱۴۱۲ق.
۲۵. خویی، سید ابوالقاسم؛ مستند العروة الوثقی؛ قم: مؤسسة الإحياء آثار الإمام الخوئی، ۱۴۲۱ق.
۲۶. داراب پور، مهرب؛ «ثمن شناور»، مجله تحقیقات حقوقی؛ ش ۲۱ و ۲۲، زمستان ۱۳۷۷، ص ۲۲۱-۲۸۳.
۲۷. دهخدا، علی اکبر؛ فرهنگ فارسی دهخدا؛ ج ۳۱، تهران: انتشارات مؤسسه دهخدا، ۱۳۷۰.
۲۸. دیوان داوری دعاوی ایران علیه امریکا؛ فرهنگ اصطلاحات حقوقی انگلیسی به فارسی؛ تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۷.
۲۹. رشتی، میرزا حبیب الله؛ کتاب الإجارة؛ [بی جا]: [بی نا]، ۱۳۱۱ق.
۳۰. رفیعی، محمد تقی؛ حقوق مدنی تطبیقی (مقالات اهدایی به دکتر صفایی)؛ ج ۶، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۳.
۳۱. رفیعی، محمد تقی؛ مطالعه تطبیقی غرر در معامله؛ قم: مرکز مطالعات و تحقیقات اسلامی، ۱۳۷۸.
۳۲. زبیدی، سید محمد مرتضی؛ تاج العروس من جواهر القاموس؛ بیروت: دارالفکر للطباعة والنشر

- والتوزيع، ۱۴۱۴ق.
۳۳. سنهوری، عبدالرزاق احمد؛ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد؛ ج ۳ و ۴، ج ۳، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ۲۰۰۰م.
۳۴. سنهوری، عبدالرزاق احمد؛ مصادرالحق في فقه الإسلام؛ ج ۳، بيروت: دار إحياء التراث العربي، ۱۹۹۷م.
۳۵. سيوطي، عبدالرحمن بن ابي بكر؛ الأشباه والنظائر في الفروع؛ بيروت: دارالفكر، ۱۴۱۵ق.
۳۶. شرتوني، سعيد؛ أقرب الموارد في فصح العربية والشوارد؛ قم: مؤسسة النصر، [بی تا].
۳۷. صفایی، سیدحسین؛ «نگاهی دیگر به ضابطه کفایت علم اجمالی در مورد معامله»، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۵۹، پاییز ۱۳۹۱، ص ۴۱-۶۱.
۳۸. صفایی، سیدحسین؛ قواعد عمومی قراردادها؛ ج ۳، تهران: میزان، ۱۳۸۴.
۳۹. صفی پوری شیرازی، عبدالرحیم بن عبدالکریم؛ منتهی الأرب فی لغة العرب؛ تصحیح و تعلیق محمدحسن فؤادیان و علیرضا حاجیان نژاد؛ تهران: مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۹۳.
۴۰. صمدانی، مولانا اعجاز احمد؛ بانکداری اسلامی و غرر؛ تهران: نشر احسان، ۱۳۹۹.
۴۱. ضریر، صلیق محمدامین؛ الغرر فی العقود و آثاره فی تطبیقات المعاصرة؛ جده: المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، ۱۹۹۳م.
۴۲. ضریر، صلیق محمدامین؛ الغرر و أثره فی العقود فی الفقه الإسلامي؛ بيروت: دارالجيل، ۱۹۹۰م.
۴۳. طاهرخانی، حسین؛ «قرارداد با عوض شناور از دیدگاه اصول فقه»، نشریه حقوقی دادگستری؛ ش ۴۳، تیر ۱۳۸۲، ص ۱۲۱-۱۴۶.
۴۴. طاهرخانی، حسین؛ قرارداد با عوض شناور؛ تهران: انتشارات دادگستر، ۱۳۹۱.
۴۵. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم؛ سؤال و جواب؛ قم: انتشارات خدادادی، ۱۳۹۱.
۴۶. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم؛ حاشیه بر مکاسب؛ قم: انتشارات مؤسسه دارالعلم، ۱۳۷۸.
۴۷. عاملی (حزّ عاملی)، محمدبن حسن؛ وسلئل الشیعة؛ ج ۱۲، قم: مؤسسه آل البيت، ۱۴۰۹ق.
۴۸. عاملی (شهید اول)، محمدبن مکی؛ القواعد والفوائد؛ قم: نشر جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۳۱۴ق.
۴۹. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی؛ الروضة البهية في شرح المعية دمشقية؛ ج ۴، قم: کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ق.

۵۰. عراقی، آقا ضیاء‌الدین و علی کزازی؛ شرح تبصرة المتعلمین؛ ج ۵، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۴ق.
۵۱. علیدوست، ابوالقاسم؛ فقه و حقوق قراردادها (ادله عام روایی)؛ ج ۵، تهران: انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۹۸.
۵۲. عمید، حسن؛ فرهنگ فارسی عمید؛ تهران: انتشارات امیرکبیر، ۱۳۵۸.
۵۳. فیض، علیرضا؛ مبادی فقه و اصول؛ ج ۱۸، تهران: مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۵.
۵۴. کاتوزیان، ناصر؛ دوره عقود معین؛ ج ۱، ۹، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴.
۵۵. کاتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها؛ ج ۲، ۶، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۴.
۵۶. گیلانی (میرزای قمی)، ابوالقاسم؛ جامع الشتات؛ ج ۱، تهران: مؤسسه کیهان، ۱۴۱۴ق.
۵۷. محقق داماد، سیدمصطفی؛ حقوق قراردادها در فقه امامیه؛ ج ۱، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۸۹.
۵۸. محقق داماد، سیدمصطفی؛ قواعد فقه؛ ج ۵، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۹.
۵۹. محمدی، ابوالحسن؛ قواعد فقه؛ ج ۶، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۲.
۶۰. محمدی، ابوالحسن؛ مبانی استنباط حقوق اسلامی؛ ج ۳۳، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۸.
۶۱. محمودزاده، خسرو؛ عقد احتمالی در حقوق ایران و مصر (پایان‌نامه کارشناسی ارشد)؛ تهران: دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۹۲.
۶۲. مراغه‌ای، سیدمیر عبدالفتاح؛ عناوین الفقهیه؛ ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ق.
۶۳. مظفر، محمدرضا؛ اصول فقه؛ ج ۱، قم: نشر دانش اسلامی، ۱۴۰۵ق.
۶۴. معروف الحسینی، سیدهاشم؛ نظریة العقد فی فقه الجعفری؛ بیروت: منشورات مکتبه هاشم، [بی تا].
۶۵. معین، محمد؛ فرهنگ فارسی؛ ج ۲، ۴، تهران: انتشارات امیرکبیر، ۱۳۶۰.
۶۶. مقدس اردبیلی، احمدبن محمد؛ مجمع الفلذة والبرهان الی إرشاد الأذهان؛ ج ۸، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۴ق.
۶۷. نایینی، محمدحسین؛ منیة الطالب؛ ج ۲، قم: مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۱۸ق.
۶۸. نجفی (کاشف الغطاء)، محمدحسین؛ تحریرالمجلة؛ ج ۱، نجف: نشر المکتبه المرتضویه، ۱۴۲۲ق.
۶۹. نجفی، محمدحسن؛ جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام؛ ج ۲۲، ۷، بیروت: انتشارات دار

إحياء التراث العربي، ۱۴۰۴ق.

۷۰. نراقی، ملااحمد؛ عوائدالایام؛ قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه، ۱۴۱۷ق.

۷۱. نوری، محمدعلی؛ ترجمه قانون مدنی مصر؛ تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۲.

۷۲. وحدتی شبیری، سیدحسن؛ مجهول بودن مورد معامله؛ چ ۱، قم: مرکز مطالعات و تحقیقات اسلامی، ۱۳۷۹.

