

Study of *Gharar* (Aleatory Contract) and Feasibility of Its Effective Scale on Transactions in Islamic Jurisprudence

Mohamad, Jamali^{1*}, Mostafa zulfaghartalab²

1- Assistant professor, Department of Shafi'i Jurisprudence, Faculty of Theology and Islamic Studies, University of tehran, tehran, Iran.

2- Assistant professor, Department of Shafi'i Jurisprudence, Faculty of Theology and Islamic Studies, University of tehran, tehran, Iran.

Received Date: 2023/01/10

Accepted Date: 2023/05/03

بررسی غرر و امکان سنجی میزان مؤثر آن بر معاملات در فقه اسلامی

محمد جمالی^{۱*}، مصطفی ذوالفقارطلب^۲

۱- استادیار گروه فقه شافعی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

۲- استادیار گروه فقه شافعی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

دریافت مقاله: ۱۴۰۱/۱۰/۲۰

پذیرش مقاله: ۱۴۰۲/۰۲/۱۳

Abstract

Islam presents different solutions regarding earning money, meeting life's needs, and avoiding illegal earnings, of which is the financial actions in contracts and dealings. Shari'a sets regulations and rules to determine the validity or invalidity of these contracts. *Gharar* (aleatory contract) is one of the rules which is used to detect the validity of a contract. Although jurists consider it as an effective factor on the validity or invalidity of contacts, they believe that some contacts are valid due to *gharar* while some are not. This may show that the amount of *gharar* will be effective on the type of decree of contracts and possessions. The study of the jurists' opinions proves that they did not determine factors for the effective scale of *gharar* on contracts. Some believe that the custom might be a factor for determining the scale of *gharar* in validity or invalidity of contracts while others believe in its measure. The latter do not introduce a criterion to measure *Gharar*. It seems that the custom or the measure is not a good criterion, but they should specify and limit it. Regarding the Qur'an and Sunnah, including the first and last verses of *Sūrat al-Muzzammil* as well as the two Hadiths "one third and one third is a lot" and "the food of two is enough for three," it can be said that the relation between the less and much *gharar* affecting the validity and invalidity of a contract is one third, i.e. the *gharar* which is less than one-third is pardoned, and the contract will be valid, but more than this amount is introduced as prohibited and its contract as invalid. Determining this rule is compatible with the opinion of the general view of jurists regarding the introduction of one-third as the limit between less and much.

Keywords: induction, one-third, transactions, limit of less and much, scale of *gharar*.

چکیده

از جمله راهکارهای دین اسلام جهت امرار معاش و کسب مایحتاج زندگی و جلوگیری از اکل اموال مردم به باطل، تصرفات مالی در راستای عقود و معاملات است؛ که در شریعت، قواعد و ضوابط خاصی برای صحت و بطلان این عقود مشخص شده است. یکی از عوامل مؤثر بر صحت معاملات، وجود غرر می‌باشد، که هرچند فقها غرر را به‌عنوان یکی از عوامل تأثیرگذار در صحت یا بطلان عقود مالی معرفی می‌کنند ولی از دیدگاه آنان، برخی از تصرفات و عقود با وجود غرر صحیح و برخی دیگر باطل محسوب می‌شود. این موضوع می‌تواند گویای آن باشد که میزان غرر می‌تواند در نوع حکم عقود و تصرفات مؤثر باشد. با استقرای در اقوال فقها چنین بر می‌آید که آنان ضابطه‌ای معین در تعیین میزان غرر مؤثر در عقود معرفی نکرده‌اند، برخی از فقها ملاک تعیین میزان غرر در صحت یا بطلان عقود و معاملات را عرف و برخی دیگر زیاد یا کم بودن مقدار آن می‌دانند؛ اما ضابطه‌ای برای تعیین این مقدار از سوی آنان معرفی نشده است. به‌نظر می‌رسد حواله کردن این موضوع به عرف، یا اطلاق میزان کم یا زیاد غرر ضابطه و راهکار مناسبی نیست بلکه باید برای این اطلاق حد و مرزی در شرع مشخص شده باشد. براساس استقرا در نصوص کتاب و سنت از جمله آیات اول و آخر سوره مزمل و همچنین دو حدیث «الثلث و الثلث کثیر» و «طعام الاثنین کافی الثلاثة» می‌توان گفت میزان و ضابطه بین غرر قلیل و کثیر مؤثر بر صحت و بطلان عقد، یک‌سوم است به‌طوری‌که شارع غرر کمتر از $\frac{1}{3}$ را مورد عفو قرار داده و با وجود آن حکم به صحت معامله داده است، ولی بیشتر از این مقدار را ممنوع و عقد مبتنی بر آن را باطل معرفی می‌کند. تعیین این ضابطه، همسو با دیدگاه جمهور فقها مبنی بر معرفی یک‌سوم به‌عنوان حد فاصل بین قلیل و کثیر است.

واژگان کلیدی: استقرا، ثلث، معاملات، مرز قلیل و کثیر، میزان غرر.

۱- بیان مسئله

یکی از مسائلی که روزانه در تمام جوامع بشری - اعم از شهر و روستا - مردم به آن مشغول هستند و در راستای آن امور معیشتی و مایحتاج خود را ساماندهی می‌کنند، تصرفات مالی و عقود است. خداوند متعال بیع را حلال کرده است چه آنکه انسان‌ها در چهارچوب آن بر مبنای تراضی و تجارت مایحتاج زندگی خویش را به‌دست می‌آورند و از سویی دیگر ربا را که اصل تراضی بین مردم را مخدوش ساخته و نوعی اکل اموال الناس بالباطل است حرام گردانیده است. خداوند می‌فرماید: «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا» (بقره/۲۷۵).

دین مبین اسلام به‌عنوان مجموعه قوانینی جهت اصلاح امور دین و دنیا و سعادت انسان در دنیا و آخرت، برای روابط و تصرفات مالی و عقود بین انسان‌ها حدود و چهارچوبی را معین کرده است تا مردم بتوانند با رعایت این حدود و ضوابط و در چهارچوب اصول شرعی، امرار معاش کرده و نیازمندی‌های خود را به‌دست آورند و تولیدات مازاد بر نیاز خود را در قالب عقود و معامله در اختیار دیگران بگذارند؛ این خود در تولید و تجارت خلاصه می‌شود که پیامبر اسلام(ص) در حدیثی بهترین کار و کسب را این دو معرفی کرده‌اند (احمد، ۱۴۲۱هـ، ۱۶۸۸/۶، شماره ۱۷۲۶۵).

از جمله اموری که تصرفات مالی و عقود فیما بین انسان‌ها را آسیب‌پذیر می‌سازد وجود غرر است به‌طوری‌که این موضوع از جمله عوامل اساسی و تأثیرگذار در صحت و بطلان عقود است.

با وجود اتفاق فقها بر این‌که غرر یکی از اسباب بطلان یا حداقل فساد برخی از عقود است (سرخسی، ۱۴۱۴هـ، ۹/۱۳؛ غرناطی، ۱۴۱۶هـ، ۲۲۴/۶؛ نووی، بی‌تا، ۲۵۷/۹؛ مرداوی، بی‌تا، ۴۱۴/۴؛ نجفی، ۱۴۰۴هـ، ۳۸۶/۲۲) و بخشی از مباحث معاملات در کتب و منابع فقهی به بیوع غرری و بطلان آن اختصاص داده شده است؛ اما به‌نظر می‌رسد کلی بودن مفهوم غرر، موضوع را دچار چالش دیگری کرده است به‌گونه‌ای که تکلیف بسیاری از عقود را با وجود این غرر در هاله‌ای از ابهام قرار داده است و این خود بدان جهت است که فقها ضابطه‌ای مشخص در تعیین مقدار غرر مؤثر بر صحت یا بطلان عقد

معرفی نکرده‌اند بلکه برخی قضاوت در این موضوع را به عرف محول کرده‌اند و گروهی دیگر به‌طور کلی غرر زیاد را یکی از اسباب عدم تنفیذ عقود می‌دانند و مقدار کم آن را محل اغماض و معفو عنه می‌دانند؛ اما در تعیین میزان زیاد ضابطه‌ای را بیان نکرده‌اند.

اهمیت این مطلب از آنجا بیشتر مشخص می‌شود که از یک سو در شرع بسیاری از عقود و تصرفات مالی با آنکه احساس می‌شود غرر در آن‌ها وجود دارد، تجویز شده است و برخی دیگر به علت وجود غرر باطل معرفی می‌شود که این خود می‌تواند گویای آن باشد که حکم به صحت و بطلان عقود، ناشی از تأثیر مقدار غرر در آنهاست. از سویی دیگر با پیشرفت تکنولوژی و پیدایش عقود و معامله‌هایی نوپیدا در عرصه بازارهای داخلی و بین‌المللی ضرورت دارد تا با علم و آگاهی و بررسی دقیق این موضوع پاسخی مناسب مبتنی بر رعایت ضوابط شرعی در مورد حکم این عقود داده شود.

در مورد پیشینه تحقیق باید گفت، پژوهش‌های متعددی به زبان عربی و فارسی در موضوع غرر صورت گرفته است و از مهم‌ترین آنها کتاب «الغرر و أثره فی العقود فی الفقه الاسلامی» نوشته صدیق محمد الامین الضریر (۱۴۱۰ هـ)، مقاله «الغرر فی الفقه الاسلامی و تطبیقاته فی المعاملات المالیة المعاصره» نوشته محمد اسد (۲۰۱۰ م)، مقاله «ماهیت و آثار غرر در معاملات در فقه امامیه و حنفی» به قلم جمشید عبدوی و رضا رنجبر (۱۴۰۱ ش) و مقاله «قاعده نفی غرر در معاملات» نوشته ابوالقاسم علیدوست (۱۳۸۹ ش) است، ولی در هیچ‌یک از این تحقیقات به امکان سنجی تعیین میزان غرر بر اساس یک ضابطه برگرفته از استقرای قرآن و روایات، که جستار پیش‌رو به دنبال آن است، اشاره نشده است و این تحقیقات به مسائلی از قبیل تعریف غرر، تبیین معاملات غرری و حواله مقدار غرر به عرف پرداخته‌اند.

در این مقاله سعی بر آن است تا با روش توصیفی — تحلیلی علاوه بر تبیین مفاهیم کلی موضوع از قبیل بیان مفهوم غرر، حکم آن، نصوص وارده در این زمینه و بیان دیدگاه فقها در مورد ملاک تعیین میزان غرر، همراه با نقد و بررسی آرا و ادله‌ی ایشان، با توجه به اصول کلی شرعی ضابطه‌ای در تعیین مقدار غرر معرفی شود تا مشخص گردد که چه میزان از غرر در شرع مورد عفو قرار گرفته است که با

وجود آن در برخی از عقود، حکم به صحت عقد داده شده است و چه میزان محل اغماض نیست و وجود آن موجب بطلان آن خواهد شد، به تعبیر دیگر میزان اعتبار غرر مؤثر بر عقود چقدر است؟

۱- تعریف غرر

غرر، واژه‌ای عربی و متشکل از سه حرف (غ، ر، ر) است. برای فهم معنای آن، ضرورت دارد به معنای لغوی و اصطلاحی این واژه در ادبیات عرب مراجعه شود.

۱-۲- غرر در لغت

واژه «غرر» اسم مصدر از «تغیر» و بر معانی «خطر»، «فریب» و «نقصان» دلالت دارد (ابن فارس، ۱۳۹۹ هـ، ۳۸۱/۴؛ فراهیدی، بی تا، ۳۴۵/۴؛ ابن منظور، بی تا، ۱۰/۵؛ جوهری، ۱۴۰۷ هـ، ۷۶۸/۲). در عربی گفته می‌شود «غرر بماله» یعنی او را وادار به خطر و ریسک کرد (فراهیدی، بی تا، ۳۴۶/۴)، یا در عربی هرگاه شیر شتر کم شود گفته می‌شود «غارت الناقة» یا در عربی گفته می‌شود «الشَّيْطَانُ يَغُرُّ النَّاسَ بِالْوَعْدِ الْكَاذِبِ» یعنی شیطان با وعده‌های دروغین انسان را فریب می‌دهد (ابن منظور، بی تا، ۱۲/۵)، یا گفته می‌شود «لا غرار فی الصلاة و لا التسلیم» یعنی نقصان در نماز و سلام جایز نیست (ابن فارس، بی تا، ۳۸۲/۴).

از مجموع معانی اصلی غرر چنان برداشت می‌شود که هر چیزی که کامل نبوده و ظاهر آن صحیح؛ اما در حقیقت دارای نقصی باشد که این نقص ضرر و خطر و ریسکی را در پی داشته باشد، به آن غرر گفته می‌شود.

۲-۲- غرر در اصطلاح

در منابع مختص به مفهوم شناسی، غرر با عبارات متعدد و متفاوتی تعریف شده است. در برخی از این کتب از غرر به «ما یوهم أنه لیس بموجود» تعبیر شده است (تهانوی، ۱۹۹۶ م، ۱۲۴۹/۲) و در برخی دیگر به «ما یكون مجهول العاقبة لا یدری أیكون أم لا» یاد شده است (جرجانی، ۱۴۰۳ هـ، ۱۶۱/۱). برخی دیگر نیز آن را به «ما لا یعلم حصوله» معنی کرده‌اند (ابن قییم، ۱۴۱۵ هـ، ۷۲۵/۵).

با توجه به تعاریف لغوی و اصطلاحی فوق‌الذکر می‌توان چنین گفت که غرر عبارت است از تصرفی که سرانجام آن مجهول بوده، به طوری که اقدام بر انجام آن نوعی ریسک و ابهام به همراه داشته باشد. هرچند از مجموع تعاریف لغوی و اصطلاحی می‌توان به تعریف غرر نزد فقهای پی‌برد ولی از آنجا که پژوهش حاضر ناظر بر غرر در عقود و معاملات در حوزه فقه اسلامی است، لازم است تعریف غرر و معاملات نزد مذاهب اسلامی به طور خاص مورد بررسی قرار گیرد:

فقه‌های حنفیه غرر را با تعابیر متفاوت، در دو مورد خلاصه کرده‌اند: ۱- شک و جهالتی که ناشی از وجود مبیع باشد (کاسانی، ۱۴۰۶، ۵/۱۶۳؛ ابن عابدین، ۱۴۱۲هـ/۵/۶۲) - ۲- شک و جهالتی که مبتنی بر اجزای مختلف بیع از قبیل وجود مبیع، عقد و صفت و مقدار آن باشد (سرخسی، ۱۴۱۴هـ/۱۲/۱۹۴؛ زیلعی، ۱۳۱۳هـ/۴/۴۶). با دقت نظر در این دو تعریف، مشاهده می‌شود که قلمرو و دایره غرر در تعریف دوم گسترده‌تر از تعریف اول است به طوری که هر نوع جهالتی در معامله اعم از جهل در مبیع یا صفت و مقدار عوض و معوض را در بر می‌گیرد.

از مجموع تعاریف فقهای مالکیه درباره غرر، چنین استنباط می‌شود که غرر نزد آنان مشتمل بر جهالت در مبیع و ثمن و صفات آنهاست که شک و تردید و عدم اطمینان و نوعی ریسک در معامله را به دنبال دارد (دسوقی، بی تا، ۳/۵۵؛ صاوی، بی تا، ۳/۹۱؛ ابن عبدالبر، ۱۴۲۱هـ/۲/۷۳۵).

شافعیه معتقدند غرر عبارت است از هر آنچه که متردد و مشکوک باشد به گونه‌ای که جهل مانع مشخص شدن وضعیت و سرانجام آن باشد (ماوردی، ۱۴۱۹هـ/۵/۱۵؛ انصاری، بی تا، ۲/۱۲).

با توجه به تعاریف وارده در منابع حنابله، عقود غرری به عقود اطلاق می‌شود که به علت جهالت در تحصیل یا مقدار یا عدم توانایی بر تحویل آن، سرانجام و تکلیفش مشخص نباشد (ابن مفلح، ۱۴۲۴هـ/۷/۱۵۴؛ ابن قدامه، ۱۳۸۸هـ/۶/۱۹۱).

با استقرا در متون فقهی فقهای امامیه — چه منابعی که غرر را به عنوان یک ضابطه و چه منابعی که آن را به عنوان یک مصداق تعریف کرده‌اند — می‌توان چنین نتیجه گرفت که غرر به طور کلی مشتمل بر جهل همراه با خطر است؛ و این غرر در بطلان بیع تأثیرگذار است (نجفی، ۱۴۰۴هـ/۲۲/۳۸۷؛ ۴۷۵؛

طوسی، ۱۳۸۷، ۲/۱۵۵؛ انصاری یور و همراهان، ۱۳۹۴ش، ص ۲۴ و ۲۵؛ علیزاده اصل، محمد و همکاران، ۱۳۹۴، ص ۱۰ و ۱۱).

۲-۳- نقد و بررسی و بیان تعریف راجح

با توجه به تعاریف پیشین، مشاهده می‌شود هرچند که تعاریف با عبارات مختلفی بیان شده‌اند ولی همه تعاریف به‌گونه‌ای قید «جهل» را در تعریف محل توجه قرار داده‌اند. هرچند در برخی از این تعاریف دایره جهل محدود به وجود مبیع است (تعریف اول حنفیه) و برخی نیز جهالت را به‌طور مطلق در نظر گرفته‌اند بدون این‌که به زوایای مختلف آن اشاره‌ای داشته باشند، چنان‌که در تعریف شافعیه و حنابله مشهود است.

از طرف دیگر در بیشتر منابع، دو عنوان غرر و جهالت در کنار هم قرار گرفته است. سؤالی که به ذهن متبادر می‌شود، آن است که آیا این دو واژه، دو قید متفاوتند یا مترادف؟ اگر دو قید مذکور مترادف باشند باید گفت تعاریف وارده از برخی از فقها، خالی از ایراد نیست؛ چراکه جهل یکی از مصادیق غرر است نه آنکه مفهوم غرر منحصر در جهالت باشد. با توجه به دیدگاه‌های فقها مبتنی بر تفاوت جهل و غرر و بررسی نمونه‌هایی از بیوع غرری شاید بتوان به تفاوت بین غرر و جهل پی برد و برای سوال فوق پاسخ مناسبی را ارائه نمود.

در مورد تفاوت غرر و جهل، باید گفت که غرر اعم از جهل است چه آنکه هر مجهولی غرر است ولی هر غرری ناشی از جهل نیست. به تعبیر دیگر گاهی اوقات غرر توأم با جهل است و گاهی اوقات خیر. قرافی مالکی در بیان تفاوت قاعده غرر و قاعده مجهول، این موضوع را به خوبی تبیین کرده است و می‌گوید: «الْغَرَرُ اصْطِلَاحًا مَا لَا يَدْرِي هَلْ يَحْصُلُ أَمْ لَا جُهْلٌ صِفَتُهُ أَمْ لَا كَالطَّيْرِ فِي الْهَوَاءِ وَالسَّمَكِ فِي الْمَاءِ وَالْمَجْهُولُ اصْطِلَاحًا مَا عَلِمَ حُصُولَهُ وَجُهْلٌ صِفَتُهُ كَبَيْعِ الشَّخْصِ مَا فِي كُمِّهِ فَهُوَ يَحْصُلُ قَطْعًا لَكِنَّهُ لَا يَدْرِي أَيُّ شَيْءٍ هُوَ» (قرافی، بی تا، ۳/۲۷۰؛ طالب احمدی، ۱۳۸۰ش، ص ۴۶). از بیان قرافی

این‌گونه استنباط می‌شود که غرر چیزی است که تحصیل آن نامعلوم است چه اوصاف آن مشخص باشد یا خیر، ولی مجهول چیزی است که دستیابی بدان مشخص است ولی صفات آن مجهول است.

بهترین راه برای دستیابی به تفاوت بین غرر و جهالت، بررسی نمونه‌هایی از بیوع غرری می‌باشد. به‌عنوان مثال در فروش عبد فراری یا پرنده‌ی در حال پرواز که در کتب فقه از جمله بیوع غرری است (سرخسی، ۱۳/۱۰؛ حطاب، ۴/۲۲؛ نووی، ۳/۳۵۸؛ ابن‌قدامه، ۴/۲۴ و ۱۶؛ عاملی، ۱۰/۱، ۲۸۱/۱) جهالتی بر مبیع و صفات آن نیست و مشتری عالم به مبیع و صفات آن و آگاه به عدم توانایی خریدار بر تسلیم مبیع است؛ اما در فروش یکی از گوسفندان گله یا پرنده‌ای که در قفس موجود است ولی مشتری آن‌را ندیده و از صفت آن اطلاعی ندارد یا فروش چیزی که در مشت گره شده شخص است صحیح نیست؛ زیرا غرر مبتنی بر جهالت در این معامله وجود دارد (قرافی، بی تا، ۳/۲۷۰ و ۲۷۱؛ ضریر، ۱۰/۵۷، ص ۵۷).

بنابراین غرر و جهل دو قید متفاوت هستند و نمی‌توان غرر را در مفهوم جهل خلاصه کرد و به تعبیر دیگر غرر را به جهالت تفسیر کرد. با این توضیح، هرچند یکی از قیود مهم در تعریف غرر، قید جهالت است ولی به‌نظر می‌رسد محصور کردن تعریف به این قید، جامعیت تعریف را مخدوش سازد.

بنابر تعریف لغوی و اصطلاحی پیشین و با توجه به موضوع غرر در بحث عقود و معاملات شاید بتوان گفت تعریف راجح غرر عبارت است از: «عقدی یا معامله‌ای که به علت جهالت ناشی از یکی از ارکان عقد یا به علت عدم علم یا اطمینان به دستیابی به عوض یا معوض، سرانجام و عاقبت آن مشخص نباشد». در این تعریف علاوه بر بیان قید جهل ناشی از زوایای مختلف عقد، به ضرر و ریسکی که حاصل از عدم تحویل ثمن یا مبیع است، نیز توجه شده است.

۳- حکم غرر از دیدگاه فقها

فقهای مذاهب اسلامی هر چند در تعریف غرر و کیفیت آن اختلاف نظر دارند؛ اما با استناد به برخی از ادله، غرر را حرام دانسته و تصرفات مالی مبتنی بر آن را باطل یا فاسد می‌دانند. یکی از ادله‌ای که برخی از فقها و مفسرین از قرآن به آن استدلال کرده‌اند، آیه ۲۹ سوره نساء است که می‌فرماید: «يَا أَيُّهَا

الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ»؛ وجه استدلال به این آیه چنین است که در این آیه از تصرف در اموال دیگران جز براساس تجارت مبتنی بر تراضی نهی شده است، و هرگاه در تصرفات مالی غرر وجود داشته باشد این خود از مصادیق اکل اموال ناس به باطل است که خداوند از آن نهی کرده است؛ زیرا در آن تراضی مخدوش و معامله توأم با خدعه است، همچنین نهی خالی از قرینه صارفه نیز دال بر تحریم است (سعدی، ۱۴۲۰هـ، ۱۷۵۵؛ ابن العربی، ۱۴۲۴هـ، ۱/۱۳۸؛ ابن حزم، بی تا، ۲۲۳/۷؛ طنطاوی، ۱۹۹۷م، ۱۲۶/۳). هر چند این آیه به صراحت اشاره‌ای به غرر ندارد، ولی از آنجا که غرر موضع تراضی را به هم زده و مبتنی بر نوعی جهالت و خدعه است به صورت ضمنی محل استدلال در تحریم غرر قرار گرفته است. صریح‌ترین دلیل بر حرمت غرر، نصوص روایی است که در آن از غرر به طور مستقیم نهی شده است (مسلم، بی تا، ۱۵۱۳؛ احمد، ۱۴۲۱هـ، ۶۳۰۷؛ عاملی، ۱۴۱۲هـ، ۸۱/۱۰۰؛ مجلسی، ۱۴۱۰هـ، ۱۷/۴۴۸؛ طوسی، ۱۳۸۷هـ، ۳/۵۵).

۴- تأثیر غرر بر معاملات

فقها اتفاق نظر دارند که یکی از عوامل مؤثر در بطلان و یا فساد معاملات، وجود غرر است (سرخسی، ۱۴۱۴هـ، ۹/۱۳؛ غرناطی، ۱۴۱۶هـ، ۲۲۴/۶؛ نووی، بی تا، ۲۵۷/۹؛ مرداوی، بی تا، ۴/۴۱۴؛ نجفی، ۱۴۰۴هـ، ۳۸۶/۲۲). پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

پیش از پرداختن به تأثیر غرر بر معاملات، لازم است در مورد فساد و بطلان عقود مالی توضیحی داده شود؛ زیرا این دو اصطلاح نزد جمهور فقها و حنفیه متفاوت است.

اصطلاح فاسد و باطل نزد جمهور اصولیون مترادف و به یک معناست و تفاوتی بین آنها وجود ندارد، بر همین اساس در منابع این دسته از فقها هر دو مصطلح به کار رفته است و مقصود از آن عدم صحت معامله است به طوری که هیچ اثری از آثار بیع صحیح از قبیل انتقال مالکیت، انتفاع از مبیع و ثمن و ... را در پی نخواهد داشت؛ اما نزد حنفیه این دو مصطلح با هم متفاوتند؛ باطل نزد حنفیه همان باطل

نزد جمهور است و در این زمینه متفق القولند، ولی فاسد مرتبه‌ای بین صحیح و باطل است به طوری که معاملات فاسد دربردارنده برخی از آثار بیع است (آمدی، بی تا، ۱۳۳/۱؛ سرخسی، بی تا، ۸۹/۱؛ رازی، ۱۱۲/۱، ۱۴۱۸؛ ابن قدامه، ۱۴۲۳، ۱۸۳/۱؛ غزالی، ۱۴۱۳، ۷۶/۱؛ نمله، ۵۱۴۲۰، ۴۱۴/۱). برخی از اصولیان در تفاوت بین فاسد و باطل آورده‌اند که: «أما الفاسد فمرادف للباطل عندنا، وهو عند أبي حنيفة قسم ثالث مغاير للصحیح و الباطل، وهو ما كان مشروعاً بأصله ممنوعاً بوصفه، کبيع مال الربا بجنسه متفاضلاً ونحوه» (آمدی، بی تا، ۱۳۳/۱). از جمله آثار معامله فاسد عبارتند از: الف) با قبض، مالکیت انتقال پیدا می‌کند، ب) حق فسخ بر آن مترتب می‌شود (سرخسی، ۱۴۱۴، ۱۳۳/۱؛ شاشی، بی تا، ۱۶۸/۱؛ ابن عابدین، ۱۴۱۲، ۱۲۴/۴).

با استقرا در متون فقهی مذاهب خمسسه، می‌توان اقوال آنان را در مورد حکم بیوع غرری به دو دیدگاه تقسیم کرد:

الف) دیدگاه قائلان به بطلان بیوع غرری

جمهور مذاهب فقهی مالکیه، شافعیه، حنابله و امامیه، به طور کلی حکم به حرمت و بطلان بیوع غرری داده و آن را صحیح و نافذ نمی‌دانند هرچند طرفین نیز به آن رضایت داده باشند (سرخسی، ۱۴۱۴، ۹/۱۳؛ زیلعی، ۱۳۱۳، ۴۳/۴؛ غرناطی، ۱۴۱۶، ۲۲۴/۶؛ نووی، بی تا، ۲۵۷/۹؛ مرداوی، بی تا، ۴۱۴/۴؛ نجفی، ۱۴۰۴، ۳۸۶/۲۲).

جمهور، دلیل بطلان این بیوع را نهی وارد شده در نصوص دانسته‌اند، چه آنکه در این نصوص نهی به ذات این نوع معاملات تعلق گرفته و از دیدگاه آنان هرگاه نهی به ذات منهی^۱ عنه برگردد، سبب فساد آن می‌گردد ولی چنانچه نهی به ذات آن برنگردد بلکه وصف یا شرطی از شروط را شامل شود، دال بر فساد منهی^۲ عنه نیست (آمدی، بی تا، ۱۸۸/۲؛ زرکشی، ۱۴۱۴، ۳۸۱/۳). از سوی دیگر وقتی شرع چیزی را حرام کرده باشد مقصود از آن عدم تحقق اثر مترتب بر آن است در غیر این صورت نهی شارع مقصدی را در پی نخواهد داشت (ابن قییم، ۱۴۱۵، ۲۰۱/۵؛ ابن تیمیه، ۱۴۰۸، ۲۹۰/۳).

به عنوان مثال برخی از بیوع غرری که از آن نهی شده است عبارتند از: فروش میوه نارس، بیع حصاء، بیع مزابنه و بیع محاقله، بیع حبل حبله (فرزند جنین موجود در رحم) (غرناطی، ۱۴۲۰، ۲۲۵/۶؛ خطاب، ۱۴۱۲، ۳۶۳/۴؛ نووی، ۱۴۱۲، ۳۹۸/۳؛ شربینی، ۱۴۱۵، ۳۸۰/۲؛ ابن قدامه، ۱۳۸۸، ۲۸/۴؛ طوسی، ۱۳۸۷، ۱۵۸/۲). دلیل بطلان این نوع معاملات، نهی وارده شده در این زمینه می باشد (بخاری، ۱۴۲۲، ۷۳/۳ و ۷۰؛ مسلم، بی تا، ۱۱۶۸/۳ و ۱۱۵۳؛ کلینی، ۱۴۲۹، ۹۰/۱۰؛ عاملی، ۱۴۱۲، ۲۱۵/۱۸ و ۳۵۸/۱۷؛ مجلسی، ۱۴۱۰ هـ، ۸۰/۱۰۰ و ۲۳۹/۱۸).

جمهور فقها دلیل نهی در این نوع از معاملات را وجود نوعی غرر می دانند؛ زیرا سرانجام آن مشخص نیست و این نوع معامله توأم با جهالت است و جهالت بخشی از غرر را تشکیل می دهد (خطاب، ۱۴۱۲، ۲۸۰/۴؛ نووی، ۱۴۲۲، ۳۹۸/۳؛ ابن قدامه، ۱۳۸۸، ۲۴/۴؛ نجفی، ۱۴۰۴، ۹۳/۲۴؛ طوسی، ۱۳۸۷، ۱۱۷/۲).

ب) دیدگاه قائلان به فساد بیوع غرری

از دیدگاه حنفیه بیع به چهار دسته تقسیم می شود: ۱- صحیح یعنی بیعی که اصل آن مشروع و متصف به اوصاف منهی عنه نباشد. ۲- باطل یعنی بیعی که اصل آن مشروع نباشد و در نصوص شارع دلیل قطعی بر منع آن وارد شده باشد. ۳- فاسد یعنی بیعی که اصل آن مشروع ولی متصف به اوصاف غیر مشروع باشد. ۴- موقوف یعنی بیعی که به خاطر حق غیر نافذ نیست. ذیل از فقهای حنفیه این تقسیم بندی را بدین گونه بیان می کند: «الْبَيْعُ عَلَى أَرْبَعَةِ أَقْسَامٍ صَحِيحٌ وَهُوَ الْمَشْرُوعُ بِأَصْلِهِ وَوَصْفِهِ وَيُفِيدُ الْحُكْمَ بِنَفْسِهِ إِذَا خَلَا عَنِ الْمَوَانِعِ، وَبَاطِلٌ وَهُوَ غَيْرُ مَشْرُوعٍ أَصْلًا وَفَاسِدٌ وَهُوَ مَشْرُوعٌ بِأَصْلِهِ دُونَ وَصْفِهِ وَهُوَ يُفِيدُ الْحُكْمَ إِذَا تَصَلَّ بِهِ الْقَبْضُ وَمَوْقُوفٌ وَهُوَ يُفِيدُ الْحُكْمَ عَلَى سَبِيلِ التَّوَقُّفِ وَأَمْتَنَعُ تَمَامَهُ لِأَجْلِ غَيْرِهِ وَهُوَ بَيْعُ مَلِكِ الْغَيْرِ» (ذیلعی، ۱۳۱۳، ۴۳/۴). تقسیم بندی مذکور در برخی از منابع دیگر حنفیه نیز

مشهود است (ابن عابدین، ۱۴۱۲، ۵۰۱۹۷/۵)

با توجه به این تقسیم‌بندی و استقرای در منابع حنفیه، برخی از بیوعی که از دیدگاه جمهور غری هستند و حکم به بطلان آنها داده شده است، احناف قائل به فساد آنها هستند. برخی از بیوع فاسد نزد حنفیه عبارتند از: بیع ملامسه، بیع منابذه، فروش شیر در پستان حیوان قبل از دوشیدن، بیع پشم حیوان پیش از چیدن آن (کاسانی، ۱۴۰۶، ۵/۱۷۶؛ سرخسی، ۱۴۱۴، ۱۲/۱۹۶).

احناف معتقدند که بیوع فاسد در برخی موارد با شروطی منعقد می‌شود با این توضیح که اگر فساد در آن ضعیف باشد به‌گونه‌ای که به اصل بیع برنگردد، با بازنگری و اصلاح آن قابلیت تصحیح دارد ولی چنانچه فساد به اصل معامله برگردد آن را قابل اصلاح ندانسته و حکم به بطلان آن داده‌اند (کاسانی، ۱۴۰۶، ۵/۱۵۶؛ زیلعی، ۱۳۱۳، ۴/۴۳ و بعد آن؛ ملاخسرو، بی تا، ۲/۱۶۹؛ داماد افندی، بی تا، ۲/۶۶).

براساس آنچه گذشت، بیوع باطل با بیوع فاسد نزد حنفیه متفاوت است. حنفیه هرچند بیشتر بیوع غری را باطل می‌دانند ولی در مورد برخی از مصادیق آن حکم به فساد داده‌اند. به نظر می‌رسد دلیل حکم فساد در برخی از معاملات غری آن باشد که چه بسا بنا بر اصول ایشان، این بیوع در ذیل بیوع غری نمی‌گنجد یا اینکه از دیدگاه آنان در این دسته از بیوع، غرر موجود مانند غرر در بیوع باطله نیست.

۵- میزان غرر مؤثر در بطلان معاملات

با وجود اتفاق فقها مبنی بر تأثیر غرر در بطلان معاملات، سؤالی که مطرح می‌شود آن است که چه میزان از غرر بر صحت و فساد عقود مالی و معاوضه‌ای مؤثر است؟ آیا مطلق غرر محل توجه است یا اینکه میزان معینی تعیین شده است؟ در پاسخ به این سؤال، لازم است ابتدا دیدگاه فقها مورد بحث و بررسی قرار گیرد.

۵-۱- دیدگاه فقها در مورد میزان غرر

با بررسی و استقرای در متون فقهی می‌توان گفت که فقها درباره میزان تعیین غرر در معاملات

دارای دو دیدگاه مختلف هستند که در ادامه به تفصیل خواهد آمد:

الف) استناد به عرف

گروهی از فقها درباره تعیین میزان غرر مؤثر و غیرمؤثر در معاملات به عرف استناد نموده‌اند به این صورت که، چه بسا در جامعه‌ای مقداری از غرر مورد عفو و تسامح قرار گرفته باشد ولی در جامعه دیگر همان مقدار موجب بطلان معامله باشد. براساس این دیدگاه همان‌گونه که عرف متفاوت است، مقدار غرر نیز می‌تواند متفاوت باشد. برخی دیگر از فقها نیز جهالت را در تشخیص معامله غرری دخیل دانسته‌اند که این مطلب نیز به‌گونه‌ای بیانگر حکمیت عرف در میزان غرر است. گروهی نیز با اصل قرار دادن «خطر» در غرر، ملاک تشخیص این خطر را عرف قرار داده‌اند. با تتبع در منابع فقهای امامیه، مشخص می‌شود که بسیاری از فقهای امامیه به این دیدگاه معتقدند (طوسی، ۱۳۸۷، ۶۹/۱۱؛ طباطبائی، ۱۴۱۴، ۵۰۱/۲؛ نراقی، ۱۴۲۲، ص ۳۰۴) کما اینکه برخی از فقهای مذاهب فقهی اهل سنت نیز در این زمینه با فقهای امامیه هم‌عقیده‌اند (وزارت اوقاف کویت، ۲۰۱۴، ۲۲۴/۱۴۰۴؛ زحیلی، بی‌تا، ۳۴۴۱/۵)

به نظر می‌رسد استناد به عرف در تعیین میزان غرر نه تنها بندگان را از سردرگمی و پریشانی نجات نداده، بلکه بیشتر در وادی وسواس و شک قرار داده است. شاید توجه به عرف در تعیین غرر از باب عدم دسترسی به معیاری دیگر است که فقها دست به دامن آن شده‌اند، کما اینکه فقها بر اساس همین قاعده عرف، احکام فقهی بی‌شماری را استنباط و تخریج کرده‌اند. چه بسا اگر چیز دیگری ضابطه‌مندتر و قانون‌مدارتر وجود داشته باشد فقها عرفی را که خود بی‌ضابطه است و تعیین آن برای عموم مردم بسی دشوار است، ملاک قرار نمی‌دادند. پر واضح است که معیار عرف ضابطه‌مند نیست خاصه آنکه جوامع بشری با تغییراتی که روزانه در حال شاهد آن هستیم بسیاری از ملاک‌ها را بر نمی‌تابد و نمی‌توان مردم و اصناف را بر یک مسأله همسو و متفق کرد مگر اینکه با زور به صورت قانون بر مردم املا شود که این خود پیامدهای خاص خود را به دنبال دارد.

ب) استناد به قلت و کثرت

بیشتر فقها در مورد غرر مؤثر در صحت و بطلان معاملات، به کم یا زیاد بودن آن توجه کرده‌اند، و معتقدند که غرر زیاد موجب بطلان عقد است؛ اما از غرر کم چشم‌پوشی شده و با آن به تسامح برخورد شده است و بر این اساس حکم به صحت معامله داده می‌شود. ملاک تعیین کم و زیاد در این دیدگاه عرف است. هر چند به ظاهر، این دیدگاه به‌گونه‌ای ناظر بر دیدگاه اول است ولی در حقیقت با آن متفاوت است، از تفاوت‌های این دیدگاه با دیدگاه اول آن است که در دیدگاه اول به کم و زیاد اشاره نشده است ولی در این دیدگاه کم و زیاد مبتنی بر عرف، ملاک است. برخی از نصوص وارده فقها در این زمینه به شرح ذیل است:

— سرخسی از فقهای حنفیه قائل به آن است که اگر وجود غرر کم مانع صحت بیع نمی‌شود، این بدان معنا نیست که غرر زیاد نیز موجب بطلان بیع نباشد. او در این باره در کتاب المبسوط چنین می‌گوید: «وَجَوَّازُ الْعَقْدِ مَعَ الْقَلِيلِ مِنَ الْغَرَرِ لَا يَدُلُّ عَلَى الْجَوَّازِ عِنْدَ كَثْرَةِ الْغَرَرِ» (سرخسی، ۱۴۱۴، ۱۳/۴۱).

— قرافی مالکی نیز غرر در معاملات را به سه دسته تقسیم نموده و می‌گوید: «ثُمَّ الْغَرَرُ وَالْجِهَالَةُ ثَلَاثَةٌ أَقْسَامٌ كَثِيرٌ مُمْتَنِعٌ إِجْمَاعًا كَالطَّيْرِ فِي الْهَوَاءِ وَقَلِيلٌ جَائِزٌ إِجْمَاعًا كَأَسَاسِ الدَّارِ وَقَطْنِ الْجَبَّةِ وَمَتَوَسِّطٌ اُخْتَلَفَ فِيهِ هَلْ يُلْحَقُ بِالْأَوَّلِ أَوْ الثَّانِي فَلَارْتِفَاعِهِ عَنِ الْقَلِيلِ الْحَقُّ بِالْكَثِيرِ وَلَانْحِطَّاطِهِ عَنِ الْكَثِيرِ الْحَقُّ بِالْقَلِيلِ، وَهَذَا هُوَ سَبَبُ اخْتِلَافِ الْعُلَمَاءِ فِي فُرُوعِ الْغَرَرِ وَالْجِهَالَةِ» (قرافی، بی تا؛ ۲۶۵/۳). وی با تقسیم غرر به کم، زیاد و متوسط معتقد است که غرر زیاد در شرع به اجماع فقها ممنوع و موجب بطلان معامله، و غرر کم در شرع مورد عفو و گذشت و در بیع بی‌تاثیر است ولی در مورد غرر متوسط و الحاق آن به زیاد یا کم فقها اختلاف نظر دارند.

قدر متیقن، اینکه قرافی معتقد بر اعتبار به کم و زیاد بودن غرر در بیع است به‌طوری‌که غرر زیاد صحت و سلامت بیع را مخدوش می‌سازد؛ اما ضابطه‌ای خاص در مورد تشخیص زیاد و کم غرر معرفی نکرده است.

— این رشد از دیگر فقهای مالکیه نیز تأثیر بر صحت یا فساد عقد را، مبتنی بر کم یا زیاد بودن آن می‌داند و می‌گوید: «وَبِالْجُمْلَةِ فَالْفُقَهَاءُ مُتَّفِقُونَ عَلَى أَنَّ الْغَرَرَ الْكَثِيرَ فِي الْمَبِيعَاتِ لَا يَجُوزُ، وَأَنَّ الْقَلِيلَ يَجُوزُ. وَيَخْتَلِفُونَ فِي أَشْيَاءَ مِنْ أَنْوَاعِ الْغَرْرِ، فَبَعْضُهُمْ يُلْحِقُهَا بِالْغَرْرِ الْكَثِيرِ، وَبَعْضُهُمْ يُلْحِقُهَا بِالْغَرْرِ الْقَلِيلِ الْمُبَاحِ لِتَرَدُّهَا بَيْنَ الْقَلِيلِ وَالْكَثِيرِ» (ابن رشد، ۱۴۲۵هـ، ۱۷۳/۳).

— فقهای شافعیه نیز با همین نگاه، غرر مؤثر بر معامله را غرر زیاد دانسته و با اشاره به برخی از انواع معامله، غرر کم را در عقود بی‌تأثیر دانسته‌اند. نووی در این زمینه می‌گوید: «قَالَ الْعُلَمَاءُ مَدَارُ الْبُطْلَانِ بِسَبَبِ الْغَرْرِ وَالصَّحَّةُ مَعَ وُجُودِهِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا هُوَ أَنَّهُ إِذَا دَعَتْ الْحَاجَةُ إِلَى ارْتِكَابِ الْغَرْرِ وَلَا يُمَكِّنُ الْاِحْتِرَازُ عَنْهُ إِلَّا بِمَشَقَّةٍ أَوْ كَانَ الْغَرَرُ حَقِيرًا جَازَ الْبَيْعُ وَإِلَّا فَلَا» (نووی، ۱۴۱۲هـ، ۲۵۸/۹). همین معنا در سایر منابع شافعیه نیز به‌وفور مشاهده می‌شود (حصنی، ۱۹۹۴م، ۲۴۲/۱).

— فقهای حنابله نیز همانند فقهای سایر مذاهب، به همین اصل گذشته زیاد و کم و تأثیر آن بر سلامت بیع توجه کرده و مانند آنان حکم کرده‌اند (ابن قدامه، ۱۳۸۸هـ، ۱۷۰/۴).

بر اساس آنچه گذشت می‌توان نتیجه گرفت که همه فقها با توجه به کم یا زیاد بودن غرر حکم بر صحت یا فساد آن نموده‌اند ولی هیچ‌یک از متون فوق‌الذکر دغدغه ذهنی انسان را حل نکرده و مبتنی بر ضابطه‌ای مشخص نیست. مطالعه و پژوهش در متون فقهی متقدمان این نکته را آشکار می‌نماید که برخی از فقها در زمینه بحث فوق، بررسی بیشتری در این باره انجام داده و دیدگاه متفاوتی را ارائه نموده‌اند از جمله: الف) دسوقی گفته است: «غَرَرٌ يَسِيرٌ أَيْ وَهُوَ مَا شَأْنُ النَّاسِ التَّسَامُحُ فِيهِ» (دسوقی، بی‌تا، ۶۰/۳). ب) باجی بیان می‌دارد: «مَعْنَى بَيْعِ الْغَرْرِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ مَا كَثُرَ فِيهِ الْغَرَرُ، وَغَلَبَ عَلَيْهِ حَتَّى صَارَ الْبَيْعُ يُوصَفُ بِبَيْعِ الْغَرْرِ» (باجی، بی‌تا، ۴۱/۵). ج) نووی شافعی نیز نوشته است: «الْغَرَرُ وَلَا يُمَكِّنُ الْاِحْتِرَازُ عَنْهُ إِلَّا بِمَشَقَّةٍ أَوْ كَانَ الْغَرَرُ حَقِيرًا» (نووی، بی‌تا، ۲۵۸/۹). در اقوال این سه فقیه، بیشتر از متون دیگر به ملاک قلت و کثرت در میزان غرر اشاره شده است که در تعیین آن تسامح مردم یا عدم مشقت

را به عنوان قیدی توضیحی ذکر کرده‌اند؛ اما هیچ‌یک از این امور وارده در عبارات مذکور نیز ضابطه‌مند نیست.

با توجه به مطالب فوق‌الذکر، مشخص می‌شود که میزان تعیین غرر در این دیدگاه، قلیل یا کثیر بودن مقدار آن است؛ اما این معیار نیز ضابطه‌مند نیست؛ زیرا در تعیین میزان و مقدار قلیل و کثیر، مجدداً ما را به عرف حواله می‌دهد و چنانچه گفته شد، عرف متفاوت است و میزان دقیقی را ارائه نمی‌دهد به همین جهت باید به دنبال راهی برای امکان سنجی تعیین مقدار قلیل و کثیر در نصوص دینی و متون فقهی بود.

ج) دیدگاه راجح

بر اساس استقرا در نصوص قرآن و سنت، یک‌سوم به عنوان ملاک تعیین و تحدید در نظر گرفته شده است، بنابراین می‌توان این‌گونه ترجیح و پیشنهاد داد که ملاک شرع در تعیین میزان غرر نیز یک‌سوم باشد؛ زیرا شرع غرر در عقود را به مقدار قلیل (یک‌سوم) محل عفو و تسامح قرار داده است؛ اما بیشتر از آن (مقدار کثیر یعنی بیش از یک‌سوم) را محل توجه و موجب بطلان عقد می‌داند. به تعبیر دیگر غرر یسیری که فقها از آن یاد کرده‌اند تا یک‌سوم است؛ اما بیشتر از آن غرر کثیر است که محل خلل در صحت معامله است و در این زمینه می‌توان به دلایل زیر استناد نمود:

الف) یکی از صحابه در بستر مرگ در مورد وصیتش خدمت رسول الله (ص) عرض کرد: «أَفَاتَصَدَّقُ بِثُلثِي مَالِي؟ قَالَ: «لَا»، قَالَ: قُلْتُ: أَفَاتَصَدَّقُ بِشَطْرِهِ؟ قَالَ: «لَا، الثُّلُثُ، وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ، إِنَّكَ أَنْ تَذَرَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ، خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَذَرَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ...» (بخاری، ۱۴۲۲هـ، ۸۱/۲؛ مسلم، بی تا، ۱۲۵۰/۳؛ نوری، ۱۴۰۸هـ، ۹۶/۱۴؛ بروجردی، ۱۴۲۹هـ، ۳۶۲/۲۴؛ طوسی، ۱۳۸۷هـ، ۱۴/۴).

وجه استدلال به این حدیث به این صورت است که صحابی مذکور زمانی که در بستر مرگ قرار داشت، خواست در اموالش دخل و تصرف نماید و آن را به عنوان صدقه قرار دهد، ولی پیامبر برای رعایت حال ورثه و بازماندگان اجازه دادند که فقط در یک‌سوم مال تصرف صورت گیرد. این حدیث واضح و روشن است که پیامبر یک‌سوم را محل اغماض و عفو قرار داده است؛ چراکه با تصرف

انسان بیمار در اموالش، فشار و سختی به ورثه وارد نمی‌شود، ولی باز هم پیامبر اشاره می‌فرماید که ثلث نیز چیز کمی نیست. بنابراین می‌توان نتیجه گرفت که یک‌سوم محل عفو و تسامح و قابل پذیرش است.

ب) آیات ۲، ۳ و ۴ سوره مزمل که می‌فرماید: «قُمِ اللَّيْلَ إِلَّا قَلِيلًا (۲) نِصْفَهُ أَوْ انْقُصْ مِنْهُ قَلِيلًا (۳) أَوْ زِدْ عَلَيْهِ وَرَتِّلِ الْقُرْآنَ تَرْتِيلًا (۴)» و نیز آیه ۲۰ که می‌فرماید: «إِنَّ رَبَّكَ يَعْلَمُ أَنَّكَ تَقُومُ أَدْنَىٰ مِنْ ثُلُثِي اللَّيْلِ وَنِصْفَهُ وَثُلُثَهُ وَطَائِفَةٌ مِنَ الَّذِينَ مَعَكَ» (مزمل/۲۰).

وجه استدلال به این آیات به این صورت است که خداوند در این آیات پیامبر را برای تهذیب نفس و استواری در راه دعوت به قیام اللیل دستور می‌دهد چه آنکه «إِنَّ نَاشِئَةَ اللَّيْلِ هِيَ أَشَدُّ وَطْئًا وَأَقْوَمُ قِيلًا» (مزمل/۶) پرورش یافته مکتب شب، قدم‌هایش استوارتر و سخنانش نافذتر است. در آیه دوم این سوره خداوند پیامبرش را به شب‌بیداری و شب‌زنده‌داری مگر «قلیل» امر می‌کند، بدین معنی که به ایشان امر می‌کند که از شب مقدار کمی را به استراحت و خواب اختصاص بدهد و بقیه‌اش را بیدار باشد. مراد از قلیل در این آیه یک‌سوم است؛ زیرا:

اولاً: خداوند متعال در آیه ۲۰ می‌فرماید: «إِنَّ رَبَّكَ يَعْلَمُ أَنَّكَ تَقُومُ أَدْنَىٰ مِنْ ثُلُثِي اللَّيْلِ وَنِصْفَهُ وَثُلُثَهُ» یعنی بیشترین مدت زمان واجب در قیام اللیل دو سوم شب است پس نتیجه اینکه مقدار قلیل وارده در آیه اول یک‌سوم است؛ زیرا در همین آیه خداوند مدت زمان شب‌زنده‌داری را ثلثی لیل یا نصف لیل یا ثلث لیل بیان می‌کند که در مقابل حد اقل زمان استراحت یک‌سوم (در مقابل ثلثی اللیل قیام) یا نصف (در مقابل نصفه برای قیام) یا دو سوم (در مقابل ثلثه برای قیام) قرار می‌گیرد، بنابراین حداقل استراحت در شب، قلیل یا همان یک‌سوم است (رازی، ۱۴۲۰هـ، ۶۸۲/۳۰).

ثانیاً: در آیات ابتدایی سوره مزمل خداوند قیام را به نصف شب (نصفه) یا یک سوم شب (او انقص) یا دو سوم شب (اوزد علیه) تبیین می‌کند (ابن عاشور، ۱۹۸۴م، ۲۵۹/۲۹). یعنی قیام اللیل مشتمل بر

نصف شب یا کمی بیشتر (دو سوم شب) یا کمی کمتر (یک سوم شب) می باشد که حداقل زمان استراحت در شب، قلیل یا همان یک سوم است.

بنابراین براساس این توضیح مشخص می شود که که مطلوب در قیام اللیل دو سوم شب و استراحت و خواب در یک سوم آن است که از آن به قلیل تعبیر شد، ولی خداوند با توجه به همراهی گروهی از اصحاب با پیامبر در این زمینه و با توجه به وضعیت خستگی و تلاش در میدان کارزار روز و، شب زنده داری تا نصف یا یک سوم را نیز رخصت می دهد.

ج) استناد به حدیث: «طَعَامُ الْاِثْنَيْنِ كَافِي الثَّلَاثَةِ، وَطَعَامُ الثَّلَاثَةِ كَافِي الْاَرْبَعَةِ» (بخاری، ۵۱۴۲۲، ۷/۷۱؛ مسلم، بی تا، ۳/۱۶۳۰) که با عبارات دیگری در منابع روایی امامیه و اهل سنت نیز ذکر شده است. این روایت عبارت است از «طَعَامُ الْوَاحِدِ يَكْفِي الْاِثْنَيْنِ وَ طَعَامُ الْاِثْنَيْنِ يَكْفِي الثَّلَاثَةَ وَ طَعَامُ الثَّلَاثَةِ يَكْفِي الْاَرْبَعَةَ» (مسلم، بی تا، ۳/۱۶۳۰؛ کلینی، ۵۱۴۲۹، ۶/۲۷۳؛ مجلسی، ۵۱۴۱۰، ۶۳/۳۴۸). بنابراین از لحاظ روایی، این حدیث صحیح و نزد فریقین پذیرفته شده است به طوری که به اتفاق مذاهب، این حدیث مروی از رسول الله (ص) می باشد.

وجه استدلال به مجموعه روایات این حدیث به این صورت است که، همان اصل بیان شده در آیات و روایت سابق را می توان استنباط نمود. بدین معنی که اصل پذیرش و تحمل فشار یک سوم در تقسیم غذا بین افراد نیز قابل تحمل و مورد عفو قرار گرفته است. آنچه در بیشتر نصوص صحیح بر آن تأکید شده است آن است که اگر دو سهم غذا برای دو نفر داشته باشیم چنانچه یک نفر دیگر اضافه گردد با کم کردن مقدار یک سوم از هر یک از آن دو نفر و دادن به نفر سوم هر سه نفر غذا در اختیار خواهند داشت بدون آنکه به یکی از آنان فشار وارد شود؛ زیرا از هر نفر مقدار یک سوم غذا کم شده و در نتیجه هر کدام صاحب دو سوم غذا می شوند. در روایت های دیگر نیز که غذای یک نفر برای دو نفر و غذای سه نفر برای چهار نفر وارد شده است نیز بیانگر این مطلب است که کم کردن نصف نیز امکان پذیر است ولی با سختی و کمی مشقت همراه است که ایثار و از خودگذشتگی در این بخش نیازمند همت بیشتری

است. در کافی بودن غذای سه نفر برای چهار نفر نیز در حقیقت کم شدن سهم هر کس بسیار ناچیز است که چه بسا سختی‌ای برای هیچ‌یک احساس نشود.

بنابراین یا غذا برای یک نفر وجود دارد که با کم کردن نصف آن و دادن به دیگری فشار همراه با سختی بر هر دو وجود خواهد داشت و یا غذا برای دو نفر است که بین سه نفر تقسیم می‌شود که این همان فشار یک‌سوم است که حالت چندان غیر عادی‌ای نیست بلکه محل اغماض است، و یا غذا برای سه نفر وجود دارد که بین چهار نفر تقسیم می‌شود که در این حالت هم مقدار کم شدن از سهم هر شخص بسیار کم است و شاید بتوان گفت هیچ‌گونه سختی‌ای در پی ندارد. پس در اینجا نیز اصل تسامح در یک‌سوم محل توجه قرار گرفته و قابل عفو است، ولی در حالت غذای یک نفر برای دو نفر فشار و سختی وجود دارد و همان قیام نصف شب است که حالت بالاتر از حد معمول است؛ اما برای حفظ جان دیگری محل تشویق شرع و در دایره ایثار قرار می‌گیرد و در حالت چهار نفر نیز حالت عادی و بدون سختی است.

(د) استناد به سیره فقهای متقدم: مراجعه به متون فقهی قدما در تعیین میزان حد فاصل بین قلیل و کثیر، نیز خود دلیل و سندی دیگر بر این مدعا است. فقهای سلف در تعیین میزان قلیل و کثیر و حد فاصل بین آنها، یک‌سوم را معیار قرار داده‌اند. در ادامه به دلیل اهمیت موضوع، چند نمونه از دیدگاههای فقها مبنی بر قرار دادن یک‌سوم به عنوان حد فاصل کم و زیاد، ذکر می‌شود:

— کاسانی از فقهای حنفیه می‌گوید: «وَ اَخْتَلَفَتْ الرَّوَّايَةُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي الْحَدِّ الْفَاصِلِ بَيْنَ الْقَلِيلِ وَالْكَثِيرِ مَعَ اتِّفَاقِ الرَّوَّايَاتِ عَلَى أَنَّ التُّلْثَ قَلِيلٌ» (کاسانی، ۱۴۰۶، ۵/۲۰۶). سرخسی یکی دیگر از بزرگان حنفیه نیز همین مطلب را به صراحت در کتاب المبسوط ذکر کرده است (سرخسی، ۱۴۱۴، ۱۴۲/۴).

— ابن رشد مالکی می‌گوید: «مَدْلُولُ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ أَنَّ التُّلْثَ آخِرُ حَدِّ الْبَيْسِرِ وَأَوَّلُ حَدِّ الْكَثِيرِ» (غرناطی، ۱۴۱۶هـ، ۴۶۹/۱). خرسی یکی دیگر از فقهای مالکیه نیز به همین مطلب تصریح دارد (خرسی، بی‌تا، ۲۵۲/۱).

— ماوردی شافعی در توضیح حدیث «التلث و التلث کثیر» می‌گوید: «جَعَلَ التُّلْثَ فِي حَدِّ الْكَثْرَةِ، وَمَا دُونَهُ فِي حَدِّ الْقَلَّةِ» (ماوردی، ۱۴۱۹هـ، ۲۰۸/۵).

— ابن قدامه حنبلی نیز می‌گوید: «وَلِأَنَّ التُّلْثَ فِي حَدِّ الْكَثْرَةِ، وَمَا دُونَهُ فِي حَدِّ الْقَلَّةِ، بِدَلِيلِ قَوْلِ النَّبِيِّ - ص - فِي الْوَصِيَّةِ: (التُّلْثُ، وَالتُّلْثُ كَثِيرٌ)» (ابن قدامه، ۱۳۸۸هـ، ۸۱/۴).

تعمق و دقت در متون فقهی فوق‌الذکر بیان‌گر آن است که فقها در اینکه کمتر از یک‌سوم قلیل است و بیشتر از آن نیز کثیر محسوب می‌شود، اتفاق نظر دارند؛ اما در اینکه آیا خود یک‌سوم نیز قلیل یا کثیر محسوب می‌شود، اختلاف جزئی‌ای بین آنان وجود دارد.

بنابراین براساس آنچه گذشت می‌توان این‌گونه جمع‌بندی نمود که معامله بدون غرر ممکن نیست و هر معامله‌ای نوعی غرر به همراه دارد. از طرف دیگر باید پذیرفت که اگر موجود در معامله، همیشه یکسان نیست، و هرگاه غرر زیاد باشد شارع آن را باطل اعلام نموده است؛ اما چنانچه کم بوده باشد محل عفو و تسامح قرار گرفته و در نتیجه معامله صحیح بوده است. میزان کم و زیاد در غرر با توجه به ادله فوق‌الذکر همان یک‌سوم است که وجود آن قابل تحمل و محل تسامح است و این مسأله در سایر امور زندگی انسان‌ها از قبیل تورم، محاسبات مهندسی و غیره نیز قابل مشاهده است که اهل فن و تخصص‌های مختلف بهتر در این زمینه واقف هستند و خارج از نطاق بحث موجود می‌باشد.

نکته قابل ذکر در این نظریه آن است که اثبات و ترجیح این ضابطه براساس قیاس معروف اصولی یا به تعبیر دیگر قیاس به مسائل فقهی و نصوص دینی (اصل) نیست بلکه مراد از بیان دیدگاه‌های فقهی و نصوص همسان با این ضابطه، استقرای ادله است که استقرا یکی از ادله استنباط می‌باشد و در اجتهادات فقهی محل توجه و اعتنای فقها قرار گرفته است (محلی، ۱۴۳۹هـ، ۱۲۲۷/۳).

نتیجه گیری

مهم ترین نتایج این تحقیق عبارت است از:

- ۱- غرر موجب بطلان یا فساد معامله می‌باشد. فقها غرر را با تعابیر مختلفی تعریف کرده‌اند که با توجه با معنای لغوی و مصطلح کلی آن عبارت از معامله‌ای است که به علت جهالت ناشی از یکی از ارکان عقد یا به علت عدم علم و اطمینان به دستیابی به عوض یا معوض سرانجام و عاقبت آن مشخص نباشد.
- ۲- غرر با جهالت متفاوت و اعم از جهل است چه آنکه هر مجهولی غرر است ولی هر غرری ناشی از جهل نیست. به تعبیر دیگر گاهی اوقات غرر توأم با جهل است و گاهی اوقات خیر.
- ۳- فقها در مورد معیار غرر مؤثر بر معامله را عرف یا توصیف آن به قلیل و کثیر قرار داده‌اند. به نظر می‌رسد که این دو معیار ضابطه‌مند نیستند؛ زیرا عرف متغیر است و زمانی به آن استناد می‌شود که معیار دیگری وجود نداشته باشد، و قلیل و کثیر نیز بدون تعیین حد و مرز آنها، معیار مشخصی نیستند.
- ۴- با استقرای در نصوص شرعی، به نظر می‌رسد که حد فاصل قلیل و کثیر یک‌سوم است و با این معیار می‌توان نتیجه گرفت که شرع غرر بیش از یک‌سوم را منع ولی کمتر از آن را مورد عفو قرار داده است.
- ۵- این معیار علاوه بر مستند شرعی، دیدگاه برخی از فقها در تعیین حد فاصل بین قلیل و کثیر نیز هست؛ بدین صورت که فقها در فتاوای فقهی، قلیل را مورد تسامح و عفو می‌دانند و در نصوص شرعی مقدار قلیل یک‌سوم تعیین شده است، بنابراین غرر تا یک‌سوم مؤثر در صحت عقود نیست.
- ۶- از جمله نصوص مستند این دیدگاه، آیات ۲، ۳، ۴ و ۲۰ سوره مزمل و دو حدیث «الثلث و الثلث کثیر» و «طعام الاثین کافی الثلاثة» است که صحت آنها مورد اتفاق همه مذاهب می‌باشد.

منابع و مآخذ

قرآن کریم

- ابن بطلال، علی. (۱۴۲۳هـ). شرح صحیح البخاری. ج ۲. ریاض: مکتبه الرشد.
- ابن تیمیه، احمد. (۱۴۰۸هـ). الفتاوی الکبری. ج ۱. بیروت: دار الکتب العلمیه.
- ابن حزم، علی. (بی تا). المحلی بالآثار. ج ۱، بیروت: دار الفکر.
- ابن رشد، محمد. (۱۴۲۵هـ). بدایة المجتهد ونهاية المقتصد. قاهره: دار الحدیث.
- ابن عابدین، محمد امین. (۱۴۱۲هـ). رد المحتار علی الدر المختار. ج ۲. بیروت: دار الفکر.
- ابن عاشور، محمد طاهر. (۱۹۸۴م). التحریر والتنویر. تونس: دار التونسیه للنشر.
- ابن عبدالبر، یوسف. (۱۴۲۱هـ). الکافی فی فقه أهل المدينة. بیروت: دار الکتب العلمیه.
- ابن عربی، محمد. (۱۴۲۴هـ). احکام القرآن. ج ۳. بیروت: دار الکتب العلمیه.
- ابن فارس، احمد. (۱۳۹۹هـ). معجم مقاییس اللغة. ج ۲. بیروت: لبنان.
- ابن قدامه، عبدالله. (۱۴۲۳هـ). روضة الناظر وجنة المناظر فی أصول الفقه علی مذهب الإمام أحمد بن حنبل. ج ۲. بیروت: مؤسسة الریان للطباعة والنشر والتوزیع.
- ابن قدامه، عبدالله. (۱۳۸۸هـ). المغنی. ج ۱. قاهره: مکتبه القاهرة.
- ابن قیم، محمد. (۱۴۱۵هـ). زاد المعاد فی هدی خیر العباد. ج ۲۷. بیروت: مؤسسة الرساله.
- ابن مفلح، محمد. (۱۳۲۴هـ). کتاب الفروع. ج ۱. بیروت: مؤسسة الرساله.
- ابن منظور، محمد. (بی تا). لسان العرب. قاهره: دار المعارف.
- ابو حیان، محمد. (۱۴۲۰هـ). البحر المحیط فی التفسیر. ج ۱. بیروت: دار الفکر.
- انصاری پور، محمد علی وولد بیگی، فرزاد و حسنعلی زاده، مهدی. (۱۳۹۴ش). غرر و کاربرد آن در قراردادهای، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی. ۴۵ (۱). ۲۱-۴۰.
- انصاری، زکریا. (بی تا). أسنی المطالب فی شرح روض الطالب. قم: دار الکتب الاسلامی.

انصاری، مرتضی. (۱۴۱۵هـ). کتاب المكاسب المحرمه و البيع والخيارات. ج ۱. قم: کنگره جهانی بزرگداشت

شیخ اعظم انصاری.

آمدی، علی. (بی تا). الإحكام فى أصول الأحكام. بیروت: المكتبة الإسلامية.

باجی، سلیمان. (۱۳۳۲هـ). المنتقى شرح الموطأ. ج ۱. قاهره: مطبعة السعادة.

بروجردی طباطبائی، حسین. (۱۴۲۹هـ) جامع احادیث الشیعه. ج ۱. تهران: انتشارات فرهنگ سبز.

تهانوی، محمد. (۱۹۹۶م). موسوعه كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم. ج ۱. بیروت: مكتبة لبنان ناشرون.

جرجانی، علی. (۱۴۰۳هـ). التعريفات. ج ۱. بیروت: دار الکتب العلمیة.

جوهری، اسماعیل. (۱۴۰۷هـ). الصحاح تاج اللغة و صحاح العربية. ج ۳. بیروت: دار العلم للملایین.

حصنی، ابوبکر. (۱۹۹۴هـ). كفاية الأخیار فى حل غایة الإختصار. ج ۱. دمشق: دار الخیر.

حطاب، محمد. (۱۴۱۲هـ). مواهب الجلیل فى شرح مختصر خلیل. ج ۳. بیروت: دار الفکر.

حلی، حسن. (۱۴۱۹هـ). نهاية الإحكام فى معرفة الأحكام. ج ۱. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.

خرشی، محمد. (بی تا). شرح مختصر خلیل. بیروت: دار الفکر للطباعة.

داماد افندی، عبدالرحمن. (بی تا). مجمع الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر. بیروت: دار إحياء التراث العربی.

دسوقی، محمد. (بی تا). حاشیة الدسوقی على الشرح الكبير. بیروت: دار الفکر.

رازی، محمد. (۱۴۱۸هـ). المحصول. ج ۳. بیروت: مؤسسه الرسالة.

زحیلی، وهبه. (بی تا). الفقه الإسلامی وأدلته. دمشق: دار الفکر.

زرکشی، محمد. (۱۳۲۴هـ). شرح الزرکشی على مختصر الخرقی و ج ۱. ریاض: دار العبیکان.

زیلعی، عثمان. (۱۳۱۳هـ). تبیین الحقائق شرح کنز الدقائق وحاشیة الشلیبی. ج ۱. قاهره: المطبعة الكبرى

الأمیریة.

سرخسی، محمد. (۱۴۱۴هـ). المبسوط. ج ۳. بیروت: دار المعرفه.

_____ . (بی تا). أصول السرخسی. بیروت: دار المعرفه.

- سعدی، عبدالرحمن. (۱۴۲۰هـ). تیسیر الکریم الرحمن فی تفسیر کلام المنان. ج ۱. بیروت: مؤسسه الرساله.
- شربینی خطیب، محمد. (۱۴۱۵هـ). معنی المحتاج. ج ۱. بیروت: دار الکتب العلمیه.
- شیبانی، احمد. (۱۴۲۱هـ). مسند الإمام أحمد بن حنبل. ج ۱. بیروت: مؤسسه الرساله.
- صاوی، احمد. (بی تا). بلغة السالك لأقرب المسالك. قاهره: دار المعارف.
- ضریر، صدیق محمد امین. (۱۴۱۰هـ). العرر و اثره فی العقود فی الفقه الاسلامی. ج ۲. بیروت: دار الجیل.
- طالب احمدی، حبیب. (۱۳۸۰ش). تاثیر غرر در معاملات، مجله علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز، ۱۷(۱). ۴۰-۶۳.
- طباطبائی، محمد کاظم. (۱۴۱۴هـ). عروه الوثقی. ج ۱. تهران: کتاب فروشی داوری.
- طنطاوی، محمد سید. (۱۹۹۷م). التفسیر الوسیط للقرآن الکریم. قاهره: دار نهضة مصر للطباعة والنشر والتوزیع.
- طوسی، محمد. (۱۳۸۷هـ). المبسوط فی فقه الامامیه. ج ۳. تهران: المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.
- عاملی، زین الدین. (۱۴۱۰هـ). الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة. ج ۱. تهران: کتابفروشی داوری.
- عاملی، محمد. (۱۴۱۲هـ). تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة. ج ۱. قم: مؤسسه آل البیت (ع).
- علیزاده اصل، محمد و موسویان، سید عباس. (۱۳۹۴ش). بررسی ضابط غرر در معاملات جدید. فصل نامه علمی - پژوهشی تحقیقات مالی. ۱۵(۱). ۲۷-۵.
- عینی، محمود. (۱۴۲۰هـ). البناية شرح الهدایة. ج ۱. بیروت: دار الکتب العلمیه.
- غرناطی، محمد. (۱۴۱۶هـ). التاج والإکلیل لمختصر خلیل. ج ۱. بیروت: دار الکتب العلمیه.
- غزالی، محمد. (۱۴۱۳هـ). المستصفی فی علم الأصول. ج ۱. بیروت: دار الکتب العلمیه.
- فراهیدی، خلیل. (بی تا). کتاب العین. بیروت: دار و مکتبه الهلال.
- قرافی، احمد. (بی تا). الفروق. ریاض: عالم الکتب.
- کاسانی، ابوبکر. (۱۴۰۶هـ). بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع. ج ۱. بیروت: دار الکتب العلمیه.

- کلبینی، یعقوب. (١٤٢٩هـ). الکافی. ج ١. قم: دار الحديث للطباعة و النشر.
- ماوردی، علی. (١٤١٩هـ). الحاوی الكبير. ج ١. بیروت: دار الکتب العلمیة.
- مجلسی، محمد باقر. (١٤١٠هـ). بحار الأنوار الجامعة لدرر أخبار الأئمة الأطهار علیهم السلام. ج ١. بیروت: مؤسسة الطبع و النشر.
- مرداوی، علی. (بی تا). الإنصاف فی معرفة الراجح من الخلاف. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- ملا خسرو، محمد. (بی تا). درر الحکام شرح غرر الأحکام. قاهره: دار إحياء الكتب العربية.
- محلی، محمد. (١٤٣٩هـ). البدر الطالع شرح جمع الجوامع. ج ١. دمشق: دار النوادر.
- نجفی، محمد حسن. (١٤٠٤هـ). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام. ج ٧. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- نراقی، موحد. (١٤٢٢هـ). مشارق الاحکام، ج ٢. قم: کنگره نراقیین ملا مهدی و ملا احمد.
- نمله، عبدالکریم. (١٤٢٠هـ). المذهب فی علم اصول الفقه المقارن. ج ١. ریاض: مکتبة الرشد.
- نوری، میرزا حسین. (١٤٠٨هـ). مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل. ج ١. بیروت: مؤسسه آل بیت (ع).
- نوی، محی الدین. (بی تا). المجموع شرح المذهب. بیروت: دار الفکر.
- _____ . (١٤١٢هـ). روضة الطالبین وعمدة المفتین. ج ٣. بیروت: المکتب الإسلامی.
- نیسابوری، مسلم. (بی تا). المسند الصحیح المختصر بنقل العدل عن العدل إلی رسول الله (ص). بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، (١٤٠٤هـ). الموسوعة الفقهیة الكويتیة. ج ١. کویت: دار السلاسل.