

مجله علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز
دوره هفدهم، شماره اول، سال ۱۳۸۰ (پیاپی ۳۳)
(ویژه‌نامه حقوق)

تأثیر غرر در معاملات

حبیب طالب احمدی*

دانشگاه شیراز

چکیده

غرر در لغت به معنی خطر، نیرنگ و غفلت آمده است. منظور از معامله غرری معامله‌ای است که توأم با خطر بوده و متعاملین در زمان انجام آن، توان تشخیص سودمند یا زیانبار بودن معامله را ندارند. برخلاف اختلاف نظرهایی که وجود دارد مصادیق معاملات مزبور معاملاتی است که مورد آن مجهول یا مقدور التسلیم نباشد. حکم این معاملات بصورت مستقل از آیات قرآن بدست نمی‌آید و مشهور استناد به روایت نهی نبی (ص) از بیع غرری می‌باشد. هر غرری مؤثر در صحت معامله نبوده و باید در معاملات معوض و مربوط به مورد معامله باشد به گونه‌ای که موجب ابطال عقد به آن شود. معاملات غرری در قانون مدنی، جز در موارد استثنایی محکوم به بطلان است و مشابه این وضع در حقوق مدنی مصر و فرانسه نیز مشاهده می‌شود.

واژه‌های کلیدی: ۱. غرر ۲. خطر ۳. جهل ۴. بیع ۵. معامله

۱. مقدمه

عقود و معاملات از جمله اسبابی هستند که با انشای آن از سوی متعاملین آثار قانونی مورد نظر ایشان را بر جای می‌گذارند. باید توجه داشت که آثار معاملات به موجب حکم قانون است که ایجاد آن با انشای سبب، توسط متعاملین صورت می‌پذیرد. برای مثال، اگر دو طرف، قصد انتقال مالکیت عینی در ازای بهای آنرا داشته باشند، عقد بیع را انشا می‌کنند و قانونگذار اثر انتقال مالکیت را بر بیع انجام شده، بار می‌نماید. به عبارت دیگر طرفین خود را در قالبی قرار می‌دهند که چهارچوب و آثار آنرا قانونگذار تعیین کرده است.

مقررات حاکم بر عقود و معاملات به دو بخش امری و تکمیلی تقسیم می‌شوند. مقررات امری مقرراتی است که طرفین نمی‌توانند برخلاف آن تراضی کنند و به عبارت دیگر مقرراتی غیرقابل اجتناب هستند، درحالی‌که مقررات تکمیلی در صورتی بر روابط طرفین حاکم است که برخلاف آن توافق نکرده باشند و یا عرف و عادت بر خلاف آن استقرار نیافته باشد.

اجتناب از غرر در معاملات جزئی از مقررات امری بوده و غرر در معاملات موجب خلل در صحت آن است. هرچند نفی غرر در عقود و معاملات جزء قواعد عمومی و مورد پذیرش همگان قرار گرفته است، ولی در تعریف غرر و تشخیص مصادیق آن اختلاف نظر به چشم می‌خورد. در قانون مدنی نیز مقررات منسجمی در این مورد وجود ندارد و مطالب بطور پراکنده آورده شده است و چون قسمت اعظم مقررات ما در رشته حقوق مدنی بر گرفته از فقه امامیه است و اشراف بر مباحث آن نیازمند مطالعات فقهی است به همین جهت در این مقاله به موضوع غرر و تأثیر آن در عقود و معاملات پرداخته و بطور کلی از منابع فقهی استفاده شده است.

* عضو هیأت علمی دانشکده حقوق

در این نوشتار پس از تعریف غرر و برشمردن مصادیق آن در معاملات، وجه تمایز غرر از سایر اصطلاحات مشابه بررسی شده است. حکم معاملات غرری و شرایط غرر مؤثر در صحت معاملات از دیگر مطالب مورد مطالعه بوده و در نهایت معاملات غرری در حقوق مصر و فرانسه جهت مطالعه تطبیقی موضوع بطور مختصر مورد اشاره قرار گرفته است.

۲. تعریف غرر

اهل لغت غرر را به معنی خطر، نیرنگ و غفلت آورده‌اند. در معنی اول غرر یعنی شخص، جان یا مالش را در معرض نابودی قرار دهد و در معنی دوم غرر آن چیزی است که دارای ظاهری پسندیده و باطنی ناپسند باشد. بر همین معنی اخیر است که دنیا متاع غرور نامیده شده است (ابن‌منظور، ۱۴۰۸ ق؛ الطریحی، ۱۴۰۳ ق و ابن‌اثیر، ۱۳۶۴). برخی نیز غرر را هر چیز مستورالعاقبه می‌دانند (الضریر، ۲۸: ۱۴۱۰ ق).

از حضرت امیر (ع) نقل شده که می‌فرمایند: غرر عملی است که شخص با انجام آن از زیان در امان نباشد^۱ (انصاری، ج: ۶۵/۱۱: ۱۴۱۰ ق و نجفی، ج: ۳۸۷/۲۲: ۱۴۰۰ ق).

بر اساس معانی لغوی از غرر، در کتب مختلف، معامله غرری در قالب تعریف بیع غرری که معمولترین اقسام معاملات می‌باشد معرفی شده است که در ذیل به چند نمونه اشاره می‌شود:

الف) بیع غرری که مورد نهی قرار گرفته عبارتست از بیعی که ظاهرش مشتری را می‌فریبد و دارای باطنی مجهول است (ابن‌منظور، ۱۴۰۸؛ الطریحی، ۱۴۰۳ و ابن‌اثیر، ۱۳۶۴).

ب) بیع غرری عبارتست از بیعی که مردد میان دو امر باشد. یکی از آن دو، مورد نظر متعاملین و دیگری مخالف نظر ایشان باشد (الجزیری، ج: ۲۴۳/۲: ۱۴۰۶ ق).

ج) بیع غرری بیع کبوتر در آسمان و ماهی در آب است.^۲

د) بیع غرری عبارتست از بیعی که همراه با خطری محتمل‌الحصول می‌باشد و لذا بیع با وجود چنین خطری تمام نبوده و ناقص است (ابوالحسین احمدبن فارس بن زکریا، ۱۴۰۴ ق).

هـ) منظور از بیع غرری بیعی است که به دلیل وجود جهل در آن، طرفین عقد بر کنه آن احاطه ندارند (ابن‌اثیر، ۱۳۶۴).

با توجه به تعریف لغوی و تعاریف اصطلاحی که ذکر شد در تعریف نهایی از معامله غرری باید گفت: معامله‌ای است که همراه با خطر بوده و متعاملین در زمان انجام آن توان تشخیص سودمند یا زیانبار بودن معامله را ندارند.

۳. مصادیق غرر در معاملات

در تعیین مصادیق معاملات غرری میان علما اتفاق نظر وجود ندارد. با بررسی آراء می‌توان به نظریات ذیل اشاره نمود:

الف) از جمله شرایط مورد معامله که بر آن اجماع شده است مقدورالتسلیم بودن می‌باشد. شهید اول (ره) مصداق معامله غرری را موردی می‌داند که بدست آمدن موضوع معامله مجهول باشد و در مثال برای معامله غرری به فروش کبوتر در آسمان یا ماهی در آب اشاره می‌کنند. به نظر ایشان اگر مورد معامله مجهول باشد و کمیت یا کیفیت آن معلوم نباشد، مصداق معامله غرری نیست و از همین رو نتیجه می‌گیرند که میان معامله مجهول و معامله غرری، عموم و خصوص من وجه برقرار است (به نقل از انصاری، ج: ۷۵/۱۱: ۱۴۱۰). به عبارت دیگر ممکن است مورد معامله مجهول باشد ولی به دلیل مقدورالتسلیم بودن، معامله راجع به آن غرری محسوب نمی‌شود همچنانکه ممکن است مورد معامله معلوم ولی غیر قابل دسترسی باشد که معامله آن غرری است و نیز ممکن است مورد معامله مجهول و غیر مقدورالتسلیم باشد.

ب) فقها بر معلوم بودن مورد معامله اجماع نموده‌اند و عقدی را که موضوع آن مجهول است باطل می‌دانند. منظور از معلوم بودن مورد معامله آگاهی طرفین معامله به جنس، مقدار و اوصاف موضوع معامله می‌باشد. به عقیده برخی مجهول بودن مورد معامله موجب غرری شدن معامله می‌گردد (حسینی‌العاملی، ج: ۳۹۱/۸: ۱۴۱۸). البته عده‌ای نیز

حتی در صورتی که جهل موجب غرر نباشد معامله را صحیح نمی‌دانند. در همین راستا به سنوالم و جواب زیر از مرحوم سید محمد کاظم یزدی توجه می‌کنیم:

سؤال: جهل در معامله اگر موجب غرر نباشد مبطل است؟ مثل اینکه اگر قیمت گندم و خرما مساوی باشد، در کفه‌ای از میزان، گندم ریخته معادل آن در کفه دیگر خرما، بدون تعیین وزن یا نه؟
جواب: اما در بیع، پس باطل است چون باید وزن هر یک معلوم باشد. و اما در صلح، اگر چه بعید نیست صحت لکن احتیاط ترک نشود. (والله‌العالم) (یزدی، ۱۴۵: ۱۳۷۶).

صاحب جواهر (ره) مورد معامله غرری را صرفاً حالتی می‌دانند که مورد معامله مجهول است. به نظر ایشان غرر شامل مطلق خطر نمی‌باشد زیرا اگر منظور از غرر مطلق خطر باشد هم حالتی را که مورد معامله مقذورالتسلیم نیست شامل می‌شود و هم حالتی که مورد معامله موجود نیست، درحالیکه بیع ثمار و زرع بصورت سلم صحیح بوده و کسی به دلیل غرر چنین معاملاتی را باطل ندانسته است. همچنین ایشان روایتی از امام جعفر صادق (ع) نقل کرده‌اند که در آن بیع غرری بیعی تعریف شده است که موضوع آن برای طرفین عقد یا یکی از ایشان مجهول باشد (نجفی، ج: ۲/۳۸۸: ۱۴۰۰ ق. ۲).

ج) شیخ انصاری (ره) در غرری بودن حالتی که موضوع معامله از حیث مقذورالتسلیم بودن مجهول است، تشکیک نموده و می‌فرمایند در این حالت چون خریدار می‌تواند با خیار تعذر تسلیم معامله را فسخ کند، پس شاید چنین معامله‌ای را نتوان غرری نامید ولی خود پاسخ می‌دهند که جهل در دستیابی به مورد معامله از مجهول بودن صفات آن برتر بوده و اگر فرض اخیر غرری باشد به طریق اولی زمانی که قدرت بر تسلیم مورد معامله مجهول است معامله غرری می‌باشد. البته ممکن است بازگشت حالتی را که قدرت بر تسلیم مورد معامله مجهول است به حالتی بدانیم که مورد معامله مجهول است و مصداق معامله غرری را صرفاً ویژه حالت اخیر فرض کنیم، ولی چنانکه فرموده‌اند این توجیه کارساز نیست. زیرا با توجه به سخنان فقها که دو مثال بیع ماهی در آب و کیوتر در هوا را به عنوان مصادیق معامله غرری مطرح نموده‌اند پس منظور ایشان از معامله غرری موردی است که به قدرت بر تسلیم موضوع معامله آگاهی وجود ندارد و بعید است که برای مجهول بودن مورد معامله به امثله فوق اشاره شود. علاوه بر اینکه فقهای امامیه و نیز اهل سنت در لزوم مقذورالتسلیم بودن مورد معامله به روایت پیامبر اکرم (ص) در نهی از بیع غرری استناد کرده‌اند. در نهایت شیخ (ره) با جمع تعاریف، غرر را جهل به وجود موضوع عقد یا رسیدن آن بدست منتقل‌الیه و یا موردی که صفات موضوع عقد از جهت کمی و کیفی مجهول است، دانسته‌اند (انصاری، ج: ۱۱/۶۹: ۱۴۱۰ ق.).

د) بعضی از فقهای معاصر موردی را که موضوع معامله مجهول است از جهت خطری که در چنین معامله‌ای وجود دارد غرری می‌شمرند ولی موردی را که موضوع معامله مقذورالتسلیم نمی‌باشد به دلیل مالیت نداشتن موضوع عقد باطل می‌دانند. طبق استدلال این گروه چیزی که قابل تسلیم نباشد اصولاً مال تلقی نشده و عقلاً بر آن اثری بار نمی‌کنند و اگر فقها بیع کیوتر در آسمان و ماهی در آب را باطل می‌دانند به همین دلیل است و نه به دلیل خطری که در چنین معاملاتی وجود دارد (خونساری، ج: ۱، ۳۷۸: ۱۳۷۳ ق.).

استدلال مذکور شاید فی‌الجمله قابل پذیرش باشد ولی تمام نیست زیرا در موردی که مالی بوسیله غاصب اخذ شده و امکان استرداد آن وجود نداشته باشد اگر مورد معامله قرار بگیرد آیا می‌توان آن معامله را به دلیل عدم مالیت باطل دانست؟

بهرحال ایشان پس از رد نظر مذکور به استناد نظر مشهور میان فقها مصداق معاملات غرری را حالتی می‌دانند که مورد معامله مجهول بوده یا مقذورالتسلیم بودن آن معلوم نباشد ولی جهل به وجود مورد معامله را خارج از بحث معاملات غرری می‌دانند (توحیدی، ج: ۵/۲۵۸: ۱۳۶۸).

نتیجه آنکه بی‌تردید مصادیق معاملات غرری عبارتند از معاملاتی که موضوع آن مجهول بوده یا مقذورالتسلیم بودن آن معلوم نباشد.

۴. تمایز غرر از مفاهیم مشابه

۴.۱. غرر و غرور

غرور در اصطلاح فقها عبارتست از اینکه شخصی بواسطه فریب دیگری کاری انجام دهد که موجب ورود زیان بر خود شود (موسوی بجنوردی، ج: ۱/ ۲۲۵: ۱۳۸۹ ق). غرور در معاملات یعنی دلالت شخص بر انجام معامله به نحوی که شخص، انشای عقد را به مصلحت خود تشخیص دهد درحالیکه در واقع چنین نیست. با این توضیح تفاوت‌های غرر و غرور به قرار ذیل می‌باشد:

الف) برای تحقق غرور نیاز به فعلی است که بواسطه آن شخصی، دیگری را فریب دهد. درحالیکه در غرر خدعه‌ای درکار نیست بلکه طرفین معامله به حقیقت امر جاهلند. برای مثال اگر شخصی با علم به مکان مالی که مالک آنرا گم کرده است به ثمن بخش آنرا خریداری کند فروشنده را فریب داده است و این چنین عقدی تحت قاعده غرور مطالعه می‌شود ولی اگر خریدار نیز از محل مال مفقود شده آگاه نباشد این معامله غرری است.

ب) غرر موجب بطلان عقد است زیرا حکم معاملات غرری از احکام امری بوده و تراضی طرفین برخلاف آن بی‌تأثیر است درحالیکه غرور اختیار فسخ معامله را به مغرور می‌دهد.^۲

بدیهی است غرور در خارج از روابط قراردادی، حق رجوع مغرور را به غار می‌دهد و این موضوع تحت قاعده فقهی "المغرور یرجع الی من غره" مطالعه می‌شود (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۹ ق).

ج) غرور را باید از عیوب رضا محسوب نمود زیرا در معاملات موضوع بحث بواسطه فریب است که طرف مقابل رضایت به انجام آن می‌دهد و ای بسا اگر از واقع امر آگاه باشد معامله نکند درحالیکه غرر از عیوب اراده نبوده بلکه باعث ایراد در شرایط موضوع معامله می‌شود.

علیرغم تفاوت‌هایی که غرر و غرور با یکدیگر دارند گاه این دو بجای یکدیگر استعمال می‌شود که این از اشتباهات است.

۴.۲. غرر و جهل

شهید اول (ره) در کتاب قواعد، غرر را شرعاً به معنی جهل به دستیابی و تصرف در مورد معامله تعریف نموده‌اند (انصاری، ج: ۱۱/ ۷۵: ۱۴۱۰ ق). و طبق این تعریف برای تحقق غرر لازم نیست موضوع معامله ه برای طرفین عقد مجهول باشد و لذا معامله پرنده‌ای که از قفس پریده یا معامله ماهی در آب از مصادیق بارز معامله غرری می‌باشد که در بیشتر کتب فقهی و حتی لغت به آن اشاره شده است. ولی مجهول عبارتست از معامله‌ای که در آن جنس، صفات یا مقدار مورد معامله بر معامله‌کننده پوشیده باشد. هرچند در معامله غرری و معامله مجهول عدم علم به چشم می‌خورد اما اگر عدم علم راجع به دستیابی به موضوع معامله باشد معامله غرری و اگر جنس، صفات یا مقدار مورد معامله مجهول باشد آنرا معامله مجهول می‌نامند.

با توضیح بالا و چنانکه مورد نظر شهید اول (ره) می‌باشد رابطه معامله غرری و معامله مجهول عموم و خصوص من وجه است. ممکن است غرر بدون جهل باشد مانند معامله حیوان فراری که صفات آن بر خریدار معلوم است. همچنین ممکن است جهل بدون غرر باشد، مانند قطعه سنگی که با مشاهده برای خریدار معلوم می‌شود ولی خریدار نمی‌داند که آن سنگ زاج است یا یاقوت. گاهی نیز غرر و جهل با هم جمع می‌شوند، مانند آنکه شخصی حیوان فراری دیگری را بدون آنکه قبلاً آنرا دیده باشد یا صفات آنرا بداند خریداری کند.

صاحب جواهر (ره) غرر را ناظر به موردی می‌داند که صفات مورد معامله یا مقدار آن نامعلوم باشد (نجفی، ج: ۲۲/ ۳۸۸: ۱۴۰۰ ق) و با توضیحی که قبلاً در مورد معامله مجهول داده شد باید نتیجه گرفت که معامله غرری و مجهول مترادف یکدیگر می‌باشند و به معاملاتی اطلاق می‌شوند که موضوع عقد در آن مجهول است.

به نظر می‌رسد غرر هم شامل جهل در دستیابی به مورد معامله و هم جهل به جنس، صفات و مقدار آن می‌گردد و در این خصوص باید با صاحب عناوین (ره) هم عقیده شد که می‌فرمایند هر چیزی که در آن جهل باشد غرر و خطر هم در ظاهر در آن هست و ادعای وجود نسبت عموم و خصوص من وجه میان این دو اصطلاح وجهی ندارد (محمدی، ۷۱: ۱۳۷۳).

۳.۴. غرر و قمار

قمار نوعی شرط بندی است که نتیجه آن در بازی با آلات قمار معلوم می‌شود. گاهی نیز به اصل بازی قمار گفته می‌شود. قمار نوعی معامله غرری است ولی بسیاری از معاملات غرری وجود دارد که اطلاق قمار بر آنها صحیح نیست مانند بیع یا اجاره غرری. پس غرر نوعی قمار نیست بلکه رابطه بین این دو اصطلاح عموم و خصوص مطلق بوده و غرر اعم از قمار است.

۵. حکم معاملات غرری

۱. حکم معاملات غرری در قرآن

بیشتر احکام عملیه در قرآن مجید در موضوعات عبادی یا احوال شخصیه است و آیات مربوط به معاملات در مقایسه با موارد بالا محدود می‌باشند.^۴ از طرفی در قرآن کریم، بیان احکام یا بطور تفصیلی جزئی است و یا بطور کلی و عام بیان شده است اما در مورد معاملات غرری آیه‌ای بطور جزئی وارد نشده و لذا گروهی با استناد به احکام کلی سعی در استنباط حکم معاملات غرری دارند:

الف) از جمله آیات استنادی آیاتی هستند که دلالت بر حرمت اکل مال به باطل دارند (نساء/۲۹ و ۱۶۱، توبه/۳۴). مشهورترین آنها قسمتی از آیه ۲۹ سوره نساء می‌باشد که می‌فرماید: «لا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل» نحوه استدلال بدین شرح است که آیه، ناظر به موجبات است، نه شرایط عوضین و لذا دلالت بر حرمت اکل مال با موجبات غیر جایز می‌نماید و در باطل بودن غرر تردیدی وجود ندارد. لذا آیه از معاملات غرری به عنوان مصداقی از مصادیق معاملات باطل نهی کرده و صیغه نهی حقیقت در حرمت است و موجب فساد معامله می‌گردد (الضریر، ۵۳: ۱۴۱۰ ق).

آنچه در استدلال مزبور قابل ذکر است اینکه مطابق نظر برخی از علماء، باطل بودن غرر مستند به بنای عقلا است و آیه بصورت مستقل و روشن حکم معاملات غرری را بیان نداشته و نمی‌تواند دلیلی مستقل محسوب گردد. علاوه بر اینکه اگر نهی در آیه به معنی مصدری تعلق گیرد اصولاً مستلزم فساد نیست مانند نهی از بیع روز جمعه در آیه ۹ سوره جمعه که دلالت بر فساد بیع در آنروز ندارد.

ب) از آیات دیگری که مورد استناد قرار گرفته آیه ۲۷۵ سوره بقره است که در قسمتی از آن می‌فرماید: «أحل الله البیع».

نحوه استدلال بدین صورت است که ما دلیلی بر صحت معاملات غرری نداشته و از طرفی آیه فوق بر صحت بیع با تحقق شرایط اساسی آن دلالت می‌نماید و شامل بیع فاسد نمی‌شود و با اضافه نمودن نهی نبوی بیع غرری نمونه‌ای از مصادیق بیع فاسد است لذا معاملات غرری باطل است (نجفی، ج: ۳۸۷/۲۲: ۱۴۰۰ ق).

در پاسخ به این استدلال باید گفت که نهی در معامله، مقتضی فساد آن نمی‌باشد. علاوه بر اینکه حکم معامله غرری بطور مستقل از آیه برداشت نشده است بلکه با پیوست نمودن نهی نبوی به استدلال پرداخته اند که در زیر مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

در نهایت آنکه از هیچ یک از آیات قرآن مجید بصورت مستقل نمی‌توان حکم معامله غرری را نتیجه گرفت.

۲. حکم معاملات غرری در سنت

پیروان غرر احادیث فراوانی از پیامبر اکرم (ص) نقل شده است که بیشتر آنها ضعیف بوده و در کتب روایی اهل سنت آمده است. مشهورترین حدیثی که در این زمینه نقل شده است «نهی النبوی عن بیع الغرر» می‌باشد. این حدیث هر چند مرسله و ضعیف است ولی ضعف آن با شهرت میان خاصه و عامه جبران شده است.^۵

در حدیث فوق سه مسئله قابل توجه است:

اول: اضافه بیع به غرر چه نوع اضافه‌ای است؟

دوم: حکم بیع غرری چیست؟

سوم: آیا این حدیث هر معامله غرری را شامل می‌شود؟

در پاسخ به پرسش اول برخی معتقدند اضافه بیع به غرر در حدیث، اضافه مصدر به مفعولش می‌باشد. با این بیان، از بیعی که موضوع آن غرر است نهی شده و غرر در معامله، مورد عقد است. اما آنچه مشهور است اضافه بیع به غرر را اضافه موصوف به صفت می‌دانند. یعنی بیعی که موصوف به صفت غرر باشد مورد نهی قرار گرفته است (الضریر، ۶۲: ۱۴۱۰ ق).

در نظر نخست قلمرو نهی نبوی (ص) صرفاً محدود به مواردی می‌شود که غرر در موضوع عقد است درحالی‌که با پذیرش نظر دوم هرگونه غرر ولو اینکه در موضوع عقد نباشد ولی موجب اتصاف عقد به آن گردد مورد نهی قرار گرفته است.

در مورد سئوال دوم باید گفت که نهی در معاملات، دال بر حرمت است زیرا نهی، حقیقت در حرمت است. ولی نهی نمی‌تواند مقتضی فساد معامله باشد چون ملازمه‌ای میان حرمت و فساد چه از نظر لغوی و چه از لحاظ عرفی وجود ندارد. البته گاهی نهی از معامله، ارشاد به فساد آن است. پس در هر مورد باید با توجه به قرائن سرنوشت معامله را تعیین نمود و در صورت نبود قرینه فقط قایل به حرمت معامله شد (خراسانی، ۱۸۷: ۱۴۰۹).

اکثر فقهای امامیه با استناد به حدیث مذکور معامله غرری را باطل می‌شمرند و گروهی در این زمینه ادعای اجماع نموده‌اند (نجفی، ج: ۲۲/ ۳۸۸: ۱۴۰۰ ق). ولی بعضی از فقها استناد به این حدیث را در باطل شناختن معامله غرری نمی‌پذیرند و در این زمینه بطلان معاملات غرری را با بنای عقلا اثبات می‌نمایند.

طبق دیدگاه گروه اخیر غرر اگر به معنی خدیعه باشد ناظر به بیان حکم تکلیفی است و اگر در معنی خطر استعمال شده باشد حکم وضعی را می‌توان از آن استنباط کرد ولی تعیین هر یک از دو معنی در حدیث معلوم نیست و همین امر موجب اجمال می‌گردد و علم اجمالی به یکی از دو معنی مفید نیست. از طرفی جامعی هم میان این دو معنی وجود ندارد. پس هرچند حدیث را از حیث سند نیز صحیح تلقی کنیم با احتمال اراده معنی خدیعه از کلمه غرر، ظهور حدیث در خطر با مانع روبرو است (توحیدی، ج: ۱۵/ ۲۵۷: ۱۳۶۸).

در مورد مسئله سوم هر چند ممکن است گفته شود که حدیث صرفاً در مورد بیع وارد شده و غرر در این عقد مورد نهی قرار گرفته است ولی علت نهی از بیع همانا غرر می‌باشد و بیع خصوصیتی ندارد که غرر فقط در مورد آن نهی شده باشد. علاوه بر اینکه در برخی روایات نهی از غرر بطور کلی آمده است و صحابی که آنرا نقل نموده‌اند آشنای به لغت بوده و اگر از قول پیامبر (ص) استفاده عموم نمی‌کردند آنرا بدین نحو بیان نمی‌نمودند (انصاری، ج: ۱۱/ ۱۵۳: ۱۴۱۰ ق و الضریر، ۶۶: ۱۴۱۰ ق و محمدی، ۷۳: ۱۳۷۳).

۶. شرایط غرر مؤثر

منظور از غرر مؤثر غرری است که معامله را از حال صحت خارج نماید مانند معلوم نبودن جنس مورد معامله که موجب بطلان معامله می‌شود. در برابر، غرر غیر مؤثر به غرری گفته می‌شود که در صحت و سقم معامله نقشی نداشته و معامله با وجود چنین غرری صحیح است.

اصولاً نفی انواع غرر در معاملات اگر غیر ممکن نباشد دشوار است و رعایت نفی غرر قلمرو معاملات را تا حدود زیادی محدود می‌سازد. به همین جهت برخی از اقسام غرر در معاملات قابل پذیرش بوده و تعدادی از آنها موجب بطلان عقد می‌گردند که در این قسمت به بیان شرایط غرر مؤثر در صحت عقد می‌پردازیم.

۱. غرر در معاملات معوض مؤثر است.

هرچند نهی وارد در حدیث نبوی در مورد بیع وارد شده است ولی بیع خصوصیتی ندارد که این حکم اختصاص به آن داشته باشد و اصولاً علت نهی، غرر است که با وجود آن در هر عقد معوضی باید حکم به بطلان نمود. علاوه بر اینکه برخی روایات به صورت نهی نبی (ص) از غرر وارد شده و بنای عقلا نیز اختصاص به بیع ندارد و سیره مسلمانان که مستمر و متصل به زمان معصوم می‌باشد و نوعی سنت تقریری و حجت است، غرر را در تمام معاملات معوض مؤثر می‌داند (انصاری، ۱۴۱۰ و محمدی، ۱۳۷۳).

غرر در عقود مجانی بی تأثیر است زیرا غرر در این عقود با خطر همراه نیست با این حال برخی از علما تأثیر غرر در عقود غیرمعوض مانند وکالت را پذیرفته‌اند (انصاری، ۱۴۱۰).

در موردی که موضوع عقد هبه به عنوان شاخصترین عقد مجانی مجهول است به دلیل اصل صحت و اینکه عقود تبرعی مبتنی بر مغاینه نمی‌باشند عقد صحیح است. همچنین جهالت در نوع، مقدار و وصف موهوبه بدون زیان بوده و غرر در این مورد مؤثر نیست. هر چند میان فقهای امامیه قول خلاف نیز وجود دارد و برخی آنرا باطل دانسته و گروهی در صورت علم واهب و جهل متهدب عقد را صحیح می‌دانند (حسینی، العاملی، ج: ۱۸/۲۷۹: ۱۴۱۸ ق).

اشاره به سؤال و جواب زیر از مرحوم سید محمد کاظم یزدی در روشن شدن مطلب مفید به نظر می‌رسد:
سؤال: ضعیفه عقیمه بوده، تمام مایملک خود را مصالحه کرده است به پسر برادر خود به یکصد درم گندم و صد دینار پول، و مال المصالحه را ابراء کرده است. و در ضمن عقد خارج لازم، شرط کرده است بر متصالح که هر ماهی سه من آرد و پنج قران به او بدهد و اگر مخارج زیادتر لازم شود، نیز بدهد و بعد از موت او مخارج کفن و دفن او را متحمل شود، تمام اینها از مال خودش مجاناً، آیا این مصالحه سفهی است و باطل است یا نه؟

جواب: هرگاه در مصالحه اولی شرطی نشده است، مصالحه اولی صحیح و لازم است. و اما عقد دوم خارج لازم، پس اگر محاباتی بوده است، به اینکه مثلاً یک ربع نبات را مصالحه کرده است به یک ورقه، و شروط مذکوره را در آن ذکر کرده است، آن نیز صحیح است. و اگر مبنی بر مغاینه و مذاقه بوده است، مثل اینکه ملکی را مصالحه کرده است به قیمت عادلانه آن، و در ضمن آن شروط مذکوره را ذکر کرده است، صحت آن از جهت غرر مشکل است. لکن ضرری به مصالحه اولی ندارد (یزدی، ۱۲۸: ۱۳۷۶).

در عقود معوض غیر مالی مانند نکاح نیز غرر مؤثر نیست. زیرا در این عقود موضوع معامله مال نمی‌باشد هر چند این عقود آثار مالی داشته باشند. پس اگر غرری در مهر وجود داشته باشد موجب بطلان نکاح نمی‌شود چرا که طرفین عقد نکاح به مقاصد مالی با یکدیگر ازدواج نمی‌کنند و در مورد آثار مالی نیز بنا را بر مسامحه گذاشته‌اند.^۶

۲.۶. غرر باید به حدی باشد که موجب اتمام معامله به آن شود.
پس غرری که عقلاً از آن تسامح کرده و عرف و عادت بر آن قرار گرفته موجب بطلان عقد نمی‌شود (انصاری، ج: ۱۱/۷۸: ۱۴۱۰ ق و حسینی، العاملی، ج: ۸/۴۹۴: ۱۴۱۸ ق).

فقها در اصل این قاعده که معاملات غرری باطل است اختلاف ندارند ولی در تعیین مصداق با اختلاف نظر مواجه می‌شوند. فقیهی معامله خاص را غرری و باطل می‌شمرد درحالیکه فقیه دیگر این مقدار از غرر را مؤثر نمی‌داند. برای مثال اگر مدت اجاره یک ماه قمری باشد با احتمال اینکه ماه بیست و نه روز یا سی روز خواهد بود ولی این میزان غرر را هیچکس مؤثر نمی‌شمرد درحالیکه اگر جنس مبیع معلوم نباشد تمام صاحب‌نظران عقد را بدلیل غرری بودن باطل می‌دانند. موارد اختلاف دیگری نیز وجود دارد. مثلاً در مورد شرکت ابدان، میان فقهای امامیه و علمای اهل سنت اختلاف نظر است. درحالیکه فقهای امامیه بر بطلان شرکت ابدان اتفاق نظر دارند (حسینی، العاملی، ج: ۱۶/۵۸۱: ۱۴۱۸ ق)، فقهای عامه این میزان غرر را در شرکت مزبور پذیرفته‌اند (الضریب، ۵/۶: ۱۴۱۰ ق).

کثرت و قلت در غرر از امور نسبی می‌باشد که برحسب زمان و مکان و نوع نگرش به مسئله موجب اختلاف می‌گردد و از همین روست که یافتن حد فاصل میان غرر کم و زیاد کار دشواری می‌نماید. البته برخی از فقها سعی در بدست آوردن ضابطه عرفی در این موضوع نموده‌اند. به عقیده ایشان غرر باید به اندازه‌ای باشد که موجب زیان شود و این مفهوم با مراجعه به عرف مشخص می‌شود و اختلاف فقها بیشتر در فهم از عرف است (حسینی، العاملی، ج: ۱۸/۲۸۰: ۱۴۱۸ ق).

بعضی از علمای حقوق نیز نسبی بودن غرر را از محسنات فقه اسلامی برشمرده و می‌گویند چنین موضوعاتی باعث پویایی فقه می‌شود زیرا مفهوم غرر و میزان آن در معاملات از حیث زیادی و کمی بسته به زمان و مکان انجام معامله متفاوت است و نهی از معاملات غرری با این بیان در هر زمان و مکانی معنی خاص خود را خواهد داشت که جوابگوی نیاز همان زمان یا همان مکان می‌باشد (الضریب، ۵۹۱: ۱۴۱۰ ق).

۳.۶. غرری مؤثر در صحت معامله است که مربوط به مورد آن باشد.

به عبارت دیگر اگر غرر مربوط به توابع و لوازم مورد معامله باشد خدشه‌ای به صحت معامله وارد نمی‌کند زیرا توابع و لوازم، موضوع معامله نیستند و اصالتاً مورد قصد طرفین نمی‌باشند که غرر در آنها موجب بطلان معامله شود (حسینی العاملی، ج: ۸ / ۴۹۳: ۱۴۱۸ ق).

البته برخی معتقدند که اگر موضوع عقد مجهول باشد معامله صحیح نیست ولی اگر به معلوم ضمیمه شود به دلیل انضمام، صحیح و جایز است زیرا از معلوم تبعیت می‌کند. بعضی برعکس حتی شرط مجهول را نیز موجب غرری شدن معامله می‌دانند و می‌گویند بر فرض که مجهول بودن مورد شرط را غیر از مورد معامله بدانیم نهی از غرر مطلق بوده و شامل موضوع شرط نیز می‌شود و لذا در هر صورت شرط باطل است و فقط می‌توان در باطل بودن آن اشکال کرد (انصاری، ج: ۳ / ۲۳: ۱۳۷۲).

در صورت پذیرش نظر نخست که غرر در لوازم و توابع معامله را مؤثر در صحت آن نمی‌داند در مورد ضابطه تشخیص تابع معیارهایی به شرح زیر بیان شده است:

(الف) از کلام برخی استفاده می‌شود که اگر مجهول، جزیی از مورد معامله باشد معامله صحیح نیست ولی اگر موضوع شرط مجهول باشد معامله صحیح است (حسینی العاملی، ج: ۸ / ۵۰۰: ۱۴۱۸ ق).

(ب) گروهی تابع را آن چیزی می‌دانند که موجب زیان نشود هر چند مقصود طرفین قرار گیرد (همان).

(ج) بعضی تابع را آنچه می‌دانند که از نظر عرف مورد قصد طرفین در معامله نباشد (انصاری، ج: ۳ / ۲۴: ۱۳۷۲).

در نهایت جهت روشن‌تر شدن موضوع، سئوال و جواب زیر را از مرحوم سید محمد کاظم یزدی خاطر نشان می‌سازیم:

سئوال: چه می‌فرمایید در این مسئله شرعیه که هرگاه شخصی اجاره نماید از شخصی یک دانگ مشاع از شش دانگ قریه معینه و سه دانگ مشاع از قریه دیگری از املاک موجر با توابع شرعیه و لواحق عرفیه ده ساله، هر سالی به مبلغ معین صدوپنجاه لیره عین عثمانی را، و شرط نماید که اگر قیمت لیره از شش تومان قرار زیاده شد، خسارت زیاده بر عهده موجر باشد. و ایضاً شرط نمود که زکات غله حاصله را هم موجر باید بدهد. آیا این جور معامله صحیح است یا باطل؟ اجرکم عندالله و عند رسوله ضایع نخواهد شد.

جواب: بسم الله الرحمن الرحيم

صحت معامله مفروضه خالی از اشکال نیست بلکه اگر مراد از شرط بودن خسارت بر عهده موجر در صورت زیاد شدن قیمت لیره از شش تومان، این باشد که مال الاجاره در این صورت کمتر از صدوپنجاه لیره باشد به اندازه آن زیادتی، پس مال الاجاره مردد می‌شود و این موجب بطلان است. و اگر مراد این باشد که به مقدار آن زیادتی ابراء کند ذمه مستأجر را، بعید نیست صحت، لکن چون معلوم نیست، موجب غرر در معامله می‌شود، پس مشکل است. و اما شرط اینکه زکات بر موجر باشد، اگر مراد این است که زکات واجب باشد بر او، نه بر مستأجر، این باطل است، چون خلاف شرع است و اگر مراد این است که موجر تبرع کند از جانب مستأجر، باز موجب غرر است چون معلوم نیست اندازه زکات (والله العالم) (یزدی، ۳۱۳: ۱۳۷۶).

۷. معاملات غرری در قانون مدنی

در قانون مدنی ما برخلاف قانون مدنی پاره‌ای از کشورها نظیر مصر معاملات غرری دارای عنوان خاص نمی‌باشد^۷ و با تعریفی که قبلاً از معامله غرری و مصادیق آن بدست آمد قانون مدنی نیز در مقرراتی پراکنده غرر در معاملات را جز در موارد استثنایی نپذیرفته است که در ذیل پس از اشاره به موارد نهی قانونگذار از معاملات غرری به موارد استثنایی آن در قانون مدنی می‌پردازیم.

چنانکه گفته شد معامله غرری ویژه معاملاتی است که مورد آن مجهول بوده یا مقدور التسلیم نباشد. لذا مقررات قانون مدنی را در دو قسمت باید بررسی نمود اول مقرراتی که بر لزوم معلوم بودن مورد معامله تصریح می‌نمایند و دوم مقرراتی که مقدورالتسلیم بودن مورد معامله را بیان کرده‌اند.

۱.۷. لزوم معلوم بودن مورد معامله

طبق قواعد عمومی قراردادها برای صحت هر معامله باید موضوع آن در زمان انشای معامله نزد طرفین معامله بطور تفصیلی معلوم باشد و در صورت مجهول بودن مورد معامله حتی نزد یک طرف، موجب بطلان معامله می‌شود. البته قانونگذار در موارد استثنایی علم اجمالی به مورد معامله را کافی می‌داند. طبق ماده ۲۱۶ ق.م.مورد معامله باید مبهم نباشد مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است.

اینکه مورد معامله نباید مبهم باشد تعبیر دیگری از لزوم معلوم بودن مورد معامله است ولی قانونگذار در بیان قواعد عمومی قراردادها به این نکته که چه موضوعاتی از مورد معامله باید نزد طرفین معلوم باشد سخنی به میان نیاورده است. حقوقدانها با استفاده از ماده ۳۴۲ ق.م.م که در شرایط مبیع آمده است، معتقدند که مورد معامله باید از سه جهت جنس، مقدار و اوصاف مهم نزد طرفین معامله معلوم باشد. ماده مزبور مقرر داشته "مقدار و جنس و وصف مبیع باید معلوم باشد و تعیین مقدار آن به وزن یا کیل یا عدد یا زرع یا مساحت یا مشاهده تابع عرف بلد است".

استناد به مقررات بیع در قواعد عمومی از آن جهت است که قانون مدنی برگرفته از فقه امامیه می‌باشد و در متون فقهی قواعد عمومی معاملات کمتر بطور مستقل بیان شده و بیشتر مواقع فقها در بیان مقررات مربوط به بیع که شایع‌ترین عقد است به تفصیل سخن گفته‌اند و بیشتر مطالبی که در باب بیع آمده اختصاص به این عقد ندارد. از جمله موضوعات مزبور بیان شرایط مبیع می‌باشد که ماده ۳۴۲ قانون مدنی از آن موارد است.

منظور از جنس مورد معامله، ماهیت و ذات مورد معامله است و مورد معامله از آن تشکیل یافته است. مقدار نشانگر کمیت مورد معامله است که بسته به جنس آن با ضوابط متناسب مشخص می‌شود و اوصاف مهم نیز عبارتست از اوصافی که در جلب رضایت اشخاص مؤثر است هر چند در ارزش مورد معامله اثری نداشته باشد. در نهایت منظور از علم تفصیلی به مورد معامله همان علم کامل به امور سه‌گانه مذکور است.

رضای مبتنی بر امور مجهول موجب غرری گردیدن معامله شده و نتیجه‌ای جز بطلان به همراه ندارد. لازم به ذکر است که لزوم علم تفصیلی به مورد معامله بعنوان اصل برخاسته از ضرورت نظم اجتماعی و قضایی است و تراضی برخلاف آن مؤثر نمی‌باشد.

قانونگذار در معاملاتی که مبتنی بر مغایره نمی‌باشند علم اجمالی طرفین را برای صحت عقد کافی می‌داند، که از آن جمله می‌توان به مقررات عقد جعاله (ماده ۵۶۳ ق.م.م) عقد صلح (ماده ۷۶۶ ق.م.م) و عقد ضمان (ماده ۶۹۴ ق.م.م) اشاره نمود. بدیهی است در همین عقود نیز اگر مورد معامله بکلی مجهول باشد آن عقد باطل خواهد بود (شهیدی، ۲۱۴: ۱۳۷۷).

۲.۷. لزوم مقدورالتسلیم بودن مورد معامله

برای صحت هر معامله باید مورد آن مقدورالتسلیم باشد یعنی انتقال‌دهنده مال یا حق یا تعهد باید توانایی تسلیم مورد قرارداد به منتقل‌الیه یا متعهدله را داشته باشد والا معامله مربوط به آن مورد باطل است. البته قانون مدنی این شرط را برای مورد معامله در قواعد عمومی قراردادها بیان نکرده است ولی در شرایط مبیع ماده ۳۴۸ آن قانون مقرر می‌دارد: "بیع چیزی که خرید و فروش آن قانوناً ممنوع است و یا چیزی که مالیت و یا منفعت عقلایی ندارد یا چیزی که بایع قدرت بر تسلیم آن ندارد باطل است مگر اینکه مشتری خود قادر بر تسلیم باشد".

چنانکه در تفاسیر حقوقدانها آمده است این ماده یک اصل است و شامل همه عقود می‌باشد (جعفری لنگرودی، ج: ۱/ ۵۲: ۱۳۶۹ و شهیدی، ۳۰۸: ۱۳۷۷). علاوه بر اینکه قانونگذار در عقود دیگر همانند اجاره (ماده ۴۷ ق.م.م) و وکالت (ماده ۶۶۲ ق.م.م) بر لزوم این شرط تأکید نموده و در صورتی که مورد معامله مقدورالتسلیم نباشد معامله باطل شناخته می‌شود (شهیدی، ۳۰۷: ۱۳۷۷).

در پایان ذکر این نکته قابل توجه است که قانونگذار برخی معاملات را حتی با فقدان علم اجمالی به مورد آن بطور استثنایی صحیح شمرده است. برای مثال در موردی که شخصی برای دیگری بموجب قرارداد حق انتفاعی به مدت عمر آن شخص یا خود یا شخص ثالث برقرار می‌نماید و آنرا عمری می‌نامند طبق ماده ۴۱ ق.م. صحیح است حال آنکه طول عمر اشخاص بهیچ وجه از پیش معلوم نمی‌باشد. طبق ماده مزبور "عمری حق انتفاعی است که بموجب عقدی از طرف

مالک برای شخص ب مدت عمر خود یا عمر منتفع و یا عمر شخص ثالثی برقرار شده باشد. همچنین در ماده ۶۵۵ ق.م. گرویندی در مواردی جایز شمرده شده است. طبق ماده بالا در دوانیدن حیوانات سواری و همچنین در تیراندازی و شمشیر زنی گرویندی جایز و مفاد ماده قبل در مورد آنها رعایت نمی‌شود. لازم به ذکر است که قانونگذار در ماده قبل قمار و گرویندی را باطل شمرده و فقط گرویندی در موارد مندرج در ماده ۶۵۵ ق.م. استثنا شده است.

۸. مطالعه تطبیقی

۸.۱. معاملات غرری در حقوق مصر

حقوقدانان مصر از معاملات غرری به عقود احتمالی تعبیر می‌نمایند که در زیر به برخی از تعاریف می‌پردازیم: دکتر سنهوری عقد احتمالی را عقدی می‌داند که در زمان انعقاد آن، هیچ یک از طرفین عقد توان تعیین مقدار مالی که می‌دهند یا می‌گیرند را نداشته باشند مگر در آینده و به تبع امری محتمل‌الحصول یا امری حتمی که وقت حصول آن معلوم نیست. برای مثال اگر بیعی واقع شود که ثمن آن عبارت باشد از پرداخت مستمری دوران حیات بایع، هر چند بایع مالی را که منتقل می‌کند معلوم است ولی مقدار ثمنی که در ازای آن می‌گیرد قابل اندازه‌گیری نیست مگر به موت بایع که امری محقق‌الحصول است لکن زمان آن مشخص نیست. در چنین معامله‌ای عقد نسبت به مشتری نیز احتمالی است. گرویندی مثالی است برای نوع دوم از معاملات احتمالی که تعیین مقدار مورد عقد منوط بر امری محتمل‌الحصول می‌باشد (سنهوری، ۴۰: بی تا).

دکتر عبدالسلام ذهنی با قدری تفاوت در تعریف عقد احتمالی می‌گوید عقدی است که در زمان انجام آن هیچ یک از طرفین یا یکی از ایشان توان شناخت مقدار سود یا زیان حاصل از عقد را نداشته باشند (به نقل از الضریر، ۴۷: ۱۴۱۰ق).

در مقایسه میان دو تعریف می‌توان گفت در تعریف نخست عقد احتمالی عقدی است که از جانب طرفین آن احتمالی است در حالیکه طبق تعریف دوم حتی اگر عقد از جانب یکی از طرفین عقد نیز احتمالی باشد برای احتمالی نامیدن عقد کافی است.

گروهی این اختلاف را فقط نظری دانسته و معتقدند که عملاً نمی‌توان عقدی را که از سوی یکی از طرفین معامله احتمالی باشد تصور نمود زیرا این احتمال به طرف دیگر عقد نیز سرایت می‌کند (الضریر، ۴۹: ۱۴۱۰ ق).

این سخن زمانی صحیح است که عقد احتمالی را مترادف با عقد غرری ندانسته و عقود غرری را اعم از عقود احتمالی فرض کنیم. به عبارت دیگر عقد احتمالی نوع خاصی از عقود غرری است که تعیین مقدار مورد معامله در آن بستگی به حدوث امری در آینده دارد.

قانون مدنی مصر که برگرفته از حقوق اسلام است در باب چهارم از کتاب دوم تحت عنوان عقود معین، چهار عقد را بعنوان عقود غرری نامبرده است. این چهار عقد عبارتند از: قمار، گرویندی، بیمه و مستمری دوران حیات. در ادامه به تعاریف این عقود از قانون مزبور اشاره می‌شود.

قمار عبارت از عقدی است که بموجب آن طرفین تعهد می‌کنند تا در صورت باختن، مالی را به دیگری بپردازند. گرویندی نیز عبارتست از عقدی که طی آن طرفین ملتزم می‌شوند که اگر سخنشان واقعیت نداشته باشد مبلغی نقد یا مالی دیگر به طرف مقابل بپردازند.

چنانکه از تعاریف بدست می‌آید در قمار و گرویندی، هیچ یک از طرفین آگاه به سرنوشت عقد نیستند و لذا این عقود غرری محسوب می‌شوند. طبق ماده ۷۳۹ قانون مدنی مصر هر دو عقد باطل بوده و اگر از بابت این عقود مبلغی دریافت یا پرداخت شده باشد مسترد شود.

اصل بطلان گرویندی در ماده ۷۴۰ قانون مدنی مصر دارای دو استثنا می‌باشد: اول شرط بندی در بازی‌های ورزشی است که البته قاضی در تعیین مبلغ آن می‌تواند دخالت نماید. دوم بخت آزمایی که بعنوان امانه محسوب گردد.

بموجب ماده ۷۴۷ قانون مدنی مصر، بیمه عقدی است که طی آن بیمه‌گر در برابر بیمه‌گذار یا شخص ثالث، در ازای مبلغی که بعنوان حق بیمه دریافت می‌کند، تعهد به پرداخت مالی می‌نماید. پرداخت توسط بیمه‌گر منوط به وقوع حادثه یا خطری است که در قرارداد پیش‌بینی شده است.

چون عاقبت عقد بیمه بر طرفین پوشیده است پس عقد بیمه جزء عقود غرری است. بیمه‌گذار در برابر اقساطی که به بیمه‌گر می‌پردازد نمی‌داند که آیا موضوع بیمه اتفاق خواهد افتاد یا نه.

همچنین بیمه‌گر نیز در زمان انعقاد عقد نمی‌تواند بطور قطع بگوید که چه مقدار به بیمه‌گذار خواهد پرداخت. البته لازم به ذکر است که بیمه‌گر می‌تواند طبق آمار و بطور کلی بگوید که در برابر چه مقدار حق بیمه، چه میزان پرداخت صورت می‌گیرد ولی این موضوع باعث خروج عقد بیمه از حال غرر نمی‌گردد زیرا این امکان برای بیمه‌گر در مورد هر عقدی وجود ندارد. بیمه عقدی است معلق که معلق‌علیه آن از حیث حدوث یا زمان آن مجهول است مانند بیمه آتش‌سوزی و بیمه عمر.

پرداخت مستمری زمان حیات از دیگر عقود غرری است که از ماده ۷۴۱ تا ۷۴۶ قانون مدنی مصر به آن اختصاص یافته است. مطابق ماده ۷۴۱ قانون مزبور "جایز است که شخصی پرداخت مستمری دیگری را تعهد نماید. این تعهد می‌تواند معوض یا تبرعی باشد همچنانکه می‌تواند بعنوان عقدی مستقل منعقد شود یا در قالب وصیت بدان عمل گردد". ماده ۷۴۲ همان قانون مقرر داشته: "پرداخت مستمری زمان حیات می‌تواند به مدت عمر متعهدله یا متعهد و یا شخص ثالث باشد. اگر پرداخت مستمری به مدت عمر متعهدله قرار داده شود منوط به آن است که اتفاق خاصی که خلاف مقتضای عقد باشد رخ ندهد".

در این عقد تعهد به پرداخت مستمری با مرگ پایان می‌پذیرد و در وقوع آن تردیدی نیست ولی جهل در زمان فرا رسیدن آن می‌باشد و لذا تعداد اقساطی که بابت مستمری باید پرداخت شود مجهول است تا زمان مرگ و از همین جهت عقدی احتمالی است. باید توجه داشت که اگر مدت پرداخت مستمری از قبل تعیین شود مصداق مانحن فیه نبوده و عقد دیگری است زیرا در چنین صورتی عنصر احتمالی در عقد وجود ندارد.^۸

۲.۸. معاملات غرری در حقوق فرانسه

غرر از کلماتی است که در حقوق اسلامی شناخته شده است و معاملات غرری با مفهوم و قلمروی که در حقوق اسلام دارند در قوانین خارجی به چشم نمی‌خورند. آنچه می‌توان به عنوان معادل معاملات غرری در قانون مدنی فرانسه مشاهده کرد عقد احتمالی^۹ است.

طبق قسمت اخیر ماده ۱۱۰۴ قانون مدنی فرانسه "اگر عقد مبتنی بر سود یا زیان نامعین یا مجهولی باشد قرارداد احتمالی است"^{۱۰} با این بیان، عقود احتمالی عقود هستند که در مقابل قراردادهایی که کیفیت و حدود تعهدات طرفین بلافاصله پس از وقوع آن ایجاد می‌شود قرار می‌گیرند (کاتبی، ۱۳۶۳).

در قراردادهای احتمالی هریک از طرفین قرارداد سود یا زیان غیرقابل پیش‌بینی را می‌پذیرند. برای مثال در فروش یک ملک در ازای منافع مادام‌العمر، اگر فروشنده - طلبکار منافع - زود فوت کند، خریدار سود سرشاری خواهد داشت. اما اگر فروشنده جزء معمرین باشد خریدار سود زیادی نمی‌برد. با این توضیح عقد بیمه نیز جزء عقود احتمالی است زیرا بیمه‌گذار خطر را می‌پذیرد و ممکن است با پرداخت حق بیمه هیچ اتفاقی نیفتد در چنین صورتی بیمه‌گذار مجاز به استرداد حق بیمه‌های پرداختی به بیمه‌گر نمی‌باشد. برای بیمه‌گر این خطر برعکس است (استارک و همکاران، ۳۷: ۱۹۹۳ م).

۹. نتیجه‌گیری

معامله غرری عبارتست از معامله‌ای که توأم با خطر بوده و طرفین معامله با وجود چنین خطری توان سنجش سودمندی یا زیانباری معامله را ندارند. قول مشهور میان فقهای امامیه مصادیق چنین معامله را حالتی می‌دانند که موضوع معامله مجهول یا دستیابی به آن غیرمقدور باشد.

در حقوق اسلامی پرهیز از انجام معاملات غرری مستند به روایات است و نص صریحی در کتاب که بصورت مستقل دلالت بر بطلان آن نماید وجود ندارد. البته شارع در بعضی از معاملات همانند عقد ضمان که مبتنی بر مسامحه است غرر را بی تأثیر می‌داند.

اصولاً غرر در معاملات معوض مالی مؤثر می‌باشد و در عقود مجانی یا غیرمالی که مبتنی بر مغاینه نمی‌باشند بی تأثیر است. اجتناب کامل از غرر در معاملات اگر نگوئیم غیرممکن است امری دشوار می‌باشد ولی غرر نیز نباید به حدی باشد که موجب اتصاف معامله به آن شود. همچنین غرر مؤثر، مربوط به موضوع معامله است و وجود غرر در لوازم و توابع مورد عقد، خللی به صحت آن وارد نمی‌کند.

در قانون مدنی ایران که برگرفته از فقه امامیه است مقررات منسجمی در باب معاملات غرری وجود ندارد و قانونگذار در ضمن مباحث مربوط به معاملات بطور پراکنده بر پرهیز از غرر تأکید دارد. معامله‌ای که موضوع آن مجهول یا غیر مقدورالتسلیم باشد به حکم قانون باطل است ولی این قاعده دارای استثنا می‌باشد.

در حقوق سایر کشورهای اسلامی نیز بر اجتناب از غرر تأکید شده و در حقوق مصر معاملات غرری دارای عنوان مستقلی هستند که ذیل آن قانونگذار به بیان احکام معاملات مزبور می‌پردازد. در سایر سیستم‌های حقوقی، معامله غرری با مفهومی که در حقوق اسلامی دارد به چشم نمی‌خورد. در حقوق فرانسه معاملات احتمالی وضعیت مشابه با معاملات غرری داشته و مهمترین مصداق چنین معامله‌ای عقد بیمه می‌باشد که به دلیل ضرورت‌های اجتماعی مورد پذیرش قرار گرفته است.

سپاسگزاری

در پایان از جناب آقای محمدعلی خورسندیان به جهت راهنمایی‌های ارزنده‌ای که در گردآوری و نگارش مطالب فرمودند و نیز آقای محمد معصومی که در ترجمه متون فرانسه همکاری نمودند تشکر می‌نمایم.

یادداشتها

- ۱ - علامه (ره) در کتاب تذکره از قول اهل لغت بیع غرر را با این دو مثال توضیح داده است.
- ۲ - برای دیدن پاسخ مراجعه شود به کتاب مصباح الفقاهه، ج ۵، ص ۲۵۷.
- ۳ - اگر شخص عملیاتی انجام دهد که موجب فریب طرف معامله شود برابر ماده ۴۳۸ ق.م.م. ارتکب تدلیس شده و طبق ماده ۴۳۹ همان قانون برای طرف مقابل حق فسخ ایجاد می‌شود؛ ماده مزبور مقرر می‌دارد: "اگر بایع تدلیس نموده باشد مشتری حق فسخ بیع را خواهد داشت و همچنین است بایع نسبت به ثمن شخصی در صورت تدلیس مشتری".
- ۴ - برای مثال در مورد بیع سه آیه وارد شده است: آیه ۲۷۵ سوره بقره، آیه ۲۸۲ سوره بقره، آیه ۹ سوره جمعه.
- ۵ - حدیث مزبور در تمام صحاح جز صحیح بخاری نقل شده و مورد استناد فقهای عامه می‌باشد. در اغلب کتب فقهای امامیه نیز این روایت مورد استناد قرار گرفته است هر چند تردیدی در ضعف سند آن وجود ندارد.
- ۶ - ماده ۱۱۰۰ ق.م.م. مقرر می‌دارد: "در صورتیکه مهرالمسمی مجهول باشد یا مالیت نداشته باشد یا ملک غیر باشد در صورت اول و دوم زن مستحق مهرالمثل خواهد بود و در صورت سوم مستحق مثل یا قیمت آن خواهد بود مگر اینکه صاحب مال اجازه نماید".
- ۷ - البته عنوان فصل دوازدهم از عقود معین "در قمار و گروندی" است که از اقسام معاملات غرری می‌باشند.
- ۸ - این عقد در حقوق اسلام قابل مقایسه با عمری می‌باشد و مقررات آن در قانون مدنی ایران در ماده ۴۱ پیش‌بینی شده است. در حقوق بیمه نیز قابل قیاس با بیمه پیری و از کارافتادگی و بیمه بازنشستگی کشوری است. برای مطالعه بیشتر مراجعه کنید به مدنی کرمانی، عارفه، حقوق بیمه، مجمع علمی و فرهنگی مجد.

9- Contrat aleatoire

10- Art. 1104. II est commutatif lorsque chacune des parties s'engage a donner ou a faire une chose qui est regard'ee comme l'equivalent de ce qu'on lui donne, ou de ce qu'on fait pour elle.

Lorsque l'equivalent consiste dans la chance de gain ou de perte pour chacune des parties, d'apres un evenement incertain, le contrat est aleatoire.

منابع

الف: منابع فارسی

- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۶۹). حقوق تعهدات، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ج: ۱.
 شهیدی، مهدی. (۱۳۷۷). تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران: نشر حقوقدان.
 کاتبی، حسینقلی. (۱۳۶۳). فرهنگ حقوقی فرانسه - فارسی، تهران: گنج دانش.
 محمدی، ابوالحسن. (۱۳۷۳). قواعد فقه، تهران: نشر یلدا.
 یزدی، سیدمحمد کاظم. (۱۳۶۷). سؤال و جواب، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

ب: منابع عربی

- آخوند خراسانی، ملامحمد کاظم. (۱۴۰۹ ه.ق.). کفایه الاصول، قم: مؤسسه آل البيت.
 ابن اثیر. (۱۳۶۴). النهایه فی غریب الحدیث و الاثر، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
 ابن منظور. (۱۴۰۸ ه.ق.). لسان العرب، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
 ابوالحسین احمدبن فارس بن زکریا. (۱۴۰۴ ه.ق.). معجم مقاییس اللغة، قم: مکتب الاعلام الاسلامی.
 انصاری، مرتضی. (۱۴۱۰ ه.ق.). مکاسب، قم: مؤسسه دارالکتاب، ج: ۱۱.
 انصاری، مرتضی. (۱۳۷۲). کتاب المکاسب، قم: انتشارات اسماعیلیان، ج: ۳.
 توحیدی، محمدعلی. (۱۳۶۸). مصباح الفقاهه (تقریرات بحث سید ابوالقاسم خوئی)، قم: انتشارات وجدانی، ج: ۵.
 الجزیری، عبدالرحمن. (۱۴۰۶ ه.ق.). کتاب الفقه علی المذاهب الاربعه، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ج: ۲.
 حسینی العاملی، سید محمد جواد. (۱۴۱۸ ه.ق.). مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، بیروت: دارالتراث، ج: ۸ و ۱۸.
 خونساری، موسی. (۱۳۷۳ ه.ق.). منیه الطالب (تقریرات میرزا حسین نائینی)، تهران: چاپخانه حیدری، ج: ۱.
 سنهوری، عبدالرزاق احمد. (بی تا). الموجز فی النظریه العامه للالتزامات فی القانون المدنی المصری، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
 الضریب، الصدیق محمد الامین. (۱۴۱۰ ه.ق.). الغرر و اثره فی العقود فی الفقه الاسلامی. بیروت: دار الجیل.
 الطریحی، فخرالدین. (۱۴۰۳ ه.ق.). مجمع البحرین، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
 موسوی بجنوردی، میرزا حسن. (۱۳۸۹ ه.ق.). القواعد الفقهیه، نجف اشرف: مطبعه الاداب، ج: ۱.
 نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۰ ه.ق.). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ج: ۲۲.

ج: منابع فرانسه

Stark, Brois & Roland, Henri & Boyer, Laurent. (1993). *Obligations (Contrat)*, Paris: Librairie de la Cour Cassation.