

دلیل نفی غرر و میزان اثرگذاری آن بر معاملات

محمدعلی تسخیری^۱

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۱/۴/۳۱، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۲/۳/۲۵)

چکیده

مسئله نفی غرر در معاملات، ابعاد وسیعی در مباحث فقهی، معاملاتی نزد علمای اسلام دارد و شاید بتوان گفت که نفی غرر یکی از ویژگیهای معاملات مشروع در اسلام است؛ زیرا بسیاری از قوانین وضعی بشری، آشکارا از عقود غرری مثل شرط بندی و قمار حمایت کرده‌اند و در عصر حاضر به عقودی که غرر کمتر دارد روی آورده‌اند. آنچه بررسی و مطالعه غرر را اهمیت بیشتری بخشیده، آن است که موارد مشکوک آن بسیار است؛ زیرا هرگونه که آن را تفسیر کنیم درجات کمتر یا متوسطی از آن را در معاملات بسیاری که شرعاً قابل قبول هستند، می‌یابیم بنابراین باید میان هر یک از این موارد، تمییز قائل شویم. علاوه بر این، عقود وجود دارد که در قوانین بشری به قراردادهای «غرری» موسوم هستند و برخی از آنها به فقه اسلامی نیز راه یافته و بسیاری از فقها آنها را پذیرفته‌اند و برخی دیگر برخورد احتیاط‌آمیزی با آنها دارند، نظیر قراردادهای بیمه. در پژوهش حاضر، غرر در ابعاد مختلف بررسی شده است: (۱) تعریف عرفی و دور از هرگونه تصنع «غرر»؛ (۲) معنای اصطلاحی و فقهی آن، اگر اصطلاح فقهی خاصی وجود داشته باشد؛ (۳) در نظر گرفتن درجات قابل قبول و نیز درجات غیرقابل قبول آن؛ (۴) توجه به تأثیر آن بر مجموعه عقود و ایقاعات شناخته شده و در واقع توجه به دلایل نفی از غرر در برخی عقود مثل

۱. مشاور عالی مقام معظم رهبری در امور جهان اسلام و دبیرکل پیشین مجمع جهانی تقریب مذاهب اسلامی

پیش‌فروش میوه (روی درخت و قبل از ظاهر شدن آن)، پیش‌فروش آنچه غواص از درون آب (دریا یا نهر) بیرون می‌آورد (قبل از مشخص شدن نوع و مقدار آن)، فروش ماهی در آب (قبل از صید) و فروش شیر در پستان حیوانات (که مقدارش معلوم نیست)، فروش پیمان‌های از یک خرمن (که جنس آن معلوم نیست)؛ (۵) توجه به تأثیر آن، نسبت به قراردادهای جدیدی چون بیمه، بیمه مجدد و بلیت بخت‌آزمایی.

کلیدواژه‌ها: غرر، نفی غرر، فریب، جهالت.

معنای لغوی و عرفی غرر

در *لسان‌العرب* ذیل ماده (غرر) بحث مفصلی وارد شده که فرازهایی از آن را نقل می‌کنیم: «غره یغره غراً و غروراً و غره، فهو مغرور: خدعه و اطمعه بالباطل» یعنی او را فریب داد و به باطل تطمیع کرد و گفته می‌شود: «انا غریک من فلان» یعنی تو را از فلان کس، برحذر می‌دارم و گفته شده است: «بیع الغرر» یعنی معامله‌ای که ظاهری فریبنده برای مشتری و باطنی نامعلوم دارد (ابن منظور، ۱۴۰۸ق، ۴۱/۱۰).

موسوعه فقهی کوبیتی یادآور شده که کتب لغت، این تعبیر یعنی غرر را به خطر تفسیر کرده‌اند (*الموسوعة الفقهية*، ۱۴۱۴ق، ۱۸۶/۹).

این تفسیر در *المکاسب* شیخ انصاری نیز آمده است؛ آنجا که روایتی از امام علی (ع) نقل کرده و غرر را به عملی که مصون از ضرر نیست، تفسیر کرده است. سپس یادآور شده است که صحاح «غَرَّة» را به غفلت تفسیر کرده‌اند و «اغتر بالشیء» را به معنای فریب چیزی را خوردن و «غرر» را به معنای خطر گرفته است. سپس معنای «غرر» را از نظر قاموس ذکر کرده که خلاصه تفسیر قاموس این است: «غَرَّة» یعنی فریب داد او را و به باطل تطمیع کرد ... تا آنجا که می‌گوید: غرر بنفسه تغیراً یا تغره، یعنی خود را در معرض هلاکت قرار داد. اسم این ماده غَرَر است. تا آنجا که می‌گوید: الغار به معنای غافل و اغتر یعنی غفلت کرد و اسم از آن الغَرَّة با کسر است.

در *النهایه* پس از تفسیر *الغرّة* به غفلت آمده که: از بیع غرر نهی شده است، به معنای فروش چیزی که ظاهری فریبنده و باطنی مجهول دارد (ابن اثیر، ۱۳۶۷ش، ۳/۳۵۵).

ازهری گفته است: بیع غرر، فروش چیزی است که مورد اطمینان نیست و شامل فروشهایی است که خریدار و فروشنده از چندوچون مورد فروش، خبر ندارند (ازهری، بی تا، ۸۴/۱۷). شیخ انصاری در این باره اظهار نظر می‌کند که: همگان متفقند که جهالت در معنای غرر، اعم از جهل نسبت به اصل وجود کالا یا به دست خریدار رسیدن آن یا بی‌خبری از کم‌وکیف صفات آن در نظر گرفته شده است (انصاری، ۱۳۷۵ق، ۱۸۵).

ابن حمزه در کتاب «*لوسیله*» می‌فرماید: غرر چیزی است که نمی‌توان مقدار آن را به طور دقیق تعیین کرد، یا چیزی است که نمی‌توان قبل از تسلیم از تلف شدن آن در امان بود و فروش اشیای دیدنی، فروش خیار رؤیت و پیش‌فروش را شامل می‌شود (ابن حمزه، ۱۳۶۷ش، ۲۴۵).

ولی امام خمینی (ره) می‌فرماید: «در کتب لغت این تعبیر فقهی (غرر) لزوماً به جهالت تفسیر نشده است و عناوین ذکر شده برای آن حتی «غفلت» غیر از عنوان جهالت و نادانی است؛ بنابراین ارجاع آن به این مفهوم و سپس تعمیم آن به طوری که جهالت در تحقق و حصول را برساند، چیزی نیست که کتب لغت و یا عرف با آن همخوانی داشته باشد».

آن‌گاه به بحث و بررسی ارجاع همه این معانی به یک معنا و ضرورت آن، پرداخته و می‌گوید: «چه بسا منشأ آن، احتراز از اشتراک لفظی با این توهّم است که چنین اشتراکی خلاف منطق در لغت است. این توهّم از آنجا نشئت گرفته که تصور شده است لغات مشترک و مترادف یکدیگر در یک محیط یا از سوی یک نفر وضع شده، حال آنکه چنین نیست و احتمال بیشتر، اگر نگوییم مطمئناً آن است که طوایف گوناگون در مناطق پراکنده یا صحرائشینان دور از هم، هریک زبان ویژه خود را داشتند و هنگامی که طوایف باهم درآمیختند، زبان و لغات آنها نیز باهم مخلوط شد و چه بسا برخی از آنها پابرجا ماند و به صورت زبان جمع درآمد. شاید هم برخی لغات اصلی به فراموشی سپرده شدند؛ چیزی که در اثر آمیختگی اعراب و فارسها حاصل شد. منشأ لغات مترادف

و مشترک این است، نه آنچه برخی تصور کرده و آن را تفنن در وضع دانسته‌اند» (امام خمینی، ۱۳۶۸ ش، ۳/۲۰۵ و ۲۰۶).

آنچه از توضیحات اهل لغت به دست می‌آید آن است که: این لغت هر چند دارای مصادیق گوناگونی است، ولی معنای واحدی دارد و آن، غیر از معنایی است که مرحوم شیخ انصاری در *المکاسب* فرموده و غرر را به معنای جهالت گرفته است، بلکه غرر معنای فریب می‌دهد. ولی وقتی این معنا در مورد «بیع» مطرح باشد، نوع معینی از فریب منظور است که می‌توان آن را این‌گونه خلاصه کرد: آنچه ظاهری فریبنده و باطنی مجهول داشته باشد و آن را در معرض به خطر انداختن معامله یعنی اختلاف (بین خریدار و فروشنده) قرار می‌دهد؛ به طوری که نمی‌توان به‌هنگام نزاع، موضع مشخصی گرفت و این خود باعث ضرر، خطر و هلاک، به عنوان لازمه غالب بیع می‌شود.^۲ این شامل هر دو طرف بیع (خریدار و فروشنده) می‌شود، پس باید ابهامی که چنین نتیجه‌ای را دربر دارد، برطرف شود.

دلیل نفی غرر

از آنجا که جهل نسبت به محل و موضوع قرارداد یا مهم‌ترین ویژگی‌های آن، منجر به چنین ضرر و هلاکتی می‌شود، بسیاری معنای غرر را به جهالت و نادانی ارجاع داده‌اند که برخی روایات نیز از نظر تعیین مصادیق موضوع یا بیان علل حکم، چنین برداشتی را تأیید می‌کنند و مهم‌ترین آنها به شرح زیر است:

۲. مرحوم محقق اصفهانی (کمپانی) در تعلیقه‌ای بر نظر شیخ در *مکاسب* می‌گوید: آنچه اهل لغت در تفسیر غرر گفته‌اند، به غفلت، فریب و خطر و عملی که از ضرر در امان نیست و نیز آنچه مورد اعتماد و اطمینان نیست یا ظاهری محبوب و باطنی ناپسند دارد، برمی‌گردد و به ظن قوی، این تفسیرها هیچ‌کدام بیان معنای حقیقی غرر نیست، بلکه برخی بیان مفهوم غرر، برخی دیگر بیان لازمه غالبی غرر و دسته سوم بیان مورد غرر است و ظاهراً آن‌گونه که موارد استعمال غرر نیز آن را تأیید می‌کند، غرر به معنایی نزدیک به فریب است و لازمه دائم آن، غفلت و لازم غالبش، خطر و وقوع در ضرر است و فرد فریب خورده حالت اعتماد و اطمینان ندارد و گرنه فریب نمی‌خورد، همچنان که مورد فریب و خدعه، آنجایی است که ظاهرش پسندیده و باطن آن ناپسند باشد؛ پس نهی از غرر یا فریب، به معنای نهی از «خود را به غرر گرفتار کردن» است که همیشه از فرد غافل سرمی‌زند (اصفهانی، ۱۳۸۳ ش، ۳۰۰).

یک: آنچه شیخ صدوق در *عیون/الخبار* با اسنادی که وسایل آن را در موضوع «اسبغ الوضوء» به نقل از امام رضا(ع) از پدران نشان ذکر کرده، از حضرت علی(ع) روایت کرده که فرمودند: زمانه سختی بر مردم خواهد گذشت که طی آن، آدمی نسبت به آنچه دارد، سخت‌گیر می‌شود و نیکوکاری و بخشش را فراموش می‌کند، حال آنکه خداوند فرموده است: «نیکوکاری و بخشش میان خود را فراموش نکنید». در این زمان، گروهی اقدام به معامله با مضطر (کسی که از روی ناچاری و نیاز، کالای خود را به قیمتی کمتر از ارزش حقیقی آن می‌فروشد) می‌کنند. اینان بدترین مردم هستند؛ زیرا پیامبر خدا(ص) از بیع مضطر و بیع غرر، نهی فرموده است (حرعاملی، ۱۳۴۵ش، ۶/۳۳۰).

دو: آنچه از *مستدرک الوسائل* به نقل از صحیفه امام رضا(ع) با اسناد خود، از حسین بن علی(ع) آمده است که فرمودند: امیرالمؤمنین علی(ع) طی خطبه‌ای فرمودند: زمانی بر مردم فرا می‌رسد که اشرار بر اختیار مقدم داشته می‌شوند و بیع مضطر صورت می‌گیرد، حال آنکه پیامبر اکرم(ص) از بیع مضطر و بیع غرر و نیز فروش میوه نارسیده (روی درخت) نهی فرموده است (نوری، ۱۴۱۱ق، باب ۳۳ از ابواب آداب التجاره، ح ۱).

سه: آنچه مسلم در صحیح خود به نقل از ابوهریره آورده که گفت: «رسول خدا از بیع الحصاه (تعیین مقدار یا مساحت زمین با یرتاب کردن سنگ) و بیع غرر نهی فرموده است» (مسلم، ۱۱۵۳/۳).

چهار: آنچه در سنن بیهقی آمده که پیامبر اکرم(ص) از بیع غرر نهی کرده‌اند (بیهقی، ۱۴۱۴ق، ۳۳۹/۵).

پنج: روایت مرسلی که در آن آمده است: پیامبر(ص) از غرر نهی فرمودند (امام خمینی، ۱۳۶۸ش، ۳/۲۳۶ که شیخ طوسی در «*الخلاص*» در کتاب الضمان مسئله ۱۳ و در کتاب الشرکه مسئله ۶ و نیز ابن‌زهره در «*غنیة النزوع*» در کتاب الشرکه بدان استناد کرده‌اند).

شش: آنچه درباره فروش ماهی در آب طی حدیث ابن مسعود آمده که پیامبر(ص) فرمودند: «ماهی در آب را نخرید که غرر است» (الموسوعة الفقهية، ۱۴۱۴ق، ۲۰۱/۹ به نقل از: احمد ابن حنبل، ۳۸۸/۱ که روایت دارقطنی را صحیح دانسته است).

هفت: آنچه در کتاب دعائم الاسلام به نقل از امیرالمؤمنین علی(ع) آمده که درباره فروش ماهی در دریاها، شیر در پستان و پشم گوسفندی که هنوز چیده نشده پرسیده شد، فرمودند: هیچ کدام از اینها جایز نیست؛ زیرا مجهول و ناشناخته است و کم و زیاد می شود و غرر است (نوری، ۱۴۱۱ق، باب ۷ از ابواب عقد البیع، ح ۱).

این روایات همچنان که از عبارات فقهای ما نیز برمی آید، دارای آنچنان اسناد موتقی در نظر ایشان نیست جز اینکه اشتها خبر میان اهل سنت و شیعه، آنان را وادار به پذیرش آن کرده و ارسال آن را جبران نموده است. مرحوم شیخ انصاری می گوید: «اشتها خبر نزد عامه و خاصه، ضعف آن را جبران می سازد» (انصاری، ۱۳۷۵ق، ۱۸۵).

امام خمینی(ره) در سخن از اعتبار توانایی بر تسلیم عوضین چنین می فرماید: «هر دو گروه (شیعه و سنی) به فرموده معروف پیامبر اکرم(ص) استناد کرده اند که در وسائل و مستدرک اسانید متعدد آن، قید شده و هیچ اشکالی نیز در درستی استناد به آن وجود ندارد» (امام خمینی، ۱۳۶۸ش، ۲۰۴/۳).

حق نیز همین است؛ زیرا خبر، از آنچنان شهرتی برخوردار است که جای هیچ گونه تردیدی باقی نمی گذارد.

در وهله اول ملاحظه می شود که این روایات، نهی پیامبر(ص) را نقل به معنا می کنند و این شاید به معنای عدم امکان تمسک به اطلاق آن باشد، همچنان که ظاهراً، در پی آن نیستند که معنای جدید و اضافی به «غرر» بدهند بلکه بیشتر متکی به فهم عرفی، لغوی از آن هستند و با برداشتی که ما از کتب لغت از این تعبیر (غرر) داشتیم ظاهراً هماهنگی دارد و حتی اگر تمامی آنچه را فقها به عنوان مصادیق غرر ذکر کرده اند، مورد استفاده قرار دهیم، خواهیم دید که با آنچه گفتیم (یعنی فریب در معامله) کاملاً هماهنگی دارد. این فریب در مواردی اتفاق می افتد که ظاهر معامله،

فریبنده و باطن آن مجهول باشد، به گونه‌ای که آن را در معرض خطر معاملی، یعنی اختلاف بعد از معامله قرار دهد، به شکلی که در هنگام نزاع نتوان راه‌حلی برای آن جستجو کرد و حاصل این فرایند چیزی جز ضرر و خطر نیست.

ولی مسئله اصلی در نوع استفاده از این معنا است و اینکه منظور از آن چیست و آیا شامل مبهم بودن بیع حتی در نتایج آن هم می‌شود یا خیر؟ و آیا اضافه بر مورد بیع، به دیگر عقود هم تعمیم می‌یابد و بحثهایی از این قبیل.

نوع و اندازه ابهام (غرر)

تردیدی نیست که در عقد بیع هیچ‌گونه ابهامی نباید اصل عقد یعنی ثمن، مثنی و نحوه انتقال آن (از فروشنده به خریدار) را مورد هدف قرار دهد. حدیث غرر شامل هرگونه ابهامی در این موارد می‌شود؛ این مقتضای فهم عرفی، لغوی‌ای است که گفته شد و حدیث غرر به معنای برداشت عرفی و لغوی پیش‌گفته، همان چیزی است که همه فقها از آن برداشت کرده‌اند.

همچنان که تردیدی نیست که نتایج مبهم بعدی عقود، از این فهم عرفی به دور است؛ از جمله در معاملاتی مثل مزارعه، مساقات، مضاربه، شرکت و ... اینها قراردادهایی شرعی هستند که ابهام در نتایج آنها آگاهانه بوده و برای همین نیز [تقسیم سود در اینها] براساس نسبتهای درصدی تعیین می‌شود.

اما از جهات دیگری از قبیل موارد زیر، بحثهایی مطرح است:

الف) آیا به مقتضای این حدیث، توان تحویل عوضین (بها و کالا) شرط است؟

ب) آیا امکان دارد که ابهامی در اوصاف کیفی نیز مدنظر باشد یا اینکه مسئله منحصر به وجود ابهام در امور کمی است؟

ج) آیا در شروط نیز غرر وارد است؟

و از این قبیل مسائل فرعی که در اینجا نمی‌توانیم به همه آنها بپردازیم؛ بنابراین تنها به بیان

برخی موارد مهم اکتفا می‌کنیم:

۱- اثبات «قدرت بر تسلیم» به وسیله دلیل نفی غرر

شیخ انصاری پس از پرداختن به نظریات اهل لغت می‌فرماید: «بالجمله همگی متفق‌القولند که جهالت و نادانی را جزء معنای غرر بگیریم؛ اعم از اینکه این جهل متعلق به اصل وجود کالا یا رسیدنش به دست خریدار یا جهل در صفات کمی و کیفی آن باشد. چه بسا گفته شود غرر نهی شده، ریسکی است که نسبت به صفات کالای خریداری شده و مقدار آن باشد، نه مطلق خطر که شامل تسلیم یا عدم تسلیم آن می‌شود؛ زیرا چنین امری، در بیع هر کالای غیرحاضر در محل بیع به‌ویژه کالایی که در دریا و از قبیل آن باشد، وجود دارد و در فروش میوه (روی درخت)، محصولات کشاورزی (قبل از چیدن) و از این قبیل، امری بسیار روشن است. نتیجه، عدم لزوم ریسک در فروش کالایی است که تحویل یا عدم تحویل آن نامشخص و غیرقابل اطمینان است؛ خصوصاً اینکه این عدم اطمینان از تحویل از راه «خیار» قابل جبران است».

بر این تقریر اشکال می‌شود که ریسک نرسیدن کالا به دست مشتری، از ریسک جهل به صفات کالا (در حالی که از اصل رسیدن آن اطمینان باشد) بیشتر است، بنابراین تقیید کلام اهل لغت معنا ندارد؛ به‌ویژه پس از آنکه دو مثال مزبور (ماهی در آب و پرنده در هوا) را مطرح کرده‌اند و احتمال اینکه منظور از ذکر این دو مثال، نشان دادن بی‌اطلاعی از ویژگیهای کالای خریداری شده باشد و نه نادانی و جهل نسبت به تحویل آن، وجهی ندارد؛ زیرا شهرت طرح چنین مثالهایی در سخنان فقها، در مورد ناتوانی از تحویل است، نه جهل نسبت به ویژگیهای کالا. علاوه بر این امر می‌بایست استدلال عامه و خاصه به حدیث نبوی یادشده، به اعتبار توانایی تحویل (تسلیم) را در نظر بگیریم.

شیخ انصاری سپس می‌گوید: «فاصله بسیاری بین دو ادعا وجود دارد؛ یعنی ادعای انحصار خطر، به جهل نسبت به صفات کالا و آنچه از قواعد شهید (رحمه الله) نقل شده است که او غرر را به معامله‌ای تفسیر کرده است که ظاهرش پسندیده و باطنش ناپسند باشد. برخی گفته‌اند معنای سخن خداوند در عبارت «متاع الغرور» همین است و شرعاً به معنای جهالت در تحویل است و مجهول‌الصفات، غرر نیست. بین این دو عموم و خصوص من وجه است؛ زیرا در خرید و فروش

بنده فراری که ویژگیهایش از قبل شناخته شده بوده یا با توصیف کنونی شناخته شود، غرر هست ولی جهالت نیست و در مکیل، موزون و معدود، جهالت هست ولی غرر نیست. مواردی هم فقط جهالت شامل آن می‌شود، مثل سنگی که معلوم نیست طلا است یا نقره یا مس یا صخره؛ موارد دیگری هم هست که هم جهالت است و هم ناتوانی از دستیابی به آن، مثل برده فراری مجهول‌الصفات.

وانگهی غرر و جهل گاهی نسبت به اصل وجود کالا است، مثل برده فراری‌ای که مجهول‌الوجود باشد (مثلاً شاید مرده باشد) و گاهی نسبت به دسترسی به کالا است، مثل برده فراری معلوم‌الوجود، گاهی به جنس کالا است، مثل دانه‌ای که معلوم نیست که چیست (گندم، جو، یا عدس) یا کالایی از کالاها و گاهی به نوع کالا است، مثل برده‌ای از برده‌ها، یا به میزان و اندازه کالا است مثل پیمانهای که وزن آن نامشخص است و نیز فروش (زمین) به اندازه‌ای که این تیر می‌رسد. گاهی جهالت و غرر در عین کالا است، مثلاً فروش یکی از دو جامه (نامشخص)؛ گاهی جهالت به بقای کالا است، مثل فروش میوه (بالای درخت) قبل از آشکار شدن آن (به‌گونه‌ای که نتوان میزان آن را تخمین زد)؛ از نظر برخی از اصحاب، هرچند که آشکار شدن صلاحیت برای تخمین و ارزیابی در وقت معامله، شرط شده باشد؛ زیرا به هر حال همه آن را غرر می‌دانند، مثل اینکه شرط کرده باشند که کشتزار به خوشه برسد.

نیز غرر گاهی در چیزی است که تأثیرگذاری آن در کاهش یا افزایش کالا و قیمت آن، روشن است. این غرر، به‌طور اجماع ممنوع است و گاهی آن قدر کم است که عرف در مورد آن مسامحه می‌کند، مثل محل پایه و دیوار. این نوع هم به‌طور اجماع، قابل‌گذشت است.

از همین قبیل است، شرط آبستن بودن (حیوان) و گاهی مردد بین این دو [قابل‌گذشت و غیرقابل‌گذشت] است که محل نزاع فقها است، مثل جزاف (گتره) در مال‌الاجاره و مضاربه و میوه (بالای درخت) قبل از آشکار شدن صلاح آن و نیز برده فراری (بدون ضمیمه کردن چیزی با آن، در هنگام فروش) [اینکه صاحب مال بگوید: خانه‌ام را به تو اجاره دادم، هرچه دلت خواست بده یا

این مال را به تو به‌عنوان مضاربه دادم، هر مقدار که دلت خواست به من بده، یا بنده فراری‌ام را به تو فروختم، هر چه دلت خواست به من بده».

شیخ سپس به سخن شهید اول در /ارشاد منتقل شده، که می‌گوید: «غرر، احتمال [ضرری] است که عرف از آن اجتناب می‌کند، به‌گونه‌ای که اگر کسی اجتناب نکرد، مورد سرزنش قرار می‌گیرد». او در تعلیقه‌ای بر این دو کلام شهید می‌گوید: «مقتضای این سخنان، این است که اگر کسی برده فراری یا گم‌شده‌ای را که امید دستیابی به آن باشد، با بهای کمی بخرد، غرر شامل معامله‌اش نشده است؛ زیرا عقلاً به امید سود زیاد اقدام به اموری می‌کنند که احتمال دارد ضرر اندکی داشته باشد. همچنین اگر کالای مجهولی را که مردد بین طلا یا مس است، به قیمت مس بخرد، غرر نمی‌دانند، هر چند معروف آن است که جهل به صفت غرر است. و نیز اگر کالای مجهول‌المقدار را به حداقل قیمت بخرد. همه این کارها نزد عقلاً پسندیده است، آنها حتی کسانی را که به بهانه خطر از این نوع معاملات دوری می‌کنند، مورد سرزنش قرار می‌دهند».

شیخ سپس در ادامه این مطالب می‌گوید: «اولی آن است که این نهی شارع مقدس، برای بستن باب مخاطره منجر به نزاع در معاملات است و منوط به نهی عقلاً نیست که فقط سفها و نادانها را دربر بگیرد» (انصاری، ۱۳۷۵ق، ۱۸۵).

شایان توجه است که سخن شهید اول در /ارشاد، همان معنایی است که شیخ برداشت کرده است. بنابراین غرر منع شده، همان ابهامی است که به مخاطره و نزاع در معامله منجر شود. اما اگر چنین احتمالی در میان نباشد، مثل مواردی که به عنوان نمونه ذکر شد، یعنی خرید کالای مجهول‌المقدار به قیمت قدر متیقن آن، شامل غرر منجر به مخاطره نمی‌شود؛ بنابراین تمسک به این حدیث نبوی برای اعتبار قدرت در تحویل کالا، به‌عنوان شرطی در عوضین وجهی ندارد و این برخلاف فرمایش مرحوم شیخ انصاری است که می‌گوید: «در صحت تمسک به این حدیث، اشکالی نیست».

این نتیجه‌گیری با آنچه از بحث لغوی نتیجه گرفتیم، تقریباً مطابقت دارد، ولی امام (ره) نسبت به این استدلال، اشکال می‌گیرند. ایشان گفته‌های لغت‌شناسان را مطرح کرده‌اند و نسبت به ارجاع آن

به جهالت از سوی شیخ اعظم اشکال گرفته و گفته‌اند: ضرورتی ندارد آن را به معنای جامعی ارجاع دهیم. سپس فرموده‌اند: «به‌طور کلی غرر، در معانی بسیاری به‌کار رفته که بسیاری از آنها مناسب مقام نیست. آنچه مناسب دارد، معنای خدعه و فریب است و نهی از آن، مانند نهی از غش، با این مسئله ما بیگانه است؛ بنابراین ارجاع معانی به یک معنای بیگانه با آنها و سپس تعمیم آن به آنچه مورد نظر ماست (یعنی شرط قدرت بر تسلیم) کمکی به آن نمی‌کند مگر آنکه به استنباط و فهم اصحاب، تمسک گردد که آن نیز بدان‌گونه است که می‌بینی. مگر اینکه قرینه‌ای که بر آن دلالت کند، پیدا شود؛ که بعید به نظر می‌رسد ولی با این حال، تخطئه همگان آسان نیست و تقلید بدون دلیل نیز مشکل است».

او همچنین در دستیابی به معنایی واحد برای غرر یا عقیده به معانی متعدد، در تردید است و در ادامه برخی روایات وارد شده درباره غرر را مطرح می‌کند و به استفاده از آنها اشکال می‌گیرد و در پایان می‌گوید: «انصاف آن است که حکم (شرط توانایی بر تحویل) ثابت است؛ اگرچه از نظر مستند مخدوش باشد» (امام خمینی، ۱۳۶۸ ش، ۲۰۶/۳ و ۲۰۷).

بنابراین امام، ابهام در توانایی تحویل را غرر به حساب نمی‌آورد و با این نظر، معنایی را که ما از آن استفاده کردیم، تأیید می‌کند. ظاهراً اگر ما نتیجه‌گیری کلام شیخ یعنی این را که «نهی برای بستن باب مخاطره منجر به نزاع در معاملات است» مدنظر قرار دهیم، به‌سادگی می‌توانیم درک کنیم که مسئله توانایی تحویل، از این جهت، چیزی نیست که به‌ویژه پس از فرض وجود خیار، منجر به نزاع شود؛ بنابراین به‌رغم صحت این حدیث، نمی‌توان به آن برای تثبیت این شرط استناد کرد و اگر این استدلال تمام باشد، می‌توان در بسیاری از مواردی که با این معنا هماهنگی ندارد، استناد به قاعده غرر را کنار گذاشت.

۲- شمول غرر نسبت به صفات کیفی

این مسئله تحت عنوان ضرورت اختبار و آزمایش در مورد ویژگیهایی که ارزش مبیع با تغییر آنها تفاوت پیدا می‌کند، مطرح شده است.

شیخ انصاری یادآور شده که در زمینه توقف ارتفاع غرر بر علم، تفاوتی بین این اوصاف و ویژگیها و بین اندازه‌گیری عوضین از راه پیمانه کردن، وزن کردن و شمارش نیست و توصیف، ما را از آزمایش موارد ضابطه‌مند مستغنی می‌سازد، اما درباره ویژگیهایی مثل طعم، بو، رنگ و کیفیتهای آن، که قابل انضباط نیستند، نمی‌توانیم به وصفشان اکتفا کنیم.

البته، اگر منظور او از آزمودن اوصاف، فقط استعمال صحت و فساد کالا بود، می‌شد آن را با وصف صحت خرید و کلمات اصحاب در جواز خرید مبتنی بر توصیف کالاهایی که طعم و بوی آنها موردنظر است، بر همین معنا حمل کرد. شیخ بعد از نقل کلمات اصحاب و آنچه از آن برمی‌آید، خلاصه نظرش را این‌گونه بیان می‌کند: «انصاف آن است که مطلق عیب، اگر مشتری متوجه آن باشد و در آن شک کند، باید با احراز سلامت آن به وسیله آزمودن یا توصیف کردن یا تمسک به اطلاق، اگر فرض شود که اطلاق می‌تواند جای توصیف را بگیرد، یا انصراف یا اجرای اصالةالسلامه، رفع غرر شود و در این موضوع هیچ فرقی بین عیبهایی نیست (انصاری، ۱۳۷۵ق، ۲۰۱).

حال آنکه امام(ره) امکان در نظر گرفتن تفاوت در ویژگیهای کمی و کیفی را با این عنوان که شمول غرر بر ابهام در کمیت است و نه کیفیت، مطرح کرده‌اند؛ به این ترتیب که ظاهر نهی از بیع غرر، عبارت از وجود غرر در همان چیزی است که مبادله آن صورت می‌گیرد؛ یعنی ذات ثمن و ثمن و در واقع آنچه در ازای آن، بها تحویل می‌شود: «بنابراین ویژگیهایی که در شمار کیفیات به شمار می‌روند، از آنجا که در مبادله دخیل نیستند، از ماهیت کالای خریداری شده - به عنوان کالا - و نیز از ماهیت بیع خارج هستند، برخلاف صفات کمی که هر کاهش یا افزایشی در کمیات، موجب کاهش یا افزایش در خود کالا می‌شود و بنابراین بیع در صورت کم شدن مقدار کالا و به همان اندازه، باطل می‌گردد، ولی در تفاوتهای کیفی، باطل نمی‌شود بلکه گاهی «خیار» ثابت می‌شود» (امام خمینی، ۱۳۶۸ش، ۳/۳۵۱).

برای توضیح مسئله در این امر، موضوع به موارد زیر قابل تفکیک است:

الف) جهل نسبت به خود مبیع، با علم به ویژگیها و بهای آن. این می‌تواند در مورد اسب یا استر، مصداق داشته باشد.

ب) جهل نسبت به کمیت متصل یا منفصل.

ج) جهل نسبت به کیفیت از قبیل طعم، بو و رنگ با حفظ وحدت در قیمت.

د) جهل نسبت به پیامدهای مترتب بر آن.

هـ) جهل نسبت به قیمت، ضمن علم به جنبه‌های دیگر.

آن‌گاه می‌گویند که اگر نهی از غرر فقط در مورد ذات (ثمن و مبیع) باشد، تنها شامل مورد اول و دوم می‌شود و اگر آن را تعمیم دهیم، دیگر وجهی برای بیان یا عدم بیان اوصاف کیفی که قیمت متناسب با آنها تغییر می‌کند، باقی نمی‌ماند. سپس به استنباط موضوع از روایات می‌پردازد. آیا این نهی، نهی از بیعی است که در آن غرر باشد یا نهی از بیعی است که در مبیع آن غرر وجود داشته باشد و در این حالت، معنای آن نهی از بیع مجهول است یا منظور بیعی است که غرر در متعلق آن وجود داشته باشد؛ به‌گونه‌ای که مراد از آن، عین کالایی باشد که مورد فروش قرار گرفته است؟ بنا به احتمال اول و دوم، نهی مختص به جهل نسبت به ذات و صفات کمی می‌شود و با احتمال سوم، همه فرضهای پیش‌گفته، مورد پیدا می‌کند. آن‌گاه احتمال اول را با توجه به عدم نیاز به تقدیر، ترجیح می‌دهند و پس از آن، احتمال بعدی مطرح می‌شود.

سپس گروهی از روایات را که احتمالاً با استناد به آنها، بطلان بیع توأم با جهل نسبت به کیفیاتی که موردنظر عقلاست و جنبه کمی ندارد، بررسی می‌کند ولی چیز قابل بهره‌برداری نمی‌یابد و در پایان نیز نتیجه‌گیری کرده و می‌فرماید: «انصاف آن است که اعتبار علم نسبت به غیر ذات مبیع و ویژگیهایی که بدان بازمی‌گردد، دلیل قابل قبولی ندارد. نهایت امر آنکه می‌توانیم ویژگیهایی چون بو، طعم و رنگ را که بخش اعظم مالیت چیزهایی که این اوصاف هدف اصلی از خرید آنهاست، تشکیل می‌دهد، دخیل دانسته اما مراتب کمال، صحت و عیب را اگر بخش معظم مالیت را از بین نبرد، دخیل ندانیم بلکه شکی نیست که باید عدم فساد کالا از عیوبی که مالیت آن را از بین

می‌برد، احراز شود ولی نه به خاطر غرر بلکه به خاطر تحقق بیع که قوام آن به مالیت مبیع است» (همان، ۳/۳۵۹). بنابراین از نظر امام، این مقدار ابهام نیز زیانی به اصل بیع نمی‌زند. در واقع در اینجا دو حالت وجود دارد که حکم با اختلاف آنها دگرگون می‌شود: اول؛ اینکه وصف مقوم صحت و فساد باشد. در اینجا می‌توان به اطلاق تمسک کرد و اگر تخلف از صحت واقع شد، برای رفع نزاع و خطر خیار، ثابت می‌شود. دوم؛ اینکه خود وصف مقصود اصلی در بیع باشد. از آنجا که این‌گونه از اوصاف بر مراتب صحت و فساد می‌افزاید، از مواردی است که جهل در آن به نزاع معاملی منجر می‌شود؛ پس باید کالا را از این جهت آزمود یا به طور دقیق، در صورت امکان، توصیف کرد. در غیر این صورت، غرر محقق است. فقها گفته‌اند که اگر توصیف دقیق امکان نداشت و آزمودن هم عین مبیع را فاسد می‌کرد، خرید آن بدون آزمودن جایز است و ظاهر آن است که باید حالت کالا را تا حد ممکن که نزاع بعد از معامله را از بین ببرد، توصیف کرد. این البته در اوصاف است اما در کمیات، هیچ اختلافی نیست که باید مقدار آن از قبل تعیین شود و ادله لفظیه بر این مطلب دلالت می‌کند.

۳- شمول دلیل نفی غرر نسبت به عقود دیگر غیر از عقد بیع

تا آنجا که ما می‌دانیم، اهل سنت تقریباً بر این اجماع دارند که حکم غرر، همه عقود را شامل می‌شود؛ حال آنکه علمای امامیه در این امر، اختلاف دارند. گروهی آن را منحصر به بیع و گروهی نیز شامل همه عقود می‌دانند. دلیل این اختلاف نظر همان ثبوت خصوص نهی از بیع غرر و عدم ثبوت نهی از همه انواع غرر در همه عقود است. قیاس هم نزد علمای امامیه باطل است و آنها از طریق قیاس، این حکم را به سایر عقود تعمیم نمی‌دهند؛ مگر آنکه کسی قائل به لغو قطعی خصوصیت از بیع باشد یا مدعی شود که عمل فقها، ضعف سند حدیث مرسل نبوی را که نهی از مطلق غرر می‌کند، جبران می‌سازد. آنها به این موضوع نیز اعتنا نمی‌کنند که احتمال دارد نهی در اینجا از مطلق خدعه و فریب باشد؛ بنابراین نهی مولوی، نهی از فریب است و رابطه‌ای با ابطال معاملات غرری ندارد.

به هر حال شیخ طوسی در «الخلاص» در کتاب الضمان (مسئله ۱۳) و در کتاب الشركة (مسئله ۶) و ابن زهره در «غنیة النزوع» در کتاب الشركة به این حدیث مرسل و مطلق استناد کرده‌اند. بنابراین می‌توان ادعای انجبار را مطرح ساخت. همچنان که در روایت دعائم/الاسلام نیز این تعلیل آمده که «چون مجهول و ناشناخته است و کم و زیاد می‌شود، غرر است» (ابن حیون، بی‌تا، ۲/۲۱). امام (ره) استفاده از این روایت را هم از نظر سند و هم از نظر دلالت دارای اشکال دانسته است؛ ولی فقها عموماً ملتزم به اعتبار معلومیت در همه جهات مربوط به عقود، به‌ویژه آنچه به ارکان آن بازمی‌گردد، شده‌اند (مطهری، ۱۳۶۸ ش، ۱۰-۹/۲۹).

چنین توافقی، چه بسا باعث اطمینان از لغو خصوصیت بیع و تعمیم آن به تمامی عقود، شده است؛ به‌ویژه با مشاهده تطبیقات فراوان معنایی و نه لفظی آن در احادیث نبوی. شیخ انصاری یادآور شده که آنچه بر زبان اصحاب جاری شده، نفی غرر است، بدون اختصاص به بیع تا جایی که آنها علاوه بر عقود معوض از قبیل اجاره، مزارعه، مساقات و جعاله، در مورد عقود غیر معوض همچون وکالت نیز به آن استدلال کرده‌اند و از قول پیامبر اکرم (ص) به‌طور مرسل اظهار داشته‌اند که آن حضرت، از غرر نهی کرده است (انصاری، ۱۳۷۵ ق، ۱۸۸). آنچه از سخنان فقها و نیز از ملاحظه عمومات صلح و مواردی که به توسع در آن شناخته شده‌اند، برمی‌آید، آن است که دلیل نفی غرر در عقد صلح جاری نیست؛ زیرا در این عقد، بنا بر گذشت از غرر است. شاید بتوان گفت حدوث غرر به معنایی که ما گفتیم و از مجموع ادله استفاده کردیم، در صلح متصور نیست؛ زیرا طبیعت صلح با خطر نزاع معاملی سازگاری ندارد.

نظر اهل سنت درباره غرر

دایرة المعارف فقهی کویتی، برخی تعاریف مذاهب از این مفهوم (غرر) را به این شرح، آورده است:

«غرر در اصطلاح فقها، تعریفهای گوناگونی دارد:

از نظر حنفیها، آن چیزی است که دانستن آن بر تو پوشیده است.

برخی مالکیتها نیز تردید میان دو امر، یکی مطلوب و دیگری خلاف آن را در تعریف غرر آورده‌اند.

شافعیها آن را چیزی می‌دانند که سرانجامش بر تو پوشیده است یا تردید در میان دو موضوع که موضوع غالب تر ترس بیشتری به همراه دارد.

برخی مالکیتها نیز غرر و خطر را دو لفظ مترادف با یک معنا می‌دانند و آن، عبارت است از آنچه عین آن مجهول باشد. محققان آنها این دو لفظ را متباین می‌دانند؛ خطر، آن چیزی است که وجودش متیقن نیست همچنان که گفته شود اسب خود را در مقابل سودی که فردا خواهیم برد، به من بفروش، ولی غرر آن چیزی است که وجودش متیقن ولی پایانش مورد تردید باشد، همچون فروش میوه بالای درخت پیش از رسیدن آن».

منبع مذکور سپس یادآور شده که غرر بر دو نوع است: «یکی آن چیزی که به اصل مورد عقد یا مالکیت فروشنده یا توانایی‌اش در تحویل مربوط شود که موجب بطلان بیع است و دیگری آن چیزی که به وصف مورد عقد، مقدار، بها یا مدت آن که معلوم نباشد بازگردد، که محل خلاف است» (الموسوعة الفقهية، ۱۴۱۴ق، ۱۸۶/۹ به نقل از: فتح التدریر، ۱۳۶/۶؛ شرح العنایة علی الهدایة، ۱۳۶/۶؛ حاشیة الدسوقی علی الشرح الکبیر، ۵۵/۳).

برخی اندیشمندان معاصر اهل سنت معتقدند: «با توجه به نهی پیامبر اکرم (ص) از بیوعی که به عنوان مصداق بیع غرری از آن نام برده است، مثل نهی از بیع مضامین (بچه شترهای نر) و ملاحیق (بچه شترهای ماده) و ضربه القانص (آنچه از تور صیاد بیرون آید) و ضربه الغائص (مرواریدی که غواص استخراج می‌کند) و فروش میوه بر درخت پیش از رسیدن آن و نیز آنچه فقها در مورد شرط توانایی تحویل به‌رغم وجود جهالت به هنگام عقد یادآور شده‌اند، همگی در واقع مصداق نهی از غرر است و دلالت بر نوع مقصود دارد و نیز با توجه به اینکه به اتفاق مذاهب، کمتر اعمال بشری است که از ریسک و مخاطره خالی باشد، مقرر داشته که غرر نهی شده، نوع فاحش و متجاوز از حد طبیعی است، به‌گونه‌ای که عقد را همچون قمار محض درمی‌آورد که سود و زیان طرفین، بستگی به شانس دارد.

در مورد جهالت، بر نظر حنفیها تأکید کرده که آنها همچون دیگران هیچ‌گاه به صرف جهالت به بطلان عقد یا فساد آن حکم نداده‌اند، بلکه میان جهالتی که منجر به مشکلی در جهت اجرای عقد شود و جهالتی که در اجرای عقد هیچ تأثیری نداشته باشد، تفاوت قائل شده‌اند. مثال جهالت نوع اول آن است که کسی بگوید: چیزی را به تو فروختم، همچون فروش گوسفند نامعینی از گله‌ای که هرکدام از گوسفندانش با یکدیگر تفاوت دارند، چنین بیعی صحیح نیست؛ زیرا در آن جهالتی مطرح است که حجت هردو گروه در آن برابر است و مثال جهالت نوع دوم آن است که کسی در مورد تمامی حقوقی که بر اوست (که مقدار و نوع آن را نمی‌داند) در ازای بدل معینی، مصالحه کند؛ چنین صلحی درست است و حقوق وی ساقط می‌شود؛ زیرا جهالت در این حالت مانع نیست، چون حقوق در حالت سقوط، نیازی به تنفیذ ندارد و بر همین مبنا صحت وکالت عام را برخلاف نظر شافعیها، نتیجه گرفته‌اند» (زرقاء، ۱۴۰۴ق، ۵۱ و ۵۲).

در اینجا باید به نتیجه‌گیریهای خود از بحث لغوی بازگردیم. اگر به آنچه مرحوم شیخ انصاری ذکر کرده که نهی شارع، از باب سد مخاطره منجر به نزاع در معامله بوده است و نیز آنچه امام(ره) بیان فرموده که نهی مختص مصب عقد، یعنی ثمن و مثن و صفات کمی آن است، توجه کنیم و اگر بنا را بر توسعه بگذاریم و آن را شامل صفات کیفی منظور متعاقدان نیز بدانیم، خواهیم دید که به‌رغم وجود تفاوت‌هایی میان این دو نظر، تشابه‌های زیادی نیز وجود دارد.

هم امام(ره) و هم مصطفی زرقاء، به صحت قرارداد بیمه و حتی تجدید بیمه که امام در مسئله شماره ۱۰ مسائل مستحدثه مطرح می‌کنند (امام خمینی، ۱۳۷۵ش، ۶۱۱/۲)، فتوا می‌دهند.

روشن است که در عقد بیمه، ریسک و احتمالات بسیاری هست، ولی از آنجا که همه اموری که امام یادآور شده، در عقد بیمه معین هستند، جایی برای غرر مبطل وجود ندارد. این امور عبارتند از: معین شدن فرد بیمه شده و طرفهای قرارداد و مبلغ پرداختی از سوی بیمه‌شونده و نوع خطر و زمان آغاز و انجام بیمه. لازم نیست مبلغ بیمه معین شود، هرچند می‌توان از راه ضمانت معوضه آن را به دست آورد یا به نحو صلح یا هبه معوضه آن را جاری ساخت (همان، ۶۰۹/۲).

زرقاء نیز قرارداد بیمه را به همین دلیل قبول کرده، می‌گوید: «جهالت در آن (در قسطهای بیمه) آن‌چنان‌که روشن است از نوع غرر غیرمانع است؛ زیرا مبلغ هر قسط به هنگام سررسید آن معلوم است و میزان مجموع اقساط است که شامل جهالت می‌شود ولی مادامی که بیمه‌گر متعهد به پرداخت تعویض مورد توافق به‌هنگام فوت بیمه‌شونده به مثلاً خانواده وی در زمان مشخص قرارداد باشد، مانعی برای اجرای عقد وجود ندارد، هرچند تعداد اقساط کم یا زیاد باشد» (زرقاء، ۱۴۰۴ق، ۵۲).

مقتضای قواعد اصولی در صورت تردید در مفهوم غرر

وقتی در مفهوم غرر اختلاف پیش آید، در حقیقت مورد آن ارتباط کامل با مسئله اصولی معروف به «جواز تمسک به عام در شبهه‌های مفهومی مخصص منفصل هنگام دوران بین اقل و اکثر» پیدا می‌کند.

گاهی دلیلی عام وارد می‌شود، مثل اینکه مولا بگوید: اکرم کل عالم، سپس دلیل منفصلی بگوید: لا تکرّم الفاسق من العلماء، و ما در مفهوم فاسق شک کنیم که آیا فقط کسانی هستند که مرتکب کبیره شده‌اند یا اعم است از آنها و مرتکبان صغیره. در اینجا دوران بین اقل و اکثر است و علماً یادآور شده‌اند که در این مورد، تمسک به عام برای وارد ساختن ماعدای اقل (که متیقن است) در حکم عام صحیح است.

میرزای نائینی، یکی از بزرگان اصولی، در این زمینه می‌گوید: اگر امر مخصص منفصل بین اقل و اکثر مردد شد، نسبت به اکثر، عام بر حجیت خود باقی است و اصالة العموم در آنجا جاری می‌شود و حجیت عام فقط در خصوص اقل، که تخصیص آن یقینی است، ساقط می‌شود. زیرا در مورد اکثر شک در تخصیص است و مرجع در این هنگام، اصالة العموم و عدم تخصیص است، زیرا ظهور عام قبلاً منعقد شده است. پس اگر مولا بگوید: اکرم العلماء، سپس بگوید لا تکرّم فاسق العلماء و معنای فاسق بین خصوص مرتکب کبیره یا اعم از او و مرتکب صغیره در تردید باشد، نسبت به مرتکب کبیره، عام از حجیت ساقط است، زیرا به هر حال علم به خروج آن داریم، اما

نسبت به مرتکب صغیره، شک در خروج وجود دارد و مقتضی اصالةالعموم، عدم خروج مرتکب صغیره است.

اگر اشکال شود: آنچه از تحت پوشش عام خارج شده است، عنوان فاسق است نه خصوص مرتکب کبیره و عام نسبت به عنوان فاسق، کبرای کلی نیست، زیرا علم داریم که این عنوان (فاسق) از عام خارج شده است؛ پس مجالی برای تمسک به اصالةالعموم نسبت به فرد مشکوک باقی نمی ماند.

در پاسخ می گوئیم: آنچه از تحت پوشش عام خارج شده است، مفهوم فاسق نیست، بلکه فاسق واقعی است و از آنجا که معلوم نیست مرتکب صغیره در ذیل فاسق واقعی قرار دارد یا نه، لامحاله تخصیص خوردن عام نسبت به آن، مورد تردید و شک است؛ بنابراین مرجع، اصالةالعموم خواهد بود (کاظمی خراسانی، ۱۴۲۱ق، ۲/۵۲۴).

در این باره علامه مظفر می گوید: در دوران بین اقل و اکثر، اگر مخصص منفصل باشد، حق آن است که اجمال خاص (در «شبهه» مفهومی) به عام سرایت نمی کند، به این معنا که تمسک به اصالةالعموم برای تحت پوشش قرار گرفتن ماعدای اقل در حکم عام، صحیح است و دلیل آن نیز بنابر آنچه گذشت، آشکار است؛ زیرا ظهور عام مخصّص، با دلیل خاص منفصل از آن، قبلاً منعقد شده است و اگر دلیل خاص بر آن مقدم می شود، از باب تقدم اقوی الحجّین است. پس اگر دلیل خاص در بیشتر از قدر متیقّن اجمال داشت، در آن مقدار زائد، حجت نیست؛ زیرا بنابر فرض، دلیل خاص مجمل است و ظهوری ندارد پس حجیت آن به قدر متیقّن که اقل باشد، محدود می گردد. این [دلیل خاص مجمل] چگونه می تواند مزاحم ظهور عام، در شمول به همه افرادش گردد که از جمله آن افراد، قدر متیقّن خاص و قدر زاید آن (که دخولش در افراد خاص مورد تردید است) می باشد؟ پس هنگامی که قدر متیقّن با دلیلی قوی تر از عام، از تحت پوشش آن خارج شد، قدر زاید برای تحت پوشش حجیت عام قرار گرفتن و مشمول ظهور آن شدن، بدون مزاحم می ماند (مظفر، ۱۹۵۹م، ۱/۱۳۰. نیز رک: حکیم، ۱۴۱۸ق، ۲/۸۱ و سایر کتابهای علم اصول).

این در جایی است که شبهه مفهومی باشد، اما اگر مفهوم خاص، واضح و روشن باشد و ما در تحقق مصداق آن در موردی، شک داشته باشیم، در جواز تمسک به عام اختلاف است. برخی از اصولیان، قائل به جواز تمسک هستند، همچنان که در قاعده ید (علی الید ما أخذت حتی تؤدی) پیش می‌آید و شک در ید کسی که مسئول مالی است که آیا ید او ید امانی است و یا ید غیر امانی (عادی)، برخی تمسک به عام کرده و فتوا به ضامن بودن ید مشکوک داده‌اند ولی مرحوم مظفر حکم به عدم جواز کرده و می‌گوید: دلیل ما بر این حکم آن است که: از آنجا که مخصص حجتی قوی‌تر از دلیل عام است، سبب می‌شود که حکم عام را به باقی افرادش محدود ساخته و در بخشی از مدلولش، حجیت آن را برداریم و دخالت فرد مشکوک در تحت پوشش عام یا خروج از آن مورد تردید است و عام نیز دلالتی بر ورود فرد مشکوک در موارد حجیت خود ندارد؛ پس در نتیجه عام در فرد مشکوک حجت بلامزاحم نیست، آن‌گونه که در دلیلشان گفتند، هر چند انطباق عام بر آن معلوم است ولی این، معلوم الانطباق بودن، به معنای معلوم الانطباق بودن حجیت عام بر فرد مشکوک نیست. نتیجه اینکه در اینجا دو حجت معلوم، بنابر فرض، وجود دارد: (۱) حجت عام که در ماعدای خاص حجت است. (۲) حجت مخصص، که در مدلول خود حجت است. فرد مشتبه و مشکوک، مردد بین این حجت و آن حجت است (همان، ۱۳۲/۱). البته در اینجا تفصیلاتی هست که باید به محل آن رجوع شود. با تحقق این مطلب اصولی، به بحث غرر برمی‌گردیم.

ادله‌ای عام وجود دارد که بر صحت عقود عرفی دلالت می‌کند، مثل آیه شریفه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده، ۱). روشن است که خطاب خداوند، متوجه عرف است؛ پس هر معامله‌ای که عرف آن را عقد دانست، تحت پوشش این خطاب است.

نسبت به این عموم، مخصصاتی به‌طور منفصل وارد شده که عقدهای ربوی، غرری، صوری و عقدهایی را که در آن اکل مال به باطل است، از تحت پوشش این عموم خارج می‌سازد. اگر این ادله مخصصه دارای مفهومی روشن باشند، مشکلی پیش نمی‌آید، مثل موضوع ربا که مراد از آن، قرض همراه با سود، روشن است و درباره آن اتفاق نظر وجود دارد. اگر شکی در پیش باشد، شک

در مصداق است، یعنی شبهه، مصداقی است که تمسک به عام در مورد آن ممکن نیست و نیز همین طور است عقود صوری که در مفهوم آن شکی نیست.

اما اگر شک در مفهوم باشد و آن مفهوم مردد بین اقل و اکثر باشد، نه بین دو چیز متباین، تمسک به عام در ماعدای قدر متیقن امکان‌پذیر است. این حالت به‌طور دقیق در مورد اکل مال به باطل صادق است؛ زیرا موارد اکل مال به باطل، به‌دقت معلوم نیست. همچنین دیدیم که درباره مفهوم غرر اختلاف، بسیار است که آیا جهالت منجر به نزاع ملاک است یا اعم از آن است و شامل همه انواع جهالت می‌شود یا جهالتی منظور است که همراه با خدعه باشد و ...

اگر به‌عنوان مثال به عقد بیمه نگاهی بیندازیم، شکی نیست که در برخی از اطراف آن شک وجود دارد ولی دقت در حسابهای عملیاتی و تعیین حد اعلاای خسارتهای پرداختی و شروط دقیق برای حالت‌های مختلف آن، جهالت را تقریباً ضابطه‌مند می‌کند. علاوه بر این، عقد بیمه به‌طور قطع به تنازع منجر نمی‌شود و نیز این عقد، حتی در صورت تجاری آن، طبیعتی تعاونی دارد.

برای تأکید مطلب، اگر مقایسه‌ای اجمالی بین دو جامعه انجام دهیم که در یکی بیمه رواج دارد و در دیگری بیمه‌ای وجود ندارد، می‌بینیم این دو جامعه از نظر تعاون و همکاری در یک سطح نیستند و ما می‌دانیم که غرر فی‌نفسه در معاملات تعاونی مثل هبه مورد مسامحه قرار گرفته است.

همه این مطالب روشن می‌سازد که عقد بیمه، به‌عنوان مثال، از آن قدر متیقن نیست که عام را به‌طور قطعی تخصیص داده باشد، پس تمسک به عام در مورد آن امکان‌پذیر است.

فقهایی که عقد بیمه را جایز شمرده‌اند، دلایلی بر صحت آن دارند؛ علاوه بر آنکه استنباط جواز آن براساس «هبه الجزاء» یا «هبه معوضه»^۳ یا صلح یا حتی براساس مبادله بین اقساط و عنصر امان که در عرف امر مطلوبی است، امکان‌پذیر است و برای آن نظایری مثل «عقد حراست» نیز وجود دارد. والله اعلم.

۳. عجیب آنکه تمامی راه‌حلهای اسلامی جانشین برای عقد بیمه بر همین پایه مطرح شده است. پس چرا آن را بر خود بیمه تجاری، طبعاً پس از پاک‌سازی از ربا، اجرا نکنیم؟

فهرست منابع

- قرآن کریم.
- ابن اثیر، *النهاية في غريب الحديث و الاثر*، تحقيق: طاهر احمد الزاوي و محمود محمد الطناحي، ج ۳، قم، مؤسسه اسماعيليان، چاپ چهارم، تابستان ۱۳۶۷ ش.
- ابن حمزه، *الوسيلة الى نيل الفضيلة*، تحقيق: محمد الحسون، اشراف: محمود المرعشي، قم، مكتبة آية الله المرعشي النجفي، ۱۳۶۷ ش / ۱۴۰۸ ق.
- ابن حيون، قاضي نعمان بن محمد، *دعائم الاسلام*، تحقيق: آصف بن علي اصغر فيضي، بيروت، المنارة، بی تا.
- ابن زهره، حمزة بن علي، *غنية النزوع*، تحقيق: ابراهيم بهادري، قم، مؤسسة الامام الصادق، ۱۳۷۵ ش / ۱۴۱۷ ق / ۱۹۹۶ م.
- ابن منظور، *لسان العرب*، تحقيق: علي شيري، ج ۱۰، بيروت، داراحياء التراث العربي، چاپ اول، ۱۴۰۸ ق / ۱۹۸۸ م.
- ازهری، ابی منصور محمد بن احمد، *تهذيب اللغة*، تحقيق: رشيد عبدالرحمن عبيدي، ج ۱۷، بی جا، بی تا.
- اصفهانی، محمدحسين، *حاشیه كتاب المكاسب*، تحقيق: محمد آل سباع القطيفي، قم، پایه دانش، ۱۳۸۳ ش / ۱۴۲۵ ق / ۲۰۰۴ م.
- انصاری، مرتضی، *المكاسب*، به خط: طاهر خوشنویس، تبریز، مطبعة الاطلاعات، چاپ دوم، ۱۳۷۵ ق.
- بیهقی، احمد بن حسين، *السنن الكبرى*، تصحيح: محمد عبدالقادر عطا، ج ۵، بيروت، دارالکتب العلميه، ۱۴۱۴ ق.
- حرعاملی، وسائل الشیعه الى تحصیل مسائل الشریعه، تحقيق: عبدالرحيم رباني، ج ۶، تهران؛ قم، مكتبة الاسلامية، ۱۳۴۵ ش / ۱۳۸۷ ق / ۱۹۶۶ م.
- حکيم، محمدسعید، *المحکم في اصول الفقه*، ج ۲، قم، مؤسسه المنار، ۱۴۱۸ ق.
- خمینی، روح الله، *تحریر الوسيله*، ج ۲، قم، اسلامی، ۱۳۷۵ ش / ۱۴۱۷ ق / ۱۹۹۶ م.
- هومو، *كتاب البيع*، قم، مؤسسه اسماعيليان، ۱۳۶۸ ش / ۱۴۱۰ ق.
- زرقاء، مصطفی، *نظام التأمين*، مؤسسه الرساله، ۱۴۰۴ ق / ۱۹۸۴ م.
- طوسی، محمد بن حسن، *الخلافة*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۳۷۸ ش / ۱۴۲۰ ق / ۱۹۹۹ م.
- کاظمی خراسانی، محمدعلی، *فوائد الاصول*، تقریرات مرحوم کاظمی از درسهای میرزای نائینی، ج ۲، قم، جامعه مدرسین حوزه علمیه، ۱۴۲۱ ق.
- مسلم بن حجاج، *صحیح مسلم*، جزء ۳، چاپ حلبی.
- مطهری، احمد، *مستند تحریر الوسيله*، ج ۹-۱۰، قم، انتشارات استاد مطهری، ۱۳۶۸ ش / ۱۴۰۸ ق / ۱۹۸۹ م.
- مظفر، محمدرضا، *اصول الفقه*، ج ۱، انتشارات القصیر، ۱۹۵۹ م.
- الموسوعة الفقهية (دائرة المعارف فقهی)، ج ۹، کویت، وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلاميه، ۱۴۱۴ ق / ۱۹۹۳ م.
- نوری، میرزا حسین، *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*، بيروت، مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث، ۱۴۱۱ ق.