



Original Research

The Nature of Gharar and Risk Contracts

Hamed Nabizadeh ^{1*}, Mustafa Abbasi², Khashayar Heydarian³

1 PhD student in Private Law, Department of Law, Faculty of Humanities, Aras International Branch, Islamic Azad University, Aras, Iran.

2 PhD student in Criminal Law and Criminology, Department of Law, Faculty of Humanities, Lahijan Branch, Islamic Azad University, Lahijan, Iran.

3 PhD student in private law, Law Department, Faculty of Humanities, Kish International Branch, Islamic Azad University, Kish, Iran

Article ID: ahrar-51466

Received:

January 1, 2024

Accepted:

February 9, 2024

Available online:

March 20, 2024

Keywords:

Gharar, Gharar contracts, risky contracts, contingent contracts, compensation contracts, necessary supply, differential supply

Main Subjects:

Islamic Jurisprudence and Law

Abstract

According to the Prophetic tradition, Ghari contracts are invalid according to the five Islamic schools of thought. Iranian legal laws also consider Ghari contracts invalid, following the Prophetic tradition. Definitions from dictionary books will not solve the problem of gharar in jurisprudence and legal sciences; therefore, it is imperative to refer to jurisprudence books of the five schools of thought and legal sources. Finally, by examining the jurisprudential books of Islamic schools, we clearly understand that there is no precise definition of gharar, because there is no text in Shariah on the definition of gharar, and the criteria for its identification are left to the customs of the community. Unfortunately, a search of many jurisprudential books shows that not only is there no precise and correct definition of gharar, but sometimes there is no distinction between gharar and risky contracts. The following article seeks to explore and examine the definitions available in jurisprudential and legal books on gharar and risky contracts. The problems encountered in these definitions are examined and a diligent attempt is made to present a specific and practical criterion for the aforementioned issues.

*Corresponding Author: Hamed Nabizadeh

Address: PhD student in Private Law, Department of Law, Faculty of Humanities, Aras International Branch, Islamic Azad University, Aras, Iran.

Email: Lawyer.nabizadeh@gmail.com



Extended Abstract

1. Introduction

Contracts and transactions constitute an important part of the economic relations of human societies. One of the important characteristics of valid contracts is the absence of ambiguity and uncertainty in them. Ambiguity means the possibility of loss and damage to one or both parties to the contract. Islamic and Iranian statutory laws consider contracts with risk to be void. However, alongside risk contracts, there are also risky contracts in which the element of risk is inherent and intentional. The distinction between these two categories of contracts is of particular importance.

2. Theoretical Framework

In this article, the author examines the existing definitions of gharar and risky contracts in legal and jurisprudential sources and attempts to provide specific criteria to distinguish between these two categories. As mentioned, it is very important to distinguish between non-negotiable contracts and risky contracts. Unfortunately, some jurisprudential and legal sources do not provide a precise and specific definition of these two concepts, and sometimes they are considered the same. Failure to properly and systematically distinguish between these two categories can lead to problems and disruptions in the country's legal and jurisprudential system. For example, if insurance contracts and stock market transactions are mistakenly classified as non-contractual contracts, the country's important economic institutions and mechanisms will face problems. Therefore, it is necessary for the relevant authorities and experts in the field of law and jurisprudence to try to pave the way for the correct distinction between non-contractual and contingent contracts by providing precise definitions and specific criteria. The present article is a step in this direction and has attempted to present a practical criterion while examining and criticizing the existing definitions.

3. Methodology

The following article seeks to explore and examine the definitions available in jurisprudential and legal books on gharar and risky contracts. The problems encountered in these definitions are examined and a diligent attempt is made to present a specific and practical criterion for the aforementioned issues.

4. Results & Discussion

Although the jurists of Islamic schools have accepted the prophetic narration prohibiting gharar, they have not clearly explained the limits of the nature of gharar. A reference to the jurisprudential books of the five schools of thought shows that a comprehensive and complete definition of gharar has not been given, nor have the elements of gharar contracts been separated and clarified. The main work of the predecessors regarding Gharar contracts, which was not a difficult task, was simply to enumerate the examples of Gharar sales; such as whether salam is Gharar sales? Is the rental of services a Gharar contract? Therefore, until the various types and nature of contracts are clarified and the discussion of non-negotiable contracts and contingent contracts is properly separated, this discussion will remain a tangle of confusion. For example, gharar is generally mentioned in financial contracts, while gharar is not uncommon in marriage contracts. Therefore, can marriage be considered a gharar contract? Whether a marriage contract is gharar or not requires precise criteria and a specific basis.

5. Conclusions & Suggestions

To solve this problem, the previous article looked at the nature of contracts and stated that sometimes gharar is part of the nature of some contracts; in other words, gharar is a necessary aspect of some contracts, and sometimes it is a



separate aspect. Without this distinction, it is not possible to make a standard judgment about gharar in contracts and consider the prohibition of gharar to include any gharar contract. For this reason, some jurists have used the contract of risk in contracts with compensation, while risk contracts can include financial contracts, both with compensation and without compensation. For example, in a guarantee contract, knowledge of the content of the promise and the content of Allah and the religion guaranteed is not a condition for the validity of that contract. A study of the nature of contracts indicates that the prohibition of gharar in the Prophetic narration includes contracts in which gharar is a separate clause of the contract, and gharar will not apply in contracts in which gharar is a necessary clause of the contract.



ماهیت شناسی غرر و عقود مخاطره‌ای

حامدنبی زاده ^{۱*}، مصطفی عباسی ^۲، خشایار حیدریان ^۳

۱ دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، واحد بین الملل ارس، دانشگاه آزاد اسلامی، ارس، ایران.

۲ دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم شناسی، گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، واحد لاهیجان، دانشگاه آزاد اسلامی، لاهیجان، ایران.

۳ دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، واحد بین الملل کیش، دانشگاه آزاد اسلامی، کیش، ایران

کد مقاله:	
چکیده بر اساس مقبوله نبوی در نزد مذاهب خمسۀ اسلامی عقود غرری باطل است. قوانین حقوقی ایران نیز به تبع روایت نبوی عقود غرری را باطل می‌داند. تعاریف کتب لغت از غرر گره کار را در علوم فقهی و حقوقی باز نخواهد کرد؛ از این روی الزاما باید به کتب فقهی مذاهب خمسۀ و منابع حقوقی مراجعه کرد. منتهی با بررسی کتب فقهی مذاهب اسلامی به وضوح درمی‌یابیم که تعریف دقیقی از غرر بیان نشده است چرا که در شرع نیز نصی بر تعریف غرر وجود ندارد و ضابطه تشخیص آن به عرف جامعه واگذار شده است. مع الأسف کنکاش در بسیاری از کتب فقهی نشان می‌دهد نه تنها ضابطه دقیق و صحیحی از غرر وجود ندارد بلکه بعضا میان غرر و عقود مخاطره‌ای نیز تمیز داده نشده است. مطلب پیش‌رو درصدد کنکاش و بررسی تعاریف موجود در کتب فقهی و حقوقی در باب غرر و عقود مخاطره‌ای است. اشکالات وارد بر این تعاریف بررسی می‌شود و سعی مجدانه در ارائه ضابطه‌ای مشخص و کاربردی نسبت به موضوعات یاد شده دارد.	تاریخ دریافت: ۱۱ دی ۱۴۰۲ تاریخ پذیرش: ۲۰ بهمن ۱۴۰۲ تاریخ انتشار: ۱ فروردین ۱۴۰۳ کلیدواژه‌ها: غرر، عقود غرری، عقود مخاطره‌ای، عقود احتمالی، عقود معوضی، عرض لازم، عرض مفارق موضوعی: فقه و حقوق اسلامی

*نویسنده مسئول: حامدنبی زاده

آدرس: دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، واحد بین الملل ارس، دانشگاه آزاد اسلامی، ارس، ایران.

ایمیل: Lawyer.nabizadeh@gmail.com



۱- مقدمه

عقود و معاملات، بخش مهمی از روابط اقتصادی جوامع بشری را تشکیل می‌دهند. یکی از ویژگی‌های مهم عقود صحیح، عدم وجود غرر و ابهام در آنهاست. غرر به معنای احتمال ورود زیان و ضرر به یک یا هر دو طرف عقد است. قوانین اسلامی و موضوعه ایران، عقود دارای غرر را باطل می‌دانند. اما در کنار عقود غرری، عقود مخاطره‌ای نیز وجود دارند که عنصر خطر در آنها امری ذاتی و عمدی است. تفکیک این دو دسته از عقود از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. در مقاله حاضر، نویسنده به بررسی تعاریف موجود غرر و عقود مخاطره‌ای در منابع حقوقی و فقهی پرداخته و سعی در ارائه ضابطه‌ای مشخص برای تمیز این دو مقوله دارد. همان‌طور که اشاره شد، تفکیک عقود غرری از عقود مخاطره‌ای از اهمیت بسزایی برخوردار است. اما متأسفانه در برخی منابع فقهی و حقوقی، تعریف دقیق و مشخصی از این دو مفهوم ارائه نشده و گاهی اوقات آنها را یکسان در نظر گرفته‌اند. عدم تفکیک صحیح و ضابطه‌مند این دو مقوله، می‌تواند منجر به بروز مشکلات و اختلال در نظام حقوقی و فقهی کشور شود. به عنوان مثال، اگر عقود بیمه و معاملات بازار بورس، به اشتباه جزء عقود غرری طبقه‌بندی شوند، نهادها و سازوکارهای مهم اقتصادی کشور دچار مشکل خواهند شد. بنابراین ضرورت دارد مراجع ذی‌ربط و صاحب‌نظران حوزه حقوق و فقه، تلاش کنند تا با ارائه تعاریف دقیق و ضوابط مشخص، راه را برای تفکیک صحیح عقود غرری و مخاطره‌ای هموار نمایند. مقاله حاضر گامی در همین راستا بوده و سعی داشته است ضمن بررسی و نقد تعاریف موجود، ضابطه‌ای کاربردی ارائه نماید.

۲- غرر

واژه غرر، اسم مصدر تغیر و به معنای خطر، جهالت و در معرض هلاکت قرار گرفتن است و در اصطلاح حقوقی به ضرر و زیان ناشی از معاملات، غرر می‌گویند. به صورت کلی می‌توان گفت که غرر در اصطلاح حقوقی و فقهی به معنای حالت و وضعیتی است که باعث ایجاد احتمال ورود ضرر و زیان به یکی از طرفین معاملات می‌شود. در فقه ضابطه تشخیص غرر به عرف واگذار شده و غرر امری عرفی شناخته شده که شرع در آن دخالتی ندارد. نهی از غرر، ارشاد به عرف عادت است و حکم تأسیسی نیست. توضیح آنکه نهی از غرر، نهی ارشادی است نه تأسیسی. (الفارق، ج ۴، ص ۱۵۲) نهی از غرر، در حدیث نبوی مقبول همه مذاهب خمسّه دیده می‌شود اما در تعریف غرر، نص نیست. (اندیشه و ارتقاء، ص ۳۹۸) همچنین در تعریف غرر و مصادیق آن، اختلاف در مذاهب خمسّه دیده می‌شود و عجیب‌تر آنکه فقه‌های مذاهب اسلامی عقد غرری را از عقود مخاطره تمییز نداده‌اند که خطای عمومی است. شاهد مثال آنکه حنفیه به عکس شافیه، شرکت مفاوضه را جایز دانسته‌اند ولی نه شافیه و نه حنفیه ضابطه‌ای برای رد و قبول آن شرکت، ارائه نکرده‌اند یعنی عقود مخاطره را نمی‌شناختند و بین اقسام غرر، تمییز نداده‌اند. در قواعد شهید اول، غرر اینگونه تعریف شده است: «الغرر لغه ماله ظاهر محبوب و باطن مکروه، قاله بعضهم؛ و منه قوله تعالى متاع الغرور. و شرعا هو جهل الحصول...» شهید در قواعد ص ۲۵۳ می‌گوید غرر آن است که ظاهری پسندیده و باطنی ناپسند داشته باشد. از این جمله شهید اول نکته خاصی که به بحث غرر کمک کند استفاده نمی‌شود و گره‌ای باز نمی‌گردد؛ بدین خاطر از کنار آن می‌گذریم. در فقه مالکی غرر مورد نهی را، در مسامحات زیاد می‌بینند و آن را چنین تعریف کرده‌اند: «و معنی بیع الغرر ما کثر فیه الغرر و غلب علیه، حتی صار البیع یوصف ببیع الغرر. فهذا الذی لاخلاف فی المنع منه. و اما یسیر الغرر فانه لا یؤثر فی فساد عقد بیع، فانه لا یکاد یخلو عقد منه. و انما یختلف العلماء فی فساد اعیان لا عقود لاخلافهم فیما فیه من الغرر، وهل هو من حیز الكثير الذی یمنع الصحه او من حیز القلیل الذی لا یمنعها». غرر آن است که زیاد باشد و چون در بیع، غرر زیاد باشد بیع غرری می‌گردد و شرعا ممنوع است. اما غرر اندک عقد بیع را مخدوش نمی‌کند زیرا عقدی نیست که اندک غرر در آن نباشد. فقه‌های مالکیه ضابطه غرری بودن و یا نبودن عقد را، بر سر اندک و بسیار بودن غرر



می‌پندارند. منتهی نه اصل غرر را تعریف کرده‌اند و نه معیاری برای شناخت کم و یا زیاد بودن غرر ارائه کرده‌اند. فقه مالکی مرتکب اشتباه بزرگی شده است؛ در سلم که آن را غرری دانسته‌اند بر سر امکان تسلیم مبیع در رأس موعده است؛ نه زیادی و کمی غرر. حال آنکه مشروع بودن آن را کسی انکار نکرده است. غرر در عقد حواله نیز از زیادی و کمی، نشأت نمی‌گیرد. پر واضح است که عقد غرری را از عقود مخاطره نمی‌توانند جدا کنند. (الفارق، ج ۴، ص ۱۴۹) نراقی در مستندالشیعه می‌گوید: «ضابط الغرر كما يستفاد من كلام اللغويين و الفقهاء و صرح به الشهيد في شرح الارشاد احتمال تجتنب عنه عرفا، لو تركه بحاله وبخ عليه و استحق اللوم العرفي». نراقی در مستند، نص نهی از غرر را اختصاص (به موجب حدیث) می‌دهد به بیع ابق با ضم ضمیمه و می‌گوید در غیر این مورد، بیع غرر باطل است. در واقع نراقی نباید ضابطه غرر را طوری بیان می‌کرد که سامانی بین غرر و مخاطره نمی‌گذاشت. مؤلف جامع الشتات نیز در مورد غرر می‌نویسد: «الغالب استعمال الغرر في الجهالة» یعنی غالبا غرر، در مورد جهالت به کار می‌رود. اگر مقصود میرزای قمی در جامع الشتات معرفی غرر باشد این جمله کافی و وافی نیست. در واقع میرزای قمی نباید هر گونه جهالت را به عرصه غرر می‌کشاند. آیا این جهالت آن قدر، شمول دارد که شامل جهالت در نکاح هم باشد؟ یا جهالت در عقود مال معوض، معیار شناسایی غرر است؟ ظاهرا نظر فقها متوجه عقود مالی معوض است؛ پس باید با صراحت بیشتر درباره ماهیت غرر، سخن گفت تا تعریف شامل جامع افراد و مانع اغیار باشد. مؤلف جواهر الکلام هم مخالف با عموم نص نهی از غرر است اما نه به عنوان غرر یسیر و کثیر. عبارت او در اخراج حواله از نص نهی از غرر این است: «ضرورة عدم الدليل عليه الا دعوى الغرر الذي لم يثبت مانعيته على الاطلاق، حتى لو قلنا بان الحواله اعتياض، فانه لم يثبت مانعيته في مطلق المعاوضه» (جواهر، ج ۴، ص ۴۱۵) نجفی در جواهر الکلام معتقد است که نهی از غرر، اطلاق ندارد. پس لازم نیست که مال الحواله معلوم باشد. پس عقد حواله ممکن است در پاره‌ای موارد، غرری باشد. منتهی دلیلی بر این نظر نیست جز نهی از غرر که آن هم معلوم نیست که علی الاطلاق، نهی از هر غرر کرده باشد حتی اگر حواله را عقد اعتیاض بدانیم. صاحب جواهر الکلام سخن از غرر یسیر و کثیر نکرده است ولی به هر حال او هم مانند مالکیه عموم نهی از غرر را بدون ارائه ضابطه نپذیرفته است. به هر حال باید حدود غرر منهی را معین کرد ولی در جواهر الکلام نیز همچون سایرین معین نشده است. دکتر جعفری لنگرودی در کتاب اندیشه و ارتقاء می‌گوید: تا این لحظه ندیدم کسی حدود ماهیت غرر را معین کرده باشد. عموما غرر را در عقود مالی مطرح کرده‌اند و حال آنکه غرر (ریسک) در عقد نکاح، کم نیست؛ عیوب اخلاقی هر یک از طرفین کم‌کم پس از عقد و طی معاشرت‌ها معلوم و آشکار می‌گردد. پس می‌توان پرسید: آیا نکاح، عقد غرری است؟ (اندیشه و ارتقاء، صص ۳۹۸-۳۹۹)

۳- عقد غرری

موضوع غرر در عقود است. ولی عقود، موجودات اعتباری هستند و گرد محور مصالح عرف عادت می‌گردند؛ گاه مصلحت در برخی از عقود، اقتضاء می‌کند که غرر، از اجزاء ماهیت باشد مانند غرر در بیمه و تراز و عقد راعی و قرارداد شیلات و عقد قباله. روشن‌ترین مثال، قرارداد بیمه است؛ ریسک بیمه معروف است. این قسم در دایره عقود مخاطره قرار می‌گیرند. در این عقود، عاقدین عالما و عامدا به استقبال ریسک و خطر می‌روند. قطعا شارع نخواسته است که رقم بطلان روی دسته‌ای از عقود (یعنی عقود مخاطره) بکشد و خلق را دچار عسر و حرج کند. اما عقود دیگری که شایع‌تر است (مانند بیع) وجود دارد که عاقدین در آنها نه تنها از خطر و ریسک، استقبال نمی‌کنند بلکه سعی بلیغ و جد وافر دارند که از آن حذر کنند. اجاره هم از این مقوله است. غرر اگر در این عقود وارد شود مانند اینکه مبیع مجهول باشد یا مقدور التسلیم بودن آن بنابر غالب، محرز نباشد، جنبه عرضی دارد و عرض مفارق است. نهی از غرر در نبوی مقبول عموم مسلمین در این عقود است. (اندیشه و ارتقاء، ص ۴۰۲). فی‌الجمله به عقدی غرری می‌گویند که احتمال ضرر و زیان یکی از طرفین آن وجود دارد. به عبارت دیگر، وضعیت عقد غرری و



شرایط تنظیم و امضای آن به گونه‌ای است که باعث ورود ضرر و زیان مالی به طرفین عقد یا یکی از آنها می‌شود. قانونگذار تمام معاملات غرری را باطل و ممنوع اعلام کرده است. تمام عقودی که به منظور انجام معاملات غرری تنظیم می‌شوند نیز باطل و بی‌اثر هستند. بنابراین اگر کسی اقدام به عقدی نماید و جهل به یکی از جهات معامله داشته باشد و از ناحیه آن جهل برای او احتمال حصول ضرری در بین باشد آن عقد را عقد غرری می‌گویند و باطل است (نهی النبی عن بیع الغرر) ولی اگر احتمال ضرر منتفی باشد صرف آن جهل، صدمه‌ای به عقد نمی‌زند؛ بنابراین اگر دو ساعت که از هر جهت دارای مشخصات واحد باشند و مالک آنها یکی از آن دو را بدون تعیین بفروشد با وجود اینکه شخص مبیع مجهول است، چون احتمال ضرر منتفی است معامله غرری نیست. (ترمینولوژی حقوق، ص ۵۰۸، ش ۳۹۰۸) در باب عقود غرری بحث کامل و جامعی در کتب فقهی و حقوقی یافت نمی‌شود و بعضاً مباحث نیز خلط شده است و منتهی کار عمده‌ای که پیشینیان کرده‌اند صرفاً برشمردن مصادیق بیع غرر است که از نظر علمی نه احتیاج به غور و جد و جهد فقیهانه دارد و نه اساساً چندان مهم است. موارد ذیل از همین باب است :

- ۱- آیا سلم، بیع غرر است.
- ۲- آیا عقد مضاربه، عقد غرری است یا عقد مخاطره است؟ خطر، عرض لازم (و یا ذاتی) این عقد است.
- ۳- آیا شرکت مفاوضه، عقد غرری است؟
- ۴- آیا اجاره خدمات، عقد غرری است؟
- ۵- اگر بیعی غرری باشد، شرط خیار، رافع غرر نیست.
- ۶- شرط برائت از عیوب، بیع را غرری نمی‌کند.

۴- شرایط مال مورد تعهد

از باب تبیین بحث باید اشاره شود که در مورد مال موضوع تعهد شرایطی بیان شده است از جمله: ۱- هنگام عقد موجود باشد؛ ۲- قابل نقل و انتقال باشد؛ ۳- معین باشد (مردد بین دو یا چند چیز نباشد)؛ ۴- تسلیم و تسلیم مال موضوع انتقال در موعد تسلیم مقدور باشد؛ ۵- ملک مدیون باشد؛ ۶- مالیت داشته باشد؛ ۷- معلوم باشد (مجهول و مبهم نباشد). مسئله غرر و غرری بودن در دو مورد از شرایط معامله یعنی تسلیم و تسلیم مال موضوع انتقال و معلوم بودن آن موضوعیت پیدا می‌کند. قدرت بر تسلیم مال موضوع تعهد شرط است، زیرا چیزی که مقدورالتسلیم نبود غرری است. ماده ۳۴۸ ق.م نیز مقرر داشته است: «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». بنابر این ماده عدم قدرت بر تسلیم یا تسلیم مال موضوع انتقال را در حکم غرر دانسته و آن عقد را باطل می‌شمارد. البته نباید از این نکته غفلت کرد وقتی گفته شده علم تفصیلی به مورد معامله شرط درستی قرارداد است، مقصود آن نیست که موضوع تعهد باید از همه جهات، حتی آنکه از دید دو طرف دارای اهمیت است، معلوم باشد، چرا که احاطه کامل به مورد معامله (معلوم المطلق) حتی برای مالک آن نیز اغلب غیرممکن است. مقصود قانونگذار از لزوم رفع ابهام از جنس مورد معامله در دو ماده ۳۴۲ و ۳۵۱ ق.م. رفع ابهام از ذات و حقیقت موضوع تعهد است. قانونگذار در ماده ۳۴۲ ق.م بیان داشته است: «مقدار و جنس و وصف مبیع باید معلوم باشد و تعیین مقدار آن به وزن یا کیل یا عدد یا ذرع یا مساحت یا مشاهده تابع عرف بلد است.» روشن است که مجهول ماندن هر یک از موارد فوق موجب بطلان بیع است. ماده ۳۵۱ ق.م. نیز مقرر کرده است: «در صورتی که مبیع کلی یعنی صادق بر افراد عدیده باشد بیع وقتی صحیح است که مقدار و جنس و وصف مبیع ذکر بشود.»



۵- عقود مخاطره

عقود مخاطره در طول تاریخ به مرور جای خود را در زمره عقود باز کرده است و برخی از آنها مانند عقد مضاربه و شرکت و بیع میوه درختان برای دو سال و بیشتر و عقد مزارعه و مواردی از این دست در نصوص هم پذیرفته شده است. عقود مخاطره از این جهت که مبتنی بر احسان نیستند و به هر حال طرفین آن به دنبال سود شخصی‌اند و فضای حاکم بر عقد بین آنها فضای رقابتی است، مشابه عقود مغابنی هستند و مبنای منطقی لزوم وجود علم تفصیلی به عوضین در عقود مغابنه و بطلان آنها در صورت وجود جهل و غرر به همین علت است اما در عقود مخاطره اساساً امکان علم تفصیلی به دلیل ابتدای آنها بر جهل وجود ندارد. در متون فقهی و حقوقی با عناوینی همچون عقد احتمالی روبه‌رو می‌شویم که منظور همان عقد مخاطره است؛ در آثار نویسندگان به جای عقد مخاطره، از عناوینی همانند عقد احتمالی، عقد تقدیری، عقد معوضی و عقد بختکی نیز استفاده می‌شوند. به‌طور مثال دکتر کاتوزیان از عنوان عقد معوضی به جای عقد احتمالی استفاده کرده و گفته در آن مقدار دو عوض وابسته به امر نامعلومی در آینده است. عقد مخاطره‌ای یا احتمالی عقدی است که طرفین آن، تعهد متقابل دارند ولی وصول یکی از طرفین عقد یا هر دو طرف به اثر عقد بستگی به بخت و اتفاق دارد و در حین عقد نمی‌توان آن را تحدید و معین نمود مانند عقد قمار و عقد بیمه. گفته‌اند غبن در عقد احتمالی مضر نیست. (ترمینولوژی حقوق ص ۴۷۳، ش ۳۶۱۹) عقود مخاطره از شمول نهی از غرر، خارج است به تخصص نه تخصیص (الفارق، ج ۴، ص ۱۵۱) توضیح آنکه در عقد مخاطره، خطر ذاتی عقد (و یا عرض لازم) است و عاقدین عالماً عامداً از خطر (ریسک) استقبال می‌کنند مانند عقد راعی (قرارداد شبانی) و تراز یا ضریبه و عقد قبالة و صلح تخارج و اجاره شیلات و اجاره کشاورزی و بیمه؛ این عقود عرفاً طرف حاجت عمومی است و مشروع است. در مورد عقد غرری، بناء عاقدین بر گریز از خطر (ریسک) است در حدودی که متعارف است؛ بیع مثال معروف این قسم است. (الفارق، ج ۴، ص ۱۱۰) ذات عقد بیع، عاری از مخاطره است، پس اگر بیعی غرری باشد غرر، عرض مفارق بیع است. نهی از غرر، ناظر به اعراض مفارق است. فقط در مورد اعراض مفارق باید گفت: عرفاً غرر یسیر (قابل تسامح عرفی) زیان به صحت عقد نمی‌رساند. (الفارق، ج ۴، ص ۱۵۱) اگر عاقدین در بیع، شرط اسقاط خیار غبن کنند، بیع، غرری می‌شود چه رسد به شرط اسقاط کافه خیارات. بنابراین توضیح، قرارداد آبونمان برق و آب و گاز و تلفن از عقود مخاطره نیست. زیرا در عقود مخاطره یک طرف از خطر استقبال می‌کند اما در آبونمان استقبال از خطر نمی‌شود. ذات عقد اجاره نیز همچون بیع عاری از مخاطره است و در اجاره غرری به واقع غرر عرض مفارق اجاره است؛ مثلاً اگر زمینی را برای زراعت گندم، اجاره دهند و اجرت المسمی را ربع محصول سالانه قرار دهند این اجاره غرری و باطل است. (الفارق، ج ۴، ص ۱۱۰) توضیح آنکه عاقدین باید علم به عوضین داشته باشند و گرنه اجاره باطل است. علم به عوضین از عناصر عمومی عقود معوض است. علم به حق استیفاء منافع مستلزم علم به منافع عین مستأجره است. پس اگر صاحب زمین زراعی، آن زمین را برای یک سال زراعی در مقابل ربع محصول به دست آمده از همان زمین، در اختیار زارع قرار دهد: اولاً این اجاره نیست زیرا مال الاجاره مضمون در ذمه مزارع مذکور نیست. ثانیاً مراضاتی است مبنی بر مخاطره، زیرا ممکن است محصول ندهد و آفت آن را از بین ببرد. پس به عنوان عقد مخاطره روا است. بنابراین غرر گاه جزء ماهیت برخی از عقود است و گاه عرض مفارق است. بدون این تفکیک، نمی‌توان درباره غرر در عقود، داوری کرد و نهی از غرر را شامل هر عقد غرری دانست چنانکه دانسته‌اند. (اندیشه و ارتقاء، ص ۴۰۳)

عقد مخاطره در همه مصادیق آن، غرری است، به عکس عقد غیرمخاطره؛ بیع غیر غرری فراوان است. اجاره غیر غرری فراوان است. به همین جهت اگر احیاناً غرری در بیع یا اجاره روی دهد عرض مفارق است و مشمول نهی از غرر است. از عقد بیمه و جوینت و نچرها می‌توان از جمله جدیدترین نمونه‌های عقد مخاطره‌ای نام برد. عقد بیمه از جمله عقود مخاطره‌ای است. مطابق ماده ۱ قانون بیمه مصوب سال ۱۳۱۶ «بیمه عقدی است که به موجب آن یک طرف تعهد می‌کند در ازای پرداخت وجه یا وجوهی از طرف دیگر، در زمان وقوع یا بروز حادثه خسارت



وارده بر او را جبران نموده و یا وجه معینی را بپردازد» جوینت ونچرها نیز از جمله عقود مخاطره‌ای است. جوینت ونچر قراردادی است که به موجب آن دو یا چند شخص حقیقی یا حقوقی، اقسام نقد و غیرنقد سرمایه‌ای را تحت کنترل و مدیریت مشترک مطابق توافق‌های فی‌مابین در پروژه‌های معین با سرمایه‌گذاری‌های متوالی به کار می‌گیرند و در سود و زیان ناشی از مشارکت، به نسبت سهام، شریک می‌شوند. همانطور که یکی از ارکان جوینت ونچرها مشارکت شرکا در سرمایه‌گذاری و تأمین مالی است، به موازات آن شرکا در سود و زیان مشارکت دارند و از این حیث در زمره عقود مخاطره‌اند.

۶- عناصر عقود مخاطره

شناسایی ماهیت عقود مخاطره در زمره ماهیات حقوقی، امری است ضروری و گرنه اشتباهات بسیار روی می‌دهد و چهارچوب مباحث علمی به هم می‌خورد و از بین می‌رود. عناصر عقود مخاطره از قرار ذیل است:

اول - عقدی است مالی اعم از معوض و غیرمعوض مانند عقد ضمان که علم به مضمون عنه و مضمون له و دین مورد ضمان، شرط صحت آن عقد نیست.

دوم - عمد در دخالت دادن خطر در مدلول عقد چنانکه در تراز یا قباله یا بیمه یا عقد راعی، می‌توان دید. تسامح در عقود مستمر به ویژه نکاح، سیر صعودی دارد ولی به حسب تعریف عقد مخاطره، اینها جزء عقود مخاطره نیستند.

سوم - فقدان تبرع، پس عقود تبرع (مانند عمری و رقبی و سکنی و وقف و هبه و صدقه) خارج از عقود مخاطره‌اند. چنین است عقود محاباتی. برخی از حنا بله وصیت را از مخاطرات شمرده‌اند و این خطا است؛ تبرعات عموماً از حوزه عقود مخاطره خارج‌اند.

چهارم - خطر باید در مدلول عقد باشد نه در اجراء عقد. پس بیع شرط که از عقود مسامحه است خارج از عقود مخاطره است. در اجراء آن، احتمال خطر علیه بایع می‌رود ولی این موجب نمی‌شود که بیع شرط از عقود مخاطره باشد. چنین است بیع سلم.

پنجم - استقبال عاقدین از خطر، مشروع باشد. پس قمار خارج از عقود مخاطره است و باطل است. (الفارق، ج ۴، صص ۱۱۱ - ۱۱۲) جهت قوام و ایضاح بحث ذیلاً به بررسی اجمالی چند نمونه از عقود می‌پردازیم:

۶-۱- غرر در سلم

فقیهان غرر را در سلم تصور کرده‌اند و گفته‌اند در توصیف مبیع کلی در ذمه بایع، افراط نکنند به اندازه‌ای که وجود آن در سررسید، به ندرت روی دهد زیرا سلم، نوعی از غرر است، پس باید محدود گردد به مالی که وثوق به تحصیل آن در سررسید، حاصل شود. علامه حلی در کتاب تذکره الفقهاء گفته‌اند: «الاستقصاء فی ذکر الاوصاف المخرج الی عزه الوجود و عسر التحصیل مبطل للسلم لما فیه من تعذر التسلیم الذی هو مانع من صحه البیع؛ و لان فی عقد السلم نوع غرر، فلا یحصل الا فی ما یوثق بتسلیمه...» آنان که بیع فضولی را عقد می‌دانند از حیث اینکه وثوق به تسلیم مبیع، حاصل نیست باید آن بیع را غرری و باطل بدانند، مگر اینکه قائل باشند نهی در معاملات، مقتضی فساد نیست. علامه حلی در تذکره صرف موعده دار بودن مبیع سلم را مصداق غرر دانسته است. در این صورت باید بیع نسیه را هم غرری بداند زیرا ثمن، موعده دارد. علامه در تذکره الفقهاء می‌گوید حکمت تعجیل ثمن در سلم (یعنی رأس المال) این است که غرر دو سویه نشود؛ یعنی غرر موعده داشتن، در معوض و عوض راه نیابد. عبارت تذکره عیناً چنین است: «یشترط فی السلم قبض الثمن فی المجلس ... لان الغرر فی المسلم فیه، احتمال للحاجه، فجبر ذلک بتأکد العوض الثانی بالتعجیل لئلا یعظم الغرر فی الطرفین ...»



۶-۲- غرر در اجاره

بر اساس تعریف سنتی عقد اجاره (که تملیک منافع به عوض است) عبدالرحمن الاصم ایراد کرده است که منافع مدت اجاره، در زمان عقد اجاره معدوم است، پس تملیک معدوم، غرر است. علامه در رفع نظر او، استناد به «حاجت عمومی» کرده است و گفته است: اجاره دادن از جمله حاجات عمومی است و هر چه که مورد حاجت عمومی باشد نمی‌تواند غرری باشد. ناظر به سخن علامه باید توجه داشت آن موجب کلیه که او ادعا کرده است ثابت نشده است؛ پس باید اقامه دلیل کرد که هر چه مورد حاجت عمومی است غرری نیست. پس باید قبلاً روی ماهیت غرر کار کرد و حدود آن را روشن نمود. (اندیشه و ارتقاء، ص ۴۰۰)

۶-۳- غرر در بیع

شرط برائت از عیوب، بیع را غرری نمی‌کند. اما شرط اسقاط خیارات ذیل، بیع را غرری می‌کند :

الف - شرط اسقاط خيار رؤیت؛

ب - شرط اسقاط خيار تأخیر ثمن؛

ج - شرط اسقاط خيار تعذر تسلیم؛

د - شرط اسقاط خيار تفلیس؛

ه - شرط اسقاط خيار غبن.

شرط اسقاط کافه خیارات (ماده ۴۴۸ ق. م) برخلاف نهی از غرر است. مراجعه به کتب فقها در مورد خیارات مذکور بیانگر اختلاف بسیاری در بین ایشان است و در بسیاری از موارد نتوانسته‌اند نظر نهایی بدهند که آیا آن خیارات را می‌توان اسقاط کرد یا نه. علت عجز و ناتوانی آن است که در تمیز ماهیت غرر و موارد استعمال آن و استخراج نظر شارع در نهی از غرر، مسئله را حل نشده رها و از آن عبور کرده‌اند. غررها در عقود یکسان نیستند و اقسام گوناگون دارند. تا آن اقسام، شناخته نشود نمی‌توان دآوری کرد. از تعاریف مجمل که درباره غرر کرده‌اند مراتب مذکور ثابت می‌شود. (اندیشه و ارتقاء، صص ۴۰۰ - ۴۰۱)

۶-۴- غرر در عقد مضاربه

عقد مضاربه از جمله عقود مبتنی بر مخاطره و ریسک است. در این عقد، سرمایه‌دار (مالک)، سرمایه لازم را در اختیار تاجر یا عامل (مضارب) قرار می‌دهد تا وی با آن تجارت و معامله نموده و سود حاصل، میان آن دو تقسیم شود. با توجه به ماهیت مخاطره‌آمیز این عقد، سود آن مبتنی بر احتمال است و امکان دارد ضرر و زیانی نیز متوجه طرفین گردد. برخی فقهای مکتب حنفی، مضاربه را نوعی اجاره دانسته و با توجه به عدم اطمینان از میزان سود در آینده، آن را دارای عنصر غرر دانسته و در نتیجه باطل می‌دانند. استدلال آنان این است که چون میزان اجرت عامل (مضارب) مجهول است و حتی حصول اجرت وی نیز مبتنی بر ربح حاصل از تجارت یقینی نمی‌باشد، بنابراین مشمول نهی از غرر بوده و باطل می‌باشد. اما باید توجه داشت که نخست اینکه مضاربه را نمی‌توان مصداق اجاره دانست زیرا فاقد عناصر و ویژگی‌های عقد اجاره است. ثانیاً مضاربه جزء عقود مخاطره‌ای به حساب می‌آید که وجود عنصر احتمال و غرر در آن امری ذاتی و جدایی‌ناپذیر است. وجود ریسک در مضاربه برای طرفین قابل پیش‌بینی و محتمل است و آنان به صورت عالمانه و آگاهانه وارد این عقد می‌شوند. از سوی دیگر، هم نصوص



فراوان و هم اجماع فقهاء، مشروعیت عقد مضاربه را تأیید می‌کند. به بیان دیگر، نص و اجماع مذکور می‌تواند به عنوان مخصصی برای عموم نهی از غرر به حساب آید. زیرا اصل بر مشروعیت و صحت معاملات و عقود است مگر عقودی که دلیل قطعی بر بطلان آن‌ها وجود داشته باشد. با توجه به مطالب فوق، می‌توان نتیجه گرفت که عقد مضاربه را نباید مشمول نهی از غرر دانست زیرا نخست این عقد غرری نیست بلکه جزء عقود مخاطره‌ای به شمار می‌رود و ثانیاً نص و اجماع بر مشروعیت آن دلالت دارد.

۷- نتیجه

با وجود آنکه فقهای مذاهب اسلامی روایت نبوی مبنی بر نهی از غرر را پذیرفته‌اند، اما حدود ماهیت غرر را به روشنی تبیین نساخته‌اند. مراجعه به کتب فقهی مذاهب خمس بیانگر آن است که تعریف جامع و کاملی از غرر بیان نشده و همچنین عناصر عقود غرری نیز تفکیک و روشن نشده است. عمده کار پیشینیان در باب عقود غرری که کار شاقی نیز نبوده صرفاً برشمردن مصادیق بیع غرر است؛ مانند اینکه آیا سلم، بیع غرر است؟ آیا اجاره خدمات عقد غرری است. به همین روی تا زمانی که اقسام گوناگون و ماهیت عقود روشن نشود و تفکیک بحث عقود غرری و عقود مخاطره‌ای به درستی صورت نپذیرد، این بحث همچون کلاف سردرگمی باقی خواهد ماند. به عنوان نمونه عموماً غرر را در عقود مالی مطرح کرده‌اند حال آنکه غرر در عقد نکاح کم نیست بنابراین می‌توان نکاح را عقد غرری دانست؟ غرری بودن یا نبودن عقد نکاح احتیاج به ضابطه دقیق و مبنای مشخص دارد. مطلب پیش‌رو برای حل این مشکل به سراغ ماهیت عقود رفت و بیان کرد غرر گاه جزء ماهیت برخی از عقود است؛ به عبارت دیگر غرر عرض لازم برخی از عقود است و گاه عرض مفارق است. بدون این تفکیک نمی‌توان درباره غرر در عقود، داوری ضابطه‌مندی کرد و نهی از غرر را شامل هر عقد غرری دانست. به همین سبب بعضی از حقوقدانان عقد مخاطره را در عقود معوض به کار گرفته‌اند در حالی که عقود مخاطره‌ای می‌تواند شامل عقود مالی اعم از معوض و غیرمعوض باشد. به‌طور مثال در عقد ضمان علم به مضمون‌عنه و مضمون‌له و دین مورد ضمان شرط صحت آن عقد نیست. (فلسفه اعلی، ص ۲۰۵) بررسی در ماهیات عقود بیانگر آن است که نهی از غرر در روایت نبوی شامل عقودی می‌شود که غرر عرض مفارق عقد باشد و غرر در عقودی که غرر عرض لازم آن عقد باشد جریان نخواهد داشت.



References

1. Jafari Langroodi, Mohammad Jafar. (2012). Al-Farq (Volume 4). Second edition. Ganj Danesh Publications. **[In Persian]**
2. Jafari Langroodi, Mohammad Jafar. (2008). Thought and Development. First edition. Ganj Danesh Publications. **[In Persian]**
3. Jafari Langroodi, Mohammad Jafar. (2023). Legal Terminology. Thirty-sixth Edition. Ganj Danesh Publications. **[In Persian]**
4. Jafari Langroodi, Mohammad Jafar. (2022). Supreme Philosophy in the Science of Law. Fourth Edition. Ganj Danesh Publications. **[In Persian]**
5. Najafi, Muhammad Hassan. Jewels of Speech in the Explanation of the Laws of Islam (Volume 4). Beirut, Dar Al-Hayya Al-Turaht Al-Arabi. **[In Persian]**
6. Amili, Muhammad ibn Makki (the first martyr). Al-Qawwa'd and Al-Fawa'id (Volume 2). First edition, Maktaba al-Mafidah. **[In Persian]**