

قرارداد با عوض شناور از دیدگاه اصول حقوقی

✍ حسین طاهرخانی

مقدمه:

مطابق نظریه سنتی، معلوم بودن عوضین شرط صحت عقد است. این مطلب در خصوص بسیاری از سیستمهای حقوقی قدیم صدق می‌کند. کما این که در حقوق روم، قرارداد وقتی اعتبار داشت که قیمت آن قطعی بوده یا این که لااقل عامل یا عوامل قطعی جهت تعیین قیمت وجود داشته باشد و از این رو چنانچه تعیین قیمت به عوامل متغیری در آینده یا ارزیابی شخص ثالثی محول می‌شد، قرارداد بی اعتبار تلقی می‌گردید.^(۱) در سیستم حقوقی قدیم اروپایی نیز تعیین قیمت جزء شرایط اساسی معامله بود و قرارداد بدون آن باطل تلقی می‌گردید.^(۲)

گرچه در بسیاری از سیستمهای حقوقی جدید این امر تحول یافته است مع الوصف هنوز هم در پاره‌ای از سیستمهای حقوقی نظریه سنتی پابرجاست یا تحول آن درگیر تردیدهای جدی است.^(۳) در سیستم حقوقی کشور ما نیز که قاعدهٔ یک سیستم حقوقی سنتی است، تمایل به لزوم معلومیت عوضین به

1- F. Zuluct, The Roman law of sale, Oxford, The Clarendon, 1945, p.173.

۲- دکتر مهربان داراب‌پور (ترجمه)، تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی، نوشته هجده نفر از دانشمندان حقوق، انتشارات گنج دانش، سال ۱۳۷۴، ص ۲۶۳.

وضوح دیده می‌شود به طوری که ماده ۲۱۶ قانون مدنی در قسمت قواعد عمومی راجع به صحت قراردادها مقرر می‌دارد: «مورد معامله باید مبهم نباشد مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است» بیان این حکم به ماده مذکور خلاصه نمی‌شود بلکه قانونگذار در ابواب دیگر خصوصاً در باب بیع که از نظر سنتی محل طرح و بحث قواعد عمومی قراردادهاست، به تکرار و تکمیل آن پرداخته است؛ به طوری که در آغاز بحث از مقررات عقد بیع ماده ۳۸۸ قانون مدنی به لزوم معلومیت عوض (ثمن) تأکید دارد و متقابلاً ماده ۳۴۲ آن قانون به ضرورت معلوم بودن مبیع و شیوه معلوم ساختن آن پرداخته است؛ بنابراین، از مجموع مقررات مربوطه چنین استنباط می‌گردد که در سیستم حقوقی ما نیز صحت عقد موکول به معلوم بودن عوضین است و بدون آن نمی‌توان به صحت عقد اعتقاد داشت این مفهوم صراحتاً از ماده ۳۳۹ قانون مدنی به دست می‌آید حکم این ماده چنین به ذهن القاء می‌کند که اساساً تصور عقد بیع بدون معلوم بودن مبیع و ثمن ممکن نیست. مطالعه سابقه قهقی قضیه نیز کمک چندانی به حل مسأله نمی‌کند؛ برعکس فقها با صراحت بیشتری بر لزوم معلوم بودن عوض یا ثمن هنگام انشای عقد تأکید نموده‌اند به طوری که برخی از بزرگان مدعی اجماع بر عدم جواز بیع با ثمن قابل تعیین در آینده شده‌اند.^(۱)

مع الوصف امروزه به واسطه تحول نیازهای اجتماعی خصوصاً در زمینه امور تجاری، شاهد شیوع قراردادهایی هستیم که متعاملین در هنگام انعقاد قرارداد نمی‌توانند و یا شاید نمی‌خواهند عوض (قیمت) قرارداد خود را دقیقاً معلوم سازند بلکه تعیین آن را به شاخصهای کم و بیش متغیری در آینده محول می‌سازند و حتی بعضاً مسکوت می‌گذارند.

نمونه این گونه قراردادها عمده در زمینه فروش مصنوعات و پیمانکاریهای ساختمانی و اجاره‌های بلند مدت و قراردادهای مستمر و خصوصاً قراردادهای نفتی به چشم می‌خورد مع‌ذالک محدود به امور مذکور نمی‌گردد. تأملی کوتاه در قراردادهای تجاری فیما بین تجار و شرکتهای تجاری، این واقعیت را آشکار می‌سازد که در عمل ضرورتهای بسیاری وجود دارد که مانع توافق

متعاملین بر یک قیمت مشخص می‌گردد و با چنین حجم قابل توجهی از این گونه قراردادها، اهمیت بررسی وضعیت و آثار حقوقی آنها انکارناپذیر است. در بسیاری از سیستمهای حقوقی در نهایت نیاز عمومی بر منطبق حقوقی فایق آمده و لذا قرارداد با عوض شناور به رسمیت شناخته شده و آثار آن تنقیح گردیده است.^(۱) این روند در قوانین و رویه قضایی غالب کشورهای اروپایی خصوصاً سیستمهای حقوق کامن‌لا به چشم می‌خورد.^(۲) اما باید دید وضعیت حقوقی چنین قراردادهایی در سیستم حقوقی کشور ما چیست و به عبارت روشنتر توجه این همه قراردادهای رو به تزاید بر چه اساسی متکی است و آثار حقوقی آن کدام است.

همان طور که گفته شد در قوانین مدون ایران بر خلاف بسیاری از سیستمهای حقوقی خارجی، قرارداد با عوض شناور مورد توجه قرار نگرفته است و از این رو وضعیت و احکام و آثار آن از دیدگاه قانونی مبهم می‌باشد. بنابراین جهت تعیین وضعیت این نوع قراردادها در حقوق ایران به ناچار باید به تحلیل اصولی قضیه رو آورد، به این معنی که مبنای تردید در اعتبار چنین قراردادهایی، یعنی غرر، مورد تحلیل قرار گیرد تا با روشن شدن مفهوم و ابعاد و زوایای آن، وضعیت قراردادهای موضوع بحث از لحاظ اصولی مشخص گردد. این مطلب را در سه مبحث دنبال می‌کنیم. ابتدا مفهوم غرر مورد بحث قرار می‌گیرد و سپس به ضابطه تعیین آن پرداخته می‌شود و نهایتاً نقش عرف در تعیین غرر مورد مطالعه قرار خواهد گرفت.

مبحث اول: مفهوم غرر

گفتار اول: تعریف غرر

غرر در لغت به معنی خدعه، فریب، غفلت، خطر، جهل توأم با خطر و نظیر آن آمده است و اگرچه دارای معانی عدیده است اما همه آنها در نهایت به سه مفهوم خدعه و

1- F.Zulueta, op. cit., p.173.

۲- دکتر مهربان داراب‌پور، همان منبع، ص ۲۶۳.

غفلت و خطر برمی‌گردد.^(۱)

قاموس در تعریف غرر آورده است: غرر یعنی فریب دادن و تطمیع به باطل و غرور هم یعنی هر چیزی که انسان را فریب دهد اعم از مال و جاه و شهوت و شیطان و... و همچنین از هری گفته است: بیع الغرر ماکان علی غیر عهده و لائقه. لذا بیوعی که متبایعین بر آن احاطه ندارند و جوانب و موارد آن مجهول باشد، داخل در بیع غرری است.^(۲) و از مصباح حکایت شده که غرر را تفسیر به خطر نموده و مثال آن را فروش ماهی در آب و پرنده در هوا قرار داده است.^(۳)

خلاصه این که اهل لغت از واژه غرر دو معنی متعدّدی و لازم استخراج نموده‌اند؛ در معنی متعدّدی غرر معادل خدعه به کار رفته است کما این که در الصحاح و القاموس و غیره آمده است اما در استعمال لازم، واژه غرر به معنی خطر آمده است، به طوری که از مصباح و المغرب و الجمل و لسان العرب فهمیده می‌شود.^(۴)

شیخ انصاری در بحث از منشأ تحقق غرر می‌فرماید: کلیه علما و فقها متفق‌اند که در معنای غرر جهالت اخذ شده است و جهل، قدر جامع بین تفاسیر وارده در معنای غرر است، خواه جهل در اصل وجود مبیع باشد و خواه در حصول آن و خواه در صفات مبیع از حیث کمیت و کیفیت.^(۵) با وجود این برخی از فقها اعتقاد دارند، غرر به معنی جهل نیست؛ امام خمینی پس از بیان قول شیخ در نقد آن می‌فرماید: کلمات شیخ و غیر او

۱- قاسم شعبانی، معلوم بودن مورد معامله در بیع، پایان نامه فوق‌لیسانس مدرسه عالی شهید مطهری، سال ۱۳۶۹، ص ۴۲.

۲- قاسم شعبانی، منبع یاد شده، ص ۴۲.

۳- برای مطالعه بیشتر مراجعه شود: به شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، ج ۲، منشورات دارالذخایر قم، سال ۱۴۱۱هـ. ق، ص ۱۹۶؛ محمد اعتضاد، در غرر و دلیل آن، مجله کانون وکلا، س ۲، ش ۱۱، فروردین ۱۳۲۹، ص ۴۸؛ دکتر مهربان داراب‌پور، ثمن شناور، جزوه درسی دوره فوق‌لیسانس دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی سال ۱۳۷۶، ص ۳۲؛ محمدتقی رفیعی، مطالعه تطبیقی غرر در معامله، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی قم، سال ۱۳۷۸، ص ۱۹؛ سید مسعود نوری، بیع با ثمن شناور از دیدگاه فقه، نامه مفید، فصلنامه دانشگاه مفید، ش ۲۲، تابستان ۱۳۷۹، ص ۴۵.

۴- سیدالقاسم خوئی، مصباح الفقاهه فی المعاملات، ج ۵، مؤسسه انصاریان، بدون سال چاپ، ص ۲۵۷.

۵- شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، ج ۲، ص ۱۹۷.

درباره غرر مضطرب است بعضاً جازمند بر این که غرر به معنای جهالت است و در جای دیگر غرر را به معنای خطر یا اقدام بر عملی که ایمن از ضرر نیست آورده‌اند و حال آن که در هیچ یک از کتب لغت، غرر را به معنای جهالت تعریف و تفسیر نکرده‌اند زیرا عناوین و تعاریف ذکر شده در کتب لغت، حتی واژه غفلت، غیر از عنوان جهالت است و شگفتا از شیخ انصاری که بیان داشته: «و بالجمله فالکل متفقون علی اخذ الجهاله فی معنی الغرر».^(۱)

گفتار دوم: مبنای غرر

همان طوری که ملاحظه می‌شود فقها معانی متعددی برای غرر عنوان نموده‌اند اما دو واژه جهل و خطر بر همه آنها سایه افکنده است.^(۲) مع الوصف بین فقها در خصوص مبنای غرر اختلاف نظر وجود دارد. بعضی از فقها صرف جهالت را برای تحقق غرر کافی می‌دانند کما این که شهید رحمه‌الله علیه در قواعد فرموده است که اگر کسی بگوید یکی از دو چیز را به تو فروختم یا آن که این چیز را در مقابل یکی از این دو جنس که در خارج معلوم است، فروختم، به واسطه غرر باطل است.^(۳) برخی از نویسندگان حقوقی نیز به تبعیت از این نظر، مناط تفکیک بین قاعده لاغرر و لاضرر را در انفکاک بین جهل و خطر می‌دانند و اعتقاد دارند که برای تحقق غرر، صرف جهل به مورد معامله کافی است و لو معامله مزبور مقرون به ضرر نباشد بنابراین ضرر ملاک بطلان غرر نیست بلکه هر کجا که غرر موجود باشد، ولو ضرر هم نباشد موجب فساد معامله است.^(۴)

اما بعضی دیگر از فقها، جهت تحقق مفهوم غرر، علاوه بر جهل به ثمن و مثن، خطر و ضرر را نیز لازم می‌دانند و اعتقاد دارند که با فقدان هر یک از آن دو، غرر و فساد

۱- امام خمینی، کتاب بیع، ج ۳، انتشارات اسماعیلیان، قم، ۱۳۶۳، ص ۲۰۴.

۲- سیدمسعود نوری، همان منبع، ص ۴۷.

۳- به نقل از محمد اعتضاد، همان منبع، ص ۴۹.

۴- محمد اعتضاد، همان منبع، ص ۵۱.

مرتب نخواهد شد.^(۱) از این رو برخی از فقها ضمن نفی ملازمه بین غرر و جهالت رابطه آن دو را عموم و خصوص من وجه دانسته‌اند.^(۲)

یکی از حقوقدانان در این خصوص می‌گوید: باید دانست که غرر دو عنصر دارد اول جهل دوم احتمال حصول ضرر از ناحیه جهل؛ به همین جهت بعضی از فقها می‌گویند لاغرر ولاخداع اذا امن من الضرر. یعنی اگر احتمال ضرر نباشد، غرر وجود ندارد. بنابراین اگر دو مال وجود داشته باشد که متحدالجنس باشند و صفات آنها یکسان باشد و بایع یکی از آن دو مال را بدون تعیین بفروشد، با وجود این که عین میبع مجهول است، ولی چون احتمال ضرر وجود ندارد، غرر هم وجود ندارد.^(۳)

بنا بر نظر اخیر، صرف جهل ملازمه‌ای با غرر ندارد بلکه صرفاً یکی از ارکان آن محسوب می‌گردد.^(۴) نتیجه منطقی نظریه مذکور این است که اگر جهل ناشی از شناور بودن یا حتی مسکوت ماندن عوض در قرارداد، مستلزم ضرری برای متعاملین نباشد، نمی‌توان قرارداد را از جهت غرر باطل دانست.

به عنوان مثال اگر در قراردادی، تعیین عوض به شاخص بهای سازمان مشخصی یا به لیست قیمت سازمانی که قانوناً عهده‌دار تعیین قیمت کالای موضوع قرارداد است و یا حتی نرخ بازار احاله شده باشد، علی‌رغم جهل متعاملین به قیمت قرارداد خود، هیچ گونه ضرری متصور نیست. مثلاً اگر دو زرگر قراردادی جهت خرید و فروش صد سکه طلای بهار آزادی به نرخ اعلامی بانک مرکزی و حتی به نرخ بازار چهار راه استانبول که نوسان قیمت آن عرفاً قابل اغماض است، ببندند، چه ضرری از آن ناشی می‌شود؟ مگر

۱- به نقل از محمد اعتضاد، منبع یاد شده، ص ۴۹.

۲- شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، ج ۲، ص ۱۹۸.

۳- دکتر محمد جعفر لنگرودی، تأثیر اراده در حقوق مدنی، رساله دکتری، سال ۱۳۴۰، ص ۱۱۰.

۴- شیخ اعتقاد دارد بین آن دو رابطه عموم و خصوص من وجه وجود دارد. ایشان می‌فرماید: و اما المجهول المعلوم الحصول او مجهول الصفه فلیس غرراً و بینها عموم و خصوص من وجه، لوجود الغرر بدون الجهل فی البعد الا بق اذکان معلوم الصفه من قبل ام بالوصف الان و وجود جهل بدون الغرر فی المکیل و الموزون و المعدود اذلم یعتبر، شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، ج ۲، ص ۲۱۸.

نه این است که فروشنده طلای خود را به قیمت فروخته و خریدار نیز به قیمت خریده است؟ بلکه اساساً می‌توان ادعا نمود که این شیوه از معامله خطر تضرر متعاملین را کاهش می‌دهد زیرا اگر متعاملین مذکور مجبور به تعیین قطعی ثمن قرارداد باشند، چه بسا به واسطه عدم اطلاع از قیمت واقعی سکه طلا، بر روی قیمتی نامناسب که طبیعتاً تضرر یکی از آن دو را به دنبال خواهد داشت، توافق کنند. وانگهی منظور از خطر نیز، احتمال ضرری است که عقلاً از آن اجتناب می‌کنند نه احتمال ضعیفی که مردم بدان التفاتی ندارند.^(۱)

مبحث دوم - ضابطه تعیین غرر

برخی از فقها در باب غرر بحثی را تحت عنوان شخصی یا نوعی بودن غرر مطرح کرده‌اند که بررسی آن از حیث موضوع مقاله مرتبط و مهم به نظر می‌رسد. مسأله این است که جهت رفع غرر چه میزان از علم و چه نوعی از آن ضرورت دارد؟ آیا برای صحت معامله، متعاملین باید آن چنان علمی کسب نمایند که نوع مردم برای انجام چنین معامله‌ای کافی می‌دانند و شیوه‌ها و طریق کسب علم نیز شیوه‌هایی است که قانونگذار یا عرف نوعی اجتماع بنیان نهاده یا میزان و شیوه کسب علم بسته به وضعیت و خواست و اراده طرفین قرارداد دارد؟ این مسأله وقتی اهمیت می‌یابد که بنا بر عرف عموم، جهت معلوم ساختن مورد معامله‌ای ابزار و آلانی جهت توزین و شمارش یا بعضاً مساحی لازم است در حالی که متعاملین نظر به دید و تجربه و تخصص ویژه‌ای که دارند، می‌توانند بدون استفاده از ابزار مذکور به صرف مشاهده یا یک سری محاسبات کلی، کمیت مورد معامله را روشن سازند. در چنین فرضی مورد معامله از دیدگاه عموم مجهول است، در حالی که نزد متعاملین جهلی که در مفهوم غرر قرار گیرد، باقی نمانده است. لذا باید دید که آیا به واسطه این که مورد معامله نوعاً نزد عموم مردم مجهول و غرری است، باطل و

۱- میرفتاح حسینی مراغی، عنوانی، ج ۲، انتشارات مؤسسه نشر اسلامی، سال ۱۴۱۸ ه. ق، ص ۳۱۴

بلاثر است یا این که چون نزد شخص متعاملین معلوم است، باید حکم به صحت آن نمود؟ محققان در این زمینه به راه حل فاطمی دست نیافته‌اند. برخی از ضابطه نوعی بودن غرر طرفداری کرده‌اند و عده‌ای دیگر شخصی بودن غرر را ترجیح داده‌اند. بعضی از نویسندگان اعتقاد دارند منشأ اختلاف نظر فقها، در تحلیل ضرورت علم به عوضین و نقش غرر و نوع ارتباط آن با بطلان معامله نهفته است.^(۱) به هر تقدیر نظریات موجود را در دو قسمت مورد بررسی قرار خواهیم داد.

گفتار اول - ضابطه نوعی

برخی اعتقاد دارند، ظاهر اخبار و نصوص وارده بر عدم جواز بیع مکیل و موزون به طور تخمینی و بدون اندازه‌گیری، به دلیل وجود غرر نوعی در آنهاست. یعنی از آنجایی که نوعاً بیع اشیاء بدون تقدیر و اندازه‌گیری مستلزم غرر است، شارع مقدس از این قبیل معاملات نهی نموده است. بنابراین تفسیر، باید اعتقاد داشت که اگر در معامله‌ای خاص وضعیت طوری باشد که متعاملین بدون تقدیر و اندازه‌گیری با ابزار مخصوص به خود، علم به مورد معامله پیدا نمایند، باید معامله را علی‌رغم متعاملین، باطل دانست زیرا بنا بر فرض، معامله نوعاً غرری است.^(۲) سؤال و جوابی که از سیدمحمدکاظم طباطبایی یزدی نقل شده است به خوبی این اندیشه را نمایان می‌سازد. ایشان در پاسخ به این

۱- برخی از نویسندگان پاسخ مسأله را در این دیده‌اند که مشخص گردد که آیا وجود غرر حکمت حکم به بطلان معامله غرری از سوی شارع است یا این که علت آن می‌باشد؟ در صورت اول، شارع حکم را به صورت کلی تدوین می‌نماید و نبود حکمت حکم در یکی از دو مورد از شمول یک حکم قانونی نمی‌گاهد. بنابراین اگر در یک کفه ترازو مقداری گندم و در کفه دیگر به همان مقدار از گندم یا جنس دیگر که از لحاظ ارزش با آن برابر است، قرار داده شود و معاوضه گردد، در حالی که وزن هیچ یک از آنها مشخص نباشد، علی‌رغم این که در این معامله عرفاً غرری وجود ندارد، اما از آنجایی که هر دو مورد معامله مذکور نوعاً مجهول است، در بطلان عقد کافی است. اما چنانچه غرر را علت حکم بطلان معامله بدانیم، اجرای قاعده منوط به وجود غرر در شخص متعاملین خواهد بود و بر این اساس در مثال یاد شده، غرری وجود ندارد و عقد صحیح است؛ زیرا هر طرف می‌داند به همان اندازه که مال خویش را از دست داده، مال دیگری به دست آورده است. سیدحسن وحدتی شبیری، مجهول بودن مورد معامله، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی قم، سال ۱۳۷۹، ص ۱۱۰؛ سیدابوالقاسم خونی، همان منبع، ص ۳۲۵.

۲- قاسم شعبانی، همان منبع، ص ۴۷.

سؤال که جهل در معامله اگر موجب غرر نباشد، مبطل است یا نه؟ مثل این که اگر قیمت گندم و خرما متساوی باشد، در کفه‌ای از میزان، گندم ریخته معادل آن در کفه دیگر خرما بدون تعیین وزن، می‌فرماید: «اما در بیع، پس باطل است؛ چون باید وزن هر یک معلوم باشد و اما در صلح اگر چه بعید نیست صحت، لیکن احتیاط ترک نشود.»^(۱)

این عقیده در اقوال سایر فقهای امامیه نیز دیده می‌شود. این بزرگان اعتقاد دارند که جهت احراز غرر در معامله‌ای، باید به نوع آن معامله توجه گردد نه به اعتقاد و خواست شخص بایع یا مشتری^(۲) لذا چنانچه در نوع معامله مورد نظر، معلومیت مستلزم کیل و وزن و شمارش است و بدون آن غرر لازم می‌آید، مورد معامله باید به طریق متعارف معلوم گردد و إلاً معامله باطل است، حتی اگر متعاملین از طرق دیگری به علم رسیده باشند.^(۳)

برخی از حقوقدانان نیز به این نظریه تأسی نموده‌اند و غرر نوعی را موجب فساد معامله دانسته‌اند و اعتقاد دارند؛ برای رفع ابهام از مورد معامله، باید به طرق و وسایلی که نزد عرف معمول و متعارف است تمسک جست. لذا چنانچه جهت معلوم ساختن بیع، وزن و کیل و شمارش آن عرفاً لازم باشد، مشاهده آن کفایت نمی‌کند و اگر فرض کنیم که شخص خریدار دارای حدس صائبی باشد که به محض مشاهده بتواند مقدار آن را تشخیص داده و از خود دفع غرر و ضرر کند، نافع نخواهد بود زیرا معیار بطلان، غرری است که از نوع معامله مورد نظر حاصل می‌شود.^(۴)

۱- سیدمحمدکاظم طباطبایی یزدی، سؤال و جواب، مرکز نشر علوم اسلامی، سال ۱۳۷۶، ص ۱۴۵ ش ۲۴۹.

۲- سیدابوالقاسم خوئی، مصباح الفقاهه، ج ۵، ص ۳۹۹. «ان الغرر انما هو تحقیق المعاملات بحسب النوع و ان كان البيع فی اعتقاد المشتري غیر غرری».

۳- محمد حسین آل کاشف الغطاء، تحریرالمجله، ج ۱، انتشارات النجاشی تهران، سال ۱۳۵۹، ص ۱۸۴: «و اعلم ان الغرر منهي عنه الموجب لفساد البيع هو النوعی و لاشخصی فلو فرضنا ان المشتري او هو و البایع كان قوی الحدس بحيث لو نظر الى البصره يعرف مقدرها او يعرف مقدار ما يكفيه نفقه لمدته من الايام فلا يلحقه ای غرر من شرانها لم ينفع ذلك لان المبطل هو الغرر المتحقق فی نوع هذا البيع فيبطل كل اقراده حتى الخالی من الغرر و لا يصح الا المعلوم مقدار، من الطرق المتعارفه و هي الكيل و الوزن و العدد و ردیفاتها».

۴- محمدبروجردی عبده، کلیات حقوق اسلامی، ص ۸۵: دکتر سیدحسن امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۱۰۰

گفتار دوم - ضابطه شخصی

بسیاری از بزرگان، ضابطه شخصی بودن غرر را ترجیح داده‌اند؛ شیخ انصاری پس از بیان این که ظاهر اخبار و نصوص وارده حکایت از غرر نوعی دارد، اما خود جانب غرر شخصی را تقویت نموده و اطلاعات مذکور را حمل بر مورد غالب دانسته و می‌فرماید: چنانچه در بیع مکیل و موزون، اندفاع غرر به طریق دیگری غیر از تقدیر و اندازه‌گیری، ممکن باشد، کفایت می‌کند. به عنوان مثال چنانچه مقداری طعام بدون آن که وزنش مشخص باشد با هموزن خود مبادله شود یا این که احد از متعاملین دارای قوه حدس قوی باشد و بتواند مقدار مال مورد معامله را معین نماید و تخلف هم نادر باشد یا اگر مورد معامله قلیل و اندک باشد که توزین آن متعارف نباشد و با تخمین مشخص گردد، باید قایل به صحت معامله بود.^(۱)

یکی دیگر از فقها می‌فرماید: اگر مقدار عوضین براساس تخمین و حدس قوی تعیین شود به طوری که با واقع اختلاف چندانی نداشته باشد، بیع صحیح است؛ زیرا اعتبار کیل و وزن از جهت موضوعیت آنها نیست بلکه اعتبار آنها از جهت طریقت به واقع از تعیین مقدار عوضین است و حدس قوی هم که به موجب آن مقدار عوضین تعیین گردد، اعتباری همانند کیل و وزن را دارد و از این رو باید به صحت بیع با تخمین ملتزم گردید.^(۲) به تعبیر دیگر مناط صحت بیع در مکیل و موزون، علم به مقدار آنهاست و از این رو بیع مکیل و موزون بدون وزن و کیل هم صحیح است مشروط به این که متعاملین از طریقی غیر از وزن و کیل به مقدار آنها علم تحصیل نمایند و متقابلاً باطل است در صورت عدم علم به واقع، حتی اگر وزن و کیل هم صورت گرفته باشد اما با معیار و اوزانی که برای متعاملین مجهول و ناشناخته است.^(۳)

→ کتاب فروشی اسلامیة، سال ۱۳۶۶، ص ۴۴۰؛ محمد اعتضاد، همان منبع، ص ۵۱

۱- شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، ج ۲، ص ۲۱۷.

۲- سیدابوالقاسم خوئی، همان منبع، ص ۳۲۸ و ۳۳۲.

۳- سیدابوالقاسم خوئی، همان منبع، ص ۳۲۸ و ۳۳۲.

به نظر این دسته از فقها، ضرورت علم به مورد معامله از جهت دفع خطر غرر از متعاملین است و هنگامی که متعاملین به چنین علمی دست یافته باشند، برای صحت معامله کافی است اعم از این که نسبت به عموم مردم نیز علم حاصل شده یا نشده باشد.^(۱) در فقه اهل سنت با سعه صدر بیشتری با این قضیه برخورد شده است به طوری که به عقیده بعضی از فقهای اهل تسنن، در بیع عین حاضر، دانستن مقدار لازم نیست. مثلاً می توان خرمن گندمی را که مقدار آن مشخص نیست، به صرف مشاهده خریداری نمود. فقیهان حنفی تصریح کرده اند که می توان پیمانهای را که حجم آن مشخص نیست یا سنگی را که وزن آن معلوم نیست، ملاک رفع ابهام قرار داد.^(۲)

گرچه این مطلب در فقه امامیه پذیرفته نشده است،^(۳) اما فقهای امامیه در موارد بسیاری مشاهده را در مکیل و موزون و خصوصاً مزروع برای صحت عقد کافی دانسته اند.^(۴) و برخی نیز همانند فقهای اهل تسنن، مطلق مشاهده را کافی دانسته اند.^(۵) برخی از حقوقدانان نیز برای تعیین میزان و ابزار کسب علم، معیار و ضابطه شخصی را پیشنهاد کرده اند و می گویند داوریهای عرفی را همیشه نمی توان در پرتو قواعد بررسی کرد. آنچه به نظر قویتر می رسد، این است که هدف از بین بردن غرر و ایجاد اطمینان

۱- جهت مطالعه بیشتر رجوع شود به: حاج شیخ محمدحسین غروی اصفهانی، حاشیه کتاب مکاسب چاپ سنگی،

ج ۱، انتشارات مجمع الذخائر الاسلامیه قم، بدون سال چاپ ص ۳۰۸.

۲- سیدحسن وحدتی شبیری، همان منبع، ص ۱۱۴.

۳- شیخ یوسف بحرانی، همان منبع، ص ۴۷۴: قدصرح بانه اذا كان العوضان من المكيل و الموزون او المعدود، فلا بد من اعتبارها بما هو المعناد من الكيل و الوزن و العده فلا يكفى المكيل المجهول كقصه حاضره و ان تراصيا بها، و لا الوزن المجهول كالاتماد على صخره معينه و ان عرفاً قدرها تخميناً. و لا العدد المجهول بان عولا عليه ثم اعتبر العده للفرر المنهى عنه في ذلك كله. همچنین رجوع شود به: سیدابوالقاسم خوئی، همان منبع، ص ۳۲۳.

۴- شیخ یوسف بحرانی، همان منبع، ص ۴۶۲ و ۴۸۱.

۵- در فقه اهل سنت معامله جزافی به اتفاق در همه مذاهب اربعه صحیح دانسته شده است و در میان فقیهان امامیه نیز این جنید اسکافی بیع گراف را مطلقاً جایز دانسته و اعتقاد دارد که مشاهده همواره می تواند جایگزین کیل و وزن شود. به نقل از علی اسلامی پناه، همان منبع، ص ۹۷.

عرفی به مقدار مال است هر چند از راهی نامرسوم به دست آید.^(۱)

به نظر می‌رسد در بحث حاضر، معیار شخصی ترجیح دارد؛ زیرا ظاهر هر دلیلی که عنوانی را موضوع حکم قرار داد؛ آن است که هر کجا عنوان تحقق داشت، حکم ثابت است و هر کجا که عنوان مذکور نبود، حکم هم نیست. روش عقلای جامعه نیز جانب معیار شخصی را تقویت می‌کند؛ زیرا هدف شارع از تأسیس این اصل، جلوگیری از خطر نزاع و تضرر طرف معامله است و در قضیه مورد بحث هر یک از متعاملین اطمینان دارند که خطری تهدیدشان نمی‌کند.^(۲)

واقعیت نیز این است که علم به مقدار و کمیت مورد معامله، دایر مدار غرر است و همین که متعاقدین به هر وسیله‌ای حتی اگر غیر متعارف باشد به چنین علمی دست یابند و بالتبع نسبت به شخص آنها غرر مرتفع گردید، معامله صحیح است. کما این که از منطوق پاره‌ای از مواد قانون مدنی نیز استنباط می‌گردد که علم شخص متعاملین جهت اعتبار عقد لازم و در عین حال کافی است. به عنوان مثال ماده ۱۰۷۹ قانون مدنی در این زمینه مقرر می‌دارد: «مهر باید بین طرفین تا حدی که رفع جهالت آنها شود، معلوم باشد.»^(۳)

آنچه از این بحث به موضوع مقاله ارتباط می‌یابد، بیان این مطلب است که اگر غرر نوعی باشد، در بسیاری از معاملات که در آنها غرر شخص طرف معامله مرتفع شده است، از جمله این که مشارالیه از روی حدس و تخمین مقدار عوضین را ارزیابی کرده و بدین طریق از خود رفع جهل و دفع غرر کرده باشد. اما چون غرر نوعی است و نوع مردم به چنین معامله‌ای اقدام نمی‌کنند، پس معامله باطل است. اما چنانچه ضابطه شخصی ملاک عمل باشد، باید اعتقاد به صحت معامله داشت. به تعبیر دیگر اگر در میزان و شیوه

۱- دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، انتشارات بهنشر، سال ۱۳۶۶، د

ص ۱۸۲.

۲- سیدحسن وحدتی شبیری، همان منبع، ص ۱۷۷.

۳- علی اسلامی پناه، همان منبع، ص ۱۷۷.

کسب آگاهی از اشیاء و اوصاف آنها معیار نوعی مدنظر قرار گیرد، تعیین اوصاف به اندازه‌ای ضروری است که عرف مردم مورد معامله را معلوم بداند. لیکن اگر معیار شخصی ملاک عمل قرار گیرد، ذکر اوصاف به اندازه‌ای لازم است، که در نظر طرفین معامله معلوم محسوب شود.^(۱)

مبحث سوم - نقش عرف در تعیین غرر

گفتار اول: از دیدگاه فقهی

آنچه از نظر اکثر فقها استنباط می‌گردد، این است که هرگاه میزان خطر در معامله به مقداری باشد که عرفاً^(۲) قابل توجه نباشد یا آن که مشتری نظر خاصی در آن معامله داشته باشد، غرر منتفی و معامله صحیح است. بنابراین اگر کسی سنگی را که معلوم نیست طلا است یا نقره یا مس به مبلغ خیلی بخرد یا آن که محتوای صندوقی را که محتویات آن مجهول است، به مبلغ اندکی بخرد یا ماهی دریا یا پرندۀ در هوا را به مبلغ مختصری بخرد، به امید این که ماهی صید گردد و پرندۀ به دست آید یا این که محتویات صندوق قابل توجه باشد، در همه این موارد، علی‌رغم جهل به مبیع و اوصاف آن، چون مشتری در مقام استفاده احتمالی است و ثمن معامله نیز قابل اعتنا نبوده است، عرف و عادت غرر را منتفی می‌داند و با رضایت مشتری باید اعتقاد به صحت معامله داشت.^(۳)

نظیر چنین عقایدی در کتب سایر فقها دیده می‌شود، به طوری که میرزای قمی معامله پولهایی را که مخلوط به مس است و مقدار مس آن معلوم نیست، در صورت علم

۱- علی اسلامی‌پناه، همان منبع، ص ۱۷۷.

۲- جهت مطالعه مفهوم عرف و ارکان تشکیل دهنده آن در فقه و حقوق ایران رجوع شود به: محمد تقی رفیعی، همان منبع، ص ۱۱۲ به بعد.

۳- محمد اعتضاد، همان منبع، ص ۵۰. شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، ج ۲، ص ۱۹۹... انه لو اشترى الايق او الضال المرجوع الحصول بثمان قليل لم يكن غرراً، لان العقلاء، يقدمون على الضرر القليل، رجاء للنفع الكثير، وكذا لو اشترى المجهول المردود بين ذهب و نحاس بقيمة النحاس بنا على المعروف من تحقق الضرر بالجهل بالصفة وكذا شراء مجهول المقدار بثمان المتقين منه، فان ذلك كله مرغوب فيه عند العقلاء... ميرفتاح، عناوين، ج ۲، ص ۳۱۴. و الخطر عبارة عن احتمال الضرر المجتنب عنه عند العقلاء لا الاحتمال الضعيف لايبالي عنه الناس.

متعاملین به غش حتی اگر به مقدار غش هم جاهل باشند، در صورتی که معامله چنین پولهایی عرفاً رواج داشته باشد، جایز دانسته است.^(۱) همچنین در پاسخ به این سؤال که آیا کندوی زنبور عسل یا زنبور آن را می‌توان به سلف خرید یا نه؟ می‌فرمایند: چنانچه با جلب نظر اهل خبره بتوان عسل موجود در کندو و مقدار زنبور در آن را به نحوی تعیین نمود که عرفاً جهالتی نماند، جایز است.^(۲) و در جای دیگر تصریح دارد که مناط در بطلان بیع مجهول غرر و سفاهت است در عرف و عادت.^(۳)

همچنین سؤال شده است که آیا بیع جواهر کبار مثل دانه‌های مروارید بزرگ یا قطعه کبیره از الماس و یاقوت و زبرجد و امثالهم به مجرد مشاهده بدون وزن صحیح است یا نه؟ و آیا فرقی بین منصوب و غیر منصوب هست یا خیر؟ ایشان در پاسخ فرموده‌اند: اظهر جواز معامله است با مشاهده و فرقی مابین منصوب و غیرمنصوب نیست، هرگاه در عرف و عادت غرری و سفهی لازم نیاید.^(۴)

از پاسخهایی که میرزا به مسائل مذکور داده‌اند به وضوح می‌توان نقش قوی و با اهمیت عرف را در تعیین غرر استنباط نمود، بنابراین معامله وقتی غرری محسوب می‌گردد که عرف با لحاظ جمیع اوضاع و احوال محیط بر معامله، حکم به ورود غرر و ضرر را صادر نماید و لذا چنانچه به هر علتی جهل به مورد معامله عرفاً قابل اغماض باشد، نمی‌توان معامله را غرری و باطل دانست.^(۵)

این مطلب از اقوال دیگر فقها نیز به دست می‌آید به طوری که سیدمحمدکاظم یزدی در پاسخ به این سؤال که اگر مغازه‌ای به مدت معین با اجاره بهای مشخص اجاره گردد با

۱- میرزای قمی، جامع الشتات، ج ۲، سازمان انتشارات کیهان، سال ۱۳۷۱، ص ۴، مسأله ۳.

۲- همان، ص ۶۸، مسأله ۵۷.

۳- همان ص ۱۷۰، مسأله ۱۱۳.

۴- همان، ص ۲۵۴، مسأله ۱۶۲ و ۱۶۳.

۵- بدیهی است عرف نمی‌تواند معاملات غرری را صحیح قلمداد کند اما می‌تواند وجود ضرر و خطر را در معامله متنازع فیه منتفی بداند و به واسطه انتفای ارکان، تحقق غرر نیز منتفی گردد. دکتر مهربان داراب‌پور، جزوه ثمن شناور، ص ۳۷.

این شرط که پرداخت خراج حکومتی و هزینه تعمیرات بر عهده مستأجر (جزء اجاره بها) باشد چه حکمی دارد؟ می‌فرمایند: مانعی جهت صحت عقد وجود ندارد گرچه میزان خراج و هزینه تعمیرات مجهول است اما از آن جایی که می‌توان میزان تقریبی آن را به تخمین مشخص نمود، لذا فرض ضرر منتفی است و سپس تصریح می‌نماید که «ولا تعد المعامله بهذه الجهاله غرریه فالاقوی صحتها»^(۱)

از کلام ایشان چنین فهمیده می‌شود که در فرض مسأله، وجود جهالت مفروغ عنه است اما مستلزم غرر نیست. بنابراین می‌توان گفت که نامعلوم بودن مورد معامله همیشه با غرر ملازمه ندارد زیرا غرر وقتی تحقق می‌یابد که از نظر عرف، ضرر غیر قابل اغماضی از معامله حاصل گردد و لذا در فرضی که با تخمین اهل خیره میزان قریب به واقع مورد معامله را می‌توان به دست آورد، دیگر نمی‌توان به ادعای غرر، معامله را باطل دانست و اساساً می‌توان ادعا نمود که در چنین فرضی جهل به مورد معامله مرتفع شده است و مورد معامله دیگر نامعلوم نیست.^(۲)

برخی از فقها از این نیز فراتر رفته و فرموده‌اند که حسب ظاهر، بلکه واقع این است که آنچه در کیل و وزنی که در روایت معتبر و لازم شمرده شده است، علم اجمالی به میزان آنهاست به نحوی که کلیه مجهول نباشد، نظیر بیع شیء مکیل و موزون به صخره‌ای مجهول. یک چنین بیعی به حکم روایات باطل است؛ زیرا که مجهول محض است و علم اجمالی به وزن و کیل به حیثی که معامله در نظر عرف مجهول العوضین تلقی نگردد، جهت صحت معامله کفایت می‌کند.^(۳)

به هر حال ملاک وجود یا عدم وجود غرر، عرف و عادت جاری مردم است و معیار خشک و غیر قابل انعطاف برای تشخیص غرر در شرع نیامده است.^(۴) ضابطه غرر همان

۱- سید محمد کاظم یزدی، سؤال و جواب، ص ۳۲۱.

۲- سید ابوالقاسم خونی، همان منبع، ص ۳۲۸ و ۳۳۰ و ۳۳۲.

۳- سید ابوالقاسم خونی، همان منبع، ص ۳۲۸، ۳۳۰ و ۳۳۲.

۴- شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۲۶، انتشارات کتابچی، سال ۱۴۲۱ هـ.

احتمال عقلایی ضرر و زیانی است که عرف آن را نمی‌پذیرد و به دیده تسامح به آن نگاه نمی‌کند و دخول در معامله‌ای با چنان خصوصیتی از سوی عرف و عقلاء به خاطر تضییع مال مورد نکوهش قرار می‌گیرد. اما هرگاه عرف معامله‌ای را غرری نداند، باید معامله را صحیح دانست. تشخیص این که چه معامله‌ای غرری است برحسب زمان و مکان و اوضاع و احوال هر قضیه از جمله شغل و تخصص متعاملین فرق می‌کند و داوری عرف به واسطه هر یک از عوامل مذکور تفاوت یافته و انعطاف می‌پذیرد.

گفتار دوم: از دیدگاه قانون مدنی

از بررسی مقررات قانون مدنی نیز نقش بارز عرف در تعیین مفهوم غرر دیده می‌شود. در سطور آتی مصادیقی از این بحث را مورد مطالعه قرار خواهیم داد.

الف - اجزاء و توابع مجهول

مسئله این است که در بیع اموالی از قبیل خانه و اتومبیل و کارخانه، اجزاء و توابع میع بر چه اساسی مشخص می‌گردد؟ آسانترین پاسخی که به نظر می‌رسد این است که گفته شود همه آنچه که در قرارداد مورد توافق قرار گرفته است، به تبع میع، به مشتری منتقل می‌گردد کما این که ماده ۳۵۷ قانون عمومی نیز توافق متعاملین را از این حیث قاطع و

ق، ص ۴۰۷؛ میرفتاح مراغی، عناوین ج ۲، ص ۳۲۰ و ۳۲۱... ان الغرر و الخطر امر عرفی یختلف بحسب الموارد... و بالجمله الضابط فی القدره علی التسليم و العلم بالوجود و بالمقدار، هو العرف و لامدخل للشرع فیها و متی ما تحقق ذلک عرفاً، فقد ارتفع الغرر؛ دکتر ابوالحسن محمدی، قواعد فقه، انتشارات دانشگاه تهران، مردادماه ۱۳۶۸، ص ۷۷: آقای دکتر ابوالحسن محمدی پس از بیان این مطلب که معیار تشخیص معامله غرری عرف است به بیان مسئله‌ای از کتاب عناوین می‌پردازد که از جهت تأثیر عرف در تعیین مفهوم غرر قابل توجه به نظر می‌رسد. می‌دانیم که غرر در سه مورد مصداق می‌یابد اول وجود یا عدم وجود مورد معامله دوم، بلیت تسلیم مورد معامله سوم کمیت و کیفیت مورد معامله که البته بحث موضوع رساله صرفاً ناظر به بررسی کمیت عوض قرارداد است و لذا در این مبحث نیز صرفاً این قسمت از مفهوم غرر مورد مطالعه قرار گرفت البته در مصداق اول مفهوم غرر این تردید به وجود می‌آید که بیع کلی را باید غرری دانست زیرا کلی نیز معنایی است که تنها می‌تواند در ضمن مصادیق متعدد به وجود آید و خود وجود خارجی ندارد بلکه وجود آن صرفاً در عالم تصور و در ذهن متعاملین است و سپس در توجیه صحت بیع کلی می‌گوید: «ملاک تشخیص مفاهیم و مصادیق عرف است و عرف هم چنان که فرد و جزئی را موجود می‌داند، مثل این خانه و آن فرش، همین طور کلی را نیز موجود می‌داند با این تفاوت که فرد و جزئی نمی‌تواند در ضمن دو یا چند مصداق باشد ولی کلی می‌تواند در ضمن دو یا چند مصداق باشد» و در ادامه می‌افزاید: «عرف آن را [بیع کلی] غرری نمی‌داند و اطمینان به وجود یافتن آن عرفاً ممکن است.»

کافی دانسته است.

مع الوصف این راه حل چندان کارگشا نخواهد بود؛ زیرا به ندرت اتفاق می افتد که متعاملین در قرارداد خود به شرح مفصل اجزاء و توابع مبیع بپردازند. زیرا از یک سو سرعت در معاملات مقتضی حذف این قسم از چانه زدن‌ها در معامله است و از سوی دیگر، در هر صنف از معاملات، عرف و عادات خاصی وجود دارد که جایگزین توافق طرفین می شود و نقص قراردادشان را از این حیث جبران می سازد و از این رو متبایعین خود را از احصای اجزاء و توابع مبیع بی نیاز می بینند. بر همین اساس ماده ۳۵۶ قانونی مدنی مقرر می دارد: «هر چیزی که بر حسب عرف و عادت، جزء یا تابع مبیع شمرده شود، داخل در بیع و متعلق به مشتری است، اگرچه در عقد صریحاً ذکر نشده باشد.» حکم این ماده یکی از مصادیق قاعده کلی مذکور در ماده ۲۲۰ همان قانون به شمار می آید که اشعار می دارد: «عقود، نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است، ملزم می نماید، بلکه متعاملین به کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می شود، ملزم می باشند.»

توجه این قسمت چندان دشوار به نظر نمی رسد زیرا بنا بر فرض، متعاملین خود از اهل عرف هستند و از حکم آن مطلع اند و لذا هنگامی که ذکر اجزاء و توابع مبیع را در قرارداد مسکوت می گذارند، در واقع به طور ضمنی بر آنچه عرف مقرر داشته، توافق نموده اند. به تعبیر دیگر حکم مذکور را باید ناشی از اراده تلویحی متعاملین دانست و در واقع به عنوان یکی از شروط ضمنی قرارداد محسوب داشت.

با وجود این، از ذیل ماده ۳۵۶ قانون مذکور چنین بر می آید که حکم عرف حتی با جهل متبایعین نیز جاری خواهد بود. بنابراین مطلب، دیگر نمی توان حکم عرف را ناشی از اراده ضمنی متعاملین دانست، زیرا در فرضی که متعاملین یا یکی از آنها نسبت به حکم عرف جاهل می باشند، چگونه می توان تصور نمود که آن را تلویحاً مورد توافق قرار داده اند؟

توجیه این قسمت از ماده را باید در جای دیگری جستجو کرد. آنچه از طرح این بحث مدنظر می‌باشد، بیان این مطلب است که در خصوص اجزاء و توابع میبع، حکم عرف ممکن است علی‌رغم اراده بایع بر تعهدات او بیفزاید یا از انتظارات مشتری بکاهد و به تعبیر دیگر کمیت مورد معامله را به نحوی که منظور متعاملین نبوده است، تعیین بر آنها تحمیل نماید.

بنابراین اگرچه مورد معامله معلوم است، اما مجهول ماندن توابع آن و ارجاع تعیین آن به داوری عرف، در واقع یکی از مصادیق شناور بودن مورد معامله است.^(۱) ممکن است گفته شود، در عقد بیع، ثمن در مقابل میبع قرار گرفته است و هیچ جزء از آن در مقابل اجزاء و توابع میبع قرار نگرفته تا جهل بدان منتهی به جهل به عوض و در نهایت منجر به غرر گردد.

مع الوصف پذیرش این عقیده در عمل و تطبیق آن بر مصادیق خارجی دشوار است؛ بندرت می‌توان موردی یافت که وجود یا عدم اجزاء و توابع میبع در ثمن معامله بی تأثیر باشد. قطعاً متعاملین بخشی از ثمن را بابت اجزاء و توابع میبع محاسبه کرده‌اند به طوری که در پارهای از موارد، متعاملین صراحهً توابع میبع را احصاء یا قیمت آن را کسر می‌کنند. به نظر می‌رسد که توجیه منطقی قضیه این است که قانونگذار جهل به اجزاء و توابع میبع را عرفاً قابل اغماض دانسته و این مقدار از جهل را برای تحقق مفهوم غرر کافی نمی‌داند.^(۲)

واقعیت نیز چنین است به طوری که عموماً مردم در معاملات خود به واسطه مجهول

۱- زیرا بر فرض، کمیت میبع در هنگام بیع نیز بر متباینین دقیقاً معلوم نیست بلکه تعیین قطعی آن موکول بر داوری عرف است. نظر به این که تفاوت بین ثمن و مثن اعتباری است، لذا می‌توان این مورد را شبیه موردی دانست که ثمن یا به طور کلی عوض معامله در هنگام انعقاد، مشخص نیست و تعیین آن به داوری شخص یا سازمان یا شاخص بهای خاصی احاله شده است.

۲- شیخ علی بن الحسین الکرکی (محقق ثانی) جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۴، انتشارات مؤسسه آل‌بیت (علیهم السلام)، لاجیاء التراث، قم، ۱۴۱۰ هـ، ق، ص ۳۶۸... و فی المختلف: ان البدر اذا كان اصلاً فی البیع المشتمل علی ضمیمه الی الارض، و ان كان الاصل هو الارض و البدر تابع، صح البیع، و هو بناء علی ان الجهاله انما تغتفر فی التابع.

ماندن بخشی از عوض یا معوض که در مقایسه با کل قرارداد رقم ناچیزی را به خود اختصاص می‌دهد، احساس غبن یا غرر نمی‌کنند. مثلاً در معامله یک دستگاه کامیون پنجاه میلیون تومانی، مجهول ماندن این که آیا رادیو پخش پنجاه هزار تومانی آن داخل در مبیع هست یا نیست، تأثیری ندارد. متقابلاً می‌توان اعتقاد داشت که اگر متعاملین شیوه‌ای جهت تعیین قیمت معامله خود پیش‌بینی نمایند که نتیجه آن نوسان مبلغی است که با توجه به کل معامله عرفاً قابل اغماض باشد، تأثیری در تحقق مفهوم غرر و بالتبع صحت معامله نخواهد گذاشت.

ب - شرط مجهول

از جمله مسائل بحث انگیزی که در فقه و حقوق مدنی مطرح شده است، اعتبار شرط مجهول می‌باشد، در بطلان عقدی که جهالت شرط به یکی از عوضین سرایت نماید و آن را نیز مجهول سازد، بحثی نیست اما در خصوص اعتبار شرط مجهولی که جهل آن به احد از عوضین سرایت نکند، اختلاف نظر وجود دارد:

برخی از فقها اعتقاد دارند که جهالت شرط همواره موجب غرر در بیع می‌گردد و بنا بر فرض این که غرر ناشی از جهالت به عقد سرایت هم نکند، صرف غرری بودن شرط برای بطلان آن کافی است زیرا آنچه مورد نهی قرار گرفته، مطلق غرر است و دامنه غرر شامل شرط نیز می‌گردد.^(۱) و حتی برخی نه تنها شرط را باطل، بلکه در اعتبار عقد مشروط فیه نیز تردید نموده‌اند.^(۲)

نظریه مذکور بین نویسندگان حقوق مدنی نیز طرفدارانی دارد. به اعتقاد یکی از حقوقدانان، شرایط مندرج در ماده ۱۹۰ قانون مدنی، ناظر به همه قراردادهای تعهدهاست و شرط ضمن عقد هیچ امتیازی بر سایر تعهدات ندارد و تبعی بودن شرط تغییری در ماهیت اصلی آن نمی‌دهد.^(۳)

۱- شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، ج ۳، ص ۳۰.

۲- میرزای قمی، جامع الشتات، ج ۲، ص ۲۱۷ و ۲۸۳، ج ۳، ص ۴۳۳.

۳- دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، ص ۱۶۷.

برعکس به اعتقاد دیگر فقها، اشتراط هر امری در بیع جایز است مگر این که مخالف کتاب و سنت باشد و در این راستا صرفاً متعرض عدم جواز شرط مجهولی شده‌اند که جهالت آن به یکی از عوضین سرایت نماید^(۱) این قول مورد متابعت حقوقدانان نیز قرار گرفته است.^(۲)

صرف نظر از استدلال قایلین به جواز شرط مجهول، در قانون مدنی نیز به مواردی بر می‌خوریم که قانونگذار چاره حصول نتیجه مورد نظر متعاملین را در شرط مجهول دیده است و با این کار تلویحاً مهر تأیید بر شرطی که موضوع آن مجهول است، زده است. به عنوان مثال، ماده ۵۵۸ آن قانون در باب مضاربه مقرر می‌دارد: «اگر شرط شود که مضارب ضامن سرمایه خواهد بود و یا خسارات حاصله از تجارت متوجه مالک نخواهد شد، عقد باطل است مگر این که به طور لزوم شرط شده باشد که مضارب از مال خود به مقدار خسارت یا تلف مجاناً به مالک تملیک کند.»

می‌دانیم که در عقد مضاربه، مضارب در حکم امین است و در غیر موارد تعدی و تفریط ضامن تلف یا خسارات وارده بر سرمایه نیست (ماده ۵۵۶ ق.م) اما جهت ترغیب او به مواظبت بیشتر و دخالت در زیان وارد به سرمایه، ماده مذکور اجازه داده است که بر مضارب شرط شود که در صورت ورود خسارت به سرمایه، معادل آن از اموال خود مجاناً به مالک تملیک نماید. موضوع این شرط خسارات احتمالی است که در آینده به وجود خواهد آمد و لذا از یکسو ورود آن قطعی نیست و از سوی دیگر در صورت حدوث نیز، میزان آن نامعلوم و مجهول است.^(۳)

۱- شهید اول، اللعنه الدمشقیه، ص ۱۲۹، میرزای نائینی، منیه الطالب، ج ۳، ص ۲۷۲، سیدمحمدکاظم طباطبایی یزدی، حاشیه بر مکاسب، جاب سنگی، ج ۲ (خيارات)، مؤسسه دارالعلم قم، سال ۱۳۷۸ ه، ق، ص ۱۱۶.
 ۲- دکتر حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۲۸۲، ج ۲، ص ۸۸، دکتر مهدی شهیدی، تشکیل قراردادهای و تعهدات، ج ۱، ص ۸۳.

۳- مرحوم امامی در همین راستا می‌فرماید: «طبق ماده ۵۵۸ ق.م در عقد مضاربه نمی‌توان شرط نمود که خسارت حاصله از تجارت متوجه مالک نخواهد شد و هرگاه چنین منظوری را متعاملین داشته باشند به وسیله حيله قانونی که ماده نامبرده پیشنهاد کرده است. تأمین می‌شود و آن حيله این است که به طور لزوم شرط شود که مضارب از مال خود به مقدار خسارت یا تلف مجاناً به مالک تملیک کند... شرط مزبور گرچه مجهول است ولی ←

به نظر نمی‌رسد مضاربه خصوصیتی داشته باشد تا حکم مذکور را منحصر به آن بدانیم بلکه حداقل در تمام موارد عقود امانی می‌توان به اندراج چنین شروطی پرداخت و جهت جواز آن از حیث مجهول بودن موضوع آن به ملاک ماده ۵۵۸ قانون مدنی استناد نمود.

شرط مذکور، در فقه نیز تحت عنوان شرط ضمان، عمده در سه عقد ودیعه و عاریه و اجاره مورد بحث قرار گرفته است و اگر از سوی برخی از بزرگان مورد تردید قرار گرفته است، تنها به واسطه تردید در تعارض مفاد شرط ضمان با مقتضای ذات آن عقود است (بند ۱ ماده ۲۳۳ ق.م) نه از جهت مجهول بودن موضوع آن.^(۱)

قانون مدنی نیز به تبعیت از فقها در مواد ۶۴۲ و ۶۴۳، شرط ضمان مستعیر را پذیرفته است در حالی که از یکسو تحقق موضوع شرط مذکور احتمالی است و از سوی دیگر که مربوط به این بحث است، در صورت حدوث کسر و نقض و منقصت نیز میزان آن قطعاً نامعلوم است.

مطابق این قول که شرط مجهول فی نفسه باطل نیست و از شمول قاعده لزوم معلوم بودن مورد معامله خارج است، طرح این سؤال ضروری به نظر می‌رسد که آیا قابل اغماض بودن جهالت شرط بواسطه انتقای غرر است یا تأثیر و نفوذ اراده مشترک متعاملین بر معامله غرری؟

از لحاظ منطق ریاضی، بی‌شک بندرت می‌توان موردی را تصور نمود که هیچ غرری از جهالت شرط ناشی نشود. به هر حال موضوع شرط مجهول قسمتی هرچند اندک از مطلوب یکی از متعاملین را تشکیل داده که منتهی به توافق بر آن شده است. بنابراین در

→ موجب بطلان معامله نمی‌شود» دکتر حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۲، ص ۱۰۲.

۱- مشهور فقها شرط ضمان بر مستعیر را پذیرفته و از پذیرش شرط ضمان امین به دلیل مخالفت آن با مقتضای ذات عقد ودیعه خودداری نموده‌اند اما در خصوص شرط ضمان مستأجر در عقد اجاره اختلاف نظر دارند. برای مطالعه بیشتر رجوع شود به امیر نعیمی، شرط ضمان مستأجر، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکز، سال ۱۳۷۴.

جهالت کم اهمیت‌ترین شرط ضمن قرارداد نیز، همواره ایجاد مقداری غرر متصور است.^(۱) تنها باید تعیین کرد که اعتقاد به صحت عقد و شرط به دلیل این است که غرر ناشی از جهالت شرط، عرفاً قابل اغماض است یا این که بنابر خواست و اراده مشترک متعاملین، غرر مذکور بی‌تأثیر می‌گردد؟

از مفهوم بند ۲ ماده ۲۳۳ قانون مدنی تمایل قانونگذار بر قول اول استنباط می‌گردد، به این معنی که بنابر تصور قانونگذار، در فرضی که جهالت شرط به عوضین سرایت نکند و منتهی به جهالت یکی از آن دو نگردد، غرر ناشی از آن اهمیت چندانی ندارد تا عرفاً مورد توجه قرار گیرد. با وجود این به نظر می‌رسد پاسخ کلی در مسأله منطبق بر واقع نباشد، زیرا مشکل می‌توان پذیرفت که تمام شروط مجهول خارج از شمول بند ۲ ماده ۲۳۳ آن قانون از یک سنخ و اهمیت آنها یکسان است؛ برخی از شروط مجهول، قسمت قابل توجهی از منظور متعاملین را به خود اختصاص نمی‌دهد و غرر ناشی از آن با لحاظ ارزش کل معامله و سایر اوضاع و احوال مربوطه، آن چنان بی‌اهمیت است که عرف از آن می‌گذرد اما برخی از شروط مجهول، در قصد مشترک متعاملین، قسمت قابل توجهی را به خود اختصاص داده است و اساساً به عنوان مکمل یکی از عوضین، مدنظر قرار گرفته است. بنابراین در فروش خانه به یک صد هزار ریال به شرط این که کل منافع و عایدات یک ساله خریدار، متعلق به فروشنده باشد^(۲)، گرچه ظاهراً ثمن همان یکصد هزار ریال است، اما در واقع موضوع شرط مجهول، در قصد مشترک متعاملین به عنوان مکمل ثمن در نظر گرفته شده است و ارزش موضوع شرط نیز به حدی است که با لحاظ ارزش کل معامله، عرف از غرر ناشی از آن نمی‌گذرد و به تعبیر بهتر غرر موضوع عرفاً قابل اغماض نیست.

بنابراین به نظر می‌رسد که در قول به صحت شروط مجهول خارج از شمول بند ۲

۱- به طوری که بعضی از فقهای امامیه اعتقاد دارند که شرط جزء یکی از عوضین قرار می‌گیرد و شرط مجهول همیشه ایجاد مقداری غرر می‌نماید. (به نقل از دکتر حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۲۸۴)

۲- به نقل از دکتر حسن امامی، همان منبع، همان صفحه.

ماده ۲۳۳ قانون مدنی، هم نقش عرف در تعیین مفهوم غرر را می‌توان دید و هم به تأثیر اراده متعاملین در توافق بر معامله غرری می‌توان اعتقاد یافت. در تقویت مطلب قسمت اخیر می‌توان به اقوال برخی از فقها اشاره نمود که اعتقاد دارند هرگاه متبایعین شیء مجهول را با تبانی و توافق، در قالب شرط و تابع در عقد بیع قرار دهند، موجب غرری بودن معامله نخواهد شد.^(۱)

به هر حال گرچه در باب اعتبار شرط مجهول، اقوال مختلف است اما بنا بر پذیرش صحت این قسم از شروط ضمن عقد، می‌توان پاره‌ای از توافقات با عوض شناور را در قالب شرط مجهول قرارداد؛ به این ترتیب که به جای شناور یا مسکوت گذاشتن کل مبلغ قرارداد، مبلغ پایه در قرارداد به عنوان عوض معلوم ذکر می‌گردد و نوسانات احتمالی آتی در قالب شرط ضمن عقد مورد توافق قرار گیرد. این مطلب در روبه قضایی ما نیز مسبوق به سابقه است؛ رأی اصراری شماره ۲۵۳۱-۱۲/۷/۴۳^(۲) و همچنین رأی وحدت رویه شماره ۱۲۴۰-۲۷/۷/۴۴^(۳) هیأت عمومی دیوان عالی کشور، دقیقاً ناظر به همین مطلب است؛ هر دو رأی مذکور مربوط به قراردادهای اجاره اراضی جهت ایجاد بناست که بین اداره املاک سابق، به عنوان موجر و اشخاص منعقد گردیده بود. در قراردادهای اجاره برای مدت قرارداد مقطوعاً مشخص گردیده بود. به موجب یکی از شروط قرارداد، بعد از پایان مدت قرارداد اجاره، اجرت‌المثل به میزان اجرت‌المسمی پرداخت خواهد گردید. اما شرط دیگری هم در هر یک از اجاره نامه‌ها گنجانیده شده بود مبنی بر این که چنانچه موجر حق الارض را افزایش دهد، مستأجر ملزم است که پس از اخطار، حق الارض مورد مطالبه را بپردازد. اداره املاک بعد از انقضای مدت هر یک از اجاره‌ها، به نظر خود حق الارض (اجرت‌المثل) را، در موردی تا ده برابر، افزایش داده و پس از اخطار به مستأجرین، از طریق اجرائیه ثبتی در صدد وصول آن برآمده است. یکی

۱- به نقل از قاسم شعبانی، همان منبع ص ۱۷۵.

۲- آرشیو حقوق کیهان، مجموعه رویه قضایی، سال ۱۳۴۳، ص ۱۹۲.

۳- فرج‌الله قربانی، مجموعه آرای وحدت رویه دیوان عالی کشور، حقوقی ۱۳۷۷-۱۳۷۸ انتشارات فردوسی.

از دفاعیات مستأجرین ناظر بر مجهول بودن مفاد شرط مزبور در اجاره و نهایتاً غیر قانونی بودن اختیار مطلق و یک طرفه موجر در افزایش حق الارض بوده است.

هیأت عمومی دیوان عالی کشور در هر دو رأی مذکور، در جهت احترام به اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادهای، ضمن اعتقاد به اعتبار قرارداد اجاره، با نادیده گرفتن جهل موجود در شرط مقرر، اختیار اداره املاک را جهت تعیین حق الارض جدید به رسمیت شناخته و مستأجرین را ملتزم به آن دانسته است. در قسمتی از رأی وحدت رویه آمده است: «نظر به این که در مورد بحث، عقد اجاره با تمام ارکان آن از مورد و مدت و میزان به نحو صحت واقع گردیده و شرط نمودن این امر که (هرگاه میزان حق الارض برابر دستور اداره مرکزی تغییر یابد، بیمانکار متعهد است پس از اخطار اداره املاک، حق الارض مورد مطالبه را بپردازد)، در ضمن عقد، به هیچ وجه از مصادیق شرط مجهول مقرر در بند ۲ از ماده ۲۳۳ قانونی مدنی نبوده، خللی به ارکان عقد وارد نمی‌سازد.»

نتیجه:

از تحلیل مصادیق مذکور که صرفاً به عنوان نمونه آورده شده است، چنین فهمیده می‌شود که علی‌رغم تصور برخی از نویسندگان^(۱) غرر حقیقت شرعی ندارد بلکه یک نهاد عرفی است و لذا برای درک مفهوم و حدود آن باید به عرف رجوع کرد.^(۲) گاه اهل

۱- برخی از فقها برای غرر مفهومی شرعی قابل شده‌اند و دایره آن را مضیقتر از مفهوم عرفی غرر می‌دانند کما این که شیخ جعفر کاشف الغطا می‌فرماید: ان دائره الغرر فی الشرع، اضیق من دائره فی العرف، به نقل از علی اسلامی‌پناه، همان منبع، ص ۵۱.

و از این رو برخی از بزرگان مسامحات عرفی را در پاره‌ای موارد بی‌اعتبار می‌دانند، کما این که صاحب جواهر می‌فرماید: ان المسامحات العرفیه فی بعض الافراد لابعبره لها، شیخ محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۳، ص ۱۰۰.

۲- سیدابوالقاسم خونی، همان منبع، ج ۷، ص ۶۰، «لم یرد فی الشریعه ما یرجع الی الغرر الا قول النبی (ص) نهی النبی (ص) عن بیع الغرر من دون بیان مفهومه و حقیقه فلا وجه لاخذ الغرر شرعی اعم من الغرر العرفی، بل الغرر عرفی دائماً؛ شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، ج ۲، ص ۲۴۶: فالغرر لفظ لا یرجع فی معناه الا الی العرف.»

عرف برخی معاملات را علی‌رغم مقداری جهالت در آن، انجام می‌دهند این مقدار از جهالت در نظر اهل عرف مضر به حال معامله نبوده و اصلاً غرر تلقی نمی‌شود. بی‌شک این دسته از اقدامات عرف تحت عنوان دلیل غرر، قرار نمی‌گیرد. بدیهی است که شرع هم در چنین مواردی حق دخالت نداشته و نمی‌تواند جهالتهایی را که عرف غرری نمی‌داند، غرری پندارد و علیه عرف عَلم مخالفت برافرازد؛ زیرا شرع برای غرر دایره‌ای ترسیم نکرده است که بگویم علی‌رغم این که عرف عملی را غرری نمی‌پندارد اما در قلمرو غرر شرعی قرار گرفته و معامله توأم با آن مخدوش باشد. به تعبیر برخی فقهاء، خبر نفی غرر نیز دلالت بر نفی همین موضوع (غرر) عرفی می‌کند^(۱)؛ تعبیر دیگر تشخیص موضوع بر عهده عرف است. یعنی اگر در معامله‌ای، عرف غرر را منتفی دانست، حکم معامله غرری (بطلان) جاری نمی‌شود و چنانچه عرف غرر را ثابت و محقق دانست، آن‌گاه خود به خود حکم معامله غرری بر آن بار می‌شود.^(۲)

بنابراین با فقدان یک نهاد غرر با پشتوانه حقیقت شرعی، باید هرگونه اقدام عرف در نادیده گرفتن برخی جهالتهای بر این معنی تفسیر نمود که این‌گونه موارد در نظر عرف غرر نیست و از تحت شمول دلیل غرر خارج است و لذا هر معامله‌ای که به ظاهر غرری تصور شود، اگر آن معامله نوعاً مبنای عمل عقلاء و خردمندان جامعه قرار داشته باشد، آن معامله درست و صحیح است و غرری تلقی نمی‌شود^(۳) زیرا معامله غرری، معامله‌ای است که در آن خطر وجود داشته باشد و خطر هم عبارت است از احتمال ضرری که از نظر عقلاء قابل اجتناب است، نه احتمال ضعیفی که عرف توجهی به آن ندارد.^(۴)

۱- سیدمحمدکاظم طباطبایی یزدی، حاشیه مکاسب، چاپ سنگی، ج ۲ (خيارات)، انتشارات مؤسسه دارالعلم، قم ۱۳۷۸ ه.ق، ص ۵۸.

۲- محمدتقی رفیعی، همان منبع، ص ۱۱۹.

۳- علی اسلامی پناه، همان منبع، ص ۵۱ و ۵۳ و ۶۱.

۴- میرفتاح مرغه‌ای، عناوین، ج ۲، ص ۳۱۴.

در معاملات موضوع بحث، غرر به معنای احتمال عقلایی ضرر و بیم از خسارت محقق نیست و عرف چنین احتمالی را نادیده می‌انگارد. مثلاً در قرارداد پیش فروش خودرو، با این که مشتری نمی‌داند ثمنی که به شرکت تولیدکننده خودرو می‌پردازد، چه مقدار است، اما مردم که رفتارشان تجلی عرف جامعه است، کسی را که وارد چنین معامله‌ای شده است، سرزنش نمی‌کنند و بستن چنین قراردادی را خطرناک، بی‌سرانجام و غیرعقلایی نمی‌شمرند. چه بسیار اتفاق می‌افتد که عقلاء بر خرید متاعی که به حقیقت آن علم ندارند، اقدام می‌کنند و چنین رفتاری خطر و ضرر محسوب نمی‌شود بلکه گاه روی گردانی از چنین معاملاتی را از دست دادن فرصتها و عملی سفهی یا شبیه به سفه می‌دانند. به هر حال حضور مشتاقانه مردم در این گونه قراردادها بهترین گواه آن است که در معاملات مورد بحث، مسأله احتمال ضرر و خطر نادیده انگاشته می‌شود.^(۱)