

## غرر و کاربرد آن در قراردادهای

محمدعلی انصاری پور\*

استادیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

فرزاد ولدبیگی

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی پردیس قم دانشگاه تهران

مهدی حسینعلی زاده

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه علوم قضایی

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۳/۵ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۳/۴/۲)

### چکیده

عنوان غرر از موضوعاتی است که هم در فقه و هم در حقوق از جهات مختلف بررسی، و درباره آن بحث شده است. اما با وجود قدمت بحث و اهمیت آن، در خصوص کاربرد غرر در قراردادهای، به ویژه در عقود جدید، هنوز ابهام‌هایی هم در کلمات فقیهان و هم حقوق دانان به چشم می‌خورد. این مقاله مفهوم غرر و قلمرو و کاربرد آن در قراردادهای را به طور موجز بررسی کرده، به اجمال نشان می‌دهد که موارد کاربرد غرر در قراردادهای فراتر از آن است که در قانون مدنی و متون حقوقی به آن اشاره شده است.

### واژگان کلیدی

تردید، جهل، خطر، غرر، معامله غرری.

### ۱. مقدمه

یکی از قواعدی که در فقه ذیل شرایط عوضین در عقود معاوضی (شهید اول، ۱۴۰۰ق، ص ۶۲؛ یزدی، ج ۱، ۴۱۰ق، ص ۶۱؛ سنهوری، ج ۲، ۱۹۹۸م، ص ۴۵)، به خصوص عقد بیع، درباره آن بحث می‌شود، قاعده نفی غرر است. در قانون مدنی نیز این قاعده کاربرد دارد و برخی از مواد آن مانند بند ۳ ماده ۱۹۰ و ماده ۲۱۶ براساس این قاعده تنظیم شده‌اند؛ هرچند که به صراحت به آن اشاره‌ای نشده است. حقوق‌دانان نیز بر حسب مورد و بیشتر در مبحث شرایط اساسی صحت معامله، این قاعده را بررسی کرده‌اند (کاتوزیان، ج ۲، ۱۳۹۲، ص ۲۱۲-۱۸۲؛ شهیدی، ج ۱، ۱۳۸۸، ص ۳۱۰-۲۸۸؛ صفائی، ۱۳۸۹، ص ۱۳۷-۱۳۲)، اما جوانب مختلف و به خصوص کاربرد این قاعده، با وجود اهمیت و قدمت آن، چنان‌که شایسته است بحث و بررسی نشده است.<sup>۱</sup> وجود اختلاف میان فقیهان اهل سنت و شیعه در خصوص انطباق مفهوم این قاعده بر بعضی قراردادهای، به خصوص عقود جدید، مانند بیمه که اکثریت دسته اول (الزحیلی ج ۵، ۱۴۲۲ق، ص ۳۴۲۸-۳۴۱۵؛ الزحیلی، ج ۶، ۱۴۲۲ق، ص ۴۱۸۳-۴۱۸۱) آن را عمدتاً به دلیل وجود غرر، باطل، و دسته دوم آن را صحیح می‌دانند (خویی، ج ۲، ۱۴۲۷ق، ص ۲۰-۱۹، امام خمینی، ۱۹۸۱م، ص ۶۰۸؛ مطهری، ۱۳۹۲، ص ۱۴۹)، حاکی از تحلیل نشدن دقیق این قاعده و تعهدات طرفین عقد بیمه از سوی دسته اول است.

اختلاف در مفهوم و انطباق غرر بر مصادیق آن در رویه قضایی نیز به چشم می‌خورد. برای مثال، در یک پرونده که موضوع آن الزام به تنظیم سند رسمی عرصه و اعیان یک پلاک ثبتی به استناد یک مبایعه‌نامه عادی بوده و در آن، مساحت عرصه معلوم، اما مساحت اعیان معلوم نبوده و معامله بر اساس مشاهده انجام شده است، دادگاه اظهار داشته که این معامله از سه جهت غرری و باطل است، که در اینجا به دو جهت آن اشاره می‌شود: ۱. «... در این قولنامه گرچه مساحت عرصه ممکن است برای طرفین معلوم باشد، چون در اجاره خط قید شده، اما چون مساحت اعیان برای طرفین مبهم بوده، نه مساحت تعیین شده و نه ارزش آن ... معامله از این جهت غرری و باطل است». ۲. «به موجب قولنامه ... حقوق آستان قدس<sup>۲</sup> و مالیات این پلاک و نصف مخارج تنظیم سند که ظاهراً شامل حقوق شهرداری، جرائم و تخلفات ماده ۱۰۰ شهرداری‌ها و تبصره‌های ذیل آن می‌گردد، به عهده خریدار گذاشته شده و ... جزء ثمن بیع و یا

۱. برای مثال، در کامن‌لا افزون‌بر بحث معین بودن محتوا و شروط قرارداد، یکی از بحث‌های مهم در ذیل غرر، بحث قراردادهای ناقص است که امروزه عقود بسیاری را مانند توافق منوط به انعقاد قرارداد، قرارداد اختیار معامله، و ثمن شناور تحت پوشش قرار می‌دهد، اما در حقوق ما چنین عناوینی وجود ندارد. ر.ک.

Treitel, 1999, pp. 48-58; Stone, 2009, 97-102; Poole, 2006, pp. 86-100; Beatson, 1998, pp. 62-67; Beale, 1990, et al, pp. 214-217.

۲. چون عرصه متعلق به آستان قدس رضوی بوده است.

شرط بیع محسوب می‌گردد و نتیجتاً چون این مبالغ مجهول است، مبلغ ثمن مجهول خواهد بود و معامله از این جهت نیز باطل است<sup>۱</sup>.

این رای از سوی شعبه ۲۱ دیوان عالی کشور نقض<sup>۲</sup> و پرونده به شعبه هم‌عرض دیگری از دادگاه حقوقی یک محل ارجاع گردیده است. شعبه اخیر به موضوع رسیدگی کرده و اعلام داشته که چون ساختمان به رؤیت خریداران رسیده و آن را پسندیده‌اند، در این موارد علم اجمالی به موضوع معامله کفایت می‌کند و همچنین ادعای مجهول بودن ثمن معامله به لحاظ قید «پرداخت بعضی از ارقام هزینه انجام معامله به‌عهده خریداران» با توجه به اینکه ثمن معامله به‌صراحت در قرارداد قید گردیده و هزینه‌های جنبی برای انجام معامله عرفاً جزء ثمن معامله محسوب نمی‌شود، قرارداد به‌هیچ‌وجه غرری نبوده است<sup>۳</sup>. شعبه ۲۱ دیوان عالی کشور نیز این رای را تأیید کرده است<sup>۴</sup>.

این مقاله مفهوم غرر و کاربرد آن در قراردادهای را به صورت موجز بررسی می‌کند<sup>۵</sup>. البته مراد قراردادی است که از نظر متعاملین کامل، ولی بعضی از بندهای قرارداد و یا شروط آن دارای ابهام است. قراردادهای ناقص<sup>۶</sup>، اقسام و صحت یا بطلان آن در تحقیق دیگری بررسی خواهد شد.

## ۲. مفهوم غرر

### ۱. مفهوم لغوی غرر

برای واژه غرر در کتاب‌های لغت معانی متعددی آمده است. در معتبرترین کتب لغت عرب (جوهری، ۱۳۹۹ق، ص ۷۶۸؛ ابن فارس، ۱۴۱۱ق، ص ۳۸۱؛ مغربی‌القیومی، ۱۴۲۵ق، ص ۴۴۵) این واژه خطر معنی شده است. در بعضی از کتاب‌های لغت (خوری‌الشرتونی، ۱۴۰۳ق، ص ۸۶۷) غرر به معنای «در معرض نابودی قرار دادن» و در برخی (مصطفی و دیگران، بی‌تا، ص ۶۵۵؛ ابوجیب، ۱۴۲۴ق، ص ۲۷۲) هم به مفهوم خطر و هم در معرض نابودی قرار دادن آمده است، و نیز بیع غرر به بیعی که انسان به تسلیم یا تسلیم مبیع وثوق ندارد و بیع چیزی که متعاملین نسبت به آن جهل دارند، تفسیر شده است. این‌منظور غرر را به معنای خطر دانسته، برای بیع غرری فروش ماهی در آب و پرند در هوا را مثال می‌زند و نقل می‌کند که بیع غرری که نهی شده، معامله چیزی است که ظاهری

۱. دادنامه شماره ۱۸/۲۹۴/۱۹/۲۹۵ مورخ ۱۳۷۱/۶/۱۵ صادره از شعبه ششم دادگاه حقوقی مشهد.

۲. دادنامه شماره ۲۱/۸۲ مورخ ۱۳۷۲/۲/۱۱.

۳. دادنامه شماره ۱۱/۷۴۳ و ۱۰/۷۴۳ مورخ ۱۳۷۲/۹/۲ صادره از شعبه سوم دادگاه حقوقی مشهد.

۴. دادنامه شماره ۲۱/۱۳۳ مورخ ۱۳۷۳/۳/۱۹.

۵. گفتنی است که هریک از مباحث مطرح‌شده در این مقاله نیاز به تحقیق و تحلیل جداگانه دارد.

مشتری فریب دارد، ولی باطن آن مجهول است. سپس به نقل از ازهری می‌گوید که بیع‌های مجهولی که طرفین معامله به کنه آن احاطه ندارند و برای آن‌ها معلوم نیست، از مصادیق بیع غرر هستند (ابن‌منظور، ج ۵، ۱۴۰۵ق، ص ۱۴). همین مفهوم در آثار ابن‌اثیر و طریحی نیز دیده می‌شود (ابن‌اثیر، ۱۳۶۴ش، ص ۳۵۵؛ طریحی، ۱۳۸۶ق، ص ۴۲۳).

## ۲.۲. مفهوم اصطلاحی غرر

برای غرر معانی متعددی در فقه بیان شده است که شاید بتوان دیدگاه فقیهان در این خصوص را به سه دوره تقسیم کرد:

**الف) دوره فقیهان متقدم.** در این دوره بیشتر فقیهان یا به ذکر مصداق یا مصادیقی برای غرر اکتفا نموده یا آن را عمدتاً معادل جهل گرفته‌اند. برای مثال، شیخ طوسی در یک جا می‌گوید، مطابق اجماع فقیهان فروش پرنده در هوا و ماهی در دریا جایز نیست (طوسی، ۱۴۰۰ق، ص ۱۷۶)، اما در جای دیگر می‌گوید که فروش ماهی در نیزارها جایز نیست، چون مجهول است (طوسی، ۱۴۰۰ق، ص ۱۷۶). محقق حلی در بحث شرطیت معین بودن ثمن از نظر مقدار، جنس و وصف می‌گوید که اگر تعیین ثمن به حکم یکی از متعاملین باشد، معامله‌ای منعقد نمی‌شود، اما در مسائل بعدی عمدتاً از کلمه جهالت استفاده می‌کند؛ برای مثال، می‌گوید که فروش ماهی در نیزارها به دلیل جهالت نسبت به آن جایز نیست (حلی، ۱۳۸۴، ص ۲۸۴-۲۸۱).

شهید اول در یک جا غرر را معادل جهالت می‌گیرد (عاملی، ۱۴۰۰ق، ص ۶۲)،<sup>۱</sup> اما در جای دیگر غرر را شرعاً به جهل نسبت به دریافت مورد معامله، و مجهول را به کالای معلوم‌الحصولی که اوصاف آن نامعلوم است تفسیر می‌کند و می‌گوید که نسبت میان غرر و جهل عموم و خصوص، من وجه است؛ چنانچه گاه غرر بدون جهالت تحقق می‌یابد و گاهی نیز با وجود جهالت منتفی است و در بعضی موارد نیز جهالت و غرر با یکدیگر جمع می‌شوند (شهید اول، ۱۴۰۰ق، ص ۱۳۷).

شهید ثانی در مسئله شرطیت علم به ثمن، ابتدا می‌گوید که تعیین ثمن به حکم یکی از متعاملین یا شخص ثالث صحیح نیست، و در ادامه بحث با آوردن مثال‌های متعدد غرر و جهالت را مترادف هم گرفته است (عاملی، ج ۳، ص ۲۶۶-۲۶۵؛ عاملی، ۱۴۱۴ق، ص ۱۸۱-۱۷۲).

**ب) دوره معاصر و نزدیک به شیخ انصاری.** در این دوره بعضی از فقیهان به صراحت یا ضمنی غرر را به جهل توأم با خطر معنا کرده‌اند. مراغی پس از آوردن سخنان اهل لغت درباره مفهوم غرر می‌گوید، هر چیزی که در آن خطر باشد، داخل در معامله غرری می‌شود و خطر

۱. ایشان در ذیل این مسئله که جهالت در عقود مبتنی بر احسان، به عقد لطمه‌ای نمی‌زند، می‌فرمایند: «اذ لاضرر فی نقصه و لا فی زیادته».

هم عبارت است از احتمال ضرری که عقلا از آن اجتناب می‌کنند، نه احتمال ضعیفی که به آن توجهی نمی‌شود. سپس می‌افزاید، این احتمال یا ناشی از: ۱. اطمینان نداشتن به وجود کالا در حین عقد است، ۲. یا ناشی از عدم وثوق به تسلیم یا تسلیم مبیع است، ۳. و یا ناشی از نداشتن اعتماد به قابلیت مبیع برای معاوضه به دلیل جهالت مقدار یا جنس یا وصف کالا یا مانند آن است (مراغی، ۱۴۱۸ق، ص ۳۱۴). مولی احمد نراقی پس از جمع‌بندی کلمات اهل لغت که غرر را به معنای خطر دانسته‌اند (نراقی، ۱۴۱۸ق، ص ۸۹)، و اینکه غرر در لسان فقیهان منطبق با معنای لغوی آن است (همان، ۹۳)، با نقل نظر بعضی از فقیهان نتیجه می‌گیرد که بیع غرر عبارت از بیعی است که یکی از عوضین در موضع خطر قرار می‌گیرد؛ به این صورت که یا به وصول عوض و یا به وجود آن اطمینان نیست و یا مقدار یکی از عوضین یا جنس و یا وصف آن مجهول است (همان، ص ۹۵-۹۴). مولی محمد نراقی پس از بیان نظریات اهل لغت و فقیهان، درباره مفهوم غرر نتیجه می‌گیرد که جهالت و خطر در معنای غرر آمده است و می‌افزاید این مقدار یعنی وجود جهل با خطر قدر متیقن از نهی از غرر است؛ علاوه بر این، همین معنا از کلمه غرر متبادر می‌شود. وی سپس ادامه می‌دهد که با علم به ضرر، غرر وجود ندارد و همین طور با جهل به مبیع و عدم مخاطره نیز غرر وجود ندارد (نراقی، ۱۴۲۲ق، ص ۳۰۲-۳۰۱).

صاحب جواهر می‌گوید آنچه از حدیث نهی از غرر فهمیده می‌شود، عبارت از خطر از لحاظ جهل به صفات مبیع و مقدار آن است، نه مطلق خطر که شامل جهل نسبت به تسلیم و عدم تسلیم مبیع می‌شود؛ چراکه چنین خطری در هر مبیع غایبی وجود دارد. ایشان پس از استناد به حدیثی<sup>۱</sup> که معنای مختار ایشان را به ظاهر تأیید می‌کند، می‌گویند، روشن است که در بیع کالایی که تسلیم آن مجهول است مخاطره‌ای وجود ندارد، چون اگر تسلیم متعذر گردد، معامله با خیار جبران می‌شود (نجفی، ج ۲۲، ۱۹۸۱م، ص ۳۸۸). صاحب جواهر، با وجود تفسیر غرر به خطر ناشی از جهل به صفات و مقدار مبیع، بیشتر مواقع غرر و جهالت را با هم مترادف گرفته، گاهی فقط به جهالت و در برخی مواقع نیز فقط به غرر اشاره می‌کند (همان، ص ۴۴۰-۴۰۵).

شیخ انصاری ضمن طرح این موضوع در ذیل شرایط عوضین و پس از اشاره به کلمات اهل لغت و بعضی از فقیهان می‌گوید که همه اتفاق نظر دارند که در معنای غرر، جهالت درج شده است؛ چه این جهالت نسبت به وجود مورد معامله باشد، یا نسبت به دریافت مورد معامله از سوی انتقال‌گیرنده، و یا نسبت به صفات آن از نظر کمیت و کیفیت (انصاری، ج ۴، ص ۱۴۲۵، ص ۱۷۸-۱۷۵).

۱. «... ان رسول الله (ص) نهی عن بیع الغرر و هو کل بیع یعقد علی شیئی مجهول عند المتبايعین او احدهما».

ج) دوره پس از شیخ انصاری. در این دوره بعضی از فقیهان بزرگ که عمدتاً به شرح مکاسب شیخ پرداخته‌اند، مفهوم غرر را با تفصیل بیشتری بحث کرده‌اند. از کلمات محقق یزدی این‌گونه برداشت می‌شود که ایشان غرر را مانند شیخ، جهل توأم با خطر می‌دانند (یزدی، ج ۱، ۱۴۱۰ق، ص ۱۷۰ و ۱۹۷؛ یزدی، ج ۲، ۱۴۱۰ق، ص ۱۱۶ و ۱۳۵ و ۱۷۶).

محقق نائینی می‌گوید گرچه اهل لغت در تفسیر غرر اختلاف دارند و بعضی آن را به غفلت، بعضی دیگر به خدعه و اغفال، و بعضی دیگر نیز به خطر تفسیر کرده‌اند، اما بازگشت همه این معانی به یک معناست. نهایت امر این است که بعضی به مبادی و مقدمات توجه داشته و بعضی به غایات و ترک مبادی، و لذا غرر را به خطری که نتیجه غفلت و اغفال است تفسیر نموده‌اند. وی ادامه می‌دهد که لازمه وجود غرر جهل است؛ چه به دلیل سبب آن (که غفلت یا خدعه است) یا به لحاظ مسبب (که خطر است)؛ چه جهل نسبت به وجود مورد معامله باشد یا نسبت به تسلیم و تسلّم آن و یا نسبت به صفات مبیع (نائینی، ۱۴۲۱ق، ص ۳۴۲-۳۴۱). در نهایت نیز نتیجه می‌گیرد که تمامی معانی غرر مستلزم جهل است (همان، ص ۳۶۰).

محقق اصفهانی می‌گوید آنچه اهل لغت درباره غرر گفته‌اند، به غفلت، خدیعه، خطر، عملی که انسان از ضرر ایمن نیست، و چیزی که انسان به آن اطمینان ندارد، و چیزی که ظاهری دوست‌داشتنی و باطنی ناپسند دارد، برمی‌گردد. محقق اصفهانی ادامه می‌دهد که به احتمال قوی همه این تفاسیر برای بیان معنای حقیقی غرر نیست، بلکه بعضی در صدد بیان مفهوم غرر، بعضی در پی بیان لازم دائم، بعضی در صدد بیان لازم غالب، و بعضی نیز برای بیان مورد غرر است. چنان‌که موارد کاربرد غرر نشان می‌دهد ظاهراً غرر نزدیک به خدیعه است که دائماً با غفلت و اغلب با خطر و وقوع در ضرر همراه می‌باشد، و مصداق خدعه آن چیزی است که ظاهری دوست‌داشتنی و باطنی ناپسند دارد (اصفهانی، ج ۳، ۱۴۳۱ق، ص ۲۷۸-۲۷۷).

محقق ایروانی می‌گوید که از کلمات اهل لغت برمی‌آید که غرر دارای سه معنا است: نخست، غفلت که به موضوع بحث ارتباطی ندارد؛ دوم، خدعه و چیزی که ظاهر آن مشتری را فریب داده و دارای باطنی مجهول است که این معنا هم از موضوع بحث خارج است؛ سوم، خطر و در معرض نابودی قرار دادن و چیزی که انسان نسبت به آن اطمینان ندارد (ایروانی، ج ۲، ۱۴۳۱ق، ص ۵۳۶).

آقای خوئی می‌گوید فعل «غرّاً» گاهی به صورت متعدی به کار می‌رود که به معنای خدیعه و غفلت است. گاهی این فعل به صورت لازم استفاده می‌شود که به معنای خطر است. اگر غرر به معنای خدیعه باشد، نهی در حدیث نبوی، نهی تکلیفی محض و نهی از تفریر خواهد بود. با این وصف، حدیث نبوی ارتباطی به حکم وضعی بطلان ندارد؛ گرچه مشهور فقها به این حدیث برای بطلان استناد نموده‌اند. اما اگر به معنای خطر باشد، حدیث نهی از غرر ناظر

به حکم وضعی خواهد بود. وی در ادامه می‌گوید که اگر غرر به معنای خطر باشد، می‌شود برای بطلان به آن استدلال کرد؛ چه جهل درباره رسیدن مورد معامله به انتقال‌گیرنده یا به صفات آن از نظر کمی و کیفی باشد (خویی، ۱۴۱۲ق، ص ۲۲۶).

امام خمینی می‌گوید برای غرر و مشتقات آن معانی زیادی از قبیل خدعه، در معرض نابودی قرار دادن و غفلت آمده است. اما غرر در کتاب‌های لغت به جهالت تفسیر نشده است، چون عناوین یادشده، حتی غفلت، غیر از عنوان جهالت است. بنابراین لغت و عرف، ارجاع همه معانی به جهالت و سپس تعمیم آن به جهالت نسبت به تسلیم و تسلیم را تأیید نمی‌کنند. به علاوه ملازمه بعضی مصادیق با جهل موجب نمی‌شود که عناوین مخالف با جهل به معنای جهل باشد. البته ایشان در ادامه می‌گویند که معنای مناسب غرر خدعه است، اما ارجاع خدعه به جهل و سپس تعمیم آن به جهل در خصوص قدرت بر تسلیم قابل تأیید نیست؛ مگر اینکه به فهم فقها تمسک شود و یا قرینه‌ای بر آن دلالت کند، ولی باین‌همه، تخطئه فقیهان کاری است دشوار (امام خمینی، ۱۳۸۸، ص ۲۹۹-۲۹۵).

در قانون مدنی نیز عنوان غرر به صراحت نیامده است و قانون‌گذار از عناوین متعددی مانند موضوع معین (ماده ۱۹۰)، مبهم نبودن مورد معامله (ماده ۲۱۶)، معلوم بودن مقدار و جنس و وصف مبیع و مهر (مواد ۳۴۲ و ۱۰۷۹)، معین بودن مدت اجاره (ماده ۴۶۸)، معین بودن عین مستاجر (ماده ۴۷۲)، تعیین مقدار مبیع و مهر (مواد ۳۴۲ و ۱۰۸۰)، مقدار معین (ماده ۳۴۳)، مساحت معین (ماده ۳۵۵)، عین مجهول یا مردد (ماده ۴۷۲)، جهالت (ماده ۱۰۷۹)، مجهول (ماده ۱۱۰۰) استفاده کرده است.

به نظر می‌رسد که از مجموع کلمات فقیهان، به‌خصوص شیخ اعظم و قانون مدنی بتوان نتیجه گرفت که غرر جهل توأم با خطر است.<sup>۱</sup>

### ۳.۲. عرفی یا شرعی بودن غرر

از کلام شهید اول که فرمود غرر احتمالی است که در عرف از آن اجتناب می‌شود؛ به طوری که اگر کسی اجتناب نکند، توییح و ملامت می‌شود، می‌توان عرفی بودن غرر را استنباط کرد (شهید اول، ج ۲، ۱۴۱۴ق، ص ۷۵). شیخ اعظم ملاک برای صدق غرر را عرف می‌داند و می‌فرماید که حدیث نفی غرر آنچه را که در عرف غرر تلقی می‌شود، قطع نظر از احکام شرعی، نفی می‌کند (انصاری، ج ۴، ص ۴۲۵ و ۱۸۹ و ۱۹۹). عرفی بودن غرر از سوی برخی دیگر از محققان نیز تأیید شده است (یزدی، ج ۲، ۱۴۱۰ق، ص ۲۴-۲۳). یکی از محققان می‌گوید که غرر یک امر عرفی است که بر حسب

۱. مرحوم استاد گرجی نیز همین معنا را پذیرفته‌اند. ر.ک. گرجی، ۱۳۷۲، ص ۲۵.

مورد متفاوت است. به همین دلیل فقها برای معلوم بودن مورد معامله گاهی مشاهده را و گاهی کیل و وزن را کافی دانسته‌اند. شیوه‌های تعیین مورد معامله بر حسب شرایط متفاوت است؛ چنان‌که گاهی در چیزی تسامح می‌شود و در چیز دیگری تسامح نمی‌شود. در مسئله معلوم بودن مورد معامله باید گفت با اندازه‌گیری مورد معامله با آنچه که در عرف و عادت معیار اندازه‌گیری است غرر برطرف می‌شود. در بحث قابل تسلیم بودن و علم به وجود مورد معامله، آنچه که در عرف و عادت نسبت به وجود و امکان تسلیم آن وثوق هست، غرری شمرده نمی‌شود. در همه این موارد شرع ضابطه‌ای جز داوری عرف و عادت میان مردم ندارد (مراغی، ۱۴۱۸ق، ص ۳۲۱-۳۲۰).

#### ۲.۴. نوعی یا شخصی بودن غرر

شیخ انصاری پس از ذکر ادله شرطیت علم به مقدار مثنی می‌گوید که از ظاهر اطلاق ادله استفاده می‌شود که حکم شرطیت علم به مقدار مثنی، منوط به غرر شخصی نیست و شرط است که مثنی با کیل و وزن اندازه‌گیری شود؛ هرچند غرر وجود نداشته باشد. سپس وی احتمال می‌دهد که اطلاقات ادله، به‌ویژه روایات، ناظر به مورد غالب باشد و مورد غالب جایی است که رفع غرر از نظر مقدار عوضین اغلب متوقف بر اندازه‌گیری با وزن و کیل است. بنابراین، اگر غرر به‌غیر از وزن و کیل رفع گردد، کفایت می‌کند. برای مثال، درجایی که طرفین معامله مقدار مبیع را با حدس قوی (که به صورت شاذ مخالف با واقع درمی‌آید) می‌فهمند یا در جایی که مبیع آن قدر کم است که وزن کردن آن متعارف نیست، غرری وجود ندارد (انصاری، ج ۴، ۱۴۲۵ق، ص ۲۱۵-۲۱۴). اما در جایی که فروش مبیع با مشاهده جایز است، مانند لباس و زمین، شیخ معیار را شخصی می‌داند؛ چون در اینجا نصی برای اندازه‌گیری وارد نشده است (همان، ص ۲۴۶-۲۴۵). بعضی از محققان گفته‌اند، پیامبر (ص) از غرر نهی کرده‌اند (یا در همه معاملات و یا در بیع)، بدون اینکه علتی برای آن ذکر کنند؛ بنابراین، نهی از غرر را بر اساس معیار شخصی یا نوعی قرار دادن توجیهی ندارد، چون اگر خود عنوان غرر متعلق نهی باشد حکم هم دائر مدار آن است (نائینی، ج ۲، ۱۴۲۱ق، ص ۳۶۴).

#### ۳. قلمرو غرر

با توجه به اینکه قاعده نهی از غرر در فقه عمدتاً در بحث بیع و با عنوان بیع غرری مطرح شده است، آیا قلمرو آن فقط بیع است یا دیگر عقود معوض را نیز شامل می‌شود؟ با توجه به اینکه در روایت مربوطه علت نهی، وجود غرر است و بیع از باب مثال است و خصوصیتی ندارد، لذا علت نهی، مختص به بیع نیست و در صورتی که در دیگر عقود این علت موجود باشد، حکم



بیع غرری نسبت به آن‌ها قابل تعمیم است. این نظر را استدلال فقیهان به غرر برای بطلان عقود لازمه بلکه جایزه تأیید می‌کند (مراغی، ۱۴۱۸ق، ص ۳۱۳-۳۱۲؛ نراقی، ۱۴۲۲ق، ص ۳۰۸). بعضی از فقیهان نیز می‌گویند که نفی غرر اختصاص به بیع ندارد و فقها حتی در غیر معاوضات مانند وکالت، به قاعده نفی غرر استدلال می‌کنند؛ چه برسد به معاوضات مانند اجاره، مزارعه، مسابقات و جعاله (انصاری، ج ۴، ۱۴۲۵ق، ص ۱۹۸-۱۹۷، امام خمینی، ج ۵، ۱۳۸۸ش، ص ۲۹۸). برای مثال، در خصوص معلوم بودن اجرت در اجاره، که یک عقد معاوضی لازم است، باید غرر از عوضین منتفی باشد (شهید ثانی، ج ۴، بی تا، ص ۳۳۳؛ محقق حلی، ۱۳۸۴، ص ۴۲۵). شهید ثانی حتی درباره مهر می‌فرماید که در مهر مشاهده کافی است، چون معظم غرر با مشاهده برطرف می‌شود (شهید ثانی، ج ۵، بی تا، ج ۳۴۵). به علاوه علامه در کتاب «مختلف» حدیث نبوی (ص) را با عبارت «نهی النبی عن الغرر» و بدون آوردن کلمه بیع نقل کرده است (مراغی، ۱۴۱۸ق، ص ۳۱۳).

قانون مدنی نیز قلمرو قاعده غرر را منحصر به بیع نمی‌داند و افزون بر مواد ۱۹۰ و ۲۱۶ ق.م. (در بخش قواعد عمومی قراردادها) مبنی بر لزوم معین و معلوم بودن مورد معامله، در پاره‌ای از عقود معین از جمله مواد ۴۷۲ در اجاره، ۵۱۸-۵۱۹ در مزارعه، ۵۴۳ در مسابقات، ۵۴۸ و ۵۴۹ در مضاربه و ۱۱۰۰ در مهر، قاعده غرر را به کار برده است. بنابراین، قانون مدنی غرر را مختص به بیع نمی‌داند و آن را در دیگر عقود معوض، از جمله عقود جدید مانند بیمه، نیز جاری می‌داند.

#### ۴. کاربرد غرر در قراردادها

غرر ممکن است راجع به اصل قرارداد یا مورد معامله و تعهدات متعاملین یا اجل و یا شرط ضمن عقد باشد.

##### ۴.۱. معین نبودن قرارداد

یکی از مصادیق غرری بودن قرارداد، معین نبودن قرارداد است. قانون مدنی در این خصوص حکمی ندارد و تنها در ماده ۱۹۴ آمده است که انشای معامله از سوی متعاملین باید موافق یکدیگر باشد، وگرنه معامله باطل است. به عبارت دیگر، باید بین ایجاب و قبول در نوع عقد تطابق باشد (نائینی، ج ۱، ۱۴۲۴ق، ص ۲۵۷-۲۵۶). بعضی از نویسندگان حقوقی نیز با عنوان توافق در ماهیت معامله (شهیدی، ۱۳۸۸، ص ۱۵۹) و یا مطابقت ایجاب و قبول (کاتوزیان، ج ۱، ۱۳۹۲، ص ۳۳۹-۳۳۷)، به مسئله تطابق پرداخته‌اند. اما بحث در جایی است که با وجود تطابق ایجاب و قبول، به دلیل ذکر نشدن جزئیات، نوع عقد مبهم باقی می‌ماند.<sup>۱</sup> برای مثال در حقوق انگلیس در پرونده‌ای که

طرفین وارد قرارداد اجاره با حق خرید (که شبیه اجاره به شرط تملیک است) شده<sup>۱</sup>، ولی نوع آن را تعیین نکرده بودند، مجلس اعیان حکم به بطلان قرارداد صادر نمود و اظهار داشت که انواع مختلفی از اجاره با حق خرید آن هم با شروط متفاوتی وجود دارد، اما طرفین در این قرارداد نوع آن را تعیین نکرده‌اند (Treitel, 1999, 47; Beatson, 1998, 62; Stone, 2009, 97)؛ بنابراین، اگر نوع عقد مجهول باشد، حقوق و تکالیف طرفین قرارداد نیز مجهول و قرارداد باطل خواهد بود.

#### ۲.۴. مورد معامله

بیشتر بحث‌هایی که در کتاب‌های فقهی و حقوقی دربارهٔ غرر انجام شده، به موضوع یا مورد معامله برمی‌گردد که مهم‌ترین آن به شرح زیر است.

##### الف) تردید نسبت به وجود مورد معامله

فقیهان یکی از شرایط صحت معامله را (در صورتی که مورد معامله عین معین یا کلی در معین باشد) علم به وجود عوضین و وثوق به آن دانسته‌اند و این شرط را از قاعدهٔ نفی غرر استنتاج نموده‌اند (مراغی، ۱۴۱۷ق، ص ۳۱۱؛ نراقی، ۱۴۱۷ق، ص ۹۵-۹۴؛ نراقی، ۱۴۲۲ق، ص ۳۰۲؛ کاشف‌الغطاء، ۱۳۵۹ق، ص ۱۷۱). شهید ثانی خرید و فروش میوهٔ درختان قبل از آشکار شدن آن‌ها را\_ اگرچه در شکوفه یا پوست باشند\_ و صاحب جواهر، ضمن شرط دانستن علم به وجود مورد معامله، فروش میوه و سبزی را قبل از آشکار شدن آن به علت غرری بودن باطل می‌داند (شهید ثانی، بی‌تا، ج ۳، ص ۳۵۴؛ نجفی، ج ۲۴، ۱۹۸۱م، ص ۵۶ و ۷۷).<sup>۲</sup>

##### ب) علم نداشتن به قابل تسلیم یا تسلیم بودن مورد معامله

فقیهان یکی از شرایط صحت معاملات را مقدورالتسلیم یا مقدورالتسلیم بودن<sup>۳</sup> مورد معامله دانسته و حتی برخی بر ضرورت این شرط ادعای اجماع کرده‌اند (انصاری، ج ۴، ص ۱۷۵؛ نائینی، ج ۲، ۱۴۲۱ق، ص ۳۴۱-۳۳۹). با توجه به این شرط، اطمینان نداشتن به تسلیم یا تسلیم، موجب

#### 1. Hire-purchase agreement

۲. مادهٔ ۳۶۱ ق.م. که مقرر می‌دارد: «اگر در بیع عین معین معلوم شود که مبیع وجود نداشته بیع باطل است» ارتباطی به بحث غرر ندارد، بلکه به دلیل فقدان مورد معامله، معامله باطل است. همین‌طور در بیع کلی در معین نیز که باید مبیع از قسمتی از مال معین داده شود، موجود نبودن کل این مال معین در زمان انعقاد قرارداد باعث بطلان است؛ زیرا در حکم موردی است که عین معین معدوم انتقال یافته است (کاتوزیان، ج ۲، ۱۳۹۲، ص ۱۸۶-۱۸۲).

۳. گرچه در متون فقهی و حقوقی (برای مثال مادهٔ ۳۴۸) به‌ظاهر تسلیم از شرایط متعاقدين ذکر شده، اما با توجه به تصریح فقیهان و ذیل مادهٔ ۳۴۸، تسلیم از شرایط راجع به عوضین است (نائینی، ۱۴۲۷ق، ص ۳۴۰-۳۳۹؛ خمینی، ج ۳، ۱۳۸۸، ص ۹۲).

بطلان معامله بوده، مثال آن چنان‌که در مفهوم لغوی غرر گذشت، بطلان فروش ماهی در دریا و پرنده در هواست (طوسی، ۱۳۸۷ق، ص ۱۵۷؛ انصاری، ج ۴، ۱۴۲۵ق، ص ۱۷۵؛ نراقی ۱۴۱۷ق، ص ۹۳).<sup>۱</sup>

شیخ انصاری بعد از نقل و نقد نظر فقیهانی که صدق عنوان غرر بر جهل نسبت به قابل تسلیم و تسلیم بودن مورد معامله را رد می‌کنند و غرر را صرفاً به خطر ناشی از جهل به صفات مبیع و مقدار آن تفسیر می‌کنند، سرانجام چنین نتیجه‌گیری می‌کند که خطر ناشی از جهل نسبت به رسیدن مبیع به دست مشتری بیشتر از خطری است که از ناحیه جهل به صفات مبیع (با فرض حصول مبیع) ممکن است وجود داشته باشد و در پایان نیز اظهار می‌دارد که هم فقیهان عامه و هم فقیهان شیعه برای شرط قدرت بر تسلیم، به حدیث نبوی نهی از غرر استناد نموده‌اند (انصاری، ج ۴، ۱۴۲۵ق، ص ۱۷۹-۱۷۸). از فقیهان معاصر نیز امام خمینی (ره) ضمن پذیرش شرط قابل تسلیم بودن مورد معامله، صدق عنوان غرر بر موردی را که علم به تسلیم یا تسلیم وجود ندارد، تأیید نموده‌اند (امام خمینی، ج ۳، ۱۳۸۸، ص ۲۹۴-۲۹۱). ایشان همچنین تصریح کرده‌اند که آنچه شرط است، علم یا اطمینان به تسلیم یا تسلیم است، نه خود قدرت واقعی بر تسلیم و یا تسلیم، چون غرر به این طریق مرتفع نمی‌شود (امام خمینی، ج ۳، ۱۳۸۸، ص ۲۹۲).<sup>۲</sup>

در قانون مدنی، در بخش قواعد عمومی قراردادها، ماده‌ای دربارهٔ مقدورالتسلیم بودن مورد معامله وجود ندارد و تنها در بند اول ماده ۲۳۲، در مبحث شروط باطل غیرمفسد، به «شرطی که انجام آن غیر مقدور باشد» اشاره شده است. این درحالی است که این موضوع به‌اجمال یکی از قواعد عمومی قراردادها و از شرایط صحت معامله در نظام‌های حقوقی مطرح دنیا است.<sup>۳</sup> البته حقوق‌دانان (کاتوزیان، ج ۲، ۱۳۹۲، ص ۲۰۶-۲۰۲؛ شهیدی، ۱۳۸۸، ص ۲۹۴-۲۹۲؛ امامی، ج ۱، ۱۳۵۶، ص ۲۱۲-۲۱۱؛ صفایی، ۱۳۸۹، ص ۱۳۷-۱۳۵) عمدتاً از ماده ۳۴۸ ق.م. که مقرر می‌دارد: «بیع چیزی که ... بایع قدرت بر تسلیم آن ندارد باطل است...» حکم کلی استخراج کرده، خلأ موجود در مواد مربوط به قواعد عمومی قراردادها را برطرف نموده‌اند.<sup>۴</sup>

۱. در متون حقوقی، حقوق‌دانان عمدتاً از واژه «تردید» در قدرت بر تسلیم استفاده می‌کنند (امامی، ۱۳۵۶، ص ۲۱۲؛ کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۱۴۳).

۲. بعضی از نویسندگان حقوقی با استناد به ماده ۳۴۸ ق.م. گفته‌اند که مانع نفوذ ناتوانی واقعی در تسلیم مبیع است (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۱۴۳)؛ در صورتی که با تعریفی که از غرر به عمل آمد، ملاک برای بطلان معامله جهل یا اطمینان نداشتن به تسلیم و تسلیم است.

3. Bell, et al, 1998, p. 322-323; Nicholas, 1992, p. 116; Marsh, 1994, p. 84.

۴. همچنین ماده ۴۷۰ در بخش اجاره مقرر می‌دارد که «در صحت اجاره قدرت بر تسلیم عین مستأجره شرط است ...».

**ج) معلوم نبودن مورد معامله**

این معنای غرر در قراردادها کاربرد بیشتری دارد. حتی اختلاف نظر درباره صحیح بودن یا نبودن بعضی از قراردادها به ویژه عقود جدید عمدتاً به این معنا بازمی‌گردد. بنابراین، در هر قراردادی باید دید که مورد معامله و تعهدات طرفین چیست. برای مثال، در اجاره باید اجرت و منفعت مقابل آن معلوم باشد (عاملی، ج ۴، بی تا، ص ۳۳۲؛ نجفی، ج ۲۷، ۱۹۸۱، ص ۲۱۹ و ۲۶۰). در مزارعه حصه هریک از مزارع و عامل و نوع زرع (مواد ۵۱۹ و ۵۲۴ ق.م.) و در مضاربه حصه مالک و مضارب باید معین باشد (مواد ۵۴۸ و ۵۴۹ ق.م.). اما چون در فقه و حتی قانون مدنی عمده مباحث غرر در ذیل بیع مطرح شده است در اینجا نیز به این مباحث به اختصار اشاره می‌شود.

**۱. جنس، وصف و مقدار**

از نظر فقیهان، علم متعاقدین نسبت به مورد معامله که شامل جنس، وصف و مقدار آن است، شرط صحت عقد است. به نظر می‌رسد که در این خصوص اختلاف نظری نبوده و حتی بر آن ادعای اتفاق نظر و اجماع نیز شده است (عاملی، ج ۳، بی تا، ص ۲۶۵-۲۶۴؛ نجفی، ج ۲۲، ۱۹۸۱، ص ۴۴۶-۴۰۵). در خصوص این شرط ادله مختلفی آورده‌اند که مهم‌ترین آن حدیث نفی غرر است (عاملی، ج ۲، ص ۴۰۰؛ نراقی، ص ۲۳۸؛ نراقی، ص ۹۴؛ نراقی، ص ۱۴۲۲؛ انصاری، ج ۴، ص ۱۴۲۵؛ انصاری، ص ۲۰۷-۲۰۶ و ۲۱۰-۲۱۱؛ امام خمینی، ج ۳، ص ۳۴۸؛ ش، ص ۳۴۶-۳۴۵ و ۳۵۴-۳۵۳).

معاوضه بر چیزی که جنس آن معلوم نیست (مانند قطعه‌ای فلز)، بیع کالایی که صفات آن مجهول است (مانند گندمی که اوصاف آن معلوم نیست)، و بیع قطعه‌ای از طلا یا کت گندم که وزن آن مشخص نیست، باطل است (کاشف‌الغطاء، ۱۳۵۹، ص ۱۷۱). در صورتی که مبیع کلی باشد، با بیان جنس و وصف و مقدار معلوم می‌شود. اگر مبیع عین معین است، جنس و وصف با مشاهده و اختیار شناخته می‌شود و مقدار آن با کیل، وزن، عدد، ذرع و... (همان، ص ۱۷۲)، اخبار بایع (انصاری، ج ۴، ص ۱۴۲۵؛ نائینی، ج ۲، ص ۳۷۱-۳۷۲) و مشاهده (نجفی، ج ۲۲، ۱۹۸۱، ص ۴۰۸ و ۴۳۰؛ انصاری، همان، ص ۲۴۶-۲۴۵) معلوم می‌شود. بعضی از فقیهان نیز تأکید کرده‌اند که غرر در جنس و وصف با مشاهده برطرف می‌شود، اما مقدار با دیدن قابل اندازه‌گیری نیست (نجفی، همان، ص ۴۰۸).

فقیهان، علم به مقدار را تابع اندازه‌گیری بر حسب عادت و معمول می‌دانند. برای مثال، چیزی که با کیل معامله می‌شود، اندازه‌گیری آن به کیل؛ چیزی که به وزن معامله می‌شود، اندازه‌گیری آن به وزن؛ و چیزی که با شمارش معامله می‌شود، اندازه‌گیری آن به شمردن است (نجفی، ص ۴۰۸-۴۰۷ و ۴۱۷؛ عاملی، بی تا، ص ۲۶۵). البته یکی از معیارها می‌تواند به جای دیگری استفاده شود مشروط بر اینکه دقیق باشد (نائینی، ص ۳۶۶-۳۶۵). بنابراین، تعیین ثمن به حکم یکی از متعاملین یا ثالث و یا عرف و عادت موجب بطلان می‌شود (نجفی، ج ۲۲، ۱۹۸۱، ص ۴۰۶-۴۰۵). معامله زمین، لباس، حیوان یا غیر حیوان با مشاهده در صورتی که غرر را رفع کند، صحیح

است و حتی مشاهده می‌تواند جای مساحت را بگیرد (همان، ص ۴۳۰-۴۲۹؛ عاملی، بی‌تا، ص ۵۳۷). البته معامله کالای تغییرپذیر بر اساس مشاهده سابق، غرری و باطل است، اما اگر تغییر نمی‌کند، معامله آن صحیح است (همان، ص ۴۳۰؛ نائینی، ج ۲، ۱۴۲۱ق، ص ۳۹۵). در خصوص اندازه‌گیری کالایی که کیل یا شمرده می‌شود، به وزن غرری وجود ندارد چون وزن دقیق‌تر از این دو معیار است، اما عکس آن جایز نیست (انصاری، ج ۴، ۱۴۲۵ق، ص ۲۲۳-۲۲۲؛ عاملی، ج ۳، بی‌تا، ص ۲۶۶).

قانون مدنی نیز در بخش قواعد عمومی قراردادها در مواد ۱۹۰ و ۲۱۶ و همچنین ذیل احکام مربوط به عقود معین (از جمله در مواد ۳۴۲ و ۳۵۱) به پیروی از فقه امامیه معلوم بودن مورد معامله را از حیث جنس، وصف و مقدار لازم دانسته است؛ گرچه قانون‌گذار در مواردی علم اجمالی را (ماده ۲۱۶ ق.م.) در بعضی از عقود مانند ضمان (ماده ۶۹۴ ق.م.) و جعاله (مواد ۵۶۳ و ۵۶۴ ق.م.) کافی می‌داند.

قانون مدنی جنس را تعریف نکرده، اما بعضی از حقوق‌دانان گفته‌اند که منظور از جنس مورد معامله، ماده اصلی کالای مورد معامله و یا به بیان دیگر وصف جوهری یا ذاتی کالا است (کاتوزیان، ج ۲، ۱۳۹۲، ص ۱۹۳-۱۹۲). قانون مدنی در خصوص اینکه تا چه اندازه اوصاف مورد معامله باید بیان شود نیز ساکت است، ولی از نظر بعضی از حقوق‌دانان جهل به اوصاف فرعی و جزئی و یا اوصاف غیرمهم مورد معامله سبب بطلان قرارداد نمی‌شود (کاتوزیان، ج ۲، ۱۳۹۲، ص ۱۹۴؛ شهیدی، ۱۳۸۸، ص ۲۹۶). درباره مقدار مورد معامله ماده ۳۴۲ ق.م. مقرر می‌دارد: «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 است». مطابق این ماده، مقدار مورد معامله با ضابطه عرف محل معامله معلوم می‌شود (شهیدی، همان، ص ۳۰۲؛ کاتوزیان، همان، ص ۱۹۶-۱۹۵).

## ۲. طعم و بو

گرچه بعضی از فقیهان کالایی را که به دلیل طعم، رنگ و بو مورد معامله قرار می‌گیرد با وصف جایز می‌دانند و در صورتی که معیوب درآید معتقدند که مشتری بین رد و اخذ ارش مختار است (محقق حلّی، ۱۳۸۴، ص ۲۸۳؛ عاملی، ج ۳، بی‌تا، ص ۲۷۶)، اما بعضی از فقیهان بر این باورند که اگر قیمت کالا به اختلاف طعم، رنگ و بو تفاوت پیدا کند، باید اختیار شود. این قاعده در خصوص هر وصفی که چنین خصوصیتی داشته باشد جاری است، چون تفاوتی از نظر رفع غرر میان این اوصاف و میان اندازه گرفتن عوضین با کیل، وزن و شمارش نیست. درجایی که ضبط و تعیین قیمت اوصاف امکان دارد، معامله با توصیف نیز کافی است، اما درجایی که تعیین آن به این شکل ممکن نیست، مانند مقدار طعم و مقدار بو و رنگ و چگونگی آنها، تعیین دقیق آن جز به اختبار ممکن نیست. به عبارت دیگر، اگر هدف از اختبار اوصاف، کشف سالم بودن یا نبودن مورد معامله باشد، با توصیف نیز می‌شود آن را معامله کرد (مانند روغن).

اما در بعضی از انواع میوه و اشیای دارای بو که قیمت آن‌ها با اختلاف طعم و بو فرق می‌کند و هدف از اختصار اوصاف آن‌ها کشف سلامت و فساد آن‌ها نیست، نمی‌شود آن‌ها را با توصیف معامله کرد (انصاری، ج ۴، ۱۴۲۵، ص ۲۸۷؛ ایروانی، ج ۲، ۱۴۳۱، ج ۶۰۸-۶۰۶).<sup>۱</sup>

#### د) معین نبودن مورد معامله

یکی از مصداق‌های غرر، معین نبودن مورد معامله است که در فقه (مراغی، ۱۴۱۸ق، ص ۳۲۶-۳۲۱؛ انصاری، ج ۴، ۱۴۲۵ق، ص ۲۴۹-۲۴۸) از آن به معامله فرد مردد یاد می‌شود. شیخ اعظم می‌گوید که اگر مصادیق مورد معامله در قیمت با هم تفاوت داشته باشند، عدم تعیین مورد معامله غرری خواهد بود. اما طبق نظر مشهور، در صورتی که این مصادیق از نظر قیمت هم با هم برابر باشند، معامله صحیح نیست. برای منع از چنین معامله‌ای چند دلیل آمده است؛ بعضی به جهالت، برخی به ابهام در بیع (نه از جهت جهالت)، گروهی به غرر، و دسته چهارم به این بیان که ملک یک صفت وجودی است که نیاز به محل و مورد دارد تا قائم به آن باشد، و یکی از دو به صورت بدل قابلیت قیام ملک به آن را ندارد چون «یکی از دو چیز» یک امر انتزاعی از دو امر معین است، استدلال کرده‌اند (انصاری، همان، ص ۲۴۹-۲۴۸). شیخ سپس در رد نظر اول می‌گوید که یکی از دو تا به صورت بدل مجهول نیست، چون در واقع تعیینی ندارد تا مجهول باشد. به علاوه، بیع مجهول در جایی که غرری نباشد ممنوع نیست. جواب دلیل دوم از این جواب نیز روشن می‌شود. اما در خصوص دلیل سوم شیخ می‌فرماید که در صورت برابری مصادیق در صفات، غرری به وجود نمی‌آید و به همین دلیل بیع سلم در کلی این افراد و مصادیق جایز است؛ با اینکه تعیین صفات در سلم بیشتر تأکید شده است. در جواب دلیل چهارم گفته می‌شود که صفت ملک نیازی به موجود خارجی ندارد تا به آن قائم شود، چون کلی مبیع در بیع سلم مملوک مشتری است و فردی از مبیع در خارج با این وصف که مملوک مشتری است، وجود ندارد. دلیل این امر آن است که ملکیت یک امر اعتباری است که عرف و شرع یا یکی از آن‌ها، آن را اعتبار می‌کند و، مانند ترشی و سیاهی، صفت وجودی نیست که قائم به یک فرد در خارج باشد. در نهایت نتیجه می‌گیرند که انصاف این است که دلیل معتبری بر منع بیع فرد مردد در صورت تساوی اوصاف و قیمت وجود ندارد، چنان‌که جماعتی از فقیهان از جمله مقدس اردبیلی به این مطلب اذعان نموده‌اند (همان، ص ۲۵۱-۲۴۹). مراغی نیز جزء کسانی است که بیع فرد مردد را در قیمیات از باب غرر باطل می‌داند، اما در مثلیات (با وحدت

۱. شیخ می‌گوید که اطلاق کلمات فقیهان که می‌فرمایند معامله چیزی که مقصود از آن طعم و بوی آن است، با وصف جایز است، مربوط به اوصافی است که به سالم بودن یا نبودن کالا برمی‌گردد نه اوصافی (افزون بر سلامت) که باعث تفاوت قیمت کالا می‌شود. شیخ در این خصوص به نظر بعضی از فقیهان نیز استناد می‌کند (انصاری، ج ۴، ۱۴۲۵ق، ص ۲۹۴-۲۷۸).

اوصاف) نه از باب غرر، بلکه از این باب که یکی از دو چیز قابلیت تملیک ندارد و یا به بیان دیگر محلی و موردی که قابلیت تعلق ملک به آن را داشته باشد، وجود ندارد، باطل می‌داند (مراغی، ۱۴۱۸، ص ۳۲۶-۳۲۱). نائینی استدلال اول و سوم را مانند شیخ رد می‌کند، اما در استدلال دوم (که ظاهراً از نظر ایشان دلیل دوم و چهارم از جهاتی مشابه هم هستند) می‌گوید که توقف بیع و ملکیت که یک امر اعتباری است بر وجود موردی که قائم به آن باشد، قابل انکار نیست (نائینی، ۱۴۲۱ق، ص ۳۸۴-۳۸۱).

بند ۳ ماده ۱۹۰ ق.م. «موضوع معین که مورد معامله باشد» را از شرایط اساسی صحت معامله قراردادها ناظر به این است که مورد معامله نباید مانند بیع یکی از دو مال معلوم، مردد باشد، وگرنه معامله باطل است. ماده ۴۷۲ ق.م. اجاره عین مجهول یا مردد و ماده ۶۹۴ همین قانون، ضمانت یکی از چند دین به نحو تردید را باطل می‌داند. با این وصف، در صورتی که مورد معامله مردد باشد، معامله باطل است (شهیدی، ۱۳۸۱، ص ۳۰۶؛ مگر اینکه یکی از چند کالایی که از نظر ارزش و اوصاف با هم برابرند فروخته شود که در این صورت، معامله صحیح است (کاتوزیان، ج ۲، ۱۳۹۲، ص ۲۰۱).

#### ه) معین نبودن اجل

تعیین نشدن اجل در قراردادها یا شروطی که تعیین زمان جزء ارکان آنهاست، یکی دیگر از مصداق‌های کاربرد قاعده غرر است. در بیع سلم که تحویل کالا مدت‌دار است، ولی بهای آن نقدی پرداخت می‌گردد، زمان تحویل باید معلوم باشد و چنانچه موعد انجام تعهد معلوم نباشد یا به‌گونه‌ای باشد که از حیث زیادی یا نقصان نوسان داشته باشد، معامله باطل است (نجفی، ج ۲۴، ۱۹۸۱م، ص ۲۹۹؛ نائینی، ج ۳، ۱۴۲۱ق، ص ۲۲۶؛ عاملی، بی‌تا، ص ۴۱۲). در بیع نسبیته نیز که مبیع نقد و پرداخت ثمن مؤجل است، تعیین زمان انجام تعهد مشتری به صورت دقیق ضروری است؛ وگرنه معامله به دلیل غرری بودن باطل است (نجفی، ج ۲۳، ۱۹۸۱م، ص ۱۰۱-۱۰۰؛ انصاری، ج ۶، ۱۴۲۵ق، ص ۲۰۳-۲۰۰؛ عاملی، بی‌تا، ص ۵۱۴-۵۱۳). در اجاره اشیا نیز درجایی که منفعت با زمان معلوم می‌شود، باید مدت اجاره تعیین شود در غیر این صورت اجاره باطل است (نجفی، ۲۷، ۱۹۸۱م، ص ۲۶۱-۲۶۰؛ عاملی، ج ۴، بی‌تا، ص ۳۴۱). در خیار شرط نیز باید اجل مضبوط باشد، وگرنه غرری و باطل است (نجفی، ج ۲۳، ۱۹۸۱م، ج ۳۲-۳۴؛ انصاری، ج ۵، ۱۴۲۵ق، ص ۱۱۵-۱۱۳؛ عاملی، بی‌تا، ص ۴۵۲).

مطابق ماده ۳۴۱ ق.م. می‌توان برای تسلیم مبیع و تأدیة ثمن، اجلی قرار داد، اما این اجل باید معین باشد. قانون مدنی در خیار شرط و اجاره، تعیین اجل را به‌صراحت لازم شمرده است.<sup>۱</sup>

### (و) مجهول بودن شرط ضمن عقد

از دیگر مصادیق غرری بودن، مجهول بودن شرط ضمن عقد است. نظر مشهور در فقه این است که شرط مجهول در صورتی باطل و مبطل است که موجب جهل به عوضین باشد (نجفی، ج ۲۳، ۱۹۸۱، ص ۱۹۹؛ انصاری، ج ۶، ۱۴۲۵، ص ۵۱-۵۲؛ نائینی، ج ۳، ۱۴۲۱، ص ۲۲۶)، اما در خصوص اینکه آیا جهل شرط به عقد تسری پیدا می‌کند یا خیر، میان فقیهان اختلاف نظر وجود دارد. نائینی براین باور است که جهل به شرط علی‌القاعده موجب جهل به عوضین می‌گردد و حتی وی مدعی است که حدیث نبوی شامل شروط مجهول هم می‌شود و بنابراین، شرط مجهول باطل است (نائینی، ج ۳، ۱۴۲۱، ص ۲۲۷). شیخ اعظم می‌فرماید که چون شرط بخشی از یکی از عوضین شمرده می‌شود و حدیث نبوی شامل شروط نیز شده است و دلیلی برای خروج شروط از نفی غرر وجود ندارد، شرط مجهول علی‌القاعده باطل و مبطل است (انصاری، ج ۶، ص ۵۳-۵۲)؛ مگر اینکه آنچه شرط شده از نظر عرف، تابع مبیع محسوب شود و مورد نظر فروشنده از انجام معامله نباشد (انصاری، ج ۶، ۱۴۲۵، ص ۵۳). اما از نظر صاحب جواهر اگر شرط مجهول موجب جهل به عوضین نشود، مشروط بر آنکه جهل نسبت به چنین شرطی برطرف شود، نافذ است (نجفی، ج ۲۳، ۱۹۸۱، ص ۲۰۲).

در ماده ۲۳۳ ق.م. شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود باطل شناخته شده است؛ برای مثال، اگر در معامله شرط شود که قیمت را هر زمان که خریدار بخواهد بپردازد، معامله باطل است. ولی در خصوص بطلان شرط مجهولی که موجب جهل به عوضین نشود، قانون مدنی ساکت است. یکی از حقوق‌دانان اظهار داشته است که شرط مجهول حتی اگر به عقد هم صدمه نزند و موجب جهل به عوضین نشود، باطل است (کاتوزیان، ج ۳، ۱۳۹۲، ص ۱۶۷).

۱. «اگر برای خیار شرط مدت معین نشده باشد هم شرط خیار و هم بیع باطل است» (ماده ۴۰۱). «در اجاره اشیاء مدت اجاره باید معین شود والا اجاره باطل است» (ماده ۴۶۸). در ماده ۷۳۷ نیز آمده است که «کفالت ... در صورت موقت بودن باید مدت آن معلوم باشد».



### ۵. حکم معاملات غرری

مهم‌ترین دلیلی که در خصوص حکم معامله غرری به آن استناد شده، افزون‌بر اجماع و ضروری بودن بطلان، حدیث نبوی(ص) نهی از غرر است (مراغی، ۱۴۱۸ق، ص ۳۱۱-۳۱۳؛ نراقی، ۱۴۱۷ق، ص ۸۴-۸۳؛ نراقی، ۱۴۲۲ق، ص ۲۹۸-۲۹۷). بعضی از فقیهان نیز برای بطلان معامله‌ای که جنس، وصف و مقدار مورد معامله معلوم نیست، علاوه بر ادعای عدم خلاف، به حدیث نهی از غرر استناد نموده‌اند (نجفی، ج ۲۲، ۱۹۸۱م، ص ۴۰۶-۴۰۵؛ امام خمینی، ج ۳، ص ۳۴۸-۳۴۵ و ص ۳۶۰-۳۵۳). برخی از فقیهان برای بطلان معامله غرری، افزون‌بر ادله یادشده، به سیره مسلمین در همه اعصار و امصار استناد کرده‌اند (مراغی، ۱۴۱۸ق، ص ۳۱۳). ظاهراً نهی در حدیث پیش‌گفته نهی ارشادی شمرده می‌شود و در اصول ثابت شده است که نهی ارشادی دلالت بر فساد معامله دارد (خراسانی، ۱۳۸۸، ص ۱۵۰). نائینی نیز می‌گوید که اگر این، نهی ارشادی باشد و یا نهی از مسبب، دلالت بر فساد دارد (نائینی، ج ۲، ۱۴۲۱، ص ۳۴۲ و ص ۳۶۰-۳۵۹). آقای خوئی، برخلاف نظر مشهور که برای بطلان معامله به این حدیث استدلال کرده‌اند، در خصوص بطلان قائل به تفصیل شده است. اگر غرر به معنای خدیعه گرفته شود، نهی موجود در حدیث نبوی نهی تکلیفی است و بنابراین دلالت بر فساد ندارد. اما اگر به معنای خطر گرفته شود، نهی موجود در حدیث ناظر به جهت وضعی معامله است، ولی چون تعیین یکی از دو معنا معلوم نیست، استدلال به حدیث امکان ندارد. در پایان می‌فرمایند که اگر غرر به معنای خطر باشد، برای بطلان معامله می‌توان به حدیث استدلال نمود (خوئی، ۱۴۱۲ق، ص ۲۲۶).

به نظر می‌رسد که با توجه به اجماع مطرح‌شده از سوی فقیهان، روایت نبوی(ص)، سیره مسلمین و به‌اجمال بطلان معامله غرری در نظام‌های حقوقی مهم دنیا (Planiol, 1959, 577-578؛ Treitel, 1999, 46)، بطلان معامله غرری امری غیرقابل انکار است. از طرف دیگر حکم مربوط به معامله غرری، از قواعد آمره است؛ یعنی حتی در صورت رضایت متعاملین نسبت به این امر، چنین معامله‌ای باطل است. علم و رضایت فروشنده یا خریدار مؤثر در صحت معامله نیست، زیرا نهی شارع عام است و صورت علم را نیز فرا می‌گیرد (نراقی، ۱۴۱۷ق، ص ۹۷). در قانون مدنی نیز غرری بودن معامله، چنان‌که در بحث‌های پیشین گذشت، علی‌القاعده موجب بطلان معامله می‌شود<sup>۱</sup>.

۱. برای مثال ر.ک. به مواد ۱۹۰، ۲۱۶، ۳۴۲، ۳۴۸، ۳۵۳، ۴۰۱، ۴۶۸ و ...

## ۶. نتیجه

با وجود اهمیت و قدمت قاعده غرر، هنوز در تفسیر غرر و انطباق آن بر بعضی قراردادها میان فقیهان و حقوق‌دانان اختلاف نظر وجود دارد؛ درحالی که با بررسی قلمرو و مصادیق آن در فقه می‌توان به مفهوم غرر و کاربرد آن در قراردادها دست یافت. از بررسی اجمالی کاربرد غرر در فقه می‌توان نتیجه گرفت که غرر عبارت است از جهل توأم با خطر، و مصادیق مهم آن عبارت‌اند از: معین نبودن قرارداد، نداشتن علم یا داشتن جهل به وجود مورد معامله یا دسترسی به آن، معلوم نبودن مورد معامله یا معین نبودن آن، معین نبودن اجل و مجهول بودن شرط ضمن عقد. در همه این موارد جهلی وجود دارد که آمیخته با احتمال ضرر برای متعاقدین و یا یکی از آنهاست. اگر چنین جهلی در هر قرارداد اعم از عقود معین و غیرمعین احراز شود، آن عقد باطل است. افزون‌براین، تشخیص و شناسایی تعهدات طرفین در هر قراردادی برای حکم به غرری بودن معامله ضروری است.

## منابع و مأخذ

### الف- فارسی

۱. امامی، سید حسن (۱۳۵۶). حقوق مدنی. جلد ۱، چاپ ششم، تهران: کتاب‌فروشی اسلامیة.
۲. شهیدی، مهدی (۱۳۸۸). تشکیل قراردادها و تعهدات. جلد اول، چاپ هفتم، تهران: انتشارات مجد.
۳. صفایی، سید حسین (۱۳۸۹). قواعد عمومی قراردادها. چاپ نهم، تهران: نشر میزان.
۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲). قواعد عمومی قراردادها. جلد اول، دوم و سوم، چاپ یازدهم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۸). حقوق مدنی (معاملات معوض - عقود تملیکی). جلد اول، چاپ هفتم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۶. گرچی، ابوالقاسم (۱۳۷۲). مقالات حقوقی. جلد اول، چاپ دوم، تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
۷. مطهری، مرتضی (۱۳۹۲). ربا. بانک- بیمه، چاپ بیست و یکم، تهران: انتشارات صدرا.

### ب- عربی

۸. آخوند خراسانی، محمد کاظم (۱۳۸۸). کفایه الاصول. جلد دوم، چاپ اول، قم: مرکز مدیریت حوزه علمیه قم.
۹. ابن الاثیر، مجدالدین ابوالسعد محمد الجزری (۱۳۶۴). النهایه فی غریب الحدیث و الاثر. جلد سوم، چاپ چهارم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۱۰. ابن فارس، احمد بن فارس زکریا (۱۴۱۱ق). معجم مقاییس اللغة. جلد چهارم، بیروت: دارالجمیل.
۱۱. ابن منظور، ابوالفضل جمال الدین محمد بن مکرم الافریقی المصری (۱۴۰۵ق)، لسان العرب. جلد ۵، قم: نشر ادب الحوزه.
۱۲. ابو حبیب، سعدی (۱۴۲۴ق). القاموس الفقهی لغه و اصطلاحا. چاپ دوم، دمشق، دارالفکر.
۱۳. انصاری، مرتضی (۱۴۲۵ق). کتاب المکاسب. جلد ۴، ۵ و ۶، چاپ ششم، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۱۴. ایروانی الغروی، علی (۱۴۳۱ق). حاشیه المکاسب (البیع). جلد دوم، چاپ سوم، قم: ذوی القربی.
۱۵. جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۳۹۹ق). الصحاح: تاج اللغة و صحاح العربیه. جلد دوم، چاپ دوم، بیروت: دارالعلم للملایین.
۱۶. حلی، محقق ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن (۱۳۸۴ ش). شرایع الاسلام. جلد ۱-۲، چاپ هفتم، قم: انتشارات استقلال.

۱۷. خمینی، سید روح‌الله الموسوی (۱۳۸۸ش). کتاب البیع. جلد ۳ و ۵، چاپ سوم، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
۱۸. خمینی، سید روح‌الله الموسوی (۱۹۸۱م). تحریر الوسیله. جلد دوم، چاپ سوم، بیروت.
۱۹. خوری الشرتونی البنانی، سعید، (۱۴۰۳ق). اقرب الموارد فی فصیح العربیه و الشوارد. جلد دوم، قم: منشورات مکتبه آیةالله العظمی المرعشی النجفی.
۲۰. خویی، سید ابوالقاسم الموسوی (۱۴۱۲ق). مصباح الفقاهه فی المعاملات. جلد ۵، بیروت: دارالهادی.
۲۱. خویی، سید ابوالقاسم الموسوی (۱۴۲۷ق). منهاج الصالحین. جلد دوم، بیروت: دار المرتضی.
۲۲. زحیلی، وهبه (۱۴۲۲ق). الفقه الاسلامی و ادلته. جلد ۵ و ۶ الطبعة الرابعه، دمشق، دارالفکر.
۲۳. سنهوری، عبدالرزاق احمد (۱۹۹۸م). مصادر الحق فی الفقه الاسلامی. جلد دوم، چاپ دوم، بیروت: منشورات الحلبيه الحقوقیه.
۲۴. طریحی، فخرالدین (۱۳۸۶ق). مجمع البحرین. جلد سوم، تهران، المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.
۲۶. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۳۸۷ق). المبسوط فی فقه الامامیه. جلد دوم، چاپ سوم، تهران: المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.
۲۷. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۴۰۰ق). النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی. چاپ دوم، بیروت: دار الکتب العربی.
۲۸. عاملی، محمد بن مکی (شهید اول)، (۱۴۰۰ق). القواعد و الفوائد. جلد ۲، قم: کتابفروشی مفید.
۲۹. عاملی، محمد بن مکی (شهید اول) (۱۴۱۴ق). غایه المراد فی شرح نکت الارشاد. جلد دوم، قم: انتشارات دفتر تبلیغات حوزه علمیه قم.
۳۰. عاملی، زین‌الدین (شهید ثانی)، (بی‌تا). فوائد القواعد (بی‌تا). قم: مرکز انتشارات اسلامی دفتر تبلیغات حوزه علمیه قم.
۳۱. عاملی، زین‌الدین (شهید ثانی) (بی‌تا). الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه. جلد ۳، ۴ و ۵، بیروت: دار العالم الاسلامی.
۳۲. عاملی، زین‌الدین (شهید ثانی) (۱۴۱۴ق). مسالک الافهام. جلد ۳، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
۳۳. کاشف الغطاء، محمد حسین (۱۳۵۹ق). تحریر المجله. جلد اول، نجف: المکتبه المرتضویه.
۳۴. مراغی، سید میر عبدالفتاح الحسینی (۱۴۱۸ق). العناوین. جلد ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۵. مصطفی، ابراهیم، حسن الزیات، احمد، عبدالقادر، حامد و النجار محمدعلی، (بی‌تا)، المعجم الوسیط، جلد دوم، تهران: المکتبه العلمیه.
۳۶. مغربی القیومی، احمد بن محمد بن علی (۱۴۲۵ق). المصباح المنیر. جلد ۲، چاپ سوم، قم: دارالهجره.
۳۷. نائینی، میرزا محمد حسین (۱۴۲۴ق). منیه الطالب فی شرح مکاسب. جلد ۱ و ۲، چاپ دوم، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۳۸. نجفی، شیخ محمد حسن (۱۹۸۱م). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام. جلد ۲۲، ۲۳، ۲۴، ۲۷، چاپ هفتم، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۳۹. نراقی، ملا احمد بن محمد مهدی (۱۴۱۷ق). عواید الایام فی بیان قواعد الاحکام. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۴۰. نراقی، مولی محمد بن احمد (۱۴۲۲ق). مشارق الاحکام. چاپ دوم، قم: کنگره نراقیین ملامهدی و ملاحمد.
۴۱. یزدی، سید محمد کاظم طباطبایی (۱۴۱۰ق). حاشیه مکاسب. جلد ۱ و ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان.

### ج- خارجی

1. Beale, H.G., Bishop, W.D. and Furmston, M.P., *Contract: Cases and Materials*, 2<sup>nd</sup> edn., London, Butterworths, 1990.
2. Beatson, J., *Anson's Law of Contract*, 27<sup>th</sup> edition., Oxford, 1998.
3. Bell, J., Boyron, S. and Whittaker, S., *Principles of French Law*, Oxford, Oxford University Press, 1998.
4. Marsh, P.D.V., *Comparative Contract Law: England, France, Germany*, Hampshire (England), Gower Publishing, 1994.
5. Nicholas, B., *The French Law of Contract*, 2<sup>nd</sup> edition, Oxford, Clarendon Press, 1992.

- 
6. Planiol, M., *Treaties on the Civil Law*, vol. 2, 11<sup>th</sup> edition, Louisiana, 1959.
  7. Poole, J., *Textbook on Contract Law*, 8<sup>th</sup> edition, Oxford, Oxford University Press, 2006.
  8. Stone, R., *The Modern Law of Contract*, 8<sup>th</sup> edition, London and New York, Routledge, 2009.
  9. Treitel, G.H., *The Law of Contract*, 10<sup>th</sup> edition, London, Sweet and Maxwell, 1999.