

تحلیل فقهی و اخلاقی ریسک تجاری و مقایسه آن با غرر با تاکید بر قواعد عام درآمدزایی مخاطره^۱

سید محمد صادق موسوی^۲

روح اله رئیسی^۳

چکیده

با پیشرفت تکنولوژی و نیازهای روز افزون جامعه، معاملات اقتصادی جدیدی در جوامع شکل گرفته که در بطن این معاملات، ریسک ((Risk و خطر نهادینه شده است. ریسک که در لسان عرف، عبارت است از: "خطر ناشی از عدم اطمینان نسبت به وقوع حادثه ای در آینده"، لازمه ی بیشتر فعالیت های تجاری ملی و بین المللی می باشد.

علاوه بر این، از منظر اخلاقی، پیشرفت حیات بشر در ابعاد فردی، اجتماعی، اقتصادی و... در بستر هدایت رفتار و تصمیمات انسانی صورت می گیرد. بدیهی است که تحقق این امر نیز در شرایط متعین و معمول میسر است؛ اما در شرایط ریسک آمیز که انسان، نسبت به نتایج فعل خود، اطمینان یا آگاهی ندارد، تصمیم گیری با رعایت هنجارهای اخلاقی، نسبتاً دشوار به نظر می رسد.

از این رو، پژوهش حاضر، ضمن تحلیل ریسک تجاری و مقایسه آن با غرر، به دنبال پاسخ به این پرسش اساسی است که مبنای مشروعیت فقهی و روایی اخلاقی درآمدزایی ریسک چیست؟ در این تحقیق با استفاده از روش توصیفی تحلیلی نشان داده خواهد شد که اولاً غرر، ناشی از جهالت یا ریسکی است که به ارکان قرارداد برخورد می کند و نتیجه ی آن در معامله، افزایش ناعادلانه دارایی یکی به زیان دیگری است، اما ریسک در تجارت، ناظر بر آینده سرمایه بوده و هیچ گونه برخوردی با ارکان قرارداد ندارد. ضمن اینکه سود یا زیان حاصل از ریسک تجاری ناشی از تغییرات اقتصادی موثر در عرضه و تقاضا می باشد. ثانیاً مشروعیت درآمدزایی ریسک را می توان از تحلیل قواعد فقهی عام درآمد زایی مخاطره با محوریت قاعده "الخراج بالضمان"، به عنوان رو بنا استخراج کرد. ثالثاً از منظر اخلاقی ریسکی روا است که آگاهانه، عادلانه و مبتنی بر مصالح فردی و اجتماعی باشد.

واژگان کلیدی

ریسک، غرر، ضمان، روایی اخلاقی، عدالت.

۱. مقاله حاضر مستخرج از رساله ی دکترای روح اله رئیسی با عنوان "ماهیت معاملات غرری با تاکید بر سفته بازی از دیدگاه فقه تطبیقی" است.

۲. دانشیار دانشگاه شهید مطهری (نویسنده مسئول).
Email: info@motahari.ac.ir

۳. دانشجوی دکترای فقه و حقوق خصوصی دانشگاه خوارزمی.
Email: std_reis.rooh2@khu.ac.ir

پذیرش نهایی: ۱۳۹۷/۰۳/۱۵

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۲/۰۴

طرح مسأله

امروزه بنیاد معاملات متداول در جوامع مختلف بر پایه ی "ریسک" بنا نهاده شده و اساساً مبادرت به فعالیت های مالی مهم و سرمایه گذاری های کلان، بدون وجود ریسک، تقریباً امری محال و غیر قابل اجتناب است. در اصطلاح عرفی، ریسک معادل با "خطر ناشی از عدم اطمینان نسبت به وقوع حادثه ای در آینده" (راعی و سعیدی، ۱۳۸۳: ۴۶)، بوده و تحمل ریسک، لازمه ی استحقاق سود در بیشتر فعالیت های تجاری است؛^۱ از سوی دیگر، پیامد ریسک متهورانه و غرری، کاهش رشد اقتصادی و کمبود یا فقدان انگیزه ها جهت مشارکت افراد در زمینه های متنوع سرمایه گذاری خواهد بود. لذا تبیین ریسک متعارف و تمییز آن از ریسک نامعقول با استفاده از آموزه های فقهی و اخلاقی، امری ضروری است.

علاوه بر این، ریسک در مفهوم عرفی و عام آن، بخش عمده ای از حیات فردی، اجتماعی، اقتصادی، سیاسی و ... بشر را تشکیل داده و تصمیمات انسان ها در ابعاد یاد شده، در غالب موارد متأثر از ریسک است. از طرفی، انسان توانایی کسب اطلاعات کامل و احراز اطمینان نسبت به شرایط و اوصاف محیط پیرامونی خویش رانداشته و از این رو، گاه ناگزیر از تصمیم گیری در موقعیت عدم اطمینان و شرایط ریسک آمیز است. حال پرسش این است، که آیا این نوع تصمیمات در شرایط توصیف شده، که در برخی موارد، اتخاذ آن ها نیز ضرورت دارد، توجیه اخلاقی، فقهی و عقلایی دارد یا خیر؟ توضیح اینکه عقلانیت ریسک به معنای عقلایی بودن رفتار در شرایطی است که پیامد آن معلوم نباشد؛ به گونه ای که احتمال خطر یا ضرر بعید نباشد. در پاسخ به پرسش مذکور باید بدانیم که قضاوت در خصوص مشروعیت یا ممنوعیت تصمیم در حالت ریسک، بدون فهم دقیق ماهیت ریسک و تحلیل آن، به سادگی امکان پذیر نیست؛ از این رو پیش از هر گونه داوری، تبیین ماهیت و معرفی جنبه های مختلف آن ضروری به نظر می رسد. شاید به همین دلیل بوده که برخی محققین، رویکردهای متفاوتی نسبت به مشروعیت ریسک و درآمد حاصل از آن، در آثار تحقیقاتی خود برگزیده اند. به عنوان نمونه، شهید صدر، در خصوص درآمد زایی ریسک، دو موضع متفاوت و متضاد را اتخاذ کرده است: در بخشی از کتاب "اقتصادنا" با طرح این ادعا که پذیرنده ریسک، مستحق درآمدی در ازای تحمل ریسک نیست، چنین استدلال نموده است: ریسک و مخاطره از نهادهای تولید محسوب نمی شوند؛ پس درآمدی هم از بابت تحمل ریسک، نباید به ریسک کننده، تعلق گیرد. (صدر، ۱۴۱۷ ق: ۶۰۱) اما

۱. مصادیق بسیاری از عقود ریسکی همچون بیمه، قرارداد آتی، قرارداد های پیش فروش، قراردادهای با عوض شناور و... که حجم عمده ای از معاملات تجاری و تجارت بین الملل را به خود اختصاص داده اند، مبتنی بر ریسک ذاتی می باشند.

در بخش دیگری از همان کتاب، شرط اصلی صحت عقد مضاربه و عدم تبدیل آن به قرض را وجود عنصر ریسک برای مضارب و عدم ضمانت سرمایه توسط عامل، می‌داند. (همان: ۵۷۴)

برخی دیگر از محققین با خلط میان مفاهیم ریسک منهی (غرر) و ریسک تجاری، احکام ممنوعیت غرر را به ریسک تجاری تسری داده‌اند: الجمال (۲۰۰۱) م در تحقیق خود، معاملات غرری را دقیقاً معادل با معاملات مبتنی بر شرایط ریسک و نااطمینانی تفسیر نموده است. (Al-Gamal, 2000). الساعتی (۲۰۰۳)، نیز با خلط میان مفاهیم غرر منهی و ریسک مشروع، غرر منهی را با قمار و رهان قیاس نموده و نهایتاً وقوع نزاع در معاملات مزبور را عامل بطلان آن‌ها دانسته است. (Al-Saati, 2003)

لذا در این مقاله ضمن تحلیل فقهی و اخلاقی ریسک تجاری و مقایسه این نوع ریسک با غرر، برآنیم تا رابطه ریسک و درآمد را با استفاده از قواعد عام درآمدزایی مخاطره، تبیین کنیم. همچنین، روش تحقیق، توصیفی، تحلیلی و ابزار گردآوری اطلاعات، نیز از منابع کتابخانه‌ای است.

۱. مفهوم ریسک تجاری

واژه شناسان گاه به جنبه‌ی مثبت "ریسک" و مخاطره توجه داشته‌اند: "افزایش ارزش، منزلت و دارایی (فراهیدی، ۱۴۰۵ ق: ۲۱۳/۴) گاه نیز جنبه منفی آن را در نظر داشته‌اند: "اشراف و نزدیک شدن بر نابودی" (ابن منظور، ۱۴۱۶ ق، ج ۴، ص ۱۳۸). گاهی نیز معنای اعم از مثبت و منفی را مورد توجه قرار داده‌اند: "خودش را به خطر انداخت": یعنی خود را در معرض خطر نابودی یا وصول به دارایی قرار داد. " در واژه نامه‌ی آکسفورد، ریسک به معنای "امکان وقوع حادثه‌ی زیان بار در آینده" ترجمه شده است. (Hornboy & Wehmeier, 2005: 1313)

اما در اصطلاح فقهی، ریسک تجاری آن است که تاجر به قصد تحصیل سود و با توکل بر خداوند متعال اقدام به تجارتی نماید که نتیجه‌ی آن سود (ریح) یا زیان (خسارت) باشد. (ابن قیم، ۱۴۰۸ ق: ۵/ ۸۱۶؛ القرطبی، ۱۹۹۵ م: ۵/ ۱۵۱)

چنان که ملاحظه می‌شود این نوع ریسک، لازمه‌ی شغل تاجران بوده و زیان احتمالی در آن نیز کاملاً طبیعی است و لذا به لحاظ مفهومی هیچ‌گونه تداخلی با غرر منهی ندارد؛ زیرا منظور از غرر، "قدر متیقن آن خطری است که عقلاً بر آن اقدام نمی‌کنند؛ نه مطلق خطری." (نجفی، ۱۹۸۱ م: ۲۲/ ۳۸۸؛ کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۱۴۶). پس این میزان از ریسک در معاملات، معقول، ضروری و تسهیل‌کننده تعاملات تجاری مردم است؛ چرا که ایجاد محدودیت در حوزه قراردادهای زمانی که مغایرتی با نظم عمومی نداشته باشد، روا نیست.

از سوی دیگر، فقیهان اسلامی، اسباب استحقاق سود را منحصر در مال یا کار یا ضمان (ریسک)، دانسته‌اند و بر این اساس، به تبیین اثر مخاطره در استحقاق سود و ارتباط بین

سود و مخاطره پرداخته اند. چنان که مشروعیت سود حاصل از ریسک تجاری، استحقاق جعل برای اجیر در عقد جعاله و نیز سود حاصل از مخاطرات موجود در عقود مضاربه، مساقات و مزارعه را بر اساس درآمد زا بودن ریسک تحلیل نموده اند.^۱ (البعلی، ۱۹۸۶ م: ۵۳۳/۱-۵۳۲؛ الکاسانی، ۱۹۸۲ م: ۶۲/۶؛ صدر، ۱۴۱۷ ق: ۵۷۴)

بنابر این، در فقه اسلامی، واژه ریسک در دو معنای غرر (ریسک منهی) و ریسک مباح به کار رفته است: مقصود از ریسک در این تحقیق، همان ریسک مباح بوده که به معنای تحمل نتایج سود یا زیان و یا پذیرش نتایج عملی تجاری، و ناظر بر تقابل و تلازم بین مغارم (خسارات) و مغانم (درآمدها) است که تفصیل این معانی را در آینده بیان خواهیم نمود.

۲. روایی اخلاقی ریسک

در آموزه های اخلاقی اسلام در هنگام تصمیم گیری در فضای عدم اطمینان، توصیه به توکل شده است. بدین معنا که هرگاه فرد مسلمانی در امور زندگی خویش نظیر فعالیت های تجاری، در موضع عدم اطمینان قرار گیرد، بایستی با واگذاری نتیجه به اراده ی خداوند متعال، وظیفه ی معمول و متعارف خود را انجام دهد. او امر شرعی دال بر تفویض امور به خداوند قادر که حجم قابل توجهی از نصوص معتبر دینی را به خود اختصاص داده است، دلالت غیر مستقیم بر روایی اخلاقی ریسک یا همان پذیرش وضعیت عدم اطمینان در تصمیم گیری دارند.

از سوی دیگر، با توجه به اینکه ریسک به طور اعم و خصوصاً ریسک تجاری، ابتدای بر محاسبه گری ضابطه مند و پیش بینی های معقول دارد، طبیعتاً روایی اخلاقی ریسک، تابع عقلانی بودن آن است. پس عقلانیت ریسک به مفهوم عقلایی بودن رفتار در شرایطی است که پیامد آن معلوم نباشد؛ به گونه ای که احتمال خطر یا ضرر بعید نباشد. از اینجا روشن می گردد که عقلانیت ریسک - که ناظر بر دوجنبه ی نظری و عملی می باشد - از اختصاصات

۱. استحقاق سود در عقد مضاربه، مبتنی بر ریسکی است که طرفین عقد، تحمل می کنند؛ از این رو علی رغم اینکه خطر نابودی سرمایه ی سرمایه گذار و نیز ریسک هدر رفتن تلاش عامل وجود دارد، ولیکن در اباحه ی عقد مزبور در میان فقیهان اسلام، اتفاق نظر وجود دارد.

همچنین در ابتدای عقد مساقات بر ریسک نیز تردیدی وجود ندارد؛ چرا که در آن اجرت برای عامل، مقطوع و متیقن نیست؛ بلکه عامل، مستحق نسبتی از نتایج است و این امر برای آن است که وی، عملی ریسک آمیز را انجام دهد و مشروعیت آن، محل اتفاق عموم فقیهان خاصه و عامه است تا آنجا که ابن رشد گفته است: «قول در جواز مساقات، مورد اتفاق جمهور علماء از جمله مالک، شافعی، ثوری، ابویوسف و است. (ابن رشد، ۱۹۵۲ م: ۳۷۳/۲) عقد جعاله نیز که جمهور فقهای امامیه، مالکی، شافعی و حنبلی آن را مباح دانسته اند، همین حکم را دارد.

تصمیمات (عقل نظری) و رفتارهای انسانی (عقل عملی) محسوب می شود. مطابق دیدگاه فلاسفه اخلاق، شرایط مهم عقلانیت اخلاقی عبارت اند از: «آگاهی» و «سازواری» (گنسلر، ۱۳۹۰: ۲۲۶) که می توان شروط مزبور را به عقلانیت ریسک نیز تعمیم داد. توضیح اینکه آگاهی، مولفه ی ناظر بر عقلانیت نظری بوده و حال آنکه «سازواری» عنصری است که به عقل نظری و عملی مرتبط است. سازگاری اندیشه (عقل نظری) و عمل (عقل عملی) به معنای عدم تناقض بین رفتار و اندیشه ی انسان و سازگاری در عمل نیز به مفهوم عدم صدور رفتارهای متناقض از سوی انسان است. آن گونه که برخی علمای اخلاق گفته اند، مفهوم اخیر در «رفتار منصفانه و عادلانه» متجلی می گردد. (حسن زاده، ۱۳۸۰: ۶۴ - ۷۷).

بنابراین آگاهی، پشتوانه عقلانیت نظری و انصاف و عدالت نیز تضمین کننده عقلانیت اخلاقی است. ناگفته پیداست که عقلانیت عقل عملی، بر عقلانیت نظری ترجیح دارد؛ چرا که عدالت و انصاف در زمره ی گرایش های عالی به شمار می رود. موید ادعای ما، تأکید شهید مطهری بر اهمیت گرایش های عالی انسانی در کتاب "انسان و ایمان" بوده که ایشان ضمن بر شمردن گرایش های یاد شده به عنوان لوازم رفتار اخلاقی انسانی، تصریح نموده است:

"...انسان را عقل و علم و آگاهی او و تدبیر او تشکیل می دهد، اما شرط کافی نیست. فعالیت انسانی، آنگاه انسانی است که علاوه بر عقلانی و آزادی بودن، در جهت گرایش های عالی انسانیت باشد و لاقلاً با گرایش های عالی در تضاد نباشد... در اصطلاحات دینی اسلامی، نیروی تدبیر آنجا که از گرایش های انسانی و ایمانی جدا می شود و در خدمت اهداف مادی و حیوانی قرار می گیرد، "نکری" و "شیطنت" نامیده شده است." (۱۳۸۴: ۱۲/ ۵۷)

۳. سود گرایی اخلاقی ریسک

سود گرایی در قالب یک نظریه ی اخلاقی، نخستین بار توسط یک حقوق دان و فیلسوف مشهور انگلیسی به نام "بنتام" مطرح شد. بنتام بر این باور بود که بازگشت تمام اصول و احکام اخلاقی به اصل سود است: "ما باید هر عملی را به اعتبار افزایش یا کاهش که در سود ایجاد می کند، ارزش یابی کنیم." (Bentham, 2000, p: 14)

مطابق نظریه ی مذکور، اصل سود، مبنای تشخیص حسن و قبح و بایسته های اخلاقی است^۱. بدین معنا که ارزش اخلاقی عمل، بر اساس پیامدهای حاصل از آن تعیین می شود. پس اگر عملی بیشترین سود را به دنبال داشته باشد، درست و بایسته است و در فرضی که عملی سودی را به دنبال نداشته باشد و یا حداقل ما هیچ گونه اطلاعی از پیامدهای یک عمل را

۱. اساس سود گرایی بنتام بر بنیان امکان ارتباط منطقی بین باید و هست استوار شده است. هر چند که این مبنا از سوی بسیاری از فلاسفه اخلاق قرن بیستم با انتقادات فراوانی مواجه شده است. (جوادی، ۱۳۷۵: ۴۸)

نداشته باشیم، چنین اعمالی فاقد جنبه های منفی یا مثبت اخلاقی خواهد بود. (فرانکنا، ۱۳۷۵، ۹۰-۹۵)

اما نظریه ی سود گرایی با انتقادات فراوانی به خصوص از سوی طرفداران اخلاق فضیلت محور، مواجه شده است. ایشان ضمن اهتمام به تکامل روحی و معنوی عامل اخلاقی، شان اخلاق را منحصر در حل مسائل و معضلات اخلاقی دانسته اند. (پینکافس، ۱۳۸۲: ۲۴۹) با این وجود، به نظر می رسد توجیه اخلاقی ریسک بر مبنای نظریه ی یاد شده توجیهی شایسته است. زیرا سود گرایی اخلاقی که ترکیبی از دور اندیشی و عقلانیت بوده، راهنمای مناسبی جهت هدایت انسان ها در گزینش رفتاری است که نهایتاً به نفع فرد و جامعه می باشد. بدین ترتیب، نظریه سود گرایی، را می توان به عنوان روشی برای تصمیم مشروع در شرایط ریسک به کار برد. بدین معنا که مبنای تصمیم گیری در شرایط ریسک، تخمین منافع حداکثری و هزینه ی حداقلی است که بر تصمیم مترتب می شود. (Asveld and Roeser, 2009, p:62) به عبارت دیگر، با استفاده از نظریه ی مزبور می توان گفت، نتایج و سود حداکثری که بر فعل بار می شود، در درستی و نادرستی افعال، نقش اساسی دارند. بدین معنا که سودمندی ارزش است و بالتبع اگر فعلی واجد حداکثر سود باشد، مطلوب و پسندیده خواهد بود.

از سوی دیگر، سابقاً اشاره شد که ریسک، عنصر ذاتی تمام فعالیت های تجاری است و امروزه حجم قابل توجهی از معاملات بر بنیان ریسک منعقد می گردند. از این رو می توان گفت، ریسک، آمیخته با منافع انسان است و این امر در آرای علمای معاصر اسلامی نیز به وضوح انعکاس یافته است. به باور علامه طباطبایی، زندگی اجتماعی انسان مبتنی بر داد و ستد منافع (مصالح) است. ایشان با استناد به آیه شریفه "لولا دفع الله الناس بعضهم ببعض لفسدت الارض" معتقد است که اگر داد و ستد مزبور نبود، زوال زمین، قطعی بود. همچنین بقای اجتماع را متکی بر داد و ستد متقابل منافع دانسته اند و تبادل مصالح و منافع را که منجر به تحقق اجتماع مدنی می گردد، ناشی از گزینه استخدام - که خداوند متعال آن را جلی و فطری انسان کرده است - می دانند. (۱۳۷۴: ۴۶۳)

پس می توان گفت ریسک نمودن و تحمل ریسک، علاوه بر عقلایی بودن، مبتنی بر ابعاد فطری انسان نیز می باشند. به عبارت دیگر، از آنجا که انسان تصمیمات و رفتار هایش عقلایی است، در فعالیت های تجاری خود به دنبال تحصیل "حداکثر سود مورد انتظار" است. (Timmons, 2007, p:157) و این امر خود، ناشی از فطری بودن گرایش انسان به جلب منافع حداکثری و دفع ضرر از خود، می باشد. با این وجود، ممکن است انسان در برخی شرایط ریسک آمیز، نیز نه تنها به سود حداکثر دست نیابد؛ بلکه متضرر هم شود که این موضوع در روابط و دادوستدهای متقابل اجتماعی، امری بدیهی است.

۴. تبیین مفهوم غرر

در کتاب های معتبر لغت، واژه غرر در مفهوم "خطر" (ابن منظور، ۱۴۰۵ق، ۵/ ۱۳-۱۴؛ ابن اثیر، ۱۳۶۴ق، ۳/ ۳۵۵؛ مغربی، ۱۴۲۵ق: ۴۴۵) در معرض نابودی قرار دادن (طریحی، ۱۳۸۶ق: ۴۲۳؛ الشرتونی، ۱۴۰۳: ۸۶۷) و نیز "خدعه"، و "جهل" به کار رفته است. (فراهیدی، ۱۴۰۵ق: ۳۴۶/۴) در برخی از این کتاب ها نیز، در باب معنای واژه مزبور، به نقل از حضرت امیرالمومنین (ع) روایتی ذکر شده که ایشان در تبیین مفهوم غرر فرموده اند: "غرر عملی است که شخص با مبادرت ورزیدن به آن، از زیان در امان نباشد." (ابن منظور، ۱۴۰۵ق: ۱۴/۵)

اما اکثریت فقیهان امامیه، غرر را معادل با هر نوع ابهام، جهل یا عدم اطمینانی در ارکان یک قرارداد می دانند که زمینه ساز ایجاد خطر برای طرفین معامله گردد. شیخ انصاری، با استنتاج از گفتار اهل لغت، معتقد است که لغت دانان در تبیین مفهوم غرر، علاوه بر خطر، عنصر مجهول بودن را نیز از نظر دور نداشته اند. (انصاری، ۱۴۲۵ق: ۴/ ۱۷۸)

صاحب جواهر بعد از تفسیر غرر به خطر، در تبیین مفهوم آن گفته، خطر باید ناشی از جهل نسبت به اوصاف کیفی و کمی مبیع باشد. از این رو، وی، مطلق خطری که مشتمل بر مواردی همچون قدرت بر تسلیم مبیع و... را باشد، موثر در پیدایش غرر نمی داند. (نجفی، ۱۹۸۱م: ۲۲/ ۳۸۸) پس از نظر ایشان، جهل منتهی به خطر، با قید مزبور، ملاک تحقق معامله غرری است.

مراغی نیز، به طور کلی، هر معامله ای را که مبتنی بر خطر باشد، داخل در معامله غرری آورده است. (مراغی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۳۱۴) البته ایشان، با تکیه بر مرجعیت عرف در تشخیص خطر، هر نوع ضرر محتمل را مصداق خطر نمی دانند و بر این نکته تصریح داشته اند که خطر، احتمال وقوع ضرری است که در نزد عرف قابل اعتنا باشد.

امام خمینی، نیز، هر چند ابتدائاً معنای غرر را «خدعه» می داند؛ ولی با توجه به اجماع فقیهان بر مفهوم خطر، با عدول از نظریه ی نخستین خود، به دیدگاه اجماعی یاد شده، تمایل پیدا کرده است. (امام خمینی، ۱۳۸۸/۳: ۲۹۸-۲۹۵)

محقق خوبی با بیان اینکه مشهور فریقین در خصوص غرر، معنای خطر را ملحوظ داشته اند، بر این باور است که منشا این خطر، خواه جهل نسبت به قدرت بر تسلیم باشد؛ خواه جهل نسبت به اوصاف کمی یا کیفی مورد معامله، تفاوتی ندارد و در هر حال، این امر، فساد معامله را در پی خواهد داشت. (خوبی، ۱۴۱۲: ۵/ ۲۵۷ و ۲۶۱) در واقع، ایشان نیز جهل منتهی به خطر را به عنوان معیار برجسته ی معاملات غرری معرفی می نماید.

بررسی آرای فقیهان امامیه و نیز نحوه ی استدلال ایشان، در مجموع حکایت از آن دارد که اولاً جهل یا عدم اطمینان به تنهایی مستلزم غرر نیست و ملازمه ی جهل (عدم اطمینان) با خطر

در ارکان قرارداد است که منتهی به غرر می‌شود. ثانیاً، خطر باید عرفاً قابل توجه باشد؛ به گونه‌ای که عقلاً از آن احتراز نمایند و از این رو مطلق خطر در تحقق عنوان غرر، کفایت نمی‌کند. ظاهراً در آثار حقوقی نیز، بدون ارائه‌ی تعریف مشخصی از واژه غرر، صرفاً به مصادیق معاملات غرری اشاره شده است؛ برخی حقوق دانان، غرر را احتمال حصول ضرر ناشی از جهل به مورد معامله دانسته‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۴۴۹) گروهی دیگر نیز، در مواردی که جهالت نسبت به مورد معامله از حیث معلوم بودن، معین بودن یا قدرت بر تسلیم باشد، معامله را غرری دانسته‌اند. (کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۱۹۰)

به نظر می‌رسد نظریه‌ی مزبور خالی از ایراد نیست؛ چون بر اساس آرای فقیهان، انحصار منبع غرر به جهل در مورد معامله، صحیح به نظر نمی‌رسد. از طرفی، امروزه معاملات جدیدی شکل گرفته که در برخی موارد، معلوم کردن عوضین به طور قطعی و در هنگام انعقاد عقد، موجب غرر است. مثلاً در قرارداد پیش فروش خودرو، طرفین برای دفع هر گونه ضرر محتمل، تعیین قیمت خودرو را قیمت روز تحویل، تعیین می‌کنند.

۵. مقایسه ریسک تجاری با ریسک به مفهوم غرر

در مقام تمییز بین ریسک تجاری با ریسک منهی به معنای غرر، باید گفت در غرر، سود یک طرف معادل زیان طرف دیگر است؛ چرا که ثمن یا مثنی مجهول، مردد بین وجود و عدم است و معامله در این فرض، همواره بین احتمالات صفر و صد، مردد است. بی تردید، این درجه از خطر، مفسد عقد بوده و غرری شدن در ارکان عقد را به دنبال خواهد داشت. تفکیک مزبور از مفهوم ریسک، در برخی از نوشته‌های فقهی معاصر نیز آورده شده است. مثلاً ابن قیم با جمع میان دو معنای ایجابی (مباح) و سلبی (حرام) ریسک، بر این باور است که: «مخاطره، مشتمل بر دو نوع است؛ اول، ریسک تجار که عبارت است از خرید کالا به قصد فروش و تحصیل سود با توکل بر خداوند متعال، دوم، ریسک غرری نیز آن است که متضمن اکل مال به باطل باشد. روشن است که ریسک در این مفهوم، در شرع از آن نهی شده است..» (ابن قیم، ۱۹۵۰: ۸۱۶/۵)

از سوی دیگر، مصادیق بارز معاملات غرری یا مبتنی بر ریسک منهی که در کتاب‌های فقهی معتبر به کار رفته، عبارت است از: بیع «جنین در شکم»، «پرنده در هوا»، «شتر فراری»، «برده فراری» و... (المراغی، ۱۴۱۸ق: ۳۱۱/۲) لذا با تأمل در مفهوم و مصادیق غرر، روشن می‌شود که استعمال ریسک در معنای غرر، در جایی است که یکی از عوضین در امنیت و سلامت باشد و عوض دیگر مردد در سلامت و تباهی. از مهم‌ترین تبعات این نوع ریسک، علاوه بر نزاع بین متعاملین، اختلال در عدالت معاوضی و عدم تعادل بین ثمن و مثنی است؛ چرا که ممکن است یکی از طرفین معامله در مقابل از دست رفتن تمام دارایی دیگری، به مالی برسد. مثلاً در بیع «ماهی در آب» و «پرنده در هوا»، مشتری ممکن است، به ماهی یا پرنده حصول باید یا

نیاید، پس در صورت عدم حصول مشتری، آنچه را که بایع در ازای مبیع مزبور، اخذ نموده، مصداق «اکل مال بالباطل» خواهد بود.

اما معاملات مبتنی بر ریسک تجاری، با توجه به تغییرات اقتصادی، از حیث سود یا زیان به یکی از نتایج ذیل منجر می شوند: برد- برد، برد- باخت، باخت- باخت، در تمام حالات یاد شده، سود یا زیان طرفین معامله ناشی از تغییرات اقتصادی موثر در عرضه و تقاضا می باشد؛ به عبارت دیگر، ریسک تجاری، متأثر از مخاطرات اقتصادی شکل می گیرد و کسی که این مخاطرات را تحمل می کند، استحقاق سود را خواهد داشت. زیان احتمالی نیز لازمه ی ذاتی معاملات مبتنی بر ریسک تجاری بوده و ربطی به غرری بودن قرارداد ندارد. بنابر این ریسک در فعالیت تجاری، به طور ضمنی، ناظر بر نوعی عدم اطمینان نسبت به نتایج حاصل از معاملات، بوده و وقوع ضرر، یکی از آثار نامطلوب و محتمل آن است؛ حال آنکه نتیجه ی قطعی غرر، همواره نامطلوب بوده و به افزایش ناعادلانه ی دارایی یکی به زیان دیگری منجر خواهد شد.

در واقع، عدم اطمینان، رکن مشترک در غرر و ریسک تجاری است، منتهی عدم اطمینان در ریسک تجاری ناظر بر سود و زیان احتمالی بوده، ولی عدم اطمینان در غرر، ناشی از ابهام نسبت به اصل وجود عوضین، عدم قدرت بر تسلیم و تسلیم عوضین، عدم اطلاع از ارزش عوضین یا عدم اطلاع از خصوصیات و شرایط معامله می باشد. البته در مواردی که عدم اطمینان در ریسک تجاری، ناشی از عدم شفافیت اطلاعات موجود در ارکان قرارداد باشد، وقوع غرر قطعی است و لذا عدم اطمینان جز در مواردی خاص و استثنایی، برخوردی با ارکان قرارداد نخواهد داشت.

۶. قواعد عام درآمدزایی ریسک

در این قسمت برآنیم تا با جمع آوری قواعد عام درآمدزایی مخاطره، تبعیت سود از ریسک را بر مبنای قواعد مزبور تحلیل کنیم. بر این اساس، در راستای شناخت ریسک و موضع شرع در قبال درآمد حاصل از آن، بررسی اهم قواعد ناظر بر ریسک ضروری به نظر می رسد.

۶-۱. قاعده الخراج بالضمنان

اصل این قاعده ی مشهور، برگرفته از حدیث نبوی شریفی است که در موارد متعددی مبنای استدلال فقیهان و صدور آرای ایشان در حوزه معاملات بوده است (طوسی، ۱۳۷۸ق: ۲/ ۱۲۶-۱۲۵؛ شهید اول، ۱۴۱۷ق: ۳/ ۲۸۷؛ شهید ثانی، ۱۴۱۶ق: ۲۱۶؛ ۵۱۷) حدیث متضمن قاعده ی مذکور که هم در کتاب های احادیث عامه و هم خاصه ذکر شده است، به شرح ذیل است:

"عن رسول الله (ص) ان رجلاً ابتاع غلاماً فاقام عنده ان شاء الله ان یقیم ثم وجد به عیباً فخاصمه الی النبی (ص) و رد علیه فقال الرجل: یا رسول الله قد استغل غلامی فقال (ص): الخراج بالضمنان." (ابن ماجه، بی تا: ۲/ ۷۵۴؛ حاکم نیشابوری، ۱۴۱۱ق: ۲/ ۱۸؛ نوری طبرسی، ۱۴۰۸

ق: ۳۰۲/۱۳

عایشه به نقل از رسول اکرم (ص) گفته است: شخصی مدتی بعد از خرید، نگه داری و انتفاع از غلامی، به معیوب بودن غلام پی می برد. از این رو بعد از اختلاف بین خریدار و فروشنده، شکایت را نزد پیامبر اکرم (ص) عرضه کردند. با استرداد غلام، فروشنده عوض منافی را که خریدار مدت ها از آن منتفع شده درخواست نمود تا آنگاه خریدار، معامله را به خیار عیب فسخ کند. خریدار نیز نمی خواست چیزی بابت منافع استیفاء شده از غلام به فروشنده بدهد و تمام بهایی را که به فروشنده پرداخته بود، مطالبه می کرد. در این هنگام پیامبر اکرم (ص)، با دفاع از خریدار فرمود: "الخراج بالضمن!"^۱ یعنی پذیرش ریسک تلف شدن غلام بعد از قبض و تحویل گرفتن خریدار، از دارایی خریدار حساب می شود؛ پس به مقتضای عدالت، بایستی منافع استیفاء شده غلام هم، از آن او باشد.

وجه استدلال حدیث مذکور چنین است که مشتری مستحق درآمد برده ای می باشد که خریداری نموده است؛ چراکه در فرض هلاکت برده، ضمان به عهده مشتری است. در واقع این حدیث مقرر می دارد که مالک مال، ضامن آن است؛ یعنی ریسک افزایش یا نقصان مال به عهده مالک یا ریسک کننده خواهد بود؛ همان گونه که برخی فقیهان در این خصوص به تلازم منافع و خسارات استناد نموده اند: «من علیه غرمه فله غنمه». (المبارکفوری، بی تا: ۴/۲۳۴)

به هر حال قاعده مزبور، یکی از مهم ترین رو بناهای ایجابی است که ارزش افزوده، سود، فایده و درآمد را در قبال و به سبب پذیرش مخاطره قرار می دهد. لذا با توجه به اهمیت قاعده، تشریح مفاهیم و مفاد تصدیقی آن ضروری به نظر می رسد.

۱. مفاد قاعده یاد شده از برخی از احادیث خاصه نیز، قابل استنباط است؛ مانند روایت ذیل:

"سالت ابا عبدالله انی كنت بعت رجلاً نخلاً كذا و كذا نخله بكذا و كذا درهماً و النخل فيه ثمر، فانطلق الذی اشتراه منی فباعه من رجل آخر بريح و لم یكن نقدنی و لا قبضت. قال: فقال: لا باس بذلك الیس كان قد ضمن لك الثمن؟ قلت: نعم، قال: فالريح له." (حر عاملی، ۱۴۰۳: ق: ۱۸/۱۹)

ابراهیم کرخی می گوید: "از امام صادق علیه السلام پرسیدم: من تعدادی درخت خرما را به قیمت معینی (هر نخل به درهم معینی) به فردی فروختم. فردی که درختان را از من خریده بود، آن ها را به دیگری با سود فروخت؛ در حالی که پول درختان خرما را نقد نکرده بود و من آن را نگرفته بودم. امام صادق علیه السلام در پاسخ فرمود: اشکالی ندارد؛ آیا پرداخت قیمت درختان خرما را برای تو تضمین نکرده بود؟ گفتم: بله، فرمود: پس سود، از آن او است."

برخی فقیهان معاصر امامیه با استناد به ظاهر روایت گفته اند: "امام، ثبوت سود برای شخص را متفرع بر پذیرش ریسک و مخاطره بهای درخت خرما از سوی شخص، برای صاحب آن قرار داده است؛ زیرا امام با عبارت "قد ضمن لك الثمن" پذیرش ریسک را ملاک، برای استحقاق سود و بازده قرار داده و ایشان نفروموندند به جهت اینکه، شخص، مالک درخت خرما است، مستحق سود است. (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳: ق: ۲/۲۲۱)

۱-۱-۶. الخراج

مدلولات شرعی در خصوص مفهوم خراج، بر تعابیر مختلفی اشاره داشته اند: « محصول زمین» (السیوطی: ۱۹۳۰م: ۷/ ۲۵۵)، درآمد و منفعت (الشوکانی، ۱۳۴۷: ۵/ ۱۸۱)، «نتاج»؛ یعنی آنچه که از ملک حاصل می شود، مانند عین حیوان و مولود آن، و نیز به معنای عین، منفعت و محصولی که از شیء خراج می شود، مانند ثمره درخت، که خراج درخت است؛ یا بچه حیوان که خراج حیوان است. (الزمخشری، ۱۹۴۵ م: ۱/ ۳۶۵) برخی از محققین معاصرین در تبیین مفهوم خراج گفته اند: خراج، عبارت است از هر منفعت منفصله ای که به هر شیوه ی شرعی از عین مملوک خراج شود یا هر چیزی که صفت شرعی برای عین مملوکی واقع شود. (معاوده، ۱۹۹۸ م: ۹ به بعد). از تعریف مزبور منافع متصله مانند چاق شدن حیوان و نیز ید غاصب و سارق - که وصف غصب و سرقت، اوصاف شرعی برای ملکیت نیستند - خراج می شود. به نظر می رسد آنچه ماهیت خراج را تبیین می کند و تناسب بهتر و شایسته تری با قاعده "الخراج بالضمان"، دارد، عبارت است از: سود، ارزش افزوده، و درآمدی که از شیء خراج می شود.

۲-۱-۶. بالضمان

۱. باء

در کتاب نهاییه، کلمه "باء" در قاعده "الخراج بالضمان" از نوع سببیه دانسته شده است، یعنی ضمان (ریسک)، سبب خراج (درآمد) است. (ابن اثیر، ۱۳۷۶: ۹/۲) شوکانی نیز می گوید: «باء» در حدیث یاد شده، از نوع «باء سببیه» می باشد، از این روهرگاه شخصی زمین، حیوان یا برده ای را خریداری نماید، منافع این کار به وی تعلق خواهد گرفت. (الشوکانی، ۱۹۷۳ م: ۵/ ۳۲۶) برخی نیز گفته اند: باء از نوع مقابله و مضاف، محذوف است. لذا معنای حدیث در اصل چنین است: خراج در مقابل ضمان قرار دارد. (تقابل خراج و ضمان) یعنی منافع مبیع، بعد از قبض در مقابل ضمان مشتری، به وی تعلق می گیرد و از این قبیل است: «الغنم بالغرم». (السندی، بی تا: ۷/ ۲۵۵)

ظاهراً، اختیار مفهوم سببیت یا مقابله برای کلمه باء، زبانی به مدلول کلی قاعده وارد نمی سازد؛ زیرا مطابق قاعده، درآمد، نماء، و منفعت یک کالا، خواه به سبب پذیرش ریسک و یا در مقابل تحمل ریسکی باشد که شخص نسبت به کالا بر عهده می گیرد، در هر حال، مشروعیت دارد.

۲. الضمان

ضمان، در کتاب های لغت، در معانی التزام، اشمال، کفالت و پذیرش ریسک آمده است. (ابن منظور، ۱۴۱۶ق: ۸/ ۸۹-۹۰؛ فراهیدی، ۱۴۰۵ق: ۷/ ۵۱) هرگاه "ضمنت المال" به صورت ثلاثی گفته شود، بدان معنی است که گوینده، ضامن (پذیرنده ریسک) مال شده و آن را بر عهده

گرفته است. (فیومی، ۱۴۰۵ق: ۳۶۷) پس پذیرش ریسک و مخاطره در عهده، ضمان نامیده شده است.

در اصطلاح شرعی نیز برای ضمان، معانی متعددی ذکر شده است: در منابع فقهی امامیه، مفهوم پذیرش ریسک و مخاطره در عهده با عنوان "ضمان" معرفی شده است. تعریفی که فقیهان اسلامی، بر اساس عرف ولغت، در خصوص نهاد فقهی ضمان و در موارد متعددی ارائه داده اند، بر خلاف مفهوم "پذیرش ریسک و مخاطره در عهده" نمی باشد. (انصاری، ۱۴۲۵ق: ۳/۱۸۰؛ شهیدی تبریزی، ۱۴۰۷ق: ۲۰۷؛ کاشف الغطا، ۱۳۵۹: ۸۶). طبق قول شیخ انصاری: "ضامن کسی است که مسوولیت تلف مال را به عهده بگیرد." (انصاری، همان) پس ضامن، یعنی مسوول تلف و به بیان عرف اقتصادی رایج، کسی است که ریسک را پذیرفته است. (پذیرنده ریسک)

به نظر می رسد، مفهومی که با تحقیق حاضر تناسب شایسته تری دارد، عبارت است از: تحمل هزینه (خسارت) عین و مسوولیت نسبت به عین مال در فرض تلف یا معیوب شدن یا کاهش قیمت آن؛ و این مفهوم در جایی تحقق پیدا می کند که تلف عمل، تحت ید مالک آن صورت پذیرد. اما معنایی که جامع این مفهوم و معانی سابق باشد عبارت است از: «تحمل مسوولیت». وجه افتراق این مفهوم و معانی دیگر نیز، مطالبه ی تعویض و عدم مطالبه آن است. بنابر این، مفهوم کلی و جامع واژه ی "ضمان" در قلمرو فقه معاملات و به ویژه معاملات مبتنی بر ریسک تجاری، تنها ناظر بر حکم وجوب پرداخت خسارت یا استرداد عین مال نیست؛ بلکه به مفهوم حکم وضعی "پذیرش ریسک مال در عهده" نیز اشاره دارد. پس ظاهراً اطلاق مفاهیم مسوولیت، التزام و تعهد بر واژه ضمان از سوی نویسندگان حقوقی، با مفهوم ضمان، انطباق دقیق ندارد و بر اساس آنچه گفتیم مفهوم دقیق ضمان در حقیقت ناظر بر نوعی مسوولیت، تعهد و التزام خاص است که عبارت است از "پذیرش ریسک در عهده".

۳-۱-۶. مفاد تصدیقی قاعده «الخراج بالضمان»

مطابق قاعده، خراج حاصل از شیء (یعنی محصول منفصل آن) مانند کسب عبد، سکونت خانه، و اجرت در برابر ضمان است، یعنی تمام نتایج (منافع) یاد شده در مقابل ضمان است؛ همان گونه که پیامبر (ص) از «ریح ما لم یضمن» یعنی منفعت بری از دارایی ای که ریسک آن پذیرش نشده، نهی فرموده است. (الزرقاء، بی تا: ۳۶۱)

برخی با استناد به قاعده ی مزبور در مساله رجوع مشتری به بائع، به واسطه خیار عیب، مشتری را به اجرت مبیع در ایامی که از عین خریداری شده، استفاده کرده است، ملزم نمی دانند. (الندوی، ۲۰۰۰م: ۱/۱۸۶) اکثریت فقیهان اسلامی بر این باورند که تلازمی شرعی برای استحقاق خراج در برابر ضمان وجود دارند و حالتی را فرض کرده اند که در آن حالت، ملک از

ضمان، منفصل است و آن فرض در مساله مبیع قبل از قبض تحقق می یابد؛ جایی که زیادت منفصله ای (غیر از تولد) در آن به وجود بیاید و بعد به خاطر عیب، مبیع را رد کند. (السرخسی، ۱۴۰۶:ق/۱۳/۱۰۴ الکاسانی، ۱۹۸۲:م/۵/۲۸۴)

از این رو، قاعده، علاوه بر تفسیر بیع "آنچه که قبض نشده"، ناظر بر تعلیل نهی از «ربح ما لم یضمن» نیز می باشد. پس فحوای قاعده، متضمن آن است که استحقاق سود یا محصول (بازده) صرفاً در صورت دخول عین در ضمان صورت می گیرد و این امر نیز تحقق نمی یابد؛ مگر با قبض شرعی توسط انتقال دهنده ی ضمان. فقیهان این تلازم را نیز در مسائل متعددی اعمال کرده اند: مثلاً در شرکت ها، به طور عموم، قائل به تلازم بین خسارت و میزان سرمایه هستند.

بنابر این در سببیت استحقاق خراج برای ثبوت ضمان، تردیدی باقی نمی ماند؛ پس مقترض به دلیل ثبوت ضمانش برای قرض، مستحق خراج حاصل از مال است، بر خلاف مقترض که به دلیل عدم تحمل مخاطره، مستحق خراج نیست. به تعبیر روشن تر، از آنجا که خطر هلاک یا نقص که به سبب تغییر بازار یا اختلاف قیمت به وجود می آید، اجمالاً ملازم طبیعی اموال است. شریعت، منافع (خراج) را برای کسی قرار داده که در هنگام فقدان اصل یا نقصان قیمت، خسارت را تحمل می کند و متقابلاً، خسارت و ضمان اصل مال از بین رفته، نیز بر کسی وارد می شود که از منافع و سود بهره مند می گردد.

بر این اساس می توان گفت، مجرد ضمان مال -طبق راه شرعی- به واسطه آمادگی تحمل خطرات هلاک یا نقصان و نیز خطرات تغییر بازار، واجد قیمتی مالی است که همان سود مورد انتظار است و با کاهش نسبت ریسک، سود مورد انتظار کاهش می یابد. در مقابل، هر کسی که از سود یا محصول اصل مالی، منتفع گردد، ملزم است که خطرات آن مال را نیز تحمل کند.

۲-۶. قاعده تلازم بین نماء و درک

این قاعده که مبین تلازم بین منافع و خسارات است، به عنوان یکی دیگر از روبناهای بحث، در کشف مشروعیت درآمدزایی «ریسک و مخاطره» قابل بهره برداری است. به موجب قاعده، مالک منافع، ضامن (پذیرنده ریسک) خسارت است و هر کس که ضامن (پذیرنده ریسک) خسارت باشد، مالک منافع است. برخی فقیهان آن را مستفاد از نص و استقراء دانسته اند (انصاری، ۱۴۲۵:ق / ۵ / ۲۳۸) و برخی دیگر گفته اند: "ظاهر از روایات آن است که خراج به ازای ضمان بوده و هر کس ضامن شیئی شود، منافع برای او است ولیکن عکس قاعده استفاده نمی شود." (خمینی، ۱۳۸۸: ۴ / ۶۱۸) ملازمه ی مزبور را از برخی روایات، نیز می توان به دست آورد:

"عن اسحاق بن عمار قال حدثنی من سمع ابا عبدالله (ع) و ساله رجل و انا عنده فقال: رجل مسلم احتاج الی بیع داره فجاء الی اخیه فقال ابیعک داری هذه و تکون لک احب الی

من ان تكون لغيرك على ان تشترط لي انا جئتكم بثمانها الى سنه ان ترد على فقال لا باس بهذا ان جاء بثمانها الى سنه ردها عليه قلت فانها كانت فيها غله كثيره فاخذ الغله لمن تكون الغله فقال الغله للمشتري الا ترى انه لو احترقت لكانت من ماله." (حر عاملی ۱۴۰۳ق: ۱۹/۱۸)

اسحاق بن عمار با واسطه روايت کرده است: شخصی از امام صادق (ع) سوال کرد: فردی که مجبور به فروش خانه اش شده، نزد برادرش می رود و می گوید: تمایل دارم خانه ام را به شما بفروشم؛ مشروط بر اینکه اگر تا مدت یک سال پول آن را آوردم، خانه را به من بازگردانی. امام فرمود: مانعی ندارد؛ اگر ظرف یک سال ثمن را آورد، مشتری، خانه را به او باز می گرداند. گفتم: مشتری، از آن خانه، منفعت زیادی برده، آن منفعت متعلق به کیست؟ امام فرمود: متعلق به مشتری است، آیا نمی بینی که اگر خانه سوخته بود، از مال وی بود؟

تعلیل امام در ذیل روایت، بر این معنا ظهور دارد که پذیرش ریسک، مجوز حکم انتساب محصول به مشتری است و این امر در ازای منفعت صورت می گیرد. قدر مسلم عقلایی نیز آن است که مقتضای اختصاص منافع برای یک شخص آن است که خسارت یا پذیرش «ریسک و مخاطره» آن شیء نیز به عهده وی باشد (همان) پس بی تردید، قاعده از امور مرتکزه نزد عقلاء است.

۳-۶. قاعده "من علیه الغرم فله الغنم"

در لغت، غرم به مفهوم: آنچه که اداء و پرداخت آن لازم است، آمده است. مراد از غنم نیز دست یابی به چیزی اعم از مال و غیر آن است. (فیروزآبادی، ۱۹۸۶م: ۱۴۷۵؛ الزرقاء، ۱۹۶۴م: ۲/۱۰۲۹) پس مفاد اجمالی قاعده دلالت دارد که هر کس زیان و خطر دارایی را به عهده گرفته است، از منفعت دارایی هم بهره مند می شود. از این رو قاعده مزبور، که تلازم بین خراج و ضمان را برقرار می کند، در واقع، برگردان "قاعده الخراج بالضمن" است.

اما استناد به "من له الغنم" در میان فقیهان عامه، بسیار محدودتر از فقیهان امامیه است. با این وجود، حنفی ها، از قاعده ای مشابه با همین مضمون ولی با عنوان "الغرم بالغنم" استفاده نموده اند.^۱ (الجابر الهاجری، ۱۴۲۹ق، ۲۰۳/۱) برخی نیز قاعده "من له الغنم" را در معنای اعم "تلازم بین نما و درک اموال" معنا نموده اند. به عبارت دیگر اگرچه قاعده به حسب لفظ به معنای تبعیت غرم از غنم است و لکن در واقع از مصادیق قاعده کلی تری است که در آن، بین منافع و نمائات اموال از یک طرف و خسارات و نقصان وارد به اموال، از طرف دیگر ملازمه برقرار است. گاهی قاعده "ملازمه بین نما و درک" و قاعده "من له الغنم" مستفاد از نبوی "الخراج

۱ "و اما قاعده الغرم بالغنم فهی و ان كانت بعكس لفظ القاعده السابقه [الخراج بالضمن] الا انها بمعناها."

بالضمان" دانسته شده است و بعضی از نوشته ها نیز معنای واحدی را برای این دو قاعده ذکر کرده اند. (الزحیلی، ۱۴۲۹ق: ۲۱۵)

در معتبره اسحاق بن عمار آمده است:

"عن اسحاق بن عمار قال: قلت لابی ابراهیم(ع): الرجل یرهن الغلام و الدار فتصیبه الآفه علی من یکون قال علی موله ثم قال ارایت لو قتل قتیلاً علی من یکون قلت هو فی عنق العبد قال (ع) الا ترى فلم یذهب مال هذا ثم قال ارایت لو كان ثمنه مائه دینار فزاد و بلغ ماتی دینار لمن كان یکون قلت لموله قال و كذلك یکون علیه ما یکون له." (حر عاملی، ۱۴۰۳ق: ۱۸/۳۸۷)

اسحاق بن عمار می گوید به امام(ع) عرض کردم: شخصی غلام و خانه خود را رهن می گذارد. آن گاه غلام یا خانه دچار خسارت می شود. این خسارت بر عهده چه کسی است؟ حضرت فرمودند: بر عهده مالک آن است. سپس فرمودند: اگر غلام شخصی را بکشد، بر عهده چه کسی است؟ عرض کردم بر عهده غلام. (یعنی بر عهده مرتهن نیست و وقتی بر عهده غلام بود، بالتبع بر عهده مالک خواهد بود). حضرت فرمود: آیا نمی بینی دارایی این مرتهن نرفته است؟ سپس حضرت فرمود: در صورت افزایش قیمت غلام به صد دینار و اندی به دویست دینار، زیادت برای کدام شخص خواهد بود؟ راوی می گوید: از آن مالک آن است. حضرت فرمود: همان گونه که خسارت بر عهده وی می باشد، نفع نیز به او بر می گردد.

از ظاهر روایت بر می آید که قاعده، ناظر بر تلازم بین خسارت و منافع است؛ بدین معنا که هر کس شرعاً از منافع دارایی برخوردار باشد، خسارت و تلف دارایی نیز بر وی تحمیل می گردد. روشن است که اطلاق قاعده ی مزبور جمیع معاملات صحیح (و نه فاسد) تجاری را در برمی گیرد. پس به موجب این قاعده همان طور که پیامد مثبت (سود) ریسک تجاری متعلق به تاجر است، زیان محتمل نیز، بر وی وارد می شود.

لذا تاجری که بر اساس پیش بینی خود از افزایش قیمت یک نوع کالا در بازار، با خرید و نگهداری کالای مزبور در حال، به صورت عمده و فروش آن ها با قیمتی بالاتر در آینده به تجار جزء، در صدد کسب سود است، تجارتش مشمول قاعده مذکور است. بدین ترتیب، اگر فرضاً این تاجر، جنسی را به ۱۰۰۰ تومان خریده و بعد به ۱۲۵۰ تومان فروخت، سود (غنم) حاصل، از آن اوست؛ همان گونه که اگر پیش بینی وی مطابق با واقعیت بازار نبود، و ناچار شود جنس را به زیر قیمت خرید خود، یعنی کمتر از ۱۰۰۰ تومان در فرض مذکور، بفروشد و به جای سود مورد انتظار، زیان نماید، این زیان نیز بر وی تحمیل خواهد گردید.

۴-۶. قاعده عدم استحقاق ربح ما لم یضمن

این قاعده متشکل از دو کلی سلبی و ایجابی است که در این نوشتار، از کلی سلبی "نهی از

ریح ما لم یضمن" به "اصل قاعده" و از کلی ایجابی با تعبیر "عکس قاعده" یاد می‌کنیم. «ریح» به قرینه سیاق در فقراتی که در حدیث ذکر شده، اشعار برسود تجاری دارد. (همان ص ۲۲۲). پس مفاد اصل قاعده دلالت بر نهی از سود آن سرمایه‌ای است که صاحب آن، ریسکش را نپذیرفته است. با این وصف، مفهوم عکس قاعده نیز روشن می‌گردد.

"مؤثقه محمد بن قیس عن ابی جعفر (ع) قال منع امیرالمومنین (ع) الثلاثه تکون صفقتهم واحده - یقول احدهم لصاحبه اشتر هذا من صاحبه - وانا ازیدک نظره یجعلون صفقتهم واحده - قال فلا یعطیه الا مثل ورقه الذی نقد نظره - قال و من وجب له البیع قبل ان یلزم صاحبه فلیبع بعد ما شاء." (حرعاملی، ۱۴۰۳: ۱۸/۳۸)

در مؤثقه محمد بن قیس به نقل از امام باقر (ع) چنین روایت شده است: حضرت امیرالمومنین (ع) از انعقاد یک معامله توسط سه شخص منع فرموده‌اند. بدین صورت که شخصی به دیگری گوید: این دارایی را از شخص ثالث بخر و من به طور مدت دار با بهایی اضافه بر ثمن پرداختی، آن را از تو می‌خرم. پس هر سه فرد، مبادرت به انعقاد یک معامله نموده‌اند. حضرت فرمود: شخص اول بیش از بهایی که تقدماً پرداخته با مهلت به شخص دوم نپردازد و شخص دوم که معامله اش لازم و تمام است، پیش از آنکه برای شخص سوم معامله را تمام کند، می‌تواند آن را به هر مقدار که بخواهد بفروشد.

این روایت ناظر بر قاعده‌ی "نهی از ریح ما لم یضمن" است؛ زیرا در فرض مزبور، خریدار نسبی، ریسک وجه دارایی را پذیرفته است؛ بنابر این استرجاح به دارایی دیگران است؛ بدون اینکه ریسک آن پذیرفته شده باشد؛ چون اگر دارایی مورد بحث، قبل از خریداری تلف شود، از مال فروشنده است و اگر بعد از خریداری تلف شود یا قیمتش کاهش یابد، بدل آن دارایی یا وجه آن به عهده خریدار نسبی است؛ زیرا فرض بر واحد بودن معامله (صفقه) است. (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳: ۲/۲۲۸)

در منابع معتبر عامه نیز آمده است: «نهی رسول... عن سلف و بیع، و شرطین فی بیع، وریح ما لم یضمن» (الترمذی، ۱۹۹۹: ۲۱۹)

در شرح حدیث مذکور گفته‌اند: مقصود از «ریح ما لم یضمن»، سود حاصل از بیع نسبت به مبیع خریداری شده، قبل از قبض است. در شرح السنه نیز در خصوص معنای آن گفته شده: سود در هر چیزی، صرفاً برای شخصی حلال است که خسارات آن شیء نیز بر همان شخص باشد. (المبارکفوری، بی تا، ۴/۳۶۱)

بنابراین، می‌توان گفت منطوق قاعده دال بر "ممنوعیت هرگونه سود و ارزش اضافی بدون پذیرش ریسک" و نهی از «ریح مالم یضمن»، نیز ناظر بر منع سود با انتفای مخاطره است. لذا بین قبض و ضمان تلازم وجود داشته و اثر مهم قبض شرعی، انتقال ضمان مبیع از بایع

به مشتری و انتقال ضمان ثمن از مشتری به بایع است. این مساله اختصاص به بیع نداشته و در قرض نیز، ضمان قرض از مقرض به مقترض منتقل می شود.

۵-۶. قاعده تلازم بین ضمان و منافع

این قاعده از جمله قواعدی است که در بررسی عقود مبتنی بر ریسک و ابزارهای مالی نوین، باید بدان توجه نمود. دلالت این قاعده و بیان حدود و ثغور آن، راهنمایی مناسب به منظور استنباط احکام معاملات بوده و اهتمام بدان به خصوص برای متخصصین و کسانی که در طراحی معاملات ریسکی و ابزارهای مالی نوین در بازارهای مالی فعالیت می نمایند، ضروری است.

مدلول قاعده "ان ضمان الشیء و درکه بازاء منافع"، ناظر بر پذیرش ریسک و خسارت شیء، در ازای منافع بوده و از این رو هر کس که منافع دارایی به او باز می گردد، خسارت و درک آن دارایی نیز به عهده او است.

عن معاویه بن میسره قال سمعت ابا الجارود یسال ابا عبدالله (ع) عن رجل باع داراً له من رجل و كان بینه و بین الرجل الذی اشتری منه الدار حاضر، فشرط انک ان اتیتنی بمالی ما بین ثلاث سنین فالدار دارک فاتاه بماله قال له شرطه قال له ابو الجارود فان ذلك الرجل قد اصاب فی ذلك المال. فی ثلاث سنین قال هو ماله و قال ابو عبدالله (ع) اریت لو ان الدار احترقت من مال من کانت تکون الدار دار مشتری. (همان، ص ۲۰)

معاویه بن میسره می گوید: شنیدم که ابوالجارود از امام صادق (ع) در مورد شخصی می پرسید که خانه اش را به دیگری فروخت؛ با این شرط که اگر تا سه سال ثمن معامله را آوردی، خانه متعلق به تو است و بایع در این فاصله ثمن را پرداخت کرد. امام (ع) فرمود: شرط وی برایش (محفوظ) است. ابوالجارود گفت: خریدار به مدت سه سال در آن مال تصرف نموده است. امام (ع) فرمود: آن تصرف متعلق به اوست؛ مگر نه این است که اگر خانه، آتش می گرفت از مال خریدار خانه بود؟"

ظاهر روایت دلالت دارد بر اینکه امام ثبوت تصرف در خانه برای مشتری را که خود نوعی منفعت است، متفرع بر فرض پذیرش ریسک خانه از سوی خریدار قرار داده است؛ زیرا تعلیل آن حضرت چنین بوده است: "ارایت لو ان الدار احترقت من مال من کانت تکون الدار دار مشتری" پس از اینجا روشن می شود که امام پذیرش ریسک را در برابر منفعت قرار داده است.

در مجموع، قواعد عام یاد شده، که ظاهراً وحدت مفهومی نیز دارند، مبین روابط اساسی بین ریسک و درآمد هستند؛ بدین معنا که از مقارنه ی این قواعد و گزاره های فقهی دیگر، دو اصل "درآمد زای بودن ریسک" و "هم سو بودن ریسک با درآمد" را می توان از قواعد مزبور، استخراج کرد.

نتیجه گیری

از منظر فقه اقتصادی، اسباب تحصیل سود، منحصر در مال، کار و ضمان (ریسک)، بوده و بر این اساس، می توان به تبیین اثر مخاطره در استحقاق سود و ارتباط بین سود و مخاطره پرداخت. از سوی دیگر، وجه افتراق مهم بین ریسک مباح و ریسک حرام، استناد اولی به سرمایه یا کار است؛ اما ریسک منهی نظیر غرر، به هیچ یک از سرمایه یا کار اتکا نداشته؛ بلکه متکی بر شانس محض است. بر این اساس، مهم ترین نتایج تحقیق حاضر را در موارد ذیل می توان خلاصه نمود:

- خاستگاه غرر، جهالت یاریسک در ارکان قرارداد بوده و نتیجه ی آن ناظر بر "برد-بخت" یا افزایش ناعادلانه ی دارایی یکی به زیان دیگری است. اما سود یا زیان حاصل از ریسک تجاری، ناشی از تغییرات اقتصادی موثر در عرضه و تقاضا (و نه ارکان قرارداد) می باشد. بدیهی است در مواردی که معاملات تجاری، متأثر از فضای عدم شفافیت بازار، با ابهام در ارکان قرارداد (مثل نامشخص بودن قیمت واقعی یک کالا)، مواجه باشد، ریسک از حالت طبیعی و متعارف خارج شده و معنوی به غرر می گردد.

- به طور کلی، قواعد فقهی "الخراج بالضمن"، "من له الغنم فعليه الغرم"، "تلازم بین ضمان و منافع"، "عدم استحقاق ربح ما لم یضمن" بنیان نظریه ریسک در اقتصاد اسلامی را تشکیل می دهند. مستفاد از قواعد فقهی مذکور، آن است که سود حاصل از دارایی ذاتاً با میزان مسوولیت پذیری (ریسک پذیری) در برابر زیان احتمالی آن دارایی، مرتبط است. به عبارت دیگر، بین ریسک و درآمد حاصل از آن، رابطه مستقیم و مثبت وجود دارد؛ بدین معنا که ریسک بیشتر متضمن سود بیشتر و پیامد ریسک کمتر، کاهش سود است.

- دو اصل مهم "درآمد زا بودن ریسک" و "هم سو بودن ریسک با درآمد" که مستخرج از قواعد عام درآمدزایی مخاطره هستند، با اصل ممنوعیت غرر در عقود تخصیص می خورند. بدین معنا که مقتضای قاعده نفی غرر، منع تحصیل درآمد با توسل به ریسک منهی است. به عبارت دیگر، توجیه اصول مذکور با ریسک تصنعی و غرری ممکن نبوده و صرفاً ریسکی می تواند منبع درآمد مشروع قرار گیرد که طبیعی، متعارف و عقلایی باشد.

- روایی اخلاقی ریسک، تابع عقلانی بودن آن بوده و شاخصه های عقلانیت اخلاقی ریسک عبارت اند از: آگاهی، عدالت و انصاف؛ بر این اساس، ریسک های اجباری به دلیل عدم آگاهی شخص نسبت به آن ها، و نیز ریسک های جبران ناپذیر یا جبران نشده، به دلیل فقدان عناصر عدالت و انصاف، روا نیستند. علاوه بر این، شکل گیری نظام اجتماعی بر بنیان ریسک متقابل بوده و به تعبیر بزرگان اخلاق، انسان ها در نظام اجتماعی بر اساس فطرت، مصالح خود را با یکدیگر به تبادل می گذارند. پس تحمیل و تحمل ریسک تجاری را بر مبنای داد و ستد منافع متقابل نیز می توان توجیه نمود. نتیجه اینکه از منظر اخلاقی، ریسکی روا است که آگاهانه، عادلانه و مبتنی بر مصالح فردی و اجتماعی باشد.

فهرست منابع

الف) فارسی

۱. پینکافس، ادموند (۱۳۸۲)، اخلاق مساله محور، سید حمید رضا حسنی، ارغنون، ش ۱۹، صص ۲۴۹-۲۶۰.
۲. فرانکنا، ویلیام کی (۱۳۷۵)، فلسفه اخلاق، هادی صادقی، قم: طه.
۳. جوادی، محسن (۱۳۷۵)، مساله باید وهست، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۴. حسن زاده، محمد (۱۳۸۰)، مبانی معرفت دینی، قم: موسسه آموزشی پژوهشی امام خمینی.
۵. راعی، رضا وسعیدی، علی (۱۳۸۳)، مبانی مهندسی مالی و مدیریت ریسک، تهران: انتشارات سمت.
۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۱)، حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)، ج ۲، ج ۳، تهران: شرکت سهامی انتشارات.
۷. گنسلرهی (۱۳۹۰) درآمدی بر فلسفه اخلاق: ترجمه مهدی اخوان، تهران، علمی و فرهنگی، چاپ اول.
۸. طباطبایی، محمد حسین (۱۳۷۴)، ترجمه تفسیر المیزان، مترجم: محمد باقر موسوی همدانی ج ۲، قم: دفتر انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه
۹. مطهری، مرتضی (۱۳۸۴)، مجموعه آثار، ج ۲۰، ۲۱، ۲۲، تهران: انتشارات صدرا.

ب) عربی

۱۰. ابن الاثیر، مجد الدین ابو السعادت محمد الجزری (۱۳۷۶). النهایه فی غریب الحدیث و الاثر، ج ۳، چ ۴، قم: موسسه اسماعیلیان.
۱۱. ابن رشد، محمد بن احمد القرطبی (۱۹۵۲م). بدایة المجتهد و نهایة المقتصد، مصر: مطبعه الاستقامه.
۱۲. ابن قیم الجوزیه، ابو عبدالله محمد بن ابی بکر (۱۴۰۸ق)، زاد المعاد فی هدی خیر العباد، ج ۵، بیروت: موسسه الرساله.
۱۳. ابن ماجه قزوینی (بی تا)، ابی عبدالله محمد بن یزید، سنن ابن ماجه، ج ۲، بیروت: دار الفکر للطباعه و النشر و التوزیع.
۱۴. ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۰۵ق)، لسان العرب، ج ۵، قم: نشر ادب الحوزه.
۱۵. انصاری، مرتضی (۱۴۲۵ق)، کتاب المکاسب، ج ۳، ۴، ۵، ۶، ۷، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۱۶. البعلی، بدر الدین الحنبلی (۱۹۸۶م)، مختصر (الفتاوی المصریه لابن تیمیه)، تحقیق: محمد الفقی، الدمام: دار ابن القیم.
۱۷. الترمذی، ابو عیسی محمد بن عیسی (۱۹۹۹م)، جامع الترمذی، الرياض: بیت الافکار الدولیه.
۱۸. الجابر الهاجرى، حمد بن محمد (۱۴۲۹ق)، القواعد والضوابط الفقهيہ فی الضمان المالى، ج ۱، چ

- ۱، الرياض: دارالکنوز.
۱۹. حاکم نیشابوری، ابی عبدالله محمد بن عبدالله (۱۴۱۱ق)، المستدرک علی الصحیحین، تحقیق مصطفی عبد القادر عطا، بیروت: دارالکتب العلمیه.
۲۰. حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۳ق)، وسائل الشیعه، ج ۱۸، چ ۵، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۲۱. خمینی، سید روح الله الموسوی (۱۳۸۸). کتاب البیع، ج ۳، ۴ و ۵، چ ۳، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
۲۲. خویی، سید ابوالقاسم الموسوی (۱۴۱۲ق). مصباح الفقاهه فی المعاملات، ج ۵، بیروت: دار الهمادى.
۲۳. الزحیلی، وهبه (۲۰۰۲م)، العقود المسماه فی قانون المعاملات المدنی الاماراتی و الاردنی، دمشق: دار الفكر.
۲۴. الزرقاء، مصطفی (۱۹۶۴م). المدخل الفقهی العام، دمشق: مطبعه الحیاه.
۲۵. الزمخشری، جار الله محمود (۱۹۴۵م). الفائق فی غریب الحدیث، القاہرہ: دار احیاء الکتب.
۲۶. السرخسی، شمس الدین محمد بن ابی سهیل (۱۴۰۶ق)، المبسوط، بیروت: دارالمعرفه.
۲۷. السنندی، نورالدین محمد بن عبد الهمادی (۱۹۸۶م)، حاشیه السنندی، تحقیق: عبدالفتاح ابو غده، حلب: مکتبه المطبوعات الاسلامیه.
۲۸. السیوطی، جلال الدین، عبدالرحمن بن ابی بکر (۱۹۳۰م)، شرح سنن النسائی، بیروت: دارالفکر.
۲۹. الشوکانی، محمد بن علی (۱۴۰۵ق) کتاب السیل الجرار المتدفق علی حدائق الازهار، تحقیق: محمود زاید، بیروت: دار الکتب العلمیه.
۳۰. شهیدی تبریزی، میرزا فتاح (۱۴۰۷ق)، هدیایه الطالب الی اسرار المکاتب، قم: مکتبه المرعشی النجفی.
۳۱. صدر، سید محمد باقر (۱۴۱۷ق)، اقتصادنا، ج ۱، خراسان: مکتب الاعلام الاسلامی.
۳۲. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن (۱۳۸۷ق)، المبسوط فی فقه الامامیه، ج ۲، چ ۳، تهران: المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.
۳۳. فراهیدی، خلیل بن احمد (۱۴۰۵ق)، العین، ج ۴ و ۷، قم: موسسه دار الهمجره.
۳۴. الفیروز آبادی، محمد بن یعقوب (۱۹۸۶م)، القاموس المحیط، بیروت: موسسه الرساله .
۳۵. فیومی، احمد بن محمد (۱۴۰۵ق)، مصباح المنیر، قم: دارالهمجره.
۳۶. القرطبی، ابو عبدالله محمد بن احمد (۱۹۹۵م)، الجامع لاحکام القرآن، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۳۷. عاملی، محمد بن مکی (شهید اول) (۱۴۱۷ق)، الدروس، ج ۲ و ۳، قم: اسلامی.
۳۸. عاملی، زید بن علی (شهید ثانی) (۱۴۱۶ق)، تمهید القواعد، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۳۹. الکاسانی، علاء الدین ابوبکر بن مسعود (۱۹۸۲م) بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، بیروت: دار الکتب العربی.

۴۰. کاشف الغطاء، محمد حسین (۱۳۵۹ ق). تحریر المجله، ج ۱، نجف: المكتبة المرتضوية.
۴۱. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن (۱۳۸۷ ق). المبسوط فی فقه الامامیه، ج ۲، ج ۳، تهران: المكتبة المرتضوية لاحيا الآثار الجعفرية.
۴۲. المبارکفوری، محمد عبد الرحمن (بی تا). تحفه الاحوذی بشرح جامع الترمذی، بیروت: دار الکتب العلمیة.
۴۳. معابده، محمد نوح (۱۹۹۸ م)، قاعده الخراج بالضممان و تطبیقاتها فی الفقه الاسلامی، رساله دکترا، الجامعه الاردنیة.
۴۴. نجفی، شیخ محمد حسن (۱۹۸۱ م)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۲۷، ۲۴، ۲۳، ۲۲، ۷، بیروت: دار احیا التراث العربی.
۴۵. نوری طبرسی، حسین (۱۴۰۸ ق)، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، بیروت: مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث.
۴۶. هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۴۲۳ ق)، قرائات فقهیه معاصره، قم: مؤسسه دائره المعارف الفقه الاسلامی.

ج) لاتین

47. AL-GAMAL, M; "An Economic Explication of the prohibition of Gharar in classical Islamic Jurisprudence"; international conference on Islamic Economic, 2000.
48. Al-saati, Abdul-Rahim; "The permissible Gharar (risk) in Classical Jurisprudence"; Islamic Economy, vol 16, No2, 2003.
49. Asvel, L. and S. Roeser (2009). The ethice of technological risk, Earthscan/James
50. Bentham, Jeremy, 2000, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, Kitchener, Batches Book.
51. Hornboy, A, S, & wehmeier, Sally, 2005, Oxford Advanced Learner's Dictionary, New York: Oxford University Press, 7th Edition.
52. Hillerbrand, R. S., P. Roeser, S. Peterson, M., Ed. (2011). Handbook of risk theory: epistemology, decision theory, ethics and social implications of risk.
53. Timmons, M, J. Greco, and A. R. Mele (2007), Rationality and epistemology of Robert Audi Oxford University Press, U S A.