

## تحلیل فقهی حقوقی مبنای غرر در بیمه

حمید مسجدرایی\*

### چکیده

از جمله عقود مستحدثه و جدیدالورود در نظام حقوقی فعلی «بیمه» می‌باشد که طرفداران و مخالفانی را در مسیر پیدایش خود برانگیخته و هر کدام با استناد به دلایلی به توجیه و اثبات نظریه خود پرداخته‌اند. از عمده دلایل مخالفان عقد بیمه، غرری بودن عقد بیمه می‌باشد؛ از طرفی این گروه عقد بیمه را از مصادیق «ضمان ما لم یجب» و قمار دانسته و عقد بیمه را عقدی معلق و باطل می‌دانند. در این مقاله تلاش شده است تا با نقد دلایل مخالفان، مبنای مشروعیت این عقد را که در سطح بسیار وسیع و گوناگون رایج می‌باشد مورد بحث و بررسی قرار دهیم. لازم به ذکر است که غرر وارده در عقود مغابنه‌ای، از نوع غرر عرضی و مفارق است که نهی از غرر مد نظر شارع، ناظر به عقود مغابنه بوده و تسری حکم غرر به عقود مخاطره مانند عقد بیمه، فاقد دلیل می‌باشد. مقاله حاضر ضمن رد دلایل مخالفان، به این نتیجه رسیده است که غرر موجود در بیمه، از نوع غرر ذاتی بوده که نمی‌تواند به صحت آن خدشه‌ای وارد کند.

**کلید واژه‌ها:** مغابنه، بیمه گر، بیمه گذار، غرر ذاتی، بیمه، اسقاط ما لم یجب.

۱- تاریخ وصول: ۹۲/۴/۳۰ تاریخ پذیرش: ۹۲/۷/۱۵

\* استادیار دانشگاه سمنان h\_masjedsaraie@profs.semnan.ac.ir

## ۱- مقدمه

بیمه که در زبان عربی معادل واژه «تأمین» استعمال می‌شود (آیت‌الله‌زاده شیرازی، ۲۰۳، ۱۳۷۴) عقدی است که به موجب آن، یک طرف که بیمه‌گر نام دارد، عواقب خطر جانی یا مالی و اصطلاحاً ریسک بیمه را به سود طرف دیگر که بیمه‌گذار نام دارد، به عهده می‌گیرد. در برابر این تعهد، بیمه‌گذار مبلغی را به بیمه‌گر می‌دهد که نام آن وجه بیمه است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ۱۰۲۰). در لسان فقها بیمه کننده به نام «مؤمن» و در مقابل بیمه‌شونده «مستأمن» یا «مؤمن» نیز نامیده شده است (امام خمینی، ۱۴۰۵، ۴، ۱۵۶). ریسک و خطر بالای بیمه مشهور است که منظور، ضریب وقوع موضوع بیمه می‌باشد. به عنوان مثال با پرداخت حق بیمه ای اندک بعضاً بیمه‌گر مکلف به پرداخت مبلغ هنگفتی می‌گردد و نوعی سود و تأمین به نفع بیمه‌گذار ایجاد می‌شود که در شرایط عادی پرداخت آن برای وی موجب عسر و حرج می‌شود و در مقابل شاید برای تعداد زیادی از بیمه‌گذاران شرایط مطالبه موضوع بیمه که در بسیاری از موارد خسارت می‌باشد ایجاد نمی‌شود و سود سرشاری نصیب بیمه‌گر می‌گردد و محاسبه و مدیریت این نفع و زیان در علم بیمه محل مناقشه و تأمل بوده است.

باید پذیرفت که موضوع عقد بیمه همان ریسک و خطری است که در بطن این عقد نهاده شده است. در واقع منشأ و مبنای ایجاد بیمه و پذیرش ریسک بالا را می‌توان در پیشینه تاریخی ایجاد این عقد جستجو کرد؛ در واقع بیمه به عنوان محرک اصلی در مقابله و رویارویی با خطر، غریزه خود دوستی و دستیابی به احساس امنیت و روحیه تعاون و همکاری برای ادامه زندگی اجتماعی است. آن چه که در قبال پرداخت حق بیمه به بیمه‌گذار داده می‌شود نفس تأمین، آرامش و امنیت است؛ تعهدی که از نظر عقلاً دارای ارزش می‌باشد (بابائی، ۱۳۸۴، ۱۷)؛ همان طوری که هدف اصلی بیمه ایجاد قاعده‌ای است که در برابر خطرات عده‌ای از افراد در آن مشارکت می‌کنند؛ مسؤلیت عاقله را نیز نوعی تضامن متقابل و بیمه فAMILI و خانوادگی قلمداد کرده‌اند که علاوه بر ایجاد همبستگی بار سنگین حادثه را در بین افراد سرشکن می‌کند (مکارم شیرازی، بی‌تا، ۱۷۸). در واقع هرچا که سخن از بیمه می‌رود وجود خطر و ریسک، نه ضرورتاً برای واقعه‌ای شوم با آثار خسارت بار، بلکه در رابطه با واقعه‌ای نیک مانند ازدواج و ولادت (بو، روزه، ۱۳۷۳، ۲۰) و توزیع این ریسک به عنوان خصیصه بارز این عقد ذکر می‌شود. نظریه پردازانی که درصدد توجیه مسؤلیت مدنی بر مبنای سیاست توزیع ضرر برآمده‌اند معتقدند که مسؤلیت مدنی می‌تواند این انگیزه را برای افراد ایجاد کند تا خود را زیر پوشش بیمه خصوصی قرار دهند (بادینی، ۱۳۸۴، ۴۵۶).

طبق این نظریه بیمه به عنوان نهادی ضروری قلمداد شده است. عده‌ای نیز برای توجیه ماهیت عقد بیمه، آن را قالبی از تعاون دانسته‌اند به طوری که امکان تجلی انواع عقود شرعی مانند مشارکت، مضاربه، مصالحه و ضمان در بطن این عقد وجود دارد (محمدی، ۱۳۸۵، ۷۶). عده‌ای دیگر فلسفه اجتماعی و انسانی بیمه را یک منشأ روبرنایی در جهت حمایت از طبقات و افراد ضعیف واجب دانسته و منشأ زیربنائی آن را یک مسأله اقتصادی دانسته‌اند که با توسعه تکنولوژی و پیشرفت صنایع به صورت امری گریزناپذیر درآمده، که در نهایت به تأسیس و تأمین بیمه‌های مختلف انجامیده است (خامنه‌ای، ۱۳۵۹، ۲۱).

فلسفه وجودی بیمه طبق هر دیدگاهی که بررسی شود، وجود ریسک و خطر در همه آنها مشترک است و اصولاً یک دیدگاه اجتماعی و اهداف انسانی و اخلاقی در پیدایش آن سهیم بوده است. عقد بیمه که توافق دو شخص بر جبران خسارت است از عقود مستمر است به طوری که عده‌ای برآنند که همین کشش زمانی بیمه است که به آن وصف احتمال ریسک موضوع بیمه را می‌دهد (بابایی، ۱۳۸۴، ۳۹). طبق قواعد عمومی باید بپذیریم که با مستمر بودن این عقد، ذکر مدت در آن شرط است. در این عقد دادن خسارت بیمه‌گذار، معلق بر وقوع موضوع بیمه<sup>۱</sup> در آینده است؛ اما دادن وجه بیمه معلق نمی‌باشد، و بیمه‌گر باید در مواعد مقرر، وجه بیمه را بپردازد.

پس از بیان مقدمات مذکور در خصوص عقد بیمه لازم است به نقد دلایلی که از سوی مخالفان در خصوص مشروعیت عقد بیمه ابراز شده است بپردازیم، چرا که عده‌ای از فقیهان و صاحب‌نظران عرصه حقوق، در صحت عقد بیمه تردید کرده و آن را فاقد مشروعیت قلمداد کرده‌اند؛ از جمله این که عقد بیمه را عقدی غرری، معلق، سفهی و... دانسته و مستند به این دلایل عقد بیمه را باطل و بلااثر دانسته‌اند که در ذیل به بررسی این دلایل خواهیم پرداخت.

## ۲- غرری بودن بیمه

یکی از اشکالات مهمی که برای بطلان این عقد ارائه شده است وجود غرر در بیمه است. همان‌طور که می‌دانیم معلوم بودن عوضین در عقود معاينهای یکی از ارکان اصلی این عقود به شمار می‌رود و جهالت به یکی از عوضین باعث غرری شدن معامله و فساد آن خواهد شد.

۱- ظاهراً در رویه فعلی بیمه مستقلی تحت عنوان بیمه ولادت یا بیمه ازدواج (مورد اشاره به کتاب بو روژه در همین مقاله) وجود ندارد. بلکه همانطور که به نوعی اشاره رفت در حال حاضر بیمه‌ای تحت عنوان «بیمه تشکیل سرمایه» وجود دارد که بعضی بیمه‌گرها سود مشارکتی تحت عنوان «هدیه ولادت» را بعد از چند سال به فرزند متولد شده می‌پردازند.

غرر در لغت به معنای خطر است و خطر به معنای مصدری، در معرض هلاک و تباهی بودن می‌باشد (معین، ۱۳۸۶، ۷۱۷) همچنین غرر را عبارت از چیزی دانسته‌اند که ظاهرش مشتری را می‌فریبد و باطن آن مجهول است و به معنایی دیگر معامله‌ای است که بدون عهده و فاقد ضمانت اجرا است (ابن منظور، ۱۴۰۵، ۱۴). غرر در اصطلاح فقها نیز از معنای لغوی خود دور نیفتاده است و اصطلاحاً این واژه در جایی به کار می‌رود که مبیع یا ثمن در بیع و عوض یا معوض در معاملات معاوضی در معرض خطر و ریسک قرار گیرد؛ از امیر مؤمنان علی(ع) نیز روایت شده است که «ان الغرر عمل ما لا یؤمن معه الضّرر»: غرر عملی است که از زیان ایمن نباشد» (نجفی، ۱۳۶۷، ۲۲، ۳۸۷).

از دیگر دلایل بطلان بیع غرری روایت مشهور نبوی(ص) است که می‌فرماید: «نهی النبی(ص) عن بیع الغرر» (حرّ عاملی، ۱۴۱۴، ۱۷، ۴۴۸). قاطبه دانشمندان اسلامی در بطلان حکم بیع غرری متفق القول بوده و بلکه آن را ضروری می‌دانند (حسینی مراغی، ۱۴۱۱، ۲، ۱۲). اشکال دیگری که از سوی مخالفین عقد بیمه عنوان شده است استدلال بر مبنای معلوم نبودن عوضین در قرارداد بیمه است؛ چرا که معلوم بودن عوضین به عنوان یکی از شرایط اساسی قراردادها، مستند به اجماع و اخبار (قمی، ۱۴۱۳، ۲، ۹۷) مورد پذیرش واقع شده، در حالی که میزان خسارت وارده در برابر حق بیمه ای که پرداخت می‌شود نامعلوم است لذا در این فرض بیع مجهول بوده و بیع مجهول صحیح نیست (علامه حلی، ۱۴۱۱، ۲، ۲۶). عده‌ای از فقیهان علت بطلان معامله را مطلق جهل دانسته‌اند اعم از اینکه غرری به معامله وارد شود یا غرری وارد نشود (آملی، ۱۴۱۳، ۲، ۴۹۸). مؤلف جامع‌الشتات با اندکی احتیاط قائل به این عقیده‌اند که غرر غالباً در مورد جهالت به کار می‌رود و می‌فرماید: اگر در بیع مجهول، دعوی اجماع نبود در صورتی که غرر و سفهی وارد نمی‌شد، ما قائل به جواز آن می‌شدیم (قمی، ۱۴۱۱، ۲، ۱۰۱).

واقعیت امر این است که مفهوم و معنای غرر، مستغرق در عرف و عادت می‌باشد؛ از این رو اگر عرف معامله ای را غرری بدانند آن معامله محکوم به فساد است. به طور مثال در عقود مغابنه‌ای که طرفین در پی سودجویی و بهره‌وری از انعقاد عقد خود می‌باشند اگر غرری وارد شود آن معامله محکوم به فساد است جز در مواردی که عرف اندک مسامحه را در غرری بودن معامله پذیرا است؛ مثلاً در عقد بیع یک باب آپارتمان، خریدار نیازی به بررسی نوع آهن به کار رفته در مبیع نمی‌بیند. در واقع ماهیت عقود مغابنه‌ای بر مبنای سودجویی و چانه زنی عرفی و متداول منعقد شده است اما در عقودی مانند بیمه طرفین عالم‌اً و عامداً

۱- صاحب جواهر می‌گوید پس از فحص و بررسی به چنین روایتی دست نیافتیم (همان).

عنصر خطر و ریسک را در مدلول عقد وارد می‌کنند و بنا به همین توافق است که تمام تبعات ناشی از آن را می‌پذیرند. این عقد یکی از عقود مخاطره است؛ مفهوم عقد مخاطره در عبارات فقهی دیده شده است (نجفی، ۱۳۶۷، ۲۲، ۳۸۷ و ۱۴۳، ۲۷؛ خوئی، ۱۳۶۵، ۴۱) اما تعریفی از آن در متون فقها و نیز قانون مدنی فعلی وجود ندارد. این عقد در حقوق فرانسه عقد بختکی و یا احتمالی نام گرفته است به این معنا که اثر عقد بستگی به بخت و اتفاق دارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ۴، ۵۶۰). عده‌ای عقد بیمه را جزئی از عقود احتمالی طبقه‌بندی کرده‌اند که از اقسام عقد مسامحه است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ۴، ۲۵۶). عقد مسامحه در مقابل عقود مغایه قرار گرفته که بر خلاف این گروه از عقود، نظر به چانه کاری و سودجویی طرفین نداشته، بلکه طرفین بر مبنای مسامحه مبادرت به انعقاد عقد می‌نمایند. لذا باید پذیرفت که مستغرق بودن معنای غرر در عرف و عادت می‌تواند علت و بنای تشکیل این عقد را که ناظر به قصد انشایی و ایجاد طرفین است توجیه کند. همان‌طور که عده‌ای از فقیهان نیز غرر را معنایی عرفی دانسته‌اند بدین مضمون که «... غرر و جهالت در عرف و عادت هست که مسامحه در آن نمی‌کنند» (قمی، ۱۴۱۳، ۲، ۱۱۳).

یکی دیگر از دلایلی که توسط مخالفان عقد بیمه برای تسری حدیث نبوی به تمامی عقود مورد استناد قرار می‌گیرد عبارتی است که علامه حلی در کتاب مختلف الشیعه در نقل روایت به کار برده، به طوری که کلمه بیع که در حدیث نبوی آمده است در نقل علامه نیامده است، ایشان روایت را این‌گونه نقل می‌کنند: «نهی النَّبی عن الغرر» (علامه حلی، ۱۴۱۲، ۵، ۲۴۵). لذا با این استدلال که نهی از غرر شامل تمامی عقود است، چه به صورت بیع (بر مبنای مغایه) باشد و چه به صورت عقد دیگر (به طور مثال بر مبنای مسامحه) لذا این مضمون، دیگر عقود را نیز فرا می‌گیرد. اما به نظر می‌رسد صرفنظر از احتمال مسامحه در نقل فوق‌الذکر پذیرش تسری روایت به تمامی عقود، بر مبنای نقل فوق‌الذکر دور از دقت و مدارک روایی دیگر باشد چرا که این روایت فقط در منبع فوق‌الذکر نقل شده است، از این رو می‌توان برای تعیین ضابطه غرر و ورود آن در عقود، غرر را به «غرر ذاتی» و «غرر عرضی» تقسیم کرد. در واقع لازمه فهم عرفی از علت نهی از بیع غرری همانا غرر به عنوان علت نهی است و این در حالی است که عده‌ای از قداما بدون تفکیک این دو نوع از غرر، هر معامله‌ای را که غرر در آن وارد شده باطل دانسته‌اند (شیخ انصاری، ۱۴۱۵، ۴، ۱۷۶). درحالی که نهی از غرری که رایج می‌باشد ناظر به عقود مغایه‌ای است نه عقود دیگر مانند رهن و عقد هبه (نجفی، ۱۳۶۷، ۲۵، ۱۴۱). اما عقودی وجود دارند که استقبال عاقدین از

غرر به عنوان ضابطه اصلی و ذاتی آنهاست (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۲۱۵). لذا ورود غرر در این عقود جنبه ذاتی دارد، اما این غرر اگر در عقود مغایه ای وارد شود جنبه عرضی دارد و عرض مفارق است؛ که می‌توان گفت نهی از غرر در حدیث نبوی شامل این نوع از غرر است نه غرر ذاتی (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۴۰۲). لذا تسری حکم غرر در بیع به دیگر معاملات و عقود بدون دلیل است (گیلانی، بی‌تا، ۱، ۲۸).

### ۳- تعلیق در عقد بیمه

از جمله ایراداتی که مخالفان عقد بیمه ارائه داده اند این است که تنجیز عقد، یکی از قواعد قابل تسری در تمامی عقود است و عقد بیمه از جهت این که تعهد بیمه گر به پرداخت خسارت معلق به حدوث خطر و ریسکی شده است که احتمال دارد اتفاق بیفتد و احتمال هم دارد که اتفاق نیفتد در زمره عقود معلق طبقه بندی می‌شود که در مورد بطلان عقد معلق نیز ادعای اجماع شده است (انصاری، ۱۴۱۵، ۳، ۱۶۹؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۱، ۲، ۲۴).

استدلال این گروه بر این است که انشاء معلق، باطل بوده و اقتضای عقد بر این است که به مجرد انشاء عقد، آثار خود را بر جای بگذارد. در پاسخ این گروه می‌توان گفت که اثر حاصل از عقد در عقد بیمه معلق نیست بلکه جبران خسارت است که معلق مانده است، از طرفی اجماع دلیلی تعبدی است و تعبد در معاملات وجود ندارد و قدر متیقن از اجماع را باید در مورد عقود مغایه ای دانست نه عقود دیگر؛ از طرف دیگر در فقه تأسیساتی وجود دارد که تعلیق در آنها دیده می‌شود مانند وصیت که معلق به فوت موصی شده است، بدون این که خدشه ای به ماهیت آن وارد شود لذا باید پذیرفت که آن چه در عقد بیمه معلق شده از نوع تعلیق در انشاء و ایجاد نیست بلکه تنها این اجرای تعهد یعنی جبران خسارت است که معلق مانده و از این جهت نیز خدشه ای به عقد بیمه وارد نیست. مضافاً با عنایت به این نکته که موضوع عقد بیمه «تأمین خاطر» بیمه گذار در ازای پرداخت حق بیمه است لذا عقد بیمه نه از حیث تعلیق در انشاء و حتی منشأ ایرادی ندارد.

### ۴- بیمه و ضمان مالم یجب

اسقاط مالم یجب (اسقاط معلق، اسقاط مالم یثبت) یعنی اثر حقوقی ای را که هنوز پدید نیامده است و احتمال پدید آمدن آن در آینده می‌رود، پیشاپیش ساقط کنند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ۱، ۳۷۲). این نوع

ضمان که به «التزام ما لایلزم» نیز تعبیر شده است در لسان فقها به معنای ملتزم شدن و به عهده‌گرفتن انجام کاری به کار رفته که شرعاً لازم نیست. مخالفان عقد بیمه، تعهد بیمه‌گر را نوعی ضمان تلقی کرده و از این جهت که پرداخت خسارت ناشی از خطر و ریسک موضوع عقد در آینده محقق می‌شود بیمه را از مصادیق ضمان مالیم می‌دانند و ضمان بیمه‌گر را بدون این که حادثه‌ای پدید آید از مصادیق الزام و تعهداتی دانسته‌اند که شرع، الزامی به انجام آن ندارد. ظاهراً این استدلال‌ها ناشی از قواعد حاکم بر عقد ضمان پدید آمده است چرا که طبق نظرات سنتی در مورد عقد ضمان حداقل سبب اشتغال ذمه ضامن باید پدید آمده باشد و از طرفی ضمان عرصه حقوق مدنی از نوع نقل ذمه به ذمه بوده<sup>۱</sup> و از این جهت به عنوان عقد تبعی تلقی شده است. به عبارتی ضامن بعد از پذیرفتن ضمان، در واقع آن چه را که به عهده‌مدیون اصلی بوده به ذمه خویش نقل کرده است؛ پس چگونه ممکن است در جایی که دینی به وجود نیامده این نقل انجام گیرد لذا تعهد بیمه‌گر از مصادیق اسقاط مالیم می‌گردد و باطل است. علامه حلی در خصوص بطلان این مسأله ادعای اجماع کرده است (علامه حلی، بی تا، ۲، ۸۹). اما لازم به ذکر است که بطلان ضمان مالیم در کتاب و سنت نیامده است و اجماع نیز دلیلی تعبیدی است در حالی که تعبد در معاملات راه ندارد و باید پذیرفت که ادعای اجماع در این نوع ضمان ناتمام است. گروهی اشکالی در این اسقاط ندیده‌اند به شرط این که در حد معقول باشد؛ به طور مثال حق طلاق را نمی‌توان قبل از نکاح اسقاط کرد! همان طوری که اسقاط برخی اختیارات که بعد از عقد پدید می‌آیند مانند خیار مجلس در ضمن عقد از مصادیق اسقاط مالیم می‌گردد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ۱، ۳۷۲). می‌توان پذیرفت که ضمانی که سبب آن نیز محقق نشده باشد با استناد به عموماتی نظیر «أوفوا بالعقود» (مائده، ۱) صحیح است، چرا که ضمان مالیم می‌تواند نیز از نظر عرف، ضمان است (طباطبائی یزدی، ۱۴۰۹، ۷۶۲) و مانعی از صحّت نیست و اجماع هم در این مورد ممنوع است، لذا می‌توان پذیرفت که بطلان این نوع ضمان به شکل مطلق، صورتی ندارد (قمی، ۱۴۱۳، ۳، ۸۵)؛ به طوری که اقتضای عمومات و اطلاقاتی مانند «أوفوا بالعقود» در عقود جدیدالتأسیس مانند بیمه جاری و ساری است. از طرفی عرف کنونی جامعه نیز بر این مدعا گواهی

۱- صرف‌نظر از این که ماده ۶۹۸ق.م. به نقل ذمه تصریح دارد طبق نظر اکثریت حقوقدانان هر جایی که شک و شبهه‌ای در نقل یا ضم بودن داشتیم نقل ذمه با توجه به این که مسؤلیت کمتری در پی دارد مورد پذیرش واقع شده حتی در خصوص اسناد تجاری نیز قانونگذار برای استفاده از مزایای اسناد تجاری که یکی از آنها مسؤلیت تضامنی مسؤلان اسناد تجاری است شرایط و مواعد تعریف شده‌ای ارائه نموده که با محقق شدن آنها حکم به تضامن داده می‌شود؛ به عبارت دیگر در نظام فعلی تضامن بر خلاف اصل می‌باشد. رک: مواد ۴۰۴-۴۰۲ قانون تجارت.

می‌دهد و این نوع ضمان را، ضمان از نوع حقیقی قلمداد می‌کند و در واقع افراد عامی جامعه بدون این که معنا و مفهوم فقهی و حقوقی عقد و دلایل شرعی که برای اثبات آنها وارد شده را مورد بررسی قرار دهد بنا به مقتضیات زمانی و مکانی و برای رفع احتیاجات روزافزون خویش مبادرت به انعقاد عقود گوناگونی می‌نمایند که در متون شرعی سابقه نداشته است. مانند عقد بیمه که مورد بحث ما است؛ در خصوص عرف و نقش آن در اثبات عقود جدید التأسیس در مباحث آتی بحث خواهیم نمود.

## ۵- بیمه و قمار

قمار به معنای برد و باخت است. قمار از قمر آمده است که گاه کم و زیاد می‌شود چنانچه در قمار هم مال قمارباز گاه کم و زیاد می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ۴، ۲۹۴۷). از نظر فقهی قمار و گرویندی باطل است؛ مگر در سبق و رمایه. سبق اصطلاحاً در خصوص عقودی به کار می‌رود که برای مسابقه دادن اسپها و... است تا برنده مسابقه بتواند جازه معهود را بگیرد و رمایه نیز عقدی است که برای مسابقه تیراندازی منعقد می‌شود (نجفی، ۱۳۶۷، ۱۰، ۱۵۱).

حرمت قمار از کتاب و سنت استنباط شده است مانند آیه «و أن تستقسموا بالأزلام ذلکم فسق» (مائده، ۹۰) و یا حدیث: «لا سبق إلا فی خفّ أو حافر أو نصل: مسابقه تنها در شتردوانی و یا اسب دوانی یا تیراندازی جایز است» (حر عاملی، ۱۴۱۴، ۱۹، ۲۵۳) و: «ان الملائکه لتنفّر عند الرهان و تلعن صاحبه، خلا الحافر و الخف و الریش و النصل: فرشتگان از حضور در مجلس گرویندی بیزارند و گرویند را لعن می‌کنند مگر در مورد اسب، شتر، تیر پرداز، و تیر بدون پر» (همان، ۱۴۱۴، ۱۹، ۲۵۱).

تسری احتمال برد و باخت در قمار به بیمه از دیگر دلایل مخالفان عقد بیمه است. چرا که موضوع قرارداد بیمه که همان جبران خسارت زیان دیده است احتمال دارد که هیچ‌گاه به وقوع نپیوندد و از این رو بیمه‌گذار، نفع اقتصادی کلانی از پرداخت حق بیمه اشخاص متعدد عایدش می‌شود که فقط بر مبنای شانس و اتفاق برای وی مقدر شده است، از طرفی هم امکان لزوم جبران خسارت هنگامت از طرف بیمه‌گر دور از ذهن نیست و این گونه استدلال‌ها باعث تسری حکم بطلان قمار به عقد بیمه شده است. درحالی که باید پذیرفت امروزه بیمه موضوع علم جداگانه‌ای است که مبتنی بر محاسبات آماری و شیوه‌های خاص مدیریتی است و اصولاً طبق محاسبات از پیش تعیین شده، خطر غیر قابل پیش‌بینی بیمه‌گر را تهدید



نمی‌کند. از طرفی به جهت نتایج اقتصادی که برای جامعه حاصل می‌شود نیز مثمرتر خواهد بود. از منظر بیمه‌گذار هم ایجاد امنیت روحی و روانی که بیمه ایجاد می‌کند واجد اهمیت می‌باشد. در خصوص این اشکال که حوادث موضوع بیمه اصولاً حوادثی نادرالوقوع هستند و لذا در اکثر موارد پولی که برای بیمه داده می‌شود چیزی در مقابلش قرار نمی‌گیرد. امام خمینی(ره) می‌فرماید: «در معامله لازم نیست همیشه در برابر پول چیزی باشد، مثلاً شما منزلی را اجاره می‌کنید ولی در آن سکونت و استفاده‌های دیگری نمی‌کنید و در عین حال اجاره منزلتان را می‌پردازید و از این که در آن مدت استفاده نکرده‌اید معذور نیستید در بیمه هم مسأله همین است؛ این قرارداد، یک قرارداد عقلایی است و این تعهد نزد عقلا ارزش دارد و هرچند که نادر است ولی تضمینی است که در خور اهمیت می‌باشد» (بی‌آزار شیرازی، ۱۳۵۹، ۲۲۶).

نکته مهم دیگر این که طبق قواعد حاکم بر قراردادها، مشروع بودن جهت معامله شرط اساسی برای صحت معاملات است و باید پذیرفت که منشأ ریسک موضوع عقد بیمه مشروع و مجاز است و مانند قمار نه از مصادیق کسب منفعت بدون زحمت و تلاش به شمار می‌رود و نه باعث تزلزل فعالیت‌های اقتصادی در اجتماع می‌باشد و عرف حاکم بر نظام کنونی نیز منشأ و مبنای عقد بیمه را نامشروع تلقی نکرده است. از این رو برخلاف نظر گروهی، نه از مصادیق اکل مال به باطل است و نه از مصادیق عقد سفهی است چراکه طرفین در این عقد نه تنها سفیهانه اقدام نکرده‌اند، بلکه هر دو بر مبنای محاسبات معقولانه و از پیش تعیین شده مبادرت به انعقاد این عقد نموده‌اند.

## ۶- تحوّل موضوع متأثر از عرف

اعتقاد به توقیفی بودن عقود را می‌توان یکی از علل زیربنایی مخالفت با عقود جدیدالتأسیس از جمله عقد بیمه دانست. اعتقادی که فقط در پی جانبداری از عقود حصری موجود در شرع می‌باشد و به دیگر نوع آنها اعتبار و وقعی نمی‌نهد. اما امروزه با پیشرفت تکنولوژی و احتیاجات روزافزون آدمیان نه تنها اعتقاد به چنین قاعده‌ای دشوار می‌نماید بلکه حصری بودن عقود نه تنها دلیل محکم و متقنی در سوابقش ندارد بلکه در تعارض با اصل آزادی قراردادها و عمومات و اطلاقاتی مانند «أوفوا بالعقود» می‌باشد، لذا باید پذیرفت که عدم دلیل بر حصر عقود، دلیل علی‌العدم فیما یعمّ به البلوی است؛ لذا می‌توان استنباط کرد که با فقدان دلیل (نص) بر حصر عقود، از نظر شارع عقود محصور نبوده است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ۱۶۰). به

عبارت دیگر «یعمّ به البلوی» از امور مشهودی است که ضروری و الزامی نمی‌باشد، اما از جمله اموری است که ممارست- ذهن- را تعمیم می‌دهد و از این رو هرکسی سعی در به دست‌دادن تعاریف بیشتر در این زمینه می‌کوشد (همان، بی‌تا، ۱۶) و این نکته‌ای است قابل تأمل و اندیشه.

اصل اباحه که به نوعی مبین اصل آزادی قراردادهاست در معارضه با نظریه توقیفی بودن عقود قرار می‌گیرد. گروهی صحت عقود را از امور شرعی و محتاج جعل شارع دانسته‌اند (حائری، ۱۳۷۰، ۴۳). و حال این که مشهور اصولیون و فقها، در مورد معاملات علی الاطلاق اصاله الصحّه را جاری کرده‌اند (محمدی، ۱۳۵۹، ۲۶۸).

از نظر تاریخی نیز هر نظام حقوقی در طول تاریخ متناسب با تحولات اجتماعی، سیاسی و اقتصادی متحول شده، و دچار تغییرات کارکردی می‌شود. به طور مثال در تمدن‌های پیش‌آریایی که منابع اقتصادی به طور برابر در اختیار همگان بود، قواعد مربوط به مالکیت زمین موضوعیت نداشته است و زمانی موضوع مالکیت و وراثت و نیز معاملات مورد توجه قرار گرفته که منابع اقتصادی از شکار و صید به دامپروری و کشاورزی و مبادله کالاها توسعه یافته است (امین، ۱۳۸۲، ۷۲۹).

اعتقاد به حصر عقود، به معنای نادیده انگاشتن تحولات کارکردی موضوعات در عصر کنونی است. تحول موضوع در برابر دو عامل مؤثر زمان و مکان به وجود آمده و هیچ‌گیزی از پذیرفتن آنها نداریم. شاهد این مدعا، صدور فتوای مشهور امام خمینی (ره) درباره جایز بودن خرید و فروش ابزار موسیقی است (امام خمینی، ۱۳۶۹، ۲۱، ۳۴). با مراجعه به متون قدیمی می‌بینیم که از خرید و فروش این ابزار منع شده است، اما امروزه با تحولات و ابداعاتی که در موسیقی ایجاد کرده‌اند، دیگر نمی‌توان از مؤثر واقع شدن موسیقی در بسیاری از موارد روی گردان بود. همین‌طور است پذیرفتن خرید و فروش خون (فاضل لنکرانی، ۱۳۷۷، ۲۵۱)، که در گذشته حرام و باطل دانسته شده است.

با این که در احصاء ادله (کتاب، سنت، اجماع، عقل)، ذکری از عرف به میان نیامده است اما شارع مقدس در موارد عدیده‌ای احاله به عرف کرده است. مانند جایی که الفاظ عقود بر معانی عرفی حمل می‌شود (ماده ۲۲۴ق.م.) و یا متعارف بودن امری در عرف و عادت را بدون تصریح در متن عقد به منزله ذکر در عقد فرض می‌کند (ماده ۲۲۵ق.م.).

از لحاظ تاریخی نیز عرف مقدم بر سایر قوانین مدون بوده است، چراکه مردم همواره با رعایت آداب و رسوم متداول بین خود زندگی کرده‌اند، که می‌توان آن را حقوق عرفی در معنای ابتدایی‌ترین حقوق دانست (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۴، ۸۸).

علت عدم ذکر عرف در ادله احصایی شاید به این دلیل باشد که آن را مشمول آیه شریفه «خذ العفو و أمر بالعرف» (اعراف، ۱۹۹) و جزء کتاب دانسته‌اند و یا از این جهت که تقریر معصوم جزء سنت است لذا از راه تقریر، عرف‌های زمان شارع را تأیید کرده و عرف را جزء سنت قلمداد کرده باشند (گلباغی، ۱۳۷۸، ۱۱۳). در هر حال نمی‌توان از عرف به عنوان منبعی متغیر و حیاتی در مسأله پذیرفتن عقود جدیدالتأسیس رویگردان بود. در واقع در تمامی زمان‌ها و مکان‌ها مردم بر طبق مصالح زمانی و مکانی عرف‌هایی ایجاد می‌کردند که بعدها مورد تأیید و تصویب قانون‌گذاران قرار می‌گرفت و اساساً شارع در موضوعات دخل و تصرفی نداشته است بلکه اساس کار شارع بر مبنای امضای عرف‌های عملی بوده است و نمی‌توان گفت که در این مقام دست به تأسیس زده باشد.

طرفداران نظریه توقیفی بودن عقود که سعی کرده‌اند بیمه را در قالب یکی از عقود معین و به اصطلاح عقود که در شرع سابقه دارند بگنجانند، لذا ایراد کرده‌اند که این معامله در شرع سابقه‌ای ندارد و از این رو صحت ماهیت این عقد دچار خدشه و محل تردید است. امام خمینی (ره) در خصوص ایراد این گروه می‌فرماید: «بر فرض که معامله سابقه‌دار نباشد، به چه دلیل معامله باید سابقه‌دار باشد، البته در زمان صدر اسلام بیشتر معاملاتی که امروزه متداول است جریان داشته است ولی تعدی نبوده، که حتماً شارع اشاره کند که فلان معامله صحیح است یا فاسد، بلکه شارع هر عقد و قراردادی که بین دو نفر صورت می‌گیرد آن را تنفیذ کرده، چه سابقه‌دار باشد و چه نباشد، مگر این که دلیلی بر خلافش داشته باشیم» (بی‌آزار شیرازی، ۱۳۵۹، ۲۲۶).

اصولاً تغییرات کارکردی که موضوعات عقود رایج این عصر را تحت تأثیر قرار داده، در بحث معاملات (نه عبادیات) و مؤثر واقع شدن آن در ایجاد قوانین و احکام جدید و حتی در موارد تغییر حکم یک موضوع به تبعیت از پاره‌ای مقتضیات کمتر محل بحث و تردید می‌باشد. چرا که اکثریت قریب به اتفاق فقها و علمای حقوق، امضایی بودن معاملات را پذیرفته‌اند. با این که تغییر حکم در بحث عبادیات (نه معاملات) در عصر کنونی کمتر محل بحث است. اما حضرت امام خمینی (ره) در ادامه بحث از مسائل نوظهور کنونی، تولد مسائل جدید در بحث عبادیات را نیز دور از ذهن نپنداشته و تغییر حکم آنها را

بلاشکال دانسته‌اند از جمله این که اگر به طور مثال در شرایط زمانی قرار گیریم که اطفال در سن یک سالگی به حد بلوغ رسند باید بپذیریم که در یک سالگی مکلف به احکام شرع خواهند شد و به عکس اگر در سن سی سالگی نیز به حد بلوغ نرسند حکم به عدم بلوغ آنها صادر خواهد شد (امام خمینی، ۱۳۸۹، ۵۹۱). لذا باید پذیرفت که به طریق اولی در معاملات احکام می‌توانند تغییر یابند، همان طوری که موضوعات نیز بنا به احتیاجات روزافزون جامعه متولد می‌شوند و نیاز به احکام جدید خود را دارند.

به عنوان جمع بندی در مبحث عقد چه از نوع معین و چه از نوع غیر معین باید پذیرفت که عقد عبارت است از «مطلق معامله» (امام خمینی، ۱۳۷۹، ۶۹) و مبنای عقد در کنار عرف‌های عقلایی و در کنار دو مصلحت زمان و مکان شکل می‌گیرد که می‌تواند به تناسب آنها با گذشت زمان دچار تغییر و تحول شده و یا حتی در بعضی موارد باعث تغییر حکم آن نیز بشود. در خصوص عقد بیمه نیز به عنوان تأسیسی نوظهور که بر مبنای احتیاجات و برآیندهای اجتماعی شکل گرفته است، باید پذیرفت که تمامی اقسام بیمه صحیح است و مقاومت و مخالفت با این تحول جایگاه عقلایی نزد مردم ندارد؛ چرا که تحول، سنت لایزال الهی است «و لن تجد لسنة الله تبديلاً» (احزاب، ۶۳).

## ۷- نتیجه

بیمه به عنوان یکی از عقود جدیدالتأسیس در اجتماع کنونی پا به عرصه حیات نهاده است. طرفداران نظریه توقیفی بودن و حصر عقود به عقودی که در زمان شارع وجود داشته است، با ابراز دلایلی همچون غرری بودن این عقد و اینکه از مصادیق اسقاط مالیم یجب است و می‌تواند از مصادیق قمار و... باشد، به مخالفت با این عقد پرداخته‌اند. و حال این که بیمه به صورت عقدی مستقل با خصوصیات ویژه خود می‌باشد و نیازی به توجیه آن با توسل به عقود معین و موجود در سابقه شرع نیست. عقد بیمه را می‌توان بر مبنای غرر و ریسک ذاتی که طرفین آن را عالمأ و عامداً در نهاد این عقد انشاء کرده‌اند توجیه کرد. همین علم و عمد در ورود غرر در دل این عقد، تمایزگر این دسته از عقود معاينه ای است که هدف اصلی طرفین چانه‌زنی و سودجویی است؛ در این گروه از عقود اگر غرری وارد شود از نوع غرر عَرَضی است که باعث فساد عقد شده و آن را به ورطه بطلان می‌کشاند و بالعکس غرر موجود در عقد بیمه، غرری از نوع ذاتی است که نمی‌تواند به صحّت آن خدشه‌ای وارد کند.

آنچه که در ردّ دلایل مخالفین، مفید و مؤثر واقع شده است عموماً و اطلاقاتی مانند آیه «أوفوا بالعقود»، اصالة الصحة، بنای عقلا، عرف حاکم، مقتضیات زمانی و مکانی، پذیرش تحول موضوعات در عصر کنونی و این که اساس کار شارع در معاملات، مبتنی بر امضاء بوده است نه تأسیس، می‌باشد که در این مقاله مورد نقد و بررسی قرار گرفت.

### فهرست منابع

- ۱- قرآن کریم.
- ۲- آملی، محمدتقی، ۱۴۱۳، المکاسب و البیع (تقریرات میرزای نائینی)، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، چاپ دوم.
- ۳- آیت‌الله زاده شیرازی، سید مرتضی، آذرنوش، آذرتاش، ۱۳۷۴، مجمع اللغات، دفتر نشر فرهنگ اسلامی، تهران، چاپ چهارم.
- ۴- ابن منظور، جمال الدین محمد بن مکرم، ۱۴۰۵، لسان العرب، نشر ادب حوزه.
- ۵- انصاری (شیخ)، مرتضی، ۱۴۱۵، المکاسب، لجنه تحقیق تراثنا الشیخ الاعظم، قم، چاپ اول.
- ۶- امین، حسن، ۱۳۸۲، تاریخ حقوق ایران، انتشارات دائره المعارف ایران شناسی، تهران.
- ۷- بابایی، ایرج، ۱۳۸۴، حقوق بیمه، انتشارات سمت، تهران، چاپ سوم.
- ۸- بادینی، حسن، ۱۳۸۴، فلسفه مسؤولیت مدنی، شرکت سهامی انتشار، تهران.
- ۹- بو، روزبه، ۱۳۷۳، حقوق بیمه، ترجمه محمد حیاتی، انتشارات بیمه مرکزی ایران، تهران.
- ۱۰- بی‌آزار شیرازی، عبدالکریم، ۱۳۵۹، رساله نوین، مؤسسه انجام کتاب.
- ۱۱- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۸۱، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، انتشارات گنج دانش، تهران، چاپ دوم.
- ۱۲- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۸۱، التقریب الی حاشیه التهذیب (جلد منحصر در آستان قدس رضوی).
- ۱۳- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۸۷، اندیشه و ارتقا، انتشارات گنج دانش، تهران.
- ۱۴- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۸۲، صد مقاله در روش تحقیق، انتشارات گنج دانش، تهران.
- ۱۵- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۸۲، فلسفه اعلی در علم حقوق، انتشارات گنج دانش، تهران.
- ۱۶- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۸۴، مقدمه عمومی علم حقوق، انتشارات گنج دانش، تهران، چاپ دهم.
- ۱۷- حائری، مسعود، ۱۳۷۰، تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی، انتشارات کیهان، تهران.
- ۱۸- حرّ عاملی، محمد بن حسن، ۱۴۱۴، وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، موسسه آل البیت، قم، چاپ دوم.

- ۱۹- حسینی مراغی، میرعبدالفتاح، ۱۴۱۷، العناوین الفقہیہ، مؤسسہ النشر الاسلامی، قم.
- ۲۰- حلی(علامه)، حسن بن یوسف بن علی بن مطهر، بی تا، تذکره الفقہاء، المکتبه الرضویہ لإحیاء الآثار الجعفریہ.
- ۲۱- حلی(علامه)، حسن بن یوسف بن علی بن مطهر، ۱۴۱۳، قواعد الاحکام، مؤسسہ النشر الاسلامی، قم.
- ۲۲- حلی(علامه)، حسن بن یوسف بن علی بن مطهر، ۱۴۱۲، مختلف الشیعہ، مؤسسہ النشر الاسلامی، قم.
- ۲۳- خامنه‌ای، محمد، ۱۳۵۹، بیمه در حقوق اسلام، دفتر نشر فرهنگ اسلام.
- ۲۴- خمینی(امام)، سید روح الله، ۱۳۷۹، کتاب البیع، مؤسسہ العروج.
- ۲۵- خمینی(امام)، سید روح الله، ۱۴۰۵، تحریر الوسیله، دار المنتظر، بیروت، چاپ دوم.
- ۲۶- خمینی(امام)، سید روح الله، ۱۳۶۹، صحیفه نور، سازمان مدارک فرهنگی انقلاب اسلامی، تهران.
- ۲۷- خوئی، سید ابوالقاسم، ۱۳۶۵، الاجاره، المطبعه العلمیه، قم.
- ۲۸- طباطبائی یزدی، سید محمدکاظم، ۱۴۰۹، العروه الوثقی، مؤسسہ الأعلمی، بیروت، چاپ دوم.
- ۲۹- طوسی(شیخ الطائفه)، محمد بن حسن، بی تا، النهایه فی المجرّد الفقه و الفتاوی، دارالاندلس، بیروت.
- ۳۰- فاضل لنکرانی، محمد فاضل، ۱۳۷۷، جامع المسائل، مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی، چاپ پنجم.
- ۳۱- قمی، میرزا ابوالقاسم، ۱۴۱۳، جامع الشتات، انتشارات کیهان، تهران.
- ۳۲- گلباغی، جبار، ۱۳۷۸، درآمدی بر عرف، مرکز انتشارات تبلیغات اسلامی.
- ۳۳- گیلانی، محمد، بی تا، «بیمه»، مجله فقه اهل بیت، ش(۱).
- ۳۴- محمدی، علی، ۱۳۷۶، شرح رسائل، انتشارات دارالفکر، قم.
- ۳۵- محمدی، محمدمهدی، ۱۳۸۵، بیمه در حقوق اسلام، نشر میزان، تهران.
- ۳۶- معین، محمد، ۱۳۸۶، فرهنگ فارسی، انتشارات فردوس، تهران.
- ۳۷- مکارم شیرازی(آیت الله)، بی تا، ناصر، «احکام و فلسفه دیات در اسلام»، مجله مکتب اسلام، ش(۸).
- ۳۸- نجفی، محمدحسن، ۱۳۶۷، جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام، دار الکتب الاسلامیه، بیروت، چاپ هفتم.