

The Position and Function of Contingent Contracts from a Jurisprudential and Legal Perspective

Luqman Kiapasha¹, Jamshid Noorshargh^{2*}, Abbas Pahlevanzadeh³, Mahmoud Habibi⁴

1. Department of Law, Kish International Branch, Islamic Azad University, Kish Island, Iran..
2. Assistant Professor, Department of Private Law, Islamic Azad University, South Tehran Branch, Tehran, Iran.
3. Assistant Professor, Department of Private Law, Islamic Azad University, Karaj Branch, Karaj, Iran.
4. Assistant Professor, Department of Private Law, Islamic Azad University, North Tehran Branch, Tehran, Iran.

ARTICLE INFORMATION

Article Type: Original Research

Pages: 149-166

Article history:

Received: 11 Jan 2024

Edition: 26 Aug 2024

Accepted: 06 Nov 2024

Published online: 21 Dec 2024

Keywords:

Contingent Contract, Gharar,,
Uncertainty of the Compensation or
Compensation .

Corresponding Author:

Jamshid Noorshargh

Address:

Iran, Tehran, Islamic Azad
University, South Tehran Branch,
Department of Private Law.

Orchid Code:

0000-0002-6028-3845

Tel:

021-88833110

Email:

jnourshargh@gmail.com

ABSTRACT

Background and Purpose: Background and Objective: The Iranian Civil Code does not define a contingent contract. However, there are examples of this contract in both the civil law and the common law. Legal writers disagree about the definition of a contingent contract. Given that the Iranian legal system is derived from jurisprudence, the aim is to examine the status of a contingent contract.

Materials and Methods: This research is theoretical and was conducted using a descriptive-analytical method.

Ethical Considerations: In the present study, the principles of trustworthiness, honesty, impartiality, and originality of the work have been observed.

Findings: Violation of the principle of the necessity of definitive determination of the consideration and, as a result, the irregularity of the transactions is the basis for doubting the validity of a contingent contract. However, there are examples of these contracts in Islamic jurisprudence that have accepted the status and principles of validity of a contingent contract.

Conclusion: Today, there are transactions in society where the definite determination and clarification of the compensation in contracts has the possibility of causing loss to the parties, and in the customary transactions, in order to ward off this possible loss, they inevitably postpone the determination of the compensation or compensation based on a fixed criterion to the future, and not only the custom and the parties to the transaction welcome these contracts, but some of these contracts have also been accepted by the law, such as accident insurance contracts. The custom does not consider the contingent contract as a gharar or does not consider it effective, and examples of contingent contracts are widespread among the people and exist in jurisprudence and law.

Cite this article as:

Kiapasha, L; Noorshargh, J; Pahlevanzadeh, A; Habibi, M. *The Position and Function of Contingent Contracts from a Jurisprudential and Legal Perspective* . Economic Jurisprudence Studies. 2024.



فصلنامه مطالعات فقه اقتصادی، دوره ششم، شماره چهارم، زمستان ۱۴۰۳

جایگاه و کارکرد قراردادهای احتمالی از منظر فقهی و حقوقی

لقمان کیاپاشا^۱، جمشید نورشرق^۲، عباس پهلوانزاده^۳، محمود حبیبی^۴

۱. گروه حقوق، واحد بین‌المللی کیش، دانشگاه آزاد اسلامی، جزیره کیش، ایران.
۲. استادیار، گروه حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران جنوب، تهران، ایران.
۳. استادیار، گروه حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد کرج، کرج، ایران.
۴. استادیار، گروه حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران شمال، تهران.

چکیده

زمینه و هدف: در قانون مدنی ایران عقد احتمالی تعریف نشده است. با این وجود مصادیق این عقد هم در قانون مدنی و هم در عرف جامعه وجود دارد. نویسندگان حقوق، درخصوص تعریف عقد احتمالی اختلاف نظر دارند. با توجه به اینکه نظام حقوقی ایران منبعث از فقه می‌باشد، هدف بررسی جایگاه عقد احتمالی است.

مواد و روش‌ها: این تحقیق از نوع نظری بوده و به روش توصیفی - تحلیلی صورت گرفته است.

ملاحظات اخلاقی: در تحقیق حاضر، اصل امانتداری، صداقت، بی‌طرفی و اصالت اثر رعایت شده است.

یافته‌ها: نقض اصل لزوم تعیین قطعی عوضین و در نتیجه غرری بودن معاملات مذکور مبنای تردید نسبت به اعتبار عقد احتمالی است. با این وجود، مصادیقی از این عقود در فقه اسلامی مطرح، که جایگاه و مبنای صحت عقد احتمالی را مورد پذیرش قرار داده است.

نتیجه: امروزه معاملاتی در جامعه واقع می‌گردند که تعیین قطعی و معلوم نمودن عوضین در قراردادهای احتمال حصول ضرر را برای طرفین دارد و در عرف معاملاتی برای دفع این ضرر احتمالی، بناچار تعیین عوض یا عوضین را بر مبنای معیار ثابتی به آینده موکول می‌نمایند و نه تنها عرف و طرفین معامله از این قراردادها استقبال می‌کنند؛ بلکه برخی از این قراردادها مورد پذیرش قانون نیز واقع گردیده است مانند قراردادهای بیمه حوادث. عرف عقد احتمالی را غرری ندانسته و یا آن را موثر نمی‌دانند و مصادیقی از قراردادهای احتمالی را در بین مردم رواج داشته و در فقه و قانون وجود دارد.

اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

صفحات: ۱۴۹-۱۶۶

سابقه مقاله:

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۳/۲۲

تاریخ اصلاح: ۱۴۰۳/۰۶/۰۵

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۸/۱۶

تاریخ انتشار: ۱۴۰۳/۱۰/۰۱

واژگان کلیدی:

قرارداد احتمالی، غرر، نامعلوم بودن عوض یا عوضین.

نویسنده مسئول:

جمشید نورشرق

آدرس پستی:

ایران، تهران، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران جنوب، گروه حقوق خصوصی.

تلفن:

021-88833110

کد ارکید:

0000-0002-6028-3845

پست الکترونیک:

jnourshargh@gmail.com

۱. مقدمه

در عصر حاضر قراردادهایی در بین مردم رواج دارد که یا در گذشته وجود نداشته یا با عنوان اینکه غرری می‌باشند به بطلان آن اظهار نظر می‌گردید. با بررسی برخی از انواع این قراردادها ملاحظه می‌شود که به لحاظ تحولات ارتباطی، صنعتی و اقتصادی در روابط تجاری داخلی و بین‌المللی، بعضی از اصول حاکم بر قراردادها از جمله اصل لزوم تعیین قطعی مورد معامله به تبع عرف معاملات در برخی قراردادها نادیده گرفته شود؛ مانند قراردادهای بیمه در انواع مختلف آن. از طرف دیگر برخی از مصادیق این نوع از قراردادها، تحت تأثیر نیازها و ضرورت‌های اجتماعی ممکن است بعضی از ابهامات را از منظر عرف و شرع به مقوله قابل تسامح و اغماض تبدیل نموده و این نوع از قراردادها امروزه رواج یافته و در حال افزایش هستند و قابل احصاء نیستند؛ همانند قرارداد پیش‌فروش مصنوعات، قرارداد مشارکت در احداث و غیره

با دقت نظر در متون فقهی و آرای برخی از فقها چنین استنباط می‌شود رعایت اصل یاد شده از ملزومات صحت عقد بوده و در صورت عدم رعایت اصل مذکور این معاملات غرری محسوب می‌گردند؛ با این توصیف چنانچه اعتقاد به ابطال عقد احتمالی داشته باشیم نه تنها نظم عمومی اقتصادی و معاملاتی در اثر بطلان این عقود مختل خواهد شد بلکه جامعه نیز در رفع نیازهای ضروری خود دچار عسرو حرج خواهد گردید؛ چرا که در اثر تحولات اقتصادی و تجاری و افزایش این عقود مانند قراردادهای با عوض شناور، قرارداد استصناع، مشارکت‌ها و غیره، عموم جامعه در روابط حقوقی خود به این دسته از عقود نیاز مبرم دارند.

قراردادهای احتمالی در برخی از نظامهای حقوقی مورد پذیرش قرار گرفته است از جمله در حقوق انگلیس عقد احتمالی قراردادی است که حداقل بخشی از آن مربوط به بروز یک حالت اضطراری یا احتمالی است که نمونه آن توافق وکیل با موکل خود در پیروزی در جلسه دادگاه است؛ با این وجود در حقوق انگلیس تعهد احتمالی، تعهدی است که منوط به وقوع یک حادثه در آینده یا حادثه غیرقطعی است (آقایی، ۱۳۸۲: ۳۱۴).

با توجه به اینکه تعریف جامعی از قراردادهای احتمالی در فقه و حقوق ایران دیده نمی‌شود؛ ولیکن مصادیقی از آن در فقه و قانون و عرف وجود دارد. لذا در این نوشتار به منظور بررسی، تحلیل و درک بهتر مطلب، و تمایز آن با قراردادهای مشابه و اینکه قرداد احتمالی دفعه و حقوق چگونه است؟ مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

۲. مواد و روش‌ها

مقاله چون توصیفی تحلیلی است و در آن از روش پرسش‌نامه و مصاحبه استفاده نشده، لذا برای جمع‌آوری داده از روش کتابخانه‌ای استفاده شده است.

۳. ملاحظات اخلاقی

در این مقاله، اصالت متون، صداقت و امانتداری رعایت شده است.

۴. یافته‌ها

نقض اصل لزوم تعیین قطعی عوضین و در نتیجه غرری بودن معاملات مذکور مبنای تردید نسبت به اعتبار عقد احتمالی است. با این وجود، مصادیقی از این عقود در فقه اسلامی مطرح که جایگاه و مبانی صحت عقد احتمالی را مورد پذیرش قرار داده است.

۵. بحث

در این قسمت به بحث در مورد موضوع پژوهش می‌پردازیم.

۵-۱. قرارداد احتمالی

حقوق ایران به طور کلی منبعث از فقه اسلامی می‌باشد قرارداد احتمالی در حقوق ایران بیشتر در قالب عقد غرر معنا پیدا می‌کند. عقد احتمالی از جمله عقود است که با تحولات اجتماعی دارای مصادیق فراوان و کاربردی مانند قراردادهای بیمه در انواع مختلف می‌باشد در این راستا و بر مبنای اقتضائات امروز جامعه به وفور واقع می‌شوند و از آن‌ها تحت عنوان «قرارداد احتمالی» یاد می‌شود؛ بنابراین می‌توان بیان داشت که عقد احتمالی از جمله عقود است که با تحولات اجتماعی دارای مصادیق فراوان و کاربردی مانند قراردادهای پیش‌فروش مصنوعات (استصناع) قراردادهای با عوض (ثمن) شناور و غیره می‌باشد که علی‌رغم وجود مصادیقی از این عقد در مقررات، قانونگذار تصریحی قاعده‌مند در حوزه این عقود ارائه نداده است و از طرفی حقوقدانان نیز تعریف واحدی از عقود احتمالی ارائه نکرده‌اند.

۵-۱-۱. قراردادهای احتمالی از منظر

فقه امامیه

در فقه اسلامی جهت بررسی مبانی عقد احتمالی، مستلزم توجه به مبانی و اصل مشروعیت‌دهنده قاعده غرر، از منظر فقه امامیه می‌باشد. متن این روایت به دو صورت «نهی‌النبی عن بیع الغرر» و «نهی‌النبی عن الغرر» بیان شده است. شیخ طوسی معتقد است این دو یک روایت می‌باشد. با این تفصیل که، آنان که روایت «نهی‌النبی عن الغرر» را بیان داشته واژه «البيع» را حذف نموده‌اند (طوسی، ۱۴۱۴: ۳۱۹) در مقابل عده دیگر از فقها این دو را

متفاوت از یکدیگر و دو روایت جداگانه دانسته است (مراغه‌ای، ۱۴۱۴: ۳۱۳). حدیث «نهی‌النبی عن الغرر» به عنوان مستند نظریه لزوم تعیین قطعی مورد معامله به کرات در متون فقهی شیعه و سنی ذکر گردیده است. به طوری که شیخ انصاری و صاحب جواهر بر اشتباه حدیث فوق‌الذکر و مسلم بودن آن صحه گذارده‌اند (انصاری، ۱۳۶۷: ۳۸). به طور بدیهی قبل از بررسی هرگونه دلیل مبنی بر نفی و انکار غرر می‌بایست مفهوم آن شناسایی و تبیین گردد،

۵-۲. مفهوم غرر

غرر در نظر فقهای امامیه در دو مفهوم مختلف مطرح گردیده است. غرر در لغت به معنی خطر، نیرنگ و غفلت آمده است. مطابق نظر برخی فقیهان، غرر به معنی جهل است. پیروان این نظر خود نیز به دو گروه تقسیم می‌گردند برخی از آن‌ها، جهل نسبت به رسیدن شیء به دست منتقل‌الیه را غرر می‌دانند (عاملی، ۱۳۱۴: ۲۳۵). در مقابل برخی دیگر قلمرو جهل را گسترش داده و جهل نسبت به اصل وجود مبیع یا حصول مبیع یا صفات مبیع از حیث کمیت، کیفیت را غرر می‌دانند (انصاری، ۱۳۶۷: ۲۱۸).

در فقه امامیه غرر به مفهوم خطر نیز به کار رفته است. فقیهانی که غرر را به معنی خطر می‌دانند نیز به دو گروه تقسیم می‌شوند. برخی از این گروه غرر را جهل به صفات و مقدار مبیع دانسته‌اند (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۳۸). مطابق این نظر در مفهوم غرر مطلق خطر منظور نظر نمی‌باشد. به عبارت دیگر غرر تنها در جهل به صفات و مقدار مبیع وجود دارد و جهل نسبت به اصل وجود مبیع غرر نیست؛ زیرا در بیع سر درختی و سایر محصولات زراعی قبل از برداشت و اگرچه خطر وجود دارد اما بیع همچنان

صحیح است. این نظر با این ایراد مواجه شده است که خطر ناشی از اصل مبیع مهمتر از خطر ناشی از صفات است. برخی دیگر از فقها خطر را احتمال ضرری دانسته‌اند که از نظر عقلاً قابل اجتناب باشد. در این صورت احتمال ضرر یا از جهت عدم اطمینان به وجود مال یا عدم اطمینان به قابلیت تسلیم مال یا عدم اطمینان به مقدار، جنس و وصف مبیع است (مراغه‌ای، ۱۴۱۷: ۲۱۴). فقهای امامیه به‌طور کلی معامله‌ای را که موضوع آن مجهول است باطل دانسته‌اند و دلیل عمده‌ی خود را نهی نبوی (ص) از غرر ابراز داشته‌اند ولی آن‌چه در این جا قابل بحث است این‌که به‌چه دلیل، نهی مزبور را باید دلیل بر بطلان عقد تلقی کرد؟

در پاسخ معیارهای گوناگونی بیان شده است. عده‌ای گفته‌اند: اگر نهی، متوجه یکی از ارکان عقد همچون مورد معامله و یا طرفین آن باشد، موجب فساد معامله است (مراغه‌ای، ۱۴۱۷: ۲۷۹). بر همین اساس، نهی نبوی (ص) از بیع غرر را که در حدیث با اضافی کلمه بیع به غرر یعنی اضافه مصدر به مفعول بیان شده، موجب فساد معامله دانسته‌اند چون نهی متوجه رکن معامله شده و دلیل بر بطلان آن خواهد بود (نجفی، ۱۹۸۱: ۳۸۷). برخی نیز معیار را به‌گونه‌ای دیگر بیان کرده‌اند: نهی از معامله، به دو شکل امکان‌پذیر است. گاهی شارع از انعقاد قرارداد به‌عنوان «انجام یک کار» نهی می‌کند، مثل نهی از خرید و فروش به هنگام برپایی نماز جمعه، که در این صورت، نهی صرفاً در بردارنده یک حکم تکلیفی است. بدین معنا که انجام این عمل (خرید و فروش) موجب مجازات اخروی است، هرچند که بیع، باطل نمی‌باشد (حکم وضعی) (بجنوردی، ۱۳۶۰: ۲۱۶). گاهی نیز شارع به این انگیزه که «شرط بودن» یا «مانع بودن» چیزی را برای درستی معامله نشان داده و گوش‌زد نماید، از

آن نهی می‌کند. این نهی، ظاهر در بطلان عقد است. مثلاً وقتی شارع از معامله مجنون و سفیه نهی می‌کند، دیگر نمی‌توان معامله اشخاص یادشده را صحیح دانست، زیرا مفهوم عرفی این نهی، شرط بودن عقل، بلوغ و رشد می‌باشد. در حدیث غرر نیز فهم عرفی آن است که شارع مقدس با نهی از بیع غرر می‌خواهد مواردی چون قدرت بر تسلیم و رفع ابهام از مورد معامله را شرط نماید در نتیجه، معامله بر مجهول صحیح نخواهد بود. همه این‌ها، در صورتی است که دلیل لزوم رفع ابهام، حدیث غرر باشد. اگر دلیل لزوم رفع ابهام از مورد معامله، سیره عقلاً باشد، باز باید معامله یادشده را باطل دانست، زیرا همان‌طور که اشاره شد ادله‌ی نفوذ معاملات از قبیل آیه‌ی ۲۷۵ سوره بقره اشاره به بیع عرفی و عقلایی دارد و چون عقلاً رفع ابهام را معتبر می‌دانند، پس ادله مزبور، بیعی را که موضوع آن مبهم است در بر نمی‌گیرد. (بجنوردی، ۱۳۶۰: ۲۶۶)

در جمع‌بندی از بحث غرر در فقه امامیه و اهل سنت می‌توان بیان داشت که آن‌چه به‌طور خلاصه در این جا می‌توان گفت این است که غرر، مخصوص «عقد بیع» نیست و در سایر عقود معاوضه‌ای مانند اجاره، مضاربه، سلم و نظایر آن، نیز جاری و قابل طرح است. اما در عقود تبرعی، مانند هبه و وصیت در فقه امامیه، از آنجا که هدف احسان و مسامحه است، نه معامله و مغاینه و از طرفی غرر در آن‌ها به منازعه منجر نمی‌شود و اکل مال به باطل در این موارد موضوعیت ندارند حکم غرر جاری نمی‌شود، اما مذهب شافعی برخلاف امامیه، غرر را در این گونه عقود نیز جاری و مؤثر می‌داند و علت آن را به‌خاطر دفع غرر منفی بیان کرده‌اند. در عقود دیگر مانند نکاح، کفالت و وکالت، باتوجه به طبیعت و ماهیت خاص آن‌ها نیز موردی

برای غرر وجود ندارد؛ زیرا مقصود اصلی در آن‌ها معاوضه نیست که موضوع غرر واقع شوند. البته در مورد نکاح، غرر از جهت مهر مطرح است، چنان‌که در مورد مهر، تعیین و معلوم شدن آن با وصف یا اشاره شرط شده است (محقق حلی، ۱۴۳۰: ۱۸۸) برخی از فقها، مشاهده را در تعیین آن کافی دانسته‌اند زیرا به عقیده آنان بخش عمده غرر با آن منتفی می‌شود و اساساً عقد نکاح مانند سایر معاملات معاوضه‌ای محض نمی‌باشد (شهیدثانی، ۱۴۰۳: ۳۴۵). فقهای مالکی نسبت به سایر فقهای اهل سنت، بیش‌ترین بحث را در مورد غرر داشته‌اند (شهیدثانی، ۱۴۰۳: ۳۴۵). برخی از آن‌ها باب ویژه‌ای را به غرر اختصاص داده‌اند، (الصدیق الضریر، ۱۹۹۳: ۷۱). که این امر جز در معدودی از تألیفات اندیش‌مندان و فقهای شیعه (مانند شیخ طوسی، شهید اول، مراغه‌ای و نراقی) در کتب علمای امامیه کم‌تر به چشم می‌خورد، اما فقهای شافعی نسبت به موضوع غرر در حد فقهای مالکی بحث را گسترش نداده‌اند. البته به مناسبت بحث در مورد شرایط عوضین، از جمله قدرت بر تسلیم و معلوم بودن مورد معامله به موضوع غرر پرداخته‌اند.

۵-۲-۱. معاملات غرری در فقه امامیه و

رابطه آن با عقود احتمالی

منظور از معامله غرری معامله‌ای است که توأم با خطر بوده و متعاملین در زمان انجام آن، توان تشخیص سودمند یا زیانبار بودن معامله را ندارند. برخلاف اختلاف نظرهایی که وجود دارد مصادیق معاملات مزبور، معاملاتی است که مورد آن مجهول یا مقدورالتسلیم نباشد. حکم این معاملات بصورت مستقل از آیات قرآن بدست نمی‌آید و مشهور استناد به روایت نهی نبی (ص) از بیع غرری می‌باشد

معاملات غرری در قانون مدنی، جز در موارد استثنایی محکوم به بطلان است، در قانون مدنی نیز مقررات منسجمی در این مورد وجود ندارد و مطالب به‌طور پراکنده آورده شده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۹: ۲۴۵). در مفهوم اصطلاحی می‌توان بیان داشت که عقد غرری، عقدی است که وضعیت و شرایط انعقاد آن، که ناشی از جهل در اصل وجود مورد معامله (مبیع و ثمن) و یا جهل به صفات و یا شک و تردید نسبت به حصول آن است - موجد خطر مالی در معامله است. «هریک از غره و غرور و غرر (برحسب مورد) مستلزم جهل به واقع است؛ زیرا اگر شخص به آن عالم باشد، اقدام او منافی با غرر و فریب خوردگی است» (نائینی، ۱۳۹۰: ۳۷۹). از مجموع تعاریف مذکور می‌توان به چند تعریف زیر دست یافت. اولاً عقد غرری، عقدی است که حصول و عدم حصول مورد معامله معلوم نیست. با این تعریف، معامله‌ای که در آن مورد معامله، مجهول باشد خارج می‌شود؛ یعنی اگرچه از جهاتی مورد معامله مجهول باشد، ولی ملاک و مناط عقد غرری حصول و عدم حصول مورد معامله است. ثانیاً؛ عقد غرری عقدی است که مبیع در آن از جهاتی مجهول باشد، مانند جهل به مقدار یا جهل به صفات. با این تعریف معامله‌ای که در حصول و عدم حصول مبیع شک وجود دارد، خارج می‌شود. ثالثاً عقد غرری عقدی است که علاوه بر آن که جهل در آن اخذ شده است، احتمال حصول ضرر از ناحیه‌ی این جهل هم وجود داشته باشد (شیخ انصاری، ۱۳۶۷: ۱۸۶).

در خصوص ارتباط معاملات غرری و ارتباط آن با عقود احتمالی می‌توان بیان داشت که اصل لزوم تعیین قطعی مورد معامله، مورد اجماع فقها می‌باشد بدین نحو که علامه حلی در مختلف الشیعه، شیخ انصاری در مکاسب، شیخ محمد حسن نجفی در

جواهرالکلام، شهیدثانی در شرح لمعه و ابن ادریس در سرائر بر اجماعی بودن این نظریه تصریح نموده‌اند. براین اساس مشهور فقها، قراردادی که مورد معامله در آن مشخص نباشد را غرری و باطل و یکی از ادله این حکم را اجماع مطرح نموده‌اند. در بحث از بررسی اجماع به عنوان دلیلی که به استناد آن بتوان حکم به بطلان نسبت به معامله‌ای که میزان یا حصول عوض یا عوضین در آن مشخص نباشد، نمود. در این زمینه این سؤال همواره مطرح است که آیا اجماع به عنوان دلیل مستقلى می‌تواند مستند بطلان معاملاتی باشد که در آن مورد تعهد یا تملیک مشخص نیست؟

در پاسخ بدین سؤال گفته شده است که اجماع خود دلیلی ذاتی و مستقل بر حکم شارع نیست بلکه حجیت آن از باب کشف از حجت بودن قول معصوم (ع) است (گیلانی، ۱۳۷۱: ۳۱۳). در صورت وجود آیه یا روایتی که دلالت بر حکم مورد بحث نماید به اجماع به عنوان دلیلی مستقل ارزش داده نمی‌شود. در مسأله حاضر که روایت مشهور نبوی نفی غرر مستند نظریه است دیگر به اجماع توجهی نمی‌شود. بعلاوه اجماعی بودن چنین حکمی به علت وجود روایت مذکور می‌باشد. لذا اجماع مدرکی و در نتیجه غیرقابل استناد است. این چنین دیگر نمی‌توان به اجماع به عنوان دلیلی که بتواند مستند حکم غرری بودن و بطلان معاملات مورد بحث و بالاخص عقود احتمالی باشد استناد نمود. در این خصوص می‌بایست حدیث نفی غرر مورد بررسی قرار گیرد. بنابراین در جمع‌بندی از بحث رابطه غرر و عقود احتمالی می‌توان بیان داشت در برخی از منابع به طور صریح یا ضمنی، عقود احتمالی و عقد غرری یکسان تصور شده است. برای نمونه، عنوان شده است که معامله غرری معامله‌ای است که امکان دستیابی خریدار بر مبیع احتمالی بوده یا

خریدار بداند که هیچ‌گاه بر مبیع دست نمی‌یابد و مبیع در معرض خطر و زیان باشد.

از آنجائی که در عقد احتمالی (خصوصاً در بیع احتمالی) نیز امکان دستیابی به مبیع احتمالی است، بنابراین تفاوتی بین عقود احتمالی و عقد غرری در این تعریف ملاحظه نمی‌شود. از سوی دیگر، علت این که در حقوق ایران اصل بر بطلان عقود احتمالی نهاده شده است وجود غرر در این عقود یا به عبارتی غرری فرض نمودن این عقود است با این که این دو نهاد حقوقی از لحاظ جهل نسبت به مورد معامله (وجود مورد معامله، قدرت بر تسلیم مورد معامله، مقدار، جنس و وصف مورد معامله) مشترک هستند. از این رو در ارتباط بین این دو می‌توان بیان داشت. غرر موجود در هریک از دو عقد (احتمالی و غرری) متفاوت می‌باشد. هم‌چنان که برخی از حقوقدانان بیان داشته‌اند در صورت وجود غرر در قرارداد، غرر یا از نوع ذاتی است یا از نوع عرضی، آن نوع غرری که از اجزای ماهیت عقد باشد، غرر ذاتی است. این غرر به علت استقبال جامعه از آن مبطل عقد نیست، اما در غرر عرضی به علت این که جامعه از آن دوری می‌کند، نبی (ص) آن را نهی کرده و مبطل عقد است (شادباد و همکاران، ۱۳۹۷: ۱۸۹). بنابراین براساس مطالب مطرح شده در فوق می‌توان این گونه بیان داشت که برخی از نویسندگان بر مبنای اختلاف نظری که در خصوص مفهوم و تعریف غرر در بین فقها وجود دارد به این نتیجه رسیده‌اند که به جهت عدم وجود تعریف مشخصی از غرر، نمی‌توان روایت مشهور نفی غرر را دلیل بر بطلان معاملاتی دانست که مورد معامله در آن در زمان انعقاد قرارداد و به طور قطعی تعیین نشده است. با این وجود، همانطور که در بحث از تعریف غرر گفته شد غرر مفهومی عرفی است که بر حسب زمان و مکان در حال تغییر است. بدین ترتیب در

معین نبودن میزان سودو زیان طرفین موجب احتمالی بودن عقد نیست، «زیرا هیچ کس نمی تواند به طور قطع منافع کارهای خود را پیش بینی کند» (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۲۴)

برخی از حقوقدانان معتقدند «عقد احتمالی، عقدی است که طرفین آن تعهد متقابل دارند ولی وصول یکی از طرفین یا هر دو به اثر عقد، وابستگی به بخت و اتفاق دارد و در حین عقد نمی توان آن را تحدید و معین نمود مانند قمار و بیمه». (لنگرودی، ۱۳۸۷: ۸۵) این تعریف مطابق تعریف کاشف الغطا از عقد تقدیری است. برابر این تعریف عقد احتمالی جزو عقود معوض و معلق علیه در آن امری شانس است. ایراد تعریف مذکور آنست که اولاً عقد احتمالی لزوماً عقدی معوض نیست زیرا عقود تبرعی هم ممکن است احتمالی باشند. (السنهوری، ۱۳۹۸: ۱۴۰). ثانیاً در عقود احتمالی معلق علیه همیشه امری شانس نیست بلکه ممکن است امری محتمل الوقوع یا قطعی الحصول باشد که زمان وقوع آن نامشخص است. برای مثال فوت ذی نفع در قرارداد مستمری قطعی الحصول است که تنها زمان آن نامشخص است (السنهوری، ۱۳۹۸: ۱۴۰). برخی دیگر از حقوقدانان ضمن اعتقاد به معاوضی بودن عقد احتمالی، عقد مذکور را اینچنین تعریف نموده است: «عقد احتمالی عقد معوض است که در آن مقدار دوعوض وابسته به امر نامعلومی در آینده است» (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۲۴). انتقاد وارد به این تعریف، عدم لزوم معوض بودن عقد احتمالی است که در این خصوص همان نقد و تحلیل تعریف نخست مطرح است. از دیگر انتقادات وارد به این تعریف آن است که در عقد احتمالی معوض، ممکن است تنها میزان یکی از عوضین (نه هر دو) نامشخص باشد مثلاً در عقد بیمه حوادث فقط میزان تعهد بیمه گر هنگام انعقاد عقد نامشخص

ارتباط با عقود احتمالی که مورد معامله در زمان انعقاد قرارداد به طور قطعی تعیین نمی گردد حسب مصادیق روزافزون آن ها عرف امروز جامعه نه تنها این نوع معاملات را منع نمی نمایند؛ بلکه برای رفع نیاز از آن ها استقبال نیز می نماید. بنابراین به نظر می رسد استناد به روایت مذکور به عنوان مستند نظریه لزوم تعیین قطعی مورد معامله در زمان انعقاد قرارداد، حداقل در حوزه عقود احتمالی با ایراد اساسی مواجه بوده و نمی تواند مستند عدم اعتبار عقد مورد بحث باشد.

۵-۳. قراردادهای احتمالی در حقوق ایران

به رغم این که قانونگذار تعریفی از عقد احتمالی ارائه نکرده است ولی در مقررات مصادیقی از عقود به کار رفته که قابل انطباق با عقد احتمالی است مانند: بیمه، مضاربه، جعاله و غیره و برخی نیز در عرف رایج شده، بدون این هاست که قانونگذار نسبت به آن تعیین تکلیف نموده باشد مانند: قرارداد با عوض (ثمن) شناور و برخی نیز در فقه مورد توجه قرار گرفته است. مانند قرارداد ساخت و ساز اموال منقول (شادباد و همکاران، ۱۳۹۷: ۱۷۲). به عبارت دیگر، اگر چه مصادیق قراردادهای احتمالی در قوانین و مقررات با واژه های مختلف وجود دارد ولیکن واژه عقد احتمالی از حقوق اروپا وارد حقوق ایران شده و مبنای اختلاف نویسندگان حقوق در عنوان عقد، نوع ترجمه ای است که از این قرارداد دارند.

حقوقدانان تعریف واحدی از عقود احتمالی ارائه نکرده اند، برخی از آنان عقد احتمالی چنین تعریف نموده اند؛ «عقد معوضی است که در آن مقدار دوعوض وابسته به امر نامعلومی در آینده باشد». بر مبنای این نظر، عقد احتمالی یکی از اقسام عقود معوض است و علاوه بر این عامل، بخت و تصادف بایستی در تعیین میزان دو عوض دخالت داشته باشد و عقد بر این مبنا واقع گردد. توضیح این که

است. بدین ترتیب، عقد احتمالی ممکن است معوض یا غیرمعوض باشد. و در حالت معوض، ممکن است میزان یکی از عوضین نامشخص باشد یا میزان هر دو عوض نامشخص باشد.

بعضی از نویسندگان عقدا احتمالی را با عقد معلق نهاد حقوقی واحد دانسته‌اند. ایشان در توجیه نظرشان می‌گویند در تمام مصادیق عقد احتمالی منشأ به‌طور ذاتی معلق به چیزی است که اگر در خارج تحقق یابد عقد اثر خارجی پیدا می‌کند. همانطور که در مباحث آتی در قسمت مقایسه دو عقد احتمالی و معلق تشریح گردیده است، عقد احتمالی با عقد معلق از جهت مبنا، تعلیق، نوع تعلیق و آثار کاملاً متفاوت است. بنابراین یکی دانستن دو عقد معلق و احتمالی امری غیرممکن است. (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۱۶۰)

۵-۳-۱. مبانی قراردادهای احتمالی در حقوق ایران

باتوجه به عدم تعریف عقد احتمالی در مقررات موضوعه، نمی‌توان جایگاه ثابتی برای آن در حقوق ایران در نظر گرفت. مبانی تردید نسبت به اعتبار عقد احتمالی در حقوق ایران، نقض اصل لزوم تعیین قطعی عوضین است. با این وجود، در فقه اسلامی موضوعات مختلفی مطرح گردیده که جایگاه و مبانی صحت عقدا احتمالی را مورد پذیرش قرار داده است. موارد مذکور به شرح ذیل مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۵-۳-۲. قاعده لزوم وفای به عهد

براساس قاعده یاد شده، طرفین قرارداد ملزم به اجرای مفاد و اثر قرارداد بوده و در صورت عدم اجرای آن، مطابق مقررات به اجرای آن اجبار می‌شوند مگر این که طرفین به وسیله اقاله آن را به هم بزنند یا به وسیله قانونی فسخ نمایند. مفاد قاعده لزوم وفای به

عهد در ماده ۲۱۹ قانون مدنی انعکاس یافته و مستند آن در آیات قرآنی از جمله در آیه ۱ سوره مائده «ووفوا بالعقود»، آیه ۲۶ سوره نساء «لا تأکلوا أموالکم بینکم بالباطل الا ان تكون تجاره عن تراض منکم»، آیه ۱۷۷ سوره بقره «المومنون بعهدهم اذا عاهدوا» و آیه ۹۱ سوره اسراء «وفوا بالعهد ان العهدکان مسئولاً» بر لزوم وفای به عقود و قراردادهای تأکید دارد. باتوجه به آیات و روایات، اجرای مفاد قرارداد الزامی و می‌توان این الزام را در خصوص قراردادهای احتمالی نیز جاری دانست. (نورمحمدی، ۱۳۸۸: ۱۲)

۵-۳-۳. قاعده نفی عسرو حرج

از مهمترین آیاتی که به عنوان دلیل قاعده عسرو حرج مورد استناد قرار می‌گیرد، آیه ۷۸ سوره حج است. بر مبنای قاعده مذکور، چنانچه در انجام حکم شارع مقدس بیش از آن مقدار که لازمه ذات تکلیف است حرج و مشقتی وجود داشته باشد، تکلیف برداشته می‌شود (قریشی و علیپور قوشچی، ۱۳۹۶: ۵۸). همچنین روایتهای متعددی نیز از معصومین علیه السلام نقل شده که مبنای قاعده نفی عسرو حرج قرار گرفته است که جملگی دلالت بر پذیرش قاعده یادشده دارد (قاسمی، ۱۳۸۷: ۱۳۷). باتوجه به تحولات صنعتی و اقتصادی، در روابط تجاری داخلی و بین‌المللی و در عرف معاملات، برخی از اصول حاکم بر قراردادهای نادیده گرفته می‌شود که قراردادهای احتمالی از این دسته است. از قراردادهای هستند مانند قرارداد استصناع، قرارداد پیش فروش مصنوعات، مشارکت‌ها و دیگر عقود نوظهور که این دسته از قراردادهای براساس اقتضائات امروز جامعه به وفور واقع می‌شود که اگر نظر به اعتقاد بر بطلان آن باشد، بر مبنای نظریه استثنایی بودن این عقود، نه تنها تعداد زیادی از عقود را حمل بر بطلان می‌نماید و نظم عمومی اقتصادی و

اعتبار شرط خسارت توافقی وقتی که مخالفت آن با قانون یا رویه قضایی به تردید افتد. اثر دیگر این اصل آن است که مدعی فساد عقد یا شرط را موظف به اقامه دلیل و اثبات آن می‌نماید. (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۵۵)

برابر ماده ۲۲۳ قانون مدنی «هر معامله که واقع شده باشد محصول بر صحت است، مگر این که فساد آن ثابت شود». مطابق این ماده، اصل بر این است هر معامله‌ای که واقع شده دارای تمامی شرایط اساسی صحت معاملات و شرایط اختصاصی آن عقد بوده و در نتیجه اصل بر صحت آن است مادامی که خلاف آن ثابت نشده به اعتبار و قوت خود باقی است (طباطبایی، ۱۳۹۲: ۵۵). بعد از وقوع قرارداد هریک از طرفین ممکن است بر مبنای اغراض گوناگون شخصی اقدام به طرح دعوا علیه طرف دیگر نماید و مدعی عدم وجود شرایط صحت یا وجود موانع حین انعقاد قرارداد گردد. از جمله این ادعاها عدم اهلیت طرف مقابل، معلوم و معین بودن مورد معامله، عدم وجود توالی عرفی بین ایجاب و قبول و... باشند. در این میان مسأله پیچیده آن است که دادرس باید بار اثبات دعوا را بر عهده کدام یک از طرفین بگذارد؟ جهت رهایی از این سردرگمی و به منظور رعایت اصل امنیت در معاملات و همچنین تأمین نظم عمومی اقتصادی، اصل بر صحت عقود بوده که این اصل مبتنی بر سیره عقلا و نظم عمومی جامعه است. (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۳۴۹-۳۵۱)

اگرچه در مورد قلمرو اصل صحت چه از لحاظ شمول آن نسبت به شبهات حکمیه و چه از لحاظ شمول آن نسبت به شبهات موضوعیه مورد اختلاف نظر واقع شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۳۵۹) لیکن می‌توان گفت باتوجه به رفع نیازهای اجتماعی بر مبنای تحولات اقتصادی و ظهور مصادیق بسیاری از عقود احتمالی در زندگی روزمره و ابعاد حیات

معاملاتی جامعه را مختل می‌سازد، بلکه جامعه را نیز در رفع نیازهای ضروری خود دچار عسرو حرج می‌سازد. لذا چنانچه بر مبنای حکم اولیه این دسته از عقود را از یک سو بر مبنای مجهول بودن عوض یا عوضین و از سوی دیگر بر مبنای نوظهور بودن (نامعین) آن‌ها بطلان بدانیم، به استناد قاعده نفی عسرو حرج حکم مذکور برداشته می‌شود و به جهت رفع نیازهای جامعه و قبول عرف عقلا حکم ثانویه صحت بر عقود احتمالی جاری می‌گردد. بنابراین در جمع‌بندی از این بحث می‌توان بیان داشت که دفاع از عقود احتمالی و صحت و اعتبار آن منوط به قاعده عسرو حرج به این معنا که چنانچه اعتقاد به بطلان عقود احتمالی داشته باشیم نه تنها نظم عمومی اقتصادی و معاملاتی در اثر بطلان این عقود مختل خواهد شد بلکه جامعه نیز در رفع نیازهای ضروری خود دچار عسرو حرج خواهد گردید چرا که در اثر تحولات اقتصادی و تجاری و افزایش این عقود مانند قراردادهای با عوض شناور، قرارداد استصناع، مشارکت‌ها و غیره، عموم جامعه در روابط حقوقی خود به این دسته از عقود نیازمبرم دارند. بنابراین چنانچه در انجام حکم شارع بیش از مقدار لازم حرج و مشقت وجود داشته باشد مطابق قاعده به عنوان حکم ثانوی، حکم اولیه برداشته می‌شود. (شادباد و همکاران، ۱۳۹۷: ۱۷۷)

۵-۳-۴. اصل صحت

در حقوق ایران اصلی وجود دارد که منشأ آن در فقه اسلام بوده و در مباحث مختلف حقوقی در تفسیر و یا استنباط احکام به حقوقدان کمک می‌کند، «اصل صحت» است. براساس این اصل هر عقد و یا شرطی که در درستی و اعتبار آن از یک طرف و یا بطلان و بی اعتباری آن از طرف دیگر تردید شود نظر بر درستی و صحت آن داده می‌شود. این در واقع تأییدی است بر مشروعیت و

زندگی اجتماعی، تردیدهای حکمی نسبت به صحت یا عدم صحت عقد احتمالی برطرف شده و نباید در صحت این دسته از عقود تردید نمود (رحیمی و محمودزاده، ۱۳۹۳: ۹۰)

در حقوق ایران، صحت عقد احتمالی مورد تردید قرار گرفته است، علت این امر اولاً، غرری دانستن عقد احتمالی است ولی باتوجه به این که در عقود احتمالی، تعیین و تحدید میزان مورد معامله یا حصول آن بر مبنای معیار ثابت در آینده صورت می‌گیرد و با توجه به استقبال عرف‌عقلایی معاملاتی از غرر موجود در این عقود و پذیرش آگاهانه آن توسط متعاقدين و در جهت رفع عسرو حرج در روابط حقوقی و معاملاتی عموم جامعه عقود احتمالی باطل نبوده و مشمول نهی پیامبر (ص) و حدیث غرر نمی‌باشد. یکی دیگر از این ابهامات در خصوص ماهیت حقوقی این عقد است و در این خصوص اختلاف نظر وجود دارد. علاوه بر این که تعریفی جامع و مانع از عقد احتمالی ارائه نشده است، برای این عقد گاهی ماهیت مستقلی قائل نشده‌اند و حسب مورد، عقد احتمالی همان عقد معلق، عقد شانس، عقد غرری، عقد مسامحه‌ای، عقد مشروط و عقد مؤجل معرفی شده است. باتوجه به این که خلط و درآمیختن عناوین، شناخت عقد احتمالی را با مشکل مواجه می‌نماید بر تردیدهای موجود نیز می‌افزاید. (شادباد و همکاران، ۱۳۹۷: ۱۹۶-۱۹۷)

۵-۳-۵. اصله اباحه

اباحه در اصطلاح عبارت است از باز بودن میدان، در پیش روی مکلف تا آنچه را که می‌خواهد اختیار کند. یعنی مکلف آزادانه انجام دادن یا ترک فعلی را انتخاب می‌کند. به عبارت دیگر، هر آن چیزی که نسبت به حلال و حرام بودن آن شک وجود داشته

باشد، بر مبنای اصل اباحه حمل بر حلیت می‌شود و استفاده از آن به حکم اصل فوق‌الذکر نیاز به مجوز شرعی ندارد، مگر در مواردی که حکم قانون‌گذار به صراحت منع شده باشد. (حیدری، ۱۳۹۹: ۳)

اصل اباحه در حقوق ایران در مواد ۱۰ و ۷۵۴ قانون مدنی ظهور یافته است. شرایط لازم برای وقوع عقد احتمالی از یک سو مربوط به طرفین معامله است و از سوی دیگر، مورد معامله باید دارای شرایطی باشد (عباس‌زاده چوبر و اقاجعلی، ۱۳۹۶: ۲۱۲). در عقود احتمالی، تسامح در تعیین میزان دو عوض آشکارا دیده می‌شود. برای مثال، در عقد بیمه و به دلیل عدم تناسب بین حق بیمه پرداخت شده و پولی که سرانجام بیمه‌گر می‌پردازد، اگر پس از تأدیه یک قسط بیمه، بیمه‌گر ناگزیر به پولی پرداخت خسارت هنگفتی شود، نباید او را مغبون پنداشت. با این وجود، اگر عقد احتمالی نیز بتوان ارزش تعهد هریک از دو طرف را، با ملاحظه درجه احتمال فزونی و کاستی آن، معین کرد (مانند نرخ بیمه اتومبیل یا آتش‌سوزی کارخانه‌ها یا منازل مسکونی یا فروش مالی در برابر حق انتفاع عمری) هیچ مانعی استناد به غبن وجود ندارد، زیرا دو طرف در این چهره مبادله هیچ تسامحی ندارند. (عابدیان و اصغری، ۱۳۹۳: ۱۰۷-۱۲۵)

۵-۴. بررسی آثار در قراردادهای احتمالی

همانگونه که اشاره شد عقد مذکور به اعتبار احتمال در میزان و مقدار یکی از عوضین یا هر دو عوض، احتمالی می‌باشد. برای مثال در بیع احتمالی ممکن است که میزان و مقدار مبیع احتمالی و در مقابل میزان و مقدار ثمن مشخص و معین باشد. مضافاً ممکن است که هر دو عوض احتمالی باشد که می‌تواند در عقد بیع مصداق پیدا کند علاوه بر بیع، عقود دیگری نیز می‌تواند در این

می‌دهد، زیرا هر دو طرف قبلاً تمایل خود را برای انعقاد چنین قراردادی اقرار کرده‌اند. این مهم به حفظ یک رابطه خوب و ایجاد اعتماد بین دو طرف کمک می‌کند. در نهایت، هیچ‌یک از طرفین نمی‌توانند بر مفاد قرارداد و رویداد آتی کنترل داشته باشند، زیرا این رویداد وثیقه قرارداد است و به آن وابسته نیست اعم موارد مطرح‌شده در فوق نشان می‌دهد که قرارداد احتمالی دارای آثار و پیامدهای مستقیم و غیرمستقیمی می‌باشد که در این قسمت ابتدا پیامدها و آثار مستقیم در مصادیقی از عقود مدنظر قرار خواهد گرفت.

۵-۵-۱. عقد بیع احتمالی

بیع احتمالی مورد توجه حقوقدانان ایران قرار نگرفته است و برخی، بیع را صرفاً مغایه‌ای و بیع احتمالی را منتفی دانسته‌اند. (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۸۲: ۳۸۹) در فقه امامیه نیز عنوان خاص بیع احتمالی دیده نمی‌شود، اما در مباحث خاصی مورد توجه بوده است. این درحالی است که در دکترین یا رویه قضایی برخی از نظام‌های حقوقی از جمله کامن‌لا و حقوق انگلیس، بیع احتمالی مطرح و صحیح دانسته شده است. بنابراین در تعریف عقد بیع احتمالی می‌توان بیان داشت که از جمله عقود است که ممکن است تعهد عینی طرف عقد به صورت احتمالی منعقد گردد. آنچه بر احتمالی بودن این نوع عقد تأکید دارد این است که به نظر برخی، عقد بیع در اصل از عقود محدد است. چون طرفین در زمان انعقاد عقد قیمت آنچه را که می‌دهند و آنچه را که می‌گیرند، می‌دانند یا قادرند که بدانند. اما این صفت لازمه عقد بیع نیست. (مرقس، ۱۹۹۰: ۲۴) در نتیجه، بیع می‌تواند احتمالی باشد و این در حالتی است که تحدید مقدار مبیع یا ثمن متوقف بر حادثه‌ای غیرمحقق است. اهمیت این که بدانیم بیع عقد محدد است یا

دسته قرار گیرد. عقد بیمه، عقد راعی، اجاره شیل و قرارداد مستمری از عقود می‌باشد که در این دسته می‌باشند که می‌توان توأم با آثار مستقیم و غیرمستقیمی باشند متناسب با این وضعیت تلاش می‌شود تا آثار عقود احتمالی و همچنین مصادیق آن‌ها مورد مطالعه و بررسی قرار گیرد.

۵-۵. بررسی آثار مستقیم در قراردادهای احتمالی

یک قرارداد احتمالی، می‌تواند توأم با پیامدهای مستقیم و غیرمستقیمی باشد چنانچه تلاش بر آن باشد که از شرایط و ضوابط سنگین یک قرارداد اجتناب شود، می‌توان یک قرارداد احتمالی را امضاء کرد. این قرارداد از خطر ضررهایی که هریک از طرفین باید در صورت شکست قرارداد متحمل شوند جلوگیری می‌کند. زیرا در یک قرارداد مشروط، قرارداد در صورت وقوع یا عدم وقوع یک رویداد در آینده، معتبر می‌شود. رویداد باید نامشخص باشد. بنابراین، تا زمانی که رویدادی در آینده رخ ندهد، هیچ شفافیتی در مورد این که این قرارداد به کجا ختم می‌شود، وجود ندارد. علاوه بر این، هر دو طرف مجبور نیستند در مورد شرایط قرارداد به توافق برسند، بلکه رویدادی نامشخص در آینده تصمیمی بر این امر خواهد گرفت. بنابراین هر دو طرف باید با هر اختلاف نظر ناشی از قرارداد کنار آیند. یکی دیگر از جنبه‌های مهم این نوع قرارداد این است که اگر رویداد آینده براساس خواسته آن‌ها اتفاق نیفتد، طرفین نمی‌توانند مجدداً در مورد شرایط قرارداد مذاکره کنند. هرگونه مذاکره، بحث در مورد قرارداد باید قبل از وقوع رویداد توسط طرفین بررسی شود. بسته به رویداد آینده، یک طرف سود می‌برد و دیگری نه. این امر نیاز به دادرسی‌های طولانی دادگاه را کاهش

احتمالی است، در این است که غبن در بیع احتمالی راه ندارد (قاسم، ۲۰۰۵: ۳۳). به عنوان مثال در حقوق مصر، برخی از آرای قضایی نیز برآنند که بیع احتمالی محصولات کشاورزی آینده (که محصول آینده محل معینی مثلاً محصول آینده صد درخت باغ خاصی، به عنوان مبیع مورد معامله قرار می‌گیرد) در صورتی که ثمن محدود و احتمال در مقدار محصول باشد، صحیح و مشمول احکام موارد ممنوعه نیست. (السنهوری، ۱۹۹۸: ۱۴۱)

۵-۲. بیع شیر آینده حیوان

بیع مال آینده، بیعی است که مبیع آن در تاریخ وقوع عقد وجود ندارد؛ اما با بیع تعهد می‌کند که بعداً آن را فراهم کند و سر موعد تحویل دهد مانند نجاری که یک دست مبل می‌فروشد که دو ماهه تحویل بدهد. این مبل‌ها باید در آینده ساخته شود و تاریخ تشخیص مبیع بعد از بیع است. توجه به مباحث مطرح در نظام‌های حقوقی مختلف مبیع آینده غالباً یا بعداً تولید و ساخته می‌شود و یا نظیر محصولات کشاورزی کشت و رشدونمو می‌یابد. در برخی نظام‌ها معامله پشم گوسفند که بعداً رشدونمو می‌یابد و یا شیر گاوهای متعلق به بایع که در آینده فراهم می‌گردد نیز تحت عنوان بیع مال آینده مطرح شده است؛ اما در این قسمت تلاش شده است تا شیر آینده حیوان به عنوان نوعی از عقد بیع احتمالی مدنظر قرار گیرد. بنابراین می‌توان بیان داشت که از جمله مصادیقی که می‌تواند به عنوان بیع احتمالی مطرح شود فروش شیر آینده حیوان می‌باشد. توضیح این که در میان مباحث و روایات مختلفی که در خصوص صحت فروش شیر حیوان مطرح شده است. درخصوص این توافق از دو دیدگاه می‌توان اشکال مطرح کرد: اولاً، این که بیع، تملیک عین است به عوض معلوم و در این جا آیا

شیرحیوان، منفعت محسوب نمی‌گردد و در نتیجه بیع دانستن توافق مواجه با مشکل نمی‌باشد؟ ثانیاً این که در فرض بیع دانستن توافق حاصله چه ضابطه‌ای را می‌توان برای صحت توافق پیشنهاد کرد؛ زیرا این اشکال که در زمان تراضی مالی وجود ندارد تا مورد معامله قرار گیرد همچنان باقی است. درخصوص بحث نخست باید دانست که اگرچه شیرحیوان این قابلیت را دارد که به عنوان منفعت حیوان مطرح گردد و در این صورت اشکال اساسی بر بیع دانستن توافق طرفین ایجاد گردد اما باید دانست نمونه‌های دیگری هم وجود دارد که در آن موضوع معامله هم می‌تواند به عنوان وجود تابع از اصل مال دیگری مطرح گردد و هم این که قابلیت معامله به عنوان مال مستقل را دارد. براین اساس می‌توان به بیع ثمره اشاره کرد که در واقع ثمره می‌تواند هم به عنوان منفعت درختان معامله شود و هم به عنوان مال مستقل مورد معامله قرار گیرد و در میان فقها هم در صحت بیع تردیدی وجود ندارد. دراین خصوص نیز شیرحیوان چنین وضعیتی را دارد و ملاک این که در چه صورتی موضوع را تملیک منفعت بدانیم یا تملیک عین تحلیل قصد متعاملین است و براین اساس باید دید که مصادیق مذکور به طور استقلالی مورد معامله قرار گرفته‌اند یا خیر. (پیرهادی، ۱۳۸۸: ۳۷)

۵-۶. بررسی آثار غیر مستقیم عقود

در قرارداد احتمالی

در برخی از مصادیق عقد احتمالی آورده طرفین در زمان انعقاد عقد مشخص و معین است ولیکن این که با اجرای تعهدات ناشی از عقد چه چیزی نصیب طرفین گردد احتمالی و وابسته به اموری محتمل الوقوع در آینده است. برای مثال می‌توان به عقد مضاربه اشاره کرد. در عقد مضاربه آورده‌ی

طرفین، کار عامل و سرمایه مالک می‌باشد. بر این اساس در لحظه انعقاد عقد عوضین و میزان آن برای طرفین معلوم و مشخص است. با وجود این در لحظه انعقاد عقد مشخص نیست که با اجرای عقد از تلاش عامل چه چیز حاصل خواهد گشت. البته برخی معتقدند که آورده طرفین در مضاربه شامل سود حاصله از تجارت و مال‌التجاره می‌باشد. به عبارت دیگر باتوجه به این که عوضی که عامل در برابر کار خود می‌گیرد جنبه احتمالی دارد و موکول بر این است که از تجارت نفعی به دست آید به این ترتیب مضاربه نیز از عقود احتمالی محسوب خواهد شد (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۱۰۹/۲) در این قسمت تلاش می‌شود تا مصادیق عقود احتمالی با آثار غیرمستقیم آن مورد مطالعه و بررسی قرار گیرد.

۵-۶-۱. عقد تراز

تراز عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین مقدار معین و معلوم از دام متعلق به خود را جهت تعلیف و حفظ و نگهداری در اختیار طرف مقابل قرار می‌دهد و منافع و نتایج دام‌ها بنا به توافق و یا عرف محل بین طرفین تقسیم می‌گردد. (لنگرودی، ۱۳۸۲: ۲۲۰)

در این عقد، ممکن است دام‌ها را جهت مواظبت در ظرف مدت معین به طرف بدهند و نگهدارنده، هزینه نگهداری را تعهد کند و مالک دام بابت حفاظت به شرح مذکور، اجرت به او بدهد. همچنین ممکن است مالک دام، تعداد معینی دام به طرف مقابل عقد تملیک کند که طرف در رأس مدت معین به همان تعداد دام و به همان سن و سال و از همان جنس دام به مالک رد کند و منافع دام‌ها متعلق به طرف باشد. همچنین ممکن است که طرفین توافق کرده باشند که تعدادی دام برای حفاظت به طرف مقابل داده شود که در رأس موعد

معین همان دام را پس بدهند و اگر بعضی دام تلف شود، عوض آن را بدهند و منافع دام‌ها مشترک بین متعاقدين باشد

بررسی تعاریف و جنبه حقوقی عقد تراز نشان می‌دهد که این عقد از این منظر می‌تواند حائز شرایط احتمالی بودن باشد برخی از حقوقیین به اعتبار این که در مصب تراضی عاقدین، نوعی از استقبال از مخاطره وجود دارد، تراز را از جمله عقود بختکی (احتمالی) دانسته‌اند. در واقع با نگاهی به انواع توافق طرفین ملاحظه می‌گردد که در مجموع سه نوع رایج از تراز وجود دارد: اولاً؛ در یکی از انواع تراز، توافق بدین شکل است که، در قبال تلاش عامل، تصنیف منافع دام که شامل پشم، روغن، شیر و کشک می‌باشد، بین دو طرف عقد صورت می‌گیرد. ثانیاً؛ در نوع دوم، در قبال فعالیت عامل، تصنیف نتایج دام صورت می‌گیرد. ثالثاً؛ در نوع سوم نیز، ضمان مرگ و میردام‌ها مورد توافق قرار می‌گیرد که ضمان مذکور به عهده‌ی عامل می‌باشد. توضیح این که اگر برای حفاظت، صد رأس گوسفند قبول می‌کند، پس از ختم مدت عملکرد باید صد رأس بدهد به همان سن و سال که در تاریخ عقد ستانده بوده است و در عوض این ضمان، تمام منافع دام‌ها متعلق به عامل خواهد بود و اگر نتایج زیاده‌تر باشد نیز، زیاده مال محافظ خواهد بود بنابراین ملاحظه می‌گردد که در هر حالت عناصری را که برای احتمالی بودن عقد لازم است در این جا وجود داشته و توافق طرفین جنبه احتمالی دارد. (لنگرودی، ۱۳۸۴: ۲۲۰)

۵-۶-۲. عقد مزارعه

در خصوص عقد مزارعه مواد ۵۱۸ تا ۵۴۲ قانون مدنی ایران به قرارداد مزارعه اختصاص دارد، در این مواد افزون بر تعریف قرارداد مزارعه، ضوابط و مقررات آن بیان شده است، تعریف قانون مدنی

و مقررات آن برگرفته از کتاب‌های فقهی بوده و شباهت کامل به آن‌ها دارد، افزون بر این، قرارداد مزارعه در ماده ۱۷ قانون عملیات بانکی بدون ربا نیز آمده است، براساس این ماده، بانک‌ها می‌توانند اراضی مزروعی یا باغات را که در اختیار و تصرف خود دارند به قرارداد مزارعه یا مساقات به کشاورزان و باغبانان واگذارند (هدایتی و همکاران ۱۳۷۵: ۲۲۳). مزارعه نیز با توجه به شرایط حاکم بر انعقاد و آثار آن از عقود احتمالی است که در آن، اثر غیرمستقیم عقد وابسته به امور محتمل‌الوقوع در آینده است؛ زیرا در مزارعه بر طبق ماده ۵۱۸ قانون مدنی میزان و حصول آن چه عاید هریک از طرفین می‌شود هنگام عقد نامشخص بوده و تعیین آن در آینده صورت خواهد گرفت این عقد، احتمالی خواهد بود و در نوشته‌های برخی از حقوقدانان نیز به احتمالی بودن این عقد اشاره شده است (ناصر شباد و همکاران، ۱۴۰۰: ۱۸۰-۱۸۳). علاوه بر آن نیز در این عقد، پس از آن که مزرعه در اختیار زارع قرار می‌گیرد، زارع نیز عمل خود را که زراعت بر زمین می‌باشد به عنوان عوض عرضه می‌نماید؛ اما این که چه چیزی عاید طرفین خواهد شد، احتمالی است و با توجه به تعریف ارائه شده از عقود احتمالی، مزارعه در زمره عقود فوق قرار می‌گیرد.

۵-۶-۳. عقد مساقات

مساقات عقدی لازم میان صاحبان باغ‌ها و باغداران برای تقسیم محصول به نسبت توافق شده می‌باشد. اوراق مساقات، سند مالکیت مشاع دارندگان اوراق یر باغ یا باغ‌ها مثمر یا دیگر نهادهای تولیدی باغ معین است که به قرارداد مساقات برای باغداری در اختیار عامل قرارداد مساقات گذاشته شده است. این اوراق قابل خرید و فروش هستند و قیمت آنها با توجه به افزایش قیمت باغ‌ها، افزایش می‌یابد.

اوراق مساقات مانند اوراق مزارعه است در این اوراق نیز مؤسسه مالی ناشر اوراق مساقات، در جایگاه وکیل، وجه‌های نقدی متقاضیان اوراق را تجهیز کرده، زمین‌های قابل تبدیل به باغ یا باغ‌های آماده را خریداری می‌کند، سپس روی آن‌ها سرمایه‌گذاری کرده و آماده بهره‌برداری می‌کند و به وکالت از طرف صاحبان اوراق، آن‌ها را به قرارداد مساقات عادی یا مساقات به شرط تملیک به باغبانان وا می‌گذارد تا آنان روی آن باغ‌ها کار کنند و محصول را مطابق قرارداد با مؤسسه مالی تقسیم کنند. (موسویان، ۱۳۸۶: ۹۰)

قراردادهای مزارعه و مساقات از نظر فقهی جزو قراردادهای مشروع و از جهت قانونی مستند به قوانین مدنی و عادی ایران هستند، در نتیجه برای طراحی اوراق بهادار براساس آن‌ها نیازی به تاسیس فقهی و حقوقی جدید نیست. مساقات به این اعتبار که آثار غیرمستقیم عقود احتمالی می‌باشد در زمره عقود احتمالی قرار می‌گیرد. توضیح این که در این عقد، در زمان انعقاد عقد عوضین که شامل باغ مالک و عمل آبیاری توسط عامل می‌باشد معین می‌باشند؛ اما این که چه میزان از محصول عاید طرفین گردد، احتمالی و معلق بر واقعه‌ای محتمل الوقوع در آینده است.

۵-۶-۴. عقد مضاربه

مضاربه در اصطلاح قرارداد یک شرکت در سود مالی از یک طرف و عمل کردن از طرف دیگر و اوراق مضاربه عبارتست از تقسیم سرمایه به سهام مساوی و ممکن است توسط یک طرف یا طرف‌های متعدد ارائه شود و این‌ها اوراق هستند که بازده مالی نامشخص اما مورد انتظار دارند و این امر بدلیل مطالعه و بررسی فعالیت شرکت صادر کننده آن‌ها

۶. نتیجه

در نتایج حاصله باید گفت عقد احتمالی از جمله عقود است که با تحولات اجتماعی دارای مصادیق فراوان و کاربردی مانند قراردادهای پیش فروش مصنوعات (استصناع) قراردادهای با عوض (ثمن) شناور و غیره می‌باشد که علی‌رغم وجود مصادیقی از این عقد در مقررات، قانونگذار تصریحی قاعده‌مند در حوزه این عقود ارائه نداده است؛ و از طرفی حقوقدانان نیز تعریف واحدی از عقود احتمالی ارائه نکرده‌اند.

قراردادهای احتمالی قراردادهایی هستند که به وقوع یا عدم وقوع رویدادی نامطمئن وابسته هستند.

عقود احتمالی بر دو دسته اصلی قابل تقسیم‌اند. در دسته اول عقود هستند که در آنها میزان آورده طرفین در حین عقد مشخص و معین است؛ و تنها آثار عقد است که وابسته به امر محتمل‌الوقوع می‌باشد. در این دسته عقود همچون مزارعه، مضاربه قرار دارد. باتوجه به اینکه در این گروه از عقود هیچ جهلی به عوضین وجود ندارد؛ بنابراین بحث غرر منتفی است. در دسته دوم عقود قرار دارند که در آن‌ها ممکن است. حسب مورد یکی از عوضین یا هر دو عوض، احتمالی باشد مانند عقد بیمه

وضعیت عقود احتمالی از حیث صحت یا عدم صحت آن فقه امامیه و به تبعیت از آن در حقوق موضوعی ایران دو دیدگاه متفاوت از یکدیگر را می‌توان شناسایی کرد. بر اساس دیدگاه نخست این عقود در موارد استثنایی و بر حسب شرایط خاص پذیرفته می‌شود. غیر از این موارد استثنایی به علت وجود غرر در این عقود به مانند سایر معاملات غرری بایستی این عقود را باطل دانست؛ اما بر اساس دیدگاه دیگری که در این خصوص وجود

از طریق بودجه‌های ارائه شده خود در سال‌های گذشته و همچنین شاخص‌های بازار می‌باشد. عقد مضاربه از جمله عقود احتمالی است که در آن، اثر غیرمستقیم عقد وابسته به امور محتمل‌الوقوع در آینده می‌باشد. توضیح این‌که در زمان انعقاد عقد آورده‌ی هر دو طرف مشخص است زیرا عوض مالک، سرمایه او و عوض‌عامل، عمل وی می‌باشد؛ اما پس از انعقاد عقد و اجرای آن، آن‌چه که عاید طرفین خواهد شد در زمان انعقاد عقد مشخص نبوده و احتمالی است. البته برخی دیگر از حقوقدانان راجع به عوضین در مضاربه، به‌گونه‌ای دیگر استدلال نموده و این‌چنین بیان کرده‌اند: «از یک‌سو، عامل خدمات خود را در اختیار مالک قرار می‌دهد و از سوی دیگر، اگر سودی در نتیجه تجارت به بار آید، سهم مشاعی از آن را مالک می‌شود. منتها باید دانست عوضی که او در برابر کار خود می‌گیرد جنبه احتمالی دارد و موکول بر این است که از تجارت نفعی به دست آید. با این ترتیب، مضاربه را نیز مانند بیمه، باید در زمره عقود احتمالی آورد، با این تفاوت که در مضاربه کاردانی و دقت مضارب در میزان عوض اثر دارد، چندان‌که می‌توان گفت عامل در عرف، نتیجه زحمات و استعداد خود را می‌برد نه حاصل بخت بلند یا بد خود را». (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۹۱۰)

علاوه بر این استدلال برخی از فقها نیز عوضین در عقد مضاربه را کار و سود حاصل از تجارت دانسته‌اند. برای نمونه شهید ثانی در شرح‌لمعه از برخی فقها نقل کرده است که عنایتاً به جهل در یکی از عوضین یعنی میزان سود حاصل از تجارت، بنابراین باید به عامل در عوض سهمی از سود، اجرت‌المثل عمل او تعلق گیرد تا عمل وی هیچ‌گاه بی‌عوض نماند. (شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۲۲)

دارد با توجه به منحصر دانستن بطلان عقود به سبب وجود غرر در آنها به عقودی خاص نه تمامی عقود و معاملات عقود احتمالی جزء گروهی از عقود قرار گرفته است که وجود غرر و عدم اطمینان از وجود یا میزان تعهد طرفین یا یکی از آنها در هنگام انعقاد عقد در آن را نمی‌توان باعث بطلان آن دانست.

۷. سهم نویسندگان

کلیه نویسندگان به صورت برابر در تهیه و تدوین پژوهش حاضر مشارکت داشته‌اند.

۸. تضاد منافع

در این پژوهش، هیچگونه تضاد منافی وجود ندارد.

منابع

منابع فارسی:

الف. کتب

- آقایی، بهمن (۱۳۸۲)، فرهنگ حقوقی بهمن، انگلیسی- فارسی، جلد دوم، کتابخانه گنج دانش.
- انصاری، مرتضی، (۱۳۶۷). مکاسب. قم: انتشارات علامه، جلد سوم.
- بجنوردی، محمد، (۱۳۶۰). قواعد فقه. تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامی.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۶۹). حقوق تعهدات، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، جلد اول.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۷) تأثیر اراده در حقوق مدنی، انتشارات گنج دانش، چاپ دوم.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۹) حقوق تعهدات، انتشارات گنج دانش، چاپ چهارم.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۴) // الفارق، جلد چهارم، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- سیاح، احمد، (۱۳۸۷) فرهنگ بزرگ جامع نوین، نشر اسلام، چاپ هشتم، جلد دوم.
- شهید اول، م.، (۱۳۰۸). قواعد. قم: انتشارات دارالهادی، چاپ دوم.
- شهید ثانی، ز. د.، (۱۴۰۳). الروضه البهیة. قم: انتشارات دارالهادی، چاپ اول.
- طوسی، محمد بن جعفر، (۱۴۱۴) خلاف، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول.
- عمید، حسن؛ (۱۳۸۴) فرهنگ فارسی عمید (جیبی)، تهران، موسسه انتشارات امیر کبیر، چاپ سی و سوم.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶). حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، چاپ چهارم، شرکت انتشار، تهران.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵) قواعد عمومی حقوق قراردادها، شرکت سهامی انتشار، جلد اول، چاپ هفتم.

- گیلانی (معروف به میرزای قمی)، میرزا ابوالقاسم، (۱۳۷۱) مؤسسه کیهان، چاپ اول، جلد اول.

- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۸)، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، چاپ اول، قم، مرکز نشر علوم اسلامی.

- مراغه‌ای، سیدمیر عبدالفتاح، (۱۴۱۷) عناوین الفقهیه، جلد دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول.

- مرقس، سلیمان، الوافی فی شرح القانون المدني (۳) فی العقود المسماء، المجلد الاول، عقد البیع، الطبعة الخامسة، منشورات الحلبي الحقوقیه، بیروت - لبنان، ۱۹۹۰

- نایینی، م. ح.، (۱۲۹۰). منیه المطالب. قم: انتشارات مکتب محمدیه.

- نراقی، ملا احمد، (۱۴۱۷) عوائد الایام، انتشارات دفتر تبلیغات حوزه علمیه قم، چاپ اول.

ب. مقالات

- پیرهادی، محمدرضا، (۱۳۸۸) عقد احتمالی با تأکید بر بیع احتمالی، تهران، فصلنامه دانشکده حقوق دانشگاه آزاد، شماره ۵، ۷۶.

- حیدری، عرفان، (۱۳۹۹) اصل اباحه و اصل حلیت در فقه و حقوق، فقه و حقوق نوین، شماره چهارم.

- رحیمی، حبیب‌الله و محمودزاده، خسرو، (۱۳۹۳) مبانی نظریه اعتبار عقد احتمالی (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و مصر)، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره هجدهم، شماره دوم.

- شادباد، ابراهیم ناصر و همکاران (۱۴۰۰)، چالش‌های استقلال یا عدم استقلال عقد احتمالی، فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال سیزدهم، شماره چهاردهم.

- طباطبایی، سیدمحمدصادق و کیانی، روح اله، (۱۳۹۲) بازتاب‌های اصل صحت در فقه و حقوق، پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، شماره سی و دوم.

- عابدیان، سیدحسن و اصغری، فریده، (۱۳۹۳) غبن در آئینه فقه و قانون، مطالعات فقهی و فلسفی، شماره نوزدهم.

- قاسمی، محمدعلی، (۱۳۸۷) بررسی مبانی فقهی قاعده نفی عسر و حرج، الهیات و حقوق، شماره ۲۷

- قریشی، سیدمهدی و علیپور قوشچی، سلمان، (۱۳۹۶) کاربرد قاعده عسر و حرج در تعدیل قرارداد، مطالعات حقوق، شماره شانزدهم.

- موسویان، سیدعباس (۱۳۸۶) صکوک مزارعه و مساقات؛ ابزار مالی مناسب برای توسعه بخش کشاورزی ایران، اقتصاد اسلامی، سال هفتم تابستان، شماره بیست و ششم.

- محقق داماد، سیدمصطفی، نعمت‌اللهی، اسماعیل، (۱۳۸۵) عهده یا تملیکی بودن اجاره اشخاص، نشریه نامه مفید، شماره دوم.

- نورمحمدی، علی، (۱۳۸۸) وفای به عهد، نشریه بشارت، شماره هفتم.

منابع عربی

- السنهوری، عبدالرزاق احمد، (۱۹۹۸) نظریه العقد، منشورات الحلبي الحقوقیه، الطبعة الثانية.

- السنهوری، عبدالرزاق احمد، ۱۹۹۸، لنظریه العامه التزامات، النظریه العقد، الجز الاول، الطبعة اثنیه، المنشورات الحلبي الحقوقیه، بیروت-لبنان.

- عاملی، محمدبن مکی، (۱۳۱۴) القواعد و الفوائد، نشر جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول.

- نجفی، شیخ محمد حسن، (۱۴۰۴) جواهر الکلام، بیروت، انتشارات دارالاحیاء التراث العربی، جلد بیست و دوم.



پروہشکاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی