

پژوهشهای حقوقی

فصلنامه علمی - ترویجی

شماره ۳۳

هزار و سیصد و نود و هفت - بهار

- ۹ ● مقایسه نحوه صدور اسناد رسمی با اسناد الکترونیکی مطمئن در حقوق کشورهای مختلف
دکتر عباس کریمی - امیر سپاهی
- ۲۷ ● ماهیت حقوقی نمایندگان هوشمند در عرصه قراردادهای الکترونیکی
دکتر سید الهام‌الدین شریفی - گلناز بیرمی
- ۵۵ ● جبران خسارت از متهمان بازداشت‌شده بی‌گناه
دکتر رجب گلدوست جویباری - مهراون ابراهیمی‌منش
- ۷۳ ● تأثیر فساد بر تحقق حق‌های بشری
حسین سپه‌سرا
- سیاست قضایی یا قضاوت سیاسی؟ بررسی تأثیرپذیری دیوان بین‌المللی دادگستری از مؤلفه‌های غیرحقوقی
۱۰۳ یاسر سالاریان - مهدی خلیلی طریقه
- ۱۲۷ ● تحلیل مصادیق قراردادهای احتمالی در نظام حقوقی ایران
دکتر حبیب‌الله رحیمی - خسرو محمودزاده
- ۱۴۵ ● مطابقت حقوقی کالا با قرارداد در پرتو کنوانسیون بیع بین‌المللی
دکتر احسان لطفی
- ۱۶۵ ● حقوق بشر مهاجران غیرقانونی: چالش‌های موجود
مریم مهدوی
- ارزیابی مفهوم، جایگاه و دامنه شمول نرخ خدمات از منظر آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری
۱۷۹ دکتر امیر ایروانیان
- ۲۲۹ ● ابعاد حقوقی اختلاف چین و همسایگان آن در مورد جزایر اسپراتلی
نسیم زرگری‌نژاد
- ۲۵۳ ● قانون‌گذاری کیفی
نویسنده: پروفسور لیندزی فارمر - مترجمان: دکتر عبدالرضا جوان جعفری - سیده سارا میربازل - سید بهمن خدادادی





تحلیل مصادیق قراردادهای احتمالی در نظام حقوقی ایران

دکتر حبیب‌الله رحیمی* - خسرو محمودزاده**

چکیده:

عنوان عقد احتمالی، عقدی که مورد معامله در آن حین انعقاد قرارداد نامعلوم بوده، در قانون مدنی ایران مطرح نگردیده است. با این وجود مصادیقی از این عقد برمبنای نیاز شدید عرف معاملاتی جامعه به طور خاص در مقررات موضوعه مطرح گردیده است؛ قرارداد بیمه، قرارداد مشارکت (مزارعه، مضاربه و مساقات) و ... برخی دیگر از مصادیق تحت تأثیر انقلاب صنعتی و اقتضای عرف معاملاتی امروز بین تجار رواج یافته و به طوری در حال افزایش است که قابل احصاء نیست؛ قرارداد پیش‌فروش مصنوعات، قرارداد مشارکت در احداث و ... در مقاله حاضر مصادیق قراردادهای احتمالی مورد شناسایی و تحلیل قرار می‌گیرد. معیار تشخیص احتمالی بودن قرارداد نامعلوم بودن عوض یا عوضین از حیث میزان یا حصول هنگام انعقاد قرارداد می‌باشد. قراردادهای احتمالی در منبع غنی فقهی نیز بی‌سابقه نیست. معامله سردرختی از روی تخمین (برمبنای نامشخص بودن میزان و حصول محصول)، معامله مشک درون نافه (برمبنای نامعلوم بودن کیفیت مشک) در زمره این دسته عقود هستند.

کلیدواژه‌ها:

عقد احتمالی، قرارداد، نامعلوم بودن عوضین، قرارداد پیش‌فروش، قرارداد مشارکت.

مجله پژوهش‌های حقوقی (فصلنامه علمی - ترویجی)، شماره ۳۳، بهار ۱۳۹۷
صفحه ۱۲۷-۱۴۴، تاریخ وصول: ۱۳۹۴/۰۲/۱۵، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۰۳/۱۰

* دانشیار گروه حقوق خصوصی و اقتصادی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی

Email: Rahimi@atu.ac.ir

** دانشجوی دکترای حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی، نویسنده

Email: babaklegally@gmail.com

مسئول

مقدمه

اصل لزوم معلوم بودن مورد معامله در گذشته چه از منظر قانون‌گذار و چه از منظر عرف معاملاتی جامعه مورد تقلید بود. با گذشت زمان و صنعتی شدن جامعه عرف تجار نیز تحت تأثیر قرار گرفته و دیگر آن اصول گذشته تجار را در رفع نیازهای خود قانع نمی‌نماید و تجار جهت رفع نیازهای خود منتظر تحول و دگرگونی قانون‌گذار نمی‌ماند، و روند توسعه تجاری و اقتصادی به دلیل نقص و کهنگی قانون متوقف نمی‌گردد. بدین‌سان گفته شده حقوق از بطن جامعه ایجاد می‌گردد؛ به عبارت دیگر تا نوع خاصی از معامله در جامعه مطرح نگردد قانون‌گذار ماهیت، شرایط و آثار آن را تعیین نمی‌نماید. در این میان پدیده قراردادهای احتمالی که بر مبنای اقتضای جامعه امروزی ایجاد گردیده و به طور فزاینده رو به افزایش می‌باشد اصل لزوم تعیین قطعی مورد معامله در انعقاد قرارداد را، بر مبنای عرف عقلای معاملاتی، نادیده گرفته و به کفایت قابلیت تعیین مورد معامله بسنده می‌نماید. نظر به افزایش روزافزون این قراردادها و عدم توجه قانون‌گذار ایران به این نوع قراردادها ضرورت آن ایجاب می‌نماید که بعد از تحلیل و تبیین ماهیت^۱ و مبانی^۲ این دسته از قراردادها، اقسام آنها مورد تحلیل قرار گرفته تا بر این اساس در قالب شناخته‌شده این عقود جای گرفته و تحت شرایط و آثار این عقود واقع گردیده و مورد شناسایی جامعه قرار گیرند. نظر به عدم انحصار انواع عقود احتمالی به موارد منصوص در مقررات موضوعه،^۳ موضوع مورد بحث در دو گفتار عقود احتمالی معین و عقود احتمالی غیرمعین مطرح می‌گردد. عقود معین، عقود هستند که در قانون نام مشخص داشته و شرایط و آثار آنها تعیین شده (گفتار نخست) و عقود نامعین، عقود هستند که در قانون نام مشخص نداشته یا شرایط و آثار آنها تعیین نشده است (گفتار دوم).^۴

-
۱. حبیب‌الله رحیمی و خسرو محمودزاده، «مطالعه تطبیقی تحلیل ماهیت عقد احتمالی در حقوق ایران و مصر»، *مطالعات حقوق تطبیقی* ۵ (۱۳۹۳)، ۴۲۹-۴۰۱.
 ۲. حبیب‌الله رحیمی و خسرو محمودزاده، «مبانی نظریه اعتبار عقد احتمالی (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و مصر)»، *پژوهش‌های حقوق تطبیقی* ۱۸ (۱۳۹۳)، ۱۲۶-۱۰۳.
 ۳. محمدرضا پیرهادی، «عقد احتمالی با تأکید بر بیع احتمالی»، *فصلنامه دانشکده حقوق دانشگاه آزاد* ۵، ۶ و ۷ (۱۳۸۸ و ۱۳۸۹)، ۳۷.
 ۴. ناصر کاتوزیان، *قواعد عمومی قراردادها* (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸) جلد اول، ۱۲۹.

۱- عقود احتمالی معین

عقود احتمالی معین که در قانون نام مشخصی دارند و شرایط و آثار آنها تعیین شده است عبارتند از: عقد بیمه، عقد قمار، عقد گروبندی، عقد جعاله، قرارداد مستمری، عقد مزارعه، عقد مضاربه، عقد مساقات، قرارداد پیمانکاری و قرارداد پیش فروش آپارتمان. عقود مذکور در احتمالی بودن عوض یا عوضین هنگام انعقاد عقد فرقی با هم ندارند. اما برخی از این عقود با برخی دیگر از آنها از حیث میزان تأثیر عامل شانس، بخت و اقبال در تعیین میزان عوض یا عوضین فرق دارند. بر این اساس، گفتار حاضر به دو مبحث عقود احتمالی معین شانس (مبحث نخست) و عقود احتمالی معین غیرشانسی (مبحث دوم) تقسیم می‌گردد.

۱-۱- عقد احتمالی معین شانس

عقودی که در این مبحث مورد بررسی قرار می‌گیرد درجه تأثیر عامل شانس، بخت و اقبال در تعیین میزان یا حصول عوض یا عوضین اساسی است. این عقود عبارتند از عقد بیمه، عقد قمار، عقد گروبندی و قرارداد مستمری.

۱-۱-۱- عقد بیمه

عقد بیمه از عقود مستحدثه بوده که در فقه مطرح نگردیده. این امر مشروعیت عقد بیمه را با تردید اساسی مواجه ساخته بر این اساس اختلاف نظر مطرح گردیده است.^۵ با این وجود، ماده ۱ قانون بیمه ایران مصوب ۱۳۱۶ عقد مذکور را به رسمیت شناخته. نظر به اینکه میزان و حصول تعهد بیمه‌گر در بیمه حوادث و میزان تعهد بیمه‌گذار در بیمه عمر در زمان انعقاد قرارداد نامعلوم بوده و تعیین آن منوط به وقوع حادثه احتمالی است؛ لذا به نظر می‌رسد نوعی تعلیق در تعهد بیمه‌گر در بیمه حوادث و تعهد بیمه‌گذار در بیمه عمر وجود دارد. بر این اساس بنا به نظری بیمه جزو عقود معلق است.^۶ از آنجایی که در صورت عدم تحقق حادثه (در بیمه حوادث) و فوت بیمه‌گذار (در بیمه عمر) عقود مذکور باطل نمی‌گردد یا حداقل مانند عقود معلق اثر اصلی آن منتفی نمی‌گردد، می‌توان گفت این عقود معلق نیستند. منجزاً ایجاد شدن هریک از تعهدات نامعلوم مذکور در زمان انعقاد قرارداد استدلال فوق‌الذکر را تقویت می‌نماید.

۵. محمد خامنه‌ای، بیمه در حقوق اسلام (قم: دفتر نشر فرهنگ اسلامی، ۱۳۵۹)، ۲۵؛ توفیق عرفانی، قرارداد بیمه در حقوق اسلام و ایران (تهران: انتشارات کیهان، ۱۳۸۱)، ۱۷، به بعد.

۶. معاونت آموزش قوه قضائیه، رویه قضایی ایران در ارتباط با دادگاه‌های عمومی حقوقی (تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۸۸)، جلد ۲۳، ۸۸.

بنا به نظری دیگر در بیمه هیچ احتمال و غرری وجود ندارد؛ به عبارت دیگر مورد معامله در عقد مذکور معلوم و معین است؛ زیرا تعهد بیمه‌گر تعهد به تضمین است و تعهد احتمالی به جبران خسارت تعهدی تبعی است.^۷ این نظر بر مبنای مرتفع ساختن ایراد غرر و اعتبار بخشیدن به عقد بیمه مطرح گردیده است. نتایج تحقیق حاضر نشان می‌دهد که غرر موجود در عقود احتمالی از جمله عقد بیمه مبطل عقد نیست؛ زیرا از آنجایی که غرر مفهومی عرفی دارد^۸ و در طول زمان و برحسب معاملات متغیر است لذا بر مبنای پذیرش و استقبال عرف عقلاهی معاملات جامع از این نوع غرر، به نظر می‌رسد چنین غرری از گستره قلمرو غرر مؤثر در صحت عقود خارج گردیده. عقد بیمه از عقود احتمالی^۹ شانس (اتفاقی)^{۱۰} است که درجه تأثیر شانس، بخت و اقبال در تعیین میزان یا حصول عوض یا عوضین تأثیر اساسی دارد.^{۱۱} احتمالی بودن عقد بیمه حوادث و بیمه عمر با همدیگر فرق دارند؛ در عقد بیمه حوادث تعیین میزان تعهد بیمه‌گر منوط به وقوع یا عدم وقوع حادثه محتمل و شانس است، و میزان تعهد بیمه‌گذار هنگام عقد مشخص است. در حالی که در عقد بیمه عمر احتمالی بودن از این جهت است که تعیین میزان تعهد بیمه‌گذار منوط به وقوع حادثه محتمل شانس (فوت) است.

۷. محسن ایزانلو، جزوه درسی حقوق مدنی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی (تهران: دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۹۲)، ۳۵.

۸. سید میر عبدالفتاح مراغه‌ای، *عناوین الفقهیه* (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ ه.ق)، جلد دوم، ۳۲۰: «ان الغرر و الخطر بعد ما عرفت معناه امره عرفی یختلف حسب موارد...»؛ آخوند محمدکاظم خراسانی، *حاشیه بر مکاسب* (قم: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ ه.ق)، جلد اول، ۱۳۲؛ شیخ مرتضی انصاری، *مکاسب* (قم: منشورات دارالذخائر، ۱۴۱۱ ه.ق)، جلد دوم، ۱۹۹؛ گیلائی (میرزای قمی)، *جامع الشتات* (تهران: مؤسسه کیهان، ۱۴۱۴ ه.ق)، جلد اول، ۲۹۶؛ شیخ محمدحسن نجفی، *جواهر الکلام* (بیروت: دارالتراث احیاء العربی، ۱۴۰۴ ه.ق)، جلد ۲۲، ۴۴۹: «... ینتقی الغرر معه عرفا...»؛ عبدالرزاق احمد سنهوری، *مصادر الحق* (تهران: خرسندی، ۱۳۹۱)، جلد سوم، ۵۱؛ محمدامین الضریب‌الصدیقی، *الغرر فی العقود و آثاره فی تطبیقات المعاصره* (جده: المعهد الاسلامی للبحوث و التدريب، ۱۹۹۳ م)، ۵۱۹؛ محمد اعتضاد، «در غرر و دلیل آن»، *مجله کانون وکلا* ۱۱ (۱۳۲۹)، ۴۸؛ علی اسلامی‌پناه، «معلوم و معین بودن مورد معامله در حقوق ایران، فقه امامیه و کامن‌لو» (رساله دکترا، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۸۰)، ۵۹۱؛ مهربان داراب‌پور، «ثمن شناور»، *مجله تحقیقات حقوقی* ۲۱ و ۲۲ (۱۳۷۶ و ۱۳۷۷)، ۲۵۳ و حسین طاهرخانی، «قرارداد با عوض شناور از دیدگاه اصول فقه»، *نشریه حقوقی دادگستری* ۴۳ (۱۳۹۰)، ۱۳۳ به بعد.

۹. ناصر کاتوزیان، *قواعد عمومی قراردادها*، پیشین، جلد اول، ۱۲۴؛ سید حسن وحدتی شبیری، *مجهول بودن مورد معامله* (قم: مرکز مطالعات و تحقیقات اسلامی، ۱۳۷۹)، ۲۱۶.

۱۰. ایرج بابایی، *حقوق بیمه* (تهران: انتشارات سمت، ۱۳۸۲)، ۴۸.

۱۱. عبدالرزاق احمد السنهوری، *الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید (عقودالغرر)* (بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیه، ۲۰۰۰ م)، المجلد السابع، ۱۱۴۰.

و میزان تعهد بیمه‌گر مشخص است.^{۱۲} ماده ۲۳ ق.ب.ا در این زمینه مقرر می‌دارد: «در بیمه عمر مبلغ پرداختی بعد از مرگ باید به طور قطع در موقع عقد بیمه طرفین معین شود.»

۱-۱-۲- قمار و گروبندی

قمار «قراردادی است که بین دو یا چند نفر که بازی مخصوصی بنمایند و هریک از آنها که برنده شد دیگری مال معینی را به او بدهد». گروبندی «قراردادی است بین دو طرف که یکی امر معینی را اثبات و دیگری نفی می‌نماید و تعهد می‌کنند که هریک درست گفته باشد مال معینی را دیگری به او بدهد».^{۱۳} در قانون مدنی ایران قمار و گروبندی در زمره عقود معینه آورده شده. با این وجود تعریفی از آنها ارائه نشده است. البته ماده ۶۵۴ ق.م. ۱۴ عقود قمار و گروبندی را باطل، و دعای راجع به آنها را غیرمسموع و تعهدات تولیدشده از آنها را نامشروع دانسته است. در نگاه نخست به نظر می‌رسد مبنای بطلان عقود مذکور غرری بودن است. با این وجود نباید به این ظاهر اعتماد نمود؛ زیرا بر مبنای استدلال عرفی بودن مفهوم غرر، در مواردی که عرف معقولی قراردادی را با وجود غرری بودن آن مورد استقبال قرار داد نمی‌توان جامعه را در عسر و حرج نگه داشت و آن قراردادها را بی‌اعتبار تلقی نمود. مبنای بطلان این عقود مخالف بودن با نظم عمومی و اخلاق حسنه است. قمار و گروبندی از عقود احتمالی است که نسبت به احتمالی بودن آنها تردید نشده است. عامل احتمالی بودن عقود مذکور آن است که هنگام وقوع عقد، مورد معامله از جهت حصول یا عدم حصول، منوط به امر دیگر (برنده شدن) است.

۱-۱-۳- قرارداد مستمری

در قانون مدنی ایران در فصل مربوط به عقد معین صلح، سه ماده ۷۶۸،^{۱۵} ۷۶۹^{۱۶} و ۷۷۰ به نوعی خاصی از صلح اختصاص یافته که نظری این عقد را به مناسبت تأمین هزینه زندگی

۱۲. پیرهادی، پیشین، ۲۷ و ۲۸.

۱۳. سید حسن امامی، حقوق مدنی (تهران: انتشارات اسلامی، ۱۳۷۱)، جلد اول، ۲۱۰.

۱۴. ماده ۶۵۴ قانون مدنی: «قمار و گروبندی باطل و دعای راجع به آن مسموع نخواهد بود. همین حکم در مورد کلیه تعهداتی که از معاملات نامشروع تولید شده باشد، جاری است.»

۱۵. ماده ۷۶۸ ق.م. «در عقد صلح ممکن است احد طرفین در عوض مال‌الصلحی که می‌گیرد متعهد شود که نفقه معینی همه‌ساله یا همه‌ماهه تا مدت معین تأدیه کند این تعهد ممکن است به نفع طرف مصالحه یا به نفع شخص یا اشخاص ثالث واقع شود.»

۱۶. ماده ۷۶۹ ق.م. «در تعهد مذکوره در ماده قبل به نفع هرکس که واقع شده باشد ممکن است شرط نمود که بعد از فوت، نفقه به وراث او داده بشود.»

آینده صلح تأمین‌ی نامیده^{۱۷} و نظری دیگر به تبع حقوق فرانسه آن را قرارداد مستمری نام گذارده است.^{۱۸} همان‌طور که از ماده ۷۶۸ ق.م. استنباط می‌شود میزان یکی از عوضین به طور ذاتی حین انعقاد عقد قابل تعیین نیست؛ زیرا پرداخت نفقه تا زمان زنده بودن طرف صلح صورت می‌گیرد و با فوت او تعهد پرداخت نفقه نیز ساقط می‌شود. به عبارتی، اگرچه فوت امری قطعی است اما زمان آن معلوم نیست. پس میزان نفقه هم بر این مبنا نامعلوم است. بنا به نظری در فرض ماده ۷۶۹ به علت استمرار پرداخت نفقه تا پایان مدت قرارداد و معین بودن مدت قرارداد، عقد، احتمالی نیست.^{۱۹} استدلال مذکور با این ایراد مواجه است که قرارداد موضوع ماده ۷۶۹ خود به دو عقد صلح و وصیت تجزیه می‌گردد، که پایان مدت عقد صلح تا زمان فوت مستحق نفقه و شروع وصیت از این زمان (زمان فوت مستحق نفقه) است. بدین ترتیب به علت اینکه زمان فوت مستحق نفقه نامعلوم است پس میزان تعهد متعهد نفقه هم در هریک از دو عقد مذکور قابل تعیین و تحدید نیست، بنابراین هریک از دو عقد احتمالی است. در فرض ماده ۷۷۰ ق.م.^{۲۰} نیز که ضمن عقد شرط می‌گردد که با ورشکستگی و افلاس متعهد نفقه، عقد فسخ شود، به علت اینکه زمان حدوث ورشکستگی و افلاس و به تبع آن زمان انفساخ عقد هنگام انعقاد قرارداد محتمل است؛ لذا حدوث آن بر میزان تعهد پرداخت‌کننده نفقه تأثیرگذار است، بدین ترتیب به نظر می‌رسد عقد احتمالی است. علاوه بر مراتب مذکور با توجه به واژه «نفقه» در ماده ۷۶۸ ق.م، حتی در صورتی که میزان معین نفقه، اسکناس باشد، در این صورت نیز نظر به اینکه ارزش اسکناس بر مبنای شاخص بانک مرکزی قابل تغییر است لذا میزان تعهد نفقه قابل تحدید و تعیین نیست (در حال نوسان)، بنابراین عقد احتمالی است.^{۲۱}

۲-۱- عقود احتمالی معین غیرشأنسی

در بحث حاضر عقود مشارکت مزارعه، مضاربه، مساقات و قرارداد پیمانکاری و پیش‌فروش آپارتمان مطرح می‌گردد. این مبحث به پنج بند تقسیم می‌شود که بند نخست به عقد مزارعه،

۱۷. مهدی شهیدی، مجموعه مقالات حقوقی (تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۵)، ۱۰۴.

۱۸. محمدجعفر جعفری لنگرودی، فلسفه اعلی در علم حقوق (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۲)، ۲۰۷.

۱۹. پیرهادی، پیشین، ۲۹.

۲۰. ماده ۷۷۰ قانون مدنی: «صلحی که بر طبق دو ماده فوق واقع می‌شود به ورشکستگی یا افلاس متعهد نفقه

فسخ نمی‌شود مگر اینکه شرط شده باشد.»

۲۱. شهیدی، پیشین، ۱۰۴؛ پیرهادی، پیشین، ۲۹.

بند دوم به عقد مضاربه، بند سوم به عقد مساقات، بند چهارم به قرارداد پیمانکاری و بند پنجم قرارداد پیش فروش آپارتمان اختصاص می‌یابد.

۱-۲-۱- عقد مزارعه و مساقات

مزارعه در اصطلاح عبارتست از معامله زمین در برابر سهم مشاع معین از محصول برای مدت مشخص.^{۲۲} با این وجود نباید مزارعه را معامله بر زمین دانست بلکه معامله نسبت به کشت زمین است (ماده ۵۱۸ ق.م.م).^{۲۳} بنا به نظری در قرارداد مذکور زمین مورد کشت از یک سو و انجام کار از سوی دیگر عوضین بوده و در مقابل هم است. بر این اساس عقد مذکور از عقود احتمالی محسوب نمی‌گردد. با این وجود باید توجه نمود عوضین در هر قرارداد علت اصلی و بلاواسطه آن می‌باشد. به عبارت دیگر منظور از علت اصلی آن چیزی است که طرفین به خاطر رسیدن به آن معامله را واقع می‌سازند؛ به طور مثال در قرارداد اجاره عوضین تملیک منافع در مقابل اجاره‌بهاست و مورد اجاره و تسلیم آن مقدمه انجام و رسیدن به تعهد اصلی است. بدین ترتیب به نظر می‌رسد در قرارداد مزارعه حصول و تملیک سود احتمالی آینده علت اصلی و بلاواسطه عقد باشد؛ لذا به نظر می‌رسد مزارعه از عقود احتمالی است؛^{۲۴} زیرا میزان و حصول آنچه سرانجام عاید هریک از طرفین می‌شود هنگام انعقاد عقد نامشخص بوده و تعیین آن در آینده صورت می‌گیرد. مساقات که معامله‌ای است بین صاحب درخت و امثال آن با عامل در مقابل حصة مشاع معین از ثمره، عقدی است معوض که هریک از طرفین برای حصول سود احتمالی آینده اقدام به انعقاد قرارداد می‌نمایند و جهت رفع مانع غرر تقسیم سود بر مبنای معیاری که هنگام عقد مشخص می‌شود، صورت می‌گیرد. احتمالی بودن عقد مساقات به این جهت است که میزان و حصول سود احتمالی آینده برای هریک از طرفین هنگام عقد قابل تعیین نیست و در پایان مدت قرارداد مساقات مشخص می‌گردد،^{۲۵} و عواملی از قبیل حوادث سماوی و آفات در میزان محصول تأثیر اساسی دارد.

۲۲. زین‌الدین بن علی عاملی (شهید ثانی)، *الروضه البهیة فی شرح المعنى الممشقیة* (قم: نشر کتابفروش داوری، ۱۴۱۰ ه.ق.)، جلد چهارم، ۲۷۵.

۲۳. محمدجعفر جعفری لنگرودی، *اندیشه و ارتقاء* (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۷)، ۴۱۴ و ۴۱۵.

۲۴. ناصر کاتوزیان، *عقود معین (مشارکت‌ها - صلح)* (تهران: گنج دانش، ۱۳۷۳)، جلد دوم، ۱۰۹ و ۱۹۰؛ وحدتی شبیری، پیشین، ۲۰۰ و ۲۰۱؛ پیرهادی، پیشین، ۳۴ و ۳۵.

۲۵. کاتوزیان، *عقود معین (مشارکت‌ها و صلح)*، پیشین، جلد دوم، ۱۰۹؛ وحدتی شبیری، همانجا؛ پیرهادی، همانجا.

۱-۲-۲- مضاربه

مضاربه یا «ضرب فی الارض» به معنی در زمین سیر کردن برای تحصیل سود از شهری به شهر دیگر رفتن است که این امر به جهت اقدام و توافق طرفین مضاربه نام گرفته یا مشتق از ضرب الشیء بالشیء به معنی آمیختن است و یا به جهت شراکت هریک از طرفین در سود، مضاربه نام گرفته است، و یا به معنی تصرف در شیء و تبدیل و تعویض نمودن است و بر اساس اینکه عامل در مال تصرف و سپس با سود آن کالا تهیه و دوباره آن را با دیگری تعویض می‌کند، مضاربه نام گرفته است.^{۲۶} قانون مدنی ایران در تعریف عقد مضاربه مقرر می‌دارد: «مضاربه عقدی است که به موجب آن احد متعاملین سرمایه می‌دهد با قید اینکه طرف دیگر با آن تجارت کرده و در سود آن شریک باشند صاحب سرمایه، مالک و عامل، مضارب نامیده می‌شود.»

مضاربه از عقود معوض است که سود احتمالی آینده در مقابل کار عامل قرار می‌گیرد. پس به جهت احتمالی بودن یکی از عوضین یعنی سود احتمالی آینده، عقد مضاربه از عقود احتمالی است.^{۲۷} در مقابل برخی^{۲۸} معتقدند معلوم بودن عوضین حین انعقاد قرارداد شرط صحت آن است؛ لذا عوضین را باید با توجه به اشخاص طرف قرارداد سنجید. بنابراین در عقد مضاربه عوضین، سرمایه در مقابل کار است. به نظر می‌رسد برای تشخیص عوضین در قراردادهای معوض باید به علت اصلی هریک از طرفین از انعقاد عقد توجه نمود که در اینجا علت اصلی هریک از طرفین از انعقاد قرارداد قطعاً تحصیل سود احتمالی است و دادن سرمایه و انجام کار، مقدمات تحصیل علت اصلی است؛ مثلاً در عقد اجاره عوضین، تملیک منفعت در مقابل عوض معلوم است که تسلیم عین به مستأجره مقدمه تحصیل علت اصلی (منفعت) است. بدین ترتیب میزان و حصول عوضین (سود احتمالی) هنگام عقد برای هریک از طرفین قابل تحدید و تعیین نیست و در پایان مدت مضاربه مشخص می‌گردد. بنابراین مضاربه جزو عقود احتمالی است.

۱-۲-۳- عقد قرض

در عقد قرض تعهد مقترض رد نمودن مثل آنچه به او تملیک شده یا رد نمودن قیمت یوم‌الرد آن در هر زمان که مقرض مطالبه نماید، می‌باشد. نظر به اینکه ارزش اقتصادی آنچه به

۲۶. عاملی (شهید ثانی)، پیشین، جلد چهارم، ۲۱۱.

۲۷. کاتوزیان، عقود معین (مشارکت‌ها و صلح)، پیشین، جلد دوم، ۱۰۹.

۲۸. علیرضا باریکلو، عقود معین ۲ (تهران: مجد، ۱۳۸۸)، ۴۶.

مقتضی تملیک شده اصولاً در هر لحظه در حال نوسان می‌باشد؛ لذا می‌توان گفت تعهد مقتضی در هر دو حالت مذکور (مثل یا قیمت یوم‌الرد) از حیث ارزش اقتصادی (از حیث میزان) احتمالی است. بدین ترتیب به نظر می‌رسد عقد قرض از حیث میزان تعهد مقتضی جزو عقود احتمالی باشد.

۱-۲-۴- تعلیق در التزام به تأدیه (ماده ۶۹۹ ق.م.)

در عقد ضمان طبق ماده ۶۹۹ ق.م التزام به تأدیه می‌تواند معلق باشد؛ با این توضیح که با انعقاد قرارداد ضمان اثر اصلی عقد (انتقال دین) جاری می‌گردد. ولی التزام به تأدیه که اثر اصلی عقد است، می‌تواند معلق باشد.^{۲۹} با توجه به اینکه اثر اصلی عقد مذکور منجزاً واقع گردیده است؛ لذا عقد مورد بحث عقد معلق نیست؛ زیرا عقد معلق طبق تصریح خود ماده مذکور باطل است. معلق بودن التزام به تأدیه بدین مفهوم است که ممکن است التزام حاصل یا التزام حاصل نگردد که این امر به خودی خود دلالت بر حصول یا عدم حصول مورد معامله دارد. بدین ترتیب به نظر می‌رسد بتوان گفت عقد ضمان با تعلیق در التزام به تأدیه جزو عقود احتمالی محسوب می‌گردد.

۲- عقود احتمالی غیرمعین

در این گفتار قراردادهایی مورد بررسی قرار می‌گیرد که در قانون نام خاصی ندارد ولی در عرف جامعه واقع می‌شوند. برخی از این قرارداد در فقه مطرح شده در حالی که برخی دیگر از آنها در فقه مطرح نشده است. بدین ترتیب گفتار حاضر به دو مبحث عقود احتمالی غیرمعین فقهی و عقود احتمالی غیرمعین جدید تقسیم می‌گردد.

۲-۱- عقود احتمالی غیرمعین فقهی

معامله مجهول با ضمیمه معلوم و معامله بر اساس تخمین قراردادهایی هستند که در این خصوص در فقه مطرح گردیده. بدین ترتیب بند نخست این مبحث به معامله مجهول با ضمیمه معلوم و بند دوم به معامله بر اساس تخمین اختصاص می‌یابد.

۲-۱-۱- معامله مجهول با ضمیمه معلوم

از مصادیق این قرارداد، فروش ماهی در آب و شیر ندوشیده یا سایر اجزای حیوان با انضمام شیء معلوم است.^{۳۰} در زمینه جواز یا عدم جواز قراردادهای مذکور اختلاف نظر وجود دارد. اکثر فقها قائل به عدم جواز این قرارداد هستند.^{۳۱} دلایل عدم پذیرش را اولاً عدم قابلیت تسلیم مورد معامله؛ ثانیاً مجهول بودن مورد معامله دانسته‌اند. در مقابل گروه اول، برخی تمامی انواع قرارداد مجهول به ضمیمه معلوم را پذیرفته‌اند.^{۳۲} گروه دیگری قائل به تفکیک شده‌اند، بدین صورت که اگر هدف اصلی طرفین قرارداد قسمت معلوم باشد و مجهول فرع بر قسمت معلوم باشد، قرارداد صحیح است؛ اما اگر قسمت معلوم فرع بر قسمت مجهول باشد و هدف اصلی طرفین قسمت مجهول باشد، قرارداد باطل است.^{۳۳} در حقوق فعلی ایران قراردادی که دارای شرط مجهول باشد، می‌تواند مصداقی از معامله شیء معلوم به انضمام مجهول باشد مشروط بر اینکه شیء مجهول جنبه فرعی و قسمت معلوم جنبه اصلی داشته باشد. این نوع قرارداد دارای فروض مختلفی می‌باشد؛ فرض نخست آنکه قسمت مجهول موجب مجهول گشتن عوضین نگردد و در زمان اجرای قرارداد قابلیت اجرایی داشته باشد. در این فرض هم عقد و هم شرط صحیح است. در فرض مذکور چنانچه شرط مجهول بر میزان مورد معامله (ارزش اقتصادی مورد معامله) تأثیر داشته باشد، به نظر می‌رسد از نوع قرارداد احتمالی باشد. فرض دوم آنکه مجهول بودن قسمت نامعلوم موجب مجهول گشتن عوضین نگردد و قسمت مجهول در آینده (در زمان اجرا) قابلیت اجرایی نداشته باشد تنها شرط باطل است (ماده ۲۳۳ ق.م. و معامله صحیح است. به نظر می‌رسد قرارداد مذکور نیز بر مبنای همان استدلال مذکور از انواع قرارداد احتمالی است. فرض سوم آنکه طبق بند نخست ماده ۲۳۳ ق.م. مجهول بودن قسمت مجهول موجب جهل به عوضین گردد در این صورت طبق بند نخست ماده ۲۳۳ ق.م. شرط و عقد هر دو باطل است. بطلان معامله در فرض اخیر مبتنی بر نظریه غرری بودن

۳۰. حسین طاهرخانی، *قرارداد با عوض شناور* (تهران: انتشارات دادگستر، ۱۳۹۱)، ۲۵۵.

۳۱. عاملی (شهید ثانی)، پیشین، جلد سوم، ۲۸۲؛ انصاری، پیشین، جلد دوم، ۱۹۶؛ جعفر بن حسن حلی، *شریح الاسلام فی الحلال و الحرام* (قم: نشر مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ه.ق)، جلد دوم، ۱۳؛ جعفر بن حسن حلی، *المختصر النافع فی فقه الامامیه* (قم: نشر مؤسسه المطبوعات الدینیه، ۱۴۱۸ ه.ق)، جلد اول، ۱۱۹.

۳۲. ابن حمزه، ابن براج و ابن ادریس به نقل از: جعفر بن حسن حلی، *مختلف الشیعه فی الاحکام شریعه* (دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، سال ۱۴۸۳ ه.ق)، جلد پنجم، ۲۵۵.

۳۳. عاملی (شهید ثانی)، پیشین، جلد اول، ۲۸۸.

است.^{۳۴} با آن وجود معامله‌ای که عوضین آن در زمان انعقاد مشخص نبوده و در آینده قابلیت تعیین دارد از جمله عقود احتمالی است، مشروط بر اینکه چنین قابلیتی تعیین مورد پذیرش عرف عقلای معاملاتی جامعه باشد. در هر حال در فرض سوم چنانچه تعیین مورد معامله در آینده ممکن باشد به نحوی که ایراد غرری بودن را نداشته باشد، به نظر می‌رسد از جمله عقود احتمالی باشد.

۲-۱-۲- معامله بر اساس تخمین

۲-۱-۲-۱- فروش سردرختی

موضوع حاضر در فقه تحت عنوان بیع الثمار مورد بحث قرار گرفته است.^{۳۵} بر مبنای تفاوت در جواز و عدم جواز، بین حالات فروش سردرختی قبل از ظهور با فروش سردرختی بعد از ظهور قائل به تفکیک می‌شویم: بطالان عقد فروش سردرختی قبل از ظهور و در ظرف مدت یک سال مورد اتفاق فقهاست؛^{۳۶} اما اکثر فقها فروش سردرختی قبل از ظهور و برای مدت دو سال یا بیشتر را جایز دانسته‌اند.^{۳۷} این در حالی است که جواز قرارداد فروش سردرختی بعد از پدیدار شدن مورد اتفاق فقهاست. این نوع قراردادها که امروزه نیز به وفور واقع می‌گردند به لحاظ نامشخص بودن مورد معامله (قبل از ظهور یا بعد از ظهور) از مصادیق عقود احتمالی است؛ زیرا اصل حصول میوه کامل درختی، خواه در زمان انعقاد قرارداد موجود باشد و خواه موجود نباشد، از یک طرف و میزان از طرف دیگر به عوامل احتمالی از قبیل آفات درختی، آفات سماوی و ... بستگی دارد. بدین ترتیب به نظر می‌رسد فروش سردرختی در هریک از فروض مذکور از حیث میزان و حصول مورد معامله قرارداد احتمالی است.

۲-۲-۱-۲- فروش مشک درون نافه

در میان فقیهان پیرامون صحت و یا در مقابل عدم صحت این نوع بیع، به جهت نامعلوم بودن خلوص و بوی مشک، اختلاف حاصل گردیده است. در این میان گروهی^{۳۸} به طور

۳۴. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، پیشین، جلد اول، ۲۵۶.

۳۵. طاهرخانی، قرارداد با عوض سناور، پیشین، ۹۱.

۳۶. عاملی (شهید ثانی)، پیشین، جلد سوم، ۳۵۴؛ حلی، شرایع الاسلام فی الحلال و الحرام، پیشین، جلد دوم،

۴۶؛ شیخ محمد حسن نجفی، پیشین، جلد ۲۳، ۲۲۳.

۳۷. طاهرخانی، قرارداد با عوض سناور، پیشین، ۲۶۵.

۳۸. انصاری، پیشین، جلد دوم، ۲۶۴؛ حلی، مختصر النافع، پیشین، جلد اول، ۱۸۹.

مطلق قائل به جواز قرارداد فوق‌الذکر هستند؛ اما در مقابل گروهی دیگر از فقیهان^{۳۹} با این شرط قائل به جواز و صحت قرارداد فوق هستند که به نوعی مورد ارزیابی قرار گیرد؛ مثلاً نخی را داخل نافه نموده و سپس خارج نماید و ببوید و در توجیه نظرشان به اصل صحت استناد نموده‌اند. در مقابل دو گروه نخست، عده‌ای دیگر از فقیهان به طور مطلق این عقد را صحیح نمی‌دانند.^{۴۰} این نوع قرارداد با مفهوم عقد احتمالی منطبق نیست؛ زیرا در عقد مذکور نه تنها مورد معامله از حیث حصول معلوم بوده، از حیث میزان نیز مشخص می‌باشد و تنها وجه احتمالی بودن در چنین قراردادی وصف مورد معامله است که به جهت مهم بودن آن از اوصاف اساسی و ذاتی است که علت عمده قرارداد محسوب می‌گردد. بر این اساس به نظر می‌رسد بر مبنای تعریف عقد احتمالی قرارداد مذکور جزو عقود احتمالی نباشد.

۲-۲- عقود احتمالی غیرمعین جدید

در بحث از عقود احتمالی غیرمعین جدید می‌بایست عقود مورد بررسی قرار گیرد که نه تنها در قانون مطرح نشده بلکه در فقه نیز مورد بحث واقع نشده است؛ اما با پیشرفت صنعت و نیاز جامعه عملاً بیشتر واقع می‌شوند. احصاء و تحلیل تمامی این قراردادها از یک سو به جهت افزایش روزافزون این قراردادها و از سوی دیگر به جهت رعایت تناسب حجم مطالب این مبحث ممکن نیست. بدین ترتیب، مهم‌ترین مصادیق این قراردادها به شرح ذیل مطرح می‌گردد:

۲-۲-۱- مشارکت در احداث ساختمان

این دسته از قراردادها بین صاحبان املاک و شرکت‌های ساختمانی یا معماران واقع می‌شوند. بدین صورت که تعهد تسلیم ملک از طرف مالک در مقابل تعهد اجرای قرارداد مبنی بر احداث ساختمان از طرف شرکت‌های ساختمانی واقع می‌گردد. مشارکت در احداث ساختمان در صور مختلفی منعقد می‌گردد. دو نوع از این نوع قراردادها به جهت احتمالی بودن میزان عوضین به شرح ذیل مورد تحلیل قرار می‌گیرد: نخست آنکه هنگام انعقاد قرارداد طرفین ضمن ارزیابی ارزش ملک توافق می‌کنند که پس از اتمام قرارداد و احداث ساختمان، هریک از طرفین به نسبت قیمت زمین و ارزش ارزیابی شده ملک، در مالکیت ساختمان احداثی شریک باشند. نوع

۳۹. محمد بن حسن طوسی، *الخلاف* (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم،

۱۳۴۷)، ۱۷۰؛ حلی، *شرایع الاسلام*، پیشین، جلد دوم، ۱۳.

۴۰. طاهرخانی، *قرارداد با عوض شناور*، پیشین، ۲۶۸ و ۲۶۹.

دیگر آن است که ملک هنگام انعقاد قرارداد ارزیابی نمی‌شود و طرفین توافق می‌کنند که پس از اتمام مدت قرارداد و احداث ساختمان، مالکیت ساختمان احداث شده به نسبتی بین طرفین مشاع باشد.^{۴۱} احتمالی بودن قرارداد مشارکت در احداث ساختمان دو عامل است که جملگی ناظر بر موضوع قرارداد است. در این نوع از قراردادهای موضوع معامله چه از منظر حصول آن و چه از منظر میزان به درستی مشخص نبوده و منوط به اتمام مدت قرارداد و احداث ساختمان در این مدت است. از آنجایی که از یک سو میزان هزینه‌ای که صرف احداث ساختمان می‌گردد در مدت زمان قرارداد بر مبنای نوسان قیمت مصالح ساختمانی و سایر عوامل نامعلوم است و از سوی دیگر در فرض عدم ارزیابی قیمت ملک در زمان انعقاد قرارداد، میزان یک عوض یا هر دو عوض نامعلوم می‌باشد. با نگاهی به تعداد قرارداد مشارکت در احداث که در عمل به دلیل حدوث عوامل غیر قابل پیش‌بینی در مدت زمان قرارداد باعث عدم اجرای قرارداد می‌گردد حصول مورد معامله (احداث ساختمان) نیز مورد تردید و احتمالی است. بدین ترتیب این قراردادهای که از جهت حصول و میزان مورد معامله نامعلوم است جزو قراردادهای احتمالی محسوب می‌گردند.

۲-۲-۲- قرارداد پیش‌فروش مصنوعات

مهم‌ترین نوع قراردادهای پیش‌فروش مصنوعات، قرارداد پیش‌فروش محصولات شرکت‌های خودروسازی داخلی است. نحوه انعقاد قرارداد بدین صورت است که شرکت‌های خودروسازی با انتشار آگهی قصد خود از فروش را به عموم مردم اعلام می‌نماید. در این میان متقاضی پس از مطالعه شرایط، با ارسال چک بانکی قبولی خود را به شرکت اعلام می‌نماید و قرارداد منعقد می‌گردد. این قراردادهای ظرف بیست سال اخیر رایج گردیده است. عامل احتمالی بودن این دسته از قراردادهای نامشخص بودن میزان ثمن، به عنوان هزینه تمام شده هنگام انعقاد قرارداد است؛ زیرا از یک سو به دلیل اینکه شرکت‌های تولید خودرو خود تولیدکننده تمام قطعات نیستند و آنها را، که قیمتشان در حال نوسان است، از شرکت‌های داخلی یا خارجی تأمین می‌کنند؛ از سوی دیگر تغییر مقررات اقتصادی، گمرکی، بانکی و مالیاتی می‌تواند در هزینه نهایی خودرو تأثیرگذار باشد. بر این اساس اخیراً شرکت‌ها برای دوری از هرگونه غرر و احتمال کاهش یا افزایش قیمت قطعات، در آگهی پیش‌فروش، ضابطه تعیین قیمت را موکول

۴۱. حانیه ذاکری‌نیا، *قراردادهای مشارکت در ساخت و ساز* (تهران: نشر دادگستر، ۱۳۹۱)، ۱۲۷.

به قیمت زمان تحویل نموده‌اند.^{۴۲} بدین ترتیب، بر مبنای نامشخص بودن میزان ثمن در این قراردادها، هنگام انعقاد، این قراردادها احتمالی محسوب می‌گردند. لذا قرارداد مذکور از حیث میزان ثمن احتمالی است. با این وجود به نظر می‌رسد از یک سو قابلیت تسلیم خودرو مورد تعهد نیز به عنوان مورد معامله، با توجه به اینکه هنوز تولید نشده است، مورد تردید و احتمالی است و از سوی دیگر نظر به اینکه قیمت قطعات خودرو در زمان انعقاد قرارداد مشخص نیست پس میزان ارزش خودرو به عنوان تعهد شرکت خودروساز مشخص نیست. نوع دیگر از این دسته قراردادها، قرارداد پیش‌فروش نفت و گاز می‌باشد؛ به طور مثال کشور ژاپن برای تأمین نفت سال آینده خود از قبل اقدام به پیش‌خرید نفت مورد نیاز از کشور جمهوری اسلامی ایران می‌نماید در این صورت هر چند میزان نفت درخواستی مشخص می‌باشد ولی از آنجایی که قیمت نفت در حال نوسان است و تعیین آن در زمان انعقاد قرارداد احتمال زیان را برای هریک از طرفین قرارداد ایجاد می‌نماید؛ لذا جهت دوری جستن از هر نوع غرر، تعیین قیمت موقوف به شاخص روز تحویل نفت می‌گردد. بر این اساس این نوع قراردادها احتمالی هستند؛ زیرا میزان قیمت نفت در زمان انعقاد قرارداد احتمالی بوده و تعیین قطعی وابسته به شاخص ثابت روز تحویل می‌باشد.

۲-۲-۳- اجاره شیل برای صید ماهی

عنوان اجاره شیلات در شمال ایران بیشتر مطرح است. در این عقد صیادان یکی از رودها را در مقابل اجاره‌بها معلوم به اجاره می‌گیرند. و اقدامات لازم جهت جمع شدن ماهیان را در آن رود فراهم می‌آورند.^{۴۳} احتمالی بودن این قرارداد از این حیث است که هنگام انعقاد عقد مقدار ماهی حاصل از صید مشخص نیست. زیرا در هر مرحله از صید احتمال کاستی و فزونی وجود دارد.^{۴۴} مقدار ماهیان در هر مرحله از صید با پایان یافتن مدت اجاره مشخص می‌گردد. بدین ترتیب اجاره شیلات بر مبنای نامشخص بودن میزان یا حصول آنچه عاید مستأجر می‌شود (یک عوض) عقد احتمالی است.

۴۲. طاهرخانی، قرارداد با عوض شناور، پیشین، ۲۶۸ و ۲۶۹.

۴۳. جعفری لنگرودی، فلسفه‌اعلی در علم حقوق، پیشین، ۲۲۲.

۴۴. پیرهادی، پیشین، ۳.

۲-۲-۴- تراز

تراز عقدی است که یک طرف مقدار معین و معلوم از دام متعلق به خود را جهت تعلیف و حفظ و نگهداری در اختیار طرف مقابل قرار می‌دهد که منافع و نتایج دامها را به نسبتی تقسیم نمایند و طرف مقابل قبول و تعهد می‌کند.^{۴۵} احتمالی بودن قرارداد مذکور از این حیث است که هنگام انعقاد قرارداد مورد معامله نامعلوم است؛ به عبارت دیگر میزان آنچه در پایان قرارداد عاید هر یک از طرفین می‌شود، نامشخص است و تعیین قطعی آن منوط به پایان مدت قرارداد است؛ زیرا عواملی خارجی از قبیل مرگ و میر دامها یا شکار شدن دامها به وسیله حیوانات درنده ... در مدت زمان قرارداد بر میزان نتایج و منافع کلی دام تأثیر اساسی دارد. این تأثیر اساسی باعث احتمالی شدن هر دو عوضین قرارداد مورد بحث می‌گردد. بدین ترتیب قرارداد تراز به اعتبار هر دو عوض احتمالی است.

نتیجه

عنوان عقد احتمالی در مقررات موضوعه ایران مطرح نگردیده. با این وجود، مصادیق این قراردادها تحت تأثیر نیاز مبرم جامعه مورد تصریح قانون واقع گردیده. عقد احتمالی عبارت از عقدی است که مورد معامله از حیث میزان یا حصول (یا هر دو) عوض یا عوضین، هنگام انعقاد قرارداد، نامعلوم بوده و تعیین آن منوط به امر یا امور دیگر در آینده است. بدین ترتیب عقد احتمالی در مصادیق مختلفی می‌تواند مطرح گردد: فرض نخست آنکه حصول و میزان یک عوض در هنگام انعقاد قرارداد احتمالی باشد. در عقد بیمه حوادث نظر به اینکه اصل حادثه معلوم نیست و از طرفی در فرض وقوع حادثه میزان خسارت نامعلوم است؛ لذا میزان حصول تعهد بیمه‌گر احتمالی است. بدین ترتیب به نظر می‌رسد عقد بیمه حوادث جزو این دسته از عقود احتمالی می‌باشد. فرض دوم آنکه حصول عوضین احتمالی باشد. در قرارداد گرویندی، از آنجایی که در زمان انعقاد قرارداد برنده شدن یکی از دو طرف امری محتمل می‌باشد، پس قرارداد مذکور به اعتبار محتمل بودن حصول هر دو عوض جزو این دسته از عقود احتمالی می‌باشد. فرض سوم ناظر بر احتمالی بودن حصول و میزان هر دو عوض است. عقود مشارکتی مزارعه، مضاربه و مساقات جزو این دسته می‌باشند؛ زیرا مورد معامله در این عقود سود یا حاصل احتمالی آینده است و اصل حصول سود و میزان آن به عوامل احتمالی متعددی وابسته است. در عقد جعاله نیز در فرضی که مورد جعل جزء مشاعی از مورد تعهد

۴۵. جعفری لنگرودی، فلسفه اعلی در علم حقوق، پیشین، ۲۲۰، پیرهادی، پیشین، ۳۲ و ۳۳.

عامل باشد میزان و حصول هر دو عوض احتمالی می‌باشد. در فرض چهارم تنها حصول یک عوض احتمالی است؛ عقد ضمان با تعلیق در التزام به تأدیه ناظر بر این مورد است. فرض پنجم در خصوص احتمالی بودن میزان یک عوض می‌باشد که به نظر می‌رسد عقد قرض شامل این مورد باشد. در فرضی دیگر میزان عوضین احتمالی است که بیشتر عقود احتمالی نامعین جزو این دسته محسوب می‌گردند از جمله مشارکت در احداث، پیش فروش مصنوعات، تراز و همچنین معامله معلوم به همراه مجهول.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

- اسلامی‌پناه، علی. «معلوم بودن مورد معامله در حقوق ایران و فقه اسلامی و بررسی تطبیقی آن در حقوق فرانسه و کامن‌لو». رساله دکترا، تهران: دانشکده حقوق دانشگاه تهران، ۱۳۸۰.
- اعتضاد بروجردی، محمد. «در غرر و دلیل آن». *مجله کانون وکلا* ۱۱ (۱۳۲۹): ۵۱-۴۸.
- امامی، سید حسن. *حقوق مدنی*. ویرایش سوم. تهران: انتشارات اسلامی، ۱۳۷۱.
- ایزائلو، محسن. *جزوه درسی حقوق مدنی ۱ کارشناسی ارشد حقوق خصوصی*. تهران: دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۹۲.
- بابایی، ایرج. *حقوق بیمه*. ویرایش اول. تهران: انتشارات سمت، ۱۳۸۲.
- باریکلو، علیرضا. *عقود معین ۲*. ویرایش اول. تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۸.
- پیرهادی، محمدرضا. «عقد احتمالی با تأکید بر بیع احتمالی». *فصلنامه تحقیقات حقوقی آزاد* ۵، ۶ و ۷ (۱۳۸۸): ۶۳-۹.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. *اندیشه و ارتقاء*. ویرایش اول. تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۷.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. *فلسفه اعلی در علم حقوق*. ویرایش اول. تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۲.
- خامنه‌ای، محمد. *بیمه در حقوق اسلام*. ویرایش اول. قم: دفتر نشر فرهنگ اسلامی، ۱۳۵۹.
- داراب‌پور، مهرباب. «ثمن شناور، تهران». *مجله تحقیقات حقوقی* ۲۱ و ۲۲ (۱۳۷۷ و ۱۳۸۷): ۲۸۳-۲۲۱.
- ذاکری‌نیا، حانیه. *قراردادهای مشارکت در ساخت و ساز*. ویرایش دوم. تهران: نشر دادگستر، ۱۳۹۱.
- رحیمی، حبیب‌الله و خسرو محمودزاده. «مبانی نظریه اعتبار عقد احتمالی (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و مصر)». *پژوهش‌های حقوق تطبیقی* ۱۸ (۱۳۹۳): ۱۲۶-۱۰۳.
- رحیمی، حبیب‌الله و خسرو محمودزاده. «مطالعه تطبیقی تحلیل ماهیت عقد احتمالی در حقوق ایران و مصر». *مطالعات حقوق تطبیقی* ۵ (۱۳۹۳): ۴۲۹-۴۰۱.
- رفیعی، محمدتقی. *مطالعه تطبیقی غرر در معامله*. ویرایش اول، قم: مرکز مطالعات و تحقیقات اسلامی، ۱۳۷۸.
- شهیدی، مهدی. *مجموعه مقالات حقوقی*. ویرایش اول. تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۵.
- طاهرخانی، حسین. «قرارداد با عوض شناور از دیدگاه اصول فقه». *نشریه حقوقی دادگستری* ۴۳ (۱۳۸۲): ۱۴۶-۱۲۱.
- طاهرخانی، حسین. *قرارداد با عوض شناور*. ویرایش اول. تهران: انتشارات دادگستر، ۱۳۹۱.
- عرفانی، توفیق. *قرارداد بیمه در حقوق اسلام و ایران*. ویرایش دوم. تهران: انتشارات کیهان، ۱۳۸۱.
- کاتوزیان، ناصر. *دوره عقود معین*. جلد اول. ویرایش نهم. تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴.
- کاتوزیان، ناصر. *عقود معین (مشارکت‌ها - صلح)*. جلد دوم. ویرایش سوم. تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۶.
- کاتوزیان، ناصر. *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*. ویرایش سیزدهم. تهران: میزان، ۱۳۸۵.

کاتوزیان، ناصر. *قواعد عمومی قراردادها*. جلد اول. ویرایش هشتم. تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۱.

محقق داماد، سید مصطفی. *نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی*. ویرایش اول. قم: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۸.

معاونت آموزش قوه قضائیه. *رویه قضایی ایران در ارتباط با دادگاههای عمومی حقوقی*. جلد ۲۳. ویرایش دوم. تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۸۸.

وحدتی شبیری، سید حسن. *مجهول بودن مورد معامله*. ویرایش اول. قم: مرکز مطالعات و تحقیقات اسلامی، ۱۳۷۹.

ب) منابع عربی

ابن حمزه، ابن براج و ابن ادریس به نقل از: حلی، جعفر بن حسن. *مختلف الشیعه فی الاحکام شریعه*. جلد پنجم. ویرایش دوم. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۸۳.

انصاری، شیخ مرتضی. *مکاسب*. جلد دوم. ویرایش اول. قم: منشورات دارالذخائر، ۱۴۱۱ ه.ق.

حلی، جعفر بن حسن. *المختصر النافع فی فقه الامامیه*. جلد اول. ویرایش ششم. قم: نشر مؤسسه المطبوعات الدینیه، ۱۴۱۸.

حلی، جعفر بن حسن، *شرایع الاسلام فی الحلال و الحرام*. جلد دوم. ویرایش دوم. قم: نشر مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸.

خراسانی، آخوند محمد کاظم. *حاشیه بر مکاسب*. جلد اول. ویرایش اول. قم: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶.

السنهوری، عبدالرزاق احمد. *الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید*. المجلد السابع. الطبعة الثالثة. بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیه، ۲۰۰۰ م.

السنهوری، عبدالرزاق احمد. *مصادر الحق فی فقه الاسلامی*. جلد سوم. ویرایش اول. تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۹۱.

الضریر، الصدیق محمد الأمين. *الغرر فی العقود و آثاره فی تطبیقات المعاصره*. الطبعة الاولى. جده: المعهد الاسلامی للبحوث و التدریب، ۱۹۹۳ م.

طوسی، محمد بن حسن. *الخلاف*. ویرایش اول. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۳۴۷.

عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی. *الروضه البهیة فی شرح المعه الدمشقیة*. ویرایش اول. قم: نشر کتابفروش داوری، ۱۴۱۰.

گیلانی (میرزای قمی). *جامع الشتات*. ویرایش اول. تهران: مؤسسه کیهان، ۱۴۱۷.

مراغه‌ای، سید میر عبدالفتاح. *عناوین الفقهیه*. جلد دوم. ویرایش اول. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷.

نجفی، شیخ محمد حسن. *جواهر الکلام*. جلد ۲۲. ویرایش هفتم. بیروت: انتشارات دارالاحیاء التراث العربی، ۱۴۰۴.

Case Studies of Probable Contracts in the Legal System of Iran

Dr. Habibollah Rahimi

Associate Professor of the Department of Private Law, Faculty of Law and Political Sciences,
Allameh Tabataba'i University
Email: Rahimi@atu.ac.ir

&

Khosro MahmoudZadeh

Ph.D. Student of Private Law, Faculty of Law and Political Science,
Allameh Tabataba'i University
Email: babaklegally@gmail.com

The title of the potential agreement, the contract negotiated during the contract is unknown, has not been raised in the Civil Code of Iran. Nevertheless, some examples of this agreement are based on the urgent need of the trading standard of the society in particular in the provisions of the subject; the contract of insurance, the partnership agreement (farmer, commandite and constables), and Some examples of the impact of the industrial revolution and the necessity today trades are common among traders and are growing so that they cannot be counted; the contract for the pre-sale of artifacts, contracts for the participation in construction and In this paper, examples of probable contracts are identified and analyzed. The criterion for determining the probability of a contract is the fact that the contractor is not aware of the amount or amount of the contract. Possible contracts in the rich jurisprudential source are also unprecedented. The transaction is based on the estimation (based on the uncertainty of the amount and product yield), the musk deal in the neue (based on the uncertainty of the quality of the musk) is among the contracts.

Keywords: Aleatory Contracts, Contracts, Uncertainties, Pre-Sales Contracts, Partnership Contract.

Journal of **LEGAL RESEARCH**

VOL. XVII, No. 1

2018-1

- **Comparing between Issuing of Notarize Acts and Secure Electronic Documents in Legal Systems of Some Countries**
Dr. Abbas karimi - Amir Sepahi
- **The Investigation of Intelligent Agent's Legal Nature in the Field of Electronic Contracts**
Dr. Seyyed Elham-aldin Sharifi - Golnaz Beyrami
- **Compensation from Innocent Arrested Accused**
Dr. Rajab Goldoust Jouybari - Mehran Ibrahimi Manesh
- **Corruption's Effect on the Realization of Human Rights**
Hossein Sepah-sara
- **The Political Judgment or Judgment Policy? Analyzing the Impact of Non-Legal Factors to Decisions of the International Court of Justice**
Yaser Salarian - Mahdi Khalili Torghabe
- **Case Studies of Probable Contracts in the Legal System of Iran**
Dr. Habibollah Rahimi - Khosro MahmoudZadeh
- **Legal Conformity of Goods with the Contract under United Nations Convention on the International Sale of Goods (CISG)**
Dr. Ehsan Lotfi
- **Illegal Migrant's Human Rights: Challenges Ahead**
Maryam Mahdavi
- **Assessment of Concept, Place, and Scope of Inclusion of Rate of Services from Aspects of Awards of Full Bench of High Court of Administrative Justice**
Dr. Amir Iravanian
- **Legal Aspects of China's Dispute and it Neighbors over Spratly Island**
Nasim Zargarinejad
- **Codification**
Author: Dr. Lindsay Farmer
Translators: Dr. Abdolreza Javan Jafari & Sara Mirbazel & Bahman Khodadadee



S. D. I. L.

The S.D. Institute of Law
Research & Study