

## چالش های استقلال یا عدم استقلال عقد احتمالی

ابراهیم ناصر شادباد\* / پروین اکبرینه\*\* / حسن پاشازاده\*\*\* / رضا رنجبر الوار علیا\*\*\*\*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۱۱/۱۵

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۰۷/۰۳

### چکیده

عقد احتمالی، از جمله عقود است که با تحولات اجتماعی دارای مصادیق فراوان و کاربردی مانند قرارداد های بیمه در انواع مختلف، قرارداد های پیش فروش مصنوعات (استصناع)، قراردادهای با عوض (ثمن) شناور و غیره می باشد. با وجود مصادیقی از این عقد در مقررات، قانونگذار تصریحی قاعده مند در حوزه این عقود ندارد. بنابراین ماهیت، احکام و آثار این عقد در حقوق ایران در حاله ای از ابهام قرار دارد. فقدان تعریفی مناسب از این عقد در مقررات، موجب شده است در خصوص تعریف و ماهیت این عقد اختلاف نظر وجود داشته باشد؛ چنان که عده ای از حقوقدانان معتقدند اصل بر بطلان این دسته از عقود می باشد و برخی دیگر نیز برای این عقد ماهیتی مستقل قائل نبوده و برحسب نظرات آن را همان عقد معلق، عقد شانس، عقد مسامحه ای و غیره دانسته اند. این امر علاوه بر این که شناخت ماهیت عقد احتمالی و احکام و آثار آن را با مشکل مواجه می نماید بر تردید های موجود نیز می افزاید. در این پژوهش با ارائه دلایل اعتبار عقد احتمالی و مقایسه و بیان تفاوت های میان آن با نهاد های مشابه، مشخص و ثابت می شود که این عقد به عنوان یک عقد معتبر دارای ماهیتی مستقل با احکام و آثار خاص می باشد.

**کلیدواژه:** عقد احتمالی، عقد معلق، عقد شانس.

---

\* دانشجوی دکتری گروه حقوق خصوصی، واحد تبریز، دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران

\*\* استادیار گروه حقوق، واحد اهر، دانشگاه آزاد اسلامی، اهر، ایران (نویسنده مسئول)

p.akbarineh@iau-ahar.ac.ir

\*\*\* استادیار گروه حقوق، واحد تبریز، دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران

\*\*\*\* استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد تبریز، دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران

## مقدمه

توسعه های روز افزون در ارتباطات اجتماعی، اقتصادی، صنعتی و تجاری تحولاتی را در حوزه حقوقی خصوصاً در حقوق قراردادها ایجاد کرده است و موجب ظهور و پیدایش عقود جدید با ماهیت، اوصاف و احکام خاصی شده است. از جمله این عقود، عقد احتمالی با مصادیق مختلف مانند قراردادهای پیش فروش مصنوعات (استصناع) قراردادهای بیمه در انواع مختلف، قراردادهای با عوض (ثمن) شناور و غیره می باشد. اهمیت بررسی این دسته از عقود از این لحاظ است که برحسب نیازهای زندگی اجتماعی و استقبال عموم این عقود مورد پذیرش عرف عقلای جامعه قرار گرفته و تعداد و مصادیق آن چنان رو به افزون است که تنها محدود به موارد مصرح در مقررات نمی باشد.

با این که در مقررات کشورمان به برخی از مصادیق این عقد (مانند بیمه، جعاله، مضاربه و غیره) اشاره شده است، ولی قانونگذار تصریحی قاعده مند در حوزه این قراردادها ندارد، لذا عقد احتمالی و مصادیق آن در حقوق ایران پدیده ای ناشناخته بوه و ماهیت، مبانی، اوصاف و قواعد و آثار آن در هاله ای از ابهام قرار دارد. بخشی از سؤالات و ابهامات در خصوص عقد احتمالی، مربوط به ماهیت این عقد می باشد. به جهت فقدان تعریف عقد احتمالی در مقررات، بین حقوقدانان در این خصوص اختلاف نظر وجود داشته و نظرات و تعاریف مختلفی ارائه شده است. حقوقدانان در بیان ماهیت حقوقی این عقد اتفاق نظر ندارند، عده ای ماهیت حقوقی مستقلی برای این عقد قائل نبوده و برحسب نظرات آن را همانند عقد معلق، عقد غرری، عقد شانسی، عقد مسامحه ای، عقد مخاطره و عقد مشروط می دانند و برخی نیز معتقدند که در حقوق ایران، اصل بر بطلان عقد احتمالی می باشد. سؤال قابل طرح آن است که آیا عقد احتمالی معتبر بوده و در صورت اعتبار، آیا دارای ماهیت حقوقی مستقل می باشد، یا این که از خود استقلالی نداشته و ممکن است همان عقد معلق، غرری،

مسامحه ای و غیره باشد؟ پاسخ به این سؤال به این نتیجه منجر خواهد شد که اگر عقد احتمالی را معتبر دانسته و برای آن ماهیت حقوقی مستقلی قائل شویم در این صورت، باید بر این عقیده بود که عقد مذکور، دارای اوصاف، خصوصیات، قواعد و آثار خاصی می باشد که نیازمند تحقیق، بررسی و استخراج آنهاست.

اهمیت تحقیق و پاسخ به این سؤال از این جهت است که امروزه شاهد انعقاد عقود هستیم که در آن میزان عوض یا عوضین و حتی حصول عوض یا عوضین در زمان انعقاد عقد معین و قطعی نبوده و معین شدن میزان عوض یا عوضین و قطعی شدن حصول آن به امر یا اموری محتمل در آینده محوّل شده است که این همان عقود احتمالی است و مصادیق این دسته از عقود با توجه به ضروریات و نیازهای اجتماعی در حال رشد می باشد.

از طرف دیگر، روشن شدن ماهیت این عقد برای رفع اختلافات احتمالی و آگاهی متعاقدين از اوصاف و احکام و نوع عقدی که متعقد می نماید ضروری است. به این منظور، در تحقیق حاضر پس از بیان مفهوم عقد احتمالی و با ارائه دلایل صحت و اعتبار این عقد و مقایسه آن با عقود مشابه و بیان تفاوت های میان آنها مشخص و ثابت خواهد شد که عقد احتمالی به عنوان یک عقد معتبر دارای ماهیت حقوقی مستقل بوده و اوصاف و احکام و آثار خاصی دارد.

### ۱- مفهوم عقد احتمالی

در حقوق ایران با این که با کثرت و ظهور انواع عقد احتمالی مواجه هستیم و برحسب نیازها و ضروریات زندگی اجتماعی این دسته از عقود مورد پذیرش عرف عقلا قرار گرفته مفهوم این عقد و اصول و قواعد حاکم بر این عقد به صورت دقیق و روشن و قاعده مند بیان نشده است. به رغم این که قانونگذار تعریفی از عقد احتمالی ارائه نکرده است ولی در مقررات مصادیقی از عقود بکار رفته که قابل انطباق با عقد

احتمالی است؛ مانند بیمه، مضاربه، جعاله و غیره؛ و برخی نیز در عرف، رایج شده است بدون این که قانونگذار نسبت به آن تعیین تکلیف نموده باشد مانند قرارداد با عوض (ثمن) شناور و برخی نیز در فقه مورد توجه قرار گرفته مانند قرارداد ساخت و ساز اموال منقول (استصناع).

در بین حقوقدانان پیرامون تعریف عقد احتمالی اختلاف نظر وجود داشته و تعریف یکسانی از این عقد ارائه نشده است و تعاریف ارائه شده نیز قابل نقد بوده و جامع و مانع نمی باشند. گروهی از حقوقدانان (شهیدی، ۱۳۸۲: ۹۴) با اقتباس از حقوق فرانسه، عقد را از حیث احتمالی بودن یکی از دو مورد یا قطعی بودن هر دو عوضین، به عقد قطعی<sup>۱</sup> و عقد احتمالی (شانسی)<sup>۲</sup> تقسیم کرده و مقرر نموده اند «عقد شانسی، عقدی است که در تحقق یکی از دو مورد عقد، احتمال و شانس وجود دارد؛ مانند قرارداد بازی در گروپندی و قرارداد تأمین هزینه مادام العمری که در آن روابط مالی طرفین به مدت عمر ذیحق در مطالبه هزینه بستگی دارد و عقد قطعی، عقدی است که هر دو مورد عقد عادتاً قطعی و غیر شانسی است، مانند بیع اتومبیل در برابر مبلغ معین».

در این تعریف اولاً، به احتمالی بودن یکی از دو مورد اشاره شده است در حالی که در عقود احتمالی بر حسب مورد، ممکن است یکی از دو مورد عقد یا هر دو مورد عقد احتمالی باشد. برای مثال، در قرارداد پیش فروش خودرو به جهت عوامل مختلف مانند نوسان بازار و متغیر بودن حقوق گمرکی و مالیات در واردات قطعات و به جهت این که قیمت روز تحویل را ملاک قرار می دهند تعهدات فروشنده و سازنده خودرو، و هم خریدار احتمالی است (طاهرخانی، ۱۳۹۱: ۹۰).

دوم این که، در تعریف به احتمالی بودن حصول و تحقق عوض یا عوضین اشاره شده است، در حالی که در برخی از مصادیق عقد احتمالی، حصول عوض یا عوضین

---

1- Contrat Commutatif

2- Contrat aleatoire

قطعی می باشد و تنها میزان عوض یا عوضین احتمالی است. برای مثال، در قرارداد بیمه عمر که از مصادیق عقد احتمالی است حصول عوضین قطعی بوده ولی میزان تعهد بیمه گذار معلوم نیست و تعیین آن در آینده صورت می گیرد و یا در پیش فروش خودرو و یا ساختمان، میزان تعهدات فروشنده و خریدار احتمالی است ولی حصول آن قطعی می باشد.

سوم این که، در عقد احتمالی منشأ - برخلاف عقد معلق - به طور منجز واقع می شود و تحقق اثر عقد معلق نمی باشد و تنها میزان عوض یا عوضین یا حصول عوض یا عوضین، منوط به امر یا اموری در آینده است. به عبارتی، التزام به تأدیه یا انجام تعهد به علت نامشخص و نامعین بودن میزان یا حصول تعهد یا تعهدات طرف یا طرفین وابسته به امر یا امور دیگری است. برای نمونه، در عقد جعاله که عقدی احتمالی است با وقوع عقد، اثر اصلی آن ایجاد می گردد و بر این اساس است که عامل، به انجام آن چه بر عهده داشته است، اقدام می نماید (مواد ۵۶۴ و ۵۶۵ ق.م). در حالی که چنان چه عقد مذکور معلق بود، اثر اصلی عقد تا وقوع معلق علیه حادث نمی شد و بر این اساس، عامل به انجام آن چه بر عهده گرفته است، متعهد نمی شد. از طرف دیگر، میزان جعل نیز معلوم است و تعهد پرداخت آن به عهده جاعل واقع شده است، ولی با توجه به ماهیت عقد احتمالی (جعاله)، حصول عوضین معلق گردیده و با وقوع معلق علیه، حصول عوضین برای طرفین ایجاد می گردد (جاعل، مالک نتیجه کار عامل و عامل، مالک جعل می شود)؛ و یا در عقد بیمه با وقوع عقد، اثر عقد و تعهدات طرفین به طور منجز ایجاد می شود. به این جهت است که بیمه گذار متعهد به پرداخت وجه یا اقساط بیمه می باشد و سقف تعهدات بیمه گر نیز مشخص شده است، ولی تعیین میزان و حصول آن منوط به وقوع حادثه محتمل است.

نهایتاً این که در تعریف مذکور، معلق علیه همیشه امری شانس قلمداد شده و قابل ایراد است. به نظر می رسد که معلق علیه در عقود احتمالی همیشه امری شانس نیست

بلکه ممکن است امری محتمل الوقوع یا قطعی الوقوع باشد که تنها زمان آن مشخص نیست؛ برای مثال، فوت ذینفع در قرارداد مستمری، قطعی الوقوع است که تنها زمان آن نامشخص است (السنهوری، ۱۹۹۸: ۱/۱۴۰). برخی دیگر از حقوقدانان (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱/۱۲۴) در تعریف عقد احتمالی مقرر داشته اند «عقد احتمالی، عقد معوضی است که در آن، مقدار دو عوض وابسته به امر نامعلومی در آینده است.» در تعریف فوق، عقد احتمالی تنها به عقود معوض اختصاص داده شده است و برای عدم اختصاص آن به عقد غیر معوض و تبرعی هیچ دلیل و استدلالی ذکر نشده است. در حالی که هیچ مانعی ندارد که عقود غیر معوض و مجانی نیز به صورت احتمالی منعقد گردند. برای مثال، اگر محصول باغی که حاصل آن بدو صلاح شده است یا نتاج آینده حیوان به طرف مقابل هبه گردد، در این صورت برای موهوب له در زمان عقد، امکان مشخص نمودن میزان آن چه را که اخذ خواهد کرد، وجود ندارد و در نتیجه، عقد احتمالی است. ایراد دیگری که به تعریف فوق وارد می شود آن است که در تعریف فوق، به احتمالی بودن هر دو مورد عقد اشاره شده است در حالی که در عقود احتمالی بر حسب مورد ممکن است یکی از دو مورد عقد یا هر دو مورد عقد احتمالی باشد. برای نمونه، در قراردادهای بیمه، تعهدات یکی از طرفین (بیمه گذار) معلوم و تعهدات طرف دیگر، احتمالی است. به این صورت که در عقد بیمه، بیمه گذار مبلغ مشخص را می پردازد، اما بیمه گر ممکن است تا پایان جریان عقد و وقوع حوادث، مسؤول پرداخت مبالغی کم یا مسؤول پرداخت حداکثر تعهدات و یا با عدم وقوع حادثه در پایان عقد تعهدات او بدون دادن مالی یا انجام تعهدی از بین برود (پیرهادی، ۱۳۸۸: ۳۱).

در فقه امامیه، عنوان عقد احتمالی همانند حقوق موضوعه ایران بکار نرفته است ولی همانند حقوق موضوعه، فقها به برخی از توافقات و معاملات اشاره کرده اند که قابل انطباق با عقد احتمالی می باشند؛ از جمله، معامله مجهول با ضمیمه معلوم، فروش

سردرختی (بیع اثمار)، بیع استصناع (پیش فروش مصنوعات) و غیره. یکی از فقها عقود معاوضی را به دو گروه: عقد تقدیری و عقد تحقیقی تقسیم بندی نموده و در تعریف عقد تقدیری، مقرر نموده اند که «عقدی است که حصول اثر آن منوط به تقدیر خاص است، مثل مزارعه، مساقات، مضاربه، سبق و رمایه و جعاله که در همه عقود مذکور، منشأ منجزاً واقع می شود» (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۱۱۳/۱). برخی واژه تقدیری را مترادف احتمالی گرفته اند (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۱۶۰؛ پیرهادی، ۱۳۸۸: ۱۱). این تقسیم بندی و تعریف، متفاوت از روش سایر فقهاست و به تعریف عقد احتمالی اشاره دارد. ذکر مصادیقی از عقود در تعریف که منطبق با عقد احتمالی می باشد در تأیید این نظر می باشد. با توجه به مطالب فوق، در مصادیق مختلف عقد احتمالی ممکن است حالت های زیر وجود داشته باشد: ۱. میزان یکی از عوضین احتمالی باشد؛ ۲. میزان هر دو عوض، احتمالی باشد؛ ۳. حصول یکی از عوضین، احتمالی باشد؛ ۴. حصول هر دو عوضین، احتمالی باشد؛ ۵. میزان و حصول یکی از عوضین، احتمالی باشد؛ ۶. میزان و حصول هر دو عوض، احتمالی باشند. با توجه به حالت های فوق می توان برای عقد احتمالی تعریف زیر را به عنوان پیشنهاد ارائه نمود: «عقدی است که مورد معامله در آن از حیث میزان یا حصول یا هر دو، از عوض یا عوضین نامعین و احتمالی بوده و تعیین شدن میزان و قطعی شدن حصول آن به امر یا امور دیگری در آینده محوّل شده باشد».

## ۲- مبانی صحت و اعتبار عقد احتمالی

با توجه به این که در خصوص صحت و عدم صحت عقد احتمالی در حقوق ایران اختلاف نظر وجود دارد، بنابراین اثبات استقلال عقد احتمالی و تمایز آن از عقود و نهادهای مشابه مستلزم اثبات صحت و اعتبار این عقد می باشد.

۱. «و هی التی یکون حصول اثرها علی تقدیر خاصّ و ذلک کالمزارعه و المساقات ...»

در حقوق ایران، مشهور حقوقدانان نظر به بطلان عقد احتمالی دارند؛ برخی با توجه به ماده ۶۵۴ ق.م. و یکسان پنداشتن عقد احتمالی با عقد شانس اصولاً این عقد را باطل اعلام نموده و ماده ۶۵۵ ق.م. را استثناء اصل مقرر در ماده فوق دانسته اند (شهیدی، ۱۳۸۲: ۹۴). برخی دیگر نیز به جهت برخورد عقود احتمالی با حدیث غرر (نهی النبی عن الغرر) جز در مواردی که قانون آن را مباح و صحیح بداند- مانند استثنائات ماده ۶۵۵ ق.م. و عقد بیمه- اصولاً عقیده بر بطلان این دسته از عقود دارند (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱/۱۲۴). مستند اصلی مخالفان عقد احتمالی در حقوق و فقه بر مبنای نظریه لزوم تعیین قطعی مورد معامله است. ضرورت و لزوم تعیین مورد معامله را قانونگذار در مقررات مختلف قانون مدنی بیان نموده است و از سوی دیگر نیز مشهور فقها لزوم تعیین قطعی مورد معامله در زمان انعقاد قرارداد را به عنوان اصل مسلم و خدشه ناپذیر مورد توجه قرار داده و نسبت به آن ادعای اجماع نموده اند (شیخ انصاری، ۱۴۱۱: ۲۱۵؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۴۰۶/۲۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۲۶۴/۴؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۵/۴۱۷). با وجود این، به نظر می رسد همان طور که برخی از مؤلفان اعلام نموده اند دلیل بطلان عقود قمار و گروبندی، مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه می باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۲/۲۸۲؛ السنهوری، ۲۰۰۰: ۳/۹۹۰) نه به جهت غرری بودن، تا وحدت ملاک برای تمامی عقود احتمالی باشد و نیز علت بطلان قمار و گروبندی به جهت نامشروع بودن تعهدات مندرج در آن است و استثنائات ماده ۶۵۵ قانون مدنی نیز به خاطر غرری نبودن نیست بلکه بر خلاف قمار و گروبندی، در آنها هدف و غرض عقلایی وجود دارد.

در خصوص لزوم تعیین قطعی مورد معامله در زمان انعقاد عقد که به عنوان اصل مسلم در حقوق و فقه پذیرفته شده است در فقه برخی از فقها با استناد به روایت رفاعه، به کفایت قابلیت تعیین مورد معامله معتقد می باشند (بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۸/۴۴۹). در این روایت آمده است که فروشنده و خریدار توافق می کنند بیع انجام شود و تعیین قیمت



در آینده به عهده مشتری گذاشته شود (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۷۹/۱۲). و از طرف دیگر، فقها اتفاق نظر دارند که غرر، مفهوم عرفی است و شارع مقدس در حقایق عرفی عقلایی در چهارچوب معاملات دخل و تصرفی نمی کند (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۳۲۰/۲؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۴۴۹/۲۲؛ خراسانی، ۱۴۰۶: ۱۳۲). اخیراً در تحقیقات حقوقی نیز این نظریات وجود دارد که غرر، مفهوم عرفی دارد و بر حسب زمان و مکان دچار تغییر و تحوّل می گردد (اسلام پناه، ۱۳۸۰: ۵۹۱؛ داراب پور، ۱۳۷۶: ۲۵۳؛ طاهرخانی، ۱۳۸۲: ۱۳۳).

در برخی از تحقیقات اخیر، ضمن دفاع از عقود احتمالی و صحّت و اعتبار آن، قاعده عسر و حرج به عنوان مبنای صحّت و اعتبار عقد احتمالی عنوان شده است؛ به این معنا که چنان چه 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 عسر و حرج خواهد گردید؛ چراکه در اثر تحولات اقتصادی و تجاری و افزایش این عقود مانند قراردادهای با عوض شناور، قرارداد استصناع، مشارکت ها و غیره، عموم جامعه در روابط حقوقی خود به این دسته از عقود نیاز مبرم دارند. بنابراین چنان چه در انجام حکم شارع بیش از مقدار لازم حرج و مشقّت وجود داشته باشد مطابق قاعده به عنوان حکم ثانوی، حکم اولیه برداشته می شود (رحیمی و محمودزاده a، ۱۳۹۳: ۱۱۷). منبع اخیر، وجود عقودی مانند عقد بیمه (ماده یک قانون بیمه) بیع مال کلی (مواد ۳۵۱ و ۳۵۴ ق.م.) عقد معلق (ماده ۱۸۹ ق.م.) عقد صلح تأمینی (ماده ۷۶۹ ق.م.) عقود مشارکتی (مواد ۵۲۴ و ۵۵۳ ق.م.) و گرویندی (ماده ۶۵۵ ق.م.) را که جزو مصادیق عقد احتمالی و منطبق با آن می باشند و پذیرش کفایت علم اجمالی نسبت به مورد معامله (ماده ۲۱۶ ق.م.) و تعیین توسط طرفین یا ثالث (ماده ۱۰۸۹ و ۱۰۹۰ ق.م.) را به عنوان شاهد و دلیل در اعتبار عقد احتمالی بیان کرده است (همان: ۱۱۳-۱۱۷).

با این که فقهای متقدم شیعه مانند شیخ طوسی، استصناع که یکی از مصادق بارز عقد احتمالی است را جایز نمی داند<sup>۱</sup> (شیخ طوسی، ۱۴۱۱: ۲/۳۱۵) ولی در تحقیقات معاصر فقهی، عقد استصناع عقدی صحیح قلمداد شده و مشمول آیه شریفه «أوفوا بالعقود» می شود و مشروعیت آن با توجه به عرف و نیازهای عمومی به عنوان عقد مستقل اثبات می گردد (تسخیری، ۱۴۱۲: ۷۵۹).

چنین تفکری در کشورهای عضو کامن لا نیز وجود دارد. در حقوق این نظام، درباره صحت و اعتبار عقد احتمالی شک و تردیدی وجود ندارد، زیرا معیار بطلان قراردادهای نامشروع (غیر قانونی) بودن موضوع عقد است، نه احتمالی بودن آن. بنابراین تعهدات مبتنی بر خطر (ریسک) مانند بیمه مورد نیاز جامعه می باشد و جزو قراردادهای باطل تلقی نمی شود (ogg & rassen, 1985: 131)

بدین ترتیب، در ارتباط با عقود احتمالی که مورد معامله در زمان انعقاد قرارداد به طور قطعی تعیین نمی گردد بر حسب مصادیق روزافزون آنها نه تنها عرف عقلایی این نوع معاملات را منع نمی کند بلکه برای برخی نیازها و ضروریات اجتماعی از آنها استقبال می نماید.

### ۳- اقسام عقد احتمالی

با وجود این که قانونگذار عقد احتمالی را تعریف نکرده است ولی با توجه به تعریفی که از عقد احتمالی و مفهوم آن بیان شد در مقررات به برخی از اقسام و مصادیق عقد احتمالی اشاره شده است و پاره‌ای از این دسته عقود در فقه مورد توجه فقها بوده و نهایتاً این که برحسب نیازهای اجتماعی اقسام جدیدی از عقد احتمالی در عرف ظهور کرده اند که به ترتیب مورد اشاره واقع می شوند.

۱. استصناع در چکمه، کفش و ظروف چوبی، برنج، سرب و آهن ساخته می شود جایز نیست؛ شیخ طوسی در کتاب مبسوط نیز چنین عقیده ای را ابراز نموده است (شیخ طوسی، بی تا: ۲/۱۹۴).

### ۱-۳- اقسام عقد احتمالی در مقررات

در مقررات قانون مدنی، عقود مشارکتی (مزارعه، مساقات، مضاربه، جعاله و شرکت) از مصادیق عقد احتمالی می‌باشند. در مزارعه (م ۵۱۸ ق.م.) از آنجا که میزان و حصول آن چه که سرانجام، عاید هر یک 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 (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۱۰۹/۲).

در مساقات (م ۵۴۳ ق.م.) طرفین به جهت حصول سود احتمالی در آینده اقدام به انعقاد عقد می‌نمایند و از آنجا که میزان و حصول سود احتمالی در آینده، احتمالی بوده و برای هر یک از طرفین هنگام عقد، قابل تعیین نبوده و قطعیت ندارد و در پایان مدت قرارداد مشخص می‌گردد عقد احتمالی است.

در مضاربه (ماده ۵۴۶ ق.م.) نیز با توجه 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 (همان).

در جعاله (ماده ۵۶۱ ق.م.) هر یک از عوضین نامعلوم است و قانون نیز بر این امر تصریح دارد (مواد ۵۶۳ و ۵۶۴ ق.م.) و این عدم قطعیت بودن عوضین در زمان انعقاد عقد، ارتباطی به تسامحی بودن آن ندارد بلکه مربوط به ماهیت ذاتی آن است؛ زیرا در جعاله معلوم نیست که عامل تا چه مدت باید کار کند و در راه رسیدن به مطلوب چگونه اقدام نماید. گاه با اندک تلاش به مقصود می‌رسد و گاه ممکن است سالیانی چند بکوشد و به نتیجه نرسد. بنابراین گفته شده که جعاله، عمل حقوقی احتمالی است و عامل شانس و بخت و احتمال در آن کم و بیش مؤثر است (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۲۴۱). از سوی دیگر، در جعاله، حصول عوضین نیز نامشخص و نامعین است و التزام هر یک

از طرفین به تأدیبه و تسلیم موضوع تعهد، وجود ندارد و نحوه و زمان آن به حصول نتیجه تعهد عامل منوط است و حصول این نتیجه نیز جنبه احتمالی دارد.

نفع و ضرر در شرکت های تجاری (م ۲۰ ق.ت.) و در شرکت های مدنی با توجه به این که ممکن است نفع و ضرری حاصل شود (ماده ۵۷۵ ق.م.) نامعلوم و نامعین است و همچنان که برخی از حقوقدانان (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۶ و ۷) بیان نموده اند سود مشترکی که در شرکت (اعم از مدنی و تجاری) حاصل می شود در واقع، عوض مال یا کاری است که در این «اتحاد» نهاده شده، «احتمالی» است؛ یعنی ظن ایجاد آن می رود ولی ممکن است هیچگاه به دست نیاید و اندازه آن را نمی توان به دقت معین کرد.

عقد بیمه (ماده یک قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶) جزو عقود احتمالی می باشد. هرچند که در هر عقد بیمه ای میزان تعهد بیمه گذار و مبالغی را که باید پردازد معلوم است و از طرفی حدود تعهدات بیمه گر یعنی سقف و کف تعهدات او نیز مشخص است، در عین حال، در این قرارداد، میزان تعهدات بیمه گر یا حتی زوال تعهدات او منوط به امری احتمالی (محتمل الوقوع) است (پیرهادی، ۱۳۸۸: ۲۷ و ۲۸). در بیمه عمر نیز با توجه به ماده ۲۳ قانون بیمه هرچند که میزان تعهد بیمه گر مشخص و معین است ولی میزان تعهد بیمه گذار منوط به وقوع حادثه محتمل (فوت) است. به این صورت که ممکن است بیمه گذار به فاصله کمی از زمان انعقاد عقد بیمه فوت کند و حداقل حق بیمه را پرداخت نماید؛ یا سال های متمادی عمر کند و به همان نسبت مبالغ بیشتری را پردازد؛ لذا عقد احتمالی خواهد بود. قرارداد پیش فروش آپارتمان، بر اساس قانون پیش فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ و آئین نامه اجرائی آن مصوب ۱۳۹۳، جزو عقود احتمالی محسوب می شود و عامل احتمالی در این قراردادها نامشخص بودن میزان ثمن، به عنوان هزینه تمام شده هنگام انعقاد قرارداد است.

عقودی مانند مغارسه، قباله، عقد راعی یا قرارداد شبانی و استصناع، در فقه جزو مصادیق عقد احتمالی می باشند که در قوانین موضوعه اشاره ای به آنها نشده است. مغارسه «عبارت از عقدی است که به موجب آن شخص زمین خودش را به دیگری بدهد تا در آن درخت بکارد به قصد شراکت در درخت و حاصل آن ...» (انصاری و طاهری، ۱۳۸۶: ۱۹۰۷/۳). در فقه پیرامون صحّت و عدم صحّت این عقد اختلاف نظر وجود دارد و برخی از فقها با توجه به قواعد عمومی لزوم وفای به عهد و اصل صحّت، آن را صحیح دانسته اند (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۲۹۸/۳). در مغارسه نیز مانند مزارعه و مضاربه و مساقات از آنجا که میزان آن چه سرانجام عاید هر یک از طرفین می شود در هنگام عقد، نامشخص بوده و تعیین آن در آینده صورت خواهد گرفت بنابراین، این عقد از مصادیق عقد احتمالی خواهد بود.

عقد قباله در فقه مطرح شده است و از مصادیق آن قراردادی است که موضوع آن زمین مأخوذ به سیف عنوه یا درختان میوه است که حاکم آن را به هر کس که اقدام بر آبادی آن کند می دهد و از محصول آن نصف و غیره می گیرد و آن چه را می ستاند مال القباله یا حقّ القباله می گویند (علامه حلّی، بی تا: ۳۴۵/۲). دکتر لنگرودی به نقل از جامع الشتات گفته است «قباله، گرفتن زمین غیر است برای آبادانی و دادن مالیات آن از طرف آباچه کننده، به این شرط که منافع آن زمین بین طرفین مشترک باشد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۴: ۵۲۴). احتمالی بودن عقد از آن لحاظ است که میزان عایدات، مقدار ثابتی نیست و ممکن است از حالت عادی و مورد انتظار، کم تر یا بیشتر باشد؛ یا اصلاً عایداتی وجود نداشته باشد؛ هرچند که آورده طرفین در زمان عقد، معلوم و معین باشد.

عقد راعی یا قرارداد شبانی در فقه عقدی است که در آن عمل راعی و شبان در حفظ و نگهداری و تعلیف احشام در مقابل استفاده از شیر یا پشمی که از حیوان عاید می گردد یا نتایجی که از آنها حاصل می گردد، قرار می گیرد (کرکی، ۱۴۰۸:

۱۰۴/۸). در این حالت نیز با توجه به این که مقدار شیر و پشم و نتاجی احشام منوط به امور متعدد در آینده است و ممکن است کم و زیاد شود از این حیث، عقد احتمالی خواهد بود.

قرارداد استصناع که از اقسام بیع احتمالی می باشد «قراردادی است بین دو شخص، اعم از حقیقی و حقوقی، مبنی بر تولید کالایی خاص یا اجرای پروژه یا طرحی با ویژگی های مشخص در آینده معین در ازای گرفتن هزینه آن». درباره صحت عقد استصناع در فقه اختلاف نظر وجود دارد؛ فقهای بزرگی چون شیخ طوسی اعتقاد بر بطلان این عقد دارند؛ کلام ایشان در کتاب خلاف به این شرح است: «استصناع در چکمه، کفش و ظروفی که از چوب، برنج، سرب و آهن ساخته می شود، روا نیست...» (شیخ طوسی، ۱۴۱۱: ۲۱۵/۳). ایشان دلیل بطلان این عقد را اجماع بر عدم وجوب تسلیم کالای مورد قرارداد و مجهول بودن مورد قرارداد عنوان کرده اند. با توجه به ضرورت های اجتماعی در میان فقهای معاصر، اکثریت بر صحت این عقد معتقدند؛ از جمله آیه الله خامنه ای، آیه الله جوادی آملی، آیه الله روحانی، آیه الله صانعی، آیه الله گرامی، آیه الله فاضل لنکرانی، آیه الله موسوی اردبیلی و آیه الله نوری همدانی (کمیحانی و نظیرپور، ۱۳۸۷: ۸۸-۹۱). عامل احتمالی بودن این دسته از قراردادها، نامشخص بودن میزان ثمن به عنوان هزینه تمام شده هنگام انعقاد قرارداد است.

### ۳-۳- اقسام عقد احتمالی در عرف

از جمله عقود احتمالی که در عرف ظهور کرده است می توان قرارداد با عوض (ثمن) شناور، اجاره شیلات برای صید ماهی و تراز را نام برد.

قرارداد با عوض (ثمن) شناور قراردادی است معوض که در آن، میزان عوض معمولاً ثمن در زمان انعقاد قرارداد نامعلوم است و تعیین آن بر مبنای معیاری مشخص در آینده صورت می گیرد. در این قراردادها، حصول عوض (ثمن) قطعی بوده ولی میزان آن نامشخص و نامعین است.

از مصادیق این قرارداد، پیش فروش محصولات شرکت های خودروسازی داخلی است. زیرا از یک سو، به دلیل این که شرکت های تولید خودرو، خود تولیدکننده تمام قطعات نیستند و آنها را - با وجود نوسان قیمت - از شرکت های داخلی یا خارجی تأمین می کنند؛ و از سوی دیگر، تغییرات مقررات اقتصادی، گمرگی، بانکی و مالیاتی می تواند در هزینه نهایی خودرو تأثیرگذار باشد (طاهرخانی، ۹۱: ۲۶۹).

اجاره شیلات نوعی قرارداد است که به موجب آن، صیّادان یکی از رودها در مقابل اجاره بهای معلوم به اجاره گرفته و اقدامات لازم را برای جمع شدن ماهیان انجام می دهند تا به صید آنها اقدام کنند (جعفری لنگرودی، ۵۱۳۸۲: ۲۲۲). در این قرارداد که در مناطق سواحلی خصوصاً در شمال ایران رواج دارد عنصر احتمالی بودن از این جهت است که گرچه مقدار اجاره بها معلوم است ولی مقدار ماهی حاصل از صید در زمان عقد، مشخص نمی باشد.

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 می دهد و منافع و نتاج دام ها بنا به توافق و یا عرف محلّ بین طرفین تقسیم می گردد (همان: ۲۲۰؛ پیرهادی، ۱۳۸۸: ۳۲). قرارداد تراز از اقسام عقد احتمالی است، زیرا هنگام قرارداد، میزان آن چه در پایان قرارداد عاید هر یک از طرفین می شود نامشخص است و عوامل متعددی مانند نحوه تغذیه و تعلیف دام ها، بارندگی و غیره در آن مؤثر می باشد.

#### ۴- مقایسه عقد احتمالی با نهاد های مشابه

پس از اثبات این مطلب که عقد احتمالی به عنوان یکی از عقود معتبر می باشد یکی دیگر از مشکلاتی که در شناخت ماهیت عقد احتمالی وجود دارد آن است که در تعریف و نامگذاری آن از اصطلاحات مختلفی از جمله عقد غرری، عقد شانس،

عقد بختکی، عقد معلق، عقد مسامحه ای، عقد مخاطره و غیره استفاده شده است و برخی از حقوقدانان، ماهیت حقوقی مستقلی برای عقد احتمالی قائل نبوده و برحسب نظرات مختلف، این عقد همان عقد معلق، عقد غرری، عقد شانس و غیره معرفی شده است. در آمیختن عناوین علاوه بر این که شناخت ماهیت عقد احتمالی و احکام و آثار آن را با مشکل مواجه می نماید به تردید های موجود نیز می افزاید. بنابراین، لازم است برای اثبات استقلال ماهیت حقوقی عقد احتمالی و مشخص نمودن تفاوت های آن با عقود مشابه، عقد احتمالی با عقود مشابه آن مورد تطبیق و مقایسه قرار گیرد.

#### ۱-۴- عقد احتمالی و عقد معلق

عقد معلق بر طبق ماده ۱۹۸ ق.م. عقدی است که تأثیر آن برحسب انشاء، موقوف بر امر دیگری باشد. در عقد معلق، توافق و تراضی طرفین برای تحقق عقد به طور منجز واقع می شود، اما تحقق اثر، معلق بر امر دیگری است (امامی، ۱۳۸۶: ۱۶۷/۱؛ شهیدی، ۱۳۸۲: ۶۷؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۷۸؛ کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۵۲/۱؛ صفایی، ۱۳۸۴: ۲۷). برخی از نویسندگان، عقد احتمالی را به جهت وجود تعلیق در این عقد، مترادف با عقد معلق دانسته و هر دو را نهاد حقوق واحدی تصور کرده اند (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۱۶۰-۱۶۱)؛ ایشان در توجیه نظر خود بیان داشته اند که در تمام مصادیق عقد احتمالی، منشأ به طور ذاتی معلق به چیزی است که اگر در خارج تحقق یابد عقد اثر خارجی پیدا می کند. در رویه قضایی نیز بنابر دیدگاهی، عقد بیمه - که مصداق بارز عقود احتمالی است - ماهیتاً عقد معلق محسوب شده است (معاونت آموزش قوه قضائیه، ۱۳۸۸: ۸۸/۲۳). این اختلاط و امتزاج بین عقود احتمالی با عقد معلق در حقوق کامن لا نیز صورت گرفته است. از جمله در فروش کالا با توجه به تفسیری که از بند دوم ماده ۵ قانون فروش کالا مصوب ۱۹۷۹ صورت گرفته، گفته شده است که اگر بیع معلق بر حادثه ای که احتمال وقوع یا عدم آن باشد معلق گردد عقد احتمالی است (Atiyah, 2001: 72). آن چه موجب شده است این دو نهاد حقوقی یکسان تلقی



شوند وجود نوعی تعلیق در هر دو عقد است، ولی این امر موجب نمی شود که ماهیت هر دو عقد یکی باشد. برای روشن شدن تفاوت دو عقد مذکور به بیان تفاوت میان آنها می پردازیم.

### ۱-۱-۴- تفاوت از لحاظ مبنای تعلیق

در عقد معلق، عامل اساسی تعلیق، خواست و اراده طرفین است در حالی که در عقد احتمالی، تعلیق بر مبنای اراده طرفین نبوده بلکه مربوط به ذات آن است. به عبارتی، احتمالی بودن قرارداد مربوط به ماهیت ذاتی آن است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۴۰۲-۴۰۳). برای نمونه در قرارداد بیمه، به وجود آمدن تعهد بیمه گر بستگی به رخداد حادثه دارد که امری احتمالی است و مربوط به ماهیت ذاتی است. نتیجه این که مبنای اصلی تعلیق در قراردادها صرفاً اراده طرفین است، اما مبنای اصلی احتمالی بودن قراردادها مربوط به ماهیت ذاتی معامله است.

### ۲-۱-۴- تفاوت از لحاظ نوع تعلیق

در عقد معلق آن چه معلق می گردد، اثر اصلی عقد است؛ یعنی تعلیق از نوع تعلیق در منشأ است که با وقوع معلق علیه اثر اصلی عقد جاری می شود و در صورت عدم وقوع معلق علیه، عقد مؤثر نبوده و باطل خواهد بود (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۴۱/۱-۷۴؛ شهیدی، ۱۳۸۲: ۶۵-۷۸) در حالی که در عقد احتمالی، اثر اصلی عقد معلق نمی شود، بلکه التزام به تأدیه یا انجام تعهد معلق می گردد (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۱۱۴/۱). در تفاوت این تعلیق گفته شده است که «در عقد معلق، مبادله دو عوض بستگی به امر نامعلومی دارد، لیکن در عقد احتمالی، معاوضه به طور منجز انجام می گیرد و فقط مقدار عوض بر حسب وقوع رویدادی که مورد تراضی قرار گرفته است، تعیین می گردد» (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۲۵/۱). به عبارت دیگر، می توان گفت که تعهد یا تعهدات ناشی از عقد احتمالی با وقوع عقد حاصل می گردد و طرف یا طرفین عقد متعهد هستند ولی التزام به تأدیه یا تسلیم، به دلیل نامشخص و نامعین بودن میزان و حصول

تعهد یا تعهدات، معلق به امر یا امور دیگری است. برای نمونه، در عقد جعاله که عقدی احتمالی است با وقوع عقد، اثر اصلی آن ایجاد می گردد و بر این اساس است که عامل، اقدام به انجام آن چه بر عهده داشته، می نماید (مواد ۵۶۴ و ۵۶۵ ق.م. و لى در این عقد تنها حصول عوضین معلق گردیده است که با وقوع معلق علیه حصول عوضین برای طرفین ایجاد می گردد (جاعل، مالک نتیجه کار عامل و عامل، مالک جعل می گردد) در حالی که چنان چه عقد مذکور معلق بود اثر اصلی عقد تا وقوع معلق علیه حادث نمی شد و بر این اساس، عامل متعهد به انجام آن چه به عهده گرفته، نمی شد.

### ۳-۱-۴- تفاوت از لحاظ خصوصیات معلق علیه

در عقد معلق یکی از ویژگی های معلق علیه، محتمل الوقوع بودن آن است (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۵۲/۱؛ شهیدی، ۱۳۸۲: ۶۵)، در حالی که در عقد احتمالی، معلق علیه همیشه امر محتمل الوقوع نیست و ممکن است قطعی الحصول باشد (السنهوری، ۱۹۹۸: ۱۴۰/۱). برای نمونه، در عقد بیمه عمر (ماده ۲۳ قانون بیمه فوت بیمه گذار به عنوان معلق علیه امر قطعی الحصول است که تنها زمان آن مشخص نیست و یا در وصیت تملیکی، حصول و میزان مورد وصیت، موکول به فوت موصی است که امری قطعی الحصول است و تنها زمان آن معلوم نیست.

### ۳-۲- عقد احتمالی و عقد شانسی

در حقوق ایران عقد احتمالی همان عقد شانسی قلمداد شده و ماهیت هر دو عقد یکسان تلقی شده است. در برخی از منابع عقیده بر آن است که واژه های بختکی، شانسی و احتمالی هر سه به یک معنی بوده و اختلاف عناوین از باب سلیقه در ترجمه عبارت فرانسوی Contract aleatoire است (رحیمی و محمودزاده(ب)، ۱۳۹۳، ۱۱) در برخی از منابع دیگر، عامل شانس و بخت را در وصول اثر یا تعیین دو عوض در عقد احتمالی دخالت داده و وارد حوزه عقود شانسی شده اند (امامی، ۱۳۸۶: ۶۴؛

شهیدی، ۱۳۸۲: ۹۴؛ کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱/۱۲۴؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۱۹۹؛ جعفری لنگرودی ۱۳۸۶: ۱۰۹ و ۲۷؛ حیاتی، ۱۳۹۲: ۸۹ و ۹۰). در تعریف عقد شانس گفته شده (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۴/۲۵) عقد شانس (Contract aleatoire) عقدی است که طرفین (مانند عقد قمار) و یا یک طرف (مانند عقد بیمه) بر یکی از امور ذیل تراضی کنند: ۱. شانس حصول یک نفع مانند شرط بندی؛ ۲. تضمین در مقابل شانس از دست دادن چیزی، چنان که در عقد بیمه دیده می شود. در این دیدگاه عقد احتمالی و عقد شانس دو عنوان مترادف بکار رفته و قمار که جزو عقد شانس است در کنار عقد بیمه که جزو عقود احتمالی است قرار گرفته است. علت ظهور این عقاید تقلید و پیروی از حقوق فرانسه است. حقوقدانان فرانسوی شانس را جوهر عقد احتمالی می دانند. در همین رابطه برخی از فرهنگ های حقوق فرانسه، اصطلاح Contract aleatoire را مربوط به تصادف، مربوط به بخت و شانس و طالع، مثل شرط بندی در اسب دوانی معنا کرده اند (کاتبی، ۱۳۸۰: ۲۴) و در ماده ۱۱۰۴ قانون مدنی فرانسه نیز در تعریف عقد احتمالی از واژه شانس استفاده شده است. ماده فوق مقرر داشته است: «عقد هنگامی قطعی است که هر یک از طرفین متعهد به دادن یا انجام چیزی باشند که به عنوان عوض چیزی باشد که به او داده می شود و یا عملی که برای او انجام می گیرد. اگر تحصیل و یا عدم تحصیل عوض حسب حادثه ای نامطمئن به شانس بستگی داشته باشد عقد احتمالی خواهد بود.»

بر خلاف حقوق فرانسه در حقوق کامن لا به درستی بین عقد احتمالی و عقد شانس تفاوت قائل شده اند و معاملات مبتنی بر شانس و شرط بندی به علت ماهیت غیر قانونی که دارند از عقود قابل ابطال و یا غیر قابل اجرا به شمار می آیند (Cheshire, 1986, 307) (در حقوق ایران نیز برخی از مؤلفان (پیرهادی، ۱۳۸۸: ۱۷) متذکر شده اند که یکی از تفاوت های عقد شانس مثل قمار با عقد احتمالی مانند قرارداد مستمری، مزارعه، مساقات و بیمه و نظایر آن در این است که در عقد شانس

مثل قمار نه تنها قصد انشای انتقال مالی به طرف دیگر وجود ندارد بالعکس، تا آخرین لحظه وقوع حادثه شانس ماندن تاس با شماره های خاص هر دو طرف قصد تملک مال طرف مقابل و همچنین، حفظ مالکیت خود را دارد.

به نظر می رسد در حقوق ایران با توجه به مواد ۶۵۴ ق.م. می توان گفت که اصل بر بطلان عقود شانس است مگر در موارد استثنایی که قانونگذار بنا بر مصالحی مصادیقی از این عقود را صحیح اعلام نماید، مانند استثنائات مقرر در ماده ۶۵۵ ق.م. و دلیل بطلان این دسته از عقود، مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه می باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۲/۲۸۲).

### ۳-۴- عقد احتمالی و عقد غری

در برخی از منابع به طور صریح یا ضمنی، عقد احتمالی و عقد غری یکسان تصور شده است. برای نمونه، عنوان شده است که معامله غری معامله ای است که امکان دستیابی خریدار بر مبیع احتمالی بوده یا خریدار بداند که هیچگاه بر مبیع دست نمی یابد و مبیع در معرض خطر و زیان باشد (بروجردی عبده، ۱۳۸۰: ۱۱۴؛ کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۴۱/۱). از آنجائی که در عقد احتمالی (خصوصاً در بیع احتمالی) نیز امکان دستیابی به مبیع احتمالی است، بنابراین تفاوتی بین عقد احتمالی و عقد غری در این تعریف ملاحظه نمی شود. 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 غری فرض نمودن این عقود است (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۲/۱۲۴؛ شهیدی ۱۳۸۲: ۹۴). 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 با وجود این دارای ماهیتی جداگانه بوده و تفاوت های اساسی بین آنها وجود دارد که در ذیل بیان می شود.

اولاً، در عقد احتمالی تعیین و تحدید میزان مورد معامله یا حصول آن یا هر دو بر مبنای معیاری ثابت در آینده صورت خواهد گرفت که این خود معیاری برای رفع غرر است. به عبارتی، قابلیت تعیین در عقود احتمالی وجود دارد؛ در حالی که در عقد غرری چنین معیاری برای رفع جهالت و غرر وجود ندارد. در عقد غرری علاوه بر این که مورد معامله در زمان انعقاد عقد مجهول و مبهم است در آینده نیز قابل تعیین نخواهد بود و هیچ معیار و تعیین کننده ای برای تعیین آن وجود نداشته و طرفین نیز بر روی معیاری ثابت برای تعیین مورد معامله در آینده توافق نکرده اند. ثانیاً، غرر موجود در هر یک از دو عقد (احتمالی و غرری) متفاوت می باشد. همچنان که برخی از حقوقدانان بیان داشته اند 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 می کند، نبی (ص) آن را نهی کرده و مبطل عقد است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۴۰۶ و ۱۳۸۲: ۲۱۴).

#### ۴-۴- عقد احتمالی و عقد مسامحه‌ای

پاره ای از نویسندگان معتقدند که عقد احتمالی از جمله عقود مسامحه ای می باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۹: ۲۱۱؛ کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۲۸/۱). استدلال این گروه آن است که هنگام انعقاد عقد میزان عوض یا عوضین نامعلوم است. لذا بنای طرفین در این خصوص مبتنی بر تسامح است.

اولاً، به نظر می رسد که در عقود احتمالی بر خلاف عقود تسامحی طرفین عقد قصد مسامحه و تسامح ندارند، زیرا در مصادیق عقد احتمالی مانند بیمه، مضاربه طرفین با انعقاد این عقود قصد سودجویی داشته و هیچ گونه تسامحی ندارند.

ثانیاً، این که نامشخص بودن مورد معامله مربوط به ذات عقد است نه بر مبنای اراده و بنای طرفین. بنابراین، برای مثال عقد ضمان عقد مسامحه ای است زیرا نامشخص

بودن میزان دین مضمون<sup>۹</sup> عنه در عقد ضمان مبنی بر تسامح طرفین است و مربوط به ذات عقد نیست، چون اگر طرفین بخواهند میزان دین دقیقاً قابل تشخیص است ولی در عقد بیمه که از عقود احتمالی است میزان تعهدات بیمه گر نامشخص بوده و مربوط به وقوع حادثه و وضعیّت آن حادثه دارد. که بر این مبنا ممکن است در اثر عدم وقوع حادثه تعهدات بیمه گر کلاً از بین برود و یا بر حسب وضعیّت حادثه و ضرر وارد شده میزان تعهدات بیمه گر کمتر یا بیشتر باشد.

#### ۵-۴- عقد احتمالی و عقد مخاطره

در حقوق ایران، گاه به جای عنوان عقد احتمالی از عقد مخاطره استفاده و برای معادل فرانسوی آن عقد بختکی را بکار برده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۳۰۲ و ۱۳۸۶: ۱۰۹/۴). در تعریف عقد مخاطره عنوان شده است که «عقد مخاطره، عقد مالی معوّض یا غیر معوّض است که طرفین آن به طور عمومی خطر و ریسک را در آن دخالت داده اند و این استقبال از خطر مورد حاجت عمومی جامعه است مانند ضمان، بیمه، قباله، قرارداد شبانی و ...» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۲۰۷-۲۰۸).

با این که عقد احتمالی و عقد مخاطره مشترکات زیادی دارند از جمله وجود خطر و عمدی بودن پذیرش خطر، با وجود این، عقود مذکور تفاوت اساسی با هم دارند. اول این که عقد احتمالی به جهت نامشخص بودن مورد معامله احتمالی است و احتمالی بودن مورد معامله از جهت میزان یا حصول عوض یا عوضین جزو ذات عقد است. به عبارتی، تعیین نشدن قطعی مورد معامله در عقد احتمالی در زمان انعقاد عقد به دلیل نداشتن قابلیت تعیین قطعی است اما عقد مخاطره به جهت وجود خطر عمدی در آن عقد مخاطره خوانده می شود. برای نمونه عقد ضمان که در تعریف فوق آورده شده است عقد مخاطره است ولی احتمالی نیست. زیرا نامشخص بودن میزان دین مضمون<sup>۹</sup> عنه (ماده ۶۹۴ ق.م.) به جهت مسامحه ای بودن است و ارتباطی به ذات عقد ندارد.

#### ۶-۴- عقد احتمالی و عقد مشروط

ممکن است عقد احتمالی و عقد مشروط به عنوان یک نهاد مشترک در نظر گرفته شوند ولی عقد احتمالی با عقد مشروط متفاوت است. به موجب ماده ۲۳۴ ق.م. عقد مشروط عقدی است که ماهیت آن با شروطی از شروط سه گانه در این ماده مشروط گردد (شهیدی، ۱۳۸۶: ۸۷؛ امامی، ۱۳۷۱: ۱۲۱/۱). در عقد احتمالی میزان تعهد یا تعهدات طرفین هنگام عقد معین نیست اما در عقد مشروط میزان عوض یا عوضین معلوم و معین است. از سوی دیگر، در عقد احتمالی التزام طرف یا طرفین عقد به تأدیه منوط به امر محتمل الوقوع یا قطعی الحصول است. در حالی که در عقد مشروط هم اثر عقد و هم التزام طرفین به تأدیه مورد عقد منجزاً هنگام عقد واقع می شود و در صورت تخلف هر یک از طرفین، طرف دیگر حق الزام دارد.

#### ۷-۴- عقود احتمالی و عقد مؤجل

عقد مؤجل، عقدی است که تسلیم عوض یا عوضین در آن مدتی بعد از انعقاد عقد و در زمان معین صورت می گیرد (شهیدی، ۱۳۸۲: ۱۰۰). این که در هر دو عقد، التزام طرفین یا یک طرف هنگام عقد وجود ندارد و موکول به آینده است، شباهت وجود دارد. با وجود این، این دو عقد، دو نهاد حقوقی متفاوتند زیرا در عقد مؤجل به جهت رفع غرر میزان عوضین هنگام عقد معلوم و معین است، در حالی که در عقد احتمالی، میزان یا حصول تعهد یا تعهدات طرفین معلوم نیست. از طرف دیگر، التزام به تأدیه در عقد احتمالی منوط به وقوع امر محتمل است در حالی که التزام به تأدیه در عقود مؤجل، در زمان معین و قطعی است.

#### ۵- ویژگی ها و قواعد خاصّ عقد احتمالی

عقد احتمالی، عقدی مالی است؛ یعنی این که این عقد و اقسام آن صرفاً در عقود مالی می تواند مصداق داشته باشد و تمامی اقسام عقد احتمالی در عقود مالی می باشد.

عقد احتمالی از جمله عقود عهدی می باشد چون طرفین در زمان انعقاد عقد التزام به تأدیه یا ایفاء تعهد ندارند و التزام به تأدیه و ایفا یا عدم آن در آینده مشخص خواهد شد؛ و چه بسا که التزام از بین برود مانند عقد بیمه که تعهدات بیمه‌گر در اثر عدم وقوع حادثه از بین می‌رود. در عقد احتمالی، تعهدات طرفین به صورت غیر متقارن است؛ یعنی لحظه اجرای تعهدات همزمان نمی باشد (باقرزاده و نوری یوشانلوئی، ۱۳۸۳: ۲۳). به عبارت دیگر، می‌توان گفت که زمان اجرای تعهد یکی از طرفین حال و تعهد دیگری مؤجل است و تعیین قطعی زمان انجام تعهد به عوامل مختلفی بستگی دارد. باز به عنوان مثال در عقد بیمه، تعهد بیمه‌گذار حال است و بیمه‌گذار باید حق بیمه را پرداخت نماید ولی تعهد بیمه‌گر به صورت حال نیست و معلق به وقوع حادثه می باشد.

با توجه به ماده ۳۶۱ ق.م. در صورتی که مورد معامله به صورت عین معین یا کلی در معین انجام گیرد، موجود بودن از شرایط اساسی صحت معامله می باشد ولی با وجود این، با توجه به ماهیت خاص عقد احتمالی ممکن است مورد معامله در زمان انعقاد عقد موجود نبوده و در آینده برحسب مورد به وجود آمده، ساخته یا تولید خواهد شد؛ مانند عقد استصناع که در آن کالای معینی با اوصافی که سفارش داده می شود ساخته خواهد شد. امروزه بسیاری از شرکت ها، نهادها و مؤسسات، کالاهایی را تقاضا می کنند که نه تنها هم اکنون موجود نیست، بلکه از ابتدا تا انتها باید اجزای آن با ویژگی های مورد نظر طراحی و ساخته شود. بیع پیش فروش آپارتمان نیز مصداق دیگری است که در زمان انعقاد عقد، مورد معامله در آن موجود نیست.

با وجود این که معلوم بودن مورد معامله به عنوان یکی از شرایط صحت قراردادها می باشد (مواد ۳۴۲ و ۳۵۱ ق.م.) در عقود احتمالی با توجه به ماهیت خاص این عقود جنس و وصف مورد معامله معلوم است. اما با توجه به تعریف و اقسام عقد که قبلاً بیان



شد میزان (مقدار) عوض یا عوضین در زمان انعقاد عقد نامعلوم بوده و بر مبنای معیاری ثابت در آینده تعیین می گردد.

نامعلوم بودن (احتمالی بودن) مورد معامله در عقد احتمالی گاه مربوط به میزان عوض یا عوضین است همچنان که برخی از مؤلفان بیان نمودند در برخی از عقود احتمالی میزان و مقدار آن چه طرفین می توانند در پی انعقاد عقد به دست آورند یا از دست بدهند معلوم نیست (کاتوزیان، ۱۳۵۸: ۱/۱۲۴)

و گاهی مربوط به حصول عوض یا عوضین است که احتمالی بودن عقد تنها ناشی از محتمل الحصول بودن عوض یا عوضین است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷(a): ۸۵).

عقد احتمالی، عقد غرری می باشد ولی این غرر، متفاوت از غرری است که مورد نهی نبی(ص) قرار گرفته است. در عقد احتمالی غرر موجود ذاتی است.

برخی از حقوقدانان غرر را به دو قسمت غرر ذاتی و غرر عرضی تقسیم بندی نموده اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲(ب): ۲۱۴ به بعد). آن نوع غرری که از اجزاء ماهیت عقد باشد غرر ذاتی است؛ به عبارتی، غرر موجود در این قراردادها جزو لاینفک و مربوط به ذات عقد است و این دسته از عقود بدون وجود غرر واقع نمی شوند. در مقابل غرر غیر ذاتی (عرضی)، غرری است که از اجزای ماهیت عقد نمی باشد و تحت تأثیر عواملی بر آن عارض می شود.

با توجه به این که در عقود مبتنی بر غرر ذاتی، طرفین آگاهانه به استقبال غرر و خطر می روند و معاملات مبتنی بر آن مورد نیاز و احتیاج جامعه می باشد؛ لذا این نوع غرر، از نوع غرری نیست که مورد نهی پیامبر(ص) واقع شده است.

علاوه بر آن، عقد احتمالی بر نظریه کفایت قابلیت تعیین مورد معامله مبتنی می باشد. به موجب این نظریه، لزومی ندارد که عوض یا عوضین در زمان انعقاد قرارداد به طور قطعی تعیین گردد و تعیین معیاری که عوض یا عوضین در آینده بر مبنای آن تعیین گردد کافی است.

قابلیت تعیین مورد معامله رویکردی جدید از اصل رفع ابهام از مورد معامله است که اخیراً مورد توجه حقوقدانان قرار گرفته است (طاهرخانی، ۱۳۹۱: ۱۱۹ به بعد) ولی در فقه امامیه نیز برخی از فقها به استناد روایت صحیحیه رفاعه النخاس معتقد به کفایت تعیین مورد معامله می باشند (بحرانی، ۱۴۰۵: ۴۶۰/۱۸). مفاد روایت حاکی از آن است که فروشنده و خریدار توافق می کنند بیع انجام شود، اما قیمت مبیع را مشتری بعداً تعیین نماید.

حقوقدانان معیار ثابت را یا یک عامل انسانی و یا یک عامل مادی معرفی می نمایند (داراب پور ۱۳۷۶: ۲۲۶ به بعد). معیار انسانی حسب مورد یکی از طرفین معامله یا شخص ثالث است، مانند روایت خاص رفاعه النخاس که تعیین ثمن در اختیار مشتری بوده و نیز تعیین میزان مهر که ممکن است به زوج یا زوجه و یا شخص ثالثی داده شود (مواد ۱۰۸۹ و ۱۰۹۰ ق.م).

معیار مادی، معیاری است که خارج از دخالت عوامل انسانی بوده و از سوی دیگر، ثابت و پایدار است مانند شاخصی که از سوی مرجع رسمی تعیین می شود (ماده ۵۲۲ قانون آئین دادرسی مدنی) و یا نرخ بازار می تواند مبنای مادی قرار گیرد.

## نتیجه گیری

در این تحقیق مشخص شد که در خصوص اعتبار و ماهیت عقد احتمالی در حقوق ایران به شدت تردید وجود دارد. با توجه به این که در مقررات، قانونگذار تصریحی قاعده مند در خصوص عقد احتمالی، اعم از ماهیت حقوقی، اوصاف و خصوصیات، قواعد حاکم بر این عقد و آثار آن ندارد، بنابراین مسائل پیرامون این عقد در حقوق ایران در حاله ای از ابهام قرار دارد. در حقوق ایران، نظر غالب بر بطلان عقد احتمالی است و صحت این عقد مورد تردید قرار گرفته است. علت این امر اولاً، غرری دانستن عقد احتمالی است ولی با توجه 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 عرف عقلایی معاملات از غرر موجود در این عقود و پذیرش آگاهانه آن توسط متعاقدین و در جهت رفع عسر و 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، گاهی برای این عقد ماهیت مستقلی قائل نشده‌اند و حسب مورد، عقد احتمالی همان عقد معلق، عقد شانس، عقد غری، عقد مسامحه‌ای، عقد مشروط و عقد مؤجل معرفی شده است. با توجه به این که خلط و درآمیختن عناوین، شناخت عقد احتمالی را با مشکل مواجه می‌نماید بر تردیدهای موجود نیز می‌افزاید. بنابراین برای اثبات اعتبار و استقلال عقد احتمالی و این که عقد احتمالی یک عقد معتبر و مستقل با احکام و آثار خاص می‌باشد، مبانی اعتبار آن بیان شد و این عقد با عقود مشابه خود مورد مقایسه و تطبیق قرار گرفت و همان طور که ملاحظه شد، علیرغم شباهت‌هایی که بین عقود مذکور وجود داشت عقد احتمالی، تفاوت‌های اساسی با عقود مشابه خود داشته که این تفاوت‌ها عقد مذکور را ماهیتاً از عقود مشابه متمایز و متفاوت می‌سازد و در نتیجه، عقد احتمالی دارای ویژگی‌ها و قواعد خاص خود می‌باشد.

## منابع

- آخوند خراسانی، محمد کاظم (۱۴۰۶ق)، **حاشیه بر مکاسب**، ج ۱، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- اسلام پناه، علی (۱۳۸۰)، **معلوم بودن مورد معامله در حقوق ایران و فقه اسلامی و بررسی تطبیقی آن در حقوق فرانسه و کامن لا**، تهران، رساله دکتری، دانشکده حقوق دانشگاه تهران.

- امامی، سید حسن (۱۳۸۶)، **حقوق مدنی**، ج ۱ و ۴، چ ۱۹، تهران: اسلامیه.
- انصاری (شیخ)، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۱ق)، **المکاسب**، ج ۲، قم: دار الذخائر.
- انصاری، مسعود؛ طاهری، محمد علی (۱۳۸۶)، **دانشنامه حقوق خصوصی**، دوره سه جلدی، چ ۲، تهران: محراب فکر.
- باقرزاده، احد؛ نوری یوشانلوئی، جعفر (۱۳۸۳)، **اجرای حق حبس در تعهدات متقارن و غیر متقارن**، تهران، دادرسی، ۴۷، ۲۹-۳۶.
- بحرانی، یوسف بن احمد (۱۴۰۵ق)، **الحدائق الناضره فی أحكام العتره الطاهره**، ج ۱۸، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- پیرهادی، محمدرضا (۱۳۸۸)، **عقد احتمالی با تأکید بر بیع احتمالی**، تهران، فصلنامه دانشکده حقوق دانشگاه آزاد، ۶، ۵ و ۷.
- تسخیری، محمد علی (۱۴۱۲ق)، **مجله مجمع الفقه الاسلامی**، ج ۲، چ ۷، تهران.
- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۰ق)، **الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه**، ج ۳ و ۴، قم: داوری.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸)، **مبسوط در ترمینولوژی حقوق**، ج ۴، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۵۹)، **عقد مغاینه**، عقد مسامحه، مجله وزارت دادگستری، ۱.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۲)، **فلسفه اعلی در علم حقوق**، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۶)، **الفارق**، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۷)، **تأثیر اراده در حقوق مدنی**، چ ۲، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (b۱۳۸۷)، **اندیشه و ارتقاء**، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق)، **تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه**، ج ۱۳، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح (۱۴۱۷ق)، **العناوین**، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- حلّی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق)، **مختلف الشیعه فی احکام الشریعه**، ج ۵، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

- حلی (علامه)، حسن بن یوسف (بی تا)، **تذکره الفقهاء**، ج ۲، قم: المکتبه المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریه.
- حیاتی، علی عباس (۱۳۹۲)، **حقوق مدنی (۳) قواعد عمومی قراردادها**، تهران: میزان.
- رحیمی، حبیب الله؛ محمودزاده، خسرو (۱۳۹۳a)، **مبانی نظریه اعتبار عقد احتمالی (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و مصر)**، پژوهش های حقوق تطبیقی، ۲، ۱۰۳-۱۲۶.
- رحیمی، حبیب الله؛ محمودزاده، خسرو، (۱۳۹۳b)، **مطالعه تطبیقی تحلیل ماهیت عقد احتمالی در حقوق ایران و مصر**، مطالعات حقوق تطبیقی، ۲، ۴۰۱-۴۲۹.
- السنهوری، عبدالرزاق احمد (۱۹۹۸م)، **نظریه العقد**، ج ۱، چ ۲، بیروت: الحلبي الحقوقیه.
- السنهوری، عبدالرزاق احمد (۲۰۰۰م)، **الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید**، ج ۷ و ۳، چ ۳، بیروت: الحلبي الحقوقیه.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۲)، **تشکیل قراردادها و تعهدات**، ج ۲، چ ۳، تهران: مجد.
- صفایی، سید حسین (۱۳۸۴)، **قواعد عمومی قراردادها**، چ ۳، تهران: میزان.
- طاهرخانی، حسین (۱۳۹۱)، **قرارداد با عوض شناور**، تهران: دادگستر.
- طوسی (شیخ الطائفه)، محمد بن حسن (۱۴۱۱ق)، **الخلافا**، ج ۳، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- طوسی (شیخ الطائفه)، محمد بن حسن (بی تا)، **المبسوط فی فقه الامامیه**، ج ۲، قم: المکتبه المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریه.
- کاتبی، حسینقلی (۱۳۸۰)، **فرهنگ حقوق (فرانسه به فارسی)**، چ ۲، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵)، **قواعد عمومی قراردادها**، ج ۱، تهران: دادگستر.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۶)، **عقود معین (مشارکت های صلح)**، ج ۲، چ ۷، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- کرکی (محقق)، علی بن حسین (۱۴۰۸ق)، **جامع المقاصد فی شرح القواعد**، ج ۸، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- کميجانی، اکبر؛ نظریور، محمدنقی (۱۳۸۷)، **چگونگی کاربرد عقد استصناع در قانون عملیات بانکی بدون ربا**، اقتصاد اسلامی، ۳۰، ۶۹-۹۷.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۸)، **نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی**، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

- معاونت آموزشی قوه قضائیه (۱۳۸۸)، رویه قضائی ایران در ارتباط با دادگاه های عمومی حقوقی، ج ۲۳، ج ۲، تهران: جنگل.

- نجفی (صاحب جواهر)، محمدحسن (۱۴۰۴ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۲۲، ۲۴ و ۲۷، ج ۷، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

- نجفی (کاشف الغطاء)، محمدحسین (۱۴۲۲ق)، تحریر المجله، ج ۱ و ۳، نجف: المكتبة المرتضویه.

- Atiyah, P.S., John N. Adams, Hectar Macqueen, 2001, **The sale of goods, 10<sup>th</sup> ed Longman**, Pearson Education, London.
- Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract, 11<sup>th</sup> ed by MD. Farmstions Pon London; batten worths.
- Sogg, wiltans & Rossen, Howard, M, 1985, **An introduction to contract law in the legal system of the united states America**