

مطالعات حقوق تطبیقی
دوره ۵، شماره ۲،
پاییز و زمستان ۱۳۹۳
صفحات ۴۰۱ تا ۴۲۹

مطالعه تطبیقی تحلیل ماهیت عقد احتمالی در حقوق

ایران و مصر

حبیب‌الله رحیمی *

استادیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه علامه طباطبایی

خسرو محمودزاده

کارشناس ارشد حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه علامه طباطبایی

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۲/۱۱/۳ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۳/۷/۲۲)

چکیده

عقد احتمالی در مقررات موضوعه ایران مطرح نشده، اما حقوق مصر عقد احتمالی و مصادیق بارز آن را پذیرفته است. در عقد احتمالی مورد معامله نامعلوم بوده، تعیین آن بر مبنای امر یا امور دیگر در آینده صورت می‌گیرد. اثر این عقد در زمان انعقاد قرارداد منجزاً ایجاد می‌گردد؛ لذا عقد موضوع بحث مفهومی متمایز از عقد معلق دارد. نامؤثر بودن غرر در صحت عقد احتمالی، عقد یادشده را از عقد غرری متمایز می‌سازد. عقد احتمالی با نهادهای حقوقی عقد مؤجل و عقد مشروط هم مفهومی متفاوت دارد. عقد احتمالی بر مبنای قصد سودجویی طرفین دارای ویژگی مغابنه‌ای است و نظر به وابستگی اثر آن عقد به عامل زمان دارای وصف مستمر بودن می‌باشد. همچنین این عقد از جمله عقود عهدی بوده و دارای تعهدات غیرمقارن است. عقد احتمالی دارای ویژگی غیراستثنایی بودن نیز می‌باشد.

واژگان کلیدی

عقد احتمالی، عقد معلق، غرر غیرمؤثر، مستمر بودن، مغابنه.

مقدمه

تحولات ارتباطی، صنعتی و اقتصادی کنونی در روابط تجاری داخلی و بین‌المللی تأثیر اساسی داشته است. این امر موجب شده اصول مسلم حاکم بر قراردادهای (اصل لزوم تعیین قطعی مورد معامله) در برخی قراردادهای، به تبع عرف معاملات، نادیده گرفته شود. قراردادهای طولانی‌مدت، قراردادهای بیمه در انواع مختلف و ... قراردادهایی هستند که در این راستا و بر مبنای اقتضائات امروز جامعه به‌وفور واقع می‌شوند. مصادیقی از این قراردادهای در مقررات موضوعه ایران وجود دارد (عقد جعاله، گروپندی، عقد بیمه ...). با وجود این، قانون مدنی ایران برخلاف قانون مدنی دیگر کشورها از جمله مصر، تصریحی قاعده‌مند در حوزه این قراردادهای ندارد؛ لذا این قراردادهای که با عنوان قراردادهای احتمالی موضوع بحث است، در حقوق ایران پدیده‌ای ناشناخته بوده که ماهیت، شرایط و آثار آن در حاله‌ای از ابهام قرار دارد؛ تا آنجا که بنابر دیدگاهی در رویه قضایی مصداق بارز عقد احتمالی یعنی عقد بیمه، ماهیتاً عقدی معلق است (معاونت آموزش قوه قضائیه، ۱۳۸۸، ص ۸۸) و دیدگاهی دیگر (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۷، ص ۲۱۱ و ۲۱۲؛ کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۱۲۸ و ۱۲۹) اعمال خیار غبن را در عقود احتمالی منتفی دانسته است. بر این اساس نخستین و اساسی‌ترین پرسش آن است که عقد احتمالی چه مفهومی دارد و دارای چه ویژگی‌هایی است؟ به این ترتیب، در این مقاله، ماهیت عقد احتمالی تحلیل می‌شود تا بر این اساس مفهوم این عقد مشخص شده، اختلاط آن با نهادهای حقوقی مشابه از جمله عقد معلق و عقد غرری روشن شود و نیز ویژگی‌های آن معلوم گردد، تا با مشخص شدن گام نخست، تحقیق در دیگر ابعاد عقد احتمالی از جمله مبانی، شرایط و آثار آن نیز فراهم آید. تحولی که حقوق مصر در حوزه تقنینی ایجاد کرده و برخلاف قانون ایران قابلیت تعیین مورد معامله را تصریح نموده و بر این اساس عقد احتمالی و مصادیق آن را پذیرفته، درخور توجه است. لذا لازم است پژوهش حاضر واجد وصف و رویه تطبیقی با حقوق این کشور نیز باشد. بر این اساس مقاله حاضر به مفهوم عقد احتمالی و ویژگی‌های عقد احتمالی می‌پردازد.

مفهوم عقد احتمالی

منظور از مفهوم عقد احتمالی، شناخت دقیق عقد احتمالی است؛ به گونه‌ای که از یک سو تعریف عقد احتمالی به روشنی مشخص گردد و از سوی دیگر اصطلاح عقد احتمالی از مفاهیم مشابه و مرتبط تمییز داده شود.

۱. تعریف عقد احتمالی

در مبحث حاضر برای ارائه تعریف عقد احتمالی، تعریف اصطلاحی آن در فقه و حقوق و همچنین تعریف اصطلاحی آن در حقوق مصر مطرح و نقد و تحلیل می‌شود. از آنجا که عنوان عقد احتمالی و برخی عناوین دیگر دارای مترادف مفهومی هستند، لذا نخست ابهام‌های موجود در خصوص اصطلاحات مترادف مرتفع می‌گردد، سپس تعریف اصطلاحی عقد احتمالی، و پس از آن، بر مبنای نقد و تحلیل پیش‌گفته، تعریف برگزیده این عقد ارائه می‌شود.

۱.۱. رفع ابهام

به‌طور کلی عنوان عقد احتمالی و عناوین دیگری چون عقد غرری، عقد شانسی، عقد بختکی، عقد معلق و عقد مخاطره به‌جای یکدیگر استفاده می‌شوند. از میان عناوین پیش‌گفته جز در خصوص عقد معلق در قانون مدنی سخن به میان نیامده است. با وجود این، نباید از بررسی این عقود و تقسیم‌بندی عقود بر این مبنا خودداری نمود؛ زیرا اگرچه همه تقسیم‌بندی‌های عقود در قانون مدنی نیامده، اما تحقیق در این زمینه‌ها مفید است و موجب شناخت ماهیت، شرایط و آثار عقود معین و غیرمعین می‌شود.^۱

با تحقیق صورت‌گرفته به‌نظر می‌رسد برخی از واژه‌های پیش‌گفته مترادف‌اند؛ یعنی ناظر به یک مفهوم و یک نوع عقد هستند. با این تفصیل که به دلیل نبود عقود یادشده در قانون مدنی ایران، نویسندگان حقوقی از طریق ترجمه آن‌ها را از حقوق اروپا به حقوق ایران وارد کرده‌اند و اختلاف عناوین از باب اختلاف سلیقه در ترجمه است. با این توضیح که دیدگاهی در مقام تقسیم‌بندی عقود از حیث احتمالی بودن یکی از آن دو یا قطعی بودن هر دو، عقود را به عقد شانسی و عقد قطعی تقسیم نموده که ترجمه عبارت Contrat Commutatif و Contrat Aléatoire بوده و به ماده ۱۹۶۶ قانون مدنی فرانسه ارجاع داده است (شهیدی، ۱۳۸۲، ص ۹۴). بعضی، تقسیم‌بندی عقود را بر مبنای نامعلوم یا معلوم بودن آنچه سرانجام عاید طرفین می‌شود، به عقد معاوضی احتمالی و معین تقسیم کرده‌اند. این تقسیم نیز ترجمه عبارت Contrat Commutatif و Contrat Aléatoire است (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ص ۱۱۲). برخی دیگر در ترجمه عبارت Contrat Aléatoire عنوان عقد بختکی را به‌کار برده‌اند، زیرا معتقدند

۱. برای نمونه، نتایج تحقیق در زمینه عقد معوض و غیرمعوض بر کسی پوشیده نیست.

به علت دخالت شانس و اقبال در این عقد، عنوان عقد بختکی رساتر است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ص ۲۰۶-۲۰۷). به این ترتیب، سه عنوان عقد بختکی، عقد شانسی و عقد احتمالی ترجمه عبارت *Contrat Aléatoire* است و اختلاف عناوین از باب اختلاف سلیقه در ترجمه است. بنابراین هر سه عنوان یادشده ناظر به یک نوع عقد است. باین همه یکی از نویسندگان عقد احتمالی را از عقد شانسی جدا نموده است؛ با این استدلال که با توجه به مثال‌هایی که در نوشته‌های فقهی و حقوقی برای عقد شانسی آورده شده است، از جمله گروبندی و قمار، عقود یادشده به دلیل شانسی بودن و نبود قصد انتقال مال اصولاً باطل هستند. اما عقد احتمالی بر مبنای مثال‌های فقهی و حقوقی، از جمله عقود مشارکتی، قرارداد مستمری، تراز^۲ و عقد راعی، اصولاً صحیح است (پیرهادی، ۱۳۸۸ و ۱۳۸۹، ص ۱۷).

۲.۱. تعریف از دیدگاه فقه و حقوق ایران

عنوان عقد احتمالی در فقه مطرح نشده است. با وجود این، برخی (نجفی (کاشف‌الغطا)، ۱۳۵۹، ص ۱۱۴)^۳ عقد معاوضی را به عقد تقدیری و عقد تحقیقی تقسیم نموده، ظاهراً (محقق داماد، ۱۳۸۸، ص ۱۶۰؛ پیرهادی، ۱۳۸۸ و ۸۹، ص ۱۱) عقد تقدیری را مترادف عقد احتمالی دانسته‌اند و به جای عقد احتمالی، واژه تقدیری را به کار برده، آن را این‌چنین تعریف کرده‌اند: «عقد تقدیری عقدی است که حصول اثر آن منوط بر تقدیر خاص است مثلاً مزارعه، مساقات، مضاربه، سبق و رمایه و جعاله که در همه عقود مذکور منشأ منجزاً واقع می‌شود». آنچه از این دیدگاه برمی‌آید، دلالت بر عقدی دارد که اثر آن در زمان انعقاد قرارداد در عالم اعتبار منجزاً ایجاد شده است، اما اثر آن در عالم مادی به دلیل مستقبل‌الحصول بودن، معلق بر امر یا امور دیگر است.

در قانون مدنی ایران عقد احتمالی تعریف نشده است. با وجود این، مصادیق این عقد هم در قانون مدنی و هم در عرف جامعه وجود دارد؛ لذا در آثار حقوقی در مبحث انواع عقود، درباره عقد احتمالی به اختصار بحث شده است. برخی در تعریف این نوع عقد معتقدند، عقدی احتمالی است «که طرفین آن تعهد متقابل دارند ولی وصول یکی از

۲. تراز عقدی است که یک طرف مقدار معین و معلوم از دام متعلق به خود را برای 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 (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ص ۲۲۰).

۳. ... و هی التی یکون حصول اثرها علی تقدیر خاص و ذلک کالمزارعه و المساقات).

طرفین یا هر دو به اثر عقد، وابستگی به بخت و اتفاق دارد و در حین عقد نمی‌توان آن را تحدید و معین نمود مانند قمار و بیمه» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷ الف، ص ۸۵). بعضی بر این اعتقادند «عقد احتمالی عقد معوض است که در آن مقدار دو عوض وابسته به امر نامعلومی در آینده است» (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۱۲۴). براین اساس، از یک سو عقد احتمالی لزوماً عقدی معوض است و از سوی دیگر مورد معامله در زمان انعقاد قرارداد به نحوی مجهول است، که این جهل بنابر نظر نخست، ناظر بر حصول یک عوض یا هر دو عوض است و بنابر نظر اخیر، ناظر بر مقدار هر دو عوض است. بر مبنای مصادیق عقد احتمالی به نظر می‌رسد در این عقد تنها مقدار دو عوض یا تنها وصول یکی از طرفین یا هر دو طرف به اثر عقد معلق نیست؛ بلکه حالت‌های مختلفی می‌تواند مطرح شود؛ برای مثال در عقد گرویندی میزان عوضین معین است و تنها وصول هر دو طرف به عوضین نامشخص است (نقض تعریف اخیر)، و در عقد بیمه حوادث، هم میزان تعهد بیمه‌گر نامعلوم است و هم وصول بیمه‌گذار به اثر عقد محتمل است (نقض تعریف نخست).

۳.۱. تعریف از دیدگاه حقوق مصر

بخش چهارم از کتاب دوم قانون مدنی مصر به عقود احتمالی اختصاص یافته و با عنوان «عقود الغرر» مطرح شده است. با وجود این، در قانون یادشده تعریفی از این عقد ارائه نشده و تنها مصادیق این عقد در سه فصل و ۳۳ ماده (مواد ۷۳۹ تا ۷۷۱ ق.م.م) تحت عناوین المقامره و الرهان (قمار و گرویندی)^۴، المرتب مدی الحیاه (قرارداد مستمری)^۵ و عقد التأمین (عقد بیمه)^۶ آورده شده است.

مطابق نظریه‌ای، عقد احتمالی عقدی است که در آن التزام یکی از طرفین نسبت به مقدار عوض یا اصل وجود آن منوط به امر محتمل الوقوع است؛ مثل قرارداد مستمری و بیمه (سعد، ۱۹۹۸، ص ۷۲-۷۱). حسب آنچه در قانون مدنی مصر در بحث از مصادیق عقد احتمالی ذکر شده است، این تعریف از جهاتی قابل انتقاد است. از یک سو ممکن است التزام دو طرف در عقد احتمالی، معلق باشد (السنهوری، ۱۹۹۸، ص ۱۴۰)؛ برای مثال در قرارداد گرویندی التزام هر دو طرف معلق است. از سوی دیگر، عقد احتمالی لزوماً عقدی معوض نیست و ممکن است عقود تبرعی هم احتمالی باشد؛ در حالی که

۴. مواد ۷۳۹ و ۷۴۰ ق.م.م.

۵. ماده ۷۴۱ الی ۷۴۶ ق.م.م.

۶. ماده ۷۴۷ الی ۷۷۱ ق.م.م.

استنباط می‌گردد که عقد احتمالی معوض است. در نهایت برخلاف آنچه در تعریف یادشده آمده، معلق علیه ممکن است قطعی‌الحصول باشد؛ برای نمونه در قرارداد مستمری، فوت مستمری‌بگیر امری قطعی‌الحصول است^۷ (السنه‌وری، همان). نظری دیگر عقد احتمالی را معادل عقد الغرر گرفته، که التزام طرفین (نه التزام یک طرف) را منوط به عوامل محتمل‌الوقوع آینده دانسته است (منصور، ۲۰۰۸، ص ۴۴). همان‌طور که در نقد تعریف نخست بیان گردید، بر مبنای مصادیق عقود احتمالی، ممکن است التزام یکی از طرفین هنگام انعقاد عقد محتمل باشد؛ برای مثال، عقد بیمه که تنها التزام بیمه‌گر (المؤمن) معلق به وقوع حادثه و ورود خسارت است^۸ یا اینکه التزام هردو طرف حین انعقاد عقد محتمل باشد؛ برای نمونه، گروبندی در مسابقات ورزشی میان خود شرکت‌کنندگان که التزام هردو طرف معلق به نتیجه گروبندی است^۹. اما تعریف پیش‌گفته لزوماً التزام طرفین را احتمالی دانسته است. به این ترتیب، نظر نویسنده یادشده از این حیث قابل ایراد است. همچنین برابر تعریف پیش‌گفته، معلق‌علیه لزوماً امری محتمل‌الوقوع است که در این خصوص همان ایراد پیشین مطرح است. برخی بر این عقیده‌اند که در عقد احتمالی التزام یکی از طرفین منوط به امر محتمل‌الوقوع یا امری قطعی با زمان وقوع نامشخص است و به معوض و یا غیرمعوض بودن عقد یادشده اعتقاد دارند (الصدّه، ۱۹۷۴، ص ۷۹). به نظر می‌رسد نویسنده تاحدودی ایرادات دو تعریف پیشین را برطرف نموده، زیرا از یک سو وصف معلق‌علیه مبنی بر محتمل‌الوقوع بودن یا قطعی‌الحصول بودن را به‌طور کامل بیان داشته است و از سوی دیگر به وقوع عقود احتمالی تبرعی نیز اعتقاد دارد.

توجه به پیشینه عقد احتمالی در فرانسه نظر حقوق‌دانان مصری را به خود جلب کرده، و تحلیل حقوق‌دانان فرانسوی در نقد و بررسی تعریف عقد احتمالی در قانون فرانسه، توانسته است زمینه‌ساز ارائه بهترین تعریف در حقوق مصر باشد. بر این اساس «عقد احتمالی عقدی است که طرفین آن در زمان انعقاد عقد نتوانند مقدار آنچه دریافت یا عطا می‌نمایند را معین نمایند و تعیین و تحدید آن منوط به امر محتمل‌الوقوع آینده یا مسلم‌الحصول که زمان وقوع آن معلوم نیست، است» (السنه‌وری،

۷. در حقوق ایران برخلاف حقوق مصر مدت قرارداد مستمری معین است؛ بر این اساس فوت منتفع در طول مدت قرارداد امری محتمل است پس قطعی‌الحصول نیست (ماده ۷۶۸ ق.م).

۸. موضوع ماده ۷۴۷ ق.م.

۹. موضوع ماده ۷۴۰ ق.م.م: «...السابقون الرهان الذی یعقده فیما بینهم المتبارون شخصياً فی لالعاب...».

همان). بر مبنای این تعریف، به درستی، عقد احتمالی اختصاص به عقود معوض ندارد و عقد تبرعی هم می‌تواند به صورت احتمالی منعقد شود؛ برای مثال اگر موهوب‌له در زمان عقد نتواند مقدار آنچه را اخذ می‌کند مشخص نماید (السهنوری، همان). نقدی که بر این تعریف می‌توان وارد نمود آن است که در عقود احتمالی بر مبنای مصادیق بارز آن در قانون مدنی مصر، تنها مقدار عوض یا عوضین نامشخص نیست، بلکه حصول آن به تنهایی یا همراه با مقدار عوض نیز نامعلوم است؛ برای نمونه در عقد بیمه نه فقط میزان تعهد بیمه‌گر بلکه حصول تعهد بیمه‌گر مبنی بر پرداخت اصل خسارت نیز نامعلوم است (موضوع ماده ۷۴۷ ق.م.م).

۴.۱. تعریف برگزیده

در خصوص تعریف هر عقد نه تنها می‌بایست در آرای فقها تأمل شود، بلکه باید به مصادیق آن در عرف و دکترین نیز توجه گردد. براین اساس، از مجموع آنچه درباره تعریف عقد احتمالی در حقوق ایران و مصر ذکر شد، به نظر می‌رسد تعریف جامع و کامل عقد احتمالی این چنین باشد: عقدی است که مورد معامله از حیث حصول یا میزان یا هردو، از عوض یا عوضین نامشخص باشد و تعیین و تشخیص آن به امر یا امور دیگری (ممکن الحصول یا قطعی الحصول) منوط گردد.

تمایز عقد احتمالی از سایر نهادهای مشابه

در این بخش، عقد احتمالی با عقد معلق، عقد مشروط، عقد مخاطره، عقد غرری، و عقد مؤجل مقایسه می‌شوند.

۱. عقد احتمالی و عقد معلق

در عقد معلق، تراضی و توافق طرفین برای انعقاد عقد به طور منجز واقع می‌گردد. به عبارت دیگر در تطابق ایجاب و قبول تعلیقی وجود ندارد؛ اما تحقق اثر عقد، معلق به امر دیگری است (امامی، ۱۳۷۳، ص ۱۶۷؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص ۷۸؛ کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۳، ص ۵۲؛ صفایی، ۱۳۸۴، ص ۲۷؛ بروجردی عبده، ۱۳۸۰، ص ۱۰۶). بدین سان گفته شده به کار بردن اصطلاح عقد معلق مبتنی بر مسامحه است؛ زیرا عقد، معلق نیست، بلکه اثر عقد معلق است (کاتوزیان، ناصر، همان). آنچه باعث مقایسه عقد احتمالی با عقد معلق می‌شود، وجود نوعی تعلیق در هر دو عقد است. همین امر باعث

شده که بعضی (محقق داماد، ۱۳۸۸، ص ۱۶۰ و ۱۶۱) عقد احتمالی حقوق فرانسه را با عقد معلق حقوق ایران نهاد حقوقی واحد تصور نمایند. برخی دیگر معتقدند تنها فرق میان عقد معلق و عقد احتمالی آن است که معلق علیه در عقد احتمالی امری شانسی و اتفاقی است؛ در حالی که در عقد معلق امری محتمل الوقوع است که امر محتمل الوقوع اعم از شانسی است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ص ۲۰۷). ایراد نظر اخیر آن است که در عقد معلق اثر اصلی عقد به وجود نمی آید و وابسته به وقوع معلق علیه است؛ در حالی که در عقد احتمالی این اثر منجزاً واقع می شود و تنها تعیین میزان یا حصول عوض یا عوضین منوط به امر دیگری است؛ برای مثال عقد جعاله که عقدی احتمالی است با وقوع عقد، اثر اصلی آن ایجاد می گردد و براین اساس عامل به انجام آنچه برعهده داشته است، اقدام می نماید (ماده ۵۶۵ ق.م). در این عقد تنها حصول عوضین معلق گردیده است که با وقوع امر محتمل یا قطعی، حصول عوضین برای طرفین ایجاد می گردد (نتیجه کار عامل برای جاعل و جعل برای عامل)؛ در حالی که چنانچه عقد یادشده معلق می بود، اثر اصلی عقد تا وقوع معلق علیه حادث نمی شد و به این ترتیب، عامل به تعهد خود مبنی بر آنچه برعهده گرفته بود اقدام نمی کرد. براین اساس، تفاوت های دو نهاد حقوقی از حیث اعتبار و عدم اعتبار، مبنای تعلیق، نوع تعلیق و آثار آن، و ویژگی معلق علیه بررسی و تحلیل می شود.

الف) تفاوت از حیث اعتبار و عدم اعتبار

در حقوق ایران در خصوص صحت عقد معلق تردیدی وجود ندارد (امامی، ۱۳۷۱، ص ۱۶۶؛ کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۵۹؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص ۷۸؛ صفایی، ۱۳۸۴، ص ۲۷؛ بروجردی عبده، ۱۳۸۰، ص ۱۰۶). در حالی که صحت عقد احتمالی محل تردید است و مبنای تردید در اعتبار آن غرری بودن است (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۱۲۴؛ امامی، ۱۳۷۱، ص ۱۶۴؛ محقق داماد، ۱۳۸۸، ص ۱۶۰ و ۱۶۱)؛ یعنی میزان یا حصول عوض یا عوضین هنگام انعقاد عقد قابل تعیین نیست. لذا اصل لزوم رفع ابهام از مورد معامله مخدوش و معامله محمول بر بطلان است. بنابراین تفاوت دو نهاد حقوقی یادشده از جهت اعتبار و عدم اعتبار دلالت بر متفاوت بودن آن دو دارد.

در قانون مدنی مصر، همچنان که گفته شد، قانون گذار عقد احتمالی و مصادیق آن را تصریح کرده است. لذا به نظر می رسد بر مبنای نظریه قابلیت تعیین مورد معامله که ذیل نظریه غیراستثنایی بودن عقد احتمالی تحلیل شده است، نسبت به مشروعیت این

عقد در نظریات و آرای حقوقی مصر تردیدی وجود ندارد. در حقوق مصر عقد معلق نیز به عنوان عقد صحیح پذیرفته شده است (السنهوری، ۲۰۰۰م، ص ۹۸۸). این عقد در قانون مدنی مصر ذیل عنوان الأوصاف المعدله لأثر الالتزام (الشرط...) مطرح گردیده است؛^{۱۰} به عبارت دیگر در صدر فصل، عنوان شرط را برای تعلیق آورده است. ماده ۲۶۵ ق.م.م عقدی را که وجود یا از بین رفتن تعهد آن معلق بر حادثه احتمالی وقوع آینده باشد، عقد معلق دانسته است.^{۱۱} نظر به اینکه هر دو عقد احتمالی و عقد معلق در حقوق مصر معتبر است، لذا از این حیث تمایزی میان دو نهاد حقوقی یادشده وجود ندارد.

ب) تفاوت از حیث مبنای تعلیق

قاعدتاً عامل اساسی تعلیق در قراردادها اراده طرفین است؛ به عبارت دیگر به خواست و اراده طرفین است که اثر قراردادشان معلق باشد یا منجز. این در حالی است که اصولاً اقتضای احتمالی بودن قرارداد، ماهیت ذاتی مورد معامله است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص ۴۰۲ و ۴۰۳). به طور مثال در قرارداد نسبت به اشیایی که در آینده به وجود می آیند، علت اصلی احتمالی بودن مورد معامله از حیث حصول آن در آینده، ماهیت ذاتی مورد معامله یعنی موجود نبودن آن است. در این عقود گستره دخالت اراده طرفین تنها در پذیرفتن چنین قالبی است. به این ترتیب، مبنای اصلی تعلیق در قراردادها صرفاً اراده طرفین است، اما مبنای اصلی احتمالی بودن قراردادها اصولاً اقتضای مورد معامله است.

این امر در حقوق مصر نیز صادق است؛ برای مثال در عقد بیمه موضوع ماده ۷۴۷ ق.م.م، اینکه تعهد بیمه گر واجد وصف التزام به تأدیه گردد، در زمان انعقاد قرارداد بیمه، امری محتمل است؛ به عبارت دیگر حصول یا به نتیجه رسیدن تعهد بیمه گر و در مقابل عدم حصول تعهد بیمه گر منوط به حادثه احتمالی است. پس این چنین تعلیق اثر تعهد، ارتباطی به اراده طرفین ندارد. به این ترتیب قاعدتاً مبنای تعلیق در عقود احتمالی اراده طرفین نیست. البته طبق ماده یادشده که طرفین قرارداد می توانند نوع حادثه را تعیین نمایند، می توان گفت اراده طرفین به طور محدود می تواند تأثیر داشته باشد، ولی مبنای اصلی تعلیق نیست. در دیگر مصادیق عقد احتمالی از جمله قرارداد مستمری و قرارداد

۱۰. مواد ۲۶۵ تا ۲۷۰ ق.م.م.

۱۱. ماده ۲۶۵ ق.م.م: «یکون التزام معلقاً علی شرط إذا کان وجوده أو زواله مترتباً علی أمر مستقبل غیر محقق الوقوع».

گروبندی نیز مبنای تعلیق ماهیت ذاتی عقد است؛ به عبارت روشن‌تر، اثر معلق تعهد یا تعهدات عقود یادشده تحت هیچ شرایطی بنابه خواست و اراده طرفین عقد، در زمان انعقاد قرارداد، منجز نمی‌گردد. باوجوداین، همچنان که از مواد ۲۶۵ تا ۲۷۰ ق.م.م استنباط می‌شود، اینکه ایجاد یا ازبین رفتن اثر قراردادی معلق بر حادثه‌ای احتمالی در آینده گردد، قاعدتاً بنا به خواست و اراده طرفین است.

ج) تفاوت بر مبنای نوع تعلیق و آثار آن

در عقد معلق، آنچه معلق می‌گردد اثر اصلی عقد است، پس تعلیق از نوع تعلیق در منشأ است که با وقوع معلق علیه اثر اصلی عقد جاری می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۷۴-۵۱؛ شهیدی، ۱۳۸۲، ص ۷۸-۶۵)؛ درحالی که در عقد احتمالی منشأ منجزاً واقع می‌شود (نجفی (کاشف‌الغطا)، ۱۴۲۲، ص ۱۱۴) و اثر اصلی آن معلق نمی‌شود، بلکه التزام به تأدیه معلق می‌شود. به عبارت روشن‌تر، تعهد ناشی از عقود احتمالی با وقوع عقد حاصل می‌شود، اما التزام به تأدیه یا تسلیم به‌علت نامشخص بودن میزان یا حصول تعهد یا تعهدات طرفین معلق به امر یا امور دیگر است، پس تعلیق در عقد معلق از نوع تعلیق در منشأ است؛ درحالی که تعلیق در عقد احتمالی از نوع تعلیق در التزام به تأدیه یا التزام به تسلیم است. برای مثال در عقد گروبندی که یکی از انواع عقود احتمالی است، با انعقاد عقد، تعهدات هریک از طرفین مبنی بر پرداخت مبلغ معین به طرف مقابل به‌وجود می‌آید. براین‌اساس هریک از طرفین حق الزام همدیگر برای انجام مسابقه را دارد (کاتوزیان، ۱۳۷۳، ص ۲۹۳)، اما التزام هریک از طرفین به تأدیه مبلغ مورد تعهد به طرف مقابل، معلق به برنده شدن اوست. این درحالی است که چنانچه عقد گروبندی معلق می‌بود، به علت معلق بودن اثر اصلی عقد (تعهدات هریک از طرفین)، دو طرف تا وقوع معلق علیه حق الزام همدیگر مبنی بر انجام مسابقه را نداشتند. متفاوت بودن دو نوع تعلیق پیش‌گفته موجب شده است، عدم وقوع معلق علیه در عقد معلق موجب انفساخ عقد گردد، اما در عقد احتمالی عقد همچنان صحیح بوده، بحثی با عنوان تعهدات عقیم مطرح می‌شود.

در حقوق مصر جریان اثر اصلی عقد معلق محتمل است و وجود آن منوط به تحقق شرط تعلیقی است.^{۱۲} اما عقد احتمالی، عقدی محقق‌الوجود است که تنها میزان سود و

۱۲. ماده ۲۶۵ ق.م.م.

ضرر طرفین نامعلوم است (السنهوری، ۲۰۰۰، ص ۹۸۸). به این ترتیب به نظر می‌رسد در حقوق مصر نیز نوع تعلیق در عقد معلق، تعلیق در منشأ است، اما از آنجایی که در عقد احتمالی با وقوع عقد اثر اصلی آن جاری می‌شود، پس منشأ منجزاً واقع شده است و تعلیقی در آن وجود ندارد. عقد معلق در حقوق مصر شامل تعلیق در زوال اثر عقد نیز می‌شود (ماده ۲۶۵ ق.م.م). از آنجایی که در عقد احتمالی در هیچ صورت تعلیقی نسبت به زوال اثر عقد وجود ندارد، لذا می‌توان گفت این تفاوت وجه تمایز دیگری برای دو نهاد حقوقی یادشده است. طبق ماده ۱۸۹ قانون مدنی ایران، عقد معلق تنها شامل تعلیق در ایجاد اثر عقد است و تعلیق در زوال اثر عقد را شامل نمی‌شود؛ به این ترتیب وجه تمایز اخیر در حقوق ایران مطرح نیست.

د) تفاوت بر مبنای خصوصیت محتمل الوقوع بودن معلق علیه

یکی از ویژگی‌های معلق علیه در عقد معلق، محتمل الوقوع بودن آن است (عاملی (محقق ثانی)، ۱۴۱۴، ص ۷۷؛ بحرانی، ۱۴۰۵، ص ۱۰؛ السنهوری، ۲۰۰۰، ص ۱۵؛ شهیدی، ۱۳۸۲، ص ۶۵؛ کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۵۲؛ یزدانیان، ۱۳۹۲، ص ۲۱۸). در حالی که معلق علیه در عقد احتمالی ممکن است قطعی الحصول باشد (السنهوری، ۱۹۹۸، ص ۱۴۰؛ الصده، ۱۹۹۲، ص ۷۹)؛ برای مثال در قرارداد بیمه عمر که عقدی احتمالی است فوت بیمه‌گذار به عنوان عامل تعیین میزان تعهد بیمه‌گذار امری قطعی الحصول است (ماده ۲۳ ق.ب.ا). از مصادیق دیگر عقود احتمالی که معلق علیه در آن قطعی الحصول است، عقد وصیت تملیکی نسبت به سهم مشاعی از ترکه است. عامل احتمالی عقد پیش گفته، نامشخص بودن حصول و میزان موضوع وصیت است. حصول یا عدم حصول موضوع وصیت از یک سو و تعیین میزان موضوع وصیت از سوی دیگر، موکول به فوت موصی و عدم رجوع اوست. به این ترتیب دو نهاد حقوقی یادشده از لحاظ اختلاف در خصوصیت معلق علیه نیز متفاوت هستند.

در حقوق مصر یکی از اوصاف معلق علیه در عقد معلق محتمل الوقوع بودن آن است^{۱۳} (السنهوری، ۲۰۰۰م(پ)، ص ۱۵). با وجود این در برخی از عقود احتمالی، هر چند زمان وقوع حادثه احتمالی آینده نامعلوم است، ولی در هر حال واقع می‌شود؛ به عبارتی، حادثه قطعی الحصول است (الصده، ۱۹۷۴، ص ۷۹؛ السنهوری، ۱۹۹۸، ص ۱۴۰). برای مثال در

۱۳. ماده ۲۶۵ ق.م.م.

قرارداد مستمری (المرتب مدی الحیاه)، از آنجایی که این قرارداد برای طول عمر منتفع یا شخص ثالث می‌باشد (ماده ۷۴۲ ق.م.م.) و زمان فوت او نامشخص است، لذا باید گفت زمان وقوع حادثه فوت نامعلوم است، ولی نظر به اینکه در هر حال فوت صورت می‌پذیرد، باید گفت این حادثه قطعی‌الحصول است. بنابراین در قرارداد مستمری، که نوعی عقد احتمالی است، معلق علیه امری قطعی‌الحصول می‌باشد. به این ترتیب در حقوق مصر نیز مانند حقوق ایران دو نهاد حقوقی، عقد احتمالی و عقد معلق، از حیث معلق علیه از جنبه‌هایی با هم متفاوت هستند.

۲. عقد احتمالی و عقد مشروط

عقد مشروط عقدی است که ماهیت آن به شرطی از شروط سه‌گانه ماده ۲۳۴ ق.م مشروط گردد (شهیدی، ۱۳۸۲، ص ۸۷؛ امامی، ۱۳۷۱، ص ۱۷۴). عقد مشروط و عقد احتمالی دو نهاد حقوقی متفاوت هستند؛ زیرا از یک سو در عقد احتمالی میزان تعهد یا تعهدات طرفین هنگام عقد معین نیست، اما در عقد مشروط میزان عوض یا عوضین معین و معلوم است. البته اگر در عقد احتمالی شرطی از شروط فوق درج شود عقد هم احتمالی و هم مشروط است. از سوی دیگر در عقد احتمالی التزام طرف یا طرفین عقد به تأدیه منوط به امر محتمل‌الوقوع یا قطعی‌الحصول است (امینی، ۱۳۹۰، ص ۵۵)؛ در حالی که در عقد مشروط هم اثر عقد و هم التزام طرفین به تأدیه موضوع عقد منجزاً هنگام عقد واقع می‌شود و در صورت تخلف هریک از طرفین، طرف دیگر حق الزام دارد. همچنین، از دیدگاهی دیگر، عقد احتمالی خاص عقد معوض است (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۱۲۴)؛ در حالی که عقد مشروط در خصوص عقود غیرمعوض هم امکان دارد. در نهایت برابر ماده ۳۴۱ ق.م که مقرر می‌دارد: «بیع ممکن است مطلق باشد یا مشروط...»، عقد مشروط به عنوان یکی از تقسیمات عقود مورد توجه قانون‌گذار ایران بوده و این در حالی است که عنوان عقد احتمالی در قانون مدنی به کار نرفته و در تقسیمات عقود مورد نظر قانون‌گذار نبوده است.

در قانون مدنی مصر، عقد مشروط به مفهومی که در حقوق ایران مطرح بوده، تصریح نشده است. با وجود این، ذیل بند یک از فصل اول از باب سوم کتاب اول قانون مدنی مصر عنوان «الشرط» آمده است. آنچه از این مواد استنباط می‌شود، از یک سو دلالت بر عقد مشروط، و از سوی دیگر دلالت بر عقد معلق دارد. به عبارت دیگر، عقد مشروط است، زیرا در ضمن عقد شرطی قید شده است. عقد معلق است، زیرا شرط قیدشده ناظر

بر تعلیق اثر عقد است. به این ترتیب به نظر می‌رسد حقوق مصر میان مفهوم عقد مشروط و عقد معلق نوعی اختلاط ایجاد کرده است. بر این اساس در مقام شمارش وجه تمایز دو نهاد حقوقی عقد مشروط و عقد احتمالی، همان تفاوت‌های عقد معلق و عقد احتمالی مطرح است.

۳. عقد احتمالی و عقد مخاطره^{۱۴}

عقد مخاطره، عقد مالی معوض یا غیرمعوض است که طرفین آن به‌طور عمدی خطر و ریسک را در آن دخالت داده‌اند و این استقبال از خطر نیاز عموم جامعه است (جنبه نوعی)؛ مانند ضمان و بیمه (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص ۲۰۵ و ۲۰۷). دو عقد یادشده مشترکات زیادی دارند؛ از جمله، وجود خطر مورد نیاز عمومی، و عمدی بودن پذیرش خطر. با وجود این، عقود پیش‌گفته تفاوت اساسی دارند؛ تفاوت نخست اینکه عقد احتمالی به دلیل نامشخص بودن مورد معامله، احتمالی خوانده می‌شود و اصولاً احتمالی بودن مورد معامله از حیث حصول یا میزان عوض یا عوضین، جزء ذات عقد است؛ اما عقد مخاطره به دلیل وجود خطر عمدی در آن عقد مخاطره خوانده می‌شود. به این ترتیب، عقد ضمان عقد مخاطره است، اما عقد احتمالی نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ص ۲۰۵ و ۲۰۷)، زیرا نامشخص بودن میزان دین مضمون‌عنه به علت مسامحه‌ای بودن عقد است و ارتباطی به ذات عقد ندارد؛ در حالی که تعیین نشدن قطعی مورد معامله در عقود احتمالی به دلیل نداشتن قابلیت تعیین قطعی است. برای نمونه، در بیع میوه روی درخت، از یک سو حصول مورد معامله و از سوی دیگر میزان مورد معامله در هنگام انعقاد قرارداد بر حسب عدم کمال آن به‌طور قطعی ممکن نیست. عنوان عقد مخاطره در قانون مدنی مصر و مقررات موضوعه مصر مطرح نشده است؛ لذا مقایسه دو عقد پیش‌گفته در حقوق مصر منتفی می‌باشد.

۱۴. برای شناسایی عقود که نوعی خطر و غرر ذاتی در ماهیت آن‌ها وجود دارد، اصطلاح عقود احتمالی در متون حقوقی جدید بیشتر به کار رفته است (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۱۲۹؛ پیرهادی، ۱۳۸۸، همان؛ رفیعی، ۱۳۸۷، ص ۷۰؛ وحدتی شبیری، ۱۳۷۹، ص ۱۹۹ به بعد؛ سعد، ۱۹۹۸م، ص ۷۱؛ السنهوری، ۱۹۹۸، ص ۴۴؛ الصده، ۱۹۹۲، ص ۷۹). البته در قانون مدنی جدید مصر عنوان عقودالغرر به جای عقد احتمالی به کار رفته است.

۴. عقد احتمالی و عقد مؤجل

آنچه موجب شباهت عقد مؤجل و عقد احتمالی می‌شود، آن است که التزام طرفین یا یک طرف به تأدیه هنگام انعقاد عقد در هردو عمل حقوقی وجود ندارد و موقوف به آینده است. باوجوداین، این دو نهاد حقوقی متفاوت هستند، زیرا از یک سو، در عقد مؤجل به دلیل رفع غرر، میزان عوضین هنگام انعقاد عقد معلوم و معین است؛ درحالی که در عقد احتمالی میزان یا حصول تعهد یا تعهدات طرفین معلوم نیست. از سوی دیگر، التزام به تأدیه در عقد احتمالی منوط به حادثه محتمل است؛ درحالی که التزام به تأدیه در عقد مؤجل در زمان معین و قطعی حاصل می‌شود. از دیگر تفاوت‌های این دو نهاد حقوقی آن است که عقد مؤجل به‌عنوان یکی از تقسیمات عقود موردتوجه قانون‌گذار بوده (ماده ۳۴۱ ق.م.م)^{۱۵}، اما عقد احتمالی در قانون مطرح نشده است. همچنین در عقد مؤجل صرف رسیدن زمان موردنظر، التزام حاصل می‌شود، اما در عقد احتمالی اگر زمان وقوع معلق علیه هم معین باشد، اصل وقوع آن محتمل است.

در حقوق مصر بند دو از فصل اول از باب سوم کتاب اول قانون مدنی مصر به عقد مؤجل اختصاص یافته و ذیل عنوان «الأجل» مطرح شده است (مواد ۲۷۱ تا ۲۷۴ ق.م.م.). مطابق بند اول و دوم ماده ۲۷۱ ق.م.م.^{۱۶} در صورتی که اجرا یا انقضای تعهدی منوط به واقعه حتمی‌الوقوع باشد، عقد مؤجل است. براین اساس تنها تفاوت عقد مؤجل در حقوق ایران و مصر این است که در حقوق مصر عقد مؤجل در خصوص انقضای اثر عقد نیز جریان دارد، اما در حقوق ایران تنها ناظر بر زمان اجرای تعهد است. درباره وجه تمایز دو قرارداد احتمالی و مؤجل در حقوق مصر باید گفت اصولاً همان تفاوت‌های مطرح‌شده در حقوق ایران وجود دارد؛ یعنی اولاً در عقد مؤجل حادثه‌ای که اجرا یا زوال تعهد منوط به آن شده حتمی‌الحصول است (بند ۲ ماده ۲۷۱ ق.م.م.)، اما این حادثه در قرارداد احتمالی قاعداً محتمل‌الوقوع است؛ ثانیاً برخلاف قراردادهای احتمالی که میزان یا حصول عوض یا عوضین در زمان انعقاد قرارداد محتمل است، در عقود مؤجل عوضین حسب مورد معامله یا به‌طور قطعی تعیین می‌گردند یا قابلیت تعیین پیدا می‌کنند.

۱۵. ماده ۳۴۱ ق.م.م. مقرر می‌دارد: «بیع ممکن است و نیز ممکن است که برای تسلیم تمام یا قسمتی از بیع یا برای تأدیه تمام یا قسمتی از ثمن اجلی قرار داده باشد».

۱۶. ماده ۲۷۱: (۱) «یکون الالتزام لأجل إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتباً علی امر مستقبل محقق الوقوع. (۲) و يعتبر الأمر محقق الوقوع متى كان وقعه محتملاً، ولو لم يعرف الوقت الذي يقع فيه.».

۵. عقد احتمالی و عقد غرری^{۱۷}

در حقوق ایران، 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 (بروجردی عبده، ۱۳۸۰، ص ۱۱۴؛ کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص ۱۴۱) یا عقدی است که احتمال حصول ضرر ناشی از جهل به مورد معامله در آن وجود داشته باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۵، ص ۴۸۹)^{۱۸}. دو نهاد حقوقی پیش‌گفته از لحاظ جهل نسبت به مورد معامله مشترک هستند؛ باوجود این دارای ماهیتی جداگانه می‌باشند، زیرا در عقد احتمالی تعیین و تحدید میزان مورد معامله یا حصول آن یا هردو بر مبنای معیاری ثابت در آینده صورت می‌گیرد که این خود معیاری برای رفع غرر است. درحالی

۱۷. عقد غرری در نظر فقهای امامیه در دو مفهوم مختلف مطرح شده است. مطابق نظر برخی فقها، عقدی که مورد معامله در آن مجهول باشد عقد غرری است. پیروان این نظر خود نیز به دو گروه تقسیم شده‌اند؛ برخی (عاملی، ۱۳۱۴، ص ۲۳۵) از آن‌ها جهل نسبت به رسیدن شیء به دست منتقل‌البه را غرر می‌دانند؛ در مقابل، برخی دیگر (انصاری، ۱۴۱۱، ص ۲۱۸) قلمرو جهل را گسترش داده، جهل نسبت به اصل وجود مبیع یا حصول مبیع یا صفات مبیع از حیث کمیت و کیفیت را غرر می‌دانند. نظر یادشده با این ایراد روبه‌رو شده که در نظر اهل لغت، غرر به معنی جهل آورده نشده است (امام خمینی (ره)، ۱۴۲۱، ص ۲۹۷). در فقه امامیه عقد غرری به مفهوم عقدی که متضمن خطر باشد نیز به کار رفته است. فقیهانی که غرر را به معنای خطر می‌دانند نیز به دو گروه تقسیم می‌شوند؛ برخی از این گروه، غرر را جهل به صفات و مقدار مبیع می‌دانند (نجفی، ۱۴۰۴، ص ۳۳۸). مطابق این نظر در مفهوم غرر مطلق، خطر موردنظر نیست؛ 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 سردرختی و سایر محصولات زراعی قبل از برداشت، 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 (انصاری، ۱۴۱۱، ص ۲۲۸). برخی دیگر از فقها خطر را احتمال ضرری دانسته‌اند که از نظر عقلا قابل اجتناب باشد. در این صورت احتمال ضرر یا به دلیل نداشتن اطمینان به وجود مال یا نداشتن اطمینان به قابلیت تسلیم مال یا نداشتن اطمینان به مقدار، جنس و وصف مبیع است (مراغه‌ای، ۱۴۱۷ق، ص ۲۱۴). از نظر فقهای اهل سنت، غرر در عقد غرری در دو مفهوم مطرح شده است؛ در یک مفهوم به معنی آنچه پوشیده و پایان آن مجهول باشد (سرخسی، ۱۴۳۸، ص ۱۹۴؛ کاسانی، ۱۳۹۴، ص ۲۶۳؛ ابن تیمیه، ۱۹۵۱، ص ۱۲۱)، و در مفهوم دیگر به معنی چیزی که وجود یا نبود آن مشخص نیست (کاسانی، ۱۳۹۴، ص ۲۶۳).

۱۸. در حقوق موضوعه ایران، عقد غرری و غرر تعریف نشده، اما موادی از قانون مدنی بر مبنای رفع غرر در معامله تنظیم یافته است (مواد ۳۴۸، ۴۶۸، ۴۷۲، ۴۰۱، ۳۵۱، بند ۳ ماده ۱۹۰، ۲۱۶، بند ۲ ماده ۲۳۳، ۳۴۲ و ...).

که در عقد غرری تعیین کننده‌ای برای رفع جهالت و غرر وجود ندارد و احتمال نزاع و ضرر وجود دارد؛ به عبارت دیگر در عقد غرری نه تنها مورد معامله مجهول است، بلکه در آینده نیز قابل تعیین نیست و سرنوشت قرارداد نامشخص است. ذاتی بودن غرر موجود در عقد احتمالی و عرضی بودن غرر موجود در عقد غرری تفاوت دیگری است که ماهیت متفاوت این دو نهاد حقوقی را مشخص می‌کند.^{۱۹}

در قانون مدنی قدیم مصر به تبع حقوق فرانسه عنوان «عقد احتمالی» مطرح شده بود، اما در قانون جدید مصر عنوان «عقد الغرر» به جای عقد احتمالی با حفظ همان مصادیق آورده شده است. به طور کلی با توجه به منابع فقهی و مواد قانون مدنی، محور کلی معاملات غرری تردید در اصل وجود معامله یا تردید در قدرت بر تسلیم مورد معامله و یا جهل نسبت به مقدار، جنس و وصف است (السنهوری، ۱۳۹۱، ص ۴۹). از آنجایی که در حقوق مصر غرر به دو نوع مؤثر و غیرمؤثر در صحت عقد تقسیم شده است و غرر غیرمؤثر آن است که مقدار آن کم باشد، یا اگر مقدار آن زیاد است، مورد نیاز جامعه باشد (السنهوری، ۱۳۹۱، ص ۴۹؛ الضریب، ۱۹۹۳، ص ۳۹ به بعد)؛ لذا به نظر می‌رسد عقد الغرر (عقد احتمالی) که جامعه از آن استقبال می‌کند، دارای غرر غیرمؤثر بوده و صحیح است، اما عقد غرری مؤثر باطل است. به عبارت دیگر عقد احتمالی به دلیل اینکه مبتنی بر احکام عرف جامعه بوده و جامعه برای رفع نیاز و هماهنگ شدن با جامعه معاملات بین الملل به آن نیاز دارد، غرر موجود در آن غیرمؤثر در صحت قرارداد بوده و قرارداد مبتنی بر آن صحیح است، اما عقد غرری به دلیل اینکه جامعه عقلا از غرر موجود در آن دوری می‌جویند، مؤثر در صحت عقد بوده و موجب بطلان است.

ویژگی‌های عقد احتمالی

مغایبه‌ای بودن، عهدی بودن، غیرمستقر بودن تعهدات، مستمر بودن، و غیراستثنایی بودن، از ویژگی‌های عقد احتمالی است که به شرح زیر مطرح می‌شود:

۱۹. 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؛ برای مثال قرارداد بیمه، عقد مضاربه، تراز و قرارداد اجاره شیلات. این غرر به علت استقبال جامعه از آن مبطل عقد نیست، اما غرر عرضی به علت اینکه جامعه از آن دوری می‌کند، نبی (ص) آن را نهی کرده و مبطل عقد است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص ۴۰۶).

۱. مغابنه‌ای بودن

در عقد مغابنه‌ای طرفین سعی در مغبون نمودن یکدیگر دارند و ویژگی اصلی این نوع عقد، قابلیت تحقق خیار غبن است (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۹، ص ۲۱۲-۲۱۱؛ کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۱۲۹-۱۲۸). مبنای قانون این تقسیم در ماده ۷۶۱ قانون مدنی آمده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۹، ص ۲۱۱). در حقوق ایران به دلیل نامعلوم بودن میزان مورد معامله در عقود احتمالی نظر بر آن است که در عقود یادشده خیار غبن وجود ندارد؛ به عبارت دیگر به دلیل تسامحی بودن بنای طرفین نسبت به میزان عوضین عقد تسامحی بوده، لذا خیار غبن وجود ندارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۹، ص ۲۱۱؛ کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۱۲۹). مطلب پیش‌گفته قابل ایراد است، زیرا از یک سو با توجه به مصادیق عقود احتمالی، از جمله عقود مضاربه و بیمه، طرفین از انعقاد این عقود قصد سودجویی دارند. لذا اگرچه میزان عوضین در عقد احتمالی هنگام انعقاد عقد مشخص نیست، اما معیار ثابتی برای تعادل ارزش عوضین تعیین می‌شود. پس بر مبنای همین معیار ثابت، ارزش عوضین نسبت به هم متعادل و متقابل هستند و در صورت بهم خوردن این تعادل، مغبون حق استناد به خیار غبن را دارد. از سوی دیگر، نظر به اینکه معیار تسامح در عقود مطلق نیست و عقود ممکن است از جهتی مسامحه و از جهت دیگر مسامحه نباشد؛ برای مثال، عقد مضاربه به دلیل مشخص نبودن میزان عوضین هنگام عقد، مسامحه است، اما به علت وجود معیار مشخص برای تعادل، ارزش عوضین غیرمسامحه یعنی مغابنه است. بنابراین در عقود احتمالی اگرچه طرفین نسبت به تعیین نکردن قطعی عوضین در هنگام انعقاد قرارداد تسامح دارند، اما از لحاظ تعادل ارزش عوضین تسامحی ندارند؛ لذا می‌توان گفت اعمال خیار غبن در صورت وجود شرایط آن با تردید مواجه نیست.

در حقوق مصر، بنابر نظر غالب، یکی از مبنای صحت عقود احتمالی، تأثیر نداشتن غبن است (السهنوری، ۱۹۹۸، ص ۱۴۰؛ الصده، ۱۹۹۲، همان). به عبارت روشن‌تر، یکی از شرایط تحقق غبن معین بودن عوضین در عقود معوض هنگام انعقاد عقد است (الرشدان، ۲۰۱۰، ص ۳۹-۴۰؛ قاسم، ۲۰۰۵، ص ۳۳). در عقود احتمالی میزان عوضین هنگام عقد مشخص نیست، پس غبن در عقود احتمالی قابل تصور نیست. بنابراین در حقوق مصر عقود احتمالی جزء عقود مغابنه شمرده نمی‌شود. البته در حقوق مصر خیار غبن تنها در برخی عقود قابل تحقق است (الرشدان، ۲۰۱۰، ص ۲۱۵-۲۱۴). باوجوداین، قانون مدنی مصر در ماده ۱۲۹ قاعده استغلال را به موازات موارد خاص غبن مطرح

نموده است. به موجب این قاعده، هرکس در اثر ضعف نفس دیگری یا هوا و هوس او معامله‌ای با عوضین غیرمتعادل منعقد نماید، قاضی حق تعدیل یا بطلان معامله را خواهد داشت. برای اعمال قاعده استغلال شرط لزوم تعیین قطعی عوضین هنگام انعقاد قرارداد لازم نیست (۱۲۹ ق.م.م.). به این ترتیب، در عقود احتمالی چنانچه عوضین بر مبنای معیار تعیین شده نامتعادل باشد و این نبود تعادل در اثر سوءاستفاده یک طرف از ضعف نفس یا هوا و هوس طرف دیگر باشد، طبق قاعده استغلال، محکمه بنا به درخواست مغبون حق تعدیل یا بطلان معامله را دارد.

۲. عهدی بودن

اثر اصلی عقد عهدی، ایجاد، سقوط و انتقال تعهد برای یک طرف یا طرفین است.^{۲۰} مبنای قانونی این تقسیم، مواد ۸۲۵ و ۸۲۶ ق.م در باب وصیت است (امامی، ۱۳۷۱، ص ۵۸؛ کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۸۱-۷۵؛ شهیدی، ۱۳۸۲، ص ۸۴-۸۳؛ افتخاری، ۱۳۸۲، ص ۵۷). یکی دیگر از ویژگی‌های عقد احتمالی، عهدی بودن است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، همان). با وقوع این دسته از عقود بی‌درنگ تعهد ایجاد می‌شود. اما هیچ‌یک از طرفین التزام به تأدیه مورد معامله ندارد، زیرا التزام به تأدیه منوط به امر یا امور دیگری است. برای مثال، مهم‌ترین عقود احتمالی عهدی عبارت‌اند از: عقد بیمه (عرفانی، ۱۳۸۱، ص ۵۰؛ بابایی، ۸۲، ص ۴۷) که تعهد بیمه‌گذار در مقابل تعهد بیمه‌گر است، عقد مضاربه (سکوتی نسیمی، ۱۳۹۰، ص ۷۴) که اثر اصلی آن تعهدات متقابل مالک و عامل است، عقد جعاله که در ماده ۵۶۵ ق.م به تعهد تعریف شده است، عقود مشارکتی (باریکلو، ۱۳۸۸، ص ۲۳ و ۴۵) که تعهد عامل به انجام کار در مقابل تعهد مالک به تسلیم مال برای انجام کار موضوع قرار می‌گیرد. در حقوق مصر تقسیم‌بندی عقد بر این مقسم مطرح نشده است؛ به این ترتیب این ویژگی در حقوق مصر قابل تحلیل نیست.

۳. غیرمتقارن بودن تعهدات طرفین

از دیگر ویژگی‌های عقد احتمالی غیرمتقارن بودن (هم‌زمان نبودن اجرا) تعهدات طرفین

۲۰. بعضی از حقوق‌دانان این تقسیم‌بندی را بی‌فایده دانسته‌اند و معتقد به عهدی بودن تمام عقود هستند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۹، ص ۳۶). بعضی دیگر ضمن انتقاد از نظر اخیر برای ارائه یک تقسیم جامع، نخست عقود را به تملیکی و غیرتملیکی تقسیم نموده، سپس عقود غیرتملیکی را به عهدی و غیرعهدی تقسیم کرده‌اند (محقق داماد و نعمت‌اللهی، ۱۳۸۵، ص ۲۸).

است. این ویژگی در عقود احتمالی معوض مطرح است. منظور از غیرمقارن بودن تعهدات طرفین در عقود احتمالی معوض آن است که زمان اجرای تعهدات متقابل طرفین، واحد نیست (باقرزاده و نوری یوشانلوئی، ۱۳۸۳، ص ۳۳)؛ به عبارت روشن‌تر، زمان اجرای تعهد یکی از طرفین، حال و تعهد دیگری حال نیست. برای مثال در عقد جعاله جاعل وقتی ملزم به تسلیم جعل به عامل است که عامل تعهد خود را انجام داده باشد. در عقود مشارکتی مزارعه و مضاربه، تا زمانی که صاحب سرمایه و صاحب زمین، سرمایه و زمین را به عامل تسلیم نکرده است، عامل ملزم به انجام تعهد خود نیست (ماده ۵۱۶ و ۵۱۸ ق.م.م). براین اساس، قابلیت اعمال قاعده حق حبس وجود ندارد (ماده ۳۷۷ ق.م.م)، زیرا شرط اجرای قاعده حق حبس وجود دو عوض متقابل و مقارن (هم‌زمان) است (باقرزاده و نوری یوشانلوئی، ۱۳۸۳، ص ۳۳؛ سکوتی نسیمی، ۱۳۷۷ (ب)، ص ۱۰). باوجود این با مطالعه مواد ۳۸۰ ق.م.م و همچنین مواد ۵۳۳ و ۵۳۴ ق.ت به نظر می‌رسد در عقودی که تعهدات طرفین آن هم‌زمان نیست و قرینه قطعی (مثلاً ورشکستگی) مبنی بر اجرا نشدن تعهد طرفی که تعهد او مؤجل است وجود دارد، طرفی که تعهد او حال است می‌تواند از اجرای تعهد خود سر باز زند و این قاعده‌ای معقول و مطابق با انصاف است.^{۲۱}

در حقوق مصر نیز مانند حقوق ایران، در عقود احتمالی زمان اجرای تعهدات طرفین در عقود معوض هم‌زمان نیست. برای نمونه، در عقد بیمه حوادث، بیمه‌گذار نخست باید اقساط به‌عهده گرفته را پرداخت نماید (ماده ۷۴۷ ق.م.م)؛ اما زمان اجرای تعهد بیمه‌گر از یک سو هم‌زمان با اجرای تعهد بیمه‌گذار نیست و از سوی دیگر قابلیت اجرای آن در آینده احتمال دارد. در قرارداد گرویندی، تعهدات مقدماتی طرفین هم‌زمان است (الزام طرفین مبنی بر اجرای مسابقه علیه یکدیگر) اما از آنجایی که حصول تعهد اصلی یکی از طرفین موجب عقیم ماندن حصول تعهد طرف دیگر می‌باشد، لذا بحث مقارن بودن یا نبودن تعهدات طرفین در قرارداد گرویندی منتفی است. حق حبس در قانون مدنی مصر (ذیل بند ۲ از فصل سوم بخش دوم) به‌عنوان یکی از وسایل تضمین حق مطرح گردیده است. به موجب بند ۱ ماده ۲۴۶ قانون مدنی مصر^{۲۲} متعهد تا زمانی که طرف مقابل اقدام به اجرای تعهد خود ننموده یا تضمین کافی برای اجرای تعهد خود نسپرده است،

۲۱. برای مطالعه بیشتر ر.ک. باقرزاده و نوری یوشانلوئی، ۱۳۸۳، ص ۱۰.

۲۲. ماده ۲۴۶ ق.م.م- (۱) لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزم المدین و مترتب به، أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تامين كاف للوفاء بالتزامه هذا.

می‌تواند از اجرای تعهدش خودداری نماید. به نظر می‌رسد برابر ماده پیش‌گفته در عقود احتمالی که دارای تعهدات غیرمتقارن است، طرفی که تعهدش حال است بتواند از طرفی که تعهد او مؤجل است تضمین بگیرد و سپس اقدام به اجرای تعهد خود نماید.

۴. مستمر بودن عقود احتمالی

در عقد مستمر، تعیین و اجرای تعهدات ناشی از آن وابسته به عامل زمان است (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۸۵-۸۴). در عقود احتمالی هنگام انعقاد عقد، میزان تعهد یا تعهدات طرفین مشخص نیست و در مدت زمان معین یا غیرمعین تعیین می‌گردد. براین اساس، عقود احتمالی به جهت وابستگی تحقق آثار آن به زمان، از جمله عقود مستمر هستند. عقد بیمه (عرفانی، ۱۳۸۱، ص ۴۹؛ کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۸۵؛ بابایی، ۱۳۸۲، ص ۴۸)، عقود مشارکتی (باریکلو، ۱۳۸۸، ص ۲۱ و ۴۶)، مزارعه، مساقات و مضاربه (سکوتی نسیمی، ۱۳۹۰، ص ۷۶)، نمونه‌هایی از قرارداد مستمرند. بعضی از حقوق‌دانان، از جمله آثار مستمر بودن عقود احتمالی را اجرا نشدن کامل حق حبس دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۸۶). مطلب پیش‌گفته قابل ایراد است، زیرا اجرا نشدن قاعده حق حبس در عقود احتمالی معوض به دلیل غیرمتقارن بودن تعهدات طرفین است و ارتباطی به ویژگی مستمر بودن عقود یادشده ندارد (باقرزاده و نوری یوشانلوئی، ۱۳۸۳، ص ۹)؛ برای مثال عقد اجاره از عقد مستمر است^{۲۳} (منصور، ۱۹۹۵ م، ص ۹)، اما قاعده حق حبس در آن اجرا می‌شود و هریک از طرفین (السنهوری، ۱۹۹۸، ص ۱۴۳؛ شهیدی، ۱۳۸۳، ص ۹۶؛ بیگدلی، ۱۳۸۸، ص ۳۵ و ۳۶) می‌توانند از دادن عین مستأجره و عوض معلوم خودداری کنند و اجرای تعهد خود را به اجرای تعهد طرف مقابل موکول نمایند. بنابراین شرط اجرای قاعده حق حبس، وجود تعهدات متقابل و متقارن (هم‌زمان) است و مستمر بودن عقود به‌خودی خود موجب سقوط اجرای قاعده حق حبس نمی‌شود.

در حقوق مصر به تبع حقوق فرانسه، عقد مستمر عقد با اجرای متناوب (العقد المتتابع التنفيذ) نامیده شده است (العوجی، ۲۰۱۱، ص ۱۵۴). قرارداد مستمری (السنهوری، ۲۰۰۰، ص ۹۸۸؛ سعد، ۱۹۹۸، ص ۷۳) و عقد بیمه (السنهوری، ۲۰۰۰، ص ۱۱۳۹؛ منصور، ۱۹۹۵، ص ۹۷؛ الکیلانی، ۲۰۰۱، ص ۱۴۸) به‌عنوان بارزترین مصادیق

۲۳. اگرچه در عقد اجاره حصول منفعت در آنات زمان حاصل می‌شود، باوجوداین، قانون مدنی ایران عقد یادشده را تملیکی دانسته است.

عقود احتمالی از جمله عقود مستمر هستند. از آنجایی که اثر قرارداد گرویندی در زمان خاتمه مسابقه در یک آن وصف التزام به تأدیه را به دست می‌آورد، لذا اثر قرارداد یادشده به آنات زمان وابسته نیست. به این ترتیب در حقوق مصر به درستی مثل حقوق ایران قرارداد گرویندی دارای ویژگی مستمر بودن نیست. یکی از آثار مستمر بودن قراردادها، اعمال نظریه حوادث غیرقابل پیش‌بینی (نظریه الظروف الطارئة) است (السنهوری، ۱۹۹۸، ص ۱۴۳). قهقرايي نبودن اثر فسخ، اثر دیگری است که در حقوق مصر بر عقود مستمر جاری می‌شود (العوجی، ۲۰۱۱، ص ۱۵۵)، زیرا اثر عقد به تدریج در بستر زمان ایجاد می‌گردد؛ برای مثال الزام به پرداخت اقساط بیمه حوادث یا بیمه عمر وابسته به عامل زمان است.

۵. غیراستثنایی بودن

مفهوم غیراستثنایی بودن این است که اصل بر صحت عقود احتمالی می‌باشد. بر این اساس، قاعده آن است که همه مصادیق عقود احتمالی چه آنهایی که در قانون تصریح شده و چه آنهایی که تصریح نشده، اما در عرف بین مردم واقع می‌شوند، صحیح‌اند. نخستین دلیل قائلان به نظریه استثنایی بودن، غرری بودن عقود احتمالی است. در پاسخ به این ایراد باید گفت، غرر مفهومی عرفی است (خراسانی، ۱۴۰۶، ص ۱۳۲؛ انصاری، ۱۴۱۱، ص ۱۹۹؛ مراغه‌ای، ۱۴۱۷، ص ۲۴۳۰؛ نجفی، ۱۴۲۲، ص ۲۵۴۴۹؛ السنهوری، ۱۳۹۱، ص ۵۱؛ الضریر، ۱۹۹۳، ص ۳۹؛ اعتضاد، ۱۳۲۹، ص ۴۸؛ اسلامی‌پناه، ۱۳۸۰، ص ۵۹۱؛ داراب پور، ۱۳۷۶، ص ۲۵۳؛ طاهرخانی، ۱۳۸۲، ص ۱۳۳ به بعد)؛ پس بر مبنای مصادیق عقود احتمالی، از جمله قرارداد نسبت به اشیای آینده، قراردادهای پیش‌فروش، قرارداد با عوض شناور و غیره، که امروزه از اصلی‌ترین معاملات تجاری و تجارت بین‌المللی هستند، می‌توان گفت اگرچه این عقود ذاتاً مبتنی بر غررند، اما غرر موجود در آن‌ها را عرف عقلای معاملاتی جامعه پذیرفته است. این نوع غرر را پیامبر(ص) نهی نکرده است، زیرا با منع این قراردادها جامعه در رفع نیازهای خود دچار عسر و حرج می‌شود؛ درحالی که می‌دانیم در حکم شارع حرجی نیست (قاعده نفی عسر و حرج) (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص ۴۰۲). افزون‌براین، منع قراردادهای یادشده موجب می‌شود بسیاری از معاملات محمول بر بطلان گردد و بر این اساس، نظم عمومی

۲۴. «... ینتفی الغرر مع عرفا...».

۲۵. «ان الغرر و الخطر بعد ما عرفت معناه امره عرفی یختلف حسب موارد...».

جامعه مختل می‌شود؛ پس، بنابر نظریه عدم بطلان عقود مبتنی بر غرر ذاتی، قاعده بر عدم بطلان این گونه عقود است.

دلیل دیگر گروه مخالف، اصل بودن ماده ۶۵۴ ق.م در مقابل استثنایی بودن ماده ۶۵۵ است؛ یعنی با وحدت ملاک از مواد یادشده اصولاً عقود احتمالی باطل است و صحت آن به نص قانونی وابسته است. باید گفت علت بطلان عقود موضوع ماده ۶۵۴ ق.م غرری بودن نیست، تا وحدت ملاک برای تمامی عقود احتمالی باشد؛ زیرا در زمان انعقاد قرارداد گروبنندی و قمار میزان عوضین معلوم و معین است، اما حصول آن محتمل و منوط به وقوع امر احتمالی است. به این ترتیب در عقود یادشده مورد معامله معین است و تنها التزام به تأدیة مورد تعهد معلق است. دلیل بطلان عقود گروبنندی و قمار مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه است (کاتوزیان، ۱۳۷۳، ص ۲۷۹؛ السنهوری، ۲۰۰۰، ص ۹۹۰)؛ بنابراین حکم ماده ۶۵۴ ق.م در برابر ماده ۶۵۵ قانون مدنی حکم اصل در برابر استثنا نیست. وجود ماده ۶۵۵ قانون مدنی عیناً به تبعیت از فقه وارد شده است و نبود این ماده با وجود ماده ۱۰ قانون مدنی و اصل حاکمیت اراده، خللی به صحت عقود مندرج در ماده ۶۵۵ و نمونه‌های مشابه وارد نمی‌کند.

دلیل اساسی دیگر مبنی بر صحت و قاعده‌مند بودن عقد احتمالی در حقوق ایران، تصریح قانون‌گذار به عقد معلق به عنوان عقدی صحیح است؛ زیرا از آنجایی که در عقد معلق نه تنها التزام به تأدیة یا تسلیم طرفین معلق است، بلکه ایجاد اثر اصلی عقد نیز معلق است، این گونه تردید در ایجاد یا عدم ایجاد اثر اصلی عقد، خود مصداق بارز غرر است (الضریر، ۱۹۹۳، ص ۱۶ و ۱۷). باین همه، این عقد در ماده ۱۸۹ ق.م به عنوان عقدی صحیح تصریح شده، به تبع عرف، واقع گردیده است؛ لذا به طریق اولی عقود احتمالی و از جمله عقود گروبنندی که اثر اصلی آن در زمان انعقاد قرارداد منجزاً ایجاد می‌شود و تنها التزام به تأدیة معلق است، می‌بایست صحیح باشد. به این ترتیب از یک سو با رفع ایرادات وارد به نظریه غیراستثنایی بودن عقود احتمالی، و از سوی دیگر با استناد به آیه اوفو بالعقود، روایت المؤمنون عند شروطهم، روایت الناس مسلطون علی اموالهم، اصل اباحه، اصل غیرتوقیفی بودن عقود (ذاکر صالحی، ۱۳۹۰، ص ۲۱۹)، نظریه عدم بطلان معاملات مبتنی بر غرر ذاتی و همچنین عدم محدودیت نظام حقوقی ایران به مقررات موضوعه، قاعده آن است که عقود احتمالی به صورت قاعده‌مند صحیح باشد.

در حقوق مصر، قانون‌گذار نظریه کفایت قابلیت تعیین مورد معامله را پذیرفته است؛ به عبارت دیگر، لزومی به تعیین قطعی مورد معامله حین انعقاد قرارداد نیست و قابلیت

تعیین آن بر مبنای معیاری ثابت کفایت می‌کند. ماده ۱۳۱ ق.م.م^{۲۶} در این زمینه مقرر می‌دارد: «اگر مورد معامله از چیزهایی باشد که در آینده حاصل می‌گردد قرارداد صحیح است». طبق این ماده لازم نیست مورد معامله هنگام انعقاد قرارداد موجود باشد، بلکه قابلیت حصول آن در آینده بر مبنای معیاری ثابت (برای دفع غرر) کفایت می‌نماید. ماده ۴۲۳ ق.م.م^{۲۷} نیز در این خصوص اشعار می‌دارد: «در صورتی که طرفین توافق بر نرخ بازار نمایند، در صورت تردید، نرخ بازار مکان و زمان تسلیم بیع به فروشنده ملاک خواهد بود، در صورتی که در محل تسلیم نرخ ثابتی نباشد به نرخ بازار در محلی که عرف مقتضی آن است رجوع می‌گردد». برابر ماده یادشده معیار ثابت برای تعیین مورد معامله در آینده نرخ ثابت بازار در زمان و مکان تسلیم مبیع یا نرخ عرفی بازار می‌باشد. به عبارت روشن‌تر، لازم نیست مورد معامله حین انعقاد قرارداد به‌طور قطعی تعیین گردد، بلکه قابلیت تعیین آن طبق نرخ یادشده کافی می‌باشد. همچنین ماده ۴۲۴ ق.م.م^{۲۸} در این خصوص مقرر می‌دارد: «در صورتی که طرفین عوض را در بیع تعیین نکرده باشند، چنانچه از اوضاع و احوال چنین برآید که قصد طرفین ثمن رایج در بازار است بیع باطل نیست». مستنبط از ماده ۴۲۴ ق.م.م، نظریه کفایت قابلیت تعیین تا آنجا پیش رفته است که به‌درستی سکوت طرفین در خصوص ثمن مورد معامله را حمل بر نرخ رایج بازار نموده، مشروط بر اینکه عرفاً چنین باشد. به نظر می‌رسد دلیل حکم این ماده، دلالت اراده ضمنی طرفین بر حکم عرف است.

ظاهراً مبنای پذیرش چنین نظریه‌ای با این شفافیت در قانون مصر تحول در مفهوم غرر است؛ به عبارت روشن‌تر، در حقوق مصر غرر به دو نوع مؤثر در صحت قرارداد و غیرمؤثر در صحت قرارداد تقسیم گردیده است. منظور از غرر غیرمؤثر غرری است که مقدار آن کم باشد (قابل مسامحه باشد) یا در صورت زیاد بودن مقدار غرر، جامعه نیاز مبرم به آن داشته باشد (عرف عقلای معاملات از آن استقبال کند) (السنهوری،

۲۶. ماده ۱۳۱ ق.م.م: «(۱) يجوز ان يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً...».

۲۷. ماده ۴۲۳ ق.م.م: «(۱) يجوز ان يقتصر تقدير الثمن على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد . (۲) واذا اتفق على ان الثمن هو سعر السوق وجب عند الشك ان يكون الثمن سعر السوق في المكان و الزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشتري فأذا لم يكن في مكان التسليم سوق، وجب الرجوع الى سعر السوق في المكان الذي يقضى العرف ان تكون اسعاره هي السارية».

۲۸. ماده ۴۲۴ ق.م.م: « اذا لم يحدد المتعاقدان ثمناً للبيع، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من الظروف ان المتعاقدين قد نوباً اعتماد السعر المتداول في التجارة او السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما».

عبدالرزاق احمد، 1391، ص ۴۹؛ الضریح، ۱۹۹۳، ص ۳۹ به بعد). به این ترتیب بر مبنای مصادیق عقود احتمالی، از جمله بیع اشیای آینده (مرقس، ۱۹۹۰م، ص ۲۵)، مانند قراردادهای بیمه که غرر موجود در آنها بیشتر اما مورد نیاز جامعه امروزی است؛ لذا غرر در صحت این عقود مؤثر نیست. بنابراین می توان گفت در حقوق مصر عقد احتمالی به صورت غیراستثنایی پذیرفته شده است.

نتیجه

عنوان عقد احتمالی، با وجود مصادیق متعدد آن در مقررات موضوعه (قراردادهای بیمه، عقد جعاله و...) و عرف (قرارداد اجاره شیلات، قرارداد پیش فروش مصنوعات و...) در قانون مدنی ایران مطرح نشده است. به نظر می رسد تقسیم بندی عقد بر این مقسم برگرفته از حقوق اروپا باشد و عناوین مختلف عقد بختکی، عقد شانس و عقد احتمالی، که ترجمه عبارت *Contrat Aléatoire* می باشد، ناظر بر یک مفهوم و دلالت بر عقدی واحد دارد. در حقوق ایران در خصوص تعریف این عقد اختلاف نظر وجود دارد. باین همه بر مبنای مصادیق بارز (بیمه، قرارداد مستمری، گروبندی و قمار) به نظر می رسد در مقام تعریف باید گفت عقد احتمالی عقدی است که مورد معامله در آن در زمان انعقاد قرارداد از حیث میزان یا حصول (یا هر دو) عوض یا عوضین مشخص نباشد و تعیین آن موکول به امر یا امور قطعی الحصول یا محتمل الوقوع باشد. با عنایت به عرفی بودن مفهوم غرر، از آنجایی که غرر موجود در این عقود را عرف عقلای معاملاتی جامعه پذیرفته است (غرر ذاتی یا غیر مؤثر در صحت عقد)؛ لذا می توان گفت عقد احتمالی عقد غرری نیست تا بر این اساس محمول بر بطلان گردد. نظر به اینکه با انعقاد قرارداد احتمالی منشأ منجزاً ایجاد می گردد و با عدم وقوع امر محتمل آینده عقد واقع شده نه تنها باطل نمی شود، بلکه انفساخ یا حق فسخی به وجود نمی آید؛ لذا عقد یادشده با نهاد حقوقی عقد معلق متفاوت است. این عقد با عقد مشروط، عقد مؤجل و عقد مخاطره نیز متفاوت است. عقد موضوع بحث از یک سو بر مبنای قصد سودجویی طرفین دارای ویژگی مغابنه ای بوده و از سوی دیگر نظر به وابستگی اثر آن به عامل زمان، دارای وصف مستمر بودن است. همچنین این عقد از جمله عقود عهدی است. به علاوه از آنجایی که غالباً زمان اجرای تعهدات طرفین هم زمان نیست، عقد احتمالی دارای تعهدات غیرمقارن است. در نهایت نظر به عموم ادله اوفوا بالعقود، المؤمنون عند شروطهم و اصل غیرتوقیفی بودن عقود، دارای ویژگی غیراستثنایی بودن نیز می باشد.

در حقوق مصر، عنوان عقد احتمالی و مصادیق آن عقد در قانون مدنی سابق مصر تصریح شده بود. قانون مدنی جدید مصر با حفظ همان مصادیق عنوان عقودالغرر را به جای عقد احتمالی آورده است. گروبندی و قمار، بیمه و قرارداد مستمری عقودی هستند که با عنوان عقودالغرر در بخش چهارم از کتاب دوم قانون مدنی مصر آورده شده است (مواد ۷۳۹ تا ۷۷۱ ق.م.م). باوجوداین، قانون یادشده تعریفی از عقود احتمالی ارائه نداده و نویسندگان حقوقی مصر در تعریف این عقد اختلاف نظر دارند که جامع‌ترین نظر در خصوص تعریف عقد یادشده با بهره‌گیری از نقد و تحلیل‌های نویسندگان حقوق فرانسه، آن است که عقد احتمالی عقدی است که هریک از طرفین در زمان انعقاد قرارداد نتوانند میزان آنچه به‌دست می‌آورند یا اعطا می‌کنند را تعیین نمایند و تعیین آن منوط به امور ممکن‌الحصول یا قطعی‌الحصول در آینده است. نظر به پذیرش نظریه کفایت قابلیت تعیین مورد معامله، بر مبنای نظریه غرر غیرمؤثر، در قانون مدنی مصر (مواد ۴۲۳، ۴۳۱ و ۴۲۴ ق.م.م.) عقد احتمالی و مصادیق آن با ایراد غرری بودن مواجه نشده، و از آنجایی که اثر اصلی عقد موضوع بحث در هنگام انعقاد قرارداد منجزاً ایجاد می‌گردد، این عقد، عقدی معلق نیست. این عقد که در حقوق مصر به صورت قاعده‌مند پذیرفته شده است، از یک سو دارای ویژگی غیراستثنایی بودن، و از سوی دیگر واجد وصف مستمر بودن است؛ زیرا جریان آثار عقد به عامل زمان وابستگی دارد. باوجوداین، برخلاف حقوق ایران، عقد یادشده عقدی مغایه‌ای نیست؛ زیرا در حقوق مصر برای تحقق خیار غبن تعیین قطعی عوضین در زمان انعقاد قرارداد شرط است.

پیشنهاد

امروزه نظر به ایجاد زمینه‌های گسترده ارتباطی، تجاری و اقتصادی دیگر اصل لزوم تعیین قطعی بودن مورد معامله، بازرگانان را در رسیدن به اهداف خود اقناع نمی‌کند، به این نحو که بر حسب ایجاد توازن و عدالت میان عوضین (در قراردادهای مستمر) و یا بر حسب ماهیت مورد معامله (موجود نبودن مورد معامله) تعیین قطعی مورد معامله را بر مبنای معیاری ثابت به آینده موکول می‌نمایند؛ برای مثال قراردادهای بیمه در انواع مختلف، قراردادهای پیش‌فروش (نفت، گاز ...) و غیره (مصادیق عقد احتمالی). با توجه به اینکه در بیشتر قراردادهای تجاری موضوع کاملاً تعیین نمی‌شود، حکم به بطلان این قراردادها موجب می‌شود تا مقررات حاکم بر تجارت در ایران با تجارت بین‌الملل همگام نباشد و براین اساس تجارت و اقتصاد کشور از اهداف اصلی باز می‌ماند، لذا این خلأ در

قانون مدنی ایران احساس می‌شود: آنجا که مورد معامله حین انعقاد قرارداد موجود نبوده، در آینده ایجاد می‌گردد؛ در قراردادهای مستمر که عوض مورد معامله در حال نوسان است؛ دیگر شرایط که جملگی را عرف عقلای حاکم بر معاملات تأیید کرده و پذیرفته است. نظریه کفایت قابلیت تعیین مورد معامله در خصوص شرایط اساسی جایگزین اصل لزوم تعیین قطعی مورد معامله گردد تا ایراد عدم اعتبار نسبت به این قراردادها مطرح نشود. لذا اصلاحیه ماده ۲۱۶ ق.م. به این نحو پیشنهاد می‌گردد: «مورد معامله باید معلوم و معین باشد و در مواردی که عرف معقول مقتضی می‌داند قابلیت تعیین مورد معامله در آینده بر مبنای معیاری ثابت کفایت می‌نماید» و در ماده‌ای پس از ماده یادشده این‌چنین: «مورد معامله می‌تواند اموال آینده باشد»، جواز قرارداد نسبت به اموال آینده را تصریح کند. تا براین اساس نظریه کفایت قابلیت تعیین مورد معامله به موازات اصل لزوم تعیین قطعی مورد معامله مقرر در ماده ۱۹۰ و دیگر مواد قانون مدنی پذیرفته شود. از آنجایی که باوجود مصادیق کاربردی و روزافزون قراردادهای احتمالی، نهاد حقوقی یادشده در حقوق ایران مغفول مانده و ماهیت، شرایط و احکام و دیگر ابعاد آن ناشناخته است، به این ترتیب ضرورت آن ایجاب می‌نماید که قانون‌گذار در اصلاحات بعدی قانون مدنی در بابی از ابواب عقود معین، ماهیت، مصادیق، شرایط و آثار عقود احتمالی را به صورت قاعده‌مند تشریح نماید.

منابع و مأخذ

الف) فارسی

۱. اسلامی پناه، علی (۱۳۸۰)، معلوم بودن مورد معامله در حقوق ایران و فقه اسلامی و بررسی تطبیقی آن در حقوق فرانسه و کامن لو، تهران، پایان‌نامه دکتری دانشکده حقوق دانشگاه تهران.
۲. اعتضاد بروجردی، محمد (۱۳۲۹)، «در غرر و دلیل آن»، مجله کانون وکلا، شماره ۱۱، سال ۱۱، ص ۴۸-۵۱.
۳. افتخاری، جواد (۱۳۸۲)، حقوق مدنی ۳ کلیات عقود و تعهدات، چاپ اول، تهران، انتشارات میزان.
۴. امینی، عیسی (۱۳۹۰)، جزوه درس حقوق مدنی (۱) کارشناس ارشد حقوق خصوصی، تهران، دانشکده حقوق دانشگاه علامه طباطبائی.
۵. بابایی، ایرج (۱۳۸۲)، حقوق بیمه، چاپ اول، تهران، انتشارات سمت.
۶. باریکلو، علیرضا (۱۳۸۸)، عقود معین ۲، چاپ اول، تهران، انتشارات مجد.
۷. بروجردی عبده، محمد (۱۳۸۰)، حقوق مدنی، چاپ سوم، تهران، انتشارات گنج دانش.
۸. باقرزاده و نوری یوشانلوئی، احمد و جعفر (۱۳۸۳)، «اجرای حق حبس در تعهدات متقارن و غیر متقارن»، دادرسی، ماهنامه شماره ۴۸، سال هشتم، ص ۱۱-۷ و ۳۷-۳۷.

۹. بیگدلی، سعید (۱۳۸۸)، تعدیل قراردادهای، چاپ دوم، تهران، انتشارات میزان.
۱۰. پیرهادی، محمدرضا (۱۳۸۸)، «عقد احتمالی با تأکید بر بیع احتمالی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی آزاد، شماره‌های ۷ و ۵، ص ۶۳-۹.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۲)، فلسفه اعلی در علم حقوق، چاپ اول، تهران، انتشارات گنج دانش.
۱۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۷ الف)، تأثیر اراده در حقوق مدنی، چاپ دوم، تهران، انتشارات گنج دانش.
۱۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۷ ب)، اندیشه و ارتقا، چاپ اول، تهران، انتشارات گنج دانش.
۱۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۵۹)، «عقود مغاینه- عقود مسامحه»، مجله وزارت دادگستری، شماره ۱، سال بیستم، ص ۲۲۳-۲۱۱.
۱۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۹)، حقوق تعهدات، چاپ چهارم، تهران، انتشارات گنج دانش.
۱۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۵)، ترمینولوژی حقوق، چاپ شانزدهم، تهران، انتشارات گنج دانش.
۱۷. داراب پور، مهرباب (۱۳۷۶ و ۱۳۷۷)، «ثمن شناور، تهران»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۲۱ و ۲۲، ص ۲۸۳-۲۲۱.
۱۸. ذاکر صالحی، غلامرضا (۱۳۹۱)، مبانی قراردادهای نامعین، چاپ اول، تهران، انتشارات میزان.
۱۹. رفیعی، محمدتقی (۱۳۷۸)، مطالعه تطبیقی غرر در معامله، چاپ اول، قم، مرکز مطالعات و تحقیقات اسلامی.
۲۰. سکوتی نسیمی، رضا (۱۳۹۰)، حقوق مدنی عقود معین مضاربه، چاپ اول، تهران، انتشارات میزان.
۲۱. سکوتی نسیمی، رضا (۱۳۷۲)، «حق حبس در کنوانسیون بیع بین‌المللی ۱۹۸۰ مطالعه تطبیقی آن با حقوق ایران»، ادبیات و علوم انسانی تبریز، شماره ۱۶۹، ص ۴۲-۱.
۲۲. شهیدی، مهدی (۱۳۸۲)، تشکیل قراردادهای و تعهدات، چاپ سوم، تهران، انتشارات مجد.
۲۳. شهیدی، مهدی (۱۳۸۴)، حقوق مدنی ۶، چاپ چهارم، تهران، انتشارات مجد.
۲۴. صفایی، سید حسین (۱۳۸۴)، قواعد عمومی قراردادهای، ج ۲، چاپ سوم، تهران، انتشارات میزان.
۲۵. طاهرخانی، حسین (۱۳۸۲)، «قرارداد با عوض شناور از دیدگاه اصول فقه»، نشریه حقوقی دادگستری، شماره ۴۳، ص ۱۴۶-۱۲۱.
۲۶. عرفانی، توفیق (۱۳۸۱)، قرارداد بیمه در حقوق اسلام و ایران، چاپ دوم، تهران، انتشارات کیهان.
۲۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸)، قواعد عمومی قراردادهای، ج ۱، چاپ هشتم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۲۸. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۳)، عقود معین (مشارکتها- صلح)، ج ۲، چاپ سوم، تهران، انتشارات گنج دانش.
۲۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴)، دوره عقود معین، ج ۱، چاپ نهم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۳۰. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۸)، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، چاپ اول، قم، مرکز نشر علوم اسلامی.
۳۱. محقق داماد، سید مصطفی و نعمت‌اللهی، اسماعیل (۱۳۸۵)، «عهدی یا تملیکی بودن اجاره اشخاص»، قم، نامه مفید، شماره ۲، ص ۴۰-۲۳.
۳۲. معاونت آموزش قوه قضائیه (۱۳۸۸)، رویه قضایی ایران در ارتباط با دادگاههای عمومی حقوقی، ج ۲۳، چاپ دوم، تهران، انتشارات جنگل.

۳۳. وحدتی شبیری، سیدحسین (۱۳۷۹)، مجهول بودن مورد معامله، چاپ اول، قم، مرکز مطالعات و تحقیقات اسلامی.
۳۴. یزدانیان، علیرضا (۱۳۹۲)، درسهایی از حقوق مدنی تطبیقی، ج ۲، چاپ اول، تهران، انتشارات میزان.

ب) عربی

فقهی

۳۵. ابن تیمیه، احمد (۱۹۵۱م)، القواعد النورانیة، چاپ اول، بیروت، نشرالمطبعة السنّة المحمدی.
۳۶. امام خمینی (ره)، سیدروح‌الله موسوی (۱۴۲۱ق)، کتاب البیع، ج ۳، چاپ اول، تهران، مؤسسه نشر و تنظیم آثار امام خمینی.
۳۷. انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۱۱ق)، مکاسب، ج ۲، چاپ اول، قم، منشورات دارالذخائر.
۳۸. بحرانی، یوسف بن احمد (۱۴۰۵ق)، الحدائق الناظره، ج ۲۲، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۳۹. خراسانی، آخوند محمد کاظم (۱۴۰۶ق)، حاشیه بر مکاسب، ج ۱، چاپ اول، قم، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۴۰. سرخسی، شمس‌الدین محمد بن احمد (۱۴۳۸ق)، المیسوط، ج ۱۳، چاپ اول، بیروت، نشر دارالمعرفه.
۴۱. عاملی، محمد بن مکی (۱۳۱۴ق)، القواعد و الفوائد، چاپ اول، قم، نشر جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴۲. عاملی (محقق ثانی)، علی بن حسین (۱۴۱۴ق)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۱۲، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل‌البيت علیهم‌السلام.
۴۳. کاسانی، ابی بکر بن مسعود (۱۳۹۴ق)، بدایع الصنایع، ج ۵، چاپ اول، بیروت، نشر دارالکتاب.
۴۴. مراغه‌ای، سید میر عبدالفتاح (۱۴۱۷ق)، عناوین الفقهیه، ج ۲، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴۵. نجفی (کاشف‌الغطا)، محمدحسین (۱۴۲۲ق)، تحریرالمجله، ج ۱، چاپ اول، نجف، نشر المکتبه المرتضویه.
۴۶. نجفی، شیخ محمدحسن (۱۴۰۴ق)، جواهرالکلام، ج ۲۲، چاپ هفتم، بیروت، انتشارات دارالاحیاء التراث العربی.

حقوقی

۴۷. الرشدان، محمود علی (۲۰۱۰م)، الغبن فی القانون المدنی، الطبعة الاول، عمان، الثقافه للنشر و التوزیع.
۴۸. سعد، نبیل ابراهیم (۱۹۹۸م)، نظریه العامه للالتزام مصادر الالتزام، الطبعة الاول، بیروت، دارالنهضة العربیه.

٤٩. السنهوري، عبدالرزاق احمد (١٩٩٨م)، نظريه العقد، الجزء الاول، الطبعة الثانية، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية.
٥٠. السنهوري، عبد الرزاق احمد (٢٠٠٠م)، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثالث، الطبعة الثالث، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية.
٥١. السنهوري، عبدالرزاق احمد (٢٠٠٠م)، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد السابع، الطبعة الثالثة، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية.
٥٢. السنهوري، عبدالرزاق احمد (١٣٩١)، مصادر الحق في فقه الاسلامي، ج ٣، چاپ اول، تهران، انتشارات خرسندی.
٥٣. الصده، عبدالمنعم فرج (١٩٩٢م)، نظريه العقد في قوانين بلاد العربية، الطبعة الاول، بيروت، دار النهضة العربية.
٥٤. الضريبر، الصديق محمد الأمين (١٩٩٣م)، الغرر في العقود و آثاره في تطبيقات المعاصره، الطبعة الاولى، جده، المعهد الاسلامي للبحوث و التدريب.
٥٥. الضريبر، الصديق محمد الأمين (٢٠٠٤م)، «الغرر المانع من صحه العقود»، بي جابى نا.
٥٦. العوجي، مصطفى (٢٠١١م)، القانون المدني العقد، الجزء الاول، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية.
٥٧. الكيلاني، محمود (٢٠١٢م)، عقود التأمين من الناحية القانونية، الطبعة الثالثة، عمان، نشر دارالثقافه.
٥٨. قاسم، محمدحسن (٢٠٠٥م)، القانون المدني العقود المسماه، الطبعة الاول، الطبعة الخامسة، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية.
٥٩. مرقس، سليمان (١٩٩٠م)، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماه، الطبعة الخامسة، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية.
٦٠. منصور، امجد محمد (٢٠٠٨م)، نظريه العامه للالتزامات مصادر الالتزام، الطبعة السادسة، عمان، نشر دارالثقافه.
٦١. منصور، محمدحسن (١٩٩٥م)، شرح العقود المسماه (في مصر و لبنان)، الجزء الثاني، الطبعة الاول، بيروت، دار النهضة العربية.
٦٢. منصور، محمدحسن (١٩٩٥م)، شرح العقود المسماه (في مصر و لبنان)، الجزء الثالث، الطبعة الاول، بيروت، دار النهضة العربية.