



Original Article

A Comparative Approach to Contingent Contracts in Iran and England Law

Jamshid Nourshargh¹, Loghman Kiapasha², Abbas Pahlavanzadeh³, Mahmood Habibi

ABSTRACT

Due to social developments, contingent contracts have many practical examples such as insurance contracts, pre-sale of goods and etc which are popular in the society. This contract is not defined in Iranian law and jurisprudence and there is disagreement regarding its nature and authenticity. Some jurists consider this type of transaction to be invalid, while others consider it similar to suspended contract, contract of chance and forbearance contract and some others only assume examples like buying and selling not picked unripe fruit as valid contract. But this type of contract is accepted in England law that is a contract which at least part of it is related to an emergency or probable situation. The effect of this contract is created definitely at the time of the conclusion and the parties have mutual obligations, but parties' advantages of contract effects depends on luck and their profit and loss as well as its extent relates to a possible incident in the future. Nevertheless, despite the similarity with other equivalent contracts, the mentioned contract is different fundamentally and its characteristics are covenantal and continuous nature. "Gharar" is a conventional concept and the custom does not consider this contract's Gharar effective. Therefore contingent contracts shall be assumed correct and valid.

KeyWords: Contingent Contract, Chance, Gharar, Authenticity, Invalidity.

How to Cite: Nourshargh, Jamshid, Kiapasha, Loghman, Pahlavanzade, Abbas, Habibi, Mahmood, "The Comparative Approach to Contingent Contracts in Iran and England law", Legal Research, Vol. 27, No. 105, 2024, pp: 235-250.

DOI: <https://doi.org/10.52547/jlr.2023.229363.2364>

Received: 28/11/2022-Accepted: 29/05/2023

1. Assistant Professor, Faculty of Humanities, Islamic Azad University: SouthTehran Branch, Tehran, Iran
Corresponding Author Email: jnourshargh@gmail.com
2. PhD Candidate, Faculty of Law, Islamic Azad University: Kish International Branch, Kish, Iran
3. Assistant Professor, Faculty of Law, Islamic Azad University: Karaj branch, Karaj, Iran
4. Assistant Professor, Faculty of law, Islamic Azad university: North Tehran branch, Tehran, Iran



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).



رویکرد تطبیقی به قرارداد احتمالی در حقوق ایران و انگلستان

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

چکیده

قراردادهای احتمالی با توجه به تحولات اجتماعی، دارای مصادیق فراوان و کاربردی مانند قراردادهای بیمه، پیش‌فروش مصنوعات و غیره است و در جامعه رواج دارد. این قرارداد در حقوق ایران و در فقه تعریف نشده است و در خصوص ماهیت و صحت آن اختلاف نظر وجود دارد؛ بعضی از حقوق دانان این نوع معاملات را غرری و باطل و برخی دیگر نیز آن را مترادف عقد معلق، شانس و عقد مسامحه‌ای و عده دیگر صرفاً مصادیقی مانند خرید و فروش میوه نارس روی درخت را از حکم بطلان معاملات غرری خارج می‌دانند؛ لیکن این نوع قراردادها در حقوق انگلیس مورد پذیرش واقع و قراردادی است که حداقل بخشی از آن مربوط به بروز یک حالت اضطراری یا احتمالی باشد. اثر این عقد در زمان انعقاد قرارداد منجزاً ایجاد و طرفین تعهد متقابل دارند، ولی وصول یکی از طرفین عقد یا هر دو طرف به اثر عقد، بستگی به بخت و اتفاق دارد و سود و زیان طرفین و میزان آن وابسته به حادثه محتمل در آینده است. با وجود این، قرارداد مذکور علیرغم شباهت با سایر عقود مشابه، از نظر مبانی و شرایط متفاوت و عهدی و مستمر بودن از اوصاف آن است و از طرفی غرر یک مفهوم عرفی است و عرف عقد یادشده را غرری یا غرر آن را مؤثر نمی‌داند و در نتیجه، قراردادهای احتمالی را باید صحیح و دارای اعتبار دانست.

کلید واژگان: قرارداد احتمالی، شانس، غرر، صحت، بطلان.

استناد به این مقاله: نورشرق، جمشید، کیاپاشا، لقمان، پهلوان زاده، عباس، حبیبی، محمود، «رویکرد تطبیقی به قرارداد احتمالی در حقوق ایران و انگلستان»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۷، شماره ۱۰۵، اردیبهشت ۱۴۰۳، صص: ۲۳۵-۲۵۰.

DOI: <https://doi.org/10.52547/jlr.2023.229363.2364>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۹/۰۷ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۳/۰۸

۱. استادیار، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد تهران جنوب، تهران، ایران
/imail نویسنده مسئول: jnourshargh@gmail.com

۲. دانشجوی دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد بین‌الملل کیش، کیش، ایران

۳. استادیار، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد کرج، کرج، ایران

۴. استادیار، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی: واحد تهران شمال، تهران، ایران

Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

تحولات ارتباطی، صنعتی و اقتصادی کنونی در روابط تجاری داخلی و بین‌المللی تأثیر اساسی دارد. این امر موجب شده اصول مسلم حاکم بر قراردادهای (اصل لزوم تعیین قطعی مورد معامله) به تبع عرف معاملاتی در برخی قراردادهای نادیده گرفته شود. قراردادهای طولانی‌مدت و قراردادهای بیمه در انواع مختلف از جمله قراردادهایی‌اند که در این راستا و بر مبنای اقتضائات امروز جامعه به‌وفور واقع می‌شوند. قانون مدنی ایران تصریحی قاعده‌مند با عنوان قراردادهای احتمالی ندارد و اگرچه مصادیقی از این قراردادهای مانند عقد جعاله، گرویندی و عقد بیمه ذکر شده، در مقررات موضوعه ایران ناشناخته و ماهیت، شرایط و آثار آن در هاله‌ای از ابهام قرار دارد. عدم تعریف قراردادهای احتمالی در قوانین موضوعه و فقه اسلامی صرفاً اختصاص به این عقود ندارد؛ چراکه در قانون مدنی به استثنای عقود لازم، جایز، خیار منجز و معلق که در ماده ۱۸۵ به بعد این قانون مورد تعریف قانون‌گذار قرار گرفته، اساساً خانواده دیگری از عقود تعریف نشده و بنابراین در خصوص تعریف عقد احتمالی، راهکاری جز رجوع به آثار نویسندگان حقوقی و بررسی این آثار وجود ندارد. به‌طور اجمالی می‌توان بیان داشت که عقد احتمالی یکی از موضوعاتی است که در نظام‌های حقوقی مختلف، از جمله نظام حقوقی کامن‌لا پذیرفته شده و حتی مباحثی در خصوص صحت بیع احتمالی مطرح شده است که به مبحث بیع ائمار در فقه امامیه شباهت دارد. در حقوق کامن‌لا عقد احتمالی قراردادی است که حداقل بخشی از آن مربوط به بروز یک حالت اضطراری یا احتمالی است.^۱ اما در حقوق ایران، قرارداد احتمالی قراردادی است که در آن محدوده یک تعهد به دلیل وابسته بودن به اتفاق (احتمال) نامعلوم (غیرقابل تعیین) بوده و این زمانی است که یک شانس برد (نفع) و باخت (ضرر) به‌عنوان عوض قرارداد محسوب می‌شود.^۲

بنابراین، برخلاف حقوق کامن‌لا، تعریف جامعی از قرارداد احتمالی در فقه و حقوق ایران دیده نمی‌شود. این مسئله دو چالش عمده در این راستا را شکل داده است: اولاً نمی‌توان جایگاه ویژه‌ای از حیث مفهوم، مبانی و شرایط در حقوق ایران برای عقد احتمالی مشخص کرد و ثانیاً این مسئله سبب شده تا نتوان قلمرو خاصی برای آن متصور شد. لذا در این نوشتار به‌منظور بررسی، تحلیل و درک بهتر مطلب، ابتدا مفهوم قراردادهای احتمالی در فقه و حقوق ایران و حقوق انگلیس بیان و سپس مبانی و اوصاف قراردادهای مذکور در حقوق ایران با مقایسه تطبیقی با حقوق انگلیس مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

۱. مفهوم قرارداد احتمالی و تمیز آن از مفاهیم مشابه

منظور از مفهوم قرارداد احتمالی شناخت دقیق آن است؛ به‌نحوی که از یک سو تعریف قرارداد احتمالی به روشنی مشخص شود و از سوی دیگر اصطلاح عقد احتمالی از مفاهیم و عقود مشابه و مرتبط متمایز و شناسانده شود.

۱.۱. مفهوم عقد احتمالی

در حقوق ایران، تعریف واحد و مشخصی از عقد احتمالی وجود ندارد و غالباً با عقود همچون عقد غرری، عقد شانس، عقد معلق و عقد مخاطره به لحاظ شباهت آن به جای یکدیگر مورد استفاده قرار می‌گیرند. به عبارت دیگر، اگرچه مصادیق قراردادهای احتمالی در قوانین و مقررات با واژه‌های مختلف وجود دارد، واژه عقد احتمالی از حقوق اروپا وارد

^۱ آقایی، بهمن، فرهنگ حقوقی بهمن، جلد ۲، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲، ص ۱۷۱.

^۲ رحیمی، حبیب‌الله و خسرو محمودزاده، «مبانی نظریه اعتبار عقد احتمالی (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و مصر)»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۸، ۱۳۹۳، شماره ۲، ص ۱۰۵.

حقوق ایران شده و مبنای اختلاف نویسندگان حقوق در عنوان عقد، نوع ترجمه‌ای است که از این قرارداد دارند. در این میان سه عنوان عقد احتمالی، عقد شانس و عقد بختکی به یک معنی و ناظر به یک نوع عقدند. تقسیم عقود از حیث احتمالی بودن یکی از دو مورد یا قطعی بودن هر دو، عقود را به عقد شانس و عقد قطعی تقسیم شده که ترجمه عبارت Contrat Aléatoire و Contrat Commutatif بوده و به ماده ۱۹۶۶ قانون مدنی فرانسه ارجاع داده است.^۱ تقسیم عقود بر مبنای نامعلوم بودن آنچه سرانجام عاید طرفین می‌شود (عقود معاوضی)، به عقد معاوضی احتمالی و معین نیز ترجمه عبارت Contrat Aléatoire و Contrat Commutatif است^۲ که به نظر می‌رسد اختلاف عنوان واژه‌ها از باب اختلاف سلیقه در ترجمه باشد. بنابراین، عناوین فوق‌الذکر ناظر به یک نوع عقد است.

برخی از اساتید قراردادها را به احتمالی و محقق دسته‌بندی کرده‌اند؛ عقد احتمالی عقدی است که طرفین آن تعهد متقابل دارند، ولی وصول یکی از طرفین عقد یا هر دو طرف به اثر عقد بستگی به بخت و اتفاق دارد و در حین عقد نمی‌توان آن را تحدید و معین نمود؛ مانند عقد قمار و عقد بیمه.^۳ بنابراین، هرگاه در عقد معوض آنچه سرانجام عاید طرفین می‌شود به درستی معلوم نباشد، قرارداد را احتمالی گویند (مانند بیمه، مزارعه، مسابقات، مسابقات اسب سواری و تیراندازی و جعاله).^۴ عقد محقق نیز عقدی است که هر یک از متعاقدين بتوانند در حین عقد مقدار چیزی که می‌دهند (یا تعهد می‌کنند) و می‌گیرند، به دقت عرفی معین کنند؛ خواه بین عوض و معوض تعادل اقتصادی باشد خواه نباشد (مانند بیع و معاملات محاباتی) و این عقود در مقابل عقد احتمالی استعمال می‌شود. در این عقود به هر تقدیر که آثاری برای عقد متصور است، با وقوع عقد به طور منجز حاصل می‌شود. مثل بیع برای تملیک اعیان و اجاره که برای تملیک منافع است.

از تقسیم‌بندی‌های ذکر شده و مثال‌هایی که برای عقود احتمالی ذکر کرده‌اند، چنین استنباط می‌شود که در بعضی از مصادیق عقود احتمالی، مثلاً مسابقات و نظایر آن، میزان تعهدات با آورده طرفین در زمان انعقاد عقد معلوم و معین است، اما با اجرای تعهدات ناشی از عقد، آنچه برای طرفین حاصل می‌شود، احتمالی و منوط به امور متحمل‌الوقوع است. لیکن در مصادیق دیگر، همچون عقد بیمه و نظایر آن، میزان تعهداتی که برای یکی از طرفین ایجاد می‌شود، احتمالی و منوط بر امر محتمل‌الوقوع است. مثلاً در عقد بیمه، نرخ بیمه و آنچه بیمه‌گذار می‌پردازد، معلوم و معین می‌شود، اما تعهد بیمه‌گر و آنچه او باید بپردازد، احتمالی و منوط به امور متحمل‌الوقوع است. مطابق تقسیم‌بندی مذکور عقد احتمالی در مقابل عقد محقق و عقدی است که نفع و زیان حاصله از عقد منوط و وابسته به یک واقعه و امر احتمالی و اتفاقی باشد. به عبارت دیگر، عقد احتمالی عقدی است که در آن نفعی که طرفین یا یکی از آنها از عقد به دست می‌آورد به هنگام انعقاد عقد قابل ارزیابی نیست؛ زیرا وابسته به یک امر احتمالی نیست. نمونه بارز عقد احتمالی عقد بیمه است.

برخی دیگر در تعریف عقد احتمالی گفته‌اند، عقد معوضی است که در آن مقدار دو عوض وابسته به امر نامعلومی در آینده باشد.^۵ عقد معوض را در صورتی می‌توان عقد معوض احتمالی تلقی نمود که عامل بحث و تصادف در تعیین دو عوض دخالت داشته و عقد بر مبنای آن واقع شده باشد. بنابراین، می‌توان گفت اگرچه در قوانین ما عقد احتمالی تعریف نشده است و فقها نیز این نوع عقود را غرری و باطل می‌دانند و از طرفی در نظام حقوقی ایران نیز مقنن مطابق ماده ۶۵۴ قانون

^۱ شهیدی، مهدی، *تشکیل قراردادها و تعهدات*، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۵، ص ۱۰۷.

^۲ کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، جلد ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸، ص ۱۱۲.

^۳ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، جلد ۴، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۶۸، ص ۲۱۸.

^۴ کاتوزیان، ناصر، *منبع پیشین*، ص ۱۱۳.

^۵ همان منبع، ص ۱۲۳.

مدنی مصادیقی مانند قمار و گروبندی را باطل اعلام کرد. باوجوداین، مقنن بنابر مصلحت اجتماعی و اقتصادی و اینکه این نوع قراردادها بین مردم شایع است و عرف آن را غرر نمی‌داند، مصادیقی از این عقود را مباح می‌داند و ایراد ناشی از غرری بودن آن را موثر نمی‌شناسد؛ چنان‌که در ماده ۶۵۵ قانون مدنی بیان شده است: «در دوانیدن حیوانات سواری و همچنین در تیراندازی و شمشیرزنی گروبندی جایز و مفاد ماده قبل در مورد آنها رعایت نمی‌شود». درعین حال برخی نیز عقد احتمالی را از عقد شانسی جدا نموده‌اند؛ با این استدلال که با توجه به مثال‌هایی که در نوشته‌های فقهی و حقوقی برای عقد شانسی از جمله گروبندی و قمار آورده شده، عقود فوق‌الذکر به جهت شانسی بودن و عدم قصد انتقال مال اصولاً باطل‌اند. اما عقد احتمالی بر مبنای مثال‌های فقهی و حقوقی از جمله عقود مشارکتی، قرارداد مستمری، تراز، قبالة، عقد راعی اصولاً صحیح است.^۱

از مجموع آنچه در ارتباط با تعریف عقد احتمالی در حقوق ایران ذکر شد، می‌توان گفت، عقد احتمالی عقدی است که مورد معامله از حیث حصول یا میزان یا هر دو نامشخص باشد و تعیین و تشخیص آن منوط به امر یا امور دیگری (ممکن الحصول یا قطعی الحصول) شود.

۱.۲. مفهوم عقد احتمالی در حقوق انگلیس

در حقوق کامن‌لا، عقد احتمالی قراردادی است که حداقل بخشی از آن مربوط به بروز یک حالت اضطراری یا احتمالی است و گاهی برای توافق با وکیلی که با توجه به احتمال موفقیت، دستمزد خود را دریافت می‌کند، به کار می‌رود.^۲ در حقوق انگلیس، تعهد احتمالی تعهدی منوط به وقوع یک حادثه در آینده یا حادثه غیرقطعی است. به عنوان مثال، حق‌الزحمه احتمالی در عقد وکالت با وکیل دادگستری، حق‌الزحمه‌ای است که اگر دعوی مطروحه موفقیت‌آمیز باشد یا به نحو مطلوبی در خارج از دادگاه حل و فصل شود، پرداخت خواهد شد و معمولاً مبلغ آن معادل درصدی از نفعی است که به موکل می‌رسد. کلمه شانس نیز در حقوق کامن‌لا به معنی بخت، تصادف، فرصت، فقدان رابطه علت و معلولی و مفاهیم مشابه این واژگان آمده و معامله شانسی به معنی ورود به قراردادی است که عناصر شانس و تصادف و بخت در آن وجود دارد.^۳

در حقوق انگلیس، معامله شانسی در مقابل معامله قابل پیش‌بینی و توأم با قصد قرار دارد؛ به عنوان مثال، هرگاه مالک مال غیرمنقول، قصد تبدیل آن به ملک دیگری داشته باشد و معامله دوم را منوط به فروش ملک خود در زمان معین نمایند، به جهت اینکه معامله خرید ملک جدید، منوط و معلق به وقوع بیع ملک موجود آن شخص در زمان معین است، به‌مسامحه عقد احتمالی نامیده می‌شود.^۴ برخی دیگر، واژه ریسک را مترادف عقود احتمالی در حقوق انگلیس قرار داده‌اند و گفته می‌شود به عنوان مثال، هرگاه مورد معامله برای طرفین مجهول باشد، قرارداد با خطر تلقی شده و معامله احتمالی است. ریسک در این مفهوم، دایره شمول گسترده‌ای دارد؛ به عنوان مثال، هرگاه در یک معامله کالایی بین طرفین معامله خرید و فروش شود و بعد از آن دولت با توجه به شرایط اقتصادی-اجتماعی، نقل و انتقال آن کالا را ممنوع و آن را

^۱ پیرهادی، محمدرضا، «عقد احتمالی با تأکید بر بیع احتمالی»، نشریه تحقیقات حقوقی آزاد، ۱۳۸۸، شماره ۵، ۶ و ۷، ص ۱۷.

^۲ همان منبع.

^۳ Shonk, K., **Try a Contingent Contract if You Can't Agree on What Will Happen. Harvard Law School**, 2022. Available at: <https://www.pon.harvard.edu/daily/dealmaking-daily/contingent-contract/> (last visited on 08/02/ 2021).

^۴ P.S. Atiyah John N. Adams, Hector Macqueen, *the sale of goods*, London: Pearson/Longman, 2001, P.210.

مصادره می‌کند، ریسک موجود در این معامله به معنای قبول خطر و ضرر است.^۱

۱.۳. تمیز قراردادهای احتمالی از مفاهیم مشابه

با توجه به اینکه در قانون مدنی تعریف مستقلی از عقد احتمالی نشده، تعاریف متفاوتی از این عقود ارائه و گاهی واژه عقد احتمالی با واژه‌هایی همچون عقد شانس، بختکی، اتفاقی، معلق، مخاطره و غرری تعریف شده است. عقد از حیث احتمالی بودن یکی از دو مورد یا قطعی بودن هر دو مورد عقد، به عقد شانس و عقد قطعی تقسیم می‌شود. عقد شانس عقدی است که در تحقق یکی از دو مورد عقد احتمال و شانس وجود دارد، مانند قرارداد بازی و گروپندی و قرارداد تأمین هزینه مادام‌العمری که در آن روابط مالی طرفین به مدت عمر ذی‌حق در مطالبه هزینه بستگی دارد. عقد قطعی عقدی است که هر دو مورد عقد عادتاً قطعی و غیرشانسی است، مانند بیع اتومبیل موجود در برابر مبلغ معین.^۲

۱.۳.۱. قرارداد احتمالی و عقد معلق

ممکن است با توجه به تعریف عقد معلق در ماده ۱۸۹ قانون مدنی، عقد احتمالی همان عقد معلق تلقی شود؛ چراکه در تعریف این ماده، عقد معلق عقدی است که تأثیر آن بر حسب انشا موقوف بر امر دیگری باشد. اما باید گفت وابسته بودن «خود عقد» با وابسته بودن «اثر یک عقد» تفاوت دارد و تفاوت این دو عقد با تعریفی که از عقود معلق بیان شده، کاملاً مشخص است؛ چراکه در عقود معلق انعقاد و تشکیل خود عقد وابسته به پیدایش امر دیگری است؛^۳ این در حالی است که در عقود احتمالی، وجود یا حدود تعهدات یا همان آثار یک عقد وابسته به وقوع حادثه محتمل‌الوقوع در آینده یا منوط به بخت و اقبال است و تشکیل «خود عقد» هیچ‌گونه ارتباطی به آینده ندارد و از هنگام توافق طرفین عقد تشکیل می‌شود. در حقوق انگلیس نیز برخی از حقوق‌دانان در بحث از بیع احتمالی، وارد حوزه عقود معلق شده و ظاهراً تفاوتی را میان این دو دسته از عقود قائل نبوده که این موضوع از تفسیری که ایشان از بند دوم ماده ۵ از قانون فروش کالا ارائه داده‌اند قابل برداشت است.^۴ با وجود نظر یادشده، در حقوق این کشور، بین قراردادهای احتمالی و عقود معلق تفاوت وجود دارد؛ چراکه در عقود مبادله‌ای دو عوض بستگی به امر نامعلومی دارد، لیکن در قراردادهای احتمالی، معامله به صورت منجز صورت می‌گیرد و فقط میزان عوض برحسب وقوع رویدادی محتمل‌الوقوع تعیین می‌شود. علاوه‌براین، عقد احتمالی از اقسام عقود معوض است، درحالی‌که تعلیق درباره تمام قراردادها امکان دارد.^۵

۱.۳.۲. قرارداد احتمالی و عقد مخاطره‌ای

عقد مخاطره‌ای، عقد مالی معوض یا غیرمعوض است که طرفین آن به‌طور عمدی خطر و ریسک را در آن دخالت دادند و این استقبال از خطر نیاز عموم جامعه است (جنبه نوعی)، مانند ضمان و بیمه.^۶ دو عقد یادشده مشترکات زیادی دارند؛

^۱ Moffitt, M, *Contingent Agreements: Agreeing to Disagree About the Future*, 87 Marq. L. Rev, 2004. Available at: <http://scholarship.law.marquette.edu/mulr/vol187/iss4/8>.

^۲ شهیدی، مهدی، منبع پیشین، ص ۹۴.

^۳ علوی، سیدمحمدتقی، «بررسی فقهی و حقوقی عقد معلق»، علامه، پاییز ۱۳۸۴، شماره ۷، ص ۱۴۶.

^۴ P.S. Atiyah. John N. Adams, Hector MacQueen, *op. cit.*, p 73.

^۵ کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، ص ۱۲۵.

^۶ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *تحولات خصوصی (مجموعه مقالات)*، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۸۱، ص ۲۰۵.

از جمله وجود خطر موردنیاز عمومی و عمدی بودن پذیرش خطر. باوجوداین، 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 مخاطره‌ای به دلیل وجود خطر عمدی در آن عقد مخاطره خوانده می‌شود. به این ترتیب عقد ضمان عقد مخاطره است، اما عقد احتمالی نیست.^۱ علاوه بر این، در عقود مخاطره، عاقدین عالمأ و عامداً از خطر استقبال می‌کنند؛ مانند عقد اجاره شیلات و قرارداد بیمه و بناء عاقدین برگریز از خطر (ریسک) است و غرر در حدودی که متعارف باشد، وجود دارد.^۲

برخی از حقوق دانان خانواده‌های حقوقی را در پنج گروه تقسیم کرده‌اند: در دسته اول تملیکات معوض مانند بیع، معاوضه، اجاره و حواله قرار دارد؛ در گروه دوم عقود اذنی همچون وکالت و قرارداد حق العمل کاری قرار دارد؛ در گروه سوم احسان‌ها قرار دارد که اعم است از عقود و ایقاعات، مانند هبه و وصیت؛ در گروه چهارم تعهدات قرار دارد و در دسته پنجم عقود مخاطره‌ای مانند بیمه و به‌طور کلی تمام عقود بختکی (احتمالی) قرار دارند. به اعتقاد ایشان، این عقود خانواده خاص‌اند که غرر در آنها در حدود عرف و عادت مجاز است و لذا نهی از غرر، ناظر به عقود مخاطره‌ای نیست. ایشان در بیان عناصر عقود مخاطره‌ای بیان می‌دارند: ۱- عقدی است مالی و اعم از معوض و غیرمعوض، ۲- دخالت دادن عمدی خطر در مدلول عقد توسط متعاقدین است، ۳- فقدان قصد تبرع، ۴- وجود خطر در مدلول عقد، ۵- مشروعیت استقبال عاقدین از خطر.^۳ نتیجه آنکه مشخص می‌شود عقد مخاطره و عقود احتمالی صرفاً در برخی از عناصر مشترک‌اند؛ از جمله اینکه یکی از عناصر عقد مخاطره‌های استقبال عاقدین از خطر است. در نظام حقوق اسلامی، عقود احتمالی از جهتی با مباحث صحت معامله با علم به غبن فاحش از بخشی از ارزش معامله صرف‌نظر کنند یا با وجود عیب پنهان، برائت از عیب جایز است. به همان مبنای ارادی، اگر شخصی با علم به اینکه آنچه در عقد تحصیل خواهد نمود کاستی یا فزونی خواهد یافت، وارد معامله شود، با اراده خود چنین خطری را نسبت به مال خود پذیرفته و از آنجا که با علم به استقبال خطر رفته است، علی‌القاعده نزاع یا ادعای بعدی او مسموع نیست.^۴

۲. مبانی و جایگاه قراردادهای احتمالی

در این قسمت به بررسی مبانی عقود احتمالی و جایگاه آنها در نظام‌های حقوقی ایران و انگلیس خواهیم پرداخت.

۲.۱. مبانی و جایگاه قراردادهای احتمالی در حقوق ایران

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

^۱ همان منبع.

^۲ علیزاده اصل، محمد و سیدعباس موسویان، «بررسی ضابطه غرر در معاملات جدید»، تحقیقات مالی اسلامی، پاییز و زمستان ۱۳۹۴، شماره ۹، ص ۱۴.

^۳ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، الفاروق، جلد ۴، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۴، ص ۱۰۹.

^۴ پیرهادی، محمدرضا، منبع پیشین، ص ۱۳.

۲.۱.۱. قاعده لزوم وفای به عهد

بر اساس قاعده یادشده، طرفین قرارداد ملزم به اجرای مفاد و اثر قرارداد بوده و در صورت عدم اجرای آن، مطابق مقررات به اجرای آن اجبار می‌شوند. مستند این اصل در آیات قرآنی از جمله در آیه ۱ سوره مائده،^۱ آیه ۲۶ سوره نساء،^۲ آیه ۱۷۷ سوره بقره،^۳ و آیه ۹۱ سوره اسراء^۴ است که بر لزوم وفای به عقود و قراردادهای تأکید دارد.^۵ با توجه به آیات و روایات، اجرای مفاد قرارداد الزامی است و می‌توان این الزام را در خصوص قراردادهای احتمالی نیز جاری دانست.

۲.۱.۲. قاعده نفی عسرو حرج

از مهم‌ترین آیاتی که به‌عنوان دلیل قاعده عسرو حرج مورد استناد قرار می‌گیرد، آیه ۷۸ سوره حج است. بر مبنای قاعده مذکور، چنانچه در انجام دادن حکم شارع مقدس بیش از آن مقدار که لازمه ذات تکلیف بوده و حرج و مشقتی وجود داشته باشد، تکلیف برداشته می‌شود.^۶ همچنین روایت‌های متعددی نیز از معصومین علیه‌السلام نقل شده که مبنای قاعده نفی عسرو حرج قرار گرفته است که جملگی دلالت بر پذیرش قاعده یادشده دارد.^۷

با توجه به تحولات صنعتی و اقتصادی، در روابط تجاری داخلی و بین‌المللی و در عرف معاملاتی، برخی از اصول حاکم بر قراردادهای نادیده گرفته می‌شود که قراردادهای احتمالی از این دسته از قراردادهای هستند؛ مانند قرارداد استصناع، قرارداد پیش‌فروش مصنوعات، مشارکت‌ها و دیگر عقود نوظهور که این دسته از قراردادهای بر اساس اقتضانات امروز جامعه به وفور واقع می‌شود. حال اگر نظر به بطلان این قسم عقود باشد، بر مبنای نظریه استثنایی بودن این عقود، نه فقط تعداد زیادی از عقود را حمل بر بطلان و نظم عمومی اقتصادی و معاملاتی جامعه را مختل می‌کند، بلکه جامعه را نیز در رفع نیازهای ضروری خود دچار عسرو حرج می‌کند. لذا چنانچه بر مبنای حکم اولیه، این دسته از عقود را از یک سو بر مبنای مجهول بودن عوض یا عوضین و از سوی دیگر بر مبنای نوظهور بودن (نامعین) آنها بطلان بدانیم، به استناد قاعده نفی عسرو حرج حکم مذکور برداشته می‌شود و به منظور رفع نیازهای جامعه و قبول عرف عقلا حکم ثانویه صحت بر عقود احتمالی جاری می‌شود.^۸

۲.۱.۳. اصل صحت

برابر ماده ۲۲۳ قانون مدنی «هر معامله که واقع شده باشد محصول بر صحت است، مگر اینکه فساد آن ثابت شود». مطابق این ماده، اصل بر این است هر معامله‌ای که واقع شده، دارای تمامی شرایط اساسی صحت معاملات و شرایط اختصاصی آن عقد بوده و در نتیجه اصل بر صحت آن است و مادامی که خلاف آن ثابت نشود، به اعتبار و قوت خود باقی

^۱ اوفوا بالعقود.

^۲ لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجاره عن تراض منكم.

^۳ المومنون بعهدهم اذا عاهدوا.

^۴ اوفوا بالعهد ان العهدكان مسئولا.

^۵ نورمحمدی، علی، «وفای به عهد»، نشریه بشارت، ۱۳۸۸، شماره ۷۰، ص ۱۲.

^۶ قریشی، سیدمهدی و سلمان علیپور قوشچی، «کاربرد قاعده عسرو حرج در تعدیل قرارداد»، مطالعات حقوقی، زمستان ۱۳۹۶، شماره ۱۶، ص

۵۸.

^۷ قاسمی، محمدعلی، «بررسی مبانی فقهی قاعده نفی عسرو حرج»، الهیات و حقوق، بهار ۱۳۸۷، شماره ۲۷، ص ۱۳۷.

^۸ رحیمی، حبیب الله و خسرو محمودزاده، منبع پیشین، ص ۸۹.

خواهد بود.^۱ بعد از وقوع قرارداد، هر یک از طرفین ممکن است بر مبنای اغراض گوناگون شخصی اقدام به طرح دعوا علیه طرف دیگر کند و مدعی عدم وجود شرایط صحت یا وجود موانع حین انعقاد قرارداد شود. از جمله این ادعاها عدم اهلیت طرف مقابل، معلوم و معین بودن مورد معامله، عدم وجود توالی عرفی بین ایجاب و قبول و... است. در این میان، مسئله پیچیده آن است که دادرس دادگاه باید بار اثبات دعوا را بر عهده کدام یک از طرفین بگذارد؟ به منظور رهایی از این سردرگمی و به منظور رعایت اصل امنیت در معاملات و همچنین تأمین نظم عمومی اقتصادی، اصل بر صحت عقود بوده که این اصل مبتنی بر سیره عقلا و نظم عمومی جامعه است.^۲

اگرچه در مورد قلمرو اصل صحت، چه از لحاظ شمول آن نسبت به شبهات حکمی و چه از لحاظ شمول آن نسبت به شبهات موضوعیه، مورد اختلاف نظر واقع شده است؛^۳ لیکن می توان گفت با توجه به رفع نیازهای اجتماعی بر مبنای تحولات اقتصادی و ظهور مصادیق بسیاری از عقود احتمالی در زندگی روزمره و ابعاد حیات زندگی اجتماعی، تردیدهای حکمی نسبت به صحت یا عدم صحت عقد احتمالی بر طرف شده و نباید در صحت این دسته از عقود تردید داشت.^۴

۲.۱.۴. اصله اباحه

اباحه در اصطلاح عبارت است از باز بودن میدان در پیشروی مکلف تا آنچه می خواهد اختیار کند. یعنی مکلف آزادانه انجام دادن یا ترک فعلی را انتخاب می کند. به عبارت دیگر، هر آن چیزی که درباره حلال و حرام بودن آن شک وجود داشته باشد، بر مبنای اصل اباحه حمل بر حلیت می شود و استفاده از آن به حکم اصل الذکر نیاز به مجوز شرعی ندارد، مگر در مواردی که حکم قانون گذار به صراحت منع شده باشد.^۵

اصل اباحه در حقوق ایران در مواد ۱۰ و ۷۵۴ قانون مدنی ظهور یافته است. بدین ترتیب بر مبنای مواد مذکور می توان گفت در حقوق ایران اصل اباحه در شبهات حکمی نیز جریان می یابد و اعتبار عقود احتمالی را از نقطه نظر حکمی تأیید و تثبیت می کند. شرایط لازم برای وقوع عقد احتمالی از یک سو مربوط به طرفین معامله است و از سوی دیگر، مورد معامله باید دارای شرایطی باشد.^۶ در عقود احتمالی، تسامح در تعیین میزان دو عوض آشکارا دیده می شود. برای مثال، در عقد بیمه و به دلیل عدم تناسب بین حق بیمه پرداخت شده و پولی که سرانجام بیمه گر می پردازد، اگر پس از تأدیة یک قسط بیمه، بیمه گر ناگزیر به پرداخت خسارت هنگفتی شود، نباید او را مغبون پنداشت. با وجود این، اگر در عقد احتمالی نیز بتوان ارزش تعهد هر یک از دو طرف را با ملاحظه درجه احتمال فزونی و کاستی آن معین کرد (مانند نرخ بیمه اتومبیل یا آتش سوزی کارخانه ها یا منازل مسکونی یا فروش مالی در برابر حق انتفاع عمری) هیچ مانعی برای استناد

^۱ طباطبایی، سید محمدصادق و روح اله کیانی، «بازتاب های اصل صحت در فقه و حقوق»، پژوهش های فقه و حقوق اسلامی، تابستان ۱۳۹۲، شماره ۳۲، ص ۵۵.

^۲ کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، صص ۳۵۱-۳۴۹.

^۳ همان منبع، ص ۳۵۹.

^۴ رحیمی، حبیب الله و محمودزاده، خسرو، منبع پیشین، ص ۹۰.

^۵ حیدری، عرفان، «اصل اباحه و اصل حلیت در فقه و حقوق»، فقه و حقوق نوین، ۱۳۹۹، شماره ۴، ص ۳.

^۶ عباس زاده چوبر، رضا و شکوفه آقاجانی، «مطالعه عقود احتمالی در حقوق ایران»، اولین کنفرانس ملی حقوق و علوم سیاسی، تهران، ایران، ۱۳۹۶، ص ۲۱۲.

به غبن وجود ندارد؛ زیرا دو طرف در این چهره مبادله هیچ تسامحی ندارند.^۱

۲.۲. مبانی و جایگاه قراردادهای احتمالی در حقوق انگلیس

قراردادهای احتمالی نوعی استراتژی در مذاکره تلفیقی تلقی می‌شود. اساساً استراتژی‌های مذاکره به دو دسته کلی تقسیم می‌شود: استراتژی‌های توزیعی و تلفیقی.^۲ در مذاکرات مربوط به قرارداد، استراتژی‌های توزیعی رقابت طرفین برای تقسیم ارزش و استراتژی‌های تلفیقی همکاری طرفین برای ایجاد ارزش اضافی را در نظر می‌گیرند و استفاده از قراردادهای احتمالی به‌عنوان نوعی استراتژی تلفیقی احتمالاً از ایجاد گفت‌وگوهای تلخ در مورد توزیع ثروت جلوگیری می‌کند؛ زیرا بر نظرات جهت‌دار طرفین معامله در مورد حوادث نامشخص آینده تکیه می‌کند و با ارزش و ریسک مورد انتظار طرفین بر اساس ادراکات و انتظارات فردی‌شان سروکار دارد. اصول اساسی استراتژی‌های مذاکره جامع عبارت است از اینکه طرفین منافع متفاوتی دارند، در نتیجه احتمال دارد ارزش مورد انتظار آنها در شروط قرارداد کاملاً با یکدیگر متفاوت باشد. طرفین علاوه بر منافع و انتظارات مختلف ممکن است در ارزیابی‌ها، ریسک‌گریزی، اولویت زمانی، دسترسی به اطلاعات خاص و موارد دیگر نیز با هم تفاوت داشته باشند که اگرچه ظاهراً مانعی برای مذاکرات قرارداد محسوب می‌شوند، در استراتژی‌های مذاکره تلفیقی تبدیل به فرصتهایی برای ایجاد راه‌حل‌های خلاقانه می‌شوند.^۳ بنابراین، در معاملات بین‌المللی نیاز به استفاده از قراردادهای احتمالی، به دلایلی که بیان شد، کاملاً بجا و توصیه شده است.^۴

اگرچه برخی شرایط ممکن است به تکنیک‌های پیشرفته‌تر و بهره‌گیری از سطوح تجربیات حقوقی نیاز داشته باشد، شکل‌های ساده‌تر قراردادهای احتمالی از نظر تسهیل روند مذاکره و مدیریت ریسک ارزش‌هایی را به وجود می‌آورند. در واقع ساختار این نوع قراردادها می‌تواند بدون از دست دادن قدرت و کارایی آن ساده و عملی باشد. در همین راستا متخصصین مذاکره الزاماتی را برای اثربخشی هرچه بهتر قراردادهای احتمالی شناسایی می‌کنند که در اینجا به منظور ارائه و اظهار نظر در مورد مخالفت با هرگونه استدلال برای پیچیدگی، توضیح داده می‌شوند: ۱- اهداف هر یک از طرفین درگیر باید همسو باشد و از آنجا که این نکته یکی از ویژگی‌های قراردادهای احتمالی است، نباید به‌عنوان یکی از الزامات اثربخشی در نظر گرفته شود. ۲- پیمان‌فیمابین مبتنی بر یک رخداد نامشخص و غیرقطعی است و اقداماتی که از یک طرف انتظار می‌رود فقط به وقوع رخدادی در آینده بستگی دارد. ۳- این واقعه از طرفی که پیمان بسته نیز مستقل است و وقوع واقعه به‌وسیله اراده یا خواست طرف متعهد شده کنترل نمی‌شود. ۵- در واقع ممکن است مسئله ما در اینجا مربوط به کنترل نتیجه نباشد، اما در مورد انگیزه‌های ایجاد شده به‌وسیله قرارداد احتمالی خواهد بود. در خصوص این موضوع اگر طرف متعهد شده نتیجه را کنترل کند، اما در عین حال از انگیزه لازم برای انجام قرارداد برخوردار باشد، این مسئله نگران‌کننده‌ای نخواهد بود. در نتیجه ایجاد منافع برای هر دو طرف در یک قرارداد احتمالی امکان‌پذیر است.

از این نظر، محققان مذاکره شش ویژگی از قراردادهای احتمالی را مشخص می‌کنند که ناشی از اجازه دادن به

^۱ جهت مطالعه بیشتر در خصوص غبن در حقوق ایران رک: عابدیان، سیدحسن و اصغری، فریده، «غبن در آیین فقه و قانون»، *مطالعات فقهی و فلسفی*، پاییز ۱۳۹۳، شماره ۱۹، صص ۱۰۷-۱۲۵.

^۲ Thompson, L, *The mind and heart of the negotiator*, london: Pearson, 2013, p.115.

^۳ Thompson, L, *The truth about negotiations*, london: FT Press, 2008, p.48.

^۴ Fisher, R, URY, William and PATTON, Bruce of the *Harvard Negotiation Project, Getting to Yes – Negotiating Agreement without giving in*. New York: Penguin Books, 1991, p.209.

^۵ Sharma, A, *Business Regulatory Framework*, London: VK Publications, 2006. p 87.

مذاکره‌کنندگان برای: ۱- بستن قرارداد بر اساس اختلافات آنها به‌جای بحث درمورد آنها؛ ۲- جهت‌گیری اتخاذ تصمیم در مدیریت؛ ۳- حل مشکلات مربوط به اعتماد؛ ۴- تشخیص صداقت طرف مقابل؛ ۵- کاهش ریسک به‌وسیله تقسیم آن، ۶- افزایش انگیزه طرفین برای اجرای تعهدات است.^۱ بنابراین قرارداد احتمالی به طرفین کمک می‌کند تا نسبت به اختلافات خود هماهنگ شوند و بر آنها غلبه کنند، روند مذاکره را تسهیل و از بحث درمورد حوادث غیرقطعی آینده جلوگیری کنند. این امر غالباً به وسیله ایجاد «شرط‌بندی» که محققان مذاکره شدیداً آن را ترویج می‌کنند، انجام می‌شود.^۲ «شرط‌بندی» به‌صورت بالقوه از ایجاد بحث‌های مغرضانه و نامشخص جلوگیری می‌کند و با افزودن مشوق‌های مناسب برای افزایش کارایی و محافظت شبهات مربوط به اعتبار را به حداقل می‌رساند. علاوه‌براین استفاده از قراردادهای احتمالی به‌عنوان یک ابزار قدرتمند مدیریت ریسک نیز عمل می‌کند. در رویه قضایی حقوق انگلیس، قراردادهای احتمالی مورد پذیرش قرار گرفت و در قضیه جی پرسی ترنت هم لیمپتد علیه آرچیتال لوکس فرلیمیتد (۱۹۹۳) خواهان درخصوص چگونگی طراحی تهیه و نصب نرم‌افزار ویندوز از خواننده استعلام کرد و طرفین به مذاکره شفاهی و کتبی در خصوص شرایط قراردادی ادامه دادند. خواننده نسبت به انجام دادن کار مورد درخواست تعهد کرد و خواهان نیز حق‌الزحمه او را پرداخت نمود. در نرم‌افزار ویندوز نصب‌شده، عیوب و نواقصی وجود داشت و به همین دلیل خواهان ادعا کرد که خواننده قرارداد را نقض کرده است. خواننده انعقاد هرگونه قراردادی را انکار و آن را ناشی از احتمالات عنوان کرد.^۳

۳. اوصاف قرارداد احتمالی

در این قسمت، ابتدا به بررسی اوصاف قرارداد احتمالی در حقوق ایران خواهیم پرداخت و در ادامه درمورد اوصاف این قسم عقود در نظام حقوقی انگلستان توضیحاتی ارائه خواهد شد.

۳.۱. شرایط و اوصاف قرارداد احتمالی در حقوق ایران

مهم‌ترین اوصاف عقود احتمالی در حقوق ایران، احتمال وجود غبن در این عقود، استمرار این عقود و عهدی بودن آنها به همراه نامتقارن بودن تعهدات طرفین است که در ادامه در این خصوص توضیحاتی داده خواهد شد.

۳.۱.۱. مغابنه‌ای بودن

قراردادها از حیث اقتصادی و قصد سودجویی طرفین، به عقود مسامحه و عقود مغابنه تقسیم می‌شود. در عقد مغابنه‌ای طرفین سعی در مغبون نمودن همدیگر دارند و ویژگی اصلی این عقد، قابلیت تحقق خیار غبن است.^۴ در عقد مسامحه به‌عکس عقد مغابنه، موجبی برای تلاش طرفین برای رعایت تناسب ارزش عوضین آن‌گونه که در عقد مغابنه وجود دارد، دیده نمی‌شود و بنای طرفین در این خصوص مبتنی بر تسامح است؛ لذا عقود احتمالی از جمله عقود مسامحه است. باوجوداین، نباید وجود خیار غبن را در عقود احتمالی به‌طور کلی انکار کرد، زیرا در عقودی که بر مبنای تسامح واقع

^۱ Bazerman, M, "Betting on the Future: The Virtues of Contingent Contracts", Harvard Business Review. 77 (5), p. 155. Available at: <https://hbr.org/1999/09/betting-on-the-future-the-virtues-of-contingent-contracts>.

^۲ Ibid.

^۳ Raiffa, H, *The Art and Science of negotiation*, London: Harvard University press England, 2000, P.13.

^۴ مسجدسرای، حمید، «تحلیل فقهی حقوقی غرر در بیمه»، پژوهش‌های فقه و حقوق، پاییز ۱۳۹۲، شماره ۳۳، ص ۱۳۲.

نمی‌شود و هیچ‌یک از دو طرف نمی‌خواهد دینی بیش از اندازه متعارف بر او بار شود و تنها جهتی که مانع از استنباط به خیار غبن می‌شود، مشخص نبودن مقدار تعهد هر طرف در زمان عقد است. پس اگر در عرف تجارت و با توجه به حساب احتمال‌ها، تعهد آنان قابل ارزیابی باشد، هیچ مانعی برای ایجاد خیار غبن وجود ندارد. برای مثال اگر برای بیمه کردن هر خسارت در عرف نرخ ثابتی وجود آید، تجاوز فاحش از آن غبن بوده و زیان‌دیده بدین وسیله حمایت می‌شود. در واقع، آنچه مانع از استناد به غبن در این قراردادها می‌شود، عامل احتمال نیست. تسامح دو طرف و دشواری ارزیابی تعهدها است که این نتیجه را به بار می‌آورد.^۱

۳.۱.۲. عهدی بودن

یکی از دسته‌بندی‌های عقود، تقسیم عقد به تملیکی و عهدی است. در عقد تملیکی، اثر اصلی و مستقیم آن، این است که به وسیله آن، مالی (مانند خودرو، خانه و...) از ملکیت شخصی خارج و به ملکیت شخص دیگری منتقل می‌شود و در عقد عهدی، قراردادی است که حقی عینی برای یک طرف قرارداد ایجاد می‌کند و تعهدی را نیز بر گردن طرف دیگر قرار می‌دهد.^۲ یکی از ویژگی‌های عقد احتمالی عهدی بودن است و با وقوع این دسته از عقود بلافاصله تعهد ایجاد می‌شود؛ لیکن طرفین التزام به تأدیه مورد معامله ندارد، زیرا التزام به تأدیه یا عدم التزام به تأدیه در آینده صورت می‌گیرد؛ مانند عقد بیمه که تعهد بیمه‌گذار در مقابل تعهد بیمه‌گر است.

۳.۱.۳. غیرمتقارن بودن تعهدات طرفین

منظور از غیرمتقارن بودن تعهدات طرفین که در عقود احتمالی معوض قابل بررسی است، آنکه زمان اجرای تعهدات متقابل طرفین واحد نیست. به‌عنوان مثال، در عقد جعاله جاعل وقتی ملزم به تسلیم جعل به عامل است که عامل تعهد خود را انجام داده باشد. همچنین، مطابق مواد ۵۱۶ و ۵۱۸ قانون مدنی در عقود مشارکتی مزارعه، مضاربه و مساقات تا زمانی که صاحب سرمایه و صاحب زمین، سرمایه و زمین را به عامل تسلیم نکرده، عامل ملزم به انجام تعهد خود نیست و در عقد بیمه نیز ابتدا بیمه‌گذار حق بیمه را می‌پردازد. بدین ترتیب، در این دسته از عقود تعهدات طرفین به علت معوض بودن متقابل‌اند، اما متقارن (هم‌زمان) نیستند و بر این اساس قابلیت اعمال قاعده حق حبس مذکور در ماده ۳۷۷ قانون مدنی وجود ندارد؛ چراکه اجرای قاعده حق حبس وجود دو عوض متقابل و متقارن (هم‌زمان) است. بنابراین، حق حبس در عقود احتمالی قابل اجرا نیست؛ اگرچه به نظر می‌رسد عدم قابلیت اجرایی مفاد ماده ۳۷۷ در عقود احتمالی مخالف عدالت باشد؛ زیرا در فرضی که مطابق ضوابط معمول قرینه‌ای محکم دال بر ناتوانی یکی از طرفین از اجرای تعهد خود در موعد مقرر می‌نماید، عدالت حکم می‌کند، طرفی که تعهد او حال است مجبور به ایفای تعهدی نشود که مابه‌ازایی ندارد.^۳

۳.۱.۴. مستمر بودن عقود احتمالی

عقد بر مبنای وابستگی و عدم وابستگی تعیین و اجرای تعهدات ناشی از عقد به عامل زمان، عقود به آنی و مستمر تقسیم

^۱ کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، ص ۱۲۷.

^۲ طباطبایی، سیدمحمدصادق و حامد خوباری، «تحلیل ماهیت عقد عهدی با بازخوانی مفهوم تعهد در حقوق ایران»، مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق، بهار ۱۴۰۰، شماره ۴۳، ص ۱۰۷.

^۳ باقرزاده، احمد و نوری یوشانلوئی، جعفر، «اجرای حق حبس در تعهدات متقارن و غیرمتقارن»، ماهنامه دادرسی، ۱۳۸۳، شماره ۴۷، ص ۱۲.

می‌شود: عقد مستمر عبارت است از عقدی که تعیین و اجرای تعهدات ناشی از آن وابسته به عامل زمان باشد؛ به نحوی که در عقود مستمر، اجزای مورد عقد در اجزای زمان تحقق پیدا می‌کند.^۱ در عقود احتمالی هنگام انعقاد عقد، میزان تعهد یا تعهدات طرفین مشخص نیست و در مدت زمان معین یا غیرمعین تعیین می‌شود، به دلیل وابستگی تحقق آثار آن به زمان، از جمله عقود مستمر است؛ مانند عقد بیمه، عقود مشارکتی (مزارعه، مساقات، مضاربه) قرارداد مستمری. برخی از حقوق دانان از جمله آثار مستمر بودن عقود معوض (عقود احتمالی) را عدم اجرای کامل حق حبس دانسته‌اند.^۲ اما این نظر قابل ایراد است؛ زیرا عدم اجرای قاعده حق حبس در عقود مستمر به دلیل غیرمستقر بودن تعهدات طرفین است و ارتباطی به خصیصه مستمر بودن عقود مذکور ندارد. بنابراین، شرط اجرای قاعده حق حبس وجود تعهدات متقابل و متقارن (همزمان) است و مستمر بودن عقود به خودی خود موجب سقوط اجرای قاعده حق حبس نمی‌شود.^۳

۳.۲. اوصاف قرارداد احتمالی در حقوق انگلیس

واژه ریسک در مفهوم حقوقی در حقوق خارجی (حقوق انگلیس و برخی از کشورها) به معنای «مسئولیت»، «قبول مخاطره»، «خطرات»، «معامله با حمل کالا به شرط مسئولیت صاحب کالا» است^۴ که در این مفاهیم معمولاً به صورت ترکیب با کلمات دیگر به کار برده می‌شود و هیچ مطابقتی با مفهوم اصطلاحی غرر ندارد. برای مثال، در قانون ۱۹۷۹ بیع کالا در حقوق انگلیس، ریسک به معنای «مسئولیت» آمده و در کنوانسیون راجع به قانون اعمال بر قراردادهای بیع بین‌المللی کالا، این کلمه به معنای خطرات مربوط به کالا ذکر شده در مواد ۳۸ و ۳۹ مقررات و رویه‌های متحدالشکل اعتبارات اسنادی، ریسک به معنای «خطرات» (خطر تلف شدن، خطر سرقت، خطر آتش سوزی و امثال آن) آمده است. یکی از موارد شایع استعمال واژه مورد بحث، در بیمه است که معمولاً «مورد بیمه» را «ریسک» (به معنای خطر) می‌گویند؛ مثلاً موضوع بیمه‌های اجتماعی، خطرات و حوادث شغلی، اقتصادی و امثال آن است، یا با توجه به احتمال خطر (ریسک) و عدم اطمینان در تجارت و در قلمرو فعالیت اقتصادی مسئله بیمه مطرح می‌شود که در این صورت ریسک دارای معنای متفاوتی با ریسک به معنای غرر مورد بحث ما است.^۵

اصطلاح ریسک علاوه بر مفهوم حقوقی، مفهوم اقتصادی نیز دارد و در تجارت و فعالیت‌های اقتصادی رایج است و از این نظر در مفهوم حقوقی با ریسک تفاوت ماهوی و اساسی دارد؛ زیرا در مفهوم حقوقی به معنای «مسئولیت» و «معامله با حمل کالا به شرط مسئولیت صاحب کالا» و امثال آن است، ولی در قلمرو اقتصادی این تصمیم، هنگامی با ریسک همراه است که نتایج محتمل مختلفی با احتمالات مفروض و معینی بر آن مترتب باشد.^۶

نتیجه‌گیری

امروزه با گسترش روابط قراردادی، عقود مختلفی با عناوین مختلف مورد توجه قرار گرفته که از جمله این عقود می‌توان

^۱ دلوری، امیر، «بررسی حق حبس در قراردادهای مستمر»، *وکیل مدافع*، بهار ۱۳۹۳، شماره ۱۲، ص ۳۳.

^۲ کاتوزیان، ناصر، *منبع پیشین*، ص ۸۶.

^۳ باقرزاده، احمد و جعفر نوری یوشانلوای، *منبع پیشین*، ص ۱۳.

^۴ Benjamin, Reuben Moor, *The General Principles Of The American Law Of Sale Of Goods*, London: Publisher Biblio Bazaar, Llc, 2008, p.117.

^۵ *Ibid.*

^۶ *Ibid.*

عقد احتمالی را نام برد. در کشورهای مختلف، مصادیقی از این عقد بر مبنای نیاز شدید عرف معاملاتی جامعه مطرح شده است؛ مانند قرارداد بیمه و قرارداد مشارکت (مزارعه، مضاربه و مساقات) و برخی از مصادیق این عقد تحت تأثیر انقلاب صنعتی و اقتضای عرف معاملاتی رواج یافته است؛ مانند قرارداد پیش فروش مصنوعات.

اگرچه قانون مدنی تعریفی از عقد احتمالی به عنوان یکی از اقسام عقود به عمل نیاورده است، اما می توان گفت در حقوق ایران عقد احتمالی، عقدی است که مورد معامله در آن حین انعقاد قرارداد نامعلوم است. به عبارت دیگر، عقد احتمالی عقد معوضی است که در آن مقدار دو عوض وابسته به امر نامعلومی در آینده است و از این رو برخی حقوق دانان آن را با عقد معلق مورد بررسی قرار داده اند. اما در مقابل در حقوق انگلیس، عقد احتمالی قراردادی است که حداقل بخشی از آن مربوط به بروز یک حالت اضطراری یا احتمالی است؛ گاهی برای توافق با وکیلی است که با توجه به احتمال موفقیت به کار می رود. بنابراین، برخلاف حقوق ایران در حقوق انگلیس عقد احتمالی قلمرو خاصی را به خود اختصاص داده است. در خصوص معیار تشخیص عقد احتمالی باید گفت، ضوابط متفاوتی در احتمالی بودن این مصادیق و دسته بندی های مختلفی قابل طرح است. در برخی از مصادیق عقد احتمالی، احتمال در میزان تعهد طرف عقد یا به عبارت دیگر، میزان تعهد بر ذمه شخص طرف معامله، وابسته به امور احتمالی است. در برخی از مصادیق، احتمال در عایدات از محل مال معین که به عنوان عوض قراردادی مورد توافق قرار می گیرد، معیارات تشخیص عقد است و در بعضی از موارد، عایدات و نتیجه حاصل از اجرای تعهدات ناشی از عقد، منوط به امور احتمالی است؛ هر چند که آورده طرفین معلوم و معین است، آثار نهایی یا غیرمستقیم عقد ممکن است نسبت به حالت عادی سیر امور، کاستی یا فزونی یابد. با وجود این، به طور کلی می توان گفت معیار تشخیص احتمالی بودن قرارداد، نامعلوم بودن عوض یا عوضین از حیث میزان یا حصول هنگام انعقاد قرارداد است.

در مقایسه میان حقوق ایران و انگلیس در بحث قرارداد احتمالی می توان بر چالش ها و تفاوت هایی از جمله تشتت آرای مختلف در بحث عقد احتمالی، مورد تردید واقع شدن عقد احتمالی، بلا تکلیفی عامل «احتمال» در قوانین قراردادی ایران، عدم سخت گیری قانون گذار در موارد عقد احتمالی، بی اهمیت شمردن احتمال در اندازه و کیفیت تعهد بر اثر اعمال عامل «مسامحه» و «احسان» در بنای تراضی، برداشت ناصحیح از ماهیت عقد احتمالی و غرری دانستن آن، عدم پذیرش عقود احتمالی به عنوان یک عقد مستقل در حقوق ایران اشاره کرد. از حیث اشتراکات میان دو کشور می توان بیان داشت که در حقوق انگلیس عقد احتمالی با مفهوم غرر در حقوق ایران تقریباً یکسان است و این حقوق نیز همانند ایران قوانین و رویه قضایی مناسبی در خصوص عقد احتمالی پیش بینی نکرده است.

منابع

کتاب

۱. آقای، بهمن، **فرهنگ حقوقی بهمن**، جلد ۲، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **الفارق**، جلد ۴، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۴.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **تحولات حقوق خصوصی (مجموعه مقالات)**، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۸۱.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **مبسوط در ترمینولوژی حقوق**، جلد ۴، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۶۸.
۵. شهیدی، مهدی، **تشکیل قراردادها و تعهدات**، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۵.
۶. کاتوزیان، ناصر، **قواعد عمومی قراردادها**، جلد ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸.

مقاله

۷. باقرزاده، احمد و جعفر نوری یوشانلوئی، «اجرای حق حبس در تعهدات متقارن و غیرمتقارن»، *ماهنامه دادرسی*، ۱۳۸۳، شماره ۴۷.
۸. پیرهادی، محمدرضا، «عقد احتمالی با تأکید بر بیع احتمالی»، *نشریه تحقیقات حقوقی آزاد*، ۱۳۸۸، شماره ۵، ۶ و ۷.
۹. حیدری، عرفان، «اصل اباحه و اصل حلیت در فقه و حقوق»، *فصلنامه فقه و حقوق نوین*، ۱۳۹۹، شماره ۴.
۱۰. دلاوری، امیر، «بررسی حق حبس در قراردادهای مستمر»، *فصلنامه داخلی وکیل مدافع*، بهار ۱۳۹۳، شماره ۱۲.
۱۱. رحیمی، حبیب الله و خسرو محمودزاده، «مبانی نظریه اعتبار عقد احتمالی (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و مصر)»، *پژوهش‌های حقوق تطبیقی*، دوره ۱۸، ۱۳۹۳، شماره ۲.
۱۲. طباطبایی، سیدمحمدصادق و خوبیاری، حامد، «تحلیل ماهیت عقد عهدی با بازخوانی مفهوم تعهد در حقوق ایران»، *دو فصلنامه مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق*، بهار ۱۴۰۰، شماره ۴۳.
۱۳. طباطبایی، سیدمحمدصادق و روح اله کیانی، «بازتاب‌های اصل صحت در فقه و حقوق»، *فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی*، تابستان ۱۳۹۲، شماره ۳۲.
۱۴. عابدیان، سیدحسن و فریده اصغری، «غبن در آیین فقه و قانون»، *فصلنامه مطالعات فقهی و فلسفی*، پاییز ۱۳۹۳، شماره ۱۹.
۱۵. عباس زاده چوپر، رضا و شکوفه آقاجانی، «مطالعه عقود احتمالی در حقوق ایران»، *اولین کنفرانس ملی حقوق و علوم سیاسی*، تهران، ایران، ۱۳۹۶.
۱۶. علوی، سیدمحمدتقی، «بررسی فقهی و حقوقی عقد معلق»، *دو فصلنامه علامه*، پاییز ۱۳۸۴، شماره ۷.
۱۷. عزیززاده اصل، محمد و سیدعباس موسویان، «بررسی ضابطه غرر در معاملات جدید»، *تحقیقات مالی اسلامی*، پاییز و زمستان ۱۳۹۴، شماره ۹.
۱۸. قاسمی، محمدعلی، «بررسی مبانی فقهی قاعده نفی عسروجرح»، *مجله تخصصی الهیات و حقوق*، بهار ۱۳۸۷، شماره ۲۷.
۱۹. قریشی، سیدمهرداد و سلمان علیپور قوشچی، «کاربرد قاعده عسروجرح در تعدیل قرارداد»، *فصلنامه مطالعات حقوق*، زمستان ۱۳۹۶، شماره ۱۶.
۲۰. مسجدسرای، حمید، «تحلیل فقهی حقوقی غرر در بیمه»، *فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق*، پاییز ۱۳۹۲، شماره ۳۳.
۲۱. نورمحمدی، علی، «وفای به عهد»، *نشریه بشارت*، ۱۳۸۸، شماره ۷۰.

References

Books

1. Aghaie, Bahman, Bahman Law Dictionary, Vol. 2, Tehran: Ganj-e-Danesh, 2003. (In Persian)
2. Atiyah John N.Adams, Hector Macqueen, *the sale of goods*, London: Pearson/Longman, 2001.
3. Benjamin, Reuben Moor, *The General Principles Of The American Law Of Sale Of Goods*, London: Publisher Biblio Bazaar,Llc, 2008.
4. Fisher.R, URY, William and PATTON, *Bruce of the Harvard Negotiation Project ,Getting to Yes – Negotiating Agreement without giving in*. NewYork: Penguin Books, 1991.
5. Jafarie Langerodi, Mohammad Jafar, Al-fariq, Vol. 4, Tehran: Ganj-e-Danesh, 2005. (In Persian)
6. Jafarie langerodi, Mohammad Jafar, *Developments of Private Law (A Collection of Articles)*, Tehran: University of Tehran Publication, 2002. (In Persian)
7. Jafarie Langerodi, Mohammad Jafar, *Mabsoot: Dictionary Terms of Law*, Vol. 4, Tehran: Ganj-e-Danesh, 1989. (In Persian)
8. Katouzian, Naser, *General Principles of Contracts*, Vol. 1, Tehran: Sahami Enteshar Company, 2009. (In Persian)
9. Raiffa.H, *The Art and Science of negotiation*, Londo:n Harvard University press England, 2000.
10. Reuben Moor.B, *The General Principles Of The American Law Of Sale Of Goods*, London: Publisher Biblio Bazaar, L.L.C, 2008.

11. Shahidi, Mahdi, Formation of Contracts and Obligations, Tehran, Majd Publicatin, 2006. (In Persian)
12. Sharma.A, *Business Regulatory Framework*, London: VK Publications, 2006.
13. Thompson. L, *The mind and heart of the negotiator*, London: Pearson, 2013.
14. Thompson. L, *The truth about negotiations*, London: FT Press, 2008.

Articles

15. Abbas Zade Choobar, Reza, Shokoofe Aghajani, "Study of Contingent Contracts in Iranian law", The First National Conference on Law and Political Science, Tehran, Iran, 2017. (In Persian)
16. Abedian, Seyed hasan, Farideh Asghari, "Ghaban in the Mirror of Jurisprudence and Law", Journal of Jurisprudence and Philosophical Studies, No 19, 2014. (In Persian)
17. Alavi, Seyed Mohammad Taghi, "Jurisprudence and Legal Review of the Suspended Contract", Allameh Quarterly, No. 7, 2005. (In Persian)
18. Alizade Asl, Mohammad, Seyed Abbas Moosavian, "Review of the Gharar Criteria In New Transactions", Scientific Journal of Islamic Finance Researches, Vol. 5, Issue 1, No. 9, 2015. (In Persian)
19. Bagherzade, Ahmad, Jafar Nouri Youshanloie, "Enforcement of liens in symmetric and asymmetric obligations", *Judicial Monthly*, No 47, 2004. (In Persian)
20. Bazerman.M, "Betting on the Future: The Virtues of Contingent Contracts", Harvard Business Review. 77 (5), p. 155. Available at: <https://hbr.org/1999/09/betting-on-the-future-the-virtues-of-contingent-contracts>
21. Delavari, Amir, "Lien Review in Continuous Contracts", Lawyer: Internal Quarterly Journal of Khorasan Bar Association, No 12, 2014. (In Persian)
22. Ghasemi, Mohammad Ali, "Examination of the Jurisprudential Basis of Negation of Hardship", Specialized Journal of Theology and Law, No 27, 2008. (In Persian)
23. Ghoreishi, Seyed Mahdi, Salman, Alipoor Ghoshchi, "Applying the Principle of Negation of Hardship in Contract Adjustment", Law Studies Quarterly, No 16, 2017. (In Persian)
24. Heidari, Erfan, "The Principle of Abaha and the Halit in Jurisprudence and Law, Scientific Quarterly of Modern Jurisprudence and Law, No 47, 2020. (In Persian)
25. Masjedsaraie, Hamid, "Jurisprudential and Legal Analysis of the "Gharar" in Insurance", Quarterly Journal of Islamic Law & Jurisprudence Researches, NO 33, 2013. (In Persian)
26. Moffitt. M, "Contingent Agreements: Agreeing to Disagree About the Future", 87 Marq. L. Rev, 2004 .Available at: <http://scholarship.law.marquette.edu/mulr/vol87/iss4/8>.
27. Nour Mohammadi, Ali, "Fulfilment of Obligation", Besharat Magazine, No 70, 2009. (In Persian)
28. Pirhadi, Mohammadreza, "Possible Contract with Emphasis on Possible Sale", Journal of Azad Legal Research, No 5-7, 2009. (In Persian)
29. Rahimi, Habibollah, Khosro Mahmood Zade, "Basics of the Validity Theory of Conditional Contract: A Comparative Study in Iranian and Egyptian Law", Comparative Law Research, No.2, 2014. (In Persian)
30. Tabatabaie, seyed Mohammad Sadegh, Khoobyari, hamed, "Analysis of the Nature of Covenant by Reading the Concept of Commitment In Iranian law", Quarterly Journal of Islamic Jurisprudence Studies and Principles of Law, No 43, 2021. (In Persian)
31. Tabatabaie, Seyed Mohammad Sadegh, Roohollah Kiani, "Reflection of Accuracy Rule on the Law and Jurisprudence", Journal of Islamic Law & Jurisprudence Researches, No. 32, 2013. (In Persian)

Internet Resource

32. Shonk.K, Try a Contingent Contract if You Can't Agree on What Will Happen. Harvard Law School, 2022. Available at: <https://www.pon.harvard.edu/daily/dealmaking-daily/contingent-contract/>(Last Visited on: 08/02/ 2021).