

عقد احتمالی با تأکید بر بیع احتمالی

¹ دکتر محمدرضا پیرهادی

چکیده

عقد احتمالی به اختصار یا به اجمال مورد توجه برخی از صاحب نظران قرار گرفته است و مثالهای متفاوتی^۱ به عنوان مصداق عقد احتمالی ذکر کرده‌اند. در بررسی این مصداق، معلوم می‌گردد که ضوابط متفاوتی در احتمالی بودن این مصداق و دسته بندی‌های مختلفی قابل طرح است. در برخی از مصداق عقد احتمالی، احتمال در میزان تعهد طرف عقد راه دارد. به عبارت دیگر، میزان تعهد بر ذمه‌ی شخص طرف معامله، وابسته به امور احتمالی است. در مواردی نیز احتمال در عایدات از محل مال معین که به عنوان عوض قراردادی مورد توافق قرار می‌گیرد، مطرح است. همچنین در بعضی از موارد، آورده‌ی طرفین معلوم و معین است اما عایدات و نتیجه‌ی حاصل از اجرای تعهدات ناشی از عقد، منوط به امور احتمالی است و آثار نهایی یا غیر مستقیم عقد، ممکن است، نسبت به حالت عادی سیر امور، کاستی یا فزونی یابد. در حقوق ایران، بیع احتمالی توسط حقوق دانان مورد بررسی قرار نگرفته است. برخی وجود چنین بیعی را منتفی دانسته و منکر آن شده‌اند. به عکس، در برخی از نظامهای حقوقی، بیع احتمالی در قوانین، دکترین و رویه قضایی مطرح و با توجه به ضابطه‌ی حاکم، صحیح تلقی شده است. مصداقی از بیع احتمالی که در این نظامهای حقوقی مطرح شده است، در فقه امامیه و حقوق اسلامی نیز مورد توجه بوده است اما تحت عنوان خاص بیع احتمالی مطرح نگردیده است. علاوه بر این در فقه امامیه، در برخی موارد از قبیل بیع مال مجهول به ضمیمه‌ی معلوم، مصداق و صوری مطرح شده و یا متصور بوده است که با توجه به ضابطه‌ی بیع احتمالی، ممکن است به عنوان مصداق دیگری از بیع احتمالی مطرح و ضابطه‌ی این قرارداد با قلمرو وسیعتری بیان گردد.

واژه‌های کلیدی: عقد احتمالی، بیع احتمالی، عقد شانس، عقد مخاطره، میزان تعهد، مقدار مبیع

مقدمه

* استادیار دانشکده‌ی حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکز، وکیل پایه یک دادگستری.

در برخی نظامهای حقوقی، اصطلاح بیع احتمالی به کار رفته است و بعضی نویسندگان آن را در مقابل بیع مغایبه‌ای قرار داده و مصادیقی برای بیع احتمالی بیان داشته‌اند. اما در حقوق ایران، بیع احتمالی مورد توجه قرار نگرفته است. هر چه برخی اجمالاً به آن پرداخته، ولی آنرا باطل می‌شمارند. سوال اساسی که در این مورد مطرح می‌شود این است که اگر در حقوق ایران - به تبع فقه امامیه - عنوان بیع احتمالی به کار نرفته است، آیا می‌توان آنرا در این نظام حقوقی پذیرفت یا نه؟ و در صورتی که مباحث مشابهی در نظام حقوقی ایران و فقه امامیه، مطرح شده است، این مباحث در چه قالبهایی بیان شده است؟ از طرفی در حقوق ایران، در مورد عقود احتمالی نیز مطالب پراکنده‌ای مطرح و مثالهای متفاوتی ذکر شده است که با توجه به تفاوت‌های آنها و قلمداد نمودن آن در شمار عقود مذکور، مستلزم دسته بندی و تبیین ضوابط گروه‌های مختلف عقود احتمالی است. بررسی این مطالب در استخراج قاعده یا ملاک بیع احتمالی ضروری است. از این رو، ابتدا در فصل اول، مباحثی در خصوص معرفی و دسته بندی عقود احتمالی مطرح شده است که شامل تعریف عقد احتمالی، تمیز آن از عقود مشابه و انواع آن با توجه به مصادیق بارزی که از سوی حقوق دانان و فقها به عنوان مصداق عقد احتمالی ذکر شده است. و در فصل دوم، بیع احتمالی و مصادیق مطرح و قابل طرح آن مورد بررسی قرار می‌گیرد.

فصل اول: عقد احتمالی

در بحث از عقد احتمالی، در پنج مبحث، ابتدا تعریف عقد احتمالی سپس تمیز عقد احتمالی از موارد مشابه، و در مبحث سوم انواع عقد احتمالی بر مبنای مصادیق بارز آنها و سپس با معلوم شدن ضوابط متفاوت در انواع مختلف این عقد، در مبحث‌های چهارم و پنجم به ترتیب، استثنایی بودن عقد احتمالی و غبن در عقد احتمالی را بررسی می‌نماییم.

مبحث اول: تعریف عقد احتمالی

قبل از تعریف عقد احتمالی ابتدا، شایسته است، تقسیم مبنای تعریف عقد احتمالی را که در فقه امامیه مطرح شده است، مرور نماییم.

در فقه امامیه، تقسیماتی برای معاملات بیان شده (کاشف الغطاء، الشیخ محمد حسین، 1422، ص 294 و 295 - دکتر سید مصطفی محقق داماد، 1388، ص 160 و 161) و معیار جامع برای معاملات، انشا است. یعنی همه از امور انشایی‌اند و به انشا، واقع می‌شوند. امور انشایی اگر از تلاقی دو اراده ایجاد گردد، عقد است و اگر وقوع آن به طرف واحد باشد، ایقاع نامیده می‌شود. عقود نیز دو قسم‌اند: عقود اذنی که مجانی‌اند و عقودی که تعهد و التزام آورند و معاوضی محسوب می‌شوند. عقود معاوضی نیز بر دو قسم‌اند:

1- تقدیری یا احتمالی که حصول اثر آن بر تقدیر خاصی است. مثل مزارعه، مساقات، سبق و رمایه و جعله‌ای عقدی. در جمیع عقود تقدیری، اگر چه منشاء فعلاً منجز است، لیکن (اثر آنها) بر تقدیر حصول مثلاً سود در مزارعه یا عایدات در مزارعه و غیره (مشارکات) مبتنی است.²

2- عقود تحقیقی یا عقود محقق یا محدود، در این عقود، منشاء فعلاً به کل تقدیر، منجز است. به عبارت دیگر، به هر تقدیر که آثاری برای عقد متصور است، با وقوع عقد، به‌طور منجز حاصل می‌شود. مثل بیع برای تملیک اعیان و اجاره که برای تملیک منافع است.

برخی به‌درستی گفته‌اند: "تقسیم عقود معوض به عقود بختکی (=احتمالی) و عقود محقق، از نظر عملی، فواید مهمی دارد. پس از شرح اقسام آن می‌توان داورری کرد که شناسایی این خانواده در میان خانواده‌های حقوقی، کاری ضروری و مفید است. کمترین فایده آن جلوگیری از تعمیم‌های شتابزدگان است که پیوسته می‌خواهند

1. لازم به ذکر است که در حقوق ایران، برخی به تبع فقها، عقود تقدیری را عقود احتمالی و عقود تعلیقی نیز نامیده‌اند و موارد دیگری از جمله، عقد بیمه، جعله، مسابقه، و مشارکات را به عنوان مصداق عقد احتمالی ذکر کرده‌اند. (دکتر سید مصطفی محقق داماد، 1388، ص 160 و 161) و حتی برخی با ایجاد اصطلاحی اعم، عقود احتمالی را قسمتی از عقود مخاطره دانسته‌اند. (جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، ب 1382، ش 350 به بعد) و علاوه بر مثالهای مذکور که برخی از آنها در قانون مدنی به عنوان مصادیقی از عقود معین آمده است، مثالهای دیگری برای عقود احتمالی، از جمله، قرارداد مستمری، قرارداد شبانی یا عقد راعی، اجاره‌ی شیل برای صید ماهی، تراز و قبالة را ذکر نموده‌اند که در محل خود مورد بررسی قرار گرفته است. در حقوق مصر عقد مقامره (از ریشه‌ی قمار) نیز از عقود احتمالی محسوب شده است. (عبدالرزاق احمد السنهوری، 1998، ص 141)

هر قاعده‌ی حقوقی را که در عقود معوض (به ویژه در تملیک‌ها می‌بینند آن را تعمیم به همه‌ی عقود دهند. شناسایی این خانواده از عقود، به سلامت استدلال‌های حقوقی و به منطق حقوق، کمک می‌رساند. این به تنهایی ارزش بسیار دارد چه رسد به منافع حقوقی دیگر". (جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، ب 1382، ش 353 و 354)

از این تقسیم و مثالهایی که در فقه امامیه و حقوق ایران برای عقود تقدیری یا احتمالی یا حتی به عنوان مصادیق مشترک عقود مخاطره و احتمالی ذکر کرده‌اند، اجمالاً (مباحث تفصیلی در بحث انواع عقود احتمالی آمده است) بر می‌آید که در برخی از این مصادیق، مثلاً عقد بیمه و نظایر آن، میزان تعهداتی که برای یکی از طرفین ایجاد می‌گردد، احتمالی و منوط بر امر محتمل الوقوع است. مثلاً در عقد بیمه، نرخ بیمه و آنچه که بیمه‌گذار می‌پردازد، معلوم و معین می‌شود اما تعهد بیمه‌گر و آنچه که او باید بپردازد، احتمالی و منوط به امور محتمل الوقوع است. در مصادیق دیگر، مثلاً مزارعه و نظایر آن میزان تعهدات یا آورده‌ی طرفین در زمان انعقاد عقد معلوم و معین است اما با اجرای تعهدات ناشی از عقد، آنچه که برای طرفین حاصل می‌گردد، احتمالی و منوط به امور محتمل الوقوع است. مثلاً مزارع زمین یا بذر را می‌دهد و عامل به عمل خود آن را زراعت می‌کند (آورده و تعهدات طرفین در زمان عقد معلوم و معین است) و حصه هر یک به نحو اشاعه معین می‌گردد، اما آثاری که از عقد به وجود می‌آید، یعنی مقدار محصولی که عاید می‌گردد، احتمالی و منوط به امور محتمل الوقوعی است. در ضمن این تقسیم، تلویحاً تعریف عقد تقدیری یا احتمالی به این عبارت کلی آمده است که: عبارت است از عقدی که حصول اثر آن بر تقدیر خاصی است. با توجه به این که کلمه‌ی اثر در بر گیرنده‌ی اثر مستقیم و غیر مستقیم است، این تعریف، با توجه به تقسیم اولیه‌ی مبنای آن که عقود تقدیری یا احتمالی را از عقود معاوضی دانسته است، می‌تواند شامل عقود احتمالی نو ظهور مثل بیمه و نظایر آن، که از امور مستحدثه‌اند، باشد.

به نظر برخی، در تعریف عقد احتمالی باید گفت: عقد معاوضی است که در آن مقدار دو عوض وابسته به امر نامعلومی در آینده است. (دکتر ناصر کاتوزیان، الف، 1380، ص 124) با توجه به مصادیقی که در فقه امامیه و حقوق ایران برای عقد احتمالی ذکر کرده‌اند، بر این تعریف اشکال وارد است. اجمالاً می‌توان گفت، اولاً: بهتر بود در پرهیز از مسامحه گفته شود عقد معاوضی است، چون هر عقد معاوضی عقد معاوضی نیست، اما هر عقد معاوضی عقدی معاوض است. (جلیل قنواتی، و دیگران، 1379، ص 173) ثانیاً: چنین نیست که همواره مقدار دو عوض در حین عقد نامعلوم باشد. به عبارت دیگر، ممکن است مقدار عوضین در حین عقد معلوم باشد، اما با اجرای تعهدات ناشی از عقد، آنچه عاید طرفین می‌گردد، منوط به امری محتمل الوقوع باشد. مثل عقد مزارعه و نظایر آن. یا یکی از عوضین معلوم باشد، ولی میزان تعهدات دیگری، منوط به حادثه‌ی محتمل الوقوعی باشد. مثل بیمه و نظایر آن. ثالثاً: در عقودی که به عنوان مصادیق عقد احتمالی از سوی صاحب نظران ذکر شده است، غالباً مقدار یکی از عوضین معلوم و معین و صرفاً عوض مقابل احتمالی است. به سخن دیگر، حالتی که عوضین (هر دو) احتمالی باشد، اگر چه قابل تصور است اما چنین مصادیقی بیان نشده است. در هر حال، با توجه به کلیه‌ی مصادیق سنتی و نو ظهور مطرح عقود احتمالی، بنا بر تعاریف مذکور از عقود احتمالی، می‌توان گفت، که عقود احتمالی، طبعاً عقود منجز و معاوضی (در معنای عام) است که میزان آثار مستقیم یا غیر مستقیم آنها، یعنی میزان یکی از عوضین یا هر دو آنها، و یا اثر ناشی از اجرای عقد، منوط به امور محتمل الوقوعی است.

در قانون مدنی فرانسه، احکام عقود احتمالی (Le contrat aléatoire)³ از ماده‌ی 1964 تا 1983 مقرر شده است. ماده‌ی 1964 این قانون در تعریف عقد احتمالی مقرر می‌دارد: "عقد احتمالی توافقی معاوضی است که آثار آن در خصوص عایدات یا زیانها، خواه برای یک طرف یا طرفین عقد یا تمام آنها، منوط به یک حادثه‌ی غیرقطعی (محتمل الوقوع) است. مثل قرارداد بیمه،⁴ مسابقه و گروپندی،⁵ قرارداد مستمری.⁶ ..."

در ذیل تعریف قانون مدنی فرانسه، مصادیقی ذکر شده است که تمثیلی است. این تعریف آثار عقد را به‌طور مطلق مد نظر قرار داده است که می‌تواند شامل آثار مستقیم و غیر مستقیم گردد و از حیث توجه آثار به طرفین عقد نیز احتمال عایدات یا زیانها را متوجه یک طرف یا طرفین عقد، یا (و در صورت متعدد بودن) تمام آنها دانسته است. همچنین به معاوضی بودن عقد احتمالی در تعریف تصریح شده است. به نظر برخی، این‌که عقود احتمالی را از عقود معاوضی بدانیم محل تأمل و اشکال است. چون عقود تبرعی نیز می‌تواند احتمالی باشد، مثل حالتی که موهوب له در زمان عقد نتواند مقداری را که اخذ می‌کند مشخص نماید. (عبدالرزاق احمد السنهوری، 1998، ص 140). در تأیید این سخن، به طور کلی می‌توان گفت، در عقود مجانی یا مجانی به شرط عوض نیز در صورتی که میزان مالی که به دیگری منتقل می‌گردد، در زمان عقد قابل تعیین نبوده و طبیعت آن چنان باشد که مقدار آن در آینده منوط به امور محتمل الوقوع و در معرض کاستی یا فزونی باشد، می‌تواند عقد احتمالی محسوب گردد. به عنوان مثال، اگر کسی تمام میوه‌های سال آبی باغ معین خود را که مقداری از آن بدو صلاح شده است، به دیگری هبه نماید، مقدار میوه‌ای که عاید موهوب‌له می‌شود، منوط به امور محتمل الوقوع و احتمالی است. از این رو، تعریف قوانین موضوعه‌ای که عقد احتمالی را از عقود معاوضی دانسته‌اند، محل اشکال است.

در تعریف قانون مدنی فرانسه، به جای این که احتمال را نسبت به عوضین یا آثار عقد مطرح نماید، عایدات یا زیانها را نسبت به طرف یا طرفهای عقد آورده است که ضرورتی ندارد. همان‌طور که برخی گفته‌اند، مؤلفان حقوق فرانسه آن حادثه آینده را در چهار چوبه شانس و بخت محصور کرده‌اند و به این ترتیب عقد بختکی (=احتمالی) را از حوزه‌ی عقود معلق خارج کرده‌اند و بار زحمت را از دوش مترجمان فارسی برداشته‌اند. (جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، ب 1382، ش 350). به سخن دیگر، در این تعریف، بر خلاف برخی نظامهای حقوقی، خلطی بین عقود احتمالی و عقود معلق صورت نگرفته است. این نکته در بحث از تمایز این دو عقد بررسی شده است.

در حقوق مصر، برای گریز از برخی اشکالات، عقد احتمالی را با توجه به عقد محدد و محقق تعریف کرده‌اند. از این رو، در تعریف عقد محدد گفته‌اند، عقد محدد عقدی است که طرفین در زمان انعقاد عقد قادر باشند، حدود مقدار چیزی را که می‌گیرند یا اعطا می‌کنند، مشخص نمایند، هر چند این مقدار متعادل نباشد. و به تبع آن در تعریف عقد احتمالی نیز گفته‌اند، عقد احتمالی عقدی است که طرفین در زمان انعقاد عقد نتوانند حدود مقدار آنچه را که دریافت می‌کنند یا اعطا می‌کنند، معین نمایند و این معین نمی‌گردد مگر در آینده و به تبع حدوث امر غیر محقق الحصول یا مسلم الحصولی که زمان آن معلوم نیست. (عبدالرزاق احمد السنهوری، 1998، ص 139 و 140). در توضیح عبارت اخیر این تعریف، می‌توان گفت، اگر شخصی با دریافت مالی، تعهد کند که مادام العمر نفقه‌ی کسی را بپردازد، موت نفقه گیرنده مسلم الحصول است، اما زمان آن معلوم نیست و مقدار نفقه‌ای که پرداخت می‌شود، امری احتمالی است.

در حقوق کامن‌لا، عقد احتمالی (contingency contract) قراردادی است که حداقل بخشی از آن مربوط به بروز یک حالت اضطراری یا احتمالی است. گاهی برای توافق با وکیلی که با توجه به احتمال موفقیت، دستمزد خود را دریافت می‌نماید، به‌کار می‌رود. (دکتر بهمن آقایی، 1382، ص 314)⁷

1. معادل انگلیسی آن در ترجمه‌ی معتبر قانون مدنی فرانسه (legifrance.gouv.fr) عبارت است از:

Contracts of Aleatory

⁴. Le contrat d'assurance = Insurance contracts

⁵. Le jeu et le pari = Gaming and betting;

⁶. Le contrat de rente viagère = Contracts for life annuity

1. در حقوق لبنان، سابقاً اگر در قرارداد وکالت اجرت وکیل را قسمتی از مال موضوع دعوا یا ارزش آن تعیین می‌کردند، قرارداد وکالت باطل محسوب می‌شد، اما با تصویب قانون تنظیم مهنه المحاماه مصوب 1954/12/13 برابر نص ماده‌ی 58 این قانون، چنین قراردادی معتبر تلقی می‌گردد. (الدكتور محمد حسن قاسم، 2005 ص 110 و 111)

در حقوق هند، ماده‌ی 31 قانون قراردادها در تعریف عقد احتمالی مقرر داشته است: "عقد احتمالی عقدی است برای انجام یا ترک عملی یا چیزی، به شرط این که حادثه‌ای جانبی نسبت به آن واقع گردد یا ننگردد". در شرح این ماده برخی گفته‌اند، عقد احتمالی قراردادی است که اجرای آن منوط به وقوع یا عدم وقوع یک حادثه‌ی محتمل الوقوع جنبی نسبت به چنین قراردادی است و عقد بیمه و جبران خسارات احتمالی را مصداق آن دانسته‌اند. علاوه بر این برخی، مثالی از عقود معلق را به عنوان مصداق عقد احتمالی ذکر کرده‌اند. به عنوان مثال گفته‌اند اگر "الف" قراردادی با "ب" منعقد کند که برابر آن فروش 10 تن کتان به مبلغ 20000 روپیه منوط به بازگشت کشتی حامل آنها به سلامت باشد، یا اگر "الف" متعهد شود که 1000 روپیه به "ب" بپردازد منوط به این که "ب" به عنوان مدیر مؤسسه‌ی خاصی انتخاب شود، چنین عقود نیز مثل بیمه از عقود احتمالی هستند. (M.C.Kuchhal, 1999, PP.,112-114) در این تعریف و شرح آن، بین عقود معلق و عقود احتمالی خلط و خطا شده است که در بحث تمایز این دو عقد به آن پرداخته‌ایم. در حقوق غرب برخی از توافقات را مصداق عقد احتمالی دانسته‌اند که در حقوق اسلامی سابقه ندارد.²

مبحث دوم: تمیز عقد احتمالی از موارد مشابه

در برخی نوشته‌ها بین مفهوم عقد احتمالی و عقد شانسی و همچنین بین عقد احتمالی و عقد معلق (از این حیث که منوط به امر محتمل الوقوع و احتمالی است)، خلط مبحث شده است. از طرفی برخی نیز عقد مخاطره را به جای عقد احتمالی پیشنهاد کرده‌اند که خواهیم دید، عنوانی اعم از عقد احتمالی است. از این رو، در سه قسمت، تمیز این موارد را بررسی می‌کنیم.

گفتار اول: تمیز عقد احتمالی از عقد شانسی

به نظر برخی، عقد احتمالی (contrat aléatoire) عقدی است که در آن تعهد متقابل باشد اما وصول عاقد به اثر عقد، بستگی به بخت و اتفاق دارد. مانند قمار و بیمه. آن را عقد شانسی، عقد اتفاقی، عقد بختکی هم گویند. عقد احتمالی از عقود مسامحه است. در برابر عقد محقق استفاده می‌شود مانند بیع معمولی. (جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، ج، 1378، ص 2560).

همچنین، گفته‌اند، عقد شانسی (contrat aléatoire) عقدی است که طرفین (مانند عقد قمار) و یا یک طرف (مانند بیمه) بر یکی از امور ذیل تراضی کنند:

- 1) شانس حصول یک نفع مانند شرط بندی
- 2) تضمین در مقابل شانس از دست دادن چیزی، چنان‌که در عقد بیمه دیده می‌شود. (جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، ج، 1378، ص 2581).

در این دیدگاه، عقد احتمالی و عقد شانسی دو عنوان مترادف، برای یک مفهوم است. در نتیجه، عقد قمار و بیمه را از عقود شانسی و احتمالی دانسته‌اند. در این‌جا اجمالاً، لازم به ذکر است که اولاً: قمار به جهت فقدان قصد انتقال مال به طرف مقابل و به عکس قصد تملک هر دو مال موضوع قمار، به‌واقع از عقود نیست و مصادیق عقد احتمالی نیز منحصر به بیمه نیست و احتمالی بودن عقد بیمه نیز معنی خاصی دارد که باید از سایر انواع عقود احتمالی متمایز شود که در محل خود، این وجه تمایز را به تفصیل، بیان خواهیم کرد. همچنین اگر در انتخاب مثال برای عقود احتمالی به موارد سنتی و مذکور در فقه (کاشف الغطاء، الشیخ محمد

2. به عنوان مثال اصطلاح Bottomry contracts که معادل فرانسوی آن Le prêt à grosse aventure است و در برخی از اصلاحات سابق قانون مدنی فرانسه دیده می‌شود، قرضی است که برای تعمیر کشتی یا محموله‌ی آن داده می‌شود و در صورت تلف کشتی یا محموله، ضمان قرض بر عهده‌ی قرض دهنده است. برای ملاحظه‌ی معنی این اصطلاح ر. ک. به:

legal-dictionary.thefreedictionary.com/Bottomry

و برای ملاحظه‌ی معادل فرانسوی آن در قانون مدنی سابق فرانسه ر. ک. :

legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid

حسین، 1422، ص 294 و 295 - دکتر سید مصطفی محقق داماد، 1388، ص 160 و 161) و تبعاً در قانون مدنی یا نوشته‌های حقوقی (جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، ب 1382، ش 350 به بعد- دکتر ناصر کاتوزیان، الف، 1380، ص 125) از جمله، مزارعه، مساقات، مضاربه، عقد راعی، تراز، قبالة، قرارداد مستمری، اجاره‌ی شیل، اجاره‌ی کشاورزی و غیره، عنایت شود، خواهیم دید که وجه تمایز عقد احتمالی (و صحت آن) با عقد شانسی (و بطلان آن) آشکار می‌گردد. ثانیاً: ماهیت عقد احتمالی با قمار و عقد شانسی یکسان نیست. از این رو، به درستی در حقوق انگلیس، بین این دو (عقد احتمالی و عقد شانسی، علی الخصوص در بحث خاص بیع احتمالی و بیع شانسی) تفاوت قایل شده‌اند. (P.S. Atiyah, John N. Adams, Hector Macqueen, 2001, P.P. 73, 74)

در حقوق کامن‌لا تعهد احتمالی (contingent liability) تعهدی است که منوط به وقوع یک حادثه در آینده یا حادثه‌ی غیرقطعی است. به عنوان مثال حق‌الزحمه‌ی احتمالی (contingent fee) در عقد وکالت با وکیل دادگستری، حق‌الزحمه‌ای است که اگر دعوی مطروحه موفقیت آمیز باشد یا به نحو مطلوبی در خارج از دادگاه حل و فصل گردد، پرداخت خواهد شد و معمولاً مبلغ آن معادل در صدی از نفعی است که به موکل می‌رسد. (Bryan A. Garner, 1999, PP. 315,926)

کلمه‌ی شانس (chance) در حقوق کامن‌لا به معنی بخت، تصادف، فرصت، مجال، اتفاقی، فقدان رابطه‌ی علت و معلولی، یا علیت قابل کنترل یا قابل توجیه، نتیجه‌ی شرایط یا نیروهای نامعین یا نامعلوم، خطر عواقب غیر منتظره، غیر قابل پیش بینی یا غیر عمدی یک عمل، نقطه‌ی مقابل قصد و طرح و امر پیش بینی شده آمده است. (Bryan A. Garner, 1999, PP. 315,926 و آقایی، بهمن، 1382، ص 223). و معامله‌ی شانسی (chance bargain) به معنی وارد شدن در قراردادی است که دارای وضعیت‌ها یا شرایط یا موضوعات تابع شانس و تصادف و بخت نیز باشد. (همان، 1382، ص 223).

نکته‌ای که در تعریف شانس در حقوق کامن‌لا مد نظر بوده است، این است که معامله‌ی شانسی در مقابل معامله‌ی توأم با قصد و طرح و امر قابل پیش بینی قرار دارد. از این رو، یکی از تفاوت‌های عقد شانسی مثل قمار با عقود احتمالی مثل قبالة، تراز، قرارداد مستمری، قرارداد شبانی، مزارعه، مساقات، بیمه و نظایر آن در این است که در عقد شانسی مثل قمار نه تنها قصد انشای انتقال مالی به طرف دیگر وجود ندارد، به عکس تا آخرین لحظه‌ی وقوع حادثه‌ی شانسی منوط به، مثلاً افتادن تاس با شماره‌ی خاصی یا در مثال‌های قدیمی افتادن قاپ به حالت خاصی، هر طرف، قصد تملک مال طرف مقابل و همچنین، حفظ مالکیت خود را دارد. و در فرض بعیدی که کسی اموال طرفین در قمار را عوضین یکدیگر تلقی کند، هر طرف، قصد جمع عوض و معوض را به نفع خود دارد و اموال دو طرف در معامله و نقل و انتقال آنها علت و سبب یکدیگر نیستند. از این رو، اصل بر بطلان عقود شانسی است و به تعبیر قانون مدنی اصل بر بطلان قمار و گروبندی و هر تعهدی که از معاملات نامشروع تولید می‌شود، است. با وجود این، ممکن است، قانون‌گذار بنا به مصالحی، در چنین زمینه‌هایی، مواردی را به صورت استثنایی صحیح بداند. همان‌طور که قانونگذار ایران در مواد 654 و 655 قانون مدنی این اصل و استثنا را بیان نموده است. ماده‌ی 654 ق.م. (اصل) مقرر می‌دارد: "قمار و گروبندی باطل و دعوی راجع به آن مسموع نخواهد بود. همین حکم در مورد کلیه تعهداتی که از معاملات نامشروع تولید شده باشد جاری است." و ماده‌ی 655 ق.م. (استثنا) مقرر می‌دارد: "در دوانیدن حیوانات سواری و همچنین در تیراندازی و شمشیرزنی گروبندی جائز و مفاد ماده‌ی قبل در مورد آن رعایت نمی‌شود." در قانون مدنی فرانسه نیز این اصل و استثنا در مواد 1965 و 1966 بیان شده است. بر خلاف قمار و گروبندی، در عقود احتمالی، نظر به مصادیقی که برای آن ذکر کرده‌اند، که از شمار عقود معاوضی (در معنای اعم)⁹ است، قصد انشای معامله و ایجاد آثاری که با اجرای عقد، به دو طرف بر می‌گردد، وجود دارد. همچنین خطر قابل پیش بینی، مد نظر طرفین است و با علم به خطر متعارف و عقلایی موجود، اقدام به معامله می‌گردد. علاوه بر این، در عرف و در انواع معمول و سنتی عقود احتمالی صحیح، غالباً طرفین به حداقلی از مال دست می‌یابند و در انواع جدید عقود احتمالی، مثل بیمه، یک طرف به مال و طرف

1. در صورتی که عقود مثل بیع، اجاره، ضمان، مزارعه و نظایر آن را عقد معاوضی بدانیم، در برخی موارد، نظیر بیع، عوضین با یکدیگر مبادله و به طرفین منتقل می‌گردد، این موارد، مصداق مسلم عقود معاوضی است. اما در عقد ضمان خواه نقل ذمه یا ضم ذمه، چنین نیست. هم‌چنین در مشارکاتی مثل مزارعه و مساقات، محل و استعداد آورده‌ی یک طرف و عمل طرف دیگر، به عنوان عوضین مقابل هم به طرفین عقد منتقل نمی‌گردد. از این رو، معاوضی در معنای خاص، شامل نظیر بیع است اما در معنای عام ممکن است سایر موارد مذکور و نظایر آنها را نیز عقد معاوضی بدانیم.

دیگر به تعهد ایمنی از خسارات ناشی از حوادث می‌رسد. به عبارت دیگر، بر خلاف عقود شانسی و قمار و گروبندي، بیمه‌گذار حق بیمه را پرداخت و قصد تملیک دارد و بیمه‌گر نیز با قبول ریسک، قصد جبران خسارات بیمه‌گذار و تأمین آرامش خاطر او را دارد. همچنین، در برخی از عقود احتمالی مثل مزارعه و نظایر آن، بر خلاف عقود شانسی، قصد معامله و احتمال عقلایی رسیدن به مقداری مال وجود دارد. در عین حال، لازم به ذکر است، در نظام حقوقی مبتنی بر تفکر دینی، صرف وجود قصد معاملی برای صحت عقد احتمالی کافی نیست. به سخن دیگر، اگر در عقدی احتمال رسیدن به اثر مقصود، ناچیز یا منتفی باشد، چنین عقدی نیز باطل است و از حیث بطلان در شمار عقود شانسی قرار می‌گیرد. خواهیم دید که در عقود احتمالی، خصوصاً در بیع احتمالی، شارع شرایطی اختصاصی برای صحت عقد احتمالی بیان نموده است و با فقدان این شرایط نیز معامله‌ی احتمالی چون عقد شانسی باطل خواهد بود.

در این جا، اجمالاً لازم به ذکر است که، در عقود احتمالی سنتی، مثل مزارعه و نظایر آن، تعهد طرفین در حین عقد، یا مالی که عایدات محل آن را موضوع عقد قرار می‌دهند، در لحظه‌ی وقوع عقد معلوم است و صرفاً عایدات و منافع‌ی که در نتیجه‌ی اجرای این گونه از قرارداد به طرفین می‌رسد، امری احتمالی است. این احتمال با احتمال در عقد بیمه و احتمال و خطری که در بیع احتمالی مطرح است با آنچه که در عقود شانسی مطرح می‌گردد، متفاوت و متمایز است و ضوابط حاکم بر هر دسته از آنها، در محل خود به تفصیل بررسی می‌شود. یکسان دانستن احتمال و خطر در تمام این موارد، خلط مبحث و خطای در تحلیل است.

گفتار دوم: تمیز عقد احتمالی از عقد معلق

در برخی از نوشته‌ها بین عقود احتمالی و عقود معلق از این حیث که معلق‌علیه، امری محتمل الوقوع است، خلط مبحث شده است. به عنوان مثال، در حقوق هند، با وجود این که تعریف قانون از عقد احتمالی منطبق با عقد بیمه و نظایر آن است و در بحث از تعریف عقد احتمالی به آن اشاره شد، برخی از نویسندگان، از طرفی قرارداد بیمه و قرارداد جبران خسارت در صورت وقوع حادثه‌ای زیان‌بار را به عنوان مصداق عقد احتمالی ذکر کرده‌اند و از سوی موارد تعلیق در وقوع عقد را نیز به عنوان مصداق عقد احتمالی بیان کرده‌اند. و مثلاً گفته‌اند اگر شخص "الف" ده بسته کتان را به مبلغ بیست هزار روپیه منوط به این که کشتی حامل آنها به سلامت برسد، به شخص "ب" بفروشد، چنین عقدی نیز مصداق عقد احتمالی است. باید گفت، مثال بیمه بی‌تردید مصداق عقد احتمالی است اما مثال اخیر، مصداق عقد معلق است و در

عین حال، خواهیم دید که مثال مناسب بیع احتمالی نیز نخواهد بود. (M.C.Kuchhal, 1999, PP., 112-114)

همچنین، برخی در حقوق کامن‌لا در مواردی که مالک مال غیر منقولی قصد تبدیل آنرا به ملک دیگری داشته باشد و معامله‌ی دوم را منوط به فروش ملک خود، در زمان معینی نماید، این حالت را که در واقع، وقوع معامله‌ی خرید ملک جدید، منوط و معلق به وقوع بیع ملک موجود آن شخص، در زمان معینی است، به مسامحه بیع احتمالی تلقی می‌نمایند. (<http://www.ehow.com>, 1389).

برخی به درستی برآنند که تفاوت مهم این دو مفهوم (عقد احتمالی و عقد معلق) در این است که، در عقد معلق، مبادله‌ی دو عوض بستگی به امر نامعلوم دارد، لیکن در عقد احتمالی، معاوضه به‌طور منجز انجام می‌گیرد و فقط مقدار عوض بر حسب وقوع رویدادی که مورد تراضی قرار گرفته است، تعیین می‌شود. وانگهی، عقد احتمالی یکی از اقسام عقود معوض (معاوضی) است، در حالی که تعلیق در باره‌ی تمام قراردادهای امکان دارد. (دکتر ناصر کاتوزیان، الف، 1380، ص 125 و جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، ب 1382، ش 350).

به عبارت دیگر، در عقد معلق، معلق‌علیه امر محتمل الوقوعی است که با وقوع یا عدم وقوع آن، عقد معلق واقع می‌شود یا اساساً محقق نمی‌گردد، اما در مباحث آتی خواهیم دید که عقد احتمالی عقد منجز و معاوضی است که امر محتمل الوقوع، در آثار مستقیم یا غیر مستقیم آن، یعنی در میزان تعهد یک طرف یا طرفین عقد یا در میزان عایداتی که با اجرای تعهدات ناشی از عقد حاصل می‌شود، مؤثر است.

گفتار سوم: تمیز عقد احتمالی از عقد مخاطره

برخی به جای عنوان عقد احتمالی عنوان عقد مخاطره را ترجیح داده‌اند و یا برای معادل فرانسوی آن عقود بختکی را به کار برده‌اند و برآنند که عنوان عقد مخاطره در فقه دیده شده است بدون این‌که تعریفی از آن

نموده یا مباحث آن را جداگانه مدون کرده باشند. (جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، ب 1382، ص 203).

لازم به ذکر است که کلمه‌ی مخاطره، در کتب فقهای اهل سنت بر خلاف امامیه به کار رفته است اما آنها نیز آن را مترادف قمار یا غرر به کار برده‌اند.¹⁰ از این رو با این سابقه، و برای هم‌سویی با حقوق جهانی و سایر صاحب نظران در فقه امامیه و حقوق ایران، بهتر است از همان اصطلاح عقد احتمالی استفاده کنیم.

از این دیدگاه، (جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، ب 1382، ص 206 و 207) عقود مخاطره اعم از عقود احتمالی است و عناصر آن عبارت است از:

اول- عقد مالی خواه معوض باشد یا نباشد مانند عقد ضمان که علم به مضمون عنه و مضمون له و دین مورد ضمان، شرط صحت عقد ضمان نیست. در همین عنصر، عقد مخاطره‌ی ما با عقد بختکی در حقوق فرانسه فرق پیدا کرده است زیرا در حقوق فرانسه، عقد بختکی عقد معوض است. پس عقد ضمان نزد ما عقد مخاطره است اما در فرانسه عقد بختکی نیست.

دوم- دخالت دادن عمدی خطر (ریسک) در عقد، مانند بیمه عمر، تراز، قبالة، قرارداد شبانی.

سوم - استقبال خطر، مورد حاجت عمومی (= حاجت نوعی) است.

لازم به ذکر است، بر خلاف تعریف دیگران که عقد احتمالی را مختص عقود معاوضی می‌دانند، با توجه به این که عقد مخاطره مفهومی اعم از عقد احتمالی دانسته شده است، در نتیجه، شامل برخی از عقود معاوضی و غیر معاوضی است. به عبارت دیگر، مبدع اصطلاح عقود مخاطره، حتی عقد ضمان و رهن را به وجهی غیر معاوضی تلقی کرده‌اند و در شمار عقود مخاطره آورده‌اند. با وجود این، باید توجه داشت که با این گونه اصطلاح سازی، عقد مخاطره اعم از عقد احتمالی خواهد بود که تلویحاً مورد توجه این صاحب نظر نیز بوده است. (جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، ب، 1382، ص 207 و 208) و در هر حال، ایجاد اصطلاح اعم در یک علم ما را از بررسی ماهیت عنوان اخص (عقد احتمالی)، بی‌نیاز نمی‌کند. علاوه بر این باید توجه داشت، در عقد ضمان از دین ثابت و رهن برای دین ثابت آنچه که بر عهده‌ی ضامن قرار می‌گیرد، در واقع در زمان عقد، مقدار مشخصی است و احتمال در آن را ندارد. و عدم علم به مقدار دین مضمون‌به نیز موجب احتمالی شدن عقد نیست. البته برخی از حالت‌های عقد ضمان و عقد رهن از جمله این که اگر ضامن یا راهن عهده‌دار تأدیه‌ی دینی، بعلاوه‌ی سود یا کارمزد و متعلقات آن شود، در این حالت، تا زمان تأدیه‌ی دین - که عملاً مطالبه‌ی از ضامن یا وصول از مال مرهون، منوط به اقدام طلب کار است- مقدار نهایی طلب کم یا زیاد خواهد شد، و نوعی از احتمال قابل تصور است که در این نوشته قصد ورود به این حالات خاص را نداریم.

عنصر دومی که در نظر مذکور برای عقد مخاطره فایده‌ی شده‌اند، یعنی دخالت دادن عمدی خطر و استقبال از خطر در مورد حاجت عمومی و نوعی، برای تشخیص ماهیت عقد احتمالی نیز قابل تأمل و توجه است.¹¹ و

می‌توان بر این مطلب افزود که در نظام حقوق اسلامی، عقود احتمالی از جهتی با مباحث صحت معامله با علم به غبن و معامله با برائت از عیب زمینه‌ی ارادی یکسانی دارد. به عبارت دیگر، وقتی در یک نظام حقوقی، جایز است که اشخاص با علم به غبن فاحش از بخشی از ارزش معاملی صرف نظر کنند یا با وجود

1. برای دیدن موارد استفاده از کلمه‌ی مخاطره در معنی قمار یا غرر، در فقه عامه، از جمله ر.ک. به: ابوالبرکات، بی تا، ص 509 و الحطاب الرعینی، 1416، ص 119 و الامام مالک، 1323، ص 520

1. لازم به ذکر است برخی از صاحب نظران استقبال از خطر در توجیه صحت عقد احتمالی را فراتر از مباحث فوق بسط داده‌اند و بر این باورند که اگر امر مورد نظر و منوط به امور احتمالی در زمان عقد در واقع موجود نباشد، هرچند طرفین آن را موجود محسوب دارند، عقد باطل است. مثلاً اگر منزلی را به دیگری منتقل کنند تا انتقال گیرنده مادام الحیات مبالغی (به عنوان نفقه) به ثالث بپردازد و بعد معلوم گردد که ثالث، حین عقد فوت کرده بوده است، عقد باطل است، اما اگر متعاقدان نظر به احتمال وقوع حادثه قبل از توافق نیز داشته باشند، عقد آنها صحیح است. به عنوان مثال اگر کشتی در دریا باشد و صاحب آن به بیمه گر مراجعه و آن را بر این مبنا که خواه غرق شده، خواه غرق نشده باشد، بیمه نمایند و در لحظه‌ی انعقاد عقد، طرفین به سلامت یا غرق کشتی آگاه نباشند، در این حالت عقد بیمه صحیح است، هرچند که معلوم شود که در زمان عقد غرق شده بوده است. (عبدالرزاق احمد السنهوری، 1998، ص 141).

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 گردد، با اراده‌ی خود چنین خطری را نسبت به مال خود پذیرفته است و از آنجا که با علم به استقبال این خطر رفته است، علی‌القاعده نزاع یا ادعای بعدی او نیز مسموع نیست و بر این اساس، در چنین معامله‌ای قطع ریشه‌ی نزاع از سوی یک نظام حقوقی و حکم به بطلان معامله از این حیث نیز مطرح نیست تا در نتیجه، صحت معامله، مردود اعلام گردد. البته وقوع نزاع بر اساس غبن در عقود احتمالی، از دو حیث مطرح است که در بحث غبن در عقود احتمالی و غبن در بیع احتمالی، به تفصیل بررسی می‌شود.

مبحث سوم: انواع عقد احتمالی بر مبنای مصادیق بارز آنها

با بررسی مصادیقی که برای عقد احتمالی بیان شده است، ملاحظه می‌شود که در برخی از این مصادیق میزان تعهداتی که برای یکی از طرفین ایجاد می‌گردد، منوط بر امور محتمل الوقوع است و در مصادیق دیگر، میزان تعهدات دینی یا عینی طرفین، حسب مورد، معلوم و معین است اما با اجرای تعهدات ناشی از عقد، آنچه که برای طرفین حاصل می‌گردد منوط به امور محتمل الوقوع است. از این رو، با توجه به این وجه تمایز، این عقود در دو دسته و در دو قسمت بررسی می‌گردند.

گفتار اول: احتمال در میزان تعهد دینی یا عینی و مصادیق بارز آنها

در برخی از مصادیق عقود احتمالی، میزان تعهداتی که برای یکی از طرفین ایجاد می‌گردد، مثل عقد بیمه و نظایر آن، منوط بر اموری محتمل الوقوع است. از طرفی وقتی در عقد احتمالی، آورده‌ی یکی از طرفین، منافع یا عین حاصل از مال معینی است، مثل عقد شبانی یا راعی، چنانچه بگوییم که میزان تعهداتی که ایجاد می‌گردد، منوط بر امور محتمل الوقوع است، در واقع دقت مناسب صورت نگرفته و مسامحه در تعبیر خواهد بود و این مسامحه در بررسی مصادیق و خصوصاً در بیع احتمالی آشکار خواهد شد. به سخن دیگر در دسته‌ای از عقود احتمالی، تعهد یک طرف، عایدات احتمالی حاصل از محل مال معین است و به همین جهت، می‌توان تعهد او را تعهد عینی دانست. از این رو، در این قسمت ابتدا بحث احتمال در میزان تعهد دینی و مصادیق بارز آن و سپس احتمال در میزان تعهد عینی و مصادیق بارز آن مورد بررسی قرار می‌گیرد.

بند اول: احتمال در میزان تعهد دینی و مصادیق بارز آن

در ذیل این عنوان در دو قسمت ابتدا بحث مفهوم احتمال در میزان تعهد و سپس مصادیق بارز آن را بررسی می‌کنیم.

الف) مفهوم احتمال در میزان تعهد دینی

در برخی از عقود احتمالی، احتمال در میزان تعهد مطرح است. به عبارت دیگر، وقتی تعهدات ناشی از عقد را در نظر بگیریم ملاحظه می‌گردد که میزان تعهدی که بر عهده‌ی شخص قرار می‌گیرد، تا پایان جریان عقد، در معرض کم یا زیاد شدن و یا حتی در معرض زوال بدون انجام تعهد یا دادن مالی به طرف تعهد یا ثالث است. عقود بیمه (در انواع مختلف آن) و عقد مستمری در این دسته و گروه قرار می‌گیرند. به عنوان مثال در عقد بیمه، بیمه‌گذار مبلغ مشخصی را می‌پردازد، اما بیمه‌گر ممکن است تا پایان جریان عقد و وقوع حوادث احتمالی، مسئول پرداخت مبالغی کم یا مسئول پرداخت حداکثر تعهدات و یا با عدم وقوع حادثه‌ای در پایان عقد تعهدات او بدون دادن مالی یا انجام تعهدی زایل گردد. در ذیل مصادیق بارز احتمال در میزان تعهد را به اختصار مرور می‌کنیم.

ب) مصادیق بارز احتمال در میزان تعهد دینی

از مصادیق بارز وجود احتمال در میزان تعهد، عقود بیمه و تعهد پرداخت مستمری است. به نظر می‌رسد، با گذشت زمان و ابداع انواع جدید بیمه یا موارد نظیر آن نباید این مصادیق را حصری تلقی کنیم. به عنوان مثال تعهد به جبران خسارت احتمالی (مثل این که در زمان استخدام فردی، شخصی ملتزم گردد خسارت احتمالی ناشی از عمل مستخدم را تأدیه کند) نیز امروزه رواج یافته است و گرایش به توجیه صحت آن بنا به نیاز عمومی روز افزون است. در هر حال، در این قسمت، صرفاً مصادیق بارز احتمال در میزان تعهد را مرور می‌کنیم.

1- عقد بیمه و احتمالی بودن آن

به نظر برخی، در عقد بیمه حدود سود و زیان دو طرف هنگام امضای پیمان معین نیست و بستگی به وقوع حادثه‌ی نامعلوم در آینده دارد. (دکتر ناصر کاتوزیان، الف، 1380، ص 124) با وجود این، باید توجه داشت، در هر عقد بیمه‌ای، میزان تعهد بیمه‌گذار و مبالغی را که باید بپردازد معلوم است. از طرفی حدود تعهدات بیمه‌گر یعنی سقف و کف تعهدات او نیز مشخص است. در عین حال، در این قرارداد، میزان تعهدات بیمه‌گر، یا حتی زوال تعهدات او، منوط به اموری احتمالی (محتمل الوقوع) است. با وجود این، در برخی از انواع عقد بیمه، مثل بیمه‌ی عمر، بحث زوال انجام تعهدات منتفی است. صرف نظر از این که، در برخی از انواع بیمه، وقتی تعهد بیمه‌گر جبران خسارت احتمالی است. و با حدوث حادثه‌ی منوطه، ممکن است ثالث یا بیمه‌گذار منتفع گردد، در این حالات، ممکن است با وقوع حادثه یا عدم وقوع آن، بیمه‌گر ملزم به پرداخت سقف تعهد شود -که مبلغ هنگفتی است و تناسبی با مبلغ حق بیمه‌ی در یافتی او ندارد- و یا هیچ نپردازد. از این رو، اگر عقد بیمه را به صورت موردی، در نظر بگیریم ممکن است غرری و باطل تلقی گردد. ظاهراً به همین جهت برخی در گذشته بیمه‌ی خسارت مال التجاره در زمان حمل و بیمه‌ی عمر و بیمه‌ی سلامت منازل مسکونی از حریق و امثال آن را باطل دانسته و طرق دیگری را برای نیل به مقصود از این عقود پیشنهاد نموده‌اند. (سید محمد کاظم یزدی، سوال و جواب، استفتائات و آراء، 1376، ص 188 و 189، سوال و جواب 312 و 313). اما در عمل با حساب احتمالات، در مجموع مقررات بیمه‌گری، در عقد بیمه، چنان روابط و مبالغ حاصله برای بیمه‌گر تنظیم می‌گردد که نه تنها معاملات بیمه برای او خطری و زیان بار نیست، بلکه عقد بیمه برای بیمه‌گر، یکی از پردرآمدترین مشاغل در دنیای کنونی است.

2- بیمه‌ی حوادث

برابر ماده‌ی 1 قانون بیمه مصوب 7 اردیبهشت ماه 1316: "بیمه عقدی است که به موجب آن یک طرف تعهد می‌کند در ازای پرداخت وجه یا وجوهی از طرف دیگر در صورت وقوع یا بروز حادثه، خسارت وارده بر او را جبران نموده یا وجه معینی بپردازد. متعهد را بیمه‌گر، طرف تعهد را بیمه‌گذار، وجهی را که بیمه‌گذار به بیمه‌گر می‌پردازد حق بیمه و آنچه را که بیمه می‌شود موضوع بیمه نامند". بیمه حوادث خود دارای انواع و اقسام مختلفی است.

در احتمالی بودن عقد بیمه حوادث، باید توجه داشت که اولاً تعهد بیمه‌گذار معلوم و معین و مقدار ثابتی است. ثانیاً سقف تعهدات بیمه‌گر نیز معلوم است. در عین حال، اگر حادثه‌ای واقع نشود، در پایان قرارداد، تعهد بیمه‌گر ساقط می‌شود. چنانچه حادثه‌ای واقع و موجب خسارت گردد، ممکن است میزان تعهد بیمه‌گر بین حداقل و حداکثر تعهدات او محقق گردد. از این رو، احتمالی بودن عقد بیمه‌ی حوادث، در زمان انعقاد قرارداد مربوط به تعهد بیمه‌گر است.

3- بیمه‌ی عمر

برابر ماده‌ی 23 قانون بیمه: "در بیمه عمر.. مبلغ پرداختی بعد از مرگ.. باید به طور قطع در موقع عقد بیمه بین طرفین معین شود".

در احتمالی بودن عقد بیمه‌ی عمر، مبلغ پرداختی بعد از فوت بیمه‌گذار در موقع قرارداد بیمه به طور قطع تعیین می‌گردد. از این رو، میزان تعهدات بیمه‌گر از ابتدا معلوم و معین است. به عکس، میزان حق بیمه و این که به چه مقدار پرداخت خواهد شد، منوط به عمر بیمه‌گذار است که ممکن است به فاصله‌ی کمی از انعقاد عقد بیمه، موت اتفاق افتد و بیمه‌گذار حداقل مبلغ مقرر را بپردازد یا سالهای متمادی عمر کند و به همان نسبت مبالغ بیشتری را بپردازد. بنابر این احتمالی بودن عقد، به تعهدات بیمه‌گذار مربوط است که منوط به میزان عمر او است. در عمل صور مختلفی در بیمه‌ی عمر مطرح است که ما در این نوشته به اختصار در صدد بیان احتمالی بودن آن و تمایز آن با احتمالی بودن بیمه‌ی حوادث هستیم و به همین مقدار اکتفا می‌کنیم.

4- قرارداد مستمری

در قانون مدنی فرانسه، عقد مستمری¹² از عقود احتمالی است و مواد 1968 تا 1983 این قانون به احکام

¹². Le contrat de rente viagère = Contracts for life annuity.

عقد مستمری شامل شرایط صحت و آثار قرارداد بین طرفین عقد، اختصاص یافته است. به نظر برخی، قرارداد مستمری موضوع مواد 768 تا 770 قانون مدنی ایران از عقود مخاطره است. (جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، ب 1382، ش 352). با وجود این باید توجه داشت، در قرارداد مستمری موضوع مواد مذکور در قانون مدنی ایران، مال الصلح معین و مدت نفقه نیز معین است، همچنین نفقه نیز باید معین باشد. حال در صورتی که ادعا گردد که صحت قرارداد مستمری در صورتی است که علاوه بر تعیین نوع نفقه، مقدار نفقه نیز باید معین باشد، در این حالت، احتمال یا به تعبیر برخی مخاطره وجود ندارد. اما اگر قبول نماییم که تعیین عنوان نفقه کافی است و مقدار آن حسب تفاوت ارزش آن در زمانهای مختلف، ثابت نخواهد بود، در این صورت، میزان تعهد متعهد مستمری، بسته به تحولات آینده، تغییر می‌یابد و در این حالت، عقد مستمری را می‌توان از عقود احتمالی محسوب داشت.

در هر حال، در قانون مدنی ایران، نظر به مواد 768 و 769 در حالاتی که مستمری و نفقه برای مدت عمر فردی و پس از فوت او به وارث او داده می‌شود، مدت تأدیه باید معین باشد. حال در فرضی که حکم ماده 768 ق.م. را در تعیین مدت برای مستمری امری ندانیم، و تعیین مستمری برای مدت عمر فرد که زمان آن مشخص نیست را ممکن بدانیم، از این حیث نیز، از عقود احتمالی خواهد بود. لازم به ذکر است، در قوانین استخدامی بخش دولتی و قانون کار، تعیین مستمری و بازنشستگی برای مدت حیات فرد و پس از او، برای وارث واجد شرایط وی تا زمان بقای شرایط، از تعهدات قانونی است که به تبع رابطه‌ی استخدامی ایجاد می‌گردد و در فرضی که علاوه بر قانونی بودن تعهدات، ریشه‌ی قراردادی نیز برای چنین تعهداتی در نظر گرفته شود، این حالات نیز مصداق بحث حاضر خواهند بود. مستمری ناشی از مسئولیت مدنی و بر اساس حکم مقام قضایی نیز در مواد 3، 5 و 6 قانون مسئولیت مدنی پیش بینی شده است که خارج از بحث حاضر است.

بند دوم: احتمال در میزان تعهد عینی و مصادیق بارز آن

ممکن است یکی از عوضین در عقد، به جای تعهدات شخصی، عایدات از محل مال معینی باشد که میزان آن منوط به امور خارجی است. این حالت نیز مصادیقی دارد که در دو قسمت، ابتدا مفهوم احتمال در میزان تعهد عینی و سپس مصادیق بارز آن را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

الف) مفهوم احتمال در میزان تعهد عینی

اگر در عقدی به جای آن که یکی از طرفین انجام امری را در مقابل دیگری بر ذمه بپذیرد و احتمال در این تعهد مطرح گردد، عایدات آینده مال معینی را که میزان آن عایدات، منوط به امور خارجی است و ممکن است کاستی یا فزونی یابد، به عنوان یکی از عوضین تعیین نمایند، در این حالت، نیز عقد احتمالی خواهد بود. از مصادیق بارز این دسته از عقود احتمالی می‌توان به قرارداد شبانی یا به تعبیر فقهی آن عقد راعی و همچنین اجاره‌ی شیل برای صید ماهی اشاره کرد.

ب) مصادیق بارز احتمال در میزان تعهد عینی

از مصادیق بارز عقود احتمالی که احتمال در میزان تعهد عینی راه دارد، قرارداد شبانی یا به تعبیر فقهی عقد راعی و اجاره‌ی شیل برای ماهی است که در این قسمت به اختصار بررسی می‌گردد.

1- قرارداد شبانی یا عقد راعی

قرارداد شبانی (محمد جعفر جعفری لنگرودی، الف، ص 110) یا عقد راعی صرف نظر از مباحثی که در انواع و شروط صحت آن مطرح است،¹³ در برخی از حالات از عقود احتمالی است. ممکن است راعی یا شبان اجاره شود به لبن یا پشم متجدد یا نسل. (فخر المحققین، ابی طالب محمد بن الحسن بن یوسف بن المطهر الحلّی، 1388، ص 247 و محقق الکرکی، الشیخ علی بن الحسین، ب، 1408، ص 104).¹⁴ به عبارت دیگر، در قرارداد

1. برای ملاحظه‌ی ضرورت ذکر و ضبط 7 وصف در عقد راعی ر.ک. : الطوسی، ابو جعفر محمد بن الحسن بن علی الطوسی (معروف به شیخ طوسی)، 1387، ص 172

2. و لو استأجر... الراعی باللبن، او الصوف المتجدد، او النسل،... فالأقرب الجواز

شبان‌ی و عقد راعی، عمل راعی و شبان در حفظ و نگهداری و تعلیف احشام، در مقابل استفاده از شیر یا پشمی که از حیوان عاید می‌گردد و یا نتاجی که از آنها حاصل می‌گردد، قرار می‌گیرد. در این حالت، عمل راعی و شبان معلوم و معین است از طرفی تعداد احشام نیز معلوم و معین است اما این که نتیجه‌ی تعلیف احشام مثلاً چاقی و افزایش وزن آنها در خاتمه‌ی قرارداد چه مقدار است و خصوصاً این که چه مقدار شیر و پشم یا نتاج از آنها برای راعی (در مقابل تعهد او) عاید می‌گردد، منوط به امور متعدد محتمل الوقوع در آینده است. و اگر عمل راعی را عوض در نظر بگیریم، میزان معوض آن (عایدات حاصل از محل مال معین) ممکن است کم یا زیاد شود و از این حیث از عقود احتمالی محسوب می‌گردد.

2- اجاره‌ی شیل برای صید ماهی

به نظر برخی، اجاره‌ی شیلات نیز از عقود مخاطره (و احتمالی) است. عنوان اجاره‌ی شیلات به ویژه در شمال ایران زبان‌زد است. رودهایی که از حواشی سلسله جبال البرز سرچشمه می‌گیرد و پس از طی فاصله‌ای نه چندان دراز به دریای خزر می‌ریزند، مأمّن برای تخم‌گذاری ماهیان بحر خزر است. برخی صیادان یکی از رودها را اجاره می‌گیرند و بندی از نی و چوب موقت بر آن می‌نهند تا آبگیری پدید آید و مجمع ماهیان شود و آنگاه آنها را صید کنند. مقدار اجاره بها معلوم است. ولی در عوض چه مقدار ماهی به چنگ می‌آورد، معلوم نیست. پس به عنوان عقد اجاره به علت غرر باطل است. ولی زیر عنوان مراضات اشکال ندارد. (جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، ب 1382، ص 223) با قبول صحت این عقد، مستأجر مبلغی ثابت می‌پردازد اما این که در مدت قرار داد چه مقدار صید به‌دست می‌آورد در تمام دوره های اجاره یکسان نیست و کاستی و فزونی می‌یابد و اگر مبلغ پرداختی او را عوض قراردادی در نظر بگیریم، مقابل و میزان معوض آن که عایدات رودخانه‌ی معینی است، امری احتمالی خواهد بود.

گفتار دوم: احتمال در آثار اجرای تعهد ناشی از عقد و مصادیق بارز آن

در برخی از مصادیق عقود احتمالی میزان تعهدات و آورده‌ی طرفین معلوم و معین است اما با اجرای تعهدات ناشی از عقد، آنچه که برای طرفین (هر دو طرف) حاصل می‌گردد، منوط به اموری محتمل الوقوع است. در این قسمت، ابتدا مفهوم احتمال در آثار اجرای تعهد ناشی از عقد و سپس مصادیق بارز آن بررسی می‌گردد.

بند اول: مفهوم احتمال در آثار اجرای تعهد ناشی از عقد

به تعبیری در این عقود هدف به‌طور معمول سود جویی است. ولی سودی احتمالی و نامعلوم که در آینده به‌دست می‌آید و حاصل کار و سرمایه‌ی اطراف عقد است. در جوهر این اتحادها نوعی معاوضه به چشم می‌خورد، لیکن یا مقدمه‌ی مشارکت است یا یکی از دو عوض احتمالی است. مانند مزارعه، (دکتر ناصر کاتوزیان، الف، 1380، ص 133 و 134). مواردی از عقود احتمالی نظیر عقد مزارعه را تحت عنوان مشترک عقود مشارکات نیز قرار داده‌اند. (دکتر سید مصطفی محقق داماد، 1388، ص 162). البته باید توجه داشت، عقد مشارکت مدنی به منظور ایجاد اشاعه، در فرض صحت، با این دسته از عقود مشارکات تفاوتی دارد، ولی ما در این نوشته در صدد بیان این تفاوتها نیستیم. به سخن دیگر، در برخی از عقود احتمالی، میزان تعهدات و آورده‌ی طرفین معلوم و معین است اما با اجرای تعهدات ناشی از عقد، آنچه که برای طرفین (هر دو طرف، نه مثل مباحث پیشین برای یک طرف عقد) حاصل می‌گردد، منوط به امور محتمل الوقوعی است، نظیر مزارعه، مساقات و غیره که مصادیق بارز آن در بحث بعدی بررسی می‌شود.

بند دوم: مصادیق بارز احتمال در آثار اجرای تعهد ناشی از عقد

مصادیق بارز عقود احتمالی که آورده و تعهدات طرفین در زمان عقد معلوم و معین است اما طبیعت عقد چنان است که با اجرای تعهد ناشی از عقد عایداتی به‌دست می‌آید که همواره مقدار ثابتی نیست و ممکن است کاستی یا فزونی یابد، عبارتند از: عقد تراز، قبالة، مزارعه، مساقات و مضاربه که احتمالی بودن آنها، به ترتیب در این قسمت بررسی می‌گردد.

همان‌طور که برخی از حقوق‌دانان آورده‌اند (جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، ب 1382، ش 380) و با بررسی که از دامداران و عشایر مناطق چهار محال بختیاری، توسط نگارنده، به عمل آمد، تراز عقدی رایج بوده است. و آن عقدی است که یک طرف تعداد معین و معلومی دام می‌دهد و طرف مقابل تعهد به تعلیف و حفظ و نگهداری آنها می‌کند و منافع و نتایج دامها بنا به عرف محل بین طرفین تقسیم و معمولاً تنصیف می‌گردد. تراز یکی از عقود مخاطره (و احتمالی)، است و آن عقدی لازم است و به نظر برخی (جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، همان) با عناصر ذیل:

اول - عقدی است مالی که گونه‌ای از تعویض در آن هست.

دوم - عقد مخاطره (و احتمالی) است زیرا در مَصَّب تراضی عاقدین، نوعی استقبال از مخاطره دارد. نهی از غرر (در حدیث نبوی) ناظر به عقود مغایبه است، شامل عقود مخاطره نیست. اجاره عقد مغایبه است، پس با ذکر عنصر دوم، اجاره از مفهوم تراز خارج شد.

سوم - معقود علیه، تعداد معینی دام است که از هر جهت معلوم است.

چهارم - عاقدی که مالک دامها نیست تعهد حفاظت دامها را می‌کند از راه تعلیف و بهداشت دامها و تهیه آغل و مأمن و مانند اینها در حدود عرف عادت.

پنجم - قبول تعهد مالی به هر یک از صور ذیل بر حسب اختلاف عرف بلاد:

(1) تنصیف منافع دام (پشم، شیر، و مواد حاصل از آن مثل روغن، کشک و...) بین دو طرف عقد.

(2) تنصیف نتایج دامها

(3) ضمان مرگ و میر دامها که حافظ دامها بر عهده می‌گیرد. یعنی اگر برای حفاظت، صد رأس گوسفند قبول می‌کند، پس از ختم مدت عمل‌کرد، باید صد رأس بدهد به همان سن و سال که در تاریخ عقد ستانده بود، در عوض این ضمان، تمام منافع دامها از آن حافظ است و اگر نتایج زیادتر بود آن زیاده هم مال حافظ باشد.

در هر سه صورت مزبور غرر و خطر هست (مخاطره) و در تاریخ انعقاد عقد تراز، روشن نیست که مقدار ارزشی که تحصیل می‌شود دقیقاً چه مقدار است، پس تراز به معیار مخاطره، عقد مخاطره است و به معیار مجهول بودن ارزشی که تحصیل می‌شود، عقد بختکی (=احتمالی) است.

2- قباله

قباله در لغت سند تعهد و یا الزامی از کار یا بدهی یا جز آن است. (فواد افرام البستانی، 1375، ص 681) در فقه اصطلاح القباله، حق القباله و مال القباله به کار رفته است. و از مصادیق آن قراردادی است که موضوع آن زمین مأخوذ به سیف عنوه یا درختان میوه است که حاکم آنرا به هر کس که اقدام به آبادانی کند می‌دهد و از محصول آن نصف و غیره می‌گیرد و آنچه می‌ستاند را مال القباله یا حق القباله می‌گویند. (العلامه حلی، ابی منصور الحسن بن یوسف بن المطهر ج 9 و ج 1 و ج 2، بی تا، صص 189 و 427 و 354) برخی از حقوق‌دانان در تعریف قباله گفته‌اند: عقدی است بین شرکای درخت میوه یا باغ یا زراعت. برخی از شرکا در برابر دیگری یا دیگران در زمانی که زراعت دانه بسته است و یا میوه‌ی درخت رسیده است با جلب نظر کار شناس (= خراص) در کل مقدار محصول، پیش از برداشت، از حصه‌ی خود به نفع شریک یا شرکای دیگر گذشت می‌کند و طرف او هم تعهد می‌کند که حصه‌ای معین از محصول مشترک را به او بدهد، یک تعهد اسقاط در برابر تعهد اثبات به صورت معاوضه صورت می‌گیرد. عقد قباله بیع نیست زیرا در بیع مشتری پیش از عقد بیع، در مبیع حقی ندارد، به عکس قباله. قباله عقدی مستقل است. (جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، ج، 1378، ص 2586).

عقد قباله اعم از مساقات و مزارعه است. از نظر زمان می‌تواند بیش از یک‌سال باشد و ممکن است بنا به توافق

شامل حصه‌ای از هر آنچه از زمین حاصل یا اخراج می‌گردد مثل علوفه نیز باشد. (برای ملاحظه نظرات فقهی ر.ک. به: العلامة حلّی، ابی منصور الحسن بن یوسف بن المطهر الاسدی، ج 2، بی تا، ص 345 و محقق الکرکی، علی بن عبد العالی، الف، بی تا، ص 41). در عقد قبالة نیز آورده‌ی طرفین در زمان عقد معلوم و معین است و احتمالی بودن عقد از این حیث است که با اجرای تعهد ناشی از عقد، میزان عایدات، مقدار ثابتی نیست و ممکن است از حالت عادی و مورد انتظار کمتر یا بیشتر باشد.

3- عقد مزارعه

کلمه‌ی مزارعه در لغت از باب مفاعله و مشتق از زرع می‌باشد و اقتضای مشارکت را دارد مزارعه معامله زمین در برابر سهمی از محصول آن تا مدتی معلوم می‌باشد. مزارعه به دو نفر نسبت داده می‌شود، از آن جهت که یک طرف (مالک زمین)، از دیگری درخواست کار می‌کند و آن دیگری (عامل در زراعت) عمل می‌کند. (الجبعی العاملی (الشهید الثانی)، زین الدین، بن علی بن احمد عاملی، 1398، ص 275) برابر ماده‌ی 518 ق.م.:"مزارعه عقدی است که به موجب آن احد طرفین زمینی را برای مدت معینی به طرف دیگر می‌دهد که آن را زراعت کرده حاصل را تقسیم کنند".

عقد مزارعه نیز از جمله عقود است که اثر ناشی از اجرای آن منوط به امور مختلف خارجی است و به عبارت دیگر حاصل مزارعه ممکن است از حد معمول کمتر یا بیشتر باشد. از این رو، از عقود احتمالی محسوب شده است. آورده طرفین در مشارکت، زمین، بذر سایر عوامل و عمل عامل است. در مورد تعهدات و آورده‌ی طرفین عقد، احتمال راه ندارد و مطرح نیست اما نتیجه‌ی اجرای این عمل حقوقی و آنچه عاید طرفین خواهد شد، احتمالی است.

4- عقد مساقات

مساقات در لغت از مصدر باب مفاعله از کلمه‌ی سقی به معنای سیراب کردن است و با این‌که در عمل درخت کاری، اعمال متعددی لازم است. ولی عنوان از سقی که آن نیز از اعمال لازم در این خصوص می‌باشد مشتق گردیده است و جهت آن این است که سودمندترین کارها در اصل این عمل، همان آبیاری است و آن اصل که منشأ تشریح این عقد واقع شده، باغ‌ها و نخلستان‌های حجاز می‌باشد که از آب چاه‌های حفاری شده با هزینه‌ی سنگین آبیاری می‌شوند، ولی از لحاظ شرع مساقات معامله‌ای نسبت به درختان در برابر سهمی از ثمره‌ی آنها می‌باشد با قید درختان، مزارعه و با ذکر "سهم" اجاره‌ی درختان خارج گردید، زیرا اجاره در برابر حصه‌ی مشاع واقع نمی‌گردد. منظور از ثمره هم معنای متعارف آن یعنی میوه است، زیرا برخی در صحت معامله‌ای که مقصود از آن، برگ و گل درخت است تردید کرده‌اند. حال چنانچه این امور نیز داخل شوند، لازم است از ثمره، نمای درخت اراده شده باشد تا برگ و گل مقصود از معامله را هم شامل گردد. (الجبعی العاملی (الشهید الثانی)، زین الدین، بن علی بن احمد عاملی، 1398، ص 309).

برابر ماده‌ی 543 ق.م.:"مساقات معامله‌ای است که بین صاحب درخت و امثال آن با عامل در مقابل حصه‌ی مشاع معین از ثمره واقع می‌شود و ثمره اعم است از میوه و برگ گل و غیر آن". در زمان انعقاد عقد مساقات، آورده‌ی طرفین یعنی درخت و امثال آن از یک طرف و عمل متعارف عامل از سوی دیگر، معلوم و معین است اما روشن نیست که مقدار ثمره‌ای که تحصیل خواهد شد دقیقاً چه میزان است، پس مساقات به معیار مجهول بودن میزان آنچه که عاید می‌گردد و ممکن است از مقدار عادی و مورد انتظاری که معمولاً تحصیل می‌شود، کمتر یا بیشتر باشد، عقد احتمالی است.

5- عقد مضاربه

مضاربه عقدی است که شخص به طرف مقابل خود مالی می‌دهد تا در برابر سهم معینی از سود آن با آن کار کند و مضاربه ممکن است گرفته شده از "ضرب فی الارض" باشد. به این معنی که در زمین سیر کنید و چون عامل جهت تلاش در تجارت و تحصیل سود اقدام به مسافرت می‌کند و این امر به واسطه‌ی درخواست صاحب مال صورت می‌گیرد و در نتیجه اقدام طرفینی است، بدین لحاظ آن را مضاربه خوانده‌اند. یا ممکن است که مشتق از ضرب الشيء بالشیء به معنای آمیختن باشد و چون هر یک از اصحاب مال و عامل در سود به مقدار معینی شریک هستند، از این رو، عقد مزبور را مضاربه نامند. و یا ممکن است که به معنای تصرف در شیء و تبدیل و تعویض کردن است و چون عامل جهت تحصیل سود در مال تصرف می‌کند و آن

را مبدل به کالا و دوباره آن را به مال دیگر تعویض می‌کند مضاربه می‌گوید. صاحب مال، سرمایه می‌دهد و عامل با آن کار می‌کند و سود در برابر این دو واقع می‌شود. بنابر این، هر یک از مال و عمل در قوام عقد دخالت دارند. (الجبعی العاملی (الشهید الثانی)، زین الدین، بن علی بن احمد عاملی، 1398، ص 211).

برابر ماده‌ی 546 ق.م.ا: "مضاربه عقدی است که به موجب آن احد متعاملین سرمایه می‌دهد با قید این که طرف دیگر با آن تجارت کرده و در سود آن شریک باشند. صاحب سرمایه، مالک و عامل مضارب نامیده می‌شود." برابر ماده‌ی 547 ق.م.ا: "سرمایه باید وجه نقد باشد".

در زمان انعقاد عقد مضاربه، آورده‌ی طرفین یعنی سرمایه از یک طرف و عمل متعارف عامل و مضارب از سوی دیگر معلوم و معین است اما روشن نیست که مقدار سودی که تحصیل خواهد شد دقیقاً چه میزان است، پس مضاربه به معیار مجهول بودن میزان آنچه که عاید می‌گردد و ممکن است از مقدار عادی و مورد انتظاری که معمولاً تحصیل می‌شود، کمتر یا بیشتر باشد، عقد احتمالی است.

مبحث چهارم: استثنایی بودن عقد احتمالی

به نظر برخی مهمترین ویژگی عقود احتمالی استثنایی بودن این عقود نسبت به قاعده‌ی غرر است تا جایی که بعضی از انواع آن از سوی برخی فقیهان غیر مشروع دانسته شده است. ولی بیشتر این عقود همچون جعاله، مسابقه و مشارکات از سوی شارع مشروع اعلام گردیده تا به ضرورت‌های اجتماعی پاسخ داده شود و زمینه‌ی همپاری در سطح جامعه گسترش یابد. (دکتر سید مصطفی محقق داماد، 1388، ص 161 و 162) به تعبیر دیگری، از آنجا که نامعلوم بودن عوض، استثنای بر قواعد عمومی معاملات است و در مشارکتها تجویز شده است، این گونه عقود تفسیر محدود می‌شود و نویسندگان حقوقی تنها صورت‌هایی را نافذ شناخته‌اند که در قانون تصریح شده است. به بیان دیگر استناد به آزادی قراردادها (ماده 10 قانون مدنی) در این گروه محدود و با احتیاط انجام می‌شود. (دکتر ناصر کاتوزیان، الف، 1380، ص 134 و 135). به نظر می‌رسد، این سخن نویسندگان حقوقی که تنها صورتی از عقود احتمالی را که در قانون تصریح شده است، نافذ شناخته‌اند، محل تأمل است. چون نظام حقوقی ایران محدود به قوانین موضوعه نیست. از این رو بهتر است، حداقل صورت‌هایی از مشارکتها که در فقه مطرح است و در زمان تدوین قانون مدنی به جهات متعدد مورد تصریح قرار نگرفته است را نیز منظور داریم. به علاوه این که عقود احتمالی را استثنای بدانیم نیز محل تأمل است. بی‌تردید وقتی بطلان توافق قمار و گروبندی را اصل بدانیم، می‌توان گفت، گروبندی در دوانیدن حیوانات سواری و همچنین در تیر اندازی و شمشیر زنی، به عنوان استثنای پذیرفته شده است. اما وقتی بحث از قواعد عمومی معاملات معاوضی و مغایبه‌ای است، ولی موارد متعددی به عنوان عقود احتمالی که دارای ضوابط خاصی‌اند و حتی می‌توان ریشه‌ی قراردادی نیز به جهت استقبال آگاهانه از مقداری خطر که عرفاً متداول است را در آنها در نظر گرفت، این استثنائات در واقع در قلمروی خاص خود می‌تواند یک قاعده تلقی گردد. به عبارت دیگر، این موارد می‌تواند از جهتی استثنای و از جهتی قاعده محسوب گردند. نظیر این مطلب در نظام حقوق اسلامی کم نیست. به عنوان مثال، حکم تلف مبیع قبل از قبض نسبت به این قاعده که تلف باید از ملک مالک باشد، استثنای است اما نسبت به این که در همه‌ی عقود معاوضی و در تلف جزء (و حتی زمینه‌های دیگر که فعلاً محل بحث نیست)، رعایت می‌گردد، قاعده‌ای با قلمروی خاص خود است. به عبارتی از جهتی استثنای و از جهتی قاعده محسوب می‌گردد. لذا در سایر عقود مشارکات که در قوانین موضوعه نام خاصی ندارند یا به جهت تحولات اجتماعی و نیازهای زمانه رواج یافته است، نمی‌توان به سادگی حکم به بطلان داد. به سخن دیگر، زمین و بذر و عمل زارع در عقد مزارعه خصوصیتی ندارد که به جهت آن خصوصیت مشارکت در امری که عایدات آن احتمالی است، تجویز شده باشد. همین سخن را در مورد مسابقات و نظایر آن نیز می‌توان گفت که هیچ یک از آنها خصوصیتی نداشته است، بلکه قاعده‌ای با قلمرو خاص خود قابل طرح و قبول است. از این رو، به عنوان مثال در عمل می‌بینیم پیر مرد آرایشگر صاحب مغازه‌ای قادر به کار نیست، اما مغازه را در اختیار جوانی قرار می‌دهد تا کار کند و در آمد را به نسبت خاصی تقسیم کنند یا مالک تاکسی قادر به کار نیست و آنرا در اختیار راننده‌ای قرار می‌دهد تا کار کند و در آمد را به نسبت بین خود تقسیم کنند و نظایر آن که امروزه در عمل فراوان است. بی‌تردید نمی‌توان به سادگی این قبیل قراردادها را به صرف استثنای تلقی کردن عقود احتمالی، باطل اعلام نمود.

علاوه بر این بین امور حکمی و موضوعی نیز نباید خلط مبحث کرد. به سخن دیگر، نه تنها می‌توان از احکام عقود مذکور در روایات و فقه الغای خصوصیت کرد بلکه به نظر می‌رسد، عقود احتمالی و از جمله مشارکات، ضوابط و ملاکات خاصی دارند و ضمن این که حکم آنها در قلمرو خاص به عنوان یک قاعده،

قابل اعمال است، در عین حال ممکن است موضوعات آن نیز با گذشت زمان در کمیت و کیفیت تغییر یابد. از این رو، این که نام عقود به کار رفته در قانون را مصادیق استثنایی تلقی کنیم و حتی موارد مذکور در مباحث فقهی را منظور نکنیم، توجیه مناسبی نیست. لازم به ذکر است، برخی از نویسندگانی که عناوین قانونی را استثنا تلقی کرده‌اند، در مواردی تمایل به خلاف این نظر داشته و به عنوان مثال اظهار داشته‌اند: اگر کسی تور ماهی گیری و قایق را در اختیار دیگری گذارد تا ماهی بگیرد و در آنچه صید می‌شود، طرفین شریک باشند، قرارداد مضاربه نیست. و در نفوذ آن اختلاف است اما به نظر ایشان، این قرارداد (و نظایر آن مثل مغارسه یا درختکاری) نافذ و تابع ماده‌ی 10 قانون مدنی است. (دکتر ناصر کاتوزیان، ب، 1377، صص 396 و 398). به نظر می‌رسد، اگر چنین قراردادی را از عقود احتمالی دسته‌ی مشارکات تلقی کنیم و تحت قاعده‌ای با قلمروی خاص خود درآوریم، موجه‌تر از تمسک به ماده‌ی 10 ق.م. باشد.

به تعبیری، نهی از غرر (در حدیث نبوی) ناظر به عقود مغابنه است، شامل عقود مخاطره (احتمالی) نیست. (جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، ب 1382، ش 380). حتی این نویسنده، (البته نه با توجه به ضوابط عقود مخاطره و احتمالی)، بلکه به استناد اصول و ضوابط آزادی اراده در اسلام (مانند المومنون عند شروطهم) عقد اجاره‌ی کشاورزی را که مال الاجاره در آن، بخشی از محصول باشد (و در فقه امامیه قایل به بطلان آن شده‌اند) صحیح تلقی نموده یا به تعبیر خود صحت آن را بعید ندانسته‌اند. (همان، ش 384) همچنین، در توجیه احکام خاصی که دلیل لفظی دارند و مواردی را از احکام عام خارج می‌کنند و این احکام خاص بر موارد مورد تردید اعمال می‌گردند و همانند استثنای لبی تفسیر محدود نمی‌گردند، مباحث اصولی در فقه امامیه مطرح است که در بحث از استثنای بودن بیع احتمالی مرور و بررسی می‌نماییم.

مبحث پنجم: غبن در عقد احتمالی

به نظر برخی در عقود احتمالی غبن وجود ندارد. (عبدالرزاق احمد السنه‌وری، 1998، ص 141). این نظر محل اشکال و ایراد است. در عقود احتمالی که احتمال در آثار اجرای تعهدات ناشی از عقد است، مثل تراز، قباله، مزارعه، مساقات و مضاربه، اگر عامل به نحو متعارف عمل نماید، میزان حاصل و عایدات هر چه باشد، هیچ یک از طرفین نمی‌تواند ادعای حقی یا ادعای غبن نسبت به طرف دیگر نماید. اما اگر در مورد آورده‌ی طرفین غبنی واقع شده باشد، ادعای غبن مسموع خواهد بود. به تعبیری، در عقد مزارعه، برای احراز غبن، میزان واقعی ثمره که احتمالی است معیار قرار نمی‌گیرد. آنچه مهم است تناسب ارزش آورده‌ی هر یک از دو طرف با سهم مشاع از محصول است. (کاتوزیان، دکتر ناصر، ب، 1377، ص 389) به عبارت دیگر، بحث ادعای غبن در صورت عدم تناسب آورده با سهم مشاع از عایدات ناشی از اجرای تعهدات ناشی از عقد را می‌توان به طور کلی در عقود مشارکت جاری دانست. از این رو، می‌توان گفت در تراز، قباله، مزارعه، مساقات و مضاربه و نظایر آن، غبن در صورت عدم تناسب آورده با سهم مشاع از عایدات ناشی از اجرای تعهدات ناشی از عقد، قابل استماع است اما طرفین در صورت کاستی یا فزونی عایدات از مقدار مورد انتظار، نمی‌توانند ادعایی علیه یکدیگر مطرح کنند. عایدات ناشی از اجرای تعهدات ناشی از عقد، امری احتمالی است که طرفین با علم به احتمالی بودن آن وارد معامله می‌شوند و اقدام به معامله‌ای می‌نمایند که نسبت به آثار آن نزاع و ادعای حقی بر دیگری مسموع نیست.

در عقود احتمالی که احتمال در میزان معوض (یعنی از محل قابلیت و استعداد و منافع مال خاصی) است، مثل قرارداد شبانی یا عقد راعی و اجاره‌ی شیل برای صید ماهی، عوض از سوی یک طرف (راعی یا مستأجر) حسب مورد، عمل شخص یا پرداخت مبلغ معینی است و معوض یا مقابل آن، ثمرات احشام یا ماهیان رودخانه است و به عبارت دیگر، قابلیت و استعداد یا منافع محل خاصی است که احتمال کاستی یا فزونی در دوره‌ی عقد دارد. در این موارد، ادعای غبن به تعادل ارزش تعهد و عمل شبان با قابلیت و استعداد و منافع عادی و معمول احشام بر می‌گردد، که نسبت به لحظه‌ی انعقاد عقد قابل طرح است. به عنوان مثال اگر تعهد و عمل شبان، "الف" ریال ارزش داشته باشد و معوض آن، شیر و پشم یا نتاج حیوانات باشد، ممکن است عمل شبان در مقابل تمام شیر و پشم و نتاج باشد یا درصد بسیار کمی از آن به عنوان معوض تعیین گردد، که ارزش آن بسیار کمتر از ارزش عمل شبان ناآگاه به ارزش عمل شود، بوده باشد و در نتیجه، عرفاً قابل اغماض نبوده باشد و غبن محسوب گردد. از این رو، در چنین حالاتی ادعای غبن مسموع است اما اگر این تعادل عرفاً برقرار باشد، ولی پس از اجرای تعهدات ناشی از عقد که آثار احتمالی خواهد داشت، در نهایت مقداری که عاید می‌گردد، کمتر از حد انتظار باشد، ادعای غبن در این قسمت راه ندارد. در مورد مثال دوم و نظایر آن نیز همین تفکیک و تفصیل در خصوص ادعای غبن قابل طرح و قبول است.

در عقود احتمالی که احتمال در میزان تعهدات است مثل بیمه‌ی حوادث، بیمه‌ی عمر و قرارداد مستمری و نظایر آن نیز بحث غبن به تفصیل قابل طرح است. به عنوان مثال اگر در عقد بیمه‌ی حوادث آتش سوزی مال معینی، عرفاً یا حسب مقررات، نرخ مشخصی وجود داشته باشد، ولی در زمان انعقاد عقد، بیمه‌گر از عدم علم بیمه‌گذار سوء استفاده کند و نرخ زیادی را تعیین کند که عرفاً قابل اغماض نباشد، در این صورت ادعای غبن مسموع است اما در مورد احتمالی بودن تعهد بیمه‌گر که ممکن است حادثه‌ای رخ ندهد و در پایان مدت، تعهدات او زایل گردد و عملاً در این قرارداد خاص، هیچ وجهی نپردازد یا به عکس با وقوع حادثه، مبالغ زیادی را بابت خسارت تأدیه نماید، هیچ یک از طرفین نمی‌تواند ادعای غبن را در این حالات مطرح کند و غبن در این موارد راه ندارد. در مورد مثالهای بعدی این دسته از عقود احتمالی نیز تفکیک و تفصیل در مورد ادعای غبن قابل طرح و قبول است.

برخی غبن در بیع احتمالی را اختلافی و قابل به عدم غبن در این عقود شده‌اند (دکتر محمد حسن، قاسم، ص 33 و عبدالرزاق احمد السنه‌وری، 1998، ص 141) که پس از بررسی بیع احتمالی به آن خواهیم پرداخت.

فصل دوم: بیع احتمالی

بیع احتمالی مورد توجه حقوق‌دانان ایران قرار نگرفته است و برخی (محمد جعفر جعفری لنگرودی، ب، ش 389)، بیع را صرفاً مغابنه‌ای و بیع احتمالی را منتفی دانسته‌اند. در فقه امامیه نیز عنوان خاص بیع احتمالی دیده نمی‌شود، اما در مباحث خاصی مورد توجه بوده است. این در حالی است که در دکترین یا رویه‌ی قضایی برخی از نظامهای حقوقی، بیع احتمالی مطرح و صحیح دانسته شده است. از این رو، ابتدا در دو مبحث، مفهوم بیع احتمالی، سپس مصادیق آن را بررسی و پس از تعیین ضابطه‌ی بیع احتمالی، در مبحث سوم استثنایی بودن بیع احتمالی و در مبحث چهارم غبن در بیع احتمالی را بحث خواهیم کرد.

مبحث اول: مفهوم بیع احتمالی

به نظر برخی، (محمد جعفر جعفری لنگرودی، ب، ش 389) "در حقوق اسلام (و تبعاً در قانون مدنی ایران) چنین بیعی وجود ندارد. یعنی طرفین در عقد می‌دانند چه به دست آورده‌اند با چه مقدار و اوصاف".

بر خلاف این نظر، در برخی نظامهای حقوقی برآنند که بیع می‌تواند مغابنه‌ای و یا احتمالی باشد. و یکی از مصادیق بیع احتمالی را بیع محصولات کشاورزی که در آینده، در محل معینی حاصل می‌گردد، دانسته‌اند. (قاسم، الدكتور محمد حسن، 2005، ص 37، در حقوق مصر و فرانسه و برای دیدن نظر مشابه در حقوق آمریکا ر.ک. به: Reuben Moor Benjamin, 2008, P16) به تعبیر دیگری از حقوق‌دانان مصری، گاه بی پروایی و سهل انگاری در مقدار مبیع است؛ به صورتی که خریدار ملتزم به ثمن متفق علیه می شود؛ صرف نظر از مقدار مبیع یا کمیت آن، در این حالت، اعتبار بیع معلق بر شرطی است که آن وجود مبیع در آینده است. اگر مبیع به وجود آید، شرط محقق و بیع تمام است و مقدار مبیع هر چه باشد، مشتری ملتزم به ادای ثمن است اما اگر مبیع به وجود نیاید بیع نیز معدوم و مشتری ملتزم به پرداخت ثمن نخواهد بود. (منصور مصطفی منصور، 1957، ص 46)

منکرین بیع احتمالی برای ادعای خود مطالبی را مطرح نموده‌اند که در واقع بین علم متعارفی که برای معلوم نمودن مبیع در معاملات لازم است با بحث بیع احتمالی خلط مبحث نموده‌اند و به همین جهت گفته‌اند: در عقود معوض مالی مانند عقد بیع که به کلی خارج از خانواده‌ی عقود مخاطره (احتمالی) است، گاه اهل عرف، مسامحاتی روا می‌دارند. کسی که لحاف می خرد حشو آن را نگاه نمی‌کند. کسی که خانه می خرد جوف دیوارها و پل ها و نوع تیر آهن و لوله‌های آب و گاز و سیم کشی برق و تلفن را بررسی نمی‌کند. حتی اگر کارشناس در موقع خرید خانه به کار گرفته شود، مقداری از تسامح را او روا می‌دارد. برای جبران این کمبود، قوانین مکمل اراده را وضع کرده‌اند که در همه‌ی قوانین جهان وجود دارد. تسامح عرفی موجب نمی‌شود که آن بیع (مثلاً) داخل در خانواده‌ی عقود مخاطره گردد. خطر باید در نهاد عقد مخاطره باشد و لاینفک از آن است و حال آنکه بیع هایی که تسامح عرفی در آنها نباشد، به حد وفور است به ویژه در بیع محقرات. (جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، ب، 1382، ش 369 و 370). برخلاف این نظر، لازم به ذکر است که بحث بررسی نکردن جوف دیوار و تیر آهنها و سیم کشی در خانه، مربوط به تسامح عرفی در

علم به مبیع یا به تعبیر قانون مدنی مربوط به بحث معلوم نمودن مبیع است و قانونگذار علم به مبیع را در حد خاصی بنا بر عرف کافی دانسته است و به عبارت دیگر، عرف و تبعاً قانونگذار، دقت‌هایی مثل علوم ریاضی و امثال آن را ضروری نمی‌داند. در حالی که بحث بیع احتمالی مربوط به احتمال در میزان مبیع (غالباً) است. یعنی بیعی واقع می‌شود و مبیع آن در آینده با دخالت عوامل خارجی ایجاد می‌گردد و رشد می‌یابد و گاه به کمال نوعی خود می‌رسد و ممکن است طرفین در حین عقد از میزان دقیق مبیعی که در نهایت عاید می‌گردد، اطلاع نداشته باشند، اما از کاستی یا فزونی احتمالی آن عالماً و عامداً صرف نظر می‌نمایند و با توجه به وضعیت موجود و محل ایجاد مبیع با علم به احتمال مقداری کاستی یا فزونی معامله می‌نمایند. سخن در این است که آیا چنین بیعی ممکن و متصور است یا نه؟ در پاسخ باید گفت بهترین دلیل بر وجود چنین بیعی وقوع آن و تأیید شارع است و مثال بارز آن مباحث مفصل بیع اثمار درختان معین در فقه امامیه و دیگر نظام‌های حقوقی است. و به نظر می‌رسد با قدری دقت و ایجاد انضباط در مباحث، می‌توان گفت، فقه امامیه بحث بیع احتمالی را عملاً (اما نه ذیل این عنوان خاص) مد نظر داشته است، تا حدی که می‌توان گفت اگر چه اصل در بیع مغایره‌ای بودن است، اما این اصل استثنائاتی دارد و خواهیم دید که این استثنائات چنان است که قاعده‌ای با قلمروی خاص خود ایجاد می‌نماید.

مبحث دوم: مصادیق بیع احتمالی

در این قسمت ابتدا مصداقی از بیع احتمالی را که صاحب نظران یا رویه‌ی قضایی برخی از نظام‌های حقوقی آن را مطرح نموده‌اند، بررسی می‌کنیم و با توجه به ضابطه‌ی بیع احتمالی، در قسمت دوم مصادیق قابل طرح آن را که البته بنا به سنت مباحث فقهی، تحت عناوین دیگری مطرح شده، اما تابع همان ضابطه‌ی بیع احتمالی مصداق مطرح شده است را مورد مطالعه قرار خواهیم داد.

گفتار اول: مصادیق مطرح شده بیع احتمالی و بیان ضابطه‌ی آن

در حقوق مصر، به نظر برخی، عقد بیع در اصل از عقود محدد است. چون طرفین در زمان انعقاد عقد قیمت آنچه را که می‌دهند و آنچه را که می‌گیرند، می‌دانند یا قادرند که بدانند. اما این صفت لازمه‌ی عقد بیع نیست. (مرقس، سلیمان، 1990، ص 24) در نتیجه، بیع می‌تواند احتمالی باشد و این در حالی است که تحدید مقدار مبیع یا ثمن متوقف بر حادثه‌ای غیر محقق است. اهمیت این که بدانیم بیع عقد محدد است یا احتمالی است، در این است که غبن در بیع احتمالی راه ندارد. (قاسم، الدكتور محمد حسن، 2005، ص 33).¹⁵ در حقوق مصر، برخی از آرای قضایی نیز بر آنند که بیع احتمالی محصولات کشاورزی آینده (که محصول آینده‌ی محل معینی مثلاً محصول آینده‌ی صد درخت باغ خاصی، به عنوان مبیع مورد معامله قرار می‌گیرد) در صورتی که ثمن محدد و احتمال در مقدار محصول باشد، صحیح و مشمول احکام موارد ممنوعه نیست. (عبدالرزاق احمد السنهوری، 1998، ص 141).

در حقوق کامن‌لا نیز مصداق بیع احتمالی مطرح شده است. (Reuben Moor Benjamin, 2008, P16) خصوصاً این که رویه‌ی قضایی نیز با رسیدگی به اختلاف ناشی از آن عملاً آن را تبیین نموده است. در حقوق آمریکا، به تعبیری ممکن است قرارداد فروش کالایی منعقد شود که فراهم شدن آن کالا توسط فروشنده منوط به یک احتمال است که ممکن است اتفاق بیفتد یا نیفتد. در پرونده‌ای¹⁶ موضوع از این قرار بوده است که در یک قرارداد بیع محصولات کشاورزی که باید در زمین مشخص و معینی رشد می‌یافت، و حسب معمول 200 تن محصول از آن عاید می‌گردید، مبیع موجود در حال رشد این زمین معین، به ثمن معینی معامله گردید ولی حاصل این زمین فقط 80 تن بود. از این رو، اختلاف شد که آیا مبیع این معامله همان حاصل زمین معین است یا فروشنده مسئولیت دیگری تا مقدار حاصل متداول هر ساله نیز بر عهده دارد.

1. اگر چه در فقه نظری مطرح است که غبن در عقود احتمالی نیز راه دارد. (قاسم، الدكتور محمد حسن، 2005، ص 33). به نظر می‌رسد که در مورد غبن در عقود احتمالی، باید قابل به تفصیل شویم. بحث غبن در عقود احتمالی از دو حیث قابل بررسی است که در محل خود بررسی شده است.

16. Howell V Coupland, (1876) L.R.9.Q.B.462, S, C, 1q, B, D, 258 – See Also Rice V Weber, 48 III. App.573

دادگاه ضمن رسیدگی اظهار داشت، یک شرط ضمنی وجود دارد که چنین محصولی در زمان مناسب (بدون این که فروشنده تخلفی کند) به وجود خواهد آمد. از این رو، اگر یک قرارداد برای فروش سیب زمینی یک قطعه زمین معینی بوده که در سالهای گذشته طبق معمول چنین محصولی (200 تن) را تولید می‌کرده است اما به جهت آفت و زنگزدگی محصول، فقط 80 تن محصول عاید و به خریدار تحویل شده است، چنین رای داده شد که فروشنده برای تسلیم بقیه‌ی کالا مسئول نبوده است.

به تعبیری (London international.ac.uk, 2010, pp.17-18) در این معامله نقض قرارداد صورت نگرفته است، چون این یک قرارداد مطلق برای تحویل (200 تن) تحت هر شرایطی نبوده است، بلکه قرارداد برای تحویل مقداری سیب زمینی از نوع خاصی که در یک محل معینی رشد می‌کند، به هر میزان که قابل تحویل باشد، منعقد شده است. نکته این که اگر چه دادگاه رای داد که این یک بیع کالای معین بوده است اما (به جهت در حال رشد بودن مبیع) تعیین مبیع (به معنی بیع کالای معین و مشخص) نبوده است و در زمان انعقاد عقد بر چنین تعیینی توافق شده است. در نتیجه، وقتی مبیع کالای معین نبوده است، مواد 6 و 7 قانون بیع کالا در مورد آن، قابل اعمال نیست. از این رو، برآنند که باید به کامن‌لا برگشت. به عبارت دیگر، این تصمیم دادگاه باید این گونه تلقی گردد که چنین مبیعی خارج از قلمرو قانون بیع کالا است و بنابر این، به عنوان قاعده‌ای از کامن‌لا که برابر ماده‌ی (2) 62 هم چنان حیات خود را دارد و قابل استناد است، قرار می‌گیرد.¹⁷ از این دیدگاه، این رای را نباید به این مثال محدود کرد بلکه باید گفت، این حکم، در مورد تمام قراردادهایی که مبیع، کالای نامعینی است و از یک منبع محدود معینی حاصل می‌گردد، به عنوان یک قاعده قابل اعمال است.. (London international.ac.uk, 2010, pp.18)

در حقوق انگلیس، طبقه بندی انواع کالا از حیث وجود آن در زمان عقد، شامل کالای موجود، کالای آینده و کالای احتمالی است. برخی، بیع دیگری را موسوم به بیع شانس The Sale Of Spes Or Chance در حقوق انگلیس مطرح کرده‌اند و معتقدند چنین بیعی با بیع احتمالی کالای آینده از جهت ساختار (نه موضوع) متفاوت و از آن متمایز است. بنابر این، ممکن است شخصی توافق به خرید کالای آینده از منبع (و محل) خاص (و معینی) کند و به تعبیر حقوقی، ریسک آن را به عهده گیرد. مثلاً توافق کند، محصول یک مزرعه‌ی خاصی را به هر میزان که عاید شود، به قیمت معینی بخرد. چنین بیعی از حیث خطر به قمار نزدیک دانسته شده است. اما از آنجا که فروشنده در هر حال، قصد دریافت همان مبلغ ثمن را دارد، معلوم می‌شود که این معامله نمی‌تواند مشمول مقررات قمار باشد. از این دیدگاه، ممکن است دعوی نظیر Howell V Coupland (بیع محصول زمین معین) سه ساختار داشته باشد. حالت اول، ممکن است مصداق بند 2 ماده‌ی 5 قانون بیع کالا مصوب 1979 و بیع کالای احتمالی باشد. یعنی حالتی که اگر محصول به‌وجود نیامد، قرارداد ابداً لازم الاجرا نمی‌شود و هیچ یک از طرفین التزامی نخواهد داشت. حالت دوم ممکن است بیع غیر مشروطی باشد، به این معنی که فروشنده به‌طور مطلق، متعهد تحویل کالا شود. در نتیجه، او تضمین می‌کند کالایی ایجاد خواهد شد و اگر موجود نشد او مسئول و ملتزم در عدم تحویل (و متعهد به جبران خسارت) است. و حالت سوم ممکن است بیعی به صرف یک شانس منعقد شود، به این معنی که خریدار عهده دار ریسک وضعیتی شود که اگر کالا کلاً به وجود نیاید، در هر حال، او عهده‌دار پرداخت ثمن باشد. (P.S. Atiyah, John N. Adams, Hector Macqueen, 2001, P.P. 73, 74)

این سه ساختار یا سه حالتی که در حقوق کامن‌لا برای بیع احتمالی بیان شده است، در بیع محصولات کشاورزی در حقوق اسلامی مطرح نشده است، اما می‌تواند در تحلیل و دسته بندی قضیه در حقوق اسلامی کمک نماید. بر خلاف حقوق کامن‌لا، در حقوق اسلامی برای صحت بیع آینده‌ی محصولات کشاورزی از محل یا مکان خاص و معین، تحت عنوان بیع اثمار شرایطی را بیان نموده‌اند. از جمله این که باید حداقل قسمتی از مبیع بدو صلاح شده باشد یا اگر بدو صلاح نشده باشد و قصد بیع آینده‌ی محصول کشاورزی از محل خاصی باشد، بیع آن را برای بیش از یکسال صحیح و در غیر این صورت، چنین بیعی را اساساً باطل دانسته‌اند. به عبارت دیگر، در این حالات توافق طرفین و قبول ریسک از سوی خریدار نیز نمی‌تواند موجب صحت بیع باشد. به سخن دیگر، اگر شرایط صحت بیع اثمار فراهم نباشد، به جهت پایین بودن احتمال رسیدن به مبیع، اساساً بیع باطل خواهد بود. توضیح این که از نظر فقیهان امامیه، بیع اثمار ممکن است قبل از ظهور و بدو صلاح و یا بعد از آن باشد. فقها بیع ثمره بعد از بدو صلاح را به استناد روایاتی صحیح دانسته‌اند. (المولی

1. برای توضیح بیشتر در مورد این رای ر.ک.:

احمد المقدس الاردبیلی، 1411، ص 207).

برخی از فقها، صحت بیع را منحصر به ثمره‌ی شجره، بعد از بدوصلاح دانسته و آن را به طور کلی شامل محصولات کشاورزی دانسته‌اند. (المولی احمد المقدس الاردبیلی، 1411، ص 209).

بیع ثمره به صورت سلم، با بیع ثمره‌ی قبل و بعد از بدوصلاح و حاصل نما شدن آن، تفاوت ظریفی دارد که در بیع اثمار، در واقع محل کشت و زرع و ثمره، معین است.

بر این اساس، در فقه امامیه، در بیع اثمار، محل بحث، قبل یا بعد از ظهور محصول (بدوصلاح) بر درخت یا بوته‌ی موجود، بوده است. و عده‌ای فروختن میوه روی درخت، قبل از بروز و نمودار شدن آن برای یک سال بدون ضمیمه را جایز ندانسته‌اند، اما فروش برای دو سال و بیش‌تر و یا با ضمیمه را جایز می‌دانند. در عین حال، بعد از نمودار شدن آن‌ها- چنان چه صلاح آن‌ها آشکار شده باشد- بیع آن را بدون اشکال و جایز دانسته‌اند. بنابراین نظر، حتی اگر بعضی از میوه‌های باغ نمودار شده باشد، فروختن تمام میوه‌ی آن - چه میوه‌های موجود و چه میوه‌های دیگری که در آن سال می‌آورد جایز است، خواه درخت یکی باشد یا بیش‌تر و خواه جنس میوه مختلف باشد، خواه یکی و فروختن کشت در حالی که بذر است، قبل از نمودار شدن کشت- را جایز ندانسته‌اند. اما صلح آن را موجه تلقی کرده‌اند و فروختن خوشه قبل از نمودار شدنش و بسته شدن دانه‌اش را جایز ندانسته، اما بعد از بسته شدن آن را جایز می‌دانند، چه دانه آشکار باشد مثل جو یا پوشیده باشد مانند گندم، همچنین بیع صیفی و سبزیجات مثل خیار و بادنجان و خربزه و مانند آن‌ها قبل از ظهورشان را جایز ندانسته‌اند، ولی بعد از بسته شدن و ظهور آن‌ها و با مشاهده‌ی بعضی و حتی با مشاهده نکردن بعضی از آن‌ها در زیر برگ‌ها را جایز شمرده‌اند. حال اگر نظیر هویج، سیب زمینی و شلغم باشد که مقصود قسمتی است که زیر زمین پوشیده است، قبل از در آوردن را مشکل دانسته‌اند، اما باطل اعلام نکرده‌اند. موارد دیگری، مثل پیاز که قسمت ظاهر آن هم مقصود است، فروش قسمت نمایان آن به تنهایی و با ریشه نیز جایز دانسته شده است. (السید روح الله الموسوی، الامام الخمینی، 1368، صص 447، 449 و 451).

از عبارات مذکور بر می‌آید که وقتی محصول در قسمتی بدوصلاح شده است، یا بیع محصول محل خاصی، برای بیش از یکسال یا حتی بیع محصول، قبل از بدوصلاح برای یکسال، همراه با ضمیمه، صحیح تلقی شده است، در واقع مقصود رسیدن به حداقل، مقداری از مبیع است. و در این حالات، به‌دست آوردن مقداری از مبیع، بنا به عرف و عادت یا مسلم است یا توأم با احتمال بالا است. حال در حالت صحت بیع، نظیر آنچه که در حقوق کامن‌لا مطرح شد، می‌توان گفت، ممکن است توافق طرفین علاوه بر حالت مطلق، مفید به تعهداتی باشد. مثلاً با بیع محصول مقدار معینی از محصول را تضمین کند. صحت چنین تضمینی باید در محل خود به تفصیل بررسی گردد. ممکن است در بیع تصریح گردد که با بیع ضامن حصول محصول نیست. در این حالت، با وجود شرایط صحت چنین بیعی، هر گونه ادعایی از سوی خریدار در مورد مقدار مبیع، غیر قابل استماع است. او خود با علم به طبیعت احتمالی مبیع، میزان آن را هر آنچه باشد پذیرفته است. علاوه بر این در حالت سکوت طرفین نیز بنا به طبیعت مبیع، و نظر به صحت بیع اثمار در زمان بدوصلاح، شرط ضمنی بر این که میزان مبیع هر چه باشد بر عهده‌ی خریدار است، متصور است و با فراهم بودن شرایط صحت بیع، هر گونه ادعایی از سوی خریدار با علم نوعی به احتمالی بودن مقدار مبیع، قابل قبول نخواهد بود. بحث ادعای غبن در چنین بیعی، امر دیگری است که در محل خود بررسی شده است.

گفتار دوم: مصادیق قابل بیع احتمالی

در فقه امامیه، در بحث از بیع مجهول به ضمیمه‌ی معلوم، مطالبی مطرح است که به نظر می‌رسد پاره‌ای از آنها مرتبط با بیع احتمالی است. اجمالاً به عنوان زمینه‌ی بحث، لازم به ذکر است، به نظر برخی، در عدم جواز بیع مجهول، بین ضمّ معلوم به آن یا عدم ضمّ معلوم فرقی نیست. چون ضمّ معلوم به آن موجب خروج آن از جهل نمی‌شود و مجموع آن نیز مجهول می‌شود. و معنی مجهول چیزی نیست که تمامی اجزای آن مجهول باشد و بر این مطلب اموری متفرع است. بنا بر قول مشهور: 1- بیع سمک الأجام هر چند ملوک باشد به جهت جهالت جایز نیست، هر چند که چیزی مثل قصب یا غیر آن ضمیمه‌ی مبیع شود. 2- بیع شیر در پستان حیوان صحیح نیست، هر چند که چیزی از آن دوشیده شده باشد و ضمیمه‌ی آن گردد یا غیر آن. [الطهوری (نوروزی)، صادق، 1419، ص 267].

قول دیگری نیز قایل به صحت بیع مجهول به ضمیمه‌ی معلوم است و برخی نیز قایل به تفصیل هستند، به این صورت که ممکن است مجهول مقصود بالاستقلال یا منضم به معلوم باشد و ممکن است که مجهول تابع باشد. در حالت اول باطل و در حالت دوم صحیح تلقی شده است. (النجفی الخوانساری، الشیخ موسی بن محمد، تقریرات

المیرزا محمد حسین النابینی، 1324، ص 409) چون جهالت تابع، موجب غرر نمی‌شود و عرفاً صدق اسم مجهول بر مبیع مطرح نیست تا مشمول اجماع بر عدم جواز بیع مجهول شود. علاوه بر این اکثر حالاتی که مبیع معلوم تلقی می‌گردد، برخی از اجزای آن مجهول است. (الطهوری (نوروزی)، صادق، 1419، ص 270) برخی نیز انضمام معلوم به مجهول را در حالتی که به صورت شرط ضمن عقد باشد، صحیح و چنانچه قید عقد باشد باطل تلقی کرده‌اند. [غروری الاصفهانی (کمپانی)، الشیخ محمد حسین، 1418، ص 389].

آنان که قایل به صحت بیع مجهول به ضمیمه‌ی معلوم شده‌اند، برآنند که مشهور بین متقدمین، صحت این بیع است و دلیل آنها اخبار مستقیضه وارده در مسایل سمک (ماهی) و لبن (شیر) و غیر آن است. [الطهوری (نوروزی)، صادق، 1419، ص 272] از مواردی که مستنداً به احادیث، به عنوان بیع مجهول به ضمیمه‌ی معلوم صحیح تلقی می‌شود، در برخی از موارد که مبیع در آینده رشد می‌یابد و مقدار آن منوط به اموری است که به‌طور عادی ممکن است موجب کم یا زیاد شدن مقدار معمول و متداول آن گردد، مثل بیع شیر آینده‌ی حیوان، بیع پشم آینده گوسفند و حمل آینده یک گله گوسفند و نظایر آن، به عنوان مصادیق بیع احتمالی قابل طرح است که در ذیل مطرح می‌گردد، ولی برخی از موارد را، اگر چه به ظاهر می‌توان احتمالی تلقی کرد اما با دقت در این موارد، خواهیم دید که ضابطه‌ی احتمالی بودن در آنها راه ندارد. به عنوان مثال وقتی قسمت معلوم مبیع، قصب (نی‌های یک زمین معین) یا سمک (قطعه یا قطعاتی از ماهی صید شده از برکه‌ی معینی) است و قسمت مجهول آن، ماهیان در برکه است، به واقع مقدار مبیع در لحظه‌ی انعقاد عقد بیع، موجود است و احتمالی بودن میزان مبیع و کاستی و فزونی آن در واقع مطرح نیست بلکه امری است که به علم و جهل طرفین مربوط است. در نتیجه، احتمال کم یا زیاد شدن در مبیع راه ندارد. به عبارت دیگر، میزان مبیع منوط به امر یا امور خارجی نیست. اما در مواردی مثل بیع شیر حیوان تا زمان قطع آن در دوره‌ی که شیر می‌دهد، یا بیع پشم آن برای دوره‌ی آینده یا بیع بره‌های یک گله، در فصل وضع حمل آتی که صحت آنها مستند به احادیث است، می‌تواند از مصادیق قابل طرح به عنوان بیع احتمالی مورد بحث قرار گیرد که در این قسمت به این موارد می‌پردازیم.

1- بیع شیر آینده‌ی حیوان

از مصادیق قابل طرح به عنوان بیع احتمالی، بیع شیر آینده‌ی حیوان است. بنا به موثقه‌ی سماعه از ابی عبدالله (ع)، از امام سوال می‌شود از بیع شیری که در پستان حیوان است. فرمودند: خیر مگر ظرفی دوشیده شود و آن ظرف شیر و آنچه در پستان حیوان است را به ثمن مسمی معامله نمایند و اگر در پستان حیوان چیزی نباشد، در ظرف چیزی موجود است. در روایت دیگری از امام سوال می‌شود در مورد مردی که احتشامی دارد و شیر آنها را به غیر کیل می‌فروشد. می‌فرمایند بله تا زمان قطع شیر یا چیزی از آن بلاشکال است. [الطهوری (نوروزی)، صادق، 1419، ص 273].

لازم به ذکر است که بیع شیر حیوان در پستان تا زمان قطع آن به این صورت که تا پایان آن دوشیده شود، می‌تواند شامل شیر موجود در پستان حیوان و یا شیر حیوان تا پایان دوره‌ای که بنا به طبیعت آن حیوان، شیر می‌دهد، باشد. حالت اول شیر موجود است که صرفاً طرفین عقد علم شخصی به آن ندارند و به اتکای عرف و علم نوعی (که مورد تأیید شارع قرار گرفته است)، آن را مبیع قرار می‌دهند و این که احتمال دارد شیر از حد انتظار کم یا زیاد باشد، در واقع به امر خارجی دیگری منوط نیست و به مسامحه ممکن است با توجه به علم و جهل طرفین احتمالی تلقی گردد و بهتر است با دقت اساساً احتمالی محسوب نگردد. این حالت، در فقه بیشتر مورد توجه قرار گرفته است و مباحث مفصلی برای تطبیق صحت آن با قواعد بیع مغابنه‌ای صورت گرفته است که نقد و بررسی آن از محل بحث ما خارج است اما در حالت دوم که شیر حیوان در دوره‌ی شیر دهی آن مورد معامله است، میزان شیر و مبیع، منوط به عوامل خارجی و نوع و محل تعلیف و شرب به موقع و غیره است و میزان و مقدار مبیع احتمالی است و این حالت از بیع شیر حیوان در فرض اطلاق حدیث¹⁸ و با توجه به رواج آن خصوصاً در مناطق عشایری، با قبول صحت آن، مصداق بیع احتمالی است.

برخی از محشین بر مکاسب شیخ انصاری، با دقت و به درستی، روایت دوم را با توجه به تجویز بیع شیر حیوان در پستان تا زمان انقطاع، محمول بر عدم ضرورت ضمیمه‌ی مقداری از شیر دانسته‌اند. (الایروانی الغروی، میرزا علی، 1379، ص 211).

1. حدیث مذکور در مقام اهمال یا اجمال نبوده و در مباحث فقهی، مسلم است که قیدی بر آن وارد نشده است، از این رو، می‌توان گفت، امام (ع) در مقام بیان تمام مراد بوده است و قدر متیقن در مقام تخاطب نیز مطرح نبوده و به عبارت دیگر، مقدمات حکمت برای تمسک به اطلاق کلام فراهم است.

در هر حال، جمع دو روایت، که در یکی به ظاهر^{۱۹} وجود مقداری از شیر به عنوان بخشی از مبیع را لازم دانسته است و دیگری که چنین چیزی را لازم نمی‌داند، بنا به ضابطه‌ی بیع اثمار میسر به نظر می‌رسد. به عبارت دیگر اگر مبنای بیع اثمار را مورد توجه قرار دهیم، ضابطه‌ی جمع این دو روایت به‌دست خواهد آمد.

در بیع اثمار برای یکسال، بدوصلاح، حداقل در قسمتی از محل ثمره، لازم است. ولی برای بیش از یکسال ضرورت ندارد. حصول ثمره در بیع، برای یکسال قبل از بدوصلاح، حسب عادت منوط به عوامل خارجی است و گاه مثلاً با سرمازدن درختان ثمره‌ای عاید نمی‌شود یا بسیار ناچیز خواهد بود، درحالی که با بدوصلاح، حداقل در قسمتی از ثمره، معمولاً زمان بیع از سرمازدگی عادی فاصله دارد و سرمای احتمالی یا شدید نیست یا موجب زوال محصول به مقدار زیاد نخواهد شد و احتمال رسیدن به مبیع تا حد نزدیک به انتظار از معامله، بالا است. در بیع ثمره، بدون بدوصلاح، برای بیش از یکسال نیز این احتمال (رسیدن به مبیع) عادتاً بالا است و به همین جهت بیع آن صحیح است. در اینجا نیز نظیر همان مبنا می‌توان گفت، در بیع شیر حیوان برای یکبار دوشیدن تا زمان قطع آن، با توجه به این که، احتمال فقدان شیر یا ناچیز بودن آن زیاد است، لازم است مقداری شیر دوشیده شود و به عنوان ضمیمه (نظیر بدوصلاح) در زمان بیع در مقابل ثمن موجود باشد. اما در بیع شیر حیوان برای بیش از یکبار دوشیدن تا زمان انقطاع شیر در دوره‌ی شیردهی، وجود ضمیمه ضرورت ندارد و بیع صحیح است و عرفاً و عادتاً در بیع اثمار و شیر حیوان در این حالات مبیع ممکن الوجود و قابل ایجاد و حصول است.

2- بیع پشم آینده و حمل آینده گوسفندان

بیع پشم آینده و حمل آینده‌ی گوسفندان نیز از مصادیق قابل طرح به عنوان بیع احتمالی است. در حدیثی از امام در مورد بیع پشم صد گوسفند و آنچه از حمل در بطون آنها است به مبلغ معینی سؤال می‌گردد. می‌فرمایند اشکالی ندارد و اگر در بطون آنها حملی نباشد رأس مال او در پشمها است. (الطهوری (نوروزی)، صادق، 1419، ص 274).

با دقت در این سؤال و جواب و موضوع عقد بیع و اطلاق کلام و رواج این معامله بین عشایر و صاحبان حشم، از جمله حالات متصور و رایج این است که پشم موجود و آماده‌ی چیدن مورد معامله قرار گیرد یا توافق شود که پس از چیدن، پشم دوره‌ی آتی گوسفندان که در حال رشد است، موضوع معامله قرار گیرد. در این حالت نیز نظیر بیع اثمار محل مبیع معین است و مبیع در حال رشد تا رسیدن به کمال عرفی است و ممکن است مقدار آن از حدی که بنا به عادت حاصل می‌گردد، کمتر یا بیشتر شود و طرفین با علم به این امر، معامله را منعقد نمایند. در فرض صحت این بیع، این مورد را نیز می‌توان از مصادیق بیع احتمالی محسوب داشت.

در بیع حمل بطون یک گله‌ی معین نیز محل مبیع معین است و تعداد حاصل از این بیع منوط به عوامل متعدد از جمله لفاح مؤثر حیوانات و طی دوران حمل است و تعداد بره‌ای که از گله حاصل می‌گردد، در هر دوره یکسان نیست و طرفین با علم به این کاستی یا فزونی احتمالی، وارد معامله می‌شوند و با فرض صحت این بیع، می‌توان آن را از مصادیق بیع احتمالی محسوب داشت.

3- بیع درختان بیشه معین برای مدت معین

در حقوق انگلیس، با توجه به قاعده‌ی (1) ماده‌ی 18 قانون بیع کالا مصوب 1979 سوال این است که کالای معین یا مشخص چیست؟ در این نظام حقوقی، کالای معین در ماده‌ی 61 عبارت است از "کالای مشخص یا معین شده و مورد توافق قرار گرفته در زمان انعقاد قرارداد بیع" اما گاه در مورد مال موجود از واژه‌های کلی توصیفی استفاده شده و مشکلاتی بروز می‌کند. (P.S. Atiyah, John N. Adams, Hector Macqueen, 2001, P.P. 37)

2 گفته شد به ظاهر، چون در حدیث، تعیین مقدار شیر دوشیده شده‌ی موجود در کاسه را نیز لازم ندانسته‌اند. این مطلب مورد توجه برخی از محسین مکاسب قرار گرفته است. ر.ک. به: الایروانی الغروی، میرزا علی، 1379، ص 211. از این دیدگاه، این روایات (ثلاث در مورد شیر حیوان، سمک فی الأجام و پشم و حمل حیوان) در جهل به حصول مبیع صریح است، بدون این که نیازی به استدلال باشد. چون خود ضمیمه‌ها، به فرض مکمل و موزون بودن، از این حیث مجهول‌اند و نمی‌توانند در تصحیح بیع مجهول اثری داشته باشند. اگر چه برخی خواسته‌اند این روایات را در قالب بیع مجهول به ضمیمه‌ی معلوم توجیه کنند، اما در واقع از قبیل ضم مجهول به مجهول است.

مثلاً در دعوی Kursell v Timber Operators & Contractors Ltd خواهان همه‌ی درختان جنگلی موسوم به لاترین را به خوانندگان فروخت که این معامله منطبق بر مساحت معینی در تاریخ خاصی بود. و خریداران به مدت 15 سال حق بریدن و انتقال یا حمل چوب درختان را داشتند. بعد از بیع، انجمن لاترین قانونی گذراند و جنگل را مصادره کرد در نتیجه مسأله این بود که مالک اموال مصادره شده، چه کسی است و آیا با بیع درختان، مالکیت جنگل منتقل شده است یا هم چنان ملك فروشنده است. (P.S. Atiyah, John N. Adams, Hector Macqueen, 2001, P.P. 37)

در این پرونده قاضی Scrutton اظهار داشت، کالای عین معین یعنی "کالای مشخص یا معین شده و مورد توافق قرار گرفته در زمان انعقاد قرارداد بیع" است و برای من مسلم است که این کالاها نه مشخص شده و نه نسبت به آنها در زمان انعقاد بیع توافق صورت گرفته است. از این رو، هیچ درختی در جنگل منتقل نشده، بلکه صرفاً موافقت نسبت به مقادیر معین کالا بوده که انجام نگرفته است. دادگاه استیناف چنین رأی داد که مالکیت درختان به دلیل این که به اندازه‌ی کافی مشخص نشده به خوانندگان انتقال نیافته است. از این رو، مالکیت همه‌ی درختان منتقل نشده بلکه فقط درختان منطبق با مقادیر تصریح شده، (درختان موجود در زمان عقد) انتقال یافته است. (P.S. Atiyah, John N. Adams, Hector Macqueen, 2001, P.P. 37)

نکته‌ای که در این توافق مطرح است این است که اگر فرض مصادره را منتفی و مالکیت را برای فروشنده یا خریدار باقی تلقی کنیم، درختان به مدت 15 سال مورد معامله قرار گرفته‌اند و با بریدن درختان موجود مجدداً درختانی رشد خواهند نمود که در خلال 15 سال چوب برخی از آنها قابل استفاده خواهند بود و از درختان موجود، برخی که مثلاً 5 ساله هستند در زمانهای انتهایی قرارداد حدوداً 25 ساله خواهند شد و مبیع به جهت این که از نوع رویدنی و در حال رشد است، ممکن است از این جهت، در معین بودن کالا در زمان عقد تردید شود.

به عکس حقوق انگلیس، در پرونده‌ی مشابه دیگری، رأی از دادگاهی استرالیایی بر صحت بیع درختان بیشه‌ی معینی برای مدتی معین، صادر شده است. و در دعوی مطروحه یعنی دعوی Joseph Reid Pty Ltd v Schultz در خصوص فروش چوبهای قابل استفاده‌ی صنعتی، در يك محل مشخص برای مدت معین، چنین رأی داده شده که این معامله‌ی فروش کالای معین یا مشخص بوده است. (P.S. Atiyah, John N. Adams, Hector Macqueen, 2001, P.P. 318)

در حقوق ایران در فروش درختان موجود در يك بیشه به عنوان مبیع عین معین اشکالی وجود ندارد. اما اگر در چنین موردی مدت معین گردد و مثلاً برای 20 سال نسبت به بیع درختان يك بیشه، توافق صورت گیرد، مقدار مبیع در حین عقد کاملاً معین نیست و قسمتی از آن موجود و قسمتی ممکن الوجود در آینده است. با توجه به مباحث مطرح شده در بیع اثمار که بیع ممکن الوجود در آینده، به تبع موجود، صحیح دانسته شده است. شاید بتوان چنین بیعی را معامله بر مبیعی که قسمتی موجود و قسمتی ممکن الوجود در آینده و میزان آن، احتمالی است، به عنوان مصداقی از مصادیق بیع احتمالی قابل طرح، معتبر تلقی کرد.

مبحث سوم: استثنایی بودن بیع احتمالی

پیش‌تر گفتیم این سخن که تنها صورتی از عقود احتمالی را که در قانون تصریح شده است، نافذ بدانیم، مشکل است. چون نظام حقوقی ایران محدود به قوانین موضوعه نیست. از این رو بهتر است مواردی که در فقه مطرح است و در زمان تدوین قانون مدنی به جهات متعدد، مورد تصریح قرار نگرفته است، را نیز منظور داریم. به علاوه این که عقود احتمالی را استثنا بدانیم نیز نیاز به تفصیل دارد. بی‌تردید وقتی بطلان توافق قمار و گرویندی را اصل بدانیم، می‌توان گفت، گرویندی در دوانیدن حیوانات سواری و همچنین در تیر اندازی و شمشیر زنی، به عنوان استثنا پذیرفته شده است اما وقتی بحث از قواعد عمومی معاملات معاوضی و مغایبه‌ای است. ولی مواردی مثل بیع اثمار و نظایر آن را که در واقع از عقود احتمالی است و دارای ضوابط خاصی‌اند و حتی می‌توان ریشه‌ی قراردادی نیز به جهت استقبال آگاهانه از مقداری خطر که عرفاً متداول است، در آنها در نظر گرفت، این استثنائات در واقع در قلمروی خاص خود می‌تواند یک قاعده تلقی گردد. به عبارت دیگر، این موارد می‌تواند از جهتی استثنا و از جهتی قاعده محسوب گردند.

علاوه بر این در مباحث عام و خاص و استثنا، در علم اصول، بحثی را مطرح کرده‌اند که به مناسبت قابل طرح است. به این معنی که وقتی حکم عامی مطرح است و حکم خاصی، برخی از مفاهیم یا مصادیق را از

آن خارج نموده است، در صورتی که استثنای لفظی (حکم خاص از سوی شارع یا قانونگذار) باشد، موارد مورد تردید، تحت حکم عام باقی نمی‌ماند، بلکه مشمول حکم خاص خواهد بود. به سخن دیگر، تفسیر مضیق و اکتفا به قدر متیقن، مربوط به استثنای لفظی (اعم از اجماع، عقل، ضروریات و وجدانیات) است. به سخن دیگر، حکم خاص مستند به حکم لفظی، به جهت این که از نظر دلالت بر مقصود شارع و قانونگذار اقوا محسوب می‌گردد، شامل موارد مورد تردید می‌شود و به عنوان یک قاعده با قلمروی خاص خود اعمال می‌گردد. (الأخوند الخراسانی، ملا محمد کاظم، کفایه الاصول، 1409، ص 221 تا 223) از این رو، می‌توان گفت، در بحث بیع احتمالی، حکم خاص یا استثنای لفظی وجود دارد که به عنوان یک قاعده در قلمروی خاص خود جاری است و به عبارت دیگر، شامل کلیه محصولات آینده‌ی کشاورزی از محل خاص می‌گردد و حتی با توجه به مصادیق قابل طرح به عنوان بیع احتمالی، مثل شیر آینده یا پشم آینده یا نتاج آینده‌ی حیوان خاص، می‌توان گفت، بیع احتمالی شامل هر مبیعی که در آینده از محل خاصی ایجاد می‌گردد و فراهم شدن میزان و مقدار آن، با احتمال بالای عرفی و نوعی، منوط به امور خارجی است. و طرفین به استقبال آن می‌روند، خواهد بود.

مبحث چهارم: غبن در بیع احتمالی

در بحث ادعای غبن در بیع احتمالی، اختلاف نظر وجود دارد. به نظر برخی در بیع احتمالی ادعای غبن مسموع نیست. اما برخی برآنند که غبن در بیع احتمالی نیز راه دارد. (قاسم، الدكتور محمد حسن، 2005، ص 33). در عقود احتمالی، بنا به طبیعت آن، تطبیق احکام غبن به جهت وجود عنصر احتمال مطرح نیست و راه ندارد. احتمال خسارت یعنی احتمال کاستی یا فزونی است که احد از متعاقدين آن را اراده کرده است. و از این رو، تحدید مقدار عوضین متقابل و در نتیجه عدم تعادل بین آنها منتفی و مستحیل است. (قاسم، الدكتور محمد حسن، 2005، ص 33). در برخی از محاکم مصر و فرانسه آرای صادر شده است که ادعای غبن فاحش در بیع احتمالی را مسموع دانسته‌اند. (عبدالرزاق احمد السنهوری، 1998، ص 141). به نظر می‌رسد، با تفصیل در بحث، هر دو نظر در محل خود، قابل قبول است. به این معنی که اگر تعادل ارزش ثمن با ارزش قابلیت ایجاد عادی و متعارف مبیع احتمالی در نظر گرفته شود و این تعادل ارزش در زمان انعقاد بیع، وجود نداشته و عرفاً نیز قابل اغماض نباشد، ادعای غبن قابل قبول است. به عنوان مثال، درختان باغ خاصی که حداقل در بخشی از آن بدوصلاح شده است. و معمولاً به صورت عادی 20 تن سیب می‌دهد و ارزش 20 تن سیب در زمان معامله، از قرار هر کیلو هزار تومان و جمعاً بیست میلیون تومان است، اگر به سی میلیون تومان معامله شود، خریدار مغبون است و ادعای غبن او مسموع است. در حالی که اگر میوه های باغ به حدود بیست میلیون تومان معامله شود و باغ در اختیار خریدار قرار گیرد ولی در نهایت هفده تن محصول عاید گردد، طبیعت بیع اثمار توأم با قبول این ریسک است و ادعای غبن نسبت به میزان محصول، مسموع نیست.

نتیجه

برخی از صاحب نظران در فقه و حقوق، مثالهای متفاوتی را به عنوان مصداق عقد احتمالی ذکر کرده‌اند. برخی، اغلب عقود مشارکات را مصداق عقد احتمالی یا تقدیری و برخی نیز عقد بیمه، قرارداد مستمری، قرارداد شبانی و نظایر آن را مصداق عقد احتمالی دانسته‌اند. در برخی از نظامهای حقوقی نیز بعضی از مثالهای یاد شده و گاهی مثالهای دیگری نظیر بیع محصولات معین کشاورزی از محل و مکان معین را مصداق عقد احتمالی دانسته‌اند. بر فرض احتمالی بودن همه‌ی این مثالها، ضوابط متفاوتی در احتمالی بودن این مصادیق گوناگون قابل طرح است. در بعضی از مصادیق عقد احتمالی، مثل عقد بیمه، و نظایر آن، احتمال در میزان تعهد یکی از طرفین عقد راه دارد. در بعضی از مصادیق ذکر شده برای عقود احتمالی، احتمال در عایدات محل مال معین که به عنوان عوض قراردادی مورد توافق قرار می‌گیرد، مطرح است. علاوه بر این در برخی از مصادیق ذکر شده، مثل اغلب عقود مشارکات، آورده‌ی طرفین معلوم و معین است، اما عایدات و نتیجه‌ی حاصل از اجرای تعهدات ناشی از عقد، منوط به امور احتمالی است و آثار نهایی یا غیر مستقیم عقد، ممکن است، نسبت به حالت عادی سیر امور، کاستی یا فزونی یابد. در حقوق ایران، برخی از صاحب نظران، وجود بیع احتمالی را منتفی دانسته و منکر شده‌اند. به عکس، در برخی از نظامهای حقوقی، بیع احتمالی در دکتترین و رویه قضایی مطرح و با توجه به ضابطه‌ی حاکم بر آن، صحیح تلقی شده است. مصادیقی از بیع احتمالی که در این نظامهای حقوقی مطرح شده است، مثل بیع اثمار، در فقه امامیه و حقوق اسلامی نیز مورد توجه بوده است اما تحت عنوان خاص بیع احتمالی مطرح نگردیده است. با

وجود این، ضوابطی که در فقه امامیه برای بیع ائمار مطرح شده است، قلمرو خاص و دقیق‌تری را برای بیع احتمالی مشخص می‌سازد. علاوه بر این در فقه امامیه، مصادیق و صورتی مطرح شده و یا متصور است که با توجه به ضابطه‌ی مصادیق بارز بیع احتمالی، یعنی بیع ائمار، به احتمال قوی می‌تواند به عنوان مصادیق دیگری از بیع احتمالی مطرح گردد. در خصوص استثنایی بودن عقود احتمالی، نیز به این نتیجه رسیدیم که می‌توان گفت، نظیر بسیاری از مباحثی که دلیل لفظی در آن خصوص وجود دارد، این عقود از جهتی استثنا و از جهتی خود، قاعده‌ای با قلمرو خاص است.

در مورد غبن در عقود احتمالی، حاصل کلام آن شد که غبن از دو حیث در این عقود قابل طرح است. یکی از حیث رعایت تناسب ارزش تعهدات یا عوضین یا قابلیت محل آنها، در زمان عقد است، که از این حیث، غبن قابل استماع است اما از حیث احتمالی بودن اثر عقد، غبن در عقود احتمالی راه ندارد و قابل استماع نیست.

فهرست منابع

کتاب‌های فارسی

- 1- آقایی، دکتر بهمن، فرهنگ حقوقی بهمن، انگلیسی فارسی، چ دوم، کتابخانه گنج دانش، 1382
- 2- جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، فلسفه‌ی اعلی در علم حقوق، چ اول، گنج دانش، 1382
- 3- جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج 4، چاپ اول، ناشر کتابخانه گنج دانش، تهران 1378
- 4- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، سوال و جواب، استفتائات و آراء، چ اول، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران، 1376
- 5- قنات‌ی، جلیل، وحدتی شبیری، سید حسن، عبدی پور، ابراهیم، زیر نظر دکتر سید مصطفی محقق داماد، حقوق قراردادها در فقه امامیه، چاپ اول، انتشارات سمت، تهران 1379
- 6- کاتوزیان، دکتر ناصر، حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، ج اول، چ پنجم، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، 1380
- 7- کاتوزیان، دکتر ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، چاپ 1، نشر دادگستر، تهران 1377
- 8- محقق داماد، دکتر سید مصطفی، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، چ اول، مرکز نشر علوم اسلامی، 1388

کتاب‌های عربی

کتاب‌های عربی فقهی

- 9- الآخوند الخراسانی، ملا محمد کاظم الهروی الطوسی النجفی، کفایه الاصول، چاپ الاولی، موسسه آل البیت علیهم السلام لاحیاء تراث، 1409
- 10- الامام مالک، المدونه الکبری، ج 5، مطبعه السعاده بجوار محافظه مصر، دار احیاء التراث العربی، بیروت، لبنان، 1323
- 11- الایروانی الغروی، میرزا علی، حاشیه المکاسب، کتابفروشی کتبی نجفی، چاپ دوم، قم 1379 ه.ق
- 12- ابوالبرکات، الشرح الکبیر، ج 3، نشر دار احیاء الکتب العربی- عیسی البابی الحلبی و شرکا، بی تا
- 13- الجبعی العاملی (الشهید الثانی)، زین الدین، بن علی بن احمد عاملی، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، ج 4، الطبعه الثانیه، منشورات جامعه النجف، 1398
- 14- الحطاب الرعینی، مواهب الجلیل، ج 6، چ الاولی، دار الکتب العلمیه، بیروت، لبنان، 1416
- 15- الطهوری (نوروزی)، صادق، محصل المطالب فی تعلیقات المکاسب، ج 5، الطبعه الاولی، انتشارات انوار الهدی، 1419
- 16- الطوسی، ابو جعفر محمد بن الحسن بن علی (معروف به شیخ طوسی) المبسوط فی فقه الامامیه، ج 2، ناشر المکتبه المرتضویه، 1387
- 17- العلامه حلّی، ابی منصور الحسن بن یوسف بن المطهر الاسدی، تذکره الفقهاء، ج 2، مکتبه الرضویه لاحیاء

الاثار الجعفرية، بي تا،

- 18-العلامه حلّي، ابي منصور الحسن بن يوسف بن المطهر الاسدي، تذكرة الفقهاء، ج 9 و ج 1 و ج 2، مكتبة الرضويه لاحياء الاثار الجعفرية، بي تا
- 19-فخر المحققين، ابي طالب محمد بن الحسن بن يوسف بن المطهر الحلّي، ايضاح الفوائد في شرح اشكالات القواعد، ج 2 چ الاولى، المطبعة العلمية، بي تا، 1388،
- 20-كاشف الغطاء، الشيخ محمد حسين، تحرير المجله، الجزء الاول، الطبعة الاولى، المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الاسلاميه، المعاونه الثقافيه، 1422ه.ق. 2004م
- 21-محقق الكركي، الشيخ علي بن الحسين، جامع المقاصد في شرح القواعد، ج 7، المطبعة المهديه، مؤسسه آل البيت لاحياء التراث، قم، 1408
- 22-محقق الكركي، الشيخ علي بن الحسين بن عبد العالي، الخراجيات، چ الاولى، مؤسسه نشر الاسلامي التابعه لجماعه المدرسين بقم، بي تا
- 23-المقدس الاردبيلي، المولى احمد، مجمع الفائدة و البرهان، ج 8، الطبعة الاولى، مؤسسه النشر الاسلامي، قم 1411
- 24-الموسوي، السيد روح الله (الامام الخميني)، تحرير الوسيله، ج 2، چ 1، انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسن حوزة علميه قم، بهار 1368
- 25-النجفي الخوانساري، الشيخ موسى بن محمد، منيه الطالب في حاشيه المكاسب، (تقريرات الميرزا محمد حسين الناييني)، الجزء الثاني الطبعة الثانيه، مؤسسه النشر الاسلامي، 1324

كتاب های عربي حقوقی

- 26-السنهوري، عبدالرزاق احمد، النظرية العامه للالتزامات، نظريه العقد، الجزء الاول، الطبعة الثانيه، منشورات الحلبي الحقوقيه، بيروت - لبنان، 1998
- 27-قاسم، الدكتور محمد حسن، القانون المدني، العقود المسماة، البيع - التأمين (الضمان) - الايجار (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي، الحقوقيه، بيروت - لبنان، 2005
- 28-مرقس، سليمان، الوافي في شرح القانون المدني (3) في العقود المسماة، المجلد الاول، عقد البيع، الطبعة الخامسة، منشورات الحلبي الحقوقيه، بيروت - لبنان، 1990
- 29-مصطفى منصور، منصور، مذاكره في القانون المدني العقود المسماة، البيع و المقايضة و الايجار، دارالمعارف، بيروت - لبنان، 1957.

فرهنگنامه ها و سايت ها

- 30-فواد افرام البستاني، فرهنگ ابجدی(الفبايي)، مترجم استاد رضا مهيار، چ دوم، انتشارات اسلامي، 1375
- 31- http://www.ehow.com/about_5068757_real-estate-contingency-contract.html
- 32- <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Bottomry>
- 33- http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=1F54C37621B1A84F1E24246280685B9F.tpdjo10v_1?idSection=legiscta000006118138&cidTexte=legitext000006070721&dateTexte=20041012
- 34- londoninternational.ac.uk, Sale of goods: contract, property and risk
http://www.londoninternational.ac.uk/current_students/programme_resources/laws/su

[bject_guides/commercial/commercial_ch4.pdf](#)

- 35- [Http://Books.Google.Com/Books?Id=Zzks76Y8DSUC&Printsec=Frontcover&Dq=Sale+Of+Goods&Lr=&As_Brr=3&Rview=1&Cd=9#V=Onepage&Q&F=True](http://Books.Google.Com/Books?Id=Zzks76Y8DSUC&Printsec=Frontcover&Dq=Sale+Of+Goods&Lr=&As_Brr=3&Rview=1&Cd=9#V=Onepage&Q&F=True)

کتاب‌های انگلیسی

- 36- Atiyah, P.S., John N. Adams, Hector Macqueen, The Sale Of Goods, 10Th Ed Longman Pearson Education, London 2001
- 37- Benjamin, Reuben Moor, The General Principles Of The American Law Of Sale Of Goods, Publisher Biblio Bazaar, Llc, 2008
[Http://Books.Google.Com/Books?Id=Zzks76Y8DSUC&Printsec=Frontcover&Dq=Sale+Of+Goods&Lr=&As_Brr=3&Rview=1&Cd=9#V=Onepage&Q&F=True](http://Books.Google.Com/Books?Id=Zzks76Y8DSUC&Printsec=Frontcover&Dq=Sale+Of+Goods&Lr=&As_Brr=3&Rview=1&Cd=9#V=Onepage&Q&F=True)
- 38- Bryan A. Garner, Blacks' Law Dictionary, Seventh Edition, West Group U. S. A., St. Paul, Minn., 1999
- 39- Chitty, Contracts, 25th ed, Volume II, Sweet & Maxwell, London, 1982
- 40- Kuchhal, M.C., Business Law, Third Revised Edition, University Of Delhi, Delhi, Vikas Publishing House Pvt Ltd, 1999