



عقود نامعین

مؤلفان:

سید حفیظ اللہ طباطبائی - دکتہ قادر زانیور

سرشناسه	: شنپور، قادر، ۱۳۶۲ -
عنوان قراردادی	: ایران. قوانین و احکام
	Iran. Laws, etc
عنوان و نام پدید آور	: عقود نامعین / مؤلفان: قادر شنپور، سید حفیظ الله طباطبایی
مشخصات نشر	: تهران: کمالان، ۱۳۹۸.
مشخصات ظاهری	: ۲۸۷ ص.
شابک	: ۹۷۸-۶۰۰-۷۹۶۷-۵۷-۷
مجموعت فهرست نویسی	: فیبا
یادداشت	: کتابنامه: ص. ۲۵۹.
مرغوب	: عقود و ایقاعات (فقه) -- ایران
موضوع	: Contracts (Islamic law) -- Iran
موضوع	: قراردادهای -- ایران
موضوع	: Contracts -- Iran
شناسه افزوده	: طباطبایی، سید حفیظ الله، ۱۳۴۴ -
رده بندی کنگره	: KMH۸۵۸:
رده بندی دیویی	: ۳۴۶/۵۵۰۲:
شماره کتابشناسی ملی	: ۷۲۰۵:



انتشارات کمالان

آدرس: تهران، میدان انقلاب، خیابان شهدای ژاندارک، پلاک ۱۰۵، طبقه ۱۲

فروردین و منبری جاوید (اردیبهشت)، پلاک ۱۰۵، طبقه ۱۲

تلفن: ۶۶۴۹۷۰۷۲ - ۶۶۴۹۱۷۱۵ همراه: ۰۰۱۲۶۲۰۱۶۲۸

عقود نامعین

مؤلفان: سید حفیظ الله طباطبایی - دکتر قادر شنپور

نوبت چاپ اول ۱۳۹۸، تیراژ ۱۰۰ نسخه

شابک: ۹۷۸-۶۰۰-۷۹۶۷-۵۷-۷

web site: www.kamalan.ir

قیمت ۵۵۰۰۰ تومان

فهرست مطالب

عنوان

صفحه

فهرست نشانه‌های اختصاری	۵
مقدمه	۱۲

فصل اول: کلیات

مبحث اول: جایگاه عقود نامعین	۱۷
ر.اول: شناسایی عقود نامعین	۱۷
بند اول: مفهوم عقود نامعین	۱۸
بند دوم: تاریخچه پیدایش عقود نامعین	۲۱
بند سوم: فلسفه پیدایش عقود نامعین	۲۴
بند چهارم: جایگاه عقود نامعین	۲۷
بند پنجم: فواید و شناسایی عقود نامعین	۳۰
گفتار دوم: ماهیت عقود نامعین	۳۳
بند اول: شرایط عقود نامعین	۳۳
بند هفتم: اصول حاکم بر عقود نامعین	۳۵
بند سوم: شروط معمول و متعارف در عقود نامعین	۳۷
بند چهارم: دسته‌بندی عقود نامعین	۳۷
مبحث دوم: مبانی فقهی حقوقی عقود نامعین	۳۹
گفتار اول: ادله مشروعیت عقود نامعین	۳۹
بند اول: آیات قرآنی	۳۹
بند دوم: سنت	۴۱
بند سوم: اصول و قواعد فقهی	۴۲
بند چهارم: حکم عقل و بنای عقلا	۴۳
بند پنجم: برآیند	۴۴
گفتار دوم: اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی	۴۴
بند اول: جایگاه اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی	۴۴
بند دوم: قلمرو استناد به اصل حاکمیت اراده	۴۷
بند سوم: موانع و محدودیت‌های اصل آزادی قراردادی	۵۳
گفتار سوم: مشروعیت پاره‌ای از عقود تحت لوای ماده ۱۰	۵۸
بند اول: تبع کالی به کالی	۵۹

۶۱	بند دوم: مالکیت زمانی
۶۱	بند سوم: مغایرت
۶۲	بند چهارم: اجاره اسناد
۶۳	بند پنجم: رهن عین (اجاره همراه با قرض)
۶۴	بند ششم: قولنامه
۶۷	بند هفتم: مهائات
۶۸	بند هشتم: فروش بلیط بخت آزمایی

فصل دوم: عقود موضوع ساخت و ساز

۷۲	مبحث اول: قرارداد ساخت، بهره‌برداری و واگذاری (BOT)
۷۲	گفتار اول: جایگاه قرارداد ساخت، بهره‌برداری و واگذاری
۷۲	بند اول: مفهوم قرارداد ساخت، بهره‌برداری و واگذاری
۷۳	بند دوم: تاریخچه قرارداد ساخت، بهره‌برداری و واگذاری
۷۳	بند سوم: بانی قرارداد ساخت، بهره‌برداری و واگذاری
۷۴	گفتار دوم: ماهیت حقوقی قرارداد ساخت، بهره‌برداری و واگذاری
۷۶	مبحث دوم: قرارداد سفارش ساخت (عقود استصناع)
۷۷	گفتار اول: شناسایی قرارداد سفارش ساخت
۷۹	گفتار دوم: ماهیت حقوقی قرارداد سفارش ساخت
۷۹	۱- تحلیل قرارداد سفارش ساخت در قالب غیر عقد
۸۱	۲- تحلیل قرارداد سفارش ساخت در قالبی عقدی
۹۳	۳- نظریه ترکیبی بودن قرارداد سفارش ساخت
۹۵	۴- قرارداد سفارش ساخت عقدی مستقل
۹۸	مبحث سوم: قرارداد مشارکت در ساخت و ساز
۹۹	گفتار اول: جایگاه قرارداد مشارکت در ساخت و ساز
۹۹	بند اول: مفهوم قرارداد مشارکت در ساخت و ساز
۱۰۰	بند دوم: فوائد قرارداد مشارکت در ساخت و ساز
۱۰۰	بند سوم: ارکان و عناصر قرارداد مشارکت در ساخت و ساز
۱۰۱	گفتار دوم: ماهیت حقوقی قرارداد مشارکت در ساخت و ساز
۱۰۱	بند اول: عقد بیع
۱۰۲	بند دوم: عقود وارده بر عمل (اجاره اشخاص و جعالة خاص)
۱۰۴	بند: عقد مستقل

فصل سوم: عقود موضوع حقوق مالکیت فکری

۱۰۷	مبحث اول: قرارداد لیسانس
۱۰۸	گفتار اول: شناسایی قرارداد لیسانس

۱۰۸	بند اول: مفهوم قرارداد لیسانس
۱۰۹	بند دوم: اقسام لیسانس
۱۱۰	گفتار دوم: ماهیت قرارداد لیسانس
۱۱۰	بند اول: عقد انتفاع
۱۱۱	بند دوم: عقد اجاره
۱۱۲	بند سوم: عقد بیع
۱۱۲	بند چهارم: عقد مستقل
۱۱۳	مبحث دوم: قرارداد فرانچایز
۱۱۳	گزار اول: جایگاه قرارداد فرانچایز
۱۱۴	بند اول: مفهوم قرارداد فرانچایز
۱۱۵	بند دوم: اختصاص قرارداد فرانچایز
۱۱۵	گفتار دوم: ماهیت حقوقی قرارداد فرانچایز
۱۱۶	الف - عقد انتفاع
۱۱۶	ب - عقد اجاره
۱۱۷	ج - عقد بیع
۱۱۸	د - عقد صلح
۱۲۰	مبحث سوم: قرارداد ضلع و نشر
۱۲۰	گفتار اول: شناسایی طبع و نشر
۱۲۰	بند اول: مفهوم قرارداد طبع و نشر
۱۲۱	بند دوم: مشروعیت قرارداد طبع و نشر
۱۲۱	گفتار دوم: ماهیت حقوقی قرارداد طبع و نشر
۱۲۱	بند اول: عقد بیع
۱۲۲	بند دوم: عقد اجاره
۱۲۳	بند سوم: عقد مستقل
۱۲۴	مبحث چهارم: قرارداد انتقال سرقفلی

فصل چهارم: قرارداد موضوع حقوق خانواده

۱۲۷	مبحث اول: نکاح های نوین معاصر
۱۲۸	گفتار اول: نکاح مسیار
۱۲۸	بند اول: مفهوم نکاح مسیار
۱۲۹	بند دوم: مشروعیت نکاح مسیار
۱۳۱	بند سوم: برآیند
۱۳۲	گفتار دوم: نکاح دوستانه
۱۳۲	بند اول: مفهوم نکاح دوستانه

۱۳۲	بند دوم: مشروعیت نکاح دوستان
۱۳۴	مبحث دوم: قرارداد استفاده از رحم جایگزین
۱۳۵	گفتار اول: جایگاه قرارداد استفاده از رحم جایگزین
۱۳۵	بند اول: شناسایی قرارداد استفاده از رحم جایگزین
۱۳۶	بند دوم: مشروعیت قرارداد استفاده از رحم جایگزین
۱۳۸	بند سوم: ماهیت حقوقی قرارداد استفاده از رحم جایگزین

فصل پنجم: قراردادهای موضوع عملیات بانکی

۱۴۳	مبحث اول: ضمانت نامه بانکی
۱۴۴	گفتار اول: شناسایی ضمانت نامه بانکی
۱۴۶	گفتار دوم: ماهیت ضمانت نامه بانکی
۱۴۶	بند اول: ضمانت
۱۴۷	بند دوم: عقد حسن
۱۴۷	مبحث دوم: اعتبار اسنادی
۱۴۷	گفتار اول: شناسایی اعتبار اسنادی
۱۴۸	گفتار اول: ماهیت حقوقی اعتبار اسنادی
۱۴۸	بند اول: اجاره اشخاص
۱۴۹	بند دوم: وکالت
۱۴۹	بند سوم: بیع
۱۴۹	بند چهارم: عقد مستقل
۱۵۰	مبحث سوم: افتتاح حساب جاری
۱۵۰	۱- نظریه ودیعه
۱۵۱	۲- نظریه قرض
۱۵۱	۳- نظریه مضاربه
۱۵۱	۴- عقد نامعین
۱۵۲	مبحث چهارم: کارت های الکترونیکی
۱۵۳	گفتار اول: کارت عابر بانک
۱۵۳	بند اول: موضوع شناسی کارت عابر بانک
۱۶۰	بند دوم: ماهیت حقوقی کارت عابر بانک
۱۶۶	بند سوم: نقش کارت عابر بانک در پرداخت
۱۷۰	گفتار دوم: کارت اعتباری
۱۷۱	بند اول: جایگاه کارت اعتباری
۱۷۶	بند دوم: ماهیت حقوقی کارت اعتباری

فصل ششم: قراردادهای موضوع بورس

۱۸۹	مبحث اول: قرارداد آتی
۱۹۰	گفتار اول: شناسایی قرارداد آتی
۱۹۱	گفتار دوم: مشروعیت قرارداد آتی
۱۹۱	بند اول: معدوم بودن مورد معامله
۱۹۳	بند دوم: قمار
۱۹۴	بند سوم: صوری بودن
۱۹۴	گفتار سوم: ماهیت حقوقی قرارداد آتی
۱۹۵	مبحث دوم: قرارداد اختیار
۱۹۶	گفتار اول: شناسایی قرارداد اختیار
۱۹۶	بند اول: مفهوم قرارداد اختیار
۱۹۷	بند دوم: تاریخ پیدایش قرارداد اختیار
۱۹۷	بند سوم: تمیز قرارداد اختیار از مفاهیم مشابه
۱۹۹	بند سوم: تفاوت قرارداد اختیار از سایر قراردادها
۱۹۹	بند چهارم: قوت قرارداد اختیار
۲۰۱	گفتار دوم: مشروعیت قرارداد اختیار
۲۰۱	۱- فقدان تراضی
۲۰۱	۲- معدوم بودن مورد معامله
۲۰۲	۳- تعلیق در انشاء
۲۰۲	۴- بیع دین با دین
۲۰۲	۵- غیر الزام آور بودن عقد
۲۰۳	۶- برآیند
۲۰۳	گفتار سوم: ماهیت حقوقی قرارداد اختیار
۲۰۴	۱- کالت
۲۰۴	۲- بیع
۲۰۵	۳- جعالة
۲۰۶	۴- عقد مستقل

فصل هفتم: قراردادهای موضوع ارائه خدمات

۲۰۹	مبحث اول: قرارداد گارانتی
۲۱۱	گفتار: شناسایی گارانتی
۲۱۱	۱- مفهوم گارانتی
۲۱۳	۲- ارکان و عناصر گارانتی
۲۱۵	۳- تمایز گارانتی از عناوین مشابه

۲۲۰	۵- ماهیت حقوقی گارانتی
۲۲۷	۶- اوصاف گارانتی
۲۳۲	مبحث دوم: قرارداد مهمانسرا یا هتل داری
۲۳۲	گفتار اول: شناسایی قرارداد مهمانسرا یا هتل داری
۲۳۳	گفتار دوم: ماهیت حقوقی قرارداد مهمانسرا یا هتل داری
۲۳۳	بند اول: عقد ودیعه
۲۳۴	بند دوم: نظریه عقد اجاره
۲۳۴	بند سوم: نظریه عقد مستفاد
۲۳۵	بند چهارم: تعهدات طرفین
۲۳۵	بند اول: تعهدات صاحبان مهمانسرا
۲۳۷	بند دوم: تعهدات مسافران
۲۳۹	ضمائم
۲۴۷	فهرست منابع و مآخذ

مقدمه

دنیای معاصر تحولات بی‌ارزی را پشت سر گذشته است و دگرگونی‌های فراوانی در آن ایجاد شده است. مسائل بسیار زیادی به واسطه پیشرفت صنعت و پیدایش تکنولوژی مطرح شده است. مسائل حقوق دیگران مسائل سه‌گانه گذشته نیست بلکه پیچیدگی خاصی پیدا کرده است. حقوق باید همراه و همگام جامعه باشد و به تناسب پیشرفت آن قواعدی را برای تنظیم روابط اجتماعی خلق کند. حقوق نمی‌تواند نسبت به تحولات ایجادشده بیگانه باشد. پاسخگویی به مسائل نوین و مستحضره در تمامی موارد - با اتکال به قواعد کهن - نیستی، امری دشوار و حتی در برخی موارد غیر ممکن است. شایان ذکر است که پاره‌ای از مسائل از مفهوم دیرینه خود فاصله گرفته و شکل نوینی پیدا کرده است. حقوق نیز باید پاسخگوی این مسائل باشد.

تاریخ تحولات برخی از نهاد حقوقی حاکی از این امر است که مآدای مزبور مفهومی ثابت و ایستا ندارند و متناسب با تحولات جامعه، متحول می‌شوند. قراردادنامه رزمین یا بستر تبادل منافع میان دو اراده یا دو دارایی منفک و مجزا از یکدیگر است. دگرگونی در شکل روابط اجتماعی، این نهاد حقوقی را متحول ساخته و بدان مفهومی مغایر با مفهوم سابق اعطا نموده است. نهاد تحول مزبور مشتمل در شیوه انعقاد قرارداد، مفاد قرارداد، چگونگی اجرای تعهدات و... است. بقدرت آن جامعه باید در متن اجتماع حضور داشته باشند و تحولات مزبور را زیر نظر داشته و به تحلیل آن درآوردند. جامعه مردم نیز انتظاری جز این ندارند.

در حقوق ایران عقود معینی همچون بیع، اجاره، قرض، ودیعه و... بخش‌های عظیمی از روابط انسانی را تشکیل می‌دهند و نقش مهمی در جامعه ما دارند. هیچ‌کس در زندگی روزمره خویش بی‌نیاز از عقود مزبور نیست. با وجود این، باید توجه داشت در کنار عقود مذکور طیف جدیدی از قراردادها

مطرح است که پیشینه چندی ندارند. نمونه‌های مبتلا به این قراردادها؛ قرارداد گارانتی، قولنامه و... هستند. بیم آن می‌رود که در آینده عقود نامعین جایگزینی برای برخی عقود معین باشند.

فقه اسلامی فقهی جامع و کامل است و می‌بایست پاسخگوی مسائل روز دنیای معاصر باشد با وجود این، در فقه امامیه فقها قواعد و مسائل فقهی را به شیوه سنتی بیان می‌کنند. بدین صورت که در غالب موارد ترتیب بیان مطالب در کتب فقهی تفاوت چندی با یکدیگر ندارد. فقه‌های معاصر نیز مسائل نوین و مستحدثه را تحت عنوان «المسائل المستحدثة»، «مسائل الجديده»، «موضوعات الحدیثه» بیان می‌کنند^۱ همچنین مراجع اعظام تقلید معاصر نیز تمایل دارند که در کتب توضیح المسائل خود مطالب و موضوعات سنتی و متداول را بیان کنند و طرح مسائل جدید و نو یا را به کتاب رساله استفتاء^۲ بکشانند. در فقه عامه نیز نویسندگان تمایل دارند که مسائل جدید مزبور به فوق قراردادها را در کتبی تحت عنوان «المعاملات المالیة المعاصرة» مطرح سازند.^۳

امروزه کتب متعددی پیرامون عقود نامعین ملاحظه می‌گردد. پیرامون عقود مانند قرارداد لیسانس، قرارداد اس‌صناعات، قرارداد بیش فروش آپارتمان، قراردادهای حقوق مؤلف، قرارداد بی‌اوسی و... مشاهده می‌گردد. اکثر نوشته‌های جامع که عقد مزبور را به نظم درآورد و در برگیرنده مهمترین عقود مذکور باشد و در صورت لزوم تألیف کتابی در این خصوص چند مسئله ناشی می‌شود: برخی از عقود نامعین کاربرد فراوانی در جامعه ما دارد و در خصوص آنان کمتر اظهار نظر شده است. تحلیل آن‌ها به دلیل کثرت استعمالی امری ضروری است. از طرفی پاره‌ای از عقود نامعین با گذشت زمان مورد توجه مقنن قرار می‌گیرند به گونه‌ای که مقنن آن‌ها را حقوق موضوعه مورد شناسایی قرار می‌دهد تحلیل عقود مزبور پیش از شناسایی متن می‌تواند راهنمایی برای قانونگذاری احتمالی باشد.

این نوشتار با موضوع «قراردادهای نامعین» مشتمل بر یک مقدمه و هفت فصل است و هر فصل مشتمل بر چند مبحث، گفتار، بند و... است. عناوین و مطالب فصول در ذیل درج می‌گردد:

فصل اول: این فصل را به کلیات اختصاص داده شده است و در آن به بررسی مسائلی همچون معرفی، ارکان و عناصر، تاریخچه، خصایص و فوائد تمییز عقود نامعین می‌پردازیم و در نهایت مبانی فقهی و حقوقی عقود نامعین را بررسی می‌کنیم.

۱- از میان این کتب می‌توان به کتاب «کلمات سبیده فی مسائل جدیدة» نوشته محمد مومن قمی، کتاب مسائل المستحدثه، محمد صادق حبیبی روحانی، کتاب فقه الموضوعات الحدیثه نوشته محمد صدر و کتاب الفقه المعاصر نوشته حسن جواهری اشاره نمود.

۲- از میان می‌توان به کتب المعاملات المالیة المعاصرة نوشته وهبه الزحیلی، کتاب احکام التعامل فی الاسواق المالیة المعاصرة نوشته مبارک بن سلیمان بن محمد آل سلیمان و کتاب، موسوعة القضاء الفقهیة المعاصرة و الاقتصاد الاسلامی نوشته علی احمد السالوس، المعاملات المالیة المعاصرة فی ضوء الاسلام نوشته سعد الدین محمد الکی، اشاره کرد.

- ❖ **فصل دوم:** این فصل در برگیرنده عقود ساخت و ساز است و در آن عقود همچون استصناع، بی‌اوتی، مشارکت در ساخت و ساز و ... مورد تحلیل قرار گرفته است.
- ❖ **فصل سوم:** این فصل به عقود موضوع حقوق مالکیت فکری را بررسی شده است و در آن عقود همچون لیسانس، فرانچایز، قرارداد طبع و نشر، سفارش اثر هنری، انتقال سرقفلی و ... مورد بررسی قرار می‌گیرد.
- ❖ **فصل چهارم:** قراردادهای موضوع حقوق خانواده موضوع فصل پنجم است. در این فصل نکاح‌هایی همانند نکاح مسیار، نکاح دوستان و قرارداد استفاده از رحم جایگزین تبیین شده است.
- ❖ **فصل پنجم:** قراردادهای موضوع عملیات بانکی در این فصل بحث شده است. قراردادهای بانک و مانند نامه بانکی، اعتبار اسنادی، افتتاح حساب جاری، کارت الکترونیکی (کارت عابر بانک و کارت اعتباری و ...) مورد اشاره قرار گرفته است.
- ❖ **فصل ششم:** موضوع این فصل قراردادهای بورس است. قراردادهایی آتی و اختیار (اختیار خرید و اختیار فروش) در این فصل مورد بررسی قرار گرفته است.
- ❖ **فصل هفتم:** در این فصل قراردادهای موضوع ارائه خدمات مورد تحلیل قرار گرفته است و ابعاد حقوقی قرارداد گارانتی و سند اسناد مورد تبیین قرار گرفته است.
- در تألیف کتاب حاضر سعی شده از جمله منابع در خصوص مباحث مورد بحث استفاده گردد ضمناً تحلیلی نوین و متفاوت از آثار سابق، باقیات قبلی ارائه گردد. در بخش ضمایم نیز نمونه‌ای از عقود نامعین ذکر گردیده است. در پایان اثر سنا و کلبه اساتید تشکر و قدردانی خویش را بیان می‌نمایم. امید است که این کتاب مورد توجه جامعه حقوقی ما (وکلا، قضات، سردفتران، مشاوران حقوقی و ...) قرار بگیرد.

دکتر قاضی بیور

سید حبیب الله طالبانی