

تحلیل حقوقی ریسک در نظام قراردادهای با رویکردی بر نظر امام خمینی (س)

عباس سرمدی^۱

صبا حقیقت^۲

چکیده: قرارداد به عنوان یک نهاد حقوقی در راستای رسیدن به اهداف خویش همواره با عدم قطعیت‌هایی روبروست که صرفاً با کنترل و پاسخگویی مناسب به آنها می‌توان به تبیین تعهدات و اختیارات طرفین قرارداد پرداخت. از آنجا که شرایط انعقاد یک قرارداد می‌تواند تضمین‌کننده اجرای آن به شمار رود، لازم است که توجه خاصی در تنظیم قرارداد، تکالیف طرفین و تقسیم ریسک‌های مرتبط مبدول گردد. بدین منظور همواره سعی بر آن بوده تا از طریق شناخت ماهوی ریسک تعهدات طرفین، تأثیر فرصت‌ها و تهدیدها از جمله جنبه‌های مالی، عملیاتی، رقابتی، سیاسی و اجتماعی و نیز خط‌مشی‌های ارتباطی طرفین راه حلی منطقی در مسیر اجرای آن در پیش گرفته تا از ناکامی‌های پیش‌رو جلوگیری به عمل آید و در نتیجه منجر به کاهش هزینه‌های قراردادی و اجرای درست و به موقع آن گردد.

کلیدواژه‌ها: ریسک، قرارداد، غرر، تخصیص ریسک، قانون

مقدمه

ریسک همواره یکی از موضوعات مورد توجه در تاریخ اقتصاد بوده است که وجود آن در یک محیط اجتماعی امری بدیهی فرض می‌شده است. شاید بتوان از ریسک به عنوان شانس یا تهدیدی

E-mail: ma.sarmadi@yahoo.com

۱. استادیار دانشگاه خوارزمی

E-mail: hq.saba@gmail.com

۲. دانشجوی دکترای فقه و حقوق خصوصی دانشگاه خوارزمی

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۳/۵

تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۲/۲۰

پژوهشنامه متین / سال هفدهم / شماره شصت و هفت / تابستان ۱۳۹۴ / صص ۹۷-۱۲۴

یاد نمود که اتفاق افتاده و آثار و اهداف یک نهاد را تحت تأثیر قرار می‌دهد. در این میان قرارداد نیز به عنوان امری اجتناب‌ناپذیر در عرصه اجتماعی همواره با ریسک‌هایی روبرو بوده که منجر به موفقیت یا شکست آن می‌شده است. در واقع قرارداد وسیله تخصیص ریسک و تعریف‌کننده مسئولیت‌هاست. تخصیص ریسک در هر قرارداد، هزینه، زمان، کیفیت، تأخیر و سایر ادعاها را تحت تأثیر قرار می‌دهد به طوری که تخصیص نادرست ریسک قراردادی، می‌تواند عامل اصلی مشاجرات به شمار رود. اغلب در اجرای قرارداد ریسک‌ها دست کم گرفته شده و به بخش‌هایی که دانش، منابع و ظرفیت کافی برای مدیریت آن وجود ندارد، تخصیص داده می‌شود که در نتیجه، افزایش هزینه‌ها و تأخیر در اجرای قرارداد را به دنبال خواهد داشت.

پس می‌توان گفت شناسایی ریسک و تخصیص آن دو فاکتور قدرتمند در تصمیمات مدیریت قرارداد است. متأسفانه در بسیاری از قراردادها مفاد قرارداد نمی‌تواند به وضوح حاوی شرح و تخصیص ریسک باشد و لذا تفسیر متعدد از مواد، اجرای آن را در عمل مشکل می‌سازد. این تناقض در تفسیر گاه به علت وجود مواد مبهم و ناکافی و گاه به علت اختلاف بنیادی در تجربیات است و به همین دلیل مشاجرات زیادی در نتیجه تخصیص ناصحیح ریسک بین عوامل درگیر به وجود می‌آید.

ضروری است که همه ریسک‌ها، قبل از انعقاد قرارداد شناسایی و سپس بین طرفین قرارداد تقسیم گردند تا طرفین بتوانند به ارزیابی پیامد ریسک‌های بالقوه قبل از عقد قرارداد پردازند و ریسک‌ها را در آنالیز هزینه نهایی و در نتیجه قیمت پیشنهادی دخالت دهند. اما سؤال اساسی آنجاست که آیا می‌توان قراردادی بدون ریسک منعقد نمود یا آنکه در جهت کاهش ریسک گامی مثبت برداشت؛ زیرا گاه اجرای یک قرارداد چنان هزینه‌بر می‌شود که از منظر اقتصادی، نقض تنها گزینه کارآمد خواهد بود. از این رو هدف از این تحقیق، شناسایی مفهوم ریسک در قرارداد و روش‌های کاهش آن است به طوری که بتوان یک چارچوب کاربردی برای تقسیم صحیح ریسک شناخت تا مسئولیت طرفین قرارداد مانع از اجرای صحیح آن نگردد.

معنای ریسک

فعالیت‌های بشری همواره دربردارنده درجاتی از ریسک بوده که هر چند در ظاهر مفهوم روشنی را به ذهن متبادر می‌کند، اما با توجه به موارد استفاده‌اش در حوزه‌های مختلف تعبیرات متفاوتی از

آن ارائه شده است. به طور مثال مهندسان طراح و پیمانکاران ریسک را بیشتر از وجه فنی و فناوری آن تعبیر می‌کنند. کارفرمایان و سرمایه گذاران پروژه ریسک را با مفهوم اقتصادی و مالی آن، کارشناسان محیط زیست مفهوم زیست-محیطی ریسک و کارشناسان بیمه نیز مفهوم ایمنی آن را در نظر می‌گیرند. اما همه این تعابیر به یک معنای کلی می‌انجامد که در ادبیات مالی به وضوح بر آن تکیه شده است.

واژه‌نامه مدیریت مالی، ریسک را به وضعیتی ترجمه کرده که در آن وقوع پیشامدهای احتمالی است و مهم‌ترین منبع آن را عدم اطمینان درباره وضعیت اقتصادی آینده می‌داند (Abrol 2003: 892-893). واژه‌نامه آکسفورد نیز ریسک را به امکان وقوع پیشامدی زیانبار در آینده ترجمه می‌کند (Hornboy 2005: 1313). در اصطلاح ادبی نیز واژه ریسک بر احتمال خطر یا ضرر آینده دلالت می‌کند (عمید ۱۳۷۱: ۴۳۲).

در تعریفی دیگر، ریسک ناشی از احتمال وقوع بیش از یک نتیجه و عدم مشخص بودن نتیجه نهایی اعم از سود یا زیان است. به عبارتی ریسک را می‌توان تغییرپذیری یا بی‌ثباتی نتایج غیرمنتظره تعریف نمود که معمولاً از طریق اندازه‌گیری انحراف معیار نتایج تاریخی محاسبه می‌شود. در این تعریف، ریسک زمانی معنا می‌یابد که امکان سنجش سود، منافع و زیان توأمان فراهم بوده و گزینش انتخاب مطلوب از میان آنها ممکن باشد (Iqbal 2005: 32). در این معنا نیز عدم اطمینان از وقوع نتایج مثبت یا منفی جزوی گریزناپذیر از ریسک به شمار می‌آید.

در واقع عدم اطمینان یکی از مهم‌ترین مشخصه‌های تشکیل دهنده ریسک در رابطه با نتایج حاصل از یک عمل است و همواره این امکان وجود دارد که حداقل یکی از نتایج محتمل نامطلوب باشد. به عبارت دیگر با استعمال این لغت به طور ضمنی اشاره بر نامعلوم بودن و غیر قابل پیش‌بینی بودن نتایج آتی داریم؛ لذا می‌توان گفت، عدم اطمینان از نتایج یک عمل و قرار گرفتن در معرض این نامعلومی‌ها از مهم‌ترین مؤلفه‌های تشکیل دهنده انواع ریسک است. به همین علت زمانی که از توانایی بیشتری در پیش‌بینی آینده برخوردار هستیم، با ریسک کمتری مواجه می‌شویم و یا بالعکس با کاسته شدن توانایی ما در پیش‌بینی آینده، ریسک برای ما بیشتر می‌شود (مظلومی ۱۳۸۶: ۲).

ریسک گاه متضمن سود و زیان آینده به صورت توأمان و گاه صرفاً دربردارنده ضرر است. بدین معنی که یک وضعیت هم فرصت سودآوری و هم امکان بالقوه زیان را فراهم می‌آورد و

انحراف در هر دو جهت مثبت و منفی بروز می‌کند. در این نوع ریسک شما می‌توانید یک سودآوری تحقق یافته یا بهبودی در روال شرایط نسبت به وضع موجود داشته باشید و به طور همزمان نیز امکان بالقوه بدتر شدن شرایط نسبت به وضع موجود را تجربه کنید. قمار بازی یک نمونه از این ریسک است. ریسک‌های ناشی از سرمایه‌گذاری و بازدهی نیز نمونه‌ای دیگر از آن می‌باشند. در این دو مثال احتمال به دست آوردن پول بیشتر در مقابل انتظار از دست دادن، مورد ارزیابی قرار می‌گیرد و از آنجا که هدف اصلی افزایش ثروت است، تمایل به سرمایه‌گذاری در ریسک را به منظور فراهم ساختن یک فرصت سودآورانه افزایش می‌دهد (William and Heins:152-156).

گاه نیز انحراف بین واقعیت و انتظار فقط می‌تواند متضمن زیان باشد. چنین انحرافی فقط جنبه منفی داشته و حاصلی جز زیان به دنبال نخواهد داشت. به عبارتی در این نوع ریسک فقط یک امکان بالقوه زیان وجود داشته و هیچ فرصتی برای بهبود شرایط نیست. فرض کنید که شما نگران محافظت از اشیاء با ارزشی باشید که در خانه نگهداری می‌شوند. هدف اصلی شما در این مثال، اطمینان از عدم دستبرد به اشیاء موجود در منزل بدون اطلاع و اجازه از جانب شماست. بعد از بررسی میزان کیفیت امنیت اشیاء، امکان دارد که شما تصمیم به نصب یک سیستم امنیتی در منزلتان به منظور جلوگیری از ورود دزد و سرقت اشیاء بگیرید. توجه کنید که هدف در این مثال، طبق تعریف، تنها تمرکز ریسک بر روی محدوده امکان بالقوه زیان است. در اکثر شرایط مناسب، شما تنها آنچه را که هم اکنون مالک آن هستید، محافظت می‌کنید و هیچ امکان بالقوه‌ای برای سودآوری وجود ندارد (William and Heins: 156-162).

جایگاه ریسک در اسلام

در مالیه اسلام ریسک اهمیت خاصی را به خود اختصاص داده است تا آنجا که از منظر اسلام اصل «درآمد بیشتر در گرو تحمل ریسک بیشتر است»، به عنوان یکی از اصول پذیرفته شده علم مدیریت مالی شناخته می‌شود. وجود آیات متعدد قرآن که به صورت مستقیم و غیر مستقیم بر وجود وضعیت عدم اطمینان در کوشش‌ها و تصمیم‌های انسان صحه گذاشته و تصمیم‌گیری وی را در این وضعیت جایز می‌شمارد، تأییدی بر موضوع گفته شده می‌باشد. از جمله آیات ۳۹، ۴۰ و ۵۳ سوره نجم که ناظر به کوشش‌های انسان برای امور آخرت است اما با این حال چون بر اساس

حکم مسلم عقلی است، می توان نتیجه آن را تعمیم داد و کوشش های دنیا را نیز مشمول آن دانست و چنین برداشت نمود که لزوماً تمام کوشش های انسان در وضعیت اطمینان کامل نیستند؛ به این صورت که وی پاداش یا زیان نتیجه کوشش خود را همواره در هاله ای از جهل و ابهام می بیند و در همین فضای عدم اطمینان نیز تصمیم می گیرد (مکارم شیرازی ۱۳۷۴: ۵۵۳). از دیگر آیه هایی که بر تصمیم گیری در وضعیت عدم اطمینان دلالت دارند، آیه هایی است که در بردارنده مفهوم توکل است. گویی قرآن کریم با مطرح کردن توکل می خواهد به انسان همت مضاعف بدهد و بفهماند که دستیابی به نتیجه مطلوب فقط در گرو کوشش وی نیست بلکه عامل های دیگری مانند خواست خداوند و امداد هایش در حصول آن دخیل است. واژه غیب در آیه ۷ سوره اعراف نیز که شاید مقصود ما در آن بیشتر متجلی گردد، دلالت بر عدم آگاهی و اطمینان نسبت به وضعیت آینده دارد. به این معنا که هر آنچه از افزایش سود یا کاهش زیان بیان می شود همگی بر اساس پیش بینی و پیش گویی مبتنی بر معلومات اجمالی تصمیم گیرنده است.

از سوی دیگر قواعدی چون دو قاعده فقهی معروف «الخراج بالضمنان» و «من له الغنم فعلیه الغرم» بر مبنای ریسک استوار شده است. از دو قاعده فقهی مذکور چنین برداشت می شود که بازده حاصل از دارایی - به صورت ذاتی - با میزان مسئولیت پذیری در قبال زیان احتمالی آن دارایی در ارتباط می باشد. بر این مبنای جداسازی حق بهره برداری از بازده، بدون مشارکت و مسئولیت پذیری در قبال زیان، حرام و انتقال ریسک بدین صورت منع و مشارکت در ریسک تشویق شده است (حبیب احمد ۱۳۸۷: ۱۷۰).

در این دیدگاه منظور از بازده، «بازده مورد انتظار» یا به عبارتی نرخ بازدهی است که سرمایه گذار احتمال وقوع آن را می دهد و محاسبه اش بر مبنای تابع احتمال صورت می گیرد؛ چرا که ارزش هر سرمایه گذاری برابر با میزان جریان های نقدی آتی آن سرمایه گذاری است و برای محاسبه ارزش فعلی عایدات آتی ناگزیر از محاسبه احتمالات می باشیم. احتمالی که صرفاً بر اساس ریسک مفید مورد پذیرش در مالیه اسلام منطبق با معیارهای عقلی است (حبیب احمد ۱۳۸۷: ۱۹۲).

در اسلام ریسک مفید یا ریسک قابل تحمل به ریسکی اطلاق می شود که تحمل آن نزد عقلا پسندیده شمرده می شود. به عبارت دیگر پیامدهای پذیرش ریسک مفید، پیامدهایی ارزشمند برای فرد پذیرنده آن است. در حالی که پیامدهای ریسک غیر مفید یا غیر قابل تحمل نه تنها ارزشمند نیست که عبث و بیهوده نیز تلقی می گردد. به طور مثال، ورزش امری پسندیده است و از آنجا که

هدف ورزشکار حفظ سلامت و تندرستی است، اگرچه در راه انجام ورزش ریسک هم متحمل می‌شود، تحمل این ریسک امری پسندیده است. اما در تعدادی بازی‌های بیهوده رایج، همچون گاوبازی هرچند طرف مانند ورزش جان خود را به خطر می‌اندازد اما تحمل چنین مخاطره‌ای به هیچ وجه پسندیده نیست (مصباحی مقدم و صفری ۱۳۸۸: ۱۲۳-۱۲۲).

از آنچه گفته شد می‌توان نتیجه گرفت که جستاری در آموزه‌های اسلامی مانند آیات قرآنی و استناد به قواعد و سیره عقلا ما را به اصل پذیرش ریسک در اسلام رهنمون کرده و تصمیم‌گیری در وضعیت عدم اطمینان و تحمل ریسک و از جمله ریسک مالی را مورد تأیید قرار می‌دهد.

تفاوت ریسک و غرر

می‌دانیم که وجود درجاتی از ریسک در مبادلات اقتصادی و معاملات روزمره جامعه امری طبیعی است که مبانی عقلی نیز وجود آن را تأیید کرده‌اند؛ اما پذیرش ریسک در ممالک اسلامی با چالش‌هایی مواجه است که ممکن است بطلان یک قرارداد را به دنبال داشته باشد. از جمله این اشکالات شبهه وجود غرر در قراردادهای همراه با ریسک است. بنابراین به منظور حل این اشکال سعی می‌شود تا با تعریف و بررسی معنا و دلالت این قاعده فقهی، گستردگی و محدوده آن را تعیین و تفاوت‌های موجود را مشخص نماییم. در این میان بیان نظرات امام خمینی در خصوص غرر و رویکرد ایشان با هدف شناخت تمایز غرر و ریسک، خالی از لطف نخواهد بود. توجه به این تمایزات می‌تواند راه را برای طراحی معاملات و ابزارهای مالی جدید در بازارهای سرمایه باز کرده و محققان اسلامی را در عرصه‌های نوظهور یاری رساند.

معنای غرر و سند آن

بهره‌مندی فقها از قاعده غرور از دیر زمان در کتب فقهی مطرح بوده، هر چند اختلاف‌های جزئی در محدوده آن و برخی از مصادیق وجود داشته است. شیخ طوسی نخستین کسی است که در کتاب *المبسوط فی فقه الامامیه* در ابواب مختلف از جمله غصب، عاریه، نکاح به این قاعده عمل کرده است. وی در استدلال برای غصب چنین می‌گوید: «لانه غره؛ یعنی به این دلیل که او دیگری را مغرور کرده است» (محقق داماد ۱۳۷۶: ۱۶۳). بی‌تردید مدرک اصلی وی در کاربرد قاعده نفی غرر، حدیث معروف «نهی النبی عن بیع الغرر» است که ظاهر فقهای شیعه برای استدلال قاعده به اتفاق

به روایت مذکور تمسک می‌جویند؛ امام خمینی نیز در بحث «اعتبار قدرت بر تحویل عوضین در خرید و فروش» از شیخ انصاری نقل می‌کند که ظاهر فقیهان شیعه بر آنند که اجماعاً برای استدلال قاعده به این روایت استناد می‌کنند (امام خمینی ۱۴۲۱ج: ۳-۳۲۶-۳۲۵). اما به همان اندازه که مسأله سند قاعده روشن است، مسأله معنای آن پیچیده است.

غرر واژه‌ای عربی با اسم مصدر «غراره» می‌باشد که در لغت به معنای باطل، خدعه و نیرنگ آمده است. آیه «وَمَا الْحَيَاةُ الدُّنْيَا إِلَّا مَتَاعُ الْغُرُورِ» (آل عمران: ۱۸۵) نیز بر همین معنا دلالت می‌کند. در فرهنگ لغات فارسی نیز علاوه بر معانی مذکور به «امری که مورد تعهد و اطمینان نباشد» یا «امری که ظاهری فریبنده و باطنی مجهول دارد»، تعریف شده است (امیدی فرد: ۱۳۸۵: ۲۴۵). امام خمینی در کتاب *البيع* به نقل از *مجمع*، *قاموس* و *صاحح* چنین نگاشته‌اند که تدلیس عبارت است از پوشانیدن عیب کالا از مشتری و غرور به معنای خدعه و گول زدن و مخفی کردن عیب کالا است... و تصریح کرده‌اند که غرور و خدعه و تدلیس عرفاً و لغتاً یکسانند (امام خمینی ۱۴۲۱ج: ۲-۴۵۳-۴۵۲).

همانگونه که جعفری لنگرودی در کتاب *ترمینولوژی حقوق* خویش آورده است: «عناصر غرر عبارتند از الف: جهل؛ ب: احتمال حصول ضرر از ناحیه جهل» (جعفری لنگرودی ۱۳۴۲: ۴۵۷). امام خمینی نیز به دخالت جهل در غرر باور داشته است. ایشان در ذیل بحث فضولی، در خصوص حق رجوع مشتری به فضول در مورد پرداخت اصل ثمن و غرامت‌ها به مالک با شمردن اقسام چهارگانه و ترسیم جهل مشتری و علم فضول یا بالعکس، جهل هر دو یا علم هر دو صرفاً قسم نخست را مشمول قاعده غرر دانسته و به مشتری حق رجوع به غار را می‌دهد؛ زیرا معتقد است تنها همان خدعه و نیرنگی که شخص غار با وجود جهل مغرور به کار برده سبب استحقاق وی در دریافت خسارات خواهد شد مشروط بر آنکه خسارات وارده صرفاً از ناحیه مغرور پیش آمده باشد. ایشان پیرامون دیدگاه فقها که شخص، مطلقاً ضامن است - خواه خسارت صدق کند یا نه - می‌فرماید که این اطلاق قابل قبول نیست و با دیدگاه ما منافات دارد؛ زیرا بحث از حصول منافع نیست. سخن از این است که اگر خسارتی به طرف وارد نشده، دلیلی برای رجوع به غار نیست (امام خمینی ۱۴۲۱ج: ۲-۴۴۹-۴۴۴).

با وجود تفاوت‌های ظاهری در معنای لغوی و فقهی واژه غرر و درک سخنان امام در این موضوع می‌توانیم به وحدت نظر در خصوص شرایط غرر نایل شده و دیدگاه جمعی فقها و بالخصوص ایشان را در این خصوص بیان داریم:

۱. در قاعده غرر، معیار اساسی فریب و تدلیس دیگری اعم از قول و فعل است به هر طریق که واقع شود؛ به نحوی که تقصیر مغرور کننده سبب جهل دیگری در اثر وارونه جلوه دادن واقع یا پنهان نمودن حقیقت شود.
۲. زیان دیده جاهل به واقع باشد؛ چرا که غرور نه در لغت و نه بر حسب عرف بر شخص عالم صادق نیست. اما در این مورد که غار باید عالم باشد یا در صورت جهالت وی باز هم غرور محقق می شود یا خیر اختلاف وجود دارد.
۳. تحقق خسارت و زیان در غرر شرطی اساسی است. اگر ضرری وجود نداشته باشد، دیگر بحث سالبه به انتفاع موضوع خواهد بود.
۴. تقصیر مغرور کننده سبب ورود زیان باشد. به عبارتی بین کار مغرور کننده و زیان ناشی از پندار نادرست مغرور رابطه علیت وجود داشته باشد. و آلا ضمان و رجوع به قاعده وجهی نخواهد داشت؛ چون مغرور ضرری ندیده است.

معیار تشخیص غرر

نکته اساسی در رابطه با قاعده مورد بحث مسئله جایگاه عرف در تبیین غرر است. به عبارت دیگر نباید در تشخیص غرر دقت های عقلی مورد توجه قرار گیرد. چرا که به دقت عقلی، شاید معامله ای پیدا نشود که از تمام جهات اطلاعات کامل داشته و هیچ خطری در آن وجود نداشته باشد. بنابراین آنچه ملاک تشخیص وجود غرر می باشد، عرف است. در واقع اگر خطر موجود در معامله به اندازه ای باشد که عرف حتی در صورت تشخیص، آن را قابل توجه ندانسته و به آن اهمیت ندهد، در این صورت، چنین خطری نمی تواند غرر به حساب آمده و به صحت معامله آسیب برساند؛ اما در مقابل اگر خطر به اندازه ای باشد که عرف در صورت تشخیص آن را با اهمیت به حساب آورده و به فکر رفع آن بیفتد، آنگاه چنین خطری غرر بوده و موجب بطلان معامله می شود (موسویان ۱۳۸۹: ۱۲۹). امام نیز در استناد به قاعده نفی غرر معتقد است که معلومیت عرفی برای نفی غرر کفایت می کند اگر چه علم به تمام جهات تعلق نگرفته باشد (علیدوست ۱۳۸۲: ۱۰۱).

رابطه ریسک و غرر

با توجه به آنچه تاکنون در تعریف ریسک و غرر گفته شد، شاید بتوان رابطه میان این دو را عموم و خصوص مطلق دانست؛ بدین معنی که هر غرری یک ریسک است اما هر ریسک، غرر نیست و

تنها گروه خاصی از ریسک‌های اقتصادی به دلیل وجود نقص یا مشکلی قابل توجه در قرارداد، غرر می‌باشند. به همین خاطر است که ریسک از منظر اسلام به دو دسته ریسک قابل تحمل و ریسک غیر قابل تحمل تقسیم می‌شود؛ مورد اخیر با مبانی اسلامی سازگاری نداشته و به تعبیر دیگر عرف این معاملات را غرری می‌داند. هر چند امام به طور مستقیم به تحلیل ریسک و پذیرش میزان آن اشاره‌ای نکرده‌اند، اما با توجه به معیار ایشان در عرفی دانستن غرر و وجه تمایز آن با ریسک قابل تحمل می‌توان گفت ریسک غیر غرری ریسکی است که واجد شرایط ذیل باشد:

۱. غیر قابل اجتناب بودن ریسک

شرط اول بیان می‌دارد که ارزش افزوده بدون پذیرش ریسک زیان یا شکست، امکانپذیر نمی‌باشد. می‌دانیم که ارزش هر تصمیم اقتصادی اصولاً به دلیل مخاطره‌آمیز بودن آن نیست، بلکه به واسطه ثروتی که خلق و ارزش افزوده‌ای که تولید می‌کند، تعیین می‌گردد و چنانچه ارزش افزوده‌ای نباشد تداعی کننده مفهوم شرط‌بندی خواهد بود که نامشروع و غرری است. پذیرش ریسک نیز اساساً در چنین شرایطی مورد تشویق قرار می‌گیرد (AI-Suwailem 2006:238). طبق نظر آلن گرینسپن «تمایل به پذیرش ریسک برای رشد اقتصادی بازار آزاد ضروری است. اگر همه پس‌اندازکنندگان و واسطه‌های مالی آنها فقط در دارایی‌های بدون ریسک سرمایه‌گذاری می‌کردند، پتانسیل رشد کسب و کار وجود نمی‌داشت» (Khan and H 2001:45). بنابراین ریسک به طور طبیعی از فعالیت‌های اقتصادی جدایی‌ناپذیر است. جداسازی مصنوعی ریسک در واقع سبب ایجاد ریسک بیشتر و بی‌ثباتی اقتصادی می‌شود.

۲. آشکار بودن ریسک

بنابر آنچه از مدلول روایات و اظهارات فقها در باب روایت نفی غرر برمی‌آید، صدق عنوان غرر در جایی است که جهل یکی از طرفین معامله در مورد متعلق خاصی از معامله باعث ایجاد نقصان بر مال وی یا طرف مقابل شود؛ در حالی که در خصوص ریسک و صدق عنوان آن، هیچگاه محل مناقشه، جهل طرفین در مورد موضوعی شفاف که علتی از علل آن را از دید طرفین معامله پنهان داشته، نمی‌باشد. به همین جهت است که در بحث مدیریت ریسک یکی از راهکارهای کاهش آن، کاهش اطلاعات نامتقارن است و این نکته می‌تواند در بردارنده این حقیقت باشد که تلاش

پوشش دهندگان ریسک در واقع انتقال آن مقدار درصد از احتمال مورد توقعی است که آنها پیش‌بینی می‌کنند که در صورت ادامه روند جاری اقتصاد به سبب داراییشان نقصان وارد خواهد کرد که خود اثبات‌گر پنهان نبودن ریسک در معاملات است (Khan and H 2001: 67).

۳. غیر عمدی بودن ریسک

هدف یک فعالیت اقتصادی عادی خلق ارزش است و نه ریسکی که لازمه این خلق ارزش باشد. بنابراین چنین ریسکی طبیعتاً نمی‌تواند انگیزه معامله باشد (Al-Suwailem 2006:240). از دیدگاه اسلامی نیز لازمه عدم اطمینان این است که تصمیم‌گیرنده اقدامات مناسبی را برای رسیدن به نتایج مطلوب انجام دهد و در باقی (احتمال اندک شکست) به خداوند اطمینان کند. انجام اقدام مناسب ضروری است و نه مرجح؛ زیرا که توکل به خدا تصمیم عقلانی را تکمیل می‌کند ولی جایگزین آن نمی‌گردد. انجام اقدامی که احتمال شکست بیشتری دارد، نقض آموزه‌های اسلامی است (بهاروندی ۱۳۸۸: ۲۴۱).

باید توجه داشت که غیر عمدی بودن ریسک در یک معامله به این معنا نیست که طرفین معامله از وجود آن بی‌اطلاع هستند، بلکه برعکس علت نامگذاری آن، به دلیل آگاهی از وجود حقیقت آن است و گرنه بحث از کنترل یا انواع دیگر روش‌های برخورد با آن بی‌معنا می‌نمود. علاوه بر آن که احتمالی بودن - ضعیف یا قوی - و نه غیر عمدی بودن آن سبب تمایز ریسک از شرایط اطمینان می‌گردد.

۴. مهم نبودن ریسک

این شرط نشان‌دهنده درجه ریسک است. متفکرین اسلامی بیان می‌دارند که به منظور پذیرش ریسک می‌بایست احتمال شکست در یک معامله بسیار کمتر از احتمال موفقیت آن باشد. و از همین جا می‌توان تفاوت ریسک قابل پذیرش با ریسک غیر قابل تحمل را در معاملاتی همچون لاتاری و بخت‌آزمایی مورد سنجش قرار داد (بهاروندی ۱۳۸۸: ۲۳۹). چرا که در ریسک قابل پذیرش تصمیم‌گیری مبتنی بر رویدادهای مورد انتظار است در حالی که در لاتاری قانون مطلوبیت مورد انتظار حاکم می‌باشد. این قانون مبتنی بر ارزش مورد انتظار است، بدون این که به احتمال وقوع حالت مخالف توجهی کند؛ لذا اگر احتمال ضرر بیشتر از ۹۹ درصد باشد هم تا زمانی که مبلغ

جایزه به اندازه کافی زیاد باشد، نظریه ارزش مورد انتظار چنین ریسکی را می‌پذیرد. این مسئله نه تنها از دیدگاه اسلامی قابل پذیرش نیست بلکه با منطق اقتصادی نیز در تعارض است؛ زیرا تقریباً اطمینان وجود دارد که زیان اتفاق خواهد افتاد. این قانون منجر به نوعی رفتار خیالبافانه می‌گردد که منجر می‌شود سرمایه‌گذار طبق ترجیحات یا آرزوهایش عمل کند و به واقعیت موجود توجهی نداشته باشد. این نوع رفتار به درستی به عنوان فریب و جهل (غرر) توصیف می‌شود. تصمیم‌گیرنده به دلیل مبلغ جایزه فریب می‌خورد، به نحوی که گمان می‌کند بردن جایزه دارای احتمال وقوع زیادی است، در حالی که به احتمال زیاد می‌بازد (Al-Suwailem 2010 vol.7:242). یعنی احتمال بردن، کم و احتمال باختن قیمت بلیط بسیار زیاد خواهد بود.

تعریف ریسک در قرارداد

بنابر تعریف ارائه شده از ریسک، شاید بتوان ریسک یک قرارداد را رویداد یا وضعیتی محتمل دانست که در صورت وقوع، تأثیری مثبت یا منفی بر دست کم یکی از اهداف قرارداد از قبیل زمان، هزینه یا کیفیت می‌گذارد (76: 3 Vol. Craswell 2000). همچنین ریسک یک قرارداد را می‌توان به صورت رویدادهای غیر منتظره که معمولاً به شکل تغییر در ارزش دارایی‌ها یا بدهی‌ها بروز می‌کند، تعریف نمود. به تعبیری دیگر میزان اختلاف میان بازده واقعی قرارداد با بازده مورد انتظار همان ریسک قراردادی است که هرچه پراکندگی آن بیشتر باشد، ریسک نیز بیشتر خواهد بود. بیشتر سرمایه‌گذاران بر این باورند که بازده واقعی در اغلب موارد کمتر از بازده مورد انتظار است (Greenspan 2002).

از دید نظریه پردازان برجسته حقوق ریسک قرارداد به سه دسته قابل تقسیم است: دسته اول شامل ریسک‌هایی است که به هزینه‌های جستجو برای جذب طرف‌های تجاری بالقوه ارتباط داشته و در خصوص مراحل پیش از انعقاد قرارداد می‌باشد. دومین دسته از ریسک‌های پیش گفته ریسک انعقاد قرارداد است که به طور عمده شامل ریسک مذاکره بر سر مفاد قرارداد و رسیدن به توافق می‌شود. سومین دسته شامل ریسک‌هایی است که طرفین یک قرارداد پس از انعقاد آن متحمل شده که تا زمان اجرای کامل مفاد قرارداد از سوی طرف مقابل و اتمام تعهدات او ادامه می‌یابد. نظریه پردازان هزینه‌های ناشی از دسته سوم و تحمیل شده بر طرفین قرارداد را که به طور عمده شامل هزینه‌های نظارت بر اجرای قرارداد، جلوگیری از نقض آن و اجبار طرف نقض‌کننده

به رعایت آن است، هزینه‌های اعمال قرارداد می‌نامند. این هزینه‌ها بخش مهمی از ریسک قرارداد را تشکیل می‌دهد (Craswell 2000:91).

در واقع ریسک قراردادی در مواقعی مطرح می‌شود که نتایج حاصل از آن بیش از یک حالت بوده و تا زمان حصول و ملموس شدن نتایج دقیقاً مشخص نیست که کدام نتیجه واقع خواهد شد. لذا همواره در مقابل اصطلاح ریسک یا خطر در قراردادها، از اصطلاح شانس یا فرصت بهره می‌جویند، که برعکس ریسک، دربرگیرنده قسمت مطلوب و سودآور حادثه است. هر چند عنصر عدم اطمینان و اتفاقی بودن در هر دو مشترک است؛ یعنی اینکه نتیجه آینده و حوادث آن قابل پیش‌بینی نیست.

از سویی تلقی ریسک می‌تواند اساساً بین کارشناسان فنی، اعضای تیم پروژه قراردادی و شرکا فرق نماید. به عنوان مثال کارشناسان فنی تمایل به تأکید بر عواملی در احتمال وقوع رخداد و نتایج مربوطه دارند. در حالی که یک شریک به توزیع ضررها و منافع و درجه آنها می‌نگرد. از آنجا که سهامداران و شرکا اثر زیادی در فرآیند تصمیم‌گیری یک قرارداد دارند، لازم است که تلقی آنها از ریسک و نگرش به منافع، معین و مستند شده و دلایل مورد درک نیز مشخص گردد (Shapira 2003 vol.3:76-77).

عناصر تشکیل دهنده ریسک در قرارداد

اگرچه ممکن است تعاریف متعددی از ریسک ارائه شود، اما درک طبیعت آن جز از طریق شناخت عناصرش امکانپذیر نیست. شاید این عناصر بسته به نوع ریسک، تغییراتی در ظاهر داشته باشند، ولی مفاهیم بنیادی آنها یکسان است. به عبارتی تمامی اشکال ریسک با وجود انواع مختلفی که در آینده به شرح آن می‌پردازیم، از چهار عنصر اساسی محتوا، فعالیت، شرایط و پیامدها تشکیل شده است.

محتوا یعنی زمینه، وضعیت، یا محیطی که ریسک در آن منظور شده و مشخص‌کننده فعالیت‌ها و شرایط مرتبط با آن وضعیت است. به عبارت دیگر، محتوا نمایی از تمامی پیامدهای سنجیده شده فراهم می‌سازد. بدون تعیین یک محتوای مناسب، به‌طور قطع نمی‌توان تعیین نمود که کدامین فعالیت‌ها، شرایط و پیامدها می‌بایست در تجزیه و تحلیل ریسک و فعالیت‌های مدیریتی

۱. The Costs of Contract Enforcement

در نظر گرفته شوند. بنابراین، محتوا، مبنایی برای تمامی فعالیت‌های بعدی مدیریت ریسک را فراهم کرده و چارچوب آن را تعیین می‌نماید (بابایی و وزیرزنجانی ۲۰۰۶: ۸۹). تأسیس هر یک از نهادهای مالی همچون سازمان‌ها، مؤسسات یا انعقاد قراردادها به نوبه خویش می‌تواند تشکیل دهنده اولین عنصر ریسک باشد.

بعد از تعریف محتوا، تشخیص و تمیز عناصر باقی مانده در ریسک به نحو جامعی قابل تعیین است. عنصر فعالیت یعنی عمل یا اتفاقی که باعث ریسک می‌شود. فعالیت، عنصر فعال ریسک است و می‌بایست با یک یا چندین شرط ویژه برای ظهور ریسک ترکیب شود. تمامی اشکال ریسک با یک فعالیت به وجود می‌آیند به نحوی که بدون فعالیت، امکان ریسک وجود ندارد (بابایی و وزیرزنجانی ۲۰۰۶: ۹۰). کلیه مراودات یک سازمان یا تعهدات یک قرارداد به عنوان عنصر دوم ریسک شناخته می‌شوند.

در حالی که فعالیت عنصر فعال ریسک است، شرایط، عنصر منفعل ریسک به حساب می‌آید. این شرایط تعیین کننده وضعیت جاری یا یک مجموعه از اوضاع و احوال است که می‌تواند به ریسک منجر شود. شرایط، وقتی با یک فعالیت آغازگر خاص ترکیب می‌شود، می‌تواند یک مجموعه از پیامدها یا خروجی‌ها را تولید کند (Stulz 2003: 57). قراردادهایی که با درج شروط متعدد منعقد می‌گردند، حاوی عنصر منفعل می‌باشند.

پیامد نیز به عنوان آخرین عنصر ریسک، نتایج یا اثرات بالقوه یک فعالیت در ترکیب با یک شرط یا شرایط خاص است که می‌تواند به صورت ضرر، سودآوری یا حفظ وضع موجود باشد (Stulz 2003: 61).

اهمیت شناسایی ریسک در قراردادها

قراردادها همواره با ریسک دست به گریبان هستند. زیرا فارغ از اینکه ما چه چیزی را انتخاب می‌کنیم و چگونه آن را انجام می‌دهیم، همیشه با احتمال عدم قطعیت در اجرا مواجهیم. شناسایی، تجزیه و تحلیل جامع ریسک در قراردادها اقدامی حیاتی در تأیید فرضیات و به دست آوردن تصویر کاملی از دامنه خطر بالقوه محسوب گشته و امکان انجام اقدام پیشگیرانه را فراهم می‌کند. از این رو برشمردن فواید شناسایی ریسک خالی از لطف نخواهد بود:

بند اول: تسهیم هزینه معاملاتی

دانستیم که اصلی‌ترین هدف قرارداد توزیع بهینه منابع است. به علاوه منافع و ضررهای تخصیص یک منبع بر اساس چیزی که هر طرف تمایل به پرداخت آن دارد، مورد محاسبه قرار می‌گیرد. تمایل در پرداخت گاه به مطلوبیت فردی وابسته است و گاه مبتنی بر توانایی پرداخت می‌باشد. بدین معنی که با توجه به توان کمتر در پرداخت تهیدستان نسبت به توانگران، تمایل به پرداخت نیز در آنها کاهش می‌یابد. با این حال نظر به وجود خطرات متعدد در قراردادها همواره این امکان برای منعقد کنندگان عقد وجود خواهد داشت که با توجه به مطلوبیت فردی و یا توان پرداخت، هزینه ناشی از ریسک قرارداد را تحمل کنند که با توجه به آنچه در تأثیر اراده گفته خواهد شد، تراضی آنان نقش عمده‌ای در این میان ایفا می‌کند (Epstein 2009:15-16).

البته گاه نیز خطرات موجود در قرارداد به دلیل سهل‌انگاری طرفین، عدم تجربه و تخصص مورد غفلت قرار گرفته و موجب ایجاد خلأ قراردادی می‌شود و ممکن است اجرا و تفسیر قرارداد را دچار مشکل سازد. در چنین شرایطی قواعد تکمیلی موجود در قوانین و در صورت سکوت مقررات، عرف جاری به کمک می‌شتابد و موجب صرفه‌جویی در هزینه معاملاتی می‌شود. همچنین در صورت عجز طرفین از حل و فصل آن به ایشان اجازه می‌دهد که با مذاکره بر سر مباحث اصلی از چانه زنی دربارهٔ جزییات خودداری کرده و توافق بر سر آن را به قانون واگذار کنند. بدین ترتیب قواعد تکمیلی کارآمد با در دست گرفتن جریان امور، هزینه ناشی از ریسک حاصله را بر عهده یک و یا هر دو طرف قرارداد گذاشته و با پیش‌بینی هزینه‌های بعدی از نقض قرارداد پیشگیری می‌کند. به عبارت دیگر این شروط ضمنی، علاوه بر توجیه اقتصادی معامله از طریق تفسیر قرارداد، وسیله‌ای برای رعایت مصالح اجتماعی و هدایت قراردادهای خصوصی شده و هزینه‌های معاملاتی مربوط به مذاکره قرارداد را کم می‌کند. ضمن آنکه ناکامی‌های ناشی از مشکلات قابل پیشگیری را کاهش داده و از میزان دوباره کاری‌ها می‌کاهد.

بند دوم: جلوگیری از بی‌احتیاطی در فرآیند قرارداد

یکی دیگر از هدف‌های شناسایی ریسک بازداشتن طرفین از اعمالی است که از احتیاط معقولانه در فرآیند قرارداد به دور است و انجام آن سبب سلب اعتماد دو سویه می‌گردد که از نظر اقتصادی روا نیست. از این روست که در طراحی قواعد مربوط به نقض تضمینات آشکار، مانند تدلیس در

قرارداد، اشتباه قراردادی یا اکراه در قرارداد می‌بایست مسئولیت ناشی از پیامدهای منفی را به طرفی منتقل ساخت که با رعایت احتیاط‌های هزینه‌بخش، می‌توانسته از وقوع آن حادثه زیانبار جلوگیری یا مسئولیت خود را بیمه نماید (36: Trebilcock 1998). لذا عدم تنفیذ یا ابطال قرارداد جایگزین مناسبی برای بی‌احتیاطی محسوب خواهد شد.

اهمیت این موضوع باعث گردیده تا قوانین ایران نیز از این قاعده بی‌نصیب نماند؛ به نحوی که در قانون مدنی نیز هرگونه بی‌احتیاطی و قصور در انجام تعهدات بر عهده متعهد آن قرار دارد. ماده ۴۹۳ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «مستأجر نسبت به عین مستأجره ضامن نیست به این معنی که اگر عین مستأجره بدون تفریط یا تعدی یا کلاً یا بعضاً تلف شود، مسئول نخواهد بود؛ ولی اگر مستأجر تفریط یا تعدی نماید ضامن است اگرچه نقص در نتیجه تفریط یا تعدی حاصل نشده باشد» این موضوع در ماده ۶۱۴ قانون مدنی در باب عقد ودیعه نیز مورد تأکید قرار می‌گیرد؛ «امین ضامن تلف یا نقصان مالی که به او سپرده شده است، نمی‌باشد مگر در صورت تعدی و تفریط». انتقال ضمان معاوضی بعد از تسلیم در عاریه، قرض و جعاله نیز دیده می‌شود؛ زیرا شخصی که مال به او سپرده شده است، می‌توانسته با احتیاط بیشتر و با اندکی هزینه از ورود ضرر جلوگیری و یا آن را بیمه نماید. و از آنجا که بهتر از هر شخص دیگری می‌توانسته مانع تلف مال و ورود خسارت شود، لذا بهترین فرد برای تحمل ضرر محسوب شده تا انگیزه لازم را برای حفاظت از مال به وی بدهد.

البته ذکر ماده ۳۸۷ قانون مدنی با وجود اختلافی بودن بر سر مبنای آن به عنوان یک حکم استثنایی یا قاعده‌ای موافق با اصل که در راستای تراضی طرفین و انتقال ضمان معاوضی شکل گرفته، خود تأییدی دیگر بر اهمیت ارزیابی ریسک است. آنجا که به تقلید از فقه امامیه بیان می‌دارد «اگر مبیع قبل از تسلیم و اهمال از طرف بایع تلف شود، بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد...» و پذیرش آن به عنوان یک قاعده تکمیلی و قابل تغییر می‌تواند به طرفین عقد امکان توافق بر خلاف آن و تحمل ریسک توسط خریدار را بدهد.

بند سوم: یافتن راه حل مناسب در برخورد با ریسک

آگاهی از وجود خطرات در قرارداد و داشتن دانش کافی امکان یافتن راه حل را میسر می‌سازد. رجوع به «احساس» سبب پنهان شدن دانش قبلی، مهارت‌ها و تجربه فردی می‌شود که می‌تواند در

تشخیص خطرات عاملی کارساز محسوب گردد و انتقال تجربه قراردادی را دشوار سازد. لذا هر قراردادی نیازمند اطلاعاتی است تا بتواند باعث کاهش بار منفی زیان قراردادی شود (Ping Chen 2006).

عدم دقت در شناسایی ریسک هر قرارداد موجب تخمین‌های ضعیف و افزایش مخاطرات است. تخمین‌های اولیه در هر قرارداد به ویژه قراردادهای مستمر که انجام آن مستلزم اجرای تعهدات در طول زمان است، محصول تحلیل‌های اولیه است. گاه تحلیل قرارداد و شناخت مخاطرات آن زمانی است که هنوز مقدار و کیفیت اطلاعات در دسترس پروژه بسیار کم است، تعریف محدوده قرارداد هنوز کامل نشده و در حال تغییر می‌باشد و بخش‌های قابل ملاحظه کار نیز به شکل بسیار ضعیفی فهمیده می‌شود. برای بیشتر پروژه‌های فنی نیز که فاقد اطلاعات تاریخی هستند یا این اطلاعات در آنها بسیار کم دیده می‌شود و فرآیندهای تخمین زده تعریف شده‌ای نیز وجود ندارد که مورد استفاده قرار گیرد، روش تخمین به یک حدس ساده مبدل می‌شود.

لذا به منظور شناسایی ریسک‌های بالقوه مطالعه موردی و آگاهی از شرایط تحقق آن شرط لازم شناخته می‌شود هر چند کافی نیست. مطالعه موردی به توصیف ریسک که شامل خلاصه‌ای از پیامدهای روشن و شفاف آن باشد، کمک می‌کند. به علاوه رخداد راه‌انداز یا هشدار دهنده‌ای^۱ را که وقوع ریسک یا زمان بیشترین احتمال وقوع آن را اعلام می‌دارد، مشخص ساخته و در نهایت محدوده غیر ضروری پروژه را شناسایی و به صورت واضح از محدوده اصلی خارج می‌سازد. این شناخت از ریسک با جزییات اضافه شده، «شناسنامه ریسک» نیز نامیده می‌شود. این نوع شناسایی به علت دقت و ظرافت، در عمل نوعی تضمین برای کاهش احتمال وقوع و یا در صورت تحقق خطر، یافتن راه حلی مناسب و گاه از پیش تعیین شده‌ای را به همراه دارد (Richard 2007).

بررسی عوامل کاهش ریسک در قرارداد

دانستیم که شناسایی ریسک ابزاری سودمند برای تضمین کامل دامنه عملیات تجاری به ویژه در قالب قرارداد خواهد بود. این شرایط زمانی ملموس‌تر خواهد بود که قرارداد با منابع انسانی، قوانین، محیط ایمنی و فاکتورهای ریسک رقابتی و مالی ترکیب شود. از اینرو صرف زمان برای آشکارسازی احتمال وقوع آسیب بالقوه و تعیین افراد متأثر از آن همواره عاملی ارزشمند در انعقاد

۱. Trigger event

قرارداد منصفانه خواهد بود (Harold:145). در راستای اقدام برای نیل به این هدف راه حل‌های متعددی ارائه شده است که شاید بتوان آنها را در ذیل سه عنوان گردآوری نمود.

بند اول: کسب اطلاعات

در حقوق قراردادهای همواره بحث بر سر آن است که چگونه طرفین تلاش خویش را برای استفاده بهتر از منافع قراردادی به کار گیرند و میان نیازهای نامحدود خویش و اموال و خدمات محدود قرارداد تناسب برقرار کرده و برای کم نمودن این فاصله به سازگاری اقتصادی دست یابند. اما یکی از لوازم هر سازگاری اقتصادی، اطلاعاتی است که از سوی یکی از طرفین آن در اختیار طرف دیگر قرار گرفته و خطر ناشی از فعالیت اقتصادی را کم کرده یا آن را از بین می‌برد. عدم انتقال اطلاعات از سوی طرف مطلع و صاحب قدرت به طرف ناآگاه تعادل قراردادی را بر هم زده و کفه منافع و امتیازات مطلع را سنگین‌تر می‌کند. بنابراین آزادی قراردادی تا حدودی به بند کشیده شده و زمینه فرصت طلبی او و در نتیجه سوء استفاده وی در انتقال ریسک را بدون پرداخت بهای متقابل به دنبال دارد (Posner 1995).

تعهد مطلع، به عنوان طرف متخصص، تعهد به تأمین اطلاعات تفصیلی موردی و قابل تطبیق بر موضوع قرارداد و همچنین اطلاعات لازم نسبت به درصد احتمال موفقیت قرارداد و کارآیی آن به طرف غیر متخصص در زمینه‌های فنی و مالی است؛ بسیاری از نویسندگان اعتقاد دارند که در صورت انتقال نادرست اطلاعات یا عدم افشای اطلاعاتی، فسخ یا ابطال قرارداد در قالب هزینه‌های معاملاتی قرار می‌گیرد. نظریه‌های حقوقی مربوط به تقلب، کوتاهی در افشای اطلاعات، عقیم شدن موضوع قرارداد و اشتباه دو طرفه نیز چنین منطقی دارند. فرض تقلب ناظر به دروغگویی است و فرض دوم ناظر به عدم افشای اطلاعاتی است که به موجب عرف و قانون باید منتقل شود. به همین دلیل است که در حقوق فرانسه نیز سکوت در فرض اطلاع نیز تدلیس دانسته شده؛ برخلاف قانون مدنی ایران که از اظهار نظر در این مورد خودداری نموده است (انصاری ۱۳۹۰:۱۵۲).

نظریه «تعهد ارائه اطلاعات در قرارداد» به دلیل پیدایش تنوع در موضوعات قراردادی و ایجاد تخصص‌های گوناگون در حوزه کالا و خدمات و در نهایت تخصصی شدن قرارداد و نحوه انعقاد و اجرای آن، در رویه‌های قضایی کشورها به ویژه آمریکا و فرانسه شکل گرفته و بر مبنای آن عدم تبادل اطلاعات طرفین قرارداد به عنوان یک پیش فرض پذیرفته شده است. این تعهد بر مبنای

اندیشه حمایت از طرف غیرمتخصصی است که به علت فقدان آگاهی کافی نسبت به موضوع قرارداد و امور مربوط به آن در موضع ضعیف تری قرار گرفته است و ناچار بار منفی ریسک ناشی از ناآگاهی خود را به دوش خواهد کشید.

بند دوم: زدودن ابهام قراردادی

از دیگر راه‌های سازگاری در انجام یک فعالیت اقتصادی شفافیت سازی و رفع ابهام از آن است که منجر به کاهش ریسک می‌شود و قرارداد به عنوان سمبل جریان فعالیت اقتصادی از این قاعده مستثنی نیست. از دیدگاه اقتصادی - حقوقی هر معامله‌ای دارای ابهام است که می‌توان آن را با التزام‌های قراردادی رفع نمود. از این منظر دو نوع ابهام قراردادی وجود دارد:

ابهام نخست در مورد ویژگی‌های مورد معامله است. در صورت عدم شفافیت کلی اطلاعات یعنی اگر هیچ فرآیندی نباشد که به وسیله آن طرفین به صورت رایگان به اطلاعات نوعی و کامل درباره خصوصیات اموال و خدماتی که هر طرف به دیگری منتقل می‌نماید، دسترسی داشته باشند، در این صورت خطر وقوع اشتباه یا فریب در مورد معامله یا ثمن وجود دارد. قانون مدنی ایران در مواردی به صراحت با این نوع ابهام در قرارداد مبارزه می‌کند. برای نمونه ماده ۲۱۶ آن در این باره اعلام می‌کند: «مورد معامله باید مبهم نباشد، مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است». از سوی دیگر در ماده ۲۳۳ قانون مدنی قانونگذار با قاطعیت اعلام می‌کند که شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود، باطل و موجب بطلان عقد است. اساتید حقوق مدنی ایران بر این باورند که رضای مبتنی بر عوامل مبهم که در فقه از آن به کلمه غرر یاد می‌شود، بطلان معامله را به همراه داشته که نشأت گرفته از حدیث مشهور نبوی «نهی النبی عن بیع الغرر» یا «نهی النبی عن الغرر» می‌باشد (کاتوزیان ۱۳۸۰: ۱۸۳-۱۸۰).

ابهام دوم در مورد فرآیند اجرای قرارداد است. از آنجا که بسیاری از قراردادها به صورت فوری اجرا نمی‌شوند، فاصله زمانی بین زمان توافق بر سر مفاد قرارداد و اجرای کامل آن وجود دارد. این امر تا آنجا پیش می‌رود که گاه مطلوبیت معامله را از بین می‌برد؛ بدین معنی که اگر قرارداد قبل از هر چیز به عنوان التزامی تلقی شود که هدف آن تضمین سطح کارآمد سرمایه‌گذاری طرفین در قرارداد به شمار رود، تردیدی نیست طرفین از پیمان‌شکنی آینده می‌توانند سود ببرند. از نظر آنان آینده مبهم است، به گونه‌ای که پاره‌ای از مسائلی که در آینده با

آن روبرو می‌شوند، در زمان انعقاد قرارداد قابل پیش‌بینی نیست. در این صورت تنظیم قرارداد به منظور تضمین خودداری هر یک از طرفین نسبت به انجام تعهد قراردادی با این خطر روبروست که ممکن است برخلاف پیامد مورد نظر طرفین باشد. در نتیجه اگر قرارداد پس از انعقاد از نظر عملی مناسب نباشد، فرصت‌های زیادی برای عهدشکنی از ناحیه یکی از طرفین وجود دارد و این امر ریسک قراردادی را افزایش می‌دهد (Nili 2005: 127).

بند سوم: تعیین زمان اجرای قرارداد

یکی دیگر از منابع کاهش ریسک توجه به برنامه زمان‌بندی قرارداد مربوط به اجرای کامل آن است. وقتی شما در یک جاده تاریک اتومبیلی را بدون هیچ گونه نوری به جز چراغ‌های جلوی ماشین خود می‌رانید، تنها تا فاصله محدودی از جلوی چشم را می‌بینید. برد نور چراغ جلوی ماشین چند صد متر است. بنابراین باید همیشه هوشیار باشید و بارها و بارها پیش روی خود را واریسی کنید تا چیزهایی را که می‌بینید به خوبی تشخیص دهید.

در قراردادها نیز محدودیت وضوح دید وجود دارد؛ به ویژه در قراردادهای مستمر که متعاملین یا یکی از آنها ملزم به تعهد مستمر می‌گردد. عواملی چون نرخ تورم، امور فنی، کارکنان و مانند آن سبب ایجاد چنین محدودیت در زمان‌بندی قرارداد شده و دقت و صحت یک قرارداد را برای بیش از چند ماه نامحتمل می‌سازد. عدم قطعیت ذاتی کارهای برنامه‌ریزی شده بیش از چند ماه، منبع ریسک قابل ملاحظه‌ای برای برنامه زمان‌بندی به شمار می‌رود. لذا مدیریت ریسک بر توصیه‌های دوره‌ای برای تنظیم و اصلاح برنامه‌ریزی بر مبنای فرضیات و داده‌های پروژه تأکید دارد (Kendrick 2010 : 120-121).

تخصیص ریسک در قراردادها

تخصیص ریسک عبارت است از تعریف و تقسیم مسئولیت‌های مرتبط با سود یا زیان احتمالی در آینده که طی آن مسئولیت پیشامدهای فرضی متعدد که طی برنامه‌ریزی اصولاً نمی‌بایست در پروسه اجرا رخ دهند، معین می‌شود. تخصیص ریسک در قرارداد عموماً به عنوان بخشی از استراتژی مدیریت ریسک از طریق اسناد قراردادی تلقی می‌شود (پرچی و دیگران ۱۳۹۰).

از دیدگاه اقتصادی آینده مبهم است و قرارداد به عنوان وسیله‌ای برای اداره خطرات آینده و تسهیم آن توسط متعاملین است. گاهی در قرارداد چگونگی تخصیص خطر به صراحت پیش‌بینی

می‌شود. در این راستا نظریه جهت و مورد معامله به عنوان تمهید حقوقی توزیع عادلانه ثروت محسوب می‌شود. بدین سان، قرارداد وسیله سلطه بر واقعیت‌ها و آینده شناخته شده و به عنوان ابزاری برای اداره خطرات است. ولی در صورت بالا بودن هزینه‌های معاملاتی، تخصیص خطر قراردادی توسط قانون و دادرس صورت می‌گیرد. در واقع گاه بی‌آنکه طرفین تمایلی به تعدیل داشته باشند، مرجعی دیگر بر خلاف روال طبیعی امور، قرارداد را در جهت عادلانه ساختن تعدیل می‌نماید که با عادلانه ساختن قرارداد و رفع موانع بر سر اجرای آن مانع از سوءاستفاده یک طرف از این شرایط می‌گردد. بر حسب اینکه مرجع مذکور قانون یا دادگاه باشد، تخصیص خطر قانونی یا قضایی خواهد بود.

بند اول: تخصیص ارادی ریسک

در روابط اجتماعی بیان اراده افراد در قالب قرارداد متجلی می‌شود. قرارداد زاده اراده و اساسی‌ترین نیروی مکمل قانونی است که می‌تواند برای انسان حق و تکلیف به وجود آورد؛ همان قانونی که فرد را پایبند به پیمان خویش می‌بندد و نقض عهد را مذموم می‌شمرد. قرارداد بی‌تردید با کاستن از آزادی‌ها و حقوق فردی، انسان را از موجودی خودخواه و خودپرست به سوی جامعه‌ای مدنی سوق می‌دهد تا موجودی اجتماعی را جایگزین سودپرستی و لجام گسیختگی نماید. از سویی در این حرکت اجتماعی، تقدیس آزادی و تلاش برای رسیدن به آن همواره احترام خردمندان و حکیمان را به دنبال داشته است تا آنجا که اصل عدم ولایت به عنوان اصلی فقهی با ضروریات خاص خویش شکل گرفته تا آزادی انسان تنها به واسطه اراده او محدود گردد و نیرویی دیگر جز خود انسان قادر به تحمیل التزام و تعهد بر وی نباشد.

بنابراین برخی از نویسندگان، حاکمیت و استقلال طرفین را مبنای آزادی قرارداد انگاشته و با فرض اینکه هر یک از طرفین قرارداد می‌خواهد بازده مورد انتظار تصمیم‌های خود را محاسبه کند و فایده آن را به حداکثر رساند، قرارداد را حاصل انگیزه‌های مطلوب طرفین به صورت رفتار کارآمد می‌دانند که از طریق کسب اطلاعات لازم، جستجوی شریک مناسب، ادامه مذاکره و در نهایت تنظیم قرارداد شکل می‌گیرد. در واقع قراردادها به عنوان ابزارهای حقوقی برای ابراز اراده جمعی نسبت به تخصیص جدید منابع به شمار می‌روند که در آن یا هیچ یک از طرفین ضرر نمی‌بینند یا دست کم یکی از آنها سود می‌برد. مجموع سود طرفین اغلب ناشی از بازده قراردادی

است و چگونگی تقسیم آن بین طرفین به مهارت معاملاتی آنها بستگی دارد. با تقسیم مخاطرات قراردادی طرفین با محاسبه خسارت نقض قرارداد و تسهیم خطرهای ناشی از آن نه تنها خود را مکلف به اجرا می‌بینند بلکه گاه کارآمدی اقتصادی قرارداد را در عدم انجام آن می‌دانند.

اما گاه در کنار قراردادهایی که صرف تراضی دوسویه منجر به شکل‌گیری آن می‌گردد، تحولات عظیم اقتصادی و صنعتی سبب پیدایش شکل جدیدی از قرارداد می‌شود که در آن یک طرف به دلیل قدرت برتر و انحصاری، مفاد و شروط قرارداد را تهیه و طرف دیگر بنا به ضرورت ناچار از پذیرش کلیه شروط پیشنهادی بوده و جای هیچ گونه مذاکره و مناقشه‌ای را نخواهد داشت. مانند غالب قراردادهای متداول امروزی که در قالبی پیش ساخته ارائه می‌شود؛ از یک قرارداد بیمه اتومبیل، اخذ وام بانکی و گاه خرید منزل گرفته تا خرید امتیاز برق، تلفن، آب و سایر مواردی که حاکمیت یکی از طرفین اصلی قرارداد است. قضیه تا آنجا پیش می‌رود که عده‌ای با تمسک به اضطرار طرف قرارداد در رفع نیازهای زندگی از کاربرد عنوان قرارداد بر این مجموعه خودداری کرده و آن را حاصل توافق دو ایقاع می‌دانند (کاتوزیان ۱۳۸۰: ۱۲۸). این امر تعادل نسبی و اقتصادی قرارداد را برهم زده و موجب زیر سؤال بردن نظام معاملاتی و استواری پیمان‌های خصوصی می‌شود؛ چرا که در نتیجه آن سود و زیان قرارداد به شکلی نامتوازن تقسیم و ریسک حاصله نیز عمدتاً بر عهده طرف ضعیف قرار می‌گیرد.

از سوی دیگر همواره این سؤال در ذهن انسان پابرجاست که آیا طرفین قرارداد به هنگام انعقاد آن نسبت به همه جوانب و ابعاد آن واقفند تا بتوانند با در نظر گرفتن آن، آگاهانه در زمینه‌های متعدد تکلیف را روشن و جبران خسارات را در نظر گرفته و با دیدی منطقی ریسک حاصله را تقسیم کنند؛ به ویژه در قراردادهایی با حجم وسیع که واجد جنبه‌های متعدد فنی، آموزشی و گاه پزشکی است و پروسه اجرای آن ماهها و گاه سال‌ها به طول می‌انجامد، قدرت این سؤال بیشتر رخ می‌نماید؛ چرا که در بسیاری از موارد کمی‌سازی ارزیابی ریسک و تأثیرات آن بر حسب زمان یا هزینه آن اندازه‌گیری می‌شود و ناآگاهی طرفین نسبت به زمان یا تغییرات ناشی از تورم و دامنه وسیعی که از سایر نتایج کیفی از قبیل خلاقیت تیمی یا شرایط نیروی انسانی متأثر می‌گردد، می‌تواند به اثبات ناآگاهی طرفین قرارداد برای تقسیم عادلانه ریسک کمک کند.

اما شاید بتوان پاسخ را در دو بخش ارائه نمود تا جوابگویی در هر دو زمینه را به نحوی منطقی شامل شود؛ نخست آنکه در قانون صرفاً توافق دو اراده آزاد و مستقل در انعقاد قرارداد لازم

دانسته شده و اضطراب از عوامل بطلان یا عدم نفوذ قرارداد تلقی نشده است؛ به علاوه در هیچ یک از متون قانونی نیز اشاره‌ای به لزوم تساوی قدرت و برابری اقتصادی میان این دو اراده نگشته است. پس نباید تساوی اقتصادی طرفین، آزادی منطق و طیب نفس واقعی را از شرایط صحت قرارداد یا صدق عنوان عقد تلقی نمود، هر چند اتخاذ تدابیر مناسب برای حمایت از طرف ضعیف با هدف جلوگیری از تحمیل بیشترین ریسک بر وی اندیشه‌ای نیکو بوده و ایجاب می‌کند تعهد ناشی از این گونه اعمال را ناشی از توافق طرفین پنداشت تا به هنگام تفسیر مفاد آن خواسته‌های طرفین مد نظر قرار گیرد و نه صرف توافق دو ایقاع تا تفسیر آن با نظرات و منافع طرف پیشنهاد کننده سازگارتر باشد. دوم آنکه در هر قرارداد طرفین برای به حداقل رساندن تهدیدات و به حداکثر رساندن فرصت‌ها در هر جایی که امکانپذیر باشد تلاش می‌کنند و مدیریت آنها بسته به فهم منابع و تغییرات آن در پروژه دارد. بنابراین استفاده از داده‌های تجربی و متخصصان یک عامل امتیاز محسوب شده که بهره‌مندی از آن هر چند می‌تواند هزینه اولیه انعقاد قرارداد را برای منتفع افزایش دهد اما هزینه اجرای نهایی آن را کاهش داده یا تعدیل می‌سازد. بدین ترتیب دیگر ادعای طرفین نسبت به ناآگاهی خطرات اجرای یک قرارداد فاقد توجیه می‌شود.

بند دوم: تخصیص قانونی ریسک

از دیدگاه اقتصادی فرآیند تجاری و معاملاتی دشوار و طولانی است به گونه‌ای که ضرورت ارزیابی دقیق برای تعیین و تخصیص خطرات به منظور جلوگیری از فرصت طلبی طرفین و تشخیص حقوق و تکالیف آنها امری اجتناب ناپذیر است. هدف حقوق نیز تسهیل این فرآیند و ابهام زدایی از زوایای مجمل قرارداد است که به طور معمول در جریان تحقق قرارداد به وقوع می‌پیوندد. چرا که در صورت وقوع اختلاف، هر یک از طرفین در پی منافع خویش است. در صورتی که طرفین انجام تعهد خاصی را در صورت وقوع احتمالی پیش‌بینی نشده مقرر نکرده یا با وجود وقوف به آن نسبت به احتمال مذکور بی‌تفاوت بوده باشد، حقوق قراردادی بر فرآیند انجام تعهد نظارت کرده و شیوه تخصیص خطر را بین طرفین مقرر می‌دارد.

حقوق قراردادها همواره به قانونگذار امکان نظارت مستقیم و بی‌واسطه یا مداخله غیر مستقیم توسط دادرس را می‌دهد و بنا به مصالح اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی او را ناگزیر به تجدیدنظر در انعقاد یا مفاد قرارداد می‌کند. در این راستا قانونگذار یا به طور دقیق و جزئی مصادیق را تعیین کرده و شیوه تعدیل و تخصیص ریسک را مشخص می‌کند و یا به طور کلی در موردی خاص به

قاضی اختیار می‌دهد یا وی را الزام به آن می‌کند. در تفاوت این دو نوع تعدیل قانونی می‌توان گفت در نوع اول دادگاه وظیفه تطبیق موضوع بر مصداق‌ها و اعمال آن را دارد ولی در روش دوم بررسی اوضاع و احوال و تعیین میزان و کم و کیف تخصیص بر عهده قاضی است و حتی در مواردی که اختیار آن به قاضی داده شده است، وی حق دارد از تعدیل قرارداد و دادن تخفیف به متعهدله خودداری کند.

تخصیص خطر گاه در مرحله انعقاد قرارداد و ناظر به عیوب اراده است. قراردادهای مبتنی بر اکراه، اشتباه و تدلیس از این دسته‌اند. این قراردادها نه تنها از نظر اقتصادی نافذ نیستند بلکه عدم تنفیذ آنها به واسطه مداخله قانونگذار و صراحت وی بر نیازمندی اینگونه قراردادها به رضایت متعاقب طرف قرارداد می‌باشد. در چنین مواردی قانونگذار یا طرف خطاکار را ملزم به انجام تعهد قراردادی خود می‌داند که این دفاع در حقوق کامن‌لا بیشتر مورد پذیرش قرار گرفته است و یا خطر ناشی از عدم انجام تعهد را بر عهده او قرار می‌دهد و با اجبار وی بر خرید بیمه با تأمین مالی هزینه پرداخت، خطر مازاد را به حداقل می‌رساند (Fussyi 2006: 245).

در موارد اجرای قرارداد نیز به ویژه در قراردادهای مستمر، خطر گاه جنبه درونی و گاه منشأ خارجی دارد: برای نمونه در مورد خطر ناشی از تغییر فاحش قیمت در زمان اجرای تعهد، سیاست قانونگذار باید به این صورت باشد که طرفین بتوانند در برابر چنین خطری با درج شروط سختی انجام تعهد (یا سازگاری با شرایط) و شروط مربوط به انحلال قرارداد، خود را بیمه کنند. در موردی که خطر جنبه درونی دارد و ناشی از اجرای قرارداد به وسیله یکی از طرفین است، با پیش‌بینی شروط کیفری می‌توان با آن مبارزه نمود (انصاری ۱۳۹۰: ۱۴۹). و یا با تعیین وجه التزام، موارد ناشی از عدم انجام تعهد را بیمه کرد.

بند سوم: تخصیص قضایی ریسک

می‌دانیم که در صورت اختلاف طرفین در مفهوم و قلمرو قرارداد، قاضی مجاز است با تفسیر قرارداد اختلاف را برطرف کند بدین معنی که با کنار زدن پرده‌ها خواسته واقعی و مشترک آنان را آشکار سازد و به این ترتیب حکم عقد را که در عین حال حکم اولی آن نیز محسوب می‌شود، به اجرا درآورد. اما تعدیل و تجدیدنظر در قرارداد به اختیار قاضی امری استثنایی است که تنها در حد ضرورت امکانپذیر خواهد بود. به عبارت دیگر قاضی در تفسیر به دنبال چیزی است که دو

طرف خواسته‌اند و هیچ‌گاه نمی‌تواند خواسته خود را بر آنان تحمیل کند اما در تعدیل از قصد مشترک عدول شده و مفاد قرارداد با شرایط جدید و بسته به نظر شخص ثالث متغیر می‌گردد (قاسم‌زاده ۱۳۸۲: ۱۳۴).

بنابراین همواره با توجه به حاکمیت اراده در قرارداد اصل حاکم، آن خواهد بود که قاضی از جانب خویش مجاز به تغییر در قرارداد و تخصیص ریسک و ایجاد تعهدی خارج از آن نیست مگر آنکه این وظیفه بنا بر قانون بر عهده وی گذاشته شده باشد. به عنوان نمونه می‌توان به ماده ۶۵۲ قانون مدنی اشاره نمود که مقرر می‌دارد «در موقع مطالبه، حاکم می‌تواند مطابق اوضاع و احوال برای مقتضای مهلت یا اقساطی قرار دهد.» و بدین سان ریسک ناشی از عدم پرداخت به موقع و یکجای مبلغ را بر عهده مقرض می‌گذارد. و یا زمانی که در ماده ۲۷ قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۵۶ بیان می‌کند «در مواردی که حکم تخلیه صادر می‌شود، دادگاه ضمن صدور حکم مهلتی که از ده روز کمتر و از دو ماه بیشتر نباشد، برای تخلیه تعیین می‌نماید...» با اعطای زمان به مستأجر ریسک سپری شدن زمان و عوارض ناشی از آن را به موجر اختصاص می‌دهد.

اما سؤال اساسی اینجاست که آیا قاضی از جانب خویش مختار است تا در مواردی که نص خاصی وجود ندارد و دو طرف نیز ضمن قرارداد آن را پیش‌بینی یا نسبت به آن توافق نکرده‌اند یا پس از تغییر اوضاع و احوال و بروز اختلاف، اصلاح و متمیمی درباره آن ندارند، در قرارداد تجدید نظر کند؟

نظر اساتید حقوق در این زمینه یکسان نیست. بعضی برآنند که به‌ویژه در دوران بحران اقتصادی، قاضی اختیار دارد در قراردادهای دراز مدت تجدید نظر کند تا بتواند مفاد قرارداد را با تحولات اقتصادی هماهنگ سازد. در تأیید این نظر علاوه بر مصلحت اجتماعی و پاره‌ای از مواد قانونی به اراده ضمنی دو طرف قرارداد استناد شده است، بدین معنا که طرفین اجرای قرارداد را در وضع عادی و متعارف در نظر داشته و به موجب شرط ضمنی توافق کرده‌اند که در صورت پیش آمدن وضع نامتعارف و غیر قابل پیش‌بینی از اجرای دقیق تعهد معاف باشند، چه هر گاه متعهد می‌توانست در آن شرایط و به هنگام بستن قرارداد اوضاع و احوال آینده و شرایط جدید را پیش‌بینی کند، قرارداد را نمی‌پذیرفت و خود را بدان پای‌بند نمی‌ساخت یا دست کم شرایط مناسب دیگری را پیشنهاد می‌داد. بنابراین تجدید نظر در قرارداد موافق قصد مشترک طرفین است. علاوه بر اینکه قرارداد باید با حسن نیت اجرا شود و مطالبه اجرای دقیق قرارداد در صورت وقوع

حوادث پیش‌بینی نشده برخلاف حسن نیت است (قاسم زاده ۱۳۸۲: ۱۳۹-۱۳۸). اما برخی دیگر تغییر تعهدات طرفین و متعادل کردن قرارداد را صرفاً در صلاحیت قانونگذار می‌دانند و معتقدند که قاضی به هیچ روی ولو به نام اجرای عدالت، حق کاستن از تعهدات طرفین یا افزودن بر آن را ندارد و همانگونه که ملزم به اجرای قانون است باید قرارداد را نیز اجرا کند و در صورت سکوت اجمال یا ابهام قرارداد نیز باید به همان روشی که قانون را تفسیر می‌کند، قرارداد را هم تفسیر کند (حسین آبادی ۱۳۷۷: ۱۲۲). تجدید نظر در قرارداد، اساس اعتبار و حتی بنیان مبادلات بازرگانی را ویران می‌کند و به اصل استواری مبادلات لطمه می‌زند.

نتیجه‌گیری

حقیقت آن است که طبیعت هر فعالیت اقتصادی برخوردار از ریسک‌هایی است که منجر به ایجاد، افزایش یا کاهش سود می‌گردد تا آنجا که حتی گاه می‌تواند به عنوان مشوق و انگیزه فعالان در عرصه‌های گوناگون اقتصادی و مالی ایفای نقش نماید؛ قرارداد نیز به عنوان یکی از مهم‌ترین نهادهای مالی فارغ از این خصیصه نخواهد بود و حضور ریسک در مراحل مختلف شکل‌گیری آن اعم از یافتن طرف مناسب، مذاکرات مقدماتی و در نهایت اجرا به عنوان امری آشکار، غیر قابل اجتناب و غیر عمدی رخ می‌نماید. لذا صدق عنوان غرر بر جهل یکی از طرفین معامله در موضوعی خاص که سبب نقصان در مال یا طرف مقابل می‌شود، باعث تمایز این نهاد از ریسک می‌گردد که هیچگاه محل مناقشه در آن پنهان داشتن موضوع از طرف مقابل نخواهد بود. در واقع می‌توان ریسک را یکی از ارکان اصلی تصمیم‌گیری در هر قرارداد دانست که لزوماً عنصری منفی نیز تلقی نمی‌گردد بلکه آنجا که منجر به سودآوری نهاد مالی است پدیده‌ای مثبت خواهد بود که به عنوان فرصت یا شانس از آن یاد می‌شود.

از سوی دیگر آگاهی از وجود ریسک در قرارداد سبب پیدایش مباحث تخصیص و کنترل آن است و صرفاً احتمالی بودن وقوع آن سبب تمایزش از شرایط اطمینان می‌گردد؛ بنابراین شناخت ریسک و عناصر تشکیل‌دهنده آن می‌تواند تأثیری مستقیم بر مدیریت آن داشته باشد. لذا شناسایی و تحلیل محتوا، فعالیت، شرایط و سرانجام نتایج یا اثرات بالقوه ریسک به عنوان چهار عنصر تشکیل‌دهنده آن که با وجود شباهت‌های بنیادین تابعی از نهاد مالی خواهند بود، می‌تواند دامنه خطر را کاهش داده و امکان پوشش دهی ریسک مورد نظر را فراهم آورد. تسهیم هزینه معاملات،

جلوگیری از بی احتیاطی در فرآیند قرارداد و یافتن راه حل مناسب در برخورد با ریسک از جمله عواملی است که شناخت ریسک را توجیه و طرفین را در این مسیر تشویق می کند. بنابراین پر واضح است که هر چه اطلاعات ما از قرارداد و روش های اجرایی آن بیشتر گردد، امکان ابهام زدایی از قرارداد و در نتیجه مقابله با ریسک بیشتر خواهد بود و در نهایت بهتر خواهیم توانست با تخصیص ریسک میان طرفین قرارداد چه از طریق توافق و چه از راه قانون یا قضاوت در راستای عدالت اقتصادی گامی مثبت برداریم.

منابع

- امام خمینی، سیدروح الله. (۱۴۲۱ق) *کتاب البیع*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- امیدی فرد، عبدالله. (بهار ۱۳۸۵) «بررسی مبانی فقهی غرر»، *پژوهش های دینی*، سال دوم، شماره چهارم.
- انصاری، مهدی. (۱۳۹۰) *تحلیل اقتصادی حقوق قراردادها*، انتشارات جنگل، چاپ اول.
- بابایی، محمد علی و حمیدرضا وزیرزنجانی. (۲۰۰۶) «رویکردی نوین برای ارتقای اثربخشی سازمان ها»، *ماهنامه تدبیر*، سال هجدهم، شماره ۱۷۰.
- بهاروندی، احمد. (تابستان ۱۳۸۸) «بیان و اثبات تفاوت ماهوی معاملات مبتنی بر غرر و قراردادهای پوشش ریسک از منظر فقه امامیه، *راهبرد یاس*، شماره ۱۸.
- پرجمی جلال، مجید، عزت اله تقی زاده و بهروز ساقی. (تابستان ۱۳۹۰) «بررسی تخصیص قراردادی ریسک ها در شرایط عمومی پیمان، قراردادهای سه عاملی (در پروژه های راه سازی)»، *تشریح هنرهای زیبا- معماری و شهرسازی*، شماره ۴۶.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۴۲) *ترمیمولوژی حقوق*، تهران: انتشارات ابن سینا.
- حبیب احمد، طریق الله خان. (۱۳۸۷) *مدیریت ریسک (بررسی عوامل بروز آن در صنعت خدمات مالی اسلامی)*، ترجمه محمد مهدی موسوی بیوکی، انتشارات دانشگاه امام صادق.
- حسین آبادی، امیر. (۱۳۷۷) «تبادل اقتصادی در قرارداد (۲)»، *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره ۲۱ و ۲۲.
- شهیدی، مهدی. (۱۳۸۰) *حقوق مدنی، تشکیل قراردادها و تعهدات*، تهران: انتشارات مجد، چاپ دوم.
- علیدوست، ابوالقاسم. (۱۳۸۲) «قاعده نفی غرر در معاملات»، *مجله اقتصاد اسلامی*، شماره ۹.
- عمید، حسن. (۱۳۷۱) *فرهنگ لغت عمید*، تهران: انتشارات امیرکبیر، چاپ هشتم.
- قاسم زاده، سید مرتضی. (بهار ۱۳۸۲) «جواز تفسیر در پوشش تعدیل و منع تعدیل در پوشش آن»، *مجله مدرس علوم انسانی*، دوره ۷، شماره ۱.

- کاتوزیان، ناصر. (تابستان ۱۳۸۰) «ستایش قرارداد یا اداره قرارداد»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، شماره ۵۲.
- _____ . (۱۳۸۰) *حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها*، تهران: نشر انتشار، چاپ پنجم.
- محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۷۶) *قواعد فقه (بخش مدنی)*، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ ششم.
- مصباحی مقدم، غلامرضا و محمد صفری. (زمستان ۱۳۸۸) «بررسی درآمد حاصل از تحمل ریسک از دیدگاه آموزه‌های اسلامی»، *اقتصاد اسلامی*، سال نهم، شماره ۳۶.
- مظلومی، نادر. (۱۳۸۶) «تعریف ریسک»، *مجله الکترونیکی ریسک و بیمه*، شماره ۱، به آدرس: www.bimeh-mag.ir
- مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۷۴) *تفسیر نمونه*، دارالکتب الاسلامیه، چاپ اول.
- موسویان، سید عباس. (۱۳۸۹) *جریمه تأخیر تادیه*، تهران: پژوهشکده پولی و بانکی، چاپ دوم.

- Abrol, P.N, & Sharama, S.D.(2003) *Encyclopedic Dictionary of Financial management*, New Delhi: Anmol Publications PVT.LTD, Vol.4,
- Al-Suwailem, Sami.(2010), *Decision- Making Under Uncertainty: an Islamic Perspective*,Edward Elgar, vol.7,
- Al-Suwailem, Sami.(2006) *Hedging in Islamic Finance*, Islamic Development Bank, Jeddah,
- Craswell, R.(2000) *Contract Law: General Theories in Bouckaert*, Vol.3, The Reulation of Contrect,
- Epstein, Richard A. (2009), *The Many Faces of Fault In Contract Law: or How to Do Economics Right, Without Real trying*, 107 Mich.L.Rev.
- Fussyi, Frederick.(2006) *Hardship and ChangedCircumstances as Grounds for Adjustment or Non-Performance of Contract*,American Bar Association, Section of International law, Spring Meeting, NewYork, April
- Greenspan, A.(2002) *International Financial Risk Management*, Presented before the Council on Forein Relations, Washington D.C., Novamner 19. Web address: www.federalreserve.gov/boarddocs/speeches/2002
- Harold R. Kerzner, *Project Management Metrics, KPIs, and Dashboards: A Guide to Measuring and Monitoring Project Performance*, Paperback, International Institute for learning(IIL)

- Hornboy, A.S, & Wehmeier.(2005) *Sally, Oxford Advanced Learner`s Dictionary*, New York, Oxford University Press, 7Th Edition.
- Iqbal, zamir.(2005) *A Resolution for Management of Risk*, mimeograph.
- Kendrick, Tom.(2010) *Identifing and Managing Project Risk: Essential Tool For Failure Proofingyour project*, Hardcover, Second edition,
- Khan, T. and H. Ahmed.(2001) *Risk management: An Analysis of Issues in Islamic Financial Industry*, Islamic Research and Training Institute, Jeddah, Saudi Arabia,
- Nili Cohen, Evane, Mckendrick.(2005) *Comparative Remedies for Breach of contract*, Volumes published with Hart Publishing, Oxford and Portland.
- Ping Chen, David Pargington, Tree conceptual levels of construction project management work, *International Journal of Management of project* 24, 2006,at: www.elsevier.com/locate/ijproman
- Posner RA.(1995) *Contract Law in the Welfare State: A Defense of the Unconscionability Doctorin*,Usury Laws and Related Limitations on the Freedom of Contract, *Journal of Legal Studies*.
- Richard, Nielson, Risk project, september 2007, at: www.pmi.bc.ca/storage/iscop/Project%20Risks%20-%20Sept%202007.doc
- Shapira, Z.(2003) *Risk Taking: A Managerial Perspective*, Russell Sage Foundation, vol.3.
- Stulz, René M.(2003) *Risk Management & Derivatives (1st ed.)*, Mason, Ohio: Thomson South-Western,
- Trebilcock, Michael.(1998) " The Lessons and Limits of Law And Economics", P36, at: www.crdpumontrealca/fr/activites/evenements/050125mt-textepdf.
- William, A.C. and Heins, R.M., *Risk Management and Insurance*, N.y. McGraw Hill.