

مِنْ سَائِرِ
الْعَالَمِ

کلیه امتیازهای این پایان‌نامه به دانشگاه بوعلی سینا تعلق دارد. در صورت استفاده از تمام یا بخشی از مطالب این پایان‌نامه در مجلات، کنفرانس‌ها و یا سخنرانی‌ها، باید نام دانشگاه بوعلی سینا یا استاد راهنمای پایان‌نامه و نام دانشجو با ذکر مأخذ و ضمن کسب مجوز کتبی از دفتر تحصیلات تکمیلی دانشگاه ثبت شود. در غیر این صورت مورد پیگرد قانونی قرار خواهد گرفت. درج آدرس‌های ذیل در کلیه مقالات خارجی و داخلی مستخرج از تمام یا بخشی از مطالب این پایان‌نامه در مجلات، کنفرانس‌ها و یا سخنرانی‌ها الزامی می‌باشد.

....., Bu-Ali Sina University, Hamedan, Iran.

مقالات خارجی

..... گروه دانشکده دانشگاه بوعلی سینا، همدان.

مقالات داخلی



دانشگاه بوعلی سینا

دانشکده ادبیات و علوم انسانی

گروه آموزشی حقوق

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد در رشته حقوق گرایش
حقوق خصوصی

عنوان:

مطالعه فقهی و حقوقی عقود احتمالی

استاد راهنما:

دکتر بیژن حاجی عزیزی

استاد مشاور:

دکتر محمد مولودی

نگارش:

احمد کاظمی

۳ مهر ۱۳۹۰

سپاسگزاری

«با حمد و سپاس خداوند سبحان»

در نگارش این رساله بعد از لطف خداوند بیش از هر چیز مدیون اساتیدی هستم که در طی سالهای تحصیل در دانشگاه بوعلی سینا در محضر آنها حاضر بوده و مطالب بسیار آموخته‌ام. در وهله اول باید تشکر فراوان خود را از دکتر بیژن حاجی عزیزی اعلام بدارم، استاد بزرگواری که در طی دوران تحصیل از ایشان بسیار آموخته و مباحث ایشان همواره راهگشا و جهت دهنده بوده است. ایشان با کمال بزرگواری راهنمایی این رساله را پذیرفته و به رغم بی نظمی‌های موجود در متن با بزرگواری آن را مطالعه نموده و توصیه‌های راهگشایی ارائه کردند. همچنین باید تشکر و قدردانی خود را از دکتر محمد مولودی اعلام نمایم. کسانی که با گروه حقوق دانشگاه بوعلی آشنایی دارند از مراتب فضل دکتر مولودی اطلاع کامل دارند. باید از ایشان سپاسگذار باشم که مشاوره رساله را پذیرفته و از هیچ همراهی‌ای کوتاهی نکردند. همچنین تشکر فراوان خود را از دکتر علی احسان تاریمرادی و دکتر محمد حسن اسدی که با وجود فرصت اندکی که برای مطالعه داشتند، بزرگوارانۀ داوری رساله را پذیرفته‌اند، اعلام می‌دارم.

باید سپاس و ستایش بی‌پایان خود را از پدر و مادر و سایر اعضای خانواده‌ام، به واسطه همراهی‌های همیشگی‌شان عنوان کنم. کسانی که خاطره‌های خوب آنها همواره همراه من است.



دانشگاه بوعلی سینا
مشخصات رساله/پایان نامه تحصیلی

عنوان:

مطالعه فقهی و حقوقی عقود احتمالی

نام نویسنده: احمد کاظمی

نام استاد/اساتید راهنما: دکتر بیژن حاجی عزیزی

نام استاد/اساتید مشاور: دکتر محمد مولودی

دانشکده: ادبیات و علوم انسانی

گروه آموزشی: حقوق

رشته تحصیلی: حقوق

گرایش تحصیلی: حقوق خصوصی

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد

تاریخ تصویب: ۱۳۸۸/۱۱/۱۰

تاریخ دفاع: ۱۳۹۰/۷/۳

تعداد صفحات: ۱۲۷

چکیده:

عقد احتمالی، از جمله موضوعاتی است که درباره‌ی آن تا کنون، بحث مستقل و نظام‌مندی صورت نگرفته است. با توجه به اهمیت شناخت روابط حقوقی شکل گرفته در قالب عقد احتمالی، مسئله مورد پژوهش در این رساله بر شناخت هرچه دقیق‌تر موضوعات مختلف مطرح در خصوص این عقود، در دو حوزه فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران قرار گرفته است.

در این پژوهش، که با استفاده از روش تحلیل محتوایی متون فقهی و حقوقی و بررسی مواضع مفسرین قانون مدنی و فقیهان امامیه صورت گرفته است، مباحث فصل نخست به این نتایج ختم شد که، عقد احتمالی، عقدی است معاوضی، که وجود یا حدود تعهدات طرفین یا یکی از آن‌ها در هنگام انشای عقد قابل تحدید و تشخیص نمی‌باشد و به وقوع حادثه‌ای نامعلوم در آینده بستگی دارد. این عقود که در فقه، تحت عنوان معاملات غرری قرار می‌گیرند، دارای مصادیق مهمی مانند بیمه، قباله، تراز، مستمری دوران حیات و ... می‌باشند.

علاوه بر این در مباحث فصل نخست مشخص شد که این عقود، علی‌رغم شباهت‌هایی که با سایر انواع عقود از جمله عقد معلق دارند خانواده‌ای مستقل از عقود می‌باشند.

در مباحث فصل دوم نیز، پس از اثبات فقهی و حقوقی این مسئله که بطلان معاملات غرری اختصاص به گروهی خاص از عقود دارد، برخلاف نظر مشهور فقیهان و حقوق‌دانان و نظر قانون‌گذار در قانون مدنی، این نتیجه حاصل شد که پذیرش صحت عقود احتمالی در حقوق ایران بدون مانع فقهی و قانونی می‌باشد. در نهایت نیز این پیشنهاد ارائه شد که در مجموعه قانون مدنی مباحث لازم در خصوص این عقود ذیل عنوان عقد احتمالی مورد تدوین قرار گیرد.

واژه‌های کلیدی: عقد، عقد احتمالی، غرر، معاملات غرری

فهرست مطالب

عنوان	صفحه
مقدمه	۱
(۱) تعریف مسئله و بیان نکات اصلی	۲
(۲) سابقه و ضرورت انجام پژوهش	۳
(۱-۲) سابقه انجام پژوهش	۳
(۲-۲) ضرورت انجام پژوهش	۴
(۳) سوالات و اهداف	۵
(۱-۳) سوالات پژوهش	۵
(۲-۳) اهداف پژوهش	۵
(۴) روش انجام پژوهش	۶
فصل اول: انواع عقود و جایگاه عقد احتمالی	۷
(۱) تعریف عقد و تقسیمات عقود	۸
(۱-۱) تعریف عقد	۸
(۲-۱) تقسیمات عقود	۱۵
(۲) تعریف عقد احتمالی	۱۸

- ۱۸..... (۱-۲) تعریف عقد احتمالی در حقوق خارجی
- ۱۸..... (۱-۱-۲) تعریف عقد احتمالی در حقوق مصر
- ۲۳..... (۲-۱-۲) تعریف عقد احتمالی در حقوق فرانسه
- ۲۶..... (۲-۲) تعریف عقد احتمالی در حقوق ایران
- ۲۶..... (۱-۲-۲) قانون مدنی
- ۲۶..... (۲-۲-۲) در دیدگاه مفسرین قانون مدنی
- ۳۲..... (۳-۲-۲) تعریف مورد نظر از عقد احتمالی
- ۳۷..... (۳-۲) در فقه امامیه
- ۳۸..... (۱-۳-۲) معاملات غرری در فقه امامیه و رابطه آن با عقود احتمالی
- ۳۹..... (۲-۳-۲) معنای لغوی غرر
- ۴۲..... (۳-۳-۲) معنای اصطلاحی غرر
- ۴۶..... (۳) مصادیق عقود احتمالی
- ۴۷..... (۱-۳) مصادیق مورد اتفاق
- ۴۷..... (۱-۱-۳) عقد بیمه
- ۴۸..... (۲-۱-۳) عقد مستمری دوران حیات
- ۴۸..... (۳-۱-۳) عقد قمار و گرو بندی
- ۴۹..... (۴-۱-۳) عقد مسابقه

.....	۴۹	عقد تراز (۵-۱-۳)
.....	۵۰	عقد قباله (۶-۱-۳)
.....	۵۰	مصادیق مورد اختلاف (۲-۳)
.....	۵۱	عقود مشارکتی (۱-۲-۳)
.....	۵۱	بیع احتمالی (۲-۲-۳)
.....	۵۲	جعاله و وصیت تملیکی (۳-۲-۳)
.....	۵۲	مبنای تقسیم عقود احتمالی (۴)
.....	۵۴	بررسی جایگاه عقود احتمالی (۵)
.....	۵۴	در حقوق خارجی (۱-۵)
.....	۵۶	در حقوق ایران (۲-۵)
.....	۵۶	در قانون مدنی (۱-۲-۵)
.....	۶۰	در دیدگاه مفسرین قانون مدنی (۲-۲-۵)
.....	۶۳	در فقه امامیه (۳-۵)
.....	۶۵	تمایزها و شباهت‌های عقود احتمالی با سایر انواع عقود (۶)
.....	۶۵	عقد معلق (۱-۶)
.....	۶۹	عقد مشارکتی (۲-۶)
.....	۷۰	عقد مسامحه (۳-۶)

۷۲عقد مخاطره. (۶-۴)
۷۳اهمیت و میزان ابتلاء به عقود احتمالی. (۷)
۷۶نتیجه گیری.
۷۹فصل دوم: بررسی مشروعیت عقود احتمالی در فقه امامیه و حقوق ایران.
۸۱(۱) مشروعیت عقود احتمالی در فقه امامیه.
۸۱(۱-۱) حدیث «غرر» به عنوان مبنای بحث مخالفان و موافقان.
۸۴(۲-۱) دیدگاه معتقدان به عدم مشروعیت عقود احتمالی.
۸۴(۱-۲-۱) دلایل معتقدان به عدم مشروعیت عقود احتمالی.
۸۶(۳-۱) دیدگاه معتقدان به مشروعیت عقود احتمالی.
۸۷(۱-۳-۱) دلایل معتقدان به مشروعیت عقود احتمالی.
۹۳(۴-۱) دیدگاه فقیهان اهل سنت.
۹۴(۲) مشروعیت عقود احتمالی در حقوق موضوعه ایران.
۹۵(۱-۲) دیدگاه معتقدان به عدم مشروعیت عقود احتمالی.
۹۹(۲-۲) دیدگاه معتقدان به مشروعیت عقود احتمالی.
۱۰۳(۳-۲) دیدگاه مورد نظر در خصوص صحت عقد احتمالی.
۱۱۸نتیجه گیری.
۱۱۹پیشنهاد.

مقدمه

در عصر حاضر، با توجه به وضعیتی که در روابط تجاری میان انسان‌ها به وجود آمده است، روز به روز بر تنوع قراردادهای تنظیمی میان انسان‌ها افزوده می‌شود. به همین دلیل، و برای سهولت تسلط افراد بر آثار، ویژگی‌ها، امتیازات و شرایطی که در تشکیل هر یک از این قراردادها وجود دارد، بحث بسیار مهمی که در حقوق قراردادها مطرح شده است، موضوع تقسیمات عقود و قراردادها می‌باشد.

از جمله متداول‌ترین تقسیماتی که از عقود، در آثار نویسندگان حقوقی مورد اشاره قرار گرفته است، تقسیم عقد به دو گروه، عقود محقق و عقود احتمالی می‌باشد.

موضوع این نوشتار، به تحلیل و بررسی عقد احتمالی از جوانب متعدد اختصاص یافته است که در مقام معرفی پژوهش حاضر، توضیح نکاتی به شرح ذیل، مقتضی است:

۱) تعریف مسئله و بیان نکات اصلی

همان‌طور که اشاره شد، عقود و قراردادها از جهات مختلف مورد تقسیم‌بندی قرار گرفته‌اند. از جمله این تقسیمات، که توسط نویسندگان حقوق مدنی صورت گرفته است، تقسیم عقد به عقود محقق یا همان عقود معوض به معنای خاص و عقود احتمالی یا همان عقود شانسی، می‌باشد. این تقسیم‌بندی از عقود که با عناوین دیگری نیز مورد اشاره قرار گرفته است، مورد تأیید اکثر نویسندگان حقوق مدنی قرار گرفته است، اما جزء آن تقسیماتی بوده است که تاکنون کمتر مورد توجه و دقت قرار گرفته است.

به ویژه این که، در خصوص عقد احتمالی تاکنون بحث مستقل و مبسوطی صورت نگرفته است. این در حالی است که به نظر می‌رسد، در ضمن مبانی فقهی و حقوق موضوعه ایران، مباحث متعددی مرتبط با این عقود وجود دارد که می‌تواند مورد بررسی قرار گیرد. بنابراین، و با توجه به مطالب بیان شده، مسئله اصلی در این پژوهش توصیف و تحلیل مباحث مربوط به عقود احتمالی یا همان عقود شانسی در منابع فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران و تحلیل شباهت‌ها و تفاوت‌های این نوع از عقود با سایر انواع عقود

خواهد بود. بنابراین، به طور خلاصه مهم‌ترین مسائل مطرح شده در این پژوهش را می‌توان موارد ذیل دانست:

الف) اساساً ماهیت این عقود چیست؟ و با وجود چه شرایط و ویژگی‌هایی می‌توان برخی از عقود را تحت عنوان عقود احتمالی قرار داد؟

ب) ارتباط عقود موضوع بحث در این رساله با سایر گروه‌های از عقود، به ویژه با خانواده‌هایی از عقود که قرابت بیشتری با این عقود دارند، چگونه است؟ و بررسی این مسئله که آیا می‌توان این گروه از عقود را با سایر انواع عقود دارای ماهیت واحدی دانست؟

ج) بررسی این مسئله که، با توجه به ویژگی‌های عقود احتمالی و هم‌چنین با توجه به وجود برخی قواعد کلی فقهی و حقوقی، فقیهان و حقوق‌دانان چه موضعی را درباره‌ی این عقود داشته‌اند؟ و تحلیل این مسئله که عقود احتمالی از چه جایگاهی در فقه امامیه و حقوق مدنی ایران برخوردار می‌باشند و بررسی این موضوع که دیدگاه مناسب قانون‌گذار در خصوص این عقود، با توجه به ویژگی‌های آنها، از حیث صحت یا عدم صحت این عقود چه می‌تواند باشد؟

۲) سابقه و ضرورت انجام پژوهش

۲-۱) سابقه انجام پژوهش

در خصوص سابقه انجام پژوهش در موضوع عقد احتمالی، باید بیان داشت که، این عقود در آثار برخی از نویسندگان حقوقی به صورت اجمالی مورد اشاره قرار گرفته است. در غالب موارد، نویسندگان حقوقی، در ضمن مباحثی که در خصوص تقسیم بندی عقود و مباحث مربوط به آن داشته‌اند، اشاره مختصری نیز به موضوع عقد احتمالی داشته‌اند. بنابراین، درباره سابقه انجام پژوهش در خصوص عقد

احتمالی می توان گفت، موضوع عقد احتمالی هیچ‌گاه به صورت مستقل و نظام‌مند مورد تحلیل و بررسی نویسندگان حقوقی در حقوق ایران قرار نگرفته است، و همان طور که بیان شد، اشارات مختصری نیز که به این عقود در برخی از آثار صورت گرفته است، در ضمن مباحث مربوط به تقسیمات عقود و تاحدودی نیز در ضمن مباحث مربوط به غرر بوده است.

۲-۲) ضرورت انجام پژوهش

در خصوص ضرورت انجام این پژوهش نیز باید گفت، از آن جا که تاکنون بحث مستقل و نظام‌مندی در خصوص عقود موضوع مطالعه در این رساله صورت نگرفته است، و علاوه بر آن، با توجه به این که در عصر حاضر، به جهت وجود نیازها و ضرورت‌هایی که در خصوص تشکیل عقود با ویژگی‌های عقود احتمالی وجود دارد، تشکیل چنین قراردادهایی روند رو به گسترشی به خود گرفته است. و هم چنین با توجه به فوایدی که در شناخت این خانواده از عقود وجود دارد، که کمترین فایده آن، همان گونه که دیگر نویسندگان حقوقی نیز بیان داشته‌اند، کمک به سلامت استدلال‌های حقوقی و منطق حقوق می‌باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۲۰۸). بنابراین به نظر می‌رسد، شناخت این عقود از جهات مختلف، و هم‌چنین پی بردن به پاسخ این سوال که، برخورد مناسب در خصوص این عقود و قراردادها چیست؟ مباحثی بسیار مهم و با اهمیت می‌باشند، که باعث شناخت هرچه بیشتر روابط حقوقی صورت گرفته در قالب عقود احتمالی می‌شوند.

۳) سوالات و اهداف

۳-۱) سوالات پژوهش

سوالات اصلی که در این پژوهش مورد تحلیل و بررسی قرار گرفته‌اند و یافتن پاسخ آن‌ها یکی از اهداف مهم این رساله می‌باشد، را می‌توان به صورت زیر خلاصه نمود:

الف) اساساً ماهیت عقود احتمالی چیست؟ و این عقود دارای چه ویژگی‌ها و شرایطی هستند و این که مهم‌ترین مصادیق این عقود را چه مواردی می‌توان دانست؟

ب) جایگاه عقود احتمالی در فقه امامیه و حقوق مدنی ایران کجاست؟ و با توجه به ویژگی‌های این عقود، چه جایگاهی را از حیث صحت یا عدم صحت می‌توان برای این عقود در فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران در نظر گرفت؟

ج) عقود احتمالی با سایر گروه‌هایی از عقود، به ویژه خانواده‌هایی که با این گروه از عقود، دارای قرابت بیشتری می‌باشند، دارای چه نقاط اشتراک و افتراقی می‌باشند و بررسی این موضوع که رابطه این عقود با سایر خانواده‌های از عقود چگونه می‌باشد؟

۳-۲) اهداف پژوهش

هدف از انجام این پژوهش نیز این است که با بررسی‌هایی که در دو حوزه فقه امامیه و حقوق مدنی ایران صورت می‌گیرد، موضوعات مختلف مطرح در خصوص عقد احتمالی مورد تحلیل و بررسی قرار گیرد و سوالاتی که در خصوص این عقود حاصل می‌شود مورد پاسخ‌گویی مستدل قرار گیرد.

به طور کلی دست‌یابی به تحلیل و شناختی درست و مستدل در خصوص مباحث ذیل از اهداف این پژوهش می‌باشد:

- درک شناختی درست و مستدل در خصوص تعریف، جایگاه، اهمیت و مصادیق مختلف این عقود

- درک تمایزات و هم چنین تشابهات این عقود از سایر گروه‌های عقود

- شناخت این موضوع که، با توجه به مبانی و قواعد فقهی و حقوقی، در خصوص صحت یا عدم صحت این عقود چه موضعی را می‌توان اتخاذ نمود.

- و نهایتاً بررسی این مسئله که شیوه مطلوب و کارآمد برخورد قانون‌گذار با این عقود کدام است؟ و هم چنین بررسی این موضوع که قانون‌گذار با چه موانع قانونی و فقهی در خصوص پذیرش یا عدم پذیرش صحت این عقود مواجه خواهد بود؟

۴) روش انجام پژوهش

روش انجام این پژوهش بر تحلیل محتوایی متون فقهی و حقوقی قرار گرفته است، و با تحلیل و بررسی مواضع قانون‌گذار و هم چنین شارحان قانون مدنی در پی دست‌یابی به اهداف بیان شده فوق می‌باشد. در مجموع باید گفت روش انجام این پژوهش به صورت کتابخانه‌ای بوده است.

در پایان ذکر این نکته ضرورت دارد که مباحث پژوهش حاضر در دو فصل تنظیم یافته است. فصل اول این رساله به مباحث مختلفی از جمله تعریف، جایگاه، اهمیت و مصادیق مختلف عقود احتمالی اختصاص یافته است و در فصل دوم این پژوهش نیز به مباحث مربوط به بررسی صحت این عقود در فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران و مباحث مرتبط با این موضوعات پرداخته شده است.

فصل اول:

انواع عقود و جایگاه عقد احتمالی

همان طور که اشاره شد، عمده‌ترین هدفی که در این فصل دنبال شده است این موضوع می‌باشد که عقد احتمالی از جوانب مختلف مورد شناخت قرار گیرد. ذکر دو نکته در ابتدای این بخش لازم می‌باشد نکته نخست این که در ابتدای این فصل و به صورت مختصر به دو موضوع «تعریف عقد» و «تقسیمات عقود» پرداخته شده است چرا که پرداختن به این دو موضوع از جهت ورود به مباحث اصلی آن لازم و ضروری بوده است.

نکته دیگری که لازم است مورد اشاره قرار گیرد این است که در مباحث این فصل، علاوه بر حقوق ایران و فقه امامیه که موضوع اصلی رساله می‌باشد، از جهت غنای هر چه بیشتر مطالب و شناخت بیشتر این عقود، مطالبی نیز از دو نظام حقوقی تأثیر گذار خارجی یعنی نظام حقوقی فرانسه و نظام حقوقی مصر در خصوص عقد احتمالی بیان شده است.

۱) تعریف عقد و تقسیمات عقود

۱-۱) تعریف عقد

عقد کلمه‌ای است عربی که در لغت به معنای گره زدن و بستن آمده است (البستانی، ۱۳۷۵: ۶۱۷). البته معانی دیگری نیز برای این واژه بیان شده است، معانی مانند عهد و پیمان (جُر، ۱۳۶۷: ۱۴۷۰).

در خصوص معنای اصطلاحی عقد اختلافات زیادی بین نویسندگان وجود دارد. در این خصوص، فقیهان معانی مختلفی را بیان داشته‌اند. در برخی از آثار، عقد را به مطلق «عهد» معنا کرده‌اند. از جمله در این خصوص بیان شده است: «العقد هو مطلق العهد» (انصاری، ج ۶، ۱۴۱۰ الف: ۱۸۹). معانی دیگری نیز در خصوص مفهوم اصطلاحی «عقد» بیان شده است مانند «عهد و پیمان مؤکد»، «مجموع ایجاب و قبول»، «عهد مؤکد و عملی که در آن الزام و التزام نهفته است.» (قنواتی، وحدتی شبیری، عبده پور، ج ۱، ۱۳۷۹: ۴۱).

در حوزه مباحث حقوقی نیز، در خصوص معنای عقد و تعریف آن بین نویسندگان حقوقی نظام‌های مختلف و بین نویسندگان و شارحان قانون مدنی یک کشور نیز اختلافات مهمی وجود دارد.

در حقوق ایران، نویسندگان در اکثر قریب به اتفاق موارد، مباحث خود در خصوص تعریف عقد را در قالب نقد و بررسی ماده ۱۸۳ ق.م بیان داشته‌اند.

ماده ۱۸۳ ق.م در تعریف عقد بیان داشته است: «عقد عبارت است از این که یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد.»

این تعریف قانون مدنی از عقد، توسط شارحان این قانون مورد تحلیل قرار گرفته است و اشکالات متعددی بر آن وارد شده است که مهم‌ترین آن‌ها را می‌توان موارد ذیل دانست:

۱) نخستین ایراد بر این تعریف آن است که، این تعریف «ماهیت عقود معوض را بیان نمی‌کند و به گونه‌ای تنظیم شده است که گویی در هر عقد تنها یکی از دو طرف تعهد می‌کند و دیگری می‌پذیرد و تنها نقش انفعالی دارد.» (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۷). این که تعریف ماده ۱۸۳ ق.م شامل عقود معوض نمی‌باشد توسط سایر شارحان قانون مدنی نیز مورد تأیید و تأکید قرار گرفته است. در ارتباط با این موضوع بیان شده است: «به ظاهر عبارات فقط شامل عقود غیر معوض است و عقود معوض را در بر نمی‌گیرد.» (شهیدی، ج ۱، ۱۳۸۰: ۱۰). یا در جای دیگر در خصوص این موضوع بیان شده است: «قانون‌گذار در این ماده عقود رایگان (مجانی) را تعریف کرده است در صورتی که عقود معوض از نظر کمیت و کیفیت نسبت به عقود رایگان اهمیت بیشتری دارند.» (قاسم زاده، ۱۳۸۹: ۱۰).

۲) دومین ایرادی که بر این تعریف وارد است، این موضوع می‌باشد که این تعریف از عقد، تنها در بردارنده عقود عهدی می‌باشد. در این خصوص بیان شده است: «تعریف مزبور ناقص است، زیرا فقط تعریف از عقد عهدی نموده و شامل عقد تملیکی... نمی‌شود، چه در اینگونه عقود به نفس عقد انتقال مالکیت حاصل می‌گردد و تعهدی مستقیماً ایجاد نمی‌شود.» (امامی، ج ۱، ۱۳۸۳: ۱۷۰).

در مطلبی دیگر، و در توضیح این ایراد، بیان شده است: «... در این عقود که عقود تملیکی نامیده می‌شود، طرفین به جای این که در برابر یکدیگر تعهد بر امری کنند، مال یا اموالی را تملیک و تملک می‌کنند... بر عکس در دسته دیگر از عقود که عقود عهدی خوانده می‌شود... نتیجه اصلی عقد و آن چه هنگام انشاء مورد توجه طرفین قرار دارد پیدایش تکلیف حقوقی یعنی تعهدی است که گریبان‌گیر شخص طرف معامله می‌گردد... بنابراین عقود دسته اول یعنی عقود تملیکی از دایره تعریفی که ماده ۱۸۳ ق.م از عقد به عمل آورده است، خارج می‌ماند.» (شهیدی، ج ۱، ۱۳۸۰: ۳۷).

البته ایراد مورد بحث در این بند را باید ناشی از اشکال دیگری دانست و آن این که همان طور که گفته شده است در این تعریف از عقد «به توافق‌هایی که اثر مستقیم آن‌ها ایجاد تعهد است عقد گفته شده است؛ در صورتی که ممکن است اثر مستقیم توافق انتقال مالکیت باشد نه ایجاد تعهد» (قاسم‌زاده، ۱۳۸۹: ۱۰). در تایید این ایراد و در توضیح آن گفته شده است این تعریف «شامل عقود که اثر مستقیم آن تملیک مال است (مانند بیع و هبه) نمی‌گردد. مگر این که گفته شود تملیک نیز تعهدی است که پس از ایجاد بی‌درنگ ایجاد شده است.» (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۷).

با توجه به این مباحث باید گفت وجود این ایرادها در این تعریف، و این موضوع که تعریف شامل عقود که اثر آن‌ها انتقال مالکیت می‌باشد، نمی‌شود، را باید ناشی از موضوع دیگری دانست و آن این که در این تعریف قانون‌گذار اثر مستقیم یک عقد را منحصرأً به وجود آمدن تعهد دانسته است اما واقعیت این است که اثر یک عقد را منحصرأً نمی‌توان به وجود آمدن تعهد دانست، بلکه عقد، علاوه بر ایجاد تعهد می‌تواند سبب به وجود آمدن انتقال مالکیت و یا به عبارت دیگر باعث ایجاد تملیک و تملک و هم چنین سقوط تعهد و یا ایجاد یک شخصیت حقوقی و... نیز باشد بنابراین می‌توان این مسئله را پذیرفت که گفته شده است: «از جهت نسبت‌های چهارگانه، عقد و تعهد، عام و خاص من و جهند» (علی آبادی، ۱۳۷۹: ۳۲).