

بررسی نهاد تحول عقد در فقه امامیه و حقوق ایران

تاریخ دریافت: ۹۷/۲/۸

تاریخ تأیید: ۹۷/۸/۳

محمد صالحی مازندرانی*
ایمان صالح**

چکیده

ممکن است در زمان انعقاد قرارداد، طرفین الفاظی را ضمن عقد بگزینند که با مقتضای عقد ظاهری، منافات داشته باشد؛ با این حال گاهی ارکان عقد صحیح دیگری در عقد باطل موجود است که می‌تواند مورد شناسایی قرار گیرد، بر این اساس کشورهای عربی، تحت شرایطی نهاد تحول عقد را با پیروی از حقوق آلمان پذیرفته‌اند. چالش اصلی این نظریه اینست که چگونه می‌توان با الفاظی که برای انعقاد عقد مشخصی وضع شده است، عقد دیگری را اراده کرد؟ این نظریه مبتنی بر اصل صحت عقد، لزوم توجه به معنای عقد، مقاصد طرفین و حمایت از نظریه اعتماد، قرار گرفته است؛ در واقع برای انعقاد عقد، توجه به قصد واقعی طرفین ملاک است و الفاظ باید مطابق با آن تفسیر شود تا عقد دوم را بتوان صحیح تلقی کرد و به عنوان جانشین عقد ظاهری، توصیف کرد.

واژگان کلیدی: اراده طرفین، تحول عقد، توصیف عقد، الفاظ عقود.

* دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه قم (m_salehimazandarani@yahoo.com).

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه قم (imansaleh65.br@chmail.ir).

مقدمه

در زمان انعقاد قرارداد هر یک از طرفین اندیشه‌ای در سر می‌پرورانند و مقصود خاصی را از قرارداد، انتظار دارند؛ برآیند توافق خود را تصور و تصدیق می‌کنند و در نهایت، اراده خود را در ظرف یکی از عقود می‌گنجانند و برای تحقق این امر ممکن است از قالب یا الفاظ عقدی استفاده کنند که با نتیجه‌ای که متعاقدین مدنظر داشته‌اند، ناسازگار باشد. برای مثال شخصی به دیگری می‌گوید پس از مرگ من، وکیل من در امور مالی‌ام باشید یا عقد اجاره به شرط رایگان بودن استفاده از منافع منعقد می‌شود و یا اینکه عقد بیع به شرط بلائمن شکل می‌گیرد؛ در نتیجه این سؤال به ذهن می‌آید که تکلیف ما با این قرارداد چیست؟ یکی از نهادهای حقوقی که در کشورهای عربی وجود دارد نهاد تحول عقد است؛ به این معنا که اگر عقد باطلی شکل بگیرد و لیکن در درون این عقد باطل، ارکان عقد صحیح دیگری وجود داشته باشد، همین عقد اخیر معتبر است.

نهاد تحول عقد در راستای اصل استحکام عقود و جلوگیری از تزلزل بی‌مورد قرارداد بنا نهاده شده است و ناظر بر اراده ظاهری طرفین نیست؛ بلکه بیشتر قصد و غرض نهایی طرفین را مدنظر قرار داده است. در این وضعیت طرفین از الفاظ متعارف برای انعقاد عقد بهره نبرده‌اند و در نهایت پس از انعقاد قرارداد متوجه می‌شوند که الفاظ ظاهری، منطبق بر قصد و غرض اصلی آنان نبوده است. ما در این مقاله بحث می‌کنیم، آیا می‌توان از قصد اولیه طرفین بر عنوان عقد عدول کرد و بنابر مصالحی که با اصول و قواعد حقوقی برخورد نداشته‌باشد، توصیف جدیدی از قرارداد ارائه داد؛ تحول عقد بر چه مبانی فقهی و حقوقی استوار است؛ آیا بر اساس منطق و اصول حقوقی در فقه و حقوق ایران می‌توان نهاد تحول عقد را پذیرفت؛ در صورت یافتن مصادیق شبیه این نهاد، می‌توان با استفاده از استقراء، یک قاعده ایجاد کرد و نظریه تحول عقد را بر مبنای آن پذیرفت؛ به نظر می‌رسد تحول عقد به صورت ضمنی در فقه شیعه و حقوق ایران مشاهده می‌شود که با استقراء در مصادیق مطروح می‌توان به سمت پذیرش بدون اشکال این نهاد رفت.

مفهوم نظریه تحول عقد

در اصطلاح علم حقوق، تحول عقد با توجه به تعاریف به عمل آمده و سابقه این مفهوم در حقوق کشورهای اروپایی عبارتست از ضرورت تغییر عمل حقوقی به منظور رسیدن به مقصود و حفظ هدف معامله در شرایطی که عمل و قصد طرفین با عمل حقوقی دیگر مطابقت دارد (Zimmermann, 1990, p. 638). براین اساس، هرگاه عقد باطلی مشتمل بر عناصر عقد صحیح دیگری باشد، عمل حقوقی اخیر ملاک است؛ یعنی عقد باطل به عقد صحیح دیگری تحول می‌یابد، مشروط بر این فرض که طرفین در صورت علم به بطلان عقد اول، عقد اخیر را اراده می‌کردند (فرج صده، ۱۹۷۴، ص ۴۴۶)؛ مثلاً اگر در عقد مضاربه صاحب مال به عامل بگوید که سرمایه و تمام سود متعلق به تو باشد؛ ولی بازپرداخت رأس المال را بر او شرط کند، عقد مضاربه به عقد قرض تحول می‌یابد (سحیلی، ۱۴۲۵، ص ۱۴۸).

سابقه تحول عقد

حقوق کشور آلمان پیش قراول تدوین نهاد تحول عقد^۱ است به طوری که در ماده ۱۴۰ قانون مدنی آلمان تحت عنوان (conversion reinterpretation) این گونه آمده است: «اگر معامله حقوقی باطل با ارکان معامله حقوقی دیگری مطابقت داشته باشد، عمل اخیر معتبر است، البته در صورتی که بتوان فرض کرد که طرفین اگر علم به بی‌اعتباری قرارداد داشتند، عمل معتبر را اراده می‌کردند.»^۲ این نظریه در قرن ۱۹ وارد قانون مدنی آلمان شد و پس از مدتی کشورهای عربی نیز این نظریه را برگزیدند. در قوانین مدنی بسیاری از کشورهای عربی، نظریه تحول عقد به صراحت پیش‌بینی شده است. از جمله در ماده ۱۴۴ قانون مدنی مصر مصوب ۱۹۴۸ میلادی آمده است: «اگر عقدی باطل یا قابل ابطال باشد و ارکان عقد دیگری در آن وجود داشته باشد، پس عقد

1. Umdeutung

2. If a void legal transaction corresponds to the requirements of another legal transaction, the latter is valid if can be assumed that its validity would have been desired on knowledge of such invalidity.

به اعتبار عقدی که ارکانش وجود دارد صحیح است، مشروط بر اینکه مشخص شود که قصد متعاقدين منصرف به ابرام عقد اخير بوده است.» این نهاد به تدریج وارد قوانین دیگر کشورهای عربی شد به طوری که در ماده ۱۴۱ قانون مدنی عراق مصوب ۱۹۵۱، ماده ۱۴۵ قانون مدنی سوریه مصوب ۱۹۴۹، ماده ۱۰۵ قانون مدنی الجزایر مصوب ۱۹۷۵، ماده ۱۲۷ قانون معاملات مدنی عمان مصوب ۲۰۰۳، به صورت صریح و با عبارت یکسانی نهاد تحول عقد به صورت یک قاعده پیش بینی شده است.^۱ در ماده ۱۴۲۴ قانون مدنی ایتالیا نیز تحت عنوان «تحول عقد باطل»^۲ در آخرین ویرایش سال ۲۰۱۷ آمده است: «یک قرارداد باطل می تواند آثار قرارداد متفاوتی را ایجاد کند مشروط به اینکه اگر طرفین بر اساس هدفی که مورد نظر آنها بود، عالم به بطلان بودند، این قرارداد را می خواستند.»^۳

مبانی تحول عقد

با وجود پذیرش تحول عقد در حقوق کشورهای خارجی، مبانی این نهاد باید مورد بررسی، تجزیه و تحلیل قرار بگیرد تا مشخص شود که با وجود بطلان عقد، چه منطق حقوقی وجود این نهاد را توجیه می کند؛ بنابراین مهم ترین مبانی این نهاد که برخی از آنها ریشه فلسفی و برخی فقهی و حقوقی دارند، باید از منظر حقوق غرب و کشورهای عربی مطرح شود تا با ارزیابی هریک از این مبانی بتوان پشتوانه فکری این نهاد را مشخص کرد.

تحول عقد در حقوق آلمان به صورت قابل توجهی مبتنی بر تئوری فراطاهر^۴ کلیسای

۱. إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد.

2. Conversione del contratto nullo

3. The null contract can produce the effects of a contract different, of which contains the requirements of substance and form, if, having regard to the aim pursued by the parties, it should believe that they would have liked it if they had known it nullity'.

4. Transubstantiation

کاتولیک که در عهد عتیق آمده، استوار است (Zimmermann, 1990, p. 638). کاتولیک‌ها همیشه معتقد بودند که عیسی مسیح در یادبود مراسم سالگرد، ملقب به شام آخر^۱ (یا عشای ربانی) حضرت مسیح با شاگردان خود، قبل از عروج، حضور دارد. نظریه تبدل جوهری، ابتدا توسط سنت توماس آکویناس^۲ مطرح شد و در واقع کاتولیک معتقد است که در مراسم عشای ربانی، نان و نوشیدنی ناپدید می‌شوند و بدن و خون حضرت مسیح جایگزین آن می‌شود و این امر ناشی از قدرت الهی است که به نوعی تجسم روح حضرت مسیح و حضور واقعی او را در پی دارد (Moroney, 2017, p. 3). پس در ادبیات مذهبی مسیحیت، تبدل جوهری عبارتست از تبدیل و یا دگرگونی یک ذات (جوهر) به ذات دیگر (گلیپایگانی، ۱۳۹۳).

با توجه به این مبنای تحول عقد که ریشه فلسفی دارد، باید گفت که آلمانی‌ها در انعقاد قرارداد، ظواهر الفاظ را ملاک اعتبار قرارداد نمی‌دانند و برای تحکیم عقود از این نظریه تبدل ظاهری بهره می‌برند تا ذات عقد را به اراده طرفین مربوط کنند و الفاظ را صرفاً ابزاری برای رسیدن به مقاصد قراردادی تلقی می‌کنند و ماهیت عقود را در ظاهر الفاظ محصور نمی‌کنند. بنابراین از دیدگاه آلمانی‌ها توافق طرفین برای نائل شدن به غرض اقتصادی باید با انتخاب ابزار مناسب به عنوان جایگزین، منجر به تحقق نهاد تحول عقد گردد (Burkhard, 2009, p. 322). در واقع در صورتی که این الفاظ عقدی که طرفین با برگزیدن الفاظ خاص برگزیده‌اند با معنا و مقتضای قرارداد ناسازگار باشد، عمل حقوقی دیگری که قابل انطباق بر عمل و اراده طرفین باشد به عنوان جایگزینی برای عمل حقوقی باطل، معتبر فرض می‌شود؛ اما به شرطی که طرفین نیز همین عمل معتبر را بپذیرند. در واقع از دید نویسندگان آلمانی یک فرایند جایگزینی در تحول عمل حقوقی ملاحظه می‌شود و به معنای واقعی نوعی تغییر و انتقال از یک چیز به چیز دیگری است؛ یعنی بخش نهفته‌ای از ساختار قضایی معامله، به وسیله قاضی آشکار می‌شود تا موجب تقویت عمل حقوقی شود (Zimmermann, 1990, p. 684).

1. Lord's Supper
2. Saint Thomas Aquinas

۱. نظریه اعتماد (حمایت از ظاهر)

تئوری اعتماد^۱ در قرن بیستم شهرت بسیاری یافت و توسط حقوقدانانی چون آتیه^۲ و مک کورمیک^۳ در شکل‌های گوناگونی حمایت شد و ناظر بر این دیدگاه است که تعهد، امری اخلاقی است؛ چراکه وعده در دیگران، اعتماد ایجاد می‌کند به‌ویژه اعتمادی که منجر به ایجاد زیان برای طرفی شود که بر مبنای آن اقدام کرده‌است (Hogg, 2011, p. 98). یکی از مکاتبی که در شکل‌گیری تئوری اعتماد، تأثیر بسزایی داشت مکتب فایده‌گرایی^۴ بود. این مکتب مبتنی بر این نظر است که تعهد، عملی اخلاقی است؛ زیرا منجر به اعتماد، اطمینان، امنیت اقتصادی و دیگر نتایج خوب و مفید می‌شود (Hogg, 2011, p. 95)؛ در واقع کارکرد تئوری اعتماد بیشتر ناظر بر جنبه عملی و اجرایی قرارداد است؛ به گونه‌ای که در نوشته‌های خارجی هیچ دلیلی برای تئوری اعتماد جز امکان توجیه اجرای قرارداد وجود ندارد و معتقدند اعتماد، مسئولیت‌آور است؛ ولو اینکه عوض قراردادی موجود نباشد؛ به طوری که فقد عوض، خللی در انتظارات شکل گرفته بر اساس اعتماد متعارف وارد نمی‌کند (Benson, 2001, p. 121)؛ پس در واقع نظریه اعتماد مبنایی است که می‌توان عقد را از حالت بطلان نجات دهد و آثار اصلی^۵ عقد را بر قرارداد بار کند و بنابراین در مواردی قانون‌گذار به دلیل حمایت از حسن نیت افراد، تمام یا برخی از این آثار اصلی را برای عقود باطل نیز در نظر گرفته است. در حقوق کشورهای کامن‌لا نظریه اعتماد جایگاه خود را دارد و به عنوان مبنایی

1. Reliance Theory

2. Atiyah

3. MacCormick

4. Consequentialism (utilitarianism)

۵. اثر اصلی عقد باطل، به صورت مستقیم و به جهت حمایت از ظاهر عقد به خصوص اگر همراه با حسن نیت باشد، به وجود می‌آید همانند شرکت باطل که معاملات قبل از حکم به بطلان، همانند عقد صحیح است ولی اثر عرضی عقد باطل، مستقیماً مورد قصد متعاقدين نبوده؛ مثل ازدواج باطل که شارع هیچ اثری همانند وجوب نفقه، توارث، حلیت تمتع، بر آن بار نکرده ولی به اعتبار واقعه مادی دخول، آثاری به وجود می‌آورد؛ مثل وجوب عده، مهرالمثل بعد از دخول، ثبوت نسب و سقوط حد (سنه‌وری، بی تا، ج ۴، ص ۹۹).

برای الزام آور بودن قرارداد شناخته شده است؛ به طوری که طرفین در مذاکرات و یا رفتار خود به نقطه‌ای می‌رسند که به صورت متعارف فرض می‌کنند بر اساس اعتماد، می‌توانند به آن قرارداد اتکا کنند (Stone, 2009, p. 40)؛ بنابراین اعتماد برای ایجاد مسئولیت قراردادی رکن اصلی است و استناد به اعتماد می‌تواند قدرت اجرایی قرارداد را نشان دهد و حقوق اشخاص به لحاظ اعتماد به ظاهر به شرط رعایت حسن نیت در معرض تضییع قرار نگیرد یا به حداقل برسد. بر این اساس نویسندگان نظریه تحول عقد، معتقدند مبنای نهاد تحول عقد بر حمایت از ظاهر و اعتماد مشروع در معاملات شکل گرفته است؛^۱ بنابراین دیگران به تنفیذ عقود و از بین نرفتن این ظاهر، اعتماد پیدا می‌کنند؛ درحالی که ابطال عقود منجر به مشکلات بسیاری می‌شود و متعاقدین را به حالت قبل از عقد بر می‌گرداند (الشبانی، ۲۰۱۵، ص ۱۳)؛ بنابراین حقوقدانان عربی نهاد تحول را مبتنی بر این فکر می‌دانند که تا حد ممکن عقد باید باقی بماند؛ تاجائیکه مخالف غرض متعاقدین و قانونگذار نباشد (الفتلاوی، ۱۹۹۷، ص ۱۰۷)؛ بنابراین تئوری تحول عقد در راستای حمایت از مصالح فردی و اجتماعی و غایت اقتصادی و عملی طرفین می‌تواند آثار بطلان عقد را تقلیل دهد و در صورتیکه خللی در ماهیت عقد وجود داشته باشد با جایگزین کردن عقد دیگر، خلل عقد اول را جبران کرد و تا حد ممکن آثار عقد را جاری کرد.

۲. مبانی فقهی

۲-۱. قاعده اعمال الکلام اولی من إهماله

این قاعده فقهی از دیدگاه حقوقدانان اهل سنت به عنوان یکی از مبانی فقهی تحول

۱. منظور از حمایت از ظاهر توجه به مطلق الفاظ نیست بلکه نفس بروز و ظهور عمل حقوقی است که عرفاً اعتماد آور است و حقوق از این عمل ظاهری جهت حفظ آثار عقد مقصود، بهره‌برداری می‌کند و از الفاظ به عنوان قرینه‌ای برای کشف مقصود حقیقی استفاده می‌شود؛ بنابراین مهم رابطه قراردادی است که ظاهر آن اعتمادآور است و باید تلاش برای عدم از بین رفتن این اعتماد به ظاهر در معاملات شود.

عقد بر شمرده شده است (الراشد، ۱۴۲۱، ص ۱۷). منظور از اِعمال در این قاعده، استعمال لفظ در معنای مفید و اعطا کردن حکم شرعی و منظور از اهمال، کلام عاری از فایده و عدم ترتب ثمره عملی بر آن است (عبود هرموش، ۱۴۰۶، ص ۴۹).

طبق این قاعده وقتی بتوان کلامی را بر معنایی مفید حمل کرد، رها کردن و لغو آن لفظ جایز نیست. در واقع کلام انسان مسلمانِ عاقل تا جائیکه ممکن است، مصون از بی‌اعتنایی است و ابتدا کلام طبق اصل، حمل بر حقیقت و در صورت تعذر، حمل بر مجاز می‌شود چراکه الفاظ صادره باید حمل بر معنای مفید شوند (کاهل، بی‌تا، ص ۱۶۶). در فقه شیعه نیز قاعده اِعمال الکلام اولی من اِهماله، مبتنی بر اصول عقلائی، همانند اصل عدم خطا، اصل عدم سهو و فراموشی و اصل عدم عبث و لغو است؛ لذا اقوال و اعمال عقلا، حمل بر اراده جدی می‌شود و لازم است حکم به معنای ظاهری حقیقی یا معنای مجازی شود و صرفاً در صورت تعذر، چاره‌ای بر لغو دانستن کلام نیست (نجفی، ۱۳۵۹، ص ۴۲)؛ بنابراین قاعده مذکور در فقه اسلامی ناظر بر الفاظ و عباراتی است که از شخص عاقل صادر می‌شود و کلام به نحوی است که قابلیت لغو و رها کردن دارد ولی مؤثر دانستن کلام از اولویت برخوردار است و لیکن تا سرحد امکان باید بر معنای مفید و مؤثر حمل شود (السحیلی، ۱۴۲۵، ص ۳۹). در ماده ۱۱۵۷ قانون مدنی فرانسه نیز آمده است: «وقتی شرط قراردادی قابل حمل بر دو معنا باشد، باید معنای شرط قراردادی که می‌تواند موجد اثر باشد اتخاذ شود، نه آن معنایی که منجر به ایجاد اثر نمی‌شود.» بنابراین استنباط از این قاعده در تحول عقد این است که شخص متکلم به قصد مؤثر بودن کلام، الفاظی را بیان می‌کند و در ورای الفاظ معنایی را مدنظر قرار داده که باید به نحوی از درون آن الفاظ ولو به صورت کنایی خارج شود. در واقع حفظ و استواری کلام شخص عاقد منجر به ایجاد آثار حقوقی می‌شود که غیر مؤثر کردن آن ممکن است به طرفین عقد یا حقوق ثالث ضربه وارد کند. طبق این مبنا، هنگامی که قصد انعقاد قرارداد یا عمل حقوقی ابراز و در عالم حقوقی پدیدار شد باید عمل متعاقدین را منشأ اثر دانست و ابتدا معنای ظاهری و در صورت وجود قرینه‌ای دال بر عدم قصد عقد ظاهری، حمل بر معنایی کرد که با اراده طرفین سازگار و مقصود آنان را برآورده می‌سازد. در واقع بنیاد تحول عقد بر جلوگیری از بطلان عقد یا تقلیل

آثار بطلان عقد استوار است و این مبنا را به عنوان وسیله‌ای برای حفظ عقد از بطلان ذکر می‌کنند.

۲-۲. قاعده العبرة للقصود و المعانی لا للألفاظ و المبانی

بر اساس این قاعده که از سوی فقهای اهل سنت مطرح شده، الفاظ عقود وسیله و مقاصد، غایت است و آنچه معتبر است اهداف و غایت متعاقدین است (بکر، ۱۹۷۱، ص ۴۷۰): یعنی برای حصول عقد، مقصود حقیقی که در قالب الفاظ تحقق یافته، ملاک است؛ زیرا الفاظ، جز قالبی برای معانی نیست (مجموعه من المؤلفین، ۱۴۰۴، ج ۳۰، ص ۲۰۳). قاعده مذکور، مأخوذ از حدیث نبوی الأعمال بالنیات (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۶، ص ۵؛ بخاری، ۱۴۲۲، ج ۷، ص ۴۵) بوده و بیان‌کننده این موضوع است که اعمال و تصرفات مکلف اعم از قولی و فعلی که آثار و احکام شرعی بر آن مترتب است، به تبع آن چیزی است که شخص قصد داشته و هدف و غایت وی از وراء این اعمال و تصرفات است (البورنو، الغزی، ۲۰۰۳، ج ۱، ص ۱۲۴).

بنابراین هدفی که طرفین داشته‌اند باید در درجه اول، مد نظر باشد و الفاظ و تعابیر را صرفاً وسیله قلمداد کرد؛ چراکه این الفاظ به خودی خود موضوعیت نداشته و صرفاً طریقت دارد و قصد نهایی طرفین در عالم حقوق منشأ اثر است؛ بنابراین در حقوق کشورهای عربی بیان شده اگر شخصی از بقال یک سطل شکر خریداری کند و ساعتش را به بقال بدهد و به او بگوید که این ساعت نزد تو امانت تا ثمن را حاضر کنم، در اینجا ساعت نزد بقال ودیعه نیست بلکه حکم رهن را دارد و نزد بقال می‌ماند تا خریدار دین را ادا کند و برای مشتری حق استرداد، قبل از ایفا دین نیست (کاهل، بی‌تا، ص ۷۷). همچنین گفته شده قاعده ناظر بر جانیست که شخصی هبه به شرط عوض می‌کند که عقد مذکور در واقع بیع یا عاریه به شرط عوض و یا اجاره است (زحیلی، بی‌تا، ج ۱، ص ۱۶۱)؛ بنابراین مصداق بارز این قاعده تحول عقد است که مقاصد و هدف طرفین موضوعیت دارد اگرچه لفظ به کار رفته در معنای مورد نظر طرفین به کار نرفته باشد.

با این حال این سوال مطرح شده آیا الفاظ عقود در غیر معنای وضعی خود می‌تواند

منشأ اثر باشد؟ تنها علمای شافعی معتقدند که در عقود، الفاظ معتبر است نه معنا (دبیان، ۱۴۳۲، ج ۹، ص ۴۴)؛ بنابراین اگر در اجاره با لفظ بیع گفته شود: منفعت یک ماه خانه را فروختم، به جهت اعتبار لفظ، اجاره منعقد نمی‌شود (سیوطی، ۱۴۱۱، ص ۱۶۷). همچنین اگر بیع بلا ثمن واقع شود، نه تنها بیع نیست حتی هبه هم واقع نمی‌شود (شریبینی، ۱۴۱۵، ج ۲، ص ۶۶۱). در مقابل این دیدگاه، برخی همانند حنفی‌ها قائل به اعتبار معنا هستند؛ بنابراین اگر شخصی به دیگری بگوید: خانه ام را در مقابل لباس هبه کردم و طرف مقابل رضایت دهد، این بیع است (دبیان، ۱۴۳۲، ج ۹، ص ۴۴). در این دیدگاه لفظ صرفاً وسیله‌ای برای بیان مقصود است و اگر لفظ، معنای عقد دیگر را بدهد باید لفظ‌گرایی کنار گذاشته شود. البته حتی کسانی که اعتبار لفظ را در عقود، مطرح کرده‌اند در موارد دیگری به جهت اعتبار معنا، لفظ‌گرایی را کنار نهاده‌اند؛ مثلاً زمانی که مشتری قبل از قبض مبیع، آن را به ثمن المسمی با لفظ بیع به بائع بفروشد، معتقد است اقاله به لفظ بیع واقع شده است (سیوطی، ۱۴۱۱، ص ۵۴۳).

شروط تحول عقد

باتوجه به ماهیت تحول عقد، شرایطی برای اعمال این نظریه باید مهیا باشد که بتوان این نهاد قانونی را در روابط طرفین، حاکم دانست و از اختلاط آن با نهادهای مشابه، مانند انتقاص عقد (عقد قابل تجزیه)، متمایز کرد. این شرایط در حقوق کشورهای عربی به قرار زیر است:

اول. عقد اصلی باید به‌طور کامل باطل یا قابل ابطال باشد یا جزئی از تصرف اول باطل باشد به گونه‌ای که قابل جدا شدن از کل عقد نباشد (فرج صده، ۱۹۷۴، ص ۴۴۸). از بیان این شرط نکاتی حائز اهمیت است:

۱. اگر عقد اصلی صحیح باشد ولی متضمن عناصر عقد دیگری باشد که طرفین هم آن را بر عقد اول ترجیح بدهند، عقد تحول پیدا نمی‌کند چرا که تحول عقد، مختص عقد باطل است؛ مثل اینکه هبه صحیح، متضمن عناصر وصیت باشد و معلوم شود که واهب به وصیت راضی‌تر است پس در این حالت هبه به وصیت تحول نمی‌یابد؛ زیرا هبه صحیح واقع شده و محل تحول نیست (سنهوری، ۱۳۹۱، ج ۲، ص ۶۳۵).

۲. اگر جزئی از تصرف حقوقی باطل و قابل جدا شدن از عقد باشد، به آن انتقاص عقد گفته می‌شود نه تحول. در این حالت جزء باطل زایل و جزء صحیح باقی می‌ماند (سنهوری، بی‌تا، ج ۱، ص ۴۹۹). انتقاص عقد در ماده ۱۴۳ مدنی مصر این گونه آمده است: «هنگامی که عقد در جزئی باطل یا قابل ابطال باشد، پس این قسمت به تنهایی باطل است مگر اینکه معلوم شود که عقد جز با این بخش عقد که باطل یا قابل ابطال است، تمام نمی‌شود پس کل عقد باطل است.» مثل فروش عین معینی که جزئی از آن موقوفه و جزئی از آن مملوک باشد که جزء صحیح باقی و جزء باطل که موقوفه است زائل می‌شود.

۳. علت بطلان در تحول عقد یا ناشی از سبب عدمی است به لحاظ فقد رکن یا شرطی از عقد اصلی یا ظاهری و یا ناشی از سبب وجودی به معنای وجود شرط خلاف مقتضای عقد (الراشد، ۱۴۲۱ق، ص ۲۹۶)؛ بنابراین در بیع بلائمن، رکن عوض در عقد مفقود است و در عقد مضاربه که شرط تمام سود برای عامل می‌شود شرط خلاف مقتضای ذات عقد وجود دارد.

دوم. اشتغال عقد اصلی بر تمامی عناصر عقد قابل تحول. مثل اینکه در سند رسمی عقد بیع با ثمن ناچیز آمده باشد که در نتیجه با جمع ارکان لازم، شامل قصد تبرع و هبه می‌شود؛ اما هنگامی که جمیع عناصر عقد دیگر، در عقد باطل موجود نباشد، تحول صورت نمی‌گیرد مثل اینکه شخصی با دیگری قراردادی راجع به عین معینی ببندد و معلوم شود عین موجود نبوده است که در اینجا عقد، تحول به بیع بر شیء دیگر نمی‌یابد، حتی اگر معلوم شود متعاقدين با علم به عدم وجود مبیع، عین دوم را اراده می‌کردند، چون تمام عناصر بیع دوم در بیع اول موجود نیست (سنهوری، ۱۳۹۱، ج ۲، ص ۶۳۶). در اینجا فرق بین تصحیح عقد و تحول عقد معلوم می‌شود چراکه عقد با ورود یک عنصر جدید تصحیح و منجر به تصرف قانونی می‌شود (عطیه، ۲۰۱۰، ص ۱۲۸). این عنصر همان موضوع معامله است که در عقد اول موجود نبوده است و ملک موضوع عقد دوم، غیر از ملک اولی بوده است.

سوم. انصراف اراده طرفین به عقد قابل تحول. پیروان برتری حاکمیت اراده باطنی در تحول عقد معتقدند که اراده باطنی و حقیقی در تحول عقد وجود دارد (الفتلاوی،

۱۹۹۷، ص ۶۶). در این خصوص گفته شده، اراده باطنی باید توسط قاضی کشف شود و اگر کشف اراده نفسانی متعذر شود، اراده فرضی جانشین آن می‌شود که اراده حقیقی و فرضی، همان اراده باطنی است (سنهوری، ج ۱، بی‌تا، صص ۱۴۸ و ۱۴۹). در واقع آثار اصلی عقد مورد اراده طرفین با تحول عقد جایگزین عقد ظاهری می‌شود و فرض اراده به این معناست که آن آثار اصلی عقد از ابتدا موضوع قصد واقع شده لیکن برای ابراز آن از قالب عقدی مناسب استفاده نکرده‌اند.

در مقابل، طرفداران اراده ظاهری نیز با توجه به اینکه قائل به نظریه موضوعی در تحول عقد هستند، معتقدند با توجه به اهداف اقتصادی طرفین و سیاست جلوگیری از بطلان عقود، وجود اراده و نیت طرفین را بر عقد دوم، فرض می‌کنند (الشبانی، ۲۰۱۵، ص ۱۶۱)؛ در واقع اراده فرضی همان برداشت قاضی از متن ظاهری قرارداد است که با توجه به سلطه قاضی در تفسیر عقد، بر اساس غایت عملی، حکم به تحول عقد می‌دهد (بکر، ۱۹۷۱، ص ۴۶۸). این هدف و فلسفه‌ای که متعاقدين به دنبال آن می‌گردند قاعدتاً در چهره یکی از عقود نمایان می‌شود و اگر یکی از عناوین عقود با آثار مورد خواست طرفین تطابق نداشته باشد، باید حمل بر عقد دیگری شود که ارکان آن وجود دارد.

منظور از اراده همان هدفی است که متعاقدين قصد رسیدن به آن را داشته‌اند و این هدف نهایی را طرفین از طریق اختیار کردن یک عنوان قانونی انجام داده‌اند که معلوم شده این طریق قانونی باطل است و قالب قانونی که بر عقد گزارده می‌شود تنها وسیله‌ای برای رسیدن به غرض عملی است، پس هنگامی که وسیله با غرض تعارض پیدا کند، لازم است که غرض بر وسیله غلبه پیدا کند (سنهوری ۱۳۹۱، ج ۲، صص ۶۳۶-۶۳۷).

نظریه سیمولیشن یا صورت سازی

نام‌گذاری عقود جدا از ایجاد یک نظم اقتصادی و اجتماعی، کمک می‌کند تا براساس تسمیه‌ای که طرفین بر قرارداد خود انتخاب کرده‌اند ماهیت حقوقی شکل گرفته و بالطبع، آثار آن در ذهن سریعاً تداعی شود و تکلف حاصل از تفحص، جهت احراز

کیفیت رابطه حقوقی را رفع کنند؛ اما عنوانی که طرفین به قرارداد منسوب کرده‌اند؛ مانند بیع، اجاره، ضمان، قرض و امثال آنها، قاطعیت ندارد و قاضی می‌تواند با توجه به اراده واقعی طرفین، قرارداد را توصیف کند و عنوان دیگری برای آن قائل شود که در این راستا نظریه سیمولیشن (سیمولاسیون)^۱ در حقوق غرب شکل گرفته است.

۱. سیمولیشن در حقوق غرب

یکی از نهادهای حقوقی که در کشورهای اروپایی مطرح شده نظریه شبیه سازی عقد است؛ به طوری که طرفین به جهت اشتباه یا تمعدا برای رسیدن به مقاصد خاص، عنوان و نام عقد را پنهان می‌کنند. این نظریه در حقوق فرانسه و سوئیس به سیمولاسیون و در حقوق کشورهای کامن لا به سیمولیشن معروف است. در ماده ۱۸ قانون تعهدات سوئیس مقرر شده است: «برای ارزیابی شکل و شرایط یک عقد، باید به جستجوی قصد حقیقی و مشترک طرفین پردازیم بدون اینکه خود را به الفاظ یا نامگذاری نادرستی که آنان خواه به اشتباه و خواه به منظور مخفی نگاهداشتن ماهیت واقعی قرارداد به کار برده‌اند مقید بدانیم»^۲. آنچه که در سیمولاسیون مطرح است دو قرارداد ظاهری و پنهانی است؛ به طوری که طرفین قصد واقعی خود را در عقد پنهان منعکس کردند و در قرارداد ظاهری صرفاً تظاهر و توریه کرده‌اند. در واقع طرفین، قرارداد ظاهری منعقد می‌کنند؛ در حالیکه منعکس کننده توافق واقعی آنان نیست که در این صورت، قرارداد واقعی ملاک است (Capitan, 2008, p. 180). در نگارش‌های حقوق قراردادها در کشورهای اروپایی مقرر شده است: «در صورتیکه که طرفین، یک قرارداد به صورت ظاهری و یکی به صورت پنهانی منعقد می‌کنند، قرارداد پنهان از حیث حقوقی برای آنان الزام آور است، مگر در صورت تقلب (Capitan, 2008, p. 595)؛ بنابراین از حیث آثار حاکم بر شبیه سازی باید گفت که آثار قرارداد واقعی ملاک

1. Simulation

2. «pour apprécier la forme et les clauses d'un contrat, il y a lieu de rechercher la réelle et commune intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention.»

است مگر در صورتیکه شخص یا اشخاص ثالثی به ظاهر قرارداد، اعتماد کرده و طبق آن عمل کرده باشند که در این صورت می‌توانند به قرارداد ظاهری استناد کنند (Capitan, 2008, p. 595).

در مقررات حقوق خصوصی اروپایی نیز نظریه سیمولاسیون به این ترتیب تشریح شده: «اگر طرفین قراردادی منعقد کنند و آثار ظاهری قرارداد متفاوت از آثار مورد قصد واقعی طرفین باشد؛ در این صورت آثار واقعی قرارداد غالب می‌شود» (Study Group, 2009, p. 222). طبق نظریه سیمولاسیون لزوماً نباید اراده طرفین به صورت واقعی برای انعقاد عقد وجود داشته باشد و عقد صوری هم نوعی شبیه‌سازی محسوب می‌شود؛ مثلاً شخص مدیون که در معرض توقیف اموال است، مال خود را به یکی از دوستانش منتقل کند، در حالی که قصد انتقال مالکیت نداشته باشد. گاهی سیمولاسیون به تشخیص ماهیت و طبیعت عقد بازمی‌گردد؛ مثلاً عقد هبه به عنوان فروش مال توصیف می‌شود و یک توافق پنهان جهت عدم پرداخت ثمن وجود دارد (Study Group, 2009, p. 22). سیمولاسیون نوع اول به شبیه‌سازی مطلق معروف است و در این نوع شبیه‌سازی هیچ اراده‌ای برای ایجاد التزام وجود ندارد و سیمولاسیون نوع دوم به سیمولاسیون نسبی معروف است و در آن، اراده انعقاد عقد وجود دارد.^۱

۲. سیمولیشن در فقه و حقوق ایران

در بین فقها، قرار دادن مهریه ظاهری در عقد نکاح مصداقی از شبیه‌سازی است. در واقع گاهی خانواده‌ها برای نشان دادن شأن و شوکت زن و تحکیم بنیان خانواده، اقدام به قراردادن مهریه‌ی صوری می‌کنند؛ درحالی‌که در خفاء بر یک مهریه دیگر توافق و تبانی کرده‌اند. شیخ طوسی در این زمینه بیان داشته اگر در عقد نکاح بطور سری بر روی مهریه‌ای توافق شود ولی در علن و آشکار مهریه خلاف توافق اول اعلام کنند، همان مهر اول ملاک است (طوسی، ۱۳۸۷، ص ۲۹۱). شهید ثانی در مسالک نیز با این

1. Civil Code of The Philippines, Article 1345: Simulation of a contract may be absolute or relative. The former takes place when the parties do not intend to be bound at all; the latter, when the parties conceal their true agreement.

بیان که اگر زوجین توافق کنند بر اینکه مهر را دو هزار درهم اظهار دارند ولی در باطن اکتفاء بر هزار درهم ضمن عقد کرده باشند و با یکدیگر تباخی کرده باشند که هزار درهم مهر را، با عبارت دو هزار درهم بیان کنند، باید به معانی و مقاصد آن الفاظ توجه شود (عاملی، ۱۴۱۳، ص ۱۸۷).

در حقوق ایران نیز صورت‌سازیهایی حسب مورد از نوع صورت‌سازی جاهلانه یا عالمانه باشد. در صورت‌سازی جاهلانه، طرفین هیچ‌گونه عمدی در پنهان کردن نوع عقد ندارند و صرفاً به جهت تبعیت از یک عرف نادرست و یا بی‌اطلاعی از عنوان واقعی قرارداد به نام‌گذاری قرارداد می‌پردازند؛ مثلاً در عرف، شایع است زمانی که همسایه می‌خواهد از اثاثیه همسایه خود استفاده کند، می‌گوید: «این اثاث را به من تا فردا قرض دهید» در صورتی که مقصود طرفین، حقیقت و ماهیت عقد قرض نیست و آنچه طرفین در این گونه موارد اراده می‌کنند در حقیقت عاریه است (شهیدی، ۱۳۸۱، ص ۳۰۸).

گاهی افراد به دنبال اهداف مشروع هستند و عقد ظاهری را سکویی برای رسیدن به نتایج خداپسندانه و الهی قرار می‌دهند؛ مثلاً برای پنهان ماندن نیت واقعی خود و پرهیز از دچار شدن به آفت ربا، با اداره اوقاف سندی مبنی بر انعقاد عقد بیع تنظیم می‌کنند. همچنین وجود انگیزه‌های غیرمشروع ممکن است عامل صورت‌سازی باشد؛ چراکه هزینه‌های سنگینی که برخی از عقود دارند یا وجود برخی از موانع قانونی برای انعقاد عقد واقعی یا مصون نگه داشتن اموال از تعرض طلبکاران، سبب پیدایش این دسته از عقود ظاهری می‌شود؛ مثلاً مالک اتومبیل ممکن است محدودیت قانونی فروش اتومبیل را با سرپوش قراردادن عقد وکالت برطرف کند و عقد بیع را عملاً برای خود واقع سازد.

در رابطه با صورت‌سازیهایی که مبتنی بر عقد ظاهری و باطنی است، قانون مدنی ما حکم خاصی ندارد؛ اما در ماده ۱۹۰ قانون مدنی بیان شده: «عقد محقق می‌شود به قصد انشاء...» و همچنین ماده ۱۹۶ قانون مدنی، پنهان ماندن طرف عقد را مانع نفوذ آن نمی‌بیند. در ماده ۴۶۳ قانون مدنی نیز دلالت بر حکومت اراده باطنی دارد. این ماده مقرر می‌دارد: «اگر در بیع شرط معلوم شود که قصد بایع به حقیقت بیع نبوده است،

احکام بیع در آن مجری نخواهد بود؛» بنابراین، عقد مخفی را باید صحیح تلقی کرد. در تبصره یک ماده ۳۳ قانون ثبت نیز آمده است: «کلیه معاملات با حق استرداد ولو آنکه در ظاهر، معامله با حق استرداد نباشد مشمول جمیع مقررات با حق استرداد خواهد بود...» که این نیز شاهی بر عدم توجه به عقد ظاهری و التفات به عقد واقعی است.

۳. مقایسه سیمولیشن و تحول عقد

با توجه به تشریح توصیف قرارداد، مبرهن است که تحول عقد بر پایه توصیف قرارداد باید شکل‌گیرد و تشخیص و تحدید طبیعت قانونی عقد، بنیانی‌ترین امر در نظام تحول عقد است. پس بین دو نهاد تحول عقد و صورت‌سازی در عقد، شباهت‌هایی به چشم می‌خورد که ممکن است باعث خلط دو نهاد شود به طوری که در هر دو نهاد، عقد ظاهری معتبر نیست و دادرس وصف صحیح را به عقد اعطا می‌کند؛ در واقع تحول عقد، عملیات قانونی است که همواره با توصیف عقد همراه است و توصیف عقد در واقع مرحله‌ای از مراحل تحول عقد است؛ چراکه قاضی در خلال تحول عقد، متعرض الفاظ و عبارات استفاده شده توسط متعاقدین می‌شود تا توصیف جدیدی از عقد باطل به عمل آورد (ترکمانیه غزال، ۲۰۱۴، ص ۷۲). همچنین به نظر می‌رسد تصور تحول عقد، همانند توصیف عقد، بر محور کشف اراده متعاقدین است و در واقع تحول چیزی جز مسئله تفسیر نیست (بکر، ۱۹۷۱، ص ۴۶۸).

با این حال تفاوت‌های ظریفی بین این دو نهاد وجود دارد به نحوی که اراده طرفین در سیمولیشن، به صورت حقیقی موجود است و صرفاً توصیف غلط طرفین، اصلاح می‌شود؛ بنابراین در عملیات توصیف عقد، قاضی اراده واقعی طرفین را مقابل ماهیت هر یک از عقود معین قرار می‌دهد تا نهایتاً با طبیعت یکی از عقود، موافق باشد که حسب مورد حکم به آن دهد (فتلاوی، ۱۹۹۷، ص ۱۱۷)؛ اما مدار تحول عقد، کشف اراده غیر موجود یا اراده مفروض طرفین است و عقد اصلی که بر مبنای اراده اولیه طرفین شکل گرفته باطل است (السحیلی، ۱۴۲۵، ص ۳۹). در واقع در تحول عقد، طرفین، عقد باطل را مبنای اراده واقعی خود قرار داده‌اند ولی عالم بر بطلان آن نیستند؛ مثلاً در بیع با ثمن ناچیز باید گفت که مدنظر طرفین، عقد بیع حقیقی با تمام آثار بوده

اما کاشف به عمل می‌آید که این عقد، صلاحیت انعقاد را به عنوان بیع ندارد ولی طرفین اگر علم بر بطلان داشتند همین عقد دوم را اراده حقیقی می‌کردند تا به مطلوب خویش دست یابند.

در شبیه‌سازی زمانی که طرفین قصد متقلبانه یا نامشروعی نداشته باشند، اصل آزادی قراردادی حاکم می‌شود و عمل پنهانی، معیار کشف قصد واقعی طرفین است و طرفین نمی‌توانند در برابر دیگران به توافق ظاهری استناد کنند (Study Group, 2009, p. 64). در ماده ۱۳۲۱ قانون مدنی فرانسه نیز عقد پنهانی در رابطه بین دو طرف قرارداد نافذ است و استناد به عقد پنهانی به زیان اشخاص ثالث مؤثر نیست.^۱ البته مقررات حقوق خصوصی اروپایی مقرر کرده: «شخص ثالثی که بطور متعارف و بر اساس حسن نیت و رفتار منصفانه به ظاهر قراردادی اعتماد کرده و بر اساس آن عمل کرده است می‌تواند به آثار قرارداد ظاهری استناد کند» (Study Group, 2009, p. 64). در واقع یکی از استثنائات ظاهری نسبی بودن آثار معامله حقوقی، توصیف ظاهری قرارداد است؛ چراکه اشخاصی که به عنوان ثالث در معامله عمل می‌کنند می‌توانند به عمل ظاهری یا پنهان استناد کنند و لذا علیه اشخاص ثالث نه عمل پنهانی و نه عمل ظاهری قابل استناد نیست (Gorun, 2015, p. 22). پس اگر عقد پنهان به نیرنگ و فریب آلوده نباشد بین طرفین نافذ و در برابر اشخاص ثالث قابل استناد است. از آن طرف در نهاد تحول عقد چون که طرفین عالم بر بطلان عقد نیستند و عقد باطل از حیث مضمون باقی نیست، قابل استناد توسط ثالث نیست؛ بنابراین عقد صحیح که تحول یافته در رابطه طرفین و ثالث جریان پیدا می‌کند (فتلاوی، ۱۹۹۷، ص ۲۴۶).

تحول عقد در فقه امامیه و حقوق ایران

اندیشه تحول عقد در نظر فقها و حقوقدانان پنهان نمانده است و در خلال بحث‌هایشان راجع به انقلاب عقد فاسد به عقد صحیح دیگر، مصادیقی را ذکر کرده‌اند که باید جهت استقراء، هر یک از آنان بررسی شود تا در نهایت مشخص شود آیا نهاد تحول عقد در

1. Counter letters may be effective only between the contracting parties; they may not be effective against third parties.

حقوق ایران پذیرفته شده یا خیر؟

۱. بیع بلائمن یا اجاره بدون اجرت

یکی از مسائلی که در متون فقهی راجع به آن بحث شده است انعقاد بیع بلائمن و اجاره بدون اجرت در بحث ضمان مقبوض به عقد فاسد است؛ بنابراین شیخ انصاری در این رابطه بیان داشته اگر اجاره به شرط عدم اجرت یا عقد بیع بدون ثمن واقع شود، ضمانی در این عقود نیست (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۱۸۳) و در جای دیگر بیع بلائمن و اجاره بدون اجرت را تملیک بلاعوض دانسته است و فرد صحیح از این معامله را هبه تلقی کرده است (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۴۹۱). پس یک وجه این نظر اینست که بیع بلائمن را هبه و اجاره بدون اجرت را عاریه بدانیم. همچنین شهید ثانی معتقد است که اگر عقد اجاره بدون شرط عوض و با لفظ اجاره منعقد شود، اجاره فاسد است به این معنا که احکام صحیح عقد اجاره، همانند وجوب اجرای تعهد، جاری نیست؛ اما به معنای عدم ترتب مطلق آثار عقد نیست؛ بلکه حمل بر عاریه می‌شود (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۵، ص ۱۸۴). برخی نیز استدلال کرده‌اند، در بیع بلائمن اگر قرینه همراه کلام عاقد باشد، بیع باطل و هبه صحیح است؛ چرا که معنای هبه در این عقد وجود دارد و غلبه نیز با صحت عقد است (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق، ص ۲۷۹). پس در این نوع از عقود، مصداق دو عقد فاسد واقع شده لیکن دو عقد صحیح دیگر به نام هبه و عاریه واقع شده چراکه انشاء با لفظ دیگری که همراه با وجود قرینه باشد، صحیح است (بحرالعلوم، ۱۴۰۳، ج ۱، ص ۷۲).

۲. تبدیل منجزات مریض به وصیت

مریض در دوران بیماری خود از تصرفات حقوقی محروم نیست و هر گونه تصرف اعم از بیع، هبه، وقف، اجاره، ابراء را می‌تواند در دوران مریضی خود انجام دهد؛ اما در هر حال مریض نسبت به برخی از اعمال حقوقی خود، که به منجزات مریض معروف است، دچار محدودیت است که البته این محدودیت به بعد از مرگ وارد می‌شود. مقصود از منجزات هرگونه معامله تبرعی است که مال را رایگان از دست بدهد؛ مانند

وقف، بخشش و صلح محاباتی که برای وارث زیان داشته باشد (شعرانی، ۱۴۱۲، ص ۴۸۳). مریض در طول بیماری خود در صورتی که معاملات و اعمال تبرعی انجام دهد در صورتیکه از مرض رهایی یابد از اصل مال محسوب می‌شوند و در صورتیکه بیماری به موت منجر شود، تصرفات محاباتی وی را باید از ثلث مال به حساب آورد (حلی، بی‌تا، ص ۳۰۵؛ محقق ثانی، ۱۴۱۲، ص ۹۴)؛ بنابراین این گونه تصرفات اگر منجر به موت شود؛ همانند وصیت است و از ثلث مال خارج می‌شود که بیش از آن منوط به اجازه وراثت است (حلی، ۱۴۱۳، ص ۵۳۴). پس این طور به نظر می‌رسد که منجزات مریض اعم از هبه، وقف، صلح محاباتی، ابراء در صورتیکه در همان مرض بمیرد تبدیل به وصیت می‌شود که باید از ثلث مال محسوب شود؛ در نتیجه عمل حقوقی انجام گرفته، تبدیل به عمل حقوقی دیگری به نام وصیت می‌شود که مورد قصد اصلی طرفین در لحظه‌ی انعقاد قرارداد نبوده است لیکن قصد مفروض طرفین بر این امر مبتنی بوده که اگر هبه به طور کامل صحیح نباشد حداقل آن، که ثلث است به متهد برسد.

۳. تبدیل مضاربه به عقد قرض و بضاعت

در حدیثی از امام علی (ع) آمده است: مَنْ ضَمَّنَ تَاجِرًا فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا رَأْسُ مَالِهِ وَ لَيْسَ لَهُ مِنَ الرِّيحِ شَيْءٌ (کلینی، ۱۴۰۷، ص ۲۴۰). این حدیث در باب ضمان در عقد مضاربه آمده است، به این معنا که هرگاه صاحب مال، تاجر را ضامن قرار دهد پس برای او چیزی جز رأس المال نیست و از سود هم چیزی نصیبش نمی‌شود. طبق این روایت شرط عروض خسارات بر عامل باعث می‌شود که عقد مضاربه تعبداً باطل و به قرض تبدیل شود، برخلاف جایی که جبران خسارت بر عامل شرط شود (خرازی، بی‌تا، ص ۳۲). برخی نیز بیان داشته‌اند: به مجرد شرط تضمین مالک بر مضارب، مال به قرض تبدیل می‌شود و از عنوان مضاربه خارج می‌شود اگرچه طرفین ابتداءً اقدام به عقد قرض نکرده باشند و این همانند موردی است که شرط تمام سود برای عامل شود که این دو مورد از لوازم قرض است و همچنین اگر در عقد شرط شود که تمام سود متعلق به صاحب سرمایه باشد، عقد بضاعت است (بحرانی، ۱۴۰۵، ص ۱۹۹؛ بهبهانی، ۱۳۱۰،

ص ۱۰۷).

بنابراین اگرچه در ابتدا قصد طرفین انعقاد عقد مضاربه بوده است؛ اما با توجه به شرط ضمن عقد، ماهیت عقد قرض تحقق یافته چراکه هدف نهایی طرفین رسیدن به نتیجه‌ای بوده که از قرض ناشی می‌شود. در واقع این نکته را باید مدنظر داشت که عناوین عقود با توجه به آثاری که از آنها به وجود می‌آمده نام گذاری شده است و چنانچه طرفین در قالب عقد مضاربه توافقی کنند ولی اثر و نتیجه عقد دیگری را عملاً خواسته باشند همین عقد اخیر ملاک است.

۴. حواله بر بری الذمه

از جمله شرایط ساختمان طبیعی حواله، اشتغال ذمه محیل به محتال و محال علیه به محیل است. لیکن اگر در مورد حواله، محال علیه، مدیون به محیل نباشد، در این حالت عمل محال علیه شبیه ضمان می‌شود (صیمری، ۱۴۲۰، ج ۲، ص ۲۰۷) و محال علیه بعد از ادای وجه می‌تواند به همان مقداری که پرداخته به محیل رجوع کند (ماده ۷۳۱ قانون مدنی) و مطابق ماده ۷۲۷ قانون مدنی «برای صحت حواله لازم نیست که محال علیه مدیون محیل باشد؛ در این صورت پس از قبولی در حکم ضامن است.» در این مورد، با اینکه توافق طرفین بر عقد حواله است ولی از حیث رجوع محال علیه بری بر محیل، احکام عقد ضمان جاری می‌شود.

همچنین اگر محیل، مدیون به محتال نباشد، عنوان عقد حواله بر این عمل صحیح نیست چرا که حواله تنها در مورد دینی که بر عهده است، صادق است بلکه حسب مورد وکالت در اقتراض و استیفاء طلب است (حلی، ۱۴۲۰، ج ۲، ص ۵۷۸)؛ بنابراین در این حالت ثالث در برابر محیل یکی از دو وضع ذیل را دارد: ۱. ثالث به محیل بدهی دارد: که این فرض را وکالت در استیفاء نامیده‌اند؛ یعنی محیل به محتال وکالت داده است که طلب محیل را از ثالث بگیرد و به محیل دهد؛ ۲. ثالث به محیل بدهی ندارد: که این فرض را وکالت در قرض نامیده‌اند؛ یعنی محیل به محتال وکالت داده است که از ثالث برای محیل قرض بگیرد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ص ۵۹). این گونه قراردادها در عرف نافذ است متنها اگر تحت عنوان عقد حواله و با الفاظ آن عقد منعقد شود باید

به عقد وکالت تحول یابد.

جایگاه الفاظ و عبارات در انشاء عقود

۱. از دیدگاه فقه امامیه

در زمان انعقاد عقد، متعاقدين غالباً الفاظی را بر می‌گزینند که با معنای عقد مرتبط باشد لیکن در بحث تحول عقد، اراده ظاهری عقدی با معنای وضعی سنخیت ندارد و به عبارت دیگر الفاظی که عقد بر مبنای آن شکل گرفته با معنای عقدی که تحول یافته ناسازگار است؛ بنابراین این مسئله مطرح می‌شود که آیا طرفین می‌توانند با لفظ بیع معنای هبه یا اجاره را اراده کنند؟ به نظر می‌رسد فقهای امامیه، لفظ را برای اعتبار انشاء، صرفاً متعارف‌ترین وسیله می‌دانستند چراکه انشاء را باید ایجاد معنا دانست که این معنا به وسیله لفظ یا فعل شکل می‌گیرد. همانطور که برخی نیز انشاء را اعلان قصد دانسته‌اند و لفظ را فاقد خصوصیت می‌دانند (مصطفوی، ۱۴۲۳، ص ۶۰). حال اگر طرفین برای انشاء عقد، الفاظ را به عنوان وسیله‌ی ابراز اراده برگزینند آیا باید از الفاظ خاصی که دلالت وضعی برای انعقاد عقد دارند استفاده کنند یا الفاظ دیگر که به صورت کنایه و مجاز باشد می‌تواند جایگزین الفاظ خاص عقدی شوند؟

شیخ انصاری الفاظ را به دلالت وضعی برای انعقاد عقد، لازم می‌داند و کنایه و مجاز را به دلیل اینکه معنای منشأ از آن فهم نمی‌شود کافی نمی‌داند (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳، صص ۱۱۹ و ۱۲۶)؛ با این حال فقهای معاصر معتقدند که لفظ عقد می‌تواند مخصوص یا مطلق لفظ باشد و معنای حقیقی یا مجازی لفظ بر انعقاد عقد صدق می‌کند (قزوینی، ۱۴۲۴، ج ۲، ص ۴۹۵) و برخی لفظ را به صورت صریح با دلالت وضعی یا قرینه لفظی صریح تجویز می‌کنند؛ همانند لفظ «أعطیتک» برای انعقاد بیع و یا به هر لفظ حقیقی یا مجازی به شرط اینکه با قرینه نزدیک همراه باشد (خوانساری، بی‌تا، ص ۱۰۵)؛ بنابراین در زمانی که طرفین بیع بلائمن منعقد می‌کنند قصد تحقق بیع که مبتنی بر مبادله است با قید بلائمن تناقض دارد و ذکر شرط بلائمن قرینه بر قصد هبه است (همدانی، ۱۴۲۰، ص ۲۵۴) و این صیغه‌ی بیع بلائمن در صورتی که الفاظ

مجاز و کنایه را کافی بدانیم به عنوان هبه قلمداد می‌شود (خراسانی، ۱۴۰۶، ص ۳۱). صاحب مصباح الفقاهه هر لفظی که صریح در انشاء عقد باشد یا ظهور لفظ در انشاء عقد به قرینه حالیه یا لفظیه را داشته باشد را صحیح می‌داند ولو لفظ مجاز باشد (خوئی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۱۶). صاحب جواهر انعقاد عقد اجاره را با لفظ عاریه جایز می‌داند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۷، ص ۲۰۵). همچنین سید محمد کاظم یزدی درباره این سؤال که هرگاه عاریه بدهد به شرط آنکه مستعیر نیز چیز معینی را به او عاریه بدهد بیان داشته: «اظهر جواز است و شرط مذکور با مقتضای عقدی که وضع آن بر انتفاع مجانی است منافاتی ندارد؛ زیرا آنچه که لازم است این است که چیزی عوض منفعت نباشد که در صورت مفروضه چنین است؛ اما اگر بگویند عاریه دادم به عوض ده قران ممکن است عقد باطل به اجاره برگردد یا در هبه بگویند: هبه کردم به عوض فلان چیز، باطل است یا بیع است» (یزدی، ۱۴۰۵، ص ۳۰۰). پس از دیدگاه فقه امامیه اعتبار لفظ صرفاً برای انعقاد عقد طریقیّت دارد و عنوان عقد از طریق قرائن حالیه و مقالیه قابل شناسایی است.

۲. از دیدگاه حقوق ایران

در نظام حقوقی ایران در ماده ۱۹۱ قانون مدنی آمده: «عقد محقق می‌شود به قصد انشاء...» و همین که طرفین قصد ایجاد ماهیّت حقوقی خاصی را کنند و در نوع عقد، تطابق قصد وجود داشته باشد باید حکم به صحت قرارداد شود؛ بنابراین از آن جا که اسباب بطلان قرارداد در حقوق ایران محصور است، تا زمانی که یکی از اسباب بطلان، وجود نداشته باشد اصل صحت جاری است؛ بنابراین در صورتیکه طرفین از قالب یا الفاظ عقود استفاده کنند که نتیجه مطلوب را در پی ندارد این عقد در رابطه طرفین شکل نمی‌گیرد و باید از طریق مقتضای عمل حقوقی طرفین، قرارداد را به عقد مورد نظر تحول و توصیف کرد.

البته این نکته را باید مدنظر قرار داد که الفاظ باید برای انعقاد عقد غیر ظاهری، متعارف باشد به صورتی که قرابتی بین لفظ و عقد صحیح باشد؛ مثلاً الفاظ بیع، صلح،

هبه از آن جا که اشتراک در مملک بودن دارند به صورت جایگزین و مجازی برای عقود با ماهیت‌های نزدیک به هم به کار روند؛ از مثال‌های تحول عقد مشخص می‌شود که الفاظ عقد اول باطل به عقد دوم قرابت دارند؛ مثلاً عاریه برای مدت معلوم در برابر اجرت، عقد اجاره است؛ همچنین وصایت در حال حیات، وکالت و وکالت بعد از موت وصایت است (سراج، ۱۹۸۸، ص ۱۷۵)؛ بنابراین عاریه و اجاره در انتفاع و وکالت و وصایت در نیابت قرابت دارند؛ بنابراین اگر لفظ را صرفاً کاشف از اراده باطنی تلقی کنیم و جنبه طریقی برای آن قائل شویم، می‌توان الفاظ وضعی را به دلالت التزامی برای عقود دیگر به کار ببریم؛ در نتیجه اگر لفظی دلالت وضعی بر عقد نداشته باشد می‌تواند به عنوان مبرزی باشد که با قرائن، دلالت بر عقد دیگری داشته باشد؛ چراکه گفته‌اند سبب منشأ در عقد، عاقد است نه الفاظ عقود و قصد و اراده تمام دخالت را در انعقاد عقود و خصوصیات آن دارند (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۳، ص ۱۳۷)؛ بنابراین اگر قرینه بر انعقاد عقد دیگر وجود نداشته باشد، اساساً قصد انشایی که مکشوف از عقد دیگر باشد تحقق نیافته است؛ مثلاً اگر کسی می‌خواهد ملکی را به پسرش ببخشد؛ ولی در ظاهر می‌فروشد و اقرار به وصول ثمن می‌کند این عقد باطل است؛ چون اراده حقیقی موجود نیست (امامی، ۱۳۸۴، ج ۱، ص ۲۰۸)؛ چراکه قصد انشاء بیع نداشته و از طرف دیگر نمی‌توان این الفاظ را مبرزی که قرینه لفظی باشد برای انعقاد عقد هبه فرض کرد.

در نهاد تحول عقد معمولاً شرطی که خلاف مقتضای ذات عقد باشد باعث بطلان عقد می‌شود. منظور از مقتضای ذات عقد هر امری است که عقد بدون آن محقق نمی‌شود به گونه‌ای که اگر این مقتضی منتفی شود عقد لغتاً، عرفاً و شرعاً به وجود نمی‌آید مثل انتقال مبیع و ثمن به بایع و مشتری در عقد بیع (نراقی، ۱۴۱۷، ص ۱۵۲). در مورد شرط خلاف مقتضای عقد باید گفت که این شرط زمانی مبطل عقد است که دو طرف قصد انجام هیچ عمل حقوقی را نداشته باشند یا دو امر متضاد را قصد کنند یا مفاد تراضی آنان با قانون مغایر باشد مثل شرط عدم قبض در هبه و رهن (قاسم زاده، ۱۳۸۷، ص ۱۳۶)؛ بنابراین اگرچه شرط خلاف مقتضای ذات عقد باطل و مبطل عقد

است؛ ولی گاه ممکن است دو طرف ماهیت عمل حقوقی مشروع دیگری را قصد کرده باشند چنانچه هرگاه بر موهوب له شرط شود که در عوض عین موهوبه مالی را به واهب تملیک کند، شرط مبطل هبه است و آن را به معاوضه تبدیل می‌کند (قاسم زاده، ۱۳۸۷، ص ۱۳۶). دکتر لنگرودی نیز معتقد است هبه معوض اگرچه صحیح است لیکن هبه بودن این عقد را نمی‌پذیرد و صدق عرفی هبه بر دو التزام متقابل را محل منع می‌داند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ج ۵، ص ۴۷۶). در واقع اگر متعاقدين مقتضای عمل حقوقی دیگری را قصد کرده باشند شرط مزبور خلاف مقتضای ذات نیست بلکه قرینه لفظی بر اراده خلاف ظاهر از واژه‌های به کار رفته است، برای مثال در موردی که مالک سرمایه می‌گوید: این مال را به مضاربه به تو می‌دهم به شرط آنکه مقدار معینی سود از آن من باشد، شرط مزبور قرینه کلامی است بر اراده خلاف ظاهر؛ به این معنا که از ابتدا طرفین عقد مضاربه را اراده نکرده‌اند بلکه مقتضای عمل مشروع دیگری خواسته‌اند (تفرشی و فنواتی، ۱۳۷۷، ص ۱۲۶).

البته تنها موردی که ممکن است ایراد شود و پذیرش تحول عقد را در حقوق ما با مشکل مواجه می‌کند این است که طرفین در ابتدا قصدشان انعقاد عقد ثانی نبوده است. در رابطه با این ایراد باید گفت کسانی که نظریه تحول عقد را پذیرفته‌اند منکر این امر نیستند که باید قصد و نیت طرفین را رعایت کنیم بلکه معتقدند که نیت و اراده طرفین متوجه عقد دوم بوده است (حسنی، بی‌تا، ص ۳۳۶). پس با روشن شدن اراده نهایی، تحول پیدا کردن عقد اولیه با هیچ مانع قانونی و شرعی برخورد پیدا نمی‌کند و عقلا هم این چنین تبدیلی را ناروا نمی‌دانند. از طرفی نظم اقتصادی و استواری نظام قراردادها که مبتنی بر اصل صحت قرارداد و احترام به اراده طرفین است چنین امری را اقتضا می‌کند و باید ببینیم آثاری را که طرفین از قرارداد خود انتظار داشته‌اند با چه ماهیتی سازگار است. حقوقدانان نیز در رابطه با اینکه نوع عقد منعقد بین طرفین را چگونه بشناسیم، بیان داشته‌اند «نوع عقد را باید از آثار اصلی که طرفین از انعقاد عقد در نظر داشته‌اند شناخت» (شهیدی، ۱۳۸۵، ص ۱۰۸).

نتیجه گیری

نهاد تحول عقد در حقوق کشورهای عربی بر مبنای احترام به اراده طرفین و حمایت از ظاهر قرارداد و تقلیل حالت بطلان عقد شکل گرفته است؛ به این معنا که اگر طرفین اقدام به انعقاد عقدی کنند، اما به جهت نداشتن برخی شرایط لازم برای انعقاد عقد، باطل باشد و در عین حال، ارکان عقد صحیح دیگری در قرارداد طرفین وجود دارد، می توان بر مبنای نهاد تحول عقد، عقد دوم را ملاک قرار داد و آثار عقد دوم را جاری کرد، مشروط به اینکه اراده طرفین در لحظه انعقاد قرارداد، به عقد دوم انصراف داشته است. در حقوق ایران با وجود عدم شناسایی مدون این نهاد، لیکن با در نظر گرفتن نظریه اعتماد و قاعده حمل کلام بر معنای مؤثر، باید گفت الفاظی که طرفین برای رسیدن به هدف خود به کار می برند اهمیت ندارد و توجه به معنا و مفهوم و غرض نهایی از انعقاد قرارداد باید ملاک استحکام و صحت قراردادها قرار گیرد. در واقع هدف از تحول عقد، حفظ آثار عمل حقوقی است که منطبق بر خواست طرفین است تا امنیت اقتصادی در معاملات تأمین و طرفین به حالت قبل از عقد بازنگردند؛ بنابراین اگر ماهیت معامله با الفاظ عقود همخوانی نداشته باشد و در عین حال، عقد دیگری بدون اضافه شدن عنصری، وجود داشته باشد، می توان عقد باطل را به عقد صحیح موجود، تبدیل کرد.

منابع و مأخذ

۱. امامی، سید حسن؛ حقوق مدنی؛ ج ۱، چ ۲۵، تهران: انتشارات اسلامی، ۱۳۸۴.
۲. انصاری، شیخ مرتضی؛ مکاسب؛ ج ۳، چ ۱، قم: چاپ کنگره، ۱۴۱۵ق.
۳. بجنوردی، سید حسن؛ القواعد الفقهية؛ ج ۳، چ ۱، قم: نشر الهادی، ۱۴۱۹ق.
۴. بحر العلوم، محمد بن محمد تقی؛ بلغة الفقيه؛ ج ۱، چ ۴، تهران: منشورات مکتبه الصادق، ۱۴۰۳ق.
۵. بحرانی، آل عصفور؛ الحدائق الناضرة؛ ج ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ق.
۶. بکر، عصمت عبدالمجید؛ نظرية العقد فی القوانين المدنية العربية؛ ج ۱، بیروت: دارالکتب

- العلمية، ١٩٧١م.
٧. بهباني، محمد باقر؛ رسالة عملية متاجر؛ ج ١، تهران: نشر شيخ رضا تهراني، ١٣١٠ق.
٨. البورنو، محمد صدقي و ابو حارث الغزوي؛ موسوعة القواعد الفقهية؛ ج ١، بيروت: الرسالة الناشرون، ٢٠٠٣م.
٩. تركمانية غزال، محمد عمار؛ «الإشكاليات التطبيقية لنظرية تحول العقد»؛ مجلة كلية العسكرية للعلوم اداريه والقانونية، عدد الأول، ٢٠١٤م.
١٠. جعفرى لنگرودى، محمد جعفر؛ عقد حواله؛ ج ٣، تهران: گنج دانش، ١٣٧٨.
١١. حسنى، هاشم معروف؛ نظرية العقد فى الفقه الجعفرى؛ ج ٣، بيروت: منشورات مكتبة هاشم، [بى تا].
١٢. حلى، علامه؛ تحرير الأحكام؛ ج ٢، ج ١، قم: مؤسسه امام صادق (ع)، ١٤٢٠ق.
١٣. —؛ قواعد الأحكام؛ ج ٣، ج ١، قم: دفتر انتشارات اسلامى، ١٤١٣ق.
١٤. خرازى، سيد محسن؛ مجلة فقه اهل بيت؛ ج ٤٥، ج ١، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامى بر مذهب اهل بيت، [بى تا].
١٥. خراسانى، آخوند محمد كاظم؛ حاشية المكاسب؛ ج ١، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامى، ١٤٠٦ق.
١٦. خوانسارى، محمد امامى؛ الحاشية الثانية على المكاسب؛ در يك جلد، ج ١، [بى جا]: [بى نا]، [بى تا].
١٧. خويى، سيد ابوالقاسم؛ مصباح الفقاهة؛ ج ٣، ج ١، [بى جا]: [بى نا]، ١٤١٣ق.
١٨. ديبان، أبو عمر؛ المعاملات المالية اصالة ومعاصرة؛ ج ٩، ج ١، رياض: مكتبة الملك فهد الوطنية، ١٤٣٢ق.
١٩. راشد، على ابراهيم؛ رسالة التحول فى الأشياء و التصرفات و العقود؛ قاهره: كلية دارالعلوم، ١٤٢١ق.
٢٠. زحيلي، وهبة بن مصطفى؛ الفقه الإسلامى وأدلته الفقيهيه؛ ج ١، ج ٤، دمشق: دار الفكر، [بى تا].
٢١. زهير، محمد؛ الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله؛ ج ٧، ج ١، دمشق:

- جامعه دمشق، ۱۴۲۲ق.
۲۲. سحیلی، ابراهیم؛ رساله تحول العقد المالی و اثره؛ جده: جامعه الامام محمد بن سعود اسلامیة، ۱۴۲۵ق.
۲۳. سراج، محمد احمد؛ نظریة العقد و التعسف فی استعمال الحق؛ ج ۱، اسکندریه: دار المطبوعات، ۱۹۸۸م.
۲۴. سنهوری، عبد الرزاق احمد؛ الوسيط فی شرح القانون المدنی؛ ج ۱، چ ۱، بیروت: دار احیاء تراث العربی، [بی تا].
۲۵. —؛ مصادر الحق فی فقه الاسلامی؛ ج ۴، چ ۱، بیروت: مؤسسه تاریخ العربی، [بی تا].
۲۶. —؛ نظریة العقد؛ ج ۲، چ ۱، تهران: خرسندی، ۱۳۹۱.
۲۷. سیوطی، جلال الدین؛ الأشباه والنظائر؛ چ ۱، بیروت: دار الکتب العلمیة، ۱۴۱۱ق.
۲۸. شبانی، علی کاظم؛ تحول العقد فی نطاق القانون المدنی؛ چ ۱، بیروت، منشورات الحقوقی، ۲۰۱۵م.
۲۹. شربینی، شمس الدین؛ مغنی المحتاج إلى معرفة معانی ألفاظ المنهاج؛ ج ۲، چ ۱، بیروت: دار الکتب العلمیة، ۱۴۱۵م.
۳۰. شعرانی، ابو الحسن؛ تبصرة المتعلمین فی أحكام الدین؛ ترجمه، ج ۲، چ ۱، تهران: منشورات اسلامیة، ۱۴۱۲ق.
۳۱. شهیدی، مهدی؛ اصول قراردادها و تعهدات؛ چ ۲، تهران: مجد، ۱۳۸۱.
۳۲. صیمری، مفلح بن حسن؛ غایة المرام؛ ج ۲، چ ۱، بیروت: دار الهادی، ۱۴۲۰ق.
۳۳. طلبه، انوار؛ انحلال العقود؛ چ ۱، اسکندریه: مکتبه الجامع الحدیث، ۲۰۰۴م.
۳۴. عاملی، حرّ؛ وسائل الشیعه؛ ج ۶، چ ۱، قم: مؤسسه آل البیت (ع)، ۱۴۰۹ق.
۳۵. عاملی، سید جواد؛ مفتاح الکرامه؛ ج ۱۹، چ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ق.
۳۶. عاملی، شهید ثانی؛ مسالک الأفهام؛ ج ۵، چ ۱، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة، ۱۴۱۳ق.
۳۷. عاملی، کرکی؛ جامع المقاصد؛ ج ۱۱، چ ۱، قم: مؤسسه آل البیت (ع)، ۱۴۱۲ق.
۳۸. عبدی پور، ابراهیم؛ مباحثی تحلیلی از حقوق تجارت؛ چ ۱، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۱.

۳۹. عبود هرموش، شیخ محمود؛ القاعدة الكلية اعمال الكلام اولى من اهماله؛ ج ۱، بیروت: النشر و التوزيع، ۱۴۰۶ق.
۴۰. عطیه، احمد ابراهیم؛ بطلان، فسخ و صوریة عقد البیع؛ ج ۱، قاهره: دارالراضی، ۲۰۱۰م.
۴۱. عیسی تفرشی، محمد و جلیل قنوتی؛ «ارکان عقد مضاربه در حقوق اسلام و حقوق مدنی ایران»؛ مجله حقوقی دانشگاه تربیت مدرس، ش ۹، ۱۳۷۷.
۴۲. الفتلاوی، صاحب عبید؛ تحول العقد؛ ج ۱، عمان: دار الثقافة للنشر و التوزيع، ۱۹۹۷م.
۴۳. فرج الصده، عبدالمنعم؛ نظریة العقد؛ ج ۱، بیروت: دارالنهضة العربية، ۱۹۷۴م.
۴۴. قاسم زاده، مرتضی؛ اصول قراردادها و تعهدات؛ چ هشتم، تهران: دادگستر، ۱۳۸۷.
۴۵. قزوینی، علی موسوی؛ ینایع الأحكام فی معرفة الحلال و الحرام؛ ج ۲، چ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۴ق.
۴۶. کلینی، محمد بن یعقوب؛ الکافی؛ ج ۵، چ ۴، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ق.
۴۷. کاتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها؛ ج ۳، چ ۱۰، تهران: انتشار، ۱۳۹۲.
۴۸. کاهل، عمر عبدالله؛ رسالة القواعد الفقهية الكبرى و اثرها فی المعاملات المالية؛ قاهره: جامعة الأزهر الشريف، [بی تا].
۴۹. گلپایگانی، محسن؛ «تبدل جوهری»؛ [پایگاه اینترنتی] پژوهشکده باقرالعلوم، ۲۴ آبان ۱۳۹۳، به آدرس: http://pajoohhe.ir/Transubstantiation__a-42372.aspx
۵۰. مجموعه من المؤلفین؛ الموسوعة الفقهية الكويتية؛ ج ۳۰، چ ۲، کویت: مطابع دار الصفاة، ۱۴۰۴ق.
۵۱. مصطفوی، سید محمد کاظم؛ فقه المعاملات؛ ج ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۳ق.
۵۲. نجفی، کاشف الغطاء؛ أنوار الفقاهه (کتاب البیع)؛ چ ۱، نجف: مؤسسه کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق.
۵۳. نجفی، محمدحسن؛ جواهر الكلام؛ ج ۲۷، چ ۱، بیروت: دار احیاء تراث العربی، ۱۴۰۴ق.
۵۴. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی؛ عوائد الأيام؛ چ ۱، قم: انتشارات دفتر تبلیغات حوزة علمیه، ۱۴۱۷ق.
۵۵. همدانی، آقا رضا؛ حاشیة کتاب المکاسب؛ چ ۱، قم: [بی نا]، ۱۴۲۰ق.

۵۶. یزدی، سید محمد کاظم طباطبایی؛ سؤال و جواب؛ ج ۱، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۵ق.

57. Benson, Peter; **the Theory of Contract Law**; New York: Cambridge University, 2001.
58. Boemke, Burkhard & Bernhard, Ulrici; **BGB Allgemeiner Teil**; Berlin: Springer-Verlag, 2009.
59. Capitan, Henri; **European Contract Law**; Munich: Culture Juridique Française, European law publishers, 2008.
60. Gorun, Diana; 'Considerations regarding simulation according to the New Romanian Civil Code and the Previous Romanian Civil Code'; **journal of School of Law Romanian-American University**; 2015.
61. Hogg, Martin; **Promises and contract law**; New York: Cambridge University, 2011.
62. Moroney, Patrick; **the Catholic Doctrine of the Real Presence**; Dublin: College Maynooth, 2017.
63. Stone, Richard; **the Modern Law of Contract**; London: Routledge-Cavendish, 2009.
64. Study Group on a European Civil Code; **Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law**; Munich: European law publishers, 2009.
65. Zimmermann, Reinhard; **the Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition**; Johannesburg: Jute & Co, Ltd, 1990.