

تغییر کارکرد عقود و دیدگاههای مطروحه در فقه مذاهب اسلامی

مهدی نریمانپور^۱، مسعود نریمانپور^۲
(تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۷/۳، تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۹/۳۰)

چکیده

در یک تقسیم‌بندی کلان عقود به دو دسته تقسیم می‌شوند: عقود معین و عقود غیرمعین. عقود معین عقود هستند که جامعه بشری با هدف کارکرد ویژه نام‌گذاری کرده‌اند و برای آن احکام و آثار مخصوصی مترتب دانسته‌اند، مانند بیع و اجاره که هرکدام کارکرد مخصوص خود را دارد، بیع با هدف خریدوفروش و اجاره با هدف تملیک منافع به واسطه عقلای عالم ابداع و نام‌گذاری شده‌اند. این کارکرد ویژه هرکدام از عقود معین چه‌بسا در اثر عواملی متعدد همچون عامل شرط ضمن عقد، عامل زمان و عناصر مشترک، تغییر پیدا می‌کند و به تبع آن کارکرد عنوانی عقد نیز از آن کارکردی که در عقود معین برای آن در نظر گرفته‌اند، خارج می‌شود. این فعل‌وانفعال در کارکرد عقود در اثر عوامل مذکور موجب اختلاف میان فقهای اسلام شده است؛ اختلافی که دامنه آن بسیار وسیع است. بسیاری از فقهای اهل سنت این مسئله را ذیل دوران امر میان اراده ظاهری و اراده باطنی مطرح و قائل به تغییر عنوان عقد براساس اصالت اراده باطنی شده‌اند، در مقابل بسیاری از فقیهان شیعه، تغییر کارکرد عقود را منافی با ماهیت عقدی که دچار تحول محتوایی شده، نمی‌دانند و با استناد به حاکمیت اراده عقد را صحیح می‌دانند و در مقابل برخی از فقها و حقوقدانان معاصر قائل به تحول و تغییر عنوان عقد شده‌اند، منتها نه با تحلیلی که

۱. دکترای فقه و حقوق خصوصی دانشگاه شهید مطهری / narimanpourm99@gmail.com

۲. کارشناس ارشد حقوق خصوصی پردیس فارابی دانشگاه تهران (نویسنده مسئول) /
masoudnarimanpour@yahoo.com

فقه‌های اهل سنت ارائه کرده‌اند، بلکه با تحلیل عناصر مشترک و اثر مشترک این دیدگاه را مطرح کرده‌اند. عده‌ای از فقیهان نیز با مستندات این اقوال سر سازگاری نداشته و قائل به بطلان عقد شده‌اند. هدف پژوهش حاضر که مبتنی بر منابع کتابخانه‌ای، با روش توصیفی - تحلیلی صورت گرفته، بررسی این جوانب مختلف کارکرد عقود است. برآیند تحقیق نشان می‌دهد که قول به صحت چنین عقودی، خواه بدون تغییر عنوان عقد و خواه با تغییر عنوان عقد در برخی از موارد بطلان‌ساز، با منطق فقهی و حقوقی سازگاری بیشتری دارد و بدین ترتیب با انعطاف‌پذیری عقود زمینه بهره‌مندی حداکثری از عقود برای تأمین منافع مردمان فراهم می‌شود.

کلیدواژه‌ها: کارکرد عقود، اراده ظاهری، اراده باطنی، عناصر مشترک، تغییر عنوان عقد.

طرح مسئله

در میان فقها و حقوقدانان عقود به دو دسته تقسیم می‌شود: عقود معین و عقود نامعین. براساس این دسته‌بندی، عقود معین یا مسمی یا قراردادهایی با نام عقود هستند که شارع یا مقنن آنها را معنون به عناوینی خاصی گردانیده است و آثار و شرایط منحصر به فرد آنها را احصاء کرده است؛ بالعکس عقود نامعین که عنوان خاصی ندارد و تابع شرایط عمومی عقود هستند. عقود معین را از لحاظ متعدد می‌توان تقسیم‌بندی کرد. یکی از این تقسیم‌بندیها، تقسیم‌بندی بر اساس غرضی است که مقنن یا عرف برای آنها در نظر گرفته است: عقود تملیکی مانند بیع و اجاره، عقود اذنی مانند وکالت و ودیعه و عقود احسانی مانند هبه و قرض (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۴ش، ص ۲۰)، عقود توثیقی مانند رهن، ضمان و حواله و عقود عهدی که در اصل عهدی هستند؛ مانند بسیاری از عقودی که بر اعمال انجام می‌شود مانند اجاره اعمال (زحیلی، ۱۴۳۱ق، ج ۱۰، صص ۲۳۵-۲۳۴). هر کدام از تملیک، اذن، احسان، توثیق و عهدی به منزله جنس برای مصادیق خودشان هستند و مصادیق آنها را می‌توان به منزله نوع شمرد.

این اجناس و انواع به منزله اغراض و کارکرد عام و خاص عقود هستند؛ بدین ترتیب که مثلاً تملیک برای بیع غرض عام و تملیک اعیان غرض خاص بیع هستند و یا همچنان که تملیک برای اجاره غرض عام ولی تملیک منافع را می‌توان غرض خاص آن نامید (البناء، ۲۰۲۰م، صص ۱۵-۸).

این اغراض، به‌مانند بسیاری از مصادیق عالم اعتبار در اثر عروض عوارض و طارئات خاص، دچار تغییر و تحول می‌شوند؛ به‌عنوان مثال همان‌گونه که بیع در اثر ضرر مبدل به بیع ضرری و در پی آن جعل خیار برای متعاقدین می‌کند و بیع را از لزوم خارج می‌کند، این اغراض نیز می‌توانند در اثر عروض عوارضی همچون شروط ضمنی تحت تأثیر قرار گیرند و به‌تبع غرض عقد موردنظر متعاقدین مخدوش شود. به‌عنوان مثال، برخی از فقیهان اذعان داشته‌اند در صورتی که واقف شرط کند که موقوفه عندالحاجه به وی بازگردد، وقف تبدیل به حبس می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳ش، ص ۲۹۱. نگاه کنید به: حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۳۸۹؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۹، ص ۲۸)؛ یا هم‌چنان‌که در هبه به شرط عوض، شرط عوض کارکرد اعطای مجانی هبه را تحت شعاع قرار می‌دهد، لذا برخی از فقیهان قائل هستند که هبه به‌شرط عوض بیع است؛ کما اینکه اگر شخصی دیگر را اجیر کند بدون اینکه زمان معینی برای اجیر جهت فعل خواسته تعیین کنند، برخی از فقها گفته‌اند این عقد در واقع جعله است نه اجاره.

امثله متعددی از این قبیل را می‌توان در کتب فقهی دید که فقها، در برخورد با آن منس واحدی اتخاذ نکرده‌اند؛ برخی در این‌گونه موارد از بطلان سخن گفته‌اند، برخی دیگر قائل به صحت شده‌اند و عده‌ای نیز سخن از تغییر عنوان کرده‌اند. در میان حقوقدانان معاصر نیز نوعی تفصیل دیده می‌شود.

اهمیت بازسازی این مسئله، از این‌روست که به‌منظور بازسازی مفاهیم دیگری عمل می‌کند که از گذشته، بخشی از توضیحات مهم در تغییر نوع کارکرد عقود را یا نادیده می‌گرفتند و یا کم‌اهمیت جلوه می‌داده‌اند. این مقاله این ادعای قوی را مطرح می‌کند که ما برای درک کارکرد قراردادها به این مفاهیم دیگر نیاز متمایزی داریم. این نیاز متمایز، از جهتی نویسندگان معاصر را با مشکلاتی مواجه کرده است، چراکه مانند نظریه‌پردازان اراده (به‌عنوان دیدگاه برطرفدار در ارائه مبنای هنجاری برای الزام‌آوری قراردادها) در حقوق قراردادها سعی می‌کنند بدون این مفاهیم کار کنند. به‌منظور کنار گذاشتن این راهبرد سنتی، پژوهش حاضر به شرح زیر سازماندهی شده است: بخش اول لزوم توجیه انجام پژوهش، اصطلاحات به‌کاررفته در آن به‌عنوان یک نهاد حقوقی و نیاز به تمایز آنها از سایر مفاهیم را توضیح می‌دهد. در ادامه این روشن‌سازی مفهومی، مابقی این بخش، ابتدا مصادیقی ارائه می‌دهد که علاوه بر عینیت و ملموس‌سازی تبیین مفهومی و نیز کارکرد توجیهی برای انجام

پژوهش، تمایزاتی را در میان مصادیق حقوقی ارائه شده به تصویر می‌کشد و سپس برآیند آنچه در مورد مصادیق ذکر شد، در قالب عواملی که منجر به تغییر کارکرد عقود می‌شود، برجسته می‌کند. در این میان، بخش دوم که به نوعی ستونهای نظریه تغییر کارکرد را ترتیب و قوام می‌بخشد، به بررسی و تبیین دیدگاههایی که از حیث اعتبار یا بی‌اعتباری کارکرد عقود، می‌پردازد و از سوی دیگر ضرورت طرح نظریه کارکرد عقود را مجدداً تأکید می‌کند. در نهایت، بخش سوم و آخر، به ارزیابی آن در حقوق معاصر و سپس برخی از نتایج پژوهش می‌پردازد.

ضرورت بحث

از یک طرف، همان طوری که برخی از فقها مطرح کرده‌اند، تنظیم امور معیشتی مردم از اهداف معاملات است؛ به عنوان مثال شهید اول می‌فرماید: «کل حکم شرعی یكون الغرض الأهم منه الدنيا... یسمى معامله...» (شهید اول، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص ۳۵) و یا همان‌چنان که بحرالعلوم در مصابیح الاحکام می‌نویسد: «لأن المعاملات شرعت لنظام أمر المعاش المطلوب لذاته، و لتوقف أمر المعاد علیه، و هی منار الاختلاف، و منشأ النزاع و التراجع».

آنچه از برخی از فقیهان نقل شد، باید ریشه در دیدگاه مشهور فقها دانست که اذعان داشته‌اند: معاملات به معنی اعم، از حقایق واقعی عندالله نیستند و در عالم واقع و نفس-الامر، شارع آنها را وضع نکرده و احکام مربوط به معاملات امضایی است؛ در نتیجه معاملات به مانند عبادات نیستند؛ بلکه اعتبارات عقلایی هستند.

بنابر آنچه گفته شد، به خوبی روشن می‌شود که افراد جامعه برای رفع نیاز و حاجات خود اقدام به انعقاد عقود می‌کنند و چه بسا در این راستا دست به توافقاتی بزنند که با مطلوب عرف و حتی شرع ناسازگار باشد. از این دست توافقات که مردمان برای رفع اغراض خود بدان تمسک می‌کنند، می‌توان به تغییر کارکرد عقود یاد کرد که در پی توافقات متعاقبین ضمن عقد ایجاد می‌شود.

از طرف دیگر با وجود استفاده فراوان مردم از تغییر کارکرد عقود، از حیث قضایی و حقوقی مشکلات نظری و عملی زیادی به ارمغان آورده است؛ لذا محققان و قضات از وجود رفتارهای ناسازگار در برخورد با مصادیق تغییر کارکرد عقود شکایت دارند، زیرا در برخورد با این‌گونه مصادیق نه در پشینه تاریخی فقه‌المعاملات وحدت نظر وجود دارد و

نه در میان حقوقدانان معاصر چنین وحدتی مشاهده می‌شود و نه حتی در آراء قضایی. دامنه این مشکل به قدری زیاد است که حتی رگه‌های از این مسئله را می‌توان در حقوق کیفری نیز مشاهده کرد؛ وسعت چنین مشکلاتی باعث پیدایش و پیش‌بینی نهادهای مشابهی از قبیل تعدد معنوی در قانون مجازات عمومی ۱۳۰۴ شد (ماده ۳۱ قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴، توجه کنید عنوان می‌کند: «هر گاه فعل واحد دارای عناوین متعدده جرم باشد مجازات جرمی داده می‌شود که جزای آن اشد است»). تلاش کنونی می‌تواند پیش‌زمینه مصداقی و پایه‌ریزی مبنای یکپارچه محکمی برای آن مشکلات ارائه کند؛ چراکه به‌ندرت می‌توان امکان وجود عنصری را ارائه کرد که بسیار ظریف‌تر از طرح بحث فعلی است. بنابراین در ادامه، از یک سو ارجاعات پراکنده ما که غالباً به اختلاف‌نظرهای مطرح‌شده در متون فقهی است، بیشتر برای نشان دادن انتخابهای خاص ناسازگار - به‌مانند سایر مسائل ذاتی قانون - از میان گزینه‌های احتمالی گوناگون است تا نشان‌دادن دامنه برخورد هنجاری مجاز توسط یک قانون معین در حوزه‌های خاصی از حقوق اعم از حقوق خصوصی یا عمومی و از سوی دیگر، تلاش ما به این منظور است که مصداقی را کشف کنیم تا فرصت تحلیل مفید را فراهم می‌کند.

تغییر کارکرد یا غرض عقد

در این بخش، سازوکارهای اصلی تغییر کارکرد عقود را که بقیه پژوهش را اشغال خواهد کرد، برجسته و تعریف می‌کنیم. علی‌رغم پیش‌پافتادگی یا بدهت واژگانی، به‌منظور شفافیت، تعیین حدود و ثغور، موانع و ظرفیتها، در ابتدا مروری کوتاه بر مقصودمان از دو مفهوم صورت می‌دهیم که در عین حال زیربنای مقاله را هم شکل می‌دهند، ممکن است مفید باشد.

یکی از مفاهیم و بالطبع جنبه‌هایی که فوراً توجه خواننده‌ای را جلب می‌کند که عنوان مقاله را بررسی می‌کند، واژه‌ای است که آثار حقوقی متفاوت، عمدتاً ذیل آن گروه‌بندی می‌شوند: یعنی «تغییر»: کلی‌ترین برداشت از تغییر، ظهور تفاوت یا اعطاء یا سلب هویت از ویژگیهای چیزها است. به این معنا که - به‌طور خاص - نهادهای حقوقی، مبتنی بر دوری‌گزینی و ایجاد تمایز، هویت یا به‌تعبیر حقوقی ماهیت مستقلی می‌طلبند. هویت، جنبه‌هایی از یک موضوع را شامل می‌شود که آن را منحصر به فرد یا از نظر کیفی با دیگران متفاوت

می‌سازد، مربوط می‌شود. بنابراین ما از تغییر در هویت ملی یا فرهنگی یا در خصوص اشیاء طبیعی، مانند تغییر ارتفاع سطح زمین (یعنی مقادیری از یک نوع کمیت)، صحبت می‌کنیم. استفاده محدودتر از «تغییر»، با تغییر در ویژگیهای چیزها در طول زمان، که تغییری زمانی است، مشخص می‌شود. در این مقاله بر روی تغییراتی که از جنس قسم نخست در کارکرد عقود مطرح می‌شود تمرکز خواهیم کرد، نه تغییراتی که به‌طور جزئی یا کلی خصوصیت‌های عقد را در زمانهای متفاوتی، تحت تأثیر قرار داده و تغییر می‌دهند. این در حالی است که تعبیر دوم، چیزی مانند عروض عوارض بر ماهیات، از قبیل عناوین ثانویه را پوشش می‌دهد.

مفهوم دیگری که نیاز است در آن تأمل شود، «غرض یا کارکرد» است. همان‌طور که در مقدمه ذکر شد، عقود معین عقود هستند که شارع یا مقنن آنها را معنون به عناوینی خاصی گردانیده است و آثار و شرایط منحصربه‌فرد آنها را احصاء کرده است. این عقود را از لحاظ متعدد می‌توان تقسیم‌بندی کرد. یکی از این تقسیم‌بندیها، تقسیم‌بندی بر اساس غرضی است که مقنن یا عرف برای آنها در نظر گرفته است: عقود تملیکی مانند بیع و اجاره، عقود اذنی مانند وکالت و ودیعه و عقود احسانی مانند هبه و قرض، عقود توثیقی مانند رهن، ضمان و حواله و عقودی که در اصل عهدی هستند مانند بسیاری از عقودی که بر اعمال انجام می‌شود مانند اجاره اعمال. هر کدام از تملیک، اذن، احسان، توثیق و عهدی به‌منزله جنس برای مصادیق خودشان هستند و مصادیق آنها را می‌توان به‌منزله نوع شمرد. این اجناس و انواع به‌منزله اغراض و کارکرد عام و خاص عقود هستند؛ بدین ترتیب که مثلاً تملیک برای بیع غرض عام و تملیک اعیان غرض خاص بیع هستند و یا هم‌چنان‌که تملیک برای اجاره غرض عمومی ولی تملیک منافع را می‌توان غرض خاص آن نامید.

بنا بر آنچه گفته شد، مفهوم تغییر کارکرد یا غرض عقود نیز روشن می‌شود؛ بدین ترتیب که هرگاه در ضمن عقد تحولاتی ایجاد کرد که هر کدام از عقود از جنس یا نوع خود خارج شود و تبدیل به جنس یا نوع دیگری شود، تغییر کارکرد عقود رقم می‌خورد. به‌عنوان مثال در هبه به شرط عوض، با جعل شرط در ضمن عقد، خاصیت احسانی عقد هبه نادیده گرفته شده و تبدیل به عقود تملیکی معوض گشته است و بدین ترتیب متعاقدین به‌جای اینکه هبه را در کارکرد خود یعنی احسانی بودن به‌کار ببندند، در کارکرد دیگری که عبارت باشد از تملیکی معوض به‌کار بسته‌اند.

تغییر کارکرد یا غرض عقود و نسبت آن با قاعده «العقود تابعه للقصود»

یکی از قواعد مهم و مسلم در میان انبوهی از قواعد فقه‌العقود یا فقه‌المعاملات، قاعده «العقود تابعه للقصود» است. فقهای اسلام در مورد مفاد این قاعده، تفسیرهای متنوعی ذکر کرده‌اند. از جمله اینکه گفته‌اند مقصود از قاعده این است که عقد بدون قصد محقق نمی‌شود، بدین‌گونه که مثلاً انعقاد عقد به واسطه شخص مست، غافل، خوابیده، کسی که خطا می‌کند یا شوخی می‌کند معتبر نیست و عقد منعقد نمی‌شود. برخی دیگر نیز در تفسیر این قاعده گفته‌اند که منظور از قاعده این است که عقد نیازمند موجب و قابل و عوض و معوض است و بعد از حصول این ارکان، هر عقدی اثر خاص خود را دارد و این آثار دارای کیفیت و اعتباریات خاصی است، مانند فوریت، تراخی، لزوم، تنجیز، تعلیق، اطلاق، تقیید، اتصال و انفصال و غیره است، موارد مذکور تابع قصد طرفین است.

مطابق تفسیر اول، تغییر کارکرد یا غرض عقد و قاعده «العقود تابعه للقصود» نسبت به یکدیگر بیگانه هستند و ارتباطی ندارند؛ چراکه مطابق این قاعده عقود با قصد و اراده متعاقدين محقق می‌شود و اگر قصد انجام معامله‌ای را داشته باشند و آن را ابراز کنند، عقد محقق می‌شود و در غیر این صورت عقد محقق نمی‌شود؛ حال آنکه در تغییر کارکرد یا غرض عقد صحبت از تحقق یا عدم تحقق عقد نیست، بلکه صحبت از تغییر کارکرد یا غرض عقد است.

اما مطابق تفسیر دوم، ارتباط وثیقی میان قاعده و تغییر کارکرد یا غرض عقود وجود دارد؛ زیرا همان‌طور که گفته شد، مطابق این تفسیر آثار عقد دارای کیفیت و اعتباریات خاصی است که تابع قصد طرفین است و تغییر کارکرد یا غرض نیز جزو همین مقوله-هاست؛ زیرا تغییر کارکرد یا غرض عقد نیز تابع قصد طرفین است و این قصد و یا اراده طرفین است که زمینه تغییر کارکرد عقود را فراهم می‌کند؛ هرچند این مقوله یعنی تغییر کارکرد عقود در اینکه با قصد و اراده متعاقدين محقق می‌شود یا نه مورد اتفاق فقیهان نیست و دیدگاه‌های متعددی ابراز شده که در ادامه خواهد آمد.

مصادیق تغییر کارکرد یا غرض عقود

جست‌وجوی ما در اینجا در وهله اول بر روی مصادیق شناخته‌شده تمرکز دارد و در وهله بعد بر مواردی که کمتر شناخته‌شده هستند. اگر ثابت شود که مجموعه‌ای از مصادیق مهم

می‌تواند زمینه‌ای را برای تحلیل گسترده‌تر فراهم کند، آن‌گاه می‌توان در موضوع توقف بیشتری داشت. از جمله این مصادیق:

۱- تبدیل وقف به حبس در صورتی که واقف شرط کند که عند الحاجه به واقف برگردد (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۲۱۷؛ شهید اول، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص ۴۵۲؛ فاضل مقداد، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص ۳۰۶).

۲- عقد مضاربه در صورتی که صاحب‌سرمایه شرط کند که سرمایه و ربح ماحصل از آن برای عامل باشد، تبدیل به قرض می‌شود.

۳- در صورتی که در عقد اجاره، مستأجر عقد اجاره را مشروط به تملیک کند، عقد اجاره به بیع تبدیل می‌شود (الحافی، ۱۹۹۹م، صص ۲۸۲-۲۸۰).

۴- در عقد استصناع برخی از فقها گفته‌اند که اگر زمان برای شخصی که کالا می‌سازد تعیین شده باشد، آن بیع سلم است؛ چراکه در در بیع سلم برخلاف بیع نسیه، کالا، مدت‌دار است اما بهای آن، نقد پرداخت می‌گردد (کاسانی، ۱۴۰۶ق، ج ۸، ص ۳۴۱؛ ابن‌مازہ، ۱۴۲۴ق، ج ۸، ص ۳۴۱).

۵- از نظر برخی از فقها بیع وفا، رهن است نه بیع حقیقی. بیع وفا که با عناوینی همچون بیع الامانه، بیع العهده نیز نامیده می‌شود؛ بدین معناست که با بیع میبعی را به مشتری بفروشد به شرط اینکه هر وقت ثمن را برگرداند، مبیع برگردانده شود (طرابلسی حنفی، بی‌تا، ج ۱، ص ۴۷؛ ابن‌عابدین، ۱۴۱۲ق، ج ۵، ص ۲۷۶).

۶- اگر شخصی دیگر را اجیر کند بدون اینکه زمان معینی برای اجیر جهت فعل خواسته تعیین کنند، برخی از فقها گفته‌اند این عقد در واقع جعاله است نه اجاره؛ چراکه تعیین زمان در اجاره لازم است ولی در جعاله نه تنها نباید تعیین شود، بلکه مفسد هم است (قرافی، بی‌تا، ج ۳، ص ۳۳۹).

۷- اگر شخصی زمینی را به دیگری اجاره دهد در مقابل اینکه سهم مشاعی از محصول آن به او داده شود، برخی گفته‌اند این عقد مزارعه است نه اجاره (کاسانی، ۱۴۰۶ق، ج ۵، ص ۳).

۸- کسانی که در عقد صلح مسبوق به تنازع را شرط می‌دانند، بر این عقیده هستند که اگر متعاقدين اقدام به انعقاد عقد صلح کنند بدون اینکه تنازعی در میان متعاقدين باشد، آن عقد به حسب مورد به بیع یا هبه و یا غیره تبدیل می‌شود. به‌عنوان مثال اگر متعاقدين اقدام

به صلح مبیع در مقابل عوض بکنند آن عقد بیع خواهد بود (آل کاشف الغطاء، ۱۳۵۹ق، ج ۱، ص ۲۹۵).

۹- اعاره به شرط عوض؛ اگر شخصی کالایی را به دیگری عاریه دهد، لکن در مقابل خواهان عوض باشد، برخی از فقها قائل شده‌اند که این اجاره است (سرخسی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳، ص ۳۳۸).

۱۰- در اینکه آیا شرط است که محال‌علیه مشغول‌الذمه به محیل باشد، اختلاف نظر وجود دارد، برخی از فقها آن را شرط می‌دانند و برخی دیگر قائل به عدم اشتراط هستند (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۶، ص ۵۰۶). برخی از فقهای که آن را شرط می‌دانند، حواله‌ای که محال‌علیه مشغول‌الذمه نیست را ضمان می‌دانند (فیض کاشانی، بی‌تا، ج ۳، ص ۱۴۹).

در مجموع، از طریق این مثالهای مختلف تلاش کردیم بر این واقعیت تأکید کنیم و نشان دهیم که «سازگاریِ گزینشِ نوعِ برخوردِ هنجاری‌مان» با مصادیقی از این نوع، بدون پیشنهاد یک چهارچوب نظری منسجم، از یک واقعیت عام حیات حقوقی به دور است؛ چرا که تشخیص ناهماهنگی یا ناسازگاری هنجاری در سطح یک نظام، می‌تواند پیامدهایی برای فقه و به‌طورکلی نظریه قانون داشته باشد. اگرچه در اینجا نیازی به ادعاهای نظری بلندپروازانه نیست، اما در مواردی از این قبیل، نظریه‌های پرترفدار فرمالیسم، حتی ممکن است نیاز به بازنویسی، حداقل در همین سطح داشته باشند؛ چراکه موفقیت در اعمال درست هنجارهای حقوقی، موکول به روشن‌شدن موضوعات این‌چنینی است و بدون آن، پا در هوا خواهد ماند، اگرچه ممکن است به‌صورت ناهماهنگ به حیات خود ادامه دهد. حال که مصادیقی ارائه شد، مسئله اصلی، نظام‌مندسازی موضوع در حوزه مصادیق است. این وظیفه‌ای است که برای بخش آتی در نظر گرفته‌ایم.

عوامل عدول از غرض

اگر ما مصادیق را با دقت دنبال کنیم، متوجه می‌شویم که آنها نمی‌توانند از یک نوع باشند. درواقع، مصادیق، نمونه‌های مختلفِ تغییر کارکرد را به‌عنوان شاخه‌های مستقل از یک درخت بزرگ‌تر «عوامل تغییر» نشان می‌دهد، به جای نقاطی متفاوت در طول یک محور. هیچ نمونه‌ای از تغییر کارکردی که مبتنی بر شرط متعاقدین است نمی‌تواند تغییر کارکرد را

مبتنی بر عامل زمان کند و به همین ترتیب، هیچ عامل زمانی نمی‌تواند تغییر کارکرد را به تغییری که مبتنی بر آثار مشترک در عقود است، تبدیل کند؛ این‌گونه نیست که در مورد تغییر کارکرد چهار گزینه یا عامل وجود داشته باشد و دادگاه با انتخاب گزینه میانی دعوا را فیصله دهد. این عوامل، مربوط به مسائل کاملاً جداگانه است. بنابراین با توجه به مصادیقی که گذشت، عواملی که باعث عدول از غرض عقد می‌شود را می‌توان به چند دسته تقسیم کرد:

۱. جعل شرط

در بسیاری از موارد مشاهده می‌شود به‌صرف جعل شرط در ضمن عقد، ماهیت عقد مشوش و موجب اختلاف می‌شود. به‌عنوان مثال اگر در هبه و اهب شرط عوض کرده باشد، میان صاحب‌نظران در ماهیت آن اختلاف پیش آمده است. برخی قائل هستند که ماهیت هبه با شرط عوض تغییر نمی‌کند، بلکه هم‌چنان ماهیت هبه را داراست؛ چراکه شرط در این جا نقش فرعی دارد؛ به‌عبارت‌دیگر شرط عوض در مقابل نفس هبه است یا به‌عبارت سوم هبه در مقابل هبه است؛ نه اینکه شرط عوض در مقابل مبیع باشد. در مقابل عده‌ای قائل هستند با شرط عوض، هبه تبدیل به بیع می‌شود. پنج مثال اول از مصادیق در ذیل این عامل می‌گنجد.

۲. زمان

زمان نیز یکی دیگر از عواملی است که موجب تولید ماهیات مشترکه می‌شود. مصداق شماره ۶ را باید در ذیل این مورد گنجانند. به موجب این مثال اگر شخصی دیگری را اجیر کند بدون اینکه زمان معینی برای اجیر جهت فعل خواسته تعیین کنند، برخی از فقها گفته‌اند این عقد در واقع جعاله است نه اجاره؛ چراکه تعیین زمان در اجاره لازم است، ولی در جعاله نه تنها نباید تعیین شود و بلکه مفسد هم هست.

۳. وجود شروط قانونی یکسان

در برخی موارد شروط قانونی که در سایر عقود دیده می‌شود، با انضمام و اشتراط آن در ضمن عقدی دیگر موجب تولید ماهیات مشترک می‌شود و بدین ترتیب موجبات اختلاف فقیهان فراهم می‌شود. به‌عنوان مثال در مصداق شماره ۶ جایی که اگر شخصی زمینی را به

دیگری اجاره دهد در مقابل اینکه سهم مشاعی از محصول آن به او داده شود، برخی گفته‌اند این عقد مزارعه است نه اجاره.

۴. اثر مشترک عقود

مقصود از اثر مشترک در عقود این است که بسیار واقع می‌شود که اعمال و وقایع حقوقی نتیجه مشترکی دارند، بدین صورت که برخی از عقود نتیجه عقد دیگری را می‌دهد. به-عنوان مثال، در مصداق شماره ۸ کسانی که در عقد صلح مسبوق به تنازع را شرط می-دانند، بر این عقیده هستند که اگر متعاقدين اقدام به انعقاد عقد صلح کنند بدون اینکه تنازعی در میان متعاقدين باشد، آن عقد به حسب مورد به بیع یا هبه و یا غیره تبدیل می-شود. به‌عنوان مثال اگر متعاقدين اقدام به صلح مبیع در مقابل عوض بکنند آن عقد بیع خواهد بود.

این ناهنجاری یا به عبارت بهتر تنوع در میان عوامل، یک حُسن نیز دارند و در حقیقت نشان می‌دهد که ممکن است بخواهیم سؤال دیگری که می‌توان اضافه کرد «مهم و محرک» نیز هست، طرح کنیم: «آیا این داده‌های به‌دست آمده، اثر گسترده‌تری از یک سؤال عمیق‌تر را نشان نمی‌دهد؟» این سؤالی است که پیش‌تر آن را معلق گذاشتیم و وظیفه ارائه پاسخ تفصیلی به آن به بخش آتی واگذار شده است.

اعتبار یا بی‌اعتباری تغییر اغراض از منظر فقه مذاهب اسلامی

تاکنون، با نگاهی توصیفی راجع به «تغییر کارکرد عقود» از حیث چیستی، مصادیق و عوامل مغیر آن اکتفا کردیم. با این وجود، فرهنگ تصمیم‌گیری عقلانی در خصوص انتخاب گزینه هنجاری مناسب، تصمیم‌گیرندگان را ترغیب می‌کند که انتخاب‌هایشان را واجد نیروی اقتناع‌کنندگی جلوه دهند. بنابراین، دیدگاه‌های مختلف، به گونه‌ای نوشته می‌شوند که گویی دلایل هنجاری به اندازه کافی قانع‌کننده یافت می‌شود که وضعیت حاکم را یک‌طرفه تغییر می‌دهد. اکنون، در مرحله‌ای هستیم که این دیدگاهها را مطرح و ارزیابی هنجاری کنیم.

۱. دیدگاه صحت

کسانی که معتقدند تغییر اغراض یا کارکرد عقد، ایرادی ندارد، به دو دسته متفاوت تقسیم می‌شوند که دلایل ابرازیشان شکلهای مختلفی به خود می‌گیرد. اساساً دسته اول که بند نخست را به آن تخصیص می‌دهیم می‌تواند به «صحت عقد، در عین حفظ نوع کارکرد عقد» تعبیر شود؛ در حالی که در مقابل، دسته دوم، صحت عقد را از طریق تغییر عنوان عقد توجیه می‌کنند. در ذیل، دلایل هر دو دسته، به ترتیب مطرح می‌شود.

۱-۱. صحت عقد منعقد شده

مطابق این دیدگاه، عقد منعقدشده بدون اینکه دچار تغییری خاصی در ماهیت و یا شکل آن شود، صحیح است. کسانی که از این دیدگاه پیروی می‌کنند، از یک طرف قائل به تغییر ماهیت عقد در اثر «عوامل تغییر کارکرد عقود» نیستند و از طرف دیگر قائل به صحت عقود نیز هستند، هرچند کارکرد عقود تغییر پیدا کنند. به‌عنوان مثال در هبه به شرط عوض اولاً قائل هستند که عقد منعقدشده صحیح است و ثانیاً عقد هبه تبدیل به بیع نمی‌شود.

طرفداران این گروه برای قول به صحت به دو دلیل تمسک می‌کنند:

الف) نبود مانع: دلیل اول این است که مانعی برای صحت چنین عقودی که دچار تغییر کارکرد عقود می‌شود، وجود ندارد و تنها مانع متصور این است که شروطی که منجر به تغییر کارکرد عقود می‌شود، از قبیل شروط خلاف مقتضای ذات عقد باشد؛ حال آنکه از نظرگاه طرفداران دیدگاه صحت، شرط خلاف مقتضای ذات عقد نیست.

ب) اصل حاکمیت اراده: استدلال دوم به نفع صحت تغییر کارکرد، مبتنی بر ایده‌ای سنتی از سوی نظریه‌پردازان اراده است، که چون طرفین قرارداد ایجادکننده عقود هستند، محتویات آن را هم بایستی خود انتخاب کنند. قانون مدنی، قرارداد را توافق دو یا چند طرف برای تعهد به امری (ایجاد، تنظیم، تغییر یا خاتمه یک رابطه حقوقی) می‌داند که هدف آن می‌تواند «ایجاد، تنظیم، تعدیل یا رفع تعهدات» باشد. همان‌طور که عطیه (Smith, 2003, p150) در «درآمدی بر حقوق قراردادها» اشاره می‌کند، پیدایش حقوق قرارداد در واقع نتیجه پذیرش نظریه‌های حقوق طبیعی است که ایده حق مسلم مردم برای مالکیت و معامله با اموال را مطرح می‌کند. به این ترتیب، در یک قرارداد افراد (حقیقی یا حقوقی) آزادانه و داوطلبانه موافق هستند که تعهداتی در ازاء آنچه مطلوبشان است، به عهده

می‌گیرند. از سوی دیگر، دولت از طریق قانون باید تا حد امکان کمتر در امور افراد دخالت کند. نتیجه این دو رویکرد، ایجاد مفهوم قداست قرارداد است که از یک‌سو کارکرد قانون حفظ آن قرارداد و از سوی دیگر، صرفاً به مداخله در زمانی که امور اشتباه پیش می‌رفت، محدود می‌شود. همان‌طور که اشاره شد، این یک نهاد حقوقی است و با توجه به ماهیت آن، بر اصول خاصی استوار است که مهم‌ترین آنها مربوط به استقلال اراده است که آزادی قرارداد یا اصل حاکمیت اراده از آن ناشی می‌شود که مبنایی بر ماده ۱۰ ق.م. حتی شاید بتوان گفت قاعده «العقود تابعة للقصود» و نیز عقد صلح است.

در حوزه قراردادها اگر استقلال اراده وجود نداشت، ظهور روابط قراردادی غیرقابل تصور بود. این امر ستون فقرات جهان حقوقی است، زیرا نشان‌دهنده به رسمیت شناختن حقوقی آزادی افراد است تا روابط حقوقی خود را به روشی که می‌خواهند تنظیم کنند. دلیل نامگذاری استقلال اراده این است که مستلزم قدرتی است که جوهر استقلال را در بر می‌گیرد، این اختیاری است که به اراده انسان اعطا می‌شود. این دگم، در فلسفه غرب، به‌نظر می‌رسد چنین باوری اساس خود را در این تأمل کانتی می‌یابد: وقتی کسی در مورد دیگری تصمیم می‌گیرد، ممکن است بی‌عدالتی خاصی را مرتکب شود، اما هر بی‌عدالتی زمانی غیرممکن می‌شود که خود^۳ فرد تصمیم بگیرد.

همان‌طور که می‌بینیم، برای این دکترین کلاسیک، اراده، قانون خودش است، استقلال شامل خود قانونگذاری اصل اخلاق، قانون اخلاقی است و بنابراین منبع اولیه قانون را تشکیل می‌دهد. با بیان این جزئیات، درک اینکه چگونه این نیرو، قدرت قانونی را که مردم برای تنظیم منافع خود دارند، در بر می‌گیرد، ممکن‌تر خواهد بود، همان چیزی که آزادی قرارداد را به وجود می‌آورد و از این نظر، «تغییر کارکرد عقود» را نیز معتبر می‌شناسد.

۳. به‌طور کلی ببینید:

Kant, I. (1998). *Groundwork of the Metaphysics of Morals*, Trans. And Ed. By Mary Gregor, with an Intro. By Christine M. Korsgaard, Cambridge University Press, 4: 439; Schaab, D. J., Kant on Autonomy of the Will, In Ben Colburn (ed.), (2022). *The Routledge Handbook of Autonomy* (forthcoming); Andrews Reath, Kant's conception of autonomy, p32-52, and Oliver Sensen, Moral importance of autonomy, p262-282. In Sensen, O. (ed.) (2013). *Kant on Moral Autonomy*. United Kingdom: Cambridge University Press.

این دسته برای قول به اینکه در اثر تغییر کارکرد عقود، ماهیت عقد تغییر پیدا نمی‌کند، به ادله ذیل تمسک جستند:

۱- رابطه غیرضروری میان یکسان‌بودن نتیجه با یکسان‌بودن سبب: برخی نتیجه واحد را دلیل کافی برای یکسان‌نگاری نمی‌دانند: «اینکه یک عقدی مفید نتیجه و فایده عقدی دیگری است، دلیل نمی‌شود که آن عقد یکی باشد. به عبارت دیگر وحدت مسبب دلیل بر وحدت سبب نیست (آل کاشف الغطاء، ۱۳۵۹ق، ج ۴، ص ۱۰۸؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۵ق، ص ۲۴۰). هم‌چنان‌که بسیاری از فقهای شیعه از تعبیر «الاشترک فی المعنی» (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۲، ص ۳۶۱) در این‌گونه موارد استفاده کرده‌اند. برای مثال، در باب مضاربه گفته شده است: «المضاربه وکاله فی المعنی»، ولی قائل به تغییر عنوان مضاربه به وکالت نشده‌اند یا اینکه در ذیل فرع فقهی که در آن محیل مشغول‌الذمه محتال نیست ولی محتال را بر شخص دیگری (محال‌علیه) حواله می‌دهد، با وجود اذعان به «لاشتراکهما فی المعنی»، مشهور فقیهان قائل به تغییر عنوان به وکالت نشده‌اند.

۲- اتکا بر روایت: ازجمله مستندات این دسته از صاحب‌نظران، استناد به بخشی از روایات است؛ روایاتی که در دوران امر میان ظاهر و باطن ملاک را ظاهر قرار می‌دهند. به‌عنوان مثال در هبه‌به‌شرط عوض ظاهر اراده متعاقدین از عقد منعقدشده، هبه است، هرچند باطناً مقصود آنها هبه نیست، بلکه بیع است.

این گروه برای ملاک قراردادن ظاهر به روایاتی از قبیل روایت پیامبر ﷺ استناد کرده‌اند که می‌فرماید: «نحن نحکم بالظاهر». (فخرالمحققین، ۱۳۸۷ق، ج ۴، ص ۳۲۱؛ محقق حلی، ۱۳۶۴، ۱، ص ۱۲۴)؛ یا هم‌چنان‌که در منابع شیعه و اهل سنت به نقل از پیامبر ﷺ آمده است که فرموده‌اند: «إِنِّي لَمْ أَوْمِرْ أَنْ أَنْقُبَ عَنْ قُلُوبِ النَّاسِ وَلَا أَشُقُّ بَطُونَهُمْ؛ مَنْ مَأْمُورٌ نَيْسْتُمْ كَه دلهای مردم را بکاوم و درونشان را بشکافم».

به‌واقع به زبان حقوق معاصر، این دسته از صاحب‌نظران در نزاع معروف حقوقی، یعنی دوران امر میان اراده ظاهری و اراده باطنی، اراده ظاهری را ملاک قرار می‌دهند؛ زیرا دسترسی به باطن مردم مقدور افراد جامعه نیست، لذا لاجرم باید به ظواهر اکتفا کرد.

۳- نظریه عدم امکان انقلاب ذات: یکی از عمده دلایل طرفداران این دیدگاه، استحاله انقلاب ذات است که به‌واقع در پاسخ به کسانی هستند که قائل به تغییر عنوان عقد در پی تغییر کارکرد یا غرض قراردادی هستند؛ بدین ترتیب که تغییر عنوان قرارداد در پی تغییر

کارکرد قرارداد از قبیل انقلاب ذات است و این محال است. بسیاری از فقیهان به استحاله انقلاب ذات اشاره کرده‌اند (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ص ۲۱۵؛ خوبی، بی تا، ج ۷، ص ۴۵۰؛ طباطبایی قمی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۵۶).

به نظر می‌رسد رد این ایراد برای قائلین به تغییر عنوان قرارداد دشوار نیست و از این حیث یکی از قوی‌ترین برهانهای مانع بر سر راه جواز تغییر کارکرد عقود، کنار خواهد رفت؛ چراکه این گروه می‌توانند مدعی شوند، حقوق قراردادهای از قبیل اعتباریات هستند و مشهور اندیشمندان معاصر از جمله مرحوم محمدحسین اصفهانی معروف به کمپانی، امام خمینی، طباطبایی و مطهری معتقدند که قوانین فلسفی و عقلی جایی در مباحث فقهی و اصولی که بخش عمده آن را اعتباریات تشکیل می‌دهند، ندارد (لاریجانی، ۱۳۸۴ش، ص ۷).

۱-۲. تغییر عنوان عقد؛ دو نگاه متفاوت به تغییر عنوان عقد

همان‌طور که در بند پیشین اشاره شد، دسته دومی که عقد را صحیح می‌دانند، این صحت را از مسیر متفاوتی توجیه می‌کنند. در این دیدگاه، وجه صحت، دیگر در ادامه بقای کارکرد عقد سابق نخواهد بود، بلکه نتیجه مستقیم تغییر کارکرد عقد است. با این حال، قائلین این نظریه نیز در درون خود، به دو شاخه متفاوت تقسیم می‌شوند؛ براین اساس، دسته اول، موضوع را از حیث تعارض میان اراده ظاهری و باطنی و دسته دوم از حیث ماهیات مشترکه، مطرح می‌کنند. این تفکیک، به ترتیب به این قرار است:

۱-۲-۱. رویکرد فقهای اهل سنت: دوران امر میان اراده ظاهری و باطنی

در رویکرد فقهای اهل سنت، این مسئله یکی از مصادیق نزاع میان اراده ظاهری و باطنی است. مطابق این دیدگاه، در هبه به شرط عوض (به عنوان مثال) شرط عوض حاکی از این است که متعاقدين قصد بیع کرده‌اند نه قصد عوض و هکذا سایر مصادیقی از این جنس که در ابتدای مقاله ذکرش آمد (سرخسی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۲، ص ۷۹؛ ابن قیم جوزیه، ۱۴۱۱ق، ج ۳، ص ۹۲؛ حیدر، ۱۴۱۱ق، ج ۱، ص ۲۱؛ زرکشی، ۱۴۰۵ق، ج ۲، ص ۳۷۴).

مطابق این دیدگاه امر دایر است میان اراده ظاهری متعاقدين که همان تعبیر به هبه است و اراده باطنی که همان کنایه بودن یا قرینه بودن شرطیت عوض بر قصد متعاقدين برای وقوع بیع است و در این دوران جمهور فقهای اهل سنت قائل به اصالت اراده باطنی هستند.

همان‌گونه که روشن است مطابق این تحلیل اصلاً تعبیر تغییر عنوان عقد صحیح نیست؛ چراکه می‌گویند اصلاً قصد متعاقدين به عنوان بیع است؛ نه اینکه اصلاً متعاقدين قصدشان تغییر کارکرد عقود باشد.

در این باره ابن‌رجب در کتاب قواعد فقه خود، به طرح این مسئله پرداخته و می‌نویسد: «قاعده ۳۸: در جایی که به الفاظ عقود مواردی اضافه شود که آن را از موضوع‌له خود خارج کند، آیا عقد به واسطه آن فاسد می‌شود یا اینکه کنایه از موردی قرار داده می‌شود که صحت آن ممکن است؟ در آن اختلاف است. این خلاف متوجه به این است که آیا غلبه با لفظ است یا بر معنا؟» ایشان در ادامه قاعده مذکور، در ذیل قاعده «۳۹» به بررسی انعقاد عقود با کنایه می‌پردازد و به دو قول اشاره می‌کند: «در همه عقود به غیر از نکاح، کنایه وارد نیست؛ یعنی صرفاً در عقد نکاح عقد با کنایه منعقد می‌شود و قول دوم دقیقاً بالعکس قول اول است» (ابن‌رجب، بی‌تا، ص ۴۸). قاعده اخیر در واقع ریشه اختلاف قاعده «۳۸» را روشن می‌سازد؛ بدین ترتیب روشن می‌شود که در قاعده «۳۸» کسانی که قائل به فساد عقود هستند، به واقع قائل هستند که با کنایه عقد منعقد نمی‌شود.

همان‌گونه که گفته شد، ابن‌رجب مسئله انعقاد عقود با کنایه را در ادامه قاعده ۳۸ که عبارت اخیری قاعده «العبره للمعانی» (قاعده «العبرة فی العقود بالمقاصد والمعانی، لا بالألفاظ والمبانی») است، آورده است، تا ارتباط وثیق این دو قاعده را نشان دهد، با این وجود این دو را نباید یکی دانست؛ چراکه مضمون قاعده انعقاد عقود با کنایات اعم است؛ بدین ترتیب اعم از این است که عقود با الفاظ مجازی یا کنایی و غیره منعقد شود و یا اینکه با تغییر در برخی از ارکان عقد همچون جعل شرط انجام شود؛ بالعکس محل بحث قاعده «العبره للمعانی» صرفاً در مواردی است که در محتوای عقد تغییراتی انجام شود و شامل موارد انعقاد عقد با الفاظ کنایی و مجازی نمی‌شود؛ بنابراین رابطه میان دو قاعده عموم و خصوص مطلق است.

فقهای اهل سنت برای نظریه خود، دو دلیل مطرح می‌کنند:

دلیل اول: استناد به روایاتی که اصل در اعمال را نیات می‌داند، مانند: «إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ». با همین مضمون در کتب روایی اهل سنت وارد شده است (بیهقی، ۱۴۲۴ق، ج ۱، ص ۶۸). بر این اساس، از آنجا که اصل در اعمال نیات است و عقود نیز از اعمال است، در نتیجه ملاک در عقود نیت و قصد است (عبدالحمید و الباز، ۱۴۳۳ق، ص ۲۷).

دلیل دوم: فرهنگ عقلانیت، ایجاب می‌کند که از هر آنچه ما را به چیزهای بی‌ربط هدایت می‌کند، به دور باشیم. در حقیقت، معقول نیست که وقتی نیت متعاقدين از الفاظی که به‌کار برده‌اند چیزی فراتر از عقد ظاهری است، ما آن را به چیزی منسوب کنیم که قصد طرفین نبوده است و در نتیجه آن عقد ظاهری منعقد شود. به عنوان مثال وقتی که متعاقدين قصدشان از صلح عوضین بیع است، دیگر معقول نیست آن را حمل بر صلح کنیم و آن را عقد صلح بدانیم (همان‌جا).

آنچه از تحلیل فقهای اهل سنت مبنی بر دوران امر میان اراده ظاهری و باطنی مطرح شد، فقهای متأخر نیز آن را متذکر شده‌اند، لذا جناب زرقا می‌نویسد: «وَأَلْمَرَادُ بِالْمَقَاصِدِ وَالْمَعَانِي: مَا يَشْمَلُ الْمَقَاصِدَ الَّتِي تَعِينُهَا الْقَرَائِنُ الَّلَفْظِيَّةُ الَّتِي تُوجَدُ فِي عَقْدِ فَتَكْسِبُهُ حَكْمُ عَقْدٍ آخَرَ كَمَا سَيَأْتِي قَرِيبًا فِي اَنْعِقَادِ الْكِفَالَةِ بَلْفُظِ الْحَوَالَةِ، وَاَنْعِقَادِ الْحَوَالَةِ بَلْفُظِ الْكِفَالَةِ، إِذَا اشْتَرَطَ فِيهَا بَرَاءَةَ الْمَدْيُونِ عَنِ الْمُطَالَبَةِ، أَوْ عَدَمَ بَرَاءَتِهِ. وَمَا يَشْمَلُ الْمَقَاصِدَ الْعُرْفِيَّةَ الْمُرَادَةَ لِلنَّاسِ فِي اصْطِلَاحِ تَخاطِبِهِمْ»؛ همچنان‌که بسیاری دیگر از مؤلفین نیز به این مسئله اذعان کرده‌اند (زحیلی، ۱۴۳۱ق، ج ۱، ص ۴۰۴). هم‌چنان‌که از حیث اینکه ملاک اراده ظاهری باشد یا اراده باطنی باشد، جمهور فقهای حنفیه، مالکی و حنبلیه با پی‌ریزی قاعده «العبرة فی العقود بالمقاصد والمعانی، لا بالألفاظ والمبانی» اراده باطنی را ملاک قرار داده‌اند. این دیدگاه در میان متأخرین سه مذهب اخیر نیز پذیرفته شده است و لذا در ماده ۳ مجله- الاحکام آمده است: «الْمَادَّةُ (۳) الْعِبْرَةُ فِي الْعُقُودِ لِلْمَقَاصِدِ وَالْمَعَانِي لَا لِلْأَلْفَافِ وَالْمَبَانِي»؛ كما اینکه مورد پذیرش شارحین مجله الاحکام نیز واقع شده است (حیدر، ۱۴۱۱ق، ج ۱، ص ۲۱).

۱-۲-۲. طرح مسئله شیعه و برخی از حقوقدانان معاصر: اثر مشترک عقود (قاعده «العبرة للمعانی» به‌مثابه قاعده‌ای برای حل ماهیات مشترکه)

در مباحث پیشین عواملی که موجب تولید ماهیات مشترکه می‌شود را برشمردیم و گفتیم که این عوامل باعث ایجاد اختلاف در میان صاحب‌نظران در ماهیت عقود است که این عوامل در آنها شکل گرفته است. هم‌چنین در ذیل دیدگاه اهل سنت گفته شد که بنابر نظر فقهای اهل سنت، در مسئله مورد بحث ما یعنی تغییر کارکرد عقود محور بحث براساس غلبه معنا یا لفظ یا به زبان امروزی دوران امر میان اراده ظاهری و اراده باطنی است. با وجود این می‌توان این قاعده را به‌نوعی دیگر طرح کرد و بدین‌وسیله به‌عنوان ابزاری برای

شناخت ماهیات عقود باشد نه اینکه صرفاً امر اختلافی در غلبه لفظ یا معنا باشد. دلیل این مدعا آن است که عواملی که در تولید ماهیات مشترکه برشمردیم، مربوط به محتوای عقد است نه اینکه صرفاً محدود به الفاظ باشد. به عبارت دیگر همان‌گونه که در ذیل دیدگاه اهل سنت روشن شد، کسانی که اقدام به طرح مسئله موردنظر ما کرده‌اند، بحث لفظی کرده‌اند و فراتر از آن قدم نگذاشته‌اند، این برخلاف عوامل موجب اختلاف است که بحثی محتوایی و مضمونی است. لذا مناسب است از طرح مسئله فقهای اهل سنت عبور کرد و یک درجه بالاتر به معیاری برای شناسایی ماهیات مشترک باشد.

این موضوع را می‌توان از این طریق نشان داد: وقتی محتوا و مضمون دو عقد مشابه گردید، لزومی برای ایجاد عقد مستقل و یا تعدد مصادیق یک معامله وجود ندارد. به عنوان مثال، در اجاره به شرط تملیک، از آن جهت که تمام اقساط اجاره در پایان به عنوان عوض عین مستأجره تلقی می‌شود، لذا ماهیت آن را بیع بدانیم؛ چراکه با محتوای بیع سازگارتر است و از طرف دیگر لزومی وجود ندارد وقتی یک عقدی را می‌توان در ضمن عقود معین شمرد که از قضا قواعد روشن و واضح دارد، یک عقد مستقل به حساب آورد و از طرف سوم هم‌چنین لزومی وجود ندارد که در عداد عقد اجاره مصادیقی ذکر شود که با عقد اجاره نامأنوس است.

بسیاری از فقهای شیعه در مصادیق مسئله موردنظر ما، مسئله را از حیث اینکه عقد در اثر تحولات در محتوای عقد موجب تولید اثر یک عقد دیگر می‌شود، مطرح می‌کنند، نه از حیث اراده ظاهری و باطنی. مطابق این طرح مسئله، اگر عقدی ماحصل عقد دیگری را نتیجه دهد، عقد دیگری ملاک خواهد بود ولو اینکه متعاقدین قصد آن عقد را نداشته باشند؛ بنابراین در مثالهای از قبیل ماهیت هبه مشروط به عوض بیع است نه هبه و بیع محاباتی بیع نیست بلکه هبه است، نه از جهت اینکه شرط عوض در هبه و یا محاباتی بودن در بیع محاباتی قرینه بر این است که متعاقدین قصد هبه دارند، بلکه چون اثر هبه را دارند.

برداشت اخیر و ادعای مذکور و نسبت دادن آن به فقیهان امامیه مبتنی بر ظواهر کلمات و عبارات فقیهان است. به عنوان مثال، برخی از فقهای شیعه در رد دیدگاه اهل سنت مبنی بر اینکه در مثال‌های مذکور، عقد تبدیل به هبه می‌شود، می‌نویسند: «اینکه یک عقدی مفید نتیجه و فایده عقدی دیگری است، دلیل نمی‌شود که آن عقد یکی باشد. به عبارت

دیگر وحدت مسبب دلیل بر وحدت سبب نیست (آل کاشف الغطاء، ۱۳۵۹ق، ج ۴، ص ۱۰۸؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۵ق، ص ۲۴۰). همان‌طور که روشن است در این استدلال هیچ بحثی از اصالت ظاهری و باطنی نشده است، بلکه محور بحث را نتیجه عقد یا همان اثر عقد قرار داده‌اند. علاوه بر این در بخشی از مثالهای پذیرفته‌شده در فقه شیعه رگه‌های این طرح مسئله دیده می‌شود. به‌عنوان مثال طوسی صدقه مستحبی را هبه می‌داند: «صدقة التطوع عندنا بمنزلة الهبة فی جمیع الأحکام» (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۳، ص ۳۱۴).

مثالهای مذکور و نحوه استدلال فقهای امامیه نشان می‌دهد در مصادیقی از این دست، بحث در دوران امر میان اصالت ظاهری و باطنی نیست، بلکه بحث سر اثر مشترک میان عقود است؛ بدین ترتیب که وقتی عقدی اثر (غرض یا کارکرد) عقود دیگر را داشته باشد، همان عقد مقصد ملاک خواهد بود. ناگفته نماند مشهور فقیهان امامیه این دیدگاه را قبول ندارند، صرفاً این‌گونه طرح مسئله شده است و هدف این بود که نشان داده شود که در مصادیق تغییر کارکرد عقود، تحلیل‌های متفاوتی ارائه می‌شود که کاملاً متعارض هستند، فارغ از اینکه این طرح موافق داشته باشد یا نه.

۲. دیدگاه بطلان عقد

آنچه در قسمت سابق که در دفاع از صحت «تغییر کارکردهای عقود» گذشت، به‌نوبه خود تصویری نسبتاً مشوش از پراکندگی نظریه‌ها و اختلاف نظریه‌پردازان را به نمایش می‌گذرد. اگر کسی با حمله نظریه‌پردازان اخیر، آن بن‌بست حقوقی اولیه‌ای را که در آغاز مقاله تصویر شد واقعی نداند، اعلام ناسازگاری در میان برخوردهای بالقوه در مورد مصادیق ارائه‌شده، دیگر مثل سابق وسوسه‌انگیز نمی‌شود. با این حال، حتی اگر آن وسوسه با حملات صحت‌گرایان، کم‌فروغ شود، هنوز این گره‌های فکری دوباره می‌توانند وسوسه‌انگیز شوند. بطلان‌گرایان، بطلان «تغییر کارکرد عقود» را با یاری جستن از دو استدلال مبتنی بر «امکان یا عدم امکان انقلاب ذات» و نیز «عدم امکان کفایت کنایه»، به ترتیب زیر به چالش می‌کشند.

طرفداران این دیدگاه معتقد هستند که اساساً هرگونه تغییر در کارکرد عقود، موجب بطلان عقد می‌شود؛ بنابر این نظر تمامی مصادیقی که در ابتدای مقاله ذکر شد، اساساً باطل است. طرفداران این دیدگاه با رد ادله دیدگاه‌های اخیر به تثبیت دیدگاه خود پرداخته‌اند.

الف) استحاله انقلاب ذات: مطابق این استدلال که در مباحث پیشین ذکر شد، تغییر کارکرد عقود و در پی آن، تغییر عنوان عقد در پی آن از مصادیق انقلاب ذات است و انقلاب ذات نیز محال است. این استدلال در رد دیدگاه کسانی هستند که قائل به تغییر ماهیت عقد هستند.

ب) عدم کفایت کنایه: این استدلال در رد دیدگاه مشهور اهل سنت است؛ چراکه مشهور اهل سنت تغییر در محتوای عقد را کنایه از عقد جدید می‌دانسته‌اند. طرفداران دیدگاه بطلان با رد این استدلال می‌گویند انعقاد عقود با کنایه محقق نمی‌شود؛ بنابراین هر عقدی که از طریق کنایه محقق شود، باطل است. به عبارت دقیق‌تر وقتی عقدی به نحوی کنایی منعقد شده باشد و الفاظ مجموع عقد با احتساب مندرجاتی مانند شرط، به عقد دیگری شباهت داشته باشد، چون برای شکل‌گیری عقود، صرف کنایه کافی نیست، بنابراین از اساس عقدی هم شکل نمی‌گیرد تا نوبت بحث بر سر تغییر کارکرد یا عدم آن نیز فرا رسد. در وجه عدم کفایت کنایه برخی از فقها آورده‌اند که نمی‌توان عقدی را با الفاظ عقد دیگر منعقد کرد؛ چراکه اسباب شرعی توقیفی هستند، لذا نمی‌توان به خارج از آن عدول کرد (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۷، ص ۸۳. رجوع شود به: ابن‌رجب، بی‌تا، ص ۴۸؛ ابن‌نجیم مصری، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص ۱۷۴؛ مجاهد، بی‌تا، ج ۱، ص ۲۱۲).

ج) خلاف مقتضای عقد بودن: شرط خلاف مقتضای عقد بودن یکی دیگر از استدلال‌هایی است که عده‌ای از فقیهان مطرح کرده‌اند. این استدلال را باید در رد کسانی دانست که معتقد هستند تغییر کارکرد عقود صحیح است، بدون آنکه عنوان عقد تغییر نمی‌کند. بنابراین استدلال در مواردی همچون هبه به شرط عوض شرط عوض برخلاف ماهیت مجانی هبه است یا همان‌چنان که در اجاره به شرط تملیک، شرط ملکیت بر خلاف مقتضای عقد اجاره است که هدف از آن تملیک منافع است (امامی، ۱۳۷۲ش، ص ۱۶۵).

به نظر می‌رسد این استدلال از چند جهت مخدوش است؛ اولاً این استدلال صرفاً ناظر بر عقود است که تغییر محتوای آن از طریق جعل شرط است؛ بنابراین، شامل سایر عوامل مغیر محتوای عقد نمی‌شود و از طرف دیگر شامل همه شروط نیز نمی‌شود، مانند شرط زمان در ضمن برخی از عقود که کسی مدعی خلاف مقتضا بودن این‌گونه شروط نیست؛ لذا این دلیل اخص از مدعاست؛ ثانیاً مشهور فقیهان مصادیقی را که در ابتدای مقاله

ذکر شد، شرط خلاف مقتضای عقد نمی‌دانند. با رجوع به دیدگاه‌هایی که گذشت می‌توان بر این سخن صحه گذشت.

تغییر کارکرد عقود در حقوق معاصر ۱. رویکرد حقوق ایران

در حقوق ایران، خواه در دکتین حقوقی و خواه در قوانین، تغییر کارکرد حقوق به‌عنوان بحث مستقل مطرح نشده است؛ لذا لاجرم از طریق احصاء مصادیق باید به یک ضابطه روشن رسید. همان‌گونه که در مباحث ابتدای طرح‌ریزی شد، با توجه به مصادیق تغییر کارکرد عقود، عوامل مغیر کارکرد عقود در چهار دسته تقسیم شد: شرط، زمان، وجود شرایط قانونی یکسان و اثر مشترک. در هر کدام از این عوامل مصادیقی در قوانین ایران موجود است و این قوانین نشان می‌دهد که قانونگذار ایران رویه واحدی در برخورد با تغییر کارکرد عقود در پیش نگرفته است؛ هم‌چنان‌که در دکتین حقوقی نیز این مسئله قابل مشاهده است.

در حوزه شرط، ماده ۵۷۷ ق.م.مقرر می‌دارد: «گر کسی مالی برای تجارت بدهد و قرار گذارد که تمام منافع مال مالک باشد در این صورت معامله مضاربه محسوب نمی‌شود و عامل مستحق اجرت‌المثل خواهد بود، مگر اینکه معلوم شود که عامل عمل را تبرعاً انجام داده است.» همان‌گونه که روشن است، قانونگذار در این ماده شرط اینکه سرمایه و سود حاصل آن تماماً برای مالک سرمایه باشد، موجب بطلان عقد نمی‌دانند و از طرف دیگر آن را عقد مضاربه نمی‌شناسد، ولی در اینکه تبدیل به چه عقدی می‌شود، موضعی اتخاذ نکرده است. با وجود این، در ماده ۵۳۲ ق.م.م در موضعی شبیه شرط مذکور مقرر می‌دارد: «در عقد مزارعه اگر شرط شود که تمام ثمره مال مزارع یا عامل تنها باشد عقد باطل است.» علاوه بر این در ماده ۸۰۱ ق.م. آمده است: هبه ممکن است معوض باشد و بنابراین واهب می‌تواند شرط کند که متهب مالی را به او هبه کند یا عمل مشروعی را مجاناً به‌جا آورد.

همان‌گونه که روشن است، با ایجاد برخی از شروط، ارکان ماهوی عقد تحت تأثیر قرار می‌گیرد؛ با این وجود، قانونگذار ایران موضع واحدی در پیش نگرفته است، گاهی از صحت دفاع کرده است و گاهی از بطلان. این اختلاف در دکتین حقوقی نیز نمود پیدا کرده است، لذا در ذیل شرط عوض در عقود مجانی تفصیلهای و نظریات گوناگونی ابراز

داشته‌اند: برخی از حقوقدانان شرط عوض در عقود رایگان را موجب بطلان عقد می‌دانند؛ چراکه معتقد هستند شرط عوض با ماهیت مجانی عقود رایگان در تنافی است و از این حیث بر خلاف مقتضای ذات این عقود است (امامی، ۱۳۷۲، ش، ج ۲، ص ۱۶۵)؛ همچنان‌که شبیه این نظریه را در شرط عوض در وقف می‌توان مشاهده کرد که بسیاری از فقها شرط عوض در وقف را شرط خلاف مقتضای عقد می‌دانند.

عده‌ای از حقوقدانان نیز با الغاء خصوصیت از ماده ۸۰۱ ق.م. در شرط عوض در عقد هبه، هرگونه شرط عوض در عقود مجانی را خلاف شرع و قانون نمی‌دانند و معتقدند عقود رایگان با جعل شرط در ضمن عقد باطل نمی‌گردد؛ زیرا تفاوتی میان عقد هبه با سایر عقود رایگان وجود ندارد و مجانی بودن نقطه مشترک همه عقود رایگان است (همان‌جا). در مقابل از عبارات و کلمات برخی از حقوقدانان چنین استنباط می‌شود که قائل به تفصیل شده‌اند؛ بدین ترتیب که شرط عوض از قبیل تعهدات اصلی عقد باشد، به طوری که ساختمان اصلی عقد را تغییر دهد، در این صورت عقد دچار تحول در ماهیت می‌شود ولی اگر از قبیل تعهدات فرعی باشد و ساختمان عقد را تغییر ندهد، عقد صحیح است و تبدیل به عقد دیگر نمی‌شود.

در حوزه عامل زمان، مصداقی که در این زمینه در قوانین موجود است ماده ۴۶۸ ق.م. می‌باشد؛ این ماده مقرر می‌دارد: «در اجاره اشیاء مدت اجاره باید معین شود و الا اجاره باطل است.» نسبت به بطلان چنین عقدی یا تحول این عقد به عقد دیگر، در میان حقوقدانان اختلافی مشاهده نمی‌شود؛ همچنان‌که بسیاری از فقیهان شیعه و اهل سنت از چنین دیدگاهی دفاع کرده‌اند؛ دقیقاً نقطه مقابل کسانی که معتقد هستند که در صورت عدم تعیین مدت، اجاره به جعاله تبدیل می‌شود.

در حوزه اثر مشترک نیز مصادیق متعددی وجود دارد. ماده ۷۸۵ ق.م. مقرر می‌دارد: «صلح در مقام معاملات هرچند نتیجه معامله را که به جای آن واقع شده است می‌دهد لیکن شرایط و احکام خاصه آن معامله را ندارد و بنابراین اگر مورد صلح عین باشد در مقابل عوض نتیجه آن همان نتیجه بیع خواهد بود بدون اینکه شرایط و احکام خاصه بیع در آن مجری شود.» همچنان‌که در ماده ۷۲۶ ق.م. آمده است: «اگر در مورد حواله محیل مدیون محتال نباشد احکام حواله در آن جاری نخواهد بود»؛ کما اینکه در ماده ۴۶۳ ق.م.

آمده است: «اگر در بیع شرط معلوم شود که قصد بایع حقیقت بیع نبوده است احکام بیع در آن مجری نخواهد بود.»

همان‌طور که از مصادیق بالا برمی‌آید، عملاً قانونگذار ایران رویکرد واحدی نسبت به تغییر کارکرد عقود ندارد: گاهی تغییر کارکرد را موجب بطلان عقود می‌داند و گاهی موجب تغییر ماهیت عقد می‌داند و گاهی معتقد به صحت عقد بدون تغییر ماهیت است و گاهی سخن از کشف اراده واقعی می‌کند.

این اختلاف در رویه قانونگذار و دکترین حقوقی صرفاً در مقام نظری باعث ایجاد مشکلات نشده است، بلکه در مقام عمل نیز باعث ایجاد مشکلات عدیده شده است؛ از جمله اینکه زمینه اختلاف محاکم را فراهم کرده است. جالب‌ترین و آموزنده‌ترین رأی را می‌توان مربوط به اثر اجاره به شرط تملیک یافت. در دادنامه‌ای به شماره ۱۳۲۱۰۲۲۰۶۰۹۹۷۰۹۳ به تاریخ ۱۳۹۳، ص ۱۲ مبنی بر اینکه خواهان اتومبیلی را از خواننده ردیف اول (خانم ف.م.) خریداری کرده و اتومبیل مذکور تحویل خواهان شده است. این در حالی است که خواننده ردیف اول اتومبیل یادشده را از خواننده ردیف دوم به صورت لیزینگ طبق مبایعه‌نامه عادی مورخ ۱۳۸۴، ص ۳ خریداری نموده و مطابق قبوض پرداختی ثمن معامله را به خواننده ردیف دوم پرداخت کرده است. سپس خواننده ردیف دوم از انتقال سند رسمی به نام خواهان خودداری نموده است. در این پرونده، خواهان تقاضای صدور حکم بر محکومیت خواننده ردیف دوم به انتقال رسمی و قطعی خودرو به نام او را نموده است. دادگاه بدوی مستنداً به قولنامه‌های عادی مورخ ۱۳۸۴، ص ۳ و ۱۳۸۷، ص ۳ وقوع بیع را به ترتیب بین خواننده اول با دوم و خواننده اول با خواهان محرز دانسته و حکم به امضای سند انتقال می‌دهد. برعکس، این رأی در دادگاه تجدیدنظر استان، نقض شده است. با این توجیه که خودروی مذکور با قرارداد اجاره مشروط (اجاره به شرط تملیک) از سوی تجدیدنظرخواه به خانم ف.م. اجاره داده شده است و در قرارداد اجاره مهر غیرقابل انتقال درج شده تا مستأجر به عنوان مالک منافع خودرو اجازه انتقال عین را نداشته باشد. قرارداد اجاره مشروط، مالکیتی نسبت به عین خودرو برای خانم ف.م. ایجاد نکرده تا وی آن را به تجدیدنظرخواننده منتقل نماید. به عبارتی، قرارداد اجاره به شرط تملیک برای مستأجر مالکیتی نسبت به عین موضوع قرارداد ایجاد نمی‌کند تا آن را به دیگری منتقل نماید.

نمونه دیگری از اختلاف آرائی که قابل توجه نیز هستند، می‌توان یافت: در دادنامه به شماره ۱۰۱۴۳۱/۲۲۰۹۹۷۰۹۳ مورخه ۱۳۹۳، ص ۱۰ دادگاه در قرارداد اجاره به شرط تملیک خودرو، اراده طرفین را عقد بیع به شرط پرداخت ثمن معامله به نحو تقسیط احراز می‌کند و مقرر می‌دارد در صورت امتناع خوانده از پرداخت اقساط، خواهان صرفاً می‌تواند اقساط معوقه و خسارت تأخیر تأدیه را مطالبه کند. در حالی که در دادنامه به شماره ۸۰۶ مورخ ۹۳، ص ۱۰ دادگاه دیگری می‌نویسد: «[قرارداد منعقد] قرارداد اجاره به شرط تملیک بوده و اساساً نام‌برده مستاجر تلقی می‌شده و مالکیت برای وی با ایجاب مجدد و پس از تأدیه و تسویه تمام مال الاجاره بوده که محقق نشده است و به عبارتی ناقل ملک به وی مالکیتی نداشته و بیع فاسد اثری در تملک ندارد.» در تأیید دادنامه شماره ۷۱۴ مورخ ۱۳۹۲، ص ۸ شعبه ۴۴ دادگاه عمومی حقوقی تهران، دادگاه تجدیدنظر می‌نویسد: «استناد به مواد قانون مدنی راجع به اجاره صحیح نیست؛ عقد اجاره به شرط تملیک از عقود مبتنی بر اصل آزادی قراردادها و منطبق با ماده ۱۰ قانون مدنی است و لذا تکلیف به اینکه تجدیدنظر خواه می‌بایست یا عقد را فسخ کند یا اینکه آن را به همان نحوی که بوده با عیوب آن و با تمام اجرت بپذیرد موجه نیست.»

همان‌گونه که از آراء مذکور پیداست، محاکم در برخورد با اجاره به شرط تملیک گاهی از ماهیت اجاره‌ای آن دفاع کرده است؛ گاهی از ماهیت بیع بودن آن دفاع کرده است و گاهی از ماهیت مستقل آن.

۲. متغیرهای تشتت در قوانین ایران و دکترین حقوقی

تنوع عوامل تغییر کارکرد عقود، اتخاذ راه‌حل منسجم را با مشکل جدی مواجه می‌سازد؛ لذا نه در قوانین ایران و نه در دکترین حقوقی نظریه واحدی ارائه نشده است. به نظر می‌رسد دلیل این تشتت را باید ناشی از نوع و جنس عوامل متغیر کارکرد عقود دانست؛ به عبارت دیگر در انتخاب اینکه تغییر کارکرد عقود، منجر به صحت عقد یا بطلان عقد یا تغییر ماهیت عقد می‌شود، باید متغیرهای مختلفی را سنجید تا به یک نظریه مشخص رسید. این متغیرها عبارت است از:

متغیر اول: تعیین خلاف مقتضای عقد بودن: اولین متغیر تعیین‌کننده، خصوصاً در عامل شرط، باید مشخص کرد که شرط موردنظر برخلاف مقتضای ذات عقد است یا نه؟ در

صورتی که آن شرط برخلاف مقتضای عقد باشد، عقد باطل خواهد شد و در غیر این صورت عقد صحیح است.

البته ناگفته نماند این ظاهر بایستی کنار گذاشته شود. شرط خلاف مقتضای عقد، صرفاً در مواردی عقد اصلی را باطل می‌سازد که طرفین قصد انجام هیچ عمل حقوقی مشروعی را نداشته باشند و برای مثال، اگر طلبکار ابراء مدیون را به انتقال مال دیگری توسط مدیون به خود شرط کند، شرط و ابراء باطل نیست بلکه آن را تبدیل به «تبدیل تعهد» می‌کند. این، علاوه بر آن است که با وجود ماده ۱۰ قانون مدنی یا عقد صلح، چرا رویکرد بی‌اعتباری، انتخاب می‌شود.

متغیر دوم: مقتضای قواعد آمره یا قواعد شرعیه: دومین متغیر تعیین‌کننده این است که آیا عاملی که منجر به تغییر کارکرد عقود می‌شود یا نه، قاعده آمره مرتبط با نظم عمومی یا قاعده شرعی (نامشروع بودن) را نقض کرده است یا نه؟ در صورتی که نقض قاعده آمره یا قاعده شرعی کرده باشد، باید عقد را باطل دانست و در غیر این صورت عقد باطل نیست. نمونه قابل توجه در این زمینه عامل زمان در اجاره است که به اتفاق صاحب‌نظران زمان اجاره باید مشخص باشد و در غیر این صورت عقد غرری خواهد بود و عقد غرری باطل است.

متغیر سوم: توجه به ارکان عقد: سومین متغیر تعیین‌کننده این است که آیا تغییر کارکرد عقد ناشی از تغییر ارکان عقد است یا نه؟ به‌عنوان مثال مطابق ماده ۷۲۴ ق.م. در حواله طلب شخصی از ذمه مدیون به ذمه شخص ثالثی منتقل می‌گردد؛ در نتیجه مدیون بودن به محتال شرط تحقق ماهیت عقد حواله است؛ لذا ماده ۷۲۶ ق.م. مقرر می‌دارد: «اگر در مورد حواله محیل مدیون محتال نباشد احکام حواله در آن جاری نخواهد بود». همان‌طور که روشن است، در صورتی که محیل مدیون محتال نباشد، مطابق ماده ۷۲۶ ق.م. احکام حواله جاری نمی‌شود و این به این معناست که عقد منعقدشده دیگر حواله نیست، بلکه به عقدی دیگری توصیف می‌شود، هرچند به‌مانند بسیاری از مباحث مرتبط با تغییر کارکرد در همین توصیف عقد نیز اختلاف گسترده میان حقوقدانان وجود دارد. در همین مثال، گفته شده است چنین حواله‌ای، ممکن است قرض، هبه یا اعطای نیابت جهت وصول طلب باشد. با این وجود، به اعتقاد برخی اصل در این موارد، وقوع وکالت است و خلاف آن (یعنی قرض یا هبه بودن) نیاز به اثبات دارد.

متغیر چهارم: تفسیر اراده متعاقدين: در صورتی که چندین عقد اثر مشترک داشته باشد، قانونگذار ایران گاهی استقلال عقد را ارج می‌نهد، مانند معاوضه و صلح در مقام معامله و گاهی استقلال عقد را ارج نمی‌نهد و سخن از تفسیر اراده می‌کند، مانند ماده ۴۶۳ ق.م. که مقرر می‌دارد: «اگر در بیع شرط معلوم شود که قصد بایع حقیقت بیع نبوده است احکام بیع در آن مجری نخواهد بود.» روشن است در این ماده، در صورتی که برای قاضی روشن شود که هدف بایع، حقیقتاً بیع نبوده است، احکام شرط بیع را جاری نمی‌داند و روشن‌شدن هدف بایع نیز جز از طریق تفسیر عقد از طریق قرائن لفظیه و حالیه محقق نمی‌شود. به نظر می‌رسد، علت اینکه قانونگذار در برخی موارد از تفسیر سخن می‌گوید (ماده ۴۶۳ مذکور) و گاهی بدون توجه به تفسیر، صراحتاً از استقلال عقود دفاع می‌کند مانند صلح در مقام معامله، حال آنکه در این گونه عقود نیز موقعیت تفسیر عقد وجود دارد و در فقه استقلال این گونه عقود به رسمیت شناخته شده است و لذا با پشتوانه فقهی جایی برای تفسیر نگذاشته است.

۳. حقوق خارجی

در برخورد با تغییر کارکرد عقود، در برخی از نظامهای حقوقی خارجی از جمله حقوق مصر، سخن از تحول عقد به میان آمده است؛ بدین ترتیب که در مواردی که تغییر کارکرد عقود زمینه بطلان عقد را فراهم می‌کند، عقد باطل تبدیل به عقد صحیح جدید با ماهیتی غیر از ماهیت عقد باطل می‌شود. در این بخش ابتدا به بحث تحول عقد و در آخر به تبیین طرح مسئله آنها می‌پردازیم.

۳-۱. تعریف تحول عقد

در عقدی که باطل گشته است، خواه در بطلان مطلق که قانون آن را باطل انگاشته است و خواه در بطلان نسبی که با رد من له الاجازه واقع می‌شود، آثاری قانونی مترتب نمی‌شود. با این وجود، این گونه نیست که مطلقاً هیچ گونه آثاری بر آن مترتب نمی‌شود، بلکه به-تناسب قانون در برخی از موارد آثاری برای آن در نظر می‌گیرد. این آثار را می‌توان به آثار اصلی و آثار عرضی تقسیم کرد. آثار اصلی آثاری است که قانون در جهت استقرار معاملات و حمایت از طرف ذی‌حسن نیت مقرر می‌دارد. از جمله این آثار می‌توان به

حمایت از غیری که حسن نیت دارد، اشاره کرد و قانون در این گونه موارد به حمایت از غیر می‌پردازد و قرارداد را در حق او تنفیذ می‌کند. آثار عرضی نیز عبارت است از آناری که متصف و منتسب به عقد است، از آن جهت که یک واقع مادی است (منصور، ۲۰۰۶م، ص ۲۶۴). بدین ترتیب که گاهی وقتی عقدی باطل می‌گردد، فعل و انفعالاتی در عقد محقق می‌شود که آن عقد را با حفظ ضوابطی منشأ اثر حقوقی می‌کند. البته این فعل و انفعالات مربوط به عملکرد متعاقدين بعد از بطلان عقد نیست، بلکه مربوط به عملکرد متعاقدين قبل از عقد است و بعد از بطلان عقد و افاده آثار عرضی، اراده متعاقدين هیچ تأثیری بر آن ندارد، بلکه خود قانون بما هو قانون مفید آثار عرضی می‌شود.

به‌هر روی یکی از این آثار عرضی، نظریه تحول عقد باطل است. به‌موجب این نظریه، عقد باطل یا قابل ابطال با عنوان عقدی خود، تبدیل به عقد صحیح دیگری با عنوان عقدی متفاوت می‌شود و این عملیات توسط قاضی انجام می‌شود، در صورتی که شرایط مقرر قانونی را داشته باشد. به عبارت دیگر، تحول عقد یک عملیات قانونی است که به‌موجب آن عقد باطل تبدیل به عقد صحیحی می‌شود که عناصر و شروط قانونی آن در عقد باطل موجود است (خمار، ۲۰۱۷م، ص ۱۰؛ بعلی، ۲۰۰۹م، ص ۳۲؛ سفیان، ۲۰۱۸م).

۲-۳. شروط نظریه تحول عقد

برای اعمال نظریه تحول عقد، شروطی ذکر شده است، این شروط عبارتند از: الف) بطلان عقد: اولین و مهم‌ترین شرط اعمال نظریه تحول عقد این است که عقد مبدأ باطل باشد. در بسیاری از قوانین کشورها بطلان یک عملیات قضایی است و به صرف اراده متعاقدين عقد باطل تلقی نمی‌شود؛ بنابراین قاضی برای اینکه اقدام به اعمال نظریه تحول عقد کند، باید ثابت کند عقد باطل شده است والا تحولی عقدی صورت نخواهد گرفت (خمار، ۲۰۱۷م، ص ۵۴).

ب) شمول عقد باطل بر ارکان عقد صحیح مقصد: یکی دیگر از شروطی که در بسیاری از قوانینی که به این نهاد اشاره کرده‌اند، این است که عقد باطل باید ارکان عقد مقصد را دارا باشد. به‌عنوان مثال در ماده ۱۴۴ قانون مدنی مصر آمده است: «اگر عقدی باطل باشد یا اینکه قابلیت ابطال را داشته باشد و ارکان عقد دیگر را داشته باشد، عقد باطل یا قابل ابطال به عقد جدید تبدیل می‌شود اگر نیت متعاقدين به عقد جدید منصرف شود.» بنابراین

شرط در صورتی که عقد باطل شامل عنصر و ارکان عقد دیگر نباشد، تحول عقد انجام نخواهد گرفت؛ هم‌چنان‌که با اضافه کردن عناصر و شروط دیگر نیز این عملیات محقق نمی‌شود (همان، ص ۷۵).

ج) انصراف اراده موجود در عقد باطل به عقد صحیح: طرفداران تحول عقد شرط دانسته‌اند که اراده متعاقدين در زمان انعقاد عقد منصرف و متوجه به عقد صحیح باشد؛ به طوری که اگر می‌دانسته‌اند این عقد باطل خواهد شد، اقدام به انعقاد عقد باطل نمی‌کرده‌اند، بلکه اقدام به عقد صحیح مقصد (عقد جدید) می‌کرده‌اند (همان، ص ۸۶). منظور از اراده در اینجا اراده حقیقی نیست، بلکه اراده احتمالی است؛ بدین معنا که متعاقدين حقیقتاً عقد مقصد را اراده نکرده‌اند، بلکه صرفاً اراده احتمالی آنهاست، به طوری که اگر متوجه بطلان عقد می‌شده‌اند، اراده آن متوجه انعقاد عقد مقصد می‌شد.

بنابر شرط دوم از شروط تحول عقد علت اینکه تحول عقد را باید یکی از نظریات جدید در دکترین معاصر در حوزه تغییر کارکرد عقود دانست، روشن می‌شود؛ چراکه مطابق شرط دوم اگر عقد باطل ارکان عقد صحیح دیگر را داشته باشد، آن عقد باطل است و این اشتراک در ارکان همان نقش تغییر کارکرد را بازی می‌کند. در ادامه با ذکر مثال این مطلب روشن می‌شود. یکی از مثالهای بارزی که در ضمن تحول مطرح شده، بیع بلاعوض است یعنی بیعی که در آن توافق کرده‌اند عوض نباشد؛ در نتیجه چون بیع بلاعوض باطل است و از طرف دیگر ارکان عقد هبه را داراست، تبدیل به عقد هبه می‌شود. روشن است که متعاقدين در این مثال با توافق بر عدم عوض کارکرد عقد بیع که معوض باشد تبدیل به عقد هبه که کارکرد آن اعطای مجانی است، کرده‌اند.

مثالهایی که برای تحول عقد زده شده است با مثالهای مورد بحث در ابتدای مقاله یکی است؛ لذا حقوقدانان معاصر تحول عقد را ریشه در همان دیدگاه مشهور اهل سنت که تفصیلاً مطرح شد، می‌دانند. به هر روی مطابق دکترین معاصر، عقدی که باطل شود و در عین حال کارکرد عقد دیگر را داشته باشد، تبدیل به همان عقد می‌شود ولی اگر عقد باطل نباشد ولو اینکه تغییر کارکرد داشته باشد، اراده متعاقدين حاکم است و عقد مبدأ ملاک خواهد بود. بنابراین در دکترین معاصر تغییر کارکرد یا باعث بطلان عقد می‌شود یا نمی‌شود، در صورت اول تغییر عنوان می‌یابد ولی در صورت دوم عنوان عقد تغییر نمی‌کند.

نتیجه

اشخاص حقیقی یا حقوقی به تناسب نیازها و اهداف خود، اقدام به انعقاد قراردادهای می‌کنند. این حاجتمندی و هدفمندی اقتضا می‌کند قراردادهای متناسب با اهداف و اغراض خود تنظیم و منعقد کنند؛ لذا ممکن است تحت تأثیر اهداف و حاجات خودشان، توافقاتی در ضمن قراردادهای انجام دهند که با کارکرد عقود در تناسب نباشد. این ناسازگاری با کارکرد عقود که منجر به تغییر کارکرد عقود می‌شود می‌تواند در اثر عوامل متعددی همچون شروط ضمن عقد، تغییر در عناصر و محتوای عقد و مخالفت با قواعد خاص عقد مورد نظر شود.

صاحب‌نظران در تعیین وضعیت حقوقی عقود از این دست، به تناسب متغیرهای موجود در فقه‌المعاملات از جمله شرط خلاف مقتضای عقود بودن، خلاف شرع یا قانون بودن و ... پاسخهای متعددی ارائه کرده‌اند. به نظر می‌رسد نقطه کور در این پاسخها توجه به فلسفه جعل معاملات است و آنچه این نکته را تاریک‌تر می‌کند، نگاه صرف و افراطی به قواعد فقه‌المعاملات است. همان‌گونه که برخی از صاحب‌نظران اذعان کرده‌اند، هدف از جعل معاملات تنظیم امور معیشتی مردمان است؛ کما اینکه دیدگاه مشهور فقها که اذعان دارند معاملات به معنی اعم، از حقایق واقعی عندالله نیستند و در عالم واقع و نفس‌الامر، شارع آنها را وضع نکرده است و احکام مربوط به معاملات را امضایی هستند؛ در نتیجه معاملات به مانند عبادات نیستند؛ بلکه اعتبارات عقلایی هستند، در این راستا تحلیل کرد.


بنابر آنچه گفته شد، تغییر کارکرد عقود را باید در راستای فلسفه معاملات که در بالا اجمالاً طرح‌ریزی شد، تحلیل کرد؛ به این ترتیب که متعاقبین با هدف تأمین و تنظیم امور معیشتی خود اقدام به انعقاد معامله می‌کنند، بنابراین تا حد ممکن باید آزادی عمل مردمان جهت تأمین منافع خودشان را محترم بشماریم و بدین ترتیب با نگاه خشک و غیرقابل انعطافی به قواعد فقهی و حقوقی که بی‌شک جنبه اعتباری و برای تأمین مصالح مردمان تعبیه شده است، آنها را نباید در مضیقه گذاشت. بنابر آنچه گفته شد، قول به صحت تغییر کارکرد عقود بدون تغییر عنوان موجه‌تر و با فلسفه معاملات مأنوس‌تر است و در مواردی که تغییر کارکرد عقود با مشکلات جدی مواجه شود، همانند نقض قواعد آمره یا قواعد شرعی و شرط خلاف مقتضای عقد از طریق ابزار تفسیر عقد که غالباً در قالب تغییر ماهیت عقود جلوه می‌کند، از بطلان عقد جلوگیری کرد.

در نهایت پیشنهاد می‌شود: با توجه به اینکه در نظام حقوق ایران، در برخورد با تغییر کارکرد عقود و عوامل مغیر آن، رویکرد واحدی اتخاذ نشده است، با شناسایی عوامل مغیر عقود و طبقه‌بندی آن مطابق با آنچه در بالا ذکر شد، زمینه اتخاذ رویه مشخص و معین فراهم شود و بدین ترتیب از تشتت در نحوه برخورد با این‌گونه عوامل جلوگیری شود.

فهرست منابع

- ابن رجب، عبدالرحمن بن احمد (بی تا). *القواعد فی الفقه الإسلامی*. بیروت: دارالکتب العلمیه.
- ابن عابدین، محمد امین بن عمر (۱۴۱۲ق). *رد المحتار علی الدر المختار*. بیروت: دارالفکر.
- ابن قیم جوزیه، محمد بن ابی بکر (۱۴۱۱ق). *اعلام الموقعین عن رب العالمین*. بیروت: دارالکتب العلمیه.
- ابن مازه، محمود بن احمد (۱۴۲۴ق). *المحیط البرهانی فی الفقه النعمانی*. بیروت: دارالکتب العلمیه.
- ابن نجیم مصری، زین الدین بن ابراهیم (۱۴۱۹ق). *الأشباه و النظائر علی مذهب ابی حنیفه النعمان*. بیروت: دارالکتب العلمیه.
- آل کاشف الغطاء، محمدحسین (۱۳۵۹ق). *تحریر المجله*. نجف: المكتبة المرتضویه.
- امامی، سید حسن (۱۳۷۲ش). *حقوق مدنی*. تهران: اسلامیة.
- بعلی، عبدالحمید محمود (۲۰۰۹م). *دراسة تمهیدیه فی تحول العقود فی الفقه و القانون دراسة مقارنة و موازنة*. دبی: دائرة الشؤون الإسلامية و العمل الخیری.
- البناء، عبیر صالح مهدی (۲۰۲۰م). *تعدي الغرض من العقد (دراسة مقارنة) (رسالة الماجستير)*. كربلاء: جامعة كربلاء.
- بیهقی، احمد بن حسین (۱۴۲۴ق). *السنن الكبرى*. بیروت: دارالکتب العلمیه.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۴ش). *فلسفه اعلی در علم حقوق*. تهران: گنج دانش.
- همو (۱۳۹۳ش). *فلسفه حقوق مدنی*. تهران: گنج دانش.
- الحافی، خالد (۱۹۹۹م). *الاجارة المنتهیه بالتملیک فی ضوء الفقه الإسلامی*. ریاض: مكتبة الملك فهد الوطنية.
- حسینی عاملی، سید محمدجواد (۱۴۱۹ق). *مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- حلّی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق). *قواعد الأحكام فی معرفة الحلال و الحرام*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- حیدر، علی (۱۴۱۱ق). *درر الحکام فی شرح مجلة الأحكام*. بیروت: دارالجلیل.
- خمار، نریمان (۲۰۱۷م). *تحول العقد فی القانون المدني الجزائري (رسالة الماجستير)*. الجزائر: جامعة قسطنطینة.
- خویی، سید ابوالقاسم (بی تا). *مصباح الفقاهة*. قم: انصاریان.
- زحیلی، وهبه (۱۴۳۱ق). *موسوعة الفقه الإسلامی و القضايا المعاصرة*. دمشق: دارالفکر.

- زركشى، محمد بن عبدالله (١٤٠٥ق). *المنثور فى القواعد الفقهية*. كويت: وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية.
- سرخسى، محمد بن احمد (١٤١٤ق). *المبسوط*. بيروت: دارالمعرفة.
- سفيان، سوايم (٢٠١٨م). *نظرية تحول العقد فى القانون المدنى الجزائرى*. مجلة دراسات و أبحاث، ١٠ (٣١)، ٢٨١-٣٠١.
- شهيد اول، محمد بن مكى (١٤١٧ق). *الدروس الشرعية فى فقه الإمامية*. قم: دفتر انتشارات اسلامى.
- طباطبايى قمى، سيد تقى (١٤١٣ق). *عمدة المطالب*. قم: محلاتى.
- طرابلسى حنفى، على بن خليل (بى تا). *معين الحكام فى ما يتردد بين الخصمين من الأحكام*. بيروت: دارالفكر.
- طوسى، محمد بن حسن (١٣٨٧ق). *المبسوط فى فقه الإمامية*. تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.
- عبدالحميد، محمد بن حمد، و الباز، سيرين بنت عيسى (١٤٣٣ق). *قاعدة «العبرة فى العقود بالمقاصد والمعانى لا بالألفاظ و المبانى» دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة بالقانون المدنى الأردنى*. مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة و الدراسات الإسلامية، ٩ (٥٥)، ٩-٩٨.
- فاضل لنكرانى، محمد (١٤٢٥ق). *تفصيل الشريعة - المضاربة، الشركة، المزارعة، المساقاة، الدين، الرهن، الضمان، الحوالة، الكفالة، الوكالة، الاقرار و الهبة*. قم: مركز فقهى ائمه اطهار عليهم السلام.
- فاضل مقداد (سيورى حلى)، مقداد بن عبدالله (١٤٠٤ق). *التنقيح الرائع لمختصر الشرائع*. قم: كتابخانه آية الله مرعشى نجفى.
- فخرالمحققين، محمد بن حسن (١٣٨٧ق). *ايضاح الفوائد فى شرح مشكلات القواعد*. قم: اسماعيليان.
- فيض كاشانى، محمد محسن بن شاه مرتضى (بى تا). *مفاتيح الشرائع*. قم: كتابخانه آية الله مرعشى نجفى.
- قرافى، احمد بن ادريس (بى تا). *انوار البروق فى انواء الفروق*. بيروت: عالم الكتب.
- كاسانى، ابوبكر بن مسعود (١٤٠٦ق). *بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع*. بيروت: دارالكتب العلمية.
- لاريجانى، صادق (١٣٨٤ش). *استدلال در اعتباريات*. پژوهشهاى فلسفى - كلامى، ٦ (٤)، ٤-٣٠. doi: 10.22091/pfk.2005.319
- مجاهد، سيد محمد (بى تا). *المناهل*. قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.

- محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق). *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام*. قم: اسماعیلیان.
- محقق کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴ق). *جامع المقاصد فی شرح القواعد*. قم: مؤسسه آل البيت .
- منصور، محمد حسین (۲۰۰۶م). *النظرية العامة للالتزام*. اسکندریه: دارالجامعه.
- موسوی بجنوردی، سید محمدحسن (۱۴۱۹ق). *القواعد الفقهية*. قم: الهادی.
- Smith, Stephen A. (2003). *Atiyah's Introduction to the Law of Contract*. Oxford: Oxford University Press.