



Description of the Contract in Iranian Law with a Look at Foreign Law and Islamic Jurisprudence

Iman Saleh*, Jalil Ghanavati**

Abstract

The codification of contractual laws necessitates that a contract falls within the protective framework of either definite or indefinite contracts. It is crucial to ascertain the type of the contract based on both evident and latent aspects. A significant matter within the realm of contract law, closely linked to delineating the rights and extent of obligations of the involved parties, is contract description. This issue arises when the parties, either due to unfamiliarity with the contractual system or for various legitimate or illegitimate reasons, select an incorrect title for their contract or enter into a contract with no explicit terms. Consequently, the judge may either deem the parties' choice satisfactory or encounter uncertainties in determining the contract, potentially resulting in deviations in contractual effects. In contemporary times, novel legal relationships emerge among individuals, which necessitates a careful examination to determine the appropriate contractual classification. Consequently, it becomes imperative for the court to devote sufficient attention to the contract description to accurately ascertain and declare the extent of contractual obligations.

The purpose of this research is to effectively assess the true nature of the contract by employing specific criteria and legal tools. The article seeks to

How to Cite: Saleh, I., Ghanavati, J. (2023) Description of the Contract in Iranian Law with a Look at Foreign Law and Islamic Jurisprudence, *Journal of Legal Studies*, 15(3), 1-42.

* PH.D. In private Law, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran. (Corresponding Author) .Imansaleh65.br@chmail.ir

** Associate Prof, Private Law, Faculty of Law, University of Qom campus, Qom, Iran.
j_ghanavati@yahoo.com

address the following questions: What role does the judge play in determining the apparent title of the contract? Can the judge accurately describe the contract type without objection from either party, and in what legal contexts does contract description arise? Is the practice of contract description recognized in the legislation of other countries and Islamic jurisprudence? Furthermore, what criteria should be considered to provide a comprehensive description of the contract title?

The author of the present work believes that when describing a contract, the judge should not be bound solely by the apparent title of the contract. Instead, the judge should discern the true nature of the contract during the legal proceedings and attribute its effects accordingly to the legal relationship between the contracting parties. Through the current research, which incorporates the viewpoints of Imamiyya jurists, as well as jurists from foreign and domestic jurisdictions, and employs a descriptive-analytical approach, the following conclusions have been drawn:

Contract description involves uncovering the underlying essence of contracts by considering the parties' genuine intentions and prevailing customs. In the realm of contract law, the concept of contract description emerges when parties make errors in naming the contract or assign it a misleading title for various reasons. In such cases, the judge should not merely rely on the explicit language of the contract and consider themselves absolved of responsibility. It is insufficient to act solely in accordance with the apparent intentions of the parties. Instead, when dealing with such contracts, the judge must look beyond the surface-level words and uncover the true title or nature of the contract.

The identification of the legal nature of contracts and its application to the legal forms of contracts is a widely accepted and justifiable practice in legal systems worldwide. Nowadays, in international legal documents, there is a prevailing trend to prioritize the true substance of the contract over its apparent form. However, this principle holds true unless the hidden contract is tainted by fraud and deception. In such cases, while the contract may be valid between the parties, it cannot be invoked against third parties. The prevention of formalization in contracts holds great importance for the judge, primarily to avoid falling into the traps of simulation and deviation from the true essence of the contract.

Furthermore, determining the nature of mixed or ambiguous contracts is crucial, as it justifies the need for contract description and assists the judge in uncovering the applicable legal principles governing the contract. In cases where the parties have not specified a particular title for their contract, the judge bears a significantly more significant responsibility. Upon the occurrence of a dispute,

the judge must first ascertain the type of legal relationship involved, as this forms the basis for rendering a judgment in the case.

During the process of contract description, the judge possesses the authority to discern the title of the contract by employing various criteria. These criteria include considering the verbal statements of the contracting parties, giving weight to the true intentions of the parties, and taking into account the customs governing the relevant legal relationships. The language used in the contract plays a significant role in guiding the judge towards understanding the parties' actual intentions, particularly regarding the validity of the contract. However, it is important to note that the wording of the contract serves as a guiding principle for determining the type of legal relationship, rather than being the sole determinant for the inclusion or exclusion of specific contract language. Additionally, prevalent customs within the realm of contract formation, such as guarantees, can help resolve any ambiguities for the court regarding the primary effect of such contracts, aiding in determining their effects and legal implications.

Keywords: Apparent Intention, Contract Wording, Contract Transformation, Contract Description, Formulation.

Article Type: Research Article.

توصیف قرارداد در حقوق ایران با نگاهی به حقوق کشورهای خارجی و فقه اسلامی

ایمان صالح*، جلیل قنواتی**

چکیده

نظام‌مندی حقوق حاکم بر عقود ایجاب می‌کند که قرارداد، زیر چتر حمایت یکی از عقود معین یا نامعین قرار گیرد و لازمه آن کشف نوع عقد از زوایای آشکار و پنهان قرارداد است. هدف از نگارش این مقاله، سنجش صحیح عنوان واقعی عقد از طریق بهره‌گیری از ضوابط مشخص و ابزارهای حقوقی است. سؤال اصلی این است که دادرس در مواجهه با ماهیت‌های حقوقی غیرواقعی، مختلط، مشکوک و یا پنهان در یک قرارداد چه وظیفه‌ای دارد و چگونه باید عنوان صحیح عقد را کشف و بر رابطه حقوقی طرفین حاکم کند؟ این پژوهش با اتکا بر روش توصیفی-تحلیلی بر این باور است که در صورت عدم اعطای وصف صحیح به قرارداد توسط طرفین، قاضی دادگاه می‌بایست در فرآیند دادرسی، بی‌اعتماد به سرپوش ظاهری قرارداد و متکی بر ضوابطی از جمله توجه به قرائن لفظی و شروط قراردادی، حاکمیت اراده باطنی و عرف انگاری حاکم بر معاملات، قصد واقعی طرفین را کشف و سیطره حقوق و تعهدات طرفین را شناسایی کند.

واژگان کلیدی: اراده ظاهری، الفاظ عقود، تحول عقد، توصیف قرارداد، صورت‌سازی.

نوع مقاله: مقاله پژوهشی.

* دانش‌آموخته دکتری، حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه قم، قم، ایران. (نویسنده مسئول).

Imansaleh65.br@chmail.ir

** دانشیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه پردیس فارابی، قم، ایران.

j_ghanavati@yahoo.com

سرآغاز

یکی از مسائل مهمی که در حوزه حقوق قراردادهای جای می‌گیرد و ارتباط مستقیم و عمیقی با شناسایی حقوق و محدوده تعهدات طرفین برقرار می‌کند توصیف قرارداد است. این بحث در جایی پیش می‌آید که گاهی طرفین به دلیل ناآشنایی با نظام قراردادهای و یا به دلیل انگیزه خاصی خواه مشروع یا نامشروع، عنوان ناصحیح برای قرارداد خود انتخاب و یا عنوان عقد را به سکوت برگزار می‌کنند؛ به گونه‌ای که ممکن است دادرسی به عنوان انتخابی طرفین بسنده کند و یا در تعیین مصداق عقد با تردید مواجه شود و به نوعی آثار قراردادی در معرض انحراف قرار گیرد. همچنین امروزه برخی از روابط حقوقی بین مردم شکل می‌گیرد که مسبوق به سابقه نیست و باید بررسی شود ذیل کدامین یک از عناوین عقود قرار می‌گیرند. از این رو، لازم است دادگاه در توصیف قرارداد، دقت کافی به خرج دهد تا بتواند گستره تعهدات قراردادی را به درستی تعیین و اعلام کند. این مقاله درصدد پاسخ‌گویی به این سؤال‌ها است که نقش دادرسی در تعیین عنوان ظاهری قرارداد چیست؟ آیا می‌تواند بدون ایراد یکی از طرفین به نوع قرارداد، اقدام به توصیف صحیح از آن کند و اینکه اصولاً توصیف قرارداد در چه بسترهای حقوقی بروز و ظهور پیدا می‌کند؟ آیا عملیات توصیف قرارداد در حقوق کشورهای دیگر و فقه اسلامی نیز شناسایی شده است؟ فرضیه مقاله این است که دادرسی در توصیف قرارداد، تابع عنوان ظاهری قرارداد نیست و از طریق شروط قراردادی، الفاظ عقود و اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد با بهره‌گیری از عرف معاملات، عنوان عقد را تشخیص و آثار آن را بر رابطه حقوقی متعاقدين بار می‌کند. در همین راستا این مقاله ابتدا به بررسی مفهوم و ماهیت توصیف قرارداد می‌پردازد و سپس جهت تبیین اهمیت جایگاه توصیف عقد، به مظاهر آن در حقوق کشورهای خارجی و فقه اسلامی پرداخته می‌شود و در ادامه به ضوابطی اشاره می‌شود که دادرسی برای شناسایی ماهیت حقوقی رابطه عقدی می‌بایست مورد توجه داشته باشد.

۱. مفهوم و ماهیت توصیف قرارداد

افراد در زمان انعقاد قرارداد، غالباً عنوانی را برای رابطه حقوقی خود انتخاب می‌کنند که این تسمیه در صورت انطباق با ماهیت عقد توسط قاضی مورد توجه قرار می‌گیرد ولی در صورت مخالفت وصف اعطایی با ماهیت عقد یا عدم نام‌گذاری از سوی طرفین، دادرس وظیفه دارد در راستای تفسیر قرارداد، التزام‌های متعاقدین را شناسایی و از طریق قواعد و ضوابط مشخص به توصیف صحیح از قرارداد بپردازد (Suhaili, 2005: 78).

توصیف قرارداد عملیات کشف عنوان صحیح قرارداد از طریق بهره‌گیری از اصول و ضوابط مشخص است. البته همیشه چنین نیست که طرفین عمل حقوقی را توصیف کنند بلکه به‌عنوان مثال در جایی ممکن است دادوستدی انجام گیرد یا مالی در اختیار دیگری گذاشته شود یا تعهدی صورت گیرد، بی‌آنکه عنوانی برای آن انتخاب شده باشد. در ماجرای معروف بریره کنیز عایشه شاهد این‌گونه توصیف هستیم که برای بریره، گوشتی به صدقه آوردند و او آن را به‌عنوان هدیه برای رسول خدا فرستاد، عایشه آن را به سقف آویخت و گفت: رسول خدا (ص) صدقه نمی‌خورد، پس رسول خدا (ص) وارد شد و گوشت را آویخته دید. عایشه گفت: این صدقه است و برای بریره آورده‌اند، شما که صدقه نمی‌خورید، حضرت فرمود: این برای بریره صدقه است اما برای ما هدیه (Sadouq Qomi, 1989: 173). در این روایت ملاحظه می‌شود که رسول خدا (ص) عمل بریره را با توجه به قصد وی از اعطای گوشت، توصیف کرده و ترتب حکم شرعی بر آن یعنی حلالیت گوشت برای پیامبر اکرم (ص) جاری شده است.

۲. ضرورت‌های توصیف قرارداد

یکی از وظایف دادرس در حوزه حقوق قراردادهای شناسایی عنوان صحیح قرارداد است تا از توصیف غیرواقعی طرفین جلوگیری کند و یا اینکه در تشخیص عنوان قراردادهای مشکوک‌الوصف با ماهیت‌های چندگانه راه‌گشا باشد و آثار حاکم بر قرارداد را در مسیر

صحیح هدایت کند. به این ترتیب ضرورت‌های توصیف قرارداد مورد بررسی قرار می‌گیرد تا جایگاه و اهمیت آن در نظام حقوقی ایران روشن شود.

۲-۱. جلوگیری از صورت‌سازی

به‌طور معمول طرفین قرارداد، عنوانی برای رابطه حقوقی خود برمی‌گزینند که چه بسا نتوان به آن اعتماد کرد؛ گاه منافع طرفین اقتضای این را دارد که عنوان ناصحیح را برای قرارداد خود انتخاب کنند و در قالب این صورت‌سازی‌ها به اهداف خود نائل شوند؛ مثلاً برای فرار از مالیات سنگین به عقد هبه عنوان بیع می‌دهند یا در زمانی که بیع کالایی خاص ممنوع می‌شود ممکن است طرفین تحت عنوان وکالت، قراردادی منعقد کنند لیکن قصد طرفین فروش کالا به مشتری باشد که با سرپوش وکالت بلاعزل، کالا را در تصرف مشتری قرار می‌دهند. همچنین برخی اوقات طرفین به جهت عدم آشنایی با عنوان صحیح قانونی، نام دیگری بر قرارداد خود می‌نهند؛ همانند کسی که امانت دادن دوچرخه‌اش را به دیگری تحت عنوان «قرض» نام‌گذاری کند.

۲-۲. تعیین احکام و آثار قرارداد

هدف اصلی دادرس از توصیف قرارداد، شناسایی احکام و آثار صحیح قرارداد است. احکام قرارداد همانند لزوم و جواز، صحت و فساد با انعقاد قرارداد بر عقد بار می‌شود پس با توصیف قرارداد و بسته به نوع عقد مشخص می‌شود طرفین تا چه حد ملتزم به عقد هستند؛ بنابراین اگر قرارداد فی‌مابین طرفین، صلح غیر معوض توصیف شود، لازم است و جز در موارد قانونی قابل فسخ نیست و اگر هبه توصیف شود، جایز (لازم قابل رجوع) و از سوی واهب قابل رجوع است.

بنابراین این دسته احکام، وجود یا عدم وجود آنان دایر مدار توصیف قرارداد است. از لحاظ آثار قراردادی نیز تشخیص نوع عقد از اهمیت زیادی برخوردار است، زیرا گستره حقوق و تعهدات هر یک از طرفین را روشن می‌سازد و سبب تمییز قوانین

تکمیلی عقود مختلف از یکدیگر می‌شود؛ بنابراین روشن است که عنوان قرارداد منعقدہ را نمی‌توان از شرایط و احکام آن تشخیص داد، زیرا لزوم اجتماع شرایط خاص و ثبوت احکام خاص قانونی برای عقد، منوط به تشخیص نوع عقد در مرحله نخست است نه اینکه تشخیص نوع عقد، متفرع بر شناسایی شرایط و احکام عقد باشد (Shahidi, 2006: 108).

گاهی عدم اعطای وصف صحیح به قرارداد موجب ایجاد مسئولیت حقوقی برای یکی از طرفین می‌شود. مثلاً در قراردادهای اجاره مبلغ اصطلاحاً پول پیش به‌عنوان ودیعه و گاهی به‌عنوان رهن توصیف شده است ولی هنگامی که به مقصود واقعی طرفین توجه می‌شود، این عمل نه رهن است و نه ودیعه؛ به دلیل اینکه قصد طرفین نه نگهداری عین پول و استرداد آن و نه وثیقه دین قرار گرفتن است، زیرا موجر حق تصرف در عین پول و استرداد مثل آن را دارد؛ بنابراین با توصیف عمل حقوقی طرفین تحت همان عنوان ظاهری رهن یا ودیعه، آخذ مال (موجر) حق دخل و تصرف در آن را ندارد چون که به استناد ماده ۶۱۷ و ۷۸۹ قانون مدنی ضامن مثل یا قیمت مال می‌شود درحالی که اگر اراده طرفین، تحت عنوان قرض توصیف شود هیچ مسئولیت حقوقی یا کیفری به صرف تصرف در مال و انتفاع از آن به وجود نخواهد آمد. اداره حقوقی نیز در نظریه مشورتی مورخ ۱۳۵۴/۴/۱۰ بیان داشت: «جهیزیه در ایام ازدواج معمولاً در اختیار زوجه است و مورد استفاده خانواده قرار می‌گیرد و به هیچ وجه نمی‌توان زوج را امانت‌دار جهیزیه تلقی کرد ... و در صورتی که بعد از انحلال نکاح، شوهر آنچه از جهیزیه باقی مانده تصرف کرده و از استرداد آن به زوجه امتناع کند، موضوع عنوان جزایی ندارد و فقط از طریق حقوقی قابل مطالبه است». در اینجا رابطه طرفین در استفاده از جهیزیه، اباحه انتفاع است و دادرس عنوان ودیعه را بر آن صادق ندانسته است.

۲-۳. تشخیص ماهیت عقود مختلط

با توسعه زندگی اجتماعی و گسترش فعالیت‌های اقتصادی، افراد به انعقاد قراردادهایی همسو با نیازهای خود مبادرت می‌کنند که از جمله آن‌ها شکل‌گیری قراردادهایی است که واجد چند ماهیت حقوقی است. در این شکل قراردادها یک پیمان، حاوی چند عقد معین است که دادرس را در چیستی نوع قرارداد و شناسایی آثار آن دچار تردید می‌کند. همانند قرارداد مهمانسرا با مسافری که مخلوطی از عقد بیع (فروش غذا، دادن صابون، مسواک، حوله و آب سرد و گرم)، عقد اجاره (استفاده از اتاق)، عقد اجاره اشخاص (استفاده از خدمات کارکنان) و عقد ودیعه (سپردن اموال به صاحب هتل) است؛ بنابراین در اینجا دادرس باید آثار هر عقد را جداگانه بر هر ماهیت حقوقی بار کند یا اینکه قرارداد را جزء عقود نامعین توصیف کند؟ در واقع شناخت قواعد و قوانین حاکم بر این عقود با توجه به توصیفی که از این قراردادها به عمل می‌آید حائز اهمیت است.

۳. زمینه‌های توصیف قرارداد

توصیف عمل حقوقی زمانی قابل توجه است که بستر و موقعیت آن فراهم باشد به نحوی که دادرس به موقع و بر اساس قراردادی که در ماهیت آن دچار تردید شده است اقدام به انجام عملیات توصیف کند. در اینجا به زمینه‌هایی که برای توصیف قرارداد به وجود می‌آید می‌پردازیم.

۳-۱. صورت‌سازی

صورت‌سازی‌هایی که طرفین قرارداد انجام می‌دهند خارج از دو حالت نیست؛ اولین نوع صورت‌سازی جاهلانه است و آن زمانی است که متعاقدين آگاهی لازم از نظام قراردادها ندارند؛ ماهیت توافق خود را به درستی تشخیص نمی‌دهند و به غلط ممکن است عنوان ناصحیح را بر قرارداد خود بار کنند و دادرس را در تشخیص آثار و شرایط

قرارداد منحرف سازند. در این نمونه صورت‌سازی‌ها، 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 عمومی شایع است زمانی که همسایه می‌خواهد برای برگزاری مجلس جشنی، از اثاثیه و لوازم همسایه خود در مدت برگزاری جشن استفاده کند، هنگام مراجعه به همسایه می‌گوید: «این اثاث را به من تا فردا قرض دهید»، در صورتی که مقصود طرفین حقیقت و ماهیت عقد قرض نیست (Shahidi, 2006:109).

در این زمینه هیئت عمومی دیوان عالی کشور در رأی اصراری مورخ ۱۳۴۲/۱۲/۲۲ توجه به عنوان صحیح قرارداد را مورد لحاظ قرار داده است. در این رأی آمده: «فرجام خوانده حسن انجام تعهد پیمانکار را عهده‌دار شده و ملتزم گردیده که هرگونه خسارت ناشی از پیمان را به سود اداره غله و نان متحمل شود. به این عنوان فرجام‌خوانده متعهد است اعمالی را انجام دهد و تطبیق این تعهد با باب ضمان (به شرح مقررات قانون مدنی) به‌طوری‌که در حکم فرجام‌خواسته بیان شده صحیح نیست ولو فرضاً فرجام‌خوانده ضامن و پیمانکار مضمون عنه نامیده شده باشند» (Safai, 2004:49).

صورت‌سازی نوع دوم که به‌طور عالمانه شکل می‌گیرد زمانی است که اعلام صریح عنوان قرارداد از سوی طرفین به صلاح آنان نیست و ممکن است منافع آنان و هدف انعقاد قرارداد را تحت تأثیر قرار دهد و برعکس صورت قبل، دادرس در پی بردن به‌عنوان صحیح قرارداد با دشواری ویژه‌ای روبه‌رو است، زیرا طرفین اصرار بر تظاهر به عقد ظاهری دارند. در پرونده‌ای خواهان به استناد یک فقره قرارداد عادی که در آن قید شده بود: «از مورخ ۱۳۹۵/۸/۲۴ تا مورخ ۱۳۹۷/۸/۱۴ میزان ۶۰۰ گرم طلا به صورت امانت نزد گیرنده طلا است و از مورخ ۱۳۹۶/۵/۲۴ طلاها به صورت اجاره نزد امانت‌گیرنده که تعهد به پرداخت اجاره‌بها ماهیانه به مبلغ ۱۵/۰۰۰/۰۰۰ ریال دارد» مطالبه اصل طلاها به‌علاوه وجه اجاره‌بها را کرد. دادگاه با توجه اینکه لفظ امانت صرفاً عنوان ظاهری است و رکن عقد عاریه و یا ودیعه که قابلیت بقای عین در ید مستودع و مستعیر

است در این عقد وجود ندارد و در عرف کنونی جامعه سپردن طلای مستعمل برای مدت طولانی، ظهور در تملیک آن به خواننده داشته، قرارداد طرفین را قرض توصیف کرد و از طرف دیگر راجع به قسمت دیگر خواسته، چون طرفین برای مشروع جلوه دادن دریافت مبلغ مازاد آن را زیر سرپوش اجاره قرار داده‌اند و در واقع عنوان ربا داشته حکم به بی‌حقی خواهان صادر کرد (Decision No. 9909978546200598 dated 2019/8/19 issued by Branch 12 of the General Legal Court of Justice of Hamadan City).

برخی اوقات نیز در زمان این صورت‌سازی عالمانه، افراد به دنبال اهداف مشروع هستند و عقد ظاهری را وسیله‌ای برای تقرب و ثواب الهی قرار می‌دهند. برای مثال مالکی مایل است که مزرعه خود را به فرزندخوانده‌اش به‌صورت رایگان منتقل کند یا به سود او وصیت کند پس آنچه را به دل دارد به زبان نمی‌آورد؛ مزرعه را به ظاهر می‌فروشد و به وصول ثمن اقرار می‌کند و منافع مزرعه را تا زمان حیات برای خود نگاه می‌دارد ولی در عقد پنهانی، اعلام می‌شود که به سود فرزندخوانده وصیت کرده است و بهای اعلام‌شده در سند صوری است (katouzian, 2001:323). در اینجا برای جلوگیری از به وقوع پیوستن نزاع و کدورت خانوادگی و حفظ احترام و عدم دل‌بریدن از والدین، شخص اراده اصلی خود را علناً اعلام نمی‌دارد و با یک معامله‌ای که شخص به‌طور عادی ممکن است نسبت به اموال خود انجام دهد، تظاهر به بیع می‌کند.

۳-۱-۱. صورت‌سازی در حقوق کشورهای خارجی و اسناد حقوقی

یکی از نهادهای حقوقی در حقوق کشورهای اروپایی نظریه شبیه‌سازی عقد^۱ است؛ به‌طوری‌که طرفین به جهت اشتباه یا به عمد برای رسیدن به مقاصد خاص، عنوان و نام عقد را پنهان می‌کنند. در ماده ۱۸ قانون تعهدات سوئیس مقرر شده است: «برای ارزیابی شکل و شرایط یک عقد، باید به جستجوی قصد حقیقی و مشترک طرفین بپردازیم بدون این‌که خود را به الفاظ یا نام‌گذاری نادرستی که آنان خواه به اشتباه و خواه به

منظور مخفی نگاه داشتن ماهیت واقعی قرارداد به کار برده‌اند مقید بدانیم). آنچه در سیمولاسیون مطرح است دو قرارداد ظاهری و پنهانی است به طوری که طرفین قصد واقعی خود را در عقد پنهان منعکس می‌کنند و در قرارداد ظاهری آن را افشا نمی‌کنند^۱. در واقع، قرارداد ظاهری منعکس‌کننده توافق واقعی آنان نیست بلکه می‌بایست بین طرفین قرارداد واقعی ملاک باشد (Henri, 2008:180). این غلبه قرارداد حقیقی، ناشی از اصل آزادی قراردادی عنوان شده است (Henri, 2008: 425). پس در حقوق خارجی نیز تشخیص ماهیت و طبیعت اصلی عقد اهمیت دارد؛ مثلاً گاهی بین طرفین، عقد هبه تحت عنوان فروش مال توصیف می‌شود ولی یک توافق پنهان جهت عدم پرداخت ثمن (عقد هبه) بین طرفین وجود دارد (Von Bar et al, 2009:640).

در اسناد اروپایی نیز نظریه سیمولاسیون شناسایی شده است؛ از جمله در سند حقوقی اصول حقوق قراردادهای اروپایی مقرر شده است: «در صورتی که طرفین، یک قرارداد به صورت ظاهری و یکی به صورت پنهانی منعقد می‌کنند، قرارداد پنهان از حیث حقوقی برای آنان الزام‌آور است مگر در صورت تقلب (PECL, 2008: Art-7:108). همچنین در مقررات دیگری چون دی سی اف آر نیز نظریه سیمولاسیون به این ترتیب پیش‌بینی شده است: «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» (DCFR, 2008, art: II. 9:201). البته شخص ثالثی که به طور 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؛ مثلاً اگر A و B قراردادی منعقد کنند و ضمن عقد، شرطی به نفع ثالث قرار دهند که حق الزام A را به اجرای شرط داشته باشد. اگر شخص ثالث بر اساس رفتار متعارف و حسن نیت هزینه‌هایی به جهت اعتماد به آن شرط متحمل می‌شود مستحق استناد به آثار ظاهری قرارداد است

۱. مشابه آن در فقه اسلامی، گفتن کلامی و اراده کردن خلاف معنای ظاهر آن را توریه گویند.

(Von Bar et al, 2009:641). این استثنا برگرفته از نظریه اعتماد است که در حقوق اروپایی بر این مبنا است که تعهد گاهی ناشی از اراده متعهد نیست بلکه اعتماد و انتظار از رفتار دیگری مبنای تعهد است؛ بنابراین ثالث با حسن نیت می‌تواند به عقد ظاهری استناد کند و توافق مخفی متعاقدين را نادیده بگیرد.

۳-۱-۲. صورت‌سازی در فقه امامیه (حیل شرعی)

در فقه نیز ظاهرسازی در عنوان عقد توجه شده است که از آن به «حیل شرعی» یاد می‌شود (Helli, vol.2, 2000, 321). حیل در لغت به معنای مهارت در تدبیر امور از طریق هدایت فکر به مقصود است (Fayoumi Makri, n.d, vo.2: 157). در اصطلاح، حیل شرعی حفظ ظاهر قوانین شرع است اگرچه روح قانون در آن موجود نیست مثل بیع ربوی که روح بیع در آن مفقود است (Makarem shirazi, n.d: 14). پس معنای لغوی و اصطلاحی از یکدیگر دور نیفتاده‌اند. حیل، غالباً برای فرار از امر حرام به کار می‌رود؛ مثلاً معامله محاباتی به شرط قرض با غرض فرار از ربا. البته باید توجه داشت گاهی بر مبنای اراده جدی و دوری از امر حرام به سمت حلال، طرفین روی به انعقاد عقدی می‌آورند؛ مثلاً ممکن است شخص برای فرار از خمس، مال خودش را در اثنای منتهی به سال خمسی رهن دین دیگری قرار دهد یا آنچه سود ناشی از قرض است به صورت بیع یا هبه به قرض دهنده تملیک کند که برخی به جواز و حلیت توسل به این عقود، برای فرار از حرام نظر دارند مگر آنچه به تضييع حقوق عامه مردم بیانجامد (Kashif Al-Ghitaa, 2002: 138). البته حیل‌های شرعی در صورتی جایز است که قصد متعاملین انعقاد عقد مشروع باشد و صرفاً شرطی را به کار برند تا از حرام دوری کنند؛ بنابراین اگر برای تخلص از ربا، دو چیز به تساوی با یکدیگر فروخته شود و مازاد به فروشنده بخشیده شود نمی‌توان به این دلیل که مقصود واقعی فرار از رباست نه هبه به قصد متعاملین ایراد گرفت، زیرا در انعقاد عقد، قصد جدی لزوماً بر انعقاد عقد حقیقی (همانند بیع) می‌بایست وجود داشته باشد ولیکن قصد تمام غایات مترتب بر عقد لازم

نیست بلکه قصد برخی از غایات عقد نیز کفایت می‌کند (Bahrani, 1944, vol.25: 378). پس استفاده از الفاظ ظاهری بیع یا هبه موجب تغییر عنوان واقعی ربا یا رشوه نمی‌شود، زیرا تغییر موضوع، موجب تغییر ماهیت حکم حرمت نمی‌شود به این دلیل که اغراض اصلی و واقعی ملاک است. این صورت از حيله شرعی که به قصد ارتکاب حرام شکل می‌گیرد همان تقلب نسبت به قانون است که به انگیزه مشروع جلوه دادن عمل حرام است. در واقع عمل صوری که برای تقلب نسبت به قانون مورد استفاده قرار می‌گیرد وسیله حقیقی نیست و دادگاه به محض اثبات صوری بودن می‌تواند آن را بی‌اثر کند (kazemi, Qadir, 2019: 73).

پس به نظر می‌رسد مخالفت با مدلول قوانین آمره همچنان که مستقیماً جایز نیست به‌طور غیرمستقیم یعنی از راه ارتکاب اعمال حقوقی به ظاهر مجاز هم جایز نیست. در این زمینه عده‌ای بر مبنای نقض غرض، بطلان حيله را توجیه می‌کنند، زیرا به کار بردن حيله، موجب نقض غرض شارع است و حکم به بطلان مشروعیت آن می‌شود (Najafi, 1984, vol. 32: 202). پس در جایی که غرض شارع از نهی ربا به عدم گرفتن زیادی تعلق گرفته است نمی‌توان با قرار دادن مبلغ مازاد در عقد جداگانه‌ای، به مقصود نهایی که گرفتن رباست نائل شد و منطبق عقل و شرع، عقد را نفی می‌کند.

البته گاهی ولو به انگیزه حتی مشروع، اراده جدی بر انعقاد قرارداد نیست که بدون شک عقد به جهت فقدان قصد باطل است (العقود تابعه للقصود)؛ مثلاً در بین فقها قرار دادن مهریه ظاهری اگرچه حيله شرعی نیست ولی در عقد نکاح مصداقی از صورت‌سازی است. در این مورد، خانواده‌ها جهت نشان دادن شأن و شوکت زن و تحکیم بنیان خانواده، اقدام به قرار دادن مهریه صوری می‌کنند در حالی که در خفاء بر یک مهریه دیگر توافق و تبانی کرده‌اند. شیخ طوسی در این زمینه بیان داشته: اگر در عقد نکاح به‌طور سری بر روی مهریه‌ای توافق شود ولی در علن و آشکار، مهریه‌ای را خلاف توافق اول اعلام کنند، همان مهر اول ملاک است (Tusi, 1968: 291) همچنین صاحب جواهر نیز معتقد است مهریه سری چه بیشتر و چه کمتر از مهریه علنی باشد

معتبر است و مهریه ثانی لغو است و در مسئله اختلافی قائل نشده است (Najafi, 1984: 37). شهید ثانی در مسالک نیز با این بیان که اگر زوجین توافق کنند بر این که مهر را دو هزار درهم اظهار دارند ولی در باطن اکتفا بر هزار درهم ضمن عقد کرده باشند، باید به معانی و مقاصد آن الفاظ توجه شود (Ameli, vol. 8, 1993: 187). همان گونه که ملاحظه می شود این قبیل صورت سازی ها بر اساس انگیزه ای مشروع شکل می گیرد و قصد تقلب و حيله در آن وجود ندارد و طرفین قصد این را ندارند که با این قبیل صورت سازی ها ضرری به دیگری وارد کنند، منافع جامعه را به خطر اندازند و یا از مقررات قانونی تخلف ورزند.

۳-۲. عقود مختلط

با پیشرفت و توسعه جوامع و پیچیده تر شدن روابط حقوقی، عقود نوظهور پا به عرصه نهادند که سابق بر آن نمونه ای نداشت. این گونه عقود حاوی چند ماهیت حقوقی است به صورتی که با یک انشاء، چند عنوان قرارداد ظاهری به چشم می خورد. حال این سؤال ممکن است مطرح شود که این نوع قراردادها تابع کدام یک از این اقسام عقود است و احکام چه نوع قراردادی بر این گونه توافقات حاکم است؟ این بحث نیز تابع توصیف ما از این نوع قراردادهاست.

عقد مختلط^۱ که به عقد مرکب نیز شهرت دارد عبارت است از عقدی که از ترکیب چند عقد با ماهیت های مختلف به وجود آمده و ماهیت های حقوقی یگانه ای را پدید آورده، به طوری که هر یک از عقود، عنوان اولی خویش را در ترکیب از دست داده است (Qanvati, Vahdati shobeyri, Abdipoor, 2000: 194). در این نمونه عقود، انشاء واحدی صورت گرفته است ولی در دل خود، دارای ماهیت چندگانه ای هستند که شاید در لحظه انعقاد عقد، طرفین به وجود آنها توجه درخور نداشته اند. مثلاً در قرارداد

مهمانسرا، شخص برای اقامت به مهمان‌پذیر یا هتلی مراجعه می‌کند. پس از توافق صاحب هتل با مسافر، وی اشیای قیمتی خود را نزد صاحب هتل به امانت می‌نهد و برای استراحت به اتاق می‌رود و لحظه‌ای بعد کارکنان خدماتی هتل به درب اتاق وی می‌آیند و غذا و نوشیدنی به وی می‌دهند. در این قرارداد مخلوطی از عقود معین از جمله اجاره (اقامت در اتاق)، ودیعه (امانت اشیاء نزد صاحب هتل)، بیع (تملیک غذا و صابون و حوله) و اجاره اشخاص (استفاده از خدمات کارکنان) وجود دارد یا در قرارداد انشعاب، مشترک در جهت استفاده از خدمات آب، برق و گاز، مبلغی پول به سازمان‌ها و شرکت‌های مربوطه پرداخت می‌کند که مأمورین سازمان، اقدام‌های لازم برای تسهیل بهره‌برداری از این امکانات را فراهم کنند (اجاره) و سازمان نیز وسایل و تأسیسات لازم را در ملک شخص قرار می‌دهد (بیع).

۳-۲-۱. توصیف عقود مختلط

در رابطه با این مسئله که راجع به عقودی که در بردارنده قراردادهای ظاهری مختلفی هستند باید بر چه طریقی مشی کرد و این عقود را تابع کدام‌یک از عقود معین دانست تا انضباط حاکم بر این نوع عقود حاصل آید دیدگاه‌های مختلفی ابراز شده است. ابتدا این نظرات بیان می‌شود و در آخر تحلیل مناسب‌تر با سیستم حقوقی ایران برگزیده می‌شود.

الف. غلبه عقد اصلی

برخی معتقدند در حقوق ایران قراردادهای مختلط را می‌توان به قرارداد اصلی و شروط مندرج ضمن آن تلقی کرد؛ به این صورت که در بین کالاها و خدمات ارائه شده هر کدام که عرفاً مهم‌تر و اساسی باشد آن را موضوع اصلی عقد دانست و سایر موضوع‌ها را مورد شرط مندرج ضمن عقد معرفی کرد (Shahidi, 2006: 113). مثلاً وقتی مسافری در هتل، اتاقی کرایه می‌کند، چند تعهد در کنار هم وجود دارد: در اختیار گذاشتن اتاق و لوازم مورد نیاز، نگهداری اموال همراه مسافر، تأمین غذا و غیر این‌ها؛ ولی آنچه تعهد اصلی

است و حالت محوری دارد در اختیار گذاشتن اتاق و لوازم موجود در آن است و تعهدات دیگر که احیاناً مستلزم تملیک عین هستند فرعی است و باعث نمی‌شود که عقد اجاره به قرارداد دیگری تبدیل شود (Qanvati, Vahdati shobeyri, Abdipoor, 2000: 195).

ب. وحدت مطلوب و تعدد مطلوب

برخی عقیده دارند در عقود مختلط، اگر تعدد مطلوب در نظر عاقدین باشد عقد مرکب است و احکام هر دو عقد باید در نظر گرفته شود ولی اگر وحدت مطلوب مدنظر آنان است عقد بسیط است؛ مثلاً در مورد خیاط و صحاف دو عقد اجاره و ودیعه وجود دارد اما در اینجا تابع و متبوع را باید دخالت داد و عمل صحاف متبوع است و باقی تابع و فرع است پس وحدت متبوع حاکی از وحدت مطلوب است (Jafari langroudi, 2003: 126). پس در عقود مرکب که تعدد مطلوب معیار تمیز آن از عقود بسیط است مثل بزازی که ده متر پارچه را در مقابل نقاشی ساختمان معینی به شخص نقاش می‌فروشد، ثمن این بیع، کار مشتری است و این بیع، هم آثار بیع و هم آثار اجاره را دارد و تا جایی که ممکن است باید مقررات این دو عقد اجرا شود (Jafari langroudi, 2008: 38)؛ بنابراین طبق این دیدگاه به نظر می‌رسد که در عمل صحاف و خیاط آنچه مطلوب طرفین است عقد اجاره اشخاص است و آثار عقد اجاره، غرض نهایی متعاقدين از تشکیل عقد بوده است.

ج. انحلال عقد مختلط به عقود متعدد

برخی معتقدند با توجه به اینکه انسان در تشکیل قرارداد و انتخاب نوع آن آزاد است این قدرت را نیز دارد که چند عمل حقوقی را با یک انشاء پدید آورد که در این فرض، اصولاً عقد واحد به اعتبار تعدد مورد به چند عقد، تجزیه می‌شود و هر عقدی تابع احکام و شرایط خاص خود است (Qasimzadeh, 2008, 43). منظور این است که بر حسب تعداد عقود که در دل این انشاء واحد وجود دارد، توصیف عقد داریم.

به نظر می‌رسد تعهداتی که در این‌گونه قراردادها شکل می‌گیرد در عرض یکدیگر قرار دارند و نمی‌توان عقد را تابع یکی از عناوین عقود معین دانست؛ مثلاً وقتی مسافر، بلیتی را از شرکت هواپیمایی تهیه می‌کند، قراردادی میان او و شرکت به وجود می‌آید که بر اساس آن، شرکت متعهد است وی را توسط هواپیما از مبدأ معین به مقصد مشخص منتقل کند ولی در تحلیل حقوقی، این قرارداد متضمن چند اجاره و تملیک است: مسافر با خرید بلیت، صندلی هواپیما، خدمه پرواز، بخشی از فرودگاه مبدأ و مقصد را به خدمت خود می‌گیرد و غذا و نوشیدنی نیز در اختیار او قرار می‌دهند که از نظر عرفی، نوعی ترکیب مزجی بر همه این تعهدات سایه افکنده و نمی‌توان نام آن را بیع یا اجاره نهاد (Qanvati, Vahdati shobeyri, Abdipoor, 2000: 196).

د. نظر برگزیده

از جمع نظریات به نظر می‌آید این نوع عقود را باید به دو دسته تقسیم کرد: دسته اول عقود هستند که طرفین با انشاء واحد آثار متفاوتی را از آنان اراده کرده‌اند؛ به عبارت دیگر طرفین می‌خواهند وحدت انشای آنان موجب تعدد منشاء شود، زیرا متعلق قصد انشاء که منشاء است یک موجود اعتباری است (Jafari langroudi, 2008: 76)؛ بنابراین اگر با یک انشاء، ماهیت‌های عقود مختلف در آن پدیدار شود به سان این است که چند انشاء گوناگون کنار هم قرار گرفته است و در نظر عرف نیز عقود جزء، شخصیت خود را از دست نمی‌دهند و بر هر کدام قواعد خاص خودش حکومت می‌کند؛ مثل بیع کالا در مقابل انجام عملی (نقاشی یا خیاطی) توسط مشتری که هر کدام از عقود بیع و اجاره در این قرارداد مشاهده می‌شود و اراده طرفین بر ایجاد آثار این عقود نیز عرفاً و با قرائن قوی تعلق گرفته است. در دسته دوم، یکی از آثار عقود چهره نمایان‌تری دارد و قرارداد اصلی محسوب می‌شود و سایر تعهدات، ضمنی و به صورت فرعی و تبعی است. در قرارداد مهمانسرا آنچه قصد اصلی به اسکان و محلی برای اقامت تعلق گرفته است و استفاده از آب حمام، خوردن غذا و ودیعه اشیاء و لوازم جنبه تبعی دارد و

شخص برای ودیعه قرار دادن اموالش به هتل یا مسافرخانه نمی‌رود بلکه برای مدتی اقامت در آن محل را خواستار است. به قول حقوقدان معروف مصری در این موارد می‌بایست با توجه به عنصر اساسی موجود در قرارداد یکی از این عقود غلبه پیدا کند (Sanhouri, n.d: 157)؛ بنابراین هدف اصلی از قرارداد، استیجار است نه ودیعه قراردادن اثاثیه یا استفاده از خدمات کارکنان.

به نظر می‌رسد با توجه به ماهیت اصلی قرارداد، رابطه حقوقی طرفین توصیف می‌شود و دخالت ماهیت‌های فرعی تأثیری در تغییر توصیف قرارداد اصلی ندارد و دادرس جهت توصیف می‌بایست توجه کند که غلبه با کدام یک از عقود است و بر اساس آن توصیف، آثاری را که باید بر قرارداد طرفین حاکم شود شناسایی کند؛ بنابراین بر اساس یک تلقی واقع‌گرایانه به نظر می‌رسد متعارف این است که تعهد قراردادی مزبور به صورت خاص مورد ارزیابی قرار گیرد و مشخص شود با توجه به اوضاع و احوال موجود، چه رژیم قانونی مناسب‌تر بر این عقود است (Markesinis, Unberath, Johnston, 2006: 163).

۳-۳. تحول عقد

در ابتدا حقوق رومی- ژرمن مبتنی بر رعایت تشریفات در انعقاد قرارداد بود؛ به نحوی که می‌بایست از الفاظ یا اشارات یا کتابت برای انعقاد عقد استفاده می‌شد والا عقد یا التزامی شکل نمی‌گرفت (Sanhouri, n.d: 142). با این حال امروزه نیز لفظ و کتابت به عنوان متعارف‌ترین ابزار انشاء عقود محسوب می‌شود (Qanvati, Vahdati, Abdipoor, 2000: 286-287). بر همین اساس نظریه‌ای در حقوق غرب و سپس حقوق کشورهای عربی ظهور یافت که الفاظ را صرفاً وسیله ابراز اغراض تلقی کردند. این نظریه به دنبال تحقق اهداف و اغراض اقتصادی و اجتماعی قرارداد و به منظور حفظ آثار انشائی قرارداد، درصدد اعطای آثار عقد صحیح بر قرارداد برآمد. بر اساس این نظریه در صورت تحقق عقد باطلی که ارکان عقد صحیح در آن وجود دارد باید الفاظ

عقود را متوجه عقد صحیح کرد البته به شرط آن که عقد دوم از قصد طرفین فاصله نگرفته باشد.

۳-۳-۱. مفهوم و سابقه تحول عقد

تحول عقد در حقوق کشورهای اروپایی ضرورت تغییر عمل حقوقی است به منظور رسیدن به مقصود و حفظ هدف معامله در شرایطی که عمل و قصد طرفین با عمل حقوقی دیگر مطابقت دارد (Zimmermann, 1990:683).

برخی حقوق دانان عرب با پیروی از حقوق اروپایی معتقدند، زمانی که عمل حقوقی باطلی مشتمل بر عناصر عمل حقوقی دیگری باشد پس این عمل آخر، ملاک است و این زمانی است که بتوان فرض کرد که طرفین در صورت علم به بطلان تصرف اول، تصرف اخیر را اراده می‌کردند (Alsada, 1974: 446). در واقع تحول عقد بدل از عقد ساقط شده‌ای است که طرفین قصد ابرام آن را داشته‌اند مشروط بر این که نیت طرفین مرتبط و منصرف به عقد دیگر باشد (Faraj, 1993, 197). در تحول عقد، الفاظ با قصد قراردادی فاصله گرفته است و به اصطلاح طرفین سفره‌ای را برای تشکیل عقد پهن می‌کنند که ظرف با طعام مطلوب طرفین سازگاری نداشته و امکان بهره‌برداری از ثمره آن در قالب پیش ساخته فراهم نیست.

این نظریه در حقوق آلمان توسط نویسنده آلمانی فردیناند هارپرشت^۱ در سال ۱۹۷۴ میلادی تحت عنوان انتقال مبادله از جایی به جای دیگر مطرح شد (Zimmermann, 1990:683). در ماده ۱۴۰ قانون مدنی کشور آلمان مقرر شد: «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».

1. Ferdinand Harpprecht

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 و ماده ۱۲۷ قانون معاملات مدنی عمان مصوب ۲۰۰۳، به صورت صریح و با عبارت یکسانی نهاد تحول عقد به صورت یک قاعده پیش‌بینی شده است.^۱

۳-۳-۲. مصادیق تحول عقد

شناسایی مصادیق می‌تواند به‌عنوان یکی از طرق کشف مفهوم این نهاد و امکان پذیرش آن به‌عنوان زمینه توصیف عقود کمک کند و از طریق استقراء بتوان قاعده‌ای در راستای پذیرش آن اصطیاد کرد.

الف. بیع بلائمن و اجاره بدون اجرت

جوهر بیع و اجاره را باید مبتنی بر وجود ثمن و اجرت دانست؛ به‌نحوی که اگر این مقتضای اصلی از آن‌ها گرفته شود هیچ‌گاه به مرحله تکامل نمی‌رسند و اثر مطلوب را بر جای نمی‌گذارند. در واقع تصور بیع و اجاره بدون عوض از دیدگاه حقوق و داوری عرف ممکن نیست. باین حال آیا در چنین فرضی یا حتی در وضعیتی که ثمن یا اجرت ناچیز باشد (همانند یک دسته‌گل یا یک عدد کتاب در مقابل فروش یا اجاره منزل) عمل حقوقی دیگری از دیدگاه عرفی و با رعایت قواعد فقهی حقوقی قابل‌شناسایی

1. If the contract is null or subject to nullification and the elements of another contract are available in it, then the contract is valid as the contract whose elements are available, if it appears that the intention of the contracting parties was to conclude this contract. (In Article 191 of the Kuwaiti Civil Code of 1980 A.D., where the phrase is a source of a legal statement and a decision issued by it: 1- If the contract is null or invalid, and it is possible to extract from it the necessary elements for another contract other than it, then this other contract is established. 2- Acceptance of the contract to which the transformation becomes available is considered available if it turns out that the two contracting parties wanted it, if they knew of the nullity of the contract that they originally intended to conclude. e).

است؟ در واقع این سؤال پیش می‌آید که آیا ممکن است شرط بیع بلائمن یا بدون اجرت مغیّر عنوان عقد باشد و در عالم حقوق دارای نفوذ باشد؟ در نگاه اهل سنت اگر بیع بلائمن واقع شود باید به صورت مجاز حمل بر هبه شود، زیرا قاعده اذا تعذرت حقیقه یصار الی المجاز مُجری است؛ به این معنا که اگر حمل معنای حقیقی دشوار باشد معنای مجاز آن لحاظ می‌شود (Baali, 2009: 25). نگاه این دسته بر اساس قاعده «إعمال الکلام اولی من اهماله» این‌گونه است که حمل کلام متکلم تا جای ممکن که تعذری نباشد جایز است (Kahel, n.d: 166). حقوقدان مصری بیع به جهت ناچیز بودن ثمن را باطل می‌داند ولیکن چون عناصری مثل ایجاب و قبول و قصد تبرع در آن وجود دارد، عقد را به هبه قابل تحول دانسته است (Sanhoury, 2012: 634).

در میان فقهای شیعه اختلاف نظر است؛ به نحوی که عده‌ای در بیع بلائمن و اجاره بدون اجرت، معتقدند اگر قید بلائمن و بدون اجرت، داخل در انشاء بیع و اجاره شده باشد عقد باطل است و الفاظ کنایی و مجاز و مشترک، صلاحیت انشاء عقد را ندارند (Naini, 1993: 281). برخی نیز بیع بلائمن توأم با قرینه کلامی عاقد را هبه پنداشته‌اند، زیرا عقد حاوی معنای هبه است و از طرفی غلبه نیز با صحت عقد است (Najafi, 2002: 279). فقهای قرن حاضر نیز معتقدند (Makarem Shirazi, 2005: 148) در بیع بلائمن و اجاره بدون اجرت ضمان منتفی است چون از مصادیق هبه و عاریه قلمداد می‌شوند. در واقع گرایش غالب در بیع بدون ثمن و اجاره بدون اجرت به سمتی سوق یافت که عقد را به حسب ارکان صحیح آن لحاظ می‌کنند، چون به راحتی نمی‌توان از اراده انشایی طرفین عبور کرد و هیچ‌گونه اثری بر آن مترتب ندانست. به این ترتیب باور امامیه بر این است که در این فرض، اگرچه دو عقد فاسد شکل گرفته است لیکن عقود صحیح دیگری به نام هبه و عاریه منشأ اثر حقوقی قرار می‌گیرد، زیرا انشاء با لفظ دیگری که همراه با وجود قرینه باشد، صحیح است (Bahr al-Uloom, 1983: 72).

ب. بیع الوفاء (بیع شرط)

در بیع شرط یا بیع الوفاء، بایع قصد قطع کردن علقه مالکیت خود را از مبیع ندارد و به جهت دوری از ربا و نیاز داشتن به وجه نقد این نوع بیع را منعقد می‌کند (Subhani, 2004: 65). پس هدف نهایی بیع شرط ایجاد نوعی مالکیت موقت برای خریدار است؛ به گونه‌ای که مالکیت مشتری بر مبیع متزلزل است و تصرف تام نمی‌تواند در مبیع کند، زیرا جنبه تضمین و تأمین برای بازپرداخت ثمن را دارد. از این روست که برخی فقهایان معتقدند بیع شرط، حکم رهن را دارد، زیرا مشتری حق فروش مال به غیر را ندارد (Sadi, 1988: 384) و خریدار شرطی می‌بایست صرفاً به دیده مال مرهون به مبیع نظر داشته باشد. پس در عقد بیع شرط نیز همانند رهن، نوعی حق بر مبیع تحقق پیدا می‌کند که بیشتر جنبه عینی دارد که در هر دو عقد، تصرف در مبیع مشروط به عدم انجام تعهد از سوی بایع (راهن) است.

فقها غایت تشریح این نوع بیع را تصرف در ثمن دانسته‌اند (Ansari, 1990: 53) و صرفاً نیز تصرف مشتری در مبیع جنبه فرعی دارد و استقرار مالکیت و حق تصرف حقوقی معلق بر عدم تأدیه ثمن است. به همین دلیل عقد را می‌توان رهن تلقی کرد و صرف نظر از اینکه با لفظ بیع منعقد شده است لیکن قصد مشتری از اخذ مبیع، نوعی تأمین و وثیقه جهت وصول طلب خویش است. ماده ۴۶۳ قانون مدنی نیز که بیان می‌دارد: «اگر در بیع شرط معلوم شود که قصد بایع به حقیقت بیع نبوده است، احکام بیع در آن مجری نخواهد بود»، دلالت بر توجه به عقد مخفی دارد و دادرس با ابزارهایی که در اختیار دارد، بایستی کشف مقصود کرده و به توصیف قرارداد بپردازد. 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 شاهدی بر عدم توجه به عقد ظاهری است.

ج. شرط تمام ربح برای مضارب یا مالک سرمایه

یکی از ارکان عقد مضاربه شرکت طرفین در سود حاصل است، زیرا در مضاربه مال از طرف مالک و کار از سمت عامل است و این امر اقتضای شرکت را دارد و شرط مخالف با حالت اشاعه، موجب بطلان عقد است (Helli, 1994: 52). از دیدگاه اهل سنت نیز شرکت عامل و مالک در سود، رکن عقد تلقی می‌شود و در صورت شرط تمام سود برای یک طرف، عقد مضاربه به دلیل خارج شدن از حالت شرکت باطل می‌شود (Alsivasi, n.d: 178). منتها در اینجا سؤال این است که آیا با شرط تمام سود برای عامل و یا مالک، عقد باطل به عقد صحیح دیگر تحول می‌یابد؟

از دیدگاه اهل سنت در صورت شرط تمام سود برای عامل، عقد قرض و برای مالک سرمایه، عقد بضاعت تشکیل می‌شود (Hanafi, 2002: 301). در میان فقهای امامیه نیز شرط تمام ربح برای مالک یا عامل غریب نیست و اگر شخصی بگوید که: این ده تومان را ببر تجارت کن و هر چه ربح می‌شود برای تو باشد؛ می‌فهماند که مقصود وی قرض دادن است (Muhaddith Qummi, 2003: 352) و اگر تمام ربح برای مالک باشد بضاعت است و صرفاً اجرت‌المثل به عامل می‌رسد (Qarpoozabadi, 1994: 242)؛ یعنی مالک مال در فرض اول انتظاری جز استرداد مثل یا قیمت رأس‌المال را ندارد و در فرض دوم عامل فقط به اجرت‌المثل چشم دوخته است. به عبارت دیگر اقتضای شرط تمام سود برای عامل، تملیک رأس‌المال است، زیرا سود فرع بر اصل مال است (Sheykhizadeh, n.d: 322). ماده ۵۵۷ قانون مدنی مقرر شده است: «اگر 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...» بنابراین اگر شرط تمام سود برای مالک یا مضارب شود، ماهیت انشائی قرارداد مضاربه نیست ولی باطل هم نیست، چون اگر قرارداد باطل تلقی شود، تمام معاملات اجر فضولی است و مالک از نیروی کار تاجر استفاده نکرده که مطابق قاعده استیفا مسئول پرداخت اجرت‌المثل باشد (Barikloo, 2009: 56).

د. حواله بر بری الذمه

گاهی دستور پرداخت از سوی محیل صادر می‌شود تا محتال اقدام به وصول طلب از شخص دیگر کند و محال‌علیه علی‌رغم عدم وجود دین بر ذمه خویش، دستور پرداخت را قبول می‌کند؛ در این صورت عمل محال‌علیه، شبیه عقد ضمان می‌شود، زیرا احاله بر کسی شده که دینی بر عهده او نیست (Seymari, 2000: 207). طبق ماده ۷۳۱ قانون مدنی اگر محال‌علیه مدیون به محیل نباشد بعد از ادای وجه می‌تواند به همان مقداری که پرداخته به محیل رجوع کند و ماده ۷۲۷ قانون مدنی نیز بیان داشته «برای صحت حواله لازم نیست که محال‌علیه مدیون محیل باشد، در این صورت پس از قبولی در حکم ضامن است». فقها نیز احاله بر کسی که مدیون نیست را صحیح می‌دانند و آن را شبیه به ضمان می‌دانند (Sadr, 2000: 340). در واقع ظاهر توافق طرفین در قالب عقد حواله است لیکن از حیث رجوع محال‌علیه بری، بر محیل، احکام عقد ضمان جاری و توصیف می‌شود.

گاهی نیز محیل مدیون به محتال نیست یعنی عنصر اصلی حواله که مشغول بودن ذمه محیل است مفقود است. ماده ۷۲۶ ق.م در این راستا بیان می‌دارد: «اگر در مورد حواله، محیل مدیون به محتال نباشد احکام حواله در آن جاری نخواهد بود». پس در این مورد که محتال، مدیون به محیل نباشد مقتضای عقد که نقل ذمه مدیون است محقق نمی‌شود. در این حالت این سؤال به ذهن می‌رسد که آیا چنین عملی با لفظ عقد حواله، منجر به بطلان عقد به‌طور کلی است و اساساً عمل حقوقی پدید نمی‌آید یا این که صرفاً حواله به جهت فقد رکنی از ارکان، باطل است لیکن عمل حقوقی دیگری را می‌توان جایگزین آن کرد؟ فقها بر این باورند که حواله تنها در مورد دین بر عهده محیل صادق است و در فرض بری بودن محیل، حسب مورد وکالت در اقتراض و استیفا طلب است (Kashif Al-Ghitaa, 2002: 440).

پس اگر ثالث به محیل بدهکار است این فرض را وکالت در استیفا نامیده‌اند یعنی محیل به محتال وکالت داده است که طلب محیل را از ثالث بگیرد و به محیل دهد و

اگر ثالث به محیل بدهی ندارد آن را وکالت در قرض نامیده‌اند؛ یعنی محیل به محتال وکالت داده است که از ثالث برای محیل قرض بگیرد (Jafri Langroudi, 1999: 59) یا این‌که وکالت برای استقراض خود محتال باشد که خودش مبلغ را از ثالث بگیرد و تملیک کند.

بنابراین در تمام این مصادیق، مقصود حقیقی اگر با نصب قرینه همراه باشد می‌تواند عامل دگرگونی عقدی به عقد دیگر شود و صرف استفاده از الفاظ اختصاصی عقدی معین (حواله، مضاربه یا بیع) نمی‌تواند ملاک توصیف قرار گیرد تا در صورت عدم تطابق با ارکان عقد ظاهری حکم بر عدم انعقاد هر گونه عقدی داد و به ماهیت انشایی طرفین بی‌اعتنا ماند.

۴. ضوابط حاکم بر توصیف قرارداد

برای تشخیص عنوان واقعی یکی از عقود معین در قرارداد می‌بایست از چه ضوابطی پیروی کرد تا بتوان عنوان صحیح عقد را از دل یک قرارداد بیرون کشید و بر رابطه طرفین حاکم کرد؟ به عبارت دیگر حدود اختیار دادرس در توصیف عقد تابع شرایطی است که اگر این ضوابط به نحو صحیح احصا نشود موجب می‌شود که مسیری درست برای توصیف قرارداد طی نشود و باعث انحراف عملیات توصیف می‌شود. لذا لازم است به مهم‌ترین این ضوابط که ابزاری در اختیار دادرس نیز برای توصیف عقد است پرداخته شود.

۴-۱. لفظ‌گرایی متعارف

همواره باید در نظر داشت که الفاظ، ظرف شایع برای بیان مقصود طرفین هستند و خواستگاه اراده بدون تردید در الفاظ تجلی می‌یابد. آنچه تکون یافته ممکن است با مقصود حقیقی متفاوت باشد لیکن برای کشف مقصود، الفاظ از درجه قابل توجهی

برخوردار هستند به نحوی که اگر این مبرزات نباشند پی به عالم نفسانی ممکن نیست. البته در ذات الفاظ، معانی نهفته است که می‌بایست به آن دست یافت و طریق آن منحصر در لفظ نیست لیکن پایه اصلی جریان توصیف عقود بر عبارات ادا شده استوار شده است. پس الفاظ و عبارات در عقود برای ابراز رضا اماره بر قصد عاقد است (Jafari Langroudi, 2009: 244). در واقع مصدر جریان تشکیل عقد از الفاظ و عباراتی عبور می‌کند که طریق کشف مقصود طرفین محسوب می‌شود. بر این اساس، از منظر فقها کارکرد لفظ عقد بر مبنای حجیت ظهور، اثبات معنای عقد است (Irvani, 2000, vol.1: 200).

با این حال اگرچه معمولاً متعاقدين برای ابراز انشاء از الفاظ همسو با معنای عقد و دارای سنخیت بهره می‌برند؛ با این حال این قضیه همواره ثابت نیست. یکی از مباحثی که در فقه اسلامی برای انعقاد عقد مطرح می‌شود این است که الفاظ عقد تا چه حد معتبر است؟ به عبارت دیگر آیا الفاظ عقود می‌تواند در غیر معنای وضعی خود به کار رود و در عالم حقوق منشأ اثر باشد یا خیر؟ علمای شافعی معتقدند که در عقود، الفاظ شرط است نه معنای الفاظ (Debyan, 2011, vol.9: 44). در دیدگاه دیگر، لفظ صرفاً وسیله‌ای برای بیان مقصود است و اعتبار آن تابع معناست و اگر لفظ، معنای عقد دیگر را بدهد می‌بایست لفظ‌گرایی کنار گذاشته شود و به مفهوم الفاظ توجه شود؛ مثلاً اگر مشتری قصد خرید خودرو داشته باشد ولی فعلاً توانایی پرداخت ثمن را ندارد لذا کیسه‌ای طلا به بایع می‌دهد و به او می‌گوید: این کیسه نزد تو امانت تا ثمن را حاضر کنم و خودرو را برمی‌دارد که در اینجا لفظ امانت، نوعی رهن یا تضمین پرداخت ثمن است (Abdalqaffar, 2011, vol.3: 4). این قضیه در فقه اهل سنت ناشی از توجه به قواعدی همچون «إعمال الكلام أولى من اهماله» یا قاعده «العبرة للقصود و المعانی لا بالالفاظ و المبانی» (Borno, Qezi, 1996: 309) است. از این روست که دیدگاهی در روش برداشت از متن وجود دارد که معتقد است متن پس از صدور از جانب گوینده آن، خود وجود مستقل پیدا می‌کند و حتی مفسر متن می‌تواند از قصد گوینده فراتر رود و مثلاً به مقتضای عدالت و مصالح اجتماعی هم توجه کند (Nobahar, 2016: 89). به عبارتی در

فهم معانی الفاظ، امور غیر وضعی دخالت به سزایی دارد و علاوه بر وضعیت لفظی می‌بایست امور دلّالی نیز برای تفسیر متن مورد توجه قرار گیرد. در میان فقهای امامیه نیز میل به لفظ‌گرایی سرانجام سیر نزولی خود را طی کرد و به انزوا کشیده شد تا حدی که اگر شخصی بگوید: «عاریه دادم به تو این خانه را به مدت یک سال در برابر فلان مبلغ» و از طریق این جمله، عقد اجاره مورد اراده باشد، نقل منفعت است (Najafi, 1984: 205).

پس از منظر فقهی مقتضای قاعده این است که هر چیزی اعم از قول یا فعل، لفظ مجاز یا حقیقی و صریح یا غیرصریح ولو با قرینه غیرلفظی همراه باشد صلاحیت ابراز انشاء را دارد (Khoui, n.d, vol. 3: 16). البته با توجه به ظرفیت ادبی و کلامی، الفاظ مَمَر انتقال معنا برای سایر عقود نیز است لیکن الفاظ می‌بایست برای انعقاد عقد غیرظاهری، متعارف باشد به صورتی که قرابتی بین لفظ و عقد به چشم بیاید؛ مثلاً الفاظ بیع، صلح، هبه از آنجاکه در مقتضای خود (مملک بودن) با یکدیگر اشتراک دارند جایگزین مناسبی برای هم هستند؛ امروزه با توجه به نمونه قراردادهای چاپی در بنگاه‌های املاک، اگر شخصی بخواهد مال خود را به دیگری هبه کند در همان چارچوب ظاهری قرارداد بیع عمل میکند و نمی‌توان به صحت عقد واقعی ایرادی گرفت. ولی انعقاد عقد نکاح با الفاظ بیع، اجاره و تملیک صحیح نیست، زیرا دلالت بر مطلوب ندارند (Ameli, 1993, vol. 1: 97). پس ارزش و اعتبار تمام وسایل اعلام اراده به شرط دلالت آن‌ها بر قصد مساوی است ولی الفاظ انتخابی می‌بایست صلاحیت برای انعقاد عقد مخفی را داشته باشند و دادرس در جستجوی نوع عقد مبتنی بر ظاهر عرفی کلمات و قرائن دیگر، قرارداد را توصیف می‌کند.

۴-۲. تقدم اراده باطنی بر اراده ظاهری

گاهی ما انسان‌ها در پی شناختن مراد گوینده‌ایم نه معنای تعبیر زبانی که ادا کرده است (Malekian, 2005: 22). زبان حقوقی جزء این دسته است که می‌بایست مراد گوینده را

با توجه به معنایی که از عبارات اراده کرده کشف کرد و حتی از معنای ظاهری الفاظ دست کشید و به مقصود اصلی گوینده جمله پی برد.

در زمان انعقاد قرارداد آنچه سازنده عقد است قصد متعاقدين است و دادرس باید به نحوی بر اراده متعاقدين علم حاصل کند تا از طریق آن بتواند به قصد طرفین در انعقاد نوع قرارداد پی ببرد. بدون تردید در انشاء و ایجاد یک ماهیت اعتباری، قصد درونی فرد و آنچه در روان و ضمیر شخص به وجود می‌آید نقش مهمی دارد و تردیدی نیست که مقاصد درونی و اعتبارات نفسانی اگر به جهان خارج راه نیابند و به‌گونه‌ای ابراز نشوند، در عالم حقوق مؤثر نخواهند بود (Qanvati, Vahdati Shobeyri, Abdipoor, 2000: 239)؛ بنابراین برای اینکه قصد انشای طرفین در مخفیگاه وجودی آنها پنهان نماند و واجد اثر حقوقی شود باید مکشوف به مبرزی باشد ولی دادرس محصور در چارچوب اراده ظاهری نیست، زیرا ممکن است موجب انحراف از قصد متعاملین و در نهایت تغییر واقعی توصیف عقد شود. پس حتی اگر صورت عقد، چیز دیگری باشد می‌بایست با کمک قرائن موجود در کلام عاقد، قصد منشی کشف شود. درواقع مدار تأثیر عقود لبّ و واقع است نه لفظی که بدون قصد جدی ادا شود؛ مثلاً قرض، تملیک به وجه ضمان است لیکن بیع، تملیک به وجه مبادله است و اگر قصد تملیک به وجه ضمان باشد قرض محقق شده است ولو این‌که بیع نامیده شده باشد (Bahrani, 2008: 72).

پس عمده در عقود و ایقاعات، رضای باطنی است و الفاظ وسیله شناخت حقیقت هستند (Ameli, 1980, vol. 1: 165). درواقع الفاظ جایگاهی بیش از این ندارند که صرفاً مبین معانی مقصودند (Maraqhi, 1997, 49). این دسته از فقها بر این باورند آنچه مقوم عقد است مضمون و مدلول عقد است و لذا عنوان و تسمیه عقد از قصد عاقد تبعیت می‌کند نه از لفظ عاقد و در نتیجه تغییر لفظ منجر به تغییر قصد نمی‌شود (Bahrani, 2009, vol. 1: 70).

بنابراین نکته مهم این است که عناوین عقود از امور قصدی محسوب می‌شوند و در صورت عدم قصد این عناوین، عقد محقق نمی‌شود (Qomi, 1992: 385). متنها عناوین واقعی موضوع قصد، ملاک است نه آنچه در الفاظ ظهور یافته است، زیرا الفاظ ممکن است صوری و یا به صورت مجاز به کار رفته باشند و متعلق قصد، عقدی باشد که با ظاهر الفاظ منطبق نباشد لیکن از حصار ظاهری می‌توان عبور کرد، زیرا حقیقت وجودی عقد را باید از ورای آن رؤیت کرد. پس نه می‌توان در نوع عقد از قصد طرفین سبقت گرفت و نه می‌توان طرفین را در چارچوب عقد ظاهری محصور کرد.

۴-۳. عرف‌انگاری

ضابطه دیگری که دادرس در برخورد با مسئله توصیف قرارداد باید آن را لحاظ کند، دخالت دادن عرف است. برخی از عقود متأثر از رفتار متعارف مردم جامعه به سمتی سوق پیدا می‌کند که برخلاف قوانین تکمیلی و یا اطلاق عقد محسوب می‌شود. عرف‌سنجی عقد، مسئله‌ای است که در زمان توصیف قرارداد فارغ از ظاهر الفاظی که متعاقدین از آن بهره برده‌اند به رفتار نوعی واگذار می‌شود و علی‌رغم سکوت طرفین راجع به اثر اصلی عقد می‌بایست در این خصوص، عرف غالب را حاکم کرد. در ماده ۲۲۴ قانون مدنی آمده است: «الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفیه» مقصود قانون‌گذار از عرف مذکور، عرف لفظی است که ناظر بر چگونگی استعمال الفاظ در زمان انعقاد عقد مربوط است (Jafari Langroudi, 1999: 197) و در ماده ۲۲۵ قانون مدنی نیز مقرر شده است: «متعارف بودن امری در عرف و عادت، بطوریکه عقد بدون تصریح هم منصرف به آن باشد به منزله ذکر در عقد است» این نوع عرف نیز بر عرف عملی، حمل شده است (Jafari Langroudi, 1999: 197). پس قانون‌گذار نیز یکی از منابع تشخیص نوع عقد و همچنین تعیین آثار عقود را به عرف ارجاع داده است. درواقع عرف در حوزه حقوق قراردادها چه در ساحت عرف موضوعی و چه در ساحت عرف حکمی حاکمیت خود را نشان می‌دهد و امروزه کمتر می‌توان از قراردادی

صحبت کرد ولی اثری از رابطه عرفی در آن نتوان دید. این عرف به‌عنوان «ظاهر» ظن قوی را به دنبال دارد و اگر با عقل عملی مخالف نباشد و دقیق و قاطع باشد از حجیت برخوردار است. البته باید توجه داشت در کشف مفهوم لفظ، عرف لغوی، کاشف از عرف عام است مگر عرف خاصی نیز در میان باشد (Vasei, 2000: 52)؛ بنابراین اگر معنای عرفی لفظ بر معنای وضعی لفظ، غلبه داشته باشد همان معنای عرفی عقد، ملاک توصیف آن است، زیرا با اراده طرفین همسو است.

درواقع نگرش به عرف، کشف مقصود طرف‌های قرارداد است که معمولاً آشنا به معانی الفاظ در عرف خویش هستند و به هنگام بیان، همان معنی را از الفاظ به کار گرفته‌شده در برابر یکدیگر اراده می‌کنند، هرچند ممکن است معنی عرفی با معنی حقوقی یا لفظی آن الفاظ مغایرت داشته باشد (Shahidi, 2009: 308) و اگرچه شارع، آثار برخی از عقود را به‌عنوان مقتضای آن ذکر کرده و در مرحله تقنین نیز خود را نشان داده لیکن این امر ناشی از عرف معمول آن زمان صورت گرفته که طرفین از عقد انتظار داشته‌اند. درواقع خاستگاه عرف در حوزه اقتضائات زمانی و مکانی قرار گرفته است و به تعبیری شریعت دست عقلا و عرف را در مسائلی که به امور اجتماعی ارتباط دارد باز گذارده است (Nematzadeh, Izadifar, Kaviar, 2009: 58). پس همان‌گونه که قانون‌گذار در حوزه گستره حقوق و تعهدات و همچنین توابع و اجزای مورد معامله دخالت عرف را پذیرفته است (مواد ۲۲۰، ۲۲۵ و ۳۵۶ قانون مدنی) می‌توان در تعیین مفهوم الفاظ و مفاهیم عقود، لسان عرف را معیار سنجش نوع عقد دانست. به‌عنوان نمونه امروزه شخصی به‌عنوان مالک، قراردادی با دیگری منعقد می‌کند تا طرف مقابل با سرمایه مالک زمین خریداری کند و سپس ظرف مدت معینی در آن احداث بنا کند و دستمزد سازنده را درصد مشخصی از واحدهای آپارتمانی قرار می‌دهد لیکن نامی برای عقد انتخاب نمی‌کند و یا حتی ممکن است بر آن عنوانی نهد؛ به راستی بر اساس چه ضابطه‌ای می‌توان گفت عقد اجاره محقق شده است یا مضاربه یا جعاله و یا حتی شرکت؟ در ظاهر همه ارکان این عقود وجود دارد لیکن نیروی عرف می‌تواند جولان

خود را در این عرصه نشان دهد و بر اساس فهم عرفی، منظور واقعی طرفین مبرهن شود. اینک برخی از مصادیق متأثر از التزام‌های عرفی بررسی می‌شود.

۴-۳-۱. ضمان وثیقه‌ای

هدف از انعقاد عقد ضمان، ایجاد تأمین و تضمین مضاعف جهت ایفای تعهد از سوی متعهد اصلی است تا از این طریق متعهدله اطمینان بیشتر جهت وصول طلب یا ایفای تعهد به‌وسیله متعهدله کسب کند. در رابطه با اثر عقد ضمان قانون مدنی در ماده ۶۹۸ اثر عقد ضمان این‌گونه بیان می‌کند: «بعد از اینکه ضمان به‌طور صحیح واقع شد، ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضامن به مضمون له مشغول می‌شود» و قول مشهور فقهای امامیه نیز مبتنی بر همین نظر است که در صورت انعقاد عقد ضمان، حق رجوع مضمون له به مدیون را ساقط می‌دانند (Helli, 1988: 88). با این حال حقوقدانان معتقدند نباید چنین پنداشت که توافق اشخاص در این زمینه اثر ندارد و طرفین عقد می‌توانند ترتیبی دهند که طلبکار ناچار باشد ابتدا به مدیون اصلی رجوع کند و پس از آن طلب خود را از ضامن بخواهد (Katouzian, 2004: 228). در واقع به نظر می‌رسد حکم قانونگذار به نحو قاعده تکمیلی در عقد ضمان، نقل ذمه است اما طرفین ممکن است به ترتیب دیگری توافق کنند. مواد ۶۹۹ و ۷۲۳ قانون مدنی، دلالت بر این مطلب دارند که می‌توان رجوع به ضامن و ملتزم را معلق بر عدم تأدیه مضمون عنه کرد. بر اساس مواد ۴۰۲ و ۴۰۳ قانون تجارت نیز می‌توان ضمانت را به صورت وثیقه‌ای یا تضامنی واقع ساخت. حال ممکن است طرفین توافق صریح یا ضمنی در خصوص اثر ضمان نداشته باشند که در این فرض عرف نیز به‌عنوان نیروی تکمیل‌کننده اراده طرفین ممکن است اثری غیر از اثر مذکور در قانون برای ضمانت ایجاد کند.

در هر حال بی‌گمان قصد طرفین با تکیه بر فهم عرفی غالب در این عقد می‌تواند حاکی از پذیرش تضامن، آن‌هم به صورت طولی نه نقل ذمه باشد؛ بنابراین می‌توان گفت در حقوق ایران اثر عقد ضمان در مواردی به شرح مذکور ضم ذمه به ذمه است.

انشاکندگان قرارداد که معمولاً آشنا به روش معاملاتی مأنوس جامعه یا گروه خاص خود هستند (باید باشند) به هنگام تشکیل قرارداد، آن روش مأنوس را به‌طور ضمنی مدنظر دارند و با سکوت، ظاهر، قبول آن روش در روابط حقوقی ناشی از عقد است (Shahidi, 2016: 301). پس با توجه به همین عرف رایج و مبتنی بر امکان تعلیق التزام ضامن به عدم تأدیه مضمون^۴ عنه، قرارداد فی‌مابین طرفین را می‌توان در فرض سکوت آنان راجع به اثر اصلی عقد، ضمان وثیقه‌ای توصیف کرد ولو اینکه در زمان انعقاد قرارداد، لفظ ضمانت را به‌طور مطلق به کار برند. در واقع امروزه کمتر موردی است که بتوان عقد ضمان را به نحو نقل ذمه تصور کرد و به راحتی می‌توان ادعا کرد اثر ضم ذمه در نوع معاملات، حاکمیت نسبی پیدا کرده است چون‌که متعهله^۵ برای دریافت طلب، تضمین حق را می‌خواهد که نمونه بارز آن قراردادهای دریافت تسهیلات بانکی است که ضامن، نقش وثیقه برای حق را ایفا می‌کند.

۴-۴. عقد استصناع

در عقد استصناع یا سفارش ساخت کالا، سفارش‌دهنده با صنعتگر برای ساختن کالایی معین توافق می‌کنند. در این توافق، تهیه مواد اولیه و عملیات ساخت کالا بر عهده سازنده است (Group of Reserchers, 2006: 427). در رابطه با وضعیت حقوقی عقد استصناع، تشکیک شده است؛ به نحوی که عده‌ای آن را شبیه بیع سلم می‌دانند (Amin afandi, 1991, vol. 1: 423) و برخی نیز آن را شبیه اجاره دانسته‌اند به دلیل اینکه صانع، تعهد بر انجام عمل معینی بر شیء خاصی می‌کند (Yoonesi Masri, 2006: 133). در بین فقهای شیعه یک دیدگاه این است هرگاه مُستصنع دستور دهد که صانع روی ملک خودش فلان چیز را بسازد تا آن را بخرد این عقد، نه اجاره است و نه بیع، بلکه یک نحو مقاوله و تعهد به ساخت و فروش است، زیرا عقود و ایقاعات از مؤسسات شرع مبین نیست بلکه از اعتبارات عقلایی است که بر حسب نیازهای اجتماعی نزد عقلا دایر و معتبر شده است (Montazeri Najafabadi, n.d: 294). برخی دیگر نیز باور دارند این گونه عقود، از جهت

انتقال مواد متشکله کالای مورد سفارش که جوهر و اساس مورد معامله را تشکیل می‌دهد به بیع و از جهت خلاقیت هنر سازنده به اجاره شبیه است (Seifizinab, 2009: 187).
 باین‌حال در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰ نیز آمده است: قراردادهای راجع به کالاهایی که باید ساخته یا تهیه شود، بیع محسوب می‌شود مگر اینکه قسمت عمده مواد اولیه را سفارش‌دهنده تهیه کند (CISG, 1980: art:3).

به نظر می‌رسد در رابطه با استصناع، می‌توان اثر اصلی عقد را از منظر غلبه عرفی کشف کرد. به این ترتیب اگر از منظر سیره عملی بین مردم، مواد اولیه ساخت، توسط خود سفارش‌دهنده تهیه شده باشد و صانع تنها بر روی آن‌ها فعالیت می‌کند، می‌بایست عقد را اجاره اشخاص دانست، زیرا چهره غالب و نوعی در قرارداد، عملیاتی است که صانع می‌بایست بر اساس سفارش دیگری انجام دهد اما در صورت دوم، تمام مواد و تجهیزات کار توسط خود صانع تهیه می‌شود و با فعالیت مادی، کالا را به مشتری تحویل می‌دهد که عرف بر این قرارداد عنوان بیع می‌نهد، زیرا اگرچه مبیع، عین معین نیست اما عین کلی است که صانع به سفارش‌دهنده تحویل می‌دهد و اگر هم وجود نداشته باشد مصداق آن در ذمه صانع قرار می‌گیرد. در میان حقوق‌دانان باور غالب بر این است: «اولاً استصناع بیع است نه وعده بین طرفین، ثانیاً مبیع کلی فی الذمه است. ثالثاً فرقی نمی‌کند عمل صانع قبل از دریافت سفارش، صورت گرفته باشد یا بعداً صورت دهد» (Jafari Langroudi, 2009: 275-276). هم‌چنانکه اگر مؤسسه‌ای ساختن چند اتومبیل یا کشتی و هواپیما را به کارخانه‌ای سفارش دهد، هیچ‌کس در بیع بودن عقد تردید نمی‌کند (Katouzian, 2012: 18). پس در این عقد یک تعهد اصلی وجود دارد که غلبه بر سایر تعهدات فرعی دارد و آن تملیک عین است و کار صانع جنبه فرعی دارد.

۴-۵. مالکیت زمانی

دامنه انعقاد عقودی که مسبوق به سابقه در لسان شارع نیست و اصطلاحاً حادث هستند روزبه‌روز بیشتر می‌شوند. از این قسم نوعی از قراردادها به‌صورت چشمگیر مرسوم شده و این‌گونه است که گاهی اشخاصی درصدد خرید ملک (مثل ویلا یا آپارتمان) هستند ولی به جهت عدم ملائت مالی یا به جهت اینکه نمی‌خواهند تمام سرمایه خود را صرف آنجا کنند، برای مدت معینی از سال مثلاً فصل تابستان یا ماه فروردین آنجا را به مالکیت خود درمی‌آورند. فروشنده ملک نیز ممکن است از آنجاکه به دنبال سود و ارزش افزوده بیشتری است یک سال را به دوازده ماه تقسیم کرده و مالکیت هر ماهه (هفتگی به صورت شناور یا ثابت) آپارتمان را الی‌الابد به دوازده خریدار به صورت مالکیت زمانی بفروشد. درواقع این نوع قراردادها تحت همان بحث مالکیت زمانی قرار می‌گیرد که در حقوق اروپایی و خارجی نیز تحت عنوان «تایم شیرینگ»^۱ مورد بحث واقع شده است و عبارت است از: توافق تدریجی جمعی جهت خرید یا اجاره یک مال مادی، برای استفاده اختصاصی هر یک از اعضاء در مدت معین یا به‌طور شناور و محدوده‌ای از زمان یا به‌طور نامحدود (Soltan Ahmadi, 2010: 13).

در رابطه با نوع التزام طرفین در این دسته از قراردادها، سید یزدی معتقد است تملیک موقت عقلایی نیست و اگر بگویید این درخت را به مدت یک ماه به شما فروختم، صدق معنای عرفی بیع را نمی‌کند (Tabatabaye Yazdi, 2001, vol.1: 66). برخی دیگر نیز در باب وقف از نوعی مالکیت صحبت می‌کند که بی‌ارتباط با مالکیت در بیع زمانی نیست و آن مالکیت شأنی است که آن را در مقابل مالکیت فعلی قرار می‌دهند و معتقد است که طبقه موجود بر مال موقوفه، مالکیت فعلی دارد و طبقه معدوم به اعتبار تملیک واقف، مالکیتش شأنی است، زیرا اگرچه مالکیت فعلی برای طبقه معدوم غیر عقلایی است ولی مالکیت شأنی معتبر است (Ansari, 1995: 63).

به هر تقدیر به نظر می‌رسد ارتکاز عرفی درباره مفهوم بیع آن است که بایع، ملکیت بیع را به صورت نامحدود و غیر مقید به زمان به مشتری می‌فروشد و بیع موقت برخلاف مفهوم عرفی است (Shariati, 2009: 63). در واقع معاملات می‌بایست جنبه عقلانی خود را حفظ کنند و کسی که قصد استفاده موقت از مکانی را برای مدت محدود دارد قانون‌گذار نهادهایی مثل اجاره یا حق انتفاع را پیش‌بینی کرده تا این‌گونه مقاصد از دریچه این نوع از عقود به نتیجه برسد. از حیث اصولی نیز زمانی که در صدق بیع بودن عملی شک کنیم، تمسک به عام در شبهه مصداقیه جایز نیست.

پس به نظر می‌رسد در رابطه با ماهیت این نوع عقود، عرف معنای بیع از این نوع مالکیت‌ها برداشت نمی‌کند، زیرا متبادر از معنای مالکیت، ایجاد یک حق دائمی است. همچنین اگرچه مدت در این عقود مشخص است ولی ظاهراً این قراردادها با عقد اجاره نیز سازگاری ندارد زیرا نخست تملیک عین صورت می‌گیرد و رابطه مالک سابق با ملک قطع می‌شود، دوم ثمن معامله که به مراتب بیش از اجاره‌بهای متعارف پرداخت می‌شود؛ بنابراین مالکیت زمانی همان افراز زمانی است که چند نفر ملکی را با هم خریداری می‌کنند، با این شرط که هر کدام مالک مدتی از سال در آن باشند (Shariati, 2008: 43). از این مطلب استفاده می‌شود که مالکیت شرکا در بیع زمانی می‌تواند چنین باشد؛ یعنی اگر یکی از شرکا در فصل بهار مالک فعلی ویلا باشد، سایر شرکا در آن فصل مالکیتشان شأنی است و حقی در آن مال نخواهند داشت؛ بنابراین می‌توان عرف را در این نوع قراردادها حاکم تشخیص داد ولو اینکه طرفین قرارداد از الفاظ عقد بیع استفاده کنند، زیرا نظم حاکم بر عقود و تشخیص صحیح ماهیت قراردادها در اختیار طرفین نیست و بر اساس ارتکاز عرفی و اثر معمول این‌گونه عقود، اثر اصلی را کشف کرد. آنچه مسلم است مالکیت هر شخص خریدار عرفاً در ملک وجود دارد که از این حیث مالکیت مشاعی بر عین وجود دارد ولی منافع ملک بین کلیه خریداران از باب مَهایات، تقسیم زمانی شده است.

فرجام سخن

توصیف قرارداد، کشف حقیقت اصلی عقود مبتنی بر اراده باطنی و عرف انگاری است. تبلور توصیف عقد در انگاره حقوق قراردادها زمانی است که طرفین در نام گذاری عقد دچار اشتباه شوند یا اینکه بنابر عللی عنوان دروغین به آن اعطا کنند که در این صورت دادرس، نمی‌بایست به الفاظ ظاهری عقد بسنده کند و خود را از مسئولیت مبرا بداند؛ به این بهانه که نمی‌توان برخلاف اراده ظاهری عمل کرد بلکه باید در زمان برخورد با اینگونه عقود از سرپوش ظاهری الفاظ گذر و عنوان حقیقی را کشف کند. شناسایی ماهیت حقوقی قراردادها و تطبیق آن بر قالب‌های قانونی عقود در نظام‌های حقوقی دنیا امری متداول و قابل دفاع است؛ به نحوی که امروزه در اسناد حقوقی بین‌المللی، عقد واقعی بر عقد ظاهری تفوق پیدا کرده است مگر اینکه عقد پنهان به نیرنگ و فریب آلوده باشد که در این فرض بین طرفین نافذ ولی در برابر اشخاص ثالث قابل استناد نیست.

جلوگیری از صورت‌سازی در عقد برای دادرس در وهله اول اهمیت بسزایی دارد تا گرفتار شبیه‌سازی و انحراف از ماهیت اصلی عقد نشود. همچنین شناسایی ماهیت عقود مختلط و مشکوک از جمله ضرورت‌هایی است که توصیف عقد را موجه می‌سازد و به دادرس در کشف احکام عقد یاری می‌رساند. در قراردادهایی که طرفین عنوان خاصی برای قرارداد خود ننهادند، قاضی تکلیف به مراتب مهم‌تری دارد و با تحقق اختلاف، دادرس می‌بایست ابتدا به تعیین نوع رابطه حقوقی مبادرت ورزد تا بتواند حکم خود را بر اساس این رابطه استوار سازد.

در زمان توصیف قرارداد دادرس این اختیار را دارد که با استفاده از ضوابطی همانند قرائن کلامی متعاقدين، توجه به قصد حقیقی طرفین و عرف حاکم بر نوع روابط حقوقی، عنوان قرارداد را کشف کند. بدون تردید الفاظ عقود با لحاظ شأنیت داشتن برای انعقاد عقد ظاهری، مؤثرترین ابزاری است که دادرس را به قصد واقعی طرفین رهنمون می‌سازد مشروط بر آنکه لفظ‌گرایی صرفاً ضابطه‌ای برای احراز نوع رابطه حقوقی شود نه اینکه موجب عدم مدخلیت الفاظ عقد به نحو مطلق در انعقاد عقد

شود. همچنین عرف های غالب در زمینه انعقاد عقودی چون ضمان، می تواند ابهام دادرس را به اثر اصلی این نوع از عقود برای تعیین آثار و احکام آن برطرف کند.

References

- Abdol-Ghaffar, M. (2011). *Jurisprudential rules between originality and guidance* (audio lessons 18), the source of the book [In Arabic].
- Al-Sada, A. (1974). *The theory of contracts in the laws of the Arab countries*, Beirut, Dar al Nahza al Arabiya [In Arabic].
- Ameli M. (1980). *Rules and Benefits*, part 1, Qom, a useful book [In Arabic].
- Ameli, Z. (1993). *Masalik al-faham*, volumes 1- 8, Qom, Islamic Knowledge Foundation [In Arabic].
- Amin afandi, A. (1991). *Durar al-Hakam fi Sharh Majallat al-Ahkam*, Beirut Dar Al-Jil [In Arabic].
- Ansari, M. (1990). *Makaseb*, Qom, Dar Al-Kitab Publications Institute [In Arabic].
- Ansari, M. (1960). *Hashiyat al-Makasib*, Part 1, Translated by: Ali Irvani, Qom, Books Najafi [In Arabic].
- Ansari, M. (1995). *Makaseb*, Qom, Kongereh [In Arabic].
- Baali, A. (2009). *An introductory study on the transformation of contracts in jurisprudence and law, a comparative and balancing study*, Department of Islamic Affairs and Charitable Activities, Dubai [In Arabic].
- Bahr al-Uloom, M. (1983). *Bulaght al-Faqih*, Vol. 1, Tehran, Al-Sadiq Library Publications [In Arabic].
- Bahrani, A. (2008). *Anwar Al-Lavame in Sharh Mafatih Al-Sharia'*, vol. 11, Qom, Academic Research Academy [In Arabic].
- Bahrani, M. (2008). *Banking and Money Jurisprudence*, Qom, Fadak Library [In Arabic].
- Bahrani, M. (2009). *The sanad ororvat alvothgha- The Book of Marriage*, Part 1, Qom, Fadak Library [In Arabic].
- Bahrani, Y. (1944). *Hadaigh al nazerah*, vol. 25, Qom, Islamic Publication Institute [In Arabic].
- Bariklou, A. (2008). *Collaborative, affirmative and unnecessary contracts*, Tehran, Majd [In Persian].
- Borno M. Qazi A. (1996). *Al-Wajeez in explaining the rules of total jurisprudence*, Beirut, Al-Risala Foundation [In Arabic].

- Capitan, H. (2008). *European Contract Law*, Munich, European law publishers
- Christian von Bar et al. (2008). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, Munich, European law publishers
- Debian, A. (2013). *Financial Transactions Authenticity and Contemporary*, Riyaz, King Fahd National Library [In Arabic].
- Faraj, T. (1993). *The general theory of commitment*, Beirut, University House [In Arabic].
- Fayoumi Makri, A. (n.d). *Misbah Al-Mounir in Gharib Al-Sharh Al-Kabir*, Part 2, Qom, Dar al-Ridha Publications [In Arabic].
- group of researchers under the supervision of Seyyed Mahmoud Hashemi Shahroudi. (2006). *Fiqh culture according to the religion of Ahl al-Bayt*, Qom, Institute of Islamic Jurisprudence Encyclopedia [In Persian].
- Hanafi, S. (2002). *The Super River Explanation of the Treasure of Accuracies*, Beirut, Dar Al-Kutub Al-Alami [In Arabic].
- Helli, N. (1988). *The Laws of Islam in Issues of the Permissible and the Prohibited*, Qom, Ismailian Institute [In Arabic].
- Helli, H. (1994). *Tazkirat al-Fuqaha*, Qom, Al al-Bayt Institute [In Arabic].
- Helli, H. (2000). *Sharaye al Islam*, volume 2, Qom, Imam Sadiq Foundation, peace be upon him [In Arabic].
- Helli, Sh. (2004). *Maalem al-Dine in the Jurisprudence of Al-Yassin*, Qom, founded by Imam Sadiq [In Arabic].
- Jafari Langroudi, M. (1999). *Transfer contract*, Tehran, Ganj Danesh [In Persian].
- Jafari Langroudi, M. (2003). *Elemental Culture*, Tehran, Ganj Danesh [In Persian].
- Jafari Langroudi, M. (2008). *The influence of will in civil rights*, Tehran, Ganj Danesh [In Persian].
- Jafari Langroudi, M. (2009). *Al Faraq, Volume 1*, Tehran, Ganj Danesh [In Persian].
- Jafari Langroudi, M. (2009). *Encyclopaedia of Civil and Business Law*, Tehran, Ganj Danesh [In Persian].
- Jafari Langroudi, M. (2003). *Supreme Philosophy in the Science of Law*, Tehran, Ganj Danesh [In Persian].
- Joybari mirzanejad, A. (2009). A brief reflection on the concept of customary law of contracts, *Faculty of Law and Political Science Law Quarterly*, 39(1), 343-365 [In Persian].

- Kahil, O. (n.d). *Major jurisprudential rules and their impact on financial transactions*, Najaf, Al-Azhar University [In Arabic].
- Kashani, M. (n.d). *Mafatih al-Sharieh*, Volume 3, Qom, book betrayed by Ayatollah Marashi Najafi [In Arabic].
- Kashif Al-Ghitaa, M. (2002). *Anwar Al-Fagaha - Hawala Book*, Najaf, founded by Kashif Al-Ghatta [In Arabic].
- Katouzian, N. (2001). *General rules of contracts*, Tehran, publication [In Persian]
- Katouzian, N. (2004). *Fixed Contracts (advanced)*, Tehran: Athakh Publishing Company [in Persian].
- Katouzian, N. (2012). *Certain contracts 4 - Authorization and collateral contracts*, Tehran: Publication [In Persian].
- Kazemi, H, Qadir, M. (2020). The theoretical requirements of fraud in relation to the law from the perspective of Iranian law, *Journal of Private and Criminal Law Research* 45(1) 67-85
- Khoei, A. (n.d). *Mesbah al feqah* (makaseb). N.p, N.d.
- Makarem Shirazi, N. (N.d) *Research on ways to escape from usury*, Qom: Bina [In Persian]
- Makarem Shirazi, N. (2005). *Anwar alFeghaha*, Qom, Publications of the School of Imam Ali bin Abi Talib [In Arabic].
- Malekian, M. (2004). *Genealogy of the topics of the words of the science of principles*, Naqd and Nazar magazine, 39 (1), 2-44 [In Persian].
- Maraghi, F. (1997). *Jurisprudential Titles*, Part 2, Qom, Publications and Posted by the University of Hawza Teachers [In Arabic].
- Markesinis, et al. (2006). *The German law of contract*, Hart Publishing Oxford and Portland, Oregon Hart Publishing
- Montazeri-Najafabadi, H. (n.d). *Risalah Istftatayat*, Qom, n.n [In persian].
- Muhaddith Qummi, A. (2003). *The Ultimate Goal in Translating Al-urwat al-wuthqa*, Qom, Sobh Pirozi Publications [In Arabic].
- Najafi, H. (2002). *Anwar al-Fagaha - Book of Sale*, Najaf, founded by Kashif Al-Getaa [In Arabic].
- Najafi, K. (2002). *Anwar al-Fagaha - Book of Profits*, Najaf, cover revealer [In Arabic].
- Naini, M. (1993). *Earnings and selling*, Qom, Islamic Publications, University of Seminary Teachers [In Arabic].
- Najafi, M. (1984). *Jawahir al-Kalam*, vols 23- 27, Beirut, Dar Ihya al-Turath al-Arabi [In Arabic].

- Nematzadeh, et al. (2009). Customs and its Inference Place in Sharia Laws, *Studies in Islamic Jurisprudence and Law*, 1(1) 46-65 [In Persian].
- Nobahar, R. (2015). *Principles of jurisprudence, discussions of vocabulary and rules of text interpretation*, Tehran, Mizan [in Persian].
- Qanvati, J, Vahdati, H, Abdipoor, E. (2000). *Contract Laws in Imamiyyah Jurisprudence*, Tehran, Samt [In persian].
- Qarpuzabadi Qazwini, M. (1994). *Forms of Contracts and Rhythms*, Qom, Shukuri's Insharat [In Arabic].
- Qasimzadeh, M. (2008). *Principles of contracts and obligations*, Tehran, Dadgstar [In Persian].
- Qomi, S. (1992). *Jurisprudence of Al-Sadiq*, vol. 15, Qom, Dar Al-Kitab [In Arabic].
- Rashti Najafi Gilani, M. (1987). *Imami jurisprudence, Department of Options*, Qom, book by Furushi Daori [In Arabic].
- Saadi, A. (1988). *The jurisprudential dictionary linguistically and idiomatically*, Damascus, Dar Al-Fikr [In Arabic].
- Sadeghi, M. (2008). *Crimes against property and ownership*, Tehran, Mizan [In Persian].
- Sadooq Qomi, M. (1989). *Man la yahzar al-faqih*, Tehran, published by Sadooq [In Arabic].
- Sadr, M. (2000). *Beyond Fiqh*, Beirut, Dar Al-Adwaa for printing, publishing and distribution [In Arabic].
- Safai, H. (2004). *General rules of contracts*, Tehran, Mizan [In Persian].
- Sanhuri, A. (2012). *Theory of Contracts*, Tehran, Khorasandi Publishing [In Arabic].
- Sanhuri, A. (n.d). *The mediator in explaining the new civil law*, Sources of Commitment, Beirut, Darahya al-Arabi Heritage [In Arabic].
- Saymari, M. (2000). *The goal of Maram in explaining the laws of Islam*, Beirut, Dar Al-Hadi. [In Arabic].
- Seifizinab, GH. (2009). Istisnaa in Iranian Jurisprudence and Law, *Journal of Legal Research*, 50(1) 161-212 [In Persian].
- Shahidi, M. (2016). *Principles of Contracts and Obligations*, Tehran, Majd [In Persian].
- Shahidi, M. (2006). *forming contracts and obligations*, Tehran, Majd [In Persian].
- Shahidi, M. (2009). *Principles of Contracts and Obligations*, Tehran, Majd [In Persian].

- Shariati, S. (2007). *The timed sale or timed ownership transfer*, Judiciary Legal Research Center Journal, Kanon Monthly, 89(1) 105-48 [In Persian].
- Shariati, S. (2008). The timed sale or timed ownership transfer, *Judiciary Legal Research Center Journal*, Kanon Monthly, 92(2) 54-26 [In Persian].
- Sheikhzadeh, A. (n.d). *The complex of rivers in explaining the meeting place of obher*, Beirut, Dar Revival of Arab Heritage [In Arabic].
- Siwasi, Kamal. (n.d). *Fath al-Qadeer*, Damascus, Dar al-Fikr [In Arabic].
- Subhani Tabrizi, J. (2004). *Zakat in Islamic Sharia*, Qom, founded by Imam Sadiq, [In Arabic].
- Suhaili, I. (2005). The transformation of the financial contract and its impact, by the benefactor of Youssef bin Abdullah Al-Khudair, in front of Muhammad bin Saud Islamiya Riyad[In Arabic].
- Sultan Ahmadi, J. (2010). *The influence of custom in the interpretation of the contract*, Tehran, Neshar Javadane [In Persian].
- Suyuti, J. (1991). *Similarities and isotopes*, Beirut, Scientific Book House[In Arabic].
- Tabatabaye yazdi, M. (2001). *Hashiyat al-Makasib*, Qom, Ismailian Institute[In Arabic].
- Tusi, A. (1968). *Al-Mabsout in the Imamiyyah jurisprudence*, Tehran, Al-Murtazaviah Library of the Revival, the works of the Ja`fariyyah. [In Arabic].
- Tusi, A. (1987). *Al-Khilaf*, Qom, an Islamic publication book, which is attached to the Islamic Hawza [In Arabic].
- Vasei, M. (2000). Jurisprudence and custom, *Qobsat magazine*, 15(1)42-56 [In Persian].
- Younisi Masri, R. (2006). *The jurisprudence of financial transactions*, Damascus, Dar al-qalam [In Arabic].
- Zimmermann, R. (1990). *The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Johannesburg, Juta & Co, Ltd.
- Draft Common Frame of Reference (DCFR)Edition 2008.
- The principle of European contract law(PECL), edition 2008.
- United Nations Convention on contracts for the International sale of goods, (CISG)1980.