

## نقد و ارزیابی نظریه «اشتراک معنوی عقود» در حقوق اسلام

حمید مسجدرائی\* مهدی نریمانلو\*\*

### چکیده

نظریه اشتراک معنوی بر آن است که اگر عقدی نتیجه عقد دیگری را دربر داشت، آن عقد دیگر، در عالم واقع محقق می‌شود ولو اینکه چنین قصدی نداشته باشند. سؤال مشخص این نوشتار آن است که اگر عقدی، تأثیر یک عقد دیگری را داشته باشد ماهیت کدام عقد را داشته و جایگاه قصد در این موارد کجاست؟ هدف از پژوهش حاضر که با روش تحلیلی-توصیفی و با استناد به منابع کتابخانه‌ای انجام شده است تبیین ماهیت عقدی است که نتیجه یک عقد دیگر را در پی داشته باشد که در قالب نظریه مذکور به تجزیه و تحلیل آن پرداخته شده است. نظریه مذکور میان فقهای شیعه و اهل سنت، مخالفان و موافقان جدی دارد؛ به طوری که در فقه شیعه، به نحو موردی مصادیقی از این نظریه دیده می‌شود ولی در فقه اهل سنت، گستردگی مصادیق این نظریه زیاد است. بر اساس نتیجه تحقیق حاضر به نظر می‌رسد با توجه به این که نظریه مذکور از یک طرف، اراده متعاقدين را لحاظ نمی‌کند و همچنین از طرف دیگر، موجب آشفته‌گی در میان قراردادهای می‌شود لذا باید به صورت جزئی و مصادیقی با این نظریه برخورد کرد؛ بنابراین اگر در موردی نص قانونی وجود داشته باشد، نظریه اعمال می‌شود و در غیر این صورت، اراده متعاقدين ملاک خواهد بود.

واژگان کلیدی: اشتراک لفظی، اشتراک معنوی، اراده، عقود، نص.

\*دانشیار گروه حقوق، دانشگاه سمنان، سمنان، ایران (نویسنده مسئول) h\_masjedsaraie@semnan.ac.ir

\*\* دانشجوی دکتری فقه و حقوق خصوصی، دانشگاه مطهری، تهران، ایران narimanpour71@gmail.com

## سرآغاز

همواره تعیین ماهیت عقود از مباحث چالش برانگیز در فقه و حقوق بوده است. چالش مذکور گاهی در حوزه مصداق است؛ به این معنا که معامله در عالم واقع انجام شده است، لکن طرفین عقد در ماهیت عقد دچار اختلاف می‌شوند. به عبارت اصولی‌تر شبهه مصداقیه پیش می‌آید. به‌عنوان مثال، شخصی طی یک سند رسمی به همسر خود یک باب خانه منتقل می‌کند و لکن بعد از مدتی علی‌رغم وجود سند رسمی، میان زن و شوهر اختلاف ایجاد شده و شوهر ادعا می‌کند که به زن هبه کرده ولی زن با استناد به مبیعه‌نامه می‌گوید خانه را به وی فروخته است. به‌واقع، در اینجا میان اراده ظاهری و اراده باطنی تعارض حاصل می‌شود. نظریه‌های متعددی در باب تعارض اراده ظاهری و اراده باطنی مطرح شده است. گاهی تعیین ماهیت عقد در مقام مصداق و عالم خارج نیست، بلکه در مقام مفهوم و ماهیت است. یکی از نظریاتی که در حقوق اسلام به‌عنوان معیاری برای تعیین ماهیت عقد مطرح شده است، اشتراک معنوی عقود است. به‌عنوان مثال، میان فقها و حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد که هبه به شرط عوض، هبه است یا بیع؟ یا این که اختلاف کرده‌اند که آیا صلح در مقام بیع، صلح است یا بیع؟ در این مورد میان فقها اختلاف نظرهای گسترده‌ای وجود دارد. در مثال‌های مذکور، مطابق نظریه اشتراک معنوی، هبه به شرط عوض از حیث معنا، متضمن معنای بیع است، زیرا همان‌طوری که مثلاً در بیع، شخصی عینی را به فروش می‌رساند و در مقابل عوضی دریافت می‌کند، در هبه به شرط عوض نیز شخص عینی مثلاً به دیگری منتقل می‌کند و در مقابل عوض دریافت می‌کند، لذا هبه به شرط عوض هبه نیست، بلکه بیع است. همچنین صلح در مقام بیع، صلح نیست، بلکه بیع است.

در این مقاله ابتدا به تبیین ماهیت و مصادیق نظریه اشتراک خواهیم پرداخت و سپس مبانی نظریه تبیین خواهد شد و در آخر نسبت این نظریه را با نظریه تحول عقد، قاعده العقود تابعه للقصود، اراده ظاهری و باطنی و قیاس روشن خواهیم کرد.

حسب تتبع و تفحص در مقالات و کتاب‌ها، پژوهشی در این زمینه انجام نگرفته است؛ لذا با توجه به اینکه میان حقوق‌دانان اسلام در طول قرون متمادی مطرح بوده، لذا مقتضی است که در این زمینه کار پژوهشی انجام شود.

### ۱. تبیین نظریه اشتراک معنوی عقود

مقصود از نظریه اشتراک معنوی در عقود این است که بسیار واقع می‌شود که اعمال و وقایع حقوقی، نتیجه مشترکی دارند، به این صورت که برخی از عقود نتیجه عقد دیگری را می‌دهد. به‌عنوان مثال، در هبه مشروط به عوض، مبادله دو مال صورت می‌گیرد که از این حیث با بیع اشتراک دارد، زیرا در بیع نیز مبادله دو عوض صورت می‌گیرد؛ یا در بیع محاباتی عینی در مقابل عوض ناچیزی به دیگری منتقل می‌شود که آن عوض بسیار ناچیز است و گویی اصلاً بیعی صورت نگرفته بلکه صرف هبه است، به دلیل آن که در هبه نیز عوض مجانی به دیگری تعلق می‌گیرد. برخی از فقهای اسلام در مواردی شبیه موارد مذکور قائل هستند که ملاک ماهیت در این‌گونه موارد، فایده و نتیجه است؛ به‌عبارت‌دیگر اگر عقدی ماحصل عقد دیگری را نتیجه دهد، عقد دیگری ملاک خواهد بود ولو اینکه متعاقدين قصد آن عقد را نداشته باشند؛ بنابراین در مثال‌های مذکور ماهیت هبه مشروط به عوض، بیع است نه هبه؛ و بیع محاباتی بیع نیست بلکه هبه است.

مطابق این نظریه، صرف اثر مشترک با یک عقدی دیگر دال بر این است که آن عقد ماهیت مستقلی ندارد، بلکه معنون به‌عنوان عقد دیگر می‌شود، لذا هبه مشروط به عوض نباید هبه دانست بلکه باید آن را بیع بشماریم، خواه طرفین هبه، قصد هبه کرده باشند یا نکرده باشند، خواه قصد بیع کرده باشند یا نه. همچنین صلح در مقام بیع، دیگر صلح نیست، بلکه بیع است، خواه متعاقدين قصد صلح کرده باشند یا نه، خواه قصد بیع کرده

باشند یا نه، به عبارت دیگر، ولو اینکه متعاقدين در مثال‌های مذکور قصد جدی هبه و صلح را دارند، لکن این قصد بی‌اثر است و ملاک اثر عقد است.

به‌واقع مطابق این نظریه، نه قصد متعاقدين ملاک است، نه الفاظ به‌کاررفته در هنگام انعقاد عقد و هیچ‌کدام موضوعیت ندارد، بلکه صرفاً اثر عقد موضوعیت دارد؛ بنابراین در مثال‌های مذکور عقدی تحت عنوان هبه به شرط عوض، صلح در مقام بیع، بیع محاباتی نداریم، بلکه این عقود حقیقتاً به ترتیب بیع و هبه هستند.

از این عمل حقوقی تحت عناوینی همچون «الاشتراک فی المعنی» (حلی، ۱۳۷۴، ج ۷: ۲۷۹) یا تعابیر شبیه آن یاد می‌کنند. به‌عنوان مثال، در باب مضاربه آمده است: «المضاربه وکاله فی المعنی» یا اینکه در ذیل فرع فقهی که در آن شخص بری‌الذمه است و بر وی حواله می‌شود، برخی از فقها گفته‌اند این حواله وکالت است و در تعلیل آن آورده‌اند: «لاشتراکهما فی المعنی».

## ۲. مصادیق نظریه اشتراک معنوی عقود

نظریه اشتراک معنوی در قالب مصادیق متعددی در کلام فقها - اعم از شیعه و اهل سنت آمده است. مصادیقی که در فقه شیعه آمده است، عبارت‌اند از:

۱. برخی از فقها اذعان کرده‌اند که مضاربه به لحاظ معنا وکالت است. تعبیر فقها به این شرح است: «المضاربه وکاله فی المعنی» (کاشف الغطاء، بی‌تا، ج ۸: ۴۹؛ زرکشی، ۱۴۰۶، ج ۵: ۶۶)؛
۲. عقد بضاعه یا ابضاع؛ عقدی است که طی آن مالک سرمایه به دیگری می‌دهد بدون اینکه به عامل سودی یا زیانی متوجه شود. برخی از فقها گفته‌اند ابضاع توکیل تبرعی در تجارت است (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۵: ۳۶۵؛ بابرته، بی‌تا، ج ۸: ۴۷۴)؛
۳. 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 متعاقدین اقدام به صلح مبیع در مقابل عوض بکنند آن عقد بیع خواهد بود (کاشف الغطاء، بی‌تا، ج ۴: ۱۰۸؛ ابن عابدین، ۱۴۱۲، ج ۵: ۲۶۰)؛
۴. اگر محیل، مشغول الذمه محتال نباشد یا اینکه محال‌علیه، مشغول‌الذمه نباشد، برخی از فقها گفته‌اند در این صورت حواله تبدیل به وکالت در قرض می‌شود، زیرا وکالت با هر لفظی منعقد می‌شود (بحرانی، ۱۳۶۳، ج ۲۱: ۵۳)؛
۵. برخی از فقها گفته‌اند که بیع بلائمن، چون متضمن عوض نیست، لذا هبه است، زیرا این هبه است که بلاعوض است. عبارت صاحب کتاب انوار الفقاهه چنین است: «و إن كان بلائمن لم یکن بیعا، بل كان من قبیل الهبه» (مکارم، ۱۴۲۶: ۱۴۹؛ سفیان، ۲۰۱۸، ج ۱: ۱۱۷)؛
۶. 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؛ به این معناست که بائع مبیعی را به مشتری بفروشد به شرط اینکه هر وقت ثمن را برگرداند، مبیع برگردانده شود (طرابلسی، بی‌تا، ج ۱: ۱۴۷؛ ابن عابدین، ۱۴۱۲، ج ۵: ۲۷۶)؛
۷. هبه به شرط عوض؛ برخی از فقها از جمله فقهای حنفی قائل هستند که اگر هبه مشروط به عوض باشد، آن عقد بیع است نه هبه (نووی، بی‌تا، ج ۱۵: ۳۹۸؛ کاسانی، ۱۴۰۶، ج ۶: ۱۱۸)؛
۸. برخی از فقها گفته‌اند اگر شخصی نقود را به دیگری عاریه دهد چون نقود، مستهلک می‌شود آن عقد قرض است نه عاریه (سرخسی، ۱۴۱۴، ج ۲۰: ۶۵)؛
۹. اعاره به شرط عوض؛ اگر شخصی کالایی را به دیگری ارائه دهد، لکن در مقابل خواهان عوض باشد، برخی از فقها قائل شده‌اند این اجاره است (سرخسی، ۱۴۱۴، ج ۱۳: ۳۳۸)؛
۱۰. برخی از فقها گفته‌اند اجاره از مصادیق بیع است (کاسانی، ۱۴۰۶، ج ۴: ۱۹۵)؛

۱۱. برخی از فقها جعاله را اجاره بر منفعت مظنون الحصول معرفی کرده‌اند (ابن‌رشد، ۱۴۲۵، ج ۴: ۲۰؛ الزحیلی، ۱۴۲۷، ج ۵: ۳۸۶۴)؛
۱۲. برخی از فقها مضاربه را شرکت می‌دانند (الزحیلی، ۱۴۲۷، ج ۵: ۳۹۲۳)؛
۱۳. 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، زیرا تعیین زمان در اجاره لازم است ولی در جعاله نه‌تنها نباید تعیین شود، بلکه مفسد هم است (قرافی، بی‌تا، ج ۳: ۳۳۹)؛
۱۴. در عقد استصناع برخی از فقها گفته‌اند که اگر زمان برای شخصی که کالا می‌سازد تعیین شده باشد، آن بیع سلم است؛ چراکه در بیع سلم برخلاف بیع نسبه، کالا، مدت‌دار است اما بهای آن، نقد پرداخت می‌شود (کاسانی، ۱۴۰۶، ج ۸: ۳۴۱؛ ابن‌مازه، ۱۴۲۴، ج ۸: ۳۴۱)؛
۱۵. اگر شخصی زمینی را به دیگری اجاره دهد در مقابل اینکه سهم مشاعی از آن به او داده شود، گفته‌اند این عقد مزارعه است نه اجاره؛
۱۶. ماده ۲۲۰ قانون تجارت مقرر می‌دارد: هر شرکت ایرانی که فعلاً وجود داشته یا در آتیه تشکیل شود و با اشتغال به امور تجارتي خود را به صورت یکی از شرکت‌های مذکور در این قانون درنیاورده و مطابق مقررات مربوطه به آن شرکت عمل ننماید شرکت تضامنی محسوب شده و احکام راجع به شرکت‌های تضامنی در مورد آن اجرا می‌شود؛
۱۷. مواد ۶۴۸ و ۶۴۹ المجله مقرر می‌دارد که اگر شخصی، کفالت را در دینی به شرط برائتش به عهده گیرد، این عقد کفالت نیست، بلکه به عقد حواله تبدیل می‌شود و برعکس اگر عقد حواله باشد به شرطی که عدم برائت بدهکار به عقد کفالت تبدیل می‌شود؛
۱۸. ماده ۷۲۷ قانون مدنی مقرر می‌دارد: برای صحت حواله شرط نیست که محال علیه مدیون محیل باشد، در این صورت پس از قبولی در حکم ضمان است.

### ۳. اعتبارسنجی نظریه اشتراک معنوی

میان فقها و حقوق دانان رویکرد واحدی نسبت به این موضوع اتخاذ نشده است، بلکه این نظریه موافقان و مخالفین زیادی وجود دارد. با تتبع در کتب فقها و حقوق دانان می‌توان سه رویکرد در رابطه با این نظریه ارائه کرد:

#### ۳-۱. اعتبار نظریه اشتراک معنوی

این رویکرد به طور جزئی و مصداقی در کلام برخی از فقهای شیعه آمده است (علم الهدی، ۱۴۱۵: ۲۸۱) اما اینکه به‌عنوان یک نظریه عمومی مطرح شده باشد، در کلام فقهای شیعه یافت نمی‌شود. با این وجود، در میان فقهای اهل سنت، علمای حنفی و برخی از فقهای سایر مذاهب به شکل گسترده‌ای مطرح بوده است. این گروه برای نظریه خود ادله ذیل را مطرح کرده‌اند:

۱. استدلال به آیات قرآن؛ از جمله آیاتی که مورد استناد این گروه بوده است، عبارت‌اند از: آیه شریفه ۲۲۹ سوره بقره است که می‌فرماید: «وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرِدْهِنَ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا» و آیه شریفه ۲۳۱ بقره که می‌فرماید: «وَلَا تَمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا». وجه دلالت دو آیه به این گونه است که در دو آیه شریفه آنچه در رجوع شوهر مهم است، این است که رجوع به قصد اصلاح باشد نه اضرار؛ بنابراین مطابق این آیات، آنچه مهم است نیت و قصد است؛ نه الفاظ و در نظریه اشتراک معنوی نیز به قصد متعاقدين توجه می‌شود، در نتیجه، نظریه مطابق با آیات شریفه است (عبدالحمید، ۱۴۳۳: ۲۷)؛

۲. روایاتی که در کتب روایی شیعه و اهل سنت با این مضمون وارد شده است: «الاعمال بالنیات». از آن جمله، روایتی که صدوق از پیامبر اکرم (صلی الله علیه و آله و سلم) در کتاب *الهدایه* روایت کرده است: «إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ» (به نقل از: نوری، ۱۳۲۰، ج ۱: ۹۰). با این مضمون در کتب روایی اهل سنت نیز وارد شده است

(بیهقی، ۱۴۲۴، ج ۱: ۶۸). مطابق این روایات اصل در اعمال نیت است و عقود نیز از اعمال است، لذا ملاک در عقود نیت و قصد است؛

۳. از جمله دلایل عقلی که ذکر شده است، این است که وقتی که نیت متعاقدين از الفاظی که به کار برده‌اند انعقاد عقد دیگری است، معقول نیست، عقد ظاهری منعقد شود. به‌عنوان 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 (ابن قیم، ۱۴۱۱، ج ۳: ۸۶)؛

۴. برخی چنین استدلال کرده‌اند که در انعقاد عقود صراحت شرط نیست، بلکه با کنایه و مجاز نیز منعقد می‌شود و در نظریه اشتراک معنوی نیز یک عقدی با الفاظ عقد دیگری منعقد شده و الفاظ عقود دیگر به نحو مجازی یا کنایی استفاده شده است. توضیح مطلب این‌که در فقه اسلامی این مسئله مطرح شده است که کیفیت الفاظ عقود به چه شکلی باید باشد؟ آیا انعقاد عقد با کنایه و مجاز صحیح است یا نه؟ جمهور فقهای اهل سنت عقیده‌شان بر این است که به غیر از عقد نکاح و عقد سلم، لفظ معینی شرط نیست، بلکه هر عقدی که مفید مقصود باشد عقد منعقد می‌شود (مجموعه المؤلفین، ۱۴۰۴، ج ۳۵: ۲۸۴)؛ گرچه در مقابل برخی از فقهای اهل سنت قائل هستند که عقود با کنایات منعقد نمی‌شود (ابن رجب، بی‌تا: ۴۸).

این مسئله در میان فقهای شیعه بیشتر از فقهای اهل سنت مطرح شده است و نظرات متعددی مطرح شده است (موسوی گلپایگانی، بی‌تا: ۱۵۲).

۵. برخی نیز چنین استدلال کرده‌اند که اصل در اوامر و جوب است و در نواهی حرمت است؛ اگر حمل اوامر بر جوب و نواهی بر حرمت، متعذر باشد، به ترتیب حمل بر استحباب و کراهت می‌شود و در ما نحن فیه نیز با توجه به اینکه حمل الفاظ بر معانی ظاهری آن‌ها متعذر است، لذا باید به معانی دیگر که مفید عقد دیگری است، حمل کنیم (حصنی، ۱۴۱۸، ج ۱: ۴۱۸).

۶. همچنین استدلال کرده‌اند که اگر لفظ عقدی را بر معنای صحیح بتوان حمل کرد، جایز نیست لفظ را لغو و تعطیل کرد (حصنی، ۱۴۱۸، ج ۱: ۴۱۸)؛ به عبارت دیگر تا



وقتی که بتوانیم لفظ را به معنای صحیحی حمل کنیم، جایز نیست بر معنای باطل حمل کرد.

### ۲-۳. نقد و بررسی ادله

ادله مطرح شده از چندین جهت قابل مناقشه است:

۱. بر دلیل اول و دوم و سوم و چهارم این نقد وارد است که این ادله بحث را صرف لفظی کرده‌اند، به‌واقع این مسئله تاریخی را مطرح کرده‌اند که آیا صراحت در الفاظ عقود شرط است؟ آیا می‌توان لفظ یک عقدی را به جای عقد دیگری نهاد؟ آیا عقود با کنایه و مجاز منعقد می‌شود؟ حال آنکه محل بحث نظریه اشتراک معنوی عقود از دو جهت با مبحث مذکور متفاوت است: الف. پرسش‌های مذکور مقدم بر نظریه اشتراک معنوی است؛ به این ترتیب که بعد از اینکه پذیرفته شد که صراحت در الفاظ عقود شرط نیست، بحث نظریه اشتراک معنوی مطرح می‌شود ولی اگر صراحت در الفاظ عقود شرط شود بی‌شک طرح نظریه اشتراک معنوی محلی از اعرابی ندارد و با قبول این شرط بی‌شک این نظریه نیز باطل است، زیرا در بیشتر مواقع نظریه اشتراک معنوی در بستر همین الفاظ مطرح می‌شود؛ گرچه بنا بر نظر مشهور فقها صراحت در الفاظ عقود مردود است؛ ب. ادله مذکور به اصطلاح حقوق امروری اراده ظاهری و اراده باطنی را مطرح کرده‌اند و آن اینکه اگر متعاقدين لفظی را به کار ببرند و لکن قصدشان از آن عقد دیگری باشد، آنچه معتبر است اراده ظاهری است یا باطنی؟ در این رابطه نظریات متعددی مطرح شده است، از جمله اینکه گفته‌اند اگر لفظ مستعمل محفوف به قرائن باشد ملاک اراده باطنی است، در غیر این صورت اراده ظاهری ملاک است (موسوی گلپایگانی، بی‌تا: ۱۵۲)، حال آنکه در نظریه اشتراک معنوی عقود بحث از اراده و قصد ظاهری یا باطنی نیست، بلکه محل بحث این است که متعاقدين عقدی را منعقد می‌کنند که نتیجه یک عقد دیگر را در پی دارد؛ به‌عنوان مثال در صلح در مقام بیع، متعاقدين گرچه در قالب عقد صلح معامله را انجام داده‌اند، لکن چون نتیجه بیع که نقل و انتقال عوضین است، در پی دارد آن عقد بیع یا در حکم بیع خواهد

بود و آثار بیع را رقم خواهد زد؛ گرچه متعاقدين حقیقتاً اراده صلح کرده باشند. در مثال مذکور اگر متعاقدين حقیقتاً قصد صلح کرده باشند، مطابق هر دو نظریه اراده باطنی و ظاهری آن عقد، صلح خواهد بود، حال آنکه مطابق نظریه اشتراک معنوی عقود آن عقد بیع خواهد بود و اگر چنانکه عقد صلح را قصد نکرده باشند، نوبت به اعمال نظریه اشتراک معنوی عقود نخواهد رسید، زیرا خود متعاقدين بیع را قصد کرده‌اند و صرفاً ثمره اختلاف در نظریه اراده ظاهری و باطنی روشن خواهد شد؛ در نتیجه مطابق نظریه اراده ظاهری، عقد منعقدشده صلح خواهد بود و مطابق نظریه اراده باطنی مثلاً بیع خواهد بود؛ به عبارت دیگر نظریه اشتراک معنوی دقیقاً برخلاف نظریه اراده ظاهری و اراده باطنی نتیجه می‌دهد؛

۲. برخی از ادله مذکور همچون دلیل پنج و شش اخص از مدعا است؛ به این ترتیب که مدعا این است که هر جا اشتراک در نتیجه پیش آمد، نظریه اشتراک معنوی اعمال می‌شود، اعم از اینکه عقد مورد نظر باطل باشد یا صحیح و حال آنکه دلیل پنج و شش صرفاً بحث را به عقود باطل محدود می‌کند.

### ۳-۳. عدم اعتبار نظریه اشتراک معنوی عقود

برخی از فقها و حقوق‌دانان با نظریه اشتراک معنوی عقود مخالفت کرده‌اند. در میان فقها و حقوق‌دانان شیعه، برخی به صراحت این نظریه را رد کرده‌اند. فقها و حقوق‌دانان شیعه در ذیل عقد صلح و هبه به شرط عوض این بحث را مطرح کرده‌اند (مجموعه المؤلفین، ۱۴۰۴، ج ۲۷: ۳۲۷؛ کاشف الغطاء، بی‌تا، ج ۴: ۱۰۷؛ کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۱۵).

این گروه نیز برای رویکرد خود ادله متفاوتی مطرح کرده‌اند:

۱. برخی گفته‌اند: 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 (کاشف الغطاء، بی‌تا، ج ۴: ۱۰۸؛ لنکرانی، ۱۴۳۰: ۲۴۰)؛

۲. روایاتی که متضمن این مطلب است که حکم به حسب ظاهر است نه به حسب نیت. از پیامبر (صلی الله علیه و آله و سلم) روایت شده است: «نحن نحکم بالظاهر» (فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ج ۴: ۳۲۱؛ محقق حلی، ۱۳۶۴، ج ۱: ۱۲۴)؛

۳. برخی از فقها قائل هستند نمی‌توان عقدی را با الفاظ عقد دیگر منعقد کرد، زیرا اسباب شرعی توقیفی هستند، لذا نمی‌توان به خارج از آن عدول کرد (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج ۷: ۸۳)؛ بنابراین در نظریه اشتراک معنوی عقود انعقاد عقدی با الفاظ عقد دیگر انجام می‌شود، لذا اعتبار ندارد (رجوع شود به: ابن رجب، بی‌تا: ۴۸؛ ابن نجیم، ۱۴۱۹، ج ۱: ۱۷۴؛ سیوطی، ۱۴۱۱، ج ۱: ۱۶۶؛ سید مجاهد، ۱۲۴۲، ج ۱: ۲۱۲).

توضیح مطلب اینکه میان فقها اختلاف شده است که آیا می‌توان لفظ یک عقد را به جای یک عقد دیگر استعمال کرد یا نه؟ گرچه این مطلب ذیل بحث شرط صراحت الفاظ عقود می‌گنجد، لکن فقها این مبحث را جداگانه بحث کرده‌اند. به‌عنوان مثال ابن رجب حنبلی در کتاب القواعد هر دو مبحث را به‌صورت جداگانه مطرح کرده‌اند. ابتدا در قاعده ۸۳ قاعده فیما إذا وَصَلَ بِالْفَظِ الْعُقُودِ مَا يُخْرِجُهَا عَنْ مَوْضُوعِهَا فَهَلْ يَفْسُدُ الْعَقْدُ بِذَلِكَ أَوْ يُجْعَلُ كِنَايَةً عَمَّا يُمْكِنُ صِحَّتُهُ عَلَى ذَلِكَ الْوَجْهِ؟ (ابن رجب، بی‌تا: ۴۸). سپس در قاعده ۳۹ این مسئله را مطرح کرده‌اند که «فِي أَنْعِقَادِ الْعُقُودِ بِالْكِنَايَاتِ وَاخْتِلَافِ الْأَصْحَابِ فِي ذَلِكَ» (ابن رجب، بی‌تا: ۴۹).

به هر روی، در مذاهب خمسسه سه نظریه عمده در رابطه با این مسئله مطرح بوده است: نظریه بطلان، نظریه عمل به ظاهر عقد و نظریه اعتبار مقصود و معنای موردنظر متعاقدين. فقهای حنفی و مالکی نظریه معتبر بودن مقصود متعاقدين را اختیار کرده‌اند، مثلاً اگر متعاقدين لفظ «آجرتک» را به جای لفظ «زارعتک» را استعمال کنند و هدف متعاقدين عقد مزارعه باشد نه اجاره، در این صورت عقد منعقد شده مزارعه است نه اجاره؛ گرچه به لفظ اجاره است لکن مقصود متعاقدين مزارعه است (ابن النجیم، ۱۴۱۹، ج ۱: ۱۷۴). فقهای شافعی در این رابطه اختلاف دارند (سیوطی، ۱۴۱۶، ج ۱: ۱۶۶). در میان فقهای حنبلی نیز اختلاف مشاهده

می‌شود. ابن القیم در اعلام الموقّعين حکم به اعتبار معنا می‌دهد (ابن قیّم، ۱۴۱۱، ج ۳: ۱۸۷) لکن از قواعد ابن‌رجب روشن می‌شود که اختلاف‌نظر وجود دارد (ابن رجب، بی‌تا: ۴۸).

در فقه شیعه این مبحث در ضمن ابواب فقهی بحث شده است، از جمله در باب اجاره و مساقات و مزارعه. در باب اجاره میان فقهیان اختلاف شده است که اگر به جاری لفظ «آجرتک» بگویند: «بعثک الدار» و قصد اجاره کند، آیا اجاره صحیح است یا نه؟ دو نظریه وجود دارد: برخی حکم به بطلان اجاره داده‌اند و برخی دیگر حکم به صحت اجاره داده‌اند مشروط بر اینکه محفوف به قرائن باشد (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۷، ج ۵: ۹). همچنین در باب مزارعه نیز چنین اختلاف‌نظر وجود دارد. برخی حکم به بطلان آن داده‌اند و برخی دیگر حکم به صحت آن داده‌اند (سید مجاهد، بی‌تا، ج ۱: ۲۱۲)؛

۴. برخی از فقها قائل هستند که در الفاظ عقود صراحت شرط است و ادله متعددی برای آن ذکر کرده‌اند، از جمله این ادله عبارت‌اند از: ادعای اجماع، انصراف اطلاعات (خلخالی، ۱۳۸۵: ۳۹)؛ بنابراین در نظریه اشتراک معنوی عقود چون این شرط نیست، پس لاجرم معتبر نیست؛

۵. تنافی نظریه اشتراک معنوی با قاعده «العقود تابعه للقصود»؛ 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، به این گونه 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 اعتباریاتی خاصی است مانند فوریت، تراخی، لزوم، تنجیز، تعلیق، اطلاق، تقیید،

اتصال و انفصال و غیره است، موارد مذکور تابع قصد طرفین است (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۴۹).

وجه تنافی بر اساس تفسیر اول است؛ چراکه اگر تفسیر اول پذیرفته شود چون نسبت به عقد دوم قصدی وجود ندارد، چگونه ممکن است عقد دوم محقق شود؟ به اصطلاح حقوقی انعقاد عقد نیازمند اراده است و نسبت به انعقاد عقد دوم اراده شکل نگرفته است. توضیح مطلب اینکه اراده متعاقدين در انعقاد عقود نقش سازنده را بازی می‌کند و حتی بالاتر سازنده عقد، اراده متعاقدين است (شهیدی، ۱۳۹۸، ج ۱: ۱۳۲). در فقه شیعه نیز بر اساس قاعده العقود تابعه للقصد - بنا بر تفسیر برخی از فقها - عقد بدون قصد محقق نمی‌شود. در فقه اهل سنت نیز قاعده مذکور در وجهی کلی تحت عنوان «الامور بمقاصدها» آمده است (سبکی، ۱۴۱۱، ج ۱: ۵۱).

با وجود این اتفاق نظر در میان فقها و حقوق دانان اسلام، در نظریه اشتراک معنوی، عقدی خارج از قصد طرفین منعقد می‌شود؛ به عبارت دیگر با این که متعاقدين اراده چنین عقدی را ندارند، لکن به صرف اینکه مفید نتیجه عقد دیگری است، عنوان آن عقد را به خود گرفته و احکام خاص آن عقد مترتب می‌شود. چگونه می‌توان این تنافی میان نظریه اشتراک معنوی عقود و ضرورت قصد را حل کرد؟

۶. برخی نیز گفته‌اند الفاظ برای افاده معنا وضع شده‌اند، اگر قرار باشد اعتبار با معنا باشد لازم می‌آید که الفاظ طرد و تعطیل شود و همچنین این مسئله با اجماعی که میان اهل فن مبنی بر اینکه الفاظ از موضوعه خارج نمی‌شوند، تنافی وجود دارد (حصنی، ۱۴۱۸، ج ۱: ۴۱۸)؛

۷. هر عقدی احکام و آثاری مخصوص خود را دارا هست، لذا چگونه می‌توان آثار مخصوص هر عقدی را به عقدی دیگر سرایت داد؟ به عبارت دیگر تفاوت در آثار، خصوصیات و ویژگی‌ها گواه بر تفاوت عقود است ولو اینکه نتیجه واحدی دهد (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۵: ۱۴).

### ۳-۴. نقد و بررسی ادله

از میان ادله مذکور، دلیل اول و پنجم و هفتم مهم‌ترین هستند و سایر ادله از جمله دلیل دوم، سوم و چهارم ضعیف و بلکه جوابشان روشن است.

۱. در نقد دلیل دوم باید گفت که نخست، اینکه اصل بر ظواهر است، به نحو مطلق درست نیست؛ بلکه اتفاقاً با روایاتی که نیت را اصل قرار می‌دهد تنافی دارد؛ بنابراین لازم است میان این دو ادله اتفاق حاصل کرد و آن اینکه اگر قرائن و شواهد دال بر نیت و قصد متعاقدين باشد، قصد معتبر خواهد بود والا اصل با ظاهر است؛ به همین دلیل است که برخی از فقها معتقدند عقد با هر لفظی که صریح یا ظاهر در عقد موردنظر باشد، منعقد می‌شود، خواه حقیقی باشد، خواه مجازی و خواه کنایی (خوبی، ۱۴۲۲، ج ۳۰: ۱۸)؛ دوم، این که مبحث مذکور خارج از محل بحث است، زیرا در نظریه اشتراک معنوی، مسئله اشتراک در نتیجه مدنظر است، خواه ملاک ظاهر باشد یا نیت.

۲. در نقد دلیل سوم نیز می‌توان گفت که این نظریه از نظر فقهای معاصر مردود است. مشهور فقهای معاصر گفته‌اند که اگر لفظ ظهور عرفی در مقصود داشته باشد، عقد منعقد می‌شود. علاوه بر این معاملات مثل عبادت نیستند که اسباب آن توقیفی باشند، بلکه عرفی هستند و باید دید عرف چه اقتضاء می‌کند (بهبهانی، ۱۴۱۵: ۴۷۵).

۳. نقد دلیل سوم بر دلیل چهارم نیز وارد است؛ مشهور فقهای معاصر این نظریه را رد کرده‌اند.

۴. نقد دلیل پنجم: در حل این تنافی می‌توان راه‌حل‌های متعددی پیشنهاد کرد که در ادامه به بررسی آن خواهیم کرد:

- اکتفا به انعقاد شأنی قرارداد؛ توضیح مطلب به این صورت است که آنچه در مقام انعقاد قرارداد مهم و معتبر است، صرف قصد انعقاد عقدی است و لازم نیست متعاقدين حتماً عنوان عقدی را در نظر داشته باشند. همین‌قدر که اراده متعاقدين بر انعقاد عقدی تعلق گرفته باشد، کافی است. با این پاسخ دیگر می‌توان گفت میان

نظریه اشتراک معنوی و ضرورت اراده و قصد تنافی وجود ندارد، زیرا قصد انعقاد قرارداد وجود دارد و قرارداد بدون قصد محقق نشده است تا اینکه گفته شود، مگر می‌شود قراردادی بدون قصد و اراده متعاقدين منعقد شود؛ به عبارت دیگر قصد شأنی و تأهلی کافی در انعقاد عقود است.

در تأیید این مطلب می‌توان به مواردی در فقه اسلامی اشاره کرد که در آن صرفاً به قوه، تاهل و شأنیت - در مقابل فعلیت - اعتبار بخشیده شده است. بسیار اتفاق افتاده است که فقها نه تنها به فعلیت، بلکه به قوه، تاهل و شأنیت نیز اهمیت فراوانی داده‌اند. یکی از این موارد، مسئله مالکیت شأنی است. برخی از فقها مالکیت را به دو دسته تقسیم می‌کنند: مالکیت شأنی و مالکیت فعلی. به عنوان مثال برخی از فقیهان گفته‌اند که وقتی ملکی بر چند طبقه از موقوف علیهم وقف می‌شود، طبقه موجود مالکیت فعلی دارد و طبقات معدوم مالکیت شأنی دارند. این فقها با توجه به این تقسیم‌بندی، گفته‌اند که اگر موقوف علیهم بنا بر شرایطی مجبور به فروش عین موقوفه شده‌اند، طبقه معدوم نیز مالکیت شأنی دارند، لذا باید مصالح طبقه معدوم نیز در نظر گرفته شده است (شیخ انصاری، ۱۴۱۵، ج ۴: ۶۴). یکی دیگر از این موارد، خیار شأنی است. توضیح مطلب این‌که یکی از موارد مسقط خیار عیب، تبری بایع از عیوب است. در این فرع فقهی این سؤال مطرح شده است که آیا با صرف تبری، صرفاً خیار ساقط می‌شود و بقیه احکام آن می‌ماند یا این‌که من جمیع الوجوه خیار ساقط می‌شود؟ برخی از فقها به استناد این‌که قبلاً چون خیار داشته است (خیار شأنی)، حکم به ضمان بایع در صورت تلف مبیع داده‌اند (خویی، ۱۴۲۲، ج ۳۹: ۲۲۵). مثال‌های از این قبیل در فقه اسلامی زیاد است که در آن به قوه، تاهل و شأن اعتبار بخشیده‌اند، در مطلب مورد بحث ما نیز صرف قصد شأنی کافی در انعقاد عقود است.

- عدم حاکمیت مطلق اراده؛ فقهای اسلام گرچه اجماع بر ضرورت قصد و اراده دارند، لکن این مسئله به نحو مطلق نیست، این شیوه در واقع نوعی تحدید حیطة

اراده است؛ به عبارت دیگر این گونه نیست که سرتاسر عقد تابع اراده طرفین عقد باشد بلکه مواردی است که دیگر در حیطه اراده متعاقدين نیست. عواملی متعددی را می‌توان به‌عنوان تحدیدکننده آزادی مطلق اراده مطرح کرد، از جمله قانون، عرف. به‌عنوان مثال فقها قائل هستند که متعاقدين هیچ نقشی در آثار مترتب بر عقد ندارد، به عبارت دیگر، با اراده متعاقدين آثار مترتب بر آن عقد تغییر پیدا نمی‌کند. همچنین فقها در موارد متعددی عرف را ملاک قرار می‌دهند با اینکه اراده متعاقدين بر آن تعلق نگرفته است. موارد مذکور نشان می‌دهد که آزادی متعاقدين در اراده و قصد به نحو مطلق نیست، بلکه قانون یا عرف در موارد متعددی آن را تحدید می‌کند و برخلاف اراده متعاقدين آن را تحمیل می‌کند.

شاهد بر درستی مدعا این است که برخی از فقها صراحتاً تبعیت عقد از قصد به نحو مطلق را محل اشکال کرده‌اند. به‌عنوان مثال صاحب حدائق با استناد به روایات، نکاح موقت بدون ذکر مدت را عقد دائمی می‌دانند. در ادامه می‌نویسد: و بذلک یظهر منع تبعیة العقد للقصد علی إطلاقه.

- در فقه اسلامی مواردی می‌توان یافت که خلاف قصد متعاقدين را بر متعاقدين تحمیل کردند، با اینکه دلیل تبعیدی نداشته است. از جمله در بحث معاطات، میان فقها اختلاف نظر شده است که آیا با معاطات بیع منعقد می‌شود یا نه؟ برخی از فقها گفته‌اند معاطات موجب اباحه در تصرف می‌شود با وجود اینکه متعاقدين قصد بیع را داشته‌اند (شیخ انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳: ۲۹۰). همچنین در نکاح موقت میان فقها اختلاف شده است که اگر زمان توسط متعاقدين ذکر نشود، عقد چه حکمی دارد؟ برخی حکم به بطلان داده‌اند و برخی دیگر گفته‌اند تبدیل به عقد دائم می‌شود (طباطبایی، ۱۴۱۸، ج ۱۱: ۳۳۴).

- در نقد دلیل ششم می‌توان گفت نظریه اشتراک معنوی منجر به تعطیلی نمی‌شود، بلکه مسئله این است که عقدی نتیجه یک عقد دیگری را می‌دهد، وقتی چنین است، نظریه اشتراک معنوی اعمال می‌شود، با هر لفظی که باشد.



- دلیل هفتم نیز با این اشکال مواجه هست که نظریه اشتراک معنوی وجود ویژگی و خصوصیات منحصر به فرد یک عقد را رد نمی‌کند، بلکه وقتی که عقدی بر حسب نظریه مذکور تحقق یافت، ویژگی و خصوصیات منحصر به فرد آن عقد محقق می‌شود. به عنوان مثال در هبه مشروط به عوض، مطابق نظریه اشتراک معنوی، اصلاً عقد منعقد شده هبه نیست تا خصوصیات عقد هبه دال بر نفی بیع بودن باشد، بلکه بیع است و خصوصیات بیع را می‌پذیرد. به عبارت دیگر در وهله اول باید ماهیت عقد مشخص شود، سپس خصوصیات آن عقد جاری می‌شود. در واقع خصوصیات عقد متأخر از ماهیت عقد است، اول ماهیت روشن می‌شود، بعد ویژگی‌های آن عقد بار می‌شود.

### ۳-۵. قول به تفصیل

برخی از اندیشمندان از جمله کاتوزیان قائل به تفصیل شده‌اند؛ به این ترتیب که وجه ممیز عقود تراضی و توافق متعاقدین است. ایشان در مبحث هبه به شرط عوض در مقام مختار می‌نویسد: اگر مقصود طرفین مبادله دو مال باشد، عقدی که واقع می‌شود دیگر هبه نیست هر چند که تعادل میان دو عوض نباشد. برعکس هرگاه شرط عوض جنبه فرعی و تبعی پیدا کند و طرفین نخواهند که شرط در برابر هبه قرار گیرد، ارزش آن هر اندازه زیاد باشد، با مجانی بودن هبه از نظر حقوقی منافات ندارد و به منزله‌ای هبه‌ای است که یکی اصل و دیگری فرع قرار می‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۱۶).

به نظر می‌رسد این تفصیل عدول از محل نزاع است؛ مطابق این سخن، ملاک قصد متعاقدین است و متعاقدین هر عقدی را قصد کنند، همان ملاک است، با هر لفظی که واقع شود؛ حال آنکه در نظریه اشتراک معنوی بحثی از قصد طرفین نیست، بلکه بحث اشتراک معنوی صرف عقود است، خواه عقد را قصد کرده باشند یا نه.

### ۳-۶. ارزیابی دیدگاه‌ها

بررسی هر نظریه‌ای از دو حیث قابل بررسی است: یکی از حیث مقام ثبوت و دیگری از حیث مقام اثبات. این نظریه نیز از این جهت مستثنی نیست. از حیث ثبوت می‌توان گفت، دیدگاه عدم اعتبار اشتراک معنوی مواجهه است، زیرا همان‌طوری که گفته شد ادله دیدگاه اول با دو نقد اساسی مواجه بود: یکی اینکه بخشی از ادله اصلاً ربطی به این نظریه نداشت و دیگری اینکه اخص از مدعا بود، لذا این ادله از اثبات این نظریه به نحو کلی عقیم است. نظریه تفصیل نیز مطلب را به‌گونه‌ای مطرح می‌کند که اجنبی از نظریه اشتراک معنوی است. لذا از میان دیدگاه‌های مذکور صرفاً نظریه عدم اعتبار قابل دفاع است؛ گرچه بخشی از ادله‌ای که مطرح شده است، ضعیف بود، کما اینکه در نقد ادله ذکر شد.

با فرض ثبوت نیز، این نظریه در مقام اثبات با اشکال‌های فراوانی مواجه است، زیرا اعمال این نظریه از یک طرف خلاف اراده متعاقدين است و از طرف دیگر به‌هم‌ریختگی در حوزه قراردادها می‌تواند ایجاد می‌کند، بنابراین نمی‌توان به‌عنوان یک نظریه عمومی از آن دفاع کرد بلکه به نحو مصداقی می‌توان پذیرفت؛ لذا برای اعمال این نظریه وجود نص قانون الزامی است، در غیر این صورت نمی‌توان این نظریه را اعمال کرد.

به نظر می‌رسد عدم پذیرش این نظریه به نحو کلی در فقه شیعه و اکتفا به برخی از مصادیق، به دلیل پذیرش حیل شرعی به معنای چاره‌جویی، نه به‌عنوان تقلب در قانون، است و فقهای شیعه یک نوع تسامح را به متعاقدين داده‌اند تا برای فرار از آثار یک عقد، معامله را در قالب عقد دیگری منعقد کنند. به واقع امر دوران است میان پذیرش چاره‌جویی و عدم آن. توضیح مطلب اینکه در فقه شیعه مواردی وجود دارد که فقها برای حل یک مسئله حقوقی و تجویز آن راه‌های مطرح می‌کنند که در اصطلاح از آن تعبیر به حیل شرعی به معنای مثبت آن یعنی چاره‌جویی می‌کنند. همان‌طوری که در مبحث ربا برای فرار از ربا راه‌های مطرح شده است یا اینکه در باب صلح با تجویز

صلح در مقام بیع برخی از آثار مترتب بر بیع از جمله شفعه را برداشته‌اند. این‌گونه چاره‌جویی در واقع یک نوع تساهل و تسامح در به‌کارگیری قواعد فقهی و حقوقی است؛ بنابراین در مواردی همچون صلح در مقام بیع فقهای شیعه کاملاً متوجه هستند که نتیجه عقد بیع است، لکن با دادن اصالت به چنین عقدی متعاقدين را از برخی از آثار بیع معاف می‌کنند که در واقع هدف نهایی متعاقدين نیز است. در واقع متعاقدين در بیشتر مواقع برای رهایی از برخی آثار عقد، عقد دیگری را منعقد می‌کند تا بدین نحو آن آثار مترتب نشود. فقهای شیعه با این کار نوع سهولت و انعطاف‌گری را در احکام حقوقی و فقهی انجام می‌دهند.

#### ۴. تفاوت نظریه اشتراک معنوی عقود با نظریه‌های مشابه

در این قسمت مناسب است به تبیین مهم‌ترین تفاوت‌های نظریه اشتراک معنوی عقود با سایر نظریات مشابه پرداخته شود تا جایگاه این نظریه در بین نظریه‌های مشابه هرچه بیشتر تبیین شود:

#### ۴-۱. تفاوت نظریه اشتراک معنوی با قاعده العبره فی العقود بالمقاصد و المعانی لا بالألفاظ و المبانی

این قاعده یکی از قواعدی که در کتب فقهای اهل سنت به‌وفور دیده می‌شود. این قاعده با تعبیر مختلفی در کتب فقهای اهل سنت ذکر شده است (ابن نجیم، ۱۴۱۹، ج ۱: ۲۰۷؛ طرابلسی، بی‌تا، ج ۷: ۲۰۷؛ کاسانی، ۱۴۰۶، ج ۱۱: ۴؛ حصنی، ۱۴۱۸، ج ۱: ۳۶۹؛ سبکی، ۱۴۱۱، ج ۱: ۳۴۷). منظور از این قاعده این است که هنگامی که عقدی منعقد شد، به الفاظی که متعاقدين استعمال می‌کنند توجه نمی‌کنند، بلکه به نیت و مقصود حقیقی آن‌ها حین استعمال الفاظ توجه می‌کنیم، زیرا الفاظ قالب معنا هستند (آل بورنو، ۱۴۲۴، ج ۱: ۱۴۸؛ الزحیلی، ۱۴۲۷، ج ۱: ۱۰۱؛ الزحیلی، بی‌تا، ج ۱: ۱۶۲). ریشه این قاعده در واقع به یک اختلاف عمیقی برمی‌گردد که در میان فقها واقع شده است و آن اینکه شرع برای

هر عقدی لفظی را وضع کرده است که بر موضوع و احکام آن عقد دلالت دارد، آیا می‌توان لفظ یک عقد دیگر را به جای عقد دیگر استعمال کرد در نتیجه متبع منطوق است یا معنی یا اصلاً عقد باطل است (آل بورنو، ۱۴۱۶، ج ۱: ۲۵۱) یا به عبارت کلی‌تر آیا انعقاد عقد با کنایات و مجازات نیز معتبر است یا نه؟

تفاوت میان نظریه اشتراک معنوی و قاعده مذکور این است که در قاعده مذکور صرفاً این بحث می‌شود که اگر کسی به جای لفظ یک عقدی از لفظ عقد دیگری استفاده کرد، آیا متبع عقد ظاهری است یا عقد قصد شده؛ در حالی که در نظریه موردنظر بحث از لفظ یا قصد نیست بلکه بحث اشتراک در نتیجه عقود است؛ به این ترتیب که مثلاً صلح در مقام بیع است نه صلح خواه متعاقدين قصد کرده باشند یا نه؛ به عبارت دیگر در نظریه موردنظر کاری به قصد متعاقدين نداریم، بلکه این بحث می‌شود صرف اشتراک در آثار عقد، می‌تواند ماهیت عقد را مشخص کند خواه متعاقدين آن عقد را قصد کرده باشند یا نه. بنابراین در اشتراک معنوی عقود، کاری با قصد نداریم، بلکه صرف اثر عقد ملاک است، حال آنکه در این قاعده محور بحث قصد است. به‌عنوان مثال در هبه مشروط به عوض، بنا بر نظریه اشتراک معنوی چون اثر عقد بیع را دارد، لذا بیع است، لکن مطابق قاعده مذکور این بحث می‌شود که آیا متعاقدين می‌توانند به جای بیعت، لفظ وهبت بعوض را به کار ببرند یا نه؟ و اگر به کار بسته‌اند در این صورت آیا بیع صحیح است یا نه؟ سه تا نظریه در این مورد است، برخی گفته‌اند باطل است، برخی گفته‌اند به ظاهر عمل می‌شود و برخی گفته‌اند بیع است.

#### ۴-۲. تفاوت نظریه اشتراک معنوی با نظریه تحول عقد

یکی از نهادهای حقوقی که در کشورهای عربی مورد توجه بوده است، نهاد تحول عقد است. حقوق معاصر در تعریف تحول عقد چنین گوید: 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 (ماده ۱۴۴ قانون مدنی مصر).

در حقوق معاصر برای نظریه تحول عقد شرایطی در نظر گرفته‌اند. این شرایط عبارت‌اند از:

الف. بطلان عقد: شرط اساسی در نظریه تحول عقد این است که عقد مورد نظر باطل باشد. به عنوان مثال در تحول سند رسمی به سند عادی، باید سند رسمی بنا به دلایلی باطل شده باشد تا تبدیل به سند عادی شود. این شروط مورد تصریح بسیاری از قوانین مدنی کشورهای عربی است از جمله ماده ۱۴۴ قانون مدنی مصر که مقرر می‌دارد: «اذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال...» (سفیان، ۲۰۱۸: ۲۱۸).

ب. شرط دوم نظریه تحول عقد این است که عقد باطل متضمن ارکان عقد صحیح جدید باشد. قسمت دوم ماده ۱۴۴ قانون مدنی مصر به این شرط تصریح دارد و مقرر می‌دارد: «... وتوافرت فيه اركان عقد آخر». منظور از ارکان، ارکان اصلی عقد است بدون اینکه لازم باشد عنصر جدیدی به عقد باطل اضافه شود؛ در نتیجه اگر نیازمند ادخال عنصر جدید باشد، تحول عقد ممکن نیست. به عنوان مثال اگر شخصی مبیعی را در قبال ثمن ناچیز به دیگری بفروشد این بیع تبدیل به هبه می‌شود، زیرا این بیع به ثمن ناچیز ارکان عقد هبه را دارد بدون اینکه نیاز باشد عنصر جدیدی اضافه شود.

ج. شرط سوم تحول عقد این است که اراده متعاقدين به عقد جدید منصرف شود. صاحب نظران در این که کدامین اراده کافی در این نظریه است، اختلاف نظر دارند (سفیان، ۲۰۱۸: ۲۱۸).

تفاوت این دو نظریه از سه جهت است: نخست اینکه وسعت نظریه اشتراک معنوی عقود اعم از نظریه تحول عقد است؛ چراکه موافقان نظریه تحول عقد صرفاً در عقود باطل چنین دیدگاهی را پذیرفته‌اند و شامل عقود صحیح نمی‌دانند ولی نظریه اشتراک معنوی شامل عقود باطل و عقود صحیح است، لذا اعم است. دوم اینکه در نهاد تحول عقد، بحث از تحول و تغییر یک عقد به عقد دیگری است، حال آن که در فقه اسلامی تحول عقد نیست بلکه اشتراک معنوی عقود است؛ به عبارت دیگر، تحول عقد در پی

انکار ماهیت مستقل عقود متحول شده نیست، به عنوان مثال، در تبدیل عقد مضاربه باطل به قرض، در پی این نیست که مضاربه ماهیت مستقل ندارد، بلکه عقد مضاربه را عقد مستقل به رسمیت می‌شناسد، لکن چون باطل شده است، تبدیل به هبه می‌کند؛ بالعکس نظریه اشتراک معنوی که برای عقد مورد نظر ماهیت مجزایی در نظر نمی‌گیرد، مثلاً در مثال مذکور با فرض اینکه از مصادیق اشتراک معنوی به حساب بیاد، عقد مضاربه اصلاً ماهیت مستقلی ندارد، بلکه قرض است و عقدی بنام مضاربه نداریم. سوم اینکه مطابق نظریه اشتراک معنوی عقود که باطل هستند، اصلاً باطل نیستند بلکه در اصل عقد دیگری هستند و آن عقد نیز باطل نیست؛ بنابراین در تحول عقد، عقد اول باطل شده است، سپس تبدیل به عقد صحیح جدید می‌شود، حال آنکه در نظریه اشتراک معنوی اصلاً نوبت به بطلان نمی‌رسد. به عنوان مثال، بیع بلائمن باطل است و طبق نظریه تحول عقد تبدیل به هبه می‌شود، حال آنکه مطابق نظریه اشتراک معنوی بیع بلائمن اصلاً بیع نیست تا باطل شود، بلکه هبه است و این گونه هبه باطل نیست. دو تفاوت اخیر تفاوت سازوکار دو نظریه را - علی‌الخصوص نسبت به عقد باطل - به خوبی نمایان می‌سازد.

#### ۴-۳. نسبت نظریه اشتراک معنوی با اراده ظاهری و باطنی

اراده در یک تقسیم‌بندی به دو دسته تقسیم می‌شود: اراده ظاهری و اراده باطنی. منظور از اراده ظاهری، مدلول ماحصل از انشای عقد است و منظور از اراده باطنی اراده و نیات درونی متعاقدين در انشای عقد است (بیگدلی و مالکی، ۱۳۹۱: ۸۸).

در وهله اول شاید به نظر برسد که نظریه اشتراک معنوی در واقع همان بحث از تعارض اراده ظاهری و باطنی است، حال آنکه این گونه نیست، زیرا مثلاً اگر متعاقدين در ضمن عقد صلح تبادل عوضین داشته باشند، از دو حال خارج نیست: یا قصد متعاقدين نیز به مانند ظاهر عقد که صلح است، بر تحقق عقد صلح تعلق گرفته یا اینکه قصد متعاقدين از صلح بیع است لکن با لفظ صلح. اگر قصد متعاقدين قسم اول باشد، مطابق نظریه اراده ظاهری و باطنی، ماهیت آن عقد صلح است و لکن مطابق نظریه

مشترک معنوی بیع است. اگر قصد متعاقدین قسم دوم باشد که در این صورت مفید نتیجه اشتراک معنوی است ولی برحسب نظریه اراده ظاهری و باطنی ثمره روشن می‌شود و آن اینکه برحسب نظریه اراده ظاهری عقد منعقد صلح است ولی برحسب نظریه اراده باطنی بیع است. حاصل کلام اینکه نظریه اراده ظاهری و باطنی حول محور اراده متعاقدین می‌چرخد ولی نظریه مشترک معنوی کاری با قصد طرفین ندارد بلکه محل بحث آن صرف وقوع خارجی اشتراک در نتیجه است چه متعاقدین قصد کرده باشند یا نه.

#### ۴-۴. نسبت نظریه اشتراک معنوی عقود و قیاس

در بدو امر ممکن است چنین به نظر برسد که نظریه اشتراک معنوی مبتنی بر قیاس دو عقد است، حال آنکه چنین نیست. در تعریف قیاس گفته‌اند: قیاس عبارت است از جریان حکم اصل در حکم فرع به خاطر اشتراک در علت حکم (میرزای قمی، ۱۳۸۷، ج ۱: ۹۵). مطابق این تعریف یک واقعه با یک واقعه دیگر مقایسه می‌شود و به خاطر اشتراک در علت، حکم اصل به فرع سرایت می‌کند؛ حال آنکه در نظریه اشتراک معنوی صرف اشتراک در نتیجه ملاک اعمال قرار می‌گیرد؛ به عبارت دیگر در نظریه اشتراک معنوی قیاس صورت نمی‌گیرد بلکه وحدت در نتیجه ملاک قرار می‌گیرد و کاری به علت واقعه ندارند و حال آنکه در قیاس اشتراک در علت ملاک است.

#### ۵. موضع قانون مدنی ایران در قبال نظریه مورد نظر

قانون مدنی ایران برخی از مصادیق این نظریه را نپذیرفته است، همچون هبه معوض (ماده ۸۰۱ قانون مدنی)؛ همچنان که در بحث صلح در مقام عقود دیگر نیز این نظریه را نپذیرفته است (ماده ۷۵۸ قانون مدنی).

با وجود این در ماده ۷۲۷ مقرر می‌دارد: «برای صحت حواله لازم نیست که محال علیه مدیون بمحیل باشد در این صورت محال علیه پس از قبولی در حکم ضامن

است.» قانون مدنی ایران در این ماده نظریه اشتراک معنوی را پذیرفته است (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۴۶۶)، زیرا مطابق این شرح قواعد ضمان در این گونه حواله نیز جاری است. با توجه به مصادیق بالا در قانون مدنی ایران می‌توان چنین نتیجه گرفت در حقوق ایران این نظریه به‌طور کلی طرد نشده است بلکه به صورت موردی نظریه اشتراک معنوی عقود اعمال شده است؛ بدون اینکه در این زمینه ضابطه کلی مطرح کند و در نتیجه به‌عنوان نظریه عمومی پذیرفته شود. از طرف دیگر در میان حقوق‌دانان نیز اعمال این نظریه دیده نمی‌شود.

### فرجام سخن

۱. نظریه اشتراک معنوی عقود در پی این است که اگر عقدی ماحصل عقد دیگری را نتیجه دهد، عقد دیگری ملاک خواهد بود ولو اینکه متعاقدين قصد آن عقد را نداشته باشند. به‌عنوان مثال در هبه مشروط به عوض، مبادله دو مال صورت می‌گیرد که از این حیث با بیع اشتراک دارد، زیرا در بیع نیز مبادله دو عوض صورت می‌گیرد؛ مطابق نظریه مذکور این هبه بیع است؛
۲. برخی از فقهای اسلام خصوصاً فقهای شیعه در برخی از مصادیق، این نظریه را اعمال کرده‌اند و در واقع رویکرد استثنایی دارند. ولی برخی دیگر از فقها که بیشتر فقهای اهل سنت است، در سطح گسترده‌ای این نظریه را اعمال کرده‌اند؛
۳. استدلال موافقان نظریه اشتراک معنوی عمدتاً به این صورت است که آنچه ملاک است نیت و قصد متعاقدين است و ظواهر قالب و ابزار هستند. این استدلال با این اشکال مواجه که اجنبی از نظریه اشتراک معنوی است، زیرا اشتراک معنوی کاری به قصد متعاقدين ندارد، صرفاً اثر عقد را ملاک قرار می‌دهد؛
۴. عمده استدلال مخالفان نظریه اشتراک معنوی این است که نخست خلاف اراده متعاقدين است و دوم صرف اشتراک در مسبب سبب اشتراک در اسباب نمی‌شود؛



۵. با توجه به اشکالات وارد شده بر نظریه اشتراک معنوی، اعمال این نظریه به نحو کلی مقبول نیست؛ بنابراین به نحو مصداقی می‌توان پذیرفت؛ لذا برای اعمال این نظریه وجود نص قانون الزامی است، در غیر این صورت نمی‌توان این نظریه را اعمال کرد. به‌ویژه اینکه در مقام عمل موجب به‌هم‌خوردگی قراردادها می‌شود؛

۶. مخالفین پذیرش این نظریه به نحو کلی یک نوع تسامح را به متعاقدین می‌دهند تا برای فرار از آثار یک عقد، معامله در قالب عقد دیگری قرار دهند. به واقع برای ایجاد انعطاف در احکام فقهی و تساهل و تسامح، این‌گونه چاره‌جویی‌ها را تجویز می‌کنند.

### منابع

#### الف. فارسی

بیگدلی، سعید، مالکی، اعظم (۱۳۹۱) «جایگاه اراده ظاهری و باطنی در فقه و حقوق موضوعه»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۷۶، شماره ۸۰، صص ۸۹-۱۱۹.

شهیدی، مهدی (۱۳۹۸) تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران: مجد.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۴) قانون مدنی در نظم کنونی، تهران: میزان.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۵) عقود معین، عطایا، تهران: گنج دانش.

#### ب. عربی

#### قرآن کریم.

آل بورنو، حمد صدقی بن أحمد (۱۴۲۴ ق) الوجیز فی ایضاح قواعد الفقه الکلیه، بیروت: موسسه الرساله.

آل بورنو، حمد صدقی بن أحمد بن محمد (۱۴۱۶ ق) موسوعه القواعد الفقهیه، بیروت: موسسه الرساله.

ابن رجب، زین‌الدین عبدالرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن (بی‌تا) القواعد لابن رجب، بیروت: دارالکتب العلمیه.

ابن رشد قرطبی، محمد بن احمد (۱۴۲۵ ق) **بدايه المجتهد و نهايه المقتصد**، قاهره: دار الحديث.  
ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبدالعزيز (۱۴۱۲ ق) **ردّ المحتار على الدر المختار**،  
بيروت: دارالفكر.

ابن قيم جوزی، محمد بن ابی بکر (۱۴۱۱ ق) **اعلام الموقّعين عن ربّ العالمين**، تحقيق محمد  
عبدالسلام ابراهيم، بيروت: دار الكتب العلميه.

ابن مازة، أبو المعالي محمود بن أحمد بن عبدالعزيز (۱۴۲۴ ق) **المحيط البرهانی فی الفقه  
النعمانی فقه الإمام أبي حنیفه رضی الله عنه**، بيروت: دارالكتب العلميه.

ابن نجيم، زين الدين (۱۴۱۹ ق) **الأشباه و النظائر على مذهب ابی حنیفه النعمان**، بيروت:  
دارالكتب العلميه.

بابرتی، محمد بن محمد بن محمود (بی تا) **العنايه شرح الهدايه**، بی جا.  
بحرانی، یوسف بن احمد (۱۳۶۳ ش) **الحدائق الناضره فی أحكام العتره الطاهره**، قم: موسسه  
النشر الاسلامی.

بيهقي، احمد بن الحسين (۱۴۲۴ ق) **السنن الكبرى**، بيروت: دار الكتب العلميه.  
سيوطی، جلال الدين (۱۴۱۱ ق) **الأشباه و النظائر**، بيروت، ج ۱، چ ۱، بيروت: دار الكتب العلميه.  
حسينی مراغی، سيد ميرعبدالفتاح (۱۴۱۷ ق) **العناوين الفقيهيه**، قم: موسسه النشر الاسلامی.  
حصنی، تقی الدين (۱۴۱۸ ق) **كتاب القواعد**، رياض: مكتبه الرشد.  
حلی (علامه)، حسن بن يوسف (۱۳۷۴ ق) **مختلف الشيعه فی احكام الشريعه**، قم: موسسه  
النشر الاسلامی.

حلی (محقق)، جعفر بن حسن (۱۳۶۴ ق) **المعتبر فی شرح المختصر**، قم: مؤسسه سيد  
الشهداء (ع).

خلخالی، محمدمهدی (۱۳۸۵ ش) **فقه الشيعه (الإجاره)**، تهران: مركز فرهنگي انتشاراتي منير.  
خویی، سيد ابوالقاسم (۱۴۲۲ ق) **المستند فی شرح العروه الوثقی**، قم: موسسه احياء آثارالامام  
الخوئی (ره).

الزحيلي، محمد (۱۴۲۷ ق) **القواعد الفقيهيه و تطبيقاتها فی المذاهب الأربعة**، دمشق: دارالفكر.  
الزحيلي، وهبه (بی تا) **الفقه الاسلامی و ادلته**، دمشق: دار الفكر.

- زرقاء، احمد (۱۴۰۹ ق) شرح القواعد الفقهیه، دمشق: دار القلم.
- زرکشی، محمد بن عبد الله بن بهادر (۱۴۰۶ ق) المثنور فی القواعد الفقهیه، کویت: وزارة الأوقاف الكويتیه.
- زیلعی، فخرالدین (۱۳۱۳ ق) تبیین الحقائق شرح کنز الدقائق وحاشیه الشلبي، قاهره: المطبعة الكبرى الأميریه - بولاق.
- سبکی، تاج الدین (۱۴۱۱ ق) الأشباه و النظائر، بیروت: دار الکتب العلمیه.
- سرخسی، محمد بن أحمد بن أبی سهل (۱۴۱۴ ق) المبسوط، بیروت: دار المعرفه.
- سعیده، اسعد (۲۰۱۴ م) آثار العرضیه للعقد الباطل، پایان نامه ارشد، جامعه اکلی محند اول حاج - البویره.
- سفیان، سولم (۲۰۱۸ م) «نظریه تحول العقد فی القانون المدنی الجزائری»، مجله دراسات و ابحاث، ۳۱، صص ۱۰۶-۱۸۰.
- سید مجاهد، محمد بن علی (۱۲۴۲) المناهل، قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لإحياء التراث.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی (۱۴۱۳ ق) مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه.
- شیخ انصاری، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۵ ق) المکاسب، قم: المؤتمر العالمی بمناسبه الذکری المئویه الثانيه لمیلاد الشیخ الأعظم الأنصاری، الأمانه العامه.
- طباطبایی، سید علی بن محمد علی (۱۴۱۸ ق) ریاض المسائل فی بیان الدحکام بالدلائل، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام لایحیاء التراث.
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۱۷ ق) العروه الوثقی، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
- طرابلسی، علاء الدین (بی تا) معین الحکام فیما یتردّد بین الخصمین من الأحکام، بی جا.
- عبد الحمید، محمد حمد عبد الحمید، الباز، سیرین عیسی احمد (۱۴۳۳ ق) «قاعده العبره فی العقود بالمقاصد و المعانی لا بالألفاظ و المبانی»، مجله جامعه أم القرى، عربستان، ۵۵، صص ۸۰-۱۳۰.
- علم الهدی (سید مرتضی)، علی بن حسین (۱۴۱۵ ق) الانتصار، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

فخر المحققین، محمد بن حسن بن یوسف (۱۳۸۷ ق) **إيضاح الفوائد فی شرح إشکالات القواعد**، قم: اسماعیلیان.

قرافی، شهاب الدین أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالکی (بی تا) **الفروق**، بیروت: عالم الکتب. کاسانی، علاء الدین (۱۴۰۶ ق) **بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع**، بیروت: دارالکتب العلمیه. کاشف الغطاء، جعفر بن خضر (بی تا) **کشف الغطاء عن مبهمات الشریعه الغراء**، اصفهان: مهدوی. کرکی (محقق)، علی بن حسین (۱۴۱۴ ق) **جامع المقاصد فی شرح القواعد**، قم: موسسه آل البيت (علیهم السلام).

مجموعه من المؤلفین (۱۴۰۴ ق) **الموسوعه الفقهیه الكويتیه**، کویت: وزاره الأوقاف والشئون الإسلامیه.

موحدی لنکرانی، محمدفاضل (۱۴۳۰ ق) **تفصیل الشریعه - کتاب الامر بالمعروف و النهی عن المنکر - کتاب الشفعه - کتاب الصلح**، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).

موسوی بجنوردی، سید حسن (۱۴۱۹ ق) **القواعد الفقهیه**، قم: نشر الهادی. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۶ ق) **انوار الفقاهه - کتاب التجاره**، قم: انتشارات مدرسه الإمام علی بن أبی طالب علیه السلام.

موسوی گلپایگانی، سید محمدرضا (بی تا) **تقریرات البیع**، ج ۱، قم: موسسه تحقیقات و نشر معارف اهل البيت (ع).

میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن (۱۳۸۷ ق) **قوانین الاصول**، تهران: المکتبه العلمیه الاسلامیه. نوری، حسین بن محمدتقی (۱۳۲۰ ق) **مستدرک الوسائل**، قم: موسسه آل البيت. نووی، ابو ذکریا (بی تا) **المجموع شرح المذهب**، دمشق: دار الفکر. وحید بهبهانی، محمدباقر (۱۴۱۵ ق) **الفوائد الحائریه**، قم: مجمع الفکر الاسلامی.