

نظریه تحول عقد

در حقوق خارجی، فقه

و حقوق قراردادهای ایران

مؤلفان:

دکتر ایمان صالح

فاهی دادگستری

دکتر محمد صالحی مازندرانی

دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه قم



مجمع علمی و فرهنگی مجد

سرشناسه	: صالحی مازندرانی، محمد
عنوان قراردادی	: ایران، قوانین و احکام Iran. Laws, etc.
عنوان و نام پدیدآور	: نظریه تحول عقد در حقوق خارجی، فقه و حقوق قراردادهای ایران / مولفان محمد صالحی مازندرانی، ایمان صالح.
مشخصات نشر	: تهران: مجد، ۱۴۰۰.
مشخصات ظاهری	: ۲۳۱ ص.
شابک	: ۹۷۸-۶۲۲-۲۲۵-۷۵۲-۱
وضعیت فهرست نویسی	: فیپا
موضوع	: عقود و ایقاعات (فقه) -- ایران Contracts -- Iran قراردادها -- ایران Contracts (Islamic law) -- Iran قراردادها (حقوق بین الملل) (Contracts (International law حقوق بین الملل و حقوق داخلی -- ایران International and municipal law -- Iran تعهدات بین المللی -- ایران International obligations -- Iran تعهدات بین المللی -- جنبه های مذهبی -- اسلام International obligations -- Religious aspects -- Islam
شناسه افزوده	: صالح، ایمان،

هرگونه تکثیر کامل یا قسمتی از کتاب بدون اجازه پدیدآورنده یا ناشر، خلاف قانون، شرع و اخلاق است.

برای دریافت مجله را به دفتر مرکزی و مجله گزارش فرمایید.

دفتر مرکزی مجد:

تهران، میدان انقلاب، تقاطع خیابان منیری جاوید و شهدای ژاندارمری، پلاک ۵۷

تلفن و دورنگار: ۶۶۴۹۵۰۳۴ - ۶۶۴۹۵۰۳۵ - ۶۶۴۹۵۰۳۶ - ۶۶۴۹۵۰۳۷

فروشگاه: تقاطع خیابان منیری جاوید و شهدای ژاندارمری، پلاک ۵۹

تلفن: ۶۶۴۸۶۸۷۴ - ۶۶۴۰۹۴۲۲

www.majdpub.ir E- mail: info@majdpub.ir

صفحه رسمی انتشارات مجد در اینستاگرام: majdlaw

کانال رسمی انتشارات مجد در تلگرام: @majdlaw

نظریه تحول عقد در حقوق خارجی، فقه و حقوق قراردادهای ایران

مؤلفان: دکتر محمد صالحی مازندرانی / دکتر ایمان صالح

ناشر: انتشارات مجد

چاپ اول: ۱۴۰۱

تعداد: ۵۰۰ نسخه

ISBN: 978 - 622- 225- 752- 1

۹۷۸ - ۶۲۲ - ۲۲۵ - ۷۵۲ - ۱

شابک:

حق چاپ محفوظ و منحصر «مجد» است.

فهرست مطالب

مقدمه	۹
فصل اول: مفاهیم و کلیات	۱۳
۱- عقد	۱۳
۱-۱- مفهوم عقد	۱۴
۱-۱-۱- عقد در فقه اسلامی	۱۴
۱-۱-۲- عقد در حقوق خارجی	۱۵
۱-۱-۳- عقد در حقوق ایران	۱۶
۱-۲- مفهوم عقد صحیح	۱۹
۱-۲-۱- ایجاب و قبول	۱۹
۱-۲-۲- شروط متعاقدين	۲۱
۱-۲-۲-۱- قصد و رضا	۲۱
۱-۲-۲-۲- اهلیت	۲۴
۱-۲-۳- عوضین	۲۶
۱-۳- جایگاه ابراز اراده در تحقق مفهوم عقد	۲۷
۲- تحول عقد	۲۸
۲-۱- مفهوم	۲۸
۲-۱-۱- مفهوم لغوی	۲۹
۲-۱-۲- مفهوم اصطلاحی	۲۹
۲-۲- سابقه نظریه تحول عقد	۳۱
۲-۳- شرایط تحول عقد	۳۴
۲-۳-۱- بطلان عقد اصلی	۳۴
۲-۳-۱-۱- مفهوم عقد باطل	۳۶
۲-۳-۱-۲- آثار عقد باطل	۳۷
۲-۳-۱-۳- درجات بطلان عقد	۳۹
۲-۳-۱-۴- مبنای بطلان عقد در تحول عقد	۴۵
۲-۳-۲- تبلور عقد صحیح در عقد باطل	۴۶
۲-۳-۲-۱- تغییر طبیعت عقد	۴۷
۲-۳-۲-۲- اختلاف و تشابه مضمون عقود	۴۷
۲-۳-۳- انصراف اراده طرفین به عقد دوم	۴۹

۴۹.....	۱-۳-۲- ماهیت اراده
۵۲.....	۲-۳-۲- اقسام اراده
۵۹.....	۴-۲- مقایسه تحول عقد با مفاهیم حقوقی مشابه
۵۹.....	۱-۴-۲- انقلاب عقد
۶۳.....	۲-۴-۲- تجزیه عقد
۶۴.....	۱-۴-۲- مفهوم تجزیه عقد (انتقاص)
۶۵.....	۲-۴-۲- شرایط تجزیه عقد
۶۹.....	۳-۴-۲- تجزیه عقد در فقه امامیه و حقوق ایران
۷۲.....	۴-۴-۲- مقایسه تحول عقد و تجزیه عقد
۷۳.....	۳-۴-۲- تفسیر قرارداد
۷۳.....	۱-۴-۳- مفهوم تفسیر قرارداد
۷۵.....	۲-۴-۳- رابطه تحول عقد و تفسیر قرارداد
۷۹.....	۴-۴-۲- توصیف قرارداد
۷۹.....	۱-۴-۴- شناخت ماهیت توصیف عقد
۸۲.....	۲-۴-۴- تمییز تحول عقد از توصیف عقد
۹۰.....	۵-۴-۲- تکمیل قرارداد
۹۰.....	۱-۴-۵- مفهوم تکمیل قرارداد
۹۴.....	۲-۴-۵- مقایسه تکمیل قرارداد و تحول عقد
۹۷.....	فصل دوم: مبانی نظریه تحول عقد در حقوق خارجی و فقه
۹۸.....	۱- مبانی فلسفی
۹۸.....	۱-۱- نظریه تبدل جوهری یا فراظاهر (استحاله)
۹۹.....	۱-۱-۱- مفهوم و تاریخچه نظریه
۱۰۰.....	۲-۱-۱- تبدل ظاهری در تحول عقد
۱۰۱.....	۲- مبانی حقوقی
۱۰۱.....	۱-۲- نظریه صورت سازی (سیمولاسیون)
۱۰۲.....	۱-۱-۲- صورت سازی در حقوق غرب
۱۰۲.....	۱-۱-۱-۱- مفهوم صورت سازی
۱۰۴.....	۲-۱-۱-۲- اقسام صورت سازی
۱۰۶.....	۲-۱-۲- صورت سازی در فقه امامیه و حقوق ایران
۱۱۰.....	۳-۱-۲- تحول عقد بر مبنای توصیف قرارداد
۱۱۱.....	۲-۲- نظریه اعتماد
۱۱۱.....	۱-۲-۲- مفهوم و سابقه نظریه اعتماد در غرب

۱۱۶.....	۲-۲-۲- مفهوم و سابقه نظریه اعتماد در فقه اسلامی
۱۱۶.....	۲-۲-۳- عناصر تئوری اعتماد
۱۱۷.....	۲-۲-۳-۱- ظاهر
۱۱۹.....	۲-۲-۳-۲- حسن نیت
۱۲۶.....	۲-۲-۴- نقش نظریه اعتماد در تحول عقد
۱۲۷.....	۲-۲-۴-۱- توصیف عقد
۱۲۷.....	۲-۲-۴-۲- تقلیل آثار بطلان عقد
۱۲۸.....	۳- مبانی فقهی
۱۲۸.....	۳-۱- قاعده اعمال الکلام اولی من إهماله
۱۲۹.....	۳-۱-۱- مفهوم قاعده
۱۳۰.....	۳-۱-۲- فروعات قاعده
۱۳۰.....	۳-۱-۲-۱- اذا تَذَرْتَ الْحَقِيقَةَ یُصَارُ إِلَى الْمَجَازِ
۱۳۲.....	۳-۱-۲-۲- التَّاسِیسُ أَوَّلَى مِنَ التَّأْکِیدِ (التَّوْکِیدُ)
۱۳۳.....	۳-۱-۳- شروط اعمال قاعده
۱۳۴.....	۳-۱-۳-۱- شروط کلام
۱۳۶.....	۳-۱-۳-۲- شروط متکلم
۱۳۷.....	۳-۱-۴- جایگاه قاعده در نظریه تحول عقد
۱۳۸.....	۳-۲- قاعده العبرة للقصود و المعانی لا للألفاظ و المعانی
۱۳۸.....	۳-۲-۱- مفهوم قاعده
۱۳۹.....	۳-۲-۲- جایگاه الفاظ در انشاء عقود
۱۴۰.....	۳-۲-۲-۱- فقه اهل سنت
۱۴۱.....	۳-۲-۲-۲- فقه امامیه
۱۴۴.....	۳-۲-۳- مصادیق قاعده العبرة للقصود و المعانی
۱۴۴.....	۳-۲-۳-۱- بیع بالاثمن و اجاره بدون اجرت
۱۴۹.....	۳-۲-۳-۲- بیع الوفاء
۱۵۲.....	۳-۲-۳-۳- مضاربه با شرط تمام سود برای یک طرف
۱۵۵.....	۳-۲-۳-۴- تبدیل منجزات مریض به وصیت
۱۵۷.....	۳-۲-۴- جایگاه حقوقی قاعده در تحول عقد
۱۵۹.....	فصل سوم: امکان سنجی تحول عقد در نظام حقوقی ایران
۱۶۰.....	۱- مصادیق شبه تحول عقد در حقوق ایران
۱۶۱.....	۱-۱- وکالت پس از فوت مرتبه
۱۶۳.....	۱-۲- حواله از بری الذمه و بری الذمه

۱۶۴.....	۱-۲-۱- ماهیت حواله
۱۶۵.....	۱-۲-۲- اخلال در عناصر حواله
۱۶۸.....	۱-۳- بیع شرط
۱۷۳.....	۱-۴- شرط خلاف مقتضای عقود مشارکتی
۱۷۴.....	۱-۴-۱- حصه غیر مشاع در عقود مشارکتی
۱۷۶.....	۱-۴-۲- شرط تعلق منافع به مالک یا عامل در عقود مشارکتی
۱۷۸.....	۱-۵- تبدیل عقد وقف به عقد حبس
۱۷۹.....	۱-۶- تبدیل شرکت تجاری به شرکت عملی
۱۸۲.....	۲- چالش‌های فقهی و حقوقی نظریه تحول عقد
۱۸۲.....	۲-۱- چالش قاعده العقود تابعه للقصود
۱۸۲.....	۲-۱-۱- ماهیت قاعده
۱۸۴.....	۲-۱-۲- تبعیت قصد از عنوان عقد
۱۸۶.....	۲-۱-۳- تبعیت قصد از آثار و لوازم عقد
۱۸۹.....	۲-۱-۴- تبعیت عقد از قصد در تحول عقد
۱۹۱.....	۲-۲- چالش شرط خلاف مقتضای عقد
۱۹۱.....	۲-۲-۱- مفهوم شرط
۱۹۳.....	۲-۲-۲- مفهوم مقتضای عقد
۱۹۴.....	۲-۲-۳- مفهوم شرط مخالف با مقتضای عقد
۱۹۷.....	۲-۲-۴- تحول عقد در آیین شرط مخالف با مقتضای عقد
۱۹۹.....	۲-۳- چالش عدم تطابق لفظ با معنا
۲۰۰.....	۲-۳-۱- مفهوم لفظ و تاریخچه زبان
۲۰۱.....	۲-۳-۲- اقسام دلالت لفظ
۲۰۳.....	۲-۳-۳- کاربرد الفاظ از منظر علم حقوق
۲۰۵.....	۲-۳-۴- کاربرد الفاظ در قرارداد
۲۰۹.....	خلاصه مطالب
۲۱۳.....	فهرست منابع و مآخذ

مقدمه

در زمان انعقاد قرارداد، هر یک از طرفین اندیشه‌ای در سر می‌پرورانند و مقصود خاصی را از قرارداد، انتظار دارند؛ برآیند توافق خود را تصور و تصدیق می‌کنند و در نهایت اراده خود را در ظرف یکی از عقود می‌گنجانند. گاهی ممکن است از قالب عقدی استفاده شود که با نتیجه‌ی مورد نظر متعاقدين ناسازگار باشد و در نتیجه قرارداد به لحاظ فقدان یکی از ارکان، باطل باشد و با این حال ارکان قرارداد دیگر به طور کامل در دل این عقد باطل وجود داشته باشد. برای مثال، شخصی به دیگری وکالت در امور مالی آن هم برای بعد از مرگش را بدهد یا عقد اجاره بدون اجازه بها منعقد گردد و یا این که مالی بدون عوض در قالب عقد بیع معامله شود، در مورد اول وکالت باطل است و لیکن با وصیت قابل تطبیق است و مورد دوم نیز اجاره باطل است و لیکن قابل تطبیق با عاریه یا عقد رقبی می باشد و یا در مثال سوم ممکن است بیع باطل باشد و لیکن قابل تطبیق با هبه است و لذا این شبهه پیش می آید آیا به طور کامل باید از این معاملات دست کشید و بر سبیل بطلان تمامیت قصد انشاء، قدم نهاد یا به جهت تطبیق بر قرارداد صحیح دیگر، صرفاً عقد فاقد رکن را باطل قلمداد نمود و حکم به تبدیل عقد باطل به عقد صحیح که در اصطلاح حقوقی از آن تعبیر به "انقلاب عقد" و یا "تحول عقد" می شود صادر نمود؟

پیشینه نهادی به نام تحول عقد به حقوق کشور آلمان در قرن نوزدهم باز می گردد که به طور صریح در ماده ۱۴۰ قانون مدنی آلمان پیش بینی شد. بعدها قوانین کشورهای عربی این نهاد را به تدریج پذیرفتند به نحوی که قانون گذار مصری در ماده ۱۴۴ قانون مدنی بیان داشت: «إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال و توافرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد».

در منابع فقهی نمونه‌هایی وجود دارد که ذهن را به سمت نهادی شبیه تحول عقد هدایت می کند که بارزترین آن ها بیع بلائمن و اجاره بدون اجرت می باشد که ممکن

است حمل بر هبه و عاریه شود.^۱ لذا اگر عقد بیع بدون ثمن شکل بگیرد باطل است لیکن از آنجایی که عناصر دیگری هم چون قصد تبرع و ایجاب و قبول و تحقق قبض، در این عقد وجود دارد؛ در نتیجه این سؤال به ذهن می‌آید که آیا عقد بیع را می‌توان عقد هبه تلقی کرد و یا این که اگر در عقد مضاربه صاحب مال به عامل بگوید که سرمایه و تمام سود متعلق به تو باشد ولی بازپرداخت رأس‌المال را بر او شرط کند، در این صورت آیا می‌توان عقد مضاربه را به عقد قرض تبدیل و توصیف نمود؟

نظریه تحول عقد ناظر بر این مسئله می‌باشد که چگونه می‌توان از قصد اولیه طرفین بر عنوان عقد عدول نمود و بر اساس هدف نهایی طرفین و غایت عملی از انعقاد عقد، ملاحظات دیگری را لحاظ نمود. این نهاد بر مدار معناگرایی در عقد و ترجیح یافتن قصد واقعی بر لفظ گرایی استوار است به نحوی که آنچه در عقد، ملاک صحت تلقی می‌گردد قصد انشاء می‌باشد و استفاده متعاقدين از الفاظ و عبارات، صرفاً جنبه کاشفیت دارد و نمی‌تواند معیار قطعی برای احراز قصد واقعی قرار گیرد. در واقع تحول عقد، ابزار برای حمل اراده طرفین بر عمل حقوقی صحیح و حمایت از اعتماد و اطمینان در قراردادهای می‌باشد که تا حد امکان آثار عقد صحیح جاری شود. در واقع آنچه در قالب الفاظ ابراز می‌شود غایت ارادی طرفین است که ممکن است با غایت عملی عقد، برخورد نماید؛ در اینصورت آنچه در ذهن، تبلور یافته و در قالب الفاظ، ابراز شده است ملاک توصیف عقد می‌باشد.

در پژوهش حاضر در صدد پاسخگویی به این سوال هستیم؛ آیا بر اساس اسلوب و معیارهای موجود در فقه امامیه و حقوق ایران فحواً نظریه تحول عقد از طریق مصادیق فقهی و حقوقی قابل شناسایی است یا خیر. به عبارت دیگر آیا می‌توان این نظریه را با تکیه بر اصول و قواعد فقهی حقوقی و بدین ترتیب با استقراء از نمونه‌های موجود در لسان فقها و قانونگذار در نظام حقوقی ایران پذیرفت؟

بدون تردید پا نهادن در عرصه تدوین آثار علمی و پژوهشی که تاکنون جولانگاه نظریات و تحلیل‌های فقهی-حقوقی نبوده جسارت خاص خود را می‌طلبد. این اثر حاصل پژوهشی است که در قالب رساله دکتری نگارش گردید و با راهنمایی جناب استاد دکتر محمد صالحی مازندرانی در دانشگاه قم به رشته تقریر درآمد که امید است دانش پژوهان

۱ - محمد بن محمد تقی بحر العلوم، بلغة الفقیه، چاپ چهارم (تهران: منشورات مکتبه الصادق، ۱۴۰۳ هـ.ق)، ج ۱، ص ۷۲؛ میرزا محمدحسین غروی نائینی، منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، چاپ اول (تهران: المکتبه المحمدیه، ۱۳۷۳ هـ.ق)، ج ۱، ص ۱۲۸.

و اساتید صاحب نظر، ما را از نظرات خود بی نصیب نگذارند تا انشاءالله در آینده ی نزدیک و در تجدید چاپ این کتاب استفاده نمائیم.

دکتر محمد صالحی مازندرانی

دکتر ایمان صالح

www.ketab.ir